

בתי המשפט

הפ 000218/08		בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו	
27/07/2009	תאריך:	כבוד השופטת ענת ברון	לפני

בעניין: קלי טופז בע"מ

המבקשת

נ ג ד

בני וצביקה בע"מ

המשיבה

חקיקה שאוזכרה:

[חוק הבוררות, תשכ"ח-1968: סע' 22\(א\) \(1\), 24, 24\(3\), 24\(4\), 24\(7\), 24\(9\), 26, 26\(ב\)](#)

[חוק החוזים \(חלק כללי\), תשל"ג-1973](#)

מיני-רציו:

* בימ"ש המחוזי ביטל חלק מפסק בורר כיוון שהבורר תיקן את הפסק בלא שהדבר נתבקש ממנו, כאשר התיקון המבוקש הינו בגדר שינוי מהותי שהבורר כלל לא יכול להידרש לו; כן הפחית בימ"ש את שיעור הפיצוי המוסכם בשל גובהו ובשל חריגה מסמכות.

* בוררות – פסק בורר – ביטול

* בוררות – פסק בורר – חריגה מסמכות

* בוררות – פסק בורר – תיקון

* בוררות – פסק בורר – התערבות בית-המשפט.

בין המבקשת למשיבה נחתם חוזה לפיו התחייבה המשיבה להרוס בניין שבבעלות המבקשת, לגרוס את ההריסות ולפנותם (להלן: החוזה). העבודה חולקה לשני שלבים ונקבע ש-85% מהתמורה תשולם למשיבה עם ביצוע שלב א'. בפועל ביצעה המשיבה רק את שלב א' והמבקשת שילמה את הסכום המוסכם ממנו קיזזה כספים. בסכסוך בין הצדדים מונה בורר וניתן פסק בוררות (להלן: הפסק). עסקינן בבקשת המבקשת לביטול חלקים מהפסק ומהחלטה שנתן הבורר הנוגעים לתקופת החיוב בפיצוי המוסכם ושיעורו הכולל; לפסיקת מע"מ בהחלטת הבורר על הסכומים שקוזזו ושהבורר הורה בפסקו על תשלומם למשיבה; חיוב בגין אובדן רווח קבלני.

בית המשפט המחוזי קיבל את הבקשה בחלקה ופסק כי:

אשר לחיוב בגין אובדן רווח קבלני בגין שלב ב' של העבודות, מאחר שלא הובאו ראיות לעניין זה ואין לבורר ידיעה שיפוטית מהו הרווח הקבלני בענף, הוא פסק על דרך האומדן, לאחר שקבע כי רווח מסוים אבד. טענות המבקשת כי הבורר פסק בניגוד לדין המהותי או חרג מסמכותו הן בגדר ניסיון לערער על קביעות עובדתיות ומשפטיות של הבורר, ומקומן לא יכירן בבקשה לביטול פסק בוררות. גם אם טעה הבורר בשיקול הדעת שהפעיל, כאשר נקט בדרך של אומדן, אין בימ"ש שם עצמו כערכאת ערעור על פסקי בוררות, והעילות להתערבותו בהם מתאפיינות בבדיקת תקינות הליך הבוררות ולא בבחינה מהותית של תוצאותיו. כ"כ, כשמקבלים צדדים על עצמם לפנות לבורר, מקבלים הם עליהם את שיקול-דעתו ואת הבנתו את החוק ואת העובדות, ואינם יכולים לקבול כי אלה היו מוטעים. לכן, אף אם טעה הבורר בדבר הלכה או בשיקול הדעת, אין בכך כדי לבטל את הכרעתו. לפיכך, אין עילה מוכרת בדין להתערבות בימ"ש בקביעתו של הבורר לעניין הפיצוי בגין אובדן רווח קבלני.

המע"מ שהמבקשת חייבת בתשלומה למשיבה חל על כל התמורה בגין ביצוע העבודות בשלב א' והוא ישולם בהתאם לדין; הבורר לא היה רשאי להוסיף מע"מ על החיוב בגין אובדן רווחים ועל הפיצוי המוסכם, שכן מדובר "בתיקון" הפסק בלא שהבורר נתבקש לתקנו. הדרך לתקן או לשנות פסק קבועה בס' 22(א)(1) לחוק והמשיבה לא נקטה בה. בכל מקרה התיקונים שלהם רשאי בורר להידרש מכוח הוראה זו, לאחר שנתן פסקו הם בעלי אופי פרוצדורלי, טכני ואריתמטי להבדיל משינוי מהותי ונראה כי הוספת מע"מ בענייננו היא בגדר שינוי מהותי.

אשר לפיצוי המוסכם במקרה של איחור בתשלום התמורה המגיעה למשיבה. בתביעת המשיבה הוגדרה התקופה שבגינה עתרה היא לפיצוי מוסכם ואף ננקב סכום קצוב עד למועד הגשת התביעה. לפיכך, בקביעת הפיצוי המוסכם לתקופה שלאחר מועד הגשת התביעה חרג הבורר מסמכותו, ואף לא ניתנה הזדמנות נאותה לצדדים לטעון טענותיהם בסוגיה זו. זאת ועוד. על אף שהבורר ציין בפסקו כי אחד השיקולים בפסיקת הפיצוי הוא למנוע פיצוי מכביד מדי, ללא כל יחס לנזק הצפוי וכדי לא לנהוג באופן שיוביל לתוצאה קיצונית מדי, הפיצוי שפסק הנו גבוה מדי בהתחשב עם התקופה שבגינה נקבע החיוב ולא ניתן להותירו על כנו. לפיכך, התערב בימ"ש בפסיקת סכום הפיצוי המוסכם.

