

ניגוד עניינים אצל בוררים

מאת

משה הירש*

רשימה זו מתמקדת בחובתו של הבורר שלא להימצא במצב של ניגוד עניינים עם תפקידו כפוסק נייטרלי בין בעלי-דין יריבים. הרשימה סוקרת מבחנים שונים שאומצו בשיטות משפט אחרות לעניין החובה הנ"ל ומציעה לאמץ אמת-מידה גמישה שחשונה על-פי הסעדים המתבקשים בשלבים השונים של הליכי הבוררות. כלל המשלים את העיקרון בדבר איסור ניגוד עניינים הוא זה המטיל חובת גילוי על הבורר. הרשימה דנה ביתרונות הטמונים בחיוב הבורר לגלות לצדדים מראש על הקשרים שיש לו עם אחד הצדדים או עם נשוא הסכסוך, ומצביעה על עקרונות קיימים בשיטת-המשפט הישראלית שמהם ניתן לגזור חובה זו. כמו כן נבחנים ברשימה מצבים שונים בהם עשויה להשתנות היקפה של חובת הבורר שלא להמצא במצב של ניגוד עניינים, כגון בוררות זבל"א ומקרים בהם ידע בעל-דין מראש על קשריו האסורים של הבורר. לבסוף, נבחנת תקפותם של סעיפי בוררות בחוזים אחרים המפנים סכסוכים שיעלו מהם בעתיד לבורר המקורב לספק או השייך לו מבחינה ארגונית. שאלה זו נברקת על-פי הוראות חוק התווים האחרים והפסיקה הרלבנטית שניתנה על-פיו.

א. מבוא. ב. מקור החובה להמנע ממצב של ניגוד עניינים. ג. המבחן הראוי לבחינת ניגוד עניינים. ד. חובת הגילוי של הבורר. ה. נפקות ידיעתו של בעל-דין והסכמתו. ו. בוררות זבל"א. ז. סעיפי בוררות בחוזים אחרים. ח. סיכום ומסקנות.

מורה-עוז ותלמיד לתואר דוקטור, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. רשימה זו מבוססת על חלק מעבודה סמינריונית שהוגשה במסגרת הסמינר "ניגוד עניינים", שניתן על-ידי פרופ' אהרון יורן בשנת הלימודים תש"ן. תודתי נתונה לפרופ' סמדר אוטולוגי מהפקולטה למשפטים שבאוניברסיטת תל-אביב, ד"ר אלכס שטיין וד"ר אייל בנבנישתי מהפקולטה למשפטים שבאוניברסיטה העברית בירושלים, ולחברי מערכת "משפטים" – על הערותיהם המועילות לטיוטות השונות של כתב-היד.

א. מבוא

מוסד הבוררות תופש מקום חשוב במערכת-המשפט הישראלית, וההיזקקות לו הולכת ומתרחבת בשנים האחרונות יחד עם התגברות העומס על מערכת בתי-המשפט. על-אף שכראשית ימיו נחשב מנגנון הבוררות כ"בן חורג" של המערכת המשפטית, כיום הוא זוכה להערכה רבה, ורבים רואים בו זרוע משלימה של בתי-המשפט במערכת של הכרעה סכסוכים.¹ סקירת מאפייניו של מנגנון הבוררות שופכת אור על התרחבות ההיזקקות למוסד זה, והיא אף תסייע לנו להבין בהמשך את הסיכונים הטמונים במערכת זו לניגוד עניינים.

יתרונה הבולט ביותר של מערכת-הבוררות לעומת בתי-המשפט טמון ביעילות הכרעה הסכסוך ובמהירותה. הבוררות מאופיינת על-ידי הנשיא שמגר כ"אמצעי נוח, מהיר וחסכוני ליישוב סכסוכים מחוץ לכתלי בית-המשפט".² הצדדים להליכי הבוררות יכולים להשתחרר מדיני הפרוצדורה והראיות המסובכים החלים בבתי-המשפט, ובהסכמה יכולים הם לקבוע את הדין המהותי שיוחל על בירור הסכסוך. יתרונה של הבוררות בולט במיוחד בסכסוכים בעלי אופי מקצועי-מסחרי מיוחד, שבהם דרוש כי למכריע בסכסוך תהיה מומחיות מיוחדת. מינוי בורר מומחה בתחום מסוים עשוי לחסוך לצדדים זמן וממון רב הנדרשים בדרך כלל בבתי-המשפט להבאת עדים מומחים שיבהירו סוגיות מורכבות. הבוררות מתקיימת בצנעה והיא עדיפה לבירור סכסוכים שהצדדים לא חפצים בפרסומם. הדבר נכון במיוחד בסכסוכים הנוגעים לסודות מסחריים (כגון פטנטים), למצב הפיננסי של תאגידים ולעניינים משפחתיים. הבוררות היא דרך הולמת ליישוב סכסוכים שהצדדים אינם רוצים כי יוכרעו על-פי כללים משפטיים נוקשים, אלא דווקא על-פי מידת הצדק. כך, למשל, כאשר מבקשים הצדדים כי הבורר יתאים את ההסכם שנכרת ביניהם לנסיבות חדשות שהתהוו בשוק, או יורה על חלוקה צודקת של רווח שהושג במאמץ משותף.³

כנגד ההבדלים בין מנגנון הבוררות לבין בתי-המשפט חשוב להצביע על המטרה המשותפת לשניהם – הכרעה צודקת בסכסוכים. השאלה מהי הכרעה צודקת עשויה להיענות בדרכים רבות, אך כרי לכול כי זו צריכה להיעשות בצורה נייטרלית.⁴ אין ספק, כי אחד ה"אויבים" הגדולים ביותר להכרעה נייטרלית וחסרת-הטיה הוא מצב של ניגוד עניינים שבו שררי מכריע הסכסוך. מצב כזה עלול לנבוע הן מקשרים שיש לבורר עם אחד הצדדים המתדיינים בפניו הן עם נשוא הסכסוך עצמו.

1 R. David, *Arbitration in International Trade* (1985) 19

2 ע"א 275/83 עיריית נתניה נ' סחף, פ"ד מ(3) 247, 235.

3 ס' אוטולוגי, בוררות-דין ונוהל (מהדורה שלישית, תשנ"א) 2; *Domke Commercial Arbitration*, Rev. ; Ed. Wilner, at p. 1; David, *supra* note 1, at pp. 11-13, 21 כג(1) 19, 16.

4 הסמלים הנפוצים ביותר להכרעה צודקת הם מאזניים שקולים ואשה שענייה מכוסות במטלית (ראה על כך 1727 (1987) 96 *Yale L. J.* "Images of Justice" D. Curtis and J. Resnik, ואלה מעידים היטב על דרישת האובייקטיביות בהכרעה צודקת בסכסוכים.

הכלל בדבר איסור ניגוד עניינים אינו מיוחד לדיני-הבוררות בלבד, אלא חל גם בתחומי המשפט הציבורי, המסחרי וסדרי-הדין. ניתן לומר, כי הכלל חובק את כל המצבים שבהם מופקד אדם על אינטרסים של אחר⁵. על-פי הכלל, על אדם המבצע פעולה או ממלא תפקיד עבור זולתו מוטל איסור להימצא במצב שבו עלול להיות ניגוד עניינים. באשר למהותו של מצב אסור זה מסביר השופט ברק:

מצב זה מניח קיומם של שני אינטרסים: האינטרס האחד הוא זה הקשור בביצוע הפעולה או התפקיד, המחייב שיקול דעת ענייני ושיקול זה בלבד; האינטרס האחר הוא האינטרס החיצוני לתפקיד — בין אם זה אינטרס כספי ובין אם זה האינטרס של גוף אחר, כגון מפלגה. האיסור יחול במקום שבו שני האינטרסים האלה קיים בפועל, או עלול להיות ניגוד⁶.

כאמור לעיל, חל הכלל בדבר ניגוד עניינים גם על בעלי-תפקידים במנהל הציבורי⁷, במשפט הפרטי (כגון דירקטורים בתאגידים מסחריים⁸) ועל שופטים⁹. ניתן למצוא במוסד הבוררות זיקות המאפיינות כל אחד מהתחומים הנ"ל. תפקידו של הבורר קרוב במידה רבה לזה של שופט במערכת בתי-המשפט: שניהם מופקדים על הכרעת סכסוכים בין צדדים בעלי-דין יריבים ושניהם ממלאים תפקידים מרכזיים בתהליך עשיית המשפט. זיקתו של הבורר לדין הפרטי נובעת מכך, שמקור סמכותו הוא בהסכם שנכרת בין צדדים פרטיים, ודרך הכרעת הסכסוך מוגבלת במידה רבה על-פי הוראות הסכם זה. תפקידו ה"שיפוטי" של הבורר מקרב אותו, אם כי במידה פחותה, לתחומי המנהל הציבורי. גם לציבור ככלל יש אינטרס חשוב כי הליכי הבוררות, כחלק ממערכת-המשפט, יתנהלו בצורה הוגנת. אמנם, הכרעת הבורר נוגעת בראש-ובראשונה לצדדים המתדיינים בפניו, אך אין להקל באמון שנותן הציבור במוסד הבוררות; אם ייפגע אמון זה עלולים אזרחים רבים להירתע מהיזקקות למוסד חשוב זה. צירוף המאפיינים (שיפוטי, פרטי וציבורי) המתגלים במוסד הבוררות יאפשרו לנו בהמשך להתייחס לכללים הנוהגים בתחומים אלה ולבחון את התאמתם להליכי בורות.

יתרונותיה הבולטים ביותר של הבוררות טומנים בחוכם את הסיכונים החמורים

- 5 א' ברק, "ניגוד אינטרסים במילוי תפקיד", משפטים י (תש"ס) 11, 11-12.
- 6 ברק (לעיל, הערה 5) 12. לצורך רשימה זו יש להבחין בין המונחים "ניגוד עניינים" ל"משוא-פנים": ניגוד עניינים הוא מצב שבו למכריע הסכסוך יש ניגוד בין האינטרס הענייני להכריע בסכסוך בצורה נייטרלית לבין אינטרס חיצוני אחר (כמוסבר לעיל על-ידי ברק). במצב זה אין כל ודאות שהמכריע אכן יטה את הדין בפועל (שהרי ייתכנו מקרים רבים שבהם יתעלה המכריע מעל ניגוד עניינים ויפסוק בצורה הוגנת ונעדרת-פניות). אם המכריע אכן יטה את הדין בפועל ולא ינהג כלפי בעלי-הדין על-פי אמת-מידה שווה, אז יתקיים מצב של משוא-פנים.
- 7 ראה על כך ט' שפניץ וז' לוטסהיץ, "ניגוד עניינים בשירות הציבורי", בתוך: א' ברק וט' שפניץ (עורכים), ספר אורי ידן (תש"ן) ב 315; בג"צ 531/79 סיעת הליכוד בעיריית פתח תקוה נ' מועצת עיריית פתח תקוה (להלן: בג"צ סיעת הליכוד), פ"ד לד(2) 566.
- 8 ראה למשל א' פרוקצ'יה, דיני חברות חדשים בישראל — דין נוהג, דין רצוי והדרך לחקיקה (תשמ"ט) 351-334.
- 9 ראה סקירה על כך אצל מ' שמגר, "על פסלות שופט — בעקבות יריד תרתי משמע", בתוך: א' ברק ואח' (עורכים), גבורות לשמעון אגרנט (תשמ"ז) 87. ראה על כך גם בהמשך.

ביותר להימצאותו של הבורר במצב של ניגוד עניינים. החקיקה הישראלית קובעת כללים שונים המצמצמים את ההסתברות כי שופט יימצא במצב של ניגוד עניינים עם תפקידו השיפוטי¹⁰, ולא כך הדבר כאשר לבוררים יש לזכור כי פעמים רבות משוחזר הבורר מ"אזיקי" הפרוצדורה וכללי הראיות, לעתים גם מהוראות הדין המהותיות ולעתים קרובות אין הוא נדרש אפילו לנמק את הכרעתו¹¹. בהעדר מגבלות אלה על פסיקתו של הבורר, נותרים לעתים הצדדים ללא כל ידיעה מדוע פסק הבורר כפי שפסק (ואפשרויות תקיפתו של הפסק מוגבלות מאוד על-ידי הדין). מכאן עולה, כי דווקא בהסרת המגבלות השיפוטיות המסורתיות מדרכם של הליכי הבוררות, המאפשרת לבורר להכריע בדרך מהירה ויעילה את הסכסוך, יש כדי להגביר את הסיכון להתנהגות לא הוגנת על-ידי הבורר, ובכך לסכן את מטרתו החשובה ביותר של מוסד הבוררות – הכרעה אובייקטיבית וחסרת-פניות.

גורם נוסף החושף את הבוררים לסיכון משמעותי ביותר להיקלע למצב של ניגוד עניינים נעוץ במשלח-ידם. שופטים מתמנים לתפקידים לכל חייהם, ובדרך-כלל אין הם עוסקים במשלח-יד נוסף – דבר המצמצם את ההסתברות כי יהיו להם קשרים מקצועיים עם אחד הצדדים לסכסוך או עם נשוא הסכסוך. לא כך הדבר כאשר לבוררים, שלעתים קרובות הם נבחרים דווקא בשל מעורבותם המקיפה בתחום מקצועי מסוים. לעתים אוכלוסייתו של ענף זה כה מועטה (במיוחד בתנאי השוק הישראלי), עד כי ברור שלבורר היו בעבר קשרים עסקיים עם אחד הצדדים, או גרוע מכך, כי הוא צופה קשרים שכאלה בעתיד. כשמדובר בענף מסחרי מצומצם שבו גם הבורר נוטל חלק, אף קיימת הסתברות כי הבורר מודע לכך שפסיקתו עשויה להשפיע גם על מטה-לחמו בעתיד. יתירה מזאת: בניגוד לשופט, לבורר יש אינטרס כספי לקיים את הבוררות (כדי לקבל את שכר-טרחתו) ולא לפסול את עצמו עקב ניגוד עניינים.

כל שיטות-המשפט המוכרות מאוחדות בשאיפתן לצמצם את הסכנה של הכרעת בוררים בלתי-צודקת הנגועה במשוא-פנים. אך כל שיטה בוררת לה כלים משפטיים שונים להתמודד עם נגע זה. כך, למשל, חלוקות שיטות-המשפט באשר לסעדים שיש לספק לצד הסבור כי נפגע מהכרעה לא-נייטרלית ולגבי הסנקציות שיש להטיל על בורר שהפר את חובתו לפסוק בסכסוך ללא הטיה. אמנם, כל מערכת משפטית מאפשרת את תקיפת הליכי הבוררות עצמם (אם על-ידי פסילת הבורר בעת ניהול הליכי הבוררות או באמצעות ביטול פסק-דינו¹²), אך כל מערכת קובעת שלבים

10 כך, למשל, סעיף 7(3) לחוק יסוד: השפיטה; סעיף 7(3) לחוק יסוד: הכנסת, מורה כי שופט אינו יכול להיבחר לכנסת; סעיף 11 לכללי השפיטה (סדרי העבודה של הועדה לבחירת שופטים), תשמ"ד-1984. המורה על בריקת רישומים פלייליים ומשמעתיים של המועמדים לכהן כשופטים. ראה על כך גם S. Shetreet and J. Deschenes (eds.), *Judicial Independence – The Contemporary Debate* (Dordrecht, 1985) 160, 172.

11 סעיף 2 לחוק הבוררות, תשכ"ח-1968; וסעיף יד לתוספת השנייה לחוק. ראה, לדוגמא, את הסכם הבוררות המצוטט בהמ' (י"ם) 1237/89 כדורי נ' בליף, פ"מ תשנ"א (א) 372, 374-375. וראה את שנאמר שם, בע' 375-377 לענין העדר חובת ההנמקה. לענין זה ראה גם המ' 12/55 זלמנוביץ נ' שטיינמץ, פ"ע כ 91, 95.

12 דיון מפורט בכל סעד העומד לרשותו של צד להליכי בוררות, החושש כי הבורר הפר את חובתו כדור ניגוד עניינים הוא מעבר להיקפה של רשימה זאת. על הסעדים המרכזיים ראה: על התנגדות למינר בורר על-ידי בית-המשפט – סעיפים 8-9 לחוק הבוררות; ע"א 453/66 מסדר דתי סנט צירלס נ' חברת

שונים שבהם ניתן לתקוף הליכים אלה (אם בעת קיום הליכי הבוררות או רק לאחר שהסתיימו)¹³. אחת הסיבות החשובות לקביעת סעדים שונים בשל החשד לניגוד עניינים והטיה אצל בוררים נעוצה באינטרסים השונים הקיימים בנושא זה, ועל כל שיטת-משפט לברור לעצמה את שביל-הביניים שיאזן בין האינטרסים המתחרים. החשיבות הרבה הנובעת להכרעה צודקת וחסרת-הטיה אצל בוררים עלולה להוביל לסברה, כי מוטב לה לכל שיטת-משפט לספק את מלוא הסעדים כדי לסכל כל אפשרות להכרעת בורר הנגועה במשוא-פנים. לעומת זאת, יש לזכור כי עם כל חשיבותו של גורם הנייטרליות במערכת-הבוררות, עדיין קיימים לצדו אינטרסים מתחרים נוספים שגם הם חיוניים ביותר להצלחתו של מוסד הבוררות כמנגנון צודק ויעיל להכרעת סכסוכים. מלאכת האזיון בין השיקולים המתחרים חייבת להתחשב בכל האינטרסים ולהישמר ממתן משקל-יתר לגורם אחד בדרך שתפגע חמורות באחרים. כך, למשל, אם נתיר תקיפה של הליכי הבוררות, בשל החשש לניגוד עניינים בכל שלב ושלב של הליכי הבוררות, עלול הדבר לעכב את ההליכים ולפגוע באחד מיתרונותיה של הבוררות כמנגנון מהיר וזול ליישוב סכסוכים. כך גם באשר לתקיפת בורר החשוד בהטיה על-ידי אחד הצדדים לבוררות. חשיפת הבורר לתביעות חוזיות או נזיקיות מרובות עשויה להוביל למצב שבו יחששו מועמדים מוכשרים ליטול על עצמם את תפקיד הבורר, עקב ההסתברות הגוברת כי הם ייתבעו לאחר סיום הליכי הבוררות, והדבר אף עלול להשפיע על תוכן הכרעתם בסכסוך. אם אכן תגבר באופן משמעותי ההסתברות לתביעות אזרחיות נגד בוררים, אפשר שאלה ישקדו להגן על עצמם מראש מפני סיכונים אלה על-ידי תכנית-ביטוח מתאימה ויטילו את העלות על הצדדים במסגרת שכרם כבוררים, דבר שיפגע בבוררות כפרוצדורה זולה להכרעת מחלוקות. שיקולים אלה ואחרים מובילים למסקנה, כי עם כל חשיבות המטרה של הבטחת הכרעה צודקת ונעדרת-פניות על-ידי בוררים, יש להיזהר מהקצאת-יתר של סעדים משפטיים העשויה לפגום חמורות במוסד הבוררות.

רשימה זו מתמקדת באיתור מקורותיה של חובת הבורר שלא להימצא כמצב של ניגוד עניינים ובהתוויית היקפה. כמו-כן נדון בחובתו הנגזרת של הבורר

הכרמל, פ"ד כ(4) 752. על התנגדות לניהול הליכי בוררות בעת דיון בבקשה לעיכוב הליכים בפני בית-המשפט – סעיף 5(א) לחוק הבוררות; דיון מס' לב/36-37 הסנה נ' פלצנר, פד"ע ד 267; וכן ע"א 184/83 מדגרות הוד לבן נ' הודיה, פ"ד לט(2) 417. על העברת בורר מתפקידו ראה סעיף 11(א) לחוק הבוררות; ע"א 107/84 איליט בע"מ נ' אלקו חרושת אלקטרומכנית בע"מ, פ"ד מב(1) 298; וכן ר"ע 21/82 ציון נ' אראל, פ"ד לו(4) 70. על ביטול פסק הבוררות ראה סעיף 24(1) ו-24(2) לחוק הבוררות; ת"א 3251/72 דוידוביץ נ' ועקנין, פ"מ תשל"ד(3) 13; סעיף 24(3) לחוק הבוררות, ע"א 428/74 מלבין נ' זונטג, פ"ד כט(1) 281; ע"א 823/87 דניה סיקוס נ' רינגל, פ"ד מב(4) 605; סעיף 10(2) לחוק הבוררות; איליט נ' אלקו, שם. על תביעת הבורר בעילה של הפרת חוזה – סעיף 30 לחוק הבוררות; אוטולנגי (לעיל, הערה 3), 218-219.

13 בארצות-הברית, למשל, קבעו מרבית המדינות בחוקיהן, כי השלב המתאים להעלאת טענות של ניגוד עניינים הוא רק לאחר מתן פסק הבוררות: David, *supra* note 1, at p. 76. לעומת זאת, חוק הבוררות האנגלי מעניק סעדים נגד הליכי הבוררות כבר בשלבים המוקדמים של הסכסוך, ולעיתים אף בטרם החלו הליכי הבוררות. ראה N. Mustill and S. Boyd, *Commercial Arbitration* (1982) 215, 220, 448.

לגלות לצדדים על קשרים העלולים להעמידו במצב אסור זה. בהמשך נבחן מצבים שונים שבהם עשויה להשתנות היקפה של החובה (בוררות זבל"א, בירור סכסוכים העולים מחוזים אחרים ומקרים שבהם בעל-דין יודע מראש על קשריו האסורים של הבורר). לבסוף נסכם את עיקרי מסקנותינו.

ב. מקור החובה להמנע ממצב של ניגוד עניינים

על-אף שאין חולק בדבר חובת הבורר שלא להימצא במצב של ניגוד עניינים, לא כולל חוק הבוררות הוראה על כך. לא כך הדבר באשר לשופט, לגביו קובע חוק יסוד: השפיטה, בסעיף 6, כי עליו להצהיר בטרם ייכנס לתפקידו שהוא "מתחייב... לא להטות משפט ולא להכיר פנים" (בדרך דומה נוהגים גם חוק הבוררות האנגלי וחוק הבוררות הפדרלי של ארצות-הברית, שאינם מורים דבר בעניין זה). את המקור המשפטי לחובת הבורר בדבר ניגוד אינטרסים ניתן למצוא בהוראות השונות של החקיקה הישראלית ושל ההלכה הפסוקה.

את המקור לחובת הבורר שלא להימצא בניגוד עניינים עם תפקידו ניתן לראות בראש-דבראשונה בסעיף 30 לחוק הבוררות, תשכ"ח-1968, המורה: "בורר שהסכים למינויו חייב לנהוג כלפי הצדדים בנאמנות". חובת הנאמנות של הבורר כלפי הצדדים כוללת ללא ספק את החובה שלא להימצא במצב של ניגוד עניינים¹⁴. כך, למשל, פסק השופט ברק בפסק-הדין המנחה בסוגיית ניגוד עניינים, סיעת הליכוד בעיריית פתח תקוה נ' עיריית פתח תקוה, כי אחד המקורות לכלל של ניגוד עניינים מצוי בחובת הנאמנות הקיימת במגוון רב של יחסים משותפים¹⁵. בפסק-דין מאוחר יותר קבע השופט ברק, כי כלל זה אינו מוגבל לתחום המשפט הציבורי בלבד והוא חל גם בתחומי המשפט הפרטי¹⁶. אמנם, הוראות חוק הנאמנות, תשל"ט-1979 אינן חלות ישירות לענייננו (על-פי הגדרת "נאמנות" בסעיף 1 לחוק), אך ניתן להקיש לענייננו מסעיף 10 הקובע כי "נאמן של כמה נאמנויות לא יפעל בפעולה שביניהן". מכל אלה ניתן להסיק, כי חובת הנאמנות של הבורר כלפי הצדדים מקפלת בחובה גם את האיסור להימצא במצב של ניגוד עניינים עם תפקידו כבורר נייטרלי.

בתי-המשפט הסיקו פעמים רבות על דבר קיומו של האיסור בדבר ניגוד עניינים מהוראותיו של חוק הבוררות, המאפשרות את תקיפת הליכי הבוררות בתנאים שפירשה הפסיקה ככוללים מצבים של ניגוד עניינים. כך, למשל, בסעיף 11 לחוק הבוררות הקובע, כי בית-המשפט רשאי להעביר בורר מתפקידו; ובסעיף 24, המתיר ביטול פסק-דינו של בורר במקרים שבהם היה הבורר במצב של ניגוד עניינים אסור¹⁷.

ניתן לראות את מקורו של האיסור גם בפסיקת בתי-המשפט, כי על גופים שיפוטיים ומעין-שיפוטיים מוטלת החובה שלא לסטות מכללי הצדק הטבעי. אחד

14 ס' אוטולוגי (לעיל, הערה 3), 218-219.

15 בג"צ סיעת הליכוד (לעיל, הערה 7), 570.

16 בג"צ 595/89 שמעון נ' דנינו, פ"ד מר(1) 409, 413.

17 ראה אסמכתאות על כך לעיל, הערה 12.

מכללים אלה הוא איסור משוא-פנים, הכולל גם איסור ניגוד עניינים¹⁸. אמנם, הבורר אינו כפוף במישורין לדיני המשפט הציבורי, אך תפקידו השיפוטי (או לפחות המעין-שיפוטי) והאינטרס הציבורי בתפקוד נאות של מוסד הבוררות מחייבים החלת כללי הצדק הטבעי גם עליו.

ג. המבחן הראוי לבחינת ניגוד עניינים

אם אמרנו כי אין חולק בדבר חובת הבורר שלא להימצא במצב של ניגוד אינטרסים עם תפקידו, אין כך הדבר כאשר לאמת-המידה שיש להחיל על חובה זו, שיש עליה דעות שונות בארץ ובעולם. מחד גיסא, מוסכם על הכול כי אין לפסול בורר רק בשל קשר רחוק ביותר עם אחד מבעלי-הדין או עם נשוא הבוררות, שאם לא כן ניתן יהיה לפסול כמעט כל מועמד סביר לתפקיד זה. מנגד, אין ספק כי קיומו של ניגוד עניינים אצל הבורר שמוביל לעיוות דין בפועל פוגם הן בכשרות הבורר הן בהליכי הבוררות. בין שני קטבים אלה ישנם מצבי-ביניים רבים שהדעות חלוקות עליהם.

