

## מה בין בורר - מעין-בורר - שמאי-מעריך - מומחה-ביהמ"ש

יחיאל ברונר, עו"ד, מהנדס

חבר אגד שפרש לגמלאות ואשר מימש את מניותיו באגודה, הגיש תביעה נגד האגודה, נטען על ידו, כי הערכת שווי המניות, אשר בוצעה על ידי רואה החשבון של האגודה, נעשתה בצורה בלתי אובייקטיבית, בלתי ריאלית והיא אינה משקפת את הערך האמיתי של המניות. במסגרת הדיון על מהות תפקידו של רה"ח, דן ביהמ"ש המחוזי בירושלים, בפסק הדין שניתן על ידו בתביעה זו, בין השאר, גם באבחונים בכל הנוגע לטווח סמכותם וטווח הביקורת המשפטית האפשרית על החלטתם, של בורר - מעין-בורר - שמאי-מעריך ומומחה-ביהמ"ש.

לאור הנטייה הגוברת והולכת, להזדקק להליכים אלטרנטיביים לערכאות השיפוטיות לשם פתרון סכסוכים וחילוקי דעות, יש מקום ליתן את הדעת לאבחנות שאבחן ביהמ"ש, בהתבסס על פסיקותיו של ביהמ"ש העליון, בין בעלי התפקידים השונים, כמפורט להלן. אנו נוסף עליהם, בקצרת האומר, גם את עניין הגישור והפיזור.

ככלל קובע ביהמ"ש בהחלטתו, כי: "ההבדלים בין בורר, מעין בורר ושמאי-מעריך הם לעתים דקיקים ולא פעם קשה לקבוע מה התפקיד שהוטל על פלוני. כדי לקבוע למה התכוונו הצדדים יש לבחון את המסמך שעליו חתמו, נסיבות החתימה וגם אופן ביצוע התפקיד של בעל המנוי. אם אין מסמך בכתב, ניתן לדלות את כוונת הצדדים מהצהרותיהם ומדרך פעולתו של בעל הדבר. השם שבו בחרו הצדדים אינו מכריע, כשם שהעדר הגדרת התפקיד אינה יכולה למנוע מבית המשפט לבחון את מהותה של הסמכות שהוענקה לאותו אדם." גם הפסיקה לא תמיד הבחינה בין בורר לבין מעין-בורר, ובינם לבין שמאי-מעריך. המשותף לכולם הוא, שהם מתבקשים לעשות שימוש בידע המקצועי שלהם ולסייע בפתרון סכסוך, או למנוע את היווצרותו.

בוררות אובחנה על ידי ביהמ"ש בקיומם של חמישה מאפיינים: (1) קיומו של הסכם בוררות בין הצדדים; (2) הבורר נדרש להכריע במחלוקת קיימת או עתידית בין הצדדים; (3) הבורר חייב לקיים שמיעה של טענות שני הצדדים, והוא מוסמך לגבות ראיות ולנהל דיון בעל אופי שיפוטי; (4) הבורר מכריע בסכסוך והוא מוסמך להטיל חיובים כספיים על הצדדים; (5) הצדדים רשאים להיות מיוצגים בפני הבורר על ידי עורכי דין.

מעין-בורר הינו מעין "יצור-כלאיים" עליו נאמר ע"י ביהמ"ש, כי הוא מצוי מחוץ ל"מעגל הבוררות", הקרוב אליו, אך: "אל-תוך המעגל תשוקתו ואליו לא יבוא. מכלל "לא-בורר" יצא אך אל "בורר" לא בא. בעוד ש"בורר" ידענו מהו - והרי מצוי הוא בבית חוק הבוררות והמחוקק הורנו דינו, הנה אותם "מעין בוררים" מקומם הוא אל-מחוץ לבית חוק הבוררות ובאין הדרכה בחוק מה דין יחול עליהם, רב לו ידו של בית-המשפט בעיצובן של הלכות שתתפוסנה בהכרעותיהם." על ידי מינוי מעין-בורר חפצים צדדים לעשות שימוש בידעיותו המקצועיות של מומחה בלתי תלוי כדי שיתן, על פי שיקול דעתו, את ההכרעה שהתבקש לתת. מספר מאפיינים למעין-בורר: (1) הוא נבחר על ידי הצדדים, שבעניינם הוא אמור להכריע; (2) הכרעתו סופית

ומחייבת את הצדדים שבחרו בו, אולם אין הוא מוסמך להטיל חיובים עליהם; (3) מעמדו בין הצדדים הוא ניטרלי; (4) קיימת בין הצדדים תניה חוזית מפורשת המסמיכה אותו להכריע על סמך שיקול דעת עצמאי והצדדים כבולים להכרעה זו; (5) דרך כלל הכרעתו באה למנוע סכסוך עתידי.

