

מה בין חובת הנאמנות לחובת הזהירות של בורר

יחיאל ברונר, עו"ד (מהנדס)

לראשונה נדרש בית המשפט העליון בארץ לסוגיית היקף אחריותו של בורר במסגרת מילוי תפקידו, ולאבחנה בין חובת הנאמנות המוטלת עליו, מכוח סעיף 30 לחוק הבוררות, לבין חובת הזהירות המוטלת עליו, מכוח סעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזיקין, ואשר על פיה עליו לפעול בניהול הבוררות "במסירות, במיומנות, במקצועיות, בחריצות ובשקידה" [רע"א 6830/00 ברנוביץ נ' תאומים ואח', פ"ד נו (5) 691]. חשיבותו של פסק הדין זה נובעת מהשיטה המשפטית הנוהגת בארץ, בה אחד ממקורות הדין המחייב את כל המערכת המשפטית והמעין-משפטית (לדוגמא - הבוררות), למעט את ביהמ"ש העליון עצמו, הינו עיקרון ה"ההלכה הפסוקה של ביהמ"ש העליון" הידוע גם בשם "הלכת התקדים המחייב".

תמצית העובדות ברקע פסק הדין הן כדלהלן: צד שהפסיד בפסק הבוררות הגיש כתב תביעה לביהמ"ש המחוזי כנגד הבורר, בו עתר לחייב את הבורר לשלם לו פיצויים בגובה של כ-3 מ' ש. את תביעתו השתית התובע על סעיף 30 לחוק הבוררות, וכן על העילות של "הפרת הסכם הבוררות והתנהגות חסרת תום לב בקיום חיוביו כבורר" שנבעו, לטענתו, מ"פסיקת פיצויים תוך חריגה מסמכותו כבורר; איחור בלתי סביר במתן פסק הבורר; אי העברת פרוטוקול דיוני הבוררות לעיון המשיבים על אף פניות חוזרות ונשנות; מתן עדות שאינה מתיישבת עם העובדות במסגרת הבקשה לביטול פסק הבורר; הסתייעות במומחה חיצוני ללא עדכון בעלי הדין, וקבלת תשלום בסך 200,000 ש"ח מהצד השני בלא הודעה לתובע". נציין, שפסק הבוררות עצמו, אשר ניתן על ידי הבורר כ-6 שנים לאחר תום שמיעת הראיות, בוטל על ידי המחוזי אולם אושר על ידי ביהמ"ש העליון (בהליכים אחרים וקודמים להליך דנן).

בתגובה לכתב התביעה הגיש הבורר בקשה, לביהמ"ש המחוזי, למחוק את התביעה על הסף. את בקשתו ביסס הבורר על טענות משפטיות של "השתק עילה, השתק פלוגתא והתיישנות", שהדיון המפורט בהן חורג ממתכונת מאמר זה. בסיום דיונו בבקשה, דחה ביהמ"ש המחוזי את הבקשה למחיקה על הסף, והתיר לתובע להמשיך בתביעתו כנגד הבורר. על החלטה זו של ביהמ"ש המחוזי, הגיש הבורר בקשה לרשות ערעור לביהמ"ש העליון. בסיכומו של עניין דחה ביהמ"ש העליון את הערעור, ונפתחה הדרך בפני התובעים להמשיך בבורר תביעתם כנגד הבורר, תביעה שעד עתה טרם הסתיימה לגופה.

מסגרת אחריותו של בורר כלפי הצדדים המתדיינים בפניו קבועה בסעיף 30 לחוק הבוררות, הקובע לאמור: "בורר שהסכים למינויו חייב לנהוג כלפי בעלי הדין בנאמנות; מעל הבורר באימון שניתן בו, זכאי הנפגע, נוסף על כל תרופה לפי חוק זה, לפיצויים הניתנים בשל הפרת חוזה". טענות בנוגע להפרת חובת הנאמנות של בורר במילוי תפקידו ניתן לברר לא רק במסגרת דיון על בסיס סעיף 30 לחוק הבוררות, אלא גם בדיון להעברת בורר מתפקידו, על פי סעיף 11 (1) לחוק הקובע, כי ביהמ"ש רשאי להעביר בורר מתפקידו מקום שנתגלה כי הוא אינו ראוי לאמון הצדדים, וכן במסגרת טענות לפסילת פסק הבורר על פי העילות בסעיף 24 לחוק, ובהן זו הנזכרת בסעיף 24 (10) לחוק, הדנה בקיומה הדנה בקיומה של עילה שעל פיה היה בית משפט מבטל פסק דין סופי שאין עליו ערעור עוד, או במסגרת עילות הביטול על פי סעיף 24 (3), או 24 (4) לחוק. יחד עם זה נזכור, כי גם מקום שהוכח, במסגרת בקשה לביטול פסק הבוררות, כי הבורר מעל באמון בתפקידו, רשאי עדיין בית המשפט לדחות את בקשת הביטול ולאשר את פסק הבורר אם סבר שלא נגרם עקב כך עיוות דין במובן האמור בסעיף 26 (א) לחוק.

את טענתו של הבורר - שתביעה על פי סעיף 30 לחוק הבוררות אינה יכולה להקים עילה עצמאית אלא היא קשורה ומותנית בכך שהבורר הועבר קודם לכן מתפקידו, או שפסק הבורר בוטל מחמת התנהגותו הפסולה של הבורר – דחה ביהמ"ש העליון. נקבע על ידי ביהמ"ש, כי "אכן, עשוי להיות קשר ענייני בין הליך על פי סעיף 11 לחוק להעברת בורר מתפקידו מקום שהוא אינו ראוי לאימון הצדדים, או מקום שפסק הבורר בוטל קודם לכן מטעמים של ביצוע לא נאות של תפקידו של הבורר. עם זאת, חרף קשר ענייני בין ההליכים, אין קשר של תלות, בבחינת התנאה, בין ההליכים הללו לבין הגשת תביעה על הפרת נאמנות כנגד הבורר במסגרת סעיף 30 לחוק. התביעה על פי סעיף 30 היא תביעה עצמאית וניתן להגישה בלא תנאי מוקדם, כאמור."

ביהמ"ש העליון הוסיף וקבע להלכה, כי: "ממבנה חוק הבוררות ומניסוחו, כמו גם מהקשרם הענייני של הדברים, אין משתמע קיומו של קשר תלות הכרחי בין שלושת הנתונים האפשריים המותווים בחוק אשר במסגרתם ניתן לברר טענות בדבר מעשי הפרת נאמנות על ידי בורר במילוי תפקידו. לאקט של העברת בורר מתפקידו על פי סעיף 11 לחוק עשויה להיות השלכה על בקשה לביטול פסק הבורר שניתן, כשם שלתביעת בעל דין נגד בורר על הפרת חובת נאמנות עשויה להיות השלכה על בקשה להעברתו מתפקידו או על בקשה לביטול הפסק מטעם זהה. למשל, בתביעה לביטול פסק מטעמים של התנהגות לא נאותה של הבורר עשוי בית המשפט לייחס משקל לעובדה כי לא נתבקשה העברת הבורר מתפקידו... כל נתיב עומד לעצמו, והפעלתו של האחד איננה מותנית במיצויו של נתיב אחר. החוק אינו מורה על קיום התנאה כזו, והדבר גם אינו משתמע מתכניו וממטרותיו. ואמנם, עשוי להיות, שצד לבוררות לא יבקש העברת בורר מתפקידו למרות שהפר את חובת האימון החלה עליו, ואפשר שאף לא ישתית על הפרה כזו בקשה לביטול פסק הבורר, ויחד עם זאת יראה לנכון לתבוע את הבורר במסגרת סעיף 30 על נזקיו עקב הפרת חובת האימון שהוא חב לו. המדובר, אפוא, במספר ערוצים אשר על אף הקו המשותף להם - התנהגות הבורר במילוי תפקידו - כל אחד נועד להשיג מטרה אחרת, ולפיכך אין הם תלויים ומותנים זה בזה. יוצא מכך, כי בעל דין רשאי ליזום הגשת תביעה כנגד בורר במסגרת סעיף 30 לחוק הבוררות בלא קשר לשאלה אם ננקט הליך להעברת בורר מתפקידו במסגרת סעיף 11 לחוק, או אם בוטל או אושר פסק הבורר שניתן, לאחר שהועלו באותו הליך טיעונים על הפרת חובת הנאמנות של הבורר."

בנוגע למהותה של חובת הנאמנות המוטלת על בורר, חוזר ביהמ"ש העליון בפסה"ד דנן על הנורמות שנקבעו על ידו כבר בעבר במספר פסקי דין, לאמור: "בין הבורר לבין בעלי הדין שוררים יחסי אמון, ועל הבורר לפעול תוך שמירה קפדנית על דרישה זו. חובת נאמנות מוטלת על בעלי תפקידים שונים המופקדים על טיפול בעניינים של אחרים ומקום שנתונים להם כח וסמכות לקבוע את גורלם בתחומים שונים. כך הוא לגבי עורכי דין, כונסי נכסים, מפרקים ונאמנים בפשיטת רגל, מנהלי עזבון וכיוצא באלה. וכך, חלה חובת אמון על מי שמוטלת עליו אחריות לטפל בנכסיו של אחר כנאמן או לעשות פעולה בשביל אחר כשלוח, או לפעול בענייניה של חברה בתורת דירקטור. חובת נאמנות היא מילה נרדפת לחובה לנהוג ביושר ובהגינות. תכניה של חובה זו משתנים בהתאם להקשר הדברים ולאופי התפקיד אליו היא מתייחסת. אולם היסוד המשותף לחובת האמונים בכל הקשר הוא קיומה של אחריות למלא את התפקיד ואת התכלית הטמונה בו בלא פניות, בלא קיום מניע זר, ובלא ניצול לרעה של הכח והסמכות הנתונים בידי בעל התפקיד. חובת האמונים מצויה ברף חובה גבוה מחובת תום לב אובייקטיבית החלה על כל אדם בבצעו פעולות משפטיות למשל מכח סעיפים 12, 39, ו-60 (ב) לחוק החוזים (חלק כללי), המניחה כי גם מקום שאדם דואג לענייניו העצמיים חלה עליו חובת הגינות כלפי זולתו. חובת האמונים ניצבת במדרגה גבוהה יותר מחובת תום הלב,

הרי מטרתה של חובת האמונים להבטיח "אדם לאדם-מלאך" ... תום הלב

אינו מניח "מידת חסידות"..., תום הלב אינו דורש כי האחד לא יתחשב באינטרס העצמי שלו. בכך שונה עקרון תום הלב מעקרון הנאמנות. הבורר חב חובת נאמנות לבעלי הדין בביצוע תפקידו מכח סעיף 30 לחוק. אם מעל בחובה זו זכאי הנפגע לתובעו לפיצויים הניתנים בשל הפרת חוזה."

במקביל לחובת הנאמנות, חב בורר גם בחובות נוספות כלפי בעלי הדין: "עליו לפעול בתפקידו במסירות, במיומנות, במקצועיות, בחריצות ובשקידה. חלה עליו חובת זהירות בביצוע תפקידו. חובה זו שונה היא מחובת האימון. חובת האמון נועדה להבטיח את מילוי התפקיד ביושר ובהגינות ולמנוע ניצול לרעה של כח המשרה לתכלית שאינה קשורה בצרכי התפקיד. חובת הזהירות נועדה להבטיח כי התפקיד יבוצע ברמה מקצועית נאותה, באחריות ובשקידה "זהירות לחוד ואמונים לחוד". אין מניעה כי אותה התנהגות עצמה תהא בה גם הפרת חובת זהירות וגם הפרת חובת אמונים. הפרת חובת הזהירות היתה, באופן רגיל, יכולה להקים בידי בעל דין עילה לתביעה בנוזיקין כנגד הבורר, דא עקא, שהוראות סעיף 8 לפקודת הנוזיקין מקנות לבורר חסינות דיונית מתביעת נוזיקין שכזו, כדלקמן: "אדם שהוא גופו, בית משפט, או בית דין או אחד מחבריהם, או שהוא ממלא כדין חובותיו של אדם כאמור, וכל אדם אחר המבצע פעולות שיפוט, לרבות בורר - לא תוגש נגדו תובענה על עוולה שעשה במילוי תפקידו השיפוטי."

בעניין החסינות הדיונית של בורר כנגד תביעה בנוזיקין קובע ביהמ"ש העליון בפסה"ד דנן, כי: "על פי הוראה זו נתונה חסינות לבעל משרה שיפוטית, ובורר בכלל זה, לגבי כל עוולה שבוצעה במילוי התפקיד השיפוטי. היא משמיעה קיומו של מחסום דיוני בפני הגשת תביעה בנוזיקין כנגד בעל משרה שיפוטית ובורר. אין מדובר בהעדר אחריות מהותית בנוזיקין אלא במחסום דיוני לאכוף אחריות זו באמצעות תביעה. החסינות על פי פקודת הנוזיקין היא חסינות רחבה. היא חלה בביורר על מצבים של חריגה מסמכות במילוי התפקיד השיפוטי ומקיפה מצבים שונים של פעולות רשלניות. קשה יותר השאלה האם נכלל בחסינות גם מצב של ביצוע תפקיד מתוך מניע פסול. אפשרית הטענה כי מאחר שהמבחן לחסינות הוא מבחן פונקציונלי, הרי מקום שקיים מניע פסול בהליך השפיטה או הבוררות כי אז יש בו כדי לנתק את המעשה מהפונקציה השיפוטית. לעומת זאת אפשרית גם הגישה לפיה יש לראות פעולה מתוך מניע פסול כביצוע תפקיד שיפוטי אף כי בדרך לא נאותה. מקור החסינות על פי סעיף 8 לפקודת הנוזיקין ברצון לשמור על אי התלות ועל עצמאות נושאי משרה שיפוטית ובוררים מתוך אימון בסיסי ברמתם וביכולתם, וכן מההכרה כי המקרים של סטייה משורת הדין הם מעטים עד כי אי הצדק העלול להיגרם עקב החלת החסינות אינו שקול כנגד הנזק לאינטרס הציבורי העלול להיגרם מהתערבות בפעולת השופטים והבוררים. בענייננו, מתייתרת השאלה האם חסינות נושאי משרה שיפוטית מכח סעיף 8 לפקודת הנוזיקין משתרעת גם על פעולות מתוך מניע פסול. זאת, מן הטעם כי הוראת סעיף 30 לחוק הבוררות מהווה הסדר מיוחד לגבי נושאי תפקידי בוררות. בהסדר מיוחד זה נקבע כי הבורר אחראי למעשים של מעילה באימון בביצוע תפקידו ואין הוא נהנה מחסינות בפני תביעה בעילה כזו. הוראת חוק זו גוברת כהסדר מיוחד על הוראת סעיף 8 לפקודת הנוזיקין בהיותה הוראה כללית המקנה חסינות לנושאי תפקידים שיפוטיים מכל תביעה נוזיקית, ועל פי אחת הגישות, לרבות כזו שמתלווה לה מניע פסול.

המסקנה העולה מדברים אלה, ומפועלם המצטבר של סעיף 30 לחוק הבוררות וסעיף 8 לפקודת הנוזיקין, היא, כי הבורר יהיה חסין מתביעה אזרחית בכל עוולה נוזיקית, להוציא עוולות בגין מעשים או מחדלים

בדרך זו הוצבה נקודת האיזון בתשתית אחריותו של

הבורר כלפי המתדיינים: נתונה לו חסינות מתביעה על ביצוע תפקידו ברשלנות, בחריגה מסמכות שלא מדעת, או תוך סטייה מדרישות השקידה, המיומנות והמקצועיות. מנגד, הוא נתון לתביעה על מעילה באימון ובצוע תפקידו מתוך מניע פסול."

ראוי לציין כי בעולם רווחות גישות שונות לשאלת ההיקף הרצוי של אחריות בורר כלפי בעלי הדין. החוק האנגלי דומה בתפיסתו הבסיסית לדין הישראלי, בהקנתו חסינות רחבה לבורר למעט במקרים של קיום מניע פסול בביצוע התפקיד. לעומת אנגליה וישראל, בארה"ב ניתנת לבורר חסינות כוללת מכל תביעה אזרחית, לרבות מקום שמדובר בפעולה שיסודה במניע פסול כגון - תרמית או שימוש לרעה במשרה, וגם מקום שהתנהגותו מצדיקה ביטול פסק הבורר.