לדעתנו, תוכן המבחן בדבר ניגוד עניינים, שדי בו כדי לפסול בורר, צריך להשתנות על-פי הסעדים המתבקשים בשלבים שונים של הליכי הבוררות. כך, למשל, יש לצפות כי עוצמה קלה יותר של ניגוד עניינים תידרש על-ידי בתי-המשפט כדי לפסול בורר עוד בטרם החלו הליכי הבוררות; וכי אמת-מידה מחמירה יותר תידרש בשעה שבית-המשפט מתבקש, בתום הליכי הבוררות, לבטל את פסק דינו של הבורר. לא כך נהגה הפסיקה הישראלית בתחום זה וקשה לאתר שיטתיות שכזו בקביעת רמות שונות של האיסור בדבר ניגוד עניינים. המבחנים העיקריים העולים מפסיקת בתי-המשפט בישראל היו קיומו של ניגוד עניינים שהוביל למשוא-פנים בפועל, ניגוד עניינים היוצר אפשרות קרובה להטיה וניגוד עניינים היוצר תדמית של הטיה.

המבחן המחמיר ביותר לניגוד עניינים אצל בורר הוא זה הדורש כי ניגוד האינטרסים הוביל למשוא-פנים בפועל, ואין ספק כי מצב כזה מצדיק את הענקת מלוא הסעדים העומדים לרשותו של צד להליכי הבוררות על-פי הדין הישראלי¹⁹. האינטרסים הנפגעים במקרה כזה נוגעים הן לזכויותיו של בעל-הדין שנפגע מהטיית הבורר נגדו הן לתדמיתו של מוסד הבוררות בעיני הציבור. לעומת זאת ברור הדבר, כי אין לדרוש כתנאי מקדים להענקת כל סעד הצגת ראיות שניגוד העניינים אכן הוביל להטיה בפועל, זאת מכיוון שבמרבית המקרים לא יוכלו צדדים לעמוד באמת-מידה מחמירה זו ולהוכיח מה הניע את הבורר לפסוק בדרך זו או אחרת²⁰. חשיבותה הרבה של תדמית עשיית הצדק לאמון הציבור במוסד הבוררות הובילה פעמים מספר את בתי-המשפט בישראל לפסוק, כי אין צורך להוכיח שניגוד האינטרסים הוביל להטיה בפועל, אלא ניתן להסתפק בהיווצרות תדמית

18 בג"צ 174/54 שימל נ' רשות מוסמכת, פ"ד ט 459, 461; בג"צ סיעת הליכוד (לעיל, הערה 7), 569.

19 מקרה קרוב ביותר להטיה בפועל ניתן למצוא בעובדות המפורטות בפסק-דין דוידוביץ נ' ועקנין (לעיל, הערה 12).

20 ראה על כך 79, 82-83 F. 2d 79, 82-83 *Morelite v. N.Y.C. District Council Carpenters Benefit Funds*.

של משוא-פנים. האינטרס המוגן במקרה זה נוגע לאמון שרוחשים אזרחי המדינה (מתדיינים בכוח) כלפי מוסד הבוררות כמנגנון הוגן ליישוב סכסוכים וכתחלק ממערכת עשיית המשפט. כך, למשל, קיבל בית-הדין הארצי לעבודה את בקשתו של צד לסכסוך שלא לעכב את ההליכים בפניו, עקב קיומו של הסכם-בוררות המפנה את הסכסוך לבוררות, מאחר ש"ועדת הביקורת כבר פסקה בענין הקשור לענין הנדון... לאור עובדה זו, מחייבת מידת הצדק, ובעיקר מידת עשיית הצדק גם על פניו"²¹. כך גם קבע בית-המשפט העליון לגבי בורר שנועץ עם עורך-דינו של אחד הצדדים, כי "תפקיד הבורר שהוטל עליו מחייב אותו... להימנע לא רק ממשוא פנים אלא גם מכל מעשה העלול להתפרש כמשוא פנים"²². הבהרה מסוימת למבחן זה הובאה בפסק-הדין ציון נ' אראל, שם נטל הבורר על עצמו, לאחר תחילת הליכי הבוררות, לייצג את משרד עורך-דינו של אחד הצדדים לבוררות. בבקשה שנדונה להעברת הבורר מתפקידו פסקה השופטת בן-פורת, כי "המבחן ככגון דא הוא, כלום קיים תומך ראיות ברור... אשר, לפי מבחן אובייקטיבי, מוביל למסקנה שאין לצדדים או לאחד מהם יסוד לתת אמון בבורר"²³.

מבחן מחמיר יותר שאומץ לאחרונה על-ידי בית-המשפט העליון מתמקד בהסתברות להטיה בפועל. בפסק-דין איליט נ' אלקו ביקש צד להליכי הבוררות לבטל את הפסק, מאחר שנתגלה כי הבורר היה חבר מועצת-המנהלים של שני תאגידים שלהם היו אינטרסים כספיים משמעותיים בחברה שהיתה צד להליכי הבוררות. השופט בן אימץ את ההלכות שנקבעו לעניין פסלות שופטים בכוחבו: "בית המשפט אינו דן בשאלה אם אכן היתה לשופט הלכה למעשה דעה קדומה, בתי המשפט דנים רק במשמעות האובייקטיבית או כנוסח הפסיקה האנגלית אשר יושמה ברוב המקרים ב"real likelihood, ביטוי אשר פורש כשווה משמעות לקיום אפשרות ממשית של דעה קדומה (a substantial possibility of bias)"²⁴. מפסק-דין זה עולה, כי לא די בתדמית של משוא-פנים, אלא יש להוכיח שקיימת אפשרות ממשית שניגוד עניינים זה אכן יוביל להשפעה בפועל על פסיקת הבורר.

בדרך דומה הלך גם בית-המשפט המחוזי בתל-אביב בפסק-דין פרחי ניצן נ' הלוי, שם קבע השופט וולך, כי "מן התקדימים בפסיקה ניתן ללמוד כי בית המשפט מוסמך אמנם לבטל פסק בורר בשל קשריו עם אחד הצדדים, אך ביטול כאמור לעיל יעשה רק אם יתברר כי היה קשר משמעותי עד כדי לעורר חשש למשוא פנים"²⁵. באורח דומה סבורה פרופ' אוטולנגי, כי "אין די בקשר סתמי בלבד כדי לפסול בורר. יש צורך באפשרות קרובה למדי שקשר זה ישפיע עליו"²⁶.

מבחן האפשרות הממשית מגן הן על האינטרס של בעלי-הדין (שקיים חשש סביר כי ייפגעו בהליכי הבוררות) הן על האינטרס הציבורי בדבר ניהול נאות של

21 הסנה נ' פלצנר (לעיל, הערה 12), 275.

22 מלכין נ' זונטג (לעיל, הערה 12). ראה על כך גם "זוסמן, דיני בוררות (מהדורה שניה, 1962) ס' 151.

23 ציון נ' אראל (לעיל, הערה 12), 75.

24 איליט בע"מ נ' אלקו חרושת אלקטרומכנית בע"מ (לעיל, הערה 12), 303. על המבחן הנוהג לעניין פסלות שופטים ראה מ' שמגר (לעיל, הערה 9) 105-106.

25 ת"א (ת"א) 1321/84 פרחי ניצן בע"מ נ' הלוי, פ"מ תשמ"ז (א) 475, 479.

26 אוטולנגי (לעיל, הערה 3), 213.

הליכי בוררות חסרי-הטיה, אך נראה כי הדגש מושם כאן על האינטרס הראשון. לדעתנו, ספק רב אם אכן מוצדקת החלת אמת-מידה שווה של האפשרות הממשית על שופטים²⁷ ובוררים. כפי שנאמר לעיל, הן שופטים הן בוררים מהווים נדבכים חשובים במערכת עשיית המשפט, ומכאן נובעת החשיבות הרבה שמייחסת החברה לשמירת אופיו ותדמיתו של מוסד הבוררות כחסר-פניות. לדעתנו, מוצדקת קביעת אמת-מידה מחמירה יותר לגבי בוררים מאשר לגבי שופטים. זאת מאחר ובוררים אינם "שופטים מקצועיים" המורגלים במלאכת הכרעת סכסוכים, בחירתם אינה נעשית בדרך-כלל לאחר בדיקה וסינון ממוסדים ומנגנוני-הביקורת השיפוטיים הרגילים אינם חלים עליהם (פסיקה על-פי הדין המהותי, חובת הנמקה, ערעור וכו'). לדעתנו, כל אלה מצדיקים קביעת נורמות קפדניות יותר של נייטרליות לבוררים מאשר לשופטים. כפי שיפורט בהמשך, אין אנו סבורים כי יש לקבוע מבחן אחד בדבר ניגוד עניינים לכל המצבים שבהם מועלית הטענה נגד הבורר, אך אם היה עלינו לבחור מבחן אחד בלבד היינו ממליצים על אימוצו של מבחן תדמית ההטיה.

אמת-המידה של חשש ממשי להטיה בפועל, שאומצה לאחרונה על-ידי בתי-המשפט בישראל, שונה מזו שנקבעה בארצות-הברית ובאנגליה. סעיף 9 לחוק הבוררות הפדרלי האמריקני מציב לכאורה אמת-מידה מחמירה ביותר וקובע, כי צד המבקש לפסול את פסק-דינו של הבורר צריך להוכיח "evident partiality or corruption in arbitrators"²⁸. בדרך דומה מורים גם סעיף 12 לחוק הבוררות האחד (Uniform Arbitration Act)²⁹ ומרבית חוקי הבוררות המדינתיים³⁰. סעיף 9 לחוק הבוררות הפדרלי, המציב לכאורה מבחן מחמיר שדורש הוכחת הטיה בפועל, פורש בצורה מקלה ביותר על-ידי בית-המשפט העליון של ארצות-הברית בפסק-הדין המרכזי בסוגיה זו. בפסק-דין *Commonwealth v. Continental* דובר בבורר (אחד מתוך שלושה) שנתן בעבר ייעוץ לאחד הצדדים להליכי הבוררות בפניו. לא היה ספק לשופטי בית-המשפט העליון, כי לא היתה שם הטיה בפועל, מאחר ושלוש הבוררים הגיעו לפסיקה פה אחד, ואפילו הצד שטען לבטלות פסק-דינם לא טען כי אכן היה משוא-פנים בפועל. בכל-זאת פסק בית-המשפט (בדעת רוב), כי יש לפסול את פסק הבורר, וקבע שטריבונל-בוררות חייב להימנע לא רק מהטיה בפועל, אלא גם מכל תדמית של הטיה:

27 מבחן החשש הממשי לגבי שופטים קיבל לאחרונה ביטוי מפורש בחקיקה בסעיף 77א (א) לחוק בתי המשפט (תיקון מספר 15), התשנ"ב-1992, המורה כי "בעל דין רשאי לבקש ששופט פלוני יפסול את עצמו מלישב בדין אם קיימות נסיבות שיש בהן כדי ליצור חשש ממשי למשוא פנים בניהול המשפט". על מבחן זה ראה בפסיקת בתי-המשפט בב"ש 48/75 ידד נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(2) 375, 382-380; ע"פ 5/82 אבו חצירה נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 247, 250. וראה את הסקירה המובאת במאמרו של שמגר על פסק-דין ידד (לעיל, הערה 9).

28 *U.S.A.C.A.*, sec. 10, 507.

29 סעיף 12 (a) (2) לחוק הבוררות האחד מורה, כי בתי-המשפט יבטלו פסק בורר אם "There was evident partiality by an arbitrator appointed as a neutral", Reprinted in Domke, *supra* note 3, Appendix III.

30 Domke, *Ibid* 3, at p. 30; על פסקי-הדין של בתי-המשפט המדינתיים בסוגיה זו ראה, Domke, *Ibid* 3, at pp. 319-324.

...any tribunal permitted by law to try cases and controversies not only must be unbiased but also must avoid even the appearance of bias. We cannot believe that it was the purpose of Congress to authorize litigants to submit their cases and controversies to arbitration boards that might reasonably be thought biased against one litigant and favorable to another³¹.

אמנם, פסקי-הדין שניתנו על-ידי בתי-משפט פדרליים בארצות-הברית לאחר החלטה זו ציטטו את ההלכה הנזכרת בה, אך לא כולם שמרו על מבחן תדמית ההטיה כלשונו וכרוחו בפסק-דין *Commonwealth*, וניתן להבחין בשחיקה מסוימת בהלכה זו. חלק מבתי-המשפט הפדרליים לערעורים דרשו כתנאי לביטול פסק בוררות הבאת ראיות בוררות בדבר הטיה כדורה³². היו בתי-משפט לערעורים אחרים שהחילו את המבחן של תדמית ההטיה כפשוטו³³, ומעניין לציין כי בית-המשפט העליון של ארצות-הברית סירב לדון בבקשות רשות ערעור על פסקי-הדין משני הסוגים הנ"ל³⁴. פסקי-דין אלה הותירו אי-ודאות מסוימת באשר לפירוש הנכון של חוק הבוררות הפדרלי כיום.

ניסיון מעניין ומעמיק להבהיר את ההלכה השוררת כיום בארצות-הברית נעשה על-ידי בית-המשפט הפדרלי השני לערעורים בפסק-דין *Morelite v. N.Y.C. Council Carpenters Benefit Funds*. שם התעוררה המחלוקת כשל פסק-בוררות שנתן אבי סגן-הנשיא של ארגון-הגג, שהאיגוד הנתבע בבוררות שייך אליו³⁵. השופט קאופמן סקר את הפסיקה הקיימת אודות סעיף 9 לחוק הבוררות הנ"ל, וחיווה את דעתו כי הדרישה הגלומה בסעיף זה (evident partiality) היא קשה מאוד, ומעטים מאוד הם המקרים שבהם יצליחו צדדים לבוררות לעמוד במבחן זה. מנגד הוא סבור, כי המבחן שנקבע בפסק-דין *Commonwealth* (appearance of bias), הוא קל מדי, ולדעתו אין הוא מחייב מכיוון שהוא אומץ רק על-ידי ארבעה מתוך ששת שופטי-הרוב בפסק-דין זה³⁶. לאחר-מכן הוא מנסה למצוא את אמת-המידה המתאימה תוך שהוא מביא את האינטרסים המתחרים בנושא זה: הצורך בבורר מומחה (ולעתים בענף מקצועי קטן), לעומת הצורך בבורר שאינו חשוד על הצדדים בהטיה. לבסוף הוא קובע, כי על בית-המשפט להעמיד את המבחן האם אדם סביר היה מסיק בנסיבות המקרה כי הבורר מוטה לטובת אחד הצדדים. בנסיבות המקרה פסל בית-המשפט את פסק הבוררות³⁷.

הדין האנגלי אימץ גם הוא מבחן דומה לזה שהוצע בארצות-הברית בפסק-דין

Commonwealth Coatings Corp. v. Continental Casualty Co., 393 U.S. 145, 150; 21 L. Ed. 2d 301 (1968), 305 31

International Produce Inc. v. A/S Rosshanvet, 638 F. 2d 548, 551, ראה, למשל, 32

Tamari v. Bache Halsey Stuart Inc., 619 F. 2d 1196, 1200, ראה, למשל, 33

International Produce Inc. ; Tamari v. Bache Halsey Stuart Inc., 449 U.S. 873, Certior denied 34

v. A/S Rosshanvet 451 U.S. 1017, Certior denied

Morelite v. N.Y.C. District Council Carpenters Benefit Funds, *supra* note 20, at p. 81 35

Ibid, at p. 85 36

Ibid, at p. 85 37

Morelite, ובתי-המשפט פסקו שם כי אין צורך להוכיח הטיה בפועל, אלא המבחן בכגון דא הוא האם אדם אינטלגנטי סביר, היודע את כל הנסיבות, עשוי לחשוב כי הבורר מוטה לטובת אחד הצדדים³⁸. אמת-מדה דומה נכללה גם בכללי האתיקה של בוררים שנוסחו על-ידי ה-International Bar Association: סעיף 3.2 (תחת הכותרת "Elements of Bias") מורה, כי עובדות העשויות להוביל אדם סביר לראות את הבורר כתלוי באחד הצדדים יוצרות תדמית של הטיה³⁹.

כפי שנאמר לעיל, נראה לנו כי המבחן הרצוי בדבר איסור ניגוד עניינים אצל בוררים צריך להשתנות על-פי סוג הסעד המתבקש ועל-פי השלב שבו מצויים הליכי הבוררות בעת בקשת הסעד. לדעתנו, קביעת סטנדרט שונה על-פי הסעד ושלב הבוררות מוצדק עקב הצורך לאזן בין האינטרסים המתחרים בעניין שלפנינו: האינטרס בקיום הליכי בוררות אובייקטיביים, שיזכו לאמון בעלי-הדין והציבור, מול האינטרס למנוע פגיעה מהותית במוסד הבוררות כמנגנון יעיל וזול ליישוב סכסוכים. מידת הפגיעה ביכולתם של הליכי הבוררות משתנה על-פי השלב שבו נפסל הבורר (או פסק דינו) ועל-פי הסעד נגדו. על-כן מוצע לקבוע מבחן קל יחסית כאשר המדובר בבקשה לתקוף את הליכי הבוררות בשלב מוקדם ולהחמיר במקרים בהם מתבקש הסעד לאחר תום הליכי הבוררות. כך, למשל, מוצע להסתפק במבחן של תדמית הטיה כאשר צד מבקש לפסול מועמד מלכהן כבורר עוד בטרם החלו הליכי הבוררות או להעבירו מתפקידו בשלבים המוקדמים של ההליכים. פסילת הבורר בשלב זה תגרום לצדדים נזק קטן יחסית ותסייע לחיזוק תדמיתו של מוסד הבוררות כגוף אובייקטיבי וחסר-פניות. לעומת זאת, מוצע לדרוש מצד המבקש לפסול את הבורר בעת שהליכי הבוררות כבר בעיצומם, או לבטל את פסק הבורר לאחר שניתן, כי ישכנע את בית-המשפט שאכן קיימת אפשרות קרובה להטיה בפועל. בשני המקרים האחרונים נפגעת יעילותם של הליכי הבוררות בצורה משמעותית. יתירה מזו: כאשר המדובר בתביעה תוזית של צד לבוררות נגד הבורר⁴⁰ — יהיה עליו להוכיח כי הבורר נהג בפועל במשוא-פנים; וזאת עקב חריפות הסעד המתבקש והנזק העלול להיגרם למוסד הבוררות בשל הרתיעה שעשויה להיווצר אצל מועמדים-בכוח לתפקיד של בורר.

במסגרת השיקולים הנ"ל יש להביא בחשבון גם את היקפו של התחום המקצועי שהבורר משתייך אליו: ככל שתחום זה מצומצם, יש לקבל ביתר סובלנות קשרים בין הבורר לבין אחד הצדדים או לנשוא הסכסוך (במיוחד קשרים שהיו בעבר והסתיימו). על כך ניתן גם ללמוד באנלוגיה מהחריג שנקבע על-ידי בית-המשפט העליון לעניין ניגוד עניינים במנהל הציבורי. בפסק-דין סיעת הליכוד מורה השופט ברק:

לבסוף, מן הראוי לציין כי עשויים להיות מצבים שבהם מהותו של הנושא מחייבת צמצום והגבלת תחולתם של כללי הצדק הטבעי...

38 Halsbury's Laws of England (4th. ed.) par. 551; P. Rowland, *Arbitration Law in Theory and Practice* (1988) 6; M. Mustill and S. Boyd, *Commercial Arbitration* (1982) 215.

39 "International Bar Association — Ethics for International Arbitrators" 26 *International Legal Materials* (1987) 583.

40 ראה סעיף 30 לחוק הבוררות; אוטולנגי (לעיל, הערה 3), 217-219.

הוא הדין לעניין הכלל בדבר ניגוד ענינים, אשר תחולתו עשויה להצטמצם ולהידחות לאור מהותה המיוחדת של המאטריה בה עסקינן. לעיתים בעצם מהותה של המאטריה טמון גרעין של ניגוד ענינים אפשרי. במקרה זה מטרתו של הכלל בדבר ניגוד ענינים תהא למנוע צמיחתו של גרעין זה לגידול פרא שאין שליטה עליו.⁴¹

על-אף הצורך לצמצם את תחולתו של הכלל בדבר איסור ניגוד ענינים במקרים בהם מדובר ב"שוק מצומצם" שהכול מכירים זה את זה, ברור כי אל לה למערכת-המשפט לסבול מצבים שבהם קיימת הסתברות גבוהה למשוא-פנים בפועל או כאשר מוכחת הטיה בפועל. ובאשר למקרים המעטים מאוד שבהם ה"שוק" כה מצומצם, עד כי לא ניתן למנות בורר שאינו יוצר סיכון גבוה למשוא-פנים בפועל — נראה לנו כי במקרים כאלה מוטב להעביר את הסכסוך להכרעת שופטים מקצועיים בבתי-המשפט. במקרים קיצוניים כאלה אין בכל יתרונותיה של הבוררות כדי לגבור על הפגם החמור של הסתברות גבוהה להטיה בפועל.

ד. חובת הגילוי של הבורר

כללי הדין הישראלי שנסקרו לעיל מגלים, כי על הבורר מוטלת החובה שלא להיות במצב של ניגוד ענינים אסור עם תפקידו כבורר נייטרלי. כמו כן נקבעו בדין תרופות בשל הפרת איסור זה. חוק הבוררות ובתי-המשפט בישראל טרם הטילו על בוררים את החובה לגלות לצדדים על קשריהם עם אחד הצדדים או עם נשוא הסכסוך. מצב זה מותיר לצדדים את מלאכת איסוף המידע בדבר ניגוד ענינים אפשרי של הבורר, דבר המביא לעיתים לתקיפת הליכי הבוררות בשלב מאוחר שבו נודע לבעל-דין על קשריו של הבורר. הנזק הנגרם לצדדים בשל עיכוב או ביטול הליכי הבוררות בשלבים מאוחרים הוא גדול יחסית מזה שהיה נגרם לו התרחשו אלה בשלבים מוקדמים יותר. הטלת חובת גילוי על הבורר עשויה לשפר במידה ניכרת את המידע העומד לרשותם של הצדדים על קשריו של הבורר כבר בשלבים המוקדמים ביותר של הליכי הבוררות, והדבר יקטין את ההסתברות כי הליכי הבוררות יעוכבו או יבוטלו בשלבים מאוחרים יותר על-ידי בתי-המשפט. חיוב הבורר לגלות לצדדים על כל הקשרים בינו לבין הצדדים או נשוא הסכסוך עורב בטרם החלו הצדדים להעלות את טענותיהם, עשוי לזרז ולהוזיל את הליכי הבוררות ואף לחזק את האמון של הצדדים כלפיו.

בהעדר דין מפורש הקובע את חובת הגילוי של הבורר⁴², שומה עלינו לבחון מקורות אפשריים להטלת החובה. המקור הראשון עשוי להימצא בסעיף 30 לחוק הבוררות, המטיל על הבורר חובת נאמנות כלפי בעלי-הדין. חובת הנאמנות מקפלת

41 בג"צ סיעת הליכוד (לעיל, הערה 7), 575-576.

42 רמז לחובה זו של הבורר בדין הישראלי ניתן למצוא בפסק-דין ציון נ' אראל (לעיל, הערה 12), שבו העירה השופטת בן-פורת, כי לבורר היתה חובה מוסרית לגלות לצד לבוררות על קשריו עם עורך-דינו של הצד השני לבוררות (שם, 75). כך גם כותבת פרופ' אוטולנגי: "רצוי שהבורר המיועד יצביע בפני הצדדים על אותם קשרים שהוא חושב שיש להם רלבנטיות לגבי מינויו" (לעיל, הערה 3), 210-211; ראה גם י' זוסמן, דיני בוררות (מהדורה שניה, 1962) סעיף 152. חובותיו של בעל-הדין היריב (העשוי להנות מהמצב של ניגוד ענינים) חורגות מהיקף רשימה זו. עם זאת, ברי לנו כי חובת הגילוי מוטלת גם על בעל-דין שכזה, לפחות על-פי סעיפים 12 ו-39 לחוק התחומים (חלק כללי) (כמפורט בהמשך באשר

בתוכה גם את חובת הגילוי של הנאמן כלפי הנהנה בדבר כל הקשרים העשויים לפגוע במילוי חובתו כלפיו.⁴³

מקור חשוב נוסף להטלת חובת הגילוי על הבורר היא חובת תום-הלב. חובת תום-הלב נזכרת בסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, וראשית עלינו לבחון אם הוראות אלה חלות על בוררים. שאלה טרומית המתעוררת כאן היא, האם אכן קיימים קשרים חוזיים בין הבורר לבין בעלי-הדין. לעניות דעתנו, התשובה על כך צריכה להיענות בחיוב, וזאת לפחות לגבי הסכם משתמע הקיים בין הצדדים לבוררות לבין הבורר. משפונים בעלי-הדין לאדם ומבקשים ממנו שישמש בורר בסכסוך שביניהם, הם מגיעים לכמה הסדרים מוסכמים המחייבים אותם בעתיד (כך למשל, מתחייב הבורר לפסוק בסכסוך לאחר שישמע את טענות הצדדים; ואילו אלה מתחייבים לשלם לבורר את שכר-טרחתו כמוסכם). קיומו של הסכם שכזה מחייב את תחולת חוק החוזים, ככל שהוא מתיישב עם הוראות חוק הבוררות, שהוא הסדר ספציפי הגובר במקרה של סתירה בין הוראות שני החוקים. לענייננו, חובת תום-הלב המוטלת על-ידי חוק החוזים אינה סותרת את הוראות חוק הבוררות ונראה כי היא מתיישבת היטב עם חובת הנאמנות שמטיל סעיף 30 לחוק הנ"ל. על עמדתו של המחוקק בסוגיה זו ניתן ללמוד מהסיפא לסעיף 30 הנ"ל, המאפשרת תביעת הבורר על-ידי בעל-דין בגין הפרת חוזה; ומכאן ברי כי המחוקק הניח שאכן קיימים יחסים חוזיים בין הבורר לבין בעלי-הדין.

גם אם נאמר, כי לא קיימים יחסים הסכמיים בין הבורר לבין בעלי-הדין, עדיין ניתן להטיל על הבורר את חובת תום-הלב בדרך עצמאית, על-פי סעיף 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), הקובע: "הוראות חוק זה יחולו ככל שהדבר מתאים לענין ובשינויים המחוייבים, גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה". הלכת בתי-המשפט בישראל החילה את חובת תום-הלב בדרך זו על מגוון רחב של בעלי תפקידים כעקרון התנהגות וכמדיניות משפטית לעניין פעולות משפטיות שבכלל המערכת המשפטית הישראלית.⁴⁴ מכל אלה ניתן לקבוע, כי עקרון תום-הלב הגלום בסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים חל גם על היחסים שבין הבורר לבין בעלי-הדין המתדיינים בפניו.

עד כאן באשר לתחולתה של חובת תום-הלב על הבורר. שאלה חיונית נוספת היא, האומנם עקרון תום-הלב כולל גם את חובת הגילוי. חובת הגילוי המוטלת על בוררים חלה הן בשלב המקדמי, עוד בטרם הליכי הבוררות, הן במהלך הליכי

לבורר, זאת מאחר שאין ספק כי בין בעלי-הדין קיימים יחסים חוזיים על-פי הסכם-הבוררות שנכרת ביניהם.

43 על חובת הגילוי של הבורר, כנאמן של הצדדים, ניתן להקיש גם מסעיף 8 לחוק השליחות, תשכ"ה-1965, הקובע כי שליח חייב לנהוג כלפי השולח בנאמנות ולגלות לשולח כל ידיעה הנוגעת לנושא השליחות. מכאן אנו יכולים להקיש לענייננו (על-אף שבורר אינו בגדר שליח) כי הבורר, שהוא נאמן של בעלי-הדין, חייב גם הוא לגלות לצדדים כל ידיעה על קשריו העלולים לפגוע במילוי חובתו כפוסק נייטרלי וחסר-פניות בסכסוך. על חובת הגילוי בדיני נאמנות כשיטות משפט אחרות, ראה D. Parker and A. Mellows, *The Modern Law of Trusts* (1983) 266 (באשר לחובת הגילוי של הנאמן בטרם מינויו); P. Finn, *The Fiduciary Obligations* (Sydney, 1977) 51. (באשר לחובת הגילוי של הנאמן במהלך תפקידו).

44 לעניין זה ראה את הסקירה בבב"צ 566/81 עמרני נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד (2) 1, 10-9.

הבוררות. על חובת הגילוי המוטלת על הבורר בטרם מינויו ניתן ללמוד מסעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי). מאחר ובין בעל-הדין לבין הבורר נכרת הסכם (כפי שהוסבר לעיל), הרי על הצדדים להסכם מוטלת החובה לנהוג בתום-לב בעת המשאומתן לקראת הסכם זה. פסקי-הדין בסוגיה זו קבעו כי חובת תום-הלב בשלב הטרם-חוזי מטילה על צד להסכם לגלות מידע העשוי להיות חשוב להם האחרים בקבלת ההחלטה אם להיכנס לקשר החוזי או לא⁴⁵. מכאן ניתן להסיק לענייננו, כי בשלב הטרם-חוזי שבו הצדדים פונים לבורר ומבקשים ממנו לפסוק בסכסוך שביניהם, על המועמד לתפקיד מוטלת החובה לגלות להם כל מידע שעשוי להיות חשוב לצדדים בקבלת ההחלטה על מינויו כבורר. אין ספק, כי מידע זה כולל גם את קשריו עם אחד הצדדים או עם נשוא הסכסוך⁴⁶.

באשר לחובת הגילוי של הבורר לגבי קשרים שנוצרו (או שנודע לו עליהם) במרוצת הליכי הבוררות, יש לפנות לסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי) המורה, כי "בקיום של חיוב הנובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום-לב; והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מחוזה". בפסק-דין שירותי תחבורה נ' בית הדין הארצי לעבודה, שהוא אחד מפסקי-הדין המרכזיים לעניין חובת תום-הלב, קבע השופט ברק כי סעיף 39 עשוי להטיל על בעלי החוזה חובות שזכרן אין בא בחוזה עצמו, אך מתבקשות מהצורך להביא להגשמת החוזה בדרך מקובלת ובתום-לב. "חובות אלה יכול שיהיו חובות נלוות ... ויכול שיהיו חובות עצמאיות, כגון חובת גילוי ומסירת ידיעות ..."⁴⁷ (ההדגשה שלי מ"ה). מכאן ניתן להסיק, כי חובת תום-הלב המוטלת על הבורר כמהלך קיום הליכי הבוררות כוללת גם את חובת הגילוי. גם אם נסווג את תפקידו של הבורר כ"כוח" (מאחר שתפקידו הוא לשנות את מארג הזכויות והחובות שבין הצדדים בסוף ההתדיינות), לעומת "זכות" או "חובה" הנוכרות במפורש בסעיף 39 הנ"ל — גם אז סבור השופט ברק, כי סעיף 39 חל גם על זכות מסוג זה⁴⁸. בנסיבות העניין פסק השופט ברק, כי על מועצת-הפועלים, שלה היה ה"כוח" שמקורו בהסכם שבין הצדדים, להפעיל כוח זה בתום-לב ובדרך מקובלת ולמסור הודעה מוקדמת לעותרת⁴⁹.

לאחר שהצבענו על מקורותיה של חובת הגילוי של הבורר, שומה עלינו לשאול מה היקפה של חובה זו : עד היכן חייב הבורר לפרט בפני הצדדים את קשריו עם אחד הצדדים או עם נשוא הבוררות? מהאמור לעיל לעניין סעיף 12 לחוק החוזים ניתן לומר כי על המועמד לגלות כל מידע העשוי להיות משמעותי לצדדים בקבלת

45 ע"א 230/80 פנידל בע"מ ואח' נ' קסטרו, פ"ד (לה) 713, 726; ע"א 488/83 צנעני נ' אגמון, פ"ד לח(4) 141, 153; ראה על כך בפירוט נ' כהן, "דפוסי החוזים ותום לב במשא ומתן" הפרקליט לו (תשמ"ז) 13.

46 לתוצאה זוהי בדבר חובת הגילוי ניתן להגיע גם על-פי סעיף 15 לחוק החוזים (חלק כללי) הקובע, בין היתר: "הטעיה ... — לרבות אי-גילוי של עובדות אשר לפי דין, לפי נוהג או לפי הנסיבות היה על הצד השני לגלותן". וכך גם פירשו בתי-המשפט הוראה זו, ראה בפסק-דין צנעני נ' אגמון (לעיל), הערה 45, שם; ובמאמרה של נ' כהן (לעיל, הערה 45). לענייננו נראה כי, לפחות "הנסיבות" המתלוות למינוי בורר מחייבות הטלת חובת הגילוי על הבורר.

47 בג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים ב"ש בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לה(1) 828, 836.

48 שם, 835.

49 שם, 837.

ההחלטה אם להיכנס לקשר החוזי⁵⁰ ולמנותו כבורר בסכסוך. לדעתנו, במסגרת מידע זה יש לכלול כל קשר משמעותי שהיה בעבר, ישנו בהווה או הצפוי להיות בעתיד לבורר עם אחד הצדדים או עם נשוא הסכסוך, וכל ספק צריך להיות מוכרע לטובת גילוי מקיף יותר. זאת מאחר ובשלב מוקדם זה טרם החלו הליכי הבוררות ואין לחשוש מנזק חמור העלול להיגרם לצדדים אם יחליט אחד מהם כי אינו נותן את אמונו בבורר, ורצוי דווקא כי צד שאינו נותן את אמונו בבורר בשל כך יגלה את התנגדותו למינויו של המועמד עוד בטרם החלו הליכי הבוררות. שיקולים אלה צריכים להוביל להטלת חובת גילוי נרחבת על הבורר, שמוטב כי יפרט יתר על המידה בשלב מוקדם זה מאשר ייקלע לאחר-מכן לדיונים על התאמתו לתפקיד עקב מידע שהגיע לאחר-מכן לצדדים ממקורות אחרים. יש להחיל גם חובת גילוי מוגברת על מידע המתגלה לבורר במהלך הליכי הבוררות, ואפילו אם אלה הליכים מתקדמים. זאת מאחר ומוטב כי הצדדים יהיו מודעים לקשריו של הבורר במרוצת ההליכים ולא בסיומם, ובכך יש כדי להקטין את ההסתברות לתקיפה מאוחרת של הפסק ולגרימת נזק חמור ליעילותם של הליכי הבוררות.

חובת הגילוי של בוררים אומצה בדיני מדינות רבות ובכללי הבוררות של מוסדות בין-לאומיים. בתי-המשפט בארצות-הברית פסקו פעמים רבות, כי על הבורר מוטלת דרישה פשוטה לגלות לצדדים את כל הקשרים שאפשר ויצרו רושם של הטייה אפשרית⁵¹. בדרך דומה מורה סעיף 1452 של הקוד הצרפתי החדש על פרוצדורה אזרחית, כי בורר הסבור כי קיים נימוק לפסילתו חייב להודיע על כך לצדדים⁵². חובת גילוי נרחבת נוסחה בסעיף 12(1) לחוק בוררות לדוגמא שהוצע על-ידי ועדת-האורים לריני סחר בין-לאומי:

"When a person is approached in connection with his possible appointment as an arbitrator, he shall disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence. An arbitrator, from the time of his appointment and throughout the arbitral proceedings, shall without delay disclose any such circumstances to the parties unless they have already been informed of them by him"⁵³.

50 פניר נ' קסטרו (לעיל, הערה 45), 726.

51 *Commonwealth v. Continental*, supra note 31, at p. 305; *Middlesex v. Mut. Ins. Co. Levine*, 675 F. 2d 1197, 1201; על הדין בארצות-הברית בסוגיה זו ראה בהרחבה Domke, supra note 3, at pp. 326-330.

52 New Code of Civil Procedure, Book IV, Art. 1452, Reprinted In E. Gaillard and R. von Mehren (Chairmen) *International Commercial Arbitration — Recent Developments* (1988) II, 255, 259.

53 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 24 *International Legal Materials* (1985) 1302; וראה על כך H. Holtzman and J. Neuhaus *A Guide to the UNCITRAL Model Law on international Commercial Arbitration — Legislative History and Commentary* (1989), 388-405.

חובת הגילוי אומצה גם בדיני בוררות בין-לאומית מסחרית⁵⁴, וכללי הבוררות של מוסדות בוררות בין-לאומיים מרכזיים מחילים אותה כעניין שבשגרה⁵⁵. הפרתה של חובת הגילוי המוטלת על הבורר לא תוביל בהכרח לפסילת הבורר או לביטול פסק-דינו, ויש להפריד בין הפרת החובה היסודית שלא להימצא במצב של ניגוד העניינים הנדרשת לתקיפת הליכי הבוררות (שנדונה לעיל) לבין הפרת חובת הגילוי הנגזרת ממנה. כפי שראינו לעיל, היקפה של חובת הגילוי המרצעת רחבה מזו של החובה שלא להימצא במצב של ניגוד עניינים. שני פתרונות עיקריים עומדים לפנינו בעניין זה: מחד גיסא, ניתן לקבוע כי הפרה של חובת הגילוי תגרור בהכרח את פסילת הבורר או פסק דינו; ומאידך גיסא, ניתן לקבוע כי די באמות-המידה הרגילות שנקבעו לעיל (אפשרות ממשית להטיה, תדמית ההטיה וכו') ואין להתלות מבחנים אלה בקיומה של חובת הגילוי. לדעתנו, הפתרון הראשון אינו רצוי, מאחר והוא עלול להוביל לפסילת בוררים והחלטותיהם במקרים רבים ללא הצדקה, למשל: כאשר אין ספק כי אין במידע שהתגלה כדי להשפיע על דרך פסיקתו של הבורר. מנגד, גם הפתרון השני אינו רצוי מאחר והוא מתעלם מהתפקיד החשוב שחובת הגילוי ממלאת במסגרת העיקרון בדבר איסור ניגוד עניינים, והוא מותיר את חובת הגילוי ללא "שיניים" אפקטיביות. שביל-ביניים העולה מחוות-דעת המיעוט בפסק-דין *Commonwealth*, והיוצר זיקה משמעותית בין חובת הגילוי לבין כלל הפסלות, עשוי להיות פתרון הולם. מחוות-דעת זו עולה, כי הפרתה של חובת הגילוי על-ידי הבורר עשויה ליצור חזקה (הניתנת לסתירה) כי הוא אכן יגלה משווא-פנים המצדיק את ביטול החלטתו⁵⁶. לדעתנו, אימוץ כלל זה בשיטת-המשפט הישראלית ייצור איזון נכון בין האינטרסים העיקריים המתחרים בעניין זה (יעילות הליכי הבוררות ונייטרליות הבורר). על-פי כלל זה, במקרים בהם יתגלה כי הבורר הפר את חובת הגילוי – תיווצר חזקה כי התנאים לפסילת הבורר או פסקו אכן התמלאו (על-פי המבחנים של אפשרות ממשית. תדמית ההטיה וכו'). בעל-הדין היריב עדיין יורשה להביא ראיות כדי לסתור חזקה זו ולהוכיח כי לא היה באי-גילוי המידע כדי לספק את המבחן שנקבע לעניין פסילת הבורר.

ה. נפקות ידיעתו של בעל-דין והסכמתו

אחת הסוגיות החשובות בנושא ניגוד עניינים אצל בוררים היא נפקות ידיעתו המוקדמת של בעל-הדין באשר לקשריו של הבורר ועל יכולתו להעלות בשלב

54 A. Redfern and M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration* (London, 2nd. ed., 1991) 225.

55 ראה *International Chamber of Commerce Rules of Arbitration*, 28 *International Legal Materials* (1988) 231, Art. 8(7); "UNCITRAL Arbitration Rules" 15 *International Legal Materials* (1976) 701, Art. 9; American Arbitration Association Rules for Commercial Arbitration, Reprinted in Gaillard and Mehren, *supra* note 52, at p. 105; "International Center for Investment Disputes — Rules of Procedure for Arbitration" *ICSID Basic Documents* (1985).

56 *Commonwealth v. Continental*, *supra* note 31, at p. 306.

מאוחר יותר את הטענה כי קשרים אלה פוסלים את הבורר או פסקו. לשאלה זו עשויה להיות חשיבות רבה יותר אם אכן יטיל הדין הישראלי על הבורר את חובת הגילוי שנדונה לעיל. אז יתרבו המקרים שבהם ידעו הצדדים מראש על ניגוד העניינים שהבורר שרוי בו.

בחירת סוגיה זו מערבת בהכרח דיון קצר ביסודותיו של מנגנון הבוררות. יש הסבורים כי היסוד המכריע במוסד הבוררות הוא הסכמת הצדדים; זאת מאחר והליכי הבוררות מתקיימים רק בהסכמת בעלי הסכסוך, והסכמה זו היא המתווה את סמכות הבורר. על-פי גישה זו, תפקידו המרכזי של הבורר הוא להוציא לפועל את רצונם של הצדדים כפי שהובע בהסכם הבוררות⁵⁷. לעומת זאת, יש הטוענים כי מוסד הבוררות מהווה חלק ממערכת-המשפט, ותפקודו חשוב לא רק לצדדים המתדיינים בו בזמן מסוים, אלא לציבור כולו. אלה האחרונים מדגישים את הסיוע הנרחב שמערכת-המשפט מושיטה למוסד הבוררות על-ידי אכיפת הסכם-הבוררות, פיקוח בתי-המשפט על הליכי הבוררות, ומעל לכל – הענקת גושפנקא משפטית מחייבת לפסק הבורר, כמו זה של בית-משפט⁵⁸.

הגישה המייחסת משקל מכריע ליסוד ההסכמי תיטה להעניק להסכמה של צד למינוי הבורר, כאשר זו מלווה בידיעה הולמת, משקל רב, ובמרבית המקרים היא תדחה את נסיונותיו של בעל-דין שכזה לפסול את הבורר או פסקו בשלב מאוחר יותר. לעומת זאת, חסידי הגישה המדגישה את תפקידו של מוסד הבוררות במערכת-המשפט הכללית יטו לצמצם את נפקות הסכמתו של בעל-דין לאישיותו של הבורר; זאת מאחר והאינטרס הנפגע בבוררות הנגועה במשוא-פנים שייך לא רק לצד שהסכים למינוי הבורר, אלא למערכת-המשפט ולציבור כולו.

בתי-המשפט בישראל אימצו בדרך-כלל את ההלכה, כי צד שידע על קשריו של הבורר ולא התנגד למינויו באותה עת, אינו רשאי להעלות לאחר-מכן טענה כי הבורר פסול מלכהן בתפקידו זה עקב קשרים אלה⁵⁹. בדרך זו פסקו גם בתי-המשפט בארצות-הברית, כי בורר אינו נפסל בשל קשריו עם אחר הצדדים אם בעל-הדין ידעו על קשרים אלה מראש, ואף-על-פי-כן בחרו להמשיך בהליכי הבוררות⁶⁰. באורח דומה נאמר בספרו של Russel כאשר לדין האנגלי בסוגיה זאת:

"If the parties to a dispute, with the full knowledge of the facts, select an arbitrator who is not an impartial person, or who has to perform other duties which will not permit of his being an impartial

57 David, *supra* note 1, at p. 76

58 *Ibid*, at pp. 76, 77

59 המ' 386/60 סוכרר נ' רחוברג, פ"ד טו 2499, 2501; מסדר דתי סנט צ'רלס נ' חברת הכרמל (לעיל, הערה 12), 756; ציון נ' אראל (לעיל, הערה 12), 74; ולאחרונה, ת"א (ת"א) 2741/87 בומס נ' בלון, פ"מ תשנ"א (א) 462, 467-468; זוסמן (לעיל, הערה 42), סעיף 152. השווה ת"א (ת"א) 2796/89 תגובה נ' דיר, פ"מ תשנ"א (ב) 353, 370-371 (פסק-הדין ידון בהמשך).

60 Domke, *supra* note 3, at p. 331-335; *Commonwealth v. Continental*, *supra* note 31, at p. 305

person, the court will not in general release them from the bargain upon which they have agreed⁶¹.

שאלה נוספת היא, האם תישמר ההלכה המונעת צד שידע על קשריו של הבורר מלהעלות טענות כשל כך אם יתברר כי הבורר אכן נהג בפועל במשוא-פנים או כאשר קיימת הסתברות גבוהה לכך? פרופ' אוטולנגי סבורה, כי בית-המשפט יקבל טענת צד שנפגע מהטיה בפועל גם אם זה ידע מראש על קשריו של הבורר עם הצד האחר, אך זאת בתנאי שטענה זו תתבסס על הוכחות עובדתיות ממשיות⁶². דעה זו מבססת פרופ' אוטולנגי, בין היתר, על פסק-דין וכטפוגל נ' ליסובסקי, שם דובר בבורר שהיו לו קשרי ידידות עם שני הצדדים. השופט י' כהן (בעת שכהן כשופט מחוזי) פסק כי "אם הצדדים יודעים על מערכת היחסים מראש... אין מקום להנחה שהיחסים הנ"ל פעלו כגורם למשוא פנים" (ההדגשה שלי – מ' ה')⁶³. מדברים אלה ניתן להסיק, כי ידיעת הצדדים נותנת רק מקום לחזקה כי קשרים אלה לא גרמו להטיה בפועל, אך חזקה זו ניתנת לסתירה מקום שצד מביא ראיות לכך.

חוק הבוררות האנגלי מרחיק לכת וקובע, כי במקרים בהם טוען בעל-דין שהבורר אינו בלתי-תלוי בפועל, או אינו יכול להיות כזה (עקב קשריו עם אחד הצדדים או עם נשוא הסכסוך), בית-המשפט לא ידחה את הבקשה להעביר את הבורר מתפקידו רק בשל כך שהמבקש ידע על קשריו אלה של הבורר בעת שהסכים למינויו⁶⁴. על-פי סעיף זה ניתן לקבל לא רק את טענותיו של בעל-דין המראה משוא-פנים בפועל, אלא גם זה המוכיח כי קשריו (הידועים) של הבורר יוצרים הסתברות גבוהה (strong probability) למשוא-פנים על-ידי הבורר⁶⁵.

עמדה דומה אומצה לאחרונה על-ידי בית-המשפט המחוזי בתל-אביב (השופט הומינו) בפסק-דין תנובה נ' זיו⁶⁶. שם דובר בסכסוך שהתגלע בין חברה לשעבר באגודה שיתופית (אטלנטיק) לבין האגודה (תנובה). בתקנון האגודה נקבע, כי סכסוך שכזה "ימסר לבוררות בפני בוררים שיתמנו ע"י מינהלת 'ניר שיתופי' ולפי שיקול דעתה"⁶⁷. מהעובדות שהתגלו לבית-המשפט התברר, כי "לניר שיתופי יש אינטרס בעל חשיבות עליונה בכל הקשור לניהול ענייני תנובה, ונכסיה, והנה צד מעוניין בסכסוך הנדון ובתוצאותיו"⁶⁸. בא-כוחה של תנובה טען בבית-המשפט כי על-פי הפסיקה, על בית-המשפט לכבד את סעיף הבוררות מאחר אטלנטיק, כאשר הצטרפה לתנובה, ידעה כי ניר שיתופי ימנה את הבורר במקרה של סכסוכים⁶⁹.

61. Russel, A. Walton and M. Vitoria, *Russel on the Law of Arbitration* (20th ed., 1982) 144

וראה גם עמ' 110. בחריג להלכה זו ברין האנגלי נדון בהמשך.

62. אוטולנגי (לעיל, הערה 3) 210, 232.

63. המ' 50/64 וכטפוגל נ' ליסובסקי, פ"מ מג 82, 85.

64. Arbitration Act 1950, Article 24(1), Reprinted in Gaillard and Mehren, *supra* note 52, at pp.

221, 232. ראה על כך גם ב', *Halsbury's Laws of England*, *supra* note 61, at pp. 144–145; Russel, *supra* note 61, at pp.

130. Rowland, *supra* note 38, at p. 130; Mustill, *supra* note 13, at p. 551; *supra* note 13, at p. 217.

65. Russel, *supra* note 61, at p. 144.

66. לעיל, הערה 59.

67. שם, 357.

68. שם, 369.

69. שם, 358–359.

אמנם, כאן לא דובר בבורר בעל אינטרס, אלא בגוף הממנה את הבוררים שהוא בעל קשרים משמעותיים עם אחד מבעלי-הדין, אך בית-המשפט החיל על המקרה כללים הנוגעים לקשרים אסורים של הבורר. השופט הומינר ציטט כללים הנהוגים בדין האנגלי ופסק, כי ניגוד האינטרסים של ניר שיתופי כה משמעותי עד כי הוא מונע אותו מלמנות את הבוררים אשר יכריעו בסכסוך בין הצדדים⁷⁰.

נראה לנו, כי החריג המתיר פסילת הבורר או פסקו במקרים של הסתברות גבוהה או משוא-פנים בפועל, אפילו אם ידע הצד הנפגע על קשרי הבורר שהובילו לתוצאה זאת, מאזן היטב בין שני העקרונות העומדים ביסוד מוסד הבוררות. היסוד ההסכמי של מנגנון הבוררות נשמר כל עוד לא קיימת הטיה בפועל או הסתברות גבוהה לכך. גם על-פי יסוד ההסכמה ניתן להסביר, כי לא סביר להניח שבעל-דין נתן את הסכמתו להתדיין בפני בורר שקיים סיכוי גבוה כי הוא יטה את הדין לרעתו. יסוד ההסכמה נסוג רק במקרים שבהם גלוי לעין, כי קיימת אפשרות ממשית מאוד שהבורר יטה את הדין בפועל. במקרים כאלה נפגעים אושיותיה של מערכת-המשפט כמנגנון נייטרלי להכרעת סכסוכים. הנזק הנגרם לתדמיתה חורג מעבר לאינטרסים של בעלי-הדין ונוגע לציבור כולו.

1. בוררות זבל⁷¹

פרקטיקה נפוצה בהליכי בוררות היא שכל צד בוחר בורר אחד ("בורר צדדי"), והבורר השלישי ("הבורר המכריע") מתמנה בהסכמת שני הצדדים או על-ידי גורם שלישי המוסכם בין הצדדים. כאן עלינו לבחון אם הדין הישראלי מטיל על בורר שהתמנה על-ידי אחד הצדדים אותה חובה כמו על הבורר המכריע שלא להימצא בניגוד עניינים; או שמא הדין מכיר בכך, כי בורר שכזה נבחר בשל קרבתו לצד שמינה אותו, ואין לצפות ממנו שיכריע בסכסוך בדרך נייטרלית.

הדעות בדבר חובתו של הבורר שהתמנה על-ידי אחד הצדדים לנהוג בצורה אובייקטיבית ולהימנע ממצב של ניגוד אינטרסים חלוקות בארץ ובעולם. על-פי גישה אחת, יש להכיר בכך כי הבורר הצדדי נבחר על-ידי צד אחד לסכסוך, בדרך-כלל לאחר שזה האחרון דיבר עמו אודות הסכסוך הנטוש בין הצדדים, בירר את עמדתו העקרונית באשר ליישובו ולעתים אף דן עמו בדבר שכר-טרחתו. על-כן, אין לצפות מבורר כזה לנהוג בדרך אובייקטיבית; תפקידו העיקרי הוא להיות נציגו של הצד שמינה אותו בטריבוטל-הבוררות ולנסות לשכנע את הבוררים האחרים בצדקתו של צד זה⁷². מנגד, יש המדגישים את העובדה כי הבורר הצדדי הוא חלק אינטגרלי מטריבוטל-הבוררות, שמטרתו החשובה ביותר היא להגיע להכרעה צודקת ונעדרת-פניות. על-כן יש להטיל גם על בורר שנתמנה על-ידי צד אחד, מרגע שקיבל על עצמו את המינוי, להימנע מכל קשר אסור עם הצד שמינה אותו ולפסוק בדרך אובייקטיבית⁷³.

70 שם, 371.

71 ראשי התיבות של "זה בוחר לו אחד". על בוררות הזבל"א בדין הישראלי ראה אוטולנגי (לעיל, הערה 3), 174-175.

72 David, *supra* note 1, at p. 253.

73 אוטולנגי (לעיל, הערה 3), 216-217.

גם שיטות המשפט בעולם לא אימצו עמדה אחידה בסוגיה זו. יש מדינות שקבעו בחוקיהן, כי אסור לו לבורר שהתמנה על-ידי אחד הצדדים לנהוג כנציג אותו צד, ודיני מדינות אלה קובעים לעתים כי הפרת חובה זו פותחת בפני הצד האחר לסכסוך אפשרות לתקוף את הליכי הבוררות בעילה זו⁷⁴. בתי-משפט במדינות אחרות פסקו, כי אם כוונת הצדדים היא למנות בוררים שחלקם נבחרים על-ידי הצדדים ושאלה ייצגו את האינטרסים של הצדדים שמינו אותם, הרי על בתי-המשפט לקבל זאת ולא לנסח לצדדים הסכם-בוררות חדש⁷⁵. יש גם מדינות שבחרו להן שביל-ביניים שעל-פיו אמנם מוטלת על הבורר הצדדי החובה לנהוג בצורה נייטרלית, אך הכלל פורש בצורה גמישה ומקלה יותר שעה שנדונו מקרים שבהם הועלו טענות בשל ניגוד עניינים נגד בוררים צדדיים⁷⁶. גישה זו מובילה להחלת כללים שונים על בורר שהתמנה על-ידי אחד הצדדים, מאלה המוטלים על בורר יחיד או מכריע.

חוק הבוררות הישראלי אינו מבחין בין בורר שהתמנה על-ידי אחד הצדדים לבין בורר יחיד או מכריע; סעיף 30 מטיל על שניהם חובת נאמנות כלפי כל הצדדים. הפסיקה הישראלית בסוגיה זו, שהתעלמה מסעיף 30 הנ"ל, נחלקה גם היא באשר לחובה המוטלת על בורר צדדי. בית-המשפט העליון נדרש לסוגיה זו בפסק-דין סוכריר נ' רוזנברג, שם הוסכם בין הצדדים כי שני הבוררים הצדדיים ירצו את דעתם בפני הבורר השלישי שיכריע במחלוקת. השופט זוסמן גרס שם, כי כאשר בוררים הצדדים להביא את הסכסוך בפני שני בוררים שנבחרו על-ידי הצדדים ובורר אחד מכריע, אזי ברור הדבר כי הבוררים הצדדיים פועלים כעורכי-דין של הצדדים ורק הבורר שמכריע ממלא תפקיד שיפוט⁷⁷. השופט לנדוי הסתייג מדברים אלה ואמר, שאמנם מובן כי בורר צדדי מתחיל בהליכי הבוררות עם עמדה אוהדת לצד שמינה אותו, אך אין לומר כי תפקידו הוא לשמש פרקליט לאותו צד, "ועליו לשקוד תמיד על גישה אובייקטיבית לנשוא הסכסוך"⁷⁸. בסוגיה זו נקט השופט ח' כהן עמדה המשתמעת לשתי פנים: הוא הצטרף לדברי ההסתייגות של השופט לנדוי מדבריו של השופט זוסמן, אך לאחר-מכן ציטט מן המשפט העברי הלכות העולות בקנה אחד עם דבריו של השופט זוסמן: "המנהג נפוץ בישראל מימים ימימה שבבוררות זבל"א וזבל"א כל צד ממנה לו אוהבו או קרובו או פרקליטו כבורר – אין בו שמץ של פסול ובלבד שהצד השני יודע ומסכים..."⁷⁹.

בפסק-דין שניתן לאחר-מכן אימץ השופט חריש בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב את עמדתו של השופט זוסמן וציטט את דבריו האחרונים של השופט ח'

74 David, *supra* note 1, at p. 254. על מגמה זו בבריטניה ראה Russel, *supra* note 61, at p. 233.

75 David, *supra* note 1, at pp. 254–255. על מגמה זאת בהלכת בתי-המשפט של ארצות-הברית ראה,

Domke, *supra* note 3, at pp. 310–312; וכך גם בסעיף 7 לכללי האתיקה של בוררים שנוסחו במשותף

על-ידי ה-American Arbitration Association and American Bar Association, 1977, reprinted

in Gaillard and von Mehren, *supra* note 52, at p. 499.

76 David, *supra* note 1, at pp. 254–255.

77 סוכריר נ' רוזנברג (לעיל, הערה 59), 2503.

78 שם, 2504.

79 שם.

כהן המצדדים בעמדה זו⁸⁰. השופט חריש אף הרחיק לכת ופסק, כי מלכתחילה שליחותו של בורר צדדי היא לשכנע את הבוררים האחרים בצדקתו של הצד שמינה אותו: "בורר זבל"א, מעצם טבעו לכך נועד, שיהא הופך בזכותו של הצד שבחר אותו...⁸¹ גישה שונה בתכלית עולה מפסק-דינו של בית-המשפט העליון בפרשת מסדר דתי סנט צ'רלס, שם ביקש צד לסכסוך למנות כבורר את עורך-דינו שייצג אותו בשלבים קודמים של העסקה אשר היתה נשוא הבוררות⁸². השופט מני פסק שם, כי "משנתמנו בוררים שנבחרו אחד ע"י כל צד חייב כל אחד מהם להחליט בסכסוך שבין הצדדים ללא משוא פנים, ללא דעה קדומה ובצורה אובייקטיבית. בורר שמאיו סובה אינו מסוגל להחליט בסכסוך כאמור, פסול מלכהן כבורר והצד שלא מינהו זכאי להתנגד למינויו"⁸³. השופטים חיים כהן ולנדוי הביעו את הסכמתם לדבריו אלה של השופט מני.

מדברים אלה נראה, כי השופטים שישבו בדין בפרשת מסדר דתי סנט צ'רלס היו מוכנים לקבל מינוי בורר צדדי שהיו לו קשרים מסוימים עם הצד שמינה אותו, אך סירבו לקבל מינוי אדם שהיה מעורב מאוד בעצם הסכסוך, "כך שנבצר ממנו לחלוטין להיות אובייקטיבי בסכסוך זה"⁸⁴. כל זאת באשר לקשריו של הבורר הצדדי בטרם התמנה כבורר. באשר להתנהגותו של בורר שכזה לאחר מינויו, ברור כי דעת בית-המשפט היא שעל הבורר הצדדי לנהוג בנייטרליות.

מעיון בפסיקה זו נראה, כי דעתו של השופט זוסמן בפסק-דין סוכרני לא נתקבלה בהלכה הפסוקה, ופסיקתו של השופט לנדוי בפסק-דין זה היא שאומצה על-ידי בית-המשפט העליון בהלכת סנט צ'רלס⁸⁵. לדעתנו, פסיקה זו עולה בקנה אחד גם עם הדין הרצוי, מאחר והיא מפרידה היטב בין קשריו של הבורר בטרם מינויו לבין התנהגותו של בורר לאחר שנתמנה כחבר בטרביבונל-הבוררות.

באשר לקשריו של הבורר הצדדי עם הצד שמינה אותו לפני הליכי הבוררות, סביר להניח כי לבורר הצדדי היה קשר מסוים עם הצד שמינה אותו וכן כי הוא נכנס להליכי הבוררות עם אהדה מסוימת לצד שמינה אותו. ייתכן מאוד, כי קשרים שכאלה היו מובילים לפסילת הבורר על-פי המבחנים הרגילים שנסקרו לעיל, אך מעצם קבלת המוסד של בוררות זבל"א (עם כל מגבלותיו) יש להחיל על בוררים צדדיים אמות-מידה מקלות יותר. עם זאת, גם במישור הקשרים שבין הבורר הצדדי לבין הצד שמינה אותו בטרם הליכי הבוררות קיימים חריגים העלולים לפסול את הבורר. כך במקרים שבהם קשרים אלה היו כה אינטנסיביים עד שלא ניתן לצפות בסבירות כי הבורר יוכל לנהוג בדרך נייטרלית בהליכי הבוררות. באשר להתנהגותו של הבורר הצדדי לאחר שהתמנה, יש לזכור כי חוק הבוררות מטיל גם על בורר שכזה חובת נאמנות כלפי כל בעלי-הדין, וחובה על הבורר הצדדי להתנהג כבורר

80 המ' 1504/79 פדואה נ' קק"ל, פ"מ תשל"ה (2) 539, 541. על-אף שפסק-דין זה נכתב לאחר חקיקת חוק הבוררות, תשכ"ח-1968, בית-המשפט לא התייחס לסעיף 30 הנ"ל.

81 שם.

82 מסדר דתי סנט צ'רלס נ' חברת הכרמל (לעיל, הערה 12), 754.

83 שם, 755.

84 שם.

85 ראה על כך גם אצל אוטולנגי (לעיל, הערה 3), 216.

אובייקטיבי וחסר פניות. כך, למשל, מוטל איסור על הבורר להיפגש ביחידות או להיכנס לקשרים עסקיים עם אחד הצדדים כל עוד מתקיימים הליכי הבוררות. קבלת העמדה ההפוכה, שלפיה הבורר הצדרי הוא בעצם נציגו של הצד שמינה אותו, עשויה לפגוע במעמדו כבורר, ואפשר שיצא ניזוק מאפיון שכזה במישורים אחרים של הדין. כך, למשל, אפשר שבורר כזה יהיה חשוף לתביעה חוזית על-ידי הצד שמינה אותו, מאחר שלא ייצג נאמנה את הצד בטריבונל-הבוררות; ואפשר כי החסינות המוקנית לבורר בפקודת הנזיקין⁸⁶ לא תוענק ל"בורר" שכל תפקידו הוא לייצג את הצד שמינה אותו, מכיוון שלא מילא תפקיד שיפוטי.

ז. סעיפי בוררות בחוזים אחידים⁸⁷

לעתים קרובות נקבע בחוזה אחיד⁸⁸, כי סכסוכים שיתעוררו בין הצדדים בקשר לפירושו ולביצועו של ההסכם יוכרעו על-ידי גוף-בוררות המקורב לספק או השייך לו מבחינה ארגונית⁸⁹. השאלה העולה כאן היא, האם סעיף בוררות בחוזה אחיד נחשב כ"תנאי מקפח", משום שהוא מפנה את הסכסוכים שיתעוררו לבורר שהוא מקורב יותר לספק. סעיף 3 לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982, קובע את העיקרון הכללי שעל-פיו דינו של תנאי מקפח להתבטל או להשתנות על-ידי בית-המשפט. סעיף 4 לחוק קובע חזקה, כי תנאים מסוימים נחשבים כ"תנאים מקפחים". סעיף 4(10) חל ישירות לענייננו⁹⁰ וקובע, כי חזקה היא שתנאי בחוזה הוא תנאי מקפח אם זהו "תנאי הקובע מסירת סכסוך לבוררות כאשר לספק השפעה גדולה יותר מאשר ללקוח על קביעת הבוררים או מקום הבוררות".

ראוי לציין כאן, כי הוראות אלה נקבעו על-ידי המחוקק, על-אף שבמקרים רבים יודע הלקוח מראש על הקשרים שבין הבורר לבין הספק או נשוא הסכסוך. במקרים כאלה לא יחולו הכללים הרגילים שנסקרו לעיל לעניין ידיעת בעל-הדין על קשריו של הבורר, אלא הכללים המיוחדים החלים בתחום של חוזים אחידים⁹¹.

פסק-הדין היחידי שפורסם עד כה בסוגיה זו הוא זה של השופט קנת בפרשת

86 סעיף 8 לפקודת הנזיקין מורה, כי "אדם שהוא גופו בית-משפט או בית-דין... וכל אדם אחר המבצע פעולות שיפוט, לרבות בורר — לא תוגש נגדו תובענה על עוולה שעשה במילוי תפקידו השיפוטי". על חסינות בוררים בשיטות-משפט אחרות ראה H. Hausmaninger, "Civil Liability of Arbitrators — Comparative Analysis and Proposals for Reform" 4 *Journal of International Arbitration* (1990).

87 בחלק זה נעסוק רק בשאלה, האם דינו של סעיף בוררות — שנקבע בחוזה אחיד — להתבטל בשל כך שהוא מפנה סכסוכים שיעלו ממנו לבורר המקורב לספק, על-פי חוק החוזים האחידים. מובן שעל ניגוד עניינים המתגלה בהליכי בוררות הנובעים מחוזה אחיד חלים גם כל הכללים האחרים שנוכחים בחלקים האחרים של רשימה זו.

88 "חוזה אחיד" מוגדר בסעיף 2 לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982 כ"נוסח של חוזה שתנאיו, כולט או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסויימים במספרם או בזהותם".

89 על מינויו של גוף משפטי כבורר ועל שאלות משפטיות העולות בהקשר זה ראה, אוטולנגי (לעיל), הערה (3), 175-180.

90 כאשר לסעיפים (6)4 ו-(8)4 לחוק שאינם חלים ישירות ראה א' בן נון, חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982 (1987) 43-46.

91 על ההצדקה לקביעת כללים מיוחדים אשר יחולו על בוררות שהוסכמה בחוזה אחיד ראה בסוף פרק זה.

הסתדרות מכבי נ' אולסנר⁹². שם הגיש חבר קופת-חולים מכבי תביעה לבית-משפט השלום בבקשה לחייב את קופת-החולים להחזיר לו הוצאות אשפוז. קופת-החולים הגישה בקשה לעכב את הדיון מאחר שבתקנון המחייב את שני הצדדים נקבע, כי "בכל הקשור בתקנון זה יהא החבר כפוף לבוררות שתנוהל בפני בית הדין של הקופה כבית הדין לבוררות"⁹³. בית-משפט השלום קיבל את טענת התובע, כי אין לעכב את ההליכים מאחר שסעיף הבוררות שבתקנון הוא תנאי מקפח על-פי סעיף 15(9) לחוק החוזים האחדים, תשכ"ד-1964 (המקביל לסעיף 4(10) של החוק משנת 1982). שופט-השלום נימק את החלטתו בכך, כי לקופת-החולים יש השפעה גדולה יותר מאשר לחבר לקבוע את הבוררים היושבים בדין. על-פי הפרוצדורה שנקבעה בתקנון, בוחרת ועדה של קופת-חולים את כל חברי בית-הדין מקרב חברי הקופה, ואת הרכב הבוררים שישב לדין בכל סכסוך וסכסוך קובע אב בית-הדין (שופט מחוזי בדימוס)⁹⁴. בערעור שהוגש לבית-המשפט המחוזי בתל-אביב בוטל פסק-דינו של בית משפט השלום. השופט קנת נימק את החלטתו בכך, שאמנם הבוררים נבחרים על-ידי קופת-חולים, אך הם לא נבחרים על-ידיה לשם הכרעה בסכסוך מסוים, אלא אב בית-הדין הוא הקובע את ההרכב שישב בכל דיון. לרעתו, עצם קביעת צוות הבוררים שיכריע בסכסוך מסוים על-ידי אב בית-הדין מנתקת את אפשרות ההשפעה של קופת-חולים על בוררים אלה⁹⁵.

לעניות דעתנו, לא עומד פסק-דינו של השופט קנת במבחן הביקורת משום שהוא מייחס חשיבות מעטה מדי לדרך מינוי מאגר-הבוררים ומשום שהוא מתעלם ממלותיו המפורשות של החוק בעניין זה. אמנם, השופט קנת מדגיש את העובדה כי צוות-הבוררים שידון בסכסוך הספציפי נקבע על-ידי אב בית-הדין (ונראה כי זה האחרון מתמנה על-ידי קופת-חולים); אך חשוב להדגיש, כי בחירתו זו מוגבלת לחברי מאגר הבוררים שנבחרו על-ידי קופת-חולים בלבד. מכאן שגם אם נראה את בחירתו של אב בית-הדין כעצמאית לחלוטין עדיין דבק בה הפגם שכל חברי בית-הדין נבחרו אך ורק על-ידי הקופה, ללא כל התייעצות עם החבר המבקש לתבוע את הקופה.

יתירה מזו: פסיקתו של השופט קנת מתעלמת מהמבחן שקבע המחוקק לכגון דא: "תנאי הקובע מסירת סכסוך לבוררות כאשר לספק השפעה גדולה יותר מאשר ללקוח על קביעת הבוררים..."⁹⁶ (ההדגשה שלי – מ' ה'). המבחן אשר על בתי-המשפט להחיל במקרים שכאלה הוא, האם מפנה סעיף הבוררות להרכב שבו לספק יש השפעה גדולה יותר מאשר ללקוח על קביעת הבוררים. מלשון הסעיף ברור, שהמחוקק חפץ לקבוע כי רק הרכב בוררות שנבחר על-ידי הספק והלקוח, תוך איזון ביניהם כאשר לקביעת הבוררים, יוכשר כתנייה שאינה מקפחת⁹⁷. נראה,

92 בר"ע (ת"א) 4193/77 הסתדרות מכבי נ' אולסנר, פ"מ תשל"ח (1) 3.

93 שם, 4.

94 שם.

95 שם, עמ' 5.

96 סעיף 4(10) הנ"ל.

97 כך גם עולה בבירור מדור"ח הוועדה, שעמד ביסוד חקיקת חוק החוזים האחדים, שם נאמר לעניין זה: "נראה לנו כראוי לציין כמחמירים סעיפים המכריחים את המקבל לוותר על שיפוטם של בתי-המשפט יחד עם זה אינם מבטיחים לו זכויות שוות במינוי בורר... דוגמאות: ... (ב) בחוזה המוצע למשתכנים

כי במקרה זה על בית-המשפט היה לבחון אם אכן היתה לקופת-חולים השפעה גדולה יותר מאשר לחבר הקופה על קביעת הבוררים; או שמא לשניהם היתה השפעה זהה בבחירת הבוררים. לדעתנו, ברור כי התשובה על שאלה זו היא שלילית, ובנסיבות המקרה היה על בית-המשפט לפסול הוראה שכזאת בחוזה אחיד.

גם אם לא יצליח הלקוח להוכיח כי קיימת חזקה שסעיף בוררות הקובע בורר שלו יש קשרים מיוחדים עם הספק הוא בגדר תנייה מקפחת על-פי סעיף 4(10) הנ"ל, עדיין פתוחה בפניו הדרך להוכיח כי תנאי זה הוא בחזקת תנאי מקפח על-פי סעיף 3 לחוק החוזים האחידים. כפי שנאמר לעיל, סעיף 4 לחוק קובע חזקות בלבד ואינו חוסם את דרכו של הלקוח להוכיח כי תנאי בחוזה אחיד שאינו מנוי בסעיף 4 אכן מהווה "תנאי מקפח" על-פי סעיף 3. סעיף 3 מורה לבתי-המשפט לבטל או לשנות "תנאי בחוזה אחיד שיש בו — בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות — משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות (להלן — תנאי מקפח)". האם יש לקבוע, שסעיף בוררות המפנה סכסוכים לבוררים שלהם יש קרבה לספק גורם לקיפוח לקוחות או ליתרון בלתי-הוגן "העלול" להביא לידי קיפוח לקוחות?

שאלה היא, אם יש להחיל על סעיף 3 הנ"ל את המבחן של תדמית ההטיה או זה המתמקד בהסתברות להטיה בפועל. לכאורה, מרמזות מלותיו של הסעיף על אימרו המבחן המתמקד בסיכוי להטיה בפועל, מאחר והמחוקק נקט לשון של "העלול להביא לידי קיפוח לקוחות". לעומת זאת, ניתן לומר כי בשילוח לקוח להביא את דיבו נגד הספק בפני בוררים הקרובים יותר לספק, ואפילו אם אלה לא יטו את הדין בפועל, יש משום קיפוחו של הלקוח. לדעתנו, לא נמדרת מידת הקיפוח של הלקוח על-פי החוק רק בצורת ניהול הבוררות בפועל, אלא גם בתדמית שיש ללקוח כשהוא מתייצב בפני הרכב בוררים שנקבע באופן חד-צדדי על-ידי יריבו, או שהוא קרוב יותר לספק. יש להתחשב כאן בשיקול, שלפיו על הצדדים לבוררות לתת את אמונם בבורר שהתמנה לפסוק ביניהם, וקיומה של תדמית הטיה מחבל בצורה משמעותית במטרה זו.

נימוק נוסף, המחזק את אימוץ מבחן תדמית ההטיה, הוא זה העומד ביסודם של חוזים אחידים בכלל והוא המצדיק את קביעתם של כללים מיוחדים החלים על בוררות שהוסכמה בחוזה אחיד. ידוע, כי כוחו של הספק בעת קביעת הוראותיו של ההסכם גדול לאין שיעור מזה של הלקוח. ספק שקיבל עצה משפטית הולמת עשוי להבטיח את כוחו לא רק בהכתבה חד-צדדית של הוראות ההסכם, אלא גם בבירור הסכסוכים שיעלו בקשר לפירושן ולביצוען של הוראות אלה. כנגד עוצמתו זו של הספק בשלב הטרם-חוזי בא חוק החוזים האחידים לצמצם את פער הכוחות בשלב כריתת ההסכם. לדעתנו, על בתי-המשפט להגן גם על האינטרס החשוב של הלקוח (והציבור), שלפיו סכסוכים שיעלו מחוזה אחיד יוכרעו על-ידי גורם

על-ידי חברת שיכון נקבעת בוררות על-ידי ארגון ספלגתי שהמציע שיך לו או על-ידי בוררים שימונו על-ידי" (ההדגשה שלי — מ' ה'); "בעיית החוזים הסטנדרטיים, דו"ח הוועדה שנתמנה על-ידי שר-המשפטים", הפרקליט טז (תש"ך) 132, 136-137.

בלתי-תלוי שגם תדמיתו החיצונית היא נייטרלית. על-כן מוצע, כי המבחן הנכון לעניין סעיף 3 הוא מבחן תדמית ההטיה.

ח. סיכום ומסקנות

(1) מקורות חובת הבורר שלא להימצא במצב של ניגוד עניינים מצויים בהוראות חוק הבוררות, בפסקי-הדין שניתנו על-פיו ובהלכה הפסוקה בדבר כללי הצדק הטבעי החלים על המנהל הציבורי.

(2) המבחן בדבר ניגוד עניינים צריך להשתנות על-פי הסעדים המתבקשים נגד הליכי הבוררות או הבורר בשלבים השונים של הליכי הבוררות. מומלץ לאמץ את מבחן תדמית ההטיה כאשר בעל-דין מבקש לפסול מועמד מלכהן כבורר בשלבים המוקדמים של הליכי הבוררות; מבחן ההסתברות הגבוהה להטיה, כאשר מתבקש הסעד בעת שהליכי הבוררות כבר בעיצומם; ואת מבחן משוא-הפנים בפועל בתביעות חוזיות נגד הבורר.

(3) עוד לפני שהחלו הליכי הבוררות על הבורר לגלות לצדדים את כל הקשרים שיש לו (או שהיו לו בעבר או הצפויים בעתיד) עם אחד מבעלי-הדין או עם נשוא הסכסוך. אם נוצרו קשרים כאלה (או שנודע לו עליהם) במהלך הליכי הבוררות, על הבורר לגלות את הדבר בהקדם האפשרי לצדדים. משהפר בורר את חובת הגילוי, נוצרת חזקה כי יש לפסול את הבורר או פסקו.

(4) צד שידע על קשריו האסורים של הבורר ובחר להמשיך בהליכי הבוררות, לא יורשה להעלות לאחר-מכן טענות בדבר קשרים אלה. כלל זה לא יחול במקרים שבהם הוכח, כי קיימת הסתברות גבוהה שהבורר ינהג במשוא-פנים או כאשר הוא נהג כך בפועל.

(5) קשריו הקודמים של בורר שהתמנה על-ידי צד אחד (בבוררות זבל"א) לא יפסלו אותו מלכהן בתפקידו כל עוד לא היו אלה קשרים אינטנסיביים עד כי לא ניתן לצפות בסבירות שהוא ינהג בדרך נייטרלית. משהתמנה בורר על-ידי אחד הצדדים, עליו לנהוג בדרך חסרת-פניות עם כל בעלי-הדין.

(6) הוראה בחוזה אחיד המורה, כי סכסוכים העולים מן ההסכם יוכרעו על-ידי בוררים המתמנים תוך חוסר-איוון בין הצדדים, תיחשב בדרך-כלל כהוראה מקפחת שדינה להתבטל או להשתנות.

(7) בניגוד למקצועות אחרים המוסדרים על-ידי הדין, טרם נוסחו כללי אתיקה לבוררים. העדר כללי אתיקה תורם לאי-ודאות באשר לחובותיו של הבורר כלפי בעלי-הדין, והדבר בולט בתחום של ניגוד עניינים וחובת הגילוי. מוצע כי כללים כאלה, שאומצו במדינות רבות בעולם, יותוו בחקיקה. אחד הנושאים החשובים הצריך להיות מוסדר בקוד כזה הוא האיסור המוטל על הבורר בדבר ניגוד עניינים.

