

תנאי מקפת בחוזה בנקאי – הערכה שיפוטית
(בעקבות ע"ש [י"ם] 195/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' בנק לאומי)
דיקורדו בן-אוליאל*

במאמר זה דן המחבר בהחלטה תקדימית בתחום דיני הבנקאות שנתן בית הדין לחוזים אחרים מכוח סמכותו על פי חוק החוזים האחרים, תשמ"ג-1982.¹ בהחלטה נרחבת זו (המשתרעת על פני 179 עמודים) הוכרו 28 סעיפים בחוזה לפתיחת חשבון עובר ושב, במלואם או בחלקם, כבטלים.

המאמר עוסק בחלק מהעניינים החשובים והמורכבים ביותר שבהם דן בית הדין. בעיקר הוא עוסק בתוקפם של כמה סעיפים חוזיים המגבילים את אחריות הבנק בעת מתן שירותים שונים; במקרים של אבדן שיקים ומסמכים סחירים אחרים; במקרים של מילוי הוראות שניתנו בטלפון או בפקסימיליה; בפעולתם של בנקים קורספונדנטיים ובמקרה של שביתה ונסיבות אחרות של "כוח עליון".

לדעת המחבר, רוב קביעותיו של בית הדין הנן מוצדקות ומבוססות היטב בעיקר משום שהמסקנות הנכונות שאליהן הגיע בית הדין נבעו מניתוח תיאורטי של האופי המשפטי של הקשר בנק-לקוח. על אף האמור לעיל, המחבר מותח ביקורת מסוימת במקרים שבהם לדעתו הניתוח הוא פורמליסטי מדי (בסעיף המגביל את אחריות הבנק במקרים של אבדן שיקים ואמצעי תשלום אחרים) או כאשר על פי אמונתו הנושא דורש דיון מעמיק יותר (בסעיף הנוגע לזכות הקיוון).

* פרופסור חבר בדיני בנקאות ואמצעי תשלום, בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.
1. ע"ש [י"ם] 195/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' בנק לאומי, פ"מ תשס"ג(1) 481 (להלן: פסק הדין).

א. הנושא וחשיבותו. ב. המבוא לחוזה. ג. הטיב המשפטי של היחס בין הבנק ללקוחו. ד. פטור מאחריות בגין ביצוע הוראות הניתנות לבנק: 1. הוראות באמצעות שיק - על ההסדרים האפשריים ועל עמדת בית הדין; 2. הוראות באמצעות הפקסימיליה; 3. הוראות בטלפון. ה. פטור מאחריות עקב אכרז, גנבה או השחתה של שטרות שבהחזקת הבנק. ו. פטור מאחריות לפעולות של בנקים קורספונדנטיים. ז. פטור מאחריות בנסיבות מיוחדות: שביתה ואירועים אחרים; 1. שביתה; 2. אירועים אחרים. ח. חובות הלקוח: 1. החובה לשמור על סופסי השיקים; 2. החובה לעיין בחשבונות הבנק והחובה להגיב על חשבונות אלה. ט. קיזוז: 1. קיזוז חשבונות שונים; 2. חובת מסירת הודעת קיזוז; 3. קיזוז חיובים שמועד פרעונם טרם הגיע; 4. פגיעה בזכויות של אחרים. י. הבעייתיות שבמתן אשראי: 1. מתן אשראי - סקירה כללית; 2. ביטול או הפחתה של מסגרת האשראי; 3. מתן אשראי בהריגה ממסגרת האשראי המאושרת. כ. סוף דבר.

א. הנושא וחשיבותו

עניינו של מאמר זה בסקירה ביקורתית של פסק הדין שנתן בית הדין לחוזים אחידים בעניין חוקיות חוזה לפתיחת חשבון עובר ושב וניהולו. פסק הדין הנו אחד החשובים שניתנו במשפט הישראלי בתחום הבנקאות, שכן בפעם הראשונה בחן בית הדין לחוזים אחידים חוזה בנקאי בשלמותו כדי לפסוק בעניין האופי המקפח של סעיפיו. מיותר לציין את חשיבות הסוגיה כולה, הנוגעת לחוזה שעל פיו מתקשר הבנק עם כל אורח ואורח והמעורר יום-יום שאלות מעשיות שאינן תמיד קלות. בגלל פער הכוחות שבדרך כלל קיים בין הצדדים, מן הראוי למנוע מן הבנק לנצל את כוחו לקביעת הסדרים המקפחים את כלל לקוחותיו.

זאת ועוד, הואיל ונוסח החוזה לפתיחת חשבון עובר ושב במרבית הבנקים הוא דומה, הדבר מעניק להחלטה הנדונה חשיבות מיוחדת שכן אין היא נוגעת לבנק המשיב בלבד. עד כה צמצמו בתי המשפט את התערבותם בנושא, אף שבפרשיות בנקאיות שונות פסקו בדבר האופי המקפח של תנאי זה או אחר.² הטעם שנתנו לצמצום ההתערבות היה כי בעסקאות כלכליות מובהקות מן הראוי לצמצם את ההתערבות השיפוטית, בעיקר אם מדובר ביחס חוזי שנוצר בין הצדדים לפני זמן רב יחסית. כעת שונה המצב, לאחר שהיועץ המשפטי לממשלה החליט לתבוע את אחד הבנקים המסחריים הגדולים, בטענה שבחוזה לפתיחת חשבון עובר ושב שהוא מציג ללקוחותיו יש מספר רב של תנאים מקפחים.³ בית הדין דן בסוגיה בהרחבה (בפסק דין שאורכו קרוב למאתיים עמודים) ובדרך מפורטת

2. ראו, ריקרדו בן-אוליאל, דיני בנקאות - חלק בללי (נבו, תשנ"ו), 72 ואילך.

3. הבקשה הוגשה לפי סעיף 16(א) לחוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982, ס"ח 8. כפי שנאמר בפסק הדין, בעמ' 500 לא הוגשה מצד הבנק בקשה לאישור, שבחוזה הנדון אין תנאים מקפחים, לפי סעיף 12.

ומנומקת היטב. הוא ניתח את החוזה במלואו ופסק כי עשרים ושמונה סעיפים בחוזה הנם מקפחים, ועל כן יש לבטלם או לשנותם.

שלושה מאפיינים עיקריים של פסק דין זה ראויים לציון. המאפיין הראשון הוא שנבחן חוזה בנקאי בשלמותו, ובית הדין היה יכול לפסוק בעקיבות במספר רב של סוגיות הקשורות זו לזו, וזאת מתוך ההנחה, הנכונה, שביסודן גמצא קשר חוזי בין הבנק ללקוחו, שמן הראוי להכיר בו ולהגדירו מראש.⁴

המאפיין השני נוגע לשיטה שבה נותחו הסוגיות. הנושאים נבחנו בעיקר על פי שיקולים משפטיים צרופים ולא על פי שיקולי התורה הכלכלית. בהקשר זה אף אוזכרו בהסכמה דברי בית המשפט בעניין **מפעלים לניקוי יבש קשת נ' היועין המשפטי לממשלה**,⁵ שם צוינו השיקולים שעל פיהם יש לפסוק בנוגע לאופיו המקפת של תנאי בחוזה. וכך נאמר:⁶

הגינות או חוסר הגינות של תנאי פלוני אינה נבחנת על-פי כלליה של תורה כלכלית בלתי מזוהה זו או אחרת, תוך בחירה בין השיטות הכלכליות החילופיות והמגוונות, אלא על-פי התפיסות המוסריות וההכרתיות הנוהגות בחברה חופשית בעלת משטר חוקתי וחברתי כגון זה שלנו.

המאפיין השלישי של פסק הדין ניכר בהיזקקות הרבה למקורות המשפט המשווה, זה של המשפט האנגלו-אמריקני ולעתים גם זה של מדינות יבשת אירופה.

רבים העניינים שבהם דן פסק הדין, ובהם: המבוא הכללי לחוזה והקביעה כי תנאי החוזה יחולו על חשבונות ופיקדונות עתידיים של הלקוח; כללים לזקיפת הריבית ומתן מידע ללקוח על כך; ביטול או הפחתה של מסגרת האשראי; מתן אשראי החורג ממסגרת האשראי המאושרת; ריבית חריגה, צמלות והוצאות; מועדי תשלום בימים שאינם ימי עסקים; חובת השמירה על טופסי השיקים; חובת ההודעה על ביטול שיקים או על גנבתם; חובת העיון בחשבונות הבנק והחובה להגיב על חשבונות אלה; הטיב המשפטי של היחסים בין הבנק ללקוחו והגבלת אחריותו של הבנק במקרה של גרימת נזקים ללקוח עקב אבדן, גנבה או השחתה של שטרות שבהחזקת הבנק, בגין שימוש בקווי תקשורת, כגון טלפון פקסימיליה ועוד, בגין פעולות של בנקים קורספונדטים, עקב נסיבות שאין לבנק שליטה עליהן כגון שביתה ואירועים אחרים, בגין נזק עקב שכירת תיבת דואר והגבלת אחריות הבנק לנזקים ישירים בלבד שעלולים להיגרם ללקוח; זכות העיכבון; הקיזוז; ערובות ובטוחות; מסירת פרטים לבנק על ידי הלקוח והחזקתם במאגר המידע של הבנק; הוצאות ביול החוזה והוצאות הכרוכות במימוש זכויות לגביית החובות על פי החוזה; התדיינות שיוס צד שלישי; זכות הבנק לפצל את תביעותיו בהליך המשפטי נגד הלקוח; הצטרפות של אדם לחשבון משותף בלא חתימה על מסמכי הבנק ובמקרה של פטירת שותפו; גילוי מידע ללקוחות;

4. הסוגיה תתברר בהמשך המאמר.

5. ע"א 1/79 מפעלים לניקוי יבש קשת בע"מ נ' היועין המשפטי לממשלה, פ"ד לד(3) 365.

6. שם, בעמ' 374.

הכוח הראייתי של רישומי הבנק; הודעה על שינוי מענו של הלקוח; קבלת דואר שנמסר על ידי הבנק לתיבת הדואר של הלקוח בסניף הבנק; שינוי פרטי בעלי החשבון; העברת זכויות הלקוח בחשבונותיו; זכות הבנק לשינויים טכניים במספר החשבון; סגירת החשבון; שינוי תנאי החוזה על ידי הבנק; שחרור הבנק מחובותיו כאוחז בשטר כגון הצגה לקיבול או לפירעון ועוד; זכות הבנק לפירעון מיידי של הובות הלקוח; הסדר בעניין החותמים על החוזה; הצהרת הלקוחות באשר לקריאת התנאים הכלליים וקבלתם.

אין ביכולתי לבחון ולדון במאמר זה בכל הסוגיות שבהן עסק בית הדין. על כן החלטתי להתמקד בכמה סוגיות, שלדעתי הן העיקריות והמורכבות שבפרשה. בחרתי אפוא בנושאים העומדים בלב החוזה של פתיחת חשבון, כגון סוגיית הטיב המשפטי של היחסים בין הבנק ללקוחו ומידת אחריות הבנק בניהול מערכת תשלומים, סוגיות אחרות – כגון עניין זכות הקיזוז של הבנק, אחריותו במתן אשראי ואחריותו לפעולות של קורספונדנטים ובמקרה של אבדן מסמכים שבידיו – הן שאלות מורכבות המתעוררות יום-יום ונדונות ברשימה זו. ברצוני לציין עוד, כי דברי בהמשך לא יתבססו על שיקולים כלכליים, אלא בעיקר על יסודות משפטיים צרופים, וזאת בדומה לשיטת הניתוח שאימץ בית הדין. עוד אציין, כי סדר הנושאים שבהם החלטתי להתמקד אינו זהה לזה שעל פיו הם טופלו בפסק הדין.

ב. המבוא לחוזה

בחוזה לפתיחת חשבון עובר ושב של הבנק המשיב, נאמר מפורשות ובין היתר:⁷

תנאי כתב זה יחולו החל ממועד החתימה על כתב זה, על כל החשבונות והפיקדונות של הלקוחות מהסוגים המפורטים בו, שיפתחו על שם הלקוחות בבנק, ושיתנהלו תחת מספר הלקוח הרשום לעיל.

הבנק המשיב ניסה להצדיק את התנאי שבחוזה בטענה, שהוא חל רק על חשבונות עובר ושב שמספרם מצוין בחוזה פתיחת החשבון, וכי נוסח בהתאם להוראת המפקח על הבנקים בנדון.⁸ הבנק גם הוסיף סיבה הנוגעת לנוחות הלקוח עצמו, כי אם בעתיד ירצה הלקוח לפתוח חשבון חדש, הוא לא יצטרך לחזור ולחתום שוב על חוזה שגוסחו זהה לזה שהוא כבר מכיר ועליו חתם. מנגד טען היועץ המשפטי לממשלה שהתנאי הנו תנאי מקפת. לשיטתו הסעיף מנוגד לסעיף 24 לחוק החוזים,⁹ המקדש את החופש החוזי. זאת ועוד, הנוסח של המבוא מקים תוקת קיפות, הן על פי סעיף 4(5), והן מכוח סעיף 4(6) לחוק החוזים האחידים.¹⁰

7. ראו, פסק הדין (לעיל, הערה 1), בעמ' 501.

8. חוזר מס' ח-1881-06 מיום 3.8.1997. צוטט בעמ' 501, 502 לפסק הדין (לעיל, הערה 1).

9. חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 118.

10. סעיף 4 קובע, כי חלה חוקת קיפות על תנאים מן הסוגים האלה:

(5) תנאי המחייב את הלקוח באופן בלתי סביר להיוקק לספק או לאדם אחר, או המגביל בדרך

לאחר ששמע את טענות הצדדים, פסק בית הדין, בין היתר, כי התנאי מקפת את הלקוחות. הלכה למעשה התקבלה הגרסה של המבקש, המבוססת על ההוראות הנזכרות של החקיקה החוזית. בצדק נפסק:¹¹

העובדה שהלקוח חתם בעבר על הסכמתו לכך שתנאי החוזה יחולו על כל חשבון חדש שייפתח על-ידו בעתיד, איננה מצביעה על כך שהלקוח יהא ער, בבואו לפתוח חשבון עו"ש חדש, להתחייבות קודמת זו, פעמים התחייבות שנעשתה לפני שנים...

בהמשך התקבלה הטענה כי הטכניקה שהנהיג הבנק המשיב "מקחה את מודעותו של הלקוח לכך שמדובר בעסקה חדשה שאין בה כדי להקנות ללקוח הודמנות אמיתית לעמוד על תנאי החוזה תוך בדיקת התאמתם של תנאי החוזה ההיסטורי לנסיבות הנוכחיות".¹² זאת ועוד, בית הדין גם דחה את טענת הבנק, כי נוסח המבוא מתאים להוראת המפקח על הבנקים. התברר כי המטרה המיוחדת של אותה ההוראה הייתה למנוע החלה גורפת של הסדר חוזי מסוים על סוגים אחרים של חשבוניות ופיקדונות עתידיים, בלי לעסוק כלל בסוגיה של חשבוניות עתידיים מאותו הסוג.

אין לי אלא להסכים לדברי בית הדין בעניין הפגיעות בהוראות חוק החוזים, מאותם נימוקים שהציג בית הדין ושהובאו לעיל.

ג. הטיב המשפטי של היחס בין הבנק ללקוחו

סוגיה מרכזית שבה דן בית הדין, כפי שיתברר בהמשך הרשימה, נוגעת לניסיונות הבנק להגביל את אחריותו כלפי הלקוח אם יתרחשו תקלות בביצוע החוזה. צמצום האחריות נעשה באמצעות קביעת תנאי פטור שונים שהבנק שילב בחוזה פתיחת החשבון. טוב עשה בית הדין כאשר מצא קשר הדוק בין סוגיה זו לבין הסוגיה הנוגעת להגדרת טיב היחס המשפטי בין הבנק ללקוח.¹³ השאלה מורכבת למדי.

אחרת את חופש הלקוח להתקשר או לא להתקשר עם אדם אחר;

(6) תנאי השולל או המגביל זכות או תרופה העומדות ללקוח על פי דין, או המסייג באופן בלתי סביר זכות או תרופה העומדות ללקוח על פי דין, או המסייג באופן בלתי סביר זכות או תרופה העומדות לו מכוח חוזה, או המתנה אותן במתן הודעה בצורה או תוך זמן בלתי סבירים, או בדרישה בלתי סבירה אחרת.

על הוראות אלה ראו, ורדה לוסטנהויז וטניה שפניץ, **חוזים אחרים** (נבו, תשנ"ד), 91 ואילך.

11. ראו, פסק הדין (לעיל, הערה 1), בעמ' 504.

12. שם, שם.

13. שם, בעמ' 562.

בדרך כלל, בנק הפותח חשבון, עושה זאת כדי שהלקוח יפקיד בו כספים ומסמכים לגבייה וייחנה משירותים הכרוכים בעסקה כולה. הלכה למעשה, הבעיות המעשיות נוגעות בעיקר לעניין אחריות הבנק לאחר שהופקדו כספים אצלו ובמקרה של אבדן כספים אלה. על כן, לצורך הניתוח המשפטי של פסק הדין, סבורני כי מן הראוי להתמקד בעיקר בטיב המשפטי של היחס בין הבנק ובין המפקיד לאחר פתיחת החשבון.

חווה כזה לפתיחת חשבון והפקדת כספים, מהו? בפרשיות שונות הגדיר בית המשפט העליון יחס משפטי זה כ"יחס מלווה-לווה".¹⁴ עמדה זו אינה מקורית והיא מוכרת למדיי בספרות ובפסיקה של מדינות המשפט הקונטיננטלי והמקובל. מעניין לציין, כי מקורותיה של עמדה זו נובעים מן המשפט הרומי,¹⁵ אך יש גם עמדות אחרות. המשפט המשווה מלמד על התפיסות שבמהלך הזמן התגבשו בנדון. הפיקדון הבנקאי כבר הוגדר כחווה שמירה, כפיקדון חריג,¹⁶ אך לעתים קרובות הוא נחשב, כאמור, למקור יחסי מלווה-לווה. כבר התקבלה גם הדעה, כי טיבו של החווה הגו זה של חווה מעורב שמעורבים בו יסודות של חווה שמירה וגם של חווה הלוואה.

לבסוף, מן הראוי לציין, כי בספרות המשפטית המודרנית, ובעיקר זו של מדינות יבשת אירופה, מוכרת גם הדעה, כי היחס החווי שבין המפקיד ובין הבנק אינו ניתן לסיווג על פי הדגמים החוויים המוכרים. זאת משום שהחווה הגו מורכב למדיי, כולל אלמנטים של חוויים שונים, וכפוף למערכות חווייות שונות. מטעם זה ראוי להכיר באופיו המיוחד במינו (sui generis). גם אני תמכתי בתפיסה זו ואף הסברתי בהרחבה את ייחודו של חווה כזה.¹⁷

14. ראו, ר' בן-אוליאל (לעיל, הערה 2), בעמ' 148 ואילך.

15. ראו, עבודת הדוקטורט: Ricardo Ben-Oliel, *The Juridical Nature of the Bank-Depositor Relationship* (1977) 11-12 הדברים הבאים מבוססים בעיקר על עבודה זו, בעמ' 76 ואילך.

16. דגם חווי זה (depositum irregulare) מוכר בחקיקה ובספרות של כמה ממדינות יבשת אירופה. למשל, הקודים האזרחיים האיטלקיים (סעיף 1782) והפורטוגלי (סעיפים 1205 ו-1206) אף מתייחסים אליו במפורש. המאפיין העיקרי הגו כי הנכס, אובייקט החווה, הגו נכס בר חליפין (fungibile), דבר המאפשר לשומר להשתמש בו. ראו ר' בן-אוליאל, שם, בעמ' 77 ואילך.

17. ראו, ר' בן-אוליאל (לעיל, הערה 2) בעמ' 151 ואילך. ראו, גם: Elishah Peter Ellinger and Eva Lomnicka, *Modern Banking Law* (1994) 110; Denis Victor Cowen and Leonard Gering, *The Law of Negotiable Instruments in South Africa* (1966). לאחר שהכירו בכך שהחווה אינו ניתן להגדרה כשמירה, שאילה, הלוואה, שליחות או פיקדון חריג (depositum irregulare) קובעים המחברים (בעמ' 367-368): "Probably the only satisfactory solution is to recognize that the contract is sui generis, containing elements of several contracts" (ההדגשה שלי - ר"ב). לעניות דעתי, אופיו המיוחד של הפיקדון גובע לא רק מקיום אלמנטים של חוויים שונים הכלולים בו ומקרבים אותו, במידה מסוימת, לחווי שמירה, הלוואה, שליחות ועוד, אלא גם לאור הדו-הקיום אשר נוצר בין בנק ללקוחו. במדינות שונות, הן אלה המשתייכות למשפט הקונטיננטלי והן אלה המשתייכות למשפט אנגלו-אמריקני, מקובל לטעון כי הפקדת כספים גורמת להעברת בעלות עליהם מן הלקוח אל הבנק. מנגד, עמדתי הנה כי משהופקד

מעניין לציין כי עמדה כזו כבר התקבלה על ידי שופטי בית המשפט העליון בעניין **Israel British Bank London Ltd. (in liquidation) נ' עזבון ויליאמס**,¹⁸ שם אמר השופט ש' לויין:

מערכת היחסים בין הבנק ללקוחו מעולם לא ניתנת להגדרה מדויקת בגדר אחת המשבצות המשפטיות המוכרות. כשלכות מפקיד כסף אצל הבנקאי שלו, האם נוצר יחס של שמירה או של הפקדה בין השניים? האם נחשב הבנק נאמנו של הלקוח? האם רואים את הלקוח כמי שהלווה כסף לבנק?

גם בעניין **טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' צבאח** פסק השופט שמגר:¹⁹

יחסי בנק-לקוח הם יחסים מיוחדים החורגים באופיים מחוזה מסחרי רגיל. על-כן נאמר לא אחת כי אמנם מערכת היחסים מושתתת על חוזה שנערך בין לקוח לבנק, אך מלבד חוזה זה קיימים תנאים נוספים שלהם כפופים הן הלקוח והן הבנק...

כאמור, ייחס בית הדין חשיבות רבה לסוגיה תיאורטית זו בדונו בתקפם של תנאי הפטור. הוא לא הרחיב את הדיון בנושא, אך הכיר בכך שבחווה יסודות של חוזים שונים, כגון הלוואה לבנק, שמירה לצורך החזר הכספים המופקדים, ושליחות בביצוע פעולות שונות מצד הבנק עבור הלקוח. על כן, למרות המקוריות שבגישה זו במידה מסוימת חזר בית הדין לעמדה המסורתית, שיחסי בנק-מפקיד הנם יחסי מלווה-לווה. עם זאת, קשר בית

הכסף חולקים שני הצדדים את הזכות הקניינית בו. בעיקר נחלקת זכות השימוש בו, ולאמיתו של דבר גוברת זכות השימוש של הלקוח על זו של הבנק. זאת משום שבעיקרון, זכות הבנק תלויה באי-רצון של הלקוח להשתמש בכסף. על כן, כבר תמכתי בדעה כי זכות הלקוח אינה *in personam*, וכי בין השניים נוצר קשר קנייני מיוחד. על הסוגיה בהרחבה ועל תוצאותיה, ראו: R. Ben-Oliel (לעיל, הערה 15), בעמ' 167 ואילך. תפיסתי על האופי המיוחד במינו (*generis sui*) של הפיקדון הבנקאי עקב חלוקת הבעלות בין הצדדים מוכרת היום גם באיטליה. על כך, ראו: (1988) *Le Operazioni della Banca tra Norme e Prassi* Salvatore Maccarone, כך, ראו: J. 52 ואילך. אשר לעניין זכות השימוש הכפולה ("doble disponibilidate") בספרד, ראו: J. 195 (2001) *El Depósito Bancario a la Vista* M. Leal, ואילך. על הסוגיה וההיבט הקנייני שבפיקדון הבנקאי ראו, גם את דבריו של השופט השין בע"א 5964/03 עזבון המנוח אדוארד ארידור ז"ל נ' עיריית פתח תקוה (טרם פורסם).

18. ע"א 776/80, פ"ד לח(3) 645, בעמ' 654.

19. ע"א 5893/91, פ"ד מח(2) 573, בעמ' 590.

הדין עמדה זו לקביעה אחרת באשר לטיב החיוב הבנקאי כחיוב תוצאה, וזו קביעה בעלת חשיבות רבה. כך נפסק:²⁰

החיוב העיקרי העומד ביסוד יחסי בנק-לקוח המסווגים כיתסי לווה-מלווה הינו חיוב תוצאה – להחזיר את ההלוואה.

עוד הוסיף בית הדין:²¹

בעקרון, האחריות החוזית הנה אחריות מוגברת. צד לחוזה מחויב לקיימו, ואם לא יקיימו יחויב לפצות את הנפגע מהפרתו, זולת בנסיבות של סיכול. אולם, בעוד שבחיובי תוצאה החייב ימצא מפר אם לא השיג את התוצאה המוסכמת, הרי בחיובי השתדלות כל מה שעל החייב לעשות הוא להשקיע מאמץ סביר בהשגת התוצאה. אם יפעל כמיטב יכולתו ולא יתשל לא יחויב בהפרת חוזה גם אם התוצאה לא תושג.

בהמשך ציין בית הדין כי "סטנדרט האחריות החוזית המקובלת של הבנק משתנה משירות לשירות ומעניין לעניין".²²

בעמדת בית הדין שלושה רכיבים חשובים. בית הדין אימץ תפיסה אנליטית, ודן על פיה בסוגיות הנוגעות לזכויות הצדדים ולאחריות הבנק, כשהוא בוחן את טיבם המשפטי של היחסים החוזיים שבין הצדדים. יש לברך על עמדה זו, מתוך אמונה שדין החוזה הוא זה שבראש וראשונה מבטא את רצון הצדדים. עם זאת, וכפי שצינתי קודם לכן, אין אני מסכים לדעת בית הדין הרואה ביחסים הנדונים יחסי מלווה-לווה. לעניות דעתי, החוזה שבין הצדדים הנו חוזה מיוחד במינו (sui generis) ואיננו חוזה הלוואה. בנוסף, הגדיר בית הדין את טיב החיוב העיקרי המוטל על הבנק, ולכך אני מסכים, כחיוב תוצאה ולא כחובת השתדלות גרידא. זאת ועוד, בית הדין הכיר בכך ששירותי הבנק, הטכניים והמורכבים, הניתנים בעקבות פתיחת החשבון, יוצרים מערכת משולבת של יחסים משפטיים החלים על שירותים אלה.²³

בהסתמך על שיקולים אלה, בצדק הדגיש בית הדין את הדרך שתאפשר לו לשקול את אופיים המקפח של התנאים החוזיים. יש לבחון תחילה את אחריות הבנק על פי דין ועל פי החוזה. כאשר התניות החוזיות מתיימרות להגביל אחריות על פי דין, תלה החוקה כי התניות הן מקפחות. אך לצורך הקביעה הסופית כי התניה הנה מקפחת, מסכים אני כי מן הראוי

20. ראו, פסק הדין (לעיל, הערה 1), בעמ' 566.

21. שם, בעמ' 565-566.

22. שם, בעמ' 566.

23. העניין יתברר בהמשך תוך כדי דיון בסיכונים הכרוכים במתן השירותים השונים.

להתחשב "בנוהג המקובל, בתנאי החוזה בכללותם, בציפיות הלגיטימיות של הצדדים, ביחסי הכוחות ביניהם ובשאר נסיבות העניין".²⁴

ד. פטור מאחריות בגין ביצוע הוראות הניתנות לבנק

סוגיה זו היא מהחשובות ביותר המתעוררות במישור היחסים בין הבנק ללקוחו. בדרך כלל, מוסמך הלקוח לתת הוראות לבנק, ובעיקר הוראות תשלום, בדרכים שונות. בנוסף לשיטת ההוראות באמצעות שיקים נוצרו בשנים האחרונות טכניקות אחרות, היינו הוראות באמצעות כרטיסי חיוב, העברות בנקאיות, אך גם באמצעות הטלפון ופקסימיליה. לכל שיטה הבעייתיות הטכנית והמשפטית המיוחדת לה. מכל אלה, רק שיטות השיקים וכרטיסי החיוב הוסדרו בדיון, אך זאת על פי פרמטרים שונים. אמנם, בעוד כרטיסי חיוב כפופים לחוק מפורט – חוק כרטיסי חיוב²⁵ – בנוגע לשיקים, עד היום נשאלות שאלות לא קלות, בעיקר באשר לביצוע הוראות הנושאות חתימות מזויפות.²⁶ לשיטות האחרות לביצוע הוראות תשלום אין הסדר חקיקתי,²⁷ ובנוגע לחלק מהן – ההוראות באמצעות הטלפון והפקסימיליה – נראה שאף לא הייתה התייחסות שיפוטית עד מתן פסק הדין הנדון.

סוגיה מרכזית היא סוגיית אחריות הבנק במקרה של ביצוע הוראה שלא מטעם הלקוח, כי חתימתו זויפה או מכיוון שההוראה ניתנה על ידי מי שאינו מוסמך לכך. ישאל השואל: מהם קווי היסוד והמדיניות העומדים בבסיס ההסדר? בעניין אחריות הבנק במקרה של פירעון שיק הנושא חתימת מושך מזויפת, מוכרת עמדתו של בית המשפט העליון בעניין שטאובר בע"מ נ' בנק המזרחי בע"מ.²⁸ שם אומצה מדיניות לטובת הבנק אף במקרה שבו הבנק התרשל במילוי תפקידו.²⁹ לעומת זאת, ההסדר שבחוק כרטיסי חיוב, הנוגע לשימוש לרעה בכרטיס,³⁰ מבטא מדיניות שונה, בעלת גוון צרכני. יבוא היום שבו נידרש לענות על השאלה אם פערים כאלה מבטאים מדיניות ראויה. לעניות דעתי, התשובה תהיה שלילית.

24. ראו, לעיל, הערה 22.

25. תשמ"ו-1986, ס"ח 187.

26. ראו, דבריי בעמ' 786 ואילך.

27. באשר להעברות בנקאיות, ראו, ר' בן-אוליאל (לעיל, הערה 2), בעמ' 413 ואילך. ראו, גם ע"א 717/89 בנק אגוד לישראל בע"מ נ' ערן טורס בע"מ (בפירוק), פ"ד מט(1) 114.

28. ע"א 550/66, פ"ד כב(1) 240 (להלן: עניין שטאובר). לפרשה דומה, ראו ע"א 618/75 עזבון המנוחה טננבאום נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד לא(3) 141.

29. במקרה זה התברר כי זויפה חתימת המערערת כמושכת בסדרה של 122 שיקים ובמשך תקופה של שנה וחצי. הלקוחה לא עיינה בדפי החשבון שנשלחו על ידי הבנק. הבנק לא גילה את הזיופים, אף שהיו ניתנים לגילוי. הנזק הכרוך בפירעון השיקים הוטל כולו על הלקוחה, בלי שבית המשפט יביא בחשבון את התנהגותו הרשלנית של הבנק.

30. ליתר דיוק, במקום להפעיל את מבחן האשמה ולהטיל או לפזר את הנזק הכרוך בשימוש לרעה בכרטיס בהתאם להתנהגותם הרשלנית של הצדדים, קבע המחוקק הסדר שבעיקרו מבוסס על החלוקה הזו: פעולות שנעשו עד שניתנה הודעה למנפיק על גנבת הכרטיס, על אכדנו

באשר לטכניקות האחרות למתן הוראות תשלום, היינו הוראות באמצעות הפקסימיליה והטלפון, הדיון בבית הדין התרכז בעיקר בשיקולי המדיניות הנוגעים להן. שיקולים אלה מבטאים תפיסה צרכנית – ראיית הבנק כנושא סיכון טוב שבשלב מסוים עלול לשאת בנזק הכרוך במתן השירות – אך זאת בלי להתעלם מהפעלת מבחן ה"אשמה": הצדדים צריכים לשאת בנזק לפי מידת אשמתם. עמדת בית הדין ועמדת האישיית יתבררו בהמשך.

1. הוראות באמצעות שיק – על ההסדרים האפשריים ועל עמדת בית הדין
בית הדין דן בהרחבה ובכמה הזדמנויות בעניין הוראות תשלום הניתנות באמצעות שיקים. עיקר הדיון התנהל כאשר הוא שקל סוגיות הנוגעות לחובת הלקוח לשמור על פנקסי שיקים, וכאשר הוא דן בחובת העיון בחשבוניות הבנק.³¹ מעניין לציין, כי שיקולים אלה הנחו את בית הדין גם כאשר הוא בירר את עניין אחריות הבנק כשנעשה שימוש בפקסימיליה, דבר שעוד מוסיף חשיבות לסוגיה כולה.

כדי להעריך את פסיקתו של בית הדין, מן הראוי להזכיר תחילה את שאלת היסוד ולשקול את ההסדרים הרבים המיועדים לפתרונה. השאלה הנשאלת היא, מי יישא בנזק הכרוך בפירעון שיק הנושא חתימת מושך מזויפת, ומהם העקרונות או המבחנים המצדיקים כל פתרון ופתרון. הנושא הוא מורכב למדי. רב ביותר החומר, בעיקר ההשוואתי, העוסק בנדון. אך ניתן לסכם ולציין כי ההסדרים העיקריים הם אלה:

ההסדר שבדין האנגלי; ההסדר שנפסק בעניין שטאובר;³² דין ה-UCC (Uniform Commercial Code) (להלן: UCC) לפני תיקונו ב-1990 ואחריו; העמדה של המשפט הקונטיננטלי; תפיסתו של פרופ' ברק; עמדת האישיית. הסדרים אלה קובעים דרגות שונות של אחריות בנקאית ודגמים שונים לפיזור הנזק. לעתים הם מיטיבים עם הבנק, במיוחד ההסדר שבעניין שטאובר, אך גם הדין האנגלי ולעתים גם המשפט הקונטיננטלי, ולעתים הם מגנים בעיקר על הלקוח, כמו דין ה-UCC לפני תיקונו ב-1990. הסדרים אחרים, היינו

או על שימוש לרעה בו, ופעולות שבוצעו לאחר שנמסרה הודעה כזו. באשר לסוג השני של הפעולות, נקבע בסעיף 5(ב) לחוק כרטיסי חיוב, כי לא תוטל אחריות כלשהי על הלקוח. אף באשר לפעולות שנעשו לפני שנמסרה הודעה למנפיק, אחריות הלקוח הנה מוגבלת על פי דין, מכוח סעיף 5(ג) לחוק. רק במקרים מיוחדים לא חלה האחריות המוגבלת הנוכחית, כפי שקובע סעיף 5(ד). ראו, למשל, ר' בן-אוליאל (לעיל, הערה 2), בעמ' 403 ואילך.

31. הסוגיה תידון להלן בעמ' 21 ואילך למאמר הנוכחי.

32. ראו, לעיל, הערה 28. ההלכה בעניין שטאובר הנה ישנה ובעייתית, אך למרות הביקורת עליה, פסק הדין זה של בית המשפט העליון ממשיך להיות המנחה בעניין זיוף משיכת שיק. על כך ראו, למשל: ת"א (ב"ש) 2040/96 יורשי המנוח אבוקסיס ז"ל נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ (לא פורסם). ת"א (י"ם) 812/93 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' החברה לחקמת נאות אסתר בע"מ (לא פורסם); ת"א (ת"א) 6103/92 תפרון בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (לא פורסם); ת"א (ת"א) 2771/00 אקיטה סנמר 1999 בע"מ נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ (טרם פורסם).

המבחן אשר הוצע על-ידי פרופ' ברק והמבחן שהתקבל ב-UCC לאחר תיקונו ב-1990, מנסים לאזן בין האינטרסים של שני הצדדים, הבנק והלקוח. להבנת המצב המשפטי אדגיש את העיקר שבהסדרים ובתפיסות הנזכרות.

במשפט האנגלי התפתחו כמה מבחנים לפתרון הבעיה.³³ המבחנים העיקריים הם מבחן האשרור (ratification) ומבחן המניעות (estoppel). על פי מבחן האשרור ניתן להסיק כי הלקוח מסכים לנכונות הנתונים הכלולים במסמכים שנשלחו לו על ידי הבנק, כל אימת שהעיון באותם מסמכים היה מאפשר לו לגלות תקלות ולבנק הייתה ציפייה לגיטימית שיעשה עיון כזה.

מבחן המניעות מורכב יותר. על פי עקרון המניעות, מנוע אדם מלטעון לאי-קיומה של עובדה מסוימת כאשר הוא עצמו יצר מצג כלפי הניצג באשר לקיומה של אותה עובדה. המבחן מבוסס על כמה יסודות. בהחלתו על הסוגיה הנדונה נדרשת תחילה יצירת מצג מסוים, כלומר מצג שהשיק הנדון נושא חתימה אמיתית של אדם המוסמך לחתום עליו. בנוסף נדרש שהבנק ינהג בהתאם למצג שקיבל, יפרע את השיק ויימנע מלתבוע את הזיפן. היסוד השלישי נוגע לזנז שנגרם עקב כך, אם יתברר, בסופו של דבר, כי הלקוח לא נתן את ההוראה שהבנק כיבד. החלת מבחן המניעות עלולה לגרום להטלת מלוא הנזק על כתפי הלקוח אף במקרה שבו הבנק אינו נקי מאחריות, אם הוא לא גילה, למשל, את דבר הזיפנים שבשיקים. לעומת זאת, צמצם הדין האנגלי את החלת מבחן המניעות כאשר נוצר המצג בעקבות שתיקת הלקוח, וקבע כי שתיקה זו רלוונטית אך ורק אם יתברר כי הייתה מוטלת על הלקוח החובה להגיב ולא לשתוק.³⁴

אצלנו מבחן האשרור אינו יכול לחול בשל קביעה מפורשת בפקודת השטרות.³⁵ לעומת זאת את מבחן המניעות לא דחתה הפקודה.³⁶ המעניין הוא, שכאשר החיל בית המשפט העליון את מבחן המניעות בעניין שטאובר,³⁷ למרות הסיכונים שבהפעלתו,³⁸ הוא החיל את המבחן במתכונת רחבה. ליתר דיוק, בית המשפט השתמש במבחן המניעות בלי לקבוע קודם לכן במפורש את החובות המשפטיות והחוזיות של הלקוח לעיין במסמכים ולהגיב

33. לצורך סקירה של מבחנים אלו והחלתם אצלנו ראו בעיקר אהרן ברק, "זיוף במשיכת שיק: מטרה ואמצעים בהלוקת הסיכון בין הבנק ללקוחו", *משפטים* א (תשכ"ח) 134, בעמ' 139 ואילך; ר' בן-אוליאל (לעיל, הערה 2), בעמ' 304 ואילך.

34. ראו, למשל: *Greenwood v. Martins Bank, Limited* [1933] A.C. 51, 57; *Brown v. Westminster Bank Limited*. [1964] 2 Lloyd's Rep. 187; 8 LDAB 286, 305 et seq. על הבעייתיות המיוחדת הכרוכה בהפעלת מבחן המניעות ראו, אהרן ברק, *חוק השליחות* (כרך ראשון, נבו, תשנ"ו) 126 ואילך, ועמ' 285 ואילך.

35. סעיף 23(ב) לפקודת השטרות (נוסח חדש), תשי"ז, דמ"י 2.

36. סעיף 23(א) לפקודת השטרות מכיר במפורש באפשרות להפעיל את המבחן.

37. ראו, לעיל, הערה 28.

38. בית המשפט העליון התייחס למבחן המניעות בפרשיות שונות ואף מתח עליו ביקורת. בית הדין דן בסוגיה בהרחבה בפסק הדין (לעיל, הערה 1), בעמ' 529 ואילך ובעמ' 552-553.

עליהם בפני הבנק ולא לשתוק.³⁹ כך אימץ בית המשפט תפיסה רחבה ביותר לטובת הבנק, בלי לשקול, בין היתר, את כדאיות המדיניות שאומצה.⁴⁰

שונה בהרבה ההסדר של ה-UCC לפני תיקונו בשנת 1990. עד אז, ובעקבות הדין החקוק, פסקו בתי המשפט לפי כללי האשמה, והטילו את הנוק הכרוך בפירעון שיק שבו זויפה התימת המושך על הצד האחראי לתקלה.⁴¹ עם זאת, סטו בתי המשפט מקווי יסוד אלה והטילו את מלוא הנוק על הבנק כאשר התברר, כי הוא שתם במידה כלשהי לגרימת הנוק, אף בנסיבות שבהן אחריות הבנק הייתה קלה מזו של הלקוח. הסדר זה תוקן בשנת 1990. בעקבות התיקון יפור בית המשפט את הנוק בין הצדדים – הלקוח והבנק – כמידת אשמתם בגרימת הנוק.⁴²

הדין הקונטיננטלי אימץ פתרון אחר. פתרון זה גם הוא מבוסס על כללי האשמה. אך השימוש באותם הכללים גם מאפשר לבתי המשפט לשחרר את הבנק מאחריות כל אימת שמתברר, כי רשלנות הבנק קלה למדיי (faute légère). ביסוד תפיסה זו מונחת האמונה כי בנק אינו בלש, ועל כן אין ביכולתו לגלות במועד מקרים של זויפי התימות מוצלחים. הלכה למעשה, לעתים כך פוסקים בתי המשפט בהסתמך על תנאי פטור הכלולים בטופסי הבנק.⁴³

תפיסה אחרת היא זו של פרופ' ברק. פרופ' ברק התייחס לסוגיה במאמר חשוב ביותר ובית הדין מרבה לצטט ממנו בפסק דינו.⁴⁴ בדונו בעניין שטאובר הנזכר לעיל, ולשם גיבוש המבחן הראוי, פרופ' ברק מציע אמצעים שונים, ובהם: חוזה, מניעות, אשרור, ונוזיקין.⁴⁵ בסופו של דבר פרופ' ברק מסיק כי ההסדר הרצוי מבוסס על כללי האשמה, על כן יש להטיל את הסיכון על הבנק ולקוחו כמידת אשמתם בגרימת התקלה.⁴⁶

39. הלכה למעשה, היה צריך לברר בפרשה (ראו, לעיל, הערה 28), אם הפר הלקוח חובה כלשהי כלפי הבנק שבעקבותיה היה הלקוח מנוע מלטעון את דבר הזיופים. משתמע מפסק הדין כי הלקוח היה חייב לעיין בעותקי החשבון ולהגיב על כל פעולה לא תקינה מצד הבנק. השופט חיים כהן, בדעת מיעוט, התייחס במפורש לסוגיה וקבע, כי בנסיבות הפרשה, חובות כאלה לא היו מוטלות על הלקוח. כך נאמר (בעמ' 249): "... אין חולקין שהחוזה שנעשה בין בעלי הדין דנן... אינו מכיל תניה המטילה חובה על הלקוח לבדוק את עותקי החשבונות הנשלחים אליו".

40. די לזכור כי הוחל מבחן המניעות בלי שבית המשפט יעריך את מידת הרשלנות של הבנק בפירעון השיקים, ראו, לעיל, הערה 29.

41. UCC § 4-406(2)(3).

42. UCC §§ 3-406(b), 4-406(e).

43. ראו, למשל ר' בן-אוליאל (לעיל, הערה 2) בעמ' 313 Benjamin Geva, *Bank Collections and Payment Transactions: Comparative Study of Legal Aspects* (2001) 349.

44. ראו, ברק (לעיל, הערה 33).

45. שם, בעמ' 136 ואילך.

46. שם, בעמ' 159.

שונה עמדתי ושונות מסקנותי מן התפיסות שהזכרתי לעיל.⁴⁷ לעניות דעתי, המבחן הראוי שיש לנקוט הוא המבחן החוזי. בבסיס היחסים שבין הבנק ללקוח נמצא חוזה. סיווגו של החוזה אינו קל כלל ועיקר כפי שהסברתי קודם לכן.⁴⁸ מעניין לזכור, כי לעתים קרובות הוגדר החוזה כחוזה הלוואה במדינות שונות וגם אצלנו. חוזה הלוואה הוא בין הנוקשים שבחוזים. במדינות שונות⁴⁹ מקובל לקבוע כי אין לשחרר את הלווה מחובתו להחזיר את מה שקיבל, אף כאשר אבד הנכס בנסיבות של סיכול.⁵⁰ לא זה המקום לדון בסוגיה זו. אך תהיה אשר תהיה המסקנה הסופית, אין להכחיש כי מדובר במסגרת חוזהית נוקשה למדי.⁵¹ אכן, לא בנקל ניתן להסכים, כי בנק אשר מקבל את כספו של הלקוח, ומרוויח מהשקעתו, יישאר נקי מאחריות במקרה של אבדן הכסף. אמת היא, כי השילוב בין דין החוזה לכללי הרשלנות מצמצם את אחריות הבנק במקרה שהתרשל הלקוח, ותרם ברשלנותו לגרימת הנזק. אך עד שיוכיח הבנק כי כך הם פני הדברים, כלומר שהפר הלקוח חובה המוטלת עליו (למשל, שהוא לא שמר על השיקים או לא הודיע על גניבתם וזיופם), ושההפרה גרמה לנזק, מוטלת החובה על הבנק להחזיר את הכסף אשר הופקד אצלו. כך ניתן גם להצדיק את העמדה כי חובת הבנק הנה ביסודה חובת תוצאה, כפי שציינ בית הדין.

לאור האמור, התוצאות המעשיות הנגזרות מן המבחן שהמלצתי עליו הן שונות מאלה הנובעות מן המבחנים האחרים. הוא מטיל הסדרי אחריות ודאיים וברורים על שני הצדדים, בלי לפגוע בחוש הצדק. על כן הוא לא מטיל את מלוא הנזק על הבנק כאשר הנזק נגרם עקב רשלנותם של שני הצדדים, כפי שקבע הסדר ה-UCC עד 1990; הוא לא מיטיב עם הבנק ומטיל את מלוא הנזק על הלקוח, אם הבנק פעל רק ברשלנות קלה (*faute légère*), כפי שמותר לקבוע במשפט הקונטיננטלי; הוא שונה מן התפיסה האנגלית ומוזו שהתקבלה

47. לדיון בסוגיה, ראו: Ricardo Ben-Oliel, "Banker's Liability in the Bank Deposit Relationship",

164 (1979) *Isr. L.Rev.* 14. ראו גם ר' בן-אוליאל (לעיל, הערה 2), בעמ' 151 ואילך.

48. ראו בעמ' 781 ואילך למאמר הנוכחי.

49. ראוי לציין, כי לעומת מדינות רבות בעולם, בעיקר אלה אשר הכינו קודיפיקציות של הדין האזרחי, אין אצלנו הסדר חקיקתי כללי בעניין חוזה הלוואה.

50. מקובל לומר, כי כריתתו של חוזה הלוואה מעבירה את הבעלות מן המלווה ללווה. בעקבות תוצאה קניינית זו, חוזה הלוואה מוגדר במשפט הקונטיננטלי כחוזה ריאלי (*quoad effectum*). עצם הדבר שהלווה נהפך לבעלים של הנכס משפיע על מידת אחריותו של הלווה. הכלל *res perit domino* מבטא מציאות זו וקובע, כי בדרך כלל הלווה מקבל על עצמו את מלוא הסיכון למקרה של אבדן הנכס, אפילו בנסיבות של כוח עליון, וזאת משנמסר לידי הנכס. ראו, למשל, ספר החוזים האזרחי של צרפת (סעיף 1893), איטליה (סעיף 1814), פורטוגל (סעיפים 1144 ו-1796).

51. גם ברק מכיר בעובדה זו (לעיל, הערה 33). בהשתמשו במבחן החוזי לצורך ניתוח סוגיית פיזור הנזק במקרה של זיוף חתימת מושך שיק, הוא כותב בעמ' 137: "חובתו החוזהית של הבנק כלפי לקוחו היא לכבד את הוראותיו כדי סכום ההלוואה שקיבל". לאחר מכן, בעמ' 138, אנו קוראים: "החוזה הוא אמצעי יעיל להגשמת מבחן 'פיזור הנזק', שכן מכוחו מוטל הסיכון של זיוף על הבנק הנמשך. יעילות זו נובעת מנוקשותו של החוזה" (ההדגשה שלי - ר"ב).

בעניין שטאובר, כי הוא מבוסס על הסדר שלא אומץ שם, היינו ההסדר החוזי, אשר בשלב הראשון מייטיב באופן בולט עם הלקוח.

ברצוני לציין כעת את ההבדל בין גישתי ובין גישתו של פרופ' ברק. הפער בין העמדות נובע משתי סיבות עיקריות: ראשית, באשר להחלת מבחן האשמה, אין אני רואה שמן הצדק לצאת מתוך ההנחה, כי בנק ולקוחו נמצאים במצב שוויוני, וכי לכל אחד מהם אפשרות דומה להוכיח את רשלנותו של הצד שכנגד. אדרבה, לעתים מתברר, כי כבד למדיי הנטל הראיתי הרובץ על הלקוח באשר להוכחת רשלנותו של הבנק. שנית, מבחן האשמה עצמו אינו פותר את כל הבעיה שכן לעתים מתברר, כי שני הצדדים לא התרשלו, ובכל זאת נגרם הנזק. בעיני מבחן האשמה הוא יעיל רק כאשר הבנק מפעיל אותו ומוכיח את רשלנות הלקוח והזיקה לנזק אשר נגרם עקב כך.

לבסוף, נשאלת השאלה, מהי עמדת בית הדין בסוגיה הנדונה. כאמור, בית הדין לא הרחיב את הדיון בעניין הטיב המשפטי של הפיקדון הבנקאי. למרות זאת, הוא הדגיש את חשיבותו של המבחן החוזי. בנוסף, כבר ציינו כי לא נדחתה התפיסה שביסוד יחסי בנק-מפקיד מונח חוזה הלואה.⁵² אך כאמור, בית הדין לא היסס לקבוע, כי חובת הבנק היא חובת תוצאה וכי "גם אחריותו של הבנק לפרעון שטר מזוייף הינה אחריות מוגברת, בכפוף לרשלנות תורמת של הלקוח".⁵³

לסיכומי של דבר, ציינתי את המבחנים העיקריים לפתרון הבעיה של הטלת האחריות לנזק במקרה של פירעון שיק שבו זויפה חתימת המושך; הסברתי את עמדתי בנושא והזכרתי את עמדת בית הדין בסוגיה.

בהסתמך על השיקולים שהוזכרו לעיל, ניתן גם להבין ולדון טוב יותר בעמדת בית הדין באשר לאחריות הבנק כאשר הוא מבצע הוראות שניתנו באמצעים אחרים, היינו באמצעות הפקסימיליה והטלפון.

2. הוראות באמצעות הפקסימיליה

מתן הוראות לבנק באמצעות הפקסימיליה מלווה בסיכונים, בעיקר אם ההוראה ניתנה על ידי מי שאינו מוסמך לתת אותה או מתוך זיוף חתימת הלקוח. החוזה לפתיחת החשבון התייחס לסוגיה וקבע, בין היתר (בסעיף 16.11), כי "כל הוראה הנחזית להיות חתומה ע"י הלקוחות או מי מהם או כל מורשה מטעמם... תחייב את הלקוחות גם אם יתברר שבפועל חתימתם זויפה או ההוראה לא נתתה ע"י התותמים כאמור".⁵⁴

טענת היועץ המשפטי לממשלה בעניין זה הייתה, כי מן הראוי לקבוע כללי אחריות דומים לאלה החלים כאשר הבנק פורע שיק שבו זויפה חתימת המושך. על פי תפיסתו, יש להטיל את הסיכון על הבנק אם לא הוכחה רשלנות תמורה מצד הלקוח. הוא גם הדגיש את יכולתו של הבנק לצמצם את הסיכון הנדון באמצעות נקיטת אמצעים שונים, ובין היתר מתן קוד סודי ללקוח.

52. ראו בעמ' 783-784 של המאמר הנוכחי.

53. ראו, פסק הדין (לעיל, הערה 1), בעמ' 566.

54. שם, בעמ' 575.

לעומת זאת, עיקרי טענות הבנק היו כי השימוש בפקסימיליה כרוך בסיכונים רבים של זיוף, וכי בידי הלקוח היכולת להפחית סיכון זה. הוא פירט בתצהירו את האמצעים שננקטו כדי לצמצם נזקים פוטנציאליים וציין, כי אין להפעיל בהקשר זה את כללי האחריות הנוגעים לפירעון שיק הנושא חתימה מזויפת. הסיבה שצוינה הייתה כי "השיק הוא מסמך מקורי ועל כן האפשרות לזהות בו זיוף גדולה יותר, מה גם שהוענק לו בחוק מעמד של אמצעי תשלום".⁵⁵

בית הדין שקל היטב את נוסח הסעיף שבחווזה. מדבריו ניתן להסיק, כי רחבה למדיי ההגנה שניתנה בו לבנק. זאת מכיוון שאין היא תלויה בדמיון שבין חתימת הלקוח לבין החתימה המזויפת. עם זאת, הדגיש בית הדין כי אין החוזה מתנה את ההגנה בהיעדר רשלנות.⁵⁶

בסופו של דבר הסיק בית הדין את המסקנות האלה: ראשית, חתימה מזויפת אינה מחייבת את הלקוח, הן כאשר היא נמצאת על שיק והן כאשר הזיוף הנו בהוראה שהועברה בפקסימיליה. שנית, בשל נוסח הסעיף, המשחרר את הבנק מאחריות באופן כה גורף, יוצר הסעיף חוקת קיפוח לפי סעיף 14(1) לחוק החוזים האחידים.⁵⁷ שלישית, חוקת הקיפוח, לא נסתרה על ידי הבנק. עוד פסק בית הדין, כי ההסדר החוזי אינו מאמץ את עקרון האשם, וכי אינו מקיים את עקרון פיזור הנוק, שעל פיו, כידוע, הבנק הוא זה שבשלב הראשון יכול לשאת בסיכון ולפזרו בין כלל הלקוחות. לבסוף קבע בית הדין כי "כל השיקולים התומכים בהטלת האחריות על בנק בכיבוד שיק מזויף מביאים למסקנה שהאחריות צריך שתוטל על הבנק גם כאשר מדובר בהוראת פקסימיליה מזויפת".⁵⁸

עם זאת, ציין בית הדין, כי אף שחיובו החוזי של הבנק הוא חיוב תוצאה, מותר להפחית את אחריות הבנק כלפי הלקוח, אם ברשלנותו תרם הלקוח לגרימת הנוק.⁵⁹

לעניות דעתי, צדק בית הדין הן בניתוח הסוגיה והן במסקנותיו. חשובה במיוחד המסקנה, כי יש לנסות ולאחד במידת האפשר את ההסדרים בעניין אחריות הבנק לביצוע הוראות תשלום באמצעים שונים. כבר בעבר תמכתי בתפיסה זו.⁶⁰ כיום רחב למדיי הפער שבין ההסדרים, אם נשווה את ההסדר החל על שיקים, לפי עניין שטאובר, להסדר שאומץ

55. שם, בעמ' 575.

56. שם, בעמ' 576.

57. הסעיף קובע כי חלה חוקת קיפוח על התנאי הבא:

"תנאי הפוטר את הספק, באופן מלא או חלקי, מאחריות שהייתה מוטלת עליו על פי דין אילולא אותו תנאי, או המסייג באופן בלתי סביר את האחריות שהייתה מוטלת עליו מכוח החוזה אילולא אותו תנאי". על ההוראה ראו, לוסטהוויז ושפניץ (לעיל, הערה 10), בעמ' 85 ואילך.

58. ראו, פסק הדין (לעיל, הערה 1), בעמ' 578.

59. ראו, בעמ' 790 של המאמר.

60. התייחסתי לסוגיה כשדגנתי בהסדר המשפטי החל על העברות בנקאיות. ראו, ר' בן-אוליאל (לעיל, הערה 2), בעמ' 424 ואילך.

בחוק כרטיסי חיוב, באשר לשימוש לרעה בכרטיס.⁶¹ ספק אם פער כה רחב הוא מוצדק. עד כמה שניתן הדבר, ראוי שעל כל מקרה של אבדן כספים יוטל מבחן אחד ואחיד, והוא המבחן החוזי שעל פיו, כאמור, חב הבנק חובת תוצאה. זאת ועוד, בכל מצב ומצב, ראוי שהבנק יישא ראשון באחריות לנזק, עד שתוכח רשלנות הלקוח, משום היותו נושא סיכון טוב. רק על סמך הסדר חוזי מאוזן וסביר יוכל הבנק לצמצם את אחריותו, ובלבד שיוסכמו מראש חובות הלקוח, ויצליח הבנק להוכיח כי הפרה של חובה מחובות הלקוח, היא שגרמה לנזק.⁶²

3. הוראות בטלפון

כידוע, הוראות טלפוניות לבנק הן כיום דבר שבשגרה. הן מביאות נוחות ורווח לשני הצדדים. עם זאת, הן גם מקור לסיכונים לא מבוטלים. הראשון – לא מן הנמנע, כי פעולה מסוימת לא תבוצע על פי ההוראה שנתן לקוח או נציגו. ביצוע ההוראה עלול להיות, למשל, הלקי בלבד או לגרום לזיכוי חשבון שונה מזה שהתכוון הלקוח לזכות. הסיכון השני, החל גם כאן, הוא שההוראה הועברה שלא על ידי הלקוח או נציגו.

תנאי החוזה לפתיחת חשבון מכסים סיכונים אלה. באשר לסיכון הראשון נקבע בחוזה, כי הלקוחות פוטרים את הבנק מכל אחריות לנזקים העלולים להיגרם להם, למעט מקרה שבו הוכיחו הלקוחות שבשל רשלנות הבנק הוא שגרם להפסד.⁶³

בית הדין התרכו ודן בעיקר בעניין הגטל הראייתי אשר הוטל על הלקוח. הוא הוכיר כי "הכלל הרגיל של המוציא מחברו עליו הראייה לא יחול כפשוטו" וכי "אין זה מן הדין להטיל את מלוא הגטל על שכמו של הלקוח בכל המצבים".⁶⁴ אכן וכאמור לעיל,⁶⁵ לא תמיד יכול הלקוח להוכיח בנקל את רשלנות הבנק. בצדק הוכיר בית הדין, כי לא הלקוח הוא המטיל על עובדי הבנק כללי עבודה תקינים, ובוודאי גם אין ביכולתו לפקח על קיום ההוראות שהוא נותן לבנק. על כן הסיק בית הדין, כי נוסחו של הסעיף מבטא חזקת קיפוח, לפי סעיף 714(ז) לחוק החוזים האחידים.⁶⁶ זאת פסק באשר לגטל הראייתי. באשר לפן המהותי של ההסדר, המטיל אחריות על הבנק במקרוו שהוא מתרשל, ברור כי אין הוא סוטה מן הדין הכללי. אם כן, נראה שהתוצאה המעשית הנובעת מדברי בית הדין היא שהבנק ישתחרר מאחריות אם הוא יוכיח כי לא התרשל בביצוע ההוראה.

61. ראו, לעיל, הערות 29 ו-30.

62. בהקשר זה מן הראוי להזכיר בעיקר את חובות הוהירות בשמירה על השיקים ובמשיכתם, בגילוי של פעולות לא תקינות בגיהול החשבון, כגון זיופים ושינויים מהותיים בשיקים, וזאת מתוך עיון במסמכים ששולח הבנק, והחובה להודיע לבנק על כל אלה בתוך פרק זמן סביר. ראו גם, ר' בן-אוליאל (לעיל, הערה 2), בעמ' 163 ואילך ובעמ' 325 ואילך.

63. ראו, פסק הדין (לעיל, הערה 1), בעמ' 572.

64. שם, בעמ' 573.

65. ראו, בעמ' 790 של המאמר.

66. הסעיף מטיל חזקת קיפוח על התנאי הבא: "תנאי המטיל את ההוכחה על מי שנטל זה לא היה עליו אילולא אותו תנאי".

באשר לסיכון השני הנזכר לעיל, היינו הסיכון שההוראה לבנק ניתנה שלא על ידי הלקוח או שלא על ידי מי שהוסמך לתת אותה, קובע החוזה כי יראה הבנק הוראה כזו כאילו היא הועברה על ידי הלקוח או נציגו.⁶⁷ בנוגע לסוגיה זו הסכימו הצדדים כי על הבנק לשנות את נוסח הסעיף לפי הוראות המפקח בעניין ניהול בנקאי תקין של הוראות טלפוניות, וגם לפי הנוהל הפנימי של הבנק, ככל שהללו נוגעים לאמצעי הזהירות המוטלים עליו, וזאת כדי למנוע שימוש לרעה בשירות זה.⁶⁸

אין אני יכול אלא להסכים לפסיקת בית הדין. השימוש בקווי תקשורת אמנם מסב תועלת לשני הצדדים לחוזה. אולם הבנק הוא שיכול להעריך טוב יותר את מידת הסיכונים הכרוכים בפעולות כאלה, ובעקבות זאת לקבוע נוהלי עבודה פנימיים ולנקוט אמצעי זהירות שיאפשרו לזהות את גותן ההוראה. לא למותר להזכיר, כי על פי פסיקת בית הדין, חובתו הבסיסית של הבנק היא חובת תוצאה, ועל כן עליו להתחזיר בדרך כלל את מה שקיבל מידיו של הלקוח.⁶⁹ ביצוע של הוראה טלפונית שלא לפי הוראת הלקוח עלול לגרום הפסד ומן הראוי שהסיכון יוטל בשלב ראשון על הבנק, בדומה למצבים אחרים. גם כאן יכול הבנק להפחית את הסיכון ואת אחריותו, אם הוא יגיע לכלל הסכם עם הלקוחות בדבר הכללים שידריכו את מתן השירות וימנעו, במידת האפשר, את הסיכונים שדנו בהם. אך עד שיוכיח הבנק, כי הפר הלקוח את שהוטל עליו, ולא שמר, למשל, את קוד הזהירות, או סירב לשתף פעולה עם הבנק בגילוי סיבות התקלה או בהפחתת הנזק – כי אז על הבנק לשאת במלוא הסיכון.⁷⁰

הצדדים לפרשה הסכימו לשנות את החוזה בהתאם להוראות המפקח בעניין ניהול בנקאי תקין של הוראות טלפוניות ובהתאם לנוהל הפנימי של הבנק עצמו. לדעתי, מן הראוי כי ההסדר המתוקן של החוזה יבטא את המציאות המשפטית שציינתי לעיל.

ה. פטור מאחריות עקב אבדן, גנבה או השחתה של שטרות שבהחזקת הבנק

על פי תנאי החוזה, משוחרר הבנק מאחריות לנזק עקב אבדן, גנבה או השחתה של שיקים או שטרות אחרים שבהחזקתו, אלא אם כן הנזק נגרם עקב רשלנותו. לצורך בחינת

67. ראו, פסק הדין (לעיל, הערה 1), בעמ' 574.

68. שם, על פי הוראות המפקח בעניין ניהול בנקאי תקין על 12/95 הוראות טלפוניות, על תאגידים בנקאיים לקבוע הנחיות לביצוע הוראות טלפוניות מן הלקוחות. על התאגידים הבנקאיים לטפל בייחוד בנושאים אלה: הצורך באישור מפורש ובכתב מצד הלקוח לצורך ביצוע הוראות אלה; נקיטת הסדרי זיהוי הלקוחות במתן הוראות טלפוניות; רישום של הוראות טלפוניות שיכלול, בין היתר, את מועד מתן ההוראה, סימון מיוחד שההוראה ניתנה בטלפון ופרטי זיהוי של הפקיד אשר קיבל את ההוראה; מתן הודעה ללקוח בכתב, אשר תכלול את כל פרטי הפעולה, וזאת לאחר שהיא בוצעה.

69. ראו, בעמ' 784 למאמר הנוכחי.

70. ראו, גם דבריי בעמ' 791 ו-792.

ההסדר החוזי הבחין בית הדין בין שני מצבים שונים, האחד כאשר המסמכים נמסרים לבנק לביטחון, והשני במקום שבו המסירה היא לגוביינא. בשני המקרים, ובצדק, הכיר בית הדין בתחולת חוק השומרים תשכ"ז-1967 ובכך שהבנק הנו במעמד של שומר שכר. ככלל, שומר שכר אחראי לאבדן הנכס, אלא במקרה שבו האבדן נגרם עקב נסיבות שלא היה עליו לחזותן מראש ולא יכול היה למנוע את תוצאותיהן.⁷¹ לכלל זה יש חריג כאשר ההחזקה נועדה למטרה מסוימת ועיקרית והשמירה טפלה למטרה זו, שאז פטור השומר אם הנזק נגרם שלא ברשלנותו.⁷² בית הדין החיל הסדר זה וקבע, כאשר המסמכים נמסרים לבנק לגוביינא, אחריות הבנק היא אחריותו של שומר שכר ששמירתו אינה טפלה למטרות אחרות. בהגיעו לתוצאה זו, התבסס בית הדין על הקביעה, כי במתן שירותי גוביינא פועל הבנק כשלוח של הלקוח וכקבלן הנותן לו שירות,⁷³ ועל כן כפוף הבנק לדין האחריות המוגברת של שומר שכר.⁷⁴

לעומת זאת, במקרה של אבדן מסמכים שנמסרו לבנק לביטחון, מכיוון שהשטרות נועדו להבטיח חיובים כלפיו, קבע בית הדין, כי אחריות הבנק הנה אחריות של שומר ששמירתו טפלה למטרה העיקרית של ההחזקה בנכס.

אין לחלוק על כך, שבכל מקרה של אבדן המסמכים, הן כאשר הם נמסרים לגוביינא והן כאשר הם נמסרים לביטחון, מוטלת האחריות על הבנק מרגע מסירתם. משנמסרו לבנק חלה עליו חובת השמירה.⁷⁵ אך מהם כללי האחריות המיוחדים החלים במצבים אלה? אני סבור כי עמדת בית הדין מבטאת פורמליזם מוגזם. אמנם בנק המקבל להחזקתו מסמכים מן הלקוח תמיד עושה זאת לצורך מתן שירות כלשהו. לעתים השירות כרוך בפתיחת חשבון ובניהולו, ובמסגרתו מתבצעת פעולת הגוביינא, ולעתים השירות הוא של מתן אשראי, שלהבטחתו נמסרים מסמכים לביטחון. לדעתי, אין בין השניים הבדל מהותי המצדיק את מדיניותו השונה של בית הדין באשר לכללי אחריות הבנק. בלשון קיצור, יש לקבוע כי בשני המצבים אין השמירה המטרה העיקרית, כי אם היא טפלה למטרות הנזכרות.

71. סעיף 2(ב) לחוק השומרים, תשכ"ז-1967, ס"ח 52. על פירוש הסעיף ראו, שירלי רנר, חוק השומרים, תשכ"ז-1967 (ירושלים, תשנ"ח), בעמ' 147 ואילך.

72. שם, שם.

73. בהקשר זה בית הדין (בעמ' 568) מפנה לספרו של איל זמיר, חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974 (ירושלים, תשנ"ה), בעמ' 140-141.

74. סעיף 6(ב1) לחוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974, ס"ח 110 קובע: "אבד או ניזק הנכס בעודו בידי קבלן - (1) אחראי הקבלן, לעניין חוק השומרים, תשכ"ז-1967, כשומר שכר ששמירת הנכס אינה טפלה למטרה העיקרית על החזקתו". על כך ראו גם, איל זמיר, "אחריות הקבלן כשומר - שיקולי מדיניות", עיוני משפט יז (תשנ"ב) 95 ואילך.

75. על פי התפיסה של המשפט הקונטיננטלי, דין זה נובע מהגדרת החוזה כחוזה ריאלי (quoad constitutionem). ראו, למשל: A.Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile* (1998) 673.

זאת ועוד, לדעתי מוזרה התוצאה המעשית שאליה הגיע בית הדין, שכן על פיה מקלים יותר כללי האחריות כאשר מדובר באבדן שטר שנמסר לביטחון מהכללים החלים כאשר אובד שטר שנמסר לגוביינא. דווקא במקרה הראשון הבנק הוא המחויק היחיד, ועל כן יש לו שליטה בלעדית באמצעים הדרושים למניעת נזקים, דבר שאף עשוי להצדיק את החמרת אחריותו בנסיבות של אבדן מסמכים. לעומת זאת, במקרה השני החליט בית הדין להחמיר את אחריות הבנק, אף שמתן השירות עשוי לדרוש את התערבותם של גורמים אחרים, על כן לא תמיד הבנק הגובה הוא האחראי, או לפחות האחראי הבלעדי לאבדן השטרות. בהנחה ששיקולי נכונים, כי אז מן הראוי היה להסיק כי בשתי הסיטואציות הנדונות, מעמדו של הבנק הוא זה של שומר שכר, כשמטרת השמירה מפלה למטרה אחרת ועיקרית של ההחזקה. במקרה זה פטור הבנק מאחריות אם אבדן המסמכים נגרם שלא ברשלנות. שאלה נפרדת היא זו הנוגעת להערכת טיב ההתנהגות של הבנק ולבחירת אמצעי זהירות שנקט כדי לקבוע אם ובאיוז מידה הוא התרשל. התשובה תלויה כמובן בשיקול דעת בית המשפט לאור הנתונים אשר יתבררו בכל מקרה ומקרה. המלצתי היא, כי בנסיבות אלה צריכים בתי המשפט לקבוע כי על הבנקים לנהוג לפי כללי זהירות מרבית, וזאת גם לצורך מילוי חובת הנאמנות המוטלת עליהם כלפי הלקוחות.⁷⁶

לבסוף נקבע בפסק הדין, ובצדק, כי בגלל הקושי שאתו מתמודד הלקוח לצורך הוכחת רשלנות הבנק, על בנק המבקש הגנה מוטל הנטל להוכיח את היעדר התרשלנותו.⁷⁷

ו. פטור מאחריות לפעולות של בנקים קורספונדנטים

על פי תנאי החוזה יכול הבנק להשתמש בשירותי קורספונדנטים בישראל או מחוצה לה, לפי בחירתו, לצורך ביצוע הוראות הלקוחות. עם זאת, מבקש הבנק להשתחרר מכל אחריות בשל נזקים העלולים להיגרם ללקוחות על ידי הקורספונדנט. זאת בתנאי "שהבנק נהג בזהירות סבירה בבחירת אותו קורספונדנט".⁷⁸

לצורך בחינת תוקפו של התנאי, דן בית הדין בטיב היחסים המשפטיים בין שני הבנקים. הוא שקל שתי תפיסות שונות, אחת המגדירה את הקשר החוזי כיחסי שולח-שולח, ושנייה הרואה בו קשר מזמין-קבלן. בצדק קבע בית הדין כי לא בנקל ניתן להבחין בין שני סוגים אלה של יחסים משפטיים.⁷⁹ על פי תפיסה אחת, ובהיות הנתבע במעמד של שולח, עליו תוטל האחריות לנזקים שגרם הקורספונדנט, השלוח.⁸⁰

76. ראו, דיון בסוגיה זו, ר' בן-אוליאל (לעיל, הערה 2), בעמ' 99 ואילך.

77. בית הדין (בעמ' 571 לפסק הדין) הסתמך על דבריהן של לוטטהוויז ושפניץ (לעיל, הערה 10) בעמ' 97.

78. סעיף 34 לחוזה, הנזכר בעמ' 579 של פסק הדין (לעיל, הערה 1).

79. שם, בעמ' 582.

80. זאת מכוח סעיף 14 לפקודת הנוזיקין [נוסח הרש], תשכ"ח-1968, דמ"י 266.

שונה הדין אם יוגדרו היחסים המשפטיים בין הבנקים כיחסי קבלנות, שכן אז בדרך כלל לא יהיה הבנק המזמין אחראי למעשיו של הבנק הקורספונדנט.⁸¹ מיותר לציין כי בתפיסה זו תמך הבנק המשיב, אך בית הדין סבר אחרת וקבע כי היחסים בין הבנקים הם יחסי שליחות.⁸² חשוב להוסיף, כי בית הדין לא הסתפק בכך. הוא שקל גם את מעמדו של הלקוח, מתוך הבנה כי לא ניתן להתעלם מן הקשר שבין הבנק שפתח את החשבון ללקוחו. בנוסף, הדגיש בית הדין כי העסקה כולה מסתמכת על מערכת יחסים משולשת, וכי לצורך העניין יש לשקול גם את היחסים המשפטיים שנוצרו בין הלקוח ובין הבנק הקורספונדנט. נבחין בין סוגיות אלה. באשר ללקוח, נעשתה הבחנה בין שני מצבים שונים, האחד כאשר הקשר הוא עם לקוח צרכני, והאחר כאשר מדובר בעסקאות מסחריות שבהן הלקוח הוא גוף עסקי. בסופו של דבר פסק בית הדין, כי ניתן לקבוע בחוזה הסדרי אחריות שונים, בהסתמך על סוגי הלקוחות. ליתר דיוק, כך נפסק: אם וכאשר מדובר בלקוח צרכני, ובהנחה שלא הלקוח בחר בקורספונדנט מיוחד, "אין מקום לפטור את הבנק של הלקוח מאחריות למעשיו ומחדליו של הקורספונדנט".⁸³ לעומת זאת, כאשר הלקוח הוא לקוח עסקי, "אין לומר כי הפטור לבנק עמו מתקשר הלקוח הנו מקפה, ובלבד שהתנהגותו של הבנק הייתה ללא רבב והוא עשה כל שהיה יכול לעשות, כבנקאי סביר, כדי למנוע נזק ואובדן מהלקוח".⁸⁴ להבחנה זו בין סוגי לקוחות התבסס בית הדין על הפסיקה של בית המשפט העליון⁸⁵ וגם על הספרות האנגלית.⁸⁶ עם זאת, ואף מתוך הכרה כי תנאי הפטור מקובלים בפרקטיקה הבנקאית הבינלאומית, כניכר מכללי המסחר הבינלאומי (Uniform Customs and Practice for Documentary Credits)⁸⁷ פסק בית הדין, כי משום נוסחו הגורף, דינו של הסעיף להתבטל.

הסוגיה כולה, בדומה לקודמותיה, אינה קלה כלל ועיקר. אין ביכולתי לדון במאמר זה בטיבם המשפטי של היחסים בין הבנקים, אך עלי לקבוע, כי מוכרת יותר הדעה כי חלים עליהם דיני השליחות, המהווים ענף מרכזי בתחום הבנקאות. להסבר זה על פי כללי השליחות, בסיס רחב בספרות המקצועית בעולם.⁸⁸

81. סעיף 15 לפקודת הנויקין.

82. ראו, פסק הדין (לעיל, הערה 1), בעמ' 581.

83. שם, בעמ' 589.

84. שם, בעמ' 587.

85. ע"א 4602/97 רראל (אשרוד 88) בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד נג(2) 577, בפסקה 19. צוטט בעמ' 588 לפסק הדין (לעיל, הערה 1).

86. Paget John Rahere, *Paget's Law of Banking* (1996) 293-294. צוטט בעמ' 588 לפסק הדין (לעיל, הערה 1).

87. שם, בעמ' 586. כן ראו סעיף 18 לכללי המסחר הבינלאומי: (1993 Revision, ICC Publication) (No. 500).

88. כך המצב בהקשר של האשראי הדוקומנטרי. באנגליה ראו, למשל: William Hedley and Richard Hedley, *Bills of Exchange and Bankers' Documentary Credits* (2001) 337. בשוויץ ראו, למשל: D. Guggenheim, *Les Contrats de la Pratique Bancaire Suisse*

באשר לעמדת בית הדין בעניין מעמד הלקוחות, שלוש נקודות עיקריות ראויות לדעתי לציין: ראשית, ההבחנה בין סוגי הלקוחות לא אומצה בהגדרת המושג "לקוח" בחוק הבנקאות (שירות ללקוח),⁸⁹ שם המושג הוא אחד ויחיד. זאת ועוד, הבחנה מסוג זה בין אדם שהוא יחיד ובין אדם מסוג אחר, וזאת לצורך קביעת הסדרי הגנה שונים, כבר נעשתה בחוק הערבות,⁹⁰ אך לעניות דעתי לא מועט הסיכון כי הבחנות פורמליסטיות אלה עלולות לגרום לתוצאות לא מוצדקות, אם לא יישקלו גם נתונים מהותיים מסוג אחר, כגון הידע והניסיון של כל אדם ואדם באשר לעסקה שהוא מבקש לקיים, טיב היחסים בינו ובין הבנק, נתוני העסקה שהוא אמור לבצע ועוד. בנוסף, יהיה אשר יהיה סוג הלקוח, אין להתעלם מכך שבנק המבצע פעולה באמצעות קורספונדנט, לעתים עושה זאת תוך שימוש בכספי הלקוח שנמסרו לו מבעוד מועד. במצב שכזה, קדמה לפעולה, שבהתערבותו של הקורספונדנט, פעולה אחרת, שהיא הפקדת הפיקדון בידיו של הבנק, פעולה הכרוכה בהסדרי אחריות בנקאית חמורים.⁹¹ אמנם טיבה המשפטי של ההפקדה הבנקאית הוא סוגיה מורכבת,⁹² אך תהיה אשר תהיה המסקנה, אין להכחיש, שמדובר בחוזה נוקשה שעליו חלים כללי אחריות גבוהים. בהסתמך על תפיסה זו, הסיק בית הדין, ובצדק, כי חיובו העיקרי של הבנק הוא חיוב תוצאה, על כן לא בנקל ניתן לשחררו מאחריות במקרה של אבדן הכספים.⁹³

דברים אלה אינם עולים בקנה אחד עם ההבחנה הפורמליסטית הנוקשה בין סוגי הלקוחות, שנקט בית הדין לצורך קביעת כללי האחריות. לקוח עסקי הוא לא בהכרח בעל ניסיון רב מזה של לקוח צרכני. לא מן הנמנע כי ההפך הוא הנכון. ייתכן, למשל, שמדובר בתאגיד חדש

J. L. Rives Lange, M. Contamine-Raynaud, *Droit Bancaire* (1995) 716. ששון, יפרח ושנקר בספרם **אשראים ודוקומנטרים – היבטים מעשיים ומשפטיים** (תל-אביב, תשנ"ו) 50, מותחים ביקורת על העמדה המקובלת בארצות הברית, שם היחסים בין הבנקים נחשבים ליחסי קבלנות.

89. תשמ"א-1981, ס"ח 258. כך מגדיר סעיף 1 לחוק את הלקוח: "אדם המקבל שירות מתאגיד בנקאי". גם בחוק החוזים האחדים, תשמ"ג-1982, המונח לקוח (בסעיף 2) כולל לקוח צרכני ועסקי. בכך ניתן לראות הבדל יסודי בין מושג זה ובין המושג **צרכן**, בסעיף 1 לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981, ס"ח 248 שאינו מתייחס לאדם הקונה נכס או המקבל שירות למטרה עסקית. ראו, סיני דוייטש, **דיני הגנת הצרכן: יסודות ועקרונות** (לשכת עורכי הדין, תשס"א) 170 ואילך.

90. היום סעיף 19 לחוק הערבות, תשכ"ז-1967, ס"ח 46, מבחין במפורש בין סוגים שונים של ערבים, ובעיקר בין "ערב יחיד" ובין ערב שהוא תאגיד. בנוסף נעשו הבחנות בין סוגים של ערב יחיד, היינו ערב יחיד מוגן וערב יחיד שאינו מוגן. על מורכבות הסוגיה ראו ריקרדו בן-אוליאל, **דיני בנקאות: ערבות לטובת תאגיד בנקאי ומשכון של נכסים נדים וניירות ערך** (לשכת עורכי הדין, תשס"ב) 35 ואילך.

91. בית הדין הכיר בעובדה זו בעמ' 580, בעקבות עמדתו בנדון. ראו, ר' בן-אוליאל (לעיל, הערה 2), בעמ' 422-423.

92. ראו עמ' 781 ואילך למאמר הנוכחי.

93. ראו בעמ' 784 למאמר זה.

אשר מבצע את עסקאותיו הראשונות, ואילו יחיד יכול להיות לקוח צרכני בעל ניסיון רב בעיסוק הנדון. עם זאת, גם לא מן הנמנע, כי אם יפעילו בתי המשפט את ההבחנה הנדונה בגמישות ובוהירות, היא תוכל לשמש כלי עזר יעיל בקביעת הסדרי האחריות הבנקאית. לבסוף, עלי להתייחס לנקודה נוספת שבה דן בית הדין, היינו היחסים שבין הלקוח לבנק הקורספונדנט. כאמור, היחסים הנוגעים לעסקה כולה הם יחסים משולשים, ועל כן יש להעריך גם את היחסים המשפטיים שבין הלקוח לבנק הקורספונדנט. בהקשר זה בצדק קבע בית הדין, כי למערכת יחסים זו חשיבות משנית בעניין הנדון,⁹⁴ בראש ובראשונה משום שהבנק הקורספונדנט אינו נמצא בקשר חווי ישיר עם האדם שעבורו נעשתה הפעולה הבנקאית. לעומת זאת, נפסק כי מן הראוי להכיר באפשרות שתוטל אחריות נזיקית של בנק זה כלפי הלקוח. עמדה זו מקובלת עלי. עוד נשאלת השאלה בנוגע למסקנות בית הדין בעניין תנאי הפטור הנדון, בהסתמך על קביעה זו ועל ההבחנה הנזכרת לעיל בין סוגי הלקוחות. וכך פסק:⁹⁵

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

לא נראית לי הקביעה העובדתית הגורפת, שלקוח במעמד מסוים יכול לתבוע בנקל בנק הנמצא במדינה אחרת, ואילו לקוח במעמד אחר יתקשה לעשות זאת. הלכה למעשה, לא מן הנמנע כי פני הדברים יהיו שונים, וכי כללי התנהגות לא בהכרח כרוכים במעמד האדם, כפי שציינתי קודם לכן. מכל מקום, נקשר חווה בין הבנק שבו נפתח החשבון ובין לקוחו, וחווה זה הוא המקור הראשון לזכויות ולחובות בין הצדדים. לדעתי אין לקשר את סוגיית הטיב המקפח של הסעיף החווי הנדון עם עניין האחריות הנזיקית של הבנק הקורספונדנט. אלה שתי עילות שונות ונפרדות. מן הראוי לשמור על נבדלותן.

ז. פטור מאחריות בנסיבות מיוחדות – שביתה ואירועים אחרים

בית הדין דן בתוקפו של סעיף בחווה פתיחת החשבון הפוטר את הבנק לחלוטין מאחריות לנזקים שייגרמו ללקוחות בשל נסיבות של שביתה ושל אירועים אחרים שעליהם אין לבנק שליטה. הסעיף מתייחס לאירועים כגון הפרעה מאורגנת, עיצומים של עובדי הבנק, והשבתת מגן בסניפי הבנק או במשרדיו.⁹⁶ היועץ המשפטי לממשלה הבחין בבקשתו בין

94. ראו, פסק הדין (לעיל, הערה 1), בעמ' 589.

95. שם, בעמ' 590.

96. מעניין לציין, כי בסיכומיו הביא הבנק כדוגמה לאירועים אחרים גם התפרעויות ומהומות באזור הבנק, הגורמים לסגירתו לזמן מה. שם, בעמ' 593.

שני סוגי המקרים. בעניין השביתה, טען היועץ המשפטי לממשלה כי העניין הוסדר בפקודת הבנקאות, 1941, וכי ההסדר החוזי חורג מההסדר התקיקתי. על כן, לשיטתו דינו של הסעיף להתבטל. בעניין לקביעה החוזית בנוגע לאירועים האחרים, טען היועץ המשפטי לממשלה שיש בחוזה התנאה מסוימת על הסדר הסיכול, שנקבע בסעיף 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה).⁹⁷ הוא לא התנגד למתן פטור לבנק בתנאי שיהיה מדובר באירועים שהבנק לא היה יכול לחזות מראש ושלא אפשרו לו להעניק את שירותיו, למרות השקעת מאמצים סבירים כדי למנוע מצב שכזה. לצורכי הדיון נבחין בין שתי הסיטואציות הנזכרות.

1. שביתה

צדק היועץ המשפטי לממשלה בטענתו כי סוגיית השביתה הוסדרה בפקודת הבנקאות, 1941,⁹⁸ ובשל כך נשאלות השאלות האלה: מה הם קווי היסוד של ההסדר בפקודת הבנקאות והאם ובאילו מידה סוטה ההסדר החוזי מן ההסדר התקיקתי? אין ספק כי התכלית העיקרית של ההסדר שבפקודת הבנקאות היא לכונן מצב משפטי הנוגע לפעולות שהבנק, בשל שביתה, אינו מסוגל לבצע.⁹⁹ מכאן גם הצורך להגן על הבנק במצב זה. מן הראוי אפוא שנוכח תחילה את הפרמטרים שעל פיהם ניתנת הגנה שכזו. סעיף 8טו לפקודת הבנקאות, 1941, קובע:

(א) נוכח המפקח שבנק פלוני אינו יכול לנהל את עסקיו באורח תקין מחמת שביתה באותו בנק או בבנק אחר, רשאי הוא להכריע כי הבנק הפסיק לתת שירותים (להלן – הפסקה) ומותר לקבוע באכרזה כי היא תחול על כלל שירותי הבנק או על חלק מהם.

97. תשל"א-1970, ס"ח 16.

98. בתחילה טופל העניין בתקנות שעת-חירום (הפסקת שירותי בנק), תשל"ו-1975, ק"ת 174. לאחר מכן הוחלט להעביר את ההסדר לפקודת הבנקאות, 1941, ע"ר תוס' 1 (ע) 69, (א) 85. על כן, הוספו לפקודה סעיפים 8טו-8כא וגם ההגדרה "שביתה" בסעיף 2. התוספות נעשו באמצעות החוק לתיקון פקודת הבנקאות (מס' 10), תשל"ו-1976, ס"ח 210.

99. אלה דבריו של שר האוצר דאז, יהושע רבינוביץ, אשר הביא את התיקון לפקודה לקריאה ראשונה בכנסת: "כאשר משתבש המהלך התקין של ניהול עסקים עולות שאלות בדבר המצב המשפטי של הבנק, של לקוחותיו ושל צדדים שלישיים. לדוגמא: אדם שקיבל הלוואה מן הבנק אינו יכול להחזיר הלוואתו במועד שנקבע; בנק שהתחייב להעניק הלוואה במועד מסוים אינו יכול לבצע זאת; אדם שקיבל מתברו שק אינו יכול לפדות את השק; אדם שמשך שק על בנק שסגר שערי מתחייב, לכאורה, בדיני עונשין. חוסר הבהירות בשאלות אלה איננו מאפשר ניהול יומיומי תקין של חיי הכלכלה של הפרט ושל הכלל, והטלת אחריות פלילית ואזרחית בשל הפרות שנגרמו עקב השביתה תגרום לתוצאות קשות שאינן להן הצדקה. אנו סבורים שהחוק חייב לתת תשובה לשאלות אלה..." (ההדגשות שלי – ר"ב) (ד"כ 76 (תשל"ו) 2029).

(ב) ...

(ג) באכרזה ייקבע המועד שבו הפסיק הבנק לתת שירותים ומותר לקבוע בה מועדי הפסקה שונים לשירותים שונים.

יש להבחין בין שני חלקים שונים של הסעיף. חלק אחד עוסק במצב שנוצר בשל השביתה. החלק השני מתייחס לממכרות המפקח על הבנקים אם גוצר מצב כזה. על כן, ברור כי הסמכות ניתנת למפקח ולא לבנק עצמו. עם זאת, סמכות כזו יש להפעיל בזהירות ובדייקנות, לפי המצב שנוצר בשטח. מכאן הקביעה בחוק, שמותר למפקח לקבוע את היקף האכרזה (כלומר את סוג השירותים שעליהם היא חלה) ואת המועד שבו הבנק הפסיק לתת שירותים. שביתה בבנק היא אירוע העלול לגרום נזקים חמורים לבנק. עם זאת, אין להתעלם מן העובדה, שהיא גם מקור להפסדים לא מבוטלים ללקוחות שאינם מסוגלים לשלם את חובותיהם במועד. אם יש צד שבמידה מסוימת מסוגל למנוע, או לפחות לצמצם את היקף השביתה ותוצאותיה, זהו הבנק, ולא הלקוח. על כן, מוצדק ההסדר שנקבע בחוק ולפיו על הרשות המפקחת לבחון את המצב שנוצר בשטח ואת סיבותיו, ובעקבות זאת להכריז (או שלא להכריז) על הפסקה במתן שירותים והיקפה.

טען הבנק המשיב, כי "קיימים מקרים שבהם בנק ישראל אינו מכריז על השביתה אף שהיא מתקיימת"¹⁰⁰ ומכאן גם הצורך שהבנק יגן על עצמו.

אכן ההסדר שבפקודת הבנקאות אינו מחייב את המפקח על הבנקים להכריז את האכרזה הנדונה. על פי דין הוא רשאי לעשות זאת. לעניות דעתי, רב ההיגיון בהסדר שבחוק. מן הראוי להעניק למפקח את הסמכות לבחון את העניין כולו לפני שהוא יכריז על הפסקת שירותים, ובין היתר את הסיבות לשביתה ואת ההפסדים העלולים להיגרם בעקבותיה. לו היה נקבע הסדר אחר, שהיה מחייב את המפקח להוציא הכרזה על שביתה בכל מצב, כי אז היה רב הסיכון שבסופו של דבר יקבל הבנק את ההגנה שבחוק, אף במקרה שבו השביתה היא מוצדקת והבנק צריך למנועה. על כן, הגיוני ההסדר שבחוק, ואם יתברר כי ראוי לשנותו, הדרך החזוית אינה הדרך המתאימה למטרה זו.

לפיכך אני סבור שצדק בית הדין כאשר פסק, כי מדובר ב"מתן פטור מאחריות שהיתה מוטלת על הבנק על-פי דין אלולא תנאי זה, מה שמקים חזקת קיפוח לפי סעיף (1)4 לחוק"¹⁰¹.

2. אירועים אחרים

כעת ברצוני להתייחס לעמדת בית הדין באשר לתנאי הפטור מאחריות הבנק בנסיבות אחרות ובהן התפרעויות ומהומות גורמות לסגירת הבנק לתקופת מה.

הסעיף שבחווה פתיחת החשבון משהרר את הבנק מכל אחריות לכל נזק והפסד העלולים להיגרם ללקוחות בנסיבות אלה. הסוגיה הנדונה היא סוגיית הסיכול, הכפופה להסדר שבסעיף 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה). העניין הוא מורכב למדי. הוא נדון

100. ראו, פסק הדין (לעיל, הערה 1) בעמ' 592.

101. שם, בעמ' 593. ראו, נוסח סעיף (1)4 לחוק החוזים האחרים.

בפסיקה ובספרות המשפטית.¹⁰² אשר למושג "אונס", סעיף 18 דורש את קיומן של נסיבות שצד לחוזה לא ידע ולא היה עליו לדעת עליהן או שלא ראה ולא היה עליו לדאוגן מראש, ולא יכול היה להתגבר עליהן. התוצאה שדורש הסעיף היא, בין היתר, שקיום החוזה אינו אפשרי עוד. על כן, הסעיף דורש התקיימות של כמה תנאים: נתונים סובייקטיביים (אי-ידיעה ממשית ואי-ידיעה קונסטרוקטיבית של הנסיבות, או אי-צפייה ממשית או אי-צפייה קונסטרוקטיבית, יחד עם אי-יכולת למנוע אותן) ונתונים אובייקטיביים הנוגעים לגורלו של החוזה. הלכה למעשה כבר סירבו בתי המשפט להכיר בסיכול בנסיבות קשות במיוחד שבהן קיום החוזה היה למעשה בלתי אפשרי וזאת משום שבמהלך הזמן ניתנה לסעיף 18 פרשנות לא תכליתית. בלשון קיצור, פרשנות כזו ניתנה בעיקר לאחד היסודות הנדרשים להפעלת מוסד הסיכול, היינו דרישת אי-צפייה ממשית ואי-צפייה קונסטרוקטיבית של הנסיבות המונעות את קיום החיוב.¹⁰³ לפיכך, חש הבנק צורך להגן על עצמו במצב שכזה. לכאורה הבנק צודק.

בעבר גם אני מתחתי ביקורת על ההסדר שבחוק ואף המלצתי לשנותו.¹⁰⁴ בין היתר הצעתי לבטל את יסוד הצפייה כאחד היסודות של מוסד הסיכול, משום שבדרך כלל מן הראוי להסתפק בהפעלת יסוד אחר, הנוגע להיווצרות נסיבות שלא ניתן להתגבר עליהן

102. ראו בעיקר את המקורות האלה: אורי ידן, חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) תשל"א – 1970 (מהדורה שנייה, ירושלים, תשל"ט), 150 ואילך; גד טדסקי, "הנטל ובעיית האונס והסיכול" משפטים 50 (תשמ"ו) 335 ואילך; ריקרדו בן-אוליאל, "היסודות של דין הסיכול: סקירה ביקורתית לאור התפיסה של המשפט הקונטיננטאלי", ספר לנרוי (כרך ג, תל-אביב, תשנ"ה) בעמ' 1111-1135; "Force Majeure' and Frustration of Contract in Israeli Law", *Developments in Austrian and Israeli Private Law* (Herbert Hausmaninger – ed., 1990) 49-58; ברק מדינה, "סיכול חוזה", חוזים (דניאל פרידמן ונילי כהן – עורכים, ירושלים, תשס"ד) בעמ' 411 ואילך; גבריאלה שלו, דיני חוזים – החלק הכללי. לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי (ירושלים, תשס"ה) בעמ' 621 ואילך.

103. עמדה כזו הובעה בכמה פסקי דין, ובהם: ע"א 101/74 הירם לנדאו עבודות עפר כבישים ופתוח בע"מ נ' פיתוח מקורות מים (ארצות הויץ) בע"מ, פ"ד ל(3) 661, בעמ' 667; גירוש הישראלים מאוגנדה הוגדר כדבר צפוי; ע"א 736/82 כפר חסידים, מושב עובדים דתי בע"מ נ' אברהם, פ"ד לט(2) 490, בעמ' 493-494; פגעי טבע בחקלאות אינם נחשבים לסיכול; ע"א (ת"א) 583/84 ואיוויקוביץ נ' חברת רובינשטיין בע"מ, פס"ם תשמ"ו(3) 359, בעמ' 362-363; שיבושי עבודה בשל בעיות קואליציוניות הוגדרו כדבר צפוי; ע"א 715/78 בן נ' מזרחי נצחוני בע"מ, פ"ד לג(3) 639, בעמ' 643; מלחמה אינה נחשבת לאירוע מסכל. ראו גם, למשל, ע"א 767/77 בן חיים נ' בהן, פ"ד לד(1) 564; ע"א 348/79 גולדמן נ' מיכאלי, פ"ד לה(4) 31; ע"א 748/80 גולדשטיין נ' גוב ארי הברה לבניין ולהשקעות נתניה (1976) בע"מ, פ"ד לה(1) 309; ע"א 195/84 עיריית נהריה נ' ימין, פ"ד מ(3) 266; ע"א 1/84 נתן נ' סטרוד, פ"ד מב(1) 661.

104. ראו, ר' בן-אוליאל (לעיל, הערה 102).

ושלא מאפשרות לחייב לקיים את חיובו.¹⁰⁵ אך תהיה אשר תהיה הביקורת על ההסדר החקיקתי הקיים, בשל משקלו וחשיבותו, ספק רב אם מדובר בדין שצדדים לחוזה יכולים בעצמם לשנותו או לסטות ממנו באופן גורף. עם זאת, לא בנקל ניתן להבין את קביעתו של בית הדין, הגורסת כי "על הבנק לכלול בסעיף כתנאי להקמת הפטור... כי מדובר באירועים או בגסיבות אותן הבנק לא יכול היה לצפות מראש".¹⁰⁶ דרישה כזו נובעת מן החוק עצמו. לבסוף נאמר בהחלטת בית הדין, כי הסכים הבנק להוסיף לסעיף שבחווזה את המילים "כי ינקוט באמצעים סבירים על-מנת לעמוד בהתחייבויותיו".¹⁰⁷ מיותר לומר, כי לאור מעמדו של הבנק וטיב חובותיו שלו כלפי הלקוחות, תוספת כזו אינה נדרשת ומסיבה זו היא אף מיותרת.

ה. חובות הלקוח

עסקה לפתיחת חשבון וניהולו היא חוזה. החוזה הוא דו-צדדי, ועל כן הוא מקור לזכויות וחובות המוטלות על שני הצדדים. חוזה שכזה מסדיר מצב עדין של דו-קיום בין הצדדים, בכל הנוגע לשימוש בכספים המופקדים, מתוך הנחה, כי רק באמצעות כיבוד הכללים החוזיים ניתן להבטיח את קיומו ויעילותו של קשר זה. על הלקוח לקיים את חלקו בחוזה. בית הדין עסק בכמה חובות המוטלות על הלקוח, ובהן: החובה לשמור על טופסי השיקים, החובה לעיין בחשבונות הבנק והחובה להגיב על חשבונות אלה.

1. החובה לשמור על טופסי השיקים

שיקים הם קנייניו של הלקוח, לאחר שהוא קונה אותם.¹⁰⁸ הואיל והשימוש בשיקים עלול להזיק לבנק, בדרך כלל הוא מעוניין לסכם עם הלקוחות את הסדרי שמירה על טופסי השיקים. בעניין זה קבע החוזה לפתיחת החשבון:¹⁰⁹ "...על הלקוחות לשמור על טופסי השיקים ולא לאפשר שימוש בהם ע"י מי שאינו מורשה לכך. הלקוחות יודיעו לבנק מיידית על כל גניבה או אובדן של טופסי השיקים ויבטלו אותם מיידית בכתב כמפורט להלן". השאלה שבה דן בית הדין היא זו: האם מן הדין להטיל על לקוח חובת שמירה על שיקים שברשותו?¹¹⁰ במילים אחרות, האם התניה הנזכרת מבטאת הסדר המקפת את הלקוחות? טענת היועץ המשפטי לממשלה הייתה, כי חובת שמירה כזו "נועדה להטיל על הלקוח, במקרים בהם התרשל בשמירה על טופסי השיקים לפחות חלק מהאחריות החלה על הבנק

105. מעניין לציין, כי בפרויקט הקורקס האזרחי – חוק דיני ממונות (משרד המשפטים, 2004), סעיפים 195 ואילך, הצפייה אינה נחשבת ליסוד מייסודות הסיכול.

106. ראו, פסק הדין (לעיל, הערה 1), בעמ' 595.

107. שם, שם.

108. שונה הדין בעניין כרטיסי חיוב. מכאן שעם סיום החוזה חייב הלקוח למסור את הכרטיס למנפיק. ראו, סעיף 4(ב) לחוק כרטיסי חיוב תשמ"ו-1986.

109. ראו, פסק הדין (לעיל, הערה 1), בעמ' 525.

110. שם, שם.

בשל כיבוד מוטעה של שיקים כאלה¹¹¹, על כן סבר היועץ המשפטי לממשלה, כי התניה מצמצמת את אחריות הבנק, ועל כן יש בה חזקת קיפוח מכוח סעיפים 14(1) ו-64(6) לחוק החוזים האחידים.¹¹² בית הדין דן בסוגיה בהרחבה. הוא שקל את פסיקת בית המשפט העליון ואת הספרות המקצועית הרחבה. הוא למד היטב את העניין במשפט המשווה, והתייחס ביסודיות הן למשפט האנגלו-אמריקני והן למשפט מדינות יבשת אירופה. בהסתמך על כל אלה פסק בית הדין כי בדרך כלל אין בהסדר המטיל חובת שמירה על טופסי שיקים משום קיפות. עם זאת קבע בית הדין שיש לסייג את החובה. כיצד? מסקנת בית הדין הייתה, כי החובה הנדונה אינה מוחלטת. חובת הלקוח היא חובה מצומצמת, כלומר עליו לשמור על השיקים באופן סביר ולנקוט "אמצעי זהירות סבירים על מנת למנוע את השימוש בהם מאנשים בלתי מורשים".¹¹³

בסופו של דבר נפסק, כי ההסדר החוזי המטיל חובת שמירה על טופסי שיקים אינו הסדר מקפת. עם זאת, סבר בית הדין כי יש לתקן את נוסח הסעיף כדי שהוא יבטא את רוח הדברים שנפסקו.

לעניות דעתי, יפים דברי בית הדין, גם אני תמכתי בעבר בעמדה שעל הלקוח מוטלת חובת שמירה על השיקים.¹¹⁴ המסגרת החוזית, שבאמצעותה הלקוח פותח ומנהל את חשבונו, חייבת להיות מוסדרת היטב ומאוזנת. רק אם יוטלו חובות על שני הצדדים, הבנק והלקוח, ניתן יהיה להבטיח את קיומו ויעילותו של הקשר החוזי. באשר לבנק, כאמור, חובתו העיקרית היא חובת תוצאה, כלומר עליו להחזיר בדרך כלל את הכספים שהוא קיבל לידיו.¹¹⁵ אך אף חובה נוקשה זו ניתנת לסיוג אם יוכיח הבנק, כי אבדן הכספים נגרם עקב הפרת חובה המוטלת על הלקוח, ובין היתר במקרה של שמירה רשלנית על פנקסי השיקים. בנסיבות אלה, תצומצם חובתו של הבנק בהסתמך על מידת הרשלנות של הלקוח. על כן, מן הראוי שקווי יסוד אלה של החוזה יקבלו ביטוי מפורש ומאוזן בטופס פתיחת החשבון, כפי שנפסק.

2. החובה לעיין בחשבונות הבנק והחובה להגיב על חשבונות אלה

לפי החוזה לפתיחת החשבון, על הלקוח לעיין בהעתקי החשבון, בהודעות ובמסמכים שהוא מקבל מן הבנק. אם הלקוח לא עושה כן בתוך תקופה של 60 יום, כחלוף התקופה הנזכרת הוא מוחזק כמאשר את נכונות הרישומים שבאותם המסמכים.¹¹⁶

טען היועץ המשפטי לממשלה, כי ההסדר מקפת את הלקוחות. בין היתר הוא קבע, כי באמצעות החוזה מגסה הבנק לאמץ את דוקטרינות האשרור בדיעבד והמניעות, אף

111. ראו, לעיל, הערה 109.

112. שם, בעמ' 525-526. ראו נוסח ההוראות החוקיות הנזכרות לעיל, הערות 10 ו-57.

113. שם, בעמ' 544.

114. ראו, ר' בן-איליאל (לעיל, הערה 2) בעמ' 316.

115. ראו, עמ' 784 של מאמר זה.

116. סעיף 27.2 לחוזה, אשר צוטט בעמ' 548 לפסק הדין (לעיל, הערה 1).

שהיסודות של תפיסות אלה אינם קיימים במצב הנדון. טענה אחרת של היועץ המשפטי לממשלה הייתה, כי ההסדר מקצר את תקופת ההתיישנות שנקבעה בחוק, וזאת אף שאין הדבר מותר, אלא אם כן הסכימו הצדדים על כך בחוזה גפרד בכתב.¹¹⁷

בית הדין דן לעומק ובהרחבה בסוגיה. הוא ציין כי הסדר אחר היה מחייב את הבנק לשמור על המסמכים זמן רב. לשיטתו הדבר היה גורם גם להתייקרות עלות השירות, שבסופו של דבר תגולגל אל כתפי הלקוחות. הוא עסק בעיקר בהחלת מבחן המניעות, ולצורך כך הוזכרה הבעייתיות שמבחן זה מעורר לאור פסיקתו של בית המשפט העליון.¹¹⁸ בית הדין גם הוכיר את המשפט המשווה, האנגלו אמריקני והקונטיננטלי.¹¹⁹

בסופו של דבר הסיק בית הדין את המסקנות האלה: יש להבחין בין החובות הנדונות ובין משמעות אי-מיליון, היינו החלת מבחני האשרור והמניעות. בעקבות זאת נפסק, כי בקביעת חובות אלה אין משום קיפוח. השימוש במבחן האשרור, לעומת זאת, כרוך בשאלות רבות, בין היתר משום שפקודת השטרות אינה מתירה את החלתו בנוגע לחתימה מוויפת.¹²⁰ באשר למבחן המניעות גם צוין, כי בגלל ההגבלות שבית המשפט העליון כבר הטיל על מבחן זה, "גם אם הדבר ייעשה יש להניח, שהפעלתה של דוקטרינה זו תוגבל לנסיבות מיוחדות של התרשלות בוטה או העדר תום לב מצד הלקוח".¹²¹ בהסתמך על כל אלה קבע בית הדין, כי חלק הסעיף בחוזה, הקובע את נפקות אי-מילוי החובות הנדונות מצד הלקוח, הנו מקפח ויש לבטלו.

איני יכול אלא להסכים לדברי בית הדין. הם מבוססים היטב הן על הפסיקה שלנו והן על המשפט הזר, ובעיקר הם מתיישבים יפה עם יתר דברי בית הדין. די לזכור, כי חיובו החוזי של הבנק הוא בגדר חיוב תוצאה, כלומר עליו להבטיח את ביצוע הוראות הלקוח ואת החזרת הכספים המופקדים. אך כאמור, אף חיוב נוקשה זה אינו מוחלט, כי לא מן הנמנע מצב שבו הלקוח הוא שלא יקיים את חובתו כלפי הבנק (למשל, אם הוא לא שמר על השיקים או לא הודיע על דבר הזיופים) ובכך ישחרר את הבנק מחיובו, כולו או מקצתו. בנסיבות כאלה, אין אלא להפחית או אף לבטל את אחריותו של הבנק, זאת ועוד, החלתו של המבחן החוזי בפרמטרים הנוכריים אף תייתר, לדעתי, את הצורך להשתמש במבחני האשרור והמניעות להשגת דין צודק.

מ. קיזוז

בית הדין שקל גם את עניין הקיזוז הבנקאי בחוזה פתיחת החשבון, שהעניק לבנק כוח רב ביותר להפעיל את התרופה.¹²²

117. זאת מכוח סעיף 19 לחוק ההתיישנות, תשי"ח-1958, ס"ח 112.

118. ראו דבריי בעמ' 787.

119. ראו פסק הדין (לעיל, הערה 1), בעמ' 553 ואילך.

120. ראו עמ' 787 למאמר והערה 35.

121. ראו פסק הדין (לעיל, הערה 1), בעמ' 557.

122. ההסדר החוזי, הארוך והמורכב, צוטט בעמ' 609-611 לפסק הדין (לעיל, הערה 1).

כידוע, הקיזוז הוא תרופה שהצדדים לחוזה מוסמכים להפעיל בלא התערבות בית המשפט. זהו סעד מן הסוג של "עזרה עצמית" (self help). הוא היה מוכר כבר במשפט הרומי (compensatio) והיום הוא מוסדר בקודיפיקציות האזרחיות בעולם. אצלנו, גושפנקה למוסד זה ניתנה לא רק בדינים הכלליים של דיני החוזים – סעיף 53 לחוק החוזים (חלק כללי) וסעיף 20 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) – אלא גם בחוקים שונים של המשפט האזרחי.¹²³ על כן אין תמה שהבנקים מרבים להשתמש בתרופה זו כדי להגן על זכויותיהם, כל אימת שללקוח יתרת חובה בחשבון מסוים ויתרת זכות בחשבון או בחשבונות אחרים. לא מן הנמנע כי גם הלקוח יהיה מעוניין להפעיל את זכות הקיזוז כאשר, למשל, הריבית שהוא משלם עבור יתרת החובה עולה בהרבה על זו שהבנק מעניק לו בשל יתרת הזכות שבהשבונות אחרים. סוגיה זו מוסדרת לעתים בהסכמים שבין הבנק ללקוחו.¹²⁴ בענייננו עסק בית הדין בתרופת הקיזוז שנקבעה בחוזה פתיחת החשבון. השאלות העולות בהקשר זה הן בעיקר אלה:

(א) האם מותר לקזוז יתרות של חשבונות שונים, וזאת בלא הבחנה ובלא התייחסות לאופיים המיוחד של החשבונות או שהתרופה כפופה למגבלות הנגזרות מהיבטים המאפיינים את אותם חשבונות? במקרה השני, מה הם הפרמטרים המוגזרים ביסוד מגבלות אלה?

(ב) כיצד הבנק חייב לנהוג כלפי לקוחו כאשר הוא מחליט להפעיל את תרופת הקיזוז? האם הבנק חייב להודיע ללקוח על כוונתו, או שמותר לו לנהוג בחופשיות, ובלי שיצטרך למסור הודעה בנדון? במילים אחרות, מתי התנהגות בדרך זו או אחרת עלולה לפגוע בזכויות הכשרות של הצד האחר?

(ג) האם זכאי הבנק לבצע את הקיזוז גם כשהמועד לפירעון טרם הגיע, אם קיים חשש כי לא יקיים הלקוח את חיובו?

(ד) הואיל ובהודמנויות שונות מופקדים בחשבון כספים שלא בהכרח שייכים ללקוח החייב לבנק, כיצד ניתן להבטיח כי לא יפגע הקיזוז בזכויותיהם של אחרים?

הטופס לפתיחת חשבון של הבנק התייחס לסוגיות אלה, בהן דן בית הדין. הטופס העניק לבנק כוח גיבוי, היינו: את הזכות לקזוז חיובים הנובעים מחשבונות שונים, וזאת בלי להבחין ובלי להתייחס לאופיים המיוחד; לקזוז יתרות שבהשבונות בלי להודיע ללקוח לפני או אחרי מימוש התרופה; על פי ההסדר החוזי הקיזוז מותר גם אם טרם הגיע המועד לתשלום החוב מצד הלקוח, וגם אם הפעלת התרופה תפגע בזכויותיהם של אחרים שכספיהם הופקדו בחשבון אך אינם חבים דבר לבנק.

להבנת הסוגיה כולה נדרש אזכור אופייה והיקפה של זכות הקיזוז בדיני החוזים הכלליים.

123. ראו, סעיף 13 לחוק השליחות, תשכ"ה-1965, ס"ח 220; סעיף 10 לחוק השומרים, תשכ"ו-1967, ס"ח 52; סעיף 32 לחוק המכר, תשכ"ח-1968, ס"ח 98; סעיפים 26 ו-36 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, ס"ח 259; סעיף 9(ה) לחוק המיטלטלין, תשל"א-1971, ס"ח 184; סעיף 25 לחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971, ס"ח 160.

124. ראו, ר' בן-אוליאל (לעיל, הערה 2), בעמ' 361 ואילך.

כאמור הקיזון הוא תרופה מהסוג של "עזרה עצמית". ההסדרים שבחקיקה הכללית - סעיף 53 לחוק החוזים (חלק כללי), וסעיף 20 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) - מתייחסים בעיקר לתנאי החרדות הנדרש בין היובים כספיים כתנאי חיוני להפעלת התרופה. ככלל, תנאי הכרחי נוסף על פי זיינים אלה הוא שהגיע המועד לסילוק החובות. עם זאת, לא ברורה באופן מוחלט עמדתו של המחוקק באשר למתן הודעה מן הצד המקזן למשנהו. דרישת ההודעה מוזכרת בסעיף 53(א) לחוק החוזים (חלק כללי), אך אינה מוזכרת בסעיף 20 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה).¹²⁵

אופיו של הקיזון הוא של דין דיספוזיטיבי.¹²⁶ על כן, מותר לצדדים לסטות בדרך כלל מן ההסדר ואף להרחיבו. עם זאת, כאשר ההסדר נובע מחוזה בנקאי שהוא גם חוזה אחיד, כי או האפשרות להרחיב את זכות הקיזון מוטלת בספק משני טעמים עיקריים: מכוח דיני החוזים האחידים וההסדרים הכלולים שם לעניין קיפוח, ולאור עקרונות העל החלים על יחסי בנק-לקוח, היינו חובות תום הלב, הזהירות והנאמנות.¹²⁷

בית הדין שקל היטב את הבעייתיות הכרוכה בהסדר הקיזון כפי שהוא נקבע בחוזה פתיחת החשבון. נדון כעת בסוגיות העיקריות שבפסק הדין.

1. קיזון חשבונות שונים

באשר לסוגיה הראשונה שהזכרתי לעיל - ההשבונות שמותר בהם הקיזון - יש לציין כי החוזה לפתיחת החשבון מאפשר זאת במונחים רחבים ביותר, היינו הבנק רשאי לקזן כל סכום מהסכומים המגיעים כנגד סכומים המגיעים ללקוחות מהבנק בכל החשבונות/ הפיקדונות ובכל חשבון/פיקדון אחר של הלקוחות בבנק ו/או בכל אופן או עילה שהם ובכל מטבע שהוא...¹²⁸

לצורך הדיון התרכזו בית הדין במיוחד בקיזון כאשר אחד החשבונות הוא חשבון הלוואה.

בצדק קבע בית הדין כי למרות אופיו הדיספוזיטיבי של הקיזון, אין הבנק רשאי להרחיב את ההסדר שבסעיף 53 לחוק החוזים (חלק כללי), כי טמון בכך סיכון הקיפוח. אם ירצה הבנק לקזן, למשל, את יתרת הזכות שבחשבון מסוים עם חוב הנובע מחוזה הלוואה, כי אז חלה חזקת הקיפוח שבסעיף 14(1)¹²⁹ לחוק החוזים האחזיים, ולא מן הנמנע שגם לפי סעיף 64(6) לחוק.¹³⁰

125. ידין תמך בעמ' 166 לספרו (לעיל, הערה 102) בדעה כי למרות שתיקת המחוקק יש לפרש את סעיף 20 באופן שגם הוא דורש הודעת קיזון.

126. על האופי הדיספוזיטיבי של התרופות המשניות, כגון הקיזון, ראו, למשל, אהרן ברק, חוק השליחות (כרך שני, ירושלים, תשנ"ו) 1166, והמקורות הנזכרים שם.

127. ראו, ר' בן-אליאל (לעיל, הערה 2), בעמ' 86 ואילך, והמקורות הנזכרים שם.

128. סעיף 18.1.1 לחוזה, צוטט בעמ' 609-610 לפסק הדין (לעיל, הערה 1).

129. על גוסת הסעיף ראו לעיל, הערה 57.

130. ראו גוסת הסעיף, לעיל, הערה 10. מצב מיוחד הוא זה של הפרה צפויה מצד הלקוח כאשר להחזר ההלוואה. על הסוגיה ראו עמ' 808 ואילך למאמר הנוכחי.

זאת ועוד, דעתי היא כי בנק המסכן את זכויות הלקוח באמצעות קיוזו היתרה שבחשבון הלוואה, ככל הנראה איננו נוהג בתום לב.

ההנחה היא כי בנק המעניק אשראי ללקוח שקל היטב את מעמדו הכספי ובחן את יכולתו להחזיר את מה שהוענק לו. לצורך מתן אשראי רשאי הבנק לבקש ביטחונות שונים, אם הוא לא עשה זאת, או אם הוא לא השיג את המטרה הראויה ובדרך המתאימה, משמעות הדבר היא כי במודע נטל הבנק סיכון מסוים. הסכם המאפשר לבנק להשתמש בחשבונות הלקוח לצורכי קיוזו עם חוב הכרוך בחשבון הלוואה, מעודד את הלקוח לפזר את חשבונותיו בבנקים שונים, דבר שלא תמיד מביא נוחות ורווחיות ללקוח ולבנק כאחד. שיקולים אלה עלולים לעורר ספק באשר ליעילות ולמקצועיות של הבנק במילוי תפקידו, וכאן גם תישאל השאלה בדבר מילוי חובות הנאמנות כלפי הלקוחות.

שונה המצב כאשר לבנק חשש סביר, כי לא יוכל או לא ירצה הלקוח להחזיר את ההלוואה שקיבל. במצב כזה יש לשקול את הפעלת ההסדר בעניין ההפרה הצפויה, על פי סעיף 17 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה).¹³¹

2. חובת מסירת הודעת קיוזו

נשאלת השאלה באשר לאופן הפעלת זכות הקיוזו, היינו בעניין חובת מתן הודעה ללקוח. לדעתי צדק בית הדין בקביעתו, כי יש לדחות את טענת הבנק כי אין הוא חייב להודיע, לא לפני שהוא מימש את הקיוזו ואף לא לאחר מכן. זאת למרות הסכמתו של הבנק למסור את ההודעה מיד לאחר השימוש בתרופה. בצדק קבע בית הדין:¹³² "איננו מקבלים גם את טענת הבנק שאינו מסתפק באי מתן הודעה מוקדמת, אלא רואה עצמו רשאי... שלא לתת הודעה כלל, הגם שהוא מסכים ליתן הודעה מאוחרת, מייד לאחר ביצוע הקיוזו. אי מתן ההודעה או מתן הודעה מאוחרת מתנה על הוראת סעיף 53 לחוק החוזים ועל כן מקים חזקת קיפוח".

זאת ועוד, אין אני רואה כיצד מתיישבת טענת הבנק עם חובות הזהירות ותום הלב המוטלות עליו. אמנם בנסיבות מסוימות הודעה מראש על החלת הקיוזו עלולה למנוע את ביצועו, ובכך ייפגע עניין לגיטימי של הבנק. מאידך גיסא, היעדר הודעה לאחר שקוּזו החיובים עלול לסכן אינטרסים חיוניים של הלקוח ושל אחרים, אם, למשל, ימשוך הלקוח שיקים וימסור אותם לאחרים או אם ייתן הוראות תשלום אחרות שאין הבנק חייב לקיימן מחוסר יתרה מספקת.

אלה שיקולים בסיסיים בנוגע לקיוזו כאשר החיובים הם במטבע ישראלי, אם מדובר בחשבון במטבע חוץ, שכלפיו מתכוון הבנק לבצע את הקיוזו, כי אז, וכפי שקבע בית הדין, חובתו של הבנק אף להודיע ללקוח זמן סביר מראש, כדי לאפשר ללקוח למכור את המטבע בדרך הכדאית והרווחית ביותר.¹³³

131. ראו דבריי בעמ' 808 ואילך.

132. ראו, פסק הדין (לעיל, הערה 1), בעמ' 616.

133. שם, בעמ' 617.

בצדק פסק בית הדין, כי האיזון הנדרש לצורך הגנת הבנק בנסיבות אלה עשוי להצביע על הסדר, שעל פיו בתקופת הביניים יעכב הבנק את כספי הלקוח. נראה שזהו המצב הרצוי, אלא אם כן יהיו נסיבות שבגלל חומרתן (למשל, אם הלקוח נמצא בפשיטת רגל, בכינוס נכסים או אם הוטל עיקול על חשבונו) אינן מאפשרות זאת.¹³⁴

3. קיזוז חיובים שמועד פירעונם טרם הגיע

סוגיה נוספת היא זו הנוגעת לקיזוז חיובים שמועד פירעונם טרם הגיע. בעניין זה, טענתו של היועץ המשפטי לממשלה הייתה כי נתונה זכות קיזוז רק כלפי חיובים שמועד פירעונם כבר הגיע, שאם לא כן ייפגע ההסדר החוזי בזה של סעיף 53 לחוק החוזים (חלק כללי). לדעתו, פגיעה כזו מבטאת חוקת קיפוח לפי סעיף 4(6) לחוק החוזים האתידיים.¹³⁵ מנגד טען הבנק, כי אם תתקבל עמדת היועץ המשפטי לממשלה "יהא בכך להפחית ממשקלה של זכות הקיזוז כבטוחה, ועל-כן הבנק לא יוכל להסתמך על זכות זו במתן אשראי, ויאלץ לדרוש במקומו בטוחות אחרות, מה שיפגע בסופו של דבר בלקוחות".¹³⁶

לצורך ניתוח הסוגיה הבחין בית הדין בין שני סוגי קיזוז. סוג אחד הוא קיזוז חיובים קיימים של הבנק כלפי הלקוח עם חיובים עתידיים של הלקוח. הסוג האחר הוא קיזוז של חיוב עתידי מצד הבנק (למשל, בחשבון פיקדון שמועד פירעונו טרם הגיע) כנגד חוב קיים או עתידי של הלקוח.

באשר למצב הראשון, פסק בית הדין כי אין לסטות מן הדין הכללי שנקבע בסעיף 53 לחוק החוזים (חלק כללי), אלא אם כן יסכימו הצדדים במפורש על כך. עם זאת, הכיר בית הדין במצב של הפרה צפויה, על פי סעיף 17 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), שכן במצב כזה "הדין מדמה את החיוב העתידי לחיוב העומד לפרעון מיידי ומזכה את הנפגע בתרופות בגין הפרתו".¹³⁷ על כן, נמצאה הצדקה לקיזוז חיובו של הבנק כנגד חיוב עתידי של הלקוח, אם יתברר כי קיים חשש סביר שהלקוח לא יקיים את חלקו.

אשר לסוג השני של הקיזוז, היינו קיזוז חוב של הבנק שטרם התגבש כנגד חוב קיים או עתידי מצד הלקוח, טען הבנק כי הקיזוז בנסיבות אלה אינו מקפה. אדרבה, הוא עשוי להועיל, משום שהריבית שהלקוח משלם על היתרה הדיביטורית גבוהה בדרך כלל מן הריבית שהוא מקבל על היתרה הקרדיטורית.

בית הדין סירב לקבל טענה זו של הבנק, והסביר כי הערכת הפגיעה בעניינו של הלקוח מבוססת על שיקולים נוספים ולא רק על הרווח או ההפסד הכרוך בביצוע הקיזוז. לשיטתו של בית הדין, בנסיבות הנדונות יש להחיל את סעיף 42 לחוק החוזים (חלק כללי), המאפשר קיום מוקדם של חיוב, אך זאת בין היתר, אם לא ייגרם נזק לנושה. לפיכך נפסק:¹³⁸

134. שם, שם.

135. על נוסח ההוראה ראו לעיל, הערה 10.

136. ראו, פסק הדין (לעיל, הערה 1), בעמ' 617.

137. שם, בעמ' 618.

138. שם, בעמ' 621.

קיווה אשר כרוך בפרעון מוקדם של חיוב הבנק כלפי הלקוח, תוך פגיעה בלקוח, יש בו משום התנאה, לא רק על הוראת סעיף 53 לחוק החוזים אלא גם על סעיף 42 לחוק זה, ויש בו, על כן, כדי להקים חוקת קיפוח.

עם זאת ציין בית הדין, כי הוא מוכן להכיר בנסיבות שבהן יוכל הבנק לפרוע מיד את החוב באמצעות קיווה, אם יתקיימו שני תנאים: תנאי אחד הוא שיהיה חשש סביר של הבנק כי חיובו של הלקוח לא ייפרע; התנאי השני, בהתאם להוראת סעיף 42 לחוק החוזים (חלק כללי) הוא, כאמור, שלא ייגרם נזק ללקוח עקב הקיווה.

לאור שיקולים אלה פסק בית הדין, כי תנאי בחוזה אשר באופן גורף מעניק לבנק סעד של קיווה, בלי להתייחס לנזק שעלול לגרום השימוש בתרופה הנו תנאי מקפח. אין אני חולק על קביעתו הסופית של בית הדין בנדון, למרות הסתייגותי מחלק מהנמקתו. הן כאשר הקיווה הוא של חיובים קיימים של הבנק כנגד חיובים עתידיים של הלקוח, והן כאשר הקיווה הוא של חיוב עתידי של הבנק כנגד חוב עתידי של הלקוח. בשני המקרים ייתכן שראוי לשקול הסדר בעניין הפרה צפויה, לפי סעיף 17 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה).

לא זה המקום לדון בתורת ההפרה הצפויה, ובפירושו של סעיף 17.¹³⁹ לשיטתי נדרשת זהירות רבה בהפעלת הסעיף בכלל, ובתחום הבנקאות בפרט.

אסכם אפוא את עמדתי מתוך התייחסות לשני המצבים שבית הדין דן בהם. במקרה הראשון, כאשר חיובו העתידי של הלקוח עומד כנגד חוב קיים של הבנק, הקיווה בדרך כלל אינו אפשרי. הרף זאת, אם מתקיימות הנסיבות של הפרה צפויה, וכאן הבנק לתרופות שבחוק, ובין היתר לביטול החוזה, ובעקבות זאת גם להשבה.¹⁴⁰ אך הפעלת תרופת הביטול גם היא מוגבלת, כי צריך שההפרה הצפויה תהיה יסודית, הואיל ואם ההפרה אינה יסודית, נדרש שהביטול יהיה צודק. על כן, במקרה של הפרה צפויה לא יסודית מצד הלקוח, כאשר הביטול וההשבה אינם מוצדקים, לא נוצרה התשתית הנדרשת לתרופת הקיווה.

במקרה השני מן הראוי להבחין בין שתי אפשרויות. האחת, כאשר חיובו של הבנק הוא חיוב עתידי אך כבר נוצר חיובו של הלקוח כלפיו; האחרת, כאשר שני החיובים, הן זה של הבנק כלפי לקוחו והן זה של הלקוח כלפי הבנק, הם חיובים עתידיים. במקרה הראשון, לא מן הנמנע כי יוכל הבנק להיוקק לסעיף 42 לחוק החוזים (חלק כללי) בעניין הקיום המוקדם, אם לא יפגע הדבר בעניינו של הלקוח. אם תתאפשר החלת ההסדר, בדרך כלל גם ייווצרו התנאים היסודיים לביצוע הקיווה. לעומת זאת, כאשר כל החיובים של הצדדים הם חיובים עתידיים, היווצרותם של תנאי קיווה תלויה בהחלת ההסדרים של הפרה צפויה ותנאי הביטול וההשבה – סעיפים 17, 7, ו-9 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), והדין החל על קיום מוקדם – סעיף 42 לחוק החוזים (חלק כללי).

139. ראו בעיקר ידן (לעיל, הערה 102), בעמ' 145 ואילך; איל זמיר, חוק המזכר, תשכ"ח-1968 (ירושלים, תשמ"ז), בעמ' 516 ואילך; איל זמיר, חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974 (ירושלים, תשנ"ה), בעמ' 267 ואילך; גבריאלה שלו, דיני חוזים (ירושלים, תשנ"ה), בעמ' 475 ואילך.
140. סעיפים 7 ו-9 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה).

4. פגיעה בזכויות של אחרים

הקיוון הוא תרופה העומדת לרשות הבנק לטילוק חובות מצד הלקוח. נדרשת אפוא זהירות רבה כדי להבטיח, שביצוע התרופה לא יפגע בזכויות של זרים. הסיכוי לפגיעה גדל כאשר מדובר בחשבונות נאמנות או בחשבונות משותפים. הואיל והחובה לפתיחת חשבון אינו מונע את החלת הקיוון על חשבונות אלה, בצדק קבע בית הדין כי גם בהיבט זה התנאי מקפה ודינו להתבטל.

דנתי בהרחבה בסוגיה זו במקום אחר,¹⁴¹ ותמכתי בהסדר מאוזן שלא יפגע בענייניו של צד תמים. כעת ברצוני להתייחס לסוגיה שבה אחד החשבונות הוא חשבון משותף. אציין גם את העמדה שבאחרונה נקט אחד משופטי בית המשפט העליון (השופט אנגלרד) בעניין באומל משה בע"מ (בכינוס נכסים ופירוק) נ' בנק לאומי לישראל בע"מ,¹⁴²

ראשית, כדאי להזכיר את הפרמטרים העובדתיים הקשורים לסוגיה. כאשר א' ו- ב' מחזיקים בחשבון משותף שבו היתרה היא יתרת זכות, ו- ב' הוא בעל חשבון ליחיד הנמצא ביתרת חובה, האם ובאיזה מידה רשאי הבנק לבצע קיוון? בצדק ציין בית הדין, כי הסוגיה נדונה אצלנו על פי שתי תפיסות שונות. לפי תפיסה אחת, זו שהתקבלה בעניין טייטלבוים נ' בנק צפון אמריקה,¹⁴³ הקיוון מותר בהתאם למידת הזכות של כל אחד מבעלי החשבון ביתרה שבחשבון המשותף. לפי השיטה האחרת, שהתקבלה בעניין גיברשטיין נ' גיברשטיין,¹⁴⁴ בדרך כלל מותנה הקיוון בדרך הפעלת החשבון, ועל כן אם לכל בעל חשבון הכוח לתת הוראות תשלום בלא התערבותו של השותף האחר, בעיקרון מותר גם לבנק הנושה לקיים את החיוב כלפי כל אחד מהם, וזאת גם באמצעות הקיוון. זאת מכוח החוקה שהדבר מותר על פי סעיף 59 לחוק החוזים (חלק כללי), אלא אם כן מובעת התנגדות מצד אחד הנושים. מן הראוי לציין, עם זאת, כי בעניין גיברשטיין הבהין בית המשפט בין מצב שבו החשבון המשותף הוא חשבון עובר ושב ובין חשבון משותף מסוג אחר, ובמקרה הראשון לא הוכר הכוח לסתור את החוקה.

בפרשה הנדונה סיכם בית הדין את שתי העמדות השיפוטיות הנזכרות וציין כי העמדה הראשונה מבוססת בעיקר על היבט קנייני-מהותי ואילו השנייה מתאפיינת בנתון פורמלי-חיובי.

בית הדין התקרב לתפיסה שהתקבלה בעניין גיברשטיין והתייחס במיוחד לסעיף 59 לחוק החוזים (חלק כללי) כפי שהוא התפרש באותה פרשה. בית הדין קבע:¹⁴⁵ "...ככלל הבנק יכול לקיים את חיובו כלפי אחד מבעלי החשבון, זולת אם בסתרה החוקה כי ביחסים שבין הבנק לבעלי החשבון המשותף הבנק יוכל לקיים את חיובו כלפי אחד מהם".

141. ראו, ר' בן-אוליאל (לעיל, הערה 2) בעמ' 355 ואילך.

142. ע"א 7960/00 באומל משה בע"מ (בכינוס נכסים ופירוק) נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד 70(2) 491 (להלן: עניין באומל).

143. ה"פ (י"ם) 3086/85, פ"מ תשמ"ו(3) 212 (להלן: עניין טייטלבוים).

144. ע"א 1967/90, פ"ד מו(5) 661 (להלן: עניין גיברשטיין).

145. ראו, פסק הדין (לעיל, הערה 1), בעמ' 622.

דאגתו של בית הדין נסבה על כך שבחווה פתיחת החשבון לא התאפשרה סתירת החוקה כלל, אף שבעניין גיברשטיין לא הותרה סתירת החוקה רק במקרה של חשבון עו"ש משותף.

מעניין לציין כי גם באחרונה, בעניין באומל, היבט זה משך את תשומת לבו של בית המשפט העליון.¹⁴⁶ השופט אנגלרד דן בהרחבה בסוגיה והתקרב אף הוא לעמדה שהתקבלה בעניין גיברשטיין, המסתמכת לעניין הקיוון על יסוד "השליטה" בניהול החשבון. השופט אנגלרד הסיק, כי כאשר קיימת שליטה המאפשרת לכל בעל חשבון לתת הוראות תשלום באופן עצמאי ובלא התערבותו של השותף, כי אז יתול ההסדר החל על ריבוי נושים שבסעיף 59 לחוק החוזים (חלק כללי).

דנתי בעמדתו של השופט אנגלרד במקום אחר ובהרחבה.¹⁴⁷ בעניין הקשר בין כללי ניהול החשבון ובין הקיוון עלי להעיר שתי הערות: ביסוס הקיוון על כללי ניהול החשבון שעל פיהם פועלים השותפים אינו משרת, ואף עלול לסכן, הן את ענייניו של הבנק והן את ענייניהם של הלקוחות. מחד גיסא הסדר כזה, בלא הצדקה הנראית לעין, מטיל ספק בכוח הקיוון של הבנק כאשר כללי ניהול החשבון הנם מסוג שונה. מאידך גיסא הסתמכות על כללי ניהול החשבון בלבד עלולה לפגוע קשות גם בזכויות הלקוחות. פגיעה שכזו תיגרם אם ייעשה הקיוון בין יתרת זכות שבחשבון המשותף ובין יתרת חובה שבחשבון ליחיד של אחד השותפים, שלמרות זכותו לנהל את החשבון המשותף, לא תרם ליתרה המופקדת שם.¹⁴⁸

ברצוני לסכם את עמדתי בעניין החלת סעיף 59 לחוק החוזים (חלק כללי). לדעתי, זכות הקיוון הבנקאי אינה גובעת ישירות מסעיף זה, אלא מסעיף 53 לאותו חוק, ומסעיף 20 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), שם צוין כי אחד היסודות לתרופה הוא יסוד ההדדיות שבין החיובים. תנאי ההדדיות דורש התייחסות זהירה. בהקשר הבנקאי, מן הראוי לפרש את יסוד ההדדיות כמובן המהותי-קנייני, כלומר בהנחה שלצד שכנגדו מבצעים את הקיוון, יש זכויות ביתרה המופקדת. ביסוס הקיוון על הדדיות פורמלית בלבד עלול להביא לידי תוצאות לא ראויות. על-פי תפיסה פורמלית יוכל הבנק, למשל, לקזז את יתרת הזכות שבחשבון המנוהל על ידי מיופה כוח כנגד יתרת החובה שבחשבון הפרטי של אותו מיופה כוח.

לשיטתי, בנק זהיר ואמין לא ירצה להתעלם מן הזכויות המהותיות של הלקוחות בקרן המופקדת. אמנם בדרך כלל טיב היחסים שבין השותפים לחשבון אינו מוכר לבנק, ולכן הוא גם אינו יודע מה טיב הזכויות של הלקוחות ביתרה. חרף זאת, חלה החוקה כי לשותפים

146. ראו, לעיל, הערה 142.

147. ראו, ריקרדו בן-אוליאל, "חשבון משותף וזכות הקיוון של הבנק (בעקבות ע"א 7960/00 באומל משה בע"מ [בכינוס נכסים ופירוק] נ' בנק לאומי לישראל בע"מ), הפרקליט מז (תשס"ד) 224 ואילך.

148. עלול לקרות מצב כזה בחשבון משותף לצורך נוחות, כאשר שותף אחד בלבד הוא זה שתרם ליתרת החשבון. על חשבון משותף מסוג זה ראו, ר' בן-אוליאל (לעיל, הערה 2), בעמ' 182-183.

חלקים שווים בה, ועל כן מן הראוי שהקיוזו יתבסס בדרך כלל על נתון זה ולא על שיקולים מסוג אחר.¹⁴⁹

במובן זה שונה תפיסתי מעמדת בית הדין לחוזים אחידים. בבואו להגן על זכויות כשרות של השותפים לחשבון פסק בית הדין, כי הסעיף שבחווה הבנקאי דינו להתבטל, משום ש"הוא מאפשר הפעלת זכות הקיוזו לגבי חשבונות... משותפים גם במקום שהדין מאפשר לסתור את החוקה לפי סעיף 59 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973".¹⁵⁰

הלכה למעשה, בית הדין מוכן לבסס את הקיוזו על סעיף 59, כפי שפסק בית המשפט בעניין גיברשטיין. לדעתי אין זו הסיבה היחידה שעשויה להצדיק את ביטול הסעיף שבחווה. לעניות דעתי, בעייתיות הסעיף נובעת בראש ובראשונה מעצימת העניינים מצד הבנק כלפי המורכבות המאפיינת את החשבונות המשותפים. בהקשר זה ראוי לזכור, כי לא תמיד השותפים כולם תורמים לחשבון. לא תמיד השותפים תורמים במידה שווה. דברים כאלה צריכים להשפיע על זכות הקיוזו כלפי שותף זה או אחר ועל מידת הקיוזו גם כן. אמנם בדרך כלל חסר לבנק מידע על פרטים אלה, אך אף במקרה כזה, מן הראוי שהבנק לא יתעלם מן החוקה באשר למידת הזכויות של השותפים ביתרה המופקדת. אם לא כך ינהג, עלול שותף לחשבון להיפך לערב של שותף אחר כלפי הבנק, בלא ידיעתו והסכמתו.

גם מזווית אחרת ניתן להצדיק את עמדתי בסוגיה. בנק המקוזו חיובים, עושה זאת במעמד של נושה המגן על זכויותיו. המחוקק דאג כי מימוש זכויותיו של נושה באמצעות עיקולים לא יפגע בזכויות של צדדים שלישיים.¹⁵¹ על כן כיצד ניתן להסכים למדיניות שונה כאשר הנושה הוא הבנק?

מעניין לציין, כי בדונו בהסדר החוזי בדבר זכות העיכובן של הבנק, קבע בית הדין במפורש¹⁵² כי "יש להבהיר בחווה באופן מפורש כי בכפוף לכל דין, העיכוב או העיכובן יחול על נכסי הלקוח בלבד". לפיכך, בצדק נפסק,¹⁵³ כי "העיכובן יחול כמידת חלקו של השותף החייב... אין להטיל עיכובן על שטרות ומסמכים שמסר הלקוח לבנק כאשר מסמכים אלה אינם שייכים לו, כי אם לאחר". ועוד הוסיף:¹⁵⁴ "ראוי, לטעמנו, לאמץ פתרון זהה לשני הסעיפים: הקיוזו והעיכוב".

לא השתכנעתי אפוא כי אותה דאגה של בית הדין לשמור על הרכוש של צדדים שלישיים במקרה של עיכובן מופגנת גם בנוצב של קיוזו.

149. שם, בעמ' 177 ואילך.

150. ראו, פסק הדין (לעיל, הערה 1), בעמ' 623.

151. ראו, סעיפים 23, 28, 40 (ג) ו-57 לחוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז-1967, ס"ח 116; תקנה 26 לתקנות ההוצאה לפועל, תש"ם-1979, ק"ת 386.

152. ראו, פסק הדין (לעיל, הערה 1), בעמ' 604.

153. שם, בעמ' 606.

154. שם, בעמ' 605.

י. הבעייתיות שבמתן אשראי

1. מתן אשראי – סקירה כללית

מתן אשראי והסוגיות הכרוכות בו – גם אלה הנוגעות לביטחונות הניתנים לבנקים – הוא אחד הפרקים המורכבים בענף הבנקאות. בנקים מעניקים אשראי לפי טכניקות שונות. לעתים נכרת בין הבנק ללקוחו חוזה הלוואה שבו יסודות החוזה – ובעיקר סכום ההלוואה, תנאיה ומועדי החזר – מוסכמים מראש. לעתים מונהגת שיטה אחרת, כאשר אין ללקוח ידיעה ודאית על מידת האשראי שלה הוא זקוק. תוכן ההסכם נוגע במקרה זה לפתיחת קו אשראי לרשותו של הלקוח, ואז בכווח להשתמש בו אם וכאשר יודקק לו.¹⁵⁵ לעתים המצב שונה ובמקום לכרות חוזה נפרד למתן אשראי, מסכימים הצדדים כי האשראי יוענק ללקוח על פי חוזה שכבר נכרת, היינו זה של פתיחת חשבון. במקרה האחרון, בכווח של הלקוח למשוך כספים ולתת הוראות תשלום הגוברות על היתרה המופקדת בחשבון. זאת השיטה המוכרת היטב של משיכת יתר (overdraft).¹⁵⁶

כל שיטה ושיטה למתן אשראי מעוררת שאלות משפטיות קשות. אחד הטעמים לקושי הוא מיעוט הסדרי החקיקה. אין בחקיקה האזרחית שלנו דין כללי העוסק בחוזה הלוואה. לכן, הפיקות על חוקיות ההסדרים הבנקאיים למתן אשראי בכללותם חייב להתבצע באמצעות נורמות שונות, ובעיקר באמצעות חוק החוזים (חלק כללי), חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), חוק הריבית¹⁵⁷ וחוק החוזים האחרים. בנוסף, כפופים ההסכמים לחקיקה בנקאית מיוחדת, היינו חוק הבנקאות (שירות ללקוח), והכללים שהתקבלו בעקבותיו, כלומר כללי הבנקאות (שירות ללקוח) (גילוי נאות ומסירת מסמכים).¹⁵⁸

155. חוזה זה טופל באופן מיוחד מאוד בספרות ובפסיקה של מדינות קונטיננטליות. בצרפת ראו, למשל: C. Gavalda, J. Stoufflet, *Droit Bancaire – Institutions – Comptes – Opérations – Services* (2005) 238; T. Bonneau, *Droit Bancaire* (2005) 367. באיטליה ראו, למשל: F. D. Guggenheim (לעיל הערה 88), בעמ' 253 ואילך. באיטליה ראו, למשל: F. Giorgianni, C-M Tardivo, *Manuale di Diritto Bancario* (2005) 255 et seq.; G. Molle, L. Desiderio, *Manuale di Diritto Bancario e dell'Intermediazione Finanziaria* (2005) 179 et seq. בפורטוגל, ראו, למשל: A.M. Cordeiro, *Manual de Direito Bancario* (1999) 537 et seq. אצלנו, מתוך התייחסות למשפט של מדינות יבשת אירופה, ראו: Ricardo Ben-Oliel, "Elements for a Legal Definition of Commercial Banking: A Comparative View", 16 *Isr. L. Rev.* (1981) 499.

156. משיכת יתר נחשבת אצלנו בדרך כלל כהלוואה שנותן הבנק ללקוח. ראו, למשל, דבריו של השופט ברק בד"נ 32/84 עיזבון זוליאמס ז"ל נ' Israel British Bank (London) (in liquidation), פ"ד מד(2) 265. שם נאמר (בעמ' 272-273): "... היחסים בין בנק לבין לקוח, אשר פתח בבנק חשבון עובר ושב, הם במהותם יחסי מלווה לווה. כאשר החשבון הוא ביתרת זכות, מלווה הלקוח כסף לבנק... כאשר החשבון הוא ביתרת חובה מלווה הבנק כסף ללקוח".

157. תשי"ז-1957, ס"ח 58.

158. תשנ"ב-1992, ק"ת 1512.

כאמור, הטכניקות השונות למתן אשראי והחוזים הנכרתים למטרה זו מעוררים שאלות ענייניות, קשות ומורכבות. עם זאת, תפקידו של בית הדין בפרשה זו היה מוגבל, כי היה עליו לפסוק בשני עניינים עיקריים: בעניין כוחו של הבנק להפחית ולבטל את מסגרת האשראי, ובסוגיית זכותו של הבנק להעניק אשראי מעל למסגרת האשראי המאושרת.

2. ביטול או הפחתה של מסגרת האשראי

סעיף 1.2 לחוזה פתיחת החשבון קובע במפורש:¹⁵⁹

הלקוחות ימשכו כספים מהחשבון אך ורק בגבול יתרת הזכות שתעמוד לרשותם בחשבון, אלא אם כן אושרה להם מסגרת אשראי (להלן – "מסגרת אשראי") ואם אושרה – בגבול שאושרה ולמשך התקופה שאושרה. הבנק לא יהיה חייב לתת או להדש את מסגרת האשראי. הבנק יהיה רשאי להפחית או לבטל את מסגרת האשראי בהודעה של עשרה ימים (או תקופה קצרה יותר שיקבע הבנק בכפיפות להוראות כל דין) מראש, או באופן מיידי וללא הודעה מוקדמת, במקרים שבהם הוא עלול להסתכן באי יכולת לגבות את האשראי עקב שינוי לרעה בכושר הפירעון של הלקוחות או עם היווצרותם של תנאים אחרים המחייבים הקטנה מיידיית או ביטול של מסגרת האשראי, או במקרים אחרים המותרים על-פי כל דין, והכל לפי שיקול דעתו של הבנק.

השאלה התעוררה באשר לזכות שנטל הבנק לעצמו לבטל או להפחית את מסגרת האשראי על פי שיקול דעתו הבלעדי. לשיטתו של היועץ המשפטי לממשלה, אין להצדיק כוח כזה, אלא אם כן יוכיח הבנק שקיימות נסיבות מיוחדות שעליהן הוא מבסס את החלטתו. בנוסף, טענת המבקש הייתה, כי בנסיבות אלה חייב הבנק להודיע ללקוח מראש על קבלת החלטתו. מנגד, טען הבנק כי ההסדר שבהחזרה מוצדק לאור האמור בסעיף 18(ג) לכללי הבנקאות (שירות ללקוח) (גילוי נאות ומסירת מסמכים).¹⁶⁰ אין צורך לדון עוד בפרשנויות השונות שנתנו הצדדים לאותו סעיף 18(ג) וגם לא בעמדתו של בית הדין בנדון, מן הטעם הפשוט שהסעיף אינו קיים עוד והוא בוטל אף לפני מתן פסק הדין.¹⁶¹ ראוי אפוא לדון בסוגיה זו לאור ההסדרים שבדינים אחרים.

159. צוטט בעמ' 506 לפסק הדין (לעיל, הערה 1).

160. בסעיף 18(ג) נאמר: "החליט התאגיד הבנקאי על הפחתה במסגרת האשראי, יודיע על כך עשרה ימים לפחות לפני השינוי; אין בהוראה זו כדי למנוע מתאגיד בנקאי להקטין מסגרות אשראי או לבטלן, ללא הודעה מוקדמת, במקרים שבהם הוא עלול להסתכן באי יכולת לגבות את האשראי, עקב שינוי לרעה בכושר הפירעון של הלקוח או עם היווצרותם של תנאים אחרים המחייבים הקטנה מיידיית של מסגרת האשראי".

161. את הסעיף ביטל סעיף 7(2) לכללי הבנקאות (שירות ללקוח) (גילוי נאות ומסירת מסמכים) (תיקון), תשס"ג-2002, ק"ת 230.

ככלל בנקים אינם חייבים להעניק אשראי לכל אחד, כלומר לא חלה עליהם חובה סטטוטורית לתת שירות שכזה.¹⁶² כאשר בנק מחליט לתת אשראי ללקוח, הוא עושה זאת מתוך שיקול דעתו האישי, ולאחר שהעריך את ריווחיות העסקה, הסיכונים הכרוכים בה והאמצעים שבידיו כדי להפחיתם. עניינו של הלקוח בקיום החוזה רב בדרך כלל. בהסתמך על האשראי שהוא אמור לקבל, יוצר הלקוח את יחסיו האישיים והעסקיים, ולצורך סילוק חובותיו הוא נותן לבנק הוראות תשלום. ללקוח המושך שיקים, שלפי שיקולי הבנק אין הוא חייב לכבד אותם, עלולות להיגרם תוצאות חמורות, בין היתר על פי חוק שיקים ללא כיסוי.¹⁶³ לפיכך, אין אני רואה כיצד התייחסות הוגנת לעניינו של הלקוח עולה בקנה אחד עם הסדר חוזה המאפשר לבנק לשנות ולבטל חוזה באופן חד-צדדי בלי שיוכיח את הסיבות להחלטתו, ובלי לאפשר ללקוח לשפר את מצבו, ואף בלא הודעה מוקדמת על כך.

מעניין לציין כי גם הדין הכללי והדין הבנקאי המיוחד מחזקים מסקנות אלה. אמנם ייתכן מצב שבו מתברר, כי אין הלקוח יכול או שאין הוא רוצה להתחזר את האשראי שהוא קיבל. לכאורה אלה הנסיבות העומדות בבסיס ההסדר של הפרה צפויה, לפי סעיף 17 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה). במקרה זה של הפרה צפויה זכאי הנפגע לבטל את החוזה – ולזכות בהשבה שלאחר הביטול – משנתן הודעה על כך. ההודעה תינתן בתוך זמן סביר לאחר שנודע לנפגע על ההפרה הצפויה.¹⁶⁴ אך אם כוונת הבנק תהיה אחרת, ואם ברצונו לשנות את תנאי ההסכם, כי אז הוא כפוף לסעיף 5 לכללי הבנקאות (שירות ללקוח) (גילוי נאות ומסירת מסמכים). בדרך כלל הוא רשאי לעשות זאת, בתנאי שהוא יודיע על כך, וזאת שבועיים לפחות לפני השינוי.

על יסוד דברים אלה יש להחיל את הדין שבסעיפים 4(2) ו-4(6) לחוק החוזים האחידים,¹⁶⁵ המצביעים על החוקה שההסדר הבנקאי הנדון הוא הסדר מקפת. זאת משום שהוא מקנה לבנק זכות לשנות ולבטל את חיוביו המהותיים בתנאים בלתי סבירים, ושולל את זכות הלקוח על פי הדין, לקבל הודעה לפני ביטול או שינוי החוזה.

162. ראו סעיף 2(א)(4) לחוק הבנקאות (שירות ללקוח). ראו גם, למשל, ע"א 323/80 אלתית בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד לז(2) 673, בעמ' 685; ע"א 6505/97 בוני תיכון בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ, פ"ד נג(1) 577, בעמ' 591-592; ע"א 1822/97 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' יאיר ש. שיווק בע"מ (לא פורסם). עם זאת לדעתי, בנק הנוהג בתום לב אינו יכול לסרב להעניק אשראי בלא סיבה סבירה. ראו, ר' בן-אוליאל (לעיל, הערה 2), בעמ' 67 ואילך.

163. תשמ"א-1981, ס"ח 136.

164. סעיפים 7, 8, 9, 17 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה). ראו דבריי בעמ' 809 במאמר.

165. סעיף 4(2) קובע כי חלה חוקת קיפות על התנאי הבא: "תנאי המקנה לספק זכות בלתי סבירה לבטל, להשעות או לדחות את ביצוע החוזה, או לשנות את חיוביו המהותיים לפי החוזה". על סעיף 4(6) ראו, לעיל, הערה 10.

זאת ועוד, הימנעות מלשקול את ענייניו של הלקוח אינה עולה בקנה אחד עם קיומה של חובת הנאמנות; היא גם מנוגדת למשפטן של מדינות מתקדמות אחרות, כפי שציין בית הדין.

לעניות דעתי צדק אפוא בית הדין בקביעתו לעניין ביטול ההסדר החוזי בנימוק כי הוא מקפת. בית הדין הוסיף:¹⁶⁶

כדי להסיר את הקיפוח יש להגביל את זכות הביטול של הבנק למקרים שבהם חל שינוי מהותי לרעה בכושר הפירעון של הלקוח או בהתקיים נסיבות אחרות שלא היו ידועות לבנק בעת מתן הסכמתו למסגרת האשראי, אשר מסכנים באופן ממושי את יכולת הגבייה של הבנק, וזאת תוך התחשבות גם באינטרס של הלקוח ובנזקים העלולים להיגרם לו עקב הביטול או הפחתת מסגרת האשראי (ההדגשות במקור – ר"ב).

באשר למתן הודעה ללקוח, ביסס בית הדין את קביעתו על סעיף 18(ג) לכללי הבנקאות (שירות ללקוח) הנזכרים לעיל. אך כאמור סעיף זה בוטל. יסוד לקביעה זו נמצא בדינים אחרים, כפי שהסברתי קודם לכן.

3. מתן אשראי בחריגה ממסגרת האשראי המאושרת

כאן מתעוררת סוגיה אחרת. במקום לבטל או להפחית את מסגרת האשראי, לא מן הנמנע כי האינטרס של הבנק הוא לתת אשראי בחריגה ממסגרת המאושרת, אף שהלקוח לא נתן את הסכמתו לכך.

החווה לפתיחת חשבון מתייחס לסוגיה זו. לאחר שנקבע, כי בהיעדר מסגרת אשראי, או במצב של חריגה ממנה, אין הבנק חייב לקיים הוראת תשלום שתייצר או תגדיל חובה בחשבון, הוסכם עם זאת, כי "הבנק רשאי לפי שיקול דעתו הבלעדי לכבד כל משיכה, הוראה או בקשה..."¹⁶⁷ אך אם כך יעשה הבנק, מוסיף החווה, "לא יתפרש הדבר כהסכמה מצדו לעשות כן גם בעתיד, או כהסכמה להגדלת מסגרת האשראי".

חשיבות מעשית לסוגיה זו מתעוררת, למשל, כאשר בעל חשבון משותף, בלא הסכמת השותף האחר, משתמש באשראי שהעניק הבנק.

טענת היועץ המשפטי לממשלה הייתה, כי כאשר ישנה בקשה מפורשת של הלקוח שלא לחרוג ממסגרת האשראי, אין הבנק יכול להתליט אחרת. זאת על פי דין השליחות וחובת האמון הרובצת על הבנק. חריג לכלל זה חל, כפי שציין היועץ המשפטי לממשלה, כאשר נוצרים החיובים בעקבות שימוש בכרטיס אשראי, וזאת בשל חובת המנפיק כלפי הספק לקיים את הוראות הלקוח.

היועץ המשפטי לממשלה חיזק את עמדתו וטען, כי ההסדר הנוכחי יוצר חזקת קיפוח בשל הסמכות הגורפת והבלעדית שניתנה לבנק להכיר או שלא להכיר בחריגת הלקוח

166. ראו, פסק הדין (לעיל, הערה 1), בעמ' 513.

167. סעיף 1.3.1 לחוזה, אשר צוטט בעמ' 514 לפסק הדין.

ממסגרת האשראי. זאת ועוד: טען היועץ המשפטי לממשלה כי ההסדר לא רק מאפשר לבנק לשנות את חיובו המהותי לפי החוזה – כלומר את חובתו לדאוג שלא תהיה חריגה ממסגרת האשראי – אלא גם עלול לשנות את חיוביו המהותיים של הלקוח. דברים אלה יוצרים חזקות קיפוח, על פי סעיפים 4(2) ו-4(4) לחוק החוזים האחידים.¹⁶⁸ בית הדין סירב לקבל את טענות הבנק, כי לא תמיד הוא מצליח למנוע ביצוע של פעולות ההורגות ממסגרת האשראי, וכי כאשר הדבר קורה אזי ההסדר החוזי משרת את האינטרס של הלקוח. על כן, בצדק פסק בית הדין כי התנאי החוזי מקפח את הלקוח אם הוא מעניק לבנק סמכות לתת אשראי מעל לקו המאושר, ובהיעדר פנייה על כך בכתב מצד הלקוח.¹⁶⁹

ב. סוף דבר

בהחלטה הנדונה עסק בית הדין באחת הסוגיות המורכבות ביותר בענף הבנקאות, שהיא בחינה כללית של הוזה לפתיחת חשבון עובר ושב. ההסדר המשפטי אשר חל על חוזה בנקאי זה הנו מסובך למדיי. באמצעות החוזה לפתיחת חשבון מפקיד הלקוח כספים לצורך מתן הוראות תשלום, ומעביר לבנק מסמכים למטרות שונות, כגון לגביינא ולביטחון. לעתים היתרה היא יתרת זכות ולעתים היא יתרת חובה. אך יהיה אשר יהיה המצב, הן כאשר הלקוח נותן אשראי לבנק, והן כאשר הבנק נותן אשראי ללקוח, דרוש הסדר מאוזן אשר יגן על העניינים של שני הצדדים. למעשה, עיקר הבעיות מתעוררות כאשר הלקוח הוא שנותן אשראי לבנק ומבקש לקבל שירותים שונים. סבוכה במיוחד השאלה במצב של אבדן כספים, הן עקב הוראות שנתן אדם שאינו מוסמך לכך (באמצעות שיק, פקסמיליה, טלפון, כרטיס חיוב ועוד) והן עקב טעויות, הטעויות בנקאיות או נסיבות אחרות.

168. ראו נוסח סעיף 4(2) לחוק החוזים האחידים (לעיל, הערה 165). סעיף 4(4) קובע כי חזקה קיפוח חלה על התנאי הבא: "תנאי המקנה לספק זכות לקבוע או לשנות, על דעתו בלבד, ולאחר כריתת החוזה, מחיר או חיובים מהותיים אחרים המוטלים על הלקוח, זולת אם השינוי נובע מגורמים שאינם בשליטת הספק". על פירוש הוראה זו ראו, לוסטהויז ושפניץ (לעיל, הערה 10) בעמ' 90.

169. באחרונה טיפל בעניין המפקח על הבנקים. בחוזר מס' ה-06-2159 מ-8.2.2005, נקבעו כללים לניהול מסגרת אשראי בחשבונות עובר ושב. תחילת ההוראה נקבעה ליום 1.1.2006, ולגבי חשבונות עובר ושב במטבע חוץ, לא אחרי 1.1.2007. מתוך כוונה לגבש כללים ברורים בנושא, קבע המפקח את עקרון היסוד, כי למעט במקרים מיוחדים, לא יאפשר תאגיד בנקאי היווצרות של יתרת חובה בחשבון עובר ושב החורג ממסגרת האשראי המאושרת. עם זאת, לסוג של לקוחות אשר יוגדרו מראש על ידי הבנק "ניתן להעמיד מסגרת אשראי חד צדדית" לפי סעיף 3(ג) להוראה. בעקבות החוזר, הורה המפקח על הבנקים, לתאגידים הבנקאיים לתקן את הסעיפים הרלוונטיים בחוזים לפתיחת חשבון עובר ושב. אין זה המקום להרחיב את הדיון בהשלכות ההוראות הנוכחות.

לצורך שמירה תקינה על מצב זה של דו-קיום בין הצדדים בנוגע לשימוש בכספים, התפתחה בפרקטיקה ובדין מערכת מורכבת של יחסים משפטיים בין הצדדים, שעל פיה מוטלות עליהם חובות הדדיות. להבנת יסוד השאלות שעל הפרק, בצדק ביסס בית הדין את דבריו על שיקולים הנוגעים להגדרה המשפטית של היחסים שבין הצדדים. מן הראוי לזכור, כי הוא הכיר באופי המיוחד של החוזה לפתיחת השבון, הכולל יסודות של חוזים שונים, כגון הלוואה, שמירה ושליחות. עם זאת, הסיק בית הדין מסקנה אחרת, שגם היא ראויה לציון, ולפיה חיובו העיקרי של הבנק הוא חיוב תוצאה, כלומר עליו להחזיר את הכסף שקיבל לידיו כלוה. בית הדין הדגיש את הנוקשות המאפיינת את חוזה הלוואה, אשר בפסיקה בנקאית קודמת כלל לא הוזכרה, והסיק את המסקנות הראויות. לפיכך וכפי שהוסבר, קבע בית הדין, כי לא בנקל ניתן לשחרר בנק מאחריות כלפי לקוחו במצב של אבדן כספים, הן במקרה של פירעון שיק הנושא חתימת מושך מזויפת והן בביצוע של הוראות תשלום אחרות. אך אחריותו המוגברת של בנק אינה מוחלטת, ולצורך קביעת ההגבלות החלות עליה, דן בית הדין במבחנים הראויים ובחובות המוטלות על הלקוח, שהפרתן עלולה לגרום לנזקים.

עוד סוגיות רבות אחרות נדונו בפרשה ונגעו ליחסים המורכבים שבין הבנק ללקוח. דנתי בעיקריות שבהן וכפי שהסברתי לא תמיד הסכמתי לתפיסתו של בית הדין. חוזה לפתיחת השבון בנק הנו חוזה בנקאי והבנקים המסחריים נהנים מייחודו שנקבע על פי חוק.¹⁷⁰ הוא נכרת כחוזה אחיד. על כן, דינים כלליים ומיוחדים חלים עליו. עם זאת הוא כפוף למספר עקרונות על – שהם חובת תום הלב, הוהירות והנאמנות – המדריכים את ענף הבנקאות כולו. כחוזה אחיד, רב הסיכון שהוא יכול תנאים מקפחים. על בנק זהיר ואמין להקפיד ולמנוע זאת. אך אם לא יקרה הדבר, תפקידו של בית המשפט הוא שלא להימנע מלהתערב במצב שכזה. החלטה זו של בית הדין היא צעד חשוב לקראת הרחבת התערבות זו.

כעת מוקדם להעריך את ההשלכות של החלטת בית הדין לחוזים אחידים. טרם נאמרה כאן המילה האחרונה, שהיא זו של בית המשפט העליון.¹⁷¹ לעמדתו תהיה השפעה רחבה על המערכת הבנקאית כולה ועל לקוחותיה. זאת ועוד, לא מן הנמנע כי פסיקה זו תהיה שלב ראשון בעידן חדש של בחינה שיפוטית של חוזים בנקאיים אחרים ובשלמותם. אישית, הייתי מברך על התפתחות שיפוטית כזו. מעניין לציין, כי כבר מורגשת ההשפעה של החלטת בית הדין על מספר לא מבוטל של פסקי דין שניתנו באחרונה.¹⁷²

170. סעיף 13 לחוק הבנקאות (רישוי), תשמ"א-1981, ס"ח 232.

171. בשלב זה החליט בית המשפט העליון לעכב את ביצוע פסק דינו של בית הדין, וזאת לפי החלטתה של השופטת פורקצ'ה שניתנה ב-11.12.2005 בע"א 6916/04 ובע"א 7680/04 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם). החלטה זו ניתנה בעקבות ערעור של הבנק על פסק דינו של בית הדין, אשר החליט שלא לעכב את ביצוע פסק הדין שנתן.

172. ראו על הסוגיות הנדונות במאמר זה, למשל: בש"א (ת"א) 170442/03 בנק יורו טרייד בע"מ נ' ע. שנהר ניהול ונכסים בע"מ (טרם פורסם), בעניין זכותו של הבנק להפסיק את מסגרת

בחנינה שיפוטית של חוזים בנקאיים הנה משימה חשובה למדיי. טוב לחזק את האמון שבין הבנק ללקוחו, כי מכך תצא המערכת הבנקאית כולה מתזוקת. מן הראוי אפוא כי כבר בשלב של כריתת החוזה יהיה ללקוח הביטחון כי החוזה הנו הוגן ואינו מקפח. בדרך זו ניתן למנוע את הסיבוך הכרוך בביטולם של תנאים חוזיים ולמנוע פגיעה בלקוחות. חוק החוזים האחידים מציע פתרון והוא קבלת אישור מראש כי החוזה נקי מתנאים מקפחים.¹⁷³ לשיטתי מבורכת כל יוזמה שתביא בעתיד לידי אימוץ רחב של פרקטיקה זו. עם זאת, צר לי להכיר בעובדה, שבמשך שנים רבות חתמו לקוחות הבנק (וסביר להניח שגם לקוחות של בנקים אחרים) על חוזים שלפי גישתו של בית הדין כוללים מספר כה רב של תנאים מקפחים. תופעה מצערת זו – אשר דיון בסיבותיה חורג מגבולותיו של מאמר זה – כנראה ניתנת היה למנוע.

האשראי; ת"א (רח" 4946/00 בנק דיסקונט בע"מ נ' דמורי (טרם פורסם), בעניין חובת הלקוח לבדוק את דפי החשבון; ת"א (ת"א 93394/97 בנק לאומי סניף נס-ציונה בע"מ נ' פוקס אלקטרוניקה בע"מ (טרם פורסם), בעניין חובת הבנק להודיע ללקוח על שינוי מסגרת האשראי; בש"א (עפ" 1495/03 קיבוץ עין חרוד מאוחד נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (טרם פורסם), בעניין שינוי וביטול של קו אשראי על ידי הבנק, ראו גם את פסקי הדין הבאים המצטטים את החלטת בית הדין, שם דנו בתי המשפט בסוגיות אחרות שלא נכללו במאמר זה: ת"א (ראשל"ץ) 7920/01 הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ נ' הרסון (טרם פורסם); ת"א (ת"א) 197070/02 הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ נ' בן עמי (טרם פורסם); ת"א (י"ם) 15892/01 בנק מרבנתיל דיסקונט בע"מ נ' רזק ג'בר (טרם פורסם); ת"א (ת"א) 61600/03 אי.א.מ.ג.י קפיטל בע"מ נ' רייט לייז בע"מ (טרם פורסם); בש"א (חי') 19469/02 הידרו קלטאש בע"מ נ' בנק לאומי לישראל (טרם פורסם).

173. סעיף 12 ואילך לחוק החוזים האחידים.