

חיוב חשבון ביתרת חובה ושאלת התחולה של חוק הריבית

בשולי ע"א 5300/92 בנק לאומי לישראל נ' "אורות" מושב עובדים ואח'1;
ע"א 7948/96 בנק הפועלים בע"מ נ' מוסכי צומת גהה בע"מ ואח'2

עו"ד ד"ר יחיאל בהט

בפסק הדין "אורות" של בית המשפט העליון חלוקים השופטים בדעותיהם בנושא חיוב חשבון חח"ד וחוק הריבית. תוצאת פסק הדין שונה מזו שבפסק הדין הקודם של בית משפט זה ומזו שברוב פסקי הדין המחוזיים בסוגייה. לתוצאה דומה הגיע בית המשפט העליון זה עתה בפסק הדין מוסכי צומת גהה. רשימה זאת מנסה להציג את הדין הראוי בנושא זה, באופן המתיישב עם העמדות השונות בפסיקה.

1. פסק הדין בעניין "אורות"
2. פסק הדין בעניין מוסכי צומת גהה
3. נקודות מוצא שונות בפסיקה
 - 3.1 נקודת המוצא החוזית
 - 3.2 נקודת המוצא המהותית
 - 3.3 נקודת המוצא הראייתית
4. ניסיון לשכלול נקודות המוצא ואיחודן
5. סיכום

1 פקסדין פס"ד 3978 גליון 525 (להלן – "אורות").
2 טרם פורסם (להלן – מוסכי צומת גהה).

1. פסק הדין בעניין "אורות"

בפסק הדין נדונה מסכת עובדתית שדומות לה הועלו לרוב בבתי המשפט, בהסכמי פשרה רבים בין בנקים וחייבים, ובדיונים שזכו להדר רב, לגבי גובה החובות של המיגזר החקלאי ושל רשויות מקומיות רבות.

במקרה הנוכחי ניתנה למושב הלוואה צמודה למדד המחירים לצרכן. לפי חוזה הלוואה, היא הייתה אמורה להיות מסולקת ב־35 תשלומים חודשיים הנושאים ריבית של 7.5% לשנה. פיגור בתשלום כלשהו ישא ריבית פיגורים בשיעור החוקי המקסימלי שיהיה קיים מפעם לפעם לגבי הלוואות צמודות. בפועל נפרעו הלוואות על ידי חיוב החשבון השוטף (חח"ד) באופן אוטומטי בכל מועד פרעון. בחשבון השוטף לא הייתה יתרת זכות באותם מועדים, והסכומים הופקדו לזכותו באיחור של ימים או שבועות. בחשבון הלוואה הצמודה לא היה לכן כל פיגור, בעוד שבחשבון השוטף הייתה יתרת חובה פעמים רבות, וזו צברה ריבית דביטורית הנהוגה בחח"ד. לעתים נוצרה גם חריגה מהאשראי שהקציב הבנק בחשבון, והלוואה חויב בריבית חריגה, הגבוהה מהריבית המירבית החלה על הלוואות צמודות מדד, הקבועה בחוק הריבית, תשי"ז – 1957 ובצו הריבית שהוצא מכוחו.³

הטענה של ריבית מופרזת, בניגוד לחוק הריבית (שנתקבלה בבית המשפט המחוזי) נדחתה בבית המשפט העליון ברוב. המשנה לנשיא ש' לויין קבע, כי חיוב חשבון הנמצא ביתרת חובה נחשב כפרעון הלוואה ממשי, אם הוסכם כך בין הצדדים. ההסכמה הוסקה מסעיף בהסכם הלוואה, על פיו הבנק רשאי לפרוע תשלום שלא שולם במועדו על ידי חיוב החח"ד, גם אם זה נמצא ביתרת חובה. משהתגבר על הטענה החוזית, התמודד המשנה לנשיא עם השאלה אם יש לראות בנהלה שנוצר עסקה בעלת משמעות כלכלית או עסקה שכל מטרתה עקיפת חוק הריבית. לדעתו, עומד מאחורי הנהלה ההגיון הכלכלי של מניעת הסכנה של העמדה לפרעון ומימוש עקב פיגור בתשלום. השופט דורנר, בדעת מיעוט, סברה, שההרשאה בהסכם לחיוב חשבון אינה מהווה הסכמה מפורשת של הלקוח לפרעון, וכוונת הסעיף, שנוסח בידי הבנק, לא הייתה אלא לכלול את חיוב החשבון הדביטורי בין האמצעים העומדים לבנק לחיסול פיגור. כל הסנקציות והבטחונות הלוואה הצמודה עומדים בעינם כל העת, ומלאכותי יהיה לראות באחד מסעיפי הסנקציה יצירת הלוואה חדשה. גם אם היה הסכם לפרעון הלוואה הצמודה על ידי הלוואה בריבית חופשית, הרי תכליתו היחידה הינה עקיפת מיגבלות חוק הריבית. ההסבר הכלכלי של מניעת הפעלת סנקציות נגד הלוואה אין לו תשתית ראייתית, ואף אינו סביר: קשה להאמין שהבנק היה עושה זאת בשל פיגור של ימים בודדים. הבנק שמר לעצמו הזכות לנקוט בסנקציות גם לאחר חיוב החשבון השוטף (דהיינו גם לגבי אי תשלום הריבית החופשית). המדובר בחוזה אחיד, או בדרך שנועדה לעקיפת האיסור בחוק, שאינה מותרת גם אם הוסכם עליה, ושאינה מתיישבת עם חובת תום הלב המוטלת על הבנק.

השופט גולדברג הצטרף לדעת המשנה לנשיא. נימוקו לכך היה החיוב האוטומטי בכל מועד תשלום, בלי שהבנק הפעיל שיקול דעת אם החשבון בזכות או בחובה, ואיזו ריבית גבוהה יותר. מכאן שאין מקום ליחס לו הפעלת זכות שלא בתום לב, שיש בה להעלות חשד לעקיפת חוק הריבית.

2. פסק הדין בעניין מוסכי צומת גהה

בפסק דין חדש זה נדון ערעור על פסק דינה של השופטת פלפל, שעסק בשלוש סוגיות הקשורות לחישובי ריבית. נדחה הערעור בסוגיה של "גניבת מדד" ובסוגיה של "קיצוץ" שנה בנקאית ל־360 יום, ונתקבל הערעור בסוגיה נשוא דיונונו, שאלת פרעון הלוואות צמודות מחשבון

3 צו הריבית (קביעת שיעור הריבית המקסימאלי), תשל"ל – 1970.

4 ובדנ"א 690/98 "אורות" מושב עובדים נ' בנק לאומי לישראל (פקסדין פס"ד 4191 גליון 558) נדחתה בקשה לדיון נוסף.

5 בעקבות ע"א 345/78 בנק הפועלים בע"מ נ' סרדס, פ"ד (לג) 683; רע"א 3773/91 ק.ד. תכשיטי דורינה אילת בע"מ נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, פ"ד (מ)177.

חח"ד. החברה החייבת קיימה פעילות שוטפת בחשבונה בבנק הפועלים. ואליו נקזו הלוואות, צמודות ושאינן צמודות, וכן כל עסקיה. בכל השנים היה חשבון החח"ד ביתרת חובה, ואף בחריגה מהאשראי המאושר, ורק ימים ספורים היה ביתרת זכות. עם זאת, במרבית ימי הפרעון של ההלוואות הצמודות, הפקידה החברה בחשבון סכומי כסף, שלעיתים עלו על סכומי פרעון ההלוואות, ולעיתים לא הגיעו לכדי סכומים אלה. הבנק לא ראה את ההלוואות כעומדות בפיגור, והחשבון, אליו נקזו כל ההלוואות, נוהל ביתרת חובה ובריבית חובה, בלי הבחנה איזו הלוואה גרמה לאיזו חריגה.

מלבד סעיפים רגילים וכלליים של הרשאה לחיוב חשבון, בחלק מההלוואות הוחתמה החייבת על הוראות בלתי חוזרות לחיוב החשבון השוטף בזמני הפרעון. השופט אנגלרד סבר, כי הייתה הסכמה של הצדדים לחיוב החשבון. זאת הסיק השופט מהסעיפים הכלליים של זכות הבנק לחיוב חשבונות, מההוראות הספציפיות וכן מהתנהגות הבנק לאורך זמן, תוך מסירת מידע ללקוחה. דעתו של השופט הושפעה מהעדר התגובה של הלקוחה כל אותן שנים. לדעתו יכולה הייתה לפרוע את החשבון במוזמן. אי תגובתה לא איפשרה לבנק לנקוט צעדי גביה, וטענותיה המאוחרות אינן מתיישבות עם חובתה לנהוג בתום-לב. בשאלה של עקיפת חוק הריבית נקט השופט אנגלרד בפרשנות זהירה ולא מרחיבה, שמא ימצא בית המשפט מרחיב מעבר למדיניות המחוקק בנושא עתיר השלכות זה המחייב איזון. השופט אור הסכים לתוצאה. להערותיו, שיובאו להלן, הצטרפה גם השופטת שטרסברג-כהן, שהסכימה אף היא לתוצאה של השופט אנגלרד. השופט אור העלה ספק אם אכן אפשר להסיק הסכמה של הלקוחה לן הסעיפים שהובאו, והשאריר בצריך עיון את השאלה העקרונית אם הסדר מהסוג האמור אינו מהווה עקיפה של ההסדר שבחוק הריבית. אולם, במקרה הנוכחי, יכול היה להצטרף לתוצאה, לאור ההתנהגות המיוחדת של הלקוחה, אשר הפקידה ברוב מועדי הפרעון סכומים בחשבון. מהתנהגותה זאת הסיק השופט כוונה מכללא לזקוף את ההפקדות על חשבון ההלוואות הצמודות. מקו הפעולה המתמשך הזה אפשר להסיק קשר בין ההפקדות לבין פרעון ההלוואות. בית המשפט היה מוכן להסיק, כי במקרה זה אין המדובר בפרעון הלוואות צמודות בדרך של מתן הלוואה אחרת, אלא בפרעון ההלוואות הצמודות מתוך הפקדותיה של החייבת בחשבון החח"ד שלה.

3. נקודות מוצא שונות בפסיקה

הסיטואציה הכללית המתוארת לעיל היא אחת מהמרכזיות בסוגיות של טענות לוויים מהבנקים, כי חובם "נופח" בריבית מופרזת, בעיקר במהלך שנות השמונים עתירות האינפלציה⁶. הפסיקה עברה שינויים בדגשים. אנסה להלן לסמן את הגישות השונות, על פי מיון שלי. יש לזכור, שהעובדות לא תמיד זהות, ומכאן גם שינויים בגישה. כמו כן, ברבים מפסקי הדין נמצא יותר מגישה אחת. לא אתיחס לטענות אחרות על פי חוק הריבית, שאינן מתייחסות לחיוב החשבון השוטף במועדי הפרעון. בפרק שלאחר מכן, אנסה לשכלל את הגישות שהסתמנו, כדי להתוות מראי דרך ברורים יותר לעתיד.

3.1 נקודת המוצא החוזית

נקודת המוצא בגישה זאת היא חופש החוזים. גישה זאת נעזרת בפירוש ההסכם, והאם אכן הייתה כוונה למתן אשראי חדש, שיחליף את הסכום שעמד לפרעון בהלוואה הצמודה. ההסכמה צריכה להיות מפורשת, ובדרך כלל לא הסתפק בית המשפט במניעות בשל שתיקת הלווה (בפסק הדין מוסכי צומת גהה יחס השופט אנגלרד חשיבות לשתיקה זאת).

כך נקבע בתחילת הדרך, בת"א (י"ם) 278/90 א.צ. ברנוביץ ובניו קבלנות ובניה בע"מ נ' "טפחות" בנק למשכנתאות לישראל בע"מ⁷. השופטת דורנר קבעה, שעל פניו אין ההסכם מתנה על חוק הריבית, שכן הבנק ויתר על הצמדה. כלל היסוד הוא חופש ההתקשרות של הצדדים, הכלל הקבוע בסעיף 24 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג - 1977. אין צורך לסייגו על ידי הוראות חוק הריבית הקוגנטיות, שכן מדובר בהלוואה לא צמודה. עצם הריבית הגבוהה על פי ההסכם אינה הופכת את

6 עצם מעבר הזמן מעת העמדת ההלוואה אינו מביא לרוב להתיישנות התביעה, ומרוץ ההתיישנות לא יחול בתקופות של אי מודעות לביעה, כשלא היתה הסכמה לפרשה, תוך מודעות לביעה.

7 פ"ם תשנ"א(ב) 504.

ההסכם לפיקציה⁸. אולם, הגישה החוזית הזאת מסויגת מיד על ידי כללים חוזיים אחרים: האפשרות לקביעה שהיה מדובר בתנאי מקפח בחוזה אחיד, או בצד תמים שהבנק פעל כלפיו בחוסר תום לב. בנסיבות המקרה היה מדובר בגופים כלכליים, במנהל בקי שניהל משא ומתן חופשי ויוצג על ידי עורך דין.

באותו זמן ניתן פסק הדין בעניין ת"א (י"ם) 391/90 ש' בראשי בע"מ נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ⁹. הנשיא ו' זיילר הכריע במחלוקת על פי הפירוש הנכון להסכם ההלוואה. ההרשאה לחוב החשבון לסילוק חוב נתפרשה כאמצעי להקלת הגביה, העומד לבנק, ולא כהסכמה מפורשת לפרעון ההלוואה הצמודה. הנשיא הוסיף, שגם אם הייתה הסכמה, הרי היא נגועה באיסור בסעיף 7 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח) תשמ"א - 1981, על התניית שירות בשירות - במקרה זה, חיוב הלקוח לקחת הלוואה יקרה יותר מהבנק. מעבר לסנקציה הפלילית, סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי) יגרום להיות ההתקשרות בטלה. ואם תאמר, שהפירוש הנכון היה הסכמה לשיקול דעת של הבנק, אם ברצונו לאפשר הלוואה מהחשבון השוטף, גם לכך יש תשובה חוזית: אופציה זו לבנק להעלות את שיעור הריבית הנווה פעולה בהעדר תום לב, בניגוד לסעיף 39 של חוק החוזים.

הגישה ההסכמית ופרשנות ההסכם עלתה בת"א (ת"א) 1272/87 בנק הפועלים בע"מ נ' בית זייד בע"מ¹⁰, שם קבע השופט שטרומן, כי החיוב של החח"ד לא היה כשורה, בעת שהחח"ד היה ביתרת חובה, מאחר שעל פי הניסוח, לא הייתה הסכמה לקבל הלוואה חדשה. לכן הזיכוי של ההלוואה הצמודה אינו תופס, וחלות ההגבלות על גובה הריבית בחוק הריבית ובצו על פיו (שכן נותרה בעינה ההלוואה הצמודה, עליה חל חוק הריבית).

בת"א (כ"ש) 165/88 חב' מלון נאות המדבר בע"מ ואח' נ' בנק לאומי לישראל בע"מ ואח"י נקט השופט גרוניס בדרך של פירוש הסכמי. אולם, הוא סייג זאת, למקרה שהלווה יוכיח, שבעת החתימה ידע הבנק שהריבית הצפויה (לפחות לתקופה הקרובה) תעלה על ריבית הפיגורים המקסימלית. אז ניתן לקבוע, שמדובר בתכסיס שבא לעקוף את מיגבלות חוק הריבית. במקרה כזה על הבנק להפנות תשומת לבו של לקוחו לכך שאין הגיון כלכלי בהסכם. אולם בנסיבות המקרה, החשבון שחויב שימש לפעולות עסקיות שונות של הלווה, ולא רק לפרעון ההלוואה, ולא הובאו ראיות לכך שהבנק ידע מראש שהריבית תעלה על המותר (וזה כבר שייך לגישה השלישית, הראייתית, שתוצג להלן. בפסק דין זה נעשה שימוש בשלושת הגישות).

הערעור על פסק דין זה נתקבל בע"א 2258/92 מלון נאות מדבר בע"מ נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ¹¹. השופט דורנר, מפיה ניתן פסק הדין, הדגישה את מה שאני מכנה נקודת המוצא החוזית-פרשנית, ובכל זאת פסלה את העיסקה. המלים "לחייב חשבון" לא הוזכרו בהקשר לקבלת הלוואה, אלא לצורך מתן זכות קיזוז לבנק מיתרות זכות. לכן לא הייתה הסכמה להלוואה חדשה. השופטת מוסיפה דברים, שאולי יש לראות בהם גיבוי "מהותי": "על כל פנים, אין לאפשר את אכיפתה (צ"ל "עקיפתה"? - י.ב) של ריבית הפיגורים שנקבעה בצו על-ידי הגדלת יתרת החובה מחשבון העובר-רושב בשיעור ההחזר שבפיגור"¹². ולעניין זה לא ראתה השופטת חשיבות לשאלה אם הצדדים צפו מראש ששיעור ריבית הפיגורים יעלה על הנקוב בצו. יצויין גם, שבחלק הראשון של פסק הדין, הנוגע לעניין אחר, של חיוב במדד נוסף, הדגישה השופטת את המבחן של מהות העיסקה להבדיל מהצורה שנתנו לה הצדדים¹³.

בפסק דין מאוחר יותר, ת"א (חי') 398/91 סעידיאן ואח' נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ¹⁴ הכיר השופט פינקלמן בלגיטימיות של הסכמה להלוואה, ובלבד שהייתה זאת הסכמה מפורשת ולא מרומזת, תוך מודעות של הלקוח למשמעות, לרבות מודעותו להשלכה על שינוי שיעורי הריבית.

8 השופטת הסתמכה על הנאמר בע"א 58/68 בנק הפועל המזרחי נ' זורגר, פ"ד ככ(2) 652, 670, שם הוכשר תיווך שטרות תוך הצלחה לעקוף את חוק הריבית. פסק דין זה קשור כבר לגישה המהותית, דהיינו למבחן המהות הפנימית האמיתית של העיסקה להבדיל מצורתה. למבחן זה ראו ע"א 359/69 בן-סימון נ' בנק כרמל למשכנתאות,

פ"ד כד(1) 171, 176.

9 פ"מ תשנ"א(א) 155.

10 פ"מ תשנ"ב(ג) 19.

11 לא פורסם.

21 פ"ד מז(5) 350.

13 שם, בע' 357 - 358.

14 שם, בע' 355.

15 לא פורסם.

בת"א (ת"א) 2746/89 זכרון תפעול ושירותים בע"מ ואח' נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ¹⁶, פסלה השופטת פלפל את חיוב החשבון, בנוקטה בגישה ההסכמית-פרשנית, בעקבות פסק הדין נאות מדבר בבית המשפט העליון. אולם, בהמשך, קבעה השופטת, שגם אם הייתה מקבלת את פרשנות הבנק להסכם, נראה שהייתה פוסלת את הריבית המופרזת. השופטת הרחיקה מעבר למבחן המודעות שהועלה בפסק הדין האחרון, סעידיאן, ועל כך נראה להלן, בדיון בנקודת המוצא המהותית.

בפסק הדין בעניין "אורות" בבית המשפט העליון, שנדון בתחילת הרשימה, ניתן לראות בדברי כל השופטים, שהובאו לעיל, רוב ומיעוט, שימת דגש על נקודת המוצא החוזית, כנקודת מוצא. לא נפקדה מדבריהם הקצרים גם ההתייחסות לגישות האחרות. גישה חוזית ניתן לראות גם בדברי השופטים בפרשת מוססי צומת גהה, אם כי אין הם מתעלמים מחשיבות השאלה של עקיפת חוק הריבית.

3.2 נקודת המוצא המהותית

כאן הדגש הוא על מהות העיסקה ולא על ההסכם. בתחילה, בת"א (ת"א) 789/87 בנק אוצר החייל בע"מ נ' אילת סוכני מכס ותחבורה בע"מ ואח'¹⁷ העדיף השופט מישר את הגישה המהותית, וקבע שאין נפקות לסעיף בחוזה הלוואה שאיפשר את חיוב החשבון, וכל עוד לא הייתה יתרת זכות בחשבון השוטף, והריבית שנגבתה עלתה על הקבוע בצו הריבית, נסוג הסעיף בחוזה בפני ההוראת הקוגנטיות של חוק הריבית.

הגישה המהותית מסתמנת בפסק דינו של השופט גורן בה"פ (ת"א) 768/67 "אורות" מושב עובדים ואח' נ' בנק לאומי לישראל בע"מ¹⁸, שהערעור עליו נדון כאן. נקודת המוצא היא איסור ההתנייה על חוק הריבית, הגם שהשופט משלב גם את הגישה החוזית. הטענה של ההסכמה לחיוב החח"ד אינה מועילה, כאשר היא מתנגשת בפירוש ההסכם (הגישה החוזית) או בחוק הריבית - במקרה של עיסקה פיקטיבית. המבחן הוא במודעות הלווה ובהגיון הכלכלי. הסכמה ללקיחת הלוואה צריכה להיות מפורשת, ולא תוך התניית שירות בשירות. הערעור על פסק הדין "אורות", שתואר בהתחלה, לא חלק על הניתוח הזה, אולם בית המשפט סבר ברוב, כי בית המשפט המחוזי החמיר עם הבנק, שכן היה הגיון עסקי כלשהו בפעולה (המשנה לנשיא ד"ר לוי), או שהחשבון חוייב אוטומטית, בלי הבחנה מצד הבנק לגבי גובה הריבית הרצוי לו (השופט גולדברג).

כאמור, בפרשת זכרון תפעול¹⁹ נקטה השופטת פלפל בגישה פרשנית, אולם הרחיקה מעבר לכך. היא קבעה, שכדי לממש את אחת מתכליות חוק הריבית, ההגנה על הלווה, גם מפני עצמו, יש לגייטימזיה לדעה שהפטרנליזם הכלכלי של המחוקק אינו ניתן להתנאה על ידי שום עיסקה כלכלית-סיבובית, שתגרום להעלאת שיעור הריבית על הלוואות צמודות. במקרה של עקיפה ללא הצדק כלכלי, כבמקרה הנוכחי, יש לאיין עסקה כזאת אפילו נעשתה בהסכמה.

בפרשת מוססי צומת גהה משאירים השופטים אור ושטרסברג-כהן את השאלה העקרונית של ה"לא קלה" של עקיפת חוק הריבית פתוחה. השופט אנגלרד מסכים לחשיבות השאלה הזאת, אולם הוא סבור שיש לפרש בצמצום את ההגבלות החוקיות על חוק הריבית, גם לאור זהירות שיש לנהוג לגבי פיקוח על השוק (שאינו להרחיב בו מעבר לחוק ולצווים על פיו), וגם לאור היסוד הפילי בחוק.

3.3 נקודת המוצא הראייתית

נקודת מוצא בשם כזה לא נמצא בפסקי הדין, אולם לדעתי גישה זאת מבצבצת. במיוחד בולט הדבר בפסק הדין "אורות" נשוא הרשימה, ומאחורי הדברים נראה לי כי העניין הראייתי הוא שהכריע את הדין בערעור. לאחר פסק דין זה, נראה היה שמה שעשוי לקבוע, הוא עד כמה יטיל בית המשפט את נטל הראייה על הלווה לגבי הוכחת הפיקטיביות של העיסקה, דהיינו הניסיון לעקוף את חוק הריבית. או: עד כמה יש להחמיר עם הבנק בדרישה להוכחת ההגיון העסקי, מודעות הלווה וכדומה.

16 לא פורסם.

17 לא פורסם.

18 לא פורסם. תקדין-מחוזי, כךך 92 (3) תשנ"ב-תשנ"ג 120.

19 לא פורסם.

בפסק הדין מוסכי צומת געה עולה מדברי השופטים אור ושרטרברג-כהן, כי לאור המימצא הראייתי המיוחד של ההפקדות במועדי הפרעון, אין הם צריכים לפסוק בשאלה של ההסכמה ובשאלה של עקיפת חוק הריבית.

4. ניסיון לשכלול נקודות המוצא ולאיחודן

לאור ריבוי נקודות המוצא ואי ההתאמה המלאה ביניהן, גם בסיטואציות עובדתיות דומות, כולל בבית המשפט העליון, נוצר הצורך לעשות מיון אחר של המקרים, שאפשר שיקל על ההכרעה. הצעתי היא לכוון את הכללים שהתגבשו על ידי התאמתם המדויקת יותר למערכת העובדות המרכזית שהוכחה ברוב המקרים. היתרון שיופק מכך, הוא ששלושת הגישות דלעיל יצביעו על תוצאה אחידה. השינויים ינבעו לא מההבדלים בין הדגשי השופטים השונים על גישה זו או אחרת כנקודת מוצא, אלא מההבדלים במערכת העובדתית לעומת הדפוס העובדתי הבסיסי.

פסק הדין האחרון, מוסכי צומת געה, ממחיש בעליל את הצורך בכך, גם מאחר שכאשר בוחנים את דעת שנים משלושת השופטים, ניתן לראות, כי השאלות המרכזיות נותרו גם היום בלתי פתורות. התוצאה בפסק הדין נסמכה למעשה בעיקר על סיטואציה עובדתית מאוד מיוחדת באותו מקרה.

המקרה הרגיל הוא, שחיוב החשבון השוטף היה טפל לעיסקת ההלוואה הצמודה, ולכאורה לא נולד מיוזמת הלקוח אלא מפעולות של הבנק ומטפסים שנוסחו ביוזמתו, ואף בוצע לא במקרה זה או אחר, אלא לגבי כלל הלווים בהלוואות צמודות באותו מיגזר ובאותם זמנים (למעט אולי חריגים). מנקודת המוצא הזאת צריך לגזור מסקנות, בשלושת המישורים האמורים.

במישור החוזי²⁰: בעובדות כאלה, אין לדבר על חופש החוים. לא מדובר לרוב ברצון אמיתי של הלווה. יש מקום להפעיל הוראות דיני החוזים לגבי תנאי מקפה בחוזה אחיד, או העדר תום לב, או אולי כפייה כלכלית²¹, או פירוש הסכם נגד מנסח, או בטלות ההסכם בשל התניית שירות בשירות (העמדת ההלוואה הצמודה בתנאי שתיגבה ריבית נוספת בחשבון השוטף) האסורה על פי חוק הבנקאות (שירות ללקוח). בין שאר האפשרויות ניתן לטעון, כי אם ההלוואות החדשות בטלות בשל אי חוקיות ההתניה, ממילא נשאר הבנק שכפה אותן עם ההלוואות הצמודות, שבהן אינו יכול לתבוע יותר מהמותר בצו.

כמקביל, במישור המהותי: לפי אחת הגישות, אפילו אם הלקוח יזם ההסדר, יש לבטלו, שכן חוק הריבית אינו ניתן להתנאה. ודאי כשהבנק הוא היוזם. אין זו אלא עקיפה של חוק הריבית. בדומה במישור הראייתי: הסיטואציה האופיינית מצדיקה נקודת מוצא מסוימת. כשבאים לשלול את התוצאות החוזיות והחוקיות (חוק הריבית) האמורות, נקודת המוצא היא שהבנק יזם את השיטה על ידי טפסיו, נהליו, התאמת המערכת החשבונאית והמיחשובית שלו (יש מקום להוכיח קיום שיטה) והמשך השיטה על אף הנזקים ללקוח. נראה, שהבנק הוא זה שצריך להיות מוחזק כיוצר את המצב, ולכן, בשל אשמו הכללי, יש להטיל עליו נטל כבד יותר. כדי לצאת מכך, על הבנק להוכיח כוונה אמיתית, ותועלת סבירה ללקוח גם בהמשך חיובי החשבון, שרק הם יכולים לדעתי להוציא את המקרה מגדר חוק הריבית (להבדיל מגישה קיצונית יותר, שכל תוצאה של ריבית מופרות הנובעת מההלוואה הצמודה, יש להחיל עליה את חוק הריבית²²). ניתן לעגן זאת גם בחובת האמונים של הבנק ללקוח²³, בחובת תום הלב, או בחובת הזהירות, שנפסקו במאות פסקי דין. ניתן להצדיק זאת גם על ידי ניתוח של יעילות כלכלית, המשולבת גם בשיקולי צדק. בנקל אפשר להוכיח, כי אכיפת חוק הריבית ויצירת הרתעה יעילה יושגו בצורה הטובה ביותר על ידי

20 ראו בדומה לאחרונה למסקנות ולחזקות (כמו פרשנות נגד המנסח) הנובעות מהטיפוס של החוזה ומשליטת אחד הצדדים בסיטואציה, למשל בחוזה אחיד: רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי המנוחה מילגרום ז"ל ואח' נ' מרכז משען ואח' (טרם פורסם, ניתן מפי השופט ברק, ביום 6.9.98. פקסדין פס"ד 4422 גיליון 592).

21 לגבי ההיקף המצומצם כנראה של הביטוי הזה ראו ע"א 8/88 שאול רחמים ואח' נ' אקספומדיה בע"מ, פ"ד מג(4) 95 ולהתלבטות בע"א 1569/93 מאיה נ' פנפורד (ישראל) בע"מ ואח', פ"ד מח(3) 705.

22 ניתן לעגן זאת בתכליתו הקוגנטית של החוק ואף בלשונו ("ריבית" מוגדרת כ"כל תמורה הניתנת בקשר עם מילווה ויש בה משום תוספת לקרן").

23 לנימוקים לקיומה כיסוד חיובי בכל יחס של בנק-לקוח, כתוצאה מהעמדות הבסיסיות שלהם, ראו ר' בן-אוליאל דיני בנקאות - חלק כללי (תשנ"ד - 1996) 102 - 106.

הבנק. הן משום שהוא זה שיצר לרוב את המצב, הן בשל מומחיותו הרבה, הן בשל חולשתו היחסית לרוב של הלקוח, הן בשל היותו של הבנק "מפזר נזק" יעיל²⁴, והאפשרות לאכוף בצורה יעילה את מיגבלות חוק הריבית דרכו.

אמנם אין להתעלם ממקרים עובדתיים המצביעים על שוני לכאורה, ובשלב הבא יש לבדוק אם השוני שנוצר לאור הסטייה הקונקרטייה מהמבנה המושגי הזה מחייב לשנות את ההחלטה. כך, למשל, אולי במקרה של ברנוביץ²⁵, כאשר החיוב נעשה בהוראות מיוחדות, ובמודעות מיוחדת. או, למשל, באותם מקרים, שהחשבון שחויב במועדי הפרעון היה חשבון שוטף פעיל במיוחד, שהלקוח ניתב לצרכיו את פעילותו הפיננסית דרכו, ושאכן זרמו לתוכו כספים שלרוב כיסו את יתרת החובה שנוצרה (גם אם לעתים באיחור-מה)²⁶.

במקרים האחרונים ניתן להניח, שהלקוח אכן הסכים לחיוב (בהנחה שיש לכך גם אסמכתא בהסכם), וכי אין מדובר בעקיפה של חוק הריבית, שכן מדובר באמת במקור סילוק סביר לכספים, שהיה הגיון בשימוש בו, כדי לאפשר עמידה בהחזרי ההלוואה, תוך התאמה לנוחותו של הלקוח²⁷. ייתכן שהמקרה של "אורות" הוא מקרה גבולי, שעשוי להיכנס לחרגי זה ועשוי לא להיכנס²⁸. נראה לי גם, שחובת האמונים של הבנק ללקוח, וכן מחויבותו למנוע תקלה בשמירת החוק, מחייבת אותו לעמוד על המשמר גם בעת הפעלת ההסדר הזה, לאחר חתימת ההסכם. זאת גם מאחר שהבנק הוא בדרך כלל היוזם והמתכנן של ההסדר הזה²⁹. אם הבנק מגלה, שהחשבון השוטף נמצא ביתרת חובה באופן עקבי, ובודאי אם הוא נמצא פעמים רבות בחריגה מהאשראי המוקצה, הרי גם אם היה הגיון עסקי בהפעלת השיטה, מבחינת הלקוח, הרי הגיון זה נשמט בהמשך (לפחות כאשר לא הייתה הפקדה שיטתית של סכומי פרעון ההלוואה הצמודה, כמו במוסכי צומת גהה).

על כן, אפילו אם היה הסכם מפורש - ובודאי ברוב המקרים, שהייתה הרשאה לא חד-משמעית - על ההסכם הזה להידחות מפני החוק הקוגנטי³⁰. זאת, קודם כל, בשל מטרתו הצרכנית של החוק להגן על הלווה. זהו אחד מהמקרים בהם בוחר המחוקק להיות פטרוני של האדם, וההגנה צריכה להתקיים גם אם הלקוח הסכים לוותר עליה, קל וחומר כשלא היה מודע למשמעות המלאה. אולם, זאת גם בשל המטרה הנוספת של החוק, להסדיר את הריבית במשק³¹. המקרים הרבים שנתגלו, לרבות במיגזורים שלמים, כמו מושבים (ראו הדיונים על חוק הסדרים במגזר החקלאי המשפחתי, התשנ"ב - 1992), קיבוצים (ראו הדיונים על הסדר הקיבוצים) ורשויות מקומיות, מעידים על כך שהחריגות משפיעות אכן על כלל המשק. לכן לא די בהסכמה, לפחות בנסיבות הלא מתאימות,

24 ראו א' ברק "זיוף במשיכת שיק: מטרה ואמצעים בחלוקת הסיכון בין הבנק ללקוח" משפטים א (תשכ"ח) 134, 134 - 135; א' פורת "אחריותם של בנקים בגין רשלנות - התפתחויות אחרונות" ספר השנה של המשפט בישראל, תשנ"א (א' רוזנצ'יק, עורך) 221, 324 - 325.

25 לעיל הערה 7.

26 לאי תחולת הלכת סרדס, לעיל הערה 5 (העדר פרעון בחשבון ביתרת חובה ללא הסכמה) כאשר היה מדובר בחשבון פעיל, ראו רע"א 153/96 ביטון נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ (פסקדין פס"ד 3981, גליון 526).

27 בפרשת נאות מדבר פסקה השופטת דורנר שלא היתה אסמכתא מספיקה בהסכם. כמו כן, כנראה שהחשבון היה אמנם פעיל, אך לרוב לא היה בו כיסוי מספיק לחיובים.

28 ואולי הגישה הראייתית שהצגתי לעיל מחייבת שהבנק הוא שימציא תשתית ראייתית סבירה להגיון העסקי, וראו לעניין זה הדעות השונות של המשנה לנשיא ושל השופטת דורנר לגבי חווק ההצדקה שנטענה, שלא המבנה שנוצר היה הבנק מפעיל סנקציות.

29 אין להשוות (גם מבחינת התוצאות ללקוח והקושי לבנק) בין נושא זה של שמירה על החוק לבין השאלה אם על הבנק לשבור מיוזמתו תכנית חיסכון ולקזז ממנה כל אימת שהריבית על החוב הייתה גבוהה מתשואת הלקוח. טענה כזאת נדחתה בע"א 4836/90 פמ"ר חב' לבנין ולעבודות ציבוריות בע"מ ואח' נ' הבנק הבינלאומי הראשון, פ"ד מח(2) 560 (אולי בשל הויכוח בין הלקוח והבנק על התנאים לקיזוז), לאחר שנתקבלה בת"א (ת"א) 83/1195 הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ נ' פמ"ר חברה לבנין, פ"מ תש"ן(ג) 309. ראו גם ע"א 5293/90 בנק הפועלים בע"מ נ' שאול רחמים בע"מ ואח', פ"ד מז(3) 240.

30 השופט גולדברג ביסס את הנמקתו ב"אורות" על כך שבאופן קבוע ביצע הבנק את חיוב החשבון, ולא בחר את המקרים הכדאיים לו. לי נראה, שככל הנראה, כל אותה תקופה, או רובה, הייתה הריבית בחשבון השוטף גבוהה יותר. לכן היה נוח לבנק לבחור באופציה הזאת, והוא הנהיג אותה במיגזורים שלמים לנוחותו. מכך לא ניתן ללמוד העדר כוונה של הבנק לעקוף את מיגבלות החוק.

31 לכפל המטרות האלו ראו, למשל, נאות מדבר, לעיל הערה 12. במוסכי צומת גהה הדיגיש השופט אנגלרד, שהסכמת הלקוח אינה תופסת, כאשר היא נוגדת את החוק, ומאידך, עמידת הבנק בהוראות חוק הריבית אינה יכולה לחייב את הלקוח לשלם החיובים אלא אם הסכים להם.

ובודאי לא בהסכמה לא מודעת המתחבאת בסעיפים ארוכים בטפסי הבנק. דעתי היא ששאלת ההסכמה היא משנית במקרים הלא מתאימים (דהיינו, כשלא הייתה לאורך זמן פעילות אמיתית בחשבון השוטף המספקת רוב הזמן הצדקה הגיונית לפעולה). על כן לא צריכים לדעתי להועיל השכלולים בטפסים שהנהיגו בנקים בתקופות מאוחרות³², כמו ניתוק הוראת החיוב מסעיפי הקיזוז והעכבון, או התייחסות מפורשת להלוואות ולא סתם לחיוב חשבון, או קבלת הוראות נפרדות בטופס נפרד, במנותק מהסכם ההלוואה הצמודה. נראית לי גישת השופטים אור ושרטרברג-כהן בפרשת מוסכי צומת גהה, אשר אינם מסיקים מסעיפים סטנדרטיים וגם לא מההחתמה על הוראות מיוחדות הסכמה של הלקוח או עמידה במגבלות חוק הריבית³³. את ההסכמה, או את העמידה בחוק, הם היו מוכנים להסיק מהנסיבות הקונקרטיות של המקרה, כאשר הלווה הפקידה סכומים כנגד חיובי פרעון ההלוואות. דהיינו, למעשה לא היה במקרה זה פרעון הלוואות על ידי חיוב חשבון, שיש להתלבט לגבי פעלו, אלא בעצם פרעון כנגד הפקדות שהחייבת הפקידה לבצע. גותרו שאלות עקרוניות לגבי תוצאות החקיקה הפטרנליסטית, וכמו כן, האם למעשה אין הבנק קורבן של מגבלות חוק הריבית, והאם אין להקנות לכך משמעות.

סוגיה שלא אעסוק בה עתה, היא ההצדקה של חקיקה פטרנליסטית להגנת לוויים, גם מפני עצמם. ניתן למצוא הצדקות לצורך בכך³⁴. מעבר להיבט הצרכני, בהיבט של הסדרת המשק, מתעוררת השאלה הקשה של מידת ההתערבות הראויה במשק על ידי הגבלות של מחיר הכסף, ובודאי כאשר הציבור אינו יכול לעמוד בהן. אכן, הפרשיה שדנו בה, היא רק אחת מצורות העקיפה הרבות של חוק הריבית שנתגלו, ומבצבצות עד היום בפסקי דין, ובפרשות רבות בין בנקים ללקוחותיהם. זהו אחד מהמקרים הקשים, שמשום מה בנקים נקלעים אליהם, של משק שלם, שהבנקים חוליה חשובה בו, המתנהל במשך שנים אחרת משמתווה החקיקה. או אז נוצר ספק, אם לא מדובר בגזירה שאין הציבור יכול לעמוד בה. כאן עולות השאלות החוזרות של משמעות ידיעת השלטונות (שצריך גם לבדוק אם פקדונות והלוואות הקשורים אליהם לא היו נגועים לעתים) וידיעת גורמי הפיקוח על המצב. כפי שבפרשת ויסות המניות הבנקאיות לא

32 ב"אורות" איבחן המשנה לנשיא לעומת פסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת נאות מדבר, בכך שבטופס הודגש, שהחיוב ייעשה גם כשהחשבון ביתרת חובה. נימוק זה נראה לי פחות חשוב מהערכתו לגבי ההגיון הכלכלי המהותי. במקרים אחרים ניתן לראות את האבסורד במערכת טפסים והרשאות טובה אולי, אך החשבון השוטף לא בא לעולם אלא כדי לאפשר חיובים במועדי הפרעון של הלוואה הצמודה, כשלעיתים מדובר ביצירת חשבונות שוטפים פיקטיביים בבנקים למשכנתאות או בבנקים לחקלאות, שמלבד חיובים בגין ההלוואה כמעט לא נוהלה פעילות בהם.

33 אני מעדיף זאת, בכל הכבוד, על גישת השופט אנגלרד באותו מקרה, שהסיק הסכמה מהעדר תגובת הלווה לאורך זמן, או מאי ביצוע תשלום במוזמן על ידה, דבר המעיד על העדר תום-לב. לדעתי אין הדבר פותר את שאלת מודעותה של החייבת, כאשר הבנק הוא היוזם. בידי גם הכלים לעקוב אחר מצב החשבון לאורך זמן. כאשר הוא המתכנן של השיטה, אין לדעתי להטיל על הלקוח חובות זהות לאלו המוטלות על הבנק, שגם ערוך יותר לעמידה על הוראות החוק.

34 לדעה שיש צורך בהרחבה של ההגבלות על הריבית בחקיקה, ראו ס' דויטש "יחסי בנק-לקוח - אספקטים חוזיים וצרכניים" ספר זיכרון לגד טדסקי (תשנ"ו - 1995, עורכים אנגלרד, ברק, ראביליו, שלו) 163, 200 - 201. להסתכלות חדשה על פטרנליזם ככלל בהיבט של יעילות אפילו, ראו 84 Va.L.Rev (1998) 229. על הגבלת הריבית כדוגמה לכך שהתערבות בחוזה ראו ד' פרידמן, נ' כהן חזיים, כך א' תשנ"א (1991) - 90 - 91. על הגבלת הריבית כדוגמה לכך שהתערבות בחוזה עלולה לפגוע, ואף בקבוצה שעליה ביקש החוק להגן, ראו שם, 64 - 65: בשל החשש להעדר מקורות לאשראי או לחיפוש דרכים עוקפות, כולל ב"שוק השחור", בתנאים קשים יותר. לחשש זה ראו גם א' פרוקצ'יה "זה חוזה? זה חפץ? זה חוק? תרומתה הקונסטרוקטיבית של הכלכלה לערפול מושגיה-היסוד במשפט" משפטים יח 395, 427, וכן דברי השופט אנגלרד לחשש זה במוסכי צומת גהה, בסעיף 22 לפסק דינו. לניתוח כלכלי חדש של הגבלות על הריבית ועל שיעוריה בעבר ובהווה, כמנגנון של ביטוח סוציאלי ובתפקידים אחרים, ראו: Edward L. Glasener & Jose Scheinkman "Neither Borrower Nor a Lender Be: An Economic Analysis of Interest Restrictions and Usury Laws" XLI J.L. & Econ (1998) 1. ובאיסלם ולהתמודדות אתו ראו בחוברת זאת, במאמרם של אביעד כהן וזלמן סרוקצ'ין, "בנקאות ללא 'ריבית' והיתר עיסוקא' בימינה יהודית דמוקרטית" - הלכה ואין מורין כן?."

שוחררו גורמים בנקאיים מאחריותם עקב ידיעה משנית זאת³⁵, גם כאן אין לאפשר לבנק להיתלות בכך. בדיעבד – להבדיל מבדיקה גדרשת של יעילות החקיקה עצמה, שלא אעסוק בה כאן – אין לשחרר את הבנק מאחריות. אולי אין מקום להרבות בסנקציה הפלילית של חוק הריבית³⁶, אולם דרישות היעילות והצדק שביישום החוק, שיקולי הרתעה וכיבוד החוק, מצדיקים לפחות הטלת הנזק לרוב על הבנק. יש מקום לחשוב אם לא ראוייה חלוקת הנזק במקרה של לקוחות מתוחכמים במיוחד, מעבר למתחייב מהדין המצוי.

5. סיכום

ברשימה זאת פתחנו בשני פסק דין חדשים של בית המשפט העליון בנושא חיוב חשבון חח"ד וחוק הריבית. נוכח הדעות השונות של השופטים, ונוכח השוני בתוצאה לעומת פסק דין קודם של אותו בית משפט, הצעתי מיון מחדש של גישות השופטים השונים בפסקי דין אלה ובפסקי הדין המחוזיים. הצעתי לאחד את הגישות השונות, תוך שימת דגש על הקטגוריה המרכזית של המערכת העובדתית בה פועל הבנק במקרים אלה, לעומת נסיבות עובדתיות מיוחדות. במקום נקודות המוצא הקודמות השונות, נקודת המוצא הזאת מציעה דרך היכולה להתאים לאיחוד הגישות השונות, ופתרון המקרה על ידי בחינת התאמתו למערכת העובדתית שהוצגה³⁷.

35 ע"פ 2910/94 יפת ואחי' נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221.

36 השופט אנגלרד הסיק מקיום הסנקציה הפלילית צורך בצמצום הפרשנות (סעיף 24 בפסק דינו בפרשת מוסכי צומת גאה).

37 בעת הדפסת הרשימה הגיע לידי ספרו החדש של ד"ר אברהם וינרוט ריבית (תשנ"ח - 1998). בפרק השם עוסק המחבר בהערכה ממצה של אותו נושא. המיון שהוא עושה לפסק הדין דומה - וגם שונה - מהמיון אצלי. שוב, המחשה לדברי לעיל, בדבר האלמנטים המשולבים בפסיקה, שיש להתיר את מורכבותם. ביקורתו על פסק הדין אורות נשוא רשימה זאת חריפה יותר ומקשה מעט יותר על הבנקים מאשר גישתי (שגם כן אינה מקלה עליהם).