

בתי המשפט

ע"ש 195/97		בית הדין לחוזים אחידים בירושלים	
10/06/2004		כבוד השופט יהונתן עדיאל - אב בית הדין	
		ד"ר שחר ליפשיץ - חבר	
		מר עובדיה שרגאי - חבר	

בעניין: היועץ המשפטי לממשלה
 ע"י ב"כ עו"ד מ' ישראלי

המבקש

- נ ג ד -

בנק לאומי

המשיב

ע"י ב"כ עו"ד ב' לוינבוק

<p>ספרות: לוסטהויז ורדה, שפניץ טנה, חוזים אחידים (1994), פרק ב: הקיפוח - עמ' 45-78</p> <p>ספרות: לוסטהויז ורדה, שפניץ טנה, חוזים אחידים (1994), פרק ב: הקיפוח - עמ' 79-121</p> <p>ספרות: לוסטהויז ורדה, שפניץ טנה, חוזים אחידים (1994), פרק ז: ביצוע החוזה - עמ' 299-358</p> <p>חקיקה: חוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981</p> <p>חקיקה: חוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982</p> <p>חקיקה: חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973</p> <p>עיתונות: (13.6.04) YNET, תמר ברזילי – ביה"ד: על לאומי לשנות סעיפים בחוזה לפתיחת חשבון</p> <p>עיתונות: הארץ (13.6.04), אמיר הלמר, ביה"ד לחוזים אחידים החליט לבטל ולשנות 29 סעיפים בהסכם לפתיחת עו"ש של בנק לאומי בשל היותם מקפחים</p> <p>עיתונות: גלובס (13.6.04), שמואל דקלו, בית הדין לחוזים אחידים ביטל 28 סעיפים בחוזה האחיד עליו חותמים פותחי חשבונות עו"ש בבנק לאומי</p>
--

מיני-רציו:

חוזים – חוזה אחיד – אישור

ביטול תנאים מקפחים בחוזה לפתיחת חשבון עו"ש

בפסק-דין מקיף ורחב יריעה פסק בית-הדין לחוזים אחרים בירושלים בבקשת היועמ"ש לבטל ולשנות תנאים מקפחים ב"חוזה התנאים הכללים לפתיחת חשבון עובר ושב" של בנק לאומי, המשיב. ביה"ד ביטל סעיפים וחלקי סעיפים רבים בחוזה, מתוך הכרה בחשבון העו"ש כחשבון המרכזי במערכת הבנקאות, אשר חיוניותו באה לידי ביטוי בחוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981.

בין השאר נפסק כי ההוראה בחוזה אשר קושרת את הלקוח, לגבי חשבונות שייפתחו על-ידי בעתיד, לתנאי החוזה הנוכחי, מקפחת את הלקוחות, בכך שהיא מגבילה מראש את חופש ההתקשרות של הלקוחות ואת שיקול-הדעת החופשי שלהם בעיצוב החוזה, ע"י כבילתם לחוזים שנחתמו על-ידיהם בעבר. בכך מגבילה הוראה זו באופן בלתי סביר את יכולתם של הלקוחות לעצב את החוזים אשר ייחתמו על-ידיהם בעתיד בהתאם לצורכיהם ותוך התחשבות בשינויים בסביבה העסקית או בתחומי החיים האחרים אשר התרחשו מאז פתיחת החשבון הראשון.

כן נפסק כי כאשר מדובר בחוזה המעניק ללקוח מסגרת אשראי לתקופה קצובה, הכלל צריך להיות שעל הבנק לכבד את חוזה האשראי, ועליו להימנע מלבטל או לשנותו אלא במקרים חריגים, אשר שומטים את הבסיס תחת כריתת החוזה, בעיקר שינויים משמעותיים ביכולת הפירעון של הלקוח, אשר מעמידים בספק ניכר את יכולת החזר של האשראי.

סעיפים נוספים שבוטלו בשל כך שיש בהם כדי לקפח את הלקוחות, הינם, בין השאר: הוראה המאפשרת לבנק להקדים ביצוע חיובים, בניגוד להוראות הבנקאות (שירות ללקוח) (דרכי חישוב ריבית), תשנ"א-1990; סעיף המתייחס להיקף חובת השמירה על פנקסי שיקים המוטלת על הלקוח; סעיף הפוטר את הבנק, בהיעדר התרשלות, מאחריות בגין גניבה, השמדה או השחתה של שטרות או שיקים, לביטחון או לזכות החשבון, ומטיל על הלקוח את נטל ההוכחה בדבר התרשלות הבנק במקרים של אובדן או נזק לשטרות או שיקים שנמסרו לביטחון; וסעיף לעניין הטלת הנטל על הלקוח להוכיח, בכל מקרה, את התרשלות הבנק שגרמה לביצוע חלקי או ביצוע בקרוב של הוראות טלפוניות שניתנו ע"י הלקוח.

פסק דין

מבוא

1. היועץ המשפטי לממשלה הגיש בקשה לבטל ולשנות תנאים מקפחים בחוזה התנאים הכללים לפתיחת חשבון עו"ש של בנק לאומי.

3. חשבון העו"ש הוא החשבון המרכזי במערכת הבנקאות. באמצעות חשבון זה מקבלים רוב השכירים במשק את שכרם, ולמעשה הציבור בישראל, רובו ככולו, נזקק לחשבון זה לצורך הניהול היום יומי של פעולותיו הכספיות. חיוניותו של חשבון זה באה לידי ביטוי בחוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981, המטיל חובה על תאגיד בנקאי לתת את השירות של "פתיחת חשבון עובר ושב במטבע

יחסי הכוחות בין הבנק לבין לקוחותיו אינם שווים. הבנק נהנה מעדיפות ברורה על פני הלקוחות. זאת, הן מבחינת הכוח הנתון בידו לכפות על הלקוח תנאים חוזיים, הן מבחינת המידע העומד לרשות הבנק, שפעמים רבות אינו עומד לרשות הלקוח, והן מבחינת נגישותו של הבנק לאמצעים רבים ויעילים בעזרתם הוא יכול להפחית מרמת הסיכון העסקי לה הוא חשוף במהלך עסקיו, אשר אינם עומדים, בד"כ, לרשות לקוחותיו.

הדברים דלעיל נכונים לגבי כלל לקוחותיו של הבנק, אך הם יפים במיוחד לגבי הלקוחות הצרכניים, שהם רוב הלקוחות העושים שימוש בחשבון העו"ש, שמידת התחכום שלהם נמוכה מזו של לקוחות מסחריים, ויכולתם לעמוד באופן מדויק על פרטי החובות והזכויות שלנם במסגרת החוזה מועטה יחסית. זאת, שעה שבידי הבנק קיימים אמצעים רבים ויעילים לצמצום נזקיו, לעומת מיעוט האמצעים שבידי הלקוח.

בנסיבות אלה, קיימת מצד הלקוחות רמת הסתמכות גבוהה ביחסיהם עם הבנק, כאשר הלקוחות נוהגים לתת אמון בכישוריו של הבנק ובאמצעים הטכניים העומדים לרשותו, ובמקרים רבים אינם בודקים בעין בוחנת את פעולות הבנק ואינם מקיימים על פעולותיו פיקוח ממשי (ראה [ו. לוסטהויז ט. שפניץ חוזים אחידים, נבו תשנ"ד \(להלן – לוסטהויז ושפניץ\) בעמ' 72](#)).

התייחס לכך בית המשפט העליון בע"א 422/85 **בנק לאומי לישראל בע"מ נ' החברה הישראלית לביטוח משנה בע"מ ואח'**, פ"ד מה(5) 32 :

"אכן, בעת האחרונה הנטייה היא להטות את כפות המאזניים לעבר הטלת חבות על הבנק, יותר מכפי שהדבר היה בעבר; הטעם לדבר הוא בעיקרו שהבנק נתפס במערכת היחסים הכוללת בינו ובין לקוחו כצד היחזקי שבידיו הכלים המתאימים כדי להגן על עצמו מפני מעשי חריגה של עובדיו".

(סעיף 1 לפסק דינו של כב' השופט (כתוארו אז) ש' לוי).

בבסיסה, מערכת היחסים בין הבנק ללקוח היא מערכת יחסים שבין לווה ומלווה. אולם, במשך השנים הפסיקה הרחיבה את גבולות האחריות של הבנקים וייחסה להם חובות מוגברות המבוססות על תפיסת הבנק כנאמן. התייחס לכך הנשיא שמגר בפסק הדין בעניין **ציגלר** (ע"א 5893/91 **טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' נתן צבאח ואח'**, פ"ד מח(2) 573) קבע בית המשפט העליון :

"מודע אני לגישה הרווחת באנגליה ואשר מאפיינת את המשפט המקובל. מערכת היחסים הרגילה שבין הבנק ללקוח אינה מוגדרת שם כמערכת שבה הבנק חב כלפי הלקוח בחובות

אמון, אלא שחובות אלה יכולות להיווצר במצבים מסוימים לאור פעולותיו של הבנק במקרה הספציפי.

...
לגישתי, כיום, לאור ההתפתחות הכלכלית והתעשייתית והמקום החשוב אותו תופסים הבנקים בפעילות זו, יהיה זה מוטעה לגרוס כי מערכת היחסים שבין בנק ללקוחו ואף בין בנק לאדם המבקש ללוות כספים היא מערכת יחסים שמאופיינת כמערכת יחסים רגילה של מלווה-לווה. הבנק משמש כמעט בכל המקרים כיועץ פיננסי בענייני השקעות ומייעץ אף בעניין סוג ההלוואות אותן כדאי לקחת, מידת פריסתם של החוזרים בגין הלוואות אלו, הריבית המשתנה בגין החוזרים אלו וכו'.

זאת ועוד, פקיד הבנק נתפש בעיני הלקוח כגורם אמין עליו ניתן לסמוך ולהסתמך, ופעמים רבות הלקוח מכלכל את צעדיו על-פי עצתו של האחרון (ראה ד"ר א. פורת, במסתו הנ"ל על אחריותם של בנקים). לכן, יש כיום להינתק, לדעתי, מתפיסתו של המשפט המקובל כפי שהיא באה לידי ביטוי באנגליה ואף בארצות הברית ולומר, כפי שנאמר לא אחת בפסקי הדין שאוזכרו לעיל, כי מערכת היחסים בין הלקוח לבנק מושתתת במידה רבה על יחסי אמון ורק החריג הוא קיומם של יחסי לווה-מלווה במשמעותם הארכאית".

(שם, בעמ' 593).

לאור התפקיד הציבורי שממלאים הבנקים, התפתחה בפסיקה גם מגמה המתייחסת אליהם כאל גופים מעין ציבוריים ומטילה עליהם חובות מחמירות, בדומה לאלה המוטלות בדין על גופים ציבוריים:

"... בנקים ממלאים תפקידים ציבוריים רבים, כך הם משמשים לעיתים שלוחים לביצוע מדיניות ממשלתית ו'צינור' להעברת הלוואות ממשלתיות לציבור. גם מאפיין זה, מצדיק, במקרים מסוימים, את הרחבת אחריותם הנזיקית כלפי לקוחות ושאינם לקוחות, תוך לימוד אנלוגיה מן ההלכות המשפטיות המגדירות אחריותן של רשויות ציבוריות".

(מאמרו של ד"ר פורת "אחריותם של בנקים בגין רשלנות: התפתחויות אחרונות", **ספר השנה של המשפט בישראל**, תשנ"ב, כפי שצוטט בפסק הדין בעניין **צבאח**).

לצד שיקולים אלה. התומכים בזכות החמרת החובות המוטלות על הבנק כלפי לקוחותיו, יש להביא בחשבון גם את האינטרסים המסחריים של הבנק, שיש בהם כדי להשפיע על המערכת הכלכלית כולה. על כן, ראוי להימנע מהתערבות בהוראות חוזיות המגנות על אינטרסים לגיטימיים של הבנק. כך קבע בית המשפט בע"א 1304/91 **טפחות - בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' אלן ליפרט**, פ"ד מז(3) 309:

"מצד שני, יש להביא בחשבון, בעיצוב החובה, גם את הקשיים המעשיים, העלולים להתלוות לחובה רחבה מדי, שבה לא יוכלו התאגידים הבנקאיים לעמוד; יש להתחשב גם באינטרס הציבורי ביציבות ובוודאות במערכת הבנקאית, הממלאת תפקיד מרכזי בפעילות הכלכלית במשק, וליישם את הוראת סעיף 3 באופן שאינטרס זה לא ייפגע שלא לצורך".

(עמ' 328).

הדברים אמורים, לא רק בהיבט הכללי של יחסי בנק - לקוח, אלא גם בהתייחס לפעולות הספציפיות שמבצע הבנק עבור לקוחותיו, ובהתחשב במאפיינים המיוחדים לכל פעולה ופעולה. בקביעת היקפה של חובת הזהירות המוטלת על הבנק, למשל, נקבע כי "יש לאזן בין אינטרסים שונים, ושיקולי מדיניות הם המעצבים את גבולותיה של החובה" (ע"א 636/89 ד"ר אברהם כחולי ואח' נ' בנק ברקליס דיסקונט בע"מ, פ"ד מה(3) 265). כך, בקביעת היקף אחריותו של הבנק במלאו את התפקיד של פירעון שיקים (paying banker), יש לשקול, זו מול זו, את החובה לקיים פעילות שוטפת, מהירה ויעילה של פירעון שיקים באופן כמעט מיידי, ובו בזמן לנקוט באמצעי זהירות ראויים ולעשות כל הניתן והראוי כדי למנוע נזקים העלולים להיגרם ללקוח עקב מרמה. בסבך זה של שיקולים, ציין בית המשפט העליון בפרשת פרוסט (דנ"א 1740/91 בנק ברקליס דיסקונט בע"מ נ' שרגא פרוסט ואח', פ"ד מז(5) 31) "חייבת ההלכה לפרוץ לעצמה דרך מלך, והיא בפשרה ובאיזון ראוי בין אותם שיקולים סותרים: לאפשר פעילות שוטפת ובלתי מופרעת של הבנק, ובעת ובעונה אחת ליצור כלי שיגן ככל הניתן על הלקוח מפני רמאות".

בהקשר זה, של האינטרסים המסחריים של הבנק אשר עשויים להשפיע על המערכת הכלכלית כולה, יש להביא בחשבון גם את המחיר הכלכלי אשר עשוי להילוות להטלת אחריות מוגברת על הבנק. מחד, להכבדת האחריות על הבנק עלות כספית, וזו תוטל בסופו של דבר על לקוחות הבנק. תוצאה זו עלולה לגלגל נזק שאמור ליפול על לקוח ספציפי או על קבוצה מסוימת של לקוחות על כלל לקוחות הבנק ולייקר את העלות של השירות הבנקאי. מאידך, העובדה שהבנק הוא נשא נזק טוב, אשר יכול לגלגל סיכונים על לקוחות רבים, תומכת, במקרים רבים, בהרחבת אחריותו של הבנק.

חוזה הבנק עם לקוחותיו הוא "חוזה יחס" (relation contract) המתאפיין ביחסים ארוכי טווח ומורכבים. חוזים כאלה, כפי שנקבע בפסיקה "רגישים לקיומן של נסיבות עתידיות שלא הוסדרו במפורש בחוזה. הם מנסים ליצור במסגרתם שלהם, איזון בין הצורך בוודאות וציפיות לבין הצורך בגמישות ויכולת הסתגלות לתנאים משתנים. איזון זה מושג על-ידי אמצעים מגוונים, ובהם קיבעת מנגנונים לשינוי

תנאי החוזה והשלמתם, קביעת אמות מדיה לחלוקה החדית של סיכונים וקביעת דרכים לפתרון מוסכם של מחלוקות תוך המשך קיום היחסים החוזיים (רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עיזבון המנוחה מילגרום הינדה ז"ל נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145) (וראה לעניין זה גם פרופ' אייל זמיר חוזה קבלנות, תשל"ד–1974, בהוצאת המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, תשנ"ה–1994, 391).

אופיו של החוזה הבנקאי כחוזה יחס, מחייב מודעות לצורך בקיומם של מנגנונים חוזיים גמישים, המאפשרים את התאמתו של החוזה לנסיבות משתנות. על כן, היא עשויה להצדיק התערבות בתנאים בחוזה המקפאים את המצב בעת כריתת החוזה לתקופה ארוכה, ודאי כשאלה מבוססים על התחשבות יתר באינטרס של הבנק.

6. בהתחשב בקושי הכרוך בהגדרתו של מושג הקיפוח, עשינו במסגרת הדיון שבפסק דין זה שימוש נרחב בחזקות הקיפוח שנקבעו בסעיף 4 לחוק. בייחוד בחזקת הקיפוח הקבועה בסעיף קטן (1) לאותו סעיף, הקובעת שחזקה (אשר ניתנת לסתירה על-ידי הספק) על תנאי שהוא תנאי מקפח, אם הוא פוטר את הספק, באופן מלא או חלקי, מאחריות שהייתה מוטלת עליו על-פי דין אילולא אותו תנאי, ובחזקה הקבועה בסעיף קטן (6) לאותו סעיף, שעניינה בתנאי השולל או המגביל זכות או תרופה העומדת ללקוח על-פי דין.

בחינת הקיפוח לאורן של חזקות אלה, חייבה אותנו לחרוג, במקרים רבים, מההקשר הבנקאי "הצר" של המחלוקות שבין הצדדים, תוך פרישת הדיון והרחבתו על חלקים נרחבים של המשפט האזרחי.

7. נושא נוסף שנבקש להבהיר במסגרת המבוא לדיון שלהלן, הוא שעסקינן במקרה זה בבקשה לבטל תנאים מקפחים בחוזה אחיד לפי סעיף 16(א) לחוק. אין לפנינו בקשה מצד הבנק (לפי סעיף 12 לחוק) לאשר שבחוזה הנוגע לעניין אין תנאים מקפחים. לפיכך, הדיון בפסק דין זה הוגבל רק לאותם סעיפים שביטולם התבקש על-ידי היועץ המשפטי לממשלה. פועל יוצא ממתכונת זו של הדיון, הוא שאין בפסק דין זה כדי לקבוע שאין בחוזה העו"ש, על תנאיו, כדי לקפח את הלקוחות.

8. בהמשך, נדון בטענות הצדדים לגבי סעיפי החוזה השונים, אחת לאחת.

המבוא הכללי של החוזה

9. הוראה זו קובעת כי תנאי החוזה הנוכחי יחולו, לא רק על החשבונות הנוכחיים של הלקוח בבנק, אלא גם על חשבונות עתידיים בזו הלשון:

"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.

כמו כן, יחולו תנאי כתב זה גם על חשבונות ופיקדונות אחרים שיפתחו על שם הלקוחות ושיתנהלו תחת מספר הלקוח הרשום לעיל, ככל שהם אינם עומדים בסתירה לאמור בתנאים המיוחדים החלים ושיחולו על אותם חשבונות/פיקדונות.
(החשבונות ו/או הפיקדונות עליהם חלים תנאי כתב זה ייקראו להלן ביחד ולחוד – 'החשבון/הפיקדון' או 'החשבונות/הפיקדונות')."

10. מהוראה זו עולה כי תנאי החוזה יחולו על כל חשבונות העו"ש העתידיים וכן על חשבונות ופיקדונות מהסוגים המפורטים בו, שמספרם מצוין בבקשת פתיחת החשבון.

הוראה זו משקפת תיקון שערך הבנק בחוזה העו"ש הקודם בעקבות הוראת המפקח על הבנקים על-פי חוזר מס' ח-1881-06 מיום 3.8.97 שזה נוסחו:

1. במספר בנקים נוהגים להחתים לקוחות חדשים הפותחים חשבון בבנק על טופס תנאים כלליים לניהול חשבונות, המסדיר באופן גורף לא רק את תנאי ניהול חשבון עובר ושב אלא גם את תנאי הניהול של פקדונות בשקלים ובמטבע חוץ, תוכניות חיסכון, פקדון למשמרת ניירות ערך, חשבונות אשראי ותנאים כלליים לקבלת אשראים באמצעות כרטיס אשראי. כך יוצא שלקוחות חדשים חותמים לפעמים על הסכמה לתנאים הנוגעים לסוגי חשבונות ופקדונות אשר אין להם וגם לא תהיה להם כוונה לפתוח בעתיד.

2. אנו סבורים כי אין מקום לאיחוד זה, אשר מעמיס על הלקוח הסכמות אשר לא בהכרח יש לו צורך בהן, והן עלולות לסבך אותו בהתחייבויות שלא התכוון ליטול על עצמו, במיוחד אם מדובר בחשבון משותף או שקיימות בחשבון הרשאות אחרות. קיום עודף הסכמות מגדיל את הסיכון להסתבכות גם מכיוון של מעשי תרמית שהסיכוי להם גדל בעידן זה של הגברת השימוש בשירות טלפוני ובבנקאות ישירה.

3. לאור האמור לעיל הנכם מתבקשים לנהוג כלהלן: בנק המחתיים את לקוחותיו על טופס תנאים כלליים, הכולל שירותים בנקאיים שונים, יעשה זאת באחת משתי הדרכים הבאות:

- (1) חלוקת טופס התנאים הכלליים לפרקים לפי סוגי החשבונות (כגון: חשבון עו"ש, פקדון לזמן קצוב, פקדון ניירות ערך, וכו') וחתימת הלקוח בסוף כל פרק;
- (2) בטופס התנאים הכלליים יצויין כי התנאים הכלליים יחולו רק על סוגי שירותים שיפורטו בנספח לטופס ושאושרו בחתימת הלקוח; בנספח יפורטו סוגי השירותים והלקוח יחתום ליד כל שרות אותו הוא מבקש לקבל".

הסעיף הנוכחי, טוען הבנק, תואם את החלופה השניה שנקבעה על-ידי המפקח בחוזר האמור.

11. היועץ המשפטי טוען שגם הסעיף המתוקן מקפח את הלקוחות, בכך שהוא מכפיף את כל החשבונות מהסוגים הנקובים בחוזה שייפתחו על-ידי הלקוח בעתיד תחת אותו מספר חשבון לתנאי החוזה הנוכחי. משמעות הוראה זו, טוען היועמ"ש, הנה כי לא תהיה חובה על הבנק להחתיים את הלקוח או אף למסור לו עותק מן החוזה כאשר הוא פותח עותק חדש, וזאת אף אם עברו מספר שנים מחתימת הלקוח על החוזה הנוכחי. הוראה זו, נטען, מונעת מן הלקוח את האפשרות לגבש את עמדתו לגבי כל חוזה וחוזה שהוא כורת עם הבנק בנפרד, וקושרת אותו מראש, לעתים לתקופה של שנים ארוכות, לנוסח אחד של חוזה, שהלקוח עשוי שלא להיות מודע לו בעת שהוא פותח את החשבון החדש. הוראה זו שבחוזה, טוען היועמ"ש, פוגעת בחופש החוזים של הלקוח, וזאת בשני היבטים: חופש ההתקשרות עצמו וחופש העיצוב של הוראות החוזה. בכך מקימה הוראה זו גם חזקת קיפוח לפי סעיף 4(5) לחוק, הקובעת כי "תנאי המחייב את הלקוח באופן בלתי סביר להיזקק לספק או לאדם אחר, או המגביל בדרך אחרת את חופש הלקוח להתקשר או לא להתקשר עם אדם אחר" חזקה שהוא מקפח. תנאי זה גם נוגד, לפי הטענה, את סעיף 24 [לתוק החוזים \(חלק כללי\)](#), תשל"ג-1973, המעגן את זכותם הבסיסית של הצדדים לחוזה לעצב את החוזה כרצונם: "תוכנו של חוזה יכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים". לאור כך, נטען, נופל תנאי זה גם בגדרה של חזקת הקיפוח שבסעיף 4(6) לחוק בהיותו "תנאי השולל או המגביל זכות או תרופה העומדות ללקוח על-פי דין".

12. אשר להוראת המפקח על הבנקים שבחוזר הנזכר לעיל, טוען היועמ"ש, כי הוראה זו איננה רלבנטית לענייננו. מטרתה של ההוראה, לפי הטענה, היא למנוע החתמה של הלקוח על סוגים שונים של חשבונות ופיקדונות בעת שהוא מעוניין לפתוח חשבון מסוג או סוגים מסוימים בלבד. ההוראה אינה עוסקת, לטענת היועמ"ש, בשאלה האם ראוי שהלקוח יהיה מחויב גם לגבי חשבונות עתידיים מאותו סוג.

13. עמדת הבנק היא כי הוראה זו חלה אך ורק על חשבונות עו"ש שמספרם מצוין בבקשת פתיחת החשבון, ולא על סוגי חשבונות אחרים. לטענתו, כוונת המבוא הכללי היא להחיל את תנאי חוזה העו"ש על חשבונות מאותו סוג, שלהם מיועד חוזה העו"ש (כלומר, חשבונות עו"ש), ולא על חשבונות מסוג אחר. תנאי חוזה העו"ש יחולו רק לגבי החשבונות שמספרם מצוין בבקשת פתיחת החשבון ושהלקוח חתם בצדס. תיקון זה תואם, לטענת הבנק, את הוראת המפקח בחוזר מס' ח-06-1881 הנזכר לעיל, אשר מאפשר לבנק להחיל את התנאים הכלליים של חוזה העו"ש גם על חשבונות שייפתחו בעתיד על שם הלקוח תחת אותו מס' לקוח. דרישת היועמ"ש, טוען הבנק, מחייבת להחתיים את הלקוח על אותו טופס בדיוק לגבי חשבון זהה לחלוטין. זאת, חרף העובדה שהלקוח כבר קרא את הטופס לפני חתימתו, הבין את תנאיו והסכים לפתוח את החשבון, כמו כל חשבון נוסף שיתנהל בשמו, תחת אותו מס' לקוח, על-פי אותם תנאים. כתוצאה מדרישה זו, טוען הבנק, הלקוח יאלץ לסור אל הבנק ולחתום על אותו טופס בדיוק שאותו הוא קרא בעבר ולתנאיו הוא כבר הסכים. דרישה זו, נטען, תיצור סרבול ובלבול בניהול החשבונות על-ידי החתמת הלקוח על מספר טפסים זהים ללא צורך, והיא תפגע גם בלקוח עצמו.

עם זה, הבנק מציין בעצמו, כי כאשר לקוח פותח חשבון עו"ש חדש, לרוב נפתח החשבון על מספר לקוח חדש ואז ממילא חותם הלקוח על חוזה חדש. מכאן, שמבחינה מעשית, מספר המקרים בהם יחולו הוראות חוזה העו"ש שנחתם בעבר על חשבונות עו"ש הנו קטן.

14. לדעתנו, הוראה זו הקושרת את הלקוח, לגבי חשבונות שייפתחו על ידו בעתיד, לתנאי החוזה הנוכחי, מקפחת את הלקוחות, בכך שהיא מגבילה מראש את חופש ההתקשרות של הלקוחות ואת שיקול הדעת החופשי שלהם בעיצוב החוזה, על-ידי כבילתם לחוזים שנחתמו על ידם בעבר. בכך מגבילה הוראה זו באופן בלתי סביר את יכולתם של הלקוחות לעצב את החוזים אשר ייחתמו על ידם בעתיד בהתאם לצורכיהם ותוך התחשבות בשינויים בסביבה העסקית או בתחומי החיים האחרים אשר התרחשו מאז פתיחת החשבון הראשון.

גישה זו, אשר עולה מהחוזה, לפיה הסכם פתיחת החשבון ההיסטורי מחייבת את הצדדים לאורך ימים ושנים, אינה מתיישבת גם עם תיאוריית חוזה היחס שהזכרנו במבוא לפסה"ד, המבקשת ליצור בחוזים מסוג זה מנגנוני עדכון ארוכי טווח.

על רקע זה, אנו סבורים שהוראה זו שבחווה אכן מקימה חזקת קיפוח לפי סעיף 4(5) לחוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982 (להלן - החוק), בהגבילה "את חופש הלקוח להתקשר או לא להתקשר עם אדם אחר".

הוראה זו אף פוגעת, לפיכך, בהוראת סעיף 24 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, אשר קובעת, כי "תוכנו של חוזה יכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים". על רקע זה, מקובלת עלינו טענת היועץ המשפטי, שהוראה זו מקימה חזקת קיפוח גם לפי סעיף 4(6) לחוק, בהיותה, "תנאי השולל או המגביל זכות או תרופה העומדות ללקוח על-פי דין, ... או המתנה אותן ... בדרישה בלתי סבירה".

מקובלת עלינו, בהקשר זה, גם טענת היועץ המשפטי לממשלה, כי תנאי זה מקנה לספק - הבנק - יתרון בלתי הוגן על פני הלקוחות, בכך שהוא מאפשר לו או מקל עליו להכתיב ללקוחות מראש את תוכנם של חוזי העו"ש העתידיים.

העובדה שהתנאי האמור, על-פי לשונו, חל רק על חשבונות עו"ש שייפתחו תחת מספר החשבון הנוכחי אין בה כדי לשנות מסקנה זו. שהרי השאלה המהותית היא האם החוזה מגביל את חופש ההתקשרות של הלקוחות בעתיד. לענין זה איננו רואים נפקות לכך שמבחינה טכנית החשבון העתידי ישא את אותו מספר לקוח שנושא החשבון הנוכחי. נכון אמנם, כפי שטוען הבנק, שהלקוח מודע, בעת שהוא חותם על חוזה העו"ש הנוכחי, לכך שתנאיו של חוזה זה יחייבו אותו גם לגבי כל חשבון עו"ש שייפתח על ידו בעתיד. נכון גם שהבנק נוהג להחתים כל לקוח הפותח חשבון עו"ש חדש על נספח לחוזה שבו הוא מסכים לקבלת כל התנאים האמורים בחוזה העו"ש עליו הוא כבר חתם בעבר. אולם, בכך אין כדי להסיר את הקיפוח.

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. גם החתימה בעת פתיחת החשבון החדש על נספח לחוזה שבו הלקוח מסכים לקבל על עצמו את כל תנאי חוזה העו"ש עליו חתם בעבר, איננה מסירה את הקיפוח. החתימה על נספח מעין זה מחילה, על דרך האימוץ, את תנאי חוזה העו"ש הישן על חשבון העו"ש החדש. טכניקה זו מקהה את מודעותו של הלקוח לכך שמדובר בעסקה חדשה ואין בה כדי להקנות ללקוח הזדמנות אמיתית לעמוד על תנאי החוזה תוך בדיקת התאמתם של תנאי החוזה ההיסטורי לנסיבות הנוכחיות.

15. גם אם החתמת הלקוח על חוזה חדש כל אימת שהוא פותח חשבון חדש, תביא לסרבול מה במתן השירות, אנו סבורים שעל הבנק, כמו גם על הלקוח, לשאת בטרחה נוספת זו, שלהערכתנו היא טרחה שולית. זאת כדי לאפשר ללקוחות לעמוד באופן ישיר על תנאי ההתקשרות החלים על החשבון החדש. גם הנוק הכרוך בהטרכת הלקוח לבנק, ככל שטרחה כזו אמנם מתחייבת בעידן התקשורת הנוכחי, איננו מצדיק את הקיפוח הכרוך בהוראה זו שבחוזה הנוכחי.

16. אשר להוראת המפקח על הבנקים, מקובלת עלינו עמדת היועץ המשפטי לממשלה, אשר נתמכת גם בתצהירו של סגן המפקח על הבנקים, כי הוראה זו נועדה למנוע החתמת הלקוח המעוניין לפתוח חשבון מסוג אחד על הסכמה לסוגי חשבונות אחרים, שאותם הוא כלל לא התכוון לפתוח. אין בהוראה זו משום מתן הכשר לקשור את הלקוח, לגבי כל חוזה עו"ש שייפתח על ידו בעתיד, בתנאי החוזה שנחתמו על ידו בעבר. כך הסביר בתצהירו גם סגן המפקח על הבנקים: "מטרתה של הוראת המפקח היא למנוע החתמה של הלקוח על סוגים שונים, של חשבונות ופיקדונות בעת שהוא מעוניין לפתוח חשבון מסוג או סוגים מסוימים בלבד. ההוראה אינה עוסקת בשאלה האם ראוי שהלקוח יהיה מחויב גם לגבי חשבונות עתידיים מאותו סוג, ובוודאי שאין ללמוד ממנה, ... כי המפקח על הבנקים איננו מתנגד לכך. בעניין זה עמדתנו הנה כי אין מקום שהלקוח יחויב גם לגבי העתיד ..." (סעיף 2ד' לתצהירו של סגן המפקח, מר מרדכי פיון, מיום 10.6.99).

סעיף 1.1 - ריבית לזכות החשבון

17. סעיף זה קובע:

"יתרת הזכות בחשבון תישא ריבית, אם בכלל, בשיעור ובאופן שיהא נהוג בבנק מפעם לפעם ותיזקף לזכות החשבון בתום כל חודש, או בתום כל תקופה אחרת, כפי שיהא נהוג בבנק מפעם לפעם. הבנק ימציא ללקוחות על-פי דרישתם המפורשת מידע על הריבית הקרדיטורית שנוקפה לזכות החשבון".

במסמך ה"מוסכמות ופלוגתאות" הסכימו הצדדים לשנות את מיקומו של הסעיף במסגרת הפרק המתייחס לחשבון חש"ק, כך שלא יופיע בראש החוזה. הבנק אף הודיע על נכונותו לסייג את הסעיף, כך שהוא יחול רק במידה שיוסכם על כך עם הלקוח.

שינויים אלה מקובלים עלינו, ויש לשלבם בנוסח המתוקן של החוזה.

סעיף 1.2 סיפא - ביטול או הפחתה של מסגרת האשראי

18. סעיף זה עוסק בזכותו של הבנק לבטל את מסגרת האשראי שהוקצתה ללקוח והוא קובע כדלקמן:

”גבולות למשיכת כספים מהחשבון

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 לחדש את מסגרת האשראי. הבנק יהיה רשאי להפחית או לבטל את מסגרת האשראי בהודעה של עשרה ימים (או תקופה קצרה יותר שיקבע הבנק בכפיפות להוראות כל דין) מראש, או באופן מיידי וללא הודעה מוקדמת, במקרים שבהם הוא עלול להסתכן באי יכולת לגבות את האשראי עקב שינוי לרעה בכושר הפרעון של הלקוחות, או עם היווצרותם של תנאים אחרים המחייבים הקטנה מיידיית או ביטול של מסגרת האשראי, או במקרים אחרים המותרים על-פי כל דין, והכל לפי שיקול דעתו של הבנק.”

הסעיף קובע עקרון, לפיו הלקוחות אינם זכאים למשוך כספים מעבר לגבול יתרת הזכות שתעמוד לרשותם בחשבון, אלא אם אושרה להם מסגרת אשראי, לתקופה שאושרה ובגבול האישור. כמו כן קובע הסעיף, כי הבנק אינו חייב לתת או לחדש את מסגרת האשראי והוא רשאי להפחית את מסגרת האשראי או לבטלה בהודעה מראש של עשרה ימים. הבנק אף רשאי, על-פי הוראה זו, להפחית או לבטל את מסגרת האשראי באופן מיידי וללא הודעה מוקדמת, במקרים בהם עלול הבנק להסתכן באי יכולת לגבות את האשראי עקב שינוי לרעה בכושר הפירעון של הלקוחות וכן עם היווצרותם של תנאים אחרים המחייבים הקטנה מיידיית או ביטול מסגרת האשראי, או במקרים אחרים המותרים על-פי כל דין.

19. היועץ המשפטי לממשלה איננו חולק על זכותו של הבנק להחליט על עצם מתן האשראי. אולם, הוא חולק על הזכות שנוטל לעצמו הבנק לבטל את מסגרת האשראי על-פי שיקול דעתו הבלעדי. לגישתו של היועץ, הוראת הסעיף הנה גורפת ביותר, בכך שהיא מאפשרת לבנק, לפי שיקול דעתו הבלעדי, ללא נימוקים או סיבות מיוחדות לבטל את מסגרת האשראי ולשנות את תנאיה. ביטול מסגרת האשראי ללא סיבה מוצדקת ולעיתים גם ללא מתן הודעה מספקת מראש, מעמידה את הלקוח במצב קשה של חוסר ודאות יומיומית, שכן הלקוח אינו יכול לדעת את היקף השינוי שלו הוא צפוי ואת מהותו. הוא הדבר לגבי הדרישה לכיסוי יתרות חובה תוך תקופה קצרה, דרישה אשר נגזרת מביטול מסגרת האשראי, אשר עלולה

להיות הרת אסון לעסקים רבים, ולעיתים אף למוטטם כליל. הוראה זו, סבור היועמ"ש, הנה "דוגמא קיצונית ביותר למקרים בהם עוסקת חזקת הקיפוח שבסעיף 2)4 לחוק, והבנק לא הרים את הנטל לסתור חזקה זו. היועץ המשפטי מפנה בהקשר זה לספרן של המלומדות לוסטנהויז ושפניץ, המביאות, כדוגמא לתנאי מקפח מסוג זה, תנאי בחוזה של חברת ניהול, לפיו היא תהא רשאית על-פי שיקול דעתה הבלעדי להחליט איזה שירות לתת אם בכלל, אשר בוטל על-ידי בית המשפט ([לוסטנהויז ושפניץ, עמ' 87](#)). התנאי שלפנינו, סבור היועמ"ש, דומה לתנאי נשוא אותו דיון, אשר בוטל על-ידי בית המשפט.

לגישתו של היועמ"ש, על הבנק לקבוע מסגרות אשראי לתקופה קצובה והוא איננו רשאי, ככלל, לבטל את מסגרת האשראי כל עוד הלקוח עומד בתנאי ההסכם. אם הבנק מבקש לבטל או לשנות את מסגרת האשראי במהלך ההסכם, טוען היועמ"ש, עליו להוכיח שקיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת, למשל, כאשר הבנק נקלע לקשיי נזילות. גם כאשר הבנק מבטל או משנה את מסגרת האשראי, סבור היועמ"ש, עליו להודיע על כך ללקוח זמן סביר מראש, על מנת לאפשר לו להתארגן בהתאם. לגישת היועמ"ש, על הבנק ליתן הודעה ללקוח גם במקום שבו הסכם הקצאת האשראי עומד להגיע לסיומו.

על טענת הבנק הסומך את הוראת הסעיף, בין היתר, על סעיף 18(ג) לכללי הבנקאות (שירות ללקוח) (גילוי נאות ומסירת מסמכים), התשנ"ב-1992, משיב היועץ המשפטי, שהוראה זו שבכללי הבנקאות נועדה, כשם של הכללים, לקבוע כללים לגילוי נאות על-פי האמור בסעיף 5 [לחוק הבנקאות \(שירות ללקוח\)](#), תשמ"א-1981. מטרת הכללים, סבור היועמ"ש, אינה להעניק לבנק זכות מהותית לבטל חוזה, כאשר אין לו זכות לעשות כן על-פי החוזה או הדין, אלא רק לקבוע, שגם כאשר יש לבנק זכות לבטל את החוזה, עליו להודיע על כך ללקוח 10 ימים מראש. בנוסף, מציין היועמ"ש, כי מתצהירו של המפקח על הבנקים עולה, שהמפקח פועל בימים אלה לתיקון כללי הגילוי ובמסגרת התיקון מוצע לבטל את סעיף 18(ג). זאת, לאור עמדתו של המפקח, לפיה במקום בו יש לבנק זכות להקטין או לבטל את מסגרת האשראי, יש ליתן ללקוח הודעה על כך זמן סביר מראש, על מנת שיוכל להתארגן בהתאם (עמ' 3 לתצהיר המפקח). התקופה של 10 ימים הקבועה בכלל 18(ג) הנוכח, סבורים היועץ המשפטי והמפקח על הבנקים, הנה, למעט במקרים חריגים, תקופה קצרה ביותר ואין בה כדי להעניק ללקוח שהות מספקת להתארגנות חלופית לשם גיוס כספים. על-פי דברי ההסבר להצעת התיקון האמורה, מאחר שהנושא נבחן בימים אלה בבית הדין לחוזים אחידים, הרי שעד למתן ההכרעה בבית הדין, ולאור

העובדה שמסגרות אשראי הנן לתקופה קצובה, יש ליתן ללקוח הודעה על הפחתת מסגרת האשראי זמן סביר מראש על מנת שיוכל להתארגן בהתאם.

20. הבנק טוען ראשית, כי הסעיף עולה בקנה אחד עם סעיף 18(ג) לכללי הבנקאות (שירות ללקוח) (גילוי נאות ומסירת מסמכים), התשנ"ב-1992 (להלן – כללי הגילוי).

לטענת הבנק, מסגרת האשראי אשר מוענקת ללקוח, בניגוד, למשל, להסכם הלוואה, צריכה להיות גמישה וניתנת לביטול על-ידי שני הצדדים באופן הדדי. כך, כפי שהלקוח יכול באופן חד צדדי להחליט שלא לנצל את מסגרת האשראי או להחזיר בכל עת אשראי שלקח, גם הבנק רשאי לבטל או להפחית באופן חד צדדי את מסגרת האשראי. שיקול הדעת הבלעדי לגבי מתן האשראי מסור, לפי גישה זו, לבנק עצמו, ולא ניתן לחייב את הבנק להעמיד אשראי ללקוח או להמשיך ולהעניק לו אשראי בניגוד לרצונו. גמישות זו במתן האשראי, מציין הבנק, נדרשת כדי שהבנק יוכל להבטיח את קבלת כספיו במקרה של התדרדרות בעסקיו של הלקוח. ייתכנו מקרים, מסביר הבנק, בהם לא יהיה מקום או זמן למתן הודעה מוקדמת ללקוח, למשל במקרה בו ידוע לבנק כי הלקוח נמצא במצוקה כלכלית ועומד להימלט מן הארץ, שאז, אין לחייב את הבנק להמשיך ולהעמיד ללקוח כזה קו אשראי. חיוב הבנק לתת ללקוח במקרה כזה הודעה מראש על ביטול קו האשראי ובינתיים להמשיך ולהלוות לו כספים, נטען, תיצור מצב אבסורדי שבו על הבנק לשים את כספיו על קרן הצבי וליתן הלוואות חרף ידיעתו שללקוח אין כל יכולת להחזיר את החוב.

לאור האינטרס הלגיטימי שיש לבנק להפסיק את מתן האשראי, סבור הבנק, לא ניתן לראות בסעיף זה כסעיף מקפח. לקוח המבקש להבטיח עצמו מפני ביטול מסגרת אשראי, טוען הבנק, יוכל לעשות שימוש באמצעי מימון אחרים, כגון לקיחת הלוואה.

ב"כ הבנק, עו"ד לוינבוק, אף מפנה לפסיקה שבה נדחו, לטענתו, טענות קיפוח כלפי סעיף זה על-ידי בתי המשפט.

21. סעיף 2(א) סיפא [לחוק הבנקאות \(שירות ללקוח\)](#), תשמ"א-1981 קובע כי "אין חובה לתת שירות שיש בו משום מתן אשראי ללקוח". לפיכך, לא יכולה להיות מחלוקת על כך שהבנק אינו חייב לתת ללקוח אשראי, ובטרם יתן אשראי הוא יכול הוא לשקול שיקולים משיקולים שונים, כגון הביטחונות שעומדים לרשות הלקוח, סוג העיסוק

של הלקוח, היקף עיסוקו ועוד כהנה וכהנה שיקולים. אין גם מחלוקת כי בעיקרון, זכאי הבנק, במקרים מסוימים, להפחית או לבטל את מסגרת האשראי בהודעה מראש.

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

22. נפתח בטענתו הראשונה של הבנק הנסמכת על סעיף 18(ג) לכללי הבנקאות (שירות ללקוח) (גילוי נאות ומסירת מסמכים), התשנ"ב-1992, אשר קובע:

"החליט התאגיד הבנקאי על הפחתה במסגרת האשראי, יודיע על כך עשרה ימים לפחות לפני השינוי; אין בהוראה זו כדי למנוע מהתאגיד הבנקאי להקטין מסגרות אשראי או לבטלן, ללא הודעה 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 מיידית של מסגרת האשראי".

בעקרון, מקובלת עלינו עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה, לפיה סעיף זה לא נועד לקבוע האם קיימת בידי הבנק זכות מהותית מכוח החוזה או הדין לבטל או לשנות את הסכם מסגרת האשראי, אלא רק לקבוע את הדרך שבה על הבנק לעשות זאת ואת משך ההודעה המוקדמת שעליו לתת, אם בכלל, לפני ביטולה או שינויה של מסגרת האשראי. אפילו תאמר שהמפקח יוצא בהוראה זו מההנחה שלבנק יש זכות לבטל או לשנות את הסכם מסגרת האשראי, גם אז, אין בהוראה זו כדי להכשיר באופן ישיר את הביטול ולהקנות לבנק זכות מהותית לבטל את חוזה מסגרת האשראי. לפיכך, ככל שמדובר בעצם זכותו של הבנק לבטל את הסכם מסגרת האשראי או לשנותו, אין לראותו בתנאי זה שבחוזה כתנאי "התואם תנאים שנקבעו או אושרו בחיקוק", שעליו לא יחול עליו חוק החוזים האחידים.

עד כאן לגבי עצם הביטול. מאידך, ככל שעומדת לבנק, בעיקרון, הזכות לבטל את הסכם מסגרת האשראי, כי אז הדרך בה יש לבצע את הביטול, הצורך במתן הודעה מוקדמת ותקופת ההודעה, אכן מוסדרים בכלל 18(ג) לכללים, ויש בהם, לגבי נושאים אלה, כדי להוציא את תחולתו של [חוק החוזים האחידים](#), בהיותו של התנאי

החוזי נשוא המחלוקת, "תנאי התואם תנאים שנקבעו או אושרו בחיקוק" (סעיף 23(א)(2) לחוק).

23. באשר לעצם זכותו של הבנק לבטל או לשנות את הסכם מסגרת האשראי, תנאי זה אכן עשוי ליפול בגדרה של חזקת הקיפוח לפי סעיף 4(2) לחוק, בכך שהוא מקנה לבנק זכות "להשעות או לדחות את ביצוע החוזה, או לשנות את חיוביו המהותיים לפי החוזה". אך זאת, בתנאי שמדובר, כאמור ברישא לסעיף זה, ב"זכות בלתי סבירה".

השאלה העולה הנה, אפוא, האם התנאי המאפשר לבנק במקרים המנויים בחוזה לבטל או לשנות את מסגרת האשראי הוא תנאי בלתי סביר.

24. נושא זה נדון גם בפסיקה. בע"א 323/80 אלתיית בע"מ נ' בנק לאומי לישראל (פ"ד לז(2) 673), דן בית המשפט העליון במקרה שבו היה למערערת חשבון דביטורי אצל המשיבה ובמסגרת ההסכם ביניהם הוקנתה לבנק הזכות שלא לתת או לחדש את האשראי לחברה ולהפסיק "בכל עת בלא לתת הסבר ללקוחות הודעה מוקדמת על כך, את מתן האשראי או להקטין את סכומו". השאלה המרכזית שעמדה לדין באותו מקרה התייחסה לעיקול שהוטל על חשבונה של המערערת, ולשאלה האם העיקול חל גם על מסגרת האשראי.

בפסק דין זה נקבע, כי היחסים בין הבנק והלקוח הם יחסי לווה מלווה, ועל כן הסכם בין הבנק ללקוחו על-פיו רשאי הלקוח למשוך משיכת יתר, גם הוא הסכם הלוואה, שבו המלווה הוא הבנק ואילו הלקוח הוא הלווה. (סעיף 4 לפס"ד). בית המשפט הסביר את טיבו של הסכם האשראי כדלקמן:

"לפי העובדות בענייננו, אותה "זכות" לקבל אשראי, לא הייתה אלא "זכות" לפנות מידי פעם אל הבנק בבקשה לקבל אשראי, כשהבנק חופשי היה, לפי המוסכם עמו, להיעתר לה או לדחותה.

...

הזכות ששומר לעצמו הבנק, אם להסכים למשיכת יתר פלונית, הנה במסגרת שיקול הדעת, שמבקש הבנק לשמור לעניין מתן הלוואות. כך, למשל, במסגרת דאגתו להבטיח לעצמו את החזרת כספי הלוואה – האשראי, שהוא נותן ללקוחו – ובנוסף לביטחונות, שידאג באופן הרגיל לקבל, חשוב לו לדעת, לאור מצב חובו של הלקוח לו, לצורך איזו מטרה מוצאים הכספים, אותם ילווה ללקוח. על-ידי כך יוכל להעריך את הסיכויים של הלקוח להחזירם לו, כשיהיה חייב בכך. אינטרס זה של הבנק הנו אינטרס עסקי לגיטימי ואיני רואה

על שום מה יתערב בית המשפט, וישלול מהבנק זכות זו, לה הסכים הלקוח בחוזה מפורש, המחייב ביחסיו עם הבנק".

(סעיף 10 לפסק הדין).

בית המשפט העליון דחה את הטענה, כי תנאי בהסכם שעל-פיו מסור לבנק שיקול דעת אם לתת אשראי אם לאו לגבי כל סכום אשראי אותו מבקשת החברה, הנו תנאי מגביל לפי [חוק החוזים האתידיים](#):

"אין מקום לעצם העניין לראות בתנאי כאמור תנאי מגביל. כפי שהובהר לעיל, התנאי הנידון הנו תנאי סביר ביחסים בין בנק ולקוחו. ללקוח אין כל חזקה על כספי הבנק, ואין לו כל זכות קנויה לקבל הלוואות עד סכום מסוים. לפיכך, כשהוא מתקשר עם הבנק וזה להלוות לו כספים עד גבול מסוים, ובלבד שיוכל בכל פעם שיתבקש ליתן הלוואה או אשראי ללקוח לשקול את עמדתו מחדש, לאור הנסיבות אותה שעה (מצבו הכלכלי של הלקוח, מטרות הלוואה וסיכויי החזרתה) – אין בכך כל קיפוח של הלקוח, או מתן יתרון בלתי הוגן לבנק. 'יתרון' זה של הבנק ליתן או לא ליתן הלוואה ללקוחו היה לו אף קודם כריתת החוזה בין הצדדים".

(סעיף 12).

25. במקרה שנדון בע"א 102/83 ל.ג.ל כרמיאל בע"מ נ' בנק לאומי (פ"ד מא(1) 253), נתן הבנק לחברה הלוואות ואשראי במשיכת יתר. לפי תנאי החשבון, רשאי היה הבנק, בכל עת, לדרוש מן החברה את סילוק יתרת החוב בחשבון, והחברה הייתה חייבת במקרה כזה לשלם לבנק תוך שבעה ימים מיום הדרישה את הסכום הנדרש. גם לגבי סעיף זה נטען כי מדובר בתנאי מקפח בחוזה אחיד. בית המשפט דחה טענה זו באמצע את הנמקת בית המשפט המחוזי, אשר "הסכים עם בא כוח הבנק שתנאי החשבון וכתב הערבות נערכו ונוסחו על מנת להבטיח לבנק את האפשרות היעילה, ככל האפשר, לקבל כספו בחזרה, ואין לומר כי אפשר לפסול תנאים בחוזה שנועדו להשגת מטרה שאינה לגיטימית" (סעיף 6 לפס"ד).

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

26. העיון במשפט המשווה מצביע אף הוא על גישה התומכת בזכותו של הבנק לבטל או לשנות הסכמי אשראי:

במשפט הגרמני מעוגן ההסדר של נושא זה נושא בכללים של ארגון הבנקים הגרמני (General Business Conditions). כללים אלו, אף שאינם סטוטוריים, מחייבים מבחינה חוזית את הבנק והלקוח. סעיף 19 לאותם כללים קובע את התנאים בהם יכול הבנק לבטל את התקשרותו עם הלקוח, הן את ההתקשרות הכללית והן התקשרות ספציפית.

הכלל הקבוע בסעיף 19(1) לאותם כללים, הוא כי ביטול התקשרות כאמור יעשה תוך מתן הודעה של לפחות 30 יום מראש. בקביעת משך ההודעה, נקבע בכללים, על הבנק להביא בחשבון את האינטרס הלגיטימי של הלקוח.

סעיף 19(3) קובע כי לבנק זכות לבטל את הסכם האשראי, גם ללא מתן הודעה מראש, אם התקיימה אחת הנסיבות המנויות בסעיף, לרבות התדרדרות מהותית במצבו הכלכלי של הלקוח, אשר עשויה לסכן את מילוי התחייבויותיו כלפי הבנק.

הביטול יעשה רק לאחר שהבנק הביא בחשבון את האינטרס הלגיטימי של הלקוח.

סעיף 19(2) לכללים קובע זכות ביטול, על-פי שיקול דעתו של הבנק, ללא צורך במתן הודעה מראש, והיא קמה במקרים בהם האשראי ניתן לתקופה בלתי קצובה. גם כאן על הבנק ליתן דעתו לאינטרסים של הלקוח. כלפי הכלל האחרון נטען כי הוא נוגד החוק החוזים האחידים הגרמני, כיוון שהוא אינו הוגן כלפי לקוחות המסתמכים על תכנון האשראי לטווח ארוך. בתי המשפט בגרמניה דחו טענה זו, על יסוד הגישה כי לקוח הזקוק למימון לטווח ארוך יכול לנהל עם הבנק מ"מ שבו יוותר הבנק על זכות הביטול. מעבר לכך נקבע כי הסעיף ראוי. (W. Blair Banks, *Liability and Risk*, London 2001, 3rd ed. p.220, 231) (EUROPEAN BANKING LAW The Banker-Customer Relationship, p. 256).

במשפט הצרפתי קובע סעיף 60 [לחוק הבנקאות](#) משנת 1984 כי אשראי שניתן לחברה לתקופה לא קצובה, לא יוכל להתבטל על-ידי הבנק אלא בהודעה מראש בכתב, ולאחר תום התקופה הקבועה לכך בהסכם האשראי. עם זאת גם לכלל זה קבוע חריג והוא לא יחול כאשר הלקוח התנהג בצורה אשר ראויה לגינוי חמור וכאשר מצבו הכלכלי נעשה בלתי ניתן לתיקון (Blair, **לעיל**, 201–202).

באנגליה הגישה לטובת הבנקים קיצונית עוד יותר, והדין ביחס למשיכת יתר שניתנת ללקוח על-ידי הבנק הוא, שלמעט מקרים מיוחדים, הבנק זכאי לדרוש פירעון מידי בכל עת, והוא אף אינו נדרש לתת הודעה מראש לפני ביטול קו האשראי. (Blair, **לעיל**, 11).

27. לאור חזקת הקיפוח הקבועה בסעיף 4(2) לחוק, אנו סבורים שכאשר מדובר בחוזה המעניק ללקוח מסגרת אשראי לתקופה קצובה, הכלל צריך להיות שעל הבנק לכבד את חוזה האשראי, ועליו להימנע מלבטלו או לשנותו, אלא במקרים חריגים, אשר שומטים את הבסיס תחת כריתת החוזה, בעיקר שינויים משמעותיים ביכולת הפירעון של הלקוח, אשר מעמידים בספק ניכר את יכולת ההחזר של האשראי. שינויים כאלה עשויים להצדיק את ביטול החוזה גם על-פי הדין הכללי, באשר הם שומטים את ההבנות, ולו הבנות מכללא, שביסוד החוזה.

מסקנה זו תואמת את הפסיקה שצוטטה לעיל, אשר דחתה טענות קיפוח נגד הזכות ששומר לעצמו הבנק לבטל את חוזה מסגרת האשראי. זכות הבנק לבטל את מסגרת האשראי מוכרת, כפי שתואר לעיל, גם במשפט המשווה. מסקנה זו גם תואמת את תיאורית חוזה היחס, התומכת באימוץ מנגנונים חוזיים המאפשרים התאמת הוראות החוזה לנסיבות משתנות.

28. עם זאת, אנו סבורים שהתנאי הנוכחי, אשר מאפשר לבנק לבטל את מסגרת האשראי "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 מיידית או ביטול מסגרת האשראי..." (וכן במקרים אחרים המותרים על-פי כל דין), מקנה לבנק שיקול דעת רחב מידי. תנאי זה גם אינו מביא בחשבון, את האינטרס של הלקוח, בדומה למשל, לתנאי המסחר הכלליים של ארגון הבנקים הגרמני. בכך הסעיף, בנוסחו הנוכחי, מקפח את הלקוחות.

29. 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 ממש את יכולת הגבייה של הבנק, וזאת תוך התחשבות גם באינטרס של הלקוח ובנזקים העלולים להיגרם לו עקב הביטול או הפחתת מסגרת האשראי. אשר למתן ההודעה המוקדמת, אם בכלל, ולמועדה, אנו סבורים שכאן חל כלל 18(ג) לכללי הבנקאות (שירות ללקוח) הנזכר לעיל, בהיותו בגדר הוראת חיקוק המסדירה מטריה זו.

30. הדברים דלעיל אמורים בביטול מסגרת אשראי שניתנה לתקופה קצובה קודם לתום אותה תקופה, אך הם חלים גם לגבי מסגרת אשראי שלא הוגבלה בזמן. במקרה האחרון, עשויה לעמוד לבנק זכות לבטל את מסגרת האשראי גם מכוח דיני החוזים הרגילים בנוגע לחוזה שאינו מוגבל בזמן. אולם ביטול כזה דורש מתן הודעת ביטול

בתוך זמן סביר מראש (ראה: ע"א 355/89 **עזבון המנוח ניקולא חינוי נ' מבשלת שיכר**, פ"ד מו(2) 70). ספק אם דחיפות הביטול בנסיבות החריגות שלפנינו, מאפשרת לבנק, ללא הוראה חוזית מפורשת, לעמוד בדרישת משך הזמן הסביר למתן הודעת ביטול על-פי ההלכה הכללית לגבי ביטול חוזה שאינו מוגבל בזמן.

סעיף 1.3.1. - מתן אשראי מעבר למסגרת האשראי המאושרת

31. סעיף זה עוסק בחריגה ממסגרת אשראי ובשיקול דעתו של הבנק לכבד את הוראת הלקוח חרף החריגה, והוא קובע כדלקמן:

"במידה ולא אושרה ללקוחות מסגרת אשראי או אושרה להם מסגרת אשראי והם חורגים ממנה, הבנק לא יהא חייב לכבד משיכה, הוראה או בקשה כלשהי של הלקוחות אשר כתוצאה ממנה תיווצר או תגדל יתרת חובה בחשבון. אולם הבנק רשאי לפי שיקול דעתו הבלעדי לכבד כל משיכה, הוראה או בקשה כנ"ל. עשה הבנק כך, לא יתפרש הדבר כהסכמה מצדו לעשות כן גם בעתיד, או כהסכמה להגדלת מסגרת האשראי".

32. כנגד סעיף זה טוען היועץ המשפטי טענה אחת בלבד, המתייחסת למצב בו קיימת בקשה מפורשת של הלקוח שלא לחרוג ממסגרת האשראי. במצב כזה, טוען היועץ, אין לאפשר לבנק שיקול דעת לחרוג מאותה מסגרת, ועליו לכבד את הוראתו המפורשת של הלקוח, לא לאפשר חריגה ממסגרת אשראי שביקש, ולא לחשוף אותו לחוב גבוה מהחוב נשוא מסגרת האשראי שביקש, גם אם הדבר כרוך בהשבת חיובים שונים. חריג לכך יחול, גם לגישת היועץ המשפטי, לגבי חיובים על-פי כרטיסי אשראי, כאשר הבנק המנפיק התחייב כלפי הספק לכבד את הוראת הלקוח. בכל מקרה אחר, סבור היועץ המשפטי, על הבנק לכבד את רצונו של הלקוח ולא להתיר חריגה ממסגרת האשראי, אם התבקש במפורש שלא לעשות כן. זו גם עמדתו של המפקח על הבנקים (סעיף 7 לתצהירו). לטענת היועץ, חובתו זו של הבנק לכבד את בקשתו של הלקוח עולה גם מיחסי השליחות והאמון המיוחדים השוררים בין הבנק ללקוח. הבנק הוא בגדר שלוח של הלקוח וככזה, בהתאם להוראות חוק השליחות, התשכ"ה – 1965, עליו למלא בנאמנות אחר הוראותיו של הלקוח וביניהן ההוראה שלא לכבד משיכות מעל למסגרת מסוימת. אי העמידה בהוראתו המפורשת של הלקוח אף עולה, כפי שנקבע בפסיקה, כדי הפרת חובת האמון של הבנק כלפי הלקוח. כך נקבע, לטענת היועץ, בפסק הדין בעניין **חיימי** (ת"א (שלום חי) 5295/88 **בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' צביה חיימי** (פדאור נא 3 421), שם קבע בית המשפט, שאי העמידה של הבנק בהוראות שניתנו לו על-ידי הלקוחה בכך שאיפשר משיכות יתר מוגזמות של בנה, שלו היה ייפוי כוח לפעול

בחשבון, עולה כדי הפרת חובת האמון של הבנק כלפי הלקוחה. באותו פסק דין הדגיש בית המשפט את חובת הבנק לוודא שהפעולות שנעשות בחשבון אינן חריגות ואין בהן משום מרמה כלפי בעל החשבון. החובה לכבד את הוראות הלקוח, טוען היועמ"ש, עולה גם מחובת הזהירות של הבנק כלפי הלקוח, וכן מהחובה לבצע את חיוביו החוזיים בתום לב ובדרך מקובלת כאמור בסעיף 39 לחוק החוזים.

לטענת היועמ"ש, ההוראה שבחווה מקפחת בהיותה גורפת ובהותירה לבנק שיקול דעת מוחלט מתי לאפשר חריגה ממסגרת האשראי ומתי לא לאפשר חריגה כזאת. הוראה זו, טוען היועמ"ש, אף מקימה חזקת קיפוח לפי סעיפים 4(2) לחוק, בכך שהיא מאפשרת לבנק לשנות את חיובו המהותי על-פי החווה - לדאוג לכך שלא תהיה חריגה ממסגרת האשראי. הוראה זו מקימה, לטענת היועמ"ש, חזקת קיפוח גם מכוחו של סעיף 4(4) לחוק, בכך שהיא משנה את חיוביו המהותיים של הלקוח וחושפת אותו לסיכון על-פיו יהיה חייב לבנק סכום גדול יותר מהסכום עליו סוכם עם כריתת החווה. לפיכך, עובר הנטל אל הבנק להוכיח שאין בתנאי זה כדי לקפח את הלקוחות. לשיטתו של היועמ"ש, הבנק לא עמד בנטל זה. היועץ המשפטי מציין, שגם במקרים בהם אין בקשה מפורשת של הלקוח, כאמור, על הבנק להקפיד ממילא שלא לאפשר חריגה ממסגרת אשראי, כאשר אם בכל זאת נוצרו חריגות עליו לשקול האם להגדיל את מסגרת האשראי או לפעול להפסקת החריגה או לגביית החוב (ראה בעניין זה סעיף 3א להוראת ניהול בנקאי תקין מס' 316 בעניין מפרטי בקורת לניהול אשראי). היועמ"ש אף מציין, כי בקשה מסוג זה איננה בקשה שכיחה והיא קיימת למשל במקרים בהם מתנהלים חשבונות משותפים, כאשר אחד השותפים חושש מחריגה ממסגרת האשראי של שותפו לחשבון.