להבדיל מבורר, אין מי שמונה לתפקיד של מעין-בורר חייב לקיים שמיעה שיפוטית (עדים, חקירות נגדיות וכד'), אך הוא כן חייב ליתן לצדדים הזדמנות נאותה להשמיע בפניו טיעוניהם. על היקף חובה זו, במובחן מקיום החובה עצמה, ישנם חילוקי דעות בין שופטי ביהמ"ש העליון, ואין המקום, במסגרת מאמר זה, לרדת לעומקם ולדקדוקם.

שמאי-מעריך מתבקש על ידי אחד הצדדים, או על ידי שניהם, להעריך את מושא מומחיותו על פי ידיעותיו ומומחיותו ואין, בדרך כלל, תוקף מחייב להחלטתו. השמאי-המעריך מתמנה לתפקידו עקב כישוריו, כדי שיעריך את שנתבקש על סמך ידיעותיו המקצועיות וניסיונו המקצועי, מבלי לשמוע עדויות או לגבות ראיות ובלי לנהל דיון בעל אופי שיפוטי, ולפיכך הוא גם לא מעין-בורר. אם הצדדים הסכימו כי חוות הדעת תחייב אותם, אין להרשות את הפרכתה של זו על ידי עדות חיצונית אחרת. שמאי-מעריך מוסמך לתת הערכה כספית לצד אחד או לשני הצדדים גם יחד. הכרעתו היא מצומצמת בדרך כלל לנקודה אחת. ממעריך מצופה שיפעל רק על פי כישוריו ומומחיותו. אין הוא חייב, בדרך כלל, בטרם שנתן את הערכתו, לשמוע את הצדדים, אפילו אם הסכימו שהכרעתו תהא סופית, משום שאין הוא ממלא תפקיד מעין שיפוטי. גם אם יחליט לקיים שמיעה לא בהכרח יהיה בורר, גם אם הוסכם שהכרעתו מחייבת.

מומחה-מטעם-בית-המשפט מתמנה על-ידי בית המשפט, ומשמש לו ככלי עזר. מינויו אינו משחרר את בית המשפט מחובתו להכריע בסכסוך, וחוות דעת של מומחה כזה היא ראייה ככל ראייה בתיק. בית המשפט הוא שקובע סופית את העובדות וניתן להעמיד את המומחה במבחן של חקירה נגדית ואו להגיש לו שאלות הבהרה על חוות דעתו. כשמדובר במומחה מוסכם, הגישה היא שבית המשפט לא יתערב בחוות דעתו אלא אם נפלה בה טעות גסה, כך שאפילו בית משפט, החסר דעה מקצועית באותו תחום, יוכל לומר שחוות דעתו של המומחה מופרכת.

#### היקף הביקורת השיפוטית

היקף הביקורת השיפוטית על כל אחד מבעלי התפקידים, הינה פונקציה הפוכה של טווח סמכותם. ככל שהסמכות שהעניקו הצדדים גדולה ורחבה יותר, כך תצתמצם הביקורת השיפוטית על החלטתו של בעל התפקיד, ולהיפך. גישה זו של הפסיקה נובעת גם מהמגמה להוציא, ככל הניתן, סכסוכים מבתי המשפט ולהעבירם להליכים חלופיים כמו בוררות, גישור, או פישור.

היקף הביקורת השיפוטית על החלטותיו של בורר הוא מצומצם ביותר. כיום הוא מצומצם אף מהיקף הביקורת שהיתה לבתי המשפט על פי פקודת הבוררות המנדטורית, שבוטלה בחוק הבוררות, שם הוכרה כעילה לביטול פסק בורר גם 'טעות גלויה על פני הפסק', עילה שאינה קיימת בחוק הבוררות. העילות לביטול פסק בורר מנויות בסעיף 24 לחוק הבוררות, והן כפופות לסעיף 26

(א) הקובע, שגם אם קיימת עילת ביטול רשאי בית המשפט לדחות את הבקשה אם סבר שלא נגרם עיוות דין. המאפיין את עילות הביטול שהן מתייחסות לתקינותו של הליך הבוררות להבדיל מתוכן הפסק עצמו. לאחרונה נשמעים קולות, אפילו מכוון ביהמ"ש העליון, שיש מקום לחזור ולשקול את העניין, עקב חוסר היכולת "לערער" על פסיקת הבורר.

היקף הביקורת השיפוטית על המעין-בורר ועל השמאי-מעריך תיגזר מתוך ההסכם שנקבע בין הצדדים. ברצותם ירחיבו אותה, וברצונם יקצרוה: "אם הצדדים קיבלו עליהם שאין הם רוצים להרהר ולערער על הקביעה וראו בה קביעה סופית, אין להם אלא להלין על עצמם אם טעו בבחירתם או הפריזו באמונם". היקף הביקורת נגזר מהרצון לתת תוקף לרצון הצדדים, ובתנאי שכיבוד רצון הצדדים אינו נוגד את הסדר הציבורי או תקנת הציבור. יש לבחון האם מעין-בורר מילא אחרי ההוראות שניתנו לו בהסכם שמינהו: "ואולם במידה שמסקנותיו נוגעות לעניינים שבשיקול דעת, אין להרשות ויכוח על כך אם שיקול דעתו היה פגום, ואף טעות שהוא טעה בתום לב בעניין שבשיקול דעת אין בה כדי להצדיק את שינוי מסקנותיו. הטעם לדבר הוא שבעניינים אלה התכוונו הצדדים לסמוך ללא ערעור על הכשרתו המקצועית של האיש שנבחר על ידם... אם הפסק 'אילם' ואינו מכיל נימוקים, אין להרשות חקירה בכוונה להראות באילו דרכים ושיטות הוא הגיע למסקנותיו. בפני חקירה כזאת פסקו של 'מעין בורר' מחוסר לפחות כמו פסקו של בורר ממש. לעומת זאת, אם ההחלטה אינה אילמת, ניתן להראות שהמעין-בורר טעה טעות ממשית, או התחשב בדבר שלא היה צריך להתחשב בו, או לא התחשב בדבר שהיה צריך לקחתו בחשבון. "

"אין באמור לעיל כדי להביא למסקנה כי החלטתו של 'מעין בורר' חסינה מפני תקיפה בבית משפט, אלא שהיקף התערבותו של בית המשפט מצומצם ומוגבל (לפחות לגבי החלטות 'אילמות') למקרים חריגים, כגון אם נהג 'מעין בורר' בחוסר תום לב, מירמה או השפעה בלתי הוגנת". ניתן לחקור מעין-בורר, אם החלטתו אינה "אילמת", כדי להראות שפעל שלא בהתאם להוראות ההסכם שמינהו, בחריגה מסמכות, שטעה טעות של ממש, או שהתחשב בדבר שלא היה צריך להתחשב בו, שפעל בחוסר תום לב או במרמה או בקונויה עם אחד הצדדים, או שלא שמר על כללי הצדק הטבעי, או בחריגה מסמכות. אין להרשות חקירה שמטרתה להראות שנפל פגם בשיקול דעתו או שטעה בתום לב בשיקול דעתו.

היקף הביקורת על החלטתו של שמאי-מעריך דומה לזו של מעין בורר, בהבדל אחד חשוב והוא, שאין לתקוף את החלטתו משום שלא שמר על כללי הצדק הטבעי ולא העניק זכות שמיעה לצדדים משום שדרך כלל הוא פטור מחובה זו, אלא באם הצדדים הטילו אותה עליו במפורש.

המגשר והמפשר, כשם כן הם. בניגוד לכל אלה שאוזכרו עד כאן, אין בכוחם כל סמכות הכרעה בין הצדדים. כשם כן הם. מתפקידו של המגשר "לקלף" מהסכסוך את עמדות הצדדים, למצוא את האינטרסים האמיתיים של הצדדים, העומדים בבסיס המחלוקת, ולנסות לבנות "גשר של אינטרסים" שיהיה בכוחו ליישב את הסכסוך ביניהם. תפקידו של המפשר, כשמו, לקבוע, על פי שיקול דעתו וניסיונו המקצועי, את הפשרה ההוגנת בין עמדות הצדדים, בכפוף להגבלות שהטילו עליו הצדדים, אם הטילו.

במקרה דנן, דחה ביהמ"ש המחוזי את טענות התובע לאחר שקבע, שרוה"ח של האגודה היה בבחינת שמאי-מעריך בלבד, שסמכותו לבצע את שערך המניות הנפדות נקבעה, על ידי כל חברי האגודה והתובע בכללם, בתקנון האגודה. תקנון זה מהווה הסכם בין חברי העמותה לבין עצמם, ובינם לבין האגודה. משלא נמצא כל רבב בהליכי ביצוע ההערכה של המניות על ידי רוה"ח, אישר ביהמ"ש את קביעתו, ודחה את התביעה.