פסק-דין

פתח דבר

1. ביום 1/11/07 ניתן פסק בוררות על ידי השופט בדימוס, עו"ד דניאל ארנסט (להלן: "הבורר", ו"פסק הבוררות" או "הפסק"); צורף כנספח 1 לבקשת הביטול כהגדרתה (להלן) בסכסוך שבין המבקשת, קלי טופז בע"מ (להלן: "המבקשת") לבין המשיבה, בני וצביקה בע"מ (להלן: "המשיבה").

בעקבות פסק הבוררות, ביום 11/11/07 פנתה המשיבה לבורר בכתב בצירוף דף חשבון שערכה לטענתה בהתאם להוראות הפסק (להלן: "תחשיב המשיבה") וביקשה מן הבורר ליתן פסיקתא בהתאם (להלן: "הבקשה למתן פסיקתא, צורפה כנספח ב1 לתגובת המשיבה לבקשת הביטול). המבקשת מצידה הגישה ביום 25/11/07 "התנגדות לבקשה למתן פסיקתא בסכומים שנכתבו בבקשה" בטענה כי אלה אינם תואמים את פסק הבוררות (ההתנגדות לבקשה למתן פסיקתא צורפה כנספח ב2 לתגובת המשיבה לבקשת הביטול); ובד בבד גם הגישה המבקשת "בקשה לתיקון טעות סופר" שלטענתה נפלה בפסק הבוררות, ובלא לגרוע מטענותיה האחרות כנגד פסק הבוררות (להלן: "הבקשה לתיקון טעות סופר", צורפה באופן חלקי לתגובה לבקשת הביטול, והמסמך השלם צורף כנספח א2 לסיכומים מטעם המשיבה). לבורר הוגשו תגובות נוספות בענין הפסיקתא ולענין הבקשה לתיקון טעות סופר, וביום 6/1/08 נתן הבורר "החלטה בטענות בענין הפסיקתא ותיקון טעות סופר" (להלן: "החלטת הבורר", צורפה כנספח 2 לבקשת הביטול).

מלכתחילה הגישה המבקשת בקשה לביטול פסק הבוררות בכללו וממילא גם לביטול החלטת הבורר; ואולם בסיכום טיעוניה ויתרה על חלק מטענותיה וביקשה לבטל רק חלקים מפסק הבוררות והחלטת הבורר ולא עוד את אלה במלואם, כפי שעוד יפורט (לעיל ולהלן: "**בקשת הביטול**"). המשיבה מצידה מתנגדת לבקשת הביטול וטוענת כי יש להותיר את פסק הבוררות ואת החלטת הבורר כפי שהם על כנם.

הצדדים ויתרו על חקירות המצהירים, ובהסכמתם ההכרעה בבקשת הביטול ניתנת על סמך כתבי הטענות על נספחיהם וסיכומים בכתב שהוגשו.

רקע עובדתי

2. ביום 30/6/05 נחתם חוזה בין המבקשת כמזמינת העבודה לבין המשיבה כקבלן, שעל פיו התחייבה המשיבה להרוס בניין בנתניה שבבעלות המבקשת, לגרוס את ההריסות ולפנותם (להלן: "**החוזה**"), צורף כנספח ב לבקשת הביטול).

בחוזה נקבע כי תמורת ביצוע מלוא התחייבויותיה ישולם למשיבה סכום של 385,000 ₪; ואולם אם יתקבל אישור מעיריית נתניה לגריסת ההריסות באתר העירייה או בכל אתר חלופי אחר באזור, יופחת סכום התמורה ויעמוד על סך 348,000 ₪. העבודה חולקה לשני שלבים: שלב א ושלב ב, ונקבע ש-85% מהתמורה תשולם למשיבה עם ביצוע שלב א ו-15% עם סיום ביצוע שלב ב.

בפועל ביצעה המשיבה רק את שלב א של העבודות נושא החוזה ולא ביצעה את שלב ב. תמורת העבודות שבוצעו שילמה המבקשת למשיבה סכום של 263,311 ₪ לפי החישוב כלהלן: 85% מהסכום המוסכם (385,000 ₪) כפי שנקבע שישולם עבור שלב א של העבודות, שהם 327,250 ₪, כאשר סכום זה לטענת המבקשת נקבע כשהוא כולל מע"מ; ומן הסכום כאמור (327,250 ₪) קיזזה המבקשת את הסכומים הבאים: 37,000 ₪ בגין העובדה שגריסת ההריסות בוצעה באתר ההריסות עצמו (להלן: "**ההפחתה בגין ביצוע הגריסה**"), 11,000 ₪ ששולמו למשטרת ישראל (להלן: "**התשלום למשטרה**") ו-15,939 ₪ עבור תשלום לחברת בזק (להלן: "**התשלום לבזק**") – ובסך הכל קיזזה המבקשת סכום של 63,939 ₪ (263,311 ₪ = 63,939 ₪ - 327,250 ₪).

בין הצדדים נתעוררו מחלוקות בנוגע לסיבות לאי ביצוע שלב ב של העבודות נושא החוזה על ידי המשיבה, והנזקים שנטען שנגרמו למי מהם בשל כך, כאשר כל אחד מהצדדים מייחס את האשם למשנהו; בנוסף נחלקו ביניהם הצדדים בנוגע לתמורה שהמשיבה זכאית לקבל בגין העבודות שביצעה, וכן בנוגע לקיזוזים המותרים ושאלת הפיצוי המוסכם הנזכר בחוזה.

לאחר שהמשיבה פנתה לבית המשפט בבקשה לאכוף על המבקשת מינוי בורר לנוכח תניית בוררות שבחוזה, בהסכמת הצדדים מונה הבורר כהגדרתו לעיל על מנת שיכריע במחלוקות שביניהם. בישיבת בוררות ראשונה שהתקיימה בחודש יולי 2006, הוסכם כי יהא על הבורר לפסוק על פי הדין המהותי ולנמק את פסקו (פרוטוקול הישיבה צורף כנספח א לבקשת הביטול).

