

# עיין ערך: גשור

גיליון מספר 2

אביב בסימן צמיחה –

**מרץ**  
**2021**

גישור ומו"מ שתי יתדות  
או סולם אחד?

מו"מ זה מקצוע, זה פרופסיה, זה עולם

ריאיון מיוחד עם מיכאל צור  
עו"ד, מומחה למו"מ ולניהול משברים  
עמ' 5-10

גישור בין בעלי עוצמה שונים בארגון

עמרי גפן, שותף קבוצת גומא-גבים  
עמ' 23-26

גישור בתובענות ייצוגיות

עו"ד, בורר ומגשר ניר אמודאי  
עמ' 27-30

בונים גשרים חדשים

עו"ד, בורר ומגשר ירון גרופמן  
עמ' 34-35

מצורף מוסף מיוחד –  
ליום האישה הבינלאומי





## בונים גשרים חדשים

**על גישור בעסקאות בנייה: האם נכון להפנות לגישור סכסוכים מתחום הקבלנות? עו"ד ירון גרופמן, בורר ומגשר, המשכן לבוררות ופתרון סכסוכים**

אני שמח לכתוב לגיליון השני של כתב העת "עין ערך: גישור". דומה כי כתב העת עתיד למלא חלק מקצועי, עיוני, שהיה חסר בעולם הגישור. ברכות רבות על החזון והמעש.

ברשימה זו אנסוק בקצרה בנושא המוכר לי היטב מפעילותי כמגשר בשנים האחרונות - גישור במחלוקות בעסקאות בנייה, בעיקר מחלוקות כספיות בין מזמין לקבלן. ענף הבנייה הינו המפעילי העסקאות העיקריות במשק, בהתאם לתנאי התאחדות בוני הארץ, התוצר השנתי של הענף - דהיינו, השווי הכולל של מבנים ותשתיות שנבנו במהלך שנה, לא כולל רכיב הקרקע - מהווה באופן עקיב כ-11% מהתוצר הלאומי. במונחים כספיים מדובר על כ-140 מיליארד שקל בשנה (נכון לשנת 2018), כ-55% מהפעילות נעשית בסקטור הבנייה למגורים והיתר מתחלק למבני מסחר, משרדים ותעשייה (כ-18%), ותשתיות (כ-17%) ובניית מוסדות ציבור (כ-10%). בשנה האחרונה, שנת המפנה, ירדה הפעילות באופן משמעותי, אך היקפה עדיין גדול וודאי יעלה עם חזרת המשק לפעילות מלאה.

**מרבית העבודה הענף עדיין בין שחקנים שאינו להם עבר משותף או עתיד זוהר יחדיו. בנסיבות אלה נעדר מההלך מניע חשוב לפשרה, והוא הפוטנציאל הקיים בשיתוף פעולה עתידי**

הבנייה עצמה היא אקט הקצה ברשרת פעולות יזמיות, שתחילתן תן רכישת זכויות בקרקע והמשכן פעילות השבחה, תכנון והיתר גיוס מימון ואשראי, ומהלכי שיווק. בתהליך מעורבים יזמים ומשקיעים, עימם גורמי משמל ורשויות מקומיות, מתכננים, מומחים ויועצים ומכוחות פיננסיים. בעסקת קבלנות הביצוע, המוציאה את הבנייה מן הכוח אל הפועל, יצבים זה מול זה, כשחקנים מרכזיים במחזה, המזמין (יזם פרטי או גוף ציבורי) והקבלן המבצע.

פעילות כה מורכבת בהיקף כה גדול מצמיחה מחלוקות ומגיעה באופן תדיר לבתי המשפט. בהתאם לגישור הענש ווית, המבורכת, מופנות רבות מתביעות אלה לגישור. האם הן מתאימות לגישור? מהם הקשיים והמקשים האורבים בדרך? מהם הכלים שבהם ניתן לעשות שימוש לשם הצלחת ההליך?

### מסקנות מקצועיות וקשרים חד פעמיים

מחלוקות כספיות בין מזמין לקבלן נטובות, בעיקר, סביב שלושה נושאים. האחד - שכר החוזה (כמה יש לשלם עבור העבודה שבוצעה בפועל? האם שולם די או אולי הקבלן נבה בירת?); השני - לוח הזמנים שבו הושלמה הבנייה והמבנה אוכלס (האם היה עיכוב? מי אחראי לעיכוב? מה היקף הנתק שנגרם?); השלישי - ליקויים וזיקים במוצר המוגמר (האם ישנם ליקויי בנייה? מי אחראי להם? מהו היקף הפיצוי הנדרש?).

בחינת נושאים אלה מחייבת בדיקה מקצועית על ידי מומחה (בעיקר מתחום הנדסת הבניין וניהול פרויקטים), הבוחן תוכניות, מפרטים, מחירוים, יומני עבודה ותכתובות. להמחשה אביא שתי דוגמאות. הסכמי בנייה רבים נעשים כעסקה פאושלית, שבה נקבע מחיר סופי ללא מדידת כמות של חומרים (עבודה) לביצוע עבודה מוגדרת. בעסקה פאושלית, ככל שתבוצע העבודה המוגדרת, לא יהיה זכאי הקבלן לתוספת מחיר גם אם עלות הביצוע חרגה מהמצופה (ראו: תא (חי) 1141-06 **יעקב יעקב ובניו קבלן לעבודות כבישים ותשתיות בע"מ נ' מנהלת בר לב בע"מ**, פורסם בנבו). מקום שבו בוצעה חריגה מהעבודה המוגדרת, בין אם כתוספת עבודות או שדורש מפרט ובין אם בגין גריעה, יש לבצע חישוב חדש של התמורה החוזית (ראו: ע"א 4737/90 **אליאס נ' קסטודיה דה טרה סטלה**, פורסם בנבו). דבר זה מחייב בחינה בעני מומחה של העבודה המוגדרת (כפי עקבנה בתוכניות, מפרטים ושאר מסמכי החוזה), השואתה לעבודה שבוצעה בפועל. לאחר מכן נדרש חישוב כמותי ומחירים של רכיבי העבודה והפרישים המרכיבים את הפער.

דוגמה שנייה היא נושא ליקויי הבנייה. ככל שהמוצר המוגמר פגום, נדרשת בדיקה של עצם החבות והיקפה. הדבר מחייב בירור של שאלות הנדסיות - האם הליקוי הוא תכנוני או ביצועי, מי נושא באחריות, מהי מהות הליקוי, האם גורמים מתערבים החריפו אותו ומרי עלות התיקון או ירידת הערך, ככל שקיימת.

**הכרעה שיפוטית עתידית בתיק יכול ותישטן אם כך על בדיקה מקיפה של מומחה (מנהלס, מנהלס פרויקטים או שמאי), שתינת מסקנות מקצועיות. ללא בדיקה כזו קשה למגשר לבצע הערכה טכניו סיוכיים וסיכויים בתיק, פעילות שהיא כלי עבודה חשוב בהליך גישור בסכסוכים מסחריים.**

מאפיין בולט נוסף של עסקאות בנייה, הוא שבמקרים רבים מדובר במערכת יחסים חד פעמית. על פי נתוני BDI, בתחילת שנת 2019 פעלו בישראל כמעט 6,000 קבלנים. קבוצת המזמינים גם היא גדולה ומגוונת. קיימים כמובן מזמינים סדרתיים (ציבוריים או פרטיים), אך מזמינים רבים בשני העשורים האחרונים הם קבוצות רכישה, עמותות בנייה ושחקנים קטנים הפועלים על בסיס מקומי בירת ההתחדשות העירונית. **התוצאה היא שמרבית העבודה בענף נעשית עדיין בין שחקנים שאין להם עבר משותף או עתיד זוהר יחדיו. בנסיבות אלה נעדר מההלך מניע חשוב לפשרה, והוא הפוטנציאל הקיים בשיתוף פעולה עתידי.**

**אתגר גדול שעומד בפני המגשר הוא זיהוי אינטרסים חבוים. הדבר מחייב בדיקה מקיפה של העובדות והנסיבות, כמו גם ביצוע ראיונות עם הצדדים בנוגע לסביבת הפרויקט כולו ולא רק בקשר למחלוקות.**

### ככה כן בונים הסכם

על רקע הקשיים שלעיל, עולה השאלה האם נכון בכלל להפנות סכסוכים כאלה לגישור. התשובה היא "לא אלמן ישראל". לא רק קשיים באמתחתו של המגשר, אלא גם כלים, מנגנונים ומניעים היכולים להביא להצלחה. אעמוד על כמה מהם.

**כל אחד הוא צמצום פערים מקצועיים. הדבר מחייב הבנה בלחכי בנייה ובדין הרלוונטי, סבלנות רבה ויצירת אווירה גישורית שתביא לדין מקצועי משותף, בהנחיית המגשר, בהשתתפות הפרקליטים והגורמים המקצועיים מטעם הצדדים (מנהלס צברה, מפקחים ומנהלי פרויקטים).** ביצוע של בדיקה מקצועית של חלק מטענות הצדדים, על בסיס המסמכים שהוגשו, עשוי להביא לחיסול או צמצום של חלק מהמחלוקות והותרת פער קטן משמעותית, המאפשר הערכת סיכויים וקיימת סיכונים בדרך להסדר. אביא שתי דוגמאות. בחשבון הסופי (הנכתב לעיתים לאחר פרוץ המחלוקת ועיכוב תשלומים), ובעקבות זאת בכתבי הטענות, יכול קבלן לטעון כי בניית קונסטרוקציה מסוימת (בחזרה למדידה)

חייבה מאה טונות ברזל בעוד המזמין טוען כי חייבה חמישים בלבד. דיון מקצועי בין המנהלס, היודעים כי קרבה הטעה שבה תיבחן עמדתם המקצועית על ידי מומחה חיצוני, יכול להביא למסקנה כי שני הצדדים הפרזו או טעו וכי הכמות האמיתית הנדרשת נעה בין שבעים לשמונים טונות.

דוגמה נוספת היא נושא ליקויי הבנייה. הליך של בדיקה חשבונות,

בין סכומים שהוציא המזמין בפועל לתיקון ליקויים, יכול לצקת תוכן אמיתי ומדיק לתיקוף הליקויים, נושא שלבניו נטענות לעיתים טענות כוללניות. המכילות סכומים שחלקם מופרזים ונגועים בהערכת יתר.

**מינע משמעותי לקראת הסדר בהליך הוא המשאבים הניכרים, זמן ועלויות כספיות, הכרוכים בניהול מחלוקת כזו בבית המשפט.** ליבון עובדתי של עילות, רכיבים וטענות הנוגעים לפרויקט שארך שנתיים או שלוש הוא מעצם טבעו תהליך ארוך ויקר. תצהירי העדות הראשית יהיו דרך כלל מפורטים וארוכים ויכללו מאות נספחים. בהתאם לכך גם תהינה העקריות. הגשת חוות דעת מומחה נפרדות על ידי הצדדים גוררת הוצאות נוספות ובית המשפט נוטה למנות מומחה מוסמך. דהיינו עלות נוספת. הגשת שיקול זה ישלול בו במערכת הכוללת הגה תמריץ להליך גישור יסודי ופורי.

**אתגר גדול עומד בפני המגשר הוא זיהוי אינטרסים חבוים. הדבר מחייב בדיקה מקיפה של העובדות והנסיבות, כמו גם ביצוע ראיונות עם הצדדים בנוגע לסביבת הפרויקט כולו ולא רק בקשר למחלוקות.**

במקרה אחד, שבו עסקתי לפני כשנה, התברר ליזם, לאחר פרוץ הסכסוך, כי ישנה היתכנות להמלך רישוי של פיצול דירות בפרויקט. ענה התברר כי הצלחת המהלך, שרווח נאה בצידו, מחייבת הגדה ועדכון של תוכנית עדות (AS MADE). אשר הכנתן דרשה שיתוף פעולה של הקבלן ויועצים מטעמו

(דובר בפרויקט שבו קבלן הביצוע לקח על עצמו גם משימות תכנון שונות, בעיקר תשתיות ופיתוח). בלטה המחלוקת לא זוהה האינטרס ההדדי בשיתוף פעולה. לאחר שהעניין עלה לדיון, סוכם על עבודה משותפת לשם סיום הליך הרישוי בהקדם, דבר שאפשר ליזם להיטיב את ההצעה הכספית בשל הרווח העתידי הגלום בפיצול.

תיק אחד עסק בגנאי מים בפרויקט ציבורי. אחד הנושאים העיקריים היה אופן חלוקת האחריות בין המזמין (בנין תכנון לקוי של איטום וניקוזים) לקבלן (בנין ביצוע לקוי). במסגרת ההסדר הסכים הקבלן לקחת על עצמו נתח גדול יותר מהחבות, כנגד ביטול החילוט של ערבות הבדק שהפקיד, חילוט המאוזכר בבדיקות של חברות הדירוג שהיה עומד לחובתו במכרזים עתידיים.

**הכלי החיצוני המרכזי העומד לרשות המגשר והצדדים, בסכסוך שרובו נטוב סביב עניינים מקצועיים, הוא מינו מומחה מומנה (מומחה מוסכם).** רצוי לקבוע שחוות הדעת שתניתן במסגרת הגישור תשמש במסגרת ההתדיינות העתידית בבית המשפט, היה וההליך לא יצלח. הדבר דורש כמובן את הסכמת הצדדים וניתן אפילו לבקש שתיתן בעניין החלטה שיפוטית, על ידי בית המשפט המפנה. עוצמתו של הכלי נובעת מההלכה הפסוקה, על פיה לחוות דעת של מומחה מומנה מעמד מיוחד. הוא אובייקטיבי ובוחן את הסוגיה כשופט עצמו. במשקפיים מקצועיים וללא משוא פנים. חוות דעתו קובעת ומעצבת בדרך כלל את מסכת העובדות הרלוונטיות והמסקנות המקצועיות, ובהיעדר טעמים כבדי משקל או סיבה בולטת לעין, כמו שגיאה

נסה, מאמץ בית המשפט את ממצאיה (ראה: ע"א 680/87 **המגן חברה לביטוח נ' יוסף אליהו פ"ד** מו(4) 154; בר"מ 5171/07 **אלי מנשה נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה חולון** פורסם בנבו). חוות הדעת מסיימת את המחלוקות המקצועיות ומותירה על הפרק שאלות משפטיות, שלבניהן ניתן לנהל הערכת סיכויים רגילה.

ולסיכום, אופטימיות. אין כל סיבה לא להפנות מחלוקות בנושאי בנייה להליכי גישור. למרות המאפיינים המיוחדים של מחלוקות אלו, שחלקם מהווים חסם לגישור מוצלח, ישנם כלים ומנגנונים היכולים להביא לסיום המחלוקת בדרכי שלום. לאחרונה נתקלתי בתופעה חיובית, שבמסגרתה בית המשפט המעביר את התיק לגישור ממליץ על מינו מומחה מוסמך במסגרת ההליך. במקרה אחד, מורכב במיוחד, מינה בית המשפט מומחה מומנה במסגרת החלטת ההפניה לגישור. גמישות זו של בתי המשפט ותשומת ליבם לצרכים המיוחדים של סוג מחלוקות זה יהוו ודאי גורם שייגבר את המגמה. מי ייתן שבקרב נאמר "בונים ומתנגרים" במקום "בונים ורבים".

עו"ד ירון גרופמן מוסמך בישראל משנת '93 ובניו יורק משנת '96. בעל תואר ראשון מאוניברסיטת תל אביב ותואר מ-PhD. NYU. עבד שנת 2017 שימש כמנהל מחלקת נדל"ן במשרד תדמור לוי ושות'. בעבר היה חבר מועצת שמאי מקרקעין במשרד המשפטים ודיין ואב בית דין בבית הדין המשפטי החוזי של לשכת עורכי הדין. כיום משמש כדיין ואב בית דין בבית הדין הארצי של לשכת עורכי הדין. בורר ומגשר במשכן לבוררות ופתרון סכסוכים