

חובתו של בנק כלפי לקוח בעת קריסת שווקים

אברהם וינרוט*

מאמר זה מבקש לבחון את חובות הבנק כלפי הלקוח בעת קריסת שווקים. מצבים של משבר כלכלי וקריסת שווקים מחייבים פעילות דחופה בחשבון כדי למנוע נזק־עתק. בידי הבנק מצויים הכלים להגיב במהירות, ובידיו גם המידע המאפשר להגיע למסקנה בדבר קיומו של משבר המחייב תגובה כאמור. נראה כי מכוח חובת האמון שהבנקים חבים כלפי לקוחותיהם מוטל עליהם להפעיל שיקול־דעת בהתאם להיקף המידע שבידיהם, ובנסיבות מסוימות מוטל עליהם להתערב ולבצע פעולות אקטיביות בחשבון הלקוח, כדי למנוע התמוטטות כלכלית של הלקוח.

אף שבמישור החוזי הבנקים משלבים בכתב ההתקשרות עם לקוחותיהם הוראה המשאירה בידיהם את הסמכות לפעול בחשבוננו של הלקוח כעניין שברשות, ולא כעניין שבחובה, הבנקים מחויבים ליטול את המושכות של חשבונות הלקוחות ולפעול בהם בעת קריסת שווקים. יסודה של חובה זו במישור הלב־חוזי, והיא נובעת מכוח חובות האמון החלות על הבנקים. כתוצאה מחובות אמון אלה מוטלות על הבנק נורמות מקבילות לאלה החלות על רשות ציבורית. יש הרואים את הבנק אף כ"סוכנות חברתית" ומחילים עליו חובות מן המשפט הציבורי. במשפט הציבורי חובת האמון שהרשות הציבורית חבה מובילה לכך שהמונח "רשאי" מבטא "חייב", לפחות במובן של החובה להפעיל שיקול־דעת. בדומה לכך, נראה כי חובות האמון של הבנק ללקוח מחייבות כי בעת קריסת שווקים לא יעמוד הבנק מנגד, ובמקרים מסוימים יפעל מיידית בחשבון הלקוח. הבנק אינו יכול להיות סביל ולראות את נכסי הלקוח יורדים למצולות וכלים עד דק מבלי שינקוף אצבע לסייע בהצלת הנכסים מן הבערה.

מאמר זה יבקש להציג את גדרי חובותיו של הבנק כלפי הלקוח במקרי משבר, לשרטט מתחם ברור של נסיבות שבהן יש להפעיל שיקול־דעת, ולמנות את השיקולים שיש להביא בחשבון במסגרת הפעלת שיקול־הדעת האמור.

* דוקטור, שותף בכיר במשרד עורכי־הדין ד"ר י. וינרוט ושות'; מרצה מן החוג משנת 1996 בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל־אביב; מחבר ספרים אחדים בדיני בנקאות. תודתי מקרב לב לעורכי־הדין דקלה לביא ושגיא שיף, שסייעו בידי רבות בעיצוב הדברים ובגיבוש תימוכין משפטיים ולוגיים לתזה שהועלתה. כמו־כן שלוחה תודתי מקרב לב לתביר מערכת כתב־העת משפט ועסקים אריה שפניה, חן סדבון ואדם טהרני על סיעור־המוחות והאתגר שהציבו בהערותיהם החשובות והבונות.

- מבוא
- פרק א: חובת האמון של הבנק
- פרק ב: הבנק כרשות מעין-ציבורית
- פרק ג: חובתה של רשות ציבורית להפעיל סמכויות "רשות"
- פרק ד: חובתו של הבנק לפעול בעת קריסת שווקים – התזה המוצעת
- פרק ה: גדרי היישום של התזה המוצעת ותשובה לטענות המועלות כלפיה
- פרק ו: סוף-דבר

מבוא

עסקות עתידיות וכן מסחר בניירות-ערך מסוימים נעשים בסביבה עסקית רוויית סיכונים. בעת קריסה של מטבע או התרחשות זעזועים כלכליים אחרים – דוגמת המשבר החרף בכלכלה העולמית שפרץ בשנת 2008, המכונה "משבר הסאב-פריים" – מתרחשת קריסת שווקים, המחייבת תגובה מהירה מאוד של המשקיעים כדי שלא יתרחש נזק בשיעור דרמטי אשר ימחק את השקעתם לחלוטין.¹ בנסיבות אלה, אם הבנק אינו מגיב באופן ראוי על התפנית שהתרחשה

1 המונח "סאב-פריים" (sub-prime) מתייחס להלוואות שניתנו ללווים אשר לא החזירו הלוואות בעבר או שאין להם נכסים או מקורות הכנסה טובים כדי לשמש ערבויות להחזר הלוואה. זאת, בניגוד להלוואה רגילה, הנקראת "פריים" (prime). הלוואת סאב-פריים מסוכנת למלווה יותר מאשר הלוואת פריים, שכן החשש שהלווה לא יחזיר את הלוואה גבוה יותר. משום כך, הלוואות סאב-פריים ניתנות בשער ריבית גבוה יותר מאשר הלוואות רגילות, במטרה לפצות על סיכון האשראי הכרוך במתן הלוואה כזו. הסנט והקונגרס האמריקאיים עודדו גופים כגון Freddie Mac¹ ו-Fannie Mae להעניק הלוואות גם ללווים שכושר ההחזר שלהם אינו ברור (לווי סאב-פריים). הדבר הוביל לעלייה גדולה במספר רוכשי הבתים ולעלייה במחירי הדור. תופעה זו העצימה כשלעצמה את הלוואות הסאב-פריים, שכן הבנקים למשכנתות הגיחו כי במקרה של חדלות-פירעון הם יוכלו למכור את הבית הממושכן מבלי לצאת נפסדים בשוק הנדל"ן הגואה. הגידול בשוק הלוואות הוביל לגיוס נרחב של כספים באמצעות אגרות-חוב, שהתבססו על ערך הבתים שבעבורם העניקו הלוואות. ברם, עלייה חדה בשיעור הלווים שלא יכלו לעמוד בתשלומי המשכנתה גרמה לעלייה בריבית, וזו יצרה "מחנק אשראי". פשיטת-הרגל, אשר לא איחרו לבוא, הובילו לירידה במניותיהם של גופים הקשורים לנדל"ן ולהיעלמות הגאות בשוק זה. התוצאה הייתה קריסה של הבנקים למשכנתות וכן קריסה של הגופים שהשקיעו בהם.

2 כך, למשל, משבר הסאב-פריים גרם לקריסה קשה גם בשוק ההון. רוב הלוואות הסאב-פריים עברו תהליך של איגוח, משמע, גופים המלווים גייסו כסף על-ידי הנפקות של אגרות-חוב שגובו במשכנתות (אגרות-חוב המכונות MBS – Mortgage-Backed Security). אגרות-חוב אלה עברו לגלגל נוסף על-ידי בנקי ההשקעות למכשירים פיננסיים מורכבים המכונים CDO – Collateralized Debt Obligation. מכשירים פיננסיים אלה הונפקו על-ידי בנקי ההשקעות

בשוק, מתעורר מטבע הדברים קונפליקט ביחסים שבין הבנק והלקוח. הטווח הרחב של הטענות המועלות עקב נסיבות משבריות אלה כולל טענות בדבר כשלים בביצוע פעולות של סגירת פוזיציות ובביצוע מימושים כאשר הבנק נקלע ל"פניקה" בנוטלו לידי את מושכות הניהול של התיק בעקבות המשבר. במקרים אלה לקוחות רבים מעלים טענות בדבר נזקים שנגרמו להם עקב מימוש מהיר מדי וסגירת פוזיציות או עקב השגת מחירים לא־ראויים.

ברם, כאשר יש די בטחונות בידי הבנק, מתרחשת לפעמים תופעה הפוכה, שבה הבנק אינו ממהר לנקוט צעדים כלשהם אף שמדובר בתנאי שוק המחייבים תגובה מהירה ופעולות הצלה מיידיות, שאם לא כן יגדל הנזק לממדים אדירים. במקרה זה אנו נתקלים בטענה כי הבנק היה צריך לפעול בדחיפות ולהתערב בתיקו של הלקוח לנוכח המידע הרב המצוי בידי חדר־העסקות.³ הטענה היא כי הבנק אינו יכול לשבת מנגד ולהישאר סביל כאשר מתרחשת

כשהם מגובים בחלקם על־ידי דירוג, ונרכשו בהיקפים עצומים על־ידי בנקים ומוסדות פיננסיים ברחבי העולם. צניחת שוויין של אגרות־החוב שהונפקו על־ידי הבנקים למשכנתות גרמה במקרים רבים לצניחת ערכם של מכשירים אלה, למחיקות של מאות מיליארדי דולרים במאזני החברות הפיננסיות ולמחנק אשראי חמור. הנפילה בשוק הנדל"ן הובילה לצניחה בשעריהן של אגרות־החוב, שכן מחזיקיהן סברו כי מידת הביטחון בפרעונן קטנה. במקביל האמירה במידה ניכרת הריבית שתבעו הבנקים תמורת הלוואות לגופים שהיו קשורים לשוק המשכנתות. במצב זה הצטמצמה מאוד יכולתם של גופים פיננסיים לגייס כספים לצורך פעילותם השוטפת, ובמקביל הם נדרשו לפרוע את אגרות־החוב שלהם. התוצאה הייתה שגופים פיננסיים מרכזיים בארצות־הברית קרסו או נזקקו להזרמה מסיבית של סיוע פדרלי. משבר זה הוביל לקריסת שווקים כוללת כאשר שעריהן של המניות בבורסה האמריקאית, באסיה ובאירופה צנחו באופן דרמטי. משבר הסאב־פריים לא פסח על ישראל; הוא הוביל לירידה משמעותית בערכיהן של אגרות־חוב קונצרניות לא־מדורגות ובחלק ממדדי המניות, ובכלל זה של ענף הנדל"ן. את שנת 2008 סיים מדד תל־אביב 100 בירידה של כ־51%, ומדד מניות הנדל"ן הגדולות סיים בירידה של כ־80%. החרפת המשבר וקריסתה של Lehman Brothers Holdings Inc., אשר הנפיקה לציבור אגרות־חוב מדורגות בדירוג גבוה, הובילו ל"מכירת־חיסול" של אגרות־חוב אלה על־ידי הציבור ולקריסה בשעריהן של אגרות שהונפקו על־ידי קבוצות מבוססות, ביניהן אפריקה ישראל, קבוצת דלק, קבוצת פישמן וקבוצת אי־די־בי. הירידות בשיעור של עשרות אחוזים בשוק זה, בפרט בחברות הנדל"ן, זכו בשם "משבר אגרות־החוב הקונצרניות".

מאמר זה נכתב בעקבות ניסיון מעשי. כך, למשל, רופא שהיה בזמנו הפנוי מגדולי הסוחרים הפרטיים בעסקות עתידיות תבע בנק לאחר שהתברר כי הבנק הודיע שהוא סוגר פוזיציות לנוכח קריסת השווקים אך בפועל לא עשה דבר במשך זמן רב. הלקוח טען כי מכיוון שהיו כספים בחשבונות אחרים שלו, שהבנק ראה אותם כבטחונות, לא אצה הדרך לבנק בביצוע הסגירה של הפוזיציות, והמימושים נמשכו על־פני חודש ימים בה־בעת שמסביב המה הסער. הנזקים היו עצומים, והלקוח טען כי הבנק נטל לידי את המושכות אך בפועל התמהמה בהסטת העגלה מן הבוץ. הבנק, מצידו, טען כי הוא "רשאי" לפעול בחשבונות הלקוח אך אינו חייב לעשות כן, וכי האינטרס היחיד שלשמו ניתנה לו סמכות הפעולה היא להגן על האינטרס של הבנק, ולא על האינטרס של הלקוח. עניין זה הועבר לבוררות לפני עו"ד ד"ר יורם דניציגר (שופט בית־המשפט העליון כתוארו דהיום), וטענותיו של הלקוח התקבלו בהקשר זה.

שִׁרְפָה מהירה של נכסים ובטחונות. משבר כלכלי וקריסת שווקים מחייבים תגובה דחופה, והבנק אינו יכול לנהוג בעיתות משבר בשלווה ובשופי. הבנק, מצידו, טוען – מטבע הדברים במקרים אלה – כי הוא אינו אמור ליטול את ההגה לידי ולנהל את כספי הלקוח. תפקידו הוא אך ורק ביצוע הוראות הלקוח. אכן, ככלל נקבע בכתב ההתקשרות של הבנק עם הלקוח כי אם תהיה חריגה ממסגרות האשראי, יהא הבנק רשאי לבצע כל פעולה שימצא לנכון לפי שיקול-דעתו. אולם הבנק טוען כי הסמכות שקיבל לפעול בתיק נועדה להגן על האינטרס של הבנק, ולא לחשוף את הבנק לאחריות לנעשה בחשבון או לחיוב לשאת בסיכון כלשהו, מה־גם שסעיף סטנדרטי בהסכמים שבין הבנק והלקוח קובע כי הבנק "רשאי" אך לא חייב לבצע פעולות.⁴ הבנק טוען על־כן כי הוא אינו חייב לפעול, וכי אדרבא, אילו נחפו לפעול ונטל את המושכות לידי, הוא היה עלול להיחשף לטענות קשות של הלקוח מדוע עשה כן.

במאמר זה נבקש להראות כי ככלל הבנק אכן אינו אמור להיות אפוטרופוס של תיק ניירות־ערך או של עסקות עתידיות של הלקוח. הסמכות שהבנק מקבל לפעול בתיקו של הלקוח אינה אמורה להעביר אל הבנק חובה לעקוב באופן שוטף אחר הפעולות הספציפיות הנעשות בחשבון ולייעץ ללקוח לסגור פוזיציה או למכור מניה זו או אחרת. הבנק רשאי לעשות כן אך אינו חייב, והקו המנחה את הבנק הוא שהתערבותו תהא מינימלית ותיעשה רק מטעמים של הגנת הבנק, קרי, כאשר אין בידי הבנק די בטחונות להבטיח, לנוכח תנודות השוק, את רמת הסיכון המתרחשת בתיקו של הלקוח. אולם כאשר מתחוללת קריסת שווקים המחייבת התערבות מהירה, והבנק רואה בעליל כי נחוצה פעולת־חירום דחופה, אשר בלעדיה עלול להיווצר נזק חמור ללקוח, חל על הבנק הציווי של "לא תעמוד על דם רעך" ("דמים" במובן של כסף). אין הבנק יכול לעמוד מן הצד "כאשר כל הבית בוער". במצב כזה חובה עליו להפעיל שיקול־דעת מיידי ודחוף, וייתכן ששיקול־דעת זה יחייב אותו במקרים מסוימים לנקוט צעדים חיוניים לטובת הלקוח.

בנק משול בהקשר זה לכוחות ההצלה, שכן בידי מצויים הכלים, המידע והמיומנות המאפשרים לו לבצע פעולות הצלה בתיקו של הלקוח באופן שיציל אותו מ"להתנדף כעשן". "מכבי־אש" אינם אחראים לבישול ולצריכת הגז של האזרחים, אבל כאשר הם רואים להבות פורצות מדירה, חובה עליהם לצאת מייד ולכבות את האש, ואין ביכולתם לטעון כי בעל הדירה מצוי בקרבת מקום וכי הלהבות עדיין נשלטות, כך שהוא יכול לכבותן בעצמו. על־כן, גם אם מבחינה חוזית הוקנו לבנק שיקול־דעת ומרחב פעולה כעניין שברשותו,

4 כך, למשל, במקרה הנזכר לעיל בה"ש 3 נקבע בכתב ההתקשרות של הבנק עם הלקוח כדלקמן: "ידוע לי כי מחירי העסקאות... מושפעים מגורמים רבים ושונים... כי יתכנו תנודות חריפות במחיריהם וכי אני עלול להפסיד את כל השקעתי בהם. ידוע לי כי בביצוע עסקאות על פי כתב התקשרות זה אני עלול להיחשף לסיכון כספי בלתי מוגבל, כי אני עלול להפסיד את כל הכספים שהופקדו על ידי בחשבון, כי הסיכון אינו מוגבל רק לכספים שהופקדו על ידי, כי אני עלול להידרש להפקיד כספים נוספים על מנת למלא אחר התחייבויותי בעסקה וכי אני עלול להפסיד גם סכומים אלה... אתם לא תשאו בכל אחריות לכל הפסד שייגרם לי... אם תהיה בחשבונותיי חריגה כלשהי ממסגרות האשראי אתם תהיו רשאים – אך לא חייבים – לבצע בחשבונותיי כל פעולה שתמצאו לנכון לפי שיקול דעתכם הבלעדי..."

ולא כעניין שבחובה, חובת האמון של הבנק כלפי הלקוח מחייבת אותו להפעיל את הכוחות שבידיו. לנוכח יחסי האמון השוררים בין הבנק לבין הלקוח, הבנק חייב להפעיל שיקול-דעת, ובמקרים מסוימים אף לנקוט צעדי הצלה הנובעים משיקול-דעת זה. חובות האמון של הבנק מחייבות אותו להתייחס לכספי הלקוח ולהשקעותיו על-פי הכלל של "יהי ממון חברך חביב עליך כשלך".⁵

בהקשר זה תהא דרך הילוכנו כדלקמן: בפרק א נראה כי בהתאם לפסיקה בישראל, ובניגוד לפסיקה בארצות-הברית ובאנגליה, יחסי בנק-לקוח חורגים מיחסי לווח-מלווה גרידא ומהיחסים שבין נותן שירות ומקבל שירות בעלמא, והבנק חב חובת אמון ללקוח. בפרק ב נראה כי כתוצאה מחובת אמון זו מוטלות על הבנק גורמות מקבילות לאלה החלות על רשות ציבורית. הבנק חייב לעמוד בסטנדרטים גבוהים יותר של תום-לב, וחב בחובת זהירות מוגברת. יש אשר רואים את הבנק כ"סוכנות חברתית" ומחילים עליו חובות מן המשפט הציבורי. בפרק ג נסקור את ההלכה הפסוקה במשפט הציבורי, שבו המונח "רשאי" מבטא גם "חייב", שכן גם אם מבחינה חוזית ולשונית אין להסיק חובה מן המונח "רשאי", חובה זו נעוצה במעטפת הנורמטיבית העוטפת את הרשות הציבורית בפעולותיה ומחייבת אותה להפעיל את סמכויותיה, בבחינת מלאך המכה על קודקודו של צמח ומצווה עליו "גְדֹל".

בהינתן הנחות-יסוד אלה – בדבר היות הבנק מעין "סוכנות חברתית" החבה חובות אמון ללקוח, ובדבר החובה המוטלת על רשות ציבורית להפעיל לעיתים סמכויות-רשות – נבקש להסיק בפרק ד כי גם הבנק אינו יכול לעמוד מנגד בעת קריסת שווקים, וכי מחובת האמון שלו נגזרת חובתו להפעיל שיקול-דעת, ובמקרים קיצוניים גם לפעול מיידית ולהפעיל את סמכויות-ה"רשות" שבידיו. בהתאם לניתוח האמור, נציב בפרק ה את גדר חובותיו של הבנק כלפי הלקוח במקרי משבר המחייבים התערבות-חירום. בהקשר זה נתמודד עם טיעונים העשויים להישמע נגד הטלת חובה כאמור על הבנק, ונדון בהרחבה ביישומה של חובת הבנק לפעול ובתרגומה למישור המעשי, תוך יצירת מתחם ברור של נסיבות שבהן יש להפעיל את שיקול-הדעת ושל השיקולים שיש להביא בחשבון במסגרת הפעלת שיקול-דעת זה.

פרק א: חובת האמון של הבנק

עמנואל לוינס (Emmanuel Lévinas), הפילוסוף היהודי הצרפתי הנודע, מנתח את היחסים שבין אדם לחברו, ומבהיר כי קיימים במסגרתם שני מצבים שיש מתח מתמיד ביניהם: מצב אחד הוא יחסי הדדיות – כאשר אדם פועל ומונע מכוח האינטרס האישי שלו, אך מתחשב בזולתו כדי לאפשר קיום הוגן בחברה; והמצב האחר הוא פעולה של אדם מתוך תחושת

5 משנה, אבות ב, יב, וכן בבלי, אבות דרבי נתן יז, א.

6 נושא זה יורחב בהמשך. ראו ה"ש 34 להלן.

מחויבות לזולת, שבמסגרתה הוא מעדיף את האינטרס של האחר על האינטרס העצמי שלו. בהקשר זה מבהיר לוינס כי הנורמה הכללית השוררת ביחסים שבין אדם לחברו מכירה בדומיננטיות של האינטרס האישי, שהרי שאיפתו הטבעית של כל "יש" קיים היא להתמיד בקיומו. השאיפה הזאת היא מה שניתן לזהות כמלחמת-הקיום, ובמלחמה כמו במלחמה – המטרה היא לנצח, ואין מקום למחוות כלפי הצד האחר. ממילא אין חובה להעדיף את האינטרס של הזולת על האינטרס העצמי, שהרי נורמה כזו, אם תוצב, תהא בלתי-טבעית ותסתור את אינטרס הקיום האנושי.⁷ על-כן ערך-היסוד הנורמטיבי הוא הדדיות ומפגש אינטרסים, אך לא העדפת האינטרס של הזולת על האינטרס העצמי.

ברם, אם האדם מעדיף את עצמו על זולתו בכל מצב ובכל הנסיבות, אזי "מותר האדם מן הבהמה אין". האדם נברא ב"צלם אלוקים", וצלמו מתבטא, בין היתר, בכך שהדאגה לאחר עשויה להיות חזקה מן הדאגה לעצמו. אנושיותו של האדם מתבטאת ביכולתו להכיר בקדימות הזאת של האחר, וביכולת להתרומם מעל לאינטרס האישי ולנהוג בשארה-רוח ובתחושת מחויבות כלפי הזולת.⁸

המשפט מאמץ הבחנה זו שבין הדדיות למחויבות, ונותן ביטוי נורמטיבי לאינסטינקט הטבעי של האדם. בכל מקרה רגיל אין האדם מוותר על האינטרס האישי שלו, והמשפט מכיר בכך ומחיל נורמה המשתיתה יחסים של הדדיות והוגנות. לעומת זאת, מקום שיש תלות של האחר, מחובתו של בעל הכוח לדאוג לשלומם של התלויים בו ולהעדיף את האינטרס שלהם על האינטרס שלו עצמו. בהתאם לכך, הורים, אשר מופקדים על האינטרס של ילדיהם התלויים בהם, אחראים כלפיהם ומחויבים לתת קדימות לדאגתם זו. אך הנורמה האמורה אינה מתמצית ביחסים שבין הורה וילדו. המשפט החיל נורמה זו בכל מקום שבו יש יחסי תלות של גורם אחד חלש בגורם אחר המרפז בידיו כוחות עודפים. חובה זו מוכתרת כ"חובת אמון", ומוחלת בשורה ארוכה של מצבי תלות, שכן המשפט מכיר בכך שכוח ללא אחריות עלול להיות מנוצל לרעה.⁹ על-כן נוצרת נורמה משפטית הניצבת כנגד הכוח

7 ביטוי להכרה משפטית באינטרס עצמי זה נמצא, למשל, בס' 18 (א) ו-18 (ב) לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, ס"ח 259, המאפשרים להשתמש במידה סבירה של כוח על-מנת למנוע הסגת גבול או שלילת שליטה במקרקעין מהמחזיק בהם.

8 ראו מאמרו היפה של שמואל ויגודה "קדושה כאתיקה לאור משנתו של עמנואל לוינס" הוגים בפרשה: פרשת השבוע כהשראה ליצירה ולהגות היהודית לדורותיה 297 (נפתלי רוטנברג עורך, ידיעות אחרונות, 2005). ויגודה מביא בהקשר זה את הדברים הבאים בלשונו של לוינס (על-פי תרגומו של שמואל ויגודה): "אופיו היסודי של היש הוא בדאגה של כל יש מסוים לעצם ישותו. כל עולם החי, הצמחים, בעלי החיים, כולם נאחזים בקיומם. לכל אחד זהו מאבק על החיים... והנה לפתע באנושי מופיעה אבסורדיות אונטולוגית לפיה, הדאגה לאחר חזקה מהדאגה לעצמי. זה מה שאני מכנה 'קדושה'. אנושיותנו הינה אותה יכולת להכיר בקדימות

זו של האחר." ראו: EMMANUEL LÉVINAS, LES IMPRÉVUS DE L'HISTOIRE 201 (2000).

9 ראו ע"א 817/79 קוסוי נ' בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ, פ"ד (ח) 253 (3) (1984) (להלן: עניין קוסוי), שבו מצטט השופט ברק (שם, בעמ' 277) מדבריו של אוריאל פרוקצ'יה שלפיהם "כוח ללא אחריות משול להפקרות" (אוריאל פרוקצ'יה "פירוק חברה לפי בקשת מיעוט בעלי המניות" משפטים ח 13, 17 (התשל"ח)).

האמור, ותפקידה לאזן אותו ולתעל את השימוש בו לאפיקים נכונים.¹⁰ ההבחנה בין הדדיות לבין מחויבות היא למעשה ההבחנה בין עקרון תום-הלב, כבסיס לנורמת התנהגות הדדית בין אדם לחברו במשפט הפרטי,¹¹ לבין יחסים המושתתים על חובת אמון היוצרת מחויבות משפטית גבוהה יותר, המאפיינת את כללי המשפט הציבורי. ברק מבהיר בספרו שיקול דעת שיפוטי כי –

”חובת תום הלב החוזית קובעת סטנדרט מינימלי של התנהגות ראויה, בחינת אדם לאדם – אדם. לעומת זאת, חובת האמון קובעת סטנדרט גבוה של התנהגות ראויה, בחינת אדם לאדם – מלאך.”¹²

פירושן של מטפורות אלה, בפשטות, הוא כדלקמן: המשפט אינו יכול לצפות שאדם רגיל יתגבר על נטייתו לפעול לפי האינטרס שלו ולדאוג לעצמו. חובת תום-הלב מנסה לעדן את מלחמת הקיום ולתעל אותה לקווים ברורים של תחרות הוגנת, בכחינת אדם לאדם – אדם, ולא זאב. זו החובה המינימלית, המיועדת להשתית יחסים של הדדיות ומפגש אינטרסים מבלי שאדם יזנח את האינטרס האישי שלו. ברם, יש מקום שבו מצפים לנורמה גבוהה יותר, שבה אדם מעדיף את המחויבות לזולת על האינטרס האישי שלו. בבסיסה של נורמה זו ניצבת ההנחה כי יש לפעול באופן אלטרואיסטי – נעדר אינטרס אישי – כמלאך שרת

- 10 L.S. Sealy, *Fiduciary Relationships*, 20 CAMBRIDGE L.J. 69 (1962); L.S. Sealy, ראו: *Some Principles of Fiduciary Obligation*, 21 CAMBRIDGE L.J. 119 (1963); Tamar Frenkel, *Fiduciary Law*, 71 CAL. L. REV. 795 (1983). הדברים אומצו בפסיקת בית המשפט העליון. ראו, למשל, ע"א 793/76 לוקמן נ' חיים שיף, פ"ד לג(2) 533 (1979); בג"ץ 531/79 סיעת הליכוד בעיריית פתח תקוה נ' מועצת עיריית פתח תקוה, פ"ד לד(2) 566 (1980) (ובעקבותיו מאמרו של אהרן ברק "ניגוד אינטרסים במילוי תפקיד" משפטים י 11 (1980)); עניין קוסוי, לעיל ה"ש 9; וכן ד"נ 29/84 קוסוי נ' פויכטונגר, פ"ד לח(4) 505.
- 11 עקרון תום-הלב נהפך לעקרון-על במשפט הפרטי, ולמעשה כבר אין די בהוכחת קיומה של זכות מהותית או דיונית, אלא יש להוסיף ולהוכיח כי זכות זו נתבעת בתום-לב וללא שימוש לרעה בזכות. לעניין זה ראו, למשל, בג"ץ 1683/93 יבין פלסט נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד מז(4) 702, 708, שבו מציין השופט ברק כי חובת תום-הלב "...היא הוראה מלכותית רבת פנים. יש שהיא מטילה חובות שזכרן לא בא במפורש בחוזה שבין הצדדים, יש שהיא מעניקה סעדים חדשים הדרושים להגשמתה... יש שהיא פועלת כחרב, יש שהיא מהווה אך מגן, יש שהיא פועלת במישור הזכויות, יש שהיא פועלת במישור הסעדים". ראו גם בר"ע 305/80 שילה נ' רצקובסקי, פ"ד לה(3) 449, 461-462 (1981); ע"א 207/83 ועד הנאמנים לנכסי ההקדש המוסלמי בתל-אביב-יפו נ' יוסי חברה להשקעות בע"מ, פ"ד מב(2) 369, 375-376 (1988); רע"א 11183/02 כלפה נ' זהבי, פ"ד נח(3) 49, 52 (2004); דרורה פלפל "תום לב במשא ומתן לכריתת חוזה" עיוני משפט ה 608 (1976); דודי שוורץ "תחולתו של עקרון תום-הלב בסדר-הדין האזרחי" עיוני משפט כא 295 (1997); שלמה לוינ תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד 47 (1999).
- 12 אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 495 (1987) (ההדגשות הוספו).

המבצע את שליחותו ומשרת את זולתו בלא כל אינטרס אישי משלו. הנורמה המשפטית מאמצת אם כן את העקרונות של לוינס בדבר העדפת מחויבות על הדדיות מקום שהיחסים מושתתים על חובות אמון. חובות האמון הן הבסיס הנורמטיבי לכללי המשפט הציבורי, המושתת על נורמות של "אדם לאדם – מלאך שרת", שכן לאיש-הציבור אין משלו ולא כלום, וכל אשר לו מופקד בנאמנות בעבור הציבור.¹³ לאיש-הציבור אסור לשקול שיקול אישי כלשהו, ושקילת שיקול אישי בשירות הציבורי עולה כדי שיקול זר ופסול. כך מבחיר ברק בספרו שיקול דעת שיפוטי:

"חובת תום הלב החוזית מבוססת על כללי משחק הוגן בין יריבים. חובת האמון בחברות אינה מבוססת על יריבות בין המנהל לבין החברה. חובת האמון מבוססת על אינטרס אחד ויחיד, בעל החובה צריך להגן על האינטרס של זולתו, המופקד בידו, ולהגשימו. מבחינה זו, דומה חובת האמון בחברות לחובת ההגינות במשפט המינהלי. שתיהן קובעות רמת התנהגות גבוהה מהמינימאלית, שתיהן מבוססות על ההנחה כי בעל החובה אינו דואג לאינטרס עצמי משלו אלא מופקד על אינטרס של זולתו."¹⁴

חובות אמון חלות במערכות יחסים רבות שיש בהן תלות בין אדם לרעהו.¹⁵ פרידמן

13 לעניין זה ראו את דבריו של השופט חיים כהן בבג"ץ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עוה"ד בירושלים, פ"ד כה(1) 325, 331 (1971). לגבי איש-הציבור נאמר (בבלי, הוריות י, א"ב): "כמדומין אתם ששררה אני נותן לכם? עבדות אני נותן לכם, שנאמר: (מלכים א, יב, ז) וידברו אליו לאמר אם היום תהיה עבד לעם הזה." כך ראה את הדבר גם השופט ברק, אשר הגדיר את שירות הציבור כעבדות, ולא כשררה. לעניין זה ראו בג"ץ 693/91 מיכל אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין, פ"ד מז(1) 749, 783 (1993). עבדות זו מתבטאת, בין היתר, בכך שלעבד אין משלו ולא כלום, וכל רצונותיו ומאוויו האישיים נכבשים ונדחים מפני אלה אשר לשמם ולכבודם הוא פועל. בהקשר זה יפה לציין את דבריו של הרב אברהם הלוי שארר, בספרו הגדה של פסח הלקח והלבוב – נלקט מתוך שיעורים שנאמרו לפני חג הפסח (התשס"ח), שלפיהם עבדות פירושה שלעבד אין משלו ולא כלום, וכל מה שקנה עבד קנה רבו, ובכך הוא שונה לחלוטין מבן-החורין, שאינו משועבד לזולתו כלל, ומה שבידו – שלו הוא, לשמו ולכבודו. ביחס לפרט מישראל (להבדיל מעבד) דרשו חז"ל (בבלי, בבא מציעא י, א): "אמר רב, פועל יכול לחזור בו [ממחויבותו החוזית לעבד – א' ו'] אפילו בחצי היום [בעיצומה של תקופת התחייבותו לעבוד – א' ו']... דכתיב (ויקרא כה, נה) כי לי בני ישראל עבדים – עבדי הם, ולא עבדים לעבדים."

14 ברק, לעיל ה"ש 12, בעמ' 496. דברים אלה נקבעו על-ידי בית-המשפט העליון. ראו, למשל, ע"א 610/94 בוכבינדר נ' כונס הנכסים הרשמי בתפקידו כמפרק בנק צפון אמריקה, פ"ד נו(4) 289, פס' 74 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2003): "אכן, אם מטרתו של עקרון תום-הלב הינה למנוע 'אדם לאדם – זאב' ולהבטיח 'אדם לאדם – אדם', הרי מטרתה של חובת האמונים להבטיח 'אדם לאדם – מלאך'."

15 לסקירה מקיפה באשר להחלת יחסי אמון בהלכה פסוקה באנגליה ובארצות-הברית ראו אברהם וינרוט חברות ממשלתיות – תחולת המשפט המנהלי 98-103 (1995).

מבהיר בספרו¹⁶ כי הקטגוריות שבהן הוכרו יחסי אמון הינן רחבות ביותר ואינן מהוות רשימה סגורה. חובת האמון מושתתת על יסוד עיוני ברור, ומיועדת למנוע שימוש לרעה בכוח כאשר אדם אחד הוסמך לנהל את ענייני זולתו. אולם יישומן של חובות אלה מסור כחומר ביד היוצר בידי הפסיקה, ומהווה כלי משפטי רב-עוצמה לפתרון סיטואציות שבהן עודף כוח ותלות מנוצלים לרעה.

מקרה קלסי שבו יושמו חובות האמון האמורות הוא ביחס לסמכויות המוחזקות על-ידי מערכות השלטון, אשר הפרט כה תלוי בהן. עקרונות המשפט המנהלי מבוססים אפוא על חובות האמון. בכל אשר תפנה הרשות, היא פועלת כנאמן של הציבור,¹⁷ ומשכך היא חייבת ליתן יחס שווה אל שווים. מחובת אמון זו נובעים כל כללי המשפט הציבורי, כגון תום-לב, העדר מטרה זרה וכיוצא באלה עקרונות, שאינם אלא כללי הגינות מנהלית עניינית.¹⁸ דוגמה מובהקת ליחסים של תלות ועודף כוח היא יחסי בנק-לקוח. עיסוקו העיקרי של בנק הוא מתן אשראי. בדרך-כלל מי שנוטל הלוואה נמצא במצב שבו הוא זקוק לאשראי האמור. מצב זה יוצר אפוא, כשלעצמו, תלות מסוימת של נוטל הלוואה בבנק המלווה. יתר על כן, בעוד בשירותים ובמצרכים אחרים הצרכן הוא בעל המאה, בנטילת אשראי דווקא המלווה, נותן השירות, הוא בעל המאה. נמצא אפוא כי הצרכן ניצב מול הבנק כשהוא זקוק לבנק. האשראי, שהוא החמצן של עסקיו, נמצא בידי הבנק, ובמקרה צרכני מיוחד זה הלקוח גם אינו בעל המאה, שכן הכסף נמצא אף הוא בידי הבנק, ולא בידיו. זהו מצב של תלות מובהקת.

נוסף על כך, בעוד ברכישה של שירותים ומצרכים אחרים ברור לצרכן, בדרך-כלל, מהו המחיר הנדרש ממנו, בכל הנוגע בנטילת הלוואה מוטל על נוטל הלוואה לערוך חישוב מסוים כדי לדעת כמה בדיוק "יעלה לו התענוג". לעיתים העלות אינה ידועה מראש, שכן יש משתנים נעלמים (כגון משך הלוואה), מה-גם שנותן הלוואה שומר לעצמו,

16 דניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט 531-593 (מהדורה שנייה, 1998).

17 למעשה, יסודם של הדברים עוד בפסק-הדין שניתן בבג"ץ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו, פ"ד טז 2101, 2115, שבו נקבע כי חובת האמון קיימת לא רק כאשר הרשות עושה שימוש בסמכויות שלטוניות, אלא גם כאשר היא משתמשת בנכסיה (באותו מקרה - השכרת אולם ציבורי על-ידי רשות מקומית).

18 ברק, בספרו שופט בחברה דמוקרטית 310-311 (2004), עומד, על הדינמיות של המשפט בכל הנוגע בהחלת העקרונות הנובעים מחובת הנאמנות, כדי לאפשר מתן פתרון לבעיות חדשות: "נאמנות מחייבת הגינות, והגינות מחייבת יושר, ענייניות, שוויון וסבירות. רשימה זו של עקרונות הנגזרים ממעמד הנאמנות אינה סגורה, ורשימה זו של ערכים הנובעים מחובת ההגינות אינה קפואה. כדרכם של עקרונות וערכים, הם יציבים מחד ומתפתחים מאידך. הם נטועים בנשמת העם ואינם מתכופפים כנגד רוחות שעה חולפות. הם מלאי חיות ומתפתחים כדי ליתן פתרונות ראויים לבעיות חדשות." בספרו שיקול דעת שיפוטי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 233, מפנה ברק בהקשר זה לדברי השופט סימונדו (Viscount Simonds) בעניין *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*, [1962] 1 E.R. 1 (H.O.L.), שלפיהם המשפט מתפתח על-ידי אימוץ ויישום של עקרונות ישנים לנסיבות חדשות, ובכך טמונה גאונותה של השיטה.

בדרך-כלל, את הזכות לשנות את הפרמטרים (כגון ריבית הפריים בבנקים) מזמן לזמן. על כך נוסף הקושי בעריכת החישוב על-ידי הלווה. קושי זה קיים אף כאשר אין מדובר בנוסחה מסובכת ומורכבת במיוחד, וזאת מהטעם הפרוזאי שהלקוח אינו בקי על-פי-רוב ברזיה של נוסחה זו, ונעדר מיומנות מספקת ביישומה. קיים קושי נוסף הנובע מאי-ידיעה ברורה של מושגי-היסוד בתחום הריבית, הרווחת אצל רוב-רובו של ציבור הלווים, אשר אין עיסוקו בתחום האשראי. המלווה, לעומת זאת, מצוי במצב של יתרון מובנה – הן מכוח המיומנות שרכש בעריכת החישובים השונים, המאפשרת לו לעיתים אף להסוות את שיעור הריבית האמיתי; הן מכיוון שהמשתנים השונים פועלים בדרך-כלל לטובתו (למשל, אם ייאלץ הלווה לפרוע את ההלוואה מאוחר מכפי שציפה, יעלה מחיר ההלוואה, קרי, הריבית); והן מכיוון שהוא מצוי לרוב בעמדת מיקוח מצוינת המאפשרת לו להכתיב תנאים שונים, שהרי המאה מצויה בכיסו. יחסים אלה, של יתרון עסקי למלווה על הלווה, מגיעים כאמור, במקרים מסוימים, לסיטואציות של תלות כלכלית של הלווה בנותן האשראי. על כך מיתוספת העובדה שהבנקים הם גופים כלכליים רבי-עוצמה, המרכזים בידיהם יכולות אדירות, מאגרי נתונים ומאגר לקוחות המתדפק על דלתם. הלקוח מצוי בדרך-כלל בנחיתות מול גותן ההלוואה, ולעיתים אף בנחיתות קשה. מדובר, אפוא, במסחר בתנאים אשר רחוקים מלהיות שווים.

על רקע זה קבעה הפסיקה כי יחסי בנק-לקוח אינם יחסי לווה-מלווה גרידא, אלא יש להחיל על הבנק חובות אמון כלפי לקוחותיו. הדברים גובשו וסוכמו באופן ברור וחד על-ידי הנשיא שמגר בעניין טפחות.¹⁹ שמגר מנתח בהרחבה את מערכת היחסים שבין הבנק והלקוח, וקובע כנורמה כללית וברורה כי מדובר ביחסי אמון מובהקים. שמגר מבהיר תחילה את ייחודה של מערכת היחסים שבין הבנק לבין הנוקמים לשירותיו:

"מערכת היחסים שבין לקוח (ולדידי, אף מי שאינו לקוח) לבין בנק היא מערכת יחסים מיוחדת, הנובעת מהאמון שרוחש הציבור הרחב כלפי מוסד זה. הבנק ופקידי הבנק נתפשים בעיני הציבור כסמכות מקצועית, בין היתר בשל כך שברשות הבנק לא אחת מידע אשר אינו נגיש לציבור הרחב; הבנק כמוסד כספי הוא גם בעל כישורים מיוחדים ואמצעים טכניים שאינם נחלתו של הפרט. כל אלה עשויים לאפשר לבנק למנוע נזקים מלקוחותיו, בעוד שלנפגע הפוטנציאלי אין יכולת דומה. מאחר שהפרט רוחש במקרים רבים אמון מיוחד לבנק, מאמין בכישוריו ובאמצעיו הטכניים, ורואה בו גוף מעין ציבורי, נוטה הוא לעיתים שלא לנקוט אמצעי זהירות מצידו להקדים פני נזק אפשרי, אפילו יש בכוחו לעשות כן... מכוח מערכת יחסים מיוחדת זו מוטלות על הבנק חובות מיוחדות שאינן מוטלות על צדדים לחוזה רגיל."²⁰

19 ע"א 5893/91 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' צבאח, פ"ד מח(2) 573, 591-594 (1994) (להלן: עניין טפחות).

20 שם, בעמ' 585 (החלוקה לפסקות שונתה).

הנשיא שמגר מצטט בהסכמה את גישתו של ד"ר בן-אוליאל, שלפיה –

"...כוחו של הבנק מול הלקוח הרגיל, אשר תלוי בו במתן השירות (שירות שתנאיו נקבעים, בדרך כלל, מראש על ידי הבנק במסגרת חוזה אחיד), גורם ליצירת חובה מיוחדת של הבנק כלפי הלקוח, כלומר חובת אמונים. המטרה הסופית שבשבילה קיימת חובה זו היא מילוי תפקידו של הבנק בדרך המושלמת ביותר בנסיבות הקיימות.

...

בהקשר לשירותי בנק נמצא הלקוח לעיתים קרובות בתלות כלפי הבנק, הן במתן השירות עצמו, והן בקביעת ההסדר המשפטי שחל עליו. בנוסף לכך מבוסס היחס בין הבנק ללקוחו, בראש ובראשונה על אמון שיש ללקוח במומחיות הבנק במתן השירות... במתן השירות מאמין הלקוח – ואמון זה הוא לגיטימי – כי למען הגשמת תפקידו יתנהג הבנק ברמה גבוהה של מקצועיות, הגינות וזהירות מופרות, כלומר שהוא ינקוט הסדרי עבודה וניהול אשר רמתם תהיה גבוהה מהרמה שאדם אחר היה נוקט בנסיבות דומות.²¹

כמו-כן מביא הנשיא שמגר את דעתו של אריאל פורת,²² המתייחס לאצטלת המכופדות והאמון שהבנק ופקידיו משרים. מחמת אלה נוצרות ציפיות לגיטימיות בציבור, היוצרות כשלעצמן נורמות של חובות אמון מוגברות.

גישה זו אינה מובנת מאליה. בארצות-הברית ובאנגליה מביטים על יחסי בנק-לקוח כעל יחסים עסקיים מובהקים שבין לווה למלווה, מבלי שיהיו ליחסים אלה, בדרך-כלל, מאפיינים של יחסי אמון, הנקבעים במצבים של יחסים אישיים יותר.²³ הנשיא שמגר מציג

21 ריקארדו בן-אוליאל "כספת בבנק: תפיסה חדשה להגדרת טיב העסקה ולקביעת מידת האחריות מצד הבנק" הפרקליט לז' 76, 83-84 (1986). כן ראו בספרו דיני בנקאות – חלק כללי 97-106 (הוצאת האוניברסיטה העברית בירושלים, 1996).

22 אריאל פורת "אחריותם של בנקים בגין רשלנות: התפתחויות אחרונות" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב-תשנ"ג 301, 324 (אריאל רוזן-צבי עורך, 1994): "...לקוחות ושאינם לקוחות נוהגים לתת אמון מיוחד בבנקאי עימו הם באים במגע, כמו גם בכישוריו של הבנק ובאמצעיו הטכניים. במקרים רבים אין הם נדרשים לחוות דעת נוספת לפני שהם נוהגים על פי עצתו ואף אין הם בודקים בעין בוחנת את פעולותיו. אמון זה אומנם התערער במהלך השנים, בעקבות ארועים אחדים שזכו לתהודה ציבורית, ובראשם משבר מניות הבנקים בשנת 1983. אולם נראה שחוסר האמון מתייחס בדרך כלל למערכת הבנקאית בכללותה, ולאוו דווקא לפקיד הבנק עימו בא הפרט במגע יומיומי. זה האחרון נתפס בעיני רבים כאיש אמון הבקיא במלאכתו ושעיקר יעודו ליתן שירות מקצועי הוגן לציבור. התפקידים הציבוריים שממלאים הבנקים רק מחזקים רושם זה. הבנקים מצידם שוקדים על הגברת אמון הציבור בהם, ואך סביר שיוטלו עליהם חובות הבאות להגשים את הציפיות הסבירות שהם עצמם תורמים להיווצרותן."

23 לעניין הטלת חובות אמון במקרים מיוחדים באנגליה ראו: Barclays Bank plc v. O'Brien, [1994] 1 A.C. 180; Barclays Bank Plc v. Thomson, [1997] 4 All E.R. 816; Barclays

גישה זו בעניין טפחות, אולם מסקנתו שונה:

"לגישתי, כיום, לאור ההתפתחות הכלכלית והתעשייתית והמקום החשוב אותו תופסים הבנקים 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 אותן כדאי לקחת, מידת פריסתם של ההחזרים בגין הלוואות אלו, הריבית המשתנה בגין החזרים אלו וכולי. זאת ועוד, פקיד הבנק נתפש בעיני הלקוח כגורם אמין עליו ניתן לסמוך ולהסתמך, ופעמים רבות הלקוח מכלכל את צעדיו על פי עצתו של האחרון (ראה ד"ר א' 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 ולאמור, כפי שנאמר לא אחת בפסקי הדין שאוזכרו לעיל, כי מערכת היחסים בין הלקוח לבנק מושתתת במידה רבה על יחסי אמון ורק החריג הוא קיום של יחסי לווה-מלווה במשמעות הארכאית.²⁴

(C.A.) (1997–2008) All England Official Transcripts [1997] Bank Plc v. Caplan. סיכום ההלכות הנ"ל הוא שבנק ייחשב כמי שהפר את חובת האמון המוטלת עליו בהתקיים התנאים העיקריים הבאים: (1) הפעולה, על פניה, היא בניגוד לאינטרס של המשתמש בשירותי הבנק (למשל, צרב); (2) הבנק ידע או היה עליו לדעת שקיימת אפשרות להשפעה לא-הוגנת ("undue influence") על המשתמש; (3) הבנק נמנע מלנקוט אמצעים סבירים ("reasonable steps") לשם יידוע המשתמש בדבר הסיכון הנובע מהפעולה האמורה (למשל, המלצה לייעוץ משפטי נפרד או פגישה אישית של פקיד הבנק עם המשתמש בשירותי הבנק).

לעניין הטלת חובות אמון בארצות-הברית ראו: *In re Letterman Bros. Energy securities*; *Barnett Bank of West Florida v. litigation*, 799 F.2d 967, 974 (1986); ולעומת זאת: *Hooper*, 498 So.2d 923 (Florida 1986). בפסקי-דין אלה נקבעו הלכות סותרות בנוגע לחובתו של בנק העומד להרוויח מעסקה כלשהי (לקוח לווה כסף מבנק על-מנת להשקיע במיזם של לקוח אחר של אותו בנק) לחשוף מידע מהותי ללקוח.

על ההבדלים בין חובת האמון הבנקאית האנגלית לבין זו הישראלית, אשר יובאה כאמור מאנגליה, ועל ההתפתחות והשינויים שחלו בהן, ראו: Ruth Plato-Shinar, *An Angel Named 'The Bank': The Bank's Fiduciary Duty as the Basic Theory in Israeli Banking* Ruth Plato-Shinar & Rolf H. Weber, *Three*, *Law*, 36 C.L.W.R. 27 (2003); *Models of the Bank's Fiduciary Duty* *LAW AND FINANCIAL MARKETS REVIEW* 422 (2008), שם מציגים המחברים את הגישות השונות ביחס לחובות האמון במשפט האנגלו-אמריקאי, במשפט הקונטיננטלי ובמשפט הישראלי. במשפט הישראלי חובת האמון שמוטלת על כתפי הבנק מחמירה יותר מזו שבמשפט האנגלו-אמריקאי.

24 עניין טפחות, לעיל ה"ש 19, בעמ' 593 (החלוקה לפסקות שונתה).

בהתאם לכך, הגישה השוררת במשפט הישראלי היא גישה "צרכנית" שלפיה הבנק חב חובת אמון ללקוח לנוכח מעמדו, לנוכח כוחותיו העודפים על הלקוח ולנוכח הציפיות הלגיטימיות של ציבור הלקוחות. בעוד במשפט האנגלו-אמריקאי הבנק יוצא ידי חובתו כאשר הוא פועל בלא סטייה מהוראות הלקוח ומיידע אותו בדבר האינטרס שלו בפעולות שונות במקרה של ניגוד אינטרסים,²⁵ בפסיקה הישראלית אין די בכך, והבנק חב חובת אמון מוגברת כלפי הלקוח, המטילה עליו חובות מעין אלה המקובלות במשפט הציבורי. בררת-מחדל נורמטיבית זו יוצרת ודאות רבה יותר במישור האחריות של הבנק כלפי הלקוח, ומעניקה ללקוח משקל-נגד מסוים אל מול כוחותיו העודפים של הבנק. עם זאת, ראוי לשים לב לסייגים שהנשיא שמגר קובע בהקשר זה בנוגע להיקפה של חובת האמון ולרמת הנאמנות המשתנה בהתאם לנסיבות ולטיב היחסים בין הבנק והלקוח.²⁶ ניתן לסכם ולומר כי גוברת כיום הגישה שיש להכיר בבנק כחב חובת אמון ללקוח. בפרק הבא נגזור מחובת אמון זו את התוצאה המתבקשת, שלפיה יש להחיל על הבנק נורמות מקבילות לאלה החלות על רשות ציבורית או מעין-ציבורית.

פרק ב: הבנק כרשות מעין-ציבורית²⁷

כתוצאה מחובת האמון שהבנק חב ללקוח, חויב הבנק לעמוד בסטנדרטים גבוהים יותר

25 לעניין זה ראו, למשל: Andrew Tuch, *Investment Banks as Fiduciaries: Implications for Conflicts of Interest*, 29 MELB. U. L. REV. 478 (2005), שם מציג המחבר את הבסיס להטלת

חובות האמון על בנקים להשקעות במובן של הימנעות מניגוד עניינים.
 26 ראו עניין טפחות, לעיל ה"ש 19, בעמ' 592: "אין להסיק מדברים אלה כי חובתו של הבנק ללקוח זהה בכל מקרה ומקרה. היקף החובה ו'רמת הנאמנות' הנדרשים מהבנק מעל לרמה הבסיסית הכללית משתנים ממקרה למקרה ומושפעים מטיב היחסים בין הבנק ללקוח, ממידת מעורבותו של הבנק במערכת יחסים זו ומגורמים משתנים נוספים, שכן במערכת היחסים שבין הבנק ללקוח מתבצעות פעולות רבות ומגוונות, לאורן משתנה גם היקף חובתו של הבנק. רמת הנאמנות בה מחויב הבנק כאשר הוא משמש כיועץ להשקעות היא אחרת מזו בה הוא מחויב כאשר הוא מעניק הלוואה ללקוח. כמו כן יש לקבוע סטנדרט שונה כאשר הבנק דן עם לקוח בהלוואת כספים לצורך עסקה מסוימת, או כאשר הוא דן עם אדם בקשר למתן בטוחה לחובות של צדדים שלישיים כלפי הבנק. זאת ועוד, אין זה ברור כלל כי יש להפעיל לגבי בעל חשבון בבנק אותה אמת מידה הנוהגת ביחס לאדם שמערכת יחסיו עם הבנק מסתכמת בקבלת הלוואה חד פעמית. מידתה של חובת האמון והיקפה מושפעים במידה רבה גם ממידת הסתמכותו (המוצדקת) של הלקוח על הבנק במקרה נושא הדין."

27 על היות הבנק רשות מעין-ציבורית ועל חובות האמון הנובעות מכך ראו גם אברהם וינרוט ובוטז אדלשטיין "אחריות בנק מלווה כלפי רוכשי דירות ובעלי קרקע" הפרקליט מח 68, 98-88 (2004).

של תום-לב.²⁸ בעניין סלים²⁹ נקבע, מפי השופטת פלפל, כי חובת האמון המוטלת על הבנק מהווה חובה כללית המרחיבה את אחריותם של הבנקים כלפי הלקוחות – הן על-ידי יצירת נורמות משפטיות שלא היו קיימות אלמלא חובת האמון, והן על-ידי הרחבת מעגלי האחריות של הבנק במסגרת החובות שכבר קיימות במערכת יחסים נתונה.³⁰ מכיוון שאותו יסוד נורמטיבי (חובת אמון) ניצב הן בבסיס המשפט הציבורי והן בבסיס הנורמות החלות ביחסי בנק-לקוח, קיימת מגמה ברורה בפסיקה להחיל על בנקים חובות בדומה למשפט הציבורי.³¹ בעניין סטילר,³² למשל, נקבע כי הבנק חב בחובה משפטית העולה על חובת תום-הלב הרגילה מכיוון שהבנק חב חובת אמון. ציפיות הציבור באשר לרמת ההתנהגות הראויה של הבנקים יוצרות נורמה משפטית מחייבת. בית-המשפט ציין כי חלות על הבנק נורמות מן המשפט הציבורי, וממילא כגוף מעין-ציבורי הוא חב בחובת תום-לב גבוהה מזו הנוהגת במשפט הפרטי. בהקשר זה ציין בית-המשפט כי –

28 לעניין זה ראו, למשל, ת"א (מחוזי י"ם) 622/90 רמיר מגורים (1979) בע"מ נ' טפחות בנק למשכנתאות לישראל בע"מ (לא פורסם), שבו קבע סגן הנשיא בזק כי "עקרון תום הלב חייב את הבנק להיעתר לבקשתה של רמיר ולערוך את השינויים הדרושים בתוכנת המחשב שלו כך שרמיר תוכל לקבל מידע מעודכן על הלוואות של משתכנים שנפרעו פירעון מוקדם. עיקרון תום הלב חייב את הבנק להעביר את הפירעונות האלה לזכות רמיר, שהיתה שרויה או בחוב גדול, אלא אם כן היו לבנק סיבות ראויות – מבחינת טובת הבנק שלא לעשות זאת". בהקשר זה באה שוב לידי ביטוי החובה המוטלת על הבנק לפעול לטובת הלקוח מכות נורמות של תום-לב החלות עליו. עם זאת, יושם אל לב כי בהתאם לפסק-דין זה, חובת תום-הלב עשויה לסגת מפני צרכים אמיתיים של הבנק לפעול לטובתו-הוא, שאז עליו לאון בין צרכיו שלו לבין חובתו לפעול לטובת הלקוח.

29 ת"א (מחוזי ת"א) 2912/89 סלים נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (לא פורסם).

30 ראו וינרוט ואדלשטיין, לעיל ה"ש 27, בעמ' 94.

31 על חובות האמון כפועל יוצא ממעמדם ה"מעין-ציבורי" של הבנקים ראו גם ע"א 8068/01 איילון חברה לביטוח בע"מ נ' מנהל עיזבון המנוחה היה אופלגר ז"ל, פ"ד נט(2) 349, 369-371 (2004); ע"א 5379/95 סהר נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, פ"ד נא(4) 464, 475-476 (1997); ע"א (מחוזי ת"א) 2344/00 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' המפרס חב' לניהול ולקבלנות בע"מ, פ"מ התשס"ג(2) 446, 451-454 (2003); ת"א (שלום ת"א) 62294/96 בנק הבינלאומי הראשון לישראל נ' בי.אי.קי יבוא שיווק בע"מ, פס' 1 ו-47 לפסק-דינו של השופט בעז אוקון (לא פורסם, 2.8.1998); בש"א (מחוזי ת"א) 3706/03 בנק הפועלים בע"מ נ' רימון, פס' 5 לפסק-דינה של השופטת ורדה אלשיך (לא פורסם, 22.5.2003).

32 ת"א (שלום ת"א) 786/93 סטילר נ' בנק לאומי לישראל, דינים שלום ה 419 (1996) (להלן: עניין סטילר). בית-המשפט, מפי השופטת יהודית שיצר, מסכם וקובע כי "אין עוד מקום לחשש כלשהו באשר לתיחום, שכן המציאות הכלכלית ובעקבותיה המשפטית הפכה את הבנקים הלכה למעשה לגוף בעל אופי ציבורי, אשר הנורמות הנדרשות ממנו הן נרחבות ביותר". בהקשר זה של החלת נורמות מהמשפט הציבורי על גופים מהמשפט הפרטי ראו את ההלכה כפי שסוכמה על-ידי השופט זמיר בע"א 3414/93 שמחה און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ, פ"ד מט(3) 196 (1995).

"הבנקים הגדולים בישראל כגון: בנק הפועלים ובנק לאומי נתפסים כגורם ציבורי וככאלה יש מקום למדיניות משפטית שמחילה עליהם נורמות מהמשפט הציבורי."³³

למעשה, זו התזה המגדירה את הבנק כ"סוכנות חברתית". השופטים מיכל רובינשטיין ובעז אוקון, במאמרם "הבנק כסוכנות חברתית"³⁴, סוקרים פסקי-דין אחדים של הנשיא שמגר בתיקים שונים, ומציינים חובות בעלות מאפיינים ציבוריים המוטלות על הבנקים, כנושאים בחובות אמון כלפי הציבור, בהיותם ספקי שירות חיוני ובעלי כוח רב.³⁵ אכן, הדברים קיבלו ביטוי בכמה פסקי-דין של בית-המשפט המחוזי בתל-אביב. בעניין וינטרוב,³⁶ למשל, קבע

33 עניין סטילר, שם.

34 מיכל רובינשטיין ובעז אוקון "הבנק כסוכנות חברתית" ספר שמגר מאמרים חלק ג 819 (2003). כן ראו, לעניין אחריותם החברתית-הכלכלית של תאגידיים, עלי בוקשפן "על חברה וחברה, ועל מעמדו של סעיף 11 לחוק החברות במשפט הישראלי" משפט ועסקים א 229, 230-233, 258-267 (2004). במאמר זה המחבר דן "במעמדה ותכליתה המצויים והרצויים של החברה העסקית במסגרת התמורה החברתית המתפתחת בישראל" (שם, בעמ' 229). המאמר עוסק כאמור בחברה (תאגיד) באופן כללי, אך נכון אף ביתר שאת לגבי בנקים. המחבר מסכם ואומר כי "...גם החברה העסקית הטיפוסית, כשחקן חברתי בכלל וכשחקן חברתי משמעותי בפרט, אינה יכולה להימלט מאחריות חברתית נרחבת יותר" (שם, בעמ' 258). ובהמשך הדברים הוא אומר:

"אחריות זו עשויה, במקרה פרטי כזה או אחר של כשלי שוק והחצנה חברתית שלילית, להדחות כ"טוב הכרחי" את תכליתה הכלכלית [של החברה העסקית - א' ו]. בהטלת העקרונות והמדודים של אחריות חברתית - במובנו הרחב של הביטוי - על החברה העסקית יש כדי להלום הן את יעדיה של התמורה החברתית המתחוללת בישראל (הקוראת להתחשבותם של כלל מרכיבי השיטה המשפטית, ותאגידיים בכלל זה, בציפיותיהם המוצדקות של זולתם ביחסיהם הבין-אישיים) והן את יעדיה של התפיסה הכלכלית, אשר לרוב תצא נשכרת מהטמעתה של גישה כלכלית-חברתית. גישה זו מביאה בחשבון גם את טובתם וציפיותם הלגיטימית של כלל הקהילות הקשורות לחברה העסקית, ותחוק בסופו של יום את הנכונות לשיתוף-פעולה ולתיאום בין החברה העסקית לבין החברה האנושית הסובבת אותה וקשורה אליה." (שם, בעמ' 258-259)

35 רובינשטיין ואוקון, לעיל ה"ש 34, בעמ' 836. סוגיה זו של חובות האמון החלות על בנק והנפקיות הנובעות מכך נידונה ונסקרה בהרחבה. לעניין זה ראו, למשל, וינטרוב, לעיל ה"ש 15, בעמ' 98-103; וינטרוב ואדלשטיין, לעיל ה"ש 27; אברהם וינטרוב וברק מדינה דיני הלוואות: הגנה על הלווה במשפט הישראלי 98-102 (2000); רות פלאטו-שנער "למי חב הבנק חובת אמון" רבעון לבנקאות לט 154, 67 (2004-2005); רות פלאטו-שנער "עסקאות ליווי פיננסי - האם הבנק חב חובת אמון כלפי רוכשי הדירות?" מקרקעין ד/6 38 (נובמבר 2005) (להלן: פלאטו-שנער "עסקאות ליווי פיננסי").

36 ע"א (מחוזי ת"א) 2855/00 וינטרוב נ' בנק איגוד (לא פורסם, 23.10.2003). בלשון בית-המשפט, מפי השופטים גרוס, קובו ורובינשטיין: "כידוע הבנקים ממלאים תפקידים ציבוריים רבים, וחלקים מן המשפט הציבורי חלים עליו, כמו גם על חברות ביטוח; הבנקים מוחזקים

בית־המשפט כי הבנקים ממלאים תפקידים ציבוריים רבים וכי חלקים מן המשפט הציבורי חלים עליהם. בדומה לכך קבע בית־המשפט, בעניין בלנגה דוד,³⁷ כי יש להטיל על הבנק אחריות למצבם של רוכשי דירות:

"מסקנה זו מתחזקת עוד יותר, לאור מעמדו של הבנק כגוף כלכלי רב עוצמה, המסוגל להכתיב את רצונו לצדדים המתקשרים עמו באמצעות חוזים אחידים. לא בכדי קבעה הפסיקה, כי מעמדם של הבנקים אינו מעמד של 'עסק פרטי' גרידא, אלא של גוף מעין ציבורי – למצער לענין חובות הגינות וזהירות בהם נושאים הללו אל מול המתקשרים עימם."³⁸

ברוח זו צעד בית־המשפט המחוזי בירושלים בעניין רשף,³⁹ כאשר קבע (מפי השופט בעז אוקון) כי בנק מהווה "סוכנות חברתית", וכי מוטלות עליו חובות אמון מוגברות לא רק כלפי לקוחותיו, אלא כלפי הציבור בכללותו. באותו מקרה גזר השופט אוקון מחובת האמון הכללית של הבנק את חובתו כלפי נושים לדאוג לעדכון הרישום של שעבודים בתוך פרק־זמן סביר. חובה זו נובעת מכך שהבנק הוא נושה מקצועי, שיש לו כלים ומערך המאפשרים לו רישום ראוי של זכויותיו, ובהינתן זכויות אלה, בצירוף עם היות הבנק סוכנות חברתית, קמה חובה זו של הבנק, המגינה על הנושה הבלתי־מקצועי כנגד הנושה המקצועי. אי־שימוש בכלים רישומיים העומדים לרשות הבנק – הנושה המקצועי – הוגדר כחוסר תום־לב, המפקיע מן הבנק את מעמדו כנושה מובטח. בהקשר זה מציין בית־המשפט עקרון־יסוד שלפיו הבנקים מהווים "תחנת ממסר משוכללת" להעברת המסר הנוגע בביצוע הרישום, וכי חובתם נובעת מכך שקשה למצוא

כגופים מקצועיים ומיומנים ביותר; לבנקים כלים, כישורים ואמצעים טכניים שאינם מצויים אצל יחיד הציבור; הבנקים גובים טבין ותקילין כנגד שירותיהם; לקוחות נותנים אמון מיוחד בבנקים ובפקידיהם, אותם לקוחות סומכים על הבנקים ועל צוותיהם מהמנהל הבכיר ועד לפקיד הזוטר..." (שם, פס' 28 לפסק־הדין).

37 פש"ר (מחוזי ת"א) 2323/99 בלנגה דוד נ' בנק מרכנתיל דיסקונט בע"מ (לא פורסם, החלטה מיום 16.9.2001).

38 שם, פס' 22 להחלטתה של השופטת ורדה אלשיך. בית־המשפט הסיק באותו מקרה כי משהוכח שהבנק נכנס לנעליה של החברה הקבלנית לעניין השלמת הפרויקט, הוא חב בחובותיו של הקבלן גם מבחינת זכותם של הרוכשים לקבל בטוחה, ועל־כן יש להשוות את מעמדם של בעלי הקרקע במסגרת עסקת קומבינציה, אשר זכאים לדירות בפרויקט, למעמדם של רוכשים ששילמו בעבור הדירות באמצעות כסף שהועבר לבנק; "כל מסקנה אחרת תביא להתעשרות בלתי צודקת של הבנק על חשבון המבקשים וזאת תוך הפרת חובת תום הלב המוגברת אשר הוטלה עליו מעצם מעמדו, הן כגוף מעין ציבורי רב עוצמה, הן כמנסח החוזים, והן כמלווה הפיננסי של פרויקט הבניה" (שם, פס' 24 להחלטה).

39 ה"פ (מחוזי י"ם) 2247/03 עו"ד רשף ככונס נכסים נ' לוי (לא פורסם, 16.3.2004) (להלן: עניין רשף). השופט אוקון מיישם בפסק־דין זה את שכתב במאמר "הבנק כסוכנות חברתית", לעיל ה"ש 34. ראו בעיקר פס' 13-17 לפסק־הדין.

אמצעי יעיל יותר להבטחת הדיוק ברישום מאשר הגברת התמריץ של הבנקים על ידי הטלת חובה זו עליהם. הפועל היוצא מכך הוא כי בכל מקום שבו לפנינו בנק המצויד בכלים המאפשרים לו למנוע תוצאה בלתי-רצויה, יחד עם הכוח באה גם האחריות של הבנק, ובסיסה המשפטית נעוץ בהגדרת הבנק כסוכנות חברתית החבה חובת אמון. גם בבית-המשפט העליון הוכרה הדוקטרינה שלפיה הבנק הינו "סוכנות חברתית" החייבת בחובות אמון מוגברות. כך, למשל, נקבע בעניין אי.אנד.ג'י. מפי השופט אליקים רובינשטיין:

"אכן, מבקש אני כשלעצמי להזדהות עם המגמה החברתית המשתקפת ממאמרם של השופטים מיכל רובינשטיין ובוועז אוקון 'הבנק כסוכנות חברתית'... שאליו הפנה בא כוח המבקשת, ועניינו – בעקבות פסיקת הנשיא שמגר בתיקים שונים – חובות בעלות מאפיינים ציבוריים המוטלות על הבנקים, כבעלי חובות אמון כלפי הציבור, בהיותם ספקי שירות חיוני ובעלי כוח רב..."⁴⁰

בנסיבות אלה יש להקפיד הקפדה יתרה ולהחיל על הבנקים אותם כללים של המשפט הציבורי הבאים להבטיח את התנהגותו התקינה של המסחר הבנקאי ולשמור על האזרח הקטן – הלקוח, המשקיע – אשר נותן את אמונו בבנק. הנה כי כן, מכיוון שכללי המשפט הציבורי הם ביטוי לחובות ההגיוניות המוטלות על מי שחב בחובות אמון מוגברות, ולנוכח תלותו של הציבור בבנקים וחובת האמון שהללו חבים כלפי לקוחותיהם, אנו מוצאים בפסיקה גישה שלפיה הבנקים מהווים רשות מעין-ציבורית, ומחלות עליהם נורמות מקבילות לאלה המוחלות במשפט הציבורי. בהתאם לנורמה זו נבחן להלן מצב שבו מוענקת סמכות לרשות הציבורית לנקוט קו פעולה כעניין שברשות, ונראה כי בנסיבות מסוימות רשות זו נהפכת לחובה מכוח חובות האמון שהרשות המנהלית חבה כלפי הציבור. האנלוגיה שתבקש תהיה אפוא שגם ביחסי בנק-לקוח ייהפכו סמכויות-רשות לסמכויות-חובה מקום שחובות האמון לא יתיישבו עם אי-הפעלת שיקול-דעת ועמידה מנגד.

פרק ג: חובתה של רשות ציבורית להפעיל סמכויות-רשות"

במשפט הציבורי אנו מוצאים חדשות לבקרים כי אף שניתנה הרשאה לרשות מנהלית להפעיל שיקול-דעת, בפועל המונח "רשאי" מתפרש כ"חייב", והרשות מחויבת להפעיל שיקול-דעת זה. הרשות נהפכת לחובה עקב חובת האמון אשר מוטלת על הרשות ומטילה

40 ע"א 9374/04 אי.אנד.ג'י. מערכות מתקדמות למורה נהיגה בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ סניף רחובות, פס" 6 (לא פורסם, 11.11.2004).

עליה חיוב לפעול. המעבר מרשות לחובה אינו לשוני, אלא נורמטיבי. בהקשר זה מבהיר ברק, בספרו פרשנות במשפט, כי המעבר מהרשאה (היתר או הסמכה) לחיוב אינו נובע מדור-משמעות של המונח "רשאי", אלא מדובר במעבר הנובע מתכלית החקיקה ומכללי משפט, שלפיהם בהתקיים תנאים מסוימים קיימת חובה לבצע פעולה שיש רשות וסמכות לבצעה. ובלשונו:

"הדיבור 'רשאי' עשוי להתפרש, בהקשר נתון, במשמעות היתר או הסמכה בלבד, ולא במשמעות של חיוב. עם זאת, בהתאם לכללי משפט שהם חיצוניים לטקסט, הפעלת הסמכות הופכת לענין שבחובה. עלינו להבחין בין מתן סמכות או היתר בלשון הטקסט לבין החובה להפעיל את הסמכות או לפעול על פי היתר מכוח שיקולים שמחוץ ללשון הטקסט. שיקולים אלה אינם משנים את משמעותו הלשונית של הטקסט. הדיבור 'רשאי' בלשון החקיקה אינו הופך 'חייב', אך הפעלת הסמכות הופכת לענין שבחובה. השינוי אינו טקסטואלי אלא נורמטיבי. הוא אינו נוגע במהות הסמכות אלא בדרכי הפעלתה."⁴¹

לרשות המנהלית לא מסורה החירות לא לפעול, שכן כאשר המחוקק מוסר בידה שיקול-דעת, באה חובת האמון שהרשות חבה כלפי הפרט ומחייבת הפעלה של אותו שיקול-דעת.⁴² יפה הוזהרו הדברים על-ידי המשנה לנשיא חשין בעניין המועצה האזורית גליל תחתון:

"לא להתנאות בה ניתנה סמכות לרשות הציבור, וסמכות – כל סמכות – שלובה באחריות המוטלת על רשות הציבור להסדיר כיאות אותו תחום חיים שהסמכות פרושה עליו. אחריות פירושה למעשה הוא, חובה להפעיל את הסמכות הניתנת לרשות כל אימת שהנסיבות מחייבות הפעלתה של הסמכות."⁴³

המשנה לנשיא חשין מפנה בהקשר זה גם לספרו של יצחק זמיר:

"סמכות מוענקת לרשות מינהלית על מנת שהרשות תפעיל אותה, לפי נסיבות העניין, כדי לשרת את תכלית הסמכות. לפיכך חובה על הרשות להיות ערה לנסיבות, לשקול במקרה המתאים אם יש צורך להפעיל את הסמכות, ולהפעיל אותה לפי הצורך. זוהי החובה לפעול... אכן, רוב הסמכויות המינהליות הן

41 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני 120–121 (1993) (ההדגשות הוספו).

42 כך, למשל, בבג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לו(3) 29, נקבע כי משמסר המחוקק סמכות בידי שר הפנים וקבע כי הוא רשאי להפעיל שרון-קיין, בפועל הוא חייב לעשות כן. סמכות-רשות היא חובה להפעלת הסמכות כאשר היא מסורה בידי מי שחב חובת אמון. כמו-כן ראו בג"ץ 265/68 אגודת האינג'ינרים והארכיטקטים בישראל ואח' נ' שר העבודה, פ"ד כג(1) 132, 138 (1969).

43 רע"פ 7861/03 מדינת ישראל נ' המועצה האזורית גליל תחתון, פס' 16 (לא פורסם, 8.5.2006) (ההדגשות במקור).

סמכויות רשות, כלומר סמכויות שבשיקול דעת, להבדיל מסמכויות חובה. אולם גם בסמכויות רשות יש יסודות של חובה. אחד היסודות האלה היא החובה לברר ולהחליט אם להפעיל את הסמכות. זוהי החובה לפעול.⁴⁴

הנה כי כן, אין מדובר בכלל פרשנות ההופך רשות לחובה, ומבחינה לשונית ופרשנית ברור לחלוטין כי רשאי הוא רשאי, ולא חייב. אבל מבחינה מהותית ונורמטיבית, התוצאה תהיה כי תוחל חובה החורגת מן האמור בטקסט. אין מדובר בגמישות של המשפטן המצליח לקרוא בכתוב את מה שלא נאמר בו, בבחינת הלכת אפרופים⁴⁵ והלכת ארגון מגדלי הירקות,⁴⁶ שבמסגרתן הוכנסו במערכת יחסים חוזיים חובות נורמטיביות שלא נכללו בלשון החוזה אך נלמדות מן הנסיבות. אדרבא, אף לפי המגמה שלא לחרוג מלשון ההסכם, העולה מפסקי-הדין של בית-המשפט העליון בעניין לוי⁴⁷ ובעניין בלום,⁴⁸ המונה "רשאי" עשוי להתפרש כ"חייב".⁴⁹ השופט זמיר מציין בעניין אלראי:

"לכאורה, הרי זו דוגמא טובה לאמירה של יונתן סוויפט, בספרו על מסעות גוליבר, שמשפטן הוא מי שקורא לבן ומפרש שחור. ולא היא. רשאי נותר רשאי והרשות כרוכה תמיד בשיקול דעת."⁵⁰

ברם, הרשות חייבת להפעיל את שיקול-דעתה ולבחון את כל האפשרויות הפתוחות לפנייה בנסיבות העניין. יסודה של חובה זו נעוץ בנורמה אחרת שמצויה מחוץ לטקסט ואשר נובעת מחובת האמון המוטלת על הרשות כלפי הפרט.

- 44 יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב 691-692 (1996) (ההדגשה הוספה).
- 45 ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265 (1995); דנ"א 2485/95 אפרופים שיכון ויזום (1992) בע"מ נ' מדינת ישראל, תק-על 95(2) 1446 (1995).
- 46 דנ"א 2045/05 ארגון מגדלי הירקות - אגודה הקלאית שיתופית בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל, תק-על 2006(2) 1681 (2006).
- 47 ע"א 5856/06 אמנון לוי נ' נורקייט בע"מ ואח', תק-על 2008(1) 840 (2008) (להלן: עניין לוי).
- 48 ע"א 5925/06 אלי בלום נ' אנגלו סכסון - סוכנות לנכסים (ישראל 1992) בע"מ, תק-על 2008(1) 2205 (2008) (להלן: עניין בלום).
- 49 כך, למשל, נראה כי השופט דנציגר - אשר נתן את פסקי-הדין הנ"ל בעניין לוי, לעיל ה"ש 47, ובעניין בלום, לעיל ה"ש 48 - הבהיר ברע"א 9419/06 עזבון שנאן ז"ל נ' אבורחסן, פס' 19 (לא פורסם, 28.1.2008), כי בנושאים מסוימים רשאי עשוי להתפרש גם כחייב. ראו עוד רע"א 5917/98 ניסים טרוגמן נ' שבתי בוזינסקי (לא פורסם, 22.11.1998); רע"א 5991/02 עופרה גוירצמן נ' רות פריד, פ"ד נט(5) 1 (2004).
- 50 בג"ץ 2757/96 הילה אלראי נ' שר הפנים ואח', פ"ד נ(2) 18, 20 (1996) (להלן: עניין אלראי). ראו גם ע"פ 1152/91 סעיד בן אסמעיל סיקסיק נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(5) 8, 30 (1992).

נמצא אפוא כי אין חולק על עצם החובה להפעיל שיקול-דעת אף כאשר הפעלתו היא עניין שברשות, ולא בחובה. הפעלת שיקול-הדעת אינה מתחייבת מלשון הטקסט, אלא מתפקידה של הרשות הציבורית כאחראית לזולתה. הצורך לאזן את הכוח באמצעות נורמות מחייב בראש ובראשונה הפעלה של שיקול-דעת. ברם, נראה כי הדברים חורגים הרבה מעבר לכך. החובה להפעיל שיקול-דעת מובילה לעיתים לחובה לפעול, ואף לחובה לנקוט דרך פעולה מסוימת מאוד, שהרי את שיקול-הדעת יש להפעיל בסבירות. הפעלת שיקול-דעת בנסיבות מסוימות מובילה בהכרח לתוצאה סבירה מסוימת. אי-אפשר לחייב את הרשות להפעיל שיקול-דעת ולהניח כי לא תנבע מכך חובה לנקוט את דרך הפעולה המתחייבת מהפעלה סבירה של שיקול-דעת זה. "רשאי" נהפך אם כן ל"חייב" לא רק מכיוון שהרשות חייבת להפעיל שיקול-דעת, אלא גם מכיוון שבנסיבות מסוימות תוצאה סבירה של שיקול-דעת זה תהיה החובה לבחור בדרך פעולה מסוימת, שאם לא כן לא הועלנו דבר בהטלת החובה להפעיל שיקול-דעת. השופט זמיר מבהיר, בעניין אלראי, כי הרשות חייבת להפעיל את שיקול-דעתה ולבחון את כל האפשרויות הפתוחות לפנייה בנסיבות העניין. אולם בהינתן האפשרויות עשויה להוביל למסקנה כי חלק מהן פסולות מטעם זה או אחר (כגון שיקולים זרים או חוסר סבירות). התוצאה תהיה אפוא ששיקול-דעת המופעל באופן ענייני וסביר יוביל בהכרח להחלטה אחת ויחידה, וממילא לפנינו "רשאי" שפירושו "חייב" – לא רק ביחס לעצם הפעלת שיקול-הדעת, אלא גם ביחס לדרך הפעולה שתינקט בעקבות הפעלת שיקול-דעת זה. למשל, מקום שהרשות רשאית לבחור בין שתי אפשרויות והאחת אינה סבירה, התוצאה היא שהרשות חייבת לבחור באפשרות היחידה הנותרת.⁵¹

דוגמה יפה לכך היא הוראת סעיף 81 לחוק בתי-המשפט,⁵² הקובעת כי אם "מצא בית משפט כי נפלה טעות בפסק דין או בהחלטה אחרת שנתן, רשאי הוא... לתקנם בהחלטה מנומקת." בהקשר זה הבהיר בית-המשפט העליון כי "סעיף 81 לחוק אכן נוקט לשון 'רשאי', אולם זהו אחד מאותם מקרים בהם 'רשאי' הוא 'חייב'.⁵³ הטעם לכך, בפשטות, הוא שבית-המשפט חב חובת אמון כלפי הצדדים, ומכוח חובתו זו הוא חייב לתקן טעות שנפלה בפסק-דין, ואינו יכול להוציא מתחת ידו דבר שאינו מתוקן. אכן, חוק בתי-המשפט מסר לבית-המשפט שיקול-דעת רחב בעניין זה, וניתן לומר, כלשון תפילת ימים נוראים, כי פסק-הדין הוא בידי בית-המשפט "כחומר ביד היוצר – ברצותו מרחיב וברצותו מקצר".

51 לעניין זה ראו גם בג"ץ 2624/97 רונאל ידיד, עו"ד נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(3) 71, 77-78 (1997): "אפשר שהנסיבות המיוחדות של מקרה מסויים יובילו למסקנה שהפעלת הסמכות כנדרש, על יסוד שיקולים ענייניים שניתן להם משקל ראוי בתוך מתחם הסבירות, מחייבת תוצאה אחת ויחידה. לדוגמה, הסמכות של רשות מקומית לתת רשיון עסק לפי חוק רישוי עסקים התשכ"ח-1968, היא סמכות-רשות; משמע, הרשות רשאית לתת רשיון, או לסרב לתת רשיון, לפי שיקול דעתה בכל מקרה; עם זאת, אפשר שבנסיבות מסוימות יהיו כל השיקולים הענייניים בעד מתן הרשיון, ולא יהיה אף שיקול ענייני נגד מתן הרשיון."

52 חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ס"ח 198 (להלן: חוק בתי-המשפט).

53 רע"א 10693/05 ישי גרסון נ' עו"ד יורם חג'בי ואח' (לא פורסם, 16.2.2006); ע"א 605/71 עואד צאלח עואד נ' סלים יוסף סלים סעיד, פ"ד כו(2) 207, 212-213 (1972). ראו גם אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 367 (מהדורה תשיעית, 2007).

אבל אין לומר, כהמשכה של אותה תפילה, כי הוא גם בבחינת "הגה ביד המלח - ברצותו אוהו וברצותו שילח", שכן חובת האמון שהשופט חב אינה מאפשרת לו לשלח מידו את ההגה ולהותיר על כנה טעות שנפלה בפסק־הדין. המשפט מתייחס אל המונח החוקי המקנה רשות לפעול כאל מקור סמכות בלבד, ומניח כעניין של אקסיומה את החובה להפעיל סמכות זו בכל מקום שבו הדבר מתחייב על־פי עקרונות של טובת הציבור והסדר הציבורי. הדברים מסוכמים במשפט האנגלי בספרם של Wade & Forsyth:

"The words undoubtedly are only empowering; but it has been so often decided as to become an axiom that in public statutes words only directory, promissory, or enabling, may have a compulsory force where the thing to be done is for the public benefit or in advancement of public justice."⁵⁴

הדברים עתיקים כימי עולם. כבר בתורה מצאנו "רשות" שהיא חובה. כך, בהקשר של פיצוי בגין הצורך לרפא נזק גוף נאמר בתורה "וּרְפָא ירפא"⁵⁵ ומכפל הלשון למדים חז"ל כי "מכאן שניתן רשות לרופא לרפאות"⁵⁶. משמע, לכאורה, רופא רק "רשאי" לרפא, ואינו חייב להושיט עזרה. ברם, ההלכה הפסוקה בשולחן ערוך היא כי "נתנה התורה רשות לרופא לרפאות ומצוה היא, ובכלל פיקוח נפש הוא. ואם מונע עצמו, הרי זה שופך דמים"⁵⁷. כלומר, רופא אינו יכול לעמוד מנגד כאשר מישהו נתון בסכנה בריאותית או קיומית, ומחובתו להושיט עזרה. חובה זו אינה נלמדת מן הפסוק דנא, העוסק במתן רשות לרפא, אלא נובעת מן העיקרון הגדול של פיקוח נפש, המטיל חובות על כל מי שיכול להציל את זולתו ואשר חיי האחר תלויים בו.

בפסיקה צוינו פרמטרים שבהתאם לעוצמתם בית־המשפט מטיל על הרשות הציבורית את החובה לפעול גם כאשר מדובר בסמכות־רשות, ובכלל זה מקום שאי־הפעלת הסמכות מרוקנת את תכלית הענקתה לרשות הציבורית⁵⁸ ומקום שאי־הפעלת הסמכות תסב עוול.⁵⁹

54 Wade & Forsyth, Administrative Law 233 (9th ed. 2004), והאסמכתות המופיעות שם (ההדגשות הוספו).

55 שמות כ"א, 19.

56 בבלי, בבא קמא פה, א (ההדגשה הוספה). להרחבה בסוגיה זו ולהבהרת הצורך במתן רשות כאמור, ראו אברהם וינרוט בטחון בה' והשתדלות טבעית (פרקי יסוד) 96-126 (הוצאת פלדהיים, 2006).

57 שולחן ערוך, יורה דעה, סימן שלו, סעיף א (ההדגשות הוספו).

58 כך, למשל, מציין השופט זמיר בבג"ץ 2533/97 התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(3) 46, 54 (1997): "השאלה אם אמנם סמכות רשות נעשית סמכות־חובה תלויה, בראש ובראשונה, בתכלית הסמכות, כפי שנקבעה בחוק." דברים דומים אמר השופט זמיר בספרו הסמכות המינהלית כרך א 224-225 (1996).

59 בבג"ץ 292/65 יעקב יוסף רושגולד נ' שר האוצר, פ"ד כ(1) 639 (1966), לא נתן שר האוצר פטור על־פי חוק מס רכוש, בין היתר כדי למנוע מצב שבו ייפגעו הכנסות המדינה, שכן

דוגמה מובהקת לכך היא פסק-הדין של השופט לנדוי בעניין גרינשטיין, שבו נאמר כי "סמכות הרשות הופכת חובה לפרקליט הצבאי הראשי כאשר מבחינה אובייקטיבית קיים חשש ממשי שאי-השמירה על סדרי הדין שנקבעו עלולה הייתה לגרום עיוות-דין לנאשם, ובית-משפט זה יתערב אם נראה לו, שאכן קיים חשש ממשי כזה".⁶⁰ הנה כי כן, על-אף המונח "רשאי", תוטל חובה על הרשות הציבורית להפעיל את שיקול-דעתה, והפעלה זו תביא גם לידי חיוב בפעולה אקטיבית מקום שסבילות תסב עוול ותפגע במי שהרשות חבה כלפיו חובת אמון. נראה כי אירוע-חירום הוא דוגמה מובהקת למצב שבו נגרם לאדם עוול כאמור. בנסיבות אלה חובת האמון מחייבת להפעיל את שיקול-הדעת, וככלל נראה כי במקרה זה שיקול-הדעת גם יחייב לפעול ובדחיפות. מי שחב חובת אמון אינו יכול לנהוג כאותו עיתונאי אשר תיעד אירוע אסון מבלי להושיט יד ולמנוע אותו.⁶¹ חובת אמון אינה מאפשרת עמידה מנגד בעת חירום, ומחייבת פעולה. מכאן נעבור לבחינת השאלה אם החלת חובת אמון ביחסי בנק-לקוח תוביל אף היא לאותה תוצאה. שאלה זו אינה פרשנית, אלא נורמטיבית. ברור כי במישור החוזי, משנאמר בהסכם ההתקשרות שנכרת בין הבנק לבין הלקוח כי הבנק יהא רשאי לפעול אך לא יהא חייב לעשות כן, משמעות הדבר היא כי אין מוטלת על הבנק חובה חוזית לפעול. ברם, אין בכך כדי לגרוע מחובת פעולה המוטלת על הבנק כתוצאה מנורמה אחרת המצויה מחוץ לטקסט החוזי. השאלה היא אם אין להטיל על הבנק חובה לפעול כתוצאה מחובת האמון שהבנק חב כלפי לקוחותיו. בהקשר זה נראה בפרק הבא כי אין הבדל בין בנק ביחסו ללקוחותיו לבין רשות ציבורית ביחסה לפרט, וזה כזו חבים חובת אמון, אשר נגזרת ממנה, בין היתר, החובה לפעול ולא לעמוד מנגד בעת משבר. כוח וסמכות גוררים אחריות, וזו מחייבת קביעת נורמה ערכית ברורה ומחייבת.

קיימים עוד בעלי מקרקעין רבים הדומים לעותר. השופט ויתקון קבע כי "שיקול התקציב כבודו במקומו מונח, אך אין בו, לבדו, כדי להצדיק את סירוב השר להשתמש בסמכות שהוענקה לו מידי המחוקק... אך עד שנפעיל כלל זה ונתעלם מהדיבור המפורש 'רשאי', עלינו להיות משוכנעים בשניים: היה צריך להיות ברור שרק בדרך זו ניתן למנוע מהעותר עוול, שאין לו תרופה ממקום אחר; והיינו רוצים להיות בטוחים גם בזה שסירובו של המשיב להשתמש בסמכותו ירוקן אותה מכל תכנה ויעשה את דבר המחוקק פלסטר. העותר לא שכנע אותנו באף אחד משני אלה" (שם, בעמ' 642). ראו גם רענן הר זהב המשפט המינהלי הישראלי 115 (1996): "מתן פירוש 'הפוך' למשמעות המילולית הרגילה נפוץ יותר כאשר מדובר בסמכות רשות המתפרשת על ידי בית-המשפט כסמכות חובה... דרך של פרשנות 'הפוכה' ננקטת, בדרך כלל, כאשר פירוש הסמכות על פי משמעותה המילולית מסכל את מטרת החוק או עלול לגרום לתוצאות קשות. המבחן המכריע הוא מבחן מטרת החוק המסמך".

60 בג"ץ 118/80 מנחם גרינשטיין נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד לה(1) 239, 246 (1980) (ההדגשה הוספה).

61 בהקשר זה התעורר פולמוס כאשר לפני שנים מספר תיעד עיתונאי במצלמתו ילדה הגוועת עקב שקיעה איטית בביצה טובענית, ולא מצא לנכון להושיט יד כדי למשות את הילדה האומללה ולהושיעה מטביעה, גם ב"מחיר" אובדן הסיפור העיתונאי.

פרק ד: חובתו של הבנק לפעול בעת קריסת שווקים – התזה המוצעת

ביססנו לעיל שתי הנחות יסוד: האחת, בדבר היות הבנק גוף מעין-ציבורי החב חובות אמוץ ללקוח לאור התלות של הלקוח בבנק; והאחרת, בדבר קיומה של חובה של רשות ציבורית להפעיל סמכויות "רשות" במקרים שבהם סבילות מרוקנת את החובה מתוכן ומסיבה עוול. צירוף של שתי הנחות יסוד אלה מוביל לכאורה בהכרח למסקנה שאנו מבקשים להסיק, שלפיה הבנק מחויב להפעיל שיקול-דעת, וסמכויות ה"רשות" שניתנו לו אינן יכולות להיות כ"נרות חנוכה". חובת האמוץ כלפי הלקוח מחייבת את הבנק לעשות שימוש בסמכויות אלה ולהפעיל את שיקול-הדעת שבידו. יתר על כן, במקרים חריפים, כגון בעת קריסת שווקים, התוצאה הסבירה היחידה הנובעת מהפעלת שיקול-הדעת תהא החובה לעשות מעשה ולפעול.

נראה כי נכון לערוך במקרה זה אנלוגיה מן החובה המשפטית שהוטלה על מי שמתקיימים לגביו יחסי "קרבה משפטית" להציל אדם טובע. בעניין לורנס⁶² התייחס בית-המשפט העליון למצב הנורמטיבי ששרר קודם לחקיקת חוק לא תעמוד על דם רעך,⁶³ והבהיר בהקשר זה כי חובה (משפטית) להציל את הזולת לא תוטל על אדם אשר הולך בחוף הים ורואה שם אדם זר טובע. ברם, שונה הוא הדין כאשר יש קרבה ביניהם. קרבה זו היא קרבה משפטית – לדוגמה: חובת הורה לילדו מכות חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות⁶⁴ ומכות הוראת סעיף 362 לחוק העונשין;⁶⁵ חובתו של מעורב בתאונת-דרכים כלפי הנפגע בתאונה מכות פקודת התעבורה ותקנותיה;⁶⁶ חובת כבאי להציל באירוע של נזק לגוף ולרכוש מכות חוק שירותי הכבאות⁶⁷ וכיוצא באלה. בית-המשפט מצייץ כי המשותף למקרים אלה הוא קיומן של נסיבות מיוחדות הקושרות את "המועמד להצלה" עם "המועמד להציל". נסיבות אלה יוצרות "קרבה" במובן המשפטי. נראה כי מדוגמות אלה ניתן ללמוד כי ככל שיש רמת מעורבות גבוהה יותר בין אדם לחברו כן גוברת הנטייה להטיל עליו חובת הצלה כלפי רעהו. נוסף על כך יושם אל לב כי המכנה המשותף לקרבה המשפטית בדוגמות שבית-המשפט מביא בעניין לורנס הוא יחסי התלות הקיימים בין הצדדים. מנורמות אלה נראה כי יש להסיק באנלוגיה שהבנק אינו יכול לעמוד מנגד במצב שבו הלקוח נתון בסכנה כלכלית. הבנק אינו יכול להיות מוגדר כגורם זר ללקוח, ויש לו קרבה משפטית ברורה

62 ע"פ 119/93 גייסון לורנס נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 1, 31 (1994), מפי השופט דב לוין (להלן: עניין לורנס).

63 חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998, ס"ח 245.

64 ס' 14, 15 ו-17 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, ס"ח 120.

65 חוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226.

66 ס' 64 לפקודת התעבורה [נוסח חדש], נ"ח 173; תק' 144 ו-146 לתקנות התעבורה, התשכ"א-1961, ק"ת 1425.

67 ס' 2 ו-20 לחוק שירותי כבאות, התשי"ט-1959, ס"ח 199.

ללקוחו לנוכח תלותו של הלקוח בבנק, נראה על-כן כי יחסי האמון השוררים בין הבנק ללקוחו יוצרים קרבה משפטית המטילה על הבנק חובה להציל את הלקוח מטביעה כלכלית במצב שבו הוא נשטף על-ידי גל גדול ופתאומי.

אכן, בהחלטה שיפוטית של הרגולטור האמריקאי למסחר בשוקי האופציות והסחורות העתידיות (Commodity Futures Trading Commission), שניתנה בעניין Harold Mertens v. First National Monetary Corporation, הובהר:

"Next, the complainant claims that the respondents should have closed out the account after the complainant failed to satisfy margin requirements. Respondents state that they have complete discretion over the matter and no duty to liquidate the account.

Respondents, in support of their position, refer to the customer agreement, which provides that if 'the equity level falls below the required maintenance level and such deficiency is not cured to the required restoration level immediately, all or any portion of the commodities in such accounts portion of the commodities in such accounts may be sold or off-set in FNMC's discretion...' C. Ex. 1. Complainant cites this provision for the proposition that the respondents have no discretion in the matter. The respondents have discretion to liquidate a position for a failure to meet margin requirements. *This discretion, however, is limited. The respondents are still bound by their fiduciary duty if discretion is exercised in a declining market to close the positions. In particular, the respondents, as leverage, dealers should mitigate losses on behalf of the complainant.*"⁶⁸

הנה כי כן, גם אם ניתן שיקול-דעת לסוחר המט"ח לסגור פוזיציות כאשר אין מספיק בטחונות, ואף שברור כי שיקול-דעת זה ניתן לו כדי להגן על האינטרסים שלו עצמו, ולא על האינטרסים של לקוחו, הוא חייב להפעיל סמכות זו במצב שבו יש התפתחות שווקים המחייבת זאת (ולאו דווקא קריסה מוחלטת, אלא אף במצב של "declining market"). זאת, לנוכח חובות האמון שהוא חב כלפי הלקוח, אשר אין להתעלם מהן לרגע.

יש לזכור עוד כי הטלת חובה על בנק לנקוט פעולה כאשר הלקוח סביל אינה זרה לדיני הבנקאות כלל ועיקר. בסעיף 13 לפקודת הבנקאות, 1941, קבע המחוקק כי חובה על תאגיד בנקאי לנסות ליצור קשר עם בעל פיקדון ללא תנועה, ואם לא הצליח ליצור קשר עימו בתוך פרק-זמן שנקבע, מוטלת עליו חובה להשקיע את הכספים לזכותו.⁶⁹

68 Harold Mertens v. First National Monetary Corporation, John Terri & Robert Rothstein, COMM. FUT. L. REP (CCH) 22, 520 (March 14, 1985) (ההדגשה הוספה).

69 בעקבות כך הוציא נגיד בנק ישראל את צו הבנקאות (פיקדונות ללא תנועה), התש"ס-2000, ק"ת 414, הקובע את האופן שבו יושקעו הכספים, תוך הבהרה כי אם מדובר בלקוח שנתן

נמצאנו למדים כי המחוקק אינו משלים עם תופעה של בנק הניצב מנגד כאשר בחשבון של לקוח מונחים כספים וניזוקים כתוצאה מסבילות של הלקוח, אשר אינו נוקט את הצעדים הנדרשים כדי להשתלב באופן מושכל בהלכי-הרוח המשקיים הכוללים.

חובתו של בנק להפעיל שיקול-דעת ולפעול לטובת הלקוח על בסיס סמכות פעולה שניתנה לבנק לטובתו שלו נידונה בעניין פמ"ר.⁷⁰ באותו מקרה קיבלה החברה אשראי שוטף מהבנק למימון עסקיה. על-פי ההסכם עם הבנק, ערבו מנהלי החברה, בערבויות אישיות, לכל התחייבויות החברה כלפי הבנק. כמו-כן פתחו המנהלים תוכניות חיסכון פרטיות בבנק, ששועבדו להבטחת חובות החברה. תקרת האשראי שהחברה הייתה זכאית לקבל לא נקבעה מראש. חובותיה של החברה הלכו וגדלו, ובשלב מסוים הודיע הבנק כי הוא מבטל את זכות החברה למשיכת-יתר בחשבון ותובע ממנה לשלם את כל החוב. החברה השיבה כי שווי הפקדונות בתוכניות החיסכון של המנהלים גדול מגובה החוב של החברה. החברה קבלה על-כן על הבנק שלא הפעיל את זכות הקיזוז ולא שבר את תוכניות החיסכון כדי לפרוע את חובות החברה.

בית-המשפט המחוזי, מפי השופט פלפל,⁷¹ קבע, בין היתר, כי הבנק היה חייב להשתמש בזכות הקיזוז שלו לגבי סכום המשקף את ערך השבירה של תוכניות החיסכון, כדי למנוע את המצב שבו כל יתרת החוב של החברה מחויבת בריבית המרבית הנהוגה בבנק. אכן, זכות הקיזוז הוקנתה לבנק כזכות לטובתו שלו, ולא כחובה כלפי הלקוח, אולם על הבנק הייתה מוטלת חובת קיזוז מכיוון שסמכות-רשות נהפכת לסמכות-חובה לנוכח טיב היחסים השוררים בין בנק ולקוחו, שהם יחסי אמון. בהקשר זה הבהיר בית-המשפט כדלהלן:

"ביחסים המיוחדים שבין הבנק ולקוחותיו באשר לאשראי שהופסק - היתה זו צפיתם המשותפת של שני הצדדים שכל סכום המופקד לזכותם של החייבים באותו מועד ינוצל ע"י הבנק כדי להקטין את החוב שתוטל עליו רבית מקסימלית... לא תשמע, לדעתי, במקרה שבפנינו, הטענה שמאחר ולא נאמר במפורש בחוזים שבפנינו כי מוטלת חובה על צד מהצדדים לנקוט בדרך של קיזוז הרי שאין לומר שהבנק, במקרה דנן, לא נהג בתום לב בקיומו של חיוב... דומני - ומקרה זה שבפני יעיד על כך - שלעתים אי-שימוש בזכות נתונה יכול להיות מזיק לצד השני, ומנוגד לצפיות הצדדים על-פי סטנדרטים מקובלים, במידה לא פחותה משמוש בזכות נגדו. יש על-כן מקום לומר, שמוטלת חובה על צד לחוזה להפעיל

הוראות ביחס לכספים, יש להשקיעם בהתאם להוראה האחרונה של הלקוח. כלומר, הבנק מכונן את עצמו לדרך הילוכו ולציפיותיו הסבירות של בעל החשבון. כמו-כן נקבע כי אם הלקוח לא נתן הוראות, ישקיע הבנק את הכספים בהתאם להוראות הצו, תוך שהוא משאיר כמוכן כספים בחשבון לשם כיסוי עמלות והוראות-קבע.

70 ע"א 4836/90 פמ"ר חברה לבניין ולעבודות ציבוריות בע"מ נ' הבנק הבינלאומי הראשון בע"מ, פ"ד מח(2) 560 (1994) (להלן: עניין פמ"ר).

71 ת"א (מחוזי ת"א) 1105/83 הבנק הבינלאומי הראשון נ' פמ"ר חברה לבניין ועבודות ציבוריות בע"מ, פ"מ תש"ן(3) 309 (1990).

זכות נתונה לו, כאשר באי הפעלתה בנסיבות אותו ענין הוא מפר למעשה את צפיותיהם הסבירות של הצדדים לחוזה וגורם נזק לצד השני.⁷²

דעת הרוב בבית-המשפט העליון, מפי השופט מצא, הייתה כי יש לקבל את ערעור הבנק, שכן "יש שלפי תנאי ההסכם עם הלקוח הבנק זכאי לבצע, מיוזמתו, גם קיזוז כזה, אך חובה לבצעו בוודאי לא היתה מוטלת עליו; ואף לא מכוח חובתו לעשות שימוש בזכותו החוזית בדרך מקובלת ובתום לב".⁷³ כלומר, דעת הרוב בחנה סוגיה זו מבעד לפריזמה של חובת תום-הלב החוזית, וקבעה כי מבחינה חוזית הזכות של הבנק להפעיל שיקול-דעת אינה נהפכת לחובה לעשות כן, מה-גם שמדובר בשיקול-דעת הנתון לבנק לטובתו שלו, ולא כדי להגן על אינטרסים של הלקוח. ברם, השופט טל (בדעת יחיד) חלק בסוגיה זו על דעת הרוב, ובחן את הנושא מזווית-הראייה של חובות האמון המוטלות על הבנק כלפי הלקוח, אשר מרחיבות, כתוצאה ישירה, את חובות תום-הלב המוטלות על הבנק:

"בענין אחד בלבד אני מבקש להסתייג ממסקנות עמיתי, השופט מצא, והוא חובת הקיזוז של החסכונות כנגד יתרות החוב. לדעתי, צדק בית משפט קמא בסברו, שמכיוון שלבנק היתה זכות קיזוז, הרי בנסיבות שנוצרו, אילו נהג בתום-לב, היתה עליו גם החובה לנצל זכות זו כדי להקטין את הנזק ללקוחותיו עד כמה שאפשר... כבר נאמר ש'בין הבנקים ללקוחותיהם מתקיימים יחסי נאמנות'... כן נאמר... 'הבנק ופקידיו אמורים לפעול בכל מה שקשור לכספי לקוחותיו המצויים בידי, כשהם מונחים על ידי שיקול של טובת הלקוח'. ביחסי הנאמנות שביניהם, ומשגילו הלקוחות את רצונם בקיזוז, חובת הבנק היתה לצמצם את הנזק ללקוחותיו ככל האפשר (כאשר הבנק עצמו לא ניזוק, להיפך, הוא יוצא נשכר)... כאשר עומד חשבון דביטורי בחובה רבה הצוברת ריבית והצמדה בתנאי אינפלציה - מזה, וחסכונות שמטבעם צוברים רווחים קטנים בהרבה - מזה, והלקוחות גילו דעתם שאת החוב יש לכסות מתוך החסכונות, השיקול של 'טובת הלקוח' חייב את הבנק לעשות להקטנת הנזק ללקוחותיו, שהרי בכך לא נפגע האינטרס של הבנק עצמו. אדרבא, היה גובה מיד את עיקר החוב והיה מתדיין על ההפרש, אם היה כזה, במקום להתדיין על מלוא סכום החוב, תוך גרימת נזק של ממש ללקוח. כאשר 'זה נהנה - וזה לא חסר' כי אז 'כופין על מידת סדום' (בבא בתרא י"ב ב).⁷⁴

הנה כי כן, בחינת הסוגיה מבעד לפריזמה של חובות אמון מוליכה למסקנה כי בנק חייב לעשות פעולות שיגשימו את האינטרס של הלקוח וימנעו ממנו נזקים המתחוללים עקב מצב המשק (כגון, בעניין פמ"ר, האינפלציה הגואה וריבית הפיגורים הנצברת כתוצאה ישירה של אי-פרעון חוב במועד). שיקול-הדעת המסור לבנק מחייב אותו לפעול באופן

72 שם, בעמ' 324 (ההדגשה הוספה).

73 עניין פמ"ר, לעיל ה"ש 70, בעמ' 569.

74 שם, בעמ' 571-572 (ההדגשה הוספה).

שיגשים את ציפיית הלקוח הנותן את אמונו בבנק. גישה זו תומכת במישרין בתזה המוצעת, שלפיה חובות האמון השוררות ביחסי הבנק והלקוח מטילות חובה על הבנק להפעיל את שיקול-הדעת שניתן לו ואת הזכות ששימר לו לפעול בחשבון מקום שהדבר מגשים את ציפיות הלקוח ומחויב כתוצאה ממצב כלכלי נתון. נראה כי כשם שברור שהבנק היה מפעיל את הסמכויות הללו אילו עמד על הפרק אינטרס כלכלי שלו עצמו, כן מוטל עליו להפעיל אותן סמכויות כאשר על הפרק עומד אינטרס כלכלי של הלקוח. אכן, בימים כתיקונם הבנק אינו אמור להיות אפוטרופוס על נכסי לקוחות ואינו אמור ליטול את ההגה של ניהול חשבונותיהם. אבל בעיתות משבר הכלל הוא כי "אין חבוש מתיר עצמו מבית האסורים". קשה לאדם לתפקד במהירות הנכונה ובאופן היעיל, וכאשר הבנק רואה לנגד עיניו מצב כלכלי שבו כספי הלקוח יורדים לטמיון ויש פעולות פשוטות שביכולתו לעשות כדי למנוע את הנזק, אין הוא יכול לעמוד מנגד.

לנוכח האמור נראה אפוא ראוי להציע את התזה הבאה:

1. בנק משול לרשות ציבורית מבחינת חובות האחריות שלו לכספי הוולת. על-כן הסמכויות שניתנו בידיו לטובתו שלו לפעול בחשבונות הלקוח בעיתות חירום באופן שיציל אותם מפני כליה אינן יכולות להיוותר "על הנייר" במקרים שבהם מה שמחייב את הפעילות האמורה אינו אינטרס של הבנק, המגובה בבטחונות אחרים, אלא אינטרס של הלקוח.
2. הרשות הציבורית חייבת להפעיל את שיקול-דעתה גם כאשר מדובר בסמכות-רשות, והמונח "רשאי" מתפרש כ"חייב" מכוה נורמה המצויה מחוץ לטקסט של החוק המסמיך, אשר מתבטאת בחובות האמון שהרשות הציבורית חבה כלפי הציבור. באותה מידה אף הבנק חייב להפעיל את שיקול-דעתו גם כאשר מדובר בסמכות-רשות, והמונח "רשאי" מתפרש כ"חייב" מכוה נורמה המצויה מחוץ לטקסט החוזי, אשר מתבטאת בחובות האמון שהבנק חב כלפי לקוחותיו.

החובה להפעיל שיקול-דעת מחייבת גם לפעול בסבירות בהתאם לשיקול-דעת זה, הניצב לבחינה ולבדיקה. בעיתות משבר נראה לכאורה כי שיקול-דעת זה גם יוליך למסקנה מחויבת של פעילות. כך ראינו, בעניין אלראי, כי הרשות חייבת להפעיל את שיקול-דעתה ולבחון את כל האפשרויות הפתוחות לפניה בנסיבות העניין, אולם בחינת האפשרויות עשויה להוביל למסקנה כי חלק מהן פסולות. למשל, מקום שהרשות רשאית לבחור בין שתי אפשרויות והאחת אינה סבירה, התוצאה היא שהרשות חייבת לבחור באפשרות היחידה הנתרת. ממילא לפנינו "רשאי" שפירושו "חייב" – לא רק ביחס לעצם הפעלת שיקול-הדעת, אלא גם ביחס לדרך הפעולה שתינקט בעקבות הפעלת שיקול-דעת זה. ברם, לא תמיד יחייב שיקול-הדעת לנקוט דרך פעולה מסוימת. יש הבחנה ברורה בין החובה להפעיל שיקול-דעת לבין תוצאותיו של שיקול-דעת זה. ייתכן בהחלט ששיקול-הדעת יוליך למסקנה כי לטובת הלקוח עצמו אסור לממש את תיק ניירות-הערך שלו במהירות, מכיוון שהדבר יפיל את השוק ויקצץ את הענף שהלקוח יושב עליו עדיין.⁷⁵ למשל, נראה כי בקריסת שווקים מוחלטת ייתכן שמכירת תיקי

75 ראו, למשל, ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי ואח', פ"ד מח(3) 45 (1994), שם נקבע, מפי הנשיא שמגר, כי אין להטיל אחריות על המדינה לפיצוי המשיבים עקב מותו של אב

השקעות "באופן סיטונאי" על-ידי כלל הבנקים תוביל להתמוטטות מוחלטת על-ידי יצירת פניקה בציבור. במקרים אלה ייתכן כי על-פי שיקול-הדעת שיופעל תהא זו חובתו של הבנק דווקא להימנע ממימושים מהירים, וזאת לטובתם של הלקוח עצמו ושל הציבור בכללותו. כל אשר הסקנו הוא שהבנק חייב להפעיל שיקול-דעת, ואינו יכול להיוותר סביל סתם כך. את תוצאות שיקול-הדעת יש לבחון בכל מקרה לגופו לפי נסיבותיו, על-פי אמות-מידה של סבירות וטובת הלקוח.⁷⁶

ודוק, לא תמיד טובתו של הלקוח היחיד היא טובת כלל הציבור. ייתכנו בהחלט מצבים שבהם מכירה מהירה של תיקי ניירות-ערך תגרום לפניקה בקרב ציבור המשקיעים כך שבסופו של יום יימכרו ניירות-הערך הקורסים במחיר נמוך אף מן המחיר שהיה יכול להתקבל. פניקה כגון זו אף עלולה להוביל לזעזוע משמעותי בשוק ההון. התערבות לטובתו של הלקוח גם אינה תואמת תמיד את האינטרס בתיקי ההשקעות של הבנק עצמו (בנוסטרו שלו). אבל בהקשר זה יש לזכור כי אילו מסר הלקוח הוראה מפורשת כיצד לפעול בחשבוננו בעת משבר, נראה כי הבנק היה מחויב לבצע את הפעולה האמורה גם אם הדבר לא היה מתיישב עם טובתו שלו. ובכן, כאשר קיימת חובת אמון של הבנק כלפי לקוח להציל את כספו מכליה ולפעול לטובתו כדי להגשים את ציפיותו הסבירה, הדברים משולים למצב שבו יש הוראה מפורשת של הלקוח, אף אם התערבות זו מנוגדת לטובת הבנק. יש לזכור בהקשר זה גם את דבריו של השופט בייסקי,⁷⁷ שלפיהם מקום שיש סתירה בין טובת הלקוח לטובת הבנק, מוטל על הבנק להעדיף את טובת הלקוח, לנוכח חובת האמון שהוא חב לו.

המורם מן האמור לעיל הוא אפוא שככלל הבנק אינו אמור להיות אפוטרופוס של תיק ניירות-ערך או של עסקות עתידיות של הלקוח, ואל לו לכפות את הלקוח לסגור פוזיציה או למכור מניה. הבנק רשאי אך אינו חייב לעשות כן. אולם כאשר מתחוללת סופה והבנק רואה אותה בעין, או כאשר הלקוח חורג מהבטחונות שלו והבנק בדעה שחייבים למכור לטובת הלקוח, אזי אין הבנק יכול לשבת בניחותא כצופה מן הצד. טובת הלקוח קודמת

המשפחה בתאונת-דרכים מידי רכב אשר חברת הביטוח שבה בוטח פשטה את הרגל. המשיבים טענו כי המדינה, באמצעות המפקח על הביטוח, נהגה ברשלנות כאשר התירה לחברה לפעול בישראל, לנוכח מצבה הכספי. נקבע ששיקולי המפקח היו סבירים. אחד משיקוליו היה כי הודעה לציבור שהחברת הביטוח מצויה בקשיים כלכליים תביא לידי כך שאנשים ימשכו את כספם ויאיצו את פשיטת-הרגל של החברה, כך שבסופו של יום יינזקו אנשים רבים יותר.

76 משהוטלה החובה להפעיל שיקול-דעת ולא להיוותר סביל, נראה כי מה שיבטיח את הפעלת שיקול-הדעת באופן סביר בנסיבות העניין יהא עוולת הרשלנות הנזיקית. חובתו של הבנק היא כמובן לפעול בזהירות ובסבירות, ובהתאם לכך גם תיבחן אחריותו של בנק שהתערב בתיק לקוחות כמצופה וגרם הפסד ללקוח. בהקשר זה ייבחנו הפעולות כפי שנהוג ומקובל ביחס לכל מי שמנהל תיק השקעות של לקוחו, אשר מוטל עליו לפצות את הלקוח רק אם נהג באופן חורג מגדר הסביר בנסיבות העניין. ברם, אם הבנק לא הפעיל כל שיקול-דעת, אזי הדבר גרוע אף מהפעלת שיקול-דעת שהוביל להפסד, וחוסר הסבירות נעוץ בעצם האדישות והסבילות כלפי המתרחש בתיק הלקוח.

77 משה בייסקי "יחסי אמון בין בנק ללקוח" ספר לנדוי כרך ג 1095, 1097 (הוצאת בורסי, 1995).

בהקשר זה לכל דבר אחר, והיא האינטרס היחיד שמותר וצריך להביא בחשבון. חובת האמון של הבנק כלפי לקוחו תהפוך במקרה זה "רשאי" ל"חייב", ומוטל על הבנק לחלץ חושים ולפעול מיידית כדי להקטין את הנזק המתרגש על ראשו של הלקוח בעת קריסת השוק. משהנחנו קיומה של חובה להפעיל שיקול-דעת, נעמוד להלן על משמעויותיה ועל גדר יישומה. בהקשר זה נתמודד עם טיעונים העשויים להישמע נגד הטלת חובה כאמור על הבנק, ונדון ביישומה של חובת הבנק לפעול ובתרגומה למישור המעשי, תוך יצירת מתחם של שיקולים שיש להביא בחשבון בהקשר זה.

פרק ה: גדרי היישום של התזה המוצעת ותשובה לטענות המועלות כלפיה

נראה כי בימים כתיקונם, כאשר הלקוח מחזיק בעצמו במושכות ומנווט את תיק השקעותיו, אין הבנק צריך (או אף יכול) לשים עצמו אפטרופוס של הלקוח, ואל לו להתערב בניהול החשבון, אלא אם כן הדבר מסכן אינטרס חיוני של הבנק, כגון כאשר יש הפסדים החורגים ממצבת הבטחונות. לא כן הדין במצב של קריסת שווקים. זאת, מהטעם הבא: חובותיו של הבנק כלפי הלקוח הן כאמור פועל יוצא ממצב התלות של הלקוח בבנק ומעודף המידע והכוח המצוי בידי הבנק. על-כן, ככל שיש העצמה של יחסי תלות אלה ושל פערי הכוח והמידע כן תגבר הציפייה שהבנק ימנע את הנזק. מצב של קריסת שווקים הוא דוגמה מובהקת לכך. אומנם, לקוח המשקיע בניירות-ערך או בעסקות עתידיות הוא בדרך-כלל אדם בעל אמצעים וידע כלכלי מסוים, וקיימת הנחה כללית שלפיה אנשים העוסקים בהשקעות בשוק ההון צריכים לשינויים המתרחשים בשוק.⁷⁸ הדברים נכונים קל וחומר בעידן שבו אמצעי

78 בהקשר זה יש לזכור כי חובת האמון של הבנק חלה גם כלפי לקוח מיומן ובעל ידע כלכלי נרחב, אך תוכנה של חובה זו לא יכיל בהכרח חובת פעולה של הבנק בעבור הלקוח, שכן עסקינו בנורמה שבאה לאזן יחסי תלות ולהגשים את ציפיות הצדדים הנובעות מכך. מכאן ואילך לפנינו נקודת איזון קונקרטית המשתנה ממקרה למקרה, ומקום שהתלות הספציפית של לקוח מסוים בבנק נמוכה, או כאשר אין ללקוח ציפייה שהבנק ינחה את דרכו, אשר נהירה לו לחלוטין באופן עצמי, או כאשר יש מקום אף לצפות ולהניח כי הלקוח בחר בידועין באופן מכוון ומושכל בדרך פעולה מסוימת לאור הידע שלו וכישוריו, ברור כי לא מצופה שהבנק יתערב בשיקול-דעת זה של הלקוח וימרה את דרך הילוכו. כך מצאנו בע"א 7424/96 בנק המזרחי בע"מ נ' חברת אליהו גרציאני (1988) בע"מ ואח', פ"ד נד(2) 145, 162 (2000): "בשיטתנו נקבעה חובת הנאמנות כאחד היסודות שביחסים שבין הבנק לבין לקוחו... באומרנו כי היקף חובת הנאמנות משתנה בהתאם לסוג הלקוחות לא אמרנו אלא שהבנק יצא ידי חובת הנאמנות ברמת התנהגות שונה המותאמת הן ללקוח והן לנסיבות. כאשר לקיום חובת הנאמנות, אין לומר כי החובה עצמה אינה מתקיימת כאשר מדובר בלקוח מנוסה הבקיא בעניינים פיננסיים; כל שאמרנו הוא, שביטוייה הקונקרטי של הנאמנות אינו מחייב נקיטת אותם צעדים בכל המקרים, ואינו בא לידי ביטוי באותו אופן כלפי כל לקוח ובנסיבות של

תקשורת משוכללים – כגון אינטרנט, טלפונים ניידים, הודעות דואר אלקטרוני המתריעות בדבר ירידה משמעותית בתיק וכיוצא בהם – הופכים את המידע לנגיש ביותר. אבל במצב של מפנה כלכלי פתאומי נדרש לאדם מן היישוב זמן כדי להתעשת, לעכל ולהפנים את עוצמת השינוי שאירע. האינדיקציות ההולכות ומצטברות אצל הלקוח משנות לבסוף את תודעתו, אבל שינוי זה אינו מדביק את קצב התרחשות האירועים. חולף אם כן זמן יקר עד שהלקוח מפנים את האסון הפתאומי שאירע, ובעיתות חירום מהירות התגובה היא גורם מכריע. הבנק, לעומת זאת, מקבל שטף של אינדיקציות בזמן-אמת, ומצויד במידע רחב ובאמצעים משוכללים הרבה יותר לשם ניתוחו של מידע זה. הבנק מסוגל להגיב מהר יותר, ובעוצמות ובמיומנות שאין ללקוח. במקרים אלה לפנינו מצב קלסי של יחסי תלות מועצמים, ועימם באה הציפייה הלגיטימית לפעולה של הבנק. אין זה המקרה הרגיל, אלא מקרה מיוחד שבו קיימת תלות של הלקוח בבנק עקב כשל השוק החמור המתחולל.⁷⁹

נראה אפוא כי יש לתחום בבירור את התזה המוצעת למקרים של משבר יוצא-דופן המתרחש בשוק, ואין להחיל את החובה לפעול בכל מקרה רגיל.⁸⁰ בהקשר זה יש להדגיש כי חובת הבנק כלפי הלקוח היא פועל יוצא מן התלות של הלקוח בו ומן הציפייה המתעוררת כתוצאה מכך כי יפעל לטובת לקוחו ולא יהא אדיש לנזקיו. תלות זו קיימת במיוחד בעת קריסת שווקים, כאשר הלקוח מתקשה לפעול בעצמו באופן מושכל ומהיר. התלות של הלקוח מועצמת במקרים אלה, והיא שיוצרת את ציפייתו שהבנק יחוש לעזרתו. על-כן נראה כי כמידת התלות וכמידת הקושי של הלקוח להגיב על כשל השוק, כן מידת החובה של הבנק לסייע, וההגדרה של קריסת שוק נובעת בהתאם לכך ממידת המצוקה שנוצרה אצל הלקוח ומהקושי שבו הוא נתון.

בכל הנוגע בהגדרה של "קריסת שווקים", נראה כי לא יהיה נכון לקבוע מסמרות מראש, אבל באופן כללי נראה כי ראוי להציב את גבולות הדברים על בסיס נורמטיבי כדלהלן: נראה כי ירידה מתונה של מניה מסוימת או של השוק בכללותו, כמו כל תנודה שהיא בגדר דברים שכיחים ומצויים, לא יהוו עילה להטלת חובות על הבנק. אבל מקרים

כל שירות בנקאי הניתן ללקוח, שהרי אין ביטויה של חובת הנאמנות כלפי לקוח מן היישוב שהעניינים הפיננסיים זרים לו והוא מסתמך על ייעוצו של הבנק בלבד, כביטויה כלפי לקוח שהוא איש כספים מנוסה. ביטויה וגילויה של חובת הנאמנות הם שמשתנים אפוא בהתאם לנסיבות וליתר הגורמים הרלוונטיים הן לסוג השירות והן למכלול מערכת היחסים שבין הבנק ללקוח.

79 ודוק, נראה כי גם מי שסבור כי חובות האמון אינן מוטלות על הבנק ביחס לכל מקרה שבו בנק מספק שירות (זו, למשל, דעתה של פלאטו-שנער "עסקאות ליווי פיננסי", לעיל ה"ש 35) לא יחלוק כי במקרה של קריסת שווקים נוצרת חובת אמון כלפי לקוחות, כאמור, כפועל יוצא מעוצמת הכשל שנוצר.

80 ביחס למקרה הרגיל נראה כי אין להטיל על הבנק את עולו של ניהול חשבון לקוחותיו, שהרי הבנק מייעץ ללקוח אך אינו אמור לנהל את חשבונו. אין מקום להסיר מן הלקוח את האחריות לנעשה בחשבונו ולעודד אותו להיות סביל ורשלן, ולגלגל את האחריות על שכמו של הבנק. רק במקרים שבהם יש כשל שוק המונע מן הלקוח את האפשרות להגיב נכון ובמהירות, תוך הפנמת המצב בזמן-אמת, יש מקום להטיל חובת הצלה על הבנק.

יוצאי־דופן, שהם בגדר קריסה כללית שאינה "רוח מצויה", יחייבו פעילות כאמור. לכן, למשל, ירידה של 5% ואף של 10% אינה בגדר "קריסת שווקים". גם כמה ירידות מתונות המצטברות לכלל נזק גדול הן דבר שהלקוח יכול להיערך לו ולהגיב עליו בעצמו. אבל ירידה פתאומית וחדה של 50%, למשל, היא בכירור "רעידת־אדמה", ולא דבר שכתי.⁸¹ ייתכן גם מצב שבו שוק המניות בכללותו לא ניווק, אך ענף מסוים או מניה יחידה קרסו. גם אירוע כזה עלול להיות דרמטי לגבי לקוחות מסוימים. במקרה זה לא יהיה אפשר לומר כי מכיוון שהשוק בכללותו ירד באופן מתון בלבד, הירידה החדה והחמורה בענף המסוים אינה מוגדרת "קריסה". הלקוח עלול לטבוע גם בברכה שעומקה הממוצע פחות ממטר, אם המקום שבו הוא ניצב נהפך למים עמוקים עם מערבולת. הכלל צריך להיות "יהי ממון חברך חביב עליך כשלך". מקום שהבנק פועל בהשקעותיו האחרות בדחיפות ובנחרצות ואינו ניצב מנגד, יואיל נא לנהוג באופן דומה גם בתיקים של לקוחות הניצבים בפני כליה, גם אם יש שם בטחונות וממונו של הבנק אינו בסכנה בהקשר זה.

שיקול חשוב נוסף בהחלטה אם להטיל חובת פעולה על הבנק נעוץ בשאלה אם יש לנו אינדיקציות קודמות לרצון הלקוח, כלומר, אם הוא הביע בעבר את דעתו וביקש או התנגד לפעולה מסוימת. השופט טל, בפסק־דינו בעניין פמ"ר, מבהיר כי דעת הרוב (מפי השופט מצא) נסמכה על פסק־הדין בעניין רחמים,⁸² שבו נקבע כי אין להטיל חובה על הבנק

81 המצב הכלכלי שהשתרר בשנת 2008 אינו בגדר משבר "רגיל" שניתן להתמודד עימו בדרכים שגרתיות וצפויות, אלא בגדר "רעידת־אדמה" כלכלית, בלתי־ניתנת לצפייה ובלתי־מכויילת בכלי הפעילות הרגילים. הרוקי מורקמי, בספרו ריקוד האדמה (הוצאת כתר, 2008), כותב: "דבר מוזר, רעידת אדמה. אנחנו מניחים שהקרע תחת רגלנו קשה ויציבה. אנחנו אפילו אומרים 'לעמוד עם הרגליים על האדמה'. ואז, לפתע, יום בהיר אחד, מבינים שזה לא ככה. האדמה והסלעים שאמורים להיות מוצקים ויציבים נהיים רכים כמו נוזל."

82 ע"א 5293/90 בנק הפועלים בע"מ נ' שאול רחמים בע"מ, פ"ד (מז) 240, 260-259 (1993) (להלן: עניין רחמים), שבו התקבל ערעורו של הבנק על דחיית תביעתו נגד חברה שהייתה לקוחתו. דחיית התביעה בבית־המשפט המחוזי התבססה, בין היתר, על הנימוק שהבנק לא עשה שימוש בזכותו לקזוז כנגד חובה של החברה נכסים פיננסיים שעמדו אצלו לזכותה ואשר היקפם עלה על היקף חובה. בית־המשפט המחוזי סבר כי הבנק היה חייב "לשבור" את תוכניות החיסכון של החברה ולמכור את ניירות־הערך שבחשבונה, ובדרך זו לכסות את יתרת החובה שבחשבונה. בקבלו את השגת הבנק על צדקתו של נימוק זה, קבע הנשיא שמגר כי בנסיבות העניין, כאשר מנהל החברה הלקוחה לא רצה כלל בשבירת תוכניות החיסכון, "אין מקום לדרוש מן הבנק כי יפעל באורח עצמאי על מנת להקטין את חוב החברה בהתאם לשיקולים הנראים לו". עם זאת, יושם אל לב כי היו לבית־המשפט שתי הנמקות לדבר: האחת היא כי ככלל "רשאי" אינו "חייב"; והאחרת היא כי במקרה דנא אין ליצור נורמה של חובה לבר־חווית לפעול בחשבון לנוכח העובדה כי מנהלי החשבון התנגדו לפעולה כאמור. דברים דומים נאמרו גם על־ידי בתי־המשפט המחוזיים. כך, למשל, בעניין בש"א (שלום ת"א) 170442/03 בנק יורו־טרייד בע"מ נ' ע. שנהר ניהול ונכסים בע"מ (לא פורסם, 22.8.2004), הובהר כי לנוכח פסקי־הדין בעניין רחמים הנ"ל ובעניין פמ"ר, לעיל ה"ש 70, בנק אינו חייב – ואולי אף אינו רשאי – להשתמש על דעת עצמו בכספים או בזכויות המצויים בידי, כגון תוכניות חיסכון או ניירות־ערך, על־מנת לכסות חוב

לשבור תוכניות חיסכון ולבצע קיזוז של חוב מכוח סמכויות־הרשות המצויות בידי בעניין זה. ברם, השופט טל מבחין בין המקרים, בהבהירו כי בעניין רחמים הייתה התנגדות של בעלי החשבון לקיזוז החוב כנגד החיסכון, ואילו בעניין פמ"ר הציעו המערערים במפורש קיזוז כזה, והמחלוקת הייתה רק מה יהא סכום הקיזוז (ערך מלא או "ערך שבירה"). כלומר, כאשר יש אינדיקציה ברורה לכך שהלקוח אינו מעוניין בפעולה מסוימת, ברור כי אין להטיל על הבנק חובה לעשותה בניגוד לרצון הלקוח, וזאת גם אם הדבר מוביל בעליל להפסד ניכר של הלקוח.⁸³ זאת, מכיוון שהנורמה האמורה מטילה על הבנק חובה להגשים ציפייה סבירה של הלקוח, וזו אינה קיימת מקום שהלקוח מתנגד לדרך הפעולה האמורה. אולם מקום שאין אינדיקציה ברורה להתנגדות של הלקוח או מקום שעסקינן במציאות כלכלית יוצאת־דופן ומיוחדת, אשר לא נחזתה מראש ואשר אין להחיל לגביה אורחות חשיבה והתנהגות היפים לימים כתיקונם, נראה כי חובת הבנק היא לא לעמוד מנגד ולפעול לטובת הלקוח.

נראה על־כן כי גדרי החיוב של הבנק לפעול יהיו כדלקמן:

1. מקום שהלקוח נותן הוראה כיצד לפעול, מובן כי הבנק צריך לפעול בהתאם להוראת הלקוח, אלא אם כן יש מניעה לעשות כן.
2. מקום שהלקוח גילה את רצונו כי הוא מתנגד לפעולה מסוימת, מובן כי הבנק אינו מחויב לבצעה בניגוד לרצון הלקוח.
3. מקום שברור כי הלקוח מעוניין בפעולה מסוימת אלא שיש חילוקי־דעות בנוגע להשלכותיה ולגבי אופן הפעולה (כמו בעניין פמ"ר), הבנק מחויב להגשים את

קיים.

83 כך נקבע גם בבש"א (מחוזי חי') 1086/04 יוסף סגל נ' בנק איגוד לישראל בע"מ, סניף ראשי, חיפה, פס' כג' כד לפסק־הדין (לא פורסם, 2.5.2004):
 "נראה לי, כי השאלה שיש להציג היא: האם מוטלת על הבנק חובה לממש את הבטוחה? הניסוח בסעיף 9 של שטר המישכון הינו שהבנק רשאי [ההדגשה במקור] להשתמש בכל האמצעים לגביית הסכומים המובטחים, וכמו כן לממש זכויותיו לפי שטר המשכון. כלומר, לפי ניסוח הסעיף, לכאורה, אין מוטלת חובה על הבנק... על יסוד המפורט לעיל נראה שלא הייתה מוטלת חובה על הבנק לפעול למכירת המניות. לכאורה, לפחות, גם אינני סבור שהוצבה תשתית ראייתית לכך שהבנק... פעל בחוסר תום לב ותוך הפרת חובת הנאמנות כלפי לקוח. אין ספק ששווי המניה כיום נמוך במידה ניכרת ולאין ערוך מן השווי ב' 14.3.01. נקל מאד להבין ללבם של המבקשים הנאלצים לראות כיצד שווי הבטוחה הולך ופוחת, הולך ומתדרדר במהירות, בעוד חובם כלפי הבנק הולך ותופח, והרי הם בבחינת מי ש'נסתחפה שדהו', אך ההימנעות ממימוש המניות נבעה גם מכך שהמבקשים ביקשו לאפשר להם להביא להסדר החוב, בדרך שתייתר את מימוש המניות, נסיון שלמרבה הצער לא עלה יפה."
 בפסק־דין זה אנו רואים כי נוסף על בחינת הנורמה החוזית (שבה לא הוטלה חובה על הבנק לפעול, אלא ננקטה לשון "רשאי"), בחן בית־המשפט את השאלה אם קמה חובה על הבנק לפעול מכוח חובת האמון הכללית המוטלת עליו כלפי הלקוח. עם זאת, בנסיבות הספציפיות של המקרה שלפניו קבע בית־המשפט כי חובה כאמור לא קמה, שכן הלקוח הביע את דעתו מפורשות כי הוא אינו חפץ בפעולה האמורה וכי הוא מתנגד לה על־אף השלכותיה הכלכליות.

ציפיות הלקוח ולנקוט פעולה שמונעת נזק. למשל, כאשר יש ציפייה של הלקוח כי תוכנית חיסכון תישבר ויתרת החוב תיפרע כדי שלא תצבור ריביות חריגות, אלא שיש חילוקי-דעות אם בעת שבירת התוכנית מגיע ללקוח "ערך שבירה" או ערך מלא, את פעולת הקיוון צריך לבצע מייד, ואילו את חילוקי-הדעות ביחס לשווייה של תוכנית החיסכון יש ליישב אחר כך.

4. כשם שברור כי יש להגשים את ציפיות הלקוח לביצוע פעולה שהוא מעוניין בה גם כאשר לא ניתנה הוראה פורמלית לבצעה (למשל, עקב חילוקי-דעות ביחס להשלכותיה, כפי שהיה בעניין פמ"ר), כך יש להגשים את ציפיות הלקוח ולבצע פעולה כאשר היא מחויבת-המציאות לנוכח שעת חירום כלכלית שהתגשה על ראש הלקוח.⁸⁴ נכון שהלקוח סביל ואינו ער עדיין למצבו החמור, שכן לא תמיד קצב התגובה וההפנמה של הלקוח תואם את קצב ההתרחשות הכלכלית בשעת משבר, אבל הבנק, הניחן בראייה גלובלית ובכלים כלכליים המעמידים אותו מיידית על עוצמת האירוע, חייב לפעול באופן שבו היה פועל אילו עמדו על הפרק אינטרסים כלכליים שלו עצמו. לנוכח אי-הסימטרייה במידע וביכולת ההפנמה בין הבנק לבין הלקוח, אין הבנק יכול לעמוד מנגד בשעה שהוא רואה את הלקוח שוגה ברואה, בסבילות שלו, ועליו להגשים את הרצון הברור של הלקוח, אשר ניכר כי היה מובע אילו נהנה הלקוח מאותה מידה של ידע וכישורים ואילו היה ער לגודל השעה ומצוקותיה ולמשמעות הכלכלית של אפס המעשה בשעה כזו.

5. נראה כי אם בנק מבהיר במפורש בחוזה ההתקשרות בינו לבין הלקוח כי אין הוא רשאי בשום מקרה (כולל בעת קריסת שווקים) להתערב בתיקי הלקוחות, אזי לא תחול עליו חובה לפעול. בדומה לכך, אם הבנק מבקש לוודא כי סמכויות הניתנות לו לטובתו לא יטילו עליו חובה כלשהי, תשולב הוראה בכתב ההרשאה לבנק, שבה יתבקש הלקוח לסמן אם הוא מעוניין או אינו מעוניין לאפשר לבנק לפעול על-פי שיקול-דעתו – לטובתו של הלקוח – במקרה של קריסת שווקים או אירוע משקי כולל המסב נזק

84 למקבילה במשפט העברי ראו בבלי, קידושין מט, ב. מהתוספות עולה כי מיקח בטל בארבעה מקרים: (א) שינוי שחל במצב העובדתי בשעת המיקח מבלי שהדבר היה ידוע לצדדים מביא לידי ביטול המיקח משום "מיקח טעות"; (ב) שינוי נסיבות שחל לאחר ביצוע המיקח מאפשר את ביטול המיקח, גם כאשר מדובר בנסיבות שאינן קשורות למיקח, אך זאת רק אם נוצר תנאי פורמלי המלמד באופן מפורש מראש כי הצדדים למיקח מעוניינים לקשור את ההתקשרות לתנאים סביבתיים מסוימים; (ג) נסיבות שהמיקח תלוי בהן מטבעו, ואשר על-פי דעת כלל בני-האדם הם בבחינת תנאי ברור מאליו למיקח, ואין צורך באמירה כלשהי וכולנו עדים ("אנן סהדי") לתנאי זה; (ד) במקרים שבהם מצופה ככלל להתלות מיקח בנסיבות מסוימות אך יש אנשים סבירים העושים התקשרות זו אף מבלי שיתקיימו נסיבות אלה, אין צורך בתנאי פורמלי, אך יש לבחון אם המתקשר הספציפי דנא גילה את דעתו ביחס לכך בהודמנויות שונות אחרות. כלומר, לא צריך "תנאי פורמלי" אך צריך "גילוי מילתא", דהיינו, אמירה כללית שתבהיר את כוונת הצדדים. להרחבה בעניין זה ראו אברהם וינרוט "בטלות התחייבות למתן גט בהסכם גירושין" תחומין יד 277, 295-297 (התשנ"ד). נראה כי במקרה של קריסת שווקים אין אף צורך בגילוי דעתו של הלקוח, והדברים הם מן המפורסמות, וכולנו עדים המבינים ויודעים כי בהכרח רצונו של הלקוח הוא כי מאן דהוא שגילה ראשון את המפולת המתרחשת יחליץ חושים ויציל את הלקוח מאסון, ומהר.

ללקוח בהעדר פעולה. אם יגלה הלקוח את דעתו כי אין הוא מעוניין בכך, אזי יהיה הבנק אכן פטור מנקיטת פעולה כלשהי. ברם, אם לא נאמר כן, לא יוכל הבנק להניח את החשבון כאבן שאין לה הופכין גם עם קרות אירוע המכלה את הכספים בהעדר פעולת הצלה מיידית.

כנגד התזה האמורה מועלה טיעון כי הטלת חובה כאמור עלולה לגרום לבנק צורך בהעסקת כוח-אדם נוסף, וכן צורך להתמודד עם תביעות משפטיות במקרה שהבנק לא כיבד את הציפיות ממנו, והתוצאה תהיה, בסופו של יום, הגדלת העלות לכלל הלקוחות באמצעות העלאת עמלות. על-כן מועלית טענה כי הגיוני וסביר יותר לדרוש מלקוחות אשר מנהלים תיקי השקעות, ואשר מטבע הדברים נהנים לרוב ממעמד כלכלי איתן יחסית ומעוניינים בהתערבות או בהגנה מפני קריסת שווקים, לבטח את תיקיהם בתמורה לפרמיה שאותה ישלמו לבנק או לחברת ביטוח. טיעון זה נראה לנו שגוי הן במישור העובדתי והן במישור המשפטי. אך בטרם נתייחס לטענה לגופה, נראה שהיא נפרכת כתוצאה מעצם העובדה שהבנק יכול לפטור את עצמו מחובותיו כלפי הלקוח ומהעלות הכרוכה בכך באמצעות הבהרה מפורשת של הדברים בחוזה ההתקשרות.

לגופה של הטענה נראה כי עובדתית אין בה ממש, שכן הטלת חובה על בנק לפעול במקרים יוצאי-דופן אינה אמורה להגדיל את מצבת כוח-האדם שלו, שהרי חדרי-העסקות אמורים להיות ערוכים לטפל גם במצבי חירום. התזה המוצעת רק דורשת מהם לעשות בעבור לקוח שיש לו בטחונות את אשר הם עושים באותה עת עצמה ביחס להשקעותיו של הבנק עצמו וביחס לתיקו של לקוח אשר חורג ממצבת הבטחונות ומסכן את נכסי הבנק. נראה גם כי אין חשש מפני עלייה דרמטית בעלויות של הבנק, אשר תוטל על שכמי הציבור הרחב, שכן ככלל, כאשר הנורמה ברורה והבנק מכבד אותה, אין תביעות ואין עלויות. זאת ועוד, השאלה אם להטיל חיוב על הבנק היא לעולם נורמטיבית, ואינה יכולה להיות מושפעת מהתוצאות הכלכליות של פסקי-דין שיינתנו במקרים של הפרת חובה זו. ביחס לכך כבר ראינו את דבריו של השופט בייסקי,⁸⁵ שלפיהם חובת האמון של הבנק כלפי הלקוח מחייבת אותו להעדיף את טובת הלקוח על טובתו שלו, ונראה כי דוגמה קלסית לכך תהא כאשר אנו שוקלים יישום של דרך פעולה הוגנת לטובת הלקוח ומבקשים להעלות כשיקול שכנגד את החשש מפני העלויות הנוספות שייגרמו לבנק. בהקשר זה נראה כי לא יהיה נכון לשחרר את הבנק מחובת הצלה תוך העלאת טיעון כלכלי הדורש מלקוח לבטח את עצמו מפני מצבי חירום בלתי-צפויים, שהרי דרכו של עולם היא לחייב את מי שהכוח בידו למנוע – או לפחות לנסות למנוע – את האסון של נפילה מגשר קורס, ולא להימנע מכך תוך הפניית המשאבים להקמת בית-חולים במורדות הגשר, כדי שיטפל בכל אלה שכבר נפלו.

קיימת ציפייה לגיטימית שהבנק ימנע כליה כלכלית שהוא רואה כי מתרגשת על ראש הלקוח, וחובתו בהקשר זה היא בגדר נורמת התנהגות הנובעת מכוחותיו שלו ומתלותו של הלקוח בו. יש לפעול בהתאם לנורמה האמורה גם אם יש לכך עלויות כלכליות. אף אם

85 בייסקי, לעיל ה"ש 77.

יוטל על הבנק לשאת בעלויות מסוימות כדי לעמוד בחובותיו הנורמטיביות, עליו להתכבד ולעשות כן. זוהי באופן מובהק המשמעות של תפיסת הבנק כ"סוכנות חברתית", דהיינו, כגוף שיש לו אחריות כלפי החברה. אין מדובר בגוף כלכלי שיכול להרשות לעצמו להישאר אדיש בעת קריסה של אחרים התלויים בו כאשר הוא מסוגל להצילם, שהרי אין הוא רק אזרח בקהילתו, אלא גוף מעין-ציבורי. בהקשר זה יש לציין את פסק-הדין שנזכר לעיל בעניין רשף,⁸⁶ המביא דוגמה מפסיקה בארצות-הברית למהלך של הטלת חובות על בנק בהיותו סוכנות חברתית. בית-המשפט האמריקאי הטיל אחריות על בנק שליווה פרויקט לשיפוץ בגין זיהום סביבתי.⁸⁷ הקביעה הייתה כי בידי הבנק יש כוח כלכלי עצום, וכיכולתו למנוע זיהום כאמור על-ידי כך שיתנה את המימון בהעדר זיהום סביבתי, ומכאן אחריותו של הבנק לאשר אירע. נראה כי הדברים נכונים קל וחומר בכל הנוגע בליכת העיסוק של הבנק ובתחום שבו יש לו ממשק ישיר עם לקוחותיו. נראה כי הבנק אינו יכול להתנער מחובות האמון שלו ללקוחותיו ולהימנע מפעולות בסיסיות של הצלת תיקי ההשקעות שלהם באמצעות טיעונים כלכליים בדבר העלות השולית של העסקת כוח-אדם בחדר-העסקות בעת משבר. נראה כי לטיעון כלכלי כזה אין מקום לנוכח מהותה של החובה הנורמטיבית, כשם שכוחות ההצלה אינם יכולים לטעון כי הם אינם מכבים אש במקום מסוים כאשר עלות הכיבוי עלולה להיות גדולה מהנכס שנשרף.

פרק ו: סוף-דבר

אדם מפקיד בידי הבנק את כל כספו, את עתידו הכלכלי ועתיד משפחתו, וגם את סודותיו. אכן, היחסים הם עסקיים מובהקים, אבל אין זו מערכת יחסים סטרילית, אלא מערכת הדוקה ואינטנסיבית מאוד. במסגרת מערכת יחסים כזו נוצרת ציפייה ברורה של הלקוח שהבנק יגלה כלפיו מידה של נאמנות ואכפתיות, ולא יעמוד מנגד בשעה שמתרחש אסון כלכלי. הציפיות הללו של הלקוח הן ציפיות לגיטימיות, הנובעות מיחסי האמון החלים בין הצדדים. המשפט אינו יכול לסבול אדישות וסבילות כלפי מצוקה של הזולת מקום שיש יחסי קרבה משפטית בין השניים. כוחות הצלה, הורים, מי שמעורב בתאונה וכיוצא בהם אינם יכולים לעמוד מנגד בשעה שאדם טובע. גם בנק אינו יכול לעמוד מנגד כאשר הלקוח

86 עניין רשף, לעיל ה"ש 39.

87 חוק פדרלי קבע במפורש כי תוטל אחריות לשיפוץ בגין זיהום רק על מי שמנהל בפועל את הנכס המזהם. חרף זאת נקבע בעניין U.S. v. Fleet Factors, 724 F.Supp. 955 (1988) כי החובה להסיר את המפגע חלה גם על הבנק המלווה, כלומר, על הבנק שנתן ליווי פיננסי לגורם המזהם. בית-המשפט ציין כי למפקח של הבנק יש כוח השפעה ממשי על הנכס, ובכלל זה הוא יכול להשפיע על דרכי הטיפול בפסולת המסוכנת. הטלת החבות על הבנקים תכלום מפגעים סביבתיים, שכן מדיניות האשראי של הבנקים יכולה להבטיח כי מקבלי האשראי ינקטו צעדים מספיקים למניעת פגיעה סביבתית.

שלו טובע, שכן היחסים בינו לבין הלקוח אינם כיחסי אדם זר הצופה בהתרחשות של אירוע כמתבונן מן הצד, אלא יחסי קרבה משפטית מובהקים. הדברים נכונים במיוחד בעת קריסת שווקים, כאשר הבנק מחזיק בידיו את האיתותים הסיסמוגרפיים המתריעים בעוד מועד על רעידת-האדמה הכלכלית, בעוד ללקוח אין אותה רמה של מידע ואפשרות תגובה. על-כן, גם אם הבנק אינו נדרש להתערב בתיקו של הלקוח בימים כתיקונם, בשעה שמצופה כי אדם ידע ללכת בעצמו ללא עזרה של הזולת, שונים פני הדברים כאשר מתרחשת רעידת-אדמה כלכלית, כאשר הקרקע נשמטת וכל דפוסי ההתנהגות הרגילים מחייבים לפתע שינוי דרסטי ומיידי.

במסגרת הניתוח המשפטי שהובא לעיל ראינו כי הבנק הוא גוף מעין-ציבורי החב חובות אמון ללקוח. כן ראינו כי מחובות אמון אלה נגזרת חובה של רשות ציבורית להפעיל את שיקול-דעתה גם אם מדובר בסמכות "רשות". משתי הנחות-יסוד אלה הסקנו כי גם כאשר נאמר בהסכם ההתקשרות בין הבנק ללקוח כי הבנק "רשאי" לפעול אך אינו חייב לעשות כן, אין בכך כדי לגרוע מחובת הפעולה המוטלת על הבנק. חובה זו אינה חובה חוזית, אלא נובעת מנורמה אחרת המצויה מחוץ לטקסט החוזי, הלוא היא חובת האמון שהבנק חב ללקוחו.

הסקנו, על-כן, כי מחובת האמון שלו נגזרת חובתו להפעיל שיקול-דעת. חובה זו להפעיל שיקול-דעת מחייבת גם לפעול בסבירות בהתאם לשיקול-דעת זה, הניצב לבהינה ולבדיקה. בעייתות משבר נראה לכאורה כי שיקול-דעת זה יוליך למסקנה מחויבת של פעילות. הבנק אינו יכול לעמוד מנגד בעידנא דריתחא של השווקים. ברם, לא תמיד יחייב שיקול-הדעת לנקוט דרך פעולה מסוימת. ייתכן בהחלט ששיקול-הדעת יוליך למסקנה כי לטובת הלקוח עצמו אסור לממש את תיק ניירות-הערך שלו במהירות, מכיוון שהדבר יפיל את השוק ויקצץ את הענף שהלקוח יושב עליו עדיין. כל אשר הסקנו הוא שהבנק חייב להפעיל שיקול-דעת, ואינו יכול להיוותר סביל. מובן כי את תוצאות שיקול-הדעת יש לבחון בכל מקרה לגופו לפי נסיבותיו, על-פי אמות-מידה של סבירות וטובת הלקוח.

אכן, ככלל הבנק אינו אמור להיות אפטרופוס של תיק ניירות-ערך או של עסקות עתידיות של הלקוח, ואל לו לכפות את הלקוח לסגור פוזיציה או למכור מניה. הבנק רשאי אך אינו חייב לעשות כן. אולם כאשר מתחוללת סופה והבנק רואה אותה בעין, אין הוא יכול לשבת בניחותא כצופה מן הצד. נראה כי כמידת התלות וכמידת הקושי של הלקוח להגיב על כשל השוק, כן מידת החובה של הבנק לסייע, וההגדרה של קריסת שוק נובעת בהתאם לכך ממידת המצוקה שנוצרה אצל הלקוח ומהקושי שבו הוא נתון. נראה כי ירידה מתונה של מניה מסוימת או של השוק בכללותו, כמו כל תנועה שהיא בגדר דברים שכוחים ומצויים, לא יהוו עילה להטלת חובות על הבנק. אבל מקרים יוצאי-דופן, שהם בגדר קריסה כללית שאינה "רוח מצויה", יחייבו פעילות כאמור. הכלל צריך להיות "יהי ממון חברך חביב עליך כשלך". מקום שהבנק פועל בהשקעותיו האחרות בדחיפות ובנחרצות ואינו ניצב מנגד, יואיל נא לנהוג באופן דומה גם בתיקים של לקוחות הניצבים בפני כליה, גם אם יש שם בטחונות וממונו של הבנק אינו בסכנה.