תמצית קביעותיו של הבורר

3. לבורר הוגשו תביעה ותביעה שכנגד, בסכומים נכבדים. תביעתה של המבקשת, בסכום של כ-2,000,000 ₪ נדחתה רובה ככולה, ואילו תביעתה של המשיבה נתקבלה בחלקה.

לענייננו, קיבל הבורר בפסק הבוררות את טענות המשיבה שלפיהן לא היה מקום לקזז מן התמורה המגיעה לה בגין ביצוע שלב א של העבודות, את התשלום לבזק (15,939 ₪) וגם לא היה מקום להפחתה בגין ביצוע הגריסה (37,000 ₪) – ומשכך לסכום ששולם יתווסף סכום של 52,939 ₪. למסקנות אלה הגיע הבורר על סמך ניתוח הוראות החוזה וכללי פרשנות, ולנוכח העובדות בשטח כפי שנתבררו בפניו. מאידך גיסא קבע הבורר כי בדין קוזז התשלום למשטרה (11,000 ₪) מן התמורה המגיעה למשיבה וכן חייב את המשיבה בתשלום נוסף של 1,000 ₪ בגין שימוש במים שהמבקשת נשאה בתשלומה (להלן: "תשלום המים").

עוד קבע הבורר, שהדין עם המשיבה בטענתה כי לתמורה שנקבע בחוזה שמגיעה לה בגין העבודות שביצעה יש להוסיף מס ערך מוסף (להלן: "מע"מ"), תוך שדחה את טענת המבקשת כי סכום התמורה הנקוב בחוזה כבר כולל בחובו מע"מ. למסקנה זו הגיע הבורר, בין היתר על יסוד הנוהג הקיים לדבריו בענף הבניה ביחסים שבין מזמין לקבלן,

להוסיף מע"מ לסכומים המוסכמים. משכך נתקבלה טענת המשיבה כי לסכום ששולם לה זה מכבר ולסכום הנוסף שנקבע שקוזז שלא כדין, יתווסף תשלום מע"מ.

בגין האיחור בביצוע תשלום אותו חלק של התמורה שהבורר קבע שמגיעה למשיבה ולא שולמה לה, קבע הבורר בפסק הבוררות כי מגיע לה פיצוי מוסכם בשיעור של 50 דולר לכל יום של איחור בתשלום ובסה"כ 1,500 דולר לחודש לתקופה שמיום 26/9/05 ועד ליום התשלום בפועל. בקובעו את גובה הפיצוי המוסכם ששומה על המבקשת לשלם למשיבה, הפחית הבורר מהפיצוי המוסכם בסך 500 דולר ליום שבו נקבו הצדדים בסעיף 8.3 לחוזה בגין כל יום של איחור. בבקשה לתיקון טעות סופר טענה המבקשת כי יש לתחום את הפיצוי המוסכם לתקופה שמיום 26/10/05 ועד ליום 22/3/06 "לאור הוראות החוזה ולנוכח הדרישה בכתב התביעה". בהחלטת הבורר, קיבל הבורר את טענת המבקשת לענין תחילת המועד לחיוב בפיצוי המוסכם ואף קבע שהתקופה תחל ביום 1/11/05 ואולם דחה את הבקשה לשנות את סיום מועד החיוב בפיצוי תוך שקבע שאין מדובר בטעות סופר ואף לא בטעות כלל.

לענין האחריות לאי ביצוע שלב ב של העבודות נושא החוזה, קבע הבורר כי זו מוטלת לפתחה של המבקשת. בהמשך לכך קבע הבורר בפסק הבוררות כי נגרם למשיבה אובדן רווח שאותו קבע על דרך האומדנא בסכום של 20,000 ₪, משלא הובאו ראיות לענין זה" (להלן: "**הפיצוי בגין אבדן רווחים**").

במסגרת החלטת הבורר, קבע הבורר כי לסכום הפיצוי שפסק בגין אובדן רווחים "יש להוסיף מע"מ כדין". קביעה זו של הבורר באה בעקבות תחשיב המשיבה שצורף לבקשה למתן פסיקתא שהגישה לבורר, שבו הוסיפה מע"מ לחיובים שבתשלומם חייב הבורר את המבקשת בפסק הבוררות – בגין אובדן רווחים כאמור, בגין הפיצוי המוסכם, ובגין החזר ההפחתה בגין ביצוע הגריסה. המבקשת מצידה התנגדה להוספת המע"מ כאמור בטענה שבהיעדר התייחסות למע"מ בגין רכיבים אלה במסגרת פסק הבוררות, אזי אם יוסף מע"מ כפי שביקשה המשיבה, יהא בכך כדי לשנות מפסק הבוררות שלא כדין ואף בלא שהמשיבה ביקשה לתקן או לשנות מהפסק אלא "רק" ערכה את התחשיב בתוספת מע"מ על התקבולים השונים שנפסקו לזכותה. החלטת הבורר נומקה בהקשר זה בכך ש"המע"מ מצטרף לכל סכום שנפסק כעניין שבשגרה מכח הדין". גם בעניין נוסף קיבל

הבורר את עמדת המשיבה וזאת בקבעו כי "באשר לתקופות שבהם המע"מ היה גבוה יותר יש למסור חשבונית עם מע"מ גבוה יותר בהתאם לתאריך העסקה ובהתאם למע"מ החל ביום העסקה". קביעה זו באה על רקע העובדה שבעת העסקה עמד המע"מ על שיעור של 16.5% ואילו בעת ביצוע התשלום היה המע"מ בשיעור של 15.5%.

בקשת הביטול והמסגרת הנורמטיבית

4. כפי שכבר צוין, בסיכומים שהגישה המבקשת ויתרה המבקשת על חלק מטענותיה שבבקשת הביטול בהכירה בכך שמדובר בטענות "ערעוריות" שאין מקומן בהליך דגן – כגון חיוב המבקשת במע"מ על התמורה המגיעה למשיבה על פי החוזה, חיוב המבקשת בהחזר ההפחתה בגין ביצוע הגריסה, וחיוב המבקשת בתשלום לבזק (ראו: סעיף 11 לסיכומים).

משכך, צימצמה המבקשת את בקשת הביטול באופן שהיא עותרת עתה לבטל חלקים מפסק הבוררות ומהחלטת הבורר ככל שהם נוגעים לתקופת החיוב בפיצוי המוסכם ושיעורו הכולל; לפסיקת מע"מ בהחלטת הבורר על הסכומים שקוזזו ושהבורר הורה בפסק הבוררות על תשלומם למשיבה; חיוב הבורר את המבקשת בתשלום מע"מ לפי השיעור באחוזים שחל במועד העסקה; וחיוב בגין אובדן רווחים (ראו: סעיפים 12 ו-54 לסיכומים מטעם המבקשת).

5. העילות לביטול פסק בוררות מנויות ב**סעיף 24 לחוק הבוררות** התשכ"ח-1968 (להלן: "**חוק הבוררות**" או "**החוק**"), ורק בהתקיים איזה מהן רשאי בית המשפט להיעתר לבקשה לביטול הפסק [רע"א 113/87 **חברת נתיבי איילון בע"מ נ' יהודה שטאנג ובנין בע"מ, פ"ד מה(5) 511, 516-517 (1991)**]; ע"א 209/71 **חביאללה נ' קרן הביטוח והפנסיה של פועלי הבניין ועבודות ציבוריות, אגודה שיתופית בע"מ, פ"ד נה(1) 108, 112 (1971)**].

סעיף 26(ב) לחוק הבוררות מורה כדלקמן:

"לא יבטל בית המשפט את פסק הבוררות כולו, אם ניתן לבטלו בחלקו, להשלימו, לתקנו או להחזירו לבורר".

בשים לב להוראות [סעיפים 24 ו-26](#) לחוק, אפנה לברר אם יש מקום להתערבות בית המשפט בפסק הבוררות או בהחלטת הבורר באיזה מהסוגיות שהמבקשת טוענת שקיימת לה עילת ביטול בהקשרן.

החיוב בגין אובדן רווחים

6. הבורר חייב את המבקשת במסגרת פסק הבוררות לשלם למשיבה סכום של 20,000 ₪ אבדן רווח קבלני בגין שלב ב של העבודות נושא החוזה, תוך שקבע בהקשר זה: "בני וצביקה (המשיבה – ע.ב.) מבקשת רווח קבלני בשיעור 50%. לא הובאו ראיות לעניין זה ואין לבורר ידיעה שיפוטית מהו הרווח הקבלני בענף. מכאן שניתן לפסוק על דרך האומדן, היות שברור שרווח מסוים אבד, יש מקום לפסוק 20,000 שקלים אובדן רווח קבלני בגין שלב ב" (סעיף 59 לפסק הבוררות).

לטענת המבקשת, הבורר קבע את שיעור אובדן הרווחים בלא שהונחה לכך כל תשתית עובדתית; ולא רק זאת, אלא שמן העדויות עולה כי לא היה צפוי רווח כלשהו למשיבה בגין ביצוע העבודות בשלב ב של הפרויקט שבו עסקינן. בקבעו כך פסק הבורר בניגוד לדין המהותי בעוד שהוסכם שעליו לפסוק על פי הדין (עילת ביטול לפי [סעיף 24\(7\)](#) לחוק) ומשכך גם חרג מן הסמכות הנתונה לו (עילת ביטול לפי [סעיף 24\(3\)](#) לחוק).

המשיבה מצידה טוענת כי מדובר בניסיון לערער על קביעות עובדתיות ומשפטיות של הבורר, וטענות כאלה מקומן לא יכירן במסגרת בקשה לביטול פסק הבוררות.

7. דעתי היא כדעת המשיבה. הבורר, לאורך פסק הבוררות ניתח בהרחבה את מערכת היחסים שבין הצדדים ואת ההתנהלות שביניהם; ועל סמך מכלול חומר הראיות שבפניו הגיע למסקנה ברורה וחד משמעית, כי המבקשת לא היתה מעוניינת כלל שהמשיבה תבצע את שלב ב של העבודות נושא החוזה (ראו: סעיף 39 לפסק הבוררות), וכי האחריות לאי ביצוען של עבודות אלה רובצת כולה לפתחה של המבקשת (סעיף 58 לפסק הבוררות). על רקע זה מצא הבורר מקום לפסוק פיצוי למשיבה בגין אובדן רווח קבלני ביחס לשלב ב של הפרויקט; ומשלא הובאו בפניו ראיות לענין גובה הרווח הקבלני, ראה הבורר לנכון לקבוע את שיעורו של זה על דרך האומדן בסכום של 20,000 ₪. המבקשת אינה חולקת על כך שניתן לפסוק פיצוי על דרך האומדן (ראו: סעיף 38

