



בתי המשפט

ח"א 8002/02

בית הדין לחוזים אחידים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, מ"מ אב בית הדין
פרופ' עופר גרוסקופף, חבר
ד"ר משה גלברד, חבר

בעניין: המפקח על הבנקים

בנק ישראל

המבקש

ע"י ב"כ עו"ד אמיר בכר ואח'

- נ ג ד -

הבנק הבינלאומי הראשון למשכנתאות בע"מ

המשיב

ע"י ב"כ עו"ד ב. לוינבוק ושות', משרד עורכי דין

ספרות:

[ר' לוסטהויז, ט' שפניץ, חוזים אחידים \(1994\)](#)

פסק - דין

ראשית דבר

1. מעטים הם האנשים אשר אינם נזקקים בצומת זו אחרת של חייהם להלוואה מבנק. זוג צעיר המבקש לרכוש לעצמו דירה, סוחר המעוניין לפתוח בית עסק, יבואן המבקש להזמין משלוח של סחורה מחו"ל, משקיע החפץ לרכוש שליטה בחברה הנסחרת בבורסה - כל אלה, כמו גם רבים אחרים, נדרשים לאשראי בנקאי בסכומים משמעותיים מאד מבחינתם. הבנק מצידו מעוניין כמובן בהעמדת

האשראי, וזאת בהנחה שהמחיר שישולם על ידי הלווה (משמע, הריבית) יהווה תמורה נאותה לשירות שהוא מעניק ולסיכון שהוא נוטל על עצמו, ושהביטחונות שהלווה יעמיד להחזר ההלוואה (קרי, הערבים והבטוחות) יהיו הולמים. ההתקשרות בין הבנק ללווה, באותם מקרים בהם הושגה הסכמה על תנאי הכלכליים של העיסקה (שיעור הריבית, מועדי החזר, טיב הביטחונות וכיו"ב) נעשית באמצעות חוזה אחיד המוכתב על ידי הבנק. דוגמא אופיינית לנוסח חוזה אחיד מסוג זה היא העומדת לבחינתנו בתיק זה. בפנינו בקשה של המפקח על הבנקים (להלן – "המפקח") לביטול ו/או לשינוי של תנאים שונים בחוזה האחיד (להלן: "החוזה" או "ההסכם"), הקובע את התנאים המיוחדים להעמדת הלוואה בבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ (להלן: "הבנק").

2. מלאכת בדיקתו של החוזה לא הייתה פשוטה. היא הצריכה הגשת כתבי טענות ואסמכתאות המשתרעים על פני מאות ואלפי עמודים. היא חייבה התייחסות כמעט לכל סעיף וסעיף משנה בחוזה. היא דרשה מאיתנו להתייחס לסוגיות משפטיות שונות ומגוונות, מקצתן כאלה שלא נבחנו בעבר באופן יסודי בפסיקה הישראלית. פסק דיננו זה מסכם, אפוא, התדיינות משפטית ארוכה ומסועפת. תקוותנו היא שישומו המהיר על ידי הבנק, והפנמת לקחיו על ידי המערכת הבנקאית, יביאו להסדרה צודקת והוגנת יותר של תחום האשראי הבנקאי המובטח.

3. הבנק התריע בפנינו, וחזר והתריע, בעל פה ובכתב, מפני הפרת הציווי המקראי "לא תשא פני דל" (ויקרא יט 16; וראו גם שמות כג 3) אשר רש"י מבהרו "שלא תאמר עני הוא זה והעשיר חייב לפרנסו, אזכנו בדיו, ונמצא מתפרנס בנקיות". ואכן, היטב הזהרנו עצמנו כי עוצמתו הכלכלית של הבנק אין בה, כשלעצמה, סיבה לגרוע מזכותו לעצב את תנאי החוזה באופן המגן על האינטרסים הכלכליים והמשפטיים הלגיטימיים שלו. נהפוך הוא, האינטרס הציבורי הכללי - אשר המופקד עליו הוא לא אחר מאשר המבקש בענייננו, המפקח על הבנקים בבנק ישראל - הוא לוודא את שמירת יציבותם הכלכלית של הבנקים. יציבות המושגת, בין השאר, באמצעות מכשירים משפטיים כדוגמת החוזה שהונח לפתחנו.

4. מאידך גיסא, שמנו לנגד עינינו גם את חלקו השני של הציווי המקראי - "ולא תהדר פני גדול" - המורה לנו שלא להסיג את שיקול דעתנו המשפטי מפני עוצמתו של הבנק ומפני חוכמתם של יועציו. לאור זאת ראינו לעצמנו חובה להקפיד עם הבנק כי ההגנות שנטל לעצמו בחוזה אכן נחוצות לו באופן סביר. כאשר מצאנו טעם והגיון בתנאים שניסח הבנק, במובן זה שהובררה לנו נחיצותם להגנת האינטרסים

הלגיטימיים של הבנק, השארנו את תנאי ההסכם על מכונם; באותם מקרים, והם רבים למדי, בהם סברנו כי הבנק נטל לו הגנות המקפחות את הלקוח, לא היססנו והגבלנו את הוראות החוזה לגבולות הנחוץ, למיטב הבנתנו המשפטית, להגנת הבנק.

קיצור תולדות התיק

5. הבקשה לשינוי תנאים מקפחים בחוזה אחיד או לביטולם (להלן: "הבקשה") בקשר לחוזה הוגשה על ידי המפקח ב- 27.1.2002. הבנק הגיש כתב תשובה לבקשה (להלן: תשובת הבנק") ביום 5.4.2002.
6. ביום 9.9.2002 התקיימה ישיבת קדם משפט בפני השופט יהונתן עדיאל, אשר בעקבותיה הגיש כל אחד מהצדדים תצהירי עדות ראשית לקראת סוף 2002. מטעם המפקח הוגש תצהיר של מר מרדכי פיין, אשר שימש אותה עת כסגן המפקח על הבנקים וכממונה על תחום יחסי בנק-לקוח (להלן: "תצהירו של מר פיין"). מטעם הבנק הוגש תצהיר של הגב' דורית (דורה) כהן, עובדת הבנק, אשר שימשה באותה עת כמנהלת מחלקת הלוואות של הבנק (להלן: "תצהירה של הגב' כהן").
כן הגישו הצדדים, בתאריך 2 בדצמבר 2002, הודעה משותפת (להלן: "מסמך ההסכמות הראשון") במסגרתה פירטו מספר הסכמות אליהן הגיעו בעקבות משא ומתן שהתקיים ביניהם.
7. ביום 21.10.2003 התקיים דיון הוכחות בפני הרכב בית הדין בראשות השופט יהונתן עדיאל, בו היו חברים מר עובדיה שרגאי ומר שלום דורון. במסגרת הדיון נחקרו העדים מטעם הצדדים על תצהיריהם. בסיום הדיון הוקצבו 60 ימים לכל אחד מהצדדים להגשת סיכומיו. כן הוסכם בתום הדיון כי מאחר וכתב המינוי של מותב בית הדין יפקע בטרם הגשת הסיכומים, יועבר הדיון להרכב חדש.
8. הצדדים הגישו בקשות שונות לארכות בהגשת סיכומיהם. סיכומי המפקח הוגשו ב-13.10.2004 (להלן: "סיכומי המפקח") ואילו סיכומי הבנק הוגשו ב-12.7.2005 (להלן: "סיכומי הבנק").
9. התיק הועבר לשופטת מרים מזרחי, אשר ביום 26.9.2005 איפשרה לצדדים, על פי בקשתם, להגיש סיכומי תשובה. סיכומי התשובה מטעם המפקח הוגשו ב-30.10.2005 (להלן: "סיכומי התשובה של המפקח"); סיכומי התשובה של הבנק הוגשו ב-15.1.2006 (להלן: "סיכומי התשובה של הבנק").

10. לאחר הגשת סיכומי התשובה, ביום 16.3.2006, ניתנה החלטה הממנה שני חברי מותב אחרים לשבת לצידה של השופטת מזרחי בתיק זה. בשל סיבות בריאותיות הנוגעות לאחד מחברי המותב, ולאור פקיעת מינויו של חבר המותב האחר, לא התאפשר להרכב זה לתת פסק-דין בתיק. על כן הוחלף מותב בית הדין פעם נוספת, למותב הנוכחי, לקראת סוף שנת 2007.

11. ביום 28.11.2007 קיימנו דיון נוסף בתיק זה בהרכב המותב הנוכחי במטרה לבדוק האם הזמן שחלף לא שינה את המצב המשפטי ואת עמדות הצדדים. כמו כן ביקשנו לשמוע את הבהרות הצדדים ביחס למספר סוגיות שהתעוררו למקרא החומר הרב שהצטבר בתיק. בסיום הדיון הוחלט כי הצדדים יגישו לבית המשפט מסמך הסכמות נוסף, בו יעשה ניסיון לצמצם את תחומי המחלוקת, וכן השלמת טיעונים לגבי סוגיה נוספת שהועלתה ביוזמת בית הדין, שאליה נתייחס בהמשך פסק הדין.

12. בתאריך 30.12.2007 הגישו הצדדים לבית הדין מסמך הסכמות נוסף, בו צמצמו באופן משמעותי את תחומי המחלוקת (להלן: "מסמך ההסכמות השני"). כן הגיש הבנק באותו מועד השלמת טיעון ביחס לסוגיה שהועלתה מיוזמת בית הדין (להלן: "השלמת טיעון מטעם הבנק"). המפקח הגיש ביום 1.1.2008 הודעה, לפיה הוא מצטרף לעמדת הבנק בעניין האמור.

13. בין לבין חל גם שינוי אירגוני אצל המשיב. הבנק הבינלאומי למשכנתאות בע"מ, אשר נגדו הוגשה הבקשה המקורית, פסק מלהתקיים, ומוזג על תוך הבנק (קרי הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ). הבינונו מעמדת הצדדים בדיון בפנינו ב-28.11.2007, ומהעובדה שהבנק הוא שהגיש את השלמת הטיעון מטעם הבנק, כי הבנק בא בנעליו של המשיב המקורי לכל דבר וענין. זאת ועוד, מהתייחסות הצדדים בדיון בעל פה הבינונו כי נוסח ההסכם של המשיב המקורי הוא אותו נוסח בדיוק המשמש גם כיום את הבנק.

לאחר השתלשלות ארוכה ומפרכת זו, הגיעה העת למתן הכרעתנו.

14. פסק דין זה כולל התייחסות למספר רב של סוגיות. מטבע הדברים, בנושאים לגביהם הושגה הסכמה בין הצדדים, והסכמה זו היתה מקובלת עלינו, יכולנו לקצר, ולהימנע מדיון מפורט. לעומת זאת, בנושאים שהיו שנויים במחלוקת, נדרשנו לכל אחת מהמחלוקות במידת הפירוט המתחייבת מהענין. כתוצאה

ממספר הסוגיות הרב בהן נדרשנו להכריע, פסק הדין הוא ארוך במיוחד. על מנת להקל על ההתמצאות בפסק הדין, מצאנו לנכון לציין, כבר בפתח הדברים, את הסוגיות שלגביהן כולל פסק הדין דיון מהותי, כסדר הופעתן בפסק הדין, ואת הפסקאות בהן מצוי הדיון בכל אחת מהן. אנו מקווים כי "מפת דרכים" זו תסייע בידי הקורא להתמצא בפסק הדין ביתר קלות:

- א. היקף הפיקוח השיפוטי הראוי על החוזה הנדון – סעיפים 16 – 21 להלן.
- ב. המשקל שראוי לייחס לעמדות הצדדים בהליך מעין זה – סעיפים 23 – 31 להלן.
- ג. הרחבת חזית במהלך הדיון – סעיף 32 להלן.
- ד. הבחירה בין ביטול של תנאי מקפח לבין שינויו – סעיפים 33 – 34 להלן.
- ה. תחולת ההכרעה ביחס לחוזים קיימים (קרי, חוזים שנכרתו לפני מועד מתן ההחלטה) – סעיפים 35 – 39 להלן.
- ו. שיקול דעת הבנק בקביעת השיעורים והמועדים של העמדת ההלוואה – סעיפים 42 – 44 להלן.
- ז. אחריות וחבות הבנק במקרה שתשלום ההלוואה לא בוצע במועד מסיבות התלויות בבנק – סעיפים 49 – 54 להלן.
- ח. חיוב הלווה במועד נדחה – סעיפים 55 – 65 להלן.
- ט. היקף התשלומים הנלווים בהם חייב הלווה, ושיקול דעת הבנק בקביעת תשלומים נלווים נוספים – סעיפים 69 – 77 להלן.
- י. הגבלת זכויות הלווה בנכס שמושכן להבטחת ההלוואה – סעיפים 78 – 84 להלן.
- יא. חיוב הלווה לידע את הבנק על נזקים או ליקויים שנגרמו לנכס שמושכן להבטחת ההלוואה – סעיפים 85 – 94 להלן.
- יב. שיקול דעת הבנק בקביעת תנאי שטר המשכנתא – סעיפים 103 – 106 להלן.
- יג. כוחו של הבנק לבצע מימוש עצמי של משכון על זכות אובליגטורית – סעיפים 107 – 110 להלן.
- יד. נוסח יפוי הכוח עליו מתחייב הלווה לחתום – סעיפים 111 – 114 להלן.

- טו. כוחו של הלווה לוותר על הזכות לסידור חלוף בשם בני ביתו בכלל, וילדיו הקטינים בפרט - סעיפים 115 - 135 להלן.
- טז. כוחו של הבנק להגיע להסכמי פשרה עם חברת הביטוח במקרה של נזק לנכס הממושכן - סעיפים 145 - 148 להלן.
- יז. הצהרת הערבים כי קראו את ההסכם וכי הם מסכימים לתנאיו - סעיפים 152 - 160 להלן.
- יח. התניה על הוראות [חוק הערבות](#) באופן השולל מהערב את האפשרות להעלות טענות הגנה שהיו עומדות לו לפי החוק - סעיפים 161 - 206 להלן.
- יט. התניה על משקלם הראייתי של ספרי הבנק, חשבוניות והצהרותיו - סעיפים 214 - 223 להלן.
- כ. הנסיבות המאפשרות לבנק להעמיד את ההלוואה לפירעון מידי (סעיף האצת תשלומים) - סעיפים 224 - 270 להלן.
- כא. שיקול דעת הבנק בזקיפת תשלומים לחלקים שונים של ההלוואה - סעיפים 276 - 283 להלן.
- כב. שיקול דעת הבנק לקבל פירעון של ההלוואה מצד שלישי - סעיפים 286 - 293 להלן.
- כג. כוחו של הבנק להמחות את זכויותיו מכוח הסכם ההלוואה - סעיפים 297 - 304 להלן.
- כד. היקף הוצאות הגביה שהבנק רשאי להטיל על הלווים - סעיפים 305 - 309 להלן.
- כה. הדרישה כי כל הנחה, ויתור או ארכה תעשה בכתב - סעיפים 312 - 315 להלן.
- כו. פיצול תביעות וסעדים - סעיפים 316 - 320 להלן.
- כז. הגבלת סמכות השיפוט המקומית בתביעות שמוגשות על ידי הלקוח כנגד הבנק - סעיפים 323 - 332 להלן.
- כח. שיקול דעת הבנק בשינוי שיעור הריבית - סעיפים 333 - 335 להלן.

כט. משקלה הראייתי של הצהרת הבנק בדבר משלוח הודעה – סעיפים 336 – 343 להלן.

ל. זקיפת תשלומים במקרה של פירעון מוקדם – סעיפים 344 – 345 להלן.

לא. חובת הסודיות הבנקאית והסכמת הלקוח לגבי מסירת מידע לגופים הקשורים במתן ההלוואה – סעיפים 347 – 355 להלן.

15. בטרם נפנה לדון בתניות החוזה שבפנינו, ובמחלוקות שהתעוררו לגבי השאלה האם ובאיזו מידה מדובר בתניות העלולות לקפח את לקוחות הבנק (הלווים), נבקש להתייחס לשלוש סוגיות כלליות. בראשית הדברים נתייחס לטיב החוזה בו עסקינן ולמגוון הרחב של הקשרים בהם הוא משמש. בהמשך נבהיר מספר הבהרות ביחס לאופי הדיון וההכרעה בתיק זה. בסיום החלק הכללי נתייחס להיקף התחולה של פסיקתנו על חוזים קיימים, שנכרתו בטרם מתן הפסק.

מהות החוזה בו עסקינן

16. החוזה האחיד בו עסקינן הוא, על פי מה שנמסר לנו על ידי הבנק, הנוסח בו משתמש הבנק בכל מקרה של העמדת הלוואה מובטחת באמצעות בטוחה או ערבות. חוזה זה משמש, אם כן, להגדרת מערכת היחסים שבין הבנק ללווה (וכפי שיובהר להלן, גם לערבים) ביחס להעמדת אשראי (הלוואה) במסגרת עיסקה חד פעמית ומוגדרת, ולא לצורך הסדרת מסגרת של פעילות משפטית דינאמית, כדוגמת חוזה עובר ושב (עו"ש), שנידון בע"ש (י-ם) 195/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' בנק לאומי, פ"מ תשס"ג (1) 481 (2004) (להלן: "עניין בנק לאומי"). בהערת אגב נציין, כי על פסק הדין בעניין בנק לאומי הוגש ערעור שעודנו תלוי ועומד). היחסים המשפטיים אותם מסדיר החוזה הם לרוב יחסים לטווח ארוך - "החל משנים בודדות ועד לעשרות שנים" כדברי הבנק, כאשר "זמן החיים הממוצע של הלוואת משכנתה הוא כ- 12 שנים".

17. כנגזר מהאמור לעיל, משמש החוזה את הבנק להתקשרות במגוון רחב של הקשרים. הבנק מסר כי החוזה משמש בעיקר להסדרת העמדת אשראי הניתן בקשר עם נכסי נדל"ן, כגון הלוואות הממנות רכישת נכס מקרקעין, או הלוואות לשם בניה עליו או שיפוץ מבנה, וכן הלוואות הניתנות למטרה אחרת ומובטחות באמצעות נכס מקרקעין. עם זאת, הבהיר הבנק, שהחוזה משמש גם בהקשרים נוספים, הכוללים "הן הלוואות למטרות עסקיות (לדוגמא, רכישת נכסים מניבים)

והן למתן הלוואות זכאות מכוח תוכניות סיוע ממשלתיות" (סעיף 8 בתצהירה של הגב' כהן).

18. המגוון הרחב של עסקאות, אשר ביחס אליהן נעשה שימוש בהסכם, מביא לכך שהלקוחות המוחתמים עליו הם בעלי מאפיינים מגוונים. מקצת הלקוחות המתבקשים לחתום על חוזה זה הם אנשי עסקים, אולם בחלק ניכר מהמקרים, חותמים על החוזה לקוחות פרטיים, הנוטלים הלוואות לצרכים שאינם עסקיים ולעיתים הלקוחות הם אף בגדר זכאים מטעם המדינה.

19. הבנק הבהיר כי החותמים על חוזה זה אינם רק הלווים עצמם, כי אם גם כל מי שחב כלפי הבנק בחבות משנית, אישית (קרי, ערבות), ולעיתים גם חפצית, ביחס להלוואה. במילים אחרות, הסכם זה הוא הבסיס להתקשרות לא רק עם מקבל האשראי, אלא גם עם הערבים להתחייבויותיו, וכן עם אלה מביניהם המשעבדים את נכסיהם להבטחת חיובו של הלווה. בהערת אגב נציין כי הסכם זה למעשה איננו מתאים כלל ועיקר להתקשרות עם מי שנושא בערבות חפצית בלבד, מבלי שישכים להיות גם ערב אישית להלוואה (דינם של אלה, על פי האמור בסעיף 12 לחוק המשכון, התשכ"ז-1967, כדין מי שערב לחיוב, למעט העובדה שאין להיפרע מהם אלא במימוש המשכון. להבחנה בין ערבות אישית לערבות חפצית ראו [ע"א 664/89 ברית נ' בנק אוצר החייל, פ"ד מה\(4\) 783 \(1991\)](#)).

20. המגוון הרחב של סוגי העסקאות, וכנגזר מכך גם של סוגי הלקוחות המתקשרים בחוזה בו עסקינן, מחייב אותנו לנקוט בקו בדיקה מחמיר במספר היבטים.

ראשית, גיוון זה איננו מאפשר לנו להניח כי הלקוח המתקשר בהסכם הוא מתקשר מתוחכם או בעל ידע של ממש בתחום הבנקאות. החוזה מיועד לכל אחד ואחת מהציבור הרחב, ולפיכך אין לנו אלה להניח שידיעותיו והבנתו של הלקוח הטיפוסי הם כשל אדם מן הישוב, אשר איננו בקי בעסקאות מסוג זה, ואשר יתכן מאד שזו לו הפעם הראשונה בה הוא מתקשר בחוזה מסוג זה.

שנית, אין ביכולתנו להניח כי קיימת זיקה מסוימת בין העמדת הלוואה לבין רכישת הנכס המשמש להבטחתה, ואין באפשרותנו לדעת מה טיבה המדויק של טובת ההנאה שצמחה ללקוח מהעמדת הלוואה. דהיינו, לא נוכל להתייחס אל הבנק כאל מי שמימן את רכישתו של נכס המקרקעין המשמש כבטוחה להלוואה. בחלק מהמקרים זה עשוי אומנם להיות המצב, אולם, כמובהר לעיל, החוזה משמש למגוון מצבים והלוואות: הן הלוואות המיועדות לרכישת הזכויות בנכס אשר משועבדות להבטחת האשראי שניתן במסגרת החוזה (כגון לווה המקבל

הלוואה לרכישת דיור לעצמו ולמשפחתו), והן להלוואות המבוססות על שעבוד של נכס קיים של הלקוח (כגון לווה המשעבד את דירת המגורים שלו לשם קבלת הלוואה להקמת עסק). בדומה, החוזה מחייב גם כלפי כל סוג של לקוח, וזאת בלי להבחין בין מי שהינו בעל אינטרס כלכלי בהעמדת הלוואה (כגון בעלים של חברה שחתם כלווה או כערב להלוואה שכספיה הוזרמו לחברה) לבין מי שאין לו כל אינטרס כלכלי בעיסקה (כגון, אישה שחתמה כלווה או כערבה לאשראי שניתן בפועל לאחותה).

שלישית, ביחס לסוגים מסוימים של הלוואות קיימים הסדרים חוקיים מחייבים, שהינם ייחודיים להם. כך, למשל, ביחס להלוואות מסוימות ("מילווה צמוד ערך") קיימות הגבלות סטטוטוריות על גובה הריבית המותרת מכוח [חוק הריבית](#), תשי"ז – 1957, והצווים שהוצאו מכוחו (ראו א' וינרוט וב' מדינה, **דיני הלוואות** (2000) 92-51). מאליו מובן, כי אין אנו יכולים לאשר הסדרים המתנים על הוראות חוק מחייבות. ביחס להלוואות אחרות (לדוגמא, "הלוואות לדיור") קיימות הנחיות שהוציא המפקח על הבנקים. (ראו, למשל, הוראת ניהול בנקאי תקין 451 שכותרתה "נהלים למתן הלוואות לדיור" - להלן: "הוראה 451"). מעמדן של הוראות "ניהול בנקאי תקין" לגבי הבנקים מובהר בהוראה 1-300. לא כאן המקום לדון בשאלת הכללית הנוגעת למעמדן הנורמטיבי המדויק של הנחיות המפקח על הבנקים. לצורך ענייננו, נציין כי די בכך שהצדדים לתיק זה התייחסו אל ההוראות הללו כאל הוראות המחייבות את המערכת הבנקאית וכאל הוראות המשקפות בדרך כלל איזון ראוי והוגן בין האינטרסים הלגיטימיים של הבנק לבין האינטרסים הראויים להגנה של לקוחותיו. מטבע הדברים, נטייתנו היא לא לאשר הסדרים המתנים על הוראות הניהול הבנקאי התקין. מאחר והחוזה מטפל גם, אם כי לא רק, בחוזים הזוכים להתייחסות מיוחדת הן בדין והן בהוראות ניהול בנקאי תקין, היה צורך לוודא כי אין התנגשות בין ההסדרים הללו לבין הוראות החוזה. כך, למשל, למרות שהחוזה לא מיועד רק להלוואות לדיור היה עלינו לוודא כי אין התנגשות בין הוראותיו לבין הוראה 451, מאחר והחוזה משמש גם להלוואות דיור.

21. יתכן שטוב היה עושה הבנק אילו היה משתמש בנוסחי חוזה שונים, המותאמים באופן מיוחד לסוגי ההלוואות ולסוגי הלווים השונים. כך, למשל, עשויים להיות הבדלים של ממש - הן בדינים החלים והן בתנאים החוזיים הרלבנטיים - בין הלוואה מסחרית לבין הלוואה למטרת רכישת דירת מגוריו של הלווה. עשויים להיות גם הבדלים בין הלוואה המממנת את רכישת הנכס המשמש כבטוחה לאותה הלוואה, לבין הלוואה שלהבטחתה שועבד נכס כלשהו מנכסי החייב. גם

סוג הנכס המשועבד להבטחת ההלוואה (האם מדובר בדירה המשמשת בפועל למגורי החייב, או שמא בנכס מקרקעין אחר) עשוי להשליך הן על הדין החל והן על תנאי החוזה הרלבנטיים. מכל מקום, החוזה שהונח לפתחנו הוא חוזה אשר חל, כאמור, על סוגים שונים של הלוואות ושל לווים. כמובהר, תחום חלותו הרחב של החוזה, והשימוש המגוון שנעשה בו, מחייבים אותנו לנקוט קו בדיקה מחמיר, המבקש למנוע קיפוח בכל הקשר בו החוזה יכול לשמש, וכלפי כל סוג של לקוח, כמובנו של מונח זה בסעיף 2 של [חוק החוזים האחידים](#), התשמ"ג – 1982 (להלן: "חוק החוזים האחידים").

אופי הדיון וההכרעה בתיק זה

22. להלן נבקש להבהיר בקצרה את גישתנו העקרונית לשלוש סוגיות כלליות הנוגעות לאופי הדיון וההכרעה בתיק זה: ראשית, המשקל שיחסנו לעמדות הצדדים (כגון, הסכמות שהושגו ביניהם או ויתור מצד המפקח על טענות מסויימות); שנית, עמדתנו ביחס לטענות של "הרחבת חזית"; שלישית, מתן עדיפות להתערבות בחוזה על דרך של שינוי התניה, על פני האפשרות של ביטולה.

המשקל שיחסנו לעמדות הצדדים

23. לעיל עמדנו על כך שהדיון המשפטי בתיק זה הקיף מספר רב מאד של מחלוקות. למעשה, מעטים הם הסעיפים מבין 45 סעיפיו של החוזה שלא הותקפו על ידי המפקח. במרבית המקרים כללה המתקפה מספר חזיתות, שכל אחת מהן נגעה למספר פסקאות או סעיפי משנה של הסעיף בו דובר.

24. הצדדים עשו במהלך השנים ניסיונות להגיע לפשרות ביחס לניסוח הסעיפים. בחלק לא מבוטל של המקרים עלה הדבר בידם. כאמור, לבית הדין הוגשו שני מסמכי הסכמות, אשר במאוחר שביניהם נכללות כ- 40 הסכמות, אשר התבקשו לתת להן את אישורנו.

25. גישתנו הבסיסית הייתה לקבל את הסכמות הצדדים, וזאת גם במקרים בהם ניתן היה לעורר לגביהן ספק מהיבט זה או אחר. לפיכך הגבלנו את התערבותנו ברובן המוחלט של ההסכמות הללו להיבטים טכניים, וגם זאת במשורה. יחד עם זאת, במספר מוגבל מאד של הקשרים, לא יכולנו לקבל את מהות ההסכמה שבין הצדדים, מאחר וסברנו כי היא איננה נותנת מענה מספק לבעיית קיפוח הלקוח. במקרים אלה עמדו לנגד עינינו טיעוני הצדדים, ואנו הכרענו לפיהם על סמך מיטב שיקול דעתנו השיפוטי.

26. ביחס לשתיים מהוראות ההסכם (סעיף 32 וסעיף 35(ג)) הודיע המפקח בסיכומי התשובה כי הוא "מוותר על הדיון בסעיפים אלה, שכן הוא יפעל בקשר להם מול הבנק מכוח סמכותו". בעניין אחר, אותו העלינו מיוזמתנו (סעיפים 12(ב) ו-12(ד)) (3) סברו שני הצדדים כי אין מקום להתערבותנו. למרות זאת, לא סברנו כי אנו רשאים לפטור עצמנו מדיון ומהכרעה גם בסעיפים אלה. ההליך בבית הדין לחוזים אחידים שונה במטרותיו ובמהותו מהליך משפטי אינדיבידואלי. פסק דין של בית הדין לחוזים אחידים עשוי להשפיע על צדדים שלישיים רבים שאינם צד ישיר להליך המשפטי, שהרי לקביעותיו של בית הדין יש השפעה על כלל ההתקשרויות שנעשות על ידי הספק על פי אותו נוסח של חוזה. קל וחומר שכך הם פני הדברים כאשר מדובר בחוזה של בנק, שלו ציבור לקוחות רחב מאד, ואשר הקביעות לגבי תנאיו עשויות להשפיע, בעקיפין, גם על חוזי ההלוואה, המשכון והערבות של בנקים אחרים. משום האופי הציבורי הרחב של ההליך, עשוי בית הדין לשקול שיקולים שונים מאלה שבהליך אינדיבידואלי רגיל, שבמסגרתו ההשפעה הישירה של פסק הדין נוגעת, בדרך כלל, רק לצדדים עצמם. הדבר דומה להליכים משפטיים אחרים שאף בהם יש כדי להשפיע על אינטרס ציבורי רחב, החורג מעניינם של הצדדים הישירים להליך, כגון בהליך של תובענה ייצוגית.

27. אכן, אין להתעלם מכך כי האינטרס הציבורי הכללי מיוצג בכל הליך בבית הדין על ידי מבקש או על ידי משיב ציבורי, לפי הענין (ראו סעיפים 12 ו-16 [לחוק החוזים האחידים](#)). בדרך כלל מיוצג האינטרס הציבורי על ידי היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו. בתיק זה מיוצג האינטרס הציבורי על ידי המפקח על הבנקים. מסיבה זו ראוי שבית הדין יתחשב בעמדותיהם של הצדדים להליך וייתן להן את המשקל הראוי. אולם מנגד, אנו סבורים כי יש באופיו המיוחד של ההליך כדי להגביל את שליטתם של הצדדים על ההליך. כך, כבר הבהרנו, כי לא ראינו עצמנו מחויבים לקבל הסכמות שהושגו בין הצדדים, באותם מקרים בודדים בהם סברנו שאין בהן כדי להסיר את הקיפוח. באותה מידה, אנו סבורים כי ויתור מצד המפקח על טענתו בסעיף מסוים, אינו מחייב בהכרח את בית הדין להימנע מלדון באותו סעיף.

28. יתר על כן, אנו סבורים כי אם מובא חוזה אחיד בפני בית הדין, בין אם במסגרת הליך לאישור חוזה אחיד ובין אם במסגרת בקשה לביטול תנאים מקפחים, רשאי בית הדין להעלות לדיון ביוזמתו גם סעיף שהצדדים לא העלו כל השגות לגביו (או אף הבהירו שאינם מקפח לשיטתם), אם בית הדין סבור שבשים לב למכלול תנאי החוזה, ולשאר הנסיבות, עלול הסעיף להביא לידי קיפוח של לקוחות. מסקנה זו מתחייבת, כאמור, הן בשל היקף השפעתו הרחב של פסק הדין והן לאור העובדה

שבית הדין מצווה לבחון את סוגיית הקיפוח של תנאי מסוים תוך התייחסות לחוזה בכללותו (ראו סעיף 3 [לחוק החוזים האחידים](#)).

29. ודוק, קיים הבדל פורמאלי בין הליך של בקשה לאישור חוזה אחיד המוגשת על-פי פרק ג' לחוק, לבין הליך של בקשה לביטול תנאים מקפחים המוגשת על-פי פרק ד' לחוק. כאשר מדובר בבקשה לאישור חוזה, הרי במידה ובית הדין נותן את האישור המבוקש (במרבית המקרים, לאחר ביטול ו/או שינוי של תנאים מסויימים) ניתנת לחוזה "תעודת כשרות" פורמאלית מאת בית הדין לתקופה של חמש שנים. ברור, לפיכך, כי בית הדין לא יוציא תחת ידיו חוזה מאושר מבלי שיבחן את כלל סעיפי החוזה ותנאיו, לרבות כאלה שהצדדים עצמם לא טענו לגביהם דבר, שהרי חזקת התקינות שזוכה לה החוזה מכוח אישור בית הדין חלה על כלל סעיפיו. לכאורה שונים הדברים ביחס לבקשה לביטול תנאים מקפחים בחוזה אחיד. כאן מדובר בבקשה לבטל תנאים מסויימים בלבד, על פי בקשה שמוגשת על ידי היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו, או על ידי הממונה על הגנת הצרכן, או ארגון לקוחות, או רשות ציבורית שהוסמכה לכך (ראו סעיף 16 לחוק). בסופו של הליך כזה אמור להינתן פסק דין הקובע אילו מבין התנאים שלגביהם הוגשה הבקשה הם אכן מקפחים ועל כן יש לבטלם או לשנותם. אולם, בניגוד להליך של אישור חוזה, בסופו של הליך "בקשה לביטול" לא אמור להינתן לחוזה אישור פורמאלי של בית הדין, ועל-כן תנאיו אינם חסינים, לכאורה, מפני ביקורת שיפוטית.

30. ברם במקרה כדוגמת ענייננו, בו גדרי המחלוקת בין הצדדים הם רחבים מאד, ומתייחסים לחלק ניכר מהוראות החוזה, אין די בהבחנה המשפטית האמורה כדי להצדיק התעלמות של בית הדין מתניה שהיא מקפחת בעיניו. כאשר התקיפה של החוזה האחיד היא תקיפה רוחבית (להבדיל מתקיפה ממוקדת כלפי מספר מוגבל של תניות), עלול להיווצר הרושם – הן בקרב הציבור הרחב וייתכן שאף בהליכים משפטיים עתידיים – כי החוזה המדובר נבחן כבר על ידי בית הדין, ותנאי שלא בוטל עשוי להיחשב כתנאי שאיננו מקפח. יודגש: איננו סבורים כי תנאי שנותר על כנו במסגרת בקשה לפי פרק ד' [לחוק החוזים האחידים](#), אכן מחוסן באופן פורמאלי מפני ביטול או שינוי. חוזה אחיד שלא ניתן לו אישור בית הדין איננו חסין מפני ביקורת שיפוטית, ומפני האפשרות שתנאי מתנאיו יבוטל מכוח [חוק החוזים האחידים](#), גם אם החוזה נבחן בבית הדין במסגרת בקשה לביטול תנאים מקפחים. קל וחומר שכך ביחס לתנאים שכלל לא נדונו במסגרת הבקשה. ואף על פי כן, בתוך עמנו אנו יושבים. ברי לנו כי טענות מסוג זה אכן עלולות להיטען וספק אם בהליכים עתידיים יטרחו הצדדים הטוענים לדוק פורתא בסיבה שבגללה נותר הסעיף על כנו. אנו סבורים לפיכך, כי הן על מנת למנוע תקלה מעין זו, הן משום

השפעתו רחבת ההיקף של פסק הדין והן משום החובה של בית הדין לבחון את סוגיית הקיפוח על רקע בחינת כלל תנאי החוזה, הרי שגם אם מדובר בבקשה על פי פרק ד' לחוק (כמו בתיק זה), רשאי בית המשפט לדון בתניה שהמבקש ויתר על הדיון בה, ורשאי הוא להעלות ביוזמתו לדיון את שאלת היותו של תנאי כלשהו בחוזה מקפח. מובן מאלי, כי אם הסוגיה מועלית לדיון ביוזמת בית הדין, חייבת להינתן לצדדים הזדמנות נאותה להשמיע עמדתם ביחס לאותו ענין, בטרם יכריע בדבר בית הדין (כפי שאכן נעשה בענייננו ביחס לסעיפים 12(ב) ו-12(ד)(3) לחוזה הנדון).

31. סיכומו של דבר: בית הדין לחוזים אחידים נותן משקל נכבד להסכמות הצדדים, אולם במקרים מתאימים עשוי הוא למלא תפקיד שיפוטי בעל אופי אקטיבי יותר מאשר בהליך אינדיבידואלי רגיל. אנו סבורים כי הדבר מתחייב הן מאופיו המיוחד של ההליך והן ממטרתו של [חוק החוזים](#) האחידים. חשיבות מיוחדת לאקטיביזם מצד בית הדין קיימת, כאמור, במקרים של "תקיפת רוחב" של חוזה אחיד. תחושת הציבור ביחס להתדיינויות מסוג זה היא שהחוזה בכללותו עבר תחת שבת ביקורתו של בית הדין, ועל כן העובדה שתנאים מסויימים בחוזה נותרו על כנם מבלי שבוטלו או שונו על ידי בית הדין עלולה ליצור לכל הפחות מראית עין של תקינות. מחובתו של בית הדין להקפיד אפוא, במידת האפשר, שהוראות מקפחות לא יוותרו לאחר תקיפת רוחב, וזאת בכפוף למתן זכות טיעון נאותה למתדיינים בפניו.

הרחבת חזית במהלך הדיון

32. התמשכות ההליכים בתיק הביאה לכך, שבעניינים מסויימים שינה המפקח את טענותיו. היו אף מספר עניינים בהם העלה המפקח השגות שלא נזכרו בבקשתו המקורית. בכמה עניינים אחרים חזר בו המפקח, במהלך ההליך, מהסכמות מסויימות שהושגו קודם לכן בין הצדדים. הבנק הסתייג בהקשרים שונים מ"הרחבת חזית" כזו או אחרת על ידי המפקח, וביקש כי נמנע מלדון בטענות שהועלו רק במהלך ההתדיינות. הבנק אף טען, כי המפקח אינו רשאי לחזור בו מהסכמות שהושגו בין הצדדים. נוכח תפקידו של בית דין זה לפעול למען הגשמת מטרת החוק, "להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים אחידים", ובשים לב לכך שבעניין שלא הוסדר [בתקנות החוזים האחידים](#) (סדרי הדין בבית הדין וסדרי הדין בערעור), תשמ"ג-1983 מחובת בית הדין לדון "בדרך הנראית לו מועילה ביותר להכרעה צודקת ומהירה" (סעיף 9(ג) [לחוק החוזים האחידים](#)) לא ראינו, בדרך כלל, מקום לקבל הסגות של הבנק לענין הרחבת חזית. כפי שהבהרנו לעיל, השפעתו של סכסוך חוזי "רגיל" הנדון בבית משפט, מצומצמת בד"כ לצדדים

עצמם. אין זה המקרה בבית הדין. כאן נדון ענין בעל השלכה רחבה, לעיתים בעל חשיבות ציבורית רבה (כמו חוזי בנקים), ולכן בית הדין עשוי במקרים מסויימים לאפשר שינויים בעמדת המבקש, בעיקר אם שינויים כאלה נובעים משינוי נסיבות או משינויים משפטיים שהתרחשו במהלך ההתדיינות. במקרים נדירים אף עשוי בית הדין, בשל אותם שיקולים, לאפשר למבקש לחזור בו מהסכמות מסויימות שהושגו בין הצדדים קודם שחל שינוי נסיבות או שינוי משפטי. הקפדנו עם זאת לוודא, כי נשמרה לבנק זכות תגובה נאותה על טענות מהותיות שהועלו במהלך הדיון, וזאת הן ביחס לטענות שהעלה המפקח והן ביחס לטענות שהועלו מיוזמת בית הדין.

בחירה בין ביטול התניה המקפחת לבין שינויה

33. כפי שיפורט להלן, בעניינים לא מעטים מצאנו כי ההסכם כולל תניות המקפחות את זכויות הלווה, ומחייבות את התערבותנו. במצב דברים זה מורה סעיף 17 [לתוק החוזים האחידים](#) כי עלינו לבחור בין החלופה של ביטול התנאי המקפח לבין האפשרות של שינוי התנאי במידה הנדרשת לשם ביטול הקיפוח.

במקרה הרגיל, אין זה ממנהגו של בית דין זה לנסח מחדש את תניות החוזה המקפחות בעבור הצדדים. על כן, במקרים רבים, מעדיף בית הדין לנקוט בחלופה הראשונה, קרי ביטול התניה המקפחת (ראו, למשל, עניין [בנק לאומי](#)), לעיתים תוך מתן אפשרות לספק להגיש נוסח חדש התואם את הנחיות בית הדין (השוו, למשל, [ע"א \(י-ם\) 90/96 עמותת סינגור קהילתי נ' היועץ המשפטי לממשלה](#) (ניתן ב-19.11.2001, מצוי במאגר "נבו") (להלן: "עניין סינגור קהילתי").

ניסיון העבר מלמד כי הליכה בדרך זו עלולה להביא לעיכוב משמעותי בהליכים. כך, למשל, בעניין [סינגור קהילתי](#), בו ניתנה לצדדים האפשרות לתקן את החוזה ברוח הנחיות בית הדין, נמשכו ההתדיינות בדבר דרך ניסוח החוזה קרוב ל-7 שנים (!) לאחר שניתנה הכרעתו העקרונית של בית הדין, וחייבה מתן שתי החלטות שיפוטיות נוספות (להשתלשלות הדברים ראו הכרעתנו בעניין [בח"א \(י-ם\) 803/07 עמותת סינגור קהילתי נ' היועץ המשפטי לממשלה](#) (ניתן ב-17.7.2008, מצוי במאגר "נבו") (להלן: "ההחלטה השלישית בעניין סינגור קהילתי").

נוסח החוזה האחיד בו עסקינן הוא בעל חשיבות רבה לציבור רחב מאד של לווים במדינת ישראל. כפי שפורט לעיל, ריבוי המחלוקות בין המפקח לבנק בעניין זה גרם להתמשכות ההליכים, ולכך שחלפו שנים לא מעטות בין מועד הגשת הבקשה למועד מתן הכרעתנו. במצב דברים זה ראינו לעצמנו חובה לעשות ככל שביכולתנו כדי להביא להסרת הקיפוח מההסכם שהועמד לבחינתנו בהקדם האפשרי, וללא

כל שיהוי נוסף. מטעם זה מצאנו לנכון לקבוע, בכל מקרה בו סברנו שנוסח החוזה הינו מקפח, לא רק את בטלותו של הנוסח הקיים, אלא גם את הנוסח התקין בו רשאי הבנק להשתמש.

34. באותם מקרים בהם ניסחנו מחדש את תניות החוזה מבלי שהתבססנו על הסכמות הצדדים, הותרנו לשיקול דעת הבנק את האפשרות לבחור בין אימוץ הנוסח שהצענו לבין מחיקת התניה מההסכם. הכרעה זו תחייב את הבנק לא רק ביחס לחוזים שיחתמו לאחר מועד מתן פסק דין זה, אלא גם ביחס לכל ההסכמים הקיימים, כפי שיובהר בפסקאות 35 - 39 להלן. כן אנו מפנים את תשומת לב הבנק לדברים שכתבנו בפיסקה 14 של ההחלטה השלישית בעניין **סינגור קהילתי**, לפיהם חזקה על גוף בעל מעמד ציבורי (עמידר באותו עניין) "כי לאחר התדיינות מקיפה וארוכת שנים בתנאי החוזה, תכבד את הכרעות בית הדין, ותמנע מביצוע שינויים נוספים בנוסח החוזה המאושר בזאת (לפחות למשך 5 השנים הקרובות). השוו סעיף 14(א) **לחוק החוזים האחידים**". היה וייווצרו נסיבות מיוחדת המצדיקות לדעת עמידר שינוי בתנאי החוזה, אנו סבורים כי מן הראוי שעמידר תגיש בקשה לבית הדין לאישור השינויים האמורים בטרם הכנסתם לגוף חוזי השכירות (השוו סעיף 14(ג) **לחוק החוזים האחידים**"). נוכח מעמדו המעין-ציבורי של הבנק, יפים דברים אלה גם בעניינו.

תחולת הכרעתנו ביחס לחוזים קיימים

35. במסגרת הבקשה לשינוי תנאים מקפחים בחוזה אחיד או לביטולם, כלל המפקח בקשה כי ככל שנורה על ביטול או שינוי תנאי ההסכם נעשה שימוש בסמכותנו על פי סעיף 18 **לחוק החוזים** האחידים "להחיל את הביטול או את השינוי גם על חוזים שנכרתו לפני מועד מתן ההחלטה ואשר טרם בוצעו במלואם". משמעות החלטה כאמור היא שתוצאות הנגזרות מביטול או שינוי של תניות מקפחות בחוזה יחולו גם על ביצועם של חוזים קיימים, "ובלבד שביטול או שינוי כאמור לא יחולו על מה שבוצע לפי החוזה לפני יום מתן ההחלטה".

הבנק התנגד לבקשה זו של המפקח, ככל שהיא נוגעת לשינויים של סעיפים שאין הסכמה לגביהם בין הצדדים, וזאת משלושה טעמים: הטעם הראשון הוא שהחלה רטרואקטיבית של החלטות בית הדין היא בגדר חריג, שיש למעט בשימוש בו; הטעם השני הוא שהחלה רטרואקטיבית תפגע בזכויותיו של הבנק, מאחר והוא תימחר את ההלוואה בהסתמך על נוסחם הקיים של החוזים, ולא יהיה באפשרותו לשנות תימחור זה נוכח שינוי התנאים בחוזים קיימים; הטעם השלישי הוא ששינוי החוזים יחייב את הבנק להיערך "מבחינה טכנולוגית, ניהולית ונוהלית, לצורך יישום שינויים שיוכנסו". נובע, לפיכך, שלשיטת הבנק לא רק שאין להורות

על החלת פסק הדין על חוזים קיימים, אלא שיש לכאורה להורות על דחיית ביצוע פסק הדין לפרק זמן מספיק.

36. אנו סבורים כי המקרה שבפנינו הוא דוגמא מובהקת, שאין ברורה ממנה, למקרה בו ראוי להפעיל את הוראת סעיף 18 [לחוק החוזים](#) האחידים. החוזה האחיד בו עסקינן הוא חוזה הכולל תניות מקפחות רבות, אשר לגבי חלק לא קטן מתוכן גם הבנק, מנסחו של החוזה, הסכים כי הן מקפחות וראויות לשינוי. חוזה זה משמש למגוון רחב של התקשרויות, אשר חלק לא מבוטל מהן הוא לטווח ארוך ולפיכך ימשיכו להתבצע עוד שנים רבות לאחר מתן פסק דין זה. זאת ועוד, משך הזמן הניכר שחלף מאז הגשת הבקשה (כאמור, מעל 7 שנים) מפחית במידה רבה את הפגיעה שתגרם לבנק, שכן לפחות ביחס להתקשרויות שנעשו ב- 7 השנים האחרונות היה הבנק צריך להיות מודע לאפשרות שתניות ההסכם ישונו, ולהיערך בהתאם. במצב דברים זה קל ופשוט בעינינו כי ראוי להחיל את החלטתנו גם על חוזים שנכרתו לפני מועד מתן החלטה זו, ואשר טרם בוצעו במלואם.

37. יתר על כן, אנו סבורים כי הימנעות מהפעלת סעיף 18 [לחוק החוזים](#) האחידים בענייננו עלולה לגרום גם עוול גם חוסר וודאות. העוול יגרם לכל אותם אלפי לווים שנטלו הלוואות במהלך שנות ההתדיינות הארוכות בתיק זה, ואשר לא יזכו ליהנות מחוזים הוגנים וראויים. חוסר הוודאות ינבע מכך שלאיש לא יהיה ברור מה מעמדם המשפטי של תנאים שאנו מצאנו כמקפחים בחוזים קיימים – מחד, אם אנו לא נפעיל סמכותנו לא תהיה להכרעתנו תחולה ישירה לגביהם; מאידך, ברור וגלוי כי ניתן יהיה לתקוף אותם בבתי המשפט על סמך סעיף 3 [לחוק החוזים](#) האחידים, תוך התבססות על פסק דיננו. למותר לציין כי תוצאות אלה אינן רצויות, ואף הן מובילות למסקנה כי הפעלת סעיף 18 [לחוק החוזים](#) האחידים ראויה במקרה זה.

38. בשולי הדברים נבקש לציין כי גם מעבר לנסיבות הייחודיות של מקרה זה, אין אנו רואים ממש בטרוניותנו של הבנק כנגד החלת החלטה על הסכמים קיימים. [חוק החוזים](#) האחידים מבקש למנוע מספק לקבוע תניות מקפחות בהסכמים שהוא עורך עם ציבור לקוחותיו. ספק המפר הנחיה נורמטיבית זו, וקובע הוראות מקפחות בחוזה האחיד על פיו הוא מציע להתקשר, איננו ראוי להגנה, כי אם לגינוי. מטעם זה, מאפשר החוק לבית משפט לבטל בדיעבד תניה מקפחת בחוזה קיים (ביטול שתמיד יש בו משום שינוי בדיעבד ביחס לחלוקת הסיכונים המוסכמת). מטעם זה אף ניתנה לבית הדין האפשרות להחיל את החלטותיו על

חוזים קיימים. יפים לעניין זה דברים שכתב פרופ' עופר גרוסקופף בהקשר קרוב (בטלות תניה הנוגדת את תקנת הציבור):

"הכרזה על בטלות תניה מביאה לכך שהצדדים מוצאים עצמם קשורים בחוזה שונה מזה שהוסכם ביניהם. כך, למשל, פסילת תניה הפוטרת ספק מאחריותו לנזקי גוף או הוראה המגבילה את החבות של חברת ביטוח פירושה כי הספק או חברת הביטוח, לפי העניין, נושאים בסיכונים אשר לא הסכימו לקבל על עצמם. עובדה זו עלולה להפוך את ההתקשרות לבלתי כדאית מבחינתם. שיקול זה מצדיק זהירות בשימוש בכלי של בטלות תניה. עם זאת, כאשר פסילת התניה פועלת כנגד המתקשר החזק (כדוגמת ספק או חברת ביטוח), אין להפריז בחשיבות טיעון זה. התערבות בית המשפט בחוזים פסולים לא נועדה להגשים את רצון הצדדים, כי אם להגן על האינטרס הציבורי. הפעלת הסנקציה של פסילת התניה כנגד הצד החזק נושאת ערך חינוכי-הרתעתי, והיא עשויה להוות דרך ראויה לקידום התכלית שביסוד דין הפסלות"

(דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים, כרך ג' (תשס"ד) 578).

גם אין להפריז בחשיבותה של טענת הבנק, לפיה החלה רטרואקטיבית של החלטות בית הדין היא בגדר חריג, שיש למעט בשימוש בו. כאשר מדובר בחוזה שלגבי חלק משמעותי מתנאיו נקבע על ידי בית הדין שהם מקפחים, ובפרט כאשר מדובר בחוזה שההתקשרות במסגרתו הינה ארוכת טווח, איננו סבורים כי החלה רטרואקטיבית היא בגדר חריג שיש למעט בשימוש בו. ההפך מכך הוא הנכון. במקרים כאלה ראוי יהיה, בדרך כלל, לקבוע כי הביטול והשינוי יחולו גם על חוזים שנכרתו לפני מתן הפסק. לא למותר לציין כי זוהי גם הגישה הבאה לידי ביטוי בתזכיר חוק דיני ממונות וראו, בהקשר זה, את נוסחו של סעיף 150 לתזכיר חוק דיני ממונות, התשס"ו-2006 הקובע:

"(א) ביטל בית הדין תנאי – יחשב התנאי כבטל בכל חוזה שנכרת על פי אותו חוזה אחיד אף לפני מועד החלטתו; שינה בית הדין תנאי – יחול התנאי, כפי ששונה, בכל חוזה שנכרת על פי אותו חוזה אחיד אף לפני מועד החלטתו, ואולם, ביטול או שינוי כאמור לא יחולו על חיובים שקויימו על פי החוזה לפני מועד ההחלטה.

(ב) על אף הוראות סעיף קטן (א), רשאי בית הדין, מטעמים מיוחדים, לקבוע כי הביטול או השינוי יחולו רק על חוזים שנכרתו לאחר מועד מתן החלטתו."

39. לאור זאת אנו מורים כי החלטתנו זו בעניין ביטול או שינוי תנאים בהסכם תחול גם על חוזים קיימים אשר טרם בוצעו במלואם, ובלבד שביטול או שינוי כאמור לא יחולו על מה שבוצע לפי החוזה לפני יום מתן ההחלטה.

40. על רקע הבהרות אלה נפנה להתייחס להוראות השונות של החוזה, וזאת על פי סדר הופעתן בחוזה.

כותרת החוזה

41. כותרת החוזה היא: "תנאים מיוחדים להסכם הלוואה שנעשה בתל אביב".

המפקח טען כי יש צורך לאזכר בכותרת את העובדה שהחוזה משמש להתקשרות הן לעניין ההלוואה והן לעניין הערבות להלוואה, וזאת על מנת להבהיר ללווים ולערבים במה דן החוזה עליו הם חותמים. הבנק קיבל טענה זו.

בין הצדדים הוסכם (מסמך ההסכמות הראשון, עמ' 1), כי הכותרת תשונה ותנוסח באופן הבא: "תנאים מיוחדים להסכם הלוואה, משכון וערבות", והמילים "שנעשה בתל אביב" ימחקו.

ניתן בזה תוקף להסכמת הצדדים.

סעיף 3 – מתן ההלוואה

סעיף 3(א) - שיעור ומועד מתן ההלוואה

42. הסעיף עוסק בשיעורים ובמועדים בהם תינתן ההלוואה על ידי הבנק, וקובע כי: "ההלוואה תינתן ללווה בשיעורים ובמועדים כפי שיקבעו על ידי הבנק".

לטענת המפקח סעיף זה מקפח בשל העובדה שהוא מקנה לבנק את הכוח לשנות חיובים מהותיים בחוזה - כגון סכום ההלוואה, שיעור הריבית ועיתוי מתן ההלוואה - אף לאחר כריתתו, וזאת על פי שיקול דעתו הבלעדי ומבלי שנדרשת לכך הסכמה של הלקוח. עוד טען המפקח, כי אי הודאות שסעיף זה יוצר, חותרת תחת חובות הגילוי שהמחוקק הטיל על הבנק, כמו גם חובות האמון המוטלות על הבנק וחובת תום הלב. לדעת המפקח בעיות אלו יבואו על פתרון, על ידי פירוט סכומי ההלוואה ומועדיה בנספח המצורף לחוזה, תוך הפניה מפורשת בסעיף לנספח האמור.

מנגד, טען הבנק, כי לא תמיד ניתן לקבוע את מועד ההלוואה ושיעורה מראש, שכן מדובר בחוזה המתייחס לכל סוגי ההלוואות שמעמיד הבנק ללקוחותיו, לרבות

לוויים המבקשים לקבל את ההלוואה בשיעורים. במקרה שבלוויים מסוג זה עסקינן, לא ניתן לקבוע מראש בחוזה את מועדי ושיעורי ההלוואה, מכיוון שלעיתים ההלוואה תלויה בנסיבות חיצוניות. כך, הלוואות לרכישת נכס המצוי בשלבי בניה עצמית, ניתנות בהתאם לקצב התקדמות הבנייה; הלוואות לרכישת דירה מקבלן, ניתנות על פי לוח התשלומים שהוסכם בין הקבלן לבין הלווה; הלוואות בסיוע המדינה, ניתנות בהתאם לכללי משרד הבינוי והשיכון; הלוואות לפירעון חובות לבנק אחר, ניתנות במועד הסרת השעבוד לטובת הבנק האחר, בהתאם לטכניקה בנקאית מסוימת. הבנק הוסיף והסביר, כי הנספח להסכם ההלוואה מפרט אמנם את תנאיה של ההלוואה המסוימת שניטלה על ידי הלווה, אולם, במקרים שפורטו לעיל לא ניתן לקבוע מראש בנספח את מועדי התשלומים ושיעורים, ועניין זה מוסדר במסמך נפרד ולא דווקא בנספח.

מהסכמת הצדדים שהוגשה לבית הדין (מסמך ההסכמות השני, סעיפים 3-4), נראה כי בסופו של דבר קיבל המפקח את עמדת הבנק, ועל כן הוסכם על הצדדים כי הסעיף ישונה וינוסח באופן הבא: "ההלוואה תינתן ללווה בשיעורים ובמועדים כפי שהוסכם ו/או יוסכם בין הלווה לבין הבנק".

43. אנו סבורים כי הסעיף בנוסחו הנוכחי אינו יכול לעמוד, וגם הנוסח שהוסכם על הצדדים אינו יכול להתקבל.

ראשית, באשר לנוסח הנוכחי של הסעיף, אנו סבורים כי הוא אינו מתיישב עם חובת הגילוי הנאות הקבועה בסעיף 15 לכללי הבנקאות (שירות ללקוח) (גילוי נאות ומסירת מסמכים), התשנ"ב-1992, והוא מקים חזקת קיפוח לנוכח העובדה כי הוא מקנה לבנק זכות בלתי מוגבלת לשנות, על דעתו בלבד ולאחר כריתת החוזה, חיובים מהותיים בהסכם (ראו סעיף 2)4 לחוק החוזים האחדים). הבנק לא סתר חזקת קיפוח זו, ועל כן הסעיף בנוסחו הנוכחי אינו יכול לעמוד.

שנית, באשר לנוסח המוצע המוסכם על הצדדים, אנו סבורים כי התנגדות הבנק להצעת המפקח בסיכומיו, לפיה מן הראוי להפנות להסכמות הצדדים כפי שנקבעו בנספח להסכם - אינה משכנעת. אמנם, מועדי ההלוואה ושיעוריה אינם תמיד ידועים במועד כריתת ההסכם, ולא תמיד פרטים אלו נקבעים בנספח. אולם, המנגנון לפיו ייקבעו המועדים למתן ההלוואה ושיעוריה ידוע מראש והוסכם עליו בין הצדדים - בהתאם לנסיבות ההלוואה - בין אם בנספח להסכם ההלוואה ובין אם במסמך אחר. כך, למשל, במקרה של בנייה עצמית, מועדי ושיעורי ההלוואה יינתנו בהתאם לקצב התקדמות הבנייה על פי לוח הזמנים המפורט לבניית הנכס

שנדרש הלווה למסור לידי הבנק. באופן דומה, במקרה של רכישת דירה מקבלן, ישוחררו כספי ההלוואה על פי לוח התשלומים שבין הלווה והקבלן.

הנוסח שהוסכם על דעת הצדדים, לפיו יקבע שההלוואה תינתן ללווה בשיעורים ובמועדים "כפי שהוסכם ו/או יוסכם" בין הלווה לבין הבנק, הוא בעייתי, שכן הוא אינו משקף את העובדה כי במועד בו נחתם החוזה, כבר הוסכם בין הצדדים מהו המנגנון על פיו ייקבעו המועדים למתן חלקי ההלוואה ושיעורים. הסכמה זו צריכה לבוא לידי ביטוי מפורש בחוזה האחיד. נוסח עמום המותיר לבנק שיקול דעת, או המפנה להסכמה בין הצדדים, שאופן השגתה ודרך תיעודה אינם ברורים - מותיר אי בהירות ועמימות, ועל כן אינו יכול לעמוד.

כאמור, הבנק שלל את הצעת המפקח לפיה יפנה הסעיף לנספח להסכם, וזאת בשל העובדה שנוסח מעין זה לא יקיף את ההלוואות בהן המנגנון לקביעת מועדי ההלוואה ושיעוריה נקבע במסמך אחר. קושי זה יכול לבוא על פתרונו באופן פשוט יחסית, על ידי הבהרה כי המנגנון לקביעת שיעורי ומועדי ההלוואה כבר סוכם בין הצדדים בעת החתימה על ההסכם, ועל ידי הפנייה למקום בו מתועדת הסכמה זו - במסגרת הנספח או במסגרת מסמך רלבנטי אחר – וצירופו של אותו מסמך לחוזה ההלוואה.

44. לנוכח האמור, יתוקן הסעיף וינוסח באופן הבא :

"ההלוואה תינתן ללווה בהתאם לשיעורים ולמועדים שסוכמו בין הלווה לבין הבנק במסגרת הנספח להסכם, או במסגרת מסמך אחר המצורף לחוזה ההלוואה".

סעיף 3(ד) - שינוי מספרי לווה והלוואה, איחוד ופיצול הלוואות

45. במסגרת סעיף זה, שמר לעצמו הבנק את הזכות לשנות - על פי שיקול דעתו הבלעדי ובכל עת - את מספרי הלווה וההלוואה, וכן לאחד או לפצל את ההלוואה או חלקים ממנה.

המפקח טען כי שינויים חד צדדיים מעין אלה, יוצרים חוסר ודאות אצל הלווה ועלולים לגרום לפגיעה בערבים. לכן, הסעיף מקפח את הלקוחות ומעניק יתרון בלתי הוגן לבנק. מנגד, טען הבנק, כי הסעיף מכוון לפעולות טכניות גרידא, אשר אין בהן כדי לפגוע בזכויות הלווה ו/או הערבים.

הצדדים הגיעו להסכמה (מסמך ההסכמות השני, סעיפים 5-6), לפיה סמכות הבנק תסויג לפעולות טכניות בלבד, אשר אין בהן כדי לפגוע בזכויותיהם של הלווה ושל הערבים. כן הוסכם, כי במקרה של שינוי טכני כאמור, יישלח ללקוח הסבר על כך.

46. ניתן בזה תוקף להסכמת הצדדים לפיה ישונה נוסחו של סעיף 3(ד) לנוסח הבא:

"הבנק יהיה רשאי בכל עת, על פי שיקול דעתו הבלעדי, לבצע פעולות טכניות אשר אין בהן כדי לפגוע בלווה ו/או בערבים ו/או בזכויותיהם על פי הסכם זה, הכל כמפורט להלן: שינוי מספר הלווה, שינוי מספר ההלוואה, איחוד הלוואה/הלוואות או חלקי הלוואה/הלוואות, פיצול הלוואה/הלוואות או חלקי הלוואה/הלוואות. הבנק ימסור ללווה הודעה בכתב על השינויים הטכניים שנעשו כאמור, בצירוף הסבר לפיו מדובר בשינויים טכניים שאין בהם כדי לפגוע בלווה ו/או בערבים ו/או בזכויותיהם על פי הסכם זה."

סעיף 5 – פרעון ההלוואה

סעיף 5(ב) – תשלומים נלווים

47. סעיף 5 לחוזה עוסק בהסדרי פרעון ההלוואה. סעיף 5(א) קובע כי ההלוואה והריבית ייפרעו בתשלומים חודשיים רצופים, בהתאם למועדים הקבועים בסעיף. סעיף 5(ב) לחוזה קובע כי: "לתשלומים החודשיים הנ"ל יתווספו כל התשלומים הנלווים והאחרים והפרשי הצמדה כאמור בהסכם זה".

המפקח טען כי הסעיף אינו מפורט דיו וכי הוא מנוסח באופן מעורפל, אשר יוצר חוסר וודאות אצל הלווה באשר לתשלומים שהוא נדרש ויידרש לשלם לבנק. המפקח אף טען כי האמור בסעיף זה אינו עולה בקנה אחד עם הוראות הדין, אשר מחייבות את הבנק לציין בחוזה כל חיוב הקשור עם ההלוואה והחל על הלווה. טענה זו מקובלת עלינו. הביטוי "כל התשלומים הנלווים והאחרים" הוא ביטוי כללי ורחב מדי אשר יוצר מצב של אי בהירות באשר להיקף התשלומים העשויים להיכלל בגדרו.

48. מכיוון שסעיף 8 לחוזה, שכותרתו היא "תשלומים נלווים", הוא הסעיף המגדיר במדויק את אותם תשלומים נלווים, הסכימו הצדדים על כך שיובהר בסעיף 5(א) כי התשלומים הנלווים הנזכרים בו הם אך ורק אלה המפורטים בסעיף 8 לחוזה. פתרון זה מקובל עלינו, שכן יש בו כדי להסיר את הערפול ואי הבהירות שבנוסח הקיים. הסעיף ישונה, לפיכך, בהתאם להסכמת הצדדים (ראו עמ' 2 למסמך ההסכמות הראשון), ונוסחו יהיה כדלקמן:

"לתשלומים החודשיים הנ"ל יתווספו כל התשלומים הנלווים כאמור בסעיף 8 להסכם, והפרשי ההצמדה כאמור בהסכם זה".

סעיף 5(ה) - פטור הבנק במקרה של אי כיבוד תשלום

49. על פי האמור בסעיף 5(ד) לחוזה, התשלומים השונים שחב בהם הלווה (תשלומי פירעון ההלוואה, הריבית והתשלומים הנלווים) יגבו על ידי הבנק ישירות מחשבונו של הלווה בבנק מסחרי, על חשבון הלווה, והלווה מתחייב לחתום על הוראה בלתי חוזרת או על כל מסמך אחר שיידרש על מנת לבצע את גביית התשלומים בדרך האמורה. בהמשך לכך, קובע סעיף 5(ה) מספר התחייבויות נלוות של הלווה ביחס לפרוצדורת הגביה המתוארת בסעיף 5(ד) הנ"ל. בין היתר, הלווה מתחייב לוודא, מדי חודש בחודש, שהחובים בגין התשלומים החודשיים יכובדו על ידי הבנק המסחרי. בהמשך לכך קובע הסעיף כי: "... הבנק לא יהיה אחראי לכל ההוצאות והתוצאות שיהיו במקרה שהבנק המסחרי לא יכבד ויחזיר לבנק חיוב כל שהוא, או חיוב כל שהוא לא יועבר לבנק במועדו מסיבה כל שהיא, לרבות סיבות התלויות בבנק או בבנק המסחרי". בהמשך הסעיף נקבע גם סנקציה העלולה לנבוע מאי העברת התשלום במועד: "אם חיוב כלשהו בגין התשלום התקופתי שיועבר לבנק המסחרי, על פי הרשאה לחיוב חשבון, לא יכובד ויוחזר לבנק בכל זמן שהוא, הבנק יחייב את ההלוואה בסכום החיוב שיוחזר בתוספת הוצאות החזרה והוצאות אחרות כמקובל בבנק המסחרי ובבנק".

50. טענות המפקח כנגד הסעיף מצויות בשני מישורים: המישור האחד הוא מישור חלוקת האחריות. המפקח סבר כי סעיף 5(ה) נועד לפטור את הבנק מאחריות המוטלת עליו על פי דין, וכי מתקיימת, לפיכך, חזקת הקיפוח שבסעיף 4(1) [לחוק החוזים האחידים](#). במישור השני, המפקח סבר כי לענין הנזק שיחוב בו הלווה, לשון הסעיף היא רחבה מדי ומאפשרת, לכאורה, לחייב את הלווה גם בפיצוי החורג מהיקף הנזקים שנגרמו בפועל לבנק, ועל כן גם בענין זה הסעיף מקפח את הלווה.

51. **חלוקת אחריות:** פרעון התשלומים השוטפים של ההלוואה נעשה בדרך כלל באמצעות הרשאה לחיוב חשבון, אולם, כפי שעולה מחומר הראיות (עמ' 5 לתצהירו של מר פיין, עמ' 18 לפרוטוקול שורות 2-1), ישנם מקרים בהם נעשה הדבר באמצעות הפקדת שיקים לפקודת הבנק למשכנתאות, אשר חשבונו שלו מנוהל בבנק מסחרי כלשהו. כאן המקום לציין כי כך היה המצב בעת הגשת התצהירים ושמיעת הראיות. אנו מניחים כי כיום, לאחר שהושלם תהליך המיזוג

של הבנק הבינלאומי הראשון למשכנתאות בע"מ אל תוך הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ, ופעילות מתן ההלוואות מתבצעת אף היא באמצעות הבנק המסחרי (דהיינו, הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ), הפקדת שיקים לפרעון מתבצעת מן הסתם באותו הבנק. חלופת פירעון נוספת היא באמצעות שוברי תשלום שקיבל הלקוח מהבנק. מכאן, שבנוסף ללווה ולבנק, תלוי פרעון התשלום גם בפעולות שמבצע הבנק המסחרי בו מנוהל חשבונו של הלווה (ובעבר גם בפעולותיו של הבנק המסחרי בו נוהל חשבונו של הבנק למשכנתאות). כפועל יוצא מכך, אי כיבוד חיוב לתשלום יכול להיות מסיבות שונות, התלויות במקורות שונים, אשר הלווה הוא רק אחד מהם. כך למשל, יכול ולא תוצג דרישה על ידי הבנק לבנק המסחרי בו מנוהל חשבונו של הלווה או שתוצג דרישה חלקית או מאוחרת בלבד להעברת התשלום (עמ' 79, שורות 11-18 לפרוטוקול). באופן דומה, יכול ותקלה במחשבי אחד הבנקים תמנע העברת התשלום. תקלות דומות יכולות להתרחש גם כאשר התשלום מתבצע באמצעות הפקדה (עמ' 17, שורות 1-12 לפרוטוקול). במקרים בהם לא יבוצעו תשלומים במועדם בשל רשלנות הבנק, הרי ברור שהאחריות לכך מוטלת על הבנק מכוח דיני החוזים ודיני הנזיקין. תנאי הפוטר את הבנק מאחריות שהיתה מוטלת עליו על פי דין אילולא אותו תנאי, נופל בגדרו של סעיף 14(1) [לחוק החוזים](#) האחידים. בשל כך הציע הבנק, כי סעיף הפטור יסויג ולא יחול במקרים בהם ארע נזק בשל רשלנות מצדו. אולם, בהצעת הבנק אין די כדי להסיר את פוטנציאל הקיפוח שבסעיף. במהלך הדיון הובהר, כי שיטת התשלום באמצעות הרשאה לחיוב חשבון הלווה מחייבת את הבנק להזרים את נתוני החיוב החודשי בסכום ובמועד הנכון לבנק המסחרי, בו מתנהל חשבונו של הלווה (עמ' 79, שורות 11-18 לפרוטוקול). אי הזרמת חיוב לחשבון הלווה בסכום הנכון או במועד הנכון, מונעת מהלווה לקיים את חיובו. סעיף 43(א)(1) [לחוק החוזים \(חלק כללי\)](#), התשל"ג-1973 (להלן: "חוק החוזים (חלק כללי)") קובע כי: "המועד לקיומו של חיוב נדחה – (1) אם נמנע הקיום במועדו מסיבה התלויה בנושה – עד שהוסרה המניעה". יתר על כן, סעיף 43(ב) קובע כי בית המשפט רשאי, אם ראה שמן הצדק לעשות כן, לחייב את הנושה בפיצויים בעד הנזק שנגרם לחייב עקב אותה דחייה, אף אם אין בדבר משום הפרת חוזה מצד הנושה. רצונו של הבנק, לגלגל על הלווה נזקים, שנגרמו עקב אי הזרמת נתוני החיוב החודשי לחשבון הלווה על ידי הבנק, עומד בניגוד להוראת סעיף 43 האמורה, ועל כן חזקה כי יש בו משום קיפוח של הלקוח. כאמור, הבנק הציע בסיכומיו, לסייג את הפטור מאחריותו במקרים בהם לא כובד החיוב מסיבות התלויות בבנק למשכנתאות או בבנק המסחרי, בו מתנהל חשבונו של הבנק למשכנתאות. הצעה זו מצמצמת את המחלוקת באופן ניכר, אך היא מעוררת גם את השאלה, האם הסדר המגלגל על הלקוח את ההוצאות הנגרמות עקב אי כיבוד החיוב חודשי, בשל תקלה טכנית

שמקורה במערכת המחשוב של אחד משני הבנקים, הוא הסדר המקפח את הלקוח. הבנק טען (בסיכומי התשובה מטעמו), שהצעתו לתיקון הסעיף חלה גם על סיבות התלויות בבנק, אך אינן בשליטתו, כדוגמת התקלה במערכת המחשוב. עמדה זו היא ראויה. יחד עם זאת, לשונו של הנוסח המתוקן המוצע על ידי הבנק: "למעט סיבות התלויות בבנק או בבנק המסחרי", איננה ברורה דיה, ועלולה לעורר בעתיד מחלוקת באשר לשאלת גלגול הנזק באותם מקרים בהם הוא מתרחש עקב נסיבות שאינן בשליטת הבנק. לכן יש מקום להבהיר, בגוף הסעיף, כי הבנק אינו פטור מאחריות, מקום בו מתרחש נזק עקב סיבות התלויות או הקשורות בבנק, או בבנק מסחרי שבו מתנהל חשבונו של הבנק (ככל שפרקטיקה כזו עדיין קיימת לאחר מיזוג הבנקים), בין אם אלה מצויות בשליטתו, ובין אם לאו.

