

חובות הבדיקה והגילוי המוטלות על הבורר ועל הצדדים להליך הבוררות

יורם דנציגר*

- א. מבוא
- ב. היסוד ההסכמי של מוסד הבוררות
- ג. הלכת ארטי-בי: חובות הבדיקה והגילוי המוטלות על הבורר ועל הצדדים לבוררות
- ד. מהו הפועל היוצא של הפרת חובת הבדיקה והגילוי
 1. במקרה שהמפר הוא הבורר
 - 1.1 כאשר העובדות התגלו לאחר מתן פסק הבוררות
 - 1.2 כאשר העובדות התגלו לאחר שהליך הבוררות החל אך טרם ניתן פסק בורות
 2. כאשר המפר הוא צד להליך הבוררות
 - 2.1 כאשר העובדות התגלו לאחר מתן פסק הבוררות
 - 2.2 כאשר העובדות התגלו לפני מתן פסק הבוררות
- ה. חובות גילוי מאוחרות של הבורר
- ו. תופעת יצירת קשר חד-צדדי עם הבורר
- ז. סיכום

א. מבוא

ברשימה זו אתמקד בחובות הבדיקה והגילוי המוטלות על הבורר וכן על הצדדים להליך הבוררות, ובהשלכות אי-העמידה בהן. לכאורה, אפשר היה להסתפק בקביעה שככל בעל תפקיד שיפוטי או מעין-שיפוטי מוטלת גם על הבורר חובת גילוי. חובה זו מחייבת את הבורר לגלות לצדדים כל זיקה שיש לו עם מי מהם, טרם החל ההליך, כחובה הנגזרת מהחובה שלא להימצא במצב של ניגוד עניינים.

* שופט בית המשפט העליון בדימוס. פרופ' למשפטים, הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל-אביב. הרשימה מבוססת על הרצאה שנתן השופט בהשתלמות שופטים בנושא "בוררות" שהתקיימה בפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן ביום 10.3.2025. תודתי לעו"ד ליאת בבלוקי-פילרסדורף על סיועה הרב בהסבת ההרצאה למאמר.

לצד חובה זו ניצבת החובה, המובנת מאליה, לפיה על הבורר להכריע במחלוקות שלפניו ללא משוא פנים. ואולם בחרתי לפתוח רשימה זו בהצגת היסוד החוזי-ההסכמי המאפיין את מוסד הבוררות, שאף ממנו ניתן לגזור את החובות הללו.

ב. היסוד ההסכמי של מוסד הבוררות

למוסד הבוררות זיקה ישירה והדוקה לדיני החוזים. אומנם בית המשפט העליון פסק כי "מוסד הבוררות נשען על שני יסודות משולבים: היסוד ההסכמי והיסוד הציבורי",¹ אך הוסיף וציין כי בדומה לדין האנגלי:

"יש השמים דגש על היסוד ההסכמי ומשייכים את מוסד הבוררות לתחום דיני החוזים, שכן הליכי הבוררות יכולים להתקיים רק אם ניתנה לכך הסכמת הצדדים, והסכמתם היא שמקנה לבורר את סמכותו וקובעת את היקף הבוררות".²

אני כשלעצמי נמנה על אלו המחזיקים בדעה זו ובאחת ההזדמנויות ציינתי ש"הסכמת הצדדים היא אבן הפינה של הבוררות".³ הבוררות ראשיתה בהסכם בין הצדדים. המשכה בניהול ההליך בהתאם להוראות חוק הבוררות,⁴ אך לא חשוב פחות, כפופה להסכמות שהושגו מלכתחילה או במהלך ההליך הבוררות בין הצדדים (שאינן עומדות בסתירה לחוק). סופה בפסק בוררות שיצא תחת ידיו של מי שנבחר על ידי הצדדים לבורר ביניהם ולהכריע במחלוקות שנתגלו ביניהם. עקרון-העל של דיני החוזים בישראל הוא חופש החוזים. זהו אחד העקרונות המרכזיים של תפישתנו המשפטית והחברתית.⁵ לפי עיקרון זה מוענקים לצדדים לחוזה כוחות נרחבים לעצב את אופייה ומהותה של ההתקשרות ביניהם, ובכלל זה לקבוע את תוכנו של ההסכם. עקרון חופש החוזים שואב חיותו מעיקרון היסוד של אוטונומיית הרצון החופשי של הפרט.⁶ על ההבדל בין הליכי בוררות

1 רע"א 6999/96 מכשירנות חדרה בע"מ נ' רויכמן, פ"ד נב(2) 752, פס' 5 לפסק הדין של השופט שטרסברג-כהן (1998).

2 שם.

3 יורם דנציגר ואלי בלכמן "על חובת הגילוי של הבורר ועל כוחה של הסכמת הצדדים בהליכי בוררות" ספר נילי כהן משפט, תרבות וספר 598, 601 (עופר גרוסקופף ושי לביא עורכים) (2017).

4 חוק הבוררות, התשכ"ח-1967 (להלן: החוק).

5 ראו, למשל, רע"א 5248/90 אנטין נ' פרנקל, פ"ד מה(5) 139, פס' 5 לפסק הדין של השופט נתניהו (1991).

6 ראו, למשל, דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' ביה"ד הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 365, 330 (2000).

לבין הליכים המתנהלים לפני בית המשפט עמדתי בעניין מושקוביץ, שם כתבתי כדלקמן:⁷

"הליכי בוררות, להבדיל מהליכים שיפוטיים רגילים, יונקים את חיותם מהסכמת הצדדים, וכי בלעדיה ממילא לא היה בא לעולם פסק הבוררות [...]. ודוק, כשמדובר בהליכי בוררות נקודת המוצא היא מפגש רצונות אוטונומי ומלא בין הצדדים שבחרו לפנות להליך הבוררות. זהו תנאי לבוררות, עוד הרבה לפני התנאים האחרים הקשורים לבורר עצמו ואשר מחייבים היעדר משוא פנים ואובייקטיביות מצדו. פגמים בהסכמה, בין היתר בשל הפרה קיצונית של חובת תום-הלב על ידי אחד הצדדים, יכולים להוביל לביטול פסק הבוררות, כשלעצמם".

דברים דומים נאמרו על ידי בעניין רונן:⁸

"מושכלות יסוד הן בדיני הבוררות כי, ככלל, הסכם הבוררות מחייב את הצדדים החתומים עליו שכן מקורו של הליך הבוררות הוא בהסכמת הצדדים המפורשת למסור את ענייניהם להכרעת הבורר ולכן יש צורך במפגש רצונות מלא של כל הצדדים לקחת חלק בהליך".

יש הטוענים כי הבסיס ה"אידיאולוגי" להתפתחות של עקרון חופש החוזים הוא תפישה כלכלית שעומדת בבסיס אידיאולוגיית "השוק החופשי" (אשר זכתה גם לכינוי "היד הנעלמה" מבית היוצר של אדם סמית). לפי תפישה זו, הפרט יודע ומבין בצורה הטובה ביותר כיצד להשיא את תועלתו.⁹ יתר על כן, תפישה זו ממשיכה וגורסת כי המחוקק "רואה [...] את הצדדים כאדונוי הבלעדיים של החוזה וכשופטים הטובים ביותר של האינטרסים שלהם".¹⁰ גישתו של סמית הייתה, שאם יותר לפרט לפעול בשוק חופשי ותחרותי ללא התערבות מדינית, יהיה בכך כדי להשיא לא רק את תועלתו האישית כי אם גם את הרווחה הכלכלית-מצרפית בחברה, ובכך יתאפשרו שגשוג ופריחה כלכלית.¹¹ עקרון

7 רע"א 4839/15 מושקוביץ נ' מנורה מבטחים בע"מ, פס' 21 לפסק דיני (נבו 1.12.2015) (ההדגשה הוספה).

8 רע"א 3925/12 רונן נ' עו"ד כהן, פס' 11 לפסק דיני (נבו 17.6.2013).

9 גבראלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 22–23 (מהדורה רביעית, 2019).

10 שם, בעמ' 29.

11 שם, בעמ' 22–23.

חופש החוזים זכה להכרה מפורשת של המחוקק הישראלי בקבעו בסעיף 24 לחוק החוזים כי: ¹² "תוכנו של החוזה יכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים". עקרון חופש החוזים פן נוסף לו, והוא זכותם של הצדדים לחוזה שבית המשפט לא יתערב בתוכנו של ההסכם שבו הם נקשרו. ¹³ עיקרון זה בא לידי ביטוי בנוסח סעיף 25(א) לחוק החוזים, שלאחר תיקון מס' 2 קובע כך: ¹⁴

"חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהוא משתמע מתוך החוזה ומנסיבות העניין, ואולם אם אומד דעתם של הצדדים משתמע במפורש מלשון החוזה, יפורש החוזה בהתאם ללשונו". ¹⁵

יודגש כי עקרון חופש החוזים – ככל זכות חוקתית – אינו מוחלט והוא לא עומד בחלל הריק. המחוקק עצמו קבע לעיקרון זה סייגים מוצדקים בסעיף 30 לחוק החוזים (סייגי אי-החוקיות ותקנת הציבור). בהקשר זה יצוין כי אלו המדגישים את "היסוד הציבורי" שעליו נשען מוסד הבוררות סבורים כי מוסד זה הוא חלק ממערכת המשפט וכי התפקיד שאותו הוא ממלא הוא בעל משמעות לציבור כולו ולא רק לצדדים המתדיינים. ¹⁶ לשיטתם, משקלו של עקרון חופש החוזים פחות חשוב ממשקלו של האינטרס הציבורי שבמוסד הבוררות ומהכללים שאותם קבע המחוקק להסדרת הפעלתו של מוסד זה. אני סבור כי בבואנו לטפל בסוגיות בתחום דיני הבוררות, אל לנו לשכוח את עקרון חופש החוזים. כמו כן יש לזכור את רצונו של המחוקק לצמצם, למינימום האפשרי, את התערבותן של הערכאות בהליך האלטרנטיבי שבו בחרו הצדדים לשם יישוב הסכסוך ביניהם. עמדתי על כך בפסיקתי בעניין פוני, ¹⁷ כאשר ציינתי את הדברים הבאים:

"רק בנסיבות חריגות ומטעמים מיוחדים יסטה בית משפט מתניית בוררות שעליה הסכימו הצדדים וימנע מלכבד את רצונם של הצדדים כפי שהביעו בהסכם ביניהם. לא ניתן להסכין עם מצב שבו מותירים בידי הנתבע את הבחירה – בדיעבד – אם לפנות להליך בוררות או לבית המשפט, במקרה בו יועלו טענות

12 חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.

13 שלו וצמח דיני חוזים, לעיל ה"ש 9, בעמ' 21.

14 חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון מס' 2), התשע"א-2011.

15 וראו בהקשר זה גם את הצעת חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון מס' 3), התשפ"ד-2024, העוסקת בהצעה לתיקון נוסף של ס' 25 לחוק החוזים בכל הנוגע למצב שבו עסקינן בחוזה עסקי.

16 MICHAEL J. MUSTILL & STEWART C. BOYD, THE LAW AND PRACTICE OF COMMERCIAL ARBITRATION IN ENGLAND 76-78 (2nd ed., 1989).

17 רע"א 6353/17 פוני נ' אופק עד פיננסיים (2014) בע"מ (נבו) 29.10.2017.

אזרחיות-חוזיות-מסחריות הקשורות בתרמית, מצגי שווא וכיוצא באלה, באופן המנוגד להסכמתם הא-פריורית של הצדדים. את הסמכות לסטות מתניית בוררות מוסכמת יש להותיר למקרים חריגים בהם מדובר בטענות חמורות במיוחד [...] או כאשר מדובר באינטרס ציבורי כבד משקל שמצדיק דיון פומבי [...]”¹⁸.

בעניין פוני התייחסתי לעניין מורלי,¹⁹ כאשר דבריו של השופט עצינוני שנכתבו לפני כשלושים שנים באותה פרשה יפים בהקשר זה:²⁰

”חוק [הבוררות] בא לאפשר לצדדים לסיים סכסוכיהם בדרך היעילה ביותר, ללא הכבלים שבית המשפט רגיל בהם, בין אם הם כבלים שבסדרי הדין ובין שבדיני ראיות [...]”.

ברצוני להפנות גם לדבריה של השופטת פרוקצ'יה בעניין אקסטל בע”מ:²¹

”שיטת המשפט במקומנו מייחסת חשיבות רבה למוסד הבוררות כמערכת חלופית להכרעה שיפוטית בסכסוכים בין בעלי דין. יתרונות הבוררות רבים הם, הן מן ההיבט של הפרט והן מן ההיבט של הכלל. הבוררות מקדמת אינטרס ציבורי כללי ומשרתת אינטרס פרטי של בעלי הדין ונותנת ביטוי לרצונם. היא מקלה את העומס בבית המשפט ומאפשרת הכרעה במחלוקת במסגרת שנבחרה על ידי הצדדים, הכפופה לעקרונות בסיסיים הקבועים בדין, ונתונים לביקורת שיפוטית. המדיניות השיפוטית המושרשת מבקשת לקדם את מנגנון הבוררות המוסכמת בגבולות הדין ולמנוע את קיומה במקרים חריגים בלבד”.

עקרון חופש החוזים, כאמור, מורכב משני פנים – הפן הראשון, כי הצדדים חופשיים לעצב את ההסכמות החוזיות ביניהם כאוות נפשם (כפוף למגבלות שהותוו על ידי המחוקק); והפן השני כי הצדדים זכאים ליהנות מאי-מעורבות שיפוטית בהסכמות הללו, כפוף לסייגים דנן. כמי שדוגל בעקרון חופש החוזים ובעיקרון הנלווה של “הסכמים יש לכבד”, אני סבור שיש לפרש כל הוראה

18 שם, בפס' 28.

19 ע”א 550/75 מורלי נ’ בגון, פ”ד (2) 309 (1976).

20 שם, בעמ’ 318.

21 רע”א 6233/02 אקסטל בע”מ נ’ קאלמא ווי תעשיה, שיווק אלומיניום זכוכית ופרזול

בע”מ, פ”ד נח(2) 634, 668 (2004).

סטטוטורית המגבילה או המונעת התדיינות בדרך המוסכמת של בוררות בצורה מצמצמת.

גישתי זו מתיישבת עם גישתו של השופט שמגר (כתוארו אז) בעניין מורלי, שם הוא פסק כדלקמן:²²

"נטייתו של בית המשפט תהיה בדרך כלל כי סכסוך אשר הוסכם על מסירתו לבוררות אכן יידון כאמור; ביסודה של גישה זו מונחת המגמה לשקוד על קיומם של חוזים והתחייבויות ולהושיט סעד למי שמבקש לצעוד בדרך עליה הסכימו הצדדים להסכם הבוררות מרצונם החופשי".

הליך הבוררות – לו הסכימו הצדדים בהסכם הבוררות – שונה בתכלית מהליך המתנהל בערכאות. על שוני זה עמדה השופטת פרוקצ'יה בעניין החברה המרכזית לפיתוח השומרון בע"מ:²³

"מנגנון הבוררות הוא הליך חלופי ליישוב מחלוקות בין צדדים, המבוסס כל כולו על הסכמתם הדיונית להזקק לו לצורך הכרעה בסכסוך ביניהם. הבוררות נשענת על קיומו של הסכם בוררות, אשר מכוחו מסכימים הצדדים למסור לבוררות סכסוך מוגדר שכבר נתגלע ביניהם, או שעשוי להתגלע ביניהם בעתיד [...] הבסיס ההסכמי עליו נשען הליך הבוררות משמיע את שני אלה: ראשית – אין בסיס משפטי להכרעה בבוררות בעניינים אשר לא נמסרו מלכתחילה להכרעת הבורר; שנית – אין הליך הבוררות יכול לחייב צדדים שלא היו שותפים להסכם הבוררות לקחת חלק בבוררות. [...] הליך הבוררות אינו דומה להליך שיפוטי רגיל מבחינת התשתית המשפטית הניצבת ברקעו. הליך שיפוטי רגיל פותח בפני בעל דין אפשרויות נרחבות לנקוט ביוזמה חד צדדית בפתיחת הליך, ואין הוא נדרש להסכמת הצד שכנגד לצורך כך. כן רשאי הוא לכלול בתובענתו כל עילה מוכרת בדין, המצויה במסגרת סמכותו העניינית של בית המשפט, ולצרף כל צד שיש לו יריבות עמו, המהווה צד נכון בהליך, בשים לב לנושא העומד להכרעה. בהליך שיפוטי רגיל בבית המשפט, נתונה סמכות שיפוטית שבשיקול דעת להתיר תיקון כתב תביעה ולהוסיף עליו

22 עניין מורלי, לעיל ה"ש 19, בעמ' 328.

23 רע"א 8523/05 החברה המרכזית לפיתוח השומרון בע"מ נ' מזי את יחזקאל בע"מ, פס' 14-15 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה (נבו 14.2.2010).

עילות, וכן לצרף צדדים הנוגעים בדבר, הנדרשים עקב הוספת העילות, גם אם לא ניתנה לכך הסכמת בעלי הדין. לא כך הוא בהליך בוררות. הסכם הבוררות תוחם את השאלות שבמחלוקת, ומגדיר מכח הסכמת הצדדים גם את הצדדים הרלבנטיים להליך. זהו טיבה של הבוררות ההסכמית [...]”.

אסור לשכוח כי בעת החתימה על הסכם בוררות מוכנים הצדדים להישבע כי זהו הפתרון, לא רק המוסכם אלא גם הנכון והרצוי ליישוב המחלוקת שייתכן שתתגלענה ביניהם. עם זאת, הסכמת הצדדים ליישב את הסכסוך בהליך בוררות היא הסכמה שברירית.²⁴ כמו בכל סכסוך משפטי, הצד הנתבע מוכן לזנוח שבועתו ולנקוט כל צעד או הליך כדי לעכב את הבוררות או כדי לבטל את פסק הבוררות אם הוא פועל לרעתו. לכן, לדעתי, מדיניות ההתערבות המוגבלת של בתי המשפט בתחום הבוררות היא המדיניות הנכונה והראויה. יש לקדם מדיניות זו כדי ליתן תוקף לעיקרון שלפיו “הסכמים יש לכבד”, ליסוד ההסכמי של מוסד הבוררות ולאופן שבו הצדדים בחרו לעצב את ההסדרים שיחולו עליהם במקרה של סכסוך, לרבות הבחירה בהליך בוררות והגדרת האופן שבו תנוהל הבוררות. מדיניות זו מחזקת את אופיו ההסכמי של מוסד הבוררות.

בין אם אנו מצדדים בפן ההסכמי של מוסד הבוררות ובין אם אנו מצדדים בפן הציבורי שלו, אין מחלוקת שעיקרון יסוד של דיני הבוררות הוא ניקיון כפיו, הגינותו, תום-לבו ואי-תלותו של הבורר. עיקרון זה מקבל ביטוי ברור בחוק. ביטוי לעיקרון זה מופיע בסעיף 30 לחוק שלפיו “בורר שהסכים למינויו חייב לנהוג כלפי בעלי-הדין בנאמנות” וכן בסעיף 11(א) לחוק הקובע שבית משפט רשאי להעביר בורר מתפקידו אם “נתגלה שהבורר אינו ראוי לאמון הצדדים”. עם זאת, עלינו לוודא שעקרונות אלה לא יהפכו לדרך שבה צד שהסכים לנהל הליך בוררות מבקש לחזור בו מהסכמתו. כמו כן יש למנוע מצב שבו צד שאינו מרוצה מהאופן שבו הליך הבוררות מתנהל (בלי שיש לו טעם ענייני לכך) יבקש להשתחרר מהליך זה, וזאת באמצעות העלאת טענות לפיהן הבורר אינו ראוי לאמון הצדדים, נגוע בניגוד עניינים או פועל במשוא פנים.

עם פרישתי מבית המשפט העליון, ראינו אותי עורכיו של ספר יורם דנציגר.²⁵ נשאלתי, בין היתר, על פסיקתי בתחום הבוררות. בתשובתי עמדתי על החשיבות שיש לטעמי ליתן להסכמות הצדדים לפנות להליך בוררות. כמו כן הדגשתי את הצורך למנוע מצד שאינו מרוצה מהליך הבוררות לסגת מהסכמתו

²⁴ דנציגר ובלכמן ספר נילי כהן, לעיל ה”ש 3, בעמ’ 603.

²⁵ ספר יורם דנציגר: אסופת מאמרים לכבודו של השופט (בדימוס) פרופ’ יורם דנציגר (לימור זר-גוטמן ועידו באום עורכים 2019) (הספר להלן: ספר יורם דנציגר).

(כל עוד לא קיים טעם מוצדק לכך). ציינתי, שאחת הדרכים לצמצום התופעה של העלאת טענות סרק נגד הבורר בדיעבד וכן במהלך הבוררות, היא על ידי הטלת חובת בדיקת ניגוד עניינים וחובת גילוי אקטיבית. חובות אלה יחולו על הבורר וגם על הצדדים טרם תחילת הליך הבוררות. בדיקה זו תצמצם את האפשרות של צד להליך הבוררות לטעון בהמשך לניגוד עניינים ותאפשר את ניהול הבוררות בהתאם להסכמות הצדדים כפי שנקבעו מראש בהסכם הבוררות:

"לדעתי, במקרים רבים עדיף לצדדים בסכסוך ללכת לבוררות – הליך בו יש להסכמות המוקדמות בין הצדדים משקל רב בקשר לזהות הבורר ולאופן ניהול ההליך – ולא לבית משפט, וזאת בתנאי שהם מתכוונים לקבל על עצמם את פסק הבורר. ואולם במקרים רבים מתברר שהצדדים לא מוכנים לקיים את פסק הבורר והם מחפשים סיבות מן הגורן ומן היקב כדי לבטל את פסק הבוררות. זאת, למרות שעילות הביטול בחוק מוגבלות ומפורשות בצמצום. בנוסף, רבים המקרים שבהם מנסים צדדים להליך להעביר את הבורר מתפקידו שכן אין הם מרוצים מהדרך בה הוא מנהל את ההליך או מהתוצאה המסתמנת. לכן מאוד חשוב פסק הדין שלי ברע"א 296/08 ארט בי נ' עזבון ליברמן (5.12.2010), המסביר איך צריך להתחיל את הליך הבוררות – בחובות בדיקה וגילוי אקטיביות של הבורר ושל הצדדים שנועדו לצמצם למינימום את תופעת ניגוד העניינים האפשרית ולמנוע ממי שאינו מרוצה מאופן ניהול ההליך לנסות להעביר את הבורר מתפקידו. בורות היא כלי מצוין ליישוב סכסוכים אם מנהלים את הליך הבוררות כמו שצריך ואם הצדדים מוכנים לקיים את פסק הבורר".²⁶

ג. הלכת ארט-בי: חובות הבדיקה והגילוי המוטלות על הבורר ועל הצדדים לבוררות

עיון בחוק הבוררות מלמד כי אין הוא קובע באופן מפורש כי קיימת חובת גילוי של הבורר כלפי הצדדים על קשריו עם מי מהם שעשויים להקים חשש ממשי

²⁶ מראיינים: ד"ר עידו באום, ד"ר לימור זר-גוטמן "שופט, אדם: ראיון עם כבוד השופט (בדימוס) פרופ' יורם דנציגר" ספר יורם דנציגר, שם בעמ' 21, 29.

למשוא פנים.²⁷ הגם שסעיף 11 לחוק קובע, כאמור, שבית משפט רשאי להעביר בורר מתפקידו אם "נתגלה שהבורר אינו ראוי לאמון הצדדים". למרות זאת, בתי המשפט נמנעו במשך השנים מלקבוע באופן מפורש קיומה של חובת גילוי המוטלת על הבורר כלפי הצדדים. כתוצאה מכך, לא הוטלה חובה מפורשת לבצע גילוי מלא מראש.²⁸ יצוין כי בתי המשפט לא התעלמו ממקרים שבהם התברר בדיעבד כי בורר לא חשף קשרים מהותיים בינו לבין מי מהצדדים. עם זאת, היעדרה של חובת גילוי מלאה מצידו של הבורר כבר בפתח הליך הבוררות החלישה את היסוד ההסכמי בין הצדדים.²⁹

ביום 5.12.2010 פורסם פסק הדין בעניין ארט-בי נ' עזבון ליברמן.³⁰ פסק דין זה היה נקודת מפנה בסוגיה. פסק הדין עסק, בין היתר, באופן ההתנהלות הראוי והמצופה מבורר, אך גם באופן התנהלותם של הצדדים להליך הבוררות. עמדתו בעניין ארט-בי ממחישה את השקפת העולם המשפטית שלי באשר למשקל שיש ליתן להסכמות הצדדים טרם החל הליך הבוררות, המושתתת על שלושה עקרונות "שווי כוחות" (מעין משולש שווה צלעות). להלן שלושת העקרונות: העיקרון הראשון: על הצדדים שבחרו במודע ליישב את הסכסוכים שיתגלעו ביניהם בהליך לפני בורר, לעמוד בהתחייבותם ולהימנע מלנקוט דרכים מדרכים שונות כדי להשתחרר ממחויבותם החוזית ("חוזים יש לכבד").

העיקרון השני: על רקע האופן המוגבל והמצומצם של "השלב הערעורי" בדיני הבוררות, אין לתת יד לניסיון של צדדים, שאינם מרוצים מהחלטות הבורר, מפסקי דין חלקיים שלו ומפסק הבוררות הסופי שניתן על ידי הבורר, לתקוף את הבורר בטענות מטענות שונות. (טענות אלה כוללות טענות המכוונות ל"גופו" של הבורר, טענות בדבר משוא פנים או אף להתנהלות מושחתת מצידו, שמטרתן להעבירו מתפקידו או להביא לביטול הכרעותיו – כמובן כל עוד אין בסיס לטענות אלה.

העיקרון השלישי: על כל בורר מוטלת חובת גילוי מלאה לצדדים, אף טרם תחילת הליך הבוררות גופו, על כל ניגוד עניינים – קיים או פוטנציאלי – בין עניינו האישי לבין תפקידו כבורר, ויש לנקוט מדיניות מחמירה בהתייחס לכל הפרה של חובת אמונים מצידו של הבורר.

בעת כתיבת פסק הדין בעניין ארט-בי עמדו נגד עיני, בין היתר, דבריו של הנשיא יואל זוסמן, בהקדמה למהדורה הראשונה לספרה של סמדר אוטולנגי,

27 דנציגר ובלכמן ספר נילי כהן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 608.

28 שם.

29 שם.

30 רע"א 296/08 ארט-בי חברה בערבות מוגבלת (בפירוק) נ' עזבון המנוח ליברמן ז"ל (נבו) (5.12.2010).

בוררות דין ונוהל, מהם עולה כי הצדדים להליך בוררות יעשו הכול כדי להעביר את הבורר מתפקידו או כדי להביא לביטול הכרעתו, אם הם לא מרוצים מהתנהלותו ומהכרעתו, ואלו היו דבריו:³¹

"הסכמה מרצון לבורר שנבחר על ידי הצדדים עצמם אין לה ערך של ממש, זולת אם היא מלוות רצון והסכמת כל אחד מן המתדיינים לקבל עליו את הדין כמו שייפסק על ידי הבורר.

בהווי הישראלי הסכמה אחרונה זו היא לעתים קרובות מדי הסכמה-על-תנאי בלבד; לאמור, הסכמה להשלים עם הפסק הרצוי, אך אם לא פסק הבורר כמו שבעל דין רוצה, מפשפשים בחומר הבוררות כדי לגלות בו אמתלה לביטול הפסק ולחידוש המשפט במקום אחר."

בשורות הבאות אבקש להציג את עשרת העיקרים של פסק הדין בעניין ארט-בי ואת אופן יישומם בפסיקה לאחר שניתן פסק דין זה.

(1) אם למבקש הביטול נודע כי קיימת עילה המצדיקה את העברת הבורר מתפקידו לאחר מתן פסק הבוררות, הרי שעליו להגיש בקשה לביטול פסק בוררות, על סמך אחת מהעילות המפורטות בסעיף 24 לחוק, "כאשר העילה הקבועה בסעיף 11 לחוק הבוררות יכולה להאיר את טיבן של עילות הבטלות הקבועות בסעיף 24 לחוק הבוררות".³²

(2) יש למנוע מצב שבו צדדים להליך הבוררות יחכו לפסק הביניים, ואם תוצאתו לא תהיה לרוחם "ישלפו" טענה שלפיה יש להעביר את הבורר מתפקידו על פי סעיף 11 לחוק. זאת אף ש"העילה" להעברתו מתפקידו הייתה ידועה להם קודם לכן. כעיקרון, לא תשמע טענה לחשש ממשי למשוא פנים מצד הבורר לאחר תום הליך הבוררות.³³

(3) המבחן לפסלות בורר צריך שיהיה דומה למבחן פסלות שופט (לא מקל יותר ולא מחמיר יותר), קרי – יש להוכיח בראיות אובייקטיביות קיומו של חשש ממשי למשוא פנים.³⁴

31 יואל זוסמן "הקדמה למהדורה הראשונה" סמדר אוטולנגי בוררות: דין ונוהל כרך א, כז (מהדורה רביעית מיוחדת 2005) (הספר להלן: אוטולנגי בוררות: דין ונוהל).

32 עניין ארט-בי, לעיל ה"ש 30, בפס' 96 לפסק דיני.

33 רע"א 4336/16 פלס נ' רוזנבלום (נבו 9.8.2016); רע"א 7614/16 מימון נ' אפרים (נבו 30.1.2017).

34 עניין ארט-בי, לעיל ה"ש 30, בפס' 111–119 לפסק דיני. וראו גם: דנציגר ובלכמן ספר נילי כהן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 613–615.

(4) חובת הגילוי המוטלת על הבורר היא חובת גילוי מלאה, ומקורה בחובת הנאמנות המוטלת על הבורר מכוח הוראת סעיף 30 לחוק, אך לא בכל מקרה של הפרת חובת הגילוי יבוטל פסק הבוררות.

בעניין קאלמא ויי בע"מ התעוררה השאלה מה משמעות חובת הגילוי המלאה המוטלת על הבורר.³⁵ באותו מקרה לא גילה הבורר על קשר כלכלי-עסקי בינו לבין המשיבה. מסתבר שהבורר היה בעל מניות בחברת אלומאיר בע"מ, שהיא ספקית ולקוחה מרכזית של המשיבה (אקסטל), הגם שבשיעור זעום ביותר. יתר על כן, הוא גם שימש דירקטור באחת מהחברות שהיו בעלות מניות באלומאיר בע"מ (אי.סי.סי.). עם זאת, באותו עניין נפסק, על סמך הלכת ארט-בי, כי לא בכל מקרה של הפרת חובת גילוי המסקנה המתחייבת באופן אוטומטי היא שיש להורות על ביטול פסק הבוררות. כך, באותה פרשה סברתי כי אין להורות על ביטול פסק הבוררות מאחר שהפרת חובת הגילוי אינה מקימה חשש ממשי למשוא פנים לנוכח העובדה שמדובר היה בקשר עקיף של הבורר לאחד הצדדים.³⁶ יתר על כן, ציינתי שלא הונחו בפני בית המשפט המחוזי נתונים כלשהם המצביעים על עסקיה ועל היקף פעילותה של אי.סי.סי. לכן אי אפשר לשלול את האפשרות שהחזקה בכ-5% מאלומאיר (הספקית של המשיבה) אינה אלא חלק קטן מהפורטפוליו של אי.סי.סי, דבר שעשוי להפחית באופן משמעותי את זיקתו של הבורר למשיבה.³⁷

עוד אציין כי נתתי משקל לכך שהטענה בדבר קיומו של הקשר הכלכלי-עסקי בין הבורר לבין המשיבה צץ ועלה כתשע שנים לאחר שניתן פסק הבוררות וכחמש שנים לאחר שנדחתה בקשת הביטול הראשונה שהוגשה על ידי המשיבה. (5) במסגרת הגילוי המלא של הבורר, עליו לגלות לצדדים גם על ניגודי

האינטרסים בין עניינו האישי לבין תפקידו כבורר.³⁸

(6) "כאשר יש ספק – אין ספק": אם הבורר מתלבט אם קשר שלו למי מהצדדים או נושא הבוררות דורש גילוי, ראוי שיעדכן בדבר התלבטותו את הצדדים מוקדם ככל האפשר, זאת כדי לאפשר לצדדים להחליט אם ברצונם שישמש כבורר בעניינם.³⁹

(7) הפרת חובת הגילוי לא מביאה בהכרח להעברת הבורר מתפקידו. שאלה זו תיבחן לאור המבחן של חשש ממשי למשוא פנים. יש להוכיח קיומה של

35 רע"א 8865/15 קאלמא ויי תעשייה שיווק אלומיניום ופירזול בע"מ נ' אקסטל בע"מ (נבו) 28.1.2016.

36 שם.

37 שם.

38 עניין ארט-בי, לעיל ה"ש 30, בפס' 123 לפסק דיני.

39 שם, בפס' 124 לפסק דיני.

אפשרות קרובה למדי שקשר שלא גולה השפיע או ישפיע על הבורר. במקרה אחד פסל בית המשפט המחוזי, ובצדק, את פסק הבורר נוכח קיומו של קשר הדוק ומשמעותי, מקצועי וכספי, בין הבורר (דיין חרדי שנבחר בהסכמת הצדדים) לבין טוען רבני שייצג את המבקש בהליך הבוררות. במקרה זה הטוען הרבני ייצג את בתו של הבורר בהליך הגירושין שלה (הליך שבו היה הבורר מעורב באופן אישי). הבורר והטוען לא גילו את הנתונים הללו, ולכן היה מקום לבטל את פסק הבורר.⁴⁰ אולם, יובהר: טענה לקשר של הבורר עם צד להליך או עם בא כוחו מחייבת את הטוען לקשר להציג עובדות ברורות המוכיחות קשר ממשי זה.⁴¹ והנה שתי דוגמאות ל"קשרים" שאינם מצדיקים העברת בורר מתפקידו או ביטול פסק בוררות:

האחת, קשר חברתי בין הבורר לבין שותף למשרד של בא כוח המשיבים אינו מעורר חשש ממשי למשוא פנים; והוא הדין בפעילות משותפת במסגרת לשכת עורכי הדין.⁴²

והשנייה, העובדה שהבורר ובא כוח המשיבה גרים באותה שכונה ומתפללים באותו בית כנסת, אינה מעוררת חשש ממשי למשוא פנים.⁴³

(8) לצד חובת הגילוי המוטלת על הבורר, קיימת חובת גילוי של כל אחד מן הצדדים להליך הבוררות כלפי הצד שכנגד הנובעת מעקרון תום הלב. חובה זו מחייבת אותו לערוך בדיקה אקטיבית וסבירה של קשריו ושל קשרי המקורבים אליו עם הבורר או עם גורמים המקורבים לבורר. כמו כן היא מחייבת גילוי קשרים אלה לצד שכנגד, אף טרם תחילת הליך הבוררות גופו.⁴⁴

(9) ככלל, צד שלא ידע על קיומה של עילת פסלות, אך יכול היה לבררה בנקל, יהיה מנוע מלהעלות טענה כי יש להעביר את הבורר מתפקידו מטעם זה לאחר שהבוררות החלה וניתנה הסכמה למינוי הבורר. הדבר נכון שבעתיים כאשר ההליך נמצא בעיצומו וכבר ניתנו החלטות ופסקי בורר חלקיים.⁴⁵

(10) בית המשפט יימנע ממצב שבו "ירדו הליכי בוררות לטמיון" כאשר הטענות המועלות נגד הבורר או נגד תקינות ההליך אינן מהותיות.⁴⁶

40 עניין פלס, לעיל ה"ש 33.

41 לעניין זה ראו רע"א 5421/13 הרב כהנמן נ' הרב מרקוביץ (נבו 1.10.2013).

42 רע"א 10570/08 מצנר נ' פלינט (נבו 3.3.2009).

43 בע"מ 4420/13 פלוני נ' פלונית (נבו 13.1.2015).

44 עניין ארט-בי, לעיל ה"ש 30, בפס' 131–132, 136, 155 לפסק דיני.

45 שם, בפס' 132 לפסק דיני.

46 פתרון לקושי זה מצאנו ברע"א 10138/06 מגדל הנביאים בע"מ נ' שיכון העובדים בע"מ (נבו 14.2.2008). באותו מקרה החלטנו למנות בורר נוסף לצד הבורר שנפל פגם במינויו ובכהונתו, שכן חשנו שיהיה זה עוול להוריד לטמיון שנים של התדיינות ומשאבים כספיים גבוהים מצד שני הצדדים.

ד. מהו הפועל היוצא של הפרת חובת הבדיקה והגילוי

1. במקרה שהמפר הוא הבורר

1.1 כאשר העובדות התגלו לאחר מתן פסק הבוררות

מבחינה פרוצדוראלית, לאחר שניתן פסק הבוררות אי אפשר לעתור להעברת הבורר מתפקידו בשל הפרת חובת הגילוי מכוח הוראת סעיף 11(1) לחוק. בטענה שאין הבורר ראוי לאמון הצדדים. במקרה שבו כבר ניתן פסק הבוררות, כי אז "עילת אי-הגילוי נבלעת ומתמזגת בעילת הביטול הקבועה בסעיף 24(10) לחוק, המכירה באפשרות לבטל פסק בוררות בעילה שעל פיה היה בית המשפט מבטל פסק דין סופי שאין עליו ערעור עוד".⁴⁷

עם זאת, בעניין מושקוביץ ציינתי כי במקרים נדירים שבהם העובדות המגבשות את הבקשה להעברת הבורר מתפקידו התגלו לאחר מתן פסק הבוררות ואין הסיבה לכך נעוצה בבעל הדין והוא אף לא יכול היה לגלות את המידע באמצעות בדיקה סבירה, פתוחה בפניו הדרך להעלות את הטענה כי יש להעביר את הבורר מתפקידו בשל הפרת חובת גילוי גם לאחר שניתן פסק הבוררות.⁴⁸

הזכרתי לעיל את עניין קאלמא ויי בע"מ. בפרשה זו סברתי, על בסיס העובדות של אותה פרשה כי אף על פי שהיה על הבורר לגלות לצדדים על קיומו של הקשר הכלכלי-עסקי שלו עם המשיבה, אין מקום לבטל את פסק הבוררות. זאת מכיוון שלא כל הפרה של חובת גילוי מובילה כאמור למסקנה שיש לבטל את פסק הבוררות. על הנימוקים שהובילו אותי למסקנה שלפיה באותה פרשה לא היה מקום להורות על ביטול פסק הבוררות עמדתי לעיל.

לעומת זאת, בעניין ויצדומיני,⁴⁹ סברתי שיש להורות על ביטול פסק בוררות מקום שבו נמצא שהבורר לא מסר מידע על כך שייצג את המשיבה במשך שנים רבות. באותה פרשה קבעתי כי מדובר בפגם ממשי היורד לשורשו של ההליך שכן מדובר בהפרת חובת גילוי ברף החומרה הגבוה. במקרה זה ציינתי כי מסירת מידע על ייצוג קודם הוא צעד "פשוט וטריוויאלי, אשר מתבקש מבחינה מקצועית. קשה להעלות על הדעת שנשתכחה מדעתו של הבורר העובדה כי הוא ייצג בעבר, במשך שנים ארוכות, צד להליך שמתנהל לפניו".⁵⁰

⁴⁷ עניין מושקוביץ, לעיל ה"ש 7, בפס' 18 לפסק הדין.

⁴⁸ שם, בפס' 19 לפסק הדין.

⁴⁹ רע"א 1610/17 ויצדומיני נ' גאיה מושב עובדים להתיישבות שיתופית בע"מ (נבו) (28.5.2017).

⁵⁰ שם, בפס' 8 לפסק הדין.

ההחלטה אם להורות על ביטול פסק בוררות בשל הפרת חובת גילוי של הבורר תלויה אם כן בנסיבות המקרה. לא כל הפרה של חובת הגילוי מצידו של הבורר תוביל באופן אוטומטי לביטול פסק הבוררות ויש לבחון מספר גורמים: את עוצמתה של ההפרה; את עוצמת הקשר שהתגלה בין הבורר לבין מי מהמעורבים בהליך הבוררות או לנושאה; את עוצמתו של ניגוד העניינים שהתגלה; ואת העיתוי שבו הטענה הועלתה. יצוין כי אין מדובר ברשימה סגורה, וכי הכרעה כאמור תלויה תמיד בנסיבות המקרה הקונקרטי כאשר המבחן הוא כאמור חשש ממשי למשוא פנים של הבורר אותו יש להוכיח בראיות אובייקטיביות.

1.2 כאשר העובדות התגלו לאחר שהליך הבוררות החל אך טרם ניתן פסק בוררות

כאשר העובדות התגלו לאחר שהליך הבוררות החל, אך לפני שניתן פסק בוררות, על הטוען להפרת חובת הגילוי לעתור לבית המשפט, מכוח הוראת סעיף 11(1) לחוק, ולבקש שהבורר יועבר מתפקידו שכן "נתגלה שהבורר אינו ראוי לאמון הצדדים".⁵¹ חובת הבדיקה והגילוי המוטלת על כל המעורבים בהליך הבוררות (הבורר והצדדים גם יחד) "היא רחבה, אקטיבית ומטילה חובת עשייה".⁵² עם זאת, לא בכל מקרה שבו כשל הבורר ולא גילה את שהיה אמור לגלות הפועל היוצא הוא העברת הבורר מתפקידו. כך, למשל, בעניין קופמן פסקתי כי קיימים מקרים שבהם מידת הפגם ומשמעותו אינן מצדיקות להעביר את הבורר מתפקידו.⁵³

בעניין אמירי זכרון יעקב בע"מ,⁵⁴ נדון מקרה שבו צד להליך בוררות עתר לביטולו של פסק הבוררות בשל קשר של הבורר עם הצד השני. בית המשפט העליון קבע כי מדובר בקשר רחוק שאינו מצדיק את ביטולו של פסק הבוררות, הגם שהיה ראוי לגילוי מצידו של הבורר. בית המשפט העליון מצא כי בהליך הבוררות לא עלתה טענה כלשהי שממנה אפשר להסיק על קיומו של משוא פנים מצד הבורר, וכי גם אם הוא היה מגלה על הקשר בינו לבין המשיבה, המבקשת לא הייתה עושה דבר עם המידע. זאת בין היתר מאחר שהמבקשת ידעה על קשר

⁵¹ עניין ארט-בי, לעיל ה"ש 30, בפס' 144; כן ראו רע"א 1146/11 צ'רלטון בע"מ נ' ההתאחדות לכדורגל בישראל, פס' כ"ט-ל"ב לפסק הדין של השופט רובינשטיין (נבו) 16.8.2011.

⁵² עניין מושקוביץ, לעיל ה"ש 7, בפס' 15 לפסק הדין.

⁵³ רע"א 3166/16 קופמן נ' קופמן (נבו) 5.5.2016.

⁵⁴ רע"א 5448/20 אמירי זכרון יעקב בע"מ נ' האחים אבו עיאש בע"מ (נבו) 23.9.2020.

קודם בין הבורר למשיבה וחרף עובדה זו הסכימה למינויו.⁵⁵ עם זאת, והוא החשוב לענייננו, בית המשפט העיר במאמר מוסגר כי:

"כי לו היה מגיע הדבר לידיעתה של המבקשת בזמן אמת ואכן הייתה מבקשת להעביר את הבורר מתפקידו או את פסילתו, ייתכן כי הייתה עילה לכך [...] אולם אנו מצויים, כאמור, בשלב שלאחר מתן פסק הבוררות כאשר אמות המידה לביטולו מחמת משוא פנים מחמירות יותר מאמות המידה להעברת בורר מתפקידו בשל הפרת חובת הגילוי המוטלת עליו".⁵⁶

2. כאשר המפר הוא צד להליך הבוררות

2.1 כאשר העובדות התגלו לאחר מתן פסק הבוררות

מכוח הלכת ארט-בי,⁵⁷ אף אם הבורר לא ערך בדיקה כנדרש על קשריו עם הצדדים להליך הבוררות, מוטלת על כל אחד מהצדדים להליך חובה לבדוק אם היו או יש להם קשרים עם הבורר. אם לא ערכו בדיקה זו, ייטה בית המשפט שלא להיענות לבקשתם לבטל את פסק הבוררות שניתן. בעניין מושקוביץ הבהרתי כי:

"אי-גילויין של עובדות אשר ייתכן והיה בגילויין כדי להשפיע על הסכמת הצדדים להיקשר מלכתחילה בהסכם הבוררות, עלול לקעקע את הסכמת הצדדים. משכך, פגם בהסכמה, שעלול לנבוע מגילויין המאוחר של עובדות שהצד השני הסתיר בשלב מוקדם, עשוי להוביל למסקנה כי ישנה הצדקה לבטל את הסכם הבוררות בדיעבד".⁵⁸

הסעד דנן יינתן רק כל עוד אי אפשר לתלות את אי-גילוי העובדות בבעל הדין המבקש. זאת בין אם ידע את העובדות ולא טרח לעתור ובין אם יכול היה לגלות

55 שם, בפס' 21.

56 שם.

57 עניין ארט-בי, לעיל ה"ש 30.

58 עניין מושקוביץ, לעיל ה"ש 7, בפס' 17 לפסק הדין.

את המידע באמצעות בדיקה סבירה ולא עשה כן.⁵⁹ באותה פרשה קבעתי כי אין מניעה לבטל פסק בוררות בדיעבד בשל הפרת חובת גילוי של צד להליך.⁶⁰ עם זאת, באשר להפעלת שיקול הדעת בשאלה אם לבטל פסק בוררות בנסיבות אלה, ציינתי כי ראוי שיהיה מדובר בסעד נדיר שעה שחוסר תום הלב יורד לשורש הסכמת הצדדים לפנות לבוררות או למנות את הבורר.⁶¹ הוספתי כי על מבקש הביטול להוכיח כי לו ידע מלכתחילה את המידע שהתגלה הוא לא היה מסכים להתדיין בבוררות.⁶² עוד ציינתי כי יש להבחין בין מקרה שבו מדובר בפגם היורד לשורש הסכמת הצדדים להתדיין בבוררות לבין מצב שבו הפגם הוא ביחס להתדיינות בפני בורר מסוים. הוספתי כי האפשרות לבטל פסק בוררות במקרה הראשון תהיה קלה יותר, מאחר שבמקרה השני פסק הבוררות ככל הנראה היה "מגוח לעולם" גם אם היה נבחר בורר אחר.⁶³

2.2 כאשר העובדות התגלו לפני מתן פסק הבוררות

ההכרעה בבקשה להעביר בורר מתפקידו מכוח סעיף 11(1) לחוק בשל כך שהבורר מצוי בניגוד עניינים – ומשכך אין הוא ראוי לאמון הצדדים – מותנית בשורה של גורמים:

- א. האם ערך הצד המבקש בדיקה משלו בפתח הליך הבוררות? לגישתי יש להחמיר עם צד להליך בוררות אשר באמצעות שקידה סבירה יכול היה לדעת על עילת הפסלות, אך נמנע מהבדיקה. במקרה זה אני סבור כי ככלל אין להיעתר לבקשה של אותו צד להגיש בקשה להעברת בורר מתפקידו. לגישתי, החובה המוטלת על צד להליך לבצע בדיקה אקטיבית של קשריו עם הבורר או נושא הבוררות נגזרת גם מחובת תום הלב המוטלת על צד להליך הבוררות.
- ב. האם בדיקה "פשוטה יחסית" הייתה מלמדת את הבודק (אילו היה עורך אותה) על ניגוד העניינים או שמדובר בחקירה ובדיקה סבוכים, מורכבים ויקרים?
- ג. באיזה שלב מצוי הליך הבוררות? האם ההליך מצוי רק בראשיתו או שמא הוא מצוי בעיצומו? האם כבר ניתנו החלטות ופסקי ביניים?
- ד. האם בעל הדין ידע על קשריו של הבורר שעלולים להקים חשש למשוא פנים וחרף זאת נתן הסכמתו להתדיין בפניו? במקרה זה נקבע כי לא יתאפשר

59 שם, בפס' 19 לפסק הדין.

60 שם, בפס' 22 לפסק הדין.

61 שם, בפס' 23 לפסק הדין.

62 שם.

63 שם.

לבעל הדין להסתמך על אותן עובדות כדי לטעון להעברת הבורר מתפקידו.⁶⁴ כמו כן, אם בורר גילה לצדדים באופן מלא על קשריו עם מי מהם לא ייקבע כי נפל פגם בהליך הבוררות אך ורק בשל נגיעתו של הבורר למי מהצדדים.⁶⁵ ה. מה מידת "ניגוד העניינים" הנטען?

ה. חובות גילוי מאוחרות של הבורר

קיימים מקרים שבהם מוטלת על הבורר חובה לעדכן את הצדדים בעניינים מסוימים (אף אם אין הם נוגעים לקשרים כאלה או אחרים של הבורר למי מהצדדים או למי מבאי-כוחם) לא רק בפתח ההליך, אלא גם במהלך הליך הבוררות. כך, למשל, בעניין יבולים בשער הנגב בע"מ התעוררה השאלה אם מוטלת על הבורר החובה לגלות לצדדים שהוא מעוניין להתייעץ (או שכבר התייעץ) במומחה מסוים (שלא מונה לתפקיד מומחה מטעם הבורר).⁶⁶ באותו עניין פסקתי כי הגם שאין בחוק הבוררות איסור על בורר להיוועץ בצד שלישי בענייני הבוררות, הוא חייב להודיע על ההתייעצות לצדדים להליך. כמו כן, עליו לעדכן אותם מהי העצה שאותה קיבל, שאם לא עשה כן יש בכך כדי להצדיק את ביטול הפסק.⁶⁷ באותו מקרה, לאחר שקבעתי שנפל פגם בהתנהלותו של הבורר, בחנתי את השאלה אם אכן יש הצדקה לבטל את פסק הבוררות. לחילופין, שקלתי אם יש חלופה קשה פחות – למשל, החזרת הפסק לבורר כדי שייתקן את הפגם, דהיינו: יאפשר לצדדים ללמוד מה הייתה עצתו של אותו צד שלישי, להתייחס אליה ואף לחקור את המייעץ. באותו מקרה הסכימה המשיבה להחזיר את הדיון לבורר לצורך תיקון הפגם, והתייתר הצורך בהכרעה שלי אם לבטל את הפסק או להחזירו לתיקון.

ו. תופעת יצירת קשר חד-צדדי עם הבורר

בשני העשורים האחרונים שבה ומתעוררת השאלה אם קשר ישיר בין הבורר לבין אחד מהצדדים. ראשית האם קשר כזה מחייב גילוי מצד הבורר (וכן ממי שעמד

⁶⁴ רע"א 8570/11 מנורה מבטחים חברה לביטוח נ' Pacific Attitude Ltd., פס' יד (נבו) 11.12.2011.

⁶⁵ רע"א 8164/18 אדלקום בע"מ נ' חברת שירותי תשתיות אילת אשקלון בע"מ, פס' 23–24 לפסק הדין של השופט מיינץ (נבו) 12.2.2019.

⁶⁶ רע"א 3355/11 יבולים בשער הנגב (1999) בע"מ נ' שמש אדמה ומים בע"מ (נבו) 22.11.2012.

⁶⁷ השוו אוטולנגי בוררות: דין ונוהל, לעיל ה"ש 31, בעמ' 1036.

איתו בקשר). שנית, אם לא ניתן גילוי, אם הדבר מצדיק העברת הבורר מתפקידו או, במקרה המתאים, ביטול פסק הבוררות. בעניין אביב ושות' קבעתי כי:⁶⁸

”בעלי דין ובאי כוחם אינם רשאים לפנות לבורר באופן חד-צדדי, וללא ידיעת הצד שכנגד או הסכמתו, גם אם מדובר בשיחות טכניות באופיין [...]”

החובה למנוע זאת מוטלת על הבורר אולם בראש ובראשונה, ה'מונע הטוב ביותר' הם בעלי הדין ובאי כוחם, הם עצמם. במידה ולמרות האמור התקבלה אצל הבורר שיחה מטעם מי מהצדדים עליו ליידע על כך את הצד השני באופן מיידית.”

יחד עם זאת, במקרים רבים מגיע בית המשפט למסקנה שאף אם לא ניתן גילוי, לא היה בשיחות החד-צדדיות שאותן יזם צד להליך, כדי להטיל פגם מהותי בהליך הבוררות או על פסק הבוררות במידה המצדיקה את ביטולו.⁶⁹ בעניין מקורות הוספתי כי הדברים רלוונטיים גם לפנייה אשר בוצעה שלא על דעתו של הבורר. הדברים חלים גם כאשר הבורר לא גרם לה. כמו כן, נקבע עיקרון חשוב בנוגע להתנהגות הצדדים. כאשר ידע צד להליך על שיחות אישיות שניהל הבורר עם הצד השני לגבי אופן ניהול הבוררות, ובחר שלא לדרוש את פסילת הבורר בזמן אמת הוא ייראה כמנוע מלדרוש את ביטול פסק הבוררות מטעם זה.⁷⁰

בפרשה אחרת, בעניין אדלקום שנוכר לעיל,⁷¹ נדון מקרה שבו היה ידוע לצדדים על היכרות רבת שנים של הבוררת עם חלק מבאי כוח הצדדים. כמו כן, מונתה הבוררת כבודקת על ידי דירקטוריון אחד הצדדים כדי לברר את הטענות שהועלו על ידי הצדדים השונים במסגרת ההליכים שהוגשו לבית המשפט. נוסף על כך, הבוררת קיימה מספר פגישות עם נציגי אותו צד. חרף זאת הסכימו הצדדים על מינויה. אלא שבהמשך התייעצה הבוררת עם אחד מעורכי הדין של הצדדים בעניין שאינו נוגע לבוררות. הבוררת ציינה את הדבר בפני הצדדים אך דחתה בקשות שקראו לה לסיים את תפקידה כבוררת. המבקשים הגישו לבית המשפט בקשה להעברת הבוררת מכוח סעיף 11 לחוק.

68 רע"א 9719/16 אביב ושות' חברה קבלנית לעבודות ציבוריות ועבודות בנין בע"מ נ' ידידיה כהן בע"מ, פס"מ 40 (נבו 18.1.2017).

69 שם; כן ראו רע"א 8460/08 איגוד ערים לענייני ביוב (אזור כרמיאל) נ' מקורות חברת מים בע"מ (נבו 7.10.2008).

70 ע"א 102/12 גור נ' וולף (נבו 10.1.2012).

71 עניין אדלקום, לעיל ה"ש 65.

בית המשפט העליון בדעת רוב של השופטים מינץ וסולברג וכנגד דעת החולקת של השופט קרא קבע שהתייעצות בין עורך דין המייצג צד בהליך בוררות עם הבורר היא עילת פסלות וכן עילה להעברת בורר מתפקידו מכוח סעיף 11 לחוק. עם זאת, הצדדים להליך הבוררות יכולים להסכים שהיכרות קודמת שלהם או של באי כוחם עם הבורר לא תהווה עילת פסלות. באותה פרשה נקבע כי הגם שהצדדים הסכימו שהיכרות בין הבוררת לעורך הדין של אחד מהצדדים לא תהיה עילת פסלות, ההתייעצות שקיימה הבוררת עם עורך הדין חרגה מההסכמה שניתנה ולכן אפשר היה להעלות טענות פסלות כנגד הבוררת.⁷² באותה פרשה נקבע, בסופו של יום, כי נוכח הנסיבות יש להורות על העברת הבוררת מתפקידה.

ז. סיכום

אחד משני היסודות עליהם נשען מוסד הבוררות הוא היסוד ההסכמי. בהיעדר הסכמה של הצדדים ליישב את הסכסוך ביניהם בהליך בוררות אי אפשר לכפות על צד לוותר על זכותו לפנות לערכאות בבקשה לברר את הסכסוך בינו לבין רעהו. מכוח עקרון חופש החושים, הצדדים יכולים גם להסכים על האופן שבו יתנהל הליך הבוררות ואף על זהות הבורר.

עם זאת, כשם שאי אפשר לכפות על צד שלא הסכים למנגנון בוררות לברר את הסכסוך בינו לבין רעהו בהליך בוררות, כך לא ניתן לאפשר לצד שהסכים להסדיר סכסוך בינו לבין רעהו בבוררות "לחמוק", ברגע האמת, כאשר פרץ סכסוך, מהליך בוררות בלי שקיים טעם מוצדק לכך. הדרכים שבהן צד לסכסוך ינסה "לחמוק" מקיום ההליך או בשלב מאוחר יותר מביצוע פסק הבורר, אם אינו לרוחו, הן מגוונות וחורגות ממסגרת רשימה זו. אחת הדרכים היא ניסיון להעלות טענות בדבר ניגוד עניינים או משוא פנים מצידו של הבורר.

כדי למנוע מראש טענות מסוג זה, שיש בהן כדי לפגוע ביסוד ההסכמי של מוסד הבוררות, מוטלת על הבורר ועל הצדדים חובה גילוי מלאה טרם תחילת הליך הבוררות. על הבורר ועל הצדדים לבדוק קיומו של קשר קודם בין הבורר לבין מי מהצדדים או לנושאים המועלים בהליך הבוררות, קיומה של אפשרות לניגוד אינטרסים או עניין אישי אחר. עם זאת, וכפי שעמדתי ברשימה זו, לא כל הפרה של חובת גילוי תוביל באופן אוטומטי להעברת הבורר מתפקידו או לביטול פסק הבוררות. לסיכום, הקפדה על חובת הגילוי היא המפתח להצלחת הליכי הבוררות ועשויה להפחית את מידת התערבותם של בתי המשפט בהליכי בוררות,

שם, בפס' 31 לפסק הדין של השופט מינץ.

לתרום לחיזוק מוסד הבוררות ולתת משקל ראוי להסכמת הצדדים להתדיין
בבוררות.