לסיכומי התשובה של המבקשת). משכך, ומשקבע הבורר את אחריותה של המבקשת לאי ביצוע שלב ב של העבודות וכן "שברור שרווח מסוים אבד" למשיבה (ראו: סעיף 59 לפסק הבוררות), אין לשעות לטענת המבקשת כי בקבעו פיצוי למשיבה בסכום של 20,000 ₪ בגין אבדן רווח קבלני, פסק בניגוד לדין המהותי או חרג מסמכותו. וגם אם טעה הבורר בשיקול הדעת המקצועי שהפעיל, כאשר נקט בדרך של אומדן בנסיבות המקרה, אין דרכו של בית המשפט להתערב בכגון דא. על כך נאמר:

"אין בית המשפט שם עצמו כערכאת ערעור על פסקי בוררות והעילות להתערבותו בהם מתאפיינות בבדיקת תקינות הליך הבוררות ולא בבחינה מהותית של תוצאותיו (ראו: [רע"א 113/87 חברת נתיבי איילון בע"מ נ' שטאנג, פ"ד מה\(5\) 511, 517](#))" [\[רע"א 2237/03 אפרים שועלי בנין והשקעות בע"מ נ' המועצה המקומית תל מונד, פ"ד נט\(4\) 529, 542 \(2005\)\]](#).

ועוד בעניין זה נאמר:

"כשמקבלים הצדדים על עצמם למסור את חילוקי הדעות שביניהם לבוררות, מקבלים הם עליהם את שיקול-דעתו ואת הבנתו את החוק ואת העובדות, ואינם יכולים לקבול כי אלה מוטעים היו. על-כן, אף אם טעה הבורר בדבר הלכה או בשיקול הדעת, אין בכך כדי לבטל את הכרעתו, שהרי על-מנת כן קיבלוהו הצדדים עליהם." [\[ע"א 388/81 תימורים מושב שיתופי להתיישבות חקלאית בע"מ נ' משתלת ויצמן סול כהנא בע"מ, פ"ד לו \(4\) 253, 264 \(1982\)\]](#).

אין אפוא עילה המוכרת בדין להתערבות בית המשפט בקביעתו של הבורר לעניין הפיצוי בגין אבדן רווח קבלני.

פסיקת המע"מ

8. משוויתרה המבקשת על חלק מטענותיה שבבקשת הביטול (ראו: סעיף 11 לסיכומים), המבקשת אינה קובלת עוד על כך שהבורר פסק כי יש להוסיף מע"מ על התמורה הנקובה בחוזה, ובפסק הבוררות חייב את המבקשת בסכום המע"מ הן על חלק התמורה ששולם על ידה זה מכבר 263,311 ₪ והן בגין הקיזוזים שקבע שנעשו שלא כדין בסכום של 52,939 ₪ (ההפחתה בגין ביצוע הגריסה בסך 37,000 ₪ + התשלום לבזק בסך 15,939 ₪); אלא שבהחלטת הבורר קבע הבורר כי יש להוסיף מע"מ על הסכומים

שקוזזו – ובכך חרג הבורר מסמכותו לטענת המבקשת (עילת ביטול לפי [סעיף 24\(3\)](#) לחוק), שכן נמצא מחייב אותה בתשלום **כפל מע"מ**. זאת משום שהמע"מ שפסק הבורר לזכות המשיבה במסגרת פסק הבוררות הביא זה מכבר בחשבון את המע"מ על הסכומים שהבורר קבע שקוזזו שלא כדין ויש לשלמם לידי המשיבה בגדר התמורה המגיעה לה על פי החוזה. המבקשת טוענת כי הבורר לא היה רשאי לעשות כן במסגרת החלטת הבורר, גם מן הטעם שיש בכך משום "תיקון" פסק הבוררות בלא שנתבקש לתקנו.

עוד טוענת המבקשת, כי הבורר פסק בניגוד לדין (עילת ביטול לפי [סעיף 24\(7\)](#) לחוק) ובניגוד לתקנת הציבור (עילת ביטול לפי [סעיף 24\(9\)](#) לחוק), עת שקבע בהחלטת הבורר כי החיוב במע"מ הוא בשיעור החל "במועד העסקה" (16.5%) ולא במועד התשלום (שאז היה המע"מ בשיעור של 15.5%).

המשיבה בסיכום טיעוניה טוענת כי בדין חייב הבורר את המבקשת במע"מ בגין הסכומים שנקבע שהמבקשת קיזזה שלא כדין ויש לשלמם למשיבה, כפי שחייב את המבקשת במע"מ בגין חלק התמורה ששילמה זה מכבר למשיבה, ולכאורה אינה מתמודדת עם טענות המבקשת כפי שפורטו לעיל. אך זאת רק לכאורה, שכן **למקרא טענות המבקשת והמשיבה גם יחד, נראה כי אין ביניהן מחלוקת בענין זה וגם אין מחלוקת שאין מקום לחייב את המבקשת בכפל מע"מ; ונראה שגם הבורר לא כיוון לכך.**

על כן, למען הסר ספק אני קובעת כי המע"מ שהמבקשת חייבת בתשלומה למשיבה חל על סך כל התמורה המגיעה למשיבה בגין ביצוע העבודות בשלב א. ויובהר: הסכום שנתבע בגין המע"מ שנטען על ידי המשיבה שמגיע לה עמד על 53,996 ₪, כאשר מסכום זה יש להפחית 1,980 ₪ (המע"מ בגין 12,000 ₪ שהבורר קבע שהותרו בקיזוז למבקשת), כך שסך כל המע"מ שהמשיבה זכאית לו בגין התמורה המגיעה לה בגין שלב א של העבודות נושא החוזה הוא 52,016 ₪ (קרן החוב). יוער כי חישוב המע"מ נעשה לפי 16.5% - שיעור המע"מ במועד העסקה, כפי שקבע הבורר, בעוד אשר לטענת המבקשת השיעור הקובע הוא השיעור החל במועד התשלום. טענה זו אמנם נטענה על ידי המבקשת לראשונה בסיכומים ואין לה זכר בכתב התביעה; ואולם כך או אחרת אין

ולא יכולה להיות מחלוקת כי את סכום המע"מ יש לשלם בהתאם לדין (ראו: סעיף 7.3 לסיכומי המשיבה).

9. עוד בנושא המע"מ, המבקשת טוענת כי הבורר לא היה רשאי במסגרת החלטת הבורר להוסיף מע"מ על החיוב בגין אובדן רווחים ועל הפיצוי המוסכם – שכן מדובר "בתיקון" פסק הבוררות בלא שהבורר נתבקש לתקנו. ואמנם הדין בעניין זה עם המבקשת. כל שנתבקש הבורר על ידי המשיבה הוא לאשר את הפסיקתא על סמך תחשיב המשיבה שנאמר שנערך על יסוד קביעות הבורר בפסק הבוררות. בעוד שנושא המע"מ נדון בהרחבה במסגרת פסק הבוררות בכל הנוגע לטענת המשיבה שלפיה לסכום התמורה הנקוב בחוזה יש להוסיף מע"מ – טענה שנתקבלה על דעת הבורר – הפיצוי בגין אובדן רווחים וכך גם הפיצוי המוסכם נפסקו בסכומים כאלה ואחרים בלא שנקבע שיש להוסיף עליהם סכום נוסף כלשהו; ולא היה לכן מקום "לתקן" או "לשנות" מפסק הבוררות על ידי "הוספת" מע"מ כפי שנקבע בהחלטת הבורר – בלא שנתבקש תיקון או שינוי, כאשר הדרך לעשות כן קבועה [בסעיף 22\(א\) \(1\)](#) לחוק והמשיבה לא נקטה בדרך זו. יוער, למעלה מן הצורך, כי בכל מקרה התיקונים שלהם רשאי בורר להידרש מכוח הוראה זו, לאחר שזה מכבר הוציא תחת ידו פסק בוררות "הינם בעלי אופי פרוצדוראלי, טכני ואריתמטי" להבדיל משינוי מהותי; ועל פניו נראה כי הוספת מע"מ בנסיבות המקרה, היא בגדר שינוי מהותי [ראו: [רע"א 6733/08 יוסף קנדרו נ' ד"ר רפאל נגלר](#), [פורסם בנבו]].

לבסוף יצוין בנושא המע"מ, כי הבורר קבע כי כל הסכומים שפסק ישולמו בצירוף הצמדה וריבית כחוק (סעיף 67 לפסק הבוררות), וכי ככל שמתחייב תשלום מע"מ מכוח הדין על הפרשי הצמדה וריבית, יש לשלם גם אותו (סעיף 16 להחלטת הבורר). הוראות אלה בעינן עומדות.

הפיצוי המוסכם

10. סעיף 8.3 לחוזה קובע כדלקמן, לענין הפיצוי המוסכם במקרה של איחור בתשלום התמורה המגיעה למשיבה בגין העבודות נושא החוזה:

8.3" ... איחר המזמין (המבקשת – ע.ב.) בביצוע תשלום כאמור לעיל ישלם המזמין לקבלן סך בש"ח השווה ל-\$500 ארה"ב (חמש מאות דולר ארה"ב) בגין כל יום איחור".

יער כי מנגד נקבע בחוזה פיצוי מוסכם בסך \$1,500 בגין כל יום של איחור בביצוע העבודות (סעיף 6.2 לחוזה) ואולם לא נקבע בפסק הבוררות כי היה איחור בביצוע העבודות שמגיע פיצוי בגינו, ומשכך הוראה זו אינה מענייננו בהליך דנן.

בסעיף 52 לכתב התביעה שהגישה המשיבה לבורר, נתבקש הבורר כדלקמן:

52" כן יתבקש כבוד הבורר לחייב את הנתבעת (המבקשת – ע.ב.) **בפיצוי המוסכם** בהתאם לסעיף 8.3 להסכם בסכום של \$500 לכל יום איחור בתשלום התמורה המוסכמת מיום 26.10.05 ועד ליום 22.3.06 ובסה"כ **\$73,500** ארה"ב בצירוף מע"מ כדין. כמובן שקנס זה ממשיך עד לתשלום התמורה המוסכמת על ידי הנתבעת (המבקשת – ע.ב.) לתובעת (המשיבה – ע.ב.). (ההדגשות במקור – ע.ב.).

נוסח זהה מופיע גם בסעיף 51 לתצהיר מנהל המשיבה (נספח ו לבקשת הביטול) ובסעיף 19.3 לסיכומים שהגישה המשיבה במסגרת הבוררות (נספח ד לבקשת הביטול).

11. בפסק הבוררות קבע הבורר כי בגין חלק התמורה שהגיעה למשיבה ולא שולמה לה, "הסכומים שעוכבו" כפי שכינה אותם הבורר (להלן: "הסכומים שעוכבו"), היא זכאית לפיצוי מוסכם. כפי שציין הבורר, הסכומים שעוכבו הם בסדר גודל של \$25,000. בהתייחסו לשיעור הפיצוי שנקבע בחוזה בסכום של \$500 ליום איחור, קבע הבורר "שמצד אחד מגיע פיצוי, ומצד שני אין זה סביר לפסוק פיצוי כה גבוה" ו"לכן אין מנוס כי הבורר ישתמש בסמכות שהעניק לו [חוק החוזים](#) ויקטין את הפיצוי המוסכם תוך התאמת החוזה לנסיבות שהתרחשו בפועל, דהיינו עיכוב חלקי של התמורה" (סעיף 64 לפסק הבוררות).

