

חובת אמון – אימתי?

מאת

עמיר ליכט*

א. מבוא. ב. כוח ואחריות. ג. קטגוריות של אמונאים. ד. התחייבות ופגיעות. ה. לקחים.
ו. "חובת האמון הבנקאית". ז. סיכום.

א. מבוא

כוח והבדלי כוח בין פרטים ובין קבוצות בחברה הם תופעה אוניוורסלית, שכל קבוצה חברתית חייבת להידרש לה ולגבש לעצמה מענה מוסדי בעניינה כדי להבטיח סדר חברתי.¹ אצלנו מקובל להביע רעיון זה במימרה הקולעת "כוח ללא אחריות משול להפקרות", אשר קנתה לה שבייתה בפסיקתם של בתי המשפט.² ההכרח לקבוע מגבלות ולפקח על השימוש בכוח – בין כוח פיזי אלים ובין כוח אחר, כגון כוח כלכלי – משמש צידוק בסיסי לקיומם של מדינה, מוסדות שלטון ומערכת משפט.³ חובת האמון (duty of loyalty) היא אחד המוסדות המשפטיים העיקריים – ואחד בלבד מני כמה – שהמשפט המקובל פיתח כדי להתמודד עם תופעת הכוח בחברה ובמיוחד עם החשש מפני שימוש לרעה בכוח כלפי צדדים פגיעים הכפופים לו.⁴

* פרופסור מן המניין, בית ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. תודה לעורכים רות פלאטור-שנער ושוקי שגב על הערות מועילות לכתב היד.

1 הספרות על המושג "כוח" כיסוד מרכזי במערכות חברתיות היא עצומה. לחיבור קלאסי בנושא ראו: Pierre Bourdieu, *Cultural Reproduction and Social Reproduction*, in KNOWLEDGE, BERTRAND (1973) EDUCATION, AND CULTURAL CHANGE 71 (Richard Brown ed., 1973) RUSSELL, POWER: A NEW SOCIAL ANALYSIS (1938).

2 ראו אוריאל פרוקצ'יה "פירוק חברה לפי בקשת מיעוט בעלי המניות" משפטים ח 13, 17 (1978); ע"א 817/79 קוסוי נ' בנק י.ל. פויכטוונגר בע"מ, פ"ד לח(3) 253, 277 (1984) (להלן – עניין ע"א קוסוי).

3 ראו למשל תומס הובס לויטן 87–88 (אהרן אמיר מתרגם, מנחם לורברבוים עורך, 2009); H.L.A. HART, *THE CONCEPT OF LAW* 194–195 (2nd ed., 1994). השווו בבלי, עבודה זרה ד, ע"א ("הוי מתפלל בשלומה של מלכות, שאלמלא מוראה של מלכות, איש את רעהו חיים בלעו").

4 מבחינת ייחוסו המשפחתי המשפט הישראלי הוא נצר מובהק של משפחת המשפט המקובל. זאת, על אף ניסיונות להכליא בו יסודות שמקורם בשיטה הקונטיננטלית. ראו עמיר ליכט דיני אמונאות: חובת האמון בתאגיד ובידין הכללי 21–32 (2013). מכל מקום, אין ספק שדיני האמונאות במשפט הישראלי מבוססים במלואם על עקרונות ועל פרטי דינים שמקורם במשפט המקובל, ובמיוחד

הטלת חובת אמון על פלוני כלפי אלמוני הופכת את פלוני לאמונאי (fiduciary) של אלמוני.⁵ על האמונאי חל משטר משפטי קיצוני בחומרתו מבחינת כללי ההתנהגות הנדרשים ממנו לשם קיום חובת האמון ומבחינת הסעדים העומדים לרשות הנהנה (beneficiary) כלפי האמונאי במקרה של חשש להפרתה. למעשה, ניתן לומר בלא חשש להפרזה שמשטר זה של אקאונטביליות (accountability) ושל דיני החשבון (account) שבגדרו הוא המשטר המחמיר ביותר במשפט הלא-עונשי.⁶ לפיכך נודעת חשיבות מיוחדת לשאלה "חובת אמון – אימתית?", כלומר לזיהוי המצבים שבהם חלה על פלונית חובת אמון.

בשאלת תכליתה ותוכנה העיקרי של חובת האמון שוררת יציבות יחסית זה כמה וכמה דורות. חובת האמון אופפת את האמונאי במעטפת הגנה שתכליתה לאפשר לו להפעיל את שיקול דעתו לטובת הנהנה לפי המשימה שעליו לבצע או לפי המשרה שהוא נושא, ללא הפרעה ובניקיון דעת גמור, לאמור בתום לב כיסוד נפשי.⁷ להגשמת התכלית הזו נשענת חובת האמון על שני אדנים: הראשון קובע איסור מוחלט להימצא במצב של חשש ממשי לניגוד עניינים; השני מטיל חובת גילוי מלא של כל מידע מהותי. איסור ניגוד העניינים חל הן על ניגוד אפשרי בין עניינו של הנהנה לבין עניין של האמונאי ("ניגוד חובה-עניין" – duty-interest conflict) הן על ניגוד אפשרי בין ענייניהם של שני נהנים שונים, שלכל אחד מהם האמונאי חב חובת אמון ("ניגוד חובה-חובה" – duty-duty conflict).⁸ חובת הגילוי המלא

המשפט האנגלי. אשר לחובת האמון ראו את פסק דינו של הנשיא שמגר בד"נ 29/84 קוסי נ' בנק י.ל. פויכטוונגר בע"מ, פ"ד לח(4) 505 (1984) (להלן – עניין ד"נ קוסי). אשר לסעדים על הפרת חובת האמון ראו ע"א 84/80 קאסם נ' קאסם, פ"ד לז(3) 60 (1983), אף הוא מפי המשנה לנשיא שמגר.

5 אין בעברית תרגום למונח fiduciary. הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א–2011, ה"ח 699, נוקטת את המונח "חב אמון" כלפי כל מי שחב חובת אמון. ראו את דברי ההסבר לסעיף 42 להצעה. אולם המונח "חב אמון" מסורבל וקשה להטיה, והוא גם אינו מדויק, מכיון שה-fiduciary חב חובות נוספות על חובת האמון. ל"אמונאי" יש צורה של בסיס של שם עצם שנוספה לו סיומת בעלת משמעות של מקצוע ותכונה (כגון מכונאי או עיתונאי), המתבססת על האמון כיסוד סגולי מגדיר. מ"אמונאי" נוח גם לגזור "אמונאות" כתרגום ל-fiduciary בהקשר של מערכת יחסים (fiduciary relations) – מונח המשקף את האטימולוגיה של fiducia הלטיני, שממנו נגזר גם faith (אמונה). הצעת המינוח הזו של המחבר מונחת על שולחנה של האקדמיה ללשון העברית. מכתב מאת רחל סליג, האקדמיה ללשון העברית, אל המחבר (21.3.2012).

6 גם למונח accountability אין תרגום בעברית, אלא שבעניינו החליטה האקדמיה ללשון העברית כי אין בכך צורך. יש לקוות שהסוגיה המינוחית תידון מחדש בעתיד, מכיון שלהיבטים הלשוניים של מושג זה יש השלכות מהותיות לא רק מבחינה משפטית אלא גם מבחינת מדיניות ציבורית בכלל. עד אז, ועל אף כיעורו, אני נוקט במכוון את המונח אקאונטביליות, שיש בו דו-פניות ייחודית לעומת מונחים לא-רשמיים שהוצעו כגון "אחריותות" או "דיווחיות". לדיון ראו ליכט, לעיל הערה 4, בעמ' 21–32. אני נוקט את המונח "חשבון" כתרגום ל-account. הקוראת לא תופתע ללמוד שאף באשר למושג זה מתעוררים היבטי מינוח שבתוכם מקופלים היבטים מהותיים באופן שהוא טיפוסית לכל התחום של דיני אמונאות. בין היתר משטר החשבון אינו חופף במלואו את "מתן החשבונות" המוכר בתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984. לפירוט ראו ליכט, שם, בעמ' 250–255.

7 ראו MATHEW CONAGLEN, FIDUCIARY LOYALTY: PROTECTING THE DUE PERFORMANCE OF NON-FIDUCIARY DUTIES (2011); ליסוד תום-הלב כיסוד נפשי של חובת האמון, להבדיל מחובת תום-הלב בקיום כל פעולה משפטית ראו ליכט, לעיל הערה 4, בעמ' 95–100.

8 לפירוט על אודות תוכנה של חובת האמון ועל היחס בין שני רכיבים אלה שלה ראו ליכט, שם, פרק שלישי.

חלה במידה שווה בשלב הקיום של חיובי האמונאות כמו גם במצב של חשד להפרתם. היא משמשת חוליה מקשרת למערך מקיף של סעדים הנכללים בגדר משטר החשבון (account), הנזכר לעיל) ושל סעדים הנלווים לו, ובהם שלילה (disgorgement) של כל טובת הנאה שצמחה לאמונאי או לצד שלישי בקשר ליחסי האמונאות, נאמנות קונסטרוקטיבית להגנת זכויותיו של הנהנה הניפר ועוד.⁹

לעומת יציבות יחסית זו באשר לתוכן, סיבות שונות גרמו ששיטות המשפט המקובל נמנעו במשך שנים רבות מלעסוק ישירות ובישיות בשאלה אימתי חלה חובת האמון, או במילים אחרות, מיהו אמונאי. במידה לא מבוטלת הדבר נבע מכך שהגדרה של אמונאי ושל יחסי אמונאות היא עניין חמקמק במיוחד, ובספרות ובפסיקה פזורות אמרות רבות ברוח זו.¹⁰ כפי שנראה להלן, משנזקקו בתי המשפט לסוגיה בשיטתיות, אכן עורר הדבר קשיים של ממש. סיבה אפשרית נוספת היא שעד עיצומה של המאה העשרים רווחו מתכונות שגרתיות של יחסי אמונאות, כגון נאמנות, שליחות או שותפות, שהוכרו משכבר ככאלה ולא עוררו מחלוקות באשר להגדרתן. ההתפתחות המואצת בתחומי המסחר, העסקים והמימון בד בבד עם התפתחותם של מוסדות מדינה ושל מנגנוני ממשל מורכבים הגבירו את העניין באמונאות כמושג מסגרת כללי. זאת בשל עצמתו המיוחדת של משטר האקאונטביליות שיחסי אמונאות מנביעים והגמישות המרשימה שדיני האמונאות מפגינים מבחינת התאמתם לנסיבות המשתנות של העידן החדש. התפתחויות אלה חידדו את שאלת התנאים לתחולתה של החובה. בכך עוסק הפרק הנוכחי.

מבנה הפרק כדלקמן: חלק ב של הפרק דן במושג הכוח ובמערכות היחסים שמתאפיינות ביחסים של כוח מול כפיפות או פגיעות ועל כן מצריכות הסדרה באמצעות מוסדות חברתיים שחובת האמון היא אחד מהם. חלק ג עומד בקצרה על הגישה הקלאסית להטלת חובת אמון באמצעות זיהוי קטגוריות מוכרות של יחסי אמונאות והיקש מהן למערכות יחסים אחרות. חלק ד דן בשתי הגישות המושגיות העיקריות שהתפתחו לשם התמודדות עם סוגיית התחולה של חובת האמון – גישת ההתחייבות וגישת הפגיעות – ומצביע על עדיפותה של גישת ההתחייבות. חלק ה גוזר כמה לקחים כלליים מהתפתחות הדין בסוגיה. כדוגמה ליישום של התובנות בפרק זה חלק ו מציג ניתוח ביקורתי של התופעה המכונה אצלנו "חובת האמון הבנקאית", מצביע על תורפות שבה ומראה כי אין זו כלל חובת אמון כמובנה של זו במשפט הישראלי אלא דוקטרינה שונה מהותית, הקרובה יותר לחובת הזהירות ולחובת תום הלב.

9 לפירוט בדבר הסעדים על הפרה של חובת האמון ראו שם, פרק חמישי.

10 PAUL D. FINN, FIDUCIARY OBLIGATIONS 1 (1977) ("[T]he term 'fiduciary' is itself one of the most ill-defined, if not altogether misleading terms in our law"); Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd., [1989] 2 S.C.R. 574, 61 D.L.R. (4th) 14, 26 ("There are few legal concepts more frequently invoked but less conceptually certain than that of the fiduciary relationship"); Australian Securities and Investments Commission v. Citigroup Global Markets Australia Pty Limited (ACN 113 114 832) (No. 4), [2007] F.C.A. 963, ¶270 ("[the term] 'fiduciary relationship' defies definition. This is because of the difficulty of stating a comprehensive principle suitable for application to different types of relationships that carry (different obligations)").

ב. כוח ואחריות

הופלד (Hohfeld) הגדיר יחסי כוח בהקשר המשפטי כחלק מן הדגם המפורסם שלו למושגי יסוד משפטיים.¹¹ לצד הזוג המוכר יותר, זכות וחובה, ניצב זוג המושגים כוח וכפיפות (power – liability). אליבא דהופלד, כוח הוא שליטה רצונית שיש לאדם במצבו המשפטי של אדם אחר.¹² כפיפות היא המושג התואם של כוח, והיא מתארת את מצבו של האדם החשוף לכוחו של בעל הכוח.¹³ הופלד מדגים יחסי כוח–כפיפות באמצעות יחסי שליחות. אמנם לאדם יש כוח לפעול כשולח ולעשות את חברו לשלוח, בהסכמתו של האחרון, אולם מרגע זה ואילך השולח כפוף לכוחו של השלוח להשפיע השפעה חד-צדדית על ענייניו של שולחו.¹⁴ בהקשר הכלכלי נודע למושגים של כוח וסמכות (authority) מקום מרכזי בתאוריה הכלכלית של הפירמה כיסוד חיוני להבנת תופעת התאגיד, לפחות למן חיבורו פורץ הדרך של קואז (Coase) על טיבה של הפירמה.¹⁵

ענייננו אפוא בקטגוריה מיוחדת של מערכות יחסים שבהן אדם מקנה לזולתו כוח על ענייניו מבלי שיש למקנה אפשרות ממשית לשמור על ענייניו בעצמו. במצבים כאלה מתעורר חשש כבד להתנהגות אופורטוניסטית של הצד בעל הכוח. מבחינה עיונית החשש נובע משני גורמים אשר ניצבים בבסיסה של תופעת הכוח: ראשית, הַנְיֵיעָה להעדפת העצמי של בעל הכוח; שנית, עדיפות במידע שיש לבעל הכוח. מבין השניים, הראשון זכה לתשומת לב רבה יחסית מכיוון ששאלות על אנוכיות לעומת העדפת אחרים ועל רציונליות בכלל מעוררות עניין רחב. ואולם, דווקא הגורם השני – של תופעת המידע החלקי (asymmetric information) – הוא הקשה והחשוב יותר.¹⁶ נקודת המפתח להבנת הסוגיה ולהתמודדות עמה היא שאי אפשר להתבסס על הסדרה חוזית מלאה של מערכת היחסים. לפיכך יש הצדקה להתערבות חברתית באמצעות קביעת דין מיוחד. באופן סכמטי, כדי למזער את סכנת השימוש לרעה בכוח יש להטיל על בעל הכוח במצבים אלה איסור להפיק טובות הנאה מכוחו ולקבוע סעדים לשם עיקור כל טובת הנאה שעשויה לצמוח מהפרת האיסור. מכיוון שעצם קיומו של

11 Wesley Newcomb Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 23 YALE L.J. 16 (1913) (להלן – Hohfeld (1913)). הופלד המשיך לפתח את מודל המושגים המשפטיים. ראו: Wesley N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 26 YALE L.J. 710 (1917); WESLEY N. HOHFELD, FUNDAMENTAL LEGAL CONCEPTIONS AS APPLIED IN JUDICIAL REASONING (W.W. Cook ed., 1919; reprint 1964).

12 ANDREW HALPIN, RIGHTS AND LAW: ANALYSIS AND THEORY (1997).
Hohfeld (1913), שם, בעמ' 44 (the person (or persons) whose volitional control is paramount) may be said to have the (legal) power to affect the particular change of legal relations that is (involved in the problem”

13 liability הוא אפוא מונח מבלבל מעט, כי הוא מבטא גם חבות כלפי פלוני, אך הכוונה היא לתאר מצב של היחשפות, סבילות ופגיעות (vulnerability).

Hohfeld (1913), לעיל הערה 11, בעמ' 47.

15 Ronald H. Coase, *The Nature of the Firm*, 4 ECONOMICA 386 (1937).

16 הניעות להעדפת עצמי אינן מוחלטות, ואפשר להשפיע עליהן גם באמצעות מגוון של מנגנונים לא-משפטיים כגון נורמות חברתיות, ערכים תרבותיים או קודים אתיים. לעומתן, היבט המידע החלקי דומה יותר לתופעת טבע מבחינה זו שאין להניח הנחה סבירה שהפרט יכול לדעת את אשר אינו יכול לדעת. לניתוח מפורט ראו ליכט, לעיל הערה 4, בעמ' 4–13.

הכוח תלוי בהבדלי מידע, נדרשים הסדרים קפדניים של גילוי מלא. נקל לראות כי אלה הם אכן עיקריה של חובת האמון. חובת האמון היא היסוד העיקרי והמאפיין הסגולי המובהק של יחסי אמונות. ככלל, מי שאינו אמונאי אינו חב חובת אמון, והאמונאי חב חובת אמון רק לזכאים לכך ביחסים עמו, הנהנים, לצד חובות אחרות שהוא עשוי לחוב כלפיהם. בעקבות פסיקה וכתובה של ברק התפתחה בדין הישראלי בשלב מוקדם יחסית תפיסה רחבה אשר קושרת יחסי כוח וניגודי עניינים לקיומה של חובת אמון. הדוקטרינה הכללית במשפט הישראלי בשאלה אימתי חולשת חובת אמון על יחסי הצדדים במשפט הפרטי¹⁷ מעוגנת בפסק דינו של השופט ברק בע"א 817/79 קוסוי נ' בנק י.ל. פויכטוונגר בע"מ:

“[המנהל] מרכז בידיו כוח רב. כוח זה נתון בידו למען החברה. אך קיים חשש – וניסיון החיים מוכיח כי חשש זה מבוסס הוא – כי מי שבידו כוח ינצל אותו לרעה. הפיתוי לכך הוא רב. מכאן הצורך לגבש מערכת דינים, שיהא בה לרסן את הכוח, שכן 'כוח ללא אחריות משול להפקרות'... הפתרון לבעיה זו נמצא במושג האמון (loyalty). המשפט מטיל על בעל הכוח חובת אמון, ובכך הוא מסייע 'ליצור פיקוח ולהטיל ריסון על בעל הכח בהפעלתו של הכוח'... עקרון האמון הוא בעל תחולה רחבה. הוא חל בכל מקום שבו נתונים לאחד כוח ושליטה על זולתו... רשימת המצבים, בהם קיימים יחסי אמון, אינה סגורה, והריהם מתקיימים 'במגוון רב של יחסים משפטיים'... אחד מאותם יחסים משפטיים הוא זה הקיים בין המנהל לבין החברה. המנהל שולט בחברה. הוא מנהל את ענייניה כלפי פנים וכלפי חוץ. כל אלה מחייבים, כי בצד הכוח תעמוד אחריות, שכן כוח ללא אחריות סופו שרירות.”¹⁸

ההלכה בעניין ע"א קוסוי מאמצת אפוא את הנחות העבודה שבבסיס הניתוח העיוני לעיל ואת מסקנותיו, לאמור: כוח של פלוני על רעהו, שבגדרו הראשון יכול להשפיע לפי שיקול דעתו על ענייניו של האחרון, הוא תופעה המחייבת פיקוח. ההכרח בפיקוח נובע מניסיון החיים, המלמדנו כי כוח ללא אחריות סופו שרירות. בכך מאמץ בית המשפט את קביעתו המפוכחת של לורד הרשל (Herschell) בעניין *Bray v. Ford*¹⁹ באשר לנטייתן של הבריות להתנהגות אופורטוניסטית כל אימת שהדבר מתאפשר להן:

“[H]uman nature being what it is, there is danger... of the person holding a fiduciary position being swayed by interest rather than by duty.”²⁰

17 הדיון כאן מתמקד בחובת אמון שבגדר יחסי אמונות במשפט הפרטי. בשורות הבאות אתייחס בקצרה למשפט הציבורי מבחינת היחסים בין הפרט לבין רשות ובמיוחד איסור ניגוד עניינים של איש ציבור וחובת האמון שלו לציבור בכללותו. אולם ההקשר השונה עשוי להניב הסדרים משפטיים שונים.

18 עניין ע"א קוסוי, לעיל הערה 2, בעמ' 278 (הפניות הוסרו).

19 [1896] A.C. 44.

20 שם, בעמ' 51–52.

זאת ועוד, הפיקוח חייב להיעשות במסגרת מערכת דינים. במילים אחרות, אין די בחוזה בלבד. על יחסי כוח-כפיפות חלים כמה דינים,²¹ אך הפתרון האמתי לבעיה הוא בקביעה כי על האמונאי (fiduciary)²² חלה חובת אמון (loyalty), אשר בגדרה עליו לפעול לטובת הנהנה בלא חשש לניגוד עניינים.

גישתו של השופט ברק בהלכה בעניין ע"א קוסוי – שלפיה כוח ופגיעות מנביעים חובת אמון כמענה משפטי מתבקש – היא גישה כללית. גישה זו חלה, עקרונית, הן במשפט הפרטי הן במשפט הציבורי. ביטוי לעמדה כללית זו נתן ברק בהרצאתו על ניגוד עניינים במילוי תפקיד:

“אדם המנהל את ענייניו שלו רשאי לנהלם ככל העולה על רוחו ולעשות בהם כטוב בעיניו ובלבד שלא יפגע ולא יינזק זולתו. שונה הדבר כאשר אדם מנהל את ענייניו של הזולת ולא את ענייניו הוא. במסגרת זו, אין אני רשאי לעשות ככל העולה על רוחי. לא רק שאסור לי לפגוע ולהזיק לזה שאת ענייניו אני מנהל, אלא שהחברה המאורגנת מטילה עלי את החובה לפעול מתוך אמון ונאמנות...”

מבחינה היסטורית, תחילתו של עיקרון זה במי שממלא תפקיד של שופט וכן במי שהוא נאמן על רכושו של נהנה. לימים הורחב הכלל והוחל על כל מי שמופקד על אינטרסים של אחר, כגון עורך דין... [וכן מנהל ושותף]. הוא חל כמוכן, במלוא התוקף, על כל מי שמשרת את הציבור...²³

מעלתה של ההלכה בעניין ע"א קוסוי נובעת מבהירותה המושגית ומהתבססותה הישירה על יחסי כוח-כפיפות כמצמיחים חובת אמון כדי למנוע התנהגות אפורטוניסטית. אולם הניסוח הכללי הזה גורר גם קושי בהיותו חזק מדי.²⁴ מערכות יחסים רצוניות רבות עשויות להקנות לצד אחד כוח להשפיע על עניינו של הצד האחר. תופעת הכוח אינה תופעה דיכוטומית אלא רציפה. קיים מנעד מלא של רמות של כוח ושל פגיעות. כך למשל עשוי להיות כוח אפילו בהסכם מסחרי בסיסי ביותר למכר טובין – באשר לאיכות הממכר.²⁵ כך

21 השופט ברק, עניין ע"א קוסוי, לעיל הערה 2, בעמ' 278, מציין הוראות דין פלילי, החלות על מנהל בחברה, וכן את חובת הזהירות ועולת הרשלנות בנזיקין.

22 השופט ברק, שם, מצטט בסמוך התייחסויות ל-fiduciary ולא דווקא למנהל.

23 ראו אהרן ברק "ניגוד אינטרסים במילוי תפקיד" משפטים י' 11, 11 (1980) (הדגשות הוסרו). ברק חזר על הדברים בהקשר של משפט פרטי בנוגע לשליחות. ראו אהרן ברק הוק השליחות 1073-1074 (מהדורה 2, 1996). ראו גם בג"ץ 595/89 שמעון נ' דנינו, הממונה על מחוז הדרום במשרד הפנים, פ"ד מד(1) 409, 413 (1990), מפי השופט ברק ("העיקרון בדבר איסור על ניגוד עניינים אינו אך עניין מוסרי שבין אדם לבין עצמו, אלא הוא הינו עיקרון משפטי המשתרע על כל תחומי המשפט. הוא חל בתחומי המשפט הפרטי והמשפט הציבורי גם יחד").

24 ראוי להעיר שהדוגמאות שברק נותן בכתיבתו ובפסיקתו בהקשרים של משפט פרטי ושל משפט ציבורי כאחד נוגעות לקטגוריות ותיקות של אמונאים – סוגיה שתידון בחלק הבא. ההלכה בעניין ע"א קוסוי מדגישה את הטעם המושגי הכללי שבבסיס הגישה.

25 "איכות" משמשת מושג כללי לתיאור של תכונות שהן קשות לצפייה או קשות להוכחה, ולכן המוכר או ספק השירות נהנה מעדיפות במידע בעניין לעומת הרוכש. ראו Sanford J. Grossman, *The*

וראי כאשר המוכר והקונה חוזרים על העסקה ואחד הצדדים לפחות מפתח "אמון ומבטח" (trust and confidence) בצד השני. וקל וחומר כך בחוזים מסוג "חוזי יחס" מתמשכים (relational contracts). או אז עשוי הצד ששם את מבטחו בצד השני לטעון כי מכיוון שהיה נתון לכוחו של הלה יש לראות בו אמונאי ולהטיל עליו חובת אמון. דא עקא, כפי שציינו לעיל, שהטלת חובת אמון על אחד הצדדים היא מהלך משפטי דרמטי, המשנה את מערך החבויות והזכויות של שניהם שינוי מרחיק לכת. האתגר המשפטי הוא לזהות את הסף, שרק מעבר לו נחשב הצד האחד לאמונאי, וכך ניצול הכוח לשם קידום העניין האישי חדל להיות לגיטימי והופך לניצול לרעה (abuse).²⁶ אתגר משפטי אחר, הקשור לקודמו, נוגע לאפשרות להגדיר עצמות נפרדות של חיובי אמון בנסיבות שונות.

השאלה חוזרת אפוא למקומה: מיהו אמונאי?

המונח האנגלי fiduciary נגזר מהמונח הלטיני fiducia, שמשמעותו נאמנות, אמון או מבטח (trust, confidence), ומן הפועל fidere – להאמין (בדומה ל־faith).²⁷ אף שהדין האנגלי עסק בהסדרת יחסים כאלה במשך מאות שנים, השימוש במונח המסוים fiduciary כשם כולל לקטגוריה של אמונאים הופיע במשפט האנגלי לראשונה רק במאה התשע־עשרה.²⁸ "הגדרות" של fiduciary נטו בתחילה להיות עמומות ולהסתמך על דוגמאות או על שימוש במילים נרדפות כגון trust ו־confidence.²⁹ בספרות ובפסיקה מובעת תמימות דעים כי היא מקורו אשר יהא, מדובר במונח בעל רקמה פתוחה שהגדרתו משתנה מעת לעת. מבחינה מהותית מוסד האמונאי התפתח בהדרגה ובנתיבים משולבים – של חיוב האמונאות

Informational Role of Warranties and Private Disclosure About Product Quality, 24 J.L. & ECON. 461 (1981).

השור Paul D. Finn, *The Fiduciary Principle*, in EQUITY, FIDUCIARIES AND TRUSTS 1, 46 (Timothy G. Youdan ed., 1989): "It is obviously not enough that the other party is in a position of vulnerability: such is the almost inevitable state in greater or lesser degree of all parties in contractual relationships. It is obviously not enough that some degree of trust and confidence are there: these are commonly placed in the skill, integrity, fairness and honesty of the other party in contractual dealings. It is obviously not enough that there is a dependence by one party upon the other... Indeed elements of all of the above may be present in a dealing – and consumer transactions can illustrate this - without a relationship being in any way fiduciary"

אדלמן (Edelman) מציין ש־fiducia הוכר במשפט הרומי והתגלגל למשפט הקונטיננטלי בהקשר של הסכם לניהול רכוש של אחר. James Edelman, *When Do Fiduciary Duties Arise?*, 126 L.Q. REV. 302, 305 (2010). עוד על האטימולוגיה ראו אצל HUDSON, EQUITY AND TRUSTS 617 (6th ed. 2010); Peter Birks, *The Content of Fiduciary Obligation*, 34 ISR. L. REV. 3, 8 (2000). אין זה מן הנמנע שההיכרות של שופטי הצ'אנסרי עם התרבות המשפטית הקונטיננטלית, כחלק מהרקע האירופי הכללי שלהם והזיקה לכנסייה, הביאה ליבוא המינוח, אולם בכך מתמצית הזיקה לשיטה הקונטיננטלית. ג'ונסטון קובע כי אין במשפט הרומי מקבילה ישירה למוסד האמונאות כפי שהתפתח בשיטות המשפט המקובל. DAVID JOHNSTON, *THE ROMAN LAW OF TRUSTS* 1 (1988). מצוטט על ידי Birks, שם, בעמ' 8. כאמור, מוסד הנאמנות נותר זר למסורת הקונטיננטלית למרות ניסיונות להטמיעו.

לריכוז הפניות לפסיקה ולספרות מן המאה התשע־עשרה ראו L.S. Sealy, *Fiduciary Relationships*, 20 CAMBRIDGE L.J. 69, 72–73 (1962).

Sealy, שם, שם. 29

עצמו ושל הסעדים על הפרותיו – לא פעם בדרך של הרחבת הדינים החלים על נאמנות (trust) למערכות יחסים נוספות.³⁰ הכללות מושגיות ברוח ההלכה בעניין ע"א קוסי הן מאוחרות יחסית. אף כי הסוגיות האלה נדונות בפירוט בספרות הכללית על נאמנות ועל דיני היושר, דיון שיטתי וממוקד באמונאות מופיע רק מאוחר יותר, בספרות האקדמית יותר מאשר בפסיקה, ובעיקר בעת הנוכחית.³¹ החלקים הבאים דנים בשתי שיטות שהתפתחו לזיהוי יחסי אמונאות.

ג. קטגוריות של אמונאים

שיטה אחת לתחימת היקף התחולה של יחסי אמונאות, ובמרכזם חובת האמון, מבוססת על גישה קזואליסטית של התפתחות הדרגתית מעין-אבולוציונית. לשיטה זו, מוסד האמונאות שימש ומשמש להחלה של דיני הנאמנות (trust) בדרך של היקש גם על מערכות יחסים שאינן יחסי נאמנות מובהקים.³² בפרשת Dale נאמר כי הענקת סעדים העומדים כלפי נאמן בעת הפרת נאמנות היא המזהה יחסי אמונאות.³³ כך, משנקבע מעמדו המשפטי של פלוני כאמונאי הרי הוא נושא בחובת אמון זהה בתוכנה. ההיקש מנאמן (trustee) לאדם בתפקיד

Joshua S. Getzler, *Rumford Market and the Genesis of Fiduciary Obligations*, in MAPPING THE LAW: ESSAYS IN MEMORY OF PETER BIRKS 577, 580 (Andrew Burrows & Alan Rodger eds., 2006). עם זאת הכלים המשפטיים ששימשו לפיקוח על נאמנים באמצעות משטר של אקאוטביליות החלו להתפתח מאות שנים לפני שמוסד הנאמנות התגבש.

בעבודות חלוציות הציגו סקוט (Scott) בארצות הברית וסילי (Sealy) באנגליה ניתוח כללי של תופעת האמונאי במשפט והציעו סיווגים של יחסי אמונאות ושל הפרותיהם. ראו Austin W. Scott, *The Fiduciary Principle*, 37 CAL. L. REV. 539 (1949); L.S. Sealy, *Some Principles of Fiduciary Obligation*, 21 CAMBRIDGE L.J. 119 (1963). ראו גם Sealy, לעיל הערה 28. ספרו של פין (Finn) מציין נקודת מפנה בגיבוש תורה משפטית אחודה של אמונאות. בספר זה ארגן פין את הדוקטרינות בדבר תחולת הדינים ותוכן החיובים. PAUL D. FINN, *FIDUCIARY OBLIGATIONS* (1977). פרופסור פין התמנה לאחר מכן לשופט בית המשפט הפדרלי של אוסטרליה. כן ראו J.C. SHEPHERD, *THE LAW OF FIDUCIARIES* (1981); J.C. Shepherd, *Towards a Unified Concept of Fiduciary Relationships*, 97 L. Q. REV. 51 (1981); Gareth Jones, *Unjust Enrichment and the Fiduciary's Duty of Loyalty*, 84 L. Q. REV. 472 (1968).

Birks, לעיל הערה 27, הוא הדובר הבולט של גישה זו כתפיסה תיאורית של התפשטות חיובי האמונאות. ביטוי לגישה זו, כגישה תיאורית ולא נורמטיבית, ניתן למצוא אצל מחברים רבים נוספים. ראו, למשל, Sealy, לעיל הערה 28; HUDSON, לעיל הערה 27. בירקס עצמו נוקט גישה ביקורתית נגד התפרסות מופרות של חיובי אמונאות.

In Re West of England and South Wales District Bank, Ex parte Dale and Co., 11 Ch 772, 778 (1879) (a fiduciary relation is "one in respect of which if a wrong arise the same remedy exists against the wrongdoer on behalf of the principal as would exist against a trustee on behalf of the principal"). Sealy, לעיל הערה 28, בעמ' 72, מאמץ גישה זו. לעומתו, וינריב מבקר גישה זו כמעגלית. ראו Ernest J. Weinrib, *The Fiduciary Obligation*, 25 U. TORONTO L.J. 1, 5 (1975) ("This definition in terms of the effect produced by the finding of a fiduciary relation begs the question in an obvious way: one cannot both define the relation by the remedy and use the relation as a triggering device for remedy").

אחר אינו הופך את האחר לנאמן ואינו מצריך יסודות אחרים של נאמנות, ובעיקר לא יסודות רכושיים האופייניים לנאמנות, אלא רק מטיל על האחר משטר אחריות כשל נאמן.³⁴ במסגרת זו התבססו זה מכבר קטגוריות אחדות של אמונאים: נאמן ונהנה ("זכאי" לפי המינוח של הצעת חוק דיני ממונות), שולחת ושלוח, חברה ודירקטור, וכן שותף ושותפה ביחסים ביניהם.³⁵ המצב בדין הישראלי זהה.³⁶ מכאן הרחיבו בתי המשפט את תחולתם של דיני האמונות למערכות יחסים נוספות, ובהן חברה בהקמה ויזם,³⁷ לקוח ועורך דינו באשר לשירות המשפטי,³⁸ עובד (לרבות עובד ציבור) המנצל את משרתו לנטילת שוחד³⁹ וכן עובד ציבור המנצל את דרגתו ומדיו כחייל כדי לגבות תשלומים מצדדים שלישיים.⁴⁰ הפסיקה במשפט הציבורי בישראל החזיקה משכבר הימים בגישה כי עובד ציבור הוא אמונאי של הציבור.⁴¹ יחסי אמונות הוחלו אצלנו בדרך של היקש מחוק הנאמנות גם על יחסי אפטרופוס וחסוי.⁴²

- 34 לפיכך לא היה מקום לזהירות היתר בפרשת ע"א 2167/94 בנק למסחר בע"מ נ' שטרן, פ"ד נ(5) 216, 218–219 (1997), שם הותיר בית המשפט העליון, מפי השופט טירקל, בצריך עיון את השאלה אם חובת האמון של נושא משרה בחברה כלפי החברה היא כחובת הנאמנות לפי חוק הנאמנות, התשל"ט–1979. ראו גם המ' (חי') 2023/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' Harris Adacom Corporation B, בפס' ה (פורסם בנבו, 7.9.1998), מפי השופט גרשון. ייאמר כאן בקצרה כי מבחינת תוכנה, לעניין כללי ההתנהגות הכרוכים בה, חובת האמון אינה תלויה בהיבטים הרכושיים של הנאמנות.
- 35 ראו למשל Hudson, לעיל הערה 28, בעמ' 617. כן ראו סקירה מקצועית תמציתית אצל Martin Day, *Fiduciary Duties*, 15 *Trusts & Trustees* 447 (2009).
- 36 ראו, בהתאמה, סעיף 10 לחוק הנאמנות; סעיף 8 לחוק השליחות, התשכ"ה–1965; סעיף 254 לחוק החברות, התשנ"ט–1999; סעיף 29 לפקודת השותפויות [נוסח חדש], התשל"ה–1975. לדין מפורט ראו דניאל פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך א 537 (מהדורה שנייה, 1998).
- 37 התשנ"ו–1995, ה"ח 2, קבע חובת נאמנות ביחסים אלה, כמו גם חובת זהירות, בדומה לחובה של נושא משרה, אולם הוראה זו נשמטה בחוק החברות עצמו. לנוכח הדמיון הרב ליחסי חברה ונושא משרה אין ספק שיש מקום להחיל יחסי אמונות בדרך של היקש. ראו אוריאל פרקצ'יה דיני חברות חדשים לישראל 188 (1987). ביחסי היוזמים בינם לבין עצמם החיל בית המשפט העליון חובת אמון, ובמסגרת זו חובת גילוי מלא, בהיקש מדיני השליחות. ע"א 262/86 רוט נ' Deak and Co. Inc., פ"ד מה(2) 353 (1991).
- 38 אשר לייצוג הלקוח ראו למשל Nocton v. Lord Ashburton, [1914] A.C. 932; Boardman v. Phipps, [1967] 2 A.C. 46; Maguire v. Makaronis, (1997) 188 C.L.R. 449 (HCA). על ייעוץ מקצועי ראו למשל Marks & Spencer Plc v. Freshfields Bruckhaus Deringer, [2004] All E.R. 773, [2004] E.W.H.C. 1337 (Ch). השוו סעיף 54 לחוק לשכת עורכי דין, התשכ"א–1961.
- 39 ראו Attorney General for Hong Kong v. Reid, [1994] 1 A.C. 324 (P.C.). לסקירה מקיפה ולריכוז הלכות באשר לקבלת שוחד או עמלה סמויה בידי אמונאי ראו Grimaldi v. Chameleon Mining NL, [2012] F.C.A.F.C. 6, ¶¶188–193; Fiona Trust & Holding Corporation v. Privalov [2010] E.W.H.C. 3199 (Comm); E.W.H.C. 3199 (Comm); ראו גם Imageview Management Ltd v. Jack, [2009] E.W.C.A. Civ 63. השוו ע"א 793/76 לוקמן נ' שיף, פ"ד לג(2) 533 (1979), העוסק במתווך בנסיבות שבהן אפשר שיהיה בסיס לקביעת יחסי אמונות. בדבר מתווך ראו גם ליכט, לעיל הערה 4, בעמ' 110.
- 40 Reading v. Attorney General, [1951] A.C. 507 (H.L.).
- 41 ראו, למשל, ע"א 254/64 חסון נ' המועצה המקומית דאלית אל כרמל, פ"ד יט(1) 17, 22 (1965), מפי מ"מ הנשיא אגרנט ("לעולם אסור לאדם הממלא תפקיד של נאמן לאינטרסים של אנשים אחרים, להעמיד עצמו במצב שבו יהיה קיים (או עלול להיות קיים) ניגוד בין חובת הנאמנות, שהוא חב להם, לבין האינטרס הפרטי שלו"). הפסיקה החדשה מתמקדת באיסור של ניגוד עניינים. להלכה

פיתוח משפטי בדרך של היקש עשוי להיראות זהיר ומדוד, אולם טמונים בו קשיים לא מעטים. מטבע הדברים הרחבות התחולה למערכות יחסים מסוימות נוספות אינן משמיעות בהכרח תוצאה מסוימת במקרה הבא. למעשה, מכיוון שביחסים הקלאסיים של נאמנות, שליחות וכדומה עצמת החובה היא מרבית, הרחבה של חיובי האמונאות למערכות מובהקות פחות עשויה להביא לידי החלשת החיובים. כך מוכרת במשפט האמריקאי ובמשפט הישראלי חובה מוגברת של בעל שליטה בחברה, כאמונאי, אולם טיבה של החובה אינו נהיר לחלוטין.⁴³

לסעדים יש חשיבות מכרעת בעניין. אפשר שלעתים בית המשפט ימתח את תחולתם של דיני האמונאות כאשר הסעדים (במיוחד סעד של שליחה) מתבקשים בעיניו, אף אם הדמיון ליחסי אמונאות מקובלים הוא חלקי בלבד.⁴⁴ לעומת זאת במקרים אחרים מערכת היחסים נדמית כיחסי אמונאות, אולם בית המשפט מעדיף להימנע מלראותה ככזו אלא כמערכת יחסים חוזית, תוך שהוא מקנה לתובע סעדים מרחיקי לכת יותר מסעדים חוזיים רגילים.⁴⁵

המנחה ראו בג"ץ 531/79 סיעת "הליכוד" בעיריית פתח-תקוה נ' מועצת עיריית פתח-תקוה, פ"ד לד (2) 569, 566 (1980), מפי השופט ברק ("כלל יסוד הוא בשיטתנו המשפטית כי אסור לו לעובד הציבור להימצא במצב בו קיימת אפשרות ממשית של ניגוד עניינים (conflict of interest). לכלל זה מקורות מספר, אשר החשובים שבהם הם כללי הצדק הטבעי מזה וכללי האמון מזה"). עם זאת אפשר שיהיו הבדלים בין אמונאות במשפט הפרטי לבין זו שבמשפט הציבורי, אך הסוגיה חורגת מן המסגרת הנוכחית. ראו, כללית, ע"א 127/95 מועצת הפירות ייצור ושיווק נ' מהדרין בע"מ, פ"ד נא (4) (1997), מפי השופט ביניש; ראו גם ראו ליכט, לעיל ה"ש 4, בעמ' 241.

42 ע"א 4377/04 גורן-הולצברג נ' מירז, פ"ד סב (2) 661 (2007). הצורך בהיקש לעניין זה נבע שם מהסדר לא-שלם בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962. הקביעה כי יחסי אפוטרופוס-חסוי הם יחסי אמונאות, המבוססים בהיקש על יחסי נאמן-נהנה, מבוססת היטב לאור המשפט המקובל, ושורשיה נטועים בהלכת היסוד בעניין Keech v. Sandford, [1726] E.W.H.C. Ch 223 E.R. 25 (1726). J76. לניתוח מפורט ראו למשל – [37] 410 C.L.R. 202 (2001) Clay v. Clay, 45 לפירוט מערכות יחסים נוספות שעשויות להיחשב ליחסי אמונאות ראו פרידמן, לעיל הערה 36, בעמ' 541–545.

43 לדיון מפורט ראו ליכט, לעיל הערה 4, בעמ' 100–121.

44 כך היה בעניין Reading, לעיל הערה 40. שם ניצל סמל בצבא הבריטי את מדיו ודרגותיו כדי לאפשר למבריחים של סחורות אסורות לעבור במחסומי הצבא במצרים תמורת תשלומים שגבה מהם. באותה תקופה לא הוכרה במשפט האנגלי תורה סדורה של עשיית עושר ולא במשפט כפי שהיא מוכרת כיום בדין הישראלי. תביעה לשלילת רווחים התבססה אפוא על קביעת יחסי אמונאות. לדיון ראו Sheperd, לעיל הערה 31.

45 בפסק דין מפורסם ושנוי במחלוקת בעניין Blake הוטל על עובד ציבור שעבד בשירות החשאי של הוד מלכותה להעביר למדינה תמלוגים מספר שכתב על תקופת שירותו תוך הפרת הסכם השירות עם המדינה. Attorney General v. Blake, [2001] 1 A.C. 268 (H.L.). החיוב שם התבסס על עשיית עושר ולא במשפט אולם לא מחמת יחסי אמונאות אלא על בסיס הפרת חוזה. תוצאה דומה בנסיבות דומות למדי הושגה על בסיס יחסי אמונאות בעניין Snep v. United States, 444 U.S. 507 (1980). להלכה בישראל בעניין הפרת חוזה השוו ד"ר 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה, פ"ד מב (1) 221 (1988). דיון בסוגיה זו ובספרות הענפה בעניינה, הקשורה בתורה לסוגיית "הפרה היעילה", חורג מן המסגרת הנוכחית. ראו דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ד פרק 38 Garreth Jones, *The Recovery of Benefits Gained from a Breach of Contract*, 99 L. Q. ; (2011) REV. 443 (1983); E. Allan Farnsworth, *Your Loss or My Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract*, 94 YALE L.J. 1339 (1985); Hanoach Dagan, *Restitutory Damages for Breach of Contract: An Exercise in Private Law Theory*, 1 THEORETICAL INQUIRIES IN L. 115 (2000); Andrew Kull, *Disgorgement for Breach, the*

ד. התחייבות ופגיעות

שיטה חלופית להגדרת יחסי אמונאות מתבססת על גישה מושגית, בדומה לגישה שנקט בית המשפט העליון בהלכה בעניין ע"א קוסי. עם התרחבות השיח על יחסי אמונאות כקטגוריה משפטית מובחנת החלו גם בתי המשפט לגלות נכונות להגדירם לפי גישה מושגית ולא דווקא על דרך היקש. גישות מושגיות ברוח זו הצביעו על שני יסודות מבחינים לזיהויים של אמונאים ושל יחסי אמונאות – התחייבות ופגיעות. פסק הדין המנחה, שנודעה לו השפעה עצומה בחוגי המשפט המקובל, ניתן בידי לורד מילט (Millet) בעניין *Bristol and West Building Society v. Mothew*,⁴⁶ ובו אימץ בית המשפט את גישת ההתחייבות:

“A fiduciary is someone who has undertaken to act for or on behalf of another in a particular matter in circumstances which give rise to a relationship of trust and confidence. The distinguishing obligation of a fiduciary is the obligation of loyalty. The principal is entitled to the single-minded loyalty of his fiduciary. This core liability has several facets. A fiduciary must act in good faith; he must not make a profit out of his trust; he must not place himself in a position where his duty and his interest may conflict; he may not act for his own benefit or the benefit of a third person without the informed consent of his principal. This is not intended to be an exhaustive list, but it is sufficient to indicate the nature of fiduciary obligations. They are the defining characteristics of the fiduciary. As Dr. Finn pointed out in his classic work *Fiduciary Obligations* (1977 ed. p. 2), he is not subject to fiduciary obligations because he is a fiduciary; it is because he is subject to them that he is a fiduciary.”⁴⁷

לשיטה זו, היסוד המכונן את יחסי האמונאות הוא התחייבותו של פלוני להיות אמונאי, לאמור הסכמה לפעול למען אדם אחר בעניין מסוים בנסיבות היוצרות יחסים של אמון.⁴⁸

“Restitution Interest,” and the Restatement of Contracts, 79 TEX. L. REV. 2021 (2001); Ernest J. Weinrib, *Punishment and Disgorgement as Contract Remedies*, 78 CHI.-KENT L. REV. 55 (2003); Melvin A. Eisenberg, *The Disgorgement Interest in Contract Law*, 105 MICH. L. REV. 559 (2006); Daniel Markovits & Alan Schwartz, *The Myth of Efficient Breach: New Defenses of the Expectation Interest*, 97 VA. L. REV. 1939 (2011); David Campbell, *A Relational Critique of the Third Restatement of Restitution* § 39, 68 WASH. & LEE L. REV. 1063 (2011).

[להלן – עניין *Mothew*].⁴⁶

שם, שם. הסכמתו של אדם ליטול עליו את מעמד האמונאי משמשת יסוד מבחין גם במשפט האוסטרלי. ראו להלן הערה 55.⁴⁷

Edelman, לעיל הערה 27, טוען כי הדגשה זו של יסוד ההסכמה מבחינה את הגישה בהלכה בעניין *Mothew*, לעיל הערה 46, מגישה המבוססת על סטטוס. עם זאת האפשרות לקבוע בדין נסיבות המצמיחות יחסי אמונאות על בסיס הסכמה מכללא, כמבואר להלן, מטשטשות את ההבחנה בין סטטוס להסכם. אדלמן עצמו מודע לערפול זה ומתייחס אליו בבדיחות הדעת. שם, בעמ' 301.⁴⁸

התחייבות זו מקפלת בתוכה נכונות לשאת בחיובי האמונות, ובראשם חובת האמון. נקל לראות כי הגם שגישה זו מחדדת את יסוד ההסכמה, ובכך מחלישה את האפשרות שיחסי אמונות ייווצרו מניה וביה מאליהם, עדיין נדרש להגדיר את הנסיבות שמצמיחות יחסי אמון. נסיבות אלה יכולות להיקבע בהסכמה מיוחדת בין הצדדים או בדין. ההסכמה במקרה האחרון תיראה כהסכמה לתחולת הדין על היחסים בין הצדדים. אולם בהיעדר הסכמה מפורשת יש לקבוע אימתי ייקבע קיומה של הסכמה מכללא – בדרך של פרשנות. ושוב נמצאנו נזקקים לדין.

מהן אפוא הנסיבות שיש לראותן ככאלה שהצדדים תופסים אותן כיוצרות יחסים של אמון? לורד מילט אינו מרחיב בנושא זה בעניין *Mothew* ומסתפק באימוץ של הלכה שנקבעה בפסק דין אוסטרלי בעניין *Permanent Building Society v. Wheeler* אשר מפרידה בין חובת זהירות של דירקטור לבין החובה שלו כאמונאי.⁴⁹ יסוד מבחין חיוני לקיום יחסי אמונות כאן הוא הפגיעות (*vulnerability*) של הנהנה כלפי האמונאי. הלכה זו תואמת אפוא את צמד יחסי היסוד המשפטיים כוח-כפיפות שזיהה הופלד.⁵⁰ קביעת הפגיעות כיסוד סגולי לאמונות משקפת גם כבבואת ראי את קביעת הכוח כיסוד כזה בהלכה בעניין ע"א קוסוי.⁵¹ אכן, צדק הנשיא שמגר בקבעו בד"נ 29/84 קוסוי נ' בנק י.ל. פויכטוונגר בע"מ⁵² כי שיטות המשפט המקובל חולקות בעניין זה עקרונות משותפים.⁵³ אלא שההלכה בעניין *Mothew* מבהירה כי אין די בקיומם של פגיעות ושל הכוח שכנגדה כדי לכוון יחסי אמונות.

טיבו של הכוח המצמיח יחסי אמונות עדיין לא נידון בפירוט במשפט הישראלי. לעומת זאת בתי המשפט בקנדה הקדישו תשומת לב ומאמץ פרשני בכמה פסקי דין לניתוח יסוד הפגיעות כאמת מידה להיקף תחולתם של יחסים כאלה, והדברים התם נושאים עמם לקח מאלף להכא. גם בהקשר זה מתקיים עיון הדדי מפרה בין בתי משפט בשיטות המשפט המקובל, ונקודת המוצא לדיון היא שוב בדין האוסטרלי. בפסק דין חשוב בעניין *Hospital Products Ltd. v. United States Surgical Corp.*⁵⁴ בחן בית המשפט העליון של אוסטרליה, מבלי להכריע, עד כמה ניתן להסתמך על קיומם של כוח ופגיעות, הנובעים מחיוב או מהתחייבות, כאמות מידה כלליות לקביעת קיומם של יחסי אמונות.⁵⁵ הדיון האוסטרלי

המחברים הנוספים, המדגישים את יסוד ההסכמה, ראו Robert Flannigan, *The Core Nature of Fiduciary Accountability*, 2009 N.Z. L. Rev. 375

49 (1994) 14 A.C.S.R. 109, 157 ("The director's duty to exercise skill and care has nothing to do with any position of disadvantage or vulnerability on the part of the company")

50 ראו לעיל טקסט להערה 11.

51 השופט ברק מצביע על קיום יחסי כוח-כפיפות בקטגוריות האמונות המובהקות בעניין ע"א קוסוי, לעיל הערה 2, בעמ' 277-278: "בעיה זו אינה מיוחדת למערכת היחסים הקיימת בין מנהל לבין חברה. יחסי כוח-כפיפות דומים קיימים במצבים נוספים, בין מתחום המשפט הפרטי (כגון, שלוח-שולח, אפורופוס-פסול-דין; נאמן-נהנה; יום-חברה) ובין מתחום המשפט הציבורי (עובד הציבור-הרשות הציבורית)".

52 עניין ד"נ קוסוי, לעיל הערה 4.

53 שם, בעמ' 510-511.

54 (1984) 156 C.L.R. 41 (להלן – עניין *Hospital Products*).

55 שם, בפס' 29: "First, if one person is obliged, or undertakes, to act in relation to a particular matter in the interests of another and is entrusted with the power to affect those interests in a legal or practical sense, ... Secondly, ... the reason for the principle lies in the special

ביסודות אלה הדריך את השופטת וילסון (Wilson) מבית המשפט העליון של קנדה בחוות דעת מיעוט שנתנה בעניין *Frame v. Smith*,⁵⁶ אשר בה הציגה לראשונה גישה כללית לקביעת קיומם של יחסי אמונות:

“Relationships in which a fiduciary obligation has been imposed seem to possess three general characteristics:

- (1) The fiduciary has scope for the exercise of some discretion or power.
- (2) The fiduciary can unilaterally exercise that power or discretion so as to affect the beneficiary’s legal or practical interests.
- (3) The beneficiary is peculiarly vulnerable to or at the mercy of the fiduciary holding the discretion or power.”⁵⁷

לפי גישה זו אפוא שיקול דעת או כוח בידי האמונאי להשפיע על עניינו של הנהנה ופגיעות של הנהנה לכוחו של האמונאי הם התנאים האופייניים ההכרחיים להטלת חיובי אמונות. הפגיעות משמעה חוסר אונים של הנהנה למנוע הפעלה פוגענית של הכוח.⁵⁸ גישתה של השופטת וילסון אומצה בדעת הרוב מפי השופט סופינקה (Sopinka) והפכה להלכה בעניין *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*⁵⁹ זמן קצר לאחר מכן שב בית המשפט והחיל את המבחן המושגי המבוסס על פגיעות בעניין *Norberg v. Wynrib*.⁶⁰ בעניין *Hodgkinson v. Simms*⁶¹ אמנם נחלקו הדעות בדבר החלת הדין על עובדות המקרה, אולם הן הרוב, הפעם מפי השופט לה פורסט (La Forest), והן המיעוט, לרבות השופט סופינקה, היו תמימי דעים בשאלה העקרונית בדבר קביעת יחסי אמונות על בסיס פגיעות ויתר סימני היכר שנקבעו בפרשת *Frame*, אשר אותם ביקשו לשכלל במקרה

vulnerability of those whose interests are entrusted to the power of another to the abuse of that power”⁵⁶. מעניין לציין, כי באותו עניין דחה השופט גיבס (Gibbs) את האפשרות לזהות יסוד מושגי מבחין לאמונות. שם, בעמ' 100 (I doubt if it is fruitful to attempt to make a general statement of the circumstances in which a fiduciary relationship will be found to exist”⁵⁷. *Australian Securities and Investments Commission v. Citigroup Global Markets Australia Pty Limited (ACN 113 114 832) (No. 4)*, [2007] F.C.A. 963, ¶270. “[the term] ‘fiduciary relationship’ defies definition. This is because of the difficulty of stating a comprehensive principle suitable for application to different types of (relationships that carry different obligations”⁵⁸. [1987] 2 S.C.R. 99 (להלן – עניין *Frame*).⁵⁹ שם, בעמ' 136–137. כפי שצוין, עד העת האחרונה נמנעו בתי משפט מלהידרש להכללות מושגיות בשאלת התחולה של חובת אמון ושל יחסי אמונות.⁶⁰ שם, שם: “This vulnerability arises from the inability of the beneficiary (despite his or her best efforts) to prevent the injurious exercise of the power or discretion combined with the grave (inadequacy or absence of other legal or practical remedies”⁶¹. [1989] 2 S.C.R. 574.⁶⁰ [1992] 2 S.C.R. 226 (להלן – עניין *Norberg*).⁶¹ [1994] 3 S.C.R. 377 (להלן – עניין *Hodgkinson*).

דנן.⁶² השופט לה פורסט הבחין בין אמונאי כשלעצמו (per se fiduciary) לבין אמונאי אד הוק. הראשון, כגון נאמן או שלוח, נמנה עם הקטגוריות המוכרות בדין כאמונאי. ניתן לאפיין אותו באמצעות סימני *Frame*, ובעיקר באמצעות הפגיעות הטבועה ביחסים כאלה. הקטגוריה השנייה כוללת יחסים שככלל אינם מאופיינים כיחסי אמונאות, אולם בנסיבות מסוימות עשויים להצמיח חיובי אמונאות.⁶³ באופן כללי נאמר כי כאשר לאחד הצדדים מוקנה שיקול דעת חד-צדדי ניתן לראות ביחסים כאלה יחסי "כוח-תלות" (power-dependency); פגיעות של הצד האחר היא יסוד חיוני ליחסי אמונאות, ומידת הפגיעות תיקבע לפי הציפיות הסבירות (reasonable expectations) של הצדדים.⁶⁴

ממבט ראשון, ההלכה שהתפתחה בקנדה עד לנקודה המתוארת אינה נראית בעייתית ואינה מצדיקה לכאורה את הפירוט בטקסט לעיל. הגישה המושגית המשתקפת בסימני עניין *Frame* והדגש על פגיעות ועל יחסי כוח-תלות תואמים גם הם את קטגוריית הכוח-כפיפות של הופלד. אלה הנסיבות שבהן יש כוח במובן העיוני.⁶⁵ מניה וביה, הגישה הקנדית נראית תואמת את הלכת קוסוי, המצביעה על כוח כיסוד המחייב הסדרה משפטית באמצעות חובת אמון. אף על פי כן קו הפסיקה שהתגבש בקנדה עורר קשיים ניכרים, בעיקר לנוכח הנסיבות המסוימות שבהן מצא בית המשפט העליון שם יחסי אמונאות אד הוק (שזכו גם בכינוי fact-based fiduciary) ולנוכח הפנייה לציפיות סבירות של הצדדים לקביעת ההבנה המשותפת הנדרשת. כך, בעניין *Frame* נידונה חובת אישה כלפי בעלה-לשעבר לאפשר לו לראות את שלוש בנותיהם.⁶⁶ עניין *Norberg* עסק ברופא אשר קיים יחסי מין עם מטופלת שלו כאשר זו הייתה נתונה בהשפעת סמים.⁶⁷ בעניין *McInerney v. MacDonald*⁶⁸ נדונה תביעתה של מטופלת לקבל מרופאה את כל הרשומות הרפואיות שהלה ערך בנוגע לטיפול בה, לרבות רשומותיו הפרטיות.⁶⁹ עניין *M(K) v. M(H)* נסב על יחסי גילוי עריות בין אב לבתו.⁷⁰ פסיקה

ש.ם. 62

על האפשרות לקבוע יחסי אמונאות באופן כללי לפי נסיבות המקרה עמד בית המשפט עוד בעניין *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335 (להלן – עניין *Guerin*).

עניין *Hodgkinson*, לעיל הערה 61 ([T]he relative 'degree of vulnerability', if it can be put that) way, does not depend on some hypothetical ability to protect one's self from harm, but rather "on the nature of the parties' reasonable expectations". במקרים אלה נדרשת הבנה הרדית, שאחד הצדדים ויתר לחלוטין על עניינו האישי והסכים לפעול אך ורק לטובת הצד האחר. (The first [use of the term fiduciary] is in describing certain) relationships that have as their essence discretion, influence over interests, and an inherent vulnerability. ... outside the established categories, what is required is evidence of a mutual understanding that one party has relinquished its own self-interest and agreed to act solely on behalf of the other party.) (ההדגשה במקור).

בתי המשפט בפרשות הנוכרות כאן ובהמשך שבים ומסתמכים על Ernest J. Weinrib, *The Fiduciary Obligation*, 25 U. TORONTO L.J. 1 (1975) וגם על עבודתו של Shepherd, לעיל הערה 31, המדגישות את קיומו של כוח כיסוד הכרחי לקביעת יחסי אמונאות.

עניין *Frame*, לעיל הערה 56. 66עניין *Norberg*, לעיל הערה 60. 67

[1992] 2 S.C.R. 138. 68

ש.ם. 69

[1992] 3 S.C.R. 6. 70

נפרדת בעניין *Guerin* דנה בחובות אמונאות ביחסים שבין המדינה לבין שבטים ילידיים.⁷¹ במערכות נסיבות כאלה קל יחסית לזהות הבדלי כוח ופגיעות ניכרת של הצד החלש, אולם מסקנה כי על יחסי הצדדים חולשות חובות של אמונאי לנהנה, היא מרחיקת לכת יתר על המידה. זאת מכיוון שהיא עלולה לשלול לחלוטין כל אינטרס לגיטימי של הצד החזק יותר, אשר לעתים ניתן ואף נחוץ להכיר בו. גישה זו אכן הקימה עליה ביקורת נוקבת.⁷² במהלך מרשים של ביקורת עצמית הכיר בית המשפט העליון של קנדה בקושי שיצר וחזר בו מן הגישה המרחיבה לקביעת יחסי אמונאות אד הוק על בסיס פגיעות. בעניין *Galambos* נדונה טענה של מזכירה במשרד עורכי דין כושל, אשר ביזמתה הכניסה כספים לחשבון הבנק של המשרד, כי המשרד חב לה חובת אמון ולכן היא נושה מועדפת בחדלות פירעון.⁷³ השופט קרומוול (*Cromwell*), בשם כל המותב, הדגיש תחילה ברוח ההלכה בעניין *Motheu*⁷⁴ כי גם ביחסי אמונאות כשלעצמם (כגון יחסי עורך-דין-לקוח, שאינם חלים במקרה זה, אף שהנתבע ייצג קודם לכן את התובעת כעורך דין בעניין פרטי) לא כל טענה משפטית של הנהנה כלפי האמונאי מקימה בהכרח עילה של הפרת חובת אמונאות.⁷⁵ באשר למבחנים לקביעת יחסי אמונאות אד הוק בית המשפט דחה את עמדת הפסיקה הקודמת, אשר הכירה בפגיעות במסגרת יחסי כוח-תלות כמבחן עצמאי כזה, כעמדה ההופכת את היוצרות: אמנם טבעי שפגיעות יכולה לצמוח ביחסי אמונאות, אולם קיומה של פגיעות במערכת יחסים אינו מצמיח בהכרח יחסי אמונאות.⁷⁶ גם לציפיות הסבירות של הצד הפגיע אין תפקיד

- 71 עניין *Guerin*, לעיל הערה 63. לגישה זו נמצא הד בפסק דין המנחה של בית המשפט העליון של אוסטרליה בסוגיה דומה בעניין 175 C.L.R. 1 (1992), *Mabo v. Queensland [No. 2]*.
- 72 ראו John D. McCamus, *Prometheus Unbound: Fiduciary Obligation in the Supreme Court of Canada*, 28 CANADIAN BUS. L. J. 107 (1997); Robert Flannigan, *Fact-Based Fiduciary Accountability in Canada*, 36 ADVOCATES Q. 431 (2010); Anthony Duggan, *Fiduciary Obligations in the Supreme Court of Canada: A Retrospective*, 50 CANADIAN BUS. L. J. 85 (2011); Paul B. Miller, *A Theory of Fiduciary Liability*, 56 MCGILL L.J. 235 (2011). בהקשר זה מעניינת במיוחד ביקורתו של נשיא בית המשפט הפדרלי של אוסטרליה (ולאחר מכן שופט בית המשפט העליון של אוסטרליה) Patrick A. Keane, *A Question of Words: Conceptual Creep and Fiduciary Obligations*, Public Address (16 March 2011). ראו, כללית, Sarah Worthington, *Fiduciaries: When is Self-Denial Obligatory?*, 58 C.A.M.B. L. REV. 500 (1999) על שימוש לא זהיר במינוח אמונאי בהקשר של דיני חברות ראו Robert Flannigan, *The Adulteration of Fiduciary Doctrine in Corporate Law*, 122 L.Q. REV. 449 (2006) (hereinafter Flannigan 2006).
- 73 *Galambos v. Perez*, [2009] 3 S.C.R. 247 (להלן – עניין *Galambos*).
- 74 עניין *Motheu*, לעיל הערה 46.
- 75 עניין *Motheu*, שם, בפס' 36 ("not every legal claim arising out of a *per se* fiduciary relationship, ... will give rise to a claim for a breach of fiduciary duty" *Strother v. 3464920 Canada Inc.*, [2007] 2 S.C.R. 177).
- 76 עניין *Galambos*, לעיל הערה 73, בפס' 68: "while vulnerability in the broad sense resulting from factors external to the relationship is a relevant consideration, a more important one is the extent to which vulnerability arises from the relationship"

מכריע. היסוד המכריע ביצירת יחסי אמונאות הוא התחייבות של צד אחד לפעול למיטב עניינו של הצד האחר – אם מכוח חיקוק, אם מכוח הסכם ואם מכוח התחייבות חד-צדדית.⁷⁷ בית המשפט העליון של קנדה שב לסוגיה בעניין Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society, שבו נדונה תובענה ייצוגית של קשישים סיעודיים ותשושי נפש נגד המדינה בדבר חיוב בשכר דירה ודמי מחיה במעונות שלה.⁷⁸ אף שהבדלי הכוח והפגיעות כאן קיצוניים, בית המשפט מבהיר כי אין די בפגיעות כדי להצמיח יחסי אמונאות ומדגיש היטב כי במסגרת סימני עניין *Frame* יש צורך בהתחייבות, ולו אד הוק, לשאת בחיובי אמונאות ובמרכזם חובת האמון.⁷⁹ בכך חזר הדין הקנדי להתיישב באופן כללי עם הגישה הנקוטה באנגליה ובאוסטרליה.⁸⁰

ה. לקחים

המהלך המשפטי שהתרחש בקנדה נושא עמו לקח מאלף לדין הישראלי בכמה הקשרים. אעמוד עליהם כאן בקצרה בלבד: ראשית, הדין המפותח בפסיקה הקנדית מדגיש את עצמת התובנה הבסיסית בהלכה בעניין ע"א קוסוי, שלפיה חובת האמון היא מענה משפטי חיוני למצבים של כוח. אולם דיון זה מבליט גם את ההיוליות של ההלכה בישראל. הכוח, כמו הפגיעות, הוא אמנם יסוד הכרחי לצורך הצדקת הקביעה כי מדובר ביחסי אמונאות ולהטלת חובת אמון. אלא שלא כל כוח במובן ההופלדיאני, כפי שלא כל פגיעות, יכול להצדיק כשלעצמו הטלת חיובים כאלה. במקרים רבים כוח הופלדיאני ניכר עשוי להיות רצוי מבחינה

77 שם, בפס' 66: "it is fundamental to ad hoc fiduciary duties that there be an undertaking by the fiduciary, which may be either express or implied, that the fiduciary will act in the best interests of the other party"

78 [2011] 2 S.C.R. 261.

79 שם, בפס' 28 ("It is now clear that vulnerability alone is insufficient to support a fiduciary) claim", ובפס' 30 ("the evidence must show that the alleged fiduciary gave an undertaking of responsibility to act in the best interests of a beneficiary"). לסיכום וליישום ההלכה בקשר לבעלי מניות בחברה פרטית ראו Harris v. Leikin Group, 2011 ONSC 3556. לדחיית יחסי אמונאות בין המדינה לבין ילדים חוסים שעברו התעללות במעון שבפיקוחה ראו Broome v. Prince Edward Island, [2010] 1 S.C.R. 360. לדיון ביקורתי ראו Robert Flannigan, *A Revised Canadian Test for Fact-Based Fiduciary Accountability* 127 L.Q. REV. 505 (2011).

80 בית המשפט העליון באוסטרליה דחה את השימוש בפגיעות כיסוד מבחין מספיק לקיום יחסי אמונאות, במיוחד לנוכח ההתפתחויות המתוארות בקנדה. זאת, תוך הכרה ברלוונטיות של פגיעות לצד מתיחת ביקורת על הפסיקה בקנדה. Pilmer v. Duke Group Ltd (In Liq), [2001] H.C.A. 31; 207 C.L.R. 165, ¶¶125, 136 ("For fiduciary obligations, vulnerability to wrong-doing will certainly be a relevant consideration... But to call forth fiduciary obligations, more than vulnerability is required"); Breen v. Williams, (1996) 186 C.L.R. 71, ¶40 ("With great respect to the Canadian courts, however, many cases in that jurisdiction pay insufficient regard to the effect that the imposition of fiduciary duties on particular relationships has on the law of (negligence, contract, agency, trusts and companies in their application to those relationships" כן ראו C-Shirt Pty Ltd v. Barnett Marketing & Management Pty Ltd., [1996] F.C.A. 1079 ("I do not think that in Australian law 'vulnerability', though it may be a characteristic of some of (those to whom fiduciary duties are owed, is the touchstone of fiduciary obligation"

חברתית על אף הפגיעות שכנגדו ואף שלצד הפגיע יש ציפיות סבירות כשלעצמן שלא להיפגע בידי בעל הכוח. כך, כאמור, במערכות יחסים מסחריות יהיה לא פעם לאחד הצדדים כוח ניכר כלפי הצד האחר, אך אין משמעות הדבר שיש להטיל על הצד הראשון חיובי אמונאות.⁸¹ הדבר יחתור תחת עקרונות יסוד של השיטה המשפטית ושל החברה בכלל אשר דוגלים בהקניית חירות לפרטים להגשים את שאיפותיהם לפי מיטב הכרתם ובמגבלות בסיסיות בלבד של התנהגות ראויה.⁸²

בקטגוריה נוספת, קשה להבחנה ולאבחון, מצויים מצבים שבהם יש יחסי כוח ופגיעות, והצד החלש אף עשוי לתת את אמונו ואת מבטחו בצד החזק, אך מכיוון שהצד החזק אינו מקבל עליו חיוב לדאוג לעניינו של הצד החלש, הם אינם עולים כדי יחסי אמונאות מלאים מבחינת המשטר המשפטי שחל עליהם.⁸³ כך באשר להתחייבות לחיסיון (confidence) והשפעה לא הוגנת, שאינן מקימות חיובי אמונאות.⁸⁴ כך באשר ליחסים בין עובד לבין מעביד, שההלכה בעניינם בישראל ובחוץ לארץ מעורפלת מאוד.⁸⁵ וכך, כמדומה, התגבשה אצלנו תפיסה בנוגע לחובתו של בנק ללקוח, שגם טיבה אינו ברור ואשר תידון בחלק הבא. מנגד, יש בגישת ההתחייבות גמישות ניכרת, אשר מאפשרת להטיל חובת אמון גם על מי שיש לראות בו מי שהתחייב לפעול כאמונאי אף אם לא התחייב לכך במפורש. כדוגמה מובהקת לכך נציין את מי שמעורב בממשל התאגידי של חברה באופן לא רשמי כדירקטור צללים או כדירקטור דה פקטו.⁸⁶

81 הנקודה אינה היפותטית. לדעת שלמה כרם, חוק הנאמנות, התשל"ט-1979 11 (מהד' 4 2004), "הנאמן חייב לפעול טובת זולתו. בכך הוא נמנה עם קבוצה גדולה ומגוונת של החייבים לפעול לטובת זולתם, דוגמת הרופא, עורך-הדין, הפסיכולוג, המורה, ההורה, המפיץ, ועוד. ניתן לומר, שלמעשה כל המתחייב לספק שירות מציע בכך לפעול לטובת זולתו, היינו: לטובת מי שאמור לקבל את השירות". הניתוח דן מבראר מדוע עמדה זו של כרם אינה יכולה להתקבל הן מבחינה פוזיטיבית הן מבחינה נורמטיבית. ראו למשל לעניין מעמדו של מפיץ כאמונאי, ע"א 7338/00 תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' שרעבי ז"ל ויורשיו, פ"ד נז(2) 745, 757 (2003), מפי השופט מ' חשין ("המחלקים חבו לתנובה חובת נאמנות ברורה וחדה, לא אך על-פי החוזה שנכרת ביניהם אלא גם – ולא פחות – כנובע מאופי ומטיב יחסיהם ומן האמון שתנובה נתנה במחלקים בהפקידה מרכושה ומכספיה בידיהם"). הדברים מבהירים כי אין די במעמד של מפיץ על פי הסכם אלא נדרשות נסיבות נוספות המעידות על הסכמה כי המפיץ המסוים יפעל כאמונאי.

82 ליחס שבין חובת האמון לחובת תום הלב ראו ע"א 610/94, 1989/94 בוכבינדר נ' כונס הנכסים הרשמי, בתפקידו כמפקח בנק צפון אמריקה, פ"ד נו(4) 333, 289 (2003), מפי הנשיא ברק (להלן – עניין בוכבינדר). לדיון ראו ליכט, לעיל הערה 4, בעמ' 95–100.

83 יפים לכך דברים שאמר פין אשר מובאים לעיל הערה 26.

84 ההתייחסות הרווחת לצירוף trust and confidence כהתחייבות סגולית ליחסי אמונאות הביאה בעבר לאי-הבחנה בין הקטגוריות השונות, אולם כיום נתפסות הקטגוריות של חיסיון והשפעה לא הוגנת כמובחנות מיחסי אמונאות מלאים. לניתוח ראו CONAGLEN, לעיל הערה 7, בעמ' 236–244. אשר להתחייבות לחיסיון ראו פסק דינה של מועצת המלכה בפרשת Arklow Investments Ltd v. Maclean, [1999] U.K.P.C. 51, ¶¶11–13. ענייני מינוח עלולים לערפל עוד את הסוגיה. המונחים confidentiality-ו-confidentiality עשויים לשמש גם לתיאור מבטחו של אדם שאותו הוא נותן באחר ואז מצפה שהאחר יוכר כאמונאי שלו. מונחים אלה נדונו בזהירות ונמתחה עליהם ביקורת בשני פסקי דין אנגליים בנושא יחסי בנק-לקוח, שיידונו להלן.

85 ראו ליכט, לעיל הערה 4, בעמ' 154–158.

86 ראו שם, בעמ' 145–154.

במקרים אחרים אפשר שתידרש הפעלה מדודה של כוח מתוך התחשבות באינטרסים שונים ולעתים מתחרים – דבר שעשוי להביא להפליה בלתי נמנעת בין צדדים פגיעים. זאת, בניגוד להתמסרות המוחלטת לעניינו של הנהנה, הנדרשת בגדר חובת האמון. זה המצב למשל כאשר הכוח מוחזק בידי רשות ציבורית. החלת דיני האמונות כפשוטם בספֶרה השלטונית-הציבורית אפוא אינה מתאימה.⁸⁷ בהקשרים דומותיים היא עלולה להיות קשה במיוחד. מהלך הפסיקה בקנדה מצביע הן על הבעיות שצפויות להתעורר אם בתי המשפט יתבססו בפשטנות על יסוד הכוח בהלכה בעניין ע"א קוסוי לשם קביעת חיובי אמונות הן על כלים אפשריים לתיחום נאות של תחולתה באמצעות הדרישה להתחייבות או להסכמה, גם מיוחסת, לקיום יחסי אמונות.

התלבטותה של הפסיקה בקנדה והתכנסותה לדגם המבוסס על התחייבות האמונאי, בדומה לשיטות משפט מקובל נוספות, ראוי שיעמדו לנגד עיניהם של הפרשנים בבואם לפרש את חוק דיני ממונות, אם תגיע חקיקתו לכלל גמר. לפי הצעת החוק, "חיוב אמון נוצר על פי דין, על פי חוזה, או על פי הנסיבות".⁸⁸ חיוב אמונאות על פי הנסיבות, שניתן בהחלט לראות בו מקבילה ישראלית לאמונאי אד הוק הקנדי, נוצר בתנאים אשר ניתן וראוי לפרשם כדורשים התחייבות של האמונאי לשאת בחיוב זה במסגרת פעולתו לטובת הנהנה בלבד.⁸⁹ מבחינת היקפה של תחולת החיוב אפוא הצעת החוק בנקודה זו משקפת הסדר הולם, ובלבד שיפורש בקפידה.⁹⁰

לבסוף, יש במהלך הפסיקה המתואר כדי להאיר את גבולות היכולת של בית המשפט להגיע לתוצאה צודקת בעיניו באמצעות פרשנות מרחיבה של מושגי יסוד משפטיים. בפסקי הדין שנזכרו לעיל נדרשו בתי המשפט ליישב סכסוכים שבהם אחד הצדדים נתפס כמשווע לסעד, והם היו נכונים לעשות זאת באמצעות מנגנוני אמונות. באמצעות הגדרת הנתבע כאמונאי ניתן להטיל עליו חיובים מפליגים לטובת התובע וכך להגיע לתוצאה הנראית רצויה

87 בנסיבות כאלה יש מקום להכיר באיסור משוא פנים. ראו ליכט, לעיל הערה 4, בעמ' 205–210. ראו, כללית, בג"ץ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו, פ"ד ט"ז 2101 (1962). עם זאת יודגש כי אין בדברים לעיל כדי להטיל ספק בהכרחיותה של חובת אמון של עובד הציבור כלפי המדינה מבחינת האיסור המוחלט של ניגוד עניינים אישי אשר הפסיקה עמדה עליו בהרחבה.

88 סעיף 435 להצעת החוק. הכוונה לחיוב אמונאות ולא רק אמון, ויש לקוות כי המחוקק יבחין במינוח בנוסח החוק הסופי.

89 סעיף 436 להצעת חוק דיני ממונות קובע:
 "חיוב אמון נוצר על פי הנסיבות, בין השאר, בהתקיים אחד מאלה:
 (1) ענייניו או נכסיו של הזכאי מופקדים בידי חב האמון בהסכמתו של חב האמון, או על פי חיקוק, לשם שמירתם או ניהולם, לטובת הזכאי;
 (2) הזכאי הפקיד בידי חב האמון מידע, בהסכמתו של חב האמון או על פי חיקוק, תוך הסתמכות סבירה של הזכאי כי חב האמון לא יעבירו לאחר ולא יעשה בו שימוש למטרה השונה מהמטרה שלשמה הוא הופקד;
 (3) חב האמון מספק לזכאי שירות בעל אופי אישי, הכרוך מטבעו בהסתמכות של הזכאי על יושרו והגינותו."

90 יחסי אמונאות בהצעת החוק מוסדרים גם במקומות נוספים. למשל, סעיף 215 להצעת החוק מבקש להטיל חיוב אמונאות על נותן שירות, שניתן לפרשו כיצירת אמונאי על פי הנסיבות, אד הוק. ראו גם סעיף 229 לעניין מתווך. העניין מעורר סוגיות נוספות ומצריך דיון בנפרד. במיוחד ההסדר המוצע בדבר סעדים על הפרת חובת אמון מוקשה ביותר עד כי יש מקום לעמדה שמוטב שחוק דיני ממונות ימנע לחלוטין מלעסוק בעניין, על כל המשתמע מכך. ראו ליכט, לעיל הערה 4, בעמ' 277–281.

בנסיבות. הבעיה היא שיש בכך כדי למתוח את מושג האמונות אל מעבר לנסיבות ההולמות, והדבר ידללו ויחלישו, ובסופו של דבר יפגע במוסד המשפטי עצמו ובתפקודו הנכון בתוך השיטה.⁹¹ הכרתו של בית המשפט העליון של קנדה במגבלותיו במצבים כאלה ושינוי ההלכה בהתאם ראויים אפוא להערכה מיוחדת.

ו. "חובת האמון הבנקאית"

עמדה רווחת במשפט הישראלי גורסת כי בנק חב חובת אמון ללקוחותיו. את פסק הדין המנחה נתן הנשיא שמגר בע"א 5893/91 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' צבאח:⁹²

"לגישתי, כיום, לאור ההתפתחות הכלכלית והתעשייתית והמקום החשוב שהבנקים תופסים בפעילות זו, יהיה זה מוטעה לגרוס כי מערכת היחסים שבין בנק ללקוחו ואף בין בנק לאדם המבקש ללוות כספים היא מערכת יחסים שמאופיינת כמערכת יחסים רגילה של מלווה-לווה. הבנק משמש כמעט בכל המקרים כיועץ פיננסי בענייני השקעות ומייעץ אף בעניין סוג ההלוואות שאותן כדאי לקחת, מידת פריסתם של החוזרים בגין הלוואות אלו, הריבית המשתנה בגין החוזרים אלו וכולי.

זאת ועוד, פקיד הבנק נתפס בעיני הלקוח כגורם אמין שניתן לסמוך ולהסתמך עליו, ופעמים רבות הלקוח מכלכל את צעדיו על-פי עצתו של האחרון (ראה ד"ר פורת, במסתו הנ"ל, על אחריותם של בנקים). לכן יש כיום להינתק, לדעתי, מתפיסתו של המשפט המקובל כפי שהיא באה לידי ביטוי באנגליה ואף בארצות-הברית, ולומר, כפי שנאמר לא אחת בפסקי הדין שאוזכרו לעיל, כי מערכת היחסים בין הלקוח לבנק מושתתת במידה רבה על יחסי אמון, ורק החריג הוא קיומם של יחסי לווה-מלווה במשמעותם הארכאית."⁹³

91 הקוראים לא יטעו אם יזהו בתבנית המתוארת בטקסט קווי דמיון להתפתחות מוסד תום הלב במשפט הישראלי. ודוק: אין הכוונה לפגיעה בוודאות המשפטית. מוסדות יסוד כגון תום לב ואמונות לעולם יתאפיינו ברקמה פתוחה, ובאזור אפלולי יחסית ניכר שאין בו ודאות משפטית, עם כל הצער שבדבר. הדמיון מצוי ברמתו של מוסד משפטי, הממלא תפקיד מסוים בשיטה, לביצוע תפקידים אחרים המחלישים אותו. גם ניסיון ליצור הבחנות מלאכותיות (כגון החלת "מעין-דיני-מעין-אמונות") לא יצלח, והוא עלול לחבל בדיני האמונות עצמם. עם זאת ראוי לציין שבית המשפט העליון בישראל הפגין מודעות למגבלות של יכולתו למתוח מושגי יסוד במשפט הפרטי באמצעים פרשניים. זאת, באשר למוסד האישיות המשפטית. ראו רע"א 46/94 אברמוב נ' הממונה על מרשם המקרקעין, פ"ד נ(2) 202 (1996).

92 פ"ד מח(2) 573 (1994) (להלן – עניין צבאח).

93 שם, בעמ' 594.

בתי המשפט, ככל הערכאות, אימצו בחום את ההלכה בעניין צבאח. ההלכה אוזכרה בהסכמה פעמים אין-ספור.⁹⁴ בתי המשפט אף הרחיבו את תחולתן של החובות שהוטלו בה על בנקים כלפי לקוחותיהם וכלפי לקוחותיהם-בכוח גם כלפי צדדים זרים שנתנו בטוחה לחובו של לקוח בדרך של ערבות או משכון.⁹⁵ בהדרגה התרחבה החובה הבנקאית עוד והוחלה על כל מגוון הפעולות והשירותים שמספקים הבנקים וכלפי כל סוגי הלקוחות, ללא תלות ברמת המיומנות העסקית והמימונית שלהם.⁹⁶ לנוכח התפתחויות אלה טענה פלאטור-שנער כי "תאוריית האמון הפכה לערך מרכזי בדיני הבנקאות שלנו", והדברים התקבלו על דעתו של בית המשפט העליון.⁹⁷

אף על פי כן תוכנה של החובה הבנקאית המיוחדת רחוק מלהיות ברור מבחינת כללי ההתנהגות שהיא קובעת ומבחינת הסעדים שעשויים לעמוד במקרה של הפרה לרשותו של הלקוח ושל מי שכמוהו-כלקוח. בין היתר למן עניין צבאח ברור כי מוטלת על הבנק חובת גילוי מוגברת לעומת נטל הגילוי במערכות חוזיות רגילות, וכי מוטלת עליו חובה להתחשב

94 במחצית שנת 2014 מניתי באמצעות מאגר "נבו" יותר משלושים אזכורים של ההלכה בעניין צבאח בפסקי דין של בית המשפט העליון, כולם בהסכמה וחלק ניכר מהם בפירוט מנומק. בפסיקתם של בתי המשפט המחוזיים ושל בתי משפט השלום מנתה מערכת "נבו" למעלה מ-500 אזכורים ולא יספה. ראו למשל בשנים האחרונות: ע"א 459/13 אלמודן בע"מ נ' בנק מזרחי טפחות בע"מ, בפס' 23-24 (פורסם בנבו, 25.6.2014), מפי השופט סולברג; בע"מ 3562/12 פלונית נ' בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ, בפס' 7 (פורסם בנבו, 23.2.2014), מפי השופט הנדל; רע"א 4827/12 חיות נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, בפס' 12 (פורסם בנבו, 30.8.2012), מפי השופט זילברטל (להלן – עניין חיות); ע"א 8098/09 כהן נ' בנק איגוד לישראל בע"מ – סניף חדרה, בפס' 16 (פורסם בנבו, 3.1.2012), מפי השופטת ארבל; ע"א 6916/04 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, בפס' 4 (פורסם בנבו, 18.2.2010), מפי השופט י' אלון; ע"א 3690/07 ירדני נ' בנק הפועלים בע"מ, בפס' ל"א (פורסם בנבו, 31.8.2009), מפי השופט רובינשטיין. לסקירה וניתוח ראו רות פלאטור-שנער דיני בנקאות: חובת האמון הבנקאית (2010); ראו גם רות פלאטור-שנער ואביבה גבע "חובת האמון הבנקאית: המודל הישראלי" משפט ועסקים יא 393 (2009); רות פלאטור-שנער "חוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981: על העדרה של חובת אמון בחוק" חוקים 179 (2013); ריקרדו בן-אוליאל דיני בנקאות – חלק כללי (1996).

95 ראו, בהתאמה, על ערב: ע"א 6799/02 יולזרי נ' בנק המזרחי בע"מ, פ"ד נח(2) 147, 150 (2004), מפי השופטת חיות; ע"א 1121/08 פרוסט נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, בפס' יח (פורסם בנבו, 6.9.2010), מפי השופט רובינשטיין; אשר לממשכן: ע"א 8611 בנק הפועלים בע"מ נ' מרטיץ, בפס' 34 (פורסם בנבו, 2.3.2011), מפי השופטת נאור; ע"א 11120/07 שמחוני נ' בנק הפועלים בע"מ, בפס' כה-כו (פורסם בנבו, 28.12.2009), מפי השופט רובינשטיין; ע"א 8564/06 סולטאני נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, בפס' 15 (פורסם בנבו, 7.7.2008), מפי השופט דנציגר (להלן – עניין סולטאני).

96 ראו למשל עניין חיות, לעיל הערה 94, בפס' 12. לריכוז אסמכתאות ראו פלאטור-שנער, לעיל הערה 94, בעמ' 78-81 וכן בעמ' 88 ("על-פי הפסיקה הישראלית, חובת האמון נולדת באופן אוטומטי מעצם היווצרותם של יחסי בנק-לקוח, בלי צורך להוכיח נסיבות מיוחדות להצדקת קיומה").

97 ראו, בהתאמה, רות פלאטור-שנער "חובת הגילוי הבנקאית כלפי הממשכן נכס להבטחת חיובו של אחר" הפרקליט מט 385, 402 (2007); עניין סולטאני, לעיל הערה 95, בפסקה 15 ("לעניין חובת הגילוי הבנקאית כלפי ממשכן, מקובלים עלי דבריה של ד"ר רות פלאטור-שנער במאמרה... לפיהם: 'תאוריית האמון הפכה לערך מרכזי בדיני הבנקאות שלנו...')"; והשוו פלאטור-שנער, לעיל הערה 94, בעמ' 43, 68 ("בתי המשפט הישראליים הפכו את חובת האמון למעין 'עילת סל' כללית שבה ניתן להשתמש כל אימת שהבנק פעל שלא כדין כלפי הלקוח... אף כשקיימות עילות תביעה מתאימות יותר וספציפיות יותר למקרה הנדון לפנייהם").

בעניינו של הלקוח גם על חשבון עניינו הפרטי, אף זאת מעבר לנדרש בין צדדים לחוזה מסחרי רגיל. בתי המשפט שבו וקבעו כי תוכן החובה ייקבע באופן משתנה על פי הנסיבות.⁹⁸ היו שציינו בהקשר זה רמות מוגברות של חובת זהירות ושל חובת תום לב.⁹⁹ לצד אלה היו גם שראו בחובה הבנקאית מופע של חובת האמון במובנה הקלאסי, הקובע תקן התנהגות מחמיר – של "אדם לאדם – מלאך"¹⁰⁰ – ובמיוחד ברוח ההלכה בעניין ע"א קוסוי.¹⁰¹ בנקודה זו אני מבקש לאתגר את הדוקטרינה של "חובת האמון הבנקאית" כפי שהתגבשה במשפט שלנו ולטעון כי היא אינה יכולה לקבוע חובת אמון ואין זה רצוי שתעשה כן, וכי היא אינה קובעת חובת אמון כבר כיום. לשאלה "חובת אמון – אימתי?" התשובה בהקשר זה היא "לא ביחסי בנק-לקוח, אלא אם הוסכם אחרת". במילים אחרות, יחסי בנק-לקוח ייראו כיחסי אמונות שבגדרם הבנק נושא כלפי הלקוח בחובת אמון כהלכתה, על פי גישת ההתחייבות. הדבר עולה בקנה אחד עם הגישה הנוהגת במשפט המקובל באופן כללי, כפי שראינו לעיל בפרק זה, ובאופן מיוחד לגבי יחסי בנק-לקוח.¹⁰² המסגרת הנוכחית אינה מאפשרת דיון ביקורתי מקיף בדוקטרינה הישראלית, שהיא מסועפת במיוחד.¹⁰³ לפיכך אדון תחילה בהיתכנות וברציונות של הדוקטרינה ולאחר מכן אתמקד בהלכת היסוד בעניין צבאח, המשמשת מסד לכל המבנה הדוקטרינרי בדין הישראלי.

א-היתכנותה של החובה הבנקאית כחובת אמון הראויה לשמה נובעת מידית – הגדרתית למעשה – מן העמדה הנחרצת שהמשפט הישראלי נוקט למן ראשית ימי המדינה בנוגע

- 98 ראו למשל ע"א 7424/96 בנק המזרחי בע"מ נ' חברת אליהו גרציאני (1988) בע"מ, פ"ד נד(2) 145, 161 (2000), מפי השופטת ביניש ("בשיטתנו נקבעה חובת הנאמנות כאחד היסודות שביחסים שבין הבנק לבין לקוחו. באומרונו כי היקף חובת הנאמנות משתנה בהתאם לסוג הלקוחות לא אמרנו אלא שהבנק יצא ידי חובת הנאמנות ברמת התנהגות שונה המותאמת הן ללקוח והן לנסיבות") (הפנייה הושמטה).
- 99 ראו למשל ע"א 8409/04 יעקובי נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, בפס"מ 8 (פורסם בנבו, 19.9.2007), מפי השופטת חיות ("יחסים אלה שבין הבנק ללקוחותיו נתפסים בדין כיחסי אמון מיוחדים המטילים על הבנק חובות מוגברות של זהירות ותום-לב ובכללן החובה לגלות ללקוח פרטים בעלי חשיבות לשירות הניתן על ידו ולסיכונים הכרוכים בו וכן חובה שלא להטעות את הלקוח ולא לנצל את חוסר ניסיונו או להפעיל עליו השפעה בלתי הוגנת") (הפניות לפסיקה ולהוראות חרותות בחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981 הושמטו).
- 100 ראו עניין חיות, לעיל הערה 94, בפס"מ 12, מפי השופט זילברטל ("כל תאגיד בנקאי חב חובת אמון כללית כלפי לקוחותיו (וכלפי גורמים נוספים, שאינם מענייננו)... עליו לראות את האינטרס של הלקוח כאינטרס המכריע ולהעדיפו על כל אינטרס אחר, אף על פני האינטרס האישי שלו עצמו. הנשיא א' ברק, אף תיאר את חובת האמון, כיחס של 'אדם לאדם – מלאך'") (הפניות הושמטו). לדיון בתקן ההתנהגות העילאי שדורשת חובת האמון ראו ליכט, לעיל הערה 4, בעמ' 78-85.
- 101 ראו משה בייסקי "יחסי אמון בין בנק ללקוח" ספר לנדוי כרך שלישי 1095, 1098 (1995) ("לשאלה, מהו היקפה של חובת האמון, מה תוכנה ומה מגבלותיה על בית המשפט להשיב, לאחר שבקיומה הוא הכיר מקדמת דנא. כאמור בפרשת קוסוי..."); פלאטו-שנער, לעיל הערה 94, בעמ' 43 ("במקביל, החלה להתפתח בשנות השמונים הכרה בחובות אמון גם בענפי משפט אחרים, ובראשם בדיני החברות. פסק הדין הידוע קוסוי...").
- 102 לפירוט ראו E. ELIAHU PETER ELLINGER, EVA Z. LOMNICKA & RICHARD HOOLEY, ELLINGER'S MODERN BANKING LAW 126-139 (5th Ed., 2011).
- 103 ניתוח ביקורתי מלא ימתין ליומו. ספרה של פלאטו-שנער, לעיל הערה 94, בפרקים שני-שלישי, מכיל סקירה מפורטת של פסקי דין מכל הערכאות וכן ביקורת של המחברת על היבטים מסוימים שעולים מן הפסיקה. ראו במיוחד שם, בעמ' 67-70.

לאיסור של ניגוד עניינים שחל על כל אמונאי. במילותיו של השופט שנאור זלמן חשין בהמ' 100/52 חברה ירושלמית לתעשייה בע"מ נ' אגיון,¹⁰⁴ בנוגע למנהלים בחברה כאמונאים שלה: "כמנהלים עליהם לכוון את מעשיהם לטובת החברה, ורק לטובתה. שום אינטרס אחר, אישי, צדדי, אסור לו כי ישפיע עליהם ויסיר את לבם מאחרי החברה וטובתה".¹⁰⁵ בהקשר של יחסי בנק-לקוח מתעורר קושי בשני ההיבטים של איסור הניגוד – באשר לניגוד חובה-עניין ובאשר לניגוד חובה-חובה.

הניגוד חובה-עניין זכה למרב תשומת הלב אך הוא הקל מבין השניים. כידוע, בעידן החדש בנקים עשויים לספק מגוון רחב של שירותים. חלק מן השירותים הוא לעומתי (אדוורסרי) לפי טיבו, כגון מתן אשראי וניהול פקדונות; חלק אחר אמונאי לפי טיבו, כגון ניהול תיקים; חלק נוסף תלוי בנסיבות, לרבות ההבנות בין הצדדים, כגון ייעוץ השקעות.¹⁰⁶ אף לא באחד מן השירותים האלה אין הבנק רשאי לתבוע מן הלקוח, כאותו סוחר ידוע, את ליטרת הבשר שהלקוח במצוקתו אולי הבטיח לו. אולם ביחסים הלעומתיים במהותם אין לבנק מנוס לנהל את ענייניו עם הלקוח באסרטיביות, ולעתים בתקיפות. לא זו בלבד שיש לבנק זכות משפטית לכך, אלא שבמדינה המודרנית, ובישראל במיוחד, המדינה והציבור הם שנושאים בסופו של דבר בסיכונים המערכתיים של כשלים בנקאיים, ולכן עניינו של בנק הוא גם עניינו של הציבור. כדי להבטיח התחשבות נאותה בלקוח לאור הערכים המקובלים כיום ובשל הבדלי הכוח המובהקים בינו לבין הבנק די בחקיקה מסדירה (הקיימת בשפע ושתמיד אפשר להרחיבה עוד) ובדוקטרינות מגוונות מתונות יותר מחובת האמון – החל מחובת תום הלב וחובת הזהירות וכלה באיסורים של כפייה, עושק והשפעה לא הוגנת. חובת האמון במובנה הנכון מחייבת איון מוחלט של עניינו של הבנק בשעה שהבנק מפעיל שיקול דעת.¹⁰⁷ זוהי עמדה שבפשטות אינה בת ביצוע ביחסים לעומתיים.¹⁰⁸ אלה הם תרתי דסתרי.

104 פ"ד ו 887 (1952) (להלן – עניין אגיון).

105 שם, בעמ' 889. בית המשפט העליון חזר על הלכה זו בע"א 365/54 מן נ' איון, פ"ד יא 1612, 1618 (1957) ובעניין ע"א קוסוי, לעיל הערה 2, בעמ' 280; ראו גם עניין בוכבינדר, לעיל הערה 82, בעמ' 333 ("חובת האמונים מבוססת על קיומו של אינטרס אחד בלבד הראוי להגנה, והוא אינטרס החברה"); ע"א 267/55 טוקטלי נ' שמשון בע"מ, פ"ד יא(2) 1569 (1957), בעקבות Aberdeen Railway Co. v. Blaikie Brothers, (1854) 1 Macq 461 (H.L.).

106 לצורך בהירות הדיון ניתן להתעלם מהיבטים מבניים של הקבוצה הבנקאית כאשר למתן שירות מסוים. אם לגורם שנותן את השירות אין אופי בנקאי בראייתו של בית המשפט, לצד ההגדרות החרותות, אזי ממילא לא תתעורר שאלת תוכנה של החובה הבנקאית בעניינו, ויחולו דיני האמונות הרגילים על חובת אמון ותחולתה.

107 ניתוח ומסקנות דומים נוגעים לחובת הגילוי המלא שבגדר חובת האמון, אשר נבדלת באופן מהותי מחובות גילוי ומנטלי גילוי אחרים במשפט האזרחי. מפאת קוצר היריעה הסוגייה לא תפורט.

108 פלטר-שנער, לעיל הערה 94, בעמ' 101–105, מציעה להתייחס ל"מישור חיצוני" של יחסי בנק-לקוח, שבו "חובת האמון הבנקאית" אינה חלה, למשל כאשר לזכותו של הבנק לגבות עמלות וריבית. הבחנה כזו אפשרית כאשר לחובה בנקאית שאינה חובת אמון. דיני האמונות שוללים הבחנה מעין זו ואף מדגישים, כי אין סירוגין בתחולתה של חובת האמון והיא אופפת את האמונאי בכל פעולה שלו מול הנהגה. ראו [F]iduciary ("[F]iduciary duty does not operate intermittently but is the constant compass by which all director actions (for the corporation and interactions with its shareholders must be guided").

האיסור של ניגוד חובה-חובה הוא שמונע לחלוטין לראות בחובה הבנקאית חובת אמון, מכיוון שהוא נוגע לכל סוגי השירותים שהבנק נותן, לעומתיים ושאינם לעומתיים. אדם רשאי לכהן כאמונאי של שני נהנים אשר עלול להתגלע ניגוד עניינים ביניהם, ובלבד ששניהם נתנו לכך הסכמה תקפה.¹⁰⁹ אולם כאשר נוצר מתח בין שני הנהנים, למשל מחמת סכסוך או תחרות, האמונאי ניצב בפני חשש ממשי לניגוד בין שתי חובות האמון שלו, הדורשות שתיהן התמסרות מוחלטת לעניינו (הנוגד) של כל נהנה. משהתעורר חשש כזה אין לאמונאי מנוס מלפרוש לפחות מאחת מכהונותיו, ולמהדרין – משתיהן.¹¹⁰ כמה וכמה מפסקי הדין שדנו בחובה הבנקאית נזקקו לסכסוך בין שני לקוחות אשראי של הבנק, כגון מחלוקת בין רוכשי דירות לבין קבלן, או שבתי המשפט לכדו אותם ביזמתם במצודתם כאשר החילו את החובה כלפי ערב וכלפי ממשכן לצד חובה כלפי הלקוח הלווה. במערכות יחסים כאלה אחד הלקוחות הוא נושה או נושה-בכוח של הלקוח השני, וכאשר החייב העיקרי נקלע לקשיים, מתגלע מיד ניגוד עניינים בינו לבין הצד האחר. כל אמונאי, בנק ושאינו בנק, אשר משרת את שניהם חייב אז לנתק מיד את קשריו עם אחד מהם, ורצוי משניהם.

החשש מפני הניגוד חובה-חובה כשמדובר בבנקים חריף במיוחד לנוכח הריכוזיות הגבוהה במערכת הבנקאית הישראלית.¹¹¹ הדו של חשש זה עלה בבתי המשפט כשקבעו כי הבנקים נהנים ממעמד "מעין מונופוליסטי".¹¹² אילו הוטלה חובת אמון ראויה לשמה על בנקים, היו צרכני השירותים הבנקאיים נאלצים לבקש אותם בבנקים נפרדים מאלה של עמיתיהם לקשרים כלכליים כלשהם. למשל, בנק לא היה יכול לשרת קבלן וגם רוכשי דירות ממנו, או יצרן וגם ספקים או מפיצים שלו, וכך הלאה. זהו עניין קשה ככלל, ובמציאות הישראלית הוא עלול להיות בלתי אפשרי.¹¹³ המסקנה הבלתי נמנעת היא שאף כי ראוי

109 ניתוח ראו ליכט, לעיל הערה 4, בעמ' 59-65. כך, לדוגמה, יכול עורך דין לייצג ייצוג מלא שני צדדים לעסקת מכר דירה. הגם שבין הצדדים שוררים יחסים לעומתיים של חוזה מסחרי, יש לשניהם מטרה משותפת – להגשים את החוזה אשר עורך הדין יכול לסייע בה ביעילות כל עוד אין סכסוך בין השניים.

110 ראו עניין *Mothew*, לעיל הערה 46, בעמ' 18-19: "The fiduciary must take care not to find himself in a position where there is an *actual* conflict of duty so that he cannot fulfill his obligations to one principal without failing in his obligations to the other ... If he does, he may have no alternative but to cease to act for at least one and preferably both" (ההדגשות במקור).

111 בישראל מחזיקות חמש קבוצות בנקאיות כמעט בכל שוק הבנקאות. בנק ישראל מצא כי שני הבנקים הגדולים, לאומי והפועלים, החזיקו בשנת 2013 ברוב השוק (56% לפי חישוב על בסיס נכסים), וכי הריכוזיות במערכת הבנקאות הישראלית גבוהה במידה ניכרת מהמוצע באיחוד האירופי. בנק ישראל, מערכת הבנקאות בישראל 2013 9-10 (2014).

112 ראו ע"א 1304/91 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' ליפרט, פ"ד מז(3) 309, 323 (1993), מפי הנשיא שמגר (בדעת מיעוט) ("כוח זה, שהוא 'מעין מונופוליסטי', המוענק לבנקים על-פי הדין"); רע"א 2598/08 בנק יהב לעובדי מדינה בע"מ נ' שפירא, בפס' ל"א (23.11.2010), מפי השופט רובינשטיין ("נפח הפעילות של הבנקים, כוחם ה'מעין מונופוליסטי', והתפקידים החברתיים שהם ממלאים מטילים עליהם חובות אמון כלפי הציבור כולו"). יצוין כי השופט רובינשטיין מסב את "חובת האמון" של הבנק כלפי הציבור כולו, להבדיל מלקוח מסוים. בכך יש מוצא אפשרי נאה מן המצר הנדון בטקסט, תוך שהדבר מרוקן את החובה כלפי הלקוח המסוים מכל תוכן אמונאי.

113 שוו בנפשכם כי כל ציבור המתדיינים בבתי המשפט האזרחיים בארץ, לרבות בתי המשפט למשפחה, היו נאלצים לשכור שירותי ייצוג של עורך דין מקרב חמישה משרדים בלבד, כשם שיש בישראל חמש קבוצות בנקאיות. לתוספת נופך, דמו כי צד לסכסוך שהפרוטה מצויה בכיסו מתייעץ

לדרוש מבנקים תקן התנהגות מוגבר באשר לשירותים ביחסים לעומתיים, הרי שהכלל המשפטי חייב לאפשר לבנק לפגוע בעניינו של לקוח אחד לטובת לקוח אחר לפי שיקול דעתו של הבנק, לעתים במידה רבה, כלומר לאזן בין ענייניהם. תקן התנהגות כזה אינו יכול להיות מרבי אלא מיטבי בלבד – לא של "מלאך" אלא של "אדם". כלומר, זהו תקן מדגם של חובת הזהירות, חובת תום הלב ודוקטרינות נוספות מסוג זה.¹¹⁴ בכך אין כדי לגרוע מחובת אמון מלאה שבנק נושא בה כלפי לקוחות כשמדובר בשירותים אמונאיים.¹¹⁵ נפנה כעת להיבט הרציות של "חובת האמון הבנקאית" ולטעמים שהועלו כדי להצדיק אותה.¹¹⁶ הטעמים מגוונים, אך ניתן לזהות בהם שתי טענות עיקריות המופיעות בגרסאות שונות: ראשית, טענה כי ביחסי בנק-לקוח יש יחסי כוח-פגיעות; שנית, טענה כי ביחסי בנק-לקוח יש אמון והסתמכות מצד הלקוח. בשני ההקשרים, ככל שהם נבדלים זה מזה, מתעורר חשש שהבנק ינצל את כוחו לרעת הלקוח. הניתוח בחלקו הראשון של הפרק מבהיר מדוע אף אחת משתי הטענות אינה תומכת כדבעי בהטלת חובת אמון ראויה לשמה, כפי שזו נוהגת בדין הישראלי ובמשפט המקובל בכלל.

כאמור, אין חולק שביחסים בין הבנק לבין לקוחותיו הבנק נהנה בדרך כלל מכוח הופלדיאני, המקנה לו אפשרות להשפיע על ענייניהם. כוח זה נובע מעצמתו הכלכלית של הבנק, מעדיפות שיש לו במידע על אודות השוק ואפילו על ענייניו של הלקוח עצמו לנוכח מיומנות מיוחדת שיש לסגל הבנק, מכוח שוק שיש לבנקים בישראל אשר אינם פועלים בתנאי תחרות, מכך שהמדינה והציבור ערבים-בכוח ליציבותם של הבנקים ועוד. כל אלה תומכים באופן כללי בפיקוח על פעילות הבנקים משיקולים המצדיקים הסדרה כדי להתגבר על כשלי שוק שונים. במסגרת זו ניתן להצביע על שיקולים של הגנת הצרכן (למשל, איסור התניית שירות בשירות), של יציבות מערכתית (למשל הלימות הון), של ערכים חוקתיים

בקשר לסכסוך עם כל חמשת המשרדים לפני שהוא שוכר אחד מהם, ובכך הוא שולל מריבתו את האפשרות להיות מיוצג על ידי מי מהם.

114 במשפט הישראלי התפתחה דוקטרינה המכירה בחובת זהירות מושגית של בנק כלפי שאינו-לקוח שהוא נהנה של לקוח. ראו ע"א 8068/01 איילון חברה לביטוח בע"מ נ' מנהל עיזבון המנוחה חיה אופלגר ז"ל, פ"ד נט(2) 349, 372 (2004), מפי השופטת חיות. זאת, בשעה שמועצת המלכה דחתה עמדה זו. ראו 4 Royal Brunei Airlines Sdn Bhd v. Tan, [1995] U.K.P.C. אף שחובת הזהירות הישראלית נעשתה בצלם דמות תבניתה של החובה האנגלית, הבדלי ההשקפות בין שתי השיטות בסוגיה זו מעוררים לכל היותר שאלות של מדיניות אך לא קושי של אי-היתכנות משפטית. זאת מכיוון שלהבדיל מחובת האמון, חובת הזהירות מבוססת על מיטביות, נאותות וסבירות, ולכן היא מאפשרת לאזן בין ענייניהם של פרטים שונים. לניתוח של היבטי האמונאות של הפרשות הנוכרות ראו ליכט, לעיל הערה 4, בעמ' 419-424.

115 כך למשל כאשר הבנק פועל לגביית שיקים ורואים בו אז שלוח, שהוא אמונאי מובהק. ראו ע"א 2449/08 טואשי נ' בנק מרכזי דיסקונט בע"מ, בפס' 23 (פורסם בנבו, 16.11.2010), מפי השופט ג'ובראן. בשירותים שאינם אמונאיים מובהקים יהיה הדבר תלוי בנסיבות ובהסכמה בין הצדדים. ראו למשל על בנקאות השקעות, Citigroup, לעיל הערה 10; והשוו, בעניין שירותי מסחר בבורסה (ברוקראד), ע"א 4656/12 רייזל נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 30.10.2013), מפי השופטת חיות.

116 לסקירה מפורטת של טעמים שספרות והפסיקה הזכירו בקשר לחובה הבנקאית ראו פלאטו-שנער, לעיל הערה 94, בעמ' 51-67.

(למשל, איסור הפליה) וכך הלאה. שיקולים אלה משקפים, כבבואת ראי, היבטים שונים של פגיעות שהלקוח עלול לסבול ממנה ביחסיו עם הבנק. אף על פי כן גם במצבים שבהם פגיעותו של הלקוח ניכרת, אין ללקוח בסיס לסברה כי הבנק פועל לטובתו בלבד וזולת בשירותים שהם אמונאיים על פי טיבם או כשהוסכם על כך בין הצדדים. במילים אחרות, ללקוח יש ציפיות לגיטימיות להגבלת צעדיו של הבנק ביחסיו עמו כדי שהבנק לא יוכל לנצל את כוחו ניצול לא לגיטימי, ולמדינה יש טעמים טובים לעשות כן, אולם אלה פְּאֵלָה אינם מבוססים על ראייה בבנק מי שמשימתו היא לפעול לטובת הלקוח. כפועל יוצא מכך, טעמים אלה אינם מצדיקים החלה של חובת אמון אלא של כללים רגולטיביים ושל חובות משפטיות הדורשות תקן התנהגות מוגבר, אך פחות מחובת אמון. החלת חובת אמון שוללת קטגורית את הלגיטימיות של עניינו של הבנק כגורם שעשוי להשפיע על שיקול דעתו, נוסף על שלילת הלגיטימיות של ענייניהם של לקוחות אחרים שנדרונו לעיל. זו עמדה שלמדינה (וגם ללקוח) אין עניין לאמץ. מבחינה זו המקרה של החובה הבנקאית בדין הישראלי מדגים היטב את נכונות הטעמים שהדריכו את בית המשפט העליון של קנדה בעניין *Galambos*, כאשר נסוג מגישת הפגיעות לזיהוים של יחסי אמונאות ולהחלת חובת אמון ואימץ את גישת ההתחייבות.¹¹⁷

אשר לטענה בדבר "אמון והסתמכות", שנזכרה עוד בעניין צבאח כהצדקה להטלת חובת אמון על בנקים,¹¹⁸ הרי שכאן מדובר בתקלה לשמה. התקלה נובעת מכך שלמרות ותק של מאות שנים דיני האמונאות מצויים בתהליך של התגבשות בדורות האחרונים. חלק מן התהליך הזה קשור למינוח של מושגי יסוד, והדבר גורם לערפל מינוחי אשר שב ומתעתע במשפטים העוסקים בתחום.¹¹⁹ כך הדבר גם בביטוי "אמון ומְכָטָח". הפסיקה במשפט המשווה אכן נקטה לא פעם את הביטוי *trust and confidence* כדי לתאר יחסי אמונאות. אולם כפי שראינו לעיל, העובדה שפלוגי נותן את אמונו באלמוני ושם בו את מבטחו אינה הופכת בהכרח את האחרון לאמונאי של הראשון, ולצדדים לא יכולה להיות ציפיה לגיטימית שכך יהיה בדרך כלל.¹²⁰ נדרשות נסיבות נוספות לשם כך. בדין החדיש במשפט המשווה נדרשת לשם כך התחייבות, לרבות התחייבות מיוחדת, ודין זה יפה גם למשפטנו. כעת כמה הערות דוקטרינריות לא ממצות על עניין צבאח ועל ההלכה שנפסקה בו למעשה. עניין צבאח עסק בסכסוך בין חברה קבלנית שהקימה את העיר החרדית עמנואל

117 עניין *Galambos*, לעיל הערה 73; ראו לעיל, טקסט נלווה להערה 55 ואילך.

118 ראו המובאה מפסק הדין בעניין צבאח, לעיל טקסט נלווה להערה 92.

119 הדברים אמורים החל ממושג האמונאות (*fiduciary*) עצמו. ראו המובאה מפסק דין *Mothew*, לעיל טקסט ליד הערה 47. אי-בהירות מינוחית שוררת גם באשר למושגי יסוד נוספים בתחום האמונאות, ובהם *accounting* ו-*restitution*. בשנים האחרונות עושים בתי המשפט מאמץ מודע להבהיר היבטים אלה. ראו למשל "I wish to add a word about terminology. In the course of argument the expression 'disgorgement interest' was frequently used, sometimes (if I understood counsel correctly) as a synonym for restitutionary interest, sometimes as a species of restitutionary interest, and sometimes in contrast to (restitutionary interest. It is hard to make progress through that sort of confusion".

120 ראו לעיל טקסט נלווה להערה 83 ואילך. מנגד, אם אלמוני נעשה אמונאי של פלוגי, אזי פלוגי רשאי לחשוש בו כהנה וכהנה ולא לתת בו אמון ומבטח כלל, מבלי שהדבר יפגע כהוא זה בעצמתה של חובת האמון של אלמוני לפלוגי.

לבין רוכשי דירות, אשר היא וגם הם היו לקוחות אשראי של הבנק. עסקי החברה קרסו מחמת התנהלות לא כשרה של מנהליה, והרוכשים שלא קיבלו את דירותיהם באו בטרוניה אל הבנק מכיוון שלא גילה להם על הסתבכות החברה, הגם שידע על כך. על הפרק עמדה, בין היתר, השאלה אם יש בסיס לחובת גילוי כלפי הרוכשים לנוכח חובת הסודיות הבנקאית כלפי הקבלן, ונפסק לבסוף כי יש חובת גילוי כזו. בדרכו למסקנה זו הנשיא שמגר נוקט את המונחים "אמון", "חובת אמון" ו"נאמנות" פעמים רבות.¹²¹ הוא מציין כי "יש להינתק... מתפיסתו של המשפט המקובל כפי שהיא באה לידי ביטוי באנגליה ואף בארצות-הברית",¹²² שלפיה אין מוכרים בדרך כלל יחסי אמון בין בנק לבין לקוח אלא אם מתקיימות נסיבות נוספות. למרות זאת עיון קפדני באסמכתאות שהנשיא שמגר נעזר בהן ובחגינה של הכלל המשפטי המהותי שהוא קובע מלמדים שהלכת צבאח לא החילה על יחסי בנק-לקוח את חובת האמון המוכרת בדין הישראלי כזו המגדירה יחסי אמונות, אלא חובה אחרת. חובה זו קובעת תקן התנהגות מוגבר מבחינת חובת הבנק להתחשב בעניינם של לקוחותיו אך היא אינה מגיעה לכדי חובת אמון.¹²³

שתי אסמכתאות ישראליות תמכו, לדעת בית המשפט, בעמדה כי "הפסיקה בארץ פירשה את מערכת היחסים שבין הבנק ללקוח כמערכת שמטילה על הבנק חובות נאמנות ביחס ללקוחותיו"¹²⁴ על כך הוסיף הנשיא שמגר הסתמכות על פסק דין אנגלי בעניין *National Westminster Bank Plc v. Morgan*¹²⁵. האסמכתה הראשונה, מע"פ 122/84 מנצור נ' מדינת ישראל,¹²⁶ נוגעת לסוגיה בעקיפין בלבד. שם אמנם נקבע כי "בין הבנקים ללקוחותיהם מתקיימים יחסי נאמנות", אלא שהדברים נאמרו בערעור פלילי לצורך ביסוס הרשעה של פקיד בנק בעברה של שוחד לפקיד ציבור. על הפרק לא עמדה כלל חובה של הבנק ללקוח מסוים אלא "כלפי כל פרט, המהווה את ציבור הלקוחות וכלפי הציבור בכללותו"¹²⁷ – עמדה שאינה מעוררת קושי מבחינת דיני האמונות אך גם אינה תורמת לבירור הסוגיה הנן. האסמכתה השנייה, מע"א 1/75 בנק ישראל למשכנתאות בע"מ נ' הרשקו,¹²⁸ נחשבת לפסק הדין הראשון בישראל שהכיר בחובת אמון של בנק ללקוח. שם טענו לקוחות של בנק כי אינם חייבים לשלם את הסכום הקבוע בחוזה ההלוואה מכיוון שהבנק לא הסביר להם

121 עשרות פעמים, למען הדיוק, ובהן כארבעים אזכורים של "אמון", לרבות ב"חובת [ה]אמון", ותריסר אזכורים של "נאמנות".

122 ראו עניין צבאח, לעיל הערה 92, בעמ' 591.

123 הנסיבות של עניין צבאח מדגימות בחדות מיוחדת את אי-ההיתכנות של חובת אמון במובנה הנכון באשר לבנק. גילוי מלא לרוכשי הדירות, כנדרש בגדר חובת האמון, בנוגע לקשיים הפוקדים את הקבלן היה גורם להם לעצור תשלומים ובכך להחיש, אם לא להבטיח, את קריסתו. בכך היה משום הפרה חמורה של חובת אמון של הבנק כלפי הקבלן, אילו הייתה חלה. על כך ניתן להוסיף חשש שהבנק יעדיף את הלקוח שטובתו קרובה יותר לטובתו של הבנק, כלומר צירוף של ניגוד חובה-עניין לניגוד חובה-חובה. לביקורת ברוח זו ראו פלאטו-שנער וגבע, לעיל הערה 94, בעמ' 422-425.

124 ראו עניין צבאח, לעיל הערה 92, בעמ' 588.

125 [1985] A.C. 686 [1985] U.K.H.L. 2 (להלן – עניין *Morgan*). עניין צבאח, שם, בעמ' 592.

126 ראו פ"ד לח(4) 94, 101 (1984), מפי השופט שטרסברג-כהן.

127 שם, שם. השוו לעיל הערה 112.

128 פ"ד כט(2) 208 (1975) (להלן – עניין הרשקו).

כיאות את תוכן החוזה, אשר היה כה סבוך עד שעורר את מורת רוחו של השופט ח' כהן.¹²⁹ בית המשפט העליון, מפי השופט ויתקון, קבע:

“אין חולק על כך שאדם קשור להסכם שהוא חתום עליו. אך נכון גם שבנק חב חובת אמונים מיוחדת ללקוחותיו (ראה באחרונה, *Lloyd's Bank v. Bundy* (1974) אמנם נכון הדבר שהמשיבים הראו את החוזה לעורך-דין שלהם, אך אם ההסבר, שנתנו להם פקידי הבנק, היה לקוי, אף העובדה שהיה להם יעוץ משלהם, אינה פוטרת את המערער מחובתו להסביר להם את העיסקה בצורה השווה לכל נפש על כל החיובי וגם על כל השלילי שבה מבחינתם. הוא לא עמד בחובתו זו.”¹³⁰

מבחינה מהותית, ההלכה בעניין הרשקו אינה קובעת חובת אמון אשר עושה את הבנק לאמונאי של הלקוח כמי שנדרש בנוקשות לשוות לנגד עיניו אך ורק את עניינו באופן ש"שום אינטרס אחר, אישי, צדדי" אסור לו כי יסיט את תשומת לבו.¹³¹ כל שנפסק הוא כי הבנק הפר חובה מטיפוס של חובת זהירות או חובת תום לב במשא ומתן לתת גילוי נאות (כגילוי נהיר, מכיוון שגודש הפרטים הוא שהיה לרועץ שם). כאסמכתה ל"חובת אמונים מיוחדת" של בנק ללקוח השופט ויתקון מאזכר פסיקה אנגלית עדכנית בשעתה, וכאן העלילה מסתבכת. פסק הדין בעניין *Lloyds Bank Ltd v. Bundy*¹³² שאוזכר בעניין הרשקו וכן פסק דין מוקדם יותר בעניין *Woods v. Martins Bank Ltd*¹³³ הם שתי הלכות מוכרות במשפט האנגלי, שבהן התייחסו בתי המשפט לבנקים באופן חריג כאל אמונאים. אף על פי כן שניהם אינם תומכים בהחלה של חובת אמון על בנק אלא של חובת זהירות בלבד או חובה דמוית תום לב. בפרשת *Woods* הביע מנהל סניף בנק נכונות לשמש יועץ מימוני של לקוח צעיר אך "טיפש למדי ותמים ביותר" ושכנע אותו להשקיע בחברה כושלת בעצה שהייתה "אוילית עד גיחוך" במידה כזו, שהשופט סלמון (*Salmon*) התקשה להאמין שמנהל סניף עשוי להיות כה "חסר-דעת ובור" עד שראה במו עיניו את הלה מעיד על דוכן העדים. בית המשפט קבע כי בין הצדדים היו יחסי אמונאות, ובנסיבות אלה היה הבנק חייב ליעץ ללקוח בזהירות ובמיומנות סבירות.¹³⁴ הטעם לקביעת יחסי אמונאות באותו עניין היה יפה למשפט האנגלי באמצע המאה הקודמת בלבד. באותה עת לא הוכרה אחריות לנזק ממוני שנגרם מחמת מצג שווא רשלני, ולכן לא הייתה לתובע עילה בנזיקין, אולם הצגת הבנק כאמונאי אפשרה להחיל אחריות מכוח דיני היושר לנזק שאמונאי גרם באשמו.¹³⁵ התמרון המשפטי הזה התייתר

129 שם, בעמ' 212, מפי השופט ח' כהן ("עיינתי בחוזה עיין היטב – וחשכו עיני").

130 ראו עניין הרשקו, לעיל הערה 128, בעמ' 211 (הפנייה פנימית הוסרה).

131 כדברי השופט ש"ז חשין בעניין אגיון, לעיל טקסט נלווה להערה 105.

132 [1974] E.W.C.A. Civ 8, [1975] Q.B. 326 (להלן – עניין *Bundy*).

133 [1959] 1 Q.B. 55 (להלן – עניין *Woods*).

134 עניין *Woods*, לעיל הערה 133, בעמ' 72: "In my judgment, a fiduciary relationship existed between the plaintiff and the defendants. No doubt the defendant Johnson could have refused to advise the plaintiff, but, as he chose to advise him, the law in these circumstances imposes an obligation on him to advise with reasonable care and skill"

135 ראו *Conaglen*, לעיל הערה 7, בעמ' 37–38.

באנגליה כאשר בית הלורדים הכיר באחריות למצג שווא רשלני בעניין *Hedley Byrne & Co Ltd v. Heller & Partners Ltd*¹³⁶, ובאותו עניין אף הביע לורד הודסון (Hodson) ביקורת נוקבת על קביעת האמונאות בהלכה בעניין *Woods* בכנותו אותה "דחוקה", אך הצדיק אותה בנסיבות העניין. להבחנה בין חובת זהירות מהמשפט המקובל לבין חובת זהירות מדיני הישר – שגם באנגליה פג טעמה לאחר פסק הדין בעניין *Mothew* – ממילא אין נפקות במשפט הישראלי, אשר מכיר בחובת זהירות כללית לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש]¹³⁷. הלך מחשבה דומה לזה של ההלכה בעניין *Woods* הדריך את השופט סאקס (Sachs) בעניין *Bundy*, שם שכנע נציג הבנק באמצעים נמרצים את אביו הקשיש ורפה השכל של הלקוח למשכן את הבית שבו שכנה המשפחה דורות רבים כבטוחה לחובותיו של הבן הפזרן. בנסיבות החריגות במיוחד של אותה פרשה קבע השופט סאקס כי בין הצדדים שררו יחסים של מִבְטָח (confidence, confidentiality), שאותו נתן האב בנציג הבנק, ולכן הבנק חב לאב "זהירות אמונאית" (fiduciary care) – מונח יחידאי שהפסיקה באנגליה לא חזרה עליו מאז – כנראה כדי לקבוע חובת זהירות מוגברת לעומת חובת הזהירות הרגילה.¹³⁸ לאור זאת פסק הדין בעניין הרשקו לא היה יכול למצוא בהלכה בעניין *Bundy* סימוכין לחובת אמון של בנק ללקוח אלא רק לחובת זהירות, ולו גם ברמה מוגברת. אלא שבכך לא סגי. בעניין *Morgan* נדרש בית הלורדים למסכת עובדתית דומה לעניין *Bundy*, ובה שכנע נציג הבנק את רעייתו של הלקוח החייב לתת בטוחה להסדר חוב של הבעל.¹³⁹ לורד סקרמן (Scraman) אישר את הפסיקה של השופט סאקס בעניין *Bundy* כ"נכונה לגמרי" בנסיבותיה אך הפך אותה מבחינה משפטית בדחותו את השימוש ביחסי אמונאות כבסיס לקביעת האחריות. במקום זאת הושתתה האחריות בעניין *Morgan* על השפעה לא הוגנת.¹⁴⁰ נמצא כי על אף אזכורה בפסק הדין בעניין צבאח, גם ההלכה בעניין *Morgan* אינה תומכת בהטלת חובת אמון על בנק כלפי לקוח או כלפי צד שלישי הקשור ליחסי בנק-לקוח אלא דווקא להפך – שוללת אותה. ולבסוף, הערה לגוף ההלכה המהותית שנקבעה בעניין צבאח. כזכור, מול חובת הגילוי הנטענת של הבנק כלפי רוכשי הדירות ניצבה חובת הסודיות של הבנק כלפי הקבלן, שלא היו עליה עוררין. בהכירו בחובתו של הבנק לתת לרוכשי הדירות גילוי מפורט מכפי שנתן מדגיש הנשיא שמגר כי ראוי לאזן בין החובות המנוגדות ובין העניינים הנוגדים של הלקוחות.¹⁴¹

136 ראו [1963] U.K.H.L. 4, 19 ("[T]he learned Judge put a strained interpretation on the word 'fiduciary'").

137 ביטוי לכך יש בסעיף 252 לחוק החברות, התשנ"ט-1999, אשר מזכיר כי על נושא משרה, שהוא אמונאי מובהק, חלה חובת זהירות מכוח סעיפים 35-36 לפקודת הנזיקין. ראו ליכט, לעיל הערה 4, בעמ' 139-140.

138 ראו עניין *Bundy*, לעיל הערה 132: "a relationship with Mr. Bundy that entailed a duty on their part of what can for convenience be called fiduciary care. (The phrase 'fiduciary care' is used to avoid confusion with the common law duty of care - a different field of our jurisprudence)".

139 עניין *Morgan*, לעיל הערה 125.

140 שם, בעמ' 5: "[T]he Lords Justices were led into a misinterpretation of the facts by their use, as is all too frequent in this branch of the law, of words and phrases such as 'confidence,' 'fiduciary duty,' 'confidentiality.' האיסור של השפעה בלתי הוגנת ביחסי בנק-לקוח מעוגן אצלנו בסעיף 3 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח); ראו גם המובאה מעניין יעקובי, לעיל הערה 99.

141 ראו עניין צבאח, לעיל הערה 92, בעמ' 595 ואילך ("המבחן לאיזון בין החובות", "התנגשות בין החובות").

בשלב זה אין צורך להכביר מילים כדי להכיר שפעולת איזון כזו אינה אפשרית כשמדובר בחובת אמון ולגבי עניינו של נהנה;¹⁴² היא אפשרית בהחלט ולעתים נדרשת כשמדובר בדוקטרינות מתונות יותר, כגון חובת הזהירות, חובת תום הלב או השפעה לא הוגנת. בית המשפט מבחין כך בין "יחסי אמון מיוחדים" לבין "האמון שנוצר בין הצדדים למשא ומתן", לאמור מִבְּטָח שבעטיו עשויה להתעורר חובת גילוי מוגברת במידה מסוימת, אך לא חובת אמון.¹⁴³ בכל הכבוד, ניתן לשער שהנשיא שמגר, שלפני פסק הדין בעניין צבאח יצאו מתחת ידיו ההחלטה בעניין ד"נ קוסוי¹⁴⁴ בעניין חובת אמון ופסק הדין בע"א 209/85 עיריית קרית אתא נ' אילנקו בע"מ,¹⁴⁵ בעניין חבות בנזיקין בגין מצג שווא רשלני, היה ער להיבט זה.¹⁴⁶ בחירתו לנקוט שני מונחים הגזורים מן השורש אמ"ן – שאחד מהם מתייחס ליחסי אמונאות והשני ליחסים שיש בהם אמון ומבטח אך הם מנביעים חובות חלשות יותר – היא תקלה גרידא, אך מובנת בשעתה. אין זה מן הנמנע כי הערפל המינוחי בהקשר זה הקשה מאוחר יותר על בתי המשפט לגבש פרשנות לכידה של ההלכה ותום ליצירת הסבך הדוקטרינרי הנוכחי.¹⁴⁷ טוב יעשו בתי המשפט אם יבהירו כי יחסי בנק-לקוח שאינם יחסי אמונאות כהלכתם – ובמיוחד לפי גישת ההתחייבות – אינם נחלשים על ידי חובת אמון.

ז. סיכום

מבין מערכות היחסים השונות המוכרות במשפט, יחסי אמונאות מצטיינים ברגישות מיוחדת מחמת הפער בין כוחו העדיף של האמונאי לבין פגיעותו של הנהנה. דא עקא, שמצבים של כוח ופגיעות רווחים במערכות יחסים רבות אשר לחברה יש עניין לפקח עליהן באמצעות המשפט כדי למתן את הסיכון לשימוש בכוח במידה הנתפסת כלא לגיטימית. החלת חובת אמון על כל מערכות היחסים מסוג זה עשויה להשיג את המטרה של מזעור החשש מפני התנהגות אופורטוניסטית של בעל הכוח. אף על פי כן מדיניות משפטית כזו אינה נוהגת ואינה רצויה. חובת אמון מוטלת רק ביחסי אמונאות, והיא שמגדירה אותם ככאלה למעשה. מכאן חשיבותה של השאלה "חובת אמון – אימתי?" בפרק זה הצגתי את הגישות המוכרות בדין החדש לטיפול בסוגיה – גישת ההתחייבות וגישת הפגיעות. הראיתי

142 ראו האמור לעיל בהערה 123.

143 ראו עניין צבאח, לעיל הערה 92, בעמ' 593 ("בארץ נקודת המוצא בהקשר של חובת הגילוי היא שונה, והגישה הרווחת היא כי חובת גילוי קמה כעניין שבשיגרה בין העומדים להתקשר בחוזה אף ללא התקיימותם של יחסי אמון מיוחדים, אלא מכוח האמון שנוצר בין הצדדים למשא ומתן"); ראו, שם, גם את הדברים שבית המשפט מצטט בהסכמה מתוך הניאל פרידמן ונילי כהן, חוזים כרך ב 829–830 (1993).

144 עניין ד"נ קוסוי, לעיל הערה 4.

145 פ"ד מב(1) 190 (1988).

146 ודוק, בשינויים המחויבים, לנוכח בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1, 17 (1981), מפני השופט ברק ("בסופו של דבר, ההכרעה צריכה לפעול על-פי האנאליזה של החוק ולא על-פי הפסיכואנליזה של המחוקק").

147 אין זה ההקשר היחיד שבו נכרכו בביטוי "יחסי אמון" יחסי אמונאות וגם יחסים אחרים שאינם כאלה והדבר עלול להכביד על בתי המשפט. ראו, לעניין הסעד של מתן חשבונות, ליכט, לעיל הערה 4, בעמ' 250–255.

כי הן מבחינה פוזיטיבית הן מבחינה נורמטיבית גישת ההתחייבות היא העדיפה מבין השתיים, לאמור חובת אמון תחול כאשר אדם מסכים לפעול לטובת עניינו של אחר, או שיש לראותו כמסכים לכך בנסיבות העניין. הניסיון מלמד שגישת הפגיעות מעוררת קשיי יישום ובעיות מדיניות אשר מצדיקים את דחייתה. נוסף על התיאור של מהלך הדברים במשפט המשווה בסוגיה זו, הרחקתי לכת בפרק זה בניתוח הלכת צבאח כדי להדגים את יישומן של הגישות השונות בעניין "חובת האמון הבנקאית". אגב כך הוארו נקודות נוספות, ובהן במיוחד החשיבות והטעם שיש בניתוח קפדני, עיוני ודוקטרינרי גם יחד, בידי בית המשפט בבואו לבחון את תחולתה של חובת האמון.