לגישתו של היועמ"ש, טענתו של המצהיר מטעם הבנק, לפיה קבלת עמדתו של היועמ"ש תביא ל"פגיעה קשה במסחר השוטף", היא אמירה סתמית שלא הוכחה. גם הטענה כי "בדיקות כאלה כרוכות בזבוז זמן, בזבוז משאבים והן תחייבנה מודעות ומיומנות ברמה הגבוהה ביותר, מעל המתחייב משירותים בנקאיים סטנדרטיים במחיר השווה לכל נפש, איננה מבוססת, לטענת היועמ"ש, על עובדות מוצקות, ולא ברור על יסוד מה היא נטענה. הוא הדבר בטענה, שהדרישה תחייב שינוי בסדרי העבודה ובמערך השירותים של המשיב, ותסרב את העבודה. הוא הדין, לגישת היועמ"ש, בטענת הבנק, לפיה במהלך היום אין יתרות מעודכנות עליהן ניתן להסתמך בחסימת חיובים החורגים ממסגרת האשראי. גם טענה זו, סבור היועמ"ש, לא הובררה כל צרכה, ולא ברור מהם הגורמים לכך שהיתרה לא מעודכנת, ותוך איזה פרק זמן ניתן לקבל יתרה מעודכנת וודאית של הלקוח.

היועץ המשפטי מפנה בהקשר זה להסדר הקיים לגבי חשבונות של קטינים, שם חייב הבנק להגביל את החשבונות מפני משיכות יתר, והוא אף עושה כן בפועל. מכאן עולה, סבור היועמ"ש, שאין כל מגבלה טכנית במניעת חריגה ממסגרת אשראי ועל הבנק לעשות כך, לפחות באותם מקרים בהם הדבר התבקש על-ידי הלקוח במפורש. אשר לטענה בדבר הנזק אשר עשוי להיגרם ללקוח עקב החזרת חיובים, משיב היועמ"ש, שיש לזכור כי השבת החיובים באה בעקבות בקשה מפורשת של הלקוח, ועל כן על הבנק לכבד בקשה זו, תוך מתן הסבר ללקוח אודות ההשלכה הנובעת לאי כיבוד הוראת קבע והוראת תשלום אחרות אשר עשויות להיגרם עקב כיבוד הוראה זו.

באשר לטענה בדבר צורך להפעיל שיקול דעת בהחזרת חיובים (כאשר רק כיבוד כל ההוראות תביא לחריגה ממסגרת האשראי, ואילו כיבוד חלק מההוראות לא תביא לחריגה כזאת), טוען היועמ"ש, שהפעלת שיקול דעת על-ידי הבנק במקרה כזה אינה שונה מהמצב הקיים כיום, כאשר חרף נכונותו של הבנק להשלים, בגבולות מסוימים עם החריגה ממסגרת האשראי, שומר לעצמו הבנק, בשלב מסוים, את הזכות שלא להמשיך ולאפשר חריגות נוספות. החלטה כזאת עשויה אף היא לחייב את הבנק להחזיר חלק מהחיובים המתקבלים בו זמנית.

היועמ"ש דוחה גם את טענתו של הבנק, בדבר המגמה הקיימת בעולם הרחב להטיל על הלקוח לעקוב אחר מצב חשבונו. לטענתו, נוהגי הבנקאות השוררים בבריטניה ובארצות הברית, למשל, אינם זהים למצב בארץ, והם אינם מאפשרים ללקוח או לבנק לחרוג מעבר ליתרה הקרדיטורית שבחשבון, או מעבר לסכום חריגה שנקבע מראש עם הלקוח.

היועמ"ש גם חולק על טענת הבנק, לפיה בידי הלקוחות מצויים האמצעים הטכנולוגיים כדי לאמת בכל עת את מצב חשבונם ולמנוע חריגה מהחשבון. לטענתו, לפחות לחלק מהלקוחות אין אמצעים כאלה. בכל מקרה, טוען היועמ"ש, לא ברור מדוע על הלקוח לבדוק מידי יום את חשבונו אם הוא נתן לבנק הוראה שלא לאפשר חריגה מהחשבון.

33. מנגד, טוען הבנק כי סעיף זה, המאפשר לבנק שיקול דעת בכל הקשור לחריגה ממסגרת אשראי, דווקא מיטיב עם הלקוחות, מאפשר גמישות רבה יותר לבנק, ומונע עמידה דקדקנית של הבנק על כל חריגה ממסגרת אשראי, אשר עשויה לסכל מתן שירותים חיוניים ומקובלים שונים, כגון הוראות קבע, משיכת שיקים וכד'.

לטענת הבנק, קבלת עמדתו של היועץ המשפטי תביא לכך שכל חריגה מזערית ממסגרת האשראי תגרום להחזרת חיובים ולנזקים קשים ללקוח, ואף עשויה להפוך הרבה מהלקוחות לעבריינים עקב החזרת שיקים.

מעבר לכך, מציין הבנק, חובה זו שמבקש היועץ המשפטי להטיל על הבנק עלולה לגרום לבעיות וקשיים טכניים, שכן הדבר יחייב את הבנק לבדוק כל סכום הנמשך מן החשבון ולוודא שאין בו משום חריגה ממסגרת אשראי, דבר שיחייב מודעות ומיומנות גבוהים הרבה מעבר לשירותי הבנקאות הסטנדרטיים. במשך היום, טוען הבנק, עושים פקידי הבנק פעולות ומכבדים משיכות, עונים על שאלות טלפוניות בהתאם ליתרה המופיעה על הצג שבפניהם, הכל בזמן אמת, תוך שהם מביאים בחשבון את האפשרות שייתכן שיתרה המופיעה על הצג איננה מעודכנת במאת האחוזים עקב פעולות שנעשו ועדיין לא מופיעות על הצג. האפשרות שהיתרה המופיעה על הצג איננה מעודכנת נובעת ממספר סיבות: תנועות למפרע שבוצעו ע"י מערכות שונות ועדיין אינן משתקפות בחשבון, כגון זיכויים מסוימים באמצעות המסלקה המועברים לכל המוקדם למחרת, ותנועות עתידיות אינטגרטיביות שאינן בשליטת פקידי הבנק כגון הוראות קבע, הוראות חיובי כרטיסי אשראי, דמי ניהול פיקדון נ"ע וכו', אשר מתבצעות אוטומטית בחשבון, בין במועדים קבועים ובין במועדים משתנים במשך הלילה הבא. חיובים אלה, טוען הבנק, אינן בשליטת פקידי הבנק אשר רואים את החיוב ויתרת החשבון העדכנית על גבי צג המחשב רק למחרת יום ביצוע החיוב. כתוצאה מכך, אין לפקידי הבנק יכולת לתת מענה מיידי ומדויק באשר ליתרת החשבון של הלקוח, ואין בידם להבטיח כי החשבון לא יחרוג ממסגרת האשראי.

משימה זו, של מניעת החריגה ממסגרת האשראי, טוען הבנק, פעמים אף אינה אפשרית. כך הדבר במצב שבו מתקבלות בו זמנית שתי הוראות חיוב מאת הלקוח, כאשר רק ביצוע שתיהן יחד יביא לחריגה ממסגרת האשראי. קבלת עמדתו של היועץ המשפטי, טוען הבנק, תחייב אותו לבחור עבור הלקוח איזו מההתחייבויות לקיים ואיזו לאו, דבר המצריך שיקול דעת רחב אשר יטיל חובה בלתי סבירה על פקידי הבנק.

במקרה שתתקבל בקשת היועץ המשפטי, טוען הבנק, יאלצו פקידי הבנק לעכב את ביצוע הפעולות עד למחרת היום בבוקר, לאחר שתערכנה בלילה יתרות סופיות. בדיקה עם הלקוח אילו מן ההוראות לכבד (במקום שביצוע כל ההוראות יביא לחריגה ממסגרת האשראי בעוד שביצוע חלק מן ההוראות לא יביא לחריגה כזאת)

כרוכה, לטענת הבנק, בבזבוז זמן, בזבוז משאבים, והיא גם תעכב את מתן השירות ללקוחות. בהקשר זה מזכיר ב"כ הבנק פסיקה בה נקבע שיש לאזן בין החובות המוטלות על הבנק כלפי הלקוח, למשל בדיקה אם הפעולה נעשתה בהרשאה וללא כוונת תרמית, לבין הצורך בפעילות מהירה ושוטפת במתן השירותים הבנקאיים. כך נקבע בפסק הדין בעניין **כחולי (דנ"א 1740/91 בנק ברקליס דיסקונט בע"מ נ' שרגא פרוסט קוסטמן ואח'**, פ"ד מז(5) 31, 57-58), כי: "נמצא לנו אפוא שהצורך בפעילות מהירה ושוטפת בנושא כיבודם של שיקים משמש גורם מכריע בקביעתה של חובת הזהירות של הבנק כלפי לקוחו, והוא המתווה את היקפה של אותה חובת זהירות. אכן, במקום זה תימצא אף הביקורת על הכרעת בית המשפט בפרשת סלנגור, שבקביעתה של חובת הזהירות לא ייחס בית המשפט משקל ראוי לסוג פעילות מיוחדת של משיכת שיקים וכיבוד שיקים בידי הבנק. הואיל ובית המשפט התעלם למעשה, מהגורם המיוחד המאפיין פעילותו של פירעון שיקים, כך אמרו המבקרים – והוא הצורך בפעולה שוטפת, מהירה ויעילה – ממילא ראה להטיל אל הבנק חובה יתירה בכובדה ובלתי ראויה בחיי היום-יום".

על רקע זה טוען הבנק, ש"הפגיעה שתיווצר בסדרי הבנק באם יאלצו בפקידי הבנק לבדוק בכל משיכה את מצב החשבון ולהחליט איזו הוראה לכבד ואיזו לדחות תיצור פגיעה ממשית ויסודית בסדרי העבודה עד כדי שיתוק מוחלט של המערכת ושל השירותים המוענקים ללקוחות".

קשיים אלה, טוען הבנק, יחשפו אותו לסיכונים אשר יחייבוהו למנוע מן הלקוחות שירותים חיוניים, יומיומיים, הניתנים כיום כדבר שבשגרה, והם אף עשויים לחייב אותו בנזיקין במקום שבו לא יעלה בידו לעמוד בחובה שמבקש להטיל עליו היועץ המשפטי.

עוד טוען הבנק, כי חובה זו שמבקש להטיל עליו היועץ, תהפוך אותו לאפוטרופוס או "אומנת" על הלקוח, באופן, שאם הלקוחות יתנו הוראות חיוב אשר תגרומנה לחריגה ממסגרת האשראי, יהא זה הבנק שיאלץ להעמיד את הלקוחות על החריגה ממסגרת האשראי ולמנוע מהם להוציא הוצאות שאינן תואמות מסגרת זו. תפקיד זה של "אפוטרופוסות" אינו תואם את מערכת היחסים שבין הבנק ללקוחותיו, מה גם שבידי הלקוחות מצויים אמצעים טכניים מספיקים (כגון, טלפון, פקס ומכשיר מידע לאומי) המאפשרים להם לעמוד על מצב החשבון ולהתאים את משיכותיהם למסגרת האשראי שאושרה להם. ב"כ הבנק מזכיר בעניין זה את פסק הדין של כב'

השופט דר בת"א 165/92 (חיפה) **נת-קר שומריה בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ**
(לא פורסם), בו קבע בית המשפט:

"קל מאד להתפתות ולראות בבנק גוף גדול, נטול פנים, המתעמר ביאיש הקטן. קל מאד להתפתות ולהטיל על הבנק חובות המגיעים כדי ראייתו כ'אומנת' של בעל החשבון... אם נראה כחובת הבנק לשמש 'אומנת', גם כאשר בעל החשבון הוא תאגיד עסקי/מסחרי, המנוהל על-ידי מי שאמור לדעת כיצד מנהלים עסקים, כי אז צריכה היתה ה'אומנת' בשלב כלשהו, לפחות במועד הדיון באפריל 1987 בעקבותיו נעשה נ/63, לנופף באצבע מול אפו של המנהל ולומר לו: 'במצבך אינך יכול להרשות לעצמך לרכוש ציוד בכלי רכב. אתה צריך לבחון אם יש טעם בהמשך ניהול העסק בדרך שבה הוא מתנהל, או אולי אם צריך להמשיך אותו בכלל, שכן מזה כשנתיים רצופות אתה מפסיד. הפסדיך הולכים וגדלים גם בגלל הוצאות המימון'.
מדוע סבור מישו שבנקים חייבים לשמש 'אומנת' ללקוחותיהם, ובעיקר כאשר מדובר בלקוחות עסקיים?
האם מוטלת על הבנק חובת חקירה ובדיקה של טענות הלקוח?
אם יש עליו חובה כזו, היא מצויה במישור היחסים הפנימיים של הבנק כלפי בעלי המניות שלו. אך בשום דרך איני רואה עילה להטיל חובה כזו של הבנק כלפי לקוח".

בכל מקרה, טוען הבנק, אם הוא יחויב, בהתאם לגישתו של היועמ"ש, למנוע לחלוטין חריגה ממסגרת האשראי, כי אז יש לקבוע שהנחיה כזו של הלקוח, שלא לכבד משיכות מחשבונו, צריך שתיתן בכתב, וכן צריך שיתן לבנק פטור מוחלט מהחלטה לא נכונה שתתקבל על-ידי פקידיו בנוגע לאי כיבוד משיכות כדי למנוע חריגה ממסגרת האשראי.

34. במחלוקת זו אנו סבורים, שיש לקבל את עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה.

מקובל עלינו, כי ברירת המחדל תהיה כי הבנק יכבד את הוראת הלקוח חרף חריגתה ממסגרת האשראי. אולם, כאשר הלקוח פונה לבנק במפורש ובכתב ומבקש להקפיד על מסגרת האשראי ולא לאפשר חריגה ממסגרת זו, אנו סבורים שעל הבנק לכבד הוראה זו. שהרי, הבנק הוא שליחו של הלקוח ועליו למלא אחר הוראותיו. קביעת תנאי בחוזה, המאפשר לשלוח שלא למלא אחר הוראה מפורשת של השלוח, מקפחת את הלקוח – השולח ואין להכשירה. גם לא שוכנענו שבידי הבנק אין אמצעים טכניים סבירים אשר יוכלו לאפשר לו לקיים הוראה כזאת של הלקוח מבלי לפגוע באופן ממשי ביעילות ומהירות השירות הניתן על ידו ללקוחות. עובדה היא שהדבר מתבצע, כשגרה, לגבי חשבונות של קטינים ולא שוכנענו שלא ניתן להחיל הסדר כזה גם לגבי חשבונות של בגירים.

עם זאת, מקובל עלינו שהבנק יוכל לסייג חובה זו – שלא לאפשר חריגה ממסגרת האשראי במקום שהדבר התבקש על-ידי הלקוח באופן מפורש - בתנאים הבאים: ראשית, ולכך מסכים גם היועמ"ש, חובה זו לא תחול על משיכות באמצעות כרטיסי אשראי. שנית, חובה זו תחול על הבנק רק בהתקיים דרישה מפורשת ובכתב של הלקוח. שלישית, הבנק יהא פטור מלמלא חובה זו, אם לא עלה בידו, חרף מאמצים סבירים שעשה, לברר בתוך זמן סביר את היתרה המעודכנת של הלקוח. רביעית, ללקוח לא תהא תביעה כלפי הבנק בגין העדפת חיוב אחד על פני חיובים אחרים, במקום שבו ניתן לקיים רק חלק מהחיובים בלא לחרוג ממסגרת האשראי.

35. לאור האמור אנו סבורים שתנאי זה מקפח את הלקוח, ככל שהוא מקנה לבנק סמכות למתן אשראי מעבר למסגרת האשראי המאושרת וחרף בקשה מפורשת בכתב של הלקוח.

36. סעיף 1.3.2

"כל יתרת חובה שתיווצר במסגרת האשראי תסולק לבנק במועד שנקבע לכך או לפי דרישתו של הבנק, וכל יתרת חובה אחרת תסולק לבנק מיד עם היווצרה".

במסמך ה"מוסכמות ופלוגתאות" הסכימו הצדדים, כי יש להודיע ללקוח על החריגה ממסגרת האשראי בטרם משלוח דרישת תשלום. עם זאת, הוסכם על הצדדים, כי בחובת ההודעה לא יהא כדי לעכב את "מירוץ" הריבית המירבית על סכום החריגה, שיחל מיד עם החריגה. הסכמות אלה אשר מקובלות עלינו יובהרו בנוסח החוזה המאושר.

סעיף 1.3.3

37. במסמך ה"מוסכמות ופלוגתאות" הוסכם כי המונח "ריבית קונטוקורנטית" יוגדר במסגרת חוזה העו"ש.

סעיפים 1.3.4, 20, 23.1, 23.4 - ריבית חריגה, עמלות והוצאות

38. סעיפים אלו קובעים הוראות שונות לגבי ריבית חריגה (ממסגרת האשראי) בה יחוב הלקוח, וכן לגבי עמלות והוצאות שונות, כדלקמן:

"סעיף 1.3.4

אותם סכומים מיתרת החובה בחשבון אשר מסיבה כלשהי יעלו על מסגרת האשראי, וכן כל יתרת החובה שהלקוחות יהיו חייבים בחשבון במקרה בו לא קיימת להם מסגרת אשראי כלשהי בחשבון, יישאו בגין התקופה שמיום אי תשלום יתרת החובה במועד ועד לתשלומה המלא בפועל, ריבית מירבית כהגדרתה בסעיף 41 להלן, או שיעור ריבית אחר כפי שיצויין בבקשה להקצאת מסגרת אשראי לגבי חריגה ממסגרת האשראי, או ריבית והפרשי הצמדה על-פי הדין לפי שיקול דעתו של הבנק. למניעת ספק מובהר בזה כי זכותו של הבנק לריבית כאמור, ואף גבייתה בפועל או חיוב החשבון או חשבון אחר כלשהו של הלקוחות בגינה, לא ייגרעו מזכותו של הבנק לנקוט (או להמשיך בנקיטת) כל האמצעים לשם גביית כל סכום שלא שולם לו על-ידי הלקוחות לפי דרישתו.

הוראות סעיף קטן זה יחולו גם אם יגיש הבנק תביעה משפטית לגביית הסכומים המגיעים לבנק בהתאם לתנאי ניהול חשבון אלה, והלקוחות מסכימים לכך כי הרשות השיפוטית תפסוק לחובתם ריבית כנ"ל.

...

20. עמלות והוצאות

20.1. עמלות בקשר לחשבונות/פקדונות, לפעולות הקשורות להם, לשירותים שונים לרבות הכנת מסמכים משפטיים, לעיקולים שיטלו על החשבונות/הפקדונות ולצווים או החלטות של בתי משפט או רשויות מוסמכות אחרות שיוגשו בקשר עם החשבונות/הפקדונות, לפי תעריף שיהיה נהוג בבנק מפעם לפעם, תיזקפנה לחובת החשבון/הפיקדון בו בוצעה הפעולה, או לחובת החשבון או החשבון במט"ח הקשור לו, או כל חשבון אחר של הלקוחות כפי שהבנק יחליט, במועדים כפי שיהיו נהוגים מפעם לפעם בבנק. תעריף העמלות יעמוד בסניף לעיון הלקוחות.

20.2. הבנק יהיה רשאי לחייב כל חשבון/פקדון כאמור לעיל, בכל הוצאה סבירה שתגרם לבנק בקשר עם החשבונות/הפקדונות, פעולות הקשורות להם ושירותים שונים, ומבלי לגרוע מכלליות האמור, בגין משלוח טלקסים, שיחות טלפוניות וכו'.

...

23.1. כל ההוצאות הקשורות בבילוי כתב זה והבטוחות והערובות הנזכרות בסעיף 19 לעיל, וכן כל ההוצאות הכרוכות במימוש זכויות לגביית החובות המגיעים או שיגיעו על-פי כתב זה או על-פי תנאי כל חשבון/פקדון של בעלי החשבון, בין אם נזכר בכתב זה ובין אם לאו, לרבות ההוצאות הכרוכות בכל תביעה או במימוש הערובות והבטוחות הנזכרות בסעיף 19 לעיל ובכלל זה שכר טרחת עורך הדין של הבנק, יחולו על הלקוחות. סכום שכר טרחת עורך דין שיחול יהיה כפי שייקבע בפסק דין או החלטה של בית משפט. ואם אין כאלה – כפי שיוסכם בין הבנק לבין הלקוחות. ובהעדר הסכם – לפי התעריף המינימלי בין אם הוא מחייב ובין אם לאו. ואם התעריף המינימלי יבוטל, בסכום שכר טרחה סביר בנסיבות אותו עניין. הלקוחות ישלמו לבנק מיד לפי דרישתו הראשונה כל הוצאה כאמור בצירוף ריבית כאמור בסעיף 1.3.4 לעיל, בגין התקופה שהחלה מתאריך הוצאתו על-ידי הבנק כאמור ועד לתשלומה בפועל, וריבית כנ"ל שתתרבה במשך כל חודש או במשך כל תקופה אחרת כפי שיהיה נהוג בבנק מפעם לפעם תישא אף היא ריבית כאמור.

...

23.4. נוסף על האמור לעיל, יהיה הבנק רשאי לחייב כל חשבון של הלקוחות אצלו, בין אם נזכר בכתב זה ובין אם לאו, בכל סכום שיגיע לו מהלקוחות כתוצאה מכל תביעה דרישה או הליך משפטי.

39. במסמך ה"מוסכמות ופלוגתאות" הגיעו הצדדים להסכמות במספר נושאים:

בסעיף 1.3.4 תימחק האלטרנטיבה השלישית לגביית ריבית במקרה של חריגה ממסגרת אשראי, היא האלטרנטיבה של "ריבית והפרשי הצמדה על-פי דין".

כמו כן הוסכם, כי החלת שתי החלופות הנותרות לגביית הריבית תתבצע באופן שבמקרים בהם אין בקשה להקצאת אשראי – תחול ה"ריבית המרבית" כהגדרתה בסעיף 41 לחוזה. במקרה בו הלקוח חתם על בקשה להקצאת אשראי אשר נוקבת בשיעור הריבית החריגה – תחול הריבית המוסכמת.

עוד הוסכם על הצדדים, כי להגדרת המונח "ריבית מרבית" המופיע בסעיף 41.12 לחוזה, תיווסף הבהרה לפיה הכוונה לריבית החלה על אותו סוג חשבון באותה עת.

היועץ המשפטי והבנק גם מסכימים, שכל זקיפת חובות כאמור בחשבון אחר של הלקוח תעשה בדרך של קיזוז, ולא בדרך אחרת.

40. לטענת היועץ המשפטי, סעיף 1.3.4 בנוסחו הנוכחי מאפשר לבנק לחייב את הלקוח בריבית גם בשל טעויות שנגרמו על-ידי הבנק עצמו. הבנק חולק על טענה זו, ומפנה להוראות המפקח על הבנקים: ניהול בנקאי תקין [3] (12/95) רישום שגוי בחשבון הלקוח אשר קובעות: "גילה הבנק רישום שגוי בחשבון לקוח, יתקן את הרישום השגוי על-פי הערך הנכון, וכן יתקן בערכים מתאימים, את כל רישומי הריבית שנעשו בחשבון עקב הרישום השגוי" (סעיף 3 להוראות).

41. לדעתנו, "כל יתרת חובה" כמשמעה בסעיף זה, היא יתרת החובה הנכונה, וזו אינה כוללת רישומי ריבית שגויים.

42. טענה נוספת שמעלה היועמ"ש לגבי סעיף 1.3.4 סיפא, היא שאין לחייב את הלקוח לשלם ריבית שנקבעה על-ידי הבנק, בגין התקופה בה מתקיימים בין הבנק לבין הלקוח הליכים משפטיים. על-פי הטענה, המחלוקת בגינה מתקיימים ההליכים המשפטיים עשויה פעמים רבות להיות מחלוקת כנה, ללקוח אין שליטה על התמשכותם של הליכים אלה, ולכן אין זה הוגן לחייב את הלקוח בגין תקופה זו בריבית שנקבעת על-ידי הבנק, דבר שעלול להפעיל עליו לחץ שלא להמשיך בהליכים. היועץ המשפטי מציע, כי גובה הריבית בגין תקופת ההליך המשפטי תוכרע בכל מקרה נתון על-ידי בית המשפט בתום ההליכים המשפטיים, וזאת, לפי סעיף 2 לחוק פסיקת ריבית והצמדה, התשכ"א-1961. על-פי טענת היועמ"ש, אין גם מקום להסתמך בעניין זה על סעיף 6(א)(1) לחוק פסיקת ריבית והצמדה, אשר קובע כי

46. היועץ המשפטי טוען, כי סעיף זה, אשר מקדים את ביצוע חיובים במקרים הנזכרים בו, סותר את הוראות הבנקאות (שירות ללקוח) (דרכי חישוב ריבית), התשנ"א-1990. זאת, לאור סעיף 2 לאותן הוראות אשר קובע, כי ריבית המחושבת על-פי היתרות השוטפות תיזקף לזכות החשבון או לחובתו, ביום העסקים הבנקאי הראשון של תקופת החישוב שלאחריה.
47. לטענת הבנק, סעיף זה איננו סותר את הוראות המפקח דלעיל, שכן ההוראות כלל לא דנות בתקופת החישוב, אלא במועד זקיפת החיוב או הזיכוי, ואילו הסעיף שבמחלקות איננו דן במועד זקיפת החיוב אלא בתקופת חישוב הריבית.
48. בעניין זה אנו סבורים שיש לקבל את עמדת היועץ המשפטי. מנוסח הסעיף עולה, כי הוא חל על מועד התשלום או החיוב ולאוו דווקא על תקופת חישוב הריבית, כפי שטוען הבנק, הגם שלכאורה, אמורה להיות התאמה בין שני המועדים. מועד התשלום או החיוב, הוא, לכאורה, גם מועד הזקיפה לזכות החשבון או לחובתו, שבו דנות הוראות הבנקאות (שירות ללקוח) (דרכי חישוב ריבית). מכאן עולה הסתירה הנטענת על-ידי היועץ בין שתי ההוראות. אם ברצון הבנק לקבוע, שמועד החיוב או הזיכוי יהא כפי שנקבע בהוראות הבנקאות הנזכרות לעיל, היינו, במקרה שלפנינו, ביום העסקים הבנקאי הראשון בחודש הבא, בעוד שתקופת החישוב תהא שונה, ותסתיים, כאמור בהסכם קודם לכן - ביום העסקים הבנקאי האחרון באותו חודש, עליו להבהיר זאת באופן מפורש.

סעיף 1.5 סיפא לחוזה - זקיפת תשלומים

49. במסמך ה"מוסכמות ופלוגתאות" הוסכם להשמיט את הסעיף הנ"ל.

סעיף 1.6.1 - חובת השמירה על טופסי השקים

50. סעיף זה מטיל על הלקוחות לשמור על טופסי השקים שברשותם והוא קובע בעניין זה כדלקמן:

"... 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 שיקים ויבטלו אותם מיידית בכתב כמפורט להלן".

הצדדים חלוקים בשאלה האם יש להטיל על הלקוחות חובה לשמור על טופסי השקים הנמצאים ברשותם.

51. הכלל הוא כי הבנק אינו רשאי לבצע פעולה בניגוד להוראות הלקוח. לפיכך, חל עליו איסור לכבד שיקים שלא נחתמו על-ידי הלקוח (ראה: פרופ' לרנר, **דיני שטרות** לעיל, 473). עקרון זה בא לידי ביטוי גם בפקודת השטרות, אשר קובעת כי חתימה מזויפת "אין כוחה יפה כלשהו" (סעיף 23(א) לפקודה). אולם, אותו סעיף גם מגביל כלל זה במקום ש"האדם שנגדו באים להחזיק את השטר או שעליו באים לאכוף מנוע מלטעון טענת זיוף או העדר הרשאה...".

52. לטענת היועץ המשפטי, אין מקום להטיל על הלקוח חובה כלשהי אשר תכרסם בחובה זו של הבנק כלפי הלקוח. שהרי חובת השמירה על טופסי השיקים שמבקש הבנק להטיל על הלקוח נועדה להטיל על הלקוח, במקרים בהם התרשל בשמירה על טופסי השיקים, לפחות חלק מהאחריות החלה על הבנק בשל כיבוד מוטעה של שקים כאלה. תנייה כזו המטילה את חובת השמירה על טופסי השיקים על הלקוח, סבור היועץ, שמתנה על אחריותו של הספק – הבנק ועל כן היא מקפחת ואף מקימה חזקות קיפוח על-פי סעיפים 14(1) ו- 4(6) לחוק.

היועץ המשפטי טוען, כי הבנק הוא נושא נזק טוב יותר בכל הקשור לזיוף שיקים, כיוון שיש בידו לפזר את הנזק, למשל באמצעות ביטוח או גביית עמלות. בידי הבנק גם אפשרויות טובות יותר להקטין את הסיכון הנוצר עקב השימוש בשיקים, וזאת על-ידי בדיקה יסודית מוקדמת של הלקוח בטרם הנפקת טופסי השיקים. לטענת היועץ גם הפסיקה לא הכירה בחובת זהירות המוטלת על הלקוח לשמור על טופסי השיקים כטענת הגנה מצד הבנק אשר כיבד שקים מזויפים, אלא במקרים חמורים שבהם הלקוח ידע על הגניבות או על החריגות הנעשות בחשבונו או, למצער, כאשר עצם את עיניו לקיומן של גניבות או חריגות כאלה. לטענתו, גם באנגליה ובארה"ב רשלנות הלקוח בשמירה על טופסי השיקים אינה מעבירה אליו את האחריות לכיבוד שקים מזויפים, וזו מוטלת גם בשיטות אלה על הבנק לבדו. מוסיף וטוען היועץ המשפטי, כי טענות הבנק לקיומה של רשלנות תורמת מצד הלקוח עקב התרשלותו של הלקוח בשמירה על טופסי השיקים, צריך שייבחנו על-ידי בית המשפט הדן בעניין קונקרטי כדיעבד ואין מקום להסדירם מראש במסגרת החוזה.

על-פי סיכומיו של היועמ"ש עולה, כי הוא מפרש סעיף זה שבחזרה העו"ש כפוטר את הבנק, במקרים בהם הלקוח התרשל בשמירה על טופסי השיקים, מאחריות כלפי הלקוח לכיבוד שיקים שלא נמשכו על ידו. (עמ' 16 לסיכומיו).

לעניין זה, נציין כבר עתה, שהוראה כזאת, הפוטרת את הבנק, במקרה בו הלקוח הפר את חובתו החוזית לשמור על טופסי השיקים, מכל אחריות לכיבודם של שיקים שלא נחתמו על-ידי הלקוח, לא נקבעה בחזרה, ודאי לא באופן מפורש.

53. לעומתו, סבור הבנק, כי לאור העובדה כי טופסי השקים נמצאים בשליטת הלקוח, לאור הקלות היחסית של זיוף חתימות בשקים, ולאור הנזק הגדול שעלול להיגרם עקב התרשלותו של הלקוח בשמירה על טופסי השיקים, הן ללקוח עצמו, הן לבנק והן לצדדים שלישיים, אין לשחרר את הלקוח מחובת שמירה על טופסי השקים. שחרור הלקוח מחובה זו, טוען הבנק, יגביר את הסיכון של גניבות וזיופי שקים, יאט את תהליך הסליקה בשל קפדנות היתר שתידרש בבדיקת השקים ויחייב את הבנק לגבות מהלקוחות פרמיה מיוחדת עקב הנזקים הגבוהים העלולים להיגרם לבנק עקב כך. כתוצאה מכך, טוען הבנק, שכרו של הציבור יצא בהפסדו. הבנק מוסיף ומבהיר, כי בקביעת חובת השמירה של הלקוח אין כדי לשחרר את הבנק באופן גורף מאחריותו (למעט במקרים של מניעות), והיא אינה עומדת בסתירה לחובות המוטלות על הבנק לכבד רק שיקים שנמשכו על-ידי הלקוח.

54. השאלה, על מי ראוי להטיל את האחריות במקרים של זיופי שיקים כתוצאה מהתרשלות הלקוח, היא, במידה רבה, שאלה שבמדיניות.

נושא זה נדון בהרחבה במאמרו של פרופ' א. ברק "זיוף במשיכת שיק: מטרה ואמצעים בחלוקת הסיכון בין הבנק ללקוחו" **משפטים** א' (תשכ"ח) 134. פרופ' ברק מבחין בעניין זה בין שני מבחנים: מבחן פיזור הנזק ומבחן האשמה.

התפיסה העומדת מאחורי מבחן פיזור הנזק היא כי סיכונים הנובעים מזיוף שקים מקורם בקדמה הכלכלית שהביאה לפיתוחו של אמצעי תשלום זה, ועל כן מניעתם היא אינטרס חברתי. מכאן עולה, לפי תפיסה זו, כי החברה כולה צריכה לשלם את מחיר הסיכון ואין זה מוצדק להטיל את מלוא הסיכון על הפרט, העלול להתמוטט תחת עומס זה. (ברק, לעיל בעמ' 134-135). את הסיכון הראשוני יש להטיל, לפי תפיסה זו, על מי שהוא נושא סיכון (risk bearer) טוב, המסוגל שלא לספוג את הסיכון בעצמו אלא לגלגלו ולפזרו על הציבור כולו. במקרה של זיוף שטרות, הבנק

נתפס כנושא סיכון טוב, שכן הוא מסוגל לגלגל את הסיכון הסופי על כלל המשתמשים בשירותי הבנק, למשל באמצעות ביטוח מפני זיופים והעלאת הפרמיות עבור שירותי הבנק (ברק, **לעיל**, בעמ' 135). פרופ' ברק סבור, כי שחרור הלקוח מאחריות לא יביא בהכרח לזלזול ולאי אכפתיות מצד הלקוחות, כיוון שעדיין קיים ללקוח אינטרס חומרי לנקוט באמצעי זהירות סבירים (**שם**, בעמ' 136).

מבחן האשמה, שלא כמבחן פיזור הנזק, מטיל את הסיכון לזיוף על הפרט שסטה מרמת זהירות סבירה. מקורו של מבחן זה, כפי שמסביר פרופ' ברק, בתחושת הצדק הגורסת כי זה אשר סטה מרמת הזהירות הסבירה צריך לשאת בסיכון. על-פי מבחן זה, הסיכון שבזיוף שיקים עלול ליפול הן על הבנק והן על הלקוח, לפי מידת אשמתם (ברק לעיל, עמ' 136-135).

55. היועץ המשפטי מבסס את טענת הקיפוח, בעיקר על ההשקפה לפיה תנייה זו מקימה חזקות קיפוח לפי הסעיפים 1)4 ו – 6)4 (**לחוק החוזים האתיים**). לשון אחר, הטענה היא כי תנייה זו פוטרת את הספק – הבנק מאחריות שהייתה מוטלת עליו על-פי דין אילולא אותו תנאי או מסייגת אותה אחריות באופן בלתי סביר (סעיף 1)4 (לחוק), וכן שוללת או מגבילה זכות או תרופה העומדת ללקוח על-פי דין (סעיף 6)4).

56. בהקשר זה עולה השאלה, האם הטלת חובה חוזית לשמור על טופסי השיקים משנה את התוצאה המשפטית שהייתה נקבעת על-פי הדין אלמלא קיומה של חובה חוזית כזאת.

57. הסוגייה הנוגעת לחובתו של הלקוח לשמור על טופסי השיקים לא נידונה באופן מפורש בפסיקה הישראלית, למעט פסק דין אחד של בית משפט השלום בתל אביב (ת"א 61246/93). עם זאת, שאלת אחריותו העקרונית של הלקוח כלפי הבנק בגין התרשלותו נבחנה על-ידי בתי המשפט, הן בהקשר הנזיקי והן במישור המניעות.

במישור המניעות, נקבע בפסיקה, שלקוח אשר התרשל כלפי הבנק, עשוי להיות מנוע מלתבוע את הבנק בגין כיבוד רשלני של שיק מזויף. בע"א 550/66 **שטאובר נ' בנק המזרחי** (פ"ד כב(1) 240) נידון מקרה בו במשך 15 חודשים זויפו על-ידי עובד החברה המערערת חתימות על 122 שיקים שנמשכו על שם החברה. בית המשפט קבע, כי הבנק התרשל בכך שלא בדק כראוי את השיקים, אך עיקר האשמה רובץ על הלקוח. על רקע זה, התקבלה טענת המניעות של הבנק, והמערערת חויבה לשאת לבדה בתוצאות הזיוף. בבסיס הפעלת עקרון המניעות, עמדה בפסק דין זה, הידיעה על

הזיופים שיוחסה למערערת עקב מחדלה מלעקוב אחר הפעילות בחשבונות הבנק שלה, בין היתר, לפי דפי החשבון שהומצאו לה על-ידי הבנק.

גם בע"א 618/75 **עזבון המנוחה טננבאום נ' בנק לאומי לישראל** (פ"ד לא(3) 141) התקבלה טענת המניעות שהעלה הבנק נגד הלקוח. זאת, לאחר שבמשך שנה וחצי נמשכו מחשבון המערערת 29 שיקים על-ידי עובדת של המערערת. גם כאן התקבלה טענת המניעות על יסוד הידיעה שיוחסה למערערת, עקב התרשלותה בגילוי הזיופים, על דבר משיכת השיקים המזויפים. באותו עניין נטען נגד המערערת גם לרשלנות בשמירה על פנקסי השיקים, אך בית המשפט לא הכריע בטענה זו.

גם בע"א 424/86 **נאות מרינה בת-ים בע"מ ואח' נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ** (פ"ד מג(2), 355), נקבע ששתיקת המערערת לנוכח משיכות בסכומים גבוהים ביותר אשר נמשכו מפעם לפעם מחשבונה, בהם ניתן היה להבחין תוך עיון בעותקי חשבונות הבנק אשר נשלחו אליה, מקימה נגדה מניעות.

בפסיקה מאוחרת יותר ניכרת מגמה להרחיב את זכויותיו של הלקוח נגד הבנק. כך ציין כב' השופט ש. לויין בפסק הדין בע"א 431/88 **ישיבת ישמח משה נ' בנק צפון אמריקה** (פ"ד מד(4) 177), כי הנטייה המודרנית היא לצמצם את היקפן של חובות הלקוח כלפי הבנק. באותו מקרה, הוציא מנהל סניף הבנק במרמה כספים מחשבונה של המערערת. בפסק הדין נדחתה טענת המניעות שהעלה הבנק נגד הלקוחה, למרות שנקבע כי מנהל המערערת התרשל בכך שלא גילה ערנות מספקת לפעולות שבוצעו בחשבונות הבנק של המערערת.

גם בפסק הדין בע"א 748/88 **בנק צפון אמריקה בע"מ נ' רכטשפר**, (פ"ד מה(4) 696), נדחתה טענת מניעות שהעלה הבנק נגד הלקוח שכספיו נגנבו על-ידי מנהל סניף הבנק.

קיים אמנם שוני בתשתית העובדתית בין פסקי הדין בעניין **שטאובר וטננבוים** לבין פסקי הדין בעניין **ישיבת ישמח משה ורכטשפר**. זאת, משום שבפסקי הדין האחרונים אין מדובר בהתרשלות גרידא, אלא בגניבה של פקידי הבנק. חרף שוני זה, סבור המלומד ד"ר א. פורת, כי פסקי הדין האחרונים מלמדים על הרחבת אחריותם של הבנקים כלפי הלקוחות, וכי פסקי הדין הראשונים (שטאובר וטננבוים) לא היו נפסקים כיום כפי שנפסקו בעבר (ראה מאמרו "דיני נזיקין" שפורסם ב**ספר השנה**

של המשפט בישראל (תשנ"ב-תשנ"ג) 301, 337. בדעה זו מחזיק גם פרופ' ש. לרנר
(דיני שטרות, 1999, 472-473).

המגמה של הרחבת זכויותיו של הלקוח וצמצום חובותיו כלפי הבנק באה לידי ביטוי בולט בפרשת **אדם פרוסט**. בפסק הדין שניתן במקרה זה הוטלה אחריות על הבנק בגין מעילה בחשבונות הבנק של הלקוח, חרף העובדה שהמועל לא היה עובד הבנק אלא צד שלישי (עורך דין) שקיבל ייפוי כוח מהלקוח לפעול בשמו בחשבונות הבנק שלו. בית המשפט קבע, הן בפסק הדין בערעור (ע"א 636/89 ד"ר אברהם כחולי ואח' נ' בנק ברקליס-דיסקונט ואח', פ"ד מה(3) 265) והן בפסק הדין בדיון הנוסף (דנ"א 1740/91 **בנק ברקליס דיסקונט נ' פרוסט קוסטמן**, פ"ד מז(5) 31), שעל הבנק הייתה מוטלת חובת זהירות למנוע את השימוש הבלתי מורשה בייפוי הכוח.

עם זה, ציין בית המשפט העליון, כי חובה זו של הבנק כפופה לסייגים, הנובעים מעצם טיבו של השירות הבנקאי, ואשר נועדו שלא לפגוע בשירות זה. כך ציין כב' השופט חשין בדיון הנוסף בפרשה זו:

"חובתו העיקרית של בנק כלפי לקוחו היא למלא אחרי הוראות הלקוח כפי שהן מעת לעת. במסגרת זו תימצא החובה לכבד שיקים שמשך הלקוח לזכותו של צד שלישי, וחובה זו על הבנק למלא במהירות, ביעילות ובשלמות... למותר לומר כי הפרתה של חובה זו – אי כיבודו של שיק – עלולה לגרום ללקוח נזקים שקשה לשערם מראש – הן נזקים כספיים והן נזקים לשמו הטוב – וממילא עלולה היא לחשוף את הבנק לתביעה מצד הלקוח בעילה של הפרת חוזה. בצד חובה זו, ואף בגדריה, מוצאת את מקומה חובתו של הבנק כלפי לקוחו לנקוט באמצעי זהירות ראויים, ולעשות כל הניתן והראוי כדי למנוע אפשרות שפלוני ירמה את לקוחו ויגזול את רכושו.

שתי חובות אלו – אם נדחק כל אחת מהן לקצה – עשויות להתנגש זו בזו: החובה הראשונה מחייבת כיבוד רצונו (הנחזה) של הלקוח... ואילו החובה השנייה, חובת הזהירות כלפי החברה עלולה להביא מאליה להפרת החובה הראשונה, בין על דרך השהיית כיבודו של השיק ובין באי כיבודו מכל וכל. כך עלול הבנק למצוא עצמו נמשך לשני כיוונים נוגדים, והוא בין יוצרו לבין יצרו... בסבך זה חייבת ההלכה לפרוץ לעצמה דרך מלך, והיא בפשרה ובאיזון ראוי בין אותם שיקולים סותרים: לאפשר פעילות שוטפת ובלתי מופרעת של הבנק, ובעת בעונה אחת ליצור כלי שיגן ככל הניתן על הלקוח מפני רמאות".

(סעיפים 30-31 לפסק הדין)

לצד הטלת חובת זהירות על הבנק כלפי הלקוח, ציין בית המשפט העליון, מוטלת חובת זהירות גם על הלקוח כלפי הבנק:

"בנק חייב חובת זהירות כלפי לקוחו, אך גם לקוח חב חובת זהירות כלפי הבנק, וחובתו זו מוכרת מזה זמן. החובות הן אפוא הדדיות, ומקורן בראש ובראשונה בחוזה שבין השניים ... ואולם גם בלא קשר לחובתו זו של לקוח כלפי בנק, אם באחת הכרנו בחובת זהירות של בנק כלפי לקוחו – חובת זהירות השתולה, אמנם, בחוזה שבין השניים אך שורשיה בדיני הנזיקין הכלליים – לכאורה חייבים אנו להוסיף ולומר כי באותו הקשר נכיר אף בדוקטרינת האשם התורם. דומה עליו כי הכרה בחובת זהירות בלא לרככה בדוקטרינת האשם התורם תסיג אותנו מאה שנים לאחור, וכזאת לא יעלה על הדעת ... למותר לומר שדוקטרינת האשם התורם עדיפה כמה וכמה מונים על דוקטרינת המניעות שמקובל להחילה בנושאים מסוימים (כגון בזיוף שיקים) על יחסי בנק ולקוחו; שדוקטרינת המניעות הנה 'טוטאלית' על-פי עצם טיבה – 'הכל או לא כלום', ממש כעולת הרשלנות בתקופה שאשם תורם היה בו כדי לשלול זכות מכל וכל – ואילו דוקטרינת האשם התורם יש בה כדי לעשות צדק בין הנצים על דרך של ריכוך והקהיית העוקץ".

(סעיף 45 לפסק הדין).

נושא השמירה על שיקים נזכר בפסק הדין בעניין **טננבאום**, שם נטען, נגד המערערת גם לרשלנות בשמירה על פנקסי השיקים, אך בית המשפט לא הכריע בטענה זו.

פסק הדין היחיד שעלה בידנו למצוא בפסיקה המקומית בו הוכרע הדין על יסוד נושא זה, הוא פסק הדין של בית משפט השלום בתל אביב בת"א 61246/93 **יוספה בלקין ואח' נ' בנק אוצר החייל** (דינים שלום, כרך יד' 568). באותו מקרה כיבד הבנק שיק גנוב שחתימת הלקוח עליו זויפה. בית המשפט קבע שהלקוח התרשל בכך שלא השגיח כראוי על ארנקו ובכך אפשר את הגניבה והזיוף והטיל על הלקוח אשם תורם בשיעור של 25%.

58. מכאן, שהדין הקיים מכיר, בעקרון, בחובת זהירות המוטלת על הלקוח בדיני הנזיקין כלפי הבנק. עם זה, הפסיקה בישראל טרם דנה בשאלה האם מוטלת על הלקוח חובת זהירות קונקרטית כלפי הבנק בנוגע לשמירה על טופסי השקים שלו.

59. גם דעות מלומדים כפי שהן עולות מהעיון בספרות המשפטית, תומכות בשימוש במכשיר החוזי לשם הפעלת עקרון האשם.

פרופ' ברק מציין במאמרו הנזכר, שהכלים המשפטיים בהם ניתן להסדיר את נושא האחריות בגין פירעון שיקים שלא נמשכו על-ידי הלקוח, יכול שיימצאו במישור החוזי, בדיני הנזיקין, המניעות והאשרור.

המכשיר החוזי, כפי שמציין פרופ' ברק במאמרו, עשוי להיות יעיל בהגשמת שני המבחנים, מבחן פיזור הנזק ומבחן האשמה. בהעדר הוראה ספציפית בחוזה, היא הבנק מנוע מלכבד שיק שלא נחתם על-ידי הלקוח. תוצאה זו עולה בקנה אחד עם מבחן פיזור הנזק. לדעתו של פרופ' ברק, ניתן להגמיש תוצאה קשיחה זו, גם בהעדר תנאי מפורש בחוזה, על-ידי פרשנות הקוראת בחוזה תנאי מכללא, לפיו על הלקוח לנקוט באמצעי זהירות סבירים כדי למנוע זיופים או לגלותם, ובכך להקטין את הסיכון המוטל על הבנק. תנאי מכללא נוסף שניתן לקרוא לצורך כך בחוזה, סבור פרופ' ברק, הוא תנאי המכיר בקיזוז חובתו החוזית (מכללא) של הלקוח כלפי הבנק (שלא להתרשל) אל מול חובתו החוזית של הבנק כלפי הלקוח, שלא לכבד שיק שלא נעשה על-ידי הלקוח. כך מסביר עניין זה פרופ' ברק במאמרו:

"החוזה הוא אמצעי יעיל להגשמת מבחן פיזור הנזק, שכן מכוחו מוטל הסיכון של הזיוף על הבנק הנמשך. יעילות זו נובעת מנוקשותו של החוזה. יעילות זו תעלה אם ניתן יהיה להכניס לחוזה גורמים גמישים, שיהיה בכוחם להטיל הסיכון על-פי מידת האשמה. **אכן, אין כל מניעה עקרונית לכך.** הטכניקה המשפטית היא באמצעות תניות מכללא. בצד התחייבותו של הבנק לחייב שיקים אוטנטיים של הלקוח, **ניתן להכיר בהתחייבותו של הלקוח לנקוט באמצעי זהירות סבירים למנוע או לגלות זיופים בחתימתו ובכך להקטין את סיכונו של הבנק.** משהפר הלקוח התחייבותו זו, עליו לפצות הבנק הנמשך על כל נזק שנגרם לו עקב ההפרה."

(ברק, לעיל, 138)

פרופ' ברק אמנם אינו מכריע באופן מפורש בין מבחן פיזור הנזק לבין מבחן האשמה בהקשר החוזי, אך מהדיון הנערך על ידו בהקשר הנזיקי ניתן ללמוד כי דעתו נוחה יותר ממבחן האשמה וכי הוא מתנגד לזרם, שמצא את ביטוי במשפט האנגלי, המצמצם מאוד את חובותיו של הלקוח כלפי הבנק (ברק, לעיל, 156). כך עולה מגישתו, לפיה, גם בהעדר תנאי חוזי מפורש המטיל על הלקוח חובת זהירות כלפי הבנק, אין לשלול הטלת חובות מסוימות על הלקוח במסגרת החוזה תוך שימוש בפרשנות הקוראת בחוזה תנאים מכללא. פרופ' ברק מוכן לאמץ טכניקה פרשנית זו, חרף העובדה שבסופו של דבר ניתן להגיע לתוצאה משפטית דומה במישור הנזיקי, וזאת רק כדי להקנות לבנק זכות קיזוז. גישה זו תכיר, מקל וחומר, בתוקפה של הוראה חוזית מפורשת המטילה על הלקוח חובת זהירות סבירה כלפי הבנק.

גם פרופ' לרנר סבור ש"הגישה החוזית מאפשרת לבתי המשפט להפעיל, לפי שיקול דעתם, את עקרון האשמה או עקרון פיזור הנזק. בית משפט שיעדיף את העיקרון

האחרון, יקבע כי הבנק הפר אות חובתו לחייב את חשבונו של הלקוח רק עקב משיכות של האחרון, וימנע מהחלת חובות זהירות מכללא על הלקוח. בית משפט שיעדיף את עקרון האשמה, עשוי להטיל על הלקוח חובות זהירות שונות מכללא, ולהפעיל את עקרון האשם התורם, להביא לחלוקה צודקת של ההפסד בין הלקוח לבין הבנק, על-פי מידת הרשלנות של כל אחד מהם" (שם, 479-478).

זו גם דעתו של פרופ' בן אוליאל בספרו **דיני בנקאות חלק כללי** (ירושלים, תשנ"ו, עמ' 313) (להלן - בן אוליאל), אשר מתייחס בהקשר זה באופן ספציפי לתנאי הנוגע לשמירה על פנקסי השיקים. לדעתו, לצד הטלת חובה עקרונית על הבנק להחזיר את הכסף המופקד אצלו ללקוח, "... במסגרת ניהול החשבון, אחריותו של הלקוח ניתנת לקביעה בעת שהוסכם מראש בין הצדדים על חובותיו של המפקיד לגבי הבנק. לדוגמא, לשמור על פנקס שיקים ולמסור מידע לבנק במקרה של אובדן השיקים" (שם, 313) (להלן - בן אוליאל).

פרופ' פורת מעלה במאמרו הנזכר את השאלה, האם דיני החוזים מאפשרים לחלק את הנזק בין הבנק לבין הלקוח, במקום שבו שניהם התרשלו. לדעתו, אפשרות זו, של חלוקת הנזק לא התעוררה בפסיקה בעבר, בשל כך שאותם פסקי דין התייחסו לתביעת הלקוח כאל תביעה חוזית. בעוד שחלוקת האחריות עקב קיומו של אשם תורם נתפשת כהגנה נזיקית, ולא כהגנה חוזית. עם זה, סבור פרופ' פורת, שניתן להכיר בהגנת אשם תורם ולחלק את האחריות גם במישור דיני החוזים. גישה זו פותחה על-ידי פרופ' פורת בספרו **הגנת אשם תורם בדיני חוזים**, בהוצאת המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקל, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, תשנ"ז-1997). פרופ' ברק אינו רואה מניעה ליישם באמצעות החוזה את מבחן האשם, תוך חלוקת הנזק במקום ששני הצדדים לחוזה, הבנק והלקוח, התרשלו (שם, 138). גם פרופ' לרנר סבור, שאין מניעה לחלק את הנזק גם על-פי דיני החוזים. כדבריו: "בעבר התקשו דיני החוזים לחלק נזק בין שני צדדים שהתרשלו. בשנים האחרונות החל בית המשפט העליון לעשות את דרכו לכיוון החלת העיקרון הנזיקי של אשם תורם גם בדיני החוזים (ה"ש 110: ע"א 3912/90 Eximin S.A תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פרארי בע"מ, פ"ד מז(4) 64; רע"א 3577/93 הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ' מוריאנו, פ"ד מח(4) 70), ומגמה זו עשויה להוביל לחלוקה הוגנת של ההפסד במקרים שלנו". (שם, 479).

60. ראוי להתייחס בהקשר זה גם למשפט המשווה.

באנגליה, התעוררה שאלת אחריותו של הבנק כלפי לקוחו בכל הקשור למשיכת שיקים תוך זיוף חתימת הלקוח. הכלל בפסיקה האנגלית הוא, שחובת הלקוח שלא להתרשל כלפי הבנק חלה לגבי עצם העסקה בלבד. דהיינו, חובת הזהירות החלה על הלקוח מתייחסת לגבי התנהגות הקשורה במישרין למשיכת השיק ולהוצאתו, אך לא לרקע העסקי שבמהלכו נמשך השיק. ההנחה שביסוד אותה פסיקה הייתה כי חובתו של הלקוח היא חובה חד פעמית הקשורה למשיכת השיק בלבד. (ברק, שם, בעמ' 150, 152) בהתאם לפסיקה זו לא הוטלה על הלקוח חובה כללית לעמוד על המשמר בקשר לעסקיו כדי לזהות זיופים (**London Joint Stock Bank v. Macmillan** [1918] A.C. 777, 795).

חובת זהירות של הלקוח כלפי הבנק, החורגת מהעסקה הספציפית בה מדובר, הורחבה במשפט האנגלי רק במקום שבו הלקוח ידע בפועל על הזיוף ונמנע מלגלות את הדבר לבנק. כך, בפס"ד **Greenwood v. Martins Bank Ltd** [1933] AC 51. הושתק הלקוח מלטעון לרשלנות הבנק כאשר ידע על זיופי חתימתו על גבי השקים על-ידי אשתו ולא הודיע לבנק.

בפסק דין משנת 1986 שניתן על-ידי ה- **Privy Council** בעניין **Tai Hing Cotton Mill Ltd v. Liu Chong Hing Bank Ltd** [1986] AC 80 דובר בעובד של חברה שביצע שורה של מעשי מרמה ובהם זיוף חתימת החברה על שיקים במשך שש שנים. באף אחד מהחוזים בין הבנק לבין החברה לא היה תנאי מפורש אשר הטיל על החברה חובת זהירות בניהול העסק כדי למנוע זיוף. בית המשפט פסק, שעל הלקוח מוטלת חובת זהירות כלפי הבנק במשיכת השיק באופן שלא יקל על זיופו או שינויו, וכן מוטלת עליו חובה להודיע לבנק על זיוף השיק מיד לכשנודע לו על כך. בית המשפט דחה את הניסיון להרחיב את החובה המוטלת על הבנק, הן במישור דיני החוזים והן במישור דיני הנזיקין.

בהתייחס לסוגיה שלפנינו, נקבע במשפט האנגלי, כי לקוח איננו חב חובת זהירות כלפי הבנק בגין שמירה נאותה של טופסי השיקים (**E.P Ellinger & E. Lomnicka**) (להלן - **Ellinger**). (**Modern Banking Law**, 2nd Edition, 1994, p. 367).

במקרה שבו התרשל הלקוח בשמירה על חותמת החברה שלו אף נקבע, כי אין להסיר מהבנק את האחריות כלפי הלקוח כאשר הלקוח מאבד את פנקס השקים

שלו או מתרשל בנעילת שולחנו, שכן מדובר בסיבה רחוקה מדי אשר אין לה קשר ישיר לזיוף. כך קבע השופט Parker בפסק הדין בעניין **Bank of Ireland v. Evans Trustees**, (1855) 5 HLC 389 :

“If such negligence could disentitle the plaintiffs, to what extent is it to go? If a man should lose his cheque book, or neglect to lock the desk in which it is kept, and a servant or stranger should take it up, it is impossible in our opinion to contend that a banker paying his forged cheque would be entitled to charge his customer with that payment”.

(p. 410-411).

בתחום החוזי קבע בית המשפט, כי הצדדים חופשיים להגדיר את יחסייהם בחוזה ביניהם, אך בהעדר הוראה חוזית מפורשת, דחה בית המשפט את הניסיון לקרוא בחוזה תנאים מכללא שאינם כתובים בו. משמע, בנק המעוניין בהגנה כלפי הלקוח שלו צריך לקבוע זאת בחוזה במפורש (ראה: Ellinger, p.370; R. Cranston **Principles of Banking Law** 1997, p.152 (להלן - Cranston)). עם זה, ראוי לציין, שבאותו משפט לא נבחנה תנייה חוזית מסוג זה מנקדות המבט של דיני החוזים האחידים. המלומד Cranston אף מציין בספרו דלעיל, שהכללתם של תנאים כאלה בחוזים שבין הבנק לבין הלקוח, כפופה, בכל מקרה, לדיני החוזים האחידים. בכל מקרה מסתבר, שהבנקים באנגליה בחרו שלא לכלול בחוזים עם לקוחותיהם סעיפים המטילים חובות מסוג זה, כנראה בשל החשש מפני תגובת הלקוחות (Cranston לעיל, 153).

בעקבות פסק הדין בעניין **Tai Hing** הני"ל הקימה ממשלת בריטניה ועדה שהמליצה על חקיקת הוראה לפיה בתביעה כנגד הבנק יוכל זה להעלות טענה של אשם תורם כטענת הגנה נגד הלקוח, וזאת במקרה שבו אין זה צודק לחייב את הבנק בתשלום מלוא הסכום. המלצות אלו, למיטב ידיעתנו, טרם יושמו (Cranston לעיל, 153).

בסעיף 4.8 ל- **Banking Code** שהוא קוד אשר נוסח על-ידי ארגון הבנקאים הבריטי נקבע, כי שמירה על פנקס השקים וכרטיסים שונים חיונית כדי למנוע זיוף וכדי להגן על חשבונות הלקוח. לפיכך מתבקש הלקוח שלא להחזיק את פנקס השקים וכרטיסי החיוב במקום אחד, וכן לא לאפשר לאדם אחר לעשות שימוש

בכרטיסים השונים. סעיף 4.9 לקוד הבנקאים האנגלי קובע כי חיוני שהלקוח ידווח לבנק בהקדם האפשרי כאשר הוא חושד שפנקס השקים או כרטיסי החיוב נגנבו. אולם, קוד בנקאי זה, אינו מטיל על הלקוח חובה משפטית כלפי הבנק.

בארה"ב חל באופן ברור מבחן האשמה. המשפט האמריקאי מטיל על הלקוח חובות מחובות שונות כלפי הבנק. בעבר, הגישה במשפט האמריקאי הייתה כי רשלנות של הבנק, אם קיימת ולו במידה קטנה, שוללת ממנו את האפשרות לטעון למניעות כלפי הלקוח, ובכך מטילה על הבנק את מלוא האחריות (ברק, שם, 142). כיום, החוק האמריקאי מחלק את הנזק בין שני הצדדים – הבנק והלקוח – על-פי מידת אשמתם (בן אוליאל, 313).

סעיף 404 – 3 ל- **Uniform Commercial Code (UCC)** קובע לעניין זה:

“(a) A person whose failure to exercise ordinary care substantially contributes to an alteration of an instrument or to the making of a forged signature on an instrument is precluded from asserting the alteration of the forgery against a person who, in good faith, pays the instrument or takes it for value or for collection.

(b) Under subsection (a), if the person asserting the preclusion fails to exercise ordinary care in paying or taking the instrument and that failure substantially contributes to loss, the loss is allocated between the person precluded and the person asserting the preclusion according to the extent to which the failure of each to exercise ordinary care contributed to the loss.

(c) Under subsection (a), the burden of proving failure to exercise ordinary care is on the person asserting the preclusion. Under subsection (b), the burden of proving failure to exercise ordinary care is on the person precluded”.

התרשלות בשמירה על טופסי השיקים יכול שתיפול, לכאורה, בגדר Failure to exercise ordinary care, אשר יכולה לתרום באופן משמעותי "To the making of forged signature".

עם זה, מסתבר שלצורך הטלת חבות על הלקוח אין די במשפט האמריקאי, לפחות במדינת ניו-יורק, בהתרשלות רגילה, אלא נדרשת התרשלות ברמה גבוהה, כמו,

למשל, מתן גישה לשקים של הלקוח החתומים על החלק לאנשים לא מורשים. כך נקבע בפסק דין של בית המשפט העליון של מדינת ניו-יורק (Ernst & C0., v. **Chemical Bank**, 209 A.D. 2D 241):

“The principal cause of such a loss is often the act of a thief, rather than that of any of the parties to the dispute; but acts or omissions that make a theft easier may give rise to preclusion or estoppel under the statute The statute requires a showing of “negligence [that] substantially contributes” to the loss. New York is among those States whose ... courts have interpreted this as not necessarily meaning negligence whose contribution is so substantial as to shorten the chain of proximate cause By whatever standard, a showing of mere laxity in the handling of checks might not be enough... , whereas careless security with regard to personnel allowed access to blank checks might very well substantially contribute to the facilitation of unauthorized disbursements ...”.

(ראה גם: Unauthorized And Forged Indorsements: A Glitch in revised article 3 of the uniform commercial code (1997) 37 Santa Clara L. Rev. (349).

בגרמניה מוסדרים נושאים רבים הנוגעים ליחסים שבין הבנק והלקוח בתנאי העסקים הכלליים (The General Business Conditions) המסדירים את היחסים בין הבנקים ללקוחותיהם, שנוסחו על-ידי ארגון הבנקאים הגרמני ואומצו במרבית הבנקים. תנאים אלה מטילים על הלקוח חובות שונות של שיתוף פעולה, לרבות החובה לעיין בחשבונות הבנק הנשלחים ללקוח מדי פעם (סעיף 11(4) לתנאים). כמו כן מוטלת על הלקוח חובה לידע את הבנק על שינויים שונים בפרטיו ולתת לבנק הוראות ברורות. בתנאים אלה אין מוטלת על הלקוח חובה מפורשת לשמור על טופסי השקים שברשותו. עם זאת, סעיף 3 לתנאים קובע את עקרון האשם התורם של הלקוח. על-פי סעיף זה, הבנק אחראי לכל נזק שנגרם על-ידי צוות הבנק, אך במקרה בו הלקוח עצמו תרם להתרחשות הנזק באשמתו, למשל כאשר הפר את חובותיו לשיתוף פעולה עם הבנק על-פי סעיף 11 לכללים, ייקבע היקף האחריות

וחלוקתו בין הבנק לבין הלקוח על-פי עקרון האשם (R. Cranston, EUROPEAN)
 .(BANKING LAW, The Banker-Customer Relationship, 2 ed, p. 247

בבלגיה נקבעה בסעיף 36 לחוק השקים, אחריותו של הלקוח, בעל פנקס שיקים, לאובדן או לגנבה של הפנקס, ואין מסתפקים בהודעתו של הלקוח לבנק על האובדן, אלא אם זה הוכיח קיומה של מרמה או רשלנות רבתי מצד הבנק. רוב הבנקים בבלגיה רכשו ביטוח כנגד גניבה או אובדן, כדי להגן על לקוחותיהם. עם זאת, פוליסות הביטוח אינן חלות במקרה של רשלנות רבתי מצד הלקוח (D. Campbell,)
 (R. Meroni **Bankers Liability Risks and Remedies** 1993, p. 404-405
 (להלן - Campbell).

מהסקירה החלקית דלעיל עולה, שפרט למשפט האנגלי מוכרת במשפט המשווה, על-פי מבחן האשמה, מידה כלשהי של אחריות של הלקוח בגין התרשלנותו בשמירה על טופסי השקים המונפקים לו על-ידי הבנק. גם במשפט האנגלי, שאיננו מכיר בחובה זו, קיימת מגמה לשינוי המצב המשפטי הקיים. בכל מקרה, כנראה שאין מניעה בדין האנגלי, לפי פסה"ד בעניין **Tai Hing**, לכלול בעניין זה הוראה בחוזה בין הצדדים. עם זה, לפחות במשפט האמריקאי, נדרשת, לשם הטלת אחריות על הלקוח, רמת התרשלנות גבוהה ואין מסתפקים בהתרשלנות רגילה. דומה שבאף אחת משיטות המשפט אין מיושם באופן מלא מבחן פיזור הנזק.

61. על רקע הדברים דלעיל, אנו סבורים, שבעקרון, אין לראות בתנייה המטילה על הלקוח חובה לשמור על טופסי השיקים שברשותו תנייה מקפחת. עם זאת, אנו סבורים, שיש לסייג חובה זו, כפי שיפורט בהמשך. אלה טעמנו.

א. הטעם העיקרי עליו ביסס היועץ המשפטי את טענתו לפיה מדובר בתנאי מקפת, מבוסס, כאמור, על ההשקפה לפיה תנאי זה מקים חזקות קיפוח לפי הסעיפים (1)4 ו- (6)4 לחוק החוזים האחידים. לשון אחר, כי מדובר בתנאי הפוטר את הספק – הבנק – מהאחריות שהייתה מוטלת עליו על-פי דין אילולא אותו תנאי, או מסייגת אותה אחריות באופן בלתי סביר.

אולם, הפסיקה הישראלית, כפי שהוסבר לעיל, לא ראתה מניעה מלהטיל על הלקוח חובות זהירות כלפי הבנק, עד כדי הקמת מניעות כלפיו מלטעון להפרת חובתו של הבנק, במקום שבו התרשלנותו של הלקוח הייתה הגורם העיקרי לנזק.

אכן, מדובר בפסיקה ישנה (פסקי הדין בעניין **שטאובר וטננבאום**), ובספרות המשפטית אף הובעה הדעה כי הלכות אלה לא היו נפסקות כיום (ראה דעותיהם של פורת ולרנר הנזכרות לעיל). עם זה, ההסתייגות מפסיקה זו בספרות המשפטית לא שללה את עצם ההתחשבות בהתרשלות הלקוח, אלא רק את השימוש, בהקשר זה, בטכניקה המשפטית של מניעות, הגוררת, מטבעה, את התוצאה של "הכל או לא כלום", ופותרת את הבנק מכל אחריות, חרף חלקו באחריות החוזית והנזיקית לכיבוד השיק המזויף. (ראה: פורת, לעיל, עמ' 338-339; ברק לעיל, 146-145, 159; לרנר, לעיל, 475; בן אוליאל, 315-318 וכן פרופ' ד. פרידמן: "סוגיות בתחום החוזים האחידים", **עיוני משפט** ו' (תשל"ט), 490, 503-505).

גם בדיון הנוסף בפרשת **אדם פרוסט** הסתייג כב' השופט מ. חשין מהשימוש בדוקטרינת המניעות ביחסים בין הבנק לבין הלקוח (ראה סעיף 43 לפסה"ד כפי שצוטט לעיל).

אמנם, הפסיקה הישראלית אשר פטרה את הבנק מאחריות לכיבוד שיק מזויף על יסוד התרשלות הלקוח, בוססה (למעט פסק דין אחד) על התרשלות שבאה לידי ביטוי באי גילוי המשיכות שמקורן בזיוף, חרף האפשרות שניתנה ללקוח לגלות משיכות אלה על-ידי עיון בדפי החשבון שהומצאו לו על-ידי הבנק, ולא על התרשלות באי שמירה על טופסי השיקים. על רקע זה, טוען היועמ"ש, ש"נראה כי כיום אין הכרעה בפסיקה בשאלה האם הסעיף האמור [המטיל חובת שמירה של שיקים על הלקוח] הנו סעיף מקפח" (עמ' 23 לסיכומיו). חרף העדר הכרעה מפורשת בפסיקה בסוגייה זו, סבור היועמ"ש, כי יש להבין את הפסיקה הקיימת כפותרת את הלקוח מאחריות בגין התרשלות באי שמירה על טופסי השיקים. היועמ"ש סומך טענה זו על פסק הדין בעניין **ישיבת ישמח משה**, שם נדחתה טענת המניעות ואובחנו פסקי הדין בעניין **שטאובר וטננבאום**, על רקע ריבוי מעשי הזיוף והתמשכותם, מה שאפשר ללקוחות לעמוד בנקל על המשיכות האסורות מחשבונותיהם. כב' השופט ש. לויין אף ציין בפסק דינו באותה פרשה, שהנטייה המודרנית היא לצמצם את היקפן של חובות הלקוח כלפי הבנק. על רקע הנמקות אלה, סבור היועמ"ש, שמפסק דין זה עולה, שיש להגביל את טענת ההשתק למקום שבו הלקוח ידע על החרגות הנעשות בחשבונו, או למצער עצם את עיניו לקיומן של חריגות בולטות

ובוטות. אולם, במקום בו ההתרשלות של הלקוח אינה עולה לדרגה כה חמורה שניתן לבסס עליה טענת השתק, טוען היועץ המשפטי, לא תשמע טענה זו.

איננו מקבלים טענה זו של היועץ המשפטי. אכן, כפי שצוין לעיל, אין למצוא בפסיקה הישראלית פסיקה מחייבת או אף מנחה שבה הוכרע הדיון באופן מפורש רק על יסוד התרשלותו של הלקוח בשמירה על טופסי שיקים (שלא לוותה בהתרשלות הנעוצה בהימנעות מלעיין בחשבונות הבנק). אולם, גם בהעדר פסיקה ישירה המטילה על הלקוח אחריות במקרים כאלה, אנו סבורים, שההכרה העקרונית באחריותו של הלקוח במקרים של התרשלות בשמירה על טופסי הבנק, הנה פועל יוצא מעצם ההכרה בקיומה של חובת הזהירות הכללית המוטלת על הלקוח ביחסיו עם הבנק. חובת הזהירות כללית זו הוכרה, כפי שנזכר, בדיון הנוסף בפרשת **אדם פרוסט**, שם הבהיר בית המשפט העליון, שההכרה בחובת הזהירות המוטלת על הבנק כלפי לקוחו כרוכה ושלובה בהכרה בחובת הזהירות המוטלת על הלקוח כלפי הבנק, ואין להכיר בחובה האחת בלא להכיר בה בעת גם בחובה השנייה (סעיף 45 לפסק דינו של כב' השופט חשין).

בעקרון, איננו רואים סיבה שלא ליישם חובת הזהירות זו גם על המקרה של התרשלות בשמירה על טופסי השקים. ראשית, כעניין שבעובדה, כל אדם סביר יכול לצפות, שאי שמירה נאותה על טופסי השקים, עלולה להביא לכך שאלה יגיעו לידי של אדם בלתי מורשה אשר עשוי לעשות בהם שימוש לרעה. שנית, כעניין של מדיניות, מקובלת עלינו דעתו של פרופ' ברק, שהלקוח לא רק יכול לצפות את התרחשות הנזק, אלא שהוא גם "צריך" לקחת בחשבון כי הבנק עשוי להינזק אם הלקוח לא ינקוט באמצעי זהירות סבירים" (ברק, שם, 149).

שאלה אחרת היא שאלת ההיקף של חובה השמירה המוטלת על הלקוח בשמירה על טופסי השקים. לכך נתייחס בהמשך.

ב. שיקול נוסף התומך בהטלת חובה על הלקוח לשמור על טופסי השקים, נעוץ בקשיים בהם נתקל הבנק, שעליהם עמד בית המשפט העליון בדיון הנוסף בעניין פרשת **אדם פרוסט**, בבואו לקיים את החובות המוטלות עליו כלפי הלקוח: החובה לנקוט באמצעי זהירות ראויים ולעשות כל הניתן והראוי כדי למנוע אפשרות שפלוני ירמה את לקוחו ויגזול את רכושו, והחובה למלא

במהירות, ביעילות ובשלמות אחר הוראות הלקוח לכבד שיקים שנמשכו על ידו. כפי שציין בית המשפט באותו פסק דין, בבואו למלא אחר שתי החובות האמורות נקלע הבנק לסבך של אינטרסים נוגדים המושכים כל אחד לכיוון אחר, שבו יש למצוא את האיזון הראוי בין השיקולים הסותרים, כאשר: "הצורך בפעילות מהירה ושוטפת בנושא כיבודם של שקים משמש גורם מכריע בקביעתה של חובת הזהירות של בנק כלפי לקוחו, והוא המתווה את היקפה של אותה חובת זהירות". (סעיף 33 לפסק דינו של כב' השופט חשין).

לרקע הסיטואציה המורכבת שבה הבנק נתון, כאשר חובותיו כספק שירות עלולות להתנגש זו בזו, איננו רואים משום קיפוח בעצם הטלתה של חובה חוזית על הלקוח לשמור על טופסי השקים. זאת, כאשר הלקוח הוא בעל השליטה על טופסי השקים, ובידו, מטבע הדברים, האפשרות היותר יעילה, גם יותר זולה, למנוע את השימוש לרעה בשקים שהונפקו לו.

ג. גם בפסיקה הובעה הדעה, שאין מניעה לכלול בחוזה תנאי המטיל על הלקוח באופן מפורש חובת זהירות (ראה: פסק דינו של השופט ח' כהן בעניין **שטאובר**). הדברים אמנם נאמרו בהקשר לחובת העיון בחשבונות הבנק והתגובה עליהם, שלכך נתייחס בהמשך, אך דומה שהרציונאל שביסודם חל גם בעניין שלפנינו.

ד. ראוי להזכיר בהקשר זה, שלגבי כרטיסי חיוב נקבע הסדר סטטוטורי מפורש הקובע תקרת אחריות של הלקוח עקב שימוש לרעה בכרטיס (סעיף 5 לחוק כרטיסי חיוב, תשמ"ו-1986). בית הדין לחוזים אחידים אף הכיר (תח"א 15/87 **ישראל כרטיס נ' היועץ המשפטי לממשלה** (לא פורסם)) באינטרס הלגיטימי של מנפיק כרטיס אשראי לדרוש מן הלקוח לשמור באופן ראוי על הכרטיס, זאת לאור הסיכונים המוטלים על הספק במקרה של שימוש בכרטיס שלא בהסכמת הלקוח. גם המחברות [לוסטנהויז ושפניץ מציינות בספרן חוזים אחידים](#), את החשיבות שבשמירה על כרטיס אשראי;

"לאור הסיכונים המוטלים על הספק במקרה של שימוש בכרטיס שלא בהסכמת הלקוח, יש לספק אינטרס לגיטימי לדרוש מהלקוח שמירה טובה על הכרטיס".

([שם, בעמ' 338](#)).

בפסיקה במקרים מסוימים בהם נמנע הלקוח מלעיין בדפי החשבון ששלח לו הבנק ולדווח לבנק על משיכות לא מורשות שאותן היה ניתן לגלות בדרך זו. ספק בעינינו אם לדוקטרינה יש עדיין תחולה ביחסים שבין הבנק לבין הלקוח במשפט הישראלי (על כך ראה בהמשך). מכל מקום, איננו רואים מקום או חשש להחלתה של דוקטרינת המניעות עקב קביעתה של חובת שמירה על טופסי השקים בחוזה. זאת, משום שגם אם הלקוח הפר את חובת השמירה, הבנק הפר, מנגד, את חובתו לכבד רק שקים אשר נחתמו על-ידי הלקוח. בסיטואציה כזאת, של הפרות הדדיות של החוזה על-ידי שני הצדדים, אין, ככלל, מקום להפעלת דוקטרינת המניעות נגד צד אחד. על סיטואציה כזאת, של הפרת החוזה על-ידי שני הצדדים, נאמר בפסק הדין בע"א 3912/90 EXIMIN S.A תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פרארי בע"מ (פ"ד מז(4) 64):

"בסיטואציה כמו זו שלפנינו, בה מדובר, למעשה, בשני צדדים שתרמו לנזק בהתנהגותם, חלוקת האחריות היא התוצאה המתבקשת. שוב לא יוכל התובע לטעון, כי זכאי הוא להסתמך על הביצוע של הצד שכנגד, שכן לנתבע זכות לומר זאת באותה מידה. כך גם אין התובע יכול להיבנות מטענות שעניינן הפן המוסרי של קיום הבטחות. אין גם קושי מבחינת יישום הדוקטרינה, שהרי כשם שתקבע אחריות הנתבע לנזקי התובע תקבע גם אחריות התובע לנזקי הנתבע. כל קביעה אחרת תביא ליצירת מעגל שוטה, שהרי מאחר וכל אחד מהצדדים הוא מפר, יש להטיל על כל אחד מהם, לכאורה, אחריות מוחלטת בגין הנזק שנגרם עקב ההפרה לצד שכנגד. המוצא הנאות בנסיבות כגון אלה היא חלוקת האחריות בין הצדדים".

(עמ' 85 לפסק הדין).

ח. כפי שצינו לעיל, אנו סבורים שקביעתה של חובה חוזית על הלקוח לשמור על טופסי השקים, אין בה כדי להטיל על הלקוח, בעקרון, חובה שלא הייתה מוטלת עליו בדין אילולא אותה תנייה. מסקנה זו תקפה הן במישור החוזי והן במישור הנזיקי.

במישור החוזי, תקבע תוצאה משפטית זהה, גם בהעדר תנייה חוזית מפורשת, על-פי הגישה אשר מוכנה לקרוא בחוזה תנאי מכללא המטיל על הלקוח חובה כלפי הבנק שלא להתרשל (ראה ברק, שם, 138, 149), והן על-פי הגישה המכירה בהגנת האשם התורם בדיני החוזים. הגישה האחרונה משקפת תפיסה גמישה יותר של המחויבות החוזית המודרנית, שיש להעדיפה על פני הגישה של "הכל או לא כלום" המטילה את מלוא החבות על צד אחד בלבד.

תוצאה משפטית דומה תתקבל במישור הנזיקי. שהרי התנייה החוזית שלפנינו, אינה פוטרת את הבנק מאחריות כלפי הלקוח עקב ההתרשלות של האחרון בשמירה על פנקסי השיקים, אלא מסתפקת בהטלת חובה על הלקוח שלא להתרשל בשמירה עליהם. תנאי זה איננו משנה את עקרונות האחריות הנזיקית, המטילים על הלקוח חובת זהירות כלפי הבנק אשר עשוי להיזקק עקב התרשלות בשמירה על פנקסי השיקים, אלא מעגן את חובת הלקוח, פרט לדיני הנזיקין, גם במישור החוזי. כפי שמציין פרופ' ברק במאמרו הנזכר: "קיום חוזה בין הבנק לבין לקוחו אין בו כדי לשלול, לא את הצורך ולא את האפשרות לקיים חובת זהירות בנזיקין בין השניים" (ברק לעיל, בעמ' 149).

62. המסקנה דלעיל, לפיה בעקרון, חובת הלקוח לשמור על טופסי השקים מוכרת במשפט הישראלי, כנגזרת מעצם קיומה של חובת זהירות של הלקוח כלפי הבנק, איננה נותנת תשובה לשאלת היקפה של חובה זו. הקושי בעניין זה נעוץ בכך שהסוגיה טרם נדונה בפסיקה הישראלית, וודאי שלא ניתן לפתור אותה במסגרת הדיון הנוכחי. לעניין זה ניתן להבדיל, למשל, בין מקרים כגון אלה שנידונו בפסק הדין **שטאובר, טננבאום ונאות מרינה**, שם דובר בהתרשלות גסה וממושכת (גם אם בהקשר אחר), לבין מקרה כגון זה שנדון בפסק הדין בעניין **ישיבת ישמח משה**, שבו דובר בשתי פעולות בנקאיות בלבד, שהעדר שימת לב מספקת לגביהן, לא הצדיק, לדעת בית המשפט, את הפעלת דוקטרינת המניעות. באותו מקרה לא הוטלה על הלקוח אחריות חלקית לנזק גם מכוח דיני הנזיקין. כזה עשוי להיות המצב גם במקרה שבו מאבד הלקוח באופן חד פעמי את תיקו, שבו מצויים טופסי השקים שלו. שהרי אין אדם שלא איבד, לפחות פעם אחת, את ארנקו מחמת פיזור הדעת או שכחה. בנסיבות מעין אלה, דומה כי ראוי להחיל את מבחן פיזור הנזק, המאפשר להטיל את הנזקים הנובעים מאירוע כזה על הציבור כולו, ולא להטילם על הפרט, אשר עשוי לכרוע תחת הנטל הכלכלי הנגרם עקב טעות חד פעמית. המצב עשוי להיות שונה, במקום שבו מדובר בהתרשלות שיטתית וממושכת. למשל, התרשלות של בעל עסק אשר מחזיק דרך קבע את טופסי השקים שלו במקום שאליו יש גישה חופשית לאנשים שאינם מורשים לפעול בחשבונותיו. הוא הדין, וביתר תוקף, במקום שבו מדובר בשקים חתומים על החלק, (ראה לעניין זה עמדתו של המשפט האמריקאי כפי שנזכרה לעיל).

הואיל ונושא זה טרם נדון בפסיקה הישראלית, לא נוכל לקבוע במסגרת הנוכחית את רמת הזהירות הראויה אשר הפרתה תביא לחיוב הלקוח בחלק מהאחריות והנזק הנגרמים, בין היתר, עקב מחדליו. בנסיבות אלה, עלינו להסתפק בכך שהתנאי

החוזי שיאושר לא יטיל על הלקוח חובת זהירות אשר חורגת מחובת הזהירות המוטלת עליו לפי דיני הנזיקין. חריגה כזאת, אם תוכשר במסגרת החוזה, תטיל על הלקוח אחריות אשר עולה על האחריות המוטלת עליו לפי הדין, בהעדרו של תנאי זה, ובכך תקים חזקת קיפוח לפי סעיף 14(1) לחוק.

על-פי החוזה, על הלקוח, כאמור, "לשמור על טופסי השקים ולא לאפשר שימוש בהם על-ידי מי שאינו מורשה לכך". חובה זו עשויה להתפרש כחובה מוחלטת, אשר מילויה מותנה בהשגת התוצאה הקבועה בחוזה: מניעתם של אנשים שאינם מורשים לכך לעשות שימוש בטופסי השקים.

גם אם לא תוטל על הלקוח חובה מוחלטת, עשויה פרשנות החוזה, בנוסחו הנוכחי, להציב רף התנהגות גבוה מהראוי, למשל, על-ידי אימוץ סטנדרט ההתנהגות הנדרש משומר שכן, אשר אחראי, לפי סעיף 2(ב) לחוק השומרים, התשכ"ז-1967, לאובדן הנכס או לנזקו, "זולת אם נגרמו עקב נסיבות שלא היה עליו לחזותן מראש ולא יכול היה למנוע את תוצאותיהן".

63. לאור האמור, אנו סבורים, שיש להתאים את החובה החוזית המוטלת על הלקוח בנושא השמירה על טופסי השקים, לחובה המוטלת עליו בנזיקין. למשל, על-ידי קביעת סייג, לפיו הלקוח יצא ידי חובה זו אם ישמור על טופסי השקים באופן סביר, וינקוט אמצעי זהירות סבירים על מנת למנוע את השימוש בהם מאנשים בלתי מורשים. דרישה כזאת, תאפשר לבתי המשפט לקבוע בעתיד את רף ההתנהגות הנדרש מהלקוח בתחום זה, תוך "אחוד ... עקרונות הפיצוי בין דיני הנזיקין לדיני החוזים", מטרה הראויה לעצמה (ע"א 3912/90 לעיל, סעיף יד לפסק הדין).

64. לאור האמור, אנו סבורים, שבעקרון, אין בהטלת חובת השמירה על טופסי השקים כדי לקפח את הלקוחות. עם זה, אנו סבורים, כי התנאי בנוסחו הנוכחי מקפח את הלקוחות. כדי להסיר את הקיפוח יש לתקן את הסעיף ברוח הדברים דלעיל.

סעיפים 1.6.1 ו- 1.6.3 - חובת ההודעה על ביטול השיקים או על גניבתם

65. סעיף 1.6.1 קובע, לצד הטלת החובה על הלקוחות לשמור על טופסי השיקים, גם חובה להודיע לבנק מיידית על כל גניבה או אובדן של טופסי שיקים ולבטל אותם מיידית ובכתב.

סעיף 1.6.3 מסדיר את הדרך שבה על הלקוח לבטל את טופסי השיקים :

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

66. לעניין המועד, הסכימו הצדדים, כי הודעה כאמור תינתן על-ידי הלקוח לאחר שנודע לו דבר האובדן או הגניבה, ולא מייד לאחר התרחשותם. הסכמה זו מקובלת עלינו.

67. היועמ"ש איננו חולק על עצם החובה המוטלת על הלקוח להודיע לבנק על אובדן או על גניבת טופסי השיקים, הגם שהוא מציין, כי חובה כזאת איננה קיימת במשפט המשווה – בדין האנגלי והאמריקאי. עם זה, הוא חולק על התוצאה המשפטית הנגזרת מחובה זו. לעניין זה סבור היועמ"ש, שהתוצאה הפרשנית הנגזרת מקביעת חובת דיווח זו בחוזה היא ש"אם הלקוח לא פעל כאמור לעיל [היינו, לא דיווח לבנק על האובדן או הגניבה] יהא הוא אחראי לתשלום השיקים אף אם אלו זויפו והוצגו לבנק לתשלום" (עמ' 23 לסיכומים). על רקע זה, "מדגיש המבקש כי עמדתו היא שאין בכך כדי לגרוע מאחריות הבנק לתשלום שיק במקרה שזה זויף, אלא על-פי החריגים שנקבעו בפסיקה" (עמ' 25 לסיכומים).

68. אשר לתוצאה הנגזרת מהטלת חובה זו על הלקוח, עצם קביעתה של חובה הדיווח, איננה מלמדת על כך שהפרתה של חובה זו תפטור את הבנק, באופן אוטומטי, מאחריות לכיבוד שיקים שנמשכו שלא על-פי הוראתו של הלקוח. גם בהוראות הסעיפים 1.6.1 ו-1.6.3 לחוזה, אין למצוא קביעה כזאת, הפוטרת את הבנק מאחריות במקרים של כיבוד שיקים שאבדו או נגנבו והלקוח לא דיווח על כך לבנק.

69. מנגד, מקובל עלינו, שאי דיווח לבנק על אובדן הפנקסים או גניבתם, עשוי להקים לבנק טענה בדבר קיומו של אשם תורם מצדו של הלקוח. במצב דברים כזה, שבו הבנק כיבד שיקים מזויפים שהלקוח לא דיווח על גניבתם או אובדנם, יימצא הלקוח מפר את החוזה. בנסיבות אלה יהא על בית המשפט לקבוע את חלוקת האחריות והנזק הנובע מכיבודם של השיקים האבודים/גנובים בין הלקוח לבנק בהתאם לנסיבות ולמבחנים הנוהגים בחלוקת הנזק בין שניים שחטאו.

70. אשר לדרך מתן הודעת הביטול, היועץ המשפטי טוען, כי אין לחייב את הלקוחות במתן הודעת ביטול שיקים בכתב דווקא. לעומתו, טוען הבנק, כי הודעה בעל פה בלבד עשויה לגרום לאי הבנות ונזקים שונים. בסיכומיו הסכים הבנק, כי הסעיף יתוקן כך, שאם קיים הסכם בין הבנק והלקוח למסירת הודעות באמצעות קווי תקשורת, יוכל הלקוח ליתן הודעת ביטול באמצעים אלה. אולם, במקרה כזה דורש הבנק, כי הודעה שתינתן בעל פה, תגובה בהודעה בכתב בהקדם האפשרי. היועץ המשפטי איננו מקבל הצעה זו. לדעתו, אין מקום להטיל על הלקוח לגבות את ההודעה בעל-פי בהודעה נוספת בכתב.

הבנק טוען, כי אם תתקבל עמדתו של היועץ המשפטי והלקוח יופטר ממתן הודעה בכתב כלשהי (גם לאחר מתן הודעה בעל-פה) בדבר ביטול השיקים, כי אז יש לראות ברישום אותו עורך פקיד הבנק לגבי שיחתו עם הלקוח בה ניתנה לו הוראת הביטול, משום ראיה מכרעת לגבי תוכנה של אותה שיחה בכל הליך עתידי. זאת, בין השאר, כדי לייתר את הצורך בזימונם לעדות של פקידי הבנק לבית המשפט. היועץ המשפטי מתנגד להצעה זו וטוען, כי ללקוח עומדת הזכות הבסיסית להוכיח, למשל באמצעות הקלטת השיחה, כי הרישום שנערך על-ידי פקידי הבנק אינו נכון.

71. לדעתנו, יש לקבל את הצעת הבנק כפי שהוצגה בסיכומיו. הוראת ביטול של שיקים הנה בעלת חשיבות רבה, הן לגבי הבנק, הן עבור הלקוח והן לצדדים שלישיים. טעות ביישומה של הוראה זו עשויה לגרום ללקוח, כמו גם לצדדים אחרים, נזקים. בנסיבות אלה, אנו סבורים, כי ראוי שהוראה כזו תינתן בכתב, ועל כל פנים לא ניתן לומר שדרישת הבנק למתן הוראה בכתב היא דרישה מקפחת. עם זאת, הואיל ובד"כ על ההודעה להינתן בדחיפות, יש לאפשר ללקוח עמו קיים הסכם על מסירת הודעות באמצעות קווי תקשורת, להודיע לבנק על ביטול השיקים גם באמצעים אלה. יחד עם זאת, נוכח חשיבותה של ההודעה, כדי למנוע אי הבנות בנושא זה, וכדי לאפשר לבנק למלא בקפדנות אחר הוראת הביטול, יש לקבל את הצעת הבנק ולקבוע בהסכם, כי על הלקוח להודיע על הביטול, זמן סביר לאחר מתן ההודעה בעל פה, גם בהודעה בכתב. (ראה: בן אוליאל, 331).

גם בפסק הדין של בית הדין לחוזים אחידים בעניין **ישראלכרט** הנזכר לעיל, קבע בית הדין כי הלקוח רשאי להודיע על אובדן כרטיס או על גניבתו טלפונית, אך עליו לאשר את ההודעה בכתב (ראה: [לוסטנהויז ושפניץ, לעיל, 251, הערה 22](#)).

עם זאת, אי מתן הודעה בכתב (לאחר שניתנה הודעה בע"פ), אינה פוטרת את הבנק מלבצע את ההוראה שניתנה בעל-פה. גם הבנק איננו טוען שאי מתן הודעה בכתב, בעקבות ההודעה בעל-פה, דינה שתביא לביטול הודעת הביטול שניתנה בעל-פה. להפך, הוא מציין בפירושו, שההודעה שנמסרה בעל פה תטופל, גם בהעדר הודעה בכתב (סעיף 121 לסיכומי ב"כ הבנק).

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

73. המסקנה דלעיל מייתרת את הדיון בטענת הבנק אשר דורש, שבמקרה ולא תתקבל דרישתו למתן הודעה בכתב בנוסף על ההודעה בע"פ, לקבוע בחווה, שהרישום שנערך על-ידי פקידי הבנק לגבי השיחה עם הלקוח בה ניתנה הוראת הביטול, תחשב כראייה מכרעת לגבי תוכנה של אותה שיחה. עם זה ולמען הסר ספק, נציין, שהצעת הבנק בנושא זה אינה מקובלת עלינו.

הוראה מעין זו, מקימה חזקת קיפוח לפי סעיף 74(7) לחוק החוזים האחידים. כך מציינות גם לוסטהויז ושפיניץ בספרן: "דוגמא אחרת להגבלת הטיעון היא הקביעה כי מסמכי הספק יהוו הוכחה מכרעת בדיון משפטי: אין ספק, כי זוהי הגבלה חמורה על היכולת לטעון בבית המשפט". ראה לעניין זה גם ת"א (ת"א) 2861/82 **לאור נ' בנק איגוד לישראל בע"מ**, פ"מ תשמ"ג (2) 371, 375). בכל מקרה, איננו רואים סיבה לפטור את הבנק מלהוכיח את תוכנה של אותה שיחה, הגם שבית המשפט עשוי לייחס משקל בהקשר זה לכך שהלקוח לא מילא את חובתו החוזית לגבות את ההודעה שניתנה בעל-פה בהודעה בכתב. הסתמכותו של ב"כ הבנק על סעיפים 35 עד 39 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, אינה ממין העניין. זאת, משום שסעיפים אלה עוסקים בדרכים להצגתה של רשומה מוסדית, בכלל זה רשומה של בנק, אך הם אינם מקנים לרשומה כזאת כוח הוכחתי מכריע.

74. לעניין ביטול כל השיקים של הלקוח, טוען היועץ המשפטי, כי "עדיין לא ברור מדוע הוראה של הלקוח לגבי ביטולם של שיקים מסוימים, גוררת את ביטולם של כל השיקים בחשבון המסוים". (עמ' 24 לסיכומי המבקש).

75. בנושא זה התקשינו לרדת לסוף דעתו של היועמ"ש, שהרי הוראת ביטול תחשב על-פי החוזה כהוראת ביטול כללית, רק כאשר פרטי השיקים שאותם מבקש הלקוח לבטל אינם ידועים לו. במקרה כזה אין מדובר בביטול שיקים מסוימים, אלא בביטול שיקים בלתי מסוימים, שפרטיהם אינם ידועים ללקוח, שאז אין למעשה ברירה אלא לבטל את כל השיקים.

76. התוצאה היא שיש לדחות את טענת היועץ המשפטי, כי עצם הדרישה למתן הודעה בכתב היא תנייה מקפחת. זאת, בכפוף לתיקון החוזה ברוח הדברים שנאמרו לעיל: הכשרת מתן הודעת ביטול בעל פה במקום שבו קיים הסכם עם הלקוח למתן הודעות באמצעות קווי תקשורת; דרישה למתן הודעה בכתב בתוך פרק זמן סביר לאחר מתן ההודעה בעל פה; הבהרה שבאי מתן הודעה בכתב, אין, בכל מקרה, כדי לפטור את הבנק מלפעול על-פי הודעת הלקוח שניתנה בעל-פה.

סעיפים 27.2 ו-31 - חובת העיון בחשבונות הבנק והחובה להגיב על חשבונות אלה

77. סעיפים אלו מטילים על הלקוח חובת עיון בהעתיקי החשבון, בהודעות ובמכתבים הנשלחים אליו על-ידי הבנק מפעם לפעם. כמו כן, קובעים סעיפים אלה, כי אם הלקוח לא הגיב על העתיקי החשבונות בתוך תקופה של 60 יום, הוא יחשב כמי שמאשר את נכונות אותם דפי חשבון או הודעות. זו לשונם של סעיפים אלה:

סעיף 27.2

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

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

סעיף 31.3

הלקוחות מתחייבים להוציא מתוך התיבה מדי 15 (חמישה עשר) יום, כל מסמך מהמסמכים שבתוכה, לבדוק כל מסמך כנייל ולהמציא לבנק הערותיהם בכתב לגביה – אם תהיינה כאלה – תוך 80 ימים מתאריך אותו מסמך. נכונותו של כל פרט הרשום באיזה מסמך מהמסמכים שלגביו לא הגיעו לידי הבנק הערותיהם של הלקוחות בכתב תוך המועד הנזכר לעיל תיחשב כמאושרת על-ידי הלקוחות.

כל מסמך שיוכנס על-ידי הבנק לתיבה, יחשב כמסמך שהתקבל על-ידי הלקוחות תוך 18 ימים מתאריך אותו מסמך, ואישור בכתב של הבנק בדבר הכנסת מסמך כלשהו לתיבה ישמש כהוכחה לכאורה כלפי הלקוחות לגבי מועד הכנסתו לתיבה והמצאותו בה".

במסמך המוסכמות והפלוגתאות ציין הבנק, כי בסעיף 31.3 הנ"ל נפלו טעויות סופר. כל מסמך שיוכנס על-ידי הבנק לתיבה יחשב כמתקבל על-ידי הלקוח בתוך שלושה ימים (ולא 15 ימים), ועל הלקוח להעביר את הערותיו לבנק, במידה שיש כאלה, בתוך 60 יום (ולא בתוך 80 יום).

78. לטענת היועץ המשפטי, סעיף זה מקפח את הלקוחות, כיוון שהוא מאלץ צד אחד לחוזה לטרור ולהתמיד בפיקוח עקבי ושוטף אחר ביצועו של החוזה על-ידי הצד שכנגד, תוך שהוא מטיל על הלקוח עיצומים חמורים במקרה שייכשל, בעוד הבנק אינו מוגבל בטענותיו כלפי הלקוח, אלא במסגרת הוראות ההתיישנות הרגילות. כמו כן, מציין היועץ המשפטי, כי לעתים העתקי החשבון וההודעות הנשלחים ללקוח מחייבים חישובים מורכבים הדורשים ידע מקצועי והבנה, ולכן אין הצדקה למנוע מן הלקוח לטעון טענות רק עקב חלוף הזמן.

לטענת היועץ המשפטי, הבנק מנסה להכשיר באמצעות הוראות אלה פעולות שלו שהן בניגוד להסכמתו או להוראתו של הלקוח ויש בהן משום הפרת חוזה. החוזה מנסה להשיג מטרה זו באמצעות השימוש בדוקטרינת ההשתק או בדוקטרינת האשרור בדיעבד, וזאת חרף העובדה שיסודותיהן של דוקטרינות אלה אינן מתקיימות במקרה זה.

התנאים להחלתה של דוקטרינת האישור בדיעבד אינם מתקיימים, לטענת היועץ המשפטי, משום שתנאי לאישור כזה הוא קיומה של מודעות למעשה לו נותן הלקוח את אישורו, כאשר הוא מודע להשלכותיו המעשיות והמשפטיות של האישור. חוסר תגובה (של הלקוח) בלבד בצירוף עצם חלוף הזמן, נטען, אינו עולה כדי אישור בדיעבד.

אשר לדוקטרינה המניעות, טוען היועץ המשפטי, זו לא ניתנת להפעלה מראש אלא רק בדיעבד, והיא דורשת, בכל מקרה, קיומה של חובה לפעול (במקרה של מניעות המבוססות על שתיקה) הוכחת הסתמכות ושינוי מצב לרעה, דרישות שאינן מתקיימות בחוזה.

מוסיף וטוען היועץ המשפטי, שבפועל וחרף הניסיון להציג תנייה זו כתניית השתק (או אשרור) לפנינו תנייה המקצרת את תקופת ההתיישנות. זאת, משום שהוראה זו מונעת מן הלקוח לעשות שימוש בזכות הנתונה לו בחלוף תקופה קצרה מתקופת ההתיישנות הקבועה בחוק. ההתנאה החוזית האמורה גם איננה נעשית בהסכם נפרד, בניגוד לסעיף 19 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958.

79. הבנק טוען, כי תנאים אלה שבחווה הכרחיים לצורך הניהול השוטף של חשבונות הבנק, ויש בהם כדי להבטיח יציבות וודאות מסחרית אלמנטריים. גם המהירות המתחייבת בביצוע הפונקציה של כיבוד השקים מחייבת, לטעת הבנק, הטלת חובה על הלקוח לעמוד בחובה מינימלית זו של בדיקת חשבונותיו, חובה שמילויה הכרחי כדי לסייע לבנק במתן שירות מהיר ויעיל. לטענת הבנק, חובת העיון בדפי החשבון נגזרת מעקרון תום הלב בקיום החווה. לטענתו, אין כל הצדקה לפטור את הלקוח, שבדרך כלל מחזיק בחשבון עו"ש אחד, מהחובה לבדוק את מצב החשבון ולעקוב אחר הודעות הבנק, מה גם שבאפשרותו לעשות לצורך כך שימוש באמצעים טכנולוגיים. עוד מציין הבנק, כי אם תבוטל חובת העיון והוראת האשרור, הוא יאלץ לשמור את החומר שבידיו זמן ארוך, דבר שייקר את עלות השירות, שתגולגל בסופו של דבר על הלקוח. אם תבוטל הוראה זו, טוען הבנק, ישלול הדבר גם את טענת ההשתק אשר עומדת לו, להשקפתו, על-פי הדין הקיים כלפי לקוח שלא עיין בהעתקי חשבונותיו או שנמנע מלהודיע לבנק על השגותיו בעניין חשבונות אלה. הוראת המניעות, מציין הבנק, אינה חוסמת את תביעתו של הלקוח כאשר מדובר בטעות של הבנק.

לטענת הבנק, הפסיקה בישראל הכירה זה מכבר בטענת מניעות של בנק נגד לקוח שנמנע מלבחון את חשבונות הבנק שלו. חובת העיון בדפי החשבון והמניעות אשר עשויה לקום עקב אי מילויה, טוען הבנק, מוכרת באופן כזה או אחר, בין בחווה ובין בחוק, בכל מדינות העולם.

80. השאלה האם מוטלת על הלקוח חובת עיון בדפי החשבון הנשלחים לו ונפקותה של אי תגובה מצידו על חשבונות אלה התעוררה לראשונה בפרשת **שטאובר** הנזכרת לעיל. באותו מקרה לא הייתה בחווה שבין הבנק לבין לקוח תנייה חוזית, אשר קבעה חובת עיון כאמור וסנקציה בצידה. עם זה, הוראה כזאת, הקובעת שעל הלקוח לעיין בהעתקי החשבונות ובאין הסתייגות תוך 15 יום ייחשב החשבון כנכון, הופיעה על חלק מעותקי החשבון אשר נשלחו ללקוח. אולם, בית המשפט לא ביסס את פסק הדין על הוראה/הערה זו. בית המשפט החליט להחיל את דוקטרינת

ההשתק הכללית כלפי הלקוח, תוך שהוא מציין במפורש, כי אינו עוסק בשאלה אם קבלת העתק החשבון על-ידי הלקוח יוצרת אימוץ או רטיפיקציה (שם, בעמ' 245). בנסיבותיו של אותו מקרה, בהם זיזו 122 שיקים שנמשכו על-ידי עובד המערער מחשבון המערער במשך תקופה של שנה וחצי ללא כל תגובה, נקבע באותו פסק דין, נוצר כלפי הלקוח השתק.

השופט ח. כהן, שהיה בדעת מיעוט וסבר כי לא קם באותן נסיבות השתק כלפי הלקוח, קבע בפסק דינו:

"נוטה אני לחשוב שהמצב היה שונה אילו הייתה קיימת תנייה חוזית בין הבנק לבין הלקוח, לפיה חייב הלקוח כלפי הבנק לבדוק את עותקי החשבונות הנשלחים אליו; והיה אם לא יבדקם ויעיר מה שיש לו להעיר עליהם במועד המוסכם לכך, יראו את החשבונות כמחייבים כמות שהם. אילו הייתה תנייה כזאת קיימת בחוזה שבין הבנק ובין הלקוח, לא היה הבנק אף צריך – במקרה כמו שקרה כאן – לטעון אישור או אימוץ מצד הלקוח: זכאי היה הבנק לראות את החשבונות כסופיים וכמחייבים את הלקוח, והלה לא יכול היה להישמע בטענה שהוא הפר את החוזה ולא קיים את חובת בדיקת החשבונות שהייתה מוטלת עליו. לא זו בלבד אלא במידה שהפרה זו של החוזה גרמה לבנק נזק – שהרי אילו בדק הלקוח את החשבונות, היה מגלה את הזיופים ומונעם להבא – זכאי הבנק לתבוע נזק ממפר החוזה".

(שם, בעמ' 249)

מכאן, שאף השופט ח. כהן, שלא היה מוכן להחיל במקרה זה את דוקטרינת ההשתק מן הדין, היה מוכן להכיר בקיומו של השתק כזה בהתקיים תנייה חוזית המורה כך.

גישה דומה אומצה גם בפסק הדין בעניין **טננבאום**, שגם שם לא נקבעה בעניין זה תנייה חוזית.

כאן ראוי להעיר שפסקי הדין בעניין **שטאובר וטננבאום** נפסקו בטרם נכנס לתוקפו חוק החוזים האחידים, ובית המשפט ממילא לא נתן דעתו על ההשלכה הנובעת לחוק זה על התנאים שבמחלוקת.

באופן מפורש התייחס בית המשפט לתנייה חוזית הקובעת חובת עיון בחשבונות הבנק ומתן תגובה עליהם בפסק הדין בעניין **נאות מרינה** הנזכר לעיל.

באותו מקרה היה סעיף בהסכם שבין הבנק והלקוח אשר חייב את הלקוח להודיע לבנק על כל השגה בקשר לדפי החשבון שישלחו אליו תוך 15 יום. ראוי לציין כי הלקוח באותו עניין היה חברה המנהלת עסקים ולא לקוח פרטי. כבי' השופט חלימה הסתמך בפסק דינו, בין השאר, על פסקי הדין בענין **שטאובר וטננבאום** וקבע, מכוח קל וחומר, כי לאור קיומה במקרה זה של תנייה חוזית, ולאור העובדה כי החברה הלקוחה שתקה כאשר קיבלה את דפי החשבונות שלה, היא מנועה מלהשיג עליהם. המשנה לנשיא כבי' השופט אלון סבר, מאידך, שפסקי הדין בענין **שטאובר וטננבאום** כלל לא עסקו בתנאי חוזי (להבדיל מהערה על דפי החשבון) המשתיק את הלקוח מלהעלות טענותיו, ולכן אין לראות בהם אסמכתא בהקשר לתנייה החוזית. השופט אלון לא אימץ את טענת המניעות עליה ביסס השופט חלימה את פסק דינו. הוא גם לא שלל אותה. לדעתו, של השופט אלון:

"... יתכן גם יתכן כי טענת מניעות שכזו, המועלית על-ידי הבנק בשלב של מתן רשות להגן, היא בה משום שימוש בזכות הנובעת מסעיף 28 האמור שלא בדרך מקובלת ובתום לב, בניגוד להוראות סעיף 39 [לחוק החוזים \(חלק כללי\)](#), התשל"ג-1973. קבלת טענת המניעות על-פי סעיף 28 האמור בשלב זה של טרם פתיחת הדיון לגופו, עלולה, איפוא, לסכל את עקרון העל שבסעיף 39 [לחוק החוזים \(חלק כללי\)](#) תשל"ג-1973 – שבשימוש בזכות הנובעת מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב – ולקפח הגנה אפשרית של כל מי שבא על החתום על סעיף בדומה לסעיף 28 הנ"ל, ומודה כי התנאים המפורטים בו נתקיימו".

(סעיף 16).

מכאן, שגם מפסק דין זה אין עולה הכרה חד משמעית בתחולתה של טענת המניעות נגד הלקוח בהקשר שלפנינו. בית המשפט אף הזכיר את האפשרות, שעצם העלתה של טענה זו עשוי שתחשב כשימוש בזכות הנובעת מחוזה שלא בתום לב.

הלכת **שטאובר וטננבאום** צומצמה במידה ניכרת, עד כדי העמדת ספק בעצם קיומה, בפסק הדין בענין **ישמח משה** הנזכר לעיל. באותו מקרה היה זה מנהל סניף הבנק שמעל ומשך כספים מחשבון הלקוח. בית המשפט היה מוכן להניח כי "בגילוי יתר ערנות ותשומת לב למתהווה בחשבונות הבנק של המשיב, היה בידי מנהלה להבחין שהבנק לא המציא למשיבה כל מסמכים המאשרים את השקעת פיקדונותיה ...". עם זה, דחה בית המשפט את טענת ההשתק. כבי' השופט מצא (כתוארו אז) אבחן מקרה זה, שבו דובר במשיכות בודדות מחשבון הלקוח, מפסקי הדין בענין **שטאובר וטננבאום**, ששם נמשכו מחשבון הלקוח סכומי כסף גדולים על פני תקופה

ממושכת. כמו כן הדגיש בית המשפט, כי המשיכות לא בוצעו בידי צד זר אלא על-ידי מנהל הסניף עצמו. כבי' השופט ש. לוי (כתוארו אז) הסכים, כי טענת ההשתק אינה עומדת לבנק כלפי הלקוח במקרה זה. יתירה מזו, השופט ש. לוי העמיד בפסק דינו בספק את עצם קיומה של חובה על הלקוח לבדוק את חשבונות הבנק, תוך שהוא מזכיר את הפסיקה האנגלית השוללת חובה זו כפי שבאה לידי ביטוי בפסק הדין בעניין **Tai Hing** ומציין את הנטייה המודרנית לצמצם את היקפן של חובות הלקוח כלפי הבנק.

פסק דין זה מעמיד בספק את עצם תחולתה של הלכת המניעות בהקשר שלפנינו. למצער, עולה מפסק דין זה, צמצום משמעותי של הלכה זו למקרים של התרשלות בולטת של הלקוח אשר נמנע מלעייין בעותקי חשבונות הבנק משך תקופה ארוכה והחמיץ מספר גדול של משיכות בלתי מורשות.

בפסק דין זה **ישמח משה** התייחס בית המשפט לדוקטרינה של המניעות גם בהקשר החוזי, תוך שהוא שולל את נפקותו המחייבת של תנאי חוזי מסוג זה:

"... התניות הכלולות במסמכי פתיחת החשבונות לא התיימרו, ואף לא היה בכוחן, להקים חזקה מחייבת – לא כל שכן חזקה חלוטה – לנכונות הרישומים בספרי הבנק".

(סעיף 6 לפסק הדין).

הלכת המניעות בהקשר זה עברה פיתוח נוסף בדיון הנוסף בפרשת **אדם פורסט**, שם ציין כבי' השופט מ. חשין, כפי שכבר נזכר, את עדיפותה של דוקטרינת האשם התורם על פני דוקטרינת המניעות, הן "בענייננו וכך באותם נושאים אחרים ביחסי בנק ולקוחו" (סעיף 45 לפסק הדין).

לסיכום, ניתן לומר כי בפסיקת בית המשפט העליון חל מעבר הדרגתי מהחלתה של דוקטרינת ההשתק, אשר מטילה את מלוא האחריות על הלקוח שהתרשל באי מתן תגובה על דפי החשבון, להחלת דוקטרינה של אשמה, הבוחנת את אשם היחסי של הצדדים – הבנק והלקוח, מחלקת את האחריות באופן גמיש וצודק יותר, ואינה מוכנה להשלים עם הטלת אחריות מוחלטת על צד אחד – הלקוח – כאשר מתקיימות נסיבות שאינן מצדיקות זאת.

81. העיון במשפט המשווה מעלה, שברוב שיטות המשפט, למעט המשפט האנגלי, מוכרת חובת הלקוח לבדוק את דפי החשבון המגיעים אליו ולהגיב עליהם במקרה של השגה על נכונותם.

באנגליה, כאמור, הגישה הרווחת היא כי לא מוטלת על הלקוח החובה לעיין בדפי החשבון ועל כן הוא אינו מנוע מלטעון טענות של חיוב מוטעה שבוצע על-ידי הבנק. גישה זו באה לידי ביטוי בפסק הדין משנת 1986 בענין **Tai Hing** הנזכר לעיל. סעיף 3.3 לקוד הבנקאים הבריטי אמנם קובע, כי אם הלקוח גילה טעות כלשהי העולה מדפי החשבון, עליו לדווח על כך לבנק בהקדם האפשרי. אולם, בכך אין כדי להטיל על הלקוח חובה כלשהי לעיין בדפי החשבון, ובודאי שאין באי מילוי החובה כדי להקים נגד הלקוח מניעות. עם זאת, ניתן לכלול חובה כזו בהסכם מפורש בין הבנק ובין הלקוח, שבמסגרתו הלקוח יהיה מודע לחובותיו ולמניעות שתקום נגדו אם לא ימלא אחריה. נראה שבעת האחרונה מבקש המפקח על הבנקים באנגליה להתחשב גם ברשלנות תורמת מצדם של מתלוננים שלא בדקו את דפי החשבון הנשלחים אליהם (ראה: Cranston, *BANK, LIABILITY AND RISK*, 3ed. p. 153, 175-). (176).

בארה"ב מוטלת על הלקוח חובת עיון מפורשת בחשבונות הבנק בסעיף 4-406 ל-UCC. הסעיף האמור מטיל על הלקוח חובה לבחון את דפי החשבון ופרטיהם בזירות סבירה, לאתר חיובים שלא אושרו על ידו בשל שינוי בשק או זיופו, ולדווח על כך לבנק בהקדם. עוד קובע הסעיף, כי אם הבנק הוכיח שהלקוח לא מילא את חובותיו האמורות, הלקוח יהיה מנוע מלטעון למחדלו של הבנק בכיבוד שיק שלא נמשך על ידו בהתקיים שני תנאים: (א) לבנק נגרם עקב אותו מחדל נזק (ב) כאשר מדובר בסדרה של שיקים שזויפו על-ידי אותו אדם, אם הבנק ביצע את התשלום לפני שקיבל מהלקוח הודעה על המשיכות הבלתי מורשות, אך לאחר שאפשר ללקוח לבדוק את חשבונותיו וליידע את הבנק על משיכות שלא אושרו על ידו בתוך זמן סביר (שאינו עולה על 30 יום) והלקוח לא פעל כאמור.

גם בהתקיים תנאים אלה, אם הלקוח הוכיח כי הבנק לא הפעיל במסגרת הטיפול בחשבון זהירות סבירה והעדר זהירות זו תרמה באופן משמעותי לנזק, תחולק האחריות לנזק תחולק בין הלקוח ובין הבנק. אם, לעומת זאת, הלקוח יוכיח כי הבנק ביצע את התשלום שלא בתום לב, לא תקום נגדו כל מניעות. ללא קשר לרשלנות הלקוח או הבנק, לקוח אשר תוך שנה מקבלת דף החשבון ופרטי החשבון אינו מדווח לבנק על טענת אי התאמה אשר נפלה בדפי חשבוננו, יהא מנוע מלטעון נגד נכונותם של אותם דפי חשבון.

ראוי לציין, כי בארה"ב נשלחים ללקוח, בנוסף על דפי החשבון, גם הפרטים המרכיבים את החשבון, ויש בכך כדי להקל על הלקוח את הבדיקה.

בקנדה הכירו בתי המשפט בתוקפו של תנאי חוזי אשר הטיל על הלקוח חובת בדיקה של דפי החשבון וחובת הודעה לבנק במקרה של טעות תוך זמן קצוב. כמו כן הכירו בתי המשפט בכך שאם הלקוח אינו נוהג כאמור, יהא בכך אישור מצדו לנכונותם של דפי החשבון. (Ellinger, בעמ' 174).

בגרמניה קובע סעיף 17(1) לתנאים העסקיים הכלליים הנזכרים לעיל, חובה על הבנק להעביר ללקוח דפי חשבון מדי רבעון. סעיף 11(4) לאותם תנאים מטיל על הלקוח חובת עיון של הלקוח בדפי החשבון. על-פי הסעיף הלקוח חייב לבדוק את דפי החשבון, נכונותם ושלמותם ולהעלות מיד התנגדות בקשר אליהם. סעיף 11(5) לאותם תנאים אף מטיל על הלקוח חובה להודיע לבנק במקרה שלא קיבל דף חשבון תקופתי. עוד נקבע בכללים (סעיף 27(2)), שכל הסתייגות של הלקוח בקשר לדפי החשבון צריכה לעלות בתוך חודש מקבלת החשבון, ובהעדר הסתייגות כאמור, יחשב הדבר כאישור מצדו של הלקוח לנכונות החשבון (ראה: Cranston, EUROPEAN BANKING LAW The Banker-Customer Relationship, p. 247).

בהולנד קבועה חובת הלקוח לבחון את נכונות דפי החשבון הנשלחים אליו, וכן לבדוק אם הוראותיו לבנק מולאו, בתנאים הבנקאיים הכללים, אשר בדומה לקוד הבנקאים הבריטי והגרמני, אינם מהווים הוראות מחייבות. על-פי אותם תנאים, לקוח שלא מחה תוך 12 חודשים מקבלת דפי החשבון, יחשב כמי שאישר את תוכן דפי החשבון. לאחר תקופה זו אין ללקוח זכות למחות, אלא אם הבנק עשה טעות חישובית. בנסיבות מיוחדות רשאי בית המשפט לדחות את טענת הבנק, אם קבע, שהבנק פעל באופן לא סביר או בחוסר הגינות. (ראה: Cranston, EUROPEAN BANKING LAW The Banker-Customer Relationship, p.111).

82. לדעתנו, יש להבחין בין חובת העיון בחשבונו הבנק והחובה לידע את הבנק על טעויות או משיכות שלא אושרו על-ידי הלקוח, לבין הנפקות שהבנק מבקש לייחס לחוסר התגובה של הלקוח על דפי החשבון שהועברו אליו, דהיינו, הוראת האשרור או המניעות.

83. עצם החיוב של הלקוח לעיין בדפי החשבון הנשלחים אליו ולדווח לבנק על השגותיו, כשלעצמה, אין בה, לדעתנו, משום קיפוח. הלקוח הוא הבעלים של החשבון, ולו האינטרס היותר מובהק לעקוב אחר חשבונו ולגלות אם נפלו בו טעויות, או אם נמשכו כספים על-ידי מי שאיננו מורשה לעשות כן. בידי הלקוח, כמי שמודע

לפעולות שנעשו על ידו בחשבון, גם האפשרות היותר טובה ויותר יעילה לקיים ביקורת על החשבון ולאתר כל פעולה בלתי מורשית שנעשתה בו. לעומת זאת, הבנק נתקל בקשיים ניכרים באימות האוטנטיות של השיק, כאשר חובתו להגן על הלקוח מפני רמאויות, עשויה להתנגש, כפי שכבר נאמר, עם חובת כיבוד השקים במהירות וביעילות. בנסיבות אלה איננו רואים מדוע לא יוכל הבנק לדרוש מהלקוח לסייע בידו בבדיקת דפי החשבון, תוך הקניית תוקף חוזי לדרישה זו.

הטלת חיוב זה על הלקוח, אף אינה פוטרת את הבנק מאחריות שהייתה מוטלת עליו על-פי דין אילמלא תנאי זה בחוזה. זאת, משום שהפסיקה בישראל הכירה זה מכבר בחובתו של הלקוח לעיין בחשבונות הבנק הנשלחים אליו ולדווח לבנק על קיומן של משיכות שלא נעשו או אושרו על ידו. כך נקבע, בפסקי הדין בעניין **שטאובר**, **טננבאום ונאות מרינה**, במישור המניעות. חובה זו נגזרת גם מחובת הזהירות הכללית בה חייב הלקוח כלפי הבנק, כפי שנקבע בפרשת **אדם פרוסט**.

84. השאלה היותר קשה היא שאלת הנפקות שיש ליתן לאי מילוי החובות האמורות על-ידי הלקוח. הבנק טוען לתחולתו, בסיטואציה זו, של דוקטרינות המניעות והאשור בדיעבד (אשרור). בחוזה עצמו נקבעה לעניין זה הוראת אשרור, לפיה: "נכונותו של כל פרט הרשום בהעתק חשבון, הודעה או מכתב כאמור ושלגביו לא הגיעו לידי הבנק הערותיהם בכתב של הלקוחות בתוך המועד הנזכר לעיל, תיחשב מאושרת על-ידי הלקוחות".

85. החלטה של דוקטרינת האשרור בהקשר שלפנינו כרוכה בקשיים רבים. התייחס לכך פרופ' ברק במאמרו הנזכר לעיל:

"הפעלת דוקטרינה זו בסוגייתנו מעוררת קשיים, מהם מלאכותיים ומהם ממשיים. מבין האחרונים נצביע על ארבעה: ראשית, הגישה המקובלת הינה כי לשם אשרור יש צורך בדיעת העובדות. לא הרי אשרור כהרי 'מניעות על-ידי רשלנות'; שנית, הגישה המקובלת הינה, כי האשרור תופס רק אם הפעולה נשוא האשרור נעשתה לידיעת הצד השלישי עבור המאשרר על-ידי נציג שחרג מסמכותו. מכאן הכלל, כי אין אשרור תופס כאשר פעולת השלוח נעשתה עבור שולח נסתר. על כן אין אשרור תופס במקרה של זיוף שנעשה למען המזיין בלבד; שלישית, יש הסבורים כי הכרה באשרור אינה רצויה ונוגדת את טובת הציבור, שכן היא מעודדת הסתרת עבירות ומחלישה את האינטרס הציבורי שבגילוי עבריינים והענשתם; רביעית, במספר חוקי שטרות נוסחו ההוראות הסטטוטוריות בענין אשרור באופן השולל את האשרור של חתימה מזוייפת. נראה שכך הוא הדבר בפקודת השטרות הישראלית הקובעת כי

ניתן לאשרר 'חתימה שנחתמה שלא ברשות ושאינה מגיעה לכלל זיוף'. הפירוש המקובל של הוראה כגון זו הינו שחתימה מזוייפת אין לאשרר".

(עמ' 146).

86. מכאן, שהפעלת דוקטרינת האשרור מקימה במקרה זה חזקת קיפוח לפי סעיף 14(1) לחוק, שכן היא יוצרת אשרור במקום שבו הדין הכללי איננו מכיר באשרור כזה, ומטילה על הלקוח אחריות הנובעת מהאשרור, אחריות אשר לא הייתה מוטלת עליו בנסיבות כאלה על-פי דין, אילמלא הוראה חוזית זו. הבנק לא הרים את הנטל לסתור חזקת קיפוח זו.

87. אשר לדוקטרינת המניעות, החוזה עצמו איננו מקים לבנק טענת מניעות מפורשת. עם זה, הצדדים התייחסו בסיכומיהם להוראה דלעיל שבסיפא לסעיף 27.2 כאל הוראה הקובעת, בנוסף על אשרור, גם מניעות. הנחה זו איננה מקובלת עלינו. יתר על כן, כבר נקבע, כי תנייה זו מקפחת בשל הוראת האשרור שבה. עם זה, לאור טענות הצדדים, נתייחס בהמשך להוראה זו שבחוזה גם כאל הוראת מניעות, אשר מתימרת למנוע מהלקוח אשר הפר את הוראות הסעיף, מלתבוע את הבנק בגין פירעון שיק שלא אושר על ידו. גם בהנחה זו אנו סבורים שמדובר בתנאי מקפח. זאת מהטעמים הבאים:

ראשית, כפי שכבר צויין, בעניין זה חל בפסיקת בית המשפט העליון מעבר מהחלטה של דוקטרינת ההשתק להחלת דוקטרינה של אשמה, בכלל זה האשם התורם (ראה הדיון בעניין זה בסעיף 58 לעיל, במסגרת הדיון בחובת הלקוח לשמור על טופסי השיקים), תוך אימוץ הגישה המודרנית המצמצמת את חובותיו של הלקוח כלפי הבנק. עמדה זו מקובלת, כפי שזכר לעיל, גם על כל המלומדים אשר עסקו בכתביהם בנושא זה. מכאן, שספק רב אם בית המשפט העליון יחיל כיום, ביחסים שבין הלקוח והבנק, את דוקטרינת המניעות. גם אם הדבר ייעשה, יש להניח, שהפעלתה של דוקטרינה זו תוגבל לנסיבות מיוחדות של התרשלות בוטה או העדר תום לב מצד הלקוח. במקרים כאלה, גם היועץ המשפטי אינו מתנגד להחלטה של דוקטרינת המניעות. על רקע זה, ברור שהוראת מניעות זו מקימה חזקות קיפוח לפי סעיף 4(8) לחוק החוזים האחידים, כיוון שיש בה כדי לשלול או להגביל את זכותו של הלקוח להשמיע טענות בערכאות משפטיות. הוראה זו מקימה חזקת קיפוח גם לפי סעיף 4(6) לחוק, בכך שהיא שוללת או מגבילה זכות או תרופה העומדת ללקוח על-פי דין. כיוון שכך מוטל על הבנק הנטל להפריך חזקות אלו. (והשוו גם למקרים

דומים בהם נפסלו תניות אשר קבעו כי יש במעשהו של הלקוח משום ויתור על טענות: פסק הדין בעניין גילמור הנ"ל, פסק הדין בעניין סלקום (ע"ש 1/95 סלקום ישראל בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פדאור 98 (9) 104) וכן ראה ת"א 529/65 הלוציה נ' Borchard פס"מ ס"ב 211).

שנית, הוראה זו שבחזרה אינה דורשת, כתנאי להקמת המניעות, הסתמכות של הבנק על שתיקתו של הלקוח ושינוי לרעה במצבו של הבנק עקב אותה הסתמכות, שהם יסודות הכרחיים בדוקטרינת המניעות (ראה: ד. פרידמן נ. כהן חוזים, חלק א' עמ' 87). גם בכך יש כדי להקים חזקת קיפוח לפי הסעיפים האמורים.

