



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחרים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

ע"י ב"כ עו"ד אמיר בכר ואחי

המבקש

- נ ג ד -

הבנק הבינלאומי הראשון למשכנתאות בע"מ

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

המשיב

פסק - דין

ראשית דבר

- 1 מעטים הם האנשים אשר אינם נזקקים בצומת זו אחרת של חייהם להלוואה
- 2 מבנק. זוג צעיר המבקש לרכוש לעצמו דירה, סוחר המעוניין לפתוח בית עסק,
- 3 יבואן המבקש להזמין משלוח של סחורה מחו"ל, משקיע החפץ לרכוש שליטה
- 4 בחברה הנסחרת בבורסה - כל אלה, כמו גם רבים אחרים, נדרשים לאשראי בנקאי
- 5 בסכומים משמעותיים מאד מבחינתם. הבנק מצידו מעוניין כמובן בהעמדת
- 6 האשראי, וזאת בהנחה שהמחיר שישולם על ידי הלווה (משמע, הריבית) יהווה
- 7 תמורה נאותה לשירות שהוא מעניק ולסיכון שהוא נוטל על עצמו, ושהביטחונות
- 8 שהלווה יעמיד להחזר ההלוואה (קרי, הערבים והבטוחות) יהיו הולמים.
- 9 ההתקשרות בין הבנק ללווה, באותם מקרים בהם הושגה הסכמה על תנאיה
- 10 הכלכליים של העסקה (שיעור הריבית, מועדי החזר, טיב הביטחונות וכיו"ב)
- 11 נעשית באמצעות חוזה אחיד המוכתב על ידי הבנק. דוגמא אופיינית לנוסח חוזה
- 12 אחיד מסוג זה היא העומדת לבחינתנו בתיק זה. בפנינו בקשה של המפקח על
- 13 הבנקים (להלן - "המפקח") לביטול ואו לשינוי של תנאים שונים בחוזה האחיד

בית



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 (להלן: "החוזה" או "ההסכם"), הקובע את התנאים המיוחדים להעמדת הלוואה
2 בבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ (להלן: "הבנק").
3

4 2. מלאכת בדיקתו של החוזה לא הייתה פשוטה. היא הצריכה הגשת כתבי טענות
5 ואסמכתאות המשתרעים על פני מאות ואלפי עמודים. היא חייבה התייחסות
6 כמעט לכל סעיף וסעיף משנה בחוזה. היא דרשה מאיתנו להתייחס לסוגיות
7 משפטיות שונות ומגוונות, מקצתן כאלה שלא נבחנו בעבר באופן יסודי בפסיקה
8 הישראלית. פסק דיננו זה מסכם, אפוא, התדיינות משפטית ארוכה ומסועפת.
9 תקוותנו היא שישומו המהיר על ידי הבנק, והפנמת לקחיו על ידי המערכת
10 הבנקאית, יביאו להסדרה צודקת והוגנת יותר של תחום האשראי הבנקאי
11 המובטח.
12

13 3. הבנק התריע בפנינו, וחזר והתריע, בעל פה ובכתב, מפני הפרת הציווי המקראי
14 "לא תשא פני דל" (ויקרא יט 16; וראו גם שמות כג 3) אשר רש"י מבהירו "שלא
15 תאמר עני הוא זה והעשיר חייב לפרנסו, אזכנו בדין, ונמצא מתפרנס בנקיות".
16 ואכן, היטב הזהרנו עצמנו כי עוצמתו הכלכלית של הבנק אין בה, כשלעצמה, סיבה
17 לגרוע מזכותו לעצב את תנאי החוזה באופן המגן על האינטרסים הכלכליים
18 והמשפטיים הלגיטימיים שלו. נהפוך הוא, האינטרס הציבורי הכללי - אשר
19 המופקד עליו הוא לא אחר מאשר המבקש בענייננו, המפקח על הבנקים בבנק
20 ישראל - הוא לוודא את שמירת יציבותם הכלכלית של הבנקים. יציבות המושגת,
21 בין השאר, באמצעות מכשירים משפטיים כדוגמת החוזה שהונח לפתחנו.
22

23 4. מאידך גיסא, שמנו לנגד עינינו גם את חלקו השני של הציווי המקראי - "ולא תהדר
24 פני גדול" - המורה לנו שלא להסיג את שיקול דעתנו המשפטי מפני עוצמתו של
25 הבנק ומפני חוכמתם של יועציו. לאור זאת ראינו לעצמנו חובה להקפיד עם הבנק
26 כי ההגנות שנטל לעצמו בחוזה אכן נחוצות לו באופן סביר. כאשר מצאנו טעם
27 והגיון בתנאים שניסח הבנק, במובן זה שהובררה לנו נחיצותם להגנת האינטרסים
28 הלגיטימיים של הבנק, השארנו את תנאי ההסכם על מכונם; באותם מקרים, והם



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 רבים למדי, בהם סברנו כי הבנק נטל לו הגנות המקפחות את הלקוח, לא היססנו
2 והגבלנו את הוראות החוזה לגבולות הנחוץ, למיטב הבנתנו המשפטית, להגנת
3 הבנק.

קיצור תולדות התיק

5 .5 הבקשה לשינוי תנאים מקפחים בחוזה אחיד או לביטולם (להלן: "הבקשה")
6 בקשר לחוזה הוגשה על ידי המפקח ב- 27.1.2002. הבנק הגיש כתב תשובה לבקשה
7 (להלן: תשובת הבנק") ביום 5.4.2002.

9
10 .6 ביום 9.9.2002 התקיימה ישיבת קדם משפט בפני השופט יהונתן עדיאל, אשר
11 בעקבותיה הגיש כל אחד מהצדדים תצהירי עדות ראשית לקראת סוף 2002.
12 מטעם המפקח הוגש תצהיר של מר מרדכי פיין, אשר שימש אותה עת כסגן
13 המפקח על הבנקים וכממונה על תחום יחסי בנק-לקוח (להלן: "תצהירו של מר
14 פיין"). מטעם הבנק הוגש תצהיר של הגב' דורית (דורה) כהן, עובדת הבנק, אשר
15 שימשה באותה עת כמנהלת מחלקת הלוואות של הבנק (להלן: "תצהירה של הגב'
16 כהן").

17 כן הגישו הצדדים, בתאריך 2 בדצמבר 2002, הודעה משותפת (להלן: "מסמך
18 ההסכמות הראשוני") במסגרתה פירטו מספר הסכמות אליהן הגיעו בעקבות משא
19 ומתן שהתקיים ביניהם.

20
21 .7 ביום 21.10.2003 התקיים דיון הוכחות בפני הרכב בית הדין בראשות השופט
22 יהונתן עדיאל, בו היו חברים מר עובדיה שרגאי ומר שלום דורון. במסגרת הדיון
23 נחקרו העדים מטעם הצדדים על תצהיריהם. בסיום הדיון הוקצבו 60 ימים לכל
24 אחד מהצדדים להגשת סיכומיו. כן הוסכם בתום הדיון כי מאחר וכתב המינוי של
25 מותב בית הדין יפקע בטרם הגשת הסיכומים, יועבר הדיון להרכב חדש.

26

מ"מ

מ"מ

מ"מ

56

ושל

מ"מ

מ"מ

מ"מ

מ"מ

מ"מ

מ"מ

מ"מ

מ"מ

מ"מ

מ"מ

מ"מ

מ"מ

מ"מ



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

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 קיימו 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.



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1

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.

9

לאחר השתלשלות ארוכה ומפרכת זו, הגיעה העת למתן הכרעתנו.

11

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:

20

א. היקף הפיקוח השיפוטי הראוי על החוזה הנדון – סעיפים 16 – 21 להלן.

21

ב. המשקל שראוי לייחס לעמדות הצדדים בהליך מעין זה – סעיפים 23 – 31 להלן.

23

ג. הרחבת חזית במהלך הדיון – סעיף 32 להלן.

24

ד. הבחירה בין ביטול של תנאי מקפח לבין שינויו – סעיפים 33 – 34 להלן.

25



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

- 1 ה. תחולת ההכרעה ביחס לחוזים קיימים (קרי, חוזים שנכרתו לפני מועד מתן
- 2 ההחלטה) – סעיפים 35 – 39 להלן.
- 3 ו. שיקול דעת הבנק בקביעת השיעורים והמועדים של העמדת ההלוואה –
- 4 סעיפים 42 – 44 להלן.
- 5 ז. אחריות וחבות הבנק במקרה שתשלום ההלוואה לא בוצע במועד מסיבות
- 6 התלויות בבנק – סעיפים 49 – 54 להלן.
- 7 ח. חיוב הלווה במועד נדחה – סעיפים 55 – 65 להלן.
- 8 ט. היקף התשלומים הנלווים בהם חייב הלווה, ושיקול דעת הבנק בקביעת
- 9 תשלומים נלווים נוספים – סעיפים 69 – 77 להלן.
- 10 י. הגבלת זכויות הלווה בנכס שמושכן להבטחת ההלוואה – סעיפים 78 – 84
- 11 להלן.
- 12 יא. חיוב הלווה לידע את הבנק על נזקים או ליקויים שנגרמו לנכס שמושכן
- 13 להבטחת ההלוואה – סעיפים 85 – 94 להלן.
- 14 יב. שיקול דעת הבנק בקביעת תנאי שטר המשכנתא – סעיפים 103 – 106 להלן.
- 15 יג. כוחו של הבנק לבצע מימוש עצמי של משכון על זכות אובליגטורית – סעיפים
- 16 107 – 110 להלן.
- 17 יד. נוסח יפוי הכוח עליו מתחייב הלווה לחתום – סעיפים 111 – 114 להלן.
- 18 טו. כוחו של הלווה לוותר על הזכות לסידור חלוף בשם בני ביתו בכלל, וילדיו
- 19 הקטינים בפרט – סעיפים 115 – 135 להלן.
- 20 טז. כוחו של הבנק להגיע להסכמי פשרה עם חברת הביטוח במקרה של נזק לנכס
- 21 הממושכן – סעיפים 145 – 148 להלן.



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

- 1 יז. הצהרת הערבים כי קראו את ההסכם וכי הם מסכימים לתנאיו – סעיפים
- 2 152 – 160 להלן.
- 3 יח. התניה על הוראות חוק הערבות באופן השולל מהערב את האפשרות להעלות
- 4 טענות הגנה שהיו עומדות לו לפי החוק – סעיפים 161 – 206 להלן.
- 5 יט. התניה על משקלם הראייתי של ספרי הבנק, חשבונותיו והצהרותיו – סעיפים
- 6 214 – 223 להלן.
- 7 כ. הנסיבות המאפשרות לבנק להעמיד את ההלוואה לפירעון מיידי (סעיף האצת
- 8 תשלומים) – סעיפים 224 – 270 להלן.
- 9 כא. שיקול דעת הבנק בזקיפת תשלומים לחלקים שונים של ההלוואה – סעיפים
- 10 276 – 283 להלן.
- 11 כב. שיקול דעת הבנק לקבל פירעון של ההלוואה מצד שלישי – סעיפים 286 – 293
- 12 להלן.
- 13 כג. כוחו של הבנק להמחות את זכויותיו מכוח הסכם ההלוואה – סעיפים 297 –
- 14 304 להלן.
- 15 כד. היקף הוצאות הגביה שהבנק רשאי להטיל על הלווים – סעיפים 305 – 309
- 16 להלן.
- 17 כה. הדרישה כי כל הנחה, ויתור או ארכה תעשה בכתב – סעיפים 312 – 315
- 18 להלן.
- 19 כו. פיצול תביעות וסעדים – סעיפים 316 – 320 להלן.
- 20 כז. הגבלת סמכות השיפוט המקומית בתביעות שמוגשות על ידי הלקוח כנגד
- 21 הבנק – סעיפים 323 – 332 להלן.



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 כח. שיקול דעת הבנק בשינוי שיעור הריבית – סעיפים 333 – 335 להלן.

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

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

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

7

8 15. בטרם נפנה לדון בתניות החוזה שבפנינו, ובמחלוקות שהתעוררו לגבי השאלה
9 האם ובאיזו מידה מדובר בתניות העלולות לקפח את לקוחות הבנק (הלווים),
10 נבקש להתייחס לשלוש סוגיות כלליות. בראשית הדברים נתייחס לטיב החוזה בו
11 עסקינן ולמגוון הרחב של הקשרים בהם הוא משמש. בהמשך נבהיר מספר
12 הבהרות ביחס לאופי הדיון וההכרעה בתיק זה. בסיום החלק הכללי נתייחס
13 להיקף התחולה של פסיקתנו על חוזים קיימים, שנכרתו בטרם מתן הפסק.
14

14

15

מהות החוזה בו עסקינן

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

15/11



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

- 1 "החל משנים בודדות ועד לעשרות שנים" כדברי הבנק, כאשר "זמן החיים
2 הממוצע של הלוואת משכנתה הוא כ- 12 שנים".
- 3
- 4 17. כנגזר מהאמור לעיל, משמש החוזה את הבנק להתקשרות במגוון רחב של
5 הקשרים. הבנק מסר כי החוזה משמש בעיקר להסדרת העמדת אשראי הניתן
6 בקשר עם נכסי נדל"ן, כגון הלוואות הממנות רכישת נכס מקרקעין, או הלוואות
7 לשם בניה עליו או שיפוץ מבנה, וכן הלוואות הניתנות למטרה אחרת ומובטחות
8 באמצעות נכס מקרקעין. עם זאת, הבהיר הבנק, שהחוזה משמש גם בהקשרים
9 נוספים, הכוללים "הן הלוואות למטרות עסקיות (לדוגמא, רכישת נכסים מניבים)
10 והן למתן הלוואות זכאות מכוח תוכניות סיוע ממשלתיות" (סעיף 8 בתצהירה של
11 הגב' כהן).
- 12
- 13 18. המגוון הרחב של עסקאות, אשר ביחס אליהן נעשה שימוש בהסכם, מביא לכך
14 שהלקוחות המוחתמים עליו הם בעלי מאפיינים מגוונים. מקצת הלקוחות
15 המתבקשים לחתום על חוזה זה הם אנשי עסקים, אולם בחלק ניכר מהמקרים,
16 חותמים על החוזה לקוחות פרטיים, הנוטלים הלוואות לצרכים שאינם עסקיים
17 ולעיתים הלקוחות הם אף בגדר זכאים מטעם המדינה.
- 18
- 19 19. הבנק הבהיר כי החותמים על חוזה זה אינם רק הלווים עצמם, כי אם גם כל מי
20 שחב כלפי הבנק בחבות משנית, אישית (קרי, ערבות), ולעיתים גם חפצית, ביחס
21 להלוואה. במילים אחרות, הסכם זה הוא הבסיס להתקשרות לא רק עם מקבל
22 האשראי, אלא גם עם הערבים להתחייבויותיו, וכן עם אלה מביניהם המשעבדים
23 את נכסיהם להבטחת חיובו של הלווה. בהערת אגב נציין כי הסכם זה למעשה
24 איננו מתאים כלל ועיקר להתקשרות עם מי שנושא בערבות חפצית בלבד, מבלי
25 שישכים להיות גם ערב אישית להלוואה (דינם של אלה, על פי האמור בסעיף 12
26 לחוק המשכון, התשכ"ז-1967, כדין מי שערב לחיוב, למעט העובדה שאין להיפרע
27 מהם אלא במימוש המשכון. להבחנה בין ערבות אישית לערבות חפצית ראו ע"א
28 664/89 בריח נ' בנק אוצר החייל, פ"ד מה(4) 783 (1991)).



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

- 1
- 2 20. המגוון הרחב של סוגי העסקאות, וכנגזר מכך גם של סוגי הלקוחות המתקשרים
- 3 בחוזה בו עסקינן, מחייב אותנו לנקוט בקו בדיקה מחמיר במספר היבטים.
- 4
- 5 ראשית, גיוון זה איננו מאפשר לנו להניח כי הלקוח המתקשר בהסכם הוא מתקשר
- 6 מתוחכם או בעל ידע של ממש בתחום הבנקאות. החוזה מיועד לכל אחד ואחת
- 7 מהציבור הרחב, ולפיכך אין לנו אלה להניח שידיעותיו והבנתו של הלקוח הטיפוסי
- 8 הם כשל אדם מן הישוב, אשר איננו בקי בעסקאות מסוג זה, ואשר יתכן מאד שזו
- 9 לו הפעם הראשונה בה הוא מתקשר בחוזה מסוג זה.
- 10 שנית, אין ביכולתנו להניח כי קיימת זיקה מסוימת בין העמדת ההלוואה לבין
- 11 רכישת הנכס המשמש להבטחתה, ואין באפשרותנו לדעת מה טיבה המדויק של
- 12 טובת ההנאה שצמחה ללקוח מהעמדת ההלוואה. דהיינו, לא נוכל להתייחס אל
- 13 הבנק כאל מי שמימן את רכישתו של נכס המקרקעין המשמש כבטוחה להלוואה.
- 14 בחלק מהמקרים זה עשוי אומנם להיות המצב, אולם, כמובהר לעיל, החוזה
- 15 משמש למגוון מצבים והלוואות: הן להלוואות המיועדות לרכישת הזכויות בנכס
- 16 אשר משועבדות להבטחת האשראי שניתן במסגרת החוזה (כגון לווה המקבל
- 17 הלוואה לרכישת דיור לעצמו ולמשפחתו), והן להלוואות המבוססות על שעבוד של
- 18 נכס קיים של הלקוח (כגון לווה המשעבד את דירת המגורים שלו לשם קבלת
- 19 הלוואה להקמת עסק). בדומה, החוזה מחייב גם כלפי כל סוג של לקוח, וזאת בלי
- 20 להבחין בין מי שהינו בעל אינטרס כלכלי בהעמדת ההלוואה (כגון בעלים של חברה
- 21 שחתם כלווה או כערב להלוואה שכספיה הוזרמו לחברה) לבין מי שאין לו כל
- 22 אינטרס כלכלי בעסקה (כגון, אישה שחתמה כלווה או כערבה לאשראי שניתן
- 23 בפועל לאחותה).
- 24
- 25 שלישית, ביחס לסוגים מסוימים של הלוואות קיימים הסדרים חוקיים מחייבים,
- 26 שהינם ייחודיים להם. כך, למשל, ביחס להלוואות מסוימות ("מילוה צמוד ערך")
- 27 קימות הגבלות סטטוטוריות על גובה הריבית המותרת מכוח חוק הריבית, תשי"ז
- 28 – 1957, והצווים שהוצאו מכוחו (ראו א' וינרוט ובי' מדינה, דיני הלוואות (2000) 51



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 92-). מאליו מובן, כי אין אנו יכולים לאשר הסדרים המתנים על הוראות חוק
2 מחייבות. ביחס להלוואות אחרות (לדוגמא, "הלוואות לדירור") קיימות הנחיות
3 שהוציא המפקח על הבנקים. (ראו, למשל, הוראת ניהול בנקאי תקין 451
4 שכותרתה "נהלים למתן הלוואות לדירור" - להלן: "הוראה 451"). מעמדן של
5 הוראות "ניהול בנקאי תקין" לגבי הבנקים מובהר בהוראה 1-300. לא כאן המקום
6 לדון בשאלת הכללית הנוגעת למעמדן הנורמטיבי המדויק של הנחיות המפקח על
7 הבנקים. לצורך עניננו, נציין כי די בכך שהצדדים לתיק זה התייחסו אל ההוראות
8 הללו כאל הוראות המחייבות את המערכת הבנקאית וכאל הוראות המשקפות
9 בדרך כלל איזון ראוי והוגן בין האינטרסים הלגיטימיים של הבנק לבין
10 האינטרסים הראויים להגנה של לקוחותיו. מטבע הדברים, נטייתנו היא לא לאשר
11 הסדרים המתנים על הוראות הניהול הבנקאי התקין. מאחר והחווה מטפל גם, אם
12 כי לא רק, בחוזים הזוכים להתייחסות מיוחדת הן בדין והן בהוראות ניהול בנקאי
13 תקין, היה צורך לוודא כי אין התנגשות בין ההסדרים הללו לבין הוראות החווה.
14 כך, למשל, למרות שהחווה לא מיועד רק להלוואות לדירור היה עלינו לוודא כי אין
15 התנגשות בין הוראותיו לבין הוראה 451, מאחר והחווה משמש גם להלוואות
16 דירור.

17
18 21. יתכן שטוב היה עושה הבנק אילו היה משתמש בנוסחי חוזה שונים, המותאמים
19 באופן מיוחד לסוגי ההלוואות ולסוגי הלווים השונים. כך, למשל, עשויים להיות
20 הבדלים של ממש - הן בדינים החלים והן בתנאים החוזיים הרלבנטיים - בין
21 הלוואה מסחרית לבין הלוואה למטרת רכישת דירת מגוריו של הלווה. עשויים
22 להיות גם הבדלים בין הלוואה המממנת את רכישת הנכס המשמש כבטוחה
23 לאותה הלוואה, לבין הלוואה שלהבטחתה שועבד נכס כלשהו מנכסי החייב. גם
24 סוג הנכס המשועבד להבטחת ההלוואה (האם מדובר בדירה המשמשת בפועל
25 למגורי החייב, או שמא בנכס מקרקעין אחר) עשוי להשליך הן על הדין החל והן על
26 תנאי החווה הרלבנטיים. מכל מקום, החווה שהונח לפתחנו הוא חוזה אשר חל,
27 כאמור, על סוגים שונים של הלוואות ושל לוויים. כמובהר, תחום חלותו הרחב של
28 החווה, והשימוש המגוון שנעשה בו, מחייבים אותנו לנקוט קו בדיקה מחמיר,



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 המבקש למנוע קיפוח בכל הקשר בו החוזה יכול לשמש, וכלפי כל סוג של לקוח,
2 כמובנו של מונח זה בסעיף 2 של חוק החוזים האחידים, התשמ"ג – 1982 (להלן:
3 "חוק החוזים האחידים").
4

אופי הדיון וההכרעה בתיק זה

5
6 22. להלן נבקש להבהיר בקצרה את גישתנו העקרונית לשלוש סוגיות כלליות הנוגעות
7 לאופי הדיון וההכרעה בתיק זה: ראשית, המשקל שיחסנו לעמדות הצדדים (כגון,
8 הסכמות שהושגו ביניהם או ויתור מצד המפקח על טענות מסויימות); שנית,
9 עמדתנו ביחס לטענות של "הרחבת חזית"; שלישית, מתן עדיפות להתערבות
10 בחוזה על דרך של שינוי התניה, על פני האפשרות של ביטולה.
11

המשקל שיחסנו לעמדות הצדדים

12
13 23. לעיל עמדנו על כך שהדיון המשפטי בתיק זה הקיף מספר רב מאד של מחלוקות.
14 למעשה, מעטים הם הסעיפים מבין 45 סעיפיו של החוזה שלא הותקפו על ידי
15 המפקח. במרבית המקרים כללה המתקפה מספר חזיתות, שכל אחת מהן נגעה
16 למספר פסקאות או סעיפי משנה של הסעיף בו דובר.
17

18 24. הצדדים עשו במהלך השנים ניסיונות להגיע לפשרות ביחס לניסוח הסעיפים.
19 בחלק לא מבוטל של המקרים עלה הדבר בידם. כאמור, לבית הדין הוגשו שני
20 מסמכי הסכמות, אשר במאוחר שביניהם נכללות כ- 40 הסכמות, אשר התבקשו
21 לתת להן את אישורנו.
22

23 25. גישתנו הבסיסית הייתה לקבל את הסכמות הצדדים, וזאת גם במקרים בהם ניתן
24 היה לעורר לגביהן ספק מהיבט זה או אחר. לפיכך הגבלנו את התערבותנו ברובן
25 המוחלט של ההסכמות הללו להיבטים טכניים, וגם זאת במשורה. יחד עם זאת,
26 במספר מוגבל מאד של הקשרים, לא יכולנו לקבל את מהות ההסכמה שבין
27 הצדדים, מאחר וסברנו כי היא איננה נותנת מענה מספק לבעיית קיפוח הלקוח.

27



בתי המשפט

בית הדין לתוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

- 1 במקרים אלה עמדו לנגד עינינו טיעוני הצדדים, ואנו הכרענו לפיהם על סמך מיטב
2 שיקול דעתנו השיפוטי.
- 3
- 4 26. ביחס לשתיים מהוראות ההסכם (סעיף 32 וסעיף 35(ג)) הודיע המפקח בסיכומי
5 התשובה כי הוא "מוותר על הדיון בסעיפים אלה, שכן הוא יפעל בקשר להם מול
6 הבנק מכוח סמכותו". בעניין אחר, אותו העלינו מיוזמתנו (סעיפים 12(ב) ו-12(ד))
7 (3) סברו שני הצדדים כי אין מקום להתערבותנו. למרות זאת, לא סברנו כי אנו
8 רשאים לפטור עצמנו מדיון ומהכרעה גם בסעיפים אלה. ההליך בבית הדין לתוזים
9 אחידים שונה במטרותיו ובמהותו מהליך משפטי אינדיבידואלי. פסק דין של בית
10 הדין לתוזים אחידים עשוי להשפיע על צדדים שלישיים רבים שאינם צד ישיר
11 להליך המשפטי, שהרי לקביעותיו של בית הדין יש השפעה על כלל ההתקשרויות
12 שנעשות על ידי הספק על פי אותו נוסח של חוזה. קל וחומר שכך הם פני הדברים
13 כאשר מדובר בחוזה של בנק, שלו ציבור לקוחות רחב מאד, ואשר הקביעות לגבי
14 תנאיו עשויות להשפיע, בעקיפין, גם על חוזה ההלוואה, המשכון והערבות של
15 בנקים אחרים. משום האופי הציבורי הרחב של ההליך, עשוי בית הדין לשקול
16 שיקולים שונים מאלה שבהליך אינדיבידואלי רגיל, שבמסגרתו ההשפעה הישירה
17 של פסק הדין נוגעת, בדרך כלל, רק לצדדים עצמם. הדבר דומה להליכים
18 משפטיים אחרים שאף בהם יש כדי להשפיע על אינטרס ציבורי רחב, החורג
19 מעניינם של הצדדים הישירים להליך, כגון בהליך של תובענה ייצוגית.
- 20
- 21 27. אכן, אין להתעלם מכך כי האינטרס הציבורי הכללי מיוצג בכל הליך בבית הדין על
22 ידי מבקש או על ידי משיב ציבורי, לפי הענין (ראו סעיפים 12 ו-16 לחוק החוזים
23 האחידים). בדרך כלל מיוצג האינטרס הציבורי על ידי היועץ המשפטי לממשלה או
24 בא כוחו. בתיק זה מיוצג האינטרס הציבורי על ידי המפקח על הבנקים. מסיבה זו
25 ראוי שבית הדין יתחשב בעמדותיהם של הצדדים להליך וייתן להן את המשקל
26 הראוי. אולם מנגד, אנו סבורים כי יש באופיו המיוחד של ההליך כדי להגביל את
27 שליטתם של הצדדים על ההליך. כך, כבר הבהרנו, כי לא ראינו עצמנו מחויבים
28 לקבל הסכמות שהושגו בין הצדדים, באותם מקרים בוודים בהם סברנו שאין בהן



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 כדי להסיר את הקיפוח. באותה מידה, אנו סבורים כי ויתור מצד המפקח על
2 טענתו בסעיף מסוים, אינו מחייב בהכרח את בית הדין להימנע מלדון באותו סעיף.

3

4 יתר על כן, אנו סבורים כי אם מובא חוזה אחיד בפני בית הדין, בין אם במסגרת
5 הליך לאישור חוזה אחיד ובין אם במסגרת בקשה לביטול תנאים מקפחים, רשאי
6 בית הדין להעלות לדיון ביוזמתו גם סעיף שהצדדים לא העלו כל השגות לגביו (או
7 אף הבהירו שאינו מקפח לשיטתם), אם בית הדין סבור שבשים לב למכלול תנאי
8 החוזה, ולשאר הנסיבות, עלול הסעיף להביא לידי קיפוח של לקוחות. מסקנה זו
9 מתחייבת, כאמור, הן בשל היקף השפעתו הרחב של פסק הדין והן לאור העובדה
10 שבית הדין מצווה לבחון את סוגיית הקיפוח של תנאי מסוים תוך התייחסות
11 לחוזה בכללותו (ראו סעיף 3 לחוק החוזים האחידים).

12

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



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

- 1
- 2 30. ברם במקרה כדוגמת ענייננו, בו גדרי המחלוקת בין הצדדים הם רחבים מאד,
- 3 ומתייחסים לחלק ניכר מהוראות החוזה, אין די בהבחנה המשפטית האמורה כדי
- 4 להצדיק התעלמות של בית הדין מתנייה שהיא מקפת בעיניו. כאשר התקיפה של
- 5 החוזה האחיד היא תקיפה רוחבית (להבדיל מתקיפה ממוקדת כלפי מספר מוגבל
- 6 של תניות), עלול להיווצר הרושם – הן בקרב הציבור הרחב וייתכן שאף בהליכים
- 7 משפטיים עתידיים – כי החוזה המדובר נבחן כבר על ידי בית הדין, ותנאי שלא
- 8 בוטל עשוי להיחשב כתנאי שאיננו מקפת. יודגש: איננו סבורים כי תנאי שנתר על
- 9 כנו במסגרת בקשה לפי פרק ד' לחוק החוזים האחידים, אכן מחוסן באופן
- 10 פורמאלי מפני ביטול או שינוי. חוזה אחיד שלא ניתן לו אישור בית הדין איננו
- 11 חסין מפני ביקורת שיפוטית, ומפני האפשרות שתנאי מתנאיו יבוטל מכוח חוק
- 12 החוזים האחידים, גם אם החוזה נבחן בבית הדין במסגרת בקשה לביטול תנאים
- 13 מקפחים. קל וחומר שכך ביחס לתנאים שכלל לא נדונו במסגרת הבקשה. ואף על
- 14 פי כן, בתוך עמנו אנו יושבים. ברי לנו כי טענות מסוג זה אכן עלולות להיטען וספק
- 15 אם בהליכים עתידיים יטרחו הצדדים הטוענים לדוק פורתא בסיבה שבגללה נותר
- 16 הסעיף על כנו. אנו סבורים לפיכך, כי הן על מנת למנוע תקלה מעין זו, הן משום
- 17 השפעתו רחבת ההיקף של פסק הדין והן משום החובה של בית הדין לבחון את
- 18 סוגיית הקיפוח על רקע בחינת כלל תנאי החוזה, הרי שגם אם מדובר בבקשה על
- 19 פי פרק ד' לחוק (כמו בתיק זה), רשאי בית המשפט לדון בתניה שהמבקש ויתר על
- 20 הדיון בה, ורשאי הוא להעלות ביוזמתו לדיון את שאלת היותו של תנאי כלשהו
- 21 בחוזה מקפת. מובן מאליו, כי אם הסוגיה מועלית לדיון ביוזמת בית הדין, חייבת
- 22 להינתן לצדדים הזדמנות נאותה להשמיע עמדתם ביחס לאותו ענין, בטרם יכריע
- 23 בדבר בית הדין (כפי שאכן נעשה בענייננו ביחס לסעיפים 12(ב) ו-12(ד)(3) לחוזה
- 24 הנדון).
- 25
- 26 31. סיכומו של דבר: בית הדין לחוזים אחידים נותן משקל נכבד להסכמות הצדדים,
- 27 אולם במקרים מתאימים עשוי הוא למלא תפקיד שיפוטי בעל אופי אקטיבי יותר
- 28 מאשר בהליך אינדיבידואלי רגיל. אנו סבורים כי הדבר מתחייב הן מאופיו המיוחד

||

||

||

||

||

||

||

||

||

||

||

||



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 של ההליך והן ממטרתו של חוק החוזים האחידים. חשיבות מיוחדת לאקטיביזם
2 מצד בית הדין קיימת, כאמור, במקרים של "תקיפת רוחב" של חוזה אחיד.
3 תחושת הציבור ביחס להתדיינויות מסוג זה היא שהחווה בכללותו עבר תחת שבט
4 ביקורתו של בית הדין, ועל כן העובדה שתנאים מסויימים בחוזה נותרו על כנם
5 מבלי שבוטלו או שונו על ידי בית הדין עלולה ליצור לכל הפחות מראית עין של
6 תקינות. מחובתו של בית הדין להקפיד אפוא, במידת האפשר, שהוראות מקפחות
7 לא יוותרו לאחר תקיפת רוחב, וזאת בכפוף למתן זכות טיעון נאותה למתדיינים
8 בפניו.

הרחבת חזית במהלך הדיון

11 32. התמשכות ההליכים בתיק הביאה לכך, שבעניינים מסויימים שינה המפקח את
12 טענותיו. היו אף מספר עניינים בהם העלה המפקח השגות שלא נזכרו בבקשתו
13 המקורית. בכמה עניינים אחרים חזר בו המפקח, במהלך ההליך, מהסכמות
14 מסויימות שהושגו קודם לכן בין הצדדים. הבנק הסתייג בהקשרים שונים
15 מ"הרחבת חזית" כזו או אחרת על ידי המפקח, וביקש כי נמנע מלדון בטענות
16 שהועלו רק במהלך ההתדיינות. הבנק אף טען, כי המפקח אינו רשאי לחזור בו
17 מהסכמות שהושגו בין הצדדים. נוכח תפקידו של בית דין זה לפעול למען הגשמת
18 מטרת החוק, "להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים אחידים", ובשים לב
19 לכך שבעניין שלא הוסדר בתקנות החוזים האחידים (סדרי הדין בבית הדין וסדרי
20 הדין בערעור), תשמ"ג-1983 מחובת בית הדין לדון "בדרך הנראית לו מועילה
21 ביותר להכרעה צודקת ומהירה" (סעיף 9(ג) לחוק החוזים האחידים) לא ראינו,
22 בדרך כלל, מקום לקבל השגות של הבנק לענין הרחבת חזית. כפי שהבהרנו לעיל,
23 השפעתו של סכסוך חוזי "רגיל" הנדון בבית משפט, מצומצמת בד"כ לצדדים
24 עצמם. אין זה המקרה בבית הדין. כאן נדון ענין בעל השלכה רחבת, לעיתים בעל
25 חשיבות ציבורית רבה (כמו חוזי בנקים), ולכן בית הדין עשוי במקרים מסויימים
26 לאפשר שינויים בעמדת המבקש, בעיקר אם שינויים כאלה נובעים משינוי נסיבות
27 או משינויים משפטיים שהתרחשו במהלך ההתדיינות. במקרים נדירים אף עשוי
28 בית הדין, בשל אותם שיקולים, לאפשר למבקש לחזור בו מהסכמות מסויימות

הח



משפט



10

משפט



18



21



24



27



בתי המשפט

בית הדין לתוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 שהושגו בין הצדדים קודם שחל שינוי נסיבות או שינוי משפטי. הקפדנו עם זאת
2 לוודא, כי נשמרה לבנק זכות תגובה נאותה על טענות מהותיות שהועלו במהלך
3 הדיון, וזאת הן ביחס לטענות שהעלה המפקח והן ביחס לטענות שהועלו מיוזמת
4 בית הדין.
5

בחירה בין ביטול התניה המקפחת לבין שינויה

6
7 33. כפי שיפורט להלן, בעניינים לא מעטים מצאנו כי ההסכם כולל תניות המקפחות
8 את זכויות הלווה, ומחייבות את התערבותנו. במצב דברים זה מורה סעיף 17 לחוק
9 החוזים האחידים כי עלינו לבחור בין החלופה של ביטול התנאי המקפח לבין
10 האפשרות של שינוי התנאי במידה הנדרשת לשם ביטול הקיפוח.

11 במקרה הרגיל, אין זה ממנהגו של בית דין זה לנסח מחדש את תניות החוזה
12 המקפחות בעבור הצדדים. על כן, במקרים רבים, מעדיף בית הדין לנקוט בחלופה
13 הראשונה, קרי ביטול התניה המקפחת (ראו, למשל, עניין **בנק לאומי**), לעיתים תוך
14 מתן אפשרות לספק להגיש נוסח חדש התואם את הנחיות בית הדין (השוו, למשל,
15 ע"א (י-ם) 90/96 **עמותת סינגור קהילתי נ' היועץ המשפטי לממשלה** (ניתן ב-
16 19.11.2001, מצוי במאגר "נבו") (להלן: "עניין סינגור קהילתי").

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

24 נוסח החוזה האחיד בו עסקינן הוא בעל חשיבות רבה לציבור רחב מאד של לווים
25 במדינת ישראל. כפי שפורט לעיל, ריבוי המחלוקות בין המפקח לבנק בעניין זה
26 גרם להתמשכות ההליכים, ולכך שחלפו שנים לא מעטות בין מועד הגשת הבקשה

ע.
מ.
*
המחוז
א. המחוז
ב.
ש.
ל.



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחרים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 למועד מתן הכרעתנו. במצב דברים זה ראינו לעצמנו חובה לעשות ככל שביכולתנו
2 כדי להביא להסרת הקיפוח מההסכם שהועמד לבחינתנו בהקדם האפשרי, וללא
3 כל שיהוי נוסף. מטעם זה מצאנו לנכון לקבוע, בכל מקרה בו סברנו שנוסח החוזה
4 הינו מקפח, לא רק את בטלותו של הנוסח הקיים, אלא גם את הנוסח התקין בו
5 רשאי הבנק להשתמש.

6
7 34. באותם מקרים בהם ניסחנו מחדש את תניות החוזה מבלי שהתבססנו על הסכמות
8 הצדדים, הותרנו לשיקול דעת הבנק את האפשרות לבחור בין אימוץ הנוסח
9 שהצענו לבין מחיקת התניה מההסכם. הכרעה זו תחייב את הבנק לא רק ביחס
10 לחוזים שיחתמו לאחר מועד מתן פסק דין זה, אלא גם ביחס לכל ההסכמים
11 הקיימים, כפי שיובהר בפסקאות 35 - 39 להלן. כן אנו מפנים את תשומת לב הבנק
12 לדברים שכתבנו בפיסקה 14 של ההחלטה השלישית בעניין **סינגור קהילתי**, לפיהם
13 חזקה על גוף בעל מעמד ציבורי (עמידר באותו עניין) "כי לאחר התדיינות מקיפה
14 וארוכת שנים בתנאי החוזה, תכבד את הכרעות בית הדין, ותמנע מביצוע שינויים
15 נוספים בנוסח החוזה המאושר בזאת (לפחות למשך 5 השנים הקרובות). השוו סעיף
16 14(א) (לחוק החוזים האחרים). היה וייווצרו נסיבות מיוחדת המצדיקות לדעת
17 עמידר שינוי בתנאי החוזה, אנו סבורים כי מן הראוי שעמידר תגיש בקשה לבית
18 הדין לאישור השינויים האמורים בטרם הכנסתם לגוף חוזי השכירות (השוו סעיף
19 14(ג) לחוק החוזים האחרים)". נוכח מעמדו המעין-ציבורי של הבנק, יפים דברים
20 אלה גם בענייננו.

תחלת הכרעתנו ביחס לחוזים קיימים

21
22 35. במסגרת הבקשה לשינוי תנאים מקפחים בחוזה אחיד או לביטולם, כלל המפקח
23 בקשה כי ככל שנורה על ביטול או שינוי תנאי ההסכם נעשה שימוש בסמכותנו על
24 פי סעיף 18 לחוק החוזים האחרים "להחיל את הביטול או את השינוי גם על
25 חוזים שנכרתו לפני מועד מתן ההחלטה ואשר טרם בוצעו במלואם". משמעות
26 החלטה כאמור היא שתוצאות הנגזרות מביטול או שינוי של תניות מקפחות בחוזה
27



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 יחולו גם על ביצועם של חוזים קיימים, "ובלבד שביטול או שינוי כאמור לא יחולו
2 על מה שבוצע לפי החוזה לפני יום מתן החלטה".
3 הבנק התנגד לבקשה זו של המפקח, ככל שהיא נוגעת לשינויים של סעיפים שאין
4 הסכמה לגביהם בין הצדדים, וזאת משלושה טעמים: הטעם הראשון הוא שהחלה
5 רטרואקטיבית של החלטות בית הדין היא בגדר חריג, שיש למעט בשימוש בו;
6 הטעם השני הוא שהחלה רטרואקטיבית תפגע בזכויותיו של הבנק, מאחר והוא
7 תימחר את ההלוואה בהסתמך על נוסחם הקיים של החוזים, ולא יהיה באפשרותו
8 לשנות תימחור זה נוכח שינוי התנאים בחוזים קיימים; הטעם השלישי הוא
9 ששינוי החוזים יחייב את הבנק להיערך "מבחינה טכנולוגית, ניהולית ונוהלית,
10 לצורך יישום שינויים שיוכנסו". נובע, לפיכך, שלשיטת הבנק לא רק שאין להורות
11 על החלת פסק הדין על חוזים קיימים, אלא שיש לכאורה להורות על דחיית ביצוע
12 פסק הדין לפרק זמן מספיק.
13

14 36. אנו סבורים כי המקרה שבפנינו הוא דוגמא מובהקת, שאין ברורה ממנה, למקרה
15 בו ראוי להפעיל את הוראת סעיף 18 לחוק החוזים האחידים. החוזה האחיד בו
16 עסקינן הוא חוזה הכולל תניות מקפחות רבות, אשר לגבי חלק לא קטן מתוכן גם
17 הבנק, מנסחו של החוזה, הסכים כי הן מקפחות וראויות לשינוי. חוזה זה משמש
18 למגוון רחב של התקשרויות, אשר חלק לא מבוטל מהן הוא לטווח ארוך ולפיכך
19 ימשיכו להתבצע עוד שנים רבות לאחר מתן פסק דין זה. זאת ועוד, משך הזמן
20 הניכר שחלף מאז הגשת הבקשה (כאמור, מעל 7 שנים) מפחית במידה רבה את
21 הפגיעה שתגרם לבנק, שכן לפחות ביחס להתקשרויות שנעשו ב- 7 השנים
22 האחרונות היה הבנק צריך להיות מודע לאפשרות שתניות ההסכם ישנונו, ולהיערך
23 בהתאם. במצב דברים זה קל ופשוט בעינינו כי ראוי להחיל את החלטתנו גם על
24 חוזים שנכרתו לפני מועד מתן החלטה זו, ואשר טרם בוצעו במלואם.
25

26 37. יתר על כן, אנו סבורים כי הימנעות מהפעלת סעיף 18 לחוק החוזים האחידים
27 בענייננו עלולה לגרום גם עוול גם חוסר וודאות. העוול יגרם לכל אותם אלפי לווים
28 שנטלו הלוואות במהלך שנות ההתדיינות הארוכות בתיק זה, ואשר לא יזכו

המחוזי

המחוזי



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 ליהנות מחוזים הוגנים וראויים. חוסר הוודאות ינבע מכך שלאיש לא יהיה ברור
2 מה מעמדם המשפטי של תנאים שאנו מצאנו כמקפחים בחוזים קיימים – מחד,
3 אם אנו לא נפעיל סמכותנו לא תהיה להכרעתנו תחולה ישירה לגביהם; מאידך,
4 ברור וגלוי כי ניתן יהיה לתקוף אותם בבתי המשפט על סמך סעיף 3 לחוק החוזים
5 האחידים, תוך התבססות על פסק דינו. למותר לציין כי תוצאות אלה אינן
6 רצויות, ואף הן מובילות למסקנה כי הפעלת סעיף 18 לחוק החוזים האחידים
7 ראויה במקרה זה.

8

9 בשולי הדברים נבקש לציין כי גם מעבר לנסיבות הייחודיות של מקרה זה, אין אנו
10 רואים ממש בטרוניותיו של הבנק כנגד החלת ההחלטה על הסכמים קיימים. חוק
11 החוזים האחידים מבקש למנוע מספק לקבוע תניות מקפחות בהסכמים שהוא
12 עורך עם ציבור לקוחותיו. ספק המפר הנחיה נורמטיבית זו, וקובע הוראות
13 מקפחות בחוזה האחיד על פיו הוא מציע להתקשר, איננו ראוי להגנה, כי אם
14 לגינוי. מטעם זה, מאפשר החוק לבית משפט לבטל בדיעבד תניה מקפחת בחוזה
15 קיים (ביטול שתמיד יש בו משום שינוי בדיעבד ביחס לחלוקת הסיכונים
16 המוסכמת). מטעם זה אף ניתנה לבית הדין האפשרות להחיל את החלטותיו על
17 חוזים קיימים. יפים לעניין זה דברים שכתב פרופ' עופר גרוסקופף בהקשר קרוב
18 (בטלות תניה הנוגדת את תקנת הציבור):

19 "הכרזה על בטלות תניה מביאה לכך שהצדדים מוצאים עצמם
20 קשורים בחוזה שונה מזה שהוסכם ביניהם. כך, למשל, פסילת תניה
21 הפוטרת ספק מאחריותו לנוקי גוף או הוראה המגבילה את החבות
22 של חברת ביטוח פירושה כי הספק או חברת הביטוח, לפי העניין,
23 נושאים בסיכונים אשר לא הסכימו לקבל על עצמם. עובדה זו עלולה
24 להפוך את ההתקשרות לבלתי כדאית מבחינתם. שיקול זה מצדיק
25 זהירות בשימוש בכלי של בטלות תניה. עם זאת, כאשר פסילת
26 התניה פועלת כנגד המתקשר החזק (כדוגמת ספק או חברת ביטוח),
27 אין להפריז בחשיבות טיעון זה. התערבות בית המשפט בחוזים
28 פסולים לא נועדה להגשים את רצון הצדדים, כי אם להגן על





בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחרים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

- 1 האינטרס הציבורי. הפעלת הסנקציה של פסילת התניה כנגד הצד
2 החזק נושאת ערך חינוכי-הרתעתי, והיא עשויה להוות דרך ראויה
3 לקידום התכלית שביסוד דין הפסלות"
4 (דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים, כרך ג' (תשס"ד) 578).
- 5
6 גם אין להפריז בחשיבותה של טענת הבנק, לפיה החלה רטרואקטיבית של
7 החלטות בית הדין היא בגדר חריג, שיש למעט בשימוש בו. כאשר מדובר בחוזה
8 שלגבי חלק משמעותי מתנאיו נקבע על ידי בית הדין שהם מקפחים, ובפרט כאשר
9 מדובר בחוזה שההתקשרות במסגרתו הינה ארוכת טווח, איננו סבורים כי החלה
10 רטרואקטיבית היא בגדר חריג שיש למעט בשימוש בו. ההפך מכך הוא הנכון.
11 במקרים כאלה ראוי יהיה, בדרך כלל, לקבוע כי הביטול והשינוי יחולו גם על
12 חוזים שנכרתו לפני מתן הפסק. לא למותר לציין כי זוהי גם הגישה הבאה לידי
13 ביטוי בתזכיר חוק דיני ממונות וראו, בהקשר זה, את נוסחו של סעיף 150 לתזכיר
14 חוק דיני ממונות, התשס"ו-2006 הקובע:
- 15 "א) ביטל בית הדין תנאי – יחשב התנאי כבטל בכל חוזה שנכרת על
16 פי אותו חוזה אחיד אף לפני מועד החלטתו; שינה בית הדין תנאי –
17 יחול התנאי, כפי ששונה, בכל חוזה שנכרת על פי אותו חוזה אחיד
18 אף לפני מועד החלטתו, ואולם, ביטול או שינוי כאמור לא יחולו על
19 חיובים שקויימו על פי החוזה לפני מועד ההחלטה.
- 20 (ב) על אף הוראות סעיף קטן (א), רשאי בית הדין, מטעמים
21 מיוחדים, לקבוע כי הביטול או השינוי יחולו רק על חוזים שנכרתו
22 לאחר מועד מתן החלטתו".
- 23
24 לאור זאת אנו מורים כי החלטתנו זו בעניין ביטול או שינוי תנאים בהסכם תחול
25 גם על חוזים קיימים אשר טרם בוצעו במלואם, ובלבד שביטול או שינוי כאמור לא
26 יחולו על מה שבוצע לפי החוזה לפני יום מתן ההחלטה.
- 27





בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחרים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

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 הלוואה

סעיף 3(א) - שיעור ומועד מתן הלוואה

42. הסעיף עוסק בשיעורים ובמועדים בהם תינתן הלוואה 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 הלוואה, שיעור הריבית ועיתוי מתן
הלוואה - 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 וחובות תום הלב. לדעת המפקח בעיות אלו יבואו על פתרון, על ידי פירוט

בית הדין

בית הדין



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1. סכומי ההלוואה ומועדיה בנספח המצורף לחוזה, תוך הפניה מפורשת בסעיף
2. לנספח האמור.

3. מנגד, טען הבנק, כי לא תמיד ניתן לקבוע את מועד ההלוואה ושיעורה מראש, שכן
4. מדובר בחוזה המתייחס לכל סוגי ההלוואות שמעמיד הבנק ללקוחותיו, לרבות
5. לווים המבקשים לקבל את ההלוואה בשיעורים. במקרה שבלווים מסוג זה
6. עסקינן, לא ניתן לקבוע מראש בחוזה את מועדי ושיעורי ההלוואה, מכיוון
7. שלעיתים ההלוואה תלויה בנסיבות חיצוניות. כך, הלוואות לרכישת נכס המצוי
8. בשלבי בניה עצמית, ניתנות בהתאם לקצב התקדמות הבנייה; הלוואות לרכישת
9. דירה מקבלן, ניתנות על פי לוח התשלומים שהוסכם בין הקבלן לבין הלווה;
10. הלוואות בסיוע המדינה, ניתנות בהתאם לכללי משרד הבינוי והשיכון; הלוואות
11. לפירעון חובות לבנק אחר, ניתנות במועד הסרת השעבוד לטובת הבנק האחר,
12. בהתאם לטכניקה בנקאית מסוימת. הבנק הוסיף והסביר, כי הנספח להסכם
13. ההלוואה מפרט אמנם את תנאיה של ההלוואה המסוימת שניטלה על ידי הלווה,
14. אולם, במקרים שפורטו לעיל לא ניתן לקבוע מראש בנספח את מועדי התשלומים
15. ושיעורם, ועניין זה מוסדר במסמך נפרד ולא דווקא בנספח.

16. מהסכמת הצדדים שהוגשה לבית הדין (מסמך ההסכמות השני, סעיפים
17. 3-4), נראה כי בסופו של דבר קיבל המפקח את עמדת הבנק, ועל כן הוסכם על
18. הצדדים כי הסעיף ישונה וינוסח באופן הבא: "ההלוואה תינתן ללווה בשיעורים
19. ובמועדים כפי שהוסכם ו/או יוסכם בין הלווה לבין הבנק".

20.
21. 43. אנו סבורים כי הסעיף בנוסחו הנוכחי אינו יכול לעמוד, וגם הנוסח שהוסכם על
22. הצדדים אינו יכול להתקבל.

23. ראשית, באשר לנוסח הנוכחי של הסעיף, אנו סבורים כי הוא אינו מתיישב עם
24. חובת הגילוי הנאות הקבועה בסעיף 15 לכללי הבנקאות (שירות ללקוח) (גילוי
25. נאות ומסירות מסמכים), התשנ"ב-1992, והוא מקים חזקת קיפוח לנוכח העובדה
26. כי הוא מקנה לבנק זכות בלתי מוגבלת לשנות, על דעתו בלבד ולאחר כריתת



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

- 1 החוזה, חיובים מהותיים בהסכם (ראו סעיף 2)4 לחוק החוזים האחידים). הבנק
2 לא סתר חזקת קיפוח זו, ועל כן הסעיף בנוסחו הנוכחי אינו יכול לעמוד.
- 3 שנית, באשר לנוסח המוצע המוסכם על הצדדים, אנו סבורים כי התנגדות הבנק
4 להצעת המפקח בסיכומיו, לפיה מן הראוי להפנות להסכמות הצדדים כפי שנקבעו
5 בנספח להסכם - אינה משכנעת. אמנם, מועדי ההלוואה ושיעוריה אינם תמיד
6 ידועים במועד כריתת ההסכם, ולא תמיד פרטים אלו נקבעים בנספח. אולם,
7 **המנגנון** לפיו ייקבעו המועדים למתן ההלוואה ושיעוריה ידוע מראש והוסכם עליו
8 בין הצדדים - בהתאם לנסיבות ההלוואה - בין אם בנספח להסכם ההלוואה ובין
9 אם במסמך אחר. כך, למשל, במקרה של בנייה עצמית, מועדי ושיעורי ההלוואה
10 יינתנו בהתאם לקצב התקדמות הבנייה על פי לוח הזמנים המפורט לבניית הנכס
11 שנדרש הלווה למסור לידי הבנק. באופן דומה, במקרה של רכישת דירה מקבלן,
12 ישוחררו כספי ההלוואה על פי לוח התשלומים שבין הלווה והקבלן.
- 13 הנוסח שהוסכם על דעת הצדדים, לפיו יקבע שההלוואה תינתן ללווה בשיעורים
14 ובמועדים "כפי שהוסכם ו/או יוסכם" בין הלווה לבין הבנק, הוא בעייתי, שכן הוא
15 אינו משקף את העובדה כי במועד בו נחתם החוזה, כבר הוסכם בין הצדדים מהו
16 המנגנון על פיו ייקבעו המועדים למתן חלקי ההלוואה ושיעורם. הסכמה זו צריכה
17 לבוא לידי ביטוי מפורש בחוזה האחיד. נוסח עמום המותיר לבנק שיקול דעת, או
18 המפנה להסכמה בין הצדדים, שאופן השגתה ודרך תיעודה אינם ברורים - מותיר
19 אי בהירות ועמימות, ועל כן אינו יכול לעמוד.
- 20 כאמור, הבנק שלל את הצעת המפקח לפיה יפנה הסעיף לנספח להסכם, וזאת בשל
21 העובדה שנוסח מעין זה לא יקיף את ההלוואות בהן המנגנון לקביעת מועדי
22 ההלוואה ושיעוריה נקבע במסמך אחר. קושי זה יכול לבוא על פתרונו באופן פשוט
23 יחסית, על ידי הבהרה כי המנגנון לקביעת שיעורי ומועדי ההלוואה כבר סוכם בין
24 הצדדים בעת החתימה על ההסכם, ועל ידי הפנייה למקום בו מתועדת הסכמה זו -
25 במסגרת הנספח או במסגרת מסמך רלבנטי אחר - וצירופו של אותו מסמך לחוזה
ההלוואה.

המ

המ

המ

המ

המ

המ

המ

המ



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1
2 44. לנוכח האמור, יתוקן הסעיף וינוסח באופן הבא:

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

6

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

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

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

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

18

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

20 "הבנק יהיה רשאי בכל עת, על פי שיקול דעתו הבלעדי, לבצע פעולות טכניות
21 אשר אין בהן כדי לפגוע בלווה /או בערבים /או בזכויותיהם על פי הסכם זה,
22 הכל כמפורט להלן: שינוי מספר הלווה, שינוי מספר ההלוואה, איחוד
23 הלוואה/הלוואות או חלקי הלוואה/הלוואות, פיצול הלוואה/הלוואות או חלקי
24 הלוואה/הלוואות. הבנק ימסור ללווה הודעה בכתב על השינויים הטכניים שנעשו

מס' 8002/02

מס' 8002/02

מס' 8002/02

מס' 8002/02



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחרים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 כאמור, בצירוף הסבר לפיו מדובר בשינויים טכניים שאין בהם כדי לפגוע בלווה
2 /או בערבים /או בזכויותיהם על פי הסכם זה".

סעיף 5 – פרעון ההלוואה

סעיף 5(ב) – תשלומים נלווים

6 47. סעיף 5 לחוזה עוסק בהסדרי פרעון ההלוואה. סעיף 5(א) קובע כי ההלוואה
7 והריבית ייפרעו בתשלומים חודשיים רצופים, בהתאם למועדים הקבועים בסעיף.
8 סעיף 5(ב) לחוזה קובע כי: "לתשלומים החודשיים הנ"ל יתווספו כל התשלומים
9 הנלווים והאחרים והפרשי הצמדה כאמור בהסכם זה".
10 המפקח טען כי הסעיף אינו מפורט דיו וכי הוא מנוסח באופן מעורפל, אשר יוצר
11 חוסר וודאות אצל הלווה באשר לתשלומים שהוא נדרש ויידרש לשלם לבנק.
12 המפקח אף טען כי האמור בסעיף זה אינו עולה בקנה אחד עם הוראות הדין, אשר
13 מחייבות את הבנק לציין בחוזה כל חיוב הקשור עם ההלוואה והחל על הלווה.
14 טענה זו מקובלת עלינו. הביטוי "כל התשלומים הנלווים והאחרים" הוא ביטוי
15 כללי ורחב מדי אשר יוצר מצב של אי בהירות באשר להיקף התשלומים העשויים
16 להיכלל בגדרו.

17
18 48. מכיוון שסעיף 8 לחוזה, שכותרתו היא "תשלומים נלווים", הוא הסעיף המגדיר
19 במדויק את אותם תשלומים נלווים, הסכימו הצדדים על כך שיובהר בסעיף 5(א)
20 כי התשלומים הנלווים הנזכרים בו הם אך ורק אלה המפורטים בסעיף 8 לחוזה.
21 פתרון זה מקובל עלינו, שכן יש בו כדי להסיר את הערפול ואי הבהירות שבנוסח
22 הקיים. הסעיף ישונה, לפיכך, בהתאם להסכמת הצדדים (ראו עמ' 2 למסמך
23 ההסכמות הראשון), ונוסחו יהיה כדלקמן:
24 "לתשלומים החודשיים הנ"ל יתווספו כל התשלומים הנלווים כאמור בסעיף 8
25 להסכם, והפרשי הצמדה כאמור בהסכם זה".



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחרים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

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

1

2

49. על פי האמור בסעיף 5(ד) לחוזה, התשלומים השונים שחב בהם הלווה (תשלומי פירעון החלואה, 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, שהחיובים בגין התשלומים החודשיים יכובדו על ידי הבנק המסחרי. בהמשך לכך קובע הסעיף כי: "... הבנק לא יהיה אחראי לכל ההוצאות והתוצאות שיחיו 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 נקבעה גם סנקציה העלולה לנבוע מאי העברת התשלום במועד: "אם חיוב כלשהו בגין התשלום התקופתי שיועבר לבנק המסחרי, על פי הרשאה לחיוב חשבון, לא יכובד ויחזר לבנק בכל זמן שהוא, הבנק יחייב את החלואה בסכום החיוב שיוחזר בתוספת הוצאות החזרה והוצאות אחרות כמקובל בבנק המסחרי ובבנק".

18

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 האחרים. 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 בעניין זה הסעיף מקפח את הלווה.

25

26

15
14
13
12
11
10
9
8
7
6
5
4
3
2
1



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

ת"א 8002/02

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

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 1-2), ישנם מקרים בהם נעשה הדבר באמצעות הפקדת שיקים לפקודת הבנק למשכנתאות, אשר חשבוננו 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 חשבוננו של הלווה (ובעבר גם בפעולותיו של הבנק המסחרי בו נוהל חשבוננו 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 חשבוננו 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 הפטור 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 חשבוננו של הלווה (עמ' 79, שורות 11-18 לפרוטוקול). אי הזרמת חיוב לחשבון הלווה בסכום

ה

ה

ה

ה

ה

ה

ה

ה

ה

ה

ה

ה

ה

ה

ה

ה

ה

ה

ה

ה



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחרים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 הנכון או במועד הנכון, מונעת מהלווה לקיים את חיובו. סעיף 43(א)(1) לחוק
2 החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: "חוק החוזים (חלק כללי)") קובע כי:
3 "המועד לקיומו של חיוב נדחה – (1) אם נמנע הקיום במועדו מסיבה התלויה
4 בנושה – עד שהוסרה המניעה". יתר על כן, סעיף 43(ב) קובע כי בית המשפט רשאי,
5 אם ראה שמן הצדק לעשות כן, לחייב את הנושה בפיצויים בעד הנזק שנגרם לחייב
6 עקב אותה דחייה, אף אם אין בדבר משום הפרת חוזה מצד הנושה. רצונו של
7 הבנק, לגלגל על הלווה נזקים, שנגרמו עקב אי הזרמת נתוני החיוב החודשי
8 לחשבון הלווה על ידי הבנק, עומד בניגוד להוראת סעיף 43 האמורה, ועל כן חזקה
9 כי יש בו משום קיפוח של הלקוח. כאמור, הבנק הציע בסיכומיו, לסייג את הפטור
10 מאחריותו במקרים בהם לא כובד החיוב מסיבות התלויות בבנק למשכנתאות או
11 בבנק המסחרי, בו מתנהל חשבונו של הבנק למשכנתאות. הצעה זו מצמצמת את
12 המחלוקת באופן ניכר, אך היא מעוררת גם את השאלה, האם הסדר המגלגל על
13 הלקוח את ההוצאות הנגרמות עקב אי כיבוד החיוב חודשי, בשל תקלה טכנית
14 שמקורה במערכת המחשוב של אחד משני הבנקים, הוא הסדר המקפח את
15 הלקוח. הבנק טען (בסיכומי התשובה מטעמו), שהצעתו לתיקון הסעיף חלה גם על
16 סיבות התלויות בבנק, אך אינן בשליטתו, כדוגמת התקלה במערכת המחשוב.
17 עמדה זו היא ראויה. יחד עם זאת, לשונו של הנוסח המתוקן המוצע על ידי הבנק:
18 "למעט סיבות התלויות בבנק או בבנק המסחרי", איננה ברורה דיה, ועלולה לעורר
19 בעתיד מחלוקת באשר לשאלת גלגול הנזק באותם מקרים בהם הוא מתרחש עקב
20 נסיבות שאינן בשליטת הבנק. לכן יש מקום להבהיר, בגוף הסעיף, כי הבנק אינו
21 פטור מאחריות, מקום בו מתרחש נזק עקב סיבות התלויות או הקשורות בבנק, או
22 בבנק מסחרי שבו מתנהל חשבונו של הבנק (ככל שפרקטיקה כזו עדיין קיימת
23 לאחר מיזוג הבנקים), בין אם אלה מצויות בשליטתו, ובין אם לאו.

24
25 **52. חיוב הלווה בנזקי הבנק:** במישור סוג הנזקים, מאפשר הסעיף לבנק להטיל על
26 הלווה "הוצאות החזרה והוצאות אחרות" במקרים בהם לא כובד או הוחזר החיוב
27 והתשלום החודשי לא נפרע. הבנק הציע להוסיף בסוף הפסקה את המילים "ככל
28 שאלה הושתו על הבנק" וכן הסכים לסייג את חיוב הלווה בהוצאות החזרה

110 | 21.12.2011



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 והוצאות אחרות, מקום בו החיוב לא כובד ו/או הוחזר לבנק מסיבות התלויות
2 בבנק עצמו (או בבנק המסחרי שבו מתנהל חשבונו של הבנק – שוב, ככל
3 שפרקטיקה כזו עדיין רלבנטית כיום). הצעת הבנק במישור הנזקים מקובלת על
4 המפקח. אף אנו סבורים כי הצעה זו היא ראויה ויש בה כדי למנוע חשש לקיפוח
5 הלקוחות.

6
7 53. לאור האמורה, יש לתקן את נוסחו של סעיף 5(ה) ברוח הצעת הבנק בסיכומיו.
8 בנוסף, יש להבהיר בסעיף המתוקן, כי הבנק לא יהיה פטור מאחריות להוצאות
9 הנובעות מאי כיבוד חיוב חודשי, מקום בו הוצאות אלו נגרמו עקב סיבות התלויות
10 או הקשורות בבנק (או בבנק המסחרי בו מתנהל חשבונו של הבנק – ככל שענין זה
11 עדיין רלבנטי), בין אם נסיבות אלה מצויות בשליטתם, ובין אם לאו.

12
13 54. התיקון המתבקש בסעיף 5(ה) להסכם הוא על כן כדלהלן:
14 לאחר המילים "אם חיוב כלשהו בגין התשלום התקופתי שיועבר לבנק המסחרי,
15 על פי הרשאה לחיוב חשבון, לא יכובד ויחזר לבנק בכל זמן שהוא, הבנק יחייב את
16 ההלוואה בסכום החיוב שיוחזר בתוספת הוצאות החזרה והוצאות אחרות
17 כמקובל בבנק המסחרי ובבנק" יתווסף:

18 "ככל שאלה הושתו על הבנק. הבנק לא יחייב את ההלוואה בהוצאות החזרה
19 והוצאות אחרות, מקום בו חיוב כאמור לא כובד ו/או הוחזר לבנק מסיבות
20 התלויות ו/או קשורות בבנק ו/או בבנק המסחרי, וזאת בין אם סיבות אלה מצויות
21 בשליטת הבנק ו/או הבנק המסחרי ובין אם לאו."

22

23 סעיף 5(ו) - חיוב החשבון במועד נדחה

24 55. המחלוקת בסעיף זה נוגעת לפסקה השנייה שבסעיף 5(ו) לחוזה. נוסחו המקורי של
25 הסעיף היה: "הלוואה מסכים בזה כי הבנק יהיה רשאי, אך לא חייב, לחייב בכל
26 אחד מימי החודש את חשבונו של הלוואה בבנק המסחרי, או את חשבונו של אדם
27 אחר שהבנק הסכים, לגבי כל סכום שהוא שלא חייב ב-1 בחודש". לאחר מועד



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 הגשת הבקשה בתיק זה שונה מעט הנוסח של הסיפא, כדלקמן: "... לגבי כל סכום
2 שהוא שלא חוייב או שחויב ולא כובד ביום הפירעון". (ראו פסקה 84 לסיכומים
3 מטעם הבנק). יצויין כי הסיבה לשינוי נעוצה בכך שבעת הגשת הבקשה מועד
4 הפירעון הרגיל של התשלומים החודשיים היה ב-1 לכל חודש (ראו סעיף 5(א)
5 לחוזה). אולם, בעקבות חקיקתו של חוק הבנקאות (שירות ללקוח) (תיקון מס' 9),
6 התשס"ד-2004 התאפשר ללווים לבחור, אחת לארבע שנים, בין שלושה מועדי
7 פירעון חלופיים (1, 10 ו-15 לחודש). בעקבות שינוי זה הותאם נוסחו של החוזה
8 למצב החדש.

9
10 56. סעיף 5(ו) נועד להסדיר מצבים בהם התשלום החודשי לא נפרע במועדו מסיבה
11 כלשהי (הן סיבות התלויות בבנק, כגון טעות של הבנק בהזרמת החיוב, והן סיבות
12 הקשורות בלווה, כגון העדר כיסוי מספיק בחשבוננו של הלווה בבנק המסחרי).
13 במקרה כזה הסעיף מאפשר לבנק לחייב את חשבון הלווה בכל סכום שלא חוייב
14 במועדו, וזאת בכל מועד אחר במהלך החודש.

15
16 57. טענתו של המפקח בבקשה הייתה, שסעיף 5(ו) הוא סעיף מקפח, משום שהוא
17 מאפשר לבנק לחייב את הלווה במועד שונה מהמועד החוזי המוסכם. לדעת
18 המפקח, על מנת להסיר את הקיפוח שבסעיף יש לאפשר לבנק לחייב את הלקוח
19 אך ורק במועד החיוב המוסכם הבא. בסיכומיו מסביר המפקח כי התשלום
20 החודשי מהווה, במקרים רבים, תשלום משמעותי עבור הלווה ולכן יש למועד
21 הפירעון חשיבות רבה עבורו. מכיוון שהחיוב מתבצע אוטומטית באמצעות הרשאה
22 לחיוב חשבון, ומכיוון שהבנק אינו מחוייב לשלוח ללווה דיווח חודשי, הרי שלפחות
23 ביחס למצבים שבהם אי החיוב במועד נבע מסיבה הקשורה בבנק ולא בלווה
24 (דהיינו, שללווה אין ידיעה על העיכוב שחל בחיוב חשבוננו), עשוי הלווה להניח כי
25 התשלום יורד מחשבוננו במועד המוסכם והוא אינו ערוך, מבחינת תזרים
26 המזומנים בחשבוננו, לביצוע התשלום במועד אחר. המפקח גם הוסיף בסיכומיו כי
27 כאשר אי חיוב החשבון נובע מסיבה התלויה בבנק, חל על המקרה סעיף 43(א)(1)
28 לחוק החוזים (חלק כללי), הקובע כי המועד לקיומו של חיוב נדחה, אם נמנע



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 הקיום במועדו מסיבה התלויה בנושה – עד שהוסרה המניעה. המפקח מסתמך
2 בעניין זה על האמור בספרם של המלומדים פרידמן וכהן, לפיו מועד קיומו החדש
3 של החיוב הנדחה מחייב תיאום בין הצדדים (דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים**, כרך
4 ג' (תשס"ד) 85). לגישת המפקח, ביצוע החיוב במועד הנדחה ללא תיאום מוקדם
5 מהווה, לפיכך, התנאה על הוראות הדין ומתקיימת חזקת הקיפוח שבסעיף 4(6)
6 לחוק.

7
8 58. בסיכומיו, אף הרחיב המפקח את היקף טענותיו ביחס לסעיף 5(ו) לחוזה. המפקח
9 טען כי הסעיף מקפח לא רק לגבי מצבים שבהם העדר החיוב נבע ממחדל או טעות
10 של הבנק, אלא גם בנוגע למצבים שבהם הסיבה לאי חיוב החשבון היא בשל העדר
11 כיסוי מספיק בחשבונו של הלווה. לפי עמדת המפקח, במצב כזה אין טעם בהזרמת
12 הוראת חיוב נוספת, שכן מצד אחד הסיכוי שזו תכובד - על רקע המצב של העדר
13 כיסוי - הוא ממילא קלוש, אך מצד שני נגרם ללקוח נזק של עשרות שקלים בשל
14 העמלות בגין החזרת החיובים שגובים הן הבנק המסחרי והן הבנק. המפקח אף
15 העלה את החשש שמא במצב כזה יכול להיות לבנק אינטרס להזרים חיובים
16 לחשבון הלווה, גם כאשר ברור לו שהללו יחזרו. המפקח הציע כי על מנת למנוע את
17 הקיפוח האפשרי, תוגבל במצב כזה כמות החיובים החוזרים שהבנק רשאי להזרים
18 לחשבונו של הלווה (המפקח הציע כי ההגבלה תהיה לחיוב אחד נוסף בלבד).

19
20 59. הבנק מצידו טען כי סעיף 5(ו) עוסק בנושא טכני גרידא וכי אין בו כל קיפוח. לגישת
21 הבנק, כאשר אי החיוב במועד נבע מסיבה התלויה בבנק, כגון טעות בהזרמת
22 החיוב, הרי מועד החיוב נדחה – גם על פי האמור בסעיף 43(א)(1) לחוק החוזים -
23 רק עד אשר מוסרת המניעה (ולא עד למועד החיוב החדשי הבא). לכן משתקנה
24 הטעות רשאי הבנק להזרים הוראת חיוב חדשה ואין צריך להמתין עד למועד
25 החיוב החדשי הבא. באשר לטענת המפקח כי הבנק חייב לתאם את מועד החיוב
26 החדש עם הלווה, טען הבנק מספר טענות: ראשית, מדובר בשינוי חזית מכיוון
27 שטענה זו לא נטענה בבקשה. שנית, מלשונו של סעיף 43(א)(1) לחוק החוזים לא
28 עולה כל חובה לתאם את מועד קיומו של החיוב הנדחה. שלישית, ההסתמכות על



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחרים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 האמור בספרם של פרידמן וכהן בטעות יסודה, שכן על פי האמור שם חובת
2 התיאום חלה על החייב (הלווה) ולא על הנושה (הבנק). רביעית, הבנק טען כי נוכח
3 העובדה שמדובר בעשרות אלפי לווים, חובת התיאום לא רק שעלולה ליצור
4 הכבדה אדירה על הבנק, אלא שחובה כזו למעשה איננה ישימה במציאות ואינה
5 ניתנת לביצוע מבחינה מעשית. באשר לטענת המפקח, לפיה הסעיף מקפח גם
6 כאשר אי החיוב במועד נובע מהעדר כיסוי בחשבון הלווה, הבנק טען כי מדובר
7 בטענה חדשה שזכרה לא בא בבקשה או בתוספת לבקשה, ולכן היא בגדר הרחבת
8 חזית. עוד נטען על ידי הבנק כי טענה זו מבוססת כולה על ספקולציות והיא נעדרת
9 כל בסיסי ראיתי.

10

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

21

22 **61. אי חיוב מסיבה התלויה בלווה:** במצב שבו חיוב לא כובד בשל היעדר כיסוי
23 בחשבון, הלקוח מפר למעשה את חוזה ההלוואה. אנו סבורים כי במצב כזה אין
24 מקום להטיל חובה על הבנק לשלוח הודעת התראה בטרם הזרמה חוזרת של
25 החיוב שלא נפרע לחשבוננו של הלווה, ובודאי שאין חובה לתאם עם הלווה את
26 המועד לביצוע החיוב החוזר. המפקח טען, כי במקרה בו לא היה כיסוי מספיק
27 בחשבון לביצוע התשלום במועדו, רבים הסיכויים שלא יהיה בו כיסוי לתשלום
28 מכופל, משולש ומרובע, וכי התוצאה היחידה הנובעת מהגשת דרישה חוזרת,



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 במצב בו ישנה סבירות גבוהה כי אין בחשבון יתרת זכות מספיקה לשם כיסוי
2 סכום החיוב, היא גבייה ביתר של עמלות מן הלקוח. אין מחלוקת על כך שהבנק
3 מחייב את חשבון הלווה בעמלה בגין כל החזרת חיוב. יחד עם זאת, המפקח לא
4 ביסס את הטענה בדבר הזרמה חוזרת של חיובים על-ידי הבנק – במצב שבו ברור
5 שהחיובים לא יכובדו או יוחזרו - במטרה "להעשיר" את הבנק בסכומי העמלות.
6 לשונו של הסעיף אמנם איננה מגבילה את הבנק בהזרמה חוזרת של חיובים, אך
7 הבנק, ככל שחקן חוזי, חייב לקיים את חיוביו החוזיים בתום לב. לא השתכנענו כי
8 הבנק הפר או כי הוא מועד להפר חובה זו. לפיכך, אילו היה סעיף 5(ו) מתייחס אך
9 ורק למצב שבו אי החיוב במועד נבע ממניעה התלויה בלקוח, היינו קובעים כי אין
10 בו קיפוח וכי ניתן להותירו על כנו. אולם, כאמור, הסעיף אינו מבחין בין מצבי
11 המניעה השונים ולכן יש להמשיך ולבחון את המצבים שבהם נמנע חיוב החשבון
12 מסיבות שאינן תלויות בלווה.

13
14 62. **אי חיוב מסיבה התלויה בבנק:** שונה המצב, כאשר חיוב התשלום לא התבצע
15 במועדו מסיבה התלויה בבנק. על מצב זה חל סעיף 43(א)(1) לחוק החוזים (חלק
16 כללי), אשר קובע כי אם נמנע קיומו של חיוב במועדו מסיבה התלויה בנושה, נדחה
17 המועד לקיומו של אותו חיוב עד להסרת המניעה. לא זו בלבד, אלא שאם דחייה
18 כזו גרמה נזק ללקוח עשוי הבנק להיות מחויב לפצותו על הנזק (ראו סעיף 43(ב)
19 לחוק החוזים (חלק כללי) הקובע כי בית המשפט רשאי, "אם ראה שמן הצדק
20 לעשות כן, לחייב את הנושה בפיצויים בעד הנזק שנגרם לחייב עקב הדחיה"). אנו
21 סבורים כי צדק המפקח בטענתו, כי כאשר הבנק הוא שגרם למניעה בביצוע החיוב,
22 והמניעה הוסרה, אין הבנק רשאי לדרוש את קיום החיוב באופן מיידי (אם כי,
23 איננו סבורים שהוא חייב, בכל מקרה, להמתין עד למועד החיוב הבא החל בחודש
24 שלאחר מכן). לא זו בלבד שעל הבנק לאפשר ללקוח זמן סביר להתארגנות לקראת
25 מועד החיוב החדש (וייתכן שבנסיבות מיוחדות אף לאפשר ללקוח פריסה סבירה
26 של התשלום הנדחה), אלא שעקרונית נראה לנו כי מכוח חובת תום הלב מוטל על
27 הבנק אף לתאם במקרה כזה עם הלווה את המועד לקיום החיוב הנדחה. כאמור,
28 הבנק טען כי על פי האמור בספרם של פרידמן וכהן, חובת התיאום חלה דווקא על



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 החייב (הלווה) ולא על הנושה (הבנק). נראה לנו כי בענייננו הנסיבות מחייבות
2 מסקנה שונה. במצב שבו חל סעיף 43(א)(1) לחוק החוזים (חלק כללי), ההנחה היא
3 שבדרך כלל החייב הוא זה שאמור לבצע בפועל את הדרוש לשם קיום החיוב.
4 הסעיף רק מורה כי כאשר החייב אינו יכול לבצע את חיובו מסיבות התלויות
5 בנושה, יידחה מועד הקיום עד שתוסר המניעה. אלא שבענייננו מצב הדברים שונה.
6 אף שחיוב התשלום הוא חיוב המוטל על הלווה ("החייב", בלשונו של סעיף 43
7 לחוק החוזים), הרי שבאופן מעשי כל המהלכים הדרושים לשם קיום החיוב (גביית
8 התשלום) מבוצעים בפועל בידי הבנק, הנושה. הבדל זה משליך על השאלה, על מי
9 מוטלת החובה ליזום את תיאום המועד החלופי לקיום החיוב. כאמור, אנו סבורים
10 שבנסיבות האמורות חובה זו ראוי שתחול על הבנק. לאור זאת, ככל שמדובר
11 במצב שבו אי החיוב במועד הרגיל נבע מסיבה הקשורה בבנק, הרי נוסחו של סעיף
12 5(ו) לחוזה, המאפשר לבנק לחייב את הלקוח בכל מועד חלופי, מבלי לתת לו זמן
13 התארגנות סביר ומבלי לתאם עימו את מועד החיוב החלופי – חובות הנובעות הן
14 מפרשנותו של סעיף 43 לחוק החוזים עצמו והן מחובת תום-הלב הקבועה בסעיף
15 39 לחוק החוזים - מקיים את חזקת הקיפוח שבסעיף 4(6) לחוק החוזים
16 האחידים. יתר על כן, אנו סבורים כי מתקיימת במקרה כזה אף חזקת הקיפוח
17 המנויה בסעיף 4(2) לחוק. סעיף זה קובע, כי תנאי המקנה לספק זכות בלתי סבירה
18 להשעות או לדחות את ביצוע החוזה, או לשנות את חיוביו המהותיים לפי החוזה,
19 הוא מקפח. עמדנו על כך שחוזה הלוואה, לפחות כאשר אין מדובר בהלוואה
20 עסקית - אלא, למשל, באדם פרטי שנטל הלוואה לצורך רכישת דירה - הוא חוזה
21 בעל משמעות מיוחדת עבור הלקוח. בהסכם מסוג זה מועד פרעון התשלום החודשי
22 הוא תנאי מהותי בהתקשרות, שכן במרבית משקי הבית, ההחזר החודשי של
23 הלוואה המשכנתא הוא חלק משמעותי מתזרים המזומנים השוטף. תנאי המקנה
24 לבנק זכות לקבוע את מועד הפרעון החודשי, ללא כל הגבלה, הוא תנאי המשנה
25 חיוב מהותי בחוזה, ועל כן אין הוא יכול לעמוד.

26

27 בפסקה הקודמת קבענו, כי במצב שבו המניעה לביצוע החיוב החודשי במועדו נבעה
28 מהבנק, חייב הבנק לאפשר ללקוח זמן התארגנות סביר לפני הזרמת החיוב



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחרים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

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



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחרים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

- 1 הצפוי בסדרי התשלום, המתין עד לסיומו של המועד שנקבע בהודעה והלקוח לא
2 פנה לבנק וביקש את הבנק להימנע מביצוע החיוב במועד הנדחה שהודע לו.
3
- 4 **א. חיוב מסיבה שאינה תלויה בצדדים** - אנו סבורים כי הדברים האמורים
5 בפסקה הקודמת, הן בדבר הקביעה כי הסעיף, במתכונתו הקיימת, עלול לקפח את
6 הלקוחות והן המלצתנו ביחס להסדר החלופי האפשרי, חלים לא רק לגבי מצב
7 דברים שבו אי החיוב נבע מסיבה התלויה בבנק, אלא גם לגבי מצב דברים שבו אי
8 החיוב במועד המוסכם נבע מסיבה שאינה תלויה בבנק או בלווה אלא בגורם
9 שלישי כלשהו או בנסיבות חיצוניות כלשהן שאינן בשליטת הצדדים.
10
- 11 **65.** התוצאה היא, כי הנוסח הנוכחי של סעיף 5(ו) מקפח את הלקוחות, ככל שהדבר
12 נוגע למועד חיוב חשבונו של הלווה בבנק המסחרי בסכום שלא חויב במועד החוזי
13 המוסכם, בשל מחדלו של הבנק או בשל סיבה אחרת שאינה תלויה בלקוח. מכיוון
14 שהסעיף אינו מבחין כלל בין המצבים השונים שבעטים לא בוצע החיוב, אנו מורים
15 על ביטול הפסקה השנייה של סעיף 5(ו) או, לחלופין, על המרת הנוסח הקיים
16 בנוסח הבא:
- 17 "הלווה מסכים בזה כי אם אי-החיוב במועד נבע מסיבה התלויה בלווה, יהיה
18 הבנק רשאי, חלף החיוב שלא כובד, לחייב בכל אחד מימי החודש את חשבונו של
19 הלווה בבנק המסחרי, או את חשבונו של אדם אחר שהבנק הסכים, לגבי כל
20 סכום שהוא שלא חוייב או שחוייב ולא כובד ביום הפירעון. בכל מקרה שבו אי-
21 החיוב נגרם בשל סיבה שאינה תלויה בלווה, יהיה הבנק רשאי לבצע חיוב
22 כאמור בגין סכום שלא חוייב או שחוייב ולא כובד ביום הפירעון, אך זאת בתנאי
23 שמסר קודם לכן ללקוח הודעה בכתב על מועד החיוב החדש, לפחות שלושה ימי
24 עסקים טרם ביצוע החיוב. קיבל הלקוח הודעה כאמור, רשאי הלקוח לבקש
25 מהבנק לתאם עימו, בתוך זמן סביר, מועד חיוב שונה מזה שנקבע בהודעת
26 הבנק".
27

משרד המשפטים
התביעה הכללית
בית דין אזורי
ירושלים



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

סעיף 6 – תנאי הצמדה

סעיף 6(א) - הצמדה

66. סעיף 6 לחוזה עוסק בתנאי הצמדה 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.



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

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

3
4 לאחר עיון בתנאי הסעיף ובטענות הצדדים עובר להשגת ההסכמה, אנו סבורים כי
5 אין מניעה ליתן תוקף להסכמת הצדדים, ועל כן יוותר סעיף 6 (א) בנוסחו כפי
6 שהוא.

סעיף 6 (ג) - הצמדה בחלקים שונים של ההלוואה

9 67. סעיף זה מאפשר לבנק לחשב מדד יסודי ממוצע ומשוקלל, אשר ישמש את הבנק
10 לצורך הפעלת תנאי ההצמדה במקרה שההלוואה ניתנה בחלקים ובמועדים שונים.
11 בבקשתו טען המפקח כי אפשרות כזאת עלולה למנוע מהלווה לעקוב אחר חישובי
12 המשיב ולבדקם, אולם, בסיכומי המפקח טענות אלה נזנחו. יחד עם זאת, לאור
13 הצעת הבנק הוסכם בין הצדדים (מסמך ההסכמות השני, סעיפים 11-12), כי
14 הסיפא של הסעיף, המתחילה במילים "אולם לשם נוחיות החישוב", עד סופו של
15 הסעיף - תימחק.

16
17 68. בנסיבות אלה ישונה הסעיף בהתאם להסכמת הצדדים, וינוסח באופן הבא:
18 "ניתנה הלוואה ללווה בחלקים ובמועדים שונים, יראו כל חלק מהלוואה נפרדת,
19 לצורך הפעלת תנאי ההצמדה כאמור לעיל".

סעיף 8 - תשלומים נלווים

20
21
22 69. סעיף 8 להסכם קובע כדלהלן:
23 "בנוסף להלוואה, לריבית להפרשי ההצמדה עליהן ולכל יתר
24 התשלומים שעל הלווה לשלם לבנק על-פי הסכם זה מתחייב הלווה
25 לשלם לבנק דמי ביול, אגרות רישום בלשכת רישום המקרקעין ואו



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחרים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 ברשם המשכונות, דמי גביה, דמי שמאות, הוצאות ביטוח, דמי
2 חכירה וכל שאר ההוצאות ותשלומים כפי שיקבעו על ידי הבנק.
3 (להלן: "התשלומים הנלווים"). בנק יהיה רשאי, לפי שיקול דעתו
4 הבלעדי, לשנות התשלומים הנלווים בכל זמן שהוא. התשלומים
5 הנלווים ישולמו על-ידי הלווה לבנק במועדים שיקבעו על ידי הבנק."
6

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

9
10 71. ניתן לאבחן בין שלוש טענות שונות שהמפקח העלה כנגד הוראה זו: ראשית, נטען
11 כי ההוראה עמומה, והלווה לא יכול ללמוד ממנה מהם התשלומים הנלווים
12 המושגים עליו הלכה למעשה (להלן: "בעיית העמימות"); שנית, נטען כנגד הותרת
13 רשימת התשלומים הנלווים פתוחה לשיקול דעת הבנק, באופן המאפשר לו לקבוע
14 הוצאות נוספות שיושגו על הלווה באופן חד צדדי (להלן: "בעיית הרשימה
15 הפתוחה"); שלישית, נטען כנגד השליטה שניתנה לבנק על גובה התשלומים
16 הנלווים ועיתויים (להלן: "בעיית העדכון"). להלן נבחן בנפרד כל אחת מטענות
17 אלה.

18
19 72. **בעיית העמימות** - סעיף 8 קובע רשימה של תשלומים נלווים בהם מתחייב הלווה.
20 ניתן היה לסבור כי לווה המעיין ברשימה זו יוכל ללמוד ממנה מהן העלויות
21 הנוספות המוטלות עליו, ולהיערך בהתאם. עם זאת, מהדיון בענין זה התברר כי
22 לא אלה הם פני הדברים. חלק מפריטי התשלום אותם מזכיר הסעיף הם בגדר
23 שרידים היסטוריים להוצאות שכבר אינן רלוואנטיות לעסקה בה עסקינן כגון
24 "דמי חכירה" או "דמי ביול" (ביחס להסכמי הלוואה שנחתמו החל מ-1.1.2006);
25 חלקם מתייחס להוצאות האמורות להיות משולמות ישירות על ידי הלקוח-הלווה
26 לנוותן השירות, ואינן נגבות כלל על ידי הבנק (כגון "דמי שמאות" במקרה הרגיל),



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחרים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 וחלק אחר מפריטי התשלומים הנלווים מנוסח בלשון סתומה, שלא משקפת את
2 מהותם האמיתית (כך, המונח "הוצאות ביטוח", אשר מתייחס לפרמיית הביטוח
3 שהלווה צריך לשלם לחברת הביטוח). הבנק טען כי בעובדה שרשימת התשלומים
4 הנלווים מצטיינת בפירוט יתר, וכוללת גם הוצאות שכלל לא יושתו על הלקוח, אין
5 רבותא. לשיטתו, הוא עומד בחובת הגילוי הקבועה בסעיף 26א. לכללי הבנקאות
6 (שירות ללקוח) (גילוי נאות ומסירת מסמכים), התשנ"ב – 1992 (להלן: "כללי
7 הגילוי הנאות"), בכך שהוא מוסר ללקוח מסמך נפרד בו מפורטים התשלומים
8 בהם יחויב הלכה למעשה. אין אנו יכולים לקבל את טענת הבנק. הוראת סעיף 8
9 כנוסחה היום יוצרת חוסר בהירות מבחינת הלקוח, ופותרת פתח בלתי ראוי
10 לחיובו בתשלומים נלווים שלא פורטו בהתאם לדרישות כללי הגילוי הנאות. לאור
11 זאת, ובהתחשב בעובדה שהתשלומים הנלווים מפורטים ממילא במסמך הנלווה
12 לחוזה ההלוואה, אשר נמסר ללקוח ונחתם על ידו בהתאם לכללי הגילוי הנאות,
13 הפתרון הראוי שיביא להסרת העמימות הוא לקבוע שהתשלומים הנלווים יהיו אך
14 ורק התשלומים כפי שפורטו במסמך הנלווה האמור.

15

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



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

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

8

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

17

18 **75. הטענה כי בחוזה ארוך טווח רשאי הספק לשמר בידיו את הזכות לשנות את**
19 **המחיר כאוות נפשו נדחתה בפסק הדין המנחה רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי**
20 **עיצוב המנוחה מילגרום הינדה ז"ל נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145 (1998). בעקבות**
21 **פסיקה זו פיתח בית הדין בשורה של החלטות כללים מנחים לגבי דרך עדכון**
22 **המחיר בחוזה ארוך טווח. ראו, במיוחד, ר"ע (י-ם) 2030/01 איתוראן איתור**
23 **ושליטה בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקאות 95 - 99 (ניתן ב- 26.1.2004,**
24 **מצוי במאגר "נבו") (להלן: "עניין איתוראן"); עניין בנק לאומי, בעי 662 - 664;**
25 **ח"א (י-ם) 9005/03 היועץ המשפטי לממשלה נ' שח"ל טלרפואה בע"מ, פסקאות**
26 **37 - 44 (ניתן ב- 30.4.2007, מצוי במאגר "נבו") (להלן: "עניין שח"ל"). פסיקה זו**
27 **נשענת על שתי אבחנות יסוד:**



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

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
בחווה בתנאים החדשים יכול להביא בכל מקרה את ההתקשרות לידי
סיום. עמד על כך בית הדין בעניין **בנק לאומי** בציינו כי:

"... אם הספק יכול לבטל את החווה כליל, הוא גם יכול
להציע ללקוח שינוי בתנאי החווה, 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 החווה
היא מתן התראה מספקת ללקוח על שינוי תנאי ההתקשרות, באופן
שיאפשר לו להחליט אם ההתקשרות בתנאיה החדשים רצויה לו.

לעומת זאת, כאשר הספק מחויב משפטית או מעשית להמשיך את
ההתקשרות בתנאיה הנוכחיים, או כאשר קיימת מניעה משפטית או
מעשית ללקוח להשתחרר מהחווה 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



בתי המשפט

בית הדין לתוזים אחידים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 ההתקשרות במקום ששינוי כזה עלול לפגוע בזכויות מוקנות
2 של הלקוח" (פסקה 379 לפסק הדין).
3 בעניין **איתוראן** ציין בית הדין כי:
4 "האפשרות הניתנת ללקוח להפסיק את החוזה אינה שוללת
5 את הקיפוח הכרוך בזכות ששומר לעצמו הספק להעלות את
6 המחיר, במקום שהפסקת החוזה על-ידי הלקוח אינה
7 מעשית" (פסקה 99 לפסק הדין).

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

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

19 "כאשר הגורמים לשינוי המחיר מצויים בשליטת הספק,
20 ככלל, אין להתיר שינוי במחיר לאחר כריתת החוזה. שכן,
21 הספק יכול להתחשב בגורמים אלו עוד קודם לקביעת
22 המחיר. עם זאת, כאמור, בחוזים מתמשכים דוגמת ההסכם
23 שלפנינו, ייתכן ויהיה מקום לאפשר לספק לעדכן את מחירו
24 גם בשל גורמים התלויים בו. במקרה כזה, שומה עלינו
25 להיזהר בבחינת זכותו של הספק ולאזנה במידת האפשר על
26 ידי מתן זכות ללקוח להשתחרר מהחוזה באופן מעשי ועל ידי
27 קביעת מנגנון עדכון מחירים אובייקטיבי. ... גם הוראה



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחרים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 המעניקה לספק זכות בלתי מוגבלת לשנות את המחיר עקב
2 שינויים שאינם בשליטתו עלולה להיות מקפחת. הוראה
3 מסוג זה, מעבירה את מלוא הסיכון ללקוח, ויש בה משום
4 יתרון בלתי הוגן לספק העלול להביא לידי קיפוח. לא די
5 בעצם העובדה שהשינוי אינו תלוי בספק כדי להצדיק את
6 הטלת מלוא ההפרש במחיר על הלקוח. כדי להסיר את
7 הקיפוח, על הספק לציין בחוזה את הגורמים לשינוי שאינם
8 בשליטתו ואת המנגנון לשינוי המחיר. כמו כן יש ליתן ללקוח
9 אפשרות לבטל את ההתקשרות במידה והספק יממש את
10 זכותו להעלות את המחיר, וכך לאזן את זכותו של הספק
11 לשנות את המחיר. דווקא; גם במקרה זה יש לבחון אם
12 האפשרות לבטל את החוזה היא מעשית בנסיבות העניין,
13 שכן אחרת אין היא מהווה איזון הולם. בנוסף, יש לחתור
14 לכך שמנגנון עדכון המחיר יהיה מנגנון אובייקטיבי ככל
15 הניתן" (פסקה 42 לפסק הדין).

16
17 76. סירוב הבנק להתחשב במבחנים שהוצבו בפסיקה הופך את ההכרעה במקרה
18 שבפנינו לקלה. ההסכם בו עסקינן הוא אומנם הסכם ארוך טווח, אולם יכולת
19 ההשתחררות ממנו, הן מצד הבנק והן מצד הלווה מוגבלת מאד. זאת ועוד, מידת
20 הפיקוח החיצוני על גובה העמלות הבנקאיות איננו מאפשר לראות בהן נתון הנקבע
21 על ידי גורם חיצוני. לאחרונה הוציא אומנם נגיד בנק ישראל את כללי הבנקאות
22 (שירות ללקוח) (עמלות), תשס"ח-2008 (להלן: "כללי העמלות"), וזאת מכוח
23 הסמכות שהוענקה לו בשנת 2007 בסעיף 9ט. לחוק הבנקאות (שירות ללקוח),
24 התשמ"א – 1981 (להלן: "חוק הבנקאות (שירות ללקוח)"). התוספת השלישית
25 לכללי העמלות קובעת את סוגי העמלות שניתן להטיל על "לקוחות המקבלים
26 מהתאגיד הבנקאי שירות של הלוואה לדויר", אולם, גובהן של עמלות אלה נקבע
27 במרבית המקרים על ידי הבנק ואיננו נתון כלל לפיקוח. רק במיעוט המקרים מצוי
28 שיעור העמלה בפיקוח בהתאם לסעיפים 9א-9ז. לחוק הבנקאות (שירות ללקוח),



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחרים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 באופן המאפשר לראות במנגנון הפיקוח משום מנגנון תמחור שאינו תלוי בעיקרו
2 בספק. במצב דברים זה, סעיף המקנה זכות לבנק "לפי שיקול דעתו הבלעדי,
3 לשנות התשלומים הנלווים בכל זמן שהוא", הוא באופן מובהק תנאי מקפח, שיש
4 לבטלו.

5
6 77. לאור קביעותינו אלה אנו מורים על שינוי נוסח סעיף 8 לחוזה כדלהלן:

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

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

16

17

סעיף 10 – פעולות הלווה

18

סעיף 10(א) - הגבלת זכויות הלווה בנכס הממושכן

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

24

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

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 מסוייג, 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 10א), המפקח סבר כי יש בו משום פגיעה בלתי מידתית בחירותו של הלווה ובזכות הבעלות שלו בנכס הממושכן.
80. מטרתו של סעיף 10א) 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 צריכים 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.



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

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 /או לתקופת שכירות שתעלה על שנתיים /או להסכים לתשלום
דמי שכירות בשיעור הנמוך מתנאי השוק /או לתקופה העולה על חצי שנה
מראש, לא להחכיר, לא להעביר את הנכס, לא למסור /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 האיוון
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" סוויגה 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



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 המקרקעין ובסעיף 1 לחוק השכירות והשאילה). אין לנו ספק כי כוונת הצדדים
2 הייתה שהאיסור על העברת החזקה כפוף להיתר שניתן לגבי השכרה של עד
3 שנתיים, אך כוונה זו איננה ברורה מספיק בנוסח המוצע. לכן אנו קובעים כי יש
4 לשנות מעט את הנוסח המוסכם (מבלי שיהיה בכך כדי לשנות באופן מהותי
5 מהסכמות הצדדים).

6
7 84. לאור האמור, ובשים לב להסכמת הצדדים על מחיקת הפסקה השנייה של סעיף 10
8 (א), נוסחו החדש של סעיף 10(א) יהיה כדלקמן:

9 "הלווה מתחייב לא לשעבד, לא למשכן, לא למכור, לא להשכיר, לא להחכיר, לא
10 להעביר את הנכס, לא למסור /או להעביר החזקה בנכס, לא לעשות פעולה כל
11 שהיא בנכס ולא להעניק לשום אדם או גוף שהוא זכות כל שהיא בנכס, שיש בה
12 (בפעולה או בזכות) כדי לפגוע בזכויות הבנק על פי הסכם זה, אלא אם יקבל
13 הסכמת הבנק על כך בכתב ומראש. הבנק לא יסרב סירוב בלתי סביר לבקשת
14 לווה למתן הסכמה כאמור. על אף האמור לעיל, רשאי השוכר להשכיר את הנכס
15 בשכירות שאיננה מוגנת לתקופת שכירות שלא תעלה על שנתיים, ובלבד שדמי
16 השכירות לא יהיו נמוכים מתנאי השוק ולא ישולמו ללווה לתקופה העולה על חצי
17 שנה מראש".

18
19 **סעיף 10(ב) - חיוב הלווה להודיע לבנק על נזק או ליקוי בנכס**

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

25





בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

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 ההלוואה. 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 ההלוואה.
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 ההלוואה". הבנק התנגד לקריטריון האמור והסביר, כי ישנם מקרים בהם לא קיים יחס ישר בין שווי הנכס לאחר הליקוי לבין יתרת ההלוואה. 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.

101



102



103





בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

- 1
- 2 89. במחלוקת שנפלה בין הצדדים, אנו סבורים כי הדין הוא עם המפקח. נוסחו הנוכחי
- 3 של הסעיף אינו מבחין בין נזק מהותי לבין נזק פעוט, ובכך הוא מקנה לבנק הגנה
- 4 עודפת, מעבר לאינטרס הלגיטימי שלו בנכס, שהוא, כאמור, בגובה היתרה הבלתי
- 5 מסולקת של ההלוואה. בהתייחסו לסעיף 10(ב) לא הציע הבנק חלופה מעשית
- 6 לניסוח הסעיף, אשר תוביל להסרת הקיפוח. עם זאת, בהתייחסו לסעיף 10(ג)
- 7 הסכים הבנק כי הלקוח יחויב רק בתיקונם של נזקים "העלולים להשפיע על ערך
- 8 הנכס כבטוחה". נראה לנו כי הצעה זו מתאימה גם לסעיף 10(ב), והיא מאזנת
- 9 נכונה בין האינטרסים של הצדדים. אמנם היא מעוררת קושי מעשי, אך מדובר
- 10 בחלוקת סיכונים זהה לזו המתקיימת בפועל גם לפי הנוסח הנוכחי של הסעיף.
- 11 בשני המקרים נושא הלקוח בנטל זיהוי הליקוי ואבחונו מן הליקויים השוליים,
- 12 שביחס אליהם אין הבנק ערוך או מעוניין בקבלת דיווח.
- 13
- 14 90. טענה נוספת שהעלה המפקח מתייחסת לדרישת הדיווח בכתב דווקא. דרישתו של
- 15 הבנק כי הלווה יודיעו בכתב אודות כל נזק מהותי בנכס נובעת מטעמי נוחות
- 16 וודאות משפטית. הקושי במתן תוקף לדרישת הכתב, שהיא לכאורה דרישה רצויה
- 17 לשני הצדדים, נעוץ בכך שהיא עלולה לחסום טענות צודקות רק משום אי קיום
- 18 דרישה צורנית. כך למשל, בנסיבות שלפנינו עלולה דרישת הכתב להביא לדחיית
- 19 טענותיו של לקוח, כי הודיע אודות נזק כלשהו לבנק בעל-פה, או כי פנה בעל-פה
- 20 לנציג הבנק לצורך קבלת חוות דעתו בדבר הצורך בהודעה בכתב ומידת הפירוט
- 21 הכרוכה בה, ואותו נציג מסר לו הערכה, לפיה אין צורך בדיווח ובמשלוח הודעה
- 22 בכתב בנסיבות העניין. במצב כזה, אם יתברר לאחר מכן כי היה מדובר בנזק
- 23 מהותי, בגינו היה על הלווה ליתן הודעה בכתב, עלול הלווה להימצא מפר את
- 24 החוזה שבין הצדדים, על אף תום ליבו, וזאת בשל אי עמידתו בדרישת הכתב.
- 25 דרישת הכתב היא בעייתית במיוחד לאור העובדה כי ביחסי בנק – לקוח מקובל
- 26 להסכים, לאורך תקופת החוזה, על עניינים שונים גם בעל-פה, הן בשיחה עם נציג
- 27 הבנק בסניף והן באמצעות טלפון (לוסטרוויז ושפניץ, חוזים אחידים (1994) 251
- 28 (להלן: "לוסטרוויז ושפניץ")).



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

- 1
2 91. דרישתו של הבנק כי הלווה יודיעו בכתב אודות כל נזק מהותי בנכס, איננה
3 מחויבת על-פי דין. אף מבחינה מהותית אין הודעת הלווה מחייבת כתב. הבנק
4 עצמו הסביר כי טעמיו הם ראייתיים בעיקרם, דהיינו: נוחות וודאות. דרישת כתב
5 במצב כזה היא גורפת, ומונעת מהלווה להוכיח את אשר סוכס בעל-פה, וזאת על
6 אף שברגיל יכולים היו הצדדים להגיע להסכמות בעל-פה (וזאת בהתאם לסעיף 23
7 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973). על כן-אנו סבורים, כי הקביעה לפיה
8 הודעת הלווה אודות נזק מהותי מחייבת כתב דווקא, היא מקפחת ודינה להתבטל.
9
10 92. יוער, כי הבנק יכול להתגבר על אי הודאות שתגרם עם ביטולה של דרישת הכתב,
11 באמצעות אימוץ נהלי עבודה פנימיים, המחייבים את פקידי הבנק לבצע תרשומות
12 של שיחות טלפון שנערכו עם הלווים, לרבות רישום מועד הפניה, זהות הפונה
13 ותמצית השיחה. קביעת נהלים פנימיים ופיקוח על קיומם נמצאים בשליטת הבנק,
14 ועשויים לסייע לו להדוף טענות בדבר הודעה בעל-פה מצד לקוחות.
15
16 93. באשר לדרישה כי הלווה יודיע מיד אודות הנזק, הסכים הבנק למתן את הסעיף,
17 כך שייקבע כי הודעת הלווה תימסר תוך זמן סביר מהמועד בו נודע ללווה אודות
18 הנזק או הליקוי (סיכומי הבנק, פסקה 237).
19
20 94. בהתאם לכל האמור לעיל, ישונה נוסח סעיף 10(ב) להסכם באופן הבא:
21 "הלווה מצהיר כי הנכס במצב תקין. כן מתחייב הלווה להחזיק את הנכס במצב
22 תקין ולהכניס בו מפעם לפעם התיקונים הדרושים להחזקתו התקינה והראויה
23 לשימוש. בכל מקרה של נזק מהותי או ליקוי מהותי בנכס, העלול להשפיע על
24 ערכו של הנכס כבטוחה, מתחייב הלווה להודיע על כך לבנק תוך זמן סביר".
25

בית המשפט

56

56

56

56

56

56

56

56

56

56



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחרים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

סעיף 10(ג) - חיוב הלווה לתקן ליקויים בנכס

1
2 95. סעיף זה מאפשר לבנק לתקן כל ליקוי בנכס - לפי ראות עיניו - במקום הלווה ועל
3 חשבונו "אם הלווה לא יבצע את התיקונים הדרושים בנכס תוך 7 ימים מיום קרות
4 הנזק". במקרה שהתיקונים נערכו על ידי הבנק, מתחייב הלווה להשיב לבנק - על
5 פי דרישתו - את כל ההוצאות שהיו לבנק בקשר לתיקונים, בתוספת הפרשי
6 הצמדה וריבית בשיעור שייקבע על ידי הבנק.

7
8 96. המפקח טען כנגד חיובו של הלווה לתקן כל פגם. כמו כן טען המפקח, כי יש לקבוע
9 כי על הלווה חלה החובה לתקן רק ליקויים מהותיים, העלולים להשפיע על ערך
10 הבטוחה ביחס ליתרתה הבלתי מסולקת של ההלוואה. הבנק הסכים, כאמור,
11 לשנות את הסעיף כך שהלווה יחוב בתיקון נזקים וליקויים, העלולים להשפיע על
12 ערך הנכס כבטוחה, והסכמה זו היא ראויה. כן הסכים הבנק כי פרק הזמן שיוקצה
13 לתיקון הנזק על ידי הלווה יהיה פרק זמן סביר מיום קרות הנזק או הליקוי
14 בהתחשב בסוג או באופי הנזק או הליקוי. לבסוף, הסכים הבנק לשנות את אופן
15 הוספת הריבית לסכום שיוציא הבנק לשם תיקון נזק כאמור במקום הלווה, כך
16 שכל סכום כאמור ישא ריבית והצמדה כחוק.

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

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

ש

7

ה

*

ה

ה

ה

ה

ה

ה

ה



בתי המשפט

**בית הדין לחוזים אחידים
בבית המשפט המחוזי בירושלים**

ח"א 8002/02

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

1

2

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

3

98. הסעיף משית על הלווה את המיסים, ההיטלים, תשלומי החובה, דמי החכירה וכל

4

התשלומים האחרים החלים מזמן לזמן על הנכס או על הלווה - על כתפי הלווה,

5

ומחייב את הלווה להמציא לבנק - עם דרישתו - את כל הקבלות והאישורים

6

הקשורים בתשלומים אלה.

7

המפקח הסכים, כי העיקרון העומד בבסיסו של סעיף זה, לפיו הלווה חב בתשלום

8

כל התשלומים החלים על הנכס או בגינו, הוא עיקרון ראוי, אשר נועד לשרת את

9

האינטרס הכלכלי הלגיטימי של הבנק לקיומה של בטוחה בת ערך בעת מימוש. עם

10

זאת, כך טען המפקח, הסעיף מנוסח באופן הכולל גם את התשלומים החלים על

11

הלווה - להבדיל מתשלומים החלים על הנכס - כאשר ביחס לתשלומים אלו אין כל

12

חשש לפגיעה בערך הנכס כבטוחה של הבנק. הבנק הסכים מצידו לסייג את הסעיף

13

כך שיחול רק בהתייחס לתשלומים החלים על הנכס או על הלווה בגין הנכס.

14

15

99. בהתאם להסכמת הצדדים (מסמך ההסכמות השני, סעיפים 19-20), יתוקן סעיף

16

11 וינוסח באופן הבא:

17

"הלווה מתחייב לשלם במועדם את כל הסכומים והתשלומים הכרוכים ברכישת

18

הנכס, וכן את כל המיסים, ההיטלים, כל תשלומי החובה, הארנונות לסוגיהם,

19

את דמי החכירה וכל התשלומים האחרים החלים מזמן לזמן על הנכס או על

20

הלווה בגין הנכס. הלווה מאשר ומצהיר בזה כי שילם את התשלומים כאמור

21

החלים עד ליום חתימת הסכם זה. על הלווה להמציא לבנק מיד עם דרישתו

22

הראשונה את כל הקבלות והאישורים הקשורים בתשלומים אלה."

23

23

ט.

56
זשל
שפ

ידו



לנס



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחרים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

סעיף 12 – משכנתא ומשכון

1
2 100. סעיף זה קובע את ההוראות המרכזיות לעניין מישכון הנכס של הלווה לטובת
3 הבנק. הסעיף קובע מגוון הסדרים, אשר רק כנגד מיעוטם הועלתה על ידי המפקח
4 הטענה כי המדובר בתניות מקפחות. נסקור טענות אלה כסדר העלאתן על ידי
5 המפקח, ואחר כך נתייחס לסוגיה נוספת הנוגעת לסעיף זה, אשר אליה התייחסו
6 הצדדים בעקבות שאלות שהועלו ביוזמת בית הדין.

7
8 **סעיף 12 רישא ו-12(ד)(4) - מימוש הבטוחה בגין הפרת הסכם הלוואה אחר**

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

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

17
18 102. הסכמת הצדדים בעניין זה מקובלת עלינו, בכפוף להבהרה שהסכמת הלקוח
19 לשעבד את הנכס גם לטובת ההסכם האחר צריכה להיות בכתב. מן האמור לעיל
20 עולה כי נוסח סעיף 12 רישא יהיה כדלקמן:

21 "להבטחת סילוקם המלא והמדויק של כל הסכומים שהלווה חייב או יהיה חייב
22 לבנק בהתאם לתנאי הסכם זה או על פי כל הסכם אחר לגביו סוכם עם הלווה
23 במסמך בכתב כי יובטח באמצעות הנכס (להלן: "הסכומים"), ולהבטחת מילוי
24 מלא ומדויק של תנאי הסכם זה או תנאי כל הסכם אחר לגביו סוכם עם הלווה
25 במסמך בכתב כי יובטח באמצעות הנכס..."

מ

מ

מ

מ

מ

מ

מ



בתי המשפט

בית הדין לתוזים אחידים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

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 מקפת.
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 תוזה 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

103

*

104

105

106

107

108

109

110



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחרים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 או לשנות, על דעתו בלבד, ולאחר כריתת החוזה, מחיר או חיובים מהותיים
2 אחרים המוטלים על הלקוח".

3

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

8 אנו סבורים כי טענות אלה אינן משכנעות. מסגרת העל של זכויות וחובות הצדדים
9 מעוגנת בחוזה ההלוואה ותנאי שטר המשכנתא כפופים לו. אנו סבורים כי לא ניתן
10 להסכים לכך שלבנק תוקנה הזכות לשנות, בגדרם של תנאי שטר המשכנתה, את
11 תנאי חוזה ההלוואה (השור: ע"א 4134/97 מרכז כלל נ' בנימיני, תק-על 2003(3)
12 1656 (2003)). מצב דברים בו מתערור צורך לשנות את תנאי שטר המשכנתא, בשל
13 גורמים שאינם בשליטת הבנק, כדוגמת שינוי הדין החל ביחס לרישום משכנתה,
14 איננו נופל כמובן בגדרן של חזקות הקיפוח האמורות לעיל. המפקח ציין, כי אין לו
15 התנגדות לכך שתנאים בשטר המשכנתה ישונו כפועל יוצא משינוי הדין.

16

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



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

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

5

6 סעיף 12(ד)4 - זכותו של הבנק להעביר לפקודתו את זכויות הלווה בנכס במקרה

7

של הפרת הסכם ההלוואה על ידי הלווה

8 107. הסעיף קובע כי במקרה בו הופר תנאי יסודי בהסכם ההלוואה על ידי הלווה או
9 במקרה בו הועמדה ההלוואה לפירעון מיידי, רשאי הבנק לבטל בשמו של הלווה
10 את החוזה לרכישת הנכס הממושכן (שנכרת בין הלווה כקונה לבין מוכר הנכס),
11 "להעביר לזכות הבנק ו/או לפקודתו את כל זכויות הלווה בנכס", וכן לגבות בשם
12 הלווה את כל הכספים והזכויות המגיעים לו מהמוכר בגין הנכס (הכוונה היא,
13 למעשה, לזכות ההשבה העומדת לטובת הלווה-הקונה בעקבות ביטול חוזה
14 הרכישה).

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

24 הבנק הסביר כי סעיף 12(ד) כולו עוסק במצב בו הנכס טרם נרשם על שמו של
25 הלווה בלשכת רישום המקרקעין, ועל כן ס"ק 4(4) עוסק במימוש משכון על זכויות



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 חוזיות. הבנק מפנה לסעיף 20 לחוק המשכון, הקובע כי מקום בו מושכנה זכות
2 שיש לחייב כלפי אדם אחר, רשאי הנושה לממשה כשם שהחייב היה יכול לממשה,
3 דהיינו; אין צורך בצו שיפוטי לצורך מימוש המשכון על זכויותיו החוזיות של
4 הלווה בנכס, אשר לשם רכישתו נתן הבנק את ההלוואה ללווה. לשיטתו של הבנק,
5 הוראת סעיף 12(ד)(4) היא למעשה יישום של הוראת סעיף 20 לחוק המשכון, וככזו
6 אין היא מקפחת.

7

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

13 ומכאן לגופו של הטיעון: הכלל הבסיסי הינו כי מימוש המשכון יהיה על פי צו של
14 רשות (בית משפט או רשם ההוצאה לפועל). בכך ניתן ביטוי למדיניות החקיקה,
15 אשר איננה רואה בעין יפה מימוש עצמי על ידי הנושה, העשוי לפגוע בשלום
16 הציבור. עם זאת, חוק המשכון מכיר במספר חריגים, בהם ניתן לממש משכון שלא
17 באמצעות צו של בית משפט או רשם ההוצאה לפועל. אחד החריגים מאפשר
18 מימוש עצמי במשכון שהוא זכות (סעיף 17(4) לחוק המשכון, המפנה לסעיף 20
19 לחוק המשכון). מכוחו של סעיף 20 לחוק המשכון מוקנה לבעל משכון על זכות
20 (הבנק בעניינינו) הכוח לממש את הזכות שמושכנה כשם שהחייב (הלווה) היה יכול
21 לממשה.

22 בע"א 4294/97 אובזילר נ' בנק דיסקונט בע"מ, פ"ד נו(2) 389 (2001) (להלן: "עניין
23 אובזילר"), קבע הנשיא ברק, בדעת רוב, כי: "כשם שבעל הזכות רשאי לנהוג
24 בזכותו מנהג בעלים, כך גם בעל המשכון רשאי לנהוג בזכות המצויה בבעלותו
25 (מכוח סעיף 20 לחוק המשכון) מנהג בעלים. כך, למשל, רשאי בעל המשכון
26 להמחות את הזכות אם בדרך מכירה, אם בדרך מתנה ואם בדרך אחרת. כל זאת



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחרים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 רשאי הוא לעשות בלא צו בית-המשפט ובלא צו של ראש ההוצאה לפועל". השופט
2 אנגלרד סבר, בדעת מיעוט, כי גישתו של הנשיא ברק מובילה למצב אבסורדי, מפני
3 שעולה ממנה כי טובה זכותו של בעל משכון על זכות לרישום מקרקעין, מזו של
4 בעל משכנתא על מקרקעין, שהרי הראשון רשאי להמחות את הזכות לקבלת
5 המקרקעין לעצמו ולרשמה על שמו בעוד שעל השני לנקוט בהליכי הוצאה לפועל
6 על מנת לממש את זכותו והוא כפוף להם.

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

14 ניתוח ביקורתי של הלכת **אובזילר** ניתן למצוא אצל נינה זלצמן ועופר גרוסקופף
15 "מימוש עצמי של משכון על זכות אובליגטורית – בעקבות ע"א 4294/97 אובזילר נ'
16 בנק דיסקונט בע"מ" משפטים ל"ג (3) 655 (2003)). לשיטתם יש לפרש את סעיף 20
17 לחוק המשכון כמקנה לבעל המשכון יפוי כוח מוגבל לפעול למימוש הזכות
18 שמושכנה מול החייב על פיה, ולא כיפוי כוח מלא המאפשר אף ביצוע עסקאות
19 (דיספוזיציות) בזכות. משמעות הדברים היא שבעל משכון לא יכול לממש זכות
20 שמושכנה על דרך של נטילתה לעצמו או מכירתה לצד שלישי. בסיכום מאמרם
21 מציעים הכותבים, כי כל עוד לא בוטלה הלכת **אובזילר**, היא תוגבל "לנסיבות
22 המקרה הקונקרטי שנדון באותו עניין, כלומר: למקרה של מימוש משכון על ניירות
23 ערך הכלולים בתיק ההשקעות של הלקוח-הממשכן ושאותו מנהל הבנק, בעל
24 המשכון", ולא תופעל ביחס למקרים אחרים, אשר בהם שיקולי המדיניות
25 המיוחדים המצדיקים את מתן האפשרות למימוש עצמי במקרה מיוחד זה לא
26 מתקיימים (שם, בע' 692). עמדה זו עולה בקנה אחד עם תיקון החוק הנזכר לעיל
27 (שנעשה לאחר פירסום המאמר האמור), המאשרר את אפשרות המימוש העצמי

ט
י
יא
יב
יג
יד
טו
טז
יז
יח
יט
כ

כא

כב

כג
כד
כה
כו
כז
כח
כט
ל



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחרים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 רק בנגזרת צרה של מקרים, החופפת, במידה רבה, לנסיבות שנידונו בעניין
2 **אובזילר**. גישה זו ביחס להיקף תחולתה הראוי של הלכת **אובזילר**, מקובלת עלינו.
3 לאורה אין ספק כי חלק מהסמכויות שנטל הבנק לעצמו בסעיף 12(ד)(4) מהוות
4 התניה פסולה על הוראות כופות של חוק המשכון (ראו סעיף 16(ב) לחוק המשכון
5 הקובע כי "אין הצדדים רשאים להתנות על דרכי המימוש לפי חוק זה כל עוד לא
6 הגיע המועד לקיום החיוב").

7
8 109. לדעתנו, סעיף 12(ד)(4) להסכם כורך איפוא יחדיו פעולות שהבנק רשאי לעשות
9 מכוח סעיף 20 לחוק המשכון (כגון גביית כספים המגיעים ללווה מהמוכר במקרה
10 של ביטול ההסכמים. השוו ע"א 357/00 **יהושע נ' בוכהולט**, פ"ד נו(4) 529 (2003))
11 עם פעולות שהבנק איננו רשאי לעשותן מכוח הוראה זו. עם זאת, לאור חוסר
12 הבהירות בעניין זה, ומאחר ופעולות אותן רשאי הבנק לבצע על פי סעיף 20 לחוק
13 המשכון מותרות לבנק גם ללא הוראה מפורשת בהסכם, לא ראינו צורך לנסח
14 מחדש את ההוראה באופן שיתאימה למסגרת שמתיר החוק. חלף זאת אנו מורים
15 כי סעיף 12(ד)(4) ינוסח תוך הפניה לסעיף 20 לחוק המשכון, בדרך עליה נורה להלן.

16
17 110. לאור האמור לעיל אנו מורים כי בחוזה יבוצעו השינויים הבאים:

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

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

26

10

11

12

13

14

15

16

17

18

19

20

21

22

23

24

25

26



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחרים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

- 1 **סעיף 12(ד)(5) - חיובו של הלקוח לחתום על ייפוי כוח בלתי חוזר לטובת הבנק**
- 2 111. בסעיף זה מתחייב הלווה לחתום על ייפוי כוח בלתי חוזר לטובת הבנק, בכדי
3 לרשום את הנכס על שם הלווה, לרשום משכנתה על הנכס לזכות הבנק וכן "לעשות
4 כל פעולה אחרת כאמור בהסכם זה". הסיפא של הסעיף קובעת, כי "הלווה
5 והערבים פוטרים את הבנק מראש מכל אחריות במקרה ולא תעשה פעולה כל
6 שהיא על פי ייפוי הכוח או שלא תעשה בזמן או במקום הנכון".
- 7
- 8 112. המחלוקת בין הצדדים נגעה בשתי שאלות: האחת, מתייחסת לייפוי כוחו של
9 הבנק לביצוע "כל פעולה אחרת כאמור בהסכם", תחת הגבלתו לביצוע הפעולות
10 הדרושות לצורך רישום המשכנתה; והשנייה, באשר לפטור שניתן לבנק מאחריות
11 בגין מעשיו ומחדליו על פי יפוי הכח.
- 12
- 13 113. ביחס לעניין השני, קרי: שאלת הפטור מאחריות של הבנק, הגיעו הצדדים
14 להסכמה (מסמך ההסכמות השני, סעיפים 25-26), לפיה בסיפא של הסעיף יתווספו
15 המילים הבאות: "ובלבד שהבנק לא יהא פטור מאחריות במקרה בו נהג
16 ברשלנות". הסכמה זו מקובלת עלינו ואנו נותנים לה תוקף.
- 17 בנוגע לעניין הראשון, הצדדים לא הצליחו להגיע להסכמה ואנו נדרשים להכריע
18 בו. יפוי הכח הוא חלק מהחווה האחיד. הבנק זקוק ליפוי הכח מהלווה כדי לרשום
19 את הנכס על שם הלווה ולרשום משכנתה על הנכס לזכות הבנק, ללא תלות ברצונו
20 הטוב של הלווה ובמידת שיתוף הפעולה מצידו. את יפוי הכח ואת מידת הקיפוח
21 בהוראותיו יש לבחון על-פי דיני השליחות. הגישה המקובלת היא שאין לאפשר
22 לספק לנסח יפוי כח עם הרשאה גורפת, ויש לצמצמו רק לאותן הפעולות הנדרשות
23 לצורך ביצוע נושא השליחות (ראו: ע"א 449/85 היועץ המשפטי לממשלה נ' גד,
24 פ"ד (מג) 183, 210-211 (1989); לוסטהווי ושבניץ, 345). לשם הבטחת זכויות
25 הבנק נדרש יפוי כח לביצוען של כל הפעולות הנדרשות לצורך רישום הנכס על שם



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 הלווה וכן לצורך רישום המשכנתה. הבנק הסביר, כי רישום המשכנתא מותנה
2 בפעולות נלוות נוספות, לרבות תשלום חובות הרובצים על הנכס, השגת אישורים
3 מרשויות המס השונות הדרושים לצורך ביצוע הרישום, חתימת חוזה חכירה,
4 קידום הליכי הסדר במקרקעין או איחוד וחלוקה של מקרקעין, תיקון רישומים
5 בלשכת רישום המקרקעין, טיפול בהשגת צו רישום בפנקס הבתים המשותפים,
6 הסרת עיקולים וכיו"ב. הצדדים אינם חולקים על כך, שכל עוד ביצוע הפעולות
7 הנלוות דרוש לשם רישום הנכס על שם הלווה ולרישום המשכנתא, אין הדבר
8 מעורר קושי. הבעייתיות היא בניסוח הגורף המייפה את כוחו של הבנק לבצע כל
9 פעולה כאמור בהסכם.

10 בנוסף, אנו רואים קושי בכך שנוסח הסעיף מחייב את הלווה לחתום על יפוי כוח
11 בלתי חוזר "בהתאם לנוסח שיקבע על ידי הבנק". יפוי הכוח עליו נדרש הלווה
12 לחתום הוא הרי מסמך אחיד, שאין כל מניעה לצרפו לחוזה. שמירת הכוח בידי
13 הבנק לקבוע את נוסח יפוי הכוח בשלב מאוחר למעמד החתימה היא על כן לא רק
14 מקפחת (ראו סעיף 4(4) לחוק החוזים האחידים), כי אם גם מיותרת.

15
16 114. בהתאם לאמור לעיל, ועל מנת לא להגביל את יפוי הכוח הניתן מהלווה לבנק
17 באופן אשר יסכל את יכולתו לרשום את הנכס על שם הלווה ולרשום משכנתה
18 לזכותו של הבנק, אנו קובעים כי יש להחליף בסעיף 12(ד)(5) את המילים "ואו
19 לעשות כל פעולה אחרת כאמור בהסכם זה" במילים "ואו לעשות כל פעולה
20 הנחוצה באופן סביר לשם כך". בנוסף אנו מורים כי במקום המילים "בהתאם
21 לנוסח שיקבע על ידי הבנק" יאמר "בהתאם לנוסח המצורף להסכם זה".

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

22
23
24 115. מעבר למחלוקות שהתגלו בין הצדדים, ביקשנו ביוזמתנו מהצדדים (בדין
25 שהתקיים בתאריך 28.11.2007) להתייחס גם לסוגיה נוספת הנוגעת לסעיפים 12(ב)
26 ו-12(ד)(3) לחוזה, העוסקים בויתור מצד הלווה על זכויות דייר מוגן לפי סעיף 33



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחרים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

- 1 לחוק הגנת הדייר (נוסח משולב), תשל"ב – 1972 (להלן: "חוק הגנת הדייר")
2 וויתור על זכות לסידור חלוף ולהגנת חייב חקלאי לפי סעיפים 38 ו- 39 לחוק
3 ההוצאה לפועל, תשכ"ז – 1967 (להלן: "חוק ההוצאה לפועל").
- 4 השאלה אשר לגביה ביקשנו את התייחסות הצדדים, הייתה ממוקדת וצרה, אם כי
5 השלכותיה רחבות וחשובות. עניינה באותו חלק בסעיפי הוויתור במסגרתו מתחייב
6 הלווה שלא לדרוש כי יועמד לרשות בני משפחתו סידור חלוף על פי סעיף 38 לחוק
7 ההוצאה לפועל. ההתייחסות אותה ביקשנו נוגעת לשאלה אם הלווה יכול לוותר
8 לא רק על זכותו לסידור חלוף, אלא גם על זכות בני משפחתו, ובמיוחד ילדיו
9 הקטינים, לסידור חלוף.
- 10
- 11 116. הבנק הגיש ביום 30.12.2007 התייחסות מפורטת, בה טען כי החייב רשאי לוותר
12 על זכויות בני משפחתו לדרוש כי יועמד לטובתם דיור חלוף וכי אין בדרישה
13 לויתור מסוג זה משום תנאי מקפח. המפקח, בהודעה שהוגשה ב- 1.1.2008,
14 הצטרף לעמדת הבנק בעניין זה. כפי שהבהרנו בפסקאות 23 – 31 לעיל, הסכמת
15 הצדדים אינה מחייבת את בית הדין, ואינה פוטרת אותנו מהצורך לבחון האם אכן
16 אין בדרישת הוויתור האמור משום תנאי מקפח בחוזה אחד.
- 17
- 18 117. בעודנו שוקדים על כתיבת פסק דין זה, קיבלה הכנסת, ביום 4.11.2008, את חוק
19 ההוצאה לפועל (תיקון מס' 29), התשס"ט – 2008 (להלן: "תיקון 29 לחוק ההוצאה
20 לפועל"), אשר פורסם בספר החוקים ב- 16.11.08. תיקון 29 לחוק ההוצאה לפועל
21 כולל, בין השאר, שינויים משמעותיים מאד בנוגע להסדר הדיור החלוף שבסעיף 38
22 לחוק ההוצאה לפועל. שינויים אלה, אשר יחולו ביחס להסכמי משכון ומשכנתא
23 שיכרתו לאחר כניסת תיקון החוק לתוקף – קרי לאחר ה- 16.5.09 (ראו סעיף 55
24 א) לתיקון 29 לחוק ההוצאה לפועל) – בוודאי יביאו לעדכון ההסכמים עליהם
25 מחתים הבנק את לקוחותיו. בהנחה שהשינויים שיוכנסו יתאמו את ההסדר שקבע



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחרים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 המחוקק, ממילא לא יהיה מקום להתערבותנו (ראו סעיף 23(א)(2) לחוק החוזים
2 האחידים).

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

ההסדרים המגנים על זכותו של אדם למדור במקרה של מימוש משכנתא

18

19

20 118. על חשיבותו הייחודית של נושא הדיור במציאות הישראלית, ועל ההשלכות שיש
21 לחשיבות מיוחדת זו על היקף הפיקוח השיפוטי בהקשר זה, עמד השופט שמגר
22 בדבריו בעניין ע"א 148/77 רוט נ' ישופה (בניה) בע"מ, פ"ד לג(1) 617, 624 (1979):
23 "הבעלות על מקום מגורים וההתקשרות החוזית בקשר אליו הפכה
24 אצלנו לנושא חברתי וכלכלי ראשון במעלה, החורג בהשפעתו
25 ובמשמעותו מתחום יחסי המסחר כפשוטם. אך נדוש יהיה אם נחזור
26 ונזכיר בהקשר זה כי עניין רכישת הבעלות בדירה אינו אלא היבט



11/11

11/11

11/11

11/11

11/11

11/11

11/11

11/11

11/11

11/11

11/11

11/11

11/11

11/11

11/11

11/11

11/11

11/11

11/11

11/11

11/11

11/11

11/11

11/11

11/11

11/11



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

- 1 אחד של נושא מורכב יותר - הוא נושא הדיור - אשר אין להפריז
2 בחומרת השלכותיו החברתיות ובפרט של הקשיים הנולדים עקב
3 הפערים בין ההיצע והביקוש ועוד יותר מכך, עקב הפערים בין הרצוי
4 והדרוש לבין המצוי ובר ההשגה. אך מובן כי למימדים המיוחדים של
5 הנושא ולחיוניותו השלכה ישירה על היקף הפיקוח החקיקתי הדרוש
6 ואף במידה לא פחותה על מידת הפיקוח השיפוטי המתחייבת ועל
7 הצורך למדוד את התופעה באמות מידה מיוחדות, המבטאות כראוי
8 את האינטרס הציבורי הטמון בנושא שלפנינו ושאינו ישימות דווקא
9 ביחסי מסחר כפשוטם."
10
- 11 דברים אלה (שהובעו אומנם בדעת יחיד, אולם ספק אם ימצא מי שיחלוק על
12 נכונותם כיום) צריכים לשמש נר לרגלנו בבואנו לדון בהוראות החוק המגנות על
13 מקום מגוריו של אדם במקרה של מימוש משכון או משכנתא, ובחוקיות הדרישה
14 כי אותו אדם יוותר, בשמו ובשם בני משפחתו, על הגנות אלה.
15
- 16 119. החקיקה הישראלית קובעת שני הסדרי חוק המקנים לאדם הגנה מפני סילוקו
17 מדירת מגוריו במסגרת הליכי מימוש משכנתא. נעמוד בקצרה על כל אחד
18 מההסדרים הללו, ועל ההבדלים המרכזיים ביניהם:
- 19 ההסדר הראשון, הקבוע בסעיף 33(א) לחוק הגנת הדייר, מורה כי אדם שהחזיק
20 בנכס מכוח זכות קניינית של בעלות או חכירה לדורות (לרבות כשותף בבעלות או
21 בזכות החכירה לדורות), ואבדה לו זכותו הקניינית בנכס מחמת מכירה כפויה (בין
22 אם בהליכי מימוש בהוצאה לפועל ובין אם בהליכי פירוק שיתוף) יזכה למעמד של
23 דייר מוגן בנכס. סוג הנכסים החוסים תחת הסדר זה הוא רחב. החוק מתייחס לכל
24 נכס שהחזק בידי בעליו או החוכר לדורות ולא דווקא לדירת מגורים. מהותו של
25 הסדר זה היא רכושית. היא מבטיחה כי אובדן הקניין של המחזיק בנכס לא יהיה
26 מוחלט, אלא תשתייר בידי המחזיק זכות להמשיך ולהשתמש בנכס כדייר מוגן.



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

- 1 היקפה של ההגנה הניתנת לחייב מכוחה הוא רחב: "סעיף 33 לחוק הגנת הדייר
- 2 מגן על בית המגורים של החייב גם אם הוא עולה בערכו עשרות מונים על דיור
- 3 סביר, וגם אם ... מושא המשכנתה הוא דירת פאר" (ע"א 9136/02 מיסטר מאני
- 4 ישראל בע"מ נ' ריז, פ"ד נח(3) 934, 952 (2004) (להלן: "עניין מיסטר מאני").
- 5 הגישה הפרשנית המקובלת לסעיף 33 לחוק הגנת הדייר היא שההגנה שהוא מקנה
- 6 רחבה יתר על המידה, ועל כן את ההוראה "יש לפרש בצמצום ובדוקנות" (שם,
- 7 שם. כן ראו ע"א 1679/01 משכן בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ נ' שפייזמן, פ"ד
- 8 נז(2) 145 (2003) (להלן: "עניין שפייזמן"); מרים בן פורת "הגנת החוק על קורת
- 9 גגו של בעל נכס" ספר יצחק כהן (בעריכת מנחם אלון ואח', תשמ"ט) 336. המחשה
- 10 מובהקת לגישה זו ניתן למצוא בע"א 3295/94 עו"ד פרמינגר, הנאמן על נכסי מור
- 11 נ' מור, פ"ד נ(5) 111 (1997) (להלן: "הלכת מור") בו נקבע, ברוב דעות, כי יש להחיל
- 12 את סעיף 33 לחוק הגנת הדייר רק במקרה של מימוש משכנתא (קרי, כשזכות
- 13 הלווה בנכס נרשמה במרשם המקרקעין), ולא כאשר מדובר במימוש משכון על
- 14 זכות אובליגטורית (קרי, כשזכות הלווה בנכס טרם נרשמה במרשם המקרקעין)
- 15 (עוד ראו בעניין זה רע"א 1152/05 בנק לאומי למשכנתאות בע"מ נ' פלוני (מצוי
- 16 במאגר "נבו", ניתן ב- 14.11.2005) (להלן: "רע"א 1152/05 בנק לאומי").
- 17 ההסדר השני, הקבוע בסעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל, מורה כי כאשר רשם
- 18 ההוצאה לפועל (בעבר, ראש ההוצאה לפועל) מורה על פינוי החייב ובני משפחתו
- 19 מבית המגורים של החייב במסגרת מכירה בהליכי עיקול (סעיף 38(א) לחוק
- 20 ההוצאה לפועל) או במסגרת הליכי ביצוע משכנתא או מימוש משכון (סעיף 38(ג)
- 21 לחוק ההוצאה לפועל) מחובתו לוודא "שיהיה לחייב ולבני משפחתו הגרים עמו
- 22 מקום מגורים סביר, או שהועמד לרשותם סידור חלופי". הוראה זו מקבילה לסעיף
- 23 86א. לפקודת פשיטת רגל, היוצר מאז 1983 הסדר דומה בנוגע לפינוי פושט רגל,
- 24 ובני משפחתו הגרים עמו, מביתם במסגרת הליכי פשיטת רגל. סוג הנכסים
- 25 המוגנים במסגרת הסדר זה הוא צר. הוא חל על בית המגורים של החייב בלבד.
- 26 מהותו של הסדר זה היא מנהלית-דיונית. היא מחייבת את הרשות המנהלית
- 27 הרלוואנטית (רשם ההוצאה לפועל במקרה של סעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל)



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחרים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

- 1 לבצע בדיקה מקדמית בטרם הפעלת סמכותו הסטטוטורית להביא למכירה כפויה
2 של בית המגורים. היקף ההגנה שמקנה סעיף זה הוא מתוחם ומדוד: ההגנה
3 מוגבלת להבטחת מקום מגורים ברמה מינימאלית לחייב ולבני משפחתו. הגישה
4 הפרשנית המקובלת היא ש"את ההוראה בחוק ההוצאה לפועל יש לפרש, ככל
5 הניתן, בהרחבה", שכן "פירוש מרחיב זה מגשים את האינטרס החברתי-הכלכלי
6 לאפשר לחייב לשקם עצמו" (עניין **מיסטר מאני**, בע" 952). כידוע, הסדר זה חל הן
7 במקרה של מימוש משכנתא והן במקרה של מימוש משכון, עניין שהובהר
8 מפורשות בתיקון שהוכנס בחוק בשנת 1992.
- 9
- 10 120. קיומם של הסדרים המקנים הגנה לחייב ולבני משפחתו מפני פינוי מקשה על
11 הליכי המימוש של המשכון או המשכנתא, ומביא לכך שערכם הבטוחתי יפגע.
12 התוצאה שעלולה לנבוע מכך, תוצאה שהבנק הדגיש וחזר והדגיש בסיכומיו, היא
13 פגיעה אפשרית ביכולתם של רוכשי דירות לגייס אשראי. הטעם לכך פשוט: אם
14 במסגרת הליכי מימוש צפוי הבנק לקבל רק ערך מופחת בעבור הנכס, בין אם בשל
15 העובדה שהנכס יימכר כנכס תפוס שבו מצוי דייר מוגן ובין אם בשל כך שהבנק
16 יידרש להפריש סכום מסוים לטובת מציאת פיתרון דיור חלופי לחייב, הרי שרמת
17 הסיכון שחשוף לו הבנק תגדל, ועובדה זו תשתקף במחיר שידרוש בעבור ההלוואה,
18 קרי בשיעור הריבית. בסיכומיו מתריע הבנק כי הדבר אף עשוי ליצור "מחסומי
19 כניסה" לקבלת הלוואות, כדברי באי כוחו: "עובדה זו תוביל בהכרח למציאות בה
20 הלוואות משכנתא לא תינתנה לאותם לוויים אשר מלכתחילה קיים לגביהם חשש
21 גדול יותר (בעקבות בדיקת יכולותיהם הכלכליות), כי לא יעמדו בפירעון הלוואות
22 המשכנתא". על רקע סיכון זה מתעוררת השאלה כיצד ראוי לאזן בין האינטרסים
23 המתנגשים – בין הרצון לאפשר קיומו של שוק אשראי משוכלל, המאפשר ללווה
24 ליהנות בהווה מיתרונות בעבורם יוכל לשלם רק בעתיד, לבין השאיפה החברתית
25 להגן על מקום מגוריו של אדם ולמנוע את השלכתו לרחוב, כאשר אינו יכול לעמוד
26 בתשלום חובותיו.

27



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחרים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

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 המוגנות.
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 המוגנות 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 החלופי המינימאלי הקבוע
בחלופה (4) שבסעיף 21 לתיקון 29 לחוק ההוצאה לפועל, לא ביחס לעצמו ובוודאי
שלא ביחס לבני ביתו. דיונונו, עם זאת, מתמקד בהסכמים שנכרתו לפני כניסת



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 תיקון זה לתוקף (ראו פסקה 117 לעיל). לפיכך, לא נוכל לצאת מנקודת ההנחה
2 שרשת ביטחון מינימאלית זו שיצר המחוקק בתיקון 29 לחוק ההוצאה לפועל
3 תעמוד לרשות החייב ולרשות בני ביתו.

4 אכן, בנוסח של סעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל (לפני כניסת תיקון 29 לתוקף) ניתן
5 למצוא לכאורה תמיכה בפרשנות שטען לה הבנק. סעיף 38(ג) המרחיב את חובתו
6 של רשם ההוצאה לפועל לבדוק אם לחייב ולבני משפחתו מקום מגורים סביר,
7 מנוסח באופן השולל כליל את תחולת סעיף 38(א) לחוק מקום בו "פורש בשטר
8 המשכנתא או בהסכם משכון שהחייב לא יהיה מוגן לפי סעיף זה". כל שדורש
9 הסעיף, ואף זאת רק לאור תיקון שהוכנס בו בסעיף 56(ד) לתיקון 29 לחוק
10 ההוצאה לפועל, הוא שלא יוכח לרשם ההוצאה לפועל "כי לא הובהרה לחייב
11 זכותו לדיור חלוף ומשמעות הוויתור עליה". מכאן משתמעת, לכאורה, המסקנה
12 כי לחייב ניתנה גם שליטה מלאה על זכותם של בני משפחתו הגרים עימו כי לא
13 יפונו מהכנס מבלי שהוכח, להנחת דעתו של רשם ההוצאה לפועל, שיש להם חלופת
14 מגורים סבירה. תמיכה בגישת הבנק ניתן למצוא גם בשני פסקי דין של השופט דוד
15 בר אופיר: בר"ע (מחוזי ת"א) 302/93 דוד נ' בנק הפועלים בע"מ (ניתן ב-
16 29.1.1993) בר"ע (מחוזי ת"א) 1688/03 אלה נ' בנק לאומי למשכנתאות בע"מ
17 (ניתן ב- 12.6.2003), בהם הוא מציג גישה אחידה לשני הסדרי ההגנה שיצר
18 המחוקק לממשכן, ומבהיר כי בשניהם "וויתור זה מצידו של הממשכן (החייב) על
19 ההגנות הללו בדירה הממושכנת, מקרין גם על זכויות בני משפחתו שמתגוררים
20 עמו בדירה ומחייב גם אותם. אין לילדי החייב מעמד מיוחד בהחזקת הדירה,
21 ושהותם בה היא מכוחו של החייב...".

22
23 123. הגישה לפיה ראוי לפרש את סעיף 38(ג) לחוק ההוצאה לפועל (לפני כניסת תיקון
24 29 לתוקף) באופן הנותן לחייב שליטה מלאה על ההגנה שמעניק סעיף 38(א) לחוק
25 לבני ביתו איננה מקובלת עלינו. לשיטתנו אין לחייב יכולת לוותר על ההגנה
26 הדייונית-מנהלית שמעניק החוק אלא בשם עצמו. יתר על כן, גם אם נניח לצורך
27 הדיון כי עומדת לחייב הזכות לוותר על ההגנה הדייונית בשם בני משפחתו, הרי



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחרים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

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

10

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

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

23

24

25 125. סעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל, ובצידו סעיף 86א. לפקודת פשיטת רגל, הם
26 במהותם הוראות "סוציאליות ומושגות על השיקול האנושי של הבטחת קורת גג
לחייב ולמשפחתו" (עניין פרמינגר, בע' 129). תכליתם של הסדרים אלה היא

10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26

**בתי המשפט****בית הדין לחוזים אחידים
בבית המשפט המחוזי בירושלים****ח"א 8002/02**

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

1 למצוא איזון ראוי בין התכליות הנוגדות שביסוד חוק ההוצאה לפועל, "יצירת
2 מנגנון יעיל ומהיר לגביית חובות", מזה, ו"מניעת קריסתם הכלכלית של חייבים
3 והפיכתם לנטל על החברה" מזה; "ההגנה על קניינו של הנושה" מחד, "והשמירה
4 על כבודו ועל חירותו של החייב" מאידך (עניין **מיסטר מאני**, בע' 941). באופן
5 קונקרטי יותר סעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל מאזן "בין הזכות לקניין והזכות
6 למדור – בזירת המימוש של משכנתאות על דירת מגורים" (שם, בע' 943).

7 נוסחת האיזון שהציב המחוקק בסעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל היא נוסחה
8 גמישה. היא מותירה לרשם ההוצאה לפועל, ולבית המשפט היושב בערעור על
9 החלטותיו, את האפשרות לעצב את האיזון החברתי הראוי שבין האינטרסים
10 המתנגשים. דרך האיזון הראויה בין האינטרסים המתנגשים הללו חורגת כמובן
11 מתחום סמכותנו. נסתפק בציון העובדה שקיימת מחלוקת פוסקים בעניין זה בין
12 מצמצמים למרחיבים. ראו רע"א 7700/95 **נגולה נ' חזן**, פ"ד (נ1) 338 (1996) וכן
13 רע"א 11152/05 **בנק לאומי**. בהקשר בו עסקינן חשוב להצביע על כך שנוסחת
14 האיזון שאימץ המחוקק מבוססת על הקניית שיקול דעת למערכת השפיטה לבחון
15 בכל מקרה נתון את היקף ההגנה הסוציאלית שראוי לתת לחייב ולבני ביתו.
16 במילים אחרות, הפתרון שנראה ראוי בעיני המחוקק, באותם מקרים בהם החייב
17 איננו זוכה למעמד של דייר מוגן, היה להקנות לרשם ההוצאה לפועל את הסמכות
18 לפנות את החייב ומשפחתו מדירת מגוריהם, ולהטיל עליו, בצידה של סמכות זו,
19 את החובה לוודא כי החייב ובני ביתו לא יושלכו לרחוב כתוצאה מהפעלת סמכות
20 זו.

21

22 126. על רקע דברים אלה, ניתן היה לסבור כי הוראת סעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל
23 תהיה הוראה קוגנטית. זהו כמובן הדין ביחס להוראה המקבילה שבסעיף 86א.
24 לפקודת פשיטת רגל. אין חולק כי על הגנה זו לא רשאי פושט הרגל לוותר לא בשמן
25 ובוודאי שלא בשם בני ביתו. אולם לא כך קבע המחוקק בסעיף 38 לחוק ההוצאה
26 לפועל (לפני כניסת תיקון 29 לפועל). כמובהר לעיל, סעיף קטן (ג) סייג את תחולת
27 ההגנה באותם מקרים בהם "פורש בשטר המשכנתה או בהסכם משכון שהחייב לא

ה

כ

ל

מ

נ

56

ש

ת

ע



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 יהיה מוגן לפי סעיף זה". מצב דברים זה תואר ובוקר על ידי השופט ריבלין בפסק
2 דינו המנחה בעניין **מיסטר מאני**. ואלה דבריו:

3 "המשמעות המתבקשת מקיומו של חריג הוויתור המפורש היא כי
4 הגנת הסידור החלופי אינה הגנה קוגנטית. הצדדים רשאים להתנות
5 על הגנה זו ביחסים ביניהם, ובלבד שהדבר "פורש בשטר
6 המשכנתא". ניתן לתהות אם חריג הוויתור המפורש מקיים איזון
7 חוקתי ראוי. שאלה זו כורכת עמה שיקולים מורכבים: מחד גיסא,
8 הגנת הסידור החלופי אינה עוסקת במותרות. היא עוסקת במינימום.
9 אם אין לחייב מקום מגורים סביר או סידור חלופי, המשמעות היא,
10 בדרך-כלל, אחת: הוא ובני משפחתו ימצאו עצמם בלא קורת גג
11 כשרק כיפת השמים לראשם. יש להניח כי לעתים אנשים הזקוקים
12 להלוואה אינם מפנימים את מלוא הסיכון הטמון בויתור על הגנת
13 הסידור החלופי, או שהם מוכנים לקחת סיכון זה מראש מתוך
14 תחושה של "אין ברירה". מאידך גיסא, ניצבת ההגנה על קניינו של
15 המלווה ועל חופש החוזים, וכן ניצב החשש כי אם לא תימצא
16 האפשרות להתנות על הגנת הסידור החלופי, תסוכל האפשרות לקבל
17 הלוואות, בייחוד כאשר מדובר באנשים הזקוקים להן עד מאוד.
18 אכן, ההגנה על קניינו של המלווה באה גם על-מנת שלא לנעול דלת
19 בפני לווה. השאלה אפוא אינה פשוטה, אך אין לנו צורך להכריע בה,
20 שהרי חוק ההוצאה לפועל (וכמוהו גם חוק הגנת הדייר) קדם לחוקי
21 היסוד בדבר זכויות האדם, לפיכך תוקפו נשמר." (שם, בע' 943)

22
23 השופטת דורנר באותו פסק דין מבטאת את הדברים בצורה חריפה אף יותר.
24 לגישה:

25 "...ההוראה בסעיף 38(א) לחוק ההוצאה לפועל הייתה צריכה להיות
26 קוגנטית, אלא שחוק ההוצאה לפועל, שהתקבל כאמור בשנת 1967,
27 לפני חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, איפשר, בסעיף 38(ג)

אחוזי

אחוזי

הא

ח

אחוזי



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחרים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 שבו, את ההתנאה עליה, ודינו של סעיף זה נשמר. וכך, למרבה הצער,
2 השימוש באפשרות להתנות על הוראה זו הפכה במהרה לשיגרה;
3 היא נוצלה בטופסי המשכנתה, המנוסחים על-ידי הבנקים ועל-ידי
4 מלווים גדולים אחרים, וההוראה הפכה לאות מתה אף כי ברי שיש
5 בהתניות אלו כדי לפגוע בכבוד האדם מעבר למידה הדרושה". (שם,
6 בע' 953).

7
8 127. לדברים נכוחים אלה נבקש להוסיף שתי הערות:

9 ראשית, הפגם שבחריג הוויתור מעורר קושי מיוחד לאור העובדה שהפעלתו
10 משמעה שרשות ציבורית (רשם ההוצאה לפועל) נדרשת לבצע פעולה העלולה לפגוע
11 בזכות הפרט לקיום מינימאלי בכבוד ללא כל שיקול דעת (ראו, לעניין מעמדה
12 החוקתי של זכות הקיום המינימאלי בכבוד, בג"צ 5578/02 **מגור נ' שר האוצר**
13 (מצוי במאגר "נבו", ניתן ב- 9.9.2004); בג"צ 336/03 **עמותת מחויבות לשלום**
14 **וצדק חברתי נ' שר האוצר** (מצוי במאגר "נבו", ניתן ב- 12.12.2005)). בדרך זו
15 הופכת הרשות השלטונית לזרוע ביצוע של הנושה, תוך שהיא נדרשת להפעיל את
16 הכוח המצוי בסמכותה בהתאם לשיקולי הנושה, ולא בהתאם לשיקולים
17 המחייבים כל רשות ציבורית, ובראשם החובה לכבד את זכויות היסוד של
18 הפרטים. טלו, למשל, מצב בו לרשם ההוצאה לפועל ברור כי פינוי חייב משמעו
19 השלכתו לרחוב, באופן הנוגד את זכות לקיום מינימאלי בכבוד, שכן לא יהיה
20 באפשרותו למצוא לעצמו מקום מגורים חלופי כלשהו. התוצאה הנוצרת לאור
21 חריג הוויתור היא, שרשם ההוצאה לפועל יידרש בכל זאת לבצע את הפינוי
22 האמור, למרות שבכך הוא גורם באופן אקטיבי לפגיעה בזכות היסוד של הפרט.
23 במילים אחרות, השלכותיה של סמכות הוויתור אינן מתמצות במערכות היחסים
24 שבין הצדדים; מתן תוקף לויתור מביא לכך שרשות ציבורית עלולה לבצע פגיעה
25 אקטיבית בזכות הפרט לקיום מינימאלי בכבוד. למותר לציין כי עם תוצאה זו
26 קשה להשלים. למצער, בכל מקרה בו ניתן להימנע מתוצאה קשה זו באמצעות
27 פרשנות, מן הראוי להעדיף את הפירוש המותיר לרשות הציבורית את שיקול הדעת



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

- 1 להימנע מביצוע הפינוי, על פני הפרשנות המחייבת אותה לפעול בדרך הנוגדת את
2 חובתה לכבד את ערכי כבוד האדם וחירותו.
- 3 שנית, במיוחד על רקע משבר הסב-פריים שהתרגש על שוק המשכנתאות
4 האמריקאי ותוצאותיו הקשות, מן הראוי להטיל ספק בהנחת העבודה אותה הציג
5 הבנק בסיכומיו לפיה קיומם של "מחסומי כניסה" לקבלת הלוואות היא בהכרח
6 תופעה שלילית. מחקרים רבים הוכיחו כי לווים פוטנציאלים אינם נוהגים תמיד
7 בצורה רציונלית, וכי לעיתים קרובות הם נוטלים אשראי שאין באפשרותם
8 להחזיר. אם נוסף לכך את השיווק האגרסיבי של אשראי באמצעי שיווק
9 מתוחכמים, הרי שהסכנה לקיומו של כשל בצד הביקוש, היא מוחשית ביותר (ראו
10 Ron Harris & Einat Albin "Bankruptcy Policy in Light of Manipulation
11 (2006) 7 Theo. Inq. L. 431 (in Credit Advertising)). אם עד למשבר הסב-
12 פריים היו רבים שמיעטו בחשיבותם של כשלים אלה, וסברו כי נותני אשראי
13 מוסדיים יפקחו באופן ראוי על שוק האשראי, הרי שבאה המציאות וטפחה על פני
14 כלנו. לא לנו לעסוק בשאלה מהם הגורמים שהובילו למשבר המשכנתאות בשוק
15 האמריקאי, אשר יתכן מאד שאינם מאפיינים את שוק המשכנתאות הישראלי. כל
16 שביקשנו להעיר הוא, שתחזית הבנק לפיה מתן הגנה ללווים צפוי לגרום
17 "למציאות בה הלוואות משכנתא לא תינתנה לאותם הלווים אשר מלכתחילה
18 קיים לגביהם חשש גדול יותר (בעקבות בדיקות יכולותיהם הכלכליות) כי לא יעמדו
19 בפירעון הלוואות המשכנתא" עשויה דווקא לתמוך בחיזוק ההגנות הללו, ולא
20 להצדיק את החלשתן. במקרים רבים אדם הנוטל הלוואות משכנתא איננו בעל
21 הידע והניסיון שיכול לאפשר לו להעריך את הסיכוי שלא יעמוד בפירעונה,
22 ובמקרים רבים הוא סובל מ"אופטימיות יתר". הצטברותם של גורמים אלה עשויה
23 להצדיק מידה מסוימת של פטרנליזם (השוו נינה זלצמן ועופר גרוסקופף "מימוש
24 עצמי של משכון על זכות אובליגטורית" משפטים לג 655, 672-675 (תשס"ג)).
25 התוצאה המעשית של פטרנליזם כזה היא, כטענת הבנק, יצירת "מחסומי כניסה"
26 בפני אוכלוסיות חלשות, שאינן יכולות לעמוד בהחזר ההלוואה – אולם האם





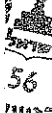
בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

- 1 תופעה זו פסולה או רצויה? על כך קשה לתת תשובה חד משמעית, וממילא אין
2 הדבר יכול להוות גורם מנחה להכרעתנו.
- 3
- 4 128. על רקע האמור קל להבין את הגישה העקרונית שאימצו בתי המשפט לפרשנות
5 חריג הוויתור. ברע"א 1132/94 פ.י. אף. איי. איסטבלישמנט נ' רוזנר, פ"ד מט(5)
6 215 (1996) ציין השופט טירקל כי חריג הוויתור הוא "היוצא מן הכלל, חריג שמוותר
7 להשתמש בו רק ביד קמוצה, בזהירות ובדקדקנות. לפיכך יש לפרש את סעיף 38(ג)
8 סיפה, בדרך שתגשים את מכלול מטרתו של סעיף 38, תוך איזון נאות בין
9 המטרות". דברים אלה היו מקובלים אף על השופט ריבלין בעניין מאני ישראל,
10 אשר הוסיף עליהם כי "פרשנותו של חריג הוויתור המפורש צריך שתהיה
11 "דווקנית" (שם, בע' 945).
- 12
- 13 129. גישה פרשנית דווקנית לסעיף 38(ג) לחוק ההוצאה לפועל (לפני כניסת תיקון 29
14 לתוקף) מחייבת לצמצם את כוח הוויתור שניתן לחייב, כך שההתניה תתייחס רק
15 לחובה לבחון את נושא הסדור החלוף ביחס לחייב, ולא תשחרר את רשם ההוצאה
16 לפועל מהחובה לבחון אם לבני משפחתו של החייב, ובמיוחד לבן או לבת זוגו
17 ולילדיו הקטנים, יש מקום מגורים סביר. פרשנות מצמצמת זאת מאפשרת לפרש
18 בשטר המשכנתא או בהסכם המשכון שהחייב לא יהיה מוגן בהליכי הפינוי, אך לא
19 מאפשרת לפרש בו שאנשים התלויים בחייב לא יזכו להגנה שקובע החוק. במילים
20 אחרות, היא מאפשרת לחייב לוותר על ההגנה שהחוק הקנה לו בשם עצמו, אך לא
21 מאפשרת לו לוותר על הגנה זו בשםם של אחרים. ודוק, לשונו של החוק סובלת,
22 ואולי אף מבכרת, גם פרשנות אחרת. עם זאת, הלשון מתיישבת גם עם הפרשנות
23 שאנו סבורים שיש לתת לסעיף, והתכלית הסוציאלית של החוק היא שמובילה
24 להעדפת פרשנות זו.
- 25





בתי המשפט

**בית הדין לחוזים אחרים
בבית המשפט המחוזי בירושלים**

ח"א 8002/02

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

- 1 הפרשנות לפיה הויתור של החייב על הגנת סעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל (לפני
- 2 כניסת תיקון 29 לתוקף) הוא ויתור אישי, ולא ויתור בשם כל הזכאים להגנה מכוח
- 3 הסעיף, תואם גם את הפרקטיקה הבנקאית המקובלת. בסיכומוי הבהיר הבנק כי
- 4 הנוהג הבנקאי המקובל הוא, שבמקרים בהם הדירה רשומה על שם אחד מבני הזוג
- 5 בלבד, מוחתם בן הזוג האחר (זה שאינו רשום) על מסמך בו הוא מביע הסכמתו
- 6 למישכון ומוותר על ההגנות שקובע החוק. נוהג בנקאי זה מלמד כי לבנקים ברור
- 7 שקיים סיכון כי וויתור של החייב לבדו איננו מספק, ועל כן נדרש להחתים גם
- 8 זכאים אחרים מכוח ההגנה (בהערת אגב נציין כי מן הסתם חשש זה מתייחס
- 9 בעיקר להגנת סעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל (לפני כניסת תיקון 29 לתוקף), שכן
- 10 הגנת סעיף 33 לחוק הגנת הדייר ממילא הופעלה לטובת בעלים רשום בלבד. ראו
- 11 הלכת מור שנוכרה לעיל). נדגיש, כי אנו סבורים כי וויתור של בן משפחה על זכותו
- 12 להגנה מכוח סעיף 38 לחוק הגנת הדייר (לפני כניסת תיקון 29 לתוקף) הוא ויתור
- 13 תקף, באופן עקרוני והוא תופס כמו ויתור של הלווה עצמו. עם זאת, ויתור כזה,
- 14 כמו ויתור מצד הלווה, הוא ויתור אישי, ואין בו כדי לגרוע מזכותו של בן משפחה
- 15 נור כאמור, כי רשם ההוצאה לפועל יבחן את התקיימות הגנת
- 16 יו. י. *הזכרון! (כפי שהלכתי)*
ע"פ גרוסקופף
- 17
- 18 ות היא שבני משפחה של החייב שלא חתמו על כתב ויתור
- 19 ה שמעניק סעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל (לפני כניסת תיקון 29
- 20 לתוקף), וזאת גם אם החייב ויתר על הדרישה לקיומה של בדיקה כזו לגביו.
- 21 תוצאה זו רצויה היא במיוחד ככל שמדובר בילדיו הקטינים של החייב, באשר היא
- 22 מאפשרת לרשם ההוצאה לפועל למנוע מצב בו ימצאו עצמם מחוסרי דיור רק
- 23 מאחר והוריהם נטלו משכנתא שאין באפשרותם להחזיר. בהקשר זה נציין, בהערת
- 24 אגב, כי גם חתימת החייב בשםם של ילדיו הקטינים (מכוח סמכותו כאפוטרופסם)
- 25 על ויתור כאמור, או אף חתימתם של הקטינים עצמם על ויתור כזה, לא יתפסו
- 26 לדעתנו מבלי שיינתן לכך מראש אישורו של בית המשפט לענייני משפחה וזאת
- 27 לאור העובדה שמדובר במצב של ניגוד עניינים פוטנציאלי, בין האינטרס העצמי של

בית הדין לחוזים אחרים

56
77

המ
56
77

56
77



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 ההורה-הלווה בקבלת ההלוואה, לבין האינטרס של הילדים הקטינים לשמירה על
2 זכותם לדיור-חלוף. החשש לניגוד עניינים נובע, בין היתר, מכך שהחווה בו עסקין
3 איננו משמש בהכרח לנטילת הלוואה לשם רכישת דירת מגורים לחייב ולמשפחתו
4 (הלוואה כזו עשויה להיחשב כמיטיבה, לכאורה, גם עם ילדיו הקטינים של החייב)
5 אלא גם להלוואות עסקיות שנוטל החייב ושביגין הוא עשוי למשכן את דירת
6 המגורים. בשל החשש לניגוד עניינים תחול, לדעתנו (במישרין או בדרך של היקש)
7 הוראת סעיף 20(5) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962. אם
8 בין בני משפחתו של החייב, המתגוררים עימו, מצוי חסוי, תחול לדעתנו, באופן
9 דומה, הוראת סעיף 48 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות. לצורך באישור
10 בית המשפט בשל החשש לניגוד עניינים בין ההורה או האפוטרופוס לבין הקטין או
11 פסול הדין ראו, למשל: דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים, כרך ב' (תשנ"ג) 1043;
12 יצחק אנגלרד חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962 (מהדורה
13 שניה, תשנ"ה) 121-125. ראו גם: משה גלברד "עסקאות מקרקעין של קטינים
14 ופסולי דין לאור תזכיר חוק דיני ממונות" מאזני משפט ו' (תשס"ז) 353, 357.
15 הנובע מהאמור הוא, שכאשר בין בני משפחתו של החייב, המתגוררים עימו, ישנם
16 קטינים (או בן משפחה שהוא בגדר חסוי), תוקפו של ויתור על דיור חלוף עבורם
17 מותנה, לדעתנו, בקבלת אישור מראש של בית המשפט לענייני משפחה.

18

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

27



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 לתקנת הציבור. מטעם זה, אנו סבורים שדרישת הבנק בסעיפים 12(ב) ו-12(ד)(3)
2 כי החייב יסכים ויצהיר בשם ילדיו הקטינים כי הוא מוותר על זכותם לסידור
3 חלוף היא דרישה המהווה בוודאי תנאי מקפת בחוזה אחיד. נבהיר אף קביעתנו זו.

4
5 133. כאמור לעיל, החייב הוא בעל אינטרס אישי בקבלת החלואה. החייב הוא גם
6 האפוטרופוס הטבעי של ילדיו הקטינים (ראו סעיף 14 לחוק הכשרות המשפטית
7 והאפוטרופסות, התשכ"ב - 1962). דרישת הבנק כי החייב יוותר על זכות ילדיו
8 הקטינים לסדור חלוף, קרי לכך שרשות שלטונית, בדמותו של רשם ההוצאה
9 לפועל, תוודא שילדיו הקטינים של החייב לא יושלכו לרחוב, מעמידה את החייב,
10 כפי שהבהרנו כבר, במצב של ניגוד אינטרסים. היא מחייבת אותו להכריע בין
11 האינטרס האישי שלו בקבלת החלואה לבין האינטרס ההורי שלו לדאוג למדור
12 לילדיו הקטינים. ודוק, כפי שהבהרנו לעיל, החלואה אותה מביטחה המשכנתא
13 איננה בהכרח חלואה לרכישת דירה, אלא עשויה להיות חלואה לצרכים עסקיים
14 או לכל מטרה אחרת עליה הוסכם בין הלווה לבין הבנק. לפיכך הניגוד בין חובת
15 ההורה לדאוג לצורכי הקטין (ראו סעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית
16 והאפוטרופסות) לבין התכלית לשמה מתבקשת החלואה איננו ניגוד מדומה. אין
17 הוא מבטא בהכרח ויתור על זכות הקטין במטרה לשפר את רווחתו. הוא עשוי
18 להיות ויתור על זכות הקטין במטרה לקדם את טובת ההורה (או, לכל הפחות,
19 בעיקר את טובתו של ההורה).

20 העמדת החייב במצב זה של ניגוד אינטרסים בין רצונו בביצוע עיסקה (במקרה זה
21 קבלת החלואה) לבין חובתו כאפוטרופוס שלא לוותר על הגנות סוציאליות
22 מינימאליות של הקטין היא דרישה מקפחת. היא עלולה להביא לכך שהחייב
23 יסכים לתנאי זה תוך הפרת חובת האמון שלו כלפי הקטין, וככזו אף עלולה
24 להדביק את ההסכמה באי חוקיות (השוו דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים**, כרך ג'
25 (תש"ד 547-549)). בהקשר אחר קבע בית המשפט כי "טובת החסוי דורשת, כי
26 יתאפשרו לאפוטרופוס פתיחות, שיקול-דעת בלתי כבול ויכולת לעיון ולדיון
27 ענייניים. אם משתנות הנסיבות, יש לאפשר לאפוטרופוס לשנות את דעתו, בלא

המ



משפ



משפ



משפ



56
ושלים



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

130. הפרשנות לפיה הויתור 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. בסיכומיו 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 מוד שנוכרה לעיל). נדגיש, כי אנו סבורים כי וויתור 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 בשםם 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

11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27



בתי המשפט

בית הדין לתוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

- 1 שיחשוש כי ייגרם לו נזק כלכלי כתוצאה מהבעת דעתו. אין, לכן, להכיר בתוקפה
2 של התחייבות של האפוטרופוס, לפיה הוא מתחייב כלפי הצד השני שהחווה יאושר
3 בבית המשפט. (ע"א 614/84 ספיר נ' אשד, פ"ד מא(2) 225, 235 (1987)). דרישה
4 גורפת מאפוטרופוס לוותר על זכות הקטין לסידור חלוף משמעה שלילת שיקול
5 הדעת מרשם ההוצאה לפועל, באופן שבוודאי עשוי להיות מנוגד לטובת הקטין.
6 בתור שכזו דרישה כאמור, ובוודאי דרישה גורפת שאיננה מבחינה בין הלוואות
7 המיועדות לשפר את רווחת הקטין (כגון הלוואות שיאפשרו את רכישת הדירה
8 הממושכנת לבנק) לבין הלוואות שלקטין אין עניין ישיר בהן (כגון הלוואה עסקית),
9 היא מקפחת, ובמקרים רבים אף מנוגדת לתקנת הציבור.
10
- 11 134. סיכומו של דבר, אנו בדעה כי לחייב אין את הכוח לוותר על זכותם של בני
12 משפחתו לסידור חלוף על פי סעיף 38(ג) לחוק ההוצאה לפועל (לפני כניסת תיקון
13 29 לתוקף). כמו כן, אנו סבורים שאף אם היה לו כוח כאמור, הרי שדרישה גורפת
14 כי יעשה שימוש בכוח זה, בין אם נטילת ההלוואה משרתת את בני ביתו הקטינים,
15 ובין אם לאו, היא דרישה מקפחת, מאחר ובמקרים רבים תביא את החייב לפעול
16 באופן הנוגד את חובות האמון שלו לילדיו הקטינים.
17
- 18 135. לאור האמור לעיל, אנו מורים כי סעיפים 12(ב) ו- 12(ד) (3) יתוקנו כך שויתור
19 החייב על הזכות לדיור חלוף תתייחס רק אליו אישית, ולא לבני משפחתו. תיקון
20 זה יבוצע באמצעות המרת המילים "לא יהיה הלווה ו/או כל אדם אחר ו/או גוף
21 אחר מוגנים" בסעיף 12(ב) במילים "לא יהיה הלווה מוגן", ומחיקת המילים
22 "ולרשות בני משפחתו" מסעיף 12(ד) (3) להסכם.

56
רנש

7

טח



יך

זחמ



56

יך



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחרים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

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 יתממשו הסיכונים שבטיים 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 "ואו כל ביטוח אחר לפי דרישת הבנק ונגד כל סיכון אחר שהבנק דרש".



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחרים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

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

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

13

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

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

22

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

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



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

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

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

17
18 141. הצדדים הגיעו להסכמה (מסמך ההסכמות השני, סעיפים 29-30), לפיה ינוסח
19 סעיף זה באופן הבא:

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



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

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

8
9 **סעיף 14(א)(4) - חיוב הלווה להתמיד בביטוח הנכס ולמסור לבנק קבלות המעידות**
10 **על תשלום דמי הביטוח**

11 142. סעיף 14(א)(4) להסכם קובע כדלהלן:

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

16
17 המפקח הסכים, כי לבנק יש אינטרס לגיטימי כי הנכס יהיה מבוטח במהלך חיי
18 ההלוואה, אולם לשיטתו הוראות אחרות בהסכם מבטיחות אינטרס זה. כך למשל,
19 סעיף 14(א)(2) קובע כי פוליסת הביטוח תכלול תנאי, לפיו על חברת הביטוח ליתן
20 הודעה לבנק 30 ימים לפני ביטול הפוליסה מכל סיבה שהיא, על מנת שלבנק תהא
21 שהות להסדיר את שאלת הביטוח. באופן דומה קובע סעיף 14(א)(5), כי לבנק
22 נתונה הזכות לבטח את הנכס, בניגוד לרצון הלווה, אם מתברר במהלך חיי ההסכם
23 כי הנכס אינו מבוטח. לפיכך, חיובו של הלקוח לשמור את כל הקבלות המעידות על
24 התשלום מטיל על הלווה חובה מיותרת, העלולה להרתיעו מפני עריכת ביטוח
25 בחברת ביטוח חיצונית, וכך היא משמשת, בעקיפין, כחסם מפני עריכת הביטוח
26 באמצעות חברת ביטוח חיצונית וכאמצעי להגברת הסיכוי שהביטוח יירכש



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

- 1 באמצעות הבנק עצמו. הבנק הסביר, כי הדרישה שהלקוח ישמור את תעודות
2 הביטוח והקבלות נועדה להקל, מבחינה ראייתית, על בירורן של מחלוקות בין
3 הלווה לבין חברת הביטוח, הנוגעות לתשלום דמי הביטוח.
- 4
- 5 143. לדעתנו, אין הוראה זו מקפחת, באשר היא מגנה באופן סביר על האינטרס
6 הלגיטימי של הבנק לקבל מידע שיאפשר לו לוודא כי הביטוח עודנו בתוקף.
7 העלויות הכרוכות בבדיקת מחלוקות בין הלווה לחברת הביטוח הן גבוהות;
8 דחיפות ביצוע תשלום דמי הביטוח היא רבה; הגורם היעיל לנשיאה בעלות מניעת
9 הנוזק, דהיינו, שמירה על תעודת הביטוח והקבלות המעידות על התשלום, והצגתם
10 על פי דרישה, הוא הלווה עצמו. על כן, אין חיובו של הלווה להציג את תעודות
11 הביטוח, והוכחות לביצוע תשלום דמי הביטוח על פי דרישה של הבנק, פוגע
12 בזכויות כלשהן העומדות לו על פי דין, כאמור בחזקת הקיפוח שבסעיף 4(6) לחוק.
13 לא מצאנו גם, שיש בחיוב להציג מסמכים אלה משום חשש לקיפוח של הלווה, או
14 מתן יתרון בלתי הוגן לבנק, כאמור בסעיף 3 לחוק.
- 15
- 16 144. מצאנו הצדקה להתערב בנוסחו של סעיף 14(א)(4) להסכם רק בשני עניינים שהם
17 טכניים בעיקרם, אשר הותרתם בנוסחם הנוכחי עלולה לקפח את הלקוח. ראשית,
18 אין אנו רואים הצדקה לחייב את הלקוח להציג דווקא "קבלות תשלום" כראיה
19 לביצוע התשלומים, שעה שיתכן שיש באפשרותו להציג הוכחות אחרות לביצוע
20 התשלום (כגון דיווחי חברת אשראי). שנית, על פי תיקון שהוכנס בהוראה 451
21 בנובמבר 2006, כאשר יתרת ההלוואה יורדת אל מתחת ל- 30 אלף ₪ זכאי הלווה
22 להפסיק את הביטוח. לאור זאת יש להגביל את התחייבות הלווה להתמיד בביטוח
23 כל עוד היתרה הבלתי מסולקת עולה על 30,000 ₪ (ובמידה וסכום זה יעודכן ביום
24 מן הימים – הסכום המעודכן כפי שיקבע בהנחיות המפקח שיהיו תקפות במועד
25 חתימת ההסכם). אשר על כן, נוסחו המאושר של סעיף 14(א)(4) להסכם הוא
26 כדלהלן:



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחרים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

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

5

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

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

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

21 עמדת המפקח היתה, כי הבנק אינו רשאי להתפשר בשם הלווה. המפקח הפנה
22 לסעיף 5(א) לחוק השליחות, התשכ"ה-1965, שקובע כי באין הרשאה מפורשת
23 השליחות איננה חלה על פשרה או ויתור או פעולה בלי תמורה. המפקח טען, כי
24 הרשאה מפורשת איננה יכולה להינתן אגב חוזה אחיד. הבנק טען מנגד, כי מכיוון
25 שזכות הלווה לקבל דמי ביטוח מושכנה בגדרם של סעיפים אחרים בהסכם (ראו
26 סעיפים: 12(א), 12(ד)(2), 14(א)(1)), חלה ההוראה שבסעיף 20 לחוק המשכון, לפיה



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחרים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

- 1 הנושה רשאי לממש את הזכות כשם שהחייב היה יכול לממשה. לטענת הבנק,
2 במימוש זכות שמושכנה רשאי בעל המשכון (הבנק) לנהוג בזכות מנהג בעלים,
3 וייפוי הכח הנזכר בסעיף 14(א)(7) אינו אלא אמצעי ליישום הוראות חוק המשכון.
4
- 5 146. הבנק תלה את יהבו, לעניין חוקיות הסעיף, על הוראת סעיף 20 לחוק המשכון, ועל
6 הפרשנות המרחיבה שניתנה להוראה זו, לשיטתו, בעניין **אובזילר**. באותו פסק דין
7 ציין הנשיא ברק, בדעת הרוב, כי במימוש זכות שמושכנה רשאי בעל המשכון
8 "לנהוג בזכות המצויה בבעלותו (מכוח הוראת סעיף 20 לחוק המשכון) מנהג
9 בעלים". מכך ביקש הבנק להסיק כי כשם שלבעליה של זכות יש אפשרות להתפשר
10 עם החייב, כך גם רשאי בעל משכון על זכות (הבנק בענייננו) להתפשר עם החייב
11 (חברת הביטוח). אין בדינו להסכים לפרשנות מרחיבה זו של הלכת **אובזילר**,
12 לפחות בהקשר שבו אנו דנים כאן. כפי שכבר ציינו לעיל (ראו פסקאות 108 – 109
13 לעיל), פסק הדין בעניין **אובזילר** דן בשאלה אם רשאי הבנק לממש בעצמו,
14 באמצעות מתן הוראת מכירה, משכון על ניירות ערך הנסחרים בבורסה. פעולה זו
15 של הבנק אינה מעוררת קושי מיוחד, שכן מחיר המכירה במועד נתון של ניירות
16 ערך בורסאיים הוא נתון ידוע, ועל כן אין חשש שהמכירה תעשה בתנאים שאינם
17 נוחים לממשכן. שונים פני הדברים מקום בו מדובר בפעולה שעלולה להביא לכך
18 שתמורת הזכות יתקבל סכום הנמוך משוויה. נפנה לעניין זה לדברים שנכתבו על
19 ידי פרופ' זלצמן ופרופ' גרוסקופף בספרם על משכון זכויות, בנוגע לכוחו של בעל
20 משכון להסכים לפשרה בשם הממשכן:
- 21 "מישכון הזכות אינו מפקיע לדעתנו את הבעלות בזכות שמושכנה
22 מידי הממשכן, ולכן הכוח להסכים לשינויה מסור בידינו. לעומת זאת
23 סמכותו של בעל המשכון מכוח סעיף 20 לחוק המשכון מוגבלת. הוא
24 רשאי לתבוע את קיום הזכות שמושכנה כנציגו של הממשכן כלפי
25 החייב, אך אין לו הכוח להביא לשינוי הזכות באופן חד צדדי או
26 להגיע להסכמה עם החייב על שינוי הזכות. ההצדקה העניינית לכך
27 היא שבעל המשכון פועל במעמד משפטי של נציג הממשכן (שלוח

56
רושי



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 מכוח הדין). אך ניתן להצדיק את גישתנו גם מבחינה עניינית:
2 ...קיים מתח בין האינטרס של בעל המשכון במימוש מהיר, לאינטרס
3 של הממשכן בקבלת התמורה המרבית בעבור הנכס. מתח זה, העומד
4 מאחורי החשש מהתניה על דרכי המימוש, רלוואנטי גם בהקשר
5 הדברים הנוכחי. בהקניית כוח לבעל המשכון להתפשר עם החייב על
6 תוכן הזכות או על תוקפה קיים הסיכון שייפתח הפתח לפשרות
7 שתפגענה באינטרס הממשכן לקבל את מלוא הערך של הנכס, וזאת
8 כדי להביא לסיום מהיר של הליכי המימוש. כך למשל בעל משכון על
9 זכות לתשלום כספי עשוי לוותר לחייב ללא קושי על חלק מן הזכות
10 בתנאי שהלה ישלם לו לאלתר סכום השווה לסכום החוב המובטח
11 במשכון. המסקנה המתבקשת היא אפוא שאין להתיר לבעל המשכון
12 להסכים כנציג הממשכן על שינוי הזכות שמושכנה.

13 ...
14 האם כוח התביעה של בעל המשכון כולל גם את הכוח להגיע
15 להסדרים עם החייב? הבענו לעיל עמדה כי הסמכות לסכם עם החייב
16 על שינוי הזכות נתונה לממשכן, ולא לבעל המשכון. פשרה הכוללת
17 ויתור על זכויות הממשכן חורגת, אם כך, מסמכותו של בעל המשכון.
18 משיקולים דומים יש לשלול לדעתנו מבעל המשכון את הסמכות
19 להגיע להסדר בדבר קציבת גובה הזכות כאשר היא חיוב בלתי קצוב,
20 אולם ניתן להעלות על הדעת סוגי הסדרים של בעל המשכון עם
21 החייב, אשר אינם מגיעים כדי ויתור על זכויות הממשכן. דוגמא
22 אחת לכך היא הסדר הקובע שהחייב יקיים את הזכות (כולה או
23 חלקה) לידי בעל המשכון. הסדר כזה, בהנחה שאיננו מתיימר לשלול
24 את זכות התביעה של הממשכן, אינו חורג מסמכותו של בעל
25 המשכון. דוגמא אחרת, שכיחה יותר, מתייחסת להסכמות טכניות
26 בענייני ביצוע, אשר אינן משנות את הזכות. כך למשל לא היינו
27 רואים בדחייה קלה של מועד הביצוע או בתיאום מוסכם של מקום
28 ביצוע שונה מזה שנקבע בהסכם וכן בעריכת חישוב מוסכם לגבי



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחרים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

- 1 גובהו של חיוב קצוב משום עניינים החורגים מתחום סמכותו של
2 בעל המשכון" (נינה זלצמן ועופר גרוסקופף, מישכון זכויות (2005)
3 305-306, 359).
4
- 5 147. הסמכות שנטל הבנק לעצמו בסעיף 14(א)(7) לחוזה, לייצג את הלווה במשא ומתן
6 מול חברת הביטוח, היא רחבה בהרבה מזו שמקנה לו סעיף 20 לחוק המשכון לפי
7 הפרשנות שאנו סבורים שיש לתת לסעיף. סמכות כזו חורגת משמעותית
8 מהאינטרס הלגיטימי של הבנק כבעל משכון, ועלולה להביא לפגיעה חמורה
9 באינטרסים של הלווה, כפי שמובהר בקטע המצוטט לעיל. חמור מכך, הסמכות
10 האמורה אינה מוגבלת למקרים בהם הביטוח נעשה על ידי גורם חיצוני לבנק, אלא
11 חלה, לכאורה, גם כאשר חברת הביטוח נשלטת על ידי הבנק או על ידי בעל
12 השליטה בבנק. במצבים אלה, בהם משמעות יפוי הכוח הוא שהבנק רשאי לייצג
13 את הלקוח במשא ומתן מול גוף שהבנק (או בעל השליטה בו) הוא בעל עניין בו,
14 אופיו המקפח של הסעיף חמור במיוחד. לאור זאת אנו סבורים שצודק המקפח
15 בטענתו כי יפוי הכוח האמור הוא מקפח, ואנו מורים על ביטולו.
- 16 ודוק, משמעות ביטול יפוי הכוח החוזי היא שהבנק יוכל לפעול מול חברת הביטוח
17 אך ורק בתחומי המסגרת שקובע סעיף 20 לחוק המשכון. לפיכך, אף אם אנו
18 טועים בפרשנות המצמצמת שנתנו לסעיף 20 לחוק המשכון, אין בכך כדי לגרוע
19 מזכויותיו הלגיטימיות של הבנק. זאת ועוד, מרגע שהבנק יחליט לפעול במסגרתו
20 של סעיף 20 לחוק המשכון, הרי שזקיפת תגמולי הביטוח שישולמו לידי הבנק על
21 חשבון ההלוואה נגזרת מהוראת סעיף 22 לחוק המשכון, וממילא אין היא מחייבת
22 התייחסות מיוחדת בחוזה. לפיכך, קביעתנו בדבר יפוי הכוח אף מיתרת את הצורך
23 לדון במחלוקת שבין הצדדים בדבר כוחו של הבנק לזקוף תגמולי ביטוח על חשבון
24 ההלוואה.
25
- 26 148. לאור המובהר לעיל אנו מורים כי תימחק הסיפא של סעיף 14(א)(7), החל
27 מהמילים "והוא מייפה בזאת את כוחו של הבנק באופן בלתי חוזר" ועד לסוף

11

11

11

11

11

11

11

11

11



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחרים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 סעיף המשנה האמור, תוך הבהרת סמכות הבנק לפעול על פי הוראות חוק
2 המשכון. לאור זאת יאמר בסעיף 14(א)(7) כדלהלן:

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

8 סעיף 14(א)(10) - פטור לבנק מאחריות לנזקים שייגרמו ללווה עקב ביטוח

באמצעות הבנק

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

15 סעיף 14(ב)(4) - הכפפת ביטוח החיים לתנאי הביטוח המקובלים אצל חברת

הביטוח שבה מבטח הבנק את הלווים /או הערבים

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

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

22 "ביטח הלווה את עצמו או את ערביו בביטוח חיים באמצעות הבנק יהיה הביטוח
23 כפוף לתנאי הביטוח כפי שיהיו מקובלים באותה עת על הבנק. הלווה מתחייב
24 "...

56
של

טט

טז

זש
6

החוק

החוק

א המי

ס



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחרים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

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

4

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

7 151. סעיף זה קובע כי הבנק יהיה פטור מאחריות, כלפי הלווה או הערבים, מקום בו
8 חברת הביטוח אינה משלמת על פי הפוליסה, מכל סיבה שהיא.

9 ניתן בזאת תוקף להסכמת הצדדים (מסמך ההסכמות השני, סעיפים 35-36), לפיה
10 ישונה נוסח הסעיף כדלהלן:

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

14

15 סעיף 15 - ערבות

16 סעיף 15(ב) - ערבות לפרעון ההלוואה

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



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחרים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1
2 153. לגבי חלק מהוראות הסעיף, הגיעו הצדדים להסכמה. כך הוסכם (מסמך ההסכמות
3 הראשון, עמ' 3), כי ימחקו המילים: "מבלי שהבנק יהיה חייב להוכיח כי אומנם
4 חייב הלווה את הסכומים הנדרשים". בנוסף, הוסכם (מסמך ההסכמות הראשון,
5 עמ' 3) כי יושמט המשפט לפיו "הערבים מוותרים בזה כי הבנק ידרוש תחילה
6 מהלווה סכום כל שהוא או התחייבות כלשהי על פי הסכם זה". הבנק בסיכומיו
7 (עמ' 53 לסיכומים), הסכים גם למחיקת המילים: "וכן למילוי המלא והמדויק של
8 כל הוראות הסכם זה". שלוש ההסכמות הללו, אשר מצמצמות במידה מסויימת
9 את המחלוקות בנוגע לסעיף זה, מקובלות עלינו ואנו מאשרים אותן.

10

הצהרת הערבים כי קראו את ההסכם וכי הם מסכימים לתנאיו

11

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

21

22 155. כידוע, ההלכה המקובלת היא, כי חתימתו של אדם על חוזה או על מסמך כלשהו
23 מקימה חזקה לכך שהחותם נתן את הסכמתו לתוכן האמור במסמך, לאחר שקרא
24 והבין את האמור בו. במיוחד אמורים הדברים לעניין מסמכים מהותיים, כגון
25 שטר משכנתה (ע"א 1548/96 בנק איגוד לישראל נ' לופו, פ"ד נד(2) 559 (2000)). על
26 המבקש לשלול חזקה זו, ולטעון כי המסמך איננו מחייב כלפיו מאחר ולא קרא או
27 לא הבין את תוכנו (טענת non est factum), מוטל נטל הוכחה כבד (ראו: ע"א

מחוז *

מחוז *

מחוז *

מחוז *

שפ

56

ושל

6

ת

ים



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 467/64 שוויץ נ' סנדור, פ"ד יט(2) 117, 113 (1965); רע"א 8242/05 דואק נ' בנק
2 דיסקונט למשכנתאות בע"מ, תק-על 2005(4) 1388 (2005); ע"א 2731/07 חמוד נ'
3 חאג', פסקה 35 לפסק דינה של השופטת ארבל (מצוי במאגר "נבו", ניתן ב-
4 29.3.2009)). לרוב יידרש ממנו להוכיח כי אי הבנת מהות ההסכם לא נבעה
5 מרשלנותו, אלא היא תוצאה של כשל מובנה, כדוגמת אי ידיעת קרוא וכתוב או
6 מצב בריאותי או נפשי קשה במיוחד (השוו: ע"א 8163/05 הדר חברה לביטוח נ'
7 פלונית, תק-על 2007(3) 1976 (2007) (להלן: "עניין הדר"). מכאן, שברגיל, ערב לא
8 יוכל להישמע בטענה כי לא קרא את ההסכם, ועל כן גם לא עמד על תוצאותיה של
9 החתימה עליו, וזאת אף אם יהיה בידו להוכיח עובדתית כי לא עיין במסמך (ראו:
10 ע"א 413/79 אדלר חברה לבנין בע"מ נ' מנצור, פ"ד לד(4) 29, 38-39 (1980)).
11 בהלכה זו אין כמובן כדי לשלול מהערב אפשרות להעלות טענות בנוגע לפגמים
12 בכריתת החוזה (מאלה המנויים בפרק ב' לחוק החוזים (חלק כללי)), או טענות
13 בנוגע להיות החוזה או חלקים ממנו פסולים ובטלים מכוח סעיף 30 לאותו חוק,
14 וגם אין בכך כדי לשלול מהערב את האפשרות לטעון כי תניות מסוימות בחוזה הן
15 מקפחות (ראו: גבריאלה שלו דיני חוזים (מהדורה שניה, תשנ"ה) 627; דניאל
16 פרידמן ונילי כהן חוזים, כרך ג' (תשס"ד) 750 - 751). במבט ראשון נראה, לפיכך,
17 כי מחד גיסא, תנאי לפיו הערב קרא את ההסכם והוא מסכים לתנאיו עולה בקנה
18 אחד עם החזקה המעוגנת בפסיקה, הקמה עם חתימתו של אדם על מסמך. מאידך
19 גיסא, אין תנאי כזה שולל או מגביל זכות או תרופה העומדות לערב על פי דין,
20 כלשון סעיף 6(4) לחוק. גם לא מצאנו תימוכין לטענה, כי תנאי כזה פוטר את הבנק
21 מאחריות, אשר הייתה מוטלת עליו על-פי דין או מכח החוזה, כאמור בסעיף 4(1)
22 לחוק. המסקנה העשויה לנבוע מכך היא, לכאורה, שאין בתנאי כזה משום קיפוח
23 של הלקוחות-הערבים.

24
25 156. למרות האמור לעיל, אנו סבורים כי כאשר מדובר בחוזה ארוך, מורכב ומסובך,
26 דוגמת החוזה בו אנו דנים בתיק זה, ההנחה המציאותית היא שהלקוח (במקרה
27 זה, הערב) אינו יכול, מבחינה מעשית, לקרוא את כל תנאי החוזה, ויש להניח כי
28 אף אם היה עושה כך לא היה מבין חלק ניכר מתנאים אלה. יכולים אנו להעיד על



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 עצמנו, כמה זמן ומאמץ השקענו בקריאתו של החוזה ובהבנת המהות של כל סעיף
2 מסעיפיו, ולנו הרי יש הכלים והידע המשפטי שאינם מצויים ברשותו של הלקוח
3 הרגיל. משמעות הדבר היא, שהבנק דורש מהלקוח-הערב להצהיר הצהרה שהכל
4 יודעים שאיננה עומדת, למעשה, במבחן המציאות. בהזדמנות זו, שבה אנו דנים
5 ב"הבנת הנקרא", אנו מוצאים לנכון להעיר, בהערת אגב, כי חלקים לא מעטים
6 בחוזה שלפנינו מנוסחים באריכות יתר, בלשון מסובכת ולא בהירה ובאופן
7 המקשה מאד על הבנתו. עקרונית, לא פסלנו תוקפו של סעיף בחוזה ולא קבענו כי
8 הוא מקפח רק בשל עובדה זו, אלא בדקנו אם הוא עלול לקפח מבחינת ההסדר
9 המהותי הקבוע בו. יחד עם זאת, ייתכן שהגיעה העת לייחס משמעות רבה יותר,
10 בגידרם של חוזים אחידים, לבהירותה של הלשון בה מנוסח החוזה. במסגרת
11 הפרוייקט האירופי לניסוחו של מעין קודקס אזורי כלל-אירופי, הוכנה טיוטה,
12 הידועה בשם Draft Common Frame of Reference (CDFR), במסגרתה נקבע
13 כדלקמן (§9:402 Book II Chapter 9 Section 4):
14 "(1) Terms which have not been individually negotiated must be drafted
15 and communicated in plain, intelligible language. (2) In a contract
16 between a business and a consumer a term which has been supplied by
17 the business in breach of the duty of transparency imposed by paragraph
18 "may on that ground alone be considered unfair". ייתכן כי הגיעה העת
19 לשקול הוספה של הוראה ברוח דומה גם לחוק החוזים האחידים בישראל (אם כי,
20 גם בהעדר הוראה מפורשת כזו, נראה לנו כי ניתן לפרש את המונח "תנאי מקפח"
21 שבסעיף 3 לחוק החוזים האחידים, ככולל גם מקרים בהם הקיפוח נגרם אך ורק
22 בשל ניסוח שאיננו פשוט ומובן דיו).

157. ודוק, אנו סבורים כי גם בחוזה מסוג זה שלפנינו חתימת הלקוח יוצרת חזקה,
24 אולם נראה כי יש להבין חזקה זו באופן מעט שונה מהרגיל (דהיינו, מהחזקה
25 העולה מחתימה על חוזה שקיימת אפשרות ריאלית לקרוא את תנאיו). במקרה של
26 חוזה אחיד ארוך ומורכב, שקריאה והבנה של כלל תנאיו על ידי הלקוחות איננה
27



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחרים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 עומדת במבחן המציאות, יש להבין את החזקה הנוצרת עם החתימה על החוזה,
2 כמכוונת לכך שהלקוח הבין את המהות העיקרית של החוזה וכי הוא מסכים
3 למהות זו, וכן לאותם עניינים שהוסברו והובהרו לו במיוחד ובמפורט על ידי הספק
4 (הבנק, בעניינו). בנוסף, החתימה גם יוצרת, לדעתנו, חזקה, לפיה הלקוח (הערב
5 בעניינו) מקבל על עצמו עקרונית את שאר תנאי החוזה, למרות שלא יכול היה
6 לקרוא את כולם ולרדת לעומקם, וזאת על יסוד ההנחה שמדובר בתנאים רגילים
7 וסבירים, המקובלים בחוזים מסוג זה, וכן מתוך הנחה כי התנאים הללו הם
8 הוגנים ואינם מקפחים. מבחינה זו, החזקה הנוצרת עם החתימה על חוזה מסוג זה
9 היא בהחלט משמעותית, אף כי מדובר בחזקה "מוחלשת" לעומת זו הנוצרת לגבי
10 חוזים שאינם מהסוג הנדון כאן. לגישה דומה השוו: Restatement (Second) of
11 Contracts § 211, המניח סוג כזה של הסכמה, הנובעת מחתימה על חוזה אחיד.
12 ב- Comment b לסעיף 211 נכתבו, בין היתר, הדברים הבאים:

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

23
24 158. כאמור, החזקה במתכונתה "המוחלשת" נוצרת מעצם החתימה על החוזה ואין
25 צורך, מבחינת הבנק, בהצהרה של הלקוח כי קרא והבין את כל תנאי החוזה.
26 הצהרה כזו, לא זו בלבד שאיננה משרתת אינטרס לגיטימי של הבנק, אלא שהיא

ד"ר





בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

- 1 אף מחייבת את הלקוח להצהיר הצהרה שאיננה עומדת, כאמור, במבחן המציאות.
2 כך, למשל, בעניינינו חתימת הערב על החוזה מקימה חזקה כי גמר בדעתו והסכים
3 לערוב לחבותו של הלווה. בגדר חזקה זו ניתן להניח כי ההסכמה מתייחסת למהות
4 העיקרית של חוזה הערבות, להיקף הסכום הנערב ולאותם תנאים שמהותם
5 ומשמעותם הוסברה והובהרה לערב באופן מיוחד. חזקה זו חלה גם, באופן
6 "מוחלש" ביחס לכלל הסעיפים ותת הסעיפים הרבים שבחוזה – אותם סעיפים
7 שבמרבית המקרים יש להניח כי הערב לא קרא ולא חקר ובחן את מהותם
8 ומשמעותם – אך זאת רק על בסיס ההנחה כי מדובר בתנאים הוגנים וסבירים,
9 אשר נחוצים לשם הגנה על האינטרסים החיוניים של הבנק, והנהוגים בחוזים
10 מסוג זה.
11
- 12 159. משום כך קבע בית הדין, בעניין **בנק לאומי**, בנוגע לסעיף דומה לזה שאנו דנים בו
13 כאן, את הדברים הבאים:
- 14 "... עניינו של סעיף זה באישור קבלת עותק החוזה ובאישור של
15 הלקוח כי קרא את החוזה. איננו חושבים שהחלק הראשון, בו מאשר
16 הלקוח כי קיבל עותק של החוזה מקפח. מאידך, בהתחשב בטיבו של
17 החוזה, מורכבותו ובכך שהלקוח הרגיל ממילא אינו יכול להשפיע על
18 תוכנו, סביר להניח שחלק גדול של החותמים על החוזה לא יקראו
19 את החוזה. סביר שלקוחות רבים אף אינם יודעים עברית, או שאינם
20 מסוגלים לרדת לסוף משמעותם של חלקים נרחבים של החוזה, גם
21 אם יקראו אותו מתחילתו עד סופו. אכן, חוק החוזים האחידים נועד
22 כולו להתמודד עם הפיקציה כי הלקוח קרא, הבין את החוזה
23 והסכים לתוכנו. ההגנה הניתנת מכוח חוק זה ללקוח מבוססת,
24 למעשה, על ההנחה שהלקוח הרגיל אינו קורא את החוזה או אינו
25 מבינו, ועל כל פנים אין לראותו כמי שמסכים הסכמה אמיתית
26 לתוכנו. מסיבות אלה, ייתכן, שכאשר מדובר בחוזים אחידים,
27 השאלה אם הלקוח קרא את החוזה והבין את תוכנו לא תעלה ולא
28 תוריד. אולם, בכל אלה אין משום הצדקה להחתים את הלקוח על



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחרים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 אישור, שברור כי פעמים רבות יהא בבחינת פיקציה... (פסקה 397)
2 בפסק הדין בעניין **בנק לאומי**.
3

4 כך סבורים אף אנו. ייתכן שלהצהרת הלקוח כי קרא את החוזה אין נפקות כלשהי
5 ואין בה כדי לפגוע בזכויות הלקוח, כפי שטען הבנק (כפי שאין בה, מצד שני, כדי
6 לסייע להגנת האינטרסים של הבנק), אולם, גם ייתכן (כפי שסבר בית הדין בענין
7 **בנק לאומי**), כי במצבים מסויימים עלולה להיות להצהרה זו נפקות שתביא
8 לפגיעה כלשהי בזכויות שהיו עומדות לטובת הלקוח לולא ההצהרה האמורה. מכל
9 מקום, אנו סבורים כי תהא אשר תהא נפקותה המשפטית של ההצהרה, די בכך
10 שהכל מכירים בהיותה פיקטיבית ובלתי מעשית על מנת לקבוע כי דרישת הבנק
11 מהערב להצהיר הצהרה כזו, היא מקפחת ויש לבטלה.

12
13 160. לאור האמור לעיל, ובהתחשב בהסכמות בין הצדדים כפי שפורטו קודם, יתוקן
14 סעיף 15(ב) כדלהלן:

15 "הערבים מצהירים ומסכימים כי ערבותם ניתנת לסכום ההלוואה, לריבית,
16 להפרשי ההצמדה עליהן, לריבית הפיגורים, להוצאות, לתשלומים הנלווים ולכל
17 יתר הסכומים שיגיעו לבנק מאת הלווה על פי הסכם זה. הערבים מתחייבים בזה
18 לשלם לבנק מיד על פי דרישתו הראשונה את סכום ההלוואה ואת יתר הסכומים
19 המגיעים לבנק על פי הסכם זה, כפי שיצוין על ידי הבנק בדרישתו, וזאת מבלי
20 שהבנק יצטרך לממש בטוחה כל שהיא שהוא קיבל ואו יקבל מהלווה".
21

סעיפים 15(ג) ו-15(ד) - תנאי הערבות

22
23 161. סעיפים 15(ג) ו-15(ד) לחוזה מתנים על חלק ניכר מהוראות פרק א' לחוק הערבות,
24 תשכ"ז – 1967 (להלן: "חוק הערבות"). כידוע, התניות כאלה נפוצות מאד בחוזי
25 ערבות (ראו: רוי בר קהן, **ערבות** (2006) 63-64 (להלן: "בר קהן, **ערבות**") והן נועדו
26 על מנת לנתק, במידה רבה, את חיובו של הערב מחיובו של הלווה ולהפכו לחיוב
27 עצמאי. בכך מאיין ההסדר החוזי, במידה ניכרת, את מהותה של הערבות כחיוב



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 משני. יודגש כי האפשרות להתניה כזו היא מוגבלת כאשר עסקינן ב"ערב יחיד",
2 כמשמעותו בסעיף 19 לחוק הערבות, וזאת בהתאם לאמור בסעיף 32 לחוק.
3 החוזה, בסעיפים 15(ה) ו-15(ו), קובע אכן כי על ערבותו של "ערב יחיד" ו- "ערב
4 מוגן" (שאף הוא, כידוע, בגדר ערב-יחיד) יחולו הוראות החוק. אולם, ככל שמדובר
5 בערב שאינו בגדר ערב-יחיד, הוראות החוק הן דיספוזיטיביות. השאלה
6 המתעוררת בענייננו היא אם-כן, האם ההתניות הקבועות בסעיפים 15(ג) ו-15(ד)
7 לחוזה - ככל שהן מתייחסות לערב שאינו ערב יחיד - הן בגדר תנאים מקפחים.
8 קיימת דעה, לפיה תנאי המעניק לספק פטור מהוראות חוק דיספוזיטיביות הוא
9 בבחינת תנאי מקפח לכאורה (ראו: גבראלה שלו, **דיני חוזים** (מהדורה שניה,
10 תשנ"ה) 633; ריקרדו בן אוליאל **דיני בנקאות: ערבות לטובת תאגיד בנקאי**
11 **ומשכון של נכסים נדים וניירות ערך** (2002) 51). אנו סבורים כי מסגרת הדיון
12 שבפנינו איננה מחייבת התייחסות לשאלה הכללית בדבר הקיפוח הפוטנציאלי
13 הטמון בסעיפים בחוזה אחיד המתנים על הוראות חוק דיספוזיטיביות. זוהי שאלה
14 נכבדה, אשר טרם זכתה להתייחסות מקיפה בפסיקה. נסתפק איפוא בבחינת
15 השאלה בהקשר בו עסקינן, כשאנו נותנים דעתנו לחובתנו לבחון את התנאים
16 שבפנינו באופן פרטני, תוך התחשבות במהות החוזה, ובשים לב למכלול תנאיו
17 ותוך התחשבות ביתר הנסיבות הרלבנטיות.
18
19 162. סעיפים 15(ג) ו-15(ד) לחוזה, העוסקים בהיקף התחייבויותיהם של הערבים, דנים
20 בכמה וכמה עניינים שונים. בשל מורכבותם של שני הסעיפים הללו, ראוי יהיה
21 להציג תחילה את נוסחם המלא:
22 "ג) הערבים מסכימים כי ערבותם תישאר בתוקפה עד לפירעון
23 המלא של ההלוואה ויתר הסכומים כנוצר לעיל. כן מסכימים
24 הערבים כי תוקף הערבות לא יפגע ולא יגרע גם אם הבנק יתן ללווה
25 או למי מהערבים ארכות או הנחות או יסכים להחליף או לשחרר
26 אחד הלווים או יותר או אחד הערבים או יותר או בטחונות שניתנו
27 ו/או ינתנו על ידי הלווה או כל חלק מהם לרבות המשכנתא
28 והשיעבוד כאמור בסעיף 12 והבטחונות כאמור בסעיף 13 או כל חלק



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 מהם או יסכים לשינויים יסודיים בתנאי ההסכם לרבות שינויים
2 שיפגעו בזכויות הערבים או מי מהם ו/או יגרמו נזק לערבים או מי
3 מהם, או יתפשר עם הלווה או מי מהערבים. הערבות תמשיך לחול
4 על ההסכם גם אם ישונה או יתוקן כאמור או יועבר לאחר. הערבות
5 תישאר בתוקפה ללא כל קשר למידת מילוי או אי מילוי התחייבויות
6 הלווה, לרבות במקרה שהבנק יגרום לאי מילוי התחייבויות הלווה
7 ולא תעמוד לערבים כל טענה שעשויה להיות ללווה כלפי הבנק.
8 הערבות תישאר בתוקפה גם אם ימצא כי הלווה לא היה רשאי לקבל
9 ההלוואה או קיבל אותה שלא כדין או שאינו קשור בהסכם זה או
10 שלא יהיה קשור בהסכם זה מסיבה כלשהי.
11 (ד) הערבות אינה תלויה בכך שלבנק תהיה בטוחה כל שהיא
12 מהלווה, אף אם הלווה התחייב לתת אותה בהסכם זה. הערבות לא
13 תיפגע ולא תיגרע מכל בטוחה אחרת שיש או שתהיה לבנק. כל ויתור
14 ארכה או הזנחה בקבלת או אי קבלת בטוחה כל שהיא לרבות
15 המשכנתא והשיעבוד כאמור בסעיף 12, ערבות כל שהיא והבטחונות
16 כאמור בסעיף 13 ו/או פקיעתם מכל סיבה שהיא, לא יפגעו ולא יגרעו
17 מהערבות ולא יחשבו כפגיעה בזכות הערבים, גם אם יגרם להם נזק
18 עקב זאת. אם הבנק יקבל בטוחה כל שהיא, תמשיך הערבות לחול
19 גם אם תפקע הבטוחה או כל חלק ממנה מכל סיבה שהיא לרבות אם
20 תפקע באשמת הבנק ו/או אם יגרם לערבים או מי מהם נזק כל
21 שהוא עקב זאת. לאחר שהערבים ימלאו ערבותם על פי הסכם זה,
22 הבנק לא יהיה חייב להעביר להם או לזכותם כל בטוחה שהיא או
23 זכות, לרבות המשכנתא והשיעבוד כאמור בסעיף 12, או ערבות כל
24 שהיא והבטחונות כאמור בסעיף 13. אם תתיישן זכות התביעה נגד
25 הלווה מסיבה כל שהיא לא תתיישן עקב זאת התביעה נגד הערבים.
26 הערבות של כל אחד מהערבים אינה תלויה בכך שלבנק תהיה ערבות
27 של ערב נוסף לרבות הערבים כאמור בהסכם זה. הערבים מסכימים
28 כי הבנק יהיה רשאי לשחרר לפי שיקול דעתו הבלעדי כל אחד



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 מהערבים מהתחייבויותיהם ומערבותם או כל חלק מהם בכל זמן
2 שהוא מבלי שהדבר יפגע או יגרע מהתחייבויותיהם ומערבותם
3 להלוואה. בהסכם זה המונחים לווח ו/או ערבים יתפרשו ככוללים
4 את ומתייחסים אל הלווח ו/או הערבים, או מי מהם לרבות
5 יורשיהם, מבצעי צוואה ומנהלי העזבון של הלווח ו/או הערבים וכל
6 הבאים מכח או במקום מי מהם".

7

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

20

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

23

24 השפעתם של שינויים בהיקף החיוב העיקרי על חבותו של הערב

25 165. הנושא הראשון שבו נדון, נוגע להשפעתם של שינויים בהיקף החיוב העיקרי על
26 חבותו של הערב. הסעיף קובע כי הערבות תישאר בלא שינוי אף אם ייתן הבנק



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 ללווה הנחה או יתפשר עימו, או אם הבנק יסכים לשינויים יסודיים בתנאי
2 ההסכם, לרבות שינויים שיפגעו בזכויות הערבים או יגרמו להם נזק. סעיף זה
3 עומד בסתירה לסעיף 5 לחוק הערבות, תשכ"ז-1967 (להלן - "חוק הערבות"),
4 הקובע, כי אם הוקטן החיוב הנערב, על פי הסכם בין החייב לבין הנושה או על פי
5 ויתור של הנושה, מופטר הערב במידה שהופטר החייב; ואם גדל החיוב הנערב, אין
6 הדבר משנה בחיובו של הערב. כן קובע סעיף 5 האמור, כי אם חל בחיוב הנערב
7 שינוי אחר, משתנה חיובו של הערב לפי השינוי, אך אם השינוי הוא יסודי ופוגע
8 בזכויות הערב, רשאי הערב לבטל ערבותו.

9

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

18

19 167. כידוע, ערבות היא, על פי מהותה, חיוב משני לחיובו של החייב העיקרי כלפי
20 הנושה. חבותו של הערב טפלה לחבותו של החייב העיקרי ונסמכת עליה (ע"א
21 529/78 איליט בע"מ נ. אלקו חרושת אלקטרו מיכנית ישראלית בע"מ פ"ד לד(2)
22 13, 17 (1979)). עיקרון משניות חבותו של הערב עובר כחוט השני בשורה של
23 הוראות הקבועות בחוק הערבות (ראו, למשל, סעיפים 2, 4(א) ו-7, 5, 7 ו-8
24 לחוק), אשר תכליתן להבטיח כי "הערב לא ימצא חייב, מקום שבו החייב העיקרי
25 פטור" (ע"א 146/85 גמליאל נ. מנורה, חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מא (3) 746, 750-
26 751 (1987) (להלן: "עניין גמליאל"). למהותו של חיוב הערב כחיוב משני ראו גם,
27 בהרחבה: בר-קהן, ערבות בע' 161-77). מכאן, שהסדר בין נושה לבין חייב,



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

- 1 המפחית את חיובו של האחרון, אמור לחול, מיניה וביה, גם על חיובו של הערב.
2 סעיף 5(א) לחוק הערבות משקף, כאמור, עקרון זה.
3
4 168. כאן המקום להזכיר, כי סעיף 16 לחוק הערבות מכיר בהסדר משפטי שונה מערבות
5 רגילה, שעניינו "התחייבות של אדם לשפות נושה בשל אי קיום חיובו של חייב
6 כלפי הנושה כשהתחייבות אינה בבחינת ערבות". השוני בין שני הסדרים
7 משפטיים אלה – ערבות מצד אחד והתחייבות לשיפוי מהצד האחר – טמון במהות
8 החיוב אשר נוטל על עצמו הערב במסגרת כל אחד מהם. בחוזה ערבות מתחייב
9 הערב, על פי סעיף 1(א) לחוק הערבות, לקיים חיובו של אדם אחר כלפי אדם
10 שלישי. בהתחייבות לשיפוי, לעומת זאת, מתחייב אדם לשפות נושה על הפסדים
11 שייגרמו לו בשל אי קיום חיובו של החייב כלפיו. מדובר בהתחייבות עצמאית
12 ונפרדת. עצמאותה של ההתחייבות לשיפוי לעומת ערבות באה לידי ביטוי הן בלשון
13 הסעיף – סעיף 16 לחוק הערבות אינו נוקט ביחס למתחייב בלשון "ערב", אלא
14 בכינוי הכללי "אדם" – והן (ובעיקר) במהות ההסדר – על התחייבות לשיפוי חלים,
15 בשנינויים המחוייבים, רק חלק מסעיפי חוק הערבות (סעיפים 3, 9, 11, ו-12). גלוי
16 לעין שהסעיפים בפרק א לחוק הערבות שאינם חלים על התחייבות לשיפוי, הם
17 אלה המביאים לידי ביטוי את משניות חיובו של הערב (להבחנה בין ערבות לבין
18 התחייבות לשיפוי ראו: ע"א 255/89 פרדו נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(5) 641 (1992)
19 (להלן: "עניין פרדו"); בר קהן ערבות, בע' 103-99). שאלת הסיווג בין ערבות לבין
20 התחייבות לשיפוי צריכה להיחתך, אם כן, על פי מידת התלות שבין החיוב של
21 הערב/המשפה לבין חיובו של החייב העיקרי. בפסק הדין בענין פרדו קבע בית
22 המשפט, בין היתר:
23 "...שאלת סוגה של התקשרות פלונית בין ערב ונושה לאחד משני
24 המוסדות המשפטיים שתוארו, צריכה להיחתך על פי מידת התלות
25 של אותה התקשרות בקיומו של חיוב שני, חיצוני לה, של חייב
26 כלשהו כלפי הנושה: כאשר עולה, מתוך בחינת מכלול תנאי
27 ההתקשרות ומרכיביה, כי כוונת הצדדים היתה להתלות את חיובו
28 של הערב כלפי הנושה בחיובו של החייב, משמעות הדברים היא



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחרים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

- 1 שהצדדים התכוונו ליצור יחס של ערבות. כאשר בחינת ההתקשרות
2 מוליכה למסקנה כי הצדדים התכוונו ליצור התקשרות עצמאית,
3 ברי שמדובר בהתחייבות לשיפוי... אכן קיימות נסיבות, בהן אין
4 ההבחנה בין ערבות להתחייבות לשיפוי ברורה. הדבר עשוי לנבוע
5 מקיומם של דינים שונים, היוצרים חיץ או מחלישים את הזיקה
6 ההדוקה שבין החיוב העיקרי ובין חיובו של הערב בערבות הרגילה...
7 הדבר עשוי גם לנבוע מהסדרים ספציפיים אשר הערב והנושה
8 רשאים לאמץ... ביחסים שביניהם, באופן שנוצרים מעין "יצורי
9 כלאיים". ואולם, אין במצב דברים זה כדי להשפיע על אמת המידה
10 אשר הותוותה לעיל לשם הבחנה בין שני מוסדות משפטיים אלה:
11 אדרבא, המסקנה בדבר הוצרותם של "יצורי כלאיים" כמתואר היא
12 תולדה של אימוץ אמת מידה זו, ולאורה יש לבחון את נימוקי בית
13 משפט קמא בבואו לסווג את כתבי הערבות... " (שם, בע' 651-650).
- 14
- 15 169. יישום אמת המידה שנקבעה בפסיקה על ענינו מוליכה למסקנה הברורה כי
16 מבחינה מהותית, התחייבותו של מי שמכונה בחוזה שלפנינו בשם "ערב" או
17 "ערבים", אינה אלא התחייבות לשיפוי. הדבר עולה בבירור ממכלול ההוראות
18 שבסעיפים 15(ג) ו-15(ד) לחוזה, המנתקות את התלות של חיוב ה"ערב" בחיובו של
19 הלווה. כך, ההוראה שבסעיף 15(ג) בהסכם, הקובעת כי הערב נותר חייב אף אם
20 הנושה התפשר עם החייב העיקרי, מנתקת את הזיקה שבין הערבות לבין החיוב
21 העיקרי והופכת את הערבות להתחייבות לשיפוי. למרות זאת, כותרתו של הסעיף
22 היא "ערבות" והמתחייבים מכונים בגדרו "ערבים". חוסר ההתאמה שנוצר בין
23 מהותה של ההתחייבות כהתחייבות עצמאית לשיפוי, לבין התמונה המצטיירת
24 מקריאת הסעיף בהסכם, שהמילה "ערב", על הטיותיה השונות, חולשת על כל
25 סעיף מסעיפי המשנה שבו, עלול לעלות כדי הטעייתו של הערב/המתחייב באשר
26 למהות ההתחייבות שהוא נוטל על עצמו. במיוחד נכונים הדברים נוכח אורכו
27 ומורכבותו של סעיף 15 להסכם, ההופך אותו קשה להבנה עבור הערב הממוצע.
28 מצב דברים כזה איננו עולה בקנה אחד עם סעיף 3 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח),



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 התשנ"א-1981, האוסר על תאגיד בנקאי לעשות דבר העלול להטעות לקוח בעניין
2 מהותי. כידוע, הוראה זו חלה גם ביחסי בנק-ערב (בעבר התעוררה מחלוקת בנוגע
3 לתחולתו של החוק על יחסי בנק-ערב: ראו ע"א 1304/91 **טפחות נ' ליפרט**, פ"ד
4 מז(3) 309 (1993), אולם כיום מוסדר הנושא באופן ברור וזאת לאחר התיקון משנת
5 1994 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), שבו נקבע, בסעיף 17(א), כי "הוראות חוק
6 זה יחולו גם על מי שערב ללקוח כלפי תאגיד בנקאי". במצב דברים בו הוראה
7 בחוזה אחיד מטעה את הערב באשר למהות ההתחייבות שהוא נוטל על עצמו -
8 באופן העולה כדי הפרה של סעיף 3 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשנ"א-1981
9 - אין ספק בעינינו כי מדובר בתנאי מקפת, ונראה לנו כי במקרה כגון זה אף חלה
10 חזקת הקיפוח המנויה בסעיף 4(6) לחוק החוזים האחידים, לפיה תנאי השולל או
11 המגביל זכות או תרופה העומדות ללקוח על פי דין, הוא מקפח. הפער המשמעותי
12 בין הכותרת לבין המהות, בין העטיפה לבין התוכן, הוא המקיס, בעינינו, את
13 פוטנציאל הקיפוח.

14

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

24

25 171. בעינינו, אילו היה הבנק מעמיד את הלקוח באופן ברור על העובדה שמהות חיובו
26 איננה כשל ערב, אלא מדובר בחיוב עצמאי, על כל המשתמע מכך, כי אז לא היינו
27 רואים פסול בהתנאה על הוראות סעיף 5 לחוק הערבות. הקיפוח טמון, כאמור,
28 בפער שבין הלשון בה נוקט הסעיף, לבין התוכן המהותי שלו. פער זה עלול להטעות



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 את הלקוחות החותמים על החוזה ולכן יש בכך גם משום קיפוח. על הדרך בה יש
2 לנקוט, לדעתנו, לשם הסרת הקיפוח נעמוד להלן, לאחר הדיון ביתר חלקי הסעיף.
3
4 172. כאן המקום להעיר, כי על אף שהגענו למסקנה כי על פי הנוסח הקיים של סעיפים
5 15(ג) ו-15(ד), מי שמכונים בחוזה בשם "ערבים" לאו ערבים הם, אלא חייבים
6 עצמאיים לכל דבר וענין, הרי מטעמי נוחות ופשטות הלשון נמשיך לכנותם אף אנו,
7 בגוף פסק הדין, בשם "ערבים", אך אין בכך כדי לגרוע ממסקנתנו כי זהו כינוי
8 שגוי ומטעה, אשר אינו הולם את מעמדם האמיתי.
9

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

10
11 173. מחלוקת נוספת נוגעת לקביעה כי הערבות תישאר בתוקפה אף אם יחליט הבנק על
12 שינוי בבטוחות שניתנו להחזר-ההלוואה. דהיינו; אם הבנק יסכים לשחרר את אחד
13 הלווים או את אחד הערבים או את אחת מהבטוחות הנכסיות, או אם בטוחה
14 כאמור תפקע מכל סיבה שהיא. כן קובעים הסעיפים כי תוקף הערבות לא ייפגע
15 אם יתברר שהבנק לא קיבל בטוחה כלשהי מהלווה, אף אם הלווה התחייב לתיתה.
16 קביעות חוזיות אלה נוגדות את הוראת סעיף 6(ב) לחוק הערבות.
17

18 174. סעיף 6(ב) לחוק הערבות קובע, כי אם גרם הנושה לפקיעת ערובה שניתנה להבטחת
19 החיוב הנערב ונגרם על ידי כך לערב נזק, מופטר הערב כדי סכום הנזק. אנו
20 סבורים כי יש לפרש את סעיף 6(ב) לחוק הערבות כמכוון לא רק לערובה שהיא
21 בטוחה נכסית, אלא גם לקיומו של ערב נוסף. גם ערבות נוספת היא בגדר "ערובה"
22 ומכאן שסעיף 6(ב) יחול, לדעתנו, גם על מצבים בהם פוטר הנושה ערב אחד מבין
23 כמה ערבים. לתוצאה דומה ניתן להגיע גם על ידי החלה (ישירה, או בדרך של
24 היקש) של סעיף 55(ג) לחוק החוזים (לענין זה ראו: בר קהן, **ערבות** בע' 261-259).
25 יובהר כי הנזק העלול להיגרם לערב כתוצאה מפקיעתן של ערבות שניתנו
26 להבטחת החיוב הנערב הוא, למעשה, כפול: ראשית, הגדלת הסיכון לכך שהערב
27 הוא זה שיאלץ לפרוע את החוב משום שהנושה לא יוכל להיפרע מהבטוחות



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחרים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

- 1 האחרות (ראו, כדוגמא: ע"א 118/93 **גמבש נ' בנק מרכזית לישראל בע"מ**, פ"ד
2 מח(4) 463 (1994) (להלן - "**עניין גמבש**"). שנית, ככל שמדובר בבטוחה שהיא
3 שעבוד נכס של החייב, הנוק הוא גם בהגדלת הסיכון שהערב, לאחר שישלם מכוח
4 ערבותו, לא יוכל להיפרע מהחייב העיקרי, על פי זכותו מכוח סעיף 9 לחוק
5 הערבות, וזאת לאור העובדה שלפי סעיף 12 לחוק הערבות שעבוד כאמור היה
6 אמור לעבור לזכותו של הערב, לשם הבטחת זכותו לחזור על החייב (ראו גם: בר
7 קהן, **ערבות בע' 258-259**).
- 8
- 9 175. סעיף 15(ג) להסכם מתנה אפוא על סעיף 6(ב) לחוק הערבות. בעבר נקבעה הלכה,
10 לפיה סעיף בהסכם ערבות הפוטר את הנושה מן ההוראה של סעיף 6(ב) לחוק
11 הערבות, אינו תנאי שיש בו משום קיפוח לקוחות או יתרון בלתי הוגן של הספק,
12 ולכן אין בו פסול (ראו: ע"א 219/76 **אזולאי נ' בנק עצמאות לפיתוח ומשכנתאות**
13 **בע"מ**, פ"ד לב(2) 365, 371 (1978); ע"א 465/83 **בן צבי נ' בנק המזרחי המאוחד**
14 **בע"מ**, פ"ד מה(1) 66, 74 (1988)). בעקבות פסקי דין אלה, העלה השופט זמיר,
15 בעניין **גמבש**, את השאלה האם לא הגיעה העת לשינוי ההלכה, שנקבעה לפי חוק
16 החוזים האחידים הקודם: "...העמדה שבית משפט זה נקט, בשאלת תוקפו של
17 תנאי בהסכם הפוטר בנק מאחריות בשל טעות או רשלנות כלפי ערב, התבססה על
18 חוק החוזים האחידים, תשכ"ד-1964. בינתיים בוטל חוק זה והוחלף בחוק החוזים
19 האחידים, התשמ"ג-1982. יש דמיון בין שני החוקים ולכן אין להוציא מכלל
20 אפשרות כי העמדה של בית משפט זה, כפי שנקבעה על יסוד החוק הקודם, תעמוד
21 בעינה אף על יסוד החוק הקיים. אולם אין גם להוציא מכלל אפשרות כי השינויים
22 שבין שני החוקים יובילו לשינוי העמדה של בית משפט זה... אכן, פקידיו של בנק
23 בשר ודם הם; אך כך גם הערב; ואין דמם סומק מדמו. לכן יש מקום לשוב
24 ולשאל: האמנם סעיף פטור בהסכם ערבות כוחו יפה, על אף חוק החוזים
25 האחידים שהשתנה, להלבין כל חטא של כל פקיד בנק? "... בסופו של דבר שאלה
26 זו לא הוכרעה, אך האפשרות שתנאי כזה - המתנה על הוראת סעיף 6(ב) לחוק
27 הערבות - ייחשב כתנאי מקפח בחוזה אחיד, הספיקה באותו ענין לצורך מתן רשות
28 להתגונן בפני תביעה בסדר דין מקוצר.





בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1
2 176. המפקח הפנה לפסקי דין מאוחרים שניתנו בבתי המשפט המחוזיים ובבתי משפט
3 השלום, בהם נקבע, ברוח הערתו של השופט זמיר, כי לאור תיקונו של חוק החוזים
4 האחידים ונוכח ההרחבה הניכרת של החובות החלות על הבנקים כלפי הערבים,
5 אין עוד לומר כי תנאי בחוזה אחיד המתנה על סעיף 6(ב) לחוק הערבות איננו
6 מקפח (ראו למשל: ת"א (מחוזי ת"א) 217/93 **בנק הפועלים בע"מ נ' הנסקי דינים**
7 מחוזי ל"ב(2) 503 (1998); ת"א (שלום ת"א) 24490/01 **בנק לאומי למשכנתאות**
8 **בע"מ נ' ציטרינבום**, דינים שלום י"ט 890 (2002); ת"א (שלום חי) 4762/92 **בנק**
9 **כרמל למשכנתאות והשקעות בע"מ נ' כהן דינים שלום י"ח 874 (1999)**; המ'
10 (שלום ת"א) 6357/92 **פרץ נ' בנק לאומי למשכנתאות**, תק-של 96(3) 1810).
11 ההנמקה שבפסקי דין אלה מתרכזת בכך שהערב רשאי לצפות כי הבנק יממש את
12 זכותו החוזית וימשכן את הנכס הנרכש בכספי החלוואה. עוד נפסק, כי אין כל
13 הצדקה, משפטית או מוסרית, לגלגל על הערב את הנזק עקב אי הבטחת זכויות
14 הבנק באמצעות רישום משכנתה. פסקי הדין הללו מתייחסים, לפיכך, לסוגיה
15 הנקודתית של אי מימוש זכותו החוזית של הבנק לרישום משכנתה והשפעתו של
16 מחדל מסוג זה על חבות הערב. אין, לפיכך, בפסיקה האמורה תשובה כוללת
17 לשאלה שבה אנו דנים.

18
19 177. בענייננו, הסכים הבנק למחוק את המילה "משכנתה" מנוסח הסעיף (ראו סיכומי
20 הבנק, עמ' 61), ומכאן שהבנק מסכים לכך שאי מישכון הנכס על ידי הבנק, בניגוד
21 להוראות ההסכם, או מתן הסכמת הבנק למחיקת המשכנתה, יפגע בתוקפה של
22 הערבות וסעיף 6(ב) לחוק הערבות יחול על מקרה כזה. דהיינו, שאם כתוצאה מאי
23 רישום המשכנתה או ממחיקתה ייגרם נזק לערב, יופטר הערב כדי סכום הנזק
24 שנגרם לו. אנו מקבלים הסכמה זו ונותנים לה תוקף. לפיכך, נותרה על כנה
25 השאלה, האם טמון קיפוח בכך שהחווזה יקבע כי הוראת סעיף 6(ב) לחוק הערבות
26 לא תחול מקום בו הבנק מוותר על בטוחות אחרות (שאינן הנכס הנרכש בכספי
27 המשכנתה) או פוטר ערבים אחרים מערבותם.
28

15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

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 פקיעה 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



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחרים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1 לפגוע בערב, או עקב כוח עליון שלבנק אין שליטה עליו. ככל שמדובר בגריעה או
2 פקיעה הנובעים ממעשיו או ממחדליו הרשלניים של הבנק, אנו סבורים כי הקביעה
3 בחוזה שהדבר לא יפטור את הערב מחבותו כדי סכום הנזק שנגרם לו עקב פקיעת
4 או גריעת הבטוחות האחרות, מהווה תנאי מקפח שיש לבטלו. לעומת זאת, קביעה
5 כאמור בנוגע לגריעה או פקיעה של בטוחות, שהתרחשה שלא כתוצאה ממעשה או
6 מחדל רשלני של הבנק, אלא מתוך פעולה מסחרית סבירה שנעשתה בתום לב, או
7 בעקבות התרחשות שלבנק אין שליטה עליה, איננה מקפחת והיא נועדה להגן,
8 באופן ראוי ומידתי, על אינטרס לגיטימי של הבנק.

תוקף הערבות כשהבנק גרם לאי-קיום החיוב העיקרי

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

15 181. הבנק הציג, בכתב תשובתו, למחוק את המילים: "לרבות במקרה שהבנק יגרום
16 לאי מילוי התחייבויות הלווה". הסכמה זו היא ראויה. הכלל לפיו הנושה אינו יכול
17 לממש את ערבותו הוא עצמו גרם לאי קיום החיוב הנערב, נגזר למעשה
18 מהעיקרון הרחב של מניעות, המעוגן כיום בעיקרון תום-הלב. עיקרון-על זה בא
19 לידי ביטוי בהקשרים שונים בחקיקה, כמו, למשל, במסגרת סעיפים 28(א) ו-28(ב)
20 לחוק החוזים הכללי (השוו: גבריאלה שלו, **דיני חוזים-החלק הכללי לקראת**
21 **קודיפיקציה של המשפט האזרחי** (2005) בע' 488; G. Tedeschi "On the
22 Efficacy of a Conditional Contract" 18 *Isr. L. Rev.* (1983) 7, 13. אין צורך
23 לומר כי התנאה על כלל זה, המעוגן כאמור בעיקרון תום הלב, היא על-פניה
24 מקפחת.

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



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחרים בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1

2

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.

5

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.

9

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.

16

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 וממילא אין לנו הסמכות להורות על ביטולה.

23

24

56



56

ירושל



בתי המשפט

בית הדין לחוזים אחידים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

ח"א 8002/02

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

1

2

אי העברת השעבוד לזכות הערב לאחר שהערב מילא את ערבותו

3

187. סעיף 15(ד) קובע כי לאחר שהערבים ימלאו את ערבותם: " הבנק לא יהיה חייב

4

להעביר להם או לזכותם כל בטוחה שהיא או זכות, לרבות המשכנתא והשיעבוד

5

כאמור בסעיף 12, או ערבות כל שהיא והבטחונות כאמור בסעיף 13."

6

7

188. לטענת המפקח, סעיף זה מתנה על סעיף 12 לחוק הערבות הקובע כי, במידה

8

והחייב הנערב מובטח גם בשעבוד נכס של החייב, יעבור השעבוד לזכות הערב,

9

לאחר שמילא ערבותו, וזאת להבטחת זכותו לחזור אל החייב. על טענת הבנק - כי

10

במקרה שבו הערבות מבטיחה סכום פחות מהסכום המלא של החלואה, עלולה

11

העברת הבטוחה לערב לפגוע בבנק - משיב המפקח, כי ממילא סעיף 12 לחוק

12

הערבות מסייג במפורש את העברת הבטוחה, בכך שהדבר אינו פוגע בזכויות

13

הנושה. לאור זאת סבור המפקח כי התנאי האמור הוא מקפח.

14

15

189. בסיכומיו, הודיע הבנק, כי הגם שהוא חולק על עמדת המפקח, הוא מסכים למחוק

16

מהסעיף את המילים: "לאחר שהערבים ימלאו ערבותם על פי הסכם זה הבנק לא

17

יהיה חייב להעביר להם או לזכותם כל בטוחה שהיא או זכות, לרבות המשכנתא

18

והשעבוד כאמור בסעיף 12, או ערבות כלשהיא והבטחונות כאמור בסעיף 13."

19

אנו מאשרים הסכמה זו ונותנים לה תוקף.

20

21

ויתור על טענות הגנה

22

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

23

הבנק.

24