52. **חיוב הלווה בנזקי הבנק:** במישור סוג הנזקים, מאפשר הסעיף לבנק להטיל על הלווה "הוצאות החזרה והוצאות אחרות" במקרים בהם לא כובד או הוחזר החיוב והתשלום החודשי לא נפרע. הבנק הציע להוסיף בסוף הפסקה את המילים "ככל שאלה הושטו על הבנק" וכן הסכים לסייג את חיוב הלווה בהוצאות החזרה והוצאות אחרות, מקום בו החיוב לא כובד ו/או הוחזר לבנק מסיבות התלויות בבנק עצמו (או בבנק המסחרי שבו מתנהל חשבונו של הבנק – שוב, ככל שפרקטיקה כזו עדיין רלבנטית כיום). הצעת הבנק במישור הנזקים מקובלת על המפקח. אף אנו סבורים כי הצעה זו היא ראויה ויש בה כדי למנוע חשש לקיפוח הלקוחות.

53. לאור האמור, יש לתקן את נוסחו של סעיף 5(ה) ברוח הצעת הבנק בסיכומיו. בנוסף, יש להבהיר בסעיף המתוקן, כי הבנק לא יהיה פטור מאחריות להוצאות הנובעות מאי כיבוד חיוב חודשי, מקום בו הוצאות אלו נגרמו עקב סיבות התלויות או הקשורות בבנק (או בבנק המסחרי בו מתנהל חשבונו של הבנק – ככל שענין זה עדיין רלבנטי), בין אם נסיבות אלה מצויות בשליטתם, ובין אם לאו.

54. התיקון המתבקש בסעיף 5(ה) להסכם הוא על כן כדלהלן:
לאחר המילים "אם חיוב כלשהו בגין התשלום התקופתי שיועבר לבנק המסחרי, על פי הרשאה לחיוב חשבון, לא יכובד ויוחזר לבנק בכל זמן שהוא, הבנק יחייב את ההלוואה בסכום החיוב שיוחזר בתוספת הוצאות החזרה והוצאות אחרות כמקובל בבנק המסחרי ובבנק" יתווסף:

"ככל שאלה הושטו על הבנק. הבנק לא יחייב את ההלוואה בהוצאות החזרה והוצאות אחרות, מקום בו חיוב כאמור לא כובד ו/או הוחזר לבנק מסיבות

התלויות ו/או קשורות בבנק ו/או בבנק המסחרי, וזאת בין אם סיבות אלה מצויות בשליטת הבנק ו/או הבנק המסחרי ובין אם לאו.

סעיף 5(ו) - חיוב החשבון במועד נדחה

55. המחלוקת בסעיף זה נוגעת לפסקה השנייה שבסעיף 5(ו) לחוזה. נוסחו המקורי של הסעיף היה: "הלווה מסכים בזה כי הבנק יהיה רשאי, אך לא חייב, לחייב בכל אחד מימי החודש את חשבונו של הלווה בבנק המסחרי, או את חשבונו של אדם אחר שהבנק הסכים, לגבי כל סכום שהוא שלא חוייב ב-1 בחודש". לאחר מועד הגשת הבקשה בתיק זה שונה מעט הנוסח של הסיפא, כדלקמן: "... לגבי כל סכום שהוא שלא חוייב או שחויב ולא כובד ביום הפירעון". (ראו פסקה 84 לסיכומים מטעם הבנק). יצויין כי הסיבה לשינוי נעוצה בכך שבעת הגשת הבקשה מועד הפירעון הרגיל של התשלומים החודשיים היה ב-1 לכל חודש (ראו סעיף 5(א) לחוזה). אולם, בעקבות חקיקתו של חוק הבנקאות (שירות ללקוח) (תיקון מסי' 9), התשס"ד-2004 התאפשר ללווים לבחור, אחת לארבע שנים, בין שלושה מועדי פירעון חלופיים (1, 10 ו-15 לחודש). בעקבות שינוי זה הותאם נוסחו של החוזה למצב החדש.

56. סעיף 5(ו) נועד להסדיר מצבים בהם התשלום החודשי לא נפרע במועדו מסיבה כלשהי (הן סיבות התלויות בבנק, כגון טעות של הבנק בהזרמת החיוב, והן סיבות הקשורות בלווה, כגון העדר כיסוי מספיק בחשבונו של הלווה בבנק המסחרי). במקרה כזה הסעיף מאפשר לבנק לחייב את חשבון הלווה בכל סכום שלא חוייב במועדו, וזאת בכל מועד אחר במהלך החודש.

57. טענתו של המפקח בבקשה הייתה, שסעיף 5(ו) הוא סעיף מקפת, משום שהוא מאפשר לבנק לחייב את הלווה במועד שונה מהמועד החוזי המוסכם. לדעת המפקח, על מנת להסיר את הקיפוח שבסעיף יש לאפשר לבנק לחייב את הלקוח אך ורק במועד החיוב המוסכם הבא. בסיכומיו מסביר המפקח כי התשלום החודשי מהווה, במקרים רבים, תשלום משמעותי עבור הלווה ולכן יש למועד הפירעון חשיבות רבה עבורו. מכיוון שהחיוב מתבצע אוטומטית באמצעות הרשאה לחיוב חשבון, ומכיוון שהבנק אינו מחוייב לשלוח ללווה דיווח חודשי, הרי שלפחות ביחס למצבים שבהם אי החיוב במועד נבע מסיבה הקשורה בבנק ולא בלווה (דהיינו, שללווה אין ידיעה על העיכוב שחל בחיוב חשבונו), עשוי הלווה להניח כי התשלום יורד מחשבונו במועד המוסכם והוא אינו ערוך, מבחינת תזרים המזומנים בחשבונו, לביצוע התשלום במועד אחר. המפקח גם הוסיף בסיכומיו כי

כאשר אי חיוב החשבון נובע מסיבה התלויה בבנק, חל על המקרה סעיף 43(א)(1) לחוק החוזים (חלק כללי), הקובע כי המועד לקיומו של חיוב נדחה, אם נמנע הקיום במועדו מסיבה התלויה בנושה – עד שהוסרה המניעה. המפקח מסתמך בעניין זה על האמור בספרם של המלומדים פרידמן וכהן, לפיו מועד קיומו החדש של החיוב הנדחה מחייב תיאום בין הצדדים (דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים**, כרך ג' (תשס"ד) 85). לגישת המפקח, ביצוע החיוב במועד הנדחה ללא תיאום מוקדם מהווה, לפיכך, התנאה על הוראות הדין ומתקיימת חזקת הקיפוח שבסעיף 4(6) לחוק.

58. בסיכומיו, אף הרחיב המפקח את היקף טענותיו ביחס לסעיף 5(ו) לחוזה. המפקח טען כי הסעיף מקפח לא רק לגבי מצבים שבהם העדר החיוב נבע ממחדל או טעות של הבנק, אלא גם בנוגע למצבים שבהם הסיבה לאי חיוב החשבון היא בשל העדר כיסוי מספיק בחשבונו של הלווה. לפי עמדת המפקח, במצב כזה אין טעם בהזרמת הוראת חיוב נוספת, שכן מצד אחד הסיכוי שזו תכובד - על רקע המצב של העדר כיסוי - הוא ממילא קלוש, אך מצד שני נגרם ללקוח נזק של עשרות שקלים בשל העמלות בגין החזרת החיובים שגובים הן הבנק המסחרי והן הבנק. המפקח אף העלה את החשש שמא במצב כזה יכול להיות לבנק אינטרס להזרים חיובים לחשבון הלווה, גם כאשר ברור לו שהללו יחזרו. המפקח הציע כי על מנת למנוע את הקיפוח האפשרי, תוגבל במצב כזה כמות החיובים החוזרים שהבנק רשאי להזרים לחשבונו של הלווה (המפקח הציע כי ההגבלה תהיה לחיוב אחד נוסף בלבד).

59. הבנק מצידו טען כי סעיף 5(ו) עוסק בנושא טכני גרידא וכי אין בו כל קיפוח. לגישת הבנק, כאשר אי החיוב במועד נבע מסיבה התלויה בבנק, כגון טעות בהזרמת החיוב, הרי מועד החיוב נדחה – גם על פי האמור בסעיף 43(א)(1) לחוק החוזים - רק עד אשר מוסרת המניעה (ולא עד למועד החיוב החודשי הבא). לכן משתקנה הטעות רשאי הבנק להזרים הוראת חיוב חדשה ואין הוא צריך להמתין עד למועד החיוב החודשי הבא. באשר לטענת המפקח כי הבנק חייב לתאם את מועד החיוב החדש עם הלווה, טען הבנק מספר טענות: ראשית, מדובר בשינוי חזית מכיוון שטענה זו לא נטענה בבקשה. שנית, מלשונו של סעיף 43(א)(1) לחוק החוזים לא עולה כל חובה לתאם את מועד קיומו של החיוב הנדחה. שלישית, ההסתמכות על האמור בספרם של פרידמן וכהן בטעות יסודה, שכן על פי האמור שם חובת התיאום חלה על החייב (הלווה) ולא על הנושה (הבנק). רביעית, הבנק טען כי נוכח העובדה שמדובר בעשרות אלפי לווים, חובת התיאום לא רק שעלולה ליצור הכבדה אדירה על הבנק, אלא שחובה כזו למעשה איננה ישימה במציאות ואינה ניתנת לביצוע מבחינה מעשית. באשר לטענת המפקח, לפיה הסעיף מקפח גם

כאשר אי החיוב במועד נובע מהעדר כיסוי בחשבון הלווה, הבנק טען כי מדובר בטענה חדשה שזכרה לא בא בבקשה או בתוספת לבקשה, ולכן היא בגדר הרחבת חזית. עוד נטען על ידי הבנק כי טענה זו מבוססת כולה על ספקולציות והיא נעדרת כל בסיסי ראיתי.

60. לצורך הכרעה במחלוקת שבין הצדדים, עלינו להתייחס למצבים השונים, אשר לגביהם עשוי לחול סעיף 5(ו) הנ"ל. מצב אחד הוא, כאמור, כאשר אי החיוב במועד נבע מסיבה התלויה בלווה (בעיקר בשל העדר כיסוי בחשבונו במועד החיוב). המצב השני הוא, כאשר אי החיוב נבע מסיבה התלויה או הקשורה בבנק (כגון טעות או מחדל של הבנק בהזרמת הוראת החיוב החודשית). נראה לנו כי יש מקום להתייחס גם למצב נוסף, אשר נכלל אף הוא בגדר הסעיף (למרות שהצדדים, בטענותיהם, לא נתנו דעתם עליו) והוא כאשר אי החיוב במועד נבע מסיבה שאיננה תלויה בבנק או בלווה אלא בגורם שלישי כלשהו או בנסיבות חיצוניות כלשהן שאינן בשליטת הצדדים (כגון מצב חירום, שבעטיו שובשה פעילות המערכת הבנקאית).

61. **אי חיוב מסיבה התלויה בלווה:** במצב שבו חיוב לא כובד בשל היעדר כיסוי בחשבון, הלקוח מפר למעשה את חוזה ההלוואה. אנו סבורים כי במצב כזה אין מקום להטיל חובה על הבנק לשלוח הודעת התראה בטרם הזרמה חוזרת של החיוב שלא נפרע לחשבונו של הלווה, ובודאי שאין חובה לתאם עם הלווה את המועד לביצוע החיוב החוזר. המפקח טען, כי במקרה בו לא היה כיסוי מספיק בחשבון לביצוע התשלום במועדו, רבים הסיכויים שלא יהיה בו כיסוי לתשלום מכופל, משולש ומרובע, וכי התוצאה היחידה הנובעת מהגשת דרישה חוזרת, במצב בו ישנה סבירות גבוהה כי אין בחשבון יתרת זכות מספיקה לשם כיסוי סכום החיוב, היא גבייה ביתר של עמלות מן הלקוח. אין מחלוקת על כך שהבנק מחייב את חשבון הלווה בעמלה בגין כל החזרת חיוב. יחד עם זאת, המפקח לא ביסס את הטענה בדבר הזרמה חוזרת של חיובים על-ידי הבנק – במצב שבו ברור שהחיובים לא יכובדו או יוחזרו - במטרה "להעשיר" את הבנק בסכומי העמלות. לשונו של הסעיף אמנם איננה מגבילה את הבנק בהזרמה חוזרת של חיובים, אך הבנק, ככל שחקן חוזי, חייב לקיים את חיוביו החוזיים בתום לב. לא השתכנענו כי הבנק הפר או כי הוא מועד להפר חובה זו. לפיכך, אילו היה סעיף 5(ו) מתייחס אך ורק למצב שבו אי החיוב במועד נבע ממניעה התלויה בלקוח, היינו קובעים כי אין בו קיפוח וכי ניתן להותירו על כנו. אולם, כאמור, הסעיף אינו מבחין בין מצבי המניעה השונים ולכן יש להמשיך ולבחון את המצבים שבהם נמנע חיוב החשבון מסיבות שאינן תלויות בלווה.

62. **אי חיוב מסיבה התלויה בבנק:** שונה המצב, כאשר חיוב התשלום לא התבצע במועדו מסיבה התלויה בבנק. על מצב זה חל סעיף 43(א)1) [לחוק החוזים \(חלק כללי\)](#), אשר קובע כי אם נמנע קיומו של חיוב במועדו מסיבה התלויה בנושה, נדחה המועד לקיומו של אותו חיוב עד להסרת המניעה. לא זו בלבד, אלא שאם דחייה כזו גרמה נזק ללקוח עשוי הבנק להיות מחויב לפצותו על הנזק (ראו סעיף 43(ב) [לחוק החוזים \(חלק כללי\)](#) הקובע כי בית המשפט רשאי, "אם ראה שמן הצדק לעשות כן, לחייב את הנושה בפיצויים בעד הנזק שנגרם לחייב עקב הדחיה"). אנו סבורים כי צדק המפקח בטענתו, כי כאשר הבנק הוא שגרם למניעה בביצוע החיוב, והמניעה הוסרה, אין הבנק רשאי לדרוש את קיום החיוב באופן מיידי (אם כי, איננו סבורים שהוא חייב, בכל מקרה, להמתין עד למועד החיוב הבא החל בחודש שלאחר מכן). לא זו בלבד שעל הבנק לאפשר ללקוח זמן סביר להתארגנות לקראת מועד החיוב החדש (וייתכן שבנסיבות מיוחדות אף לאפשר ללקוח פריסה סבירה של התשלום הנדחה), אלא שעקרונית נראה לנו כי מכוח חובת תום הלב מוטל על הבנק אף לתאם במקרה כזה עם הלווה את המועד לקיום החיוב הנדחה. כאמור, הבנק טען כי על פי האמור בספרם של פרידמן וכהן, חובת התיאום חלה דווקא על החייב (הלווה) ולא על הנושה (הבנק). נראה לנו כי בענייננו הנסיבות מחייבות מסקנה שונה. במצב שבו חל סעיף 43(א)1) [לחוק החוזים \(חלק כללי\)](#), ההנחה היא שבדרך כלל החייב הוא זה שאמור לבצע בפועל את הדרוש לשם קיום החיוב. הסעיף רק מורה כי כאשר החייב אינו יכול לבצע את חיובו מסיבות התלויות בנושה, ידחה מועד הקיום עד שתוסר המניעה. אלא שבענייננו מצב הדברים שונה. אף שחיוב התשלום הוא חיוב המוטל על הלווה ("החייב", בלשונו של סעיף 43 [לחוק החוזים](#)), הרי שבאופן מעשי כל המהלכים הדרושים לשם קיום החיוב (גביית התשלום) מבוצעים בפועל בידי הבנק, הנושה. הבדל זה משליך על השאלה, על מי מוטלת החובה ליזום את תיאום המועד החלופי לקיום החיוב. כאמור, אנו סבורים שבנסיבות האמורות חובה זו ראוי שתחול על הבנק. לאור זאת, ככל שמדובר במצב שבו אי החיוב במועד הרגיל נבע מסיבה הקשורה בבנק, הרי נוסחו של סעיף 5(ו) לחוזה, המאפשר לבנק לחייב את הלקוח בכל מועד חלופי, מבלי לתת לו זמן התארגנות סביר ומבלי לתאם עימו את מועד החיוב החלופי – חובות הנובעות הן מפרשנותו של סעיף 43 [לחוק החוזים](#) עצמו והן מחובת תום-הלב הקבועה בסעיף 39 לחוק החוזים - מקיים את חזקת הקיפוח שבסעיף 4(6) לחוק החוזים האחידים. יתר על כן, אנו סבורים כי מתקיימת במקרה כזה אף חזקת הקיפוח המנויה בסעיף 4(2) לחוק. סעיף זה קובע, כי תנאי המקנה לספק זכות בלתי סבירה להשעות או לדחות את ביצוע החוזה, או לשנות את חיוביו המהותיים לפי החוזה, הוא מקפח. עמדנו על כך שחוזה הלוואה, לפחות כאשר אין מדובר בהלוואה

עסקית - אלא, למשל, באדם פרטי שנטל הלוואה לצורך רכישת דירה - הוא חוזה בעל משמעות מיוחדת עבור הלקוח. בהסכם מסוג זה מועד פרעון התשלום החודשי הוא תנאי מהותי בהתקשרות, שכן במרבית משקי הבית, ההחזר החודשי של הלוואת המשכנתא הוא חלק משמעותי מתזרים המזומנים השוטף. תנאי המקנה לבנק זכות לקבוע את מועד הפרעון החודשי, ללא כל הגבלה, הוא תנאי המשנה חיוב מהותי בחוזה, ועל כן אין הוא יכול לעמוד.

63. בפסקה הקודמת קבענו, כי במצב שבו המניעה לביצוע החיוב החודשי במועד נבעה מהבנק, חייב הבנק לאפשר ללקוח זמן התארגנות סביר לפני הזרמת החיוב החלופי, וכן לתאם עם הלקוח את מועד החיוב החלופי. מכיוון שסעיף 5(ו) אינו עונה על תנאים אלה, הסקנו כי יש לראותו כתנאי העלול לקפח את הלקוחות והמסקנה המתבקשת מכך היא ביטולו של הסעיף. יכולנו להסתפק בכך, שהרי אין זה מתפקידנו לקבוע את ההסדר החוזי החלופי עבור הבנק. אולם, לא נוכל להתעלם מטענת הבנק כי הטלת חובת תיאום על הבנק היא גזירה שהבנק אינו יכול לעמוד בה, מכיוון שהבנק מטפל בעשרות אלפי חיובים מדי חודש. במישור העקרוני, נימוק זה איננו משכנע. הנמקה טכנית-תיפעולית איננה יכולה להצדיק פגיעה בזכויות חוזיות של לקוחות הבנק. הבנק מחויב לפעול על-פי דין, ומובן מאליו כי אם לשם כך עליו להכניס שינויים בדרכי עבודתו, יהא עליו למצוא את הדרכים לעשות כן, מה גם שיש להניח כי טעות או תקלה מצד הבנק בתהליך הגביה איננה מתרחשת לגבי כלל הלקוחות, אלא רק לגבי חלק קטן מתוך עשרות אלפי הלקוחות. אולם, חרף דברים אלה, ראוי לזכור כי לבנק עומדת הזכות הבסיסית כי החיוב החודשי ייפרע, ואין זה רצוי להערים עליו קשיים מיוחדים במימוש זכות זו. כאמור, מצד אחד אנו סבורים כי עקרונית ראוי לחייב את הבנק בחובת תיאום, אך מהצד האחר אנו ערים לקשיים המעשיים שבהטלת חובה כזו נוכח כמות הלווים והיקף הפעולות הגדול של הבנק. נראה לנו כי ניתן היה להשיג את נקודת האיזון הראויה בין האינטרסים של הצדדים לחוזה באמצעות הסדר של משלוח הודעה בדבר מועד החיוב הנדחה הצפוי, זמן סביר לפני חיוב חשבוננו של הלווה, ובלבד שזמן זה לא יפחת משלושה ימי עסקים. הודעה כאמור תאפשר ללווה לפנות אל הבנק ולשטוח בפניו קשיים אשר התעוררו או עשויים להתעורר במקרה הפרטי שלו, בשל העיכוב בחיוב חשבוננו. במצב דברים כזה יחויב הבנק לתאם עם אותו לקוח את מועד החיוב הנדחה, בתוך פרק זמן סביר. יתכן שבמקרים מסוימים, ובמיוחד במקרים בהם התשלום החודשי לא נפרע במשך תקופה העולה על חודש, יחייב עקרון תום הלב את הבנק לאפשר ללקוח לפרוס את סכום החיוב שהצטבר, בהתאם לנסיבות המקרה הספציפי. הסדר כאמור מביא בחשבון, מחד גיסא, את העובדה כי השיבוש בסדרי התשלום נעוץ במחדלו של

הבנק, ומאידך גיסא, הוא מאפשר לבנק לחייב את חשבונו של הלווה בסכום החוב סמוך לדבר גילוי המחדל, ובלבד ששלח הודעה המעדכנת את הלווה בדבר השינוי הצפוי בסדרי התשלום, המתין עד לסיומו של המועד שנקבע בהודעה והלקוח לא פנה לבנק וביקש את הבנק להימנע מביצוע החיוב במועד הנדחה שהודע לו.

64. **אי חיוב מסיבה שאינה תלויה בצדדים** - אנו סבורים כי הדברים האמורים בפסקה הקודמת, הן בדבר הקביעה כי הסעיף, במתכונתו הקיימת, עלול לקפח את הלקוחות והן המלצתנו ביחס להסדר החלופי האפשרי, חלים לא רק לגבי מצב דברים שבו אי החיוב נבע מסיבה התלויה בבנק, אלא גם לגבי מצב דברים שבו אי החיוב במועד המוסכם נבע מסיבה שאינה תלויה בבנק או בלווה אלא בגורם שלישי כלשהו או בנסיבות חיצוניות כלשהן שאינן בשליטת הצדדים.

65. התוצאה היא, כי הנוסח הנוכחי של סעיף 5(ו) מקפח את הלקוחות, ככל שהדבר נוגע למועד חיוב חשבונו של הלווה בבנק המסחרי בסכום שלא חויב במועד החוזי המוסכם, בשל מחדלו של הבנק או בשל סיבה אחרת שאינה תלויה בלקוח. מכיוון שהסעיף אינו מבחין כלל בין המצבים השונים שבעטים לא בוצע החיוב, אנו מורים על ביטול הפסקה השנייה של סעיף 5(ו) או, לחלופין, על המרת הנוסח הקיים בנוסח הבא:

"הלווה מסכים בזה כי אם אי-החיוב במועד נבע מסיבה התלויה בלווה, יהיה הבנק רשאי, חלף החיוב שלא כובד, לחייב בכל אחד מימי החודש את חשבונו של הלווה בבנק המסחרי, או את חשבונו של אדם אחר שהבנק הסכים, לגבי כל סכום שהוא שלא חוייב או שחוייב ולא כובד ביום הפירעון. בכל מקרה שבו אי-החיוב נגרם בשל סיבה שאינה תלויה בלווה, יהיה הבנק רשאי לבצע חיוב כאמור בגין סכום שלא חוייב או שחוייב ולא כובד ביום הפירעון, אך זאת בתנאי שמסר קודם לכן ללקוח הודעה בכתב על מועד החיוב החדש, לפחות שלושה ימי עסקים טרם ביצוע החיוב. קיבל הלקוח הודעה כאמור, רשאי הלקוח לבקש מהבנק לתאם עימו, בתוך זמן סביר, מועד חיוב שונה מזה שנקבע בהודעת הבנק".

סעיף 6 – תנאי הצמדה

סעיף 6(א) - הצמדה

66. סעיף 6 לחוזה עוסק בתנאי ההצמדה של סכום הלוואה למדד המחירים לצרכן. סעיף 6(א) לחוזה קובע כדלהלן:

"ההלוואה (קרן, ריבית ותשלומים נילוויים ואחרים), תהא צמודה למדד המחירים לצרכן. לפיכך, אם יתברר מתוך מדד המחירים לצרכן שפורסם באחרונה לפני הגיע מועד הפרעון על פי הסכם זה של כל תשלום על חשבון ההלוואה ו/או על חשבון הריבית ו/או על חשבון תשלומים נלוויים ואחרים, או לפי בחירת הבנק, לפני הפרעון הממשי של כל תשלום על חשבון ההלוואה הנ"ל ו/או על חשבון הריבית ו/או על חשבון תשלומים נלוויים ואחרים (להלן: "המדד החדש") כי המדד החדש עלה לגבי המדד שפורסם לאחרונה לפני יום מתן ההלוואה (להלן: "המדד היסודי") אזי ישלם הלווה לבנק את אותם התשלומים על חשבון ההלוואה ו/או על חשבון הריבית ו/או על חשבון תשלומים נלוויים ואחרים כשהם מוגדלים באופן יחסי לשיעור העליה של המדד החדש לעומת המדד היסודי. אם יתברר כי המדד החדש ירד לגבי המדד היסודי, ישלם הלווה את אותם התשלומים בסכומם הנקוב".

המפקח טען, כי סעיף זה מקפח את הלקוחות, לנוכח העובדה שהוא קובע דרך אסימטרית להצמדת ההלוואה למדד המחירים לצרכן. לטענתו, מהסעיף עולה כי אם חלה ירידה במדד, סכום ההלוואה אינו מעודכן בהתאם ואינו קטן, וזאת בשונה ממקרה בו עולה המדד, שאז מעודכן סכום ההלוואה בהתאם, כלפי מעלה. הבנק מצידו טען כי המפקח אינו מדייק בטענתו, שכן על פי הסעיף גם אם תחול ירידה במדד יעודכן סכום ההלוואה ויקטן בהתאם, וזאת עד לגבול התחתון של גובה תשלומי ההלוואה המקוריים, הגבלה מתבקשת ולגיטימית.

המפקח קיבל את הסברי הבנק, ועל כן הוסכם בין הצדדים (מסמך ההסכמות הראשון, עמ' 2) כי הסעיף ייוותר בנוסחו הנוכחי.

לאחר עיון בתנאי הסעיף ובטענות הצדדים עובר להשגת ההסכמה, אנו סבורים כי אין מניעה ליתן תוקף להסכמת הצדדים, ועל כן יותר סעיף 6(א) בנוסחו כפי שהוא.

סעיף 6(ג) - הצמדה בחלקים שונים של ההלוואה

67. סעיף זה מאפשר לבנק לחשב מדד יסודי ממוצע ומשוקלל, אשר ישמש את הבנק לצורך הפעלת תנאי ההצמדה במקרה שההלוואה ניתנה בחלקים ובמועדים שונים. בבקשתו טען המפקח כי אפשרות כזאת עלולה למנוע מהלווה לעקוב אחר חישובי

המשיב ולבדקם, אולם, בסיכומי המפקח טענות אלה נזנחו. יחד עם זאת, לאור הצעת הבנק הוסכם בין הצדדים (מסמך ההסכמות השני, סעיפים 11-12), כי הסיפא של הסעיף, המתחילה במילים "אולם לשם נוחיות החישוב", עד סופו של הסעיף - תימחק.

68. בנסיבות אלה ישונה הסעיף בהתאם להסכמת הצדדים, וינוסח באופן הבא:
"ניתנה הלוואה ללווה בחלקים ובמועדים שונים, יראו כל חלק כהלוואה נפרדת, לצורך הפעלת תנאי ההצמדה כאמור לעיל".

סעיף 8 – תשלומים נלווים

69. סעיף 8 להסכם קובע כדלהלן:
"בנוסף להלוואה, לריבית להפרשי ההצמדה עליהן ולכל יתר התשלומים שעל הלווה לשלם לבנק על-פי הסכם זה מתחייב הלווה לשלם לבנק דמי ביול, אגרות רישום בלשכת רישום המקרקעין ו/או ברשם המשכונות, דמי גביה, דמי שמאות, הוצאות ביטוח, דמי חכירה וכל שאר ההוצאות ותשלומים כפי שיקבעו על ידי הבנק (להלן: "התשלומים הנלווים"). בנק יהיה רשאי, לפי שיקול דעתו הבלעדי, לשנות התשלומים הנלווים בכל זמן שהוא. התשלומים הנלווים ישולמו על-ידי הלווה לבנק במועדים שיקבעו על ידי הבנק."

הוראה זו עוררה מספר מחלוקות בין הצדדים, והם לא הצליחו להגיע לכלל הסכמות לגביה.

71. ניתן לאבחן בין שלוש טענות שונות שהמפקח העלה כנגד הוראה זו: ראשית, נטען כי ההוראה עמומה, והלווה לא יכול ללמוד ממנה מהם התשלומים הנלווים המושגים עליו הלכה למעשה (להלן: "בעיית העמימות"); שנית, נטען כנגד הותרת רשימת התשלומים הנלווים פתוחה לשיקול דעת הבנק, באופן המאפשר לו לקבוע הוצאות נוספות שיושגו על הלווה באופן חד צדדי (להלן: "בעיית הרשימה הפתוחה"); שלישית, נטען כנגד השליטה שניתנה לבנק על גובה התשלומים הנלווים ועיתויים (להלן: "בעיית העדכון"). להלן נבחן בנפרד כל אחת מטענות אלה.

72. **בעיית העמימות** - סעיף 8 קובע רשימה של תשלומים נלווים בהם מתחייב הלווה. ניתן היה לסבור כי לווה המעיין ברשימה זו יוכל ללמוד ממנה מהן העלויות הנוספות המוטלות עליו, ולהיערך בהתאם. עם זאת, מהדיון בענין זה התברר כי לא אלה הם פני הדברים. חלק מפריטי התשלום אותם מזכיר הסעיף הם בגדר שרידים היסטוריים להוצאות שכבר אינן רלוואנטיות לעסקה בה עסקין כגון "דמי חכירה" או "דמי ביול" (ביחס להסכמי הלוואה שנחתמו החל מ- 1.1.2006); חלקם מתייחס להוצאות האמורות להיות משולמות ישירות על ידי הלקוח-הלווה לנותן השירות, ואינן נגבות כלל על ידי הבנק (כגון "דמי שמאות" במקרה הרגיל), וחלק אחר מפריטי התשלומים הנלווים מנוסח בלשון סתומה, שלא משקפת את מהותם האמיתית (כך, המונח "הוצאות ביטוח", אשר מתייחס לפרמיית הביטוח שהלווה צריך לשלם לחברת הביטוח). הבנק טען כי בעובדה שרשימת התשלומים הנלווים מצטיינת בפירוט יתר, וכוללת גם הוצאות שכלל לא יושתו על הלקוח, אין רבותא. לשיטתו, הוא עומד בחובת הגילוי הקבועה בסעיף 26א. לכללי הבנקאות (שירות ללקוח) (גילוי נאות ומסירת מסמכים), התשנ"ב – 1992 (להלן: "כללי הגילוי הנאות"), בכך שהוא מוסר ללקוח מסמך נפרד בו מפורטים התשלומים בהם יחויב הלכה למעשה. אין אנו יכולים לקבל את טענת הבנק. הוראת סעיף 8 בנוסחה היום יוצרת חוסר בהירות מבחינת הלקוח, ופותחת פתח בלתי ראוי לחיובו בתשלומים נלווים שלא פורטו בהתאם לדרישות כללי הגילוי הנאות. לאור זאת, ובהתחשב בעובדה שהתשלומים הנלווים מפורטים ממילא במסמך הלווה לחוזה הלוואה, אשר נמסר ללקוח ונחתם על ידו בהתאם לכללי הגילוי הנאות, הפתרון הראוי שיביא להסרת העמימות הוא לקבוע שהתשלומים הנלווים יהיו אך ורק התשלומים כפי שפורטו במסמך הלווה האמור.

73. **בעיית הרשימה הפתוחה** – סעיף 8 קובע בסוף רשימת התשלומים הנלווים הוראת סל, לפיה הלווה יחויב גם ב"כל שאר ההוצאות ותשלומים כפי שיקבעו על ידי הבנק". תוספת זו, המקנה לבנק שליטה על היקף התשלומים הנלווים, יוצרת חזקת קיפוח בהתאם לסעיף 4(4) לחוק החוזים האחידים. לפיכך הנטל לשכנע כי תנאי זה איננו מקפח בנסיבות העניין מוטל על הבנק. הבנק לא עמד בנטל זה. כל שטען לעניין זה היה, כי הוראת-סל זו מאפשרת לו להתגונן במצבים בהם נכפות עליו הוצאות אשר אינן ידועות במועד העמדת הלוואה. טיעון זה איננו יכול להסיר את חזקת הקיפוח, כבר מהטעם שהסמכות שניתנה לבנק היא גורפת, ואינה מוגבלת רק להוצאות בלתי צפויות שנכפו על הבנק. זאת ועוד, אף אם היה הנוסח מוגבל להוצאות בלתי צפויות שנכפו על הבנק, ספק אם היה מקום לאשר הוראה מסוג זה. לעניין זה יש לזכור כי ללקוח אין כל אפשרות להתגונן בפני הטלתן של

הוצאות מסוג זה או להיערך מראש לאפשרות שיידרש לשלמן. הבנק לעומת זאת, כגורם מקצועי ומנוסה, יצליח במקרים רבים להתגונן בפני הוצאות אלה באמצעות צעדים מקדימים, ובמקרים שיכשל בכך, יוכל לפזר את הנזק בצורה טובה יותר מהלווה הבודד. זאת ועוד, במקרים רבים לא יוכל הלקוח להתמודד עם טענת הבנק כי ההוצאות עומדות בדרישות הנזכרות, שכן לא יוכל להוכיח בדיעבד שניתן היה להימנע מההוצאות, או שנצפו על ידי הבנק מלכתחילה. לאור זאת אנו קובעים כי אין מקום לאפשר לבנק לקבוע שרשימת התשלומים הנלווים תהיה רשימה פתוחה.

74. **בעיית העדכון** – הסיפא של סעיף 8 נותנת לבנק את הסמכות לעדכן את התשלומים הנלווים "לפי שיקול דעתו הבלעדי", ולקבוע את מועד תשלומם. גם הוראה זו נופלת לגדר חזקת הקיפוח שבסעיף 4(4) [לחוק החוזים](#) האחידים, ואף לגביה מוטל אפוא נטל ההוכחה על הבנק. טענותיו המרכזיות של הבנק בהקשר זה הן, שלאור העובדה שמדובר על חוזה לטווח ארוך לא ניתן לקבע את גובה התשלומים הנלווים במועד כריתתו, וכי גובה העמלות של הבנק מפוקח ממילא על ידי המפקח. טענות אלה אינן יכולות להצדיק את הנוסח הרחב של הסיפא של סעיף 8. נרחיב מעט בעניין זה.

75. הטענה כי בחוזה ארוך טווח רשאי הספק לשמר בידי את הזכות לשנות את המחיר כאוות נפשו נדחתה בפסק הדין המנחה [רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עיזבון המנוחה מילגרם הינדה ז"ל נ' מרכז משען, פ"ד נב\(4\) 145 \(1998\)](#). בעקבות פסיקה זו פיתח בית הדין בשורה של החלטות כללים מנחים לגבי דרך עדכון המחיר בחוזה ארוך טווח. ראו, במיוחד, [ר"ע \(י-ם\) 2030/01 איתוראן איתור ושליטה בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה](#), פסקאות 95 - 99 (ניתן ב- 26.1.2004, מצוי במאגר "נבו") (להלן: "עניין איתוראן"); [עניין בנק לאומי](#), בע' 662 - 664; [ח"א \(י-ם\) 9005/03 היועץ המשפטי לממשלה נ' שח"ל טלרפואה בע"מ](#), פסקאות 37 - 44 (ניתן ב- 30.4.2007, מצוי במאגר "נבו") (להלן: "עניין שח"ל"). פסיקה זו נשענת על שתי אבחנות יסוד:

א. **מידת החירות שיש לצדדים להשתחרר מההסדר החוזי** – כאשר מדובר בהסכם שבו יש הן לספק והן ללקוח אפשרות לסיימו, הרי שממילא יכול הספק להתנות את המשך ההתקשרות בשינוי תנאיה, ולקוח שאינו מעוניין בחוזה בתנאים החדשים יכול להביא בכל מקרה את ההתקשרות לידי סיום. עמד על כך בית הדין בעניין [בנק לאומי](#) בצינו כי:

"... אם הספק 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" (פסקה 379 לפסק הדין).

לפיכך מתן זכות לספק לשנות באופן חד צדדי את תנאי ההתקשרות אינו מהווה, במקרה הרגיל, פגיעה של ממש בלקוח בנסיבות אלה. ההגבלה המרכזית המוטלת במצב דברים זה על זכות הספק לשנות את תנאי החוזה היא מתן התראה מספקת ללקוח על שינוי תנאי ההתקשרות, באופן שיאפשר לו להחליט אם ההתקשרות בתנאים החדשים רצויה לו.

לעומת זאת, כאשר הספק מחויב משפטית או מעשית להמשיך את ההתקשרות בתנאים הנוכחיים, או כאשר קיימת מניעה משפטית או מעשית ללקוח להשתחרר מהחוזה לאחר שינוי תנאיו, הרי שמתן זכות חד צדדית לספק להביא לשינוי תנאי ההתקשרות עלולה לפגוע באופן בלתי הוגן בזכויות הלקוח. בעניין **בנק לאומי** העיר בית הדין כי:

"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. במקרים אחרים הבנק עשוי להיות מנוע מלשנות את תנאי ההתקשרות במקום ששינוי כזה עלול לפגוע בזכויות מוקנות של הלקוח" (פסקה 379 לפסק הדין).

בעניין **איתוראן** ציין בית הדין כי:

"האפשרות הניתנת ללקוח להפסיק את החוזה אינה שוללת את הקיפוח הכרוך בזכות ששומר לעצמו הספק להעלות את המחיר, במקום שהפסקת החוזה על-ידי הלקוח אינה מעשית" (פסקה 99 לפסק הדין).

המסקנה המתבקשת היא שקיים יחס הפוך בין מידת הפיקוח של בית הדין לבין החירות שנשמרה לצדדים להשתחרר מההסכם. כאשר לשני הצדדים חופש פרישה רחב, הפיקוח השיפוטי יהיה מצומצם; כאשר חופש הפרישה של אחד הצדדים (הספק לפני שינוי התנאים והלקוח לאחר שינויים) מוגבל, הפיקוח השיפוטי יהיה משמעותי.

ב. **מידת השליטה של הספק על הנסיבות המביאות לשינוי המחיר** – סעיף 4(4) **לחוק החוזים** האחידים מבחין בין עדכון הנובע מגורמים שבשליטת הספק לעדכון הנובע מגורמים שאינם בשליטת הספק. מטבע הדברים, החשש כי התניה היא מקפחת רב יותר כאשר העדכון מצוי בשליטת הספק, אם כי יש צורך בפיקוח מתון גם במקרה בו השינוי הוא על פי מדד אובייקטיבי. בעניין שח"ל ציין ביה"ד בעניין זה את הדברים הבאים:

"כאשר הגורמים לשינוי המחיר מצויים בשליטת הספק, ככלל, אין להתיר שינוי במחיר לאחר כריתת החוזה. שכן, הספק יכול להתחשב בגורמים אלו עוד קודם לקביעת המחיר. עם זאת, כאמור, בחוזים מתמשכים דוגמת ההסכם שלפנינו, ייתכן ויהיה מקום לאפשר לספק לעדכן את מחירו גם בשל גורמים התלויים בו. במקרה כזה, שומה עלינו להיזהר בבחינת זכותו של הספק ולאזנה במידת האפשר על ידי מתן זכות ללקוח להשתחרר מהחוזה באופן מעשי ועל ידי קביעת מנגנון עדכון מחירים אובייקטיבי. ... גם הוראה המעניקה לספק זכות בלתי מוגבלת לשנות את המחיר עקב שינויים שאינם בשליטתו עלולה להיות מקפחת. הוראה מסוג זה, מעבירה את מלוא הסיכון ללקוח, ויש בה משום יתרון בלתי הוגן לספק העלול להביא לידי קיפוח. לא די בעצם העובדה שהשינוי אינו תלוי בספק כדי להצדיק את הטלת מלוא ההפרש במחיר על הלקוח. כדי להסיר את הקיפוח, על הספק לציין בחוזה את הגורמים לשינוי שאינם בשליטתו ואת המנגנון לשינוי המחיר. כמו כן יש ליתן ללקוח אפשרות לבטל את ההתקשרות במידה והספק יממש את זכותו להעלות את המחיר, וכך לאזן את זכותו של הספק לשנות את המחיר. ודוק; גם במקרה זה יש לבחון אם האפשרות לבטל את החוזה היא מעשית בנסיבות העניין, שכן אחרת אין היא מהווה איזון הולם. בנוסף, יש לחתור לכך שמנגנון עדכון המחיר יהיה מנגנון אובייקטיבי ככל הניתן" (פסקה 42 לפסק הדין).

76. סירוב הבנק להתחשב במבחנים שהוצבו בפסיקה הופך את ההכרעה במקרה שבפנינו לקלה. ההסכם בו עסקינן הוא אומנם הסכם ארוך טווח, אולם יכולת ההשתחררות ממנו, הן מצד הבנק והן מצד הלווה מוגבלת מאד. זאת ועוד, מידת

הפיקוח החיצוני על גובה העמלות הבנקאיות איננו מאפשר לראות בהן נתון הנקבע על ידי גורם חיצוני. לאחרונה הוציא אומנם נגיד בנק ישראל את [כללי הבנקאות](#) (שירות ללקוח) (עמלות), תשס"ח-2008 (להלן: "כללי העמלות"), וזאת מכוח הסמכות שהוענקה לו בשנת 2007 בסעיף 9ט. [לחוק הבנקאות \(שירות ללקוח\)](#), התשמ"א – 1981 (להלן: "חוק הבנקאות (שירות ללקוח)"). התוספת השלישית לכללי העמלות קובעת את סוגי העמלות שניתן להטיל על "לקוחות המקבלים מהתאגיד הבנקאי שירות של הלוואה לדיור", אולם, גובהן של עמלות אלה נקבע במרבית המקרים על ידי הבנק ואיננו נתון כלל לפיקוח. רק במיעוט המקרים מצוי שיעור העמלה בפיקוח בהתאם לסעיפים 9יא-9יז. [לחוק הבנקאות \(שירות ללקוח\)](#), באופן המאפשר לראות במנגנון הפיקוח משום מנגנון תמחור שאינו תלוי בעיקרו בספק. במצב דברים זה, סעיף המקנה זכות לבנק "לפי שיקול דעתו הבלעדי, לשנות התשלומים הנלווים בכל זמן שהוא", הוא באופן מובהק תנאי מקפח, שיש לבטלו.

77. לאור קביעותינו אלה אנו מורים על שינוי נוסח סעיף 8 לחוזה כדלהלן:

"בנוסף להלוואה, לריבית להפרשי ההצמדה עליהן ולכל יתר התשלומים שעל הלווה לשלם לבנק על-פי הסכם זה, מתחייב הלווה לשלם לבנק את הסכומים המפורטים בטופס התשלומים הנלווים עליו יחתום הלקוח במועד החתימה על הסכם זה (להלן: "התשלומים הנלווים" ו"טופס התשלומים הנלווים" בהתאמה).

גובה התשלומים הנלווים יהיה כנקוב בטופס התשלומים הנלווים, למעט אם מדובר בעמלה המשולמת בגין שירות בר פיקוח, כהגדרת מונח זה [בחוק הבנקאות \(שירות ללקוח\)](#), תשמ"א – 1981, שאז יגבה הבנק את סכום העמלה המאושר בעת מתן השירות."

סעיף 10 – פעולות הלווה

סעיף 10(א) - הגבלת זכויות הלווה בנכס הממושכן

78. הפסקה הראשונה של סעיף 10(א) אוסרת על הלווה לעשות דיספוזיציה כלשהי בנכס הממושכן, אלא אם יקבל את הסכמת הבנק בכתב ומראש. הפסקה השנייה של סעיף 10(א) מחייבת את הלווה להתגורר בנכס הממושכן ולהשתמש בו למטרת מגורים בלבד, כל עוד לא פרע את כל חובותיו לבנק, אלא אם קיבל את הסכמת הבנק מראש ובכתב.

79. במסגרת הבקשה העלה המפקח טענות כנגד שני חלקי הסעיף. לגבי חלקו הראשון של הסעיף, המפקח טען כי לשונו של הסעיף גורפת מדי ("לא לעשות פעולה כל שהיא בנכס"), ועל כן יש בו כדי להעניק לבנק הגנת יתר, שאיננה נחוצה לשם שמירה על האינטרסים הלגיטימיים של הבנק, ובכך יש משום קיפוח של הלווה. המפקח הוסיף וטען כי ההגבלה הרחבה שבסעיף היא גורפת מדי גם במובן זה שהיא נעשית ללא הבחנה וללא קשר ליתרת ההלוואה הבלתי מסולקת (כך, למשל, אם שוויו של הנכס הממושכן עולה בהרבה על יתרת החוב, ראוי לאפשר ללווה למשכנו במשכנתא שנייה. והשוו לסעיף 19א להוראה 451). המפקח טען גם כי ההגבלה על השכרה קצרה של הנכס איננה חיונית לשם הגנה על האינטרסים הלגיטימיים של הבנק, שכן פגיעתה האפשרית בערכו של הנכס כבטוחה היא מזערית, אך מנגד הגבלה כזו עלולה לפגוע בצרכים ובאינטרסים בסיסיים של הלווה. המפקח טען עוד כנגד העובדה שניסוחו של הסעיף יוצר מצג כלפי הלווה כאילו שיקול דעתו של הבנק לגבי מתן האישור לעריכת דיספוזיציה בנכס הוא שיקול דעת מוחלט ובלתי מסויג, דבר העלול להביא לקיפוח הלווה. המפקח סבר כי ראוי לקבוע בסעיף הגבלה מפורשת על שיקול דעתו של הבנק, על ידי כך שייכתב שהבנק לא יסרב סירוב בלתי סביר לבקשה של הלווה בענין זה. לגבי חלקו השני של סעיף 10(א), המפקח סבר כי יש בו משום פגיעה בלתי מידתית בחירותו של הלווה ובזכות הבעלות שלו בנכס הממושכן.

80. מטרתו של סעיף 10(א) לחוזה היא להותיר את הנכס, המשמש כבטוחה העיקרית להלוואה, נקי מכל זכות של צד שלישי, אשר עלולה לפגוע בזכויות הבנק או להקשות על הליכי המימוש במקרה שבו הלווה אינו עומד בהתחייבויותיו. דומה כי אין חולק על כך שמטרה זו היא הכרחית וחיונית לשם הבטחת זכויותיו של הבנק והאינטרסים הבסיסיים שלו בעסקת ההלוואה. עם זאת, האמצעים להגשמתה של מטרה חיונית זו צריך שיהיו מידתיים, במובן זה שלא תינתן לבנק הגנת יתר, שאינה הכרחית לשם שמירה על האינטרסים הלגיטימיים שלו, ואשר תקנה לו יתרון בלתי הוגן על חשבון פגיעה באינטרסים בסיסיים ובזכויות יסוד של הלווה.

81. בנושא זה השכילו הצדדים להגיע להבנות הבאות: הצדדים הסכימו כי הפסקה השנייה של סעיף 10(א) תימחק לגמרי וכי הפסקה הראשונה תשונה (ראו סעיפים 13-14 למסמך ההסכמות השני) ותנוסח באופן הבא:

"הלווה מתחייב לא לשעבד, לא למשכן, לא למכור, לא להשכיר את הנכס בשכירות מוגנת ו/או לתקופת שכירות שתעלה על שנתיים ו/או להסכים לתשלום דמי שכירות בשיעור הנמוך מתנאי השוק ו/או לתקופה העולה על חצי שנה מראש, לא להחכיר, לא להעביר את הנכס, לא למסור ו/או להעביר החזקה בנכס,

לא לעשות פעולה כל שהיא בנכס ולא להעניק לשום אדם או גוף שהוא זכות כל שהיא בנכס, שיש בה (בפעולה או בזכות) כדי לפגוע בזכויות הבנק על פי הסכם זה, אלא אם יקבל הסכמת הבנק על כך בכתב ומראש. הבנק לא יסרב סירוב בלתי סביר לבקשת לווה למתן הסכמה כאמור."

82. אנו סבורים כי, מבחינה מהותית, יש בהסכמות אליהן הגיעו הצדדים האיזון הראוי בין שמירה על האינטרסים החיוניים של הבנק, לבין מניעתה של פגיעה בלתי נחוצה בלווה, אשר עלולה הייתה לקפח את זכויותיו. ראשית, הסעיף המתוקן מסייג את שיקול דעתו של הבנק ומונע ממנו לסרב סירוב בלתי סביר לבקשת הלווה. שנית, הסעיף מאפשר ללווה להשכיר את הנכס לתקופה קצרה (בסייגים, אשר נועדו להגן על זכויותיו של הבנק ועל אינטרסים חיוניים שלו), ושלישית ההגבלה הרחבה על ביצוע "כל פעולה" בנכס או הענקת "זכות כל שהיא בנכס" סוייגה רק לגבי עשיית פעולות או הענקת זכויות שיש בהן כדי לפגוע בזכויות הבנק על פי ההסכם.

83. עם זאת, נראה לנו שיש קושי מסויים בניסוח הסעיף, אשר עלול לגרום לקושי בפרשנותו, ואולי, כתוצאה מכך, אף לקיפוח אפשרי של הלווה. הקושי הוא בכך שבעוד שחלקו הראשון של הסעיף מתיר השכרה של הנכס לתקופה שאינה עולה על שנתיים, הרי בהמשך הסעיף חל איסור גורף על העברת החזקה בנכס. כידוע, רכיב החזקה הוא חלק מרכזי בעסקת שכירות (ראו הגדרת שכירות בסעיף 3 [לחוק המקרקעין](#) ובסעיף 1 [לחוק השכירות והשאלה](#)). אין לנו ספק כי כוונת הצדדים הייתה שהאיסור על העברת החזקה כפוף להיתר שניתן לגבי השכרה של עד שנתיים, אך כוונה זו איננה ברורה מספיק בנוסח המוצע. לכן אנו קובעים כי יש לשנות מעט את הנוסח המוסכם (מבלי שיהיה בכך כדי לשנות באופן מהותי מהסכמות הצדדים).

84. לאור האמור, ובשים לב להסכמת הצדדים על מחיקת הפסקה השנייה של סעיף 10(א), נוסחו החדש של סעיף 10(א) יהיה כדלקמן:

"הלווה מתחייב לא לשעבד, לא למשכן, לא למכור, לא להשכיר, לא להחכיר, לא להעביר את הנכס, לא למסור ו/או להעביר החזקה בנכס, לא לעשות פעולה כל שהיא בנכס ולא להעניק לשום אדם או גוף שהוא זכות כל שהיא בנכס, שיש בה (בפעולה או בזכות) כדי לפגוע בזכויות הבנק על פי הסכם זה, אלא אם יקבל הסכמת הבנק על כך בכתב ומראש. הבנק לא יסרב סירוב בלתי סביר לבקשת

לווה למתן הסכמה כאמור. על אף האמור לעיל, רשאי השוכר להשכיר את הנכס בשכירות שאיננה מוגנת לתקופת שכירות שלא תעלה על שנתיים, ובלבד שדמי השכירות לא יהיו נמוכים מתנאי השוק ולא ישולמו ללווה לתקופה העולה על חצי שנה מראש".

סעיף 10(ב) - חיוב הלווה להודיע לבנק על נזק או ליקוי בנכס

85. בסעיף זה מתחייב הלווה לבצע את הפעולות הדרושות לשם החזקתו של הנכס במצב תקין, וכן להודיע לבנק מיד ובכתב בכל מקרה של נזק או ליקוי בנכס. עיקר המחלוקת מתייחסת לדרישה כי הלווה יודיע לבנק על כל נזק שהוא, ללא הבחנה בין נזק זניח למהותי, וכן לחיובו של הלווה להודיע לבנק באופן מיידי ובכתב על כל נזק כאמור.

86. חיוב הלווה להודיע אודות כל נזק שהוא מעורר שני קשיים. הקושי הראשון הוא היעדר ההבחנה בין נזק מהותי לבין נזק זניח. הקושי השני נובע מכך שזכותו של הבנק ביחס לנכס נגזרת מהיותו בטוחה להחזר הלוואה, ומכאן שהאינטרס הלגיטימי של הבנק הוא שמירה על ערך הבטוחה לצורך החזר היתרה הבלתי מסולקת של הלוואה. לכאורה מצב דברים בו ערך הנכס פחת בשל נזק או ליקוי, אך ערכו עדיין עולה על שווי היתרה הבלתי מסולקת, אינו פוגע בזכויותיו של הבנק. די בכך שמימושו של הנכס, אף במצבו הנוכחי, יאפשר את פירעון הלוואה.

87. סעיף 4(6) [לחוק החוזים](#) האחידים קובע חזקה לפיה, תנאי המגביל זכות העומדת ללקוח על פי דין, או המתנה אותה בדרישה בלתי סבירה אחרת, הוא תנאי מקפח. חיובו של הלווה במתן הודעה לבנק בגין כל ליקוי שהוא בנכס, קטן ככל שיהיה, איננו מעשי ומטיל נטל בלתי סביר על הלווה. ההנחה היא כי גם הבנק איננו מעוניין במימושה בפועל של חובת ההודעה בגין כל נזק כלשונה. כך, לדוגמא, מובן כי קיים הבדל משמעותי בין קריסת תקרת הנכס, אשר לגביה יהיה לבנק עניין רב, לבין מרצפת שנשברה, שלה אין כל חשיבות מבחינת עניינו של הבנק בנכס. לכן, ניסוח גורף, המחייב את הלווה להודיע לבנק אודות כל נזק, הוא בלתי סביר, מערים על הלווה קשיים שלא לצורך וככזה הוא מקפח.

88. המפקח הציע למתן את חובת ההודעה כך, שהלווה יחויב במתן הודעה רק בגין "נזק מהותי העלול להשפיע על ערך הבטוחה ביחס ליתרתה הבלתי מסולקת של הלוואה". הבנק התנגד לקריטריון האמור והסביר, כי ישנם מקרים בהם לא קיים יחס ישר בין שווי הנכס לאחר הליקוי לבין יתרת הלוואה. היעדר תחזוקה

נאותה עלול להוביל לקשיים משמעותיים בהליכי המימוש, גם כאשר שוויו של הנכס לא נפגע באופן מהותי. בנוסף קיים קושי ביישום מעשי של הקריטריון שהציע המפקח, מכיוון שלווה ממוצע אינו מסוגל להעריך את גובה ירידת ערך הנכס כתוצאה מהנזק, והאם בגין הנזק פחת שווי הנכס אל מתחת ליתרה הבלתי מסולקת של ההלוואה, ועל כן הוא לא ידע מתי הוא חייב לתת הודעה לבנק ומתי הוא פטור ממתן הודעה כאמור.

89. במחלוקת שנפלה בין הצדדים, אנו סבורים כי הדין הוא עם המפקח. נוסחו הנוכחי של הסעיף אינו מבחין בין נזק מהותי לבין נזק פעוט, ובכך הוא מקנה לבנק הגנה עודפת, מעבר לאינטרס הלגיטימי שלו בנכס, שהוא, כאמור, בגובה היתרה הבלתי מסולקת של ההלוואה. בהתייחסו לסעיף 10(ב) לא הציע הבנק חלופה מעשית לניסוח הסעיף, אשר תוביל להסרת הקיפוח. עם זאת, בהתייחסו לסעיף 10(ג) הסכים הבנק כי הלקוח יחויב רק בתיקונם של נזקים "העלולים להשפיע על ערך הנכס כבטוחה". נראה לנו כי הצעה זו מתאימה גם לסעיף 10(ב), והיא מאזנת נכונה בין האינטרסים של הצדדים. אמנם היא מעוררת קושי מעשי, אך מדובר בחלוקת סיכונים זהה לזו המתקיימת בפועל גם לפי הנוסח הנוכחי של הסעיף. בשני המקרים נושא הלקוח בנטל זיהוי הליקוי ואבחון מן הליקויים השוליים, שביחס אליהם אין הבנק ערוך או מעוניין בקבלת דיווח.

90. טענה נוספת שהעלה המפקח מתייחסת לדרישת הדיווח בכתב דווקא. דרישתו של הבנק כי הלווה יודיעו בכתב אודות כל נזק מהותי בנכס נובעת מטעמי נוחות וודאות משפטית. הקושי במתן תוקף לדרישת הכתב, שהיא לכאורה דרישה רצויה לשני הצדדים, נעוץ בכך שהיא עלולה לחסום טענות צודקות רק משום אי קיום דרישה צורנית. כך למשל, בנסיבות שלפנינו עלולה דרישת הכתב להביא לדחיית טענותיו של לקוח, כי הודיע אודות נזק כלשהו לבנק בעל-פה, או כי פנה בעל-פה לנציג הבנק לצורך קבלת חוות דעתו בדבר הצורך בהודעה בכתב ומידת הפירוט הכרוכה בה, ואותו נציג מסר לו הערכה, לפיה אין צורך בדיווח ובמשלוח הודעה בכתב בנסיבות העניין. במצב כזה, אם יתברר לאחר מכן כי היה מדובר בנזק מהותי, בגינו היה על הלווה ליתן הודעה בכתב, עלול הלווה להימצא מפר את החוזה שבין הצדדים, על אף תום ליבו, וזאת בשל אי עמידתו בדרישת הכתב. דרישת הכתב היא בעייתית במיוחד לאור העובדה כי ביחסי בנק – לקוח מקובל להסכים, לאורך תקופת החוזה, על עניינים שונים גם בעל-פה, הן בשיחה עם נציג הבנק בסניף והן באמצעות טלפון (לוסטהווי ושפניץ, [חוזים אחידים](#) (1994) 251 (להלן: "לוסטהווי ושפניץ")).

91. דרישתו של הבנק כי הלווה יודיעו בכתב אודות כל נזק מהותי בנכס, איננה מחויבת על-פי דין. אף מבחינה מהותית אין הודעת הלווה מחייבת כתב. הבנק עצמו הסביר כי טעמיו הם ראייתיים בעיקרם, דהיינו: נוחות וודאות. דרישת כתב במצב כזה היא גורפת, ומונעת מהלווה להוכיח את אשר סוכם בעל-פה, וזאת על אף שברגיל יכולים היו הצדדים להגיע להסכמות בעל-פה (וזאת בהתאם לסעיף 23 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973). על כן אנו סבורים, כי הקביעה לפיה הודעת הלווה אודות נזק מהותי מחייבת כתב דווקא, היא מקפחת ודינה להתבטל.
92. יוער, כי הבנק יכול להתגבר על אי הוודאות שתגרם עם ביטולה של דרישת הכתב, באמצעות אימוץ נהלי עבודה פנימיים, המחייבים את פקידי הבנק לבצע תרשומות של שיחות טלפון שנערכו עם הלווים, לרבות רישום מועד הפניה, זהות הפונה ותמצית השיחה. קביעת נהלים פנימיים ופיקוח על קיומם נמצאים בשליטת הבנק, ועשויים לסייע לו להדוף טענות בדבר הודעה בעל-פה מצד לקוחות.
93. באשר לדרישה כי הלווה יודיע מיד אודות הנזק, הסכים הבנק למתן את הסעיף, כך שייקבע כי הודעת הלווה תימסר תוך זמן סביר מהמועד בו נודע ללווה אודות הנזק או הליקוי (סיכומי הבנק, פסקה 237).
94. בהתאם לכל האמור לעיל, ישונה נוסח סעיף 10(ב) להסכם באופן הבא:
"הלווה מצהיר כי הנכס במצב תקין. כן מתחייב הלווה להחזיק את הנכס במצב תקין ולהכניס בו מפעם לפעם התיקונים הדרושים להחזקתו התקינה והראויה לשימוש. בכל מקרה של נזק מהותי או ליקוי מהותי בנכס, העלול להשפיע על ערכו של הנכס כבטוחה, מתחייב הלווה להודיע על כך לבנק תוך זמן סביר".

סעיף 10(ג) - חיוב הלווה לתקן ליקויים בנכס

95. סעיף זה מאפשר לבנק לתקן כל ליקוי בנכס - לפי ראות עיניו - במקום הלווה ועל חשבונו "אם הלווה לא יבצע את התיקונים הדרושים בנכס תוך 7 ימים מיום קרות הנזק". במקרה שהתיקונים נערכו על ידי הבנק, מתחייב הלווה להשיב לבנק - על פי דרישתו - את כל ההוצאות שהיו לבנק בקשר לתיקונים, בתוספת הפרשי הצמדה וריבית בשיעור שייקבע על ידי הבנק.
96. המפקח טען כנגד חיובו של הלווה לתקן כל פגם. כמו כן טען המפקח, כי יש לקבוע כי על הלווה חלה החובה לתקן רק ליקויים מהותיים, העלולים להשפיע על ערך

הבטוחה ביחס ליתרתה הבלתי מסולקת של ההלוואה. הבנק הסכים, כאמור, לשנות את הסעיף כך שהלווה יחוב בתיקון נזקים וליקויים, העלולים להשפיע על ערך הנכס כבטוחה, והסכמה זו היא ראויה. כן הסכים הבנק כי פרק הזמן שיוקצה לתיקון הנזק על ידי הלווה יהיה פרק זמן סביר מיום קרות הנזק או הליקוי בהתחשב בסוג או באופי הנזק או הליקוי. לבסוף, הסכים הבנק לשנות את אופן הוספת הריבית לסכום שיוציא הבנק לשם תיקון נזק כאמור במקום הלווה, כך שכל סכום כאמור ישא ריבית והצמדה כחוק.

97. לאור האמור, ישונה סעיף 10(ג) באופן שנוסחו החדש יהיה זה (ראו מסמך ההסכמות השני, סעיפים 17-18):

"אם הלווה לא יבצע את התיקונים הדרושים בנכס בתוך זמן סביר מיום קרות הנזק או הליקוי בהתחשב בסוג ובאופי הנזק או הליקוי, הרשות בידי הבנק לבצע התיקונים לפי ראות עיניו, ועל חשבון הלווה, ובלבד שמדובר בנזק או ליקוי מהותיים בנכס, העלולים להשפיע על ערך הנכס כבטוחה. הלווה מתחייב להחזיר לבנק מיידי על פי דרישתו של הבנק, את כל ההוצאות שהיו או שיהיו לבנק בקשר לתיקונים כאמור לעיל בתוספת ריבית חוקית והפרשי הצמדה מיום שהוצאו הסכומים על ידי הבנק ועד להחזרתם המלאה בפועל על ידי הלווה".

סעיף 11 - חיוב הלווה בתשלום חיובים שונים המוטלים על הנכס או בגינו

98. הסעיף משית על הלווה את המיסים, ההיטלים, תשלומי החובה, דמי החכירה וכל התשלומים האחרים החלים מזמן לזמן על הנכס או על הלווה - על כתפי הלווה, ומחייב את הלווה להמציא לבנק - עם דרישתו - את כל הקבלות והאישורים הקשורים בתשלומים אלה.

המפקח הסכים, כי העיקרון העומד בבסיסו של סעיף זה, לפיו הלווה חב בתשלום כל התשלומים החלים על הנכס או בגינו, הוא עיקרון ראוי, אשר נועד לשרת את האינטרס הכלכלי הלגיטימי של הבנק לקיומה של בטוחה בת ערך בעת מימוש. עם זאת, כך טען המפקח, הסעיף מנוסח באופן הכולל גם את התשלומים החלים על הלווה - להבדיל מתשלומים החלים על הנכס - כאשר ביחס לתשלומים אלו אין כל חשש לפגיעה בערך הנכס כבטוחה של הבנק. הבנק הסכים מצידו לסייג את הסעיף כך שיחול רק בהתייחס לתשלומים החלים על הנכס או על הלווה בגין הנכס.

99. בהתאם להסכמת הצדדים (מסמך ההסכמות השני, סעיפים 19-20), יתוקן סעיף 11 וינוסח באופן הבא:

"הלווה מתחייב לשלם במועדם את כל הסכומים והתשלומים הכרוכים ברכישת הנכס, וכן את כל המיסים, ההיטלים, כל תשלומי החובה, הארנונות לסוגיהם, את דמי החכירה וכל התשלומים האחרים החלים מזמן לזמן על הנכס או על הלווה בגין הנכס. הלווה מאשר ומצהיר בזה כי שילם את התשלומים כאמור החלים עד ליום חתימת הסכם זה. על הלווה להמציא לבנק מיד עם דרישתו הראשונה את כל הקבלות והאישורים הקשורים בתשלומים אלה".

סעיף 12 – משכנתא ומשכון

100. סעיף זה קובע את ההוראות המרכזיות לעניין משכון הנכס של הלווה לטובת הבנק. הסעיף קובע מגוון הסדרים, אשר רק כנגד מיעוטם הועלתה על ידי המפקח הטענה כי המדובר בתניות מקפחות. נסקור טענות אלה כסדר העלאתן על ידי המפקח, ואחר כך נתייחס לסוגיה נוספת הנוגעת לסעיף זה, אשר אליה התייחסו הצדדים בעקבות שאלות שהועלו ביוזמת בית הדין.

סעיף 12 רישא ו- 12(ד)(4) - מימוש הבטוחה בגין הפרת הסכם הלוואה אחר

101. סעיף 12 רישא קובע כי המטרה לשמה משועבדות לטובת הבנק הזכויות בנכס הנרכש, היא הבטחת קיומו של הסכם הלוואה וכן "כל הסכם אחר שנעשה ו/או יעשה בין הלווה לבנק". דהיינו: הסעיף מקנה לבנק זכות לממש את הנכס גם בגין הפרת הסכמים אחרים שבין הבנק ללווה. עניין זה נזכר גם בסעיף 12(ד)(4).

הוסכם על הצדדים (מסמך ההסכמות השני, סעיפים 21-24), כי סעיף 12 רישא ישונו באופן שכאשר מדובר בפירעון של חוב הנובע מחוזה אחר, הבנק יוכל להיפרע מהנכס המשועבד רק אם מדובר בחוב "שלגביו סוכס עם הלווה כי יובטח באמצעות הנכס".

102. הסכמת הצדדים בעניין זה מקובלת עלינו, בכפוף להבהרה שהסכמת הלקוח לשעבד את הנכס גם לטובת ההסכם האחר צריכה להיות בכתב. מן האמור לעיל עולה כי נוסח סעיף 12 רישא יהיה כדלקמן:

"להבטחת סילוקם המלא והמדויק של כל הסכומים שהלווה חייב או יהיה חייב לבנק בהתאם לתנאי הסכם זה או על פי כל הסכם אחר לגביו סוכס עם הלווה

במסמך בכתב כי יובטח באמצעות הנכס (להלן: "הסכומים"), ולהבטחת מילוי מלא ומדויק של תנאי הסכם זה או תנאי כל הסכם אחר לגביו סוכם עם הלווה במסמך בכתב כי יובטח באמצעות הנכס..."

בהתאמה, נוסחו של סעיף 12(ד)(4) יהיה כדלקמן:

"הלווה מסכים בזה כי בכל מקרה בו יפר תנאי יסודי מתנאי הסכם זה או מתנאי כל הסכם אחר שלגביו סוכם עם הלווה במסמך בכתב כי יובטח באמצעות הנכס, כאמור ברישא של סעיף זה, או קרה או יקרה אחד..."

סעיפים 12(ב) ו- 12(ד)(1) - שיקול דעתו של הבנק בקביעת תנאי המשכנתה

103. סעיפים אלה, מקנים לבנק שיקול דעת בלעדי בקביעת תנאי משכנתה, בנוסף על התנאים הנהוגים בבנק בעת רישום המשכנתה. דומה כי אין צורך להכביר מילים על כך, כי סעיף המקנה לבנק באופן גורף כוח לקבוע תנאים חדשים, על פי שיקול דעתו הבלעדי של הבנק, הוא בגדר תנאי מקפח.

לאור זאת, הוסכם בין הצדדים (מסמך ההסכמות הראשון, עמ' 2), כי מסעיף 12(ב) יימחקו המילים: "וכן תנאים נוספים שהבנק יקבע על פי שיקול דעתו הבלעדי". להסכמה זו ניתן בזאת תוקף.

104. המחלוקת נותרה בנוגע לסעיף 12(ד)(1), הקובע כי על הלווה לרשום לטובת הבנק משכנתה בדרגה ראשונה "בנוסח ובתנאים ובמועדים כפי שידרשו על ידי הבנק". השאלה שמתעוררת היא, האם רשאי הבנק לקבוע בשטר המשכנתה תנאים שונים ואף סותרים את תנאי חוזה ההלוואה.

חיובו של הלווה בגדרו של ההסכם לחתום בעתיד על שטר משכנתה, שתנאיו אינם ידועים, ואף אין מניעה לכאורה שלא יעלו בקנה אחד עם הוראות ההסכם, מאפשר לבנק לשנות את תנאי הבטוחה באמצעות מסמך מאוחר, הוא שטר המשכנתה, בלא שלווה יש את היכולת להתנגד או למחות על כך. תנאי כזה מקים חזקות קיפוח הן לפי סעיף 4(2) לחוק, שכן הוא מקנה לבנק את היכולת "לשנות את חיוביו המהותיים לפי החוזה", והן לפי סעיף 4(4) לחוק, מפני שהוא מאפשר לבנק "לקבוע או לשנות, על דעתו בלבד, ולאחר כריתת החוזה, מחיר או חיובים מהותיים אחרים המוטלים על הלקוח".

105. הבנק ניסה לסתור את חזקות הקיפוח בטוענו, כי ישנם מקרים בהם חולף זמן רב בין מועד חתימת ההסכם ומתן ההלוואה לבין מועד רישום המשכנתה בלשכת רישום המקרקעין. במהלך תקופה זו יכול להשתנות הדין וכן יכולות להיווצר נסיבות חדשות, אשר שטר המשכנתה אמור לשקפן.

אנו סבורים כי טענות אלה אינן משכנעות. מסגרת העל של זכויות וחובות הצדדים מעוגנת בחוזה ההלוואה ותנאי שטר המשכנתה כפופים לו. אנו סבורים כי לא ניתן להסכים לכך שלבנק תוקנה הזכות לשנות, בגדרם של תנאי שטר המשכנתה, את תנאי חוזה ההלוואה (השוו: ע"א 4134/97 מרכז כלל נ' בנימיני, תק-על 2003(3) 1656 (2003)). מצב דברים בו מתעורר צורך לשנות את תנאי שטר המשכנתה, בשל גורמים שאינם בשליטת הבנק, כדוגמת שינוי הדין החל ביחס לרישום משכנתה, איננו נופל כמובן בגדרן של חזקות הקיפוח האמורות לעיל. המפקח ציין, כי אין לו התנגדות לכך שתנאים בשטר המשכנתה ישונו כפועל יוצא משינוי הדין.

106. אנו קובעים על כן, כי לשם הסרת הקיפוח, יש לצרף כנספח לחוזה את שטר המשכנתה הנוהג בעת החתימה על החוזה ולציין כי הבנק יהיה רשאי לשנות, להוסיף או לגרוע מן התנאים המנויים בו, אך ורק בהתאם לשינויים שחלו בדין בין מועד החתימה על החוזה למועד רישום המשכנתה. לפיכך ינוסח המשפט הראשון בסעיף 12(ב) באופן הבא: "שטר המשכנתה האמור בסעיף א' לעיל יצורף כנספח להסכם זה והבנק לא יהיה רשאי לשנות, להוסיף או לגרוע מתנאיו, אלא אם הדבר הכרחי לצורך התאמתו לדין הנוהג בעת רישום המשכנתה. הלווה מסכים ומצהיר...".

באופן דומה, במקום המשפט בסעיף 12(ד)(1) "בנוסח ובתנאים במועדים כפי שידרשו על-ידי הבנק", ייכתב: "בנוסח ובתנאים ובמועדים המנויים בשטר המשכנתה המצורף כנספח להסכם זה, או כפי שינויים של תנאים אלה לצורך התאמתם לדין הנוהג בעת רישום המשכנתה, או להמציא התחייבות...".

סעיף 12(ד)(4) - זכותו של הבנק להעביר לפקודתו את זכויות הלווה בנכס במקרה של הפרת הסכם ההלוואה על ידי הלווה

107. הסעיף קובע כי במקרה בו הופר תנאי יסודי בהסכם ההלוואה על ידי הלווה או במקרה בו הועמדה ההלוואה לפירעון מיידי, רשאי הבנק לבטל בשמו של הלווה את החוזה לרכישת הנכס הממושכן (שנכרת בין הלווה כקונה לבין מוכר הנכס), "להעביר לזכות הבנק ו/או לפקודתו את כל זכויות הלווה בנכס", וכן לגבות בשם

הלווה את כל הכספים והזכויות המגיעים לו מהמוכר בגין הנכס (הכוונה היא, למעשה, לזכות ההשבה העומדת לטובת הלווה-הקונה בעקבות ביטול חוזה הרכישה).

לטענת המפקח, סעיף זה מתנה על הוראות סעיף 90 [לחוק המקרקעין](#), תשכ"ט-1969 וסעיף 18 [לחוק המשכון](#), תשכ"ז-1967 (להלן: "חוק המשכון"), הקובעים כי מימוש משכנתה יהיה על פי פסק דין של בית משפט או על פי צו של ראש ההוצאה לפועל (צ"ל כיום רשם ההוצאה לפועל), וברגיל יעשה בדרך של מימוש נכס שהוטל עליו עיקול בהוצאה לפועל של פסק דין. סעיף 16(ב) [לחוק המשכון](#) אוסר על התנאה על דרכי המימוש כל עוד לא הגיע המועד לקיום החיוב. לשיטת המפקח, מכיוון שסעיף 12(ד)(4) מאפשר לבנק לממש את המשכנתא בדרך של "עזרה עצמית", הרי שהוא מתנה על דרך המימוש הקבועה בחוק, ועל כן הוא נופל בגדרה של חזקת הקיפוח המנויה בסעיף 4(6) לחוק.

הבנק הסביר כי סעיף 12(ד) כולו עוסק במצב בו הנכס טרם נרשם על שמו של הלווה בלשכת רישום המקרקעין, ועל כן ס"ק (4) עוסק במימוש משכון על זכויות חוזיות. הבנק מפנה לסעיף 20 [לחוק המשכון](#), הקובע כי מקום בו מושכנה זכות שיש לחייב כלפי אדם אחר, רשאי הנושה לממשה כשם שהחייב היה יכול לממשה, דהיינו; אין צורך בצו שיפוטי לצורך מימוש המשכון על זכויותיו החוזיות של הלווה בנכס, אשר לשם רכישתו נתן הבנק את ההלוואה ללווה. לשיטתו של הבנק, הוראת סעיף 12(ד)(4) היא למעשה יישום של הוראת סעיף 20 [לחוק המשכון](#), וככזו אין היא מקפחת.

108. כבר בפתח התייחסותנו לטענות הבנק נבקש להעיר כי קשה למצוא ביטוי ברור בנוסח של סעיף 12(ד) להסברי הבנק, לפיהם הסעיף עוסק אך ורק במצב בו הנכס טרם נרשם על שמו של הלווה בלשכת רישום המקרקעין. על מנת להסיר אי בהירות זו יש צורך בקביעה ברורה של עניין זה כבר בפתח של סעיף 12(ד) להסכם, בדרך שתפורט בהמשך.

ומכאן לגופו של הטיעון: הכלל הבסיסי הינו כי מימוש המשכון יהיה על פי צו של רשות (בית משפט או רשם ההוצאה לפועל). בכך ניתן ביטוי למדיניות החקיקה, אשר איננה רואה בעין יפה מימוש עצמי על ידי הנושה, העשוי לפגוע בשלום הציבור. עם זאת, [חוק המשכון](#) מכיר במספר חריגים, בהם ניתן לממש משכון שלא באמצעות צו של בית משפט או רשם ההוצאה לפועל. אחד החריגים מאפשר מימוש עצמי במשכון שהוא זכות (סעיף 17(4) [לחוק המשכון](#)), המפנה לסעיף 20

לחוק המשכון). מכוחו של סעיף 20 [לחוק המשכון](#) מוקנה לבעל משכון על זכות (הבנק בעניינינו) הכוח לממש את הזכות שמושכנה כשם שהחייב (הלווה) היה יכול לממשה.

בע"א 4294/97 [אובזילר נ' בנק דיסקונט בע"מ, פ"ד נו\(2\) 389 \(2001\)](#) (להלן: "עניין [אובזילר](#)"), קבע הנשיא ברק, בדעת רוב, כי: "כשם שבעל הזכות רשאי לנהוג בזכותו מנהג בעלים, כך גם בעל המשכון רשאי לנהוג בזכות המצויה בבעלותו (מכוח סעיף 20 [לחוק המשכון](#)) מנהג בעלים. כך, למשל, רשאי בעל המשכון להמחות את הזכות אם בדרך מכירה, אם בדרך מתנה ואם בדרך אחרת. כל זאת רשאי הוא לעשות בלא צו בית-המשפט ובלא צו של ראש ההוצאה לפועל". השופט אנגלרד סבר, בדעת מיעוט, כי גישתו של הנשיא ברק מובילה למצב אבסורדי, מפני שעולה ממנה כי טובה זכותו של בעל משכון על זכות לרישום מקרקעין, מזו של בעל משכנתא על מקרקעין, שהרי הראשון רשאי להמחות את הזכות לקבלת המקרקעין לעצמו ולרשמה על שמו בעוד שעל השני לנקוט בהליכי הוצאה לפועל על מנת לממש את זכותו והוא כפוף להם.

הלכת [אובזילר](#) התייחסה למקרה של מימוש חשבון ניירות ערך הנסחרים בבורסה על ידי הבנק בו מתנהל החשבון. מצב הדברים הקונקרטי בו עסקה ההלכה הוסדר על ידי המחוקק בתיקון תשס"ה [לחוק המשכון](#), על דרך של הרחבת סעיף 17(3) לחוק המשכון, כך שיאפשר גם מימוש משכון על "ניירות ערך", כהגדרתם בסעיף זה, על ידי "גוף מוסדי", ובנקים בכלל זה. תיקון זה מייתר את הלכת [אובזילר](#) ביחס לקבוצת המקרים בה עסקה, ולאורו מתעוררת השאלה האם ההלכה בעינה עומדת ביחס למצבים שלא נדונו באותו מקרה.

ניתוח ביקורתי של הלכת [אובזילר](#) ניתן למצוא אצל נינה זלצמן ועופר גרוסקופף "מימוש עצמי של משכון על זכות אובליגטורית – בעקבות ע"א 4294/97 [אובזילר נ' בנק דיסקונט בע"מ](#)" **משפטים** ל"ג (3) 655 (2003)). לשיטתם יש לפרש את סעיף 20 לחוק המשכון כמקנה לבעל המשכון יפוי כוח מוגבל לפעול למימוש הזכות שמושכנה מול החייב על פיה, ולא כיפוי כוח מלא המאפשר אף ביצוע עסקאות (דיספוזיציות) בזכות. משמעות הדברים היא שבעל משכון לא יכול לממש זכות שמושכנה על דרך של נטילתה לעצמו או מכירתה לצד שלישי. בסיכום מאמרם מציעים הכותבים, כי כל עוד לא בוטלה הלכת [אובזילר](#), היא תוגבל "לנסיבות המקרה הקונקרטי שנדון באותו עניין, כלומר: למקרה של מימוש משכון על ניירות ערך הכלולים בתיק ההשקעות של הלקוח-הממשכן ושאותו מנהל הבנק, בעל המשכון", ולא תופעל ביחס למקרים אחרים, אשר בהם שיקולי המדיניות המיוחדים המצדיקים את מתן האפשרות למימוש עצמי במקרה מיוחד זה לא

מתקיימים (שם, בע' 692). עמדה זו עולה בקנה אחד עם תיקון החוק הנזכר לעיל (שנעשה לאחר פירסום המאמר האמור), המאשרר את אפשרות המימוש העצמי רק בנגזרת צרה של מקרים, החופפת, במידה רבה, לנסיבות שנידונו בעניין **אובזילר**. גישה זו ביחס להיקף תחולתה הראוי של הלכת **אובזילר**, מקובלת עלינו. לאורה אין ספק כי חלק מהסמכויות שנוטל הבנק לעצמו בסעיף 12(ד)(4) מהוות התניה פסולה על הוראות כופות של חוק המשכון (ראו סעיף 16(ב) לחוק המשכון הקובע כי "אין הצדדים רשאים להתנות על דרכי המימוש לפי חוק זה כל עוד לא הגיע המועד לקיום החיוב").

109. לדעתנו, סעיף 12(ד)(4) להסכם כורך איפוא יחדיו פעולות שהבנק רשאי לעשות מכוח סעיף 20 לחוק המשכון (כגון גביית כספים המגיעים ללווה מהמוכר במקרה של ביטול ההסכמים. השוו [ע"א 357/00 יהושע נ' בוכהולט, פ"ד נו"ד \(4\) 529 \(2003\)](#)) עם פעולות שהבנק איננו רשאי לעשותן מכוח הוראה זו. עם זאת, לאור חוסר הבהירות בעניין זה, ומאחר ופעולות אותן רשאי הבנק לבצע על פי סעיף 20 לחוק המשכון מותרות לבנק גם ללא הוראה מפורשת בהסכם, לא ראינו צורך לנסח מחדש את ההוראה באופן שיתאימה למסגרת שמתיר החוק. חלף זאת אנו מורים כי סעיף 12(ד)(4) ינוסח תוך הפניה לסעיף 20 לחוק המשכון, בדרך עליה נורה להלן.

110. לאור האמור לעיל אנו מורים כי בחוזה יבוצעו השינויים הבאים :

א. המילים "אם הנכס טרם נרשם על שמו של הלווה בלשכת רישום המקרקעין ו/או טרם הועברו זכויותיו של הלווה בנכס על שמו בכל המקומות הדרושים" יועברו מסעיף 12(ד)(1) לרישא של סעיף 12(ד) ולאחריהן יתווספו המילים "יחולו ההוראות הבאות:".

ב. בסעיף 12(ד)(4) במקום הניסוח "יהיה הבנק רשאי לבטל בשמו של הלווה ... בגין הנכס ו/או ההסכמים ו/או ביטולם" יאמר: "יהיה הבנק רשאי לפעול למימוש זכויות הלווה שמושכנו לטובתו, בהתאם לאמור בסעיף 20 לחוק המשכון, התשכ"ז – 1967"

סעיף 12(ד)(5) - חיובו של הלקוח לחתום על ייפוי כוח בלתי חוזר לטובת הבנק

111. בסעיף זה מתחייב הלווה לחתום על ייפוי כוח בלתי חוזר לטובת הבנק, בכדי לרשום את הנכס על שם הלווה, לרשום משכנתה על הנכס לזכות הבנק וכן "לעשות כל פעולה אחרת כאמור בהסכם זה". הסיפא של הסעיף קובעת, כי "הלווה

והערבים פוטרים את הבנק מראש מכל אחריות במקרה ולא תעשה פעולה כל שהיא על פי יפוי הכוח או שלא תעשה בזמן או במקום הנכון".

112. המחלוקת בין הצדדים נגעה בשתי שאלות: האחת, מתייחסת ליפוי כוחו של הבנק לביצוע "כל פעולה אחרת כאמור בהסכם", תחת הגבלתו לביצוע הפעולות הדרושות לצורך רישום המשכנתה; והשנייה, באשר לפטור שניתן לבנק מאחריות בגין מעשיו ומחדליו על פי יפוי הכח.

113. ביחס לעניין השני, קרי: שאלת הפטור מאחריות של הבנק, הגיעו הצדדים להסכמה (מסמך ההסכמות השני, סעיפים 25-26), לפיה בסיפא של הסעיף יתווספו המילים הבאות: **"...ובלבד שהבנק לא יהא פטור מאחריות במקרה בו נהג ברשלנות"**. הסכמה זו מקובלת עלינו ואנו נותנים לה תוקף.

בנוגע לעניין הראשון, הצדדים לא הצליחו להגיע להסכמה ואנו נדרשים להכריע בו. יפוי הכח הוא חלק מהחווה האחיד. הבנק זקוק ליפוי הכח מהלווה כדי לרשום את הנכס על שם הלווה ולרשום משכנתה על הנכס לזכות הבנק, ללא תלות ברצונו הטוב של הלווה ובמידת שיתוף הפעולה מצידו. את יפוי הכח ואת מידת הקיפוח בהוראותיו יש לבחון על-פי דיני השליחות. הגישה המקובלת היא שאין לאפשר לספק לנכס יפוי כח עם הרשאה גורפת, ויש לצמצמו רק לאותן הפעולות הנדרשות לצורך ביצוע נושא השליחות (ראו: [ע"א 449/85 היועץ המשפטי לממשלה נ' גד, פ"ד מג\(1\) 183, 210-211 \(1989\); לוסטהוויז ושפניץ, 345](#)). לשם הבטחת זכויות הבנק נדרש יפוי כח לביצוען של כל הפעולות הנדרשות לצורך רישום הנכס על שם הלווה וכן לצורך רישום המשכנתה. הבנק הסביר, כי רישום המשכנתה מותנה בפעולות נלוות נוספות, לרבות תשלום חובות הרובצים על הנכס, השגת אישורים מרשויות המס השונות הדרושים לצורך ביצוע הרישום, חתימת חוזה חכירה, קידום הליכי הסדר במקרקעין או איחוד וחלוקה של מקרקעין, תיקון רישומים בלשכת רישום המקרקעין, טיפול בהשגת צו רישום בפנקס הבתים המשותפים, הסרת עיקולים וכיו"ב. הצדדים אינם חולקים על כך, שכל עוד ביצוע הפעולות הנלוות דרוש לשם רישום הנכס על שם הלווה ולרישום המשכנתה, אין הדבר מעורר קושי. הבעייתיות היא בניסוח הגורף המייפה את כוחו של הבנק לבצע כל פעולה כאמור בהסכם.

בנוסף, אנו רואים קושי בכך שנוסח הסעיף מחייב את הלווה לחתום על יפוי כוח בלתי חוזר "בהתאם לנוסח שיקבע על ידי הבנק". יפוי הכוח עליו נדרש הלווה

לחתום הוא הרי מסמך אחיד, שאין כל מניעה לצרפו לחוזה. שמירת הכוח בידי הבנק לקבוע את נוסח יפוי הכוח בשלב מאוחר למעמד החתימה היא על כן לא רק מקפחת (ראו סעיף 44) [לחוק החוזים האתידיים](#), כי אם גם מיותרת.

114. בהתאם לאמור לעיל, ועל מנת לא להגביל את יפוי הכוח הניתן מהלווה לבנק באופן אשר יסכל את יכולתו לרשום את הנכס על שם הלווה ולרשום משכנתה לזכותו של הבנק, אנו קובעים כי יש להחליף בסעיף 12(ד)5 את המילים "ו/או לעשות כל פעולה אחרת כאמור בהסכם זה" במילים "ו/או לעשות כל פעולה הנחוצה באופן סביר לשם כך". בנוסף אנו מורים כי במקום המילים "בהתאם לנוסח שיקבע על ידי הבנק" יאמר "בהתאם לנוסח המצורף להסכם זה".

סעיפים 12(ב) ו- 12(ד)3 – ויתור על הזכות לסידור חלוף

115. מעבר למחלוקות שהתגלו בין הצדדים, ביקשנו ביוזמתנו מהצדדים (בדיון שהתקיים בתאריך 28.11.2007) להתייחס גם לסוגיה נוספת הנוגעת לסעיפים 12(ב) ו- 12(ד)3 לחוזה, העוסקים בויתור מצד הלווה על זכויות דייר מוגן לפי סעיף 33 [לחוק הגנת הדייר](#) (נוסח משולב), תשל"ב – 1972 (להלן: "חוק הגנת הדייר") וויתור על זכות לסידור חלוף ולהגנת חייב חקלאי לפי סעיפים 38 ו- 39 [לחוק ההוצאה לפועל](#), תשכ"ז – 1967 (להלן: "חוק ההוצאה לפועל").

השאלה אשר לגביה ביקשנו את התייחסות הצדדים, הייתה ממוקדת וצרה, אם כי השלכותיה רחבות וחשובות. עניינה באותו חלק בסעיפי הויתור במסגרתו מתחייב הלווה שלא לדרוש כי יועמד לרשות בני משפחתו סידור חלוף על פי סעיף 38 [לחוק ההוצאה לפועל](#). התייחסות אותה ביקשנו נוגעת לשאלה אם הלווה יכול לוותר לא רק על זכותו לסידור חלוף, אלא גם על זכות בני משפחתו, ובמיוחד ילדיו הקטינים, לסידור חלוף.

116. הבנק הגיש ביום 30.12.2007 התייחסות מפורטת, בה טען כי החייב רשאי לוותר על זכויות בני משפחתו לדרוש כי יועמד לטובתם דיור חלוף וכי אין בדרישה לויתור מסוג זה משום תנאי מקפת. המפקח, בהודעה שהוגשה ב- 1.1.2008, הצטרף לעמדת הבנק בעניין זה. כפי שהבהרנו בפסקאות 23 – 31 לעיל, הסכמת הצדדים אינה מחייבת את בית הדין, ואינה פוטרת אותנו מהצורך לבחון האם אכן אין בדרישת הויתור האמור משום תנאי מקפת בחוזה אחיד.

117. בעודנו שוקדים על כתיבת פסק דין זה, קיבלה הכנסת, ביום 4.11.2008, את [חוק ההוצאה לפועל](#) (תיקון מס' 29), התשס"ט – 2008 (להלן: "תיקון 29 לחוק ההוצאה לפועל"), אשר פורסם בספר החוקים ב- 16.11.08. תיקון 29 לחוק ההוצאה לפועל כולל, בין השאר, שינויים משמעותיים מאד בנוגע להסדר הדיור החלוף שבסעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל. שינויים אלה, אשר יחולו ביחס להסכמי משכון ומשכנתא שיכרתו לאחר כניסת תיקון החוק לתוקף – קרי לאחר ה- 16.5.09 (ראו סעיף 55א) לתיקון 29 לחוק ההוצאה לפועל) – בוודאי יביאו לעדכון ההסכמים עליהם מחתים הבנק את לקוחותיו. בהנחה שהשינויים שיוכנסו יתאמו את ההסדר שקבע המחוקק, ממילא לא יהיה מקום להתערבותנו (ראו סעיף 23א(2) לחוק החוזים [האחדים](#)).

עם זאת, על פי הוראות המעבר שבסעיף 56ד) לתיקון 29 לחוק ההוצאה לפועל "הוראות סעיף 38ג) לחוק העיקרי, כנוסחו בסעיף 21 לחוק זה יחולו רק על הסכמי משכנתה ועל הסכמי משכון שנכרתו מיום התחילה ואילך; ואולם לענין הסכמי משכון או הסכמי משכנתה שנכרתו לפני יום התחילה, יקראו את סעיף 38ג) כנוסחו ערב יום התחילה כאילו בסופו נאמר "לענין סעיף זה, לא יראו כאילו פורש בשטר המשכנתה או בהסכם המשכון שהחייב לא יהיה מוגן לפי סעיף זה אם הוכח לרשם ההוצאה לפועל, כי לא הובהרה לחייב זכותו לדיור חלוף ומשמעות הוויתור עליה". לאור הוראה זו, ובשים לב לכך שלהחלטתנו תהיה השלכה גם על חוזים שנכרתו טרם כניסתו לתוקף של תיקון 29 לחוק ההוצאה לפועל (ראו פסקאות 35 – 39 לעיל), החלטנו, לאחר ששמענו את טיעוני הבנק בענין זה, כי לא נוכל להימנע מלחוות את דעתנו בסוגיה חשובה זו. החלטתנו, כפי שתפורט להלן, מתייחסת איפוא לכל החוזים שנכרתו לפני ה- 16.5.09 ולנוסחו של חוק ההוצאה לפועל כפי שהוא חל ביחס לחוזים שנכרתו לפני כניסתו לתוקף של תיקון 29 לחוק ההוצאה לפועל (להלן: "חוק ההוצאה לפועל (לפני כניסת תיקון 29 לתוקף)").

ההסדרים המגנים על זכותו של אדם למדור במקרה של מימוש משכנתא

118. על חשיבותו הייחודית של נושא הדיור במציאות הישראלית, ועל השלכות שיש לחשיבות מיוחדת זו על היקף הפיקוח השיפוטי בהקשר זה, עמד השופט שמגר בדבריו בענין [ע"א 148/77 רוט נ' ישופה \(בניה\) בע"מ, פ"ד לג\(1\) 617, 624 \(1979\)](#):

"הבעלות על מקום מגורים וההתקשרות החוזית בקשר אליו הפכה אצלנו לנושא חברתי וכלכלי ראשון במעלה, החורג בהשפעתו ובמשמעותו מתחום יחסי המסחר כפשוטם. אך נדוש יהיה אם נחזור

ונזכיר בהקשר זה כי עניין רכישת הבעלות בדירה אינו אלא היבט אחד של נושא מורכב יותר - הוא נושא הדיור - אשר אין להפריז בחומרת השלכותיו החברתיות ובפרט של הקשיים הנולדים עקב הפערים בין ההיצע והביקוש ועוד יותר מכך, עקב הפערים בין הרצוי והדרוש לבין המצוי ובר השגה. אך מובן כי למימדים המיוחדים של הנושא ולחיוניותו השלכה ישירה על היקף הפיקוח החקיקתי הדרוש ואף במידה לא פחותה על מידת הפיקוח השיפוטי המתחייבת ועל הצורך למדוד את התופעה באמות מידה מיוחדות, המבטאות כראוי את האינטרס הציבורי הטמון בנושא שלפנינו ושאינו ישימות דווקא ביחסי מסחר כפשוטם."

דברים אלה (שהובעו אומנם בדעת יחיד, אולם ספק אם ימצא מי שיחלוק על נכונותם כיום) צריכים לשמש נר לרגלנו בבואנו לדון בהוראות החוק המגנות על מקום מגוריו של אדם במקרה של מימוש משכון או משכנתא, ובחוקיות הדרישה כי אותו אדם יוותר, בשמו ובשם בני משפחתו, על הגנות אלה.

119. החקיקה הישראלית קובעת שני הסדרי חוק המקנים לאדם הגנה מפני סילוקו מדירת מגוריו במסגרת הליכי מימוש משכנתא. נעמוד בקצרה על כל אחד מההסדרים הללו, ועל ההבדלים המרכזיים ביניהם:

ההסדר הראשון, הקבוע בסעיף 33(א) [לחוק הגנת הדייר](#), מורה כי אדם שהחזיק בנכס מכוח זכות קניינית של בעלות או חכירה לדורות (לרבות כשותף בבעלות או בזכות החכירה לדורות), ואבדה לו זכותו הקניינית בנכס מחמת מכירה כפויה (בין אם בהליכי מימוש בהוצאה לפועל ובין אם בהליכי פירוק שיתוף) יזכה למעמד של דייר מוגן בנכס. סוג הנכסים החוסים תחת הסדר זה הוא רחב. החוק מתייחס לכל נכס שהחזיק בידי בעליו או החוכר לדורות ולא דווקא לדירת מגורים. מהותו של הסדר זה היא רכושית. היא מבטיחה כי אובדן הקניין של המחזיק בנכס לא יהיה מוחלט, אלא תשתייר בידי המחזיק זכות להמשיך ולהשתמש בנכס כדייר מוגן. היקפה של ההגנה הניתנת לחייב מכוחה הוא רחב: "סעיף 33 [לחוק הגנת הדייר](#) מגן על בית המגורים של החייב גם אם הוא עולה בערכו עשרות מונים על דיור סביר, וגם אם ... מושא המשכנתה הוא דירת פאר" (ע"א 9136/02 [מיסטר מאני ישראל בע"מ נ' ריז, פ"ד נח\(3\) 934, 952 \(2004\)](#) (להלן: "עניין מיסטר מאני"). הגישה הפרשנית המקובלת לסעיף 33 [לחוק הגנת הדייר](#) היא שההגנה שהוא מקנה רחבה יתר על המידה, ועל כן את ההוראה "יש לפרש בצמצום ובדווקנות" (שם,

שם. כן ראו ע"א 1679/01 משכן בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ נ' שפייזמן, פ"ד נ(2) 145 (2003) (להלן: "עניין שפייזמן"); מרים בן פורת "הגנת החוק על קורת גגו של בעל נכס" ספר יצחק כהן (בעריכת מנחם אלון ואח'), תשמ"ט (336). המחשה מובהקת לגישה זו ניתן למצוא בע"א 3295/94 עו"ד פרמינגר, הנאמן על נכסי מור נ' מור, פ"ד נ(5) 111 (1997) (להלן: "הלכת מור") בו נקבע, ברוב דעות, כי יש להחיל את סעיף 33 לחוק הגנת הדייר רק במקרה של מימוש משכנתא (קרי, כשזכות הלווה בנכס נרשמה במרשם המקרקעין), ולא כאשר מדובר במימוש משכון על זכות אובליגטורית (קרי, כשזכות הלווה בנכס טרם נרשמה במרשם המקרקעין) (עוד ראו בעניין זה רע"א 1152/05 בנק לאומי למשכנתאות בע"מ נ' פלוני (מצוי במאגר "נבו", ניתן ב- 14.11.2005) (להלן: "רע"א 1152/05 בנק לאומי").

ההסדר השני, הקבוע בסעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל, מורה כי כאשר רשם ההוצאה לפועל (בעבר, ראש ההוצאה לפועל) מורה על פינוי החייב ובני משפחתו מבית המגורים של החייב במסגרת מכירה בהליכי עיקול (סעיף 38(א) לחוק ההוצאה לפועל) או במסגרת הליכי ביצוע משכנתא או מימוש משכון (סעיף 38(ג) לחוק ההוצאה לפועל) מחובתו לוודא "שיהיה לחייב ולבני משפחתו הגרים עמו מקום מגורים סביר, או שהועמד לרשותם סידור חלופי". הוראה זו מקבילה לסעיף 86א. לפקודת פשיטת רגל, היוצר מאז 1983 הסדר דומה בנוגע לפינוי פושט רגל, ובני משפחתו הגרים עמו, מביתם במסגרת הליכי פשיטת רגל. סוג הנכסים המוגנים במסגרת הסדר זה הוא צר. הוא חל על בית המגורים של החייב בלבד. מהותו של הסדר זה היא מנהלית-דיונית. היא מחייבת את הרשות המנהלית הרלוואנטית (רשם ההוצאה לפועל במקרה של סעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל) לבצע בדיקה מקדמית בטרם הפעלת סמכותו הסטטוטורית להביא למכירה כפויה של בית המגורים. היקף ההגנה שמקנה סעיף זה הוא מתוחם ומדוד: ההגנה מוגבלת להבטחת מקום מגורים ברמה מינימאלית לחייב ולבני משפחתו. הגישה הפרשנית המקובלת היא ש"את ההוראה בחוק ההוצאה לפועל יש לפרש, ככל הניתן, בהרחבה", שכן "פירוש מרחיב זה מגשים את האינטרס החברתי-הכלכלי לאפשר לחייב לשקם עצמו" (עניין מיסטר מאני, בע' 952). כידוע, הסדר זה חל הן במקרה של מימוש משכנתא והן במקרה של מימוש משכון, עניין שהובהר מפורשות בתיקון שהוכנס בחוק בשנת 1992.

120. קיומם של הסדרים המקנים הגנה לחייב ולבני משפחתו מפני פינוי מקשה על הליכי המימוש של המשכון או המשכנתא, ומביא לכך שערכם הבטוחתי יפגע. התוצאה שעלולה לנבוע מכך, תוצאה שהבנק הדגיש וחזר והדגיש בסיכומיו, היא פגיעה אפשרית ביכולתם של רוכשי דירות לגייס אשראי. הטעם לכך פשוט: אם

במסגרת הליכי מימוש צפוי הבנק לקבל רק ערך מופחת בעבור הנכס, בין אם בשל העובדה שהנכס יימכר כנכס תפוס שבו מצוי דייר מוגן ובין אם בשל כך שהבנק יידרש להפריש סכום מסוים לטובת מציאת פיתרון דיור חלופי לחייב, הרי שרמת הסיכון שחשוף לו הבנק תגדל, ועובדה זו תשתקף במחיר שידרוש בעבור ההלוואה, קרי בשיעור הריבית. בסיכומיו מתריע הבנק כי הדבר אף עשוי ליצור "מחסומי כניסה" לקבלת הלוואות, כדברי באי כוחו: "עובדה זו תוביל בהכרח למציאות בה הלוואות משכנתא לא תינתנה לאותם לווים אשר מלכתחילה קיים לגביהם חשש גדול יותר (בעקבות בדיקת יכולותיהם הכלכליות), כי לא יעמדו בפירעון הלוואות המשכנתא". על רקע סיכון זה מתעוררת השאלה כיצד ראוי לאזן בין האינטרסים המתנגשים – בין הרצון לאפשר קיומו של שוק אשראי משוכלל, המאפשר ללווה ליהנות בהווה מיתרונות בעבורם יוכל לשלם רק בעתיד, לבין השאיפה החברתית להגן על מקום מגוריו של אדם ולמנוע את השלכתו לרחוב, כאשר אינו יכול לעמוד בתשלום חובותיו.

121. הפתרון שאימץ המחוקק לדילמה זו בהקשר להגנה שניתנה בסעיף 33 [לחוק הגנת הדייר](#) הוא מתן שיקול דעת לחייב לוותר מראש במסגרת שטר המשכנתא או הסכם המשכון על זכותו למעמד של דייר מוגן במקרה של מימוש המשכון או המשכנתא (ראו סעיף 33(ג)(2) לחוק הגנת הדייר). ויתור זה משמעו כי החייב מוותר על ההגנה שהקנה החוק לזכותו הקניינית, בדמות הסדר הדיירות המוגנת. ודוק, הגם שלוויתור זה השלכה על זכויות בני ביתו של החייב, הרי שמבחינה משפטית, החייב מוותר רק על הגנה רכושית שעמדה לו. שימושם של בני המשפחה בנכס לאחר המכירה היה מתאפשר רק כנגזרת של זכות הדיירות המוגנת שמקנה סעיף 33(א) [לחוק הגנת הדייר](#) לבעלים או לחוכר שנושל מחזקתו באופן כפוי, ולא מכוח מעמד משפטי עצמאי שחוק הגנת הדייר מקנה להם. הגישה שלחייב עומדת זכות ויתור בעניין זה משקפת איפוא תפיסות רכושיות-קנייניות מקובלות לפיהן בעל הרכוש הוא שרשאי לוותר עליו, ולבני משפחתו שנהנו מהרכוש (בהנחה שאין להם זכויות קנייניות או מעין קנייניות ברכוש) אין מעמד מיוחד המזכה אותם בהגנות כנגד ויתור שכזה. זאת ועוד, העובדה שהוויתור על הגנת סעיף 33 לחוק הגנת הדייר הפכה שכיחה, והביאה הלכה למעשה, להפיכתו לאות מתה בתחום המשכנתאות, תואמת את הגישה השיפוטית המצמצמת שאוזכרה לעיל (השוו עניין [שפייזמן](#)).

122. עיון [בחוק ההוצאה לפועל](#) (לפני כניסת תיקון 29 לתוקף) מלמד, לטענת הבנק (המקובלת כאמור גם על המפקח), כי גם בהקשר של ההגנה הקבועה בסעיף 38

לחוק ההוצאה לפועל אומץ פתרון מקביל, המקנה לחייב את שיקול הדעת המלא לוותר על הגנת החוק, הן ביחס לעצמו והן ביחס לבני משפחתו הגרים עימו. אין חולק כי תיקון 29 [לחוק ההוצאה לפועל](#) משנה תמונה זו ביחס להסכמי משכון ומשכנתא שיכרתו לאחר מועד כניסתו לתוקף (קרי, לאחר ה- 16.5.2009). ביחס להסכמים אלה לא יוכל החייב לוותר על הסידור החלוף המינימאלי הקבוע בחלופה (4) שבסעיף 21 לתיקון 29 [לחוק ההוצאה לפועל](#), לא ביחס לעצמו ובוודאי שלא ביחס לבני ביתו. דיוננו, עם זאת, מתמקד בהסכמים שנכרתו לפני כניסת תיקון זה לתוקף (ראו פסקה 117 לעיל). לפיכך, לא נוכל לצאת מנקודת ההנחה שרשת ביטחון מינימאלית זו שיצר המחוקק בתיקון 29 [לחוק ההוצאה לפועל](#) תעמוד לרשות החייב ולרשות בני ביתו.

אכן, בנוסח של סעיף 38 [לחוק ההוצאה לפועל](#) (לפני כניסת תיקון 29 לתוקף) ניתן למצוא לכאורה תמיכה בפרשנות שטען לה הבנק. סעיף 38(ג) המרחיב את חובתו של רשם ההוצאה לפועל לבדוק אם לחייב ולבני משפחתו מקום מגורים סביר, מנוסח באופן השולל כליל את תחולת סעיף 38(א) לחוק מקום בו "פורש בשטר המשכנתא או בהסכם משכון שהחייב לא יהיה מוגן לפי סעיף זה". כל שדורש הסעיף, ואף זאת רק לאור תיקון שהוכנס בו בסעיף 56(ד) לתיקון 29 [לחוק ההוצאה לפועל](#), הוא שלא יוכח לרשם ההוצאה לפועל "כי לא הובהרה לחייב זכותו לדיור חלוף ומשמעות הוויתור עליה". מכאן משתמעת, לכאורה, המסקנה כי לחייב ניתנה גם שליטה מלאה על זכותם של בני משפחתו הגרים עימו כי לא יפוננו מהנכס מבלי שהוכח, להנחת דעתו של רשם ההוצאה לפועל, שיש להם חלופת מגורים סבירה. תמיכה בגישת הבנק ניתן למצוא גם בשני פסקי דין של השופט דוד בר אופיר: [בר"ע \(מחוזי ת"א\) 302/93 דוד נ' בנק הפועלים בע"מ](#) (ניתן ב- 29.1.1993) [בר"ע \(מחוזי ת"א\) 1688/03 אלה נ' בנק לאומי למשכנתאות בע"מ](#) (ניתן ב- 12.6.2003), בהם הוא מציג גישה אחידה לשני הסדרי ההגנה שיצר המחוקק לממשכן, ומבהיר כי בשניהם "ויתור זה מצידו של הממשכן (החייב) על ההגנות הללו בדירה הממושכנת, מקרין גם על זכויות בני משפחתו שמתגוררים עמו בדירה ומחייב גם אותם. אין לילדי החייב מעמד מיוחד בהחזקת הדירה, ושהותם בה היא מכוחו של החייב...".

123. הגישה לפיה ראוי לפרש את סעיף 38(ג) [לחוק ההוצאה לפועל](#) (לפני כניסת תיקון 29 לתוקף) באופן הנותן לחייב שליטה מלאה על ההגנה שמעניק סעיף 38(א) לחוק לבני ביתו איננה מקובלת עלינו. לשיטתנו אין לחייב יכולת לוותר על ההגנה הדיונית-מנהלית שמעניק החוק אלא בשם עצמו. יתר על כן, גם אם נניח לצורך הדיון כי עומדת לחייב הזכות לוותר על ההגנה הדיונית בשם בני משפחתו, הרי

שאנו סבורים כי דרישה לויתור כזה, ככל שהוא מתייחס לילדים קטינים, נוגדת את תקנת הציבור ומהווה תנאי מקפח בחוזה אחיד, באשר היא מציבה את החייב בפני ניגוד אינטרסים בין חובת הנאמנות שהוא חב לילדיו הקטינים לבין האינטרס האישי שלו בקבלת ההלוואה מהבנק. להלן נבקש להבהיר את נימוקינו, תחילה לגישה לפיה אין לפרש את סעיף 38(ג) [לחוק ההוצאה לפועל](#) באופן הנותן לחייב את הכוח המשפטי לוותר על זכויות בני משפחתו, ואחר כך לקביעתנו כי אף אם עומד לו כוח כזה הרי שהוראת סעיפים 12(ב) ו-12(ד)(3) לחוזה, במסגרתם הוא מוותר על זכויותיהם של ילדיו הקטינים באופן גורף, היא בגדר תניה מקפחת בחוזה אחיד.

האם לחייב הכוח המשפטי לוותר על תחולת ההגנה שבסעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל (לפני כניסת תיקון 29 לתוקף) ביחס לבני משפחתו?

124. למרות שבית המשפט העליון נדרש מספר פעמים לפרשנותו של סעיף 38 לחוק [ההוצאה לפועל](#) (לפני כניסת תיקון 29 לתוקף), השאלה בה עסקין לא נדונה בו, למיטב בדיקתנו, וממילא טרם הוכרעה. גם בתי המשפט המחוזיים לא עסקו בסוגיה זו בצורה ממשית. לעיל איזכרנו את שני פסקי הדין של השופט בר-אופיר אליהם הפנה הבנק בסיכומיו, אולם בשני המקרים נכרך יחדיו הדיון בויתור על ההגנה הרכושית שמקנה סעיף 33 לחוק הגנת הדייר עם הוויתור על ההגנה המנהלית שיוצר סעיף 38 לחוק [ההוצאה לפועל](#) (לפני כניסת תיקון 29 לתוקף), ומשום כך לא ניתן לייחס לאמירות המצויות בהם משקל משכנע. השאלה החשובה שבפנינו טרם הוכרעה, ואין לנו אלא לצלול למים עמוקים אלה, ולהביע עמדתנו לגביה.

125. סעיף 38 לחוק [ההוצאה לפועל](#), ובצידו סעיף 86א. [לפקודת פשיטת רגל](#), הם במהותם הוראות "סוציאליות ומושגות על השיקול האנושי של הבטחת קורת גג לחייב ולמשפחתו" (עניין פרמינגר, בע' 129). תכליתם של הסדרים אלה היא למצוא איזון ראוי בין התכליות הנוגדות שביסוד [חוק ההוצאה לפועל](#), "יצירת מנגנון יעיל ומהיר לגביית חובות", מזה, ו"מניעת קריסתם הכלכלית של חייבים והפיכתם לנטל על החברה" מזה; "ההגנה על קניינו של הנושה" מחד, "והשמירה על כבודו ועל חירותו של החייב" מאידך (עניין מיסטר מאני, בע' 941). באופן קונקרטי יותר סעיף 38 לחוק [ההוצאה לפועל](#) מאזן "בין הזכות לקניין והזכות למדור – בזירת המימוש של משכנתאות על דירת מגורים" (שם, בע' 943).

נוסחת האיזון שהציב המחוקק בסעיף 38 [לחוק ההוצאה לפועל](#) היא נוסחה גמישה. היא מותירה לרשם ההוצאה לפועל, ולבית המשפט היושב בערעור על החלטותיו, את האפשרות לעצב את האיזון החברתי הראוי שבין האינטרסים המתנגשים. דרך האיזון הראויה בין האינטרסים המתנגשים הללו חורגת כמובן מתחום סמכותנו. נסתפק בציון העובדה שקיימת מחלוקת פוסקים בעניין זה בין מצמצמים למרחיבים. ראו [רע"א 7700/95 נגולה נ' חזן, פ"ד נ\(1\) 338 \(1996\)](#) וכן [רע"א 11152/05 בנק לאומי](#). בהקשר בו עסקין חשוב להצביע על כך שנוסחת האיזון שאימץ המחוקק מבוססת על הקניית שיקול דעת למערכת השפיטה לבחון בכל מקרה נתון את היקף ההגנה הסוציאלית שראוי לתת לחייב ולבני ביתו. במילים אחרות, הפתרון שנראה ראוי בעיני המחוקק, באותם מקרים בהם החייב איננו זוכה למעמד של דייר מוגן, היה להקנות לרשם ההוצאה לפועל את הסמכות לפנות את החייב ומשפחתו מדירת מגוריהם, ולהטיל עליו, בצידה של סמכות זו, את החובה לוודא כי החייב ובני ביתו לא יושלכו לרחוב כתוצאה מהפעלת סמכות זו.

126. על רקע דברים אלה, ניתן היה לסבור כי הוראת סעיף 38 [לחוק ההוצאה לפועל](#) תהיה הוראה קוגנטית. זהו כמובן הדין ביחס להוראה המקבילה שבסעיף 86א. [לפקודת פשיטת רגל](#). אין חולק כי על הגנה זו לא רשאי פושט הרגל לוותר לא בשמו ובוודאי שלא בשם בני ביתו. אולם לא כך קבע המחוקק בסעיף 38 [לחוק ההוצאה לפועל](#) (לפני כניסת תיקון 29 לפועל). כמובהר לעיל, סעיף קטן (ג) סייג את תחולת ההגנה באותם מקרים בהם "פורש בשטר המשכנתה או בהסכם משכון שהחייב לא יהיה מוגן לפי סעיף זה". מצב דברים זה תואר ובוקר על ידי השופט ריבלין בפסק דינו המנחה בעניין **מיסטר מאני**. ואלה דבריו:

"המשמעות המתבקשת מקיומו של חריג הוויתור המפורש היא כי הגנת הסידור החלוף אינה הגנה קוגנטית. הצדדים רשאים להתנות על הגנה זו ביחסים ביניהם, ובלבד שהדבר "פורש בשטר המשכנתה". ניתן לתהות אם חריג הוויתור המפורש מקיים איזון חוקתי ראוי. שאלה זו כורכת עמה שיקולים מורכבים: מחד גיסא, הגנת הסידור החלוף אינה עוסקת במותרות. היא עוסקת במינימום. אם אין לחייב מקום מגורים סביר או סידור חלוף, המשמעות היא, בדרך-כלל, אחת: הוא ובני משפחתו ימצאו עצמם בלא קורת גג כשרק כיפת השמים לראשם. יש להניח כי לעתים אנשים הזקוקים להלוואה אינם מפנימים את מלוא הסיכון הטמון בויתור על הגנת הסידור החלוף, או שהם מוכנים לקחת סיכון זה מראש מתוך

תחושה של "אין ברירה". מאידך גיסא, ניצבת ההגנה על קניינו של המלווה ועל חופש החוזים, וכן ניצב החשש כי אם לא תימצא האפשרות להתנות על הגנת הסידור החלוף, תסוכל האפשרות לקבל הלוואות, בייחוד כאשר מדובר באנשים הזקוקים להן עד מאוד. אכן, ההגנה על קניינו של המלווה באה גם על-מנת שלא לנעול דלת בפני לווה. השאלה אפוא אינה פשוטה, אך אין לנו צורך להכריע בה, שהרי [חוק ההוצאה לפועל](#) (וכמוהו גם [חוק הגנת הדייר](#)) קדם לחוקי היסוד בדבר זכויות האדם, לפיכך תוקפו נשמר. " (שם, בע' 943)

השופט דורנר באותו פסק דין מבטאת את הדברים בצורה חריפה אף יותר. לגישה:

"...ההוראה בסעיף 38(א) [לחוק ההוצאה לפועל](#) הייתה צריכה להיות קוגנטית, אלא שחוק ההוצאה לפועל, שהתקבל כאמור בשנת 1967, לפני חקיקת [חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו](#), איפשר, בסעיף 38(ג) שבו, את ההתנאה עליה, ודינו של סעיף זה נשמר. וכך, למרבה הצער, השימוש באפשרות להתנות על הוראה זו הפכה במהרה לשיגרה; היא נוצלה בטופסי המשכנתה, המנוסחים על-ידי הבנקים ועל-ידי מלווים גדולים אחרים, וההוראה הפכה לאות מתה אף כי ברי שיש בהתניות אלו כדי לפגוע בכבוד האדם מעבר למידה הדרושה". (שם, בע' 953).

127. לדברים נכוחים אלה נבקש להוסיף שתי הערות:

ראשית, הפגם שבחריג הוויתור מעורר קושי מיוחד לאור העובדה שהפעלתו משמעה שרשות ציבורית (רשם ההוצאה לפועל) נדרשת לבצע פעולה העלולה לפגוע בזכות הפרט לקיום מינימאלי בכבוד ללא כל שיקול דעת (ראו, לעניין מעמדה החוקתי של זכות הקיום המינימאלי בכבוד, [בג"צ 5578/02 מנור נ' שר האוצר](#) (מצוי במאגר "נבו", ניתן ב- 9.9.2004); [בג"צ 336/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר](#) (מצוי במאגר "נבו", ניתן ב- 12.12.2005)). בדרך זו הופכת הרשות השלטונית לזרוע ביצוע של הנושה, תוך שהיא נדרשת להפעיל את הכוח המצוי בסמכותה בהתאם לשיקולי הנושה, ולא בהתאם לשיקולים המחייבים כל רשות ציבורית, ובראשם החובה לכבד את זכויות היסוד של הפרטים. טלו, למשל, מצב בו לרשם ההוצאה לפועל ברור כי פינוי חייב משמעו השלכתו לרחוב, באופן הנוגד את זכות לקיום מינימאלי בכבוד, שכן לא יהיה באפשרותו למצוא לעצמו מקום מגורים חלופי כלשהו. התוצאה הנוצרת לאור

חריג הוויתור היא, שרשם ההוצאה לפועל יידרש בכל זאת לבצע את הפינוי האמור, למרות שבכך הוא גורם באופן אקטיבי לפגיעה בזכות היסוד של הפרט. במילים אחרות, השלכותיה של סמכות הוויתור אינן מתמצות במערכות היחסים שבין הצדדים; מתן תוקף לויתור מביא לכך שרשות ציבורית עלולה לבצע פגיעה אקטיבית בזכות הפרט לקיום מינימאלי בכבוד. למותר לציין כי עם תוצאה זו קשה להשלים. למצער, בכל מקרה בו ניתן להימנע מתוצאה קשה זו באמצעות פרשנות, מן הראוי להעדיף את הפירוש המותיר לרשות הציבורית את שיקול הדעת להימנע מביצוע הפינוי, על פני הפרשנות המחייבת אותה לפעול בדרך הנוגדת את חובתה לכבד את ערכי כבוד האדם וחירותו.

שנית, במיוחד על רקע משבר הסב-פריים שהתרגש על שוק המשכנתאות האמריקאי ותוצאותיו הקשות, מן הראוי להטיל ספק בהנחת העבודה אותה הציג הבנק בסיכומיו לפיה קיומם של "מחסומי כניסה" לקבלת הלוואות היא בהכרח תופעה שלילית. מחקרים רבים הוכיחו כי לווים פוטנציאלים אינם נוהגים תמיד בצורה רציונלית, וכי לעיתים קרובות הם נוטלים אשראי שאין באפשרותם להחזיר. אם נוסיף לכך את השיווק האגרסיבי של אשראי באמצעי שיווק מתוחכמים, הרי שהסכנה לקיומו של כשל בצד הביקוש, היא מוחשית ביותר (ראו Ron Harris & Einat Albin "Bankruptcy Policy in Light of Manipulation -in Credit Advertising" 7 *Theo. Inq. L.* 431 (2006). אם עד למשבר הסב-פריים היו רבים שמיעטו בחשיבותם של כשלים אלה, וסברו כי נותני אשראי מוסדיים יפקחו באופן ראוי על שוק האשראי, הרי שבאה המציאות וטפחה על פני כולנו. לא לנו לעסוק בשאלה מהם הגורמים שהובילו למשבר המשכנתאות בשוק האמריקאי, אשר יתכן מאד שאינם מאפיינים את שוק המשכנתאות הישראלי. כל שביקשנו להעיר הוא, שתחזית הבנק לפיה מתן הגנה ללווים צפוי לגרום "למציאות בה הלוואות משכנתא לא תינתנה לאותם הלווים אשר מלכתחילה קיים לגביהם חשש גדול יותר (בעקבות בדיקת יכולותיהם הכלכליות) כי לא יעמדו בפירעון הלוואות המשכנתא" עשויה דווקא לתמוך בחיזוק ההגנות הללו, ולא להצדיק את החלשתן. במקרים רבים אדם הנוטל הלוואות משכנתא איננו בעל הידע והניסיון שיכול לאפשר לו להעריך את הסיכוי שלא יעמוד בפירעונה, ובמקרים רבים הוא סובל מ"אופטימיות יתר". הצטברותם של גורמים אלה עשויה להצדיק מידה מסוימת של פטרנליזם (השוו נינה זלצמן ועופר גרוסקופף "מימוש עצמי של משכון על זכות אובליגטורית" **משפטים** לג 655, 675-672 (תשס"ג)). התוצאה המעשית של פטרנליזם כזה היא, כטענת הבנק, יצירת "מחסומי כניסה" בפני אוכלוסיות חלשות, שאינן יכולות לעמוד בהחזר ההלוואה – אולם האם

תופעה זו פסולה או רצויה? על כך קשה לתת תשובה חד משמעית, וממילא אין הדבר יכול להוות גורם מנחה להכרעתנו.

128. על רקע האמור קל להבין את הגישה העקרונית שאימצו [בתי המשפט](#) לפרשנות חריג הוויתור. [ברע"א 1132/94 פ.י. א.פ. אי. איסטבלישמנט נ' רוזנר, פ"ד מט\(5\) 215 \(1996\)](#) ציין השופט טירקל כי חריג הוויתור הוא "היוצא מן הכלל, חריג שמותר להשתמש בו רק ביד קמוצה, בזהירות ובדקדקנות. לפיכך יש לפרש את סעיף 38(ג) סיפה, בדרך שתגשים את מכלול מטרותיו של סעיף 38, תוך איזון נאות בין המטרות". דברים אלה היו מקובלים אף על השופט ריבלין בעניין [מאני ישראל](#), אשר הוסיף עליהם כי "פרשנותו של חריג הוויתור המפורש צריך שתהיה "דווקנית" (שם, בע' 945).

129. גישה פרשנית דווקנית לסעיף 38(ג) [לחוק ההוצאה לפועל](#) (לפני כניסת תיקון 29 לתוקף) מחייבת לצמצם את כוח הוויתור שניתן לחייב, כך שההתניה תתייחס רק לחובה לבחון את נושא הסדור החלוף ביחס לחייב, ולא תשחרר את רשם ההוצאה לפועל מהחובה לבחון אם לבני משפחתו של החייב, ובמיוחד לבן או לבת זוגו ולילדיו הקטינים, יש מקום מגורים סביר. פרשנות מצמצמת זאת מאפשרת לפרש בשטר המשכנתא או בהסכם המשכון שהחייב לא יהיה מוגן בהליכי הפינוי, אך לא מאפשרת לפרש בו שאנשים התלויים בחייב לא יזכו להגנה שקובע החוק. במילים אחרות, היא מאפשרת לחייב לוותר על ההגנה שהחוק הקנה לו בשם עצמו, אך לא מאפשרת לו לוותר על הגנה זו בשם של אחרים. ודוק, לשונו של החוק סובלת, ואולי אף מבכרת, גם פרשנות אחרת. עם זאת, הלשון מתיישבת גם עם הפרשנות שאנו סבורים שיש לתת לסעיף, והתכלית הסוציאלית של החוק היא שמובילה להעדפת פרשנות זו.

130. הפרשנות לפיה הוויתור של החייב על הגנת סעיף 38 [לחוק ההוצאה לפועל](#) (לפני כניסת תיקון 29 לתוקף) הוא ויתור אישי, ולא ויתור בשם כל הזכאים להגנה מכוח הסעיף, תואם גם את הפרקטיקה הבנקאית המקובלת. בסיכומי הבהיר הבנק כי הנוהג הבנקאי המקובל הוא, שבמקרים בהם הדירה רשומה על שם אחד מבני הזוג בלבד, מוחתם בן הזוג האחר (זה שאינו רשום) על מסמך בו הוא מביע הסכמתו למישכון ומוותר על ההגנות שקובע החוק. נוהג בנקאי זה מלמד כי לבנקים ברור שקיים סיכון כי וויתור של החייב לבדו איננו מספק, ועל כן נדרש להחתים גם זכאים אחרים מכוח ההגנה (בהערת אגב נציין כי מן הסתם חשש זה מתייחס

בעיקר להגנת סעיף 38 [לחוק ההוצאה לפועל](#) (לפני כניסת תיקון 29 לתוקף), שכן הגנת סעיף 33 [לחוק הגנת הדייר](#) ממילא הופעלה לטובת בעלים רשום בלבד. ראו הלכת **מור** שנוכרה לעיל). נדגיש, כי אנו סבורים כי ויתור של בן משפחה על זכותו להגנה מכוח סעיף 38 [לחוק הגנת הדייר](#) (לפני כניסת תיקון 29 לתוקף) הוא ויתור תקף, באופן עקרוני והוא תופס כמו ויתור של הלווה עצמו. עם זאת, ויתור כזה, כמו ויתור מצד הלווה, הוא ויתור אישי, ואין בו כדי לגרוע מזכותו של בן משפחה שלא חתם על ויתור כאמור, כי רשם ההוצאה לפועל יבחן את התקיימות הגנת הסידור החלוף לגביו.

131. המסקנה המתבקשת היא שבני משפחה של החייב שלא חתמו על כתב ויתור כאמור זכאים להגנה שמעניק סעיף 38 [לחוק ההוצאה לפועל](#) (לפני כניסת תיקון 29 לתוקף), וזאת גם אם החייב ויתר על הדרישה לקיומה של בדיקה כזו לגביו. תוצאה זו רצויה היא במיוחד ככל שמדובר בילדיו הקטינים של החייב, באשר היא מאפשרת לרשם ההוצאה לפועל למנוע מצב בו ימצאו עצמם מחוסרי דיור רק מאחר והוריהם נטלו משכנתא שאין באפשרותם להחזיר. בהקשר זה נציין, בהערת אגב, כי גם חתימת החייב בשם של ילדיו הקטינים (מכוח סמכותו כאפוטרופוס) על ויתור כאמור, או אף חתימתם של הקטינים עצמם על ויתור כזה, לא יתפסו לדעתנו מבלי שיינתן לכך מראש אישורו של בית המשפט לענייני משפחה וזאת לאור העובדה שמדובר במצב של ניגוד עניינים פוטנציאלי, בין האינטרס העצמי של ההורה-הלווה בקבלת הלוואה, לבין האינטרס של הילדים הקטינים לשמירה על זכותם לדיור-חלוף. החשש לניגוד עניינים נובע, בין היתר, מכך שהחווה בו עסקינן איננו משמש בהכרח לנטילת הלוואה לשם רכישת דירת מגורים לחייב ולמשפחתו (הלוואה כזו עשויה להיחשב כמיטיבה, לכאורה, גם עם ילדיו הקטינים של החייב) אלא גם להלוואות עסקיות שנוטל החייב ושביגין הוא עשוי למשכן את דירת המגורים. בשל החשש לניגוד עניינים תחול, לדעתנו (במישרין או בדרך של היקש) הוראת סעיף 20(5) [לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות](#), תשכ"ב-1962. אם בין בני משפחתו של החייב, המתגוררים עימו, מצוי חסוי, תחול לדעתנו, באופן דומה, הוראת סעיף 48 [לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות](#). לצורך באישור בית המשפט בשל החשש לניגוד עניינים בין ההורה או האפוטרופוס לבין הקטין או פסול הדין ראו, למשל: דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים**, כרך ב' (תשנ"ג) 1043; יצחק אנגלרד [חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות](#), תשכ"ב-1962 (מהדורה שניה, תשנ"ה) 121-125. ראו גם: משה גלברד "עסקאות מקרקעין של קטינים ופסולי דין לאור תזכיר חוק דיני ממונות" **מאזני משפט** ו' (תשס"ז) 353, 357. הנובע מהאמור הוא, שכאשר בין בני משפחתו של החייב, המתגוררים עימו, ישנם

קטינים (או בן משפחה שהוא בגדר חסוי), תוקפו של ויתור על דיור חלוף עבורם מותנה, לדעתנו, בקבלת אישור מראש של בית המשפט לענייני משפחה.

האם ויתור החייב על זכות ילדיו הקטינים למדור תואם את תקנת הציבור

132. לעיל עמדנו על כך כי ויתור של החייב על פי סעיף 38(ג) [לחוק ההוצאה לפועל](#) (לפני כניסת תיקון 29 לתוקף) על זכותו להגנה של סדור חלוף הוא ויתור אישי שאינו משתרע על זכותם לסדור חלוף של בני משפחתו. אולם אף אם אנו טועים במסקנתנו זו, ואף אם יטען הטוען, כי ויתור החייב ביחס לילדיו הקטינים הוא ויתור המשתרע גם על זכויותיהם מכוח היותו האפוטרופוס הטבעי של הקטינים וכי, בניגוד לעמדנו, סעיף 20(5) [לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות](#) איננו חל לגבי מקרה זה, הרי אנו סבורים שדרישה גורפת של הבנק כי החייב יוותר בשם ילדיו הקטינים על זכות הסידור החלוף היא דרישה המנוגדת במקרים רבים לתקנת הציבור. מטעם זה, אנו סבורים שדרישת הבנק בסעיפים 12(ב) ו-12(ד)(3) כי החייב יסכים ויצהיר בשם ילדיו הקטינים כי הוא מוותר על זכותם לסידור חלוף היא דרישה המהווה בוודאי תנאי מקפח בחוזה אחיד. נבהיר אף קביעתנו זו.

133. כאמור לעיל, החייב הוא בעל אינטרס אישי בקבלת ההלוואה. החייב הוא גם האפוטרופוס הטבעי של ילדיו הקטינים (ראו סעיף 14 [לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות](#), התשכ"ב – 1962). דרישת הבנק כי החייב יוותר על זכות ילדיו הקטינים לסדור חלוף, קרי לכך שרשות שלטונית, בדמותו של רשם ההוצאה לפועל, תוודא שילדיו הקטינים של החייב לא יושלכו לרחוב, מעמידה את החייב, כפי שהבהרנו כבר, במצב של ניגוד אינטרסים. היא מחייבת אותו להכריע בין האינטרס האישי שלו בקבלת ההלוואה לבין האינטרס ההורי שלו לדאוג למדור לילדיו הקטינים. ודוק, כפי שהבהרנו לעיל, ההלוואה אותה מבטיחה המשכנתא איננה בהכרח הלוואה לרכישת דירה, אלא עשויה להיות הלוואה לצרכים עסקיים או לכל מטרה אחרת עליה הוסכם בין הלווה לבין הבנק. לפיכך הניגוד בין חובת ההורה לדאוג לצורכי הקטין (ראו סעיף 15 [לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות](#)) לבין התכלית לשמה מתבקשת ההלוואה איננו ניגוד מדומה. אין הוא מבטא בהכרח ויתור על זכות הקטין במטרה לשפר את רווחתו. הוא עשוי להוות ויתור על זכות הקטין במטרה לקדם את טובת ההורה (או, לכל הפחות, בעיקר את טובתו של ההורה).

העמדת החייב במצב זה של ניגוד אינטרסים בין רצונו בביצוע עסקה (במקרה זה קבלת הלוואה) לבין חובתו כאפוטרופוס שלא לוותר על הגנות סוציאליות

מינימאליות של הקטין היא דרישה מקפחת. היא עלולה להביא לכך שהחייב יסכים לתנאי זה תוך הפרת חובת האמון שלו כלפי הקטין, וככזו אף עלולה להדביק את ההסכמה באי חוקיות (השוו דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים**, כרך ג' (תשס"ד) 547-549). בהקשר אחר קבע בית המשפט כי "טובת החסוי דורשת, כי יתאפשרו לאפוטרופוס פתיחות, שיקול-דעת בלתי כבול ויכולת לעיון ולדיון ענייניים. אם משתנות הנסיבות, יש לאפשר לאפוטרופוס לשנות את דעתו, בלא שיחשוש כי ייגרם לו נזק כלכלי כתוצאה מהבעת דעתו. אין, לכן, להכיר בתוקפה של התחייבות של האפוטרופוס, לפיה הוא מתחייב כלפי הצד השני שהחווה יאושר בבית המשפט." (**ע"א 614/84 ספיר נ' אשד, פ"ד מא(2) 225, 235 (1987)**). דרישה גורפת מאפוטרופוס לוותר על זכות הקטין לסידור חלוף משמעה שלילת שיקול הדעת מרשם ההוצאה לפועל, באופן שבוודאי עשוי להיות מנוגד לטובת הקטין. בתור שכזו דרישה כאמור, ובוודאי דרישה גורפת שאיננה מבחינה בין הלוואות המיועדות לשפר את רווחת הקטין (כגון הלוואות שיאפשרו את רכישת הדירה הממושכנת לבנק) לבין הלוואות שלקטין אין עניין ישיר בהן (כגון הלוואה עסקית), היא מקפחת, ובמקרים רבים אף מנוגדת לתקנת הציבור.

134. סיכומו של דבר, אנו בדעה כי לחייב אין את הכוח לוותר על זכותם של בני משפחתו לסידור חלוף על פי סעיף 38(ג) **לחוק ההוצאה לפועל** (לפני כניסת תיקון 29 לתוקף). כמו כן, אנו סבורים שאף אם היה לו כוח כאמור, הרי שדרישה גורפת כי יעשה שימוש בכוח זה, בין אם נטילת ההלוואה משרתת את בני ביתו הקטינים, ובין אם לאו, היא דרישה מקפחת, מאחר ובמקרים רבים תביא את החייב לפעול באופן הנוגד את חובות האמון שלו לילדיו הקטינים.

135. לאור האמור לעיל, אנו מורים כי סעיפים 12(ב) ו- 12(ד) (3) יתוקנו כך שויתור החייב על הזכות לדיון חלוף תתייחס רק אליו אישית, ולא לבני משפחתו. תיקון זה יבוצע באמצעות המרת המילים "לא יהיה הלווה ו/או כל אדם אחר ו/או גוף אחר מוגנים" בסעיף 12(ב) במילים "לא יהיה הלווה מוגן", ומחיקת המילים "ולרשות בני משפחתו" מסעיף 12(ד) (3) להסכם.

סעיף 14 – ביטוח הנכס וביטוח חיים

136. סעיף זה עוסק בחובתו של הלווה לבטח את הנכס המשועבד במשכנתא ולבטח את עצמו בביטוח חיים, וכן לבצע את הפעולות הדרושות על מנת לשעבד את כספי הביטוח לטובת הבנק אם יתמשו הסיכונים שבעטיים נדרש הביטוח. מטרתן של

הוראות אלה היא להבטיח את החזר ההלוואה גם במקרים בהם יתממשו סיכונים הפוגעים ביכולת החזר של הלווה (לשם כך נועד ביטוח החיים) או בערכה של הבטוחה שהועמדה לטובת הבנק (לשם כך נועד ביטוח הנכס). הנחיות המפקח על הבנקים מתירות לבנק להציב דרישות אלה (ראו סעיף 11(א) להוראה 451), ואף מאפשרות לו לשווק ביטוחים אלה באמצעות תאגיד שהוא סוכן ביטוח הנשלט על ידי הבנק או על ידי בעל השליטה בבנק (ראו סעיף 11א. להוראה 451). עם זאת, מבהירות ההוראות כי על הבנק לאפשר את עריכת הביטוחים גם באמצעות ביטוח חיצוני, ומדגישות את חובת הבנק ליידע את הלקוח בדבר זכותו זו (ראו סעיף 11(ב) להוראה 451). נעיר בעניין זה כי הוראות סעיף 14 הן ההוראות היחידות המופיעות בהסכם בהדגשה, וזאת ככל הנראה מאחר וסעיף 11 להוראה 451 מטיל חובה להדגיש "באופן בולט ובאותיות גדולות" את התנאים הדרושים מביטוח חיצוני.

137. בין הצדדים התעוררו מחלוקות לא מעטות בנוגע להוראות שעניינן ביטוח הנכס (סעיף 14(א) להסכם), ומספר מצומצם יותר של מחלוקות ביחס להוראות בעניין ביטוח החיים (סעיף 14(ב) להסכם). בחלק משמעותי מהמחלוקות הושגה הסכמה בין הצדדים. בחלק אחר נדרשת הכרעתנו.

סעיף 14(א)(2) - חיוב הלקוח לבטח את הנכס

138. סעיף זה מטיל על הלווה חובה למסור לבנק במועד חתימת ההסכם העתק מפוליסת הביטוח של הנכס בערכו הריאלי "ו/או כל ביטוח אחר לפי דרישת הבנק ונגד כל סיכון אחר שהבנק דרש".

המפקח העלה מספר טענות כנגד ניסוחו של הסעיף. מסיכומי הצדדים עולה, כי הושגו הסכמות באשר לכל הנקודות שהיו במחלוקת. ראשית, הצדדים הסכימו (מסמך ההסכמות הראשון, עמ' 2), כי המועד בו יחויב הלווה למסור לבנק את העתק פוליסת הביטוח יהיה עד למועד מתן ההלוואה, ולא במועד חתימת ההסכם. שינוי זה מותיר בידי הלווה שהות מספקת לאתר פוליסת ביטוח בשוק החופשי, באופן שהוא אינו נאלץ לרכוש פוליסת ביטוח דרך הבנק דווקא.

שנית, הוסכם כי התנאי המחייב את הלווה לבטח את הנכס בערכו הריאלי יוחלף, כך שהלווה יחויב לבטח את הנכס בכפוף להוראות הדין והוראות ניהול בנקאי תקין (מסמך ההסכמות השני, סעיפים 27-28). סעיף 11(ד) להוראה 451 קובע, כי הבנק לא יחייב לווה בביטוח הנכס בערך העולה על יתרת ההלוואה המשוערכת הבלתי מסולקת. בנוסף, הסכימו הצדדים, כי הביטוי "ו/או כל ביטוח אחר לפי דרישת הבנק" יושמט.

139. הסכמות אלה מקובלות עלינו. לפיכך, ינוסח סעיף 14(א)(2) באופן שהוסכם בין הצדדים, כדלקמן:

"הלווה ימסור לבנק, לא יאוחר מאשר במועד מתן ההלוואה, העתק מפוליסת הביטוח לפיה ביטח הנכס, בביטוח נכס ונגד כל סיכון אחר שהבנק דרש, אצל אותה חברת ביטוח, באותו סכום ובאותם תנאים שהבנק הסכים להם, והכל בכפוף לדין ובהתאם להוראות בנק ישראל. הפוליסה תכיל בין היתר 'סעיף שיעבוד' לזכות הבנק וכן סעיף הידוע בתור "סעיף הודעת ביטול ביטוח של 30 יום מראש."

סעיף 14(א)(3) - חיוב הלווה לקבל את הסכמת הבנק לכל ביטוח נוסף לנכס

140. סעיף זה מחייב את הלווה לא לבטח את הנכס בביטוח נוסף - יתר על הביטוח אותו נדרש לעשות על פי ההסכם - אלא אם כן קיבל את הסכמת הבנק לכך מראש ובכתב.

לטענת המפקח, חיובו של הלווה לקבל את הסכמת הבנק מראש ובכתב לכל ביטוח נוסף שירצה הלווה לבצע לנכס, מגביל את זכותו האוטונומית ואת חירותו של הלווה לבצע ביטוח נוסף לנכס מעל לנדרש על ידי הבנק, על מנת להגן על האינטרס הכלכלי שלו. המפקח הסכים, כי האינטרס הכלכלי של הבנק מצדיק מניעת ביטוח כפל על הנכס, מפני שבמצב כזה עלול הבנק לקבל תגמולי ביטוח מועטים משווי הנזק שנגרם לנכס. עם זאת, הלווה יכול לבטח את הנכס בביטוח שאינו בבחינת ביטוח-כפל. כך למשל, יכול הלווה לערוך ביטוח בהתייחס לרובד שבין תקרת הביטוח שמחייב הבנק את הלווה, לבין מלוא ערך הנכס. ביטוח כזה אינו יכול לפגוע באינטרס הכלכלי של הבנק ועל-כן אין הצדקה לקבלת הסכמתו מראש ובכתב.

הבנק הסכים כי אין מניעה כי הלווה יבטח את הנכס בשיטת הרבדים, אך הסביר כי ביטוח כפל נוצר ברוב המקרים באופן מקרי ובלתי מתוכנן, שהרי גם למבוטח אין אינטרס לבטח את אותו הסיכון פעמיים, אצל שני מבטחים שונים. לכן הבנק, כבעל אינטרס כלכלי מובהק בסוגיית הביטוח, מבקש לוודא מראש שאכן מדובר בביטוח ברבדים ולא בביטוח כפל. הבנק הסכים, אפוא, לשנות את נוסח הסעיף כך שהסכמות הצדדים באשר למהות הדברים יובהרו בו במפורש.

141. הצדדים הגיעו להסכמה (מסמך ההסכמות השני, סעיפים 29-30), לפיה ינוסח סעיף זה באופן הבא:

"הלווה מצהיר בזה, כי, בכפוף לאמור להלן, פרט לביטוח לפי הפוליסה דלעיל, הנכס אינו מבוטח, בין במישרין ובין בעקיפין, והוא מתחייב בזה שלא לבטוח בביטוח כפל. אין באמור לעיל כדי לגרוע מזכויות הלווה לבטוח את הנכס בשכבת ביטוח נוספת מעבר לשכבת הביטוח שנעשה לפי ס"ק 2 לעיל (להלן: "פוליסת הביטוח הנוספת"), ובלבד שזכויותיו של הבנק על פי הביטוח שנעשה לפי ס"ק 2 לעיל לא תפגענה. הלווה מתחייב להעביר לבדיקת הבנק מראש כל פוליסת ביטוח נוספת כאמור".

נראה לנו כי הצעה זו מאזנת נכונה בין החירות הנתונה ללווה לבטוח את אותם רבדים בנכס שאינם מכוסים על-ידי הביטוח שנערך לפי דרישת הבנק, ובין האינטרס הכלכלי של הבנק למנוע כפל ביטוח, גם אם בשל היסח הדעת. הנוסח המוצע מבהיר, כי על אף שעל הלווה מוטלת החובה להעביר לבדיקת הבנק פוליסת ביטוח נוספת על הנכס, במצב בו אין מדובר בכפל ביטוח, הבנק אינו רשאי להתנגד לעריכת ביטוח כאמור. לפיכך, אנו נותנים תוקף להסכמת הצדדים לשנות את נוסח סעיף 14(א)(3) כפי שצוין לעיל.

סעיף 14(א)(4) - חיוב הלווה להתמיד בביטוח הנכס ולמסור לבנק קבלות המעידות על תשלום דמי הביטוח

142. סעיף 14(א)(4) להסכם קובע כדלהלן:

"הלווה מתחייב בזה להתמיד בביטוח הנכס כאמור לעיל, כל זמן שיהיו מגיעים לבנק סכומים כלשהם לסילוק ההלוואה, לשלם את הפרמיות במועד ולמסור לבנק לפי דרישתו הראשונה, תעודות הביטוח וקבלות תשלום דמי הביטוח."

המפקח הסכים, כי לבנק יש אינטרס לגיטימי כי הנכס יהיה מבוטח במהלך חיי ההלוואה, אולם לשיטתו הוראות אחרות בהסכם מבטיחות אינטרס זה. כך למשל, סעיף 14(א)(2) קובע כי פוליסת הביטוח תכלול תנאי, לפיו על חברת הביטוח ליתן הודעה לבנק 30 ימים לפני ביטול הפוליסה מכל סיבה שהיא, על מנת שלבנק תהא שהות להסדיר את שאלת הביטוח. באופן דומה קובע סעיף 14(א)(5), כי לבנק נתונה הזכות לבטוח את הנכס, בניגוד לרצון הלווה, אם מתברר במהלך חיי ההסכם כי הנכס אינו מבוטח. לפיכך, חיובו של הלקוח לשמור את כל הקבלות המעידות על התשלום מטיל על הלווה חובה מיותרת, העלולה להרתיע מפני עריכת ביטוח

בחברת ביטוח חיצונית, וכך היא משמשת, בעקיפין, כחסם מפני עריכת הביטוח באמצעות חברת ביטוח חיצונית וכאמצעי להגברת הסיכוי שהביטוח ירכש באמצעות הבנק עצמו. הבנק הסביר, כי הדרישה שהלקוח ישמור את תעודות הביטוח והקבלות נועדה להקל, מבחינה ראייתית, על בירורן של מחלוקות בין הלווה לבין חברת הביטוח, הנוגעות לתשלום דמי הביטוח.

143. לדעתנו, אין הוראה זו מקפחת, באשר היא מגנה באופן סביר על האינטרס הלגיטימי של הבנק לקבל מידע שיאפשר לו לוודא כי הביטוח עודנו בתוקף. העלויות הכרוכות בבדיקת מחלוקות בין הלווה לחברת הביטוח הן גבוהות; דחיפות ביצוע תשלום דמי הביטוח היא רבה; הגורם היעיל לנשיאה בעלות מניעת הנזק, דהיינו, שמירה על תעודת הביטוח והקבלות המעידות על התשלום, והצגתם על פי דרישה, הוא הלווה עצמו. על כן, אין חיובו של הלווה להציג את תעודות הביטוח, והוכחות לביצוע תשלום דמי הביטוח על פי דרישה של הבנק, פוגע בזכויות כלשהן העומדות לו על פי דין, כאמור בחזקת הקיפוח שבסעיף 4(6) לחוק. לא מצאנו גם, שיש בחיוב להציג מסמכים אלה משום חשש לקיפוח של הלווה, או מתן יתרון בלתי הוגן לבנק, כאמור בסעיף 3 לחוק.

144. מצאנו הצדקה להתערב בנוסחו של סעיף 14(א) להסכם רק בשני עניינים שהם טכניים בעיקרם, אשר הותרתם בנוסחם הנוכחי עלולה לקפח את הלקוח. ראשית, אין אנו רואים הצדקה לחייב את הלקוח להציג דווקא "קבלות תשלום" כראיה לביצוע התשלומים, שעה שיתכן שיש באפשרותו להציג הוכחות אחרות לביצוע התשלום (כגון דיווחי חברת אשראי). שנית, על פי תיקון שהוכנס בהוראה 451 בנובמבר 2006, כאשר יתרת ההלוואה יורדת אל מתחת ל- 30 אלף ₪ זכאי הלווה להפסיק את הביטוח. לאור זאת יש להגביל את התחייבות הלווה להתמיד בביטוח כל עוד היתרה הבלתי מסולקת עולה על 30,000 ₪ (ובמידה וסכום זה יעודכן ביום מן הימים – הסכום המעודכן כפי שיקבע בהנחיות המפקח שיהיו תקפות במועד חתימת ההסכם). אשר על כן, נוסחו המאושר של סעיף 14(א) להסכם הוא כדלהלן:

"הלווה מתחייב בזה להתמיד בביטוח הנכס כאמור לעיל, כל זמן שיהיו מגיעים לבנק סכומים העולים על 30 אלף ש"ח לסילוק ההלוואה, לשלם את הפרמיות במועד ולמסור לבנק, לפי דרישתו הראשונה, תעודות ביטוח ואסמכתאות בכתב לביצוע תשלומי הביטוח".

סעיף 14(א)(7) - יפוי כוחו של הבנק לייצג את הלווה מול חברת הביטוח

145. הוראה זו היא סלע המחלוקת המרכזי שנותר בין הבנק לבין המפקח בעניין הביטוחים השונים שדורש הבנק. הסעיף קובע כי הלווה יודיע לבנק על כל נזק העשוי לזכותו בכספי ביטוח, וכי הוא מייפה את כוחו של הבנק באופן בלתי חוזר "לייצגו באופן בלעדי אצל חברת הביטוח במקרה של נזק, לנהל בשמו מו"מ ולעשות איתה הסדרים בשל כל התביעות הנובעות מהביטוח, לרבות הסדרים בדרך של פשרה או ויתורים על זכויות הלווה". עוד קובע הסעיף, כי הלווה מייפה את כוחו של הבנק לגבות את כספי הביטוח ולהשתמש בהם, גם אם מועד הפרעון של ההלוואה טרם הגיע.

המחלוקת בין הצדדים נוגעת לשני היבטים. הראשון הוא בשאלה האם על-פי הדין הכללי יכול הלווה להסמיך את הבנק בגדרו של חוזה אחיד להתפשר או לוותר על זכויותיו מול חברת הביטוח. אם התשובה לכך היא חיובית, אזי אין בחיובו של הלווה ליפות את כוחו של הבנק בסעיף האמור משום קיפוח. השאלה השניה היא, האם רשאי הבנק לפרוע את ההלוואה באופן מיידי בעת קבלת תגמולי הביטוח. שאלות אלה ידונו כפי סדרן.

עמדת המפקח היתה, כי הבנק אינו רשאי להתפשר בשם הלווה. המפקח הפנה לסעיף 5(א) [לחוק השליחות](#), התשכ"ה-1965, שקובע כי באין הרשאה מפורשת השליחות איננה חלה על פשרה או ויתור או פעולה בלי תמורה. המפקח טען, כי הרשאה מפורשת איננה יכולה להינתן אגב חוזה אחיד. הבנק טען מנגד, כי מכיוון שזכות הלווה לקבל דמי ביטוח מושכנה בגדרם של סעיפים אחרים בהסכם (ראו סעיפים: 12(א), 12(ד)(2), 14(א)(1)), חלה ההוראה שבסעיף 20 לחוק המשכון, לפיה הנושה רשאי לממש את הזכות כשם שהחייב היה יכול לממשה. לטענת הבנק, במימוש זכות שמושכנה רשאי בעל המשכון [הבנק] לנהוג בזכות מנהג בעלים, ויפוי הכח הנזכר בסעיף 14(א)(7) אינו אלא אמצעי ליישום הוראות חוק המשכון.

146. הבנק תלה את יהבו, לעניין חוקיות הסעיף, על הוראת סעיף 20 לחוק המשכון, ועל הפרשנות המרחיבה שניתנה להוראה זו, לשיטתו, בעניין **אובזילר**. באותו פסק דין ציין הנשיא ברק, בדעת הרוב, כי במימוש זכות שמושכנה רשאי בעל המשכון "לנהוג בזכות המצויה בבעלותו (מכוח הוראת סעיף 20 [לחוק המשכון](#)) מנהג בעלים". מכך ביקש הבנק להסיק כי כשם שלבעליה של זכות יש אפשרות להתפשר עם החייב, כך גם רשאי בעל משכון על זכות (הבנק בענייננו) להתפשר עם החייב (חברת הביטוח). אין בידינו להסכים לפרשנות מרחיבה זו של הלכת **אובזילר**, לפחות בהקשר שבו אנו דנים כאן. כפי שכבר ציינו לעיל (ראו פסקאות 108 – 109

לעיל), פסק הדין בעניין **אובזילר** דן בשאלה אם רשאי הבנק לממש בעצמו, באמצעות מתן הוראת מכירה, משכון על ניירות ערך הנסחרים בבורסה. פעולה זו של הבנק אינה מעוררת קושי מיוחד, שכן מחיר המכירה במועד נתון של ניירות ערך בורסאיים הוא נתון ידוע, ועל כן אין חשש שהמכירה תעשה בתנאים שאינם נוחים לממשכן. שונים פני הדברים מקום בו מדובר בפעולה שעלולה להביא לכך שתמורת הזכות יתקבל סכום הנמוך משוויה. נפנה לעניין זה לדברים שנכתבו על ידי פרופ' זלצמן ופרופ' גרוסקופף בספרם על משכון זכויות, בנוגע לכוחו של בעל משכון להסכים לפשרה בשם הממשכן:

"מישכון הזכות אינו מפקיע לדעתנו את הבעלות בזכות שמושכנה מידי הממשכן, ולכן הכוח להסכים לשינויה מסור בידי. לעומת זאת סמכותו של בעל המשכון מכוח סעיף 20 **לחוק המשכון** מוגבלת. הוא רשאי לתבוע את קיום הזכות שמושכנה כנציגו של הממשכן כלפי החייב, אך אין לו הכוח להביא לשינוי הזכות באופן חד צדדי או להגיע להסכמה עם החייב על שינוי הזכות. ההצדקה העניינית לכך היא שבעל המשכון פועל במעמד משפטי של נציג הממשכן (שלוח מכוח הדין). אך ניתן להצדיק את גישתנו גם מבחינה עניינית: ...קיים מתח בין האינטרס של בעל המשכון במימוש מהיר, לאינטרס של הממשכן בקבלת התמורה המרבית בעבור הנכס. מתח זה, העומד מאחורי החשש מהתניה על דרכי המימוש, רלוואנטי גם בהקשר הדברים הנוכחי. בהקניית כוח לבעל המשכון להתפשר עם החייב על תוכן הזכות או על תוקפה קיים הסיכון שיפתח הפתח לפשרות שתפגענה באינטרס הממשכן לקבל את מלוא הערך של הנכס, וזאת כדי להביא לסיום מהיר של הליכי המימוש. כך למשל בעל משכון על זכות לתשלום כספי עשוי לוותר לחייב ללא קושי על חלק מן הזכות בתנאי שהלה ישלם לו לאלתר סכום השווה לסכום החוב המובטח במשכון. המסקנה המתבקשת היא אפוא שאין להתיר לבעל המשכון להסכים כנציג הממשכן על שינוי הזכות שמושכנה.

...

האם כוח התביעה של בעל המשכון כולל גם את הכוח להגיע להסדרים עם החייב? הבענו לעיל עמדה כי הסמכות לסכם עם החייב על שינוי הזכות נתונה לממשכן, ולא לבעל המשכון. פשרה הכוללת ויתור על זכויות הממשכן חורגת, אם כך, מסמכותו של בעל המשכון. משיקולים דומים יש לשלול לדעתנו מבעל המשכון את הסמכות להגיע להסדר בדבר קציבת גובה הזכות כאשר היא חיוב בלתי קצוב, אולם ניתן להעלות על הדעת סוגי הסדרים של בעל המשכון עם

החייב, אשר אינם מגיעים כדי ויתור על זכויות הממשכן. דוגמא אחת לכך היא הסדר הקובע שהחייב יקיים את הזכות (כולה או חלקה) לידי בעל המשכון. הסדר כזה, בהנחה שאיננו מתיימר לשלול את זכות התביעה של הממשכן, אינו חורג מסמכותו של בעל המשכון. דוגמא אחרת, שכיחה יותר, מתייחסת להסכמות טכניות בענייני ביצוע, אשר אינן משנות את הזכות. כך למשל לא היינו רואים בדחייה קלה של מועד הביצוע או בתיאום מוסכם של מקום ביצוע שונה מזה שנקבע בהסכם וכן בעריכת חישוב מוסכם לגבי גובהו של חיוב קצוב משום עניינים החורגים מתחום סמכותו של בעל המשכון" (נינה זלצמן ועופר גרוסקופף, **מישכון זכויות** (2005) 305-306, 359).

147. הסמכות שנטל הבנק לעצמו בסעיף 14(א)(7) לחוזה, לייצג את הלווה במשא ומתן מול חברת הביטוח, היא רחבה בהרבה מזו שמקנה לו סעיף 20 [לחוק המשכון](#) לפי הפרשנות שאנו סבורים שיש לתת לסעיף. סמכות כזו חורגת משמעותית מהאינטרס הלגיטימי של הבנק כבעל משכון, ועלולה להביא לפגיעה חמורה באינטרסים של הלווה, כפי שמובהר בקטע המצוטט לעיל. חמור מכך, הסמכות האמורה אינה מוגבלת למקרים בהם הביטוח נעשה על ידי גורם חיצוני לבנק, אלא חלה, לכאורה, גם כאשר חברת הביטוח נשלטת על ידי הבנק או על ידי בעל השליטה בבנק. במצבים אלה, בהם משמעות ייפוי הכוח הוא שהבנק רשאי לייצג את הלקוח במשא ומתן מול גוף שהבנק (או בעל השליטה בו) הוא בעל עניין בו, אופיו המקפח של הסעיף חמור במיוחד. לאור זאת אנו סבורים שצודק המפקח בטענתו כי יפוי הכוח האמור הוא מקפח, ואנו מורים על ביטולו.

משמעות ביטול יפוי הכוח החוזי היא שהבנק יוכל לפעול מול חברת הביטוח אך ורק בתחומי המסגרת שקובע סעיף 20 [לחוק המשכון](#). לפיכך, אף אם אנו טועים בפרשנות המצמצמת שנתנו לסעיף 20 [לחוק המשכון](#), אין בכך כדי לגרוע מזכויותינו הלגיטימיות של הבנק. זאת ועוד, מרגע שהבנק יחליט לפעול במסגרתו של סעיף 20 [לחוק המשכון](#), הרי שזקיפת תגמולי הביטוח שישולמו לידי הבנק על חשבון ההלוואה נגזרת מהוראת סעיף 22 לחוק המשכון, וממילא אין היא מחייבת התייחסות מיוחדת בחוזה. לפיכך, קביעתנו בדבר יפוי הכוח אף מיתרת את הצורך לדון במחלוקת שבין הצדדים בדבר כוחו של הבנק לזקוף תגמולי ביטוח על חשבון ההלוואה.

148. לאור המובהר לעיל אנו מורים כי תימחק הסיפא של סעיף 14(א)(7), החל מהמילים "והוא מייפה בזאת את כוחו של הבנק באופן בלתי חוזר" ועד לסוף סעיף המשנה האמור, תוך הבהרת סמכות הבנק לפעול על פי הוראות [תוק המשכון](#). לאור זאת יאמר בסעיף 14(א)(7) כדלהלן:

"הלווה מתחייב להודיע לבנק ולחברת הביטוח מיד על כל נזק בנכס העשוי לזכותו בכספי ביטוח, בין אם הביטוח נעשה על-ידי הלווה או על-ידי הבנק. הבנק יהיה רשאי לתבוע מחברת הביטוח את מימוש הזכות לכספי הביטוח בהתאם לאמור בסעיפים 9, 20 ו-22 [לחוק המשכון](#), התשכ"ז – 1967".

סעיף 14(א)(10) - פטור לבנק מאחריות לנזקים שיגרמו ללווה עקב ביטוח באמצעות הבנק

149. סעיף זה פוטר את הבנק מאחריות לנזקים שייגרמו ללווה עקב עריכת ביטוח באמצעות הבנק. דומה כי אין צורך להכביר מילים על הקיפוח הברור הגלום בסעיף זה. לפיכך, ניתן בזאת תוקף להסכמת הצדדים (מסמך ההסכמות הראשון, עמ' 2), לפיה ימחק סעיף 14(א)(10) מהחוזה.

סעיף 14(ב)(4) - הכפפת ביטוח החיים לתנאי הביטוח המקובלים אצל חברת הביטוח שבה מבטח הבנק את הלווים ו/או הערבים

150. סעיף זה קובע כי מקום בו ערך הלווה ביטוח חיים - לעצמו או לערבים - באמצעות הבנק, הביטוח יהיה כפוף לתנאי הביטוח המקובלים באותה העת אצל חברת הביטוח, שבה מבטח הבנק את הלווים או הערבים.

ניתן בזה תוקף להסכמת הצדדים (מסמך ההסכמות השני, סעיפים 33-34) לפיה תנוסח הרישא של הסעיף באופן הבא:

"ביטח הלווה את עצמו או את ערבו בביטוח חיים באמצעות הבנק יהיה הביטוח כפוף לתנאי הביטוח כפי שיהיו מקובלים באותה עת על הבנק. הלווה מתחייב ...".

מהטעם שהוסבר לעיל ביחס לביטוח הנכס (ראו פסקה 144 לעיל) אנו מורים כי בהמשך סעיף 14(ב)(4) יוחלפו המילים "כל עוד לא סולקה ההלוואה" במילים "כל עוד היתרה הבלתי מסולקת של ההלוואה עולה על 30 אלף ש"ח".

סעיף 14(ב)(5) - פטור מאחריות הבנק במקרה בו חברת הביטוח לא תשלם על פי**הפוליסה**

151. סעיף זה קובע כי הבנק יהיה פטור מאחריות, כלפי הלווה או הערבים, מקום בו חברת הביטוח אינה משלמת על פי הפוליסה, מכל סיבה שהיא. ניתן בזאת תוקף להסכמת הצדדים (מסמך ההסכמות השני, סעיפים 35-36), לפיה ישונה נוסח הסעיף כדלהלן:

"הלווה ו/או הערבים פוטרים את הבנק מראש מכל אחריות למקרה שחברת הביטוח לא תשלם את סכום הביטוח על פי הפוליסה, כולו או חלקו, מכל סיבה שהיא, למעט במקרה שאי התשלום ינבע מרשלנות הבנק".

סעיף 15 - ערבות**סעיף 15(ב) - ערבות לפרעון ההלוואה**

152. בסעיף זה מצהירים הערבים, כי קראו את ההסכם וכי הם מסכימים לתנאיו, וכן כי ערבותם ניתנת למטרת החזר סכום ההלוואה, הריבית, הפרשי ההצמדה, ההוצאות, התשלומים הנלווים וכל יתר הסכומים המגיעים לבנק על פי ההסכם, וכן למילויין של כל יתר הוראות ההסכם. בנוסף, קובע הסעיף כי הערבים מתחייבים לשלם לבנק את סכום ההלוואה, וכן סכומים נוספים המגיעים לבנק על פי ההסכם, עם דרישתו הראשונה של הבנק, "מבלי שהבנק יהיה חייב להוכיח כי אומנם חייב הלווה את הסכומים הנדרשים". עוד קובע הסעיף, כי הערבים מוותרים על כך שהבנק ידרוש תחילה מהלווה למלא את התחייבויותיו, או יממש תחילה בטוחה כלשהי שקיבל מאת הלווה.

153. לגבי חלק מהוראות הסעיף, הגיעו הצדדים להסכמה. כך הוסכם (מסמך ההסכמות הראשון, עמ' 3), כי ימחקו המילים: **"מבלי שהבנק יהיה חייב להוכיח כי אומנם חייב הלווה את הסכומים הנדרשים"**. בנוסף, הוסכם (מסמך ההסכמות הראשון, עמ' 3) כי יושמט המשפט לפיו **"הערבים מוותרים בזה כי הבנק ידרוש תחילה מהלווה סכום כל שהוא או התחייבות כלשהי על פי הסכם זה"**. הבנק בסיכומיו (עמ' 53 לסיכומים), הסכים גם למחיקת המילים: **"וכן למילויין המלא והמדויק של כל הוראות הסכם זה"**. שלוש ההסכמות הללו, אשר מצמצמות במידה מסויימת את המחלוקות בנוגע לסעיף זה, מקובלות עלינו ואנו מאשרים אותן.

הצהרת הערבים כי קראו את ההסכם וכי הם מסכימים לתנאיו

154. לא הושגה הסכמה בין הצדדים באשר להצהרת הערבים, כי הם קראו את ההסכם וכי הם מסכימים לתנאיו. לטענת המפקח, ברוב המקרים המציאות היא שאין באפשרות הערבים לקרוא או להבין את תוכן החוזה ואין לומר כי הערב, אשר אין לו כל אפשרות להשפיע על נוסח החוזה, מודע לתוכנו ומסכים לו הסכמה אמיתית. הבנק טען מנגד, כי אין כל קשר בין אישור הערבים כי קראו את תנאי החוזה והסכימו לתנאיו לבין האפשרות העומדת בפניהם להעלות טענת קיפוח או טענות אחרות על פי דיני החוזים הכלליים. הבנק הוסיף, כי הוראת הסעיף מעודדת את הערבים לקרוא את ההסכם בטרם יחתמו עליו ובכך היא משרתת גילוי נאות של תנאי ההסכם.

155. כידוע, ההלכה המקובלת היא, כי חתימתו של אדם על חוזה או על מסמך כלשהו מקימה חזקה לכך שהחותם נתן את הסכמתו לתוכן האמור במסמך, לאחר שקרא והבין את האמור בו. במיוחד אמורים הדברים לעניין מסמכים מהותיים, כגון שטר משכנתה ([ע"א 1548/96 בנק איגוד לישראל נ' לופו, פ"ד נד\(2\) 559 \(2000\)](#)). על המבקש לשלול חזקה זו, ולטעון כי המסמך איננו מחייב כלפיו מאחר ולא קרא או לא הבין את תוכנו (טענת non est factum), מוטל נטל הוכחה כבד (ראו: [ע"א 467/64 שוויץ נ' סנדור, פ"ד יט\(2\) 113, 117 \(1965\)](#); [רע"א 8242/05 דואק נ' בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ](#), תק-על 2005(4) 1388 (2005); [ע"א 2731/07 חמוד נ' חאג'](#), פסקה 35 לפסק דינה של השופטת ארבל (מצוי במאגר "נבו", ניתן ב-29.3.2009). לרוב יידרש ממנו להוכיח כי אי הבנת מהות ההסכם לא נבעה מרשלנותו, אלא היא תוצאה של כשל מובנה, כדוגמת אי ידיעת קרוא וכתוב או מצב בריאותי או נפשי קשה במיוחד (השוו: [ע"א 8163/05 הדר חברה לביטוח נ' פלונית](#), תק-על 2007(3) 1976 (2007) (להלן: "עניין הדר"). מכאן, שברגיל, ערב לא יוכל להישמע בטענה כי לא קרא את ההסכם, ועל כן גם לא עמד על תוצאותיה של החתימה עליו, וזאת אף אם יהיה בידו להוכיח עובדתית כי לא עיין במסמך (ראו: [ע"א 413/79 אדלר חברה לבנין בע"מ נ' מנצור, פ"ד לד\(4\) 29, 38-39 \(1980\)](#)). בהלכה זו אין כמובן כדי לשלול מהערב אפשרות להעלות טענות בנוגע לפגמים בכריתת החוזה (מאלה המנויים בפרק ב' [לחוק החוזים \(חלק כללי\)](#)), או טענות בנוגע להיות החוזה או חלקים ממנו פסולים ובטלים מכוח סעיף 30 לאותו חוק, וגם אין בכך כדי לשלול מהערב את האפשרות לטעון כי תניות מסוימות בחוזה הן מקפחות (ראו: גבריאלה שלו [דיני חוזים](#) (מהדורה שניה, תשנ"ה) 627; דניאל פרידמן ונילי כהן [חוזים](#), כרך ג' (תשס"ד) 750 - 751). *במבט ראשון* נראה, לפיכך, כי מחד גיסא, תנאי לפיו הערב קרא את ההסכם והוא מסכים לתנאיו עולה בקנה

אחד עם החזקה המעוגנת בפסיקה, הקמה עם חתימתו של אדם על מסמך. מאידך גיסא, אין תנאי כזה שולל או מגביל זכות או תרופה העומדות לערב על פי דין, כלשון סעיף 4(6) לחוק. גם לא מצאנו תימוכין לטענה, כי תנאי כזה פוטר את הבנק מאחריות, אשר הייתה מוטלת עליו על-פי דין או מכח החוזה, כאמור בסעיף 4(1) לחוק. המסקנה העשויה לנבוע מכך היא, לכאורה, שאין בתנאי כזה משום קיפוח של הלקוחות-הערבים.

156. למרות האמור לעיל, אנו סבורים כי כאשר מדובר בחוזה ארוך, מורכב ומסובך, דוגמת החוזה בו אנו דנים בתיק זה, ההנחה המציאותית היא שהלקוח (במקרה זה, הערב) אינו יכול, מבחינה מעשית, לקרוא את כל תנאי החוזה, ויש להניח כי אף אם היה עושה כך לא היה מבין חלק ניכר מתנאים אלה. יכולים אנו להעיד על עצמנו, כמה זמן ומאמץ השקענו בקריאתו של החוזה ובהבנת המהות של כל סעיף מסעיפיו, ולנו הרי יש הכלים והידע המשפטי שאינם מצויים ברשותו של הלקוח הרגיל. משמעות הדבר היא, שהבנק דורש מהלקוח-הערב להצהיר הצהרה שהכל יודעים שאיננה עומדת, למעשה, במבחן המציאות. בהזדמנות זו, שבה אנו דנים ב"הבנת הנקרא", אנו מוצאים לנכון להעיר, בהערת אגב, כי חלקים לא מעטים בחוזה שלפנינו מנוסחים באריכות יתר, בלשון מסובכת ולא בהירה ובאופן המקשה מאד על הבנתו. עקרונית, לא פסלנו תוקפו של סעיף בחוזה ולא קבענו כי הוא מקפח רק בשל עובדה זו, אלא בדקנו אם הוא עלול לקפח מבחינת ההסדר המהותי הקבוע בו. יחד עם זאת, ייתכן שהגיעה העת לייחס משמעות רבה יותר, בגידרם של חוזים אחידים, לבהירותה של הלשון בה מנוסח החוזה. במסגרת הפרוייקט האירופי לניסוחו של מעין קודקס אזרחי כלל-אירופי, הוכנה טיוטה, הידועה בשם Draft Common Frame of Reference (CDFR), במסגרתה נקבע כדלקמן (§9:402 Book II Chapter 9 Section 4):

"(1) Terms which have not been individually negotiated must be drafted and communicated in plain, intelligible language. (2) In a contract between a business and a consumer a term which has been supplied by the business in breach of the duty of transparency imposed by paragraph (1) may on that ground alone be considered unfair"

לשקול הוספה של הוראה ברוח דומה גם לחוק החוזים האחידים בישראל (אם כי, גם בהעדר הוראה מפורשת כזו, נראה לנו כי ניתן לפרש את המונח "תנאי מקפח" שבסעיף 3 לחוק החוזים האחידים, ככולל גם מקרים בהם הקיפוח נגרם אך ורק בשל ניסוח שאיננו פשוט ומובן דיו).

157. ודוק, אנו סבורים כי גם בחוזה מסוג זה שלפנינו חתימת הלקוח יוצרת חזקה, אולם נראה כי יש להבין חזקה זו באופן מעט שונה מהרגיל (דהיינו, מהחזקה העולה מחתימה על חוזה שקיימת אפשרות ריאלית לקרוא את תנאיו). במקרה של חוזה אחיד ארוך ומורכב, שקריאה והבנה של כלל תנאיו על ידי הלקוחות איננה עומדת במבחן המציאות, יש להבין את החזקה הנוצרת עם החתימה על החוזה, כמכוונת לכך שהלקוח הבין את המהות העיקרית של החוזה וכי הוא מסכים למהות זו, וכן לאותם עניינים שהוסברו והובהרו לו במיוחד ובמפורט על ידי הספק (הבנק, בעניינו). בנוסף, החתימה גם יוצרת, לדעתנו, חזקה, לפיה הלקוח (הערב בעניינו) מקבל על עצמו עקרונית את שאר תנאי החוזה, למרות שלא יכול היה לקרוא את כולם ולרדת לעומקם, וזאת על יסוד ההנחה שמדובר בתנאים רגילים וסבירים, המקובלים בחוזים מסוג זה, וכן מתוך הנחה כי התנאים הללו הם הוגנים ואינם מקפחים. מבחינה זו, החזקה הנוצרת עם החתימה על חוזה מסוג זה היא בהחלט משמעותית, אף כי מדובר בחזקה "מוחלשת" לעומת זו הנוצרת לגבי חוזים שאינם מהסוג הנדון כאן. לגישה דומה השוו: Restatement (Second) of Contracts § 211, המניח סוג כזה של הסכמה, הנובעת מחתימה על חוזה אחיד.

ב- Comment b לסעיף 211 נכתבו, בין היתר, הדברים הבאים:

"A party who makes regular use of a standardized form of agreement does not ordinarily expect his customers to understand or even to read the standard terms... Customers do not in fact ordinarily understand or even read the standard terms. They trust the good faith of the party using the form and to the tacit representation that like terms are being accepted regularly by others similarly situated. But they understand that they are assenting to the terms not read or not understood, subject to such limitations as the law may impose".

158. כאמור, החזקה במתכונתה "המוחלשת" נוצרת מעצם החתימה על החוזה ואין צורך, מבחינת הבנק, בהצהרה של הלקוח כי קרא והבין את כל תנאי החוזה. הצהרה כזו, לא זו בלבד שאיננה משרתת אינטרס לגיטימי של הבנק, אלא שהיא אף מחייבת את הלקוח להצהיר הצהרה שאיננה עומדת, כאמור, במבחן המציאות. כך, למשל, בעניינו חתימת הערב על החוזה מקימה חזקה כי גמר בדעתו והסכים לערוב לחבותו של הלווה. בגדר חזקה זו ניתן להניח כי ההסכמה מתייחסת למהות

העיקרית של חוזה הערבות, להיקף הסכום הנערב ולאותם תנאים שמהותם ומשמעותם הוסברה והובהרה לערב באופן מיוחד. חזקה זו חלה גם, באופן "מוחלש" ביחס לכלל הסעיפים ותת הסעיפים הרבים שבחוזה – אותם סעיפים שבמרבית המקרים יש להניח כי הערב לא קרא ולא חקר ובחן את מהותם ומשמעותם – אך זאת רק על בסיס ההנחה כי מדובר בתנאים הוגנים וסבירים, אשר נחוצים לשם הגנה על האינטרסים החיוניים של הבנק, והנהוגים בחוזים מסוג זה.

159. משום כך קבע בית הדין, בעניין **בנק לאומי**, בנוגע לסעיף דומה לזה שאנו דנים בו כאן, את הדברים הבאים :

"... עניינו של סעיף זה באישור קבלת עותק החוזה ובאישור של הלקוח כי קרא את החוזה. איננו חושבים שהחלק הראשון, בו מאשר הלקוח כי קיבל עותק של החוזה מקפח. מאידך, 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 עד סופו. אכן, [חוק החוזים האחידים](#) נועד כולו 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..." (פסקה 397 בפסק הדין בעניין **בנק לאומי**).

כך סבורים אף אנו. ייתכן שלהצהרת הלקוח כי קרא את החוזה אין נפקות כלשהי ואין בה כדי לפגוע בזכויות הלקוח, כפי שטען הבנק (כפי שאין בה, מצד שני, כדי לסייע להגנת האינטרסים של הבנק), אולם, גם ייתכן (כפי שסבר בית הדין בעניין **בנק לאומי**), כי במצבים מסויימים עלולה להיות להצהרה זו נפקות שתביא לפגיעה כלשהי בזכויות שהיו עומדות לטובת הלקוח לולא ההצהרה האמורה. מכל מקום, אנו סבורים כי תהא אשר תהא נפקותה המשפטית של ההצהרה, די בכך

שהכל מכירים בהיותה פיקטיבית ובלתי מעשית על מנת לקבוע כי דרישת הבנק מהערב להצהיר הצהרה כזו, היא מקפחת ויש לבטלה.

160. לאור האמור לעיל, ובהתחשב בהסכמות בין הצדדים כפי שפורטו קודם, יתוקן סעיף 15(ב) כדלהלן:

"הערבים מצהירים ומסכימים כי ערבותם ניתנת לסכום ההלוואה, לריבית, להפרשי ההצמדה עליהן, לריבית הפיגורים, להוצאות, לתשלומים הנלווים ולכל יתר הסכומים שיגיעו לבנק מאת הלווה על פי הסכם זה. הערבים מתחייבים בזה לשלם לבנק מיד על פי דרישתו הראשונה את סכום ההלוואה ואת יתר הסכומים המגיעים לבנק על פי הסכם זה, כפי שיצוין על ידי הבנק בדרישתו, וזאת מבלי שהבנק יצטרך לממש בטוחה כל שהיא שהוא קיבל ו/או יקבל מהלווה".

סעיפים 15(ג) ו-15(ד) - תנאי הערבות

161. סעיפים 15(ג) ו-15(ד) לחוזה מתנים על חלק ניכר מהוראות פרק א' [לחוק הערבות](#), תשכ"ז – 1967 (להלן: "חוק הערבות"). כידוע, התניות כאלה נפוצות מאד בחוזי ערבות (ראו: רוי בר קהן, **ערבות** (2006) 63-64 (להלן: "בר קהן, **ערבות**")) והן נועדו על מנת לנתק, במידה רבה, את חיובו של הערב מחיובו של הלווה ולהפכו לחיוב עצמאי. בכך מאיין ההסדר החוזי, במידה ניכרת, את מהותה של הערבות כחיוב משני. יודגש כי האפשרות להתניה כזו היא מוגבלת כאשר עסקינן ב"ערב יחיד", כמשמעותו בסעיף 19 [לחוק הערבות](#), וזאת בהתאם לאמור בסעיף 32 לחוק. החוזה, בסעיפים 15(ה) ו-15(ו), קובע אכן כי על ערבותו של "ערב יחיד" ו-"ערב מוגן" (שאף הוא, כידוע, בגדר ערב-יחיד) יחולו הוראות החוק. אולם, ככל שמדובר בערב שאינו בגדר ערב-יחיד, הוראות החוק הן דיספוזיטיביות. השאלה המתעוררת בענייננו היא אם-כן, האם ההתניות הקבועות בסעיפים 15(ג) ו-15(ד) לחוזה - ככל שהן מתייחסות לערב שאינו ערב יחיד – הן בגדר תנאים מקפחים. קיימת דעה, לפיה תנאי המעניק לספק פטור מהוראות חוק דיספוזיטיביות הוא בבחינת תנאי מקפח לכאורה (ראו: גבריאלה שלו, **דיני חוזים** (מהדורה שניה, תשנ"ה) 633; ריקרדו בן אוליאל **דיני בנקאות: ערבות לטובת תאגיד בנקאי ומשכון של נכסים נדים וניירות ערך** (2002) 51). אנו סבורים כי מסגרת הדיון שבפנינו איננה מחייבת התייחסות לשאלה הכללית בדבר הקיפוח הפוטנציאלי הטמון בסעיפים בחוזה אחיד המתנים על הוראות חוק דיספוזיטיביות. זוהי שאלה נכבדה, אשר טרם זכתה להתייחסות מקיפה בפסיקה. נסתפק איפוא בבחינת השאלה בהקשר בו עסקינן, כשאנו נותנים דעתנו לחובתנו לבחון את התנאים שבפנינו באופן פרטני,

תוך התחשבות במהות החוזה, ובשים לב למכלול תנאיו ותוך התחשבות ביתר הנסיבות הרלבנטיות.

162. סעיפים 15(ג) ו-15(ד) לחוזה, העוסקים בהיקף התחייבויותיהם של הערבים, דנים בכמה וכמה עניינים שונים. בשל מורכבותם של שני הסעיפים הללו, ראוי יהיה להציג תחילה את נוסחם המלא:

"(ג) הערבים מסכימים כי ערבותם תישאר בתוקפה עד לפירעון המלא של ההלוואה ויתר הסכומים כנזכר לעיל. כן מסכימים הערבים כי תוקף הערבות לא יפגע ולא יגרע גם אם הבנק יתן ללווה או למי מהערבים ארכות או הנחות או יסכים להחליף או לשחרר אחד הלווים או יותר או אחד הערבים או יותר או בטחונות שניתנו ו/או ינתנו על ידי הלווה או כל חלק מהם לרבות המשכנתא והשיעבוד כאמור בסעיף 12 והבטחונות כאמור בסעיף 13 או כל חלק מהם או יסכים לשינויים יסודיים בתנאי ההסכם לרבות שינויים שיפגעו בזכויות הערבים או מי מהם ו/או יגרמו נזק לערבים או מי מהם, או יתפשר עם הלווה או מי מהערבים. הערבות תמשיך לחול על ההסכם גם אם ישונה או יתוקן כאמור או יועבר לאחר. הערבות תישאר בתוקפה ללא כל קשר למידת מילוי או אי מילוי התחייבויות הלווה, לרבות במקרה שהבנק יגרום לאי מילוי התחייבויות הלווה ולא תעמוד לערבים כל טענה שעשויה להיות ללווה כלפי הבנק. הערבות תישאר בתוקפה גם אם ימצא כי הלווה לא היה רשאי לקבל ההלוואה או קיבל אותה שלא כדין או שאינו קשור בהסכם זה או שלא יהיה קשור בהסכם זה מסיבה כלשהי.

(ד) הערבות אינה תלויה בכך שלבנק תהיה בטוחה כל שהיא מהלווה, אף אם הלווה התחייב לתת אותה בהסכם זה. הערבות לא תיפגע ולא תיגרע מכל בטוחה אחרת שיש או שתהיה לבנק. כל ויתור ארכה או הזנחה בקבלת או אי קבלת בטוחה כל שהיא לרבות המשכנתא והשיעבוד כאמור בסעיף 12, ערבות כל שהיא והבטחונות כאמור בסעיף 13 ו/או פקיעתם מכל סיבה שהיא, לא יפגעו ולא יגרעו מהערבות ולא יחשבו כפגיעה בזכות הערבים, גם אם יגרם להם נזק עקב זאת. אם הבנק יקבל בטוחה כל שהיא, תמשיך הערבות לחול גם אם תפקע הבטוחה או כל חלק ממנה מכל סיבה שהיא לרבות אם תפקע באשמת הבנק ו/או אם יגרם לערבים או מי מהם נזק כל שהוא עקב זאת. לאחר שהערבים ימלאו ערבותם על פי הסכם זה, הבנק לא יהיה חייב להעביר להם או לזכותם כל בטוחה שהיא או

זכות, לרבות המשכנתא והשיעבוד כאמור בסעיף 12, או ערבות כל שהיא והבטחונות כאמור בסעיף 13. אם תתיישן זכות התביעה נגד הלווה מסיבה כל שהיא לא תתיישן עקב זאת התביעה נגד הערבים. הערבות של כל אחד מהערבים אינה תלויה בכך שלבנק תהיה ערבות של ערב נוסף לרבות הערבים כאמור בהסכם זה. הערבים מסכימים כי הבנק יהיה רשאי לשחרר לפי שיקול דעתו הבלעדי כל אחד מהערבים מהתחייבויותיהם ומערבותם או כל חלק מהם בכל זמן שהוא מבלי שהדבר יפגע או יגרע מהתחייבויותיהם ומערבותם להלוואה. בהסכם זה המונחים לווה ו/או ערבים יתפרשו ככוללים את ומתייחסים אל הלווה ו/או הערבים, או מי מהם לרבות יורשיהם, מבצעי צוואה ומנהלי העזבון של הלווה ו/או הערבים וכל הבאים מכח או במקום מי מהם".

163. הוראות אלה מעוררות מספר ניכר של קשיים ומחלוקות. כפי שיובהר להלן, ביחס לחלק מהמחלוקות שמתעוררות, אנו סבורים כי אין פסול עקרוני בהתנאה החוזית על הוראות חוק הערבות. התנאה זו באה לשרת אינטרסים עסקיים לגיטימיים של הבנק ולא היינו מוצאים מקום להתערב בה, לולא ענין אחד: ההתנאה האמורה הופכת, מבחינה מהותית, את חבותו של הערב מחבות משנית, התלויה בחבותו של החייב העיקרי (הלווה), לחבות עצמאית העומדת על רגליה היא. למרות זאת, החבות מוצגת בחוזה כ"ערבות", באופן העלול להטעות את המתחייב (כפי שיפורט להלן ביתר הרחבה), ובכך יש לדעתנו משום חשש ממשי לקיפוח. התיקון המתבקש, לדעתנו, בנוגע להתניות הללו הוא הבהרה חד-משמעית ומאירת עיניים לגבי מעמדו האמיתי של מי שמכונה בחוזה בשם "ערב". לעומת זאת, ביחס לחלק אחר מההתניות, אנו סבורים כי הן מקפחות על פי מהותן, גם ללא קשר לחשש ההטעיה האמור.

164. בחלק קטן מהנושאים הנדונים בסעיפים 15(ג) ו-15(ד) הסכים הבנק לשנות את הוראות החוזה ואנו נתייחס להסכמות הללו במסגרת הדיון בנושא הרלבנטי.

השפעתם של שינויים בהיקף החיוב העיקרי על חבותו של הערב

165. הנושא הראשון שבו נדון, נוגע להשפעתם של שינויים בהיקף החיוב העיקרי על חבותו של הערב. הסעיף קובע כי הערבות תישאר בלא שינוי אף אם ייתן הבנק ללווה הנחה או יתפשר עימו, או אם הבנק יסכים לשינויים יסודיים בתנאי

ההסכם, לרבות שינויים שיפגעו בזכויות הערבים או יגרמו להם נזק. סעיף זה עומד בסתירה לסעיף 5 [לחוק הערבות](#), תשכ"ז-1967 (להלן - "חוק הערבות"), הקובע, כי אם הוקטן החיוב הנערב, על פי הסכם בין החייב לבין הנושה או על פי ויתור של הנושה, מופטר הערב במידה שהופטר החייב; ואם גדל החיוב הנערב, אין הדבר משנה בחיובו של הערב. כן קובע סעיף 5 האמור, כי אם חל בחיוב הנערב שינוי אחר, משתנה חיובו של הערב לפי השינוי, אך אם השינוי הוא יסודי ופוגע בזכויות הערב, רשאי הערב לבטל ערבותו.

166. הבנק הסכים כי מנוסח הסעיף ימחקו המילים "לרבות שינויים שיפגעו בזכויות הערבים או מי מהם ו/או יגרמו נזק לערבים או מי מהם" (ראו סיכומי הבנק, עמ' 58). אנו מאשרים הסכמה זו ונותנים לה תוקף ובכך צומצמה במעט המחלוקת. עם זאת, הוראות החוזה עדיין מתנות על סעיף 5 [לחוק הערבות](#) בנוגע לאותם מקרים בהם גדל או קטן שיעור החוב של הלווה לבנק. לטענת הבנק, סתירה זו אינה עולה כדי קיפוח, משום שסעיף 5 [לחוק הערבות](#) הוא דיספוזיטיבי ובתי המשפט הכירו בעבר בכוחם המחייב של סעיפים בכתבי ערבות המתנים על הוראות כאלה בחוק הערבות.

167. כידוע, ערבות היא, על פי מהותה, חיוב משני לחיובו של החייב העיקרי כלפי הנושה. חבותו של הערב טפלה לחבותו של החייב העיקרי ונסמכת עליה ([ע"א 529/78 איליט בע"מ נ. אלקו חרושת אלקטרו מיכנית ישראלית בע"מ פ"ד לד\(2\) 13, 17 \(1979\)](#)). עיקרון משניות חבותו של הערב עובר כחוט השני בשורה של הוראות הקבועות [בחוק הערבות](#) (ראו, למשל, סעיפים 2, 4(א)-ו(ג), 7, 5, ו-8 לחוק), אשר תכליתן להבטיח כי "הערב לא יימצא חייב, מקום שבו החייב העיקרי פטור" ([ע"א 146/85 גמליאל נ. מנורה, חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מא \(3\) 746, 750-751 \(1987\)](#)) (להלן: "עניין גמליאל"). למהותו של חיוב הערב כחיוב משני ראו גם, בהרחבה: בר-קהן, [ערבות בע' 161-77](#). מכאן, שהסדר בין נושה לבין חייב, המפחית את חיובו של האחרון, אמור לחול, מיניה וביה, גם על חיובו של הערב. סעיף 5(א) [לחוק הערבות](#) משקף, כאמור, עקרון זה.

168. כאן המקום להזכיר, כי סעיף 16 [לחוק הערבות](#) מכיר בהסדר משפטי שונה מערבות רגילה, שעניינו "התחייבות של אדם לשפות נושה בשל אי קיום חיובו של חייב כלפי הנושה כשהתחייבות אינה בבחינת ערבות". השוני בין שני הסדרים משפטיים אלה – ערבות מצד אחד והתחייבות לשיפוי מהצד האחר – טמון במהות החיוב אשר נוטל על עצמו הערב במסגרת כל אחד מהם. בחוזה ערבות מתחייב הערב, על פי סעיף 1(א) [לחוק הערבות](#), לקיים חיובו של אדם אחר כלפי אדם

שלישי. בהתחייבות לשיפוי, לעומת זאת, מתחייב אדם לשפות נושה על הפסדים שייגרמו לו בשל אי קיום חיובו של החייב כלפיו. מדובר בהתחייבות עצמאית ונפרדת. עצמאותה של ההתחייבות לשיפוי לעומת ערבות באה לידי ביטוי הן בלשון הסעיף - סעיף 16 לחוק הערבות אינו נוקט ביחס למתחייב בלשון "ערב", אלא בכינוי הכללי "אדם" - והן (ובעיקר) במהות ההסדר - על התחייבות לשיפוי חלים, בשינויים המחוייבים, רק חלק מסעיפי חוק הערבות (סעיפים 3, 9, 11, ו-12). גלוי לעין שהסעיפים בפרק א לחוק הערבות שאינם חלים על התחייבות לשיפוי, הם אלה המביאים לידי ביטוי את משניות חיובו של הערב (להבחנה בין ערבות לבין התחייבות לשיפוי ראו: ע"א 255/89 פרדו נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(5) 641 (1992) (להלן: "עניין פרדו"); בר קהן ערבות, בע' 99-103). שאלת הסיווג בין ערבות לבין התחייבות לשיפוי צריכה להיחתך, אם כן, על פי מידת התלות שבין החיוב של הערב/המשפה לבין חיובו של החייב העיקרי. בפסק הדין בענין פרדו קבע בית המשפט, בין היתר:

"...שאלת סווגה של התקשרות פלונית בין ערב ונושה לאחד משני המוסדות המשפטיים שתוארו, צריכה להיחתך על פי מידת התלות של אותה התקשרות בקיומו של חיוב שני, חיצוני לה, של חייב כלשהו כלפי הנושה: כאשר עולה, מתוך בחינת מכלול תנאי ההתקשרות ומרכיביה, כי כוונת הצדדים היתה להתלות את חיובו של הערב כלפי הנושה בחיובו של החייב, משמעות הדברים היא שהצדדים התכוונו ליצור יחס של ערבות. כאשר בחינת ההתקשרות מוליכה למסקנה כי הצדדים התכוונו לייצור התקשרות עצמאית, ברי שמדובר בהתחייבות לשיפוי... אכן קיימות נסיבות, בהן אין ההבחנה בין ערבות להתחייבות לשיפוי ברורה. הדבר עשוי לנבוע מקיומם של דינים שונים, היוצרים חיץ או מחלישים את הזיקה ההדוקה שבין החיוב העיקרי ובין חיובו של הערב בערבות הרגילה... הדבר עשוי גם לנבוע מהסדרים ספציפיים אשר הערב והנושה רשאים לאמץ... ביחסים שביניהם, באופן שנוצרים מעין "יצורי כלאיים". ואולם, אין במצב דברים זה כדי להשפיע על אמת המידה אשר הותוותה לעיל לשם הבחנה בין שני מוסדות משפטיים אלה: אדרבא, המסקנה בדבר הווצרותם של "יצורי כלאיים" כמתואר היא תולדה של אימוץ אמת מידה זו, ולאורה יש לבחון את נימוקי בית משפט קמא בבואו לסווג את כתבי הערבות..." (שם, בע' 650-651).

169. יישום אמת המידה שנקבעה בפסיקה על ענינו מוליכה למסקנה הברורה כי מבחינה מהותית, התחייבותו של מי שמכונה בחוזה שלפנינו בשם "ערב" או

"ערבים", אינה אלא התחייבות לשיפוי. הדבר עולה בבירור ממכלול ההוראות שבסעיפים 15(ג) ו-15(ד) לחוזה, המנתקות את התלות של חיוב ה"ערב" בחיובו של הלווה. כך, ההוראה שבסעיף 15(ג) בהסכם, הקובעת כי הערב נותר חייב אף אם הנושה התפשר עם החייב העיקרי, מנתקת את הזיקה שבין הערבות לבין החיוב העיקרי והופכת את הערבות להתחייבות לשיפוי. למרות זאת, כותרתו של הסעיף היא "ערבות" והמתחייבים מכונים בגדרו "ערבים". חוסר ההתאמה שנוצר בין מהותה של ההתחייבות כהתחייבות עצמאית לשיפוי, לבין התמונה המצטיירת מקריאת הסעיף בהסכם, שהמילה "ערב", על הטיותיה השונות, חולשת על כל סעיף מסעיפי המשנה שבו, עלול לעלות כדי הטעייתו של הערב/המתחייב באשר למהות ההתחייבות שהוא נוטל על עצמו. במיוחד נכונים הדברים נוכח אורכו ומורכבותו של סעיף 15 להסכם, ההופך אותו קשה להבנה עבור הערב הממוצע. מצב דברים כזה איננו עולה בקנה אחד עם סעיף 3 [לחוק הבנקאות \(שירות ללקוח\)](#), התשנ"א-1981, האוסר על תאגיד בנקאי לעשות דבר העלול להטעות לקוח בעניין מהותי. כידוע, הוראה זו חלה גם ביחסי בנק-ערב (בעבר התעוררה מחלוקת בנוגע לתחולתו של החוק על יחסי בנק-ערב: ראו [ע"א 1304/91 טפחות נ' ליפרט, פ"ד מז\(3\) 309 \(1993\)](#)), אולם כיום מוסדר הנושא באופן ברור וזאת לאחר התיקון משנת 1994 [לחוק הבנקאות \(שירות ללקוח\)](#), שבו נקבע, בסעיף 17(א), כי "הוראות חוק זה יחולו גם על מי שערב ללקוח כלפי תאגיד בנקאי". במצב דברים בו הוראה בחוזה אחיד מטעה את הערב באשר למהות ההתחייבות שהוא נוטל על עצמו - באופן העולה כדי הפרה של סעיף 3 [לחוק הבנקאות \(שירות ללקוח\)](#), התשנ"א-1981 - אין ספק בעינינו כי מדובר בתנאי מקפת, ונראה לנו כי במקרה כגון זה אף חלה חזקת הקיפוח המנויה בסעיף 4(6) [לחוק החוזים האחידים](#), לפיה תנאי השולל או המגביל זכות או תרופה העומדות ללקוח על פי דין, הוא מקפת. הפער המשמעותי בין הכותרת לבין המהות, בין העטיפה לבין התוכן, הוא המקים, בעינינו, את פוטנציאל הקיפוח.

170. לא נעלמה מעינינו ההלכה שנפסקה ברוב דעות בע"א 650/98 [בנק המזרחי המאוחד נ' כונס הנכסים הרשמי, פ"ד נג\(4\) 433, 437-438 \(1999\)](#), לפיה אין פגם בתניות המבקשות לתת לערבות תוקף עצמאי ובלתי תלוי בחיובו של החייב העיקרי. ואולם, בדעת הרוב בפסק הדין האמור נותחה הסוגיה באספקלריה של דיני החוזים ה"רגילים", דרך בחינת השאלה האם הויתור על הזכויות באותו מקרה ספציפי היה ברור דיו. אין בפסק הדין של הרוב התייחסות לשאלת הקיפוח הנובעת מדיני החוזים האחידים. לכן, אין בידינו לקבל את עמדת הבנק, כי מפסק דין זה נובעת כביכול הלכה פוזיטיבית, לפיה בגדרו של חוזה אחיד ניתן להתנות תמיד על הוראות [חוק הערבות](#).

171. בענייננו, אילו היה הבנק מעמיד את הלקוח באופן ברור על העובדה שמהות חיובו איננה כשל ערב, אלא מדובר בחיוב עצמאי, על כל המשתמע מכך, כי אז לא היינו רואים פסול בהתנאה על הוראות סעיף 5 [לחוק הערבות](#). הקיפוח טמון, כאמור, בפער שבין הלשון בה נוקט הסעיף, לבין התוכן המהותי שלו. פער זה עלול להטעות את הלקוחות החותמים על החוזה ולכן יש בכך גם משום קיפוח. על הדרך בה יש לנקוט, לדעתנו, לשם הסרת הקיפוח נעמוד להלן, לאחר הדיון ביתר חלקי הסעיף.

172. כאן המקום להעיר, כי על אף שהגענו למסקנה כי על פי הנוסח הקיים של סעיפים 15(ג) ו-15(ד), מי שמכונים בחוזה בשם "ערבים" לאו ערבים הם, אלא חייבים עצמאיים לכל דבר וענין, הרי מטעמי נוחות ופשטות הלשון נמשיך לכתום אף אנו, בגוף פסק הדין, בשם "ערבים", אך אין בכך כדי לגרוע ממשקנתנו כי זהו כינוי שגוי ומטעה, אשר אינו הולם את מעמדם האמיתי.

השפעת פקיעתן או גריעתן של בטוחות אחרות על היקף חבותו של הערב

173. מחלוקת נוספת נוגעת לקביעה כי הערבות תישאר בתוקפה אף אם יחליט הבנק על שינוי בבטוחות שניתנו להחזר ההלוואה. דהיינו; אם הבנק יסכים לשחרר את אחד הלווים או את אחד הערבים או את אחת מהבטוחות הנכסיות, או אם בטוחה כאמור תפקע מכל סיבה שהיא. כן קובעים הסעיפים כי תוקף הערבות לא ייפגע אם יתברר שהבנק לא קיבל בטוחה כלשהי מהלווה, אף אם הלווה התחייב לתיתה. קביעות חוזיות אלה נוגדות את הוראת סעיף 6(ב) [לחוק הערבות](#).

174. סעיף 6(ב) [לחוק הערבות](#) קובע, כי אם גרם הנושה לפקיעת ערובה שניתנה להבטחת החיוב הנערב ונגרם על ידי כך לערב נזק, מופטר הערב כדי סכום הנזק. אנו סבורים כי יש לפרש את סעיף 6(ב) [לחוק הערבות](#) כמכוון לא רק לערובה שהיא בטוחה נכסית, אלא גם לקיומו של ערב נוסף. גם ערבות נוספת היא בגדר "ערובה" ומכאן שסעיף 6(ב) יחול, לדעתנו, גם על מצבים בהם פוטר הנושה ערב אחד מבין כמה ערבים. לתוצאה דומה ניתן להגיע גם על ידי החלה (ישירה, או בדרך של היקש) של סעיף 55(ג) [לחוק החוזים](#) (לענין זה ראו: בר קהן, **ערבות** בע' 259-261). יובהר כי הנזק העלול להיגרם לערב כתוצאה מפקיעתן של ערובות שניתנו להבטחת החיוב הנערב הוא, למעשה, כפול: ראשית, הגדלת הסיכון לכך שהערב הוא זה שיאלץ לפרוע את החוב משום שהנושה לא יוכל להיפרע מהבטוחות האחרות (ראו, כדוגמא: **ע"א 118/93 גמבש נ' בנק מרכנתיל לישראל בע"מ, פ"ד מח(4) 463 (1994)** (להלן - "עניין גמבש"). שנית, ככל שמדובר בבטוחה שהיא

שעבוד נכס של החייב, הנזק הוא גם בהגדלת הסיכון שהערב, לאחר שישלם מכוח ערבותו, לא יוכל להיפרע מהחייב העיקרי, על פי זכותו מכוח סעיף 9 [לחוק הערבות](#), וזאת לאור העובדה שלפי סעיף 12 לחוק הערבות שעבוד כאמור היה אמור לעבור לזכותו של הערב, לשם הבטחת זכותו לחזור על החייב (ראו גם: בר קהן, [ערבות בע' 258-259](#)).

175. סעיף 15(ג) להסכם מתנה אפוא על סעיף 6(ב) [לחוק הערבות](#). בעבר נקבעה הלכה, לפיה סעיף בהסכם ערבות הפוטר את הנושה מן ההוראה של סעיף 6(ב) [לחוק הערבות](#), אינו תנאי שיש בו משום קיפוח לקוחות או יתרון בלתי הוגן של הספק, ולכן אין בו פסול (ראו: [ע"א 219/76 אזולאי נ' בנק עצמאות לפיתוח ומשכנתאות בע"מ, פ"ד לב\(2\) 365, 371 \(1978\)](#); [ע"א 465/83 בן צבי נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, פ"ד מה\(1\) 66, 74 \(1988\)](#)). בעקבות פסקי דין אלה, העלה השופט זמיר, בעניין [גמבש](#), את השאלה האם לא הגיעה העת לשינוי ההלכה, שנקבעה לפי [חוק החוזים האחידים](#) הקודם: "...העמדה שבית משפט זה נקט, בשאלת תוקפו של תנאי בהסכם הפוטר בנק מאחריות בשל טעות או רשלנות כלפי ערב, התבססה על [חוק החוזים האחידים](#), תשכ"ד-1964. בינתיים בוטל חוק זה והוחלף ב[חוק החוזים האחידים](#), התשמ"ג-1982. יש דמיון בין שני החוקים ולכן אין להוציא מכלל אפשרות כי העמדה של בית משפט זה, כפי שנקבעה על יסוד החוק הקודם, תעמוד בעינה אף על יסוד החוק הקיים. אולם אין גם להוציא מכלל אפשרות כי השינויים שבין שני החוקים יובילו לשינוי העמדה של בית משפט זה... אכן, פקידיו של בנק בשר ודם הם; אך כך גם הערב; ואין דמם סומק מדמו. לכן יש מקום לשוב ולשאול: האמנם סעיף פטור בהסכם ערבות כוחו יפה, על אף [חוק החוזים האחידים](#) שהשתנה, להלבין כל חטא של כל פקיד בנק? ...". בסופו של דבר שאלה זו לא הוכרעה, אך האפשרות שתנאי כזה - המתנה על הוראת סעיף 6(ב) [לחוק הערבות](#) - ייחשב כתנאי מקפח בחוזה אחיד, הספיקה באותו ענין לצורך מתן רשות להתגונן בפני תביעה בסדר דין מקוצר.

176. המפקח הפנה לפסקי דין מאוחרים שניתנו בבתי המשפט המחוזיים ובבתי משפט השלום, בהם נקבע, ברוח הערתו של השופט זמיר, כי לאור תיקונו של [חוק החוזים האחידים](#) ונוכח ההרחבה הניכרת של החובות החלות על הבנקים כלפי הערבים, אין עוד לומר כי תנאי בחוזה אחיד המתנה על סעיף 6(ב) [לחוק הערבות](#) אינו מקפח (ראו למשל: [ת"א \(מחוזי ת"א\) 217/93 בנק הפועלים בע"מ נ' הנסקי דינים מחוזי ל"ב\(2\) 503 \(1998\)](#); [ת"א \(שלום ת"א\) 24490/01 בנק לאומי למשכנתאות בע"מ נ' ציטרינבוס, דינים שלום י"ט 890 \(2002\)](#); [ת"א \(שלום חי\) 4762/92 בנק כרמל למשכנתאות והשקעות בע"מ נ' כהן דינים שלום י"ח 874 \(1999\)](#); [המ'](#)

(שלום ת"א) 6357/92 פרץ נ' בנק לאומי למשכנתאות, תק-של 96(3) 1810). ההנמקה שבפסקי דין אלה מתרכזת בכך שהערב רשאי לצפות כי הבנק יממש את זכותו החוזית וימשכן את הנכס הנרכש בכספי ההלוואה. עוד נפסק, כי אין כל הצדקה, משפטית או מוסרית, לגלגל על הערב את הנזק עקב אי הבטחת זכויות הבנק באמצעות רישום משכנתה. פסקי הדין הללו מתייחסים, לפיכך, לסוגיה הנקודתית של אי מימוש זכותו החוזית של הבנק לרישום משכנתה והשפעתו של מחדל מסוג זה על חבות הערב. אין, לפיכך, בפסיקה האמורה תשובה כוללת לשאלה שבה אנו דנים.

177. בענייננו, הסכים הבנק למחוק את המילה "משכנתה" מנוסח הסעיף (ראו סיכומי הבנק, עמ' 61), ומכאן שהבנק מסכים לכך שאי מישכון הנכס על ידי הבנק, בניגוד להוראות ההסכם, או מתן הסכמת הבנק למחיקת המשכנתה, יפגע בתוקפה של הערבות וסעיף 6(ב) לחוק הערבות יחול על מקרה כזה. דהיינו, שאם כתוצאה מאי רישום המשכנתה או ממחיקתה ייגרם נזק לערב, יופטר הערב כדי סכום הנזק שנגרם לו. אנו מקבלים הסכמה זו ונותנים לה תוקף. לפיכך, נותרה על כנה השאלה, האם טמון קיפוח בכך שהחובה יקבע כי הוראת סעיף 6(ב) לחוק הערבות לא תחול מקום בו הבנק מוותר על בטוחות אחרות (שאינן הנכס הנרכש בכספי המשכנתה) או פוטר ערבים אחרים מערבותם.

178. אנו סבורים, ברוח הדברים שנאמרו בפסק הדין בענין **גמבש**, כי אכן, דמו של הנושה (הבנק) אינו סמוק מדמו של הערב. מצד אחד, לבנק אינטרס לגיטימי לקבל את החזר ההלוואה ולנקוט בכל האמצעים המשפטיים הדרושים לשם כך. מהצד שני, לערב אינטרס שתחומי הסיכון שהוא נטל על עצמו במסגרת התחייבותו יהיו ברורים ומוגדרים. ערב היודע כי להבטחת ההלוואה ניתנו לבנק – בנוסף לערבותו – ערובות ובטחונות נוספים, משקלל מן הסתם עובדה זו במסגרת הערכת הסיכונים שהוא נכון לקבל על עצמו. בהחלט ייתכן שערב אשר נכון לחתום על החוזה ולקבל על עצמו את ההתחייבות כלפי הבנק ביודעו שישנם ערבים נוספים או בטוחות נכסיות נוספות להבטחת פירעון ההלוואה, לא היה נכון ליטול את אותה התחייבות אילו ידע כי הוא ניצב לבדו במערכה אל מול הבנק. על חשיבותו של מידע מסוג זה (דהיינו - היקף הערובות הנוספות הניתנות להבטחת פירעונו של החיוב הנערב) ניתן ללמוד גם מסעיף 4(א) להוראת ניהול בנקאי תקין 453 המורה כי: "בעת החתמת ערב על ערבות לטובת תאגיד בנקאי יציין התאגיד הבנקאי את מספר הערבים שיערבו לחיוב ואם הוא ערב לכל החיוב או רק לחלקו". מתן אפשרות לבנק, לאחר חתימת החוזה, לשנות את "כללי המשחק" בנוגע לרמת הסיכון שנוטל על עצמו הערב – באמצעות ויתור על בטוחות או ערבויות אחרות – וזאת

מבלי שיידרש להצביע על כל אינטרס לגיטימי בויתור זה, נראה בעינינו בלתי ראוי (לדעת ברוח זו השוו דניאל פרידמן ונילי כהן, "ריבוי חיובים" דיני חיובים – חלק כללי (העורך דניאל פרידמן, 1994) 243 ובמיוחד הערה 361). לדעתנו אף מתקיימת כאן חזקת הקיפוח המנויה בסעיף 4(4) [לחוק החוזים האחידים](#), שהרי הבנק מתימר ליטול לעצמו את הזכות לשנות, על פי שיקול דעתו, חיובים מהותיים בחוזה המוטלים על הלקוח. לדעתנו, שינוי מהותי ברמת הסיכון אליה נחשף הערב הוא בגדר שינוי מהותי בחיוב.

179. לאור זאת, אנו סבורים כי ראוי להבחין, בענין זה, בין מצב בו גריעה או פקיעה של בטוחות או ערובות אחרות נגרמו בעקבות רשלנות של הבנק, לבין מצב שבו פקעה ערובה או בטוחה כלשהי, או נגרע ערכה, בעקבות פעולה מסחרית סבירה של הבנק, שנועדה להגן בתום לב על אינטרס לגיטימי של הבנק ונעשתה שלא מתוך מטרה לפגוע בערב, או עקב כוח עליון שלבנק אין שליטה עליו. ככל שמדובר בגריעה או פקיעה הנובעים ממעשיו או ממחדליו הרשלניים של הבנק, אנו סבורים כי הקביעה בחוזה שהדבר לא יפטור את הערב מחבותו כדי סכום הנזק שנגרם לו עקב פקיעת או גריעת הבטוחות האחרות, מהווה תנאי מקפח שיש לבטלו. לעומת זאת, קביעה כאמור בנוגע לגריעה או פקיעה של בטוחות, שהתרחשה שלא כתוצאה ממעשה או מחדל רשלני של הבנק, אלא מתוך פעולה מסחרית סבירה שנעשתה בתום לב, או בעקבות התרחשות שלבנק אין שליטה עליה, איננה מקפחת והיא נועדה להגן, באופן ראוי ומידתי, על אינטרס לגיטימי של הבנק.

תוקף הערבות כשהבנק גרם לאי-קיום החיוב העיקרי

180. סעיף 15(ג) קובע כי הערבות תעמוד בתוקפה גם כאשר הלווה לא עמד בהתחייבויותיו מסיבות שהבנק גרמן. הוראה זו עומדת בניגוד לסעיף 6(א) [לחוק הערבות](#), הקובע: "גרם הנושה לאי קיום החיוב הנערב – מופטר הערב".

181. הבנק הציע, בכתב תשובתו, למחוק את המילים: "לרבות במקרה שהבנק יגרום לאי מילוי התחייבויות הלווה". הסכמה זו היא ראויה. הכלל לפיו הנושה אינו יכול לממש את ערבותו כאשר הוא עצמו גרם לאי קיום החיוב הנערב, נגזר למעשה מהעיקרון הרחב של מניעות, המעוגן כיום בעיקרון תום-הלב. עיקרון-על זה בא לידי ביטוי בהקשרים שונים בחקיקה, כמו, למשל, במסגרת סעיפים 28(א) ו-28(ב) [לחוק החוזים הכללי \(השוו: גבריאלה שלו, דיני חוזים-החלק הכללי לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי \(2005\) בע' 488; "On the G. Tedeschi](#)

לומר כי התנאה על כלל זה, המעוגן כאמור בעיקרון תום הלב, היא על-פניה מקפחת.

182. אנו מקבלים לפיכך את הסכמת הבנק ומאשרים את מחיקת המילים "לרבות במקרה שהבנק יגרום לאי מילוי התחייבויות הלווה" מסעיף 15(ג) להסכם.

המחאת זכותו של הבנק כלפי הערבים

183. סעיף 15(ג) קובע כי הערבות תמשיך לחול גם אם ההסכם "יועבר לאחר". במילים אחרות, הערבות תעמוד בתוקפה גם כלפי נמחה, במידה והבנק ימחה את זכויותיו.

184. זכותו של הבנק להמחות את זכויותיו על פי החוזה מוסדרת בסעיף 22 לחוזה. המפקח העלה טענות שונות גם לענין סעיף 22 לחוזה וסוגיה זו תידון בהרחבה בפסקאות 297 - 304 להלן.

185. כפי שיפורט בהמשך, מסקנתנו העקרונית בסוגיית המחאת זכויותיו של הבנק היא, שעל רקע המציאות הכלכלית המודרנית ולאור עובדת קיומו של שוק משני למשכנתאות, הוראות החוזה המאפשרות לבנק להמחות את זכויותיו, נועדו על מנת לשמור על אינטרסים כלכליים ומסחריים לגיטימיים וחיוניים של הבנק. לאור זאת אנו קובעים שם, כי בכפוף לשינויים מינוריים בנוסח הסעיף, אין אנו רואים את סעיף 22 לחוזה כמקפח.

186. לאור זאת, אנו קובעים כי גם הפסקה בסעיף 15(ג) - הקובעת כי במקרה של העברת זכויות הבנק תמשיך לעמוד בתוקפה גם חבותם של הערבים - איננה מקפחת. יתר על כן, הוראה זו תואמת את סעיף 5 [לחוק המחאת חיובים](#), התשכ"ט-1969, הקובע: "בכפוף להסכם ההמחאה, כוללת המחאת זכות גם כל ערבות ושעבוד שניתנו להבטחתה...". לאור זאת הוראת סעיף 15(ג) בענין זה היא גם בגדר "תנאי התואם תנאים שנקבעו... בחיקוק", כאמור בסעיף 23(א)(2) [לחוק החוזים האחידים](#) וממילא אין לנו הסמכות להורות על ביטולה.

אי העברת השעבוד לזכות הערב לאחר שהערב מילא את ערבותו

187. סעיף 15(ד) קובע כי לאחר שהערבים ימלאו את ערבותם: " הבנק לא יהיה חייב להעביר להם או לזכותם כל בטוחה שהיא או זכות, לרבות המשכנתא והשיעבוד כאמור בסעיף 12, או ערבות כל שהיא והבטחונות כאמור בסעיף 13."

188. לטענת המפקח, סעיף זה מתנה על סעיף 12 [לחוק הערבות](#) הקובע כי, במידה והחייב הנערב מובטח גם בשעבוד נכס של החייב, יעבור השעבוד לזכות הערב, לאחר שמילא ערבותו, וזאת להבטחת זכותו לחזור אל החייב. על טענת הבנק - כי במקרה שבו הערבות מבטיחה סכום פחות מהסכום המלא של ההלוואה, עלולה העברת הבטוחה לערב לפגוע בבנק - משיב המפקח, כי ממילא סעיף 12 [לחוק הערבות](#) מסייג במפורש את העברת הבטוחה, בכך שהדבר אינו פוגע בזכויות הנושה. לאור זאת סבור המפקח כי התנאי האמור הוא מקפת.

189. בסיכומיו, הודיע הבנק, כי הגם שהוא חולק על עמדת המפקח, הוא מסכים למחוק מהסעיף את המילים: "לאחר שהערבים ימלאו ערבותם על פי הסכם זה הבנק לא יהיה חייב להעביר להם או לזכותם כל בטוחה שהיא או זכות, לרבות המשכנתא והשעבוד כאמור בסעיף 12, או ערבות כלשהיא והביטחונות כאמור בסעיף 13".
אנו מאשרים הסכמה זו ונותנים לה תוקף.

ויתור על טענות הגנה

190. סעיף 15(ג) לחוזה קובע כי לא תעמוד לערבים כל טענה שעשויה להיות ללווה כלפי הבנק.

191. לטענת המפקח, סעיף זה שבחוזה מתנה על סעיף 7(א) [לחוק הערבות](#), הקובע כי כל טענה שיש לחייב כלפי הנושה בקשר לחיובו עומדת גם לערב. המפקח סבר כי מניעת טענות העומדות לזכות החייב כלפי הנושה פוגמת בעקרון לפיו הערב אינו חב ביותר מחיובו של החייב או בחמור ממנו. המפקח טען, לפיכך, כי הסעיף מקים חזקת קיפוח מכוח סעיף 4(6) לחוק.

לטענת הבנק, הוראות [חוק הערבות](#), ובכלל זה הוראות סעיף 7(א) שבו, ניתנות להתנאה. לגישתו של הבנק, היות ומדובר בעסקה כלכלית מובהקת, מן הראוי

ליתן משקל לאינטרס הבנק להבטיח בצורה היעילה והטובה ביותר את השבת כספו.

192. אכן, הגיונו של סעיף 7(א) [לחוק הערבות](#) נעוץ בכך שהערב אינו חב ביותר מחיובו של החייב העיקרי. ההסדר הקבוע בסעיף 7(א) [לחוק הערבות](#) מהווה, לפיכך, ביטוי מובהק נוסף לעיקרון לפיו חיובו של הערב הוא חיוב משני במהותו (ראו: בר קהן, **חוק הערבות** בע' 180 ואילך; עניין **גמבש**, בע' 469. ראו גם דברי הנשיא שמגר בעניין **גמליאל**, בע' 750-751: "בבסיסה של הערבות מונח העיקרון, שאין היא אלא חיוב משני, הטפל לחבות העיקרית. לכן קובע [חוק הערבות](#), תשכ"ז-1967, מספר הוראות, שמטרתן להבטיח שהערב לא יימצא חייב, מקום שבו החייב העיקרי פטור (ראה הוראות סעיפים 2, 4(א) ו-5(א) לחוק ובמיוחד סעיף 7(א), שעל פיו כל טענה שיש לחייב כלפי הנושה בקשר לחיובו עומדת גם לערב)..."). לאור זאת, עמדתנו בסוגיית ההתנאה על סעיף 7(א) [לחוק הערבות](#) זהה לעמדה בה נקטנו לעיל, בנוגע להשפעתם של שינויים בהיקף החיוב העיקרי על חבותו של הערב (ראו פסקאות 165 - 172 לעיל). העיקרון העומד ביסוד שתי הסוגיות הללו הוא דומה: בשני המקרים מבקש הבנק, באמצעות ההתנאה החוזית על הוראות [חוק הערבות](#), לנתק את התלות של חיובי הערבים בזו של הלווה. בשני המקרים מבקש הבנק לבטל את מהותה של הערבות כחיוב משני ולתת להתחייבותם של הערבים מעמד של חיוב עצמאי. כפי שכבר הבהרנו, בהתנאה זו כשלעצמה אין כל פסול. זכותו של הבנק לקבוע את התנאים הכלכליים והמסחריים של ההלוואה, לרבות היקף הבטוחות שהוא דורש כתנאי למתן ההלוואה. יחד עם זאת, כפי שכבר הבהרנו קודם, הקיפוח שאנו מוצאים בסעיף הוא בפער שבין תוכנו המהותי של ההסדר החוזי שמכתיב הבנק, לבין ה"לבוש" החיצוני שבו הוא מוצג כלפי לקוחותיו. כפי שכבר קבענו, מי שמכונים בחוזה בשם "ערבים" אינם אלא חייבים עצמאיים, והחיוב המכונה בחוזה בשם "ערבות" הוא במהותו בגדר "התחייבות לשיפוי". למרות זאת, כותרתו של הסעיף היא "ערבות" והמתחייבים מכונים בגדרו "ערבים". חוסר ההתאמה שנוצר בין תוכנו המהותי של החוזה לבין האופן שבו מוצגים הדברים ללקוחות הבנק, עולה לדעתנו לכדי הטעייה והוא מנוגד להוראות סעיף 3 [לחוק הבנקאות \(שירות ללקוח\)](#), התשנ"א-1981, האוסר על תאגיד בנקאי לעשות דבר העלול להטעות לקוח בעניין מהותי. לאור זאת, אנו קובעים כי הוראות החוזה בענין זה, על פי נוסחן הקיים, הן מקפחות. על האופן שבו על הבנק לפעול לשם הסרת הקיפוח נעמוד להלן.

השפעת ההתיישנות של זכות התביעה של הנושה כנגד הלווה על חבות הערב

193. סעיף 15(ד) קובע, כי אם תתיישן זכות התביעה נגד הלווה מסיבה כלשהי, לא תתיישן עקב זאת התביעה נגד הערב.

194. לטענת המפקח, סעיף זה מתנה על סעיף 7(ב) [לחוק הערבות](#), הקובע כי אם התיישנה התביעה נגד החייב, מתיישנת גם התביעה נגד הערב, אם לא התיישנה לפני כן. גם כאן עלול להיווצר מצב בו הערב יימצא חייב מקום בו הלווה פטור. זאת בנוסף לכך, שככל שמתיישנת תביעה נגד הלווה, אין הדבר נובע אלא מהתנהגות הבנק. המפקח טען, לפיכך, כי הסעיף מקפח.

לטענת הבנק, יש לזכור כי התיישנות הינה אך אמצעי דיוני, ואין בכוחה לבטל את הזכות גופה. כמו כן, הבנק טען כי סעיף 19 [לחוק הערבות](#) הוא דיספוזיטיבי והצדדים רשאים להתנות עליו. הבנק הוסיף כי במקרה הנדון, אין מדובר בסעיף מקפח, במיוחד לאור העובדה שהחוזה אינו מתנה על תקופת ההתיישנות האישית של הערב, אלא קובע כי התביעה נגד הערב לא תתיישן רק מחמת העובדה כי תביעת הלווה התיישנה.

195. טענת ההתיישנות היא טענת הגנה. הרציונל העומד ביסודו של סעיף 7(ב) [לחוק הערבות](#) - המאפשר לערב לטעון כנגד הנושה טענת התיישנות הנוגעת להתיישנותה של זכות התביעה של הנושה כנגד החייב - הוא בדיוק אותו רציונל העומד ביסוד סעיף 7(א) לחוק, שבו כבר עסקנו לעיל. גם הגיונו של סעיף 7(ב) נעוץ בכך שהערב אינו חב ביותר מחיובו של החייב העיקרי. סעיף 7(ב) מבטא, לפיכך, גם הוא את העקרון לפיו חיובו של הערב הוא חיוב משני במהותו (ראו: בר קהן, [חוק הערבות](#) בע' 211).

196. כפי שקבענו לגבי ההתנאה החוזית על סעיף 7(א) [לחוק הערבות](#), כך גם בענין זה: איננו רואים פסול עקרוני בהתנאה חוזית על הוראות הסעיף ובהפיכת חיובם של מי שמכונים בחוזה בשם "ערבים" לחיוב עצמאי. הבנק רשאי להחליט, משיקוליו העסקיים, כי הוא נכון לתת הלוואה רק כנגד התחייבותם של מספר חייבים עיקריים, שהתחייבויותיהם כלפי הבנק הן התחייבויות עצמאיות, וכי אין הוא מסתפק בהתחייבותו של חייב עיקרי אחד (הלווה). במקרה כזה אכן הדין הוא, שכאשר מדובר במספר חייבים שווי דרגה (להבדיל מחייבים משניים), התיישנות זכות התביעה של הנושה כנגד אחד מהחייבים איננה מונעת תביעה כנגד חייב עצמאי אחר, שעילת התביעה כנגדו עדיין לא התיישנה (ראו בר קהן, [ערבות](#) בע' 209). הדבר ברור גם על רקע העדרה של הוראה דוגמת זו שבסעיף 7(ב) [לחוק](#)

הערבות מפרק ו' **לחוק החוזים (חלק כללי)** העוסק בריבוי חייבים ונושים). אולם, הבנק אינו רשאי – כפי שכבר הבהרנו לעיל – ליצור מצג כלפי לקוחותיו כאילו מדובר בהתחייבותם של ערבים, בעוד שהוראותיו המהותיות של החוזה "מקלפות" את התחייבויות הערבים מכל סממן של חיוב-משני. זוהי הטעיה שיש בה, ללא כל ספק, קיפוח של הלקוחות. גם בענין זה, אם יחליט הבנק להותיר על כנו את ההסדר החוזי, יהיה הדבר מותנה בהבהרה ברורה וחד משמעית של המהות האמיתית של ההתחייבות שנוטלים על עצמם ה"ערבים", כפי שיובהר בהמשך.

חבותו של הערב במצב בו הלווה לא היה רשאי לקבל הלוואה, או קיבלה שלא כדין או שאין תוקף להתחייבותו כלפי הבנק

197. מחלוקת נוספת נוגעת לקביעה, בסעיף 15(ג) לחוזה, לפיה: "הערבות תשאר בתוקפה גם אם יימצא כי הלווה לא היה רשאי לקבל הלוואה או קיבל אותה שלא כדין או שאינו קשור בהסכם זה מסיבה כל שהיא".

198. לטענת המפקח, הוראה זו נוגדת את סעיפים 2 ו-4(א) **לחוק הערבות**, הקובעים כי הערבות מותנית בקיומו של חיוב בר תוקף וכי אין הערב חב ביותר מחיובו של החייב. על פי הוראות **לחוק הערבות**, המקרה היחיד בו נותרת ערבותו של הערב בתוקף חרף היותו של החיוב העיקרי פגום, הוא זה המוסדר בסעיף 17 לחוק הערבות. סעיף זה דן במצב בו החיוב העיקרי פגום "רק מבחינת כשרותו או ייצוגו של החייב" (משמע, פגם בחיוב, הנובע מהיות החייב העיקרי קטין או פסול דין). המפקח סבר, שלאור חובת הנאמנות המוגברת של הבנק כלפי לקוחותיו (לרבות הערבים), ולאור החובה של הבנק לבדוק מי הם לקוחותיו, יהיו מקרים בהם על הבנק לשאת באחריות אף לגבי פגם הנוגע לכשרותו של הלווה, למרות ההגנה המוקנית לו בסעיף 17, וזאת במצב שבו הבנק ידע, או היה עליו לדעת, כי הלווה הוא קטין או פסול דין. המפקח טען כי במקרה כזה, חלות על הבנק חובות הגילוי המחייבות אותו ליידע את הערב על כך. המפקח הוסיף וטען כי ככל שהסעיף עוסק במקרה שבו הלווה קיבל הלוואת זכאות על סמך מצג שווא, דהיינו מבלי שהיה זכאי לה, ממילא ברור שאין בכך כדי לפגוע בתוקף הערבות, וכי אם לכך התכוון הבנק, הרי עליו לציין במפורש בסעיף כי הוא מתכוון למקרים כאלה. לטענת הבנק, התנאים שבסעיף הינם הכרחיים ובלעדיהם עלול הבנק למצוא עצמו בפני שוקת שבורה במצב בו הלווה לא היה רשאי כלל לקבל את הלוואה, או במצב שבו התחייבות הלווה נעדרת תוקף בשל פגם כלשהו. הבנק אף דחה את טענות המפקח בכל הנוגע להוראת סעיף 17 **לחוק הערבות**.

199. יש לציין כי אופן ניסוחו של חלק זה בסעיף 15(ג) איננו מלאכת מחשבת ולא לגמרי ברור מהו היקף המקרים האמורים להיכנס לגדרו. מכל מקום, מתוך טיעוני הצדדים עולה, כי חלק זה של סעיף 15(ג) נועד להסדיר מצב בו התחייבותו של הלווה אינה תקפה, או שהיא פגומה מסיבה כלשהי. במצב כזה, קובע החוזה, כי ערבותם של הערבים תישאר בתוקפה.

200. יובהר כי נפקותה העיקרית של ההוראה החוזית הנ"ל היא לגבי מצבים בהם החוזה עם הלווה כלל לא נכרת מסיבה כלשהי, או שהתחייבותו של הלווה בטלה מעיקרא (void). אם, לעומת זאת, מדובר בפגם אשר תוצאתו איננה בטלות, אלא הוא אך מאפשר ללווה לבטל את התחייבותו (voidable), (כגון טעות, הטעיה כפיה או עושק), כי אז מדובר, למעשה, בטענת הגנה של הלווה. טענת הגנה כזו אמורה לשמש מגן גם בידי הערב, בהתאם להוראת סעיף 7(א) [לחוק הערבות](#), אלא שכפי שראינו לעיל, החוזה מתנה על כך. בשאלת תוקף ההתנאה על סעיף 7(א) [לחוק הערבות](#) עסקנו כבר לעיל. נדון, לפיכך, במצבים בהם התחייבות הלווה איננה תקפה (למשל, אם התחייבותו החוזית של הלווה בטלה בשל היותה בלתי חוקית, או בשל כך שניתנה בנסיבות שבהן חל הכלל "לא נעשה דבר" וכדומה. לעניין בטלות התחייבותו של הערב בשל אי חוקיות השוו: [ע"א 395/87 שלוש נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד מו\(5\) 529](#). לענין טענת "לא נעשה דבר" השוו, למשל, [עניין הדר](#)).

201. אנו סבורים כי בנושא זה יש להבחין בין שני מצבים שונים: (א) מצב בו הפגם המאיים את התחייבותו של הלווה היה ידוע לבנק כבר בעת כריתת החוזה, או שלפחות היה על הבנק לדעת אודותיו (דהיינו, שאי-הידיעה נובעת מרשלנות הבנק), בעוד שהערבים לא ידעו אודות הפגם. (ב) מצב בו הבנק לא ידע ולא היה עליו לדעת בעת כריתת החוזה אודות הפגם בחיובו של הלווה.

202. בהקשר זה יצויין, כי איננו סבורים שלצורך הדיון כאן יש חשיבות מיוחדת להוראת סעיף 17 [לחוק הערבות](#) (המהווה חריג סטטוטורי להוראת סעיף 2 לחוק הערבות). הסעיף החוזי אינו דן, לפי לשונו, רק במקרים של פגם בכשרות הלווה, אלא בפגם כלשהו השולל את תוקף התחייבותו של הלווה (לרבות, כמובן, פגם בכשרות). לפיכך, אין נפקא מינה, לצורך ההכרעה בסעיף זה, אם הפגם

בהתחייבותו של הלווה נובע מפגם בכשרותו של הלווה או מסיבה אחרת כלשהי. נדון, לפיכך, בשני המצבים השונים שצויינו לעיל.

203. **ככל שמדובר במצב בו הבנק לא ידע ולא היה עליו לדעת על הפגם שבהתחייבות הלווה**, הרי ההתנאה החוזית הקובעת כי במצב כזה נותרת התחייבותם של הערבים בעינה, נועדה אך ורק למטרה אחת: להתנות על הכלל הקבוע בסעיף 2 [לחוק הערבות](#), לפיו "אין ערבות אלא לחיוב בר-תוקף" ועל הכלל הקבוע בסעיף 4(א) לחוק הערבות, לפיו "אין הערב חב ביותר מחיובו של החייב ולא בחמור ממנו". דהיינו, ההתניה החוזית נועדה – בדיוק כמו בנושאים הקודמים בהם עסקנו – לבטל את מאפיין המשניות מהתחייבותם של הערבים ולהפוך אותה לחיוב עצמאי. אף כאן, איננו רואים כל פסול עקרוני בהתניה כזו. כמו בנושאים הקודמים בהם עסקנו, אף כאן הקיפוח נעוץ אך ורק בעובדה שהחווה יוצר מצג מטעה כאילו מדובר בהתחייבותם של ערבים, בעוד שתנאיו המהותיים של החווה הופכים את ההתחייבות לעצמאית לחלוטין. גם במקרה זה, אם רוצה הבנק להותיר על כנו את ההסדר החוזי הקיים, יהיה הדבר כפוף לנקיטת האמצעים הדרושים לשם מניעת ההטעיה ועל ידי כך יוסר הקיפוח הקיים כעת.

204. שונה המצב בנוגע **למקרים בהם הבנק ידע, או היה עליו לדעת, בעת כריתת החווה על הפגם בהתחייבותו של הלווה**. לא למותר להזכיר, בהקשר זה, כי חובת הבירור המוטלת כיום על הבנקים לגבי זהותם של לוויים, היא רחבה (ראו סעיף 7 [לחוק איסור הלבנת הון](#), התש"ס – 2000 וכן ראו הוראות פרק ב' [לצו איסור הלבנת הון](#) (חובות זיהוי, דיווח וניהול רישומים של תאגידים בנקאיים), התשס"א – 2001, על פיהם מחוייב תאגיד בנקאי לברר את זהות הלווה ופרטיו). משמעות הדבר היא, שאם בעיית תוקף התחייבותו של הלווה נוגעת, למשל, לעובדת היותו של הלווה קטין, ההנחה תהיה בדרך כלל שהיה על הבנק לדעת עובדה זו. במקרים אחרים, ייתכן שלא תיחוס לבנק רשלנות כלשהי באי הידיעה על העובדות שבעטיין נפגם תוקף ההתחייבות (השוו, למשל לעניין **הדר**, שם לא יוחסה ידיעה כלשהי, בפועל או בכוח, לחברת הביטוח אודות מצבה הנפשי של המתחייבת). כאשר הבנק יודע בפועל, או כאשר היה עליו לדעת, אודות הפגם בחבותו של הלווה (בעוד שהערבים אינם מודעים לכך), אין ספק כי מוטלת על הבנק חובת גילוי כלפי הערבים. הבנק חייב ליידע את הערבים אודות העובדות השוללות את תוקף התחייבותו של החייב העיקרי (הלווה). במקרה כזה ההתניה החוזית הנדונה - לפיה חרף הפגם תעמוד התחייבותם של הערבים בעינה - נועדה להתגבר לא רק על עיקרון משניות חיובו של הערב, אלא גם לשחרר את הבנק מהאחריות המוטלת עליו בגין הפרת חובת הגילוי, על כל המשתמע מכך. בכך מתקיימות חזקות הקיפוח המנויות בסעיפים

14(1) ו-4(6) [לחוק החוזים האחידים](#). אנו קובעים לפיכך, כי התנאי האמור – ככל שהוא אמור לחול על מקרים שבהם הבנק ידע או שהיה עליו לדעת על הפגם בחבותו של הלווה מבלי שעובדה זו הובאה לידיעת הערבים – הינו תנאי מקפח.

סיכום הדיון בסעיף 15 להסכם

205. מפאת אורכו ומורכבותו של הדיון בחלקים השונים של סעיפים 15(ג) ו-15(ד) לחוזה, אנו מוצאים לנכון לרכז ולתמצת את עיקרי החלטותינו בנוגע לסעיפים הללו:

א. במספר נושאים בהם דן הסעיף, קבענו כי אין כל פסול עקרוני בהתניות החוזיות שיצר הבנק. מטרתו של הבנק בקביעת ההתניות הללו הייתה להתנות על הוראות שונות [בחוק הערבות](#) המשקפות את עיקרון משניות חיובו של הערב ואשר נועדו כולן להגשמת העיקרון, לפיו הערב אינו אמור לחוב ביותר מחיובו של החייב ולא בחמור ממנו. ההתניות החוזיות הללו משנות מן היסוד את מהות חיוביהם של הערבים והופכות אותם מחיובים משניים לחיובים עצמאיים שאינם תלויים בחיובו של הלווה. זוהי התניה לגיטימית. זכותו של הבנק, משיקוליו העסקיים והמסחריים, לדרוש – כתנאי למתן הלוואה – כי להבטחת החזר ההלוואה יחובו כלפיו מספר חייבים עצמאיים ולא להסתפק בחייב עיקרי אחד. אולם, כפי שהבהרנו, הבנק אינו יכול לאחוז בחבל משני קצותיו: לקבוע בחוזה שחיובי ה"ערבים" הם חיובים עצמאיים, מחד גיסא, אך ליצור מצג כלפיהם כאילו הם בגדר "ערבים", מאידך גיסא. זוהי הטעיה שיש בה כדי לקפח את הלקוחות. קביעתנו זו מתייחסת לנושאים הבאים, הנדונים במסגרת סעיפים 15(ג) ו-15(ד) לחוזה: (1) השפעתם של שינויים בהיקף החיוב העיקרי על חבותו של הערב (2) ויתור על טענות הגנה (3) השפעת ההתיישנות של זכות התביעה כנגד הלווה על חבות הערב (4) השפעת פגם בחבותו של הלווה או העדר תוקף של חבותו של הלווה על חבות הערב, וזאת ככל שמדובר במצב שבו הבנק לא ידע ולא היה עליו לדעת בעת כריתת החוזה על הפגם או על העדר התוקף כאמור. מסקנתנו האמורה מחייבת אותנו לקבוע כי ביחס לחוזים קיימים, אשר אין דרך להביא לתיקון המצג המטעה שיצר הבנק במסגרתם, יהיו הוראות אלה בטלות. לעומת זאת, ביחס לחוזים שיכרתו בעתיד, על הבנק לבחור בין שתי אפשרויות חלופיות. האחת: לבטל את ההתנאות השונות על הוראות [חוק הערבות](#), תוך שמירה על העיקרון לפיו חיובי הערבים הם חיובים משניים וטפלים לחיובו של החייב העיקרי (הלווה). האפשרות השנייה, היא להותיר

את ההתניות הללו על כן, אלא שאז על הבנק להימנע מלעשות שימוש במונח "ערב", "ערבות" או "ערבים" (על הטיותיו השונות של מונח זה) שכן, כפי שהבהרנו – הערבים לאו ערבים הם ומה שמכונה בחוזה בשם "ערבות" איננו כזה. במקום "ערב" יכול הבנק להשתמש בכינוי "מתחייב נוסף" או "משפה", או בכל כינוי אחר, אשר לא יעמוד בניגוד למהות האמיתית של ההתחייבויות שנוטלים על עצמם ה"ערבים" במסגרת החוזה. בנוסף, על הבנק לכלול בחוזה הוראה ברורה המבהירה באופן חד-משמעי כי חבותם של המתחייבים הנוספים היא חבות עצמאית לכל דבר וענין.

ב. בנושאים הבאים אישרנו את הסכמת הבנק למחיקת חלקים שונים בסעיפים 15(ג) ו-15(ד):

בסעיף 15(ג) ימחקו המילים: "לרבות שינויים שיפגעו בזכויות הערבים או מי מהם ו/או יגרמו נזק לערבים או מי מהם".

בסעיף 15(ג), בחלק העוסק באפשרות שהבנק יפטור או ישחרר ערבים אחרים או בטוחות אחרות מבלי שהדבר ישפיע על היקף התחייבותם של הערבים - הסכים הבנק להחריג מהסעיף את בטוחות המשכנתה, באופן שאם הבנק יגרום לאי רישומה או לפקיעתה של המשכנתה על הנכס, ואם ייגרם כתוצאה מכך נזק לערב, יופטר הערב כדי סכום הנזק שנגרם.

בסעיף 15(ג) ימחקו המילים: "...לרבות במקרה שהבנק יגרום לאי מילוי התחייבויות הלווה".

בסעיף 15(ד) ימחקו המילים: "לאחר שהערבים ימלאו ערבותם על פי הסכם זה הבנק לא יהיה חייב להעביר להם או לזכותם כל בטוחה שהיא או זכות, לרבות המשכנתא והשעבוד כאמור בסעיף 12, או ערבות כלשהיא והביטחונות כאמור בסעיף 13".

ג. בנושא השפעת פקיעתן או גריעתן של בטוחות אחרות על היקף חבותו של הערב, ציינו כי ככל שמדובר בגריעה או פקיעה הנובעים ממעשיו או ממחדליו הרשלניים של הבנק, אנו סבורים כי הקביעה בחוזה שהדבר לא יפטור את הערבים מחבותם כדי סכום הנזק שנגרם להם עקב פקיעת או גריעת הבטוחות האחרות, מהווה תנאי מקפח שיש לבטלו. לעומת זאת, הבנק רשאי לקבוע בחוזה כי גריעה או פקיעה של בטוחות, שהתרחשה בעקבות פעולה מסחרית סבירה המשרתת אינטרס מוצדק ולגיטימי של הבנק, שנעשתה בתום לב ולא מתוך מטרה לפגוע בערב, או בעקבות התרחשות שלבנק אין שליטה עליה, לא תגרע מחבותם של הערבים.

ד. בשאלת חבותו של הערב במצב בו הלווה לא היה רשאי לקבל את ההלוואה מלכתחילה, או קיבלה שלא כדין, או שאין תוקף להתחייבותו כלפי הבנק מכל סיבה שהיא: בנושא זה קבענו, כי ככל שמדובר במצב שבו הבנק לא ידע ולא היה עליו לדעת על הפגם שנפל בהתחייבותו של הלווה, אין מניעה להתנות בחוזה כי התחייבותם של הערבים תמשיך לעמוד בתוקפה, אף אם אין תוקף להתחייבות הלווה. כל זאת, בכפוף לשינויי המינוח וההבהרות הנדרשות, כמפורט בס"ק א' לעיל. לעומת זאת, ככל שמדובר במצב בו הבנק ידע, או היה עליו לדעת, בעת כריתת החוזה על הפגם שבהתחייבותו של הלווה, קבענו כי התנאי הקובע כי במצב כזה לא ייגרע תוקפה או היקפה של חבות הערבים הוא תנאי מקפח ויש לבטלו.

206. לאור האמור אנו מורים על ביטולם של סעיפים 15(ג) ו-15(ד) ביחס לחוזים קיימים. ביחס לחוזים שיכרתו בעתיד רשאי הבנק להציע נוסח התואם את ההנחיות שפורטו לעיל, או לוותר על סעיפים אלה, לפי שיקול דעתו.

סעיף 16 - ריבית פיגורים וברירת הצמדה

207. סעיף 16 עוסק בהגדרת ריבית הפיגורים שתיגבה מהלווה בעת פיגור בפירעון ההלוואה. סעיף 16(א) מגדיר את ריבית הפיגורים שתיגבה בעבור פיגור בהחזרי הלוואה הצמודה למדד המחירים לצרכן. על פי קביעת הסעיף, רשאי הבנק לבחור באחת משתי אפשרויות: האפשרות הראשונה היא, שסכום הפיגור ישא ריבית בשיעור החוקי המרבי שיהיה קיים בתקופת הפיגור, בתוספת הפרשי הצמדה; האפשרות השנייה (להלן - "האופציה השנייה"), היא כי סכום הפיגור יחדל להיות צמוד למדד, וישא ריבית בשיעור המרבי שיהיה נהוג בבנק בתקופת הפיגור לגבי פיגורים בתשלומים. סעיף 16(ב) מגדיר את ריבית הפיגורים שתיגבה מהלווה בעבור פיגור בהחזרי הלוואה שאינה צמודה למדד. הסעיף קובע כי סכום הפיגור ישא ריבית בשיעור המרבי שיהיה נהוג בבנק בתקופת הפיגור לגבי פיגורים בתשלומים.

208. המפקח העלה מספר טענות כנגד סעיפים אלה. בנוסף לטענה כי הסעיף מקפח מכוח חזקת הקיפוח הקבועה בסעיף 4(4) [לחוק החוזים האחדים](#), בשל האפשרות המוקנית לבנק לשנות - לאחר כריתת החוזה - את המחיר החוזי על דעתו בלבד, טענתו המרכזית של המפקח היתה כי האופציה השנייה הקבועה בסעיף 16(א), אינה חוקית. המפקח מסביר כי המצב המשפטי על פי הוראות [צו הריבית](#) (קביעת

השיעור המקסימלי), תש"ל-1970 (להלן: "צו הריבית"), שהוצא מכוח [חוק הריבית](#), תשי"ז-1957 (להלן: "חוק הריבית"), הוא זה:

בהלוואה המובטחת במשכנתא על דירת מגורים - בין אם היא צמודה למדד ובין אם לאו- ריבית הפיגורים המקסימלית המותרת היא שיעור ריבית הפריים בשלושת הבנקים הגדולים בתוספת של 6.5%. לפיכך, ביחס להלוואות מסוג זה, האופציה השניה, לפיה סכום הפיגור יחדל להיות צמוד למדד וישא ריבית בשיעור המרבי הנהוג בבנק, מתנה על הוראות דין קוגנטיות ועל כן יש לקבוע כי היא מקפחת.

בהלוואה המובטחת באמצעות נכס אחר - אם הלוואה זו צמודה למדד, הצו קובע כי ריבית הפיגורים המקסימלית היא 17%; אך אם הלוואה זו אינה צמודה למדד, הצו אינו מגביל את גובה ריבית הפיגורים. המפקח טען כי האופציה השניה, שבגדרה הופכת - כבמטה קסם - ההלוואה צמודת המדד להלוואה שאינה צמודה למדד, היא למעשה פיקציה שמאפשרת לבנק להתנות על הוראות הצו, במטרה לגבות ריבית פיגורים גבוהה יותר. הוראה לפיה הבנק רשאי להפוך - בהבל פה וללא כל אינטרס כלכלי או היגיון כלשהו מבחינת הלווה - את סכום הפיגור מצמוד ללא צמוד, ובכך לאפשר לעצמו לעקוף את הוראות החוק והצו, מקפחת את הלווה. לטענת המפקח, הבנק לא הוכיח כל נזק שנגרם לו, המצדיק מעבר מהלוואה צמודת מדד להלוואה שאינה צמודה באופן הנזכר.

209. באשר לסעיף 16(ב), טען המפקח כי בסעיף זה מותר לעצמו הבנק את האפשרות לקבוע את גובה ריבית הפיגורים באופן חד צדדי ולאחר מעשה, דבר הנכנס בגדרה של חזקת הקיפוח המנויה בסעיף 4(4) [לחוק החוזים האחידים](#). לטענת המפקח יש ליצור, במסגרת ההסכם, מנגנון אובייקטיבי לחישוב ריבית הפיגורים, לדוגמא: מנגנון הקובע כי ריבית הפיגורים תהיה בשיעור של פריים + X, באופן ששאלת שיעור הריבית לא תוכרע על סמך שיקול דעתו הבלעדי של הבנק.

210. הבנק, מצידו, לא התנגד לתיקון סעיף 16(א), כך שיובהר כי באותם מקרים בהם נקבע שיעור הריבית החוקי המרבי בחוק - יחול שיעור ריבית כאמור. בכל הנוגע להלוואות שלא נקבע להן שיעור ריבית מרבי על פי דין, התנגד הבנק באופן נחרץ להצעת המפקח לפיה יקבע שיעור ריבית הפיגורים באופן אובייקטיבי. לטענת הבנק, שינויים בשיעורי הריבית במהלך חיי ההלוואה הינם מחויבי המציאות, במיוחד כשמדובר במערכת יחסים הנמשכת לאורך שנים. עוד טען הבנק, כי פיקוח על מחירים של מצרכים או שירותים יכול להיעשות רק בחקיקה או מכוחה. מעצם

העובדה שהצו מגביל את שיעור הריבית רק ביחס לסוגי הלוואות ספציפיות בלבד, עולה בבירור כי ביחס לכל סוגי הלוואות האחרים, הבנק חופשי לקבוע את שיעורי הריבית. החלת שיעור ריבית השונה מזה הנקבע על ידי הבנק, אינה אלא ניסיון להטיל פיקוח על שיעורי הריבית בניגוד לכוונת המחוקק. בנוסף, יש בכך גם משום התערבות במחיר החוזי אותו דורש הבנק עבור השירותים שהוא מעמיד לרשות הלווים, בניגוד לסעיף 23(א)(1) לחוק החוזים האחידים, הקובע כי הוראות החוק לא יחולו על תנאי הקובע את התמורה הכספית שישלם הלקוח.

211. בסופו של יום, הגיעו הצדדים להסכמה (מסמך ההסכמות השני, סעיפים 37-40), על תיקונם של שני הסעיפים. ההסכמות אליהן הגיעו הצדדים - בכל הנוגע לשינוי האבחנה מ"הלוואות צמודות" ו-"הלוואות לא צמודות" ל"הלוואות המוגבלות בשיעור ריבית פיגורים מרבי על פי דין" ו"הלוואות שאינן מוגבלות בשיעור ריבית פיגורים מרבי על פי דין", כמו גם באשר לשלילת יכולתו של הבנק להעביר, על דעת עצמו, את ההלוואה ממסלול צמוד מדד למסלול שאינו צמוד מדד - מקובלות עלינו. גם ניסוחם המוסכם של הסעיפים בנקודה זו - מקובל עלינו, ואנו נותנים לו תוקף.

212. לאור זאת יתוקן סעיף 16(א) להסכם, וינוסח כדלהלן:

"לגבי הלוואה ששיעור ריבית הפיגורים המרבי בהלוואות מסוגה נקבע על פי חוק, ישא סכום הפיגור בתקופת הפיגור ריבית שלא תעלה על השיעור החוקי המרבי שיהיה קיים בתקופת הפיגור. היתה הלוואה כנ"ל הלוואה צמודה למדד המחירים לצרכן או צמודה למטבע חוץ כלשהו, ישא סכום הפיגור בתקופת הפיגור, בנוסף לריבית האמורה, גם הפרשי הצמדה ו/או הפרשי שער, לפי העניין, בכפוף לכל דין".

סעיף 16(ב), יתוקן גם הוא, וינוסח באופן הבא:

"לגבי הלוואה שלא נקבע לה שיעור ריבית מרבי על פי חוק, ישא סכום הפיגור בתקופת הפיגור 'ריבית מירבית' בשיעור הגבוה ביותר שיהיה נהוג בבנק מעת לעת על יתרות חובה בחשבונות עו"ש במטבע ישראלי, שלא סולקו לבנק במועדן".

213. באשר לשאלה האם חייב הבנק בקביעת מנגנון שיערוך אובייקטיבי בעבור הלוואות שהדין אינו מגביל לגביהן את שיעור ריבית הפיגורים המקסימלית, עולה

מהנוסח המוסכם אליו הגיעו הצדדים, כי המחלוקת ביניהם - כפי שבאה לידי ביטוי בסיכומיהם - באה גם היא על פתרונה. הצדדים קבעו מנגנון אובייקטיבי לחישוב ריבית הפיגורים, המושתת על השוואת ריבית הפיגורים לריבית על יתרות החובה בחשבונות עו"ש. גם ביחס לנקודה זו הפתרון המוסכם אליו הגיעו הצדדים מקובל עלינו, וניתן לו בזה תוקף.

סעיף 16(ד) וסעיף 19 - משקלם הראייתי של ספרי הבנק, חשבונותיו והצהרתו בעניין ריבית הפיגורים

214. שני סעיפים אלו עוסקים באותו נושא, ועל כן הדיון ביחס אליהם יאוחד.
215. סעיף 16(ד) קובע כי הצהרות הבנק בדבר שיעור הריבית המירבי הנהוג בבנק, לעניין קביעת שיעורה של ריבית הפיגורים, ישמשו "הוכחה מספקת" נגד הלווה והערבים.
- המפקח קבל על אי הבהירות הקיימת בביטוי "הוכחה מספקת", אי בהירות שעשויה להתפרש כאילו מדובר ב"הוכחה חותכת", ובכך להוביל לקיפוח הלקוחות, שיהיו מנועים מלחלוק על קביעתו של הבנק. הבנק קיבל את טענות המפקח, ובמסמך ההסכמות הראשון (עמ' 3), הסכימו הצדדים כי המילים "הוכחה מספקת" יוחלפו במילים "הוכחה לכאורה".
216. סעיף 19 עוסק במשקלם הראייתי של רישומי הבנק. הסעיף קובע כי: "הלווה והערבים להסכם זה מצהירים ומסכימים בזה, כי ספרי הבנק וחשבונותיו יהיו נאמנים עליהם בכל הנוגע להלוואה, על פי הסכם זה לרבות יתרת ההלוואה, התשלומים הנלווים, חשבון הריבית, הפרשי הצמדה, התשלומים האחרים, ההוצאות, זקיפת התשלומים וכל יתר העניינים הנוגעים להלוואה זו וישמשו בכל עת הוכחה לכאורה לגביהם על הכתוב והרשום בהם".
- גם כאן, טען המפקח, כי ישנה אי בהירות ביחס שבין המילה "נאמנים", בשורה השניה של הסעיף, לבין המונח "הוכחה לכאורה" המצוי בהמשך הסעיף, וקיים חשש כי אי בהירות זו תקנה לבנק יתרון בלתי הוגן שעלול להביא לקיפוח הלקוחות. גם ביחס לסעיף זה הגיעו הצדדים להסכמה (מסמך ההסכמות הראשון, עמ' 3), לפיה ישונה הסעיף ויתוקן באופן הבא:
- "הלווה והערבים להסכם זה מצהירים ומסכימים בזה, כי הרישומים בספרי הבנק ובחשבונותיו בכל הנוגע להלוואה על פי הסכם זה, לרבות יתרת ההלוואה, התשלומים הנלווים, חשבון

הריבית, הפרשי הצמדה, התשלומים האחרים, ההוצאות, זקיפת התשלומים וכל יתר העניינים הנוגעים להלוואה זו, ישמשו בכל עת הוכחה לכאורה לגביהם על הכתוב והרשום בהם".

217. בסיכומיו חזר בו המפקח משתי ההסכמות האמורות, וזאת בשל העובדה שלאחר גיבוש ההסכמות, ניתן על ידי בית הדין פסק הדין בעניין **בנק לאומי**. בפרשה זו, נקבע כי הוראה המעניקה עדיפות ראייתית לספרי הבנק, באמצעות קביעה כי הללו ייחשבו כנכונים ויהיו "הוכחה לכאורה" לאמור בהם - מקפחת את הלקוחות, שכן היא מתנה על דיני הראיות ומקימה את חזקת הקיפוח שבסעיף 74(ד) לחוק (פרשת **בנק לאומי**, סעיפים 328-339). לטענת המפקח, יש להחיל הלכה זו גם בעניינינו לגבי סעיף 19 - הדומה בתוכנו ובניסוחו לסעיף אשר לגביו נקבע בפרשת **בנק לאומי** כי הוא מקפח - וקל וחומר שלגבי סעיף 16(ד), העוסק בהצהרה כזאת או אחרת של פקיד הבנק, שנשמכת גם היא על הרשום בספרי הבנק.

218. במסגרת סיכומיו העלה הבנק טענות מטענות שונות, שבאמצעותן ניסה לדחות את טענת המפקח. במישור הדיוני, יצא קצפו של הבנק על חזרתו של המפקח מההסכמות אליהן הגיעו הצדדים. לטענת הבנק, הכלל שנקבע בפסיקה הוא כי אין לאפשר לצד לחזור בו מהסכמה דיונית, ללא הצדקה, ובמקרה דן אין למפקח הצדקה כזאת. פסק הדין בפרשת **בנק לאומי**, אינו מהווה - לטענת הבנק - הצדקה מספקת לחזרת המפקח מההסכמות ביניהם, הן בשל העובדה שעל פסק דין זה הוגש ערעור שעדיין תלוי ועומד, והן בשל העובדה שפסק הדין עסק בסוג חוזה שונה במהותו מהחוזה נשוא דיון זה.

גם לגופו של עניין, טען הבנק, כי אין כל קיפוח בסעיפים אלה. בעניין זה העלה הבנק ארבע טענות:

הטענה הראשונה - **פסק הדין בפרשת בנק לאומי אינו רלבנטי לסעיף 16(ד)**. לטענת הבנק, סעיף 16(ד) אינו דומה לתניה שנפסלה בפסק הדין בפרשת בנק לאומי, היות ופסק הדין האמור מתייחס רק לרישומים בספרי הבנק, ולא להצהרה אודות שיעורי הריבית הנוהגים בבנק. עוד טען הבנק כי החוזה שנדון במסגרת פרשת **בנק לאומי**, הכיל סעיף הדומה לסעיף 16(ד), ואף על פי כן לא העלה היועץ המשפטי לממשלה כל טענת קיפוח נגדו. נתון זה משמש ראיה לאי הקיפוח שבסעיף, ולכך שרק שינוי בפרשנות הדין עמד בבסיס טענת המפקח.

הטענה השניה - **הסעיפים אינם משנים את נטל השכנוע**. לטענת הבנק, בקביעה כי הרישומים בספרי הבנק ישמשו הוכחה לכאורה על הרשום בהם, אין כדי

להעביר את נטל ההוכחה על מי שנטל זה לא מוטל עליו ממילא. הסעיף אינו הופך את נטל השכנוע המוטל על כתפי הבנק, ואף אין בו כדי להפחית מחובת ההוכחה המוטלת על הבנק. כל שיש בסעיף הינה הקביעה, כי רישומי הבנק ישמשו הוכחה לכאורה לאמור בהם, אך לא לתביעה. אין צריך לומר כי הלווה רשאי להציג לבית המשפט ראיות סותרות לראיה זו.

הטענה השלישית - **פסילת הסעיף בעייתית במישור הפרקטי**. הבנק טען כי פסילת הסעיף תוביל את הבנק למציאות בלתי אפשרית, בה יידרש הבנק בכל פעם שמוגשת תביעה במסגרתה תובע הבנק חוב בגין הלוואה, להוכיח את כל פרטי ההלוואה על ידי עדויות של הפקידים שטיפלו בהלוואה. בנוסף, כך טען הבנק, אין כל אפשרות אחרת מבחינה מעשית להוכיח את רישומי הבנק, זולת באמצעות מערך המחשוב שלו. הבנק הוסיף כי בסעיף גלומה גם הדדיות במובן זה, שבה במידה שהבנק רשאי להסתמך על ספרי הבנק כראיה לכאורה כנגד הלווה, כך רשאי גם הלווה להסתמך על רישומים אלו כנגד הבנק כראיה לכאורה.

הטענה הרביעית - **ישנה הצדקה להענקת מעמד ראייתי חזק יותר למסמכי הבנק**. לטענת הבנק, הסדר הקובע מעמד של ראיה לכאורה לספרי הבנק ורישומיו, הינו הסדר ראוי ומוצדק משני טעמים עיקריים: הראשון - האמצעים הטכניים והאחרים הנמצאים בידי הבנק מאפשרים לו לשקף בספריו את המצב האמיתי של חשבון הלווה, וניתן להניח במידה רבה של וודאות, כי ספרי הבנק אכן משקפים נאמנה את מצב החשבון. השני - החקיקה הענפה הנוגעת לחובות הגילוי המוטלות על הבנק כלפי לקוחותיו, והפיקוח ההדוק הקיים על הבנקים. שני טעמים אלה מהווים סיבות מספיקות, לדעת הבנק, למתן ערך הוכחתי מיוחד לספרי הבנק.

בכל מקרה, טען הבנק, אין כל מניעה שבדין להתנות על דיני הראיות, כך בדין הכללי וכך גם בנוגע לחוזים אחידים.

219. אנו סבורים כי יש לדחות את הטענות שהעלה הבנק. קודם שנתייחס לטענות הבנק לגופן, מן הראוי לחזור ולהזכיר את הנימוקים להחלטת בית הדין בפרשת **בנק לאומי**, הרלבנטיים גם לענייננו.

220. בעבר העניקה **פקודת הראיות** לרישומים בנקאיים - המוגשים כראיה בהליך משפטי - משקל ראייתי מיוחד של "ראיה לכאורה". בית הדין בפרשת **בנק לאומי** סבר, כי הנימוק העיקרי להוראה היה הרצון להקל על דרכי ההוכחה של עניינים

הקשורים בבנקים, ולא - כפי שהיו שסברו - האמינות הגבוהה של רישומי הבנק. כך או כך, בשנת 1995 נכנס לתוקפו סעיף 10 [לחוק המחשבים](#), התשנ"ה-1995, שתיקן את [פקודת הראיות](#). במסגרת התיקון, בוטל ההסדר המיוחד שהיה קיים בנוגע לרשומה בנקאית, ונקבע במקומו הסדר כללי לגבי רשומה מוסדית.

במסגרת ההסדר החדש (סעיפים 35-36 [לפקודת הראיות](#)), נקבע כי כל רשומה מוסדית העומדת בתנאים הקבועים בחוק, תהווה ראיה קבילה - וזאת כחריג לכלל הפוסל עדות שמיעה - אך לא יינתן לה מעמד מיוחד של "ראיה לכאורה", כפי שניתן בעבר לרשומה בנקאית, ומשקלה הראייתי יהיה כמו של כל ראיה אחרת. בית הדין קבע, כי בכך ביטל המחוקק את היתרון שהוענק בעבר לרשומה הבנקאית, והשווה את מעמדה לכל רשומה מוסדית אחרת, דהיינו: מעמד של ראיה קבילה בלבד ולא "ראיה לכאורה". בסיכומיו ניסה הבנק לטעון כי [חוק המחשבים](#) לא ביטל את המעמד המיוחד שהיה לרשומה בנקאית, אולם, כפי שעולה באופן ברור מפסק הדין האמור, טענה זו אין לה על מה שתסמוך.

עוד קבע בית הדין, כי צדדים יכולים אמנם להתנות על הקבוע בדיני הראיות באמצעות הסכם מפורש, ובכלל זה על ההסדר החדש שקבע המחוקק באשר לרשומות מוסדיות, אך על בית הדין מוטל לבדוק האם יש בהתנאה זו על הוראות החוק משום קיפוח של הלקוחות. בעניין זה, הביא בית הדין את הפסיקה [שקדמה](#) לתיקון, אשר קבעה כי אין לראות בתנאי מעין זה תנאי מקפת. לדברי בית הדין, בפסיקה [שלאחר](#) התיקון לא נמצא דיון בשאלה זו, ובספרות המשפטית היו מלומדים שסברו שאין בתנייה כזאת משום קיפוח. בית הדין עצמו קבע כי הסעיף מקים חזקת קיפוח לפי סעיף 74(7) [לחוק החוזים האחידים](#), וזאת: "הואיל והקניית כוח של ראיה לכאורה למסמכי הבנק מטיל, או למצער עשוי להטיל את נטל ההוכחה על מי שנטל זה לא היה עליו אילולא אותו תנאי. חזקת הקיפוח מתקיימת גם כאשר המסמך מוגדר כ'ראיה לכאורה' ולא כ'ראיה מוחלטת'".

לנוכח האמור, קבע בית הדין כי הבנק לא סתר את חזקת הקיפוח, והסעיף בוטל.

אין ספק כי הנימוקים שהעלה בית הדין בפרשת [בנק לאומי](#), רלבנטיים גם ביחס לסעיפים העומדים בפנינו.

221. אכן, צודק הבנק בטענתו השניה, לפיה העברת הנטל אל הלווה לסתור את רישומי הבנק, אינה מעבירה את נטל השכנוע המוטל על הבנק כתובע. עם זאת, אין ספק כי תניה מעין זו נופלת בגדרה של חזקת הקיפוח הקבועה בסעיף 74(7) לחוק. אלמלא התניה הקבועה כי רישומי הבנק - או הצהרתו - מהווים "ראיה לכאורה", נדרש

היה הבנק להוכיח כי יש בידיו ראיות להוכחת כל יסודות עילת התביעה, והלווה יכול היה להסתפק בהכחשה בלבד. משעה שהוגדרו רישומי הבנק וספריו כ"ראיה לכאורה", נדרש הלווה להציג ראיות פוזיטיביות כדי לסתור את רישומי הבנק, ולא די לו בהכחשתם. כידוע, לשאלה על מי מוטל הנטל - בין נטל השכנוע ובין נטל הראיה - עשויה להיות חשיבות רבה ביחס לתוצאת ההליך, ואין זה נדיר כי התשובה לשאלה זו תכריע את ההליך לכאן או לכאן. לא לחינם הכניס המחוקק את חזקת הקיפוח המנויה בסעיף 7(4) לחוק, שכן הפיכת ספרי הספק מראיה "סתם" ל"ראיה לכאורה" מקנה לספק - הבנק במקרה דנן - יתרון בלתי הוגן על הלווה, באופן שעלול לקפח אותו. משכך, סבורים אנו כי סעיף 16(ד), כמו גם סעיף 19, נופלים תחת חזקת הקיפוח המנויה בסעיף 7(4) לחוק, לפיה חזקת הקיפוח מתקיימת ב-"תנאי המטיל את ההוכחה על מי שנטל זה לא היה עליו אילולא אותו תנאי" (ראו גם: לוסטרוויז ושפניץ, עמ' 96).

222. האם הצליח הבנק, בטיעונים שהעלה, לסתור חזקה זו ולהוכיח כי אין בסעיפים אלו משום קיפוח? אנו סבורים שהתשובה לכך שלילית.

באשר לטענה כי פסק הדין בפרשת **בנק לאומי** אינו רלבנטי לסעיף 16(ד) - טענה זו אין בה ממש. צודק המפקח בטענתו, לפיה יש ללמוד מפסק הדין בפרשת **בנק לאומי** "קל וחומר" לעניין סעיף 16(ד). אכן, אם אין מקום להעניק מעמד של "ראיה לכאורה" לספרי הבנק המצויים תחת פיקוח, ברור כי אין ליתן מעמד של "ראיה לכאורה" להצהרה סתם מטעם הבנק. יש להדגיש כי אין בכך כדי לשלול את ערכה הראייתי של הצהרה כאמור, אלא רק כדי למנוע הענקת משקל ראייתי חזק יותר של "ראיה לכאורה" להצהרה.

באשר לטענה כי פסילת הסעיף בעייתית במישור הפרקטי - טיעון זה אינו יכול לעמוד. על פי ההסדר החדש שנקבע ב**פקודת הראיות**, ספרי הבנק, העומדים באופן רגיל בתנאי ההסדר החדש ומהווים על כן "רשומה מוסדית", יהיו קבילים כראיה בתורת "רשומה מוסדית" - כחריג לכלל של עדות שמיעה - ועל כן לא ייווצר כל צורך בהזמנת פקידי הבנק למתן עדות.

באשר לטענה כי יש הצדקה להעניק מעמד ראייתי חזק יותר למסמכי הבנק: הבנק פרס מערכת שיקולים רחבה, במטרה לשכנע מדוע, לדעתו, יש הצדקה והגיוון בהענקת מעמד ראייתי חזק יותר למסמכי הבנק. ראשית, עלינו לומר כי לא בטוח שטענת הבנק בנוגע לאמינות המיוחדת של ספרי הבנק אכן מהווה שיקול. כפי שראינו לעיל, בפרשת **בנק לאומי** סבר בית הדין כי הרציונאלים המרכזיים שעמדו

מאחורי ההסדר הקודם של רשומה בנקאית, היו דווקא הרציונאליים של הקלת ההוכחה, ייעול הדיון ומניעת הצורך להטריד את פקידי הבנק לבית המשפט, ולא הרציונאל של אמון מיוחד בספרי הבנק. שנית, בין אם יש הגיון בטענות הבנק ובין אם לאו, מדובר בעניין למחוקק לענות בו ולא לבית הדין. משעה שבחר המחוקק לבטל את המעמד המיוחד שהיה בעבר לספרי הבנק ורישומיו - וכאמור, על פי קביעת בית הדין, המחוקק אכן בחר לעשות כן, בניגוד למה שניסה הבנק לטעון בסיכומיו - אין לספרי הבנק ורישומיו משקל ראייתי גבוה יותר מכל ראיה רגילה. משכך, סעיף בחוזה אחיד המתנה - לרעת הלקוחות - על דיני הראיות, והקובע כי לספרי הבנק ורישומיו יוענק משקל ראייתי של "ראיה לכאורה", מקנה לבנק יתרון בלתי הוגן על הלקוחות, באופן שעלול להוביל לקיפוחם. אין צורך לומר כי בכל הליך משפטי בין הבנק לבין לקוחותיו - כמו בכל הליך שיפוטי אחר - נתון לבית המשפט שיקול הדעת לגבי משקל הראיות. לא ניתן לשלול את האפשרות שבית המשפט אכן יעניק לעיתים משקל ראייתי גבוה לרשומה בנקאית, אולם זאת ייעשה על יסוד נסיבותיו המיוחדות של כל מקרה ובהתאם לתמונת הראיות הכוללת כפי שתצטייר בעיני בית המשפט במקרה הספציפי, ולא מכוח הסכמה חוזית קודמת וגורפת.

יש לציין כי שתי הטענות האחרונות הועלו - באופן כזה או אחר - גם בפרשת **בנק לאומי**. נדונו על ידי בית הדין באותה פרשה, ונדחו.

עוד עלינו לציין, כי גם טענתו הדיונית של הבנק אינה מקובלת עלינו. בפרקי המבוא לפסק הדין התייחסנו לעמדתנו הכללית בנוגע לטענות "שינוי חזית" שהושמעו מצד הבנק כלפי המפקח וכן לשאלת המעמד והמשקל שיש לייחס להסכמת הצדדים בהליך המתקיים בבית הדין לעומת הליך משפטי רגיל. בהקשר הנוכחי נוסיף כי מתן פסק הדין בפרשת **בנק לאומי**, נראה בעינינו סיבה מוצדקת לאפשר למפקח לחזור בו מההסכמות אליהן הגיע עם הבנק. יתר על כן, גם אם בהליך אזרחי רגיל לא בהכרח היה ניתן לראות בכך סיבה מוצדקת, בהליך בבית הדין נראה שאין לכך מניעה. כידוע, סדרי הדין במסגרת הדיון בבית הדין גמישים יותר מאלו הנהוגים בהליך אזרחי רגיל, ומאפשרים לבית הדין, כל עוד אין הוראה אחרת שנקבעה בתקנות שהתקין שר המשפטים לעניין ההליך בבית הדין, לדון "בדרך הנראית לו מועילה ביותר להכרעה צודקת ומהירה" (ראו: סעיף 9(ג) [לתוק החוזים האחידים](#) ותקנה 30 [לתקנות החוזים האחידים \(סדרי דין](#) בבית הדין [וסדרי דין בערעור](#)), התשמ"ג-1983). לפיכך, איננו רואים הצדקה של ממש למנוע מהמפקח לחזור בו, בנסיבות הללו, מההסכמות אליהן הגיע עם הבנק.

223. לנוכח האמור, התוצאה היא כי סעיפים 16(ד) ו-19 להסכם - מבוטלים.

סעיף 17 – העמדת ההלוואה לפירעון מיידי

224. סעיף זה, המהווה את אחד מסלעי המחלוקת המרכזיים בין המפקח לבנק, עוסק בסוגיה של העמדת ההלוואה לפירעון מיידי או האצת תשלומים (acceleration clause), אשר חשיבותה המעשית רבה, אולם הדיון בה בפסיקה הישראלית מועט. טוב עשה אפוא המפקח בכך שהביא עניין חשוב זה לדיון ולהכרעה.

225. הוראת סעיף 17 מורכבת משני חלקים מרכזיים. הרישא של הסעיף קובעת את זכותו של הבנק להעמיד את ההלוואה לפירעון מיידי ולנקוט בכל האמצעים המצויים תחת ידו, לרבות מימוש הביטחונות, כדי להיפרע את הסכומים המגיעים לו בעקבות זאת (להלן: "סעיף 17 רישא"). המשך הסעיף כולל 14 סעיפי משנה, במסגרתם נמנים אירועים מגוונים שבקרות כל אחד מהם עומדת לבנק הזכות לפירעון מיידי, על כל המשתמע מכך (להלן: "סעיפי המשנה של סעיף 17"). מקצת מטענות המפקח מופנות כלפי הוראת סעיף 17 רישא, מתוך טענה שההסעיף מקנה לבנק כוחות החורגים מהמותר בהתאם ל**חוק המשכון**. לנושא זה כבר התייחסנו לעיל, ועל כן נוכל לקצר בו. מרבית הטענות מוסבות כלפי ההצדקה להעניק את זכות הפירעון המוקדם בגין חלק גדול מהאירועים המנויים בסעיפי המשנה של סעיף 17. לסוגיות אלה נתייחס להלן באופן מפורט. עם זאת, בטרם נפנה לדיון בטענות שהעלו הצדדים, נבקש להקדים דברים ביחס לאופיו של הסעד שמוקנה בסעיף 17 להסכם, וזאת כרקע חיוני להבנת פסיקתנו האופרטיבית במחלוקות שבין הצדדים.

העמדת הלוואה לפירעון מיידי - אופי הסעד

226. תניה המקנה זכות להעמיד הלוואה לפירעון מיידי נפוצה מאד במגוון רחב של הסדרים מסחריים. תניה כזו מכונה בלעז acceleration clause (תניית האצת תשלומים), ויודעי דבר מעידים עליה שהיא נמצאת במרבית ההסכמים הכוללים הסדר אשראי מובטח הנעשים כיום בעולם. כך, למשל, פרופ' Roy Goode, המומחה החשוב למשפט מסחרי אנגלי, מציין בפתח מאמרו בנושא כי:

"One of the most common forms of default provision in credit agreements is the acceleration clause, by which the debtor can be called upon to pay the full outstanding balance on the occurrence of a designated default event. Acceleration clauses are found in every form of credit agreement, from domestic loan and instalment sale agreements to international term loans and bond issues."

Roy Goode, "Acceleration Clauses", [1982] *J.B.L.* 148 (להלן: "Goode").

ברוח דומה ה- Restatement 3rd of Property (Mortgages) (להלן: "Restatement") מגדיר את המונח "acceleration provision" כ-: "a term in a mortgage, or in the obligation it secures, that empowers the mortgagee upon default by the mortgagor to declare the full mortgage obligation immediately due and payable. An acceleration becomes effective on the date specified in a written notice by the mortgagee to the mortgagor delivered after default." (Restatement, §8.1 (a))
ההסבר כי "Virtually all mortgages today contain acceleration clauses." (Restatement, §8.1 comment a).

227. השימוש הנפוץ בתניות האצת תשלומים בהסכם אשראי מובטח נובע מהחשיבות הרבה שיש לתניה זו בעבור המלווה. בהעדר הסדר האצה יכול המלווה לממש את הבטוחה שבידו (וכן לקזז כנגד חוב שלו כלפי הלווה) רק ביחס לחיובים שהגיע מועד פירעונם (וזאת אלא אם נראה בהפרה שהתרחשה משום הפרה יסודית של החוזה בכללו, המאפשרת למלווה לבטלו ולדרוש השבה מיידית של יתרת סכום ההלוואה, או, לחלופין, אם נראה בכך משום הפרה צפויה של חיובי התשלום העתידיים. לעניין זה ראו משה גלברד, **הפרה צפויה בחוזים** (2006) 192. עמדו על כך נסחי ה- Restatement בצינים כי: "The absence of an acceleration provision can have profoundly negative consequences for mortgagees. In this setting, the mortgagee must either foreclose for each installment as it comes due or wait until the amortization period expires to foreclose

for the full accrued obligation. Both alternatives are cumbersome and impractical in most cases." (Restatement, §8.1 comment a) .אכן, מימוש הבטוחה לשיעורין, או לחלופין המתנה עד להבשלת החוב כולו, הן אפשרויות בלתי סבירות מבחינת הבנק ולרוב אף אינן רצויות ללקוח. מטעם זה מוסכם ומקובל על הכל כי לבנק אינטרס לגיטימי בעצם קיומו של הסדר האצת תשלומים (השוו [ה"פ \(ת"א\) 1182/00 שיריון בוני נ' בנק כרמל למשכנתאות והשקעות בע"מ](#) (השופט גבריאל קלינג, 15.5.2002) (להלן: "עניין שיריון בוני"). שאלת המפתח בה חלוקים הצדדים היא היקפו הראוי של הסדר זה.

228. למרות שהסדר האצת התשלומים נפוץ מאד בעולם המעשה, לא התגבשה אצלנו עדיין תפיסה ברורה ביחס למהותו של הסדר זה. בכתבי טענותיהם סברו שני הצדדים כי העמדת ההלוואה לפירעון מידי שקולה לביטול החוזה, ועל כן יש לבחון את הסדרי ההאצה אל מול הוראות סעיפים 6 ו-7 [לחוק החוזים \(תרופות בשל הפרת חוזה\)](#), תשל"א – 1970. גישה זו גם עולה מפסק דינו של השופט קלינג בעניין [שיריון בוני](#). המפקח אף הפנה אותנו בעניין זה להחלטת בית הדין לחוזים אחידים [בע"ש \(י-ם\) 195/97 היועמ"ש נ' בנק לאומי לישראל בע"מ](#), פסקאות 18 – 30, העוסקות בזכות הבנק לבטל או להפחית מסגרת אשראי שאישר ללקוח, בהבהירו כי לשיטתו המבחן שנקבע שם (האם "חל שינוי מהותי לרעה בכושר הפירעון של הלקוח או בהתקיים נסיבות אחרות שלא היו ידועות לבנק בעת מתן הסכמתו למסגרת האשראי, אשר מסכנים באופן ממש את יכולת הגבייה של הבנק") יפה גם לענייננו. אין בידינו לאמץ גישה זו. האצת תשלומים אין משמעה ביטול של חוזה האשראי, אלא המשך קיומו בתנאים שונים. להלן נבקש לעמוד על אבחנה חשובה זו, כמו גם על המסקנות המתבקשות ממנה לענייננו.

229. [חוק החוזים \(תרופות בשל הפרת חוזה\)](#) מקנה, ככלל, לצד הנפגע מהפרת חוזה ברירה משולשת: ברצונו יאכוף את החוזה (להלן: "מסלול האכיפה"); ברצונו יבטל אותו (להלן: "מסלול הביטול"); ברצונו ימיר את המשך הביצוע בעין בפיצויים (להלן: "מסלול הפיצוי"). ברירה זו מגולמת בסעיף 2 לחוק הקובע כי "הופר חוזה, זכאי הנפגע לתבוע את אכיפתו או לבטל את החוזה, וזכאי הוא לפיצויים, בנוסף על כל אחת התרופות האמורות או במקומן, והכל לפי הוראות חוק זה". ודוק, לא בכל מקרה ומקרה עומדת בחירה משולשת זו הלכה למעשה בפני הנפגע. לעיתים מזומנות אחד מהמסלולים החלופיים הללו, ולעיתים אפילו שניים מהם, יהיה חסום בפניו, וממילא יהיה כוח הבחירה שלו מוגבל. כך, למשל,

כשמדובר בהפרה שאינה יסודית לא יכול הנפגע לבחור במסלול ביטול מבלי שנתן ארכה לקיום, וגם אז לא יכול לבטל אם הביטול הוא בלתי מוצדק (סעיף 7(ב) [לחוק החוזים \(תרופות בשל הפרת חוזה\)](#)); כשמדובר בחוזה לביצוע שירות אישי אין הנפגע יכול לבחור במסלול האכיפה (סעיף 3(2) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה); כשמדובר באי התאמה ש[חוק המכר \(דירות\)](#), התשל"ג – 1973 חל עליה לא יכול הנפגע לבחור לא במסלול הפיצויים ולא במסלול הביטול לפני שנתן למוכר הזדמנות נאותה לתקנה (סעיף 4ב. [לחוק המכר \(דירות\)](#)). כך גם המצב ביחס לקיומו של "פגם" בחוזה קבלנות: סעיף 3 (א) [לחוק חוזה קבלנות](#), תשל"ד-1974), וכן הלאה. עם זאת, כעניין אנליטי, חשוב להבחין בין שלוש החלופות השונות הללו, שכן המשמעויות האנליטיות שלהן, שונות זו מזו בתכלית השינוי: מסלול האכיפה מותיר את החוזה בתוקפו, ואף את החובה שמוטלת על הצדדים לבצעו בעין; מסלול הביטול מביא לאיון כוחו הנורמטיבי של החוזה, הן כמקור לחובת פעולה בעתיד, והן כבסיס לפעולות שבוצעו על פי החוזה עד כה (ומכאן הבסיס להשבה של טובות ההנאה שניתנו על פי החוזה. השוו [ע"א 9371/00 אלבשארה נ' קוסטודיה פרנציסקנה דה טרה סנקטה, פ"ד נר\(4\) 798 \(2002\)](#)); מסלול הפיצויים מהווה דרך ביניים – הוא מותיר את תוקפו הנורמטיבי של החוזה בעינו, אולם שולל את חובת הצדדים להמשיך בביצועו, וממירה בזכות של הנפגע לפיצויים בשל הנזק שנגרם לו מכך שלא יקבל את המשך הביצוע.

שימוש בתניית האצת תשלומים מביא את הסדר ההלוואה לידי סיום, ומבחינה זו אין תניית ההאצה מתיישבת עם מסלול האכיפה. יחד עם זאת, העובדה שהסדר ההלוואה הופסק, איננה מחייבת להניח כי חוזה ההלוואה בוטל מחמת הפרתו. נהפוך הוא, מאחר וקשה לחלוק על כך שהעמדת ההלוואה לפירעון מיידי אינה מיועדת להשפיע על פעולות שכבר נעשו בהתאם להסדר ההלוואה, אלא רק על המשך קיום החוזה מעתה ואילך, היא פעולה התואמת במהותה דווקא את מסלול הפיצויים.

אכן, הגישה המקובלת במשפט האנגלי היא ששימוש בתניית האצת תשלומים אינו מהווה, במקרה הרגיל, ביטול של החוזה. עמד על כך פרופ' Roy Goode בציינו כי: "The acceleration of payment presupposes the continuance of the agreement, but upon terms that the debtor's liability, instead of being capable of discharge by instalments as originally provided, now becomes immediate" (Goode, at p. 148). כן ראו Ewan McKendrick, "Liquidated Damages and Related Clauses in Claims Involving Chattels" in *Interests in Goods* 955, 964-966 (N. Palmer & E.

McKendrick eds., 2nd ed., 1998). גישה זו קיבלה גושפנקה משתמעת גם מבית המשפט לערעורים באנגליה אשר אימץ את התפיסה שהביע פרופ' Goode במאמרו הנ"ל, לפיה תניית האצת תשלומים עלולה להיחשב, במצבים מסויימים, כתניית "פיצוי עונשי" (penalty clause) המנוגדת לתקנת הציבור על פי הדין האנגלי. ראו *in re The Angelic Star* [1988] 1 Lloyd's Rep. 122 (C.A.).

230. אם היינו מקבלים את הנחת הצדדים, כי שימוש בהוראת סעיף 17 לחוזה מהווה מימוש של אופציה לביטול החוזה, היו לכך השלכות חשובות על זכויות הצדדים. כך, למשל, היה עלינו לעסוק בשאלה האם ביטול זה מקים ללקוח זכות להשבה של התשלומים ששילם, במסגרת סעיף 9 [לחוק החוזים \(תרופות בשל הפרת חוזה\)](#), ומה היחס בין זכות השבה זו לזכות הבנק להשבה ופיצויים (לקשיים המתעוררים בעקבות הצבת שאלות אלה ראו [ע"א 1846/92 לוי נ' מבט בניה בע"מ, פ"ד מז \(4\) 49](#); יצחק אנגלרד "מזכה שאינו אלא מזיק – מפלאי דיני ההשבה בעקבות הפרת חוזה" **משפטים** כז (1996) 421; מיכל אגמון-גונן, **השבה בהקשרים חוזיים** (תשס"א) 195-259). ברם, שאלות אלה אינן צריכות להעסיקנו (והשוו להסכמת הצדדים שתוזכר בסעיף 358 להלן). העמדת ההלוואה לפירעון מיידי כשמה כן היא – שינוי תנאי החזר של ההלוואה מתנאיה המקורים – תשלום לשיעורין – לתנאים חדשים – החזר מיידי של הקרן והריבית. באופן אנליטי ראוי איפוא להבינה כשקולה לאופציה של מסלול הפיצויים; כל אשר בוצע על פי החוזה בעבר ממשיך להישלט על פי המשטר החוזי המקורי; המשך ביצוע החוזה מעתה ואילך נשלט על ידי משטר חוזי חדש, אותו מגדיר סעיף 17 להסכם.

העמדת הלוואה לפירעון מיידי – דרך הניתוח בראי [חוק החוזים האחידים](#)

231. המחוקק הישראלי נמנע מלהציב מבחנים סטטוטוריים כלליים לתוקפה של תניית האצת תשלומים. ההסדר החקיקתי היחידי המוכר לנו העוסק ישירות בנושא זה הוא סעיף 7 [לחוק הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות](#), תשנ"ג – 1993, המגביל את האפשרות לבצע האצת תשלומים על ידי מלווים חוץ בנקאיים בגין פיגור בתשלום שיעור אחד בלבד, או בגין פיגור בתשלום של יותר משיעור אחד לתקופה מצטברת של פחות מ- 31 ימים. הסדר זה איננו נוגע לענייננו שכן החוק בו עסקינן, כפי שמעיד שמו, אינו חל על הבנק. בנוסף יש להוראות בעניין מימוש משכנתא או משכון לגבי דירת מגורים (סעיף 181ב. [לחוק ההוצאה לפועל](#), תשכ"ז – 1967) השלכה חשובה גם לעניין הפעלת תניה המביאה להעמדת ההלוואה לפירעון מיידי.

עם זאת, המדובר בהשלכה המוגבלת לאחד המקרים הנזכרים בסעיפי המשנה של סעיף 17, אשר אליו נתייחס להלן באופן פרטני.

232. העדר הסדר מסגרת לסוגיה חשובה זו מחייב אותנו לעצב את המבחן בראי עקרונות היסוד שמציב [חוק החוזים האחידים](#), ובשים לב לניתוח האנליטי שהוצג לעיל. המבחן בו נבקש להעמיד את תניות המשנה של סעיף 17 יהיה מבוסס על שני אדנים נורמטיביים:

ראשית, הוראה של האצת תשלומים היא בגדר זכות לשינוי דרסטי בחיוביו המהותיים של הספק. ככזו, הזכות להעמיד את ההלוואה לפירעון מיידי חשודה כתניה אשר חלה עליה החזקה שבסעיף 4(2) [לחוק החוזים האחידים](#) ("תנאי המקנה לספק זכות בלתי סבירה לבטל, להשעות או לדחות את ביצוע החוזה, או לשנות את חיוביו המהותיים לפי החוזה"). ודוק, לא ניתן לקבוע מראש שכל תניית האצת תשלומים היא "זכות בלתי סבירה", אלא יש לבחון כל מקרה מאלה המנויים בסעיפי המשנה של סעיף 17 לגופו על מנת לבחון האם הוא נחזה, על פניו, להיות בלתי סביר. במידה וימצא כי אכן כך, אזי יעבור הנטל לבנק להראות כי, בשים לב למכלול הוראות החוזה, ההוראה אינה מקפחת. על הדרך הראויה [9005/03 היועמ"ש נ' שח"ל טלרפואה בע"מ](#) (ניתן ב- 26.6.2006) פסקה 17, בצינו כי:

"בחלק מהחזקות שבסעיף 4 לחוק נקבע תנאי של סבירות, המסייג את תחולת החזקה רק למקרים שבהם ההגבלה שקובעת התניה היא "בלתי סבירה". כך, למשל, בסעיף 4(1) [לחוק החוזים האחידים](#) יש התייחסות לתנאי "המסייג באופן בלתי סביר את האחריות" שהיתה מוטלת על הספק מכוח החוזה, ובסעיף 4(5) בו עסקינן יש התייחסות ל"תנאי המחייב את הלקוח באופן בלתי סביר להיזקק לספק או לאדם אחר...". קביעת תנאי של סבירות מכניסה ממד של שיקול דעת לשלב המקדמי של הדיון, ומחייבת את בית הדין או בית המשפט להפעיל כבר בשלב זה מבחן מהותי. אולם מבחן מהותי זה צריך להתייחס לתנייה המגבילה גופה, ולא למכלול נסיבות העניין. במילים אחרות, זהו מבחן לכאורי, הבוחן את סבירות ההגבלה ממבט הציפור, וזאת בשונה מהמבחן הדקדקני שבסעיף 3 [לחוק החוזים האחידים](#), הבוחן את סבירותה תחת זכוכית המגדלת של מכלול הנסיבות. מבחן זה צריך לבדוק האם הונחה התשתית העובדתית הדרושה להחלת החזקה בשים לב לתכליתה, ובהתייחס

למספר מוגבל של נתונים, ובמרכזם מהות העיסקה בה מדובר, היקף ההגבלה שמוטלת על הלקוח ומשך הזמן שההגבלה תהיה רלוואנטית."

שנית, בבואנו להעריך את סבירות הזכות להביא את ההלוואה לפירעון מיידי בהתרחש כל אחד מהאירועים הנזכרים בסעיפי המשנה של סעיף 17, נבקש לבחון האם תוצאה מסתברת של התרחשות האירוע בו מדובר היא שהבנק ידרש לסעד בו עסקינן - העמדת ההלוואה לפירעון מיידי - על מנת להגן על עצמו מפני נזק חמור שעלול להיגרם לו. הטעם להצבת מבחן מחמיר זה הוא, שעסקינן בסעד אשר פגיעתו בלקוח היא חמורה בהכרח. מרגע העמדת ההלוואה לפירעון מיידי נדרש הלקוח לגייס ללא שיהוי סכומי כסף ניכרים על מנת להחזיר את ההלוואה כולה, בצירוף הריבית שהצטברה עליה, לאלתר. במצב הדברים הרגיל לא יצליח הלקוח לעשות כן, ומשמעות הדבר היא שהבנק יפעל למימוש הביטחונות והערבויות שבידיו, על כל המשתמע מכך. על מנת לקבוע שמתן כוח זה בידי הבנק איננו בלתי סביר, נדרש איפוא לקבוע שהאירוע המקנה לו את "נשק יום הדין" הוא אירוע שיש הסתברות של ממש לכך שיצריך שימוש בסעד זה על מנת למנוע מהבנק נזק, ולא סתם נזק, אלא נזק חמור. ומכלל ההן משתמע גם הלאו: אירוע שההסתברות שיגרום נזק לבנק נמוכה מאד, או, לחלופין, שהנזק שהוא צפוי לגרום לבנק אינו משמעותי, לא יכול להצדיק קביעה שמתן הכוח להאצת תשלומים נעשה באופן סביר. לעניין זה נבקש ללמוד היקש מהמבחנים שהציב המחוקק לעניין התערבות בית המשפט בתניית פיצויים מוסכמים (סעיף 15(א) [לחוק החוזים \(תרופות בשל הפרת חוזה\)](#)). מבחנים אלה נוגעים הן להסתברות הנזק כתוצאה מההפרה ("נזק שניתן היה לראותו מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת מההפרה") והן ליחס שבין הנזק הצפוי לבין גובה הסנקציה שנקבעה כלפי המפר (דהיינו, אם מצא בית המשפט "שהפיצויים נקבעו ללא כל יחס סביר לנזק שניתן היה לראותו מראש..."). מטרתם היא לשלול מהמפר סעד חוזי (פיצויים) שבמועד כריתת החוזה קיימת רק הסתברות נמוכה שהוא נחוץ הלכה למעשה כדי להגן על האינטרסים הלגיטימיים של הנפגע (והשוו [ח"א \(י-ם\) 9005/03 היועמ"ש נ' שח"ל טלרפואה בע"מ \(ניתן ב- 26.6.2006\) פסקאות 13 - 16](#)).

233. צירוף הנדבכים הללו מאפשר לנו להציב מבחן דו שלבי לבחינת סעיפי המשנה של סעיף 17:

ראשית, עלינו לקבוע האם מתקיימת ביחס לכל אחד מסעיפי המשנה של סעיף 17 חזקת הקיפוח הקבועה בסעיף 24(2) [לחוק החוזים האחדים](#), במובן זה שהוא מקנה

לבנק זכות בלתי סבירה לשנות את תנאי החוזה. לשם כך, שומה עלינו לבחון האם תוצאה מסתברת של התרחשות האירוע בו מדובר היא, שהבנק יידרש להעמיד את ההלוואה לפירעון מיידית על מנת להגן על עצמו מפני נזק חמור שעלול להיגרם לו.

שנית, בהינתן ההכרעה בשאלת נטל ההוכחה, נבחן האם מי שעליו הוא מוטל (הבנק או המפקח) הצליח לשכנע כי, בשים לב למכלול הוראות החוזה, יש לסטות מחזקת התקינות או מחזקת הקיפוח, לפי העניין.

בטרם נפנה ליישום דרך ניתוח זו ביחס לסעיפי המשנה של סעיף 17, נבקש להתייחס בקצרה להוראת סעיף 17 רישא ולמחלוקות שהתגלו לגביה.

סעיף 17 רישא

234. הנוסח הקיים של סעיף 17 רישא מגדיר את משמעותה של הזכות להעמדת ההלוואה לפירעון מיידית באופן הבא:

"בכל אחד מהמקרים הבאים יהיה הבנק רשאי, להעמיד לפירעון מיידית את ההלוואה, לרבות יתרתה הבלתי מסולקת אף אם טרם הגיע מועד פירעונה, הריבית עליה, הפרשי ההצמדה וכל יתר הסכומים שיגיעו לבנק על פי הסכם זה, והבנק יוכל לממש מייד את הבטחונות שניתנו או ינתנו על פי הסכם זה או כל חלק מהם ולנקוט בכל האמצעים הניתנים על פי החוק ו/או על פי הסכם זה. כן יהיה הבנק רשאי ליטול החזקה ו/או לקבל לרשותו הנכס, לגבות הכנסותיו, למוכרו ו/או למנות כונס נכסים ו/או מנהל עסקים ו/או נאמן ו/או מפרק, על הלווה ו/או הערבים ו/או נכסיהם או כל חלק מהם ו/או לעשות כל פעולה אחרת בין בעצמו ובין על ידי מורשיו והלווה מתחייב בזה להעביר הנכס לבנק ו/או לכונס הנכסים ו/או המפרק ו/או מנהל העסקים ו/או הנאמן כשהוא ריק מכל אדם וחפץ מיד עם דרישתו הראשונה של הבנק ולעזור לבנק בפעולותיו...".

235. מוסכם על הצדדים (מסמך ההסכמות השני, סעיף 41), כי במקום המילים "הביטחונות שניתנו או ינתנו על פי הסכם זה או כל חלק מהם" ייכתב **"הביטחונות המשמשים בידי הבנק להבטחת ההלוואה, לרבות הנכס, או כל חלק מהם (להלן: "הביטחונות")"**. כן מוסכם ביניהם כי הרישא תסומן כפסקה א', וכי סעיפי המשנה יסומנו בספרות. הסכמות אלה מקובלות עלינו.

236. מעבר לכך חלוקים הצדדים בשאלה האם החלק השני של סעיף 17 רישא, החל מהמילים "כן יהיה הבנק רשאי ליטול חזקה..." אינם מהווים התניה פסולה על סעיף 16(ב) לחוק המשכון. הצדדים מסכימים כי מחלוקת זו זהה במהותה לזו שנידונה לעיל ביחס לנוסח סעיף 12(ד)(4). לאור הכרעתנו בעניין זה (ראו פסקאות 107 - 110 לעיל) אנו מקבלים בעניין זה את טענות המפקח ומורים על מחיקת החלק השני של סעיף 17 רישא. בשולי הדברים נציין כי אנו מתקשים לראות מה תועלת יש בחזרה על ההוראות לעניין מימוש משכון ומשכנתא בהקשר זה. תכליתה של הוראת סעיף 17 היא לאפשר לבנק האצת תשלומים במקרים המצדיקים זאת. הוספת הוראות שעניינן דרך מימוש הבטוחה, הוראות המופיעות ממילא במקום אחר בחוזה (שהרי הוראות אלה אינן רלוואנטיות רק למקרים בהם בוצעה האצת תשלומים), נראית לנו מיותרת ומטעה ומוטב להימנע ממנה על מנת שלא להטעות את הלקוח.

237. מעבר לאמור לעיל, אנו מוצאים לנכון להורות על כך שברישא של סעיף 17 יבוצעו שינויים, שמטרתם להבהיר כי האצת התשלומים אינה מקנה לבנק אפשרות לאחוז במקל משתי קצותיו, קרי גם לדרוש את החזר ההלוואה לאלתר וגם לגבות את הריבית שהייתה מגיעה לו בגין המשך העמדתה. בפסק הדין בעניין *The in re Angelic Star* [1988] 1 Lloyd's Rep. 122 (C.A.) עמד בית המשפט לערעורים באנגליה על כך שהאצת תשלומים המאפשרת למלווה לגבות את הריבית המלאה שנקבעה לכל תקופת הלוואה היא הוראה היוצרת פיצוי עונשי (וראו גם Goode, at pp. 150-151; Halsbury's Laws of England, V. 9(1) "Loan Contracts" (Sec. 22 "acceleration clauses"). עמדה זו מקובלת גם עלינו. היא תואמת גם את הוראות סעיף 7 לחוק הלוואות חוץ בנקאיות, המאפשר למלווה להיפרע במקרה של האצת תשלומים בגין "יתרת ההלוואה" (בתוספת ריבית פיגורים ראו ס"ק (ה)), כאשר המונח "יתרת ההלוואה" מוגדר בס"ק (ו) כ"יתרת סכום ההלוואה, במלוואה או בחלקה, בצירוף הריבית שנצברה עד למועד ההעמדה לפרעון מיידי". יובהר כי איננו מניחים כי הבנק התכוון לגבות ריבית בגין יתרת תקופת ההלוואה, אולם נוסח הסעיף אינו ברור דיו בעניין זה ואנו מבקשים להבטיח שלא יהיה ספק בעניין.

238. על מנת להסיר ספק נורה כי הרישא של סעיף 17 תסומן כפיסקה א' ותנוסח באופן הבא:

"א. בכל אחד מהמקרים הבאים יהיה הבנק רשאי להעמיד לפירעון מיידי את ההלוואה, לרבות יתרתה הבלתי מסולקת אף אם טרם הגיע מועד פירעונה,

הריבית שהצטברה עליה עד למועד ההעמדה לפירעון מיידי, הפרשי ההצמדה וכל יתר הסכומים שיגיעו לבנק על פי הסכם זה, והבנק יוכל לממש מייד את הביטחונות המשמשים בידי הבנק להבטחת ההלוואה, לרבות הנכס, או כל חלק מהם (להלן: "הביטחונות") ולנקוט בכל האמצעים הניתנים על פי החוק ו/או על פי הסכם זה: "..."

סעיף המשנה של סעיף 17**סעיף 17(א) - שימוש בכספי הלוואה למטרה שונה**

239. סעיף משנה זה קובע את האפשרות להעמיד את הלוואה לפירעון מיידי "אם הלווה לא ישתמש בכספי הלוואה למטרה כאמור בהסכם זה". הצדדים הסכימו (מסמך ההסכמות השני, סעיפים 42-43), כי הסעיף יתוקן וינוסח באופן הבא: "אם הלווה ישתמש בכספי הלוואה למטרה שונה באופן מהותי מהמטרה כאמור בהסכם זה ו/או בנספחיו". התיקון עליו הסכימו הצדדים מקובל עלינו. מחד גיסא, אופן השימוש בכספי הלוואה עשוי להשפיע על רמת הסיכון לו חשוף המלווה, וממילא שימוש בכספים שהועמדו למטרה אחת (לדוגמא, שיפוץ מבנה) למטרה השונה באופן מהותי (למשל, השקעה בשוק ההון) הוא אירוע המצדיק מבחינת המלווה את הפסקת הלוואה לאלתר. מאידך גיסא, אם ההבדל בין המטרה לשמה הועמדה הלוואה לבין המטרה לשמה נעשה בפועל שימוש בכספי הלוואה אינו מהותי מבחינת השפעתו על סיכוני הבנק, ממילא אין בו כדי להצדיק את הסנקציה החמורה של האצת תשלומים.

סעיף 17(ב) - פיגור בתשלומי הלווה

240. על פי סעיף משנה זה, רשאי יהיה הבנק להעמיד את הלוואה לפירעון מיידי, על כל הכרוך בכך, "אם הלווה לא ישלם תשלום כלשהו במועד פרעונו כפי שנקבע בהסכם זה, והפיגור יעלה על 15 יום".

לטענת המפקח, סעיף זה מקפח בשני היבטים. האחד עניינו בסוג מסוים של הלוואות – הלוואות המובטחות במשכנתא או במשכון על דירת מגורים; האחר עניינו במקרה הכללי, הנוגע לכלל סוגי הלוואות שניתנות על פי ההסכם. נדון בהיבטים אלה כסדרם.

פיגור בתשלומי הלווה בהלוואות המובטחות במשכנתא או במשכון על דירת**מגורים**

241. טענתו הראשונה של המפקח כנגד סעיף המשנה הדין בפיגור הלווה בתשלומים היא, שהוא סותר את הוראות הדין בדבר יכולתו של מלווה לממש משכנתא או משכון על זכויות בדירת מגורים. הוראות בעניין זה נקבעו **בחוק ההוצאה לפועל**. על פי סעיף 1ב81 **לחוק ההוצאה לפועל**, לא ניתן לממש את המשכון על זכויות בדירת מגורים או המשכנתא על דירת מגורים מיידי עם הפיגור הראשון בתשלום, אלא יש

להמתין לפחות שישה חודשי פיגור, בכפוף לחריגים הקבועים בחוק. מגמת התיקון [בחוק ההוצאה לפועל](#), אשר הסדיר את דרכי המימוש של נכס המהווה דירת מגורים, היתה לתת הזדמנות ללווה לפרוע את סכום הפיגור תוך זמן סביר, במקרים בהם החוב אינו גבוה, תוך מניעת המלווה מלנקוט בצעדים למימוש הנכס במשך זמן מה. לכאורה, לפי פרשנות דווקנית של החוק, ניתן לטעון כי מאחר שהאפשרות להעמיד את ההלוואה לפירעון מיידי איננה מוזכרת כלל בחוק, ניתן להעמיד את ההלוואה לפירעון מיידי עוד בטרם קמה הזכות לממש את הנכס על פי [חוק ההוצאה לפועל](#). אלא שפרשנות זו תאיין את המטרה שביסוד החוק. המשמעות האופרטיבית של הזכות להעמיד את ההלוואה לפירעון מיידי, היא הקמת זכות תביעה לנושה לגבי סכומים שטרם הגיע מועד פירעונם ובמקרה של הלוואה מובטחת במשכון או משכנתא, המשמעות האופרטיבית של הזכות להעמיד את ההלוואה לפירעון מיידי היא יצירת זכות לממש את השעבוד. אנו סבורים כי מכאן ניתן להסיק, כי משעוכבה הזכות למימוש המשכון מכוח הוראות הדין, יש לראות כמעוכבת עימה גם את הזכות להעמיד את ההלוואה לפירעון מיידי.

242. הבנק קיבל למעשה את עמדת המפקח ביחס להלוואות המובטחות במשכנתא או משכון על זכויות בדירת מגורים, והסכים לתקן את סעיף 17 לחוזה כך שתתווסף בו הבהרה לפיה במצבים אלה יחולו הוראות סעיף 1ב81 [לחוק ההוצאה לפועל](#), ולא ההוראות של סעיף 17 לחוזה. המפקח דרש בסיכומי התשובה מטעמו, להבהיר כי הלוואה המובטחת במשכנתא או משכון על זכויות בדירת מגורים תועמד לפירעון מיידי רק בכפוף ללוח הזמנים הקבוע בהוראות סעיף 1ב81 [לחוק ההוצאה לפועל](#), להבדיל מ"רמיזה" לכך בלבד. לכך התנגד הבנק, מהטעם שסעיף 1ב81 [לחוק ההוצאה לפועל](#) קובע במסגרת ס"ק (ג) חריגים ללוח הזמנים הנ"ל, המאפשרים לו להעמיד את ההלוואה לפירעון מיידי.

איננו סבורים כי קיימת מחלוקת של ממש בין הצדדים בעניין זה. המחוקק ביקש להגביל את האפשרות להעמיד הלוואה המובטחת במשכון או משכנתא על דירת מגורים לפירעון מיידי, ומשעשה כן הרי שלא ניתן בהסכם ליצור זכות החורגת מזו אותה התיר המחוקק. לגבי הדרך בה ראוי להסדיר זאת בהסכם, נראית לנו עמדת הבנק שדי בהכפפת ההסדר של סעיף 17 להוראות סעיף 1ב81 [לחוק ההוצאה לפועל](#), ואין צורך לכפות על הבנק לקבוע אותן באופן מפורש בהסכם עצמו. הטעם לכך הוא, בין היתר, שההגנה שמעניק הסעיף פועלת לטובת הלקוח ועל כן דווקא לבנק יש עניין להביאה לידיעת הלקוח במועד חתימת ההסכם, כדי להעמידו על כך שהסיכון שהוא נוטל על עצמו נמוך משהוא משער.

243. לאור זאת אנו מורים כי לסעיף 17 תתווסף פסקה ב', שזו לשונה:

"ב. למען הסר ספק מובהר בזאת כי על העמדה לפירעון מיידי של הלוואה המובטחת באמצעות משכנתה על דירת מגורים המשמשת למגורים של הלווה או על מימוש משכון על זכויות לגבי דירת מגורים כאמור, יחולו הוראות סעיף 1ב81 [לחוק ההוצאה לפועל](#), תשכ"ז-1967".

פיגור בתשלומי הלוואה – המקרה הכללי

244. המפקח סבר כי לגבי יתרת המקרים בהם עוסק ההסכם, קרי הלוואות שאינן מובטחות במשכנתא או משכון על זכויות בדירת מגורים, האמור בסעיף 17(ב) הוא גורף מדי. ראשית, אין זה סביר כי אין לא תוטל על הבנק החובה לשלוח ללווה התראה מוקדמת טרם נקיטת האמצעי החמור של העמדת הלוואה לפירעון מיידי. בנוסף, סבירותה של הזכות לממש את הנכס ולהעמיד את הלוואה לפירעון מיידי מהסיבה של פיגור בתשלום צריכה להיקבע בהתחשב בשני פרמטרים: גובה החוב ומשך זמן הפיגור. איזון ראוי בין זכויות הלווה לזכויות המלווה אינו יכול להתעלם משני הפרמטרים האמורים. מובן כי התשובה לשאלה, מהו הזמן הסביר ומהו סכום הפיגור הסביר שהחל מהם ייחשב פיגור בתשלום כהפרה המצדיקה מימוש והעמדה לפירעון מיידי, איננה מוחלטת. עם זאת, ניתן להקיש מהתיקון של [חוק ההוצאה לפועל](#) ולקבוע כי סכום הפיגור המצדיק הפעלה של סעד כה משמעותי יהיה פיגור של לפחות 10% מסכום הלוואה. לעניין זמן הפיגור, הציע המפקח לקבוע פיגור בארבעה תשלומים לפחות, כזמן הסביר המצדיק נקיטה באמצעים כאמור.

245. הבנק הסכים, באופן כללי, ולא רק לעניין החלופה בה עסקינן, כי על העמדת הלוואה לפירעון מוקדם תישלח ללווה הודעה מראש, למעט במקרים בהם קיים צורך לפעול ללא דיחוי. על כן, הבנק הציע להוסיף לסעיף 17 הוראה בנוסח הבא: "הבנק יהיה רשאי להעמיד את הלוואה לפירעון מיידי ובלבד ששלח ללווה הודעה בכתב 10 ימים מראש על כוונתו לעשות כן, למעט במקרים מיוחדים אשר בנסיבותיהם קיים צורך לפעול ללא דיחוי."

באשר לטענת המפקח בדבר פרק הזמן הסביר וסכום הפיגור שבגינן יהא הבנק רשאי להעמיד את הלוואה לפירעון מיידי – לשיטת הבנק המדובר בתניה שהינה כלכלית במהותה, ואשר נועדה להשיג מטרה לגיטימית, היא מטרת האפשרות היעילה של הבנק לקבל את כספו בחזרה. על פי סעיף 3 [לחוק החוזים האחידים](#), יש לבדוק כל תנאי על רקע החוזה כולו, ולתת את הדעת גם להוראות האחרות בחוזה

העשויות לאזן תנאי שלכאורה נראה כמקפח. כן יש לתת את הדעת גם לנסיבות האחרות המלוות את החוזה, לרבות נסיבות חיצוניות, המהוות אף הן בסיס לקביעת הסטנדרטים אותם יש להפעיל כדי לקבוע אם תנאי הוא מקפח. לאור האמור, ברור אפוא כי אי עמידה בתשלומי ההלוואה מהווה הפרה יסודית, אשר בהתאם לסעיף 6 [לחוק החוזים](#) תרופות מקימה עילה לביטול החוזה. שהרי, הצדדים ראו בתנאי המופר כאמצעי מרכזי להגשמת תכליתו של החוזה וממילא הבנק לא היה מתקשר בחוזה ההלוואה אילו ראה מראש שהלווה לא יעמוד בתשלומי ההלוואה. הצעת המפקח לקבוע תקופה המתנה מסוימת לענין הפיגור בפירעון, או לקביעת אחוז מינימאלי של פיגור שיאפשר את הפירעון המייד, יכולה לעיתים לסכל כליל את אפשרות מימושו של הנכס. פיגור בתשלום הלוואה יכול לרמז על שינוי לרעה במצבו של הלווה, ומשהפר הלווה את חובת האמון ולא עמד בהתחייבויותיו, אין לדרוש מהמלווה לתת ללווה הזדמנות נוספת לשקם את האמון שנפגע ואין לצפות מהמלווה לקחת על עצמו סיכון נוסף של אי עמידה בתנאי התשלום בעתיד. בכל מקרה, טען הבנק, כי זכויות הבנק וחובותיו, ככל זכות וחובה חוזית, ממילא כפופות לעקרון הסבירות ותום הלב.

באשר לפרק הזמן אשר לאחריו יהא רשאי הבנק לפעול לפירעון מוקדם של ההלוואה, הסכים הבנק להאריך את פרק הזמן הנקוב בסעיף לתקופה של 30 יום.

246. מסיכום עמדות הצדדים עולה כי בעניין אחד קיימת למעשה הסכמה ביניהם, וזהו נושא מתן ההתראה בטרם העמדת ההלוואה לפירעון מייד. עמדת הצדדים מקובלת עלינו ומאחר והיא מתייחסת לכלל המקרים בהם מבקש הבנק לבצע האצת תשלומים, נורה על עיגונה בחוזה באמצעות הוספת פסקה ג' בזו הלשון:

"ג. על אף האמור לעיל, הבנק לא יעמיד הלוואה לפירעון מייד אלא אם כן שלח ללווה התראה בכתב 10 ימים מראש על כוונתו לעשות כן, למעט במקרים מיוחדים אשר בנסיבותיהם קיים צורך לפעול ללא דיחוי"

(העדפנו את השימוש במונח "התראה", ולא "הודעה", כדי להבהיר כי אם ישתנו הנסיבות בתקופת הביניים, באופן שעילת ההאצה לא תתקיים עוד, לא יוכל הבנק להעמיד את ההלוואה לפירעון מייד).

247. משהוסר עניין זה, נותרנו עם השאלה העקרונית בדבר האפשרות להעמיד את ההלוואה לפירעון מייד בגין פיגור בתשלומי הלווה. שני טעמים הביא הבנק להצדקת האצת תשלומים בגין פיגור בתשלום. הטעם הראשון הוא העובדה שהבנק מסתמך על מועדי הפירעון הקבועים בהסכם, ומתכנן את צעדיו בהתאם

להם (השוו [בג"צ 3627/90 בראשי נ' נגיד בנק ישראל, פ"ד מז\(1\) 109 \(1993\)](#)). פיגור בתשלום גורם לשיבוש בפעילות הבנק ופוגע ביכולת הבנק להסתמך על ביצוע התשלומים בעתיד. להלן נכנה טעם זה: "פגיעה ביכולת התכנון של הבנק". הטעם השני הוא, שאי עמידה במועדי התשלום מהווה אינדיקציה לקשיים פיננסיים ויכולה להצביע על כך שהלווה מצוי בקשיים (והשוו סעיף 65(6) [לפקודת פשיטת רגל](#) [נוסח חדש], התש"ם – 1980). במצב דברים זה יש לבנק אינטרס לגיטימי לא להמתין לקריסתו של החייב, אלא לפעול לאלתר במטרה להגן על עצמו מפני קריסה כזו. להלן נכנה טעם זה: "הידרדרות ביכולת ההחזר של הלווה".

248. הצגת הטעמים הללו מאפשרת לנו למלא בתוכן את המבחן שהצבנו לעניין סבירות הפעלת הסנקציה של האצת תשלומים בידי הבנק. אכן, כל פיגור עשוי לפגוע באמון של הבנק בלקוח, ובמידה מסוימת גם ביכולת התכנון של הבנק. עם זאת, על מנת שפיגור יצדיק את הסעד הקיצוני של האצת התשלומים נדרש שפגיעה זו ביכולת התכנון תהיה חמורה, ותתבטא בכך שסכומים משמעותיים לא ישולמו לבנק במועד. מכאן שהטעם של "פגיעה ביכולת התכנון של הבנק" יצדיק, באופן סביר, את מתן כוח ההאצה לבנק, רק כאשר מדובר בפיגור בתשלום המתייחס לחלק משמעותי של ההלוואה. בדומה, עצם העובדה שהלווה מפגר בתשלום בודד עלולה לאותת על הרעה במצבו הכלכלי. עם זאת, על מנת שאיתות זה יהיה משמעותי דיו על הפיגור להיות משמעותי. ברי כי פיגור בתשלום אחד לתקופה של 15 או אף של 30 ימים אין בו די (והשוו להוראת סעיף 7 [לחוק הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות](#)). לאור זאת אנו סבורים כי לא רק נוסחו של החוזה כיום, אלא גם הצעת הפשרה של הבנק, לפיה די יהיה בפיגור בתשלום בודד, קטן שכל שיהיה, לתקופה של 30 יום, כדי להצדיק האצת תשלומים, היא בגדר הוראה הנכנסת לגדר חזקת הקיפוח שבסעיף 24(2) [לחוק החוזים האתידיים](#).

249. האם עיון במכלול הוראות החוזה מאפשר לבנק לסתור את חזקת הקיפוח? אנו סבורים כי התשובה על כך שלילית. נהפוך הוא: התייחסות למכלול תנאי ההסדר מלמדת כי הסיכון בפניו עומד הבנק בגין אי פירעון חיוב הוא נמוך יחסית, וזאת משני טעמים מצטברים: ראשית, לבנק יש במסגרת ההסכם אמצעים יעילים (כגון הביטחונות שבידיו, הערבים לחוזה וכן אפשרויות הקיזוז העומדות לו) להגן על עצמו מפני הסיכונים בהם עסקינן גם ללא העמדת ההלוואה לפירעון מיידי. שנית, לבנק עומדות עילות רבות אחרות להביא להאצת תשלומים. ניתן, לפיכך, להניח כי באותם מקרים שבהם קיימות אינדיקציות נוספות המעידות על קשיי החייב תימצא לבנק מן הסתם עילת האצה נוספת על זו של הפיגור בתשלום. מכאן

שהתבססותו של הבנק על החלופה של פיגור בתשלום לבדה יכולה להיות מותנית בהתקיים תנאים מחמירים יחסית.

250. הצדדים לא הציגו בפנינו ראיות בעניין זה, וממילא כל שנוכל לעשות הוא לנסות ללמוד מההגבלות שקבע המחוקק לענייננו. כאמור, שני הסדרי חוק נוגעים בתנאים שמאפשרים האצת תשלומים בגין פיגור בתשלום. האחד הוא [חוק הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות](#) המאפשר האצה בעקבות הפרה של יותר מתשלום אחד ובמשך תקופה מצטברת של מעל 31 ימים (סעיף 7(ב) לחוק), והשני הוא [חוק ההוצאה לפועל](#), המאפשר האצה בגין איחור של ששה חודשים או של מעל ל-10% מיתרת מלוא חוב ההלוואה (סעיף 181ב(ג)(3) לחוק). אנו סבורים שהתנאים להאצת תשלומים בגין פיגור בתשלום לעניין החוזה שלפנינו צריכים להימצא בתוך שבין שני ההסדרים הללו: מחד גיסא, אין הם צריכים להיות מחמירים כמו אלה הקבועים ב[חוק ההוצאה לפועל](#), שכן המטרה הסוציאלית שהנחתה חקיקה זו מיוחדת להקשר של מימוש משכון או משכנתא על דירת מגורים; מאידך גיסא, עליהם להיות מחמירים יותר מאלו החלים על מלווה חוץ בנקאי, מאחר ויתר הסדרי ההסכם מקנים לבנק אמצעי התגוננות חוקיים שהינם יעילים בהרבה מאלה שעומדים לרשות המלווה החוץ בנקאי. לאור זאת אנו קובעים כי התנאים להפעלת האצת תשלומים יהיו אחד משני אלה: איחור בתשלום של מעל ל-30 יום ביחס לתשלומים מצטברים של 5% ויותר מסכום ההלוואה, או הפרה של יותר משני תשלומים למשך תקופה של מעל ל-90 יום (ממועד תחילת הפיגורים). ביחס למצב הדברים הראשון, אנו מוצאים לנכון לקבוע כי מרוץ הזמן יתחיל ממועד הצגת דרישה בכתב לתשלום, וזאת כדי למנוע אי בהירות מהלווה (וזאת בנוסף לדרישה להתראה של 10 ימים, בה עסקנו לעיל, שחלה מרגע שהתגבשה כבר עילת ההאצה).

251. סעיף המשנה בו עסקינן ינוסח לאור זאת כך:

“(2) אם הלווה לא ישלם בתוך 30 יום מהמועד בו נדרש בכתב לשלם תשלומים מצטברים שסכומם, בתוספת ריבית הפיגורים, עולה על 5% מסכום ההלוואה; או אם הלווה יפגר בתשלום של יותר משני תשלומים, ובלבד שחלפו לפחות 90 יום מהמועד בו אמור היה להיות משולם התשלום הראשון מבין התשלומים שבפיגור.”

סעיף 17(ג) - הפרת תנאי הסכם הרכישה או תוכניות הסיוע

252. סעיף המשנה קובע: "אם הלווה יפר תנאי כל שהוא מההסכם ו/או מכל הסכם ו/או מסמך אשר על פיו רכש הלווה זכויות בנכס ו/או מתנאי תוכניות הסיוע של הממשלה במסגרתה ניתנה ההלוואה ו/או ימצא כי הצהרה כלשהי של הלווה, ו/או הערבים על פי הסכם זה ו/או במסגרת תוכניות הסיוע הנ"ל אינה נכונה".

סעיף זה מעניק לבנק זכות להעמיד את ההלוואה לפירעון מיידי במספר מצבים, אשר חלקם מכוסה בסעיפים אחרים. המפקח תקף סעיף זה ממספר היבטים, ולאחר משא ומתן בין הצדדים, הוסכם לצמצמו כך שיתייחס לשני מצבים בלבד: הפרה יסודית של הסכם לפיו רכש הלווה זכויות בנכס המשמש כבטוחה והפרה המקנה אפשרות להאצת תשלומים של הלוואת הזכאות (הלוואה שתנאיה נקבעים על ידי המדינה).

253. הנוסח עליו הסכימו הצדדים (מסמך ההסכמות השני, סעיפים 44-45), ואשר אותו אנו מאשרים בזה, הוא הנוסח הבא:

"(3) אם הלווה יפר הפרה יסודית של תנאי כל שהוא מההסכמים, כהגדרתם בסעיף 12(ד)(2) לעיל ו/או מכל הסכם אחר ו/או מסמך אשר על פיו רכש הלווה זכויות בנכס (ההסכמים ו/או ההסכם ו/או המסמך האמורים יקראו להלן בסעיף זה: "ההסכם"), וההפרה יש בה כדי לזכות את הצד השני לבטל את ההסכם ו/או אם הלווה יפר הפרה יסודית של כל תנאי מתנאי תוכניות הסיוע של הממשלה המזכה את הבנק להעמיד את ההלוואה שניתנה במסגרת תוכנית הסיוע לפירעון מיידי. אין באמור לעיל כדי לגרוע מכל סעד העומד לבנק כנגד הלווה על פי דין".

סעיף 17(ד) - חיסול עסקי הלווה, פשיטת רגל/כינוס נכסים/ פירוק של הלווה

254. סעיף המשנה קובע כי "אם הלווה יחסל את עסקיו, אם עסקו יתפרק או יפורק, או ילך לעולמו חו"ח, או יוגשו נגדו בקשה לפשיטת רגל, או אם יגישו נגדו ו/או נגד רכשו או כל חלק ממנו בקשה למינוי כונס נכסים ו/או נאמן ו/או מנהל עסקים ו/או מפרק או ימונה עליו או נגד רכשו או כל חלק ממנו כונס נכסים ו/או מפרק ו/או נאמן ו/או מנהל עסקים", אזי תעמוד ההלוואה לפירעון מיידי.

255. הצדדים הסכימו (מסמך ההסכמות הראשון, עמ' 3), כי הסעיף ייוחד אך ורק לנכס נשוא ההלוואה, לרבות יתר הביטחונות המבטיחים את פירעונה. הבנק הציע לכלול בסעיף זה גם את הנושא של הסדרים עם נושים, המוסדר כעת במסגרת סעיף קטן (ט). לאור האמור, מציע הבנק לשנות את הסעיף כדלקמן:

"(4) אם הלווה יחסל את עסקיו, אם עסקו יתפרק או יפורק, או ילך לעולמו חו"ח, או תוגש נגדו בקשה לפשיטת רגל, או אם יגישו נגדו ו/או נגד הביטחונות בקשה למינוי כונס נכסים ו/או נאמן ו/או מנהל עסקים ו/או מפרק או אם ימונה עליו או נגד הביטחונות כונס נכסים ו/או מפרק ו/או נאמן ו/או מנהל עסקים, או אם הלווה יגיע להסדר פשרה עם כלל נושיו או עם סוג מסוים של נושיו, או אם יתבקש ו/או יוצא צו הקפאת הליכים נגדו ו/או יפתחו הליכי שיקום על ידו".

בהתאם להסכמה בין הצדדים, ישונה הסעיף כהצעת הבנק.

סעיף 17(ה) - הטלת עיקול או פעולת הוצאה לפועל על נכסי הלווה

256. בסעיף זה נקבע כי אירוע נוסף המזכה את הבנק בהעמדת ההלוואה לפירעון מיידי הוא "אם יוטל עיקול כלשהו, לרבות עיקול זמני או אחר על נכסי הלווה או על כל חלק מנכסיו או תעשה פעולת הוצאה לפועל כל שהיא לגבי נכסי הלווה או על כל חלק מנכסיו".

הצדדים הסכימו (מסמך ההסכמות הראשון, עמ' 3), כי ללווה תינתן הזדמנות של 30 ימים להביא לביטולו של העיקול, וכי הסעיף ייוחד אך ורק לנכס נשוא ההלוואה, לרבות יתר הביטחונות המבטיחים את פירעונה. לאור האמור מציע הבנק לשנות את הסעיף לנוסח הבא:

"(5) אם יוטל עיקול כלשהו, לרבות עיקול זמני או אחר על הביטחונות, או תעשה פעולת הוצאה לפועל כל שהיא לגבי הביטחונות, והעיקולים או פעולת הוצאה לפועל כאמור לא יוסרו תוך 30 יום מיום הטלתם".

אנו מאשרים את הסכמת הצדדים, בהתאם לנוסח שהוצע על ידי הבנק.

סעיף 17(ו) - שיעבוד רכוש/הכנסות/זכויות הלווה ללא הסכמת הבנק

257. אירוע נוסף המזכה את הבנק בהעמדת ההלוואה לפרעון מיידי הוא "אם הלווה ישעבד רכושו ו/או הכנסותיו ו/או זכויותיו בכל מקום שהוא ומכל מקור שהוא לרבות אלו שיהיו לו בעתיד או כל חלק ממנו מבלי לקבל הסכמת הבנק לכך בכתב ומראש".

הצדדים הסכימו (מסמך ההסכמות השני, סעיפים 52-53), כי הסעיף ייוחד אך ורק לנכס נשוא ההלוואה ויתר הביטחונות המבטיחים את פרעונה. הנוסח המוסכם עליהם הוא כדלהלן:

”(6) אם הלווה ישעבד את הביטחונות מבלי לקבל את הסכמת הבנק על כך בכתב ומראש. מובהר בזאת, כי הבנק לא יסרב סירוב בלתי סביר לשעבוד הנכס בדרגה שניה לטובת גורם אחר”.

אנו מאשרים את הסכמת הצדדים, בהתאם לנוסח שהוצע על ידי הבנק.

סעיף 17(ז) - אי המצאת מסמכים על ידי הלווה

258. סעיף זה קובע כי הבנק רשאי להעמיד את ההלוואה לפירעון מיידי ”אם הלווה לא ימציא לבנק תוך המועד שיקבע על ידי הבנק את כל המסמכים הדרושים לביצוע הסכם זה, לרבות המצאת שטר משכנתא מאושר על ידי רשם המקרקעין ו/או התחייבות לרישום משכנתא מהבעלים של הנכס ו/או כתב ערבות לפי [חוק המכר \(דירות\) \(הבטחת השקעות של רוכשי דירות\)](#), תשל”ה-1974 בנוסח המקובל על ידי הבנק”.

259. לטענת המפקח, האמור בסעיף זה מקפח את הלווה בכך שהוא מטיל עליו את החובה הגורפת, שאי קיומה מלווה בסנקציה של מימוש הנכס והעמדת ההלוואה לפירעון מיידי, להמציא לו מסמכים בנוסח המקובל על הבנק. שניים הם ההיבטים בהם מצא המפקח קיפוח בסעיף: ראשית, הסעיף כולל בחובו התייחסות למסמכים אשר נוסחם נקבע על ידי הרשויות ואין לבנק או ללווה כל השפעה על נוסחם. האינטרס העומד בבסיס סעיף זה הוא כי עבירות זכות הלווה על פי הערבות לא תוגבל, כך שהלווה יוכל להסב את הערבות לטובת הבנק, כבטוחה להלוואה. אינטרס זה אינו תלוי בנוסח זה או אחר וכל שצריך הוא שהמסמך לא יכלול הגבלה על העבירות. שנית, כאשר מדובר במסמכים שנוסחם נקבע על ידי הבנק, רשאי הבנק, לשיטת המפקח, לדרוש כי המסמכים יהיו בהתאם למקובל על ידו, אולם במקרים אלה יש לאפשר ללווה לתקן את הנוסח, כך שיותאם לצרכי הבנק, במקרים בהם הציג מסמך שאינו עונה לדרישות הבנק. לאור זאת, המפקח ביקש להורות על שינוי הסעיף כך שיימחקו המילים: ”בנוסח המקובל על ידי הבנק” בכל הנוגע למסמכים שתוכנם נקבע על ידי צד שלישי; וכך שלגבי מסמכים אחרים יינתן ללווה זמן סביר לתיקון הדרוש תיקון.

הבנק הסכים לתקן את הסעיף כך שמסמכים המנוסחים על ידי רשויות או מכוח הדין לא יהיו טעונים התאמה לנוסח המקובל על ידו. עם זאת, הוא עמד על דרישתו כי מסמכים המנוסחים על ידי צדדים שלישיים יהיו כאלה התואמים את הנוסח המקובל בבנק. הבנק טען כי אין לחייבו ליטול על עצמו סיכונים כספיים ו/או משפטיים על סמך מסמכים אשר יחייבו אותו מבלי שיינתן לו לבדוק את

נוסחם ולהעיר את הערותיו. לטענת הבנק, דרישתו לקבל מסמכים בנוסח המקובל עליו היא דרישה לגיטימית שתכליתה להבטיח את השלמת עסקת ההלוואה והחובים בגינה בלי צורך בדיונים משפטיים מיותרים או סיכונים כספיים לא ברורים. מעבר לכך הסכים הבנק להוסיף פסקה שתאפשר את תיקון המסמכים שאינם תואמים את דרישותיו בתוך 15 ימים.

260. המחלוקת בין הצדדים ביחס לסעיף משנה זה הצטמצמה איפוא לשאלה האם יש לאפשר לבנק להעמיד את ההלוואה לפירעון מיידי כאשר מסמכים המנוסחים על ידי צדדים שלישיים (להבדיל מרשויות המדינה) אינם תואמים את הנוסח המקובל על ידי הבנק. באופן קונקרטי הכוונה היא בעיקר לשני מסמכים: ערבות לפי [חוק המכר \(דירות\) \(הבטחת השקעות של רוכשי דירות\)](#) תשל"ה – 1974 (להלן: "ערבות חוק המכר") והתחייבות לרישום משכנתא עליה מבקש הבנק כי הלווה יחתים את המוכר.

אין חולק כי הבנק רשאי להתנות את העמדת ההלוואה בכך שיומצאו לו מסמכים כאלה ואחרים, ובכלל זה ערבות חוק מכר והתחייבות לרישום משכנתא. הוראות בעניין זה מצויות בסעיף 12 להסכם, ואין אנו רואים הצדקה להוסיף עליהן הוראות מהותיות במסגרת סעיף 17 להסכם. לאור זאת, אנו סבורים כי צדק המפקח בכך שהתנגד להכללת הוראה מהותית לפיה הבנק רשאי להאיץ תשלומים אם המסמך אינו "בנוסח המקובל על ידי הבנק". ודוק, אם לפי סעיף 12 להסכם יש לבנק זכות להכתיב את נוסח המסמך, כי אז ממילא הצגת מסמך שאינו תואם את דרישות הבנק היא הפרה העשויה להצדיק האצת תשלומים; לעומת זאת, אם מכוח סעיף 12 להסכם אין לבנק זכות כזו, הרי ש"הגנבת" הזכות בדלת האחורית, באמצעות הכוח להביא להאצת התשלומים, היא בלתי סבירה, ודינה להתבטל כתניה מקפחת.

261. לאור זאת, ובשים לב לנוסח שהוצע על ידי הבנק, אנו מורים כי סעיף המשנה ינוסח באופן הבא:

"(7) אם הלווה לא ימציא לבנק באופן ובמועדים הקבועים בהסכם זה את כל המסמכים הדרושים לביצוע הסכם זה, לרבות המצאת שטר משכנתא מאושר על ידי רשם המקרקעין, ו/או התחייבות לרישום משכנתא מהבעלים של הנכס ו/או כתב ערבות לפי [חוק המכר \(דירות\) \(הבטחת השקעות של רוכשי דירות\)](#) תשל"ה – 1974. בכל מקרה בו ימציא הלווה לבנק מסמכים בנוסח שאינו תואם את התחייבויותיו על פי הסכם זה, יאפשר הבנק ללווה לתקן את נוסחם תוך 15 ימים".

סעיף 17(ח) - הפרת תנאי החכירה או השכירות

262. הסעיף קובע כי "אם הלווה הינו חוכר או שוכר הנכס - ויפר תנאי כל שהוא מתנאי החכירה או השכירות", רשאי הבנק להעמיד את ההלוואה לפירעון מיידי. הוראה זו היא, הלכה למעשה, מקרה פרטני של סעיף משנה 17(ג). הצדדים הסכימו (מסמך ההסכמות השני, סעיפים 54-55), כי נוסחו של סעיף זה יתוקן כדלהלן: "אם הלווה הינו חוכר או שוכר הנכס - ויפר תנאי אשר הינו עילה לביטול הסכם השכירות ו/או הסכם החכירה".

263. אנו סבורים כי נפלה שגגה טכנית מלפני הצדדים. לאור הסכמתם לעניין סעיף משנה (ג) כוונתם הייתה, ככל הנראה, לכך שרק הפרה יסודית של הסכם השכירות או החכירה מאפשרת את העמדת ההלוואה לפירעון מיידי. לאור זאת אנו מקבלים בעיקרה את הסכמת הצדדים, בכפוף להבהרה כי הכוונה להפרות יסודיות בלבד. נוסחו המתוקן של סעיף משנה זה יהיה אם כך:

"(8) אם הלווה הינו חוכר או שוכר הנכס - ויפר את חוזה השכירות או החכירה הפרה יסודית, אשר הינה עילה לביטול חוזה השכירות ו/או חוזה החכירה".

סעיף 17(ט) - אישור מהבנק לצורך הגעה להסדר פשרה/נושים

264. הסעיף קובע כי "אם הלווה יגיע להסדר פשרה ו/או הסדר עם נושיו או מי מהם ללא קבלת אישור תחילה מהבנק", זכאי יהיה הבנק להעמיד את ההלוואה לפירעון מיידי. הצדדים הסכימו לאחד את סעיף משנה 17(ט) עם סעיף משנה 17(ד), באמצעות תיקונו של סעיף 17(א)(4) (על פי המספור המתוקן) כמפורט לעיל. לפיכך, ולאור העובדה שאישרנו את הנוסח שהציעו הצדדים לסעיף 17(א)(4), אנו מורים על ביטול סעיף משנה (ט).

סעיף 17(י) - ביטול או אי כיבוד של הוראת קבע

265. סעיף משנה זה קובע כי "אם הוראת הקבע שניתנה על ידי הלווה או הוראת קבע שניתנה על ידי אדם אחר עבור הלווה לבנק המסחרי בקשר לחיוב החודשי של התשלומים על חשבון ההלוואה תבוטל על ידי הלווה או על ידי האדם האחר או לא תכובד על ידי הבנק המסחרי מכל סיבה שהיא", יהווה הדבר עילה להעמדת ההלוואה לפירעון מיידי על ידי הבנק.

הוסכם על הצדדים (מסמך ההסכמות השני, סעיף 58), כי הסעיף יימחק מההסכם, וזאת מאחר והאירוע המוסדר בו מכוסה על ידי סעיף משנה 17(ב). אנו נותנים תוקף להסכמה זו.

סעיף 17(יא) - הפרת תנאי הסכם הלוואה

266. סעיף זה קובע כי הבנק רשאי להעמיד את הלוואה לפירעון מיידי "אם הלווה ו/או הערבים יפרו או לא ימלאו תנאי כל שהוא מתנאי הסכם הלוואה".

הצדדים הסכימו (מסמך ההסכמות השני, סעיפים 59-60), כי הסעיף יתוקן כך שיתייחס רק להפרות יסודיות של תנאי הסכם הלוואה. לצערנו, אין בידינו לקבל הסכמה זו. היא נשענת על ההנחה כי העמדת הלוואה לפירעון מיידי שקולה לביטול ההסכם, וכפי שהובהר לעיל, לא כן היא (ראו דיון בפסקאות 226 - 230 לעיל). קביעת סעיף סל המקנה לבנק זכות להביא לשינוי תנאי הלוואה בגין כל הפרה יסודית, בין אם זו הפרה היוצרת צורך בסעד זה, ובין אם לאו, היא הוראה בלתי סבירה, שאיננה עומדת במבחן שהצבנו לעניין זה (ראו פסקאות 231 - 233 לעיל). לאור זאת קמה ביחס להסדר זה חזקת הקיפוח שבסעיף 24(2) **לחוק החוזים האחדים**. יתר הוראות ההסכם לא רק שאינן מאפשרות לסתור חזקה זו, אלא שיש בהן כדי לחזקה. קיומן של שמונה חלופות אחרות, מעבר לסעיף סל זה, במסגרתן רשאי הבנק להביא להעמדת הלוואה לפירעון מיידי, משמיע לנו כי גם בראיית מכלול הוראות החוזה אין הצדקה לקביעה גורפת מסוג זה.

במצב דברים זה אנו סבורים כי כדי לרפא את הקיפוח יש לקרוא לתוך "סעיף הסל", אותו מבקש הבנק לקבוע, את המבחנים הכלליים שהצבנו לעניין סבירותה של תניית האצת התשלומים.

267. לפיכך אנו מורים כי חלופה (יא) תבוטל, או – לפי בחירת הבנק – תוחלף בנוסח הבא:

"(9) אם הלווה יפר הפרה יסודית תנאי כל שהוא מתנאי הסכם הלוואה, כאשר תוצאה מסתברת של הפרה היא שלבנק עלול להיגרם נזק חמור אם לא יעמיד את הלוואה לפירעון מיידי".

(השמטנו את ההתייחסות לערבים לאור הוראת סעיף 17(יד) המתייחסת באופן פרטני לעניין זה).

סעיפים 17(יב) ו- 17(יג)

268. ביחס לשני סעיפים אלה לא היו השגות מצד המפקח. על כן, למרות שלפחות אחד משני הסעיפים הללו נראה לנו מיותר (סעיף משנה (יב) הנבלע, לכאורה, בסעיף משנה (ג)), לא נתערב בהם מעבר לכך שנורה, בהתאם להסכמת הצדדים, כי ימוספרו כ- (10) ו- (11) בהתאמה.

סעיף 17(יד) - תחולת האירועים השונים לגבי הערבים, ועניינים כלליים בסעיף**17**

269. הסעיף קובע כי "אם אחד או יותר מהמקרים המנויים בסעיפים אי-יג' לעיל יחולו לגבי ערב כלשהו ו/או ילך לעולמו חו"ח ערב כלשהו, אלא אם כן יומצא לבנק מייד עם דרישתו הראשונה ערב אחר להנחת דעתו הבלעדית של הבנק במקום אותו ערב", יהווה הדבר עילה להעמדת ההלוואה לפירעון מייד. עוד קובע הסעיף כי "הלווה והערבים מתחייבים להודיע לבנק מייד עם חלותו של כל מקרה ו/או פעולה מהמנויים בסעיפים אי-יד לעיל".

הצדדים הסכימו כי יש לשנות את נוסח הסעיף כך שיתייחס רק לאירועים הרלוואנטיים לגבי ערבים, קרי למקרים המפורטים בס"ק (ד), (ה), (ו), (ט) ו- (יג). מאחר וס"ק (ט) נמחק בהסכמת הצדדים, הרי שהנוסח המאושר של סעיף משנה זה הוא כדלהלן:

"(12) אם אחד או יותר מהמקרים המנויים בסעיפים (4), (5), (6) ו- (9) לעיל יחולו לגבי ערב כלשהו ו/או ילך לעולמו חו"ח ערב כלשהו, אלא אם כן יומצא לבנק מייד עם דרישתו הראשונה ערב אחר להנחת דעתו הבלעדית של הבנק במקום אותו ערב".

270. בנוסף הוסכם בין הצדדים כי הפסקה השנייה של סעיף 17(יד) תסומן בנפרד. אנו מקבלים הסכמה זו ומורים כי תווסף בסוף סעיף 17 הפסקה הבאה:

"ד. הלווה והערבים מתחייבים להודיע לבנק עם היוודע להם על חלותו של כל מקרה ו/או פעולה מהמנויים בסעיפים 17(א)(1) – (10) לעיל".

סעיף 18 - מינוי כונס נכסים מטעם הבנק

271. הסעיף עוסק במקרה של מינוי כונס נכסים מטעם הבנק. הסעיף קובע כי:

"כל כונס נכסים ו/או מנהל עסקים ו/או מפרק ו/או נאמן שימונה על ידי הבנק או על פי בקשת הבנק, כאמור לעיל, יחשב כבא כוח הלווה ו/או הערבים ויהיה רשאי בין השאר: א. לקבל לרשותו את רכוש הלווה ו/או הערבים או מי מהם. ב. לנהל או להשתתף בהנהלת עסקי הלווה ו/או הערבים או מי מהם. ג. למכור או להסכים למכור רכוש הלווה ו/או הערבים או מי מהם או כל חלק ממנו ולהעבירו בכל אופן אחר לפי התנאים שימצאו לנכון".

לטענת המפקח סעיף זה מתנה על הוראת סעיף 16(ב) לחוק המשכון, לפיה הצדדים אינם רשאים להתנות על דרכי מימוש המשכון, כל עוד לא הגיע המועד לקיום החיוב. המפקח טען עוד, כי מינוי בעלי התפקידים המנויים בסעיף וקביעת סמכויותיהם, נעשים על ידי בית המשפט ולא על ידי הבנק, ובעלי תפקידים אלו משמשים כפקידי בית המשפט ולא כבאי כוח של מי מהצדדים. כמו כן, אין כל קשר בין מינוי כונס נכסים, לבין רכוש הכללי של הלווה, כפי שעולה מנוסח הסעיף. כונס הנכסים ממונה על הנכס המשועבד בלבד, שהוא זה המשמש כבטוחה לטובת הבנק. בנוסף, אין גם כל קשר בין מינוי כונס נכסים ומימוש הנכס לבין הערבים, כך שההתייחסות אליהם צריכה להימחק.

הבנק לא התנגד לתיקון הסעיף ברוח הדברים האמורים, והציע כי הנוסח המתוקן של הסעיף יהיה כדלהלן: "כל כונס נכסים ו/או מנהל עסקים ו/או מפרק ו/או נאמן שימונה על ידי הבנק או על פי בקשת הבנק, כאמור לעיל, יהיה רשאי, בין השאר, ובכפוף לאישור בית המשפט, לשכת ההוצאה לפועל או כל ערכאה מוסמכת אחרת: א. לקבל לרשותו את הנכס. ב. לנהל או להשתתף בהנהלת עסקי הלווה. ג. למכור או להסכים למכור את הנכס או כל חלק ממנו ולהעבירו בכל אופן אחר לפי התנאים שימצאו לנכון".

לטענת המפקח הנוסח המוצע על ידי הבנק אינו מוסיף דבר על הוראות הדין הנוהג ועל כן הוא מיותר ויש למוחקו.

לטענת הבנק אין בנוסחו המוצע של הסעיף התנאה על הדין, אלא הוא תואם את הוראות הדין, ועל כן, נכנס הוא תחת הוראתו של סעיף 23(א)(2) לחוק החוזים האחידים המוציאה את הסעיף מתחום תחולת החוק. הבנק ראה חשיבות רבה בהעמדת הלווים על תוצאות הפרת הסכם ההלוואה על ידם, ועל כן, לגישתו, הסעיף אינו מיותר.

272. נוסחו המוצע של הסעיף מעורר קושי בכל הנוגע למינוח "שימונה ע"י הבנק". כפי שטען בצדק המפקח, הבנק אינו גורם המוסמך למנות את בעלי התפקידים המנויים בסעיף, כי אם הערכאה השיפוטית המתאימה בלבד. אותם בעלי תפקידים הם בגדר פקידי בית המשפט ואינם נציגים של הבנק. ככל שנתונות לבנק עצמו זכויות במסגרת הליכי ההוצאה לפועל מול חייב, הרי שהן מסתכמות בבקשות כי בית המשפט יורה לבעל התפקיד המתאים לבצע פעולה מסוימת. מנוסחו המוצע של הסעיף, משתמע כי בסמכותו של הבנק למנות את אחד מבעלי התפקידים האמורים, דבר שיש בו כדי להתנות על הוראות [חוק המשכון וחוק ההוצאה לפועל](#) או למצער, להטעות לווים שאינם מכירים את הוראות הדין. כך או כך, יש למחוק מן הסעיף את המילים "שימונה ע"י הבנק ו/או".

273. לאחר הכנסת התיקון האמור לנוסח המוצע, ולנוכח העובדה שמצוין בו במפורש כי כל פעולה שעיקרה מימוש הנכס או ניהול עסקו של החייב מחייבת אישור שיינתן במסגרתו של הליך שיפוטי, וכפופה להוראותיה של הערכאה המתאימה, הרי שהסעיף תואם את הוראות הדין הכללי הקוגנטי, ועל כן נכנס תחת תחולתו של סעיף 23(א)(2) [לחוק החוזים האחידים](#), ואין בית דין זה מוסמך לבטלו או לשנותו.

274. לאור האמור לעיל, נוסח הסעיף האמור ישונה לנוסח כדלקמן:

"כל כונס נכסים ו/או מנהל עסקים ו/או מפרק ו/או נאמן שימונה על פי בקשת הבנק, כאמור לעיל, יהיה רשאי, בין השאר, ובכפוף לאישור בית המשפט, לשכת ההוצאה לפועל או כל ערכאה מוסמכת אחרת: א. לקבל לרשותו את הנכס. ב. לנהל או להשתתף בהנהלת עסקי הלווה. ג. למכור או להסכים למכור את הנכס או כל חלק ממנו ולהעבירו בכל אופן אחר לפי התנאים שימצאו לנכון".

סעיף 19 – ספרי הבנק וחשבונותיו

275. תניה זו מבוטלת מהטעמים שהביאו לביטול סעיף 16(ד) להסכם. ראו פסקאות 214 - 223 לעיל.

סעיף 20 – זקיפת תשלומים

סעיף 20(א) - שיקול דעת הבנק בזקיפת התשלומים לחלקים השונים של ההלוואה

276. סעיף 20(א) לחוזה מקנה לבנק שיקול דעת בלעדי, לקבוע לאיזו הלוואה או חלק מהלוואה יזקף תשלום ששולם על ידי הלווה. וזו לשונו של סעיף 20(א) לחוזה: "אם ללווה ישנם או יהיו מספר חלקים בהלוואה או מספר הלוואות בבנק, כל סכום ששולם לבנק על ידי הלווה ו/או על ידי כל אדם אחר ו/או יגבה ו/או יתקבל על ידי הבנק בכל דרך שהיא ייזקף לזכות אותה הלוואה או חלק ממנה שהבנק יקבע לפי שיקול דעתו הבלעדי. למען הסר ספק, ללווה אין ולא תהיה זכות לקבוע לאיזו הלוואה יהיה שייך אותו סכום".

277. לטענת המפקח, סעיף 20(א) מקפח הן בשל כך, שבכל הנוגע להלוואות לדירה, הסעיף סותר את הוראה 451, והן בשל כך שלגבי הלוואות שאינן הלוואות לדירה, הסעיף מתנה על ההסדר המצוי בסעיף 50 [לחוק החוזים](#). הבנק הציע לתקן את הסעיף כך שייכתב במפורש, שבכל הנוגע להלוואות לדירה ולהלוואות מכוונות, זקיפת התשלומים תיעשה על פי [הוראות בנק ישראל](#) והנחיות הממשלה, בהתאמה. המפקח מקבל הצעה זו, עם זאת, לטענתו לגבי הלוואות שאינן הלוואות לדירה, הצעת הבנק אינה מספקת על מנת להסיר את הקיפוח וזאת לאור סעיף 50 [לחוק החוזים](#), הקובע כי החייב רשאי בעת התשלום לציין את החיוב שלחשבונו ייזקף הסכום, ובכך קמה חזקת קיפוח על פי סעיף 6(4) לחוק.

לטענת הבנק, בנוגע להלוואות שאינן הלוואות לדירה, סעיף 50 [לחוק החוזים](#) הינו דיספוזיטיבי ולכן הוא יחול רק במידה ולא הוסכם אחרת בין הצדדים. על פי הפסיקה, מדובר בהוראה לגיטימית אשר משקפת נכונה את הסכמת הצדדים. הבנק סבור כי על-פי עיקרון חופש החוזים, אין לשלול את האפשרות להתנות על הוראות חוק דיספוזיטיביות גם כאשר מדובר בחוזה אחיד, ועל-כן השאלה היחידה הנותרת לדיון הינה האם ההתנאה עומדת במבחן הקיפוח. למעלה מזאת, גם סעיף 6(4) אינו קובע חזקה לפיה כל תנאי המגביל או המסייג זכות העומדת ללווה על פי דין הינו מקפח, והחזקה חלה רק מקום בו התנאי מגביל או מסייג זכות כזו באופן בלתי סביר. בהתחשב באינטרס הלגיטימי של הבנק כי ההלוואה תיפרע במלואה ובמועדה ובאינטרס שיש לו לקבוע את אופן פרעונה, סבור הבנק כי נטילת הזכות לקבוע את אופן זקיפת התשלומים, כשלעצמה, איננה בלתי סבירה.

278. אין חולק כי סעיף 20(א) להסכם מתנה על סעיף 50 [לחוק החוזים \(חלק כללי\)](#) המקנה לחייב, ולא לנושה, את הזכות להחליט בעבור איזה חיוב ספציפי מתוך מספר חיובים המוטלים עליו ייזקף תשלום מסוים. וזו לשונו של סעיף 50 [לחוק החוזים \(חלק כללי\)](#): "סכום שניתן לנושה שעה שהגיעו לו מן החייב חיובים

אחדים, רשאי החייב, בעת התשלום, לציין את החיוב שלחשבונו ייזקף הסכום; לא עשה זאת, רשאי הנושה לעשות כן". לניתוח הוראה זו ראו אריאל פורת, "זקיפת תשלומים" **דיני חיובים – חלק כללי** (העורך ד' פרידמן, 1994) 569 (להלן: "פורת").

279. המחלוקת בין הצדדים מתמקדת בשתי נקודות: הראשונה, האם ההתנאה כאמור נכנסת תחת החזקה שבסעיף 64(6) **לחוק החוזים האחדים**? השנייה, והיה והתניה האמורה נכנסת תחת חזקת הקיפוח שבסעיף 64(6) **לחוק החוזים האחדים**, האם עמד הבנק בנטל לסתור אותה?

280. סעיף 20 לחוזה דן במצב בו ישנן מספר הלוואות או קיימים מספר חיובים העומדים לבנק כנגד חייב יחיד. כידוע, באין מגבלות בדין, אין ריבית אחידה על הלוואות. שיעור הריבית משתנה בהתאם לזהותו של הלווה, סכום ההלוואה, הנכס המשועבד, זמן נטילת ההלוואה ונתונים נוספים כיוצא באלה. הריבית הנצברת בעבור סכום יתרת ההלוואה הבלתי משולמת משתנה גם היא בהתאם לשיעורה הבלתי אחיד של הריבית בעבור ההלוואה. בעת שמצומצם סכום יתרת ההלוואה הבלתי משולמת, קטנים בהתאם חיובי הריבית הנוספים הנזקפים לאותה הלוואה. במצב עניינים זה הרי שהחייב והבנק עומדים משני צידי המתרחס – החייב מעוניין כי החיוב לזכותו יעמוד פירעון כל תשלום יהיה החיוב נושא הריבית הגבוהה ביותר העומד לחובתו מול הבנק, בעוד שהבנק מעדיף כי הסכום המשולם ייזקף לחיוב הנושא בשיעור הריבית הנמוך ביותר העומד לזכותו.

האיזון בין האינטרסים הנוגדים הללו, הדומים לאלו המתקיימים בכל מערכת קשרים של חייב ונושה שביניהם מספר חיובים, הוכרע על ידי המחוקק בסעיף 50 **לחוק החוזים (חלק כללי)**. כיוון שבענייננו המדובר הוא בשלילת זכות העומדת ללקוח על פי דין, והמנויה ברישא של חזקת הקיפוח בסעיף 64(6) **לחוק החוזים האחדים**, הרי שאין היא כפופה לבחינת סבירותה. על כן, הוראת סעיף 20(א) להסכם, המתנה על כך, נכנסת תחת חזקת הקיפוח המנויה בסעיף 64(6) **לחוק החוזים האחדים**.

281. זאת ועוד, שלילת כוח החייב להחליט לאיזה חוב ייזקף התשלום היא פגיעה בזכות הקניין של הלקוח בכספו. עמד על כך פרופ' אריאל פורת בצינו כי "הכרה בכוחה של הסכמת הצדדים לשלול את כוח הזקיפה מהחייב, כך שהנושה, למשל, ולא החייב, יחליט כיצד ייזקפו התשלומים, אינה מביאה לכך שהנושה ינסה להוציא

בכוח פיזי את הקניין מדי החייב על מנת לממש את זכויותיו. עם זאת, עדיין יש בכך משום מתן היתר לנושה לנקוט בדרך של סעד עצמי, ושליטת חירותו של החייב לעשות בקניינו כרצונו בלי הפרעה של גורם כלשהו, שאינו מערכת האכיפה של המדינה". מטעם זה סובר פרופ' פורת כי למרות ש"לא יכול להתעורר ספק ממשי באשר להיותו של סעיף 50 רישא ניתן להתנאה", הרי שכוחה של התנאה זו אין די בה כדי לשלול מהחייב את הכוח, להבדיל מהזכות, לזקוף תשלומים לטובת חוב מסויים דווקא (ובמידה והנושה אינו מסכים לכך, באפשרותו לסרב לקבל את התשלום בלבד, ולא לזקוף אותו באופן השונה מהסכמת החייב). ראו פורת, בע' 589-590. ודוק, אין חולק כי ניתן בהסכם להגביל את זכות הקניין של הלקוח בכספו, אולם כאשר בחוזה אחיד עסקינן, על הבנק להצדיק הטלת מגבלה כזו בקיומם של שיקולים לגיטימיים המצדיקים אותה.

282. הבנק נמנע מלהציג כל נימוק מהותי לעניין הצורך בתניה האמורה. בניגוד לטענתו, אין המדובר בענייננו בבחירתו של "אופן הפירעון" כגון מועד התשלום, אמצעי התשלום, המטבע בו יתבצע התשלום וכיו"ב ביחס להלוואה אשר הבנק מעוניין בהחזרתה. המדובר באופן זקיפתו של תשלום יחיד בעבור חיובים מרובים. הבנק לא הציג כל דוגמה למקרה בו התניה האמורה בסעיף 20(א) בנוסח המוצע על ידו נדרשת לצורך הגנה על אינטרס שלו, הראוי להגנה במידה המצדיקה התנאה על האיזון שנקבע על ידי המחוקק. לעניין זה, אין לראות בחובתו של הבנק לנהוג בתום לב בהתאם להוראות סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי) כמסירה את חשש הקיפוח על דרך הגבייה ביתר ע"י הבנק.

ודוק, אין לפקפק בכך שלבנק יש אינטרס בשמירת הכוח להחליט על דרך זקיפת החיובים בידיו (ולראיה כך התנה בחוזה, ועל כך עמד בתוקף במסגרת הדיון בפנינו). השאלה היא האם מטרה זו היא לגיטימית. פשיטא כי לבנק אינטרס למנף את ההלוואה המובטחת על מנת להביא לפרעון של אשראי לא מובטח, ואולי אף לגרום לכך שההלוואה המובטחת תיפרע מאוחר ככל האפשר (השוו, פורת, בע' 582). ואולם שימושים אלה מהווים ניצול לרעה של הסדר הבטוחה, ולא שימוש לגיטימי בו.

283. לאור זאת, אין לנו אלה לקבוע כי סעיף 20(א) לחוזה הוא תנאי מקפח, ולהורות על ביטולו. אם ירצה הבנק להותיר את הסעיף על כנו, אנו סבורים כי יהיה עליו לקבוע במסגרת הסעיף את ההסדר האמור בסעיף 50 לחוק החוזים, בתוספת ההסדר

המוסכם בין הצדדים בעניין הלוואות דיור והלוואות זכאות. נוסח הסעיף שאנו מתירים לבנק לכלול בחוזה הינו, לפיכך, כדלקמן:

"אם ללווה ישנם או יהיו מספר חלקים בהלוואה או מספר הלוואות בבנק, כל סכום ששולם לבנק על ידי הלווה ו/או על ידי כל אדם אחר ו/או יגבה ו/או יתקבל על ידי הבנק בכל דרך שהיא ייזקף לזכות אותה הלוואה או חלק ממנה שיקבע הלווה בעת התשלום. לא עשה כן הלווה, רשאי הבנק לזקוף את הסכום לפי שיקול דעתו. למרות האמור, בהלוואות לדיור יפעל הבנק בהתאם להוראות הדין ול**הוראות בנק ישראל** כפי שיהיו בתוקף מעת לעת, ובהלוואות זכאות על פי תכניות סיוע ייזקף הסכום הנפרע לפי הנחיות הממשלה כפי שיהיו בתוקף מעת לעת".

סעיף 20(ב) סיפא - שיקול הדעת של הבנק בשינוי סדר זקיפת התשלומים

284. הסעיף מפרט את הדרך בה ייזקף סכום שהופקד לזכות הלוואה מסוימת. ראשית על חשבון ריבית הפיגורים, לאחר מכן על חשבון ההוצאות, לאחר מכן על חשבון התשלומים הנלווים וכן הלאה. לטענת המפקח, חרף הפירוט המדויק כאמור, נקבע בסיפא של הסעיף כי הבנק רשאי לשנות את ההסדר הקבוע בסעיף "בכל עת על פי שיקול דעתו הבלעדי". כן נקבע כי "הלווה והערבים לא יהיו רשאים להסתמך על כל הסכם ו/או דין שישנו ו/או שיהיה ביחס לזקיפת תשלומים ולא יהיו רשאים ליחס תשלומים לחוב כל שהוא של הלווה מכל מקור שהוא".

בסעיף זה שומר לעצמו הבנק את הזכות לשנות את הסדר המסוים שנקבע בחוזה, לפיו ייזקפו התשלומים שמשלם הלווה לפירעון ההלוואה. בכך נכנס הסעיף לגדר חזקת הקיפוח שבסעיף 4(4) לחוק. המפקח מפנה בעניין זה לטענותיו בדיון על סעיף 8 לחוזה. טענת הבנק לפיה אין מדובר בשינוי כלשהו של החיובים, אינה נכונה. שינוי סדר הזקיפה משנה את חיובי הלווה, בכך שהוא עלול לשנות את מחיר ההלוואה. טענת הבנק לפיה הלווה אינו יכול להיפגע משינוי סדר הזקיפה נסתרת מתוכה, שכן אחרת מה תועלת יש לבנק ביכולת לשנות את סדר הזקיפה. לאור האמור עתר המפקח למחיקת הסעיף.

בענין סעיף זה הסכימו הצדדים (מסמך ההסכמות השני, סעיף 66), כי הסיפא של סעיף זה - מהמילים "אולם הבנק" עד לסיום סעיף 20(ב) - תימחק. להסכמה זו ניתן בזה תוקף.

סעיף 20(ג) - שיקול הדעת של הבנק בזקיפת פירעון מוקדם של ההלוואה

285. סעיף 20(ג) קובע כי "על אף האמור לעיל אם הלווה פרע פרעון מוקדם את ההלוואה או כל חלק ממנה יהיה רשאי הבנק לזקוף פרעון כנ"ל לזכות כל חלק מההלוואה בין צמודה ובין שאינה צמודה על פי ראות עיניו".

הצדדים הסכימו (מסמך ההסכמות הראשון, עמ' 3) כי סעיף 20(ג) יימחק מההסכם ואנו נותנים תוקף להסכמה זו..

סעיף 20(ד) - פירעון תשלומים על חשבון ההלוואה מצד שלישי

286. הסעיף קובע כי: "הבנק יהיה רשאי לפי שיקול דעתו הבלעדי לקבל פרעון תשלומים ע"ח ההלוואה (בשלמות או בחלקים) מצד שלישי כל שהוא, והלווה מסכים כי פרעון כנ"ל יחשב כאילו נעשה על ידו. הלווה מוותר בזה ומראש על כל טענה העשויה להיות לו נגד הבנק בגין קבלת פרעון כספים כנ"ל".

287. לטענת המפקח, בסעיף זה נוטל לעצמו הבנק את הזכות לקבל מצד שלישי כלשהו כספים על חשבון ההלוואה, וזאת על פי שיקול דעתו הבלעדי של הבנק ומבלי לתת ללווה אפשרות להתנגד לכך. לא זו בלבד שיש בסעיף האמור כדי לסתור את הדין, אלא שגלום בו, לגישת המפקח, פוטנציאל נזק ללווה. כך, גורמים שאין הלווה חפץ בכל קשר עמם, לרבות גורמים פליליים, עלולים לפרוע תשלום מתשלומי ההלוואה בניגוד לרצונו של הלווה, ובכך לפגוע בשמו הטוב של הלווה או ליצור מחויבות של הלווה כלפיהם בניגוד לרצונו. לטענת הבנק, מטרת הסעיף הנה לאפשר לבנק לגבות את החוב גם מצדדים שלישיים. לשיטתו אפשרות זו עולה בקנה אחד עם הוראת סעיף 40 [לחוק החוזים \(חלק כללי\)](#) הקובע כי "חיוב יכול שיקויים בידי אדם שאיננו החייב, זולת אם לפי מהות החיוב, או לפי המוסכם בין הצדדים, על החייב לקיימו אישית".

288. המפקח מציג שתי טענות שונות בדבר הקיפוח הגלום לטעמו בסעיף 20(ב) להסכם, במסגרת שתי התנאות שונות על הדין הקבוע בסעיף 40 [לחוק החוזים \(חלק כללי\)](#): הראשונה היא, כי הבנק רשאי לסרב לפירעון ההלוואה על ידי אדם שלישי גם אם ניתנת הסכמת הלקוח; השנייה היא בכך שהבנק רשאי לקבל פירעון ההלוואה על ידי אדם שלישי גם אם לא ניתנת הסכמת הלקוח.

289. לעניין טענת הקיפוח הראשונה, דומה כי לא יכולה להיות מחלוקת על כך, כי ככל שהדבר נוגע לבנק, אין כל נפקות לשאלה מי מבצע את החיובים המנויים בהסכם כלפיו – מהותו של החיוב הינה תשלום סכום כסף ויש להניח לפיכך כי הבנק איננו

מתנגד לביצועו של התשלום בידי אחר. על כן חלה בעניינו הרישא של סעיף 40 [לחוק החוזים \(חלק כללי\)](#). בניגוד לכך, סעיף 20(ד) לחוזה שולל, לכאורה, מהלווה את הזכות כי אדם אחר יפרע את תשלומי ההלוואה מטעמו ומכפיף זכות זו לשיקול דעתו של הבנק. על כן תניה זו נכנסת תחת חזקת הקיפוח המנויה בסעיף 4(6) [לחוק החוזים האחדים](#) והנטל להוכיח את אי הקיפוח שבה מוטל על הבנק. הבנק לא הציג כל טענה לעניין זה ועל כן דין התניה האמורה, ככל שהיא מקנה לבנק אפשרות להתנגד לפירעון החוב באמצעות אחר מטעמו של הלקוח, להתבטל.

290. לעניין טענת הקיפוח השנייה, אנו סבורים כי הדין עם הבנק. פרופ' דניאל פרידמן מציין כי לשיטתו עדיפה פרשנות של הוראת סעיף 40 [לחוק החוזים \(חלק כללי\)](#) לפיה "יוכל כל צד שלישי לפרוע חיוב שאינו אישי, כאשר בגדר קטגוריה זו נכלל, כמובן חיוב כספי. התוצאה היא שבשיטתנו נדרש הנושה לקבל את הפירעון מידי צד שלישי (ובלבד שאין זה חיוב שעל החייב לקיימו אישית), אפילו לא הוסמך הצד השלישי על ידי החייב לפרוע. כמו כן, חופשי הנושה לקבל פירעון מאדם לא מוסמך אפילו החייב מתנגד לכך" (דניאל פרידמן, **דיני עשיית עושר ולא במשפט** (תשנ"ח) 265; כן ראו דניאל פרידמן ונילי כהן, **חוזים** כרך ג' (תשס"ד) 408 - 409). פרשנות זו, המקובלת גם עלינו, תואמת אף את הוראות [חוק המחאת חיובים](#) המאפשרות לבנק להמחות לצד שלישי את זכות התביעה כלפי הלקוח (השוו לדיון בסעיפים 297-304 להלן). על כן כל שקבע הבנק בהקשר זה הוא את הוראות הדין, וממילא לא קיפח את זכויותיו של הלקוח.

291. המפקח העלה בהקשר זה, כמו גם בהקשר של אפשרות ההמחאה בהתאם לסעיף 22 להסכם, את החשש כי הוראות אלה עלולות להביא להתגלגלות הנשייה לידיהם של גורמים שאינם רצויים ללווה, לרבות גורמים פליליים. לא ניתן לשלול לחלוטין חשש זה, אולם אין הוא מיוחד להקשר הנוכחי, ומכל מקום אין הוא מצדיק קביעת הגבלות המצרות את זכותו של הבנק לקבל פירעון מצד שלישי (או להמחות את זכויותיו לצד שלישי). חזקה על הבנק כי בהפעילו את כוחותיו על פי ההסכם הוא יפעל בצורה חוקית ובהתאם לעיקרון תום הלב. פעולה של הבנק המאפשרת לגורמים המבקשים את רעתו של החייב, ובוודאי לגורמים פליליים העושים שימוש באמצעי גביה בלתי חוקיים, לנשות בחייב איננה עומדת בדרישות אלה, ויש לצפות מהבנק שימנע ממנה. עם זאת, איננו סבורים שבשל חשש דחוק זה ניתן לדרוש מהבנק להגדיר מראש מהן הנסיבות בהן יוכל לקבל פירעון או להמחות את הזכות. זאת ועוד, ככל שמדובר בפירעון חוב על ידי צד שלישי, הרי שזכותו של הפורע להשבה (המוגבלת להחזר הסכומים ששילם בכדי לפרוע את החוזה) קמה רק אם לחייב לא הייתה "סיבה סבירה" להתנגד לפירעון. מכאן שמערכת היחסים

המשפטית בין החייב לפורע מוסדרת באופן המגן על החייב מפני החשש שמעלה המפקח (למשמעות המונח "סיבה סבירה" בהקשר זה ראו פרידמן, , **דיני עשיית עושר ולא במשפט** (תשנ"ח) 304-300).

292. הטעם היחיד שמצאנו להתערב בנוסח סעיף 20(ד) נוגע לפטור הגורף שהוא נותן לבנק מכל טענה העשויה להיות ללווה בגין קבלת פירעון הכספים. לא מצאנו כל הסבר להצדקת פטור זה, שעל פניו יוצר חזקת קיפוח לפי סעיף 4(1) **לחוק החוזים האחידים** וממילא לא נוכל להותירו על כנו.

293. לאור האמור ישונה סעיף 20(ד) לחוזה (שימוספר כ- 20(ג)) כדלקמן:
"הלווה יהיה רשאי להסמיך כל צד שלישי לתת פרעון תשלומים בשמו לבנק. הבנק יהיה רשאי לקבל פרעון תשלומים ע"ח ההלוואה (בשלמות או בחלקים) מצד שלישי כל שהוא, והלווה מסכים כי פרעון כנ"ל יחשב כאילו נעשה על ידו."

סעיף 21 – תשלומי הבנק במקום הלווה

294. סעיף 21 לחוזה מקנה לבנק זכות לשלם במקום הלווה כל תשלום החל על הלווה על פי החוזה, על חשבונו של הלווה. אם עשה כן הבנק, יידרש הלווה להחזיר לבנק - מיד עם דרישתו הראשונה - את התשלום, בתוספת ריבית פיגורים מיום התשלום על ידי הבנק ועד לפירעונו על ידי הלווה.

לטענת המפקח סעיף זה מחייב את הלווה בהשבת התשלום לבנק בכל מקרה וללא סייג, ובכך הוא מתנה על הוראת סעיף 4 **לחוק עשיית עושר ולא במשפט**, תשל"ט-1979, לפיה אם היתה לזוכה - הלווה - סיבה סבירה להתנגד לפירעון החוב, הפורע - הבנק - לא יהיה זכאי להשבה. בכך, טען המפקח, מקפח הסעיף את הלקוחות. עוד טען המפקח, כי גם ההוראה בדבר ריבית פיגורים מקפחת את הלווה, שכן אין מדובר בפיגור בתשלום לבנק אלא בחובת השבה של תשלומים שהבנק החליט, על דעתו, לשלם במקום הלווה.

עם זאת, הסכים המפקח כי יש להכיר בזכות הבנק להשבה, במקרים בהם יש לבנק אינטרס ממשי בתשלום, והבנק פועל מתוך אילוץ על מנת להגן על האינטרס של עצמו. לכן, סבר המפקח, כי יש להכיר בזכות הבנק לשלם במקום הלווה, כאמור, אולם זכות זו יש צורך שתוגבל רק ביחס לתשלומים שאי תשלומם עלול להסב לבנק נזק מהותי, וגם זאת רק לאחר שמסר ללווה הודעה מראש על כוונתו לבצע בעצמו את התשלום.

295. הבנק, מצידו, הגם שסבר כי אין כל קיפוח בסעיף, הסכים לשינוי הסעיף בהתאם לעמדתו של המפקח. עם זאת, ביקש הבנק להותיר בידו את האפשרות לשלם במקום הלווה ללא מתן הודעה מוקדמת, באותם מקרים שבהם ישנה דחיפות מיוחדת בביצוע התשלום, כגון: מקרים בהם נקבע מועד לביצוע התשלום ומתן ההודעה יעכב את ביצוע התשלום במועדו.

על פי הצעת הבנק, הוסכם בין הצדדים (מסמך ההסכמות השני, סעיפים 69-70), כי הסעיף יתוקן וינוסח כדלהלן:

"לא שילם הלווה איזה מהתשלומים החלים עליו, אשר אי תשלומו עלול להסב נזק מהותי לבנק, רשאי הבנק, אך לא חייב, לשלמו במקומו על חשבונו של הלווה, ובלבד שנתן ללווה הודעה בת 15 ימים מראש על כוונתו לעשות כן, למעט במקרים של דחיפות מיוחדת. הלווה מתחייב להחזיר את התשלום לבנק מיד לפי דרישתו הראשונה של הבנק, בצירוף ריבית חוקית והפרשי הצמדה, מיום ששולם על ידי הבנק ועד לפירעונו המלא על ידי הלווה".

באופן עקרוני, ההסכמה אליה הגיעו הצדדים מקובלת עלינו. עם זאת, אנו חוששים כי הביטוי "דחיפות מיוחדת" הוא עמום מידי והוא עלול להיות מפורש פרשנות רחבה מידי. אנו סבורים כי יש לצמצם את משמעות הביטוי, באופן שימנע את חשש הקיפוח, רק למקרים בהם אי ביצוע התשלום במועדו עלול לפגוע באופן מהותי באינטרס לגיטימי של הבנק, עקב מניעת האפשרות לבצעו במועד מאוחר יותר, כגון: מקרה בו יבוטל חוזה החכירה עם הלווה עקב האיחור בביצוע תשלום.

296. לפיכך, יתוקן הסעיף וינוסח באופן הבא:

"לא שילם הלווה איזה מהתשלומים החלים עליו, אשר אי תשלומו עלול להסב נזק מהותי לבנק, רשאי הבנק, אך לא חייב, לשלמו במקומו על חשבונו של הלווה, ובלבד שנתן ללווה הודעה בת 15 ימים מראש על כוונתו לעשות כן, למעט במקרים של דחיפות מיוחדת במועד ביצוע התשלום, בהם אי ביצועו באופן מידי עלול לגרום נזק מהותי לבנק. הלווה מתחייב להחזיר את התשלום לבנק מיד לפי דרישתו הראשונה של הבנק, בצירוף ריבית חוקית והפרשי הצמדה, מיום ששולם על ידי הבנק ועד לפירעונו המלא על ידי הלווה".

סעיף 22 – העברת זכויות

297. סעיף 22 לחוזה עוסק בהמחאת זכויותיו החוזיות של הבנק. הסעיף קובע: "הלווה והערבים מסכימים בזה כי הבנק רשאי להעביר בכל עת לכל אדם ו/או גוף שהוא זכויות על פי הסכם זה, או כל חלק מהן לרבות זכויותיו במשכנתאות, בשעבודים ובערבויות או בכל חלק מהם או להקנות זכויותיו במלואן או בחלקן לצד שלישי, מבלי לקבל הסכמה נוספת של הלווה או של הערבים. כמו כן, יוכל גם הנעבר להעביר את כל הזכויות שיועברו לו על פי הסכם זה או כל חלק מהן לכל אדם ו/או גוף שהוא".
298. לטענת המפקח, סעיף זה הוא מקפח. המפקח טען כי ביסוד הסכם ההלוואה עומדת, מבחינת הלווה, העובדה כי נושהו הוא בנק, שהינו גוף מוסדי ומפוקח. העברת זכויות הבנק לגורם חוץ-בנקאי, אשר מלכתחילה בחר הלווה שלא להתקשר עמו, עלולה לפגוע בלווה ולהרע את מצבו. הרעה זו מקבלת משנה תוקף, נוכח מגוון הכוחות והסמכויות הנתונים לבנק במסגרת חוזה ההלוואה. לגישת המפקח, בשל החשיבות שנודעת, מבחינת הלווה, לזהות הנושה, הרי יש לראות את זכויותיו של הבנק על פי חוזה, כזכויות שעבירותן מוגבלת על-פי מהותן. לאור זאת, סעיף 22 לחוזה מתנה, למעשה, על הוראתו של סעיף 1(א) [לחוק המחאת חובים](#), התשכ"ט-1969. בתשובה לטענת הבנק, לפיה המחאת זכויותיו חיונית לקיומו של שוק משני למשכנתאות, טען המפקח כי סעיף 22 לחוזה אינו עולה בקנה אחד עם הוראותיו של [חוק ההסדרים במשק המדינה](#) (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2003), התשס"ג-2002, אשר במסגרתו נקבעו כללים מיוחדים על פיהם יכולים תאגידי בנקאיים (וחברות ביטוח) להעביר את זכויותיהם על פי הסכם הלוואה. לאור האמור, טען המפקח כי יש להורות על מחיקת הסעיף, או לחלופין, להורות על שינויו כך שישויג באופן שייכתב בו כי הוא יחול רק במקרה הרלוונטי לשוק משני למשכנתאות ובכפוף להוראות הדין המסדירות את השוק המשני כאמור.
299. לטענת הבנק, סעיף 1(א) [לחוק המחאת חובים](#) קובע כי נושה רשאי להמחות את זכותו ללא קבלת הסכמתו של החייב. הבנק סבר כי לא חל במקרה זה הסייג, המגביל את עבירות הזכות על פי מהותה. באשר לחוק ההסדרים, הרי שלדעת הבנק הוראות סעיף 22 לחוזה דווקא עולות בקנה אחד עם הוראות חוק ההסדרים בנושא השוק המשני למשכנתאות. בכל הנוגע להגנות המיוחדות על הלווה

הקבועות בחוק ההסדרים, הסכים הבנק לשנות את נוסח הסעיף כך שיובהר כי המחאת הזכויות תעשה בכפוף להוראות כל דין.

300. המחלוקת העיקרית בין הצדדים נוגעת, למעשה, לפרשנות הוראת סעיף 1(א) [לחוק המחאת חיובים](#) ויישומה בענייננו. סעיף 1(א) [לחוק המחאת חיובים](#), תשכ"ט-1969 קובע כי: "זכותו של נושה, לרבות זכות מותנית או עתידה לבוא, ניתנת להמחאה ללא הסכמת החייב, זולת אם נשללה או הוגבלה עבירותה לפי דין, לפי מהות הזכות או לפי הסכם בין החייב לבין הנושה." ככלל רשאי, אם כן, הנושה להמחות את זכויותיו החוזיות אף ללא הסכמת החייב (ראו: שלום לרנר, [המחאת חיובים](#) (2002) 123. להלן: "לרנר, [המחאת חיובים](#)"), אלא אם כן חל אחד החריגים המנויים בסעיף (דהיינו, אם עבירותה של הזכות הוגבלה או נשללה לפי דין, לפי מהות הזכות או לפי הסכם). בענייננו מתעוררת השאלה – שהיא שאלה פרשנית ביסודה – האם יש לראות את זכויות הבנק על פי חוזה ההלוואה כזכויות שעבירותן מוגבלת על-פי מהותן.

301. "העיקרון של שלילת עבירות משום מהות הזכות, מסתעף מן הרעיון הכללי, כי אין להמחות זכות אם עלולה ההמחאה לגרום לשינוי תוכנה או להכבדה ניכרת על החייב" (לרנר, [המחאת חיובים](#) 227). יחד עם זאת, יש לזכור כי סעיף 2(א) [לחוק המחאת חיובים](#) - הקובע כי: "המחאת זכות אין בה כדי לשנות את הזכות או תנאיה, ולחייב יעמדו כלפי הנמחה כל הטענות שעמדו לו כלפי הממחה, בעת שנודע לו על ההמחאה" – מבטיח, בדרך כלל, כי מבחינת החייב לא יהיה הבדל עקרוני ביחס לשאלה כלפי מי עליו לבצע את החיוב. לפיכך, מגבלת עבירות הנובעת ממהות הזכות מיוחסת, בדרך כלל, רק לזכויות אישיות או לזכות לקבלת שירות אישי (כגון שירות הכרוך בהפעלת שיקול דעת מצד הנושה) ולא לזכות חוזית לקבל כסף. "הזכויות האישיות, שרק בעל הזכות רשאי לממשן, הן זכויות נדירות... והגבלת העבירות לגבי חיובים כספיים נדירה שבעתיים" (ע"א 261/84 [שמעון רפאלי נ' יצחק חנניה, פ"ד מ\(4\) 561 \(1986\), 573](#)). פרופ' לרנר כותב בספרו, כי הזכות לקבלת כסף היא דוגמא קלאסית למקרה בו לא קיימת חשיבות לזהות הנושה: "כשם שהנושה אינו נוהג ליחס חשיבות למקורו של הכסף המשולם לו, ולכן חיוב כספי יכול להיות מקוים בידי אחר, כך מבחינת החייב אין חשיבות לזהות המקבל, ובלבד שייפטר מחבותו בעקבות התשלום. שינוי הנושה אינו משפיע על היקף חיובו של החייב, משום שלא קשה יותר לשלם כסף לפלוני מאשר לאלמוני" (לרנר, [המחאת חיובים](#), 228). משום כך, איננו סבורים כי, באופן עקרוני, זכותו של הבנק לקבלת החזר ההלוואה הינה זכות שעבירותה מוגבלת על פי מהותה.

302. יתר על כן, מתן אפשרות לבנק להמחות את זכותו, מחוייבת על רקע המציאות הכלכלית המודרנית ולאור עובדת קיומו של שוק משני למשכנתאות. מניעת האפשרות מהבנק להמחות את זכויותיו עלולה לפגוע, לדעתנו, באינטרסים הכלכליים והמסחריים הלגיטימיים והחיוניים של הבנק. בנושא זה, של שוק משני למשכנתאות, אף קבע המחוקק הוראות מיוחדות במסגרת [חוק ההסדרים במשק המדינה](#) (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2003), התשס"ג-2002. הסדרת הנושא נעשתה במסגרת פרק ח' של החוק, שכותרתו: "העברת הלוואות שלהבטחת פירעון ניתנה בטוחה בקשר למקרקעין". הפרק חל על העברת זכויות על ידי תאגיד בנקאי (כהגדרתו ב[חוק הבנקאות \(רישוי\)](#) (התשמ"א – 1981) ועל ידי מבטח (כהגדרתו בחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, התשמ"א – 1981). הוראות החוק מקנות הגנות מסויימות לחייב במקרה של המחאה, הן בנוגע לזהות הנמחה, הן בנוגע למעמדו של החייב כלפי הנמחה והן בנוגע למעמדו של החייב בכל הקשור לניהול ההלוואה, הליכי הגביה והליכי מימוש הבטוחה. הוראות אלה הן קוגנטיות והן חלות לפיכך גם בענינו והבנק כפוף להן ממילא. החשש היחיד הוא, שמא הלקוח-הלווה לא יהיה מודע לקיומן של הוראות חוק קוגנטיות המקנות לו הגנות מיוחדות במצב של המחאה. אנו סבורים כי בעיה זו תבוא על פתרונה בכך שתאומץ הצעת הבנק לפיה, יתוקן הסעיף באופן שיצויין בו כי המחאת הזכויות תעשה בכפוף להוראות כל דין. אנו סבורים כי ניתן להסתפק בכך. אין צורך, לדעתנו, להעתיק את הוראות חוק ההסדרים אל תוך החוזה ואף אין צורך להכפיף את הסעיף להוראות ספציפיות אלה דווקא, שהרי ייתכן כי בעתיד יחולו שינויי חקיקה ואפשר שההוראות המסדירות את השוק המשני למשכנתאות יועתקו ממקומן למסגרת סטטוטורית שונה ואף ייתכן שיחולו בהן, מעת לעת, שינויים. לכן די בכך שתצויין בסעיף עובדת כפיפותו להוראות כל דין על מנת להעמיד את הלקוח-הלווה על אפשרות קיומן של הוראות חוק מיוחדות בנושא, ועל מנת שיוסר חשש כלשהו לקיפוח.

303. כמו כן אנו סבורים כי מן הראוי להכפיף גם את הסיפא של הסעיף, העוסקת בהעברת הזכויות על ידי הנעבר, להוראות כל דין, וכן להורות על מחיקת המילים "לכל אדם ו/או גוף שהוא" שבסעיף. בניגוד לחלקיו האחרים של סעיף 22 להסכם, מילים אלה מהוות, על פני הדברים, התנאה מפורשת על הוראות חוק ההסדרים. ברור לחלוטין שהדבר נובע מכך שהסעיף נוסח הרבה לפני חוק ההסדרים. השמטת המילים הללו לא תפגע כלל במשמעות של הסעיף ובאינטרס של הבנק, ומצד שני לא תהיה בסעיף התנאה "בוטה" על הוראות החוק.

304. לאור האמור לעיל הנוסח המאושר של סעיף 22 לחוזה הוא כדלהלן:

"הלווה והערבים מסכימים בזה כי הבנק רשאי, בכפוף להוראות כל דין, להעביר בכל עת את זכויותיו על פי הסכם זה, או כל חלק מהן לרבות זכויותיו במשכנתאות, בשעבודים ובערבויות או בכל חלק מהם או להקנות זכויותיו במלואן או בחלקן לצד שלישי, מבלי לקבל הסכמה נוספת של הלווה או של הערבים. כמו כן, יוכל גם הנעבר, בכפוף להוראות כל דין, להעביר את כל הזכויות שיועברו לו על פי הסכם זה או כל חלק מהן".

סעיף 23 – ההוצאות הכרוכות בהסכם

305. הסעיף עוסק בהוצאות שונות, אותן משית הבנק על הלווה, וזו לשונו:

"כל ההוצאות הכרוכות בהסכם זה ובהוצאתו לפועל לרבות ביולו ודמי עריכתו וכל הסכומים שיגיעו לבנק עקב הביטחונות שניתנו ו/או יינתנו להבטחת ההלוואה ברישום ובמימושם ובהוצאתם לפועל לרבות תזכורות והתראות על פיגורים, החזרי הוראות קבע, מכתבים, שמאות נכסים, הודעות ואישורים שונים, שכ"ט עו"ד, אגרות בתי משפט והוצאה לפועל, מינוי כונס נכסים ו/או מנהלים ו/או מפרקים ושכרם, הוצאות איתור כתובת הלווה ו/או הערבים וכל הוצאה אחרת, יחולו על הלווה וישולמו על ידו מיד עם דרישתו הראשונה של הבנק בצרוף ריבית פיגורים כמפורט בסעיף 16 לעיל מיום ששולמו ו/או מיום שידרשו על ידי הבנק ועד לפירעונם המלא בפועל על ידי הלווה. כל הביטחונות שניתנו ו/או יינתנו על פי הסכם זה ישמשו גם להבטחת כל הסכומים הנ"ל".

306. המפקח העלה מספר טענות ביחס לסעיף זה, ונדון בהן כסדרן.

ראשית טען המפקח כי הסעיף דומה במהותו לסעיף 8 לחוזה, ועל כן ראוי לאחד את הסעיפים למסגרת אחת. הבנק הסכים לאיחוד שכזה, בכפוף לשמירת כל הרכיבים. סעיף 8 לחוזה, אשר נידון בפסקאות 69 - 77 לעיל, מסדיר את נושא ה"תשלומים הנלווים" הנגבים בעת מתן ההלוואה ובמהלך ביצועה. ככל שיש בסעיף 23 להסכם כדי לחזור על נושא זה הרי הוא מיותר ועלול אף להטעות את הלקוח. ככל שיש בסעיף 23 להסכם כדי להוסיף על שאושר במסגרת הדיון בסעיף 8, הרי שהוא מקפח. מכאן שצודק המפקח כי מן הראוי להשמיט מסעיף 23 כל התייחסות לתשלומים הנלווים הנגבים בעת מתן ההלוואה ובמהלך השוטף של ביצועה. לאחר שנעשה כן, יעסוק סעיף 23 רק בהוצאות הנוגעות למימוש הביטחונות והוצאתם לפועל. השתת הוצאות אלה על הלקוח היא בוודאי

לגיטימית, מאחר ומדובר בנזקים הנובעים מהפרת ההסכם (מימוש הביטחונות מתאפשר הרי רק בעקבות אי תשלום ההלוואה), ושהנפגע זכאי על פי דין לגבותם כפיצויים מהמפר. מכאן שבאופן עקרוני אין הטלת הוצאות אלה על הלקוח מקפחת. ייחוד הסעיף להוצאות שונות מאלה שנידונו בסעיף 8 להסכם, מיתר את הצורך לאחד בין הסעיפים, אלא אם הבנק ימצא לנכון לעשות כן משיקולים אסתטיים.

307. שנית, טען המפקח כי נוסחו ה"פתוח" של הסעיף, אשר בנוסף לכל ההוצאות וסוגי ההוצאות המנויים בסעיף, מאפשר לבנק לגבות מהלקוח גם "כל הוצאה אחרת", הוא מקפח. על כך השיב הבנק כי הדרישה למנות את כל סוגי ההוצאות אינה מציאותית, והציע לתחום את המונח בכך שידובר ב"כל הוצאה אחרת הכרוכה בהסכם זה ובהוצאתו לפועל".

במסגרת הדיון בסעיף 8 להסכם, קבענו כי אין מקום לאפשר לבנק להותיר את רשימת "התשלומים הנלווים" להלוואה פתוחה, וחייבנו אותו להגדיר מראש מה יהיו התשלומים שיגבה מהלווה (ראו פסקה 73 לעיל). צמצום תחום פעולתו של סעיף 23 להסכם להוצאות הנגרמות בעקבות מימוש הביטחונות והוצאתם לפועל מחייב התייחסות שונה לעניין זה מאשר ל"הוצאות הנלוות" (קרי, הוצאות הנוגעות למתן ההלוואה וביצועה). כאשר הלקוח מפר את החוזה, והבנק נאלץ לממש את הבטחונות שבידיו, זכאי הבנק לפיצוי על הוצאות שנגרמו לו בעקבות הפרה לפי סעיף 10 [לחוק החוזים \(תרופות בשל הפרת חוזה\)](#). לא זו אף זו, הבנק אף זכאי לקבוע, כפי שעשה בסעיף 23 להסכם, כי הוצאות אלה ייהנו ממעמד מובטח (ראו סעיף 7א) [לחוק המשכון](#). קביעת סעיף שיורי התואם זכאויות אלה איננה מקפחת, ובלבד שהזכות תצומצם להוצאות שהבנק לא יכול היה להימנע מהן באמצעים סבירים בהתאם להוראת סעיף 14 [לחוק החוזים \(תרופות בשל הפרת חוזה\)](#).

308. לבסוף, יצא המפקח כנגד דרישת המיידיות בסעיף בטענה כי היא דרישה גורפת ויש לאפשר ללווה לשלם את התשלומים וההוצאות האמורים בסעיף תוך זמן סביר מיום דרישתם על ידי הבנק. הבנק הודיע בתגובתו כי אין הוא מתנגד למחיקת המילה "מיד" מלשון הסעיף. אנו מקבלים, כמובן, הסכמה זו בין הצדדים.

309. בהתאם לאמור לעיל ישונה ניסוחו של סעיף 23 להסכם באופן הבא:

"כל ההוצאות הכרוכות במימוש הביטחונות שניתנו ו/או יינתנו להבטחת הלוואה ובהוצאתם לפועל, לרבות תזכורות והתראות על פיגורים, החזרי הוראות קבע, מכתבים, שמאות נכסים, הודעות ואישורים שונים, שכ"ט עו"ד, אגרות בתי משפט והוצאה לפועל, מינוי כונס נכסים ו/או מנהלים ו/או מפרקים ושכרם, הוצאות איתור כתובת הלווה ו/או הערבים וכל הוצאה סבירה אחרת הכרוכה במימוש הביטחונות ובהוצאתם לפועל, שהבנק לא יכול היה להימנע מהן באמצעים סבירים, יחולו על הלווה וישולמו על ידו. כל הביטחונות שניתנו ו/או יינתנו על פי הסכם זה ישמשו גם להבטחת כל הסכומים הנ"ל".

סעיף 24 – שמירת זכויות

סעיף 24(א) – אי שימוש בזכויות אינו ויתור

311. הסעיף קובע כי: "לא השתמש הבנק במקרה מסוים בזכויותיו לפי הסכם זה, לא יראו בכך ויתור מצדו על זכויותיו אלו לא לגבי המקרה המסוים ולא לגבי מקרים שיקרו לאחר מכן".

לטענת המפקח, התניה שבסעיף מקפחת בכך שהיא אינה קובעת הסדר דומה גם לגבי הלווה. הבנק לא התנגד לכך שהסעיף ינוסח באופן הדדי, ובמסמך ההסכמות השני (סעיפים 71-72), הסכימו הצדדים כי הסעיף ינוסח באופן הבא: "לא השתמש מי מהצדדים במקרה מסוים בזכויותיו לפי הסכם זה, לא יראו בכך ויתור מצדו על זכויותיו אלו לגבי המקרה המסוים ולא לגבי מקרים שיקרו לאחר מכן".

אנו מאשרים הסכמה זו והסעיף יתוקן בהתאם.

סעיף 24(ב) - דרישת כתב ביחס להנחה, ויתור או ארכה

312. הסעיף קובע כי: "כל הנחה, ויתור או ארכה לא יהיו ברי תוקף אלא אם יינתנו בכתב".

בעניין בנק לאומי נידונה ע"י בית הדין לחוזים אחידים הוראה דומה שנכללה בחוזה העובר ושב (עו"ש) של הבנק, ונקבע לגביה שהיא מקפחת ויש לבטלה (ראו פסקאות 353 – 366 לפסק הדין). המפקח ביקש מאיתנו להחיל קביעה דומה גם ביחס לסעיף 24(ב) להסכם שבפנינו. הבנק ביקש לאבחן בין המקרים על רקע העובדה שעניין בנק לאומי עסק בחוזה מסגרת, בו מתבצעות פעולות וניתנות הוראות בתדירות יומיומית, ואילו בענייננו המדובר בהסכם המתייחס לעסקה גדולה וחד פעמית. ביחס להסכם כזה, טען הבנק, מתקיים הריג בו הכיר בית

הדין בעניין **בנק לאומי**, לפיו בעסקה רבת היקף ומשמעות "ההכבדה הכרוכה בתנייה הדורשת העלאתו של כל סיכום על הכתב, תצא בשכר תרומתה לוודאות ביחסים החוזיים בין הצדדים" (סעיף 366 להחלטה בעניין **בנק לאומי**).

313. אנו סבורים כי ההלכה שנקבעה בעניין **בנק לאומי** חלה גם על הוראת סעיף 24(ב) להסכם שבפנינו. סעיף זה עוסק הן בהנחות וויתורים שניתנו בשלב המשא ומתן והן בויתורים או ארכות שנעשו לאחר העמדת ההלוואה. ככל שמדובר בהנחות וויתורים בשלב המשא ומתן, הרי שאין המדובר רק בהסכמות בעניינים כבדי משקל (לגביהן ממילא קיימת חזקה שההסכם הכתוב ממצה את הסכמות הצדדים) אלא גם בהנחות וויתורים בעניינים שוליים יחסית, העלולים, מסיבה זו או אחרת, להינתן בעל פה בלבד (למשל, הבטחת פקיד להפחית את עמלת פתיחת התיק). ככל שמדובר במערכת היחסים לאחר העמדת ההלוואה, הרי שהיא אומנם איננה הדוקה ויומיומית כמו זו אותה מסדיר חוזה העו"ש, אולם אף היא נוגעת לעיתים קרובות בסוגיות יומיומיות, שמקובל להסדירן בעל פה (ראו תצהירו של מר פיין, סעיף 23). לאור זאת הקביעה ש"כל הנחה, ויתור או ארכה" חייבת להיות בכתב, וזאת בין אם מדובר בעניין פעוט, שמקובל לסכמו בע"פ (כגון מתן ארכה של מספר ימים לבצע תשלום מסוים), ובין אם מדובר בעניין נכבד, שמקובל וראוי לסכמו בכתב (כגון שיעור ריבית שישלם הלווה), היא מקפחת.

314. מעבר לאבחנה האמורה חוזרים טיעוניו של הבנק בעניין זה על טענות שהועלו ונדחו בעניין **בנק לאומי**. ביסודם עומד הקושי המעשי בפניו ניצב הבנק להתמודד עם טענות הנסמכות על סיכומים בעל פה. לא ראינו לנכון לחזור ולהתייחס לטענות אלה, בין השאר מאחר וערעור על ההחלטה בעניין **בנק לאומי** תלוי ועומד, וממילא אשר יוכרע בו יהיה יפה גם לענייננו. כל שנוכל לעשות הוא לחזור על ההמלצה שניתנה באותו עניין להנחות את הפקידים להימנע מסיכומים בעל פה. מחקירתה של המצהירה מטעם הבנק, הגב' כהן, עולה שלפחות נכון למועד העדות לא הייתה הוראה כזו לפקידי הבנק, ואם כך המצב גם כיום, הרי שהדבר אומר דרשני.

315. לאור האמור אנו קובעים כי סעיף 24(ב) יבוטל, בהיותו מקפח.

סעיף 27 – תביעת הבנק

316. סעיף זה מתיר לבנק לפצל את תביעותיו ו/או את סעדיו, מבלי שהדבר ימנע ממנו הגשת תביעות נוספות. נוסחו של הסעיף הוא כדלהלן: "הבנק רשאי, אך לא חייב,

בכל מקרה לתבוע ו/או להגיש תביעות נגד הלווה ו/או הערבים או מי מהם על חלק מההלוואה ו/או חלק מהסכומים שהם או מי מהם יהיו חייבים לבנק מבלי שהדבר יפגע או יגרע מזכותו של הבנק להגיש תביעות נוספות לגבי יתרת הסכומים שהלווה ו/או הערבים יהיו חייבים לבנק או כל חלק מהם. כל סכום שיתבע או תעשה בגינו פעולת הוצאה לפועל כל שהיא על ידי הבנק ישמש עילת תביעה נפרדת ובלתי תלויה בכל חלק אחר של ההלוואה או בכל חלק ממנה".

317. לטענת המפקח, הסעיף מתנה על תקנות 44 ו-45 [לתקנות סדר הדין האזרחי](#) בדבר פיצול סעדים ויש בו כדי לפגוע בזכויות הדיוניות של הלווה ועל-כן הוא מקים את חזקות הקיפוח המנויות בסעיפים 4(6) ו-4(8) לחוק. המפקח הסכים אמנם, כי אין מניעה עקרונית להתנות בין צדדים על תקנות סדר הדין, אלא שלעמדתו אין לייחס בחוזה אחיד הסכמה אמיתית של הלווה להתנאה כאמור. עוד טען המפקח, כי האיסור על פיצול תביעות מבוסס על האינטרס של הנתבע שלא יוטרד פעמים רבות בשל עילה אחת, וכן על אינטרס הציבור, שלא להטריח את בית המשפט בתביעות רבות סביב אותה עילה. עוד הוסיף המפקח, כי טענת הבנק, לפיה כביכול הסעיף הוא לטובת הלקוח, כיוון שהוא מאפשר לבנק להגיש תביעה רק בגין חלק מהסכום, אינה נכונה, שכן, בסופו של יום, שומר לעצמו הבנק את הזכות להגיש תביעה נוספת כנגד הלווה בגין אותה עילה.

318. טענות הבנק בקליפת האגוז הן אלה: ראשית, הבנק טען כי בניגוד לטענת המפקח, הסעיף מתנה רק על תקנה 44 העוסקת בפיצולו של סעד אחד הנובע מעילה אחת, ואינו מתנה על תקנה 45 העוסקת בפיצול סעדים שונים הנובעים מעילה אחת. דהיינו, הבנק טען כי על פי פירושו הנכון, סעיף 27 לחוזה נועד לאפשר לבנק לתבוע רק חלק מסעד בגין עילה מסויימת (ולא את הסעד בשלמותו), אולם הסעיף לא נועד לאפשר פיצול בין סעדים שונים הנובעים מאותה עילה. שנית, טען הבנק, כי במצב בו מדובר בתשלומים תקופתיים, כדוגמת חוזה ההלוואה, כל תשלום תקופתי מקים עילת תביעה חדשה ונפרדת העומדת בפני עצמה ומקימה זכות תביעה משל עצמה, ולבנק עומדת ממילא הזכות לפצל את תביעותיו לגבי סכומים שטרם הגיע זמן פירעונם, שהרי מדובר בעילה נפרדת שאין התובע מחויב לתבעה יחד עם העילות האחרות. גם על פי סעיף 23 [לחוק המשכון](#), רשאי הבנק לפצל בין הליכי מימוש המשכנתא או המשכון לבין תביעה כספית שתוגש נגד הלווה ו/או הערבים בגין יתרת ההלוואה. הבנק טען, לפיכך, כי סעיף 27 מתנה, למעשה, רק על סיטואציה רלוונטית אחת, והיא הגשת תביעה רק בגין חלק מהתשלומים שבמועד הגשת התביעה הגיע כבר מועד פירעונם. במצב כזה הדין הוא כי יש לראות את כל התשלומים שלא נפרעו ושכבר הגיע מועד פירעונם בעת הגשת התביעה, כמתמזגים

לעילת תביעה אחת, בעוד שסעיף 27 לחוזה נועד להתנות על דין זה ולאפשר לבנק לתבוע רק חלק מהתשלומים, תוך שהוא שומר על זכותו לתבוע במועד אחר את יתרתם. אולם, הבנק סבר כי בנסיבות העניין, התנאה זו הינה הגונה וסבירה ואינה מקפחת. בפועל, האפשרות לפצל סעדים פועלת, לדעת הבנק, לטובתו של הלווה, שכן הדבר מאפשר לבנק לתבוע סכום קטן יותר מן המגיע לו, כאשר אין זה מעשי לתבוע את הסכום המלא בשל מצבו הכספי של הלווה, ולהימנע מהליכי סרק (וזאת מבלי לוותר על האפשרות לחזור אל הלווה, שמגיעים ממנו עדיין כספים, אם בשלב מאוחר כלשהו יהיו בידי הלווה אמצעים לתשלום החוב). הבנק הוסיף כי, מכל מקום, מחויב הבנק לפעול בתום לב ולכן הבנק לא יפצל את תביעותיו באופן שרירותי ומתוך מטרה להטריד את הלווה, אלא רק מסיבות ענייניות ובמקרים בהם הדבר אכן חיוני. הבנק טען עוד, כי האפשרות לפיצול תביעות נועדה להגן על אינטרס לגיטימי שלו, שכן אלמלא תינתן לו אפשרות זו יהיה עליו לתבוע את מלוא סכום החוב ולשאת בהוצאות המשפט הגבוהות הכרוכות בתביעת החוב המלא, למרות שבמועד התביעה ברור לבנק כי הלווה והערבים לא יוכלו לשאת בתשלום מלוא החוב וההוצאות. לחלופין, יהיה על הבנק לוותר מראש ולחלוטין על חלק מהתביעה, אף שייתכן כי בעתיד יהיו בידי הלווה אמצעים שיאפשרו לו לפרוע את החוב במלואו. לגרסת הבנק, אין באי הנוחות שעלולה להיגרם ללווים כדי לגבור על זכותו המהותית של הבנק לתבוע את מלוא החוב.

319. אכן, כפי שנקבע כבר על ידי בית הדין בעניין **בנק לאומי**, יש להבחין באופן ברור בין פיצול תביעות לבין פיצול סעדים (או פיצולו של סעד אחד). להבחנה זו ראו גם: אורי גורן, **סוגיות בסדר דין אזרחי** (מהדורה עשירית, 2009) 127 (להלן: "גורן, סדר דין אזרחי"). ככל שמדובר בפיצול תביעות, שכל אחת מהן מתייחסת לעילת תביעה שונה (וכך הוא המצב ביחס לתשלומים תקופתיים, שביחס אליהם הפרתו של כל חיוב תקופתי מהווה עילה נפרדת, ראו: **ע"א 68/55 תעשיות א"י לנחושת נחושתן בע"מ נ' לופן, פ"ד י 1298, 1301 (1956); גורן, סדר דין אזרחי**, בע' 132) נתונה לבנק ממילא, על פי דין, הזכות הדיונית לעשות כן ואף אין צורך לשם כך בהסדר חוזי. ראו תקנה 46 **לתקנות סדר הדין האזרחי**, תשמ"ד-1984 הקובעת כי: "תובע **רשאי** (ההדגשה שלנו) לאחד לתובענה אחת כמה עילות, בין נגד נתבע אחד ובין נגד כמה נתבעים יחד". מכלל הן נשמע גם הלאו: התקנות מרשות, אך אינן מחייבות, איחודן של עילות תביעה נפרדות ועל כן אין מוטלת על הבנק חובה לאחד את העילות הללו לכדי תביעה אחת. לא כך המצב בנוגע לפיצול סעדים. תקנה 45 **לתקנות סדר הדין האזרחי** אוסרת על פיצול סעדים שונים הנובעים מאותה עילה ומונעת מתובע שפיצל את סעדיו לתבוע כל סעד שלא נתבע בתביעה הראשונה, אלא אם כן קיבל רשות לכך מבית המשפט. תקנה 44 לתקנות סד"א אוסרת על

פיצולו של סעד אחד וקובעת כי "תובענה תכיל את מלוא הסעד שהתובע זכאי לו בשל עילת התובענה". דהיינו, התקנה אוסרת על הגשת תביעה רק בגין חלק מהסעד. הטעמים לכך הם הן ההגנה על האינטרס של הנתבע, שלא יוטרו פעמים רבות בגין אותה עילה (ראו גורן, סדר דין אזרחי, בע' 127) והן האינטרס הציבורי שלא להטריח את בית המשפט בתביעות רבות סביב אותה עילה (ע"א 532/86 המועצה לייצור ולשיווק של פרחי נוי נ' פרחי שומרון סלע בע"מ, פ"ד מג(1) 252 (1989)). טעם נוסף המוזכר בספרות הוא, להימנע מהחלטות סותרות העלולות לנבוע מבירור של אותו ענין פעם נוספת (בנימין רוטנברג "פיצול סעדים" משפטים טז (תשמ"ו-ז) 390; דודי שוורץ, סדר דין אזרחי – חידושים תהליכים ומגמות (תשס"ז) 216). התנאה על הוראות הדין האוסרות על פיצול סעד או סעדים ללא קבלת אישור בית המשפט לכך פוגעת, כאמור, באינטרס דיוני חשוב של הנתבע ומקיימת את חזקת הקיפוח שבסעיפים 64(ו) ו-84(8) לחוק. הבנק לא סתר את החזקות הללו ולא הצביע על הצדקה לפגיעה כה מהותית בזכויות הדיוניות של הלווים והערבים. לא ניתן גם לקבל את טענת הבנק כי פיצול הסעד נועד לטובתו של הלווה, שהרי ברור כי הפיצול נועד קודם כל לשרת את אינטרס הבנק (חסכון באגרת התביעה) והוא לא מועיל דבר ללקוח, שהרי אם יסתבר בעתיד כי בידי הלקוח אמצעים לתשלום החוב, ממילא יגיש כנגדו הבנק תביעה על יתרת החוב והלקוח, לא זו בלבד שאינו "נהנה" מפיצול התביעות, אלא שיש בכך כדי להעמיס על כתפיו כפל התדיינות על כל ההוצאות הנוספות הכרוכות בכך. ממילא מובן כי פיצול סעד או סעדים אף נוגד את האינטרס הציבורי, להימנע מריבוי התדיינות, בעיקר לנוכח העומס הרב המוטל גם כך על בתי המשפט בישראל. זאת ועוד: הבנק ניסה לרכך את החשש מפני פגיעה באינטרס הדיוני של הלווה בטענה כי אם סעיף 27 לחוזה ינוצל על ידי הבנק לרעה, "תהא זו עילה מצויינת לדחות את תביעתו השנייה של הבנק". אנו סבורים דווקא כי "ברירת המחדל הדיונית" ראוי שתהיה הפוכה מזו שמציע הבנק, ובהתאם לקבוע בתקנות סדר הדין. דהיינו, ראוי שבאותם מקרים בהם סבור הבנק כי יש לו אינטרס חיוני וחשוב בפיצול סעדים, יפנה הבנק בבקשה מתאימה לבית המשפט, על מנת שיתיר את הפיצול באותו מקרה מסוים, ולא שינתן מראש לבנק הכשר גורף, במסגרתו של חוזה אחיד, לפיצול סעדים. הבנק הוא בעל עמדת כוח עדיפה לעומת הלווה, הן במועד כריתת החוזה והן בניהול ההליכים המשפטיים. לרשות הבנק עומד מערך של ייעוץ משפטי מקצועי ומיומן וכן האמצעים הדרושים להגשת בקשות מתאימות לבית המשפט. לא זה בהכרח מצבו של הלווה (ויש לזכור כי מדובר בלווה המצוי פעמים רבות בקשיים כספיים, שבגללם נקלע מלכתחילה למצב שבו הוגשה כנגדו התביעה). אנו סבורים, לפיכך, כי אין מקום לפגוע בזכויותיו הדיוניות של הלווה וכי במקרים בהם לבנק אינטרס חשוב ולגיטימי בפיצול סעדים, פתוחה בפניו הדרך

לפנות בבקשה מתאימה לבית המשפט על מנת לנסות ולשכנעו כי בנסיבות אותו ענין ראוי להעדיף את אינטרס הבנק על פני זכותו הדיונית של הלקוח.

320. סוף דבר: ככל שמדובר באפשרות לפיצול תביעות הנובעות מעילות שונות, נתונה לבנק על פי דין הזכות הדיונית לכך. אילו היה סעיף 27 עוסק אך בענין זה לבדו, לא הייתה מניעה להותירו על כנו. אולם, ככל שמדובר בפיצול סעדים (תקנה 45 לתקנות סדר הדין האזרחי) או בפיצולו של סעד יחיד (תקנה 44 לתקנות סדר הדין האזרחי), אנו סבורים כי התנאה המתיימרת להעניק לבנק הכשר גורף מראש לפיצול סעד או סעדים, מבלי להיזקק לאישור בית המשפט, עלולה לפגוע קשות באינטרס דיוני חשוב של הלווה ועל כן יש בה כדי לקפחו. התנאה כזו גם מקיימת, כאמור, את חזקות הקיפוח שבסעיפים 4(6) ו-4(8) לחוק. לאור עמדתנו זו, לא מצאנו לנכון להיזקק לשאלה הפרשנית, שאיננה נקיה לדעתנו מספקות, האם סעיף 27 בנוסחו הקיים כולל התנאה רק על תקנה 44 (כגרסת הבנק) או שמא גם על תקנה 45 (כגרסת המפקח). אף אם גירסתו הממעיטה של הבנק היא נכונה (וכאמור, אנו סבורים כי לשון הסעיף איננה ברורה וחד משמעית בענין זה), די בכך על מנת שהסעיף ייחשב לכזה העלול לקפח את הלקוחות.

אנו מורים לפיכך על ביטולו של סעיף 27 לחוזה.

סעיף 28 – ביטול ההסכם

321. הסעיף קובע כדלהלן:

"הלווה והערבים מסכימים בזה כי אם הלווה לא יקבל את ההלוואה מסיבה כל שהיא תוך 30 יום מיום חתימתו על ההסכם רשאי יהיה הבנק לבטל ההסכם, והלווה ו/או הערבים יפצו את הבנק על כל ההוצאות שהיו או יהיו לבנק בגין חתימת הסכם זה לרבות דמי ביול, שכ"ט עו"ד, דמי שמאות. הלווה מוותר בזה על הצורך במתן כל הודעה מראש מאת הבנק על ביטול ההסכם כאמור לעיל".

המפקח טען, כי הסעיף לוקה באי בהירות, בשל העובדה שלא ברור האם מדובר בסיטואציה שבה הלווה ויתר מרצונו על לקיחת ההלוואה, או שמא מדובר במצב שבו הבנק חוזר בו מהסכמתו למתן ההלוואה. אי בהירות זו עלולה להביא לקיפוח הלקוחות. מכל מקום, טען המפקח, אם כוונת הבנק היא להטיל על הלווה הוצאות בגין מעשים או מחדלים שהבנק אחראי להם - זהו קיפוח. כן טען המפקח, כי הקביעה לפיה פעולה דרסטית כמו ביטול ההסכם על ידי הבנק, תיעשה ללא מתן הודעה מוקדמת ללווה, יש בה משום קיפוח של הלקוחות.

הבנק, מצידו הציע לסייג את הסעיף באופן שיובהר שמדובר בנסיבות בהן אי קבלת ההלוואה לא נגרמה על ידי הבנק. כן הסכים הבנק לשנות את הסיפא של הסעיף, ולקבוע בו כי על הבנק מוטלת החובה לשלוח ללווה הודעה בדבר ביטול ההסכם.

322. המפקח קיבל את הצעות התיקון של הבנק, ובין הצדדים הוסכם (מסמך ההסכמות השני, סעיפים 73-74) על שינוי נוסח הסעיף. ניתן בזה תוקף להסכמת הצדדים, בכפוף למחיקת המילים "מסיבה כל שהיא", הסותרות מניה וביה את התוספת המוסכמת ("ובלבד שאי קבלת ההלוואה כאמור לא נגרמה על ידי הבנק"). לאור זאת הסעיף ינוסח באופן הבא:

"הלווה והערבים מסכימים בזה כי אם הלווה לא יקבל את ההלוואה תוך 30 יום מיום חתימתו על ההסכם, רשאי יהיה הבנק לבטל ההסכם, והלווה ו/או הערבים יפצו את הבנק על כל ההוצאות שהיו או יהיו לבנק בגין חתימת הסכם זה לרבות דמי ביול, שכ"ט עו"ד, דמי שמאות, ובלבד שאי קבלת ההלוואה כאמור לא נגרמה על ידי הבנק. הבנק יודיע ללווה בהודעה בכתב על ביטול ההסכם".

סעיף 31 – מקום השיפוט

סעיף 31(א) - תניית מקום שיפוט ייחודית

323. סעיף 31(א) לחוזה עוסק בשאלת סמכות השיפוט המקומית והוא קובע כי: "מקום השיפוט הייחודי בין הצדדים יהיה בבתי המשפט המוסמכים של מחוז תל אביב-יפו, אולם הבנק יהיה רשאי לנקוט באמצעים משפטיים נגד הלווה ו/או נגד הערבים בכל בית משפט אחר, שיש לו סמכות עניינית".

324. לאור הטענות שהעלה המפקח בבקשה, הציע הבנק בכתב תשובתו לתקן את הסעיף כדלהלן: "מקום השיפוט הייחודי לצורכי כתב זה נקבע בבית המשפט המוסמך באחת מהערים ירושלים, תל-אביב-יפו, חיפה, באר שבע או נצרת, הקרוב ביותר למקום בו שוכן סניף הבנק שבו נחתם הסכם ההלוואה. אולם, שום דבר מהאמור בזה לא יפגע בזכות הבנק לפנות לכל בית משפט מוסמך אחר על פי דין".

325. הנוסח המתוקן שהציע הבנק דומה, במבט ראשון, לנוסח תניית השיפוט שנדונה ואושרה בעניין **בנק לאומי**. אולם, כפי שיובהר להלן, קיים שוני בין המקרים. בפסק הדין בעניין **בנק לאומי** קבעה תניית השיפוט כי: "הבנק והלקוחות מסכימים בזה כי מקום השיפוט הייחודי לכל צרכי כתב זה יהא בית המשפט בעיר

הקרובה ביותר לסניף בו מתנהל החשבון/הפיקדון הרלוונטי מבין הערים הבאות: ירושלים, תל אביב, חיפה, באר שבע, נצרת או אילת או - לפי בחירת התובע - בית המשפט הקרוב ביותר לסניף בו מתנהל החשבון". נוסח זה נבדל מהנוסח שהוצע בעניינו, בעיקר בסייפא שהוספה בנוסח המוצע כאן על ידי הבנק ("אולם שום דבר מהאמור בזה לא יפגע בזכות הבנק לפנות לכל בית משפט מוסמך אחר על פי דין"). יתר על כן, ראוי לזכור כי הדיון בעניין **בנק לאומי נערך**, בעיקרו, על פי נוסחו הקודם של סעיף 4(9) **לחוק החוזים האחדים**, בטרם תיקונו (על משמעות התיקון עוד נעמוד להלן). מענין לציין כי תיקונו של סעיף 4(9) **לחוק החוזים האחדים** (תיקון תשס"ד) התקבל בכנסת בתאריך 1/6/04 ופורסם ברשומות ונכנס לתוקף בתאריך 9/6/04, יום אחד בלבד לפני שניתן פסה"ד בעניין **בנק לאומי**. מקריאת פסק הדין ברור כי בית הדין ביסס את נימוקיו לאישור תניית מקום השיפוט על המצב המשפטי שנהג לפני תיקונו של החוק. אמנם, בית הדין הספיק להוסיף לפסק הדין התייחסות קצרה ביותר לתיקון, תוך שהוא קובע בפסקה האחרונה להחלטתו, ולאחר קביעתו כי אין מקום לבטל או לשנות את תניית השיפוט, כי: "לדעתנו, גם תיקון סעיף 4(9) **לחוק החוזים האחדים** מיום 2.6.2004 אינו משנה ממסקנה זו" (ראו פסקה 295 לפסק הדין). גלוי לעין כי הדברים הוספו לפסק הדין בשלב האחרון ממש וכי בשל סמיכות הזמנים שבין חקיקת התיקון לבין מועד מתן הפסק, לא היה סיפק בידי בית הדין לדון במשמעותו המלאה של התיקון לחוק.

326. כאמור, בכתב התשובה הציע הבנק לתקן את נוסח הסעיף בהתאם למפורט לעיל. עמדת המפקח ביחס להצעת הבנק הייתה, שהבנק אמנם הסכים לתקן את הסעיף בכך שיוספו מחוזות שיפוט נוספים, אלא שהבנק לא הסכים לוותר על היתרון המוקנה לו בכך שהסייפא לנוסח המוצע על ידי הבנק נעדרת הדדיות בין הצדדים ולמעשה מוקנה לבנק כוח בלעדי לבחור בית משפט מוסמך אחר. לאור זאת, סבור המפקח, כי התנאי, גם בנוסחו המתוקן, עלול לקפח את הלקוחות-הלווים ועל כן ראוי לבטלו.

327. לטענת הבנק, אמנם התיקון של סעיף 4(9) **לחוק החוזים האחדים** קובע כי חזקה על תנאי שהינו מקפח אם הוא מתנה על הוראות הדין בדבר מקום שיפוט (זאת בהשוואה לנוסח הסעיף לפני התיקון, אשר קבע כי רק תנאי הקובע מקום שיפוט בלתי סביר או המעניק לספק זכות לבחור על דעתו בלבד את מקום השיפוט הינו מקפח), אך למרות האמור בסעיף, מדובר בחזקה הניתנת לסתירה והשאלה הינה, כמו בעבר, האם תניית השיפוט אותה מציע הבנק הינה סבירה. הבנק טען כי לפני התיקון וגם לאחריו, המבחן אשר נקבע בפסיקה לבחינת שאלת הקיפוח בתניית שיפוט הינו מבחן ההרתעה, על פיו תניית שיפוט תחשב למקפחת רק אם יש בה כדי

להרתיע את בעל הדין מלממש את זכויותיו, ומבחן הנוחות שימש רק כמבחן משני. לדעת הבנק תניית שיפוט הקובעת את מקום השיפוט בעיר הקרובה לסניף בו בוצעה ההלוואה היא סבירה גם בהתחשב בכך, שסניף הבנק בו החליט הלווה לחתום על הסכם ההלוואה הוא המקום אותו בחר בעצמו, משיקוליו, ועל כן סביר להניח כי במקום זה, או בסמוך לו, יהיה לו גם נוח לנהל את תביעותיו. זאת ועוד, הבנק סבר כי החלופות המוצעות בסעיף עולות בקנה אחד עם תקנה 3 לתקנות סדר הדין האזרחי, והן סבירות לאור העובדה שהן מחילות 3 מתוך 5 החלופות שבתקנה. באשר לטענת היעדר ההדדיות- הבנק סבר כי יש לדחות את טענת המפקח בענין זה. לעמדת הבנק, אין כל קיפוח או מתן יתרון בלתי הוגן בהוראה בחוזה לפיה רשאי הבנק לנקוט בהליכים משפטיים בכל בית משפט אחר מוסמך על פי דין, שכן בעניין זה הסעיף שבחוזה מאמץ למעשה את ההסדרים הקבועים בתקנות לקביעת הסמכות המקומית ולכן חל סעיף 23(א)(2) [לחוק החוזים האזרחיים](#), הקובע כי הוראות החוק לא יחולו על תנאי התואם תנאים שנקבעו או אושרו בחיקוק. לגישת הבנק, הקביעה שבסעיף לא רק שאין בה כדי ליצור יתרון בלתי הוגן כלפי הבנק, אלא יש בה אף כדי לתקן את אי-הסימטריה הקיימת בתקנות סדר הדין לרעת הבנק. כך למשל, אם הבנק תובע את הלווה הוא מוגבל לחלופות שבתקנה 3. לעומת זאת, למרות שגם הלווה מוגבל לחלופות שבתקנה 3, הוא יכול למעשה לתבוע בכל מקום בו נמצא סניף של הבנק, גם אם לבית המשפט אין כל זיקה רלוונטית לעניין. עוד טען הבנק, כי ברור גם שאי הנוחות שתגרם לבנק ממתן אפשרות לכל לווה להגיש את תביעתו בכל מקום בארץ, גדולה לאין שיעור מאי הנוחות העלולה להיווצר ללווה מסויים כתוצאה מניהול התביעה במקום השיפוט בו נטל את ההלוואה. הבנק הוסיף וטען כי, מעל לכל, יש לציין את הפיחות במעמד הסמכות המקומית ככלי לקידום נוחותו של המתדיין (ראו, למשל, דודי שוורץ **סדר הדין האזרחי** (2007) 176 - 177) ובכל מקרה אין בהצעת התיקון שהוצעה על ידי הבנק משום הכבדה בלתי סבירה או בלתי מוצדקת על הלווים ו/או הערבים. לכך יש להוסיף, כי הלווה הוא זה שבחר את ניהול ההלוואה בסניף הנבחר, משיקוליו הוא.

328. בטרם נכריע בטענות הצדדים, ראוי להבהיר את כללי הסמכות המקומית החלים על ענייננו על פי הדין הכללי ואת השלכותיו של סעיף 31(א) לחוזה (בהתאם לנוסח המוצע על ידי הבנק) על כללים אלה. ככל שמדובר בתביעת לקוח כנגד הבנק, הרי שעל פי הדין הכללי הוא רשאי לבחור בכל אחת מהחלופות המנויות בתקנה 3(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, ובאופן מעשי נתונה לו האפשרות להגיש תביעה כנגד הבנק בכל בית משפט שבתחום שיפוטו מצוי סניף כלשהו של אותו בנק (גורן, **סדר דין אזרחי**, בע' 37) וזאת מכוח תקנה 3(א)(1) לתקנות סדר הדין

האזרחי. מנגד, בעת שהמדובר בתביעת הבנק כנגד לקוח, הרי אף-על-פי ששני הצדדים לדיון הניחו בסיכומיהם כי על פי הדין הרגיל נתונה לבנק הרשות להגיש את תביעותיו בכל מקום בו תתקיים זיקה מכוח אחת החלופות המנויות בתקנה 3(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, אין הדבר כך. הבנק מוגבל בהוראות תקנה 3(א1) לתקנות, הקובעת כי: "על אף האמור בתקנת משנה (א), היו לעסקו של התובע מספר סניפים, והיה אחד מהם בתחום השיפוט שבו מצוי מקום מגוריו או מקום עסקו של הנתבע, תוגש התובענה לבית משפט באותו תחום שיפוט". כיוון שכך, הרי שבהנחה כי לבנק סניפים בתחום שיפוטם של כל בתי המשפט בישראל, על פי התקנות מחויב הוא בהגשת תביעותיו בבית המשפט המוסמך במקום מגוריו או מקום עסקו של הנתבע בלבד, ואין כל תחולה מכוח הדין לחלופות האחרות המנויות בתקנה 3 לתקנות סדר הדין האזרחי. בענייננו, מבקשת הרישא של סעיף 31(א) לחוזה, בנוסחו המוצע על ידי הבנק, להתנות על ההוראה האמורה באופן שבו תיקבע באופן ייחודי סמכותו של בית המשפט לדון בהתאם להסדר הדומה לזה הקבוע בתקנה 3(א)2 לתקנות סדר הדין האזרחי, קרי בהתאם למקום יצירת ההתחייבות. כמו כן, שוללת התניה האמורה סמכות מקומית מבתי המשפט המוסמכים המצויים בערים שאינן מנויות ברשימת הערים שבסעיף. הסיפא של הסעיף, המצויה במחלוקת בין הצדדים, קובעת כי המגבלות האמורות לא יחולו על הבנק. מכאן עולה כי בניגוד ללקוח, המוגבל בהגשת תביעותיו לבית משפט יחיד - המוגדר על ידי הסעיף באופן דומה לזה שבהסדר הקבוע בתקנה 3(א)2 - יוכל הבנק לבחור, לפי שיקולו, בין הזיקות המקנות סמכות על פי הסדר הדומה להסדר הקבוע בתקנה 3(א)1 או על פי הסדר הדומה להסדר הקבוע בתקנה 3(א)2. יתר על כן, על פי המצב ששרר בעת שהבנק הציע את הנוסח המתוקן לסעיף 31(א) לחוזה, אכן היו מצויים בתי משפט מחוזיים אך ורק בערים המנויות בנוסח הסעיף המוצע, ולכן לכאורה לא הייתה בסעיף משום התניה על סמכותו המקומית של בית המשפט המחוזי. בינתיים הוקם בית משפט מחוזי נוסף למחוז המרכז, בעיר פתח תקוה, ובית משפט זה אינו מנוי בסעיף. גם אין להוציא מכלל אפשרות שבעתיד יוסמכו בתי משפט מחוזיים נוספים בערים נוספות. למותר לציין כי באותם מקרים, בהם מצוי עניינה של התביעה בתחום סמכותו העניינית של בית משפט שלום, יוכל הבנק, בהתאם לסעיף 31(א) סייפא לחוזה, לבחור בין מספר בתי משפט המצויים במחוז מסוים, בהתאם לצו בתי המשפט (הקמת בתי-משפט שלום ואיזור שיפוטם) תש"ך-1960. סיכומו של דבר: הנוסח המתוקן שהציע הבנק לסעיף 31(א) לחוזה אינו תואם את הסדר סמכות השיפוט המקומית הקבוע בתקנה 3 לתקנות סדר הדין האזרחי. יתר על כן, לא זו בלבד שההסדר המוצע על ידי הבנק איננו הסדר סימטרי, השומר על הדדיות בין הבנק לבין הלקוח, אלא שלמעשה הסעיף המוצע על ידי הבנק הופך על פניו את סוג האיזון בין בנק

ללקוחותיו אשר נקבע בדין. בעוד שעל פי הדין הבנק המגיש תביעה מוגבל, למעשה, למקום שיפוט יחיד – זה שבו מצוי מקום מגוריו או מקום עסקו של הלקוח (תקנה 3 (א) [לתקנות סדר הדין האזרחי](#)) - עומדת לרשות הלקוח המגיש תביעה האפשרות להגישה בכל בית משפט שבתחום שיפוטו מצוי סניף של הבנק (דהיינו, בפועל, בכל בית משפט). לעומת זאת, על פי ההסדר המוצע על ידי הבנק, דווקא הלקוח הוא זה שיהיה מוגבל למקום שיפוט יחיד (בית המשפט באחת מהערים המנויות בסעיף, שהוא הקרוב ביותר לסניף הבנק שבו נחתם חוזה ההלוואה) בעוד שהבנק הוא זה שיוכל לבחור בין מקומות שיפוט חלופיים.

329. משקבענו כי ההסדר המוצע אינו תואם את ההסדר הרגיל הקבוע בתקנות סדר הדין, עלינו להבהיר ענין נוסף ועיקרי, הנוגע למצב המשפטי שנוצר לאחר תיקון מספר 2 [לחוק החוזים האחדים](#) בשנת תשס"ד. הנוסח הקודם של חזקת הקיפוח המנויה בסעיף 94(9) [לחוק החוזים האחדים](#) קבע כי היא תחול מקום בו מדובר ב: "תנאי הקובע מקום שיפוט בלתי סביר, או המעניק לספק זכות לבחור על דעתו בלבד את מקום השיפוט או הבוררות שבהם יתברר סכסוך". הפסיקה שנשמכה על הדין שקדם לתיקון קבעה שני מבחנים לזיהוי סבירותה של תניית שיפוט בחוזה אחיד לצורך בחינת תחולתה של חזקת הקיפוח המנויה בסעיף: מבחן ההרתעה מפני מימוש זכויות ע"י הלקוח כנגד הספק ומבחן הנוחות הדיונית של הצדדים. ראו, לדוגמה: [בר"ע 16/90 דרעד בע"מ נ' שחר](#), תק-מח (2)90 (2) 424 (1990); [ע"א 10740/02 מאיר רחמים נ' ליגד השקעות בע"מ, פ"ד נח\(1\) 587 \(2003\)](#). בפסק הדין [רע"א 188/02 מפעל הפיס נ' כהן, פ"ד נז\(4\) 473 \(2003\)](#), 479-480 נפסק, כי המבחן המרכזי להיותו של התנאי מקפח, הינו מבחן ההרתעה מפני שימוש בזכויות ואילו שיקול הפגיעה בנוחות אינו אלא שיקול משני בבואנו לפסול תנית שיפוט מקומית. אולם, לאחר פסק דין מפעל הפיס תוקן, כאמור, החוק. הנוסח הנוכחי של סעיף 94(9), לאחר תיקונו בשנת תשס"ד, קובע חזקת קיפוח לגבי: "תנאי המתנה על הוראת דין בדבר מקום שיפוט או המקנה לספק זכות בלעדית לבחירת מקום השיפוט או הבוררות שבהם יתברר סכסוך". כאמור לעיל, הבנק טען כי גם כיום, למרות השינוי החקיקתי, המבחן לבדיקת שאלת הקיפוח בתנית מקום שיפוט הינו, האם יש בה כדי להרתיע את בעל הדין מלממש את זכויותיו. איננו יכולים לקבל גישה זו. אכן, מפליא הדבר, שחלק מפסקי הדין שניתנו בבתי משפט שונים לאחר שינוי החוק, התעלמו לחלוטין מתיקון החוק והמשיכו להחיל את ההלכות הקודמות, מבלי להתייחס כלל לנוסח החוק המתוקן. ראו, לדוגמה: [בש"א \(ירושלים\) 1525/05 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' ערטול](#), תק-מח 2005 (3) 5039 (2005); [בש"א 16060/08 \(שלום -ת"א יפו\) כתנאי בע"מ נ' סלע שיווק מוצרי ביטון בע"מ \(פורסם באתר נבו\) \(2008\)](#); [בש"א 1894/06 \(שלום - נצרת\) בנק הפועלים](#)

למשכנתאות בע"מ נ' אפשטיין אלכסנדר, תק-של 27422 (2)2006. מנגד, ישנן החלטות שניתנו בבתי משפט השלום, בהן נפסק כי לאחר התיקון החזקה הקבועה בסעיף 94(9) לחוק אינה מתייחסת עוד למקום שיפוט בלתי סביר בלבד, אלא קובעת, ככלל, שהוראה המתנה על הוראת דין בדבר מקום שיפוט מהווה תנאי מקפת. ראו, לדוגמא: [בש"א 7386/06 בנק לאומי למשכנתאות בע"מ נ' חמדי נאוה](#), תק-של 15246 (4)2006; [בש"א 169884/06](#) (שלום ת"א - יפו) נחמני נ' מעריב הוצאת מודיעין, תק-של 679 (4)2006; [ת.א. \(שלום ת"א-יפו\) 28397/06 דפי זהב בע"מ נ' מטוח טיטניום בע"מ](#), תק-של 18049 (3)2006; ת"א (שלום נצ'י) 7430-07 [בנק לאומי למשכנתאות בע"מ נ' יפרח אילן](#), תק-של 18260 (4)2008. לא מצאנו פסק דין של בית המשפט העליון הדין בפרשנותו של סעיף 94(9) [לחוק החוזים האחדים](#) לאחר תיקונו בשנת תשס"ד. עם זאת, ניתן להיעזר, לצורך הבנת תכלית השינוי ומטרתו, גם בדברים שנאמרו במהלך דיוני וועדת חוק חוקה ומשפט בכל הנוגע לתיקון מספר 2 [לחוק החוזים האחדים](#). שם צוין במפורש כי תכליתו של השינוי החקיקתי האמור הינה התגברות על הקושי שיצרו המבחנים שנקבעו בפסיקה לבחינתה של סבירות ההתניה (ר' פרוטוקול 227 לשיבת ועדת חוק, חוקה ומשפט מיום 27 במאי 2004). לדעתנו, החלת מבחן הנוחות ומבחן ההרתעה מפני מימוש זכויות על סעיף 94(9) בנוסחו החדש, מסכלת למעשה את מטרת תיקונו של החוק. החוק קובע כיום בבירור כי עצם העובדה שהסעיף החוזי סוטה מכללי הסמכות המקומית הקבועים בדין, מקימה את חזקת הקיפוח. משעה שמתקיימת חזקת הקיפוח, הנטל עובר אל הספק, לנסות ולהוכיח כי בשים לב למכלול תנאי החוזה והנסיבות האחרות, התנאי אינו מקפת. עמדה דומה הבענו כבר בפסיקה קודמת של בית הדין (ראו [ח"א \(ירושלים\) 701/05 היועץ המשפטי לממשלה נ' חברת מוסף המכרז של המדינה בע"מ](#), תק-מח 2007(3) 8388 (2007) בפסקאות 75 - 77 לפסק הדין).

330. אם כן, האבחנה בין המצב המשפטי עובר לתיקון החוק לבין המצב המשפטי כיום, הינה שהלקוח אינו צריך להוכיח את אי סבירותה של תנית השיפוט על מנת להעביר את הנטל להוכחת אי הקיפוח המנוי בה על הספק. מכאן שהמבחנים שנקבעו בפסיקה על פי הדין הקודם לצורך הוכחתה של סבירות ההתניה - על מנת להיכנס לגדריו של סעיף 94(9) [לחוק החוזים האחדים](#) - אינם רלוונטיים יותר. משנתברר כי סעיף בחוזה, המסדיר סמכות שיפוט מקומית, קובע הסדר שונה מזה הקבוע בדין, מוחזק התנאי כמקפת. אכן, הספק יכול לנסות לסתור את החזקה. המבחן לצורך סתירת החזקה הינו מבחן גמיש, התלוי בנסיבותיו של כל מקרה. כללית, ניתן לומר כי מדובר במבחן של איזון אינטרסים, השוקל את האינטרסים

הלגיטימיים של הספק בהתדיינות בפורום מסוים כנגד האינטרסים הלגיטימיים של הלקוח כי תעמודנה לזכותו הוראות סדר הדין הנוגעות לסמכות המקומית.

331. כפי שעולה מדיונו לעיל, ברור כי מדובר בעניינו ב"תנאי המתנה על הוראת דין בדבר מקום שיפוט", ועל כן הוא נכנס תחת חזקת הקיפוח המנויה בסעיף 4(9) [לחוק החוזים האחדים](#). גם לאחר תיקון מספר 2 אין לומר כי הסדר בחוזה אחיד המגביל את מקום השיפוט בו תתבררנה תובענות באופן המקל על הספק את ההתדיינות הינו בהכרח מקפח. עם זאת, נטל ההוכחה כי אין הוא מקפח מוטל, כאמור, על הספק. האסמכתאות אליהן מפנה הבנק מתייחסות, כפי שצוין כבר, לשאלת [סבירותה](#) של ההתנאה (וזאת בהסתמך על ההלכות שנהגו על פי הדין הקודם), להבדיל מן העמידה בנטל לבסס את הצורך הלגיטימי של הבנק בעצם קיומה של התנאה על הוראות הדין. הבנק לא הרים את הנטל לסתור את חזקת הקיפוח. ההסבר העיקרי שהוצג על ידו לשלילת יכולת בחירת הפורום מן הלווה הינה מניעת הטרדתו של הבנק בהגשת תביעות כנגדו על ידי תובע יחיד במקומות שונים, וההסבר העיקרי אותו הוא הציג לסבירותה של יכולתו להגיש תובענות במספר בתי משפט הינה זכאותו, לכאורה, לעשות כן מכוח תקנה 3 [לתקנות סדר הדין האזרחי](#) תשמ"ד 1984 (זאת, על אף הגבלתו על פי תקנה 3(א)1) הנזכרת לעיל, אשר למעשה מונעת ממנו לעשות כן). בכל מקרה, אין נימוקים אלו יכולים לדור בכפיפה אחת – כפי שמבקש הבנק כי לא יוטרד בתביעות במספר בתי משפט, כך מעוניין, מן הסתם, הלווה כי לא יינתן לבנק לעשות כן. מכאן, שאין בנימוקים אלו כדי למנוע מסקנה בדבר התקיימותו של יתרון בלתי הוגן לטובת הבנק, בעת שמחד גיסא, הסעיף מטיל הגבלה משמעותית על זכויותיו הדיוניות של הלווה עפ"י הדין, ואילו מנגד זכויותיו הדיוניות של הבנק מורחבות משמעותית. כל זאת, בניגוד לעמדת הדין כפי שבאה לידי ביטוי בתקנה 3(א)1 [לתקנות סדר הדין האזרחי](#), ואשר ביקשה להגביל דווקא את הבנק בנושא סמכותם המקומית של בתי המשפט בהם רשאי הוא להגיש תובענות כנגד לוויים, מתוך הנחה כי יקל עליו לשאת בהוצאות ההתדיינות בפורום שאיננו הנוח ביותר בעבורו. לאור האמור, אנו קובעים כי יש לבטל את סעיף 31(א) לחוזה בהיותו תנאי העלול לקפח את לקוחות הבנק.

332. חלף ביטול הסעיף, הבנק יוכל (אם ירצה בכך) לשנות את התניה באופן כזה, שסמכות השיפוט לדון בכל התובענות הנובעות מן ההסכם תהיה זהה בתביעות הבנק והלווה, וזאת באחת הדרכים הבאות, לפי בחירתו: האפשרות הראשונה היא תיקון סעיף 31(א) להסכם בהתאם להצעת הבנק, תוך מחיקת הסיפא של הסעיף המוצע, כך ששני הצדדים יהיו מחויבים בהגשת תובענותיהם לבתי המשפט המנויים בסעיף ושלהם תינתן סמכות ייחודית לדון. האפשרות השנייה היא,

לקבוע בסעיף כי סמכות השיפוט לדון בכל סכסוך הנובע מן ההסכם תהיה נתונה לבית המשפט המוסמך במחוז בו שוכן סניף הבנק בו נחתם ההסכם, כך ששני הצדדים יוכלו להגיש תביעותיהם בכל בית משפט מוסמך במחוז בו נחתם ההסכם.

סעיף 32 – שינוי בשיעור הריבית

333. הסעיף עוסק בשינוי שיעור הריבית החלה על ההלוואה, וקובע כי: "על אף האמור בנספח להסכם בדבר שיעור הריבית להלוואה, מסכימים בזה הלווה והערבים מראש כי שיעור הריבית להלוואה עלול להשתנות בעת ביצוע ההלוואה או כל חלק ממנה בהתאם לשיעורי הריבית שיהיו נהוגים בבנק באותה עת ללא כל צורך במתן הודעה על כך מהבנק ללווה ולערבים".

334. בסיכומיו העלה המפקח שורה של טענות כנגד סעיף זה. לטענת המפקח, סעיף זה מקנה לבנק זכות לשנות את שיעור הריבית על ההלוואה במשך פרק הזמן שבין הצעת הריבית שנתן ללווה ועד ליום מתן ההלוואה. לגבי הלוואה הניתנת בחלקים במועדים שונים, הסעיף מקנה לבנק את הזכות לשנות את הריבית באשר לכל חלק. הזכות המוקנית לבנק כאמור לשנות את שיעור הריבית עומדת בניגוד לחובות החלות עליו מכוח הוראה 451 ביחס להלוואות לדיור. על פי סעיף 44. להוראה 451, בכל הנוגע לתקופה שבין הצעת הריבית שנתן הבנק ועד יום מתן ההלוואה, זכותו של הבנק לשנות את שיעור הריבית עומדת לו אך ורק לאחר תקופה סבירה להמצאת המסמכים הדרושים לאימות הנתונים שלא תפחת מ- 12 ימים מיום שנתן אישור עקרוני למתן ההלוואה. בכל הנוגע לריבית שתחול על חלקים של ההלוואה הניתנים בזמנים שונים, לבנק כלל לא עומדת זכות לשנות את הריבית, והריבית הנהוגה בבנק כלל אינה רלוונטית לריבית שתחול על כל חלק בהלוואה. המפקח טען גם, שעל האמור בסעיף 32 לחוזה חלה חזקת קיפוח על פי סעיף 4(4) לחוק. הצעת הבנק, לפיה במקרה של הלוואה בחלקים, בכל פעם שיינתן חלק של ההלוואה בריבית גבוהה מזו שבאישור האמור, תתקבל הסכמה של הלווה, נוגדת אף היא את הוראה 451, ומכל מקום המושג "הסכמה" בשלב בו הלווה כבר חתום על הסכם ההלוואה, והוא נמצא בעיצומם של הליכי ביצוע החוזה, הוא ריק מתוכן. לאור האמור, ביקש המפקח כי נורה על מחיקת הסעיף. הבנק מצידו, הביע נכונות להתאים את הסעיף לנוהל 451. מעבר לכך, הבנק אך הבהיר כי לשיטתו הוא רשאי לשמר לעצמו את הזכות לקבוע את שיעורי הריבית, והסתפק בהפניה לדיון הנוגע לסעיף 16 להסכם (סעיף העוסק בריבית פיגורים, ושלגביו הושגה הסכמה בין הצדדים. ראו פסקאות 207 - 213 לעיל).

335. בסיכומי התשובה מטעם המפקח הודיע המפקח כי הוא מוותר על הדיון בסעיפים אלה. כפי שהבהרנו לעיל (ראו פסקאות 26 - 31 לעיל) אין באפשרותנו להסתפק בהסכמה זו במקרה הנוכחי. סעיף בחוזה המקנה סמכות לבנק לקבוע בעצמו את שיעורי הריבית, הינו תנאי המקים חזקת קיפוח על פי סעיף 4(4) [לחוק החוזים האחידים](#), וללא הסבר מניח את הדעת אין אנו יכולים לאפשר את הותרתו על כנו, כבקשת הבנק בסיכומי התשובה מטעמו. בטרם זנח המפקח טענה זו, היא הועלתה ונידונה הן בכתבי הטענות והן בסיכומי הצדדים. לא הוצג לנו כל הסבר מניח את הדעת לצורך בקיומו של סעיף מסוג זה. הבנק הסתפק, כאמור, בהפניה לדיון בסעיף 16 להסכם. אולם, הפניה זו אינה מועילה, הן לאור השוני הרב שבין ריבית פגורים לריבית על ההלוואה עצמה, והן מאחר והבנק הסכים לכך שאף לגבי ריבית הפגורים אין לאפשר לו שיקול דעת מוחלט. במצב דברים זה אין אנו רואים מנוס מלהורות על ביטולו של סעיף זה.

סעיף 33 – משלוח הודעות על ידי הבנק

336. סעיף 33 לחוזה עוסק במשלוח הודעות על ידי הבנק, וקובע כי: "הודעה שתישלח לאחד מיחיד הלווה או אל הערבים לפי הכתובות המפורטות בהסכם זה או כתובת הנכס או כתובת אחרת שעליה יודיעו הלווה ו/או הערבים – יראו אותה כאילו נשלחה ונתקבלה על ידם במועד בהתאם לסידורי הדואר הרגילים. הצהרה בכתב מאת הבנק תשמש הוכחה סופית בדבר הזמן והמשלוח של ההודעה...".

337. המפקח טען, כי מאחר שהצהרה בכתב מאת הבנק מסתמכת, למעשה, על הרישום שעושה הבנק בספריו, הרי שבענין זה צריכים לחול העקרונות שנקבעו בעניין **בנק לאומי**, לגבי כוחם הראייתי של מסמכי הבנק (ראו בענין זה פסקאות 328 - 339 לפסק הדין). נציין, בתמצית, כי בפסק הדין הנ"ל נקבע, שסעיף בחוזה הקובע כי רשומה בנקאית מהווה ראיה לכאורה לאמיתות תוכנה, הינו תנאי מקפח. קביעה זו של בית הדין מבוססת, בעיקרה, על חקיקתו של [חוק המחשבים](#), התשנ"ה – 1995, אשר שינה את [פקודת הראיות](#), ביטל את ההסדר המיוחד הנוגע לרשומה בנקאית וקבע במקומו הסדר כללי לגבי רשומה מוסדית. במסגרת אותו תיקון חל מהפך בכל הקשור לקבילותם של רישומים הנערכים במהלך עסקים רגיל. על-פי הנוסח החדש נקבע, שכל רשומה מוסדית העומדת בתנאים הקבועים בחוק, תהווה ראיה [קבילה](#) להוכחת אמיתות תוכנה בכל הליך משפטי. דהינו, רשומה מוסדית תהווה ראיה קבילה (כחריג לכלל הפוסל עדות שמיעה) ותו לא, אולם לא ניתן לה מעמד מיוחד של "הוכחה לכאורה". לאור זאת קבע בית הדין באותו ענין, כי מתקיימת חזקת קיפוח לפי סעיף 4(7) [לחוק החוזים האחידים](#), הואיל והקניית

כוח של ראייה לכאורה למסמכי הבנק מטיל את נטל ההוכחה על מי שנטל זה לא היה מוטל עליו אילולא אותו תנאי. (ראו עוד בנושא זה: לוסטהויז ושפניץ, בע' 96). בית הדין הדגיש, כי חזקת הקיפוח מתקיימת גם כאשר המסמך מוגדר כראייה לכאורה ולא כראייה מוחלטת. המפקח טען בעניינו, כי מאחר ובית הדין כבר קבע כי תנאי הקובע שרשומות הבנק מהוות ראייה לכאורה לאמיתות תוכן הוא תנאי המקפח את הלקוח, הרי שקל וחומר שהקביעה, בסעיף 33 לחוזה, כי הצהרה גרידא מאת הבנק תשמש "הוכחה סופית" כלפי הלקוח היא מקפחת. המפקח טען, לפיכך, בסיכומיו כי הקביעה שבסעיף 33 לחוזה, לפיה הצהרה מאת הבנק תהווה "הוכחה סופית", או אפילו "ראייה לכאורה", מתנה על דיני הראיות וחלה עליה חזקת הקיפוח מכוח סעיף 4(6) לחוק. לאור זאת ביקש המפקח למחוק את העדיפות הראייתית של הצהרה מטעם הבנק המצויה בסעיף.

338. הבנק טען בסיכומיו, כי הצדדים הסכימו ביניהם לשנות את נוסח הסעיף, כך שהמילים "הוכחה סופית" יוחלפו במילים "הוכחה לכאורה", וכי טענות המפקח בסיכומיו מהוות חזרה מההסכמה שהושגה. לגופו של עניין, הבנק טען כי הקביעה בעניין **בנק לאומי**, בנוגע למעמדם הראייתי של מסמכי הבנק, יוחדה לספרי הבנק בלבד. לעומת זאת, בחלק אחר של אותו פסק דין, הדין בסעיף דומה מאד לעניינו (סעיף 29 לחוזה העו"ש של בל"ל) נקבע כי הסעיף איננו מקפח (ראו פסקה 342 לפסק הדין הנ"ל). הבנק אף מפנה לטענותיו בעניין סעיף 19 לחוזה. מעבר לכך, הבנק טען כי הסעיף נועד להסדרת עניין טכני ופרקטי המתייחס למשלוח הודעות על ידי הבנק וכי בכל מקרה מדובר בראייה הניתנת לסתירה. יתר על כן, לטענת הבנק אין בסעיף כדי לשנות את נטלי ההוכחה לגבי שאר יסודותיה העובדתיים של התביעה. הבנק טען עוד כי הענות לבקשת המפקח למחיקת העדיפות הראייתית של הצהרת הבנק, תוביל לתוצאה בלתי אפשרית מן הבחינה המעשית, כיוון שהצהרות הבנק בדבר המשלוח נסמכות בכל מקרה על הרישום במערך המחשוב של הבנק, ושימוש בדואר רשום תוך שמירתם של אישורי משלוח ייקר משמעותית את עלות השירות הבנקאי. כמו כן, לא ייתכן כי הבנק יידרש להוכיח משלוח כל הודעה באמצעות עדות ישירה של פקידיו ופקידי הדואר.

339. אכן, במסגרת מסמך ההסכמות הראשון, הסכימו הצדדים (ראו בע' 3 למסמך) כי המילים "הוכחה סופית" יוחלפו במילים "הוכחה לכאורה". למרות הסכמה זו, העלה המפקח בסיכומיו טענות גם כנגד מתן מעמד של "ראייה לכאורה" להצהרת הבנק ובכך חזר בו, למעשה, מההסכמה הקודמת. ואכן, במסגרת מסמך ההסכמות השני, שהוגש לבית הדין בחודש דצמבר 2007, ואשר מרכז את כלל ההסכמות שבין הצדדים, נעדרת הסכמה בנוגע לסעיף 33 לחוזה. כפי שהבהרנו בראשית דברינו,

לאור אופיו של הדיון בעניין שבפנינו ראינו מקום להתיר, במקרים מסויימים, חזרה מהסכמות דיוניות, במיוחד כשאלה נבעו מהתפתחויות משפטיות שחלו במהלך הדיון (ראו פסקה 32 לעיל).

340. לגופו של עניין: האם ההסכמה המקורית שהושגה בין הצדדים (ואשר ממנה נסוג, כאמור, המפקח) משקפת איזון ראוי? האם הקביעה שהצהרה מטעם הבנק מהווה ראיה לכאורה צריכה להיחשב כמקפחת? על מנת לברר שאלה זו, עלינו לבחון האם וכיצד מתנה ההסדר שבסעיף 33 לחוזה (על פי הנוסח שהוצע על ידי הבנק) על הדין הכללי. בעבר, נקבעו על-ידי המחוקק עקרונות בענין רישומים בנקאיים בפקודת הראיות. עקרונות אלו עמדו בתוקף עד לקבלתו של חוק המחשבים בשנת 1995. על פי הדין הישן, העניק המחוקק להעתק הרישום הבנקאי, המוגש כראיה בהליך משפטי, כוח ראייתי מיוחד, של ראיה לכאורה, וזאת בכפוף לתנאים מסויימים. (ראו: ריקרדו בן אוליאל, דיני בנקאות (2002) 157, להלן: "בן אוליאל"). מטרת ההוראות הללו היתה להקל על דרכי ההוכחה של ענינים הקשורים בבנקים, לייתר את הצורך בטלטול ספרי הבנק לבית המשפט ולמנוע את הטרחת פקידי הבנק לבוא ולהעיד מכלי ראשון על פעולה בנקאית מסויימת. (ראו: ע"א 174/88 גוזלן נ' קומפני פריזיאן דה פרטיסיפסיון, פ"ד מב(1) 563 (1988), פסקה 3; ע"א 5293/90 בנק הפועלים בע"מ נ' שאול רחמים בע"מ, פ"ד מז(3) 240 (1993), פסקה 12). אולם, בשנת 1995 נכנס לתוקפו חוק המחשבים, שתיקן את פקודת הראיות, ביטל את ההסדר המיוחד הנוגע לרשומה בנקאית וקבע במקומו הסדר כללי לגבי רשומה מוסדית. במסגרת אותו תיקון חל מהפך בכל הקשור לקבילות של רישומים הנערכים במהלך עסקים רגיל. על-פי הנוסח החדש נקבע, שכל רשומה מוסדית העומדת בתנאים הקבועים בחוק, תהווה ראיה קבילה להוכחת אמיתות תוכנה בכל הליך משפטי. דהינו, רשומה מוסדית תהווה ראיה קבילה, וזאת כחריג לכלל הפוסל עדות שמיעה, אך לא ניתן לה מעמד מיוחד של ראיה לכאורה. צדדים לחוזה רשאים, אמנם, להתנות על דיני הראיות (ע"א 127/60 'שרונה' מושב עובדים להתישבות שיתופית בע"מ נ' שטיינברג, פ"ד יד(3) 2191 (1960), 2196; אליהו הרנון, דיני ראיות (כרך א', 1970) בע' 37). אולם, השאלה היא האם יש בהתנאה כזו, במסגרתו של חוזה אחיד, כדי ליצור חשש לקיפוח הלקוחות. בענין בנק לאומי קבע כבר בית הדין, כי סעיף המתנה על דיני הראיות, בכך שהוא מקנה לרשומה בנקאית מעמד של ראיה-לכאורה, מקים חזקת קיפוח לפי סעיף 7(4) לחוק החוזים האחידים.

341. כאמור, על פי סעיף 36 לפקודת הראיות (כנוסחו דהיום), רשומות הבנק יכולות לשמש כראיה קבילה, אך הן אינן בגדר "ראיה לכאורה". נזכור, כי ראיה לכאורה

משמעה, שעל הצד השני לדיון להציג ראיות פוזיטיביות לאי נכונותה של הראיה (להבדיל מהכחשתה סתם). הנוסח שהוסכם בין המפקח לבנק, והמוצע כעת על ידי הבנק, הינו, שההצהרה הנסמכת על רשומות הבנק - הן בדבר עצם משלוח ההודעה והן בדבר מועד המשלוח - תשמש "ראיה לכאורה" לאמיתות תוכנה. נוסח זה מעביר למעשה את נטל ההוכחה מהבנק, עליו מוטל נטל זה על פי הדין, אל כתפי הלקוח. בכך מתקיימת חזקת הקיפוח המנויה בסעיף 4(7) [לחוק החוזים האחידים](#). האם יש בטענות הבנק כדי לסתור את חזקת הקיפוח? הבנק טען כי המדובר בעניין טכני שאיננו נוגע ליסודותיהן של עילות תביעה, וכי הסדרים אחרים הינם בלתי מעשיים - אם יידרש הבנק להוכיח משלוח כל הודעה באמצעות פקידיו ופקידי הדואר - או יקרים מדי - אם המדובר בהצגת אישורי משלוח הודעות באמצעות דואר רשום. ברור כי אין כל הגיון לחייב את הבנק לבסס הוכחת משלוח של כל הודעה באמצעות תצהיר שאיננו נסמך על הרישום במחשבי הבנק, אלא על ידע אישי של פקידי הבנק. אפשרות זו איננה מעשית בהתחשב בהיקף פעילותו של הבנק. כמו כן, ברור כי אין לחייבו בהצגת אישורי מסירת הודעות בדואר רשום בעת שתכליתו של סעיף 33 לאפשר לבנק לראות בכתובת שנמסרה לו ע"י הלווה או הערב הרלוונטיים, כל עוד לא נמסר לו אחרת, כמען למשלוח הודעות. עם זאת, כפי שצוין כבר לעיל, במסגרת דיונו בסעיף 19 לחוזה, ובהתאם לקביעותיו של בית הדין בעניין [בנק לאומי](#), ההסדר המנוי בסעיף 36 [לפקודת הראיות](#) בדבר "רשומה מוסדית" נועד להתגבר על קשיים אלו, בכך שרשומות הבנק יכולות לשמש כראיה קבילה לאמיתות תוכנו. יחד עם זאת, בביטולו של סעיף 37 לפקודה ביקש המחוקק להביע את דעתו כי בנושא זה, נקודת האיזון הראויה בין הבנקים ולקוחותיהם היא, כי לא תינתן עדיפות ראייתית מהותית שבדין לרישומי הבנקים, וכי יש להקנות לבתי המשפט את הסמכות לבחון את מהימנות הרשומות הבנקאיות במקרה הצורך. הרציונאל המרכזי שעומד מאחורי ההסדר שב**פקודת הראיות** הוא הקלת פרוצדורת ההוכחה, ייעול הדיון ומניעת הצורך להטריד את פקידי הבנק לבית המשפט, ולא אמון מיוחד בספרי הבנק. רציונאלים אלה מוצאים את פתרונם במסגרת הקביעה, לפיה רשומות מוסדיות המקיימות מספר תנאים, מהוות ראיות קבילות לתוכנו, אך לא מעבר לכך (אם כי, אין בדברים הללו כדי לשלול את האפשרות הסבירה שבית המשפט ייתן משקל ראייתי גבוה לרישומי הבנק, ובכלל זה הרישומים הנוגעים לזמן ומועד משלוח ההודעה). טענתו של הבנק, בדבר הכבדה יתירה שתיגרם לו אם יהיה עליו להטריח את פקידיו לבית המשפט בגין כל תביעה, מתייחסת למישור הקבילות ולא למישור המשקל של הראיות. אולם טיעון זה מאבד מכוחו לאור העובדה שהרשומה הבנקאית, מתוקף היותה רשומה מוסדית, ממילא קבילה כראיה.

342. בעיה נוספת בנוסח הסעיף היא שעלול להשתמע ממנו כאילו קיימת חזקה נוספת – הפעם חזקה חלוטה - לפיה אם הוכח עצם המשלוח של ההודעה (ומועד המשלוח), נוצרת חזקה חלוטה כאילו ההודעה גם נתקבלה אצל הנמען במועד, "בהתאם לסידורי הדואר הרגילים". אם זו אכן פרשנותו הנכונה של הסעיף, הרי שיש בכך התנאה על הדין (ראו סעיף 57ג לפקודת הראיות). על מנת להסיר ספק בעניין זה אנו סבורים כי מן הראוי לקבוע בסעיף במפורש, כי משהוכח עצם משלוח ההודעה ומועד המשלוח, נוצרת חזקה לכאורה, בדבר מועד המסירה. דהיינו, שהמכתב נמסר לנמען במועד שבו היה המכתב מגיע לתעודתו בדרך הרגילה של הדואר, אלא אם כן הוכיח הנמען אחרת.

343. לאור האמור לעיל, אנו קובעים כי הרישא של סעיף 33 לחוזה תשונה, כך שיאמר בה כדלהלן:

"הודעה שתישלח לאחד מיחידי הלווה או אל הערבים לפי הכתובות המפורטות בהסכם זה או כתובת הנכס או כתובת אחרת שעליה יודיעו הלווה ו/או הערבים – יראו אותה כאילו נשלחה ונתקבלה על ידם במועד בהתאם לסידורי הדואר הרגילים, אם לא הוכח אחרת. הצהרה בכתב מאת הבנק תשמש ראיה קבילה בדבר הזמן והמשלוח של ההודעה..."

סעיף 34 – פירעון מוקדם

סעיף 34(ב) – זקיפת תשלומים במקרה של פירעון מוקדם.

344. הסעיף עוסק בפירעון מוקדם של ההלוואה או חלקה. סעיף 34(ב) עוסק בזקיפת התשלומים בגין הפירעון המוקדם, ובאופן בו ישפיע פירעון מוקדם חלקי על תקופת ההלוואה ועל התשלומים החודשיים, וקובע את הדברים הבאים:

"במקרה של פירעון מוקדם של יתרת ההלוואה, (לרבות כל חלק ממנה), יהיה הבנק רשאי לזקוף את סכום הפרעון המוקדם בשלמות ע"ח חלק כלשהו מחלקי ההלוואה, או לזקפו ביחס שווה או בכל יחס אחר ע"ח חלקי ההלוואה האמורים, הכל לפי ראות עיניו של הבנק ולפי שיקול דעתו הבלעדי, אלא אם כן, הודיע הלווה לבנק בכתב בעת ביצוע התשלום, לנהוג אחרת.

במקרה של תשלום ע"ח פירעון מוקדם חלקי של ההלוואה הצמודה בלבד, התשלום ישוערד ויקטין את יתרת הקרן בהתייחס לתוצאות השערוד. לאחר הפירעון המוקדם הנ"ל, ימשיך הלווה לשלם לבנק את התשלומים החודשיים ללא שינוי, בהתאם לתנאי הסכם ההלוואה עד לסילוקה המלא של יתרת ההלוואה (להלן: "סילוק חלקי" לשם קיצור תקופת ההלוואה").

הלווה יהיה רשאי לבקש בכתב מהבנק בכפוף להסכמת הבנק בכתב, כי במקום סילוק חלקי לשם קיצור תקופת ההלוואה כאמור לעיל, תישאר תקופת ההלוואה בהתאם להסכם ההלוואה והתשלומים החודשיים יוקטנו בהתייחס ליתרת הקרן לאחר תוצאות השערוך הנ"ל".

345. הנושא של זקיפת תשלומים נדון כבר בקשר להוראת סעיף 20 להסכם, שהיא ההוראה העיקרית העוסקת בעניין זה. לא ראינו מדוע צריך להתקיים שוני בין ההסדר הכללי לעניין זקיפת תשלומים, לבין ההסדר במקרה של פירעון מוקדם. לפיכך, ועל מנת לפשט את נוסח ההסכם ולמנוע אי בהירויות מיותרות, אנו מורים כי במקום הפיסקה הראשונה של סעיף 34(ב) ייכתב כדלהלן:

"במקרה של פירעון מוקדם של יתרת ההלוואה (לרבות כל חלק ממנה) יזקפו התשלומים בהתאם להוראת סעיף 20 להסכם, ובכפוף להוראות סעיף זה."

ניסוח זה מיתר את הצורך לדון במחלוקות הקונקרטיות המרובות שהתעוררו בין הצדדים בענין זה.

סעיף 34(ג) - עמלת פירעון מוקדם של הלוואות שלא לדיור שלא נקבעו להן כללים לגבי גובה עמלת הפירעון המוקדם

346. סעיף זה, עוסק בעמלת הפירעון המוקדם שתחול על הלוואות שלא לדיור. הסעיף קובע כי:

"אם הנכס הממושכן אינו דירת מגורים, ללווה ו/או לכל אדם שזכותם עלולה להיפגע ממתן משכון זה עפ"י האמור בסעיף 12ד(2) להסכם או ממימוש, לא תהיה זכות לפרוע את חובותיהם לבנק לפי הסכם זה לפני הגיע זמן הפירעון הקבוע וכן לא תהיה להם כל זכות שהיא המוענקת להם על פי סעיף 13(ב) [לחוק המשכון](#) התשכ"ז או כל הוראה אחרת שתבוא כתיקון או כתחליף להוראה זו.

בכל מקרה בו ייעתר הבנק לפירעון מוקדם של תשלום כל שהוא על חשבון קרן ו/או הפרשי הצמדה ו/או תשלומים אחרים, יהא הבנק רשאי לחייב את חשבון הלווה בעמלות כנקוב ב**צו הבנקאות** (עמלת פרעון מוקדם)(תיקון), התשמ"ט – 1989, או כל צו אחר שיבוא להחליפו או לתקנו כפוף לשינויים הבאים:

(1) "הריבית הממוצעת", כהגדרתה בצו, כפי שהיא מתפרסמת מפעם לפעם על ידי בנק ישראל, תופחת לצורכי חישוב עמלת היוון בגין הפרשי ריבית ב- 2 נקודות אחוז.

(2) לא יחולו ההנחות בצו הנ"ל".

הסעיף קובע כי במקרה בו הנכס הממושכן אינו דירת מגורים, לא תעמוד ללווה הזכות לפרוע את הלוואה בפירעון מוקדם. המפקח טען כי הסעיף מתנה על ההוראה הקוגנטית שבסעיף 13 [לפקודת הבנקאות](#). הוראה זו מבטיחה את זכות הפירעון המוקדם לכל הלוואה שניתנה לשם רכישת דירת מגורים, ולא רק כאשר הנכס הממושכן הוא דירת מגורים (כפי שקובע ההסדר החוזי). כמו כן, האמור בסעיף סותר את האמור בהוראת ניהול בנקאי מס' 454 שעניינה "עמלת פירעון מוקדם של הלוואה שלא לדיור" (להלן: "הוראה 454"), לפיה תאגיד בנקאי איננו רשאי לסרב סירוב בלתי סביר לפירעון מוקדם של הלוואה שאינה עולה על 750,000 ₪. על כן מתבקש תיקונו של סעיף 34(ג) לחוזה כך שהוא יותאם לאמור ב[פקודת הבנקאות](#) ולאמור בהוראה 454. הוסכם בין הצדדים (מסמך ההסכמות השני, סעיפים 75-76), והסכמה זו מקובלת עלינו, כי הסעיף ישונה כדלהלן:

”עמלת פירעון מוקדם של הלוואות שלא לדיור :

אם הנכס הממושכן אינו דירת מגורים, ו/או אם ההלוואה ניתנה שלא לשם רכישת דירת מגורים, זכותו של הלווה ו/או של כל אדם שזכותו עלולה להיפגע ממתן המשכון לפי כתב זה או ממימוש, לפדות את המשכון על הנכסים הממושכנים על ידי פירעון הסכומים המובטחים לפני הגיע זמן הפירעון הקבוע, כפופה לתשלום עמלת פירעון מוקדם וכל תשלום אחר, כפי שיהיו נהוגים בבנק בעת הפירעון המוקדם, עד לתקרת השיעור המרבי (אם יהיה) של העמלות והתשלומים כאמור, שהבנק יהיה רשאי לגבות באותה עת, על פי הוראות כל דין ו/או בנק ישראל. היה הבנק רשאי, על פי הוראות כל דין ו/או בנק ישראל לגבות עמלות פירעון מוקדם ו/או כל תשלום אחר בשיעורים שונים, יגבה הבנק את השיעור הגבוה מביניהם. בנוסף לאמור, יהיה הבנק רשאי לקבוע מועדים להודעה מוקדמת לפירעון לפני המועד ו/או כל תנאי אחר בכפוף לדין ו/או [הוראות בנק ישראל](#). מובהר בזאת כי סעיף 13(ב) [לחוק המשכון](#), תשכ”ז-1967 או כל הוראה שתבוא כתיקון או כתחליף לסעיף זה לא יחולו על הצדדים”.

סעיף 35 – הודעה על פי חוק הגנת הפרטיות, התשמ”א – 1981

סעיף 35(ג) - מסירת מידע על ידי הבנק לגופים הקשורים בהלוואה

347. סעיף 35 לחוזה מיידע את הלווה ואת הערבים, על כך שהפרטים והנתונים השונים שנמסרו על ידם לבנק – הן כאלה שהחובה למסרם לבנק היא על פי דין והן כאלה שנמסרו, לכאורה, באופן וולנטרי – יאגרו במאגרי מידע (כמשמעם [בחוק הגנת הפרטיות](#), התשמ”א – 1981). המחלוקת שבין הצדדים נסבה אודות סעיף 35(ג) לחוזה. סעיף זה מתיר לבנק למסור כל מידע או נתון המצוי ברשותו למשרד הבינוי והשיכון, למשרד האוצר וכן ”לכל גוף אחר הקשור במימון חלק כלשהו מההלוואה, או בביטוח הנכס, או בביטוח אחר כל שהוא”.

348. לטענת המפקח, נוסחו של הסעיף רחב וגורף מדי, הן ביחס להיקף המידע שרשאי הבנק לגלות והן בנוגע להיקפם של נמעני הגילוי הפוטנציאליים. המפקח סבור כי יש בסעיף זה כדי להתנות על חובת הסודיות הבנקאית, המעוגנת, בין היתר, בהוראות סעיפים 2(8) ו-2(9) [לחוק הגנת הפרטיות](#), התשמ”א – 1981 (ראו, למשל: [רע”א 1917/92 סקולר נ’ גירבי, פ”ד מז\(5\) 764 \(1993\)](#) (להלן: ”עניין סקולר נ’ גירבי”). על המקורות לחובת הסודיות הבנקאית ראו גם בן אוליאל, בע’ 108). כמו כן, המפקח סבור כי יש בסעיף התנאה, לרעת הלקוח, על היקף ההגנות הנתונות לבנק על פי סעיף 18 [לחוק הגנת הפרטיות](#). לפיכך סבור המפקח כי מתקיימת חזקת הקיפוח המנויה בסעיף 4(6) [לחוק החוזים האחידים](#). המפקח הוסיף וטען כי

הסעיף אף מנוגד לאמור בחוזר הבנקים מיום 25/12/95 (חוזר מס' ח-06-1791), על פיו נאסר על תאגיד בנקאי להעביר לאדם אחר, לרבות לחברות הקשורות לתאגיד הבנקאי, מידע אודות הלקוח, אלא אם כן הלקוח הסכים לכך מראש ובכתב.

349. לטענת הבנק, אין מניעה להתנות על חובת הסודיות הבנקאית ועל היקפה. באשר לצורך שבסעיף 35(ג) לחוזה, טען הבנק כי המדובר בהעברת מידע שהיא חיונית לצורך מתן השירותים הקשורים בהסכם, וזאת בניגוד להעברתו של מידע לצרכים שיווקיים גרידא, אליה מתייחס חוזר המפקח. הבנק טען כי העברת המידע המוסדרת בסעיף 35(ג) נועדה, למעשה, גם לטובתו ולתועלתו של הלווה, ומשום כך אף מתקיימת הסכמה משתמעת של הלקוח למסירת מידע כאמור. כמו כן, מסירת המידע המוסדרת בסעיף הנ"ל מצויה בגדר ההגנות המנויות בסעיפים 18(2)(ב) ו-18(2)(ג) [לחוק הגנת הפרטיות](#), שהרי, לפי עמדת הבנק, מסירת המידע מטעם הבנק נעשית במסגרת חובתו המקצועית ובמסגרת הגנה על עניין כשר של הבנק, כיוון שהבנק מוסר מידע רק לגופים מבטחים או מממנים המבקשים אותו ממנו. הבנק אף הביע נכונותו לשנות את נוסח הסעיף כך שיובהר כי המידע אשר אותו רשאי הבנק למסור יהיה קשור אך ורק במימון ההלוואה או בביטוח הנכס או בביטוח אחר כלשהו הקשור בהלוואה וכן מידע שמחובת הבנק למסור בהתאם להוראות הדין.

350. בסיכומי תשובתו הודיע המפקח כי הוא מוותר על הדיון בסעיף 35(ג) לחוזה וציין כי יפעל בנושא זה מול הבנק מכוח סמכותו (וראו סעיפים 5(1) ו-5(2) [לפקודת הבנקאות](#), הקובעים את סמכותו של המפקח על הבנקים להתקין "הוראות ניהול בנקאי תקין"). כפי שהבהרנו בראשית הדברים (ראו פסקאות 23 – 31 לעיל), אנו סבורים כי בית הדין רשאי לדון ולהכריע בסעיף חרף הודעת הויתור מצד המפקח, אם בית הדין סבור כי הותרת הסעיף על כנו עלולה לקפח את לקוחות הבנק. גם הודעת המפקח כי יפעיל את סמכותו בנושא זה כלפי הבנקים אין בה, כמובן, כדי לגרוע מסמכותו של בית הדין לדון ולהכריע ביחס לסעיף 35(ג) לחוזה, בדיוק כשם שאין בפסק הדין כדי לגרוע מכוחו של המפקח על הבנקים לפעול במסגרת סמכותו הוא ועל פי שיקול דעתו, בבחינת "אין מלכות נוגעת בחברתה".

351. משכך, מגיעים אנו לגופו של ענין: האם סעיף 35(ג) לחוזה עלול לקפח? מחד גיסא, ברור כי יש לאפשר לבנק למסור לגופים שונים פריטי מידע מסויימים הנוגעים ללווים ולערבים לצורך שמירה על אינטרסים חיוניים של הבנק. לעיתים מסירת מידע כזה עשויה אף לשרת את טובתו ותועלתו של הלקוח עצמו. מאידך גיסא, נראה לנו כי הסעיף בנוסחו הקיים הוא אכן רחב מדי. הנוסח הקיים עלול לאפשר

פגיעה בפרטיותו של הלקוח וכן בחובת הסודיות הבנקאית שחב הבנק ללקוחותיו, מעבר לנדרש לצורך הגנה על האינטרסים הלגיטימיים של הבנק. למעשה, למרות שיש בסעיף הגבלה מסויימת בנוגע להיקף מקבלי המידע, אין בו כל סייג ביחס לסוג המידע המועבר ולמטרתו. לכאורה, הסעיף מאפשר גם מסירת מידע שיווקי לכל גוף שיש לו קשר כלשהו, ולו גם מזערי או עקיף, להלוואה, למימונה, לביטוח הנכס הממושכן או לכל ביטוח אחר. בכך גם מתימר הסעיף להרחיב את היקף ההגנה המוקנה לבנק, לענין מסירת מידע, על פי סעיף 18 [לחוק הגנת הפרטיות](#). העקרונות לענין ההיקף הלגיטימי של מסירת מידע על ידי הבנק נקבעו כבר, למעשה, על ידי בית הדין בעניין **בנק לאומי** (ראו פסקאות 269 - 285 לפסק הדין). אין טעם לחזור על הדברים שנכתבו שם במלואם, אך ראוי לשוב ולאזכר, ולו רק בקליפת האגוז, את העקרונות שנקבעו שם: על הבנק מוטלת חובת סודיות לגבי ענייניו של הלקוח. מקור החובה נעוץ, בין השאר, [בחוק הגנת הפרטיות](#), תשמ"א-1981, בעקרון תום הלב וביחסי השליחות שבין הבנק והלקוח (ראו בן-אוליאל, בע' 108). חובה זו נובעת גם ממהותו של החוזה בין הבנק והלקוח ומאופייה של מערכת היחסים שביניהם (למאפייניה של חובת הסודיות הבנקאית ראו, בהרחבה: Ross Cranston, *Principles of Banking Law* (2nd ed., 2002) 167-182). ענינו של הלקוח הוא שהמידע שיש בידי הבנק אודותיו לא יהפוך לנחלת הכלל והוא נותן אמונו בבנק, כי ישמור על מידע פרטי זה ולא ייתן לו פומבי (עניין **סקולר נ' ג'רבי**, בע' 771, 775). חובת הסודיות של הבנק כלפי הלקוח אינה מוחלטת. בנסיבות שונות יש לבנק (או אף ללקוח עצמו) אינטרס לגיטימי להעביר לגורמים חיצוניים מידע אודות הלקוח. עם זאת, נקודת המוצא היא שחובת הסודיות החלה על הבנק היא הכלל ואילו גילוי המידע הוא החריג. על פי פסק-הדין האנגלי המנחה בעניין זה, *Touriner v. National Provincial and Union Bank of England* [1924] 1KB 461 (C.A.), קיימים ארבעה חריגים לכלל הסודיות הבנקאית, שבהתקיים אחד מהם רשאי הבנק לגלות מידע על לקוחו. חריג ראשון: הבנק רשאי (ואף חייב) לגלות מידע כאשר מוטלת עליו חובה חוקית לעשות כן (במצבים יוצאי דופן עלולה להתעורר התנגשות בין חובת הגילוי לחובת הסודיות. השוו [ע"א 5893/91 טפחות בנק למשכנתאות לישראל בע"מ נ' צבאח, פ"ד מח\(2\) 573 \(1994\)](#)). חריג שני: הבנק רשאי (ואף חייב) לגלות מידע, כאשר קיים אינטרס ציבורי בגילוי. מדובר במצב שבו הנזק העלול להיגרם לאינטרס ציבורי חיוני עקב אי-גילוי המידע גובר על עניינו של הפרט בסודיות. חריג שלישי: מותר לבנק לגלות מידע אודות הלקוח כדי לשמור על ענייניו הכשרים של הבנק. יצוין, כי על פי הספרות המשפטית זהו חריג נדיר שקשה למצוא דוגמאות לשימוש בו. יתר על כן, בעניין **בנק לאומי** קבע בית הדין יש לפרש חריג זה באופן מצומצם, כך שהבנק יהיה רשאי לגלות מידע על מנת

להגן על אינטרס כשר של הבנק עצמו, אך בדרך כלל הוא לא יהיה רשאי להעביר מידע על מנת להגן על אינטרסים של גופים אחרים ואפילו אם הגופים הללו הן חברות הנמנות על "קבוצת הבנק". נקבע שם כי ענינו של הבנק במסירת המידע צריך להתפרש בצורה זהירה ומצמצמת. ענינו של הבנק משקף הגנה לגיטימית על אינטרסים כלכליים של הבנק, למשל במקרה בו הבנק תובע את הלקוח בגין אי-מילוי התחייבויותיו כלפי הבנק (בן אוליאל, בע' 126) אולם גילוי מידע לחברות אחרות הנמנות על קבוצת הבנק, אינו נכלל בגדר הפרשנות המצומצמת הניתנת לחריג זה בחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981. החריג הרביעי המאפשר גילוי הוא הסכמה של הלקוח לגילוי המידע אודותיו. הסודיות הבנקאית נועדה להגנת הלקוח ולכן אם הסכים הלקוח מרצונו לוותר על סודיות המידע אודותיו, משוחרר הבנק מחובה זו. כל החריגים הללו, שמקורם כאמור בפסיקה האנגלית, באים לידי ביטוי במסגרת חוק הגנת הפרטיות. שלושת החריגים הראשונים מהווים חלק מההגנות שבסעיף 18 לחוק ואילו חריג ההסכמה בא לידי ביטוי כבר בהגדרת היקף האיסור של פגיעה בפרטיות, במסגרת סעיף 1 לחוק. למעשה, בהתקיים אחד משלושת החריגים הראשונים מדובר, על פי החוק, בהפרת האיסור, אלא שזוהי הפרה מוגנת, בעוד שכאשר מתקיים מצב של הסכמה, אין מדובר בהפרה של האיסור מלכתחילה.

352. טענתו העיקרית של הבנק בענינו (כמו גם טענתו העיקרית של הבנק בעניין **בנק לאומי**) נסמכת על הסכמת הלקוח לגילוי המידע. הבנק מסתמך על ההסכמה המובעת בסעיף 35(ג) לחוזה וטענתו היא כי בעובדה שמדובר בהסכמה הניתנת במסגרת חוזה אחיד אין כדי לגרוע מתוקף "הסכמתו האמיתית" של הלקוח, שהרי גם חוזה אחיד הוא בגדר חוזה. נראה לנו כי בכך נתפס הבנק לכלל טעות. הסכמתו של הלקוח במסגרת החוזה האחיד היא בדיוק זו העומדת כאן למבחן. לכן לא ניתן להסתמך על הסכמה זו, כשלעצמה, על מנת לחסן את הסעיף מפני ביקורתו של בית הדין, שהרי בכך נוצר מעין "מעגל שוטה". אנו סבורים, לפיכך, כי הסעיף לא יחשב כמקפח כאשר גילוי המידע על ידי הבנק נועד למטרת אחד משלושת החריגים הראשונים שמנינו, דהיינו: על מנת לקיים חובת גילוי המוטלת על הבנק מכוח חוק, או על מנת למנוע נזק העלול להיגרם לאינטרס ציבורי חיוני, או על מנת להגן על אינטרס כשר של הבנק (על פי המשמעות המצומצמת שניתנה למושג זה, כמובהר לעיל). ככל שהדברים אמורים בחריג ההסכמה: יש להניח כי הלקוח מן הסתם מסכים שהבנק יגלה מידע כאשר הגילוי נועד לקדם אינטרס של הלקוח עצמו ולטובתו של הלקוח, אך אין להניח שהלקוח מסכים שהבנק יגלה מידע אודות הלקוח לצורך קידום אינטרס שיווקי או מסחרי של הבנק או של הגוף מקבל המידע.

353. כאמור, הנוסח הנוכחי של הסעיף אינו מגביל את מטרת הגילוי. צדק, לפיכך, המפקח בטענתו (המקורית, בטרם זנח טענה זו בסיכומיו) כי מתקיימת כאן חזקת הקיפוח המנויה בסעיף 4(6) לחוק החוזים האחידים. לדעתנו מתקיימת כאן גם החזקה המנויה בסעיף 4(1) לחוק, שכן הסעיף מנסה להרחיב, כאמור, את היקף ההגנה המוקנה לבנק, לענין מסירת מידע, על פי סעיף 18 לחוק הגנת הפרטיות. אנו קובעים, לפיכך, כי סעיף 35(ג) בנוסחו הקיים יבוטל.

354. למען הסר ספק: כפי שהובהר, אנו מכירים בעובדה שלעיתים העברת מידע אודות הלקוח היא חיונית לצורך מתן השירותים נשוא החוזה. אנו מורים על ביטול הסעיף הקיים רק בשל היותו מנוסח באופן רחב מדי. הבנק יוכל לכלול בחוזה סעיף המאפשר מסירת מידע אודות הלקוח, מבלי שסעיף כזה ייחשב כמקפח, אם הסעיף ינוסח הן באופן המגביל את היקפם של הגופים נמעני המידע (לרשויות הרלבנטיות ולגופים הקשורים במימון ההלוואה או בביטוח הנכס), והן באופן המגביל את מטרת העברת המידע (לאחת מהמטרות שמנינו לעיל: קיום חובה על פי חוק, הגנה על אינטרס ציבורי חיוני, הגנה על אינטרס כשר של הבנק או למטרה שנועדה לטובת הלקוח עצמו). באופן כזה יוסר החשש שמא יעשה שימוש בסעיף לשם מסירת מידע למטרות שיווקיות או מסחריות של הבנק או של גופים הקשורים להלוואה. למעשה, תוצאה זו איננה רחוקה מזו שהבנק עצמו הסכים לה במסגרת סיכומיו, אלא שביקשנו למקד ולהבהיר את גבולותיו הלגיטימיים של הסעיף.

355. לאור האמור לעיל אנו מורים על מחיקת סעיף 35(ג) להסכם או המרתו בנוסח המפורט להלן, על פי בחירת הבנק:

"הלווה מסכים כי הבנק יהיה רשאי בכל עת למסור מידע למשרד הבינוי והשיכון ו/או למשרד האוצר או לכל גוף אחר הקשור במימון חלק כל שהוא מההלוואה, או בביטוח הנכס או בביטוח אחר הקשור להלוואה, לפי בקשתם, ובלבד שהעברת המידע מתחייבת על פי חוק ו/או דרושה לצורך קיום אינטרס ציבורי חיוני ו/או נחוצה לשם הגנה על אינטרס חיוני של הבנק ו/או נועדה לטובתו של הלווה. הבנק לא ימסור מידע כאמור למטרות שיווקיות של הבנק ו/או של נמען המידע ו/או של כל גורם אחר."

סעיף 36 – הלוואות על פי תוכניות סיוע ממשלתיות

356. הסעיף קובע כי כאשר ההלוואה ניתנת במסגרת של הלוואות זכאות על פי תוכניות הסיוע הממשלתיות, יגברו ההוראות המצויות בתוכניות הסיוע על ההוראות המצויות בהסכם. כן קובע הסעיף, כי כל טעות שתימצא בתנאי כל שהוא מתנאי ההלוואה, דינה כטעות סופר, והלווה והערבים מסכימים מראש לתיקונה בהתאם לתנאי המסגרת של הלוואות הזכאות.

בבקשתו הלין המפקח על ההוראה המצויה בסיפא של הסעיף, לפיה הבנק מקנה לעצמו זכות מוחלטת לטעות בניסוח תנאי הלוואת הזכאות, מבלי שיידרש לשלם על כך מחיר כלשהו. למעשה, כך טען המפקח, הבנק שולל מהלווה את זכותו להעלות טענות כנגד טעויות המשיב. הבנק מצידו הביע נכונות למחוק את הסיפא של הסעיף, החל מהמילים "וכל טעות שתחול בתנאי" ועד לסוף הסעיף.

הצעת הבנק היתה מקובלת על המפקח, ועל כן הסכימו הצדדים (מסמך ההסכמות הראשון, עמ' 4), כי הסיפא של הסעיף - החל מהמילים "וכל טעות שתחול בתנאי" ועד סוף הסעיף - תימחק.

357. אנו מאשרים את ההסכמה האמורה. לאור זאת יתוקן הסעיף כאמור, וינוסח באופן הבא: **"בהלוואות זכאות על פי תוכניות הסיוע יגברו תכניות הסיוע הממשלתיות על האמור בהסכם זה"**.

סעיף 37 – תנאי העמדה לפירעון מיידי של הלוואות מתכניות סיוע ממשלתיות

358. הסעיף קובע כי אם יתברר שאירע אחד מהמקרים המפורטים בסעיף 17 להסכם, קרי: המקרים המאפשרים לבנק להעמיד את ההלוואה לפירעון מיידי, הבנק יהיה זכאי לתבוע מהלווה פירעון מיידי של ההלוואה בתוספת הפרשי הצמדה וריבית בשיעור החוקי המירבי, ממועד קבלת ההלוואה ועד ליום העמדתה לפירעון מיידי, ומיום זה תחול על סכום הפיגור ריבית פיגורים. אופציה נוספת העומדת לרשות הבנק, היא לתבוע מהלווה פירעון מיידי של ההלוואה, בתוספת ריבית פיגורים מיום ביצוע ההלוואה.

המפקח טען, כי חיוב הלווה לשלם ריבית פיגורים על כל ההלוואה באופן רטרואקטיבי ממועד קבלת ההלוואה, גם כאשר הכל התנהל כשורה במהלך התקופה שעד להעמדת ההלוואה לפירעון מיידי, רחוקה מלהיות סבירה במסגרת היחסים שבין הלווה לבין הבנק. הבנק קיבל את השגת המפקח, והצדדים הגיעו

להסכמה, לפיה במקרה בו יתברר כי קרה אחד או יותר מהמקרים המפורטים בסעיף 17 לחוזה, יפעל הבנק בהתאם להנחיות הממשלה, המעניקה את הלוואות הזכאות.

359. הוסכם על הצדדים (מסמך ההסכמות השני, סעיפים 79-80), כי בהתאם לאמור, ישונה הסעיף וינוסח באופן הבא:

“אם יתברר כי קרה אחד מן המקרים או יותר המפורטים בסעיף 17 להסכם זה יפעל הבנק בהתאם להנחיות הממשלה כפי שייקבעו מעת לעת”.

ניתן בזה תוקף להסכמה בין הצדדים. הסעיף יתוקן בהתאם להסכמה האמורה.

סעיף 38 – התחייבות הלווה להתגורר בנכס אם קיבל הלוואה שאינה במסגרת

זכאות אישית

360. סעיף זה מחייב את הלווה להתגורר בנכס בקביעות וברציפות במשך 30 חודשים מיום מתן הלוואה, במידה שההלוואה שקיבל הלווה במסגרת הלוואות משרד הבינוי והשיכון, ניתנה לו שלא במסגרת של זכאות אישית.

הצדדים הבהירו, כי נוסח זה נועד להבטיח את התקיימותם של תנאי הזכאות שנקבעו על ידי משרד הבינוי והשיכון בהלוואות מסוג שאיננו קיים עוד. על כן, הוסכם בין הצדדים (מסמך ההסכמות השני, סעיף 81), כי הסעיף יימחק.

אנו מאשרים את ההסכמה בין הצדדים ומורים על מחיקת הסעיף.

סוף דבר

361. א. הבנק יגיש לבית הדין, בתוך 21 ימים, עותק מתוקן של החוזה התואם את פסק הדין. בכל מקום בו ניתנה לבנק אפשרות לבחור בין ביטולו של סעיף בחוזה לבין ניסוח התניה בהתאם להצעתנו, יציין הבנק מה היא בחירתו. עותק החוזה המתוקן ישלח, לאחר שנאשר כי בוצעו בו התיקונים עליהם הורנו, לכל הלווים הקיימים של הבנק, בתוספת הבהרה כי הוא ישמש מעתה ואילך כבסיס להסדרת היחסים המשפטיים שבין הבנק ללווים במקום החוזה המקורי. למען הסר ספק נבהיר, כי מאחר והההליך הנדון הוא בקשה לביטול תנאים מקפחים לפי סעיף 16 [לתוקן החוזים האחידים](#) (ולא בקשה לאישור חוזה אחיד לפי סעיף 12 לחוק), לא יחולו הוראות סעיפים 14 ו-15 לחוק החוזים האחידים.

ב. בנוגע לחלק מההתניות הנכללות בסעיפים 15(ג) ו-15(ד) לחוזה (ראו לעיל פסקה 205(א) לפסק הדין) קבענו כי ביחס לחוזים שיכרתו בעתיד, רשאי הבנק לבחור בין שתי אפשרויות חלופיות. האחת: לבטל את ההתנאות השונות על הוראות חוק הערבות, תוך שמירה על העיקרון לפיו חיובי הערבים הם חיובים משניים וטפלים לחיובו של החייב העיקרי (הלווה). האפשרות השנייה, היא להותיר את ההתניות הללו על כנן, אלא שאז על הבנק להימנע מלעשות שימוש במונח "ערב", "ערבות" או "ערבים" (על הטייתו השונות של מונח זה) וכמו כן על הבנק לכלול בחוזה הוראה ברורה המבהירה באופן חד-משמעי כי חבותם של המתחייבים הנוספים היא חבות עצמאית לכל דבר וענין. יחד עם זאת, אפשרות בחירה זו קיימת, כאמור, רק לגבי חוזים שיכרתו בעתיד על בסיס הנוסח המתוקן. לעומת זאת, אין כיום דרך "לתקן" באופן רטרואקטיבי את המצג המטעה בחוזים שנכרתו על פי הנוסח הקיים. לאור זאת אנו קובעים, כי אם הבנק יבחר להותיר את התניות הללו על כנן (בהתאם ובכפוף להנחיות פסק הדין) יחול הדבר רק על חוזים שיכרתו על פי הנוסח החדש. ככל שמדובר בחוזים שכבר נכרתו על פי הנוסח הקיים, יהיה על הבנק להודיע בכתב, לכל הלווים והערבים, כי הוראות סעיפים 15(ג) ו-15(ד) לחוזה אינן חלות לגביהם.

362. שקלנו אם יש מקום להטיל על הבנק הוצאות משפט לטובת המפקח על הבנקים. אנו סבורים כי יש בעניין זה שיקולים לכאן ולכאן. מצד אחד, התברר – בסופו של הליך – כי חוזה ההלוואה שבו עשה הבנק שימוש לאורך השנים, כלל שורה ארוכה של תנאים מקפחים. לגבי חלק ניכר מהתנאים שנכללו בבקשת המפקח מצאנו כי יש מקום לבטלם או לשנותם באופן שיסיר את החשש לקיפוח הלקוחות. לגבי חלק מהתנאים הסכים הבנק עצמו, במהלך ההליך, שיש מקום לשנותם ואין לנו ספק כי שינויים אלה לא היו נעשים לולא ההליך בבית הדין. בכך יש כדי להצדיק הטלת הוצאות ההליך על הבנק. מצד שני, מצאנו שני טעמים העשויים להצדיק הימנעות מהטלת הוצאות. ראשית, ההתדיינות ביחס להסכם זה נעשתה במסגרת יוזמה ברוכה של רשויות המדינה (המפקח על הבנקים והיועץ המשפטי לממשלה) להעמיד למבחן שיפוטי בפני בית הדין לחוזים אחידים דוגמאות טיפוסיות של חוזים בנקאיים. במסגרת יוזמה זו נבחנו בעבר על ידי בית הדין ההסכמים הבאים:

1. חוזה עובר ושב (עו"ש) טיפוסי - פס"ד **בנק לאומי**, המצוי עדיין בהליכי ערעור;
2. חוזה ערבות חוק מכר טיפוסי - (ח"א (י-ם) 8011/02) **המפקח על הבנקים נ' "טפחות" בנק למשכנתאות בע"מ** (מצוי במאגר "נבו", תיק שהסתיים בהסכמה לה ניתן אישור בית הדין ביום 28.10.2007). בעקבות ההסכמות שהושגו בין

הצדדים גובשה הוראת ניהול בנקאי תקין 456 "נוסח של כתב ערבות לפי [חוק המכר \(דירות\) \(הבטחת השקעות של רוכשי דירות\)](#), התשל"ה – 1974".

3. חוזה למתן שירותים בנקאיים באמצעות רשת האינטרנט והטלפון הסלולרי - ח"א (י-ם) 8010/02 [המפקח על הבנקים נ' בנק הפועלים בע"מ](#) ("מצוי במאגר "נבו", ניתן ב- 9.2.2006).

363. מאחר וכל אחת מההתדיינויות הללו כרוכה בהשקעה של משאבים לא מבוטלים, החליטו נציגי המדינה, ובצדק עשו כן, לפזר את הנטל בין הבנקים השונים, ולבחור לכל אחת מההתדיינויות בנק שונה. איתרע מזלה של המשיבה, והחוזה שהתדיינות בעניינו נפלה בחלקה הוא מהסבוכים ומרובי המחלוקות שבחוזים הבנקאיים, אם לא הסבוך שבהם. עובדה זו חייבה אותה להשקיע משאבים רבים בהתדיינות, משאבים שאין לנו ספק שהם גבוהים מאלה שנדרשו מבנקים אחרים, שההתדיינות עימם עסקה בחוזים מורכבים פחות. במצב דברים זה, ייתכן כי לא יהיה זה הוגן להטיל על המשיבה, שהגנה בסופו של דבר על עמדות המערכת הבנקאית, גם את מלוא הוצאותיו של המבקש.

שנית, הבנק נהג במהלך הדיון בצורה הוגנת וראויה. הוא הגיע להסכמות עם המפקח בשורה ארוכה של עניינים, ולמרות שהותיר לפתחנו שורה ארוכה של מחלוקות, הרי שלא ניתן להלין עליו על הדרך בה ייצג את עניינו.

364. לאור השיקולים הנוגדים, ומכיון שממילא ההליך טרם בא עדיין לסיומו המלא (שהרי הורינו להגיש לעיוננו את הנוסח המתוקן של החוזה), אנו מאפשרים לצדדים להגיש – בתוך 21 ימים ובד בבד עם הגשת הנוסח המתוקן – את טענותיהם לענין פסיקת ההוצאות בתיק. אורך הטענות (לרבות אסמכתאות) לא יעלה על 3 עמודים.

365. בסיום פסק דינו נבקש להביע תקווה כי החלטותינו יישומו במהירות האפשרית וללא שיהוי נוסף. גם לשיטת הבנק (כפי שעולה ממספר ההסכמות שהושגו ללא צורך בהכרעה של בית הדין), החוזה המוגש היום ללקוח איננו ראוי וכולל סעיפים מקפחים רבים. הגיעה העת שהלווה ממוסד בנקאי יהיה מחויב בחוזה שהוא הוגן וראוי – חוזה המגן באופן הולם על האינטרסים של הבנק, מבלי לקפח את זכויותיו של הלווה.

ניתן היום, י"א באייר תשס"ט (5 במאי 2009), בהעדר.

מרים מזרחי 54678313-8002/02

מרים מזרחי, שופטת פרופ' עופר גרוסקופף, חבר ד"ר משה גלברד, חבר

מ"מ אב בית הדין

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה