

# פרידמן ושות'

## משרד עורכי דין



☎ 077-4008177

מינוי בורר כמגשר אחרי בוררות

קראו את פסק הדין להלן על מנת להרחיב את הידע בנושא מינוי בורר כמגשר אחרי בוררות שלא הצליחה:

**בש"א (תל-אביב-יפו) 18000/04 - מצל מיחשוב מערכות מידע בע"מ ואח' נ' י. רוטשטיין מערכות מידע בע"מ**

תובענה בדרך המרצת פתיחה בה מתבקש בית המשפט להצהיר, כי המשיב 3 (להלן: "הבורר") אינו מוסמך לדון בסכסוך בין הצדדים, שנידון במסגרת בוררות שנפתחה בפניו, בעקבות תביעה שהגישו המשיבים 1-2 כנגד המבקשים. לחילופין, מתבקש ביהמ"ש לקבוע, כי גם אם ישנה סמכות לבורר לדון בסכסוך כי אז חלף המועד לסיום הבוררות ועל כן איבד הבורר את הסמכות ליתן פסק בוררות.

ביום 26.2.09 התרתי תיקון לתובענה, עפ"י בקשת המבקשים (בש"א 3695/09), בהוספת טעם נוסף שיש בו, לגישתם, כדי להצדיק הפסקת הליך הבוררות, טעם שנולד לאחר הגשת התובענה, הנובע מהעובדה כי לאחר תחילת הבוררות מינו הצדדים את הבורר כמגשר.

העובדות הצריכות לענין

בין המבקשים ובין המשיבה 1 (להלן: "המשיבה"), שהמשיב 2 הוא בעליה (להלן "המשיב"), נחתם הסכם המסדיר שיתוף פעולה עסקי ביניהם להקמת בית אריזה ובית קירור על מגרש בבעלות המבקשים. המבנים יוקמו על ידי חברת ק.א. גולן בע"מ, חברה שהוקמה לצורך שיתוף הפעולה העסקי, שהיתה ערב חתימת ההסכם בבעלות המבקשים בלבד (להלן: "החברה"), במימון המשיבה.

בתמורה, יוקצו למשיבה 67% מן ההון המוצא בחברה, כשכל פעילות בית האריזה, בית הקירור והזכויות במגרש יאוגדו בה ויהיו בבעלותה. בהסכם נקבע אף "סעיף בוררות" הקובע כי כל סכסוך בין הצדדים יוכרע בדרך של בוררות על ידי בוררים מוסכמים על הצדדים, הכל כמפורט בסעיף 23 להסכם.

לאחר החתימה על ההסכם ביקש המשיב, כי הון המניות שהוקצה למשיבה יועבר אליו ישירות, וכך נעשה. המבנים הוקמו והקמת העסק הושלמה תוך שהחברה נעזרת גם במימון בנקאי מבנק הפועלים בע"מ (להלן: "הבנק"), שקיבל, להבטחת החזרת חובו, אגרת חוב לפיה שיעבדה החברה לטובתו את כלל נכסיה בשיעבוד שוטף כללי (צף).

בשנת 2000 פרץ סכסוך בין הצדדים, חלה פגיעה בפעילות החברה והחברה לא עמדה בהתחייבותה כלפי הבנק. לפיכך, העמיד הבנק לפירעון מידי את האשראי שנטלה החברה והגיש לבית המשפט המחוזי בנצרת בקשה לאכיפת אגרת החוב. בית המשפט המחוזי בנצרת (תיק פש"ר 155/00), מינה את ב"כ הבנק, עו"ד משה גלר, ככונס נכסים זמני לחברה. כונס הנכסים חתם תחילה על הסכם להפעלת החברה עם המשיב. משלא הצליח המשיב במשימתו ולא עמד בהתחייבויותיו עפ"י הסכם ההפעלה, חתם כונס הנכסים על הסכם הפעלה חדש הפעם, עם המבקשים, שכלל פריסת התשלומים בגין החוב לבנק. עפ"י האמור בכתבי הטענות, מאז ועד היום עומדים המבקשים בהסכם הפשרה עם הבנק, מפעילים את החברה ומעבירים לו, מהכנסות החברה, סך שנתי בגובה של 250,000 ₪.

ביום 14.3.07 הגישו המשיבים תביעה לבורר מכוח סעיף הבוררות הקבוע בהסכם. התביעה נוגעת לפרק הזמן משנת 2000 ואילך (היינו מן המועד בו הופעלה החברה ע"י המבקשים על פי הסכם ההפעלה עם

הכונס) ובמסגרתה התבקש סעד של מתן חשבונות החברה לשנים אלו וכן חיוב המבקשים בתשלום הרווחים שנוצרו בתקופה המדוברת למשיב, כפי חלקו במניות החברה (67%). כתב התביעה צורף כנספח ח' לתובענה.

ביום 19.4.07, לאחר קבלת ארכה, הגישו המבקשים את כתב הגנתם לתביעה שהוגשה בפני הבורר, בד בבד עם בקשה לסילוקה על הסף מחמת העדר סמכות.

ביום 20.6.07 נתן הבורר החלטה לפיה הוא דוחה את הבקשה לסילוק על הסף (נספח י"ג לתובענה).

ביום 15.7.07 הודיעו המבקשים לבורר, כי בשל התארכות הבוררות לתקופה העולה על ששה חודשים הם אינם מסכימים להמשך ניהולה וביקשו ממנו להפסיק את ההליכים באופן מיידי. ביום 17.7.07 דחה הבורר, בהחלטה מנומקת, את בקשת המבקשים וקבע כי תחילת הבוררות היא במועד בו נערכה ישיבת הבוררות הראשונה ביום 6.5.07.

בתגובה הגישו המבקשים, ביום 17.7.07, את התובענה שבכותרת. בתובענה, במתכונתה טרם התיקון, פורטו טענות המבקשים לעניין חוסר סמכות הבורר \ מניעותו מלהמשיך בבוררות, טענות להן נדרש כבר הבורר בהחלטותיו. בד בבד הגישו המבקשים אף בקשה לסעד זמני לעיכוב המשך הבוררות עד ההכרעה בהליך העקרי (בש"א 15147/07).

ביום 30.7.07 דחה בית המשפט (כב' סגן הנשיא השופט זפט) את בקשת המבקשים לסעד זמני לעיכוב הליכי הבוררות והורה למשיבים להשיב לתובענה.

עפ"י החלטה שניתנה ביום 9.9.07, ע"י כבוד סגן הנשיא כב' השופט זפט, הוקדם מועד הדיון בתובענה במקום הדיון בסעד הזמני והתיק הונח על שולחני.

לקראת סוף חודש ספטמבר 2007 הסכימו המבקשים להצעת הבורר, אותה העלה בפניהם, לפיה יעבור הבורר לשמש כמגשר וינסה לסיים את הסכסוך בינם למשיבים. הצדדים עדכנו את בית המשפט בהתפתחות זאת והודיעו, כי עד לסיום הליך הגישור אין צורך להידרש לתובענה ולסעד הזמני המבוקש במסגרתה.

הבורר שימש כמגשר במשך תקופה ארוכה, במסגרתה עדכנו הצדדים את בית המשפט בהתקדמות הליך הגישור ובקשו לקבוע את התיק לתזכורת חוזרות ונשנות.

**ביום 29.12.08 הודיעו המבקשים ב"בקשה דחופה לבית המשפט" כי הליך הגישור לא צלח וביקשו שביהמ"ש יידרש לבקשתם למתן צו זמני לעיכוב הליכי הבוררות טרם ישיבת הבוררות שקבע הבורר ליום 1.2.09.** בבקשה זו טענו המבקשים, כי בעקבות פעולות הבורר כמגשר מתעורר טעם נוסף שיש בו כדי למנוע ממנו מלהמשיך בהליך הבוררות. בהחלטה מיום 30.12.08 הוריתי למשיבים להשיב לבקשה לסעד זמני לעיכוב המשך הליכי הבוררות וכן לנטען ב"בקשה הדחופה". ביום 8.1.09 הגישו המשיבים תשובה מטעמם ל"בקשה הדחופה", תשובה מטעמם לתובענה, תשובה מטעמם לבקשה לסעד הזמני לעיכוב הליכי הבוררות וכן בקשה מטעמם לדחיית התובענה על הסף - כל זאת במסמך אחד (!) שנפתח כבש"א 1622/09. בהחלטה מיום 14.1.09 קבעתי את הבקשות ואת התובענה לדיון ליום 26.2.09 וכן קבעתי כי עד למועד הדיון יעוכב המשך הליך הבוררות.

בין לבין הגישו המבקשים, ביום 8.2.09, את תשובתם לבקשת המשיבים לדחיית התובענה על הסף וכן בקשה מטעמם (בש"א 3695/09) לתיקון התובענה של דרך הוספת נימוקים נוספים מטעמם לכך שהבורר אינו מוסמך להמשיך לדון בבוררות, שנוצרו בעקבות הליך הגישור. הבורר אף הוא הגיש עמדתו להליכים והודיע כי יכבד כל החלטה שתתקבל ע"י בית המשפט (תגובה מיום 11.1.09).

בישיבת יום 26.2.09 השכילו הצדדים להגיע למתווה מהיר להכרעה בתובענה: ב"כ המבקשים זנח טענתו המקורית בדבר אי סמכות הבורר להמשיך בבוררות עקב התארכות ההליכים; התובענה תוקנה בהתאם לבקשת ב"כ המבקשים; נקבע כי ב"כ המבקשים יגיש אסמכתאות לתמיכה בטענותיו ולאחריו יגישו המשיבים השלמת טענות מטעמם עם אסמכתאות. לאחר כל אלו ישקוד בית המשפט על מתן פסק-דין.

גדר המחלוקת

ניתן לחלק את טענות המבקשים כנגד סמכות הבורר לדון בבוררות לשתי קבוצות: האחת- טענות לעניין עצם סמכותו של הבורר לדון בסכסוך נשוא התובענה שהוגשה אליו, זאת מנימוקים כי ההסכם בוטל, התביעה לא מגלה סכסוך העולה מן ההסכם ובסמכות הבורר וטענות כי אין הבורר יכול ליתן את הסעדים המבוקשים בנסיבות העניין וכו'. טענות אלו נטענו ע"י המבקשים לראשונה בפני הבורר במסגרת בקשה לסילוק התביעה שהוגשה בפניו - ונדחו על ידו. טענות אלו נטענו בשנית במסגרת התובענה בנוסחה המקורי ואח"כ גם בנוסחה המתוקן. השנייה- **טענות לעניין מניעות הבורר להמשיך ולדון בבוררות לאחר ששימש כמגשר בין הצדדים.** טענות אלו יוצאות מתוך נקודת ההנחה כי גם אם לבורר היתה סמכות מקורית לדון בבוררות, הרי בנסיבות העניין, משהסכימו המבקשים להצעת הבורר כי ישמש כמגשר וכתוצאה מפעולות שביצע עת שימש כמגשר - לא יכול כיום הבורר לשוב ולהיות בורר אלא אם יסכימו הצדדים לכך. קבוצת טענות זו נולדה, כאמור, רק לאחר שהוגשה התובענה המקורית (היות והבורר הוסמך לגשר רק לאחר מועד זה) ועל כן מופיעה היא רק בתובענה המתוקנת. טענות אלו אף לא נטענו בפני הבורר לצורך הכרעה בהן.

דיון

אתחיל את הדיון בבחינת קבוצת הטענות השנייה של המבקשים. כפי שהבהרתי בישיבת יום 26.2.09 סבורני, כי טענות אלו של המבקשים הן בעלות משקל רב יותר מקבוצת הטענות הראשונה (שכאמור אף זכתה להתייחסות מצד הבורר) וממילא אם תתקבלנה יתייתר הדיון ביתר טענות המבקשים.

סעיף 11 לחוק הבוררות, תשכ"ח-1968 קובע אימתי רשאי בית המשפט להעביר בורר מתפקידו:

"בית המשפט רשאי להעביר בורר מתפקידו באחד המקרים האלה:

(1) נתגלה שהבורר אינו ראוי לאמון הצדדים;

(2) התנהגותו של הבורר במהלך הבוררות גורמת לעיני דין;

(3) נבצר מהבורר למלא את תפקידו."

הליך הגישור במהותו נועד להביא את בעלי הדין, ליישוב הסכסוך ביניהם, בדרך של הסכמה, מבלי שנותרה בידו של המגשר, הסמכות להכריע בו (ר' סעיף 79ג(א) לחוק בתי המשפט וכן תקנה 2 לתקנות בתי המשפט (גישור), התשנ"ג-1993). מהותו של הגישור אינו אלא אמצעי לניהול משא ומתן, כדי להביא את הצדדים לכריתתו של חוזה, כאשר המגשר, מסייע בידם, ליישב את המחלוקת בדרך של הסכמה (ר' בספרו של עו"ד רונן סטי, דרך גישור להסכם, 2001, עמ' 29 ואילך). מחוקק המשנה קבע בתקנות בתי המשפט (גישור), תשנ"ג-1993 כי המגשר רשאי להיוועד עם בעלי הדין, ביחד או לחוד, ובהסכמתם, עם כל מי שקשור לסכסוך, לרבות עם עורך הדין או בעל הדין (תקנה 6(2)) (לתקנות) ואף התיר מינוי המגשר לבורר (תקנה 5 (ח) לתקנות).

**אין מניעה עקרונית לבורר לשמש כמגשר לאחר שיקבל את הסמכת/הסכמת הצדדים לבוררות לפשוט את גלימת הבורר ולעטות עליו את גלימת המגשר וכן אם הליך הגישור לא יצלח לשוב ולשמש כבורר (ר' לדוגמא ת"א (חי') 968/01 זוהיר פרח נ' אנג'ל מרכזי מסחר ואח'; בש"א (תל-אביב-יפו) 18000/04 - מצל מיחשוב מערכות מידע בע"מ ואח' נ' י. רוטשטיין מערכות מידע בע"מ. )**

המבקשים לא חולקים על העובדה כי הסמיכו את הבורר לשמש כמגשר לפתרון הסכסוך בגינו הגישו המשיבים תביעתם לבורר ואף לא טוענים כי באופן רגיל, מעצם העובדה כי בורר מונה לשמש כמגשר, קמה עילת פסלות המונעת ממנו לחזור לתפקידו כבורר. טענת המבקשים היא כי בענייננו הסמכת הבורר לשמש כמגשר ניתנה על-פי הצעתו של הבורר במהלך הבוררות ועל פי אותה ההצעה נדרשת הסכמת הצדדים על מנת שישבו ויעטה עליו את גלימת הבורר במידה והליך הגישור לא יצלח (ס' 24 לתובענה). בנוסף טוענים המבקשים כי הליך הגישור שנוהל ע"י הבורר, באופן שבו נוהל ולאור החומר אליו נחשף הבורר בתפקידו כמגשר, יש בו כדי למנוע מן הבורר לשוב ולשמש כבורר בין הצדדים (ס' 25-27 לתובענה).

כעולה מכתבי הטענות, הצעת הבורר לשמש כמגשר, בענייננו, הועלתה כבר בישיבת הבוררות הראשונה שהתקיימה במשרד הבורר ביום 6.5.07. לאחר אותה ישיבה העלה הבורר את הדברים על הכתב בהחלטה מאותו היום, ובזו הלשון:

"החלטה

בהמשך לשיבת הבוררות שנתקיימה היום במשרדי, לאחר שהובהר כי נכסי החברה מופעלים כיום על ידי הנתבעים עבור כונס נכסים אשר מונה על ידי הבנק המלווה לחברה על פי אגרת חוב ועל מנת לייעל את ההליכים בין הצדדים הצעתי לצדדים את החלופות הבאות לפתרון הסכסוך שנתגלה בניהם:

המשך הליך הבוררות, כאשר הח"מ ישמש כבורר בין הצדדים, בהתאם לסמכותו לפי חוק הבוררות ולפי ההסכם בין הצדדים. כפי שהובהר בישיבה, הליך זה צפוי להיות יקר וממושך, ואף ייתכן כי בסופו כלל לא תיפתר לב המחלוקת המסתמנת בין הצדדים, קרי: מערכת היחסים ביניהם כבעלי מניות בחברה לאחר פירעון החוב לבנק.

לקיים הליך של פישור, במקום הליך הבוררות. בהליך שכזה, הצדדים ימנו את הח"מ כמפשר, אשר יחתור להצעת פתרון המקובל על שני הצדדים בהסכמה. כמפשר, יוכל הח"מ להציע הצעות שכבורר הוא מנוע מלהציען, אך לא יקיים פגישה עם צד כלשהו שלא בנוכחות הצד האחר. במקרה והליך הפישור לא יסתיים בהצלחה, עומדות בפני הצדדים שתי אפשרויות חלופיות:

האחת, היא שיוכלו הצדדים לבחור בכל הליך חלופי אחר לפיתרון חילוקי הדעות ביניהם.

השנייה, היא כי במצב כזה, תינתן למפשר הסמכה ע"י הצדדים להכריע ע"י מתן פסק בורר".

בכוונת הח"מ לעשות כל הניתן לסיים את ההליכים בפניו תוך שלושה חודשים.

הצדדים מתבקשים לקבל החלטה משותפת בעניין האפשרות הנבחרת מבין האפשרויות המנויות לעיל. הצדדים מתבקשים להודיע לח"מ על החלטתם בהודעה בכתב חתומה ע"י ב"כ הצדדים, תוך עשרה ימים מהיום כלומר, עד ליום 15.5.07"

....

(ההחלטה צורפה כנספח כ"ו לתובענה).

הצדדים לא פעלו כמצוות סעיף 3 להחלטת הבורר ומכל מקום אין חולק, כי לא נענו באותה העת להצעתו לשמש כמגשר ביניהם. ישיבה שנייה בבוררות התקיימה ביום 16.9.07. באותה ישיבה הורה הבורר על קביעת הדין בבוררות להוכחות וכן פנה בשנית אל הצדדים, כדלקמן:

"אני חוזר ופונה אל הצדדים בהצעה לקיום דיון ביניהם לצורך הסדרת חילוקי הדעות מחוץ להליך שבו אני נמצא. לחילופין, לאחר שדחיתי את טענת חוסר סמכותי, אני מציע לאפשר לי לשמש כמגשר ביניכם, על מנת לעזור לצדדים לסיים יחד את הסכסוך הנ"ל" (ההדגשה שלי ש'ש').

(ההחלטה צורפה באופן חלקי כנספח 4 להשלמת טענות המשיבים).

ביום 23.9.07, זמן קצר לאחר אותה ישיבה וההחלטה הנ"ל שניתנה במסגרתה, פנו המבקשים לבורר במכתב בו הודיעו על הסכמתם להצעת הבורר כי ימונה כמגשר (ההדגשה שלי ש'ש):

"מבלי לגרוע או לבטל את בקשתנו מבית המשפט המחוזי בת"א שקלנו בכובד ראש את הצעות כבודו בשתי ישיבות הבוררות, להליך גישור, אשר ייתן סיכוי לפתרון ולמיצוי מלא של המחלוקות. אנו מצידנו מסכימים להצעה זו, נעשה מאמץ ע"מ לסייע בידי כבודו, וננחה את עורך הדין שלנו לסייע כדי לסיים את כל המחלוקות" (הדגשות במקור ש.ש. המכתב צורף כנספח כ"ז לתובענה).

משנענו המבקשים להצעת הבורר כי ישמש כמגשר, ומשניתנה גם הסכמת המשיבים לכך - הסתיים הליך הבוררות והבורר החל בתפקידו כמגשר, על כל המשתמע מכך.

לטענת המבקשים, בנסיבות העניין, משנכשל הליך הגישור, אין לבורר את המנדט לשוב ולשמש כבורר ללא הסכמתם. המבקשים סומכים טענתם זו על סעיף 1(ב)2 להחלטת הבורר מיום 6.5.07 (שצוטטה לעיל) בה הציע הבורר עצמו כמגשר, הצעה לה נענו ומכוחה קנה את כוחו לשמש כמגשר. מהחלטה זו משתמע במפורש כי חזרת הבורר לתפקידו כבורר, לאחר תום הליך הגישור, מותנית בהסכמתם. במילים אחרות - הצעת הבורר כי יטול מעצמו את גלימת הבורר ויעטה את גלימת המגשר הייתה, על-פי הצעתו שלו, מותנית לאור סעיף 1(ב)2 להחלטה-הצעה, גם בכך שאם הליך הגישור לא יצלח יוכל הבורר לעטות על עצמו שוב את גלימת

הבורר רק בתנאי שתינתן הסכמה מפורשת של הצדדים לכך - ומשלא מוכנים המבקשים להסכים לכך מנוע הבורר (ששימש כמגשר בהסכמה) לחזור להליך בוררות.

טענה זו של המבקשים ראוייה וכבדת משקל היא. המשיבים השיבו בתשובתם לתובענה ובהשלמת הטיעונים מטעמם לטענה זו - אך לא מצאתי את תשובתם משכנעת.

לטענת המשיבים הבורר מעולם לא הוסמך לפעול כמגשר אלא "כמפשר" בלבד ולא נערך כלל הליך "גישור" אלא הליך "פישור" (ס' א.א. וס' 75 לתשובה לתובענה). לגישתם, מוסמך הבורר לשמש כ"מפשר", מכוח הסמכויות שניתנו לו בהסכם ומכוח הדין המהותי (ס' 75-77 לתשובה להמרצה, ס' 20 להשלמת הטענות) גם ללא צורך בהסכמת הצדדים שניתנה במהלך הבוררות. טענה זו אין לה על מה לסמוך. מקור האבחנה שמוצאים המשיבים בהקשר עסקי בין המונח "מפשר" ל"מגשר" כלל אינו ברור ונראה, כי מדובר באבחנה מלאכותית שמכל מקום, כפי שיובהר להלן, אין בה כדי להוות מענה לטענת המבקשים, כי הבורר אינו מוסמך לשוב ולשמש כבורר ללא הסכמתם.

ראשית, כלל לא ברור מהיכן שואבים המשיבים את טענתם כי במקרה עסקי ניהל הבורר הליך של "פישור" ולא הליך של "גישור" כמשמעות מושג זה בסעיף 79ג' לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984. כאמור לעיל בהחלטת הבורר מיום 16.9.07, שניתנה לאחר ישיבת הבוררות השנייה, הציע הבורר עצמו במפורש להיות "מגשר" בין הצדדים. הסכמת המבקשים להצעה זו (אותה הציע הבורר גם במהלך ישיבת הבוררות הראשונה), ניתנה ביום 23.9.07 ובה מציינים המבקשים במפורש ובאופן מודגש כי הם הגיעו למסקנה כי הם מסכימים להצעת הבורר כי ישמש כמגשר. בעקבות הסכמת הצדדים ראה עצמו אף הבורר כמגשר, החל בהליכי גישור, קיים ישיבות גישור (כך הגדיר הוא את הישיבות הללו בהחלטותיו - ר' לדוגמא החלטת הבורר מיום 9.12.08 שצורפה כנספח א' לתשובת המשיבים) וציין מינויו כ"מגשר" בחתימתו עת שימש בתפקידו זה (ר' לדוגמא נספח א' לתשובת המשיבים). מכאן - שטענת המשיבים כי מעולם לא הוסמך הבורר להיות "מגשר" וכי כל פעולותיו נעשו "כמפשר" אין להן על מה לסמוך ונטענו ללא עיגון בראיות.

שנית, האבחנה שמוצאים המשיבים בין המונח "פישור" ל"גישור" בנסיבות עניין זה הינה מלאכותית. נכון הוא שבהצעת הבורר מיום 6.5.07, שניתנה בהמשך לישיבת הבוררות הראשונה ופורטה לעיל, הציע הבורר את עצמו כ"מפשר" לצורך הליך של "פישור" ולא היה שימוש במונח "מגשר" או "גישור". עם זאת, מן המסכת הראייתית שהובאה בפני עולה כי הכוונה היתה לאותו המושג. כך נלמד מהחלטת הבורר מיום 16.9.07, שניתנה לאחר ישיבת הבוררות השנייה, ובה ציין הבורר כי הוא "חוזר ופונה אל הצדדים" והציע מפורשות כי יוסמך לפעול כ"מגשר". כך נלמד גם מהסכמת המבקשים, שניתנה במענה להצעת הבורר, ובה ציינו כי הם שקלו את הצעות הבורר, בשתי הישיבות שהתקיימו, ל"הליך גישור", ונענו להצעה. על זהות בין המונחים הללו ניתן ללמוד גם מהתנהגות המחוקק עצמו (המלה "פישור" הוחלפה במלה "גישור" בחוק בתי המשפט (תיקון מס' 30), התשס"א-2001 ס"ח 1804, עמ' 498 ועד אותה העת סעיפים 79ג'-79ד' לחוק על כל תת סעיפיהם דיברו על הליך "פישור" ולא היה זכר למושג "גישור") ואף מכתבי הטענות של המשיבים עצמם (כך לדוגמא בסעיף 13 להשלמת הטיעונים מטעם המשיבים מציינים המשיבים, כי "המשיבים יטענו כי לאורך כל הליך הפישור בין הצדדים היה ברור לכל הצדדים בתיק, כי באם הליך הגישור לא יצלח..." ר' גם ס' 45 להשלמת טיעוני המשיבים).

שלישית, גם אם נכונה היתה טענת המשיבים וקיימת אבחנה בין המונח "פישור" למונח "גישור" ובענייננו קיים הבורר הליך "פישור" ולא הליך "גישור" (חרף כל האמור לעיל) הרי ממה נפשך? ממילא המתווה שקבע הבורר בהחלטתו מיום 6.5.07 (אותה החלטה בה השתמש הבורר במונח "פישור" ולא "גישור" כפי שעשה בהמשך. נספח כ"ו לתובענה) חל בענייננו וסעיף 1(ב)2 (אותה החלטה- הצעה דורש כי הבורר, לאחר שישמש כ"מפשר" יצטרך "הסמכה" מטעם הצדדים על מנת שיחזור לתפקיד הבורר.

עוד טוענים המשיבים, כי "כל אורך הליך הפישור בין הצדדים היה ברור לכל הצדדים לתיק כי באם הליך הגישור לא יצלח יחזרו הצדדים למתכונת המוסכמת של הליך הבוררות (ס' 13 להשלמת הטיעונים). מהיכן לומדים המשיבים את אותה הסכמה מפורשת או מכללא? ממספר מקורות:

במכתב מטעם הבורר (עת שימש כמגשר) מיום 27.11.07 (צורף כנספח 1 להשלמת טיעוני המשיבים) הודיע הבורר לצדדים כי "לבקשת הצדדים, אסכים להיפגש עם כל אחד בנפרד במועד שיוסכם עימו וזאת על מנת לקדם את הליך הגישור). תנאי מוקדם לכך הוא אישור הצדדים, על ידי חתימתם בשולי מכתב זה והחזרתו

אליו, כי לא יהיה בכך כדי לפסול את החתום מטה להמשיך לשמש כבורר בין הצדדים היה והליך הגישור לא יצלח והצדדים יחזרו למסלול של בוררות.

לטענת המשיבים (בפתיח להשלמת הטיעונים מטעמם ובסעיף 7 לתצהיר המשיב שהוגש בתמיכה) המבקשים הסכימו לאמור במכתב זה ומכאן משתמע כי הסכימו כי הסכסוך יושב למסלול של בוררות באם הליך הגישור יכשל. ברם, מעבר לעובדה כי לא ברור מהיכן ינקו המשיבים את מסקנתם, כי המבקשים הסכימו לאמור במכתב (זאת היות ואין חתימה של המבקשים או ב"כ על גבי עותק המכתב שצורף כנספח להשלמת טיעוני המשיבים אלא רק חתימת ב"כ המשיבים. זה המקום לציין כי לעניין זה דרשתי הבהרה מצד המשיבים והם הבהירו בתגובה מיום 15.3.09 כי המבקשים אכן אינם חתומים על המסמך) הרי שמתוכן המכתב עולה, כי מבוקשת בו הסכמה לפעולת הבורר כמגשר (פגישה עם הצדדים בנפרד) שמותרת למגשר (סעיף 79ג) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984) אך מהווה טעם פסול בהתנהגות בורר, ועל כן נדרשה ההסכמה. מתוכן המכתב נראה, כי ההסכמה נדרשה על מנת שאם הצדדים יחזרו להליך בוררות לא יהיה בהתנהגות זו של הבורר (בתפקידו כמגשר) כדי להוות פתחון פה לאחד הצדדים להטיל דופי בשלב מאוחר יותר בהתנהגותו. מתוכן המכתב לא עולה באופן חד משמעי, כי אם הליך הגישור יכשל הצדדים יעברו להליך בוררות בלא שתדרש לשם כך הסכמתם. ההיפך הוא הנכון. ודוק! לא נאמר במכתב כי חתימת הצדדים בשוליו נדרשת כדי להעיד שהבורר "יכול להמשיך לשמש כבורר בין הצדדים היה והליך הגישור לא יצלח" בלבד, אלא נכתב תנאי נוסף וזה "והצדדים יחזרו למסלול של בוררות" וממנו משתמע כי לצדדים קיימת בחירה בעניין כאמור באותה החלטה/הצעה מיום 6.5.07.

זאת ועוד, הדעת נותנת כי אם הבורר דאג לעגן הסכמת הצדדים להתנהגות כזו או אחרת מצדו כמגשר, בכתב ובחתימת הצדדים (השווה גם דרישת הבורר בסעיף 3 להחלטה מיום 6.5.07. הקטע צוטט לעיל), קל וחומר שאם במהלך הליך הגישור היתה ניתנת הסכמה מפורשת של הצדדים לחזור למתווה של בוררות במידה והליך הגישור יכשל (ובכך לוותר על ההסכמה הנדרשת לפי המתווה המקורי בהצעת הבורר לה נענו המבקשים) היה דואג לכך שהדברים ימצאו ביטויים באופן כתוב וחתום.

מקור נוסף שמוצאים המשיבים לתמיכה בטענתם זו היא התבטאות שנטענה כביכול ע"י ב"כ המבקשים במסגרת ישיבת גישור מיום 9.12.08 במהלכה נטען, כי ב"כ המבקשים אמר "לבוררות אזהר עדים, הבנתי שלא אביא עדים לגישור". מעבר לעובדה שלא הובאה ראיה להתבטאות זו (לא צורף פרוטוקול או מסמך אחר להוכחתה) ולא ברור ההקשר בו נאמרה איני סבור, כי יש בהתבטאות ספונטנית שכזו, גם אם נאמרה, כדי להוות ויתור מפורש או משתמע על הזכות שניתנה למבקשים, להחליט אם ברצונם להמשיך בהליך הבוררות אם לא - החלטה שעפ"י המתווה שניתן בהצעת הבורר צריכה להינתן רק בשלב בו נכשלו הליכי הגישור.

מקור נוסף שמוצאים המשיבים לתמיכה בטענתם היא החלטת הבורר מיום 6.5.07 (נספח כ"ו לתובענה) - אותה הצעת הבורר שניתנה מיד עם תום ישיבת הבוררות הראשונה ובמסגרתה הוצעה לצדדים האפשרות לנקוט בהליך הגישור (ששם כונה הוא "פישור"). המשיבים מצטטים מסעיף ב' לאותה החלטה (שצוטטה לעיל) קטע מסויים ("לקיים הליך של פישור, במקום הליך הבוררות. בהליך שכזה הצדדים ימנו את הח"מ כמפשר, אשר יחתור להצעת פתרון המקובל על שני הצדדים בהסכמה...") ולגישתם נלמד מקטע זה כי אם הצדדים לא מגיעים במסגרת הפשרה לפתרון מוסכם אז הצדדים חוזרים להליך המקורי (ס' 42-43 להשלמת טיעוני המשיבים). פרשנות זו של המשיבים להחלטת הבורר היתה יכולה לעמוד אם לאחר הקטע בהחלטת הבורר שאותו בחרו לצטט לא היה סעיף קטן (2), אותו לא טרחו לצטט, שקובע מפורשות, ברחל בתך הקטנה, כי בנסיבות בהן הליך הגישור לא יצלח נדרשת הסכמה מטעם הצדדים על מנת שהסכסוך יוכרע ע"י מתן פסק-בורר.

בהיעדר עיגון בראיות לטענת המשיבים, כי המבקשים הסכימו במפורש או מכללא לכך שהבורר ישוב וידון בסכסוך לאחר תום הליך הגישור שלא צלח, מנסים הם לתמוך טענתם בפסיקה וללמוד ממנה, כי מדובר בנורמה התנהגותית שצריכה לחול גם בענייננו. בס' 44 להשלמת הטיעונים מטעמם מביאים ומצטטים הם מבש"א (תל-אביב-יפו) 18000/04 - מצל מיחשוב מערכות מידע בע"מ ואח' נ' י. רוטשטיין מערכות מידע בע"מ, שם נאמר כי:

"בהסכמת הצדדים להקנות לעו"ד ראב"ד מעמד של מגשר הנעדר כח הכרעה, מובנית ההסכמה לחזור לבוררות, אם לא יצלח הגישור שהרי ברור לכולי עלמא, כי לא נותר אלא לסיים את הליך הבוררות, בפסק-בוררות".

מקטע זה מבקשים המשיבים ללמוד וללמד כי משלא הוקנה לבורר, בתפקידו כמגשר, כוח הכרעה חזקה שהצדדים התכוונו לכך שאם הליך הגישור לא יצליח יחזור הבורר לתפקידו המקורי כבורר ויסיים את הליך הבוררות. דא עקא, קריאה מדוקדקת של פסק-הדין הנ"ל מגלה כי נסיבות אותו המקרה שונות מן המקרה עסקינן. אכן, באותו המקרה מונה בורר מוסכם (עו"ד ראב"ד) כמגשר בין הצדדים ובמהלך הליך הגישור מינו אותו הצדדים בהסכמה אף לפעול כמגשר לצורך הכרעה בסוגייה שעמדה להכרעה, ואכן הבורר פעל כמגשר. כאן נגמר הדמיון בין אותו המקרה למקרה עסקינן. בעוד שבמקרה עסקינן קבע הבורר מתווה מסויים בהצעתו למינויו כמגשר, מתווה לפיו נדרשת הסמכת הצדדים להמשך הליכי הבוררות אם הליך הגישור לא יצליח, לא כך היה באותו המקרה. באותו המקרה הצדדים להליך הבוררות פשוט לא התייחסו לאפשרות כי הליך הגישור לא יצליח. לפיכך, מסקנת בית המשפט שם, כי בשתיקת ובהסכמת הצדדים למינויו הבורר כמגשר (שנעדר יכולת הכרעה) טמונה גם הסכמה כי ישוב לתפקידו כבורר (עם יכולת הכרעה) אם הליך הגישור יכשל, היתה מוצדקת ונכונה בנסיבות אותו עניין. מסקנה זו אינה יכולה לחול בענייננו מאחר ומתעלמת היא מן המתווה שקבע הבורר בהחלטתו-הצעתו למינויו כמגשר בכלל ובפרט מסעיף 1(ב)2 לאותה ההחלטה.

העולה מן המקובץ - מבלי להידרש ולהכריע בטענות המבקשים השונות לעניין חוסר סמכות הבורר לדון וליתן פסק-בורר בסכסוך נשוא הבוררות ("קבוצת הטענות הראשונה") ומבלי להידרש ולהכריע בטענות המבקשים לעניין העברת הבורר מתפקידו עקב פעולות והתנהלות הבורר עת שימש כמגשר (מוסכם) בין הצדדים, **אני קובע כי בהיעדר הסמכת המבקשים להסמכת הבורר לשוב לדון בבוררות לאחר ששימש כמגשר, על-פי המתווה שנקבע בהחלטת הבורר עצמו מיום 6.5.07, לא יוכל הבורר לשוב לדון בבוררות וליתן בה פסק-בורר.**

**גם אם לא קיימת כל מניעה עקרונית שנובעת מתנהלות הבורר במסגרת הליך הגישור, כי הבורר ישוב וידון בבוררות לאחר ששימש כמגשר בין הצדדים (סוגייה אליה כאמור לא נדרשתי כלל) - המניעות קיימת במקרה עסקינן היות ולאור מסכת הראיות שהובאה בפניי, ברור היה כי חזרת הבורר לתפקידו לאחר הליך הגישור אינה אוטומטית אלא תלויה בהסמכה מצד הצדדים ומכאן גם בהסכמה מצד המבקשים - זאת עפ"י המתווה שקבע הבורר עצמו בהצעתו כי ישמש כמגשר, הצעה שנולדה מיד לאחר ישיבת הבוררות הראשונה. המבקשים מטעמיהם שלהם לא מוכנים לתת הסכמתם כי הבורר ישוב לתפקידו לאחר שהליך הגישור לא צלח. כפיית המבקשים להתדיין בפני הבורר, בהתעלם מן ההסכמה הנדרשת על-פי המתווה שקבע הבורר עצמו עת הציע עצמו כמגשר, לא רק שאינה מעוגנת בדיון אלא תביא בהכרח לכך שהבורר לא יהיה ראוי לאמונם. וכי כיצד יהיה ראוי הבורר לאמונם צדדים כאשר הם פועלים על פי החלטתו ואח"כ כופים על אותם הצדדים (והבורר) להתכחש להחלטת הבורר בבחינת נכתבה היא על הקרח?**

**משכך, הגם שלא מצאתי כל דופי או פסול בהתנהגות הבורר במסגרת תפקידו כבורר או תפקידו כמגשר (סוגייה שלא נבחנה על ידי), כתוצאה מהנסיבות שנוצרו לא יהיה ראוי הבורר לאמונם הצדדים אם ישוב לתפקידו כבורר בהיעדר הסכמה מצד המבקשים ובהתעלם מן המתווה מכוחו מונה הוא כמגשר בין הצדדים. יתכן והעילה הנכונה במקרה עסקינן להעברת הבורר מתפקידו היא בכלל העילה הנוגעת לנבצרות של הבורר למלא את תפקידו לאור הנסיבות שנוצרו (לפי סעיף 11(3) לחוק הבוררות; ר' לעניין זה ספרה של פרופ' ס. "אוטולנגי, בורות דין ונוהל", מהדורה רביעית מיוחדת, עמ' 519-520) אך מאחר והצדדים לא טענו בעניין סוגייה זו, לאור הבהרתי כי אין בהחלטתי כדי להטיל רבב בהתנהגות הבורר או כדי לפגוע בכבודו והיות ודין בסוגייה זו הינו אקדמי גרידא כשהתוצאה הינה זהה, איני מוצא להידרש לכך.**

בטרם אחתום אציין, כי ביום 16.3.09 הונחה בפניי הודעה מטעם הבורר. הודעה זו הוגשה ע"י הבורר מיוזמתו, מבלי שהתבקשה עמדתו ע"י ביהמ"ש בעניין כלשהו, וחרף העובדה כי הבורר הגיש עמדתו להליכים כבר ביום 11.1.09 והודיע כי יכבד כל החלטה שתתקבל ע"י בית המשפט וביקש בישיבת יום 26.2.09 כי ביהמ"ש יפטור אותו מהתייצבות להליכים, בקשה לה נעתר ביהמ"ש. בנסיבות אלו ולאור המתווה הדיוני שקבעו הצדדים להכרעה בתובענה בישיבת יום 26.2.09 הנני מנוע מלהתייחס לתוכן הודעה זו ולראיות שצורפו לה כנספחים.

סוף דבר

24. התובענה מתקבלת במובן זה שהבורר יחדל מלהמשיך בבוררות ולא יתן פסק בורות במחלוקת בין הצדדים.

ב. המשיב 2 ישא בהוצאות המבקשים ושכ"ט עו"ד בסך של 8,000 ₪ + מע"מ כחוק צמודים ונושאים ריבית מהיום ועד התשלום בפועל.