כפי שציין הבורר, הצדדים לא טענו בפניו בנוגע לגובה הפיצוי, וכך בלשונם:

"הצדדים לא העלו טעונים ברורים לעניין זה. כל צד טען כי הפיצוי מגיע לו ולא ניסה להתמודד עם השאלה מה הפיצוי הראוי והאם יש מקום לפסיקת פיצויים בסכומים כה גדולים, ובאלו נסיבות". (סעיף 61 לפסק הבוררות).

במצב דברים זה, נדרש הבורר לכללי פרשנות ולרציונל שסבר שעומד מאחורי הפיצוי המוסכם, וקבע שיהא זה ראוי בנסיבות המקרה להעמיד את הפיצוי המוסכם על סכום

של \$50 ליום איחור שהם \$1,500 לחודש. לעניין תקופת הפיצוי המוסכם, קבע הבורר שזו תחל ביום 26/9/05 ותסתיים ביום התשלום בפועל.

בבקשה לתיקון טעות סופר, ביקשה המבקשת לתחום את תקופת הפיצוי מיום 26/10/05 ועד ליום 22/3/06, באשר לטענתה זו התקופה שבגינה עתרה המשיבה לפיצוי מוסכם ולא מעבר לכך. בהחלטת הבורר, קיבל הבורר את טענת המבקשת לעניין תחילת התקופה ואף קבע שזו תחל ביום 1/11/05; ואולם דחה את טענת המבקשת לענין מועד סיום התקופה, תוך שהבהיר שלא נפלה בענין זה כל טעות בפסק הבוררות, לא כל שכן טעות שניתן לתקנה כטעות סופר, ועוד הוסיף:

"באשר למועד הסיום של הפיצוי, המועד הוא יום התשלום בפועל. כך נקבע וכך נפסק. לא נפלה טעות. בפסק נקבע כי אין על סכום זה הצמדה וריבית, וגם מכאן ברור כי מירוך הפיצוי עוצר רק ביום התשלום בפועל" (סעיף 9 להחלטת הבורר).

12. המבקשת אינה טוענת כנגד שיעור הפיצוי שקבע הבורר בסך של \$1,500 לחודש (לפי חישוב של \$50 ליום איחור), אלא על תקופת החיוב. לטענתה, בכתב התביעה שהגישה המשיבה, וכך גם בתצהיר ובסיכומים מטעמה, לא ביקשה פיצוי מוסכם אלא עד יום 22/3/06, הוא יום הגשת התביעה. על כן בפסיקתו חרג הבורר מסמכותו בהעניקו סעד שלא נתבקש (עילת ביטול לפי [סעיף 24\(3\)](#) לחוק). עוד טוענת המבקשת כי הסכומים שעוכבו הם בסך \$25,000 בלבד, ואילו הפיצוי המוסכם עומד על סך של \$18,000 בשנה ו-\$36,000 ב-24 חודשים - כאשר החיוב הוא מיום 1/11/05 ופסק הבוררות ניתן ביום 1/11/07 – סכום שאינו סביר בעליל וחורג מכל נזק שהיה צפוי בעת עריכת החוזה; ועל כן הפיצוי שנפסק נוגד את תקנת הציבור (עילת ביטול לפי [סעיף 24\(9\)](#) לחוק); במיוחד אמורים הדברים, לטענת המבקשת, מקום שהסכומים שעוכבו נעוצים במחלוקת כנה בין הצדדים בנוגע לפרשנות החוזה. טענה נוספת שבפי המבקשת היא, שבכתב התביעה שהגישה ביקשה המשיבה כי הבורר יחייב את המבקשת בפיצוי מוסכם בסכום קצוב עד ליום הגשת התביעה, ומעבר לתקופה זו ציינה כי "הקנס ממשיך עד התשלום בפועל" – ועל פי הפסיקה "קנס" מהווה סעד שלא ניתן לתובעו על פי הדין המהותי, ועל כן גם מהווה חריגה מסמכות (עילות ביטול לפי [סעיף 24\(3\)](#) ו-[24\(7\)](#) לחוק). לבסוף טוענת המבקשת כי לא ניתנה לה הזדמנות נאותה לטעון טענות או להביא ראיות לעניין "פיצוי מוסכם לעתיד", קרי: בגין התקופה שלאחר מועד הגשת התביעה, שכן סוגייה זו

לא עמדה כלל לדין בבוררות ועל כן קמה למבקשת עילת ביטול על פי [סעיף 24\(4\)](#) לחוק, וגם על פי [סעיף 24\(3\)](#) לחוק (חריגת הבורר מסמכותו).

המשיבה מצידה טוענת כי בכתב התביעה עתרה לפיצוי מוסכם "עד לתשלום מלוא התמורה המוסכמת", ובדין קבע כך גם הבורר. לא רק זאת, אלא כאשר ביקשה המבקשת להעמיד את הבורר על "טעותו" משפסק למשיבה פיצוי מוסכם עד לתשלום בפועל, קבע הבורר באופן שאינו משתמע לשני פנים כי לא מדובר בטעות. בנוסף טוענת המשיבה, כי המבקשת מנועה מלטעון כנגד הפיצוי המוסכם שפסק הבורר, משלא טענה כלל בפני הבורר בנוגע לגובה הפיצוי המוסכם. עוד מפנה המשיבה להלכה הפסוקה שלפיה גם אם טעה הבורר ביישום הדין או בפירושו, אין הדבר מקים עילת ביטול לפי [חוק הבוררות](#).

13. במחלוקת זו שבין הצדדים, דעתי כי הדין עם המבקשת. בכתב התביעה שהגישה לבורר הגדירה המשיבה את התקופה שבגינה היא עותרת לפיצוי מוסכם ואף נקבה בסכום קצוב עד למועד הגשת התביעה. גם בתצהיר שניתן על ידי מנהלה, ואף בסיכומים שהגישה לבורר, לא "עודכן" סכום הפיצוי והתקופה שבגינה הוא נתבע, הגם שבמועד הגשת הסיכומים (26/2/07) חלפה כשנה מאז הגשת התביעה. ככל שמדובר בתקופה שלאחר הגשת התביעה, בחרה המשיבה באמירה סתמית ואף נקטה לשון "קנס" ונראה שלא בכדי; עובדה היא גם ששני הצדדים גם יחד לא טענו בהקשר זה בפני הבורר, שכן ענין זה לא היה במוקד המחלוקת. נראה לכן שבקביעת הפיצוי המוסכם לתקופה שלאחר מועד הגשת התביעה אמנם חרג הבורר מסמכותו, וגם לא ניתנה הזדמנות נאותה לצדדים לטעון טענותיהם בסוגיה זו.

זאת ועוד. סכום הפיצוי הנגזר מתקופת הפיצוי - שנכון למועד מתן פסק הבוררות עומדים על 24 חודשים ו-36,000 דולר (כאשר הסכומים שעוכבו עומדים באותה עת על 25,000 דולר, ומקור העיכוב במחלוקת פרשנית בעיקרה) – גם אינו עולה בקנה אחד עם התייחסותו של הבורר לפיצוי המוסכם במסגרת פסק הבוררות בקבעו:

"אחד השיקולים בפסיקת הפיצוי הוא למנוע פיצוי מכביד מידי, ללא כל יחס לנזק הצפוי וכדי לא לנהוג באופן שיוביל לתוצאה קיצונית מדי. הפיצוי שקבעתי מהווה פיצוי משמעותי ומגיע לסכום משמעותי. יחד עם זאת פיצוי מוסכם אינו דומה לזכייה בהגרלה, אלא חייב גם הוא להיות

ביחס סביר לנזק שניתן לצפות, כפי שנקבע בחוק החוזים" (ההדגשה שלי – ע.ב.) (סעיף 66 לפסק הבוררות).
 דומני כי העמדת סכום הפיצוי המוסכם על 50 דולר ליום איחור ו-\$1,500 לחודש עולה בקנה אחד עם דבריו של הבורר כפי שצוטטו לעיל; אך לא כן כאשר התקופה שבגינה נקבע החיוב היא 24 חודשים נכון למועד פסק הבוררות, ומשכך מדובר בפיצוי בסכום של \$36,000 בגין סכומים שעוכבו בסכום של \$25,000. על פניו מדובר ב"תוצאה קיצונית" שלא ניתן להותירה על כנה; כאשר יוער בהקשר זה כי אין טענה מצד המשיבה בדבר נזק שנגרם לה עקב הסכומים שעוכבו, שהוא מעבר ל"מחיר הכסף"; הגם שאני ערה לכך שאין צורך בהוכחת נזק בבוא בית המשפט לפסוק פיצוי מוסכם.

לנוכח כל האמור, סכום הפיצוי המוסכם יועמד על 1,500 דולר לחודש לתקופה שמיום 1/11/05 ועד ליום 1/4/06, והחל ממועד זה ישא הסכום כערכו בשקלים הפרשי הצמדה וריבית כדין.

סוף דבר

14. לנוכח כל האמור, אני מורה כדלקמן:

א. על המבקשת לשאת בתשלום מע"מ כדין על סכום מלוא התמורה המגיעה למשיבה בגין ביצוע העבודות בשלב א כאמור בסעיף 8 לפסק דין זה, ועל המשיבה מצידה חל החיוב במע"מ כדין בגין תשלום המים והתשלום למשטרה. מעבר לכך אין מקום לחיוב במע"מ בגין התמורה או הקיזוזים. למען הסר ספק - תוספת המע"מ שקבע הבורר בהחלטת הבורר, על החיוב בגין אובדן רווחים ועל הפיצוי המוסכם, מבוטלת.

כפי שהורה הבורר בסעיף 67 לפסק הבוררות, גם לסכומי המע"מ יתווספו הפרשי הצמדה וריבית כחוק מהיום שבו היה אמור להשתלם בזמנו ועד התשלום בפועל.

ב. הפיצוי המוסכם יועמד על סך של \$1,500 לחודש, לתקופה שהחל מיום 1/11/05 ועד ליום 1/4/06 ובסה"כ \$7,500, והחל מיום 1/4/06 ישא הסכום כערכו בשקלים במועד זה הפרשי הצמדה וריבית כדין.

15. למעט התיקונים כאמור לעיל בפסק הבוררות ובהחלטת הבורר, אלה נותרים על כנם ואני מאשרת אותם.

סכומים ששילמה המבקשת זה מכבר על חשבון פסק הבוררות – 112,369 ₪ ביום 30/11/07 – והסכום של 14,545 ₪ שהוסכם על הצדדים שיקוזז מסכום החיוב של המבקשת, והכל כאמור בהודעה מוסכמת שהגישו הצדדים ביום 7/12/08 במסגרת תיק הוצל"פ 4-08-17762-16 בלשכת ההוצאה לפועל בנתניה, ייזקפו לזכות המבקשת.

בנסיבות המקרה, כאשר מן הצד האחד אני לוקחת בחשבון את התוצאה ומן הצד האחר את הצורך של המשיבה ליתן מענה לכתב טענות מסורבל ומכביד שהוגש בתחילה ולשורה ארוכה של טענות שהמבקשת בסיכום טיעוניה חזרה בה מהן – הגם שנכון עשתה המבקשת - אינני רואה מקום לעשות צו להוצאות.

ניתן והודע היום 27/7/2009, במעמד:

ענת ברון 54678313-218/08

ענת ברון, שופטת

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

הודעה למנויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו - הקש כאן