

## נפילת המחסומים שניצבו בפני שימוש לרעה באמון והולכת שולל: השינויים הנסתרים בדוקטרינה המשפטית ובפרשנות המשפטית

תמר פרנקל\*

מאמר זה הינו תרגום של חלקים מתוך הספר אמון ויושר: התרבות העסקית של אמריקה על פרשת-דרכים. יחסים עסקיים אינם יכולים לשגשג ללא שלום ושיתוף-פעולה. יחסים עסקיים אמורים להוביל לסובלנות ולהבנה של האינטרסים והתרבות של האחר. אולם תרבות שמוכנה לקבל פגיעה באמון וחוסר הגינות חותרת תחת היחסים העסקיים. זהו ספרה הראשון של פרופ' פרנקל שנכתב בעבור הציבור הרחב, ולא רק למשפטנים. המניע לכתיבתו היה השינויים התרבותיים שחלו בארצות-הברית, אולם התמות המופיעות בו רלוונטיות לעולם כולו.

מבוא

פרק א: שינויים בחוק

1. המהלכים לביטול ההסדרה ולהגמוניה של השוק
  2. הסרה נוספת של הפיקוח הממשלתי
  3. האתגר שהציבה הכלכלה בפני חוק הנאמנות
- פרק ב: טבעו של חוק הנאמנות – סקירה קצרה של הדוקטרינה
1. למי יש עניין ב"דוקטרינה משפטית טכנית"?
  2. "אמון" ו"אימות" ביחסים חוזיים
  3. סוגים של יחסי נאמנות ויחסים חוזיים

---

\* חברה בסגל האקדמי ב-Boston University School of Law למן שנת 1968. תחומי מומחיותה הם רגולציה של מערכות כלכליות, דיני נאמנות ודיני תאגידים. חיברה את *The Regulation of Money Managers* יחד עם Ann Taylor Schwing, ואת *Securitization, and Investment Management Regulation* יחד עם Clifford E. Kirsch. פרסמה יותר מארבעים מאמרים ופרקי ספרים. בעברה שימשה פרקליטה במחלקה המשפטית בחיל-האוויר, משנה ליועץ המשפטי לממשלה ויועצת משפטית של ארגון הבונדס באירופה.

- (א) מנהל הכספים ולקוחו  
(ב) הרופא והמטופל שלו  
(ג) המורה ותלמידיו
4. הכללת חובות נאמנות בתוך חוזה  
(א) האיסורים החלים על עסקות שיש בהן ניגוד עניינים  
(ב) המנתח שעזב את חדר הניתוחים כדי ללכת לבנק  
(ג) דירקטורים שיש להם חוזה ייעוץ עם התאגיד
- פרק ג: התזוזה מנאמנות לחוזה – האם זה משנה?  
1. התרופות השונות  
2. תפקידם השונה של בתי המשפט  
3. אות הקלון השונה מאוד  
פרק ד: כיצד התזוזה מחוק נאמנות לחוק חוזים מתרחשת?  
1. התזוזה שחלה באקדמיה  
2. התזוזה שחלה בדיני החברות  
3. התזוזה שחלה בחוק השותפות  
4. התזוזה שחלה בבתי המשפט  
5. התזוזה שחלה בסמכותם המשפטית של פוליטיקאים
- פרק ה: התזוזה שחלה ממקצועות לעסקים  
1. אנשי מקצוע, אנשי עסקים ונאמנים  
2. השינוי שחל לאחרונה במקצועות, ותוצאותיו  
3. השפעותיה של התחרות בין אנשי המקצוע  
4. השפעת הפרסום  
5. אל תבטח בי – בדוק אותי!  
6. בסופו של דבר נשארנו עם פחות משפט ועם יותר הזדמנויות להונאה  
7. איזון השווקים והחוק  
פרק ו: הכלכלה לוכדת את החוק

## מבוא

החומר המובא להלן הינו, בשינויים קלים, תרגום לעברית של פרקים 8 ו-9 של ספרי אמון ויושר – התרבות העסקית של אמריקה על פרשת-דרכים.<sup>1</sup> הנחת-היסוד של מאמר זה היא שהתרבות העסקית של אמריקה נעה בכיוון של קבלה והצדקה של הולכת שולל ושימוש

<sup>1</sup> Tamar Frankel *Trust and Honesty – America's Business Culture at a Crossroad* (Oxford, 2005).

משפט ועסקים ה, התשס"ו נפילת המחסומים שניצבו בפני שימוש לרעה באמון והולכת שולל

לרעה באמון. במסגרת זאת יש גם נסיונות להגדיר מחדש את המונח "הונאה" ולהוציא מכלל שימוש לעיתים קרובות זו תגובתה של חברה על אי-יכולתה לאכוף את חוקיה. מכאן שהסוגיה אינה אם ארצות-הברית חווה רמאויות רבות יותר בהשוואה לעבר; הסוגיה העיקרית היא שתרבותה של ארצות-הברית הולכת ומשתנה, והיא לומדת בהדרגה לקבל יותר חוסר הגינות ושימוש לרעה באמון. תרבות היא הרגל חברתי. הרגל זה משמש בסיס להשערות בדבר אופן התנהגותם הצפוי של אנשים, ובכלל זה של המשער עצמו. ברגע שדפוס מסוים התמצק ונעשה חלק מן התרבות, קשה מאוד לשנותו, כפי שקשה לשנות כל הרגל.

איני מתיימרת להוכיח מה גרם לתנועה בכיוון של קבלת ההונאה. עם זאת, אני מתמקדת בסביבה שייתכן כי סייעה לתנועה בכיוון תרבותי זה. במאמר הנוכחי אדון בשינויים המורכבים שחלו בדוקטרינה ובפרשנות המשפטית, דוגמת המעבר מחובות נאמנות לחוזים וכן המעבר מ"מקצועות" שמחויבים לשירות הציבור – כגון משפטים ורפואה – ל"עסקים". שינויים אלה מנמיכים את המחסומים המשפטיים והמוסריים המונעים פגיעה באמון וחוסר יושר מצד אנשים שניתן בהם אמון, ומגבירים את הצורך בהגנה עצמית מצד אלה הנדרשים להסתמך עליהם.

אף שהטקסט המובא להלן אינו זהה לחלוטין לטקסט המובא בספרי, הצבתי את החומרים בין גרשיים:<sup>2</sup>

"את שלושת העשורים האחרונים אפשר לתמצת כדלקמן: צמצמנו את כוחה של המוסריות בחוק. סירסנו את הסדרת פעולתם של אנשים שניתן בהם אמון – הנאמנים: החלשנו את החוקים שמסדירים את יושרם, הענקנו להם חופש רב יותר, והגדרנו את הכללים המקילים הללו יעילים יותר. בעשותנו כך צמצמנו את יעילותה של הממשלה באכיפת היושר, הגדלנו את הסכנה של שימוש לרעה, ופתחנו פתח להפסדים עצומים שייגרמו לציבור ולמערכת הכלכלית. רוממנו את תפקידם של השווקים במניעת שימוש לרעה באמון, אך בעשותנו כך העברנו את נטל הפיקוח על נאמנים רמאים אל הצדדים שבאו במגע עם נאמנים אלה, דוגמת משקיעים במניות של חברות וחולים המטופלים על-ידי רופאים. שינינו את הדוקטרינה המשפטית כדי לצמצם את הנטל שמוטל על נאמנים שמעלו באמון ואת אות-הקלון שדבק בהם, והפכנו אותם לאנשי מכירות ולצדדים לחוזים בשווקים השונים..."

*Ibid*, at p. 119 2

## פרק א: שינויים בחוק

## 1. המהלכים לביטול ההסדרה ולהגמוניה של השוק

המשבר של מקרי ההונאה הפיננסית שנחשפו בשנות התשעים לא החל בשנות התשעים. זרעיו נזרעו כבר בשנות השבעים. באותה תקופה החל שינוי איטי אך בסיסי, שמטרתו היתה הגבלת התערבותו של החוק בפעילויות השוק וביטול ההסדרה. היו אלה מהלכים טובים, יצירתיים ואמיצים. לדוגמה, הקונגרס ביטל את שיעורי העמלות הקבועות שהוטלו על הבורסה בניו-יורק;<sup>3</sup> הרגולטורים התירו לסוחרים לתקן את האופציות ולפתח שוק אופציות;<sup>4</sup> הותר ליועצי השקעות של קרנות נאמנות לפתח מבנים חדשים, כגון קרנות שניתן למשוך מהן כספים בשקים (money market funds);<sup>5</sup> ובראשית שנות השמונים, כאשר קרנות הנאמנות נפגעו והתכווצו, הותר ליועצים להשתמש בנכסיהם של בעלי המניות למימון מכירתן והפצתן של מניות של קרנות. Jim Saxton<sup>6</sup> מעיר כי חידוש אחרון זה – לצד קבלת החוק להבטחת פנסיה לעובדים (Employee Retirement Income Security Act) משנת 1974,<sup>7</sup> שתמך בניהול מקצועי של תוכניות פנסיה על-ידי יועצים מוסמכים – תרם לגידול העצום בקרנות הנאמנות.<sup>8</sup> מן ההיבט המשפטי הוגבלה יכולתם של צדדים פרטיים להגיש תביעות בגין הפרת חוק ניירות-ערך, ולמעט חריגים ספורים, נכנעו בתי-המשפט לשיקוליהם של מנהלי חברות.<sup>9</sup> כל הצעדים הללו צמצמו את מעורבותם של בתי-המשפט, והותירו לשחקנים מידה רבה יותר של חירות מהגבלות משפטיות.

ביטול ההסדרה לווה בתמיכה משפטית חזקה ב"שווקים" ובשיקוליהם. החוקים תרמו לחיזוק הגילוי הנאות, מתוך אמונה בחשיבותו הרבה לקיומם של שווקים אפקטיביים. התקווה היתה כי באמצעות מידע זה יעריכו המשקיעים את ניירות-הערך והמוצרים המוצעים להם, וישלמו את "המחיר הנכון" תמורתם. המערכת הגבירה את הדגש ב"אימות"

3 William C. Freund "The 'Big Board' Lives On" *Wall Street Journal* (December 4, 1985) A1.

4 Jerry W. Markham & David J. Gilberg "Stock and Commodity Options – Two Regulatory Approaches and Their Conflicts" 47 *Alb. L. Rev.* (1983) 743, 744.

5 *In re Daily Income Fund, Inc.*, Investment Company Act Release No. 10,451 (October 26, 1978) Joseph ;17 C.F.R. §270 2a-7 (2003); (פטור שהוענק למספר רב של חברות);

6 A. Franco "The Investment Company Act's Definition of 'Security' and the Myth of Equivalence" 7 *Stan. J. L. Bus. & Fin.* (2001) 38, at footnote 121.

7 17 C.F.R. §270 12b-1 (1980).

8 29 U.S.C. §1001.

9 Jim Saxton "The Mutual Fund Industry: An Overview and Analysis" 3, 8-9 H.R. (Jt. Econ. Comm. 2002) available at <http://www.house.gov/jec/mutual2.pdf> (2.5.2006).

10 Jill E. Fisch "From Legitimacy to Logic: Reconstructing Proxy Regulation" 46 *Vand. L. Rev.* (1993) 1137.

משפט ועסקים ה, התשס"ו נפילת המחסומים שניצבו בפני שימוש לרעה באמון והולכת שולל

באמצעות מידע זמין על ניירות-הערך והמוצרים, והפחיתה את הדגש ב"אמון" במי שהציעו את ניירות-הערך והמוצרים. וכל זה היה טוב ויפה במסגרת יחסי השוק.

## 2. הסרה נוספת של הפיקוח הממשלתי

היה היגיון רב בהסרת הפיקוח הממשלתי ובהעברת הפיקוח על פעילויות כלכליות אל השווקים. ברם, רק עד נקודה מסוימת. אלא שאז גלגלו את הכדור הלאה בדרך שחתרה תחת דרישות החוק לספק מידע אמיתי על-אודות ניירות-הערך. תחילה צצה ועלתה התיאוריה של "השערת השווקים היעילים". התיאוריה, שהשפעתה היתה רבה, טוענת כי המשקיעים משתמשים במידע הזמין במהירות ובאפקטיביות בעת רכישת מניות ומכירתן. המחיר שהם מוכנים לשלם תמורת מניה תלוי בתשואה שהם צופים לקבל ממנה בעתיד (בדיבידנדים וברוחי הון). כל עוד יש משקיעים מושכלים ורציונליים, אשר מגיבים במהירות על מידע ועל אירועים משתנים, מחירי המניות אמורים לשקף את התחזיות העתידיות שלהם. מכאן שלפי התיאוריה, בידי השוק מצוי כבר "כל המידע הרלוונטי". לפיכך אין צורך בהסדרה כדי להבטיח שמידע כזה אכן יהיה זמין בשוק. המחיר משקף את כל מה שהמשקיעים צריכים לדעת. אך כאשר מסחר של גורמים פנים-מערכתיים הראה כי מחירי השוק אינם כוללים את כל המידע הזמין, וכי מידע מסוים אינו זמין למשקיעים ציבוריים אלא רק לאותם גורמים פנימיים, הוגבלה ההשערה ל"מידע זמין לציבור", וכבר לא כללה מידע של גורמים פנימיים.

אף שתיאוריה זו היתה מקובלת בשנות השבעים, העובדות הנצפות בשוק העלו לאחורונה שאלות משמעותיות באשר לתקפותה.<sup>10</sup> התיאוריה השלימה מעגל. James ו-Alon Brav Heaton ציינו כי המידע המלא כבר אינו מייצג את המחיר הנכון. המחיר הוא שמייצג את המידע האמיתי והרלוונטי. נשאלת השאלה מדוע זה כך. לא ברור מדוע המידע שבידי הקונים ותמחור ניירות-הערך מדויקים יותר מהמידע הידוע למנפיקי ניירות-הערך. ככלות הכל, לצרכנים ולמשקיעים אין מידע מקיף ומדויק דיו לחשב בצורה אובייקטיבית את המחירים ה"נכונים".<sup>11</sup>

מדוע לצמצם את דרישות הגילוי? מוקדם יותר, בשנות השבעים, טענו מלומדים דוגמת Homer Kripke נגד דרישות החוק לפרסם בשוק מידע על המנפיקים. טענתם היתה כי המשקיעים אינם קוראים את המידע שהמנפיקים נדרשים על-פי חוק לשלוח אליהם.<sup>12</sup> זאת ועוד, הנתונים הנדרשים כבר זמינים ממילא, בלא קשר לכללים המשפטיים ולאכיפה, וגם אם הנתונים אינם זמינים, או אינם זמינים במלואם, לקוראים המיועדים לא אכפת. המחיר אומר להם את האמת. יתר על-כן, שליחת המידע כרוכה בעלות גבוהה, וההסדרה של מידע

Edwin Mansfield *Microeconomics: Theory/Applications* (New York, W.W. Norton and Co. ed., 1997)153

Alon Brav & James B. Heaton "Market Indeterminacy" 28 *J. Corp. L.* (2003) 517 11

Homer Kripke "The SEC, the Accountants, Some Myths and Some Realities" 45 *N.Y.U. L.Q. Rev.* (1970) 1151 12

אמיתי היא בזבזנית. אם כן, מדוע צריך לכפות על מוכרי ניירות־הערך את דרישות המידע ואת העלויות הכרוכות בהן?

עלות הגילוי נהפכה לגורם חשוב בהגבלת דרישות החוק לפרסום מידע,<sup>13</sup> אבל דרישות החוק לא בוטלו לחלוטין. היות שהמשקיעים אינם קוראים את התשקיפים עבי־הכרס, הכתובים ב"שפה משפטית", יזמה רשות ניירות־הערך האמריקאית מהלך כדי לשכנע את המשקיעים לקרוא אותם על־ידי הספקת מידע ב"אנגלית פשוטה".<sup>14</sup> ברם, גם מהלך זה יצר בעיות.

בסבך הטיעונים האלה הלכה לאיבוד סיבה חשובה לדרישה לפרסם מידע אמיתי על המנפיקים. דרישת הפרסום מבוססת לא רק על הצורך להעשיר את הידע שברשות המשקיעים ולוודא שיקבלו מידע אמיתי, ואף לא רק על הרצון לאפשר למנפיקים לפרסם את ניירות־הערך שלהם. היא מבוססת גם על הרצון להמריץ את הנהלות החברות לומר את האמת, שאם לא כן ייענשו על־פי חוק. הצורך לפרסם יכול למנוע את ההנהלה מלעשות את מה שלא היתה רוצה שיתפרסם. הפרסום לא רק מיידע את הציבור, אלא גם מנקה את מוסרי המידע. דפוס ההתנהגות משתנה כאשר חיים בקערת זכוכית. אולם הלחצים להסיר את הפיקוח הממשלתי והדגש בעלות הגילוי יצרו התנגדות לדרישות החוק למסור מידע מלא ואמיתי לציבור.

### 3. האתגר שהציבה הכלכלה בפני חוק הנאמנות

במשך שלושים השנים האחרונות הטיפה תנועה חזקה של עורכי־דין, מלומדים ושופטים אחדים לשינוי החוק שהסדיר את פעולתם של נאמנים. התנועה הפעילה לחץ רב לעיצוב חוק הנאמנים כך שיחקה את החוק המסדיר הסכמים בין צדדים. מלומדים כ־ Daniel Fischel ושופטים דוגמת Frank Easterbrook ו־ Richard Posner ראו את עולם הנאמנים והנהגים כעולם של שוק, ואת היחסים בין הנאמנים לבין האנשים שנותנים בהם אמון כיתחיים חוזיים שבאמצעותם מוכרים וקונים מוצרים ושירותים.<sup>15</sup> כפי שאראה בהמשך, השינוי מצמצם את חובתם של הנאמנים להחזיר את הרווחים שהפיקו מכספם של אחרים. חשוב אף מכך, השינוי מסיר את אות־הקלון שדבק בשימוש לרעה באמון. הפרת חוזה אינה מלווה עוד בצחנה של חוסר הגינות.

הסדרת פעילותם של נאמנים יכולה להיתפס כלא־יעילה. היא מונעת מנאמנים את האפשרות לעשות מעשים שהינם חוקיים לגבי אנשים אחרים. לדוגמה, נאמנים אינם רשאים לשאת־ולתת על עסקים בינם לבין המוטבים שלהם. חוק הנאמנות מתבסס על העיקרון

<sup>13</sup> 15 U.S.C. §77a et seq. (2000).

<sup>14</sup> Plain English Disclosure, Securities Act Release No. 7497, 63 Fed. Reg. 6370 (Feb. 6, 1998) (codified at 17 C.F.R. §230.421(d) (2003)).

<sup>15</sup> Daniel R. Fischel & Frank H. Easterbrook "Contract and Fiduciary Duty" 36 *J. L. & Econ.* (1993) 425 כמ־כך ראו: *Wsol v. Fiduciary Management Associates, Inc.*, 535 U.S. 927 (2002).

שלפיו אל לו לאדם לשרת שני אדונים. הוא אינו יכול להיות נאמן לשניהם, במיוחד אם הוא עצמו אחד האדונים. לכן מנהל חברה אינו רשאי לרכוש מנכסי החברה ככל אדם, אף לא במחיר השוק, וגם אם העסקה מועילה לחברה (אשר יכולה לחסוך כך בעמלות). על המנהל לקבל אישור על מכירה כזו מצדדים שהינם "אובייקטיביים" ונטולי עניין בעסקה. צדדים אלה יכולים לייצג את בעלי המניות ולהחליט אם הללו ייהנו מהעסקה ואם תנאי העסקה הוגנים. אולם אם עסקות כאלה נאסרות, אזי מנקודת-מבטם של המנהלים, ולעיתים אף מנקודת-מבטה של החברה, האיסור אינו יעיל, שכן הוא מונע מצדדים תמימים ביצוע עסקות רווחיות ויצירת ערך.

קיימת התעלמות מן הצד האחר של מטבע זה. כללים לא-יעילים אלה, אשר מגבילים את החירות להרוויח של אנשים שניתן בהם אמון (להלן: אנשים "אמינים"), יעילים בהגבלת חירותם של אותם אנשים "אמינים" להרוויח תוך שימוש לרעה באמון שניתן בהם. כדי לאמוד את יעילותם של כללים מגבילים אלה, שומה עלינו לבחון את העלות לממשלה ולכל האנשים נותני האמון הנובעת מאכיפת יושרם של הנאמנים. אם תוצאתה של אכיפה חלשה הוא הנוק הנגלה לעינינו למן תחילתה של המאה העשרים ואחת, אזי ההגבלות החלות על הנאמנים והפסדי הרווחים שלהם מחווירים בהשוואה אליו. כללים לא-יעילים עשויים להתברר בסופו של דבר כיעילים מאוד.

מעבר לכך, נאמנים שכפופים לכללים מגבילים אינם מפסידים הכל. ההגבלות מעניקות לנאמנים, כגון מנהלי חברות ונושאי משרה, מוניטין של יושר, ומסייעים להם לזכות באמוןם של המשקיעים. גם אם הערך של אמון המשקיעים פוחת לנוכח האמונה שלמשקיעים אכפת יותר מרווחים, יש לו בכל-זאת ערך כלשהו. בטווח הרחוק, אמינות מתבררת ככדאית, וכללים שמונעים שימוש לרעה באמון יכולים להתברר בכל-זאת כרווחיים.

## פרק ב: טבעו של חוק הנאמנות — סקירה קצרה של הדוקטרינה

### 1. למי יש עניין ב"דוקטרינה משפטית טכנית"?

איזה עניין יכול להיות למי שאינם עורכי-דין בדוקטרינה משפטית, ובמיוחד בדיון ארוך בנושא? תשובה אחת היא שהדוקטרינה המשפטית המשתנה משקפת את ההתפתחות שחלה בתרבות האמריקאית, ומושתתת על ההתפתחויות שמחלחלות באמריקה זה זמן-מה. התשובה החשובה יותר היא שכיום הדוקטרינה המשפטית אינה נחלת הכלל, אלא שמורה לאנשי המקצוע בלבד. הגיע הזמן שהציבור יגלה מה הדור החדש של המשפטנים חושב. על הציבור להבין את השקפתם של המשפטנים, אשר משפיעים על החוק ואפילו מנסחים אותו, לגבי אותם אנשים נאמנים בעלי עוצמה שהציבור תלוי בהם. לא זו בלבד שהציבור צריך לדעת זאת, הוא זכאי לדעת זאת.

בחיבור זה קצרה היריעה מלהכיל דיון מפורט בחוק החוזים ובחוק הנאמנות.<sup>16</sup> למעשה, דיון כזה אינו נחוץ כאן. מטרתו כאן היא להראות את כיוונו של החוק בהסדרת פעילותם של נאמנים. דוגמה חשובה אחת לכיוון זה בעשרים וחמש השנים האחרונות היא הנסיגות לכלול את חוק הנאמנות בחוק החוזים. לפעמים שינוי של הכללים אינו ברור מאליו. לדוגמה, העסקות עשויות להישאר במסגרת הקטגוריות ההיסטוריות שלהן, אך הכללים במסגרת הקטגוריות המסורתיות עשויים להשתנות כתוצאה מספיגת כללים ועקרונות שהושאלו מקטגוריות אחרות.<sup>17</sup> אולם במקרה של נאמנים שמחזיקים בכספים של אנשים אחרים, היתה וממשיכה להיות דחיפה חזקה, נועזת וגלויה, לשנות קטגוריות – מהקטגוריה של חוק הנאמנות לקטגוריה של חוק החוזים.

מאבק בין קטגוריות אינו עניין של מה-בכך. הסיווג קובע את התוכן ואת הדימוי. יש הבדל גדול בין האשמת אנשים שמחזיקים בכספים של אחרים במעילה לבין האשמתם באי-עמידה בהבטחתם. ככלות הכול, אפשר לכלול מעילה בקטגוריה של חוזים, ואפשר לראות בה הפרה של הבטחה לא לקחת את כספים של אחרים ולהשתמש בו כבשלך. אבל ההבדל משמעותי: מעילה טומנת בחובה אות-קלון מוסרי, ואילו הפרת הבטחה מזיקה הרבה פחות. אפילו גנבה נתעבת פחות ממעילה, משום שמעילה היא גנבה קלה לביצוע. יתר על-כן, היא גנבה של דבר שניתן בנאמנות מרצון. כאשר קטגוריית החוזים קולטת אל תוכה את יחסי הנאמנות, היא צובעת אותם בסטנדרטים המוסריים ובכללים של חוזה חליפין. כך הנאמן נהפך למוכר שירותים, ומעילתו – להפרת הבטחה.

## 2. "אמון" ו"אימות" ביחסים חוזיים

לעיתים קרובות, במיוחד כאשר המידע שבידי הקונים והמוכרים אינו זהה, הצדדים נדרשים לאמון או לאימות או לשניהם גם-יחד. אבל צד "אמין" במסגרת חילופים אינו "נאמן" של הכסף שהוא מקבל בחילופים. הוא אינו "נאמן" שמצפים ממנו לפעול לטובת הצד האחר. לצד "אמין" כזה יש זכות על הכסף שהוא מקבל, והוא רשאי להשתמש בכסף לטובתו-הוא. ככלות הכול, זו העסקה.

כאשר נאמן מקבל כסף בנאמנות, הצדדים אינם מתכוונים שהכסף יהיה שייך לנאמן. זו אינה המטרה שלשמה הועבר הכסף. מטרת ההעברה היא לאפשר לנאמן לנהל את הכסף לטובתו של הצד האחר. הכסף ממשיך להיות שייך לאדם שהפקיד אותו בנאמנות – ה"מפקיד". יש תחומים אפורים שבהם ניתן להתווכח על מעמדו של הכסף. כמו-כן יש תחומים אפורים שבהם אפשר להתווכח על המעמד של שליטה בכספים של אנשים אחרים. אך על-פירוב אפשר להבחין באופן ברור בין המודל של צד לחוזה לבין

16 ראו: Tamar Frankel "Fiduciary Law" 71 Cal. L. Rev. (1983) 795.  
 17 Arthur L. Corbin *Corbin on Contracts* (Newark, John E. Murray, Jr. & Timothy Murray eds., 2004, Vol. 1) 111; Lawrence A. Cunningham & Arthur A. Jacobson 2 *Corbin on Contracts* §446 (1994 Pocket Part 213).



משפט ועסקים ה, התשס"ו נפילת המחסומים שניצבו בפני שימוש לרעה באמון והולכת שולל

המודל של נאמן. כסף שניתן במסגרת חוזה חליפין שייך למקבל. כסף שניתן בנאמנות ממשיך להיות שייך למוסר.

באמצעות הבחנה זו ניתן להסביר את רוב הכללים הסובבים סביב תחום החוזים והנאמנות, אם לא את כולם. הזות נאמן לקטגוריה של קונה או מוכר יוצרת בלבול לגבי מעמדו של הנכס שהנאמן מקבל. הזזה כזו עלולה לעורר אצל נאמנים אחדים את האמונה שהנכסים שהופקדו בידיהם שייכים להם, כאשר בפועל המצב אינו כך.

### 3. סוגים של יחסי נאמנות ויחסים חוזיים

#### (א) מנהל הכספים ולקוחו

מהם ההבדלים בין חוק חוזים לבין חוק נאמנות? להלן דוגמה. כאשר אדם שוכר יועץ שינהל את חסכוניותו, הצדדים יוצרים שני סוגי יחסים ביניהם. סוג יחסים אחד הוא חוזה השכרה – חילופים: היועץ מציע את שירותיו תמורת תשלום. היועץ רשאי לעשות עם דמי התשלום ככל העולה על רוחו; התשלום שייך לו. סוג היחסים הנוסף בעסקה זו הוא יחסי נאמנות:<sup>18</sup> הלקוח מוסר את חסכוניותו ליועץ כדי שינהל אותם בעבורו בצורה יעילה יותר. אם הלקוח ישלוט בכספו, היועץ יידרש לערב את הלקוח בכל פעולה, ודפוס זה יקר ולא יעיל. לכן המטרה היחידה במסירת כספי הלקוח ליועץ היא להקל את מתן שירותי היועץ. הלקוח יכול לעסוק בענייניו ולסמוך על היועץ שישקיע בעבורו את הכסף בזהירות וביושר. הכסף שהלקוח מוסר ליועץ ממשיך להיות שייך ללקוח. על היועץ לנהל את כספו של הלקוח ולהשתמש בו אך ורק לטובתו של הלקוח ובהתאם להנחיותיו.

#### (ב) הרופא והמטופל שלו

רופא הוא דוגמה דומה ואף חזקה יותר לנאמן. רופא שמנתח מטופל מקבל שליטה מלאה בגופו של המטופל, ולעיתים אף בחייו, ובכל זאת גופו של המטופל ממשיך להיות שייך למטופל. לדוגמה, במקרה אחד השתמש רופא בתאים ייחודיים של המטופל כדי לפתח תרופה חדשה. הרופא ביקש מהמטופל לבקר מפעם לפעם במרפאתו לצורך בדיקות, אך לא אמר לו דבר על המחקר. כאשר הרופא רשם פטנט על התרופה, תבע המטופל בעלות על הפטנט. בית המשפט סבר כי הרופא מעל בזכות הבעלות של המטופל על גופו. אף שלא נגרם נזק למטופל, ואף שהרופא רשם פטנט על המצאתו שלו, נאלץ הרופא לחלוק את הפירות הפיננסיים של מחקרו עם המטופל.<sup>19</sup> זאת, משום שהרופא היה נאמן וקיבל שליטה בגופו של המטופל מתוקף היותו נאמן.

<sup>18</sup> Frankel, *supra* note 16, at pp. 795–836

<sup>19</sup> *Moore v. Regents of the University of California*, 793 P.2d 479 (Cal. 1990)

**(ג) המורה ותלמידיו**

גם מורה הוא בבחינת נאמן בכמה מסמכויותיו. אני נוהגת לעיתים להציג לפני תלמידי את התוכנית הבאה: בתום הסמסטר אציע את הציונים במכרז; אתן את הציונים הגבוהים ביותר לכל המרבה במחיר, והסטודנטים יכולים אפילו ליצור שוק ציונים. האם לא יהיה זה נחמד? בעיני זה נחמד. לאחר ההרור־מה הסטודנטים מציינים כי הציונים נועדו לשקף את מידת בקיאותם בחומר, ולא את מידת עושרם, ואי־לכך הרעיון אינו מוצלח במיוחד. אולם הנקודה העיקרית חומקת בדרך־כלל מעיניהם. הנקודה המרכזית היא שהסמכות להעניק ציונים אינה שלי, ואיני יכולה למכור אותה. אני מחזיקה בה בנאמנות בעבור האוניברסיטה. האוניברסיטה העניקה לי את הסמכות למטרה ספציפית, ולא לשום מטרה אחרת. זה ההבדל העיקרי. לא התקיימו חילופים ביני לבין האוניברסיטה. קיבלתי את הסמכות כנאמן.

**4. הכללת חובות נאמנות בתוך חוזה**

הגילויים האחרונים בנוגע למנהלי חברות בכירים, ליועצי קרנות נאמנות ולאגליסטים של ניירות־ערך מצביעים על ההשפעות שיש להפיכת יחסי נאמנות לחוזים.

**(א) האיסורים החלים על עסקות שיש בהן ניגוד עניינים**

אם נאמנים – אנשים "אמינים" – מפיקים תועלת מעסקות שהם עושים עם כספם של אנשים אחרים, הם נוטים להיות משוכנעים שהעסקות הוגנות. אין זה משנה כלל שמחיר השוק הוא אמת־מידה לעסקה עצמית מסוג זה. החזון של "מחיר שוק" קבוע וודאי הינו מטעה. לרוב ניירות־הערך, הסחורות והשירותים יש מחירי שוק, ולא מחיר אחד. יש בחירות שנשארות בתחום סמכותם של האנשים ה"אמינים", ועל־כן יש מקום נרחב להטיות. היות שהם עושים עסקות הן בעבור אחרים והן בעבור עצמם, הם עלולים לנטות לטובת התועלת לעצמם ואפילו לא להיות מודעים לנטייה זו. לדוגמה, אם נאמן שזקוק להלוואה אישית מקבל תנאים מועדפים מבנק מסוים שמבקש להשיג לעצמו את עסקיהם של לקוחותיו של הנאמן, הנאמן עשוי להחליט שהבנק הוא גם הבנק הטוב ביותר בעבור לקוחותיו. עסקה ראשונית, שעשויה להיות הוגנת כלפי הלקוחות, עלולה לנטות בהדרגה במשך הזמן לרעת אותם לקוחות. קצת יותר לבנק לא יזיק ללקוחות; ועוד קצת, ועוד קצת. ככלות הכל, אלה רק אגורות לכל מניה, אך מיליונים בעבור הבנק ובעבור האדם שזכה באמונם של לקוחותיו.

דיני הנאמנות אוסרים הפקת תועלות כאלה, למעט חריגים מפורשים ספורים, אשר נוגעים לרוב במקרה שבו הלקוח מסכים להסדר לאחר שקיבל את מלוא המידע. הלקוח רשאי לעשות בכספו כרצונו. אם ברצונו לתת לנאמן מתנה, או אם הוא סומך על הנאמן לחלוטין, אזי אין שום בעיה. העיקרון הוא אם כן שעל־מנת שהסכמתו של הלקוח תהיה מחייבת, על הלקוח לקבל את מלוא המידע ולהיות בלתי־תלוי בנאמן. הנאמן אינו רשאי ליהנות בשום אופן או צורה מהכסף שהלקוח הפקיד לניהולו או מסמכות כלשהי שהעניק לו.

משפט ועסקים ה, התשס"ו נפילת המחסומים שניצבו בפני שימוש לרעה באמון והולכת שולל

אולם בכך לא תם הסיפור. כיצד הלקוח יכול לוודא שהנאמן לא ישתמש בכספו או בסמכות שהעניק לו למטרה שונה מן המטרה שלשמה נועדו? עלות הפיקוח על הנאמן והווידוא כי הוא אינו מפיק תועלת מהכסף שהופקד אצלו גבוהה מאוד. העלות הנדרשת כדי לוודא שהנאמן מנהל היטב את הכסף גבוהה מאוד אף היא. אם הלקוח מפקח מקרוב על המנהל, פיקוח מחמיר זה מפריע לעצם מטרתו של ההסדר. הלקוח יפסיד את הזמן הנחוץ לו לדאוג לענייניו-הוא. יתר על-כן, ייתכן שהלקוח אינו יודע כלל כיצד להשקיע בשוק המניות, ולא יהיה מסוגל לפיכך לשפוט אם המנהל עושה את הדבר הנכון. ככלות הכל, הרי לשם כך הוא שכר את שירותיו של הנאמן מלכתחילה. פיקוח ללא מומחיות הינו חסר תועלת.

#### (ב) המנתח שעזב את חדר הניתוחים כדי ללכת לבנק

דוגמה לניגוד עניינים ניתן למצוא בסיפורו של מנתח שהתפרסם ב-*Boston Globe* ב-8 באוגוסט 2002. בעיצומו של ניתוח קיבל המנתח שיחת-טלפון מסוכן הבורסה שלו לטלפון הנייד שלו. היתה זו קריאה לבטחונות (margin call). שווי המניות שלו היה בירידה. המנתח השתמש במניותיו כבטוחה להלוואה, ומשמעות הדבר היתה שבמקרה של צניחה בשווי מניותיו עליו לכסות את ההפרש על-ידי הוספת כסף או בטוחה. אם לא יעשה זאת, יימכרו מניותיו (בהפסד). המנתח עזב את שולחן הניתוחים ומיהר אל הבנק כדי להפקיד סכום כסף נוסף בחשבונו של סוכן הבורסה ולמנוע את מכירת המניות.<sup>20</sup>

למזלו של המנתח, החולה נשאר בחיים, אך בסופו של דבר איבד הרופא את רשיונו לעסוק ברפואה. אולם מדוע שיאבד אותו אם לא נגרם כל נזק? התשובה: משום שהוא היה נאמן. היתה לו שליטה מלאה בחייו של המטופל, והוא סיכן את חייו של המטופל תוך התעלמות מההסתברויות. הוא נכנע לניגוד עניינים (ההפסד הכספי שלו לעומת הפסד בריאותו של החולה או חייו). הוא ניצל לרעה את האמון שנתן בו המטופל (שהוא יהיה המנתח ושהוא יעשה זאת כמיטב יכולתו). לא ייתכן שהמטופל הסכים להתנהגות זו מראש או במהלך הניתוח. גורמים אלה מופיעים ברוב המקרים העוסקים בשימוש לרעה ביהסי נאמנות.

#### (ג) דירקטורים שיש להם חוזי ייעוץ עם התאגיד

דירקטורים מקבלים שכר תמורת כהונתם במועצות מנהלים של חברות. השירות יכול לגזול זמן רב ולהיות כרוך באחריות משפטית. היות שחובותיהם ותחומי אחריותם התרחבו בשנים האחרונות, גדל גם השכר שהם מקבלים, והדבר הוגן בהחלט. אך מה לגבי דירקטורים שמרוויחים כסף רב במסגרת הסכמי ייעוץ שיש להם עם התאגיד? מה עם ההטבות האחרות שדירקטורים חדשים יקבלו, כגון תרומות נכבדות לאוניברסיטות שבהן יש לדירקטורים עניין? ה-*Washington Post* דיווח כי תאגיד אנרון (Enron) תרם כסף לאוניברסיטת

Anne Barnard "Board Says Surgery Halted for Bank Trip: Doctor Suspended for 20  
.Leaving Patient" *Boston Globe* (8.8.2002) A1

George Mason, שבה עמד Gramm בראש תוכנית ללימודי הסדרה.<sup>21</sup> מאמר ב-USA Today ציין כי לסנטור George Mitchell יש הסכמי ייעוץ עם כמה תאגידים שהוא משמש דירקטור במועצת המנהלים שלהם.<sup>22</sup> הסכמים והטבות אלה מוענקים על-ידי ההנהלה. אולם חלק מסמכותה של מועצת המנהלים היא לפקח על ביצועיה של ההנהלה ולעקוב אחריהם. ההסכמים והתרומות, שכרוכים בסכומי כסף נכבדים, עלולים להוות משום ניגוד עניינים. אף אם נניח שרוחם העצמאית של הדירקטורים-היועצים חזקה מאוד, כמו במקרה של הסנטור Mitchell, נשאלת בכל-זאת שאלה רצינית: האם בתקופתנו דירקטורים צריכים להסכים לחוזים כאלה? חוזים כאלה עלולים להיראות כמשפיעים על שיקול-דעתם של הדירקטורים, אף אם אין זה כך בפועל. אם בעלי המניות סומכים על הדירקטורים שיפקחו בשמם על ההנהלה, אזי לא זו בלבד שהדירקטורים צריכים להיות בלתי-תלויים בהנהלה, אלא עליהם גם להיראות בלתי-תלויים בהנהלה. חוזים אלה מותירים רושם הפוך. לדוגמה, לפי חוק חברת ההשקעות (Investment Company Act) משנת 1940, דירקטורים אינם יכולים להיחשב נטולי עניין אם הם מקבלים חוזים מסוג זה מהיועץ שמנהל את כספיהם.<sup>23</sup> אבל במקרה של תאגידים אחרים, החוק אינו מטיל איסור על חוזים כאלה אם הדירקטורים נטולי העניין מאשרים את החוזים. השאלה כאן כרוכה בשיקול-דעת ובעמדת המנהיגות.

### פרק ג: התזוזה מנאמנות לחוזה — האם זה משנה?

מה זה משנה אם יחסי נאמנות כפופים לדיני החוזים במקום לדיני הנאמנות? יחסים חוזיים ויחסי נאמנות שניהם רצוניים – בין צדדים מסכימים. אבל כאן מסתיים הדמיון ביניהם. בחוזה חליפין, גם כאשר הצדדים מסכימים לעסקה, הם יודעים ומבינים שהאינטרסים שלהם סותרים: הקונה רוצה לשלם פחות, ואילו המוכר רוצה לגבות יותר; הקונה רוצה לקבל ערבויות נוספות לגבי האיכות, ואילו המוכר רוצה למזער אותן. כל צד מבקש למקסם את יתרונותיו, והצד האחר יודע זאת. החוק מכיר במודעותם של הצדדים לסתירה, ומצפה שכל צד יגן על האינטרסים שלו מפני הצד האחר. החוק אוסר כמוכן הונאה, ודורש מהצדדים לומר זה לזה את האמת (כאשר הם מתבקשים לעשות זאת). הוא גם דורש מהצדדים לעמוד בהבטחותיהם, למעט יוצאים-מן-הכלל ספורים, כגון אירועים שאינם בשליטתם של הצדדים. עם זאת, העיקרון הבסיסי הוא שכאשר צד מקבל מידע אמיתי, מצפים שהוא

Steven Pearlstein & Peter Behr "At Enron, the Fall Came Quickly; Complexity, Partnerships Kept Problems from Public View" *Washington Post* (2.12.2001) A01

Gary Strauss "Do Conflicts Cloud the Objectivity of Corporate Boards?" *USA Today* 22 (5.3.2002) A1

15 U.S.C. §80a-2(a)(19)(A) (iii),(B) (vii) (2000) (hereinafter: Investment Company Act)

יקבל את החלטותיו בעצמו על-פי האינטרסים שלו. רק לעיתים רחוקות צדדים לחוזה מבטיחים זה לזה שכל אחד מהם יטפל באינטרסים של האחר. אם הם מבטיחים לעשות זאת, בית-המשפט עשוי להגדיר מחדש את ההבטחות האלה כהתחייבויות נאמנות.

לפני שנים רבות התבקשתי לחוות דעה לגבי חוזה שהיה באופן ברור חוזה מכירה, למעט העובדה שבמצב מסוים צד אחד היה זכאי לקבוע מחיר הוגן בעבור הצד האחר. בבוררות שנערכה בין הצדדים הופתעו עורכי-הדין של הנתבעים כאשר צצו ועלו המילים "חובת נאמנות". כאשר התייעצו איתי, אמרתי להם שבכל הנוגע במחיר אכן נוצרה חובת נאמנות (בגבולות מסוימים). הנתבעים הגיעו להסכם שהעניק להם את הסמכות להחליט על תנאי בסיסי של החוזה שיחייב את הצד האחר. מרגע זה הם כבר לא יכלו להתעלם מן האינטרסים של הצד האחר. הם היו מחויבים להיות הוגנים.

מדוע החוק מטיל חובות חמורים יותר על נאמנים? מדוע זה מעניינם של המחוקקים להתערב בעסקות בין צדדים בלתי-תלויים? הבה ניתן לכל צד לדאוג לעצמו, ואם הצדדים החלשים יותר נפגעים, הם ילמדו את הלקח ויגנו על עצמם טוב יותר בפעם הבאה. הם יכולים לשלם פחות תמורת המוצר ולפצות בכך על הסיכונים שלהם. הם יכולים להתארגן ולהתאחד וליהפך לצד נגדי חזק יותר. הם יקפידו יותר על חקר שוק, ויהיו בקשר רק עם מי שהוכיחו את אמינותם. שימצאו את ההגנות שלהם. זה מודל החוזה.

קיימות כמה תשובות לטיעונים אלה. ראשית, המדיניות הציבורית מעודדת אנשים להשתמש בשירותים בתחומים כגון רפואה, משפטים, בנקאות וניהול השקעות, ואלה רק דוגמות ספורות. אולם על-מנת שהמערכת הפיננסית תשגשג, על המשקיעים להיות שחקנים בשווקים. ההסדרה הממשלתית של פעילותם של הנאמנים מאותתת על החשיבות שהממשלה מייחסת לשירותים אלה. שנית, אם יש סיכון רב לאי-יושר מצד הנאמנים, אזי אנשים לא ייתנו בהם אמון וימנעו מלהשתמש בשירותיהם או יבקשו בטוחות או ישלמו פחות תמורת השירותים. החוק מצמצם את הסיכונים האלה ואת תגובתם האפשרית של האנשים הנתונים אמון. שלישית, אי-השוויון בין הצדדים ליחסי הנאמנות יכול לבוא לידי ביטוי גם ברמת ההתמחות, ולא בהכרח רק בכוח המיקוח. אדם יכול להיות עשיר ורבי-עוצמה, אך ייתכן שאין לו זמן לבדוק את המנהל או שאין לו את המומחיות לפקח על רופאו ולהבטיח את יכולתו ואת יושרו. רביעית, הרגולטורים מסוגלים לבדוק את הנאמנים טוב יותר מן המשקיע הקטן או מן המטופל היחיד. העלויות הכרוכות באכיפה משפטית מתחלקות בין כלל האוכלוסייה של משלמי המיסים או בין כלל אנשי המקצוע. הפחתת סיכוניהם של האנשים מפחיתה גם את העלויות שהנאמנים נדרשים לשאת כדי לבסס את אמינותם.

## 1. התרופות השונות

התרופות בגין הפרת חוזה שונות מן התרופות בגין הפרת חובות נאמנות. בדרך-כלל, צד שמפר חוזה חייב לשלם לצד האחר את הנזקים שנגרמו כתוצאה מההפרה, לעיתים לרבות תשלום של רווחים צפויים שאבדו. אם לצד כלשהו בחוזה לא נגרם נזק מההפרה של

הצד האחר, סביר להניח שהצד המפר לא ישלם דבר, וישמור לעצמו את רווחיו מההפרה. לדוגמה, נביח שאבימלך מכר לאברהם 100 מניות של תאגיד "מקח וממכר" תמורת 100 דולר. לפני שהוא מוסר את המניות, אבימלך מוצא קונה שמוכן לשלם לו 110 דולר תמורתן. אבימלך מוכר את המניות למי שהציע לו את המחיר הגבוה יותר. אברהם קונה לאחר-מכן אותן מניות בשוק תמורת 100 דולר. אבימלך הפר את החוזה שלו, אבל אברהם אינו יכול להוכיח נזקים (למעט אולי עלויות העסקה הנוספות, אם היו לו כאלה). אבימלך ישמור את רווחיו אף שהם נבעו מהפרת חוזה.

ההתייחסות לשימוש לרעה באמון שונה. לדוגמה, הנאמן קונה 100 מניות של תאגיד "מקח וממכר" מתוך עיזבון שהוא מנהל כנאמן. הוא משלם לעיזבון 100 דולר – מחיר השוק. לאחר-מכן הוא מוכר אותן לאדם אחר תמורת 110 דולר. הנאמן אינו צריך לשלם לעיזבון נזקים כלשהם מכיוון שהעיזבון לא סבל מהפסד כלשהו, שהרי הוא קיבל תמורת המניות את מחיר השוק. אבל גם אם העיזבון לא סבל נזקים, הנאמן יצטרך לתת דין-וחשבון לעיזבון על רווחיו בסך 10 דולר. עליו לשלם את הרווחים אף שהעיזבון לא ניזוק כלל. זאת, משום שהנאמן הפיק רווח מן הכוח שהיה לו על הנכסים שהיו שייכים לעיזבון. בעיני החוק הוא ייתפס כסוכן של העיזבון. הוא עשה שימוש לא-הוגן בכוח שהיה בידיו על נכסי העיזבון, ועליו לשלם לעיזבון כל אגורה שהרוויח כתוצאה משימוש לא-הוגן זה.

במקרה של *SEC v. Warde*<sup>24</sup> גרף נאמן רווחים על-ידי הפרת חובותיו, אך באותן עסקות לא היו רווחיו של הנאמן קשורים להפרות. אף-על-פי-כן פסק בית-המשפט כי הנאמן אינו זכאי לחלק כלשהו מן הרווחים, לרבות לאותם רווחים שגרף בלי קשר לשימוש לרעה שעשה באמון שניתן בו. בית-המשפט נטל מן הנאמן את כל הרווחים שגרף כתוצאה מן הפעולות הלא-חוקיות שעשה, ודרש ממנו לשלם למוטב.

סיפורו של פרנק ו' סנפ (Snepp) מציג דוגמה קיצונית של עיקרון זה. סנפ היה סוכן CIA. החוזה שהיה לו עם הממשלה אסר עליו לפרסם מידע על הסוכנות מבלי לקבל את אישורה לכך. לאחר שעזב את ה-CIA פרסם סנפ ספר על הסוכנות ללא אישור, ונתבע בגין הפרת חוזה העבודה שלו. החומר שבו השתמש היה נחלת הציבור, והממשלה לא הצליחה להוכיח כי נגרמו לה נזקים. עם זאת פסק בית-המשפט כי המידע שקיבל סנפ במהלך העסקתו היה רכוש ממשלתי, ושסנפ עשה שימוש לא-הוגן במידע לשימושו ולתועלתו-הוא. לאחר שסיווג מחדש את היחסים כיחסי נאמנות ביחס למידע, דרש בית-המשפט מסנפ לדווח על הרווחים שהפיק מפרסום הספר ולשלם את הרווחים לממשלה. תרופה זו הקטינה עד-מאוד את הסבירות שהוא או סוכן אחר כלשהו יכתבו בעתיד ספר כזה לשם הפקת רווחים מבלי לקבל את אישור הממשלה.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> *SEC v. Warde*, 151 F.3d 42 (2nd Cir. 1998) 49–50

<sup>25</sup> *Snepp v. United States*, 444 U.S. 507 (1980)

משפט ועסקים ה, התשס"ו נפילת המחסומים שניצבו בפני שימוש לרעה באמון והולכת שולל

## 2. תפקידם השונה של בתי המשפט

הבדל נוסף בין הפרת חוזה לבין שימוש לרעה באמון במסגרת יחסי נאמנות הוא התפקיד שבתי המשפט והרשויות המחוקקות ממלאים. המחוקקים קובעים חובות נאמנות רבות, וכופים כללי התנהגות קפדניים שנועדו לצמצם את הפיתויים. במסגרת דיני החוזים, הצדדים הם שקובעים את רוב התנאים. סביר להניח ש"עסקות קשות", לא-הוגנות ככל שיהיו, צפויות לשרוד מתקפה בבית המשפט.<sup>26</sup> בית המשפט נוקט עמדה של "זאת בעיה שלך", עמדה של "היית צריך להיות זהיר יותר". במסגרת משטר הנאמנות, לעומת זאת, המוטבים, כגון משקיעים או חולים, מוגנים יותר מפני טיפול לא-הוגן. מעצם ההגדרה, הצד התלוי במסגרת יחסי נאמנות מסוגל פחות להגן על עצמו. לפיכך בתי המשפט מניחים כי הצד התלוי שנתן אמון לא היה מסכים להתנהגות לא-הוגנת מצד הנאמן, ומייחסים תוצאות אלה לקשר עם הנאמן.<sup>27</sup>

## 3. אות-הקלון השונה מאוד

אות-הקלון הדבק במי שמפרים את החוזה שלהם שונה מזה הדבק במי שמפרים את חובות הנאמנות שלהם. הפרת חוזה היא הפרת הבטחה. מקרים מסוימים של הפרת נאמנות מהווים שימוש לא-הוגן ברכוש שהופקד בנאמנות. אם ההפרה מגיעה לרמה של מעילה, היא נהפכת ליותר מאשר אות-קלון – היא נהפכת לפשע! בשנת 1949 טען Edwin H. Sutherland כי רק לעיתים רחוקות תביעות שמוגשות נגד חברות הן פליליות, חרף העובדה שההפרות הן פשעים. היתה בכך משום הגנה על עברייני צווארון לבן שמנהלים חברות. גם אם הם נמצאו אחראים, הם לא נמצאו אשמים. אות-הקלון שיוחס לעוולות היה שונה. לטענתו, אחת הסיבות להתייחסות השונה היתה מעמדם של מנהלי החברות כאנשי עסקים.<sup>28</sup> התוויה מחוק נאמנות לחוק חוזים מייצגת צעד נוסף כלפי מטה, עם תוצאות דומות. ייתכן שהתוויה נובעת בחלקה מאותה סיבה, דהיינו, מן הרצון להגן על שמה הטוב של הנהלת החברה. אולם היא מאפשרת לעושי העוול לזכות בהגנה שמעניק להם שמה הטוב של מי שלא עשו כל רע.

Restatement (Second) of Contracts §208 (1981); U.C.C. §2-302 cmt 1; Samuel 26 Williston *Williston on Contracts* (Rochester, 4th ed. by Richard A. Lord, 1990, Vol. 3) 383-386, n. 485.

Austin W. Scott & William F. Fratcher *The Law of Trusts* (Boston, 4th ed., 1987, Vol. 1) 27 43; Restatement (Third) of Trusts, §2 cmt. b (2003)

Edwin H. Sutherland *White Collar Crime: The Uncut Version* (New Haven, Gilbert 28 Gott ed., 1983) 56.

## פרק ד: כיצד התזוזה מחוק נאמנות לחוק חוזים מתרחשת?

תזוזה מקטגוריה משפטית אחת לאחרת אינה נעשית בהכרח בצעד קיצוני אחד. לא מתעוררים ביום בהיר אחד ומגלים שהיחסים השתנו מיחסים של שותף נאמן ליחסים של צד בחוזה. השינוי יכול לחלחל בדרכים שונות ומכיוונים שונים. השמות יכולים להשתנות גם אם התכנים נותרים זהים. לחלופין, השמות יכולים להישאר זהים ואילו המשמעויות והתכנים יכולים להשתנות, והשמות מצורפים אל השינויים שכבר נעשו.

### 1. התזוזה שחלה באקדמיה

Daniel Fischel, איש אקדמיה מפורסם, ו-Frank Easterbrook, איש אקדמיה שנהפך לשופט, כתבו בשנת 1993 מאמר שבו טענו כי יש לראות בחוק הנאמנות חוק חוזים.<sup>29</sup> הם פתחו את טיעונם בציון העובדה שהיחסים הם רצוניים ומבוססים על הסכם בין הצדדים. איש לא היה יכול להפריך זאת. אחר-כך הם הבדילו בין יחסים באמצעות המידע הלא-שווה שבידי הצדדים. בדומה לאדם הקונה מכונת משומשת ובדומה לאדם שמחזיק את חסכוניות הפנסיה שלו בקרנות נאמנות לפי סעיף 401(K)<sup>30</sup>, אדם שנותן אמון יודע מעט מאוד על המכונת או על השירות שהוא עומד לרכוש. גם את המסקנה הזאת לא היה איש יכול להפריך.

בהמשך טענו Fischel ו-Easterbrook כי הכללים של חוק הנאמנות הם אותם כללים שהצדדים בעצמם היו נושאים-ונותנים עליהם אילו ידעו על מה לשאת-ולתת. כללי הנאמנות הם תנאים חוזיים ששולבו בתוך החוק כדי למנוע את הצורך לשוב ולחזור עליהם פעם אחר פעם. הכללים המחייבים את הנאמנים להיות ישרים והוגנים כלפי המוטבים שלהם הם אותם כללים שהצדדים היו מסכימים עליהם אילו נשאלו על כך. אך אם הצדדים רוצים לכתוב את הכללים המפורשים הללו בחוזים שלהם, או לשנותם באופן מפורש, הם יכולים לעשות זאת במשיכת קולמוס.

טיעונים אלה, שהינם רציונליים מאוד, מוחקים באחת כמה הגנות בסיסיות. אי-אפשר לדעת בוודאות אם כללי הנאמנות הותוו על-סמך הסכם דמיוני בין צדדים, והשאלה אם זו הגישה שראוי כי בתי-המשפט ינקטו היא שאלה פתוחה. במקום אחר הראיתי כי היושר, יהא מקורו אשר יהא, נהפך ברבות השנים לכלל חוק, ולא לתנאי בחוזה. הצדדים יכולים להסכים במפורש לבטל כמה מן ההגנות מפני שימוש לרעה של הנאמנים באמון הניתן בהם, אך לא את כולן. יתר על-כן, גם אם מוותרים על כל ההגנות, או אפילו על רבות מהן, סביר להניח שרוב בתי-המשפט לא יאכפו את הוויתורים. נדרשים תנאים הרבה פחות הגיוניים בחוזה כדי שבתי-המשפט ימנעו אכיפת יושר על אנשים "אמינים".<sup>31</sup> חשוב מכך, הזכויות

<sup>29</sup> Fischel & Easterbrook, *supra* note 15.

<sup>30</sup> 26 U.S.C.S. §401.

<sup>31</sup> ראו: Tamar Frankel "Fiduciary Duties as Default Rules" 74 *Or. L. Rev.* (1995) 1209, 1212-1213.



משפט ועסקים ה, התשס"ו נפילת המחסומים שניצבו בפני שימוש לרעה באמון והולכת שולל

נגד נאמנים נובעות מן העובדה שהנאמנים מחזיקים בכספם של אנשים אחרים, ולא רק מכך שהבטיחו יושר בתמורה. כל יתר ההבדלים נובעים מעובדה יסודית מאוד זו.

## 2. התזוזה שחלה בדיני החברות

בתחום דיני החברות חלה תזוזה דומה משימת דגש בחובות הנאמנות לשימת דגש בחוזה. בשנות השמונים והתשעים החלו אנשי אקדמיה שבחנו את דיני החברות לדבר על חברות כעל "פקעת של חוזים" (nexus of contracts). את המונח ואת הרעיון שהוא מייצג הם שאלו מן הספרות הכלכלית והעסקית.<sup>32</sup> מכיוון שהספרות הכלכלית לא נתנה דעתה להבדלים המשפטיים בין חוזים לבין נאמנות, ומכיוון שמהות הדיון לא היתה הדוקטרינה של החוק, השימוש במלה "חוזה" כדי לתאר את מסמכי ההתאגדות של חברה לא היה הולם. אבל בהיותם חוקרים מתחום "המשפט והכלכלה", ומאחר שהקדישו מידה פחותה של תשומת-לב למילים, לא היתה הגלישה מנאמנות לחוזים כה בולטת. אולם שינוי זה שינה את תדמיתם של היחסים במסגרת החברה, ועמם גם את הדעה הרווחת לגבי חובותיה של הנהלת החברה.

חוק התאגידים הכללי של דלוור (Delaware General Corporation Law),<sup>33</sup> אשר כמחצית החברות הגדולות בארצות-הברית רשומות במסגרתו, תוקן כדי לאפשר למסמכים הבסיסיים של החברות, כלומר ל"תקנוני החברות", לכלול ויתורים על חובות הנאמנות החוקיות של הנהלה.<sup>34</sup> מדובר בחובותיה של הנהלה להיות ערנית ולהשתמש ביכולותיה לטובת החברה. לא במפתיע, הצביעו בעלי המניות בעד התיקונים. שום בעל מניות לא יהיה מוכן לזווג מאבק משפטי יקר נגד שינוי כזה. וכך, על-פי התקנות החדשות, הנהלה ש"נרדמת על ההגה" לא תהיה אחראית, או תהיה אחראית הרבה פחות, לנזקים שנגרמו כתוצאה מרשלנותה.

חוק התאגידים הכללי של דלוור מבחין בין חובת הערנות וה"טיפול" לבין החובה לשרת את החברה ללא ניגודי עניינים ולהשתמש בכוח ובשליטה של הנהלה לטובת התאגיד. זוהי חובת "נאמנות". חוק התאגידים הכללי של דלוור אינו מתיר להנהלה או לבעלי המניות להתנער מחובת נאמנות כזו. אבל הלחצים נמשכו גם בשנות התשעים. בשנת 1996, לדוגמה, קרא ריצ'רד אפשטיין, חוקר ומורה מפורסם בתחום המשפט, להתיר ויתורים מוגבלים של חובת הנאמנות. עם זאת, הוא הדגיש את הסייגים. הוא לא היה מתיר לדירקטורים של חברות ליטול לעצמם הזדמנויות עסקיות שנקרו בדרכה של החברה, שאותן גילו מתוקף

32 ראו: Daniel R. Fischel "The 'Race to the Bottom' Revisited: Reflections on Recent Developments in Delaware's Corporation Law" 76 *Nw. U. L. Rev.* (1982) 917

33 8 Del. C. §101

34 ראו, לדוגמה: 8 Del. C. §102(b)(7) (שמתיך ברוב המקרים לכלול הוראה בתקנון ההתאגדות שמבטלת את חבותם האישית של הדירקטורים בגין הפרת חובת הנאמנות לטיפול נאות).

היותם חברי מועצת המנהלים.<sup>35</sup> כיום, לאחר השערוריות האחרונות שהתרחשו בחברות האמריקאיות, סביר פחות להניח שההצעה להגמיש היבטים אחרים של האיסור תישקל.

### 3. התזוזה שחלה בחוק השותפות

במהלך שנות התשעים נקט חוק השותפות האחיד (Uniform Partnership Act) עמדה דומה, ביוצקו גוון חוזי לדיני הנאמנות. לפני כן היתה לשותפים חובת אמונים זה כלפי זה, אלא אם כן ויתרו במפורש על החובות לאחר שקיבלו מידע מלא. חובותיו של שותף כנאמן תוארו בסעיף 21 הישן כדלקמן:<sup>36</sup>

"(1) כל שותף ייתן לשותפות דין־וחשבון לגבי כל הטבה, ויחזיק בעבורה כנאמן רווחים שקיבל ללא אישורם של השותפים האחרים, מכל עסקה שקשורה להקמה, לניהול או לפירוק של השותפות, או מכל שימוש שעשה ברכושה.

(2) סעיף זה חל גם על נציגיו של שותף שנפטר העוסקים בחיסול עסקיה של השותפות כנציגיו האישיים של השותף האחרון שנשאר בחיים."

זוהי הוראה כללית של דיני הנאמנות, אשר אינה מכילה פרטים רבים ואשר מעורפלת דיה ללכוד ברשת פעילויות לא־ישרות וניגודי עניינים נסתרים. החוק אוסר ניגודי עניינים, למעט ניגודי עניינים ספציפיים וגלויים שלגביהם הגיעו השותפים להסכמה.

על הגישה החדשה הכריז חוק השותפות המתוקן משנת 1997, ה־ Revised Partnership Act. החוק ספציפי ומפורט יותר, ו"כולל התייחסות נרחבת יותר לחובות הנאמנות של שותפים". הגרסה החדשה "ממשיכה את הכלל המסורתי שלפיו שותף הינו נאמן", אך בה־בעת "גם מבהירה כי שותף אינו נדרש להיות נאמן נטול אינטרסים". יש הכרה בדאגה לגיטימית לאינטרסים אישיים, אך בלוויית ליבה מאזנת של חובות נאמנות שאינן ניתנות לצמצום.<sup>37</sup>

החווה גובר, עם יוצאים־מן־הכלל. סעיף 103 של חוק השותפות המתוקן משנת 1997 קובע כי יחסי השותפות יוסדרו על־פי החווה, למעט ההוראות המפורטות שעליהן אין לוותר.<sup>38</sup> כך קובעת במפורש ההערה הראשונה של הסעיף: "לפי סעיף 103(a), הכלל הכללי הוא שהיחסים בין השותפים השונים וכן בין השותפים לבין השותפות יוסדרו על־ידי הסכם השותפות".<sup>39</sup> כך השתנה האיזון שבין ההוראות הכלולות בחווה לבין יכולתו של

Richard A. Epstein "Contract and Trust in Corporate Law: The Case of Corporate 35  
Opportunity" 21 *Del. J. Corp. L.* (1996) 5, 13–24

.Uniform Partnership Act §21 (1914), 6 (pt. I) U.L.A. 275, 6 (pt. II) U.L.A. 194 (2001) 36

.Uniform Partnership Act §21 (1997), 6 (pt. I) U.L.A. 1, 6 (2001) 37

.Uniform Partnership Act §103 (1997), 6 (pt. I) U.L.A. 1, 73–74 (2001) 38

.Uniform Partnership Act, §103 cmt. 1 (1997), 6 (pt. I) U.L.A. 1, 74 (2001) 39

משפט ועסקים ה, התשס"ו נפילת המחסומים שניצבו בפני שימוש לרעה באמון והולכת שולל

בית-המשפט לכפות חובות שמקורן כללי יותר. היחסים השתנו. מעתה יש להישען פחות על אמון, ויותר על אימות.

#### 4. התזוזה שחלה בבתי-המשפט

התזוזה מנאמנות לחוזה נידונה בכמה בתי-משפט. בית-המשפט לערעורים של המחוז השביעי אימץ גישה מעניינת ששיקפה את סלידתו מחוק הנאמנות. בעניין *Wsol v. Fiduciary Management Associates, Inc.*<sup>40</sup> שמר בית-המשפט על ההגדרה המסורתית של חובת אמונים ושל התרופות הזמינות בגין הפרת חובות אלה. בהמשך הסתייע בית-המשפט בעקרונות של תרופות חוזיות וביטל את כל התרופות שהיו במצב שנידון לפניו. התוצאה היתה הפרה אפשרית של חובת האמונים ללא תרופות משפטיות. כיצד הצליח בית-המשפט להגיע לתוצאה מדהימה כזו? הסיפור ארוך מעט, אך מן הראוי לספרו. זהו סיפורן של *Teamsters Fiduciary Management Company* (להלן: *Fiduciary*) ושל קרן הפנסיה *Teamsters Union Pension Fund* (להלן: *Teamsters*). *Fiduciary* שכרה את חברת *Blizzard* שתשיג לה עסקים חדשים, ו-*Blizzard* סגרה עסקה עם סוכן בורסה: סוכן הבורסה יציג את *Blizzard* לפני *Teamsters*, ובתמורה יקבל עסקות תיווך מלקוחותיה של *Fiduciary*. למעשה, סוכן הבורסה המציג לא ביצע את עסקות התיווך הללו, אלא מכר אותן הלאה לחברות תיווך מפורסמות. אולם חברות אלה לא קיבלו עמלה מלאה בגין ביצוע העסקות. חלק מהעמלות נותרו אצל סוכן הבורסה.

מה הרוויח כל צד מחילופים אלה? *Fiduciary* הרוויחה מהצגתה לפני *Teamsters* 260 מיליון דולר שהוזרמו לניהולה. בסביבה התחרותית היה לחוזה הניהול הזה ערך רב. אולם בית-המשפט סבר אחרת. *Fiduciary*, לגרסתו, לא קיבלה דבר. ההצגה היתה חסרת ערך. מה קיבל סוכן הבורסה בתמורה להצגה חסרת ערך זו? מסתבר שלקוחותיה של *Fiduciary* חוייבו בתשלום של 6 סנטים למניה, בעוד שסוכני הבורסה המבצעים גבו רק 2 או 3 סנטים למניה. לפיכך סוכן הבורסה המציג קיבל בין חצי לשני שלישים מעמלת התיווך. לטענת בית-המשפט, הוא קיבל את הסכומים הגדולים האלה מבלי שנתן דבר בתמורה. עם זאת סבר בית-המשפט כי בעובדה זו כשלעצמה אין כל רע. לקוח אינו יכול להתלונן אם גובים ממנו את "מחיר השוק", כלומר 6 סנטים למניה, אף אם בפועל הוצע השירות תמורת 2 סנטים למניה ואת היתרה שלשל לכיסו מתווך.

אין זה משנה שיש סוכני בורסה מכובדים שמוכנים לתת הנחה של 3 או 4 סנטים למניה כדי לזכות בעסק. סוכן הבורסה המציג "הבטיח" את ביצועה המעולה של העסקה. זאת, אף אם הוא אדם "מפוקפק", כפי שבית-המשפט תיאר אותו מכיוון ששיחד שני נאמנים של *Teamsters* כדי שימסרו 260 מיליון דולר לניהולה של *Fiduciary*. למעשה, *Fiduciary* נהנית מניהול 260 מיליון דולר. לעובדה זו כשלעצמה יש ערך

*Wsol v. Fiduciary Mgmt. Assocs.*, 266 F.3d 654 (7th Cir. 2001), cert. denied, 535 U.S. 40 (2002). 927. המחברת שימשה יועצת והיתה מעורבת בתיק קשור: *SEC v. Blizzard*, Initial Decisions Release No. 229, June 13, 2003.

רב. תמורת יצירת קשר זו היה על Fiduciary לשלם לסוכן הבורסה המציג. אילו שילמה מכספה, לא היה בכך כל רע. אבל Fiduciary לא שילמה מכספה. היא שילמה לסוכן הבורסה המציג מכספם של לקוחותיה. הלקוחות חוייבו לשלם יותר ממה ששולם בפועל לסוכני הבורסה המבצעים. הלקוחות לא נהגו מה"ערבות" של הנוכל. יתר על-כן, הלקוחות שילמו ל-Fiduciary כדי להבטיח ביצוע מספק.

החלק החשוב ביותר בסיפור הוא מסקנתו של בית-המשפט, שסבר כי הלקוחות צריכים להיות מרוצים מכך שהם משלמים "מחיר שוק" של 6 סנטים למניה. ההנחה של 4 סנטים למניה אינה מעניינת. זו צורת השקפה חוזית על היחסים. הלקוחות רכשו שירותים ויכולים לצפות שיחוייבו לשלם את מחיר השוק. זה התנאי המשתמע בחוזה. אך חוק הנאמנות רואה את ההסדר בצורה שונה. על-פי מודל הנאמנות היה בית-המשפט מקבל החלטה הפוכה. עסקי התיווך הם עסקי הלקוחות. ההנחות הן נכסיהם של הלקוחות. על-כן שימוש בהנחה הוא שימוש לא-הוגן בנכסי הלקוחות. Fiduciary לא היתה זכאית ליהנות מן ההנחה בשום צורה, ובכלל זה בצורה של עסקה חדשה.

##### 5. התווה שחלה בסמכותם המשפטית של פוליטיקאים

מודל החוזה נגע גם בשפה הפוליטית ובדימוי הפוליטי. ההבדל בין נושא משרה נבחר המשמש נאמן לבין נושא משרה המהווה צד לחוזה הודגש גם בתחום הפוליטי. המפלגה הרפובליקאית פרסמה את ה"חוזה עם אמריקה", ואילו הנשיא קלינטון חתם בחגיגות על "אמנה" עם אמריקה. זה גם זה שגו במינוחיהם. הן למפלגה הרפובליקאית והן לנשיא קלינטון לא היה דבר לתת בתמורה לעם האמריקאי. סמכותה של המפלגה וסמכותו של הנשיא שייכים וממשיכים להיות שייכים לעם, ושניהם החזיקו בסמכות זו בנאמנות בעבור העם. לא המפלגה וגם לא הנשיא היו צד לחוזה. שניהם היו נאמנים.

ראיית הבחירות כחילופי כוח פוליטי בין מצביעים לבין נושאי המשרה הנבחרים טומנת בחובה תוצאות שחורגות הרבה מעבר לעניין השפה. לפי דיני החברות, הדירקטורים, לאחר בחירתם, חבים חובה לא רק לבעלי המניות שבחרו בהם, אלא לכל בעלי המניות – לחברה. הרוב מקרב בעלי המניות אינו רשאי להכתיב לדירקטורים כיצד לפעול. באופן דומה, אם סמכותם של נושאי המשרה הנבחרים מוענקת בנאמנות, הם אינם רשאים להשתמש בסמכות כדי לחזק את מעמדם לאחר תום כהונתם, או להעדיף את מי שבחרו בהם על מי שבחרו במתחריהם. נושאי המשרה הנבחרים צריכים להשתמש בסמכותם לטובתה של המדינה בכללותה, לטובתה של האוכלוסייה כולה. הם אינם יכולים להשתמש בסמכותם כרצונם מכיוון שהיא אינה שלהם ולא ניתנה להם במסגרת חילופים.

לא כל אנשי האקדמיה, בתי-המשפט והחוקים הטמיעו את התווה מנאמנות לחוזים ומכוח פוליטי מבוסס-אמון לכווח פוליטי מבוסס-חוזה. אולם שחקנים חשובים רבים מספיק עמדו בראש התווה הזו, שהתעצמה והובילה לתוצאות בולטות.

## פרק ה: התזוזה שחלה ממקצועות לעסקים

בעשרים וחמש השנים האחרונות חלה תזוזה גם במקצועות השונים, דוגמת רפואה ועריכת דין. הם נעשו מקצועיים פחות ודומים יותר לעסקים. השפעתו של שינוי זה הורגשה בשנות התשעים.

### 1. אנשי מקצוע, אנשי עסקים ונאמנים

מי הם אנשי המקצוע? האם מבחינה היסטורית אנשי המקצוע שונים מאנשי העסקים? מה הקשר בין הבחנה זו לבין אמון? האם כל אנשי המקצוע נחשבים לנאמנים? מה תוצאותיה של התזוזה שחלה ממקצועות לעסקים? להלן נטפל בכל אחת משאלות אלה על-פי הסדר שבו הוצגו.

מי הם אנשי המקצוע? במה הם שונים מאנשי עסקים? על-פי המודל האידיאלי, איש מקצוע הוא אדם שמוכוון לשירות הציבור. יש לו עניין בכסף, שכן עליו להתפרנס, אך עניין זה משני. לעומת זאת, איש העסקים, על-פי המודל האידיאלי, הוא אדם מוכוון רווחים אשר מחליף שירותים או טובין תמורת כסף.

במאמר "The Professions in Society Today" סיפר רוסקו פאונד (Roscoe Pound), הדיקן המנוח של בית-הספר למשפטים של אוניברסיטת הרוורד, את סיפורו של אדם זקן שהועמד לדין בגין עיסוק ברפואה ללא רשיון. השופט כינה אותו "חובבן": "לשמע דברים אלה מחה הזקן ואמר: 'כבודו מכנה אותי חובבן? בכל אחת מחמש השנים האחרונות עשיתי יותר כסף בעסק שלי מכל שלשה אפשרית של רופאים בעלי רשיון במדינה.'<sup>41</sup> הדיקן פאונד הוסיף: "מצאתי כי לא קל להסביר את הרעיון של קבוצת אנשים העוסקים במשלח-יד משותף כמלאכה נלמדת וכשירות לציבור, וכי מאומה לא נגרע מהיותו שירות לציבור רק בשל העובדה שהוא עשוי במקרה להוות אמצעי פרנסה. כבר בימי הביניים – העידן שבו עוצבו מוסדות החברה שלנו – קיבלנו את הרעיון הזה של מקצוע. הרפואה, המשפטים, הכמורה וההוראה התפתחו כולם על-פי דפוס זה."<sup>42</sup> פאונד מפרט שלושה רעיונות חשובים שמתייחסים לאנשי המקצוע:

"ארגון, למידה ורוח של שירות הציבור. השגת פרנסה אינה שיקול מקצועי. אכן, הרוח המקצועית, הרוח של שירות הציבור, מרסנת דרך קבע את הדחף של יצר זה. אין בכך משום המעטה בערכם של עבודות ומשלח-יד מכובדים אחרים."

הדיקן פאונד מציין כי בעוד מהנדס יכול לתבוע פטנט על רעיונות חדשניים, עורך-

41 Roscoe Pound "The Professions in Society Today" 241 *New Eng. J. Med.* (1949) 351

42 *Ibid.*, at p. 352

הדין יכול לתבוע זכויות יוצרים רק על מלותיו. רעיונותיו של עורך־הדין שייכים לציבור, ואי־אפשר לרשום עליהם פטנט.<sup>43</sup>

בספרו *The Lawyer from Antiquity to Modern Times*,<sup>44</sup> שראה אור בעקבות המאמר, שב פאונד והשמיע אותם רעיונות. הכסף שאיש מקצוע מרוויח אינו אלא "מטרה מקרית, שהמאמץ להשגתה נעשה משני לנוכח מסורות של מטרה עיקרית", דהיינו, שירות הציבור. המונח מקצוע "מתייחס לקבוצת אנשים העוסקים במלאכה נלמדת כמשלה־יד משותפת ברוח של שירות הציבור, ומאומה לא נגרע מהיותו שירות לציבור רק בשל העובדה שהוא עשוי במקרה להוות אמצעי פרנסה".<sup>45</sup> והוא מוסיף: "מהותו של מקצוע היא העובדה שעוסקים בו ברוח של שירות הציבור. 'עבודה... מטרתה העיקרית היא רווח אישי; מטרתו העיקרית של מקצוע היא להפעיל סמכויות שמועילות לאנושות."<sup>46</sup> אחת ההבחנות בין אנשי מקצוע לבין סוחרים, כותב פאונד, היא ש"איש מקצוע אינו רואה את עצמו כמתחרה עם אֶחיו למקצוע. הוא אינו ממיר את שירותיו כמו האימן, ואינו מחליף את התוצרים של המיימנות והידע שרכש כפי שאיכר מוכר חיטה או תירס." הוא אינו שובת כדי להשיג שכר טוב יותר. "רוח זו של שירות הציבור שבה מקצוע עריכת־הדין פועל וצריך לפעול היא תנאי מוקדם ליישום שקול של צדק לפי החוק."<sup>47</sup>

בטקסי חלוקת תארים נהג הדיקן Paul M. Siskind, מבית־הספר למשפטים של אוניברסיטת בוסטון, להסביר את מקורותיו של הברדס שאנשי האקדמיה לובשים יחד עם גלימותיהם. לברדס יש חלק שתלוי ברפיון על גבו של הלובש, ואשר נראה כמו מנשא של תינוקות. הדיקן Siskind ציין כי אנשי האקדמיה של העבר – הנזירים – לימדו או העניקו שירותי דת מבלי לבקש תמורה. הנזירים לא פשטו יד לפני הנותנים ואף לא הפנו אליהם את פניהם. התשלום לא היה נדבה. הנזירים העניקו שירותים והיו צריכים להתקיים. זו היתה נתינה "ללא תמורה", ששמרה על תדמיתו המקצועית של הנזיר. מתוך כבוד, שילמו אנשים על־ידי הנחת מזון או כסף או הפציה־ערך בכיסו האחורי של הברדס. במציאות היה תפקידו של הברדס מעשי יותר קרוב לוודאי – הוא שמר על חום גופם של הנזירים. Cynthia W. Rossano כתבה: "באזורים מסוימים בתקופת ימי־הביניים היה הברדס תיק נדבות שנתלה סביב צווארם של נזירים מקבצי נדבות; באזורים אחרים נלבש הברדס של ימי־הביניים פשוט לשם חימום, כשהוא משוך בחזקה סביב הפנים בעזרת השובל הארוך שבקצהו."<sup>48</sup>

.Ibid, ibid 43

.Roscoe Pound *The Lawyer from Antiquity to Modern Times* (St. Paul, 1953) 44

.Ibid, at pp. 4–5 45

.Ibid, at p. 9 46

.Ibid, at p. 10 47

Cynthia W. Rossano "Reading the Regalia: A Guide to Deciphering the Academic Dress Code" (May–June 1999) available at <http://128.103.142.209/issues/mj99/ner.reading.html>

.html (19.4.2006)

את השימוש המעשי והסמלי בברדס אפשר לייחס לאנשי המקצוע. הכסף חשוב, אבל הוא משני ביחס לשירות הציבור.<sup>49</sup>

הן אנשי עסקים והן אנשי מקצוע יכולים להיות פרודוקטיביים, חדשניים ומבריקים. עם זאת, ההניעות שלהם שונות והדגש שהם שמים בתמורה הכספית שונה. ההבדלים הללו אינם מבטלים אפשרות של חפיפה מסוימת בין שתי הקטגוריות. לעסקים מסוימים, דוגמת חברת הגלידות "בן אנד ג'ריס" המקורית, יש נטייה לפעול לטובת אינטרסים ציבוריים. אנשי מקצוע מסוימים, כגון מנהלים פיננסיים, קרובים יותר לעשיית כסף. כאשר מומחיות קשורה לעשיית כסף בשביל אחרים, אך טבעי שהמומחים ישתמשו בכישורים ובידע שלהם כדי לעשות כסף גם בשביל עצמם. אף-על-פי-כן, נקודת-המוצא, הבסיס והייחודיות של המקצוע הם היעד של שירות הציבור.

גם אם קיימים הבדלים בין אנשי מקצוע לבין אנשי עסקים, האם הבדלים אלה נוגעים באמון? ככלות הכול, יש אנשי עסקים מוסריים ואנשי מקצוע שאינם מוסריים. עם זאת, איש מקצוע מעורר אמון יותר מאשר איש עסקים. אם השירות עומד בראש סדר העדיפויות, אזי האינטרסים של המטופל, של הלקוח או של הצרכן התלוי בשירות חשובים יותר מכל דבר אחר. לא תמיד התאים המודל למציאות, אך אנשי המקצוע שאפו אליו, לעיתים באמצעות כלי התקשורת. Robert Donate, בסרט הישן "The Citadel", מגלם רופא שמעניק שירות רווחי מאוד לנשים נירוטיות מהחברה הגבוהה. בסופו של דבר הוא עוזב כדי לתת שירות בשכר נמוך מאוד בעיר כורים שבה שירותיו נחוצים באמת. זו דילמה ישנה. הפתרון בסרט הדגיש את האידיאל שלפיו אנשי המקצוע צריכים לשרת את הציבור. שאיפה זו מחייבת אמון מצד אלה שצריכים להסתמך על אנשי מקצוע מבלי שתהיה להם יכולת לבדוק את מומחיותם או לשפוט מה טיב עצתם. לעומת זאת, ההתמקדות בתשלום בעבור השירותים מעמידה בראש סדר העדיפויות את האינטרס של האדם הפועל. שאלתו היא: "מה יוצא לי מזה וכמה?" אמונו של המטופל, של הלקוח או של הצרכן התלוי בשירות – נמוך, והספקות לגבי השירות ה"אמין" רבים יותר.

תדמיתם של המקצועות כשירות לציבור חשובה. כחלק מהתרבות, היא בונה ציפיות בקרב מי שבאים במגע עם אנשי המקצוע, ודורשת מאנשי המקצוע לכבד את הציפיות האלה. היא מוקיעה את מי שאינם נענים לדרישה. גם המצב ההפוך יכול לקרות. בנקודה מסוימת התדמית יכולה להשתנות, ואנשים יכולים לסווג מחדש מקצועות מסוימים כעסקים, עם ציפיות שונות ונמוכות יותר ביחס למחויבות לשירות וביחס לתגובות הנלוות אליה. המודלים של אנשי מקצוע ושל אנשי עסקים המתוארים לעיל הם מודלים אידיאליים. בפועל הם אינם כה נבדלים. תמיד היו נאמנים שהתנהגו כאנשי עסקים, ולעומתם אנשי עסקים שזכו באמון והתנהגו כנאמנים. איש עסקים אחד סיפר לי בערגה על הזמנים שבהם נהגו לסכם עסקה בלחיצת-יד. יצרן אחד סיפר לי, בלוויית אותה תחושה, על יחסיו עם העובדים: בעוד שאביו לא היסס לסייע לעובדיו, הוא עצמו – הבן – מהסס לתת עצות מכיוון שהוא חושש שמא יתבעו אותו אם ייתן עצות גרועות. אולם כמודלים,

Noel Cox "Academical Dress in New Zealand" [N.D.] available at <http://www.geocities.com/noelcox/Introduction.htm> (19.4.2006)

רמת מוסריותם של אנשי המקצוע נחשבה באופן מסורתי לגבוהה מרמת מוסריותם של אנשי העסקים.

מבחינה היסטורית, חובתם של אנשי המקצוע ליטול על עצמם הגבלות רצונית ולהפגין התנהגות מוסרית היתה כבדה יותר, בין היתר בגלל מומחיותם הרבה. אלה שנעשו מומחים יותר ארגנו את קבוצתם כדי לאותת על הידע העדיף שלהם, ולעיתים ביקשו ליצור הבחנה על-פי חוק בכך שדרשו עמידה בבחינות ורישום. התפתחותו של מקצוע הסייעוד היא דוגמה לכך. אחריות מעשיות מומחיות רצו לקבל רשיון חוקי כדי לפקח על החברות במקצוען ולהבטיח סטנדרט גבוה יותר בהשוואה ל"אחריות מעשיות".<sup>50</sup> זאת ועוד, החוק מספק לאנשי מקצוע מומחים הזדמנויות עסקיות: חברות ציבוריות נדרשות להעסיק רואי-חשבון מורשים שיאשרו את הדו"חות הכספיים שלהן; לעורכי-דין שמורה זכות בלעדית לייצג אחרים בבית-משפט; כדי לקבל תמיכה ממשלתית בעת מחלה נדרש אישור של רופאים; וכדי לזכות בפטורים מסוימים מחוק חברת ההשקעות (Investment Company Act) ומחוקי ניירות-ערך אחרים נדרש דירוג של סוכנויות דירוג.<sup>51</sup> אולם אל זכויות-היתר הללו מתלוות גם חובות. המומחים והאישורים שלהם צריכים להיות ראויים לאמון יותר מאשר מוכרי שירותים וסחורות בשוק. מחירן של זכויות השליטה הבלעדיות וזכויות-היתר של המומחים הוא היבט השירות הציבורי של פעילויותיהם. לדוגמה, עורכי-הדין צריכים ליטול חלק באכיפת החוקים שהעניקו להם את מעמדם המיוחד. זו העסקה.

מדוע בנקאים ומבטחים אינם נחשבים אנשי מקצוע? הם מתאימים להגדרה של אנשי מקצוע שכן הם מציעים שירות לציבור וקשה לעקוב אחר פעולותיהם, להבין אותן ולפקח עליהן. הבדל אחד בין בנקאים ומבטחים לבין אנשי מקצוע הוא היסטורי. עם אנשי המקצוע נמנו בעבר רופאים, עורכי-דין ומורים. בימי-הביניים, אנשים שהתעסקו בכסף, ובמיוחד מלווים, לא נכללו בקטגוריה זו. ייתכן שלא יכלו לראות בהם אנשי מקצוע משום שהם התעסקו בכסף.

הבדל נוסף בין אנשי מקצוע לבין בנקאים ומבטחים מתייחס להסדרה. פעילותם של בנקים וחברות ביטוח מוסדרת כיום ברמת מיקרו על-ידי הממשלה, ואילו פעילותם של רופאים ועורכי-דין אינה מוסדרת. ייתכן שזו הסיבה לכך שיועצים פיננסיים, שאינם מנוהלים באותה רמת מיקרו, נחשבים ליועצים אמינים ומקצועיים. ובכל-זאת, הבחנות אלה אינן מדויקות. לסיכום, אנשי מקצוע כוללים קטגוריה רחבה של אנשים "אמינים" שקשה לפקח עליהם ולשפוט את פעולותיהם. הם אנשים "אמינים" שאינם כפופים לפיקוח הדוק של הממשלה ברמת המיקרו. לכן, אם ברצוננו שאנשים יפנו אליהם בבקשת עזרה וייתנו בהם אמון, עלינו לצפות שאנשי המקצוע יחשו מחויבים לתת שירות ולשלוט בפיתוייהם אף שאין בסביבה משטרה. לעיתים נצפה שהם ייתנו שירות גם אם הם אינם

Walter T. Eccard "A Revolution in White – New Approaches in Treating Nurses as 50 Professionals" 30 *Vand. L. Rev.* (1977) 839, 841–842

51 ראו, לדוגמה Investment Company Act (2004); 17 C.F.R. §270 3a–7



משפט ועסקים ה, התשס"ו נפילת המחסומים שניצבו בפני שימוש לרעה באמון והולכת שולל

זוכים בתשלום מראש ואף אם הם עלולים לא לקבל תשלום כלל. אנו מצפים שרופא יתייצב כאשר הוא שומע את הצעקה: "יש כאן רופא?"

## 2. השינוי שחל לאחרונה במקצועות, ותוצאותיו

בשלושים השנים האחרונות איבדו המקצועות את מעמדם המיוחד ועוצבו מחדש כעסקים. אנשי מקצוע נהפכו ליצרנים ולמוכרים של סחורות בשווקים. השופט Richard Posner השווה את מקצוע המשפטים לגילדות הסוחרים של המאה השבע-עשרה.<sup>52</sup> הגילדות היו קבוצות של סוחרים שארגנו ירידים ושמרו על מוניטין היושר של חבריהן. Posner צופה כי "בשוק השירותים המשפטיים מתרחש כיום תהליך הדומה לתהליך האבולוציה של תעשיית הטקסטיל מייצור במסגרת גילדות לייצור המוני, שלווה בירידת ערכה של האומנות".<sup>53</sup> יש לשים לב לעובדה שהשופט משווה בין שירותים מקצועיים לבין ייצור טקסטיל. הוא צופה שעורכי-הדין והרופאים יעניקו שירותים שייצרו בייצור המוני במקום שירותים אישיים, כמו היצרנים החדשים בהשוואה לאורגים של התקופה הקדם-תעשייתית. ייתכן שעצותיהם של אנשי המקצוע יהיו מבוססות על שימוש יעיל בנתונים סטטיסטיים. תיאוריה כלכלית זו ביחס לעידן התעשייתי עשויה לא להיות מתאימה לעידן המידע של ימינו. אבל מאידך גיסא, אנשי המקצוע אינם יעילים דיים. לכן ייתכן שהעשירים ייהנו מהשירותים האישיים בעוד שהפחות-עשירים יאלצו להסתפק בייצור ההמוני של מכונת שירות מתוקנת. במקרה כזה ייתכן שמנגנוני השליטה יצטרכו לעבור לידיהם של מתכנני המכונה ומפעיליה. את מעמדם המקצועי יהיה אפשר להסתיר תחת מעטה של עסקים שמוכרים את המכונות שלהם.

## 3. השפעותיה של התחרות בין אנשי המקצוע

בעבר, אנשי מקצוע, דוגמת עורכי-דין ומורים, השתייכו לאחוות. הם לא התחרו ביניהם. המוסדות שלהם יצרו תפקידים שהגבירו את תלותם ההדדית. מוסדות אלה הניבו הדדיות והוגנות רבות יותר ואמון רב יותר בקרב חבריהם.<sup>54</sup> יש היגיון בסוג כזה של מוסד כאשר כל חברי האחווה מכוונים למטרה אחת – לשרת את הציבור. תחרות היא האנטיזה של אחוות כאלה. יש היגיון בתחרות כאשר כל חבר משרת את האינטרסים שלו עצמו ולפיכך מצוי בעימות עם מטרתיהם של כל חברי הקבוצה האחרים.

תחרות מלווה בפרסום. עד 1977 נאסר על עורכי-דין לפרסם את עצמם, והמדינות בארצות-הברית אישרו את האיסור. בעניין *Bates v. State Bar of Arizona*<sup>55</sup> פסק בית-המשפט העליון הפדראלי של ארצות-הברית כי האיסור נוגד את החוקה והתיר לעורכי-הדין

Richard A. Posner *Overcoming Law* (Cambridge, 1995) 33–70 52

*Ibid*, at p. 47 53

Barbara A. Misztal *Trust in Modern Societies* (Cambridge, 1996) 226 54

*Bates v. State Bar of Arizona*, 433 U.S 350 (1977) 55

לפרסם את עצמם. הזכויות המנויות בתיקון הראשון לחוקה שימשו בסיס להחלטות להתיר פרסום.<sup>56</sup> פרסום ותחרות יכולים להצמיח יתרונות. פרסום יכול להציע מידע רב יותר ללקוחות, ותחרות תקטין את שכר-הטרחה של אנשי המקצוע. כוחות השוק יכולים להעניש עורכי-דין ורופאים בגין עברותיהם, ולהעצים את הלקוחות והמטופלים. ציפיות אלה לא התממשו; פירותיהם של שינויים אלה לא היו מתוקים כצפוי. כך תיארה זאת השופטת O'Connor: "בדרך זו או אחרת יחשוף הזמן את טיפשותה של הגישה [להתיר חיזור ישיר ומוכח של עורכי-דין אחר לקוחות]."<sup>57</sup>

התחרות הצפויה בין אנשי המקצוע אכן התממשה, אולי בעוצמה בלתי-צפויה, ונראה כי היא מורידה את רמת המוסריות של המקצוע לרמה המקובלת בשוק. דאגותיו הנבואיות של הדיקן פאונד בנוגע לתחרות בין אנשי המקצוע אכן התממשו. בין ארבע הסכנות הקשורות זו לזו המאיימות על אידיאל המקצוע, ציין הדיקן פאונד את "הצרכים הכלכליים המוגברים של הפרט". באורח נבואי הוא התייחס להתפתחותם של משרדי עורכי-הדין הגדולים – אל "יצירת השותפויות והפחתת אחריותם האישית של עורכי-הדין, אשר מקשות את העמידה בפיתוי להשתמש בשיטות עסקיות, שיכולות בקלות ליהפך לשיטות של פעילות רכישת תחרותית".<sup>58</sup>

אכן, כפי שציין Gregg Bloche בדונו באמון בתחום הרפואה, החווה ותדמית השוק שינו את מקצוע הרפואה.<sup>59</sup> שינויים אלה לוו בפיהות במידת האמון והכבוד שהחולים רוחשים כלפי הרופאים.<sup>60</sup> באחד ממקרי הוועה בתחום זה ניסה רופא להחיש את מותה של אימו הגוססת על-מנת להציל תאי קרישה.<sup>61</sup> בסוף שנות השמונים נחקרו אנשי מקצוע אחדים מתחום הרפואה גם על פשע אופייני לשוק – קביעת מחירים.<sup>62</sup> ככל שפנו עורכי-הדין אל התחום של השאת עצות מניבות הכנסה, הם נמשכו לתור את התחומים האפורים של החוק ושל ראיית-החשבון, מתוך הבנה שגילוי או יצירה של פרצות יקטינו את העלויות שיידרשו הלקוחות לשאת ויעניקו ללקוחות יתרון תחרותי, לפחות עד שהמתחרים יגלו אותן פרצות וישתמשו בהן גם הם.

David Wessel כתב בהקשר זה:

"התנוונותם של המקצוענות ושל קודי האתיקה, שייחדו מקצוע מעבודה, הלכה

*Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 U.S. 748, 773 n. 25 (1976)

*Shapiro v. Kentucky Bar Association*, 486 U.S. 466, 491 (1988) (J. O'Connor, C.J. Rehnquist & J. Scalia dissenting)

Pound, *supra* note 41, at p. 353

M. Gregg Bloche "Trust and Betrayal in the Medical Marketplace" 55 *Stan. L. Rev.* 59 (2002) 919, 923

*Ibid*, at p. 943

*Ibid*, *ibid* 61

Warren Weaver Jr. "U.S. Warns Doctors Against Agreements on Fixing of Prices" *New York Times* (7.12.1988) A1

משפט ועסקים ה, התשס"ו נפילת המחסומים שניצבו בפני שימוש לרעה באמון והולכת שולל

והתעצמה בשנות התשעים, אך לא החלה אז. בעודו מהרהר על עשרים ושלוש השנים שבהן עסק [מזכיר האוצר Paul O'Neill] בניהול חברות, הוא נזכר בתהלוכה של אנשי מקצוע מוול-סטריט שהגיעו למשרדו עם תוכניות לתמרונים פיננסיים 'חדשים ואקזוטיים' שנועדו לצמצם את חוב המס של חברתו או לדוות על רמות חוב בדרכים 'שאינן אסורות במפורש בחוקי המס'.

פרופסור John Coffee צוטט בהקשר זה כמי שאמר:<sup>63</sup>

"דפוס מטריד זה הוא הסיבה העיקרית שבגללה אי-אפשר להתעלם מן הניצול לרעה שהתרחש בשנות התשעים ולייחסו לפועלם של כמה בני-אדם לא-מוסריים. יושרתם של שומרי-הסף המקצועיים נפגעה קשות כאשר הם גילו כי ביכולתם לגרוף רווחים עצומים אם ייעזו לדרישות ההנהלה."

לפעמים הם אף הגדילו לעשות. החוק אינו מדע מדויק. עורכי-דין יכלו לתת תירוץ משכנע לאמירת "לא" כמעט לכל מודל עסקי חדש שטרם נבחן בבית-המשפט. בשנות השמונים הם פיתחו גישה גמישה יותר. עורך-דין היה עשוי לסרב לאשר עסקה אסורה אך לעזור ללקוח לתכנן חלופה. החלופה היתה עשויה להיות רווחית פחות אך בכל-זאת רווחית, תוך מזעור הסיכון של אי-חוקיות שמלווה כל מודל חדש. מגמה זו, שהחלה בשנות השישים, הגיעה לממדים של שנות התשעים.

החיפוש אחר עסקות, נכסים פיננסיים וחשבונאות "יצירתיים" נהפך למצוות היום. לדוגמה, חברות רואי-החשבון הגדולות KPMG ו-Ernst & Young השקיעו מאמצים בשיווק חוקי מיסים ומקלטי-מס "ממונפים".<sup>64</sup> ההשפעה המשפטית של הסדרים חדשניים אלה לא נבדקה לאשורה. אצל KPMG המניע העיקרי היה כסף. החברה לא צייתה לכלל שדרש ממנה להירשם כיוצרת מקלטי-מס. כפי שכתב שותף בחברה באחד המזכירים: "הקנסות [בגין אי-רישום] יהיו לכל היותר 14,000 דולר לכל 100,000 דולר של [עמלות שהחברה גובה]... [ו] ככל שהעסקה תהיה גדולה יותר, כן תפחת היחשפותנו לקנסות במונחים של אחוז מהעמלות."<sup>65</sup> הפרת החוק נכללה כחלק מהעלות של עשיית עסקים, ולא היה אפשר להבחין בינה לבין העלות של שכר-הדירה והציוד המשרדי. מקלטי-המס כללו עסקות (פיקטיביות) על הנייר, שנועדו להציג הפסדים שיקוזו את רווחי ההון של הלקוחות, ובשלב מאוחר יותר אסרה אותן רשות מס ההכנסה הפדרלית (IRS). הלקוחות, ששילמו בעין יפה

63 David Wessel "Venal Sins: Why the Bad Guys of the Boardroom Emerged en Masse" *Wall Street Journal* (20.6.2002) A1

64 Tom Herman "As Crackdown on Abusive Schemes Widens, Wealthy Taxpayers Weigh Pros, Cons of Tough Settlement" *Wall Street Journal* (6.3.2004) D1

65 Cassell Bryan-Low "KPMG Didn't Register Strategy" *Wall Street Journal* (17.11.2003) C1

על ה"מקלטים" האלה, נותרו עם חבויות מס שכללו לא רק מיסים, אלא גם ריביות על חובות המס.<sup>66</sup>

לנוכח סביבת השוק החדשה שנוצרה במקצוע המשפטים, החלו הלקוחות לבחון את החלופות, אך לא בהכרח בחיפוש אחר שכר-טרחה נמוך יותר. לעיתים הם חיפשו חוות-דעת משפטיות ומבני עסקה שיהיו טובים יותר להפקת רווחים; ולפעמים הם חיפשו חוות-דעת משפטיות מוטות שעורכי-דין אחרים סירבו לתת. לא ברור אם עלות השירותים המשפטיים פחתה. היו עורכי-דין שדרשו חלק מן הרווחים שגרפו הלקוחות בעקבות העצות היצירתיות שקיבלו מהם, ורווחיהן של החברות הגדולות עלו באופן דרמטי. במאי 2004 כינה כתב-העת *American Lawyer* את עשרים וחמש השנים שחלפו "תור-הזהב של הצמיחה" בעבור משרדי עורכי-הדין, וציין כי בין השנים 1987 ו-2003 "גדלו הכנסותיהם של מאה משרדי עורכי-הדין הגדולים ביותר פי חמישה והגיעו ל-38 מיליארד דולר, ואילו הרווחים גדלו פי ארבעה והגיעו לרמה של 13.5 מיליארד דולר".<sup>67</sup> כסף נהפך ליעד של ההוראה המקצועית. המחלקה לניהול משרדי עורכי-דין בלשכת עורכי-הדין האמריקאית הציעה סמינר הכשרה, שפורסם בפקס שכותרתו "מעבר לשעה שניתן לחייב בגינה שכר-טרחה" ("Beyond the Billable Hour"). הפקס מתאר דרכים לעשות כסף מעיסוק בעריכת-דין, לרבות הוצאה לאור ומכירה של ספרים באינטרנט, פיתוח רשת של הפניות, הקמת שותפות עם אתרי אינטרנט כספק תוכן, הספקת שירותים נלווים ללקוחות, ויצירה ומכירה של "סחורות משפטיות".<sup>68</sup> כל דבר בפרסום זה התמקד בפיתוח השירותים המשפטיים כעסק ובהצגת היעוץ המשפטי כסחורה למכירה.

לאחרונה החלו עורכי-דין לפנות זה נגד זה ולתקוף את שכר-הטרחה שעורכי-דין אחרים גובים במסגרת הסדרים של תובענות ייצוגיות. עורכי-דין מתדיינים (ליטיגטורים) שמגישים תובענות ייצוגיות מקבלים שכר-טרחה גבוה כאשר התביעות מסתיימות בהסדר. לאחרונה חלה עלייה חדה במספרם של עורכי-הדין המתדיינים הנקראים "מתנגדים", אשר מתנגדים להסדרי תובענות ייצוגיות מסיבות שונות, ובכלל זה בגלל שכר-הטרחה של עורכי-הדין. לדוגמה, Lloyd Constantine, שהגיע להסדר בתביעה ייצוגית נגד Visa USA Inc. בסך 3 מיליארד דולר, דרש כ-600 מיליון דולר כשכר-טרחה והחזר הוצאות. עורכי-הדין המתנגדים ייצגו תובעים שתהו על תנאי ההסדר, ובכלל זה על שכר-הטרחה של עורך-הדין. השופט John Gleeson הפחית את שכר-הטרחה של מר Constantine לכ-200 מיליון דולר, וקבע כי סכום זה ישולם לו לאחר שהתובעים יקבלו את המגיע להם. לעורכי-הדין המתנגדים העניק השופט 12,316 דולר במקום הסכום של 398,000 דולר שדרשו. הנהנה מקונפליקט זה הוא הנתבע. בעוד עורכי-הדין המתנגדים רואים את עצמם כמגיני התובעים, עורכי-הדין המתדיינים ההתחלתיים רואים בהם "טפילים" שמגישים תביעות חסרות ערך. ייתכן בהחלט שאחדות מבין תביעות ההתנגדות להסדרים הינן חסרות

<sup>66</sup> Herman, *supra* note 64.

<sup>67</sup> Aric Press & Susan Beck "Almost a Revolution" 5/2004 *Am. Law.* (2004) 77.

<sup>68</sup> Fax Form 858 693-8969, July 11, 2002.

משפט ועסקים ה, התשס"ו נפילת המחסומים שניצבו בפני שימוש לרעה באמון והולכת שולל

ערך, אך כפי שאמר אחד המתנגדים, "בכל מערכת יש מקרים של שימוש לרעה".<sup>69</sup> גם הוא, כמו אחרים, לא הוסיף את השימוש לרעה וגם לא הבטיח לנסות להגבילו. דבריו שיקפו קבלה של המערכת.

נדמה כי התחרות לא הניבה גם שירותים איכותיים. מאחר שהמכירות נהפכו לערך העיקרי מבחינתן של פירמות מסוימות, הסיט השיווק את המיקוד מביצועים איכותיים. אומנם מאז ומתמיד קיבלו "מורידי גשם" יותר ממה שקיבלו אלה ש"רק" עשו את העבודה, אך מורידי הגשם היו גם אנשי ביצוע, ובדרך-כלל צברו ניסיון ומוניטין עצומים. לעומתם, אנשי מכירות מקצועיים זקוקים לכישורים שונים. הם מתמקדים בהצגה, בהשפעה ובקשרים. מרגע שנסגרה המכירה, עניינם בביצוע פוחת. המוניטין שלהם מבוסס יותר על מכירות, ופחות על ביצועים. שיווק על-ידי אנשי מכירות מוכשרים אך מנוסים פחות מוביל לנסיגות "לייפות" את ה"סחורה" הנמכרת, ועלול לעורר ספקנות בקרב הלקוחות. השיווק זוכה בתגמול גבוה, ואילו חשיבותם של הביצועים פוחתת. לאמיתו של דבר, מקצוע המשפטים הלך בעקבות מגמות השוק והדגיש את המכירה על-חשבון המוצר או השירות. התובע הכללי של מדינת ניו-יורק Eliot Spitzer ביטא דעה זהה לגבי הקשר בין מקצוע המשפטים לבין מיקוד שיווקי: "לאחר שהחתמת אותו, הלקוח מפסיק להיות חשוב – מה שחשוב כעת הוא ללכוד את הלקוח הבא... דגש רב מדי בשורה התחתונה הזו פירושו שאינך חושב לעיתים קרובות על האדם האחר, בין שזה בעל המניות ובין שזה מיישמו אחר שאתה באמן שלו."<sup>70</sup>

#### 4. השפעת הפרסום

אם הפרסום אכן נועד להציע ללקוחות מידע טוב יותר, נראה כי הוא לא השיג את המטרה. מחקר אחד מצא כי הלקוח הממוצע אינו בוחר שירותים משפטיים לפי המחיר אלא לעיתים נדירות בלבד.<sup>71</sup> הפרסום אינו אינפורמטיבי כמעט. לדוגמה, הפרסום של "Shuman & Ross, P.C.A. Civil Litigation Law Firm"<sup>72</sup> כלל רשימה חלקית של פסקי-דין שנתנו מושבעים במקרים שבהם היתה החברה מעורבת. עשרים ותשעה הסדרים, ארבעה משפטים מוצלחים וחמישה מקרי השבה שלגביהם לא צוין כיצד הושגה תוצאה זו, החל ב-360,000

69 Jathon Sapsford "Lawyers Profit by Challenging Colleagues' Fees" *Wall Street Journal* (7.5.2004) B1

70 Louise O'Brien "How to Restore the Fiduciary Relationship: An Interview with Eliot Spitzer" 82 *Harv. Bus. Rev.* (2004) 72

71 John R. Schroeter & Steven R. Cox "Estimating the Distribution of Search Costs and Reservation Prices: An Application to Routine Legal Services Markets" (paper given at ASU, 1986) cited in Jim Rossi & Mollie Weighner, "An Empirical Examination of the Iowa Bar's Approach to Regulating Lawyer Advertising" 77 *Iowa L. Rev.* (1991) 230

72 עותק של עלון פרסומת זה נמצא ברשות המחברת.

דולר וכלה ב־3.813 מיליון דולר. הפרסום אינו מציין את מספר המקרים הכולל שבהם היתה החברה מעורבת או את תוצאותיהם של המקרים האחרים, ואף לא את משך התקופה שבה הושגו פסקי־דין אלה, את הסכומים שנתבעו, את הסכומים נטו שקיבלו התובעים או את שכר־הטרח שקיבלה החברה המתדיינת.

ייתכן שמידע על־אודות שירותים מקצועיים מסוג זה אינו נוטה מעצם טיבו להיות מדויק, אולי הוא אינו מתאים לסגנון פרסום כזה, ואולי שום פרסום אינו מציע מידע מדויק. מכל מקום, במדד של "אמון" כנגד "אימות", אנשים חשים צורך לאמת את המידע המוצג בפרסומות. הם מצפים לקבל מאנשי המקצוע מידע מדויק ומהימן יותר בטרם יוכלו לתת בהם אמון. אך אם אנשי המקצוע מספקים פרסום עסקי, הקוראים מסיטים את האיוון. הם מאמינים כעת פחות באנשי המקצוע, וצופים כי יהיה עליהם לאמת ביתר שאת את הצהרותיהם ואת הבטחותיהם. שינוי זה מציב בעיה: הוא בעייתי מבחינת המטופל, אשר אינו מומחה ואשר מתקשה לבדוק את הרופא; והוא בעייתי מבחינת הרופא, שכן כעת הוא נדרש לספק למטופל הוכחה משכנעת יותר לאמינותו.

##### 5. אל תבטח בי — בדוק אותי!

בדרך־כלל יש לתת אמון באנשי מקצוע מומחים, ולא לבדוק אותם. למומחים יש ידע ומידע רבים יותר מאשר לאלה שמבקשים את עזרתם ועצתם. רק מומחים ואנשים שקרובים למעמד של אנשי מקצוע יכולים לפקח על מומחים אחרים ולשפוט את ביצועיהם. מחירי המוצרים מאותתים בדרך־כלל על איכות ומהימנות, אך הדבר נכון פחות לגבי שירותים מקצועיים. תוצאותיהם של השירותים אינן מורות בהכרח על איכות. לשירותים האלה גם אי־אפשר לערוב באמצעות הבטחה מסוג "יוחזר לך כספך". רופא עשוי להיות מעולה, אך המטופל שלו עלול בכל־זאת למות. עורך־דין עשוי להיות משכמו ומעלה, אך הלקוח עלול להימצא בכל־זאת אשם.

יתר על־כן, אם לקוחות ומטופלים ידרשו לבדוק את איכותם של השירותים המקצועיים, אזי הייעוץ המקצועי יהיה מועיל פחות הן לאלה שפונים לקבלתו והן לחברה בכללותה, שמפיקה תועלת מהתמקצעות. אם כולם יצטרכו להגן על עצמם ולבדוק מה אנשי המקצוע עושים וכיצד הם עושים זאת, אזי לא תהיה תועלת רבה בהתמקצעות. האינטרס של החברה הוא שחולים יפנו לרופאים, ייתנו בהם אמון ויסמכו עליהם. לפיכך, ככלל, יש לתת אמון באנשי מקצוע יותר מאשר בסוחרים בשוק.

בעשר השנים האחרונות החלו רופאים ובתי־חולים לדרוש מחולים לחתום על הסכמה לטיפולים שונים. ביחסים שדורשים מידה גבוהה של אמון, דוגמת יחסים עם אנשי מקצוע, לנותן האמון צריכה להיות זכות חוקית לסמוך על האנשים ה"אמינים" מבלי לבדוק אותם. אומנם, מטופלים רבים מעוניינים לקבל מידע בנוגע למצב בריאותם. הם אינם מעוניינים בהכרח ביחסים פטרנליסטיים עם רופאיהם. אך לא זו הבעיה. הבעיה אינה הגילוי. הבעיה היא בקשת הסכמתם של המטופלים לטיפול. השגת הסכמתם של המטופלים לטיפול לאחר הגילוי היא ראוייה כאשר המטופלים יכולים להפעיל שיקול־דעת. אך

משפט ועסקים ה, התשס"ו נפילת המחסומים שניצבו בפני שימוש לרעה באמון והולכת שולל

העברת נטל ההחלטה המקצועית אל המטופלים מדללת את ערכן של העצה והמומחיות של אנשי המקצוע.

כאשר הלכתי לבדיקת עיניים, הציעה לי הרופאה להזריק תמיסת צבע למחזור הדם שלי, ואמרה כי הזריקה כרוכה בסיכון מינימלי של תגובה אלרגית. היא ציינה כי הסיכוי הוא 1 ל-125,000. "מה הסיכון?" שאלתי את הרופאה. "שתמותי", ענתה הרופאה. כיצד יכולתי בכלל להעריך את פיסת המידע הזו? הייתי חייבת לעבור בדיקת עיניים, ולפיכך חתמתי על טופס ההסכמה. רופאה מומחית זו חשה כי היא מוכרחה להחתים אותי – הייתי תובעת פוטנציאלית. סמכתי על הרופאה, אף שחתמתי, אך חשתי את העיוות שבהוסר האמון ההדדי.

יתר על-כן, ככל שנהיו הרופאים לבעליהם של בתי-מרקחת, מעבדות ודומיהם, הם קיבלו בברכה תשלומים מחברות תרופות והסכימו לשווק את מוצריהן. הם החלו לרשום למטופלים שלהם תרופות מבתי-המרקחת שלהם, העדיפו את חברות התרופות הללו והזמינו בדיקות במעבדותיהם. בקיצור, הרופאים החלו לנהל את שירותיהם כעסקים, ופעילויות אלה יצרו ניגודי עניינים. בגללן נדרשו רופאים טובים אלה להחליט לא רק מה טוב למטופליהם, אלא גם מה טוב לכיסיהם שלהם. מאמרים אחדים שהתפרסמו בכתב-העת *New England Journal of Medicine* הדגישו את הדאגות והתגובות המתעוררות לנוכח ההסדרה העצמית, ואת ניצני ההסדרה הממשלתית שהחלו להופיע. מאמר אחד תיאר זאת בצורה ברורה למדי:<sup>73</sup>

"החשש מניגודי עניינים ברפואה מושרש בדאגה שמא השיקולים המקצועיים לגבי רווחתם של המטופלים יושפעו בצורה לא-נאותה מאינטרס משני – במקרה זה הרווח האישי שצומח לרופא מקשרים עם חברות התרופות."

במאמר אחר באותו גיליון טען ד"ר David Blumenthal:<sup>74</sup>

"כאשר יש פעילות גומלין בין מקצוע דגול לבין כוחות הקפיטליזם, סביר להניח שהתוצאה תהיה דרמטית... בקשר שבין הרופאים לבין חברות התרופות בולטת גדולתו וחולשתו של מקצוע הרפואה – שאיפותיו הנאצלות, מחד גיסא, ואי-יכולתו המתמשכת לממש אותן, מאידך גיסא."

הלחצים אינם זניחים. ככלות הכול, הרופאים מנפיקים מרשמים לשימוש בתרופות. על-פי אומדנים, בשנת 2003 הסתכמו עלויות השיווק של תעשיית התרופות בארצות-הברית

David M. Studdert, Michelle M. Mello & Troyen A. Brennan "Financial Conflicts of Interest in Physicians' Relationships with the Pharmaceutical Industry – Self Regulation in the Shadow of Federal Prosecution" 351 *New Eng. J. Med.* (2004) 1891

David Blumenthal "Doctors and Drug Companies" 351 *New Eng. J. Med.* (2004) 74 .1895

ב-12-15 מיליארד דולר, וכוח המכירות שלה מנה כ-90,000 איש, דהיינו, איש מכירות אחד על כל 4.7 רופאים בעלי מרפאות פרטיות. ההשפעה שיש לכך על המטופלים אינה בולטת בצורה ברורה, אך ההשפעה שיש לכך על מהימנותו של המקצוע ידועה.<sup>75</sup> אפשר ללמוד על כך מסיפורם של המדענים המועסקים במכונים הלאומיים לבריאות בארצות-הברית (National Institutes of Health), המהווים סוכנות ממשלתית (להלן: סוכנות ה-NIH). במהלך שנות התשעים דרשו מדענים בעלי-שם משכורות גבוהות, שהממשלה לא היתה מסוגלת לשלמן. בשנת 1995, כדי למשוך אליה את המדענים הללו, מיתנה הסוכנות באופן משמעותי את ההגבלות שאסרו על המדענים לשתף-פעולה עם חברות במגזר הפרטי. הותר להם לייצג לחברות במגזר הפרטי, להחזיק במניותיהן ולשבת במועצות המנהלים שלהן, כל עוד לא היו בקשר עם החברות האלה במסגרת תפקידם כעובדי ממשלה. בשנת 2003, שמונה שנים לאחר שהוגמשו הכללים, חשפה חקירה של הקונגרס מקרים חמורים של שימוש לרעה. לדוגמה, "ניסוי קליני של תרופה של אחת החברות הוכשל לכאורה זמן קצר לאחר שהחוקר האחראי למחקר קיבל דמי ייעוץ מחברה מתחרה."<sup>76</sup> בעקבות גילויים אלה החמירה סוכנות ה-NIH את ההגבלות החלות על מדעניה בכל הנוגע בקשריהם עם החברות שאת תרופותיהן הם נדרשו לבדוק. המאמר בכתב-העת *Scientific American* שהביא את הסיפור הסתיים בתובנה הבאה:<sup>77</sup>

"בסופו של דבר המדענים עצמם הם שיצטרכו להחליט בסוגיות אלה. משרות ממשלתיות לעולם לא יציעו משכורות טובות כמו משרות בחברות תרופות. כל מה שסוכנות ה-NIH יכולה לעשות זה לקבוע אמות-מידה ברורות ולאכוף אותן - ולהמשיך לקוות שעובדיה ימשיכו להעדיף את שירות הציבור על הרווח הפרטי."

המדענים היו אנשי מקצוע בשירות הציבור ונהפכו לאנשי עסקים. עליהם להחליט אם לשוב לשליחותם הקודמת או לעזוב.

כאשר נאמנים ניצבים מול ניגודי עניינים, הם עשויים לנקוט צעדים שישנו את יחסיהם עם הלקוחות ויהפכו אותם מיחסי נאמנות ליחסים חוזיים. הם יכולים לחשוף לפני הלקוחות את ניגודי העניינים, למסור ללקוחות מידע מלא, ולאפשר להם להחליט אם להשתתף בעסקות שיש בהן משום ניגוד עניינים עם האנשים האמינים עליהם. אבל מתן הסכמה לניתוח או לבחירת תרופה או לשימוש במעבדה לשם ביצוע הבדיקה הינו בעייתי יותר. תיאורטית, מטופל רשאי לסרב לרכוש את תרופותיו בבית-המרקחת של הרופא. אולם לא זו הבעיה. השאלה היא אם המטופל אכן זקוק לתרופה מלכתחילה, ואת זה המטופל אינו יכול להחליט. כל עוד הרופא אחראי לבריאותו של החולה, החולה אינו בעמדה שמאפשרת לו לפקפק בהחלטתו של הרופא או להתמקח עמו.

<sup>75</sup> *Ibid*, at p. 1888, footnote 10 שם מתוארים חששות שהביעה בהקשר זה מועצת הרופאים האמריקאית.

<sup>76</sup> David Labrador "Damage Control: A Crackdown to Prevent Conflicts of interest at the NIH" 291(5) *Scientific American* (2004) 18

<sup>77</sup> *Ibid*, at p. 19



משפט ועסקים ה, התשס"ו נפילת המחסומים שניצבו בפני שימוש לרעה באמון והולכת שולל

השגת הסכמתם של המטופלים לא סייעה רבות לרופאים. מן העלייה שנרשמה בעלויות ההתדיינות המשפטית והביטוח, ומבקשותיהם של הרופאים לקבוע תקרה לסכומים שייפסקו נגדם, ניתן ללמוד כי ההגנה על הרופאים מפני תביעות משפטיות נותרה מוגבלת.<sup>78</sup> גם השגת הסכמתם של המטופלים לא סייעה בהרבה. הגילוי מחייב רק אם הצד המסכים מבין למה הוא נותן את הסכמתו ומסוגל להעריך את המידע. חיפושם של הרופאים אחר הגנה עלול לפעול נגדם כחבר-פיפיות וליצור מעגל-קסמים אם בתי-המשפט יתחילו להחיל את חוקי הגנת הצרכן על רופאים. בעבר היו אנשי המקצוע פטורים מחוקי הגנת הצרכן. הפטור היה מבוסס על סטנדרט ההתנהגות הגבוה יותר של אנשי המקצוע. אין פלא שבתי-המשפט מתחילים לראות בלקוחות ובמטופלים צרכנים, ולתהות אם יש להחיל את החוקים העוסקים בהונאת צרכנים גם על עורכי-דין ורופאים.<sup>79</sup> בפסק-הדין בעניין *Macedo v. Dello Russo* כתב בית-המשפט לערעורים במדינת ניו-ג'רסי:<sup>80</sup>

"כאשר אנשי מקצוע עוסקים בפעילות מסחרית שנועדה למשוך את תמיכתו של הציבור, יש לבחון אותם על-פי אותם סטנדרטים של אמת ושלמות אשר מסדירים את פעילויות המכירה של כל האנשים או הישויות האחרים."

מעגל-הקסמים נמשך ועלול לסגור עליהם. קשה ואולי אף אי-אפשר לומר מה קדם למה - תביעות משפטיות או רשלנות מקצועית. קל יותר לקבוע שתדמיתם של הרופאים כאנשים אמינים מוכתמת כיום. חשוב מכך, טענתי היא כי התדמית המוכתמת צמחה בחלקה יחד עם היווצרות הרושם - הנכון או השגוי - שמטרתם של אנשי המקצוע השתנתה משירות הציבור לעסק; מ"דאגה בראש ובראשונה למטופל, ורק אחר-כך לכסף" ל"כסף מצוי בראש סולם העדיפויות, ודאגה למטופל רק במקום השני."

## 6. בסופו של דבר נשארנו עם פחות משפט ועם יותר הזדמנויות להונאה

במהלך שנות התשעים, כאשר גברו הלחצים והתרבו ההזדמנויות לרמות, הוסרו לעיתים האילוצים המשפטיים שחלו על התנהגותם של נאמנים. לדוגמה, ב-13 במרס 1997 קיבל תאגיד אנרון פטור מחוק חברת ההשקעות (Investment Company Act) משנת 1940 ומחוק חילופי סחורות (Commodity Exchange Act) משנת 1936.<sup>81</sup> בשנת 2000 שחרר

Helen Dewar "Medical Liability Curbs Blocked; Senate GOP's Bill Targeted OB-78 GYNs" *Washington Post* (25.2.2004) A04

David L. Hudson Jr. "Professional Judgment. Courts are Pondering whether Consumer Fraud Laws Apply to Lawyers and Doctors" 89 *A.B.A.J.* (2002) 14 בעניין *(Macedo v. Dello Russo, 819 A.2d 5 (N.J. 2003))*.

*Macedo v. Dello Russo, 819 A.2d 5, 9 (N.J. 2003)* 80

*In re Enron Corp.*, Investment Company Act Release No. 22,515, Feb. 14, 1997 81 (application); *In re Enron Corp.*, Investment Company Act Release No. 22,560, Mar.

הקונגרס את סחורות האנרגיה והמחצבים מתחום השיפוט של הרשות למסחר בסחורות ובחוזים עתידיים (Commodity Futures Trading Commission).<sup>82</sup> *Wall Street Journal* דיווח כי תאגיד אגרון ערך מסע שתדלנות מוצלח כדי להעביר את החקיקה הזו.<sup>83</sup> ייתכן שהמניע לשחרור מההגבלות היה העניין בביטול ההסדרה של הספקת האנרגיה וביצירת שוק חופשי של אנרגיה. ככלות הכול, חברה זו פרצה באומץ רב דרכים חדשות במסגרת ניסוי חדש ומרתק. ייתכן גם שהשחרור מההגבלות נבע בחלקו ממניעים אידיאולוגיים ומסלידה כנה לחוק. בכל מקרה, השחרור מההגבלות לא לווה באמצעי בקרה חלופיים. הסנטור Fred Thompson אמר במהלך החקירה של תאגיד אגרון: "השערוייה האמיתית כאן אינה מה לא-חוקי, אלא מה מותר."<sup>84</sup>

עודדנו חידושים ו"הפרטה" אך לא הצבנו מחסומי הגנה. אומנם, יזמים וחידושיהם אינם צריכים להיות מוגבלים בכתונת-משוגעים של כללים שלא חזו את הסביבה החדשה. חידושים עשויים להיכשל, אך אם לא נבחן אותם, לעולם לא נדע אם ייכשלו. כפי שניתח זאת Douglas Baird, "חלק גדול מכשלונה של אגרון אינו נובע מפשעים, אלא פשוט מכשלון התוכנית העסקית שלה."<sup>85</sup> עם זאת, אף שהיה צורך לשנות את הרגולציה כדי לאפשר לאגרון ליישם את תוכניתה, לא הוצבו מחסומים כדי להבטיח שהתאגיד לא יעסוק במניפולציה של השוק ובפעילויות מוכרות אחרות שפוגעות בשווקים יעילים. ככלות הכול, קווי-המדיניות אולי השתנו, אך טבע האדם נותר כשהיה. אמריקה כבר חוותה בעבר נפילות שווקים מסוג זה. ההודמנויות לרווחים לא-חוקיים התרבו, והמחסומים בפני רווחים אלה הוסרו.

## 7. איזון השווקים והחוק

השאלה הקשה אינה אם השווקים זקוקים לתמיכתו של החוק. הם זקוקים לה. הבעיה הקשה יותר היא האיזון הנכון בין החוק לבין ההסדרה העצמית של השוק. באיזו מידה ההסדרה המשפטית צריכה להתערב בשיטות השוק ובכלליו? באיזו מידה כללי החוק צריכים לאמץ את כללי השוק ולאכוף אותם? ובאיזו מידה יש להסתפק בסנקציות של השוק ולהימנע מלהחיל כללים משפטיים? בשלושים השנים האחרונות היינו עדים לתזוזות בסוגיות אלה.

13, 1997 (order granted); *Enron Corp.*, Public University Holding Co. Act Release No. 24,428, July 23, 1987 (order granted); Investment Company Act; Commodity Exchange Act, 7 U.S.C. § 1 et seq.

.Commodity Futures Modernization Act of 2000, Pub. L. No. 106-554, 114 Stat. 2763 82 Michael Schroeder & Greg Ip "Out of Reach: The Enron Debacle Spotlights Huge Void 83 .in Financial Regulation" *Wall Street Journal* (13.12.2001) A1

84 מצוטט ב-"Perspectives" *Newsweek* (4.2.2002)

Douglas Baird "Enron and the Long Shadow of Stat. 13 Eliz." *Northwestern University 85 .School of Law, Law and Economics Colloquium Series*, February 20, 2003, 1-5

משפט ועסקים ה, התשס"ו נפילת המחסומים שניצבו בפני שימוש לרעה באמון והולכת שולל

האיזון בין החוק לבין השווקים משתנה עם הזמן. סטנדרטים משפטיים ואכיפה פינו דרך לסטנדרטים של השוק ולאכיפה של המגזר הפרטי.

## פרק ו: הכלכלה לוכדת את החוק

אחד השינויים שהתרחשו בשלושים השנים האחרונות הוא העלייה בהשפעתו של ענף אחד בכלכלה על החוק. George J. Stigler טבע במאמרו את שמו של ענף זה בכלכלה: "כלכלה קיסרית".<sup>86</sup> סוג זה של כלכלה השפיע על גישתם של עורכי-דין, אנשי אקדמיה ושופטים. הוא שינה את העמדות כלפי יחסי אמון ואת ההגנה המשפטית מפני שימוש לרעה באמון והולכת שולל. הוא החליש את הריסון העצמי של אנשים "אמינים" ואת ההגבלות המשפטיות מצד הממשלה. הוא הגביר את ההגנה העצמית שכל צד אמור להפעיל כלפי האחר. הוא גם העלה את החשיבות של הסנקציות של השווקים. בקיצור, הוא דילל את ערכו של ה"אמון" והגביר את ערכו של ה"וידוא".

כאשר החוק נלכד על-ידי הכלכלה, או על-ידי דיסציפלינה אחרת כלשהי, הוא מאבד את עצמאותו, את שפתו, את נשמתו ואת תפקידו בחברה. חוק לכוד והחיפוש אחר "חוק יעיל" במובן הכלכלי עלולים לצמצם במידה ניכרת את החובות המשפטיות המוטלות על אנשים "אמינים" ולטשטש את הגבולות שחלים על הולכת שולל ועל שימוש לרעה באמון. אכן, זה מה שהתרחש בפועל.

שפת הכלכלה ושפת החוק משקפות את המיקודים, הערכים והיעדים השונים של שני התחומים. כאשר הכלכלה כוללת בתוכה את החוק, החוק משקף את המיקודים, הערכים והיעדים השונים האלה. כאשר הכלכלה כוללת בתוכה את החוק, היא גם עורכת שינויים בתרבות החוק על-ידי שינוי הנחות-הבסיס לגבי האופן שבו אנשים תופסים את החברה ואת יחסיהם זה עם זה, כמו גם לגבי האופן שבו הם תופסים את החוק. אנו יכולים לבחון תרבות קבוצתית ב"שלוש רמות: הארטיפקטים שלה, ערכיה והנחתה הבסיסית... אם לא נפענח את הדפוס של ההנחות הבסיסיות שעשויות לפעול, לא נדע כיצד לפרש את הארטיפקטים בצורה נכונה או איזו מידה של אמון לייחס לערכים המנוסחים".<sup>87</sup> ההבדלים בין ההנחות הבסיסיות והערכים של החוק ושל הכלכלה מופיעים בשפותיהן של שתי הדיסציפלינות.

הביטוי "יצירת הון" שייך לשפת הכלכלה. הצירוף "חובות, חבויות וזכויות של משקיעים ושל חברות מנפיקות" שייך לשפת החוק. כאשר כלכלנים מדברים על "יצירת הון", הם מתכוונים לגיוס הון מרוכז בשווקים. בחוק אין ביטוי כזה. החוק מדבר על "מנפיקים" – על חברות, דוגמת Google, שמנפיקות את ניירות-הערך שלהן ומוכרות

George J. Stigler "Economics – The Imperial Science?" 86 *Scand. J. Econ.* (1984) 301, 86  
311

Edgar H. Schein *Organizational Culture and Leadership* (San Francisco, 1992) 26 87

אותם למשקיעים בשוקי ניירות-הערך באמצעות סוכני בורסה דוגמת Merrill Lynch. שני התיאורים קשורים זה לזה, אך היעדים והדגשים שלהם שונים. הכלכלנים מתמקדים בכספים שהחברות מקבלות; החוק מתמקד במי משלם למי, תמורת מה ובאילו תנאים, ומשתמש במילים דוגמת "חובות, חבויות וזכויות". הכלכלנים מתעניינים פחות בסוגיות אלה, אלא אם כן הן כרוכות בעלויות.

החוק שם לו למטרה ליצור איזון הוגן בין משקיעים נותני אמון לבין הנהלת חברה "אמינה" כדי לתמוך בגיוס ההון שלהם. בעיני אנשי העסקים, חובות, חבויות וזכויותיהם של אנשים אחרים נחשבות לאילוץ שמגבילים "יצירת הון", לפחות בטווח הקצר. החוק מסייע לחברות להשיג את היעד של "יצירת הון", אותו יעד שכלכלנים ואנשי עסקים מהללים, אך גם מגביל את החופש לגייס הון וכופה עלויות על יצירת הון – פעולות שמעוררות ביקורת בקרב כלכלנים ואנשי עסקים אחרים.

הביטוי "עלויות נציג" שייך לשפת הכלכלה. הצירוף "הפרת חובות הנאמנות וניגודי עניינים" שייך לשפת החוק. הכלכלה מתמקדת בעלות של שימוש לרעה באמון והולכת שולל. החוק מתמקד במניעה של שימוש לרעה באמון והולכת שולל, ובהענשה בגינם. שתי ההתייחסויות קשורות זו לזו, אך היעדים והדגשים שלהן שונים.

הביטוי "סיכון מוסרי" שייך לשפת הכלכלה. הצירוף "שימוש לרעה ומעילה" שייך לשפת החוק. הכלכלה מסתכלת על הסיכון הטמון בהונאה. החוק רואה בהונאה עברה, ושוקל את הענישה בגינה. שתי ההתייחסויות קשורות זו לזו, אך המיקודים, הדגשים והיעדים שלהן שונים.

הכלכלה מסיימת את חקירתה בשלב של יצירת ההון, עלויות הנציג והסיכון המוסרי. יעדה הוא יצירת עושר. החוק מסיים את חקירתו בשלב ההכרזה על העברות ועל הענישה בגינן. יעדו הוא מניעת פעילויות אנטי-חברתיות, אף אם הן יוצרות עושר. שתי הגישות קשורות זו לזו אך אינן חופפות, ועשויות אפילו להתנגש זו בזו.

אם החוק ייהפך לענף בכלכלה, במקום להישאר דיסציפלינה עצמאית, הוא יאמץ את גישתו המסורתית של הכלכלן. זו הסכנה בתיאוריה. החוק יתייחס אז לעושר ולבעלות כאל הקווים המנחים העיקריים לצדק ולהוגנות, לתאוות-בצע ולחוסר אמפתיה, ולאזון הראוי בין אינטרסים אישיים לבין מחויבות לקהילה. יעדיו של החוק ישתנו. היעד העיקרי והבלתי-מותנה של החוק לא יהיה עוד מניעה של הולכת שולל ושימוש לרעה באמון וענישה חמורה בגינן. הדגש בחוק כבר לא יושם בהתנהגות לא-הוגנת או לא-חוקית. אף שהכלכלה רואה נזק בהולכת שולל ושימוש לרעה באמון, מניעתן אינה מטרתה העיקרית; העלויות הן הגורם העיקרי שמנחה אותה. המניעה היא מטרתה של החוק. אם החוק יאמץ לעצמו את מטרותיה של הכלכלה, הוא יאבד את מטרותיו הבלתי-תלויות, ומניעת הונאה תיעשה משנית ליצירת עושר.

הסכנות בתיאוריה אינן טמונות בדעותיהם של יוצריה, ואף לא ברשמים המטעים שהיא יוצרת. דעות, רשמים ורעיונות מעשירים אותנו, בין אם אנו מסכימים עמם ובין אם לאו. תיאוריה נעשית מסוכנת כאשר מיישמים אותה ומשתמשים בה לתמיכה בהתנהגות אנטי-חברתית, בשימוש לרעה באמון ובהולכת שולל.

מן הראוי שעקרונות משפטיים יביאו בחשבון עלויות, אך אין לכלוא את עקרונות החוק

משפט ועסקים ה, התשס"ו נפילת המחסומים שניצבו בפני שימוש לרעה באמון והולכת שולל

בכתונת־המשוגעים של העלות. לא את הכל אפשר למדוד במונחים של דולרים וסנטים. העולם עשיר ומורכב בהרבה. לדוגמה, טיפול רפואי כרוך בשיקולים כבדי־משקל מעבר לשיקול הכספי, כגון סדרי עדיפויות בקרב צעירים ומבוגרים, חכמים וטיפשים, יחידים וקהילות. לפיכך המשפט נבדל מן הכלכלה כבר ביסודות שעליהם הדיון מבוסס. שומה עלינו לדחות כל חוק שמבוסס אך ורק על כלכלה, שרואה את העולם כולו כשוק, שמכמת כל דבר ואשר מעצב אנשים כ"רציונליים" בהתאם למדדים אלה.

לסיום, כמה מילים לגבי עוינותם של הכלכלנים המשפטיים כלפי מעורבותה של הממשלה בפעילויות כלכליות. את ספרו משנת 1962 – *Capitalism and Freedom*<sup>88</sup> – פתח Milton Friedman בהתקפה נגד הצהרתו של הנשיא קנדי: "אל תשאלו מה ארצכם יכולה לעשות למענכם – שאלו מה אתם יכולים לעשות למען ארצכם." לדידו של Friedman, מילים אלה מרמזות על תלותיות של מי שמבקשים מהמדינה לעשות דבר־מה למענם, ועל שעבודם של האמריקאים, המוכרחים לעשות דבר־מה למען ארצם. לגבי אחרים, משמעות הצהרתו של ג'ון קנדי יכולה להיות שאנשים אינם צריכים לשאוף לנצל לטובתם את הדברים המשותפים – את המדינה – אלא דווקא לחדש את מלאי הדברים המשותפים; שאנשים אינם צריכים לנסות לקחת בצורה אנוכית מאחיהם האזרחים, אלא דווקא לתת להם בצורה לא־אנוכית. את מה שפרידמן הבין כפקודתו של שליט, אחרים יכולים להבין כקריאתו של מנהיג נבחר לפטריוטיות מרצון. מי שהריעו לג'ון קנדי לא היו עבדים, אלא אוהבי ארצם. יחד איתו הם גערו באלה ששמו להם למטרה לנצל את ארצם בצורה אנוכית. חופש מבחינתו של Friedman הוא חופש מהממשל ומפעולות שרירותיות, מחד גיסא, והעצמת יחידים, מאידך גיסא. אולם חופש זה עלול לכלול חירות ליטול את רכושם של אנשים אחרים, אלא אם כן הבעלים מונעים זאת, או חופש מהגנה ממשלתית על בעלים חלשים.

הכרוסום שחל באמון הציבור במוסדות מסוכן ביותר. דוגמה לכך ניתן לראות בגישתם של האנשים במדינות מזרח אירופה לאחר שהתנתקו מברית־המועצות וביססו את עצמאותם. אין פלא שאנשים אלה לא נתנו אמון במוסדות, ובכלל זה במשטרה ובפרלמנט. "ארבעים השנים האחרונות של שלטון לא־דמוקרטי הפחיתו מערכו ומחשיבותו של החוק, ניתצו בתפיסתם של האנשים כל קשר בין החוק לבין התנהגותן של הרשויות, וכרסמו בדמותו של החוק כמגן זכויות הפרט."<sup>89</sup> באותן ארצות נהיו האנשים שונאי סיכון, חסרי אמון, לא־סובלניים וחסרי ביטחון עצמי. נשאלת השאלה אם אובדן הכבוד לחוק יכול להוביל לתוצאות דומות גם בארצות־הברית.

88. Milton Friedman *Capitalism and Freedom* (Chicago, 1962) 1

89. Misztal, *supra* note 54, at p. 230