שלישית, תנאי זה שבחזרה מתיימר להקים לבנק הגנת מניעות כללית וגורפת הצופה פני העתיד ומתעלמת מנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה אשר הביאו להיווצרותן של המשיכות הבלתי מורשות כמו גם לנוק שנגרם עקב כך לבנק. למשל, תנאי זה מקים לבנק טענת מניעות בלא להביא בחשבון את התנהגותו של הבנק עצמו ופקידיו, ובנסיבות שבהן אין מקובל להקנות לבנק זכות כזאת גם בשיטות משפט המכירות במוסד המניעות במטריה זו. כך ברור, שטענת מניעות לא תוכל לקום נגד הלקוח, כאשר הבנק עצמו, לרבות פקידיו, נהגו בחוסר תום לב. מסיבה זו, בין היתר, נדחתה טענת המניעות בפסקי הדין בעניין ישיבת ישמח משה ובנק צפון אמריקה הנזכרים לעיל. תנאי זה שבחזרה אף איננו מתחשב ברשלנות הבנק באי גילוי הזיוף, שאז גם המשפט האמריקאי איננו מכיר בטענת מניעות לזכות הבנק. כמו כן, המניעות מכוחו של תנאי זה חלה גם על טעויות חישוביות, חיובי ריבית או עמלות וזיכויים שזיכה הבנק את עצמו, שגם באלה אין כדי להקים במשפט האמריקאי טענת מניעות. טענת המניעות על-פי החוזה, אינה מוגבלת, כמו כן, למקרים של משיכות בודדות שלא התפרשו על פני תקופת זמן ניכרת, טעם שגם בשלו נדחתה טענת המניעות בפסק הדין בעניין ישיבת ישמח משה.

רביעית, מדובר, כפי שנאמר, הן בפסיקה והן בספרות בתנייה קשיחה הגוררת אחריה תוצאות קשות של "הכל או לא כלום", שאיננה נתפסת בספרות המשפטית כמכשיר מתאים לטיפול בסוגייה שלפנינו.

88. השאלה, בנסיבות אלה, הנה האם הרים הבנק את הנטל להוכיח כי אין מדובר בתנאי מקפח. האינטרס עליו מבקש הבנק להגן הוא אינטרס הודאות והיציבות המסחרית, שלפיו אין לאפשר ללקוח לערער בכל שלב, גם אחרי חלוף זמן רב, על מצב החשבון, וייעול השירות הבנקאי בפירעון שקים. אכן, מדובר באינטרסים

חשובים, בעיקר נוכח פעילותו הענפה של הבנק מול אלפי לקוחות. אולם, לא שוכנענו שביטול תניית המניעות תפגע פגיעה חמורה באינטרסים אלה. לדעתנו, ההגנה על אינטרסים אלה איננה מצדיקה את הקיפוח הכרוך בהחלתה הגורפת, הקשיחה, ופעמים אף בלתי צודקת, של דוקטרינת המניעות.

89. בהנחה שאין לראות בהוראה זו שבחובה, כשלעצמה, כתניית מניעות, עולה השאלה, האם אין בעצם קביעת חובת גילוי, שהפרתה מהווה תנאי להקמתו של השתק שמקורו בשתיקה (ר' פרידמן וכהן, **חוזים** כרך א', 89), כדי להכשיר הקמתה של טענת המניעות.

90. נכון הדבר שקיומה של חובת גילוי הנו תנאי הכרחי להקמת מניעות במקום שזו מושתתת על שתיקה. מאידך, אנו סבורים, שלאור המעבר הנזכר שבפסיקה מדוקטרינת המניעות לעקרון של חלוקת האשם, אין במתן גושפנקה חוזית לחובת העיון בחשבונות הבנק ודיווח על משיכות בלתי מורשות, כדי להקים, ככלל, השתק החוסם את תביעתו של הלקוח נגד הבנק. ככל שתוחל דוקטרינה זו גם כיום (וכאמור, ספק בעינינו אם הדבר ייעשה), הדעת נותנת שהדבר ייעשה בנסיבות חריגות של התרשלות חמורה ביותר מצד הלקוח, כפי שנעשה בפסיקה בעבר, גם בלא להתבסס על תנאי המקים חובה כזאת מכוח החוזה.

91. לאור כל אלה, אנו סבורים שהוראת סעיף 27.2 לחוזה אשר קובעת כי "נכונותו של כל פרט הרשום בהעתק חשבון, הודעה, או מכתב כאמור ושלגביו לא הגיעו לידי הבנק הערותיהם בכתב של הלקוחות תוך המועד הנזכר לעיל, תיחשב מאושרת על-ידי הלקוחות", מקפחת את הלקוחות ויש לבטלה. הוא הדין בהוראת סעיף 31.3 לחוזה, שתחילתה במילים "נכונותו של כל פרט" וסיומה במילים "תיחשב כמאושרת על-ידי הלקוחות".

סעיף 1.6.4

92. במסמך ה"מוסכמות ופלוגתאות" הסכימו הצדדים כי יש להכין פרק נפרד העוסק בחשבון חוזר קרידטורי (חח"ק).

סעיפי הגבלת אחריות

93. סעיפי החוזה אשר ידונו להלן הם סעיפים בהם מבקש הבנק לפטור עצמו מאחריות לנזקים שיגרמו ללקוחות עקב שירותים שונים. בדרך כלל הבנק מסייג פטור זה מאחריות, בכך שהפטור לא יחול על מקרים בהם התרשל הבנק במתן השירותים. בסעיף 1.7 מבקש הבנק לפטור עצמו מאחריות לאובדן, גניבת, השמדת או השחתת שיקים הנמצאים בטיפולו.

סעיף 15.4 פוטר את הבנק מאחריות לפעולות שבוצעו על-ידי מורשה בחשבון. עניינו של סעיף 16.13 בפטור מנזקים שנגרמו עקב הוראות של הלקוחות או מורשה של הלקוחות שניתנו באמצעות טלפון, בעוד שסעיף 16.11 מקים לבנק פטור בגין מתן הוראות (על-ידי הלקוח) בפקסימיליה.

בסעיף 28.1.2 לחוזה נקבע פטור לבנק מאחריות לנזקים שיגרמו עקב שימוש סביר שעשה הבנק באמצעי תקשורת אלה (דואר, טלפון, פקסימיליה ואמצעי תקשורת אחרים).

הבנק מבקש לפטור עצמו גם מאחריות לנזקים שנגרמו כתוצאה משכירת תיבת דואר מהבנק על-ידי הלקוח (סעיף 31.7).

עוד מבקש הבנק לפטור עצמו מאחריות לנזקים שנגרמו ממעשה או מחדל של בנק קורספונדנט עימו התקשר, בארץ או בחו"ל, לצורך ביצוע הוראות שונות של הלקוח (סעיף 34 לחוזה).

סעיף 28.1.1 מקים לבנק פטור מאחריות לנזקים שיגרמו ללקוחות עקב נסיבות שאין לו עליהן שליטה, כגון שביתה או אירועים אחרים: בנוסף על אלה, מבקש הבנק להגביל את אחריותו, אם תוטל, לנזקים ישירים בלבד שיגרמו ללקוחות (סעיף 28.2).

94. היועץ המשפטי טוען, כי הפטור שנקבע בסעיפים אלה שבחוזה מקים חזקת קיפוח לפי סעיפים 4(1) ו- 4(6) לחוק החוזים האחידים. מדובר, לטענתו, בפטור גורף השולל למעשה את האחריות החוזית של הבנק כלפי הלקוח, ומצמצם אותה למקרים של התרשלות בלבד.

לאור העובדה כי מדובר בתנאים המקימים חזקות קיפוח, טוען היועץ המשפטי, על המשיב להוכיח כי קיימים שיקולים המצדיקים הטלת מגבלות כאלה, בהתחשב במכלול תנאי החוזה.

בהתחשב בכלל נסיבות החוזה, סבור היועץ המשפטי, הבנק לא הרים נטל זה ולא הצביע על שיקולים המצדיקים את הפטור מאחריות. לדעתו, נסיבות העניין

מצביעות, בעיקרון, על כך שאין מקום לפטור זה מאחריות. בין שיקולים אלה מונה היועמ"ש, את השיקולים הבאים:

מדובר בשירות חיוני לכלל הלקוחות; חלק נכבד מבעלי חשבונות העו"ש הם לקוחות צרכניים ובעלי עסקים קטנים; באופן רגיל, המידע לגבי פעולות הבנק, באלו פעולות נקט והאם התרשל בפעולותיו, הוא בידי הבנק. ללקוח אין כל מידע על עניינים אלה, וברוב המקרים יהא זה כמעט בלתי אפשרי מבחינתו להוכיח את התרשלות הבנק; בעוד שלבנק יש נגישות למידע, כמו גם כישורים מיוחדים ואמצעים טכניים משוכללים, המגדילים את אפשרויות הבקרה והפיקוח על עניני לקוחותיו, לציבור הרחב אין אפשרויות כאלה; אין זה גם מוצדק לדרוש מהלקוח לבטח עצמו נגד כשלים במערך הבנקאי, כאשר דווקא לבנק האפשרות היותר טובה לבטח עצמו ולפזר את הסיכון על כלל הלקוחות. כמו כן, לא הוכחה רמת הסיכון הכרוך, מבחינת הבנק, בנטילת אחריות לסיכונים בהם מדובר. בידי הבנק גם האפשרות להבטיח שהגורמים עימם הוא מתקשר, כמו בנקים קורספונדנטים, הינם מהימנים; הטלת אחריות על הבנק, טוען היועמ"ש, אף תביא להפחתת מספר הכשלים במערכת הבנקאית, בעוד שהטלת אחריות על הלקוח תהווה תמריץ שלילי לבנק לשיפור המערכת הבנקאית.

כמו כן, טוען היועץ המשפטי, שאם הבנק הפר את חובותיו כלפי הלקוח, אין כל סיבה להגביל את אחריותו בגין אותה הפרה לנוק ישיר בלבד.

95. הבנק מדגיש, מנגד, כי בסעיפים אלה אין כדי לפטור אותו מאחריות בגין התרשלות. הטלת אחריות נוספת על הבנק תביא, לטענתו, להטלת אחריות מוחלטת, אחריות שנשללה באופן מפורש בפסיקה. לטענת הבנק, אחריותו החוזית כלפי הלקוח מוגבלת לקיומה של חובת זהירות ואין חלה עליו, בכל מקרה וגם לולא הוראה חוזית זו, אחריות בהעדר רשלנות. לפיכך, לאור העובדה שהבנק איננו מבקש פטור מאחריות בגין מעשי התרשלות, לא יכולה לעמוד כנגדו טענת קיפוח. כל קביעה אחרת, נטען, "תהיה למעשה ניצול של הבנק תוך ניסיון להשית עליו נזקים אשר נגרמים מפעולות הלקוחות או גופים אחרים אשר אינם בשליטתו או באחריותו של הבנק".

לטענת הבנק, בהתחשב בכך שהחובה אינו פוטר מאחריות אלא אם נהג ברשלנות ובכך שעילת התביעה של הלקוח תהיה בדרך כלל עילת רשלנות, הרי שהוראות החובה, בכלל זה הקביעה כי נטל ההוכחה חל על הלקוח, אינן משנות את סדרי הראיות וההוכחה הרגילים, שבהם ממילא על התובע להוכיח את עילת הרשלנות, ואינן משנות את מצבו לרעה.

הבנק מדגיש, כי בחלק מהשירותים הניתנים ללקוחות הוא נעזר בגורמים שאין לו עליהם שליטה או פיקוח, לפיכך אין להטיל את הסיכון לגרימתו של נזק על הבנק דווקא, אלא אם הבנק התרשל בבחירת הגורמים עימם הוא עובד.

בהתייחס לסעיף הפוטר את הבנק מאחריות בגין נזק שאיננו נזק ישיר, טוען הבנק, "שהכוונה בהוראה זו היא לכך שהבנק לא יהיה חייב לשאת בתשלום נזק עקיף שנגרם ללקוח כתוצאה מהסכמים שהלקוח נקשר בהם ואשר הוא יימצא כמפר אותם כתוצאה ממעשה או מחדל של הבנק". הואיל וגם על-פי דיני החוזים הבנק אינו חייב לשאת בפיצוי לנזק עקיף כזה, הרי שהוראה זו אינה שוללת מהלקוח זכות העומדת לו על-פי דין ועל כן אין בה כדי לקפח את הלקוחות.

היחסים המשפטיים בין הבנק לבין הלקוח

96. הדיון בתניות המגבילות את אחריותו של הבנק כלפי הלקוח, מחייב לבחון תחילה את טיבו של הקשר המשפטי בין השניים. שהרי שאלת הקיפוח נגזרת, במידה רבה מהשאלה, האם הבנק מתנה על אחריותו על-פי דין והאחריות על-פי דין נגזרת מטיבו של הקשר המשפטי בין השניים.

97. הקשר המשפטי בין הבנק לבין הלקוח הנו ביסודו קשר חוזי. התייחס לכך כבי' השופט חשין בפסק דינו בדיון הנוסף בפרשת **אדם פרוסט** :

"הקשר בין בנק לבין לקוחו הוא, ביסודו, קשר שבחוזו. ... מכאן מסקנה נדרשת מאליה והיא זו, שבראש ובראשונה ייקבעו יחסי השניים על-פי החוזה שנכרת ביניהם. .."

(סעיפים 13, 18 לפסק הדין).

98. בהיות הקשר בין הלקוח לבין הבנק, ביסודו קשר חוזי, חלים על יחסי השניים, בראש ובראשונה, דיני החוזים, ביניהם חוק החוזים האחידים (ראה: בן אוליאל, עמ' 72).

99. אולם, בהקשר לאחריות הבנק כלפי הלקוח, נודעת חשיבות רבה לסיווג הקשר החוזי בין השניים. כפי שמציין המלומד בן אוליאל בספרו, "המבחן החוזי יביא תועלת אך ורק אם נדע באיזה סוג של חוזה מדובר ומה הם הסדרי האחריות הנובעים ממנו" (עמ' 153). בהיבט זה, על יחסי בנק-לקוח עשויים לחול חוקים שונים בהתאם לאופי

היחסים החוזיים ביניהם. כפי שמציין פרופ' סיני דוייטש במאמרו "יחסי בנק-לקוח - אספקטים חוזיים וצרכניים" **ספר זיכרון לגד טדסקי מאסות במשפט אזרחי** :

- "על יחסי בנק-לקוח חלים לא פחות מחמש מערכות דינים החופפות אלה את אלה והמשלימות אלה את אלה :
1. חוקי החוזים הכלליים ;
 2. חוקי חוזים מיוחדים כמו חוק הערבות, חוק המשכון וחוק השליחות ;
 3. חוקי הבנקאות - פקודת הבנקאות 1941 ; חוק הבנקאות (רישום), התשמ"א-1981 ; וחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981 ;
 4. חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982 ;
 5. חוקים מיוחדים להגנת הלקוח, כגון חוק הריבית, תשי"ז-1957 ; חוק כרטיסי חיוב, התשמ"ו-1986 ; וחוק הערבות (תיקון), התשנ"ב-1992."

(שם, בעמ' 163).

אמנם, כפי שמציין פרופ' דוייטש במאמרו הנזכר, "לא על כל עסקה יחולו בו זמנית חמש מערכות הדינים", אולם פעמים, אותה פעולה עצמה עשויה ליפול במספר מסגרות משפטיות ועשויים לחול עליה, לפיכך, דינים שונים.

ככל שהתפקיד שממלא הבנק במסגרת יחסיו עם הלקוח הוא תפקיד שמירה, יחול על הקשר המשפטי בין השניים חוק השומרים. ככל שמדובר ביחסי שליחות, ייבחנו היחסים המשפטיים בין הבנק לבין הלקוח מנקודות הראות של חוק השליחות. השירות הניתן על-ידי הבנק ללקוח עשוי ליפול בגדרו של חוק חוזה קבלנות, הקובע אף הוא אמות מידה לאחריות הקבלן העצמאי כלפי הצד המתקשר עמו. בהיבטים מסוימים ניתן לראות בבנק כמחזיק בכספי הלקוח בנאמנות, מה שעשוי להחיל על יחסיהם את חוק הנאמנות. בהיבטים אחרים ניתן לראות בבנק כמי שמחזיק בנכסי הלקוח כבטוחה להבטחת התחייבויותיו, מה שמחיל על השניים את חוק המשכון. היחסים בין בנק ללקוחו מושתתים פעמים רבות על מתן הוראות על-ידי הלקוח לבנק באמצעות משיכת שיקים, מה שמחיל על יחסי השניים את פקודת השטרות ובהיבטים מסוימים, גם את חוק שיקים ללא כיסוי.

מעבר להיבטים החוזיים, המשליכים על היקף האחריות של הבנק כלפי הלקוח, הן מכוח הוראות החוזה והן מכוחן של הוראות סטטוטוריות החלות על יחסי בנק-לקוח על-פי סיווגם המשפטי של היחסים החוזיים שביניהם, קיימים בין הבנק לבין הלקוח יחסי "שכנות", מה שמטיל על הבנק חובת זהירות כלפי הלקוח, ופעמים גם על הלקוח חובת זהירות כלפי הבנק, לפי פקודת הנזיקין.

100. בהיות יחסי בנק-לקוח יחסי "שכנות" על-פי פקודת הנזיקין, החובה היסודית החלה על הבנק כלפי הלקוח היא שלא להתרשל. חובה זו עומדת גם בבסיס האחריות החוזית של הבנק כלפי הלקוח. כדבריו של כב' השופט חשין בדיון הנוסף בפרשת **אדם פרוסט** :

"הקשר בין בנק לבין לקוחו הוא, ביסודו, קשר שבחווה. ... אחת החובות שהבנק חב ללקוחו – בגדרי החווה ביניהם – הינה זו הנדרשת מתוך חובת הזהירות הכללית שבין "שכנים", בהחלטה על מערכת היחסים שבין בנק לבין לקוחו. בגדרי החווה שבין הבנק לבין לקוחו אמור הבנק – במלאו אחרי הוראות לקוחו, והוא עיקר פעילותו – לעשות פעולות אלו ואחרות, ובביצוען של אותן פעולות על הבנק לנהוג בזהירות ראויה בשמירה על האינטרסים של לקוחו".

(שם, סעיף 13 לפסה"ד של השופט חשין).

עם זאת, כפי שמציין כב' השופט חשין בהמשך אותו פסק דין, רמת הזהירות שחייב הבנק לגלות ביחסיו עם הלקוח אינה עשויה מעור אחד, ובמסגרת אותו מבחן עצמו עשויה חובתו של בנק להשתנות מסוג פעילות אחד למשנהו, שכן השיקולים הקובעים והמושכים לצדדים שונים הם מפעילות לפעילות בהתאם לאופיה של הפעילות.

101. בהיבט החוזי, אחריותו של הבנק כלפי הלקוח נגזרת במישרין מהסיווג של היחסים החוזיים בין השניים. לדוגמא, אם יחסי השניים הם יחסי שולח-שלוח, כי אז מוגבלת חבותו של הבנק (השלוח) כלפי הלקוח (השולח) להשקעת אמצעי זהירות סבירים (בן אוליאל, 153; ברק, חוק השליחות, תשכ"ה-1965, 379-380). אם יחסי השניים הם לווה-מלווה, חלה על הבנק אחריות מוגברת להחזר ההלוואה (הפיקדון) אשר נובעת מקשיחותו של חוזה ההלוואה (בן אוליאל, עמ' 153). כך, למשל, אם חתימת הלקוח על שיק זויפה, יהא הבנק אחראי לכיבוד השיק, גם אם לא התרשל (לפחות במצב של העדר התרשלות גם מצדו של הלקוח). גם אם יחסי הבנק-לקוח הם יחסי שמירה, הבנק עשוי לחוב באחריות מוגברת על-פי חוק השומרים.

התייחס לכך הנשיא (כתוארו אז) שמגר בפסק דינו בע"א 5893/91 **טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' צבחא ואח'** (פ"ד מח(2) 573):

"יחד עם זאת, אין להסיק ... כי חובתו של הבנק ללקוח זהה בכל מקרה ומקרה. היקף החובה ורמת הנאמנות הנדרשים

מהבנק מעל לרמה הבסיסית הכללית משתנים ממקרה למקרה ומושפעים מטיב היחסים שבין הבנק ללקוח, ממידת מעורבותו של הבנק במערכת יחסים זו ומגורמים משתנים נוספים, שכן במערכות היחסים שבין הבנק ללקוח מתבצעות פעולות רבות ומגוונות, ולאורך משתנה גם היקף חובתו של הבנק".

(וראה גם המלומד בן אוליאל בספרו, 105).

102. על רקע זה, נודעת חשיבות רבה להגדרת הקשר החוזי בין הבנק לבין הלקוח בהתייחס לכל עסקה ולכל שירות הניתן על-ידי הבנק ללקוח.

103. על-פי הפסיקה, כאשר מדובר בחשבון עו"ש שהוא החוזה נשוא הדיון שלפנינו, החוזה הבסיסי בין הבנק לבין הלקוח הוא חוזה הלואה:

"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".

(ד"ר 32/84 **עזבון ולטר נתן וויליאמס ז"ל נ' Israel British Bank**, פ"ד מד(2) 265).

עם זאת, נראה שגם כאשר מדובר בהפקדת כספים, מערכת היחסים בין הבנק לבין הלקוח, אינה נופלת למסגרת קטגוריה אחת בלבד. התייחס לעניין זה כב' השופט ש. לוי בפסק הדין בעניין **עזבון נתן וויליאמס** הנזכר לעיל:

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

(ע"א 776/80 **ISRAEL BRITISH BANK נ' עזבון ולטר נתן ויליאמס**, פ"ד לח(3) 645).

לפיכך, גם אם עיקרה של מערכת היחסים בין בנק ללקוח בקשר לחוזה העו"ש מתמקדת ביחסי לווה-מלווה, היא עשויה להיות כרוכה בהיבטים חוזיים נוספים, כמו שמירה על הכספים המופקדים, שליחות - כאשר הבנק מבצע עבור הלקוח פעולות תשלום ופעולות אחרות, ועוד (בן אוליאל, 155).

104. לעניין אחריותו של הספק לפי חוזה יש להבחין בין חיובי השתדלות לחיובי תוצאה. חיוב תוצאה הוא חיוב להשיג תוצאה מסוימת (כגון למסור נכס או לשלם סכום

כסף), בכפוף למצבי סיכול וכוח עליון. לעומת זאת, חיובי השתדלות הם חיובים לפעול להשגת התוצאה בשקידה ראויה ותוך השקעת מאמץ סביר, בלי להתחייב להשיג את התוצאה. (זמיר, עקרון ההתאמה בקיום חוזים (תש"ן-1990) 103-104; זמיר, **קבלנות**, 34-36).

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 יתראש לא יחוב בהפרת חוזה גם אם התוצאה לא תושג.

החוזה מחלק את הסיכונים בין הצדדים לו. בחיובי תוצאה, הסיכון להתרחשות כל מאורע שימנע את ביצוע החיוב ושאינו עולה לכדי סיכול מוטל על החייב. לעומת זאת בחיובי השתדלות סיכון זה מתחלק בין הנושה לבין החייב, כאשר החייב באופן טיפוסי ישא בסיכונים שיש לו שליטה על התממשותם ואילו הנושה ישא ביתר הסיכונים. כאשר מדובר בחוזה אחיד, השאלה היא האם ההגבלה של האחריות החוזית לחיוב השתדלות, מקפחת את הלקוח.

105. סיווג החיובים לחיובי תוצאה ולחיובי השתדלות הנו שאלה פרשנית, סיווג זה תלוי בראש ובראשונה באומד דעת הצדדים. בחוזי מתן שירותים וטיפול, כגון שירותי עורך דין, טיפול רפואי וייעוץ פסיכולוגי נהוג ומקובל כי החייב ישא באחריות לנזקי אי השגת התוצאה, אך אם התוצאה לא הושגה עקב התרשלות.

106. סיווג חיובי הבנק בין חיובי תוצאה לבין חיובי השתדלות נגזר אף הוא מטיב החיובים. החיוב העיקרי העומד ביסוד יחסי בנק-לקוח המסווגים כיחסי לווה-מלווה הנו חיוב תוצאה - להחזיר את ההלוואה. גם אחריותו של הבנק לפירעון שטר מזויף הנה אחריות מוגברת, בכפוף לרשלנות תורמת של הלקוח. כלומר, סטנדרט האחריות החוזית המקובלת של הבנק משתנה משירות לשירות ומעניין לעניין. ההתנאה על סטנדרט האחריות המוגברת עשויה להימצא סבירה ומקובלת לעניין שירות מסוים, אך לא לגבי שירות אחר. תניות המוגדרות בחוזה כחיובי השתדלות אשר גורעות מאחריותו החוזית של הבנק עלולות להימצא מקפחות בהיותן מתנות על אחריות הבנק בצורה בלתי סבירה, הגם שהבנק מתחייב לנהוג בזהירות ובשקידה ראויה.

107. בדונו בתניות המגבילות את אחריות של הבנק יש להעמידן במבחן כפול. ראשית, יש לבחון האם הן מתיימרות להגביל את אחריותו של הבנק לפי דין. במידה וכן, חזקה שהן מקפחות. שנית, נבחן האם הן מגבילות את אחריותו של הבנק על-פי חוזה והאם הגבלה זאת הנה סבירה, בהתחשב בנוהג המקובל, בתנאי החוזה בכללותם, בציפיות הלגיטימיות של הצדדים, ביחסי הכוחות ביניהם ובשאר נסיבות העניין. לעניין זה איננו רואים הבדל מהותי בין הגדרת החיוב לבין הגבלתו, בין תנייה חוזית המגדירה את היקף החיוב החוזי שנוטל על עצמו הספק מלכתחילה באופן מצמצם, לבין תנייה המטילה סייגים על האחריות החוזית (אף שהחיוב עצמו הוגדר באופן רחב). בשני המקרים מדובר, למעשה, בהגבלת החיוב החוזי שהספק מוכן ליטול על עצמו בחוזה. מקום שהגבלה כזאת אינה נוגדת דין דיספוזיטבי, היינו מקום שהתוצאה המשפטית אינה משתנה גם אילו לא התנייה (שאז חלה חזקת קיפוח מכוח סעיף 14(1) רישא לחוק), יש לנהוג זהירות יתירה, שהרי החוזה שנתן הוא החוזה שלקח. לשון אחר, פסילת תנאי מקפח המביאה להטלת חיוב תוצאה על הספק, מקום שעל-פי החוזה הספק היה מוכן להתחייב אך בחיוב השתדלות, כרוכה בהתערבות יסודית בהוראות החוזה, דבר שאף שהוא אפשרי, מחייב זהירות יתירה.

108. על רקע זה נדון בהמשך בתניות החוזה המגבילות את אחריות הבנק.

סעיף 1.7 - אחריות לנזק עקב אובדן, גניבה או השחתה של שטרות שבחזקת הבנק

109. סעיף 1.7 לחוזה, המקים לבנק פטור מאחריות, למעט אחריות ברשלנות, לנזק עקב או אובדן, גניבה או השחתה של שיקים או שטרות שבהחזקתו, קובע:

1.7" זיכויים בגין שיקים ושטרות כל זיכוי של חשבון כלשהו של הלקוחות בקשר לשיקים/שטרות לבטחון או לגוביינא או לזכות החשבון, ייחשב כארעי. הלקוחות לא יהיו רשאים למשוך את תמורתם לפני גבייתם ע"י הבנק. הבנק יהיה רשאי לחייב את החשבון שזוכה כאמור בסכום כל שיק/שטר שלא נפרע או שיוחזר לבנק כבלתי נפרע, ובמקרה של שיק המשוך על הבנק בסכום שיק שהבנק לא יוכל לחייב בגינו את חשבון המושך. הבנק יהיה פטור מכל החובות של אוחז בשיקים/שטרות הנ"ל. את השיקים/השטרות יהא הבנק רשאי לשלוח לגביה/להחזיר בכל דרך שימצא לנכון. בכל מקרה של גניבת שיקים/שטרות אובדנם, השמדתם או השחתתם, לא תחול על הבנק אחריות כלשהי, והבנק יהיה רשאי לבטל את הזיכוי בגינם, למעט גניבה, אובדן, השמדה או השחתה שנגרמו כתוצאה מרשלנותו."

האם תנייה זאת הנה תניית פטור מקפחת?

110. אחריות הבנק לשיקים או שטרות שהגיעו לידיה במהלך פעילותו נגזרת מחוק השומרים תשכ"ז-1967. הבנק מחזיק בשיקים ובשטרות, שלא מכוח בעלות. על כן, דינו כדין שומר (סעיף 1(א) לחוק השומרים). ההחזקה היא במהלך עסקיו הרגיל, כאשר הוא גובה עמלות ומפיק רווחים מפעולות הנעשות בשטרות המופקדים בידיה. לפיכך, הבנק מפיק טובות הנאה לעצמו מההחזקה בשטרות שלא מכוח הבעלות (השמירה), ודינו כדין שומר שכר. ככל שמדובר בהחזקת שיקים ושטרות למטרות הנקובות בסעיף 1.7 להסכם, היינו החזקתם לביטחון או לגוביינא, השמירה הנה טפלה למטרה העיקרית לשמה נמסרו השטרות לבנק, שכן השטרות לא הופקדו בידי הבנק כדי לשמור עליהם. בנסיבות אלה חל, לכאורה, סעיף 2(ב) לחוק השומרים, הקובע ששומר שכר ששמירתו טפלה למטרה העיקרית של החזקתו, אחראי לנזקים שנגרמו ברשלנותו בלבד. אולם, לעניין זה עשויה להיות השלכה גם לסעיף 6(ב)(1) לחוק חוזה קבלנות.

111. הגם שבמקרה שנכס נמסר לידיה של קבלן לצורך ביצוע עבודה או שירות, ההחזקה בנכס הנה טפלה למטרה עיקרית, אחריותו של הקבלן כשומר הנה, על-פי סעיף 6(ב)(1) לחוק חוזה קבלנות, אחריות מוגברת כאחריות שומר שכר. היינו, הקבלן אחראי לאובדן הנכס או לנזקו, זולת אם נגרמו נזקים שלא היה עליו לחזותן מראש ולא יכול היה למנוע תוצאותיהן. הגברת אחריות זו ניתן להסביר הן בטעמי יעילות, כגון היכולת העדיפה של הקבלן לשאת בסיכונים הכרוכים בשמירת הנכס ואובדנו ולתמחר אותם בצורה אופטימלית, והן בטעמים של צדק בין הצדדים (ר' זמיר, חוק חוזה קבלנות, 621-628). על כן, אם נראה בבנק המקבל שטרות לביטחון ולגוביינא כקבלן המקבל נכסים לצורך ביצוע מלאכה או שירות בהם, כי אז אחריותו כשומר תהיה מוגברת.

112. מבחינה עיונית אין קושי בהחלה סימולטנית של דיני השליחות ודיני הקבלנות. הקבלן יכול שיפעל במהלך עסקיו כשלוח של המזמין והשלוח יכול שיהיה קבלן הנותן שירותים לשולח, המזמין. כך, עורך דין פועל כשלוח של לקוחו, אך חוזה השירותים בין עורך הדין ללקוח יכול שיהא בגדר חוזה קבלנות. כך גם הבנק. במתן שירותים בנקאיים מסוימים הבנק עשוי להיות שלוח של הלקוח המבצע פעולות בשמו וכן קבלן הנותן שירותים ללקוח בביצוע אותן פעולות (השווה: זמיר, חוק חוזה קבלנות 140-141).

113. הסעיף שלפנינו מבדיל בין שני מצבים של מסירת שטרות: מסירה לביטחון, כאשר השטר נועד להבטיח אשראי, לעומת מסירה לגוביינא, כאשר הבנק גובה את השטר

בשם הלקוח. נקודה זו, של ההבחנה בין המטרות השונות לשמן נמסרים השטרות לבנק, לא באה לידי ביטוי ברור בסיכומי הצדדים. אולם, לצורך ענייננו נבחין בין מצב בו השטר נמסר לגוביינא (כלומר לצורך מתן שירות) לבין מסירת השטר לכל מטרה אחרת, שאינה ביצוע שירות. מסירה לגוביינא קרובה למצב טיפוסי של מסירת נכס לצורך עשיית מלאכה או שירות בנכס. השטר נמסר כדי שהבנק יממש את החיוב המגולם בשטר ויגבה כסף מן החייב (או החייבים) על-פי השטר. השטר הנמסר לידי הבנק משמש את הבנק בביצוע שירות עבור הלקוח שבגינו הבנק גובה עמלה. אין הכרח שהשירות יהיה "בשטר" - כגון תיקונו או טיפול בו, ודי כי השטר ישמש את הבנק לביצוע השירות הבנקאי. מבחינה זו, אין הבדל רב בין מסירת שיק לבנק לגוביינא לבין מצב שבו לקוח מוסר שטר לעורך דינו כדי שזה יגישו להוצאה לפועל. גם כאן וגם כאן נותן השירותים הוא קבלן והשטר נמסר לו לצורך מתן השירות המקצועי. נראה כי בשני המקרים אחריותו של נותן השירות – השלוח, שהוא גם קבלן, כשומר תהיה אחריות מוגברת של שומר שכר ששמירתו אינה טפלה למטרה אחרת (השווה זמיר, חוק חוזה קבלנות, 146).

114. מכאן שבמקרים אלה בהם מדובר במסירת שיק לגוביינא, הגבלת אחריותו של הבנק לאחריות בהתרשלות, מתנה על הדין. לא מצאנו טעם משכנע להתיר התנייה זו. כאשר השטר אובד בלא שהאשם ידבק במי מהצדדים, נראה כי הבנק שהנו גוף גדול ומקצועי, המתפרנס ממתן שירותים בנקאיים, ערוך לשאת בנזקים הנובעים מאובדן השטרות שהופקדו בידי הרבה יותר מהלקוח. על כן, איננו רואים הצדקה לסטות מהסדר האחריות הקבוע בדין. מכאן, שכלל שהסעיף נוגע לשטרות הנמסרים לגוביינא, הוא מקפח ודינו להתבטל. הוא הדין במסירת שיק "לזכות החשבון" (שהוא, כפי שאנו מבינים, שיק המשוך על הבנק, שאין צורך בהצגתו לגוביינא בפני בנק אחר).

115. לעניין שטרות הנמסרים לביטחון, מדובר, כך נראה, בשטרות שנועדו להבטיח חיובים אחרים של הלקוח כלפי הבנק. כאשר השטר משמש ערובה לחיוב אחר, הבנק הנו שומר שכר בשטר, ששמירתו טפלה להחזקתו בנכס. כאן הבנק אינו מחזיק בשטרות כדי לבצע בהם שירות עבור הלקוח. לפיכך, אין תחולה בהקשר זה לחוק חוזה קבלנות. השטר כאן הנו בבחינת משכון מופקד, כלומר מדובר במקרה קלאסי של שמירה הטפלה למטרה עיקרית של החזקה (ראה: רנר, חוק השומרים, 147-148). הדין יהיה דומה כל אימת שהשטר נמסר לבנק לכל מטרה שהיא שאינה שמירה לשמה או ביצוע שירות בנקאי.

116. על-פי סעיף 2(ב) לחוק השומרים:

"שומר שכר אחראי לאובדן הנכס או לנזק, זולת אם נגרמו עקב נסיבות שלא היה עליו לחזותן מראש ולא יכול היה למנוע תוצאותיהן; אך כשהמטרה לשמור על הנכס הייתה טפלה למטרה העיקרית של החזקתו, פטור השומר אם אבדן הנכס או נזקו נגרמו שלא ברשלנותו".

מכאן, ששומר שכר ששמירתו טפלה למטרה העיקרית של החזקה אחראי בפני הבעלים של הנכס לנזקים שנגרמו לו, זולת אם הוכיח כי נזקים אלה נגרמו שלא עקב רשלנותו (ראה גם רנר, שומרים, 160). בהעברת סיכון זה אל כתפי השומר הדין יוצא מנקודת הנחה, כי סיכון זה מתומחר על-ידי השומר בהתחשבנות הנוגעת למטרה העיקרית של החזקת הנכס. יתר על כן, כאשר הנכס נמצא בידי השומר ובשליטתו, לשומר מרב המידע על הנכס, מצבו והסיכונים האפשריים הכרוכים בהחזקתו, ובידו למנוע את הנזק בעלות הנמוכה ביותר. לעומת זאת, הבעלים של הנכס, משהוציא את הנכס משליטתו, אינו יכול לפקח עליו ולרוב גם אין בידו מידע על מה שאירע לנכס. על כן, כאשר מדובר בשומר המפיק טובות הנאה לעצמו מהחזקה בנכס, ראוי וצודק להטיל עליו את הסיכונים שבשמירה. אולם הואיל והשמירה אך טפלה למטרה אחרת, ועיקר שכרו של השומר לא בא לו עקב שמירתו, אחריותו של השומר אינה מוחלטת, והוא יוכל להשתחרר הימנה אם יוכיח כי לא היה רשלן. (ר' רנר, שומרים, 101-100).

117. מכאן, שבמקרה של מסירת שטרות לבטחון, להבדיל ממקרה שבו המטרה העיקרית של החזקה בשטרות היא שמירתם, למשל, שמירתם בכספת, או ביצוע פעולת גוביינא, האחריות על-פי דין של הבנק אינה אחריות מוגברת כשל שומר שכר. סעיף 1.7 סיפא לחוזה אינו מתנה, אפוא, על האחריות הקבועה בדין. על כן, פטור חוזי מאחריות בהעדר התרשלות בסוג זה של שמירה, אינו מקפח את הלקוח. גם אם הסדר של ביטוח או אחריות מוחלטת של הבנק מיטיב יותר עם הלקוח, לא עלינו להכתיב לצדדים את תנאי החוזה. כל מטרתנו היא למנוע את הקיפוח. יתר-על-כן, ייקור השירותים הבנקאים שיהא כרוך בהטלת אחריות מוגברת על הבנק לנזקים שהוא אינו יכול לצפות או למנוע, עלולה אף היא לפגוע בלקוחות.

118. כאן המקום לציין, כי רשלנות היא סטנדרט התנהגות גמיש שניתן להתאימו לנסיבות העניין ולטיב העסקה. גבולות הרשלנות מעוצבים על-ידי בתי המשפט תוך התחשבות בשיקולי מדיניות משפטית, במציאות החברתית ובשיקולי צדק. לפיכך, מתן פטור לבנק המותנה בהעדר התרשלות, עדיין מאפשר לבית המשפט לשקול את

כלל הנסיבות והשיקולים הרלוונטיים בכל מקרה ומקרה, תוך גיבוש סטנדרט התנהגות שייעשה צדק עם הצדדים ולא יקפח את הלקוחות.

119. לפיכך, עצם הגבלת אחריותו של הבנק לגבי שטרות הנמסרים לביטחון, לאחריות בנוזיקין, אינה מקפחת. עם זאת, מלשון הסעיף עלול להשתמע, כי הבנק מבקש להעביר את הנטל להוכיח את התרשלותו לכתפי הלקוח. כך עולה מנוסח הסעיף, לפיו הכלל הוא שבכל מקרה של אובדן או נזק לשטרות לא תחול על הבנק אחריות, אלא אם הדבר אירע כתוצאה מרשלנותו.

120. העברת נטל הוכחת קיומה של התרשלות על הלקוח באה, בנסיבות אלה, בגדרה של חזקת הקיפוח שבסעיף 74(7) לחוק החוזים האחידים. זאת, משום שהדין (סעיף 2(ב) לחוק השומרים) מטיל את נטל ההוכחה להעדר התרשלות אשר גרמה לאובדן או לנזק על השומר, שלו המידע ובידו הראיות הנוגעים לעניין. להעברת הנטל על כתפי הלקוח אין במקרה זה כל הצדקה. שכן, הלקוח נמצא בנחיתות ראייתית מול הבנק, הוא אינו יכול לדעת כיצד אירע הנזק, הוא אינו מגבש את נהלי הטיפול בשטרות, אינו אוכף אותם על עובדי הבנק ואין לו אפשרות לצמצם את הסיכונים לאובדן השטרות או גניבתם ואת הנזקים הנובעים מהתממשותם. העברת נטל הראיה אל כתפי הלקוח מקפחת אותו. כך נקבע בפסק הדין בתח"א 6/89 **היועץ המשפטי לממשלה נ' בנק הפועלים** (לא פורסם), שם ביטל בית הדין תנאי בטופס הרשאה לחיוב חשבון שפטר את הבנק מאחריותו לפעול על-פי הוראתו של הלקוח, אלא אם כן הלקוח הוכיח שהבנק פעל ברשלנות. בית הדין קבע, שאין להטיל על הלקוח את הנטל להוכיח את רשלנות הבנק. המחברות לוסטהויז ושפניץ מציינות בספרן, כי הפתרון הסביר הוא שהבנק יוכיח שההפרה לא נבעה מרשלנותו (שם, 97).

121. מכאן, שבנוסחו הנוכחי, הסעיף מקפח את הלקוחות. כך לגבי שטרות הנמסרים לגוביינא או לזכות החשבון, והוא הדין, גם אם מטעמים אחרים, לגבי שטרות הנמסרים לביטחון.

סעיפים 16, 28 - פטור מאחריות בגין שימוש בקווי תקשורת

122. סעיפים 16 ו-28 לחוזה מקימים לבנק פטור חלקי בגין שימוש בקווי תקשורת, בעיקר טלפון ופקסימיליה. החוזה מבדיל לעניין זה בין אחריות לנזק הנובעת משימוש בקווי תקשורת אשר נעשה על-ידי הלקוח, בו דן סעיף 16 לחוזה, לבין נזקים הנובעים משימוש שנעשה על-ידי הבנק, בו דן סעיף 28 לחוזה. כמו כן מבדיל החוזה בין פטור מאחריות בגין השימוש בטלפון, שהוא פטור מוגבל, הפוטר את הבנק מאחריות רק בהעדר התרשלות, תוך הטלת הנטל להוכחת ההתרשלות על

הלקוח, לבין פטור מאחריות בגין שימוש בפקסימיליה, שהוא פטור רחב יותר, אשר פוטר את הבנק, לפחות במקרים של זיוף, גם מאחריות בנזיקין.

123. בסעיף 16 לחוזה, הבנק מבקש לפטור עצמו מאחריות לנזקים שנגרמו עקב ביצוע של הוראות שניתנו על-ידי הלקוח בקווי תקשורת.

בפתח הסעיף מסביר החוזה את הרקע להגבלה זו, שמקורה בסיכונים המיוחדים הכרוכים בשימוש באמצעי תקשורת אלה:

16. מסירת הוראות וקבלת יעוץ באמצעות טלפון ופקסימיליה
 16.1 הלקוחות מודעים לכך, ששימוש בטלפון או בפקסימיליה (להלן - קווי תקשורת) כרוך בסיכונים מיוחדים, לרבות: בשיחות טלפוניות שבדרך כלל מקצרים בהן - הסיכון שרק לאחר השיחה מתברר שנתרו נקודות בלתי ברורות או שנפלו טעויות בקליטת (שמיעת) מילים, וכן הסיכון שצד שלישי יציג עצמו כאילו הוא הלקוחות או אחד מהן או מורשה/ים לפעול מטעם הלקוחות או מי מהם. בשימוש בפקסימיליה - הסיכון של זיוף המסמך או חלקים ממנו לרבות חתימת הלקוחות, או שההוראות יועברו בצורה משובשת או חלקית או למכשיר פקס אחר".

על רקע זה, מוסיף הבנק ומסביר בסעיף 16.2 לחוזה:

"בהתחשב בסיכונים הרבים הכרוכים בצורת ההתקשרות הנ"ל, ובכלל זה הסיכונים המפורטים בפסקה 16.1 לעיל, הבנק התנה את הסכמתו להיענות לבקשה הנ"ל של הלקוחות בכך שיחול האמור להלן, והלקוחות קיבלו את התנאי הנ"ל ומסכימים לו".

בסעיף 16.3 מוגדרת היקף תחולתו של הסעיף, היינו היקף תחולתו של הפטור מאחריות שנקבע בו, באופן שזה חל, למעשה, על כל פעולה המתבצעת בעקבות קבלת הוראות מהלקוח באמצעי תקשורת אלה, בכלל זה: פתיחת חשבונות/פיקדונות ע"ש; הוראות תשלום, העברת כספים, עשיית עסקאות עתידיות, קניות, מכירות והעברות של ניירות ערך, מסמכים; קבלת יעוץ בקשר לנכסים פיננסיים לסוגיהם כולל ניירות ערך, פיקדונות, קופות גמל, עסקאות עתידיות ובקשות לאשראי.

סעיפים 16.13 ו-16.10 - פטור מאחריות בגין קבלת הוראות (מהלקוח) ויעוץ באמצעות

טלפון

124. בסעיף 16.13 נקבע פטור מאחריות בגין פעולות שבוצעו (או לא בוצעו) על-ידי הבנק בעקבות שימוש שנעשה על-ידי הלקוח בטלפון כדלקמן:

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

השאלה היא האם תנייה זאת מעבירה מכתפי הבנק את האחריות שהייתה מוטלת עליו אלמלא כן.

125. הוראת פטור זו מעוררת שתי שאלות. השאלה האחת היא האם יש מקום להגבלת אחריות הבנק לאחריות שמקורה בהתרשלות בלבד. השאלה השנייה נוגעת לנטל ההוכחה.

126. אשר לשאלה הראשונה, שעניינה בהגבלת האחריות של הבנק להתרשלות בלבד, אכן, דומה שההסדר הראוי של הסוגיה ימצא בביטוח סיכונים הכרוכים בביצוע שגוי של הוראות שניתנו בקווי תקשורת שונים. אולם, כאמור, אין אנו מעצבים חוזה טוב בשביל הצדדים, אלא רק מסירים את התניות המקפחות את הלקוח. גם אם הטלת מלוא נטל האחריות על הבנק הנה ראויה, הדין אינו מטיל עליו נטל זה, ולא בידנו הסמכות לעשות את אשר החסיר המחוקק. מכאן, שהגבלת אחריות הבנק במקרים כאלה לאחריות בגין התרשלות אינה סוטה מן הדין ועל כן אינה מקפחת את הלקוח.

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

כתניה המעבירה את נטל ההוכחה (או למצער מתנה על מידת ההוכחה). על כן, הסעיף בנוסחו הנוכחי בא בגדר חזקת הקיפוח המעוגנת בסעיף 4(7) לחוק החוזים האחידים. מה בצע לו לבנק לקבוע תניה כנ"ל? הרי אם הנטל הוא על הלקוח, אין כל צורך להבהיר את הדבר בחוזה. ואילו באותם מקרים בהם הנטל עשוי לרבוץ על הבנק, התניה מקפחת.

128. בהקשר זה ראוי גם לציין, שהן הבנק והן הלקוח אמורים לצאת נשכרים מן האפשרות להעביר הוראות ולבצע פעולות בנקאיות באמצעות קווי תקשורת. הלקוח זוכה בשירות מהיר ויעיל, חוסך בזמן, בטרחה ובעלויות עסקה. לבנק מתאפשר לתת שירותים רבים יותר ללקוחות רבים יותר, בצורה מהירה וגמישה יותר. ככל שביצוע הפעולות הבנקאיות יהיה קל, פשוט וזול, כן ירבו הלקוחות לבצע פעולות אלה ויגדילו את רווחי הבנק מן העמלות ומן הפעילות הבנקאית. הואיל והרווח צומח לשני הצדדים, על שניהם להתחלק גם בסיכונים הנובעים מהשימוש באמצעים אלה. אפשרותו של הלקוח לצמצם את הנזקים האפשריים מוגבלת. לכל היותר הוא יכול לתת הוראות בהירות ומדויקות. אולם, הוא אינו יכול לפקח על ביצוע ההוראות על-ידי הבנק, גם לא לאכוף על עובדי הבנק נהלי עבודה תקינים. על כן אין זה מוצדק להעביר את נטל ההוכחה על הלקוח. התפתחות הדין הנוגע לנטל ההוכחה ומידת ההוכחה במקרים כאלה צריכה להיות חופשית מאבני נגף חוזיים.

129. המסקנה הנה, לפיכך, שבסעיף זה יש משום קיפוח, בהעברת נטל ההוכחה בדבר התרשלות הבנק בכל המקרים על שכמו של הלקוח.

130. סעיף 16.10 לחוזה מקים אף הוא לבנק פטור מאחריות להוראות שהתקבלו בטלפון, אך הוא מתייחס לסיטואציה מיוחדת, בה ההוראה לא נתנה על-ידי הלקוח עצמו (או שלוחו), אלא על-ידי אדם אחר, שהציג עצמו כאילו הוא הלקוח או מי שמוסמך לפעול מטעמו. הסעיף קובע כדלקמן:

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

בעניין זה הוסכם על הצדדים, כי על הבנק לפעול בהתאם להוראות ניהול בנקאי בעניין הוראות טלפוניות של המפקח על הבנקים ועל-פי הנוהל הפנימי של הבנק,

המתייחסים לאמצעי הזהירות שעל הבנק לנקוט כדי למנוע שימוש לרעה כזה בהוראות טלפוניות, ועל הצדדים ליתן להסכמה זו ביטוי במסגרת החוזה המתוקן.

סעיף 16.11 - פטור מאחריות בגין הוראות מזויפות שניתנו בפקסימיליה

131. סעיף 16.11 דומה במתכונתו לסעיף 16.10, אלא שהוא עוסק בהוראות מזויפות, הנחזות להיות הוראות שניתנו על-ידי הלקוח, באמצעות מכשיר הפקסימיליה:

"16.11 לגבי הוראות שנתקבלו בפקסימיליה: כל הוראה הנחזית להיות חתומה ע"י הלקוחות או מי מהם או כל מורשה מטעמם כאמור לעיל, תחייב את הלקוחות גם אם יתברר שבפועל חתימתם זויפה או ההוראה לא נחתמה ע"י החותמים כאמור.

הלקוחות יהיו מנועים מלהעלות כנגד הבנק כל טענה בקשר להוראה הנ"ל הקשורה במישרין או בעקיפין לעובדה כי בידי הבנק נמצא העתק בלבד של ההוראה ולא ההוראה המקורית".

132. בהקשר זה עולה השאלה על מי יוטל הסיכון במקרה של זיוף הוראה באמצעות מכשיר הפקסימיליה. ההוראה הנוכחית בחוזה מטילה את הסיכון על הלקוח.

133. היועץ המשפטי טוען, כי אחריות הבנק בכל הנוגע לזיוף צריכה להיות דומה לאחריותו בנושא זיוף השיקים. דהיינו, הסיכון צריך להיות מוטל על הבנק, אלא אם מדובר ברשלנות חמורה של הלקוח. היועץ המשפטי מדגיש כי הן הלקוח והן הבנק נהנים מן השימוש באמצעים הטכנולוגיים, והבנק חוסך עקב השימוש בטלפון ובפקסימיליה עלויות בכוח אדם. בנוסף, טוען היועץ המשפטי, כי לבנק יכולת טובה יותר להפחית את הסיכון לזיופים. על כן עליו לנקוט באמצעים כגון קוד סודי ללקוח ובאמצעים אחרים.

134. הבנק טוען, לעומת זאת, כי אין להטיל עליו את הסיכון בגין נזקים שיגרמו ללקוח עקב זיוף הוראותיו באמצעות קווי תקשורת. לטענתו, אין כל הבדל בין הוראות שניתנו בדואר, לגביהם הסיכון מוטל על הלקוח, ובין הוראות הניתנות באמצעות קווי תקשורת. הבנק מדגיש כי שימוש בפקסימיליה טומן בחובו סיכונים כבדים של זיוף, והיכולת להקטין סיכון זה נתונה בידי הלקוח. עם זאת, הבנק מפרט בתצהירו את האמצעים בהם הוא נוקט כדי "להפחית את פוטנציאל הנזקים". בהקשר זה מפנה הבנק לנוהל פנימי מס' 28/94 של הבנק אשר קובע מספר אמצעי זהירות הננקטים על-ידי הבנק במסגרת השימוש, על-פי הוראת הלקוח, באמצעות מכשיר הפקסימיליה. בין השאר ננקטים אמצעים כגון זיהוי חתימת הלקוח, קיום שיחה

טלפונית לפני או אחרי קבלת שדר הפקס עם הלקוח וזיהויו בין בקול ובין באמצעות הקוד הסודי. עוד קובע הנוהל כי במידה ואין מצליחים לאתר את הלקוח טלפונית, תבוצע ההוראה אם אין בה חריגה ממסגרת מהלך העסקים הרגיל (סעיף 3.2 לנוהל). לעניין ההשוואה לכיבוד שיק מזויף, טוען הבנק שיש להבדיל בין הוראות של הלקוח באמצעות מכשיר פקסימיליה לבין שיקים. שכן שיק הוא מסמך מקורי ועל כן האפשרות לזהות בו זיוף גדולה יותר, מה גם שהוענק לו בחוק מעמד של אמצעי תשלום.

135. פועלו המהותי של סעיף 16.11 לחוזה הוא מתן פטור לבנק מאחריות לכיבוד הוראות בפקסימיליה, גם אם אלה זויפו. על-פי הרישא של הסעיף, פטור זה חל על-פי לשונו, גם אם הבנק התרשל. הסיפא של הסעיף, מקימה מניעות כלפי הלקוח מלהעלות טענה בקשר להוראה שניתנה בפקסימיליה, "הקשורה במישרין או בעקיפין לעובדה כי בידי הבנק נמצא העתק בלבד של ההוראה ולא ההוראה המקורית". אף שהדבר לא נאמר בסעיף באופן מפורש, תתכן פרשנות לפיה הסיפא של הסעיף מגבילה את הפטור מאחריות שנקבע ברישא, לאותם מקרים בהם כיבוד ההוראה על-ידי הבנק נעשה רק בשל כך שעותק הודעת הפקס שיצא ממכונת הפקס של הבנק, בניגוד למקור שנותר ביד הלקוח, לא אפשר את זיהוי הזיוף. אם זו הנה הפרשנות הנכונה של הסעיף, כי אז הבנק אינו מתיימר בסעיף זה לפטור עצמו מאחריות בגין עצם כיבוד ההוראה המזויפת, אלא רק מאחריות הנובעת מהסיכון המיוחד הכרוך בשימוש במכשיר הפקסימיליה, מכשיר שמטבעו עשוי שלא להעביר את ההודעה באותה בהירות של המקור. בכל מקרה, פרשנות זו, גם אם היא אפשרית, רחוקה מלהיות חד משמעית. גם הבנק עצמו אינו מחזיק בסיכומיו בפרשנות זו, אלא טוען, כי "במידה והמדובר הוא במסמך שנחזה כאילו הגיע מהלקוח והחתימה נראית חתימתו, אין שם סיבה שהבנק הוא שיהיה אחראי" (עמ' 63). לפיכך, יש להתייחס לסעיף זה כפוטר את הבנק מאחריות בגין הוראת פקסימיליה מזויפת.

עוד יש לציין, שהגם שהבנק מסביר בסיכומיו שהסעיף נועד לתת לבנק פטור במקום שהמסמך נחזה כאילו הגיע מהלקוח והחתימה נחזית כאילו היא חתימתו של הלקוח, הסעיף עצמו אינו מתנה את הפטור בדמיון בין החתימה המזויפת לבין חתימת הלקוח. לשון הסעיף גם אינה כופפת את הפטור להעדר התרשלות. כפי שצוין לעיל, הבנק אמנם מפרט בסיכומיו את אמצעי הזהירות בהם הוא נוקט כדי להפחית את פוטנציאל הנזקים, אולם הוא טוען כי "אין כל טעם לחזור ולהבהיר אמצעים כאלה כחלק מנוסח החוזה שכן הדבר יכביד, יאריך ויסרבל שלא לצורך ואך יקשה על הקריאה וההבנה של הלקוחות, וכי ברור שהבנק פועל על-פי ההנחיות

וההוראות הפנימיות הנ"ל" (עמ' 64). מכל מקום, על-פי הנוסח הנוכחי של הסעיף, הפטור מאחריות המוקנה בו לבנק אינו מותנה בהעדר התרשלות של הבנק בגילוי הזיוף.

136. היועץ המשפטי טוען כי על ההוראות בפקסימיליה יש להחיל את הדין החל לעניין זיוף על שיקים, ולחייב את הבנק באחריות מוחלטת בגין תשלום שנעשה על-פי הוראת פקסימיליה שאינה חתומה על-ידי הלקוח. דעה זאת נתמכת בעקיפין על-ידי המלומד בן אוליאל בספרו (עמ' 425-426) מטעמים של אחידות הדין.

המלומד Ellinger סבור, לעומת זאת, כי על מצבים מעין אלה, של תשלום לפי הוראת הלקוח, אין להחיל את דין השיק, משום שהוראת תשלום אינה אמצעי תשלום העובר לסוחר ומשכך אין להחיל עליה את הדינים החלים על אמצעי התשלום, כי אם את דיני החוזים ודיני השליחות הרגילים (Ellinger), מהדורה 2, (444).

137. ספק בעינינו אם מחלוקת זאת רלוונטית לענייננו. שכן דומה שחתימה מזויפת אין בכוחה לחייב את הלקוח, הן לפי דין השיק, הן לפי דין ההלוואה והן לפי דין השליחות. על-פי דיני השטרות אין לחתימה מזויפת כל תוקף שהוא (סעיף 23 לפקודת השטרות). על-פי חוזה ההלוואה, הבנק מתחייב לפרוע את ההלוואה ללקוח ו/או על-פי הוראתו. בהנחה המקובלת, כי חוזה ההלוואה מגבש חיוב של תוצאה (ולא של השתדלות), ביצוע הוראה שלא ניתנה על-ידי הלקוח, אינו יכול לחייב את הלקוח גם בהיבט החוזי (ולא רק בהיבט השיטרי). על-פי דיני השליחות, השליחות נוצרת בהבעת רצונות של השולח והזיוף אינו מהווה הבעת רצון. כמאמרו של פרופ' ברק בספרו, "כאשר שמעון מזייף את חתימתו של ראובן, אין בחתימה זו כדי להטיל כל אחריות על ראובן" (ברק, **חוק השליחות** (נבו, תשנ"ו-1996) 727). עם זאת, בדיני השליחות אפשרית גם קונסטרוקציה אחרת, לפיה השליחות נוצרת בחוזה העו"ש, ואילו הודעת הפקסימיליה המורה על ביצוע פעולה ספציפית, אינה בגדר יצירה (אמיתית או מדומה) של שליחות, אלא בגדר ביצוע השליחות. בביצוע השליחות, השלוח (הבנק) חב בחובת זהירות בלבד. על כן, אם לא ניתן היה לגלות את הזיוף בנקיטת אמצעי זהירות סבירים, הבנק פטור מאחריות. על-פי קונסטרוקציה זו, החלת דין השליחות עשוי, בהעדר התרשלות, לפטור את הבנק מאחריות (השווה: פרופ' בן אוליאל, 153). כדי להימנע מתוצאה זו, מציע פרופ' בן אוליאל להחיל במקרים כאלה את דין השיק ולא את דין השליחות (שם, 444). לדעתנו, גם אם המסמך העיקרי היוצר את השליחות הוא חוזה העו"ש, עדיין מדובר בחוזה מסגרת

אשר בא לידי ביצוע, בהתייחס לכל פעולה ופעולה, ביצירת שליחויות מיוחדות הנוצרות, כל אחת, בעקבות הוראה ספציפית הניתנת על-ידי הלקוח לבנק לגבי אותה פעולה. שליחות ספציפית זו אינה קמה כאשר מדובר בהוראה שלא ניתנה על-ידי הלקוח.

138. לאור האמור אנו סבורים שחתימה מזויפת אינה יכולה לחייב את הלקוח, לא רק כאשר מדובר בזיוף שיק, אלא גם כאשר מדובר בזיוף הוראה הנמסרת בפקסימיליה. לפיכך, הסעיף מתנה על הדין בכך שהוא פוטר את הבנק מאחריות, הן מאחריות מוחלטת, ולמצער מאחריות בשל התרשלות, לכיבוד הוראת פקסימיליה מזויפת. בכך יוצר הסעיף חזקת קיפוח לפי סעיף 14(1) לחוק.

139. השאלה היא האם הבנק סתר חזקת קיפוח זאת. טיעונו של הבנק בהקשר זה הוא כי הפקסימיליה הוא מכשיר עתיר סיכונים ודינו צריך שיהא שונה מדין השיק. זאת, הן משום שמדובר בעותק ולא במקור והן משום שאין מדובר במסמך סחיר.

140. לדעתנו, הבנק לא סתר את חזקת הקיפוח. העובדה שהשימוש במכשיר הפקסימיליה כרוך בסיכונים, אינה מצדיקה, בהעדר התרשלות הן מצד הלקוח והן מצד הבנק, להטיל את הנטל דווקא על הלקוח, תוך שינוי התוצאה המשפטית המתחייבת בנסיבות אלה מהדין. בהעדר אשם מצד איש (למעט הזייפן) תוצאה זו אינה נגזרת מעקרון האשם, והיא ודאי אינה נתמכת בעקרון פיזור הנזק, שכן הבנק הוא נשא נזק טוב יותר שביכולתו לפזר את הנזק הכללי הכרוך בשימוש במכשיר הפקסימיליה בין כלל לקוחותיו. למעשה, כל השיקולים התומכים בהטלת האחריות על הבנק בכיבוד שיק מזויף, מביאים למסקנה שהאחריות צריך שתוטל על הבנק גם כאשר מדובר בהוראת פקסימיליה מזויפת.

141. המסקנה היא שהסעיף מקפח ויש לבטלו.

סעיף 28 - פטור מאחריות עקב שימוש שעשה הבנק באמצעי תקשורת: דואר, טלפון פקסימיליה ואמצעים אחרים

142. פטור זה מוסדר בסעיף 28 לחוזה. עניינו של סעיף זה דומה לסעיף 16.13 לעיל, אלא שכאן מדובר בפטור מאחריות עקב שימוש שעשה הבנק (ולא הלקוח) באמצעי תקשורת שונים כגון דואר, טלפון פקסימיליה. הסעיף קובע:

28" פטור מאחריות בנסיבות מסוימות
 הלקוחות פוטרים את הבנק מכל אחריות בגין כל נזק, הפסד,
 הוצאות ותשלומים העלולים להיגרם ללקוחות במישרין או
 בעקיפין:

...
 28.1.2

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

143. כפי שנאמר פטור זה מתייחס למקרים בהם עשה הבנק שימוש באותם אמצעי
 תקשורת. פועלו של פטור זה בהגבלת אחריות הבנק למקרים של התרשלות, תוך
 הטלת נטל ההוכחה להתרשלות על הלקוח. הדברים שנאמרו לעיל לעניין סעיף 16.13
 יפים גם לגבי סעיף זה. גם כאן לא יוכל הבנק לצאת פטור אם התרשל וראוי שנטל
 ההוכחה ייקבע על-פי הדין ולא ייגזר מהוראות החוזה.

סעיף 34 - פטור מאחריות לפעולות של בנקים קורספונדנטים

144. בסעיף 34 לחוזה מבקש הבנק לפטור עצמו מאחריות לנזקים שנגרמו ללקוח עקב
 מעשים של בנקים קורספונדנטים בארץ או בחו"ל, עמם התקשר הבנק לצורך ביצוע
 הוראות שונות של הלקוחות, כדלקמן:

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

145. כדי לקבוע אם התנאי שבסעיף הוא מקפת, יש לבדוק האם הבנק מתיימר להתנות
 על אחריותו על-פי דין. במידה והתשובה תהא חיובית, נבחן האם יש הצדקה
 להתנאה על אחריות זו והאם הבנק הרים את הנטל להראות, כי על אף סיוג
 האחריות, התנאי אינו מקפת. כדי להשיב על השאלה האם התנאי פוטר את הבנק

מאחריות המוטלת עליו על-פי דין, עלינו לבדוק מהי אחריותו של הבנק על-פי דין לפעולות הקורספונדנטים.

146. לרוב השימוש בקורספונדנטים נעשה בעסקאות והעברות בינלאומיות, כאשר הבנק המקומי מתקשר עם בנק זר, אשר מבצע פעולות בנקאיות עבור לקוחו של הבנק המקומי. בנסיבות אלה מדובר, בד"כ, בשרשרת חוזית בת שלוש חוליות. החוליה הראשונה מורכבת מקשר חוזי בין הלקוח לבין הבנק, החוליה השנייה מקימה קשר חוזי נוסף בין הבנק לבין הבנק הקורספונדנט (להלן – הבנק הקורספונדנט או הקורספונדנט), והחוליה השלישית, עניינה במסכת היחסים בין הלקוח לבין הבנק הקורספונדנט.

147. אם הבנק הקורספונדנט גורם נזק או אובדן ללקוח, האם הלקוח יוכל להיפרע מהבנק שלו? לשאלה זאת אין תשובה חד משמעית בפסיקה.

148. לעניין ביצוע פעולות בנקאיות הקשורות בעסקאות בהן נעשה שימוש בבנקים קורספונדנטים, כמו העברות בנקאיות וביצוע עסקאות בינלאומיות, התפיסה המקובלת הנה כי היחסים בין הלקוח לבין הבנק הם יחסי שליחות.

בהיבט זה (השליחות), הבנק הוא שלוח של הלקוח. מידת אחריותו לביצוע פעולות בנקאיות דומה לזו של שלוח הנותן שירות. עליו לפעול בשקידה סבירה ולהשקיע מאמץ סביר כדי לבצע את שליחותו. אולם, בהעדר תניה מפורשת בחוזה, התחייבות השלוח – הבנק אינה לתוצאה, כי אם להשתדלות. (ר' ברק, **חוק השליחות**, 1026). פירוש הדבר, שאחריותו של השלוח אינה מוחלטת, ואם הראה כי התוצאה לא הושגה אף על-פי שהשקיע מאמץ סביר בהשגתה, נראה שלא יחוב בהפרת חוזה (השווה זמיר, **חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974** (מכון הארי סאקר, תשנ"ה-1994) בעמ' 35; ע"א 444/94 **אורות ייצוג אומנים והפקות נ' עטרי גלי**, פ"ד נא(5) 241, 252-253). לפיכך, מקובל לראות באחריות של נותן השירותים אחריות המושתתת על דיני נזיקין. במידה והשלוח מתרשל בתפקידו, עליו לפצות את השולח על נזקיו.

149. אולם כפי שכבר צוין, היחסים בין השולח לשלוח אינם מושתתים רק על דיני הנזיקין, שכן "הקשר בין בנק לבין לקוחו הוא, ביסודו, קשר שבחווה" (ראה: פרשת אדם פרוסט הנזכרת לעיל).

150. עם זאת ואף שהתפיסה היא כי התחייבותו של השלוח הנה בעיקרה התחייבות להשתדל, רמת אחריות זו אינה מתאימה, בהכרח, לכל שירות הניתן על-ידי הבנק. כך, כפי שזכר לעיל, חלק משירותי הבנק, כמו חוזה ההלוואה והפקדון, הם חיובי תוצאה. בהקשר שלפנינו, שעניינו בביצוע העברות בינלאומיות באמצעות בנק קורספונדנט, כפי שמציין פרופ' בן אוליאל בספרו (עמ' 422-423), ליחסי השליחות עשויים להלוות רכיבים משפטיים נוספים, כמו חוזה פיקדון, כאשר לצורך ביצוע העסקה הבנק מקבל מהלקוח פיקדון בו הוא מחזיק עד להעברתו לבנק הקורספונדנט. בהיבט זה (של חוזה פיקדון), עשויה רמת אחריותו של הבנק במילוי אחר הוראות הלקוח בהעברת לתעודתו, גם כשהיא מתבצעת באמצעות בנק קורספונדנט, להיות גבוהה מהתחייבות למאמץ, עד כדי התחייבות לתוצאה.

151. על-פי סעיף 34 לחוזה, הבנק שומר לעצמו זכות להשתמש בשירותים של קורספונדנט לביצוע הפעולות שהוא התחייב לעשותן כלפי הלקוח. הכלל הקבוע בסעיף 16 לחוק השליחות הוא, כי שלוח אינו עושה שלוח לנושא השליחות, זולת אם מדובר בפעולות שיש דחיפות מיוחדת בביצוען או כאשר השולח הסכים לכך במפורש. סעיף 34 לחוזה מגבש אפוא את ההסכמה הנדרשת של השולח (הלקוח) למינוי שלוחי משנה לביצוע הפעולות הבנקאיות.

עד כאן לגבי מישור היחסים שבחוליה הראשונה - בין הלקוח לבין הבנק.

152. בחוליה השנייה, שעניינם ביחסי הבנק – הקורספונדנט, עולה השאלה בדבר מהות היחס המשפטי בין הבנק לבין הבנק הקורספונדנט. האם מתקיימים בין שני הבנקים יחסי שליחות?

153. בהנחה שיחסי הבנק – הקורספונדנט הנם יחסי שולח – שלוח, חלה על אחריותו של הבנק למעשיו של הבנק הקורספונדנט (שלוחו) הוראת סעיף 14 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש], אשר עשויה להטיל על הבנק אחריות שילוחית:

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

154. אולם, ב"כ הבנק טוען שמערכת יחסי הבנק-קורספונדנט הנם יחסי מעסיק-קבלן עצמאי ולא יחסי שולח-שולח. לטענתו, על-פי מבחן "מילוי המקום" או "היד

הארוכה", יש לסווג את הקורספונדנט, בד"כ כקבלן עצמאי ולא כשלוח. זאת, משום שהקורספונדנט הנו בד"כ בנק עצמאי העוסק באופן עצמאי במתן שירותים בנקאיים שאינו נתון לפיקוח או הכתבת הוראות מהבנק. על כן, חל על יחסי הבנק-קורספונדנט חל סעיף 15 לפקודת הנזיקין, הפוטר את הבנק מאחריות שילוחית בגין מעשיו או מחדליו של הקורספונדנט.

155. ההבחנה בין יחסי שולח-שולח לבין יחסי מזמין-קבלן עצמאי אינה קלה. כפי שמציין כב' השופט ברק (כתוארו אז) בפסק הדין בע"א 502/78 **מדינת ישראל נ' ירוחם ניסים ואח'**, פ"ד לה(4) (748), מבחן השליטה הגמורה, שהוא המבחן המקובל להבחנה בין קבלן עצמאי לבין עובד "אינו מסייע בפתרון השאלה, שכן מבחן זה בא להבחין בין עובד לבין קבלן עצמאי, ואילו אחריותו השילוחית של השולח היא למעשיו של שלוח "שאינו עובדו" (סעיף 14). מכאן, שהן השלוח והן הקבלן העצמאי אינם נתונים לשליטתו הגמורה של מעסיקם" (סעיף 7 לפסק הדין).

מבחנים מקובלים להבחנה בין שלוח לבין קבלן עצמאי הם: מעמדו העצמאי של השלוח כלפי השולח, האם השליחות הוא עסקו של השלוח והאם הוא מבצע את השליחות בשמו הוא או כמורשה מטעמו של אחר:

"מאידך, נבדל השליח מהקבלן העצמאי בזה שהוא, השליח, מבצע את שליחותו בעד אדם אחר, במקומו של זה, למען הוציא לפועל דבר אשר שולחו מעוניין בו ... ראובן אשר מסר לשמעון את חפציו לשם העברתם מתל-אביב לירושלים, האם משמש שמעון כשליחו או האם ייחשב כקבלן עצמאי? התשובה לכך תלויה במעמדו של שמעון כלפי ראובן, ובמידת עצמאותו כלפיו. מקום שתאמר כי העברת החפצים הייתה עסקו של שמעון אשר זה בצע בשמו הוא, על מנת למוסרם לראובן בהגיעם לתעודתם, ייחשב שמעון כקבלן עצמאי. מקום שתאמר כי ראובן העביר את החפצים, כשנעזר על-ידי שמעון ששמש זרועו הארוכה, ייחשב שמעון כשליח.

...

האבחנה תהא דומה לאבחנה הידועה בדיני החוזים: פלוני, האם פעל בשמו הוא, או כמורשה מטעמו של אחר? במקרה הראשון היה קבלן, ובמקרה השני היה שליח".

(ע"א 404/54 ד.מ. גורדין נ' א. פילרסקי ואח', פ"ד ט' 1429, 1435).

מבחן עזר נוסף שפותח בפסיקה הוא:

"פלוני ייחשב כידו הארוכה של האלמוני – ועל כן כשלוחו לעניין האחריות השילוחית בניזקין – אם פעולתו של פלוני אינה נעשית באופן עצמאי משלו, אלא אם היא נעשית במסגרת הפעולות העסקיות של אלמוני, באופן שאין היא בחינת שירות חיצוני הניתן לאלמוני, אלא פעילות, המהווה חלק פנימי ואינטגרלי לפעילותו העסקית של אלמוני, במצב דברים זה פעולתו של פלוני היא חלק פנימי ממערך הפעילות הכוללת של אלמוני".

(ע"א 502/78, סעיף 12 לפסה"ד).

156. יישום של מבחנים אלה לסוגיה שלפנינו, מושפע, בראש ובראשונה, מהגדרת התפקיד המדויק המוטל על הבנק הקורספונדנט. החוזה אינו מגדיר מהו בנק קורספונדנט. כפי שטוען ב"כ הבנק בסיכומיו, ההקשר הנפוץ ביותר לשימוש בבנק קורספונדנט הוא בעסקאות של אשראים דוקומנטריים אליהן נתייחס בהמשך. אך שימוש בבנק קורספונדנט אינו מתייחד רק לעסקות כאלה. למעשה, שימוש בבנק קורספונדנט נדרש בכל העברה בנקאית בינלאומית, כאשר לא קיימים יחסים קורספונדנטיים בין הבנק המשלם לבין הבנק המקבל את ההעברה עבור המוטב (Paget's), 296). במקרים מהסוג האחרון תפקידו של הבנק הקורספונדנט עשוי להיות תפקיד טכני בלבד: העברת כספים ומסמכים.

בעסקאות אשראי דוקומנטרי, שהן עסקאות מסחריות, בהן ההעברה הכספית מהווה רק פן אחד של העסקה, טיבו של הקשר המשפטי בין הבנק לבין הבנק הקורספונדנט (הבנק המכותב) סבוך יותר. התייחס לכך בית המשפט העליון בפסה"ד בעניין ברין (ע"א 151/89 בנק לאומי נ' מ.ג. ברין ובניו ואח', פ"ד מו(4) 101): "שאלת טיבו של הקשר המשפטי בין בנק פותח לבנק מכותב שנויה במחלוקת בשיטות משפט שונות..." (סעיף 16 לפסה"ד).

מהבחינה העובדתית, גם בעסקאות של אשראי דוקומנטרי, תפקידו של הבנק הקורספונדנט (הבנק המכותב) אינו עשוי מעור אחד. פעמים תפקידו הוא טכני בלבד כתפקיד דוור - העברת הודעות ומשלוחים של כסף ומסמכים – שאז הוא מכונה "בנק מודיע" או בנק מבצע. פעמים נוטל על עצמו הבנק המכותב גם התחייבות לביצוע התשלום למוטב, כאשר קיים בידו מכתב אשראי מאושר, שאז הוא מכונה "בנק מאשר" (ראה: ששון, יפרח, שנקר, אשראים דוקומנטריים היבטים מעשיים ומשפטיים, הוצאת שוקן 1996, 44).

157. כפי שמציינים ששון וחבריו בספרם, כאשר הבנק הקורספונדנט, הוא בנק מודיע בלבד (ולא בנק מאשר), ותפקידו הוא תפקיד טכני של העברת הודעות, כספים ומסמכים בין הבנק הפותח לבין המוטב, עשויים יחסי שני הבנקים להיות יחסי שליחות (עמ' 49). לעומת זאת, "אם הבנק המכותב מוסיף את אישורו למכתב האשראי, יהיו היחסים בין שני הבנקים שונים ומורכבים יותר מאלה שבין בנק פותח לבין בנק שהוא מודיע גרידא. ... במשפט האנגלי הובעה הדעה, שהבנק המאשר פועל כשלוח או סוכן של הבנק הפותח, אף במקרה שבו נבחר על-ידי המבקש, בעוד שבדין האמריקאי רואים לעתים בבנק המאשר קבלן עצמאי" (שם, בעמ' 50).

Law Of Banking (המתייחס למשפט האנגלי) מציין בעניין זה בספרו Paget's 11 ed (להלן - Paget's), שהבנק הקורספונדנט ייחשב כשלוח של הבנק וכשלוח משנה של הלקוח (שם, בעמ' 296).

158. בנושא זה מקובלת עלינו דעתם של ששון וחבריו, שכאשר מדובר בבנק מאשר, "נראה שאין להתייחס אל הבנק המאשר כאל שליח בלבד, כיוון שהוא מקבל על עצמו מחויבות ישירה ובלתי-אמצעית כלפי המוטב, ולא רק אחריות בשם הבנק הפותח" (שם, בעמ' 50, הערה 15).

עם זאת, במקום שהקורספונדנט ממלא תפקיד של בנק מודיע בלבד, נראה שמדובר בשליחות, היינו בשלוח של הבנק ובשלוח משנה של הלקוח.

בע"א 4602/97 רדאל (אשדוד 88) בע"מ נ' בנק לאומי, פ"ד נג(2) 577, דובר בעסקה בה התבצע תשלום באמצעות דוקומנטים לגוביינא, שהיא עסקה שונה מעסקת האשראי הדוקומנטרי, אך גם היא מבוצעת באמצעות בנק של היצואן (הבנק המוסר) ובנק קורספונדנט (הבנק הגובה), שהוא הבנק המקבל את המסמכים מהבנק המוסר ומעביר אותם לקונה, כנגד תשלום או כנגד חתימת קיבול של הקונה. גם בסוג זה של עסקאות עשוי הבנק הגובה למלא תפקיד מרכזי יותר בעסקה, כאשר הוא עצמו חותם על שטר החליפין חתימת קיבול, מה שהופך את השטר, בד"כ לשטר עובר לסוחר.

בית המשפט העליון יצא בפסק דין זה מהנחה, לפיה בין הבנק לבין הקורספונדנט מתקיימים יחסים של שליחות:

"הבנק המוסר הינו שלוחו של היצואן והבנק הגובה הינו שלוחו של הבנק המוסר, היינו שלוח-משנה של היצואן".

(שם, סעיף 12 לפסה"ד).

נציין שבאותו מקרה הבנק הגובה לא חתם על השטר חתימת קיבול, מה שהגביל את תפקידו, לכאורה, לתפקיד טכני הדומה במהותו לתפקידו של בנק מודיע ולא לזה של בנק מאשר בעסקת אשראי דוקומנטרי. מכאן, שמפסק דין זה לא ניתן ללמוד, שבכל מקרה, יהא תפקידו של הקורספונדנט אשר יהא, יש לראותו כשלוח של הבנק וכשלוח משנה של הלקוח.

159. בהנחה שמדובר ביחסי שליחות, שכפי שראינו אינם מאפיינים בהכרח כל עסקה המתבצעת באמצעות בנק קורספונדנט, עולה שאלת האחריות השילוחית של הבנק למעשיו של הבנק הקורספונדנט. כפי שצינו לעיל, כאשר קיימים יחסי שליחות, חלה על הבנק אחריות שילוחית למעשיו או מחדליו של הקורספונדנט, גם אם לא נפלה במעשיו שלו כל התרשלות שהיא.

בפסק הדין בעניין **רדאל** קבע בית המשפט העליון, שהבנק המוסר (הוא הבנק של היצואן) אחראי באחריות שלוחית למעשיו ולמחדליו של הבנק הגובה, זולת אם הבנק המוסר פטר עצמו בחוזה מאחריות זאת:

"ההנחה היא, בכפוף לאמור להלן, כי בנק לאומי היה אחראי אחריות שלוחית למעשי הבנק הזר, שלוחו בעסקת המסמכים, אלמלא הסכימה רדאל, בחתימת מר כספי על כתב מסירת הדוקומנטים, לפטור את בנק לאומי מאחריות כזו".

(שם, עמ' 587 [ד-ר]).

עם זאת, בהמשך פסק הדין מסייג בית המשפט את דבריו וקובע, כי לא ניתן לומר בביטחון, שאלמלא תניית הפטור, הייתה מוטלת על הבנק אחריות שלוחית למעשיו הקורספונדנט (עמ' 594-595).

גם בפסק הדין בעניין **ברין** יצא בית המשפט העליון מההנחה שהבנק אחראי למעשיו של הבנק הקורספונדנט (אלמלא תניית הפטור):

"מגמת הדברים האמורים היא, כי את הפטור יש להחיל מקום בו מדובר באחריות שילוחית של הבנק הפותח לרשלנותו של הבנק המודיע..."

(שם), סעיף 16
לפסה"ד).

גם על הנשיא ברק מקובל ששלוח אחראי למעשים ומחדלים שנעשו על-ידי שלוח המשנה שמונה על ידו (ברק, **חוק השליחות**, כרך ב', 1381). עם זאת, הוא מסביר, שבמקרה כזה אין מדובר באחריות שילוחית במשמעות הרגילה שלה, כמו אחריות של מעביד למעשי עובדיו, אלא באחריות מעורבת. אחריות זו קמה עקב התנהגותו של שלוח המשנה, אך היקפה נגזר על-פי חובתו החוזית של השלוח כלפי השולח:

"אם מינוי שלוח המשנה לא היה מעשה רשלני, אך התנהגות מאוחרת של שלוח המשנה היא שגרמה נזק לשולח, מחוייב השלוח בגין נזק זה כלפי השולח רק באם התנהגותו של שלוח המשנה מפירה את חובתו של השלוח כלפי השולח".

וראה לעניין זה הערה 63 בספרו המפנה למאמרו **Mixed and Vicarious Liability: A Suggested Distinction**, 29 Mod. L. Rev. 160 (1996).

משמעות הדבר הנה שאחריותו של הבנק כלפי הלקוח קמה עקב התנהגותו של הקורספונדנט, גם אם אין באותה התנהגות כדי להקים אחריות (עוולה נזיקית) מצד הקורספונדנט כלפי הלקוח. היקפה של אחריות הבנק אף היא אינה מוגבלת לאחריות הנזיקית המוטלת (אם בכלל) על הבנק הקורספונדנט כלפי הלקוח (עניין שהוא כשלעצמו שנוי במחלוקת (ראה בהמשך)), והיא נגזרת מהיקף האחריות החוזית של הבנק כלפי הלקוח.

160. על רקע זה עולה שאלת הפטור מהאחריות השילוחית למעשי הקורספונדנט שמבקש הבנק להקים לעצמו בחוזה.

161. הואיל והסעיף מקנה לבנק פטור מאחריות שילוחית גם במקום שבו יחסיו עם הבנק הקורספונדנט הם יחסי שולח-שלוח, יחסים שעל-פי דין מקימים מטילים על הבנק אחריות שילוחית למעשיו של הבנק הקורספונדנט, יש בו כדי להקים חזקת קיפוח. האם הבנק סתר חזקה זו?

162. הואיל ופטור זה מקובל בפרקטיקה הבנקאית הבינלאומית ומעוגן בכללי לשכת המסחר הבינלאומית Uniform Customs And Practice For Documentary Credits, אין לקבוע באופן גורף כי הפטור הנו מקפח, גם במקרים בהם הבנק נושא לכאורה באחריות למעשי קורספונדנט. התייחס לכך כב' השופט חשין בפסק דינו בדיון הנוסף בפרשת **אדם פרוסט** :

"אחת מאמות-המידה לבחינת חובתו של בנק כלפי לקוחו תימצא במנהג הבנקאים (practice of bankers); שאם נהג הבנק כמנהג הבנקאים חזקה עליו שנהג כהלכה ומילא את החובה המוטלת עליו, ואילו אם לא נהג כמנהג הבנקאים אותו וסימן כי התרשל וממילא ראוי הוא כי ישא בתוצאות מעשיו או מחדליו".

זה גם היה הטעם העיקרי בשלו הכירה הפסיקה הישראלית, בסייגים, בפטור זה וקבעה שאין בו משום קיפוח (ראה פסקי הדין בעניין **ברין ורדאל** לעיל).

163. הגם שהפסיקה הכירה כאמור באפשרות להגביל את האחריות של הבנק למעשיו ומחדליו של הקורספונדנט, הכרה זאת הייתה מסויגת. כך, בפסק הדין בעניין ברין (ע"א 151/89 **בנק לאומי נ' ברין**, פ"ד מו(4) 101) נקבע, לגבי עסקאות אשראי דוקומנטרי, כי את הפטור לבנק הפותח יש להחיל אך במקרים שאין רשלנות מצדו ועליו "מוטלת החובה לנקוט את כל האמצעים הסבירים העומדים רשותו על מנת להגן על האינטרס של המבקש" (עמ' 120). כלומר במקרים בהם הבנק בעצמו התרשל או לא נקט בכל האמצעים הסבירים כדי למנוע את הנזק ללקוח, כפי שמתחייב מחובת הבנק לבצע את שליחותו בנאמנות, אזי הוא יחוב בכל הנזקים שייגרמו ללקוח עקב מעשי הקורספונדנט.

בעניין **רדאל** ההכרה בפטור לבנק הפותח הושתתה על שלושה אדנים: האופי המסחרי של העסקה, בה הלקוח של הבנק, גוף מסחרי, מכלכל את צעדיו מתוך מודעות מלאה לסיכונים שהוא נוטל במהלך עסקיו; העובדה כי הלקוח בחר את הקורספונדנט וכן העובדה כי הפטור אינו מתייחס לאחריות ישירה של הבנק, אלא אך לאחריות למעשי הקורספונדנט (593-594).

164. בהקשר זה אנו סבורים שיש לייחס חשיבות רבה לסוג העסקה ואופיו של הלקוח, תוך הבחנה בין עסקאות מסחריות, המתבצעות על-ידי לקוחות שעיסוקם בייבוא

וייצוא לבין לקוחות צרכניים אשר מבצעים העברות בינלאומיות או אחרות, בהן הבנק נזקק לקורספונדנטים, שלא במהלך עיסוקם.

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

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

התייחס לנושא זה בית המשפט העליון בפסק הדין בעניין **רדאל** הנזכר לעיל:

"ראשית, שם דובר בלקוח צרכני ואילו לפנינו לקוח מסחרי. לקוחות צרכניים נבדלים בדרך-כלל מלקוחות מסחריים בידע שברשותם, בניסיונם, בכוח המיקוח שלהם, במעמדם הכלכלי וכיוצא בזה. משום כך, כאשר בלקוח צרכני עסקי, יש לבדוק את סעיפי הפטור של הספק בדיקה קפדנית יותר. לעומתם, לקוחות מסחריים, כרדאל, הם סוחרים מנוסים אשר עיניהם פקוחות לכל מה שכתוב בחוזים שהם חותמים עליהם, וידיהם פתוחות לרווחה להשגת רווח וקמוצות בקפידה למניעת הפסד'. ... מכאן, יש להניח שלקוחות מסוג זה ערים יותר לסיכונים החוזיים המוטלים עליהם ושוקלים את הדרך שברצונם לבצעה, בין היתר, במסגרת מחיר העסקה הכולל. שאלת סבירות ההגבלה מטעם הספק נבחנת אמנם מול שני סוגי הלקוחות האמורים, אולם אל מול לקוח מסחרי כגון רדאל יופעלו סטנדרטים מחמירים פחות מאלו שיופעלו אל מול לקוחות צרכניים".

(שם, סעיף 19 לפסה"ד).

התייחס לנושא זה גם Paget's בספרו:

"The paying bank will be vicariously liable for the negligence or default of its employees and agents. In particular it will be liable for the negligence of any correspondent bank which it employs. However, it is common practice for the paying bank to disclaim liability for the negligence and default of its correspondent. Clauses disclaiming liability are usually set out in standard payment instruction forms supplied by the paying bank for the customer's use. Such clauses may be subject to review under the provisions of the Unfair Contract Terms Act 1977 (UCTA), and, since 1 July 1995, the Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994 ('the Regulations').

Where the payer, who is dealing on the bank's written standard terms of business, is acting in a business capacity (ie he is a non-consumer) only UTCA will apply, and a clause disclaiming liability for the correspondent bank's negligence is likely to be upheld as reasonable under the Act on the grounds that the paying bank has no control over its correspondent and that a business payer might be expected to insure against the risk. On the other hand, where the payer is a consumer both UTCA and the Regulation are likely to apply and there must be a greater chance that such a clause would be held to be both unreasonable and unfair"...."

(p. 293-294)

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

165. החוליה השלישית ביחסים המשפטיים בסיטואציה שלפנינו, עניינה ביחסים בין הלקוח לבין הקורספונדנט. למערכת יחסים זו חשיבות משנית לענייננו, המתמקד בשתי החוליות האחרות: היחסים בין הלקוח לבין הבנק ואחריותו השילוחית של הבנק כלפי הלקוח למעשיו של הקורספונדנט. אולם, עשויה להיות לה השלכה עקיפה על שאלת הקיפוח הכרוך בפטור נשוא הדיון. שכן, העדר יריבות בין הלקוח

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

"חוק השליחות אינו דן בחבות הנזיקית שבין שולח לבין שלוח. חבות זו נקבעת בהתאם להוראות פקודת הנזיקין. אף שאין בין השולח לבין שלוח המשנה יריבות חוזית, יש ביניהם יחסי "רעות". לדעתנו השולח הינו אדם ששלוח המשנה צריך לקחתו בחשבון כעלול להיפגע במהלך הרגיל של הדברים להתרשלות שלוח המשנה. על כן נראה לנו כי מוטלת על שלוח המשנה חובת ההתנהגות הזהירה הקבועה בסעיפים 35 ו- 36 לפקודת הנזיקין".

(עמ' 1387).

167. 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.

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

סעיף 28 - פטור מאחריות בנסיבות מיוחדות

169. סעיף זה מקים לבנק פטור מאחריות לנזקים שיגרמו ללקוחות עקב נסיבות שאין לו עליהן שליטה, כגון שביתה או אירועים אחרים:

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

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

170. היועץ המשפטי טוען כי יש לבטל סעיף זה ככל שמדובר בפטור מאחריות עקב שביתה, כיוון שהוא חורג מההסדר הקבוע בפקודת הבנקאות 1941 בעניין הגבלת אחריות הבנק במקרים של אכרזה על הפסקה במתן שירותים מחמת שביתה. לטענתו, אין לחרוג מההסדר הקבוע בעניין זה בחוק, אשר מקנה למפקח על הבנקים סמכות להכריז על הפסקה במתן שירותים, שאז קמה לבנק הגנה מסוימת מפני תביעות. כמו כן, טוען היועץ המשפטי כי יש בסעיף משום התנאה על סעיף הסיכול הקבוע בסעיף 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970.

היועץ המשפטי אינו מתנגד להקמת פטור מאחריות בנושאים האחרים הנזכרים בסעיף, ובלבד שהדבר יותנה בכך שהבנק לא יכול היה לחזות אירועים אלה מראש ולא יכול לעמוד בהתחייבויותיו על אף מאמצים סבירים שעשה.

171. הבנק טוען כי אין מקום לחייבו בגין אירועים שאין לו עליהם השפעה או שליטה. הבנק מדגיש כי שיעור הנזק שעלול להיגרם למשל כתוצאה משביתה הוא כבד, בלתי מוגדר ואיננו ניתן לצפייה, לפיכך אין להטיל על הבנק אחריות בעניין זה. הבנק טוען כי אין בסעיף זה כדי להתנות על ההוראות הקבועות בפקודת הבנקאות, כיוון שהוראות הפקודה עוסקות בעיקר בדחיית מועדים לביצוע התחייבויות הבנקים, ואינן דנות באחריות המוטלת על הבנק לכל הנזקים. בנוסף מציין הבנק כי למרות הוראות פקודת הבנקאות קיימים מקרים שבהם בנק ישראל אינו מכריז על שביתה, אף שהיא מתקיימת, ובכל מקרה ההגנה אינה חלה בדרך כלל על היום הראשון של השביתה. הבנק מפנה למקרים בהם אישר בית הדין תניות דומות, והוא מסכים להבהיר כי ינקוט במאמצים סבירים על מנת לעמוד בהתחייבויותיו.

172. סעיף 8טו לפקודת הבנקאות מסמיך את המפקח על הבנקים להכריז על הפסקת מתן שירותים על-ידי בנק עקב שביתה כדלקמן:

"(א) נוכח המפקח שתאגיד בנקאי אינו יכול לנהל את עסקיו באורח תקין מחמת שביתה באותו תאגיד בנקאי או בתאגיד בנקאי אחר, רשאי הוא להכריז כי התאגיד הבנקאי הפסיק לתת שירותים (להלן

– הפסקה), ומותר לקבוע באכרזה כי היא תחול על כלל שירותי התאגיד הבנקאי או על חלק מהם”.

סעיף 8יז קובע הוראות בדבר דחיית מועדים של פעולות או התחייבויות של התאגיד הבנקאי לגביו הוצאה אכרזה כאמור עד לתום שלושה ימי עסקים מיום ביטול האכרזה.

סעיף 8כ קובע הוראה בענין הגבלת אחריות התאגיד הבנקאי ולפיו:

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

173. מכאן, שפקודת הבנקאות הסדירה את נושא השבתת הבנקים, הן לענין דחיית מועדים והן לענין אחריות הבנק לנזקים שיגרמו עקב אותה השבתה. לאור הוראות אלה שנקבעו בפקודת הבנקאות, חזקה על בנק הנפגע מהשבתה שיפעל למתן אכרזה על-ידי המפקח על הבנקים על הפסקה במתן שירותים. הכרזה כזאת תקנה לבנק הגנה מפני תביעות בגין נזקים אשר עשויים להיגרם ללקוחות עקב ההשבתה.

174. על רקע סטטוטורי זה, נשאלת השאלה מדוע צריך הבנק לקבוע הוראות חוזיות המקנות לו הגנה מפני תביעות של לקוחות, כאשר הגנה כזאת מוקנית לו בפקודת הבנקאות. תשובתו של הבנק לשאלה זו מגלה שהוא מבקש, למעשה, להרחיב את ההגנה הניתנת לו על-פי פקודת הבנקאות. זאת בשני היבטים. ראשית, הוא מבקש להגן על עצמו גם במקום שבו המפקח על הבנקים אינו מוכן להכריז על הפסקת השירותים הבנקאיים, שכן, כדבריו, ”למרות הוראות פקודת הבנקאות קיימים מקרים שבהם בנק ישראל אינו מכריז על שביתה”. שנית, הוא טוען, שהוראות הפקודה עוסקות בעיקר בדחיית מועדים לביצוע התחייבויות הבנקים, והן אינן דנות באחריות המוטלת על הבנק לנזקים.

175. את הטענה האחרונה יש לדחות, שכן סעיף 8כ לפקודת הבנקאות פוטר את הבנק באופן מפורש מאחריות פלילית או אזרחית בשל מעשה או מחדל הנובעים מהפסקת השירותים שעליהם חלה האכרזה. סעיף זה מקנה לבנק הגנה אזרחית מלאה מפני תביעות של לקוחות בגין נזקים שנגרמו להם עקב הפסקת שירותים בנקאיים שעליהם חלה האכרזה.

176. נותרה טענתו השנייה של הבנק, לפיה הוא מבקש להגן על עצמו גם במקרים בהם המפקח על הבנקים לא יהא מוכן להכריז על הפסקת השירותים הבנקאיים. פועלו של תנאי זה שבחווה, במקרים בהם המפקח על הבנקים לא יהא מוכן להכריז על הפסקה במתן שירותים בנקאיים עקב השבתה, הוא הקניית הגנה רחבה מזו המוקנית לבנק על-פי חוק. דהיינו, מתן פטור מאחריות שהייתה מוטלת על הבנק על-פי דין אילולא תנאי זה, מה שמקים חזקת קיפוח לפי סעיף 14(1) לחוק.

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

178. נותרה השאלה מה דינם של אירועים אחרים שעלולים להתרחש, ואשר אינם בשליטת הבנק, כמו הדוגמא שהביא הבנק בסיכומיו, שעניינה בהתפרעויות ומהומות באזור הבנק, המחייבים סגירתו באופן זמני.

179. דיני החוזים מסדירים את טענת הסיכול בסעיף 18 לחוק התרופות. המדובר בטענת הגנה של המפר, אשר באם היא מתקבלת, הנפגע אינו זכאי לסעד של פיצויים או אכיפה. התנאי הראשון לתחולת סעיף 18 הוא שהנסיבות שגרמו להפרת החוזה היו כאלה שהמפר, בעת כריתת החוזה, לא ידע ולא היה עליו לדעת עליהן או שלא צפה ולא היה עליו לצפותן. התנאי השני לתחולת הסעיף הוא כי קיום החוזה בנסיבות החדשות הוא בלתי אפשרי או שונה באופן יסודי מהמוסכם. המדובר במבחנים נוקשים, וככלל הפסיקה נמנעה מלהכיר בטענת סיכול של צד מפר. (ר' ת"א (ת"א) 2975/82 לרר נ' עירית חולון, פ"מ תשמ"ד(1) 459; ע"א 101/74 חירם לנדאו נ' מקורות, פ"ד ל(3) 661).

בפרקטיקה ניסו הספקים לעגן בחוזים בכלל ובחוזים האחידים בפרט הוראות אשר מונות נסיבות שהגן מחוץ לשליטתו של הספק, המצדיקות אי מילוי התחייבויות חוזיות ושוללות במקרה כזה קיומה של הפרה. הדבר בא לידי ביטוי בעיקר בחוזי מכר דירות, בהם נכלל סעיף המתיר איחור במסירה, כאשר דחיית המסירה היא תוצאה של גורמים שאינם בשליטת הספק. אף שיש בכך כדי להקים חזקת קיפוח

לפי סעיף 4(2) לחוק, הכירה הפסיקה בסעיפים מעין אלו במספר מקרים, וכך מציינות לוסטהויז ושפניץ בספרן בקשר להוראות מעין אלו:

"הקביעה כי הוראה זו בטלה תמיד בהיותה מקפחת עלולה להיות קיצונית מדי, שכן יש מקום להתחשב בגורמים שאינם בשליטת הספק. אולם אין להרחיק לכת עד כדי שחרור הספק מביצוע חיוביו או עד כדי מתן זכות לספק לשנות את חיוביו רק בשל העובדה שקרו אירועים שאינם בשליטתו. לפני שחרור הספק מאחריותו לקיום חיוב המסירה במועד המוסכם, עליו לעשות מאמץ סביר לקיים את התחייבותו".

(עמ' 278).

בתיק ח"א 4/83 **גד חברה לבנין** אישר בית הדין לחוזים אחידים, סעיף אשר קבע כי אם יהיו עיכובים בעבודות הבניה, עקב גורמים שאינם בשליטתו של המוכר, ושעל אף מאמציו של המוכר לא תהיה אפשרות סבירה להמשיך בעבודת הבניה, ידחה מועד המסירה לתאריך מאוחר יותר, בהתחשב באורך התקופה בה חלו העיכובים. גם בפסק הדין בת.ח.א 7/86 **גילמור בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה**, אושר סעיף שלפיו איחור במסירת הממכר, אם הוא נבע מנסיבות שאינן בשליטת הספק, ושעל אף מאמצים סבירים הספק לא יכול לעמוד בהתחייבותו, לא יחשב כהפרה. בע"ש 49/96 **א.לוי השקעות ובנין בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה** (תק-מח 3)99 (65535), הותנה הפטור גם בכך שהספק לא יכול היה לחזות מראש, במעמד חתימת ההסכם, את הגורמים המעכבים את הבניה.

מהלכות אלה עולה שהוראה באשר לדחיית מועד המסירה לא תחשב כמקפחת אם היא מותנית בכך שהעיכוב נובע מגורמים שאינם בשליטת הספק, שעל אף מאמציו הסבירים של הספק הוא אינו יכול לעמוד בהתחייבויותיו וכי הספק לא יכול היה לצפות את העיכוב בעת החתימה על החוזה (השווה לוסטהויז ושפניץ, 281).

180. הסעיף שלפנינו מונה רק אחד מהתנאים שנדרשו בפסיקה לשם הכרה בתנאי פטור מסוג זה כתנאי שאינו מקפח: קיומן של נסיבות עליהן לבנק אין שליטה. על כך הסכים הבנק להוסיף, כי ינקוט במאמצים סבירים על מנת לעמוד בהתחייבויותיו. דרישה נוספת שעל הבנק לכלול בסעיף כתנאי להקמת הפטור היא כי מדובר באירועים או בנסיבות אותם הבנק לא יכול היה לצפות מראש. הנוסח הנוכחי של הסעיף מקפח את הלקוחות ודינו להתבטל.

סעיף 31.7 - פטור מאחריות בגין נזק עקב שכירת תיבת דואר

181. עניינו של סעיף 30 לחוזה, בהשכרת תיבת דואר על-ידי הבנק ללקוח, שאז תהווה תיבת דואר זו מען להמצאת דברי דואר של הבנק ללקוח, בכלל זה: דפי חשבון והדעות שונות.

182. בסעיף 31.7 מבקש הבנק לפטור עצמו מכל נזק הוצאה או הפסד שייגרמו ללקוח עקב שכירות תיבת דואר, זולת אם הוכח כי נזקים כנ"ל נגרמו ברשלנות הבנק:

"31. שמירת דברי דואר בתיבה מיוחדת
31.7 הלקוחות פוטרים את הבנק מכל אחריות בגין ההוצאות, הנזקים וההפסדים העלולים להיגרם להם, במישרין או בעקיפין, כתוצאה משכירות התיבה, ובלבד שהבנק לא יהיה פטור אם הלקוחות הוכיחו שהנזק, ההפסד או ההוצאה נגרמו כתוצאה מרשלנות הבנק.
האמור בסעיף זה כפוף לסעיף 28 לעיל".

183. מן החוזה עולה כי התיבה משמשת להמצאת הודעות על-ידי הבנק ולשמירתן. הבנק מתחייב להמציא מסמכים ללקוחות באמצעות התיבה במקום לשלחם באמצעות הדואר (סעיף 31.1), לאפשר גישה לתיבה (סעיף 31.3) וליתן ללקוחות הודעה מקודמת בדבר ביטול ההסדר (סעיף 31.5). מדובר בהתחייבות חוזית של הבנק שהאחריות בגין הפרתה אינה מושתתת על רשלנות. שכן ביצוע התחייבויות הבנק ביחס לתיבות הדואר שנמנו לעיל הנו בשליטתו של הבנק. לפיכך, מדובר בחיוב שהוא מטבעו חיוב לתוצאה ולא להשתדלות. לא מצאנו הצדקה בזכות הטלת סייגים על אחריות זאת. על כן התנאת האחריות בהוכחת רשלנות הנה תניית פטור המסייגת באופן בלתי סביר את אחריותו החוזית של הספק ומקימה חזקת קיפוח לפי סעיף 6(4) לחוק.

184. אשר לנזקים העלולים להיגרם ללקוח עקב שימוש בתיבה שלא מחמת הפרת התחייבות חוזית של הבנק, עצם התניית האחריות בקיומה של התרשלות אינה מקפחת. אולם, גם כאן ומאותם שיקולים שהוסברו לעיל, את נטלי ההוכחה ומשקלם יש לקבוע בנסיבות העניין על-פי הדין, ולא בהוראה חוזית.

סעיף 28.2 - הגבלת אחריות לנזקים ישירים

יהא, כפי שציין בית המשפט העליון בע"א 8556/96 הנזכר לעיל, במקרים שבהם למפר יש מידע אודות מטרת העסקה ותוצאות הנובעות מעסקאות שיכול היה הנפגע לבצע עם צדדים זרים אילו קוים החוזה (וראה גם: ע"א 91/75 135/75 **מאיר וחנה פרץ נ' אדמונד וסעדי ביטון**, פ"ד ל(1) 367; ודנ"א 44/75 **אדמונד וסעדי ביטון נ' מאיר וחנה פרץ**, פ"ד ל(3) 581). ביחסים הקיימים בין הבנק לבין לקוחותיו אין להוציא מכלל אפשרות שלפקידי הבנק יהא, במקרים מסוימים, מידע אשר יאפשר להם לצפות גם נזקים עקיפים, בכלל זה מניעת רווחים עקב עסקאות צפויות.

189. משמעות הדבר הנה, שהגבלת הפיצוי לנזק ישיר ומתן פטור לאחריות בגין נזק עקיף מתנה על הדין הקיים ומקימה חזקת קיפוח לפי סעיף (1)4 לחוק החוזים האחידים.

190. שיקול אחר, אשר יכול לתמוך בפטור מנזק עקיף, הוא השיקול כי מדובר בנזקים בהיקף גבוה מאוד אשר אינם עומדים בכל יחס לעלותו של השירות הבנקאי אשר מספק הבנק ללקוחותיו. קיומו של פער גדול בין מחיר השירות לבין הנזק שעלול להיגרם ללקוח, נקבע בפסיקה, עשוי להצדיק הגבלת אחריותו של הספק. הגבלת אחריות כאמור, תוביל בסופו של דבר להוזלת השירות. לקוחות הזקוקים לשירותים אמניים במיוחד יכולים להגן על עצמם באמצעות ביטוח או נקיטת אמצעי זהירות אחרים, ואין להטיל את המעמסה הכרוכה בביטוחם של לקוחות אלה על כלל ציבור הלקוחות. עמדה זו התקבלה למשל בפסק דין בע"ש 1/95 **סלקום ישראל בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה**, (דינים מחוזי, לב(3) 309), שם נקבע כי בעובדה שמחיר השירות הנגבה על-ידי המבקשת נתון לפיקוח משרד התקשורת, יש בה כדי להגביל את המבקשת בהעמסת עלויות הסיכון על דמי המנוי (עמ' 9 לפסק הדין). לפיכך, אושרה במקרה זה הגבלת אחריותה של סלקום כלפי לקוחותיה, הן בניזקין והן בחוזים. בע"א 1439/90 **מדינת ישראל (רכבת ישראל) נ' הום-חברה לביטוח בע"מ**, פ"ד מז(2) 346 אושרו תקנות משנה אשר הגבילו את אחריותה של הרכבת לנזקים הנגרמים למשאות. זאת, כפי שנקבע בפסק הדין, הואיל ומדובר בתעריפים קבועים ונמוכים יחסית, ולאור השיקול של הוזלת השירות. ראוי לציין כי בניגוד לעניין שלפנינו, במקרה של הובלת משאות יכול הלקוח לבטח את עצמו מפני נזקים שיגרמו לו. בפסק הדין בתח"א 7/86 **גילמור בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס"מ נ(2) 45 נקבע, כי מחד אין מקום להגביל את אחריותו של ספק בצורה מוחלטת, אך מאידך, חשיפת הספק לתביעות מצד הלקוח ללא הגבלה במישור החוזי והניזקי אף היא אינה ראויה, שכן הדבר עלול להביא לייקור המוצר או השירות, באופן שהתמורה שתידרש מאת הלקוח לא תהא שווה לכל נפש. באותו פסק דין הוחלט, שלא להגביל את עצם האחריות של הספק בכל הקשור לאספקת המצרך והשירות,

אך להגביל את גובה הפיצוי לו הלקוח יהא זכאי. זאת, על דרך קביעה של תקרת פיצוי שמעבר לה לא ישא הספק באחריות. בענייננו, החוזה אינו נוקט בדרך זו של הגבלת גובה הפיצוי. על כן לא נתייחס לפתרון כזה, שהצדדים לא התייחסו אליו, מיוזמתנו.

191. אולם, במקרה הנוכחי, הבנק כלל לא טען לשיקולים אלה. הבנק גם לא הציג לפנינו נתונים המצביעים על כך שעלותם של שירותי הבנק נמוכה יחסית לנזקים העקיפים או לעלות הביטוח בגין אחריות לנזקים אלה, באופן אשר עשוי לפגוע בצורה ממשית ברווחי הבנק, תוך גלגול נטל ממשי על לקוחות הבנק. יתירה מזו, דווקא הדברים שצוטטו על-ידי ב"כ הבנק, לפיהם בד"כ מבחן הציפיות אינו חל על נזק עקיף, תומכים במסקנה שבאותם מקרים, והם כנראה מעטים, שבהם מצדיקות הנסיבות לחייב את הבנק גם בנזק עקיף, לא יתאפשר לבנק לפטור עצמו מאחריות לנזק מסוג זה.

192. שיקול נוסף ומשמעותי בבחינתה של תניית פטור זו נוגע לנושא הביטוח. היינו, מיהו הצד אשר ניתן לצפות כי יבטח עצמו בפני סיכון המכוסה על-פי תניית הפטור ומהו מחיר הביטוח לעומת מחיר החוזה. בהיבט זה, נהוג להתייחס לבנקים כאל גופים בעלי "כיס עמוק" ומפזרי נזק טובים, שלהם האפשרות היותר טובה ויותר זולה לבטח עצמם מפני נזקים העשויים להיגרם עקב פעולותיהם. מה גם שרוב הלקוחות המחזיקים בחשבון עו"ש הנם לקוחות צרכניים, שאין להניח שייעשו ביטוח מפני הסיכונים שעליהם חלה תניית הפטור.

193. לפיכך, לא שוכנענו שהבנק סתר את חזקת הקיפוח אשר קמות עקב סעיף זה, ואנו סבורים כי מדובר בסעיף מקפח שיש לבטלו. בכל הקשור לאחריות הבנק בנוגע לפעולות במסגרת הרשאה וייפוי כוח, נדון במסגרת סעיף 15 לחוזה.

סעיף 17 - זכות עיכבון

194. סעיף 17 לחוזה, אשר עוסק בזכות העיכבון העומדת לבנק כלפי הלקוח, קובע כדלקמן:

"זכות עיכבון
לבנק תהיה זכות עיכבון על כל הכספים – בין במטבע ישראלי ובין במטבע חוץ – המגיעים או שיגיעו ללקוחות מאת הבנק בכל החשבונות/הפקדונות ובכל חשבון/פקדון אחר של הלקוחות בבנק ו/או בכל אופן או עילה שהם, ועל כל השטרות, ניירות ערך, שטרי

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

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

195. עיכבון בנקאי הוא זכות שיש לבנק להחזיק בנכסים השייכים ללקוח כל עוד לא סילק הלקוח חיוב כספי המגיע ממנו לבנק (ראה: בן אוליאל בעמ' 365). למעשה, מהווה העיכבון אמצעי הגנה, יש אף יאמרו אמצעי לחץ, שהבנק נוקט כל אימת שהלקוח אינו מקיים את חיובו. הדין מכיר באפשרות ליצור עיכבון בנכס של הזולת הן לפי חוזה והן לפי דין (סעיף 11 לחוק המטלטלין). העיכבון הבנקאי מהווה למעשה עיכבון על-פי חוזה, וזאת בניגוד לעיכבון על-פי דין, הקבוע בחיקוקים שונים, כגון סעיף 19 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, סעיף 5 לחוק חוזה קבלנות, התשל"ד-1974, ועוד (ראה: מ. דויטש, **קניין**, כרך ב', 198-202).

196. בהקשר זה עולה שאלת היקף תחולתו של העיכבון על סוגים שונים של נכסים. ההנחה המקובלת היא כי העיכבון הבנקאי חל אך ורק על נכסי הלקוח, אך לא על הכספים המופקדים על ידו בבנק. לפיכך, העיכבון חל על שיקים, שטרי חוב, ני"ע של הלקוח המצויים בבנק וכו', אך הוא אינו חל על-פיקדונות של הלקוח המצויים בבנק. (ראה: בן אוליאל בעמ' 367; א. ידין, חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 (פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טדסקי, מהדורה שנייה, תשל"ט), 164; נ' זלצמן, **עיכבון**, (הוצאת רמות, תשנ"ט-1998), 194-193). זו, כנראה גם הגישה במשפט האנגלי, ראה: Ellinger, 692). הרעיון העומד מאחורי תפיסה זו, הוא כי כספים שהלקוח מפקיד בבנק הם למעשה כספים השייכים לבנק, ומכיוון שהבנק אינו יכול לעכב דבר שבבעלותו, לא עומדת לו זכות עיכבון כלפי כספים אלה, אלא תרופת קיזוז בלבד. כנגד טענה זו ניתן לומר שאין לשלול גם אפשרות שהבעלים יעכב בידו נכס השייך לו, אשר זכות החזקה בו שייכת לאדם אחר. (ראה: דויטש, **קניין**, בעמ' 235-236). מה גם שלא תמיד עומדת לנושה אפשרות להפעיל זכות קיזוז (ראה: זלצמן, בעמ' 188-187). עם זאת, הגישה הרווחת שוללת כנראה קיומה של זכות עיכבון בידי הבנק על כספי הלקוח המופקדים אצלו. (ראה גם י. בהט "עיכבון בזכויות בפקדון בנקאי – בטוחה לא בטוחה" **שערי משפט ב'**, תשנ"ט, 17, 29).

197. אף שלכאורה לבנק לא עומדת זכות עיכובן על כספי הפיקדונות, הכירה הפסיקה בזכות אחרת העומדת לבנק בעניין זה, הלא היא זכות עיכוב ביחס לכספים של הלקוח. זכות העיכוב אינה מקנה לבנק זכויות כלשהן בכספים, ועיקר פועלה במניעת מימוש זכויותיו של הלקוח על כספים אלה. דהינו מדובר במעין הקפאה של המצב הקיים ולא בזכות קניינית (ראה: ע"א 1226/90 **בנק לאומי לישראל בע"מ נ' הסתדרות הרבנים דאמריקה**, פ"ד מט(1) 177, סעיף 2 לפסק דינו של כב' השופט גולדברג). על כן, בהקשר שלפנינו, יש להבחין בין עיכוב הכספים הנמצאים בחשבונות של הלקוח לבין עיכובן של שטרות ומסמכים השייכים לו.

198. היועץ המשפטי לממשלה טוען כי יש להבחין בחוזה בצורה ברורה בין העיכוב לבין זכות העיכוב של הבנק בכספי הלקוח. אף כי מתיחת קו מבחין ברור בין אלה רצוי הוא, לא מצאנו כי הסדרתם באותו סעיף חוזי מקפחת את הלקוח ודורשת את התערבותו של בית הדין. תפקידו של בית הדין בהליך זה הנו אך הסרת הקיפוח, לא ניסוח חוזה מיטבי עבור הצדדים.

199. זכות העיכוב בכספי הפיקדונות נוצרת לרוב בחוזה בין הבנק לבין הלקוח. עיכוב הכספים אינו גורע מהחוב האובליגטורי של הבנק להשיב ללקוח את הכסף שהפקיד, אלא אך דוחה את ביצועו עד לביצוע חיובי הלקוח. באמצעות התניה חוזית זו, חיובים שהיו לכאורה חיובים עצמאיים הופכים להיות חיובים מותנים. דהיינו ביצוע החיוב של הבנק מותנה בכך שתחילה יבצע הלקוח את חיוביו. הסדר זה דומה למוסד השהיית חיובים המוכר במשפט הקונטיננטלי שבו ניתן להכיר, מכוח עקרון תום הלב, גם במשפטנו (ראה: דויטש, קניין, כרך ב' עמ' 218; זלצמן, עיכובן (לעיל), 194-195). הסדר זה תואם גם את המגמה שבאה לידי ביטוי לאחרונה בפסיקה, של הפיכת חיובים עצמאיים לחיובים שלובים (ראה: ע"א 6276/95 **מגדלי באך בע"מ ואח' נ' עמוס חוזה ואח'**, פ"ד נ(1) 562; ע"א 1632/98 **מושה ארבוס ואח' נ' אברהם רובינשטיין ושות'**, פ"ד נה(3) 913). הואיל וביצוע החיוב מושהה עד אשר החייב יבצע את חיובו כלפי הנושה. הסעיף החוזי אך יוצר את הקשר בין שני החיובים, שאלמלא כן היו לכאורה חיובים עצמאיים. (ראה: דויטש, קניין, כרך ב', עמ' 218; השווה לע"א 1226/90 **בנק לאומי נ' הסתדרות הרבנים דאמריקה**, פ"ד מט(1) 177, 195). העיכוב הבנקאי מוכר ומקובל בשיטות משפט רבות, והוא מהווה נוהג בנקאי מקובל המוצדק כשלעצמו ואף מוזיל את האשראי (ראה: פסק הדין בעניין **הסתדרות הרבנים דאמריקה**, לעיל, 205). אומנם, דרך המלך לאכיפת זכותו של הבנק היא דרך הקיזוז, המסלק את שני החיובים המקוזזים. עיכוב, לעומת זאת

אינו מפקיע את החיובים ואינו מסלק אותם, אלא אך משהה את ביצועם. בפסק הדין בעניין **הסתדרות הרבנים דאמריקה** דימה כב' השופט גולדברג את העיכוב לעיקול זמני. דימוי זה משקף גם את העובדה, שלעתים החייב מעדיף לפרוע חובותיו מנכסים שונים מאלה שעוקלו זמנית. כך גם עשוי הלקוח להעדיף לפרוע את חיוביו לבנק מנכסים אחרים, ולא מהכספים המעוכבים בחשבונו. במצבים כאלה העיכוב הוא הסדר רצוי. מחד, הוא מאפשר לבנק להבטיח את פירעון החוב. מאידך, הוא מאפשר ללקוח להציע דרך פירעון אלטרנטיבית, זולת הקיזוז. אין לומר אפוא כי עצם יצירת זכות העיכוב בחוזה יש בה כדי לקפח את הלקוחות.

200. טענות הצדדים בעניין זה התמקדו בחמישה נושאים עיקריים.

הנושא האחד נוגע לחובת מתן ההודעה, אם קיימת, של הבנק לפני הפעלת זכות העיכוב על ידו. בעניין זה הסכימו הצדדים כי תחול על הבנק חובת מתן ההודעה כאמור. לפיכך, יתוקן הסעיף בהתאם.

201. נושא שני עליו הסכימו הצדדים, הוא כי הפעלת זכות העיכוב על-ידי הבנק תעשה תוך שמירה על יחס סביר בין הסכום המעוכב לבין גובה החוב. גם להסכמה זו יש ליתן ביטוי בסעיף זה.

עיכבון כללי ועיכבון מיוחד

202. הנושא השלישי שמעלה היועץ המשפטי לממשלה, הוא שאין לאפשר לבנק לזקוף באופן אוטומטי כל בטוחה כנגד כל חוב, כי אם, כעקרון, יש לקבוע לכל חוב את הערבויות שנועדו להבטיח אותו, במקרה שלפנינו, את הנכסים שניתן יהא לעכב כדי להבטיח את פירעונו

203. בעניין זה נהוג להבחין בין עיכבון כללי לבין עיכבון מיוחד. כפי שמסביר פרופ' דויטש בספרו (עמ' 202), עיכבון מיוחד הוא עיכבון אשר מבטיח חוב שיצירתו נוגעת לנכס הנדון. עיכבון כללי הוא עיכבון אשר יצירתו אינה נוגעת דווקא לנכס המעוכב. עיכבון מיוחד מזכה את הנושה לעכב נכס רק להבטחת פירעון החוב שנוצר בקשר לאותו הנכס. עיכבון כללי מתיר לנושה לעכב נכס גם להבטחת סילוקם של חובות אחרים המגיעים לו מן החייב בשל שירות שנתן לו, אפילו אין הם נובעים במישרין מן הנכס (זלצמן, עמ' 72-73). חוקי החוזים המיוחדים מקנים זכות לעיכבון מיוחד. כזה הוא למשל העיכבון הצומח לקבלן בגין נכס שמסר לו המזמין לביצוע מלאכה או למתן שירות (סעיף 5 לחוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974). גם העיכבון החוזי הכללי הקבוע בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, מחייב קיומה של זיקה בין

הנכס המעוכב לבין החוב, במובן זה שהנכס המעוכב צריך שיהא נכס שהתקבל על-פי אותו חוזה בגינו צמח החוב שאת פירעונו נועד העיכבון להבטיח.

204. הסעיף שלפנינו קובע זכות עיכבון רחבה מהזכות הקבועה בדין, אשר נעדרת זיקה בין הנכס המעוכב לבין החיוב. עם זאת, הדין מאפשר לצדדים לעצב את זכות העיכבון על-פי חוזה בלא לאמץ דווקא את דגם העיכבון הקבוע בחקיקה (סעיף 11(ה) לחוק המיטלטלין, התשל"א-1971). במסגרת זו יכולים החוזים לקבוע בחוזה זכות עיכבון כללית, שאינה מותנית בקיומה של זיקה בין הנכס לבין הזכות. עם זאת, קביעת זכות עיכבון חוזית רחבה מזכות העיכבון הקבועה בדין, עשויה לעורר קושי בהיבט הקנייני של הזכות. בנושא זה נפלה מחלוקת בין המלומדים. פרופ' ברק ופרופ' אייל זמיר סבורים שניתן להתנות על זכויות העיכבון הקבועות בדין, ככל שמדובר ביחסים שבין הצדדים לחוזה, אך ספק אם להתנאה זו יש תוקף לגבי הפן הקנייני של הזכות (ראה: א. ברק, **חוק השליחות**, 1166-1167; א. זמיר **חוזה קבלנות (פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טדסקי, תשנ"ה) 560**). פרופ' דויטש סבור שלאור העובדה שהדין (סעיף 11(ה) לחוק המיטלטלין) מאפשר קביעת זכות עיכבון חוזית, אין מניעה להרחיב את זכויות העיכבון הקבועות בדין גם בהיבט הקנייני (דויטש, **קניין**, 213-215). זו גם דעתה של פרופ' זלצמן:

"אין מניעה שהצדדים יעצבו בהסכם שביניהם את תנאיה של זכות עיכבון, ובכללם את התנאי הנוגע בחיוב המובטח בזכות. לעניין זה אף לא צריך להיות הבדל בין יצירה הסכמית מקורית של עיכבון לבין עיצוב הסכמי שונה של זכות סטטוטורית קיימת, דוגמת הזכות המוענקת לקבל לפי סעיף 5 לחוק חוזה קבלנות" (עמ' 76).

גם בפסיקה נקבע שאין מניעה מלהתנות על זכות העיכבון הקבועה בדין:

"ככלל, אין מניעה במשפטנו להתנות על זכות העיכבון לפי החוקים השונים. עם זאת, התנאה מעין זו ראוי שתיבחן לאור הכללים המקשים על סטייה מדין פוזיטיבי, ובהתאם לכלל בדבר הפירוש נגד המנסח".

(רע"א 5095/93 פ.א. ארבן בע"מ נ' גבי א.ג.ר. **שותפות לבנין ופיתוח** פ"ד מט(1) 730 (סעיף 14 לפסה"ד).

אולם בפסק דין זה לא נעשתה הבחנה בין הנפקות החוזית לזו הקניינית של הזכות.

205. בעניינו שאלה זו מתעוררת רק לגבי זכויות עיכבון לגבי נכסים שבידי הבנק, כגון שטרות, אג"ח וכדומה, והיא אינה נוגעת לעיכוב כספים, שממילא נעדר היבטים קנייניים. אשר לזכות העיכבון של הבנק, דומה שלאור התקיימותו של יסוד הפומביות (השווה: ע"א 790/85 ואח' **רשות שדות התעופה נ' גרוס כונס הנכסים ואח'**, פ"ד מד(3) 185, 212), המתבטא בכך שהנכס המעוכב נמצא בחזקת הבנק, ולאור גישת הפסיקה שהכירה בפן הקנייני של זכות הקיזוז של הבנק, בשל כך שכאשר מדובר בבנק "ניתן לייחס לצדדים שלישיים ידיעה על אפשרות קיומה של מערכת החיובים ההדדית ולנוהג הבנקים להכליל במסמכי פתיחת החשבון הוראת קיזוז" (ע"א 1226/90 **בנק לאומי לישראל בע"מ נ' הסתדרות הרבנים דאמריקה**, פ"ד מט(1) 177, סעיף 15 לפסה"ד של כב' השופט גולדברג), יש להכיר גם בפן הקנייני של זכות העיכבון שבידי הבנק. מכל מקום, הדיון הנוכחי אינו מחייב הכרעה בין שתי הדעות ואנו נצא מההנחה המחמירה (בהיבט הקיפוח), לפיה להרחבת זכות העיכבון על-פי החוזה נודעת נפקות גם בהיבט הקנייני. למותר לציין, שקביעה לפיה הסעיף אינו מקפח על-פי חוק החוזים האחידים, אינה מכשירה את הסעיף, ככל שיש בו משום התנאה אסורה על דין קוגנטי.

206. לדעתו של פרופ' דויטש, גם כאשר זכות העיכבון החוזית רחבה מהעיכבון הסטטוטורי, אין מדובר, למעשה בהתנאה על הדין, שכן "הדין מלכתחילה מספק הכרה קניינית ליצירת עיכבון במסלול הסכמי, המהווה מסלול חלופי לעיכבון על-פי הדין" (שם, 215).

207. נראה שבהעדר התנאה על דין העיכבון לפי סעיף 19 לחוק החוזים (תרופות), גם לא קמה במקרה שלפנינו חזקת קיפוח על-פי סעיף 14(1) לחוק (תנאי הפוטר את הספק מאחריות שהייתה מוטלת עליו על-פי דין, אילולא אותו תנאי או המסייג אותה אחריות באופן בלתי סביר). גם היועץ המשפטי לא טען לקיומה של חזקת קיפוח מכוח סעיף זה, אלא טען לקיומה של חזקת קיפוח מכוח סעיף 4(6) לחוק (שלילה או הגבלה בלתי סבירה של זכות העומדת ללקוח על-פי דין).

208. בכל מקרה, לדעתנו ראוי להכיר בעיכבון הבנקאי הכללי כהסדר שאינו מקפח את הלקוחות בשל כך שהסדר זה מעוגן בנוהג הבנקאי. כך מציינת פרופ' זלצמן בספרה:

"בהיעדר הוראות חוק מפורשת, תוכר זכות העיכבון הכללית רק כאשר קיים הסכם מפורש בין הצדדים או כאשר מקורה של הזכות הוא בנוהג הסוחרים, דוגמת עיכבון בנקאי..."

(שם, 73).

(לעניין הנוהג הבנקאי בעניין זה ראה גם בן אוליאל בעמ' 366).

עיכבון על נכסים שאינם בבעלות הלקוח

209. נושא נוסף הנתון במחלוקת בין הצדדים, נוגע לתחולתו של העיכוב או העיכבון על נכסים שאינם בבעלותו של הלקוח.

על-פי נוסח הסעיף, העיכוב חל על כל הכספים המגיעים ללקוח מהבנק ועל כל הנכסים האחרים (שטרות, ניירות ערך וכו') שהלקוח מסר או ימסור לבנק. נוסח זה עשוי שיתפרש כמחיל את העיכוב או העיכבון, לא רק על כספים ונכסים שבבעלותו של הלקוח, אלא גם על כספים שהופקדו על ידו בבנק, גם אם אינם בבעלותו.

היועץ המשפטי טוען, כי יש להחיל את העיכוב רק על נכסים שבבעלות הלקוח, ולא על נכסים שהופקדו על שמו, למשל במסגרת חשבון נאמנות, אך אינם בבעלותו.

הבנק הבהיר בסיכומיו כי הוא אינו עושה שימוש בזכות העיכבון לגבי כספים אשר אינם בבעלותו של הלקוח, אך לא מצא טעם להבהיר זאת במפורש בחוזה עצמו.

210. לדעתנו, יש להבהיר בחוזה באופן מפורש כי בכפוף לכל דין, העיכוב או העיכבון יחול על נכסי הלקוח בלבד. העיכבון הבנקאי, שלא כמו אחיזה כשורה, אינו מטהר את זכותו של בעל העיכבון ואינו מקנה לו זכות אשר לא הייתה בידו קודם לעיכוב. כך, הבנק גם אינו יכול לקזז את החוב (האישי) בחשבונו של הנאמן מן היתרה בחשבון נאמנות. (ראה: Ellinger, 191; Paget's, 537). כלל זה חל על כל הנכסים שבבעלותם של צדדים שלישיים ואינם שייכים ללקוח. הטעם לכך הוא כי "כאשר מקורה של זכות העיכבון הוא בהסכם שבין הנושה והחייב, יחול הכלל ש"אין אדם יכול להקנות לזולתו יותר זכויות בנכס ממה שיש לו עצמו" (זלצמן, 227). זו גם דעתו של פרופ' דויטש, השולל את האפשרות של יצירת תקנת שוק עיכבון הלכתית על דרך של היקש מתקנת שוק המשכון לפי סעיף 5 לחוק המשכון (דויטש, 271-278). הלקוח אינו יכול, לפיכך, להעביר לבנק יותר ממה שיש לו, ואם יתיימר לעשות כן, הדבר עלול לפגוע בצדדים שלישיים ולסבך את הלקוח בהתדיינות עם צד שלישי. לפיכך, הותרת הנוסח הנוכחי על כנו עלולה להטעות את הלקוח וליצור מצג המאפשר לבנק, כביכול, להטיל עיכבון על נכסים שאינם בבעלותו של הלקוח. בכך יש כדי לקפח את הלקוח. יתכן כי הבנק יוכל לרכוש זכות עיכבון מכוח דין, אשר תגבר על הכלל לפיו אדם אינו יכול להעביר לאחר יותר ממה שיש לו. כך, למשל, עיכבון קבלני יכול שיגבר (בסייגים) על משכון (ר' ע"א 790/85 רשות שדות התעופה

נ' גרוס, פ"ד מד(3) 185. אין אנו באים למעט מזכות העיכבון, אם זו עשויה לגבור על זכותו של אדם אחר מכוח דין ספציפי, אלא באים אנו לבטל את ההתנאה החוזית אשר עשויה להתפרש, על-פי נוסח החוזה הנוכחי, כמתיימרת להקנות לבנק זכות עיכבון על נכסים שאינם של הלקוח.

211. שאלה נוספת שמעלה היועץ המשפטי בהקשר זה נוגעת לחשבון משותף. לעניין זה טוען היועץ המשפטי, כי הבנק אינו רשאי לעכב או לקזז מהחשבון המשותף, אלא כדי מחציתו, והוא סומך טענה זו על פסק הדין בתיק ה"פ (י-ם) 3086/85 **טייטלבוים נ' בנק צפון אמריקה**, פס"מ מז(3) 212. הבנק מבקש להתעלם מטיעונו של היועץ המשפטי בעניין זה, הואיל ואלה לא נטענו במסגרת בקשת הביטול ובתצהירים, והעלאתם בשלב הסיכומים מהווה הרחבת חזית אסורה. גם לגופו של עניין מבקש הבנק לדחות את טענת היועץ המשפטי, תוך שהוא מפנה לפסה"ד בע"א 1967/90 **גיברשטיין נ' גיברשטיין**, פ"ד מו(5) 661, שם נקבע כי לבנק עומדת זכות קיזוז בחשבון המשותף, עקב חובות השותף בחשבון נפרד.

212. פסקי הדין המצוטטים לעיל, עסקו בזכות הקיזוז של הבנק בחשבון המשותף, ולא בזכות העיכבון או העיכוב. אף על-פי שטענות היועץ המשפטי בעניין זה נטענו לראשונה בסיכומים, ראוי, לטעמנו, לאמץ פתרון זהה לשני הסעיפים: הקיזוז והעיכוב. לפיכך, ולאור הנימוקים שיפורטו להלן בדיון בנושא הקיזוז, יש לדחות את עמדת היועץ המשפטי גם לעניין העיכוב, ולקבוע, כי זכות העיכוב תקום לבנק גם ביחס לחשבון משותף של הלקוח החייב בבנק. כך ביחס לעיכוב כספים שפועלו מוגבל לדחיית מועד קיום החיוב האובליגטורי של הבנק. מאידך, לעניין העיכבון הבנקאי ממש (עיכבון על שטרות, אגרות וכו'), הואיל ומדובר בזכויות קנייניות של השותפים לחשבון בנכסים נשוא העיכבון, פשיטא שאין להיפרע מנכס שאינו של החייב והבנק אינו יכול, על כן, לפגוע בקניינו של שותף אחד בגין חוב של שותף אחר. לפיכך, לגבי נכסים שאינם כספי פיקדון, העיכבון יחול כמידת חלקו של השותף החייב. כך גם, אין להטיל עיכבון על שטרות ומסמכים שמסר הלקוח לבנק כאשר מסמכים אלה אינם שייכים לו, כי אם לאחר.

עיכוב להבטחת חובות שטרם הגיע מועד פירעונם

213. על-פי נוסח הסעיף, העיכוב או העיכבון יחול גם לגבי חובות העשויים להגיע לבנק בעתיד. לעניין זה, טוען היועץ המשפטי, כי אין לאפשר לבנק להפעיל את זכות העיכוב לצורך הבטחת חיובי הלקוח שטרם הגיע מועד פירעונם ביום הפעלת הזכות,

הגיע. משמעותו של הסכם כזה היא כי הנכס אינו מוחזק בשלב זה כאמצעי לחץ מיידית אלא כאמצעי לחץ לעתיד בלבד (ראה: דויטש לעיל, 248; זלצמן, 160).

217. היועץ המשפטי מבקש להסדיר את העיכוב הבנקאי החוזי באמצעות הכללים החלים על עיכוב על-פי דין. דהינו, הוא מבקש כי בית הדין יצמצם את זכות העיכוב לגבי חיובים שמועד פירעונם בעתיד, רק למקרים של הפרה צפויה מצד הלקוח.

218. לדעתנו, יש לקבל את עמדת היועץ המשפטי בעניין זה באופן חלקי. אכן, מדובר בזכות עיכוב חוזית, ולא בעיכוב על-פי דין. על כן ניתן לעצב את הזכות באופן שונה מזכות העיכוב הקמה על-פי דין, ובלבד שהסדר זה לא יקפח את הלקוח. מטרתה של זכות העיכוב, בדומה לעיכוב, היא להגן על הנושה מפני הפרת החיובים כלפיו. זכות העיכוב מהווה מעין בטוחה של הבנק כלפי הלקוח, ועשוי שתהא לה הצדקה כלכלית, לא רק כאשר מדובר בחיובים שכבר הופרו, אלא גם לגבי חיובים עתידיים, אשר טרם הופרו. עם זאת, כאשר מדובר בחיובים עתידיים, אין מדובר בהגנה מפני הפרת החיוב, אלא בהגנה מפני האפשרות שהחיוב יופר. הגנה כזאת אמנם עשויה לפגוע בלקוח. אולם הצורך להגן על האינטרס הלגיטימי של הבנק להבטיח את פירעון חיוביו של הלקוח עשוי להצדיק, במידה מסוימת, סטייה מהסדר העיכוב הקבוע בדין. עם זאת, הגנה כזאת, אנו סבורים, אינה צריכה להיות הגנה מוחלטת. שהרי אם ברצונו של הבנק להבטיח, באופן מוחלט וגם בהעדר הפרה צפויה, חיובים שמועד פירעונם טרם הגיע, עליו לדאוג להבטיח פירעונם של חיובים אלה באמצעות בטוחה. משהבנק לא נטל בטוחה, אין הצדקה להפעיל את זכות העיכוב בצורה גורפת ובאופן המקנה לבנק, בדומה לחוב מובטח בבטוחה, זכות עיכוב או עיכוב על כלל נכסיהם של הלקוחות ביחס לחיובים שעדיין לא הופרו, אלא בהתקיים נסיבות מיוחדות המצדיקות הפעלת זכות זו. נסיבות כאלה עשוי שיקומו במקום שבו עולה חשש סביר לכך שהלקוח יפר את התחייבויותיו. בהעדר חשש כזה, הפעלת זכות העיכוב פוגעת בלקוח באופן בלתי מידתי, ויש בה כדי להקנות לבנק זכות בלתי סבירה לעכב את מימוש זכויותיו של הלקוח בכספים המגיעים לו מן הבנק.

219. אי סבירותה של הזכות שנוטל לעצמו הבנק, להפעיל באופן גורף את זכות העיכוב, נובעת, לא רק מהאפשרות הניתנת לבנק להפעיל את הזכות גם בהעדר חשש שהלקוח לא יעמוד בהתחייבויותיו. אי סבירותה של הזכות נעוצה גם בכך שהחווה אינו קובע אמות מידה כלשהן להפעלת זכות זו, והוא מותיר ביד הבנק, למעשה, שיקול דעת בלתי מוגבל להפסיק או לעכב את פעילותו הכספית של הלקוח בכל עת.

לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), ויש להכיר בזכות העיכובן והעיכוב של הבנק גם כאשר מתקיים אך חשש סביר שהלקוח לא יעמוד בהתחייבויותיו.

קיומו של חשש סביר מפני הפרת החיוב, גם אם אינו עולה כדי הפרה צפויה, עשוי להצדיק, גם ללא הוראה חוזית, השהיית קיום חיוביו המוקדמים בזמן של הצד האחר (ראה: ע"א 701/79 שוחט (ניסים) נ' לוביאנקר, פ"ד לו(2) 113; ד. פרידמן, ביצוע חוזה נוכח חשש בדבר קבלת התמורה הנגדית, עיוני משפט י (תשמ"ד 165), 171-170); מ. מאוטנר (קיזוז, דיני חיובים – חלק כללי, בעריכת דניאל פרידמן, עמ' 503). אם ניתן להכיר, לכאורה בניגוד לחוזה, בהשהיית חיוב חוזי בשל קיומו של חשש סביר להפרה, מקל וחומר שניתן להכיר בעיכוב נכס, המעוגן בחוזה.

221. לאור האמור, איננו סבורים שעצם קביעת זכות עיכוב חוזית בגין חובות שמועד פירעונם טרם הגיע הנה בגדר תנאי מקפח.

עם זה, ההיקף הגורף והבלתי מוגבל של הזכות כפי שנקבעה בחוזה, אכן מקפח הלקוחות. כדי להסיר קיפוח זה, יש לתקן את הסעיף על-ידי הגבלת זכות העיכוב של הבנק בגין חיובים עתידיים של הלקוח למקרים בהם קם חשש סביר להפרת אותם חיובים.

סעיף 18 - קיזוז

222. סעיף 18 לחוזה עוסק בזכות הקיזוז שקיימת לבנק כלפי הלקוח והוא קובע כדלקמן:

18" זכות קיזוז

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

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

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

18.1.3 לחייב כל חשבון וכל פקדון של הלקוחות בבנק, בין אם נזכר בכתב זה ובין אם לאו, בסכום כלשהו מהסכומים המגיעים,

ובמקרה שהסכומים המגיעים או חלקם הינם בגין אשראי במט"ח – לחייב כל חשבון וכל פקדון כאמור של הלקוחות המתנהל במטבע של האשראי, או כל חשבון של הלקוחות המתנהל במטבע ישראלי או במטבע חוץ אחר בתמורתו (במטבע ישראלי או במטבע החוץ האחר) לפי השער המקובל בבנק ביום חיוב החשבון כאמור.

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

18.2.1 במקרה של קיזוז מסכומים שמועד פרעונם טרם הגיע.
18.2.2 במקרה של קיזוז מפקדון קבוע שלולא הקיזוז היה מתארך או מתחדש באופן אוטומטי, כך שללקוחות היו נובעות זכויות או טובות הנאה מסוימות. על אף האמור לעיל, הרי שאם הדחייה בביצוע הקיזוז עלולה להרעה את מצב הבנק או לפגוע בזכות כלשהי מזכויותיו – יתבצע הקיזוז מידית. וכמו כן, במקרה שנשלחה הודעה ובמהלך התקופה שנקבע בה יגיע עיקול, הודעה על כינוס נכסי הלקוחות או מאורע כיו"ב – יתבצע הקיזוז מידית.

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

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

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

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

18.6 בכל מקרה שיוטל עיקול על נכס כלשהו של הלקוחות בידי הבנק או על סכום כלשהו שיגיע ללקוחות מהבנק – תהיה לבנק זכות עיכבון לגבי אותו הנכס או הסכום, לפי המקרה, וזאת עד להסרתו של העיקול האמור, ובלבד שזכות העיכבון על-פי פסקה זו תחול רק לגבי נכסים וכספים שסכומם הכולל לא יעלה על היתרה

הבלתי מסולקת של הסכומים המגיעים כפי שתהיה מעת לעת. זכות העיכבון של הבנק על-פי פיסקה זו תהא נוספת על זכויותיו לפי סעיפים 17 ו-18 דלעיל".

223. "כאשר ללקוח יש יותר מחשבון אחד, וכאשר קיימות בחשבונותיו הן יתרות זכות והן יתרות חובה, נוצר אפוא מצב בו קיימים חיובים הדדים בין הבנק ולקוחו, והבנק רשאי, באופן עקרוני, לקזז את החיובים אלה מאלה, ולקבל תמונה מדויקת בדבר היקף חובות הלקוח כלפיו (או חובות הבנק כלפי הלקוח). הדבר עשוי לאפשר קבלת החלטות (למשל, לעניין מתן אשראי נוסף), המבוססות על המצב האמיתי של חשבונות הלקוח, ולמנוע עיוות אפשרי העלול להיגרם על-ידי התבוננות מבודדת על אחד החשבונות, אשר מצב היתרות בו עלול שלא לשקף את מכלול היחסים בין הצדדים" ע"א 5293/90 **בנק הפועלים נ' שאול רחמים בע"מ**, פ"ד מז(3) 240, סעיף 13 לפסה"ד).

224. יחד עם היותה של זכות הקיזוז זכות לגיטימית של הבנק כלפי הלקוח, עדיין השימוש בזכות זו על-ידי הבנק עלול לגרום ללקוח לנזקים של ממש, ועל כן יש לעשות בה שימוש, כבכל זכות, בתום לב ובאופן שלא יגרם ללקוח נזק מיותר. כך למשל, המפקח על הבנקים הכיר בנזק החמור העלול להיגרם ללקוח שמופעלת כלפיו זכות קיזוז לגבי תוכניות חסכון, וקבע במסגרת כללי ניהול בנקאי תקין [2] (12/95), כי יש לאפשר ללקוח לפרוע את חובו בדרך אחרת.

225. הסדר הקיזוז העיקרי בדין קבוע בסעיף 53 [לחוק החוזים \(חלק כללי\), תשל"ג-1973](#). הסדר הקיזוז שלפנינו הוא הסדר חוזי. בעקרון, הצדדים יכולים להתנות בחוזה על הסדר הקיזוז הקבוע בדין ולקבוע הסדר קיזוז רחב מזה הקבוע בסעיף 53 לחוק החוזים. התנאה על דין הקיזוז אמנם עשויה לעורר קושי בהיבט הקנייני שלה, בהשפיעה על זכויות נושים אחרים של הלקוח. אלא שבפסיקה נקבע, שיש להכיר בזכות הקיזוז של הבנקים גם בהיבט הקנייני. זאת משני שיקולים עיקריים. ראשית, כאשר מדובר בבנק, "ניתן לייחס לצדדים שלישיים ידיעה על אפשרות קיומה של מערכת החיובים ההדדית, ולנוהג הבנקים להכליל במסמכי פתיחת החשבון הוראת קיזוז. לפיכך, משקלה המכביד של הטענה בדבר העדר פומביותה של זכות הקיזוז החוזית פוחת כאשר בעל זכות הקיזוז הוא בנק". שיקול נוסף להכרה בזכות הקיזוז הקניינית של הבנק טמון ב"תועלת החברתית הצומחת מההכרה בעדיפותה של זכות הקיזוז של הבנק", הנעוצה בכך שבהיות הבנקים המקור העיקרי להזרמת אשראי היא מסייעת "להגברתה של זרימת האשראי וחיוב ומוזילה את מחירו" (ע"א 1226/90 **בנק לאומי לישראל בע"מ נ' הסתדרות הרבנים דאמריקה**, פ"ד מט(1) 177 (סעיף 16 לפסק הדין של כב' השופט גולדברג).

230. היועץ המשפטי טוען, כי יש לחייב את הבנק ליתן הודעה על כוונתו לקזז מחשבונות הלקוח, וזאת על-פי סעיף 53 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. מוסיף וטוען היועץ המשפטי, כי בסעיף הקיים בחוזה, המתנה למעשה על הוראת דין זו, יש משום פגיעה קשה בציבור הלקוחות. זאת בשל כך שהוא מביא ליצירת חוסר ודאות אצל ציבור הלקוחות, ועלול, לגרום להם נזקים. כך, למשל, לקוחות עשויים למשוך שיקים מחשבונות, שבדיעבד יתברר כי לא היה בהם כיסוי עקב הפעלת זכות הקיזוז על-ידי הבנק בלא ידיעתם. אפשרות אחרת לגרימת נזק ללקוח, היא שהבנק ימכור, במסגרת הקיזוז, כספים בחשבונות מט"ח בשער נמוך יחסית.

לטענת היועץ המשפטי, חששו של הבנק מפני ריקון החשבון הנמצא ביתרת זכות על-ידי הלקוח קודם לפעולת הקיזוז, עשוי למצוא את פתרונו בשימוש שיעשה הבנק בזכות העיכוב הנתונה לו בתקופת ההודעה. (ראוי לציין כי בקשר לזכות העיכוב הסכימו הצדדים כי תינתן ללקוחות הודעה מראש בטרם תופעל זכות העיכוב, כך שהחשש אינו מוסר לחלוטין). עם זאת, היועץ המשפטי מסכים כי במקרים חריגים לא תידרש הודעה מצד הבנק ללקוח, וזאת למשל כאשר קיים חשש סביר כי יוטל עיקול על חשבון הלקוח, או כאשר חל שינוי משמעותי לרעה במצבו הכספי של הלקוח, ואי ביצוע הקיזוז באופן מידי עלול לגרום נזק לבנק.

231. הבנק מתנגד להטלתה של חובת הודעה בטרם קיזוז, וטוען כי סעיף 53 לחוק החוזים מציין שהקיזוז יעשה בהודעה לצד השני, אך אינו מטיל חובה למסור הודעה כזו טרם הקיזוז. הבנק מביע, כאמור, חשש כי הודעת הקיזוז עלולה להוביל לריקון חשבון הנמצא ביתרת זכות על-ידי הלקוח. יש לציין, שכל שנאמר בחוזה לעניין זה הוא ש"הבנק יהא רשאי לבצע קיזוז ללא הודעה מוקדמת". מלשון הסעיף לא עולה קיומו של פטור ממתן הודעה בכלל, גם לא עולה שההודעה תינתן לאחר ביצוע הקיזוז. אולם, נראה שהבנק עצמו מפרש הוראה זו כפוטרת אותו ממתן הודעה בכלל או שלמצער מאפשרת לו לתת את ההודעה לאחר ביצוע הקיזוז. כך טוען הבנק בסיכומיו: "הבנק מוכן להסכים לכך כי מייד לאחר ביצוע הקיזוז תינתן הודעה ללקוח וכך ימנעו הנזקים שמפרט היועץ"ש בסיכומיו בעניין פגיעה בביטחון הלקוח" (סעיף 213 לסיכומי הבנק).

232. על-פי סעיף 53 לחוק החוזים (חלק כללי) הקיזוז אינו אוטומטי, אלא משתכלל עם מתן הודעה. דין זה חל על איחוד חשבונות, כמו על כל קיזוז בנקאי אחר (ראה: מאוטנר, קיזוז, 481). על כן, מתן ההודעה חיוני להפעלת הקיזוז. אולם ההודעה יכולה להינתן בכל דרך מקובלת בנסיבות העניין והדין אינו כובל את הצדדים לדרך

פורמאלית כלשהי. הודעת הקיזוז יכול שתהיה אף משתמעת. אולם הדין אינו מחייב מתן הודעה מראש על ביצוע קיזוז, אלא אך מתנה את תוקפו של הקיזוז במתן הודעה על הפעלתו. שאלה אחרת בה איננו רואים צורך להכריע במסגרת זו (הצדדים גם לא התייחסו אליה בסיכומיהם) היא האם הקיזוז פועל ממועד ההודעה או שמא ניתן לייחסו אחורנית למועד היווצרות האפשרות לקזז. (ראה: מאוטנר (קיזוז), המחזיק בדעה שהקיזוז פועל מעת שנוצרה האפשרות לקזז (עמ' 529-531); למסקנה דומה ראה גם ת"א 1105/83 **הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ נ' "פמר" חברה לבנין ועובדות ציבוריות בע"מ ואח'**, פס"מ נ(3) 309).

233. במשפט המקובל נקבע שכאשר מדובר בקיזוז בין חשבונות מאותו סוג, לא נדרש מתן הודעה. הדין שונה כאשר הקיזוז מתבצע בין חשבונות מסוגים שונים, לגביהם קיימת הסכמה מפורשת או מכללא כי החשבונות ינוהלו בנפרד וללא קשר ביניהם. במצב זה ההסכמה תחייב את הבנק והוא יוכל להתגבר עליה רק באמצעות מתן הודעה סבירה מראש. אולם גם במקרה זה ההודעה אינה נדרשת כאשר חלו שינויים מהותיים במצבו של הלקוח, כגון חדלות פירעון. (ראה: Ellinger, 193-194).

234. הדין המקומי שונה. שהרי דיני הבנקאות של המשפט המקובל אינם יכולים לסייג חוק חרוט כללי. לפי דין זה (סעיף 53 לחוק החוזים (חלק כללי)) אין קיזוז בלא מתן הודעה אשר משכללת את הקיזוז.

235. ברי אפוא כי הוראה הפוטרת את הבנק מחובת מתן הודעת קיזוז מתנה על הדין. היא גם מקפחת את הלקוח, משום שאם דבר הקיזוז לא ייוודע לו, הוא עלול למשוך שיקים שלא יימצא להם כיסוי. סיכון זה ניתן למנוע בקלות על-ידי מתן הודעת קיזוז ואיננו רואים סיבה לפטור את הבנק מחובה זאת. אולם במה הדברים אמורים - במתן הודעת קיזוז, זו המשכללת את הקיזוז, ולא במתן הודעה מוקדמת על כוונה להפעיל קיזוז.

236. ניתן היה לטעון, כי גם במתן הודעת קיזוז אין די ויש להגן על הלקוח על-ידי חיוב הבנק במתן התרעה על כוונה להפעיל קיזוז עוד לפני הפעלתו. שכן אם הודעת הקיזוז תהיה בת תוקף עם מסירתה, שיקים דחויים שהלקוח משך עלולים להיוותר בלא כיסוי. סיכון זה אכן קיים, אך הדין הכללי אינו מגן על הלקוח מפניו. איננו רואים לחייב את הבנק בהגנה יתירה על הלקוח בנושא זה. שהרי במהלך הרגיל של הדברים, מועד הנקוב כמועד משיכתו של שיק דחוי עשוי להגיע חודש, חודשיים או

שישה חודשים לאחר משיכתו בפועל. האם נחייב את הבנקים לתת הודעת קיזוז חודש, או חודשיים מראש כדי למנוע מצב בו יוותר השיק ללא כיסוי? הדין וגם שורת הצדק אינם מחייבת זאת. המושך שיק דחוי אינו יכול לסמוך על כך שאיתנותו הפיננסית תעמוד לעד. גם מקבל שיק דחוי נוטל סיכון מסוים. זוהי דרך עסקים רגילה ואיננו רואים לסטות הימנה.

237. טענת הבנק כי מתן התרעה מראש עלול לסכל את הקיזוז על-ידי הברחת כספים מהחשבון מקובלת עלינו (השווה בן-אוליאל, 361). אנו גם מתקשים להבין את טענת באת כוח היועמ"ש המציעה להפיג חשש זה באמצעות עיכוב כספים בחשבון מעת מתן התרעה ועד ביצוע הקיזוז בפועל. שהרי אם הכספים מעוכבים, השיקים שנמשכו על אותו חשבון לא יכובדו, אזי מה מותר העיכוב על הקיזוז מבחינתו של הלקוח? פתרון זה יכול לעמוד במצבים מיוחדים, כגון קיזוז מול חשבון במטבע חוץ וקיזוז חיוב עתידי שמועד פירעונו טרם הגיע, אולם במצבים אחרים פתרון זה אינו מועיל.

238. מנגד, איננו מקבלים גם את טענת הבנק שאינו מסתפק באי מתן הודעה מוקדמת, אלא רואה עצמו רשאי (על-פי הוראת הסעיף) שלא לתת הודעה כלל, הגם שהוא מסכים ליתן הודעה מאוחרת, מייד לאחר ביצוע הקיזוז. אי מתן הודעה או מתן הודעה מאוחרת מתנה על הוראת סעיף 53 לחוק החוזים ועל כן מקים חזקת קיפוח.

גם לא שוכנענו שמתן ההודעה המאוחרת נדרש כדי להגן על עניינו של הבנק. אשר למקרה שמזכיר הבנק בסיכומיו, שעניינו בהטלת עיקול על-ידי צד שלישי, לפי הפסיקה הקיזוז של הבנק גובר על העיקול גם אם הוא מתבצע לאחר הטלת העיקול (פסה"ד בעניין הסתדרות הרבנים דאמריקה). מעבר לכך, כדי למנוע הוצאת כספים מהחשבון על-ידי הלקוח, די באי מתן הודעה מקודמת על העיקול, ואין צורך במתן הודעה מאוחרת. מה גם שלאור העובדה שהטלת העיקול היא מעשה חד צדדי, העיקול מתגבש עם מתן ההודעה, ובדומה לביטול חוזה, שגם היא פעולה חד צדדית, אינו דורש לשם גיבושו קליטת ההודעה על-ידי הלקוח (השווה: ע"א 5795/90 סקאלי נ' דורען בע"מ, פ"ד מו(5) 811; מאוטנר, קיזוז, 523-524). קיימת גם דעה לפיה הקיזוז פועל לאחור, מעת שהחובות היו ברי קיזוז ולא ממועד מתן הודעה (ראה: ז' צלטנר, דיני חוזים של מדינת ישראל, כרך א', 176-175); מאוטנר, קיזוז, עמ' 526-536; ת"א (ת"א) 1105/83 הבנק הבילאומי נ' "פמר" חברה לבנין, פ"מ נ(3) 309), הגם שבית המשפט העליון הותיר שאלה זו בצריך עיון (ע"א 5795/90 לעיל).

239. בנקודה אחרת מקובל עלינו טיעון היועץ המשפטי. על-פי החוזה, הבנק רשאי למכור או לרכוש מטבע חוץ כדי לבצע את הקיזוז. בספרו של Paget's נאמר שקיזוז חשבון במטבע חוץ אפשרי במידה והותנה על כך במפורש, אך מעצם קיום החשבון ניתן להסיק קיומה של הסכמה משתמעת כי בנסיבות מסוימות חשבון המט"ח יאוחד או יקוזז עם חשבונות אחרים (ראה: Paget's, עמ' 537). נראה כי במשפטנו, מכוח סעיף 53 לחוק החוזים, אין צורך בהתנייה מפורשת כדי לאפשר קיזוז של כל חיוב קצוב מול כל חיוב קצוב אחר. אולם קיזוז חובות מול חשבון במטבע חוץ יכול שיחייב המרת מטבע. סביר כי במצב זה הבנק ימיר את המטבע על-פי השער המקובל אצלו. האינטרס של הבנק הוא להיפרע מן הלקוח בשיעור החוב. אין לבנק עניין ברווחיות עסקת ההמרה הואיל ותביעתו קבועה ושיעורה כשיעור החוב. לעומת זאת, ללקוח יש אינטרס ברווחיות עסקת ההמרה. על כן, כדי להשיא את רווחיות עסקת ההמרה וכדי שהלקוח יוכל להפיק ממנה את המרב יש להפקיד את ניהולה בידי הלקוח, אם הוא חפץ בכך, ובלבד שהתמורה תיזקף לזכותו של הבנק בשיעור החוב. אי-מתן הודעה מראש ללקוח על הכוונה להפעיל קיזוז כנגד חשבון במטבע חוץ מונע מן הלקוח את האפשרות לנסות למכור את המט"ח בשער הנוח לו ולצמצם בדרך זו את הפסדיו, ויש בו, על כן, לקפח את הלקוח. על כן, יהיה על הבנק להודיע ללקוח זמן סביר מראש על הכוונה להפעיל את זכות הקיזוז כנגד חשבונו במטבע חוץ ולאפשר לו למצוא את הדרך הרווחית ביותר למוכרו. בתקופת הביניים הכספים בחשבון המט"ח יעוכבו והבנק יעצב הסדר שיאפשר ללקוח לממש את המט"ח שבידו בלי שהדבר יפגע בעיכוב הכספים. כמובן, הסדר זה לא יהיה תקף בנסיבות בהם אין זה סביר לתת לקוח אורכה למכירת המט"ח, כגון כאשר מוטל עיקול על החשבון, או כאשר הלקוח עומד לפני כינוס נכסים ופשיטת רגל.

240. התוצאה היא, שלמעט קיזוז בחשבון מט"ח, הבנק אינו חייב למסור הודעה מראש על הקיזוז, אך הוא גם אינו פטור ממסירת הודעה כנדרש על-פי דין. לטעמנו, יש להבהיר זאת בסעיף 18 לחוזה. בהעדר הבהרה כזאת ולאור הוראת סעיף 18.2 הפוטרת את הבנק ממתן הודעה מוקדמת, עשוי להשתמע מהחוזה, כפי שעולה גם מטיעונו של הבנק, כי הקיזוז יכול להתבצע ללא מתן הודעה כלל, מצג המקפח את הלקוחות.

קיזוז של חיובים שטרם הגיע מועד פירעונם

241. טענה נוספת של היועץ המשפטי היא כי זכות הקיזוז יכולה לחול רק על חיובים שהגיע מועד פרעונם, ולא על חיובים עתידיים. לטענת היועץ המשפטי, החוזה מתנה

בעניין זה על סעיף 53 לחוק החוזים, וגם בכך כדי להקים חזקת קיפוח לפי סעיף 4(6) לחוק.

242. הבנק מודה כי זכות הקיזוז מופעלת במקרים בהם החוב אינו משולם כסדרו. עם זאת, הבנק מציין, כי אם תתקבל עמדת היועץ המשפטי וזכות הקיזוז לא תחול על חיובים עתידיים, יהא בכך להפחית ממשקלה של זכות הקיזוז כבטוחה, ועל כן הבנק לא יוכל להסתמך על זכות זו במתן אשראי, ויאלץ לדרוש במקומה בטוחות אחרות, מה שיפגע בסופו של דבר בלקוחות. לפיכך, מבקש הבנק כי בית הדין יותיר את הדבר לשיקול דעתו של הבנק, אשר כפוף ממילא לביקורת שיפוטית.

243. לעניין זה יש להבחין בין שני סוגי קיזוז. הסוג האחד, הוא קיזוז חיובים קיימים של הבנק כלפי הלקוח, כגון חשבון עו"ש של הלקוח הנמצא ביתרת זכות כנגד חיובים עתידיים של הלקוח. הסוג האחר, הוא קיזוז של חיובי הבנק, שטרם נתגבשו כנגד חיובים מגובשים של הלקוח. כגון קיזוז חשבון פיקדון של הלקוח שמועד פירעונו טרם הגיע כנגד משיכת יתר מחוץ למסגרת אשראי.

244. הקיזוז מהסוג הראשון, הוא קיזוז חיוב קיים של הבנק כלפי הלקוח, כגון חשבון עו"ש של הלקוח הנמצא ביתרת זכות, כנגד חיובים עתידיים של הלקוח כלפי הבנק שטרם הגיע מועד פירעונם. קיזוז בטרם הגיע מועד הפירעון מתנה על הוראת סעיף 53 לחוק החוזים, והוא מהווה שימוש אסור בזכות, שכן הדין אינו מאפשר לנושה להיפרע בטרם עת, ובכך לשבש את המועדים שקבעו הצדדים לקיום חיוביהם (ראה: מאוטנר, קיזוז, 497-498).

245. בעקרון, איננו מוצאים הצדקה לסטות בנושא זה מהדין הכללי במסגרת החוזה האחיד שלפנינו. באם הצדדים, דהינו הבנק והלקוח, יבקשו להתנות על דין זה במסגרת הסכם ספציפי לקבלת אשראי, ולהעניק לבנק בטוחה נוספת, בידם לעשות כן. אך אין הצדקה להעמיד את כלל הלקוחות אשר חותמים כשגרה על טופס התנאים הכלליים בלא שהם מתכוונים להקנות לבנק בטוחות מיוחדות, במצב נחות מזה הקבוע בדין הכללי.

246. בהקשר זה יש לציין, שהקיזוז אינו מתנה על הוראת סעיף 53 לחוק החוזים במקרים של הפרה צפויה או בכל המקרים המנויים בסעיף 13.22 לחוזה, בהם הוקנתה לבנק הזכות להעמיד את החיוב של הלקוח לפירעון טרם זמנו. במקרים אלה מדובר בחיובים העומדים בתנאיו של סעיף 53 לחוק החוזים, במובן זה שהגיע המועד

לקיומם. במקרה של הפרה צפויה קמה לנפגע הזכות להיפרע מן המפר כאשר מתברר כי זה לא יעמוד בחיוביו. על כן קיזוז של חיוב "עתידי" במקרה של הפרה צפויה אינו מתנה על הדין, משום שהדין מדמה את החיוב העתידי לחיוב העומד לפירעון מיידי ומזכה את הנפגע בתרופות בגין הפרתו. הוא הדין בכל אותם מקרים הנקובים בסעיף 13.22 לחוזה, בהם הוקנתה לבנק זכות להעמיד את החיוב של הלקוח לפירעון מיידי בטרם זמנו. המשותף לכל אותם מקרים הוא קיומו של חשש לאי פירעון החוב על-ידי הלקוח בהגיע לזמנו. כזה הוא התנאי המאפשר לבנק להעמיד את החיוב לפירעון מיידי, אם הלקוחות לא ישלמו לבנק סכום כלשהו שיגיע לו מהם על-פי החוזה, או אם יוטל עיקול על נכסי הלקוחות, או תוגש נגד הלקוחות בקשה לפירוק או למינוי קדם מפרק זמני או כונס זמני. הוא הדבר במקרה שבו יופסקו עבודות הייצור או עסקי המסחר של הלקוח שלא חודשו תוך שישים יום, וכן במקום שבו אירע לדעת הבנק שינוי מהותי לרעה במצב הכספי, בפעולותיהם או בעסקיהם של הלקוחות וכן אירעום נוספים הנזכרים בסעיף זה.

247. עם זאת, אנו סבורים שראוי לאפשר לבנק לעשות שימוש בזכות הקיזוז לגבי חיובים עתידיים של הלקוח גם במקרים אחרים (שאינם מנויים בסעיף 13.22 לחוזה), ודומה כי מדובר במקרים מעטים, בהם קם חשש סביר כי הלקוח לא יקיים את התחייבויותיו, וזאת בדומה להסדר שנקבע לעיל לגבי זכות העיכוב. אמנם, פועלו של הקיזוז רחב מזה של העיכוב במובן זה שהוא מביא לסילוק החיובים נשוא הקיזוז (כדי שיעור הקיזוז), בעוד שהעיכוב רק משעה את הביצוע של החיוב ואינו משנה את מערך הזכויות והחובות של הצדדים. גם ההלכה המאפשרת להשהות ביצוע חיובים חוזיים כאשר קם חשש (שאינו עולה לכדי הפרה צפויה) לאי קיום החיוב, אליה התייחסנו בפרק על העיכוב, אינה חלה לגבי קיזוז (ראה מאוטנר, קיזוז, הערה 147). עם זאת, אנו סבורים שהתועלת החברתית הצומחת מההכרה בעדיפותה של זכות הקיזוז של הבנק על פני זכויותיהם של נושים אחרים שמקורה ברציונאל המבקש להקל על המערכת הבנקאית להעמיד אשראי לציבור, שנוכר בפסה"ד בעניין הסתדרות הרבנים דאמריקה, צריך שיחול גם כאן, ויצדיק קיזוז של חיובים עתידיים של הלקוח במקרים בהם קם חשש סביר לאי קיום החיוב.

נציין, ששיקול זה, המצדיק הפעלת זכות הקיזוז על-ידי הבנק במקום בו עולה חשש לאי פירעון החוב, הוכר כשיקול לגיטימי על-ידי בית המשפט העליון (הגם שלא בהקשר לנושא הקיפוח על-פי חוק החוזים האחידים) בפסק הדין בעניין **הסתדרות הרבנים דאמריקה** :

"סביר להניח כי אלמלא תוכר עדיפותה של זכות הקיזוז של הבנק בתחרות בינה לבין נושים אחרים ימהרו הבנקים להפעיל את זכות הקיזוז, הנתונה להם בחוזה, כל אימת שלהערכתם

הם עלולים להיקלע לתחרות עם יתר הנושים (כגון: כאשר קיים חשש כי אחד הנושים עומד להטיל עיקול על נכסי הלקוח ובכלל זה חשבונותיו). ידיעת הבנק – כי אף אם יוטל עיקול תגבר זכות הקיזוז הנתונה לו על העיקול – תביא להשהיית הפעלתה של זכות הקיזוז מהשהייה זו ייחנה במישרין הלקוח, ובעקיפין ייהנו יתר הנושים, שכן שימוש חפוז בזכות הקיזוז עלול לפגוע ביציבותו הכלכלית של הלקוח".

(סעיף 15 לפסה"ד של כב' השופט גולדברג).

248. בהקשר זה ראוי להעיר שבכל מקרה, הפעלת זכות הקיזוז צריך שתעשה על-ידי הבנק בתום לב. כך, למשל, הפעלת זכות קיזוז לגבי חוב עתידי בשל חשש מהטלת עיקול, עשויה להיחשב כשימוש בזכות שלא בתום לב, אם אין בעיקול ממילא כדי לפגוע בזכות הקיזוז של הבנק, גם אם תופעל לאחר הטלתו.

249. סוג הקיזוז האחר הוא קיזוז חיובי הבנק שטרם התגבשו, כגון פיקדון של הלקוח שטרם הגיע מועד פירעונו, כנגד חיובים מגובשים או עתידיים של הלקוח.

סעיף 53 לחוק החוזים מדובר על קיזוז של חיובים כספיים "שהגיע המועד לקיומם", מה שמחייב ששני החיובים העומדים לקיזוז, הם חיובים שהגיע המועד לקיומם. אולם, כפי שמסביר פרופ' מאוטנר, כאשר החייב (במקרה שלפנינו הבנק) מבקש לקזז חוב שלו כלפי הנושה (למשל, יתרת זכות בחשבון פיקדון של הלקוח), שמועד פירעונו טרם הגיע כנגד חוב של הנושה (הלקוח) כלפיו שמועד פירעונו הגיע, מדובר, למעשה, בהקדמת פירעון החוב (של הבנק כלפי הלקוח). הפעלת זכות הקיזוז במצב כזה עשויה להביא לחיובו של הלקוח בקנסות ופיצויים מוסכמים בגין משיכה מוקדמת של כספי הפיקדון וכן למנוע ממנו להנות ממלוא הריבית שנצברה. הבנק עצמו מצא לנכון להזהיר על כך את הלקוחות בסעיף 18.5 של החוזה אשר קובע: "הלקוחות מצהירים בזה, שידוע להם, כי במקרים שבהם הבנק ישתמש בזכויות קיזוז כאמור לפני מועד פירעונו של סכום כלשהו שבפיקדונות של הלקוחות בבנק, עלולים לחול שינויים לרעת הלקוחות בכל הנוגע לזכויותיהם בגין או בקשר עם אותו הסכום (כגון, לעניין שיעורי ריבית, הפרשי הצמדה, הפרשי שער, זכויות למענקים או להלוואות, פטור או הנחה ממס הכנסה וניכויים במקור), וכן יהיה הבנק רשאי לנכות מסכומי הפיקדונות עמלות, הוצאות ונזקים שהוא נוהג לגבות בעת שבירת פיקדונות על-ידי הלקוחות".

250. טענתו של הבנק בעניין זה, הנה שלרוב הריבית על היתרה הקרדיטורית נמוכה מן הריבית על היתרה הדביטורית ועל כן, קיזוז כאמור אינו מקפח את הלקוח המצוי במשיכת יתר צוברת ריבית.

251. אין לקבל טענה זו. הפגיעה בלקוח צריך שתבחן מנקודות הראות של החיוב שאת פירעונו הבנק מבקש להקדים, ולא מבחינת הרווח או ההפסד הכולל של הלקוח עקב פירעון שני החובות באמצעות הקיזוז. שהרי אילו רצה הלקוח, יכול היה מלכתחילה להימנע מנטילת אשראי עליו הוא משלם ריבית גבוהה יותר מהריבית שהוא מקבל מהבנק עבור הפיקדון. שיקול הדעת בעניין זה מוקנה ללקוח, והבנק אינו יכול, להצדיק את הפירעון המוקדם בטובתו של הלקוח אשר חוסך עקב כך בתשלומי ריבית. בכל מקרה, עשויים להיות מקרים, בהם ההפסדים ללקוח כתוצאה משבירת הפיקדון קודם זמנו יעלו על הפרשי הרבית.

252. במצב דברים כזה, הבנק אמנם מוכן להתחייב לתת ללקוחות הודעה מראש כדי לאפשר להם להיערך ואולי למצוא אלטרנטיבה לשבירת תכניות חסכון (סעיפים 18.2.1 ו-18.2.2 לחוזה. מתן הודעה כזאת מתחייב אף מהוראות בנק ישראל במסגרת כללי ניהול בנקאי תקין [2] 12/95 הנזכרת לעיל. אולם בעניינו עסקינן בשאלה אחרת, היא השאלה האם הבנק כלל רשאי להקדים את פירעון חובו ללקוח כדי לבצע את הקיזוז.

253. לעניין זה, חלה הוראת סעיף 42 לחוק החוזים (חלק כללי) הקובעת כי "חיוב יכול שיקויים לפני מועדו, ובלבד, שהודיע החייב לנושה על כך זמן סביר מראש והדבר לא יפגע בנושה" (ראה מאוטנר, קיזוז, 504). משמע, במתן הודעה מוקדמת אין די, וצריך שיתקיים גם תנאי נוסף - שהדבר לא יפגע בלקוח. קיזוז אשר כרוך בפירעון מוקדם של חיוב הבנק כלפי הלקוח, תוך פגיעה בלקוח, יש בו משום התנאה, לא רק על הוראת סעיף 53 לחוק החוזים (חלק כללי) אלא גם על סעיף 42 לחוק זה, ויש בו, על כן, כדי להקים חזקת קיפוח. חזקת קיפוח זו עשויה להיסתר במקום שבו הפירעון המוקדם נועד לפרוע חיוב של הלקוח שהגיע מועד פירעונו ולא נפרע על-ידי הלקוח. לצורך כך, חוב שהגיע מועד פירעונו, הוא גם חוב שקם קודם למועד הפירעון עקב הפרה צפויה של הלקוח, או עקב אחת הסיבות המנויות בסעיף 13.22 לחוזה, המאפשר לבנק לעמיד את החוב לפירעון מיידי במגוון רחב של מקרים שחלקם נמנה לעיל. במקום שתנאים אלה אינם מתקיימים, דהיינו, שמועד פירעונו של החוב טרם הגיע, לא על-פי דין וגם לא על-פי החוזה, העמדת החיוב המוטל על הלקוח שמועד פירעונו טרם הגיע עשויה לקפח את הלקוח. חרף האמור, אנו מוכנים להכיר, כפי שהוסבר לעיל, גם במקרים כאלה בזכותו של הבנק להעמיד את החוב לפירעון מיידי על דרך הקיזוז, כאשר קם חשש סביר לאי פירעון החוב. אולם, משמדובר בחשש בלבד, גם אם חשש סביר, לאי פירעון החוב, פירעון מוקדם של חיוב הבנק כלפי

הלקוח, אשר כרוך בגרימת נזק ללקוח, תוך התנאה על הוראת סעיף 42 לחוק החוזים, מקפח את הלקוח. ניתן להסיר את הקיפוח, אם הפירעון המוקדם יותנה בכך שלא ייגרם נזק ללקוח, ואם ייגרם נזק, הבנק ישפה על כך את הלקוח.

254. הסעיף במתכונתו הנוכחית אינו מגביל את כוח הבנק להביא לפירעון מוקדם של הפיקדון, והוא מאפשר פירעון מוקדם על דרך הקיזוז, הן כדי לפרוע חובות של הלקוחות שהגיע מועד פירעונם והן כדי לפרוע חובות שטרם הגיע זמן פירעונם, וזאת גם אם יש בכך כדי לפגוע בלקוח. תנאי זה, לפיכך, מקפח את הלקוח.

הגבלת הקיזוז לחיובים של הלקוח

255. נושא נוסף לגביו נחלקו הצדדים, הוא על אלה חשבונות תחול זכות הקיזוז. אין ספק כי זכות הקיזוז צריכה לחול על כספי הלקוח בלבד ולא על נכס שהופקד על שמו, למשל בנאמנות, ולעניין זה, כמו בנושא העיכבון, יש ליתן ביטוי בחוזה. עם זאת, מתעוררת השאלה, האם ניתן לקיזוז חובותיו של לקוח מזכויות הקיימות בחשבון משותף ללקוח ולאחרים. בעניין זה טוען היועץ המשפטי, כי התוצאה העולה מהחובה בנוסחו הנוכחי, לפיה לקוח שהוא בעל חשבון משותף ישא בחובות של שותפו שאין לו כל קשר אליהם ואין לו שליטה עליהם, אינה סבירה. לפיכך, מבקש היועץ המשפטי להבהיר, כי הקיזוז יחול רק על חלקו היחסי של הלקוח, נגדו מופעלת זכות הקיזוז בחשבון המשותף. גישה זו אכן התקבלה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (מפי כב' השופט בזק) בעניין **טייטלבוים** הנ"ל. גישה זו מקובלת גם על המלומד בן אוליאל (שם, בעמ' 357).

עם זאת, בפסיקת בית המשפט העליון בעניין **גיברשטיין** הנ"ל, התקבלה גישה שונה. באותו מקרה, הבנק קיזוז חובותיה של אישה, שלא חלה עליהם חזקת שיתוף, כנגד יתרה בחשבון החיסכון המשותף לה ולבן זוגה. בית המשפט יצא מנקודת הנחה, כי היחסים בין הבנק לבין בני הזוג הם יחסי מלווה-לווה וקבע כי על-פי סעיף 59 לחוק החוזים, חזקה היא שהחייב יכול לקיים את החיוב (גם בדרך של קיזוז) כלפי כל אחד מן הנושים. חזקה זאת ניתנת לסתירה, למשל, על-ידי התנגדותו המפורשת או המשתמעת של מי מן הנושים, כאשר הנטל לסתור את החזקה מוטל על הטוען לסתירתה. באותו מקרה, בית המשפט למד על קיומה של התנגדות כזאת מעצם תביעתו של הבעל להשיב לו את חלקו בכספים שקוזזו. אמנם, בפסק הדין בעניין **גיברשטיין** בית המשפט היה נכון להקל קמעה בנטל סתירת החזקה, הואיל והיה מדובר בחשבון חסכון. עם זאת בית המשפט ציין, כי לו היה מדובר בחשבון עובר

ושב, בו כל אחד מהשותפים יכול לפעול לחוד ובכוחו של כל אחד מהם לחייב את החשבון, "כי אז רשאי הבנק לפרוע את הסכום כולו לידי כל אחד מן השותפים, וממילא זכאי הוא לקזז כנגד חוב של אחד מהם את יתרת החשבון כולה. על מקרה כזה נאמר, כי "כשם שנטל על עצמו כל שותף את הסיכון שחברו יעשו בחשבון כבתוך שלו כך צריך הוא לקחת בחשבון את האפשרות שכל סכום המצוי בחשבון ייזקף כנגד חוב של השותף האחר."

256. כלומר, ככלל הבנק יכול לקיים את חיובו כלפי אחד מבעלי החשבון, זולת אם נסתרה החזקה כי ביחסים שבין הבנק לבעלי החשבון המשותף הבנק יוכל לקיים את חיובו כלפי אחד מהם. פרופ' דויטש סבור, שסתירת החזקה צריך שתעשה בעת כריתת החוזה, אז נוצרה ההסתמכות המוגנת של הצדדים והמתגבש דפוס היחסים החוזיים, והיא (סתירת החזקה) אינה יכולה להיעשות לאחר כריתת החוזה, למשל, על-ידי הודעה של אחד הנושים לחייב כי הוא אינו מסכים לפירעון החוב לנושה המשותף השני (דויטש, "ריבוי נושים", **דיני חיובים חלק כללי**- בעריכת ד. פרידמן, 375-371). אולם דעה זו נוגדת את ההלכה הפסוקה (ראה גם ע"א 717/88 **רוכורגר חברה לבניין בע"מ נ' מילר**, פ"ד מה(2) 284).

257. האפשרות של סתירת החזקה על-ידי אחד הנושים המשותפים, אינה עולה בקנה אחד עם הוראת הסעיף, המאפשרת לבנק לפרוע את החיוב המשותף על-ידי קיזוז חוב של אחד השותפים ללא הסכמת השותף האחר. אמנם, כאשר מדובר בחשבון עו"ש משותף, עולה מפסק הדין בעניין **גיברשטיין**, שלא ניתן לסתור את החזקה (אלא אם הדבר הותנה בעת פתיחת החשבון) ועל כן הבנק יכול, גם ללא הסכמת בעל החשבון המשותף, לפרוע את הסכום כולו לידי כל אחד מן השותפים בדרך של קיזוז חובו של אותו שותף. אלא, שהסעיף חל, על פניו, לא רק על קיזוז כנגד חשבונות עו"ש משותפים, אלא גם על קיזוז כנגד חשבונות פיקדון משותפים, שאז, על-פי פסה"ד בעניין **גיברשטיין**, ניתן לסתור את החזקה גם בגילוי דעת מאוחר ממועד החוזה. מכאן שהוראת הסעיף מקימה חזקת קיפוח, שלא נסתרה על-ידי הבנק.

258. התוצאה היא שסעיף הקיזוז (סעיף 18) מקפח את הלקוחות במספר היבטים: הוא מאפשר קיזוז גם ללא מתן הודעת קיזוז ובמקרה של קיזוז כנגד חשבון מט"ח, גם ללא מתן הודעה מוקדמת; הוא מאפשר קיזוז חיובים שטרם הגיע מועד ביצועם, גם בהעדר חשש סביר כי הלקוח לא יקיים את התחייבויותיו, ותוך הקדמת קיום חיובי הבנק כלפי הלקוח, תוך פגיעה בלקוח; והוא מאפשר הפעלת זכות הקיזוז לגבי חשבונות שאינם של הלקוח ולגבי חשבונות משותפים, גם במקום שהדין מאפשר

לסתור את החזקה לפי סעיף 59 [לחוק החוזים \(חלק כללי\)](#), תשל"ג-1973. התוצאה היא שאנו מבטלים את הסעיף, ככל שהוא מקפח את הלקוחות בהיבטים האמורים.

סעיף 19 - ערובות ובטוחות

259. סעיף זה מאפשר לבנק לעשות שימוש ב"כל הערובות והבטוחות מכל מין או סוג שהם" עבור חובותיו של הלקוח בכל חשבונותיו:

"ערובות ובטוחות

כערובה לתשלומם המלא והמדויק של כל הסכומים המגיעים או שיגיעו מהלקוחות לבנק בכל חשבון אופן ועילה שהם, ישמשו לבנק כל הערובות והבטוחות מכל מין או סוג שהם, אשר ניתנו או תינתנה, מפעם לפעם לטובת הבנק, על-ידי הלקוחות או על-ידי צד שלישי כלשהו בעבורם.

בכל מקרה שהבנק ייווכח לדעת שנכס נשוא בטוחה כלשהי כאמור, התקלקל, עלול להתקלקל או איבד או עלול לאבד שיעור ניכר מערכו, או שאירע מאורע העלול לפגוע ביכולתו הכספית של ערב כלשהו, אשר ערב כלפי הבנק לסילוק כל או חלק מהסכומים המגיעים או שיגיעו לבנק כאמור, ימציאו הלקוחות לבנק, מיד לפי דרישתו הראשונה, בטוחות או ערובות נוספות, להנחת דעתו של הבנק".

260. היועץ המשפטי טוען, כי אין זה סביר שבטוחה שנותן הלקוח לצורך יתרת חובה בחשבון העו"ש תשמש, באופן אוטומטי, כבטוחה לכל חוב אחר של הלקוח לבנק. לטענתו, על הבנק לקבוע במפורש ערובויות ובטוחות מוגדרות עבור כל חשבון וחשבון או לקבוע מסגרת בטחונות מוגדרת לאותו אשראי. כמו כן, מתנגד היועץ המשפטי לכך שכל הנכסים שיתווספו בעתיד ישמשו באופן אוטומטי כבטוחות להלוואות ואשראים קודמים, שהרי הבנק מתבסס על כלל הנכסים של הלקוח המצויים בבנק בעת מתן ההלוואה והאשראי, ולא על נכסיו העתידיים.

261. הבנק מציין, כי בפרקטיקה ניתנות ללקוח אפשרויות משיכה ואשראי בהתבסס על כלל הבטוחות שיש לו בבנק. לבנק קיימת זכות לשקול את מצב כלל חשבונותיו ובטחונותיו של הלקוח לפני הענקת האשראי, ולהתבסס על כלל הערבויות והבטוחות שלו. הבנק מציין כי קיימת הבחנה בין בטחונות המתקבלים לעסקה ספציפית, המשמשים כבטחון לעסקה ספציפית בלבד, לבין "בטחון קרדיטי" המשמש את הבנק לכל מין וסוג אשראי שהלקוח מעוניין לקבל. אם, כפי שמציע היועץ המשפטי, ייוחדו כל פעם, עם קבלת אשראי, בטוחות מסוימות לכל אשראי בנפרד, הדבר יסבך ויסרבל את הליך קבלת האשראי. לטענת הבנק, השימוש ב"בטחון קרדיטי" עדיף גם מבחינתם של הלקוחות, כיוון שהוא חוסך מהם את הצורך להגיע

לבנק בכל פעם מחדש, לחתום על טפסים חדשים, לשלם דמי ביול וכד'. עוד מציין הבנק, כי במקרה שניתן לבנק "ביטחון קרדיט" הלקוח יכול לקבל אשראי מסוגים שונים ולבצע פעולות שונות במסלולים שונים, כגון אשראי דוקומנטרי, אופציות, שוק המט"ח וכו'. גם את ההסדר על-פיו כספים שיכנסו לחשבון ישמשו אף הם כחלק מהביטחונות לבנק, מפרש הבנק כהטבה ללקוח, שבמסגרתה הוא יכול לאשר ללקוח אשראי בזמן קצר יותר על חשבון כספים שהתקבלו בחשבון.

262. הבנק מנסה לתת לסעיף זה פירוש מצומצם, כאילו מדובר אך במתן בטוחה כללית לכל סוגי האשראי ממנו נהנה הלקוח. אולם קריאת הסעיף כפשוטו מובילה למסקנה אחרת. הבנק מנסה לקבוע בסעיף זה, שכל בטוחה שהיא אשר ימציא הלקוח לבנק תשתמש להבטחת כל חוב שהוא של הלקוח. כלומר נכס שמלכתחילה נועד להבטיח חוב פלוני, עלול להיות ממומש על יד הבנק כדי לפרוע חוב אחר. לסעיף זה אין מקום, כסעיף כללי, בחוזה לפתיחת חשבון עו"ש.

263. לית מאן דפליג, שכל אדם יכול למשכן נכס להבטחת חיוב עתידי. קל וחומר שניתן למשכן נכס כדי להבטיח חיוב שחווה המסגרת (חוזה העו"ש) במסגרתו הוא עתיד לקום כבר קיים. אולם מכאן ועד עיצוב הסדר כללי ומחייב, לפיו ניתן לראות בכל בטוחה כמשכון או שעבוד להבטחתו של כל חיוב שהוא של הלקוח, בעבר או בעתיד, הדרך ארוכה.

264. הדין הכללי הוא כי בטוחה המגיעה לידי הבנק יכולה להבטיח אך את אותו חיוב ספציפי שאת פירעונו היא באה להבטיח. בהיעדר הסכם מיוחד, אי אפשר לייחס בטוחה לחיוב שאותו היא לא באה להבטיח מלכתחילה. משנפרע החיוב בגינו ניתנה הבטוחה, על הבנק להחזירה לידי הלקוח, והוא אינו רשאי לעכבה תחת ידו (למעט במסגרת זכות העיכבון) כדי להבטיח פירעונם של חובות אחרים (בן אוליאל, **ערבות לטובת תאגיד בנקאי ומשכון נכסים נדים וניירות ערך**, 111). הסדר שונה, כמו זה שנקבע בחוזה, יחשוף את החייב-המשעבד לסיכונים גבוהים יותר מאלה שנצפו על-ידי הצדדים מלכתחילה, בעוד שבעל השעבוד יזכה בהגנה יתירה.

חוק המשכון אינו מאפשר להבטיח, באמצעות בטוחה שניתנה להבטחת החוב, תוספת לחיוב המקורי (זולת ריבית, הוצאות ודמי נזק), אלא אם נוצר משכון נוסף על סכום התוספת, לאמור:

7. תחומה של הערובה

(א) המשכון משמש ערובה גם לריבית, להוצאות ולדמי-נזק שנתחייב בהם החייב בשל החיוב ולהוצאות של שמירת המשכון ומימוש, ודינם של כל אלה כדין החיוב; והוא באין קביעה אחרת בהסכם המישכון.

(ב) הוגדל היקפו של החיוב על-פי הסכם בין החייב לבין הנושה, לא ישמש המשכון ערובה ליתרה שנוספה, זולת אם נוצר מישכון נוסף כערובה ליתרה".

הכלל הוא אפוא, כי אין לייחס בטוחה לחוב שונה מהחוב אותו היא נועדה להבטיח מלכתחילה.

265. הדברים דלעיל יפים בהעדר הסכם בין הבנק ללקוחו הקובע אחרת. אין חולק כי הלקוח יכול, בהסכם מיוחד עם הבנק, להעמיד נכס מנכסיו כבטוחה לכל חוב שיחוב לבנק. אפשרות כזאת אינה נשללת גם על-פי סעיף 7(ב) לחוק המשכון. כפי שמסביר זאת המלומד פרופ' י' וייסמן בספרו על חוק המשכון:

"אפשר שהלוואה חדשה לא תהיה בגדר הגדלת היקפו של החיוב המובטח. סעיף 1(ב) לחוק המשכון קובע כי החיוב המובטח יכול שיהיה "עמיד לבוא, מתחדש או מותנה". לפי זה, נושה הרוצה להבטיח לעצמו שהלוואות נוספות אשר ילווה לחייב יוכל ליהנות מדרגת עדיפות של המשכון המקורי שבידו, צריך לדאוג לכך שהסכם המישכון המקורי ינוסח כך שהוא יכלול גם חובות עתידיים שהחייב יחוב לו. כאשר הסכם המשכון כולל גם חובות עתידיים, אין לומר שהלוואה נוספת הניתנת על-ידי הנושה לחייב היא בגדר הגדלת היקפו של החיוב שהובטח במשכון. כאשר המשכון המקורי שועבד מראש להבטחת חיובים עתידיים, היקפו, מעת היווצרו, הוא כהיקף כל החיובים העתידיים שהוסכם עליהם בהסכם המשכון".

(וייסמן, **חוק המשכון תשכ"ז-1967**, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, תשל"ה-1974, 202).

266. הכלל הוא אפוא, שבטוחה יכולה להבטיח רק את החוב שאותו היא נועדה להבטיח מלכתחילה. החרוג הוא קיום הסכם מיוחד בין לקוח לבנק הקובע אחרת. השאלה היא אם ראוי לאפשר לבנק להפוך הסדר מיוחד כזה להסדר כללי הנוהג, ביחסיו עם לקוחותיו, כברירת מחדל, שספק אם ניתן להימלט ממנה, כחלק מחוזה סטנדרטי-אחיד לניהול חשבון.

267. לדעתנו, תנאי כזה, הסוטה מן הדין הכללי, אם יופיע בחוזה האחיד לפתיחת חשבון עו"ש החל על כלל לקוחותיו של הבנק, הוא תנאי מקפח. הקיפוח מתבטא בכפיית הסדר מיוחד, שלכריתתו נדרשת, ברגיל, הסכמה מיוחדת, וזאת כהסדר כללי. הלקוח שמקבל תנאי זה כחלק מהחוזה האחיד, אינו יכול לשקול האם כדאי לו להיחשף לסיכונים יתירים בשעבוד נכסיו לבנק, או שמא עדיף לו לשאת, בהסדרי מימון אלטרנטיביים, בהוצאות מימון גבוהות יותר. הלקוח והבנק יוכלו, אם ירצו בכך, לחתום, בנפרד ולא כחלק מחוזה כללי לפתיחת חשבון, על הסכם המעמיד נכס מסוים כבטוחה לפירעון כל חיוביו של הלקוח. אולם מקומה של תנייה זו לא יכירנה בחוזה הכללי לפתיחת חשבון. הפיכת החרג לכלל מקפחת את הלקוח שמקבל את החרג בלי שנודע לו הכלל.

268. באת כוח היועץ המשפטי לממשלה טענה בסיכומיה, כי תנאי זה בא בגדרן של חזקות הקיפוח הקבועות בסעיפים 4(4) ו-4(6) לחוק החוזים האחידים. אולם דומה שסעיף 4(4) לחוק החוזים האחידים, המקים חזקת קיפוח במקום שבו החוזה מקנה לספק זכות לקבוע או לשנות חיובים מהותיים בחוזה, אינו חל על המקרה שלפנינו. כאן הספק אינו משנה את חיובי הלקוח (לאחר החתמה על החוזה), אלא פועל מלכתחילה לייחוס הערובה לכלל חיוביו של הלקוח. ספק אם ניתן להחיל על התנאי שלפנינו גם את חזקת הקיפוח הקמה מכוח סעיף 4(6) (לא ברור מתוך סיכומי המבקש, לאיזה מהחלופות המנויות באותו סעיף הוא מכוון). על כן, ספק בעינינו אם קמה במקרה זה חזקת קיפוח. הבסיס לפסילתה של התניה לא ימצא אפוא בחזקות הסטטוטוריות, אלא בסעיף 3 לחוק החוזים האחידים, המאפשר לבית הדין לבטל תנאי המעניק יתרון בלתי הוגן לספק. הפיכת החרג לכלל, בלא שניתנה ללקוח האפשרות להשוות בין אופציות שונות לקבלת אשראי, מעניקה לבנק יתרון בלתי הוגן.

269. המסקנה היא, שהסעיף, בנוסחו הנוכחי, מקפח. על כן יש לבטלו.

סעיף 22 - מסירת פרטים ומאגרי מידע

270. סעיף זה קובע כי הפרטים הנמסרים לבנק על-ידי הלקוח לצורך עבודתו יוחזקו במאגרי מידע של הבנק. כמו כן מאפשר הסעיף מסירת מידע על לקוחות, כולל פרטים אישיים ומידע אחר בקשר עם הלקוחות או עסקיהם, על-ידי הבנק לחברות הנמנות עם קבוצת הבנק". זה נוסחו של הסעיף:

"מסירת פרטים ומאגרי מידע

הלקוחות מאשרים כי ידוע להם שעל-פי חוק שיקים ללא כיסוי, התשמ"א-1981 חובה עליהם למסור לבנק פרטי זיהוי אישיים וכי מסירת פרטים אחרים לבנק תלויה ברצונם ובהסכמתם. הפרטים הנמסרים על-ידי הלקוחות לבנק דרושים לו לצורך עבודתו בקשר עם שירות הלקוחות ולצורך קבלת החלטות בדבר מתן השירות, היקפו ואופן נתינתו. הפרטים והנתונים שיימסרו לבנק, יוחזקו, כולם או חלקם, במאגרי מידע, אצל הבנק או אצל גופים העוסקים בצד הטכני בלבד של אותם נתונים עבור הבנק. הלקוחות מסכימים שהבנק יהיה רשאי להעביר את הפרטים והנתונים הנ"ל וכן כל מידע אחר שיהיה בידו בקשר עם הלקוחות ו/או עסקיהם, לחברות הנמנות על קבוצת הבנק, וכן יהיה רשאי לקבל מחברות כאמור את המידע המפורט לעיל".

271. המחלוקת בין הצדדים במקרה שלפנינו נסבה על הזכות שנוטל לעצמו הבנק בחוזה להעביר את פרטי המידע על הלקוח שברשותו לחברות "הנמנות על קבוצת הבנק".

272. היועץ המשפטי טוען כי הסעיף במתכונתו הנוכחית מקפח, שכן הוא מאפשר מסירת מידע שאינה הכרחית ועלולה לפגוע בפרטיותו של הלקוח. לטענתו, יש לאפשר העברת מידע המצוי בידי הבנק בקשר עם הלקוחות או עסקיהם רק למפקח על הבנקים, לפי דרישתו לצורך מילוי תפקידיו, או העברת מידע בתוך הקבוצה הבנקאית לצורך קיום הוראות ניהול בנקאי תקין שמוציא המפקח על הבנקים לשם שמירה על יציבות התאגידים הבנקאיים.

273. הבנק טוען כי הסעיף אינו מתיר העברת מידע ללא הגבלה, אלא רק לחברות הנמנות על קבוצת הבנק. לטענתו, הואיל ומאזן הבנק הוא מאזן מאוחד עם חברות אחרות, לא ניתן להכין מאזן מאוחד זה מבלי להעביר את המידע על הלקוחות לחברות הנמנות על קבוצת הבנק שמאזן מאוחד עם מאזנו של הבנק. עוד נטען שהמידע המתייחס לנתוניו הכלכליים של הלקוח מועבר לשם הערכת רמת סיכון, סיכויי גביה וכד', וזאת רק לצורך מתן שירותים בנקאיים ייחודיים, שפעמים רבות גם הלקוח חפץ בהם, כגון קבלת אשראי, עסקאות ליסינג, משכנתא וכד'.

274. אף שחובת הסודיות של הבנק כלפי הלקוח אינה מעוגנת באופן מפורש בחוק, אין מחלוקת בין הצדדים כי על הבנק מוטלת חובת סודיות לגבי ענייניו של הלקוח. ההנחה המקובלת היא כי מקור החובה נעוץ, בין השאר, בחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, בעקרון תום הלב וביחסי השליחות שבין הבנק והלקוח. (ראה: בן אוליאל, 108). חובה זו נובעת גם מעצם טיבו של החוזה בין הבנק והלקוח ומאופייה של מערכת יחסים שביניהם (ר' Cranston, 183). ענינו של הלקוח הוא שפעולותיו

הכספיות ומצבו הכלכלי לא יהיו נחלת הכלל, והוא נותן אמונו בבנק, כי לא ייתן להם פומבי (רע"א 1917/92 סקולר נ' ג'רבי, פ"ד מז(5) 764, 771, 775).

עם זאת, חובת הסודיות של הבנק כלפי הלקוח אינה חובה מוחלטת, ובנסיבות שונות יש לבנק או אף ללקוח עצמו עניין להעביר לגורמים חיצוניים מידע על מצבו הכספי של הלקוח ועל עסקיו עם הבנק. אך ראוי לזכור, וזו הנה גם נקודת המוצא בדיון שלהלן, כי בכל הקשור ליחסי בנק לקוח, הסודיות היא הכלל ואילו הגילוי הוא החריג.

275. פסק הדין האנגלי המנחה בעניין זה **Touriner v. National Provincial and Union Bank of England**, 1 K.B. 461 [1924] מונה ארבעה חריגים לכלל הסודיות הבנקאית, שבהתקיים אחד מהם רשאי הבנק, או אף שומה עליו, לגלות מידה על לקוחו (ראה: בעניין זה **Cranson, 133-150 Ellinger, 120-122 Paget's** (186-194)).

ראשית, הבנק חייב או רשאי לגלות מידע הנוגע לענייני לקוחותיו כאשר מוטלת עליו חובה חוקית לעשות כן. כך, למשל, חוק שיקים ללא כיסוי תשמ"א-1981 מטיל על הבנק לגלות לאוחז שיק שלא נמצא לו כיסוי את זהותו של המושך או בעל החשבון הנמשך. חריג זה, כפי שמעיר **Cranston** בצדק, הנו חריג מדומה, שכן במקום בו קיימת חובת גילוי, ממילא אין קיום לחובת סודיות. אין מדובר אפוא בחריג, אלא באי תחולת החובה. (**186-187 Cranston**).

החריג השני לחובת הסודיות המוטלת על הבנק, קם במקום שבו קיים עניין ציבורי בגילוי. מדובר במצב שבו הנזק העלול להיגרם לאינטרס ציבורי חיוני עקב אי גילוי גובר על עניינו של הפרט בסודיות. כך, למשל, כאשר קיים חשש שבחשבונו של הלקוח נעשות העברות כספים הקשורות בעסקאות סמים פטור הבנק מחובת הסודיות.

החריג השלישי מאפשר לבנק לגלות מידע אודות הלקוח כדי לשמור על ענייניו הכשרים של הבנק. זהו חריג נדיר שקשה למצוא דוגמאות לשימוש בו. המלומדים **Cranson ו-Paget's, Ellinger** מביאים כדוגמה לשימוש בחריג זה, את פסק הדין **Sunderland v. Barclays Bank Ltd**. פסק דין זה לא פורסם באף מקור רשמי. בהסתמך על המובאות בספרי המלומדים, עולה שבאותו עניין הבנק סירב

לכבד שיקים עקב היעדר כיסוי מספיק, אך לאמתו של דבר, החלטתו של הבנק לחלל את השטרות נבעה מהידיעה כי הם נמשכו לכיסוי חובות הימורים. הבנק גילה לבעלה של המושכת כי השקים נמשכו על עסקני הימורים, ועקב כך הוא נתבע בגין הפרת חובת סודיות. בית המשפט פסק, כי הגילוי נדרש כדי להגן על עניינו הכשר של הבנק בהגנת המוניטין שלו. כמו כן נקבע, כי האישה הסכימה במשתמע לגילוי.

רוב המלומדים מביעים ספק אם הנמקתו של בית המשפט באותה פרשה הייתה עומדת היום. מכל מקום, גבולותיו של חריג זה, שעניינו באינטרס העצמי של הבנק, צרים ביותר.

החריג הרביעי לחובת הסודיות מעוגן בהסכמה משתמעת או מפורשת של הלקוח לגילוי המידע אודותיו. הסודיות היא זכותו של הלקוח, ומשזה הסכים לוותר עליה, הבנק משוחרר מהסודיות. הסכמתו של הלקוח לוותר על הסודיות הבנקאית יכול שתנבע מאינטרס של הלקוח בגילוי מידע פיננסי, למשל, כדי לקבל אשראי או ערבות. אולם במקרה כזה שומה על הלקוח להביע רצונו, במפורש או במשתמע, ולמחול על הסודיות. במקרים כאלה, כאשר מדובר בעסקאות בין הלקוח לבין אחרים, אין מניעה שהצד האחר לאותה עסקה יתנה את ההתקשרות בויתור הלקוח על הסודיות הבנקאית, מה שיפטור את הבנק מהצורך להתנות על כך בחוזה שבינו לבין הלקוח.

276. מטעונו הבנק עולה, כי הוא מבקש להשתית את זכותו לגלות מידע על הלקוח לחברות אחרות הנמנות על קבוצת הבנק, על שני הטעמים האחרונים, דהינו על הסכמת הלקוח וכן על עניין שיש לבנק במסירת המידע.

277. ככל שמדובר בהסכמת הלקוח, נקבע בחוזר מספר 1791-06 מיום 25.12.95 של המפקח על הבנקים, כי "לתאגיד בנקאי אסור להעביר לאדם אחר (לרבות חברות כרטיסי אשראי, ליסינג וניהול תיקי השקעות, בין שהן קשורות לתאגיד הבנקאי ובין אם לאו), מידע אודות לקוחותיו לאדם האחר, אלא אם הסכים לכך הלקוח מראש ובכתב". מידע על לקוח מוגדר בחוזר זה גם כמידע בדבר עצם היותו של אדם לקוח של תאגיד בנקאי מסוים או בדבר יכולתו הכלכלית וטיבו של הלקוח.

278. אשר לצרכיו הלגיטימיים של הבנק, מדובר בטעם היכול להכשיר את הגילוי על-פי דין, גם בלא להיזקק להסכמתו המפורשת של הלקוח. כך עולה מסעיף 18(2)(ג) של חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 הקובע:

"במשפט פלילי או אזרחי בשל פגיעה בפרטיות תהא זו הגנה טובה אם נתקיימה אחת מאלה:
 (2) הנתבע או הנאשם עשה את הגילוי בתום לב באחת מאלה:
 (ג) הפגיעה נעשתה לשם הגנה על עניין אישי כשר של הפוגע".

279. כפי שמציין המלומד פגיט, הגילוי נשוא הדין שלפנינו, הוא הגילוי לחברות הנמנות על קבוצת הבנק, יכול שייעשה בד"כ לשתי מטרות: גילוי לצורכי שיווק או גילוי לשם הגנתן של אותן חברות, למשל מפני התקשרות עם לקוח שמצבו הכלכלי אינו איתן. בקוד הבנקאים הבריטי (Good Banking Code of Practice 1977) נקבע במפורש, שהחריג המכשיר גילוי להגנת עניין כשר של הבנק אינו חל על גילוי למטרות שיווק. הקוד אינו מתייחס לגילוי שנועד להגנה על אינטרסים כלכליים של חברות הנמנות על קבוצת הבנק.

280. בהתייחס לגילוי מהסוג האחרון – שמטרתו להגן על חברות הנמנות על קבוצת הבנק – מציין המלומד Paget's בספרו:

"Consultees to the Jack Committee expressed the view that a free flow of information is necessary to protect banks and other group companies in an age when, with the great expansion of credit in economy, customer default is much more serious problem than formerly. ...

The argument that disclosure is permitted by the third exception depends on treating companies in the same group as having a common commercial interest in being informed about customers who are in default. If there is no common interest, disclosure by a bank to another group company cannot be in the interest of the bank even though it may well be in the interest of the recipient company. It is suggested that there will often be a sufficient common interest to justify disclosure. It is noteworthy that, in marked contrast to the position on disclosure for marketing purposes, the Code contains no restrictions on disclosure for the protection of group interests, even though the matter was identified as an area of concern by the Jack Committee. If the view is taken that such disclosure

is outside the *Tournier* exceptions, it would be appropriate for the third exception to be broadened."

(p. 123-124).

המלומד Paget's מציע אפוא להרחיב את החריג השלישי למצבים בהם לבנק ולחברה מקבוצת הבנק קיים אינטרס משמעותי משותף בתחום המסחרי והגילוי של סוד בנקאי נדרש כדי למנוע נזק (להבדיל ממטרות שיווקיות) לאותו אינטרס.

281. לדעתנו, גילוי מידע לחברות הנמנות על "קבוצת הבנק" אינו בא בגדרו של מידע הנדרש כדי להגן על עניין כשר של הבנק. גם הבנק לא הסביר, כיצד ובאלו מקרים, מסירת מידע כזה, גם אם הוא דרוש לחברות אחרות הנמנות על קבוצת הבנק, נדרש כדי להגן על עניין כשר של הבנק. עניינו של הבנק במסירת המידע צריך להתפרש בצורה זהירה ומצמצמת. עניינו של הבנק משקף הגנה לגיטימית על אינטרסים כלכליים של הבנק, למשל במקרה בו הבנק תובע את הלקוח בגין אי מילוי התחייבויותיו כלפי הבנק במסגרת הסכם אשראי (ראה: בן אוליאל, 126). הדרישה לגלות את המידע לחברות אחרות הנמנות על קבוצת הבנק, אינה הולמת את הפרשנות המצומצמת הניתנת לחריג זה בחוק הגנת הפרטיות.

282. ההנמקה העיקרית שנתן הבנק לגילוי מידע לחברות הנמנות על קבוצת הבנק, הוא כי מאזן הבנק הוא מאזן מאוחד הנערך יחד עם חברות אחרות הנמנות על קבוצת הבנק. לא שוכנענו כי הצורך בהכנת מאזן מאוחד של כל החברות הנמנות על קבוצת הבנק, גם אם ניתן לראות בו אינטרס לגיטימי או "עניין כשר" של הבנק, מצדיק סטייה מחובת הסודיות המוטלת על הבנק ופגיעה בפרטיותו של הלקוח. שהרי לשם עריכת מאזן מאוחד יש צורך בנתונים כללים מצטברים (כמו היקף ההתחייבויות הכללי), אך אין נדרשת לשם כך מסירת נתונים אישיים אודות לקוח זה או אחר.

שיקול נוסף שהזכיר הבנק בהקשר זה נעוץ בצורך להעביר מידע הנדרש, למשל, לחברות כרטיסי אשראי או בהעברת מידע המתבצעת בין הבנק לבין חברות ליסינג או העברת מידע לשם חיקור לקוח לקביעת מסגרת אשראי. בכל המקרים הללו העברת המידע נועדה לקדם אינטרס של הלקוח. על כן הלקוח יוכל לתת אישור ספציפי להעברת מידע למטרה מסוימת לגוף זה או אחר. בכך אין להכשיר הסכמה כוללת וגורפת להעברת המידע מראש.

283. הבנק טוען, כי הלקוחות הנם אנשים בוגרים ועצמאים ומבינים היטב על מה הם חותמים, לכן ההתנאה אינה מקפחת אותם. נימוק זה הוא נימוק "חזק מידי", שכן הוא שולל מלכתחילה כל אפשרות לקבוע שתנאי מתנאיו של חוזה אחיד הוא תנאי מקפח. אין בידינו לקבל טענה זאת גם לגופה. אכן, הלקוחות הם בוגרים ועצמאים וברצותם יוכלו לוותר על הסודיות הבנקאית ממנה הם רשאים ליהנות. לו הלקוחות היו מוותרים על הסודיות הבנקאית בהוראה עצמאית ובלתי קשורה לפתיחת חשבון, אזי לא היינו מוצאים בכך דופי. אולם, כאן הבנק מתנה את פתיחת החשבון בויתור מראש על חובת הסודיות כלפי החברות הקשורות לתאגיד הבנקאי. התנאה כזאת אינה הוגנת ומקפחת את הלקוחות. אם הלקוח יזקק לאשראי או לכל שירות אחר מחברות הקשורות לתאגיד הבנקאי, ואם מצבו הכספי של הלקוח רלוונטי למתן השירות המבוקש, כי אז יוכלו נותני אותם שירותים להתנות את מתן השירותים בויתור על סודיות הבנקאית. בכך לא יהיה כל דופי. אלא שבמקרה שלפנינו נדרש וויתור גורף ומראש על הסודיות הבנקאית, כתנאי לפתיחת חשבון. התנאה כזו אינה נדרשת, ויש בה משום התנאה על חובה שהבנק חב על-פי הדין ללקוחו, מה שמקים חזקת קיפוח על-פי סעיף 4(6) לחוק החוזים האחידים.

284. כפי שנזכר לעיל, המלומד Paget's מציע להרחיב את החרג השלישי למצבים בהם לבנק ולחברה מקבוצת הבנק קיים אינטרס משמעותי משותף בתחום המסחרי והגילוי של סוד בנקאי נדרש כדי למנוע נזק לאותו אינטרס. אולם אם נאמץ דעה זו, החלתו של החרג השלישי במקרה נתון תהא מותנית בהתקיים מספר תנאים: ראשית, צריך שהגילוי ייעשה לחברה מקרב קבוצת הבנק (אשכול חברות) שיש לה אינטרס מסחרי משמעותי ספציפי משותף עם הבנק. האינטרס המשותף לא יכול שיתבטא רק בכך שבין הבנק לאותה חברה אחרת קיימת זיקת בעלות. שנית, צריך שלאותה חברה לא תהא כל אפשרות לקבל את המידע בהסכמה נפרדת ומיוחדת של הלקוח, כגון באמצעות ויתור סודיות נפרד בחוזה אשראי או הלוואה של אותה חברה. אם אותה חברה לא ראתה להבטיח את האינטרס שלה בקבלת המידע בהסכם נפרד עם הלקוח, איננו רואים סיבה לאפשר לבנק להשלים את החסר. שלישית, צריך שיתקיים חשש סביר לגרימת נזק ממשי אם המידע לא ייחשף. רביעית, מקבל המידע יידרש לשומרו בסוד ולהשתמש בו אך למטרה לשמו התקבל.

285. ספק בעינינו אם יימצאו מקרים רבים בהם יתקיימו כל התנאים דלעיל. באותם מקרים בהם יתקיימו תנאים אלה, ספק בעינינו אם נדרש ויתור מפורש של הלקוח, שכן אלה נופלים בגדרו של החרג העוסק בעניין כשר של הבנק בגילוי המידע, שאינו מצריך ויתור מפורש של הלקוח. מכל מקום, מקובל עלינו שתנאי שיאפשר גילוי

לחברה הנמנית על קבוצת הבנק בכפוף לתנאים הנזכרים לעיל, או העברת מידע לצורך קיום הוראות ניהול בנקאי תקין שמוציא המפקח על הבנקים לשם שמירה על יציבות התאגידים הבנקאיים, לא ייחשב כתנאי מקפח.

286. בנוסחו הנוכחי, תנאי זה הנו תנאי מקפח ויש לבטלו.

סעיף 23.1 – הוצאות

287. סעיף 23.1 לחוזה קובע, בין היתר, שכל ההוצאות הקשורות בביול החוזה וכל כל ההוצאות הכרוכות במימוש זכויות לגביית החובות המגיעים או שיגיעו על-פי החוזה, לרבות כל ההוצאות הכרוכות בכל תביעה, יחולו על הלקוחות.

288. במסמך המוסכמות והפלוגתאות הסכימו הצדדים להוסיף, לאחר המלה "הוצאות" את המלה "סבירות". כן הוסכם כי כל ההוצאות הקשורות להליכים משפטיים, ייגבו בהתאם להוראות בנק ישראל.

סעיף 23.2 – מקום שיפוט

289. סעיף זה קובע תניית שיפוט, לפיה מקום השיפוט הייחודי יהיה בית המשפט הקרוב ביותר לסניף בו מתנהל החשבון. זה נוסח הסעיף:

"הבנק והלקוחות מסכימים בזה כי מקום השיפוט הייחודי לכל צרכי כתב זה יהא בית המשפט בעיר הקרובה ביותר לסניף בו מתנהל החשבון/הפיקדון הרלוונטי מבין הערים הבאות: ירושלים, תל אביב, חיפה, באר שבע, נצרת או אילת או – לפי בחירת התובע – בית המשפט הקרוב ביותר לסניף בו מתנהל החשבון".

290. טוען היועץ המשפטי, כי סעיף זה מקים חזקת קיפוח לפי סעיף 4(9) לחוק. על-פי הטענה, יש בסעיף כדי לפגוע בלקוח, הן כתובע והן כנתבע. כתובע, נשללת ממנו הזכות לבחור במקום ההתדיינות לפי החלופות הקבועות בתקנות 3 ו-4 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984. כנתבע, שוללת ממנו התנייה הקבועה בסעיף זה את האפשרות לבקש להעביר את הדיון לבית משפט אחר לפי סעיף 78 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, מטעמי נוחות הדיון. למשל, כאשר מקום מושבו של הלקוח שונה ממקום הסניף בו מתנהל החשבון. מוסיף וטוען היועץ המשפטי, כי בעידן הבנקאות הישירה, שבו השימוש בקווי תקשורת ותחבורה שכיח ביותר, אין הכרח שאדם ינהל את חייו סמוך לסניף הבנק בו יש לו חשבון, חשיבות הסניף הולכת ופוחתת, ועל כן יש לאפשר ללקוח לבחור את מקום השיפוט, בין השאר משיקולי העומס על בתי המשפט. המבחן שראוי לאמץ, לטענת היועץ

המשפטי, הוא מבחן הנוחיות ואין מקום להציב במישור זה דרישות מכבידות מדי. היועץ המשפטי מדגיש, כי במקרה בו בחר הלקוח במקום שיפוט שאיננו סביר במסגרת התביעה שהוא מנהל כנגד הבנק, יכול הבנק לבקש העברת מקום הדיון לפי סעיף 78 הנ"ל.

291. הבנק טוען, מנגד, כי התנאי סביר. שכן הלקוח והבנק קשורים במיקומו של הסניף, וסביר להניח כי בית משפט הקרוב ביותר למקום הסניף הוא המקום המתאים ביותר להתדיינות בין הצדדים. הבנק מדגיש, כי הלקוח הוא שבחר בסניף עמו ביקש להתקשר, ועל כן ראוי לנהל את ההליכים במקום קרוב לאותו סניף. עוד מצייין הבנק, כי העובדות הנוגעות לסכסוך נמצאות, רובן ככולן, בידיעת הפקידים העובדים בסניף, וכי אין זה רצוי להרחיק את הפקידים ממקום עבודתם, לצורך מתן עדות בבית המשפט, דבר העלול לפגוע בניהולו התקין של הבנק ולהעמיס עליו עלויות כבדות, אשר יגולגלו בסופו של דבר על ציבור הלקוחות. הפתרון של הגשת בקשה לנשיא בית המשפט העליון להעברת הדיון לפי סעיף 78 לחוק בתי המשפט, המוצע על-ידי היועץ המשפטי, נטען, בד"כ אינו מעשי. הליך כזה כרוך בהוצאות נוספות, ונשיא בית המשפט העליון מחליט להעביר את הדיון לעתים נדירות ולא בכל מקרה של אי נוחות.

292. לדעתנו, תניית השיפוט שלפנינו אינה מקימה חזקת קיפוח לפי סעיף 4(9). חזקת הקיפוח קמה לפי סעיף זה לגבי "תנאי הקובע מקום שיפוט בלתי סביר, או המעניק לספק זכות לבחור על דעתו בלבד את מקום השיפוט או הבוררות שבהם יתברר הסכסוך". בענייננו, לא נקבע בהסכם מקום שיפוט ייחודי בבית משפט מסוים (והשווה לעניין **סלקום** לעיל, בעמ' 15), אלא נקבע שמקום השיפוט הייחודי יהיה במקום הקרוב לסניף הבנק בו מתנהל חשבון הלקוח.

293. לאחרונה נדונה הסוגיה בפסק הדין ברע"א 188/02 **מפעל הפיס נ' כהן**, פ"ד נו(4) 473 בית המשפט, מפי כבוד השופט ריבלין, דחה את המבחן הנוחיות כמבחן עיקרי והציב את מבחן ההרתעה מהגשת התביעה כמבחן קיפוח ראשי, כאשר לצידו עומד מבחן הנוחיות כמבחן משני. לפי מבחן ההרתעה, אשר הוצע לראשונה על-ידי כב' השופט טירקל בב"ש בבר"ע (ב"ש) 16/90 **דרעד בע"מ נ' שחר**, פס"מ תש"ן(3) 133, תניית שיפוט תחשב למקפחת אך אם יש בה כדי להרתיע את בעל הדין מלממש את זכויותיו.

יחד עם זאת, גם לפי מבחן הנוחיות המקל, המוצע על-ידי היועץ המשפטי, אין בסעיף זה, לטעמנו, כדי להקים חזקת קיפוח. ברובם המכריע של המקרים ניהולו של הליך משפטי בסמוך למיקום הסניף בו מתנהל החשבון יהיה נוח, הן לבנק והן ללקוח. ראוי גם להדגיש, כי תניית השיפוט הקבועה בהסכם עשויה להתיישב עם ארבע מתוך חמש החלופות הקבועות בתקנה 3 לתקנות סדר הדין. זאת, משום שבד"כ הסניף שבו מנהל הלקוח את עסקיו נמצא בעיר מגוריו או במקום ניהול עסקיו, הנו מקום יצירת ההתחייבות של הלקוח, המקום שנועד לקיום ההתחייבות או מקום המעשה או המחדל שבשלו תובעים, כאמור בסעיפים קטנים 1,2,3, ו-5 לתקנה 3 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984. במצב כזה מקום השיפוט הנקבע בהסכם לא יכול להיחשב בלתי סביר (ר' לוסטהויז ושפניץ **לעיל**, 100).

עוד ראוי לציין, כי סעיפים דומים בחוזים אחידים אשר קבעו סמכויות שיפוט ייחודיות בבית המשפט הקרוב למקום יצירת ההתחייבות או מיקום הנכס אושרו בבית הדין. (כך, בסעיף 24 לחוזה שאושר בתח"א 7/91 **מי ערד חברה להנדסה, פיתוח ובניין**, נקבע כי בית המשפט בעל הסמכות המקומית יהא בית המשפט הקרוב ביותר לדירה. בסעיף 22 לחוזה שאושר בתח"א 15/87 **ישראלכרט**, אושר סעיף שקבע כי בית משפט בעל הסמכות המקומית הקרוב ביותר למקום חתימת החוזה יהיה גם בעל סמכות שיפוט יחודית, ראה: לוסטהויז ושפניץ **לעיל**, 416).

294. מעבר לכך, כפי שכבר נזכר, אין זה מתפקידו של בית הדין לערוך עבור הצדדים חוזה חדש, המאזן את האינטרסים של הספק והלקוח בצורה מיטבית. בית הדין גם אינו מופקד על עיצוב החוזה הטוב ביותר ללקוח. תפקידו של בית הדין להסיר תניות מקפחות, ואם התניה אינה מקפחת, שהוא המצב לגבי התניה נושא הדיון, אין מקום לבטלה, גם אם מבחינת הצרכן ניתן היה להציע תניה טובה יותר.

295. לאור האמור, אנו דוחים את טענות היועץ המשפטי כי התנאי שלפנינו הנו תנאי מקפח. לדעתנו, גם תיקון סעיף 4(9) לחוק החוזים האחידים מיום 2.6.04 אינו משנה ממסקנה זו.

סעיף 23 - התדיינות שיזם צד שלישי

296. סעיף זה דן בשני עניינים הקשורים בהתדיינות שיזם צד שלישי.

סעיף 23.3.1 - הוצאות עקב התדיינות או עקב דרישה של צד שלישי

297. עניינו של סעיף זה בהוצאות הבנק עקב התדיינות או דרישה שיזם צד שלישי נגד הלקוח ונגד הבנק, כמחזיק בנכסי הלקוח.

בעניין זה נקבע בחוזה כי הלקוח ישפה ויפצה את הבנק על הוצאות סבירות שיגרמו לו בשל הליך משפטי שיפתח נגדו צד ג' בקשר לחשבון הלקוח או בשל דרישה שתוגש לו בקשר לכך. כך קובע סעיף 23.3.1 להסכם:

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

298. לטענת היועץ המשפטי, אין מקום להטיל ההוצאות על הלקוח מראש, אלא הדבר צריך להיות מוסדר במסגרת ההליכים המתנהלים בבית המשפט. לטענתו, מדובר בסעיף גורף העולה כדי חזקת קיפוח והמקנה לבנק יתרון בלתי הוגן.

299. לעומתו, טוען הבנק כי סעיף זה דן בסיטואציות בהן הבנק נגרר כצד להליך לא לו, אין לו אינטרס עצמי בהכרעה במחלוקת שבין הצד השלישי והלקוח, וההוצאות נגרמות לו עקב מעשי הלקוח עצמו. מדגיש הבנק כי חובת השיפוי של הלקוח חלה לגבי הוצאות סבירות בלבד, ובכך אין משום קיפוח או הענקת יתרון בלתי הוגן לבנק.

300. היועץ המשפטי מבקש ללמוד לעניין שלפנינו היקש מפסק הדין בע"א 568/88 **חברת בית יהונתן בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד מה(2) 385, שבו נפסלה תניה שקבעה, כי בכל מקרה של נקיטת אמצעים על-ידי הספק כנגד הלקוח ישא הלקוח בכל ההוצאות המשפטיות והאחרות שהיו לספק. בית המשפט קבע כי מדובר בתנאי מקפח בעל אספקט עונשי וכי "המערערת לע העלתה כל נימוק שיש בו כדי להצדיק סטייה מהכלל הרגיל הקובע שצד מפסיד נושא בהוצאות משפט בשיעור שקובע בית המשפט".

301. המקרה הנדון באותו פסק דין שונה מענייננו, במובן זה שכאן אין מדובר בהתנאה על קביעה בהליך משפטי המתנהל בין הבנק לבין הלקוח, אלא בהליך המתנהל, בעיקרו, בין הלקוח לבין צד ג' או בין הלקוחות לבין עצמם, שלבנק אין בו אינטרס ישיר.

302. לעניין זה יש להבחין בין הוצאות התדיינות לבין הוצאות אחרות. התנגדות היועץ המשפטי לסעיף זה נסבה רק על הוצאות התדיינות, אך אלה רלבנטיות רק במקום שבו הבנק נטל חלק פעיל בהתדיינות. אולם, הסעיף אינו עוסק רק בהוצאות התדיינות, אלא גם בהוצאות אחרות, שהן, בעיקרן, הוצאות אדמיניסטרטיביות, גם אם הן קשורות להתדיינות. כאלה למשל, הן הוצאות הבנק בגין משלוח אישור לבית המשפט, בהליכי עיקול נגד הלקוח, שהוא מחזיק בנכסי הלקוח. הוא הדבר במתן הודעה למבקש מימושה של ערבות בנקאית (שהוצאה לבקשת הלקוח) שהדרישה אינה עומדת בתנאי הערבות. הוצאות אלה, גם אם הן קשורות להתדיינות בין הלקוח לבין צדדים שלישיים, אינן כשלעצמן הוצאות התדיינות. בית המשפט גם לא יפסוק לזכות הבנק הוצאות משפט, אם מעורבותו בהתדיינות התמצתה במשלוח הודעה כי הוא מחזיק או אינו מחזיק בכספים השייכים ללקוח.

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

304. המצב שונה לגבי הוצאות התדיינות. כפי שהבנק עצמו מציין, מדובר בהתדיינויות שאין לו בהן אינטרס עצמאי משלו. כאלה הן גם הדוגמאות שהביא הבנק בסיכומיו. האחת, עניינה בסכסוך בין לקוח של הבנק שהמציא ערבות בנקאית שהוצאה לבקשתו על-ידי הבנק לבין צד שלישי, לגבי ההצדקה שבדרישת הצד השלישי מהבנק לפרוע את הערבות. האחרת - סכסוך בין הלקוח לבין צד שלישי לגבי הבעלות על כספים מסוימים הנמצאים בבנק. בשני המקרים ונראה שגם באחרים, מדובר בהתדיינויות שלבנק אין בהן עניין. בכל המקרים האמורים, בהעדר מעורבות ממשית ועצמאית של הבנק בהתדיינות, איננו רואים מדוע הבנק צריך להיגרר להתדיינויות מסוג זה, ומדוע הוא אינו יכול להסתפק, כמקובל, במתן הודעה כי אין לו עניין בסכסוך שבין הצדדים וכי יכבד כל החלטה שתיתן על-ידי בית המשפט. הוצאות הבנק בגין מתן הודעה כזאת, כפי שכבר נאמר, אינן בגדר הוצאות התדיינות, והוא ישופה עליהן במסגרת ההוצאות מהסוג הראשון. אם, לעומת זה, לבנק תהיה סיבה מיוחדת להתערב באופן פעיל בהליך המשפטי, כי יש להניח שהדבר ייעשה במקום שבו לבנק יהא אינטרס משלו באותה התדיינות. אולם, במקרה כזה, אנו סבורים שאין סיבה להטיל על הלקוח מראש את הוצאות ההתדיינות, תוך חריגה מהכלל לפיו הוצאות אלה נקבעות, ככלל, על-ידי בית

המשפט. תניה כזאת מטילה את מרב הסיכונים על הלקוח, והיא מתעלמת מכך שגם לבנק יש עניין בהתדיינות זו.

305. התוצאה היא שהסעיף מקפח, ככל שהוא מתייחס להוצאות התדיינות, אך אין בו כדי לקפח את הלקוח בהתייחס להוצאות אחרות.

סעיף 23.2.2 - סעדים עצמיים בהתדיינות עם צד שלישי

306. עניינו של סעיף 23.2.2 לחוזה, בזכויות שמבקש הבנק להקנות לעצמו במקרה של התדיינות כזאת עם צד שלישי, בכלל זה מניעת הלקוחות מלעשות כל פעולה בכספם. זו לשון הסעיף:

"...23.3.2 בכל מקרה שיוגשו או יינקטו נגד הבנק הליכים כלשהם או תביעות או דרישות כאמור בסעיף קטן 23.3.1 לעיל, הבנק יהיה רשאי לנקוט בכל הצעדים שימצא לנכון ובכלל זה למנוע מהלקוחות כל פעולה בכספי החשבונות/הפקדונות או חשבונות ופקדונות אחרים כלשהם של הלקוחות בבנק או בחלק מהם. הלקוחות ישפו ויפצו את הבנק בעד כל הפסד, נזק או הוצאה סבירים (ובכלל זה שכר טרחת עורך דין של הבנק) שיגרמו לבנק כתוצאה מנקיטת צעדים כאמור".

307. גם כאן מקובלת עלינו טענת היועץ המשפטי שהסעיף מקפח את הלקוחות. אם צד שלישי שפתח נגד הלקוח בהליכים משפטיים ביקש וקיבל מבית המשפט צווי עיקול, צווי מניעה צווי עקיבה או כל צוו אחר שהוא, ברור שעל הבנק לכבד צוויים כאלה. אולם, במקרה שלא ניתנו צוויים כאלה על-ידי בית המשפט, איננו רואים הצדקה להגביל את חופש הפעולה של הלקוח בחשבונותיו. הבנק גם לא הסביר בסיכומיו, מה טעם ראה לקבוע בחוזה הגבלה כזאת. מובן שבכך אין כדי למנוע מהבנק עצמו לפנות לבית המשפט, למשל בהליך של טען ביניים, ולבקש מתן צוויים זמנים מכל סוג שהוא.

סעיף 23.5 - פיצול תביעות

308. סעיף 23.5 לחוזה, מאפשר לבנק לפצל את תביעותיו בהליך משפטי נגד הלקוח כדלקמן:

"הבנק יהיה רשאי לפצל את תביעותיו לפירעון הסכומים המגיעים או שיגיעו לו מהלקוחות, בין אם הם נובעים מעילות אחדות ובין

אם הם נובעים מעילה אחת, ולתבוע פירעון סכומים אלה חלקים חלקים, באופן שכל חלק ישמש בידי הבנק עילת תביעה נפרדת ובלתי תלויה בכל חלק אחר".

309. היועץ המשפטי טוען, כי בהוראת סעיף זה, המאפשרת פיצול סעדים בשונה מסדרי הדין הרגילים, יש משום קיפוח הלקוחות לפי סעיפים 4(6) ו-4(8) לחוק.

על-פי הטענה, הפיצול עלול לגרום להטרדה מיותרת של הלקוח, כמו גם לריבוי התדיינויות בגין עילות זהות. אמנם, ניתן להתנות, בהסכמת הצדדים, על תקנות סדרי הדין, אך בהתניה גורפת מעין זו על סדרי דין בחוזה אחיד, לא ניתן לראות משום הסכמה אמיתית של הלקוח.

310. הבנק טוען שאין מניעה מלהתנות, בהסכמת הצדדים, על סדרי הדין האזרחיים. עוד מציין הבנק, כי הסעיף מיטיב עם הלקוח, כיוון שהוא מאפשר לבנק להגיש תביעה כנגד הלקוח בעילה ספציפית רק בגין חלק מסכום התביעה, כאשר הוא סבור כי אין ביטחון בכך שבידי הלקוח אמצעים מספיקים לשאת בתשלום החוב כולו. הבנק מדגיש כי אין לו כל כוונה או יתרון בניהול הליכים כפולים או בהטרדת הלקוח, ובכל מקרה חלה עליו חובת השימוש בזכות החוזית בתום לב.

311. ככל שמדובר בפיצול תביעות שכל אחת מהן מתייחסת לעילת תביעה שונה, לבנק נתונה הזכות הדיונית לעשות כן על-פי דין. הוא הדבר בפיצול תביעות בגין תשלומים תקופתיים. שהרי כל תשלום כזה מקים עילת תביעה נפרדת, ועל כן ניתן לתבוע בגינו בנפרד, ללא קבלת רשות פיצול (ראה ע"א 68/55 **תעשיות א"י לנחישת נחישתן בע"מ נ' לובן בע"מ**, פ"ד י 1298, 1301). ככל שהוראת הסעיף מתייחסת לפיצול מהסוגים האמורים, אין בה, לפיכך, לקפח את הלקוחות.

312. אלא שהבנק נקט בחוזה לשון "פיצול תביעות", מונח שאינו ברור כל צרכו, והוא יכול שיתייחס, הן לפיצול תביעות ביחס לאותו סעד, והן לפיצול סעדים הנובעים מאותה עילה.

פיצול תביעות הנובעות מאותו הסעד, היינו הגשת תביעה רק בגין חלק מהסעד המוקנה לבנק על-פי החוזה, נוגד את תקנה 44 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד - 1984 הקובעת:

"תובענה תכיל את מלוא הסעד שהתובע זכאי לו בשל עילת התובענה".

גם פיצול סעדים שונים הנובעים מאותה עילת תביעה, נאסר בתקנות, אלא שלגבי פיצול כזה ניתן לקבל אישור בית המשפט, כקבוע בתקנה 45:

"מי שזכאי לסעדים אחדים בשל עילה אחת, רשאי לתבוע את כולם או מקצתם; אך אם לא תבע את כולם, לא יתבע אחרי כן כל סעד שלא תבעו, אלא אם כן הרשה לו בית המשפט שלא לתבעו".

313. האיסור על-פיצול תביעות, הן בגין אותו סעד והן בגין סעדים שונים, מבוסס על שני אינטרסים. האינטרס האחד הוא זה של הנתבע "שלא יהא זה מן הדין להציק לנתבע פעמים רבות בשל עילה אחרת" (זוסמן, סדר הדין האזרחי, מהדורה שביעית, עמ' 169). האינטרס השני הוא אינטרס הציבור, שנועד למנוע הטרדתו של בית המשפט בתביעות רבות סביב אותה עילה. (ראה: ע"א 532/86 המועצה לייצור ולשיווק של פרחי נוי נ' פרחי שומרון סלע בע"מ, פ"ד מג(1) 252).

314. סעיף 23.5 לחוזה מתיימר להתנות על הוראות אלה שבתקנות סדר הדין האזרחי, ולמנוע הקמת טענת השתק עילה (בהעדר היתר מבית המשפט לפיצול סעדים) ועל כן הוא מקים את חזקת הקיפוח המנויה בסעיף 4(8) לחוק החוזים האחידים, בהיותו "תנאי השולל או המגביל את זכות הלקוח להשמיע טענות מסוימות בערכאות משפטיות".

315. הבנק לא סתר חזקה זו ולא הצביע על אינטרס לגיטימי שלו המצדיק פגיעה כה קשה וגורפת בזכויות הדיוניות של כלל לקוחותיו וכלל המקרים שיתעוררו בעתיד.

איננו מקבלים את טענת הבנק, לפיה הסעיף הוא לטובת הלקוח, שכן הוא מאפשר לבנק להגיש תביעה בגין חלק מהסכום המגיע בעילה ספציפית וזאת במקרה שאין בטחון שללקוח יש אמצעים לשאת בתשלום החוב כולו. הסעיף אינו לטובת הלקוח, שכן הבנק שומר לעצמו, בכל מקרה, את הזכות להגיש תביעה נוספת נגד הלקוח על מותר הסכום. הסעיף ודאי שאינו תואם את האינטרס הציבורי להימנע מריבוי התדיינויות סביב אותה עילת תביעה.

אין כמובן כדי לשלול מהבנק את הזכות להגיש לבית המשפט בקשה לפיצול סעדים, ובהתקיים טעמים ראויים, הדעת נותנת כי בית המשפט ייעתר לבקשה כזאת. אך

איננו סבורים שראוי להכשיר פיצול כזה, באופן גורף ומראש במסגרת חוזה אחיד. הוא הדין, מקל וחומר, בניסיון להכשיר פיצול סעד באופן שיאפשר לתבוע את הסעד בחלקים, זכות שהדין אינו מכיר בה, גם על-פי אישור בית המשפט.

316. לפיכך, אנו קובעים כי תנאי זה הוא תנאי מקפח, שיש לבטלו.

סעיף 25 - שותף לחשבון שלא חתם על מסמכי פתיחת החשבון קודם לפטירת שותפו

317. סעיף זה עוסק במצב בו צורף אדם לחשבון משותף, מבלי לחתום על מסמכי הבנק, ולאחר מכן נפטר שותפו, והוא קובע:

”פתיחת חשבון משותף עם אדם נוסף ביקשו הלקוחות לפתוח חשבון/פקדון על שםם תחת מספר הלקוח הנזכר לעיל, יחד עם אדם נוסף שטרם חתם על המסמכים הנדרשים על-ידי הבנק לצורך כך, אזי במקרה של פטירת האדם הנוסף או אחד מהלקוחות, ייחשב האדם הנוסף כאחד מהלקוחות (למעט אחריותו לחובות שבחשבון כל עוד לא חתם על המסמכים האמורים).”

318. על-פי הוראה זו, חרף העדר חתימה של אחד השותפים לחשבון (להלן האדם הנוסף) קודם לפטירתו של השותף האחר, יחשב האדם הנוסף לקוח של הבנק, למעט אחריותו לחובות שבחשבון.

319. היועץ המשפטי טוען, כי אין מקום לכך שאדם יחשב כבעל חשבון, גם אם לצרכים מסוימים בלבד, כאשר לא חתם על החוזה, ואף אין זה בטוח שהוא כלל יודע על קיומו. לטענתו, אף שהאדם הנוסף אינו אחראי לחובות בחשבון, קיימים חיובים נוספים על-פי החוזה, שלכאורה אותו אדם מחויב בהם, גם כאשר הוא אינו יודע על כך שהוא בעל החשבון. מוסיף היועץ המשפטי וטוען, כי השאלה אם מדובר בחוזה לטובת אדם שלישי, צריך שתוכרע על-פי הדין הכללי ולאור נסיבותיו הספציפיות של כל מקרה לגופו, ואין מקום לקבוע לעניין זה הוראה כללית וגורפת מעין זו, המתערבת ביחסים שבין לקוחות הבנק לבין עצמם. היועץ המשפטי מבקש ללמוד לעניין זה מפסק הדין בת.ח.א 7/87 **בנק יהב לעובדי המדינה נ' היועץ המשפטי לממשלה**, שם שונה הסכם שבו אישר הלקוח כי יחולו עליו הוראות שונות מתוך חוזה אחר אשר תוכנו לא הובא לידיעתו. לטענת היועץ המשפטי, הסעיף שלפנינו קיצוני אף יותר, כיוון שהוא מחיל את הוראות החוזה על לקוח אשר ייתכן שכלל אינו מודע לקיומו או לתוכנו של החוזה.

320. הבנק טוען, כי המצב המתואר בסעיף מהווה למעשה חוזה לטובת צד ג', שנועד להיטיב עם אותו אדם. עוד מדגיש הבנק, כי מדובר במקרה מיוחד, שבו נוצרת בעיה לאחר פטירתו של אחד מהלקוחות שעל שםם נפתח חשבון משותף בלא שהלקוח האחר הספיק לחתום על מסמכי הבנק, ובמקרה זה בלבד. הבנק מציין כי סעיף זה אף תואם את רצון הלקוחות כפי שהוא בא לידי ביטוי בחיי המעשה ואין בו כדי להעניק כל יתרון לבנק. מה גם שהאדם הנוסף לא יהיה אחראי לחובות החשבון, אלא אם חתם על מסמכי הבנק.

321. לדעתנו, אין בהוראה זו כדי לקפח את האדם הנוסף, שטרם חתם על מסמכי הבנק, משום שהוא אינו מחויב על-פי חוזה שעליו הוא אינו חתום. כלל גדול הוא כי זכין לאדם שלא בפניו, אך אין חבין לו אלא בפניו. לפיכך, הלקוח והבנק אינם יכולים לכבול צד שלישי (האדם הנוסף) לחוזה. עם זאת, אין מניעה מלזכות את אותו אדם בזכויות כאלה או אחרות. פעולה כזאת אינה נוגדת את הדין, בהיותה חוזה לטובתו של צד שלישי, ואף אינה מקפחת מי מהלקוחות.

322. אולם לדעתנו הוראה זו עשויה לקפח את הלקוח שחתם על מסמכי הבנק. החוזה מתייחס, בהקשר זה, לשתי סיטואציות. האחת, בה נפטר הלקוח שחתם על מסמכי הבנק והשנייה, בה נפטר האדם האחר, שטרם חתם על מסמכי הבנק. בשני המקרים יכול שתעלה שאלת גורלם של הכספים שהופקדו בחשבון והאם יש לזכות בהם את האדם האחר, למרות שטרם חתם על מסמכי הבנק. התשובה לשאלה זו אינה ברורה על פניה, וצריך שתחתך לפי נסיבותיו של כל מקרה ומקרה. ההוראה שלפנינו, למעשה, הופכת את ההוראה שניתנה לבנק על-ידי הלקוח שחתם על המסמכים – לשתף בפיקדון את האדם האחר – להוראה בלתי חוזרת. זאת, כאשר כלל לא ברור שמדובר בחוזה לטובת צד שלישי ושהאינטרס של האדם האחר שטרם חתם מצדיק להותיר את ההוראה על כנה חרף פטירתו של הלקוח שחתם על מסמכי הבנק. לאור כך אנו סבורים שתנאי זה מקפח את הלקוחות. עצם העובדה שקביעת הסדר כזה, תואמת בד"כ את רצון הלקוחות או שיש בו כדי לפשט את הפתרון במצב דברים בעייתי מסוג זה, אין בה די כדי להסיר את הקיפוח. ראוי שהפתרון למצב דברים זה ייקבע, בין על-ידי הצדדים ובין על-ידי בית המשפט, בכל מקרה על-פי נסיבותיו.

סעיפים 26 ו- 29 סיפא- מידע לאומי

323. סעיפים אלו עוסקים בגילוי מידע ללקוחות והם קובעים כדלקמן.

26" מידע לאומי

האמור להלן יחול בכל מקרה שהבנק יאפשר ללקוחות לקבל מידע באמצעות מידע לאומי, אלא אם הלקוחות יבקשו שההסדר האמור להלן לא יחול עליהם.

באמצעות מסופי מחשבים המוצבים בסניפי הבנק לשרות עצמי של הלקוחות (להלן - 'מידע לאומי') יוכלו הלקוחות לקבל הודעות לגבי פעולות שונות שיבוצעו בחשבונותיהם/פקדונותיהם, בסמוך למועד ביצוען של אותן הפעולות, וזאת על-ידי הקשה במקש מיוחד או בכל מקרה שבו יעשו שימוש כלשהו ב'מידע לאומי', וכי הודעות שיוצאו ב'מידע לאומי' לא יישלחו למען הרשום אצל הבנק לצורך משלוח הודעות.

אולם הודעות כאמור שלא יוצאו במשך תקופה מסוימת באמצעות 'מידע לאומי', יישלחו למען האמור ושוב לא ניתן יהיה לקבלן באמצעות 'מידע לאומי'.

באותם מקרים שיוצא באמצעות 'מידע לאומי' דף חשבון המתייחס לחשבון או לחשבון במט"ח של הלקוחות ושוב יופיעו יותר ממספר פעולות כפי שיקבע על-ידי הבנק מפעם לפעם לגבי אותו חשבון, לא יישלח למען האמור דף חשבון בגין אותן פעולות. הלקוחות יבדקו את רציפות המיספור בין דפי החשבון שיוצאו ב'מידע לאומי' לבין דפי החשבון שיישלחו למען הנ"ל, בגין כל חשבון שוטף כאמור. כמו כן ידוע ללקוחות שבכל מקרה ההודעות על ביצוע הפעולות שיוצאו באמצעות 'מידע לאומי' או שיישלחו למענם הרשום, יודפסו באופן מרוכז על דף אחד".

29. מען להמצאת דברי דואר

מען הלקוחות לצורך המצאת דברי דואר, לרבות כתבי בית דין והודעות והתראות עפ"י חוק שיקים ללא כיסוי, התשמ"א – 1981 הוא המען שצויין בבקשה לפתיחת החשבון/הפקדון הרלוונטי כמען להמצאת דברי דואר, או כל מען אחר בישראל שהלקוחות יודיעו עליו לבנק בכתב, על גבי טופס של הבנק שהעתק שלו החתום על-ידי הבנק ימסר ללקוחות, או בדואר רשום אשר הבנק אישר קבלתו ללקוחות בכתב.

כל הודעה, דרישה, העתק חשבון או מסמך אחר מסוג כלשהו (ובכלל זה מסמך סחיר כלשהו) רשאי הבנק לשלוח או למסור ללקוחות בדואר רגיל או באופן אחר, לפי בחירתו (לרבות באמצעות מכשיר אוטומטי או מסוף של מחשב), ואם נשלח מסמך כאמור ללקוחות בדואר רגיל לפי מענם כנ"ל, הוא יחשב כאילו נתקבל על-ידי הלקוחות תוך 72 שעות ממועד המשלוח. אישור בכתב של הבנק על דבר משלוח או מסירה כלשהם ומועדם ישמש הוכחה לכאורה כלפי הלקוחות על המשלוח, המסירה והמועד הנזכרים בו".

324. לטענת היועץ המשפטי, סעיפים אלו נוגדים את כללי הבנקאות (שירות ללקוח) (גילוי

נאות ומסירת מסמכים), התשנ"ב–1992, כיוון שלא עולה מהם באופן ברור כי על הבנק מוטלת חובה לפי כללי הגילוי הנאות לשלוח מידע מסוים ללקוחות, אלא משתמע מהם כי הדרך המרכזית לגילוי המידע היא באמצעות שליפתו ממסופי המחשב על-ידי הלקוח. כמו כן, טוען היועץ המשפטי כנגד החובה המוטלת בסעיף זה על הלקוחות לעקוב אם כל המידע הגיע אליהם, על-ידי בחינת רציפות

ההודעות. לטענת היועץ המשפטי יש בסעיפים אלו כדי להקים חזקות קיפוח לפי סעיף 4(1) ו-4(6).

325. הבנק טוען, כי האמור בסעיפים אלו תואם במדויק את האמור בכללי הגילוי הנאות. דהינו, הלקוחות יכולים לבחור בין הוצאת מידע ממסופי המחשב, ואם עשו כן, הודעות אלה לא ישלחו אליהם על-ידי הבנק. באשר להטלת חובה על הלקוחות לבדוק את רציפות המספור בין דפי החשבון, טוען הבנק כי הוראה זו הכרחית, כיוון שבבנק קיימת מערכת אוטומטית אשר שולחת ללקוחות את כל המידע החייב בגילוי. הטלת חובה על הבנק לבדוק בכל חשבון וחשבון אם נפלה טעות במערכת זו, אינה סבירה, בעוד שלקוח, המוציא את דפי החשבון ממסופי המידע ומקבל את דפי החשבון באמצעות הדואר, יכול לוודא ביתר קלות האם קיים קשר רציף בין הדפים.

326. סעיף 30 לכללי הגילוי הנאות דלעיל קובע את חובתו של הבנק לשלוח דפי חשבון ללקוח כדלקמן:

"תאגיד בנקאי ישלח אחת ל – 6 חודשים לפחות, לכל לקוחותיו פירוט התנועות בכל חשבון שלהם (להלן – דף חשבון), לאחר מספר פעולות שקבע, ובלבד שלא יעלה על 40 פעולות, ואלם לא יהיה תאגיד בנקאי חייב לשלוח דף חשבון בתדירות העולה על אחת לחודש".

סעיף 31 לכללים קובע כי:

"תאגיד בנקאי המאפשר ללקוחותיו לקבל הודעה או דף חשבון באמצעות מסוף של מחשב, והלקוח אכן קיבל את כל המידע באמצעות המסוף לפני היום שבו על התאגיד הבנקאי לשלוח לו הודעה או דף חשבון בהתאם לכללים אלה, לא יהיה חייב להודיע או לשלוח דף חשבון לאותו לקוח".

מכאן, שקבלת המידע באמצעות מסוף מחשב הבנק פוטרת את הבנק, על-פי כללים אלה, מלשלוח ללקוח את דף החשבון. הכללים והחווה מתווים למעשה את אותו הסדר: כאשר הלקוח מקבל מידע באמצעות מסופי המידע, הבנק אינו חייב לחזור ולהעביר ללקוח את אותם הנתונים גם באמצעות הדואר. הסדר זה חוסך סרבול וכפילות, ובהיותו תואם את הכללי הגילוי הנאות, אין בו פגם.

327. אמנם, מקובלת עלינו טענת היועץ"ש, כי הוראות אלה אינן מביאות לידי ביטוי ברור וחד משמעי את חובת הבנק, על-פי כללי הגילוי הנאות, לשלוח ללקוח דף חשבון. עם זאת, עצם העדר האזכור לעניין זה בחווה, אינו עולה כדי קיפוח, אלא

אם מהחווה משתמע שהבנק פוטר עצמו מחובה זו. פטור כזה אינו עולה, לדעתנו, מהוראות סעיפים אלה. זאת לאור הקביעה המפורשת שבסעיף 26 לחווה, לפיו דף החשבון לא יישלח על-ידי הבנק ללקוח, רק באותם מקרים בהם יוצא על-ידי הלקוח באמצעות דף החשבון באמצעות "מידע לאומי".

328. אשר להטלת חובה על הלקוח לבדוק את רצף ההודעות המתקבלות על ידו בין במסופי המחשב ובין אם באמצעות הדואר, כאן אנו סבורים שהוראת הסעיף אכן עשויה להשתמע כמטילה את חובת הבדיקה על הלקוח וכפוטרת את הבנק מלודא שדפי החשבון שלא נשלחו אל הלקוח הם אותם דפים הכוללים רק את הפעולות שהוצאו על-ידי הלקוח באמצעות מידע לאומי. חובה זו מוטלת, על-פי כללי הגילוי הנאות, על הבנק, והוא אינו יכול לפטור עצמו ממנה, כפי שעשוי להשתמע מלשון הסעיף, באמצעות גלגולה על הלקוח. ניתן להסיר אי בהירות זו, אם המילים "הלקוחות יבדקו" תוחלפנה במילים "הלקוחות מתבקשים לבדוק", ובנוסף ייקבע, שאין באמור כדי לגרוע מחובות הבנק על-פי כלי הגילוי הנאות.

סעיף 27 - הכוח הראייתי של רישומי הבנק

329. סעיף זה קובע כי רישומי הבנק יחשבו נכונים וישמשו ראיה לכאורה לאמור בהם :

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

330. לטענת היועץ המשפטי סעיף זה אינו תואם את סעיפים 35 ו-36 הנוכחיים לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, אשר שינו את הדין הקודם, ולפיהם רשומה מוסדית העומדת בתנאי החוק מהווה ראיה קבילה בלבד ולא ראיה לכאורה. עוד טוען היועץ המשפטי, כי אין לאשר במקרה זה התנאה על דיני הראיות, לאור העובדה כי מדובר בחווה אחיד, שאין בו הסכמה אמיתית של שני הצדדים להתנאה.

331. לעומתו, טוען הבנק כי הדין הקודם שהעניק לספרי הבנק מעמד של ראיה לכאורה לא השתנה, כיוון שהרציונאליים שעמדו מאחורי הדין הקודם לא השתנו, בין השאר מניעת הכבדה על המערכת הבנקאית, ומתן אמון במערכת זו הנתונה לפיקוח בנק

New Codified Approach **J. Marshall J. Computer & Info. L.** 14
(461,477).

334. לדעתנו, נוכח התיקון המפורש, לא ניתן לומר כי הדין הקודם ביחס לרשומה בנקאית עדיין עומד על כנו. בביטול ההוראה הנוגעת לרשומה בנקאית, וקביעת רשומה מוסדית במקומה, הביע המחוקק דעתו המפורשת כי בכוונתו לבטל את ההסדר הקודם, ולהורות שכל הרשומות המוסדיות יהיו קבילות להוכחת תוכנו, וזאת מטעמי נוחות ויעול הדיון.

335. אמנם, הצדדים יכולים להתנות על דיני הראיות בהסכם מפורש (ראה: ע"א 127/60 'שרונה' מושב עובדים להתישבות שיתופית בע"מ נ' שטיינברג, פ"ד יד(3) 2191, 2196; הרנון דיני ראיות, כרך א' בעמ' 37). אכן, בסעיף שלפנינו הבנק מבקש להתנות על ההסדר הקבוע בחוק בעניין רשומה מוסדית ולהעניק לרישומי הבנק מעמד ראיתי מיוחד של ראיה לכאורה. השאלה היא האם יש בהתנאה זו כדי לקפח את הלקוחות.

336. הפסיקה שקדמה לתיקון החוק ואשר דנה בשאלה האם יש בתנאי מסוג זה משום קיפוח, קבעה כי אין לראות בתנאי מסוג זה כתנאי מקפח (ראה: ע"א 688/89 הילולים (אריזה ושיווק) בע"מ נ' בנק המזרחי המאוחד, פ"ד מה(3) 188; תא (חי') 1648/68 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' מ.ק.ש חברה קבלנית לבנין בע"מ, פס"מ, עד, 194, 204; המ' (ת"א) 7745/82 לאור נ' בנק איגוד לישראל בע"מ, פס"מ תשמ"ג (2) 371, 375).

בפסק הדין בע"א 688/89 הילולים הנזכר לעיל, קבע כב' השופט מלץ לגבי סעיף דומה לסעיף שלפנינו כי:

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

(עמ' 197).

השופט בדן הפנה באותו פסק דין לדין הקודם וציין כי:

"בהתחשב במצבם המיוחד של הבנקים בא המחוקק לעזרתם והקל עליהם את נטל ההוכחה הרובץ עליהם בהגשת תביעות לגביית חובות, בקובעו, בעיקר בסעיף 37 לפקודת הראיות (נוסח חדש), דרכים לקבלת העתקים של רישומים בספרי הבנק כראיות קבילות".

(עמ' 201).

337. בפסיקה שלאחר התיקון לא מצאנו דיון בשאלה אם תנייה מסוג זה שלפנינו מהווה תנאי מקפת. נראה שהמלומד בן אוליאל סבור שאין בתנייה כזאת משום קיפוח. לדעתו, ראוי להשלים את ההסדר הסטטוטורי בהסדר חוזי המקנה לספרי הבנק כוח של ראייה לכאורה:

"ספק אם יהיה ניתן להגיע להסדר הוגן ומאוזן מבלי להשלים את הדין החקיקתי על-ידי הסדר חוזי. שילוב מוצלח בין דינים אלה ניתן לעשות, לדעתנו, בהתחשב בכללים אחדים. ראשית, ובהנחה כי הבנק מחויב למסור ללקוח מסמך המעיד על ביצועה של כל פעולה ופעולה, וכי האמצעים הטכניים והאחרים הנמצאים בידו של הבנק מאפשרים לו לשקף במסמכים אלה את המצב האמיתי, נראה לנו כי מן הראוי להעניק למסמך המגיע לידי הלקוח כוח של ראייה לכאורה לגבי **ביצוע** הפעולה שעליה המסמך מתייחס. שנית, ובאשר להוכחת **תוכן** הפעולה, אנו סבורים כי דין הוגן הוא זה המכיר בכוח הראייתי, לכאורה, של הרישומים שבהחזקת הבנק. אך זאת בתנאי שנשלח ללקוח כל מסמך הנוגע לדבר, כדי שיוכל למלא את החובה שהוטלה עליו לעיין במסמכים במשך פרק זמן מסויים וסביר... ולאחר שפרק זמן זה עבר והלקוח לא הגיב בצורה כלשהי... אנו בדעה כי לכל צד צריך שיהיה הכוח לסתור את החזקה הנובעת מרישומי בנק, וכי בסופו של דבר בית המשפט הוא אשר יקבע בעניין ביצוע הפעולה ותוכנה, וזאת בהתאם להוכחות שכל צד יביא לידיעתו באופן חופשי".

(שם, עמ' 163-162).

338. הסעיף שלפנינו מקים חזקת קיפוח לפי סעיף 7(4) לחוק החוזים האחידים, הואיל והקניית כוח של ראייה לכאורה למסמכי הבנק מטיל, או למצער עשוי להטיל את נטל ההוכחה על מי שנטל זה לא היה עליו אילולא אותו תנאי. חזקת הקיפוח מתקיימת גם כאשר המסמך מוגדר כראיה לכאורה ולא כראיה מוחלטת. הצעת החוק שקדמה לחוק החוזים האחידים התייחסה במפורש ל"תנאי הקובע שספרי חשבונות או מסמכים אחרים המנוהלים בידי הספק או מטעמו יחייבו את הלקוח באופן מוחלט", כאל תנאי המקים חזקת קיפוח. ועדת חוק חוקה ומשפט החליטה למחוק תוספת זו, מחשש שישתמע ממנה כי חזקת הקיפוח קמה רק במקרה שהספק קובע שמסמכיו הם ראייה מוחלטת, בעוד שבפסקה (7) לחוק הקיים הקים המחוקק חזקת

קיפוח גם כאשר המסמך מוגדר כראיה לכאורה (ראה: לוסטוויז ושפניץ, 96). ראוי לזכור, הרציונאל המרכזי שעמד מאחורי ההסדר הקודם של רשומה בנקאית היה הקלת ההוכחה, ייעול הדיון ומניעת הצורך להטריד את פקידי הבנק לבית המשפט, ולא אמון מיוחד בספרי הבנק. רציונאלים אלה מוצאים את פתרונם במסגרת החוק הנוכחי, לפיו רשומות מוסדיות המקיימות מספר תנאים, מהוות ראיות קבילות לתוכן.

טיעונו של הבנק, בדבר הכבדה יתירה על פקידיו אם ייאלצו לטרוח לבית המשפט בגין כל תביעה, מתייחס למישור הקבילות, ולא למישור המשקל של הראיות. אולם, טיעון זה אינו יכול לעמד בהתחשב בכך שהרשומה הבנקאית, מתוקף היותה רשומה מוסדית, ממילא קבילה כראיה.

גם החשש שמעלה הבנק, כי שלילת הכוח הראייתי (לכאורה) של ספרי הבנק ימנע ממנו לעשות בספרים אלה שימוש כ"ראשית ראיה" בהליכים של סדר דין מקוצר, אינו מתקיים. שכן רישומי הבנק ממלאים אחר מבחני הפסיקה ל"ראשית ראיה", ללא כל קשר לכוחם הראייתי (ר' א. גורן, **סוגיות בסדר דין אזרחי**, מהדורה שישית, תשס"א, 300).

339. כאמור, הניסיון להתנות על משקלה ועל כוחה הראייתי של הרשומה המוסדית מקים חזקת קיפוח לפי סעיף 4(7) לחוק החוזים האחידים. הבנק לא סתר חזקה זו. לאור חזקת הקיפוח לא מצאנו מקום לסטות מההסדר החקיקתי המפורש ולהעניק לרשומות הבנקאיות מעמד של ראיות לכאורה.

340. מכאן שהתנאי שלפנינו הוא תנאי מקפח שיש לבטלו.

סעיף 29 - מען להמצאת דואר

341. סעיף זה קובע כי הודעה על שינוי מענו של הלקוח יכולה להיעשות אך ורק במסמך בכתב, אשר הבנק אישר בכתב קבלתו:

"...מען להמצאת דברי דואר
מען הלקוחות לצורך המצאת דברי דואר, לרבות כתבי בין דין
והודעות והתראות על-פי חוק שיקים ללא כיסוי, התשמ"א-1981
הוא המען שצויין בבקשה לפתיחת החשבון/הפקדון הרלבנטי כמען
להמצאת דברי דואר, או כל מען אחר בישראל שהלקוחות יודיעו
עליו לבנק בכתב, על גבי טופס של הבנק שהעתק שלו חתום על-ידי
הבנק ימסר ללקוחו, או בדואר רשום אשר הבנק אישר קבלתו
ללקוחות בכתב.

כל הודעה, דרישה, העתק חשבון, או מסמך אחר מסוג כלשהו (ובכלל זה מסמך סחיר כלשהו) רשאי הבנק לשלוח או למסור ללקוחות בדואר רגיל או באופן אחר, לפי בחירתו (לרבות באמצעות מכשיר אוטומטי או מסוף של מחשב), ואם נשלח מסמך כאמור ללקוחות בדואר רגיל לפי מענם כנ"ל, הוא יחשב כאילו נתקבל על-ידי הלקוחות תוך 72 שעות ממועד המשלוח. אישור בכתב של הבנק על דבר משלוח או מסירה כלשהם ומועדם ישמש הוכחה לכאורה כלפי הלקוחות על המשלוח, המסירה והמועד הנזכרים בו".

342. היועץ המשפטי טוען כי אין עילה לדרוש שכל הודעה על שינוי מענו של הלקוח תעשה אך ורק בכתב. לטענתו, אין סיבה להבחין בין הודעה מעין זו לבין כל הודעה אחרת, אשר ניתן, בכפוף להסכמת הלקוח, להודיעה בטלפון. כמו כן, סבור היועץ המשפטי כי אין לדרוש, כתנאי לתוקפה של הודעה טלפונית, אישור חוזר בכתב של הבנק ללקוח.

343. לטעמנו, אין בסעיף זה משום קיפוח. בעניין זה מקובלת עלינו עמדת הבנק, לפיה המען של הלקוח הוא פרט מרכזי במערך היחסים בין הבנק לבין הלקוח, שנכונותו חיונית לקיום מערכת היחסים בין השניים תוך הבטחת האפשרות של הלקוח לעקוב אחר ניהול כספיו. חשיבותו של פרט זה עולה גם מחוק שיקים ללא כיסוי, התשמ"א-1981, הקובע (סעיף 11א) כי "לא יפתח בנק חשבון בלי לרשום פרטי זיהוי של בעל החשבון כפי שקבע השר בתקנות", ומתקנות שיקים ללא כיסוי, התשמ"א-1981, בהן נקבע, שבנק לא יפתח חשבון בלא שירשום לגבי בעלו את פרטי הזיהוי, ביניהם, מענו הרשום (תקנה 42(4)) וכי מי שמסר לבנק פרטי זיהוי, יודיע לו על כל שינוי בהם (תקנה 3). על רקע חשיבותו של פרט זה, ולאור התקלות העשויות לנבוע מהעדר עדכון נכון של כתובת הלקוח, יש טעם בדרישות הבנק בנושא זה, ואין בהן משום קיפוח הלקוח. ראוי גם לזכור כי אין מדובר בהודעה שגרתית, ועל כן אין היא מטילה על הלקוחות נטל כבד מדי.

סעיפים 30-31 קבלת דואר בסניף הבנק

344. סעיף 30 לחוזה קובע חזקה בדבר קבלת דואר שנמסר על-ידי הבנק לתיבת הדואר של הלקוח בסניף כדלקמן:

"במקרה והלקוחות יציינו בבקשה לפתיחת החשבון כי המען להמצאת דברי דואר הינו 'על-ידי הסניף' יחול האמור להלן: 30.2 מוסכם כי כל מסמך מהמסמכים ייחשב כאילו הגיע לידי הלקוחות ביום שבו הוא הושאר אצל הבנק, וזאת ללא הטלת אחריות כלשהי על הבנק".

במסמך המוסכמות והפלוגתאות הוסכם להאריך את המועד בו יחשב מסמך שהושאר אצל הבנק כמתקבל על-ידי הלקוח. היועץ המשפטי סבור כי חמישה ימי עבודה הם בגדר זמן סביר לצורך כך, בעוד שהבנק סבור כי די בשלושה ימים.

345. לטעמנו, יש לקבל את עמדת הבנק ולהסתפק בשלושה ימי עבודה. ראוי לזכור כי מדובר בבחירה של לקוח לעשות שימוש בתיבת הדואר בסניף. על כן יש להניח כי בתקופה זו לא יהיה כדי להכביד על הלקוח יתר על המידה.

346. סעיף 31.5 לחוזה קובע הוראות בדבר ביטול ההסדר לשמירת דואר בסניף הבנק :

"הבנק זכאי לבטל את ההסדר הנ"ל בכל עת, תוך מתן הודעה מוקדמת של 15 יום.
אם בתוך 15 יום לאחר משלוח הודעה כאמור הלקוחות לא יוציאו מתוך התיבה את המסמכים, הבנק יהיה רשאי (אך לא חייב) להוציאם ולשלחם ללקוחות בדואר רגיל. אישור משלוח כלשהו כאמור ללקוחות ישמש הוכחה לכאורה כלפי הלקוחות לענין זה".

347. במסמך המוסכמות והפלוגתאות הסכימו הצדדים להאריך את התקופה להוצאת דברי הדואר מן התיבה, שלאחריה יהא הבנק רשאי להוציא את דברי הדואר מהתיבה ולשלחם ללקוח בדואר רגיל, לשלושים יום (במקום 15 יום).

סעיף 34 - שימוש בקורספונדנטים

348. במסמך המוסכמות והפלוגתאות הוסכם כי הלקוח יחויב בהוצאות ועמלות סבירות בלבד שהוציא הקורספונדנט.

סעיף 35 - שינוי פרטי בעלי החשבון

349. סעיף זה קובע:

"הלקוחות מצהירים כי כל הפרטים אשר נמסרו על ידם לבנק בכל מסמך שהוא או באופן אחר כלשהו, הינם נכונים ומדויקים. הלקוחות מתחייבים להודיע לבנק באופן מיידי על כל שינוי שיקרה באחד או יותר מן הפרטים הללו.
ידוע ללקוחות כי כל עוד לא הודיעו על השינוי לבנק הוא אינו מחייב את הבנק ואין הבנק צריך להתחשב בו".

במסמך המוסכמות והפלוגתאות הביע הבנק נכונות למחוק מן הסעיף את המלים "בכל מסמך שהוא או באופן אחר כלשהו".

סעיף 36 - פניות והודעות לבנק

350. בסעיף זה נקבע:

"כל פניות והודעות של הלקוחות לבנק בעניינים שונים הקשורים לכתב זה, יופנו אך ורק למשרד הסניף אשר שמו מצויין בראש כתב זה, או – בנושא ייעוץ בניירות ערך – למרכז ייעוץ אליו יופנו הלקוחות ע"י הסניף הנ"ל".

במסמך המוסכמות והפלוגתאות הסכימו הצדדים כי הודעות הלקוח הקשורות לחשבון תינתנה רק לסניף בו מנוהל החשבון. בכל עניין אחר, אין מניעה כי הלקוח יפנה להנהלת הבנק, או למחלקת תלונות הציבור.

סעיף 37 - העברת זכויות

351. סעיף זה קובע:

"37.1 הלקוחות לא יהיו רשאים להעביר לאחרים את זכויותיהם עפ"י כתב זה ו/או המסמכים הנזכרים בו או קשורים אליו ו/או בחשבונות/פקדונות כלשהם, ללא הסכמת הבנק מראש ובכתב לכך, אין באמור בסעיף זה לעיל כדי לגרוע מכל הוראה אחרת בכתב זה האוסרת באופן מוחלט להעביר את הזכויות בחשבון או פקדון כלשהו.

37.2 הבנק וכל הבא מכוחו רשאים בכל עת, להעביר לזולתם את זכויותיהם לפי תנאי כתב זה או חלקם, בלי ליטול רשות לכך מאת הלקוחות".

במסמך המוסכמות והפלוגתאות הוסכם כי הבנק יבהיר כי סעיף 37.1 יחול רק על החשבונות נשוא החוזה. הסעיף ישונה בהתאם.

352. הצדדים הסכימו כי סעיף 37.2 ימחק.

סעיף 38 - דרישת כתב לגבי ויתור או פשרה

353. סעיף זה קובע כי הסדר פשרה או ויתור שהגיעו אליו הבנק והלקוח לא יחייבו אלא אם נעשו בכתב:

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

354. היועץ המשפטי טוען כי דרישת הכתב המופיעה בסעיף עלולה לחסום טענות צודקות ולאפשר לצד לחוזה להתנער מקיום התחייבויותיו, רק משום שלא קוימה דרישה

פרוצדורלית. עוד מציין היועץ המשפטי כי סיכומים בעל פה בין הבנק והלקוח הם דבר שבשגרה. מדובר בחוזה למתן שירותים לטווח ארוך. בחוזים מן הסוג הזה, מטבע הדברים, הצדדים אינם מקפידים על כל תג של פורמליזם במהלך יחסיהם. מסיבה זאת מבקש היועץ המשפטי לממשלה לאבחן בין חוזה לפתיחת חשבון עו"ש לבין חוזה מכר דירה שנדון בפסה"ד בעניין **גד חברה לבניין** ובו הוכשרה תניה דומה לזו הנדונה. היועץ המשפטי מוסיף וטוען כי הבנק יכול להגן על עצמו בכך שיקבע נהלי עבודה ויורה לפקידיו כי על ההסדרים עם הלקוח להיעשות בכתב, אולם אם הצדדים הגיעו להסדר, גם בלא שיש לכך ביטוי בכתב, אין מקום לאפשר לבנק להתנער ממנו. עוד מדגיש היועץ המשפטי את המגמה הכללית במשפט הישראלי להפחית מחשיבותן של דרישות כתב ולפסוק על-פי מהות העניין.

355. הבנק טוען לעומתו, כי בהיותו גוף המורכב מפקידים רבים המטפלים בלקוחות רבים, אין כל אפשרות לנהלו על סמך הודעות הנמסרות בעל פה. עוד מדגיש הבנק כי סעיף זה עוסק רק במקרי ויתור, פשרה או הסדר עם הבנק, מקרים אלה אינם עניין יום יומי בניהול החשבון ובקשר הרגיל בין הלקוחות והפקידים בסניף הלקוח. אם יוכל הלקוח להעלות טענת פשרה או וויתור שלא תגובה במסמך בכתב, אזי הלקוחות ינצלו זאת לרעה וינסו להימלט מתשלום חובותיהם לבנקים על-ידי העלאת טענות מדומות, שלא תהיה לבנק דרך להפריכן. האפשרות להעלות טענות מעין אלה בלא מסמך בכתב תעודד התדיינויות ותכביד על בתי המשפט. לפיכך, מוצדק, לטענת הבנק, להתנות במקרה זה על דיני הראיות, ולקבוע כי דבר אשר בדרך כלל ניתן להוכיחו בעל פה, לא יוכח אלא בכתב. (ראה: ע"א 127/60 **שרונה** לעיל).

356. כדי לבחון האם התנאי הוא מקפח יש לשאול מה היה מצבו של הלקוח אלמלא התנאי. אם התנאי אינו משנה את מצבו של הלקוח, כי אז לא עולה חשש לקיפוח. אם הספק אכן מנסה להתנות על הדין, יש לבדוק האם קיימת הצדקה סבירה להתנאה זאת.

357. מקובל לסווג את דרישות הכתב לשתי קבוצות: האחת מהותית והאחרת ראייתית. כאשר נקבעת בחוק או בהסכם דרישת כתב מהותית, כי אז החיוב אינו קם בהעדר כתב, שהוא יסוד מהותי ליצירת החיוב. לעומת זאת, כאשר דרישת הכתב הנה ראייתית, ראייה בכתב נדרשת להוכחת קיום החיוב, אך תוקפו של החיוב אינו תלוי בקיומו של מסמך בכתב. ככלל, כפי שקובעות לוסטהויז ושפניץ בספרן, "כאשר החוזה האחיד אינו טעון כתב על-פי חיקוק, "וספק קובע בחוזה דרישת כתב לכל

שינוי בחוזה, אין לראות בחתימתו של הלקוח על החוזה הסכמה לדרישת כתב מהותית, השוללת את זכויותיו בצורה חמורה. לכל היותר, ניתן לראות בכך הסכמה לדרישה ראייתית בלבד" (עמ' 253-254). נראה שגם במקרה שלפנינו מדובר בדרישת כתב ראייתית, וכך נתייחס אליה בהמשך. השאלה היא אפוא האם אלמלא ההתנייה היית מתקבלת עדות בעל פה, ללא ראיה או ראשית ראיה בכתב, לגבי העניינים הנזכרים בסעיף זה.

358. סעיף 80 רישא לחוק הפרוצדורה האזרחית העותומנית קובע כדלקמן:

"תביעות הנוגעות להתחייבויות וחוזים או לשותפות, לקבלנות, או הלוואה שעל-פי הרגיל והנהוג הם נעשים במסמך בכתב, והעולות על עשר לירות, צריך להוכיחן במסמך בכתב".

ממשיך הסעיף וקובע:

"טענה ותביעה נגד מסמך בכתב הנוגע לדברים האמורים, אף אם איננה עולה על עשר לירות, צריך להוכיח במסמך בכתב או ע"י הודאתו או פנקסו של הנתבע".

שניים הם יסודות הסעיף: ראשית, עסקאות מסוימות ניתן להוכיח על-ידי מסמך בכתב בלבד. שנית, משנעשתה העסקה בכתב, טענה אשר סותרת את המסמך צריך שתהא מושתתת על מסמך בכתב ולא על עדות בעל פה.

359. ככל שהסעיף דן בויתור או בפשרה, מדובר, למעשה, בשינוי החוזה המקורי, לפחות בהתייחס לסיטואציה מסוימת, כגון יתרת חוב ספציפית. שכן פשרה או ויתור על זכויות הבנק עניינין, מטבע הדברים, באותן זכויות העומדות לבנק כלפי הלקוח מכוח החוזה. עם זאת, הסעיף מתייחס לא רק לפשרה או לויתור, אלא גם ל"הסדר אחר כלשהו". החוזה המקורי נערך ברוב המקרים בכתב, וזאת נוכח סעיף 3 לכללי הבנקאות (שירות ללקוח) (גילוי נאות ומסירת מסמכים), התשנ"ב-1992, הקובע חובה לערוך הסכם מן הסוגים המפורטים בסעיף בכתב. בהנחה שמדובר בשינוי החוזה המקורי שנערך בכתב, הוכחת סתירתו תעשה, לכאורה, לפי סעיף 80 סיפא לכללי הפרוצדורה האזרחית העותמאני, אף היא בכתב. אך זאת לכאורה בלבד. לרוב, דחיית פירעון, וויתור או פשרה הם אירועים המתרחשים לאחר כריתת החוזה המקורי. אירועים אלה, החיצוניים לעריכת הכתב ומאוחרים לו, ניתן להוכיח בעדויות בעל פה ובכל דרך אחרת, משום שעל-פי ההשקפה שהתקבלה בפסיקה, הם אינם באים לסתור את הנאמר במסמך הכתוב, אלא להוסיף עליו. על כן, יכול

יומי בין הלקוח לבין הבנק, מקובל להסכים על נושאים רבים בעל פה. כך מציינות לוסטהויז ושפניץ בספרן:

"יצוין, כי גם ביחסי בנק-לקוח מקובל להסכים על עניינים שונים בעל-פה, הן בשיחה עם בעל תפקיד בסניף הבנק והן באמצעות הטלפון. נוהל בנקאי תקין מחייב אמנם עריכת חוזה בכתב, והבנק מחויב להקפיד על תיעוד בכתב של עסקאות ושירותים שונים הניתנים ללקוח; אולם בפועל, שירותים בנקאיים שונים מתבצעים תוך סיכום בעל-פה עם הפקידים בסניף. עוד יצוין, שהאפשרות הניתנת כיום ללקוח לתת הוראות טלפוניות מעידה על כך שבמקרים רבים דרישת הכתב אינה מעשית עוד".

(עמ' 267).

362. מכאן, שהדרישה, כי כל וויתור וכל פשרה, קטנה כגדולה, וכל הסדר אחר כלשהו ייעשו ויוכחו בכתב, סוכרת את פיו של הלקוח בבית המשפט, מתנה על דיני הראיות ובאה בגדרן של חזקות הקיפוח הקבועות בסעיפים 4(6) ו-4(8) לחוק החוזים האחידים.

363. בפועל, דרישה כזאת לרוב פוגעת בלקוח שטענותיו לגבי פשרות והסכמות בע"פ נחסמות. כדבריהן של לוסטהויז ושפניץ בספרן (עמ' 248):

"כאשר חוזה אחיד כולל דרישת כתב להוכחת שינויים בחוזה, ברוב המקרים דרישה זו גורמת לדחיית טענותיו של הלקוח דווקא, שכן בדרך כלל יהא זה הלקוח שינסה להסתמך על הצהרות בעל פה של הספק. על-פי רוב, הלקוח גם אינו מודע לכך, שבשל הוראה בחוזה עליו לדרוש מהספק מסמך בכתב לכל שינוי חוזה, לרבות שינוי טפל".

אמנם, מקובלת עלינו טענת הבנק כי ללא דרישת הכתב יקשה עליו להדוף את טענות הלקוחות, משום שפקידיו מטפלים בלקוחות רבים ואין הם יכולים לזכור כל סיכום בעל פה. אולם התרופה לכך יכול שתמצא בהנחיית פקידי הבנק שכל וויתור, פשרה או כל הסדר אחר ייעשו בכתב. למצער ניתן להנחות את פקידי הבנק לעשות רישומים בכתב לגבי כל שיחה בעל פה מסוג זה. התייחס לכך בית הדין לחוזים אחידים בפסק הדין בעניין **סלקום** לעיל:

"שיקול נוסף לעניין זה, שעליו מצביעה נציגת היועץ המשפטי, הוא כי מדובר בחוזה למתן שירות ארוך טווח, שבמסגרתו, סביר להניח, מתקיימים מגעים שוטפים בין הלקוח לבין סוכני החברה בקשר לנושאים שונים הנוגעים לחוזה. בנסיבות אלה עשויה דרישת הכתב לחסום טענות צודקות ולאפשר למבקשת להתנער מקיום התחייבותיה רק משום שלא קוימה דרישה

פורמאלית של העלאת ההסכם על הכתב. סביר להניח שברוב המקרים תפגע תוצאה זו דווקא בלקוחות, אשר הם אלה שינסו להסתמך על הצהרות בעל-פה של נציגי הספק, ואשר אינם מודעים לכך שעליהם לדרוש אישור בכתב על כל שינוי ושינוי של ההסכם, יהא טפל ככל שיהיה. מנגד, יכולה המבקשת להגן על עצמה בפני אי הודאות שמפניה היא חוששת, על-ידי כך שתקבע נוהלי עבודה האוסרים על עובדיה וסוכניה להגיע להסכמות בעל-פה עם הלקוחות בכל הנוגע לשינויים בחוזה".

(סעיף 10 לפסק הדין).

ואכן, בית הדין הכפוף באותו פסק דין את דרישת הכתב שהציב הספק לסייג שאין מדובר בעניינים מהותיים שנהוג להסדירם בעל פה:

"כאמור, הדין אינו שולל את האפשרות לשנות הסכמים מסוג ההסכם הנדון על-פי הסכמה בעל-פה. מקום שהמחוקק ראה לשלול תוקפן של הסכמות מעין אלה בשל כך שלא הועלו על הכתב, הוא עשה כן במפורש, ונראה כי מסיבה זו אף נשלל תוקפו של שינוי שנעשה בעל-פה לגבי הסכם במקרקעין, כפי שנעשה בעניין גד. הסייג שמבקש המשיב להכניס לגבי דרישת הכתב והנוגע לעניינים שנהוג להסדירם בעל-פה ואינם נוגעים לעניינים מהותיים הקשורים בהסכם, תואם גם את דרישת סעיף 80 לחוק הפרוצדורה העותומנית, ואנו סבורים כי הוא אכן נדרש כדי להסיר מעל הסעיף את חזקת הקיפוח".

(סעיף 10 לפסה"ד).

364. גם במקרה שלפנינו, אנו סבורים, שדרישת הכתב הגורפת שמציב הבנק בחוזה מקפחת את הלקוחות, וכדי להסיר את הקיפוח יש למנוע תחולתה על עניינים שמקובל ונהוג להסדירם בעל פה.

365. ב"כ בנק לאומי סומך את טענותיו בעניין זה על פסק הדין של כ"ב הנשיא שמגר בע"א 449/85 היועץ המשפטי לממשלה נ' גד חברה לבניין בע"מ (פ"ד מג(1) 183), שם התנה קבלן, מוכר הדירות, כי רק מצגים בכתב, ולא מצגים בעל פה של שלוחיו ועובדיו יחייבוהו. בפסק דין זה נקבע:

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

(סעיף 16 לפסה"ד).

366. בעניין זה מקובלת עלינו עמדתו של היועץ המשפט לממשלה, כי לא ניתן ללמוד היקש לענייננו מההלכה שנקבעה בעניין **גד חברה לבניין**. שכן שם דובר בחוזה מכר חד-פעמי המתייחס לעסקה של קניית דירה, שהיא עסקה רבת היקף ומשמעות, הן לקבלן ובמיוחד ללקוח. בעסקה כזאת, ההכבדה הכרוכה בתנייה הדורשת העלאתו של כל סיכום על הכתב, תצא בשכר תרומתה לוודאות ביחסים החוזיים בין הצדדים. במקרה שלפנינו מדובר בשירות מתמשך הכרוך בקיומם של מגעים תדירים, פעמים יום יומיים, בין הבנק לבין הלקוח, שלפחות חלקם נעשה בעל פה. בשירות מסוג זה התנאה על הדין באופן השולל הוכחתם של סיכומים הנעשים בין הלקוח לבין הבנק בעל פה, מקפח את הלקוחות, ויש, לפיכך, לבטלו.

סעיף 39 - שינויים טכניים במספר חשבון/פקדון

367. סעיף 39 לחוזה קובע:

"...שינויים טכניים במספר חשבון/פקדון ופיצולו תוקפם של תנאי כתב זה לא יגרע גם אם מסיבה כלשהי הבנק שינה את מספרו של חשבון/פקדון כלשהו, בין על-ידי הוספת ספרות או באופן אחר, והם ימשיכו לחול ביחס לחשבון/הפקדון גם לפי המספר החדש. לשם מניעת ספק מובהר בזה, כי הבנק יהא רשאי לשנות את מספר החשבון/הפקדון, להעביר את היתרה שבו, (במקרה של פקדון נייע - את ניירות הערך שבו), בין בזכות ובין בחובה, לחשבון/פקדון אחר, בין חשבון קיים ובין חשבון חדש שיפתח לצורך זה, בכל מקרה שלדעתו שינוי כזה יהא דרוש או רצוי מסיבות משרדיות, ניהוליות או טכניות. כמו כן הבנק רשאי לפצל את החשבון לשני חשבונות או יותר, אם מצב החשבון יצדיק זאת".

368. סעיף זה עוסק בשני מקרים, האחד - שינויים במספר החשבון, הנדרשים מסיבות משרדיות, ניהוליות או טכניות. השני הוא פיצול החשבון לשני חשבונות או יותר, אם מצב החשבון יצדיק זאת. בתצהיר הבנק מצוין כי שינוי במספר החשבון נדרש בשל תקלות טכניות, עדכון מערכת המחשוב וכו', ואילו פיצול החשבון לשני חשבונות או יותר, נדרש במקרה של הפרשות, חובות מסופקים וכו'.

369. היועץ המשפטי מבקש כי הסעיף יתוקן כך שיובהר כי מדובר בעניינים טכניים בלבד. היועץ המשפטי לא פרט מדוע סעיף זה מקפח את הלקוחות. ראוי גם לציין כי מכותרת הסעיף ניתן להבין כי אכן מדובר בעניינים טכניים בלבד. לאור האמור, לא שוכנענו שהסעיף מקפח את הלקוחות.

סעיף 40 - סגירת החשבון

370. סעיף זה קובע הוראות לגבי סגירת החשבון כדלקמן:

"הבנק יהיה רשאי בכל עת לסגור את החשבון/הפקדון או לשלול מהלקוחות את זכותם לפעול בחשבון באמצעות שיקים או מסמכים דומים.

סגירת החשבון תבצע על-פי הנוהלים שנקבעו וייקבעו מעת לעת על-ידי בנק ישראל. פרטים ניתן לקבל בסניף הבנק בו מתנהל החשבון/הפקדון. הלקוחות מתחייבים להחזיר לבנק את כל פנקסי השיקים, כרטיסי האשראי וכרטיס הכספומט שברשותם, בעת סגירת החשבון. בכל מקרה של סגירת החשבון – בין ע"י הבנק ובין ע"י הלקוחות – תסולק הריבית וכן הריבית החריגה, אם תהיה כזו, שהצטברו עד אז, מייד עם סגירת החשבון".

371. במסמך המוסכמות והפולוגתאות הסכימו הצדדים כי סגירת החשבון תעשה בהתאם

להוראות בנק ישראל. הסעיף אכן נותן ביטוי להסכמה זו.

סעיף 42 - שינוי החוזה

372. סעיף זה שעניינו בשינוי החוזה קובע:

"שינוי תנאי כתב זה

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

373. ביחס לסעיף זה טוען היועץ המשפטי כי נוסחו גורף ביותר, שכן הוא מקנה לבנק

אפשרות לתקן את החוזה כולו, ואף להכניס בו מחדש תנאים מקפחים לאחר בדיקתו של בית הדין לחוזים אחידים. על-פי הטענה, הסעיף נופל לגדר חזקות הקיפוח בסעיפים 4(1), 4(2) ו-4(6), מאחר שהוא מעניק לבנק אפשרות לשנות, על דעתו בלבד, את תנאי החוזה וליצור למעשה, באופן חד צדדי, חוזה חדש ושונה לחלוטין. סעיף זה הנו חד צדדי ואינו מאפשר ללקוח ליזום שינויים מצדו. היועץ המשפטי מדגיש כי זכותו של הלקוח לסגור בכל עת את החשבון, אם השינוי בחוזה אינו לרוחו, אינה מעשית ואינה ישימה בנסיבות רבות. כמו כן, טוען היועץ המשפטי לממשלה, אין להתייחס לסעיף 5 לכללי הגילוי הנאות כבא להשתית זכות מהותית של הבנק לשנות את תנאי החוזה, אלא אך מתווה דרך פרוצדורלית לשינוי, מקום שזכותו של הבנק לשנות את החוזה צומחת ממקום אחר.

374. הבנק מצדו טוען כי משמעות הסעיף אינה שמירת הזכות לתקן את הוראות החוזה

בכל עת, אלא למעשה היא מקנה לבנק זכות לבטל את ההסכם על-פי תנאיו

הקיימים ולהציע ללקוח חוזה חדש, אשר יכנס לתוקפו תוך 14 יום, שהלקוח יכול להסכים לו או לא. הבנק מדגיש כי מדובר בחוזה ארוך טווח, ואין זה סביר לכבול אותו לשנים רבות, מבלי שתינתן לו האפשרות לערוך שינויים בהתאם לשינויי התקופה והשינויים במשק. בתצהירו, ציין הבנק כי נעשה שימוש בסעיף במקרים בהם חל שינוי נסיבות מהותי, כגון בתקופות בהן שיעור האינפלציה הנו גבוה מאוד ומחייב שינוי בצבירת ריבית כך שתחול באופן חודשי ולא באופן תלת חודשי, או ביצוע חיובי ויזה פעמיים בחודש במקום פעם בחודש וההפך. הבנק מדגיש כי אין ביכולתו לצפות מראש אילו שינויים יידרשו בחוזה. עוד מציין הבנק כי סעיף זה עולה בקנה אחד עם סעיף 5 לכללי הגילוי לפיו:

"תאגיד בנקאי הרשאי לפי ההסכם עם הלקוח לשנות את תנאי ההסכם, יודיע ללקוח על כל שינוי, בציון מועד השינוי, שבועיים לפחות לפני מועד השינוי, זולת אם נאמר אחרת בכללים אלה".

375. לכאורה, יש בסעיף זה כדי להקים חזקות קיפוח לפי סעיף 4(4) לחוק, כיוון שיש בו כדי להקנות לבנק זכות לשנות על דעתו בלבד ולאחר כריתת החוזה חיובים מהותיים המוטלים על הלקוח. הקושי בתנאי זה הוא שבעת כריתת החוזה הלקוח אף אינו יכול לדעת את היקף השינוי שלו הוא צפוי ואת מהותו. יחד עם זאת, העובדה שמדובר בחיוב מתמשך עשויה להצדיק את הזכות ששומר לעצמו הספק לשנות את החוזה גם עקב סיבות שאינן חיצוניות לחוזה הנמצאות בשליטתו של הספק. במקרים כאלה, זכותו של הספק לשנות את חיוביו עשויה להתאזן על-ידי זכותו של הלקוח להשתחרר מהחוזה ולהפסיק את ההתקשרות בכל עת, כפי שרשאים לעשות לקוחות הבנקים.

376. אולם, לטענת היועמ"ש, "זכות זו של הלקוח (לבטל את החוזה ולסגור את חשבונו בבנק) אינה מעשית וישימה בנסיבות רבות". כדוגמא לקושי הכרוך, מבחינתו של הלקוח, בסגירת החשבון מזכיר היועמ"ש, כי הלקוח תלוי בחשבון הבנק שלו לצורך ביצוע הוראות קבע, הפקדת משכורות, הלוואות וכו'. לכן, לטענתו, במצב בו משנה הבנק את תנאי החוזה, אין ללקוח, התלוי בחשבון הבנק שלו, ברירה אמיתית של ביטול החוזה, מה גם שבחוזים של בנקים אחרים קיימות גם כן הוראות דומות. אפילו הייתה ללקוח ברירה אמיתית להפסיק את החוזה, מוסיף וטוען היועמ"ש, גם אז אין מקום להוראה כה גורפת בחוזה המאפשרת לצד אחד לשנות את כל תנאיו בכל עת.

377. כפי שציינו במקום אחר בהתייחס לשינוי מחיר החוזה (ו"ע 2030/01 **איתוראן איתור ושליטה בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'** (תק-מח 2004(1) 2466), האפשרות הניתנת ללקוח להפסיק את החוזה אינה שוללת את הקיפוח הכרוך בזכות ששומר לעצמו הספק להעלות את המחיר, במקום שהפסקת החוזה על-ידי הלקוח אינה מעשית. כך נקבע בפסק הדין ברע"א 1185/97 **עזבון מילגרום נ' מרכז משען**, פ"ד נב(4) 145, 163, שם היה מדובר בלקוח שהתקבל לבית האבות, כאשר בחלוף השנים ועם הזדקנותו תלותו בבית האבות הולכת וגוברת, והחופש הנתון לו, כביכול, להפסיק את החוזה, הומשל על-ידי הנשיא ברק לחופש הנתון לקבצן לישון מתחת לגשר. במערכת יחסים זו, נקבע באותו פסק דין, אין זה סביר והוגן כי דווקא כאשר הדייר מצוי בעמדת מיקוח נחותה (כאשר הוא מבקש לעבור למחלקה הסייעודית בבית האבות), ייכפה עליו על-ידי המוסד לנהל משא ומתן חדש (וראה גם פסק הדין של בית הדין לחוזים אחידים בתיק ע"ש 5017/98 **מגדל הזהב בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'** (תק-מח 2001(3) 9134).

378. אולם במקרה שלפנינו, בדרך-כלל אין מניעה מלפני הלקוח להפסיק את ההתקשרות עם הבנק ולהעביר את חשבונותיו לבנק אחר. גם אם הדבר כרוך באי נוחות מסוימת מבחינתו של הלקוח, כמו ביטול הוראות קבע והעברתן לבנק אחר, אי נוחות זו לבדה אינה יכולה למנוע מהספק לשמור על זכותו לשנות מעת לעת, לפי הצורך, את תנאי החוזה (ראה: לוסטהויז ושפניץ, 323-324). מכל מקום, הלקוח ודאי אינו נמצא במצב כה קשה (מבחינת יכולתו להפסיק את החוזה עם הבנק) כמו זה שנדון בפסק הדין בעניין **מילגרום או מגדל הזהב** דלעיל.

379. בכל מקרה, אם הספק יכול לבטל את החוזה כליל, הוא גם יכול להציע ללקוח שינוי בתנאי החוזה, ואם זה אינו מוכן לשינוי התנאים, אין מניעה שיפסיק את ההתקשרות עם הבנק. איננו שוללים את האפשרות שיהיו מקרים, גם אם נדירים, בהם הנסיבות המיוחדות הנוגעות ליחסי הבנק עם לקוחו ייצרו אצל הלקוח ציפיות סבירות להמשך מתכונת העסקים עם הבנק כפי שהייתה עד כה, עד שיהא בהן כדי למנוע מהבנק לשנות באופן חד צדדי את תנאי ההתקשרות. במקרים אחרים הבנק עשוי להיות מנוע מלשנות את תנאי ההתקשרות במקום ששינוי כזה עלול לפגוע בזכויות מוקנות של הלקוח. אולם, במצב דברים כזה, הבנק גם יהא גם מנוע מלבטל את ההתקשרות עם הלקוח. בנסיבות אחרות, בהן הבנק אינו מנוע מלבטל את ההתקשרות עם הלקוח, אין למנוע בעדו גם לשנות את תנאיה.

380. לאור האמור אנו סבורים שהסעיף אינו מקפח את הלקוח, בכל אותם מצבים בהם הבנק רשאי לבטל את החוזה. בנסיבות מיוחדות, בהן הבנק אינו רשאי לבטל את החוזה, אנו סבורים שיש למנוע ממנו גם לשנות את תנאיו, לפחות באופן גורף כפי שהדבר מתאפשר על-פי תנאי החוזה שלפנינו.

381. על כן, אנו סבורים הנוסח הנוכחי של הסעיף מקפח.

סעיף 43 - שחרור הבנק מחובותיו כאוחז בשטר

382. סעיף זה משחרר את הבנק מחובותיו כאוחז בשטר כדלקמן:

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

383. היועץ המשפטי מבקש לבטל את הסעיף בהיותו מקפח לפי סעיפים 14(1) ו-4(6) וגורע מזכויות הלקוחות העומדות להם מכוח הדין. לטענתו, אין מקום לפטור את הבנק מכל חובותיו כאוחז (כגון הצגה לקיבול או לפרעון, העדה ומתן הודעה על מיאון או חילול). עוד טוען היועץ המשפטי כי גם ההתנאה על זכותו של הלקוח לטעון התיישנות לגבי כל שטר הנה מקפחת לפי סעיף 4(8). היועץ המשפטי מציין כי לא ברור באלו מצבים חלה ההוראה ומדוע נדרש לבנק הפטור.

384. הבנק מצדו טוען כי חובות האוחז הנזכרות בסעיף הן חובות טכניות בלבד, החלות במקרים מאוד מצומצמים, ואשר מהוות שריד מתקופת עבר ומהפקודה האנגלית. הבנק מציין כי חובות אלה למעשה חסרות שימוש ואין בהן כדי להקים הגנה כלשהי ללקוחות. הבנק טוען כי הפטור מן החובות הללו דרוש בין היתר כדי למנוע סרבול מיותר של הליכי גביית שטרות ושיקים ועל מנת לקצר הליכים. לענין התיישנות טוען הבנק כי התנאה על הוראת התיישנות אפשרית לפי סעיף 96 לפקודת השטרות, [נוסח חדש] ואין לראותה כמקפחת.

385. ראשית, יש להבהיר, שאף שהחוזה נוקט בלשון שטרות, למעשה מדובר בשיקים, כי הלקוחות הצרכניים אינם נוהגים למשוך או לעשות שטרות אחרים בהקשר הבנקאי. וסעיף 73(א) לפקודת השטרות הורנו, כי שיק הנו שטר חליפין. שנית, ייאמר כי על פניו סעיף זה רלוונטי רק למצב בו הבנק נעשה אוחז בשיק בחתימת לקוחו. אין

לפרש סעיף זה כחל על מצב בו לידי הבנק מגיע שיק שמשך הלקוח על חשבון בבנק אחר. הואיל והשיק נמשך על הבנק האוחז אין שום משמעות למתן הודעת מיאון או להצגה לקיבול או לפירעון. אלא אם הבנק מעוניין למסור את ההודעות הללו לעצמו. במצב זה גם חובת ההעדה אינה רלוונטית, כי קשה לתאר מצב בו הבנק האוחז בשטר החתום על-ידי לקוחו והנמשך על חשבון לקוחו יחפוץ לאכוף את השטר בחו"ל במדינה בה קיימת חובת העדה. הואיל ואין לפטור מחובות אלה משמעות מעשית איננו סבורים שיש בו כדי לקפח את הלקוחות.

386. מאידך, איננו רואים לפטור את הבנק האוחז מן הצורך לתת הודעת חילול למושך או למסבים. משחולל השטר יכול האוחז לאוכפו באמצעות בית המשפט או ישירות באמצעות ההוצאה לפועל ובלבד שניתנה לחייב על-פי השטר הודעת חילול. מתן הודעת חילול הוא חובה על-פי דין, אך לצורך מילויה די בהודעה בעל פה וכן פטור האוחז ממתן הודעת חילול בשורה של מצבים ובניהם גם במקרה של ביטול הוראת פירעון על-ידי המושך. כאשר הלקוח סבור כי השטר ייפרע ואילו הבנק אינו פורע את השטר, למשל מחמת העדר כיסוי, האוחז רשאי להגישו להוצאה לפועל. הליך זה כרוך בהוצאות וביצירת עומס על מערכת המשפט. אם המושך אינו יודע על חילול השטר הוא עלול להיחשף להליכי גבייה ולשאת בהוצאות בלי שהיה בידו לפרוע את השטר ולחסוך את ההוצאות והטרחה. על כן, אי מתן הודעת חילול על-ידי האוחז חושפת את הלקוח לסיכון כי ישא בהוצאות שניתן היה למנוע. קיים גם אינטרס ציבורי בכך שהלקוח יוכל לפרוע את השטר בלא להיזקק להליכי גבייה. כל השיקולים הללו מובילים למסקנה כי אין מקום לפטור את הבנק, או כל אוחז אחר ממתן הודעת חילול.

387. הבנק מבקש, כמו כן, להשתיק את טענת ההתיישנות השטרית. אכן, על-פי סעיף 96 לפקודת השטרות יכולים הצדדים להתנות על ההתיישנות, כשם שהם יכולים להתנות על כל דין שאינו קוגנטי, אולם עצם האפשרות להתנות על הדין אינה שוללת את הקיפוח שבהתנאה. החוק בא למנוע דווקא את ההתנאה המותרת לכאורה, כדי להסיר את הקיפוח ולמתן את אי השוויון בחוזים מן הסוג הנדון. על כן, בטענת הבנק כי ההתנאה אפשרית על-פי פקודת השטרות, אין כדי לסתור את חזקת הקיפוח הקמה בעקבות ההתנאה על הדין. השאלה היא אם יש טעם מהותי להתיר את ההתנאה. טעם מהותי כזה לא מצאנו בטיעוני הבנק. נראה שיש דווקא טעם מהותי שלא להתיר את הוויתור על טענת ההתיישנות בחוזה אחיד. ראשית, על-פי סעיף 96 עצמו אין לוותר שנרשם בתעודה נפרדת (ולא על גבי השטר) תוקף, אלא אם המוותר קיבל בעדו (בעד הוויתור) תמורה בת ערך. במקרה שלפנינו לא ברור מה

התמורה שמקבל הלקוח, אם בכלל, עבור הויתור. שנית, וויתור גורף ומראש על טענת התיישנות, עוד בטרם נמשכו השיקים חושף את הלקוח לסיכוני תביעה שהדין מבקש לפטור אותו מהם ומעמיס עליו נטל לשמור את ראיותיו מעבר לתקופת ההתיישנות. אכן, המושך או המסב יכול לוותר על טענת התיישנות לגבי שטר ספציפי בכל שלב בחיי השטר, אולם אין להתיר לבנק לחשוף את הלקוח, באופן גורף ומראש, לסיכוני תביעות שעבר זמנו.

388. התוצאה היא שסעיף זה שבחזרה מקפח את הלקוחות, בדרישה לוותר על הודעת החילול ועל טענת ההתיישנות. אנו מבטלים הוראות אלה שיש בהן משום קיפוח.

סעיף 44 – שחרור הבנק מדרישת תשלום

389. סעיף זה מונה נסיבות אשר בהתקיימן רשאי הבנק להעמיד לפרעון מיידי את יתרת חובותיו של הלקוח, בלא שיהא חייב במתן התראה מוקדמת ללקוח, כדלקמן:

”שחרור הבנק מדרישת תשלום

בכל אחד מהמקרים הבאים:

44.1 אם יוטל עיקול על נכס כלשהו מנכסי הלקוחות או מי מהם, או אם תעשה פעולת הוצאה לפועל נגד מי מהלקוחות;

44.2 אם תתקבל על-ידי מי מהלקוחות החלטת פירוק, או תוגש נגד מי מהם בקשה לפירוק, או לכינוס נכס כלשהו מנכסיהם, או למינוי מפרק קבוע/זמני, קדם מפרק זמני, כונס נכסים קבוע/זמני, או לפתיחת הליכי שיקום;

44.3 אם מי מהלקוחות יעשה מעשה פשיטת רגל או תוגש נגדו בקשת פשיטת רגל;

44.4 אם מי מהלקוחות יזמן אסיפת נושים למען סידור עימו.

והכל בין אם הבקשות הנ”ל הוגשו ע”י הלקוחות עצמם או צד שלישי, כי אז יועמדו לפרעון מיידי כל ההלוואות והאשראים שהועמדו ו/או שיועמדו על-ידי הבנק ללקוחות, וזאת ללא צורך בדרישה כלשהי של הבנק. ובמקרה שהוצאו ערבויות וכתבי שיפוי על-ידי הבנק לבקשת הלקוחות – הלקוחות יהיו חייבים, ללא צורך בדרישה כלשהי של הבנק, לשלם לידי הבנק את כל הסכומים שהבנק או קורספונדנט של הבנק התחייבו לשלם על-פי כל כתב ערבות/כתב שיפוי שהוצא לפי בקשת הלקוחות, וזאת אף לפני שהבנק או הקורספונדנט נדרשו לשלם. והכל אלא אם הבנק יודיע אחרת במפורש ובכתב ללקוחות.

מובהר כי אין באמור בסעיף זה כדי לגרוע או לפגוע בכל התחייבות אחרת של הלקוחות כלפי הבנק".

390. טוען היועץ המשפטי כי העדר חובת ההודעה ללקוח ואי מתן פרק זמן סביר לפירעון החוב מקפחים את הלקוחות ומהווים חזקת קיפוח לפי סעיף 4(6).

391. הדין הוא שחוב שנקצב לו מועד יש לפרוע במועדו וחוב שלא נקצב מועד לפירעונו, לנושה הזכות לדרוש את פירעונו בהודעה תוך זמן סביר. אולם, יכול שהפרתו של החייב תהיה צפויה ואזי יעמדו לנושה תרופות כנגד ההפרה עוד בטרם יגיע מועד קיום החיוב. אמנם, על-פי הדין הכללי, כאמור לעיל, התנאים להכרה בהפרה צפויה הנם קפדניים ויש להראות כי מסתבר מנסיבות העניין שצד לחוזה לא יוכל לקיים את חיוביו. כאן אין די בחשש או ספק. (השווה שלו, **חוזים**, 478-477). אולם, גם אם הפרה צפויה אינה מתקיימת אין פירוש הדבר כי לבנק אין הצדקה להתנות על הדין בנסיבות בהן קיים חשש רציני שהחובות לא ייפרעו.

392. בע"א 57/89 **בנק הפועלים בע"מ, סניף עומר נ' מכבשים הדרום בע"מ**, פ"ד מה(3) 182, נידונה השאלה האם הבנק היה רשאי להעמיד הלוואה שנתן ללקוח לפירעון מידי בעקבות עיקולים שהוטלו על רכוש החברה. אמנם השאלה האם הסעיף העוסק בעניין מהווה תנאי מקפח בחוזה אחיד לא נידונה במפורש בפסק הדין, עם זאת בית המשפט קבע, כי לבנק אכן נתונה זכות כאמור. כך מציינת כב' השופטת נתניהו:

"זכות זו של הבנק להעמיד לפרעון מידי את הסכומים המגיעים ושיגיעו לו במקרה של הטלת עיקול איננה עניין טכני או פורמאלי בלבד והשימוש בה אינו חסר תום לב. הטלת עיקול מצביעה על שינוי לרעה במצבו הכספי של החייב ועל יצירת סיכון נוסף לנושה...התהוות מצב כזה צריכה לשמש פעמון אזהרה לכל נושה. על אחת כמה וכמה לבנק האחראי לכספי ציבור המפקידים שלו. שיקול זה מוצא ביטוי גם בסעיף משנה ח' לסעיף 11 המקנה לבנק זכות לדרוש פירעון מידי בקרות אירוע העלול לפגוע ביכולתו הכספית של החייב. די היה לדעתי בהתפתחות זו כדי להצדיק שימוש של הבנק בזכותו החוזית. לא זו בלבד שרשאי היה הבנק להפעיל את זכותו אלא שהיה זה חוסר אחריות מצדו לולא עצם את עיניו להתפתחות שנוצרה ונמנע מלהפעילה".

(סעיף 5 לפסק הדין).

ראוי לזכור, אין בסעיף כדי לקבוע תנייה גורפת לפיה הבנק יוכל להעמיד את כל ההלוואות והאשראים של הלקוח לפרעון מידי בכל עת וללא צורך בסיבה מיוחדת. (והשווה תא (ת"א) 803/88 **אלקטרו בסיס בע"מ נ' הבנק הבינלאומי לישראל**, דינים מחוזי כו(7) 282). הסעיף קובע מספר חלופות, אשר יש בהן כדי להצביע על

שינוי במצבו הכלכלי של הלקוח לרעה. העמדת החובות לפירעון מיידי אינה נעשית בעקבות החלטה שרירותית של הבנק, אלא מבוססת על חשש אובייקטיבי כי כושר הפירעון של הלקוח ייפגע.

הדרישה כי חובותיו של הלקוח לא יועמדו לפירעון מיידי בנסיבות האמורות בסעיף משמעה, ברוב המקרים, חיוב הבנק בהמשך מתן האשראי ללקוח, למרות שינוי מצבו לרעה. כאשר נושיו של הלקוח פותחים נגדו בהליכים והדיהם מגיעים אל הבנק, הברירה היא, למעשה, אינה בין טובת הלקוח לבין טובת הבנק, אלא בין טובת הבנק לבין טובת הנושים האחרים של הלקוח. בהתלבטות זו הכף נוטה לטובת הבנק, זאת כדי להקטין את סיכוניו ולהוזיל את המימון הבנקאי. התערבות בסעיף זה תעלה את רמת הסיכון בו נושא הבנק ותייקר את האשראי. השווה לעניין זה ע"א 1226/90 **בנק לאומי לישראל בע"מ נ' הסתדרות הרבנים דאמריקה**, פ"ד מט(1) 177, 204-206. שיקול זה היפה לאשראי מסחרי, יפה באותה מידה גם לאשראי צרכני.

בנסיבות אלו, אין במתן אפשרות לבנק להעמיד את ההלוואות והאשראים לפירעון מידי משום הקניית זכות בלתי סבירה לשנות או לבטל את ביצוע החוזה, ואין בה משום קיפוח הלקוחות. לפיכך, יש לדחות טענות היועץ המשפטי בעניין זה.

סעיף 47 - החותמים על החוזה

393. במסמך המוסכמות והפלוגתאות הסכימו הצדדים כי רק מי שחותם על החוזה הופך להיות לקוח. עם זאת, הדגיש הבנק כי אין בכך כדי לפגוע בעמדת הבנק כפי שמצאה ביטוי ביחס לסעיף 25 הנ"ל לחוזה, דהיינו לגבי מקרים של פטירת הלקוח והחותם.

פסקה אחרונה

394. בסעיף זה מאשר הלקוח כי קרא את החוזה, כי הוא מסכים לתנאיו ולכך שהוראות החוזה יחולו על כל החשבונות שפתח בבנק.

"הננו מאשרים כי קראנו את התנאים הכללים (מהדורה** _____) ואנו מסכימים לאמור. אנו מאשרים כי קיבלנו עותק של התנאים הכלליים ושל בקשה זאת".

395. היועץ המשפטי טוען כי ההצהרה לפיה הלקוחות קראו את התנאים הכלליים והם מסכימים לאמור בהם וקיבלו עותק מהם, היא גורפת, ועלולה לשלול מן הלקוח,

ללא הצדקה, טענות העשויות לעמוד לו על-פי החוזה והדין. היועץ המשפטי מדגיש כי מדובר למעשה בפיקציה, כיוון שברוב המקרים אין ההצהרה נכונה. עוד טוען היועץ המשפטי כי הסעיף מהווה חזקת קיפוח לפי סעיפים 4(1) ו-6(4).

396. הבנק טוען מצדו כי לאור סעיף 4 לכללי הגילוי המחייב את הבנק למסור ללקוח עותק מן ההסכם, אין אישור של הלקוח שהוא קיבל עותק כזה עולה כדי תנאי מקפח. מוסיף הבנק ומציין כי הוראה זו היא אף לטובת הלקוחות שכן היא מפנה את תשומת ליבם לכך שהם מתחייבים שקראו את תוכן החוזה והסכימו לתנאיו.

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

398. התוצאה היא שאנו מבטלים את הסעיפים או את חלקי הסעיפים הבאים שבחוזה, אשר יש בהם, כפי שנקבע בגוף פסק הדין לעיל, כדי לקפח את הלקוחות בנושאים הבאים:

א. המבוא הכללי של החוזה, בהחילו את תנאי החוזה על חשבונות ופיקדונות שיפתח הלקוח בעתיד.

- ב. סעיף 1.2, בהתייחס להיקף שיקול הדעת המוקנה לבנק, לבטל או להפחית מסגרת אשראי מאושרת.
- ג. סעיף 1.3.1, אשר מקנה לבנק סמכות לאשר חריגה ממסגרת האשראי שנקבעה ללקוח, חרף בקשה מפורשת ובכתב של הלקוח, שלא לאפשר חריגה כזאת.
- ד. סעיף 1.4, בכך שהוא מאפשר לבנק להקדים ביצוע חיובים, בניגוד להוראות הבנקאות (שירות ללקוח) (דרכי חישוב ריבית) התשנ"א-1990.
- ה. סעיף 1.6.1 – בהתייחס להיקף חובת השמירה על פנקסי שיקים המוטלת על הלקוח.
- ו. סעיפים 1.6.1 ו-1.6.3, אשר דורשים מתן הודעה בכתב, כדרך בלעדית למתן הודעה לבנק בדבר ביטול שיקים, וזאת, גם במקום שבו קיים עם הלקוח הסכם למתן הודעות באמצעות קווי תקשורת, ומתנים את חובת הבנק לפעול על פי הודעת הלקוח (בדבר ביטול השיק), בכך שההודעה תינתן בכתב.
- ז. סעיפים 27.2 ו-31.3, בהתייחס להוראה הקובעת שהעתקי חשבונות, הודעות או מסמכים שנשלחו ללקוח ייחשבו, בהעדר הערות של הלקוח, כמאושרים.
- ח. סעיף 1.7, אשר פוטר את הבנק, בהעדר התרשלות, מאחריות בגין גניבה, השמדה או השחתה של שטרות או שקים, לביטחון או לזכות החשבון, ומטיל על הלקוח את נטל ההוכחה בדבר התרשלות הבנק במקרים של אובדן או נזק לשטרות או שיקים שנמסרו לביטחון.
- ט. 16.13 – לעניין הטלת הנטל על הלקוח להוכיח, בכל מקרה, את התרשלות הבנק שגרמה לביצוע חלקי או ביצוע בקרוב של הוראות טלפוניות שניתנו על ידי הלקוח.
- י. סעיף 16.11, הפוטר את הבנק מאחריות במקרים של זיוף או העדר חתימה של הלקוח על הודעת פקסימיליה.
- יא. סעיף 28.1.2 – לעניין הטלת נטל הוכחת התרשלות הבנק, בכל מקרה של גרימת נזק עקב שימוש שעשה הבנק באמצעי תקשורת, על הלקוח.
- יב. סעיף 34 – פטור מאחריות בגין פעולות בנקים קורספונדנטים.
- יג. סעיף 28.1.1 – בהקימו פטור מאחריות לבנק בגין שביתה שאינה מוגנת על פי אכרזת המפקח על הבנקים, מכוח סמכותו לפי פקודת הבנקאות 1941, וביחס

לנסיבות האחרות המנויות בסעיף זה, בכך שאינו מתנה את הפטור מאחריות, בכך שהבנק ינקוט באמצעים סבירים לשם קיום התחייבויותיו, ובכך שאינו מגביל את הפטור מאחריות לאירועים או נסיבות אותם הבנק לא יכול היה לצפות מראש.

יד. סעיף 31.7 – פטור מאחריות בגין נזקים עקב שכירת תיבת דואר.

טו. סעיף 28.2, בעניין הגבלת אחריות הבנק לנזקים ישירים בלבד.

טז. סעיף 17, בהתייחס לתחולת זכות העיכוב של הבנק על נכסים שאינם נכסי הלקוח (למעט חשבון משותף), ובנוגע לזכות העיכוב או העיכבון להבטחת חובות שטרם הגיע מועד פירעונם, גם בהעדר חשש סביר כי הלקוח לא יקיים את התחייבויותיו.

יז. סעיף 18, בהתייחס ל: פטור ממתן הודעת קיזוז; אי מתן הודעת קיזוז מראש - לגבי קיזוז בחשבון מטי"ח; קיזוז חיובים שטרם הגיע מועד ביצועם, גם בהעדר חשש סביר כי הלקוח לא יקיים את התחייבויותיו, והקדמת קיום חיובי הבנק כלפי הלקוח, תוך פגיעה בלקוח; הפעלת זכות קיזוז לגבי חשבונות שאינם של הלקוח (למעט חשבונות משותפים), ולגבי חשבונות משותפים - גם במקום שהדין מאפשר לסתור את החזקה (כי החייב יכול לקיים את החיוב כלפי כל אחד מהנושים) הקבועה בסעיף 59 [לחוק החוזים \(חלק כללי\)](#), תשל"ג-1973.

יח. סעיף 19 – בקובעו שכל ערובה או בטוחה שניתנה על ידי הלקוח, תשמש באופן אוטומאטי, וגם בהעדר הסכם מיוחד, כבטוחה לכל חיוב, קיים או עתידי, של הלקוח כלפי הבנק.

יט. סעיף 22, בהתירו מסירת מידע על הלקוח לחברות הנמנות על קבוצת הבנק.

כ. סעיף 23.2.1, אשר מקנה לבנק, ללא קשר לקביעת בית המשפט, זכות לשיפוי בגין הוצאות ההתדיינות בהליך שיזם צד שלישי.

כא. סעיף 23.2.2 – המאפשר לבנק, במקרה של נקיטת הליכים משפטיים על ידי צד שלישי נגד הלקוח, לנקוט בצעדים להגבלת זכויות הלקוח, גם בהעדר צו של בית משפט.

כב. סעיף 23.5, בהקימו לבנק זכות לפצל את תביעתו (הנובעת מעילת תביעה אחת) ואת הסעדים הנדרשים על ידו בשל עילה אחת בתביעתו נגד הלקוח.

כג. סעיף 25, אשר הופך אדם שטרם חתם על מסמכי הבנק, באופן אוטומאטי, לשותף בחשבון.

כד. סעיפים 26 ו-29 סיפא, בהטילים על הלקוח חובה לבדוק את רצף ההודעות המתקבלות על ידו באמצעות מסופי המחשב או באמצעות הדואר, תוך הקמת פטור משתמע לבנק מחובותיו לפי כללי הגילוי הנאות.

כה. סעיף 27, אשר קובע כי ספרי הבנק ייחשבו כנכונים ומקנה לספרים אלה מעמד של ראיה לכאורה.

כו. סעיף 38, אשר דורש קיומו של כתב לגבי כל ויתור, פשרה או הסדר אחר כלשהו בין הלקוח לבין הבנק, וזאת, גם כאשר מדובר בהסדרים פחותי ערך, אשר נהוג ומקובל לעשותם בעל פה.

כז. סעיף 42, המעניק לבנק כוח לשנות את החוזה באופן חד צדדי, בנסיבות שבהן הבנק אינו רשאי לבטל את החוזה.

כח. סעיף 43, המשחרר את הבנק מחובת מתן הודעת חילול ומתנה על תקופת ההתיישנות.

כט. פסקה אחרונה, בהתייחס לאישור הלקוחות כי קראו את החוזה.

נציין, כי תיאור נושאי הקיפוח בפרק זה, הנו תיאור תמציתי, שלא נועד להוסיף או לגרוע מהאמור בגוף פסק הדין.

על הבנק לתקן את החוזה כפי שהוסכם על הצדדים במסמך "המוסכמות והפלוגתאות".

399. אנו מחייבים את המשיב לשלם ליועץ המשפטי הוצאותיו בהליך זה וכן שכ"ט עו"ד בסכום כולל של 50,000 ₪.

ניתן היום, כ"א בסיון תשס"ד (10 ביוני 2004), בהעדר.

המזכירות תמציא העתק פסק הדין לב"כ הצדדים.

י' עדיאל, שופט

ד"ר ש' ליפשיץ

מר ע' שרגאי

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה