

## הרחבת חובות הגילוי בהסכמי משכנתאות ותוקפה של תניית ויתור על דיוור חלוף

מאת

עו"ד רוי בר-קהן<sup>1</sup>

### א. חובות גילוי החלות על תאגיד בנקאי - מגמת ההרחבה

בעת האחרונה אנו עדים למגמה חקיקתית ופסיקתית המטילה חובות גילוי וחובות נאמנות רחבות על תאגידי בנקאיים במגעייהם עם נוטלי משכנתאות וערבים לנוטלי המשכנתאות.

דוגמאות טובות לכך הינן הוראותיו של חוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981<sup>2</sup>, והוראותיו של התיקון משנת תשנ"ח לחוק הערבות, תשכ"ז-1967<sup>3</sup>.

חוק הבנקאות (שירות ללקוח) מטיל על "תאגיד בנקאי" כהגדרתו בחוק<sup>4</sup> חובות גילוי נרחבות הכוללות, בין היתר, כל עניין מהותי למתן שירות ללקוח<sup>5</sup>. סעיף 3 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח) מפרט רשימה שאינה ממצה, של עניינים שחזקה עליהם כי הם מהותיים. עניינים אלו הם: מהות וטיב השירות, מועד מתן השירות, התשואה והתועלת שניתן להפיק מהשירות, זהות נותן השירות, החסות, העידוד או ההרשאה שניתנו למתן השירות, המחיר הרגיל או המקובל או המחיר שנדרש בעבר בעד השירות, חוות דעת מקצועית שניתנה לגבי טיב השירות או מהותו, תנאי אחריות לשירות, תקופת מתן השירות ודרכי חידושו. הסעיף קובע איסור על תאגיד בנקאי לעשות, במעשה או במחדל, בכתב או בעל-פה, או בכל דרך אחרת, דבר העלול להטעות לקוח בכל עניין מהותי למתן שירות ללקוח.

1. הכותב הוא מרצה במכללה למינהל - הפקולטה למשפטים, דוקטורנט באוניברסיטת תל-אביב ומחבר הספר דיני הגנת הערב.
2. ס"ח 1023 (להלן: "חוק הבנקאות (שירות ללקוח)").
3. חוק הערבות (תיקון), תשנ"ח-1997, ס"ח 144 (להלן: "תיקון תשנ"ח לחוק הערבות").
4. הגדרה רחבה הכוללת הן את הגדרת "תאגיד בנקאי" בחוק הבנקאות (רישוי), תשמ"א-1981 והן תאגיד עזר כמשמעותו באותו חוק. הגדרה זו כוללת כמובן, גם את הבנקים למשכנתאות.
5. להרחבת חובות הגילוי בחקיקת משנה מכוח חוק הבנקאות (שירות ללקוח) ראו, בין היתר, כללי הבנקאות (שירות ללקוח) (גילוי נאות ומסירת מסמכים), תשנ"ב-1992.

אם בתחילה פורש שבין תאגיד בנקאי בעניין אביבה אבו של לקוחות התאג

תיקון תשנ"ח לחו חובות אלו לשני כ

6. ראו ע"א 1304/91 ט 1570/92 בנק המזרחי תיקון אשר הוסיף א ללקוח כלפי תאגיד ב ע"א 7451/96 אביבה ערבים שחתמו על ער ללקוח). פרשנות שונ הלכות ליפרט וציגלו הגדרת "נושה" בהת אינו עיסוקו העיקרי בנוגע להגדרת "נושה ניתן ביום 19.6.03 ע הדין ניתן ביום 0.00 יעקב (טרם פורסם, באשראי במהלך מו פורסם, פסק הדין נ מיפ"כ מור יוסף פו תיקון תשנ"ב על ערו המוגדר בסעיף 19 ל החייב, בין בשותפו מי שהוא בעל עניין ו ערך, התשכ"ח-1968 שושן (טרם פורסם, זוג של בעל עניין ב בע"מ (טרם פורסם, עומדת בהגדרת "ער רונן) (בת זוגו של ב שמשון מערכות בי 10.11.02 על ידי הר המכללה לסחר בי השופטים גרוס, קו (טרם פורסם, ניתן חברה בפועל גם או הבינלאומי נ' ו.א.ג עניין" הרי אם המצ

ת

אם בתחילה פורש חוק הבנקאות (שירות ללקוח) ככזה שאינו חל במערכת היחסים שבין תאגיד בנקאי לבין ערבים<sup>6</sup>, הרי עם תיקון החוק ביום 23.6.94<sup>7</sup> ופסק הדין בעניין **אביבה אברהם**<sup>8</sup> הובהר, כי הוראות החוק משתרעות גם על ערבים להלוואות של לקוחות התאגיד הבנקאי.

תיקון תשנ"ח לחוק הערבות מטיל על נושה<sup>9</sup> חובות גילוי כלפי ערב יחיד<sup>10</sup>. ניתן לחלק חובות אלו לשני סוגים עיקריים:

ראו ע"א 1304/91 **טפחות נ"י ליפרט**, פ"ד מז(3) 309, ואי נכונות בית המשפט לסטות מהלכה זו בע"א 1570/92 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ"י ציגלר**, פ"ד מט(1) 369.

תיקון אשר הוסיף את סעיף 17 לחוק הקובע מפורשות, כי "הוראות חוק זה יחולו גם על מי שעבר ללקוח כלפי תאגיד בנקאי".

ע"א 7451/96 **אביבה אברהם נ"י בנק מסד**, פ"ד נג(2) 337. נראה כי בהתאם לפסק הדין, יכולים איפוא גם ערבים שחתמו על ערבות לפני הוספתו של סעיף 17א ביום 23.6.94 לטעון לתחולת חוק הבנקאות (שירות ללקוח). פרשנות שונה, המבוססת על ניתוח דווקני של פסק הדין בערעור, יכולה להיות כי השינוי של הלכות **ליפרט וציגלר** הינו בגדר אוביטר בלבד, ולפיכך אינו מהווה הלכה מחייבת.

הגדרת "נושה" בהתאם לסעיף 19 לחוק כוללת "מי שמתן הלוואות הוא במהלך עסקיו הרגיל, אף אם אינו עיסוקו העיקרי". הגדרה זו כוללת אף היא, מטבע הדברים, את הבנקים למשכנתאות. לפסיקה בנוגע להגדרת "נושה" ראו: בר"ע 2403/02 **גלנט נ"י ספיריטוס סחר 1992 בע"מ** (טרם פורסם, פסק הדין ניתן ביום 19.6.03 ע"י השופט דן ארבל); ת"א (שלום-פיית) 1079/00 **ספריאל נ"י כהן** (טרם פורסם, פסק הדין ניתן ביום 19.10.00 ע"י השופט שנלר); ת"א (שלום-פיית) 52236/01 **ארגמן מתכת בע"מ נ"י בניטה יעקב** (טרם פורסם, פסק הדין ניתן ע"י השופט רוטן ביום 6.3.03) (אי התקיימות הגדרת נושה במכירה באשראי במהלך מכירת טובין); ת"א (שלום-פיית) 1431/95 **אהרון רחמים נ"י אמזלג מקסים** (טרם פורסם, פסק הדין ניתן ביום 1.9.97 ע"י השופט דיסקין) ובש"א (שלום-אשדוד) 403/01 **מזרחי ויקי נ"י מופ"כ מור יוסף פנחס** (טרם פורסם, פסק הדין ניתן ביום 18.6.01 ע"י הרשמת וולפסון) (אי תחולת תיקון תשנ"ח על ערבים להסכם שכירות).

המוגדר בסעיף 19 לחוק באופן שלילי, כדלקמן: "מי שאינו תאגיד, ולמעט בן זוג של החייב או שותפו של החייב, בין בשותפות רשומה ובין בשותפות שאינה רשומה; היה החייב תאגיד, לא ייחשב כערב יחיד גם מי שהוא בעל עניין בתאגיד; לעניין זה, "בעל עניין בתאגיד" - כהגדרת "בעל עניין" בתאגיד, בחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968". לדיון בהיקף ההגדרה ראו ת"א (מחוזי-ת"א) 2086/99 **הבנק הבינלאומי נ"י בן שושן** (טרם פורסם, פסק הדין ניתן ביום 3.8.03 ע"י השופט ד"ר פלפל) (ערב לחובות תאגיד שהינו בן זוג של בעל עניין בתאגיד אינו ערב יחיד); ת"א (שלום-חי) 23674/99 **בן בסט נ"י בנק לאומי לישראל בע"מ** (טרם פורסם, פסק הדין ניתן ביום 15.1.01 ע"י השופט לבנוני) (בת זוג שגרה עם החייב העיקרי לא עומדת בהגדרת "ערב יחיד" לאור מבחן האינטרס ולאור הגדרת "חזקה" בחוק ני"ע); ת"א (שלום-ת"א) 59427/00 **בנק מרכנתיל דיסקונט נ"י פלג פנינה** (טרם פורסם, פסק הדין ניתן ביום 9.12.02 ע"י השופט רוטן) (בת זוג של בעל עניין אף היא מהווה בעל עניין); ת"א (שלום-ראשלי"צ) 2784/02, בש"א 2338/02 **שמעון מערכות ביטחון בע"מ נ"י בנק המזרחי המאוחד בע"מ** (טרם פורסם, ההחלטה ניתנה ביום 10.11.02 על ידי הרשם ארניה) (חברה לא יכולה להחשב כערב יחיד); ע"א (מחוזי-ת"א) 2849/99 **מל"ב המכללה לסחר בינלאומי בע"מ נ"י בנק דיסקונט לישראל בע"מ** (טרם פורסם, ניתן ביום 25.10.00 ע"י השופטים גרוס, קובו ורובינשטיין); ת"א 2337/02 (שלום-רשלי"צ) **מנור דורון נ"י בנק הפועלים בע"מ** (טרם פורסם, ניתן ביום 23.7.02 ע"י הרשם ארניה) (הגדרת "בעל עניין" מהותית ולכן חלה גם על מנהל חברה בפועל גם אם לא מופיע ברישומי רשם החברות) אך ראו מנגד ת"א (שלום-ת"א) 36047/00 **בנק הבינלאומי נ"י ו.א.ט. 1**, תק-של 2002(1) 824 (למרות חתימת הערב על טופס לפיו לכאורה הוא "בעל עניין" הרי אם המצב בפועל היה שונה, יזכה הערב להגנת התיקון).

גילוי וחובות  
ביום לנוטלי

ת ללקוח)  
ז-1967

חובות גילוי  
יף 3 לחוק  
ז עליהם כי  
התשואה  
ו ההרשאה  
בעבר בעד  
אי אחריות  
וגיד בנקאי  
בר העלול

אביב ומחבר

ו הן תאגיד

היתה, כללי

(א) חובות הנוגעות למערכת היחסים שבין הנושה לבין החייב העיקרי<sup>11</sup>;  
 (ב) חובות הנוגעות למעמדו של הערב, למספר הערבים ולמהות הערבות.<sup>12</sup>  
 הסנקציה בגין הפרת חובות גילוי אלו משתנה, ויכולה להביא לביטול הערבות לחלוטין.  
 בפסיקה עדכנית הורחבו חובות הגילוי בהם חויבו תאגידיים בנקאיים גם מכוח עקרון הנאמנות ועקרון תום הלב.

11. ניתן לתאר חובות גילוי אלו גם בטבלה כדלקמן:

חובה לגלות לערב יחיד כהגדרתו בתיקון תשנ"ח	תוצאות הפרת החובה
הסכום הנקוב בחוזה שבין הנושה לבין החייב, להלן: "הקרן" (סעיף 22(א)(1)).	הערב היחיד פטור מערבותו אם בעת כריתת החוזה היה פער משמעותי בין סכום הערבות לסכום ההלוואה (סעיף 23(א)(1)).
שיעור הריבית השנתי, בחישוב המביא בחשבון ריבית דריבית בהתאם למועד הפרעון (סעיף 22(א)(2)).	על הערב היחיד למלא את ערבותו לפי שיעור הריבית המינימלי המקובל בחוזים מאותו סוג (סעיף 23(א)(2)).
תקופת החיוב, סכומי הפרעון של הקרן ושל הריבית ומועדי הפרעון (סעיף 22(א)(3)).	הערב היחיד ימלא את ערבותו לפי אומד דעתו בעת כריתת חוזה הערבות (סעיף 23(א)(4)).
בהתאם לסעיף 34(3) רשאי שר המשפטים, באישור ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, להתקין תקנות בנוגע לדרך הצגת מידע זה.	הערב היחיד ימלא את ערבותו לפי שיעור הריבית המינימלי המקובל בחוזים מאותו סוג (סעיף 23(א)(3)).
היתת הריבית משתנה - שיעור הריבית בעת כריתת החוזה בהתחשב בריבית דריבית בהתאם למועד הפרעון בעת כריתת החוזה, ודרך השינוי (סעיף 22(א)(4)).	הערב היחיד ימלא את ערבותו לפי אומד דעתו בעת כריתת חוזה הערבות (סעיף 23(א)(4)).
היות הקרן או הריבית צמודות, ובסיס ההצמדה (סעיף 22(א)(5)).	הערב היחיד ימלא את ערבותו לפי אומד דעתו בעת כריתת חוזה הערבות (סעיף 23(א)(4)).

12. ניתן לתאר חובות גילוי אלו גם בטבלה כדלקמן:

חובה לגלות לערב יחיד כהגדרתו בתיקון תשנ"ח	תוצאות הפרת החובה
היות הערב יחיד או ערב מוגן (סעיף 22(ב)(1)) גילוי פרט זה יהא כפי שהוא מעודכן למועד כריתת חוזה הערבות (סעיף 22(ג)).	לכאורה אין.
מספר הערבים וחלקו היחסי של הערב בחיוב (סעיף 22(ב)(2)).	הערב היחיד ימלא את ערבותו לפי אומד דעתו בעת כריתת חוזה הערבות (סעיף 23(א)(4)).
היות הערבות חיוב קיים או לחיוב המחליף חיוב קיים (סעיף 22(ב)(3)). גילוי פרט זה יהא כפי שהוא מעודכן למועד כריתת חוזה הערבות (סעיף 22(ג)). גילוי פרט זה לגבי ערבות לחיוב עתיד לבוא, יהא כפי שהוא ידוע לנושה בעת כריתת חוזה הערבות או כפי שניתן לקבוע אותו במועד האמור (סעיף 22(ד)).	הערב היחיד פטור מערבותו (סעיף 23(א)(5)).

לחובות ידוע וגילוי נוספות ראו סעיפים 22-26 לתיקון תשנ"ח לחוק הערבות, וכן תקנות הערבות, תשנ"ח-1998.

דוגמה  
 למשכנו  
 עניין ני  
 (א) מה:  
 ופקידיו  
 לא אה  
 והאמצע  
 הפרט.  
 מגלה ל  
 "כובע נ  
 ההלווא  
 המשכנו  
 דוגמה  
 הינו פט  
 בנקאי י  
 בחיובו<sup>6</sup>  
 הערבות  
 ב. הגילוי  
 ויתור ו  
 מגמת ו  
 שממשכ  
 13. ע"א 3/91  
 14. בפסק הד  
 אשר בית  
 15. רע"א 98/  
 16. באותו עני  
 כאשר הר  
 הערבים ב  
 החתימה  
 כי אחת נ  
 לחוראת נ  
 זה רק מע  
 17. כפי שקוב  
 "ח  
 "ק  
 דון  
 בת  
 נט  
 הא  
 הו

(א) חובות הנוגעות למערכת היחסים שבין הנושה לבין החייב העיקרי<sup>11</sup>;

(ב) חובות הנוגעות למעמדו של הערב, למספר הערבים ולמהות הערבות.<sup>12</sup>

הסנקציה בגין הפרת חובות גילוי אלו משתנה, ויכולה להביא לביטול הערבות לחלוטין.

בפסיקה עדכנית הורחבו חובות הגילוי בהם חויבו תאגידים בנקאיים גם מכוח עקרון הנאמנות ועקרון תום הלב.

11. ניתן לתאר חובות גילוי אלו גם בטבלה כדלקמן:

חובה לגלות לערב יחיד כהגדרתו בתיקון תשנ"ח	תוצאות הפרת החובה
הסכום הנקוב בחוזה שבין הנושה לבין החייב, להלן: "הקרן" (סעיף 22(א)(1)).	הערב היחיד פטור מערבותו אם בעת כריתת החוזה היה פער משמעותי בין סכום הערבות לסכום החלואה (סעיף 23(א)(1)).
שיעור הריבית השנתי, בחישוב המביא בחשבון ריבית דריבית בהתאם למועד הפרעון (סעיף 22(א)(2)).	על הערב היחיד למלא את ערבותו לפי שיעור הריבית המינימלי המקובל בחוזים מאותו סוג (סעיף 23(א)(2)).
תקופת החיוב, סכומי הפרעון של הקרן ושל הריבית ומועדי הפרעון (סעיף 22(א)(3)).	הערב היחיד ימלא את ערבותו לפי אומד דעתו בעת כריתת חוזה הערבות (סעיף 23(א)(4)).
בהתאם לסעיף 34(3) רשאי שר המשפטים, באישור ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, להתקין תקנות בנוגע לדרך הצגת מידע זה.	הערב היחיד ימלא את ערבותו לפי שיעור הריבית המינימלי המקובל בחוזים מאותו סוג (סעיף 23(א)(3)).
היות הקרן או הריבית צמודות, ובסיס ההצמדה (סעיף 22(א)(5)).	הערב היחיד ימלא את ערבותו לפי אומד דעתו בעת כריתת חוזה הערבות (סעיף 23(א)(4)).

12. ניתן לתאר חובות גילוי אלו גם בטבלה כדלקמן:

חובה לגלות לערב יחיד כהגדרתו בתיקון תשנ"ח	תוצאות הפרת החובה
היות הערב ערב יחיד או ערב מוגן (סעיף 22(ב)(1)) גילוי פרט זה יהא כפי שהוא מעודכן למועד כריתת חוזה הערבות (סעיף 22(ג)).	לכאורה אין.
מספר הערבים וחלקו היחסי של הערב בחיוב (סעיף 22(ב)(2)).	הערב היחיד ימלא את ערבותו לפי אומד דעתו בעת כריתת חוזה הערבות (סעיף 23(א)(4)).
היות הערבות ערבות לחיוב קיים או לחיוב המחליף חיוב קיים (סעיף 22(ב)(3)).	הערב היחיד פטור מערבותו (סעיף 23(א)(5)).
גילוי פרט זה יהא כפי שהוא מעודכן למועד כריתת חוזה הערבות (סעיף 22(ג)). גילוי פרט זה לגבי ערבות לחיוב עתיד לבוא, יהא כפי שהוא ידוע לנושה בעת כריתת חוזה הערבות או כפי שניתן לקבוע אותו במועד האמור (סעיף 22(ד)).	

לחובות ידוע וגילוי נוספות ראו סעיפים 22-26 לתיקון תשנ"ח לחוק הערבות, וכן תקנות הערבות, תשנ"ח-1998.

דוגמה ל...  
למשכנתא  
עניין נקב  
(א) מהאכ  
ופקידיו נו  
לא אחת  
והאמצעי  
הפרט. בא  
מגלה ללו  
כ"כובע כפו  
החלואה  
המשכנתא  
דוגמה לו  
הינו פסק  
בנקאי לע  
בחזונו<sup>16</sup>  
הערבות.  
ב. הגילוי  
ויתור ע'  
מגמת הו  
שממשכן  
13. ע"א 93/91  
14. בפסק הדין  
15. אשר בית ר  
רע"א 3/98  
16. באותו עניי  
כאשר החי  
הערבים ב  
החתימה ע  
כי אחת מ  
להוראת ס  
זה רק מעי  
17. כפי שקובנ  
"וד  
"ק  
דור  
בת  
נטי  
הא  
הו

דוגמה טובה להרחבת חובות הגילוי של תאגיד בנקאי (באותו עניין - בנק למשכנתאות) מכוח דיני הנאמנות כלפי לווים הינו פסק הדין בעניין **צבאח**<sup>13</sup>. באותו עניין נקבע, כי בין בנק ללקוחותיו מתקיימים יחסי נאמנות הנובעים, בין היתר: (א) מהאמון הרב שרוחש הציבור הרחב כלפי מוסד הבנקאות; (ב) מהעובדה שהבנק ופקידיו נתפסים בעיני הציבור כסמכות מקצועית; (ג) בשל כך שברשות הבנק מצוי לא אחת מידע אשר אינו נגיש לציבור הרחב; (ד) בשל הכישורים המיוחדים והאמצעים הטכניים המיוחדים המצויים ברשותו של הבנק ואשר אינם נחלתו של הפרט. באופן מעשי, קבע בית המשפט בעניין **צבאח**, כי מקום שבנק למשכנתאות לא מגלה ללוים את העובדה שהוא מצוי בניגוד אינטרסים הנובע מעובדת היותו חובש "כובע כפול", לא רק כבנק מממן אלא גם כבנק אשר לו אינטרס מהותי בביצוע עסקת ההלוואה, הרי הבנק מפר את חובת האמון באופן המביא לבטלות הסכם המשכנתא<sup>14</sup>.

דוגמה להרחבת חובות הגילוי של תאגיד בנקאי כלפי ערבים מכוח עקרון תום הלב הינו פסק הדין בעניין **ליברמן**<sup>15</sup>. באותו עניין נקבע, כי אי-מתן הודעות מצד תאגיד בנקאי לערב, על הפרת החיוב העיקרי ומתן אורכה מצד הבנק לחייב העיקרי לעמוד בחיובו<sup>16</sup> מהווה הפרה של עקרון תום הלב<sup>17</sup>, אשר מצדיקה ביטול מוחלט של הערבות.

**ב הגילוי הנדרש מבנק למשכנתאות על מנת שיוכר תוקפה של תניית ויתור על דיור חלוף**

מגמת ההרחבה של חובות הגילוי כלפי לקוחות של תאגידי בנקאיים וכלפי מי שממשכן נכסו להבטחת חיובו של אחר מצאה ביטוייה לאחרונה בהתייחסות בית

13. ע"א 5893/91 **ספחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' צבאח**, פ"ד מח(2) 573.  
 14. בפסק הדין עלתה הסוגייה הקשה בדבר התחרות בין חובת הסודיות המוטלת על הבנק לבין חובת הגילוי אשר בית המשפט עצמו כינה אותה "סוגייה עדינה ומסובכת" (השופט שמגר, ע' 601 לפסק הדין).  
 15. רע"א 2443/98 **ליברמן נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ**, פ"ד נג(4) 804.  
 16. באותו עניין דובר על ערבות שטרית שניתנה להלוואה בת 12 תשלומים שנלקחה לתקופה של 12 חודשים, כאשר החייב העיקרי לא עמד בהחזר תנאי ההלוואה כבר לאחר התשלום הראשון, והבנק לא יידע את הערבים בכך. לערבים נודע רק כשנה וחצי לאחר תום תקופת ההלוואה (דהיינו שנתיים וחצי לאחר מועד החתימה על הערבות), כי החייב לא עומד בתשלומיו, וזאת כאשר נפתח כנגדם תיק הוצאה לפועל. יצוין, כי אחת מטענות הבנק, שנדחו על ידי בית המשפט העליון, היתה כי לאור העדרה של הוראה מקבילה להוראת סעיף 26 לחוק הערבות לאחר תיקון תשנ"ח, לא קמה חובת הודעה לערבים, וקבע כי סעיף 26 זה רק מעיד על הדין שראוי היה להיות קיים קודם לחקיקתו.  
 17. כפי שקובע השופט ברק:

"ודוק: הבנק הנושה והערבים אינם "זרים" זה לזה. אין הם צדדים רחוקים. לפנינו יחס "קרוב" הן מבחינת הסכס הערבות והן מבחינת היחסים השטרניים. בהתקיים יחס קרוב שכזה, דורשת ההגינות ביחסים הבינאישיים, כי הבנק-הנושה, האוחז כנפרע בשטר, יודיע לערבים בתוך זמן סביר על אורכה שהוא עצמו נתן לחייב העיקרי. הכרה בחובת הודעה זו אינה מטילה נטל כבד על הבנק-הנושה. הוא מכיר את הערבים, לאור ההסכם שביניהם; הוא יודע על דבר האורכה, שכן הוא נתן אותה. בנסיבות אלה, תהא זו פרקטיקה פשוטה שאינה מכבידה, לשלוח הודעה לערבים בתוך זמן סביר כי ניתנה אורכה לחייב העיקרי" (ס' 15 לפסק הדין).

העיקרי<sup>11</sup>;  
ת הערבות<sup>12</sup>.

ביא לביטול הערבות

ז בנקאיים גם מכוח

<b>פרת החובה</b>
רבותו אם בעת כריתת עותי בין סכום הערבות 2:2(א)(1).
את ערבותו לפי שיעור ויבל בחוזים מאותו סוג
ערבותו לפי אומד דעתו ז (סעיף 23(א)(4)).
רבותו לפי שיעור הריבית זים מאותו סוג (סעיף

ערבותו לפי אומד דעתו : (סעיף 23(א)(4)).
<b>רת החובה</b>
רבותו לפי אומד דעתו (סעיף 23(א)(4)).
נו (סעיף 23(א)(5)).

ת, וכן תקנות הערבות,

המשפט העליון לתניה שכיחה המופיעה בהסכמי המשכנתאות, והיא תניית הוויתור על דיור חלוף. המדובר בפסק הדין בעניין **מיסטר מאני ישראל בע"מ נ' רייז**.<sup>18</sup>

המערערת, מיסטר מאני ישראל בע"מ, היא חברה העוסקת במתן הלוואות חוץ-בנקאיות. מר נריה רז, בנה של המשיבה, נטל מן המערערת הלוואה על סך 250,000 ש"ח לצורך פתיחת עסק. הסכמתה של המערערת להעניק את הלוואה באה לאחר שהיא ערכה בדיקות לבחינת התאמתו של הבן לקבלת הלוואה. במסגרת הבדיקות, אשר מומנו על ידי הבן, בדק שמאי מטעם המערערת את שווי דירתה של המשיבה. לאחר כריתת הסכם הלוואה, עליו חתומים כלוים המשיבה והבן, מושכנה הדירה כערובה להחזר חובו של הבן למערערת. לצורך כך חתמה המשיבה על שטר משכנתא. משלא עמד הבן בהתחייבויותיו לפי הסכם הלוואה, הועמדה הלוואה לפירעון מיידי. המשיבה ובנה העבירו למערערת, במשך תקופה מסוימת, סכומים שונים על חשבון החוב, אולם לבסוף חדלו מכך, והמערערת פתחה הליך הוצאה לפועל, לצורך פירעון החוב בדרך של מימוש הבטוחה - היא דירת המשיבה. אז פנתה המשיבה לבית המשפט.

בית המשפט המחוזי (השופטת ד"ר דרורה לפל) הכיר בתוקפו של הסכם המשכנתא אך קבע, כי זה ימומש רק בכפוף להגנות המוקנות למשיבה לפי דיני הוצאה לפועל ודיני הגנת הדייר, תוך שלילת תוקפה של תניית הוויתור על דיור חלוף בהסכם המשכנתא.<sup>19</sup> בית המשפט העליון אימץ את קביעת בית המשפט המחוזי לפיה, בהעדר הסבר מפורש על מהות הוויתור לווה, אין תוקף לוויתור על הדיור החלוף, וקבע בהתאמה, כי המשכנתא תמומש רק בכפוף לקיום הוראות סעיף 38 לחוק הוצאה לפועל, תשכ"ז-1967.<sup>20</sup>

18. ע"א 9136/02 מיסטר מאני ישראל בע"מ נ' רייז (פסק הדין ניתן ביום 21.3.04 בהרכב השופטים ריבלין, דורנר ונאור ומתפרסם בחוברת זו).

19. פסק הדין דן גם בסוגיות אחרות, לרבות בנושא שאלת תוקפם של סעיפים בהסכם הלוואה כסעיפים מקפחים בחוזה אחיד, ואולם לצורך רשימה זו נתעלם מיתר הפלוגתאות בין הצדדים ונתמקד בנושא היקף הגילוי הנדרש על מנת ליתן תוקף לתניית ויתור על דיור חלוף. למותר לציין, כי תניה כזו יכולה להיפסל גם כתוצאה מהעלאת טענות משפטיות אחרות, בהן אין אנו עוסקים ברשימה זו.

20. בשל חשיבותו נצטט להלן את נוסח הסעיף:

"(א) היו המקרקעין שעוקלו משמשים, כולם או מקצתם, בית מגורים לחייב, רשאי ראש הוצאה לפועל להורות על מכירת המקרקעין ועל פינוי החייב ובני משפחתו הגרים עמו מהמקרקעין, ובלבד שהוכח תחילה, להנחת דעתו, שיהיה לחייב ולבני משפחתו הגרים עמו מקום מגורים סביר, או שהועמד לרשותם סידור חלוף;

(ב) ראש הוצאה לפועל רשאי לקבוע שהסידור החלוף יהיה בהמצאת דירה אחרת או בתשלום פיצויים או בדרך אחרת;

(ג) הוראות סעיף קטן (א) יחולו גם על ביצועה של משכנתה או מימוש של משכון, זולת אם נרשמה המשכנתה לפני תחילת חוק זה, או אם מורש בשטר המשכנתה או בהסכם משכון שהחייב לא יהיה מוגן לפי סעיף זה;

(ד) הוראות סעיף זה אינן חלות על מקרקעין שדיני הגנת הדייר חלים עליהם, ואין בהם כדי לפגוע בדינים אלה;

(ה) הוראות סעיף זה יחולו גם אם החייב הינו קיבוץ לעניין המקרקעין של הקיבוץ המשמשים, כולם או מקצתם, בית מגורים לחבר הקיבוץ או לבני משפחתו; לעניין זה, "בן משפחה" - אב, אם, בן או בת של חבר הקיבוץ, המתגוררים בקיבוץ."

שאלה מקדמית המתעוררת בהקשר לפסק הדין נוגעת להיקף תחולת הלכת ריז. שאלה זו נובעת מהעובדה שהצד הישיר לפסק הדין היה חברה אשר עיסוקה היה במתן הלוואות חוץ-בנקאיות, ולא תאגיד בנקאי.

ויתור

פרשנות מצמצמת של פסק הדין תגרוס איפוא, כי ההלכה שנקבעה בפסק הדין חלה רק על מלווים בהלוואות חוץ-בנקאיות ("השוק האפור"). פרשנות זו תתבסס בעיקרה על זהות הצדדים בעניין ריז, ועל הקביעה הפוזיטיבית בפסק הדין המתייחסת למלווה חוץ-בנקאי.

וואות  
ל סך  
באה  
סגרת  
ה של  
והבו,  
ה: על  
נמדה  
ימת,  
הליך  
ז. או

יחד עם זאת, ניתן בהחלט לנקוט גם בפרשנות רחבה יותר של פסק הדין, וזאת לאור הרציונל המובע בו ואופן הניתוח של הסוגייה על ידי שני השופטים שכתבו חוות דעת מפורטת בפסק הדין: השופט ריבלין והשופטת דורנר. השופט ריבלין מציב כנקודת מוצא להכרעתו את חובות הגילוי והנאמנות אשר הוטלו על בנקים כלפי לקוחות, ערבים ומקבלי שירות, תוך התמקדות בפערים, בהבדלי הכוח ויכולת המיקוח בין הצדדים. אמנם, השופט מתמקד בחלקו האופרטיבי של פסק הדין בהלוואות חוץ-בנקאיות, ואולם ניתן לחזות ברמה גבוהה של סבירות שהלכה זו תחול גם במערכת בנקאית רגילה, שכן הפערים בהם הוא דן מתקיימים גם במערכת הבנקאית הרגילה ולא רק במסגרת הלוואות חוץ-בנקאיות, במיוחד לאור האמור בסקירה הקצרה בחלקה הראשון של רשימה זו.

גתא  
פועל  
סכס  
זעדר  
קבע  
זאה

תימוכין לעמדה הפרשנית לפיה חלה הלכת ריז גם על בנקים למשכנתאות ניתן למצוא בחוות דעתה של השופטת דורנר המתמקדת באינטרס החברתי-כלכלי המצוי ביסוד סעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל (תוך שהיא עורכת אבחנה בין סעיף זה, לבין סעיף 33 לחוק הגנת הדייר (נוסח משולב), תשל"ב-1972). השופטת דורנר מסתייגת מקביעת המחוקק בנוגע לדיספוזיטיביות של סעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל וקובעת, כי על פניו המדובר בהסדר אשר מנוצל לרעה תוך הפיכת ההגנה המצויה בסעיף לאות מתה, למרות שיש בהתניית על הסעיף כדי לפגוע בכבוד האדם מעבר למידה הדרושה. יחד עם זאת, לאור הקביעה המפורשת בחוק ההוצאה לפועל באשר לאפשרות ההתניה (קביעה המשוריינת בהתאם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לאור העובדה שחוק ההוצאה לפועל התקבל לפני חוק היסוד), הדרך הראויה להתמודד עם בעיה זו היא לנקוט בפרשנות רחבה של סעיף 38. בהתאם לפרשנותה של כבי השופטת דורנר, על הנושה להבטיח, כי הלווה מבין היטב ומסכים לתנאי שישאיר אותו ללא קורת גג אם המשכנתא לא תיפרע. נימוק זה של השופטת, המתמקד בשיקולים ובאינטרסים המעורבים בחקיקת סעיף 38 ולא בזהות הצדדים, יכול להתקיים גם הוא במערכת היחסים של בנקים רגילים ואינו מיוחד להלוואה חוץ-בנקאית.

בלין,  
יפים  
ושא  
זולה

לאור פסק הדין, מהן איפוא הדרכים בהן על מלווים לפעול על מנת שהוראה בהסכם משכנתא המתנה על הוראות סעיף 38(ג) לחוק ההוצאה לפועל תוכר כתקפה?

אש  
עמו  
עמו

בפסיקה קודמת של בית המשפט העליון נקבע, כי לא די בויתור כללי וגורף מצד חייב על דיור חלוף, וכי על מנת שהויתור יהא תקף מבחינה משפטית, יש לציין בהסכם

לום  
אם  
'כון

זדי

ס,  
-

ההלוואה ובשטר המשכנתא את סעיף הוויתור המדויק<sup>21</sup>. ציון מדויק כזה נעשה בעניין רייז ואולם זה נתפס על ידי בית המשפט העליון כתנאי הכרחי אך לא כתנאי מספיק.

מלווים המבקשים כי יוכר תוקפה של תניית ויתור על דיור חלוף, לא יכולים איפוא להסתפק כיום בניסוח סעיף הוויתור המדויק. בית המשפט העליון קובע בעניין רייז, כי ניסוח אחד זה הוא ניסוח סתום לעין הבלתי-מקצועית, ומפר את חובת ההגינות.

בהתאם לפסק הדין, על מלווה המבקש להגן על תוקפה של התניה לצורך הסבר מהותי על מהות הוויתור, להוסיף ולהבהיר ללווה, כי עומדת לו הגנה מן הדין על בית-מגורים, וכי הוא מוותר עליה. על המלווה להוסיף, אם במסגרת המסמכים ואם בעל-פה<sup>22</sup>, את דבר קיומה של הזכות לסידור חלוף, ואת נפקות הוויתור עליה. יש חובה לגלות ללווה או לערב, גילוי מלא ומפורש, כי עומדת לו זכות להגנת בית-המגורים, וכי המשכנתא כרוכה בויתור על זכות זו. בנוסף, אם קיימת אפשרות להעניק את ההלוואה בלא ויתור על הזכות לסידור חלוף - ולו במחיר של הרעה בתנאים אחרים של ההלוואה (כגון הגדלת שיעור הריבית) - יש להביא אפשרות זו בפני הלווה או הערב. אם אפשרות זו אינה עומדת על הפרק - עדיין יש להקפיד שמשמעות הוויתור תהא נהירה וגלויה, ושהבחירה תהא מושכלת ומפורשת.

יצוין גם, כי בית המשפט דחה את טענת המלווה, כי די באישור עורך-הדין על מסמכי המשכנתא שהוא הסביר לצדדים "את מהות העסקה שהם עומדים לבצע ואת התוצאות המשפטיות הנובעות ממנה" וכי שוכנע "שהדבר הובן להם כראוי", על מנת לקיים את חובת ההסבר.

עם זאת, יש להביא בחשבון כי גם פסק הדין מסייג את קביעתו ומחיל אותה על נסיבות העניין הספציפי, וכי בית המשפט עצמו קובע כי ייתכנו מקרים שבהם ישתנה היקפה של חובת הגילוי, למשל מקום בו מסתייע הלווה ביעוץ משפטי בעת שהוא מעמיד את דירתו כערובה לחיוב, או מקום בו אין יתרון כלכלי או אחר למלווה על פני הלווה<sup>23</sup>.

21. השו"ר רע"א 1116/01 פי.אף.איי אסטבלישמנט נ' רוזנר, פ"ד (מט) 215, אך ראו גם ע"א 1679/01 משכן בנק הפועלים למשכנתאות נ' מרים שפייזמן, מקרקעין ב/2 עמ' 146.

22. מובן כי על מנת למנוע חילוקי דעות ראייתיים, ומטעמים מעשיים, מוטב כי ההסבר ייעשה בכתב.

23. השו"ר לעניין זה מתוך היקש את הוראות סעיף 23(ב) לתיקון תשנ"ח לחוק הערבות המסייג את תוצאות אי הגילוי הקבוע בסעיף 22 לחוק במצב בו הנושה מוכיח ידיעת הפרט על ידי הערב. הסעיף קובע מפורשות כי: "הוכיח הנושה שערב יחיד ידע פרט מהפרטים הקבועים בסעיף 22, לא יחול סעיף קטן (א) בנוגע לאותו פרט". כן יש לתת את הדעת לעובדה, שבנסיבות העניין דובר באם אשר שיעבדה את דירתה להבטחת חזרו הלוואה שנטל בנה, ואשר חתמה גם כחייבת עיקרית. שאלה קשה תתעורר בנוגע ליישום הלכת רייז כאשר לחזור ההלוואה המובטחת במשכנתא יערבו גם ערבים שאינם בעלי אינטרס במתן ההלוואה, לאור המתח בין האינטרסים הנוגדים הנושפים שיתעוררו במצב כזה. נציין לעניין זה רק, כי מגמת התיקונים לחוק הערבות משנת תשנ"ב ומשנת תשנ"ח היתה להטיל את החזר הלוואת משכנתא שנטל חייב עיקרי על הנכס שנרכש תוך שימוש בכספי הלוואה זו, ולצורך זה הוענקו לערב היחיד/מוגן הגנות הכוללות, בין היתר, חובת מיצוי הליכים לרבות מימוש הנכס (ראו סעיף 117 לחוק הערבות לאחר תיקון תשנ"ב, סעיף 27 לחוק הערבות לאחר תיקון תשנ"ח ולהרחבה ראו בר-קהן דיני הגנת הערב

**סיכום**

מגמת ההרחבה של חובות הגילוי במערכת היחסים שבין מלווים ללווים החותמים על שטרי משכנתא מצאה ביטויה בפסק דין ריזי אשר שלל בנסיבות אותו עניין את תוקפה של תניית ויתור סטנדרטית על דיור חלוף בשל אי-גילוי השלכותיה של החתימה על הוראה זו ללווה. תניית הויתור בוטלה על ידי בית המשפט, למרות שעמדה במבחני הפסיקה עד למועד מתן פסק הדין, בכך שציננה מפורשות את סעיף הויתור, למרות ההלכות הנוקשות הקובעות חזקה בדבר ידיעתו והבנתו של אדם החותם על מסמך את תוכנו<sup>24</sup>, והגם שהסכם המשכנתא נחתם ואומת כדן בפני עורך-דין.

למרות שניתוח דווקני של פסק הדין בעניין ריזי אינו מחיל את ההלכה שנקבעה בו ישירות על תאגידי בנקאיים, הרי בנקים למשכנתאות (או כל תאגיד בנקאי אחר המקבל נכס מקרקעין כבטחון להבטחת החזר הלוואה), ייטיבו לעשות אם למען ההחלטות יוסיפו להסכם המשכנתא טופס גילוי והסבר מפורטים אודות הויתור, כנדרש בהלכת ריזי. הוספה זו תוכל למנוע טענות עתידיות מצד לווים המבוססות על אי-גילוי ושוללות את תוקפה של תניית ויתור על דיור חלוף. ייתכן אף שיש מקום לשקול בעניין זה תוספת לנהלי הבנק המחייבת את פקידי הבנק הבאים במגע עם הלווים לתת להם הסבר קצר בעל-פה. הנושא אינו זר למערכת הבנקאית, המתמודדת עם הרחבה חקיקתית ופסיקתית נמשכת של חובות הגילוי. מבחינה טכנית, הגילוי אינו מסובך, הוא נעשה כדבר שבשגרה כלפי ערבים<sup>25</sup> ויכול להיות בעל משמעות כלכלית מרחיקת לכת מבחינת התאגיד הבנקאי.

(תשנ"ח), ע' 259-269. מגמה זו מצאה אף ביטויה בהוראה רטרואקטיבית מפורשת המופיעה בהוראות המעבר לתיקון תשנ"ב לחוק הערבות המאמצת את הוראות סעיפים 38 ו-39(ג) לחוק ההוצאה לפועל לתוך הוראותיהם של הסכמי משכנתאות אשר נחתמו גם לפני כניסת תיקון תשנ"ב לתוקף באפריל 1992, גם אם הסכמים אלו אינם כוללים הוראות אלו (שם, ע' 206). אינטרס הערב, שאינו הממשכן ואשר נעדר זיקה ישירה להלוואה, הוא איפוא כי החיוב העיקרי יפקע באופן כפוי כתוצאה ממיצוי מקסימלי של הנכס המשועבד (דהיינו - תוך הכרה בתוקפו של הויתור על תניית הדיור החלוף ואף חוספתו. להוראות הסכם המשכנתא במידה ואין הוא מצוי שם), בניגוד לאינטרס הלווה כי יינתן לו דיור חלוף.

השוו ע"א 1548/96 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' לופו, פ"ד נד(2) 559; ע"א 1513/99 דטיאשווילי נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד נד(3) 591; ע"א 6645/00 ערד נ' אבן, פ"ד נו(5) 365. בהתאם לחובות הבנק לפי תקנות הערבות, תשנ"ח-1998, שתוקנו בעקבות קביעת חובות הגילוי הנרחבות בתיקון תשנ"ח לחוק הערבות. דומה, כי לא יכולה להיות מחלוקת שההלכה חלה הן כלפי לווים והן כלפי מי שממשכן נכסו להבטחת חיובו של אחר, והנחשב כערב לאור הוראות סעיף 12 לחוק המשכון, תשכ"ז-1967. באותו מקרה אמנם חתמה הממשכנת גם כלוה, ואולם למרות המחלוקת בין הצדדים בנוגע למעמד הממשכנת (כלוה או כערבה) הסכימו הם, כי אין לכך חשיבות בנוגע לשאלה העקרונית שעלתה, וגם קביעת בית המשפט התייחסה לשני המצבים (ראו סעיף 15 פסקה שניה לפסק הדין). אך השוו גם ע"א 6899/97 פייבושביץ נ' בנק לאומי לישראל, פ"ד נו(1) 364 (שלא נזכר בפסק הדין), לעניין תוקף תחולת הוראת תיקון תשנ"ח לחוק הערבות הקובעת בטלותה של ערבות בלתי מוגבלת בסכום שניתנה לאחר תיקון תשנ"ח על ממשכן נכס להבטחת חיובו של אחר, והאבחנה שנערכה שם בין ערב רגיל לערב מכוח סעיף 12 לחוק המשכון. אבחנה זו יכולה להיות מוצדקת לדעתנו רק במקרים בהם שווי הנכס הממושכן נמוך משווי הערבות.

זה נעשה  
א' כתנאי

ס' איפוא  
ניין ריזי,  
הגינות.

ר מהותי  
הדין על

זים ואם

זליה. יש

להגנת

אפשרות

ל הרעה

שרות זו

להקפיד

מסמכי

ע. ואת

על מנת

תה על

ישתנה

שהוא

על פני

1 משכן

זוצאות

ף קובע

זטן (א)

דירתה

ליישום

ז במתן

רק, כי

שכנתא

ד/מוגן

ל.לאחר

הערב