

## חובת האמון הבנקאית – המודל הישראלי

רות פלאטו-שנער\*, אניבה גבע\*\*

במשך השנים התבסס עקרון האמון כתיאוריית-על בדיני הבנקאות שלנו, ומכוחו הוטלה על הבנקים חובת אמון כלפי לקוחותיהם. ניסוחה של חובת האמון כסטנדרט עמום הותיר לבתי-המשפט כר נרחב לשיקול-דעת וליישום קוואיסיטי. בתי-המשפט, שנאלצו להתמודד עם עמימותה של החובה, הציעו כלים ומצבים טיפוסיים ליישומה, אולם גבולות החובה נותרו בלתי-ברורים. עיקרון כללי של חובת אמון אינו מנחה את הבנקים כיצד לנהוג, ועלול לעורר קשיים פרשניים. כאשר לבנק יש שיקול-דעת לגבי האופן שבו עליו למלא את תפקידו, קשה לפעמים לקבוע מהי ההחלטה הראויה ומהי טובת הלקוח. קשיים אלה מתבלטים בסיטואציות של ניגוד עניינים. המאמר מציע שורה של צעדים שיסייעו בהתמודדות עם הקשיים האמורים, ביניהם תיחום גבולותיה של חובת האמון; הבלטת החובה העליונה המוטלת על הבנק לשמור על האינטרס של הלקוח ולהעדיפו על כל אינטרס אחר, ובכלל זה על האינטרס של הבנק עצמו; אך במקביל גם השלמה עם קיומם של ניגודי אינטרסים מובנים בפעילות הבנקאית והכרה מסוימת בפעולות הנגועות בניגוד עניינים.

מבוא

פרק א: מהותה של חובת האמון

פרק ב: חובת האמון הבנקאית

פרק ג: תמורות במעמדם של הבנקים והצורך במתן מענה משפטי

1. הבנק כגוף מעין-ציבורי

2. ריכוזיות וחוסר תחרות במגזר הבנקאי

3. מעמדם של הבנקים בדעת-הקהל

\* מרצה בכירה, ראש המרכז לדיני בנקאות, המכללה האקדמית נתניה. מחברת הספר דיני בנקאות – חובת האמון הבנקאית (2010).

\*\* מרצה בכירה, האוניברסיטה הפתוחה. מחברת הספר מוסר ועסקים: מקבילים נפגשים (העומד לראות אור בהוצאת המרכז לאתיקה במשכנות שאננים והאוניברסיטה הפתוחה). סדר שמותיהן של הכותבות אינו משקף את מידת תרומתן לכתיבת המאמר. הכותבות מבקשות להודות לפרופ' מאיר חת על הערותיו המועילות.

- פרק ד: ניגוד אינטרסים בפעילות הבנקאית  
 פרק ה: יכולת ההתנאה על חובת האמון הבנקאית  
 פרק ו: סיכום

## מבוא

הלכה מושרשת בדיני הבנקאות שלנו היא שהבנק חב חובת אמון ללקוחותיו.<sup>1</sup> בתי-המשפט חזרו והדגישו את כוחו הרב של הבנק אל מול הלקוח "הקטן", את האמון שהלקוח נותן בבנק ואת הסתמכותו העיוורת כמעט על עצתו של הבנק. המכשיר לריסון כוח עצום זה של הבנק ולהגנה על הלקוח נמצא בדמות הטלת חובת אמון על הבנקים. חובת האמון דורשת מהבנק לא רק לפעול בתום-לב ובזהירות מוגברת, אלא גם – ובעיקר – לפעול אך למטרה שלשמה נמסר לבנק הכוח וללא שיקולים זרים. יתרה מזו, על הבנק לפעול תוך שמירה על האינטרס של הלקוח והעדפתו על כל אינטרס אחר, ובכלל זה על האינטרס של הבנק עצמו. במשך השנים התבססה חובת האמון כתיאוריית-על בדיני הבנקאות שלנו. ניסוחה כסטנדרט עמום הותיר לבתי-המשפט כר נרחב לשיקול-דעת וליישום קוואיסיטי, והם הפעילו אותה באופן המתיישב עם תחושות-ייסוד אנושיות וחברתיות, אך מבלי לקבוע במדויק את מידתה, תוכנה והיקפה. מטרת המאמר היא לברר את טיבה של חובת האמון הבנקאית באופן המיוחד שבו התפתחה בישראל, לבחון את ההשלכות של ביסוס חובת האמון כהנחה כללית עמומה על הכרעות השופטים ועל התנהגות הבנקים, ולהתוות מתכונת מומלצת להתייחסות אתית ומשפטית לחובה זו.

**בפרק הבא נציג וננתח את מהותה של חובת האמון הן ברמה המוסרית, הן ברמה הכלכלית של פעולת השוק והן ברמה הניהולית של המוסד העסקי.** מסקנתנו תהיה שחובת האמון משקפת כללי אתיקה עסקית בסיסית, ומכאן הרציונל להחלתה על הבנק כגוף עסקי. מסקנה זו תשמש בסיס לקביעותינו בהמשך המאמר בדבר הלגיטימיות של הרחבת חובת האמון והחלתה על מכלול היחסים שבין הבנק ללקוח. בפרק ב נעמוד על מהותה של חובת האמון הבנקאית, נבחן את ההבדלים בין יישומה בשיטת המשפט האנגלו-אמריקאית לבין יישומה בשיטה הישראלית, ונציג פסקי-דין המדגימים את קשיי היישום של חובת האמון ביחסי בנק-לקוח. בפרק ג נציג את הרקע לצמיחתה של חובת האמון הבנקאית כצירוף של גורמים, כגון התפתחות התפיסה הצרכנית, התפתחות המודל של חובת האמון בתחומי המשפט השונים, והתרחבות תחומי הפעולה של הבנקים באופן שחיוק את כוחם הכלכלי ובמקביל יצר סיטואציות לא-מעטות של ניגודי אינטרסים. נבחן את התמורות המיוחדות המאפיינות את מערכת הבנקאות בישראל, על-מנת לנסות להבין מדוע חובת האמון

1 ע"א 5893/91 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' צבאה, פ"ד מח(2) 573 (1994) (להלן: עניין צבאה); ריקרדו בן-אוליאל דיני בנקאות – חלק כללי 99-102 (1996).

הבנקאית בישראל התפתחה באופן שונה ממקבילתה בשיטת המשפט האנגלו-אמריקאית. בהקשר זה נצביע על ריכוזיותה של המערכת הבנקאית, על העדר התחרות בין הבנקים, על ההכרה בבנק כגוף מעין-ציבורי ועל התערערות מעמדם של הבנקים בדעת-הקהל כגורמים להתפתחות הצורך לכסס את חובת האמון כמענה משפטי הולם לסיטואציה המיוחדת שנוצרה בישראל. בפרק ד נתמקד באיסור ניגוד העניינים, שהוא לב-ליבה של חובת האמון ועל-כן גם בסיס לקביעת גבולותיה. נבחן סוגים שונים של ניגוד עניינים, ונציע דרכים למניעתם או לחלופין להתמודדות עימם כאשר הם בלתי-נמנעים. בפרק ה נבחן את אופייה הקוגנטי של חובת האמון, ונציע לאפשר התנאה מסוימת על רכיביה השונים של החובה. הפרק האחרון מביא דברי סיכום והצעות לבחינה מחודשת של חובת האמון.

## פרק א: מהותה של חובת האמון

חובת האמון דורשת מאדם לפעול בנאמנות, ביושר ובהגינות. אך יותר מכך, בבסיסה של חובת האמון עומדת החובה להפעיל את הכוח שניתן לחב האמון מבלי לנצל לרעה. על חב האמון למלא את תפקידו אך לתכלית שלשמה נמסר לו הכוח, ללא מניעים זרים ותוך שמירה על האינטרס של הצד האחר (להלן: הזכאי).<sup>2</sup> יתרה מזו, על חב האמון להעדיף את האינטרס של הזכאי על אינטרסים אחרים, ובכלל זה על האינטרס העצמי שלו.<sup>3</sup> היטיב לתאר זאת פרופ' ברק באומרו: "לא רק שאסור לי לפגוע ולהזיק לזה שאת ענייניו אני מנהל, אלא... עלי להחניק ולדכא את האינטרס האישי שלי ולפעול כשנגד עיני האינטרס של זה שלמענו אני פועל...".<sup>4</sup> בשל החשש כי חב האמון לא יוכל לעמוד בפיתוי ויעדיף את האינטרס האישי שלו או אינטרס זר אחר על האינטרס של הזולת, חובת האמון כוללת

2 רע"א 6830/00 ברנוביץ נ' תאומים, פ"ד נו(5) 691, 701-700 (2003) (להלן: עניין ברנוביץ).

3 אהרן ברק "ניגוד אינטרסים במילוי תפקיד" משפטים י 11 (1980); עלי בוקשפן "תם ומושלם – על אמון כתיאוריית-על של דיני החוזים ועל עקרון תום-הלב כמשלים אמון, יציבות וודאות בראי פסיקתו של הנשיא שמגר" עיוני משפט כג 11, 14-16 (2000); נילי כהן התערבות ביחסים חוזיים 97 (1982). באנגליה: Bristol and West Building Society v. Mothew, [1998] Ch. 1, 18 (CA (Civ. Div.)); Arklow Investments Ltd. v. Maclean, Standard Investments Ltd. v. C.I.B.C., [1985] 1 W.L.R. 594 (P.C.) [2000]. בקנדה: 5 D.L.R. (4th) 452 (Ont. H.C.), rev'd, [1986] 22 D.L.R. (4th) 410 (Ont. C.A.), application for leave to appeal to the S.C.C. dismissed 3 February 1986, 53 O.R. (2nd) 5A (Can.) 161 (4th) D.L.R. 117 [1994] Hodgkinson v. Simms, 663; בארצות-הברית: 6B MICHE ON BANKS AND BANKING 17-18 (P.A. Ernst supervisor, 2003); 6B MICHE ON BANKS AND BANKING 6 (M.J. Divine & G.E. Legner supervisors, 2004).

4 ברק, שם, בעמ' 12.

איסור ניגוד עניינים. לחב האמון אסור להימצא במצב שבו עלול להיות ניגוד עניינים. מטרת האיסור היא למנוע את הרע בטרם יארע. אין זה מעלה ואין זה מוריד אם בפועל לא התקיים ניגוד עניינים; די בכך שקיימת אפשרות ממשית של ניגוד עניינים. זהו איסור הצופה פני עתיד.<sup>5</sup>

במסגרתם של חובת האמון ואיסור ניגוד העניינים התגבשו קטגוריות של איסורי-משנה. העיקרי מביניהם הוא האיסור להפיק רווח (למעט שכר המשתלם כדין) במהלך התפקיד או מכוח המעמד, אף שהרווח נובע מיוזמתו ומפעילותו של חב האמון.<sup>6</sup> זאת, בין אם הרווח נובע מנטילת זכותו של הזכאי ובין אם לאו, בין אם נגרם לזכאי נזק עקב כך ובין אם לאו, ואפילו אם הזכאי הפיק תועלת מהפעולה שהניבה רווח לחב האמון. העובדה שחב האמון פעל בתום-לב ושתנאי העסקה היו הוגנים מבחינת הזכאי אינה משנה דבר. באופן דומה נאסר על חב האמון לקבל תשלום או עמלה מצד שלישי;<sup>7</sup> לנצל הזדמנות שהגיעה לזכאי או לעשות שימוש במידע השייך לזכאי;<sup>8</sup> לבצע עסקות אישיות בכספים או בנכסים שעליהם הוא מופקד;<sup>9</sup> ועוד. בצד האיסורים, חובת האמון מולידה גם חובות עשה, כגון גילוי מלא לזכאי של כל הנתונים הרלוונטיים לעסקה<sup>10</sup> ושמירת סודיות.<sup>11</sup> כפי שנראה בהמשך, קיימת אפשרות מסוימת להתנות על האיסורים והחובות הנ"ל,<sup>12</sup> אולם מובן שחובת האמון מציבה רף התנהגות גבוה ביותר.

הדרישה מאדם לפעול למען האינטרס של הזולת ולבכרו על האינטרס האישי היא דרישה חמורה במיוחד. למעשה, אין במשפט הפרטי חובה המציבה רף התנהגות גבוה יותר מזה שחובת האמון מציבה. חובת האמון היא חובה מחמירה בהשוואה לחובת הזהירות. בעוד חובת הזהירות מיועדת למנוע נזק ודורשת נקיטת אמצעי זהירות סבירים בלבד ולא יותר, חובת האמון נועדה למנוע אדם מלנצל לטובתו שלו את הכוח שהופקד בידיו למען

- 
- 5 שם.
- 6 דניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך א 532-533, 557, 559 (מהדורה שנייה, 1998).
- 7 שם, בעמ' 560-565. השוו ל"ס' 440 לתזכיר חוק דיני ממונות, התשס"ו-2006 (להלן: הצעת הקודקס האזרחי החדש).
- 8 שם, בעמ' 566-570, 575.
- 9 שם, בעמ' 575-576.
- 10 דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ב 824-825 (1992), מצוטט בעניין צבאח, לעיל ה"ש 1, בעמ' 597. ראו גם דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 577-580 (1991) (להלן: פרידמן וכהן חוזים כרך א); ס' 441 להצעת הקודקס האזרחי החדש.
- 11 בן-אוליאל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 109; ס' 442 להצעת הקודקס האזרחי החדש. על חובת הסודיות הבנקאית ראו רות פלאטור-שנער "הסודיות הבנקאית לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו והשיח החוקתי החדש" (אושר לפרסום בספר לכבודו של אהרן ברק: השפעת חוקי היסוד על המשפט הפרטי, טרם פורסם); Ruth Plato-Shinar, *Bank Secrecy in Israel* — *Or its Residue*, 29 *COMPARATIVE LAW YEARBOOK OF INTERNATIONAL BUSINESS* 269 (2007).
- 12 להלן בפרק ה.

הבטחת טובתם של אחרים. לכן יכולה להיות הפרה של חובת האמון גם אם הכוח לא נוצל לרעה וגם מבלי שנגרם נזק.<sup>13</sup> חובת האמון היא חובה מחמירה גם ביחס לחובת תום-הלב. חובת תום-הלב קובעת סטנדרט מינימלי של התנהגות ראויה (*bona fides*), ואילו חובת האמון דורשת תום-לב "עליון" (*uberrima fides*).<sup>14</sup> חובת תום-הלב מבוססת על כללי משחק הוגן בין יריבים הדואגים איש-איש לאינטרס העצמי שלו. חובת האמון, לעומת זאת, אינה מבוססת על יריבות, אלא על אינטרס אחד ויחיד שבעל החובה צריך להגן עליו, הוא האינטרס של הזכאי.<sup>15</sup> בעוד חובת תום-הלב מחייבת אדם לפעול בהגינות בעת מיצוי האינטרס האישי שלו, חובת האמון דורשת ממנו לפעול בתום-לב ובהגינות לטובת עניינו של הזכאי, ולהעדיף אותו על עניינו האישי.<sup>16</sup> לנוכח זאת תוארה חובת האמון כחובה המשקפת תפיסות אלטרואיסטיות<sup>17</sup> או כ"מידת חסידות",<sup>18</sup> וזכתה בדימוי הציורי "אדם לאדם – מלאך".<sup>19</sup>

מותר להניח שהתיאורים המטפוריים של חובת האמון נועדו להבליט את ייחודה ואת חומרתה, ולא דווקא לאפיין אותה כאלטרואיזם במשמעות המקובלת של מושג זה. המשמעות המפליגה של הצגת חובת האמון כאלטרואיזם בולטת במיוחד בהקשר הבנקאי, על רקע הניגוד לכאורה שבין הגדרת הבנק כמוסד עסקי הפועל למטרות רווח לבין הדרישה שיחרוג כביכול ממידתו ויתעלם מהאינטרס הכלכלי שלו. ניגוד מדומה זה הוא שעומד לטענתנו ביסוד החשש המוגזם של אלה הנרתעים מיישום חובת האמון על הבנקים. במבט ראשון, תופעות דוגמת אלטרואיזם, שיתוף-פעולה ואמון סותרות את הפרדיגמה של תורת הכלכלה הקלאסית, המציבה את האינטרס העצמי כמניע היחיד להתנהגות בשוק. אולם חובת האמון אינה זרה בהכרח להגיונה של הפעולה העסקית. תיאורטיקנים כלכליים בני-זמננו ערערו על הזיהוי בין התנהגות רציונלית לבין השיקול האינטרסנטי, והבליטו את קיומם של מניעים לא-אינטרסנטיים בפעולת השוק ואת תרומתו של האמון לעצם האפשרות של פעולה כלכלית יעילה.<sup>20</sup> מחקרי מעבדה הראו כי במקרים רבים כללי ההוגנות

13 ע"א 610/94 בוכבינדר נ' כונס הנכסים הרשמי, פ"ד נו(4) 289, 333 (2003) (להלן: עניין בוכבינדר). ראו גם אוריאל פרוקצ'יה דיני חברות חדשים לישראל 334 (1993).

14 אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 495 (1987). ראו גם חיים כהן המשפט 902 (1996).

15 ברק, שם, בעמ' 496. הדברים יוחדו לחובת האמון של מנהל בחברה, אולם נראה כי ניתן להשתמש בהם גם לתיאור חובת האמון הבנקאית.

16 עניין בוכבינדר, לעיל ה"ש 13, בעמ' 332; בוקשפן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 14-15.

17 ברק, לעיל ה"ש 14, בעמ' 497.

18 רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 279 (1999), צוטט בעניין ברנוביץ, לעיל ה"ש 2, בעמ' 701; עניין בוכבינדר, לעיל ה"ש 13, בעמ' 333.

19 ברק, לעיל ה"ש 14, בעמ' 495; עניין בוכבינדר, לעיל ה"ש 13, בעמ' 333; עניין ברנוביץ, לעיל ה"ש 2, בעמ' 701.

20 Kenneth J. Arrow, *Social Responsibility and Economic Efficiency*, 21 PUB. POL'Y 303-317 (1973); AMARTYA K. SEN, ON ETHICS AND ECONOMICS (1987); AMARTYA K. Sen, *Does Business Ethics Make Economic Sense?* 3(1) BUS. ETHICS Q. 45-54 (1993)

חוקים משיקולי התועלת, והם המכוונים את ההתנהגות.<sup>21</sup> חוקרים מתחום תורת המשחקים תיארו מצבים שבהם אסטרטגיה המודרכת על-ידי אינטרס עצמי תוביל לתוצאות גרועות מאלה שהיה אפשר להשיג באמצעות שיתוף-פעולה על בסיס של אמון הדדי.<sup>22</sup> תפקידם של שיקולים לא-אנוכיים הובלט במיוחד במערכות של יחסי-גומלין ארוכי-טווח, שבהן מתפתחות ציפיות הדדיות היוצרות זיקת מחויבות בין הצדדים.<sup>23</sup> כל אלה מלמדים כי יצירת אמון לא רק אינה מנוגדת לטבעם של היחסים הכלכליים, אלא אף מהווה מרכיב הכרחי בבנייתם, ועל-כן אין זה מופרך להטיל חובת אמון על גופים הממלאים תפקיד מרכזי בהנעת כוחות השוק.

חובת האמון במשמעות של נכונות לקדם אינטרסים של הזולת במסגרת יחסים ארוכי-טווח נידונה בהרחבה גם בספרות הפילוסופית. יפים לענייננו דבריו של ג'ון סטיוארט מיל:

”אם אדם מעודד אדם אחר, באמצעות הבטחה מפורשת או על-ידי התנהגותו, לסמוך על-כך שהוא ימשיך לפעול באופן מסוים – לבנות ציפיות וחשובים, ולסכן כל חלק שהוא מתוכנית חייו על בסיס הנחה זו – או אז צומח מערך חדש של התחייבויות מוסריות שיש לו כלפי אדם זה, התחייבויות שאולי אפשר להעדיף עליהן אחרות, אבל לא להתעלם מהן.”<sup>24</sup>

מן האמור לעיל עולה שקביעת יחס בינרי בין פעולה בשירות האינטרס האישי לבין דאגה לאינטרס של הזולת אינה עומדת במבחן ההיגיון של פעולת השוק כמקום המפגש של ציפיות הצדדים המעורבים. המערכת הבנקאית, המהווה את עמוד-התווך של הפעילות הכלכלית במשק, מושתתת על מושגים כאמון, ביטחון, הגינות ויציבות, והעדרם מסכן את קיומה.

הצגת חובת האמון כניגודה המוחלט של התנהגות כלכלית רציונלית אינה עולה בקנה אחד גם עם התפיסה השלטת כיום בעולם העסקים בדבר אחריותו החברתית של התאגיד (corporate social responsibility). חובת האמון ביחסים עם ציבור הלקוחות אינה רק

21 דניאל כהנמן ועמיתים רציונליות, הוגנות, אושר (2005); ROBERT H. FRANK, PASSIONS WITHIN REASONS: THE STRATEGIC ROLE OF EMOTIONS (1988); RICHARD H. THALER, THE WINNER'S CURSE: PARADOXES AND ANOMALIES OF ECONOMIC LIFE (1992).

22 אבינש דיקסיט ובארי ניילבאף תורת המשחקים: מבוא לחשיבה אסטרטגית בעסקים, בפוליטיקה, במלחמה ובמשחקי החיים (מיכל אילן מתרגמת, 2006); ויליאם פאונדסטון דילמת האסיר: ג'ון פון נוימן, תורת המשחקים וחיידת הפצצה (נילי לנדסברגר מתרגמת, 2000); DAVID GAUTHIER, MORALS BY AGREEMENT (1986).

23 על ציפיותיהם של הצדדים וחובותיהם בחוזה ארוך-טווח ראו רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עזבון מילגרם נ' מרכז משען, פ"ד (ב) 145 (1998). יחסי בנק-לקוח הוכרו כחוזה יחס בע"ש (בית-הדין לחוזים אחידים בירושלים) 195/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' בנק לאומי, פס' 13 (פורסם בנבו, 10.6.2004).

24 ג'ון סטיוארט מיל על החירות 192-193 (עופר קובר מתרגם, 2006).

דרישה תיאורטית מופשטת, אלא קו מנחה בעיצוב האסטרטגיה העסקית של התאגיד הפועל בשוק החופשי. חברות רבות שוב אינן מסתפקות בפרסום דוחות פיננסיים כדרישת החוק, ומצרפות אליהם מרצונן (לפי שעה) גם דיווח על פעולותיהן בתחום האחריות החברתית. במוקד הדיווח אנו מוצאים בדרך-כלל את ה"אני מאמין" של הפירמה, שאפשר לראותו כהצהרת כוונות בדבר מחויבותה כלפי בעלי-העניין שלה. עיון בדוח אחריות חברתית 2006 של בנק לאומי, שהוא הדוח הראשון מסוגו בענף הבנקאות בארץ, מלמד על אופייה האסטרטגי של תפיסת מחויבותו של הבנק ללקוח: "אנו בלאומי סבורים, כי תפיסת השירות היא לב-לבו של ארגון שמעניק שירותים בנקאיים, ואוחזים בדעה שלפיה הלקוח מצוי במוקד העשייה. עובדי לאומי שוקדים באופן יומיומי, על חיזוק הקשר ובניית אמון הדדי עם הלקוחות, במטרה להמשיך להיות הבחירה הראשונה שלהם."<sup>25</sup> דומה כי תיאורה של חובת האמון כמידת חסידות או כדרך התנהגות של מלאכים אינו תואם את המציאות האמפירית של השוק, שכן אחריות חברתית אינה רק אילוץ המוטל מבחוץ על פעולת העסקים, אלא במידה הולכת וגוברת גם נכס אסטרטגי המקדם את השאיפה העסקית להצלחה, לתחרותיות ולרווח. נושאי הדגל של האחריות החברתית מבליטים את תרומתה החיובית להצלחת העסקים מכיוונים שונים: שיפור תדמית ומוניטין, השגת מחירים גבוהים בשוק על בסיס המוניטין, בידול ממתחרים, חיזוק הקשר והאהדה של צרכנים, הגדלת מכירות, עליית מחיר המניות בבורסה, הגברת שביעות-הרצון של עובדים, עידוד חדשנות, הגדלת פריון, הבטחת איכות טובה של שירותים, חיזוק הנאמנות של עובדים ותיקים והגברת האטרקטיביות לכוח-אדם פוטנציאלי.<sup>26</sup>

בחינת יחסי בנק-לקוח תוביל אף היא למסקנה שהפעלת חובת האמון אינה בגדר דרישה מוגזמת. הלקוח סומך על הבנק שבמסגרת הגבולות המוגדרים של תפקידו יפעל לטובת הלקוח, ויפעיל את כוחו ואת יכולותיו במיטב המקצועיות למימוש הציפיות שלשמן הפקיד הלקוח את ממונו בידי. מרכיב בלתי-נפרד של חובת האמון הוא אם כן פעילות מקצועית, המחייבת מיומנות שמעבר לשכל ישר ולרצון מכון לשרת את טובת הזכאי.<sup>27</sup> חובת האמון

25 בנק לאומי דוח אחריות חברתית 2006, 52 (2007) Report\_2006, [www.bankleumi.co.il/images/Report\\_2006.web.pdf](http://www.bankleumi.co.il/images/Report_2006.web.pdf)

26 למשל, ארגון "מעלה – עסקים מנהיגים אחריות חברתית" חבר ברשת עולמית של ארגונים מקצועיים, ביניהם BSR האמריקאי והארגונים האירופיים BITC ו-CSR, אשר שמו להם למטרה לקדם "מעורבות חברתית כמנוף להצלחה עסקית". ראו את הכותרת של מדור "מטרות וחזון" באתר "מעלה", [www.maala.org.il](http://www.maala.org.il), וכן את פירוט היתרונות העסקיים שעשויים לצמוח מפעילות חברתית אסטרטגית – במדור "שאלות ותשובות". כן ראו: Michael E. Porter & Mark R. Kramer, *Strategy & Society: The Link Between Competitive Advantage and Corporate Social Responsibility*, 84(12) HARV. BUS. REV. 78 (2006), available at [harvardbusinessonline.hbsp.harvard.edu/email/pdfs/Porter\\_Dec\\_2006.pdf](http://harvardbusinessonline.hbsp.harvard.edu/email/pdfs/Porter_Dec_2006.pdf); DAVID VOGEL, *THE MARKET FOR VIRTUE: THE POTENTIAL AND LIMITS OF CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY* (2005).

27 על החובה המקצועית ראו אסא כשר "אתיקה מקצועית" סוגיות אחריות במקצועות הייעוץ והטיפול הנפשי 15–29 (גבי שפיר, יהודית אכמון וגבריאל וייל עורכים, 2007).

נועדה להבטיח את קיום הציפיות הלגיטימיות מהבנק כגוף מקצועי, ואינה מפליגה אל מעבר להן. כך, למשל, בהיות הבנק מוסד שכוונתו רווח, איש אינו מצפה לקבל מהבנק שירותים חינם, הבנק מקבל תמורה בעבור שירותיו, ושום חובת אמון אינה מחייבת אותו ליתן שירותים שמחוץ לתנאים המוסכמים בין הצדדים.<sup>28</sup> כל שהלקוח מצפה, בגדרי הציפייה הלגיטימית שלו, הוא שהבנק ימלא את תפקידו כמוגדר בחוזה שבין הצדדים ובכפוף להוראות כל חוק. באופן דומה, הבנק אינו מחויב לכבד שקים של לקוח שאין בחשבונו

יש הקושרים גם את פרוץ המשבר הכלכלי העולמי של 2008 להפרת חובת האמון של חלק מהמוסדות הפיננסיים. טענותיהם המרכזיות הן שאותם מוסדות פיננסיים מפרי האמון ניצלו את ההקלות וההנחות שניתנו להם מידי הרגולטור לנטילת סיכונים הולכים וגדלים ולפיתוח מכשירים פיננסיים מתוחכמים, חלקם מסוכנים מאוד, שהיו בבחינת "רעל" בעורקי הגופים הפיננסיים ברחבי העולם. בכך הם סיכנו את כספי הלקוחות שהופקדו בידיהם. יש גם הקושרים את הפרת חובת האמון של חלק מהמוסדות הפיננסיים לנקיטת מדיניות אשראי חסרת אחריות. מדיניות זו תרמה לזינוק במספר הלוואים, בראש ובראשונה לזן subprime שכושר החזר שלהם קלוש או אפסי, והובילה לפקיעת הבועה של שוק הדיור, ובהמשך להתמוטטותם של המגדלים הפיננסיים העצומים שנבנו על-גב משכנתות שלא נפרעו, שוב תוך סיכון כספי הלקוחות.

מובן שהתנהגות כזו הינה התנהגות לא-מקצועית המהווה הפרת חובת הזהירות של אותם מוסדות פיננסיים. אולם אם התנהגות זו נבעה מהערכה לא-נכונה של המלווים לגבי התנהגות השוק, ואולי אף מזלוזל בבדיקת כושר החזר של הלווה, אבל לא מהעלמת ידע מהותי מהלווה שהיה נחוץ לו לשם קבלת החלטה שקולה, כי-או שאלה היא אם יש כאן הפרה של חובת האמון במובנה המובהק.

לעומת זאת, נדמה כי יש מקום להכיר בהפרת חובת אמון במקרים שבהם בנקים פיתו לוויים בעלי דירוגי אשראי בעייתיים ליטול הלוואות משכנתה, מבלי להסביר להם את מהות ההלוואה ואת מהות הסיכון שנטלו על עצמם, ומבלי לוודא כי תנאי ההלוואה מותאמים ליכולת הפירעון שלהם. הדבר בלט במיוחד לגבי הלוואות בריבית משתנה (ARM), שהתעדכנה כלפי מעלה לאחר נטילת ההלוואה. התוצאה הייתה שבמקרים רבים החלו לזן ה-subprime לפגור בתשלומים זמן קצר לאחר נטילת המשכנתה או מייד לאחר שהריבית התייקרה, ולפעמים אף נטשו את הנכס מבלי ששילמו ולו תשלום אחד.

ראו: Jan Kregel, *Changes in the U.S. Financial System and the Subprime Crisis* (Levy Economics Institute Working Paper No. 530, 2008), available at [www.ssrn.com/abstracts=1123937](http://www.ssrn.com/abstracts=1123937); Barrie L. Brejcha & Kimberly S. Richmond, *The Subprime Crisis: Investigating and Defending Disputes*, SECURITIES LITIGATION J. (Winter 2008), available at [www.glass-consulting.com/library/brejchareprint.pdf](http://www.glass-consulting.com/library/brejchareprint.pdf).

28 לאחרונה אומנם החליט בנק ישראל להתערב ולבטל חלק מהעמלות, אך עדיין מוכרת זכותו של הבנק לגבות עמלות בעבור שירותיו ולקבוע את שיעוריהן. ראו חוק הבנקאות (שירות ללקוח) (תיקון 10), התשס"ז-2007, ס"ח 376, אשר הוסיף לחוק את פרק 22 בנושא "פיקוח על עמלות". עוד על נושא העמלות ראו להלן בפרק ג.



כיסוי להם<sup>29</sup> או להעמיד ללקוח אשראי ללא קבלת בטחונות מספיקים,<sup>30</sup> ושום חובת אמון אינה מחייבת את הבנק לעשות כן. כאשר לקוח אינו יכול לפרוע את חובו לבנק, הבנק זכאי לממש את הנכסים ששועבדו להבטחת החוב, ואין בכוחה של חובת האמון למנוע זאת.<sup>31</sup> הבנק, אף שמוטלת עליו חובת אמון, אינו צריך לגלות ללקוח שאימוי עזיבה יכולים לסייע בידו להשיג תנאים משופרים. הבנק, אף שמוטלת עליו חובת אמון, אינו חייב לגלות ללקוח שהריבית במשק ירדה וכעת כדאי לו "למחור" הלוואת משכנתה שקיבל מהבנק בעבר. היא עלינו לבחון אפוא באילו מצבים יתקיים ניגוד אינטרסים בין הבנק ללקוח, ובזיקה אליהם לדון במשמעותה של חובת האמון הבנקאית. נושא זה יעמוד במרכזו של פרק ד.

בדיני הבנקאות הישראלים התבססה חובת האמון כתיאוריית על. בתי המשפט החלו להשתמש בה יותר ויותר, בהקשרים שונים, כמכשיר לריסון כוחם של הבנקים. תהליך זה הושפע במידה רבה מהתפתחויות שהתרחשו במעמדן של הבנקים בישראל ובשיטה הכלכלית הנוהגת. בפרק הבא נבחן התפתחויות אלה, כרקע כללי לדיון בחובת האמון החלה ביחסי בנק-לקוח.

## פרק ב: חובת האמון הבנקאית

חובת האמון הבנקאית המוטלת על הבנקים בישראל היא פרי הפסיקה. אין כיום חיקוק המטיל על הבנק חובת אמון כללית כלפי לקוחותיו. הבנק אינו נאמן של הלקוח, ולכן אינו כפוף לחובת האמון שבחוק הנאמנות.<sup>32</sup> בפעולות שבהן הבנק פועל כשלוח של הלקוח,

29 השוו רע"א 9374/04 אי אנד ג'י מערכות מתקדמות למורה נהיגה בע"מ נ' בנק לאומי, פס' 6 (ג) (פורסם בנבו, 11.11.2004).

30 השוו ע"א 6505/97 בוני התיכון בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ, פ"ד נג(1) 577, 592 (1999), שם נפסק כי הבנק אינו חייב להעניק אשראי ללקוח או לחדשו, כל עוד הבנק אינו מפר הסכמים בינו לבין הלקוח; ת"א (מחוזי ת"א) 2982/99 חברת רהיטי נתיב בע"מ נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, פס' 17, 19 (פורסם בנבו, 21.11.2002), שם נפסק, לגבי עסקת אשראי דוקומנטרי, כי הבנק רשאי לסרב לשחרר דוקומנטים אם משמעותה המיידית של פעולה זו היא חשיפת הבנק להתחייבות שאינה מכוסה בבטחונות; ת"א (שלום ת"א) 26339/99 כהן נ' בנק המזרחי, פס' 6 (פורסם בנבו, 1.10.2002), שם נפסק כי חובת האמון אינה מטילה על הבנק חובה לפעול תוך הזנחה מוחלטת של האינטרס של הבנק עצמו.

31 בכפוף לחריגים, כגון הגנה על בית המגורים לפי ס' 38 לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967, ס"ח 507, וס' 33 לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], התשל"ב-1972, ס"ח 668.

32 בן-אוליאל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 100; מיכל רובינשטיין ובוועז אוקון "הבנק כסוכנות חברתית" ספר שמגר: מאמרים חלק ג 819, 831 (טובה אולשטיין ויובל שני עורכים, 2003). השוו משה בייסקי "יחסי אמון בין בנק ללקוח" ספר לנדוי חלק שני 1095, 1099-1100 (1995).

תחול על הבנק חובת האמון הכלולה בסעיף 8 לחוק השליחות, תשכ"ה-1965.<sup>33</sup> כאשר הבנק נותן ייעוץ להשקעות או עוסק בשיווק השקעות, הוא כפוף לחובת האמון שבסעיף 11 לחוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות, בשיווק השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה-1995.<sup>34</sup> בעקבות רפורמת בכר וחקיקת חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (עיסוק בייעוץ פנסיוני ובשיווק פנסיוני), התשס"ה-2005,<sup>35</sup> בנק שיעסוק בייעוץ פנסיוני או בשיווק מוצרים פנסיוניים יהיה כפוף לחובת האמון הכלולה בסעיף 15 לחוק האמור. אך מעבר לעניינים מצומצמים אלה – דהיינו, בכל שאר תחומי הפעילות הבנקאית – לא מוטלת על הבנק חובת אמון סטטוטורית כלפי הלקוח, והכללים החלים בנושא הם כללי הפסיקה. למעשה, חובת האמון הבנקאית אינה רעיון מקורי של בתי-המשפט שלנו, אלא דוקטרינה שנשאבה מהדין האנגלי.<sup>36</sup> אולם למרות התוכן הזה של החובה בשתי שיטות המשפט,<sup>37</sup> אופן יישומה הלכה למעשה על-ידי בתי-המשפט הישראליים שונה מאופן יישומה בדין האנגלו-אמריקאי. כתוצאה מכך הלכה חובת האמון הבנקאית הישראלית והתרחקה עם השנים מבבואתה האנגלו-אמריקאית,<sup>38</sup> כמוסבר להלן.

על-פי הדין האנגלו-אמריקאי, יחסי בנק-לקוח אינם יחסי אמון, ולכן, ככלל, לא מוטלת על הבנק חובת אמון כלפי הלקוח, למעט חריגים.<sup>39</sup> בתי-המשפט האנגליים הסבירו כי עיקרה של חובת האמון הוא החיוב לפעול אך למטרה שלשמה נמסר לבנק הכוח, ללא שיקולים זרים ותוך שמירה על האינטרס של הלקוח. אך הבנק אינו מוסד צדקה, הוא מנהל את עסקיו ומספק שירותים על-מנת למקסם את רווחיו, ועל-כן אין לדרוש ממנו להעדיף

33 ס"ח 462 (להלן: חוק השליחות).

34 ס"ח 1539 (להלן: חוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות).

35 ס"ח 2024 (להלן: חוק העיסוק בייעוץ פנסיוני).

36 ע"א 1/75 בנק ישראלי למשכנתאות בע"מ נ' הרשקו, פ"ד כט(2) 208 (1975) (להלן: עניין הרשקו).

37 לגבי תוכנה הוזה של החובה ראו את המקורות המופיעים לעיל בה"ש 3.

38 לביקורת על הגישה האנגלו-קנדית ראו: Ruth Plato-Shinar, *The Bank's Fiduciary Duty: A Canadian-Israeli Comparison*, 21 B.F. L. Rev. 1 (2006).

39 באנגליה: Jason Chuah, *General Aspects of Lender Liability under English Law*, in BANKS, LIABILITY AND RISK 40 (William Blair ed., 2001); E.P. ELLINGER, EVA LOMNICKA & RICHARD HOOLEY, *MODERN BANKING LAW* 127-130 (2006); JOAN WADSLEY & GRAHAM PENN, *THE LAW RELATING TO DOMESTIC BANKING* 107 (2nd ed. 2000). בארצות-הברית: Joseph Jude Norton, *Lender Liability in the United States: A More Balanced Playing Field*, in BANKS, LIABILITY AND RISK 349, 376, 411 (William Blair ed., 2001); 5A M.H. MICHE, *ON BANKS AND BANKING* 18-19 (P.A. Ernst supervisor, 2003). M.H. OGILVIE, *CANADIAN BANKING LAW* 458 (2nd ed. 1998); M.H. Ogilvie, *Canadian Bank Lender Liability: Semper Caveat Lendor*, in BANKS, LIABILITY AND RISK 279 (William Blair ed., 2001); Toronto Dominion Bank v. Forsythe, [2000] 47 O.R. (3d) 321, 327 (O.A.C).

את האינטרס של הלקוח על האינטרס האישי שלו.<sup>40</sup> עם זאת, בתי-המשפט האנגליים מוכנים להכיר בחובת אמון בנקאית בנסיבות מיוחדות – למשל, כאשר יש יחסי קרבה מיוחדים בין הצדדים, הסתמכות מיוחדת של הלקוח על הבנק, יחסי תלות של הלקוח בבנק, נחיתות מיוחדת של הלקוח, התיימרות של הבנק לפעול לטובת הלקוח וכולי.<sup>41</sup> הקטגוריה העיקרית של מקרים שבהם הוכרו יחסי אמון על-סמך נסיבות כאמור היא כאשר הבנק העניק ללקוח ייעוץ השקעות או ייעוץ פיננסי.<sup>42</sup> לאחרונה, במסגרת התפתחות הדוקטרינה של אחריות מלווה (lender liability), ניתן למצוא, בעיקר בארצות-הברית, פסקי-דין המכירים בחובת אמון של המלווה כלפי הלווה בהתקיים נסיבות מיוחדות, כגון יחסים קרובים של הצדדים לפני מתן ההלוואה, התנהגות של המלווה (לפני מתן ההלוואה) שיצרה ציפיות סבירות מצד הלווה, שליטה מופרזת של המלווה בעסקי הלווה או ייעוץ של המלווה שעליו הסתמך

40 National Westminster Bank Plc. v. Morgan, ELLINGER, LOMNICKA & HOOLEY שם; 40 All E.R. 85, rev'd, [1985] A.C. 686, [1983] 3 All E.R. 85.

41 באנגליה: National Westminster Bank Plc v. Thompson, [1997] 4 All E.R. 816; Lloyds Bank Ltd. v. Bundy, [1975] Q.B. 689; Bank Plc. v. Morgan, [1975] Q.B. 326, 339–341, 347; Woods v. Martins Bank, [1959] 1 Q.B. 55, 72; Barclays Bank Plc v. O'Brien, [1994] 1 A.C. 180, 189; ELLINGER, LOMNICKA & HOOLEY, וכך; Ogilvie, [1994] 1 A.C. 128, 130–131, 137; לעיל ה"ש 39, בעמ' 128, 130–131, 137; לעיל ה"ש 39, בעמ' 464, 474; לעיל ה"ש 39, בעמ' 39, בעמ' 376. בקנדה: Vita Health Co. (1985) Ltd. v. Toronto Dominion Bank, [1995] 118 D.L.R. (4th) 289 (Man. Ct. App.); Bertolo v. Bank of Montreal, [1986] 57 O.R. (2nd) 577 (Ont. Ct. App.); Hayward v. Bank of N.S., [1984] 7 D.L.R. (4th) 135 (Ont. High Ct.), aff'd, [1985] 19 D.L.R. (4th) 758 (Ont. App. Ct.). השוו את פסקי-הדין של שתי הערכאות השונות בנקודה זו. Ogilvie, [1994] 1 A.C. 128, 130–131, 137; לעיל ה"ש 39, בעמ' 474.

42 באנגליה: ELLINGER, LOMNICKA & HOOLEY, לעיל ה"ש 39; Woods v. Martins Bank, [1959] 1 Q.B. 55, 72; Ogilvie, [1994] 1 A.C. 128, 130–131, 137; לעיל ה"ש 39, בעמ' 466–459; וראו בעיקר את פסקי-הדין Standard Investment v. Bank of Montreal, [2004] 69 O.R. (3rd) 295; Scaravelli v. C.I.B.C., [1985] 19 D.L.R. (4th) 758; לעיל ה"ש 3; Bradelly Crawford, Bankers' Fiduciary Duties and Negligence, Ltd. v. C.I.B.C., [1985] 19 D.L.R. (4th) 758; Jacob S. Ziegel, Bankers' Fiduciary Obligation and Chinese Walls: A Further Comment on Standard v. C.I.B.C., 12 CAN. BUS. L.J. 211 (1986); John C. Marshall, The Relationship Between Bank and Customer: Fiduciary Duties and Confidentiality, 1 B.F. L. REV. 33 (1986); Hodgkinson v. Simms, [1982] 1 B.F. L. REV. 33; M.H. Ogilvie, Fiduciary Obligations in Canada: From Concept to Principle, J. BUS. L. 638 (1995); John D. McCamus, Prometheus Unbound: Fiduciary Obligation in the Supreme Court of Canada, 28 CAN. BUS. L.J. 107 (1997); M.H. Ogilvie, Judicial Intuition and Scaravelli v. Bank of Montreal, 21 B.F. L. REV. 89 (2005); Klein v. First Edina National Bank, 196 N.W.2D 619, 623 (Minn. 1972).

הלווה.<sup>43</sup> בכל מקרה, הפסיקה האנגלו-אמריקאית חוזרת ומדגישה כי השיקול הקובע לעניין ההכרה בקיומה של חובת האמון הוא אותן נסיבות מיוחדות כמפורט לעיל, ובעיקר העובדה שהלקוח שם את מבטחו בבנק והסתמך עליו.

בתי-המשפט בישראל, לעומת זאת, הטילו חובת אמון רחבה על הבנק לגבי כל הפעולות, השירותים והעסקות שהוא עושה בעבור הלקוח. תפיסתם של בתי-המשפט היא שחובת האמון נולדת מעצם יחסי בנק-לקוח. מערכת היחסים בין הצדדים היא המטילה מעצם הגדרתה את חובת האמון, ולא הפעולה הספציפית שהבנק מתבקש לעשות. בתי-המשפט הישראליים פסקו כי לבנק יש כוח ושליטה על ענייני הלקוח ורכושו הפיננסי, ולפיכך היחסים בין הבנק ללקוח הם יחסי תלות של הלקוח בבנק. הלקוח תלוי בבנק הן במתן הייעוץ, הן במתן השירות עצמו והן בקביעת ההסדר המשפטי שחל עליו. במתן השירות הלקוח מצפה כי הבנק ינהג ברמה גבוהה של מקצועיות, אחריות ותום-לב. יותר מכך, הלקוחות נוהגים לתת אמון מיוחד בבנק, ובמקרים רבים הם אינם נדרשים לחוות-דעת נוספת לפני שהם נוהגים על-פי עצתו.<sup>44</sup>

לנוכח כל זאת הוטלה על הבנקים חובת אמון גורפת כלפי לקוחותיהם. ראשית, החובה חלה בנוגע לכל הפעולות והעסקות שהבנק מבצע. שנית, החובה חלה כלפי כל לקוח, היא זה אדם פרטי או תאגיד. החובה חלה גם כאשר הלקוח הוא לקוח עסקי אשר מצוי היטב בעולם העסקים והפיננסים ומכלכל את צעדיו בעצמו,<sup>45</sup> וגם כאשר הלקוח מלווה על-ידי עורך-דין המייצג לו.<sup>46</sup> שלישיית, הלקוח אינו נדרש להוכיח הסתמכות על ייעוץ שקיבל מהבנק או קיומן של נסיבות מיוחדות, כגון תלות מיוחדת, יחסי קרבה וכולי. השיטה הישראלית תופסת את יחסי הבנק והלקוח כטומנים בחובם תמיד הסתמכות של הלקוח ונסיבות מיוחדות כאמור, ולכן הלקוח אינו צריך להוכיח דבר על-מנת לחסות בצבילה של חובת האמון הבנקאית.

ההבדל בין שתי שיטות המשפט - האנגלו-אמריקאית והישראלית - אינו הבדל

43 בארצות-הברית: Norton, לעיל ה"ש 39, בעמ' 377 ופסקי-הדין שם. באוסטרליה:

Commonwealth Trading Bank of Australia v. Smith (1991) 102 Aust. L. Rep. 453.

44 ראו, למשל, עניין צבאח, לעיל ה"ש 1, בעמ' 585, 591-592, 595; ע"פ 122/84 מנצור נ'

מ"י, פ"ד לח(4) 94, 101 (1984); עניין הרשקו, לעיל ה"ש 36, בעמ' 211; ע"א 7424/96

בנק המזרחי בע"מ נ' חברת אליהו גרציאני (1988) בע"מ, פ"ד נד(2) 145, 161-162 (2000)

(להלן: עניין גרציאני); בן-אוליאל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 102-105; בייסקי, לעיל ה"ש 32,

בעמ' 1096-1097; אריאל פורת "אחריותם של בנקים בגין רשלנות: התפתחויות אחרונות"

ספר השנה של המשפט תשנ"ב-תשנ"ג 324 (אריאל רוזן-צבי עורך, 1994).

45 עניין גרציאני, שם, בעמ' 161.

46 עניין הרשקו, לעיל ה"ש 36, בעמ' 211. השוו למקרה שבו שטרי משכנתה נחתמו לפני רשם

המקרקעין, ובית-המשפט פסק כי העדר הסבר נוסף מצד הבנק מהווה הפרה של חובת האמון

- ה"פ (ת"א) 1086/01 כהן נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ (פורסם בנבו, 21.6.2004). בעבר

הייתה הגישה שונה - ראו ת"א (ת"א) 1480/91 אפרתי נ' בנק לאומי לישראל (פורסם בנבו,

18.4.1993), שם נפסק לגבי מסמכי משכנתה שנחתמו לפני עורך-דין חיצוני, ולא בבנק

עצמו, שלא הייתה לבנק כל חובה להסביר ללקוחה את מהות העסקה.

תיאורטי בלבד, אלא בא לידי ביטוי מעשי בקשת רחבה של מקרים. ניתן להצביע על פסקי-דין ישראליים רבים שבהם התקבלה תביעת הלקוח נגד הבנק בהתבסס על הקביעה כי הבנק הפר את חובת האמון המוטלת עליו. תביעות אלה, אילו נידונו על-פי הדין האנגלו-אמריקאי, היו נדחות בשל אי-הכרה בקיומה של חובת אמון בנקאית.

דוגמה לכך הוא פסק-הדין בעניין הרשקו.<sup>47</sup> בפרשה זו קיבל לקוח הלוואה מהבנק במסגרת עסקה פיננסית מורכבת. הלקוח לא קיבל הסבר מספיק באשר למהות העסקה, והבנק לא הסביר לו מהו ההפסד שייגרם לו כתוצאה מביצוע העסקה בדרך שהוצעה ללקוח. בית-המשפט קבע כי הבנק הפר את חובת האמון המוטלת עליו בכך שלא סיפק ללקוח את מלוא ההסבר הנדרש. זאת, אף שהלקוח הראה את מסמכי העסקה לעורך-דינו וקיבל ממנו ייעוץ עצמאי. על-פי הדין האנגלו-אמריקאי, ספק אם הלקוח היה זוכה בתביעתו, שכן במקרה הרגיל, לקוח שהסתמך על ייעוץ של עורך-דין או רואה-חשבון לא ייחשב כמי שהסתמך על הייעוץ הבנקאי, וללא הסתמכות כזו לא יוכרו בדרך-כלל יחסי אמון.<sup>48</sup>

בפרשת תורג'מן נגד בנק לאומי<sup>49</sup> דובר בזיכוי ממס הכנסה שהגיע לסניף הבנק בעבור בני-הזוג תורג'מן. בעבר היה לבני-הזוג חשבון משותף בסניף, אולם החשבון נסגר, ובסניף היה חשבון על שם הבעל לבדו, שהיה ביתרת חובה. הבנק הפקיד את הזיכוי לזכות חשבון הבעל. האישה תבעה את הבנק, בין היתר בגין הפרת חובת האמון כלפיה. בית-המשפט קיבל את התביעה ופסק כי חובת האמון כלפי הלקוח ממשיכה גם לאחר סגירת החשבון. לכן הבנק חב אמון לאישה גם לאחר סגירת החשבון המשותף, והיה אסור לו להפקיד את הזיכוי בחשבון נפרד של בעלה ללא הסכמתה. על-פי הדין האנגלו-אמריקאי, לעומת זאת, התביעה על בסיס חובת האמון הייתה נדחית. ראינו שיחסי בנק-לקוח כשלעצמם אינם מקימים חובת אמון; ואפילו קמה חובת אמון, עם סגירת החשבון מסתיימים על-פי הדין האנגלי יחסי בנק-לקוח, ועל הבנק לא מוטלת כל חובה כלפי הלקוח, למעט חובת הסודיות.<sup>50</sup>

בפרשת פביאן נ' הבנק הבינלאומי<sup>51</sup> פסק בית-משפט השלום כי התנהגות בקוצר-רוח ודיבור בסגנון בוטה ועוין כלפי לקוח אינם עולים בקנה אחד עם יחסי האמון המיוחדים

47 לעיל ה"ש 36.

48 על-פי הדין האנגלי, אם הבנק הציג ללקוח לפנות לקבלת ייעוץ עצמאי, די בכך לפטור את הבנק מאחריות ולהגן עליו, בעיקר מפני העילה של השפעה לא-הוגנת. ראו: Lloyds Bank Ltd. v. Bundy, לעיל ה"ש 41; Woods v. Martins Bank, לעיל ה"ש 41; Commonwealth Trading Bank of Montreal, לעיל ה"ש 42, בעמ' 305; Bank of Australia v. Smith, לעיל ה"ש 43.

49 ת"א (דימונה) 1099/99 תורג'מן נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פס' 6 (פורסם בנבו, 26.11.2000) (להלן: עניין תורג'מן).

50 James M. Holden, *The Law and Practice of Banking, in 1 BANKER AND CUSTOMER* 120 (5th ed. 1990).

51 ת"א (שלום ראש"צ) 4166/04 השכל פביאן נ' בנק הבינלאומי סניף תל אביב ראש (פורסם בנבו, 12.2.2006) (להלן: עניין פביאן).

שבין הצדדים, ולנוכח זאת פסק ללקוחה פיצויים בסך 10,000 ש"ח בגין עוגמת-הנפש שנגרמה לה. באנגליה הייתה תביעה כזו נדחית, כמובן.

שלוש הדוגמות הללו לא רק מראות את ההבדל בין שתי שיטות המשפט בכל הנוגע בהכרה בחובת האמון, אלא גם יוצרות את הרושם שבת-המשפט הישראליים הפכו את חובת האמון למעין "עילת-סל" כללית שאפשר להשתמש בה כל אימת שהבנק מפר את נורמת ההתנהגות המוטלת עליו, וזאת אף כאשר קיימות עילות תביעה ספציפיות מתאימות יותר. כך, בעניין הרשקו היה אפשר לקבל את התביעה בהתבסס על עילות משפטיות אחרות שהיו קיימות באותה עת, כגון איסור הטעיה (סעיף 15 לחוק החוזים), חוסר תום-לב במשא-ומתן (סעיף 12 לחוק החוזים) או הפרת חובת הזהירות; בעניין תורג'מן התקבלה התביעה גם על-סמך העילה של הפרת חובת הזהירות; ובעניין פביאן התקבלה התביעה גם על-סמך העילה של הפרת חובת תום-הלב.

אכן, חובת האמון, המחייבת את הבנק להגן על האינטרס של הלקוח, מצמיחה לכאורה עילת תביעה כל אימת שהבנק מפר את סטנדרט ההתנהגות הראוי. אולם ספק אם זה אכן היישום הראוי של הדוקטרינה. לטעמנו, חובת האמון מיוחדת במינה, ולשם אפיונה יש להימנע מלשלב במשבצות קיימות של אחריות חוזית או נזיקית. ראוי לצמצם את השימוש בה למקרים אשר להם היא יועדה בכסיסה: הפרת החובה לפעול בצורה מקצועית לקידום טובת הזכאי, ולא לקידומן של מטרות אחרות; והפרת החובה להימנע משימוש בתפקיד, בסמכויות או במידע פנים באופן הפוגע במודע באינטרס של הזכאי, בין במטרה לקדם את האינטרס העצמי, בין מתוך יחס של אדישות כלפי טובת הזכאי ובין מכל סיבה אחרת.

מהלכים שונים של הבנקים מוכיחים כי הם ניצלו את כוח השפעתם כעמודי-התווך של הכלכלה הישראלית כדי להגדיל את רווחיהם, בעיקר על-חשבון המגזר הקמעוני, הנתפס כחלש יותר מבחינת כוח המיקוח שלו מול הבנק. ממסקנותיה של ועדת החקירה הפרלמנטרית לעניין עמלות הבנקים עולה כי הבנקים השתמשו בכוח השוק שלהם כדי לגבות עמלות גבוהות יחסית ופערי ריבית גבוהים ממשקי-הבית ומעסקים קטנים.<sup>52</sup> לעומת זאת, יכולתם של הבנקים לנצל את כוח השוק שלהם כלפי העסקים הגדולים במגזר העסקי מוגבלת, הן בשל כוחם הנגדי של העסקים הגדולים והן עקב קיומו של שוק הון חוץ-בנקאי.<sup>53</sup> "אפשר לומר", קבעה הוועדה, "כי משקי הבית בישראל משלמים 'עמלת חוסר תחרות' ברכישת שירותים בנקאיים".<sup>54</sup> ריבוי העמלות בגין שירותים פיננסיים ותפעוליים,<sup>55</sup> מורכבותם של תעריפוני העמלות של הבנקים והקושי בחישוב סכום העמלה כאשר זה אינו קבוע אלא נגזר מפרמטרים שונים – מקשים על הצרכנים לחשב את העלות האפקטיבית של השירותים

52 מדינת ישראל ועדת החקירה הפרלמנטרית בעניין עמלות הבנקים – דין-וחשבון מסכם (2007) [www.knesset.gov.il/committees/heb/docs/bank\\_inq.pdf](http://www.knesset.gov.il/committees/heb/docs/bank_inq.pdf) (להלן: דוח הוועדה לבדיקת עמלות הבנקים). ראו בפרט את הסיכום של מסקנות הוועדה בעמ' 9, ס' ט, וכן את הדיון בעמ' 18-20.

53 שם, בעמ' 20.

54 שם, בעמ' 8.

55 עד לרפורמה ביולי 2008 היו בנקים שגבו כ-300 עמלות, ומקצתם גבו אף יותר. ראו שם, בעמ' 32.

הבנקאיים. נוסף על כך, השוואת מחירי העמלות שהבנקים השונים גובים ממשקי-הבית ומהעסקים הקטנים מלמדת לא אחת על דמיון רב ביותר, לעיתים עד כדי זהות של ממש במחירים.<sup>56</sup> כל עוד עמלות הבנקים נעות בטווח מחירים צר, יש בהתנהלות זו כדי למנוע כמעט כל תמריץ כלכלי ללקוח לעבור מבנק אחד לאחר. שילוב הבעיות בתחום יוצר מציאות שבה הצרכן אינו רגיש לעלותם של השירותים הבנקאיים, ולא משום שהוא אדיש למחיר; נהפוך הוא, זהו הגורם המרכזי לאי-שביעות רצונו מהבנקים.<sup>57</sup> בהעדר חלופה של ממש, הצרכן נהפך ל"לקוח שבוי" במערכת,<sup>58</sup> ולמעשה, גם אם ידע את מחירי השירותים בבנקים השונים, לא יהיה בכך כדי לשפר את מצבו.

לכאורה, מתבקשת אם כן החלת חובת האמון על הבנקים גם בתחום של גביית העמלות וקביעת שיעורי הריביות. אולם הוראה כזאת עלולה להוביל לתוצאות אבסורדיות, עד כדי שיתוק יכולתו של הבנק לפעול כמוסד מסחרי המספק שירותים תמורת רווח. הפתרון בתחומים אלה, כפי שעולה מדיוני הכנסת בהצעת חוק הבנקאות (שירות ללקוח) (תיקון מס' 12), התשס"ז-2007,<sup>59</sup> אינו הטלת חובת אמון בתחום העמלות, אלא דווקא היפוכה הגמור, קרי, הטלת פיקוח על תעריפי העמלות, שמשמעו אי-אמון בנכונותם של הבנקים לפעול על-פי דרישותיה של חובת האמון. צעד בכיוון זה אכן נעשה בשנת 2007 באמצעות תיקון חוק הבנקאות (שירות ללקוח), שהסמיך את המפקח על הבנקים לפקח על העמלות הבנקאיות הנגבות ממשקי-הבית ומהעסקים הקטנים.<sup>60</sup> יש לציין כי אילו רצה המחוקק להטיל חובת אמון על הבנקים גם בתחום זה, היה אפשר להעמידה במבחן אובייקטיבי – כגון מידת הדמיון בין "עמלות חוסר התחרות" לבין עמלות הנקבעות בשוק תחרותי מול יריבים שווי-כוח – אשר כישלון בו (פער גדול בדוגמה לעיל) מלמד על הפרת חובת האמון.

כלל, בבואנו לבחון את מסגרתה של חובת האמון הבנקאית, עלינו להבחין בין שני מישורים של יחסי בנק-לקוח: חיצוני ופנימי. במישור החיצוני – הוא המישור שבו נקבעים מחירי השירותים, קרי, העמלות ושיעורי הריביות – שוררים בין הבנק ללקוח יחסי יריבות, אשר מנוגדים מעצם הגדרתם לחובת האמון. אלה יחסים חוזיים המבוססים על הסכם חליפין:

56 הבנקים מחויבים לפרסם את תעריפוני העמלות שלהם באתרי האינטרנט שלהם. לגבי העמלות הנגבות מלקוחות יחידים ומעסקים קטנים ראו כללי הבנקאות (שירות ללקוח) (עמלות), תשס"ח-2008, ס' 4(ב). לגבי העמלות הנגבות מתאגידים שאינם עסק קטן ראו כללי הבנקאות (שירות ללקוח) (גילוי נאות ומסירת מסמכים), התשנ"ב-1992, ס' 26. באתר של בנק ישראל מצויים קישורים לאתרים של הבנקים השונים וכן טבלות השוואה: [www.bankisrael.gov.il/deptdata/pikuah/amalot/taarifim.htm](http://www.bankisrael.gov.il/deptdata/pikuah/amalot/taarifim.htm)

57 מכון המחקר אמון הציבור דוח אמון הציבור בעניין הוצאות משקי הבית על השירותים הבנקאיים ובכללם על עמלות הבנקים 5 (2006) [www.emun.org.il/ptrust/pdf/householdbankfees.pdf](http://www.emun.org.il/ptrust/pdf/householdbankfees.pdf)

58 דוח הוועדה לבדיקת עמלות הבנקים, לעיל ה"ש 52, בעמ' 16.

59 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 134 של הכנסת ה-17 (26.6.2007) [www.knesset.gov.il/plenum/data/03841507.doc](http://www.knesset.gov.il/plenum/data/03841507.doc)

60 חוק הבנקאות (שירות ללקוח) (תיקון מס' 12), התשס"ז-2007, ס"ח 376.

הבנק מציע את שירותיו תמורת תשלום, ורשאי להשתמש בו כעולה על רוחו. התשלום שייך לו.<sup>61</sup> בשוק תחרותי כוחות ההיצע והביקוש של השוק פועלים לוויסות המחירים, אך מקום שהשוק אינו תחרותי – וזה המצב בשוק הבנקאות הישראלי – הדרך להגן על הלקוח בתחום מחירי השירותים היא באמצעות הסדרה רגולטורית, כגון צמצום רשימת העמלות, פיקוח מסוים על התעריפים, הפעלת מדיניות להגברת התחרותיות והסרת מחסומים המקשים מעבר בין הבנקים. במישור הפנימי היחסים מושתתים על ציפיות יוצרות-אמון. הלקוח מפקיד בידי הבנק את כספו ואת אמונו, ועל הבנק לנהל את כספו של הלקוח ולהשתמש בו אך ורק לטובתו של הלקוח ולפי מיטב השיקולים המקצועיים. כאן מתבקשת הגנה על הלקוח כצד החלש, וכאמור לעיל, יש הכרח בהגנה קוגנטית.

ראוי לציין שהגבול בין המישורים החיצוני והפנימי של יחסי בנק-לקוח, כדרכן של הבחנות רבות, אינו ברור תמיד. כך, יש סוגיות אשר קשורות לעמלות ולריבית אך שייכות דווקא למערכת היחסים הפנימית ועל-כן צריכות להיות כפופות לחובת האמון. לדוגמה, כאשר דרך ביצוע שונה של פעולה בנקאית עשויה לחסוך ללקוח בתשלום העמלה, יתרון הידע של הבנק במקרה זה יוצר זיקת תלות פנימית, המטילה על הבנק חובת אמון לפעול לטובת הלקוח ולגלות לו את דרך החיסכון גם במחיר ויתור על רווח לבנק.<sup>62</sup> כנגד זאת, אין הבנק חייב לגלות ללקוחו שבבנק אחר יוכל לבצע אותה פעולה בעמלה נמוכה יותר, או שבנק אחר גובה ריבית נמוכה יותר על הלוואה וזה – כאן מדובר ביחסים חיצוניים, ואין זה מתפקידו של הבנק לערוך בעבור לקוחו סקר שווקים. הגבול הדק בין המישור הפנימי למישור החיצוני ביחסי בנק-לקוח בא לידי ביטוי בעניין הרשקו שהובא לעיל.<sup>63</sup> כזכור, עלות ההלוואה להלכה לא הייתה שווה לעלות ההלוואה למעשה, ועובדה זו לא הוסברה ללווים בצורה השווה לכל נפש. עניין "חיצוני" של מחיר הלוואה נהפך לעניין "פנימי"

61 השוו תמר פרנקל "נפילת המחסומים שניצבו בפני שימוש לרעה באמון והולכת שולל: השינויים הנסתרים בדוקטרינה המשפטית ובפרשנות המשפטית" משפט ועסקים ה' 113, 121 (2006).

62 השוו ת"א (מחוזי ת"א) 1133/02 מעונות עזרת ישראל נ' בנק מרכזי דיסקונט (פורסם בנבו, 27.4.2008), שם אישר בית-המשפט להגיש תביעה ייצוגית נגד בנק שלא גילה ללקוח כי הוא יכול לחסוך עמלה אם יבצע הפקדת שקים דחויים בדרך שונה. במקרים אחרים דחה בית-המשפט בקשות דומות. ראו בש"א (ת"א) 2158/02 אלמעלם נ' בנק דיסקונט (פורסם בנבו, 5.5.2004); בש"א 2968/02 ת.ב.ד. שיפוץ מכללים לרכב בע"מ נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ (פורסם בנבו, 26.1.2004). ערעור לבית-המשפט העליון התקבל, והתיק הוחזר לדיון בבית-המשפט המחוזי. ראו ע"א 2535/04 ת.ב.ד. שיפוץ מכללים לרכב בע"מ נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ (פורסם בנבו, 25.10.2007). להרחבה בעניין זה ראו רות פלאטורשנער "תובענות ייצוגיות נגד בנקים וחברות כרטיסי אשראי" תאגידים ג' 26 (2006); Ruth Plato-Shinar, *Class Actions Against Banks under the New Israeli Law on Class Actions*, in ANNUAL REVIEW OF BANKING AND FINANCE LAW REVIEW 256 (2007).

63 עניין הרשקו, לעיל ה"ש 36. לתיאור המקרה ראו את הטקסט ליד ה"ש 47-48.



של אמון מכוח תלותו של הלקוח בהסבר של הבנק. דוגמה נוספת היא פרשת לאומי-פון:<sup>64</sup> הבנק העמיד לרשות לקוחותיו שירותי מידע בטלפון, והייב את כולם באופן אוטומטי בעמלה – גם את מי שלא ביקשו מהבנק את קבלת השירות. החיוב בעמלה נכלל בתחומי המישור הפנימי, וכפוף לחובת האמון. הפרת האמון במקרה זה נובעת מכוחו של הבנק לכפות על לקוחותיו, השבויים בידי, רכישת שירותים לא-מבוקשים.

### פרק ג: תמורות במעמדם של הבנקים והצורך במתן מענה משפטי

חובת האמון הבנקאית החלה להתפתח בארץ בצורה משמעותית בשנות השמונים, ולא בכדי. במהלך שנות השבעים הושלם תהליך החקיקה הקודיפיקטיבי, הכולל חוקים שונים החלים על החוזה שבין הבנק לבין הלקוח, כגון חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, חוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969, חוק המשכון, תשכ"ז-1967, ובנוגע למשכנתות – חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, ועוד. חוקים אלה הם כלים משפטיים אשר אינם מייחסים כל חשיבות לפער הכוחות שבין הבנק ללקוח, וקובעים הסדרים שאמורים לאזן בין האינטרסים השונים של הצדדים לעסקה. חוקים אלה דיספוזיטיביים באופיים, ונועדו לאפשר לצדדים להתנות על הוראותיהם על-פי צורכיהם. אולם הניסיון שהחל להצטבר ביישומם ובהפעלתם של אותם חוקים הוכיח כי מערכת היחסים שבין הבנק ללקוח מחייבת התערבות כופה במטרה לספק ללקוח הגנה ראויה ולחזק את מעמדו כצד הנחות בעסקה.<sup>65</sup> ברוח זו נחקק חוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981,<sup>66</sup> אשר מעניק ללקוח הבנקאי כמה הגנות חשובות. אולם חוק הבנקאות (שירות ללקוח) לא נתן הגנה מספקת ללקוח הבנקאי. בעיות כגון ביצוע עסקות תוך ניגוד עניינים<sup>67</sup> ואי-מתן ייעוץ אובייקטיבי ללקוח, בעיקר בתחום ההשקעות בניירות-ערך,<sup>68</sup> לא הוסדרו בחוק האמור. בתי-המשפט אשר דנו בסכסוכים בנקאיים גילו כי הכלים הקיימים – קנייניים כמו-גם חוזיים, נזיקיים ואחרים – אינם מספקים את ההגנה הייחודית הנדרשת ללקוח הבנקאי. עקרון האמון נועד להיות סטנדרט משלים ומתקן מקום שהדינים

64 ת"א (מחוזי ת"א) 2162/01 גיל (בר) טרוים נ' בנק לאומי (פורסם בנבו, 9.3.2003), שם דחה בית-המשפט המחוזי בקשה להגשת התביעה כתביעה ייצוגית. במקביל להגשת ערעור לבית-המשפט העליון, התערב המפקח על הבנקים והייב את הבנק להחזיר חמישים מליון שקלים חדשים ללקוחותיו. לבית-המשפט העליון נותר רק לפסוק פיצוי מיוחד לתובע הייצוגי. ראו ע"א 4065/03 גיל (בר) טרוים נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 12.10.2004).

65 על הגנת הצרכן ופטרנליזם ראו סיני דויטש דיני הגנת הצרכן כרך א 59-66 (2001); אורנה דויטש מעמד הצרכן במשפט 534, 536 (2002).

66 ס"ח 1023 (להלן: חוק הבנקאות (שירות ללקוח)).

67 בעניין זה ראו עניין צבאח, לעיל ה"ש 1.

68 חוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות, שגם בו יש מרכיבים צרכניים, נחקק רק בשנת 1995.

הקונוונציונליים נכשלו. מכאן חשיבותו הרבה ומכאן השתרשותו המהירה בפסיקתם של בתי המשפט שלנו.

למען האמת, ההתפתחות המתוארת לעיל לא אפיינה את התחום הבנקאי בלבד, אלא הייתה אך אחד הביטויים למגמה החדשה שהחלה לצבור תאוצה באותה עת – המגמה המודרנית של הגנת הצרכן.<sup>69</sup> בבסיסה של מגמה זו עומדת ההנחה כי פער הכוחות העצום בין הספק או גותן השירות לבין הלקוח הצרכן מצדיק התערבות מיוחדת לטובת האחרון. חופש החושים נסוג מפני הצורך בהתערבות באותן מערכות יחסים חוזיות שקיים בהן פער כוחות גדול בין הצדדים, ובמתן הגנה ללקוח או לצרכן המצויים בעמדת נחיתות. לנוכח זאת נקל להבין את הקלות שבה חדרה חובת האמון הבנקאית, כמכשיר צרכני, אל תורת המשפט שלנו.

במקביל החלה להתפתח בשנות השמונים הכרה בחובות אמון גם בענפי משפט אחרים, ובראשם בדיני החברות.<sup>70</sup> פסק הדין המפורסם ע"א 817/79 קוסוי נ' בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ,<sup>71</sup> משנת 1984, הטיל חובת אמון על מנהלי חברה ועל בעלי השליטה בה. הבסיס לחובת האמון במקרה זה לא נבע משיקולים צרכניים, אלא מרציונל אחר לגמרי – הצורך בריסון הכוח הנתון לאדם השולט בענייניו של זולתו. בית המשפט הוסיף וקבע כי "עקרון האמון בעל תחולה רחבה. הוא חל בכל מקום שבו נתונים לאחד כוח ושליטה על זולתו".<sup>72</sup> אמרה זו נתנה דחיפה לשימוש בחובת האמון גם בתחומים נוספים, ובכלל זה בתחום הבנקאי, לנוכח שליטתו של הבנק בענייניו הכספיים של הלקוח.

תהליך נוסף שחידד את הצורך בהגבלת כוחם של הבנקים ובמניעת ניגודי עניינים הוא התרחבות תחומי העיסוק של הבנקים.<sup>73</sup> במשך השנים הרחיבו הבנקים את פעילותם למגוון רחב של עיסוקים מעבר לתחום הצר של קבלת פקדונות, מתן אשראי ושירותים נלווים ("core banking"). הבנקים ביססו את מעמדם כשחקנים מרכזיים בשוק ניירות הערך. הם ניהלו קרנות נאמנות וקופות גמל, הנפיקו ניירות ערך, פעלו כחתמים להנפקות של אחרים, תפקדו כסוכנים (ברוקרים) לקנייה ולמכירה של ניירות ערך בעבור לקוחותיהם, ובמקביל לכל זה עסקו גם בייעוץ השקעות. הבנקים הקימו בנקים ייעודיים (כגון בנקים למשכנתות) – חברות בנות שבאמצעותן הרחיבו את פעילותם לתחומי עיסוק נוספים –

69 על ההכרה בזכויות הצרכן בישראל כבר בסוף שנות השבעים ראו סיני דויטש, לעיל ה"ש 65, בעמ' 135.

70 על חובת האמון של הדירקטור ראו אירית חביב-סגל דיני חברות לאחר חוק החברות החדש כרך ב 365 ואילך (1999). על חובת האמון של בעלי השליטה ראו שם, בעמ' 482 ואילך; יוסף גרוס ואמיתי אבירם "חובת האמון של בעלי מניות" עיוני משפט יט 309 (1995); יוסף גרוס "מגמות בחובות של בעלי שליטה בחברה" משפט ועסקים א 271 (2004).

71 פ"ד לח(3) 253 (1984) (להלן: ע"א קוסוי).

72 שם, בעמ' 278.

73 תהליך זה החל למעשה עוד לפני שנות השמונים, אולם צבר תאוצה בעקבות הרפורמה בשוק ההון בשנת 1985, שהובילה להפחתת ההתערבות הממשלתית בשוק ההון ולליברליזציה של הפעילות הבנקאית. ראו על כך מאיר חת הבנקאות בישראל חלק ראשון; סקירה הסטורית 116, 100 (1994).

ויזמו הקמת חברות החזקה שבמסגרתן ניהלו מדיניות פעילה של השקעות בענפי משק נוספים, כגון ביטוח גדל"ן ותעשייה.<sup>74</sup> פעילות ענפה זו יצרה לא אחת ניגודי עניינים חריפים בין לקוחות שונים של הבנק וכן בין הלקוחות לבין הבנק עצמו. למרות הגבלות שונות שהוטלו על הבנקים במהלך השנים, במסגרת חקיקה אשר חייבה אותם למכור חלק מהחזקותיהם ולצמצם את תחומי פעילותם,<sup>75</sup> נראה כי בעיית ניגוד העניינים של הבנקים טרם נפתרה. לאחרונה אף הורשו הבנקים להיכנס לתחום הפנסיוני, על-ידי מתן שירותי ייעוץ פנסיוני וביצוע עסקות נלוות.<sup>76</sup>

התהליכים השונים שתוארו לעיל אינם ייחודיים לשיטת המשפט הישראלית דווקא. ניתן להצביע על התפתחות התפיסה הצרכנית, באותה תקופה פחות או יותר, גם בדין האנגלו-אמריקאי.<sup>77</sup> חזירתה של חובת האמון לתחומי משפט נוספים, כגון דיני החברות, הועתקה על-ידי בתי-המשפט שלנו מהדין האנגלו-אמריקאי.<sup>78</sup> גם היהפכותם של הבנקים לקונגלומרטים עסקיים, על ניגודי העניינים הנוצרים עקב כך, אינה תופעה ישראלית ייחודית.<sup>79</sup> עם זאת, כפי שראינו בפרק ב, חובת האמון הבנקאית בישראל התפתחה בצורה שונה לחלוטין ממקבילתה בדין האנגלו-אמריקאי. מהו אפוא הגורם להבדל עקרוני זה? נראה כי התשובה לכך היא מעמדם המיוחד של הבנקים בישראל בהשוואה למדינות אחרות, כמפורט להלן.

## 1. הבנק כגוף מעין-ציבורי

אחת ההצדקות שנתנו בתי-המשפט שלנו לחובת האמון הבנקאית היא היות הבנק גוף מעין-

74 לתיאור מפורט של התפתחות תחומי העיסוק הבנקאיים ראו מאיר חת הבנקאות בישראל חלק שני: מאפייני פעילות ולקחי המשברים 151–174 (1994).

75 ראו בעיקר את התיקונים שנעשו במהלך השנים בס' 10, 11, 20 ו-23 לחוק הבנקאות (רישוי), התשמ"א-1981, ס"ח 1022 (להלן: חוק הבנקאות (רישוי)), במסגרת חוק הבנקאות (רישוי) (תיקון מס' 2), התשמ"ז-1986, ס"ח 1200; חוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות (תיקון עקיף לחוק הבנקאות (רישוי)); חוק הבנקאות (רישוי) (תיקון מס' 11), התשנ"ו-1996, ס"ח 1591; חוק הפיקוח על המטבע (תיקון מס' 3), התשנ"ט-1998, ס"ח 1692 (תיקון עקיף לחוק הבנקאות (רישוי)); חוק הבנקאות (רישוי) (תיקון מס' 13), התשס"ד-2004, ס"ח 1956; חוק להגברת התחרות ולצמצום הריכוזיות וניגודי העניינים בשוק ההון בישראל (תיקוני חקיקה), התשס"ה-2005, ס"ח 2024 (תיקון עקיף לחוק הבנקאות (רישוי)). ראו גם את התיקון לס' 9 לחוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות, במסגרת חוק להסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות (תיקון מס' 8), התשס"ה-2005, ס"ח 2006.

76 ס' 10(11א) לחוק הבנקאות (רישוי).

77 סיני דויטש, לעיל ה"ש 65, בעמ' 1. לפירוט הדינים ראו אורנה דויטש, לעיל ה"ש 65, בעמ' 42–44.

78 ע"א קרוסי, לעיל ה"ש 71, בעמ' 279–282.

79 JOAN WADSLY & GRAHAM PENN, THE LAW RELATING TO DOMESTIC BANKING 108–110 (2nd ed. 2000); חת, לעיל ה"ש 74, בעמ' 313.

ציבורי.<sup>80</sup> הבנקים בישראל ממלאים תפקידים ציבוריים רבים, משמשים שלוחים לכיצוע מדיניות ממשלתית, ומהווים צינור להעברת הלוואות ממשלתיות לציבור. בהעדר שיטה של ביטוח פקדונות דוגמת זו הנהוגה במדינות אחרות, הבנקים זוכים בגיבוי מבנק ישראל להבטחת הפקדונות של לקוחותיהם.<sup>81</sup> בהתאם לכך נפסק כי יש בפעילותם של הבנקים מאפיינים של שירות חיוני לציבור, והודגש כוחם המעין-מונופוליסטי מכוח הדין. בהיותם גוף מעין-ציבורי, יש לחייבם בסטנדרט התנהגות גבוה במיוחד, ועל-כן הוטלה עליהם חובת אמון. הצדקה זו לחובת האמון הבנקאית מבוססת על שיקולי מדיניות משפטית. ביסוס חובת אמון על שיקולי מדיניות פירושו שבת-המשפט יטילו חובת אמון כל אימת שיחוש כי מן ההכרח או מן הצדק לדרוש מאדם או מסוג מסוים של אנשים סטנדרט התנהגות גבוה יותר מהסטנדרט הרגיל. בת-המשפט, כמכווני התנהגות, משקיפים על מערכת היחסים הנידונה לפנייהם במבט כוללני, ואינם מתמקדים דווקא בפתרון הסכסוך הקונקרטי שהובא לפנייהם. השימוש בשיקולי מדיניות משפטית משקף כיצד בת-המשפט תופסים את יעדי החובה ומצדיקים את משמעותה. ככל שמדובר בבנקים, ניכרת מגמה להרחיב את אחריותם ומחויבותם כלפי כלל הציבור.

## 2. ריכוזיות וחוסר תחרות במגזר הבנקאי

שוק הבנקאות הישראלי מתאפיין בעשורים האחרונים בריכוזיות ובחוסר תחרות.<sup>82</sup> במערכת

80 ת"א (בת"ים) 786/93 סטילר נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פס' 51-54, 61 (פורסם בנבו, 16.9.1996); ע"פ 496/96 מדינת ישראל נ' בנק המזרחי המאוחד, פס' 3 (פורסם בנבו, 27.3.1997); בש"א (ת"א) 3706/03 בנק הפועלים בע"מ נ' רימון, פס' 5 (פורסם בנבו, 22.5.2003); ת"א (ת"א) 2759/98 יעקובי נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, פס' 3, 9 (טרם פורסם, 16.12.2008); ע"א 5379/95 "סהר" חברה לביטוח בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, פ"ד נא(4) 464, 477-476 (1997); ע"א (ת"א) 2344/00 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' המפרס חב' לניהול וקבלנות בע"מ, פס' 9 (פורסם בנבו, 15.7.2003); ע"א (ת"א) 2855/00 ויינטרוב נ' בנק איגוד לישראל בע"מ, פס' 27 (פורסם בנבו, 23.10.2003); ת"א (ת"א) 62294/96 הבנק הבינלאומי הראשון לישראל נ' בי. אי. קי. יבוא ושיווק בע"מ, פס' 1, 47 (פורסם בנבו, 2.8.1998); עניין צבאח, לעיל ה"ש 1, בעמ' 585; ע"א 1570/92 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ציגלר, פ"ד מט(1) 369, 384 (1995) (להלן: ע"א ציגלר); ע"א 8068/01 איילון חברה לביטוח בע"מ נ' מנהל עזבון אופלגר, פ"ד נט(2) 349, פס' 14 (2004). ראו גם רובינשטיין ואוקון, לעיל ה"ש 32, בעמ' 831; אבי וינרוט וברק מדינה דיני הלוואות, הגנה על הלווה במשפט הישראלי 98-102 (2000). לפי אבי וינרוט ריבית כרך א: ריבית הסכמית 27 (1998), הכרה בבנק כגוף מעין-ציבורי מטילה עליו נורמת התנהגות גבוהה אף יותר מחובת האמון, בשל החלת כללי המשפט הציבורי עליו.

81 כגון בפרשת הבנק למסחר בשנת 2002. ראו על כך רות פלאטור-שנער "ערבות בנק ישראל בפרשת הבנק למסחר - עוד לא ניתן לישון בשקט" רבעון לבנקאות לח(149) 17 (2002-2003).

82 בנק ישראל מערכת הבנקאות בישראל, סקירה שנתית 2006 (2007)

הבנקאות בולטות חמש קבוצות בנקאיות, אשר שתיים מתוכן (בנק לאומי ובנק הפועלים) שולטות ביותר מ-60% מהפעילות הבנקאית.<sup>83</sup> כניסתם של בנקים נוספים אל המערכת מוסדרת בחוק הבנקאות (רישוי), ומחייבת קבלת אישור מבנק ישראל. אולם נראה כי בשנים האחרונות לא רק נמנע בנק ישראל מלנסות לבלום את המגמה הריכוזית, אלא ניסה אף לעודדה, מתוך מחשבה שריכוזיות וכוח יתרמו ליציבותם של הבנקים.<sup>84</sup> כוח השוק הרב שבידי הבנקים, ובמיוחד בידי שני הבנקים הגדולים, בשילוב עם פערי מידע ניכרים והעדר מערכת מפותחת של דירוג אשראי, מצטברים לכלל חסמי כניסה גבוהים לענף וחסמי מעבר גבוהים בפני המשתמשים בשירותיו. כל אלה יחדיו מאפשרים לבנקים לשמר ואף להעצים את הריכוזיות הקיימת.<sup>85</sup> מבנה ריכוזי זה מהווה אוליגופול (או ליתר דיוק – דואופול), שבו מספר קטן של חברות שולטות ברוב-רובה של הפעילות הענפית. התיאוריה כמו-גם הפרקטיקה מלמדות כי במבנה אוליגופולי לא נוצרת תחרות מחירים בענף. במקום זאת המחיר נקבע על-ידי משתתף דומיננטי, ויתר המשתתפים נוטים "ליישר קו" עם המחיר שקבע.<sup>86</sup> הריכוזיות הבנקאית והעדר התחרות מתחדדים לנוכח העובדה שלתאגידים הבנקאיים הוקנתה סמכות ייחודית – אשר לא הוקנתה לשום גוף אחר – לעסוק בקבלת פקדונות ובמתן אשראים במקביל.<sup>87</sup> הבנקים המסחריים הם הגוף העיקרי מקרב התאגידים הבנקאיים העושה שימוש בסמכות ייחודית זו. שילובה של סמכות ייחודית זו עם שאר תחומי הפעולה שהבנקים עוסקים בהם מקנה להם כוח ניכר. בתי-המשפט בארץ הכירו בכוחם העצום של הבנקים, והגדירו אותם ככוח "מעין-מונופוליסטי".<sup>88</sup> על רקע זה מובנת גישתם של בתי-המשפט, המנסה להגביל את הבנקים מלהשתמש לרעה בכוחם, בין היתר על-ידי שימוש במכשיר של חובת האמון. בתי-המשפט פסקו כי יחסי אמון נולדים

www.bankisrael.gov.il/deptdata/pikuah/skira06/skira06h.htm; בנק ישראל בחינת מחירי השירותים הבנקאיים – המלצות צוותי העבודה (2007) www.bankisrael.gov.il/deptdata/neumim/neum226h.pdf; דוח הוועדה לבדיקת עמלות הבנקים, לעיל ה"ש 52, בעמ' 14-16. על ריכוזיות הבנקים בשוק ההון ראו מדינת ישראל דו"ח הצוות הבין-משרדי לעניין רפורמה בשוק ההון 14 (2004). www.mof.gov.il/bachar/pdf/bacharFullReport.pdf (להלן דוח ועדת בכר); חת, לעיל ה"ש 73, בעמ' 14-21. שם, בעמ' 31, כותב המחבר כי "ריכוז הכוח הכלכלי, אולי גם הפוליטי, בידי המוסדות הבנקאיים העיקריים היה כה מופרז, לפחות עד התמוטטות שוק המניות הבנקאיות באוקטובר 1983".

83 דוח ועדת בכר, שם, בעמ' 15.

84 דוח הוועדה לבדיקת עמלות הבנקים, לעיל ה"ש 52, בעמ' 22.

85 דוח ועדת בכר, לעיל ה"ש 82, בעמ' 15.

86 משה בן-חורין שוק ההון וניירות הערך 161 (1996). לגישה אחרת ראו גד שפרון "ריכוזיות הבנקים בישראל ובארצות אחרות" רבעון לבנקאות לא(124) 28-33 (1993); עקיבא שטרנברג "התחרות במערכת הבנקאית הישראלית – בחינה נוספת" רבעון לבנקאות לג(130) 62 (1995).

87 ס' 21 חוק הבנקאות (רישוי).

88 ע"א 1304/91 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' ליפרט, פ"ד מוז(3) 309, 332, 333 (1993) (להלן: ע"א ליפרט).

בכל מקרה שבו לצד אחד יש כוח ושליטה על ענייניו או נכסיו של האחר<sup>89</sup> – בין דה-יורה כתוצאה מיחסים משפטיים מוגדרים, ובין דה-פקטו מעצם השליטה הפיזית. מטרתה של חובת האמון היא לרסן את השליטה ולהבטיח שהיא לא תנוצל לרעה.

### 3. מעמדם של הבנקים בדעת-הקהל

הציבור הרחב, אשר מפקיד את כספו בידי הבנקים ומבצע באמצעותם שורה של פעולות פיננסיות, עושה זאת על בסיס של אמון ביציבותם של הבנקים, במקצועיותם ובאמינותם. אמון הציבור הוא הנכס החשוב ביותר של הבנק, שכן פגיעה באמון זה תוביל למשיכת הכספים המופקדים, וכתוצאה מכך ייגרמו קשיי נזילות לבנק.<sup>90</sup> אמון הציבור במערכת הבנקאית תואר על-ידי בתי-המשפט כ"נשמת אפה ולחם חוקה" של המערכת הבנקאית.<sup>91</sup> האמון המיוחד שהציבור רוחש למערכת הבנקאית נובע, בין היתר, מכישוריו של הבנק ומהאמצעים הטכניים העומדים לרשותו, שאינם נחלת הכלל. הלקוחות סומכים על הבנק עד כדי כך שבדרך-כלל הם אינם נדרשים לחוות-דעת נוספת לפני שהם פועלים על-פי עצתו של פקיד הבנק, ואינם בודקים את פעולות הבנק בעין בוחנת.<sup>92</sup>

אולם בשנים האחרונות התפתחה בציבור גישה לא-אוהדת כלפי המערכת הבנקאית. גורם מרכזי לכך הוא כנראה פרשת ויסות מניות הבנקים בשנת 1983. מקרי מעילה אחדים שגרמו להתמוטטות של בנקים, דוגמת בנק צפון אמריקה והבנק למסחר, תרמו אף הם להתפתחות זו. נוסף על כך, בשנים האחרונות החלה להימתח ביקורת ציבורית על התנהלותם של הבנקים. טענות בנוגע למורכבותם של החישובים הבנקאיים, לאי-מסירת מידע מדויק, לטיב השירות, לריבוי העמלות ולשיעוריהן הובילו לפגיעה משמעותית בתדמיתם הציבורית של הבנקים.<sup>93</sup> גורם נוסף שפגע בדעת-הקהל היה חוסר הרגישות בנושא הערבים. ריבוי מקרים שבהם הוחתמו ערבים על ערבות מבלי לקבל הסבר נאות<sup>94</sup> או מבלי שהודגש לפנייהם מצבו הבעייתי של החייב,<sup>95</sup> כמו-גם מקרים שבהם נדרשו ערבים לפרוע את החוב מבלי שהבנק טרח בכלל לפנות קודם לחייב, לא תרמו כמובן לשמם הטוב של הבנקים. אבל מעבר לכך, נראה כי התעצמות כוחם של הבנקים, מעורבותם הרבה בתחומים המשקיים השונים, הגידול במאזני הבנקים וברווחיהם, הגידול במספר המועסקים בענף ומשכורות-העתק של מנהלי הבנקים – כל אלה יצרו גישה חשדנית, שלא לומר עוינת, של הציבור כלפי הבנקים.<sup>96</sup>

89 ע"א קוסוי, לעיל ה"ש 71, בעמ' 277; בוקשפן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 19.

90 עמיחי קרנר מימון נדל"ן לבניה 29 (2005).

91 ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 353, 483 (1996).

92 פורת, לעיל ה"ש 44, בעמ' 324-325.

93 עודד מסר "הבנקאות בעיני הציבור" רבעון לבנקאות יח(71) 102, 104 (1979).

94 ראו, לדוגמה, ע"א ליפרט, לעיל ה"ש 88.

95 ראו, לדוגמה, ע"א ציגלר, לעיל ה"ש 80.

96 מסר, לעיל ה"ש 93, בעמ' 102. על השנאה הקיימת בציבור כלפי הבנקים ראו ריאיון שנערך

פגמים בהתנהלותם של הבנקים מול הלקוחות והערכים הביאו לידי החמרת החקיקה. כדוגמה נזכיר את התיקונים בחוק הערבות,<sup>97</sup> את החלת חוק הבנקאות (שירות ללקוח) גם על ערבים,<sup>98</sup> את הרחבת כללי הגילוי הנאות<sup>99</sup> ועוד. לאחרונה הובילה ההתמרמרות הציבורית בנושא העמלות הבנקאיות להקמת ועדת חקירה פרלמנטרית מיוחדת, אשר כתוצאה ממסקנותיה<sup>100</sup> הוטל בחוק פיקוח מסוים על עמלות הבנקים.<sup>101</sup>

במקביל להתגברות המגמה של ריסון פעולת הבנקים מבחון, על-ידי הכפפתם לחובת האמון, הבנקים עצמם נוקטים אף הם אמצעי ריסון פנימיים במטרה להבטיח את אמון הציבור. במוקד הריסון העצמי עומד ניסוח קוד אתי המבטא את זהותו המוסרית העצמית של הבנק, ואליו מצטרפים אמצעים משלימים: העברת תוכניות להכשרה אתית של כל בעלי-התפקידים, מינוי נציב אתיקה והפעלת מוקד אתיקה לפניות העובדים.<sup>102</sup> ניסוח כללי התנהגות אתיים באופן וולונטרי מבטא את הכרת הבנק בתוקפה המוסרי של חובת האמון, מצד אחד, ומספק כלי חינוכי לטיפוח הכרה כזאת בקרב העובדים, מצד אחר.<sup>103</sup>

הקוד מבטא "אני מאמין" – הצהרה על חזונו של הבנק, על ערכי-היסוד שלו ועל אחריותו כלפי ציבור לקוחותיו. רשימת החובות מנוסחת בלשון כללית דייה להיות מוסכמת על כל הצדדים: הנהלת הבנק, עובדיו ולקוחותיו. ההסכמה המשותפת עוקפת מצבי קונפליקט – אשר עימם בדיוק מתמודדת חובת האמון הבנקאית – ומתעלמת מהצורך בהצגת כללי קדימות ברורים בין אינטרסים שונים כדרך לפתרון קונפליקטים. לא קשה לעמוד על תרומתו של הקוד ככלי לעיצוב דעת-קהל אוהדת, מעין חלון-ראווה, אך ספק אם אפשר לראות בו מערכת של כללי התנהגות נורמטיביים המסדירים את היחסים בין הבנק ללקוחותיו. תוכנו ואופן ניסוחו של הקוד אינם יכולים להעיד בצורה ברורה על כוונת מעצביו להעמיד את חובת האמון כעיקרון מכריע בניהול יחסי הבנק עם לקוחותיו.<sup>104</sup> ניסוח

- 
- עם סמדר ברבר-צדיק, מנכ"לית הבנק הבינלאומי: חגי גולן ועירן פאר "תחושת השנאה נגד הבנקים בישראל לא הגיונית והיא תעבור" גלובס – שוק ההון 12.10.2007. 4.
- 97 התיקונים לחוק הערבות, התשכ"ו-1967, ס"ח 496, משנת 1992, שהתקבלו בחוק הערבות (תיקון), השתנ"ב-1992, ס"ח 1390, ובחוק הערבות (תיקון מס' 2), התשנ"ח-1997, ס"ח 1637.
- 98 ס' 17 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח).
- 99 כללי הבנקאות (שירות ללקוח) (גילוי נאות ומסירת מסמכים), התשנ"ב-1992, ק"ת 5471.
- 100 ראו דוח הוועדה לבדיקת עמלות הבנקים, לעיל ה"ש 52.
- 101 פרק 22 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח).
- 102 עלי בוקשפן ואסא כשר "אתיקה בחברות עסקיות: שיקולים משפטיים ומוסריים" משפט ועסקים ב 159 (2005); אביבה גבע "אתיקה בעסקים" מבואות אתיקה (אסא כשר עורך, טרם פורסם).
- 103 Aviva Geva, *Regulation and Ethics in Business: The Israeli Bank-Share Case*, 3(3) BUSINESS AND POLITICS 297-320 (2001); CHRISTOPHER D. STONE, WHERE THE LAW ENDS: THE SOCIAL CONTROL OF CORPORATE BEHAVIOR 93 (1975).
- 104 אכן, בגוף הקוד האתי של בנק לאומי נקבע במפורש כי הוא "נועד לכוון את עובדי לאומי בעת קבלת החלטות, ולעזור להם בבחירת הדרך הראויה. אין במסמך זה בכדי להקנות זכויות

כללים מעשיים ברורים היה פוגע בגמישותו של הקוד האתי, שהיא יתרונו הגדול על החוק, ומגביל – אף יותר מהחוק – את מרחב הפעולה הנתון להנהלת הבנק בקידום אינטרסים עסקיים. במצב הדברים כיום, הקוד האתי מהווה לא הרבה יותר מאשר תוספת של קישוט לחוק,<sup>105</sup> ומכאן חשיבותה של חובת האמון הבנקאית. נעבור אפוא לדיון מפורט בחובת האמון הבנקאית כהוראתה במשפט.

### פרק ד: ניגוד אינטרסים בפעילות הבנקאית

ראינו לעיל כי כל אימת שחלה חובת האמון, חל ממילא גם איסור ניגוד עניינים.<sup>106</sup> אולם החוקים המטילים חובת אמון על הבנק אינם מסתפקים בקביעה כללית של חובת אמון, אלא אוסרים במפורש ניגוד עניינים. חוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות, החל על הבנק בקשר לייעוץ השקעות, קובע כי "בעל רשיון יפעל לטובת לקוחותיו באמונה ובשקיפה, לא יעדיף עניניו האישיים או עניניו של אחר על פני טובת לקוחותיו, ולא יעדיף עניניו של לקוח אחד על פני לקוח אחר".<sup>107</sup> נוסח זה מופיע בחוק העיסוק בייעוץ פנסיוני,<sup>108</sup> החל על בנק העוסק בייעוץ פנסיוני. גם בחוק השליחות, החל על הבנק בפעולותיו כשלוח של הלקוח, מופיע איסור דומה לגבי ניגוד עניינים.<sup>109</sup>

- משפטיות כלשהן ללקוחות לאומי או לכל גורם אחר". בנק לאומי הקוד האתי: "דרך לאומי" – רוח, ערכים, אתיקה 7 (2005) [www.bankleumi.co.il/ebdocs/codee.pdf](http://www.bankleumi.co.il/ebdocs/codee.pdf)
- 105 ראו אביבה גבע ורות פלאטור-שנער "קוד אתי – מה הוא מוסיף על הרגולציה של הבנקים?" (טרם פורסם); J.S. Adams, A. Tashchian & T.H. Shore, *Codes of Ethics as Signals for Ethical Behavior*, 29(3) J. Bus. ETHICS 199–211 (2001); PETER CARTWRIGHT, BANKS, CONSUMERS AND REGULATION (2004); David Hess, Robert S. McWhorter & Timothy L. Fort, *2004 Amendments to the Federal Sentencing Guidelines and Their Implicit Call for a Symbiotic Integration of Business Ethics*, *FORDHAM J. CORP. & FIN. L.* 1–17 (2006); Kimberly D. Krawiec, *Cosmetic Compliance and the Failure of Negotiated Governance*, 81 WASH. UNIV. L.Q. 487–543 (2003); William S. Laufer, *Corporate Liability, Risk Shifting and the Paradox of Compliance*, 52(5) *VANDERBILT L. REV.* 1343–1420 (1999); Lynn S. Paine, *Managing for Organizational Integrity*, *HARV. BUS. REV.* 106–117 (1994).
- 106 ראו לעיל את הטקסט ליד ה"ש 4–5.
- 107 ס' 11(א) לחוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות.
- 108 ס' 15(א) לחוק העיסוק בייעוץ פנסיוני.
- 109 ס' 2(8) לחוק השליחות אוסר על אדם להיות שלוח של שולחים שונים לנושא שליחות אחד. ס' 3(8) אוסר על השלוח לעשות פעולת שליחות עם עצמו.



איסור ניגוד העניינים הוא לבי-ליבה של חובת האמון. כאמור,<sup>110</sup> מכוח חובת האמון, חב האמון מצווה להגן על האינטרס של הזכאי ולהעדיפו אפילו על האינטרס האישי שלו עצמו. במילים אחרות, בסיטואציה של ניגוד עניינים, האינטרס האישי של חב האמון נדחק. יתרה מזו, בשל החשש כי חב האמון לא יוכל לעמוד בפיתוי ויעדיף את האינטרס האישי שלו על האינטרס של הזכאי, חובת האמון אוסרת את עצם ההימצאות בסיטואציה של ניגוד עניינים – לחב האמון אסור מלכתחילה להיקלע למצב שבו עלול להתקיים ניגוד עניינים. ודוק, אין זה מעלה ואין זה מוריד אם בפועל לא התקיים ניגוד עניינים. די בכך שבסיטואציה מסוימת קיימת אפשרות ממשית של ניגוד עניינים על-מנת לאסור על חב האמון להימצא בה. מטרת האיסור היא להציב סייגים וחישוקים סביב ליבתו של איסור ניגוד העניינים, במטרה להרחיק את חב האמון מסיכון ממשית של הפרת האיסור.

אולם כאשר באים ליישם את איסור ניגוד העניינים הלכה למעשה בהקשר הבנקאי, קשה לראות כיצד יוכל הבנק לעמוד באיסור הגורף. הדרישה להעדיף תמיד, באופן מוחלט, את האינטרס של הלקוח על האינטרס האישי היא חובה קשה לביצוע בפני עצמה, לא כל שכן הדרישה שהבנק יימנע מראש מסיטואציות שבהן מתקיים ניגוד עניינים כזה ואף מסיטואציות שבהן הוא עלול להתקיים. קשה לראות כיצד יוכל הבנק לעמוד בדרישה אחרונה זו. הפעילות הבנקאית, העסקות שהבנק נדרש לבצע בעבור הלקוח ופעילויות הגומלין השונות בין הצדדים מולידות מניה וביה סיטואציות של ניגוד עניינים, אשר אסורות מעצם מהותה של חובת האמון. כאשר עיסוקו של מוסד הוא מתן שירותים פיננסיים לציבור המעוניין ברווחים, ובמקביל מטרתו של המוסד היא להגדיל את רווחיו שלו, נוצר קונפליקט אינהרנטי בפעילותו של המוסד.

דוגמה לקושי בהתמודדות עם בעיית ניגוד העניינים היא סוגיית ייעוץ ההשקעות הניתן על-ידי הבנקים בישראל. לא אחת יש לבנק אינטרס אישי בנייר-ערך מסוים – למשל, כאשר הבנק עצמו או חברות בקבוצת הבנק הם הבעלים או המנפיקים של נייר-הערך, או כאשר הבנק מקבל מהגוף שהנפיק את נייר-הערך טובת-הנאה מיוחדת בגין הפצתו בקרב הלקוחות.<sup>111</sup> במקרים כאלה קיים חשש ממשית שהבנק לא יעניק ללקוח ייעוץ השקעות אובייקטיבי המותאם לצורכי הלקוח. כבר בשנת 1986 קבעה ועדת החקירה לעניין ויסות מניות הבנקים (ועדת בייסקי) כי במשך שנים נהגו הבנקים לתת ללקוחות ייעוץ לא-אובייקטיבי, וזאת לא בשל טעות או רשלנות, אלא באופן מכוון על-מנת למקסם את רווחי הבנק.<sup>112</sup> לנוכח זאת אף הציעה הוועדה לאסור על הבנקים להמשיך לתת ייעוץ השקעות.<sup>113</sup> המלצה דומה הופיעה בדוח של ועדת גבאי לבדיקת ההסדרים התחקייתיים בשוק ההון.<sup>114</sup>

110 בפרק ב לעיל.

111 מאיר חת "עסקי ניירות ערך של הבנקים – הטיפול בבעיית ניגודי האינטרסים" רבעון לבנקאות כה(98) 11 (1987); ה"פ (ת"א) 431/01 איגוד הבנקים בישראל נ' הרשות לניירות ערך, פ"מ תשס"ב(2) 529, 548 (2002).

112 מדינת ישראל דין וחשבון ועדת החקירה לעניין ויסות מניות הבנקים 146 (1986).

113 שם, בעמ' 361-363.

114 מדינת ישראל דין וחשבון הוועדה להצעת הסדרים תחקייתיים בתחום שוק ההון 184 (1985).

ברוח דומה פסקו לא אחת גם בתי-המשפט.<sup>115</sup> המלצות אלה נזנחו בלחץ הבנקים, ובעיית הייעוץ לא נפתרה. התרחבות תחומי העיסוק של הבנקים, אשר תוארה לעיל,<sup>116</sup> החריפה את בעיית ניגוד העניינים. בשנת 1995 נחקק חוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות. חוק זה מטיל שורה ארוכה ומפורטת של חובות על יועצי השקעות, שמטרתן הבטחת ייעוץ אובייקטיבי ללקוח. על-סמך נסיון העבר, לא הסתפק החוק בהטלת חובת אמון כללית,<sup>117</sup> אלא בחר לפרוט אותה לאיסורים ולחובות-משנה, שכולם מנויים במפורש בחוק עצמו, כגון איסור ניגוד עניינים,<sup>118</sup> איסור קבלת טובת-הנאה מצד שלישי בקשר לייעוץ,<sup>119</sup> האיסור המוטל על מעביד לתת לעובדיו תמריצים הקשורים לייעוץ,<sup>120</sup> החובה להתאים את הייעוץ לצורכי הלקוח,<sup>121</sup> גילוי נאות,<sup>122</sup> איסור העדפת נייר-ערך רק בשל הקשר שלו לחברה שבה היועץ עובד<sup>123</sup> ועוד. אולם תוך שנים מספר התברר כי גם חוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות לא השיג את מטרתו, בשל העדר אכיפה.<sup>124</sup> כל עוד המשיכו הבנקים לשלוט בקופות-הגמל ובקרנות-הנאמנות, הם התעלמו מדרישות החוק והמשיכו לתת ייעוץ מוטה. על-מנת לפתור את בעיית ניגוד העניינים, וכדי לצמצם באופן כללי את ריכוזיות הבנקים בשוק ההון, נקטה המדינה את הצעד הדרסטי של שינוי מבנה שוק ההון, וכפתה את הבנקים למכור את החזקותיהם בגופים הפיננסיים ה"נ"ל.<sup>125</sup> אולם ספק אם בעיית ניגוד העניינים נפתרה, שכן בעקבות השינוי האמור בשוק ההון, הבנקים מייעצים ללקוחותיהם להשקיע את כספם בפקדונות כספיים אשר מנוהלים בבנק ומניבים לבנק רווחים נאים, במקום בקרנות-נאמנות שקליות שמנוהלות על-ידי גופים אחרים ואשר הבנקים מרוויחים מהן עמלה נמוכה יחסית.<sup>126</sup>

- 115 ראו, למשל, ע"א (ת"א) 2855/00 ויינטרוב נ' בנק איגוד לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 23.10.2003); ת"א (ת"א) 38352/96 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' כהן (פורסם בנבו, 15.12.2003). כנגד זה היו גם מקרים שבהם לא פסלו בתי-המשפט את הדבר. ראו ע"א 5293/90 בנק הפועלים בע"מ נ' שאול רחמים בע"מ, פ"ד מז(3) 240, 253 (1993); ע"א 22/85 חוגי נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ, פ"ד מא(4) 65 (1987); ת"א (ת"א) 216384/02 חסדייה נ' בנק לאומי לישראל (פורסם בנבו, 23.11.2004).
- 116 בפרק ג לעיל.
- 117 ס' 11(א) לחוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות.
- 118 ס' 15 לחוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות.
- 119 ס' 17(א) (ב) לחוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות.
- 120 ס' 17(ג) לחוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות.
- 121 ס' 12 לחוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות.
- 122 ס' 14 לחוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות.
- 123 ס' 16 לחוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות.
- 124 מאיר חת "ניגוד עניינים בקונגלומרט הפיננסי" הפרקליט מח 401, 412 (2006).
- 125 חוק להגברת התחרות ולצמצום הריכוזיות וניגודי העניינים בשוק ההון בישראל (תיקוני חקיקה), התשס"ה-2005, ס"ח 830.
- 126 רועי ברגמן "הקרוב על הפק"מ" גלובס - שוק ההון 16.1.2008-15; רועי ברגמן "הפק"מ"מ vs הקרנות הכספיות" גלובס - שוק ההון 16-17.1.2008.

התפיסה המודרנית מכירה בכך שבנקים וגופים פיננסיים אינם יכולים להימנע כליל מסיטואציות של ניגוד עניינים.<sup>127</sup> רגולטורים שונים ברחבי העולם מרשים לבנקים ולגופים פיננסיים לפעול במידה מסוימת של ניגוד עניינים. גופים אלה אינם נדרשים להימנע לחלוטין מניגוד עניינים, אלא רק לפעול להפחתת הקונפליקטים ולנהוג בהגנות כלפי הלקוחות.<sup>128</sup> דוגמה טובה לכך היא הדירקטיבה האירופית בנושא מכשירים פיננסיים ופעילות השקעות,<sup>129</sup> הקובעת דרישות מינימליות בתחום פעילות ההשקעות, לרבות בייעוץ השקעות. הדירקטיבה מחייבת בנקים, כמו גם גופים פיננסיים נוספים שעליהם היא חלה, לנקוט צעדים ארגוניים ואדמיניסטרטיביים אפקטיביים המיועדים למנוע מראש סיטואציות של ניגוד עניינים.<sup>130</sup> אולם לנוכח ההכרה בכך שאי אפשר להימנע לגמרי מסיטואציות של ניגוד עניינים, הנדבך השני של הדירקטיבה הוא המלצה על זיהוי הקונפליקטים במטרה להקל את פתרוןם.<sup>131</sup> לבסוף, אם הקונפליקט אינו ניתן לפתרון, הבנק מחויב לדאוג לכך שהקונפליקט לא יפגע לרעה בלקוח.<sup>132</sup> בכל מקרה, על הבנק ליידע את הלקוח בדבר ניגוד העניינים לפני ביצוע העסקה עימו.<sup>133</sup>

בנקים ברחבי העולם נוקטים אמצעים שונים להתמודדות עם בעיית ניגוד האינטרסים.<sup>134</sup> בעניין זה נראה כי לכוחות השוק יש השפעה מבורכת: הוצאות ניהול הקונפליקט, העלולות להגיע לסכומים משמעותיים, מעודדות בנקים ומוסדות פיננסיים להשקיע משאבים מראש במטרה למנוע או להפחית עד כמה שניתן את ניגודי העניינים. גורם נוסף המעודד את

Eddy Wymeersch, *Conflicts of Interest, Especially in Asset Management*, in CONFLICTS OF INTEREST: CORPORATE GOVERNANCE AND FINANCIAL MARKETS 261, 268 (Luc Thevenoz & Rashid Bahar eds., 2007); Rashid Bahar & Luc Thevenoz, *Conflicts of Interest: Disclosure, Incentives and the Market*, in CONFLICTS OF INTEREST: CORPORATE GOVERNANCE AND FINANCIAL MARKETS 1, 15 (Luc Thevenoz & Rashid Bahar eds., 2007); Klaus J. Hopt, *Trusteeship and Conflicts of Interest in Corporate, Banking and Agency Law: Toward Common Legal Principles for Intermediaries in the Modern Service-Oriented Society*, in REFORMING COMPANY AND TAKEOVER LAW IN EUROPE 51, 71–72 (G.A. Ferrarini, K.J. Hopt, J. Winter & E. Wymeersch eds., 2005)

Marc Kruihof, *Conflicts of Interest in Institutional Asset Management: Is the EU Regulatory Approach Adequate?* in CONFLICTS OF INTEREST: CORPORATE GOVERNANCE AND FINANCIAL MARKETS 277, 320 (Luc Thevenoz & Rashid Bahar eds., 2007)

Council Directive 2004/39 Markets in Financial Instruments (MiFID), 2004 O.J. (L 129, 145).

130 ראו שם, ס' 13, פס' 3.

131 ראו שם, ס' 18, פס' 1.

132 ראו שם, ס' 13, פס' 3.

133 ראו שם, ס' 18, פס' 2.

134 לדיון בשאלה אם (ועד כמה) ראוי להתערב בהסדרתה של בעיית ניגוד העניינים באמצעות רגולציה או שמא יש להשאיר זאת לכוחות השוק, ראו Bahar & Thevenoz, לעיל ה"ש 127, בעמ' 12–14, 17–18.

המוסדות לפעולה וולונטרית הוא סיכוני הפגיעה במוניטין, לנוכח ההבנה כי ניגודי אינטרסים הם אחד הגורמים המזיקים לשמו הטוב של המוסד.<sup>135</sup> האמצעים להתמודדות עם בעיית ניגוד העניינים מתחלקים לשניים: אמצעים שמטרתם למנוע את עצם היווצרותו של הקונפליקט או למצער להקטין את הפוטנציאל להיווצרותו; ואמצעים שמטרתם לנסות לפתור את הקונפליקט הבלתי־נמנע, לאחר שזה כבר התגלע.

אמצעים למניעת הקונפליקט: לקבוצה זו משתייכים צעדים ארגוניים שונים שמטרתם למדר את תחומי הפעילות הבנקאית השונים ולהפריד את ניהולן וביצוען של עסקות המהוות פוטנציאל אפשרי לניגוד עניינים. דוגמה בולטת לכך היא הקמת "חומות סיניות", קרי, אימוץ פרוצדורות וכללי מדיניות לצורך יצירת הפרדה מבנית ברורה בין המחלקות השונות של הבנק או בין החברות השונות בקונגלומרט הפיננסי. אף שבמקור נועדו החומות הסיניות למניעת ניצול מידע פנים וזליגת מידע על־אודות לקוחות בין מחלקותיו השונות של הבנק, כיום הן משמשות מכשיר לניהול קונפליקטים ברוב הקונגלומרטים הפיננסיים.<sup>136</sup> החומות הסיניות מאפשרות לבנק לבצע פעולות שונות שיש בהן פוטנציאל לניגוד עניינים, מבלי לשאת באחריות כלפי הלקוח עקב כך. הן גם מאפשרות לבנק לא לגלות ללקוח את מלוא המידע המצוי בידי הבנק, ובפרט מידע סודי על־אודות לקוח אחר. הכל בתנאי שהבנק יידע את הלקוח בדבר קיומן של חומות סיניות בבנק.<sup>137</sup> בישראל פרסם המפקח על הבנקים הוראת "ניהול בנקאי תקין"<sup>138</sup> המטילה על הבנק חובה "לקיים מבנה ארגוני ובו 'חומות סיניות', בעיסוק שיש לו בפעילויות השונות בשוק ההון". ההוראה קובעת כי מבנה זה צריך למנוע מעבר של מידע הנמצא בידי יחיד או קבוצה הפועלים בעסק מעסקי התאגיד הבנקאי, או בידי חברה הקשורה לתאגיד הבנקאי, לידיהם של יחיד אחר או קבוצה אחרת הפועלים בעסקי התאגיד הבנקאי ו/או לידי חברה הקשורה אליו. נוסף על כך ימנעו החומות הסיניות קבלת החלטות משיקולים זרים בעסק מעסקי התאגיד ו/או בחברה הקשורה אליו.<sup>139</sup>

אולם מתברר כי בפועל נכשלו החומות הסיניות במניעת ניגודי עניינים בפעילות הבנקאית בישראל.<sup>140</sup> על־אף קיומן של חומות סיניות, נקטו הבנקים פעולות של ייעוץ השקעות שכוונו להשקעות שבהן היה לבנקים עניין ישיר או עקיף. בעקבות ביקורות

135 Wymeersch, לעיל ה"ש 127, בעמ' 268; Bahar & Thevenoz, לעיל ה"ש 127, בעמ' 15.  
 136 BANKING LITIGATION 42 (David Warne & Nicholas Elliott eds., 1999). שיטת החומות הסיניות הוכרה משפטית באנגליה הן על־ידי בתי־המשפט והן על־ידי המחוקק. ראו: Prince Jefri Bolkiah v. KPMG, [1999] 1 All E.R. 517; Financial Services and Markets Act, 2000, § 147 (Eng.).  
 137 BANKING LITIGATION, שם, בעמ' 41.  
 138 "פעילות מערכת הבנקאות בשוק ההון" הוראות ניהול בנקאי תקין 322 (2001).  
 139 שם, ס' 2(ב).  
 140 מחקרים אמפיריים על אי־יעילותן של החומות הסיניות בארצות־הברית ובגרמניה מובאים אצל: Luca Enriques, *Conflicts of Interest in Investment Services: The Price and Uncertain Impact of MiFID's Regulatory Framework*, in INVESTOR PROTECTION IN EUROPE 321, 332 (Guido Ferrarini & Eddy Wymeersch eds., 2007).

שנעשו בשטח, קבע מבקר המדינה כי החומות הסיניות "אינן אוצרות די כוח בכדי להתגבר על ניגודי העניינים".<sup>141</sup> גם ועדת בכר – אשר עסקה, בין היתר, במציאת פתרון לניגודי העניינים בשוק ההון הישראלי – קבעה כי החומות הסיניות "סייעו במידה מעטה להפחית את פוטנציאל ניגודי העניינים, אך לא במידה מספקת. הניסיון המצטבר... מביא למסקנה כי אין במנגנונים אלה כדי להיות פתרון ראוי לבעיה".<sup>142</sup> לנוכח זאת נאלצה ועדת בכר להמליץ על הצעד הדרסטי של הפרדת עיסוקים כדרך המתאימה להתמודד עם סוגיית ניגוד העניינים. הוועדה המליצה לחייב את הבנקים (לרבות חברות אחרות הנכללות בקונצרן הבנקאי) למכור את מלוא החזקותיהם בקופות הגמל ובקרנות הנאמנות, ולאסור עליהם לעסוק בניהולם של גופים אלה.<sup>143</sup>

אמצעים להתמודדות עם קונפליקט בלתי-נמנע: המכשיר העיקרי בקבוצה זו הוא הגילוי ללקוח. על הבנק לגלות ללקוח ביוזמתו, ואף מבלי שהתבקש לכך, את דבר קיומו של הקונפליקט, וזאת לפני ביצוע הפעולה הנגועה בניגוד עניינים (*ex ante*).<sup>144</sup> מטרת הגילוי היא להתגבר על בעיית פער הכוחות בין המוסד הפיננסי לבין הלקוח. גילוי נאות חושף אינטרסים סמויים וטובות-הנאה נסתרות, ובכך מבטיח שקיפות המאפשרת ללקוח להחליט באופן מודע אם להתקשר עם הבנק המצוי בניגוד עניינים. אם ללקוח יש כוח מיקוח אמיתי מול הבנק, הוא יוכל אף לשכנע את הבנק לנקוט צעדים על-מנת לטפל בניגוד העניינים בדרך הנראית ללקוח אפקטיבית יותר.<sup>145</sup> לעקרון הגילוי נקשר מכשיר נוסף, והוא קבלת הסכמת הלקוח לפעולת הבנק תוך ניגוד עניינים כתנאי לביצוע הפעולה הנגועה. אם לא הושגה הסכמתו המודעת של הלקוח לניגוד העניינים, על הבנק להימנע כמוכח כליל מביצוע הפעולה. צירופם של שני אמצעים אלה – גילוי מלא והסכמת הלקוח – התפתח

141 מבקר המדינה דוח שנתי 54 לשנת 2003, 240 (2004) [www.mevaker.gov.il/serve/contentTree.asp?bookid=404&id=57&contentid=&parentcid=undefined&sw=1024&hw=698](http://www.mevaker.gov.il/serve/contentTree.asp?bookid=404&id=57&contentid=&parentcid=undefined&sw=1024&hw=698).

142 דוח ועדת בכר, לעיל ה"ש 82, בעמ' 28.

143 שם, בעמ' 33.

144 אמצעי נוסף הוא גילוי לאחר מעשה (*ex post*), קרי, גילוי ללקוח על דבר קיומו של ניגוד העניינים בדיעבד, לאחר שהפעולה כבר נעשתה. ראו על כך Hopt, לעיל ה"ש 127, בעמ' 68. גילוי כזה אפקטיבי עדיין מבחינת הלקוח, שכן הוא מאפשר לו לנקוט צעדים משפטיים נגד הבנק על-מנת להיפרע ממנו על נזקו. במציאות הקיימת קשה כמוכח לתאר בנק שיסכים לגילוי כזה באופן וולונטרי, ללא חיוב כופה בחוק.

145 Bahar & Thevenoz, לעיל ה"ש 127, בעמ' 19. למעשה, ברוב מקרי הקונפליקט יש לגילוי הנאות תפקיד נוסף – הוא משפיע על אופן פעולתו של הבנק. כאשר בנק יודע שגילוי הנתונים יעורר ביקורת ציבורית או יעלה ספק בדבר אמינותו, הוא יימנע מלפעול באופן הבעייתי ויאמץ התנהגות אחרת. על הכוח ההרתעתי של הגילוי ראו Wymeersch, לעיל ה"ש 127, בעמ' 267. על הגילוי כמכשיר לטיפול בניגודי עניינים ראו: Daylian M. Cain, George Loewenstein & Don A. Moore, *The Dirt on Coming Clean: Perverse Effects of Disclosing Conflicts of Interest*, 34 J. LEGAL STUD. 1, 3 (2005). לביקורת על תפיסת הגילוי כמכשיר לפתרון סכסוכים ראו Kruihof, לעיל ה"ש 128, בעמ' 325–331.

במדינות שונות כתחליף של ממש לאיסור המוחלט של ניגוד עניינים בפעולת הבנק.<sup>146</sup> גם המחוקק הישראלי הכיר בכוחו של אמצעי משולב זה כדרך המיטבית להתמודדות עם ניגודי עניינים בלתי-נמנעים. ראיות לכך ניתן למצוא בכל אחד משלושת החוקים המטילים על הבנק איסור ניגוד עניינים. סעיף 15(א) לחוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות קובע כי אם נודע לבנק על "ניגוד עניינים בינו... לבין הלקוח, בין במתן שירות לאותו לקוח דרך כלל ובין לגבי עסקה מסויימת", הוא חייב להודיע ללקוח על ניגוד העניינים, ולהימנע מלבצע כל פעולה שיש בה ניגוד עניינים זולת אם הסכים לכך הלקוח ביחס לאותה עסקה.<sup>147</sup> הוראה דומה מופיעה בסעיף 17 לחוק העיסוק בייעוץ פנסיוני.<sup>148</sup> גם לפי סעיף 8 לחוק השליחות, השולח (הלקוח) רשאי להסכים שהבנק יבצע את פעולת השליחות בעבורו תוך ניגוד עניינים.<sup>149</sup>

הפתרון של גילוי נאות אינו פשוט ליישום, כפי שמדגים עניין צבאח.<sup>150</sup> באותו מקרה נתן הבנק הלוואות ללקוחות לשם רכישת דירות. הדירות נבנו על-ידי חברה קבלנית שהייתה אף היא לקוחה של הבנק (להלן: הקבלן). הבנק ידע שהקבלן נתון בקשיים כלכליים, אך לא גילה זאת לרוכשים. לבנק היה אינטרס ברור בכך שהרוכשים יזימו כספים לחשבונו של הקבלן, שכן זו הייתה הדרך היעילה להביא לידי השבת חלק מחובות הקבלן לבנק. בסופו של דבר לא הושלמה הבנייה, והרוכשים לא קיבלו את הדירות שרכשו. בעקבות זאת תבעו הרוכשים את הבנק, ובית-המשפט נדרש להכריע אם חובת הגילוי כלפי הרוכשים גוברת על הסודיות הבנקאית כלפי הקבלן.

הנשיא שמגר העדיף לא לקבוע אמות-מידה גורפות לאיזון הראוי בכל מצב של התנגשות בין חובות המוטלות על בנק כלפי לקוחותיו השונים, ואף לא לכל מצב שבו חובת הסודיות מתנגשת בחובת הגילוי, אלא להתייחס קונקרטי למקרה שלפניו: באותו מקרה דובר בהלוואת משכנתה, אשר מעצם טיבה יש לה השפעה מכרעת על עתידם של הרוכשים, בפרט כאשר הרוכשים הם זוגות צעירים בעלי זכאות ממשרד השיכון; מערכת היחסים בין הרוכשים לבין הבנק והקבלן הייתה מערכת יחסים קרובה, שכן הרוכשים הובאו לבנק על-ידי הקבלן; הבנק ידע איזה שימוש ייעשה בכספי ההלוואה, והיה לו אינטרס מהותי בהורמת הכספים לכיסוי חובות הקבלן; והעיקר – הבנק ידע שהקבלן לא יוכל לעמוד בהתחייבויותיו לרוכשים. על-סמך נסיבות אלה נפסק כי האיזון הראוי מחייב את הבנק ליידע את הרוכשים בדבר ניגוד העניינים שהבנק מצוי בו. ודוק, הבנק אינו נדרש לגלות פרטים מהותיים על-אודות הקבלן, ובכך נשמרת חובת הסודיות כלפיו. די שהבנק

146 Hopt, לעיל ה"ש 127, בעמ' 67, 71.

147 ראו גם את הסעיפים הבאים בחוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות: ס' 16(א), האוסר העדפת ניירות-ערך מסוימים רק בשל הקשר שלהם לבנק; ס' 17, האוסר קבלת עמלת הפצה מצד שלישי.

148 ראו גם ס' 19 לחוק העיסוק בייעוץ פנסיוני, האוסר קבלת טובת-הנאה מצד שלישי.

149 ראו על כך אהרן ברק חוק השליחות כרך ב 1051-1052 (1996); גואלטירו פרוקצ'יה דיני שליחות בישראל 286 (1986).

150 לעיל ה"ש 1.

יאמר לרוכש המבקש ליטול הלוואה כי נוצר ניגוד עניינים בשל זיקת הבנק לרוכש, מחד גיסא, ולקבלן, מאידך גיסא.<sup>151</sup>

שאלה דומה התעוררה בפרשת ארוז נ' בנק לאומי למשכנתאות בע"מ,<sup>152</sup> שם נפסק כי מהשלב שבו עמד הבנק על הסיכון הפיננסי ההולך וגדל אצל הקבלן, היה עליו להעדיף את חובת הגילוי לרוכשים על חובת הסודיות לקבלן, בעיקר כלפי אותם תובעים שפנו לבנק כדי לקבל הלוואה שתובטח במשכנתה. עם זאת נפסק שם כי כאשר נודע לבנק שהקבלן לא יוכל לעמוד בהתחייבויותיו כלפי הרוכשים, היה זה כבר לאחר שהרוכשים חתמו על הסכם ההלוואה ורכשו את הדירות, ולכן הבנק לא הפר את חובתו כלפיהם.

פסק-הדין בעניין צבאח מעורר כמה נקודות למחשבה. אף שבית-המשפט השכיל להתייחס לכמה מההיבטים העקרוניים של חובת האמון הצומחת ממערכת היחסים המיוחדת שבין לקוח (או מי שמבקש ללוות כספים ועומד להיות לקוח) לבין בנק, אנו סבורות כי יישומם לנסיבות המקרה בעייתי הן בהגדרת השאלה העומדת על הפרק והן בקביעת הגורמה ההתנהגותית הראויה במקרה הנידון.

בית-המשפט הגדיר את עיקרו של פסק-הדין כעוסק בבחינת שתיים מהחובות המוטלות על הבנק כלפי לקוחותיו השונים – חובת הסודיות וחובת הגילוי – והיחס ביניהן כפועל יוצא מחובות האמון שלו. שאלתו הייתה איך על הבנק לנהוג כאשר מצד אחד קמה חובת סודיות כלפי לקוח פלוני אך בו-בזמן ובאותו הקשר נוצרת גם חובת גילוי כלפי לקוח פלוני. הצגת הסוגיה המשפטית במושגים של התנגשות בין חובות ללקוחות שונים מתעלמת מהמסגרת של חובת האמון, שהרי מכוח חובה זו אסור לבנק מלכתחילה להימצא בסיטואציה של ניגוד עניינים. הגדרת הבעיה במושגים של קונפליקט בין חובות חותרת, למעשה, תחת האפשרות של חובת אמון בנקאית, שהרי הבנק נועד מטבע ברייתו לשרת לקוחות בעלי אינטרסים שונים ומנוגדים. מזווית-הראייה של חובת האמון, הסוגיה אינה (וגם אסור שתהיה) מציאת איוון בין חובות מתנגשות ללקוחות שונים. אין כל הכרח לפרוט את חובת האמון למטבעות של החובות הנגזרות ממנה – במקרה זה חובת הגילוי לעומת חובת הסודיות. וכי הדרך היחידה למילוי חובת האמון כלפי לקוח אחד היא לגלות לו את פרטיו החסויים של לקוח אחר? בבחינת חובת האמון של הבנק, השאלה המכרעת היא אם הבנק נמצא במצב שבו יש לו אינטרס כלשהו הגורם לו לפעול בדרך שאינה משרתת את טובת לקוחותיו באופן המיטבי. עיקרה של חובת האמון הוא העדר יריבות בין הבנק ללקוח (ולא בין לקוח ללקוח) וקיומו של אינטרס אחד ויחיד לבנק וללקוח. מבחנה האובייקטיבי של חובת האמון הבנקאית הוא שהבנק לא יעשה בעבור הלקוח פעולות שלא היה עושה בעבור

151 למען האמת, קביעתו של בית-המשפט בעניין זה אינה ברורה לגמרי. במקומות אחדים בפסק-הדין (שם, בעמ' 605, 606 ו-607) בית-המשפט מדגיש כי הבנק צריך לגלות ללקוח את ניגוד העניינים ולתת ללקוח להחליט אם ברצונו ללוות את הכספים על-אף ניגוד העניינים. לעומת זאת, במקום אחר בפסק-הדין (שם, בעמ' 602) נאמר שהבנק צריך לידע את הלקוח בדבר ניגוד העניינים ולציין לפניו כי הוא "אינו רואה לנכון" לבצע את הפעולה. מכל מקום, בית-המשפט חוזר שוב ושוב על החובה לידע את הלקוח בדבר ניגוד העניינים.

152 ת"א (י"ם) 1373/97 ארוז נ' בנק לאומי למשכנתאות בע"מ, פס' 29 (פורסם בנבו, 23.6.2005).

עצמו. במקרה שבו עסקינן ראוי לבחון את השימוש שעשה הבנק ביתרון המידע שלו. מכות המידע שהיה ברשותו (ולא ברשות הרוכשים) על מצבה הרעוע של החברה הקבלנית, נמנע הבנק עצמו מלתת לחברה אשראי נוסף, ובו-בזמן ובאותו הקשר נתן הלוואות לרוכשים לשמה של החברה, בניגוד גמור לטובתם ותוך קידום טובתו שלו. השאלה שעמדה על הפרק לא הייתה אפוא קיומו של קונפליקט בין חובות הבנק ללקוחות השונים, אלא קיומו של קונפליקט אסור בין האינטרס של הבנק לבין האינטרסים של לקוחותיו.<sup>153</sup> אף שטענת ההגנה של הבנק התבססה על הקונפליקט בין חובות הבנק ללקוחות השונים, היה על בית-המשפט לפסול אותה כצורתה, ולנסחה מחדש באופן שיעמיד את הקונפליקט על דיוקו. הצגת הבעיה של יחסי האמון במושגים של ניגוד אינטרסים הכתיבה גם את קביעת בית-המשפט באשר לנורמה ההתנהגותית הראויה במקרה האמור. על-פי פסק-הדין, היה אסור לבנק לחשוף פרטים בדבר מצבה הכלכלי של החברה הקבלנית. עם זאת, נפסק שם כי קיומה של חובת הסודיות כלפי החברה הקבלנית אינו שולל את קיומה של חובת הגילוי כלפי הרוכשים, והדרך הראויה לצאת ידי שתי החובות גם-יחד, לפי גרסת בית-המשפט, היא להסתפק בגילוי העובדה שבעסקה המדוברת הבנק נתון בניגוד עניינים, "שכן גילוי מלא בנסיבות כגון אלה עומד בסתירה לחובת הסודיות".<sup>154</sup> אך ספק אם יש בגילוי ניגוד העניינים המתואר כדי להוסיף על מה שכל לקוח סביר של בנק למשכנתות יודע ממילא, והוא שהבנק, כמעשה שבשגרה, נתן הלוואה ללקוח אחד (הרוכש) על-מנת שתופקד בחשבונו של לקוח אחר (הקבלן). צמצום חובת הגילוי לעובדות ידועות שאינן בגדר סוד אינו משרת את תכליתה – למסור ללקוח עובדות שאינן בידיעתו ואשר עשויות להיות חשובות לו בבואו לשקול את כדאיותה של העסקה המוצעת. גילוי חלקי, כמוצע, עושה את חובת האמון פלסטר, שכן אחת משתיים: או שהרוכשים יבינו את הרמז ויגלו את מצבו הרעוע של הקבלן (ואז זו הפרה של חובת הסודיות) או שהרוכשים לא יבינו את הרמז ויערכו את הסכמי ההלוואה מבלי לדעת שהם שמים את כספם על קרן הצבי (ואז זו הפרה של חובת האמון). זאת ועוד, התרעה על ניגוד אינטרסים ו/או סירוב למתן הלוואה, בלי העברת מידע על מצבו הדחוק של הקבלן, רק יעודדו את הרוכשים לחפש הלוואה ממקור אחר שאינו נתון בניגוד עניינים עם הקבלן וממילא אינו יכול להזהיר את הרוכשים, ומה הועילו חכמים בתקנתם?

הצגת הבעיה של יחסי האמון בין הבנק לבין לקוחותיו לא במושגים של קונפליקט בין חובת גילוי לחובת סודיות, אלא, כמתבקש, במושגי החובה לפעול לטובת הלקוח, מכוונת לחיפוש פתרונות יצירתיים המקיימים את הערכים המוגנים של חובת האמון. במקום לבקש איוון בין החובות, שפירושו ויתור על מקצתן, הבנק יכול, למשל, לפעול להשגת הסכמתו של הקבלן לגילוי, ובכך יוכל לצאת ידי חובת גילוי מלא מבלי להפר את חובת הסודיות.<sup>155</sup>

153 על הצורך בעקרון-על לפתרון קונפליקטים ראוי: Michael Jensen, *Value Maximization, Stakeholder Theory, and the Corporate Objective Function*, 12(2) *Bus. Ethics Q.* 235–256 (2002).

154 עניין צבאח, לעיל ה"ש 1, בעמ' 606.

155 זו אינה דרך פעולה דמיונית. אפשר לטעון שלנוכח האחריות של הבנק כלפי כלל לקוחותיו,



לחלופין, הבנק יכול לזוּם פגישה משותפת למציאת פתרון שיוסכם על דעת הצדדים המעורבים (כולל הבנק); הוא יכול להתנות את מתן ההלוואות בהצגת בטחונות מתאימים מצד הקבלן להבטחת ההשקעות של רוכשי הדירות; ועוד כהנה וכהנה דרכים המבטאות דאגה לטובת הלקוחות תוך הימנעות מכניסה לקונפליקט בין חובות. אם הקבלן לא ישתף פעולה, תוצאת סירובו תהיה אי-העמדת ההלוואות ללקוחות.

לפסק-הדין בעניין צבאח יש השלכות רחבות-היקף, מאחר שחלק ניכר מהפעילות הבנקאית בישראל נעשה תחת ניגוד עניינים מהסוג המתואר בדברי בית-המשפט. כך, למשל, ניגוד עניינים בין אינטרסים של לקוחות שונים עלול להתעורר כאשר הבנק עוסק ביעוץ השקעות ללקוח מסוים, ובין ניירות-הערך שעליהם הוא יכול להמליץ נכללים גם ניירות-ערך המונפקים על-ידי תאגיד שאף הוא לקוח של הבנק. במקרה כזה יכול להיות מעורב גם אינטרס אישי של הבנק, המעוניין בשיפור מצבו הכספי של התאגיד החייב. בעקבות פסק-הדין, הנחת-העבודה של בנק המבצע עסקה עם לקוח אשר משרתת את טובתו העצמית ובה-בעת פוגעת בטובת הלקוח התמים יכולה להיות שגילוי ניגוד העניינים הטבעי, שבו עומד כל בנק המשרת לקוחות רבים, די בו להקנות לו פטור מאחריות. עלות הגילוי החלקי המוטלת על הבנק במקרים מסוג זה נמוכה, והרווח שלו כפול – הוא גם נהנה מפירות העסקה וגם נהנה מפטור מאחריות. לטעמנו, אין להעמיד את חובת האמון על החובות הנגזרות ממנה תוך ניסיון למנוע קונפליקטים ביישומן כלפי לקוחות שונים, כפי שנפסק בעניין צבאח. חובת האמון עומדת על רגליה שלה, ומבחינה, במקרים שבהם היא חלה, צריך להיות אחד ויחיד: העמדת טובת הלקוח מעל טובת הבנק. מכאן אפשר לגזור אחר כך פתרונות יצירתיים למצבי קונפליקט כיד הדמיון המוסרי.

עניין צבאח מוכיח גם הוא כי הבנק אינו יכול להימנע לחלוטין מסיטואציות של ניגוד עניינים. גוף עסקי המשרת לקוחות רבים ייקלע, מטבע פעילותו, לקונפליקטים ביניהם. בעניין זה הבנק מחויב לשני דברים: (א) להפחית עד כמה שניתן את הקונפליקטים; (ב) משנוצר קונפליקט, לפתור אותו בדרך הנכונה בנסיבות המקרה, קרי, במידת ההגינות המרבית כלפי כל הצדדים המעורבים.

בעניין זה נודעת השיבות לאימוץ קוד אתי,<sup>156</sup> הכולל התייחסות מפורטת ומושכלת לסוגיית ניגוד העניינים, בשילוב עם צעדים להטמעת כללי התנהגות עסקית נכונה (business conduct rules) בקרב העובדים. אמצעי אחר שהוצע בספרות המשפטית הוא

הוא רשאי להפעיל את כוחו הרב כדי לשכנע את הקבלן שמצבו הנואש מחייב אותו להסכים לגילוי. לבנק יכולים להיות אמצעי שכנוע חזקים שיבהירו לקבלן כי "כדאי" לבנק להזהיר את הקונים. זאת, כמובן, בתנאי שהבנק מתייחס ברצינות לחובת האמון שלו, ושם באמת את האינטרס של הלווים (ובסופו של דבר גם של הקבלן) מעל לאינטרס העצמי שלו. את מה שכונס נכסים או מפרק יכולים לעשות בדיעבד, הבנק, בכוחו כירב, יכול לעשות מראש, וכך למזער את הפורענות.

156 בנושא הקוד האתי ראו לעיל בפרק ג.

חיזוק כוחו של נציב האתיקה בבנק,<sup>157</sup> עד כדי שילובו בהנהלת הבנק, על־מנת להבטיח שהציות לחוק ולכללי האתיקה יעמוד בראש שרשרת הערכים.<sup>158</sup>

## פרק ה: יכולת ההתנאה על חובת האמון הבנקאית

ראינו בפרק הקודם כי עקרון הגילוי יכול לשמש תחליף לאיסור הגורף של ניגוד עניינים בפעילות הבנקאית רק בתנאי שנלוותה לו הסכמת הלקוח לביצוע הפעולה הנגועה. הסכמת הלקוח לכך שהבנק יפעל תוך ניגוד עניינים מהווה למעשה התנאה על האיסור. לנוכח ההבנה כי ניגודי עניינים אינם ניתנים למניעה מוחלטת, ולנוכח העובדה שאיסור ניגוד העניינים הוא איסור גורף, נשאלת השאלה אם ראוי לאמצו ככלל כופה או שמא כבררת־מחדל המאפשרת לצדדים להתנות עליו בתנאים מסוימים. שאלה זו מתעוררת, כמובן, רק לגבי פעולות ועסקות בנקאיות שאינן ייעוץ השקעות, ייעוץ פנסיוני או שליחות, שעליהן חל ההסדר הקבוע בחוק.<sup>159</sup>

שיקולים כבדי־משקל תומכים באיסור התנאה על חובת האמון הבנקאית. לנוכח הפער בכוח המיקוח של הצדדים, לנוכח העובדה שהבנק חולש על נכסיו וענייניו של הלקוח ויוצר תלות של הלקוח בבנק, לנוכח העובדה שהלקוח נותן אמון בבנק ומסתמך עליו (לעיתים בצורה עיוורת כמעט) ולנוכח אופייה הריכוזי של המערכת הבנקאית בישראל, נדרשת הגנה קוגנטית שתבטיח את האינטרס של הלקוח. כפי שהראינו לעיל לגבי עמלות הבנקים ופערי הריבית, מהלכים שונים של הבנקים מוכיחים כי הם מנצלים את כוח השפעתם כעמודי־התווך של הכלכלה הישראלית כדי להגדיל את רווחיהם, בעיקר על־חשבון המגזר הקמעוני, הנתפס כחלש יותר מבחינת כוח המיקוח שלו מול הבנק. לשם הגשמת יעדיה של חובת האמון – קרי, ריסון כוחם של הבנקים והגנה על הלקוח כצד החלש – יש הכרח בהתערבות כופה. רק בדרך זו ניתן למנוע את הבנק מלנצל את כוחו על־מנת לגרום לכך שבמסגרת ההסכם בינו לבין הלקוח יוותר האחרון על ההגנה שנועדה לטובתו. בנסיבות המיוחדות של יחסי בנק־לקוח, חיוב האמון משקף את תקנת הציבור, וכל התנאה עליו תעמוד בניגוד לסעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי).<sup>160</sup> תמיכה נוספת לקו מחשבה זה אפשר למצוא בחוק הבנקאות (שירות ללקוח), אשר הוראותיו קוגנטיות וההגנות שהוא מעניק

157 על־פי הוראת המפקח על הבנקים, כל בנק חייב למנות "קצין ציות", שיהיה אחראי לוודא כי הבנק מצייט להוראות החוק. ראו "קצין ציות" הוראות ניהול בנקאי תקין 308 (2002).

158 Bahar & Thevenoz, לעיל ה"ש 127, בעמ' 17; Sandro Abbeglen, *Investment Research: How to Solve Conflicts of Interest More Efficiently*, in CONFLICTS OF INTEREST: CORPORATE GOVERNANCE AND FINANCIAL MARKETS 171, 183 (Luc Thevenoz & Rashid Bahar eds., 2007).

159 ראו לעיל את הטקסט ליד ה"ש 117-123.

160 פרידמן וכהן חוזים כרך א, לעיל ה"ש 10, בעמ' 127.

ללקוח אינן ניתנות להתנאה.<sup>161</sup> הסברנו לעיל כי הן חוק הבנקאות (שירות ללקוח) והן חובת האמון הבנקאית משקפים את המגמה המודרנית של הגנת הצרכן הבנקאי, ועל-כן קביעת המחוקק בחוק משמשת אינדיקציה חשובה לדין הראוי גם בסוגיית חובת האמון.

עם זאת, הרציונל שמאחורי שלילת ההתנאה על חובת האמון הבנקאית אינו מוליך למסקנה שהאיסור צריך להיות מוחלט. מכיוון שמדובר בחובה כה חמורה, יש להיזהר מיישום קיצוני ומוגזם שלה, ובמקרים מסוימים ראוי בכל-זאת לאפשר התנאה עליה.<sup>162</sup> אפשר לטעון כי מאחר שחובת האמון חמורה מחובת תום-הלב, סיווגה כחובה קוגנטית מהווה פגיעה קשה יותר בחופש החוזים, ויש לו השפעה שלילית חזקה יותר על מנגנוני השוק. אכן, בנסיבות מסוימות ייתכן שהתנאה על חובת האמון הבנקאית לא תסתור את ההצדקות התיאורטיות העומדות בבסיסה. כאמור, ההגנה הקוגנטית, שנועדה להגן על הצד החלש, מושתתת על העדר שוויון בין הצדדים. מטעם זה אין בדרך-כלל מניעה לוותר עליה או להתפשר לגביה בנסיבות שבהן אי-השוויון מוסר.<sup>163</sup> ייתכנו מקרים שבהם הסכמת הלקוח לוותר על רכיב מסוים של חובת האמון הבנקאית מסייעת בהגשמה אמיתית של האינטרס האישי שלו ונובעת מרצון חופשי ומכוונה אמיתית המושתתת על ידיעת כל הנתונים הרלוונטיים. בנסיבות כאלה אין משמעות מעשית למאפיינים של שליטת הבנק או תלות הלקוח, וההתנאה על חובת האמון הבנקאית יכולה לפעול דווקא לטובת הלקוח.

לנוכח כל האמור לעיל, אנו סבורות כי יש לאפשר התנאה מסוימת על חובת האמון הבנקאית, אך זאת רק בהתקיים התנאים הבאים:

א. הפעולה אינה פוגעת בטובת הלקוח. דרישה ראשונה זו נובעת מעצם מהותה של חובת האמון, המחייבת את הבנק להגן על האינטרס של הלקוח ולהעדיפו אף על האינטרס האישי של הבנק.

ב. ההתנאה לא תתיר מעשי מרמה, חוסר הגינות או מעשים פסולים הנעשים ביודעין.

ג. ההתנאה תתייחס רק לרכיב קונקרטי של חובת האמון הבנקאית.<sup>164</sup> אין לאפשר התנאה גורפת על חובת האמון הבנקאית בכללותה. הרעיון של התנאה על היבטים מסוימים בלבד של חיוב האמון כבר הועלה על-ידי אחרים, אם לגבי חיוב האמון הכללי<sup>165</sup> ואם לגבי חובת האמון הבנקאית.<sup>166</sup> זוהי תפיסה פרגמטית יותר, שלפיה האופי הקוגנטי של

161 ראו ס' 17 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח).

162 Bahar & Thevenoz, לעיל ה"ש 127, בעמ' 15; Luc Thevenoz, *Conflicts of Interest in the Distribution of Investment funds*, in CONFLICTS OF INTEREST: CORPORATE GOVERNANCE AND FINANCIAL MARKETS 337, 349 (Luc Thevenoz & Rashid Bahar eds., 2007).

163 פרידמן וכהן חוזים כרך א, לעיל ה"ש 10, בעמ' 128.

164 היבטים קונקרטיים של חובת האמון הם, למשל, איסור ניגוד עניינים, חובת גילוי, איסור קבלת טובת-הנאה מצד שלישי, איסור הפקת רווח מהפעולה, חובת סודיות ועוד, כמוסבר בפרק ב לעיל.

165 Nili Cohen, *Interference with Performance of a Fiduciary Obligation*, 17 ISR. L. REV. 12, 16 (1982). פרידמן וכהן חוזים כרך א, לעיל ה"ש 10, בעמ' 127. פרידמן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 580.

166 בן-אוליאל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 106; Bahar & Thevenoz, לעיל ה"ש 127, בעמ' 8.

חייב האמון אינו מוחלט, ומותר לצדדים להגביל את תוכן החיוב, אם כי לא לפטור ממנו באופן גורף. לנוכח זאת, לקוח רשאי להסכים לכך שהבנק יפעל בעסקה מסוימת תוך ניגוד עניינים.

- ד. הסכמת הלקוח להתנאה הושגה ברצון חופשי ותוך ידיעת כל הנתונים הרלוונטיים. השגת הסכמת הלקוח מחייבת את הבנק בגילוי מלא.<sup>167</sup> על הבנק מוטלת האחריות לא רק למסור ללקוח את מלוא הנתונים, אלא גם לוודא שהלקוח הבין את העניין לאשורו. אולם בגילוי מלא אין די. במצב שבו צד אחד (הבנק) הוא מעין מונופול, הקובע באופן בלעדי את תנאי המשחק, והצד האחר (הלקוח) מקבל על עצמו להיכנס למשחק בתנאים המוכתבים מראש, בלית בררה ורק כדי לא להישאר בתנאים גרועים יותר בחוץ, ספק אם ניתן לראות הסכמה אמיתית מצד הלקוח. מה בצע ברצון חופשי ובידיעת כל הנתונים כאשר הבחירה למעשה מוגבלת? לכן התנאה על חובת האמון תוכר רק במצבים שבהם הלקוח אינו תלוי בבנק<sup>168</sup> ויש לו יכולת בחירה אמיתית.
- ה. התנאה חוזית על חובת האמון תהיה כפופה כמוכן לדיני החוזים השונים. כך, למשל, תניית פטור המופיעה בטפסים הסטנדרטיים של הבנק עלולה להיחשב תנאי מקפח בחוזה אחיד, על-פי חוק החוזים האחידים, תשמ"א-1981; תניית פטור חוזית עשויה להתפרש על-פי הכלל של *contra proferentem* (פרשנות נגד המנסח);<sup>169</sup> ועוד.
- ו. ההתנאה נעשתה באופן הראוי.

בחוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות קיימת התייחסות מפורשת לדרך ביצועה של ההתנאה על חובת האמון בייעוץ השקעות: לגבי איסור קבלת טובת-ההנאה (סעיף 17(ב)) נקבע שהלקוח יכול לפטור את הבנק מאיסור זה מראש ובכתב; בנוגע לקבלת עמלת הפצה מאת מנהל קרן-נאמנות, הלקוח צריך לתת את הסכמתו גם לשיעור העמלה, אף ששיעור זה נקבע ממילא על-פי התנאים שקבע שר האוצר (סעיף 17(ב)(4)); לגבי קבלת עמלה מחברה המנהלת קופת-גמל, נאסר על הבנק באופן קוגנטי לגבות עמלה ששיעורה תלוי בזהותה של החברה המשלמת אותה לבנק (סעיף 17(ב)(5)); לגבי חובת הסודיות המוטלת על הבנק (סעיף 19(א)), זו כפופה להסכם שבו ויתר הלקוח במפורש על חובת הסודיות כלפי אדם שצוין באותו הסכם; ולגבי האפשרות שהבנק ימצא בניגוד עניינים (סעיף 15(א)), חוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות דורש שהבנק יודיע ללקוח על ניגוד העניינים ויקבל את הסכמתו מראש. בעניין אחרון זה, הנוסח המקורי של סעיף 15 דרש שהודעת הבנק והסכמת הלקוח יינתנו בכתב, אבל תיקון שהתקבל לאחרונה בחוק מקל עם הבנקים וקובע כי ההודעה וההסכמה יכולות להינתן בשיחת טלפון שפרטיה יירשמו על-ידי הבנק. גישה זהירה בנוגע לדרך ההתנאה על חובת האמון מצינו בחוק העיסוק בייעוץ פנסיוני, החל על בנק הנותן ייעוץ פנסיוני. בנוגע לאיסור ניגוד העניינים (סעיף 17), החוק דורש

167 השוו: Clark Boyce v. Mouat, [1994] 1 A.C. 428.

168 פרנקל, לעיל ה"ש 61, בעמ' 122, 144.

169 עיקרון זה מופיע בס' 123(ד) להצעת הקודקס האזרחי החדש. לגבי פרשנות של פוליסות ביטוח נגד המנסח השוו דודי שוורץ וריבי שלינגר דיני ביטוח 342-347 (2005).

שהבנק יודיע ללקוח על ניגוד העניינים בכתב, ויקבל את הסכמת הלקוח מראש ובכתב. ההסכמה תהיה מוגבלת בהיקפה, ותתייחס רק לייעוץ הספציפי או לעסקה הספציפית. גם על האיסור בנוגע לקבלת טובות־הנאה (סעיף 19) הלקוח יכול לוותר, בתנאי שהדבר ייעשה מראש ובכתב. ויתור של הלקוח בעניין זה אינו מקנה לבנק חופש מוחלט בקבלת טובות־הנאה מצד שלישי, שכן הבנק כפוף עדיין לכמה הגבלות קוגנטיות בעניין (סעיף 28). גם חובת הסודיות ניתנת להתנאה בהסכם עם הלקוח, שבו יוותר הלקוח במפורש על הסודיות כלפי אדם מסוים המצוין באותו הסכם (סעיף 22).

לגבי פעולות בנקאיות אחרות, שאינן ייעוץ השקעות או ייעוץ פנסיוני, בהעדר דרישה סטטוטורית לדרך התנאה מסוימת, עולה לכאורה כי ויתורו של הלקוח (או של הזכאי) יכול להינתן בעל־פה, בדרך של הסכמה בפועל או בדרך של ידיעה ושתיקה היוצרות השתק. כן תיתכן הסכמה בדיעבד. סעיף 8 לחוק השליחות, החל על הבנק בפועלו כשלוח של הלקוח, מאפשר אף התנאה משתמעת. איננו בטוחות שמצב זה ראוי כאשר מדובר בחובת האמון הבנקאית. לטעמנו, ויתור של הלקוח על היבט מסוים של חובת האמון צריך להיעשות מראש, בכתב ובצורה מפורשת. דרישה זו מתבקשת מעצם טיבה ומהותה של חובת האמון הבנקאית. לסיכום, התנאים המפורטים לעיל מגדירים את המרחב שבו מותר לבנק להתנות על חובת האמון בכלל ועל איסור ניגוד העניינים בפרט. מרחב זה משתרע בין המינימום שעיקרו תום־לב והגינות, בנסיבות שבהן אי־השוויון בין הבנק ללקוח מוסר, לבין המקסימום של העדפת האינטרס של הלקוח על האינטרס של הבנק, במצב שבו הבנק חולש על נכסיו וענייניו של הלקוח ואילו זה, מצידו, שבוי בידיו ונותן בו אמון.

## פרק ו: סיכום

במשך השנים התבסס עקרון האמון כתיאוריית־על בדיני הבנקאות שלנו, ומכוחו הוטלה על הבנקים חובת אמון כלפי לקוחותיהם, אך גבולותיה נותרו עמומים. עיקרון כללי של חובת אמון אינו מנחה את הבנקים כיצד לנהוג, ועלול לעורר קשיים פרשניים. כאשר לבנק יש שיקול־דעת לגבי האופן שבו עליו למלא את תפקידו, קשה לפעמים לקבוע מהי ההחלטה הראויה ומהי טובת הלקוח. בתי־המשפט נאלצו להתמודד עם עמימותה של החובה ולהציע כלים ומצבים טיפוסיים ליישומה. כפי שראינו, גורם מרכזי לקושי בשמירה על עקביות הגשמתו של רעיון האמון נעוץ בסיטואציות הלא־פשוטות של ניגוד עניינים. נסיוננו להציע דרך להתמודד עם הקשיים האמורים כלל שורה של צעדים:

- א. הצגת חובת האמון כחובה הנגזרת ממעמדו ומתפקידו של הבנק, ולא כחובה עילאית החורגת ממידתו.
- ב. תיחום הגבולות של חובת האמון באמצעות הבחנה בין המישור החיצוני של יחסי בנק־לקוח, שבו קיימת יריבות מובנית בין הצדדים, לבין מישור היחסים הפנימי, שבו על הבנק להעדיף את האינטרס של הלקוח על האינטרס האישי שלו. חובת האמון תחול לשיטתנו רק במישור היחסים הפנימי.

- ג. הבלטת המבנה המדרגי של חובת האמון הבנקאית, שכל רכיביה (כגון חובת תום-הלב, חובת הסודיות וחובת הגילוי) כפופים לחובה אחת עליונה: לשמור על האינטרס של הלקוח ולהעדיפו על כל אינטרס אחר, ובכלל זה על האינטרס של הבנק עצמו.
- ד. השלמה עם קיומם של ניגודי אינטרסים מוכּנים בפעילות הבנקאית, והכרה מסוימת בביצוע פעולות הנגועות בניגוד עניינים.
- ה. הצגת המבנה המדרגי של חובת האמון ככלי לפתרון קונפליקטים: בעוד פתרון המתעלם מהמבנה המדרגי דוחף לפשרה בין חובות שקולות (כפי שראינו בהצעה לגילוי חלקי של האמת בעניין צבאח), במבנה מדרגי פתרון הקונפליקט בין רכיבי החובה כפוף לחובת-העל ולכן אינו יכול לפגום בה.
- ו. פירוט התנאים שבהם יש לאפשר התנאה על חובת האמון הבנקאית.

עיצובה של תפיסה נורמטיבית ברורה יותר של חובת האמון הבנקאית יאפשר לבית- המשפט למלא את תפקידו כמחנך וכמעצב נורמות, אשר גיבושן ככלי לריסון כוחו העצום של הבנק ולהגנה על הלקוח היוני ביותר.