



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 232/10

לפני: כבוד המשנה לנשיא מ' נאור
כבוד השופטת ע' ארבל
כבוד השופט י' עמית

המערער: הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ

נגד

המשיב: המפקח על הבנקים – בנק ישראל

ידיד בית המשפט: איגוד הבנקים בישראל

ערעור על פסק דינו של בית הדין לחוזים אחידים מיום 5.5.2009 בתיק ח"א 8002/02 שניתן על ידי כבוד השופטת מרים מזרחי, והשופטים: פרופ' עופר גרוסקופף ו-ד"ר משה גלברד

תאריך הישיבה: ט"ז באלול התשע"א (15.09.11)

בשם המערער: עו"ד ליאת עיני נצר; עו"ד אסנת שטמר ידייקין;
עו"ד מור חלד

בשם המשיב: עו"ד לימור פלד

בשם ידיד בית המשפט: עו"ד ראובן בכר; עו"ד שמרית קניג

פסק-דין

פתח דבר

1. בראשית שנת 2002 פנה המפקח על הבנקים (להלן: המפקח) לבית הדין לחוזים אחידים (להלן: בית הדין), בבקשה לביטול או שינוי תנאים מקפחים בחוזה אחיד, בהתאם לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982 (להלן: החוק). בקשתו של המפקח נגעה לחוזה ההלוואה הסטנדרטי (להלן: החוזה), המשמש את הבנק הבינלאומי הראשון למשכנתאות בעת העמדת הלוואות מובטחות (באמצעות בטוחה או משכנתא)

ללקוחותיו. במהלך שנת 2006 התמזג הבנק הבינלאומי הראשון למשכנתאות עם הבנק הבינלאומי הראשון, ועל כן מעתה נכנה את שניהם הבנק. לשינוי ארגוני זה אין השפעה על ענייננו.

2. החוזה מושא דיוננו משמש את הבנק למתן הלוואות במגוון הקשרים. לדברי הבנק, מרבית ההלוואות הניתנות על בסיס חוזה זה משמשות לרכישה או לשיפוץ של נדל"ן, ומובטחות באמצעות נכס מקרקעין. החוזה משמש גם למתן הלוואות נוספות ללקוחות הבנק, כגון "הלוואות למטרות עסקיות" ו"הלוואות זכאות מכוח תוכניות סיוע ממשלתיות", לשון הבנק. משך החזרת ההלוואות על ידי הלקוחות משתנה, בין שנים אחדות ועד עשרות שנים. הלקוחות עימם מתקשר הבנק מגוונים אף הם: לקוחות פרטיים ועסקיים כאחד. נוסף על נוטלי ההלוואות, חותמים על החוזה מול הבנק אף הערבים להחזרת ההלוואה.

3. החוזה, אם כן, נועד לתת מענה למגוון רחב של עסקאות ולקוחות. הוא מסדיר אמנם עסקה חד פעמית ומוגדרת (בשונה מעסקה לפתיחת חשבון עובר ושב, לדוגמא), אולם מערכת היחסים אשר נוצרת בעקבותיו יכולה להיות בת שנים ארוכות. מערכת יחסים זו כוללת מספר מעורבים, ובראשם הבנק, הלווה (החייב) והערב. לפיכך לא פלא, שהחוזה דנן הינו חוזה ארוך ומורכב, המשתרע על פני 45 סעיפים מפורטים למדי.

4. מעת שהוגשה הבקשה על ידי המפקח לבית הדין ולאורך ההליכים השונים בתיק, התקיים משא ומתן בין המפקח לבנק, אשר ייתר את ההכרעה השיפוטית בחלק מן הסוגיות שבמחלוקת. כך, לאחר שהתקיימה בחודש ספטמבר 2002 ישיבת קדם משפט בתיק (השופט י' עדיאל), הגישו המפקח והבנק מסמך הסכמות ביניהם בחלק מן הסוגיות. לאחר שהתקיים הליך ההוכחות והוגשו הסיכומים התחלף המותב בתיק פעמיים. הרכבו האחרון של המותב (השופטת מ' מזרחי והחברים פרופ' ע' גרוסקופף וד"ר מ' גלברד) אפשר לצדדים להגיש בסוף שנת 2007 מסמך הסכמות נוסף, וכן השלמת טיעון. לאחר שני מסמכי ההסכמות שהוגשו נצטמצמה יריעת המחלוקת, וביום 5.5.2009 ניתן פסק דינו של בית הדין ביתר הסוגיות (ח"א 8002/02 המפקח על הבנקים נ' הבנק הבינלאומי הראשון למשכנתאות בע"מ (טרם פורסם, 5.5.2009)). כפי שנראה, מאז הגשת הערעור ואף במהלך שמיעתו הגיעו הצדדים להסכמות נוספות, ולהכרעתנו נותרו בסופו של דבר מספר פלוגתאות מצומצם יחסית.

5. פסק דינו של בית הדין עסק בעשרות סוגיות, מכותרת החוזה ועד אותיותיו הקטנות, והשתרע על כ-200 עמודים. במסגרתו ניתן תוקף לרבות מהסכמות הצדדים, למעט במקרים בהם סבר בית הדין כי ההסכמה אינה נותנת מענה מספק לבעיית קיפוח הלקוח. בית הדין, כפי שעולה מפסק הדין, הקפיד על "בחינת רוחב" של החוזה: כאשר סברו חברי המותב כי בפניהם תנאי מקפח שלא עלה בבקשתו של המפקח, העלו את העניין בפני הצדדים, אפשרו להם לטעון לגביו, ופסקו בו. מסיבה דומה אפשר בית הדין למפקח לשנות את עמדתו בסוגיות מסוימות, לרבות במקרים בהם הייתה בכך הרחבת חזית או נסיגה מהסכמות קודמות עם הבנק (ראו פסקאות 22-32 לפסק הדין).

בית הדין סבר כי במקרים רבים מוטב להורות על שינוי התנאי המקפח מאשר על ביטולו, וזאת בהתאם לברירות השונות העומדות בפניו בהתאם לסעיף 17 לחוק. זאת, הבהיר בית הדין, על מנת לקצר את ההליכים ולצמצם ככל הניתן את הפגיעה בציבור הלווים. לעיתים אפשר בית הדין לבנק לבחור בין החלופה של ביטול התנאי המקפח לבין אימוץ נוסח שהוצע על ידי בית הדין. בחלק מן הסוגיות אף הפעיל בית הדין את סמכותו בהתאם לסעיף 18 לחוק, והורה על החלת השינויים שקבע גם על חוזים שנכרתו עובר למתן פסק הדין, וטרם בוצעו במלואם (לדיון בעניינים אלו, ראו פסקאות 33-40 לפסק הדין).

קביעותיו של בית הדין בסוגיות ספציפיות יפורטו בהמשך הדברים, ככל שיש להן נגיעה לענייננו. בטרם נפנה לערעור שלפנינו, מן הראוי לציין כי לפי החלטת בית הדין, הגיש הבנק שני נוסחים מעודכנים של החוזה, אחד הנוגע ללווים שהחוזה עימם נכרת לפני מתן פסק הדין, ואחד בנוגע ללווים חדשים שיתקשרו עם הבנק בעתיד בהתאם לחוזה האחיד. נוסחים אלו נדונו ואושרו (בשינויים) בהחלטת בית הדין מיום 1.10.2009. עוד נדונה בהחלטה זו בקשתו של הבנק לעיכוב ביצוע חלק מרכיבי פסק הדין.

הבקשה לעיכוב ביצוע

6. ביום 14.12.2009, עוד לפני שהגיש הבנק את ערעורו על פסק הדין, הגיש הבנק לבית משפט זה בקשה לעיכוב ביצוע פסק הדין עד להכרעה בערעור, נוסף על הבקשה לעיכוב ביצוע שהוגשה לבית הדין. לאחר שהוגשה תגובת המפקח ותשובת הבנק לתגובה, ניתנה ביום 13.6.2010 החלטתו של בית משפט זה (השופט א' גרוניט),

המקבלת את הבקשה באופן חלקי (בש"א 10004/09 הבנק הבינלאומי הראשון למשכנתאות בע"מ נ' המפקח על הבנקים (טרם פורסם, 13.6.2010)).

הערעור וההליכים בפנינו

7. ערעורו של הבנק הוגש ביום 10.1.2010. כתב הערעור הקיף 14 סוגיות עיקריות בהן השיג הבנק על קביעותיו של בית הדין. איגוד הבנקים בישראל (להלן: איגוד הבנקים) ביקש להצטרף כידיד בית המשפט ולהגיש את סיכומיו בתיק, ואפשרנו לו לעשות כן.

ביום 19.5.2011 הודיעונו הצדדים על השגת הסכמות בחלק מן הסוגיות שבמחלוקת, וביקשו כי יינתן להסכמותיהם תוקף של פסק דין חלקי. הורינו כי הסכמות אלו יובאו בפני ההרכב שידון בערעור. לאחר מכן הוגשו סיכומים וסיכומי תגובה.

הדיון בערעור התקיים ביום 15.9.2011, ובמהלכו הושגו הסכמות נוספות בין הצדדים. בתום הדיון נראה היה כי פרט להסכמות אלו, אשר חלקן טרם נוסחו אז על ידי הצדדים, נותרו מחלוקות בשלושה עניינים נקודתיים בלבד. עניינים אלו פורטו בהחלטתנו מיום 18.9.2011. הורינו לצדדים להגיש ניסוח של כל ההבנות אליהם הגיעו, טרם הדיון, במהלכו ובעקבותיו, ולהבהיר מה נותר במחלוקת ביניהם. כן אפשרנו לצדדים ולאיגוד הבנקים להגיש סיכומים משלימים במחלוקות שנותרו.

ביום 23.11.11 הוגשה הודעה מטעם הצדדים בדבר ההסכמות ביניהם. לאחר מכן הוגשו סיכומים משלימים וסיכומי תשובה להם. יריעת המחלוקת בין הצדדים, כפי שעולה מסיכומים אלו, רחבה היא משהיה נדמה בתום הדיון בפנינו. בין היתר, הבנק מבקש בסיכומיו המשלימים כי נקיים דיון נוסף בסוגיות השנויות במחלוקת. נבהיר כבר עתה, כי איננו סבורים שיש מקום לקיום דיון כאמור.

הסוגיות שבמחלוקת

8. ארבע סוגיות נותרו במחלוקת בין הצדדים. קביעות בית הדין וטענות הצדדים בסוגיות אלו יפורטו בהמשך בהרחבה. נמנה תחילה את הסוגיות בראשי פרקים:

(א) ויתור על הזכות לסידור חלוף לבני משפחה – סוגייה זו נסבה על פרשנות סעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967 (להלן: חוק ההוצאה

לפועל), והשפעת פרשנות הסעיף על יכולתו של החייב לוותר על הזכות המוקנית בחוק לסידור חלוף, בכל הנוגע לבני משפחתו. בסוגייה זו הגיעו הצדדים להסכמה, אשר מבוקש כי יינתן לה תוקף של פסק דין, לפיה ערעורו של הבנק יתקבל ופסק דינו של בית הדין בעניין זה יבוטל. עם זאת, הבנק ואיגוד הבנקים סבורים כי יש לנמק את הביטול, לטובת הבהרת המצב המשפטי בעניין זה, ואילו המפקח סבור כי אין מקום להנמקה כאמור.

(ב) שיקול דעתו של הבנק בקביעת תנאי המשכנתא – המחלוקת בין הצדדים בסוגייה זו עניינה מידת החירות שיש לבנק בעיצוב שטר המשכנתא והתנאים הנלווים לו, כאשר שטר זה נרשם במועד מאוחר למועד חתימת החוזה. הצדדים הגיעו לנוסח שרובו מוסכם בעניין זה, אולם נותרה ביניהם מחלוקת מצומצמת בשאלה אם יש להבהיר בחוזה באופן ברור כי אין בשטר המשכנתא כדי להוסיף התחייבויות נוספות ללווה.

(ג) שיקול דעתו של הבנק בזקיפת תשלומים – הצדדים חלוקים בשאלה למי נתונה העדיפות בקביעה לאיזו מן ההלוואות שנטל לוה, ייזקף תשלום אשר הוא משלם; וזאת, בפרט במצב בו הלווה איננו משלם את תשלומיו כסדרם. הבנק סבור כי במצב שכזה הבנק הוא זה שצריך לקבוע לאיזו מן ההלוואות שנטל הלווה ייזקף התשלום, ואילו המפקח סבור כי מן הראוי שהלווה הוא שיקבע זאת, כפי שקובע באופן דיספוזיטיבי סעיף 50 לחוק החוזים, התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים).

(ד) תנאי הערבות – המחלוקת בין הצדדים בעניין זה נוגעת לשאלה מה דינן של ההתנאות שקבע הבנק בחוזה על חוק הערבות התשכ"ז-1967 (להלן: חוק הערבות). הצדדים אינם חלוקים על כך שמותר לבנק לקבוע התנאות מסוג זה. עם זאת, המפקח סבור כי היקף ההתנאות נוטל מן הערב את מרבית ההגנות המוצעות לו בחוק, ולמעשה הופך אותו לבעל חיוב עצמאי ולא ל"ערב" כמשמעותו הרגילה. לכן סבור המפקח כי יש לבטל את ההתנאות דנן. הבנק סבור כי יש להותיר את ההתנאות שנקבעו על כנן, ולבטל את פסק דינו של בית הדין בסוגייה זו.

9. חוק החוזים האחידים נועד להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים, אשר נקבעו על ידי ספק בחוזה אחיד. הגנותיו של החוק נועדו למתן את אי-השוויון המובנה בהתקשרות בחוזה אחיד: מן הצד האחד, ספק אשר הכתיב את כלל תנאי החוזה או מקצתם, ומשתמש בהם להתקשרות עם לקוחות רבים; מן הצד השני, לקוח שהשתתפותו בעיצוב החוזה מינימאלית, אשר מקבל לידי למעשה חוזה מן המוכן. "תנאי מקפח" מוגדר בחוק כ"תנאי בחוזה אחיד שיש בו – בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות – משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח הלקוחות" (סעיף 3 לחוק). החוק אף קובע, בסעיף 4 בו, תנאים אשר חזקה עליהם שהם מקפחים, ואם מופיע תנאי מסוג זה בחוזה האחיד, יועבר נטל ההוכחה לספק להראות שהתנאי איננו מקפח (ראו: ורדה לוסטהויז וטנה שפניץ חוזים אחידים 117-45 (1994); ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 527 (1992); ע"א 449/85 היועץ המשפטי לממשלה נ' גד חברה לבניין בע"מ, פ"ד מג(1) 183, 189 (1989)).

החוק מסמיך את בית הדין לחוזים אחידים, וכן את בית המשפט, להורות על ביטולו או שינויו של תנאי מקפח בחוזה אחיד, וזאת "במידה הנדרשת כדי לבטל את הקיפוח". ביטול או שינוי כאמור ייעשה בהתאם לבקשה המוגשת לבית הדין, על ידי אחד מן הגורמים המנויים בחוק ובתקנות שהותקנו מכוחו. ביטול או שינוי של תנאי מקפח יחול על חוזים שנכרתו לפי החוזה האחיד לאחר תיקון שכזה, אולם בית הדין רשאי להורות כי התיקון יחול גם על חוזים שנכרתו לפני מועד ההחלטה (ראו סעיפים 16-19 לחוק).

10. בענייננו, הבנק הוא ה"ספק", ונוטלי ההלוואות והערבים להם הם הלקוחות עליהם בא החוק להגן. על מערכת היחסים החוזית הנוצרת בין בנק ללקוחותיו באמצעות חוזה אחיד, עמד בית משפט זה (השופט י' אלון):

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

מערכת היחסים שבין הבנק ללקוח מושתתת בבסיסה על קשר חוזי שבין לווה ומלווה. לעיתים הבנק הוא ה'מלווה', במתן אשראי והלוואות, ולעיתים הבנק

הוא ה'לווה', בקבלת פקדונות וחסכונות. עם זאת, במציאות הכלכלית, החברתית והמסחרית של ימינו, המדובר במערכת יחסים החורגת בתחומים רבים מעבר לכך...

נפסק שוב ושוב, כי הבנק חב ללקוחותיו חובות אימון וזהירות מיוחדות ומוגברות... עם זאת, אינטרס ראשון במעלה של הבנק – ובאופן ישיר של הציבור כולו – הינו בשמירת יציבותו הכלכלית, תוך הקפדה על גביית חובות הלקוחות והמנעות מהחשפות למשברי נזילות... אינטרס זה של הבנק, ושל הציבור, מהווה שיקול חשוב ביותר במכלול הנסיבות בהן ייבחן החוזה האחיד שבין הבנק ללקוחות, ומרכיב משמעותי באיזון הנדרש לצורך הקביעה אם תניה פלונית שבחוזה עולה כדי תנאי מקפח אם לאו" (ע"א 6916/04 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 4 (טרם פורסם, 18.2.2010) והאסמכתאות שם).

11. על רקע דברים אלו, נפנה לדיון ולהכרעה בסוגיות שבפנינו.

דיון והכרעה

12. בפתח הדיון נבהיר כי אנו נותנים תוקף של פסק דין להסכמות אליהן הגיעו הצדדים, כנוסח ב"הודעה מטעם הצדדים בדבר הסכמות ובקשה מוסכמת למתן תוקף של פסק דין להודעה" (להלן: ההודעה המוסכמת), אשר הוגשה לנו ביום 23.11.2011. במחלוקת שנותרו בין הצדדים נדון כסדרן.

מחלוקת ראשונה: ויתור על הזכות לסידור חלוף לבני משפחה

13. במסגרת הדיון בפניו ביקש בית הדין מיוזמתו את התייחסות הצדדים לסוגייה שעלתה מסעיפים 12(ב) ו-12(ד)(3) לחוזה. בסעיפים אלו מותר הלווה, בין היתר, על זכותו ועל זכותם של בני משפחתו ל"סידור חלוף". וכך קובע החלק הרלבנטי מהסעיפים דנן:

"12(ב). הלווה מסכים ומצהיר כי במקרה של הוצאת המשכנתא לפועל, לא יהיה הלווה ו/או כל אדם ו/או גוף אחר מוגנים על פי... הסעיפים 38 ו-39 לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967..."

12(ד)(3). הלווה מסכים ומצהיר בזה כי בכל מקרה של מימוש זכויות הבנק על פי הסכם משכון זה, הוא לא יהיה מוגן וכן לא יהיה מוגן כל מי שיחזיק מטעמו בנכס... לפי סעיפים 38 ו-39 לחוק ההוצאה לפועל..."

הלווה לא יהיה רשאי לדרוש כי יועמד לרשותו ולרשות בני משפחתו דיור חלופי...” (ההדגשות הוספו).

כפי שניתן לראות, סעיפים אלו בחוזה מתנים, בין היתר, על הוראות סעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל. סעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל מספק הגנה לחייבים מפני פינויים מדירת המגורים, בין היתר באמצעות דרישה כי חייבים לא יפנוו מדירתם אלא אם הועמד לרשותם ולרשות בני משפחתם מקום מגורים סביר, מימון למקום מגורים שכזה, או סידור חלוף (להלן: הזכות לסידור חלוף). הסעיף תוקן במסגרת תיקון מקיף לחוק ההוצאה לפועל (תיקון מס' 29), אשר נכנס לתוקף ביום 17.5.2009. מטרתו של תיקון זה, כפי שעולה מהצעת החוק, הייתה “להגביר את יעילות התפקוד של מערכת ההוצאה לפועל ולהעלות את אחוזי הגביה של החובות שנגבים באמצעותה, וזאת תוך איזון בין זכויות הזוכים לזכויות החייבים” (הצעת חוק ההוצאה לפועל (תיקון מס' 29) התשס"ז-2006, ה"ח הממשלה 260, בעמ' 90).

תיקון 29 לחוק ההוצאה לפועל מורה מפורשות כי החייב אינו רשאי לוותר על זכותו האמורה לסידור חלוף. זאת, בשונה מן המצב ערב התיקון, אשר אפשר לחייבים לוותר על זכותם זו. תיקון 29 נכנס לתוקף תוך כדי כתיבת פסק דינו של בית הדין. בית הדין יצא מנקודת הנחה כי אין חולק שהתיקון יחול על חוזי הלוואה שנכרתו בהתאם לחוזה האחיד לאחר יום כניסת התיקון לתוקף, 17.5.2009. עם זאת, ובשים לב לכך שלפסק הדין יש השלכה אף על חוזים שנכרתו עובר למועד כניסת התיקון לתוקף, החליט בית הדין לחוות דעתו בדבר המצב המשפטי ביחס לחוזים אלו, לאחר ששמע את עמדת הבנק.

14. בית הדין קבע כי האפשרות לוותר על הזכות לסידור חלוף עבור בני משפחתו של הלווה היא תנאי מקפח. זאת, בפרט בשל כוחו של הלווה בהתאם לחוק (בנוסחו של החוק לפני תיקון 29) ובהתאם לחוזה האחיד לוותר על זכותם של ילדיו הקטינים לסידור חלוף. על כן קבע בית הדין כי “המסקנה המתבקשת היא שבני משפחה של החייב שלא חתמו על כתב ויתור כאמור זכאים להגנה שמעניק סעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל (לפני כניסת תיקון 29 לתוקף), וזאת גם אם החייב ויתר על הדרישה לקיומה של בדיקה כזו לגביו” (פסקה 131 לפסק הדין). בהתאם, הורה בית הדין על שינוי סעיפים 12(ב) ו-12(ד) (3) שהובאו לעיל, כך שכוחו של הלווה יוגבל לוותר על זכותו שלו בלבד לסידור חלוף.

15. על קביעה זו ערער הבנק בהליך שלפנינו, בטענה שלמעשה הקנה בית הדין לבני המשפחה של החייב זכות עצמאית לסידור חלוף, זכות שהיא נפרדת מזו של החייב, זכות שהחוק בנוסחו הישן כלל איננו מקנה. הבנק טען שפרשנות שכזו לחוק והחלתה באופן רטרואקטיבי על חוזים קיימים פוגעת בו באופן לא סביר, ואיננה משקפת נכונה את המצב המשפטי. המפקח בסיכומיו לפנינו הצטרף במידה רבה לעמדת הבנק, וטען כי "הניתוח המשפטי שערך בית הדין והמסקנה אליה הגיע, בדבר קיומה של הגנה נפרדת לפי סעיף 38, לבני משפחתו של החייב, שהינה נפרדת מזו של החייב, איננו פשוט לגישתנו ויש עימו קשיים". המפקח הבהיר כי הוא איננו סבור שנוסחו הקודם של הסעיף מקנה לבני המשפחה זכות עצמאית לסידור חלוף, וכי פרשנותו של בית הדין מעוררת לגישתו קשיים יישומיים. עוד הבהיר המפקח כי חשיבות ההגנה על בני משפחתו של החייב היא שהביאה לתיקון סעיף 38 באופן שתואר לעיל. באשר לחוזי הלוואה שנכרתו עובר למועד התיקון, טען המפקח כי הוראת המעבר שנקבעה בתיקון 29 מספקת מענה מתאים. מענה זה, לשיטת המפקח, טמון בכך שנוסחה של הוראת המעבר מורה כי לגבי חוזים קיימים, יקראו אותם כאילו נאמר בהם: "לעניין זה, לא יראו כאילו פורש בשטר המשכנתא או בהסכם המשכון שהחייב לא יהיה מוגן לפי סעיף זה אם הוכח לרשם ההוצאה לפועל, כי לא הובהרה לחייב זכותו לדיוור חלוף ומשמעות הוויתור עליה". כלומר, לחייב נתונה האפשרות להראות כי לא הובהרה לו משמעות הוויתור על זכותו לדיוור חלוף, ואם אלו הם פני הדברים – אין תוקף לווייתורו. הוראת מעבר זו, אם תופנם אף בחוזה ההלוואה מושא דיוננו, מעניקה לשיטת המפקח הגנה מספקת ללווים. כל זאת, לטענת המפקח, על יסוד הגישה השלטת בפסיקה לפיה גם ביחס לחוזים קיימים ויתור החייב על הזכות לסידור חלוף הוא בבחינת החריג לכלל, בו ישתמשו במקרים נדירים.

16. בהודעה המוסכמת שהגישו הצדדים נכתב כי ביחס לסוגיית הוויתור על הזכות לסידור חלוף "מוסכם על הצדדים כי ערעור הבנק יתקבל וכי פסק דינו של בית הדין לחוזים אחדים יבוטל, כך שהתוצאה האופרטיבית תהא שסעיפי החוזה (בחוזים שנחתמו לפני כניסתו לתוקף של תיקון 29 לחוק ההוצאה לפועל), ייוותרו כפי שנוסחו במקור".

המחלוקת שנותרה, כך עולה מהודעה זו ומסיכומי ההשלמה של הצדדים, נוגעת לשאלה אם פסק דינו של בית משפט זה, הנותן תוקף להסכמה האמורה, יהא מנומק בסוגייה האמורה. טענת הבנק, בתמצית, היא כי יש חשיבות להבהרת המצב המשפטי הנוגע ליכולתם של חייבים לוותר על זכותם של בני משפחתם לסידור חלוף, בכל הנוגע לחוזי הלוואה שנכרתו לפני מועד כניסתו של תיקון 29 לתוקף. הבנק מבקש

כי נבהיר כי לפי סעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל לבני משפחתו של החייב אין, ומעולם לא הייתה, זכות עצמאית לסידור חלוף. זאת, כיוון שלטענתו מדובר בנושא שכיח העולה בהתדיינויות רבות. המפקח, מנגד, סבור כי אין מקום לקביעה שיפוטית גורפת בעניין. המפקח איננו חולק כי מדובר בסוגייה שכיחה, אולם טוען כי מוטב שהכרעות בנושא יתקבלו בכל תיק ותיק על פי נסיבותיו, ולא במסגרת ההליך מושא דיוננו. לטענת המפקח, לא כל פרטיה של סוגיית הוויתור על סידור חלוף הובאו בפני בית המשפט, ואין מקום להכרעה כוללת בעניין. המפקח מוסיף וטוען כי הסכמתו לביטול פסק דינו של בית הדין בנושא זה נובעת מאותו היגיון עצמו – הוא איננו סבור כי במסגרת ההליך שלפנינו יש מקום לקביעות גורפות בנושא, לכאן או לכאן.

17. אנו סבורים כי יש לתת תוקף של פסק דין להסכמת הצדדים לפיה יבוטלו קביעות בית הדין בנושא הוויתור על הזכות לסידור חלוף. במחלוקת בעניין ההנמקה, מקובלת עלינו עמדת המפקח. איננו סבורים כי הליך שעניינו ביטול תנאים מקפחים בחוזה אחיד, כשבסופו של דבר המסקנה היא כי אין לשנות מהקבוע בחוזים שגרמו לתיקון, וכאשר סוגיית הפרשנות של סעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל טרם תיקונו עלתה בו כאחת מני רבות, הוא המקום לקבוע "קביעות רוחב" פרשניות בעניין זה. בפרט נכונים הדברים לקביעה המבוקשת על ידי הבנק בסיכומיו, לפיה נצהיר על היעדרה של זכות עצמאית לסידור חלוף לבני המשפחה באופן כללי. אכן, מדובר בסוגייה מורכבת שלא כל פרטיה והשלכותיה באו בפנינו וגם לא נשמעו טענות מפי מי שעלולים להיפגע. אין מקום לקביעה רחבה מהסוג המבוקש על ידי הבנק ויש להשאיר את השאלה להליכים פרטניים.

באשר לתוצאת ביטול פסק דינו של בית הדין בנושא הוויתור על סידור חלוף, יש לזכור כי הגישה בפסיקה ביחס לוויתור על זכות זו היא גישה מצמצמת, הרואה בוויתור כאמור את החריג לכלל, בו ישתמשו "ביד קמוצה, בזהירות ובדקדקנות" (לשון השופט טירקל ב-רע"א 1132/94 פ"י. אף. איי אסטבלישמנט נ' רוזנר, פ"ד מט(5) 215, 218 (1996); ראו גם: ע"א 9136/02 מיסטר מאני בע"מ נ' רייז, פ"ד נח(3) 934, 945 (2004)). נוכח הוראת המעבר שנקבעה בתיקון 29 ונוכח גישתה המצמצמת של הפסיקה בסוגייה, אין בתוצאת ביטול פסק הדין בנקודה זו כדי לקפח את לקוחות הבנק, ואיננו רואים מקום לקבוע כחלק מההנמקה קביעת רוחב כמבוקש על ידי הבנק.

מחלוקת שנייה: שיקול דעתו של הבנק בקביעת תנאי המשכנתא

18. לעיתים המשכנתא המשמשת להבטחת ההלוואה נרשמת בלשכת רישום המקרקעין במועד מאוחר למועד כריתת חוזה ההלוואה. הבנק, אשר מעוניין להבטיח לעצמו חירות מקסימאלית בעיצוב שטר המשכנתא והתנאים הנלווים לו, קבע בחוזה כי המשכנתא תירשם "בנוסח בתנאים ובמועדים כפי שידרשו על ידי הבנק" (סעיף 12(ד)(1) לחוזה). יצוין, כי במקור הופיעה בחוזה הוראה הנוחה עוד פחות לחייבים, אשר קבעה כי הבנק יקבע בשטר המשכנתא "תנאים נוספים... על פי שיקול דעתו הבלעדי", הוראה זו, שהייתה הוראה מקפחת, נמחקה בהסכמה בין הבנק למפקח. הסכמה זו קיבלה תוקף של פסק דין.

בית הדין קבע כי חירותו של הבנק לקבוע ולשנות את תנאי המשכנתא במועד מאוחר לכריתת החוזה, מקימה חזקת קיפוח בהתאם לסעיפים 4(2) ו-4(4) לחוק, שכן בכך יש כדי לשנות חיובים מהותיים של החוזה. על כן, כך קבע בית הדין, יש לצרף את שטר המשכנתא הנוהג בבנק בעת כריתת החוזה לחוזה ההלוואה. שינויים בשטר המשכנתא ייעשו, כך נקבע, רק כשהם נדרשים כדי להתאימו לדין הנוהג. בית הדין קבע כי הבנק לא יהיה רשאי לשנות, להוסיף או לגרוע מתנאי החוזה פרט לשינויים כאמור.

19. על קביעות אלו ערער הבנק, בטענה שעיקרה הוא כי קביעת בית הדין מגבילה אותו יתר על המידה, ואיננה הולמת את חיי המעשה. בדיון שהתקיים בפנינו הסכים המפקח לוותר על הדרישה לצידוף שטר המשכנתא לחוזה, והסכמה זו קיבלה ביטוי בהודעה המוסכמת מיום 23.11.2011. הצענו לצדדים כי יובהר בחוזה כי שטר המשכנתא לא יגרע מזכויות הלווה לפי החוזה, וכי במקרה של סתירה בין ההוראות בשטר המשכנתא לבין הוראות החוזה, יחולו הוראות החוזה. כפי שעולה מסיכומי ההשלמה של הצדדים, הצעתנו מקובלת על שניהם. עם זאת, נותרה בין הצדדים מחלוקת בשאלה אם יש מקום לציין ברחל בתך הקטנה כי שטר המשכנתא לא יוסיף התחייבויות על האמור בחוזה. הבנק טוען בסיכומיו כי שטר משכנתא מעצם טיבו כולל חיובים שונים מאלו שנוטל על עצמו הלווה בחוזה ההלוואה, ולדבריו קביעה מפורשת כי שטר המשכנתא "לא יוסיף התחייבויות" איננה מעשית. הבנק עומד על כך שיש נושאים אותם נהוג להסדיר במסגרת שטר המשכנתא, וכי קביעה שכזו בחוזה פוגעת ביכולתו להסדיר נושאים מסוג זה במסגרת שטר המשכנתא, רק משום שהם לא נזכרו בחוזה. המפקח, לעומת זאת, סבור כי קביעה מפורשת ששטר המשכנתא לא יוסיף התחייבויות לאמור בחוזה, היא הכרחית על מנת להבטיח כי לא יתווספו דרך שטר המשכנתא חיובים נוספים ללווה אותם הוא לא צפה בעת כריתת החוזה. ההתחייבויות

הנוספות היחידות אותן יש לאפשר, לטענת המפקח, הן התחייבויות הנובעות משינוי הדין הנוהג.

20. בעניין זה אנו סבורים כי די בנוסח המוצע על ידי הבנק בסיכומי ההשלמה מטעמו כדי להבטיח שלא יתווספו לחוזה ההלוואה חיובים נוספים דרך שטר המשכנתא. אכן בעבר הופיע בחוזה ניסוח שקיפח את לקוחות הבנק. הנוסח העדכני שהוצע על ידי הבנק בסיכומיו המשלימים הוא כדלקמן:

12(ב). שטר המשכנתא האמור בסעיף א' לעיל יכלול את התנאים שהיו נהוגים בבנק בעת רישום המשכנתא ובלבד שתנאי שטר המשכנתא לא יגרעו מזכויות הלווה על פי הסכם זה, אלא אם הדבר הכרחי לצורך התאמתו לדין הנוהג בעת רישום המשכנתא. במקרה של סתירה בין הוראה בשטר המשכנתא לבין הוראה מהוראות הסכם זה, תחול ההוראה המצויה בהסכם זה, אלא אם הדבר נובע משינוי בדין הנוהג בעת רישום המשכנתא.

12(ד)(1). ...מתחייב בזה הלווה כי ינקוט בכל האמצעים הדרושים לרשום את הנכס על שמו בלשכת רישום המקרקעין ו/או בכל המקומות הדרושים לכך, ובאותו מעמד לרשום לטובת הבנק משכנתא ראשונה בנוסח ובתנאים ובמועדים כפי שידרשו על ידי הבנק ובלבד שתנאי שטר המשכנתא לא יגרעו מזכויות הלווה על פי הסכם זה, אלא אם הדבר הכרחי לצורך התאמתו לדין הנוהג בעת רישום המשכנתא. במקרה של סתירה בין הוראה בשטר המשכנתא לבין הוראה מהוראות הסכם זה, תחול ההוראה המצויה בהסכם זה, אלא אם הדבר נובע משינוי בדין הנוהג בעת רישום המשכנתא" (ההדגשות הוספו).

כפי שעולה מהנוסח המוצע, הוא נותן ביטוי לדרישת בית הדין להגביל את השינויים האפשריים בשטר המשכנתא לשינויים הנובעים מהתאמת שטר המשכנתא בעת כריתת החוזה לדין הנוהג בעת רישום המשכנתא. הצעותינו להבהיר כי שטר המשכנתא לא יגרע מזכויות הלווה לפי החוזה, ולקבוע במפורש כי במקרה של סתירה בין הוראות החוזה להוראות שטר המשכנתא יחולו הוראות החוזה – מקבלות אף הן ביטוי בנוסח המוצע. המפקח טוען כי לאחר המילים "לא יגרעו מזכויות הלווה על פי הסכם זה", צריכות לבוא אף המילים "ולא יוסיף לו התחייבויות". איננו רואים תרומה של ממש בהוספת הוראה זו. בהתחשב בנוסח המוצע, הוספת התחייבויות דרך שטר המשכנתא שיש בהן כדי לקפח את ציבור הלווים היא אפשרות רחוקה, העולה כדי חוסר תום לב מצד הבנק. הדוגמאות אשר הובאו בסיכומים המשלימים מטעם המפקח אינן מצדיקות הגבלה משמעותית יותר של הבנק בנוסח שמציע המפקח. חובת תום

הלב המוגברת המוטלת על בנקים מחזקת, מטבע הדברים, את ההגנה על לקוחות הבנק בהקשר זה.

מחלוקת שלישית: שיקול דעתו של הבנק בזקיפת תשלומים

21. החזר ההלוואה שנטל הלווה מתבצע בתשלומים אותם הוא משלם על פי הקבוע בחוזה ההלוואה. סעיף 20(א) לחוזה אפשר לבנק לקבוע באופן בלעדי לאילו מההלוואות השונות שנלקחו, או לאיזה חלק מהלוואה, ייזקף תשלום מטעם הלווה. וכך קבע סעיף 20(א) בנוסחו המקורי:

”20(א). אם ללווה ישנם או יהיו מספר חלקים בהלוואה או מספר הלוואות בבנק, כל סכום ששולם לבנק על ידי הלווה ו/או על ידי כל אדם אחר ו/או יגבה ו/או יתקבל על ידי הבנק בכל דרך שהיא ייזקף לזכות אותה הלוואה או חלק ממנה שהבנק יקבע לפי שיקול דעתו הבלעדי. למען הסר ספק, ללווה אין ולא תהיה זכות לקבוע לאיזו הלוואה יהיה שייך אותו סכום” (ההדגשה הוספה).

נוסח זה מתנה, למעשה, על הוראותיו של סעיף 50 לחוק החוזים, המותיר ככלל את הברירה בזקיפת תשלומים בידי החייב. וכך קובע הסעיף:

<p>50. סכום שניתן לנושה שעה שהגיעו לו מן החייב חיובים אחדים, רשאי החייב, בעת התשלום, לציין את החיוב שלחשבונו ייזקף הסכום; לא עשה זאת, רשאי הנושה לעשות כן (ההדגשה הוספה).</p>	<p>זקיפת תשלומים בחיובים אחדים</p>
---	--

אין חולק כי לצדדים לחוזה מותר להתנות על הוראותיו של סעיף 50 לחוק החוזים, שכן מדובר בסעיף דיספוזיטיבי. עם זאת, במערכת היחסים בין הבנק ללקוחו, ובחווה ההלוואה מושא דיוננו, קבע בית הדין כי בהתנאה שנקבעה יש כדי לקפח. בית הדין קבע כי ההוראה יוצרת חזקת קיפוח בהתאם לסעיף 4(6) לחוק, שכן מדובר ב”תנאי השולל או המגביל זכות או תרופה העומדות ללקוח על פי דין”, כלשון החוק. עוד קבע בית הדין כי לא עלה בידי הבנק לסתור את חזקת הקיפוח. אשר על כן, הורה בית הדין על ביטול הסעיף, או על ניטוחו מחדש באופן שיעניק לחייב את העדיפות בבחירה לאיזה מחובותיו ייזקף תשלום אותו הוא משלם. בנוסח שהותר על ידי בית הדין, רק אם לא קבע החייב בעת התשלום לאיזה מחובותיו (או לאיזה חלק מהם) ייזקף התשלום, רשאי הבנק לקבוע זאת על פי שיקול דעתו.

22. על קביעה זו ערער הבנק. עמדת הבנק היא כי יש להבחין בין "ימים כתיקונם", בהם משלם החייב את חובו כסדרו, לבין מצבים בהם חובותיו של החייב אינם משולמים כסדרם. במצב הראשון, מסכים הבנק כי שיקול הדעת בזקיפת התשלומים יהיה בידי הלקוח, כפי שקובע סעיף 50 לחוק החוזים וכפי שנקבע בנוסח שהותר על ידי בית הדין. במצב השני, בו אין החייב משלם את חובותיו כסדרם, טוען הבנק כי שיקול דעתו שלו הוא שצריך לגבור, וכי הוא אשר יקבע לאילו מחובות החייב יזקפו התשלומים. זאת, לצורך הגנה על האינטרסים הלגיטימיים של הבנק, ואף על האינטרס הציבורי, בפירעון חובות, ובהתחשב בעובדה שהחייב למעשה מפר את החוזה במצב שכזה. עוד טוען הבנק כי כגורם אשר חייב בחובות זהירות ותום לב מוגברות כלפי כלל המעורבים – ובפרט, הערבים להלוואה – הרי שהוא זה אשר רואה את "התמונה הרחבה", ויש לאפשר לו להפעיל את שיקול דעתו באופן חופשי בזקיפת התשלומים. הנוסח המוצע על ידי הבנק באשר לסעיף 20(א), אם כן, הינו כדלהלן:

"20(א). אם ללווה ישנם או יהיו מספר חלקים בהלוואה או מספר הלוואות בבנק, כל סכום ששולם לבנק על ידי הלווה ו/או על ידי כל אדם אחר ו/או יגבה ו/או יתקבל על ידי הבנק בכל דרך שהיא ייזקף, כל עוד ההלוואה ו/או ההלוואות משולמות לבנק כסדרן, לזכות אותה הלוואה או חלק ממנה שייקבע הלווה בעת התשלום. לא עשה כן הלווה, רשאי הבנק לזקוף את הסכום לפי שיקול דעתו.

בקרות אחד מן המקרים המופיעים בסעיף 17, ס"ק א(1) - (12) לעיל ו/או אם ננקטו הליכים משפטיים בקשר עם ההלוואה ו/או ההלוואות, כי אז סכום שישולם לבנק על ידי הלווה ו/או על ידי כל אדם אחר ו/או יגבה ו/או יתקבל על ידי הבנק בכל דרך שהיא ייזקף לזכות אותה הלוואה או חלק ממנה שהבנק יקבע לפי שיקול דעתו הבלעדי, תוך התחשבות, בין היתר, בפגיעה שעלולה להיגרם לערבים כתוצאה מזקיפת תשלומים כאמור" (ההדגשות והחלוקה לפסקאות הוספו).

כותרתו של סעיף 17 לחוזה, אליו מפנה הבנק בסעיף 20(א) בנוסחו המוצע, היא "העמדת ההלוואה לפרעון מייד". סעיף זה מפרט מקרים בהם הבנק סבור שהחזר ההלוואה על ידי הלווה נתון בסכנה, ובכללם מצבים של הפרה מפורשת של חוזה ההלוואה. בין היתר, מנויים בו מצבים של פיגור בתשלומים, הפרת תנאים בחוזה ההלוואה, פשיטת רגל, פירוק עסקו של הלווה, שעבוד נכסי הלווה בלי אישור מהבנק, ועוד. הבנק מבטיח לעצמו בסעיף 17 כי במצבים האמורים, הוא יהיה רשאי להעמיד את ההלוואה לפירעון מייד.

סעיף 20(א) בנוסח המוצע על ידי הבנק בסיכומיו מבחין כאמור בין מצבים של תשלום החוב כסדרו לבין מצבים בהם החייב מפר את חוזה ההלוואה, ומותיר את הברירה בזקיפת התשלומים בהתאם: במצב הראשון לחייב, במצב השני לבנק. נוסף על כך, משקלל הנוסח המוצע במצב השני את עניינם של הערבים.

23. הנוסח המוצע על ידי הבנק איננו מקובל על המפקח. לטענתו, אף שההסדר בסעיף 50 לחוק החוזים הוא דיספוזיטיבי, הרי שהוא מלמד על נקודת האיזון הראויה לדעתו של המחוקק. כדי לסטות מנקודת איזון זו במסגרתו של חוזה אחיד המיועד לציבור רחב, על הבנק להצביע על נימוקים משכנעים, כגון הגנה על אינטרסים ראויים של הבנק. לטענת המפקח, לא עלה בידי הבנק להצביע על אינטרסים כאמור. על כן סבור המפקח כי בעניין זה יש להותיר את פסק דינו של בית הדין על כנו.

24. לשאלה העקרונית אם התנאות על סעיפים דיספוזיטיביים בחוק כלשהו במסגרתו של חוזה אחיד הינן חשודות בקיפוח מעצם טיבן, נתייחס בהמשך הדברים (ראו פסקה 28 להלן). בסוגייה בה עסקינן, אין מקום להתערב בקביעתו של בית הדין. מקובלת עלינו קביעתו כי נוסח הסעיף המקורי הקנה עדיפות לא ראויה לבנק, וכי הבנק לא הצביע על אינטרס מהותי שיצדיק – במסגרתו של חוזה אחיד, המיועד לציבור בלתי מסוים של לווים – סטייה מההסדר שקבע המחוקק. בטיעונו בפנינו טען הבנק כי הנוסח שהציע נדרש על מנת להבטיח את האינטרס הלגיטימי של הבנק, כמו גם את האינטרס הציבורי, בפירעון חובות. באשר לאינטרס של הבנק, כפי שציין בית הדין, ברי כי לבנק יש אינטרס לשמור בידיו את הברירה לאילו מחובותיו של הלקוח ייזקף התשלום; ואולם, אינטרס זה, בענייננו, יש בו כדי לקפח את נוטלי ההלוואות. באשר לאינטרס הציבורי, הרי מששולם סכום על ידי החייב, המיועד לכיסוי החוב או חלקו – אינטרס זה איננו נפגע, אף אם החייב הוא שבוחר לאיזה מחובותיו ייזקף התשלום.

הבנק הוסיף וטען כי הותרת הברירה בידיו בעניין זקיפת התשלומים נדרשת לצורך הגנה על הערבים להלוואות שנטל החייב. אף אם נניח כי אינטרס הערבים גובר על האינטרס של החייב בבחירה איזה חלק מהלוואותיו של החייב יכוסה על ידי התשלום – ואיננו מניחים כן – איננו סבורים כי הדרך להבטיח שיקול זה היא בנוסח שהוצע על ידי הבנק באשר ל"מצב השני". לשון אחר, בהקשר זה הבנק איננו מחזיק ב"תמונה רחבה" המצדיקה את הותרת הברירה בידיו. עם זאת, במקרים בהם הברירה מצויה בידי הבנק (כלומר, במקרים בהם החייב נמנע מלקבוע לאיזו הלוואה או חלק ממנה ייזקף התשלום), דומה שאכן ראוי שהוא יתחשב בעניינם של הערבים. הוא רשאי לכלול בנוסח החוזה מחויבות לעניינם של הערבים, אך איננו חייב לעשות כן.

כללם של דברים, יש לדחות את ערעורו של הבנק בסוגייה זו. נציין, למען הסר ספק, כי גם ביחס לסעיף 34(ב) לחוזה, העוסק אף הוא בזקיפת תשלומים, דוחים אנו את ערעורו של הבנק. ההפניה מסעיף 34(ב) לנוסחו החדש של סעיף 20(א), כפי שהורה בית הדין, היא במקומה ואין מקום להתערב בה.

מחלוקת רביעית: תנאי הערבות

25. סעיפים 15(ג) ו-15(ד) לחוזה ההלוואה, המגדירים את חבותם של הערבים להלוואה, קובעים התנאות רבות על חוק הערבות. סעיפים אלו הם ארוכים ומורכבים, ובית הדין הקדיש להם דיון נרחב. בתמצית, קבע בית הדין כי אין כל פסול עקרוני בהתנאות על חוק הערבות; עם זאת, נקבע כי היקף ההתנאות שבחוזה הינו כה ניכר, עד שחיובו של הערב הפך, בסופו של יום, מחיוב משני לחיוב עיקרי ועצמאי, שאיננו תלוי בחיובו של הלווה. בית הדין קבע כי מותר לבנק, משיקוליו המסחריים והעסקיים, להתנות מתן של הלוואות בכך שיהיו מספר חיובים עצמאיים שיבטיחו את החזרתן, אולם אסור לו ליצור מצג שווא כלפי ערבים לפיהם חיובם הוא כביכול חיוב משני. בית הדין ראה בכך הטעיה, המקפחת את לקוחות הבנק, וקבע כי במצב שנוצר, מי שמכונים בחוזה "ערבים" אינם יכולים לחסות תחת הגדרה זו, ויש להגדירם כבעלי חיוב עצמאי. משכך, הורה בית הדין כי ביחס ללווים קיימים (היינו, לגבי חוזים שנכרתו לפני מתן פסק הדין), אין מנוס מביטול ההתנאות האמורות על חוק הערבות. ביחס ללווים עתידיים, הותיר בית הדין בפני הבנק שתי אפשרויות: האחת – לבטל את ההתנאות על חוק הערבות; השנייה – להגדיר את הערבים בכינוי אחר, כגון "מתחייב נוסף" או "משפה". אם יבחר הבנק באפשרות השנייה, קבע בית הדין כי עליו להוסיף הוראה המבהירה כי התחייבותו של "המתחייב הנוסף" או "המשפה" היא חבות עצמאית (להלן: ההוראה המבהירה), ובהחלטתו מיום 1.10.2009 אף קבע כי ההוראה המבהירה תנוסח כך:

"מובהר בזאת כי חבותם של הערבים-המשפים בהתאם להוראות הסכם זה רחבה יותר מהיקף החבות הרגילה של ערב על פי חוק הערבות, התשכ"ז-1967, וכי חבותם הינה חבות עצמאית לכל דבר ועניין, נפרדת מחבותו של הלווה ואיננה תלויה בה".

נוסף על כל האמור, בחן בית הדין את ההתנאות על חוק הערבות לגופן, ואם יש בהן קיפוח. לקביעותיו בעניין זה נשוב בהמשך.

26. בערעורו, מבקש הבנק את ביטול ההוראות שבפסק הדין בעניין הערבות. לטענתו, הקביעה כי חבותו של הערב היא עיקרית ולא משנית אינה מתבססת על טענות המפקח, ולבנק לא ניתנה הזדמנות מספקת לטעון בשאלה זו בפני בית הדין. הבנק חוזר ומדגיש כי החוק מתיר התנאה על ההוראות הרלבנטיות מחוק הערבות, בכל הנוגע לערבים שאינם "ערב יחיד" או "ערב מוגן". הערבים עליהם חל החוזה, לטענת הבנק, הם ערבים שהקשר המשפחתי או העסקי שלהם עם החייב מצדיק התנאה על חוק הערבות, ואין מקום להגנה יתרה עליהם. הבנק טוען, כי כפי שקבע בית הדין, הדרישה לערבות היא דרישה לגיטימית שנועדה להגן על אינטרסים עסקיים ומסחריים שלו, וכי אין לבטל את ההתנאות באופן גורף לגבי לווים קיימים. באשר ללווים עתידיים, לטענת הבנק כינוי ה"ערבים" במונחים שהוצעו על ידי בית הדין – "מתחייב נוסף" או "משפה" – הוא שעלול להטעות את ציבור הלקוחות. לדבריו יש לדבוק במונח השגור "ערב". נוכח הפירוט הרב בסעיפים דנן, טוען הבנק, אין חשש להטעיית הלקוחות. הבנק אף טוען באופן ספציפי בעניינן של שתיים מההתנאות על חוק הערבות הקבועות בסעיפים אלו, וגם לנושא זה עוד נשוב בהמשך.

27. המפקח טוען כי הקיפוח בסעיפים אלו יוסר רק אם יבוטלו כלל ההתנאות הקבועות בחוזה על חוק הערבות, הן ביחס ללווים קיימים, הן ביחס ללווים עתידיים. גם לטענת המפקח, המונחים שהוצעו על ידי בית הדין אינם שגורים בציבור הרחב, ועלולים להטעות, ומוטב להשתמש בכינוי "ערב".

בטענתו של המפקח לפיה יש לבטל את כלל ההתנאות, רואה הבנק טענה המהווה ערעור על פסק הדין. המפקח לא ערער על פסק הדין ולא היה רשאי, לטענת הבנק, להעלות את הטענה. לעמדה זו מצטרף איגוד הבנקים, אשר טוען כי למעשה המפקח גורס כי אין להתנות על חוק הערבות, וזהו ערעור על נקודת המוצא של פסק הדין, המתירה התנאה כאמור. עוד טוען איגוד הבנקים כי החלופה בין הברירות השונות בפסק הדין – ביטול הסעיפים או שינויים – נתונה על פי לשון פסק הדין לבנק, ולא למפקח. מכאן שטענות המפקח בעניין – אף הן בבחינת ערעור. לטענות אלו משיב המפקח, כי ביחס ללווים קיימים, הוא אינו חולק על פסק הדין של בית הדין, אשר קבע כי יש לבטל את הסעיפים. ביחס ללווים עתידיים, בית הדין העמיד בפני הבנק את האפשרות או לבטל את הסעיפים דנן או לשנות את המינוח המתאר את ה"ערב". היות שהבנק, המפקח ואף איגוד הבנקים סבורים כי יש לדבוק בביטוי "ערב" על מנת למנוע הטעייה של לקוחות הבנק – אין מנוס, לשיטת המפקח, מביטול ההתנאות על חוק הערבות אף ביחס ללווים עתידיים.

28. בדיון שהתקיים בפנינו, וכפי שנמסר לנו אף לאחריו, ניסו הצדדים להגיעו להסכמות בסוגיית הערבות, ודומה היה כי יריעת המחלוקת נצטמצמה עד למאוד. עם זאת, כפי שפורט לעיל, מסיכומיהם המשלימים של הצדדים עולה כי אין בין הצדדים כל הסכמה של ממש בסוגיית הערבות, למעט הסכמתם כי אין זה רצוי לעשות שימוש במונחים שהוצעו על ידי בית הדין, וכי יש לדבוק בכינוי "ערב". עלינו להכריע, אם כן, בערעורו של הבנק על קביעותיו של בית הדין בסוגייה זו.

בטרם נפנה להכרעה במחלוקת, יש להסיר מעל הדרך את טענתו של הבנק לפיה קביעתו של בית הדין כי חבותו של ה"ערב" היא עיקרית ולא משנית לא נבעה במישרין מטיעוניהם של הצדדים. הן המפקח והן הבנק טענו בהרחבה בעניינם של סעיפים אלו, ואף נערך ביניהם משא ומתן על חלק מפרטי הסעיפים. קביעותיו של בית הדין הן בבחינת הפעלת מומחיותו המקצועית. יומו של הבנק בבית הדין ניתן לו, ובכך די.

עניין מקדמי נוסף שראוי להבהירו טרם הכרעה במחלוקת, נוגע להשפעת העובדה שהחוזה בו עסקינן הוא חוזה אחיד. נקודת המוצא המוסכמת על הצדדים היא כי צדדים לחוזה רשאים להתנות על הוראותיו הדיספוזיטיביות של חוק הערבות, בכפוף להוראותיו של סעיף 32 לחוק זה. סעיף 32, אשר שייך לפרק בחוק העוסק ב"ערב יחיד", קובע כי: "על אף האמור בכל דין, בערבות לפי פרק זה, התניה על הוראות הפרק ועל סעיפים 5, 6, 7, 11 ו-12 שאינה לטובת ערב יחיד בטלה". התנאה על הסעיפים האמורים היא בטלה, אולם החוק מתיר כעיקרון התנאה על יתר סעיפיו. אף שהצדדים מסכימים כי ככלל מותר להתנות על יתר הוראות החוק, המפקח טוען כי העובדה שמדובר בהתניה במסגרת חוזה אחיד, מחייבת התייחסות מיוחדת. לשיטת המפקח, כיוון שמדובר בחוזה המיועד להתקשרות עם ציבור רחב ובלתי מסוים, יש להצביע על טעם מיוחד לסטייה מהוראותיו הדיספוזיטיביות של החוק. הבנק, לעומתו, טוען בשם חופש החוזים, ועומד על חירותו להתנות על אותן הוראות שבחוק שהן דיספוזיטיביות כרצונו.

בפסק דינו, ציין בית הדין עמדה שהובעה בספרות, לפיה תנאי בחוזה אחיד המעניק פטור לספק מהוראות חוק דיספוזיטיביות, הוא תנאי מקפח לכאורה (פסקה 161 לפסק הדין, בו מפנה בית הדין למלומדים: גבריאלה שלו דיני חוזים 633 (מהדורה שניה, 1995) (להלן: שלו); ריקרדו בן אוליאל דיני בנקאות: ערבות לטובת תאגיד בנקאי ומשכון של נכסים נדים וניירות ערך 51 (2002)). מלוא היקפה של שאלה זו איננו מתעורר בענייננו, ואיננו מביעים דעה אם די בעובדה שהתנה הספק על הוראת חוק

דיספוזיטיבית כלשהי כדי להקים חזקה כי היא מקפחת. ואולם, דומה כי נסיבותיו של המקרה שלפנינו, בו נקבעו בחוזה האחיד התניות רבות למדי על הוראותיו של חוק ספציפי, אשר כל אחת מהן מפחיתה מההגנה על עניינו של הערב, אכן מחייבות בחינה "חשדנית" יותר של הסעיפים המתנים על הוראות החוק. במסגרת בחינה זו, כדרכנו בבחינת חוזים אחידים, נשווה לנגד עינינו את הצורך בהגנה על הלקוחות המתקשרים בחוזה, אך מבלי לפגוע יתר על המידה בחירותו של הבנק להגן על האינטרסים הלגיטימיים שלו (ראו בעניין זה שלו, בעמ' 632).

29. בטיעוניהם בפנינו הסכימו המפקח, הבנק ואיגוד הבנקים, כי מוטב שהמתחייב הנוסף בחוזה ההלוואה יכונה "ערב". זאת, בראש ובראשונה, לצורך הגנה על ענינם של הלקוחות: הצדדים כולם סבורים כי בחיי המעשה, אדם המתחייב לשלם את חובו של חברו אשר נטל הלוואה, מוכר כ"ערב". הצדדים הסבירו, כל אחד מטעמיו, כי כל כינוי אחר יש בו כדי להטעות, או כדי להביא להגנה פחותה על המתחייב הנוסף. לא כך קבע בית הדין, אשר העדיף את הכינוי "מתחייב נוסף" או "משפה", בהתאם למעמדה של ההתחייבות כ"התחייבות לשיפוי" (סעיף 16 לחוק הערבות).

כפי שקבע בית הדין, אכן הדין מכיר בחבות שונה מערבות, המכונה "התחייבות לשיפוי". על קשיי הסיווג בין שני מושגים אלו ונפקותם עמד המלומד פרופ' טדסקי:

"ברוב המקרים נתקל הפרשן בקושי להחליט אם העסקה שלפניו ראויה לזיהוי בתור ערבות או בתור התחייבות לשיפוי. להלכה, קל לצדדים למנוע כל ספק בכוננתם. די להם לקרוא לילד בשמו או להזכיר את הסעיף המתאים בחוק הערבות. ואולם, למעשה, אינם נוהגים כך או שאין לסמוך על לשונם, משום אי-בקיאותם בדין או אי-דאגה לדייקנות.

בתחום האוטונומיה הפרטית, ובזירת החוזים בפרט, מודים בזכות הנוגעים בדבר לעצב עסקה כרצונם, אך הכינוי (או שיוך) הנכון לה לפי רצונם זה הוא תפקידו של הדין. לכינוי מוטעה שכינו אותה הצדדים לא ראויה כל נפקות להחלת הדין המתאים לה, כהווייתה האמיתית. בפרשנות עסקה יש אפוא להבדיל בין מחקר עובדתי על רצון הצדדים האפקטיבי לבין מחקר משפטי על שיבוץ העסקה, כפי שעצבו אותה בעליה, במשבצת הדין המתאימה" (גד טדסקי "על ההתחייבות לשיפוי וסביבתה" משפטים כ 337 (תשנ"א)).

30. נקודת המוצא לסיווג מצויה, כאמור, בהוראת סעיף 16 לחוק הערכות, הקובע כי התחייבות לשיפוי היא "התחייבות של אדם לשפות נושה בשל אי-קיום חיובו של חייב כלפי הנושה, כשהתחייבות אינה בבחינת ערכות". פסק הדין המנחה לעניין הסיווג האמור הוא פסק הדין בעניין פרו, בו עמד הנשיא שמגר על ההבחנה בין מושגים משיקים אלו:

"ביטוי המרכזי של השוני האמור בין הערכות לבין ההתחייבות לשיפוי נמצא בזיקה הקיימת בין חיובו של הערב, בכל אחד ממוסדות אלו, ובין חיובו של החייב: כאשר מדובר בערכות, חיובו של הערב טפל לחיובו של החייב העיקרי, ונסמך עליו... עיקרון זה מעוגן בשורה של הוראות, הקבועות בחוק הערכות, אשר תכליתן להבטיח כי 'הערב לא ימצא חייב, מקום שבו החייב העיקרי פטור...' (ע"א 146/85, בעמ' 750)... שונים פני הדברים כאשר אנו עוסקים בהתחייבות לשיפוי: כאן, מדובר בהתחייבות עצמאית ונפרדת לכל דבר, במסגרתה נושא המתחייב בחבות עיקרית כלפי הנושה, וזו אינה יונקת את חיותה מקיום חיוב של החייב העיקרי כלפי הנושה..."

לאור האמור לעיל סבורני, כי שאלת סיווגה של התקשרות פלונית בין ערב לנושה כאחד משני המוסדות המשפטיים שתוארו צריכה להיחתך על פי מידת התלות של אותה התקשרות בקיומו של חיוב שני, חיצוני לה, של חייב כלשהו כלפי הנושה: כאשר עולה, מתוך בחינת מכלול תנאי ההתקשרות ומרכיביה, כי כוונת הצדדים הייתה להתלות את חיובו של הערב כלפי הנושה בחיובו של החייב, משמעות הדברים היא שהצדדים התכוונו ליצור יחס של ערכות. כאשר בחינת ההתקשרות מוליכה למסקנה כי הצדדים התכוונו לייצור התקשרות עצמאית, ברי שמדובר בהתחייבות לשיפוי. מובן, כי יש לבצע את התהליך הפרשני האמור בהתאם לכללים הרגילים החלים על פירוש התקשרויות חוזיות, כפי שאלו הותוו בחוק ועוצבו בפסיקתו הענפה של בית משפט זה" (ע"א 255/89 פרו נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(5), 641, 650 (1992); ראו גם: רוי בר קהן, ערכות 76-25, 103-99 (2006) (להלן: בר קהן)).

הן במישור המעשי והן במישור המשפטי אנו סבורים כי יש לאפשר את המשך השימוש במונח "ערב":

במישור המעשי, יש ליתן משקל לעמדתם המשותפת של הצדדים לפיה, עדיף להמשיך להשתמש בכינוי "ערב" השגור ומוכר בציבור הרחב. אנו סבורים כי יש ליתן משקל לעמדתו של המפקח על הבנקים, שהוא הגורם המקצועי האמון על הגנת הלקוחות. בית המשפט בתוך עמו הוא יושב, ואף איננו נדרשים למומחיות המיוחדת

של המפקח על הבנקים כדי לדעת שהציבור הרחב מבין כפשוטו את המונח "ערב", בעוד המונח "מתחייב נוסף" או "משפה" אינו מוכר להדיוט שאינו משפטן. בחוזה מורכב ומפורט כמו החוזה האחיד שלפנינו, זקוקים הלקוחות המתקשרים בו שהיקף חבותם יובהר להם, ככל שניתן, בלשון פשוטה ומוכרת. הבנתו של הלקוח את החוזה היא העיקר. אנו מתקשים לראות את פקיד הבנק המסביר ללקוח המתקשר בחוזה זה את דקויות ההבחנה בין התחייבות לשיפוי לבין ערבות.

במישור המשפטי לא ניתן לומר שיש לראות את חיובם של הערבים בחוזה שלפנינו כחיוב עצמאי לחלוטין, במיוחד לא לאחר "הקיצוץ" בהיקף ההתנאות על חוק הערבות במסגרת ההליכים דכאן. בין חיוב עצמאי לבין חיוב טפל לחלוטין קיימת משרעת של מקרים וגוונים של ערבות, והערבות שלפנינו נמצאת בתווך בין שני צדי המשרעת, בגדר יצור כלאיים. לא כל התנאה על חוק הערבות מוציאה את הערבות מגדרה של ערבות ומכניסה אותה לגדרה של התחייבות לשיפוי. דווקא ההתנאה על חלק מהוראות חוק הערבות עשויה להעיד כי הצדדים התכוונו ליצור ביניהם חוזה ערבות (ראו: בר קהן, בעמ' 103). הערבות הבנקאית האוטונומית, היא דוגמה להתחייבות לשיפוי הנמצאת בקצה המשרעת, בהיעדר תלות וזיקה לחיוב העיקרי בחוזה היסוד. כאשר בערבות בנקאית אוטונומית עסקינן, איננו שועים לטענות הבנק מוציא הערבות או לטענות החייב כי כבר קיים את חיובו כלפי הנושה-הנערב, אלא במקרים חריגים של תרמית או נסיבות מיוחדות (ראו, לדוגמה, רע"א 1765/00 י. מושקוביץ חברה קבלנית נ' תשורה ייזום, פ"ד נה(2)447, 452-453 (2001); בר-קהן, בעמ' 105-111). לא כך במקרה שבפנינו, שאם החייב-הממשכן פרע את חובו לבנק, ברי כי הבנק לא יהיה רשאי לחזור על הערב. אין אפוא מקום להשוואה בין הערבים בחוזה הבנקאי דכאן לבין התחייבות לשיפוי בדמות ערבות בנקאית אוטונומית, והדבר מדגים מדוע אין לסווג את הערב במשבצת של "מתחייב לשיפוי" כפי שנקבע על ידי בית הדין.

משכך, בחוזה שלפנינו יש לנקוט בגישה משולבת: מחד גיסא, יש להשתמש בכינוי השגור והמוכר "ערב", אשר כפי שציינה באת כוח הבנק בדיון, "אם שואלים אדם ברחוב מה זה 'ערבות', הוא עונה 'אם החייב לא משלם – אני משלם'". מאידך גיסא, על הבנק להבהיר את תוכן ההתחייבות באופן ברור, לרבות הוספת ההוראה המבהירה עליה הורה בית הדין בהחלטתו מיום 1.10.2009, כנוסחה שהובא לעיל (תוך שימוש במונח "ערבים"). הוראה זו תנוסח אפוא כדלקמן: "מובהר בזאת כי חבותם של הערבים על פי כתב התחייבות זה רחבה יותר מהיקף החבות הרגילה של ערב על פי חוק הערבות, התשכ"ז-1967", ויש להדגיש אותה בחוזה ההלוואה. מילים מודגשות אלה

יסבו, ביתר הצלחה, את תשומת לב הערכים לטיב התחייבותם, ובכך יקטן החשש להטעיה שעמד בבסיס פסק דינו של בית הדין.

31. בכל אשר אמרנו עד כה אין כדי לייתר את הצורך בבחינה אם ההתנאות עצמן שקבע הבנק על חוק הערבות מקפחות את לקוחות הבנק. כפי שציין בצדק בית הדין, מדובר בסוגיות נפרדות, שהרי ההתנאות עצמן יכולות להוות תנאי מקפח בחוזה, אשר יש לבטלו או לשנותו, במנותק מהשאלה הכללית מהו היקף החבות שנוטלים עליהם הערבים וכיצד מן הראוי לכנותו. ערעורו של הבנק בעניין ההתנאות הספציפיות נסב על קביעותיו של בית הדין בשני עניינים: השפעת פקיעתן או גריעתן של בטוחות אחרות על היקף חבותו של הערב; וחבותו של הערב במצב בו הלווה לא היה רשאי לקבל את ההלוואה, או קיבלה שלא כדין, או שאין תוקף להתחייבותו. נדון בהן כסדרן.

(1) השפעת פקיעתן או גריעתן של בטוחות אחרות על היקף חבותו של הערב

32. אחת מהוראותיו של סעיף 15(ג) קובעת כי הערבות תישאר בתוקף, גם במצב בו אחת הבטוחות האחרות להחזרת ההלוואה פוקעת, או שחלים בה שינויים (כגון גריעה מערכה). הוראה זו מתנה על סעיף 6(ב) לחוק הערבות. בפסק דינו, קבע בית הדין כי ההוראה מקפחת את הערבים, משום שהיא פוגעת בהערכת הסיכונים שמבצע הערב לפני שהוא נוטל על עצמו את חיובו בערבות. בית הדין קבע כי לערב יש אינטרס שתחומי הסיכון שלו יהיו ברורים ומוגדרים, ומתן כוח לבנק להשאיר את הערבות בתוקפה אף אם אחת מהערובות האחרות להחזר החוב פקעה או השתנתה, פוגעת בוודאות זו. משכך, הבחין בית הדין בין מצבים בהם פקיעת הערובה האחרת או גריעת ערכה הייתה בשל רשלנות הבנק, לבין מצבים בהם הפקיעה או הגריעה הייתה עקב פעולה מסחרית סבירה. במצבים מהסוג הראשון, קבע בית הדין כי הותרת הערבות בתוקף היא בבחינת תנאי מקפח. לגבי מצבים מהסוג השני (לרבות מצבים שלבנק לא הייתה שליטה עליהם, כגון כוח עליון) – קבע בית הדין כי התנאי המותר את הערובה בתוקף הוא לגיטימי, וכי הוא מגן באופן ראוי ומידתי על האינטרסים של הבנק.

33. בית הדין הורה לבנק, כאמור, להציג בפניו נוסח מתוקן של החוזה בהתאם להוראות פסק הדין, ובהחלטתו מיום 1.10.2009 אישר בית הדין כי הנוסח המתוקן שהציג בפניו הבנק לסעיף 15(ג) תואם הוראות אלו (ראו סעיף 17 להחלטה). לשון אחר, בית הדין אישר שהנוסח המתוקן נותן ביטוי להבחנה האמורה בין פעולות רשלניות ופעולות מסחריות סבירות של הבנק. על קביעות בית הדין המורות על השינוי האמור ערער הבנק. ואולם, לאחר הדיון שהתקיים בפנינו, מסיכומיו המשלימים של

הבנק עולה כי כעת הוא מסכים, למעשה, להשארת הנוסח שקיבל את אישור בית הדין על כנו. הבנק מבקש כי הנוסח שאושר בבית הדין יאושר אף על ידינו. הבנק מדגיש כי הסכמתו זו ניתנה כחלק מהסכמות רחבות יותר אליהן הגיע עם המפקח בדיון שהתקיים בפנינו ובעקבותיו – ואף שלטענתו המפקח נסוג מהסכמות אלו, מסכים הוא להשארת הנוסח שקיבל את אישור בית הדין על כנו. המפקח, בסיכומיו המשלימים, ממשיך לראות בהוראה זו הוראה מקפחת, אולם דומה כי מכוון הוא בסיכומיו לנוסח החוזה הקודם, ללא התיקונים שאושרו בבית הדין בהקשר זה, או כי כוונתו לראייה רחבה יותר של ההתנאות השונות על חוק הערבות.

על כל פנים, איננו רואים מקום להתערב בקביעתו של בית הדין מיום 1.10.2009 לפיה נוסח החוזה שהוצג לו תואם את ההוראות שבפסק דינו. הודעתו של הבנק בסיכומיו המשלימים היא למעשה ויתור על טענה שהעלה הבנק בערעור. המפקח לא ערער על קביעות בית הדין בפסק דינו. משאלו הם פני הדברים, ברי כי ההחלטה השיפוטית האחרונה בעניין זה – ההחלטה מיום 1.10.2009 – עומדת בתוקפה.

(2) חבותו של הערב במצב בו הלווה לא היה רשאי לקבל את ההלוואה, או קיבלה שלא כדין, או שאין תוקף להתחייבותו

34. הוראה נוספת במסגרתו סעיף 15 קבעה כי "הערבות תישאר בתוקפה גם אם יימצא כי הלווה לא היה רשאי לקבל ההלוואה או קיבל אותה שלא כדין או שאינו קשור בהסכם זה או שלא יהיה קשור בהסכם זה מכל סיבה שהיא". הוראה זו מתנה על סעיף 2 לחוק הערבות, המורה כי "אין ערבות אלא לחיוב בר-תוקף", ועל סעיף 4(א) לחוק זה, לפיו "אין הערב חב ביותר מחיובו של החייב ולא בחמור ממנו".

בית הדין קבע כי נפקותה של ההוראה האמורה היא בעיקר במקרים בהם התחייבותו של הלווה היא בטלה מעיקרה (void). לפי קביעתו של בית הדין, יש להבחין בין שני מצבים: ככל שהבנק לא ידע ולא היה עליו לדעת על הפגם בהתחייבותו של הלווה, אין בהתנאה דנן כל קיפוח, זולת העובדה שיש בכך כדי להעלות את דרגת חיובו של הערב מחיוב משני לחיוב עצמאי (סוגייה שנדונה לעיל במסגרת שאלת הכינוי הראוי ל"ערבים"). ככל שהבנק ידע או היה עליו לדעת על הפגם בהתחייבותו של הלווה, קבע בית הדין שההוראה בחוזה למעשה משחררת את הבנק מאחריות המוטלת עליו בגין הפרת חובות גילוי החלות עליו כלפי הערבים. משכך, באשר למצב אחרון זה, קבע בית הדין כי מדובר בתנאי מקפח, ויש לבטלו.

35. בערעוורו, טוען הבנק כי התנאי האמור איננו מקפח, וכי מדובר בהגנה הכרחית על האינטרסים הלגיטימיים של הבנק. זאת, משום שהמצב בו עוסקת הוראה זו הוא מצב בו כבר ניתנה ההלוואה ללקוח, והבנק רשאי להבטיח בכל דרך חוקית כי תוקף הערבות לא ייפגע. עוד טוען הבנק כי יכולתו של הערב לדעת על הפגם בהתחייבותו של הלווה דומה ליכולתו של הבנק, ואף עולה עליה, וכי ממילא כפוף הבנק לחובות גילוי, זהירות ותום לב. המפקח, לעומתו, טוען כי מדובר בתנאי מקפח שיש לבטלו.

בדיון בפנינו נותרה הסוגייה שנויה במחלוקת בין הצדדים, והורינו בהחלטתנו מיום 18.9.2011 כי הצדדים יידברו ביניהם בניסיון לגשר על הפערים. מסיכומיהם עולה כי כשם שנותרה סוגיית הערבות כולה שנויה במחלוקת, אף בעניין ספציפי זה לא הגיעו הצדדים להסכמה. עם זאת, בסיכומיו המשלימים של הבנק הוצע (כטענה חילופית) הנוסח הבא:

“הערבות תישאר בתוקפה גם אם ימצא כי התחייבותו של הלווה על פי הסכם זה בטלה מעיקרא בשל פגם שנפל בה, למעט במקרה בו בעת כריתת הסכם זה הבנק ידע או היה עליו לדעת באמצעים הסבירים העומדים לרשותו על הפגם האמור בעוד שהערבים לא ידעו על הפגם האמור, אך זאת מבלי לגרוע מהאמור בסעיף 17 לחוק הערבות ו/או כל דין אחר שיבוא להחליפו או לתקנו”.

נוסח זה משקלל הצעה שעלתה במהלך הדיון לפנינו, לפיה למילים “היה על הבנק לדעת” יתווספו המילים “באמצעים הסבירים העומדים לרשותו”. כן משקלל הנוסח המוצע את עמדת הבנק לפיה יש להבטיח כי לא ייפגעו זכויותיו לפי סעיף 17 לחוק הערבות (שכותרתו “ערבות או התחייבות לשיפוי בשל חיוב פגום”). בכך חולק הבנק על הערתו של בית הדין בפסק דינו, לפיה הוראות סעיף 17 אינן משפיעות על הנושא (ראו פסקה 202 לפסק הדין). הבנק סבור שיש להבהיר באופן מפורש כי זכויותיו לפי סעיף 17 עומדות לו. עוד מביא הנוסח המוצע לידי ביטוי את העובדה שהבנק סבור כי אין להכליל את ההסדר הנדון על כלל המקרים בהם הבנק “ידע או היה עליו לדעת על הפגם”, אלא רק על המקרים בהם, נוסף על כך, הערב לא ידע על הפגם האמור.

המפקח לא התייחס בסיכומיו המשלימים במישרין להצעה זו, אולם שב והביע דעתו שההתנאות השונות על חוק הערבות הינן מקפחות.

36. אנו סבורים כי הנוסח המוצע על ידי הבנק הוא נוסח ראוי, למעט הסיפא הנוגעת לסעיף 17 לחוק הערבות. עמדתו של המפקח בסיכומיו המשלימים גורסת באופן כללי כי התנאי מקפח, ואיננה נותנת ביטוי לאיזונים השונים אותם ערך בית הדין בדיונו בסוגייה זו בפסק הדין, ולניסיונו של הבנק להתאים את נוסח ההוראה אליהם. נקודת המוצא המוסכמת על הכל, כאמור, היא כי מותר לבנק להתנות על חוק הערבות, אך נשאלת השאלה אם ההתנאות לגופן מקפחות. בפסק דינו צמצם בית הדין את הקיפוח הנגרם מהוראה זו למקרים בהם הופרה חובת הגילוי של הבנק: מצבים בהם הבנק ידע או היה עליו לדעת על הפגם בהתחייבות הלווה, והערב לא ידע על כך. עוד הטעים בית הדין כי ההוראה הנדונה מקפחת את הערבים במקרים בהם עסקינן בכטלות של ההתחייבות מעיקרה, ולא במקרים בהם יש ללווה זכות לבטל את ההתחייבות, שהיא טענת הגנה של הערב. ואכן, הנוסח המוצע על ידי הבנק דן רק במקרים בהם התחייבות הלווה בטלה מעיקרה, ומחריג מתחולתו מקרים בהם "הבנק ידע או היה עליו לדעת באמצעים הסבירים העומדים לרשותו על הפגם האמור בעוד שהערבים לא ידעו על הפגם האמור". בכך, תואם הנוסח את העמדה שהובעה בפסק הדין.

סעיף 17 לחוק הערבות, אשר הבנק עומד על כך שזכויותיו לפיו לא ייגרעו,

קובע:

<p>17. ערבות לחיוב שתקפו פגום רק מבחינת כשרותו או ייצוגו של החייב יראוה כהתחייבות לשיפוי; על התחייבות לשיפוי בשל אי-קיום חיוב כאמור לא יחולו סעיפים 9, 11 ו-12.</p>	<p>ערבות או התחייבות לשיפוי בשל חיוב פגום</p>
---	---

סעיף 17 הופך את חבותם של הערבים מחבות משנית לחבות עצמאית, במקרים בהם הפגם בחיוב הוא אך מחמת כשרותו או ייצוגו של החייב. סעיף זה פועל, מטבע הדברים, לטובת הנושה, אשר סיכויו לקבל את כספו גדלים, בשני המקרים בהם חל הסעיף: פגם בכשרות הלווה או פגם בייצוגו. בפסק דינו, העלה בית הדין מצבים נוספים בהם ההתחייבות בטלה מעיקרה (void), כדוגמת התחייבות בלתי חוקית, או התחייבות שעל פי נסיבותיה "לא נעשה דבר". על מצבים אלו לא חל סעיף 17 לחוק, ובעקבות הסיפא של נוסח ההוראה שהציע הבנק לחלק זה בסעיף 15(ג) לחוזה, הם ורק הם המצבים אשר תחול עליהם ההוראה.

אנו סבורים כי סיוג האמור בהוראת סעיף 15(ג) לחוזה בכך שאין היא גורעת מהאמור בסעיף 17 לחוק הערבות, כפי שמציע הבנק, מסרב לא להוראה שלא לצורך עד שהיא מאבדת ממשמעותה החשובה והעיקרית. סרבול שכזה איננו עולה בקנה אחד

עם המטרה עליה עמדנו, להבהיר לערב באופן ברור את היקף חבותו. הסיוג האמור אף איננו נדרש להגנה ראויה על הבנק. האינטרס הלגיטימי של הבנק בהחזרת החוב מובטח גם מבלי להפנות להוראות סעיף 17 לחוק הערבות: המבנה של ההוראה מושא דיוננו הוא המבנה המקובל של "כלל וחריג". הכלל לפי הוראת סעיף 15(ג) לחוזה כנוסחה המוצע הוא שהתחייבותו של הערב עומדת בתוקפה גם כאשר התחייבות הלווה בטלה מעיקרה; והחריג הוא המצב בו ידע הבנק על הפגם המוליד את הבטלות, או באופן סביר היה עליו לדעת, ולא גילה זאת לערבים. הסדר זה מבוסס על קריטריון של סבירות, והוא מאוזן דיו. הוא אף הולם את חובות הנאמנות והגילוי המוטלות על בנקים. "החריג לחריג" עליו מבקש לשמור הבנק באמצעות הפניה לסעיף 17 בחוק הערבות, פירושו מצב בו הבנק יכול היה לדעת באמצעים הסבירים העומדים לרשותו כי יש פגם בכשרותו או בייצוגו של החייב, לא גילה זאת לערב, ועדיין הוא מוגן היות שתוקף הערבות לא נפגם. מצב שכזה, כמעט מעצם טיבו, הוא מצב בו הבנק מתחמק מאחריותו להפרת חובת נאמנות וגילוי לערב – ובצדק ביקש המפקח להימנע מתוצאה זו. נוכח כל האמור, הסיפא המוצעת איננה יכולה להיחשב ככזו המגנה על אינטרסים לגיטימיים של הבנק מזה, ויוצרת סרבול ניכר בנוסח ההוראה מזה, ומשכך אין לאפשר אותה. על כן נוסח ההוראה יהיה כדלקמן:

"הערבות תישאר בתוקפה גם אם ימצא כי התחייבותו של הלווה על פי הסכם זה בטלה מעיקרה בשל פגם שנפל בה, למעט במקרה בו בעת כריתת הסכם זה הבנק ידע או היה עליו לדעת באמצעים הסבירים העומדים לרשותו על הפגם האמור בעוד שהערבים לא ידעו על הפגם האמור".

תחולת הקביעות בעניין הערבות על חוזים קיימים

37. שאלה אחרונה שנותר לדון בה, היא כיצד משפיעות הקביעות לעיל בעניין הערבות על חוזים קיימים. קבענו, כאמור, כי הכינוי "ערבים" יישאר בתוקפו; כי תתווסף הוראה מודגשת המבהירה את היקף החבות, בנוסח עליו הורה בית הדין בהחלטתו מיום 1.10.2009, תוך שימוש במונח "ערבים"; כי בעניין השפעת פקיעתן או גריעתן של בטוחות אחרות על היקף חבותו של הערב יעמוד בתוקפו הנוסח אותו אישר בית הדין (ביחס לחוזים עתידיים) בהחלטתו זו; וכי נוסח ההוראה במקרים בהם התברר כי חבות הלווה בטלה מעיקרה, יהיה כאמור בפסקה 36 לעיל. קביעות אלו מחייבות הן, מטבע הדברים, את כלל החוזים שייכרתו מעתה והלאה.

38. שאלה נפרדת היא כיצד משפיעות הקביעות דנן על החוזים שנכרתו לפני מתן פסק דינו. בפסק דינו של בית הדין הורה הוא כי ההטעיה כלפי הערבים שנוצרה בחוזים קיימים בשל השימוש במונח "ערב", מחייבת את ביטולן של חלק מהוראותיהם של סעיפים 15(ג) ו-15(ד) המתנות על חוק הערבות: (1) השפעתם של שינויים בהיקף החיוב העיקרי על חבותו של הערב, (2) ויתור על טענות הגנה, (3) השפעת ההתיישנות של זכות התביעה כנגד הלווה על חבות הערב, ו- (4) השפעת פגמים בהתחייבותו של הלווה על חבות הערב. על שתיים מקביעותיו של בית הדין בסוגיות אלו (1) ו-(4) ערער הבנק באופן ספציפי, לגבי חוזים קיימים וחדשים גם יחד, כמפורט לעיל. לגבי שתי הסוגיות האחרות, ערער הבנק אך על הקביעה כי יש לבטל בחוזים קיימים. זאת, כחלק מטענה רחבה יותר אותה מעלה בערעורו, לפיה הוראת בית הדין לבטל את ארבע ההתנאות דלעיל על חוק הערבות בסעיפים 15(ג) ו-15(ד) לחוזה בחוזים קיימים, פוגעת בו באופן בלתי סביר ובלתי מידתי. הבנק טוען שהעמדת ההלוואה ללקוחות "ישנים" נעשתה על בסיס הערכת הסיכונים שביצע בעת מתן ההלוואה, ושינוי בדיעבד של תנאים אלו יפגע בו יתר על המידה. כן מטעים הבנק שהפעלת הסמכות לפי סעיף 18(א) לחוק החוזים האחידים לבטל או לשנות תנאים בחוזים קיימים, צריכה להיעשות רק במקרים חריגים.

39. קביעתנו כי ככלל התנאות על חוק הערבות הן מותרות, בכפוף להוספת ההוראה המבהירה את היקף חבותם של הערבים (ותוך שימוש במונח "ערבים"), מביאה אותנו לקבוע כי ההתנאות על חוק הערבות בעניין ויתור הערב על טענות הגנה והשפעת התיישנות של זכות התביעה כנגד הלווה על חבות הערב (שמוספרו לעיל (2) ו-(3) בהתאמה) ביחס לחוזים קיימים יישארו בתוקפן, ולא יבוטלו. יתר קביעותינו בעניין הערבות ביחס לחוזים עתידיים, המחייבות שינויים בנוסח סעיפים 15(ג) ו-15(ד) כמפורט לעיל, חלות אף ביחס לחוזים קיימים. זאת, משום שהוספת ההוראה המבהירה את היקף חבותם של הערבים (תוך המשך השימוש במונח "ערבים") איננה פוגעת בבנק, ודאי לא באופן בלתי סביר; וכפי שהטעמנו, די בה כדי למנוע את קיפוח הלקוחות. שינוי ההוראות בעניין השפעת פגיעתן או גריעתן של בטוחות אחרות על היקף חבותו של הערב ובעניין המקרים בהם התברר כי חבות הלווה בטלה מעיקרה (שמוספרו לעיל (1) ו-(4) בהתאמה) כמפורט לעיל, נדרש לצורך מניעת קיפוח הלקוחות. אף בעניינים אלו, אין בכך פגיעה בלתי סבירה באינטרסים הלגיטימיים של הבנק.

40. נטילת הלוואה מבנק היא פעולה שכיחה. היא מעמידה את הצדדים לחוזה בסיכון שאין להקל בו ראש. הלקוח מתחייב לפרוע את חובו, והתחייבות זו כובלת אותו, לא פעם על פני שנים ארוכות. הוא מעמיד נכסים שונים כבטוחה להחזרת חובו. הערבים להלוואה או המתחייבים לשיפוי מתחייבים אף הם, וכפי שראינו היקף חבותם תלוי בחוזה ההלוואה. הבנק אשר "מתפרנס" מהעמדת הלוואות חב חובות אמונים לנזקקים לשירותיו. עם זאת, אין הוא מוסד פילנתרופי. הוא מעמיד את עצמו בסיכון, ונדרש לנקוט באמצעים שונים על מנת להבטיח שההלוואה שנתן תיפרע. בתוך מציאות מורכבת זו על בית הדין לחוזה אחידים לפלס את דרכו.

העמדתו של חוזה ההלוואה האחיד בו משתמש הבנק למבחנו של בית הדין לחוזה אחידים היא ראויה. אכן, לחוזה זה השפעה על ציבור לקוחות גדול, ולקביעותו של בית הדין השפעה רחבת היקף על המערכת הבנקאית. טוב עשה המפקח שפתח בהליך זה, טוב עשו הצדדים שנכונים היו להגיע להסכמות רבות, וטוב עשה איגוד הבנקים שחיווה דעתו בסוגיות שבמחלוקת. המחלוקת שהובחרו בפנינו בסופו של יום, אף שהיו בעניינים מרכזיים – היו מצומצמות. עיקר המלאכה נעשה בבית הדין.

41. בסופו של יום אנו מורים כדלקמן:

- (א) הסכמותיהם של הצדדים במסמך שהגישו ביום 23.11.2011 יקבלו תוקף של פסק דין. בכלל זה, יינתן תוקף להסכמתם של הצדדים בדבר הוויתור על זכותו של החייב לסידור חלוף לבני משפחתו.
- (ב) סעיפים 12(ב) ו-12(ד)(3) לחוזה בדבר שיקול דעתו של הבנק בקביעת תנאי המשכנתא ינוסחו כהצעת הבנק בסיכומיו המשלימים, כמפורט בפסקה 20 לעיל.
- (ג) ערעורו של הבנק ביחס לסעיפים 20(א) ו-34(ב) לחוזה, בעניין זקיפת תשלומים, יידחה.
- (ד) סעיפים 15(ג) ו-15(ד) לחוזה בעניין הערבות ישונו, כמפורט בפסקאות 37-39 לעיל.

42. כמבוקש וכמוסכם במסמך ההסכמות מיום 23.11.2011, ביצוע פסק הדין יעוכב ב-4 חודשים, לצורך היערכות הבנק ליישום הוראותיו.

ניתן היום, ג' תשרי, תשע"ג (19.9.2012).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיא