

## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 6916/04

ע"א 7680/04

בפני: כבוד השופט א' גרוניס  
כבוד השופטת א' חיות  
כבוד השופט י' אלון

המערער בע"א 6916/04  
והמשיב בע"א 7680/04: בנק לאומי לישראל בע"מ

נגד

המשיב בע"א 6916/04  
והמערער בע"א 7680/04: היועץ המשפטי לממשלה

ערעור על פסק דינו של בית הדין לחוזים אחידים בתיק ע"ש 195/97 שניתן ביום 10.6.04 על ידי כבוד השופט י' עדיאל – אב"ד וחברי בית הדין ד"ר ש' ליפשיץ ומר ע' שרגאי

בשם המערער בע"א 6916/04  
והמשיב בע"א 7680/04: עו"ד ליאת עיני-נצר  
ועו"ד ברוריה שריר הראל

בשם המשיב בע"א 6916/04  
והמערער בע"א 7680/04: עו"ד י' בלום, עו"ד רוני נויבואר  
ועו"ד אמיר בכר

### פסק-דין

השופט י' אלון:

1. היועץ המשפטי לממשלה פנה לבית הדין לחוזים אחידים בבקשה לפי סעיף 16(א) לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982 (להלן: החוק או חוק החוזים האחידים), לבטל או לשנות תנאים רבים מתנאי חוזה ה"תנאים כלליים לניהול חשבונות/פקדונות" של בנק לאומי לישראל בע"מ (להלן: הבנק), הלא הוא החוזה האחיד לפתיחת חשבון עו"ש של הבנק (להלן: החוזה).

על פי הנטען בבקשת היועץ המשפטי לממשלה (להלן: בקשת הביטול), כל אותם עשרות סעיפי החוזה המנויים בבקשה מהווים תנאים מקפחים כמובנם בחוק, ועל

כן מן הדין להורות על "ביטולם או על שינויים במידה הנדרשת כדי לבטל את הקיפוח", כקבוע בסעיף 17 לחוק.

בפסק דינו המעמיק והמפורט קבע בית הדין (כב' השופט י' עדיאל, אב"ד, וה"ה ד"ר שחר ליפשיץ ומר עובדיה שרגאי, פורסם בפ"מ התשמ"ג(1) 481 (2004)), כי עשרים ושמונה מסעיפי החוזה מהווים תנאים מקפחים, והורה על ביטולם או על שינויים הנדרשים בהם להסרת הקיפוח. אשר לשאר סעיפי החוזה שפורטו בבקשת הביטול, נקבע בפסק הדין כי אין הם עולים כדי תנאים מקפחים בחוזה.

שני הצדדים מערערים בפנינו על פסק הדין. הבנק מערער (בע"א 6916/04) על קביעותיו של בית הדין לגבי כל אותם תנאים בחוזה שנמצאו על ידו תנאים מקפחים. היועץ המשפטי לממשלה מערער (בע"א 7680/04) על קביעות בית הדין ביחס לחלק מאותם סעיפי החוזה שנכללו בבקשת הביטול ואשר לגביהם נקבע כי אינם תנאים מקפחים.

בגדרם של הליכים אלה – ובטרם נדונו הערעורים לגופם – הגיעו הצדדים להסדר דיוני שכלל הסכמות ביחס לחלק מקביעות בית הדין, ואלה קיבלו תוקף של פסק דין חלקי ביום 1.5.07.

מטבע הדברים, עניינם של הערעורים שבפנינו הוא בבחינה הפרטנית של השגות הצדדים ביחס לקביעות בית הדין לעניין כל אחת מתניות החוזה.

בטרם נפנה לבחינה הפרטנית, נתייחס בתמצית רבה למסגרת הנורמטיבית המיוחדת לענייננו.

2. מטרתו של חוק החוזים האחידים כנקבע בסעיף 1 לחוק, הינה "להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים אחידים". "חוזה אחיד" הינו "נוסח של חוזה שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסויימים במספרם או בזהותם" (סעיף 2 לחוק).

"תנאי מקפח" הינו "תנאי בחוזה אחיד שיש בו – בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות – משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות" (סעיף 3 לחוק).

ורדה לוסטהויז וטנה שפניץ בספרן חוזים אחידים (1994), מוסיפות לעניין זה

כי:

"המטרה של הגנה מפני תנאים מקפחים משקפת את האיזון בין העובדה שהלקוחות מקבלים חוזה מן המוכן, מבלי ליטול חלק בעיצובו, לבין שיקולי היעילות הנובעים מהתקשרות באמצעות חוזה אחיד. לאור העובדה, שבעסקאות שגרתיות, אין איש מעלה על דעתו לחזור לדרך המשא-ומתן האינדיבידואליים, נמצא הפתרון לאי-השוויון בין הצדדים, לעניין קביעת תנאי החוזה, במניעת התוצאות המקפחות ולא בשלב המשא-ומתן." (בעמ' 49)

בע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 527 (1992) ביאר השופט (כתארו אז) א' ברק את אלמנט "הקיפוח" שבסעיף 3 לחוק, כדלהלן:

"...קביעת הקיפוח משקפת את האיזון הראוי אשר החברה הישראלית יוצרת בין שיקולים כלכליים, מוסריים וחברתיים. אין היא פרי השקפה כלכלית אחת. 'תנאי הקיפוח' אינו מבטא חזון כלכלי זה או אחר. הוא מבטא תפישה חברתית באשר להגון ולראוי ביחסים חוזיים אחידים..."

בחינה זו של הדברים אינה נותנת בידי הפרשן והשופט כלי מדידה ברורים ומוגדרים אלא סימון כללי ומופשט להתוויית הכיוון אליו יש לשאוף ביישום הלכה למעשה של הגדרת "תנאי מקפח" ואיתור אלמנט הקיפוח שבתנאי חוזה אחיד. ואמנם, כנפסק על ידי הנשיא מ' שמגר בע"א 449/85 היועץ המשפטי לממשלה נ' גד חברה לבניין בע"מ, פ"ד מג(1) 183, 189 (1989):

"מושג הקיפוח מן הנכון שילבש תוכן ויתגבש ויתבהר, בדרך של פרשנות ממקרה למקרה, על-פי אמות המידה הפרשניות הכלליות המקובלות עלינו; הכול בכפיפות לכך שדרושה תשומת לב ל'מכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות' (סעיף 3 הנ"ל)."

3. לצד הגדרת "תנאי מקפח" שבסעיף 3, מנה המחוקק בסעיף 4 לחוק עשרה סוגי תנאים בחוזה אחיד אשר "חזקה עליהם שהם מקפחים". תניה בחוזה האחיד העונה על

אחת מאותן חזקות הקיפוח, יועבר נטל הראיה לספק, ובענייננו לבנק, כי במכלול תנאי החוזה ונסיבותיו המיוחדות ההתניה אותה מבקש הוא להתנות על הוראות הדין (ככל שמדובר בהוראות דיספוזיטיביות) הינה מוצדקת וסבירה ברמה השוללת את אופיה המקפח. וכמבואר על ידי לוסטהויז ושפניץ בספרן הנ"ל:

"העברת הנטל שהיא אמצעי חשוב להשגת מטרת החוק, ניתנת להצדקה גם לפי הדין הכללי, שכן הספק הוא זה שמנסח את החוזה. רק הוא, ולא הלקוח, יכול להסביר את ההוראות שנקבעו בחוזה, ולהבהיר מדוע סטה מהוראות הדין. השיקולים להכללת תנאים מקפחים לכאורה בחוזה הם בידיעתו הבלעדית. דברים אלה נכונים במיוחד לגבי 'הנסיבות האחרות' של החוזה, העשויות, כזכור, להצדיק תנאים שהם לכאורה מקפחים. במקרה כזה נראה הדבר אך צודק כי הספק יהיה זה שיסביר את האינטרס שלו, המצדיק, לדעתו, שלילת אינטרסים לגיטימיים של הלקוח." (שם, עמ' 81-82)

4. בענייננו, ה"ספק" הינו בנק והחוזה האחיד הינו חוזה לפתיחת חשבונות עו"ש. חשבונות אלה הינם שידרת המערכת הבנקאית, ואין לך כמעט בית, משפחה או עסק במדינה שאינו נזקק לשירותים אלה.

על פי סעיף 2(א) לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981:

"(א) לא יסרב תאגיד בנקאי סירוב בלתי סביר לתת שירותים מהסוגים הבאים:

- (1) ...
- (2) פתיחת חשבון עובר ושב במטבע ישראלי וניהולו כל עוד מתקיימת אחת מאלה:
  - (א) החשבון ביתרת זכות לטובת הלקוח;
  - (ב) הלקוח עומד בתנאי ההסכם בינו לבין התאגיד הבנקאי בקשר לניהול החשבון;
- (3) "...

המדובר איפוא בחוזה אחיד לאספקת שירות חיוני שהחובה לאספקתו קבועה בהוראת החוק ובכפוף לתנאיו.

במשוואת היחסים שבין הבנק ללקוח נהנה הבנק מעדיפות ברורה, הן בכוחו לכפות את תנאי ההתקשרות, הן מבחינת המידע ומאגרי המידע שברשותו והן ביכולותיו לצמצם ולהפחית מרמות הסיכון שהוא עשוי להיחשף להם במהלך עסקיו.

מערכת היחסים שבין הבנק ללקוח מושתתת בבסיסה על קשר חוזי שבין לווה ומלווה. לעיתים הבנק הוא ה"מלווה", במתן אשראי והלוואות, ולעיתים הבנק הוא ה"לווה", בקבלת פקדונות וחסכונות. עם זאת, במציאות הכלכלית, החברתית והמסחרית של ימינו, המדובר במערכת יחסים החורגת בתחומים רבים מעבר לכך.

"בין הבנקים ללקוחותיהם מתקיימים יחסי נאמנות, והלקוחות מונחים בכלכול ענייניהם הכספיים על-ידי עובדי הבנקים, שהתנהגותם מצריכה רמה גבוהה של ניקיון כפיים והימנעות מלהיות נתונים להשפעות בלתי ענייניות במהלך מילוי תפקידים כלפי כל פרט, המהווה את ציבור הלקוחות, וכלפי הציבור בכללותו." (ע"פ 122/84 מנצור נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(4) 94, 101 (1984))

נפסק שוב ושוב, כי הבנק חב ללקוחותיו חובות אימון וזהירות מיוחדות ומוגברות (ר' ע"א 1/75 בנק ישראלי למשכנתאות בע"מ נ' הרשקו, פ"ד כט(2) 208, 211 (1975); ע"א 5893/91 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' צבאח, פ"ד מח(2) 573, 591 (1994)). לעניין אופיו של הקשר הנוצר בין הבנק ללקוח, מובאים על ידי הנשיא מ' שמגר בע"א 5893/91 הנ"ל דבריו של ד"ר ריקרדו בן-אוליאל, כדלהלן:

"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 מופרזת, כלומר שהוא ינקוט הסדרי עבודה וניהול אשר רמתם תהיה גבוהה מהרמה שאדם אחר היה נוקט בנסיבות דומות." (ריקרדו בן-אוליאל דיני בנקאות – חלק כללי 592 (1996)).

עם זאת, אינטרס ראשון במעלה של הבנק – ובאופן ישיר של הציבור כולו – הינו בשמירת יציבותו הכלכלית, תוך הקפדה על גביית חובות הלקוחות והימנעות מהחשפות למשברי נזילות (ר' ע"א 1304/91 טפחות – בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ')

ליפרט, פ"ד מז(3) 309, 328 (1993); ע"א 636/89 ד"ר כחולי נ' בנק ברקליס-דיסקונט בע"מ, פ"ד מה(3) 265 (1991); דנ"א 1740/91 בנק ברקליס-דיסקונט בע"מ נ' פרוסט קוסטמן, פ"ד מז(5) 31 (1993). אינטרס זה של הבנק, ושל הציבור, מהווה שיקול חשוב ביותר במכלול הנסיבות בהן ייבחן החוזה האחיד שבין הבנק ללקוחות, ומרכיב משמעותי באיזון הנדרש לצורך הקביעה אם תניה פלונית שבחוזה עולה כדי תנאי מקפח אם לאו.

נפנה איפוא עתה לבחינת טענות המערערים לגופן של התניות שבחוזה האחיד ולהשגותיהם, איש איש לשיטתו, על קביעות בית הדין קמא לעניין אותן התניות.

### "פיסקה אחרונה"

5. לצד טופס החוזה האחיד (הלא הוא מסמך "התנאים הכלליים") מגיש הבנק לחתימת הלקוחות טופס מכתב-בקשה, הממוען אל הבנק, ובו בקשת הלקוחות "לפתוח לנו את החשבון/ות... שיתנהלו בכפיפות לתנאים הכלליים לפתיחת חשבונות...". בפיסקה המסיימת את טופס מכתב הבקשה הנ"ל נאמר:

"הננו מאשרים כי קראנו את התנאים הכלליים ואנו מסכימים לאמור בהם. כן אנו מאשרים כי קיבלנו העתק של התנאים הכלליים ושל בקשה זו."

בבקשת הביטול טען היועץ המשפטי, כי הצהרה זו הינה גורפת ועלולה לשלול מהלקוחות טענות העשויות לעמוד להם על פי הדין בדבר הבנתם או אי הבנתם את החוזה וקריאתם או אי קריאתם את המפורט בו בטרם חתימה. בהקשר זה, כך נטען, מהווה ההצהרה הנ"ל תנאי המקיים את חזקות הקיפוח שבסעיפים 4(1) ו-4(6) לחוק.

עוד נטען, כי המדובר למעשה בהצהרה אשר ברוב רובם של המקרים אינה אמת, שכן מי הוא הלקוח הקורא את החוזה האחיד של התנאים הכלליים לפתיחת חשבון העו"ש על מאות סעיפיו ותת סעיפיו בטרם חתימתו עליהם?

בפסק הדין נקבע, כי הגם שאין קיפוח בחלק ההצהרה המתייחס לאישור הלקוחות כי קיבלו עותק של החוזה האחיד בטרם חתימה, הרי שחלק ההצהרה לפיו קראו את מסמך התנאים הכלליים בטרם חתימתם אכן מהווה תנאי מקפח.

לעניין זה נקבע בפסק הדין, כי:

"...בהתחשב בטיבו של החוזה, מורכבותו ובכך שהלקוח הרגיל ממילא אינו יכול להשפיע על תוכנו, סביר להניח שחלק גדול של החותמים על החוזה לא יקראו את החוזה. סביר שלקוחות רבים אף אינם יודעים עברית, או שאינם מסוגלים לרדת לסוף משמעותם של חלקים נרחבים של החוזה, גם אם יקראו אותו מתחילתו ועד סופו. אכן, חוק החוזים האחידים כולו נועד להתמודד עם הפיקציה כי הלקוח קרא, הבין את החוזה והסכים לתוכנו. ההגנה הניתנת מכוח חוק זה ללקוח מבוססת, למעשה, על ההנחה שהלקוח הרגיל אינו קורא את החוזה או אינו מבינו, ועל כל פנים אין לראותו כמי שמסכים הסכמה אמיתית לתוכנו. מסיבות אלה, ייתכן, שכאשר מדובר בחוזים אחידים, השאלה אם הלקוח קרא את החוזה והבין את תוכנו לא תעלה ולא תוריד. אולם, בכל אלה אין משום הצדקה להחתים את הלקוח על אישור, שברור כי פעמים רבות יהא בבחינת פיקציה. ככל שלטענה כי הלקוח לא היה מודע לתוכנו של החוזה תהא נפקות, אפשרות שאיננו יכולים להניח כי תישלל בכל מקרה ובכל נסיבות שהן, יש בסעיף זה כדי לשלול מהלקוח אפשרות להעלות טענות אלה בבית המשפט. לפיכך, אנו סבורים שחלק זה של הסעיף הינו מקפח, ויש, על-כן, לבטלו." (עמ' 668-669)

6. הבנק מערער על קביעתו האמורה של בית הדין. לטענתו, גם בנוסח הנוכחי אין בהצהרה האמורה כדי לחסום בעתיד בעד מי מהלקוחות טענה לפיה לא היה מודע למובנו של סעיף זה או אחר בחוזה. מטרת הסעיף, לטענת הבנק, נועדה למנוע מהלקוחות לטעון בעתיד לבטלות ההסכם מכיוון שלא התאפשר להם לקרוא את החוזה בטרם חתימה. אדרבא, יש בסעיף זה כדי לעודד ולתמרץ את הלקוחות לקרוא את החוזה בטרם יחתמו עליו ולהימנע ממתן גושפנקא לתופעה של חתימת חוזים על החלק כפי שעשויה להשתמע מתוך קביעת בית הדין.

7. הלכה היא משכבר, כי אדם החותם על הסכם (שלא בלחץ או בנסיבות פסולות) לא ישמע בדרך כלל בטענה כי חתם מבלי להבין את תוכן המסמך או כי אין די בחתימתו לבטא את הסכמתו לתנאיו.

"כלל הוא כי אדם החותם על מסמך מוחזק כמי שקרא אותו והבין את תוכנו וכי חתם עליו לאות הסכמתו, בייחוד כאשר מדובר במסמך מהותי ביחס לנכסיו... עוד

נפסק כי המבקש לסתור חזקה זו צריך להוכיח את גירסתו בראיות פוזיטיביות כאפשרות קרובה. (השופטת א' חיות בע"א 6799/02 יולזרי נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, פ"ד נח(2) 145, 149 (2003), תוך הפניה לע"א 1513/99 דטיאשוילי נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד נד(3) 591 (2000); ע"א 6645/00 ערד נ' אבן, פ"ד נו(5) 365 (2002))

איננו מוצאים מקום או הצדקה להבחין לעניין זה בין חתימה על חוזה "רגיל" לבין חתימה על חוזה "אחיד". סיווג המשנה של "חוזה אחיד" אינו מפקיע את החוזה מסיווגו המקורי והעיקרי כ"חוזה" (וראו לעניין זה לוסטהויז ושפניץ חוזים אחידים עמ' 19; ג' שלו דיני חוזים 608 (תש"ן) וה"ש שם; ג' שלו דיני חוזים 606-607 (מהדורה שניה, התשנ"ה) וה"ש שם; רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עזבון המנוחה מילגרום הינדה ז"ל נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145, 157 (1998)).

מסקנה זו מתבקשת ובלתי נמנעת נוכח הגדרת "החוזה האחיד" בסעיף 1 לחוק כ"נוסח של חוזה שתנאיו... נקבעו מראש בידי צד אחד...". חוזה, גם חוזה אחיד, מחייב את הצדדים לו (ובכללם הלקוחות) מכוח הסכמתם ומכוח שכלול ההסכמה לכלל "חוזה" כמובנו בחוקי החוזים השונים.

"החוזה האחיד" נשלט בראש וראשונה על ידי חוקי החוזים (הכלליים). בנוסף לאלה הוא נשלט גם על ידי חוק החוזים האחידים, אך זאת רק באותה הגיזרה של התנאים שנקבעו על ידי בית המשפט כ"תנאים מקפחים" ובהיקף ההתערבות השיפוטית הנובעת מאותן הקביעות.

ברם, ככל שהדברים אמורים בדוקטרינות החוזים הכלליות, ובכללן מתן ההסכמה לעצם כריתת החוזה, אין החוזה האחיד יוצא מגדרם של דיני החוזים הכלליים.

על כן, "לקוח" החותם על "חוזה אחיד" כמוהו כצד לחוזה שאינו אחיד החותם על אותו החוזה.

בזה גם בזה, וכנאמר בע"א 6799/02 הנ"ל, "אדם החותם על מסמך מוחזק כמי שקרא אותו והבין את תוכנו וחתם עליו לאות הסכמתו". הנחת בית הדין קמא כי "חוק החוזים האחידים כולו נועד להתמודד עם הפיקציה כי הלקוח קרא, הבין את החוזה

והסכים לתוכנו" – אינה מקובלת עלינו, שכן בניסוחה הגורף שומטת היא למעשה את הבסיס מעצם קיומם ה"חוזי" של החוזים האחידים.

לא זו מטרתו של חוק החוזים האחידים, ובודאי שלא לשם כך הוא "נועד כולו". מטרת חוק החוזים האחידים הינה בהקמת מנגנון ההתערבות השיפוטית בתוכנו של אותן תניות בחוזה האחיד שייקבע לגביהן כי הן נגועות בקיפוח הלקוחות.

זאת, מתוך ההכרה כי זירת "החופש החוזי" ו"חופש ההתנאה" בשלב הטרומ חוזי של החוזה האחיד מצומצמת מהחופש החוזי שבחוזים האחרים. "הבעיה המיוחדת בחוזים האחידים אינה אי-ידיעת התנאים או היעדר הסכמה-פורמאלית לתוכנם, אלא דווקא הסכמה, אם כי לתנאים מוכתבים מראש, שאין לשנותם" (ע"א 4602/97 ודאל (אשדוד 88) בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד נג(2) 577, 592 (1999), ההדגשה במקור). אולם, אין הדברים חורגים מעבר לכך, "החוזה האחיד" נותר חוזה, דרכי ההצעה והקיבול יהיו כבחוזים הרגילים וכן שאר עקרונות ודוקטרינות שבדיני החוזים – ככל שאינן נשללות או נסתרות על ידי קביעה שיפוטית מכוחו של חוק החוזים האחידים.

8. על כן, איננו מוצאים פגם או קיפוח בנוסח הצהרת הלקוח כי חתימתו על החוזה האחיד מבטאת את הסכמתו לאמור בחוזה.

אך מובן הוא, כי אין בהסכמה זו משום ויתור כלשהו על זכות איזושהי מזכויות הלקוחות על פי חוק החוזים האחידים (השוו גבריאלה שלו דיני חוזים 627 (מהדורה שנייה, התשנ"ה)). כמו כן, וכפי שקבע בית הדין קמא, אין פגם או קיפוח בחלק ההצהרה לפיו קיבלו הלקוחות מהבנק, בטרם חתימה, עותק של התנאים הכלליים.

אכן, ההצהרה הנוספת של הלקוחות כי "קראנו את התנאים הכלליים" מעוררת אי נוחות מסויימת, זאת נוכח הפער הגדול שבין אותה הצהרה לבין המציאות המוכרת כפי שבוארו הדברים בפסק הדין קמא. אולם שלא כבית הדין קמא, איננו סבורים כי אי נוחות זו עולה כדי תנאי מקפח. זאת בראש ובראשונה מתוך כך שאין הצהרה זו מעלה או מורידה מאומה מזכויות הלקוחות על פי דין החוזים בכלל ועל פי חוק החוזים האחידים בפרט.

כפי שפירטנו, מחויבותו החוזית של הלקוח הינה מעצם הסכמתו לחוזה כאשר חתימתו מהווה ביטוי לאותה הסכמה שהלקוח, בחוזה האחיד, ככל צד לכל הסכם אחר, "מוחזק" כמי שהבין את תוכן המסמך.

הסכמת הלקוח לחוזה האחיד וחתימתו עליו אין בהן כאמור ויתור על זכות מזכויותיו על פי חוק החוזים האחידים. על כן, ומשאינן בהצהרה האמורה משום "תנאי מקפח" בחוזה האחיד – דין הערעור לעניין זה להתקבל.

עם זאת, ועל אף זאת, המילים "קראנו את התנאים הכלליים" מיותרות לחלוטין ואין בהן לשרת אינטרס כלשהו של הבנק, גם זאת מתוך הנימוקים שפירטנו לעיל.

אשר על כן, ומתוך אי הנחת המתעוררת – לשוא וללא צורך – מהוספת המילים הנ"ל להצהרה, טוב יעשה הבנק אם ימחק את קטע ההצהרה אשר במילים "אנו מאשרים כי קראנו את התנאים הכלליים", ויסתפק בהצהרת הלקוחות כי קיבלו את עותק התנאים הכלליים, כי ניתנה להם האפשרות הדרושה לעיין בו וכי חתימתם על המסמך מהווה את הסכמתם לאמור בו.

## סעיף 1.2 – ביטול או הפחתה של מסגרת האשראי

9. בסעיף זה שבחווזה נקבעת זכותו של הבנק להפחית או לבטל את מסגרת האשראי שהוסכמה עם הלקוח. להלן נוסחו של הסעיף (אשר לנוחות הדיון חלקנוהו לפסקאות משנה):

### 1.2" גבולות למשיכת כספים מהחשבון

הלקוחות ימשכו כספים מהחשבון אך ורק בגבולות יתרת הזכות שתעמוד לרשותם בחשבון, אלא אם כן אושרה להם מסגרת אשראי (להלן 'מסגרת אשראי') ואם אושרה – בגבול שאושרה ולמשך התקופה שאושרה.

הבנק לא יהיה חייב לתת או לחדש את מסגרת האשראי.

הבנק יהיה רשאי להפחית או לבטל את מסגרת האשראי בהודעה של עשרה ימים (או תקופה קצרה יותר שיקבע הבנק בכפיפות להוראות כל

דין) מראש, או באופן מיידי וללא הודעה מוקדמת, במקרים שבהם הוא עלול להסתכן באי יכולת לגבות את האשראי עקב שינוי לרעה בכושר הפרעון של הלקוחות, או עם היווצרותם של תנאים אחרים המחייבים הקטנה מיידיית או ביטול של מסגרת האשראי, או במקרים אחרים המותרים על-פי כל דין, והכל לפי שיקול דעתו של הבנק".

בבקשת הביטול שהגיש היועץ המשפטי לממשלה לבית הדין קמא, נטען לעניין סעיף זה שבחווה כדלהלן:

"האמור בסיפא של סעיף קטן 1.2 לחוזה מקפח את הלקוחות, ומהווה חזקת קיפוח במובן סעיף 4(2) לחוק החוזים האחידים. על מנת להסיר את הקיפוח, יש למחוק את המילים 'או במקרים אחרים המותרים על פי כל דין, והכל לפי שיקול דעתו של הבנק', המקנות לבנק שיקול דעת רחב ביותר להפחית או לבטל את מסגרת האשראי באופן מיידי וללא הודעה מוקדמת, ללא סיבה מוגדרת. בית הדין מתבקש לשנות את הסעיף ולהגביל את אפשרות הבנק לעשות כן רק במקרים בהם היה לבנק חשש סביר שלא יוכל לגבות את המגיע לו, כאשר עליו להודיע ללקוח על כך בזמנית."

בתצהירו של מר מ' פיין, סגן המפקח על הבנקים, נאמר עוד לעניין זה:

"העמדת מסגרת אשראי הינה הסכם, כמו כל הסכם אחר, בין הלקוח לבין הבנק. עוד יודגש, שלפי כללי גילוי נאות, הסכם למתן אשראי חייב להיות בכתב. בפועל, הסכמים אלה הינם לתקופה קצובה של מספר חודשים, ולכן אין מקום להשאיר לבנק שיקול דעת מוחלט לבטל את ההסכם בתוך התקופה. עמדת הפיקוח על הבנקים היא, כי התאגיד הבנקאי, המבקש להפחית את מסגרת האשראי, יהיה חייב להוכיח שקיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת. כמו, למשל, אם הבנק נקלע לקשיי נזילות."

10. בפסק הדין קמא נקבע, כי לאור הוראת סעיף 2(א) סיפא לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981, על פיה "אין חובה לתת שירות שיש בו משום מתן אשראי ללקוח" – "לא יכולה להיות מחלוקת על כך שהבנק אינו חייב לתת ללקוח אשראי", וכי "אין גם מחלוקת כי בעיקרון, זכאי הבנק, במקרים מסוימים, להפחית או לבטל את מסגרת האשראי בהודעה מראש".

על כן, כך נקבע, "המחלוקת בין הצדדים נוגעת לשאלה, מהם המקרים בהם רשאי הבנק, חרף קיומו של חוזה למסגרת אשראי, לבטל את מתן האשראי או לשנותו, משך הזמן של ההודעה המוקדמת אשר צריך הבנק לתת על ביטול או שינוי כזה, האם נתונה לבנק הזכות לבטל את מסגרת האשראי גם ללא מתן הודעה מראש, ואם כן – באילו נסיבות".

נקבע בפסק הדין, כי על פני הדברים התנאי שבסעיף דנן המאפשר לבנק לבטל או לשנות את הסכם מסגרת האשראי (אם לעניין גובהו, אם לעניין תקופתו ואם לעצם האפשרות לביטול) "אכן עשוי ליפול בגדרה של חזקת הקיפוח לפי סעיף 4(2) לחוק, בכך שהוא מקנה לבנק זכות 'להשעות או לדחות את ביצוע החוזה, או לשנות את חיוביו המהותיים לפי החוזה'. אך זאת בתנאי שמדובר, כאמור ברישא לסעיף זה, ב'זכות בלתי סבירה'".

בית הדין, בהסתמך על פסיקת בית משפט זה בע"א 323/80 אלתיב בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד לז(2) 673 (1983) ובע"א 102/83 ל.ג.ל כרמיאל בע"מ נ' בנק לאומי בע"מ, פ"ד מא(1) 253 (1987) – מצא כי:

"הפסיקה מכירה אפוא בזכותו של בנק להימנע מלהעניק ללקוח אשראי ואף להימנע מלתת אשראי נוסף במסגרת האשראי שאושרה ללקוח, משיקולים לגיטימיים שנועדו לאפשר לבנק להבטיח את החזר כספיו." (עמ' 511)

גישה דומה, ואף מרחיבה יותר, מצא בית הדין במשפט המשווה, הגרמני, הצרפתי והאנגלי.

עם זאת, מסקנת בית הדין היתה כי נוסחו הנוכחי של התנאי "מקנה לבנק שיקול דעת רחב מידי. תנאי זה גם אינו מביא בחשבון את האינטרס של הלקוח... בכך הסעיף, בנוסחו הנוכחי, מקפח את הלקוחות".

לאור זאת, ועל מנת להסיר את הקיפוח, נקבע בפסק הדין קמא כי:

"...יש להגביל את זכות הביטול של הבנק למקרים שבהם חל שינוי מהותי לרעה בכושר הפירעון של הלקוח או בהתקיים נסיבות אחרות שלא היו ידועות

לבנק בעת מתן הסכמתו למסגרת האשראי, אשר מסכנים  
באופן ממשי את יכולת הגבייה של הבנק, וזאת תוך  
 התחשבות גם באינטרס של הלקוח ובנזקים העלולים  
 להיגרם לו עקב הביטול או הפחתת מסגרת האשראי.  
 (עמ' 513)

בית הדין הוסיף וקבע, כי:

"אשר למתן ההודעה המוקדמת, אם בכלל, ולמועדה,  
 אנו סבורים שכאן חל כלל 18(ג) לכללי הבנקאות  
 (שירות ללקוח) הנזכר לעיל בהיותו בגדר הוראת חיקוק  
 המסדירה מטריה זו." (שם)

על פי כלל 18(ג) לאותם הכללים (כללי הבנקאות (שירות ללקוח)(גילוי נאות  
 ומסירת מסמכים), התשנ"ב-1992):

"החליט התאגיד הבנקאי על הפחתה במסגרת האשראי,  
 יודיע על כך עשרה ימים לפחות לפני השינוי; אין  
 בהוראה זו כדי למנוע מהתאגיד הבנקאי להקטין מסגרות  
 אשראי או לבטלן, ללא הודעה מקודמת, במקרים שבהם  
 הוא עלול להסתכן באי יכולת לגבות את האשראי, עקב  
 שינוי לרעה בכושר הפירעון של הלקוח או עם  
 היווצרותם של תנאים אחרים המחייבים הקטנה מיידית  
 של מסגרת האשראי."

לסיום הוסיף בית הדין וקבע, כי מסקנותיו דלעיל יחולו הן לעניין ביטול  
 מסגרת אשראי שניתנה לתקופה קצובה, קודם לתום אותה התקופה, והן לעניין מסגרת  
 אשראי שלא הוגבלה בזמן.

הטענות שבערעורים

11. שני הצדדים כאחד מערערים על פסיקותיו האמורות של בית הדין קמא.

טענות הערעור של הבנק הן כדלהלן:

א. בקשת הביטול של היועץ המשפטי לממשלה התייחסה רק להוראת  
 הסיפא לסעיף 1.2 לחוזה, לפיה רשאי הבנק לבטל את מסגרת האשראי באופן מידי  
 וללא הודעה מוקדמת, ולטענתו כי יש לסייג זכותו זו של הבנק רק במקרים בהם יש לו

חשש סביר שלא יוכל לגבות מהלקוח את האשראי הנוסף. היועץ המשפטי לא עתר כלל בבקשת הביטול לעניין החלופה הנוספת שבסעיף זה, ביטול או הפחתת מסגרת האשראי לאחר מתן הודעה מוקדמת. על כן, ככל שפסק הדין קמא משנה מנוסח הסעיף לעניין הביטול או ההפחתה, לאחר מתן הודעה מוקדמת, הרי שפסיקתו זו חורגת מסעד הביטול או השינוי להם עתר היועץ המשפטי.

ב. פסק הדין קמא לוקה בעניין זה בחוסר בהירות, שכן לא ברור אם הוראותיו מתייחסות רק לסיטואציה של ביטול או הפחתה מיידית של מסגרת האשראי ללא הודעה מוקדמת, או גם לביטול או להפחתה לאחר מתן ההודעה המוקדמת.

ג. מכל מקום, כשם שעצם ההחלטה בדבר מתן מסגרת אשראי ללקוח מלכתחילה היא עניין הנתון אך ורק לשיקול דעתו של הבנק, כך גם אמור להיות המצב לעניין הפחתת או ביטול מסגרת האשראי בכל עת שהיא וגם ללא הודעה מוקדמת. תנאי שכזה הינו סביר ביחסים שבין בנק ללקוחו, ואין לראות בו תנאי מגביל או מקפח.

ד. בכל מקרה בו מדובר בחשש לסיכון כספו של הבנק, יש לאפשר לבנק לפעול באופן מיידי להצלת כספו, גם כאשר הסיכון הוא "סביר" ולא רק כשהסיכון הוא "מהותי". לאור זאת, כך הטענה, הטלת סטנדרט התנהגות של בנקאי "סביר" מעניקה ללקוח הגנה מספקת, ואין להציב רף גבוה יותר.

ה. הזכות להעמיד אשראי, לבטלו או להפחיתו, הינה זכות אלמנטרית ויסודית ביחסי בנק-לקוח. הגבלת זכות זו בדרך הטלת תנאים נוקשים פוגעת קשות באינטרס לגיטימי זה של הבנק, שעניינו בין היתר בשמירה על כספי שאר לקוחותיו. בהפעלת זכותו זו חייב הבנק בכל מקרה בחובות תום הלב ובמבחני הסבירות, ואין מקום להוסיף על כך בהוספת תנאים נוקשים ובלתי סבירים בגדרו של חוזה ההתקשרות בין הבנק ללקוח.

12. היועץ המשפטי בסיכומיו תומך במסקנות בית הדין ובשינויים עליהם הורה בנוסח הסעיף דנן שבחוזה. לצד אינטרס הבנק להבטחת גביית האשראי, עומד אינטרס הלקוח המסתמך על ההסכמות שבינו לבין הבנק לעניין מסגרת האשראי ותקופתו. שינוי או ביטול מסגרות מוסכמות אלה, משמעו במקרים רבים פגיעה קשה או אפילו הרס כלכלי של הלקוח. האיזון המתבקש בין אינטרס הבנק לאינטרס הלקוח נמצא כדבעי בפסיקת בית הדין, לפיה זכות הביטול או ההפחתה של מסגרת האשראי לא

תעמוד לו לבנק אלא בנסיבות החריגות בהן חל שינוי מהותי לרעה בכושר הפרעון של הלקוח או שנוצר סיכון ממשי ליכולת הגביה של הבנק.

נסיבות חריגות שכאלה דומות במהותן לסיטואציה של "הפרה צפויה" של התחייבויות הלקוח, על פי הסכם מסגרת האשראי, ובאיזון המתבקש – רק בהתקיימן יש הצדקה לאפשר לבנק לבטל או להפחית את מסגרת האשראי, תוך כדי התקופה המוסכמת.

13. לעומת זאת – מערער היועץ המשפטי על קביעות בית הדין לעניין תקופת ההודעה המוקדמת (במקרה בו הבנק בוחר בדרך שכזו לביטול מסגרת האשראי ושלא בדרך הביטול המיידית) והחלת הוראות כלל 18(ג) לכללי הבנקאות לעניין זה.

ראשית, הכלל האמור בוטל ביום 1.4.03 ובטרם ניתן פסק הדין. שנית, טוען היועץ המשפטי, "לאור העובדה שהמבחן שנקבע, לגבי עצם קיום הזכות (של הבנק – י"א) להעמיד את מסגרת האשראי לפירעון מיידית, הוא מבחן של סיכון יכולת הגבייה, הרי שדומה שאין צורך בהודעה מוקדמת ללקוח על העמדת מסגרת האשראי לפירעון מיידית".

לעניין זה סבור היועץ המשפטי, כי "ניתן להסתפק בהסדר דומה לזה המצוי בחוק כרטיסי חיוב, התשמ"ו-1986, על פיו תינתן ללקוח הודעה בד בבד עם ביטול או הפחתה של מסגרת האשראי".

דיון

14. לית מאן דפליג, כי אין חובה על הבנק לתת ללקוח שירות שיש בו משום מתן אשראי. כך היא הוראתו הברורה של סעיף 2(א) לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981, וכך מתחייב מהגיונם של דברים. ברם, משהגיעו הבנק והלקוח להסכם בדבר מסגרת אשראי שיתן הבנק ללקוח, קמה לכאורה חובתו של הבנק למתן האשראי מכוח אותו ההסכם, על פי תנאיו, ובראש וראשונה – גובה האשראי ותקופת מתן האשראי.

על כן, תנאי בחוזה אחיד לפיו הבנק רשאי, באופן חד צדדי, להשתחרר מהתחייבויותיו על פי הסכם המסגרת, עונה לכאורה להגדרת חזקת התנאי המקפח שבסעיף 4(2) לחוק, ולפיו:

4" חזקה על התנאים הבאים שהם מקפחים:

- (1) ...
- (2) תנאי המקנה לספק זכות בלתי סבירה לבטל, להשעות או לדחות את ביצוע החוזה, או לשנות את חיוביו המהותיים לפי החוזה;
- (3) "...

ברם, בכך לא מסתיימת הבחינה הנדרשת להתקיימות הקיפוח, שכן חזקת הקיפוח הקבועה בסעיף 4(2) לחוק מותנית בכך שהזכות המוקנית לספק לבטל או לשנות את חיוביו המהותיים לפי החוזה הינה "בלתי סבירה". זאת, בנוסף למרכיבים הנוספים של הגדרת הקיפוח שבסעיף 3 לחוק, ולפיו:

3" תנאי מקפח וביטול  
 בית משפט ובית הדין יבטלו או ישנו, בהתאם להוראות חוק זה, תנאי בחוזה אחיד שיש בו – בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות – משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות (להלן: תנאי מקפח)."

15. על פני הדברים, קיים דמיון בין "הסכם מסגרת אשראי" לבין הסכם הלוואה, שכן בשניהם המדובר בהעמדת אשראי לרשות הלקוח. אולם, שלא כבהסכם הלוואה המתאפיין בדרך כלל במסוימות הסכומים, מועדי הפרעון והבטחונות – הרי ש"מסגרת האשראי" נעדרת רבים ממאפיינים אלה.

מסגרת האשראי הינה למעשה מסגרת לסידרה מתמשכת של עסקאות אשראי עתידיות בין הבנק ללקוח. ניתן לומר, כי הסכם המסגרת מבטא למעשה מעין נכונות א-פריורית של הבנק להלוות ללקוח מפעם לפעם, משך תקופת המסגרת, הלוואות בסכומים שונים שייקבעו על ידי הלקוח, וזאת עד לתיקרת מסגרת האשראי.

בסיפא לסעיף דנן שבחוזה האחיד מבקש הבנק לשמור לעצמו את הזכות לבטל את מסגרת האשראי, תוך תקופת המסגרת:

”במקרים שבהם הוא עלול להסתכן באי יכולת לגבות את האשראי עקב שינוי לרעה בכושר הפרעון של הלקוחות, או עם היווצרותם של תנאים אחרים המחייבים הקטנה מיידית או ביטול של מסגרת האשראי... והכל לפי שיקול דעתו של הבנק.”

לטענת הבנק, התניה זאת לגיטימית ומתבקשת מתוך זכותו על פי דין להחליט על פי שיקול דעתו הבלעדי אם להעניק מלכתחילה אשראי ללקוח אם לאו. שיקול דעת זה המוקנה לבנק, כך הטענה, אינו מצטמצם אך ורק לעניין ההחלטה אם ליתן מלכתחילה את האשראי, אלא גם להמשך העמדת האשראי במהלך תקופת המסגרת. הדבר דרוש לאינטרס הבנק להבטיח לעצמו את יכולת החזרת האשראי, וכפועל יוצא מכך גם לאינטרס הציבורי שעניינו ביציבות מערכת הבנקאות ובשמירה על חוסנה.

כתמיכה לעמדתו זו מפנה הבנק לדברי השופט ת' אור בע"א 323/80 הנ"ל

בעמ' 684 :

”הזכות ששומר לעצמו בנק, אם להסכים למשיכת יתר פלונית, הינה במסגרת שיקול הדעת, שמבקש הבנק לשמור לעצמו לעניין מתן הלוואות. כך, למשל, במסגרת דאגתו להבטיח לעצמו את החזרת כספי ההלוואה-האשראי, שהוא נותן ללקוחו, ובנוסף לביטחונות שידאג באופן הרגיל לקבל, חשוב לו לדעת, לאור מצב חובו של הלקוח לו, לצורך איזו מטרה מוצאים הכספים, אותם ילווה ללקוח. על-ידי כך יוכל להעריך את הסיכויים של הלקוח להחזירם לו, כשיהיה חייב בכך. אינטרס זה של הבנק הינו אינטרס עסקי לגיטימי, ואיני רואה, על שום מה יתערב בית המשפט וישלול מהבנק זכותו זו, לה הסכים הלקוח בחוזה מפורש, המחייב ביחסיו עם הבנק.”

16. נקדים ונציין, כי הדברים המצוטטים לעיל נאמרו בטרם נכנס חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982, לתוקפו ואף אינם מתייחסים לטענה לעניין "תנאי מגביל" כמשמעו בחוק החוזים האחידים, התשכ"ד-1964 (שבוטל בגדרו של החוק החדש). דבריו האמורים של השופט אור נפסקו בהתייחס לטענה שהועלתה שם, ולפיה יש לראות בזכות הלקוח לקבלת אשראי מהבנק כ"זכות עתידית" הניתנת לעיקול. לעניין זה נקבע, כי אין המדובר כלל ב"זכות עתידית" של הלקוח. נפסק שם, כי מסגרת האשראי אינה אלא "זכות" לפנות מדי פעם אל הבנק בבקשה לקבל אשראי, כשהבנק חופשי היה, לפי המוסכם עמו, להיעתר לה או לדחותה" (שם, עמ' 683-684).

עם זאת, במקום אחר בפסק דינו הנ"ל של השופט ת' אור נבחנה טענת המערערת באותו העניין כי "אותו תנאי בהסכם, על-פיו מסור לבנק שיקול-דעת לגבי כל סכום אשראי, אותו מבקשת החברה, אם לתתו אם לאו, הינו תנאי מגביל במובן חוק החוזים האחידים, תשכ"ד-1964, ועל-כן יש לראותו, על-פי סעיף 14 לחוק זה, כבטל".

וכך נפסק לעניין טענה זו:

"...התנאי הנדון הינו תנאי סביר ביחסים בין בנק ללקוחו, על-פיו שומר לעצמו הבנק את הזכות להחליט, אם ומתי ליתן הלוואה נוספת ללקוחו. ללקוח אין כל חזקה על כספי הבנק, ואין לו כל זכות קנויה לקבל הלוואות עד סכום מסוים. לפיכך, כשהוא מתקשר עם הבנק, וזה ניאות להלוות לו כספים עד גבול מסוים, ובלבד שיוכל בכל פעם שיתבקש ליתן הלוואה או אשראי ללקוח לשקול את עמדתו מחדש, לאור הנסיבות אותה שעה (מצבו הכלכלי של הלקוח, מטרות הלוואה וסיכויי החזרתה) – אין בכך כל קיפוח של הלקוח או מתן יתרון בלתי הוגן לבנק. 'יתרון' זה של הבנק ליתן או לא ליתן הלוואה ללקוחו היה לו אף קודם כריתת החוזה בין הצדדים." (שם, עמ' 685)

17. כפי שציינו לעיל, לא הרי תנאי בחוזה לפיו רשאי הבנק לשקול כל בקשת הלוואה או אשראי מלכתחילה, כהרי מסגרת אשראי מוסכמת שהבנק מבקש לבטל, ולא הרי הוראותיו של חוק החוזים האחידים הקודם כהרי הוראותיו של חוק החוזים האחידים החדש.

אולם, על אף השוני האמור בין הסיטואציה המשפטית שנבחנה בע"א 323/80 הנ"ל לבין זו הנדונה בסיפא לסעיף 1.2 לחוזה האחיד דנן – לא ניתן להתעלם מהמכנה המשותף לשתי אלה ברמה המהותית של הדברים, שכן את הסיפא לסעיף 1.2 לחוזה יש לקרוא כמקשה אחת עם הרישא לאותו הסעיף, ולפיה מסגרת האשראי שאושרה על ידי הבנק נעשית בכפוף לזכותו של הבנק להפחיתה או לבטלה "במקרים שבהם הוא עלול להסתכן באי יכולת לגבות את האשראי עקב שינוי לרעה בכושר הפרעון של הלקוחות או עם היווצרותם של תנאים אחרים המחייבים הקטנה מיידית או ביטול של מסגרת האשראי...". דהיינו, "חוזה מסגרת האשראי" (שברישא לסעיף 1.2) מוגדר מלכתחילה בשילובן של הרישא והסיפא לסעיף זה. כלומר, קביעת מסגרת אשראי לתקופת

האשראי תוך שמירת זכותו של הבנק לשוב ולבחון מתן האשראי במהלך תקופת המסגרת בהתקיים התנאים והנסיבות המפורטים בסיפא לסעיף.

לאור זאת, מקובלת עלינו מסקנתו של בית הדין קמא (בעמ' 511), ולפיה:

"הפסיקה מכירה אפוא בזכותו של הבנק להימנע מלהעניק ללקוח אשראי ואף להימנע מלתת אשראי נוסף במסגרת האשראי שאושרה ללקוח, משיקולים לגיטימיים שנועדו לאפשר לבנק להבטיח את החזר כספיו."

18. זכות הבנק לבטל את המסגרת או להפחיתה מותנית, כמפורט בסיפא לסעיף 1.2 לחוזה בנסיבות שיתרחשו לאחר עריכת הסכם המסגרת, וזאת כדלהלן:

- א. שינוי לרעה בכושר הפרעון של הלקוח העלול לסכן את הבנק באי יכולת לגבות את האשראי.
- ב. היווצרותם של תנאים אחרים המחייבים הקטנה מיידית או ביטול של מסגרת האשראי.
- ג. מקרים אחרים המותרים על פי כל דין."

הסיפא לסעיף 1.2 מסתיימת במילים "והכל לפי שיקול דעתו של הבנק". בבקשת הביטול שהגיש היועץ המשפטי לממשלה, נטען על ידו כי הקיפוח שבתנאי זה של החוזה הינו כדלהלן:

"האמור בסיפא של סעיף קטן 1.2 לחוזה מקפח את הלקוחות, ומהווה חזקת קיפוח במונח סעיף 4(2) לחוק החוזים האחידים. על מנת להסיר את הקיפוח, יש למחוק את המילים 'או במקרים אחרים המותרים על פי כל דין, והכל לפי שיקול דעתו של הבנק'... בית הדין מתבקש לשנות את הסעיף ולהגביל את אפשרות הבנק לעשות כן רק במקרים בהם היה לבנק חשש סביר שלא יוכל לגבות את המגיע לו, כאשר עליו להודיע ללקוח על כך בו זמנית."

בגדרו של תצהיר סגן המפקח על הבנקים התווספו לכך הנקודות הבאות:

“...אין מקום להשאיר לבנק שיקול דעת מוחלט לבטל את ההסכם בתוך התקופה.

...התאגיד הבנקאי המבקש להפחית את מסגרת האשראי, יהיה חייב להוכיח שקיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת, כמו למשל אם הבנק נקלע לקשיי נזילות”.

נמצא, כי היועץ המשפטי, בבקשת הביטול, לא חלק על זכותו של הבנק להפחית או לבטל את מסגרת האשראי, תוך כדי התקופה, בהתמלא אחד משני התנאים של שינוי לרעה בכושר הפרעון ושל היווצרות נסיבות מיוחדות המצדיקות הקטנה מיידית או ביטול מסגרת האשראי.

עמדתו זו של היועץ המשפטי עולה בקנה אחד עם מסקנתנו דלעיל בדבר האינטרס הלגיטימי והמוצדק של הבנק – באותם המקרים – המצדיק קביעת זכותו זו שבסיפא לסעיף 1.2 לחוזה. איננו מוצאים גם פסול של קיפוח בקבוצת המקרים השלישית שבסיפא לסעיף 1.2 – “מקרים אחרים המותרים על פי דין”.

עם זאת, תוספת המילים החותמת את הסיפא לסעיף 1.2 – “והכל לפי שיקול דעתו של הבנק” – נושאת בחובה אלמנט ברור של “חזקת הקיפוח” על פי סעיף 4(2) לחוק. באמירה זו נשמט למעשה האיזון הלגיטימי שבין חובת הבנק להעמיד את מסגרת האשראי המוסכמת ללקוח לבין זכותו של הבנק לבטל או להפחית המסגרת עם קרות אחת ההתרחשויות הנקובות שם דלעיל. כמו כן, יש בתוספת מילים זו כדי להפוך את נטלי הראיה הגלומים באיזונו הראוי של הסעיף כולו, ובכך להקים את חזקת הקיפוח שבסעיף 4(7) לחוק. לאמור, על הבנק לכבד את התחייבותו למסגרת האשראי, אלא אם כן התרחשה אחת ההתרחשויות המזכות אותו בביטולה או בהפחתתה. נטל הראיה להתרחשות שכזו מוטל, מטבע הדברים, על הבנק.

קביעה שכזו תוביל לתוצאה הרצויה והמתבקשת, לפיה לא ינקוט הבנק בצעדי הביטול או ההפחתה של מסגרת האשראי, אלא לאחר בדיקה וחקירה ראויים כי אכן התקיימו הנסיבות המצדיקות זאת. “שיקול דעתו של הבנק”, בתור שכזה, אין בו די לכך ויש בו כדי קיפוח של הלקוחות.

19. בית הדין קמא מצא, כי האיזון הנדרש מחייב את הגבלת זכות הביטול “למקרים שבהם חל שינוי מהותי לרעה בכושר הפרעון של הלקוח, או בהתקיים נסיבות

אחרות שלא היו ידועות לבנק בעת מתן הסכמתו למסגרת האשראי אשר מסכנות באופן ממשי את יכולת הגביה של הבנק".

מקובלות עלינו השגות הבנק לעניין קביעותיו אלה של בית הדין.

נוסחו של סעיף 1.2, לעניין המקרה הראשון, הינו:

"מקרים שבהם הוא (הבנק – י"א) עלול להסתכן באי יכולת לגבות את האשראי עקב שינוי לרעה בכושר הפרעון של הלקוחות"

נוסח זה של הדברים עולה בקנה אחד עם זכותו של הבנק שלא להעמיד אשראי נוסף, תוך תקופת המסגרת, שעה שמתעורר סיכון ליכולתו להחזרת האשראי עקב שינוי לרעה שחל (לאחר הסכם המסגרת) בכושר הפרעון של הלקוח.

תוספת הדרישה כי על השינוי לרעה להיות "מהותי" אינה מתבקשת מתוך אותו אינטרס לגיטימי של הבנק. אדרבא, יש בה כדי ליצור אי ודאות מיותרת, שכן מהו אותו "מהותי", האם מתייחס הוא לעוצמת השינוי לרעה בכושר הפרעון, האם מתייחס הוא להיקף האשראי שקם סיכון להחזרתו עקב השינוי, מה דינה של פגיעה חלקית בכושר הפרעון וכיוצא באלה. די בנוסח הדברים לעניין זה כפי שהוא.

ומכאן למקרה השני, המנוי בסיפא לסעיף 1.2:

"היווצרותם של תנאים אחרים המחייבים הקטנה מיידית או ביטול של מסגרת האשראי"

עניינו של מקרה זה איננו בהכרח בשינוי שחל בכושר הפרעון של הלקוח (שכן זה הוגדר במקרה הראשון), אלא בגורמים שונים ואחרים, ובעיקר במצבו של הבנק עצמו. למשל, מצב בו הבנק נקלע לקשיי נזילות תוך כדי תקופת המסגרת. נציין, כי דווקא סגן המפקח על הבנקים, המצהיר מטעם היועץ המשפטי, הוא שנקט בדוגמה זו כ"נסיבות מיוחדות המצדיקות (את ביטול או הפחתת האשראי)".

”הנסיבות המיוחדות” נשוא המקרה השני שבסיפא לסעיף 1.2, עניינן איפוא איננו בשינוי בכושר הפרעון של הלקוח ובסיכון יכולת הגביה של האשראי. על כן, ההגבלה שהוסיף בית הדין קמא לעניין זה איננה ממין המקרה הנדון.

אנו מקבלים איפוא את ערעור הבנק לעניין זה, ומבטלים את השינויים שנקבעו על ידי בית הדין קמא בגדרו של סעיף 28 לפסק הדין.

מועד מתן ההודעה המוקדמת

20. בית הדין קמא קבע בפסק הדין (בסעיף 28 סיפא), כי באותם המקרים בהם יודיע הבנק ללקוח על החלטתו לבטל או להפחית את האשראי, יחולו לעניין מועד ההודעה ההוראות שבכלל 18(ג) לכללי הבנקאות (שירות ללקוח)(גילוי נאות ומסירת מסמכים), התשנ”ב-1992. דא עקא, שעוד בטרם ניתן פסק הדין קמא בוטלה הוראת כלל 18(ג) הנ”ל.

לאור זאת, אנו מקבלים את ערעור היועץ המשפטי ומבטלים קביעתו של בית הדין לעניין זה. במקרים המחייבים הפחתה או ביטול מידיים של מסגרת האשראי, אין צורך לתת הודעה מוקדמת, אלא על הבנק ליתן ללקוח הודעה בד בבד עם הביטול או ההפחתה.

טיכום

21. לאור כל המפורט לעיל, מסקנתנו הינה כי אלמנט הקיפוח שבסעיף 1.2 לחוזה מתמקד במילותיו האחרונות: ”והכל לפי שיקול דעתו של הבנק”. לאור זאת, אנו מורים על שינוי נוסחו של סעיף 1.2 לחוזה, באופן בו יושמטו המילים האמורות מהסיפא לנוסחו של הסעיף, וזאת כשינוי היחיד בנוסח הסעיף.

אשר לשינויים הנוספים עליהם הורה בית המשפט קמא (בסעיף 28 לפסק הדין) בנוסחו של הסעיף – אנו מקבלים כאמור את ערעורי הצדדים ומבטלים הוראות אלה שבסעיף 28 לפסק הדין קמא.

## סעיפים 1.6.1 ו-1.6.3 - חובת הלקוח לשמור על טופסי השיקים וחובת מתן

### הודעה בכתב לבנק

22. כסיפא לסעיף 1.6.1 לחוזה נקבעת חובת הלקוחות לשמור על טופסי השיקים שברשותם, כדלהלן:

“על הלקוחות לשמור על טופסי השיקים ולא לאפשר שמוש בהם ע"י מי שאינו מורשה לכך. הלקוחות יודיעו לבנק מיידית על כל גניבה או אובדן של טופסי שיקים ויבטלו אותם מיידית בכתב כמפורט להלן.”

לעניין מתן ההודעה המיידית על אובדן או גניבה, מוסיף סעיף 1.6.3:

“בכל מקרה בו יבקשו הלקוחות להודיע לבנק על ביטול טופס/י שיקים, בין שנחתם/נחתמו על ידם ובין שלא נחתם/נחתמו כאמור, ופרטיהם אינם ידועים ללקוחות, יהיה עליהם לתת הוראת ביטול כאמור בכתב, ויהיה בכך משום מתן הוראת ביטול כללית על ידם לגבי כל השיקים שיוצגו לבנק החל מתאריך קבלת הוראת הלקוחות אצלו...”

בבקשת הביטול טען היועץ המשפטי לממשלה לתנאים מקפחים בשני סעיפים אלה שבחוזה. לעניין סעיף 1.6.1 נטען, כי הטלת החובה על הלקוח לשמור על טופסי השיקים “גורעת מזכויותיו על פי דין”. על פי הטענה, במקרה של שיק מזוייף הנפרע על ידי הבנק, אין הלקוח נושא באחריות ועל הבנק החובה להשיב ללקוח את מלוא הסכום שחוייב בו עקב תשלום השיק המזוייף. על כן, הטלת חובה חוזית על הלקוח לשמור על טופסי השיקים עלולה לגרור בעקבותיה חיוב של הלקוח במקרה גניבת או אובדן טופס שיקים, זיפוף על ידי המוצא או הגנב ותשלומם (לזייפן) על ידי הבנק.

אשר להוראות סעיפים 1.6.1 ו-1.6.3, לפיהן על הלקוח לדווח לבנק מיידית ובכתב “על כל אובדן או גניבה” של טופסי השיקים, נטען על ידי היועץ המשפטי כי דרישה שכזו אין לה יסוד שבדין והיא מטילה על הלקוח חובה מופרזת ומקפחת.

23. בפסק הדין נדחו רוב טענותיו של היועץ המשפטי. נפסק, כי “...בעקרון, אין בהטלת חובת השמירה על טופסי השיקים כדי לקפח את הלקוחות”. עם זאת, הוסיף בית הדין וקבע כי “...יש להתאים את החובה החוזית המוטלת על הלקוח בנושא

השמירה על טופסי השיקים, לחובה המוטלת עליו בנזיקין. למשל, על-ידי קביעת סייג, לפיו הלקוח יצא ידי חובה זו אם ישמור על טופסי השיקים באופן סביר, וינקוט אמצעי זהירות סבירים על מנת למנוע את השימוש בהם מאנשים בלתי מורשים. דרישה כזאת, תאפשר לבתי המשפט לקבוע בעתיד את רף ההתנהגות הנדרש מהלקוח בתחום זה, תוך 'אחוד... עקרונות הפיצוי בין דיני הנזיקין לדיני החוזים', מטרה הראויה לעצמה...". (עמ' 544).

היועץ המשפטי מערער בפנינו על קביעה זו, וטוען כי עצם הטלת חובת השמירה על הלקוח מהווה בכל מקרה תנאי מקפח, כי דין הסעיף כולו להתבטל וכי בהתאמת הניסוח דלעיל שנקבעה על ידי בית הדין אין משום הסרת הקיפוח.

24. קביעה נוספת של בית הדין היתה, כי:

"...יש לדחות את טענת היועץ המשפטי, כי עצם הדרישה למתן הודעה בכתב (על גניבת או אובדן טופסי השיקים – י"א) היא תניה מקפחת. זאת, בכפוף לתיקון (סעיף) החוזה ברוח הדברים שנאמרו לעיל: הכשרת מתן הודעת ביטול בעל פה במקום שבו קיים הסכם עם הלקוח למתן הודעות באמצעי קווי תקשורת; דרישה למתן ההודעה בכתב תוך פרק זמן סביר לאחר מתן ההודעה בעל פה; הבהרה שבאי מתן הודעה בכתב, אין, כדי לפטור את הבנק מלפעול על-פי הודעת הלקוח שניתנה בעל-פה." (עמ' 547)

הבנק מערער על הסיפא של קביעת בית הדין, ולפיה גם אם לא ניתנה הודעה בכתב אלא בעל פה בלבד, חייב יהיה הבנק לפעול על פיה. לטענתו, בדברים אלה סותר בית הדין את קביעתו הקודמת, ולפיה אין קיפוח או פגם בדרישת מתן ההודעה בכתב.

היועץ המשפטי מערער כנגדו על קביעת בית הדין המכירה בחובת הלקוח ליתן הודעה בכתב (תוך זמן סביר) גם שעה שקיים הסכם בינו לבין הבנק למתן הודעות טלפוניות.

עוד מערער היועץ המשפטי, על הקביעה לפיה בהעדר הסכם למתן הוראות טלפוניות, חובה על הלקוח לתת ההודעה דווקא בכתב.

נבחן להלן את טענות הצדדים בערעוריהם על פי סדר הנושאים שפורט לעיל.

### חובת הלקוחות לשמור על טופסי השיקים (סעיף 1.6.1 רישא)

25. על פי סעיף 1.6.1 רישא "על הלקוחות לשמור על טופסי השיקים ולא לאפשר שימוש בהם על ידי מי שאינו מוסמך לכך". לטענת היועץ המשפטי, הוראה חוזית זו מטילה על הלקוח חובת זהירות רחבה יותר מחובת הזהירות המוטלת עליו לפי דיני הנזיקין, ועל כן היא מקפחת את הלקוח. הוראה זו עלולה להתפרש כהטלת אחריות מוחלטת על הלקוח למנוע מאנשים שאינם מורשים לכך לעשות שימוש בשיקים – חובה העשויה לגרור בעקבותיה הטלת האחריות על הלקוח במקרה של פרעון שיק מזויף על ידי הבנק.

עוד טוען היועץ המשפטי, כי הוראה חוזית זו, כמוה כהטלת האחריות של "שומר שכר" על הלקוח (לעניין טופסי השיקים שבידו), זאת שעה שאחריות שכזו לא חלה עליו מכוח הוראות חוק השומרים, התשכ"ז-1967. על כן, כך הטענה, קמה בהוראת סעיף זה חזקת הקיפוח לפי סעיפים 4(1) ו-4(6) לחוק החוזים האחידים. באותה המידה, כך טוען היועץ המשפטי, מקילה הוראת סעיף זה שבחווה מאחריות הבנק, על פי הדין, ולפיה בכל מקרה של פרעון שיק מזויף האחריות מוטלת כולה על כתפיו. תוצאה שכזו מנוגדת להוראות הדין שבפקודת השטרות [נוסח חדש], וגם אינה עולה בקנה אחד עם דוקטרינת פיזור הנזק הנוטה להטיל האחריות דווקא על הבנק.

26. בית הדין קמא דן בפירוט רב בטענותיו של היועץ המשפטי, ניתחן אחת לאחת תוך בחינת הוראות הדין והפסיקה בישראל ותוך הפניות למשפט המשווה בשיטות משפט שונות, ומסקנותיו – רובן ככולן – מקובלות עלינו.

נקודת המוצא שנקבעה על ידי בית הדין הינה, כי במערכת היחסים החוזית שבין בנק ללקוח, נוצרת מערכת הדדית של חובות זהירות, מצד הבנק ללקוחו ומצד הלקוח לבנק. עיקרון זה בואר על ידי השופט (כתארו אז) מ' חשין בדנ"א 1740/91 בנק ברקליס-דיסקונט בע"מ נ' פרוסט קוסטמן, פ"ד מז(5) 31, 64 (1993), כדלהלן:

"בנק חייב חובת זהירות כלפי לקוחו, אך גם לקוח חב חובת זהירות כלפי הבנק, וחובתו זו מוכרת מזה זמן. החובות הן איפוא הדדיות, ומקורן, בראש ובראשונה, בחוזה שבין השניים... ואולם גם בלא קשר לחובתו זו של לקוח כלפי בנק, אם באחת הכרנו בחובת זהירות של

בנק כלפי לקוחו – חובת זהירות השתולה, אמנם, בחוזה שבין השניים אך שורשיה בדיני הנזיקין הכלליים – לכאורה חייבים אנו להוסיף ולומר כי באותו הקשר נכיר אף בדוקטרינת האשם התורם. דומה עליי, כי הכרה בחובת זהירות בלא לרככה בדוקטרינת האשם התורם תסיג אותנו מאה שנים לאחור, וכזאת לא יעלה על הדעת. על-פי גישה זו, בדין שבמקומנו ובזמננו דוקטרינת האשם התורם בנויה אל תוך חובת הזהירות והרשלנות, ואל אשר תלך זו אף זו תלך... למותר לומר שדוקטרינת האשם התורם עדיפה כמה וכמה מונים על דוקטרינת המניעות, שמקובל להחילה בנושאים מסוימים (כמו בזיוף שיקים) על יחסי בנק ולקוחו; שדוקטרינת המניעות הינה 'טוטאלית' על פי עצם טיבה – 'הכל או לא כלום', ממש כעולת הרשלנות בתקופה שאשם תורם היה בו כדי לשלול זכות מכול וכול – ואילו דוקטרינת האשם התורם יש בה כדי לעשות צדק בין הנצים על דרך של ריכוך והקהיית עוקץ; כך בענייננו, וכך באותם נושאים אחרים ביחסי בנק ולקוחו."

קביעותיו של בית הדין קמא מיוסדות כדבעי על מסגרת עקרונית וכללים אלה.

בדין נקבע על ידי בית הדין, כי:

"...איננו רואים סיבה שלא ליישם חובת זהירות זו (של הלקוח – י"א) גם על המקרה של התרשלות בשמירה על טופסי השיקים. ראשית, כעניין שבעובדה, כל אדם סביר יכול לצפות, שאי-שמירה נאותה על טופסי השיקים, עלולה להביא לכך שאלה יגיעו לידיו של אדם בלתי מורשה אשר עשוי לעשות בהם שימוש לרעה. שנית, כעניין של מדיניות, מקובלת עלינו דעתו של פרופ' ברק, שהלקוח לא רק יכול לצפות את התרחשות הנזק, אלא שהוא גם 'צריך לקחת בחשבון כי הבנק עשוי להינזק אם הלקוח לא ינקוט באמצעי זהירות סבירים' (א' ברק "זיוף במשיכת שיק: מטרה ואמצעים בחלוקת הסיכון בין הבנק ללקוחו" משפטים א 134, 149 (תשכ"ח))." (עמ' 539)

תמימי דעים אנו עם בית הדין להצדקה העיונית והעובדתית בעניין זה באשר לחובת הזהירות והשמירה הנדרשת מהלקוח ביחס לטופסי השיקים של הבנק המצויים תחת ידו. השאלה מה יהיו ההשלכות שיוודעו להפרת חובה זו על ידי הלקוח – שעה שטופסי השיקים האמורים יגיעו לידיים לא מורשות, יזויפו וייפרעו על ידי הבנק – הינה שאלה נפרדת ונבדלת מעצם ההכרה בצידקת ההכרה בחובת הזהירות של הלקוח בשמירה על טופסי השיקים.

בצדק נקבע בפסק הדין קמא, כי אין בהוראת סעיף 1.6.1 דנן קביעת אחריות של הלקוח, מלאה או חלקית, למקרה בו השיקים יזויפו וייפרעו על ידי הבנק. בחינת עצם קיומה של חובת הזהירות של הלקוח כלפי הבנק לשמירת טופסי השיקים הינה בחינה הקודמת והנפרדת מבחינת התוצאה המשפטית העשויה להיוודע, ברמה הקונקרטי והפרטנית, לאי עמידת הלקוח באותה חובת הזהירות במקרים בהם פרע הבנק שיק מזויף. שאלה זו תיבחן ברמה הפרטנית של כל מקרה ומקרה, לכשיתרחש, וזאת הן לבחינה העובדתית של מידת חוסר הזהירות הקונקרטי ועוצמתה והן לבחינת הכלים המשפטיים שיקבעו להתמודדות הנדרשת לכך – אם מתחום דיני המניעות, אם מתחום האשם התורם או מכל תחום אחר.

מכל מקום, וכפי שציינו, הבחינה הנדרשת לטענת הקיפוח המועלית על ידי היועץ המשפטי הינה לשלב הראשון והמוקדם של עצם הצדקת חובת הזהירות על הלקוח בשמירת השיקים. לעניין זה מסכימים אנו למסקנת בית הדין ולסיווג שהוסף לעניין זה, ולפיו חובת השמירה המוטלת על הלקוח הינה ברמה של שמירה "באופן סביר", ואמצעי הזהירות שיינקטו על ידו יהיו גם הם "אמצעי זהירות סבירים".

לאור זאת, אנו דוחים ערעורו של היועץ המשפטי בעניין זה.

#### **חובת מתן ההודעה (סעיף 1.6.1 סיפא וסעיף 1.6.3)**

27. בסעיף 1.6.3 לחוזה (המצוטט לעיל) נקבעה, לצד הטלת החובה על הלקוחות לשמור על טופסי השיקים גם חובת הלקוחות להודיע לבנק על כל גניבה או אובדן שלהם, ולהמציא לו הוראת ביטול בכתב לגביהם. בבקשת הביטול לא חלק היועץ המשפטי על צדקת הדרישה למתן הודעת הלקוחות על גניבת או אובדן השיקים, אך נטען על ידו כי הדרישה למתן הודעת הביטול בכתב דווקא, הינה תנאי מקפח. די לטענתו בהודעת ביטול בעל פה.

עוד נטען על ידו, כי מכל מקום בכל מקרה בו הבנק מכבד שיק מזויף האחריות לכך מוטלת על הבנק בלבד (למעט החריגים שנקבעו בפסיקה), וככל שמשתמעת מהוראת סעיף 1.6.3 לחוזה הטלת אחריות במקרה זה על הלקוח, המדובר בתנאי מקפח.

בפסק הדין נקבעו לעניין זה, בין היתר, הדברים הבאים:

“...עצם קביעתה של חובת הדיווח, איננה מלמדת על כך שהפרתה של חובה זו תפטור את הבנק, באופן אוטומטי, מאחריות לכיבוד שיקים שנמשכו שלא על-פי הוראתו של הלקוח. גם בהוראות הסעיפים 1.6.1 ו-1.6.3 לחוזה, אין למצוא קביעה כזאת, הפוטרת את הבנק מאחריות במקרים של כיבוד שיקים שאבדו או נגנבו והלקוח לא דיווח על כך לבנק. מנגד, מקובל עלינו, שאי דיווח לבנק על אובדן הפנקסים או גניבתם, עשוי להקים לבנק טענה בדבר קיומו של אשם תורם מצדו של הלקוח. במצב דברים כזה, שבו הבנק כיבד שיקים מזויפים שהלקוח לא דיווח על גניבתם או אובדנם, יימצא הלקוח מפר את החוזה. בנסיבות אלה יהא על בית המשפט לקבוע את חלוקת האחריות והנזק הנובע מכיבודם של השיקים האבודים/גנובים בין הלקוח לבנק בהתאם לנסיבות ולמבחנים הנוהגים בחלוקת הנזק בין שניים שחטאו.” (עמ' 545)

28. בערעורו לעניין זה טוען היועץ המשפטי, כי “בכל הנוגע לזיוף שיקים, אין הלקוח חייב לבטל את טופסי השיקים הריקים שלו (שנגנבו או אבדו – י”א), ואין הבנק יכול להתכחש לאחריותו בנוגע לשיקים שכובדו בנסיבות אלה, גם אם לא נמסרה הודעה בגינם”. בסיכומי הערעור מסכים היועץ המשפטי כי “במקרים חמורים” של התעלמות הלקוח מהעתקי החשבונות שלו – ובהם פירוט שיקים מזויפים שכובדו – עלולה לקום כנגדו טענת ההשתק, ברם לטענתו אין בכך לשנות מנורמת האחריות המוחלטת לעניין זה החלה על הבנק.

29. טענתו זו של היועץ המשפטי לוקה בעירוב תחומים מושגי ובאי ההבחנה הנדרשת בין חובת הזהירות של הלקוח, במישור התנהלותו החוזית עם הבנק, לבין הסוגיה המשפטית בדבר נטל האחריות במקרה בו מכבד הבנק שיק שזויף לאחר שטופס השיק נגנב או אבד מהלקוח. חובת הזהירות של הלקוח ביחסיו עם הבנק נגזרת מעיקרון העל בדיני החוזים של קיום החוזה בתום לב, וכפועל יוצא מכך (או מתווסף לכך) של חובת הקטנת הנזק הפוטנציאלי במקרה בו נודע ללקוח על גניבת או אובדן טופסי השיקים שברשותו.

חובת זהירות זו של הלקוח יסודה בהוראות דיני החוזים, השליחות והנזיקין, ומעוגנת היא, כמפורט לעיל, בפסיקתו של בית משפט זה (ראה דנ”א 1740/91 הנ”ל; וכן ע”א 550/66 א’ שטאובר בע”מ נ’ בנק המזרחי בע”מ, פ”ד כב(1) 240 (1968); ת”א

(מחוזי ת"א-יפו) 2771/00 אקיטה סנטר (1999) בע"מ נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל (לא פורסם, 17.3.2005); ת"א (מחוזי ת"א-יפו) 15565/03 מלניק נ' בנק מסד בע"מ (לא פורסם, 20.3.2005). היא מתבקשת, כמו כן, כעניין של מדיניות משפטית המבקשת להנהיג משטר התנהלות חוזי ראוי, הוגן ותם-לב.

שחרורו המוחלט של הלקוח מחובת זהירות ביחסיו עם הבנק מנוגדת לכל אלה. להפרת חובת הזהירות עשויות להיוודע, במקרים שיחייבו או יצדיקו זאת, תוצאות של מניעות, של אשם תורם או שילובם של השניים. זאת, כמובן באותם מקרים פרטניים בהם עוצמת הפרתה של חובת הזהירות תהיה כזו שתצדיק ייחוס אשם תורם בגינה ללקוח או באותם המקרים בהם יתקיימו כתוצאה ממנה כל המרכיבים הנדרשים לקיום טענת המניעות ברמה שתצדיק את קביעתה (ראו ע"א 550/66 הנ"ל).

בית הדין קמא, בדבריו שצוטטו לעיל, קבע בדין כי אין בהוראת סעיף 1.6.3 לחוזה אמירה או קביעה לגופה של אחריות הלקוח – שלא עמד בחובת הזהירות – במקרה של תשלום שיק מזויף. חובתו של הלקוח להודיע לבנק דבר גניבת או אובדן טופס השיקים יכול ותהיה שיקול, מבין כלל השיקולים, שישקלו על ידי בית משפט שעה שיבוא לדון בטענת הבנק במקרה בו תתעורר הלכה למעשה שאלת האחריות המשפטית לתשלום שיק מזויף – בנסיבות אלה – ולבחינת האשם התורם או המניעות מצד הלקוח. ברי, כי נקודת המוצא לבירור משפטי פרטני שכזה תהיה בדין השטרות, ולפיו בנק הפורע שיק מזויף אין בכך כדי לחייב את הלקוח שלא משך את השיק. עם זאת, בנסיבות הראויות, וכפי הנסיבות – יתכן ותתעורר במקרה שכזה סוגיית חלוקת האחריות בין הבנק ללקוח, אם מכוח דוקטרינת האשם התורם ואם מכוח המניעות.

על כן – ומהנימוקים שפירט בית הדין – אנו דוחים השגותיו של היועץ המשפטי לעניין זה.

30. השגה נוספת שמשיג היועץ המשפטי בערעורו, מתייחסת להוראת סעיף 1.6.3, לפיה הודעת הביטול של טופסי השיקים צריך שתיעשה דווקא בכתב, ואין להסתמך בהודעה בעל פה שמסר הלקוח לבנק.

בפסק הדין קמא נקבעו לעניין זה הדברים דלהלן:

"...הוראת ביטול של שיקים הנה בעלת חשיבות רבה, הן לגבי הבנק, הן עבור הלקוח והן לצדדים שלישיים.

טעות ביישומה של הוראה זו עשויה לגרום ללקוח, כמו גם לצדדים אחרים, נזקים. בנסיבות אלה, אנו סבורים, כי ראוי שהוראה כזו תינתן בכתב, ועל כל פנים לא ניתן לומר שדרישת הבנק למתן הוראה בכתב היא דרישה מקפחת. עם זאת, הואיל ובד"כ על ההודעה להינתן בדחיפות, יש לאפשר ללקוח עמו קיים הסכם על מסירת הודעות באמצעות קווי תקשורת, להודיע לבנק על ביטול השיקים גם באמצעים אלה. יחד עם זאת, נוכח חשיבותה של ההודעה, כדי למנוע אי הבנות בנושא זה, וכדי לאפשר לבנק למלא בקפדנות אחר הוראת הביטול, יש לקבל את הצעת הבנק ולקבוע בהסכם כי על הלקוח להודיע על הביטול, זמן סביר לאחר מתן ההודעה בעל פה, גם בהודעה בכתב...

עם זאת, אי-מתן הודעה בכתב (לאחר שניתנה הודעה בעל-פה), אינה פוטרת את הבנק מלבצע את ההוראה שניתנה בעל-פה...

לפיכך, הוראה הקובעת את הכתב כדרך ביטול בלעדית, שבהעדרה לא תחול על הבנק חובה לכבד את הוראת הביטול, הנה מקפחת. מאידך, מקובל עלינו, שהחווה יחייב את הלקוח שמסר הודעה בעל-פה ליתן הודעה נוספת בכתב. אם תקבע הוראה כזאת, יש להבהיר בחווה, שהוראה זו אינה פוטרת את הבנק מלבצע את ההוראה שניתנה בעל-פה, גם כאשר זו לא לוותה בהודעה נוספת בכתב. " (עמ' 546)

בערעורו טוען היועץ המשפטי, כי אין מקום לחייב במתן הודעה בכתב את אותם הלקוחות אשר קיים הסכם בינם לבין הבנק למתן הוראות באמצעות טלפון או כלי תקשורת אחרים. בעניין לקוחות שכאלה, כך הטענה, אין צורך בדרישה נוספת להודעת ביטול טופסי השיקים בכתב בנוסף להודעה שבעל פה.

הבנק, לעומתו, טוען בערעורו כי משקבע בית הדין את הצורך וההצדקה שבמתן ההודעה בכתב דווקא, לא היה מקום לסייג שהוסיף ולפיו חובת ביטול השיקים תקום כנגד הבנק כבר עם קבלת ההודעה בעל פה.

31. מקובלת עלינו קביעת בית הדין בדבר החשיבות הרבה והרגישות המיוחדת הנודעות להוראת ביטול שיקים. זאת, נוכח ההשלכות הרבות, ולעיתים קיצוניות, העשויות להיוודע מכך ללקוח, לבנק ולצדדים נוספים. על כן, דרישת הכתב לצורך הודעה שכזו עולה בקנה אחד עם הצורך ביציבות ובבהירות הנדרשים לעניין זה.

עם זאת, משניתנה לבנק הודעת ביטול בעל פה על ידי הלקוח, לא ניתן להלום בכל דרך שהיא התנעורותו של הבנק מהודעה שכזו, ומחובתו לפעול על פיה. האיזון שאיזן בית הדין לעניין זה – כמפורט בקטע פסק הדין שצוטט לעיל – נמצא בעינינו ראוי והולם, ובמכלול הנסיבות לא מצאנו נימוק או טעם לשנות ממנו.

32. סיכומם של דברים – אנו דוחים את ערעורי שני הצדדים לעניין קביעותיו של בית הדין ביחס להוראות סעיפים 1.6.1 ו-1.6.3 – על כל מרכיביהם.

### סעיפים 27.1, 27.2 ו-31.3 – תוקפם הראיתי של ספרי הבנק

33. בבקשת הביטול טען היועץ המשפטי, כי הוראות הסעיפים 27.1, 27.2 ו-31 מהווים תנאים מקפחים בחוזה האחיד, וביקש את ביטולם.

להלן נוסח שלושת הסעיפים:

#### 27. רישומי הבנק, הודעותיו ואישוריו

27.1 כל הרישומים בספרי הבנק ייחשבו נכונים וישמשו הוכחה לכאורה לכל האמור בהם על פרטיהם. העתק מהרישומים הנ"ל או מכל קטע של הרישומים הנ"ל או מהדף האחרון של הרישומים הנ"ל, שיאושר ע"י הבנק על גבי ההעתק של הרישומים או של הקטע או של הדף האמורים, או במסמך נפרד, ישמש הוכחה לכאורה לקיומם של הרישומים הנ"ל, ולנכונות כל הפרטים הנקובים בהעתק האמור.

27.2 הלקוחות יבדקו כל העתק חשבון, כל הודעה וכל מכתב שישלחו או שימסרו להם באופן כלשהו, על ידי הבנק או באמצעות מכשיר אוטומטי, וימציאו לבנק את הערותיהם בכתב לגביהם אם תהיינה כאלה, תוך 60 (שישים) יום מתאריך המסירה או המשלוח על ידי הבנק.

העתקי חשבון, הודעה או מכתב שנמסרו ללקוחות באמצעות מכשיר אוטומטי כאמור, ייראו כאילו נמסרו ללקוחות על ידי הבנק. נכונותו של כל פרט הרשום בהעתק חשבון, הודעה או מכתב כאמור ושלגביו לא הגיעו לידי הבנק הערותיהם בכתב של הלקוחות תוך המועד הנזכר לעיל, תיחשב מאושרת על ידי הלקוחות לבנק.

31. שמירת דברי דואר בתיבה מיוחדת

... 31.2-31.1

31.3 הלקוחות מתחייבים להוציא מתוך התיבה מידי 15 (חמישה עשר) יום, כל מסמך מהמסמכים שבתוכה, לבדוק כל מסמך כנ"ל ולהמציא לבנק הערותיהם בכתב לגביה – אם תהיינה כאלה – תוך 60 ימים מתאריך אותו מסמך. נכונותו של כל פרט הרשום באיזה מסמך מהמסמכים שלגביו לא הגיעו לידי הבנק הערותיהם של הלקוחות בכתב תוך המועד הנזכר לעיל תיחשב כמאושרת על ידי הלקוחות.

כל מסמך שיוכנס על ידי הבנק לתיבה, ייחשב כמסמך שהתקבל על ידי הלקוחות תוך 3 ימים מתאריך אותו מסמך, ואישור בכתב של הבנק בדבר הכנסת מסמך כלשהו לתיבה ישמש כהוכחה לכאורה כלפי הלקוחות לגבי מועד הכנסתו לתיבה והמצאותו בה".

בפסק הדין קמא נקבע, כי סעיף 27.1 הוא אכן תנאי מקפח שיש לבטלו.

אשר לסעיפים 27.2 ו-31.3, נקבע כי חיוב הלקוח לעיין בדפי החשבון הינה תניה לגיטימית ואין בה משום קיפוח. ברם, ההוראות לפיהן הימנעות הלקוח מלהגיב לדפי החשבון (תוך 60 ימים מקבלתם) כמוה כאישור נכונות דפי החשבון לפרטיהם – מהוות תנאים מקפחים בחוזה – ועל כן יש לבטלן.

הבנק מערער בפנינו על כל קביעותיו האמורות של בית הדין קמא. נדון להלן בנפרד בכל אחד מהסעיפים האמורים.

### סעיף 27.1

34. על פי האמור ברישא לסעיף, "כל הרישומים בספרי הבנק ייחשבו נכונים וישמשו הוכחה לכאורה לכל האמור בהם על פרטיהם".

על פני הדברים, מדובר בהתנייה על ההסדר החקיקתי שקבע המחוקק בתיקון תשנ"ה לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (ס"ח תשנ"ה 367). בגדרו של תיקון זה לפקודה שונה נוסחו הקודם של סעיף 36 שהיה:

“העתק של רישום בספר בנקאי יקובל בכל הליך משפטי כראיה לכאורה לאותו רישום ולכל דבר או עיסקה או חשבון הרשומים בו”.

לנוסח המתוקן דלהלן:

”36 (א) רשומה מוסדית תהיה ראייה קבילה להוכחת אמיתות תוכנה בכל הליך משפטי, אם נתקיימו כל אלה – ...”.

ועל פי סעיף ההגדרות המתוקן (סעיף 35):

”מוסד – המדינה, רשות מקומית, עסק או כל מי שמספק שירות לציבור;

...  
”רשומה מוסדית – מסמך, לרבות פלט, אשר נערך על ידי מוסד במהלך פעילותו הרגילה של המוסד;”

אין חולק, כי הבנק הינו “מוסד” וכי הודעות החשבון והרישומים בספרי הבנק הינם “רשומה מוסדית”. על כן, וכפשוטם של דברים, החל מתיקון תשנ”ה של פקודת הראיות יהיו אותם הרישומים של הבנק “ראיות קבילות להוכחת אמיתות תוכנו”, זאת להבדיל מנוסחו הקודם של הסעיף לפיו היו הם “ראיה לכאורה לאותו רישום”.

לאור זאת, משמעותו של סעיף 27.1 לחוזה דנן הינה בשינוי נטל הראיה וההוכחה שהיה מוטל על הלקוח אלמלא אותו הסעיף. שכן, אלמלא הוראת סעיף 27.1 היו רישומי הבנק בגדר “ראיות קבילות” בלבד, ואילו על פי המותנה בסעיף 27.1 הופכים אותם ספרי הבנק ל”הוכחה לכאורה לכל האמור בהם על פרטיהם”.

הדברים עולים על פניהם כדי חזקת הקיפוח הקבועה בסעיף 4(7) לחוק החוזים האחידים, ולפיה:

”4. חזקה על התנאים הבאים שהם מקפחים:

- (1) ...
- (7) תנאי המטיל את ההוכחה על מי שנטל זה לא היה עליו אילולא אותו תנאי;
- (8) “...”

35. בבית הדין קמא, ועתה בערעור שבפנינו, טוען הבנק כי על אף התיקון האמור בפקודת הראיות (בסעיף 36) – הרי שאם נבוא לבחון את תכלית אותו התיקון נמצא כי רשומות בנקאיות ממשיכות להיות "ראיה לכאורה" ולא רק "ראיה קבילה". לטענתו, תיקון תשנ"ה בפקודת הראיות איננו אלא חלק ממכלול השינוי החקיקתי שבוצע בגדרו של חוק המחשבים, התשנ"ה-1995 וכאחד מהתיקונים העקיפים שנלוו לאותו החוק.

עד לתיקון האמור התייחסה הוראת סעיף 36 לפקודת הראיות לרישומים בנקאיים בלבד ולמעמדם כ"ראיה לכאורה".

לעומת זאת, תיקון החוק עניינו בקביעת קבילותן של ראיות הבאות בגידרה של "רשומה מוסדית", ואשר בטרם התיקון לא היו קבילות מחמת היותן "עדות שמיעה". הצעת חוק המחשבים, וחקיקת החוק בעקבותיה, נועדו, לטענת הבנק, לתכלית הכשרת קבילותן כראיה של "רשומות מוסדיות" שכאלה. ברם, תיקון החוק לא נועד להפחית ממעמד "הראיה לכאורה" שהיה קבוע מלכתחילה (בנוסחו הקודם של סעיף 36 לפקודת הראיות) לרשומות בנקאיות.

בית הדין דחה טענה זו של הבנק, ובדין. לשונו של סעיף 36 לפקודת הראיות (לאחר תיקונו בתשנ"ה) הינה ברורה ואינה מותירה מקום לספק. ספרי הבנק הינם "רשומות מוסדיות", וככאלה מהווים הם "ראיה קבילה להוכחת אמיתות תוכנם". הא ותו-לא. הניסיון לקרוא לתוך מילים מפורשות אלה הוראה הנפרדת לעניין רשומות בנקאיות מכלל הרשומות המוסדיות באופן בו דינן של הראשונות כ"ראיות לכאורה" ולא רק כ"ראיות קבילות", מנוגד ללשון הסעיף וחסר אחיזה לשונית כלשהי בנוסחו.

די בכך לדחות על הסף את ההצעה לאחוז ב"פרשנות תכליתית" המשוללת כל אחיזה בלשונו של הסעיף לאחר תיקונו. אדרבא, העובדה שבתיקון תשנ"ה בחר המחוקק לשנות את ההסדר החקיקתי הקודם ולקבוע לרשומות המוסדיות מעמד של "ראיות קבילות" בלבד – ולא של "ראיות לכאורה" – כפי שהיה טרם השינוי – שוללת גם היא את ההצעה הפרשנית לה קורא ב"כ הבנק בסיכומיו (וראו גם M. Deutch "Computer Legislation: Israel's New Codified Approach" J. OF COMPUTER & INFORMATION LAW (Vol. 24) 461, 477 (1996); נמרוד קוזלובסקי המחשב וההליך המשפטי – ראיות אלקטרוניות וסדרי דין 226-227 (2000)).

וגם זאת. "התכלית" שביסוד הפרשנות המוצעת על ידי הבנק בדבר הבחנה כה מהותית בין דינן של "רשומות מוסדיות" ככלל (ובהן מוסדות המדינה ורשויות מקומיות) לבין דינן של רשומות בנקאיות, תכלית שכזו לא ירדנו לפשרה ולטעמה ואין בה ממש. צדק איפוא בית הדין, בקובעו כי הוראת סעיף 27.1 לחוזה מטילה על הלקוח את נטל ההוכחה להפרכת הלכאוריות הראייתית של ספרי הבנק, "לכאוריות" שאינה קיימת כלל על פי הוראת סעיף 36 לפקודת הראיות. לאור זאת, המדובר בתנאי בחוזה אחיד שמתקיימת בו חזקת הקיפוח כאמור בסעיף 4(7) לחוק החוזים האחידים.

36. טענתו החלופית של הבנק הינה כי גם בהינתן חזקת הקיפוח רשאי הוא להתנות בחוזה על הוראה שבדיני הראיות, והמדובר לטענתו בענייננו בהתניה צודקת ומתבקשת בנסיבות העניין ברמה הסותרת את חזקת הקיפוח.

לעניין זה מפנה הבנק לפסיקת בית משפט זה בע"א 688/89 הילולים (אריזה ושיווק) בע"מ נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, פ"ד מה(3) 188 (1991) – שם נפסק לעניין זה מפי השופט י' מלץ:

"אין מדובר כאן בשלילת תרופה או סעד מן המערערים או בהתנאתה באופן בלתי סביר... המסמכים משמשים כראיה לכאורה ולא כראיה מכריעה או חלוטה. כל מטרת צירופם להוות ראשית ראיה בכתב." (בעמ' 197)

דא עקא, פסק הדין בע"א 688/89 ניתן ביום 20.5.91, למעלה מארבע שנים בטרם תוקן סעיף 36 לפקודת הראיות (ס"ח התשנ"ה 367, מיום 25.7.95). חזקת הקיפוח לעניין סעיף 27.1 דנן יסודה כאמור בהוראת סעיף 36 לפקודת הראיות, כפי תיקונו.

זאת ועוד. הדברים המצוטטים לעיל מע"א 688/89 הנ"ל הינם בהמשך ישיר לזירת הטענה והיריעה כפי שנטענו באותו העניין, כמפורט במשפט הקודם להם:

"בענייננו, לא שימש סעיף זה למניעת האפשרות מן המערערים להתגונן או להביא ראיות לסתור, אלא רק איפשר לצרף לתביעה בסדר דין מקוצר אישורים חתומים על ידי הבנק לגבי יתרת החשבון... (שם, עמ' 196)

37. עוד טוען הבנק, כי התנאי הקבוע בסעיף 27.1 לעניין מעמד הרישום בספריו כ"ראיה לכאורה" מתבקש מתוך רמת הפיקוח הגבוהה וההדוקה בה נתונים הבנקים על פי הוראות הדין וכללי הבנקאות ומתוך רמת המחשוב הגבוהה ביותר הנהוגה בבנקים.

בסיכומיו מסכים ב"כ הבנק, כי אין לייחס לבנקים את חזקת תקינות המעשה המינהלי הקיימת ביחס לרשויות מינהליות. ברם, אין להתייחס אליו כ"אל אחרון בתי העסק אשר סעיף 36 לפקודת הראיות חל עליו" (ס' 368 לסיכומי הבנק).

בקשתו של הבנק בסיכומיו הינה, כי "יינתן אמון מיוחד בספריו, באופן המצדיק אמון כזה... אין הוא מתבטא אלא בכך שבעל הדין שכנגד יידרש להתכבד ולהביא ראיה סותרת לאמור בספרי הבנק, או למצער, הסבר מניח את הדעת לאמור בהם".

לא מצאנו בבקשה זו טעם או נימוק שיש בכוחם לסתור את חזקת הקיפוח על היתרון הראייתי הבולט, והלא מוצדק, אותו מבקש הבנק להשיג באמצעות הוראת סעיף 27.1 לחוזה. גם בלעדי תנאי מקפח זה, זכאי הבנק ליתרון הראייתי הקבוע בסעיף 36 לפקודת הראיות, ולפיו רשומותיו המוסדיות מהוות ראיה קבילה.

כמו כן, מהוות אותן הרשומות את ראשית הראיה הנדרשת להגשת תביעות נגד הלקוחות בסדר דין מקוצר.

היתרון הנוסף אותו מבקש הבנק לרשומותיו, על דרך שדרוגן א-פריורית לדרגת "ראיות לכאורה", איננו מוצדק בנסיבות העניין ואין בטענות הבנק לעניין זה כדי סתירת חזקת הקיפוח שבהוראת סעיף 27.1 לחוזה. בדין קבע איפוא בית הדין קמא כי המדובר בתנאי מקפח שיש לבטלו.

38. לסיכום, אנו דוחים איפוא את ערעור הבנק ביחס לסעיף 27.1 לחוזה.

### סעיפים 27.2 ו-31.3

39. על פי הרישא לסעיפים אלה, מוטלת על הלקוחות ההתחייבות החוזית לבדוק את העתקי החשבונות שיועברו להם על ידי הבנק ולהמציא לבנק תוך שישים ימים את הערותיהם בכתב, אם תהיינה כאלה. בסיפא נקבע, כי אם לא יעבירו הלקוחות

הערותיהם, ייחשבו הודעות החשבון, על כל פרטיהן, כמאושרות על ידי הלקוחות. אשר לחובת הלקוחות לבדיקת דפי החשבון, נקבע בפסק הדין קמא כי:

“עצם החיוב של הלקוח לעיין בדפי החשבון הנשלחים אליו ולדווח לבנק על השגותיו, כשלעצמה, אין בה, לדעתנו, משום קיפוח. הלקוח הוא הבעלים של החשבון, ולו האינטרס היותר מובהק לעקוב אחר חשבונו ולגלות אם נפלו בו טעויות, או אם נמשכו כספים על-ידי מי שאיננו מורשה לעשות כן. בידי הלקוח, כמי שמודע לפעולות שנעשו על ידו בחשבון, גם האפשרות היותר טובה ויותר יעילה לקיים ביקורת על החשבון, ולאתר כל פעולה בלתי מורשית שנעשתה בו. לעומת זאת, הבנק נתקל בקשיים ניכרים באימות האותנטיות של השיק, כאשר חובתו להגן על הלקוח מפני רמאויות, עשויה להתנגש, כפי שכבר נאמר, עם חובת כיבוד השיקים במהירות וביעילות. בנסיבות אלה איננו רואים מדוע לא יוכל הבנק לדרוש מהלקוח לסייע בידו בבדיקת דפי החשבון, תוך הקניית תוקף חוזי לדרישה זו.

הטלת חיוב זה על הלקוח אף אינה פוטרת את הבנק מהאחריות שהיתה מוטלת עליו על-פי-דין אלמלא תנאי זה בחוזה. זאת, משום שהפסיקה בישראל הכירה זה מכבר בחובתו של הלקוח לעיין בחשבונו הבנק הנשלחים אליו ולדווח לבנק על קיומן של משיכות שלא נעשו או אושרו על ידו. כך נקבע בפסקי הדין בעניין ע"א 550/66 א' שטאובר בע"מ נ' בנק המזרחי בע"מ (פ"ד כב(1) 240 (1968)); ע"א 618/75 עזבון המנוחה טננבאום נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (פ"ד לא(3) 141 (1977)); וע"א 424/86 נאות מרינה בת-ים בע"מ נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ (פ"ד מג(2) 355 (1989)) במישור המניעות. חובה זו נגזרת גם מחובת הזהירות הכללית בה חייב הלקוח כלפי הבנק, כפי שנקבע בדנ"א 1740/91 בנק ברקליס-דיסקונט בע"מ נ' פרוסט קוסטמן (פ"ד מז(5) 31 (1993)).” (עמ' 555-556)

קביעתו זו של בית הדין קמא מקובלת עלינו מנימוקיה, והיועץ המשפטי איננו

מערער על הנפסק בה.

40. לעומת זאת – מצא בית הדין קמא כי הסיפא לסעיפים 27.2 ו-31.3 מהווה תנאי מקפח שיש לבטלו. לאמור, הימנעות הלקוחות ממילוי חובתם החוזית לבדיקת דפי החשבון ומהבאת השגותיהם בפני הבנק, לא תיחשב כאישור נכונות החשבון ופרטיו על ידי הלקוחות. נפסק, כי הוראה זו שבחווה מבקשת להפעיל את דוקטרינות האשרור ו/או המניעות בנסיבות בהן הדין הכללי לעניין דוקטרינות אלה אינו מכיר בתוקפם של “אשרור” או “מניעות” מעין אלה. על כן, החלתם של ה“אשרור” או ה“מניעות”

בגידרם של סעיפים 27.2 ו-31.3 לחוזה יש בה משום "חזקת הקיפוח" הקבועה בסעיף  
 (1)4 לחוק החוזים האחידים, לאמור:

"(1) תנאי הפוטר את הספק, באופן מלא או חלקי, מאחריות שהיתה מוטלת עליו על פי דין אילולא אותו תנאי, או המסייג באופן בלתי סביר את האחריות שהיתה מוטלת עליו מכוח החוזה אילולא אותו תנאי"

בית הדין הוסיף ופסק, כי הבנק לא הרים את הנטל להוכחת טענותיו לסתירת  
 חזקת הקיפוח, שכן:

"האינטרס עליו מבקש הבנק להגן הוא אינטרס הודאות והיציבות המסחרית, שלפיו אין לאפשר ללקוח לערער בכל שלב, גם אחרי חלוף זמן רב, על מצב החשבון, וייעול השירות הבנקאי בפירעון שיקים. אכן, מדובר באינטרסים חשובים, בעיקר נוכח פעילותו הענפה של הבנק מול אלפי לקוחות. אולם, לא שוכנענו שביטול תנית המניעות תפגע פגיעה חמורה באינטרסים אלה. לדעתנו, ההגנה על אינטרסים אלה איננה מצדיקה את הקיפוח הכרוך בהחלטה הגורפת, הקשיחה, ופעמים אף בלתי צודקת, של דוקטרינת טענת המניעות... נכון הדבר, שקיומה של חובת גילוי הנו תנאי הכרחי להקמת מניעות במקום שזו מושתתת על שתיקה. מאידך, אנו סבורים, שלאור המעבר הנזכר בפסיקה מדוקטרינת המניעות לעקרון של חלוקת האשם, אין במתן גושפנקה חוזית לחובת העיון (של הלקוחות – י"א) בחשבונות הבנק ודיווח על משיכות בלתי מורשות, כדי להקים, ככלל, השתק החוסם את תביעתו של הלקוח נגד הבנק. ככל שתוחל דוקטרינה זו גם כיום (וכאמור, ספק בעינינו אם הדבר ייעשה), הדעת נותנת שהדבר ייעשה בנסיבות חריגות של התרשלות חמורה ביותר מצד הלקוח, כפי שנעשה בפסיקה בעבר, גם בלא להתבסס על תנאי המקום חובה כזאת מכוח החוזה." (עמ' 558-559)

לאור זאת קבע בית הדין, כי ההוראה בסעיף 27.2 לפיה "...נכונותו של כל פרט הרשום בהעתק חשבון, הודעה, או מכתב כאמור ושלגביו לא הגיעו לידי הבנק הערותיהם בכתב של הלקוחות תוך המועד הנזכר לעיל, תיחשב מאושרת על-ידי הלקוחות", וכן ההוראה המקבילה לה בסעיף 31.3 – מהוות תנאים מקפחים שיש לבטלם.

41. הבנק מערער בפנינו על קביעתו זו של בית הדין. נטען בנימוקי הערעור ובסיכומיו של הבנק, כי התנאים האמורים אינם מקפחים, שכן תואמים הם את ההלכות הנובעות מדוקטרינות האשרור והמניעות כפי שנפסקו בפסיקת בית המשפט העליון. לאמור, לקוח שלא הגיב לדפי החשבון תקופה משמעותית של שישים יום, רואים בשתיקתו זו משום אשרור שבשתיקה לרישומי הבנק. לחילופין, שתיקת הלקוח בנסיבות שכאלה מקימה כלפיו מניעות מהעלאת טענה עתידית כלפי הבנק ביחס לאותם הרישומים שהלקוח נמנע מלהגיב עליהם.

מכל מקום, מוסיף וטוען הבנק בסיכומיו, "תניה כזו חיונית... בהתחשב בכמות העצומה של ההוראות שהוא מטפל בהן, במגוון העצום של הפעולות המבוצעות מדי יום בחשבונות הלקוחות, בהיקפן הכספי האדיר ובמורכבותן וכן לאור הפגיעה החמורה שיכולה להיות בוודאות וביציבות המסחרית בלעדיה".

הבנק מוסיף וטוען, כי ההוראות החוזיות הנ"ל נועדו כדי "שהלקוח לא יוכל, כעבור זמן, לבוא ולטעון, כי חויב שלא כדין בחיובים בהם יכול היה להבחין, לו היה מעיין במסמכים הנשלחים אליו מהבנק".

42. לא מצאנו מקום לשנות ממסקנות בית הדין קמא, וזאת מתוך נימוקיו שתמציתם פורטה לעיל. שתי ההוראות החוזיות שבנדון אינן משקפות את דוקטרינות האשרור והמניעות. זאת, בראש וראשונה מתוך ההכללה הגורפת שבהן. ההוראה החוזית דנן מבקשת לקבוע כי הימנעות הלקוח מלהגיב (תוך שישים ימים) לדפי החשבון, כמוה כמתן אישורו בדיעבד לפעולות שביצע הבנק בחשבון, גם אם פעולות אלה נעשו תוך הפרת ההסכם שבין בנק ללקוח, ותוך חיוב שגוי או שלא כדין של חשבוננו.

הוראה שכזו מנוגדת לדוקטרינת האישור בדיעבד. דוקטרינה זו יסודה בדיני השליחות, ולפיה רשאי "השולח" לאשר בדיעבד פעולה שנעשתה על ידי אדם שפעל בחזקת שלוחו.

אולם, בין התנאים הנדרשים לשכלול אישור בדיעבד נדרש כי "האישור בדיעבד מהווה את הבעת רצונו של ה'שולח', הנעשית מתוך ידיעה מלאה של העובדות" (אהרן ברק חוק השליחות, תשכ"ה-1965: 259) (בסדרה "פירוש לחוקי החוזים" בעריכת ג' טדסקי, 1975); והדברים אומצו בע"א 822/88 לנר נ' דדזנר, פ"ד

מד(2) 167, 172 (1990)). אשר ל"ידיעת העובדות", אין לנו אלא להפנות בהסכמה מלאה לדברי פרופ' א' ברק:

"הבעת הרצון של ה'שולח' מהווה אישור בדיעבד אם היא נעשית מתוך ידיעת העובדות החשובות, או מתוך נטילת הסיכון שבחוסר ידיעתן. נראה כי העובדות החשובות הן אותן העובדות אשר בלא לדעת עליהן אין ה'שולח' יודע במלואו מה הוא מאשר בדיעבד. על כן, תנאי לאישור בדיעבד הוא שהשולח ידע כי השלוח חרג מהרשאתו, ומודע לפעולה המשפטית שעשה השלוח כלפי הצד השלישי. לעתים, גם חוסר ידיעת העובדות החשובות תביא לאישור בדיעבד, ובלבד שה'שולח' היה ער לדבר, ובכל זאת בחר באישור בדיעבד, ובכך נטל על עצמו בידועין את הסיכון שבחוסר ידיעה. נראה כי רשלנות ה'שולח' באי גילוי העובדות אינה שקולה כנגד ידיעתן. לעומת זאת, אם העובדות עצמן ידועות אך ה'שולח' אינו מסיק מהן את המסקנות שאדם סביר היה מסיק, רואים אותו כאילו הסיק מסקנות אלה. כאשר ה'שולח' מניח שה'שלוח' פעל בהרשאה, ומתנהג בהתאם לכך, אין לראות בהתנהגותו זו אישור בדיעבד." (אהרן ברק חוק השליחות כרך א' 781 (1996))

מערכת היחסים שבין בנק ללקוח מושתתת בראש וראשונה על האמון שרוחש הלקוח לבנק, אמון המתבטא בהנחה א-פריורית של הלקוח כי הבנק נוהג בכספיו ובחשבונותיו כדת, כדין וכהסכם. זוהי הנחת מוצא שבלעדיה אין קיום ליחסים המיוחדים שבין בנק ללקוח. היא נסמכת על הוראות הפיקוח ההדוקות המוטלות על הבנקים ועל חובות האמון ותום הלב המוגברות והמיוחדות המוטלות על הבנקים במערכת יחסים זו.

לקוח מן השורה המקבל דף חשבון מהבנק איננו מניח כי הבנק חרג מהרשאתו ופעל בחשבוננו שלא כדין ובניגוד לחובותיו. הוא מניח אמנם כי יתכן וכתוצאה מטעות כזו או אחרת יכול והבנק חייב חשבוננו בטעות, אולם לא כי הבנק פועל תוך חריגה מודעת מהרשאתו.

הנחת מוצא זו שוללת על הסף את החלת דוקטרינת האישור בדיעבד באופן המלא והגורף בהסתמך על הימנעות הלקוח מלהגיב לדפי החשבון.

ההוראה החוזית דנן (בסעיפים 27.2 ו-31.3) מבקשת איפוא להכניס את "האישור בדיעבד" שלא על פי עקרונות דוקטרינת האשרור, ובניגוד להם.

43. הוראות חוזיות אלה גם אינן עולות בקנה אחד עם עקרונות "ההשתק" והמניעות, ולמעשה אף מנוגדות להם. על מנת שצד להסכם יושתק ויהיה מנוע מהעלאת טענה המוצדקת לגופה כנגד הצד השני, נדרשת כידוע התקיימותם של שלושה תנאים במצטבר (כניסוחו של השופט ח' כהן בע"א 550/66 א' שטאובר בע"מ נ' בנק המזרחי בע"מ, פ"ד כב(1) 240, 248 (1968)):

- "(א) מצג בדיבור או בהתנהגות, המכוון להניא את האדם אשר כלפיו הוא נעשה, לעשות או להימנע מעשות דבר פלוני;  
 (ב) מעשה או מחדל מצד האדם אשר כלפיו נעשה המצב, כתוצאה ממצג זה;  
 (ג) גרם נזק לאדם אשר כלפיו נעשה המצג."

לאמור – הבחינה אם התגבשה בעניין פלוני מניעות אם לאו, לעולם תהיה בחינה שלאחר מעשה ובדיעבד. זאת, הואיל ואין די ב"יצירת המצג", אלא נדרשים, בדבד, שני התנאים הנוספים – פעולת הצד שכלפיו נעשה המצג כתוצאה מאותו המצג והנזק שנגרם כתוצאה מאותה פעולה. שני אלה דורשים מעצם הגדרתם בחינה שלאחר מעשה. הוראה חוזית המבקשת להסתפק מראש ומלכתחילה ב"מצג" בלבד כמקום את המניעות – גם בלי שני התנאים הנוספים – איננה יוצרת מצב של "מניעות" כהגדרתה שבדוקטרינה הכללית. הוראה חוזית שכזו יוצרת יש מאין מעין "מניעות חוזית", השונה בטיבה ובמהותה מהמניעות כמובנה במבחני הדין והפסיקה. חופש החוזים איננו אוסר כמובן על התנאה שכזו בגידרו של חוזה "רגיל" שבין שני צדדים. ברם, שעה שהמדובר בהתניה שכזו במסגרתו של חוזה אחיד, גלומה בה מניה וביה חזקת הקיפוח שבסעיף 4(1) לחוק החוזים האחידים. לאמור, מתן פטור ל"ספק" (קרי, הבנק) מאחריות שהיתה מוטלת עליו על פי דין אילולא אותו התנאי.

כמו כן, קמה לעניין זה גם חזקת הקיפוח שבסעיף 4(8) לחוק, וזאת בהיות

הוראה זו:

"(8) תנאי השולל או המגביל את זכות הלקוח להשמיע טענות מסוימות בערכאות משפטיות..."

שהרי זוהי טיבה ומשמעותה של "המניעות החוזית" אותה מבקש הבנק להקים כלפי הלקוח בגידרם של התנאים שבסעיפים 27.2 ו-31.3 לחוזה.

44. כבית הדין קמא, גם אנו סבורים כי הנימוקים בשלהם מבקש הבנק להצדיק את ההוראות שבסעיפים אלה, אין בהם די לסתירת חזקת הקיפוח שבהם או כדי להצדיק את עצם אותו הקיפוח, וזאת מהנימוקים שפירטנו לעיל ומנימוקי בית הדין קמא. אך מובן הוא, כי גם בלעדי הוראות החוזה האמורות רשאי יהיה הבנק, במקרים המתאימים, להעלות כנגד לקוח טענות השתק מניעות או אישור בדיעבד, כל אימת שנסיבותיו הפרטניות של אותו המקרה יצדיקו זאת. והדברים אינם חדשים עמנו, שכן כך נפסק על ידי בית משפט זה בשורת מקרים בהם הוכחה ברמה התביעה הפרטנית, התקיימותן של נסיבות אשר הקימו כלפי הלקוח את מחסום המניעות וההשתק או את ממצא האישור בדיעבד (ראו ע"א 550/66 הנ"ל; ע"א 688/89 הילולים (אריזה ושיווק) בע"מ נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, פ"ד מה(3) 188 (1991); ע"א 424/86 נאות מרינה בת-ים בע"מ נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ, פ"ד מג(2) 355 (1989)).

45. לסיכום, אנו דוחים ערעור הבנק לעניין הוראות בית המשפט קמא ביחס לסעיפים 27.2 ו-31.3 לחוזה, וביחס לקביעות לעניין זה בסעיף 90 לפסק הדין קמא.

### סעיף 1.7 סיפא לחוזה – היקף האחריות לאובדן שטרות שהופקדו בבנק

46. סעיף 1.7 לחוזה עניינו בנוהלי הזיכוי והחיוב בחשבון הלקוחות בגין שיקים שהופקדו על ידם בבנק לבטחון או לגוביינא.

אגב כך, נקבע בסיפא לסעיף זה לענין היקף אחריות הבנק לשטרות – משך תקופת הפקדתם בידיו, כדלהלן:

"בכל מקרה של גניבת שיקים/שטרות, אובדנם, השמדתם או השחתתם, לא תחול על הבנק אחריות כלשהי, והבנק יהיה רשאי לבטל את הזיכוי בגינם, למעט גניבה, אבדן, השמדה, או השחתה שנגרמו כתוצאה מרשלנותו."

בבקשת הביטול טען היועץ המשפטי לממשלה כי הוראה זו הינה תנאי מקפח ומתקיימות בה חזקות הקיפוח שבסעיפים 4(1) ו-4(6) לחוק. זאת הואיל וצמצום אחריות הבנק ביחס לשטרות המופקדים בידו אך ורק למקרים של רשלנות – מנוגדת להסדר האחריות המרחיב יותר שבחוק השומרים, התשכ"ז-1967. עוד נטען כי מנוסחו

הנוכחי של הסעיף משתמע לכאורה כי נטל ההוכחה, גם לעניין ההתרשלות, מוטל על הלקוח – בניגוד להסדר הקבוע לעניין זה בחוק השומרים.

47. בפסק הדין נתקבלו עיקרי טענותיו של היועץ המשפטי ונקבע כי סעיף 1.7 לחוזה בנוסחו הנוכחי מהווה אמנם תנאי מקפח.

בית הדין הבחין לענין זה בין שיקים ושטרות המופקדים על ידי הלקוח בבנק לשם גוביינא לבין אלו המופקדים לבטחון, וזאת כדלהלן:

”ככל שמדובר בהחזקת שיקים ושטרות למטרות הנקובות בסעיף 1.7 להסכם, היינו החזקתם לביטחון או לגוביינא, השמירה הנה טפלה למטרה העיקרית לשמה נמסרו השטרות לבנק, שכן השטרות לא הופקדו בידי הבנק כדי לשמור עליהם. בנסיבות אלה חל, לכאורה, סעיף 2(ב) לחוק השומרים, הקובע ששומר שכר ששמירתו טפלה למטרה העיקרית של החזקתו, אחראי לנזקים שנגרמו ברשלנותו בלבד. אולם, לעניין זה עשויה להיות השלכה גם לסעיף 6(ב)(1) לחוק חוזה קבלנות.

[לפי סעיף זה] הגם שבמקרה שנכס נמסר לידיו של קבלן לצורך ביצוע עבודה או שירות, ההחזקה בנכס הנה טפלה למטרה עיקרית, אחריותו של הקבלן כשומר הנה, על-פי סעיף 6(ב)(1) לחוק חוזה קבלנות, אחריות מוגברת כאחריות שומר שכר. היינו, הקבלן אחראי לאובדן הנכס או לנזקו, זולת אם נגרמו עקב נסיבות שלא היה עליו לחזותן מראש ולא יכול היה למנוע את תוצאותיהן.” (עמ' 567-568)

אשר לשטרות המופקדים בבנק על ידי הלקוח לשם גוביינא – נקבע בפסק הדין

קמא כי:

”מסירה (של שטרות – י”א) לגוביינא קרובה למצב טיפוסי של מסירת נכס לצורך עשיית מלאכה או שירות בנכס. השטר נמסר [על ידי הלקוח לבנק] כדי שהבנק יממש את החיוב המגולם בשטר ויגבה כסף מן החייב (או החייבים) על-פי השטר. השטר הנמסר לידי הבנק משמש את הבנק בביצוע שירות עבור הלקוח שבגיננו הבנק גובה עמלה. אין הכרח שהשירות יהיה ‘בשטר’ – כגון תיקונו או טיפול בו, ודי כי השטר ישמש את הבנק לביצוע השירות הבנקאי. מבחינה זו, אין הבדל רב בין מסירת שיק לבנק לגוביינא לבין מצב שבו לקוח מוסר שטר לעורך דינו כדי שזה יגישו להוצאה לפועל. גם כאן וגם כאן נותן השירותים הוא קבלן והשטר נמסר לו

לצורך מתן השירות המקצועי. נראה כי בשני המקרים אחריותו של נותן השירות – השלוח, שהוא גם קבלן, כשומר תהיה אחריות מוגברת של שומר שכר ששמירתו אינה טפלה למטרה אחרת... מכאן שבמקרים אלה בהם מדובר במסירת שיק לגוביינא, הגבלת אחריותו של הבנק לאחריות בהתשלוח (בלבד – י"א), מתנה על הדין. לא מצאנו טעם משכנע להתיר התנייה זאת." (עמ' 568-569)

לעומת זאת, לענין שטרות המופקדים על ידי הלקוח בבנק "לבטחון", ולא לגוביינא, נפסק:

"...מדובר, כך נראה, בשטרות שנועדו להבטיח חיובים אחרים של הלקוח כלפי הבנק. כאשר השטר (או השיק – י"א) משמש ערובה לחיוב אחר, הבנק הנו שומר שכר בשטר, ששמירתו טפלה להחזקתו בנכס. כאן הבנק אינו מחזיק בשטרות כדי לבצע בהם שירות עבור הלקוח. לפיכך, אין תחולה בהקשר זה לחוק חוזה קבלנות... הדין יהיה דומה כל אימת שהשטר נמסר לבנק לכל מטרה שהיא שאינה שמירה לשמה (כגון – שמירה בכספת – י"א) או ביצוע שירות בנקאי. על פי סעיף 2(ב) לחוק השומרים... שומר שכר ששמירתו טפלה למטרה העיקרית של ההחזקה אחראי בפני הבעלים של הנכס לנזקים שנגרמו לו, זולת אם הוכיח כי נזקים אלה נגרמו שלא עקב רשלנותו... מכאן, שבמקרה של מסירת שטרות לביטחון... האחריות על-פי דין של הבנק אינה אחריות מוגברת כשל שומר שכר. סעיף 1.7 סיפא לחוזה אינו מתנה, אפוא, על [היקף] האחריות הקבועה בדין. על כן, פטור חוזי מאחריות בהעדר התשלוח... אינו מקפח את הלקוח." (עמ' 569-570)

48. הבנק בערעורו משיג כנגד פסיקת בית הדין לעניין שטרות המופקדים לגוביינא והחלת הוראות סעיף 6(ב)(1) לחוק חוזה קבלנות ביחס להחזקת אותם השטרות על ידי הבנק.

על פי הטענה, חוק חוזה קבלנות אינו חל כלל על מערכת יחסי בנק-לקוח. מערכת היחסים שבין בנק ללקוח ממוקמת בתחום דיני החוזים והשליחות, אשר בה אחריות הצדדים תחומה מלכתחילה לחובת הזהירות הראויה – קרי, מבחן ההתשלוח.

על כן, אחריותם, הכמעט מוחלטת, של שומר השכר "העיקרי" ושל שומר השכר "הקבלן" – (לפי סעיף 2(ב) רישא לחוק השומרים וסעיף 6(ב)(1) לחוק חוזה קבלנות) אינם עניין מלכתחילה לבנק המחזיק בידיו שטרות של הלקוח לגוביינא.

לחילופין טוען הבנק, כי הוראות חוק השומרים וחוק חוזה קבלנות הינן דיספוזיטיביות וההתנאה עליהן בסעיף 1.7 לחוזה הינה סבירה ולא מקפחת את הלקוחות. זאת מחמת היעדר הצדקה להטלת האחריות, הכמעט מוחלטת (החלה על שומר השכר ועל הקבלן) גם על מערכת יחסי הבנק והלקוח המתאפיינת בכל היבטיה השונים בחובת הזהירות הסבירה – ובמבחן ההתרשלות המתבקש ממנה, ובאלה בלבד.

49. אכן, סיטואציה של לקוח המפקיד שיקים או שטרות בידי הבנק תוך מתן הוראות לביצוע פעולות גביה מתאפיינת בראש ובראשונה כסיטואציה של שליחות (ראה לעניין זה ריקרדו בן-אוליאל דיני בנקאות – חלק כללי 377 (1996) (להלן: בן-אוליאל); וכן שלום לרנר דיני שטרות 388 (מהדורה שניה, 2007)). אולם, אין משמעות הדבר כי מערכת יחסים זו – שבין הבנק ללקוח – נשלטת אך ורק על פי דין השליחות, אדרבא,

"... עיקר הדגש בחוק השליחות מושם ב'יחסי החוץ', דהיינו, ביחסים שבין השולח והשלוח לבין הצד השלישי, ואילו היחסים הפנימיים שבין השולח לשלוח נדונים בקיצור רב. סיבת הדבר אינה בחוסר החשיבות של יחסים אלה בעיני המחוקק. ההסבר לתופעה האמורה הוא, כי 'יחסים פנימיים נידונים בחוק זה רק במידה שהם משותפים לכל סוגי השליחות, ללא זיקה ליחסים העסקיים שבין הצדדים, כגון יחסי עבודה, קבלנות, סוכנות, תיווך וכדומה. לפיכך אין החוק מסדיר עניינים כגון זכותו של השלוח לשכר. אלה יוסדרו בדיני עבודה, קבלנות וכו' שיהוו פרקים אחרים בספר החוקים האזרחי' (דברי הסבר להצעת חוק השליחות, ה"ח תשכ"ה עמ' 80). (אהרן ברק חוק השליחות כרך א' 76 (1996))"

על חפיפה מקבילה זו שבין דין השליחות לדין הקבלנות עומד א' זמיר בספרו חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974 (בסדרה "פירוש לחוקי החוזים" בעריכת ג' טדסקי, 1994) כדלהלן:

"...חלק ניכר מיחסי השליחות הם אכן חוזי קבלנות, שעליהם חלות במקביל הוראותיהם של חוק השליחות וחוק חוזה קבלנות. מאחר שחוק השליחות מתמקד במערכת היחסים המשולשת שבין השולח, השלוח והאדם השלישי, ואינו מטפל בפירוט ביחסים הפנימיים בין השולח והשלוח, דרוש חוק חוזים שיטפל בזכויות ובחיוכים שבין שני אלה.

כדין הנוהג, הטיפול בשאלות חוזיות אלה אמור להימצא בחוק חוזה קבלנות, שכן מדובר בחוזה למתן שירות בשכר, כשנותן השירות אינו עובדו של מקבל השירות... בניגוד לשליחות שנוצרה בפעולה חד-צדדית של השולח, בשליחות מכוח חוזה קבלנות מוטלת על השלוח חובה לבצע את הפעולה מושא השליחות, וחובה זו ניתנת לעגן גם בסעיף 2 לחוק חוזה קבלנות." (עמ' 145)

50. על פי סעיף 1 לחוק חוזה קבלנות, התשל"ד-1974 :

"חוזה קבלנות הוא חוזה לעשית מלאכה או למתן שירות בשכר כשהקבלן אינו עובדו של המזמין."

על פי סעיף 2 לחוק:

"הקבלן חייב לעשות את המלאכה או לתת את השירות והמזמין חייב לשלם את השכר, הכל לפי המוסכם בין הצדדים."

האם ניתן לסווג את מערכת היחס דנן (הפקדת שיק או שטר בבנק על ידי הלקוח תוך הוראה לבנק לגבותו עבורו) כ"חוזה קבלנות"?

על פי הפרשנות המילולית של סעיפים 1 ו-2 לחוק חוזה קבלנות, התשובה לכך חיובית. חוזה הנערך בין הלקוח לבין הבנק לענין זה הינו חוזה ל"מתן שירות" (דהיינו – גביית השיק) "בשכר" (תשלום עמלה) והבנק איננו עובדו של הלקוח.

השירות נשוא החוזה נושא בעיקרו אופי תוצאתי (גביית השטר) ולא "השתדלותי" (וראו ההבחנות לענין זה בספרו הנ"ל של א' זמיר עמ' 71-75).

מאפיין נוסף של "השירות" הינו בכך שלצורך ביצועו מפקיד הלקוח בידי הבנק חפץ, בדמות השטר, אשר באמצעותו מתחייב הבנק לבצע את שירות הגבייה.

לשם פישוט הבחינה ניקח לדוגמא פלוני המוסר לאלמוני, שאיננו בנק, שטרות או שיקים למטרת גבייתם. התקשרות שכזו תתויג על פניה כחווה קבלנות וזאת מתוך המאפיינים האמורים ומתוך הגדרת חוזה הקבלנות שבחוק. התקשרות שכזו יחולו עליה במקביל הוראות חוק השליחות והוראות חוק חוזה קבלנות.

העובדה שאלמוני, מקבל השטרות, הוא בנק ופלוני, מוסר השטרות, הוא לקוחו, אין בה כדי לשנות מסיווגה של התקשרות זו כ"חווה קבלנות".

אכן, חלק ניכר ממערכת היחסים שבין לקוח לבנק נחלשת על ידי דיני השליחות. ברם מקטעים שונים ורבים שבאותה המערכת נשלטים במקביל על ידי הסדרים ספציפיים שבדין.

הכל מודים, גם ב"כ הבנק, כי מעמד הבנק בשיקים המופקדים בידו הינו של "שומר" כמובנו בחוק השומרים.

גם הבנק אינו חולק על כך כי "דין השמירה" החל על הבנק לא יוכרע על פי דיני השליחות כשלעצמם – שכן, אחריותו של השלוח כ"שומר" החפץ (השטר) שהופקד בידו – מוסדרת בחוק הספציפי לעניין זה, חוק השומרים, כשהוא נלווה ומקביל למסגרת השליחות הכללית ולדיניה.

51. מקובלים עלינו נימוקי ומסקנת בית הדין קמא לעניין תחולת חוק חוזה קבלנות לגבי השטרות והשיקים המופקדים לגוביינא בידי הבנק – ובכללן הוראת סעיף 6(ב)(1) לאותו החוק מכוחה דין הקבלן בנכס הנשמר על ידו כדין "שומר השכר העיקרי". לאמור – הוא "אחראי לאבדן הנכס או לנזקו זולת אם נגרמו עקב נסיבות שלא היה עליו לחזותן מראש ולא יכול היה למנוע את תוצאותיהן."

על כן, הוראת סעיף 1.7 לחוזה האחיד דנן המצמצמת את היקף אחריותו זו של הבנק על פי הדין לאחריות בגין התרשלות בלבד, נמצאת על פני הדברים בגדרן של חזקות הקיפוח שבסעיפים 4(1) ו-4(6) שבחוק החוזים האחידים.

52. כבית הדין קמא סבורים גם אנו כי הבנק לא סתר את חזקות הקיפוח האמורות. בהתייחסו להסדר האחריות המוגברת של הקבלן כשומר, תוך סטיה מדין השומרים "הרגיל" – מונה א' זמיר בספרו הנ"ל (עמ' 628) את השיקולים שבמדיניות המצדיקים זאת כדלהלן:

"...עיון נוסף במאפיינים המיוחדים של החזקת נכסי המזמין בידי הקבלן גילה שישנם טעמים טובים לסטייה זו. עדיפותו של הקבלן כמבטח; המידע הלקוי שבידי המזמין בנוגע לתנאי השמירה ולהיקף אחריותו של הקבלן כשומר; הקשיים שנתעוררו בשיטות המנסות להבחין בין היקף אחריותו של הקבלן כמבצע המלאכה (ולעניינו, כנותן השירות – י"א) להיקף אחריותו כשומר; ואולי גם חוסר האיזון ביחסי הצדדים – כל אלה מצדיקים להטיל על הקבלן אחריות חוזית מלאה לשלום הנכס, אחריות שאינה מותנית בהתרשלותו."

מכלול שיקולים זה עולה כדי ההצדקה העניינית לרמת האחריות המוקפדת הקבועה בסעיף 6(ב)(1) לחוק חוזה קבלנות. שיקולים אלה יפים ונכוחים, ובמידת מה אף ביתר שאת, לעניין שטרות ושיקים המופקדים על ידי לקוחות בבנק לשם גבייתם.

לא מצאנו הסבר מניח את הדעת בטיעוני הבנק, מדוע התנייתו הגורפת על הסדר זה שבדין אין בה משום קיפוח הלקוחות. לאור זאת מקובלת עלינו קביעת בית הדין קמא כי תניה זו שבסעיף 1.7 סיפא לחוזה האחיד הינה מקפחת ודינה להיבטל.

53. אשר לשיקים ושטרות המופקדים לבטחון – קבע כאמור בית הדין כי אלה לא באים בגדרו של "חוזה קבלנות" ועל כן אחריות הבנק לענין שמירתם הינה כשל שומר שכר "כשהמטרה לשמור על הנכס טפלה למטרה העיקרית של החזקתו" – ועל כן, על פי סעיף 2(ב) סיפא לחוק השומרים – הוא יהיה פטור מאחריות לאובדן או לנזק אם אלה "נגרמו שלא בהתרשלותו".

על כן נקבע, כי לעניין שטרות אלה אין בהוראת סעיף 1.7 סיפא לחוזה משום תנאי מקפח. עם זאת, נקבע כי מניסוחו של הסעיף "עלול להשתמע כי הבנק מבקש להעביר את הנטל להוכיח את התרשלותו לכתפי הלקוח, זאת בניגוד להוראת סעיף 2(ב) לחוק השומרים לפיה על השומר (במקרה זה הבנק – י"א) נטל ההוכחה להיעדר התרשלותו" (להרחבה בעניין זה ראה ע"א 341/80 עלי נ' ששון, פ"ד לו(3) 281, 287

(1982) ; וכן שירלי רנר חוק השומרים, תשכ"ז-1967 159-162 (בסדרה "פירוש לחוקי החוזים" בעריכת גד טדסקי, 1998).

לאור זאת נפסק, כי המדובר בהקשר זה של הדברים בתנאי מקפח.

בערעורו משיג הבנק על קביעתו זו של בית הדין.

54. הדיון במרכיב זה של הערעור מתייטר למעשה נוכח הצהרת הבנק בסיכומיו לפיה "סעיף 1.7 אינו מטיל על הלקוח את נטל הוכחת הרשלנות, וגם לא היתה כל כוונה להטיל על הלקוח נטל כזה. ההיפך הוא הנכון. הכוונה היתה להדגיש כי ללקוח עילת תביעה אם יתברר שהבנק התרשל, אך לא כאשר הבנק לא התרשל".

דא עקא, ניסוחו הנוכחי של סעיף 1.7 סיפא – אינו מבטא כראוי את הדברים, מעורר על פניו אי בהירות בענין זה, ולמען הסרת ספק הקיפוח – דורשים הדברים את ניסוחם כראוי.

55. סיכומם של דברים – אנו דוחים ערעור הבנק על קביעתו של בית הדין לענין סעיף 1.7 לחוזה.

למען הסר ספק, אנו קובעים כי נוסחו הנוכחי של סעיף 1.7 סיפא (המצוטט בפתח הדברים לעיל) מהווה תנאי מקפח ומורים על שינויו בהתאם לנקבע ולמפורט בפסק הדין קמא ובפסק דיננו זה.

### **סעיפים 16.10-16.13 - הוראות באמצעות הטלפון והפקסימיליה**

56. בסעיף 16 לחוזה, על חמישה-עשר תת-סעיפיו, מוסדרים נושאי השימוש בקווי תקשורת במתן השירותים הבנקאיים ו"תנאי מסירת הוראות וקבלת ייעוץ באמצעות טלפון ופקסימיליה".

בבקשת הביטול טען היועץ המשפטי כי תנאים רבים מאלה הינם תנאים מקפחים. בחלק מהנושאים הגיעו הצדדים להסדרים מוסכמים בבית הדין קמא וביתרתם ניתנה ההכרעה בפסק הדין.

שני הצדדים ערערו על קביעות שונות שנקבעו בפסק הדין, ובגדרו של הסדר דיוני, בטרם דיון בערעור, הגיעו להסכמות שונות שקיבלו תוקף של פסק דין לענין חלק מנושאי הערעור.

נותרו בפנינו ערעורי הצדדים לענין קביעות שונות של בית הדין קמא ביחס לסעיפים 16.10-16.13 לחוזה. ולהלן נתייחס לדברים כסדרם.

### סעיף 16.10

57. על פי סעיף 16.10 לחוזה:

”16.10 כל הוראה טלפונית לבנק בשיחה טלפונית ע”י אדם שיציג עצמו במהלכה של אותה שיחה כאילו הוא אחד מהלקוחות או מורשה לפעול בשם הלקוחות או מי מהם, כאמור בסעיפים 16.8 ו-16.9 לעיל, יראוה כהוראה של אותם הלקוחות או אותו מורשה, לפי המקרה, גם אם יתברר כי אותו אדם לא היה אחד מהלקוחות או המורשים מטעמם.”

בבקשת הביטול נטען, כי המדובר בתנאי מקפח:

”הפוטר את הבנק מלנקוט באמצעים לזיהוי הלקוח או המורשה המתקשר. כדי שלא יהיה בהוראה משום קיפוח, על הבנק לנקוט באמצעים סבירים לזיהוי ודאי של הלקוח. על פי סעיף 3 להוראת ניהול בנקאי תקין העוסקת בהוראות טלפוניות, הנהלת התאגיד הבנקאי תקבע הסדרים לזיהוי הלקוחות בזמן מתן הוראות טלפוניות. סעיף 5 להוראה קובע, כי לאחר ביצוע העסקה תישלח ללקוח הודעה בכתב שתכלול את כל פרטי העסקה. משלוח ההודעה יהיה באחריותו של פקיד אחר מזה שקיבל ההוראה הטלפונית.”

עוד בטרם החל הדיון בבית הדין קמא, הגיעו הצדדים להסכמה בענין סעיף זה שבחוזה כדלהלן:

”מוסכם כי יש לפעול (וכך אכן פועלים) על פי הוראות נוהל בנקאי תקין בעניין הוראות טלפוניות וכן על פי הנוהל הפנימי של הבנק בעניין זה.”

בהתאם לכך נקבע בפסק הדין כי "על הצדדים ליתן להסכמה זו ביטוי במסגרת החוזה המתוקן" (עמ' 574).

58. מטבע הדברים לא הוגש ערעור לענין זה על ידי מי מהצדדים. אולם, למרבה הפליאה, במסגרת סיכומיו בערעור מעלה היועץ המשפטי, לראשונה, טענות כנגד פסיקתו האמורה של בית הדין ומבקש כי זו תבוטל ותחתיה ייקבע על ידי ערכאת הערעור כי הוראת סעיף 16.10 לחוזה הינה תנאי מקפח מראשיתו, ולא יסכון להסרתה תיקון או שינוי של נוסח הסעיף.

דין ערעור זה של היועץ המשפטי לממשלה להידחות על הסף.

ראשית, הכרעת בית הדין לענין סעיף 16.10 לחוזה מהווה אימוץ מדויק ומלא של הסכמת הצדדים, כפי שהובאה בפניו על ידם וכמצוטט לעיל.

שנית, הכרעתו האמורה של בית הדין נותנת מענה ראוי לגופן של טענות היועץ המשפטי לענין אלמנט הקיפוח שבנוסחו המקורי של סעיף 16.10, כפי שגם אלה צוטטו לעיל.

שלישית, היועץ המשפטי לממשלה לא ערער כלל בהודעת הערעור מטעמו על קביעתו האמורה של בית הדין – ובדין.

רביעית, היועץ המשפטי לא טרח כלל להואיל ולנסות לבאר בסיכומיו את פשר טענותיו הערעוריות לענין זה אל מול ההסכמה העניינית, הסדר הדיוני והעובדה שלא כלל בערעורו את ענינו של סעיף זה בחוזה והכרעת בית הדין לגביו.

אשר על כן – אנו דוחים טענות אלה של היועץ המשפטי.

בהתייחסותנו בהמשך הדברים לענין סעיף 16.11 (בדבר הוראות מזויפות בפקסימיליה) נוסף ונתייחס לטענות היועץ המשפטי בסיכומיו לענין אי ההתאמה שנמצאה לטענתו בין הכרעות פסק הדין קמא ביחס להוראותיהם של שני סעיפים אלה שבחוזה (סעיפים 16.10 ו-16.11).

**סעיפים 16.11 ו-16.13 לחוזה**

59. סעיף 16.11 עוסק בהוראות מזויפות שנשלחו לבנק באמצעות מכשיר הפקסימיליה וקובע:

”16.11 לגבי הוראות שנתקבלו בפקסימיליה: כל הוראה הנחזית להיות חתומה ע”י הלקוחות או מי מהם או כל מורשה מטעמם כאמור לעיל, תחייב את הלקוחות גם אם יתברר שבפועל חתימתם זויפה או ההוראה לא נחתמה ע”י החותמים כאמור. הלקוחות יהיו מנועים מלהעלות כנגד הבנק כל טענה בקשר להוראה הנ”ל הקשורה במישרין או בעקיפין לעובדה כי בידי הבנק נמצא העתק בלבד של ההוראה ולא ההוראה המקורית.”

הסעיף מעניק לבנק פטור מאחריות לנזקים שיגרמו בעקבות כיבוד הוראות שנשלחו בפקסימיליה, גם אם ההוראות זויפו. בית הדין ציין, כי על פי נוסח הסעיף, הפטור אינו מותנה בהעדר התרשלות של הבנק בגילוי הזיוף.

בית הדין קבע בפסק הדין קמא, כי חתימה מזויפת אין בה כדי לחייב את הלקוח הן לפי דיני השטרות, הן לפי דיני השליחות והן לפי דין ההלוואה. לפיכך, הסעיף מתנה על הדין בכך שהוא פוטר את הבנק מאחריות לכיבוד הוראת פקסימיליה מזויפת, ומקים את חזקת הקיפוח הקבועה בסעיף 4(1) לחוק החוזים האחידים.

בית הדין המשיך וקבע, כי הבנק לא סתר את חזקת הקיפוח. העובדה שהשימוש במכשיר הפקסימיליה כרוך בסיכונים אינה מצדיקה, בהעדר התרשלות של שני הצדדים, להטיל את האחריות דווקא על הלקוח. תוצאה זו, כך קבע בית הדין, אינה מתחייבת מעקרון האשם ואינה נתמכת בעקרון פיזור הנזק.

אי לכך קבע בית הדין כי מדובר בתנאי מקפח, וכי יש לבטלו.

60. בסעיף 16.13 נקבע פטור מאחריות לנזקים שנגרמו בעקבות ביצוע הוראות שניתנו על ידי הלקוח (או מורשה מטעמו או מי שנחזה להיות הלקוח) באמצעות הטלפון:

16.13" הלקוחות פוטרים את הבנק מכל אחריות בגין הוצאות, הפסדים ונזקים העלולים להיגרם להם, במישרין או בעקיפין, כתוצאה מביצוע (לרבות ביצוע חלקי או ביצוע בקרוב) של כל הוראה של אחד מהלקוחות או של מורשה כלשהו כאמור בסעיפים 16.8 ו-16.9 לעיל, וכן של כל אדם כאמור בסעיף 16.10 לעיל, ובלבד שהבנק לא יהיה פטור אם הלקוחות הוכיחו שהנזק, ההפסד או ההוצאה נגרמו כתוצאה מרשלנות הבנק."

בית הדין מצא, כי הסעיף מעורר שתי שאלות. הראשונה היא האם יש מקום להגביל את אחריות הבנק רק למקרים בהם הבנק התרשל, ואילו השנייה היא האם ראוי להטיל את הנטל להוכחת התרשלות הבנק על הלקוח.

אשר לשאלה הראשונה, נמצא על ידי בית הדין, כי הגבלת האחריות המוטלת על הבנק למקרים בהם הוא התרשל אינה סוטה מן הדין, ולכן אינה מקפחת את הלקוח.

בנוגע לנטלי ההוכחה קבע בית הדין את הדברים הבאים:

"...הדין מורה כי צד שהתרשל צריך לפצות את הצד שנפגע עקב המעשה או המחדל הרשלניים. הדין גם מורה, כי המוציא מחברו עליו הראיה. אולם ביחסים בין הבנק ללקוח, הלקוח נמצא בנחיתות ראייתית. אין לו אלא את עדותו לגבי ההוראה שניתנה על ידו. לבנק, לעומת זאת, יש אמצעים ראייתיים נוספים, כגון רישומים, ובאפשרותו לעצב ולאכוף נהלי עבודה שיצמצמו את הסיכונים והנזקים הכרוכים בשימוש באמצעי תקשורת אלה. על כן, במקרים רבים, יכול שהנטל על הלקוח לא יהיה כבד, ועשויים להיות מקרים שלאור נסיבותיהם הנטל כולו יועבר מכתפי הלקוח אל שכמו של הבנק. במסגרת דיון בשאלת הקיפוח לא עלינו לסיים את המלאכה ולא עלינו למנות את שלל המצבים בהם, ביחסים שבין בנק ללקוח, הכלל הרגיל של המוציא מחברו עליו הראיה לא יחול כפשוטו. די לנו שנאמר כי אין זה מן הדין להטיל את מלוא הנטל על שכמו של הלקוח בכל המצבים. לכן תניה המתנה את אחריות הבנק בהוכחת התרשלות ע"י הלקוח עלולה להתגלות כתניה המעבירה את נטל ההוכחה (או למצער מתנה על מידת ההוכחה). על-כן, הסעיף בנוסחו הנוכחי בא בגדר חזקת הקיפוח המעוגנת בסעיף 4(7) לחוק החוזים האחידים." (עמ' 573)

בית הדין ציין, כי הן הלקוח והן הבנק יוצאים נשכרים מן האפשרות להעביר הוראות ולבצע פעולות בנקאיות באמצעות קווי תקשורת, ולכן עליהם להתחלק בסיכונים הנובעים מכך, ו"אין זה מוצדק להעביר את נטל ההוכחה על הלקוח. התפתחות הדין הנוגע לנטל ההוכחה ומידת ההוכחה במקרים כאלה צריכה להיות חופשיה מאבני נגף חוזיים" (עמ' 574).

בית הדין הגיע למסקנה, כי בסעיף יש משום קיפוח בהעברת נטל ההוכחה בדבר התרשלות הבנק בכל המקרים על שכמו של הלקוח.

61. הבנק מערער על קביעת בית הדין בנוגע לסעיפים 16.11 ו-16.13, ואילו היועץ המשפטי לממשלה מערער על ההכרעה באשר לסעיף 16.13.

לגבי סעיף 16.11 מסכים הבנק, כי הפטור מאחריות לא יחול על נזקים שנגרמו כתוצאה מרשלנותו, ומוצעים תיקונים שיביאו, לשיטת הבנק, לתוצאה זו.

עוד טוען הבנק, כי הקביעה לפיה מוטלת אחריות על הבנק גם בהעדר התרשלות מצידו פירושה הטלת אחריות מוחלטת, בניגוד לדין. לטענת הבנק, בשירות מתן הוראות באמצעות הפקסימיליה קיימים סיכונים מיוחדים, והוא נועד להקל על הלקוחות. הבנק מעמיד את הלקוחות על הסיכונים הכרוכים בשירות, ונוקט באמצעים למניעתם. בפני הלקוח פתוחה הדרך להשתמש בשירותי הבנק בדרך "הרגילה", ולכן יש להטיל את האחריות לסיכונים שאינם נובעים מרשלנות הבנק על הלקוח.

אשר לסעיף 16.13 טוען הבנק כי מאחר שנקבע לגביו כי הוא מקפח רק בנושא של נטלי הראיות, מסכים הוא להחליף את המילים "אם הלקוחות יוכיחו" במילים "אם ייקבע" או להשמיטן, ובכך להכריע בשאלת נטל ההוכחה בכל מקרה לגופו.

62. היועץ המשפטי לממשלה, לעומתו, טוען כי בית דין שגה בכך שקבע כי ההסדר המצוי בסעיפים 16.10 (לגביו כאמור הגיעו הצדדים להסכמה) ו-16.13 בכל הנוגע לביצוע פעולות לא מורשות בחשבון הלקוח אינו סוטה מן הדין. לטענת היועץ המשפטי לממשלה, אין הבדל בין מתן הוראה מזויפת באמצעות הטלפון לבין מתן הוראה מזויפת באמצעות הפקסימיליה, ולכן אין טעם שיכול להוביל למסקנה שהדין צריך להיות שונה בשני המקרים. האחריות החוזית, כך היועץ המשפטי לממשלה, היא

אחריות מוגברת, ולכן במצב שבו שני הצדדים לא התרשלו, יש להטיל את האחריות על הבנק.

היועץ המשפטי לממשלה מוסיף וטוען, כי השירות של מתן הוראות באמצעות הפקסימיליה או באמצעות הטלפון הוא שירות בסיסי וחיוני, אשר מסייע לבנק להתייעל ולשפר את רווחיותו.

היועץ המשפטי לממשלה אף אינו מסכים להצעת הבנק לתיקון סעיף 16.13, מכיוון שלשיטתו נקבע בבית הדין קמא כי הנטל צריך להיות על הבנק להוכיח כי לא התרשל, ועל כן יש לשנות את הסעיף ולומר זאת במפורש.

ד"ר

63. הסיכונים הנשקפים כתוצאה משימוש באמצעי תקשורת, ובענייננו בטלפון ובפקסימיליה, נחלקים לשתי קבוצות עיקריות. ראשית, קיים הסיכון כי הוראה תזויף, ותחזה להוראה כהוראה מטעם הלקוח. שנית, קיים סיכון לשיבוש של ההוראה, בין אם עקב שיבושים או תקלות טכניות בקווי התקשורת (לדוגמה הוראה שתישלח בפקסימיליה ולא תגיע לייעודה עקב תקלה במכשיר הפקסימיליה בבנק), ובין בשל חוסר הבהירות העשויה להתלוות למתן הוראות באמצעות הטלפון או הפקסימיליה (לדוגמה אם יתברר כי הלקוח ופקיד הבנק לא סיכמו ביניהם את כל הסוגיות הכרוכות בהוראה).

אמנם, סיכונים אלה הם אינהרנטים למתן הוראות בנקאיות בכלל, ואין הם מיוחדים דווקא למתן הוראות באמצעות קווי תקשורת. עם זאת, כאשר הלקוח אינו נפגש עם פקיד הבנק פנים מול פנים, אלא מעביר את הוראותיו לבנק באמצעות הטלפון או הפקסימיליה, קיים סיכון גדול יותר לטעויות ולנזקים (כדוגמה לטעויות שעלולות ליפול בהבנת הוראות טלפונית ראו ת"א (שלום י-ם) 13500/95 אהרון נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ (לא פורסם, 14.4.97)).

השאלה המרכזית המתעוררת בענייננו היא מה מידת האחריות שתוטל על הבנק בגין נזקים שנגרמו כתוצאה מהוראות שניתנו באמצעות קווי תקשורת. הבנק טוען, כי יש להטיל עליו אחריות רק כמידת אשמו, כלומר רק אם התרשל, ואילו היועץ המשפטי לממשלה טוען, כי יש להכיר בסטנדרט גבוה יותר של אחריות שיחול על הבנק.

64. יש להבחין לעניין זה בין שני סוגי הנזקים שעלולים להיגרם כתוצאה ממתן הוראות בטלפון או בפקסימיליה, אותם פירטנו לעיל. בסוג הראשון של הנזקים לא הלקוח הוא שנתן את ההוראה, אלא צד ג' המתחזה ללקוח ונותן הוראות במקומו על אף שאינו מורשה לכך. בסוג השני נכללים נזקים אחרים הנובעים מהשימוש בקווי התקשורת – בין אם נזקים הנובעים מתקלות טכניות ובין אם נזקים הנובעים מטעויות אנוש.

החווה מעגן אף הוא אבחנה זו. בעוד שהסוג הראשון של המצבים – מצבי הזיוף או ההתחזות – מוסדר על ידי סעיפים 16.10 ו-16.11 לחוזה, הסוג השני של המצבים מוסדר בסעיף 16.13 לחוזה.

כפי שצינו לעיל, הצדדים הגיעו להסכמה בפני בית הדין קמא בנוגע לסעיף 16.10 לחוזה, ולכן דיוננו לא יעסוק בסעיף זה. די אם נציין כי בהוראות הנוהל הבנקאי של בנק ישראל והנוהל הפנימי של הבנק, שנקבע על פי הוראותיו, נקבעו אמצעי הזהירות והבדיקה המוטלים על הבנק במטרה להגיע לזיהוי אמת של מוסר ההוראות הטלפוני, מה שאין כן, כמובן, בהודעת פקסימיליה המתקבלת במכשיר המוצב במשרדי הבנק.

65. בכל הנוגע להוראות שניתנו בידי מתחזה באמצעות פקסימיליה (סעיף 16.11 לחוזה), הרי שכפי שקבע בית הדין, אין הוראות אלה יכולות לחייב את הלקוח. מערכת היחסים בין הבנק ללקוח מוגדרת כיחסי לווה-מלווה (ראו ד"נ 32/84 עזבון ולטר נתן וויליאמס ז"ל נ' Israel British Bank (London) (in liquidation), פ"ד מד(2) 265 (1990)). חוזה ההלוואה יוצר חיוב תוצאה, ולא חיוב השתדלות (להבחנה בין חיובי השתדלות ותוצאה ראו דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ג' 387-388 (2003); ע"א 2887/91 גול נ' אוריאל (לא פורסם, 28.9.95); א' זמיר חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974 36-34 (בסדרה "פירוש לחוקי החוזים" בעריכת ג' טדסקי, 1994)), ולפיו על הבנק להחזיר ללקוח את סכום ההלוואה. חובה זו חלה גם במקרה שבו הבנק העביר לצד ג' את הסכום ההלוואה, ואף בהעדר רשלנות מצד הבנק (ראו בן-אוליאל בעמ' 315-316, 423); אהרן ברק "זיוף במשיכת שיק: מטרה ואמצעים בחלוקת הסיכון בין הבנק ללקוח" משפטים א 134, 137 (1968)).

גם לפי הגישה הרואה במערכת היחסים בין הבנק לבין הלקוח מערכת יחסים של שליחות, אין מקום לחייב את הלקוח בגין הוראה מזויפת. זאת מאחר, שכפי שציין בית הדין "השליחות נוצרת בהבעת רצונות של השולח והזיוף אינו מהווה הבעת רצון"

(וראו גם אהרן ברק חוק השליחות חלק א' 727 (1996)). אנו מקבלים לענין זה את השקפת בית הדין קמא ולפיה:

"לדעתנו, גם אם המסמך העיקרי היוצר את השליחות הוא חוזה העו"ש, עדיין מדובר בחוזה מסגרת אשר בא לידי ביצוע, בהתייחס לכל פעולה ופעולה, ביצירת שליחויות מיוחדות הנוצרות, כל אחת, בעקבות הוראה ספציפית הניתנת על-ידי הלקוח לבנק לגבי אותה פעולה. שליחות ספציפית זו אינה קמה כאשר מדובר בהוראה שלא ניתנה על ידי הלקוח".

לפיכך, על פי הדין הנוהג, בהעדר התרשלות מצד הלקוח לא ניתן לחייבו בגין פעולות שבוצעו לפי הוראות מזויפות ולא ניתנו על ידו.

מן האמור לעיל עולה, כי הוראת סעיף 16.11 לחוזה פוטרת את הבנק מאחריות שהיתה מוטלת עליו על פי דין אילולא הסעיף, ובכך הוא מקים את חזקת הקיפוח הקבועה בסעיף 4(1) לחוק החוזים האחידים.

66. לסתירת חזקת הקיפוח טוען הבנק, כי "בנסיבות העניין, מאחר שמדובר בשירות מיוחד, שאיננו חיוני, ושניתן ללקוח רק לפי בחירתו, יש מקום לאפשר סטייה מהדין, ולקבוע, כי הבנק לא יהיה אחראי לנזקים שנגרמו שלא כתוצאה מרשלנותו. תנאי כזה לא ניתן לומר עליו כי הוא בלתי סביר או לא הגון, ואף אם מקנה לבנק יתרון, הרי שלא ניתן לומר, כי יתרון זה 'בלתי הגון'".

איננו מקבלים טענה זו של הבנק. נקודת המוצא היא כי שירותי הבנקאות באמצעות קווי תקשורת הינם שירותים מקובלים וחיוניים, אשר היקף השימוש בהם הולך וגדל עם השנים (לשם השוואה ראו את היקף השימוש בשירותי הבנקאות באמצעות רשת האינטרנט כמפורט בפסקה 4 לפסק דינו של בית הדין לחוזים אחידים בתיק ח"א (חוזים אחידים) 8010/02 המפקח על הבנקים – בנק ישראל נ' בנק הפועלים בע"מ (טרם פורסם, 9.2.06)). ולראיה – העובדה שהבנק מצא לנכון לכלול את התנאים לשימוש בשירותים בנקאיים באמצעות מכשירי הטלפון והפקסימיליה בטופס פתיחת החשבון הכללי, החל על כל מי שמבקש לפתוח חשבון עו"ש בבנק, מעידה על כך שהמדובר בשירות בסיסי, נפוץ ודרוש.

יתרה מכך, אין בידינו להסכים לטענת הבנק, לפיה שירות מתן הוראות באמצעות הפקסימיליה נועד לטובת הלקוח בלבד, ויפים לעניין זה דברים שאמר בית הדין בפסק דינו קמא:

”בהקשר זה ראוי גם לציין, שהן הבנק והן הלקוח אמורים לצאת נשכרים מן האפשרות להעביר הוראות ולבצע פעולות בנקאיות באמצעות קווי תקשורת. הלקוח זוכה בשירות מהיר ויעיל, חוסך בזמן, בטרחת ובעלויות עסקה. לבנק מתאפשר לתת שירותים רבים יותר ללקוחות רבים יותר, בצורה מהירה וגמישה יותר. ככל שביצוע הפעולות הבנקאיות יהיה קל, פשוט וזול, כך ירבו הלקוחות לבצע פעולות אלה ויגדילו את רווחי הבנק מן העמלות ומן הפעילות הבנקאית.” (עמ’ 573-574)

נוסיף ונציין, כי ככל שלקוחות רבים יותר יבצעו פעולות באמצעות קווי תקשורת ולא מול הכספר בבנק, כך יתאפשר לבנק לחסוך במשאבים על ידי צמצום בכוח האדם בבנק ולבסוף צמצום שעות הפתיחה של סניפי הבנק (וראו גם פסקאות 24-25 לפסק דינו של בית הדין לחוזים אחידים בתיק ח”א 8010/02 הנ”ל).

לאור זאת, בדין קבע בית הדין קמא כי חזקת הקיפוח שבסעיף 16.11 לא נסתרה, וכי המדובר בתנאי מקפח שיש לבטלו. אנו דוחים איפוא את ערעור הבנק לענין זה.

67. בסוג השני של המצבים, בהם דנה הוראת סעיף 16.13 לחוזה, אין המדובר בהוראות מזויפות, אלא בהוראות שניתנו על ידי הלקוח עצמו בטלפון או בפקסימיליה אך אלה לא בוצעו כלשונן מחמת תקלות אלה או אחרות באמצעי התקשורת. הוראה זו מתייחסת לקשת רחבה מאוד של מצבים אפשריים, כגון מקרים בהם ההוראה לא הובנה כראוי, מקרים שבהם הודעת הפקסימיליה הגיעה משובשת, מקרים שבהם הודעת הפקסימיליה כלל לא הגיעה ליעדה, ועוד אפשרויות מאפשרויות שונות.

כאשר הבנק מבצע הוראות שהורה לו הלקוח בגדרי החוזה שביניהם, עליו “לנהוג בזהירות ראויה בשמירה על האינטרסים של לקוחו” (דנ”א 1740/91 בנק ברקליס-דיסקונט בע”מ נ’ פרוסט קוסטמן, פ”ד מז(5) 31, 47 (1993)). ההלכה היא כי חובתו של הבנק הינה “לנקוט כל אותם אמצעי זהירות שבנק סביר היה נוקט בנסיבות

העניין" (שם, 85). האחריות המוטלת על הבנק היא לפעול בזהירות הראויה, באופן סביר וללא התרשלות במילוי הוראות הלקוח.

לאור זאת, הקביעה שבסעיף 16.13 לחוזה לפיה הבנק יהיה אחראי לנזק שנגרם ללקוח בגין ביצוע פעולות שנמסרו בטלפון במקרים בהם הנזק נבע מרשלנות הבנק, עולה בקנה אחד עם האחריות המוטלת על הבנק על פי הדין, ועל כן אינה מקימה חזקת קיפוח. לא מצאנו גם סיבה אחרת לקבוע כי מדובר בתנאי מקפח, ועל כן אנו דוחים את ערעור היועץ המשפטי לממשלה לענין סעיף זה.

68. ומכאן לענין נטל הראיה המוטל כל כולו על פי הסיפא לסעיף 16.13 על הלקוחות ועליהם בלבד.

מקובלת עלינו מסקנת בית הדין קמא כי תניה זו עולה כדי תנאי מקפח, וזאת כמפורט בסעיף 126 לפסק הדין ובעיקרי הדברים שצוטטו לעיל.

הקיפוח שבתניה זו הינו בקביעה הגורפת שבו ולפיה הנטל להוכחת התרשלות מצד הבנק (בנושאים המנויים בסעיף 16.13) יהיה לעולם על הלקוחות, זאת גם באותם המקרים בהם קיימות הוראות אחרות על פי דיני הראיות ופסיקת בתי המשפט.

כטענה חלופית בערעורו, טוען הבנק כי אלמנט מקפח זה ניתן להסרה ולתיקון על דרך מחיקת המילים שבסיפא לסעיף זה לענין נטל הראיה.

היועץ המשפטי מתנגד בסיכומיו להצעת תיקון זו של הסעיף, שכן לטענתו על נוסח הסעיף לציין במפורש את המקרים בהם הנטל להוכחת אי ההתרשלות הינו על הבנק. נראות לנו לענין זה טענות הבנק מטענותיו של היועץ המשפטי. סכסוך משפטי כי יפרוץ בין הבנק ללקוח – נטלי הראיה בגדרו יהיו כקבוע בדיני הראיות ובמבחני הפסיקה.

משתוסר מנוסחו הנוכחי של הסעיף התניה המקפחת ולפיה נטל הראיה יהיה בכל מקרה על הלקוחות, יוסר בכך אלמנט הקיפוח, שכן, על פי הנוסח המתוקן, ומשאין בו קביעה או התניה לענין נטלי הראיה, ייקבעו אלה בכל ענין לגופו על פי הוראות הדין.

69. סיכומם של דברים הינו איפוא כדלהלן:

א. אנו דוחים ערעורו של היועץ המשפטי לענין סעיף 16.10 לחוזה.

ב. אנו דוחים ערעור הבנק לענין סעיף 16.11 לחוזה.

ג. אנו דוחים ערעורי הצדדים לענין סעיף 16.13 לחוזה. עם זאת, אנו מוסיפים וקובעים כי להסרת התנאי המקפח שבסיפא לסעיף 16.13 – יתוקן נוסחו באופן בו המילים "אם הלקוחות הוכיחו שהנזק..." "יימחקו, ובמקומן יבוא "אם הנזק..."

**סעיף 16.12 לחוזה – רישומי הבנק לגבי הוראות שניתנו באמצעות הטלפון או הפקסימיליה**

70. וזו לשון הסעיף:

"16.12 על אף האמור בסעיף 27.1 להלן, כל רישומי הבנק בנוגע לקיומה של הוראה כלשהי, שניתנה באמצעות הטלפון ו/או הפקסימיליה, מועדה ותוכנה, ישמשו כהוכחה מכרעת נגד הלקוחות."

בבקשת הביטול נטען, כי סעיף זה הינו תנאי מקפח, שכן הוא שולל מהלקוחות את זכותם לחלוק על קביעת הבנק. בית הדין התבקש לשנות את הסעיף כך שהרישומים האמורים בו יהוו רק "הוכחה לכאורה" לתוכנם ולא "הוכחה מכרעת", ובכך תינתן ללקוחות האפשרות לסתור את האמור בהם.

בית הדין קמא לא התייחס בפסק דינו לסעיף זה שבחוזה ולטענות שהעלו בפניו לענין זה היועץ המשפטי והבנק. על כך ערעורו של היועץ המשפטי ובקשתו כי נכריע אנו, כערכאת הערעור, לגופן של הטענות.

71. בערעור שבפנינו שב וטוען היועץ המשפטי כי המדובר בסעיף מקפח, כי אין להעניק לרישומי הבנק האמורים בסעיף זה מעמד של ראיה מכרעת, וכי מעמדם הראייתי אמור להיות זהה לכל רישום אחר בספרי הבנק, לאמור "ראיה קבילה" או לכל

היותר "ראיה לכאורה", וכפי שנקבע לענין זה בפסק הדין קמא ביחס להוראת סעיף 27.1 לחוזה.

72. הבנק לעומתו טוען, כי לא הרי רישומים "רגילים" בספרי הבנק כהרי רישומים של הוראות הלקוחות שניתנו באמצעות טלפון או פקסימיליה. באלה האחרונים, לטענת הבנק, "המדובר במתן שירות שיש בו סיכונים רבים, לרבות אי בהירות, טעויות בקליטה, זיפים, שיבושים, וכו'... הלקוח מופנה, כמובן, לכל הסיכונים הקיימים, במסגרת ס. 16, וכאשר הוא בוחר במפורש ובאופן מודע לאחר שקילת הסיכונים לבצע פעולות בדרך זו הרי שהוא נוטל את הסיכון על עצמו."

הבנק מוסיף וטוען כי "מכיוון שתתכנה אי הבנות במסירת ההודעה (בטלפון או בפקסימיליה – י"א) ובתוכנה, אין זה מתקבל על הדעת (כך!) שניתן יהיה להתווכח על תוכנה של ההוראה. קביעה שכזו תחייב בכל פעולה שנעשתה באמצעות הטלפון או הפקסימיליה את פקיד הבנק להתייבב במשפט ולהעיד על רישומי הבנק... המדובר הוא במאות אלפי פעולות כל יום ועל כן הטלת מעמסה שכזו על המערכת הבנקאית תשתק אותה לחלוטין (!)".

73. על פי הוראות הדין אין אבחנה, לענין המעמד הראייתי, בין הרישום בספרי הבנק לגבי פעולות "רגילות" לבין הרישום בספרי הבנק של פעולות שהלקוחות הורו עליהן באמצעות טלפון או פקסימיליה. אלה כמו אלה ייחשבו, בהתקיים התנאים הקבועים לכך, כ"רשומות מוסדיות" על פי סעיף 36 לפקודת הראיות, וכדברים שכתבנו לענין זה בפרק בו עסקנו בהוראת סעיף 27.1 לחוזה (פסקאות 33-38 לעיל).

ההתניה החוזית שבסעיף 16.12, המבקשת לשדרג את מעמדן הראייתי של רישומי ההוראות בפקסימיליה ובטלפון למעמד של "ראיות מכריעות" מהווה על פני הדברים תנאי מקפח, ובעליל. משמעותה של התניה זו הינה חסימה א-פרוורית של הלקוחות מהעלאת טענה כלשהי כנגד רישומי הבנק, ואין לך תנאי מקפח מזה.

טענותיו של הבנק לגבי האופי השונה והמיוחד של הוראות הניתנות בטלפון או בפקסימיליה, אין בכוחן לסתור עוצמת הקיפוח הגלומה במתן תוקף של "ראיות מכריעות" לאותם הרישומים.

74. עם זאת, ובאיזון המתבקש, עולות האבחנות האמורות כדי הצדקת מתן מעמד ראייתי של "ראיות לכאורה" לאותם הרישומים. במתן הוראות טלפוניות (או

בפקסימיליה) טבוע "סיכון יתר" מהוראות הניתנות בכתב, במשרדי הבנק ובמעמד הלקוח. לסיכון זה מודעים הבנק והלקוח כאחד. עיקרו של סיכון זה הינו בתיעוד העקיף, או המשני, הנלווה לאותן ההוראות, זאת בניגוד לתיעוד הישיר והבלתי אמצעי שבפעולות הפרונטליות, פנים אל פנים.

כפי שצינו בפתח הדברים, עמדתו של היועץ המשפטי בבקשת הביטול היתה כי הסרת הקיפוח שבסעיף 16.12 תהיה על דרך תיקונו באופן בו "המסמכים ישמשו הוכחה לכאורה ותינתן ללקוח האפשרות להוכיח כי אין הדבר כך".

עמדה זו מקובלת עלינו, שכן היא מבטאת כנדרש את האיזון המתבקש לענין מעמד הראייתי של הרישומים בספרי הבנק בסוג רישומים זה על היבטיו המיוחדים.

75. אנו מקבלים איפוא את ערעורו של היועץ המשפטי, קובעים כי סעיף 16.12 הינו תנאי מקפח, וכי הקיפוח יוסר על ידי תיקון הסעיף באופן בו המילים "ישמשו כהוכחה מכרעת" יימחקו ובמקום יבוא "ישמשו כראיה לכאורה".

### סעיף 28.1.2 לחוזה – פטור מאחריות עקב שימוש הבנק באמצעי תקשורת

76. בסעיף זה נקבע פטור של הבנק מאחריות לנזקים שנגרמו עקב שימוש שעשה באמצעי תקשורת שונים – וזאת כדלהלן:

#### 28.1" פטור מאחריות בנסיבות מסוימות

הלקוחות פוטרים את הבנק מכל אחריות בגין כל נזק, הפסד, הוצאות ותשלומים העלולים להיגרם ללקוחות, במישרין או בעקיפין:

28.1.1 ...

28.1.2 כתוצאה משימוש הבנק באופן סביר באמצעי תקשורת שונים כגון דואר, טלפון, טלקס, פקסימיליה, או כל שיטת תקשורת או הובלה אחרות, בין פרטיים ובין ציבוריים, וכתוצאה מכל אובדן, עיכוב או אי הבנה, השחתה או קלקול בשל שימוש כאמור, ובלבד שהבנק לא יהיה פטור אם יוכיחו הלקוחות כי הנזק הפסד או ההוצאה האמורים הם תוצאה של רשלנות הבנק.

77. בית הדין קבע, כי בדומה לאמור לגבי סעיף 16.13 לחוזה, "גם כאן לא יוכל הבנק לצאת פטור אם התרשל, וראוי שנטל ההוכחה ייקבע על-פי הדין ולא ייגזר מהוראות החוזה" (עמ' 579).

78. היועץ המשפטי לממשלה מערער על קביעה זו.

לטענתו, היה מקום לקבוע כי עצם הפטור מאחריות המוענק לבנק על פי הסעיף הוא מקפח. זאת, גם כשהבנק לא התרשל. ראשית, לגישת היועץ המשפטי לממשלה, במקרה של "חיוב תוצאה", החובה החוזית של הבנק היא לספק את השירות שהתחייב לתיתו, והאחריות לאי קיום חובה זו מצד הבנק צריכה ליפול על שכמו, זאת בהעדר נסיבות של סיכול על פי דין כקבוע בסעיף 18 לחוק התרופות. היקף הפטור אותו מבקש הבנק בסעיף זה משתרע מעבר לכך, ועל כן המדובר בתנאי שהינו מקפח.

פן נוסף של קיפוח מוצא היועץ המשפטי בכך, שגם במקרים של "חיובי השתדלות", על הבנק מוטלת החובה לעשות מאמץ סביר לביצוע הפעולה, ולא די בכך שהשימוש באמצעי התקשורת היה כשלעצמו סביר.

הבנק טוען לעומתו, כי בטענותיו אלה מבקש היועץ המשפטי לממשלה להרחיב את גדר המחלוקת בין הצדדים, כיוון שבבקשת הביטול נטען על ידו כי הקיפוח שבסעיף זה מתבטא אך בכך שהוא מטיל על הלקוחות את נטל הוכחת רשלנות הבנק.

אשר לטענת היועץ המשפטי לגופה טוען הבנק, כי היקף אחריותו של הבנק על פי סעיף זה אינו מתנה על אחריותו על פי דין, שכן היקפה של זו איננו על פי דין הסיכול אלא על פי דין חובת הזהירות המוטלת עליו, ועל פי מבחן הרשלנות.

79. כפי שציינו לעיל, החובה החלה על בנק בביצוע פעולות למען הלקוח היא לנקוט את כל אמצעי הזהירות שבנק סביר היה נוקט בנסיבות הענין (דנ"א 1740/91 הנ"ל). על כן, גם בשימוש באמצעי התקשורת השונים לצורך ביצוע הוראות הלקוח חלה על הבנק חובת הזהירות, ועל השימוש שעושה הבנק באמצעי התקשורת להיות סביר.

על כן, וכפי שקבע בית הדין, סעיף 28.1.2 לחוזה והתנאים הקבועים בו לתחולת הפטור על הבנק לנזקים שנגרמו כתוצאה מהשימוש באמצעי תקשורת, עונה על דרישה זו. ראשית, נדרש שהבנק יעשה שימוש סביר באמצעי התקשורת. שנית, על ההפסד או הנזק להיגרם שלא כתוצאה מרשלנות הבנק.

עם זאת, ומהטעמים שפורטו לענין הוראת סעיף 16.13 לחוזה, הסיפא לסעיף זה לענין נטל הראיה מהווה תנאי מקפח שיש להסירו על דרך מחיקת המילים "אם יוכיחו הלקוחות כי הנזק... " ובמקומן יבוא "אם הנזק...".

### סעיף 34 - פטור מאחריות לפעולות של בנקים קורספונדנטים

80. בסעיף 34 לחוזה נאמר:

"34. שימוש בקורספונדנטים  
 הבנק יהיה רשאי להשתמש לצורך ביצוע הוראות הלקוחות, בשרותי קורספונדנטים בישראל או מחוצה לה, לפי בחירתו. הלקוחות מתחייבים לשאת בעמלות ובהוצאות שיידרש הבנק לשלם לקורספונדנטים בקשר לביצוע הוראות הלקוחות כאמור. הבנק יהיה פטור מאחריות כלשהי בגין נזקים, הוצאות והפסדים העלולים להיגרם ללקוחות במישרין או בעקיפין כתוצאה ממצעו או מחדל כלשהם של קורספונדנט כלשהו, ובלבד שהבנק נהג בזהירות סבירה בבחירת אותו קורספונדנט. במידת האפשר יסייע הבנק ללקוחות לברר את נסיבות המקרה, וככל שהדבר אפשרי ימחה לו את זכות התביעה שיש לו כלפי אותו קורספונדנט. האמור בסעיף זה כפוף לסעיף 28 לעיל."

בבקשת הביטול טען היועץ המשפטי, כי הפטור מאחריות אותו מבקש הבנק בגין פעולות בנקים קורספונדנטים, הינו תנאי מקפח ודינו להתבטל. על פי הטענה, הפטור המבוקש מתנה הן על אחריותו החוזית של הבנק כלפי הלקוח גם למעשיו ולמחדליו של הבנק הקורספונדנט, והן על אחריותו השילונית של הבנק למעשי שלוח המשנה שלו – הבנק הקורספונדנט. על כן, התניה שבסעיף 34 עולה כדי חזקת הקיפוח שבסעיף 4(1) לחוק החוזים האחידים והינה תנאי המקפח את הלקוחות.

הבנק, לעומתו, טוען כי הבנק הקורספונדנט איננו פועל כ"שלוח" של הבנק בישראל אלא כגורם נפרד ועצמאי, אשר הבנק (המקומי) אינו נושא באחריות שילוחית לפעולותיו. על כן, ככל שהבנק המקומי לא התרשל בפעולותיו שלו בבחירת בנק ראוי לתפקיד הבנק הקורספונדנט – הוא אינו נושא באחריות למעשה או מחדל של האחרון שגרמו לנזקי הלקוח.

81. בית הדין, לאחר ניתוח מפורט של מערך הזיקות והיחסים הנוצר במשולש שקודקודיו הם הבנק, הבנק הקורספונדנט והלקוח – קובע בפסק הדין כדלהלן:

"... אחריותו (על פי דין – י"א) של הבנק כלפי הלקוח קמה עקב התנהגותו של הקורספונדנט, גם אם אין באותה התנהגות כדי להקים אחריות (עוולה נזיקית) מצד הקורספונדנט כלפי הלקוח. היקפה של אחריות הבנק אף אינה מוגבלת לאחריות הנזיקית המוטלת (אם בכלל) על הבנק הקורספונדנט כלפי הלקוח (עניין שהוא כשלעצמו שנוי במחלוקת ...), והיא נגזרת מהיקף האחריות החוזית של הבנק כלפי הלקוח. על רקע זה עולה שאלת הפטור מהאחריות השילוחית למעשי הקורספונדנט שמבקש הבנק להקים לעצמו בחוזה (בסעיף 34 – י"א). הואיל והסעיף מקנה לבנק פטור מאחריות שילוחית גם במקום שבו יחסיו עם הבנק הקורספונדנט הם יחסי שולח-שלוח, יחסים שעל פי דין מטילים על הבנק אחריות שילוחית למעשיו של הבנק הקורספונדנט, יש בו כדי להקים חזקת קיפוח." (עמ' 586)

מכאן פונה בית הדין לבחון האם עלה בידי הבנק לסתור חזקת קיפוח זו. בעניין זה מתייחס בית הדין לנוהג הבנקאי המקובל המעוגן בכללי לשכת המסחר הבינלאומית (Uniform Customs and Practice for Documentary Credits) ולפסיקות בית המשפט העליון לעניין זה בע"א 4602/97 רדאל (אשדוד 88) בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד נג(2) 577 (1999) ו-ע"א 151/89 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' מ.ג. ברין ובניו בע"מ, פ"ד מו(4) 101 (1992) – ובהסתמך על אלה מגיע למסקנות דלהלן:

"...אנו סבורים שיש לייחס חשיבות רבה לסוג העסקה ואופיו של הלקוח, תוך הבחנה בין עסקאות מסחריות המתבצעות על-ידי לקוחות שעיסוקם בייבוא וייצוא לבין לקוחות צרכניים אשר מבצעים העברות בינלאומיות או אחרות, בהן הבנק נזקק לקורספונדנטים, שלא במהלך עיסוקם.

נראה כי בעסקאות מסחריות, כאשר הלקוח הנו גוף עסקי המבצע את הפעולות הבנקאיות הדורשות שימוש בקורספונדנט במהלך עסקיו הרגיל, כגון ייצוא וייבוא ומסחר בינלאומי, אזי אין לומר כי הפטור לבנק עמו מתקשר הלקוח הנו מקפח, ובלבד שהתנהגותו של הבנק הייתה ללא רבב והוא עשה כל שהיה יכול לעשות, כבנקאי סביר, כדי למנוע נזק ואובדן מהלקוח.

שונה המצב בעסקאות שאינן מסחריות. שם הלקוח אינו עושה שימוש בשירותים הכרוכים בהזקקות לקורספונדנט כעניין שבשגרה ופרנסתו אינה כרוכה בשימוש בשירותים הללו. במצב דברים כזה, אין לומר כי הלקוח משקלל את הסיכויים והסיכונים ונוטל סיכון מודע ומחושב בהתקשרו עם הבנק. במקרה זה עמדתו של הלקוח חלשה ופגיעה יותר. לעומת זאת, הבנק, כמי שעיסוקו בכך וכמי שמתקשר במישרין עם הקורספונדנט נמצא בעמדה טובה יותר למנוע נזק מראש, או להיפרע מהקורספונדנט בדיעבד.

...

על כן, כאשר מדובר בלקוח צרכני, למעט במקרים בהם הלקוח עצמו הצביע על קורספונדנט ספציפי ודרש להשתמש בשירותיו, אין מקום לפטור את הבנק מאחריות למעשיו ומחדליו של הקורספונדנט. (עמ' 587-589)

מכאן פונה בית הדין לבחינת חוליה נוספת במשולש היחסים האמור, והיא – שאלת קיום היריבות בין הלקוח לבין הקורספונדנט. לשאלה זו, כנאמר בפסק הדין, "עשויה להיות השלכה מקיפה על שאלת הקיפוח הכרוך בפטור נשוא הדיון, שכן העדר יריבות בין הלקוח לבין הקורספונדנט המונע מהלקוח לתבוע את נזקיו מהקורספונדנט (בשל מעשיו) מחמיר את הקיפוח הכרוך בהקמת פטור מאחריות לבנק". ומסקנת בית הדין לעניין זה הינה:

"אכן, דומה שאין הצדקה שלא להכיר באחריותו הנזיקית של הקורספונדנט כלפי הלקוח. אף אם תאמר שאין בין השניים יריבות חוזית (גם לא על בסיס הקונסטרוקציה של חוזה לטובת צד שלישי), איננו רואים סיבה שלא להכיר ביחסי 'שכנות' בין השניים מכוח דיני הנזיקין, שכן ברור ששלוח המשנה (הקורספונדנט - י"א) יכול לצפות שהתרשלות מצדו תגרום נזק ללקוח (דהיינו, השולח - י"א)..."

הכרה ביריבות הנזיקית שבין הלקוח לבין הבנק הקורספונדנט עשויה לתמוך בפטור לגבי לקוחות מסחריים, שבידם האפשרות לתבוע ישירות את הבנק הקורספונדנט, אך אין בה כדי לשלול את הקיפוח ביחס ללקוחות הצרכניים, שכן האפשרות המעשית של אלה

להגיש תביעה במדינת מושבו של הבנק הקורספונדנט  
היא בעייתית ביותר. " (עמ' 590)

בהתבסס על קביעות ומסקנות אלה – מסכם בית הדין קמא את הדיון בעניין  
סעיף הפטור דנן, כדלהלן (בעמ' 591):

"לסיכום, הסעיף (סעיף 34 – י"א) בנוסחו הנוכחי מעניק פטור גורף לבנק בגין נזקים העשויים להיגרם ללקוחות על-ידי מעשה או מחדל של הקורספונדנט. תניה זו מתיימרת לפטור את הבנק מאחריות שהייתה מוטלת עליו על-פי דין באותם מקרים בהם היחסים בין הבנק לבין הקורספונדנט הנם יחסי שולח-שלוח (ולא יחסי מזמין-קבלן עצמאי) ובכך היא מקימה חזקת קיפוח. חזקת קיפוח זו לא נסתרה על-ידי הבנק, במקרים בהם מדובר בלקוחות צרכניים, וגם לגבי לקוחות מסחריים – במקום בו נפל פגם גם בהתנהגותו של הבנק. בנסיבות אלה התנאי הנו תנאי מקפח שיש לבטלו."

82. שני הצדדים גם יחד מערערים על קביעותיו של בית הדין. הבנק בערעורו טוען, כי טעה בית הדין קמא בהניחו כנקודת מוצא קיומם של יחסי שליחות בין הבנק לבין הקורספונדנט, ובאחריות השילוחית של הבנק הנובעת מכך ביחס למעשי ומחדלי הקורספונדנט. לטענת ב"כ הבנק, היחס שבין הבנק לקורספונדנט אינו יחס של שליחות אלא של התקשרות חוזית עם קבלן עצמאי, ועל כן, ומכוח הוראת סעיף 15 לפקודת הנזיקין, הבנק אינו נושא באחריות למחדליו של הקורספונדנט. על כן, משהבנק אינו נושא באחריות על פי הדין, אין בתניה דנן קיפוח כלשהו של הלקוחות.

לחלופין, גם אם הבנק נושא באחריות על פי הדין למעשי הקורספונדנט, נסתרת חזקת הקיפוח נוכח העובדה שלבנק אין שליטה על מעשיו ומחדליו של הקורספונדנט. לאור זאת, תניית הפטור הינה סבירה וראויה. זאת ועוד. לטענת הבנק, הנוהג הבנקאי הבינלאומי מאמץ ומעגן השקפה זו של פטור הבנק מאחריות, וגם בכך די כדי לסתור את חזקת הקיפוח.

לחלופי חלופין, טוען הבנק כי טעה בית הדין בהחליטו על ביטול גורף של התנאי מניה וביה. תחת זאת היה על בית הדין לתת הנחיות לסיווג ותיקון נוסח התנאי באופן בו יחול הפטור על אותם המקרים שגם לשיטת בית הדין קמא הפטור בהם מוצדק ואינו מקפח.

83. היועץ המשפטי טוען בערעורו, כי טעה בית הדין בקובעו כי סעיף 34 הינו מקפח רק באותם המקרים בהם היחסים בין הבנק לבין הקורספונדנט הינם יחסי שולח-שלוח. לטענתו, המדובר בתנאי מקפח גם כאשר אותם יחסים הינם יחסי מזמין-קבלן. זאת, הואיל והאחריות החוזית המוטלת על הבנק ביחסיו עם הלקוח היא אחריות חוזית ישירה מכוח ההתקשרות שביניהם. סעיף 34 בחוזה פוטר את הבנק מהאחריות החוזית המוטלת עליו ושולל את זכויות הלקוח על פי דיני החוזים, וביחוד בחוזה דנן שהינו, על פי הטענה, חוזה תוצאה.

דיון

84. הוראות סעיף 34 מבקשות לחול – כאמור ברישא לסעיף – באותם המקרים בהם משתמש הבנק "לצורך ביצוע הוראות הלקוחות בשירותי קורספונדנטים בישראל או מחוצה לה". תיאור רחב וגורף זה של "שירותים קורספונדנטיים" משתרע על פעילויות בנקאיות שונות ומגוונות. החל מהעברה פשוטה של מטבע חוץ מחשבון הבנק בארץ לחשבון בנק בחו"ל, וכלה בעסקאות אשראי דוקומנטרי מורכבות. בכל קשת המקרים משתמש הבנק בשירותי הקורספונדנט "לצורך ביצוע הוראות הלקוחות", כמבואר בפתח סעיף 34. לאמור, הלקוח מורה לשלוחו, הבנק, לבצע עבורו פעולה בנקאית מסוימת (תהיה אשר תהיה) והבנק משתמש לצורך ביצוע נושא השליחות בשירותי הבנק הקורספונדנט.

במבט ראשון עניין לנו בשלוח (הבנק) הממנה שלוח משנה (הקורספונדנט) לצורך ביצוע נושא השליחות עליו הורה השולח (הלקוח). על פי סעיף 16 לחוק השליחות, התשכ"ה-1965:

"אין שלוח עושה שלוח לנושא שליחותו אלא אם הורשה לכך במפורש או מכללא, או שעשה זאת לשם פעולה כאמור בסעיף 5(ב)."

המילים הפותחות את סעיף 34 לחוזה מהוות את הרשאת הלקוח (השולח) לבנק (השלוח) לעשות את הקורספונדנט לשלוח משנה. בהנחה כי הקורספונדנט הינו שלוחו של הבנק, יחולו לכאורה בעניין זה הוראות סעיף 14 לפקודת הנזיקין, ולפיהן:

14". חבותו של שולח. לעניין פקודה זו, המעסיק שלוח, שאיננו עובדו, בעשיית מעשה או סוג של מעשים למענו, יהא חב על כל דבר שיעשה השלוח בביצוע אותו מעשה או סוג מעשים ועל הדרך שבה הוא מבצע אותם.

לאמור, היה ויחסי הבנק והקורספונדנט הינם יחסי שולח ושלוחו – נושא הבנק (השולח), מכח דיני הנזיקין, בחבות שתנבע ממעשה או מחדל שיבוצעו על ידי השלוח (הקורספונדנט), וזאת גם אם לבנק עצמו (השולח) אין חלק או אשם באותו המעשה או המחדל.

85. אין ספק, כי לפחות בחלק מהמקרים השימוש שעושה הבנק בשירותי הקורספונדנט יוצר ביניהם יחסי שליחות (ראו לדוגמה ע"א 4602/97 הנ"ל, בעמ' 587). ככל שהשירות קרוב יותר באופיו לביצוע פעולה טכנית במהותה של הקורספונדנט עבור הבנק, שאינה כרוכה ביצירת התחייבות נפרדת של הקורספונדנט מעבר לביצוע הוראת הבנק, כך יגבר האופי השליחותי של אותה הפעולה. מאידך, ככל שתפקידו של הקורספונדנט חורג מתחום מילוי ההוראות הטכני של הבנק וכרוך בנטילת התחייבות עצמאיות ונפרדות של הקורספונדנט כלפי הבנק, כלפי הלקוח או כלפי צדדים אחרים – כך תיטה הכף להגדרת היחס הנוצר בין הבנק לקורספונדנט כיחס של מזמין-קבלן.

קשת האפשרויות והסיטואציות של שירותי בנק קורספונדנט מניחה מטבע הדברים את הצורך בבדיקת כל מקרה לגופו ולמאפייניו. מקובלים עלינו לעניין זה דברי בית הדין קמא בעמ' 583-584 לפסק הדין, כדלהלן:

"כפי שמציינים ששון יפרח וחבריו בספרם (אשראיס דוקומנטריים, היבטים מעשיים ומשפטיים, הוצאת שוקן (1996) – י"א), כאשר הבנק הקורספונדנט הוא בנק מודיע בלבד (ולא בנק מאשר) ותפקידו הוא תפקיד טכני של העברת הודעות, כספים ומסמכים בין הבנק הפותח לבין המוטב, עשויים יחסי שני הבנקים להיות יחסי שליחות (עמ' 49). לעומת זאת, אם הבנק המכותב מוסיף את אישורו למכתב האשראי, יהיו היחסים בין שני הבנקים שונים ומורכבים יותר מאלה שבין בנק פותח לבין בנק שהוא מודיע גרידא... במשפט האנגלי הובעה הדעה, שהבנק המאשר פועל כשלוח או סוכן של הבנק הפותח, אף במקרה שבו נבחר על-ידי המבקש

(הלקוח – י"א), בעוד שבדין האמריקאי רואים לעיתים בבנק המאשר קבלן עצמאי' (שם, עמ' 50).  
 Paget's (המתייחס למשפט האנגלי), מציין בעניין זה בספרו Law of Banking 11 ed. שהבנק הקורספונדנט ייחשב כשלוח של הבנק וכשלוח משנה של הלקוח (שם, בעמ' 296).  
 בנושא זה מקובלת עלינו דעתם של ששון וחבריו, שכאשר מדובר בבנק מאשר, '...נראה שאין להתייחס אל הבנק המאשר כאל שליח בלבד, כיוון שהוא מקבל על עצמו מחויבות ישירה ובלתי-אמצעית כלפי המוטב, ולא רק אחריות בשם הבנק הפותח' (שם, בעמ' 50, הערה 15).  
 עם זאת, במקום שהקורספונדנט ממלא תפקיד של בנק מודיע בלבד, נראה שמדובר בשליחות, היינו בשלוח של הבנק ובשלוח משנה של הלקוח."

86. טענת הבנק בערעורו כי לעולם ובכל סיטואציה של שרותי בנק קורספונדנט היחס הנוצר בין הבנק לבין הקורספונדנט הוא יחס של מזמין-קבלן ולא של שולח ושלוח – עומדת בניגוד למבנה הבסיסי והפשוט של רבים משירותי הבנקים הקורספונדנטים מהסוג ה"טכני" בהם מהותו של השירות המתבקש על ידי הבנק מהקורספונדנט הינו ביצוע פעולה משפטית בשמו או במקומו של הבנק כלפי צד שלישי, כהגדרת השליחות בסעיף 1 לחוק השליחות. האחריות השלוחית על פי דיני הנזיקין הינה פועל יוצא מתבקש בכל אותם המקרים.

על כן, הפטור מאחריות זו אותו מבקש הבנק בסעיף 34 לחוזה, מתנה על חובתו שבדין ומתקיימת בו מתוך כך חזקת הקיפוח שבסעיף 4(1) לחוק החוזים האחידים. הפטור הגורף שמבקש הבנק בכל אותם המקרים, ללא סייג, הגבלה או הבחנה בין סוגי השירותים הקורספונדנטים השונים, איננו סביר, ולו מחמת היקפו הגורף והטוטאלי. המדובר בפעולות בנקאיות שגרתיות ויום-יומיות המבוצעות בחשבונות מסוגים רבים ושונים – ובהם חשבונות של לקוחות "צרכניים" (כהגדרת בית הדין קמא) – אשר אינן מתאפיינות בדרך כלל בהליכי בדיקה ובירור בין הלקוח לבין הבנק. זאת, בניגוד לעסקאות המורכבות יותר של אשראים דוקומנטריים למיניהם אשר הלקוחות הנזקקים להן מצויידיים בידע המסחרי והבנקאי הנדרש לפעולות שכאלה, על הסיכונים הכרוכים בהן. מתוך כך, ומתוך הנימוקים הנוספים לעניין זה שבפסק הדין קמא, בדין פסק בית הדין כי בהקשר דברים זה מהווה סעיף 34 לחוזה תנאי מקפת.

87. ומכאן לשרותי הקורספונדנטים בתחום האשראים הדוקומנטריים. היועץ המשפטי בסיכומיו חוזר בו למעשה מנימוקיו בהודעת הערעור מטעמו, בהם השיג על

עצם האבחנה בפסק הדין קמא בין סוגי השירותים הקורספונדנטים ועל הקיפוח הקיים לטעמו בסעיף דנן גם ביחס לשירותים הקורספונדנטים מכל מין וסוג.

בסיכומיו נטען, כי "ההבחנה בין 'לקוח מסחרי' ל'לקוח צרכני' בכל הנוגע לביצוע הפעולות הבנקאיות המתוארות לעיל (דהיינו, סוג הפעולות ה'טכניות' והפשוטות – י"א) אינה רלבנטית לעניין פטור הבנק מאחריות למעשיו של הקורספונדנט. ההבחנה הנכונה והמוצדקת היא לכל היותר בין עסקאות אשראי דוקומנטרי לבין כל יתר העסקאות".

כבית הדין קמא, סבורים אף אנו כי על פני הדברים וככל שהדברים אמורים בעסקאות אשראי דוקומנטרי, אין בהכרח בתניית הפטור שבסעיף 34 להסכם משום תנאי מקפח. ברם, לצורך כך אין די בסיווג ובהגדרה של "עסקאות אשראי דוקומנטרי", שכן תחום זה מכיל מטבע הדברים מגוון עסקאות בנקאיות מסוגים שונים. באותה המידה, אין להסתפק בסיווג שעשה בית הדין קמא לעניין זה בהגדרה של "אותם מקרים בהם היחסים בין הבנק לבין הקורספונדנט הינם יחסי מזמין-קבלן עצמאי (ולא יחסי שולח-שלוח)".

הגדרה זו לוקה בהפשטת יתר מושגית-משפטית. זאת, הואיל וסבירותה של תניית הפטור בסוגים מסויימים של עסקאות אשראי דוקומנטרי אינה נעוצה בסיווג המושגי של יחסי הבנק והקורספונדנט כשלעצמו, אלא בטיבן המסחרי של הפעולות, בטיב המתקשרים ובאופי הפרטני הנלווה להן, מעל ומעבר לשרותי הקורספונדנט ה"טכניים". ייתכנו סוגי פעולות בהן תהיה הצדקה לתניית הפטור, גם אם היחס המתקיים בהם בין הבנק לקורספונדנט נוטה לעבר יחסי שולח ושלוח. לעומת זאת, יתכנו סוגי פעולות בהן לא תהיה הצדקה לתניית הפטור גם אם היחס המתקיים בהם בין הבנק לקורספונדנט ייטה לעבר יחסי מזמין-קבלן.

88. המסקנה המתבקשת הינה, כי תניית פטור גורפת לבנק מאחריות למעשי ומחדלי הקורספונדנט – בלי קשר לסוג השירותים הקורספונדנטיים – הינה תנאי מקפח. ספק בענייננו אם הקיפוח יוסר מניה וביה על דרך התנייה מסוייגת ל"עסקאות אשראי דוקומנטרי". כמו כן, הקיפוח לא יוסר על דרך סיווג ההתניה ל"מקרים בהם היחסים בין הבנק לבין הקורספונדנט הינם יחסי מזמין-קבלן עצמאי". יתכן והדרך והמסגרת הנאותות להסדרה החוזית של הנושא תהיה בקביעת תניית פטור במסמכי ההסדר הספציפיים שבין הבנק ללקוח הנלווים לעסקאות אשראי דוקומנטרי בהתאם לסוגיהם השונים, תוך ההבחנות המתבקשות ביניהם.

נציין, כי תניית פטור מסוג זה נדונה ונבחנה בע"א 4602/97 דאדל (אשד 88) בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ הנ"ל. באותו העניין המדובר היה בתניית פטור שנכללה ב"טופס הסטנדרטי של הבנק לצורך משלוח דוקומנטים לגוביינא" (שם, עמ' 582) אשר נחתם על ידי הלקוח, יצואן, במסגרת עיסקת האשראי הדוקומנטרי בין הבנק לבין הקורספונדנט. נפסק באותו העניין, כי בנסיבות המקרה לא היתה התניה תנאי מקפח, על אף שעל פני הדברים המדובר היה בהתניה על חיוב מכוח דין השליחות.

89. סיכומם של דברים הינו, איפוא, כדלהלן. סעיף 34 לחוזה האחיד דנן, על דרך ניסוחו הגורף, מהווה תנאי מקפח, וכקביעת בית הדין קמא דינו להתבטל. לאור זאת, ישקול הבנק אם לנקוט בדרך של הצעת נוסח חדש, שיהיה מסוייג לפעולות הקרובות במהותן לעסקאות אשראי דוקומנטרי ויביאו בפני בית הדין לבחינתו.

זאת, בנוסף לדרך האחרת העומדת בפני הבנק, שלא לכלול בחוזה האחיד דנן תניית פטור לעניין אחריותו לפעולות של בנקים קורספונדנטים, ולכלול תנייה שכזו בהסכמים הנערכים עם הלקוחות אגב ובמסגרת עסקאות אשראי דוקומנטרי או עסקאות בנקאיות מעין אלו.

### סעיף 28.1.1 - פטור מאחריות בנסיבות מיוחדות

90. על פי תניה זו שבחוזה יהיה הבנק פטור מאחריות מנזקי הלקוחות, כדלהלן:

"28.1.1 הלקוחות פוטרים את הבנק מכל אחריות בגין כל נזק, הפסד, הוצאות ותשלומים העלולים להיגרם ללקוחות, במישרין או בעקיפין:

28.1.1 כתוצאה מנסיבות שעליהן אין לבנק שליטה, או כתוצאה משביתה, הפרעה מאורגנת, עיצומים או אירועים כיוצאים באלה של עובדי הבנק או חלק מהם, או כתוצאה מהשבתת מגן באחד או יותר מסניפי הבנק או משרדיו.

28.1.2 "...

בבקשת הביטול נטען על ידי היועץ המשפטי, כי הוראות סעיף זה מהוות תנאי מקפח, שכן מתקיימות בהן חזקות הקיפוח שבסעיפים 4(1) ו-4(6) לחוק החוזים האחידים. ככל שהמדובר באחריות הבנק במצב של שביתות, הדבר הוסדר על ידי

המחוקק בפקודת הבנקאות, 1941, והרחבת הפטור מאחריות שבסעיף 28.1.1 דנן חורגת משמעותית מאותו ההסדר. במקרים האחרים (לבד משביתה) בהם עוסק הסעיף, חורג האמור בו מקביעות הדין לעניין סיכול החוזה בסעיף 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970.

91. בפסק הדין התקבלו עיקרי טענותיו של היועץ המשפטי לממשלה לעניין כל מרכיביו של סעיף זה שבחוזה, ונקבע כי הסעיף, בנוסחו זה, מהווה תנאי מקפח ודינו להתבטל. בפנינו ערעורו של הבנק על קביעתו זו של בית הדין. נבחן בראשונה את הרישא לסעיף 28.1.1 ולאחר מכן את ההתייחסות הספציפית בהמשך הסעיף לעניין שביתות עובדים בבנק.

92. על פי הרישא לסעיף 28.1.1, בשילובה עם הוראת סעיף 28.1:

"הלקוחות פוטרם את הבנק מכל אחריות בגין כל נזק... העלול להגרם ללקוחות... כתוצאה מנסיבות שעליהן אין לבנק שליטה".

המדובר על פני הדברים בהרחבה משמעותית וניכרת של הפטור בשל אונס או סיכול החוזה הקבוע בהוראות סעיף 18(א) לחוק התרופות, ולפיו:

"היתה הפרת החוזה תוצאה מנסיבות שהמפר, בעת כריתת החוזה, לא ידע ולא היה עליו לדעת עליהן או שלא ראה ולא היה עליו לראותן מראש, ולא יכול היה למנען, וקיום החוזה באותן נסיבות הוא בלתי אפשרי או שונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים, לא תהייה ההפרה עילה לאכיפת החוזה שהופר או לפיצויים."

בסעיף 28.1.1 לחוזה מבקש הבנק להסתפק בתנאי אחד ויחיד מבין התנאים המצטברים הנדרשים בסעיף 18 לחוק התרופות להקמת הפטור מאחריות, והוא כי נזקי הלקוחות "נגרמו מנסיבות שעליהן אין לבנק שליטה".

במהלך הדיון בבית הדין קמא הסכים הבנק להוסיף תנאי נוסף להתקיימות הפטור, והוא – נקיטת מאמצים סבירים על מנת לעמוד בהתחייבויותיו. נפסק בפסק הדין קמא, כי בכך אין די להסרת הקיפוח וכי "דרישה נוספת שעל הבנק לכלול בסעיף

כתנאי להקמת הפטור הוא כי מדובר באירועים או בנסיבות אותם הבנק לא יכול היה לצפות מראש".

לטענת הבנק בערעורו, "דרישת בית הדין להכפיף את הוראת החוזה למידותיה הצרות של הגנת הסיכול, תשמוט את הקרקע מתחת לבסיס ההגנה ותטיל על הבנק אחריות לכל נזק כמעט". זאת, לאור הפסיקה העקבית אשר צמצמה את פטור הסיכול שבדין למקרים נדירים שבנדירים שרק בהם ניתן לאמר כי הארוע המסכל לא ניתן היה לציפיה. על כן, כך הטענה, בנסיבותיו של בנק "המספק שירותי בנקאות מסועפים ללמעלה ממיליון חשבונות, הרחבת הגנת הסיכול (בסעיף 28.1.1) איננה בלתי סבירה או בלתי הוגנת. נהפוך הוא. במצב בו ברור כי הנזק העלול להגרם לבנק הינו גבוה לאין ערוך מהנזק לכל לקוח בנפרד, היתרון שמקנה הסעיף לבנק לא רק סביר והוגן, הוא פשוט הכרחי".

93. אכן, דין הסיכול הקבוע בסעיף 18 לחוק התרופות פורש בפסיקה בצורה מצמצמת ביותר, וזאת בעיקר ביחס לתנאי הקבוע בו כי הצד המפר "לא ידע ולא היה עליו לדעת" את הנסיבות המסכלות. ביטוי קיצוני לדברים נמצא בפסק דינו של המשנה לנשיא (כתארו אז) מ' לנדוי בע"א 715/78 כץ נ' נצחוני מזרחי בע"מ, פ"ד לג(3) 639, 643 (1979), וראו, לדוגמה, גם ע"א 421/74 שגן נ' מדר, פ"ד כט(1) 445, 447-448 (1974).

ביטוי חד למגמה זו של הפסיקה נמצא בספרה של פרופ' ג' שלו דיני חוזים – החלק הכללי, לקראת הקודיפיקציה של המשפט האזרחי (2005):

"...הפירוש שניתן לתנאי העדר הצפיה, ואשר לפיו גם אירועים מסכלים שרמת ההסתברות לקיומם קלושה הם בגדר הצפיה הפוטנציאלית של צדדים לחוזה, קרב את האחריות החוזית בארץ לאחריות מוחלטת, והפך את סעיף 18 לחוק התרופות לאות מתה בחקיקה." (עמ' 630)

נציין, כי בפסיקה מאוחרת יותר ניכרת מגמה להרחיב במידת מה את מידת הצמצום המופלגת שנהגה בפרשנות הסעיף, וראו לדוגמה דבריו של השופט י' אנגלרד בע"א 6328/97 רגב נ' משרד הבטחון, פ"ד נד(5) 506, 517 (2000).

יסודו העיוני של הצמצום המופלג בפרשנות דין הסיכול הסטאטוטורי הינו בסתירה המובנית שבין דוקטרינת הסיכול לבין הדוקטרינה הבסיסית של דין החוזים ולפיה "חוזים יש לקיים". והדברים מבוארים בספרה הנ"ל של פרופ' ג' שלו (בעמ' 621-622):

"במישור העיוני ניצבים דיני הסיכול אל מול הדוקטרינה החוזית המובהקת שלפיה 'חוזים יש לקיים'. על-פי דוקטרינה זו האחריות החוזית היא אחריות מוחלטת, ומי שהתחייב בחוזה חייב לקיים את התחייבותו, יהיו אשר יהיו התנאים והנסיבות שנוצרו לאחר כריתת החוזה, או לפחות לשלם פיצויים בשל הפרת התחייבותו כאשר אין הוא יכול לקיימה. דיני הסיכול, לעומת זאת, מתחשבים בנסיבות ובאירועים המונעים מצד לחוזה את קיום ההתחייבויות החוזיות שנטל על עצמו. בהתחשבות זו באה לידי ביטוי השקפה מוסרית שלפיה יש למחול לצד על הפרת החוזה כאשר הפרה זו נגרמה שלא באשמתו.

מבחינה הלכתית קיים ניגוד, או לפחות עימות, בין דיני החוזים הקלאסיים והעקרונות הותיקים שעליהם מושתתת האחריות החוזית לבין דיני הסיכול."

94. ברם, דין הסיכול כמרבית דיני החוזים, הינו דין דיספוזיטיבי הניתן להתנאה, כקבוע בסעיף 24 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973:

"תכנו של חוזה יכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים."

עקרון זה הינו רב חשיבות ומשמעות בהתנאה שמתנים הצדדים על דין הסיכול הסטאטוטורי ועל צמצומו המופלג, וכדברי ג' שלו בספרה הנ"ל (בעמ' 642-643):

"צדדים לחוזה יכולים אפוא להתנות מראש על מאורעות חיצוניים חריגים ולחלק ביניהם את הסיכון במקרה של התרחשות מאורעות כאלה... התנאות חוזיות אלה ואחרות, המחלקות את הסיכון בין הצדדים כפי רצונם והסכמתם בעת עריכת החוזה, גוברות על ההסדר החוקי, מייתרות את החלת דיני הסיכול, ומנקודת המבט של חופש החוזים וחופש הרצון מהוות כלי אידיאלי להסדרת יחסי הצדדים נוכח אירועים מסכלים."

ככל שהדברים אמורים בחוזה הרגיל (שאיננו חוזה אחיד), חופש ההתנאה על דין הסיכול הסטאטוטורי, שכמעט ואינו מתקיים למעשה, הינה הדרך הראויה והרצויה להסדרה מוסכמת של אירועים חריגים ומסכלים במהלך חיי החוזה, ובמיוחד שעה שמדובר בחוזים המתמשכים והולכים לתקופה ארוכה. צדדים להסכם הבוחרים בהסדרה חוזית שכזו, מונעים בכך את הניגוד המובנה שבין דוקטרינת החוזה הקלאסית לבין דוקטרינת הסיכול, תוך הסדרת סוגיית הסיכול במסגרת חוזית אוטונומית בגדרו של ההסכם שביניהם.

אולם, לא הרי "החוזה האחיד" כהרי "החוזה הרגיל". בחוזה האחיד מוכתבים התנאים שקבע הספק על הלקוח, ומתעמעמת ההנחה החוזית בדבר חופש ההתנאה וההתקשרות. לאור זאת, הצורך בבחינת הגינותו וסבירותו של תנאי בחוזה אחיד. עם זאת, ככל שהדברים אמורים בבחינת תניית סיכול, גם בחוזה אחיד, יש להביא בחשבון את הבעייתיות המיוחדת שבדין הסיכול הסטאטוטורי עליה עמדנו לעיל. נקודת המוצא בבחינה זו הינה בקיומו של אינטרס לגיטימי מצד הספק המתקשר בחוזה האחיד להרחיב את ההגנה שכמעט ואינה בנמצא בהסדר הסטאטוטורי.

היטיבו לבאר את הסיטואציה ו' לוסטהויז וט' שפניץ בספרן חוזים אחידים (עמ')

: (277-276)

"טענת סיכול לפי סעיף 18 לחוק התרופות היא טענת הגנה בידי המפר. אם בית-המשפט מקבל טענה זו, הנפגע אינו זכאי לסעדי הפיצויים או האכיפה, וגם סעד ההשבה נתון לשיקול-דעתו של בית-המשפט. יודגש, כי במקרה שאינו נופל בגדר סעיף 18, הצד הנפגע זכאי לכל התרופות העומדות לו על-פי החוק. ככלל, הפסיקה נמנעת מלהכיר בטענת סיכול של צד מפר: המבחנים הקבועים בסעיף 18 הם נוקשים, ומעטים הם המקרים המתאימים להיכלל במסגרת הסעיף. ברוב פסקי-הדין שדנו בסוגיה זו, בית-המשפט מצא כי ניתן היה לצפות מראש את הנסיבות שגרמו להפרת החוזה – ובכך נשמטה הקרקע מתחת לבסיס טענת הסיכול.

לא ייפלא אפוא רצונו של הספק לעגן בחוזה אחיד הוראה המונה את הנסיבות המצדיקות איחור במסירה (בחוזים אחידים למכירת דירה – י"א) ושוללות את ראייתו כהפרה... את מידת הקיפוח בהוראה מעין זו יש לבחון בהשוואה לנורמה הקבועה בסעיף 18 לחוק התרופות.

התנאי הראשון לתחולת סעיף 18 הוא, שהנסיבות שגרמו להפרת החוזה היו כאלה שהמפר – בעת כריתת החוזה – לא ידע ולא היה עליו לדעת עליהן או שלא צפה ולא היה עליו לצפותן – ולא יכול היה למונען. לעומת זאת,

ההוראה המקובלת בחוזי מכר דירות (שהינם חוזים אחידים – י"א) אינה דורשת חוסר צפייה מצד הספק, אלא מסתפקת בכך שהדחייה במסירה היא תוצאה של גורמים שלא בשליטת הספק...

מהשוואה זו עולה, כי התנאי החוזי שהיה קבוע בחוזי מכר דירות סוטה במידה ניכרת מההסדר שבדין. ואכן, תנאי זה נכלל בגדר 'חזקת קיפוח', כאמור בסעיף 4(2) לחוק.

עם זאת, הקביעה כי הוראה זו בטלה תמיד בהיותה מקפחת עלולה להיות קיצונית מדי, שכן יש מקום להתחשב בגורמים שאינם בשליטת הספק. אולם, אין להרחיק-לכת עד כדי שחרור הספק מביצוע חיוביו או עד כדי מתן זכות לספק לשנות את חיוביו רק בשל העובדה שקרו אירועים שאינם בשליטתו. לפני שחרור הספק מאחריותו לקיום חיוב המסירה במועד המוסכם, עליו לעשות מאמץ סביר לקיים את התחייבותו. כך, למשל, אם העיכוב נגרם כתוצאה משביתה של פועלים, על הספק לעשות מאמץ סביר למצוא פועלים אחרים. אם הספק אכן עשה מאמץ סביר לקיים את התחייבותו אך הדבר היה ללא הועיל, עדיין יש לצמצם את פגיעת העיכוב בלקוח... לשם כך תקופת האיחור צריכה להיות בגדר הסביר, ובהתחשב בנסיבות הגורמות לאיחור. אם ההוראה החוזית לא תכלול דרישה זו, היא עדיין תהייה מקפחת שכן היא תשלול מהלקוח את זכותו שעל-פי דין לבטל את החוזה...".

ניתוח הדברים דלעיל והמסקנה שלצידם, נסמכים על שורת פסקי דין של בית הדין לחוזים אחידים.

בתח"א (חוזים אחידים) 3/83 ג'ד חברה לבניין בע"מ נ' היועץ המשפטי (לא פורסם, 30.5.85), נדונה טענת תנאי מקפח שהופעלה ביחס ל"תניית סיכול" שלא נכלל בה "אלמנט הציפיות" שבסעיף 18 לחוק התרופות. בית הדין לחוזים אחידים, לאחר שבחן את נוסח אותו התנאי והתנייתו על הוראות סעיף 18 לחוק התרופות, אישר בסופו של דבר את הנוסח הבא:

"הצדדים מסכימים שאם מיום חתימת חוזה המכר הזה ועד למועד המסירה יהיו עיכובים בעבודות הבניה, עקב גורמים שאינם בשליטת המוכר, ושעל אף מאמציו של המוכר לא תהיה אפשרות סבירה להמשיך בעבודות הבניה וההשלמה של הבניין או הדירה, יידחה מועד המסירה לתאריך מאוחר יותר, בהתחשב באורך התקופה בה חלו העיכובים".

בערעור שהגיש היועץ המשפטי לבית משפט זה על אותו פסק הדין (ע"א 449/85 היועץ המשפטי לממשלה נ' גד חברה לבניין בע"מ, פ"ד מג(1) 183 (1989)) – לא הועלו טענות ערעוריות כנגד הקביעה האמורה, ובפסק הדין שבערעור (מפי הנשיא מ' שמגר) הובא נוסח אותו הסעיף כנתינתו בבית הדין לחוזים אחידים (בעמ' 190). באופן דומה נפסקו הדברים גם בתח"א (חוזים אחידים) 7/86 גילמור בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"מ התש"ן(2) 45 (1989). לאמור, ההתניה בחוזה אחיד על הוראותיו הנוקשות של דין הסיכול שבסעיף 18 לחוק התרופות, יכול ותתאזן בקביעת תנאים מסוג התנאים המפורטים לעיל, גם אם לא נכללת בהם כתנאי נוסף הדרישה בדבר היעדר היכולת לצפות את התרחשות האירוע המסכל.

הגיונם של הדברים הינו בנוקשות הרבה עד למאוד של דרישה זו, אשר הובילה הלכה למעשה לאיון כמעט מוחלט של "סעד הסיכול" במתכונתו הסטאטוטורית, וההכרה כי בהתקיים שורת התנאים המאזנים הנוספת מתבטל היבט הקיפוח של תניית הסיכול, גם בהעדר דרישת התנאי הנוסף לעניין הציפיות. וכמפורט בספרן הנ"ל של ו' לוסטהויז וט' שפנין:

"מההלכות המצטברות של בית-הדין (לחוזים אחידים – י"א) עולה שהוראה, באשר לדחיית מועד המסירה לא תחשב כמקפחת אם משולבים בה התנאים הבאים: העיכוב נובע מגורמים שאינם בשליטת הספק, ושעל אף מאמציו הסבירים אין הוא יכול לעמוד בהתחייבויותיו, וכי העיכוב יימשך זמן סביר בלבד" (בעמ' 281).

95. הניתוח והעקרונות שפורטו לעיל לעניין "תניית סיכול" ביחס להסכמי מכר ולעניין מועדי המסירה, ראויים ליישום בנסיבות הראויות והמתאימות גם בחוזים אחידים אחרים המתאפיינים ב"חיי הסכם" ממושכים, ובין השאר גם בעניין החוזה דנן שבין הבנק ללקוחותיו.

מקובלת עלי טענת הבנק בערעורו, כי קביעת בית הדין קמא לפיה דרישה נוספת שעל הבנק לכלול בסעיף כתנאי להקמת הפטור היא כי מדובר באירועים או בנסיבות אותם הבנק לא יכול היה לצפות מראש, פוגעת מעל לנדרש בזכות הלגיטימית של הבנק להתנות בהגינות ובסבירות על דין הסיכול הסטאטוטורי של סעיף 18 לחוק התרופות.

קביעה זו מרוקנת למעשה מכל תוכן ממשי את זכות ההתניה האמורה, וזאת נוכח הפרשנות המצמצמת כמעט לאפס את היתכנות התקיימותו של דין הסיכול הסטאטוטורי. על כן, דין ערעורו של הבנק לעניין זה להתקבל באופן בו לנוסחו הנוכחי של הסעיף תתווסף הדרישה לתנאי הנוסף, ולפיו "הבנק ינקוט בכל מאמץ סביר על מנת לעמוד בהתחייבותיו". דרישה נוספת שתתווסף לסעיף זה, תהיה כי הפטור שיינתן לבנק, בהתקיים שני התנאים (נסיבות עליהן אין לבנק שליטה ונקיטת כל מאמץ סביר לעמידה בהתחייבות), יתייחס אך ורק לנזקי הלקוחות שנגרמו ישירות מהארוע המסכל ובמהלך התרחשותו בלבד.

### שביתה

96. בסעיף 28.1.1 מבקש הבנק להרחיב את הפטור מאחריות לנזקים שיגרמו ללקוחות "כתוצאה משביתה, הפרעה מאורגנת, עיצומים או אירועים כיוצאים באלה של עובדי הבנק או חלק מהם, או כתוצאה מהשבבת מגן באחד או יותר מסניפי הבנק או משרדיו". בבקשת הביטול טען היועץ המשפטי, כי הגנה זו שבסעיף דנן חורגת מעל ומעבר להסדר המיוחד שקבע לעניין זה המחוקק בתיקון תשל"ו לפקודת הבנקאות, 1941 (ס"ח תשל"ו, 210), כדלהלן:

#### "8טו. אכרזה על הפסקה במתן שירותים

- (א) נוכח המפקח שתאגיד בנקאי פלוני אינו יכול לנהל את עסקיו באורח תקין מחמת שביתה באותו תאגיד בנקאי או בתאגיד בנקאי אחר, רשאי הוא להכריז כי התאגיד הבנקאי הפסיק לתת שירותים (להלן – הפסקה), ומותר לקבוע באכרזה כי היא תחול על כלל שירותי התאגיד הבנקאי או על חלק מהם.
- (ב) האכרזה תפורסם ברשומות ולפחות בארבעה עיתונים יומיים היוצאים לאור בישראל.
- (ג) באכרזה ייקבע המועד שבו הפסיק התאגיד הבנקאי לתת שירותים ומותר לקבוע בה מועדי הפסקה שונים לשירותים שונים.

#### 8טז. ביטול

בביטול האכרזה מותר לקבוע מועדי ביטול שונים לשירותים שונים.

נפקות האכרזה לעניין אחריותו של הבנק לנזקי הלקוחות, מוסדרת בסעיף 8 כ לפקודה:

”כ. הגבלת אחריות התאגיד הבנקאי

תאגיד בנקאי שבהפסקה לא ישא באחריות פלילית או אזרחית בשל מעשה או מחדל הנובעים מהפסקת השירותים שעליהם חלה האכרזה.”

97. בהוראות סעיף 28.1.1 לחוזה המתייחסות לעניין השביתה, מתנה למעשה הבנק על הוראות ההסדר המפורט לעניין זה שבפקודת הבנקאות, ומבקש להרחיב הפטור מאחריות כלפי הלקוחות, הן ביחס לשביתה שהמפקח על הבנקים לא מצא מקום להכריזה כהפסקת שירותים על פי סעיף 8טו לפקודה והן על היקף ה”הפסקה” כפי שתיקבע על ידי המפקח.

בפסק הדין קמא נקבע, כי ההסדר החוזי שבתניה אמנם מקפח את הלקוחות, בהתנתו על ההסדר שנקבע לעניין זה בדין. עוד נקבע, כי:

”בטענת הבנק, המבקש להגן על עצמו מפני תביעות של לקוחות, גם במקום שבו המפקח לא יכריז על הפסקת מתן שירותים בנקאיים עקב שביתה, אין כדי לסתור את חזקת הקיפוח. להיפך, הטענה חותרת תחת תכלית החקיקה, אשר ביקשה להגביל את ההגנה על הבנק מפני תביעות של לקוחות עקב הפסקת שירותים בשל שביתה, רק לאותם מקרים בהם המפקח מצא שראוי להגן על הבנק מפני תביעות כאלה.” (עמ’ 593)

הבנק מערער בפנינו על קביעתו זו של בית הדין. לטענתו, אין הצדקה למנוע בעדו הרחבת הפטור מאחריות גם לגבי שביתה שלא הוכרזה כ”הפסקה” על ידי המפקח וגם לגבי תקופות מסוימות משביתה שכזו אשר ההכרזה לא משתרעת עליהן.

98. נקדים ונציין, כי שביתה הינה בדרך כלל מסוג ”האירועים המסכלים”, אשר אלמלא התנייה חוזית לא יחול עליהם דין הסיכול הסטאטוטורי שבסעיף 18 לחוק התרופות. זאת, הואיל ופריצת שביתה במשק הינה בדרך כלל מסוג האירועים שלא ניתן לטעון לגביה כי אינם צפויים להתרחש, ועל כן לא תשמע במקרים אלה טענה מהצד המפר כי לא יכול היה לצפותה מראש בעת כריתת ההסכם (ראו והשוו ברוק מדינה ”סיכול חוזה” בתוך דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ג’ בעמ’ 451-452 (2003)).

נמצא איפוא, כי ההסדר המיוחד שקבע המחוקק בסעיפים 8טו-כ לפקודת הבנקאות, 1941 מהווה למעשה מעין "התניה סטאטוטורית" על דין הסיכול, בהעניקו לבנקים הגנת סיכול מעבר לזו הקבועה בדין הסיכול שבחוק התרופות.

הסדר סטאטוטורי ופרטיקולארי זה מהווה, על פניו, איזון להסדר הסיכול הראשוני והקשוח שבחוק החוזים-תרופות, ומתבטאת בו תכלית ההגמשה המסוימת המתבקשת והנדרשת נוכח אותה הנוקשות שבהסדר הראשוני. בידי המפקח על הבנקים הכלים, הידע והבקיאות המקצועית הנדרשים לבחינת הסיטואציות המשתנות שבין שביתה אחת לאחרות, ומכאן ההגיון הרב בהסדר לפיו הופקדה בידו הסמכות להכריז, בכל מקרה לגופו, על עצם ה"הפסקה", על משכה, על היקף השירותים הבנקאיים שתתייחס אליה וכיוצא בזה.

כבית הדין קמא, מוצאים גם אנו כי המדובר בהסדר סטאטוטורי המאזן כדבעי בין האינטרסים והצדדים השונים. ההתנייה המנוסחת על ידי הבנק לעניין זה בסעיף 28.1.1 מערערת את האיזון האמור באופן בולט ובלתי מוצדק לטובת הבנק, תוך קיפוח ברור של אינטרס הלקוחות.

לאור זאת, אנו דוחים את ערעור הבנק לעניין זה.

### סעיף 28.2 לחוזה – הגבלת אחריות לנזקים ישירים

99. בהמשך להוראות סעיף 28.1 (שפורטו לעיל) לעניין היקף אחריות הבנק במקרים של "אירועים מסכלים" למיניהם, מוסיף הבנק בסעיף 28.2 הגבלה לעניין היקף הפיצוי שיחוב בו, כדלהלן:

"28.2 כמו כן, מסכימים הלקוחות שבכל מקרה שתוטל על הבנק אחריות מכל סיבה שהיא לנזק, הפסד, הוצאה או תשלום כאמור, ישפה אותם הבנק אך ורק בגין נזק ישיר שנגרם כאמור."

בפסק הדין קמא נתקבלה טענת היועץ המשפטי כי המדובר בתנאי מקפח שיש

לבטלו.

הזכות לפיצויים עקב הפרת חוזה ותיחומה נקבעו בסעיף 10 לחוק התרופות

ולפיו:

”הנפגע זכאי לפיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב ההפרה ותוצאותיה ושהמפר ראה אותו או שהיה עליו לראותו מראש, בעת כריתת החוזה, כתוצאה מסתברת של ההפרה.”

המבחן שבחר בו המחוקק הינו בשילוב מבחני הציפיות והתוצאותיות, וכדברי

השופט א' גולדברג בע"א 8556/96 לוביאניקר נ. משרד האוצר, פ"ד נו(5) 289, 301 (1998):

”כעיקרון, זכאי הנפגע מהפרת חוזה לפיצוי שיעמיד אותו במצב שבו היה אלמלא הפרת החוזה... עיקרון זה מוצא את ביטויו בסעיף 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"ג – 1973. סעיף זה יוצר מבחן כפול לתיחום הנזק בר הפיצוי: מבחן הסיבתיות ומבחן הציפיות. כלומר, לצורך תיחום הנזק 'מאתרים את הנזקים שנגרמו על-ידי ההפרה (בחינת הסיבתיות), תוך ייחוד אותם נזקים שהם צפויים ושכגינם מוטלת אחריות (מבחן הציפיות)'. (דברי השופט ברק בע"א 355/80 אניסימוב נ' טירת בת שבע, פ"ד לח (2) 800, 807...).

בסעיף 28.2 לחוזה, מבקש הבנק לצמצם את היקף הפיצויים שיחוב בהם,

במקרים של הפרת החוזה, מעל ומעבר למבחני הפיצוי כפי שנקבעו בחוק (סעיף 10 לחוק התרופות) ובפסיקה.

בכך יש התניה ברורה על חובת הפיצוי על פי דין וממילא קמה בכך חזקת

הקיפוח שבסעיף 4(1) לחוק החוזים האחידים. זאת הואיל וקביעת "מבחנים אחרים... כגון נזק 'ישיר' כנגד נזק עקיף, או נזק מרוחק (remote) כנגד נזק שאינו מרוחק מדי, נשללים מכללא באשר אין להם אחיזה בהוראת חוק התרופות' (א' ידין חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א – 1970, 97 (התשל"ט)). לפיכך, גם כאשר החוזה מתייחס לנזק תוצאתי או לנזק עקיף יש לפרש מונחים אלה לאור מבחן הציפיות" (ו' לוסטהויז וט' שפניץ חוזים אחידים עמ' 294-295).

100. בערעורו משיג הבנק כנגד קביעת בית הדין בדבר היות הסעיף דנן "תנאי מקפח" שיש לבטלו.

ראשית, נטען כי תניה זו שבחווה מתייחסת רק לסיטואציה שדן בה סעיף 28.1, לאמור, נזקים שנגרמו כתוצאה מאירועים "מסכלים" ואשר הבנק נמצא חייב בפיצויים.

שנית, כך נטען, "על פי דין ועל פי מבחני ציפיות הנזק הרגילים, נראה כי ממילא במרבית המקרים שיובאו בפני בית המשפט לא תוטל אחריות כלשהי על הבנק." זאת, על פי טענת הבנק, כיוון שבמרבית המקרים "נזק עקיף" איננו מסוג הנזקים הצפויים בעת כריתת החווה.

טענה נוספת של הבנק הינה כי הותרת מבחני הסיבתיות והציפיות כשלעצמם – עלולה במקרים מסויימים לכלול בתחומה "נזקים עקיפים בהיקף גבוה מאוד אשר אינם עומדים בכל יחס לעלותו של השירות הבנקאי אשר מספק הבנק ללקוחותיו."

על פי טענה זו, הטלת אחריות על הבנק בגין נזקים עקיפים במצב בו קיים פער גדול בין עלותו הנמוכה של השירות הבנקאי לבין הנזקים העקיפים ששיעורם בלתי צפוי, עלולה להעמיד סיכונים נוספים בפני הבנק ובכך לייקר את עלות השירות הבנקאי.

101. דין ערעורו של הבנק, בענין זה, להידחות.

היקף הפיצוי שיהיה זכאי לו צד הנפגע מהפרת חווה – נקבע על ידי המחוקק בדוקטרינה המשלבת את מבחני התוצאתיות והציפיות. המדובר הינו בדוקטרינה מקפת המאזנת את השקפת העולם השיפוטית לטיבם ולמהותם של פיצויי הפרה.

התניה על דוקטרינה זו בדרך המצמצמת משמעותית את תחולת הפיצוי לו זכאי הצד הנפגע (ובמקרה דנן – הלקוח), נמצאת על פניה בתחום חזקת הקיפוח שבסעיף (1)4 לחוק החוזים האחידים.

טענת הבנק כי בלאו הכי מרבית הנזקים שאינם ישירים אינם נכללים בגדר הנזקים על פי מבחן הציפיות – אין בה כמובן כדי לשנות מחזקת הקיפוח. זאת, הואיל וחזקת הקיפוח עניינה דווקא באותם מקרים בהם הנזק העקיף בכל זאת יימצא במיתחם "הנזק הצפוי."

אשר לטענה בדבר העלות הנמוכה של השירות הבנקאי – לעומת ההיקף הפוטנציאלי של הנזק העקיף – בדין קבע בית הדין כי לא הונחה תשתית עובדתית לטענה זו של הבנק המאפשרת התייחסות לגופה. בכך גם השוני שבין החוזה האחיד דנן לבין העניינים שנדונו בחוזים אחידים אחרים בהם נבחנו תניות של הגבלת אחריות במקרים של מחירי שירות תחת פיקוח (ע"ש (חוזים אחידים) 1/95 חברת סלקום נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 23.3.98)), ושל הגבלת אחריות הרכבת לנזק הנגרם לפריטי המשאות בלבד (ע"א 1439/90 מדינת ישראל (רכבת ישראל) נ. הום – חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מז(2) 346 (1993)).

בסיכומי הערעור טוען הבנק כי שיעורן הנמוך של עמלות הבנקים הינו מן המפורסמות שאינן צריכות ראייה.

אין ממש בטענה. ראשית, ההתייחסות אל עמלות הבנקים כאל מחיר השירות היחיד הנגבה מהלוקחות – מתעלמת על פני הדברים ממרכיבי הרווח הנוספים שבפעילות הבנקאית – שאינם נכללים ב"עמלות". שנית, הטענה כי ה"עלות הזולה" כביכול של עמלות הבנקים הינה "מן המפורסמות" – הינה למצער מקוממת. לאילו "עמלות" מכוון הבנק בטענה זו, עבור אילו שירותים, בהתייחס לאיזה פן של פעולות בנקאיות – וכל כיוצא באלה.

טוב היה לטענה זו שלא תיטען משנטענה.

102. לסיכום, מהנימוקים שפירט בית הדין בפסק דינו ומהטעמים הנוספים שפורטו לעיל, אנו דוחים ערעור הבנק לענין זה.

### סעיף 17 - עכבון

103. סעיף 17 לחוזה עניינו בזכות עכבון העומדת לבנק כלפי הלקוח, וזאת כדלהלן:

#### "17. זכות עכבון

לבנק תהיה זכות עכבון על כל הכספים – בין במטבע ישראלי ובין במטבע חוץ – המגיעים או שיגיעו ללקוחות מאת הבנק בכל החשבונות/הפקדונות ובכל חשבון/פקדון אחר של הלקוחות בבנק ו/או בכל אופן או עילה

שהם, ועל כל השטרות, ניירות ערך, שטר  
 המטען, המסמכים, המטלטלין והנכסים  
 האחרים מכל מין או סוג שהם שהלקוחות מסרו  
 או ימסרו לבנק או שצד שלישי כלשהו מסר או  
 ימסור לבנק בעבורם לגבייה, לבטחון או  
 לשמירה ועל תמורתם, ולרבות על זכויות בקשר  
 עם כל אלה, והבנק יהיה רשאי בכל עת בלי  
 שיהיה עליו להודיע על כך ללקוחותיו מראש  
 לעכבם תחת ידו עד לסילוק כל הסכומים, בין  
 במטבע ישראלי ובין במטבע חוץ, המגיעים או  
 שיגיעו לו מהלקוחות בכל חשבון או בכל אופן  
 או עילה שהם (להלן: הסכומים המגיעים).

במקרה כזה הלקוחות לא יהיו זכאים למשוך  
 את כספי החשבונות והפקדונות האמורים או  
 לפעול בהם או ביחס אליהם בכל אופן אחר  
 שהוא ללא הסכמת הבנק, והבנק יהיה רשאי  
 למנוע מהלקוחות עשיית דיספוזיציות כלשהן  
 בהם.

104. בבקשת הביטול טען היועץ המשפטי למספר תנאים מקפחים בסעיף זה  
 ובמהלך הדיונים בבית הדין וסיכומי הצדדים הורחבו הטענות. בפסק הדין הורה בית  
 הדין על שורת שינויים בנוסח הסעיף, לאחר שמצא באותם הנושאים חוסר איזון וזכות  
 יתר לבנק שיש בה כדי קיפוח של הלקוחות.

בהודעת הערעור שבפנינו השיגו שני הצדדים, זה בכה וזה בכה, על קביעות  
 בית הדין קמא. בטרם הדיון בערעור הגיעו הצדדים להסדר מוסכם ביחס למרבית  
 טענות הערעור שנטענו על ידם לעניין סעיף זה, הסכמה שקיבלה תוקף של פסק דין  
 בגדר פסק דיננו החלקי מיום 1.5.07.

בעקבות כך הצטמצמו הערעורים שבפנינו בסוגיה זו לעניין קביעת בית הדין  
 קמא בנושא היקפה של זכות העכבון ביחס לחובות הלקוח לבנק שטרם הגיע מועד  
 פרעונם, וזאת כדלהלן:

“איננו סבורים שעצם קביעת זכות עיכוב חוזית בגין  
 חובות שמועד פרעונם טרם הגיע הינה בגדר תנאי  
 מקפח.

עם זה, ההיקף הגורף והבלתי מוגבל של הזכות כפי  
 שנקבעה (בסעיף 17 – י”א) בחוזה, אכן מקפח  
 הלקוחות. כדי להסיר קיפוח זה, יש לתקן את הסעיף על-  
 ידי הגבלת זכות העיכוב של הבנק בגין חיובים עתידיים

של הלקוח למקרים בהם קם חשש סביר להפרת אותם חיובים.”

היועץ המשפטי בערעורו משיג כנגד צמצום השינוי עליו הורה בית הדין. לטענתו, עצם מתן זכות העכבון לבנק על כספי הלקוח, גם בגין חובות שטרם הגיע מועד פרעונם, מהווה תנאי מקפח שיש לבטלו. לטענתו, אין הצדקה לקיום זכות העכבון של הבנק אלא ביחס לחובות שהגיע מועד פרעונם ולא נפרעו, או למצער גם אם טרם הגיע מועד הפרעון, אך זאת רק כאשר ברור כי הלקוח עומד להפר את החוזה ולא לפרוע את חובותיו (הפרה צפויה).

הבנק, לעומתו, טוען בערעורו כי לא היה מקום לשינוי עליו הורה בית הדין, וכי יש להותיר לבנק שיקול דעת חופשי ומלא בהפעלת זכות העכבון גם ביחס לחובות שטרם הגיע זמן פרעונם. זכות העכבון שבחוזה נועדה לתת בידי הבנק כלים על מנת להבטיח את קבלת כספו ולהגן על עצמו מפני אי פרעון עתידי של החובות. לטענתו, “אם לא תעמוד לבנק זכות עכבון להבטחת חובות שטרם הגיע מועד פרעונם, הרי שהלקוח יהא רשאי, בכל עת, למשוך מהבנק את יתרת חשבונו הקרדיטורי ולהותירו במצב של קושי לאכוף את פרעון היתרה הדביטורית”.

105. זכות העיכוב, הגלומה בעכבון, אינה מקנה לנושה זכויות קנייניות בנכס המעוכב, אלא עניינה בזכותו של הנושה להחזיק בנכס המעוכב עד לסילוק חובו של החייב.

על פי סעיף 19 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970:

”19. קיבל הנפגע עקב החוזה נכס של המפר שעליו להחזירו, תהא לנפגע זכות עיכבון באותו נכס כדי תשלום הסכומים המגיעים לו מן המפר עקב ההפרה.”

כפי שציין בית הדין, עכבון סטאטוטורי זה עניינו בחובות שמועד פרעונם הגיע וטרם נפרעו. כך מתבקש מהתיחסות סעיף 19 לעכוב נכס של “המפר”, בגין “הסכומים המגיעים” (ולא “שיגיעו”) עקב “ההפרה”.

כמו כן, ייכללו לעניין זה גם סכומים "שיגיעו" במצב של הפרה צפויה כמובנה בסעיף 17 לחוק התרופות, ולפיו "הפרה צפויה" מקימה לצד הנפגע את הזכות לאותן התרופות שהוא זכאי להם במקרה הפרה של ממש. ראו למשל א' זמיר בספרו חוק חוזה קבלנות:

"זכות העיכבון נתונה לקבלן רק להבטחת חיובים שמועדם כבר הגיע... אולם, אם גילה המזמין את דעתו שלא יקיים חיוב מחיוביו, או שנסתבר מנסיבות העניין שלא יוכל או לא ירצה לקיימו (כאמור בסעיף 17 לחוק התרופות), זכאי הקבלן למכלול התרופות בשל הפרת חוזה גם לפני ההפרה האקטואלית, ובכלל זה לזכות העיכבון." (בעמ' 575)

אולם, צדדים לחוזה רשאים להתנות ביניהם מסגרות מוסכמות של "עכבון חוזי", ולענייננו להקנות זכות עכבון גם לצורך הבטחת פרעונו של חוב עתידי.

ראויים לעניין זה דברי המלומד מ' דויטש קניין חלק ב' עמ' 248-249 (1999):

"... ברור כי אין מניעה לכך שהצדדים יסכימו להקנות זכות עיכבון על נכס גם על-מנת להבטיח פרעונו של חיוב עתידי, אף אם המקור לחיוב זה טרם צמח. הדבר מצוי בתחום חופש ההתקשרות של הצדדים. בהנחה שכך הוסכם, המשמעות היא שאין הנכס מוחזק בשלב זה כאמצעי-לחץ מידי, אלא כאמצעי-לחץ לעתיד בלבד. לרוב, העיכבון ההסכמי אכן יוצר על-מנת להבטיח תשלומם של סכומים אשר יגיעו בעתיד, ואשר אין וודאות כי יצמחו, כגון עיכבון לטובת בנק בגין חיובים עתידיים של הלקוח. פחות שגור יהיה המקרה של הקניית זכות עיכבון להבטחת חיובים אשר טרם צמח לגביהם אפילו חוזה מסגרת לגביהם; אולם מבחינת הנפקות האובליגטורית-חסינותית של העיכבון, החופש של הצדדים בנדון אינו מוגבל."

וברוח זו נאמרים הדברים גם על ידי נינה זלצמן בספרה עיכבון (1998):

"בדומה לכל בטוחה הסכמית אחרת, די למחוקק לקבוע את הרכיבים החיוניים של דפוס העיכבון, ולהשאיר לצדדים את עיצוב תוכנו של כל רכיב לפי רצונם... כפוף לדרישה כללית של חוקיות הצדדים רשאים לעצב את תוכנו של החיוב הנערב בזכות עיכבון הסכמית כרצונם. אין איפוא מניעה שהזכות תוענק לנושה כערוכה לחיוב כספי, קצוב או בלתי-קצוב, או כערוכה

לחיוב שאינו כספי, דוגמת חיוב לעשיית דבר או למסירת דבר. כמו-כן, אפשר שהזכות לעכב תערוב לחיוב שכבר הגיע המועד לקיומו והוא לא קיים, ואפשר שתבטיח את ביצועו של חיוב עתידי." (עמ' 159-160)

106. בספרות המשפטית נדונה השאלה האם זכות העכבון הסטאטוטורית עומדת לבנק ביחס לכספי לקוחות המופקדים אצלו. זאת, לאור ההשקפה ולפיה פקדון כספי שכזה איננו "נכס של הלקוח" המוחזק בידי הבנק אלא הלוואה שהלווה הלקוח לבנק וכנגדה התחייבותו האובליגטורית של הבנק לפורעה (וראו הדיון לעניין זה אצל בן-אוליאל, בעמ' 148-151). על כן, הסעד העצמי העומד לבנק בהקשר זה הינו בדמות הקיזוז שעניינו בקיזוז חיובים ולא במסגרת דין העכבון (וראו בן-אוליאל בעמ' 367; נ' זלצמן עיכבון עמ' 192-194 והאסמכתאות הנוספות שם).

הספרות המשפטית מבחינה במעמדו המיוחד של "העכבון הבנקאי" ביחס לכספי לקוחות המופקדים בבנק, כעכבון חוזי השונה מהעכבון הסטאטוטורי.

מקורה של זכות העכבון הבנקאי (בכספי פקדונות) הינה על פי השקפה זו בחוזה שבין הבנק ללקוחות, כאשר מהותו של עכבון בנקאי זה הינו בזכות החוזית של הבנק לעכב ביצוע חיוביו האובליגטוריים כלפי הלקוח בעל הפקדון עד למילוי חיובי הלקוח כלפיו ביחס לחובותיו בחשבונות האחרים (וראו ההתייחסות לעניין זה בע"א 1226/90 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' הסתדרות הרבנים דאמריקה, פ"ד מט(1) 177, 195 (1995)).

מכל מקום, בין אם ענייננו בסעיף זה של החוזה בהתניית הבנק על הוראות הדין ביחס לעכבון הסטאטוטורי ובין אם ענייננו בקביעת התנאים על ידי הבנק בחוזה האחיד לעניין העכבון הבנקאי החוזי – הבחינה אם המדובר בתנאי מקפח אם לאו, אחת היא. לאמור, האם התניה שבחוזה המתירה לבנק לעכב מילוי התחייבותו החוזית כלפי הלקוח גם בגין חובות הלקוח שטרם התגבשו מהווה "תנאי מקפח" כמוכנו בחוק. זאת, בין אם הבנק מבקש לעשות זאת במסגרת התניה על דין העיכוב הסטאטוטורי ובין אם הוא מבקש לעשות זאת על דרך קביעת הסדר חוזי הנפרד והמובחן מהעכבון הסטאטוטורי.

107. היועץ המשפטי מסכים לכך כי אין מניעה שבדין להרחבה חוזית של זכות העכבון גם על חובות שטרם הגיע זמן פרעונם. ברם, טוען הוא כי הרחבה חוזית שכזו,

בגדרו של החוזה האחיד דנן, מהווה תנאי מקפח, אם משום חזקת הקיפוח שבסעיף 4(1) לחוק החוזים האחידים ואם מתוך חוסר האיזון הנוצר על ידי תנאי זה בין הבנק ללקוח. היקף ההרחבה החוזית של העכבון, על פי נוסח הסעיף, הינו גורף ומותר בידי הבנק שיקול דעת בלעדי ומוחלט ללא הגבלות כלשהן לעילה בגינה מבקש הוא להטיל עכבון על כספי הלקוח שעה שחובותיו לבנק טרם הגיע מועד פרעונם.

הרחבה גורפת זו של זכות העכבון יוצרת את הסיכון לשיתוק עסקי של הלקוח כתוצאה מ"הקפאת" כספיו הנמצאים בבנק. היא גם מאפשרת לבנק ליצור לעצמו, חד צדדית ומבלי הסכמה מראש, בטוחות נוספות מעבר לאלה שהוסכמו מלכתחילה. תיקונו של קיפוח נטען זה יהיה לטענת היועץ המשפטי, בצמצומה של זכות העכבון של הבנק לרמת "העכבון הסטאטוטורי" שבסעיף 19 לחוק התרופות, דהיינו קיום הזכות רק במקרה של הפרה בפועל (דהיינו, ביחס לחובות שהגיע מועד פרעונם וטרם נפרעו), וכן למקרים של הפרה צפויה כמובנה בסעיף 17 לחוק התרופות.

הבנק, לעומת זאת, עומד על אופיים היחודי של יחסי בנק-לקוח המתבטא במתן אשראי בנקאי מתמשך בגידרם של הסכמי מסגרת ושל מסגרות אשראי. מערכת שכזו דורשת מטבע הדברים ביקורת ואמצעי שליטה מצד הבנק בדבר יכולת הפרעון של הלקוח והשינויים השוטפים והמתחדשים לעניין זה לאורך הזמן.

לטענת הבנק, זכות העכבון מהווה את אחד מאמצעי הבקרה החשובים לעניין זה, ושליטה מהבנק מסכנת באופן ממשי את אפשרויותיו להבטיח פרעון החובות, בין חובות שהגיע זמן פרעונם ובין חובות שטרם הגיע זמן פרעונם. הפעלת זכות העכבון של הבנק אינה מהווה מימוש בטוחה על דרך חילוט כספי הלקוח, אלא מניעת הלקוח מהוצאת הכספים מחזקת הבנק, תוך עיכובם תחת ידו עד לפרעון החוב. בהפעילו את זכות העכבון חלות על הבנק חובות הזהירות ותום הלב ברמה המוגברת הקבועה בדין ובפסיקה, ועל כן די באלה, לטענתו, כדי למנוע הפעלה של זכות העכבון שלא מהטעמים הראויים, ואין צורך בקביעת הגבלות נוספות לעניין זה. הבנק מוסיף וטוען (בסיכומיו בבית הדין), כי אין הוא עושה שימוש בזכות העכבון אלא במקרים בהם מופרים בפועל חיוביו של הלקוח, וכי הוא "לא מפעיל את זכות העכבון כשהחוב נפרע כסדרו באופן שוטף".

"זכות העיכוב מהווה מעין בטוחה של הבנק כלפי הלקוח, ועשוי שתהא לה הצדקה כלכלית לא רק כאשר מדובר בחיובים שכבר הופרו, אלא גם לגבי חיובים עתידיים, אשר טרם הופרו. עם זאת, כאשר מדובר בחיובים עתידיים, אין מדובר בהגנה מפני הפרת החיוב, אלא בהגנה מפני האפשרות שהחיוב יופר. הגנה כזאת אמנם עשויה לפגוע בלקוח. אולם הצורך להגן על האינטרס הלגיטימי של הבנק להבטיח את פירעון חיוביו של הלקוח עשוי להצדיק, במידה מסוימת, סטייה מהסדר העיכובן הקבוע בדין. עם זאת, הגנה כזאת, אנו סבורים, אינה צריכה להיות הגנה מוחלטת. שהרי אם ברצונו של הבנק להבטיח, באופן מוחלט וגם בהעדר הפרה צפויה, חיובים שמועד פירעונם טרם הגיע, עליו לדאוג להבטיח פירעונם של חיובים אלה באמצעות בטוחה. משהבנק לא נטל בטוחה, אין הצדקה להפעיל את זכות העיכוב בצורה גורפת ובאופן המקנה לבנק, בדומה לחוב המובטח בבטוחה, זכות עיכוב או עיכובן על כלל נכסיהם של הלקוחות ביחס לחיובים שעדיין לא הופרו, אלא בהתקיים נסיבות מיוחדות המצדיקות הפעלת זכות זו. נסיבות כאלה עשוי שיקומו במקום שבו עולה חשש סביר לכך שהלקוח יפר את התחייבויותיו. בהעדר חשש כזה, הפעלת זכות העיכוב פוגעת בלקוח באופן בלתי מידתי, ויש בה כדי להקנות לבנק זכות בלתי סבירה לעכב את מימוש זכויותיו של הלקוח בכספים המגיעים לו מן הבנק." (עמ' 607)

אכן, זכות העכבון הינה "מעין בטוחה", אולם אין היא בטוחה כמובנה המקובל, שכן המחזיק בעכבון אינו יכול להפרע ממנו את חובו. וכפי שהדברים הובהרו על ידי השופט א' גולדברג בע"א 1226/90 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' הסתדרות הרבנים דאמריקה הנ"ל:

"זכות העיכוב אינה מקנה לבנק זכויות כלשהן בכסף (המעוכב) ועיקר פועלה במניעת מימוש זכויותיה של המשיבה (הלקוח – י"א) על ידיה. יעילותה של זכות העיכוב מותנית בקיומו של מנגנון פיקוח של הבנק על פעולותיה של המשיבה, בכל רגע נתון ובכל אחד מחשבונותיה." (בעמ' 195)

בהמשך הדברים משווה השופט א' גולדברג את פעולתו של העכבון הבנקאי לפעולת עיקול זמני "במובן זה שהיא (זכות העכבון) מקפיאה זמנית מצב קיים". מקובלת עלינו קביעת בית הדין כי במערכת היחסים המתמשכת שבין בנק ללקוח מתקיים אינטרס לגיטימי של הבנק המצדיק סטייה מהסדר העכבון הצר הקבוע בדין, תוך התנייה חוזית לעניין זה.

טיבה של מערכת יחסים ממושכת ורבת שינויים שכזו מצדיקה יצירת מנגנון שיאפשר לבנק נקיטת צעדים הנועדים למנוע סיכון סיכויי פרעון חובותיו של הלקוח.

העכבון "מקפיא" אמנם באופן חלקי את פעילות הלקוח בחשבונותיו, אולם הוא אינו מקנה לבנק זכויות בכספים המעוכבים. יש בו, מחד גיסא, פגיעה באינטרס הלקוח להמשך פעילות בלתי מופרעת בחשבון, אולם פגיעה זו מתונה ומצומצמת מהתניית אותה הפעילות מלכתחילה בדרישת בטוחות נוספות.

צמצומה של זכות העכבון החוזית של הבנק, להיקף הנטען על ידי היועץ המשפטי, עלול להביא לאי נכונות מלכתחילה של הבנק להתייחס אל כספי הלקוח בחשבונותיו כאל "מעין ערובה" להמשכת הפעילות ולהתניית כל מסגרת אשראי, ובכל היקף, בהעמדת בטוחות חיצוניות לכספי החשבון ולפגיעה בזרימת האשראי, בפעילות הכלכלית וביכולתם של לקוחות לנהל עסקיהם וחשבונותיהם.

אולם, גם בהינתן השקפה זו, חייב להתקיים הקשר הענייני המתנה הפעלת העכבון הבנקאי בהתקימותו של חשש סביר בדבר יכולתו של הלקוח לעמוד בהתחייבויותיו.

109. לסיכום, מקובלת עלינו קביעתו של בית הדין כי זכות העכבון החוזי של הבנק על חובות שטרם הגיע מועד פרעונם – אין בה כשלעצמה משום תנאי מקפח. עם זאת, וכפי שפסק בית הדין קמא, יש להתנות זכותו זו של הבנק בהתקיימות חשש סביר להפרת התחייבות הלקוח.

לאור זאת – אנו דוחים את ערעורי הבנק והיועץ המשפטי על פסיקת בית הדין קמא לעניין סעיף זה שבחווה.

### סעיף 18 - קיזוז

110. בסעיף 18 לחווה נקבעה זכות הקיזוז של הבנק כלפי הלקוחות, כדלהלן:

”18. זכות הקיזוז

18.1 בלי לגרוע מזכות העכבון של הבנק כאמור, יהיה הבנק רשאי (אך לא חייב), בכל עת בלי שיהיה עליו להודיע על כך ללקוחות מראש:

18.1.1 לקזז כל סכום מהסכומים המגיעים כנגד סכומים המגיעים ללקוחות מהבנק בכל החשבונות/הפקדונות ובכל חשבון/פקדון אחר של הלקוחות בבנק ו/או בכל אופן או עילה שהם ובכל מטבע שהוא (וזאת אף לפני מועד פרעונם של הסכומים המגיעים ללקוחות מהבנק כאמור, שכנגדם ייעשה קיזוז).

18.1.2 לרכוש כל סכום במטבע חוץ שיהיה דרוש לשם סילוק כל סכום מהסכומים המגיעים, או למכור מטבע חוץ כלשהו שיעמוד אצל הבנק לזכות הלקוחות, ולהשתמש בתמורת המכירה לשם סילוק כל סכום מהסכומים המגיעים, או לפי המקרה, לשם רכישת מטבע חוץ אחר שיהיה דרוש לשם סילוק הסכומים המגיעים.

18.1.3 לחייב כל חשבון וכל פקדון של הלקוחות בבנק, בין אם נזכר בכתב זה ובין אם לאו, בסכום כלשהו מהסכומים המגיעים, ובמקרה שהסכומים המגיעים או חלקם הינם בגין אשראי במט”ח – לחייב כל חשבון וכל פקדון כאמור של הלקוחות המתנהל במטבע של האשראי, או כל חשבון של הלקוחות המתנהל במטבע ישראלי או במטבע חוץ אחר בתמורתו (במטבע ישראלי או במטבע החוץ האחר) לפי השער המקובל בבנק ביום חיוב החשבון כאמור.

18.2 הבנק יהא רשאי לבצע קיזוז ללא כל הודעה מוקדמת, ואולם במקרים הבאים יהא הבנק רשאי לבצע הקיזוז בהודעה מוקדמת ללקוחות:

18.2.1 במקרה של קיזוז מסכומים שמועד פרעונם טרם הגיע.

18.2.2 במקרה של קיזוז מפקדון קבוע שלולא הקיזוז היה מתארך או מתחדש באופן אוטומטי, כך שללקוחות היו נובעות זכויות או טובות הנאה מסויימות.

על אף האמור לעיל, הרי שאם הדחייה בביצוע

הקיזוז עלולה להרע את מצב הבנק או לפגוע בזכות כלשהי מזכויותיו – יתבצע הקיזוז מיידית. וכמו כן, במקרה שנשלחה הודעה ובמהלך התקופה שנקבעה בה יגיע עיקול, הודעה על כינוס נכסי הלקוחות או מאורע כיו"ב – יתבצע הקיזוז מיידית.

18.3 כל רכישה או מכירה כאמור בפסקה 18.1.2 לעיל תעשה (אם תעשה) לפי השער המקובל בבנק, מתוך סכומים במטבע ישראלי, או מתוך סכומים במטבע חוץ, לפי המקרה, שיעמדו אצל הבנק לזכות הלקוחות או שיתקבלו ממימוש בטוחות כלשהן שניתנו או תינתנה לבנק על ידי הלקוחות או בעבורם.

18.4 כל חיוב כאמור בפסקה 18.1.3 לעיל, וכל חיוב כאמור להלן, ייעשה (אם ייעשה) בין בחשבון או פקדון קיים ובין בחשבון או פקדון שייפתח לצורך זה על ידי הבנק על שם הלקוחות, בין אם החשבון או הפקדון שיחוייב יהיה קרדיטורי ובין אם יהיה דביטורי או שיעשה לדביטורי כתוצאה מחיובו כאמור; והיתרה הדביטורית שתהיה (אם תהיה כזו) בחשבון או פקדון שיחוייב כאמור תישא ריבית בשיעור המירבי.

ברם, אם כתוצאה מאיזה חיוב בגין מטבע חוץ כאמור לעיל או כאמור להלן ייעשה חשבון כלשהו דביטורי או שהיתרה הדביטורית שבו תגדל, כי אז, אם אותו חשבון יתנהל במטבע ישראלי, יהיה הבנק רשאי, בכל עת, לזכות את אותו חשבון ולחייב בתמורה כל חשבון או פקדון של הלקוחות במטבע חוץ הרלבנטי לפי השער המקובל בבנק ביום חיוב החשבון או הפקדון במטבע חוץ כאמור; ואם אותו חשבון יתנהל במטבע חוץ, יהיה הבנק רשאי, בכל עת, לזכות את אותו חשבון לחייב בתמורה כל חשבון או פקדון של הלקוחות במטבע ישראלי לפי השער המקובל בבנק ביום חיוב החשבון כאמור.

18.5 הלקוחות מצהירים בזה, שידוע להם, כי במקרים שבהם הבנק ישתמש בזכויות קיזוז כאמור לפני מועד פרעונו של סכום כלשהו שבפקדונות של הלקוחות בבנק, עלולים לחול שינויים לרעת הלקוחות בכל הנוגע לזכויותיהם בגין או בקשר אם אותו הסכום (כגון לעניין שיעורי ריבית, הפרשי הצמדה, הפרשי שער, זכויות למענקים או להלוואות, פטור או הנחה ממס הכנסה וניכויים במקור), וכן יהיה הבנק רשאי לנכות מסכומי הפקדונות עמלות, הוצאות ונזקים שהוא נוהג לגבות בעת שבירת פקדונות על ידי הלקוחות.

18.6 בכל מקרה שיוטל עיקול על נכס כלשהו של הלקוחות בידי הבנק או על סכום כלשהו שיגיע

ללקוחות מהבנק – תהיה לבנק זכות עכבון לגבי אותו הנכס או הסכום, לפי המקרה, וזאת עד להסרתו של העיקול כאמור, ובלבד שזכות העכבון על פי פסקה זו תחול רק לגבי נכסים וכספים שסכומם הכולל לא יעלה על היתרה הבלתי מסולקת של הסכומים המגיעים כפי שתהיה מעת לעת. זכות העכבון של הבנק על פי פסקה זו תהא נוספת על זכויותיו לפי סעיפים 17 ו-18 דלעיל.”

111. בבקשת הביטול טען היועץ המשפטי לשורה של תנאים מקפחים בנוסחו של סעיף 18 לחוזה. לאחר דיון מפורט בטענות היועץ המשפטי ובתשובת הבנק, סיכם בית הדין קמא את תוצאת פסק הדין כדלהלן (עמ' 623 לפסק הדין):

”התוצאה היא, שסעיף הקיזוז (סעיף 18) מקפח את הלקוחות במספר היבטים:

(א) הוא מאפשר קיזוז גם ללא מתן הודעת קיזוז, ובמקרה של קיזוז כנגד חשבון מט"ח, גם ללא מתן הודעה מוקדמת;

(ב) הוא מאפשר קיזוז חיובים שטרם הגיע מועד ביצועם, גם בהעדר חשש סביר כי הלקוח לא יקיים את התחייבויותיו, ותוך הקדמת קיום חיובי הבנק כלפי הלקוח, תוך פגיעה בלקוח;

(ג) והוא מאפשר הפעלת זכות הקיזוז לגבי חשבונות שאינם של הלקוח ולגבי חשבונות משותפים, גם במקום שהדין מאפשר לסתור את החזקה לפי סעיף 59 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.

התוצאה היא שאנו מבטלים את הסעיף ככל שהוא מקפח את הלקוחות בהיבטים האמורים.”

בנימוקי הערעור ובסיכומיו בכתב משיג הבנק כנגד כל קביעותיו האמורות של בית הדין. היועץ המשפטי בערעורו משיג כנגד קביעת בית הדין, לפיה רשאי הבנק לקזז כנגד חיובים של הלקוח, שטרם הגיע זמן פרעונם, אם קיים חשש סביר כי הלקוח לא יקיים את התחייבויותיו. בטרם הדיון בערעור הגיעו הצדדים לשורת הסכמות, שקיבלה תוקף של פסק דין חלקי. על פי אחת מאותן ההסכמות, הודיע הבנק כי התייתר ערעורו לעניין הפעלת זכות הקיזוז לגבי חשבונות שאינם של הלקוח ולעניין חשבונות משותפים. נותרו איפוא בעניין זה ערעורו של הבנק לעניין מתן הודעות הקיזוז והערעורים ההדדיים לעניין קיזוז יתרות זכות (של הלקוח) שטרם הגיע מועד פרעונם.

הודעות הקיזוז

112. זכות הקיזוז על פי דין קבועה בסעיף 53(א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, כדלהלן:

“חיובים כספיים שצדדים חבים זה לזה מתוך עסקה אחת והגיע המועד לקיומם, ניתנים לקיזוז בהודעה של צד אחד למשנהו; והוא הדין בחיובים כספיים שלא מתוך עסקה אחת, אם הם חיובים קצובים.”

בפסק הדין נקבע, כי על פי הוראה זו של הדין הודעת הקיזוז נדרשת להשתכללות הקיזוז ותוקפו. ברם, הוראת סעיף 53(א) לחוק אינה דורשת מתן הודעה מוקדמת. אדרבא, דרישת הודעה מוקדמת, בטרם ביצוע הקיזוז, עלולה קרוב לודאי לסכל את מטרת הקיזוז בכך שתאפשר לחייב להבריח כספיו בטרם הקיזוז ולהשאיר הנושה בפני שוקת שבורה.

לאור זאת, נפסק כי:

“...למעט קיזוז בחשבון מט"ח (ועל כך להלן – י"א), הבנק אינו חייב למסור הודעה מראש על הקיזוז, אך הוא גם אינו פטור ממסירת הודעה כנדרש על-פי דין. לטעמנו, יש להבהיר זאת בסעיף 18 לחוזה. בהעדר הבהרה כזאת ולאור הוראת סעיף 18.2 הפוטרת את הבנק ממתן הודעה מוקדמת, עשוי להשתמע מהחוזה, כפי שעולה גם מטעונו של הבנק, כי הקיזוז יכול להתבצע ללא מתן הודעה כלל, מצג המקפח את הלקוחות.” (עמ' 617 בפסק הדין קמא)

בסיכומי הבנק נטען, כי אין בסעיף 18.2 לחוזה אמירה כלשהי המשחררת את הבנק מחובת מתן הודעת הקיזוז הנדרשת על פי דין הקיזוז שבסעיף 53(א) לחוק החוזים. ההתייחסות לעניין זה בסעיף 18.2 הינה בפטור ממתן “הודעה מוקדמת”. על כן, לא היה מקום להורות על שינוי נוסחו של סעיף 18.2 על דרך הוספת הבהרה לעניין זה.

113. הדין עם הבנק בטענתו זו. על פי הוראת הדין שבסעיף 53(א) לחוק החוזים, מתן ההודעה בדבר ביצוע הקיזוז הינה תנאי להשתכללות הקיזוז ולתוקפו. סעיף 18.2

אינו מתנה על הוראה זו שבדין. הוראת סעיף 18.2 הפוטרת את הבנק ממתן הודעה מוקדמת בטרם ביצוע הקיזוז, אינה מתנה על הוראת הדין. אדרבא, כפי שקבע בית הדין (וכמצוטט לעיל) במקרים רבים יהיה במתן הודעה מוקדמת משום סיכול מראש של הקיזוז. לאור זאת – ועל פני הדברים – אין בפנינו לעניין זה תנאי מקפח המצדיק התערבות שיפוטית לביטולו או לשינויו. אך מובן הוא, כי אם ינסה הבנק לבצע פעולת קיזוז מבלי מתן ההודעה הנדרשת על פי דין הקיזוז שבסעיף 53(א) לחוק החוזים (להבדיל מ"הודעה מוקדמת") – תעמוד ללקוח הטענה בדבר אי השתכללות הקיזוז, והכל על פי המבחנים שנקבעו לעניין זה בפסיקה (ראו לדוגמא ע"א 5795/90 ד"ר סקלי נ' דורען בע"מ, פ"ד מו(5) 811, 826 (1992); ע"א 476/82 "תדהר" נגריה קואופרטיבית בע"מ (בפירוק) נ' מרקוביץ, פ"ד לט(2) 813, 820 (1985)). מכל מקום, כל סיטואציה שכזו, אם תרחש, תיבחן פרטנית לנסיבותיה ולתנאיה.

114. חריג לעניין זה נקבע בפסק הדין קמא לעניין פעולת קיזוז שמבצע הבנק בחשבון מט"ח, ונקבע בפסק הדין:

"... קיזוז חובות מול חשבון במטבע חוץ יכול שיחייב המרת מטבע. סביר כי במצב זה הבנק ימיר את המטבע על-פי השער המקובל אצלו. האינטרס של הבנק הוא להיפרע מן הלקוח בשיעור החוב. אין לבנק עניין ברווחיות עסקת ההמרה הואיל ותביעתו קבועה ושיעורה כשיעור החוב. לעומת זאת, ללקוח יש אינטרס ברווחיות עסקת ההמרה. על כן, כדי להשיא את רווחיות עסקת ההמרה וכדי שהלקוח יוכל להפיק ממנה את המרב יש להפקיד את ניהולה בידי הלקוח, אם הוא חפץ בכך, ובלבד שהתמורה תיזקף לזכותו של הבנק בשיעור החוב. אי-מתן הודעה מראש ללקוח על הכוונה להפעיל קיזוז כנגד חשבון במטבע חוץ מונע מן הלקוח את האפשרות לנסות למכור את המט"ח בשער הנוח לו ולצמצם בדרך זו את הפסדיו, ויש בו, על כן, לקפח את הלקוח. על כן, יהיה על הבנק להודיע ללקוח זמן סביר מראש על הכוונה להפעיל את זכות הקיזוז כנגד חשבון במטבע חוץ ולאפשר לו למצוא את הדרך הרווחית ביותר למוכרו.

בתקופת הביניים הכספים בחשבון המט"ח יעוכבו והבנק יעצב הסדר שיאפשר ללקוח לממש את המט"ח שבידו בלי שהדבר יפגע בעיכוב הכספים. כמוכך, הסדר זה לא יהיה תקף בנסיבות בהן אין זה סביר לתת ללקוח אורכה למכירת המט"ח, כגון כאשר מוטל עיקול על החשבון, או כאשר הלקוח עומד לפני כינוס נכסים ופשיטת רגל." (בעמ' 616-617)

115. בנימוקי הערעור ובסיכומיו משיג הבנק לעניין קביעה זו של בית הדין. לטענתו, משנקבע כי זכות הקיזוז כשלעצמה אינה דורשת מתן הודעה מוקדמת, אין תועלת בהחרגת חשבון מט"ח מכלל זה. זאת, בעיקר משיקולים פראקטיים ומעשיים, אך גם מחמת חוסר ההצדקה העניינית שבהחרגה זו.

על פי קביעת בית הדין יטיל הבנק בראשונה עכבון על פקדון המט"ח, ולאחר מכן "הבנק יעצב הסדר" להמרת המט"ח תוך מיקסום התשואה ללקוח. דא עקא, עיכוב פקדון המט"ח משמעו מניעת העברתו לבנק אחר. לאור זאת, המעבר מה"עיכוב" ל"קיזוז" יבוצע בהכרח במסגרתו של הבנק עצמו ובהתאם לשערי ההמרה הקבועים בו. גם אליבא דפסק הדין קמא, ביצוע הקיזוז (לאמור המרת המט"ח) יעשה תוך תקופה קצרה ביותר.

המנגנון המוצע לעניין זה בפסק הדין קמא לא מביא בכלל איזונו את העלויות שיזקפו ללקוח במסגרתו, הן בתחום הריבית בו יחוייב בגין תקופת העכבון והן בהוצאות שיהיו כרוכות מן הסתם ב"עיצוב הסדר ההמרה האלטרנטיבי". כמו כן, המנגנון זה עשוי להוביל למבוי סתום ולסרבול רב ומיותר בכל הכרוך לגיבוש הסדר המרה אלטרנטיבי שכזה בין השותפים השונים – הבנק, הלקוח והמוסד הפיננסי הנוסף.

נוכח כל זאת, ומתוך איזונם הכולל של הדברים, אנו מקבלים ערעורו של הבנק לעניין זה ומבטלים את החרגת קיזוז חשבונות המט"ח מקיזוז החשבונות הרגילים לעניין דרישת מתן ההודעה המוקדמת.

#### קיזוז חיובים שטרם הגיע מועד פרעונם

116. על פי סעיף 18 לחוזה, רשאי הבנק לקזז מתוך כספים העומדים לזכות הלקוח, התחייבויות של הלקוח לבנק, גם אם זמן פרעונם טרם הגיע. כמו כן, זכאי הבנק לקזז כנגד חובותיו של הלקוח לבנק חיובים של הבנק ללקוח, כגון פקדונות שטרם הגיע מועד פרעונם, ואשר קיזוזם המוקדם יגרום ללקוח הוצאות והפסדים הנובעים מ"שבירת פקדון", הפסד ריבית זכות וכו'. הרחבה חוזית זו של זכות הקיזוז מנוגדת להוראות הדין בעניין הקיזוז, לפיה לא ניתן לבצע קיזוז אלא בחיובים שנתגבשו והעומדים לפרעון (סעיף 53(א) לחוק החוזים, חלק כללי).

הבנק בסיכומיו מאשר, כי:

“אין מחלוקת, כי סעיף 18 לחוזה מקנה לבנק זכות בעלת היקף רחב יותר מזו הקיימת לפי סעיף 53 לחוק החוזים (חלק כללי). והרי לשם כך בדיוק נועד הסעיף – להקנות לבנק אפשרות יעילה יותר מזו הקיימת על פי דין, לקבל את כספו בחזרה... בכך, אין עדיין כדי להביא לפסילתו של התנאי כמקפח, או לשינויו, ויש להצביע על כך שיש בסעיף זה (סעיף 18 – י”א) בשים לב לכל הנסיבות הרלוונטיות, משום יתרון בלתי הוגן לבנק.”

117. בפסק הדין קמא נדחתה השקפתו זו של הבנק, ונקבע כי הרחבת זכות הקיזוז על פי דין גם לחיובים שטרם התגבשו עולה כדי תנאי מקפח. נקבע בפסק הדין, כי זכות הקיזוז, ככלל, לא תורחב מעבר לקיזוז שבדין, דהיינו קיזוז חובות שנתגבשו וכן חובות שטרם נתגבשו אך מתקיימים בעניינם תנאי “ההפרה הצפויה” שבסעיף 17 לחוק החוזים (תרופות).

עם זאת, נקבע בפסק הדין חריג אחד לעניין זה, כדלהלן (עמ’ 618-619 בפסק

הדין):

“...אנו סבורים שראוי לאפשר לבנק לעשות שימוש בזכות הקיזוז לגבי חיובים עתידיים של הלקוח גם במקרים אחרים (שאינם מנויים בסעיף 13.22 לחוזה), ודומה כי מדובר במקרים מעטים בהם קם חשש סביר כי הלקוח לא יקיים את התחייבויותיו, וזאת בדומה להסדר שנקבע לעיל לגבי זכות העיכוב. אמנם, פועלו של הקיזוז רחב מזה של העיכוב במובן זה שהוא מביא לסילוק החיובים נשוא הקיזוז (כדי שיעור הקיזוז), בעוד שהעיכוב רק משעה את הביצוע של החיוב ואינו משנה את מערך הזכויות והחובות של הצדדים. גם ההלכה המאפשרת להשהות ביצוע חיובים חוזיים כאשר קם חשש (שאינו עולה לכדי הפרה צפויה) לאי קיום החיוב, אליה התייחסנו בפרק על העיכוב, אינה חלה לגבי קיזוז...”

עם זאת, אנו סבורים שהתועלת החברתית הצומחת מההכרה בעדיפותה של זכות הקיזוז של הבנק על פני זכויותיהם של נושים אחרים... צריך [שתחול] גם כאן, [ותצדיק] קיזוז של חיובים עתידיים של הלקוח במקרים בהם קם חשש סביר לאי קיום החיוב.”

118. על קביעתו זו של בית הדין מערערים שני הצדדים. הבנק טוען בערעורו, כי לא היה מקום לצמצם את זכות הקיזוז החוזית (בסעיף 18) ויש להותירה גם ביחס לחובות של הלקוח שטרם התגבשו וטרם הגיע זמן פרעונם. היועץ המשפטי, לעומתו, טוען כי היה על בית הדין לבטל לחלוטין את זכות הקיזוז החוזית לעניין חובות הלקוחות שטרם הגיע עת פרעונם, גם במקרה בו קם חשש סביר לאי קיום החיוב.

119. האיזון והבחינה שערך בית הדין קמא בנושא זה והנמקותיו (כמצוטט לעיל) – מקובלים עלינו ואיננו מוצאים מקום להתערב במסקנה שהוסקה מכך בפסק הדין.

לאור זאת – אנו דוחים הערעורים בנושא זה.

120. ומכאן לסוג הקיזוז האחר – קיזוז חיובי הבנק שטרם התגבשו, כגון פיקדון של הלקוח שטרם הגיע מועד פרעונו כנגד חיובים של הלקוח.

בית הדין מציין, כי "הפעלת זכות הקיזוז במקרה שכזה עשויה להביא לחיובו של הלקוח בקנסות ופיצויים מוסכמים בגין משיכה מוקדמת של כספי הפקדון, וכן למנוע ממנו להנות ממלוא הריבית שנצברה". לאור זאת, נקבע לעניין זה בפסק הדין קמא כדלהלן (בעמ' 621):

"לעניין זה, חלה הוראת סעיף 42 לחוק החוזים (חלק כללי), הקובעת כי 'חיוב יכול שיקויים לפני מועדו, ובלבד, שהודיע החייב לנושה על כך זמן סביר מראש והדבר לא יפגע בנושה' (מ' מאוטנר "קיזוז" דיני חיובים – חלק כללי 504 (דניאל פרידמן עורך)). משמע, במתן הודעה מוקדמת אין די, וצריך שיתקיים גם תנאי נוסף – שהדבר לא יפגע בלקוח. קיזוז אשר כרוך בפירעון מוקדם של חיוב הבנק כלפי הלקוח, תוך פגיעה בלקוח, יש בו משום התנאה, לא רק על הוראת סעיף 53 לחוק החוזים (חלק כללי) אלא גם על סעיף 42 לחוק זה, ויש בו, על כן, כדי להקים חזקת קיפוח.

חזקת קיפוח זו עשויה להיסתר במקום שבו הפירעון המוקדם נועד לפרוע חיוב של הלקוח שהגיע מועד פירעונו ולא נפרע על ידי הלקוח. לצורך כך, חוב שהגיע מועד פירעונו, הוא גם חוב שקם קודם למועד הפירעון עקב הפרה צפויה של הלקוח, או עקב אחת הסיבות המנויות בסעיף 13.22 לחוזה, המאפשר לבנק להעמיד את החוב לפירעון מייד... [אולם] במקום שתנאים אלה אינם מתקיימים, דהיינו, שמועד פירעונו של החוב טרם הגיע, לא על-פי דין וגם לא על-פי החוזה, העמדת החיוב המוטל על הלקוח, שמועד פירעונו טרם הגיע עשויה לקפח את הלקוח.

חרף האמור, אנו מוכנים להכיר, כפי שהוסבר לעיל, גם במקרים כאלה בזכותו של הבנק להעמיד את החוב לפירעון מיידי על דרך הקיזוז, כאשר קם חשש סביר לאי פירעון החוב. אולם, משמדובר בחשש בלבד, גם אם חשש סביר, לאי פירעון החוב, פירעון מוקדם של חיוב הבנק כלפי הלקוח, אשר כרוך בגרימת נזק ללקוח, תוך התנאה על הוראת סעיף 42 לחוק החוזים, מקפח את הלקוח. ניתן להסיר את הקיפוח, אם הפירעון המוקדם יותנה בכך שלא ייגרם נזק ללקוח, ואם ייגרם נזק, הבנק ישפה על כך את הלקוח."

121. הבנק בערעורו משיג על קביעתו זו של בית הדין. לטענתו, מקום בו מתקיים חשש סביר לכך שהלקוח לא יעמוד בהתחייבותיו (שרק אז על פי פסק הדין קמא ניתן לבצע הקיזוז בחיוב שטרם הגיע מועד פרעונו), "הרי שעל הלקוח, ולא על הבנק, המבקש להגן על כספו, לשאת בתוצאות הנובעות מהקדמת הפרעון".

122. איננו מקבלים טענותיו אלה של הבנק. ההתניה הגורפת על הוראות סעיף 42 לחוק החוזים, לעניין קיום חיובו של נושה – בטרם מועד הפרעון – אינה סבירה בנסיבות העניין, ופגיעתה בזכויות הלקוחות אינה מאוזנת. האיזון שנקבע לעניין זה בקביעת בית הדין קמא, מותר בידי הבנק את השיקול והבחינה הכלכלית בין ביצוע הקיזוז תוך חשיפתו לחובת שיפוי הלקוח בגין פרעון החיוב המוקדם לבין הימנעות מנקיטה במהלך הקיזוז, תוך הסתפקות בסעד העכבון עד למועד הפרעון.

לאור זאת, ומנימוקי בית הדין קמא, אנו דוחים איפוא את ערעור הבנק גם בעניין זה.

## סעיף 23.2 - מקום השיפוט

123. וזו לשונו של סעיף 23.2 לחוזה:

"23. הליכים משפטיים

23.1 ...

23.2 הבנק והלקוחות מסכימים בזה כי מקום השיפוט היחודי לכל צרכי כתב זה יהא בית המשפט בעיר הקרובה ביותר לסניף בו מתנהל החשבון/ הפקדון הרלבנטי מבין הערים הבאות: ירושלים, תל-אביב, חיפה, באר-שבע, נצרת או אילת, או –

לפי בחירת התובע – בית המשפט הקרוב ביותר  
לסניף בו מתנהל החשבון.

23.3 "...

בבקשת הביטול טען היועץ המשפטי לממשלה כי תנאי זה שבחווה הוא תנאי שמתקיימת בו חזקת הקיפוח לפי סעיף 4(9) לחוק החוזים האחידים, דהיינו:

”(9) תנאי המתנה על הוראת דין בדבר מקום שיפוט או המקנה לספק זכות בלעדית לבחירת מקום השיפוט או הבוררות שבהם יתנהל הסכסוך”

הוראת הדין לעניין מקום השיפוט הינה באחת מחמשת החלופות שבתקנה 3(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ”ד-1984 (להלן: התקנות).

על אף זאת – כך נטען – לקוח שיבקש לתבוע את הבנק לא יהיה רשאי לבחור כמקום השיפוט אלא את בית המשפט שמקום מושבו מפורט בתנית השיפוט שבחווה. ואם הבנק הוא התובע את הלקוח, תמנע תנית השיפוט האמורה מהלקוח את האפשרות לפנות לנשיא בית המשפט העליון בבקשה לפי סעיף 78 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ”ד-1984, להעברת מקום הדיון לבית משפט אחר.

בנוסף להתניה על הוראות תקנה 3(א), נטען בבקשת הביטול כי תנית השיפוט מתנה גם על הוראת תקנה 3(א1), לפיה:

”על אף האמור בתקנת משנה (א), היו לעסקו של התובע מספר סניפים, והיה אחד מהם בתחום השיפוט בו מצוי מקום מגוריו או מקום עסקו של הנתבע, תוגש התביעה לבית משפט באותו תחום שיפוט.”

124. הבנק, בתגובתו לבקשת הביטול, טען כי תנית השיפוט הינה סבירה ואינה תנאי מקפח. יחסי הבנק והלקוח ממוקדים, עניינית וגיאוגרפית, בסניף הבנק בו מתנהל החשבון, הלקוח הוא זה שבחר באותו הסניף, העובדות, המסמכים והעדים הקשורים להליך המשפטי ביחס לחשבון נמצאים מטבע הדברים בסניף הספציפי ובסמוך לו. לאור כל זאת, תנית השיפוט אינה מקפחת והיא סבירה ומאוזנת בנסיבות הענין והסוגיה.

הבנק היפנה להלכה שנפסקה ברע"א 188/02 מפעל הפיס נ' כהן, פ"ד נז(4) 473 (2003). נפסק שם, כי תנית שיפוט בחוזה אחיד בה נקבע מקום שיפוט ייחודי לבית המשפט בתל אביב, איננה תנאי מקפח כמובנו בחוק החוזים האחידים.

היועץ המשפטי לממשלה טען לעניין זה, כי הלכת רע"א 188/02 נפסקה שעה שהגדרת חזקת הקיפוח שבסעיף 4(9) לחוק החוזים האחידים היתה כנוסחה הקודם "תנאי הקובע מקום שיפוט בלתי סביר...". מאז תוקן הסעיף ונוסחו כיום הינו "תנאי המתנה על הוראת דין בדבר מקום שיפוט...". לאמור, המחוקק הרחיב את חזקת הקיפוח מ"מקום שיפוט בלתי סביר" לכל מקרה בו התניה "מתנה על הוראת דין". הרחבה זו שבתיקון סעיף 4(9) לחוק, כך נטען, מחייבת התייחסות אחרת ומרחיבה יותר מזו שנקבעה בעניין רע"א 188/02 הנ"ל.

125. בפסק הדין קמא נקבע, כי תנית השיפוט אינה מהווה תנאי מקפח. הבנק לא קבע בית משפט אחד וספציפי כמקום השיפוט הייחודי אלא נקבע בתניה שמקום השיפוט יהיה במקום הקרוב לסניף הבנק בו מתנהל חשבון הלקוח. תניה שכזו אינה מהווה נטל הפוגע בנוחותו של המתדיין וגם אין בה כדי הרתעתו מלנסות ולממש את זכויותיו על פי דין.

ברובם של המקרים, ניהול ההליך המשפטי בין הבנק ללקוח בבית המשפט הסמוך לסניף בו מתנהל החשבון הינו האופציה הנוחה והיעילה ביותר הן ללקוח והן לבנק.

יתרה מזו, קביעת מקום השיפוט בדרך זו עולה בקנה אחד עם ארבע מתוך חמש חלופות מקום השיפוט שבתקנה 3(א) לתקנות. זאת, כלשון בית הדין קמא "משום שבדרך כלל הסניף שבו מנהל הלקוח את עיסוקיו נמצא בעיר מגוריו או במקום ניהול עיסוקיו, הינו מקום יצירת ההתחייבות של הלקוח, המקום שנועד לקיום ההתחייבות או מקום המעשה או המחדל שבשלו תובעים, כאמור בסעיפים קטנים 1, 2, 3 ו-5 לתקנה 3(א) לתקנות סדר הדין האזרחי".

לאור זאת, נקבע כי תנית השיפוט הינה סבירה וממילא אינה תנאי מקפח, כי חלה לענין זה ההלכה שנפסקה ברע"א 188/02 הנ"ל, וכי תיקון נוסחו של סעיף 4(9) לחוק החוזים האחידים אין בו כדי לשנות ממסקנה זו.

126. היועץ המשפטי לממשלה מערער על פסיקתו זו של בית הדין.

לטענתו, בתיקון סעיף 4(9) לחוק (שנכנס לתוקפו ביוני 2004) נקבעה הרחבה משמעותית של "חזקת הקיפוח" לעניין תניות השיפוט בחוזה אחיד. ממועד התיקון ואילך, המבחן הקובע איננו "מבחן הסבירות" שבתנית השיפוט, אלא מבחן קפדני ונוקשה לפיו כל התניה על "הוראת הדין" לעניין מקום השיפוט מקימה מניה וביה את חזקת הקיפוח. לאור זאת, כך הטענה, בחינת בית הדין קמא לעניין "סבירות" תנית השיפוט והיזקקותו להלכת רע"א 188/02 (שנפסקה כאמור טרם התיקון), אינן יכולות לעמוד במבחן חזקת הקיפוח כנוסחה החדש והמתוקן.

127. דין הערעור להידחות, שכן הגיונה וטעמה של הלכת רע"א 188/02 לא נס ליחם בעקבות תיקון סעיף 4(9) לחוק החוזים האחידים. המבחן לקיומו של תנאי מקפח ולהוראה שיפוטית בדבר ביטולו או שינויו איננו מבחן טכני צר, אלא קשור הוא בטבורו, כנאמר בסעיף 3 לחוק, "למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות". תנית השיפוט שבסעיף 23.2 לחוזה דנן איננה שרירותית. היא לא מקנה לבנק את הזכות לבחור את מקום השיפוט ככל העולה על רוחו. היא גם איננה חד צדדית, שכן חלה היא – ולמלוא תוקפה – על הבנק ועל הלקוח כאחד. על פי תניה זו, קיימת זיקה הדוקה בין מקום השיפוט, בו רשאים לבחור שני הצדדים, לבין המקום בו מנהלים הבנק והלקוח את התקשרותם, נשוא החוזה, לאמור – מקום סניף הבנק. תניה זו הינה סבירה ולגיטימית, ואין לראות בה, בבחינת מכלול הנסיבות, משום "יתרון בלתי הוגן של הספק" או משום "קיפוח לקוחות", כמובנם בסעיף 3 לחוק החוזים האחידים.

כפי שציין בית הדין קמא, תנית השיפוט דנן עולה גם בקנה אחד עם הראציונל והתכלית שביסוד בחירת מקום השיפוט לפי תקנה 3(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, וכן עם הוראת מקום השיפוט הספציפית שבתקנה 3(א1) לתקנות. אכן, בבחינה פורמלית, טכנית ודווקנית ניתן למצוא בתנית השיפוט התניה מצומצמת על חלק מהוראות תקנה 3(א). ברם, כבית הדין קמא סבורים גם אנו, כי אין בכך כדי התניה על תכלית ההסדר שבתקנה 3(א) לתקנות, וכפועל יוצא מכך אין לראות בתנית השיפוט שבסעיף 23.2 לחוזה משום תנאי מקפח הדורש את שינויו או ביטולו.

וכדברי השופט א' ריבלין (כתוארו אז) ברע"א 188/02 :

"כבר נקבע מפי הנשיא (אז השופט) ברק בע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א 'קהילת ירושלים' נ' קסטנבאום, כי בדיבור 'תנאי מקפח' הכוונה היא ל'התנהגות בלתי הוגנת בחברה הישראלית בזמן נתון'. בזמן הנתון הזה יקשה לראות בחיובם של בעלי דין להתדיין בבית משפט שבמחוז מסוים משום 'התנהגות בלתי הוגנת בחברה הישראלית'. (בעמ' 479)

הדברים נפסקו באותו העניין בקשר לתנית שיפוט שקבעה מקום שיפוט במנותק מכל הקשר ספציפי שבין הצדדים לבית המשפט בתל אביב, ולו בלבד.

תניית השיפוט דנן, לעומת זאת, קובעת את מקום השיפוט בבית המשפט הקרוב לסניף בו מתנהל חשבון הלקוח נשוא ההתדיינות. בנסיבות אלה, "חזקת הקיפוח" שבסעיף 4(9) לחוק, גם לאחר תיקונה בתשס"ד, נסתרה כדבעי מתוך הסבירות והלגיטימיות עליהן עמדנו לעיל, כעולה מנוסחם ומהגיונם של דברים.

לאור זאת, אנו דוחים ערעור היועץ המשפטי לעניין זה.

### סעיפים 23.3.1 ו-23.3.2 - התדיינות שניזומה על ידי צד שלישי

128. סעיפים אלה עניינם בהליכים משפטיים שפותח בהם צד שלישי (שאינו הלקוח) נגד הבנק, בקשר לחשבון של הלקוח בבנק, ונקבע בהם כדלהלן:

23.3.1" הוגשה על ידי צד שלישי נגד הבנק בארץ או בחו"ל, תביעה, הליך או דרישה כלשהי בקשר לחשבון/פקדון כלשהו של הלקוחות בבנק, או הבנק נעשה מעורב בתביעה, דרישה או הליך בעניין המהווה כולו סכסוך בין הלקוחות לבין צד שלישי, או סכסוך בין הלקוחות לבין עצמם, ובכלל אלה הליכי עיקול וסעדים זמניים אחרים, הרי הלקוחות ישפו ויפצו את הבנק בעד כל הפסד, נזק והוצאה סבירים (בכלל זה שכר טרחת עורך דין של הבנק) שייגרמו לבנק כתוצאה מאיזה תביעה, דרישה או הליך כאמור.

23.3.2 בכל מקרה שיוגשו או יינקטו נגד הבנק הליכים כלשהם או תביעות או דרישות כאמור בסעיף קטן 23.3.1 לעיל, הבנק יהיה רשאי לנקוט בכל הצעדים שימצא לנכון ובכלל זה למנוע מהלקוחות כל פעולה בכספי

החשבוניות/הפקדונות או חשבוניות ופקדונות אחרים כלשהם של הלקוחות בבנק או בחלק מהם. הלקוחות ישפו ויפצו את הבנק בעד כל הפסד, נזק או הוצאה סבירים (ובכלל זה שכר טרחת עורך דין של הבנק) שיגרמו לבנק כתוצאה מנקיטת צעדים כאמור.

129. בבקשת הביטול טען היועץ המשפטי לממשלה, כי שני הסעיפים הינם תנאים מקפחים שדינם ביטול. בתקנה 511(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, נקבע כי "בתום הדיון בכל הליך, יחליט בית המשפט או הרשם, לענין שלפניו, אם לחייב בעל דין בתשלום שכר טרחת עורך דין... אם לאו". זה הכלל, ובגדרו שיקול דעת רחב לבית המשפט האם לחייב בעל דין בתשלום הוצאות ושכר טרחה, איזה מבעלי הדין זכאי לאותם הסכומים ומה יהיה גובהם. התנאי שבסעיף 23.3.1 מתנה על הכלל האמור על דרך קביעה גורפת מקפחת וא-פריורית, לפיה לעולם הלקוח הוא זה שיישא בהוצאות הבנק ובשכר טרחת עורכי דינו בהליכים שכאלה, זאת גם מבלי שבית המשפט מצא לנכון לחייב הלקוח בתשלומים שכאלה לבנק.

פועל יוצא מכך, לטענת היועץ המשפטי לממשלה, הינו כי התנאי שבסעיף 23.3.2 – המתיר לבנק "סעד עצמי" של עיכוב הסכומים האמורים – מהווה גם הוא תנאי מקפח שדינו להיבטל.

130. הבנק, בתגובתו לבקשת הביטול, טען כי ההליכים בהם דן סעיף 23.3.1 הינם הליכים בהם פתח צד שלישי כנגד הלקוח כאשר הבנק "נגרר בעל כורחו להליך לא לו". לטענת הבנק, עניינו של התנאי האמור הינו "באותם מקרים בהם מחוייב הבנק בהוצאות עקב מעורבותו בכל כורחו בהליכים משפטיים שהינם תולדה של סכסוך בין הלקוח לבין צד ג', בהם ישפה הלקוח את הבנק בגין הוצאות סבירות בלבד". על כן – כך הטענה – המדובר בהתנייה סבירה ובקביעה לגיטימית שאינה נגועה בקיפוח הלקוח.

תוצאת הדברים הינה, כי גם התנאי שבסעיף 23.3.2 איננו מקפח. זאת, לטענת הבנק, הואיל וכל עוד תלוי ועומד הליך שכזה (בו פתח הצד השלישי כנגד הלקוח), "אין הבנק יכול לקחת את הסיכון שבשחרור הכספים".

הבנק מוסיף וטוען בעניין זה, כי אלמלא זכות העכבון האמורה (בסעיף 23.3.2) הוא "עלול להימצא אחראי כלפי צד ג', אם שיחרר כספים אשר בסופו של ההליך ייקבע כי הם מגיעים לו, אף אם הצד השלישי לא ביקש צו לעיכובם".

131. בפסק הדין נתקבלה עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה, ונפסק כדלהלן:

"לעניין זה יש להבחין בין הוצאות התדיינות לבין הוצאות אחרות. התנגדות היועץ המשפטי לסעיף זה נסבה רק על הוצאות התדיינות, אך אלה רלבנטיות רק במקום שבו הבנק נטל חלק פעיל בהתדיינות. אולם, הסעיף אינו עוסק רק בהוצאות התדיינות, אלא גם בהוצאות אחרות, שהן, בעיקרן, הוצאות אדמיניסטרטיביות, גם אם הן קשורות להתדיינות... הוצאות אלה, גם אם הן קשורות להתדיינות בין הלקוח לבין צדדים שלישיים, אינן כשלעצמן הוצאות התדיינות..."

לגבי ההוצאות שאינן הוצאות התדיינות, איננו רואים מניעה לכך שהבנק יחייב את הלקוח בהוצאות שנגרמו לו עקב הטיפול בענייניו, גם אם מקור הדרישה או הטיפול הוא בצד שלישי וגם אם אלה קשורים להתדיינות אשר מתקיימת בין הלקוח לבין אותו צד שלישי.

המצב שונה לגבי הוצאות התדיינות. כפי שהבנק עצמו מציין, מדובר בהתדיינויות שאין לו בהן אינטרס עצמאי משלו. כאלה הן הדוגמאות שהביא הבנק בסיכומיו. האחת, עניינה בסכסוך בין לקוח של הבנק שהמציא ערבות בנקאית שהוצאה לבקשתו על-ידי הבנק לבין צד שלישי, לגבי ההצדקה שבדרישת הצד השלישי מהבנק לפרוע את הערבות. האחרת – סכסוך בין הלקוח לבין צד שלישי לגבי הבעלות על כספים מסוימים הנמצאים בבנק. בשני המקרים ונראה שגם באחרים, מדובר בהתדיינויות שלבנק אין בהן עניין. בכל המקרים האמורים, בהעדר מעורבות ממשית ועצמאית של הבנק בהתדיינות, איננו רואים מדוע הבנק צריך להיגרר להתדיינויות מסוג זה, ומדוע הוא אינו יכול להסתפק, כמקובל, במתן הודעה כי אין לו עניין בסכסוך שבין הצדדים וכי יכבד כל החלטה שתיתן על-ידי בית המשפט. הוצאות הבנק בגין מתן הודעה כזאת, כפי שכבר נאמר, אינן בגדר הוצאות התדיינות, והוא ישופה עליהן במסגרת ההוצאות מהסוג הראשון.

אם, לעומת זאת, לבנק תהיה סיבה מיוחדת להתערב באופן פעיל בהליך המשפטי, כי יש להניח שהדבר ייעשה במקום שבו לבנק יהא אינטרס משלו בהתדיינות. אולם, במקרה כזה, אנו סבורים, שאין סיבה להטיל על הלקוח מראש את הוצאות ההתדיינות, תוך חריגה מהכלל לפיו הוצאות אלה נקבעות, ככלל, על-ידי בית המשפט. תניה כזאת מטילה את מירב הסיכונים על

הלקוח, והיא מתעלמת מכך שגם לבנק יש עניין בהתדיינות זו.  
 התוצאה היא, שהסעיף מקפח, ככל שהוא מתייחס להוצאות ההתדיינות, אך אין בו כדי לקפח את הלקוח בהתייחס להוצאות אחרות. " (עמ' 637-638)

כפועל יוצא מהמסקנות הנ"ל, מצא בית המשפט קמא כי גם הוראת סעיף 23.3.2 לחוזה מהווה תנאי מקפח, שכן כל מהותה הינה בהרשאת הבנק לפעולות "סעד עצמי" של עכבון ביחס להוצאות הנדונות בסעיף 23.3.1.

132. הבנק בערעורו משיג על קביעותיו אלה של בית הדין קמא, וטענותיו לעניין זה זהות בעיקרן לטענות שטען בפני בית הדין ואשר תמציתן פורטה לעיל.

לא מצאנו מקום לשנות בעניין זה מקביעות בית הדין קמא ומהניתוח שניתח את סעיפי החוזה נשוא סוגיה זו, ומההנמקות שבבסיס מסקנותיו כמצוטט לעיל.

הנימוקים והתוצאה מקובלים עלינו. לאור זאת, אנו דוחים את ערעור הבנק לעניין סעיפים 23.3.1 ו-23.3.2 לחוזה.

### סעיף 23.5 לחוזה – פיצול תביעות

133. על פי סעיף 23.5 לחוזה:

"הבנק יהיה רשאי לפצל את תביעותיו לפרעון הסכומים המגיעים או שיגיעו לו מהלקוחות, בין אם הם נובעים מעילות אחדות ובין אם נובעים מעילה אחת, ולתבוע פירעון סכומים אלה חלקים חלקים, באופן שכל חלק ישמש בידי הבנק עילת תביעת נפרדת ובלתי תלויה בכל חלק אחר."

בבקשת הביטול טען היועץ המשפטי לממשלה כי המדובר בתנאי מקפח. זאת לאור העובדה שהוא מתנה על הוראות תקנות 44 ו-45 לתקנות סדר הדין האזרחי. על פי תקנה 44(ב), "תובע שלא כלל בתובענה חלק מהסעד... לא יגיש אחרי כן תובענה בשל חלק זה." על פי תקנה 45, תובע שלא תבע את כל הסעדים להם הוא זכאי בשל

עילה אחת "לא יתבע אחרי כן כל סעד שלא תבעו, אלא אם כן הרשה לו בית המשפט שלא לתבעו".

ההוראה החוזית שבסעיף 23.5 מתנה איפוא על זכויותיו הפרוצדורליות של הלקוח כנתבע, על פי תקנות סדר הדין האזרחי, וחושפת אותו לסיכון של תביעות חוזרות ונשנות מצד הבנק, אם בדרך של סעד אחד הנתבע לשיעורין ואם בדרך של תביעות חוזרות ונשנות לסעדים שונים בגין אותה עילת התביעה.

בית הדין קבע בפסק הדין, כי ככל שמדובר בפיצול תביעות שכל אחת מהן מתייחסת לעילת תביעה שונה או בגין תשלומים תקופתיים, לבנק שמורה הזכות הדיונית לעשות כן על-פי דין, ולכן היא אינה מקפחת את הלקוחות.

עם זאת, המונח שבו השתמש הבנק – "פיצול תביעות" – עשוי להתייחס גם להגשת תביעה רק בגין חלק מהסעד או פיצול סעדים שונים הנובעים מאותה עילת תביעה. הסעיף מתיימר להתנות על ההוראות הנוגעות למצבים אלה בתקנות סדר הדין האזרחי ועל כן הוא מקים את חזקת הקיפוח המנויה בסעיף 4(8) לחוק החוזים האחידים. בית הדין הוסיף וקבע, כי הבנק לא סתר את החזקה האמורה, כיוון שהוא לא הצביע על אינטרס לגיטימי שלו המצדיק את הפגיעה בזכויותיהם הדיוניות של הלקוחות הקבועות בתקנות 44 ו-45 הנ"ל. בית הדין לא קיבל את טענתו של הבנק, לפיה הסעיף נועד לטובת הלקוח.

134. הבנק מערער על קביעותיו אלה של בית הדין.

הבנק טוען, כי הוראת סעיף 23.5 אינה מונעת מהלקוח להעלות טענות מהותיות, אלא טענות פרוצדורליות בלבד. אין המדובר בפגיעה קשה בזכויותיו הדיוניות של הלקוח, ופגיעה זו פחותה מהפגיעה שעלולה להיות לאינטרס הבנק להבטיח לעצמו את האפשרות היעילה ככל האפשר לקבל את כספו בחזרה.

לטענת הבנק, אין בסעיף זה התניה על הוראת תקנה 45 לתקנות סדר הדין האזרחי, אלא רק התניה על הוראת תקנה 44 לתקנות סדר הדין האזרחי. צדדים לחוזה רשאים להתנות בחוזה על סדרי הדין (תקנה 526 לתקנות סדר הדין האזרחי), ובתי המשפט נתנו לא אחת תוקף להסכמות צדדים בדבר פיצול סעדים על פי הוראת תקנה 45. סדרי הדין מהווים אמצעי בלבד, ולפיכך אין לעמוד בדווקנות על כללי הפרוצדורה. מטרתו של הסעיף היא "לאפשר לבנק להגיש תביעה בגין חלק מהסכום

המגיע בעילה ספציפית וזאת במקרה שאין בטחון שללקוח יש אמצעים לשאת בתשלום החוב כולו", ובכך להימנע מהליכי סרק ולאפשר לבנק לחזור בעתיד, פעמים נוספות, אל הלקוח שמגיעים ממנו כספים. עם זאת, כך טוען הבנק, מטרת הסעיף אינה להטריד את הלקוח ואת בתי המשפט, ולפצל תביעות ללא סיבה.

היועץ המשפטי לממשלה טוען, כי אין להקל ראש בתניות המגבילות זכויות הלקוח על פי דין, אפילו הן דיוניות. לטענתו, סעיף 23.5 לחוזה מתנה הן על תקנה 44 והן על תקנה 45 לתקנות סדר הדין האזרחי, שכן אכיפה, השבה, פיצויים או סעד אחר עשויים להוות סעדים נפרדים הנובעים מעילת "פרעון הסכומים המגיעים לבנק או שיגיעו לו מהלקוחות". לגישתו של היועץ המשפטי לממשלה, הבנק לא העלה אינטרס לגיטימי המצדיק הטרדת הלקוח ובית המשפט באותו עניין שוב ושוב. החריגה מהכללים הדיוניים שהבנק מבקש לעשות – יש בה כדי לפגוע בלקוח. הטענה כי על הבנק מוטלת בלאו הכי החובה להפעיל את זכותו בתום לב אינה מרפאת את הקיפוח המשמעותי שבסעיף.

היועץ המשפטי לממשלה מטיל ספק בעצם קיומה של הזכות הנטענת להתנות על הוראות תקנות 44 ו-45 לתקנות סדר הדין האזרחי, לא בכלל, וודאי לא כאשר הדבר נעשה בחוזה אחיד. במקרים מסוימים הוראה שכזו עשויה להוות פגיעה בתקנת הציבור, כאמור בסעיף 30 לחוק החוזים. בכל הנוגע לתקנה 45 אין מקום לתת אישור גורף מראש לפצל מספר סעדים הנובעים מאותה עילה, מבלי לאפשר לבית המשפט לבחון האם ראוי לעשות זאת במקרה הקונקרטי אשר יובא בפניו. תקנה 526 לתקנות סדר הדין האזרחי מאפשרת לרפא פגם לגבי היתר לפיצול סעדים שלא נתבקש במועד, במקרים פרטניים ובנסיבות חריגות בלבד. לא ניתן ולא מוצדק על בסיס התקנה להקנות לבנק פטור גורף וא-פריורי מבקשת היתר לפי תקנה 45 לתקנות סדר הדין האזרחי, ועל כן ההוראה החוזית לענין זה שבסעיף 23.5 עולה כדי תנאי מקפח שדינו להתבטל.

135. ההסדר הדיוני הקבוע בתקנות 44 ו-45 לתקנות נועד בראש וראשונה להגן על הנתבע מפני ריבוי הליכים מתמשכים ובלתי פוסקים שיסודם באותה עילת תביעה.

"בשתי התקנות, 44 ו-45, גלום רעיון אחד, והוא, שלא יהא זה מן הדין להציק לנתבע פעמים רבות בשל עילה אחת." (י' זוסמן סדרי הדין האזרחי עמ' 169 (מהדורה שביעית, 1995))

"...זכותו של חייב היא, שלא יהיה נטרד יותר מאשר פעם אחת בגין כל חיוב וחיוב." (שם, עמ' 166)

מקורה של הזכות בהלכה המושרשת בדין האנגלי לפיה:

"A party is entitled to swallow two separate cherries in successive gulps, but not to take two bites at the same cherry." (Bower The Doctrine of Res Judicata, sec, 331 (1924)).

התנאה גורפת על זכות זו של החייב בגדרו של חוזה אחיד עד כדי איונה א-פריורית מכל וכל – עולה כדי קיפוח. שכן, תנאי שכזה "שולל או מגביל את זכות הלקוח להשמיע טענות מסוימות בערכאות משפטיות", כהגדרת חזקת הקיפוח שבסעיף 4(8) לחוק החוזים האחידים.

לא מצאנו בטענות הבנק, בבית הדין קמא ובפנינו, נימוק של ממש שיש בו להצדיק קיפוח זה או אינטרס בר תוקף של הבנק המחייב צמצום זכות דיונית זו של הלקוח.

טענתו של הבנק כי תניה זו תקל עליו בניהול הליכים מקוטעים ומרובים כנגד לקוח שיכולות הפרעון שלו מוגבלות, אין בה ייחודיות כלשהי לסיטואציה בה התובע הינו בנק דווקא.

אדרבא, זו תהיה טענתו של כל נושה ותובע באשר הוא, המבקש להסיר מעליו את הוראת הדין המגבילה אותו בריכוז כל הסעדים הנתבעים בשל אותה עילה בתביעה אחת (תקנה 45) ומיצוי מלוא הסעד הנתבע תוך מניעת פיצולו לתביעות נפרדות (תקנה 44).

136. זאת ועוד. תכלית נוספת שביסוד תקנות 44 ו-45 הינה באינטרס הציבורי שלא להעמיס את בתי המשפט בתביעות חוזרות ונשנות שעילתן אחת: "...האינטרס הציבורי מחייב ריכוזם ושילובם של ההליכים כדי למנוע כפל ושילוש הדיון בשל אותה עילה" (ע"א 372/85 פרק נ' פרק, פ"ד מ(4) 781, 784 (1986)). פיצול וריבוי תביעות שכזה גוזל משאבים שיפוטיים ללא הצדקה ראויה ופוגע אגב כך, בעקיפין, בבני הציבור הנזקקים ליומם בבתי המשפט.

תכלית זו של איסור פיצול התביעות מעמידה בספק רב את עצם הזכות הנטענת על ידי הבנק להתנאות צדדים לחוזה על הוראות תקנות 44 ו-45, ובודאי שעה שהמדובר בהתנאה גורפת, טוטאלית ומלכתחילה.

חופש ההתנאה של צדדים על הוראות פרוצדורליות, אינו יכול להיבחן כמיקשה אחת, אלא ענין הוא לבחינה פרטנית של ההסדר הדיוני על פי דין, עליו מבקשים להתנות, ושל מידת והיקף ההתנאה עליו.

שעה שמדובר בהסדר דיוני, דוגמת תקנות 44 ו-45, המשקף בין השאר אינטרס ציבורי, אין מקום להתנאה גורפת המבטלת אותו מכל וכל ומלכתחילה.

במקרים הראויים והמתאימים לכך, מוסמך בית המשפט להתיר פיצול התביעות, כקבוע בסיפא לתקנה 45, וזאת תוך בחינת הנימוקים הפרטניים לגופה של בקשת הפיצול. ודוק, מקור תוקפו של הפיצול הינו בהחלטתו הפרטנית של בית המשפט – ולא בהתנאות הצדדים שאין בה די לענין זה.

לאור זאת, ומהנימוקים הנוספים שפורטו בפסק הדין קמא, אנו דוחים ערעורו של הבנק לענין זה.

### סעיף 38.1 לחוזה – דרישת כתב לגבי ויתור או פשרה

137. סעיף 38.1 לחוזה קובע:

“שום ויתור מצד הבנק, פשרה או הסדר אחר כלשהו עם הבנק, לא יחייבו את הבנק זולת אם נעשו בכתב.”

138. בית הדין דן בתנאי זה, וקבע כי הוא מקפח את הלקוחות ולכן יש לבטלו. נקבע, כי התנאי דנן עוסק בדרישת כתב ראייתית, ולא מהותית. על פי דרישה זו, המעוגנת בהוראת סעיף 80 סיפא לחוק הפרוצדורה האזרחית העותומני (להלן: חוק הפרוצדורה האזרחית או חוק הפרוצדורה), אם מדובר בשינוי החוזה המקורי שנערך בכתב, הוכחת סתירתו תיעשה אף היא בכתב. עם זאת, בפסיקה נקבע כי אירועים שהם חיצוניים לעריכת החוזה ומאוחרים לו אינם באים דרך כלל לסתור את הנאמר במסמך

הכתוב אלא להוסיף עליו, ולכן לא חלה עליהם דרישת הכתב מכוח סעיף 80 סיפא לחוק הפרוצדורה האזרחית. כך הוא לעניין הנושאים שסעיף 38.1 לחוזה עוסק בהם.

אשר לסעיף 80 רישא לחוק, ולפיו הסכמים שמקובל לעשותם בכתב, יש להוכיחם באמצעות מסמך בכתב, נקבע על ידי בית הדין, כי כאשר מדובר ב"עסקאות גדולות", התנאי שבסעיף 38.1 אינו סוטה מן הדין, שכן אלה הן עסקאות שמקובל לערוך בכתב. לעומת זאת, ככל שעסקינן בפשרות וויתורים שערכם נמוך יותר וכן בהסדרים שאינם בגדר פשרה או ויתור, התנאי שבסעיף 38.1 מתנה על הדין, שכן במצב זה מקובל לערוך הסכמים בעל פה. מכאן מסקנת בית הדין, כי סעיף 38.1 מתנה על דיני הראיות, וחלות לגבי חזקות הקיפוח הקבועות בסעיפים 4(6) ו-4(8) לחוק החוזים האחידים.

בית הדין קבע עוד, כי הדרישה הקבועה בסעיף 38.1 תפגע לרוב בלקוח ולא בבנק. הפתרון לחשש שהעלה הבנק מפני ריבוי טענות שווא של לקוחות בדבר הסכמים שנערכו עימם בעל פה, ימצא בהנחיית פקידי הבנק לערוך רישומים בכתב לגבי כל סיכום בעל פה שנערך עם הלקוחות.

139. הבנק מערער על קביעותיו אלה של בית הדין.

לטענתו, ההבחנה שנערכה בפסק הדין בין "עסקאות גדולות" לבין עניינים שמקובל ונהוג להסדיר אותם בעל פה אינה ברורה, אינה מעשית ותגרום לאי בהירות מרובה. לטענת הבנק, שעה שהוסכם עם הלקוח לבצע פעולות באמצעות הוראות טלפוניות, מעוגנת ההסכמה בהסכמים מיוחדים בכתב, הגוברים על ההסדר הכללי שבסעיף 38.1 לחוזה.

זאת ועוד. על פי כללי הניהול הבנקאיים שמפרסם בנק ישראל, נדרש כי הסכמות וסיכומים הנוגעים לניהול חשבונות בבנק ייעשו בכתב. דרישה זו מבטאת את הצורך בוודאות ובבהירות ומשקפת מדיניות ציבורית לפיה דרך ההתנהלות הנכונה בין הבנק ללקוח מחייבת תיעוד כתוב של ההסכמות. לגישתו של הבנק, בית הדין בקביעותיו מתעלם מן העובדה, כי בפועל יחסי בנק-לקוח מתנהלים בדרך כלל באמצעות הוראות בכתב, אלא אם הוסכם במפורש אחרת.

הלכה היא, כי ניתן להתנות בהסכם על דיני הראיות, ובתי המשפט הכירו במקרים רבים בתניה חוזית, אשר הציבה דרישת כתב ראייתית. הבנק מוסיף וטוען

לקשיים שעלולים להיגרם במידה שההסכמים עם הלקוח לא יערכו בכתב. בין הקשיים מונה הבנק את הטענה, כי לקוחות רבים מעלים טענות בדבר הבטחות שהובטחו להם בעל פה, ופעמים רבות מתעוררות טענות אלה שנים לאחר האירועים הנטענים. בנוסף, טוען הבנק, ישנה תחלופה גבוהה בקרב פקידי הבנק, דבר שמקשה על העדתם. העדרה של דרישת הכתב עלולה איפוא לדעת הבנק לעודד העלאת טענות סרק מצד לקוחות כנגד הבנק.

כנגד זאת מונה הבנק את יתרונותיה של דרישת הכתב שבסעיף 38.1 לחוזה, ובהם העמדת הצדדים על הרצינות הנודעת להסכמות בדבר ניהול החשבון והשלכותיהן, יצירת ודאות ובהירות, מניעת מחלוקות עתידיות וכן ייעול ההתדיינות המשפטיות על ידי מניעת תביעות או טענות בלתי מוצדקות והקלה על דרכי הוכחתם של ההסכמים בין הצדדים.

לתימוכין בעמדתו מפנה הבנק לפסק הדין בע"א 449/85 היועץ המשפטי לממשלה נ' גד חברה לבניין בע"מ, פ"ד מג(1) 183 (1989), שם נקבע כי תנאי דומה בחוזה אחיד, לעניין דרישת הכתב, איננו בגדר "תנאי מקפח".

140. היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי פסק דינו של בית הדין מוצדק. לגישתו, התנאי דנן אינו סביר בין היתר מכיוון שהלקוח אינו מודע לכך שעליו לדרוש אישור בכתב לגבי כל הסדר. בנוסף, כפי שקבע בית הדין, במערכת חוזית ארוכת טווח לניהול חשבון בנקאי, סיכומים בעל פה בין הלקוח לבין הבנק או מי מפקידיו הינם תופעה שכיחה. לטענת היועץ המשפטי לממשלה, הבנק יכול להגן על עצמו מפני העלאת טענות שווא מצד לקוחות באמצעות קביעת נהלים והנחיות פנימיות לפיהם הסדרים והסכמות עם הלקוחות ייעשו בכתב.

היועץ המשפטי לממשלה טוען, כי ההלכה שנפסקה בפרשת גד התייחסה לחוזה אחיד שעניינו מכירת דירה, סיטואציה השונה במהותה מהחוזה דנן המבטא מערכת יחסים ארוכה ומתמשכת בין הבנק ללקוח ואשר במסגרתה ניתן לצפות להסכמות בנושאים שונים.

141. כנקבע בפסק הדין קמא, הוראת סעיף 38.1 לחוזה מתנה בחלקים נכבדים ממנה על דין הראיות, בפוסלה ראיות שאינן בכתב להוכחת "ויתור, פשרה או הסדר אחר" בין הבנק ללקוח. על כן קמה לכאורה "חזקת הקיפוח" שבסעיף 4(8) ובמידה מסוימת גם זו הקבועה בסעיף 4(6) לחוק החוזים האחידים. ברם, אין בכך להוביל מניה וביה למסקנה

כי המדובר ב"תנאי מקפח", שכן נדרשת לעניין זה בחינת הנושא בכללו על נסיבותיו המיוחדות במסגרת הקבועה לכך בסעיף 3 לחוק.

בע"א 449/85 הנ"ל נדחה ערעורו של היועץ המשפטי לממשלה כנגד קביעת בית הדין לחוזים אחידים כי תנאי דומה בחוזה האחיד (שנדון שם) איננו תנאי מקפח. נפסק על ידי הנשיא שמגר, כי:

"מוכן אני לתמוך במגמה של שמירה על ודאות היחסים החוזיים. אכן, יש בהחלפת מסמכים כתובים בין הצדדים כדי לתרום לוודאותו של הקשר החוזי ביניהם. על הקונה לדאוג לכך, ששינויים בחוזה או תוספות לו ייעשו בכתב על-ידי הנהלת החברה, וכל עוד לא אירע כך, אין לדברים המוחלפים בעל-פה תוקף מחייב. קיומו של מסמך בכתב, אשר יעגן שינויים או תיקונים לאחר חתימת החוזה, יקל גם על הוכחתם של עניינים השנויים במחלוקת, אם אלה יתגלעו בין הצדדים." (שם, עמ' 208)

מתוך נימוקים אלה נדחה באותו העניין ערעורו של היועץ המשפטי, בו נטען על ידו כי המדובר בתנאי מקפח שכן "נשללת מהקונה האפשרות להוכיח שינויים בעל פה לאחר חתימת החוזה" (שם, עמ' 205). עמדתו האמורה של הנשיא מ' שמגר נמצאת בעיני ראויה והולמת גם בעניין מערכת היחסים שבין בנק ללקוח. מערכת יחסים זו מעוגנת ביסודה בחוזים אשר מטבעם של דברים מפורטים בכתב, דוגמת החוזה האחיד דנן.

דרישת הכתב למערכות ההסכמיות שבין הבנק ללקוח מעוגנת בהוראות הדין בגדרם של כללי הבנקאות (שירות ללקוח) (גילוי נאות ומסירת מסמכים), התשנ"ב-1992 (להלן: כללי הבנקאות). כללים אלה נקבעו על ידי נגיד בנק ישראל בתוקף סמכותו לפי סעיף 5 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981, וכנאמר במבוא להם: "היות שהדבר דרוש לדעתי למניעת הטעייה או פגיעה בלקוח".

בסעיף 3(א) לכללים מנויים סוגי ההסכמים השונים שבין בנק ללקוח, שיש לעורכם בכתב. בסעיף 3(ג) נקבע, כי "במקרה שלא נערך הסכם בכתב, תלווה העסקה במסמך שבו יפורטו תנאיה". אין ספק כי תיעוד בכתב של הסכמים ועסקאות הנערכים בין הבנק ללקוח תורם לוודאות הקשר החוזי, מקל על הוכחתם ומונע מחלוקות מיותרות. תיעוד שכזה תורם לתכלית היציבות והוודאות המתבקשת במערכת יחסי בנק-

לקוח. מכוחם של אלה מתגבש האינטרס כי שינויים בהסכם ההתקשרות (הכתוב) שבין הבנק ללקוח ייעשו גם הם בכתב. דרישה חוזית לפיה על הלקוח לוודא תיעוד בכתב של הסכמת הבנק לויתור, לפשרה או לשינוי משמעותי אחר מתנאי ההסכם שביניהם, איננה בנסיבות העניין "תנאי מקפח", זאת הואיל ודרישה שכזו משקפת את דרך ההתנהלות הראויה במערכת יחסים זו.

פסק הדין קמא אימץ גישה זו באופן חלקי, ככל שהמדובר ב"עסקאות גדולות", וזאת מתוך פרשנותו בעניין זה את הרישא של סעיף 80 לחוק הפרוצדורה האזרחית. דא עקא, לא פורט בפסק הדין מהי "עסקה גדולה".

ברם, המבחן הראוי איננו ב"גודלה" של העסקה, אלא במהותה. עסקה המשנה מתנאי ההסכם שבין הבנק ללקוח מצדיקה את דרישת התיעוד בכתב, וזאת מעצם השינוי הגלום בה. בכלל אלה יבואו "ויתור" הבנק על זכות מזכויותיו על פי ההסכם, "התפשרות" הבנק על זכות שכזו או הסכמתו של הבנק לשינוי תנאי מתנאי ההסכם. דרישת הכתב בכל אלה אינה תנאי מקפח, שכן היא מבטאת את ההתנהלות המצופה הראויה והמבוקשת ביחסי הבנק והלקוח ואת האינטרס הציבורי הכרוך בכך.

142. בנוסף ל"ויתור" ול"פשרה" כולל סעיף 38.1 לחוזה גם "הסדר אחר כלשהו עם הבנק". הגדרתו הגורפת של מרכיב זה משתרעת הרחק מעבר לאותם נושאים מהותיים שפירטנו לעיל, ובכללם ה"ויתור" וה"פשרה".

"הסדר אחר כלשהו" עם הבנק יכול וייתחס לעניינים טכניים שוטפים שאין בהם שינוי מהוראות ההסכם שבין הלקוח לבנק או שעניינם בהסכמות נקודתיות שאינן כרוכות ב"ויתור", ב"פשרה" ואף לא ב"שינוי". התניה גורפת זו בקיומו של מסמך בכתב, עולה איפוא בנסיבות העניין כדי תנאי מקפח, זאת מתוך חוסר המסוימות המוחלט שבה ומתוך העדר הצדקה סבירה ולגיטימית לדרישה גורפת שכזו.

143. לאור זאת, דין ערעורו של הבנק להתקבל בחלקו באופן בו המילים "או הסדר אחר כלשהו" יימחקו מנוסח סעיף 38.1 שבחוזה.

סעיף 42 - שינוי החוזה

144. וכך נקבע בסעיף 42 לחוזה:

”42. שינוי תנאי כתב זה  
 הבנק יהיה רשאי לשנות מפעם לפעם את תנאי  
 כתב זה או להוסיף הוראות חדשות על ידי מתן  
 הודעה מקודמת בכתב על כך ללקוחות של 14  
 (ארבעה עשר) יום לפחות, ובלבד שהשינוי או  
 ההוראה החדשים יחייבו את הלקוחות רק  
 בתקופה המתחילה מתום התקופה של ההודעה  
 המוקדמת הנ”ל.”

בבקשת הביטול טען היועץ המשפטי לממשלה, כי תנאי זה מקפח את הלקוחות ומתקיימות בו חזקות הקיפוח שבסעיפים 4(1), 4(2), 4(4) ו-4(6) לחוק החוזים האחידים. זאת, הואיל ועל פי סעיף זה ניתנת לבנק האפשרות הבלתי מוגבלת לשינוי חד צדדי של כל תנאי מתנאי החוזה.

בפסק הדין נתקבלה הטענה בחלקה הקטן בלבד. נפסק, כי בהיות החוזה דנן “חוזה יחס” מתמשך הניתן לביטול בכל עת על ידי הלקוח, אין בהוראת הסעיף בכללה כדי לגרום לקיפוח, זאת הואיל ואם השינויים שיבצע הבנק בחוזה לא יהיו מקובלים על הלקוח, רשאי יהיה האחרון להפסיק מניה וביה את התקשרותו החוזית עם הבנק מעיקרא. כמו כן, גם לבנק שמורה הזכות לבטל את החוזה. על כן, כך נפסק:

”...אם הספק (הבנק – י”א) יכול לבטל את החוזה כליל,  
 הוא גם יכול להציע ללקוח שינוי בתנאי החוזה, ואם זה  
 אינו מוכן לשינוי התנאים, אין מניעה שיפסיק את  
 ההתקשרות עם הבנק.” (עמ’ 663)

לאור זאת נפסק כי הוראת סעיף 42, ככלל, אינה תנאי מקפח וזאת “בכל אותם מצבים בהם הבנק רשאי לבטל את החוזה”.

לעומת זאת, כך נפסק:

”בנסיבות מיוחדות, בהן הבנק אינו רשאי לבטל את  
 החוזה, אנו סבורים שיש למנוע ממנו גם לשנות את

תנאיו, לפחות באופן גורף כפי שהדבר מתאפשר על-פי תנאי החוזה שלפנינו.  
 על כן, אנו סבורים כי הנוסח הנוכחי של הסניף מקפח. (שם)

בפיסקה קודמת בפסק הדין מבאר בית הדין את סוג המקרים החריג בהם הבנק אינו רשאי לבטל את החוזה, כדלהלן:

"איננו שוללים את האפשרות שיהיו מקרים, גם אם נדירים, בהם הנסיבות המיוחדות הנוגעות ליחסי הבנק עם לקוחו ייצרו אצל הלקוח ציפיות סבירות להמשך מתכונת העסקים עם הבנק כפי שהייתה עד כה, עד שיהא בהן כדי למנוע מהבנק לשנות באופן חד צדדי את תנאי ההתקשרות." (שם)

145. שני הצדדים מערערים בפנינו על קביעותיו האמורות של בית הדין. היועץ המשפטי טוען, כי זכותו של הלקוח להפסיק ההתקשרות עם הבנק, איננה מפחיתה מאלמנט הקיפוח שבסעיף דנן. לטענתו, "בשל חשיבותו וחיוניותו של חשבון בנק בישראל, מובן מאליו שהלקוח יצטרך למצוא אלטרנטיבה במערכת הבנקאית... מאחר שהמערכת הבנקאית היא ריכוזית, הרי שפועל יוצא מכך היא העובדה שהחוזים של כל הבנקים זהים. מכאן, שברירתו של הלקוח להפסיק את ההתקשרות ולמצוא לו אלטרנטיבה נוחה יותר אינה קיימת".

לאור זאת – כך הטענה – אין בזכותו של הלקוח להפסיק את החשבון כדי "לקזז" את עוצמת הקיפוח הגלומה בהוראת סעיף 42. היועץ המשפטי מוסיף, כי "האיזון הראוי במקרה הנדון הוא פירוט תנאים מסוימים (להבדיל מההרשאה הגורפת – י"א) אותם יהיה רשאי הבנק לשנות בשל נסיבות המצויות בשליטתו. יתר התנאים ישונו רק בעקבות אירועים חיצוניים לבנק".

הבנק, לעומת זאת, מערער על קביעת בית הדין כי באותם המקרים בהם אין הוא זכאי לבטל את ההסכם הוראת סעיף 42 הינה תנאי מקפח שדינו ביטול. לטענתו:

"משמעותו של סעיף 42 לחוזה אינה ליתן לבנק זכות לתקן את הוראת החוזה בכל עת, אלא, כי עומדת לבנק האפשרות לבטל את ההסכם על פי תנאיו הקיימים ולהציע ללקוח הצעה לחוזה חדש, אשר נכנסת לתוקף תוך 14 ימים, ואשר הלקוח יכול להסכים לה או לא..."

זכות זו של הבנק... מתאזנת עם זכותו של הלקוח לסרב להצעה, להשתחרר מהחובה ולהפסיק את ההתקשרות בכל עת, דהיינו, לסגור את החשבון ולהעביר את ניהול עסקיו לבנק אחר, מבלי שהדבר ייחשב להפרת חובה מצידו.

הבנק מוסיף וטוען, כי זכות זו מוצדקת ומתבקשת לאור העובדה שחובה הבנק עם הלקוחות הינו חובה יחס המתאפיין ביחסים ארוכי טווח ומורכבים. חוזים כאלה רגישים מעצם טיבם לקיומן של נסיבות חדשות ותקלות עתידיות שלא ניתן לצפותן ולהסדירן במפורש בחובה במועד כריתתו. קשה לקבוע מראש את כל תנאיו, וסביר להניח כי הבנק ישמור לעצמו את הזכות לבצע בחובה את השינויים המחוייבים בהתחשב בנסיבות, לרבות תנאי המשק וההתפתחויות בכלכלה.

עוד נטען, כי לא היה מקום לקביעת בית הדין שסעיף 42 הינו מקפח רק מחמת היתכנותם של מקרים "נדירים ותיאורטיים" בהם הבנק יהיה מנוע מלבטל ההתקשרות עם הלקוח. שכן,

"מקרים נדירים תאורטיים אלו... אינם שקולים כנגד הצורך ביצירת מנגנון גמיש לשינוי החובה. זאת, בהתחשב בעובדה כי זכות הבנק לערוך שינויים בחובה, ככל זכות חוזית, כפופה לחובה לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב... אשר על כן, החלטה שרירותית או לא סבירה לשנות את החובה באופן שבו, במקרה נדיר ספציפי, תפגענה זכויותיו של הלקוח, כפי שחושש בית הדין – לא תעמוד."

עד כאן, ובתמצית, טענות הצדדים בערעוריהם.

146. האפשרות העומדת ללקוח להפסיק בכל עת את ההתקשרות עם הספק על פי החובה האחיד "עשויה לעיתים לשלול מתניה את אופייה המקפח, ולהוות משקל נגד לכוחו של ספק לקבוע (ולעניינו 'לשנות' – י"א) באופן חד-צדדי את תנאי ההתקשרות" (הנשיא א' ברק ברע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עיזבון המנוחה ה' מילגרם נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145, 167 (1998) – להלן: עניין משען).

הדברים תלויים בראש וראשונה בבחינת נסיבותיו של הלקוח אל מול הספק, ובמידת הריאליות של האפשרות העומדת ללקוח לנתק את הקשר החוזי עם הספק. בעניין משען הנ"ל, המדובר היה בחובה אחיד בין בית אבות לבין דיירת קשישה,

ובתניה באותו החוזה לפיה רשאי בית האבות לשנות בכל עת את התעריפים הנגבים על ידו מהדיירים. בהקשר זה נפסק, כי על אף משוואת האיזון הכללית האמורה, הרי ש:

”לא כן הדבר ביחסים המיוחדים השוררים בין בית אבות לדייר. אופי היחסים והתמשכותם מביאים להתפתחות תלות של הדייר בבית האבות. החופש שלו לעבור לבית אבות אחר הוא למראית עין בלבד. בוודאי כך הוא שעה שהוא והפועלים מטעמו מצויים במצב הקשה של הצורך להיכנס לבית אבות סיעודי.” (בעמ' 167)

הכלל וחריגיו מבוארים, בהקשר דומה, בספרן של ו' לוסטהויז וט' שפניץ

חוזים אחידים (1994), בעמ' 323:

”כאשר זכותו של הספק לשנות את המחיר מאוזנת בזכותו של הלקוח לבטל את החוזה, ניתן, מבחינה משפטית, לראות את החוזה כאילו נעשה לתקופה קצרה וחידושו נערך במקביל לשינוי המחיר. אם הלקוח אינו חפץ בהתקשרות במחיר שונה, אין הוא חייב להתקשר, או – בחזרה לענייננו – הוא רשאי לבטל את ההתקשרות. לכאורה, נמצא האיזון הראוי; אולם לעתים הסדר זה אינו מיטיב עם הצדדים. דוגמה למצב כזה הוא החוזה של קופת חולים מכבי לדיור בבת-אבות. מאחר שמדובר בחוזה לטווח ארוך, סביר להניח שהספק ישמור לעצמו זכות לשנות את המחיר. בנסיבות העניין, האפשרות לביטול החוזה על-ידי הלקוח עקב שינוי המחיר אינה מעשית, וגם אינה מהווה איזון ההולם את האינטרס של הלקוח...”

147. מהו האיזון המתבקש, בהקשר זה, לחוזה האחיד דנן בין הבנק ללקוח בעניין התנאים הכלליים לניהול חשבונות?

המדובר ב”חוזה יחס” מתמשך ובמאטריה החשופה מטבעה לשינויים תכופים בחקיקה, ברגולציה, בשינויים כלכליים ומסחריים ועוד משתנים רבים ונוספים. היועץ המשפטי אינו חולק כי ככל שהמדובר בשינויים ”חיצוניים” (כגון רגולציה, חקיקה ותנודות כלכליות) אין לראות בסעיף 42 לחוזה משום תנאי מקפח. הקיפוח יקום, לשיטתו, רק באותם המקרים בהם יבקש הבנק לשנות את תנאי החוזה שלא מנימוקים ”חיצוניים”, אלא מתוך שיקוליו ורצונותיו שלו.

מקובלת עלינו מסקנת בית הדין, כי היבט מקפח זה שבסעיף 42 מוצא את פתרונו בזכותו של הלקוח להפסיק את ההתקשרות עם הבנק ולהעביר חשבונו לבנק אחר. הסיטואציה שונה באופיה ובמהותה מזו שנדונה בפס"ד משען, וכדברי בית הדין קמא:

"...במקרה שלפנינו, בדרך-כלל אין מניעה מלפני הלקוח להפסיק את ההתקשרות עם הבנק ולהעביר את חשבונו לבנק אחר. גם אם הדבר כרוך באי נוחות מסוימת מבחינתו של הלקוח, כמו ביטול הוראות קבע והעברתן לבנק אחר, אי נוחות זו לבדה אינה יכולה למנוע מהספק לשמור על זכותו לשנות מעת לעת, לפי הצורך, את תנאי החוזה..." (עמ' 662)

עם זאת נראה לנו כי תקופת 14 הימים הקבועה בסעיף 42 לחוזה הינה קצרה מדי ואנו מוצאים כי יש לתקנה על דרך קציבת אותה התקופה ל-30 ימים.

148. משנמצא בענייננו כי האלמנט המקפח שבסעיף 42 מוסר ומוצא את פתרונו באפשרות הניתנת ללקוח לסיים את ההתקשרות, מוצאים אנו טעם בערעורו של הבנק כנגד החריג לעניין זה שנקבע בפסק הדין קמא. חריג זה נקבע לעניין המקרים הנדירים "בהם הנסיבות המיוחדות הנוגעות ליחסי הבנק עם לקוחו ייצרו אצל הלקוח ציפיות סבירות להמשך מתכונת העסקים עם הבנק כפי שהייתה עד כה". לא הובהר כדבעי מהם אותם מקרים חריגים ומה מקור הציפיות שפיתח בהן הלקוח.

ככל שהדברים מכוונים למקרה היפותטי בו ייצור הבנק מצג ספציפי כלפי לקוח פלוני לפיו הוא יימנע מלעשות שימוש בזכותו לפי סעיף 42 לחוזה – תעמוד טענה זו לאותו הלקוח כנגד הבנק לגופה של ההתקשרות הפרטנית שביניהם. מכל מקום, סיטואציה שכזו אינה מעלה או מורידה ממבחן האיזון הכולל – לגופה של התניה – אם עולה היא כדי תנאי מקפח אם לאו, וזאת לצורך הבחינה הא-פריורית של החוזה האחיד בהליך לפי סעיף 16(א) לחוק החוזים האחידים.

149. אנו דוחים איפוא את ערעור היועץ המשפטי לממשלה, מקבלים את ערעור הבנק וקובעים כי סעיף 42 לחוזה איננו תנאי מקפח וזאת בכפוף לתיקון המלים "14 (ארבעה עשר) יום לפחות" והחלפתם ב"30 (שלושים) יום לפחות".

**סעיף 43 - שחרור הבנק מחובותיו כאוחז בשטר**

150. וזו לשון סעיף 43 לחוזה:

”43. פטור לבנק בגין חובות אוחז בשטר  
 הלקוחות פוטרים בזה את הבנק – לגבי כל  
 שטר בחתימת הלקוחות או בהסבתם – מכל  
 החובות של אוחז (כגון הצגה לקיבול או  
 לפרעון, העדה, מתן הודעה על מיאון או  
 חילול), והם מוותרים על הזכות לטעון  
 התישנות לגבי כל שטר כנ”ל.”

בבקשת הביטול טען היועץ המשפטי לממשלה, כי סעיף זה הינו תנאי מקפח על כל חלקיו.

בפסק הדין נקבע, כי מאחר ועל פי לשון הסעיף הוא מתייחס רק למצב בו הבנק אוחז בשיק בחתימת הלקוח המשוך על חשבונו באותו הבנק, “אין שום משמעות למתן הודעת מיאון או להצגה לקיבול או לפירעון”, ועל כן אין לפטור מחובות אלה משמעות מעשית ואין בו תנאי מקפח. לעומת זאת, הפטור הגורף לבנק ממתן הודעת חילול, יש בו משום קיפוח של הלקוחות. זאת, הואיל ו”אם המושך אינו יודע על חילול השטר הוא עלול להיחשף להליכי גבייה ולשאת בהוצאות בלי שהיה בידו לפרוע את השטר ולחסוך את ההוצאות והטרחה... קיים גם אינטרס ציבורי בכך שהלקוח יוכל לפרוע את השטר בלא להיזקק להליכי גבייה”. לאור זאת, נפסק כי הפטור ממתן הודעת החילול הינו תנאי מקפח, ובית הדין הורה על ביטולו.

כמו כן, קבע בית הדין כי הויתור הגורף של הלקוחות על הזכות לטעון התישנות “לגבי כל שטר כנ”ל” – הינו תנאי מקפח, והורה על ביטולו.

151. הבנק בערעורו משיג על קביעות בית הדין קמא לעניין הפטור ממתן הודעת החילול ולעניין הויתור על טענות ההתישנות. לטענתו, חובות האוחז בשטר – המפורטות בסעיף 43 לחוזה – “הינן שריד מתקופת העבר, הינן טכניות בלבד, אין בהן כדי ליתן הגנה אמיתית ללקוחות, מזה שנים אין עוד נוהגים לקיימן, והינן נעדרות כל ערך למעט ערכן המטרדי אשר בוודאי שאינו מצדיק את קיומן... הצורך של הבנק בפעילות שוטפת ויעילה במהלך גביית כמות השיקים האדירה העוברת תחת ידו גובר על הצורך במתן הודעת חילול”.

עוד טוען הבנק, כי בהתאם להוראתו המפורשת של סעיף 49(ב)(2) לפקודת השטרות, ניתן להתנות ולוותר על הצורך במתן הודעת חילול – במפורש או מכללא.

זאת ועוד. בפועל, העילה למרבית השיקים המחוללים או "החוזרים" הינה בהעדר כיסוי בחשבון או בהוראות ביטול של הלקוח (מושך השטר), ובכל אלה ממילא אין צורך בהודעת חילול (ראה סעיף 49(ב) לפקודת השטרות; "זוסמן דיני שטרות 241 (מהדורה שישית, 1983)). במכלול השיקולים האמור – כך טוען הבנק – אין לראות בפטור הבנק ממתן הודעת החילול משום תנאי מקפח.

אשר לויתור הלקוחות על טענת ההתישנות, טוען הבנק כי גם בעניין זה נקבעה בפקודת השטרות (בסעיף 96(א)) זכות ההתנאה על טענת ההתישנות. התנאה זו נחוצה לטענת הבנק "להתנהלות יעילה ומקצועית של הבנק, זאת בהתחשב בכמות האדירה של השיקים בהם על הבנק לטפל ובמספר העצום של התביעות אשר עלולות להתעורר בקשר לשיקים ולאופן הטיפול שנעשה בהם על ידי הבנק".

עם זאת, מסכים הבנק בסיכומיו כי לענין זה של התיישנות – תשונה הוראת הסיפא לסעיף 43 באופן בו "תיקבע תקופת התישנות אחידה לכל הצדדים לשטר, בת שבע שנים" (דהיינו הארכת תקופת ההתיישנות רק ביחס למסב, משנתיים לשבע שנים).

היועץ המשפטי לממשלה נסמך בסיכומיו על נימוקי פסק הדין קמא.

152. הדרישה למשלוח הודעת חילול קבועה בסעיף 47 לפקודת השטרות, ולפיו:

"בכפוף להוראות הפקודה, מקום שהשטר חולל במיאון או באי-פרעון, יש ליתן למושך ולכל מסב הודעת חילול, וכל מושך או מסב שלא ניתנה להם ההודעה – מופטר; ..."

הדרישה להודעת החילול הינה דיספוזיטיבית, שכן על פי הוראת סעיף 49(ב)(2) לפקודת השטרות:

"(ב) פוטרים מהודעת חילול -

- (1) ...
- (2) על פי ויתור בפירוש או מכללא; הודעת חילול יכול שיוותרו עליה לפני שהגיע

הזמן למתן הודעה או לאחר שלא ניתנה  
כראוי;"

במערכת היחסים שבין בנק ללקוח – סביר להניח כי מרבית המקרים בהם יחוללו שיקים שמשך הלקוח על הבנק יהיו בגין היעדר כיסוי בחשבון הלקוח או בגין הוראת המושך לביטול השיק. במקרים אלה – פטור האוחז מלכתחילה מחובת מתן הודעת החילול למושך או למסב. לענין הוראת ביטול של הלקוח – הפטור ממתן ההודעה נקבע בסעיף 49(ב)(3)(ה) לפקודת השטרות.

לענין שיק שחולל מחמת אי כיסוי בחשבון נקבע הפטור ממתן ההודעה בסעיף 49(ב)(3)(ד) לפקודת השטרות ("כשאינ בין הנמשך או הקבל לבין המושך כל חיוב לקבל עליו את השטר או לפורעו"), וכפי שבוארו הדברים בפסיקה (ראו זוסמן בספרו הנ"ל בעמ' 241, והאזכורים הרשומים שם בה"ש 13).

דרישת מתן הודעת החילול הינה טכנית במהותה ואין בה משום יצירת זכות מהותית למושך השיק ("שטר החליפין") כנגד האוחז בו (ראו לדוגמא בע"א 2448/92 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' אשכנזי, פ"ד מח(3) 563 (1994)). מטרתה האחת הינה מתן התראה מוקדמת למושך השטר שחולל בטרם הליכים לביצועו.

פתח ההתנאה הרחב כאולם שפתחה פקודת השטרות על חובת מתן הודעת החילול ("במפורש או מכללא, לפני זמן ההודעה או אחריה") יש בו משום אינדיקציה להיותו של מוסד זה מותנה מראשיתו, ולהיעדר אינטרס ציבורי מהותי בצורך בו.

במערכת ההתנהלות המקובלת שבין בנק ללקוחו, על מערכות הדיווח השוטפות הכרוכות בה ועל נגישותו המיידית של הלקוח למידע פרטני לנעשה בחשבונו, הצורך הפורמלי בדרישת הודעת החילול מצטמק עוד יותר.

על כן, בבואנו לבחון את מידת הפגיעה או הקיפוח שבתניה זו שבסעיף 43 לחוזה, נקודת המוצא הינה כי המדובר בפגיעה שהיקפה, אם בכלל, מצומצם ופגיעתה בלקוח, אם בכלל, מתונה ביותר.

מן הצד השני, אין ספק כי עמידה דווקנית על חובת מתן הודעות חילול יש בה משום סרבול והכבדה משמעותיים על התנהלות מסלקה של בנק המעבירה תחת ידיה עשרות אלפי שיקים מדי יום ביומו.

בניגוד לפגיעה המזערית, אם בכלל, העלולה להיגרם ללקוח כתוצאה מויתורו על דרישת מתן הודעת החילול, הרי שהעמידה הקפדנית והטכנית על דרישה זו משמעותה מבחינת הבנק אבדן מוחלט של זכויותיו בשטר שהוא אוחז בו.

באיזון המתבקש בין שני אלה, נוטה הכף להעדפת האינטרס של הבנק.

מסקנה זו מתבקשת גם נוכח הפתרון המאזן הנוסף העומד ללקוח בדמות הדיווח, ברמותיו השונות, שהבנק מחויב להעביר לידיעתו אודות הפעולות בחשבונו, ומזכותו המתמדת של הלקוח להתעדכן בכל עת ובכל שעה על הנעשה בחשבון בכלל ועל מצבם של שיקים שהופקדו על ידו בפרט.

לאור כל זאת מוצאים אנו לקבל את ערעור הבנק בענין הזה.

אנו מבטלים איפוא את קביעת בית הדין כי הוראת סעיף 43 לחוזה לענין ויתור הלקוחות על מתן הודעת חילול הינה תנאי מקפח שיש לבטלו, ומותירים הוראת הסעיף לענין זה ככתבה.

153. לא כן לענין הויתור הגורף על טענת ההתיישנות שבסיפא לסעיף 43 לחוזה.

אכן, גם הסדר ההתיישנות הספציפי שבסעיף 96 לפקודת השטרות איננו קוגנטי, וניתן להתנות עליו (כקבוע באותו הסעיף).

ברם, יפים לענין זה דברי בית הדין קמא כדלהלן:

“... עצם האפשרות להתנות על הדין אינה שוללת את הקיפוח שבהתנאה. החוק בא למנוע דווקא את ההתנאה המותרת לכאורה, כדי להסיר את הקיפוח ולמתן את אי השוויון בחוזים מן הסוג הנדון... השאלה היא אם יש טעם מהותי להתיר את ההתנאה. טעם מהותי כזה לא מצאנו בטיעוני הבנק. נראה שיש דווקא טעם מהותי שלא להתיר את הויתור על טענת ההתיישנות בחוזה אחיד. ראשית, על-פי סעיף 96 עצמו אין לויתור שנרשם בתעודה נפרדת (ולא על גבי השטר) תוקף, אלא אם המוותר קיבל בעדו (בעד הויתור) תמורה בת ערך... שנית, ויתור גורף ומראש על טענת ההתיישנות, עוד בטרם נמשכו השיקים חושף את הלקוח לסיכוני תביעה שהדין מבקש לפטור אותו מהם, ומעמיס עליו נטל

לשמור את ראיותיו מעבר לתקופת ההתיישנות. אכן, המושך או המסב יכול לוותר על טענת ההתיישנות לגבי שטר ספציפי בכל שלב בחיי השטר, אולם אין להתיר לבנק לחשוף את הלקוח, באופן גורף ומראש, לסיכוני תביעות שעבר זמנן. " (עמ' 665)

גם בסיכומי טענות הבנק שבערעור, לא מצאנו טעם מהותי המצדיק פגיעה גורפת שכזו בהסדרי ההתיישנות שנקבעו בסעיף 96 לפקודת השטרות עד כדי איון וביטול מעיקרא של זכות הלקוח לטעון התיישנות בתביעה שטרית של הבנק כנגדו.

נוסיף ונציין כי תקופות ההתיישנות הקבועות בסעיף 96 הנ"ל, שבע שנים למושך השטר ושנתיים למסב השטר, יש בהן די והותר לבנק המבקש לנקוט בהליכים נגד לקוחו, אם מושך ואם מסב.

על כן – דין הערעור לענין זה להידחות.

154. לסיכום, אנו מקבלים את ערעור הבנק (לענין סעיף 43 לחוזה) בחלקו, קובעים כי הסיפא לסעיף זה במלים "והם מוותרים על הזכות לטעון התיישנות לגבי כל שטר כנ"ל" מהווה תנאי מקפח ומורים על ביטולה. פרט לשינוי זה יישארו יתר הוראות סעיף 43 לחוזה כפי שהן.

## סוף דבר

155. על הבנק לתקן תוך 60 ימים את נוסח החוזה "התנאים הכלליים לניהול חשבונות/פקדונות" בהתאם לקבוע בפסק דין זה ובפסק הדין קמא, ככל שהוראותיו לא שונו בפסק דין זה וזאת לעניין התקשרויות חדשות.

כמו כן אנו קובעים, כי פסק דין זה ייכנס לתוקפו ביום נתינתו והוא יחול, בתחולה אקטיבית, גם ביחס לחוזים שנכרתו לפני אותו המועד וכן ביחס לחוזים בנוסח הקודם כל עוד לא הוכנס לשימוש נוסח החוזה החדש כאמור לעיל.

צו עיכוב הביצוע מיום 1.12.2005 מבוטל.

156. לאור תוצאות הערעור, אין צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופט א' גרוניט :

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופטת א' חיות :

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' אלון.

ניתן היום, ד' באדר התש"ע (18.2.2010).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט