**הפקולטה למשפטים- אוניברסיטת תל אביב**

**פתרון בחינה ביישוב סכסוכים וניהול סיכונים במשפט – מועד א' תשע"ח (30.1.18)**

**המרצה" ד"ר דפנה אבניאלי, שופטת (בדימ.)**

**משך הבחינה: 2.5 שעות.**

**הבחינה עם חומר פתוח.**

**\*\*\* ניתן פקטור של שלוש נקודות לכלל הסטודנטים שנבחנו במועד א'.**

**שאלה 1 (30 נקודות)**

באמצע ההכנות לקראת יום השישי, גילתה אוסנת כי יש סתימה בכיור מטבח ביתה. היא מיהרה להזמין את שי האינסטלטור, שאת מספרו מצאה ע"ג מגנט בדף המודעות התלוי על המקרר במטבחה.

שי האינסטלטור הגיע, בדק והחל לפתוח את הסתימה בכיור, וזאת מבלי שהשניים שוחחו על מחיר התיקון או קבעו תעריף מוסכם. בחלוף חצי שעה, הודיע שי כי הסתימה חמורה ממה שנראה לעין וכי המדובר בסתימה שמקורה בקו הביוב הראשי. לאחר כחצי שעה נוספת בה עבד שי על פתיחת הסתימה בקו הביוב הראשי ונראה היה כי הסתימה בכיור תוקנה, דרש שי מאוסנת תשלום ע"ס 4,500 ש"ח וקיבל את התשלום.

בחלוף יומיים חזרה הסתימה בכיור ואוסנת נאלצה להזמין בעל מקצוע אחר לביצוע עבודת אינסטלציה. עבור העבודה היא שילמה סך נוסף של 150 ש"ח, תוך שהוברר לה כי אין כל קשר בין הסתימה בכיור לקו הביוב הראשי, וכי די היה בהחלפת צינור במערכת האינסטלציה במטבח על מנת להביא לפתרון הבעיה.

אוסנת אשר חשה מרומה, פנתה לשי בטענה כי גבה ממנה תשלום גבוה ללא כל צורך. שי מצידו טען כי עשה את עבודתו בצורה המקצועית ביותר וכי התשלום שדרש היה מוצדק.

אוסנת פרסמה את שאירע ברשת ה"פייסבוק" בקבוצה סגורה באזור מגוריה, ושי מצידו איים על אוסנת בהגשת תביעת לשון הרע.

1. **אוסנת שוכרת אותך כעורך דינה לפתרון הסכסוך.**
2. **באילו דרכים תמליץ לה לפעול לפתרון הסכסוך בינה ובין שי האינסטלטור, שלא במסגרת הליך בביהמ"ש.**
3. **תאר מאפייני כל הליך, האינטרסים של כל צד, ועמוד על לפחות שלושה יתרונות ושלושה חסרונות להחלתו של כל ההליך בנסיבות העניין.**

**פתרון:**

* **פנייה להליך ENE – הליך הערכה מקדמית נייטרלית, לדוגמא אינסטלטור או משפטן המתמחה בתביעות נזיקין מן הסוג כגון דא ולבקש לתת הערכה לסכסוך, הערכת העלויות של פתיחת הסתימה בכיור, מורכבות התקלה (האם אכן היה צריך פתיחת סתימה בקו הביוב הראשי), גובה התעריף המובל בשוק- והערכה לצדדים של סיכון/סיכוי.**
* **הליך גישור. יתרונות: חיסכון בזמן; המשך שיתוף פעולה הדדי; אוסנת- התנצלות+החזר כספי; שי- מיזעור הפגיעה בקהל לקוחות פוטנציאלי, חיסיון ההליך; חסרונות- נדרש שת"פ בין הצדדים, האם הפתרון אכן יניב רווח לשני הצדדים? אוסנת- רצון שצדק ייעשה למען יראו ויראו, שי- בטוח בצדקתו, תעריפים בהתאם למקובל בשוק.**

בשאלה זו נדרשו הסטודנטים ליישום החומר הנלמד ופירוט האינטרסים של הצדדים בדגש על הליכי הגישור ופנייה להליך ENE ולא לחזרה על החומר הנלמד.

סטודנטים שציינו בתשובתם פנייה למשא ומתן ולא להליך ENE תוך הסבר על ההליך, היתרונות והחסרונות בהתייחס למקרה המתואר בשאלה והאינטרסים בהליך זה קיבלו את מירב הנקודות.

**שאלה 2 (30 נקודות)**

יוני רכש את דירת מגוריו משלמה- קבלן בניה.

הצדדים הסכימו כי חילוקי הדעות ביניהם יועברו להכרעתו של בורר, אך המסמך לא נחתם ולא הוסכם על זהות הבורר. בבוא היום, איחר המוכר במסירת הדירה, והתברר כי קיימים פגמים הנוגעים לאיכות המרצפות וטיבן באזורים שונים בדירה.

הרוכש, יוני, הגיש תובענה לבית המשפט בגין הפרת הסכם המכר ע"י שלמה, ואילו שלמה בכתב הגנתו טען, כי יש ביניהם הסכם בוררות וכי היה על הסכסוך להתברר בפני בורר. עורך דינו של יוני פנה לאחר קבלת כתב ההגנה לשלמה, והציע להעביר את הסכסוך להכרעת בורר. שלמה סירב למועמדותו של הבורר מטעם יוני, וטען כי לא הבין שגם תביעות על ליקויים יועברו לבוררות, ומדובר בליקויים משמעותיים.

קבלן משנה של שלמה טוען כי יוני לא שילם לו עבור כל התיקונים שביצע בדירה על פי הזמנתו והוא מבקש לנקוט בהליכים נגדו ונגד שלמה.

**טען בשם הצדדים את כל הטענות האפשריות ומה לדעתך יחליט בית המשפט.**

**פתרון:**

* **חוק הבוררות קובע בסעיף ההגדרות: "הסכם בוררות- הסכם בכתב", דהיינו ההסכם צריך להיות בכתב ולא בעל פה אולם אין בהעדר חתימה כדי לפגוע בדרישת הכתב.**
* **אסור היה ליוני להגיש תביעה לבית המשפט. שלמה טען בהזדמנות הראשונה כנדרש, בכתב ההגנה, כי ישנה תניית בוררות.**
* **שלמה הטוען לקיום תניית בוררות, לא הסכים לזהות הבורר. בכך לא פעל לקיומה (סעיף 5(א) לחוק הבוררות), אבל ביהמ"ש רשאי למנות את הבורר אם יתבקש (ס' 8 לחוק הבוררות)**
* **לביהמ"ש שק"ד אם לעכב את ההליכים . נדרשים שיקולים כבדי משקל (למשל במקרה ששלמה מסרב גם לבורר שביהמ"ש יציע).**
* **טענתו של שלמה כי לא הבין – טעות, אינה מהווה שיקול לא לעכב את ההליכים.**
* **קבלן המשנה צריך להגיש תביעה נפרדת לביהמ"ש, כי אינו צד להסכם הבוררות.**

**שאלה 3 (30 נקודות)**

בין יצחק למשה נחתם הסכם זכיינות להפצת חומרי ניקיון. בהסכם הוספה תנייה לפיה, אם יתגלעו בין הצדדים חילוקי דעות בנוגע להסכם, יפנו הצדדים לבורר מוסכם – עו"ד חכם.

לאחר זמן נודע ליצחק, כי משה אינו מעביר לו את מלוא הסכומים המגיעים על פי ההסכם. יצחק פונה לבורר המוסכם לבירור המחלוקות ובין הצדדים מתנהל הליך בוררות.

הבורר קובע בפסק הבוררות מטעמו, כי לאחר בדיקת החשבונות אכן נמצא כי חלק מהסכומים לא הועברו ליצחק, ופוסק כי על משה לשלם ליצחק סך 45,000 ש"ח בגין הליקויים שנמצאו.

משה מקבל על עצמו את תוצאת פסק הבורר, אך פונה אליך לאחר שהתברר לו כי הבורר עו"ד חכם, פרסם בדף הפייסבוק שלו את פסק הבוררות והדבר גרם נזק רב לעסקיו ולמוניטין שלו כזכיין.

**משה מבקש את עצתך כיצד לנהוג והאם יוכל לקבל מהבורר פיצוי על הנזק שנגרם לו.**

**פתרון**:

* אין הוראה בחוק לגבי חסיון הדברים וההליכים בבוררות. כמובן שניתן לומר שאין זה ראוי שהבורר ינהג כך, אך אין הגבלה בעניין זה בחוק.
* הצדדים לא קבעו כי הליכי הבוררות ופסק הבורר יהיו חסויים.
* הבורר חייב לנהוג כלפי הצדדים בנאמנות (ס' 30 לחוק), וניתן לטעון שבכך הבורר מעל באמונו של משה, ועל כן הוא זכאי לתרופות בשל הפרת חוזה (ס' 30 לחוק).
* שאלת היחס בין החסינות על פי סעיף 8 לפקודת הנזיקין, המעניק הגנה לבורר כממלא משרה שיפוטית מפני תביעה נזיקית, לבין זכות התביעה לפי סעיף 30 לחוק הבוררות.
* אפשרות לבקש ביטול פסק הבורר לא קיימת כאן (לא חלות העילות לפי ס' 24 לחוק).
* אפשרות לערער על פסק הבורר לא חלה כאן (כי הצדדים לא הסכימו על ערעור בהסכם הבוררות).

\*\*בשאלה זו ניתן בונוס של נקודה לסטודנטים אשר התייחסו בתשובתם לסעיף 13(5) לחוק איסור לשון הרע תשכ"ה-1965.

**שאלה 4 (10 נקודות)**

חסיון הליכי הגישור והבוררות אינו מעוגן בחוק.

**מהם היתרונות והחסרונות של מצב זה.**

**פתרון**

* **החיסיון הוא יציר הפסיקה**
* **בגישור מקורו בסעיף 79ג(ד) הדן בקבילות ולא בחיסיון. הפסיקה הסיקה מכך קיומו של חיסיון.**
* **גם בבוררות החיסיון הוא יציר הפסיקה**
* **יתרונות: הצדדים יכולים להסכים שיחול חיסיון או להסכים שלא יחול.**
* **הצדדים יכולים גם להסכים על חיסיון חלקי**
* **חסרונות: בהיעדר הסכמה מפורשת, ביהמ"ש יסיק שבעקרון חלה חובת גילוי/ מתן זכות עיון וידון בחיסיון לפי מבחן 3 השלבים (פס"ד קונדיטוריה עיני בבוררות)**
* **אין שמירה על הפרטיות**
* **פגיעה במוסד הגישור והבוררות**

ב ה צ ל ח ה !