ד"ר אברהם וינרוט, עו"ד ד"ר ברק מדינה, עו"ד

דיני הלוואות

הגנה על הלווה במשפט בישראל

עורך טכני
שלמה פרץ
מנהל הוצאת בורסי

בורסי הוצאה לאור של ספרי משפט

רח' אחד העם 20, תל־אביב
טל' 03-5105060, פקס' 03-5105061

אדר ב'-התש"ס
מרץ-2000

להוריי

לרעייתי: שושי

לילדיי: יואל, אסתי, שרה ושירלי

"אם עשק רש וגזל משפט וצדק תראה במדינה, אל־תתמה על־החפץ. כי גבה מעל גבה שמר וגבהים עליהם"

(קוהלת ה' פסוק ז')

הקדמה לספר דיני הלוואות

(מאת ד"ר אברהם וינרוט וד"ר ברק מדינה)

כב' השופטת דליה דורנר

הלוואה היא מן העסקות השכיחות בישראל. חשיבותה הכלכלית רבה, ואין חולקים על חיוניותה למשק המודרני. עם זאת, במקרים רבים היא נערכת בין מלווה איתן שעיסוקו במתן הלוואות בנק, או מלווה מקצועי אחר לבין לווה הנזקק לכסף בעודו מצוי בעמדת נחיתות, בכוח-מיקוח ובידע כלכלי. כדי לתקן "כשל שוק" זה נקבעה שורה ארוכה של דינים שמטרתם הגנה על לווים תוך פסילה של תניות מקפחות ובלתי-סבירות בחוזי הלוואה. אלא שעמדת הנחיתות של הלווים לעומת המלווים משתרעת לעיתים קרובות גם לעניין הכרתם של הדינים שנועדו להגן על הלווים. ובהעדר מודעות של לווים לדינים שנועדו להגן עליהם, מידת מימושם של דינים אלה היא מוגבלת.

חיבורם החשוב של ד"ר אברהם וינרוט וברק מדינה מתמקד, כעולה מכותרת-המשנה שלו, בהצגת ההגנה על לווים במשפט הישראלי. בכך תרומתו העיקרית לציבור המשפטנים, הלווים והמלווים.

החיבור מתמקד בשני התחומים המרכזיים שבדיני ההלוואות: שיעור הריבית המירבי שאותו רשאים מלווים לגבות, וחובות הגילוי המוטלות עליהם. בתחום הראשון מרחיבים המחברים בסוגיית ההתמודדות עם נסיונות לעקוף את הוראות-הדין הכופות, שעניינן קביעה של שיעורי ריבית מירביים, תוך ניצול הימנעותו של המחוקק מלהגביל את שיעור הריבית המשתלמת לבנקים בגין הלוואות שאינן צמודות-ערך. המחברים עומדים על המעבר מגישה פורמליסטית, שהייתה מקובלת בעניין זה בעבר, לגישה מהותית ועניינית יותר, הבוחנת את המהות הפנימית של העסקה, העולה מתוך החוזה כמכלול שלם המבטא את כוונת הצדדים. וכך הוא הדין אף לפי המשפט העברי: "כל אופני הריבית לא שייך בהן מחילה" (תשובות הרמב"ם, סימן קפ"ט).

בתחום השני עומדים המחברים על מעמדם המיוחד של גופים העוסקים במתן הלוואות לציבור. בנקים ודומיהם נתפסים בעיני הציבור כסמכות מקצועית, ולא כסוחרים מן השורה. זאת, בין השאר, משום שלצד מתן הלוואות עוסקים המלווים הנהנים מידע מקצועי ואמצעים טכניים שאינם נחלתם של פרטים גם

בייעוץ בדבר סוגי ההלוואות שכדאי ליטול, פריסת ההחזרים בגין ההלוואה, ועוד. לכן, בין השאר, הוטלו עליהם חובות גילוי רחבות במיוחד.

בהעמקה ובבהירות גם יחד מציגים המחברים את דברי-החקיקה הרבים שלעניין, כפי שנתפרשו בפסיקה עניפה, וכל זאת על רקע התשתית הכלכלית שביסוד הסכמי ההלוואה. המחברים אף לא נמנעו מהצגה שקולה של דעותיהם שלהם, הפרשניות ואף הביקורתיות, מקום שבו הדבר התבקש. אין לי ספק כי החיבור ימצא את מקומו ככלי-עזר חשוב לציבור הגדול הנזקק לתחום דיני ההלוואות.

השופטת דליה דורנר

תוכן עניינים כללי

תוכן עניינים מפורט

נספחים

מבוא

ספר זה נועד לתמצת, בשפה קלה ושווה לכל נפש משכלת, את העקרונות, ההליכות וההלכות פרי החקיקה והפסיקה הישראלית בנוגע לנטילת הלוואות. הדין בישראל עשיר בהוראות אשר תכליתן הגנה על הלווה ביחסיו עם מי שעיסוקו במתן הלוואות. ברם, בהעדר מודעות של ציבור הלווים להוראות אלה, מימושה בפועל של ההגנה הרחבה המוענקת ללווה הנו מוגבל. לפיכך, בכתיבתו של הספר עמדו בפנינו שתי מטרות עיקריות, המכוונת, כל אחת, לקהל יעד משלה: המטרה הראשונה היא לפשט את הדברים, ולהגישם באופן שיהיו מובנים אף למי שלא רכש השכלה משפטית וכלכלית. כך, אנו מקווים, נוכל לפתוח צוהר בפני כל אדם הנוטל הלוואה, באשר למשמעויות השונות הנובעות מפעולתו זו, ובאשר להגנות השונות אותן מספק הדין ללווה.

המטרה השנייה אשר עמדה בפנינו בכתיבתו של ספר זה הנה להביא בפני המעיין, באופן מרוכז, מסקנות משפטיות, פרי עיון בפסקי־דין והלכות רבות. הצורך בכך נובע משילוב של מספר גורמים, ובהם: אופיו הבין־תחומי של הנושא, המחייב שילוב של ידע בתורת המימון והכלכלה עם הכרה של דיני החוזים הכלליים, והדינים הייחודיים שנקבעו ביחס לעסקאות הלוואה; העובדה שרבות מן ההלכות המנחות בסוגייה זו נקבעו בפסקי־דין שלא פורסמו, וממילא אינם נגישים לציבור המשפטנים; והפיזור של הוראות הדין הרלבנטיות בשורה ארוכה של דברי חקיקה ראשית וחקיקת משנה, ובכלל זה חוזרים של בנק ישראל, הוראות נוהל בנקאיות ועוד.

אנו תקווה, כי בסקירה המובאת בספר זה יהא כדי לתרום, ולו במידת־מה, להגברת המודעות להוראות אלה, בקרב ציבור הלווים, המלווים והמשפטנים כאחד.

זכינו לסיוע רב בעבודת המחקר שקדמה לכתיבת הספר, מאת עו״ד אורי בר, משפטן וכלכלן. אנו מודים לו על עבודתו המסורה. ואחרון חביב: שלמה פרץ מהוצאת הספרים בורסי, שעבודתו המסורה היא שהביאה להוצאת הספר לאור ואשר מקצועיותו ועינו הצופיה והביקורתית היו לשם דבר.

ד״ר אבי וינרוט
ד״ר ברק מדינה

הקדמה

הלוואה הנה עסקה בה בעליו של סכום כסף (המלווה) מעניק לאחר (הלווה), זכות שימוש בכסף לתקופה מסוימת. בתמורה, מתחייב הלווה להשיב למלווה את הסכום שלווה, וכן, בדרך כלל, לשלם בעד השימוש בכסף, תשלום המכונה "ריבית". מבחינה כלכלית, דומה לכן עסקת ההלוואה לעסקת שכירות, באופן שה"נכס" הוא סכום ההלוואה, ו"דמי השכירות", המשולמים בעד השימוש בו, הנם תשלומי הריבית.

עם זאת, עסקת ההלוואה שונה מעסקאות שכירות אחרות, וזאת לאורם של שני מאפיינים עיקריים: הראשון, הנו אופיו המיוחד של ה"נכס" שבו מדובר — כסף. הכסף הנו אמצעי חליפין, באמצעותו מבוצעות כמעט כל העסקאות במשק. זהו אמצעי המקל על המסחר והחליפין של הסחורות והשירותים השונים, שהנם תנאי הכרחי להתמחות וניצול יתרונות יחסיים בייצור מוצרים. האפשרות לבצע עסקאות הלוואה הנה חיונית לכלכלה של המשק. ההלוואה מאפשרת לפרטים להתגבר על פער הזמן שבין המועד בו עליהם להשקיע משאבים באמצעי ייצור ובחומרי גלם, לבין המועד בו הם יכולים להפיק פירות מהשקעה זו. קיומו של שוק הלוואות וחיסכון מאפשר גם לפזר את הסיכון הכרוך בהשקעות, ואף משום כך חשיבותה הרבה של פעילות זו למשק[1].

המאפיין השני, המייחד אף הוא את עסקת ההלוואה מעסקאות שכירות אחרות, נובע מאופיו של שוק המלווים בישראל. שוק הבנקאות בישראל, אשר עיקר הפעילות בו מבוצעת על־ידי חמישה בנקים בלבד, הנו שוק ריכוזי, אשר היקף התחרותיות בו נמוך מאד[2]. מעבר לכך, במקרים רבים, בנסיבות בהן זקוק אדם להלוואה, עמדת המיקוח שלו הנה נחותה מזו של בעל הממון. כאמור, ההלוואה נחוצה ללווה כדי לגשר על פער בין מועד הצריכה או מועד ההשקעה לבין מועד הפקת ההכנסה, אשר תשמש למימון הצריכה או ההשקעה. הלווה מצוי על כן

---

1 ראו, למשל, דברי הנשיא שמגר בע"א 1304/91 טפחות — בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' ליפרט, פ"ד מז(3) 310, 322: "התקשרויות רבות, אשר התאגידים הבנקאיים צדדים להן, הן 'התקשרויות המוניות' (mass contracts) — היינו, בנקים כורתים מספר רב של חוזים מסוגים מסוימים ... . עובדה זו משקפת את התפקיד הכלכלי החיוני שאותו ממלאים חוזים בנקאיים אלה".

2 לסקירת המבנה של מערכת הבנקאות בישראל ראו מ' חת, הבנקאות בישראל — חלק שני: מאפייני פעילות ולקחי משברים (1994), 6-38. מסקנתו של פרופ' חת היא, כי השוק הבנקאי בישראל מאופיין כאוליגופול (תחרות בין מעטים), בו נמנעים הבנקים מתחרות מחירים: "ההתחרות על החלק בשוק נעשית באמצעות הגדלת מספר נקודות המכירה (סניפים), שיפור השירות ופרסומת", אך לא "בהתחרות מחירים גלויה": שם, בעמ' 29 ו-31.

במצב של צורך כלכלי, אשר הגשמתו תלויה במלווה. האחרון אף צפוי להימצא בעמדה עדיפה בהערכת משמעותה הכלכלית של עסקת ההלוואה ולפיכך בהערכת כדאיותה.

פערים אלה בעמדות המיקוח של הצדדים הביאו להתערבות רבה של המחוקק בשוק ההלוואות. עיקרה של התערבות זו הנה בקביעת הוראות כופות (קוגנטיות), המגנות על הלווה באמצעות הטלת חובות גילוי מוגברות על המלווה, ובמקרים מסוימים, התערבות בתנאי הסכם הלוואה. הפער בעמדות המיקוח של הצדדים עשוי אף לשמש כבסיס להטלתן של חובות נוספות על המלווה, מכוח עקרונות יסוד חוקתיים[3], דוגמת חובתו של המלווה לנהוג בשוויון כלפי לווים שונים.

ההתערבות ביחסי הלווה והמלווה מבוטאת, כאמור, בקביעת הוראות "כופות": הלווה אינו רשאי לפטור את המלווה מההוראות שנקבעו לשם הגנה על הלווה[4]. ידוע הציווי המקראי, "אם כסף תלווה את עמי את העני עמך, לא תהיה לו כנשה לא תשימון עליו נשך"[5]. זהו ציווי, אשר המלווה אינו זוכה לפטור מתחולתו, גם אם הלווה מסכים לשלם לו "נשך". אף המחוקק הישראלי פסע בדרך זו, ובשורה של חוקים קבע הוראות, אשר תכליתן הגנה על הלווה ביחסיו עם המלווה. בתנאים של חוסר שוויון משמעותי בעמדות המיקוח של הצדדים, וריכוזיות בשוק הבנקאות, מובן כי לא ניתן היה להשיג את ההגנה המבוקשת על הלווה, אלמלא נשלל ממנו הכוח לוותר על הגנות אלה.

הוראות ההגנה על הלווה כוללות, בעיקרו של דבר, שני תחומים מרכזיים: קביעה של שיעור ריבית מרבי אותו רשאי המלווה לגבות; והטלת חובות גילוי על המלווה (אם עיסוקו במתן הלוואות), באשר לתנאי ההלוואה. בספר זה נסקור את הוראות ההגנה הללו, והסדרים נוספים הנגזרים מהן ומעקרונות יסוד כלליים, וננתח את היקפן ומשמעותן.

כותרתו של הספר מעידה על אופיו הבין־תחומי של הנושא: הוא מתייחס להסדרתן של עסקאות פיננסיות, באמצעים המופעלים בעולם המשפט. תכליתו של

---

3 ראו, בהקשר קרוב, את הצעתה של פרופ' פ' רדאי ל"הפרטת זכויות האדם": לגישתה, יש להחיל חובת כיבוד זכויות אדם על גופים פרטיים (וכאלה הם הבנקים המסחריים בישראל), וזאת במצבים של "חוסר איזון כרוני בכוח הסוציו־כלכלי של הצדדים למשא ומתן". כך ניתן, לגישתה, לשמור על "העיקרון של מניעת הניצול־לרעה של הכוח": פ' רדאי, "הפרטת זכויות האדם' והשימוש לרעה בכוח", משפטים כג (תשנ"ד) 21, 53.

4 ראו, למשל, סעיף 6 לחוק הריבית, תשי"ז-1957.

5 שמות, כב, כד. וראו בבא מציעא, דף ס עמ' ב: "נשך ... מפני שהוא נושך", וכן רש"י, על ספר שמות פרק כב פסוק כד: "נשך — ריבית, שהיא כנשיכת נחש, שנושך חבורה קטנה ברגלו ואינו מרגיש, ופתאום הוא מבעבע ונופח עד קדקודו. כך ריבית, אינו מרגיש ואינו ניכר עד שהריבית עולה ומחסר ממון הרבה".

הדיון המובא כאן הנה ניתוחם של ההסדרים המשפטיים הרלבנטיים, ולפיכך נמנע מדיון נרחב בסוגיות מתחום תורת המימון או בבחינת ההצדקה הכלכלית של ההוראות שנקבעו על־פי הדין. עם זאת, כדי שניתן יהיה להבין את משמעותן של הוראות החוק השונות — הן אלה המטילות חובות גילוי שונות והן אלה המטילות מגבלות על התנאים של עסקאות ההלוואה — מן ההכרח להציב תשתית נאותה של הגדרות ומושגי יסוד בהסכמי הלוואה.

לפיכך, השער הראשון של הספר מוקדש להצבתה של התשתית ה"כלכלית" לדיון. השער נפתח, בפרק א', בשיעור תמציתי וקצר בחישובי ריבית. פרק זה חיוני להבנה של הוראות דין שונות, המתייחסות למושג הריבית ונגזרותיו. במסגרת פרק זה נגדיר את המשמעות הכלכלית של "ריבית", כתמורה בעד השימוש בכסף, ונתאר את הקשר בין ממד הזמן ובין ערכו של הכסף; יוגדרו ויודגמו שתי הדרכים לחישוב שיעור הריבית — חישוב של "ריבית פשוטה" לעומת "ריבית מצטברת" ("ריבית דריבית"); השפעתם של מועדי החזר ההלוואה ותנאי ההלוואה על שיעור הריבית ("ריבית אפקטיבית"); תוגדר ותודגם האבחנה בין "ריבית נומינלית" ובין "ריבית ריאלית"; ועוד. להשלמת סקירת הרקע להוראות הדין השונות בתחום ההלוואות, מובאות, בפרק ב', הגדרות של מונחי יסוד עיקריים בשוק ההלוואות בישראל. הגדרות אלה נחוצות אף הן לשם הבנתן של הוראות הדין השונות.

אגב, בצד תיאורן של הסוגיות הנכללות במסגרתה של "התשתית הכלכלית" לדיון, ראוי להזכיר אף תחום אשר בחרנו להשמיט — שער הריבית כמשתנה מאקרו כלכלי. בתורת הכלכלה מיוחסת לשער הריבית משמעות מרכזית. מקובל לראות בו גורם המשפיע על שיעור האינפלציה במשק, מצד אחד, ועל שיעור התוצר והתעסוקה במשק, מצד שני[6]. התערבותו של המחוקק בקביעת שיעורי ריבית מרביים בהסכמי הלוואות במשק עשויה משום כך להיות, לכאורה, בעלת משמעות מאקרו כלכלית. ביטוי לגישה זו ניתן גם במספר אמרות אגב בפסיקה[7].

6 לסקירה של התיאוריות העיקריות באשר להשפעתו של שער הריבית על המשתנים הכלכליים המרכזיים, כמו שיעור האינפלציה, האבטלה, רמת התוצר ומאזן התשלומים, ראו, למשל, נ' גרוס, מבוא לכלכלה (תשנ"ד) 134-145, 162-177.

7 ראו, למשל, גישתו של הנשיא שמגר בבג"צ 548/85 דלין נ' נגיד בנק ישראל, פ"ד לט(4) 303, שם נדחתה טענה בדבר היקף התחולה המוגבל של חוק הריבית, תשי"ז-1957, על יסוד הגישה, כי החוק נועד לתת בידי הרשות כלי לקביעת מדיניות כלכלית; ע"א 7948/96 בנק הפועלים בע"מ נ' מוסכי צומת גהה בע"מ (טרם פורסם), סעיף 21 לפסק דינו של השופט אנגלרד; ע"א 2258/92 מלון נאות מדבר בע"מ נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ, פ"ד מז(5) 350, 355, שם ציינה השופטת דורנר, כי "מטרת חוק הריבית היא לא רק להגן על הפרט, אלא גם לאפשר לרשויות להגשים מדיניות אשראי"; וכן ת.א. (י־ם) 278/90 א.צ. ברנוביץ ובניו קבלנות ובניה בע"מ נ' "טפחות" בנק למשכנתאות בישראל בע"מ, פ"מ תשנ"א (ב) 504, 510, שם העירה השופטת דורנר, כי "קביעת שיעור ריבית מרבית הוא עניין שבמדיניות כלכלית [שכן] לגובה הריבית השלכות על התפתחות המשק". אך ראו שם, בעמ' 517: "מטרתו [של חוק הריבית] היא להגן על הלווה".

אולם, במבט מעמיק יותר נראה, כי הקשר בין ההגנה על הלווה מכוח הוראות הדין השונות לבין המדיניות המאקרו כלכלית, הנו מקרי בלבד. מאידך, התערבות זו אינה אמצעי יעיל בהיבט המאקרו־כלכלי: קביעת שער הריבית המרבי מכוח הדין אינה מתייחסת לכל סוגי ההלוואות[8]; מטבעה של הוראה סטטוטורית, אין זה אמצעי מדיניות אשר ניתן להתאמה בעקבות שינוי הנסיבות במשק[9]; ולבסוף, קביעת שער הריבית במשק על־ידי הרשות המחוקקת והמבצעת, באמצעות חקיקה וחקיקת משנה, אינה עולה בקנה אחד עם ההסדר המוסדי הקיים במשק. לפי הסדר זה, הגורם המופקד על המדיניות המוניטרית, ומוסמך מכוח זאת להשפיע על שער הריבית השורר במשק, הנו בנק ישראל, הנהנה מעצמאות רבה בתחום זה.

השילוב של גורמים אלה מביא לפיכך למסקנה, כי תכליתה העיקרית של קביעת המחוקק באשר לשיעור הריבית המרבי בהסכמי הלוואה, הנה צרכנית ולא "מאקרו כלכלית" במהותה[10]. משום כך, בחרנו להימנע מלסקור בספר זה השפעות מאקרו כלכליות של שער הריבית, ולהסתפק, במסגרת סקירות הרקע, בהיבטים מיקרו־כלכליים בלבד.

השער הראשון משמש בסיס לניתוח ההסדרים המשפטיים להגנה על הלווה. ניתוח זה, שהוא עיקרו של הספר, מובא בשער השני. במסגרת זו נדונות בהרחבה, בפרק ג', הוראותיו של חוק הריבית, כפי שפורשו בפסיקה; והגבלות נוספות שנקבעו בהוראות דין שונות באשר לדרך חישוב הריבית ולתנאיה של עסקת ההלוואה (פרק ה'), הנובעות מחובות האמון ותום הלב המוטלות על בנק ביחסיו עם לקוחו (פרק ד'). בעקבות זאת נסקור, בפרק ו', את אפיק ההתערבות המרכזי השני ביחס לשוק ההלוואות — הטלת חובות גילוי מוגברות על מי שעיסוקו במתן הלוואות, ביחסי לתנאי עסקת ההלוואה. נדון גם בהגבלות על הסעדים העומדים לרשות המלווה בגין הפרת חוזה ההלוואה על־ידי הלווה (פרק ז').

---

8 על־פי צו הריבית (קביעת שיעור הריבית המקסימלי), תש"ל-1970, הסדרת שיעורי הריבית המרביים מוגבלת למלוות שערכם צמוד למדד המחירים. ראו בעניין זה בעמ' 53 ואילך, להלן.

9 לפי סעיף 3 לחוק הריבית, תשי"ז-1957, שיעור הריבית המרבי נקבע בצו על־ידי שר האוצר, לאחר התייעצות עם נגיד בנק ישראל ובאישור ועדת הכספים של הכנסת. בפועל, לאורך כארבעים שנות החלתו של חוק הריבית, שונה שיעור הריבית המרבי שלוש פעמים בלבד.

10 זו גם הגישה שבאה לידי ביטוי בעת הצגתה של הצעת חוק הריבית, תשט"ז-1956 בכנסת. ראו דברי שר האוצר דאז, לוי אשכול, אשר ציין כי מטרתו של החוק הנה למנוע "ריבית שחורה" ו"ריסון נושכי הנשך": ד"כ תשט"ז 2360; וכן דברי יו"ר ועדת הכספים דאז, ח"כ י' גורי, כי "בעיקרו מכוון חוד המחץ של [חוק הריבית] נגד נגע הריבית השחורה שפשה בשוק הכספים": ד"כ תשי"ז 923.

בסיום, נתייחס לסוגיית הסעדים העומדים לרשותו של הלווה, במקרה של הפרת הוראות הדין או חוזה ההלוואה על־ידי המלווה, ובעיקר נבחן את האופן בו יש לשערך את יתרת חובו של הלווה למלווה במקרים אלה (פרק ח').

בכל ספר שני היבטים: הראשון, מורה דרך, המקבץ יידע, הופך עקוב למישור ומצעיד את המעיין בשדות שהיו זרים לו קודם; והשני, המחדש, שהרי בכל דבר שאדם נוגע הוא מותיר טביעת אצבע וחותם. ניסינו לעשות כן גם בספר זה, בתחום הניתוח וההפשטה של הדברים. הננו תקווה, כי הספר יתרום את תרומתו בשני מישורים אלה כאחד.

שער ראשון

חישובי ריבית ומושגי יסוד

פרק א׳

חישובי ריבית

א. הקדמה

ההלוואה הנה מעין עסקת שכירות, בה מוקנית לפרט אחד, הלווה, זכות שימוש בכסף, הנמצא בבעלותו של פרט אחר, המלווה. התשלום בעד השימוש בכסף מכונה "ריבית". הכסף הנו נכס בעל ייחוד לעומת נכסים אחרים: זהו איננו מוצר, אשר ניתן להפיק הנאה מצריכתו. הכסף הוא אמצעי חליפין, המאפשר המרה של מוצרים מסוימים (ובכלל זה, כוח העבודה של הפרט), למוצרי צריכה אחרים. ככזה, מעוררת העסקה של הענקת זכות השימוש בכסף סוגיות בעלות ייחוד, ובכלל זה, האבחנה בין ערכו הריאלי לבין ערכו הנומינלי של הכסף; דרך החישוב של "דמי השימוש" בכסף; וכיוצא באלה נושאים שעליהם נעמוד בפרק זה.

השימוש בכסף הוא בעל ערך כלכלי: ניתן להמיר את הכסף לנכסים מניבי־פירות, באופן שלאחר חלוף פרק זמן כלשהו, ניתן יהיה לשוב ולהמיר את הנכסים בצירוף הפירות שהופקו מהם, לסכום כסף גדול יותר. משום כך, השימוש בכסף הוא בעל שווי כלכלי, בהתאם לתקופת השימוש בו. בחוזי שכירות בנכסים פיסיים, עשויים דמי השכירות להיות מושפעים מאופיו של הנכס ומסוג השימוש הצפוי בו על־ידי השוכר. מאידך, כאשר מדובר בכסף, המדובר בנכס חסר ייחוד, ובהתאם, דמי השימוש בו — תשלומי הריבית — אינם נקבעים על־פי השימוש הצפוי בכסף[1].

משמעותה של העובדה שהשימוש בכסף הוא בעל ערך כלכלי היא, כי ערכו של סכום כסף מסוים היום, שונה מערכו של אותו סכום בעתיד: ערכם של 1,000 ש״ח היום הנו גבוה מערכם של 1,000 ש״ח בעוד שנה (גם בלא שחיקה כערך הכסף, עקב אינפלציה), שכן לערכו של הסכום האמור היום, יש להוסיף את "דמי השימוש", אשר ניתן יהיה להפיק ממנו במשך השנה. בידי בעליו של 1,000 ש״ח היום יהיו בעוד שנה סכום זה בתוספת הריבית לשנה בגין סכום זה. כלומר, בעוד שנה יהיו בידיו[2]

1 מאידך, כפי שנראה בפרק ב׳ להלן, אופיו זה של הכסף גורם לכך, שדמי השימוש בו מושפעים במידה רבה מן הסיכון שהכסף לא יוחזר לבעליו — המלווה — בתום השימוש בו על־ידי הלווה.

2 בכל הנוסחאות שיובאו בפרק זה, הריבית תרשם בערכים עשרוניים: כך, ריבית של 15% תרשם בנוסחה כ-0.15.

[ריבית + 1] x 1,000 = [ריבית] x 1,000 + 1,000

סכום זה הנו גבוה מ-1,000 ש"ח. לכן, ערכם של 1,000 ש"ח היום גבוה מערכם של 1,000 ש"ח בעוד שנה. ההפרש בין הערכים הוא הריבית לשנה, היינו דמי השימוש בסכום של 1,000 ש"ח במשך שנה. ניתן לראות לכן, כי גם בלא אינפלציה, הגורמת לירידה בכוח הקניה של הכסף, ערכו של הכסף תלוי במועד ההחזקה בו. לשם פשטות ההצגה, נתייחס תחילה למצב בו אין אינפלציה, ורק לאחר שנבהיר מספר מושגי יסוד בחישובי ריבית, נוסיף את המרכיב האינפלציוני לדיון, ונבחן את השפעתו.

ב. ריבית פשוטה וריבית מצטברת (ריבית דריבית)

כאמור, הריבית מייצגת את דמי השימוש בכסף במשך תקופת זמן כלשהי. בדרך כלל, מקובל לציין את הריבית באחוזים, ולתקופת זמן של שנה. כך, למשל, אדם הלווה סך של 1,000 ש"ח היום, לתקופה של שנה, בריבית של 15% לשנה, יידרש להחזיר בסוף השנה את קרן ההלוואה, 1,000 ש"ח, בתוספת דמי הריבית בגינה — 15% מתוך קרן ההלוואה, היינו 150 ש"ח — ובסך הכל, 1,150 ש"ח.

אם תקופת ההלוואה שונה מן התקופה בגינה נקוב סכום הריבית, יש להבחין בין דרכים שונות אפשריות לחישוב הריבית: ריבית פשוטה וריבית מצטברת (ריבית דריבית). ריבית פשוטה היא דרך חישוב בה הריבית מוחלת על קרן ההלוואה בלבד; ואילו בריבית מצטברת, הריבית מוחלת על קרן ההלוואה בצירוף הריבית שנצברה עד לאותה תקופה.

כדי להדגים זאת, נתייחס להלוואה של 1,000 ש"ח, לתקופה של שלוש שנים, בריבית של 15% לשנה. כאשר מדובר בריבית פשוטה, סכום הריבית שיתווסף לקרן ההלוואה הנו שלוש פעמים (לפי תקופת ההלוואה, שלוש שנים) דמי הריבית לשנה, היינו 45% = 15% x 3. משום כך, דמי הריבית בגין ההלוואה האמורה, המחושבים כריבית פשוטה, הנם 450 ש"ח.

באופן דומה, כדי לחשב את שיעור הריבית ה"פשוטה" כאשר תקופת ההלוואה נתונה בימים, ואילו הריבית נקובה לשנה, יש לכפול את שיעור הריבית השנתית במספר הימים שבתקופת ההלוואה ולחלק במספר הימים בשנה — 365. כך, אם התקבלה הלוואה בסך 1,000 ש"ח בריבית שנתית של 20%, ל-45 יום, המחושבת בריבית פשוטה, דמי הריבית בגין ההלוואה הנם 2.46% = 45/365 x 20. מכאן ברורה החשיבות של מספר הימים בשנה לפיהם מחושבת הריבית: אם מחשבים את הריבית לפי מספר ימים בשנה הנמוך מזה האמיתי — למשל, כפי שמקובל

היה בבנקים בעבר, 360 ימים[3] — דמי הריבית בגין ההלוואה האמורה יהיו גבוהים יותר: 2.5% = 45/360 x 20.

זוהי אם כן דרך החישוב של ריבית פשוטה. אולם, מובן, כי דרך חישוב זו אינה מדויקת. היא אינה משקפת את העובדה שעם התמשך תקופת ההלוואה — היינו, התקופה בה מחזיק הלווה בידיו את כספו של המלווה — גדל ערכו של הכסף: במקרה של ריבית שנתית בשיעור 15%, ערכם של 1,000 ש"ח שהתקבלו בתחילת השנה גדל, בסוף השנה הראשונה, ל-1,150 ש"ח, כפי שראינו לעיל (1,000 ש"ח בתוספת הריבית לשנה בסך 15%). אם הכסף ממשיך להיות מוחזק בידיו של הלווה — וכך הוא המצב בדוגמא של הלוואה לשלוש שנים, המוחזרת כולה בתום שלוש השנים — סכום הריבית בגין החזקת הכסף גם בשנה השניה צריך להיות מחושב בהתאם לערכו זה של הכסף: כלומר, הריבית בגין השנה השניה הנה 15% מתוך 1,150 ש"ח, כלומר 172.5 ש"ח (ולא 150 ש"ח, בדרך החישוב של ריבית פשוטה). באופן דומה, דמי הריבית בגין השנה השלישית הנם 15% מתוך 1,322.5 ש"ח (1,150 + 172.5), היינו 198.375 ש"ח. בסך הכל, דמי הריבית בגין ההלוואה של 1,000 ש"ח לשלוש שנים, בריבית של 15% המחושבת בשיטת ריבית מצטברת, הנם לכן 520.875 ש"ח (לעומת 450 ש"ח בשיטת הריבית הפשוטה), כלומר ריבית של כ-52%.

באופן כללי, הסכום אותו על הלווה לשלם, כאשר דמי הריבית מחושבים לפי "ריבית מצטברת", מחושב על־פי הנוסחה הבאה:

$$[\text{ריבית לתקופה} + 1]^{\text{מספר התקופות}} \times [\text{קרן ההלוואה}]$$

לדוגמא, בהתאם לנתונים לעיל, דמי הריבית והקרן בגין הלוואה לשלוש שנים בסך 1,000 ש"ח, בריבית של 15% לשנה הנם: $1{,}000 \times [1+0.15]^3 = 1{,}520.875$.

מכאן ברור ההבדל המהותי בין ריבית פשוטה לבין ריבית דריבית. בעוד שעבור מספר קטן של תקופות, ההבדל בין שתי דרכי החישוב הנו קטן יחסית, הרי שככל שגדל מספר התקופות, הופך ההבדל למשמעותי. כך, למשל, אם שיעור הריבית על־פיו נערך החישוב הנו 2% לחודש, הריבית לשנה בריבית פשוטה הנה 24%, והריבית לשנה בריבית דריבית הנה 26.8%; ואילו הריבית לשנתיים הנה 48% בריבית פשוטה אך 60.8% בריבית מצטברת.

3 ראו בעניין זה בעמ' 107 ואילך, להלן.

ג. ריבית נקובה ("תעריפית") וריבית אפקטיבית ("מתואמת")

ראינו, כי אם תקופת ההלוואה שונה מן התקופה בגינה נקוב סכום הריבית, ניתן לחשב את הריבית בשתי דרכים — ריבית פשוטה וריבית מצטברת. למעשה, גם כאשר התקופה בגינה נקוב סכום הריבית זהה לתקופת ההלוואה, אין הכרח כי הריבית שתשולם בפועל ("הריבית האפקטיבית" או "הריבית המתואמת") תהיה זהה לשיעור הריבית הנקוב ("הריבית התעריפית"). מקורו של ההבדל במספר הפעמים בהם מחושבת הריבית במשך התקופה, בשיטת הריבית הצבורה. אם הריבית מחושבת יותר מפעם אחת במהלך תקופת ההלוואה, שיעור הריבית שישולם בפועל, היינו "הריבית האפקטיבית", הנו גבוה מן הַשִּׁיעוּר הנקוב של הריבית.

נניח, כי מדובר בהלוואה של 1,000 ש"ח לשנה, בריבית נקובה (תעריפית) של 20% לשנה, המחושבת 4 פעמים במהלך השנה (היינו, כל שלושה חודשים). בכל שלושה חודשים מחויבת הקרן ברבע מן הריבית לשנה, היינו 5% (20%/4). בסוף הרבעון הראשון תחול ריבית של 5% על הקרן בסך 1,000 ש"ח; בסוף הרבעון השני תחול שוב ריבית של 5%, אך הפעם על הקרן בתוספת הריבית שנצברה, היינו 1,050 ש"ח (1,000 x 0.05); ובאופן דומה בסוף הרבעון השלישי והרביעי. בסך הכל, הריבית האפקטיבית (המתואמת) בגין ההלוואה בדוגמא זו הנה 21.5%.

הנוסחה לחישוב שיעורה של הריבית האפקטיבית הנה כדלקמן: רושמים את הריבית לתקופה על־פי הערך העשרוני שלה (למשל, 0.15 עבור ריבית של 15% לשנה); קובעים את מספר תקופות צבירת הריבית, היינו את מספר הפעמים בהם מחושבת הריבית במהלך התקופה (למשל, אם מדובר בריבית שנתית, המחושבת בכל רבעון, מספר הפעמים בהם מחושבת הריבית במהלך התקופה של שנה הנו 4); ומחשבים לפי הנוסחה הבאה[4]:

$$1 - \text{מספר חישובי הריבית בתקופה}^{[\text{מספר חישובי הריבית בתקופה} \,/\, \text{שיעור הריבית לתקופה} + 1]}$$

למשל, בדוגמא לעיל: עבור ריבית שנתית נקובה של 20%, המחושבת 4 פעמים בשנה, הריבית השנתית האפקטיבית היא:

$$[1 + 0.20/4]^4 - 1 = 0.2155 = 21.55\%$$

4 לנוסחה לחישוב הריבית המתואמת השנתית כאשר תקופת ההלוואה והריבית התעריפית נתונות בימים, ראו תוספת א' לכללי הבנקאות (שירות ללקוח) (גילוי נאות ומסירת מסמכים), תשנ"ב-1992.

לפיכך, "ריבית אפקטיבית" היא הריבית המשולמת בפועל בגין הלוואה, תוך התחשבות במספר הפעמים במהלך התקופה בהן מחושבת הריבית. הריבית האפקטיבית הנה גבוהה מן הריבית הנקובה, משום שדמי הריבית מחושבים בדרך של ריבית מצטברת. בהתאם, ככל שגדל מספר הפעמים בהם מחושבת הריבית, כך גדל ההפרש בין הריבית האפקטיבית לבין הריבית הנקובה לשנה.

הנוסחה האמורה מתאימה גם אם התקופה בגינה נתונה ריבית הנה קצרה מתקופת ההלוואה: כך, למשל, אם ההלוואה היא לחצי שנה, בריבית שנתית של 20%, המחושבת בכל חודש, כדי לחשב את הריבית האפקטיבית יש לחשב ראשית את הריבית הנקובה לתקופת ההלוואה. בדוגמא הנתונה כאן, הריבית הנקובה בגין תקופת ההלוואה הנה 10% (20%/2), ואז הריבית האפקטיבית לתקופה היא:

$$[1+0.10/6]^6 - 1 = 0.1043 = 10.43\%$$

אגב, כדי לתרגם ערכים של ריבית אפקטיבית (מתואמת) שנתית לערכים של ריבית אפקטיבית (מתואמת) של תקופות קצרות יותר, יש להעלות את הערך של השיעור השנתי בחזקת ביטוי השווה לאחד חלקי מספר התקופות בהן מחושבת הריבית בשנה: כך, למשל, אם נתון שיעורה של הריבית האפקטיבית השנתית, המחושבת בכל רבעון, ומבקשים לחשב את שיעורה של הריבית האפקטיבית לרבעון, הנוסחה היא:

$$\text{ריבית אפקטיבית לרבעון} = (1+\text{ריבית אפקטיבית שנתית})^{1/4} - 1$$

ובהתאם, לחישוב הריבית האפקטיבית לחודש על־פי הריבית האפקטיבית השנתית, כאשר הריבית מצטברת בכל חודש, יש להשתמש בנוסחה האמורה כאשר בחזקה מופיע המספר 1/12.

ד. תשלום ריבית מראש וחיוב בעמלות בעת קבלת ההלוואה

התיאור שהובא לעיל בדבר חישובי הריבית התייחס למצב הפשוט ביותר, בו החזר קרן ההלוואה והריבית בגינה, נעשה כולו בסוף תקופת ההלוואה. הנוסחאות שהובאו מתאימות למקרה זה. עם זאת, בפועל, מועדי פירעון ההלוואה ודמי הריבית בגינה עשויים להיות שונים.

נתייחס ראשית למצב בו הריבית בגין ההלוואה נגבית מראש. במקרה כזה, הריבית האפקטיבית תהיה גבוהה משיעור הריבית הנקוב, גם אם הריבית מחושבת בדרך של ריבית פשוטה: נניח, כי נלקחה הלוואה לשנה בסך של 1,000 ש״ח, בריבית

שנתית של 15%, המשולמת כולה מראש. המשמעות של תשלום הריבית מראש היא, כי קרן ההלוואה אותה מקבל הלווה אינה 1,000 ש"ח; למעשה מקבל הלווה לידיו רק 850 ש"ח, שהרי דמי הריבית בסך 150 ש"ח נגבים ממנו מראש. לאחר שקיבל לידיו 850 ש"ח, נדרש הלווה להחזיר בסוף תקופת ההלוואה את מלוא סכום ההלוואה, בסך 1,000 ש"ח. כלומר, הלווה שילם דמי ריבית של 150 ש"ח בגין סך של 850 ש"ח אותו קיבל בפועל, היינו שיעור הריבית בו חוייב הלווה הינו של 17.6% = 0.176 = 150/850.

במילים אחרות, דמי הריבית האפקטיבית (או המתואמת) בגין ההלוואה, הנם ההפרש בין הסכום שקיבל הלווה לידיו ("הקרן האפקטיבית") לבין הסכום אותו עליו להשיב למלווה[5]. בדוגמא האמורה, ההפרש הנו 150 ש"ח, ואלו הם דמי הריבית האפקטיבית. שיעורה של הריבית האפקטיבית הנו לכן השיעור של דמי הריבית האפקטיבית מתוך הסכום שקיבל לידיו הלווה בפועל, קרי הקרן האפקטיבית[6].

הנוסחה לחישוב הריבית האפקטיבית בגין דמי ריבית המשולמים מראש הנה זו:

[הריבית הנקובה - 1] / הריבית הנקובה

נוסחה זו משקפת באופן אלגברי את הטיעון שהובא לעיל. כך, למשל, בדוגמא לעיל, הריבית הנקובה היתה 15%, אולם מכיוון שדמי הריבית שולמו מראש, הריבית האפקטיבית הנה גבוהה יותר:

0.15 / [1 - 0.15] = 0.176 = 17.6%

באופן דומה, אם במועד קבלת ההלוואה מחויב הלווה בתשלום עמלות כלשהן למלווה, הריבית האפקטיבית בגין ההלוואה תהיה גבוהה מן הריבית הנקובה (התעריפית): כאמור, הריבית האפקטיבית הנה השיעור של דמי הריבית האפקטיבית מתוך הקרן האפקטיבית. נשוב לדוגמא לעיל של הלוואה בסך 1,000 ש"ח לשנה, בריבית שנתית של 15% המשולמת מראש, ונניח, כי הלווה חויב גם בעמלה כלשהי בגין ההלוואה, בסך של 10 ש"ח. הלווה קיבל לידיו בפועל רק 840 ש"ח (זוהי הקרן האפקטיבית), ויהיה עליו להשיב בסוף השנה

5 זו גם הנוסחה המופיעה בחוזר בנק ישראל מס' 16/42 מיום 25.12.83 בעניין "גילוי אופן חישוב ריבית על אשראי והדיווח עליה ללקוח", שם נקבע, כי "כאשר נגבית ריבית מראש בעת מתן האשראי ... יש לתת לכך ביטוי בקביעת שיעור הריבית המוצגת ללקוח כשיעור ריבית שנתית מתואמת".

6 לחובות הגילוי של הריבית האפקטיבית במקרה של ניכוי הריבית מראש ראו בעמ' 127 להלן.

1,000 ש"ח. לכן, דמי הריבית האפקטיבית הנם 160 ש"ח (סכום ההחזר פחות הסכום שהתקבל בפועל), ושיעורה של הריבית האפקטיבית במקרה כזה הנו:

160/840 = 0.19 = 19%

באופן כללי, כאשר הריבית מחושבת בדרך של ריבית פשוטה, אך היא משולמת מראש, או שבעת קבלת ההלוואה מחויב הלווה בתשלומים שונים (יהיה כינויים אשר יהא), הריבית האפקטיבית בגין ההלוואה תחושב לפי הנוסחה הבאה:

הסכום המתקבל בפועל - הסכום אותו יש להחזיר בסוף ההלוואה

הסכום המתקבל בפועל

או, בהתאם למונחים שהוגדרו לעיל:

דמי הריבית האפקטיבית

הקרן האפקטיבית

הדברים האמורים תקפים אף באשר למקרה בו הריבית מחושבת בדרך של ריבית מצטברת. עם זאת, חישוב שיעורה של הריבית האפקטיבית במקרה זה הופך להיות מורכב, שכן יש לקחת בחשבון הן את החיוב של תשלומים מראש והן את דרך חישוב הריבית. באופן כללי ניתן לומר, כי חישוב הריבית האפקטיבית נעשה כאן בשני שלבים: ראשית, מחושבים דמי הריבית האפקטיבית בגין ההלוואה, כפי שהוסבר לעיל בהתייחס לדרך החישוב של ריבית מצטברת; ושנית, מחושב שיעורה של הריבית האפקטיבית בדומה לאמור לעיל.

נניח, כי נלקחה הלוואה של 1,000 ש"ח לשנה, בריבית שנתית של 18%, המחושבת כל חצי שנה, וכי בעד ההלוואה שולמה מראש עמלה בסך 10 ש"ח. לשם פשטות נניח, כי פירעון ההלוואה ודמי הריבית נעשה כולו בסוף השנה. הלווה קיבל בפועל רק 990 ש"ח, עקב חיובו בעמלה בעת קבלת ההלוואה. בתום המחצית הראשונה של השנה תחושב ריבית בשיעור 9% (18%/2) על הקרן של 1,000 ש"ח, היינו 90 ש"ח; ובתום המחצית השניה של השנה תחושב שוב ריבית של 9%, אך הפעם על הקרן בצירוף הריבית שנצברה, 1,090 ש"ח, היינו 98.1 ש"ח (1,090 x 0.9). בסך הכל יידרש לכן הלווה לשלם סך של 1,188.1 ש"ח. מכיוון שהוא קיבל לידיו רק 990 ש"ח, דמי הריבית האפקטיבית בגין ההלוואה הנם 198.1 ש"ח (990 - 1,181.1). השלב השני הוא כאמור חישובה של הריבית האפקטיבית, בהתאם לנוסחה שהובאה לעיל: 20% = 0.2 = 1981/990.

ה. פירעון ההלוואה בתשלומים וחישובי ריבית

כאמור, הדיון שהובא עד כאן התייחס למצב פשוט, בו קרן ההלוואה נפרעת כולה בסוף תקופת ההלוואה. ראינו, כי בחישוב הריבית האפקטיבית יש לקחת בחשבון את מועד תשלום הריבית. מאידך, למועד הפירעון של קרן ההלוואה אין השפעה על דרך החישוב של הריבית האפקטיבית. הריבית האפקטיבית בגין הלוואה מחושבת בהתאם לדרך שהוצגה לעיל, ללא קשר למועדי הפירעון של ההלוואה.

נניח, כי נלקחה הלוואה של 1,000 ש"ח לשנה, בריבית שנתית של 20%, המחושבת כל רבעון. בסוף כל רבעון נפרע רבע מקרן ההלוואה וכן הריבית שנצברה לאותו מועד. בסוף הרבעון הראשון תחושב ריבית של 5% בגין קרן של 1,000 ש"ח, היינו 50 ש"ח. הלווה יפרע קרן בסך 250 ש"ח וריבית שנצברה בסך 50 ש"ח, ובסך הכל 300 ש"ח. בסוף הרבעון השני תחושב ריבית של 5% על יתרת הקרן של 750 ש"ח, היינו 37.5 ש"ח (750 x 0.05), וייפרע לכן סך של 287.5 ש"ח (250 + 37.5). בסוף הרבעון השלישי תחויב ריבית של 25 ש"ח (5% מיתרת קרן של 500 ש"ח), וייפרע סך של 275 ש"ח (250 + 25). ובסוף הרבעון הרביעי תפרע יתרת ההלוואה בסך של 262.5 ש"ח (250 + 12.5).

כלומר, הלווה קיבל בתחילת התקופה סכום של 1,000 ש"ח, ופרע אותו בארבעה תשלומים, אחד בכל סוף רבעון: 300 ש"ח, 287.5 ש"ח, 275 ש"ח ו-262.5 ש"ח. כדי לחשב את הריבית האפקטיבית בגין הלוואה הנפרעת במספר תשלומים, יש לסכם את הסכומים. לשם כך נדרש לתרגמם לערך אחיד כלשהו. הדבר נעשה באמצעות התאמת זרם התשלומים לערכים כספיים של סוף תקופת ההלוואה, וסיכומם. התרגום של סכום כספי המתקבל או המשולם בתקופה אחת, לערכו בתקופה אחרת, נעשה בהתאם לשיעור הריבית הרלבנטי. בהנחה ששיעור הריבית הרלבנטי הנו זהה לשיעור הריבית המשולם בגין ההלוואה, התוצאה היא, כי אין כל חשיבות למועדי הפירעון של ההלוואה. כך, תרגום ארבעת התשלומים לערכי סוף התקופה וסיכום הערכים המתואמים לסוף התקופה בריבית שנתית של 20%, יביא לכך שערכו של סך כל הקרן ודמי הריבית ששולמו בגין ההלוואה הנו 1215.5 ש"ח, כלומר ריבית אפקטיבית של 21.55%, בדיוק כפי שמתקבל על־פי הנוסחה שהובאה לעיל, לחישוב הריבית האפקטיבית השנתית, כאשר הריבית הנומינלית של 20% מחושבת ארבע פעמים בשנה.

משום כך, הנוסחאות שהובאו לעיל, בהתבסס על ההנחה שההלוואה נפרעת בתשלום אחד, בסוף תקופת ההלוואה, מתאימות גם למקרים בהם ההלוואה נפרעת לשיעורין, במהלך תקופת ההלוואה.

ו. חישוב הריבית כאשר נתון סכום ההחזר של ההלוואה

במקרים מסוימים, שיעור הריבית בגין הלוואה אינו נתון ללווה; תחת זאת, נמסר לו מהו הסכום העומד לרשותו כהלוואה, ומהו הסכום אותו עליו להשיב. דרך הצגה שכזו מקובלת בעיקר בעסקאות באשראי, בהם מוצע לצרכן לרכוש טובין או שירות, ולשלם תמורתם במזומן או באשראי[7]. גם בהקשר של הלוואות עשויה העסקה המוצעת לכלול פירוט של הסכומים בערכים כספיים — הסכום המתקבל והסכום אותו יש להשיב. נציין לכן, בתמצית, את דרך חישוב הריבית גם במקרים מסוג זה.

ככלל, שיעור הריבית הנו היחס בין סכום התשלום לפירעון לבין סכום האשראי: אם הלווה נדרש להשיב 1,100 ש"ח, לפירעון הלוואה בסך 1,000 ש"ח, שיעור הריבית הוא 10%. הנוסחה היא

$$\frac{\text{סכום הפירעון}}{\text{סכום האשראי}} - 1$$

ובדוגמא האמורה, $[(1{,}100 / 1{,}000) - 1] = 0.1 = 10\%$[8].

עם זאת, כדי להשוות בין עסקאות אשראי או הלוואה שונות, יש להתייחס אל ממד הזמן, היינו, אל אורכה של תקופת ההלוואה. כדי לעשות כן, מקובל לבטא את שיעור הריבית בערכים שנתיים, ובהתבסס על ההנחה שהריבית מחושבת בדרך של ריבית מצטברת. בתקנות הגנת הצרכן (חישוב שיעור ריבית שנתי), תשמ"ד-1983 נקבע, ביחס לעסקאות לרכישת טובין או שירות באשראי, כי חישוב הריבית השנתית הגלומה בעסקת אשראי מסוימת יעשה בהנחה שהריבית מחושבת אחת לחודש[9].

בהתאם, אם האשראי נפרע בתשלום אחד, בסוף תקופת האשראי, שיעור הריבית השנתי מחושב לפי הנוסחה הבאה:

$$1 - {}^{12/\text{חודשי האשראי}}(\text{סכום האשראי / סכום הפירעון})$$

---

7 לאבחנה בין עסקת אשראי לבין עסקת הלוואה ראו בעמ' 56 להלן.

8 כאשר מדובר בעסקת אשראי, בה מוצע לצרכן לרכוש טובין או שירות במזומן או באשראי, "סכום האשראי" המועמד לרשות הצרכן הבוחר לשלם באשראי, הנו מחיר הטובין או השירות במזומן. כך, למשל, אם מוצע לצרכן לרכוש טובין תמורת 15,000 ש"ח במזומן, או 18,000 ש"ח שייפרעו בעוד ארבעה חודשים, סכום האשראי הוא 15,000 ש"ח, וסכום הפירעון הוא 18,000 ש"ח. ראו בעניין זה תקנה 1 לתקנות הגנת הצרכן (חישוב שיעור ריבית שנתי), תשמ"ד-1983.

9 המדובר במקרים בהם סכום ההחזר נתון, והמטרה היא להעריך, מהי הריבית הגלומה בעסקה. משום כך, הקביעה מהם פרקי הזמן בהם מחושבת הריבית היא שרירותית, ונועדה רק ליצור בסיס אחיד לחישובי שיעורי הריבית בעסקאות אשראי שונות.

למשל, אם עסקת האשראי בדוגמא שהובאה לעיל הנה לארבעה חודשים, הריבית השנתית הגלומה בה הנה $[(1,100/1,000)^{12/4} - 1] = 0.331 = 33.1\%$[10]. אם פירעון ההלוואה נעשה במספר תשלומים חודשיים שווים, הנוסחה לחישוב שיעור הריבית הנה מורכבת יותר, ונסתפק כאן בהפניה לפירוט המופיע בעניין זה בתוספת השנייה לתקנות הגנת הצרכן (חישוב שיעור ריבית שנתי), תשמ"ד-1983.

ז. הלוואה (או ריבית) צמודה והלוואה (או ריבית) שאינה צמודה

בחישובים שנערכו עד כאן, התעלמנו מקיומה של אינפלציה ומירידה אפשרית בערך הכסף, עם חלוף הזמן. נתייחס כעת למספר היבטים הנובעים ממרכיב זה.

לפני שנפרט, נבהיר את האבחנה בין ערך ריאלי לערך נומינלי של הכסף. ערכו הנומינלי של הכסף הנו, בפשטות, הערך הנקוב שלו. זהו ערכו של הכסף ביחידות של המטבע הרלבנטי, בלא שנלקח בחשבון כוח הקנייה של הכסף. הערך הנומינלי של סכום כסף מסוים הנו קבוע, ואינו משתנה עם חלוף הזמן. אולם, כידוע, כסף אינו מוצר המשמש לצריכה, ואשר ניתן להפיק ממנו באופן ישיר תועלת. הכסף הוא אמצעי לרכישת מוצרים[11]. לפיכך, במקרים רבים אין משמעות לערכו הנומינלי של הכסף. ערכו הרלבנטי של הכסף נקבע על־פי כוח הקניה שלו, על־פי "סל המוצרים" שניתן לרכוש באמצעותו. בהתאם, מקובל להגדיר את הערך הריאלי של הכסף במונחי כוח הקניה שלו. משום כך, הערך הריאלי של 100 ש"ח היום, עשוי להיות שונה מערכם הריאלי בעוד שנה: כדי לחשב את ערכו הריאלי של הכסף, עלינו לבחון מהו גודלו של "סל המוצרים" אותו ניתן לרכוש כיום בסכום זה, לעומת גודלו של "סל המוצרים" אותו ניתן יהיה לרכוש בעד אותו סכום בעוד שנה[12].

---

10 דרך אחרת לחישוב הנה באמצעות "לוח מקדמי סילוקין", כאשר "מקדם הסילוקין" הנו היחס בין סכום הפירעון לבין סכום האשראי. פירוט בעניין זה מובא בתוספת הראשונה לתקנות הגנת הצרכן (חישוב שיעור ריבית שנתי), תשמ"ד-1983.

11 הכסף מכונה "אמצעי חליפין", שכן הוא מאפשר לכל אחד מן הפרטים להמיר נכסים המצויים ברשותו, לרבות כוח העבודה שלו, בנכסים אחרים, המשמשים לו לצריכה ולהפקת תועלת. ההמרה נעשית בתיווכו של הכסף: כל אחד מן הפרטים במשק ממיר נכסים שברשותו — כאמור, לרבות כוח העבודה שלו — לכסף, ולאחר מכן שב וממיר את הכסף לנכסים אותם ניתן לצרוך.

12 למהותה של ההצמדה ראו, למשל, F. A. Mann, **The Legal Aspect of Money** (1992) 146.

פעולת התרגום של הערך הנומינלי לערך הריאלי של הכסף נעשית לכן בזיקה ל"סל מוצרים" מסוים. כדי להקל על מלאכת התרגום, וליצור קנה מידה אחיד להשוואה, מקובל להשתמש ב"סל מוצרים" הנקבע על־ידי הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה. זו נוהגת לפרסם, בכל 15 בחודש, מהו סכום הכסף אשר נדרש לשם רכישתו של סל מסוים, המכונה "מדד המחירים לצרכן". כך, אם בחודש ינואר רכישתו של סל המוצרים עלתה 100 ש"ח, ובחודש פברואר רכישתו של אותו סל עולה 102 ש"ח, הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה מפרסמת, כי מדד המחירים עלה בחודש פברואר ב-2%. בהתאם, ערכם הריאלי של 100 ש"ח בחודש ינואר, ירד ל-98.04 = 100/1.02 בחודש פברואר. באותו סכום נומינלי של 100 ש"ח, ניתן לרכוש בחודש פברואר סל מוצרים קטן יותר.

לסיכום סטייה זו מן הדיון, ערכו הריאלי של הכסף מבטא את ערכו של הכסף במונחי כוח קניה של סל מוצרים מסוים. מכיוון שהכסף אינו מוצר ממנו מפיקים תועלת, אלא אמצעי חליפין בלבד, יש לתרגם את ערכו הנומינלי, היינו ערכו הנקוב, לערכים של כוח קניה. התרגום נעשה באמצעות מדדים שונים, למשל מדד המחירים לצרכן.

הסוגיה הראשונה אליה נתייחס היא סוגיית ההלוואה והריבית הצמודות והבלתי צמודות. ההצמדה עשויה להיות למדד מחירים כלשהו (לרוב, מדד המחירים לצרכן), או לשער החליפין של מטבע זר או סל מטבעות כלשהו. אם מדובר בהלוואה צמודה, הריבית הנקובה בגין ההלוואה היא גם "הריבית הריאלית". זוהי הריבית המשקפת את התשלום בעד השימוש בכסף, לאחר התחשבות בשינויים בכוח הקניה של הכסף[13]. מובן, כי הריבית הריאלית הנקובה עשויה להיות שונה מן הריבית הריאלית האפקטיבית, אם הריבית מחושבת בדרך של ריבית דריבית, והאמור לעיל בעניין זה תקף גם כאן. מובן גם, כי תשלומי הריבית בפועל (היינו, בערכים נומינליים), יהיו גבוהים משיעור הריבית הנקוב, שהרי אלה יותאמו לירידה בערך הכסף עם חלוף הזמן. אולם, במונחים ריאליים, במונחי כוח הקניה של הכסף, ההיקף של דמי הריבית שישולמו יהיה אכן זה הנקוב. נבהיר זאת באמצעות דוגמא.

13 ראו, למשל, ע"א 741/79 כלנית השרון השקעות ובניין בע"מ נ' הורביץ, פ"ד לה(3) 533, 544: "השבה ריאלית בתנאי אינפלציה שומרת על ערכו של מה ששולם. ... דמי השימוש בכסף הם הריבית". לדיון נרחב ביחס לאבחנה שבין הריבית, המהווה "דמי המתנת המעות", לבין הפרשי ההצמדה, המהווים "שמירה על ערך הכסף", ראו ע"א 248/53 רוזנבאום נ' זגר, פ"ד ט 533.

נתייחס, למשל, להלוואה לשנה בסך 1,000 ש"ח, בריבית של 4%. הקרן והריבית צמודות למדד המחירים לצרכן. הריבית מחושבת בסוף כל רבעון, בדרך של ריבית מצטברת. נניח עוד, כי האינפלציה השנתית (עליית המחירים, המשקפת ירידה בכוח הקניה של הכסף) היא 12.5%, ובקירוב, 3% לרבעון[14]. נחשב ראשית את הריבית והקרן במונחים נומינליים, היינו בערכים כספיים (התשלום בפועל בגין ההלוואה): בתום הרבעון הראשון, ערכה הצמוד של קרן ההלוואה הנו 1,030 ש"ח (אינפלציה של 3% לרבעון משקפת ירידה בערך הכסף בשיעור זה. לכן, לרכישת "סל המוצרים" שנרכש בתחילת הרבעון תמורת 1,000 ש"ח, נדרשים בסוף הרבעון 1,030 = 1.03 x 1,000); בהתאם, הריבית המחושבת בגין הרבעון הראשון הנה 1%, כך שדמי הריבית הנם 10.3 ש"ח, ויתרת ההלוואה לסוף הרבעון הראשון היא לכן 1,040.3 ש"ח. בתום הרבעון השני, ערכה הצמוד של יתרת ההלוואה הנו 1,071.5 = 1.03 x 1,040, והריבית בשיעור של 1% לרבעון תחושב ביחס לסכום זה. באופן דומה, בסוף הרבעון השלישי תהא יתרת ההלוואה 1,125.8 ש"ח, ובסוף התקופה, יהיה על הלווה לפרוע סך של 1,171.2 ש"ח.

לכאורה, הריבית ששולמה הנה גבוהה בהרבה מ-4% — ההפרש בין הסכום שנתקבל, 1,000 ש"ח, לבין הסכום שנפרע, 1,171.2 ש"ח, מהווה כ-17% מן הקרן. אולם, הערכים הרלבנטיים אינם אלה הנומינליים. הערכים הרלבנטיים הם במונחי כוח הקניה של הכסף, היינו בערכים ריאליים. בסוף השנה, ערכם הריאלי של 1,000 ש"ח שהתקבלו בתחילת השנה הנו 1,125 ש"ח (עלות רכישתו של סל המוצרים שנרכש בתחילת השנה ב-1,000 ש"ח, הנה 1,125 ש"ח בסוף השנה, בהינתן שיעור אינפלציה שנתית של 12.5%). בגין סכום זה של 1,125 ש"ח, על הלווה לשלם ריבית של 4% לשנה, או ריבית אפקטיבית של 4.06%[15]. כך מתקבל הסכום האמור, המשקף לפיכך, בערכים ריאליים, ריבית שנתית נקובה (תעריפית) של 4%[16].

מאידך, כאשר מדובר בהלוואה שאינה צמודה, הריבית הנקובה (התעריפית) אינה משקפת את הריבית הריאלית, היינו את התשלום בעד השימוש בכסף במונחי כוח

---

14 בדומה לריבית מצטברת, גם חישוב שיעור העלייה במדד המחירים לצרכן הנו מצטבר. לכן, עליה של 3% במדד המחירים בכל רבעון, משמעה אינפלציה שנתית של $(1+0.03)^4 - 1 = 0.125 = 12.5\%$.

15 הריבית מחושבת בדרך של ריבית מצטברת בסוף כל רבעון, ולכן $(1+0.01)^4 - 1 = 0.0406 = 4.06\%$.

16 למעשה, ההצמדה עשויה להתייחס לקרן ולריבית בנפרד. כך, למשל, על־פי סעיף 3א' לחוק פסיקת ריבית והצמדה, תשכ"א-1961, כפי נוסחו עד 13.4.89, רשות שיפוטית שפסקה לבעל־דין סכום כסף, רשאית לפסוק הפרשי הצמדה וריבית בגין אותו סכום, לפיהם הקרן תהא צמודה במלואה למדד המחירים לצרכן, ואילו הריבית, בשיעור של 4% לשנה, אינה צמודה (כיום שונתה הוראה זו, ונקבע כי גם הריבית תהא צמודה).

הקניה של הכסף. כאן, הריבית הנקובה כוללת שני מרכיבים: את מרכיב האינפלציה, היינו הירידה בערך הכסף, ואת מרכיב הריבית הריאלית. כדי לחשב בקירוב את הריבית הריאלית, יש להפחית מן הריבית הנקובה את שיעור האינפלציה. מובן, כי אם החישוב נעשה בתחילת התקופה, כאשר שיעור האינפלציה עדיין אינו ידוע, יש להפחית משיעור הריבית את ההיקף החזוי של האינפלציה.

נדגים זאת באמצעות הדוגמא הבאה: אדם מבקש ללוות 1,000 ש"ח לשנה. מוצעות לו שתי הלוואות חלופיות: האחת היא זו שנדונה לעיל, היינו הלוואה צמודה בריבית שנתית של 4%; והשניה, הלוואה שאינה צמודה, בריבית שנתית של 15%. כדי לבחון מהי ההלוואה הזולה יותר, עלינו להעריך את שיעור האינפלציה. ניתן לחשב, עבור אילו שיעורי אינפלציה חזויים מוטב ללווה ליטול את ההלוואה הצמודה, ועבור אילו שיעורים עדיפה דווקא ההלוואה שאינה צמודה.

לשם פשטות נניח, כי בשתי ההלוואות הריבית מחושבת בדרך של ריבית פשוטה. בהלוואה הצמודה, יידרש הלווה לשלם בסוף השנה את ערכה הריאלי של הקרן, בתוספת ריבית של 4%, היינו: (שיעור האינפלציה השנתית+1) x 1.04 x 1,000. מאידך, בהלוואה שאינה צמודה, יידרש הלווה לשלם בסוף השנה את ערכה הנומינלי של הקרן, בתוספת ריבית של 15%, היינו 1,150 ש"ח. חישוב פשוט יראה, כי סכום הפירעון של ההלוואה הצמודה יהיה זהה לסכום הפירעון של ההלוואה שאינה צמודה, אם שיעור האינפלציה השנתית יהיה 10.5%.

באופן כללי, כדי לתרגם את שיעור הריבית הנומינלית, היינו את הריבית בגין הלוואה שאינה צמודה, למונחים של ריבית ריאלית, יש לפעול לפי הנוסחה הבאה (הריבית והאינפלציה רשומים בערכים עשרוניים):

$$\text{הריבית הריאלית} + 1 = \frac{\text{הריבית הנומינלית} + 1}{\text{שיעור האינפלציה השנתית} + 1}$$

כך, למשל, בדוגמא שהובאה לעיל, עבור אינפלציה שנתית של 10.5%, וריבית נומינלית של 15%, הריבית הריאלית הנה 4%, לפי הנוסחה שהובאה לעיל: $1.04 = (1+0.15)/(1+0.105)$.

מכאן, שכדי לחשב את שיעור האינפלציה אשר מעבר לו עדיפה ההלוואה שאינה צמודה, יש לחלק את שיעורה של הריבית הנומינלית בשיעורה של הריבית הריאלית (היינו, הריבית בגין ההלוואה הצמודה): נכנה את שיעור האינפלציה שמעבר לו עדיפה ההלוואה שאינה צמודה (ואשר מתחת לו, עדיפה ההלוואה

הצמודה), כשיעור האינפלציה הגלום בריבית הריאלית. שיעור זה נתון לפי הנוסחה הבאה:

$$\text{שיעור האינפלציה הגלום בריבית הריאלית} + 1 = \frac{\text{הריבית הנומינלית} + 1}{\text{הריבית הריאלית} + 1}$$

בדוגמא לעיל, אם הוצעה ללווה הלוואה שאינה צמודה בריבית שנתית של 15% (זוהי הריבית הנומינלית), והלוואה צמודה בריבית שנתית של 4% (זוהי הריבית הריאלית), שיעור האינפלציה הגלום בריבית הריאלית הנו, כאמור, 10.5%, שכן 1.105 = 1.15/1.04 . לפיכך, אם הלווה מעריך כי שיעור האינפלציה צפוי להיות גבוה מ-10.5% בשנה הקרובה, מוטב לו ליטול את ההלוואה שאינה צמודה; ואם הוא מעריך כי שיעור האינפלציה צפוי להיות נמוך מ-10.5%, מוטב לו ליטול את ההלוואה הצמודה[17].

כפי שצוין בפתח הדברים, ניתן לערוך את התרגום של הריבית הנומינלית לערכים של ריבית ריאלית, בקירוב, באמצעות חיסור שיעור האינפלציה השנתית משיעור הריבית הנומינלית. הדרך המדויקת לחישוב היא זו שתוארה, היינו חלוקה של הביטוי (שיעור הריבית הנומינלית + 1) בביטוי (שיעור האינפלציה השנתית + 1).

אגב, מקובל לעתים לטעון, כי בהלוואה שאינה צמודה, הסיכון לו חשוף המלווה הנו גבוה מזה שבהלוואה צמודה, וזאת בשל החשש מירידה בערך הכסף במהלך תקופת ההלוואה[18]. חשוב להבחין בין שני היבטים שונים של טענה זו: הריבית הנקובה (הריבית הנומינלית) בגין הלוואה שאינה צמודה, כוללת, כאמור, הערכה לגבי שיעור האינפלציה בתקופת ההלוואה. משום כך, שיעורה של הריבית הריאלית בגין ההלוואה שאינה צמודה, מתברר רק בסוף תקופת ההלוואה, לאחר שנודע שיעור האינפלציה הרלבנטי. במובן זה, ההתקשרות בעסקת הלוואה שאינה צמודה כמוה כהתקשרות בעסקה בה המחיר אינו נקבע כסכום מוגדר מראש, אלא על־פי נוסחה, התלויה בערכם של משתנים שאינם בשליטת הצדדים להסכם, דוגמת שיעור האינפלציה. ממילא, בעסקה כזו טמון — לשני הצדדים! — סיכון גבוה יותר, לעומת עסקה בה המחיר נקבע, באופן חד משמעי, מראש.

---

17 ממילא, אם מדובר באדם המבקש להלוות, מוטב לו לחסוך בתכנית צמודה בריבית שנתית של 4%, אם הוא מעריך כי שיעורה של האינפלציה השנתית יהיה גבוה מ-10.5%; ואם הוא מעריך כי שיעור האינפלציה יהיה נמוך מ-10.5%, מוטב לו לחסוך בתכנית שאינה צמודה, בריבית שנתית של 15%.

18 טענה זו נטענה בעיקר להצדקת הפערים העצומים שהתגלעו בין הריבית בגין "מלוות צמודי ערך", בהם נקבע שיעור הריבית המרבי בחוק הריבית, לבין הריבית הריאלית בגין "מלוות שאינם צמודי ערך", הפטורים מפיקוחו של חוק הריבית. ראו בעמ' 55 להלן.

מאידך, אין משמעות הדבר, כי הלוואה שאינה צמודה טומנת בחובה סיכון גבוה יותר דווקא למלווה, באופן ה"מסביר" (מבחינה כלכלית) פערים גדולים בין הריבית הריאלית בגין הלוואה שאינה צמודה לבין הריבית הריאלית בגין הלוואה צמודה. שני הצדדים לעסקה — הלווה והמלווה כאחד — חשופים, בדיוק באותו אופן, לסיכון שבטעות בהערכת שיעור האינפלציה. השפעתו של סיכון זה של שיעור הריבית (כפי שהוא נקבע בשוק חופשי) תלויה בשנאת הסיכון היחסית של כל אחד מן הצדדים. בשוק בו המלווים הם מוסדות פיננסיים, היכולים לפזר את הסיכון של טעויות בהערכת שיעור האינפלציה בצורה טובה יותר מאשר הלווים, ניתן לצפות לתוצאה הפוכה בדיוק מזו שנטענה בטענה האמורה. כלומר, ניתן לצפות, כי בשוק חופשי, הריבית הריאלית בגין הלוואות שאינן צמודות תהיה דווקא נמוכה מן הריבית הריאלית בגין הלוואות צמודות. העובדה שבמציאות בישראל התוצאה היא לעתים הפוכה, מלמדת, כי הריבית הריאלית המוכתבת מכוח חוק הריבית (ביחס להלוואות צמודות בלבד), הנה נמוכה מן הריבית אשר היתה נקבעת בלא התערבות הרשויות.

ח. הלוואות צמודות ו"הפסד מדד"

כאמור, עקב שינויים משמעותיים בכוח הקנייה של הכסף, פלח ניכר מן ההלוואות הנו של הלוואות הצמודות למדד כלשהו. אם ההלוואה צמודה לשער החליפין של מטבע זר (או סל מטבעות זרים), אין קושי בחישוב הערך הריאלי (היינו, הערך במונחי המטבע הזר) של ההלוואה בכל מועד נתון: שער החליפין מתפרסם באופן סדיר בכל יום בו מתקיים מסחר במטבע חוץ (בדרך כלל, בימים שני עד שישי, בהתאם לימי העסקים המקובלים בחו"ל). עם זאת, ערכן של הלוואות אחרות נקבע בהתאם למדד המחירים לצרכן. כפי שראינו לעיל, ההצמדה למדד המחירים לצרכן מאפשרת להתאים את ערכו הנומינלי של הכסף למונחים של כוח קניה של מוצרים. עם זאת, קיים קושי בהצמדה למדד, והוא נובע מן העובדה שהמדד מתפרסם רק אחת לחודש, ואף זאת באיחור של שבועיים: בכל 15 בחודש מפרסמת הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה את מדד המחירים לצרכן המתאים לחודש שחלף. כלומר, ב-15 בפברואר מתפרסמת העלות של רכישת "סל מוצרים" מסוים בחודש ינואר. מטבע הדברים, מועדי הקבלה והפירעון של הלוואות עשויים להתרחש לפני יום פרסום המדד בגין אותו מועד, ואז מתעוררת השאלה, כיצד תחושב ההצמדה.

מקובל להבחין בין שתי גישות לחישוב ההצמדה: "המדד בגין המועד הרלבנטי" (ובקיצור, "מדד בגין"); ו"המדד הידוע במועד הרלבנטי" (ובקיצור, "מדד ידוע").

יתרונה של הגישה הראשונה הנו בדיוק שבה: סכום הכסף המתקבל או הנפרע מחושב בערכו הריאלי ה"אמיתי" במועד התשלום. חסרונה של גישה זו הנו בעובדה, שלא ניתן לערוך התחשבנות סופית, אלא בחלוף פרק הזמן עד לפרסום המדד בגין החודש בו בוצע התשלום. ככל שמדובר בקבלת ההלוואה, אין קושי לחשב את המדד בגין המועד הרלבנטי, שהרי ההצמדה באה לידי ביטוי רק במועד הפירעון, בו כבר ידוע המדד בגין החודש בו התקבלה ההלוואה. מאידך, במועד פירעון ההלוואה, לא ידוע עדיין המדד בגין החודש בו מבוצע הפירעון.

מקובל לקבוע מראש, בהסכם ההלוואה, באיזו דרך תחושב ההצמדה: "מדד בגין", שאז במועד הפירעון חישוב ההצמדה נערך על בסיס הערכת שיעור עליית המדד בחודש התשלום, ורק עם פרסום המדד בגין אותו חודש נערכת התחשבנות סופית; או "מדד ידוע", שאז כבר במועד הפירעון נערכת התחשבנות סופית, על בסיס המדד הידוע באותה עת.

כאשר מדובר בהפקדת כספים בתוכנית חסכון, אם הפרשי ההצמדה מחושבים על־פי ההפרש בין המדד בגין מועד ההפקדה, לבין המדד הידוע במועד הפדיון, נגרם לחוסך "הפסד מדד": נניח, כי החוסך הפקיד ב-5 בינואר 1998, בתכנית חסכון צמודה למדד, סך של 1,000 ש"ח (נתעלם כעת ממרכיב הריבית), לשנה. במועד הפירעון, ב-4 בינואר 1999, עשוי שוויה של ההפקדה להיות מחושב בשלוש דרכים, שתי הראשונות הוגנות, לא כך השלישית: על־פי הדרך הראשונה, מחושבים הפרשי ההצמדה על־פי שיעור עליית המדד הידוע במועד הפדיון (המדד בגין חודש נובמבר 1997), לעומת המדד הידוע במועד ההפקדה (המדד בגין חודש נובמבר 1998). על־פי הדרך השניה, מחושבים הפרשי ההצמדה על־פי שיעור עליית המדד בגין מועד הפדיון (ינואר 1999), לעומת המדד בגין מועד ההפקדה (ינואר 1998). כאמור, בדרך זו תעוכב ההתחשבנות הסופית עד לפרסום המדד בגין מועד הפדיון, ב-15 בפברואר 1999.

מובן, כי הפרשי ההצמדה בכל אחת משתי השיטות הללו עשויים להיות שונים. אולם, באופן כללי ניתן לומר (ומיד נציין הסתייגות לכך), כי שתיהן הוגנות. מלכתחילה, במועד ההפקדה, לא ניתן להעריך באיזו שיטה הפרשי ההצמדה יהיו גבוהים יותר. די בכך שהפרשי ההצמדה מחושבים עבור שנה שלמה, כדי שיהיו הוגנים, וישקפו, בקירוב, את הירידה בכוח הקניה של הכסף.

לעומת זאת, דרך החישוב השלישית אינה הוגנת. לפי דרך זו, מחושבים הפרשי ההצמדה על־פי שיעור עליית המדד הידוע במועד הפדיון, לעומת המדד בגין מועד ההפקדה. בדוגמא לעיל, יהיה זה שיעור עליית המדד מחודש ינואר 1998 (המדד בגין מועד ההפקדה) ועד חודש נובמבר 1998 (המדד הידוע במועד הפדיון). בדוגמא זו, הפרשי ההצמדה הנם בגין עשרה חודשים בלבד, והחוסך

״מפסיד שני מדדים״, היינו, החוסך אינו מפוצה באופן מלא בגין הירידה בכוח הקנייה של כספו.

גם כאשר מוחלת שיטת החישוב השניה, המשווה הפרשים בין מדד ידוע אחד למשנהו, עלולה להיווצר הטיה. כאמור, המדד מתפרסם ב-15 בכל חודש[19]. אם שיטת חישוב ההצמדה שנבחרה הנה שיטת המדד הידוע, תתרחש הטיה בחישוב הפרשי ההצמדה, אם ההפקדה נעשית בסמוך לאחר פרסום המדד — למשל ב-16 בחודש — ואילו הפדיון נעשה בטרם התפרסם המדד — למשל, ב-14 בחודש. כך, אם הופקדו כספי התוכנית ב-16 בינואר 1998, והפדיון נקבע ליום 14 בינואר 1999, הפרשי ההצמדה יחושבו על־פי עליית המדד מחודש דצמבר 1997 (המדד הידוע במועד ההפקדה) ועד חודש נובמבר 1998 (המדד הידוע ביום הפדיון). כך, נגרם ״הפסד מדד״, באופן שהפרשי ההצמדה משקפים את הירידה בכוח הקניה של הכסף באחד־עשר חודשים בלבד, אף שהכספים הופקדו למשך שנה שלמה.

מובן, כי תוצאה דומה עשויה להתרחש כאשר מדובר בהלוואה. כאן, ״הפסד מדד״ נגרם, אם ההלוואה מתקבלת בסמוך לפני פרסום המדד, ומוחזרת בסמוך לאחריו, והפרשי ההצמדה מחושבים על־פי המדדים הידועים ביום קבלת ההלוואה וביום הפירעון: אם ההלוואה מתקבלת ב-14 בינואר 1998 ונפרעת ב-16 בינואר 1999, הפרשי ההצמדה יחושבו על־פי עליית המדד מחודש נובמבר 1997 (המדד הידוע ביום קבלת ההלוואה) ועד חודש דצמבר 1998 (המדד הידוע ביום הפירעון). כך נדרש הלווה לשאת בהפרשי הצמדה בגין שלושה־עשר חודשים, למרות שהחזיק בכסף במשך שנה אחת (ויומיים) בלבד.

בסיכום, הפרשי ההצמדה נקבעים בצורה הוגנת אם הם מחושבים על־פי המדד בגין מועד קבלת ההלוואה או הפקדת הכספים בתכנית חסכון, והמדד בגין מועד הפירעון או הפדיון; או, אם הפרשי ההצמדה מחושבים על־פי המדד הידוע בתחילת התקופה ובסופה, ובלבד שנלקחים בחשבון מדדים כמספר חודשי ההלוואה, ולא נוסף (במקרה של הלוואה) או מושמט (במקרה של חיסכון) חודש הצמרה. דרישה לקבלת ההלוואה או הפקדת תוכנית החסכון ביום ספציפי בחודש, ופירעון ההלוואה או פדיון תכנית החסכון ביום ספציפי אחר בחודש, מעידה, במקרה הרגיל, על ניסיון להטות את הפרשי ההצמדה באופן בלתי הוגן[20].

19 או בסמוך לכך, אם החמישה־עשר בחודש הוא שבת או חג.
20 ראו בעניין זה בעמ׳ 88 ואילך, להלן.

פרק ב׳

הגדרות של מושגי יסוד בשוק ההלוואות בישראל

א. הקדמה

אחד התנאים ההכרחיים לקיומו של משק מפותח וצומח, הנו קיומו של שוק פיננסי. שוק כזה משמש לתיווך בין שני גורמים מרכזיים: ציבור החוסכים מצד אחד, וציבור המשקיעים מצד שני. לפני שנפתח בסקירת מושגים בסיסיים בתחום זה, מן הראוי להבהיר את האבחנה בין "השקעה" לבין "חיסכון". בעוד שבציבור מקובל לעתים לראות בהם מושגים נרדפים, ולכנות, למשל, את הפעולה של רכישת ניירות ערך בבורסה או הפקדת כספים בתוכנית חסכון כ"השקעה", הרי שלא כך הוא במינוח המקובל בכלכלה.

בכלכלה מקובל להתייחס לשני סוגים של גורמים הפועלים במשק (מלבד הממשלה, הנתפסת כגורם שלישי): יחידות כלכליות אשר עיקר עיסוקן הוא ייצור (או מתן שירותים), אשר מכונות "פירמות"; ויחידות כלכליות אשר עיקר עיסוקן הוא צריכה, אשר מכונות "משקי בית". משקי הבית נהנים מהכנסות, וההחלטה הבסיסית אותה עליהם לקבל היא, כיצד להקצות את הכנסתם בין הוצאה לשם צריכה בהווה, לבין הוצאה לשם צריכה בעתיד. החלק מתוך ההכנסה של משקי הבית אשר אינו מוצא על צריכה בהווה מכונה "חיסכון". ליתר דיוק ניתן לומר, כי אם ההוצאה על צריכה בהווה נמוכה מסך הכנסתו של משק הבית, הרי שהיתרה מוקדשת ל"חיסכון"; ואם ההוצאה על צריכה בהווה גבוהה מסך הכנסתו של משק הבית, היתרה ממומנת באמצעות "הלוואה". הלוואה מבטאת לכן הוצאה על צריכה בהווה על חשבון הכנסה שתתקבל בעתיד (והיא נחשבת לכן, כ"חיסכון שלילי").

לעומת זאת, הפירמות הן אלה אשר "משקיעות". בכלכלה מקובל לייחד את המונח "השקעה" לפעולות שתכליתן הגדלת אפשרויות הייצור בעתיד. לפיכך, פעולות השקעה מבוצעות על־ידי הפירמות בלבד, והן כוללות רכישת ציוד ומכונות, מלאי חומרי גלם, השבחת איכותו של ההון האנושי או הפיסי, וכדומה. מכיוון שההשקעה מחייבת הוצאת משאבים בהווה לטובת הגדלת אפשרויות הייצור בעתיד, המימון של פעולות ההשקעה מחייב את הפירמות לגייס לשם כך הון, היינו ללוות כספים.

לפיכך, הן הפירמות והן משקי הבית עשויים להיזקק להלוואות, לשם מימון הוצאות כספיות בהווה, בשיעור העולה על סך המקורות העומדים לרשותם. תפקידו של השוק הפיננסי הנו לשמש כמתווך בין משקי הבית, המבקשים לחסוך חלק מהכנסתם, ולפיכך להלוות כספים, לבין משקי בית אחרים, המבקשים להוציא על צריכה סכום הגבוה מהכנסתם, ולפיכך ללוות כספים, ופירמות, המבקשות להשקיע בהון פיסי ואנושי, ונדרשות לכן אף הן ללוות כספים.

המכשירים הפיננסיים העומדים לרשות הנזקקים לשירותי השוק הפיננסי הנם מגוונים. נכללים בהם, בראש ובראשונה, בורסות לניירות ערך, בארץ ובחו"ל, בהן נסחרות מניות ואגרות חוב; מכשירים פיננסיים הנגזרים מן המניות ואגרות חוב, כמו אופציות; ועוד. ספר זה מתמקד בסוג אחר של מכשירים פיננסיים. אלו המכשירים הפשוטים יותר, הבאים לידי ביטוי בהתקשרות שבין הבנק, או גורם פיננסי אחר שעיסוקו במתן הלוואות, לבין לקוחו. הלקוח יכול להפקיד כספים בבנק (בחשבון "שוטף" או בפקדון) והוא יכול ליטול ממנו כספים. בניגוד אולי לאינטואיציה, הבנק אינו נחשב ל"שומר" ביחסיו עם לקוחו, שהפקיד בידיו את כספו. בפסיקה נקבע בעניין זה, כי יחסי הבנק והלקוח הם יחסי מלווה ולווה: כאשר החשבון הוא ביתרת זכות, הבנק הוא הלווה, ואילו כאשר החשבון מצוי ביתרת חובה, הבנק הוא המלווה והלקוח הוא הלווה[1]. מכאן נובעת זכות הקיזוז המוקנית לבנק (הזכות לאחד חשבונות)[2].

בפרק זה נסקור את אפיקי ההלוואה העיקריים המקובלים בישראל, ונגדיר את מונחי היסוד בתחום זה.

ב. אפיקי הלוואה עיקריים

מקובל להבחין בין שני אפיקי אשראי עיקריים: הלוואה ויתרת חובה בחשבון שוטף. בעוד שבאפיק הראשון סכום ההלוואה, מועדי פירעונה ושיעור הריבית (או הנוסחה לחישוב שיעור הריבית) נקבעים לרוב מראש, הרי שבמקרה השני המדובר בנטילת הלוואה לזמן ובהיקף שאינם מוגדרים מראש. חשבונו השוטף של הלקוח משמש אותו הן לפעולות של הפקדת כספים והן לפעולות של משיכה, ובכלל זה "משיכת יתר" ("אוברדרפט"), בה מצוי חשבונו ביתרת חובה. משיכת יתר הנה לכן דרך שנייה לנטילת הלוואה מן הבנק[3].

1 ראו בעניין זה ע"א 323/80 **אילתית בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ**, פ"ד לז(2) 670, 673; ו-ד"נ 32/84 **עיזבון ויליאמס ז"ל נ' Israel British Bank**, פ"ד מד(2) 265, 273.

2 ראו ע"א 5293/90 **בנק הפועלים בע"מ נ' שאול רחמים בע"מ**, פ"ד מז(3) 240, 258-259.

3 ראו, למשל, ע"א 323/80 בעניין **אילתית**, הערה 1 לעיל, בעמ' 673: "הסכם בין הבנק ללקוחו על־פיו רשאי הלקוח למשוך משיכת יתר, גם הוא הסכם הלוואה".

בהתאם לאבחנה זו מקובל גם לתחום את זכות הקיזוז: "באין הסכם מפורש, זכות הקיזוז [של בנק] אינה מתקיימת בין חשבון עובר־ושב [חשבון שוטף] לבין חשבון הלוואה. ... הסיבה לכך נעוצה באופיים השונה של חשבונות אלה. חשבון עובר־ושב משמש את הלקוח לשימוש שוטף, ואם הבנק — ללא הסכמת הלקוח — ימשוך כספים מחשבון עובר־ושב כדי להשיב לעצמו כספים שהלקוח חייב לו על־פי חשבון הלוואה, לא יהא לקוח בטוח אם לשיקים שהוא מושך מחשבון עובר־ושב יש כיסוי"[4].

כפי שראינו בפרק הקודם, קיימים שני סוגים עיקריים של הלוואות: הלוואות צמודות למדד כלשהו (מדד המחירים לצרכן, או שער החליפין של השקל למטבע זר כלשהו וכדומה), והצמדות שאינן צמודות. לרוב, הלוואות לזמן קצר (ובכלל זה "הלוואות גישור", אשר תכליתן לספק ללווה מקורות מימון לזמן קצר) אינן צמודות, ואילו הלוואות לזמן ארוך (ובכלל זה משכנתאות, שמשך ההחזר בהן משתרע על פני עשרות שנים) הנן צמודות. הריבית בגין ההלוואה עשויה להיות קבועה בשיעור מוסכם מראש כלשהו, היא עשויה להיות "משתנה", היינו צמודה לערכו של שיעור ריבית כללי כלשהו[5], והיא עשויה להיות נתונה לקביעתו החד צדדית של המלווה, כפי שמקובל ביחס להלוואות בחשבון השוטף.

במשק הישראלי מקובלים שני סוגים עיקריים של חשבונות שוטפים: האחד, חשבון עובר־ושב (עו"ש), בו משתמש הלקוח לשם הפקדת ומשיכת כספים; והשני, חשבון חוזר דביטורי (חח"ד), המשמש כחשבון מסגרת, לנטילת הלוואות קצרות מועד, בלא קביעת סכום קבוע. בשני סוגי החשבונות יכול אמנם הלווה להימצא ביתרת זכות או ביתרת חובה; אולם, מהותו של חשבון החח"ד היא ליצור ללקוח "מסגרת אשראי", במסגרתה הוא נהנה מן האפשרות ליטול הלוואות קצרות מועד. מאידך, בחשבון העו"ש, אין מוגדרת, לרוב, "מסגרת אשראי" ניכרת, והיווצרות יתרות חובה בחשבון זה (כמו גם חריגה ממסגרת האשראי בחשבון מסוג חח"ד), מביאה לחיוב הלווה בשיעורי ריבית גבוהים במיוחד[6].

כאמור, הלוואות הניטלות באמצעות יצירת יתרות חובה בחשבון השוטף מאופיינות בכך, ששיעור הריבית בגינן אינו קבוע מראש. הלוואות אלה אינן צמודות למדד, ושיעור הריבית בגינן נקבע על־פי שילוב של שלושה מרכיבים, אותם נפרט בפסקה הבאה.

---

4 ע"א 2258/92 מלון נאות מדבר בע"מ נ׳ הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ, פ"ד מז(5) 350, 357.

5 ראו בעניין זה בעמ׳ 46 להלן.

6 גם בחשבון שוטף מסוג "עובר ושב" תיתכן יתרת חובה, אולם בחשבון מסוג זה מסגרת האשראי — אם היא בכלל קיימת — הנה לרוב קטנה מאוד.

ג. מרכיבי הריבית בגין יתרות חובה בחשבון שוטף

הלוואות במסגרת החשבון השוטף (בעיקר בחשבון שוטף מסוג חח"ד) הנן משני סוגים עיקריים: הלוואות שסכומן נמוך מ"מסגרת האשראי" שנקבעה לחשבון, היינו מן הסכום המרבי אותו רשאי הלווה ללוות, בריבית מוסכמת כלשהי; והלוואה של סכומים מעבר לסכום זה. מקובל לכנות את ההלוואה הראשונה "אשראי מאושר" ואת השניה "אשראי חריג". האבחנה בין שני סוגי ההלוואות אינה מתבטאת רק במחירן השונה, כפי שנראה מיד. היא באה לידי ביטוי גם במהות היחסים בין הבנק לבין לקוחו: "על־ידי הקצאת מסגרת אשראי מאושר, מסכים הבנק מראש לסכום האשראי שיועמד ללקוח. כאשר מעמיד הבנק ללקוח אשראי חריג, שומר הוא לעצמו את הזכות אם להסכים להעמיד אשראי חריג מסוים המתבקש, אם לאו"[7].

על־פי הנוהג המקובל במערכת הבנקאית, שיעור הריבית בגין יתרת חובה בחשבון השוטף מורכב משלושה גורמים: גודל בסיסי כלשהו (לרוב, ה"ריבית בסיסית"), שהנו מרכיב אחיד וזהה לכל סוגי הלווים; "תוספת סיכון", שהנה מרכיב המתווסף אל הריבית הבסיסית, ונקבע באופן ספציפי בהתאם לתנאי ההלוואה והסיכון הכרוך בה למלווה; ו"תוספת חריגה", המתווספת לשיעור הריבית במקרים בהם יתרות החובה בחשבון השוטף הנן גבוהות מהיקף מוסכם כלשהו, המכונה, כאמור, "מסגרת אשראי".

מרכיב הבסיס של הריבית הנו גודל אחיד וזהה לכל לקוחות הבנק. הוא נקבע לרוב על־פי "הריבית הבסיסית" (או ריבית ה"פריים", על־פי הנוסח הלועזי — Prime Rate), שהנה שיעור מסוים, אותו מפרסם הבנק באופן פומבי, כשיעור האחיד לכל לקוחות הבנק. כאמור, זהו רק מרכיב אחד ממרכיבי הריבית, אולם הוא משמש כנקודת ייחוס נוחה, בעיקר כאשר מדובר בהלוואות בריבית משתנה. כך, הריבית בגין הלוואה מסוימת נקבעת כתוספת או הפחתה משיעורה של הריבית הבסיסית, כפי שזה משתנה מעת לעת. "הריבית הבסיסית" מכונה גם "שער הריבית של המשק"[8]. על כל בנק הוטלה חובה לפרסם את השיעור של "הריבית הבסיסית"

---

7 ת.א. (ת"א) 428/89 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' סוליאתן תעשיות גומי (1976) בע"מ (לא פורסם). ראו גם ע"א 323/80 בעניין אילתית, הערה 1 לעיל, בעמ' 673. משום כך, ההלכה היא, כי, בדרך כלל, הימנעותו של הבנק מעדכון היקפה של מסגרת האשראי, אינה מקימה עילת תביעה נגדו. להלכה זו, ולפירוט של סייגים לה, ראו בעמ' 117-118 להלן.

8 פורמלית, הריבית הבסיסית מוגדרת כשער הריבית הנמוך ביותר שהבנקים המסחריים מוכנים לחייב בו את הלווים המועדפים שלהם. ראו מילון איתאב למונחי בנקאות ומימון (תשנ"ד) 102; א' אבניאון, לקסיקון לכלכלה (תש"ן).

וכל שינוי בו[9], בלא צורך במסירת הודעה אישית לכל אחד מן הלווים[10]. נקודת הייחוס לקביעת ריבית ה״בסיס״ עשויה להיות גם ריבית הנקבעת על־ידי גורם מחוץ לבנק, כגון ריבית ה״ליבור״ (הנקבעת על־פי שוקי הכספים בחו״ל)[11], ״ריבית חשב״ (הנקבעת על־ידי החשב הכללי במשרד האוצר) ועוד.

המרכיב השני של הריבית הוא זה המכונה ״תוספת הסיכון״. זהו רכיב הסכמי, אשר קביעתו ושינויו טעונים הסכמה בין הבנק לבין אותו לקוח, ולכל הפחות הודעה אישית ללקוח[12]. תוספת זו נקבעת באופן אינדיבידואלי לגבי כל לקוח ולקוח, לפי הסיכון הכלכלי שהבנק מעריך כי הוא נוטל בעת מתן אשראי ללקוח זה[13]. המרכיב השלישי הוא כאמור ״תוספת חריגה״ או ״תוספת גלישה״. זו מתווספת לריבית הנגבית מהלקוח, כל אימת שיתרת החובה בחשבון חורגת ממסגרת האשראי המאושרת (המכונה גם ״קו אשראי מאושר״).

אלו הם אם כן מונחי היסוד בתחום שוק ההלוואות בישראל. מכאן נעבור לסקירה של הוראות הדין השונות, אשר תכליתן הסדרה של פעילותו של שוק ההלוואות, ובעיקר, כפי שנראה, הגנה על הלווה.

---

9 אופן מתן ההודעה הוסדר תחילה בחוזר בנק ישראל מס׳ 16/42 מיום 25.12.83. החל מיום 11.8.1986, הוסדר הנושא בצורה דומה באמצעות כללי הבנקאות (שירות ללקוח) (גילוי נאות ומסירת מסמכים), תשמ״ו-1986, והחל מיום 15.6.1993, הוחלפו הכללים בכללי הבנקאות (שירות ללקוח) (גילוי נאות ומסירת מסמכים), תשנ״ב-1992. לפי סעיף 19 לכללים אלה, הודעה על שינוי בשיעורה של הריבית הבסיסית ״תפורסם על גבי לוח בסניפים ובשני עיתונים יומיים לפחות״; על ההודעה להתפרסם, במקרה של העלאת הריבית, ״שלושה ימי עסקים לפחות לפני השינוי״, ובמקרה של הורדת הריבית, ״לא יאוחר משלושה ימי עסקים לאחר השינוי״. הסדר דומה נקבע גם לגבי שאר מרכיבי הריבית, אולם מכיוון שאלה אינם אחידים לכל הלווים, נקבעה חובת פרסום של השיעורים המרביים של תוספת הסיכון והריבית החריגה אותם גובה הבנק.

10 אלא אם הוסכם אחרת בין הצדדים. ראו, למשל, ת.א. (חי׳) 940/89 הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע״מ נ׳ אמנונים חברה לעבודות עפר בע״מ (לא פורסם), שם נקבע, כי ״חובת ההודעה האישית [על שינויים בשיעורה של הריבית הבסיסית] על־פי הסכם שבין שני הצדדים, גוברת על הנחיה כללית שהחלה לחול בזמן מסוים במערכת הבנקים הכללית״. ראו בעניין זה גם בעמ׳ 128 ואילך, להלן.

11 הריבית מכונה כך על־פי ראשי התיבות באנגלית London Inter-Bank Offered Rate (LIBOR).

12 להשלכות של שינוי חד צדדי במרכיב זה על־ידי הבנק המלווה ראו בעמ׳ 114 להלן.

13 להשפעת הבטוחות על שיעור הריבית ראו, למשל, א׳ פרוקצ״יה, דיני חברות חדשים לישראל (תשמ״ט) 431; א׳ חביב־סגל, ״זכויות בעלי שיעבודים בשיקום חברות״, עיוני משפט טז (תשנ״א) 263, 267; ע״א 18/89 חשל חברה למסחר ונאמנות בע״מ נ׳ פרידמן, פ״ד מו(5) 257, 266-267. לעניין קביעת תוספת הסיכון ראו בעמ׳ 116 ואילך, להלן.

שער שני

הגנה על הלווה
על־פי הדין בישראל

פרק ג׳

קביעת שיעור ריבית מרבי

א. הקדמה

כפי שראינו לעיל, מאפייניה המיוחדים של עסקת ההלוואה הביאו להכרה בצורך להתערב בשוק ההלוואות[1]. ההתערבות המרכזית ביותר — מבחינה מהותית, אף כי לא מבחינה כמותית — הנה בקביעת "מחיר" מרבי להלוואה. לא מעט ביקורות נשמעו כנגד התערבות מעין זו בשוק ההלוואות[2]. אף כי אין בכוונתנו להרחיב בעניין זה כאן נציין רק, כי לדעתנו, בתנאים המיוחדים של המשק בישראל, ניתן למצוא הצדקה למדיניות שננקטה[3]. שוק ההלוואות בישראל איננו מקיים את התנאים של תחרות משוכללת, בשל מספרם המועט של הבנקים; בעמדות המיקוח של הצדדים הטיפוסיים לעסקת ההלוואה ניכרים פערים משמעותיים[4]; והיקף הריבית במשק ממילא מושפע במידה מכרעת מקביעה שלטונית — קביעת הריבית על־ידי נגיד בנק ישראל במסגרת המכרז המוניטרי[5].

קביעתו של שיעור הריבית המרבי במשק נעשית באמצעות שני חיקוקים: הראשון הוא חוק הריבית, תשי"ז-1957, אשר החליף חיקוקים עותומניים ומנדטוריים[6]. תכליתו העיקרית הנה, להגביל את שיעור הריבית אותו רשאי מלווה לגבות בגין

---

1 ראו בעמ׳ 17 לעיל.

2 ראו, למשל, א׳ פרוקצ׳יה, "זה חוזה? זה חפץ? זה חוק! תרומתה הקונסטרוקטיבית של הכלכלה לערפול מושגי היסוד במשפט", משפטים יח (תשמ"ט) 395, 426-427; א׳ שפר, "צו הריבית (נגד קיום הצו)", רבעון לבנקאות 30 (תשכ"ח) 53; ע"א 58/68 בנק הפועל המזרחי בע"מ נ׳ זורגר, פ"ד כב(2) 652, 672, שם ציין השופט ויתקון, כי "איסורים המעוותים את המציאות הכלכלית, סופם שהבריות עוברים לדפוסי כלכלה אחרים, הממלאים את רצונם ושאינם בגדר האיסור. נראה לי, שלא רק סכנת ירידת ערכו האמיתי של הכסף מייקרת את האשראי ומגדילה את שיעור הריבית, אלא העיקר הוא שהאשראי, ככל מצרך אחר, שכרו בצדו וגובה השכר תלוי בתנאי המשק וכממדי ההיצע והביקוש". ראו גם בעמ׳ 63 להלן.

3 לגישה דומה ראו, למשל, א׳ הלפרין, "צו הריבית (בעד קיום הצו)", רבעון לבנקאות 30 (תשכ"ח) 60; ס׳ דויטש, "יחסי בנק־לקוח — אספקטים חוזיים וצרכניים" ספר זיכרון לגד טדסקי (תשנ"ו, י׳ אנגלרד, א׳ ברק, מ׳ ראבילו, ו־ג׳ שלו עורכים) 163, 200-201; י׳ בהט, "חיוב חשבון חובה ושאלת התחולה של חוק הריבית" שערי משפט ב (תשנ"ט) 101.

4 ראו בעמ׳ 17 ואילך, לעיל.

5 המכרז המוניטרי הנו אמצעי הנתון בידי בנק ישראל, לקביעת כמות הכסף במשק. במסגרתו מציע בנק ישראל הלוואות לבנקים המסחריים, המגייסים בדרך זו מקורות כספיים למימון פעילותם.

6 לסקירת ההיסטוריה החקיקתית של חוק זה ראו ע"א 415/58 "שחף" חברה ישראלית לספנות נמלים בע"מ נ׳ היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יד 817, 820.

הלוואה. בהתאם נקבע בסעיף 4 לחוק, כי "לא ידרוש אדם ולא יקבל ריבית מופרזת". מטבע הדברים, הקביעה מהי "ריבית מופרזת" אינה יכולה להיעשות על סמך הערכה כלכלית בלבד. זוהי קביעה נורמטיבית, המחייבת הערכה, מהי הנקודה, אשר בהגיע אליה, אין לראות עוד בעסקה ככזו הנעשית מרצון חופשי[7]. למרות זאת, המחוקק העדיף להימנע מלקבוע בעצמו מהי אותה "ריבית נשך", אותה יש למנוע. הסמכות לקביעה בעניין הועברה לידי הרשות המבצעת: לפי סעיף 1 לחוק הריבית, "ריבית מופרזת" היא ריבית ששיעורה עולה על השיעור המרבי שנקבע בצו, שפורסם על־ידי שר האוצר (מתוקף סמכותו לפי סעיף 3 לחוק הריבית) או על־ידי נגיד בנק ישראל (מתוקף סמכותו לפי סעיף 56 לחוק בנק ישראל. תשי"ד-1954)[8]. מתוקף סמכות זו הוציא שר האוצר ב-1957 את צו הריבית, בו נקבע שיעור הריבית המרבי. ב-1970 תוקן צו זה, בצו הריבית (קביעת שיעור הריבית המקסימלי), תש"ל-1970, שאת הוראותיו נסקור מיד.

הוראות חוק הריבית וצו הריבית מתייחסות הן אל מלווים שהם תאגידים בנקאיים והן אל מלווים אחרים. עם זאת, בעקבות גידול ניכר בפעילות בשוק ההלוואות החוץ־בנקאיות (המכונה "השוק האפור"[9]), נחקק חוק הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות, תשנ"ג-1993, המסדיר תחום זה באופן נפרד. גם במסגרתו נקבע שיעור ריבית מרבי אותו רשאים לגבות המלווים אליהם מתייחס החוק.

בפרק זה נסקור אם כן סוגיות שונות אשר מתעוררות ביחס לשני מקורות נורמטיביים אלה, ובהן: מהם סוגי ההלוואות עליהן חלות ההגבלות בדבר שיעור הריבית אותו ניתן לגבות? האם החלת ההגבלה על סוגים מסוימים בלבד של הלוואות עולה בקנה אחד עם תכליתו של חוק הריבית? האם ההוראה בדבר שיעור הריבית המרבי חלה גם בעסקאות "תיווך שטרות" ו"ליסינג"? מהם המרכיבים הנכללים במונח "ריבית" לצורך ההגבלה האמורה? האם שיעור הריבית המרבי שנקבע בחוק מתייחס אל הריבית הנומינלית בגין ההלוואה או אל הריבית

---

7 ראו Edgar Salin, "Usury", **Encyclopaedia of Social Sciences**, Vol 15, p. 194.

8 הסמכה זו של הגורמים ברשות המבצעת נועדה לאפשר להתאים את שיעור הריבית המרבי לשינויים במשק. עם זאת, בפועל, נמנע שר האוצר מלשנות את שיעורי הריבית המרבית באופן תכוף. תוקפם של הצווים המוצאים מכוחן של הוראות הסמכה אלה מותנה בקבלת אישור ועדת הכספים של הכנסת.

9 אין המדובר בהלוואות בלתי חוקיות (בשונה מכך מן המצב אשר נהג בעבר, עת נדרש היה לקבל רשיון לשם עיסוק במתן הלוואות. ראו בעניין זה, למשל, ע"א 152/54 ורקוני־מוסקוביץ' נ' פפו, פ"ד י 480). משום כך, אין המדובר עוד ב"שוק שחור". מאידך, ההלוואות בשוק זה מאופיינת ברמת סיכון גבוהה למלווה, כי ההלוואה לא תיפרע. השיעור הרב של מקרים בהם מפרים הלווים את התחייבויותיהם בשוק זה, גרם לעלייה משמעותית בשיעור הריבית בשוק זה, ובמקרים מסוימים, אף לשימוש בחברות פרטיות לגביית חובות. הללו הביאו לצביעתה של הפעילות בשוק זה, בעגה העממית, ב"אפור".

האפקטיבית? האם ההגבלה הקבועה בחוק בדבר שיעורה של "ריבית הפיגורים" חלה גם על הריבית המשולמת בגין הלוואה לגביה לא נקבעה תקרת ריבית בחוק, רק משום שהלוואה זו ניטלת לשם פירעון הלוואה אחרת, לגביה נקבעה תקרה כאמור? ומה תוקפה של הוראה בהסכם ההלוואה בדבר פירעון הלוואה באמצעות חיוב החשבון השוטף של הלווה?

ב. היקף תחולתם של חוק הריבית וחוק הסדרת הלוואות חוץ־בנקאיות מבחינת סוג ההלוואה

כאמור, על־פי סעיף 4 לחוק הריבית, "לא ידרוש אדם ולא יקבל ריבית מופרזת"; ולפי סעיף 1 לחוק הריבית, "ריבית מופרזת" היא ריבית ששיעורה עולה על השיעור המקסימלי שנקבע בצו שהוצא על־ידי שר האוצר לפי סעיף 3 לחוק הריבית (או על־ידי נגיד בנק ישראל, לפי סעיף 56 לחוק בנק ישראל). שר האוצר עשה שימוש בסמכותו זו בצו שהתקין ב-1957, ובו נקבע שיעור מרבי לריבית, הן ביחס למילוות צמודים והן ביחס למילוות שאינם צמודים[10].

אולם, ב-1970 פורסם צו חדש, אשר שינה את ההסדר מעיקרו, והנהיג אבחנה בין מלוות צמודים למלוות שאינם צמודים: בצו הריבית (קביעת שיעור הריבית המקסימלי), תש"ל-1970 נקבע שיעור הריבית המרבי אותו רשאי לגבות המלווה רק בגין "מילווה צמוד ערך". "מילווה צמוד ערך" הוגדר בצו כ"מילווה שסכומו, כולו או מקצתו, צמוד למדד יוקר המחיה או לעליית מחירו של כל דבר אחר, אך למעט מילווה צמוד לשער מטבע חוץ". באופן זה, הוצאו מגדר הפיקוח שיעורי הריבית הנגבים בגין הלוואות שאינן "צמודות ערך", ובכלל זה, הלוואות שאינן צמודות (כגון חשבון חח"ד) והלוואות הצמודות לשערו של מטבע חוץ (או סל מטבעות) כלשהו[11].

ספק בעינינו, אם אבחנה זו עולה בקנה אחד עם רוח חוק הריבית: בחוק הריבית נקבע אמנם, כי שר האוצר מוסמך לקבוע "דרך כלל, או לסוגים של מילוות, את שיעור הריבית המקסימלי שמלווה רשאי לקבל מן הלווה" (סעיף 3(א') לחוק). האבחנה בין סוגי המילוות הנה ברורה, לאור השוני בתנאי ההלוואה, והאבחנה בין

10 למשמעות האבחנה בין הלוואה צמודה להלוואה שאינה צמודה ראו בעמ' 35 לעיל.

11 ראו בעניין זה רע"א 1260/94 **בן חיים נ' אבני חן בע"מ** (לא פורסם). מאידך, הלוואות הצמודות למדד כלשהו של שערי ניירות ערך הנסחרים בבורסה ייחשבו, כפי הנראה, ל"מילוות צמודי ערך", ולפיכך יבואו בגדרו של צו הריבית.

ריבית ריאלית לבין ריבית נומינלית, עליה עמדנו לעיל[12]. אולם, מכאן לא נובעת, לכאורה, הסמכתו של שר האוצר להבחין בין סוגי המלוות לעניין עצם ההחלטה לקבוע בגינם שיעור ריבית מרבית. בית־המשפט העליון אמנם דחה עתירה בה נטען, כי מדיניותו של שר האוצר, כפי שבאה לידי ביטוי בצו הריבית, איננה סבירה, משום שיש בה הפליה של לווים מסוימים (אשר נטלו הלוואות שאינן "צמודות ערך")[13]. ואכן, קשה לראות באבחנה זו משום "הפליה", שהרי לא ניתן לזהות מגזר כלשהו באוכלוסייה ככזה הלווה במילווה "צמוד ערך" דווקא, לעומת מגזר אחר, הלווה במילוות מסוג אחר. אולם, מכאן עדיין לא נובעת בהכרח, לדעתנו, הכרה בכך שקיים מקור סמכות בחוק הריבית, לעיגון המדיניות שננקטה.

יש לזכור, כי עצם הצורך בהתערבות בשוק ההלוואות נובע מן ההכרה בכך, שהלווים אינם נהנים מחופש פעולה מלא. תנאי השוק הביאו את המחוקק להעריך, כי מן הראוי להגן על הלווים מפני תוצאותיה של התחרות החופשית בתחום ההלוואות. משום כך, הטענה, כי הלווים חופשיים להתקשר בהסכמי הלוואה כרצונם, ולפיכך, אם חפצם ליהנות מחסותו של חוק הריבית, עליהם ליטול הלוואות רק מן הסוג ששיעור הריבית המרבי בגינן נקבע בצו הריבית, אינה ממין העניין. אם אמנם נכונה הנחתו של המחוקק, כי יש הצדקה להתערבות בתנאי הלוואות במשק — וכדי לפרש את חוק הריבית לאור תכליתו, עלינו לקבל הנחה זו ללא ערעור — הרי שאין בידי הלווה כוח מיקוח לבחור את סוג ההלוואה. הוראותיו של חוק הריבית הן כופות, באופן שתחולתן אינה פוקעת אם כך בחר הלווה, בדיוק מסיבה זו של חזקה חלוטה בדבר פערים בכוח המיקוח של הצדדים[14].

משום כך, הגבלת היקף תחולתו של חוק הריבית — באמצעות קביעת שיעור ריבית מרבי למילוות "צמודי ערך" בלבד — מצמצמת במידה רבה את אופיו הכופה של חוק הריבית. אבחנה זו מאפשרת למלווים לגבות "ריבית מופרזת", בלא להפר את הוראות חוק הריבית, באמצעות מילוות שאינם "צמודי ערך". כאמור, קשה לראות מהו מקור הסמכות להפעלה מעין זו של סמכות הביצוע שנמסרה לשר האוצר. לדעתנו, יש לראות בסמכות שהוקנתה לשר האוצר בסעיף 3 לחוק הריבית, לקביעת שיעורי ריבית מרביים למילוות השונים, כ"סמכות חובה"[15]. קביעת שיעור הריבית המרבי הנה תנאי הכרחי להפעלתה של המדיניות

12 ראו בעמ' 35 ואילך, לעיל.

13 בג"צ 548/85 דלין נ' נגיד בנק ישראל, פ"ד לט(4) 303.

14 לדיון באופיין הכופה של הוראות חוק הריבית ראו בעמ' 72 ואילך, להלן.

15 לאבחנה בין "סמכות רשות" לבין "סמכות חובה" ולמשמעותה בהקשר של התקנת תקנות לשם ביצוע חקיקה ראו: י' זמיר, הסמכות המינהלית (כרך א, תשנ"ו) 221-232; ר' הר־זהב, המשפט המינהלי הישראלי (תשנ"ז) 103-124 והאסמכתאות שם.

שקבע המחוקק. הימנעות מקביעה שכזו מרוקנת למעשה מתוכן את החוק. לפיכך, יש מקום, לכאורה לפחות, לחייב את שר האוצר לקבוע את שיעורי הריבית המרביים ביחס לכל סוגי ההלוואות המקובלות במשק[16]. רק כך תבוא לידי ביטוי התכלית העומדת בבסיסו של חוק הריבית — הגנה על הלווה מפני "נשיכתו" של הלווה, הגובה "ריבית מופרזת" בגין ההלוואה.

החשש מפני עקיפת הוראות חוק הריבית עקב האבחנה בין סוגי המלוות אינו תיאורטי בלבד, והוא מבוסס על דרכי הפעולה שהתגבשו בפועל בישראל. בשנות השמונים נוצר פער עצום בין הריבית הריאלית בשוק המילוות "צמודי הערך" — השוק המפוקח — לבין הריבית הריאלית בשוק המילוות "שאינם צמודי ערך" — השוק החופשי מפיקוח[17]; ונעשו ניסיונות לעקוף את הוראות חוק הריבית, באמצעות פירעון מילוות "צמודי ערך" באמצעות מילוות "שאינם צמודי ערך"[18]. למרות זאת, לא שונתה עדיין המדיניות המגבילה את היקף הפיקוח למילוות "צמודי ערך" בלבד.

בשנת 1993 שונה, באופן חלקי, היקף תחולתה של ההתערבות בשוק ההלוואות, עם חקיקתו של חוק הסדרת הלוואות חוץ־בנקאיות, תשנ"ג-1993. בחוק זה נקבע, כי כל סוגי ההלוואות נתונות לפיקוח, ובכלל זה הלוואות

---

16 ראייה נוספת למהותה של סמכותו זו של שר האוצר כ"סמכות חובה" ניתן ללמוד מהוראות חוק רבות, בהן נקבע כי הריבית שתחול בגין תשלומים שונים תהא הריבית המרבית שנקבעה מכוח חוק הריבית. משום כך, בעקבות הוצאת צו הריבית מ-1970, בו לא נקבעו שיעורי ריבית מרביים ביחס לכל סוגי ההלוואות, נדרש המחוקק להסמיך את שר האוצר לקבוע בצו נפרד גם את שיעורי הריבית הרלבנטיים לצורך חוקים אלה. כך נעשה בחוק הריבית (שינוי שיעורים), תשל"ג-1972, ראו גם דברי ההסבר להצעת החוק, ה"ח תשל"ב 377. מכוח סמכותו זו התקין שר האוצר צווים לקביעת שיעור הריבית. ראו, לאחרונה, צו הריבית (שינוי שיעורים), תשנ"ג-1993.

17 כך, למשל, בשנת 1984 היתה הריבית הריאלית השנתית ששולמה בגין חשבונות חח"ד (שהנם מילוות שאינם "צמודי ערך") ברבעון הראשון כ-34% וברבעון האחרון קרוב ל-100%, בעוד שיעור הריבית הריאלי המרבי על־פי צו הריבית שהיה בתוקף באותה עת היה 7.5% לשנה בלבד. ראו גם ת.א. (ת"א) 789/87 בנק אוצר החייל בע"מ נ' אילת סוכני מכס ותחבורה בע"מ (לא פורסם), שם ציין השופט מישר, כי המלוות צמודי הערך נחשבו, באותה עת לפחות, ל"מציאה", ש"כל הנזקק לאשראי היה עט עליה". מקורו של פער זה, בין היתר, בתחזיות לאינפלציה גבוהה מזו שהתממשה בפועל. כפי שראינו לעיל, הטענה כי ניתן להסביר פער זה על בסיס הסיכון הגבוה יותר הטמון במלוות שאינם צמודי ערך אינה נכונה: ראו בעמ' 38-39 לעיל.

18 כפי שנראה בהמשך, בית־המשפט קבע, כי אין בכך כדי לשחרר את המלווה מהוראות חוק הריבית. ראו בעמ' 74 ואילך, להלן.

שאינן צמודות. עם זאת, היקף תחולתו של חוק זה הנה מצומצמת מבחינת מהותו של הגוף המלווה, וכפי שניתן ללמוד משמו, הוא הוחל רק ביחס לנותני הלוואה שאינם תאגיד בנקאי[19].

ג. הגדרתה של "הלוואה" לעניין חוק הריבית

חוק הריבית נועד לקבוע את המחיר המרבי בגין עסקאות הלוואה. בלשון חוק הריבית, תחולתו היא ביחס ל"מילווה" בלבד, המוגדר, בסעיף 1 לחוק, כ"כל עיסקת אשראי, לרבות ניכיון שטר והעברת חוב על־פי שטר בדרך אחרת". משום כך נפסק, כי הוראות חוק הריבית אינן חלות, למשל, על "חוב פסוק"[20]. בעניין זה התעוררה השאלה, מהי משמעותו של הביטוי "עסקת אשראי": על־פי מובנו המילולי של הביטוי, "אשראי" כולל לא רק הלוואת כספים, אלא גם מכירה בהקפה[21]. לפיכך נטען, כי כל עסקת מכר שבה נקבע, כי התשלום יבוצע כעבור זמן, אגב הצמדת התמורה לשער מטבע או למדד המחירים בעת התשלום, היא בבחינת "עיסקת אשראי" כמשמעותה בחוק הריבית[22]. אולם, בשורה של פסקי־דין דחה בית־המשפט טענה זו. נקבע, כי חוק הריבית מתייחס אך ורק להלוואת כספים

19 מרבית הוראות החוק — מלבד אלה העוסקות בחובת הגילוי הנאות ובהעמדת ההלוואה לפירעון מיידי — הוחלו גם על מלווים, אשר אינם עוסקים בדרך קבע במתן הלוואות. מאידך, הגנת החוק חלה רק על לווים יחידים, ולא על תאגידים (סעיף 1 לחוק). הוראה זו עלולה לאפשר את עקיפת החוק, על־ידי התנאת מתן ההלוואה בכך שהיא תינתן באמצעות תאגיד כלשהו, תוך מתן ערבות אישית של הלווה לחוב האמור.

20 ראו רע"א 4230/90 כדורי נ' כליף (גולן), פ"ד מה(5) 715.

21 ראו, למשל, מילון אבן־שושן, שם מוגדר הביטוי "אשראי" כ"מכירה של סחורה לא במזומנים אלא בתורת הלוואה". במילון השימושי לתלמוד למדרש ולתרגום מאת קרו וזילברמן הגדרת הביטוי "אשראי" היא "מכירה בהקפה ובהלוואה". וראו בעניין זה תקנות הגנת הצרכן (חישוב שיעור ריבית שנתי), תשמ"ד-1983, שם מוגדרת "עסקה באשראי" כעסקה שהמחיר לה "כולל ריבית על המחיר במזומן, בשל כך שכולו או חלק ממנו אינו משתלם בעת כריתת הסכם המכר או הסכם השירות". להגדרת המונח "אשראי" ראו גם ר' בן־אוליאל, דיני בנקאות (חלק כללי, תשנ"ו) 64-66 והמקורות המובאים שם.

22 לגישה זו ראו ע"א 415/58 בעניין שחף, הערה 6 לעיל, בעמ' 826, שם קבע השופט זוסמן, כי "ההגדרה 'כל עסקת אשראי' תופסת גם בכל עסקה אחרת (לבד מהלוואה) בה מצוי יסוד של הקפה, כגון מכירת נכס בהקפה. עודף המחיר המגיע למוכר אינו בבחינת הלוואה, אלא הוא חלק מהמחיר, אך אף עסקה זו היא 'מילווה' וחוק הריבית, תשי"ז-1957 יחול עליה".

ממש, להבדיל ממכר, שהותנה בו, כי המחיר ישתלם כעבור זמן בתוספת הפרשי הצמדה[23].

נקבע, כי התשובה לשאלה האם מדובר בעסקת הלוואה או בעסקה אחרת היא במידה רבה עניין שבהתרשמות. בית המשפט הניח, כי "אדם רגיל היה אומר, כי 'עיסקת אשראי' מובנה הלוואה רגילה, הלוואת כספים ממש, וכי מכר שהותנה בו כי מחירו ישתלם בשיעורין אינו 'עיסקת אשראי' ואין בינו ובין חוק הריבית מאומה"[24]. פרשנות זו הביאה את המחוקק להסדיר את העסקאות של מכירת טובין באשראי בחקיקה נפרדת[25]. זוהי, אגב, גם התוצאה המקובלת במשפט העברי, שם התבססה האבחנה על יסוד מהותי: הגישה היא, כי יש לבחון מהו האלמנט היסודי אשר לשמו מבוצעת העסקה: האם האלמנט היסודי הוא החליפין של נכס מסוג אחד בנכס מסוג אחר, שאז המדובר בעסקת מכר; או שהאלמנט היסודי הוא דווקא ההשבה של נכס מאותו המין, שאז המדובר בעסקת הלוואה[26].

עם זאת, בהתייחסו לעסקאות של "שכירות פיננסית" ("עסקאות ליסינג"), הגיע בית־המשפט למסקנה שונה. בעסקה מסוג זה מעורבים שלושה צדדים: השוכר, המשכיר (חברת הליסינג), וספק הנכס (יבואן, יצרן או משווק). השוכר יוצר קשר עם הספק, ובוחר נכס המתאים לצרכיו. לשם מימון רכישת הנכס, נכנסת לתמונה

---

23 ראו, למשל, ה.פ. (ת"א) 1344/62 נתן נ' דרורי, פ"מ לא 58, 60; ע"א 28/63 נוביק נ' זיסקינד, פ"ד יז 1160; ע"א 16/63 גרבר נ' אפרתי, פ"ד יז 1117, 1119; ע"א 227/63 רייזמן נ' חיות, פ"ד יז 1625; ע"א 304/66 מנהל עזבון גורביץ נ' פקיד שומה תל־אביב 4, פ"ד כ(4) 594; ע"א 239/69 פקיד שומה חיפה נ' אחים רביב את מ. גוטליב בע"מ, פ"ד כג(2)653; ע"א 408/82 מפעלי תנועה לישראל בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים, פ"ד מ(2) 693, 696-698; עמ"ה 37/80 תמיר נ' פקיד שומה ירושלים, פד"א יא 87, 2; רע"א 4230/90 בעניין כדורי נ' כליף, הערה 20 לעיל, בעמ' 720. אף השופט זוסמן חזר בו, כפי הנראה, מגישתו בע"א 415/58 בעניין שחף, כפי שהובאה בהערה 22 לעיל: ראו, ע"א 448/62 סטרן נ' אפשטיין, פ"ד יז 1093, 1096.

24 ע"א 448/62 בעניין סטרן, הערה 23 לעיל, בעמ' 1096.

25 ראו בעמ' 132 להלן.

26 עמד על־כך בהרחבה ד"ר בן־ציון אליאש: "יסודו של מכר הוא חליפין. הקונה מעונין בנכס פלוני ומוכן להיפטר לשם כך מנכס פלמוני השונה ממנו. המוכר אף הוא מוכן להיפטר מנכס פלוני כדי להשיג את נכס פלמוני. ההבדל בין נכס פלוני לפלמוני אינו רק בחוסר הזהות הפיסית ביניהם אלא בכך ששניהם לא מאותו מין. התמורה המשתלמת למוכר בעד הנכס שמכר, אף אם משתלמת היא בעתיד, אינה מאותו מין של הנכס שנתן. בהלוואה התמורה הניתנת למלווה בתום מועד ההלוואה, אף שאינה זהה פיסית עם מה שניתן, היא מאותו מין ו'משפחה' של מה שניתן": ב"צ אליאש, יסודות בדיני ריבית במשפט העברי (עבודה לקבלת התואר דוקטור, האוניברסיטה העברית, תשל"ז); ראו גם ד"ר א' וינרוט, ריבית (תשנ"ח) 244-280; ע"א 7948/96 בנק הפועלים בע"מ נ' מוסכי צומת גהה (טרם פורסם), סעיפים 20 עד 22 לפסק דינו של השופט אנגלרד; א' הכהן ו"ז' סורוצקין "בנקאות ללא ריבית והיתר עסקא במדינה יהודית דמוקרטית — הלכה ואין מורין כן" שערי משפט ב (תשנ"ט) 77.

חברת הליסינג. זו רוכשת את הנכס מהספק, ומשכירה אותו לשוכר[27]. מבחינה מעשית, חברת הליסינג משמשת לכן כגורם מתווך בלבד, בין השוכר לבין הספק[28]. בעקבות גישתם של פרופ' י' ויסמן ואחרים[29], קבע בית־המשפט המחוזי, כי יש לראות בהתקשרות שבין השוכר לבין חברת המימון כ"מילווה", ולפיכך כעסקה הכפופה להוראות חוק הריבית[30]. בפסיקת בית־המשפט הובהר, כי קביעה זו נחוצה כדי למנוע אפשרות לעקיפה של הוראות חוק הריבית, "על־ידי שמלווה ירכוש את הנכס שלשמו נעשית העסקה, ויחזור וימכרהו ללווה בתשלומי ריבית בגובה שירצה, ונעשית תורת חוק הריבית פלסתר"[31].

נראה לפיכך, כי היסוד המבחין בין עסקת המכר באשראי, אשר אינה נחשבת ל"מילווה", לבין עסקת הליסינג, הנה מעורבותו של הגורם הממן את האשראי: אם המימון בא ממקורות עצמיים של הספק, יטה בית־המשפט שלא לראות בעסקה כבאה בגדרו של חוק הריבית; מאידך, אם המימון נעשה בתיווכו של גוף פיננסי, אשר אינו מזוהה עם הספק, יוגבל שיעור הריבית אותו רשאית לגבות חברת האשראי, בהתאם להוראות חוק הריבית.

---

27 לתיאור עסקת הליסינג ראו, למשל, ש' לרנר, שכירות נכסים (1990) 9-10.

28 מחמת מרכיב זה של עסקאות הליסינג, לפיו אין עיסוקה של חברת הליסינג בציוד הספציפי המושכר ועניינה רק בהיבט המימוני של העסקה, נקבע, כי לצורכי מס, יש לראות בעסקה כעסקת מימון ולא כעסקת שכירות. ראו ת.א. (ת"א) 1657/89 שירותי אשראי מסחרי נ' אבן מנחם (לא פורסם); ת.א. (ת"א) 1832/91 כפר חטים נ' תפארת המכונית בע"מ (לא פורסם); ת.א. (י־ם) 184/86 בן־הרוש נ' בואנה (לא פורסם); ת.א. (ת"א) 4274/85 ליסקו נ' מכבסות הגולן (לא פורסם); ו-ת.א. (ת"א) 280/81 דיסקונט ליסינג 1979 בע"מ נ' בן־ברק (לא פורסם).

29 י' ויסמן, חוק המשכון, תשכ"ז-1967 (תשל"ה) 72. לגישתו של פרופ' ויסמן, אין המדובר בשכירות אמיתית, אלא במסווה לרכישת הנכס על־ידי השוכר, ומשכונו לטובת המשכיר. לגישה דומה ראו ז' פרידמן, ליסינג — מקח אגב שכירות במשפט הישראלי (תשנ"א) 118: "פקידי חברת הליסינג כל תפקידם... הנו להשיג אשראים כספיים מבנקים או חברות מימון... לשם מימון עסקאות ליסינג מימוניות. אם נבדוק מה ארע כאן מבחינה עסקית נראה, כי חברת הליסינג מעמידה מימון ללקוח לשם רכישת הציוד בהלוואה צמודת מדד או צמודת מט"ח בתוספת ריבית... זו היא עסקת מימון הדומה לעסקת הלוואה של מוסד בנקאי". מאידך, בת.א. (חי') 1017/85 הפועלים ליסינג בע"מ נ' ויינשטיין (לא פורסם), נקבע, כי על הסכם הליסינג חלים דיני השכירות; וב-ה.פ. (ת"א) 13802/86 ליסקו נ' מדינת ישראל (לא פורסם), נקבע, כי חברת הליסינג היא בעלת הציוד.

30 ת.א. (י־ם) 380/92 טיפול שורש — ניהול ושירותים למרפאות שיניים (ישראל מס' 1) בע"מ נ' הפועלים ליסינג בע"מ (טרם פורסם). בית־המשפט הפנה גם לפסיקה אמריקאית בעניין זה. ראו, למשל, **Bell v. Itek**, 555 S.W. 2nd. 608; **Hill v. Bentco**, 708 S.W. 2nd 608; **Commercial Credit Equipment v. Scoboda**, 320 F.Supp. 3rd 621; **Mcgalliard v. Liberty**, 94 A.L.R. 621.

31 ת.א. (י־ם) 380/92 בעניין טיפול שורש, הערה 30 לעיל.

ד. קביעתו של שיעור הריבית המרבי

לפי סעיף 1 לחוק הריבית, "ריבית מופרזת" היא ריבית ששיעורה עולה על השיעור המקסימלי שנקבע בצו שהוצא על־ידי שר האוצר. כאמור, שיעורי הריבית המרביים מתייחסים למלוות "צמודי ערך" בלבד. בצו הריבית משנת 1957 נקבע, כי שיעור הריבית המרבי בגין מלוות מסוג זה הנו 6.5% לשנה; לאחר מכן הועלה שיעור זה ל-9%; בשנת 1970 הופחת שיעור הריבית המרבי ל-7.5% לשנה בגין המלווה עצמו, ונקבע ל-11% לשנה בגין ריבית פיגורים; ואילו ביולי 1985 נקבע, כי שיעור הריבית המכסימלי הנו 13% לשנה, ו-17% לשנה בגין ריבית פיגורים[32]. אלה הם השיעורים הנוהגים גם במועד כתיבת שורות אלה (ינואר 1998), והם חלים ביחס למילוות "צמודי ערך" שניתנו מיום פרסום התיקון (23.7.85) ואילך[33]; ואילו לגבי מילוות שניתנו עד לאותו יום, השיעורים המרביים הם 7.5% לשנה ו-11% לשנה בגין ריבית פיגורים[34].

שיעורי הריבית המרביים ביחס להלוואות חוץ־בנקאיות נקבעו בחוק המסדיר הלוואות אלה. בדומה לחוק הריבית, אף תכליתו של חוק זה להגן על הלווה[35]. המחוקק הכיר בכך, שיש צורך גם בקיומו של שוק ההלוואות החוץ־בנקאיות, שכן באמצעותו "מוענקות הלוואות לאנשים שהמערכת הבנקאית אינה מוכנה לתת להם אשראי בשל העדר בטחונות מספיקים, וכן שתנאי האשראי בשוק זה משקפים את רמת הסיכון הגבוהה"[36]. משום כך, הריבית המרבית אותה רשאים לגבות בשוק זה נקבעה בשיעור גבוה יותר מזה המקובל בשוק ההלוואות הבנקאיות[37]. בשונה מן הדרך שננקטה בחוק הריבית, הוראות הפיקוח נקבעו בחוק עצמו, ולא הושארו לקביעתו של מחוקק המשנה.

---

32 צו הריבית (קביעת שיעור הריבית המכסימלי) (תיקון), תשמ"ה-1985.

33 עדכון שיעורי הריבית אינו חל למפרע. משום כך נפסק, כי שיעורי הריבית המעודכנים יחולו אך ורק לגבי מילוות שניתנו לאחר תחילת תוקפו של צו הריבית (תיקון), ולא יחולו על חיובי ריבית וריבית פיגורים שעילתם מילוות שניתנו לפני כניסת התיקון לתוקף. ראו ת.א. (ב"ש) 165/88 מלון נאות מדבר בע"מ נ׳ הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ (לא פורסם) (החלטה מיום 5.12.94).

34 טענה כנגד בטלות הוראות צו הריבית, מחמת אי סבירות קיצונית של שיעורי הריבית המרביים שנקבעו בו, נדחתה. ראו ת.א. (י־ם) 278/90 א.צ. ברנוביץ ובניו קבלנות ובניה בע"מ נ׳ "טפחות" בנק למשכנתאות בישראל בע"מ, פ"מ תשנ"א (ב) 504, 508-511.

35 ראו הצעת חוק הסדר הלוואות חוץ־בנקאיות, תשנ"ג-1993, ה"ח 117: "מוצע לקבוע בחוק שיעור מרבי לריבית בהלוואות שאינן בנקאיות, ובדרך זו, למנוע ממלווים שאינם תאגיד בנקאי מורשה ומפוקח, לנצל את מצוקתם של צרכנים שאינם בעלי כוח מיקוח, ועקב כך מסכימים ללוות כספים בתנאים בלתי סבירים".

36 שם.

37 בחוק נקבעו הוראות נוספות, בעניין חובות גילוי, דרך עריכתו של חוזה ההלוואה ועוד. ראו בעניין זה בעמ׳ 129 ואילך, להלן.

בסעיף 5 לחוק זה נקבע, כי "העלות הממשית של האשראי" לא תהיה גבוהה מפי שניים ורבע מן העלות הממוצעת של האשראי הלא צמוד בבנקים, כפי שתתפרסם על־ידי בנק ישראל, ככל שהיא ידועה בעת מתן ההלוואה. במקרים של הלוואה בריבית משתנה או של הלוואה צמודה, תיבדק העלות הממוצעת של האשראי בבנקים, "לפי הידוע במועד שבו משתנה שיעור הריבית לעניין ריבית משתנה, או במועד כל תשלום לעניין הצמדה". בסעיף 6 לחוק נקבע, כי שיעור ריבית הפיגורים לא יעלה, בחישוב שנתי, על חמישית שיעור העלות הממשית של האשראי.

ה. המרכיבים הנכללים במונח "ריבית": הפרשי הצמדה ועמלות תיווך

כפי שראינו בפרק א' לעיל, כאשר מדובר בהלוואה צמודה, הסכום אותו נדרש הלווה לשלם בגין ההלוואה כולל שני מרכיבים: ריבית והפרשי הצמדה. ראינו, כי הפרשי ההצמדה משקפים את הצורך להתאים את ערכה הנומינלי של קרן ההלוואה לשינויים בערך הכסף המתרחשים בין מועד מתן ההלוואה לבין מועד (או מועדי) פירעונה. כך גם באשר להפרשי הצמדה בגין תשלומי הריבית[38]. הערך הרלבנטי לקביעת ה"מחיר" המשולם בגין ההלוואה הנו הריבית הריאלית. בהתאם, שיעור הריבית המרבי הקבוע בצו הריבית מתייחס אל הריבית הריאלית בלבד, ולא אל הפרשי ההצמדה המשולמים בגין הקרן והריבית בעקבות שינויים בערך הכסף.

חשוב להדגיש עם זאת, כי תוצאה זו, הנראית לכלכלן ברורה מאליה, אומצה בתיקון לחוק הריבית רק בשנת 1992, במסגרת חוק הריבית (תיקון מס' 3), תשנ"ב-1992. נקבע שם, כי "ריבית" לעניין חוק הריבית, אינה כוללת כל סכום המתווסף לקרן עקב הצמדה. קדמה להוראה זו הוראת סעיף 2 לחוק הריבית, שם נקבע, כי הפרשי ההצמדה המתווספים לסכום ההלוואה ייכללו בגדר המונח ריבית, בגין מילווה לתקופה העולה על שנתיים. הוראה זו תוקנה לראשונה בשנת 1989, שם קוצרה התקופה לשנה אחת בלבד[39]. כאמור, עיוות זה תוקן רק בשנת 1992, עת נקבע במפורש, כי הפרשי ההצמדה אינם נחשבים ל"ריבית" לעניין חוק הריבית, והוראת סעיף 2 לחוק בוטלה.

38 ראו בעמ' 34 ואילך, לעיל.
39 חוק הריבית (תיקון מס' 2), תשמ"ט-1989.

אחד הקשיים העיקריים בקביעת מחיר מרבי לעסקת הלוואה, נעוץ בהגדרתה של התמורה המשולמת בעד ההלוואה. כפי שראינו בפרק א׳ לעיל, שיעור הריבית האפקטיבי בגין הלוואה עשוי להיות שונה מן הריבית הנקובה בגין ההלוואה. הסדרים כגון חיוב הלווה לפרוע מראש את תשלומי הריבית, חיוב הלווה בתשלום עמלות שונות בגין ההלוואה, ודרך חישוב הריבית בגין תקופת ההלוואה, משפיעים על שיעורה של הריבית האפקטיבית בה מחויב הלווה[40].

לפיכך, נקבעה בסעיף 1 לחוק הריבית הגדרה רחבה של המושג "ריבית", וזאת כדי להגביל את האפשרות לעקוף את הוראות החוק בדבר הריבית המרבית אותה מותר לגבות. על־פי הגדרה זו, "ריבית" הנה "כל תמורה הניתנת בקשר עם מילווה, ויש בה משום תוספת לקרן, לרבות דמי עמילות ודמי ניכיון המשתלמים כאמור, בין שנקראים בשם ריבית ובין שנקראים בשם אחר, למעט כל סכום המתוסף לקרן עקב תנאי הצמדה לשער החליפין של המטבע הישראלי, למדד המחירים לצרכן או למדד אחר שמפרסמת הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה"[41].

משמע, כל תשלום המוטל על הלווה צריך להיבחן מבחינה מהותית: אם המדובר בתמורה הניתנת "בקשר" עם המילווה, ואשר אינה בגדר קרן או הפרשי הצמדה בלבד, רואים בה, לעניין חוק הריבית, כנכללת בגדר ה"ריבית" המשתלמת בגין ההלוואה. לכן, חיוב ריבית מראש, כמו גם חיוב בעמלות שונות בקשר עם ההלוואה, יביאו לכך ששיעור הריבית האפקטיבי המשולם בגין ההלוואה, שהוא הרלבנטי לצורך חוק הריבית, כפי שנראה מיד, יהיה גבוה משיעור הריבית הנקוב בגין ההלוואה.

בפסיקה נדונו מספר סוגיות שעניינן היקפה של הגדרת המושג ריבית. עניינה של הסוגיה הראשונה אותה נסקור הוא עסקאות של "תיווך שטרות". כדי לעקוף את הוראות חוק הריבית, הופעלה על־ידי הבנקים הטכניקה הבאה: במקום לקבל פיקדונות ולתת הלוואות, העדיפו הבנקים לשמש כמתווכים בין מלווים ללווים, בלא שהבנק עצמו משמש כלווה או כמלווה. לשם כך, יצר הלווה שטר, ובו התחייב להשיב את קרן ההלוואה, בצירוף ריבית לפי השיעור המרבי המותר. המלווה (אשר אף הוא היה לקוחו של הבנק), רכש את השטר בערבות הבנק. נוסף

---

40 ראו בעניין זה בעמ׳ 26 ואילך, לעיל. וראו (ביחס לעסקאות לרכישת טובין או שירות באשראי) את תקנות הגנת הצרכן (חישוב שיעור ריבית שנתי), תשמ"ד-1983, שם נקבע, כי "ריבית" היא "כל תמורה שמשלם הצרכן בקשר לעסקה באשראי, שיש בה משום תוספת על המחיר במזומן, לרבות הוצאות גבייה, דמי דואר, הוצאות משפטיות וכל תשלום אחר, בין שנקראים בשם ריבית ובין שנקראים בשם אחר".

41 בחוק הסדרת הלוואות חוץ־בנקאיות, תשנ"ג-1993, נקבעה הוראה גורפת עוד יותר, באמצעות התייחסות אל "העלות הממשית של האשראי", ולא אל מרכיב הריבית דווקא.

על הריבית אותה נדרש הלווה לשלם על־פי השטר, ואשר שולמה למלווה, חויב הלווה גם בעמלת תיווך, אשר שולמה לבנק. בדרך זו ביקשו הבנקים לעקוף את הוראות חוק הריבית.

בנוקטו גישה שתכליתה צמצום היקף תחולתו של חוק הריבית, קבע בית־המשפט העליון, בדעת רוב, בע"א 58/68 בעניין זורגר, כי בגדרו של המונח "ריבית" לא כלולה עמלת התיווך האמורה: בפסק־הדין הובעו שלוש דעות: הגישה הקיצונית מן הצד האחד היא גישתו של מ"מ הנשיא זילברג, אשר היה בדעת הרוב. עמדתו היא פורמלית, ולפיה "ריבית" היא אך ורק תמורה ה"תופחת ומרבה פריודית (תקופתית) את כספו של המלווה המצוי בידי הלווה"[42]. מאידך, "העמלה המשתלמת לבנק אינה מגדילה שום סכום, לא אצל הבנק ולא אצל מישהו אחר"[43], ומשום כך, היא איננה בגדר "ריבית". לדעתנו, גישה זו אינה עולה בקנה אחד עם הוראתו המפורשת של סעיף 1 לחוק הריבית, הכוללת התייחסות אף אל "דמי עמילות", הגם שאלה אינם "מרבים פריודית".

מ"מ הנשיא זילברג השתית את פסק־דינו גם על העובדה, שעמלת התיווך לא שולמה למלווה, אלא לבנק. הוא דחה את הטענה, כי יש להפשיט את העסקה מן האצטלה המשפטית שלה, ולבחון את מהותה הכלכלית: הבנק איננו המלווה בעסקת תווך השטרות, ולכן מוצדק להבחין בין הריבית המשולמת בגין עסקת ההלוואה לבין עמלת התיווך המשולמת לבנק[44]. בהתייחסו להיבט זה קבע השופט זוסמן, אשר אף הוא נמנה עם דעת הרוב, מבחן מהותי. לגישתו של השופט זוסמן, יש לבחון בעד מה שולמה העמלה שבה מדובר: אם ניתן שירות כלשהו, אין לראות בתשלום חלק ממרכיב הריבית. בנסיבות הנדונות כאן, מכיוון שהבנק אכן סיפק שירותי תיווך, אין הצדקה לקרוא לפעולתו בשם "מילווה" ולעמלה שהוא גובה בגינה בשם "ריבית". במקרה כזה, אין המדובר ב"עסקה פיקטיבית אחת, אלא נעשו שתי עסקאות, אחת של מילווה ואחת של תיווך"[45].

לעומתם סבר השופט הלוי, בדעת מיעוט, כי אין מקום לראות בבנק מתווך גרידא. לגישתו, הבנק הוא בעל תפקיד ממשי בעסקת ההלוואה עצמה, ומשום כך, יש לראות בעמלת התיווך חלק מן הריבית[46].

---

42 ע"א 58/68 בעניין זורגר, הערה 2 לעיל, בעמ' 657.

43 שם.

44 ראו שם, בעמ' 657: "קשה לי להעלות על הדעת, כי איזה מחוקק שהוא, יראה כ'ריבית' תשלום הנעשה על־ידי הלווה לאדם שלישי זולת המלווה". וראו, באופן דומה, רמב"ם, הלכות מלווה ולווה פרק ה' הלכה י"ד: "מותר לאדם ליתן לחברו דינר כדי שילווה לפלוני מאה דינרים, שלא עשה תורה אלא ריבית הבאה מן הלווה למלווה". וראו גם שולחן ערוך יורה דעה, סימן קס סעיף י"ג.

45 ע"א 58/68 בעניין זורגר, הערה 2 לעיל, בעמ' 670.

46 שם, בעמ' 663-665.

יסודה של תפיסתה של דעת הרוב בעמדה, כי מן הראוי לצמצם ככל שניתן את היקף תחולתו של חוק הריבית: "המחוקק ידוע ידע, כי אם הוא יגדיר את החוק בצורה האוסרת תיווך שטרות, ינהרו הלווים הפוטנציאליים בהמוניהם לסמטאות האפלות, ויפלו שם לתוך הלוע השחור של נושכי נשך שפלים, ללא כל פיקוח וללא כל השגחה. ... [החלת חוק הריבית על עסקי תיווך שטרות תביא לכך ש]למחוקק לא תהיה ברירה, בלתי אם לבטל באופן רטרואקטיבי את חוק הריבית"[47]. טיעון דומה העלה פרופ׳ א׳ פרוקצ׳יה: "לכאורה, היה ניתן לשרת את מטרת המחוקק טוב יותר על־ידי פסילת חוקיותה של עיסקת תווך השטרות, שכן מטרת החוק היתה להגן על לווים לבל ישלמו תשלומי נשך, ובעסקת תווך השטרות שילמו למעלה מן התעריף הסטטוטורי המותר. אך התבוננות צרה מעין זו היתה עלולה להחטיא את המטרה, בהתעלמה מאופיו של החוק כמוצר, כחפץ החשוף לתחרות, עם חלופות אחרות המזומנות לבחירתו של הצרכן. ... חוק ריבית פחות מדי אטרקטיבי ... יגרור הגירה של הצרכנים (הלווים) למוצרים חלופיים, שהשימוש בהם יפגע ברווחת הלווים יותר מאשר השימוש בחוק הריבית — ואפילו יפורש חוק זה באופן המכשיר את עיסקת תווך השטרות". משום כך, לגישתו, "אם בית המשפט רוצה ליתן תוקף לכוונתו האמיתית של המחוקק, קרי: הוזלת האשראי, אין לו ברירה אלא לאמץ פרשנות המכשירה את עיסקת תווך השטרות, שממבט שטחי, לא כלכלי, דווקא מייקרת את האשראי"[48].

לדעתנו, מבחינת זווית ראייה הבוחנת את המהות הכלכלית של הדברים, קשה להסכים לעמדה זו. מבחינה כלכלית, אין כל ספק, כי תיווך השטרות נועד לעקוף את ההגבלות הקבועות בחוק הריבית: פעולתו של הבנק הנה, בכל מקרה, פעילות של תיווך פיננסי. הבנק הנו בעל מקורות עצמיים מוגבלים, והמקור העיקרי למימון ההלוואות שהוא נותן ללקוחותיו, הנו כספים שהופקדו בידיו על־ידי לקוחות אחרים. שינוי צורתה של עסקת ההלוואה בה מעורב הבנק, על־ידי יצירת קשר אישי כביכול בין הלווה למלווה, אינו צריך לשנות, לגישתנו, את מהותה של העסקה שבה מדובר: בסופו של דבר, הלווה נדרש לשלם, בגין ההלוואה שקיבל, ריבית אפקטיבית הגבוהה מן הריבית המרבית הקבועה בחוק. העובדה שחלק מן התמורה מועבר ישירות לידיו של המלווה (ולא בעקיפין בלבד, כפי שקורה בעסקאות הלוואה רגילות, בהן פועל הבנק כמתווך פיננסי), אינה צריכה לשנות דבר. בכל עסקת הלוואה מבצע אפוא הבנק שירות של תיווך עבור הלווה. משום כך, קשה להצדיק, בעינינו, את האבחנה בין שירות מתן ההלוואה לבין שירות התיווך.

---

47 שם, בעמ׳ 659.

48 א׳ פרוקצ׳יה, הערה 2 לעיל, בעמ׳ 427. לגישה דומה ראו ד׳ פרידמן וג׳ כהן, חוזים (תשנ״א, כרך א) 64; ע״א 7948/96 בנק הפועלים בע״מ נ׳ מוסכי צומת גהה (טרם פורסם), סעיף 21 לפסק־דינו של השופט אנגלרד.

האבחנה צריכה להתבסס על מאפיין שונה בתכלית: לגישתנו, קביעת מעמדו של הבנק צריכה להיעשות לאור הבחינה, מיהו הגורם אשר נושא בסיכון במקרה של אי פירעון ההלוואה על־ידי הלווה. אם הבנק נותר אחראי כלפי הצד השלישי, המוצג כמלווה, לפירעון ההלוואה על־ידי הלווה, מן הדין, לגישתנו, להסיר את האצטלה הפורמלית, ולראות בעסקה המפוצלת עסקה אחת. הערבות שנתן הבנק למלווה, לפירעון השטר על־ידי הלווה, היא הנותנת, כי בפנינו עסקת הלוואה בין הבנק לבין הלווה.

אכן, ניתן לסבור, כי אין הצדקה להתערבות בשוק ההלוואות, על־ידי קביעת שיעור ריבית מרבי. ניתן להעריך, כי שיעור הריבית המרבי שנקבע הנו נמוך מדי. אולם, כפי שציין השופט הלוי, בדעת המיעוט בפרשת זורגר, "אם יש בחוק או בצו הריבית משום גזירה שאין רוב הציבור יכולים לעמוד בה, על המחוקק או על שר האוצר לתת את דעתם על כך, כדי לתקן את המעוות. עקיפת חוק אינה דרך לתיקון המעוות"[49].

ואכן, בפסיקה מאוחרת ניכרים ניסיונות לצמצם את תחולתה של הלכה זו, באופן שהביא, למעשה גם אם לא להלכה, לשינוייה. כך, בע"א 359/69 בעניין בן סימון, קבע בית המשפט, כי עמלות אשר נגבות על־ידי גורם אשר פועל עבור הבנק ומטעמו, נכללות בגדרו של המונח "ריבית" לצורך חוק הריבית. בית־המשפט החיל את המבחן שקבע השופט זוסמן בע"א 58/68 בעניין זורגר, תוך זניחת גישתו הפורמלית של מ"מ הנשיא זילברג: "במקרים כאלה לא הצורה החיצונית קובעת, כי אם המהות הפנימית האמיתית של העסקה. אילו עשה הבנק למערער 'מלאכה של ממש' בנוסף למתן ההלוואה, היה זכאי לבוא על שכרו... . במקרה שלפנינו, מלבד מתן ההלוואה לא עשה הבנק שום מלאכה בשביל המערער ולא נתן לו שום שירות אשר יצדיק קבלת סכום כלשהו תמורתם... . על כן, אף דמי עמילות שלקחה לעצמה חברת ארגוס, אשר לכל הדעות פעלה בעניין זה כמתווכת או כסוכנת של הבנק, אפשר היה לזקפם לחובת הבנק כגביית ריבית מופרזת, אם הבנק ידע או סמך ידו על־כך או אישר את הדבר בדיעבד"[50].

כאמור, החלת גישתו של השופט זוסמן מהווה צעד ראשון להחזרת עטרתו של חוק הריבית ליושנה. הנקודה החשובה בגישה זו היא, התעלמות מן העובדה שחלק מן התמורה בגין ההלוואה שולמה לצד שלישי. רק אם ניתן שירות נפרד מן השירות בגין ההלוואה עצמה, לא יצורפו, לצורך חוק הריבית, הסכומים שנדרש הלווה לשלם לסכום אחד, המהווה את דמי הריבית בגין ההלוואה.

---

49 ע"א 58/68 בעניין זורגר, הערה 2 לעיל, בעמ' 668. וראו גם ת.א. (י־ם) 278/90 בעניין ברנוביץ, הערה 34 לעיל, בעמ' 508-511. חקיקתו בשנת 1993 של חוק הסדרת ההלוואות החוץ־בנקאיות מעידה, כי המחוקק לא שינה את עמדתו בסוגייה זו.

50 ע"א 359/69 בן סימון נ' בנק כרמל למשכנתאות והשקעות בע"מ, פ"ד כד(1) 171, 176.

הצעד השני לחיזוק מעמדו של חוק הריבית הוא בדרך יישומה של גישה זו. בעוד השופט זוסמן מוכן היה לראות, בעניין שנדון בע״א 58/68 בעניין זורגר, בשירותי התיווך שסיפק הבנק כעסקה נפרדת מעסקת ההלוואה, ניכרת בפסיקה שבאה בעקבותיו נכונות לבחון בקפידה, האמנם ניתנו על־ידי המלווה שירותים נוספים, בנפרד מעסקת ההלוואה עצמה. ראינו ביטוי לגישה זו בע״א 359/69 בעניין בן סימון, באשר לתשלום עמלת תיווך לחברה הקשורה לבנק המלווה; וניתן להפנות גם אל פסק־דינו של בית־המשפט המחוזי בת.א. (י־ם) 278/90 בעניין ברנוביץ׳[51]. שם נקבע, כי תשלומים שכונו בשם ״עמלה״, ״הוצאות שכר טרחת עורך־דין״ ו״הוצאות משפט״, בהם חייב בנק את לקוחו אגב התקשרות בעסקת הלוואה, בנוסף על הריבית הנקובה, מהווים כולם חלק מן הריבית ששולמה בגין ההלוואה, לצורך חוק הריבית.

חשוב להבהיר עם זאת, כי הקביעה אילו תשלומים ייחשבו כ״ריבית״ לצורך חוק הריבית הנה עניין עובדתי בעיקרו. בית־המשפט לא יכלול כל תשלום שהוא בו מחויב הלווה אגב ההתקשרות בעסקת ההלוואה, כחלק מן הריבית, בטרם הוכחה מהותו של התשלום. כך, בת.א. (י־ם) 278/90 בעניין ברנוביץ׳, נקבע, כי בנסיבות העניין, אין המדובר ב״הוצאות לגיטימיות״, אלא בתוספת לריבית המרבית המותרת, שהוסוותה בכינויים שונים[52]. מאידך, בת.א. (ת״א) 1272/87 בעניין בית זייד נדחתה תביעה לכלול תשלומים בגין ״עמלת הקצאת אשראי״ בגדר הריבית, לעניין חוק הריבית. נקבע, כי נטל ההוכחה בעניין זה מוטל על הלווה, וכי ״בהיעדר תשתית ראייתית על מהותה של העמלה וחיוניותה, אם בכלל, להקצאת האשראי״, אין מקום לקבוע כי גלומה בה ריבית[53].

ביטוי מובהק לסטייה מהלכת זורגר, ניתן בת.א. (ת״א) 670/92 בעניין אשד. בפרשה זו מומנה ההלוואה הצמודה שניתנה ללקוח אחד של הבנק, מכספי פיקדון שהפקיד לקוח אחר ברשות הבנק (וזאת, כך נטען, עקב מצוקת נזילות של הבנק, ביחס למתן הלוואות צמודות מדד), לאחר קבלת הסכמתו של הלקוח המפקיד. הלווה חויב בשני תשלומים: האחד, אשר כונה ״עמלה״, הועבר לידי הלקוח המפקיד; והשני, אשר כונה ״ריבית״, הועבר לידי הבנק. בהתעלמו מן האצטלה הפורמלית של העסקה קבע בית־המשפט המחוזי, כי סיכום שני התשלומים מבטא את ה״ריבית״ בגין ההלוואה, לצורך חוק הריבית: ״[מסעיף 1 לחוק הריבית] ניתן להבין, שנותן התמורה הוא מקבל המילווה. ... הסעיף אינו קובע שהתוספת הזו

51 ת.א. (י־ם) 278/90 בעניין ברנוביץ, הערה 34 לעיל, בעמ׳ 508.

52 שם.

53 ת.א. (ת״א) 1272/87 בנק הפועלים בע״מ נ׳ בית זייד כפר שיתופי בע״מ, פ״מ תשנ״ב ג׳ 19, 30-31.

צריכה ל'התייחד' לצד זה או אחר; כל שהיא צריכה להיות, זה תוספת לקרן. הדגש הוא על התוספת לקרן לאור נקודת המוצא הבסיסית של המחוקק למנוע עקיפות של חוק הריבית, בכך שהתוספת תקרא בשם אחר, תשולם בדרך אחרת, או תפוצל בין מספר גורמים לכאורה 'עצמאיים'"[54].

כפי שכבר הבהרנו לעיל, אנו סוברים, כי לפחות מבחינת המהות הכלכלית של העסקה, עדיפה גישתו של בית־המשפט המחוזי בעניין אשד. אין מקום להבחין בין שירותי התיווך של הבנק מזה, ושירותי מתן ההלוואה מזה. השניים, כאחד, מהווים עסקה אחת, שהתמורה בגינה היא אחת — דמי הריבית בגין ההלוואה — יהא שמה אשר יהא (בכפוף למבחן שהוצע, בדבר הגורם הנושא בסיכון במקרה של אי פירעון ההלוואה). תשלום חלק מן התמורה לצד שלישי — אשר הפקיד את הכספים בידיו של הבנק המתווך, או גורם הפועל בשמו של הבנק — לא יביא לשינוי בתוצאה זו. רק אם התשלום הנוסף ניתן בעד שירות נוסף וממשי כלשהו, הוא לא ייחשב כריבית לעניין חוק הריבית[55].

לבסוף, בהתייחסו ל"עמלת פירעון מוקדם" קבע בית־המשפט העליון, כי אף זו נכללת בגדר "ריבית" כמשמעותה בחוק הריבית[56]. אולם, לא היה בכך כדי להביא להכרזה על החיוב בעמלת פירעון מוקדם כסותר את חוק הריבית: על־פי צו הבנקאות (עמלות פירעון מוקדם) (תיקון), תשמ"ט-1989 (שבוטל בינתיים), הורשו הבנקים לגבות "עמלת פירעון מוקדם", כתוספת לריבית המשולמת בגין ההלוואה, וזאת במקרים בהם בוחר הלווה לפרוע את ההלוואה במועד מוקדם מזה שנקבע בהסכם ההלוואה[57]. בעתירה שהוגשה כנגד תוקפו של צו זה נטען, כי לצורך חוק הריבית, יש לצרף את עמלת הפירעון המוקדם לשיעור הריבית המוסכם, ואם הסכום המתקבל גבוה מן הריבית המרבית המותרת לפי צו הריבית, תופחת עמלת הפירעון המוקדם בהתאם. בית־המשפט קיבל אמנם את הטענה, כי עמלת הפירעון המוקדם הנה חלק מן ה"ריבית", כמשמעותה בחוק הריבית; אולם, העתירה נדחתה לאור הקביעה, כי את עמלת הפירעון המוקדם יש לפרוס על פני

---

54 ת.א. (ת"א) 670/92 בנק הפועלים בע"מ נ' אשד חידוש צמיגים ומוצרי גומי בע"מ (לא פורסם).

55 ראוי להוסיף עוד, כי בנסיבות בהן המלווה הוא תאגיד בנקאי, הרי שאם אכן מוכח, כי התמורה הנוספת ניתנה בעד שירות כלשהו שנתן המלווה, עלול הדבר להיחשב להתניית שירות בשירות. על־פי סעיף 7(א') לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981, "לא יתנה תאגיד בנקאי מתן שירות בקניית שירות אחר או נכס ממנו או מאדם אחר שהתאגיד ציין, אלא אם קיים קשר עסקי סביר בין השירות המבוקש לבין קיום התנאי". ראו בעניין זה א' וינרוט וב' אדלשטיין, התניית שירות בשירות על־ידי תאגיד בנקאי (תשנ"ו) 41-43.

56 בג"צ 3627/90 בראשי נ' נגיד בנק ישראל, פ"ד מז(1) 109, 123.

57 לסקירת ההוראות הרלבנטיות בסוגייה זו ראו בעמ' 109-110 להלן.

יתרת השנים עד ליום הפירעון המתוכנן, ולא לחשבה כתוספת לריבית המוסכמת המשולמת בשנה אחת[58].

ו. הריבית המרבית כ״ריבית אפקטיבית״: ניכוי שיעור הריבית מראש ודרך חישוב הריבית

כפי שראינו בפרק א׳ לעיל, בדומה לחיוב הלווה בעמלות, אף ניכוי הריבית מראש מקרן ההלוואה גורם לכך שהריבית האפקטיבית המשולמת בגין ההלוואה הנה גבוהה מן הריבית הנקובה[59]. משום כך, אם ההלוואה מחויבת בריבית המרבית המותרת על־פי חוק הריבית, אולם הריבית מנוכה מראש מקרן ההלוואה, הרי שהריבית האפקטיבית בגין ההלוואה הנה גבוהה מן הריבית המותרת. במקרה כזה, ייחשב הדבר לגביית ״ריבית מופרזת״[60]. מכאן, שאם הריבית מנוכה מראש מקרן ההלוואה, הרי שהריבית (הנקובה) המרבית אותה רשאי לגבות המלווה (בהינתן שהריבית האפקטיבית המרבית המותרת הנה 13%, לפי צו הריבית) הנה 11.5% בלבד[61].

גורם חשוב נוסף המשפיע על שיעור הריבית המשולם בפועל הנו דרך חישוב הריבית. כפי שראינו בפרק א׳ לעיל, אם תקופת ההלוואה שונה מן התקופה בגינה נקוב סכום הריבית, יש להבחין בין דרכים שונות אפשריות לחישוב הריבית: ריבית פשוטה וריבית מצטברת (ריבית דריבית). ריבית פשוטה היא דרך חישוב בה הריבית מוחלת על קרן ההלוואה בלבד; ואילו בריבית מצטברת, הריבית מוחלת על קרן ההלוואה בצירוף הריבית שנצברה עד לאותה תקופה[62]. ראינו, כי כאשר הריבית מחושבת בשיטה השנייה, הריבית האפקטיבית, היינו הריבית הנגבית בפועל בגין ההלוואה, הנה גבוהה מן הריבית הנקובה.

---

58 שם. לגישה זו ראו גם ע״א 14/63 חברה להשקעות קבע בישראל בע״מ נ׳ סלבר, פ״ד יז 1655, 1661.

59 ראו בעמ׳ 29 ואילך, לעיל.

60 דרך אחרת להגדלה ״סמויה״ של הריבית הנה באמצעות עיכוב בזיכוי חשבון ההלוואה של הלווה, מעבר למועד בו הועבר הכסף לרשות המלווה. לדיון בסוגייה זו בהקשר של הפקדת שיקים לחשבון שוטף ראו בעמ׳ 112 ואילך, להלן.

61 וזאת, משום שכפי שראינו בעמ׳ 30 לעיל, כאשר הריבית מנוכה מראש מקרן ההלוואה, הריבית האפקטיבית שווה לביטוי: [(הריבית הנקובה — 1)/ הריבית הנקובה]. בהתאם, הריבית הנקובה היא [(הריבית האפקטיבית + 1) / הריבית האפקטיבית]. במקרה בו הריבית האפקטיבית היא 13% (הריבית המרבית המותרת לפי צו הריבית), הריבית הנקובה המרבית המותרת היא 11.5% = 0.13/1.13 .

62 ראו בעניין זה בעמ׳ 26 ואילך, לעיל.

לדעתנו, הריבית המרבית הקבועה בצו הריבית, עניינה הריבית האפקטיבית (היינו, הריבית המחושבת, בהתאם לשיטה שיושמה בפועל), ולא הריבית הנקובה (הריבית התעריפית) בגין ההלוואה. בדונו בעניין זה הגיע אמנם בית־המשפט המחוזי למסקנה הפוכה[63]; אולם, כפי שנפרט מיד, ספק אם קביעה זו הנה הכרחית לאור לשון החוק, כפי שפורשה במקרים אחרים, ואם זוהי אכן ההלכה המחייבת כיום.

לגישתו של בית־המשפט המחוזי בת.א. (ת"א) 1272/87 בעניין בית זייד, הריבית המרבית הקבועה בצו הריבית, עניינה הריבית הנקובה בלבד, ולא הריבית האפקטיבית[64]. בקביעתו זו הסתמך בית־המשפט על הוראת סעיף 5 לחוק הריבית, אשר לפיה, "לא ידרוש אדם ולא יקבל ריבית דריבית שנצטברה בתקופות פחותות משלושה חודשים ...". לגישתו של בית־המשפט, "אין משמעות להיתר צבירת ריבית דריבית, אם ... בכל מקרה, סך כל תשלומי הריבית במשך השנה לא יעלה על סכום הריבית הנומינלית. פרשנות כזו לא הצריכה את היתר המחוקק לגביית ריבית דריבית בתנאים המפורטים בצו הריבית המכסימלית"[65].

במילים אחרות, לגישתו של בית־המשפט המחוזי, אילו היה שיעור הריבית המרבי הנקוב בצו הריבית מתייחס לריבית אפקטיבית, הכוללת בתוכה את התוספת הנובעת מהצטברות הריבית, לא היתה כל נפקות לתקופות הצבירה השונות. העובדה, שבצו הריבית נזקק מחוקק המשנה לקבוע תיקרה הן לשיעור הריבית והן לתקופות הצבירה מלמדת, כך גישתו, כי שיעור הריבית הוא רק הבסיס לחישוב הריבית, בהתאם לתקופות הצבירה המוחלות בפועל.

כאמור, נראה לנו, כי מסקנה זו אינה הכרחית, וספק אם היא משקפת את הדין הנוהג. ראשית, קביעת תקופות הצבירה המותרות אינה מיותרת, גם אם מקבלים את הטענה, כי הריבית המרבית הנה הריבית האפקטיבית: כפי שציין נסח הצעת חוק הריבית (שינוי שיעורים), תשל"ב-1972, להוראת סעיף 5 לחוק הריבית, המגבילה את תקופות הצבירה המותרות, יש חשיבות בצמצום הפערים בין הריבית הנומינלית לבין הריבית האפקטיבית[66]. אכן, כפי שנראה בפרק ו' להלן, כיום

63 ת.א. (ת"א) 1272/87 בעניין בית זייד, הערה 53 לעיל, בעמ' 22-24.

64 שם. לגישה זו ראו גם ת.א. (ב"ש) 443/89 שטרן אפרתי עבודות עפר בע"מ נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ (לא פורסם).

65 ת.א. (ת"א) 1272/87 בעניין בית זייד, הערה 53 לעיל, בעמ' 23.

66 הצעת חוק הריבית (שינוי שיעורים), תשל"ב-1972, ה"ח 377: "גם לאחר ביטול ההגבלה על שיעור הריבית [ביחס למלווה שאינו צמוד ערך], יש עדיין משמעות לסעיף 5 [לחוק הריבית], בכך שהוא מטיל על מלווה את החובה לנקוב בשיעור הנכון של הריבית שהוא מקבל על המילווה, ומונע את האפשרות לנקוב בשיעור ריבית נומינלי נמוך, ההופך למעשה לגבוה ממנו בהרבה, עקב חישובי ריבית דריבית".

מוטלת על המלווים החובה למסור ללווה מידע ברור, באשר לריבית האפקטיבית בגין ההלוואה[67]. אולם, בעת ניסוח חוק הריבית, החשש מפני הטעיה כאמור היה ממשי. הגבלת מספר תקופות הצבירה המותרות לארבע בשנה, מצמצמת במידה משמעותית את הפערים שבין הריבית הנקובה (אותה נהגו המלווים להציג כריבית בגין ההלוואה), לבין הריבית האפקטיבית[68]. האבחנה בין תחולתה של ההוראה בדבר שיעור ריבית מכסימלי לבין תחולתה של ההוראה בדבר צבירת הריבית ברורה גם בצו הריבית מ-1970: בעוד שההוראה בדבר שיעור ריבית מרבי הוחלה ביחס למילווה צמוד ערך בלבד (סעיף 2 לצו הריבית), הרי שההוראה בדבר התקופות המותרות לצבירת ריבית הוחלה ביחס לכל סוגי המילוות (סעיף 3 לצו).

כך מגנות הוראות חוק הריבית על הלווה, גם באותם מקרים בהם שיעור הריבית עליו הסכימו הצדדים הנו נמוך מן השיעור המרבי, או כאשר שיעור הריבית כלל אינו נתון לפיקוח (וכך לגבי הלוואות שאינן צמודות ערך). משום כך, הגבלת תקופות הצבירה הנה בעלת משמעות, גם אם מפרשים את שיעור הריבית המרבי כמתייחס לריבית אפקטיבית[69].

שנית, אם אמנם פרשנותו של בית־המשפט המחוזי היא הנכונה, עולה השאלה, מה טעם ראה מחוקק המשנה להגביל את מספר תקופות הצבירה המותרות, גם ביחס להלוואות אשר בגינן לא נקבע שיעור ריבית מרבי. עוד ניתן לתמוה, אם אמנם ביקש המחוקק להגביל את שיעור הריבית אותו ניתן לגבות בפועל, באמצעות חישובי ריבית מצטברת, מה טעם ראה לנכון לבחור בדרכי עקיפין, ולקבוע את שיעור הריבית המרבי בערכים של ריבית נקובה, ובצדו את מספר תקופות הצבירה המותרות? אם אכן תכליתה של קביעת מספר תקופות הצבירה היתה להגביל את שיעור הריבית האפקטיבי המרבי, מוטב היה לקבוע במפורש מהו ערך זה.

ולבסוף, כפי שכבר ראינו לעיל, המונח "ריבית" הוגדר, בחוק הריבית עצמו, ובפסיקה שפרשה אותו, בצורה רחבה. "ריבית" היא "כל תמורה הניתנת בקשר עם מילווה, ויש בה משום תוספת לקרן". לדעתנו, הגדרה זו צריכה להתפרש כפשוטה, ולכלול "כל תמורה" אותה נדרש הלווה לשלם. הריבית המרבית היא לכן סך כל התמורה אותו רשאי המלווה לדרוש בגין ההלוואה, ובהקשר הנדון כאן, הריבית האפקטיבית.

זוהי גם הפרשנות שהתקבלה על־ידי בית־המשפט העליון, בדונו בעניין קרוב — פרשנות המונח "שיעור עלות האשראי המרבי" שבחוק הסדרת הלוואות חוץ־

67 ראו בעמ׳ 124 ואילך, להלן.
68 ראו בעמ׳ 28 ואילך, לעיל.
69 ראו בעניין זה גם בעמ׳ 104 ואילך, להלן.

בנקאיות (זהו המונח המקביל למונח "שיעור הריבית המכסימלי" שבחוק הריבית). ב-בר"ע 5888/95 בעניין קווי אשראי, נקבע, כי השיעור המרבי האמור מתייחס לריבית האפקטיבית, ולא לזו הנקובה בגין ההלוואה: "כוונת החוק היתה לקבוע גג עליון לעלותן של הלוואות. ... לו התכוון המחוקק לכך, שניתן יהיה לקבל ריבית דריבית ... צפוי היה שהחוק יאמר את דברו בעניין זה מפורשות. משלא נאמר בו כך, יש לקבל את האמור בו כפשוטו, דהיינו, שהחוב לא יוכל לגדול מדי שנה בסכום העולה על העלות המרבית, כשהיא מחושבת על קרן החוב. רק כך ניתן, לדעתי, לממש את תכלית החוק — להגביל את עלות ההלוואות ..."[70].

בחוק הסדרת הלוואות חוץ־בנקאיות — בשונה בכך מחוק הריבית — אמנם לא נכללה הוראה המגבילה את מספר תקופות הצבירה; אולם, הבדל זה יכול להיות מוסבר בעובדה, שחוק הסדרת ההלוואות מסדיר באופן גורף את עלות האשראי בגין כל סוגי ההלוואות, שבעוד חוק הריבית אינו עושה כן[71]. לאור כל זאת נראה לנו, כי ההלכה שנקבעה על־ידי בית־המשפט העליון, בפרשו את הוראות חוק הסדרת הלוואות חוץ־בנקאיות, צריכה לחול אף ביחס להוראות חוק הריבית, באופן ששיעור הריבית המרבי שנקבע בחוק — 13% לשנה — מתייחס לריבית האפקטיבית השנתית בגין ההלוואה, ואיננו שיעור בסיסי, עליו נוספות התוספות הנובעות מהצטברות הריבית במהלך השנה.

בפסק־הדין שניתן ב-בר"ע 5888/95 בעניין קווי אשראי, נקבעה גם קביעה נוספת, שעניינה הצטברות הריבית משנה לשנה. כאמור, בחוק הסדר ההלוואות נקבע, כי "שיעור העלות הממשית של האשראי לא יעלה בחישוב שנתי על שיעור עלות האשראי המרבי" (סעיף 5(ב') לחוק). בית־המשפט קבע, כי "שיעור עלות האשראי המרבי", בחישוב שנתי, מתייחס אל קרן ההלוואה, ואיננו כולל את הצטברות הריבית משנים קודמות. כלומר, הריבית השנתית המרבית על־פי החוק הנה השיעור של דמי הריבית בהם מחויב הלווה, ביחס לקרן ההלוואה[72].

כך, למשל, נניח כי הריבית המרבית המותרת היא 50%, הריבית השנתית המוסכמת היא 40%, והריבית מחושבת בשיטת ריבית מצטברת. בתום השנה הראשונה, תחויב ההלוואה בריבית של 40% על הקרן, שהיא, נניח, 1,000 ש"ח;

---

70 בר"ע 5888/95 קווי אשראי לישראל (ראשל"צ) בע"מ נ' וניני, פ"ד נא(1) 424. הדברים צוטטו בהסכמה ב-רע"א 2200/95 גלופה יבוא וסחר בע"מ נ' סלים (טרם פורסם).

71 לפחות מאז 1970. לעיל טענו אמנם, כי ספק אם מחוקק המשנה הוסמך להימנע מלקבוע ריבית מרבית לסוגי הלוואות מסוימים (ראו בעמ' 54 לעיל). עם זאת, משכך נעשה, ניתן להסביר את הוראת סעיף 5 לחוק הריבית כמתייחסת להלוואות בגינן לא נקבע שיעור ריבית מרבי, כאמור בטקסט אליו נילווית הערה 66 לעיל.

72 להדגמת דרך החישוב של הריבית בהלוואה רב־שנתית ראו בעמ' 27 לעיל.

בתום השנה השנייה, הריבית הנה 40% מתוך יתרת ההלוואה, היינו 1,400 ש"ח, כלומר 560 ש"ח. לגישתו של בית־המשפט, זוהי "ריבית מופרזת", שכן סכום זה מהווה 56% מקרן ההלוואה[73].

איננו סבורים, בכל הכבוד, כי זוהי מסקנה הכרחית. הוראות החוק קובעות את השיעור המרבי של עלות האשראי בחישוב שנתי. האשראי אשר הועמד לרשות הלווה הנו אכן קרן ההלוואה, כגישתו של בית־המשפט, ועלותו המרבית המותרת על־פי החוק, בחישוב שנתי, הנה זו הקבועה בחוק, למשל 50% בדוגמא האמורה. אולם, בחלוף השנה הראשונה, אם דמי הריבית בגין ההלוואה לא נפרעו, גדל האשראי העומד לרשותו של הלווה. עם התמשך תקופת ההלוואה — היינו, התקופה בה מחזיק הלווה בידיו את כספו של המלווה — הערך של הכסף משתנה[74]. בתום השנה הראשונה, ערכה של קרן ההלוואה בסך 1,000 ש"ח, הנו סכום זה בתוספת הריבית שנצברה בגינו. אם הלווה לא פרע את סכום הריבית שנצברה, הרי שהאשראי העומד לרשותו בשנה השנייה, הנו גבוה מ-1,000 ש"ח. האשראי העומד לרשותו בשנה זו נקבע לפי ערכו של הסכום אשר הועמד לרשותו בתחילת השנה השנייה — היינו 1,000 ש"ח בתוספת הריבית שנצברה בשנה הראשונה.

מעבר לכך, פרשנותו זו של בית־המשפט עלולה להביא לתוצאה אבסורדית, לפיה עם התמשכות תקופת ההלוואה, הופכת ההלוואה החוץ־בנקאית להיות זולה יותר מהלוואה בנקאית, הגם שעם קבלת ההלוואה היתה ההלוואה הראשונה יקרה יותר, בשיעור של פי שניים ורבע מן ההלוואה הבנקאית. בית־המשפט סבר, כי מכיוון ש"ההלוואות החוץ־בנקאיות מיועדות, בדרך כלל, לתקופות קצרות", התוצאה האבסורדית האמורה לא תתרחש, ואין לה לפיכך השפעה על הפרשנות הראויה[75]. כאמור, איננו שותפים להערכה זו[76].

---

73 בר"ע 5888/95 בעניין קווי אשראי, הערה 70 לעיל.

74 ראו בעמ' 25 ואילך, לעיל. ברוח זו הוכן במשרד המשפטים תזכיר חוק הסדרת הלוואות חוץ־בנקאיות (תיקון) (חישוב יתרת החוב), תשנ"ט-1999, לתיקון סעיפים 1, 5 ו-8 לחוק, כך שייאמר במפורש כי "השיעור המרבי של העלות המעשית של האשראי... יחושב ביחס ליתרת החוב כפי שהיא בתחילת כל שנה ממועד ההלוואה".

75 יצוין אגב, כי בית המשפט הביא דוגמא מספרית להמחשת התוצאה האמורה, ולפיה תהפוך ההלוואה הבנקאית ליקרה יותר כעבור 9 שנים בלבד. ראו בר"ע 5888/95 בעניין קווי אשראי, הערה 70 לעיל, סעיפים 8-6 לפסק־הדין. בדיקת הנתונים עליהם מבוסס הדוגמא המובאת בפסק־הדין מראה, כי ההיפוך האמור מתרחש כבר אחרי 6 שנים.

76 יצוין עוד, כי ניתן לעקוף את תוצאתה של גישה זו, על־ידי חלוקת הלוואה רב שנתית למספר הלוואות, כמספר שנות ההלוואה, באופן שבתום כל שנה תיפרע הלוואה אחת ותתחיל הלוואה חדשה, כאשר קרן ההלוואה החדשה תהיה כערכה של קרן ההלוואה הקודמת, בתוספת הריבית שנצברה בגין הקרן במהלך אותה שנה.

נשוב ונבהיר אם כן את עמדתנו: יש להבחין בין הצטברות הריבית במהלך השנה, לבין הצטברותה משנה לשנה. במקרה הראשון, הריבית השנתית המרבית (לפי חוק הריבית) או עלות האשראי המרבית בחישוב שנתי (לפי חוק הסדרת ההלוואות) מתייחסות אל הריבית האפקטיבית. שיעורים אלה מתארים את התמורה אותה יידרש הלווה לשלם, בפועל, והם כוללים את הסכומים הנובעים מהצטברות הריבית במהלך השנה. מאידך, במקרה השני, שיעורים אלה מתייחסים אל קרן ההלוואה, כפי ערכה בתחילת כל שנה (ולא בתחילת תקופת ההלוואה). עם חלוף השנים והצטברות הריבית בגין קרן ההלוואה, ערכו של האשראי אשר הועמד לרשות הלווה גדל. הוא איננו נשאר קבוע על־פי ערכו בעת קבלת ההלוואה.

ז. אופיין הכופה (הקוגנטי) של הוראות חוק הריבית

כפי שראינו, ממהותה של ההתערבות השלטונית בשוק ההלוואות מתחייבת הגישה, כי הוראות אלה תהיינה בבחינת דין כופה, אשר תחולתו אינה מותנית בבחירתם של הצדדים. אף שלדין המרשה עשויה להיות השפעה על נמעניו, בקובעו הוראות הנתפסות כמשקפות הסדר "צודק" ו"מאוזן"[77], ספק רב אם ניתן היה להשיג את התוצאה המקווה של הגנה על הלווה באמצעות דין מרשה בהקשר הנדון. בתנאים של פער משמעותי בכוח המיקוח של הצדדים, צפויים המלווים להכתיב שיעורי ריבית גבוהים מאלה ה"מומלצים" מכוח החוק, כפי שאכן ארע ביחס למלוות "שאינם צמודי ערך", ואשר לא נכללו בצו הריבית[78].

ואכן, ברוח זו נקבעו בחוק מספר הוראות, אשר תכליתן להרתיע את המלווים מפני הפרת הוראות חוק הריבית: ראשית, בסעיף 7 לחוק הריבית נקבע, כי הנותן או המקבל "ריבית מופרזת" עובר עבירה פלילית, שדינה קנס בגובה של פי חמישה מגובה הריבית המופרזת. חוק הריבית קובע עם זאת, כי הוראה זו לא תחול על פיקדונות במוסד בנקאי. שנית, בסעיף 6 לחוק נקבע, כי אם מצא בית המשפט, כי ריבית שאדם פלוני שילם או התחייב לשלם היא "ריבית מופרזת", יפחית בית־המשפט את הריבית לשיעור המרבי שנקבע בצו הריבית, "ורשאי בית המשפט לפתוח למטרה זו כל חשבון שנסגר, על אף כל הסכם שבין בעלי הדין"[79].

---

77 לגישה זו ראו, למשל, ראו ד' פרידמן וג' כהן, חוזים (כרך א, תשנ"א) 76 (הערת שוליים 140): "[הדין המרשה] ממלא תפקיד חשוב בהשגת הסדר צודק ומאוזן בין הצדדים"; ראו גם שם, בעמ' 59; ג' טדסקי, "על הדין הדיספוזיטיבי", עיוני משפט טו (תש"ן) 5; ח' דגן, "הזכות לפירות ההפרה: אנטומיה של חקיקה שיפוטית", עיוני משפט כ (תשנ"ז) 601, 616-618 והמקורות המובאים שם.

78 ראו הערה 17 לעיל.

79 על גישתו המחמירה של חוק הריבית כלפי מפרי החוק ניתן לעמוד גם מהוראת סעיף 8 לחוק, לפיה, בדיון לפי סעיפים 6 ו-7 לחוק (דהיינו הן בהליך פלילי והן בהליך אזרחי), רשאי בית המשפט לקבל כראיה עדות בעל־פה וכן להסתפק בעדות יחיד.

הוראת סעיף 6 לחוק הנה ברורה, ובהתאם נקבע בפסיקה, כי אין תוקף להסכמתו של הלווה לשלם, תמורת ההלוואה שקיבל, ״ריבית מופרזת״[80]. לנוכח הקוגנטיות של חוק הריבית, אין תוקף לטענת ״מניעות״ כלפי הלווה, אשר קיבל דיווחים מהבנק המלווה אך נמנע מלהשיג עליהם: ממילא, אין תוקף להסכמתו של הלקוח לסטייה מהוראות חוק הריבית, ובהעדר נפקות להסכמה, אין אפשרות לבסס טענת מניעות: ״הפטרנליזם הכללי של המחוקק [בחוק הריבית], שהינו אינטרס של המדינה כשם שהוא אינטרס של הפרט, לא ניתן להתנאה על־ידי שום עסקה כלכלית סיבובית שתגרום להעלאת שיעור הריבית על הלוואות צמודות. מכאן שגם האינטרס הכלכלי ׳הטוב׳ של הפרט, נסוג מפני האינטרס הכלכלי של משק המדינה ואין לו רלוונטיות״[81].

השאלה הקשה יותר היא, האם ניתן לוותר בדיעבד על חיוב ב״ריבית מופרזת״, למשל, במסגרת פשרה בדיון משפטי[82]. כאמור, על־פי סעיף 6 לחוק הריבית, לצורך הפחתת חיוב ב״ריבית מופרזת״, בית המשפט רשאי לפתוח ״כל חשבון שנסגר, על אף כל הסכם שבין בעלי הדין״. לכאורה לכן, הלווה יכול לחזור בו מהסכם פשרה, ולתבוע את החזר תשלומי ה״ריבית המופרזת״ בהם חויב[83]. עם זאת, הגישה שהתקבלה בפסיקה בעניין זה, ברוח גישתם של פרופ׳ פרידמן ופרופ׳ כהן[84], הנה, כי תוקפו של הסכם פשרה תיקבע על־פי נסיבות העניין: אם הסכם

---

80 לעניין זה ראו, למשל, ע״א 2258/92 מלון נאות מדבר בע״מ נ׳ הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע״מ, פ״ד מז(5) 350, 355. חריגה יחידה מן הגישה לפיה הוראות חוק הריבית הן כופות הובעה בפסק־הדין שניתן בת.א. (ת״א) 32763/89 ליסקו נ׳ חמד (לא פורסם). להסתייגות מפורשת מעמדה זו — ולתמיכה בפרשנות בדבר אופיו הכופה של החוק — ראו ת.א. (י־ם) 380/92 בעניין טיפול שורש, הערה 30 לעיל.

81 ת.א. (ת״א) 2746/89 זכרון תפעול ושירותים בע״מ נ׳ בנק דיסקונט לישראל בע״מ (לא פורסם). אף במשפט העברי איסור הריבית הוא קוגנטי: לעניין זה ראו, למשל, תשובות הרמב״ם, סימן קפט, שם נאמר, כי ״כל אופני הריבית — לא שייך בהן מחילה״. ראו גם רמב״ם, הלכות מלווה ולווה, פרק ד׳ הלכה יג: ״שכל ריבית שבעולם מחילה היא [דהיינו, הלווה מסכים לשלם אותה למלווה, שהרי סיכם עימו לקבל הלוואה בריבית, לנוכח ידיעתו כי בלי הריבית לא יקבל הלוואה בכלל], אבל התורה לא מחלה ואסרה מחילה זו״. ראו גם מגיד משנה, שם, וכן טור ובית יוסף ושולחן ערוך יורה דעה, סימן קס׳ סעיף ה׳.

82 התשובה לסוגייה זו במשפט העברי אינה חד משמעית. לדעת הרמב״ם, מחילה בדיעבד (לאחר שהריבית שולמה) היא תקפה גם כשמדובר בריבית דאוריתא. אולם אחרים חולקים עליו: ראו טור ובית יוסף ושולחן ערוך יורה דעה, סימן קס׳ סעיף ה׳. ראו גם סקירת עמדת המשפט העברי בעניין זה בפסק־הדין שניתן בת.א. (י־ם) 380/92 בעניין טיפול שורש, הערה 30 לעיל.

83 לגישה זו ראו ת.א. (ב״ש) 443/89 בעניין שטרן אפרתי, הערה 64 לעיל.

84 ד׳ פרידמן ונ׳ כהן, הערה 77 לעיל, בעמ׳ 128: ״ההוראות הקוגנטיות המגינות על הצד החלש מושתתות, כאמור, על העדר שוויון בין הצדדים. מטעם זה אין, בדרך כלל, מניעה לוותר עליהן לאחר מעשה או להתפשר לגביהן בנסיבות בהן הוסר אי השוויון״.

הפשרה נחתם לאחר שהוסרו הנסיבות היוצרות את אי השוויון בין הלווה לבין המלווה, ותנאי ההסכם הנם סבירים מבחינתו של הלווה, יטה בית־המשפט להכיר בתוקפו של הסכם מסוג זה, מכוחו מוותר הלווה על טענות בגין הפרת הוראות חוק קוגנטיות[85]. כך, למשל, בע"א 4644/91 בעניין כובשי, נקבע, כי הסכם מכוחו זכתה הלווה "להסרת האיום של נקיטה בהליכים משפטיים נגדה, ... [ו]אף ניתנו לה בגדרו הלוואה ואשראי בריבית מועדפת, כאשר פירעון ההלוואה נפרש לתשלומים", הנו בתוקף, וכמוהו גם הוויתור על טענות כנגד הפרת הוראות קוגנטיות בחוק הבנקאות (שירות ללקוח)[86].

אופיין הכופה של הוראות חוק הריבית אינו שולל את תחולתן של הוראות חוק ההתיישנות, תשי"ח-1958[87].

ח. "ריבית פיגורים" ופירעון מלווה צמוד ערך על־ידי חיוב חשבון שוטף

כפי שראינו לעיל, בצו הריבית, בו ננקב שיעור הריבית המרבי, נקבעה אבחנה בין שיעור הריבית בגין המלווה עצמו לבין "ריבית פיגורים" בגין המלווה: בעוד שיעור הריבית המרבי (החל מיום 23 ביולי 1985) הנו 13%, שיעור ריבית הפיגורים המרבי הנו 17% לשנה. משום כך, לאבחנה בין שני סוגי הריבית יש חשיבות רבה.

ריבית פיגורים הוגדרה בצו הריבית כ"ריבית המשתלמת על סכום כלשהו בקשר עם מלווה שלא שולם במועד פירעונו, בעד התקופה שבין המועד שנקבע בתנאי המילווה לפירעונו של אותו סכום לבין מועד פירעונו בפועל" (סעיף 1 לצו הריבית). לאמור, ריבית פיגורים היא ריבית המשתלמת למלווה במצב בו הלווה אינו פורע את החוב במועדו. גם אם מדובר בפיגור בתשלומי הריבית בלבד, ולא בתשלומי הקרן, נחשב הדבר כריבית פיגורים.

---

85 ראו ע"א 4644/91 משה כובשי חברת הובלה ותעבורה בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ, פ"ד מט(1) 617; וכן א' וינרוט וב' אדלשטיין, הערה 55 לעיל, בעמ' 45-48, שם נטען, כי לעניין תוקפו של ויתור על הגנה המוקנית מכוח החוק ללקוחו של בנק, יש להבחין בין מצב בו הוא נותר לקוח, הזקוק לשירותים בנקאיים חיוניים מהבנק, ואז אין ליתן תוקף לוויתור זה; ובין מצב בו הלקוח משתחרר מן הצבת הכלכלית שבה היה נתון, ועובר למצב בו אין יחסיו עם הבנק מאופיינים בתלות, ואז יש אפשרות ליתן לוויתור תוקף.

86 ע"א 4644/91 בעניין כובשי, הערה 85 לעיל.

87 ת.א. (חי') 398/91 סעידיאן נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ (לא פורסם) (פסק־דין חלקי מיום 11.7.94).

ניתן, לכאורה, להטיל ספק באשר לתוקפה של הגבלת שיעור הריבית אותו רשאי לגבות המלווה כריבית פיגורים. ספק זה מבוסס על הטענה, כי אין לראות בחיוב המוטל בגין הפרת חוזה ההלוואה — וכזהו החיוב בריבית פיגורים — כחיוב הנובע מעסקת ההלוואה עצמה. משום כך, ספק אם סמכותו של שר האוצר לקביעת שיעור הריבית המרבי בגין עסקאות הלוואה, משתרעת אף ביחס לריבית הפיגורים. מאידך, אין זה ברור כלל, כי עילתה של ריבית הפיגורים בהכרח אינה נובעת מעסקת האשראי. הצדדים עשויים להסכים, כי ריבית הפיגורים תחול בסיטואציה שאינה מוגדרת על־ידם כהפרת ההסכם, אלא כקביעת שיעור הריבית למקרה בו בוחר הלווה במסלול שונה של מועדי פירעון החוב.

מעבר לכך, בע"א 18/89 בעניין חשל נקבע, כי הוראה בדבר ריבית פיגורים הקבועה בהסכם הלוואה הנה תניית פיצוי מוסכם מראש, לעניין סעיף 15 לחוק החוזים (תרופות בגין הפרת חוזה), תשל"א-1970[88]. הוראה זו כפופה לכן להוראת סעיף 15(א') לחוק, לפיה "רשאי בית־המשפט להפחית [את סכום הפיצויים המוסכמים] אם מצא שהפיצויים נקבעו ללא כל יחס סביר לנזק שניתן היה לראותו מראש בעת כריתת החוזה, כתוצאה מסתברת של ההפרה"[89]. לפיכך, במישור המהותי (בהבדל ממישור הסמכות), ניתן למצוא בהוראה זו הצדקה להגבלת שיעורם של דמי ריבית הפיגורים. תוקפה של ההוראה בצו הריבית, המגבילה את שיעורם של דמי ריבית הפיגורים, לא נבחן בפסיקה[90], ובשורה של פסקי־דין, אותם נסקור מיד, הניחו בתי־המשפט, כעניין המובן מאליו, כי הוראה זו הנה תקפה.

ההשלכה העיקרית של הגבלת שיעורה של ריבית הפיגורים מכוח צו הריבית באה לידי ביטוי לאור הנוהג שהתקבל בבנקים, ביחס לדרכי הפירעון של הלוואות. על־פי הגישה המקובלת, נכללת בחוזה ההלוואה הוראה אשר לפיה, פירעונו של המלווה צמוד הערך ייעשה באמצעות חיוב החשבון השוטף (חשבון עו"ש או

---

88 ע"א 18/89 חשל חברה למסחר ולנאמנות בע"מ נ' פרידמן, פ"ד מו(5) 257.

89 ראו בעניין זה בעמ' 133 ואילך, להלן.

90 יצוין, כי המחוקק עצמו הפנה להוראות צו הריבית הנוגעות לריבית הפיגורים: ראו סעיף 4 לחוק לעידוד השקעות הון (תיקון מס' 8), תשל"א-1971. עם זאת, על־פי ההלכה שנקבעה בע"פ 427/64 יאיר נ' מדינת ישראל, פ"ד יט(3) 402, הפנייה אל חקיקת משנה במסגרת חקיקה ראשית, אינה מונעת מבית־המשפט לקבוע, כי חקיקת המשנה אינה תקפה. ראו בעניין זה א' רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית מאת א' רובינשטיין וב' מדינה, תשנ"ז) 423. מאידך, בית־המשפט אינו נוטה למהר ולפסול חקיקת משנה שאושרה על־ידי ועדה של הכנסת. ההלכה היא, כי חקיקת משנה שכזו תיפסל רק "במקרה קיצוני ונדיר ביותר". ראו, למשל, בג"צ 4769/90 זידאן נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מז(2) 147; א' רובינשטיין, הערה זו, בעמ' 434.

חח"ד)[91] של הלווה[92]. השאלה שהתעוררה היא, מה דינו של פירעון מסוג זה, הנעשה בנסיבות בהן החשבון השוטף מצוי ביתרת חובה, ומחויב בגין כך בריבית: בעוד הריבית בגין המלווה "צמוד הערך" — ובכלל זה, כאמור, ריבית הפיגורים בגינו — מפוקחת מכוח הוראות חוק הריבית, הרי שהריבית בגין יתרת החובה בחשבון השוטף (אשר כמוה כמלווה שאינו צמוד ערך) אינה נתונה לפיקוח.

המשמעות הכלכלית של דרך הפירעון הזו הנה ברורה: אם החשבון השוטף של הלווה מצוי ביתרת זכות, אין כל קושי, שהרי חיוב החשבון כמוהו כפירעון ההלוואה לכל דבר ועניין. מאידך, אם החשבון השוטף מצוי ביתרת חובה, הריבית שבה מחויבת יתרת החובה, אינה אלא "ריבית פיגורים" בגין אי פירעון ההלוואה: אלמלא חויב החשבון השוטף, וההלוואה לא היתה נפרעת במועד, הלווה היה מחויב בריבית פיגורים, הכפופה להוראות חוק הריבית. חיוב החשבון השוטף מונע, באופן פורמלי לפחות, את חילול ההלוואה; אולם, מבחינה כלכלית, אין הדבר מונע את חיובו של הלווה בריבית נוספת מעבר לריבית הנקובה בגין הלוואה, נוכח אי פירעונה במועד. אלא שתחת לכנות ריבית נוספת זו "ריבית פיגורים" (הנתונה לפיקוח), היא מכונה "ריבית בגין יתרת חובה בחשבון השוטף" (אשר שיעורה אינו נתון לפיקוח).

נסיבות מסוג זה מעוררות לפיכך שתי שאלות נפרדות: השאלה האחת, שהינה כלכלית טהורה, עניינה, האם יש הגיון כלכלי בפירעון ההלוואה באמצעות חיוב החשבון השוטף המצוי ביתרת חובה. כפי שנראה מיד, התשובה לשאלה זו איננה ברורה מאליה. השאלה השנייה היא משפטית: האם יש לראות בחיובי הריבית בגין יתרת החובה בחשבון השוטף כחיוב ב"ריבית פיגורים" בגין המלווה צמוד הערך (ולפיכך לקבוע, כי שיעורה של ריבית זו אינו יכול להיות גבוה מן השיעור שנקבע בצו הריבית), או שמא מדובר בעסקת הלוואה נפרדת, אשר אינה נתונה כלל לפיקוח.

במישור הראשון, הכלכלי, התשובה תלויה בנסיבות העניין: בהגיע מועד פירעון ההלוואה, נדרש הלווה למקור כספי כלשהו, כדי לממן את הפירעון. אם יש בידיו אמצעים לפירעון ההלוואה, אין כל רלבנטיות לקביעת דרך הפירעון באמצעות חיוב החשבון השוטף. אם יש בידי הלווה אמצעים לפירעון ההלוואה, חיוב החשבון השוטף אינו צפוי ליצור בחשבון זה יתרת חובה (או להגדיל את יתרת החובה הקיימת). השאלה היא, מה קורה בנסיבות בהן אין בידי הלווה מקורות

91 למשמעותם של חשבונות אלה ראו בעמ' 45 לעיל.

92 באופן דומה, במקרים אחרים המדובר ב"פירעון" של ההלוואה המקורית, באמצעות יצירת "חשבון פיגורים", בו נצברת יתרה שלילית בגין אי פירעון ההלוואה במועד. על יתרה זו נגבית ריבית פיגורים מופרזת, וזאת, על בסיס הטענה, כי מדובר בהלוואה נפרדת, שאינה צמודת ערך, ולפיכך אינה נתונה לפיקוחו של חוק הריבית.

לפירעון ההלוואה שנטל. למעשה, ניצבות בפניו שתי אפשרויות עיקריות: האחת, הנה להימנע מפירעון ההלוואה, מתוך ציפייה, כי לאחר זמן מסוים יימצאו בידיו המקורות לפירעון חובו. עלותה של דרך זו הנה בחיובו ב״ריבית פיגורים״ בגין אי פירעון ההלוואה במועד, בנוסף לעלויות נוספות, ישירות ועקיפות, הנובעות מאי פירעון ההלוואה[93]; והאפשרות השנייה, ליטול הלוואה אחרת, למימון הפירעון של ההלוואה (או של תשלום כלשהו מתוכה שמועד פירעונו הגיע).

העלות הישירה של דרך הפעולה השנייה הנה, כך ההנחה, גבוהה מן העלות הישירה הכרוכה בדרך הפעולה הראשונה: הריבית בה מחויב הלווה בגין יתרת החובה בחשבון השוטף (היינו, העלות של ההלוואה הניטלת לשם פירעון ההלוואה הראשונה) הנה גבוהה מריבית הפיגורים בה מחויב הלווה בגין אי פירעון ההלוואה במועדה. אולם, אין משמעות הדבר, כי הדרך הראשונה היא בהכרח זו העדיפה: כאמור, אי־פירעון ההלוואה במועד טומן בחובו עלויות עקיפות, מעבר לחיוב בריבית פיגורים, ואלה עלולות להיות בהיקף משמעותי. פירעון ההלוואה באמצעות יצירת יתרת חובה בחשבון השוטף מאפשר ללווה ״מרווח נשימה״, עד שיהיו בידיו מקורות מימון נוספים, בלא חשש מהעמדת יתרת ההלוואה כולה לפירעון מיידי, עקב אי עמידה בתנאי הפירעון.

משום כך, ההערכה, מהי דרך הפעולה הרצויה, תלויה בנסיבות העניין. יש להעריך, מהן העלויות הישירות והעקיפות הכרוכות בכל אחת מדרכי הפעולה האפשריות, ובהתאם לקבוע, מהי הדרך המועדפת[94]. אולם, כאמור, בחינה זו הנה במישור אחד בלבד של הדברים. כזכור, הנסיבות בהן אנו עוסקים אינן נסיבות רגילות של מסחר חופשי בין לווה למלווה, הרשאים לנהוג כל אחד כראות עיניו, בהתאם לאינטרסים הכלכליים שלו ולהסכמה המושגת ביניהם. הנחת המוצא של הדיון היא, כי כוח המיקוח של הלווה נחות במידה משמעותית מזה של הבנק

93 כך, יכול המלווה להעמיד את החוב כולו לפירעון מיידי (גם אם אי הפירעון מתייחס רק לחלק ממנו): ע״א 4644/91 בעניין כובשי, הערה 85 לעיל. הדבר עלול להביא לביטול מסגרות האשראי של הלקוח, אי כיבוד שיקים כתוצאה מכך, דבר שעלול להפוך את הלקוח ל״לקוח מוגבל״ ועוד. המלווה רשאי אף לנקוט בהליכי גבייה, לרבות הליכים משפטיים, מימוש בטחונות ופניה לערבים. ראו ע״א 5300/92 בנק לאומי לישראל בע״מ נ׳ אורות (טרם פורסם), סעיף 7 לפסק־דינו של המשנה לנשיא ש׳ לוין; ע״א 7948/96 בנק הפועלים בע״מ נ׳ מוסכי צומת גהה בע״מ (טרם פורסם), פסק־דינו של השופט אור.

94 השופטת דורנר ציינה בעניין זה (בדעת מיעוט בע״א 5300/92 בעניין אורות, הערה 93 לעיל, פסקה 10 לפסק־דינה), כי ״טענת הבנק, כי חיוב החשבון הדביטורי של [הלווה] מנע הפעלת סנקציות נגדו, ... היא טענה עובדתית, [הטעונה] תשתית ראייתית״. השופטת דורנר אף הוסיפה, כי טענה זו ״אף אינה סבירה״ בנסיבות העניין, שהרי הבנק שמר לעצמו ״את הזכות לנקוט בסנקציות [האמורות] גם לאחר חיוב החשבון הדביטורי״. השופטת דורנר לא ייחסה חשיבות, כך נראה, להענקת תקופת אשראי נוספת לרשות הלווה, בטרם יופעלו ה״סנקציות״ בגין אי פירעון ההלוואה הצמודה, וזאת משום שבנסיבות העניין, ממילא דובר ב״פיגור של ימים אחדים בהחזר״ התשלומים החודשיים בגין ההלוואה הצמודה.

המלווה. אם כך הדבר במועד הקודם להתקשרות ביניהם, קל וחומר כך בנסיבות בהן אין בידי הלווה אמצעים מספיקים לפירעון ההלוואה שנטל. כדי להתמודד עם קושי זה בחר המחוקק להתערב בשוק ההלוואות, באמצעות הוראות חוק הריבית. השאלה שבה יש לדון היא לכן, כיצד משפיעות הוראות אלה על הסיטואציה הנדונה כאן.

כפי שנראה מיד, בתי־המשפט גילו רתיעה ניכרת ממדיניות זו של הבנקים, לפיה מילווים צמודי ערך נפרעים באמצעות חיוב "אוטומטי" של החשבון השוטף של הלווה, גם אם חשבון זה מצוי ביתרת חובה. ההסתייגות מדרך פעולה זו מבוססת על שני מקורות נפרדים, אשר רק אחד מהם — השני בסדר הצגתם כאן — נובע במישרין מהוראות חוק הריבית.

המקור הראשון, אשר מבוסס אמנם על רוחו של חוק הריבית אך לא על הוראותיו הספציפיות, מתייחס למודעותו של הלווה למשמעותה של דרך הפעולה שננקטה. כאמור, בנסיבות בהן אנו עוסקים, אין בידי הלווה מקורות כספיים למימון הפירעון של תשלום (או תשלומי) ההלוואה שנטל. במקרה כזה, הלווה נדרש להעריך, מהי דרך הפעולה האופטימלית עבורו: האם מוטב לו להסתכן באי פירעון ההלוואה במועד (ולהיות מחויב בגין כך בריבית פיגורים, ששיעורה נתון לפיקוח, אך גם בעלויות עקיפות שונות); או האם מוטב לו לממן את הפירעון באמצעות הלוואה אחרת, ואם כן, איזה סוג של הלוואה ובאילו תנאים.

הפגם שמצאו בתי־המשפט במדיניות שנקטו הבנקים הנו בשלילת המודעות של הלווה לצורך להעריך בעצמו כיצד כדאי לו לפעול, במועד שבו עליו לפרוע את ההלוואה. כזכור, בהסכמי ההלוואה המקובלים נדרשו הלווים להסכים, מראש, בעת חתימת הסכם ההלוואה, לדרך פירעון מסוימת — חיוב החשבון השוטף[95]. חיובו של החשבון השוטף של הלווה לשם פירעון ההלוואה גורם לכך שמבחינה פורמלית, ההלוואה נפרעת במועדה. הלווה עלול שלא להיות מודע לכך, שלמעשה, מכיוון שהפירעון נעשה באמצעות יצירת יתרת חובה בחשבון השוטף שלו, ההלוואה לא נפרעה במועדה, וכי אין ברשותו מקורות למימון פירעון ההלוואה.

אכן, הגדלת יתרת החובה בחשבון השוטף אמורה, באופן תיאורטי לפחות, להיות ידועה ללווה. היא אינה נעשית בהיחבא. עם זאת, בתי־המשפט מצאו, כי במקרים רבים לא היו הלווים מודעים למשמעותה של הגדלה זו ביתרת החובה בחשבונם. הם לא היו ערים לכך, שהגדלה זו ביתרת החובה אינה אלא ביטוי לאי יכולתם

95 במקרים מסוימים, ההרשאה הנטענת מבוססת על הוראה בהסכם פתיחת החשבון השוטף, בלא שתהיה כל הוראה בעניין בחוזה ההלוואה.

לפרוע במועד את ההלוואה שנטלו. ההנחה היא, כך נראה, כי אילו נמנע הבנק מ״לפרוע״ (כביכול) את התשלום בגין ההלוואה באמצעות יצירת יתרת חובה בחשבון השוטף, היו הלווים מודעים לצורך לבחור בדרך הפעולה הרצויה להם. הבחירה מראש בדרך פעולה מסוימת — מימון פירעון ההלוואה באמצעות הלוואה אחרת, מסוג מסוים (יתרת חובה בחשבון השוטף) — פגעה במקרים רבים בלווים. היא מנעה מהם לבחור בדרכי פעולה אחרות, כגון, נטילת הלוואה אחרת, בתנאים טובים מאלה של יצירת יתרת חובה בחשבון השוטף, או אי עמידה בתנאי ההלוואה המקורית, שעלותה ריבית פיגורים נמוכה יותר[96].

ביטוי עקרוני לגישה זו ניתן עוד בע״א 345/78 בעניין סדרס, שם נקבע, כי חיוב חשבון שוטף הנמצא ביתרת חובה אינו יכול להיחשב, מבחינה מהותית, לפירעון של הלוואה[97]. לפי גישה זו, יש לראות בכך פעולה חשבונית, אשר כל נפקותה במתן התחייבות נוספת לפירעון אותו חוב עצמו, אלא אם הוכח כי הצדדים הסכימו במפורש אחרת[98]. בהתאם לכך נפסק בת.א. (י־ם) 391/90 בעניין בראשי[99], כי הוראה לחייב את החשבון השוטף בגין פירעון ההלוואה אינה סעיף ״מהותי״, אלא אך ורק ״סעיף נוהל״, המיועד לשם הקלת הגביה. הוראה זו נועדה לחול רק כאשר בחשבון השוטף מצויה יתרת זכות, שיש בה די לפירעון התשלום; ואולם כשהחשבון מצוי ביתרת חובה תחולנה ההוראות ההסכמיות בדבר ריבית הפיגורים, והבנק אינו רשאי לחייב את החשבון השוטף בגין תשלומים אלה[100]. בית־המשפט העיר בעניין זה עוד, כי אף הבנק עצמו אינו נכון לראות בחיוב החשבון השוטף, המצוי ביתרת חובה, משום פירעון של ההלוואה, וזאת ככל

96 משום כך, גם כאשר אין המדובר בעסקה הנתונה לפיקוחו של חוק הריבית, בית־המשפט עשוי להגביל את שיעור הריבית בגין ההלוואה הבלתי צמודה, לשיעור הריבית המוסכם בגין ההלוואה הצמודה. ראו בעמ׳ 136 ואילך, להלן.

97 ראו ע״א 345/78 בנק הפועלים בע״מ נ׳ סרדס, פ״ד לג(1) 683, 691: ״חיוב חשבונו של החייב, העומד בין כה וכה ביתרת חובה, לא יתפרש כפירעון, אלא אם כן הוכח, כי הצדדים הסכימו אחרת״.

98 לגישה שונה — שהובעה באמרת אגב בלבד, ובהקשר אחר — ראו רע״א 3773/91 ק.ד. תכשיטי דורינה אילת בע״מ נ׳ בנק המזרחי המאוחד בע״מ, פ״ד מו(3) 177. בפרשה זו נתבע הלווה בגין אי פירעון מילווה צמוד ערך. להגנתו טען, כי המילווה עצמו נפרע, מכוח חיוב החשבון השוטף שלו (והעמדתו ביתרת חובה). בית־המשפט קיבל טענה זו רק לצורך מתן רשות להתגונן, אולם קבע, כי הסבירות שתתקבל טענתו של הלווה כנגד העמדת יתרת ההלוואה לפירעון מיידי נראית ״נמוכה״.

99 ת.א. (י־ם) 391/90 ש׳ בראשי בע״מ נ׳ בנק המזרחי המאוחד בע״מ, פ״מ תשנ״א (ב) 155.

100 בית־המשפט הוסיף, כי אילו היה הבנק רשאי מכוח הוראה זו לחייב את הלקוח בחשבון השוטף, היה בכך משום חיוב הלקוח ליטול הלוואה נוספת, ולפיכך התנית שירות בשירות, אשר אינה עומדת בתנאי הוראת סעיף 7 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ״א-1981. ראו ת.א. (י־ם) 391/90 בעניין בראשי, הערה 99 לעיל, בעמ׳ 161. נקבע גם, כי יש בהתנהגותו זו של הבנק משום הפרת החובה לנהוג בתום לב: שם, בעמ׳ 162.

שמדובר במקרים בהם יש ערבים להתחייבותו של הלווה על־פי הסכם ההלוואה בלבד, אך לא להתחייבותו מכוח החשבון השוטף[101].

גישה זו יושמה גם בע"א 2258/92 בעניין נאות מדבר. בפרשה שנדונה שם, נכללה בחוזה ההלוואה הוראה לפיה רשאי הבנק המלווה, "לפי ראות עיניו ולפי שיקול דעתו הבלעדי", לחייב את החשבון השוטף של הלווה בכל סכום המגיע ממנו בגין ההלוואה. בית המשפט העליון קבע, כי אין בהוראה זו משום מתן הסמכה גורפת לבנק, ליצור יתרת חובה בחשבון השוטף: "משמעות המילים 'לחייב חשבון', בהקשרם, אינה בקשה מהבנק למתן הלוואה, אלא מדובר כאן במתן זכות לבנק לגבות מכל חשבון המצוי ביתרת זכות, כספים שהלקוח חייב לבנק"[102]. נקבע, כי "תכלית החוזה הדביטורי היא לאפשר למערערת [הלווה] לקבל אשראי על־פי דרישתה ולתת בידי הבנק אמצעים לגביית ההלוואה. אין זה מתקבל על הדעת, כי [בהוראה האמורה בחוזה ההלוואה] הסכימה המערערת, כי הבנק יכפה עליה אשראי בתנאים מחמירים לצורך פירעון אשראי בתנאים נוחים יותר"[103].

לתוצאה דומה הגיע בית־המשפט המחוזי בת.א. (ת"א) 1272/87 בעניין בית זייד, שם נקבע, כי כל עוד לא הובהר ללקוח במפורש, כי המדובר למעשה בשינוי תנאי ההלוואה מהלוואה צמודה להלוואה בחשבון השוטף (מסוג חח"ד), והלקוח לא נתן הסכמתו לכך, רשאי היה הלקוח להניח שהעברת החיובים לחשבון השוטף הנה פעולה טכנית בלבד, שאינה גורמת לשינוי בתנאי ההלוואה ובתנאי ריבית הפיגורים[104]. כך גם בת.א. (נצ') 7678/88 בעניין סופר פרינט, שם בוטל החיוב בריבית בשיעור העולה על השיעור המרבי המותר של ריבית פיגורים, לאחר ש"לא הובאו ראיות, כי לנתבעים הוסברו תנאי חשבון עו"ש ... בהבדל מתנאי ההלוואה. הסבר זה היה חיוני לאור עדות מנהלי הבנק, כי בחשבון עו"ש שנפתח לנתבעים לא היה אשראי, והם נדרשו לשלם מיד ריבית מרבית במקרה של פיגור בתשלום"[105].

---

101 ת.א. (י־ם) 391/90 בעניין בראשי, הערה 99 לעיל, בעמ' 160.

102 ע"א 2258/92 בעניין נאות מדבר, הערה 80 לעיל, בעמ' 356.

103 שם, בעמ' 357. הלכה זו יושמה גם בע"א 6396/95 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' נופי (טרם פורסם), סעיף 13 לפסק־הדין. נקבע שם, כי "פעולת קונסולידציה, שבה מאבדות ההלוואות את צביונן המקורי ומחויבות בריבית הנהוגה בחשבון עובר־ושב המצוי ביתרת חובה, שבו הריבית גבוהה במיוחד, איננה תופסת". לפיכך, "הבנק לא היה רשאי להתעלם מ[שיעורי הריבית שנקבעו בהסכם ההלוואה], ולנצל את חשבון העובר־ושב על מנת להגדיל את חובו של [הלווה] מעבר למוסכם".

104 בת.א. (ת"א) 1272/87 בעניין בית זייד, הערה 53 לעיל, בעמ' 24-26.

105 ת.א. (נצ') 7678/88 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' סופר פרינט (לא פורסם).

עוד נפנה בעניין זה לת.א. (ת״א) 2746/89 בעניין זכרון, שם נקבע, כי בהעדר מודעות כאמור, אין לחייב את הלווה בגין יתרת החובה בחשבון השוטף, שנוצרה מפירעון של הלוואה צמודה, בריבית הגבוהה מריבית הפיגורים המרבית המותרת לפי צו הריבית: ״לא נראה, כי לתובעים ניתנה כלל האפשרות לבחון מהותית האם דרך הפעולה בה נקט הבנק הנה זו המשרתת בצורה היעילה ביותר את האינטרסים הכלכליים שלהם. על פניו אין לומר, כי בכיסוי הלוואה אחת באמצעות אחרת בעלת תנאים נוחים פחות יש משום הטבת מצבו או טובתו של לקוח שביטחונותיו או חלקם לא נפרעו״[106].

גם בת.א. (חי׳) 398/91 בעניין סעידיאן נשלל תוקפו של חיוב בריבית הגבוהה מריבית הפיגורים בגין חיוב החשבון השוטף. בית־המשפט בחן את קיומה של הסכמה מודעת ומפורשת למשמעויות הכלכליות של פירעון המלווה צמוד הערך בחיוב החשבון השוטף של הלווה. דרישת ההסכמה הוחלה בקפידה, ועל אף שהלווה נעזר בייעוץ מקצועי מטעמו נקבע כי לא הוכחה הסכמה במידה הנדרשת[107]. נפסק כי חובתו של הבנק למסור ללקוחו מידע באשר למשמעויות של פירעון המלווה באמצעות חיוב החשבון השוטף המצוי ביתרת חובה, כוללת הסבת תשומת לבו של הלקוח ליציאה מחסותו של חוק הריבית בגין כך[108]. הנטל להוכיח כי הבנק אכן עמד בחובתו זו מוטל על הבנק[109].

הלכה דומה — אם כי נחרצת פחות — נקבעה בה.פ. (ת״א) 768/87 בעניין אורות. שם נפסק, כי ״אם ההלוואה הנוספת אינה באה לקדם אינטרס כלכלי של הלווה, וכל מטרתה הוא לשמש מכשיר בידי הבנק כדי לעקוף את הוראות חוק הריבית — הרי הלוואה שכזו הנה פסולה״[110]. בית־המשפט קבע, כי רק אם מוכחת הסכמה מפורשת של הלווה להמרה זו של ההלוואות, מתוך מודעות למשמעויותיה, חזקה כי לעסקה יש הגיון כלכלי, ואין בה משום עקיפת הוראות חוק הריבית (גם אם הריבית בה מחויב הלווה בגין ההלוואה שאינה צמודה הנה גבוהה משיעור ריבית הפיגורים במרבי המותר על־פי החוק)[111].

---

106 ת.א. (ת״א) 2746/89 בעניין זכרון, הערה 81 לעיל.

107 ת.א. (חי׳) 398/91 בעניין סעידיאן, הערה 87 לעיל: ״על הבנק חלה החובה להבהיר, כי תשלום דרך החשבון השוטף אינו אך מכשיר טכני בלבד, אלא גורר שינוי בשיעור הריבית ולכשיתרת החשבון היא שלילית, יישא בצדו ריבית החורגת מהריבית הקבועה בחוזה ההלוואה הראשונה צמודת המדד״.

108 לדיון בחובות הגילוי המוטלות על המלווה ראו בפרק ו׳ להלן.

109 ת.א. (חי׳) 398/91 בעניין סעידיאן, הערה 87 לעיל.

110 ה.פ. (ת״א) 768/87 אורות מושב עובדים נ׳ בנק לאומי לישראל בע״מ (לא פורסם).

111 לגופו של עניין נקבע באותה פרשה, כי בנסיבות העניין, אין לומר כי אכן ניתנה הסכמה מודעת ומפורשת כנדרש. נקבע, כי תניה בדבר סמכותו של הבנק להורות על קיזוז יתרות מהחשבון השוטף אינה אלא ״הוראת נוהל״, אשר אינה עולה כדי הסכמה שבמהות ליטול הלוואה נוספת גם כאשר החשבון מצוי ביתרת חובה.

אולם, פסק־דינו זה של בית־המשפט המחוזי שונה, בדעת רוב, על־ידי בית־המשפט העליון, בע"א 5300/92 בעניין אורות[112]. פסק־דין זה, אשר ניתן לאחר פסקי־הדין שנסקרו לעיל, משקף גישה שונה: באותה פרשה נאמר בחוזה ההלוואה, כי הבנק רשאי לפרוע כל תשלום שלא שולם במועדו, על־ידי חיוב החשבון השוטף של הלווה, אף אם זה נמצא ביתרת חובה. לגישתם של המשנה לנשיא ש' לוין והשופט גולדברג, די בהוראה זו כדי לעמוד בתנאי הלכת נאות מדבר, ביחס לקיומה של "הסכמה מפורשת של הלקוח", לחיוב חשבון החח"ד, גם אם הוא מצוי ביתרת חובה, לשם פירעון ההלוואה הצמודה. גישת הרוב אבחנה את פסק־הדין בעניין נאות מדבר על יסוד העובדה, שבחוזה ההלוואה אשר נדון בפרשת נאות מדבר לא צוינה במפורש זכותו של הבנק לחייב את חשבון החח"ד לשם פירעון ההלוואה, גם אם חשבון זה מצוי ביתרת חובה, בעוד שבחוזה שנדון בפרשת אורות נאמר כך במפורש[113].

לדעתנו, בכל הכבוד, גישה מעין זו אינה עולה בקנה אחד עם הלכת נאות מדבר ועם הטעמים העומדים ביסודה. אנו מצטרפים, בכל הכבוד, לגישתה של השופטת דורנר, אשר קבעה את הלכת נאות מדבר ונותרה בדעת מיעוט בפרשת אורות. לגישתה, "הסכמה, כי חיוב חשבון יהווה פירעון הלוואה, נדרשת להיות מפורשת, והוכחתה טעונה ראויות חד־משמעיות ומשכנעות"[114]. השופטת דורנר סברה, כי אין לראות בהוראה המקנה לבנק זכות לחייב את חשבון החח"ד, גם אם זה מצוי ביתרת חובה, בכל מקרה שההלוואה לא תיפרע במועד, כדי להעיד על הסכמה כאמור: הלווה רשאי לצפות, כי הוראה זו לא תשמש הסכמה לפירעון, "שמשמעותו הסרת מגבלות חוק הריבית על חובו"[115]; ומתוך מכלול הוראות החוזה עולה, כי חיוב חשבון החח"ד אינו אלא אמצעי מבין האמצעים אותם רשאי הבנק להפעיל כנגד הלווה, המפגר בהחזר החוב, ולא הסכמה לנטילת הלוואה חדשה על־ידי הלווה. חיוב חשבון החח"ד אינו שולל את זכותו של הבנק להפעיל אמצעי גבייה דוגמת מימוש בטוחות, פנייה לערבים ועוד. לפיכך, לגישתה, "הפרשנות המתקבלת [מחוזה ההלוואה] בכללותו היא אפוא, שהלווה ישתחרר מחובו הצמוד למדד יוקר המחייה רק על־ידי תשלום בכסף. פרשנות [החוזה] כאילו חבוי בו הסכם להלוואה נוספת היא מלאכותית, ואינה מתיישבת עם אומד דעתם המשותף של הצדדים"[116].

---

112 ע"א 5300/92 בעניין אורות, הערה 93 לעיל.

113 ראו שם, סעיף 6 לפסק־דינו של השופט ש' לוין. באופן דומה ראו גם ע"א 7948/96 בענין מוסכי צומת גהה, הערה 93 לעיל, פסק־דינו של השופט אנגלרד.

114 ע"א 5300/92 בעניין אורות, הערה 93 לעיל, סעיף 5 לפסק־דינה של השופטת דורנר. ראו גם פסק־דינו של השופט אור — עמו הסכימה השופטת שטרסברג-כהן — בע"א 7948/96 בעניין מוסכי צומת גהה, הערה 93 לעיל.

115 ע"א 5300/92 בעניין אורות, הערה 93 לעיל, סעיף 6 לפסק־דינה של השופטת דורנר.

116 ע"א 5300/92 בעניין אורות, הערה 93 לעיל, סעיף 8 לפסק־דינה של השופטת דורנר.

כאמור, אנו תומכים בגישתה של השופטת דורנר. קשה לראות כיצד ניתן ליישב בין הקביעה בחוזה ההלוואה, כי חיוב החשבון השוטף של הלווה אינו נחשב לפירעון ההלוואה לצורך אחד — שימור זכותו של הבנק להפעיל אמצעים שונים לגביית החוב — אך הוא נחשב לפירעון ההלוואה לצורך אחר — חיוב הלווה בריבית הגבוהה מזו המרבית המותרת לפי חוק הריבית, על־ידי התייחסות אל הריבית המשולמת בגין יתרת החובה בחשבון השוטף כאל ריבית בגין הלוואה חדשה, ולא כאל ריבית פיגורים.

נראה לנו, אף שבתי־המשפט לא התייחסו לעניין זה במפורש (ולמרות הדעה ההפוכה העולה מגישת הרוב בע״א 5300/92 בעניין אורות), כי כדי לעמוד בתנאי ההסכמה המודעת, מן ההכרח למסור ללווה מידע על העובדה ש״פירעון״ ההלוואה נעשה באמצעות יתרת חובה בחשבון השוטף[117]. כפי שראינו, בנסיבות כאלה, אין המדובר, מבחינה כלכלית, בפירעון של ממש, וזהו המועד בו על הלווה להחליט, מהו האופן אותו הוא מעדיף. רק אז יודע הלקוח, האם יתרת החובה בחשבונו נמצאת בגבולות מסגרת האשראי המאושרת שלו; ורק אז הוא יודע, מהם שיעורי הריבית הנוהגים בבנק ביחס ליתרות חובה בחשבון השוטף. דרישת ההסכמה המודעת של הלווה באשר למשמעויות הכלכליות של פירעון ההלוואה באמצעות חיוב החשבון השוטף, גם אם הוא נמצא ביתרת חובה, מיושמת בקפדנות. לכן, נראה שיש הגיון בסיוג האפשרות לפרוע את ההלוואה באמצעות הלוואה אחרת, במסירת מידע על כך ללווה במועד בו מבוצעת ההמרה, ולא רק מלכתחילה. מודעותו של הלווה לכך, שאין בידיו מקורות לפירעון ההלוואה הנה תנאי, כך נראה, לתוקפו של חיוב הלווה בריבית הגבוהה מריבית הפיגורים[118]. בסיס זה להתערבות אינו מוגבל בתחולתו, כפי שנראה בהמשך, למקרים הבאים בגדרו של חוק הריבית[119].

117 ייתכן, כי מן הראוי להבחין בעניין זה בין יתרת חובה הנכללת במסגרת האשראי שהועמדה לרשות הלווה בחשבון השוטף, לבין ״פירעון״ בדרך של יצירת יתרת חובה החורגת ממסגרת האשראי. במקרה בו הלקוח נוהג לפרוע באופן שוטף את יתרות החובה בחשבון השוטף בסמוך לחיוב החשבון בגין ההלוואה, ניתן ללמוד על מודעות מסוג זה של הלקוח. ראו ע״א 7948/96 בעניין מוסכי צומת גהה, הערה 93 לעיל.

118 באופן זה ניתן ליישב את הקושי שהעלה בית־המשפט בה.פ. (ת״א) 768/87 בעניין אורות, הערה 110 לעיל. בית־המשפט העלה את השאלה, האם אין בפסיקתו, לפיה הבנק אינו רשאי לפרוע את ההלוואה הצמודה באמצעות חיוב החשבון השוטף רק כאשר החשבון מצוי ביתרת חובה (אך הלקוח רשאי ״ליהנות״ מפירעון ההלוואה באמצעות חיוב החשבון השוטף כאשר זה מצוי ביתרת זכות) משום הטבה עם הלווה, שאינה מוצדקת. ראו ברוח זו גם פסק־דינו של השופט אנגלרד בע״א 7948/96 בענין מוסכי צומת גהה, הערה 93 לעיל. לגישתנו, אין בכך כל ״הטבה״ עם הלקוח, אלא קיום ההסכמה אליה הגיעו הצדדים: ההסכמה שנותן הלווה מראש, לפירעון ההלוואה באמצעות חיוב החשבון השוטף, צריכה להתפרש כמתייחסת רק אל אותם מקרים בהם חיוב החשבון השוטף אכן משמש לפירעון ההלוואה, היינו, כאשר החשבון השוטף מצוי ביתרת זכות.

119 ראו בעניין זה בעמ׳ 136 ואילך, להלן.

ההערכה, האמנם ניתנה הסכמה מודעת כאמור של הלווה, הנה עניין עובדתי. כפי שראינו, ניתן להיעזר לצורך כך בבחינה, האם יש היגיון כלכלי בנטילת ההלוואה החדשה. בשונה ממספר אמירות בעניין זה בפסיקה חשוב לשוב ולציין, כי העובדה שהעלות הישירה הכרוכה בנטילת ההלוואה החדשה הנה גבוהה מהעלות הישירה הכרוכה באי פירעון ההלוואה המקורית במועד (היינו, העובדה שהריבית בגין יתרת החובה בחשבון השוטף גבוהה מריבית הפיגורים המרבית המותרת לפי חוק הריבית), אינה מכרעת. בהערכה, האם יש היגיון כלכלי בפירעון ההלוואה המקורית בדרך זו, יש לקחת בחשבון גם את העלויות העקיפות הכרוכות בכל אחת מן הדרכים, ובעיקר, את העלויות הנובעות מאי פירעון במועד של הלוואה.

כאמור, ההתערבות השיפוטית בתנאי ההתקשרות בין הלווה למלווה התבססה גם על מקור נוסף, מעבר לזה של דרישת קיומה של הסכמה מודעת מצדו של הלווה לנסיבות ההמרה של ההלוואה. מקור זה נובע ישירות מהוראות חוק הריבית. מקור זה מבוסס על העובדה, שבהסכם לפירעון ההלוואה הצמודה באמצעות יצירת יתרת חובה בחשבון השוטף, יש משום עקיפה של הוראות צו הריבית המתייחסות אל השיעור המרבי של ריבית פיגורים, אותו רשאי לגבות הלווה[120]: הסכם מסוג זה מייתר למעשה את הצורך בקביעת ריבית פיגורים בגין אי פירעון המלווה צמוד הערך במועד. המלווה צמוד הערך נפרע בכל מקרה, באמצעות יתרת חובה בחשבון השוטף, ובמקום לחייב את הלווה בריבית פיגורים (הנתונה לפיקוח מכוח צו הריבית), מחויב הלווה בריבית בגין יתרת החובה בחשבון השוטף (אשר איננה נתונה לפיקוח, ואשר עשויה לכן להיות גבוהה מריבית הפיגורים המרבית המותרת לפי צו הריבית).

משום כך, בית־המשפט פסל את תוקפן של הוראות מסוג זה. ראשיתה של גישה זו בע"א 2258/92 בעניין **נאות מדבר**, שכבר הוזכר לעיל: "אין לאפשר את עקיפתה של ריבית הפיגורים שנקבעה בצו (הריבית) על־ידי הגדלת יתרת החובה מחשבון העו"ש בשיעור ההחזר שבפיגור. ... לעניין זה [אין] חשיבות לשאלה האם הצדדים — בעת שהתקשרו בחוזה — צפו כי שיעור ריבית הפיגורים בחשבונות עובר ושב יעלה על השיעור שנקבע בצו"[121]. לפיכך נקבע, כי "אין נפקות לחיובים שחייב הבנק את חשבון העובר ושב של המערערת כהחזר ההלוואה"[122]. גישה זו

120 בהנחה שהוראות אלה אמנם תקפות.

121 ע"א 2258/92 בעניין **נאות מדבר**, הערה 80 לעיל, בעמ' 357-358.

122 שם, בעמ' 358. וראו באופן דומה, ת.א. (ב"ש) 443/89 בעניין **שטרן אפרתי**, הערה 64 לעיל, שם נקבע, כי "בהעדר הוראת הסכם מפורשת, אין לעקוף את ההוראה המחייבת שבצו הריבית, על־ידי העברה לחשבון החח"ד. [מהלכת **נאות מדבר**] עולה, כי ההסדר או הנוהל המקובל של חיוב חשבונות החח"ד יש לו משמעות טכנית ובהעדר הסכמה ברורה אין בכוחו לגבור על הוראות חוק הריבית".

יושמה גם בת.א. (י־ם) 622/90 בעניין רמיר[123], ובת.א. (ת״א) 2746/89 בעניין זכרון: ״אפילו עסקה זו נעשתה בהסכמת שני הצדדים ובמודע, המחוקק מתערב בסוג כזה של עסקאות ומאיין חיובי ריבית כזו בחח״ד״[124].

באופן דומה נפסק בת.א. (י־ם) 391/90 בעניין בראשי, כי מדובר בעקיפה של הוראות חוק הריבית, שהן הוראות קוגנטיות שלא ניתן להתנות עליהן. בית־המשפט סרב לראות בפירעון ההלוואה באמצעות יצירת יתרת החובה כמתן הלוואה ״חדשה״, המנותקת מההלוואה המקורית[125]. כך גם נקבע בת.א. (ת״א) 789/87 בעניין אילת[126]. בפרשה זו נאמר בחוזה ההלוואה במפורש, כי בכל מקרה בו הלקוח לא יעמוד באחד התשלומים של ההלוואה הצמודה, הבנק יהיה רשאי לחייבו בגין סכום הפיגור, שהועבר לחשבון השוטף, בריבית בשיעור החריגה המרבי הנוהג בבנק בחשבונות מסוג חח״ד. ואולם, גם נוסח זה לא עמד במבחן השיפוטי, לאור הקוגנטיות של הוראות של חוק הריבית. בית־המשפט פסק גם במקרה זה, כי זכות הבנק לחייב את החשבון השוטף קיימת אך ורק במקרה שבחשבון היתה יתרת זכות מספקת. לעומת זאת, כשהחשבון מצוי ביתרת חובה (בין בתוך מסגרת האשראי המאושרת ובין בחריגה ממנה), רשאי הבנק לחייב את הלקוח רק בריבית הפיגורים החוקית[127].

עם זאת, גם ביחס לבסיס שני (וחלופי) זה לשלילת תוקפו של החיוב בריבית בגין יתרת החובה בחשבון השוטף, אין אחידות דעים בפסיקה. בת.א. (י־ם) 278/90 בעניין ברנוביץ׳[128], דחה בית־המשפט את הטענה כנגד החיוב בריבית הגבוהה מריבית הפיגורים המרבית, בגין הלוואה אחרת בה חויב הלקוח, לשם פירעון הלוואה צמודת ערך. נקבע, כי אין בכך כל פגיעה בהוראות חוק הריבית, משום שמדובר, ״מבחינה פורמלית״, בהלוואה נפרדת. בית־המשפט הסתפק בבחינת קיומה של הסכמה מפורשת ומודעת, כדי לתת תוקף לתוקפו של הסכם ההלוואה,

---

123 ת.א. (י־ם) 622/90 רמיר מגורים (1979) בע״מ נ׳ טפחות בנק משכנתאות לישראל בע״מ (לא פורסם).

124 ת.א. (ת״א) 2746/89 בעניין זכרון, הערה 81 לעיל.

125 ת.א. (י־ם) 391/90 בעניין בראשי, הערה 99 לעיל, בעמ׳ 160.

126 ת.א. (ת״א) 789/87 בעניין אילת, הערה 17 לעיל.

127 וראו, באופן דומה, ת.א. (נצ׳) 7678/88 בעניין סופר פרינט, הערה 105 לעיל: ״אפילו היתה קיימת הסכמה לחייב חשבון עו״ש בפירעון הלוואה ... שתנאיה שונים מתנאי חשבון העו״ש, הרי זו היתה בניגוד לחוק הריבית וצו הריבית״ (אם כי, ההלוואה שדובר בה באותו מקרה היתה הלוואה הצמודה למטבע חוץ, לגביה לא נקבע שיעור ריבית מרבי בצו הריבית). לגישה דומה ראו גם י׳ כהט ״חיוב חשבון ביתרת חובה — ושאלת התחולה של חוק הריבית״ שערי משפט ב (תשנ״ט) 101. לגישת המחבר, אם הבנק מגלה כי הלקוח מצוי ביתרת חובה באופן עקבי, עליו להפסיק לפעול בדרך זו, גם אם ניתנה לכך הסכמה מפורשת של הלקוח.

128 ת.א. (י־ם) 278/90 בעניין ברנוביץ׳, הערה 34 לעיל, בעמ׳ 512.

לפיו במקרה של אי פירעון ההלוואה, ימומן הפירעון באמצעות הלוואה אחרת[129]. בית־המשפט לא שלל את אופיו הקוגנטי של חוק הריבית עצמו; אולם, לגישתו, פירעון המלווה צמוד הערך במלווה שאינו צמוד ערך אינו מוסדר בחוק הריבית.

באופן דומה נפסק בה.פ. (ת"א) 768/87 בעניין אורות. נקבע שם, כי כשם שמותר ללקוח ליטול הלוואה בלתי צמודה מבנק אחד כדי לפרוע הלוואה צמודה לבנק אחר, בלא שתחולנה עליו מגבלות חוק הריבית, על אף שהתוצאה הסופית היא שאותו אדם שילם ריבית גבוהה מזו הקבועה בחוק, כך "אין כל מניעה שיפנה אדם לבנק א', ממנו לקח את ההלוואה הצמודה וייקח ממנו הלוואה נוספת, שאינה צמודה לכיסוי ההלוואה הראשונה"[130]. מדובר, בשני המקרים, בהלוואה אחרת, שאינה כפופה למגבלות חוק הריבית, וממילא אין כל מניעה לעשות כן[131]. קביעתו זו של בית־המשפט המחוזי אושרה, בדעת רוב, על־ידי בית־המשפט העליון, בע"א 5300/92 בעניין אורות: "[אם] היתה הסכמה של הלקוח לפירעון ההלוואה על־ידי חיוב חשבון החח"ד, גם כאשר הוא נמצא ביתרת חובה, יש ... מקום לבחון אך את השאלה, האם מדובר בעסקה שיש בה הגיון כלכלי"[132]. בית־המשפט הסכים לטענת הבנק בדבר הגיון כלכלי כאמור, והתיר לכן את חיוב הלווה בריבית פיגורים הגבוהה מזו המרבית המותרת לפי חוק הריבית[133].

לגישתנו, כאמור לעיל, ההתנאה על הוראות חוק הריבית אינה תקפה. משום כך, הסכמתו של הלקוח, הניתנת מראש, בעת כריתת הסכם ההלוואה, לפירעון ההלוואה הצמודה בחיוב החשבון השוטף שלו, גם אם הדבר יגרום להיווצרות

---

129 בית המשפט הוסיף בעניין זה, כי "אין לומר, כי הסכם כזה יהא בר תוקף בכל הנסיבות, שכן אם יעשה בו שימוש כחוזה אחיד כשהמתקשר עם הבנק אינו חופשי לקבוע תנאי במשא ומתן או אינו מסוגל להבין את משמעות ה'סנקציה' העוקפת הוראות חוק הבאות להגן על זכויות, ניתן לטעון כי בטל הוא, אם משום חוסר תום לב מצד הבנק ואם משום שתנאיו מקפחים": שם, בעמ' 512.

130 ה"פ 768/87 בעניין אורות, הערה 110 לעיל.

131 לגישה דומה ראו גם ת.א. (ת"א) 6026/87 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' מושב אילניה (לא פורסם).

132 ע"א 5300/92 בעניין אורות, הערה 93 לעיל, סעיף 7 לפסק־דינו של המשנה לנשיא ש' לוין.

133 מאידך, השופט דורנר, נאמנה לגישתה בע"א 2258/92 בעניין נאות מדבר, הערה 80 לעיל, קבעה, כי אין לתת תוקף לדרך זו לעקוף את חוק הריבית. היא הוסיפה עוד, כי "דרך זו אף אינה מתיישבת עם חובת תום־הלב המוטלת על הבנק במילוי ההסכם, שכן, לפי אופן הפעלת [חוזה ההלוואה] על־ידיו, אין נפקות לתנייה כי [הלווה] יישא בשל איחור בהחזר התשלום החודשי בריבית הפיגורים הקבועה בחוק הריבית": ע"א 5300/92 בעניין אורות, הערה 93 לעיל, סעיף 11 לפסק־דינה של השופטת דורנר. בע"א 7948/96 בעניין מוסכי צומת גהה, הערה 93 לעיל, העדיף השופט אנגלרד בענין זה את עמדת הרוב בפרשת אורות, לפיה די בקיומה של הסכמת הלקוח כדי להכשיר דרך זו. מאידך, השופטים אור ושטרסברג-כהן העדיפו להשאיר סוגיה זו בצריך־עיון, אך לאור קביעתם כי הסכמת הלקוח לפרעון בדרך זו מקנה לבנק זכות לפעול כך, ניתן ללמוד על עמדה דומה.

יתרת חובה בחשבון, איננה תקפה. יש בכך ניסיון לעקוף את הוראות חוק הריבית וצו הריבית שהוצא מכוחו, בדבר השיעור המרבי של ריבית הפיגורים בה ניתן לחייב את הלווה, אם הוא אינו עומד בתנאי הפירעון. חיוב החשבון השוטף, המצוי ביתרת חובה, בגין ההלוואה, אינו יכול להיחשב, מבחינה מהותית, לפירעון ההלוואה, ואף הבנק אינו רואה בו ככזה, לעניין השימוש באמצעי הגבייה השונים העומדים לרשותו (מימוש ביטחונות, פנייה לערבים וכדומה). משום כך, תשלומי הריבית המשולמים בגין יתרת החובה כמוהם כ"ריבית פיגורים", לעניין חוק הריבית.

מאידך, אם ההסכמה ניתנת בהגיע מועד הפירעון של ההלוואה, שונים הם פני הדברים: במקרה כזה, נדרש הלווה לפרוע את ההלוואה, ובהעדר מקורות כספיים לכך, עליו לבחוֹר בדרך מימון כלשהי. אם הוא מסכים, במועד זה, במפורש ומתוך מודעות למשמעות הדבר, ליטול הלוואה אחרת, לשם מימון החזר ההלוואה המקורית, הסכמתו זו אינה מהווה התניה על הוראות חוק הריבית. ההלוואה החדשה — בין אם זו הלוואה "רגילה", ובין אם זו הלוואה בצורה של יצירת יתרת חובה בחשבון השוטף — אכן מהווה פירעון של ההלוואה המקורית. בחירתו המודעת של הלווה היא שיוצרת את ההבדל בין המצב הקודם לבין המצב הנוכחי. משום כך, כאן, הסכמתו המאוחרת של הלווה, הניתנת במועד בו ידוע לו, כי אין בידיו מקורות כספיים לפירעון ההלוואה, לנטילת הלוואה חדשה, גורמת לכך שדמי הריבית המשולמים בגין ההלוואה החדשה אינם בבחינת "ריבית פיגורים" בגין ההלוואה הקודמת.

נסכם אם כן עניין זה: ככל שמדובר בפירעון של הלוואה צמודה על־ידי חיוב של חשבון שוטף המצוי ביתרת חובה, הריבית המרבית אותה רשאי הבנק הלווה לגבות במקרה זה הנה ריבית הפיגורים שנקבעה בצו הריבית (שהנה, במועד כתיבת שורות אלה, 17% לשנה). גם אם הריבית בגין יתרת חובה בגין החשבון השוטף הנה גבוהה מריבית זו (והיא יכולה להיות גבוהה ממנה, משום שהלוואות מסוג זה אינן נתונות בפיקוח, לאור צו הריבית), המלווה אינו רשאי לגבות ריבית גבוהה יותר. תוצאה זו נובעת מפרשנות הוראות חוק הריבית בהתבסס על תכליתו של החוק. גישה זו, שקבלתה כאמור בפסיקה אינה חד משמעית, מבטאת הן את ההכרה בצורך הלגיטימי בחקיקה צרכנית מסוג זה, והן את חובתה של הרשות השופטת לכבד את תחומן של הרשות המחוקקת והמבצעת, המופקדות על קביעת המדיניות הכלכלית[134].

134 ובכך לסגת מן הגישה שהובעה בשנות הששים, לפיה מן הראוי לצמצם ככל שניתן את היקף תחולתו של חוק הריבית, בשל השפעותיו השליליות כביכול על שוק ההון בישראל. ראו בעניין זה הטקסט שנילווה להערות שוליים 47 ו-48 לעיל.

בכך לא תם הדיון: אם מתקבלת טענתו של הלווה כנגד חיוב החשבון השוטף שלו לשם פירעון ההלוואה, באופן המחייבו בריבית פיגורים (בדמות הריבית בגין יתרת החובה בחשבון השוטף) הגבוהה מזו המרבית המותרת לפי חוק הריבית, עולה סוגיית ההשבה של חיובי היתר. השאלה היא, מהו האופן בו יש לחשב את ההשבה לה זכאי הלווה — באמצעות זיכוי חשבון ההלוואה או באמצעות זיכוי החשבון השוטף — ומהו שיעור הריבית בו יש לשערך סכומים אלה. מכיוון שסוגייה זו עשויה להתעורר גם במקרים שאינם נכללים בגדר חוק הריבית, העדפנו לדון בה בנפרד, ולהסתפק כאן בהפניה לדיון זה[135].

ט. חיוב במדד חודשי עודף

אמצעי אחר אשר ננקט לשם עקיפת הוראות חוק הריבית, בניסיון לגבות ריבית גבוהה מזו המרבית המותרת בגין הלוואות צמודות, הנו האמצעי המכונה "מדד עודף". כפי שכבר ראינו בפרק א', כאשר מדובר בהלוואה הצמודה למדד מחירים, שבה ההצמדה מחושבת בשיטת המדד הידוע במועד התשלום, קביעה מכוונת של מועד קבלת ההלוואה ומועד הפירעון שלה, עלולה ליצור עיוות בחישוב הפרשי ההצמדה[136]: כידוע, מדד המחירים מתפרסם ב-15 בכל חודש[137]. אם ההלוואה מתקבלת בסמוך לפני פרסום המדד — למשל ב-14 בחודש — ואילו מועדי הפירעון הנם מיד לאחר פרסום המדד — למשל, ב-16 בחודש — נוצר מצב בו נדרש הלווה לשלם בגין ההלוואה הפרשי הצמדה העולים על אלו הדרושים כדי לפצות בגין הירידה בערך הכסף בתקופת ההלוואה.

נניח, למשל, כי ההלוואה מתקבלת ב-14 בינואר 1998 ונפרעת ב-16 בינואר 1999. במקרה כזה, הפרשי ההצמדה יחושבו על־פי עליית המדד מחודש נובמבר 1997 (המדד הידוע ביום קבלת ההלוואה) ועד חודש דצמבר 1998 (המדד הידוע ביום הפירעון). כך, נדרש הלווה לשאת בהפרשי הצמדה בגין שלושה־עשר חודשים, למרות שהחזיק בכסף במשך שנה אחת (ויומיים) בלבד. הפרשי ההצמדה אכן משקפים את השינויים בערך הכסף בלבד (ולא ריבית נוספת), רק אם נלקחים בחשבון מדדים כמספר חודשי ההלוואה. מאידך, דרישה לקבלת ההלוואה ביום ספציפי בחודש, ופירעון ההלוואה ביום ספציפי אחר בחודש, עשויה להעיד, במקרה הרגיל, על ניסיון להטות את הפרשי ההצמדה באופן בלתי הוגן[138].

---

135 ראו בעמ' 145 ואילך, להלן.

136 ראו בעניין זה בעמ' 39 ואילך, לעיל.

137 או בסמוך לכך, אם החמישה־עשר בחודש הוא שבת או חג.

138 כפי שראינו לעיל, תופעה דומה, בכיוון ההפוך כמובן, מתרחשת ביחס להפקדת כספים בתוכנית חיסכון. כאן, נאלץ המפקיד "להפסיד מדד", אם מועד ההפקדה הוא ב-16 בחודש, ואילו מועד הפדיון ב-14 בחודש. ראו בעמ' 40 לעיל.

התוספת הנובעת מחיוב ההלוואה במדד נוסף הנה, כי הריבית הריאלית[139] המשולמת בגין ההלוואה הנה גבוהה מן הריבית הריאלית המוצהרת, בשיעור של עליית המדד בחודש אחד. כך, בייחוד בשנים של אינפלציה בשיעורים גבוהים, נגבתה בפועל ריבית בשיעור הגבוה מזה המותר על־פי חוק הריבית. בהתייחסו למקרים מסוג זה שהובאו בפניו, לא היסס בית־המשפט להורות על החזר כספים ללווים, אשר נדרשו לשלם "ריבית מופרזת", בגין חיובם במדד עודף. כפי שכבר ראינו לעיל, הסכמתו של הלווה למועדי קבלת ההלוואה והפירעון שלה (הסכמה אשר היתה, לרוב, ללא מודעות למשמעויותיה), אינה רלבנטית, לאור הוראותיו הכופות של חוק הריבית[140].

הזיהוי של מקרים מסוג זה, של חיוב מלאכותי במדד עודף, הנו פשוט: אם מועד קבלת ההלוואה ומועד החזרתה נקבעים בימים שונים, שניהם סמוכים למועד פרסום המדד, חזקה, כי מועדים אלה נקבעו, כדי לעקוף את הוראות חוק הריבית. על המלווה מוטל הנטל לסתור חזקה זו ולהראות, כי היה לשני הצדדים אינטרס משותף לקבוע כך את מועדי קבלת ההלוואה ופירעונה[141]. מובן, כי טיעון לפיו מועדי ההלוואה נקבעו כך, כדי לאפשר לבנק המלווה לגבות ריבית הגבוהה מזו המותרת לפי חוק הריבית (בהסכמתו של הלווה), לא תועיל, לאור אופיו הכופה של חוק הריבית.

כדוגמא לתוצאה זו נפנה, למשל, לע"א 2258/92 בעניין **נאות מדבר**. באותו מקרה, נקבעה תחילת ההלוואה ל-14 בחודש, ומועד ההחזר החודשי נקבע ל-16 בכל חודש. באופן זה, הוגדל שיעור הריבית בגין ההלוואה ב-11% (כשיעור עליית המדד שהתפרסם בסמוך לאחר שהתקבלה ההלוואה, ב-15 בחודש), אל מעבר לשיעור הריבית המרבי שנקבע בצו הריבית. נקבע, כי המדד הנוסף בו חויב הלווה "אינו משקף שחיקה במחיר הכסף. הוא גם אינו תוצאה טבעית של שיטת ההצמדה. המערערת לא נזקקה להלוואה דווקא יום לפני פרסום המדד, ואף לא היה לה עניין לפרוע אותה דווקא יום לאחריו, אלא מועדיה נבחרו על ידי הבנק בקפידה כדי שהמדד הנוסף לא ישקף שחיקת כסף. המטרה היחידה היתה להגדיל

139 לאבחנה בין ריבית ריאלית לבין ריבית נומינלית ראו בעמ׳ 35 ואילך, לעיל.

140 ראו בעניין זה בעמ׳ 72 לעיל.

141 בת.א. (י־ם) 622/90 בעניין רמיר, הערה 123 לעיל, בית המשפט אמנם ציין, כי "עקרונית וכלכלית לא קיימת כל מניעה חוקית ליתן הלוואה ללקוח עובר לחמישה עשר לאותו חודש", וכי על התובעים להוכיח, שמועד העמדת ההלוואה נקבע על־ידי הבנק מתוך כוונה להרוויח מדד נוסף בדרך בלתי לגיטימית. אולם, בנסיבות בהן מועד קבלת ההלוואה שונה ממועד הפירעון שלה, הגישה שיושמה בפסיקה היא, כי הנסיבות מדברות בעד עצמן, והנטל להוכיח אינטרס משותף כלשהו של הצדדים, מוטל על המלווה.

את מחיר ההלוואה, וזולת מטרה זאת לא היה במועדים אלה כל הגיון כלכלי"[142]. לפיכך נקבע, כי יש לראות בשיעורו של המדד הנוסף בו חויב הלווה, כתוספת לריבית הנקובה בגין ההלוואה. באופן זה, הפכה הריבית ששולמה בפועל ל"ריבית מופרזת", והמלווה נדרש להשיב ללווה כספים בגין חיובי היתר[143].

ביטוי לגישה זו ניתן למצוא גם בת.א. (י-ם) 622/90 בעניין רמיר. באותו מקרה העמיד הבנק לרשות הלווה הלוואה צמודת מדד. הוסכם, כי כספי ההלוואה יועברו לידי הלווה בשבעה חלקים, בשיעורים ובמועדים שייקבעו על-ידי הבנק. שישה מתוך שבעת חלקי ההלוואה הועברו ללווה יום או יומיים לפני פרסום המדד, בעוד פירעון ההלוואה נקבע למועדים בסמוך לאחר פרסום המדד. גם כאן נקבע, כי "הבנק בחר בקפידה במועדים שיביאו להגדלת מחיר ההלוואה על-ידי השגת חיוב והפרשי הצמדה בגין חודש שלם, וזולת מטרה זאת לא היה במועדים אלה כל הגיון כלכלי"[144].

טענה דומה התקבלה גם בפסק-הדין בת.א. (ת"א) 2746/89 בעניין זכרון, שם הועברו כספי הלוואה לחשבונו של הלקוח כבר ב-13 בחודש, על אף שהסכם ההלוואה נחתם רק ב-16 בחודש[145]; ובת.א. (ת"א) 428/89 בעניין סוליאתן, שם דובר בהלוואה שנקבע בה לוח סילוקין הנפרש על פני עשרים תשלומים, כשמועד הסילוק של כל תשלום הוא ב-17 בחודש, מדי רבעון, בעוד מועד קבלת ההלוואה היה ב-11 בחודש[146].

בכל המקרים, דחה כאמור בית-המשפט את טענות הבנקים, לפיהן הסכימו הלווים למועדי קבלת ההלוואה ופירעונה, ומשום כך הם מנועים מלטעון כנגד שיעורי הריבית בהם חויבו בפועל. בית-המשפט שב והדגיש, כי "הוראות חוק הריבית הנן קוגנטיות, ולא ניתן להתנות עליהן"[147]. כפי שנראה בהמשך, הלכות אלה תקפות גם במקרים שאינם באים בגדרו של חוק הריבית, וזאת מכוח חובת הנאמנות של הבנק ביחסו עם לקוחו[148].

---

142 ע"א 2258/92 בעניין נאות מדבר, הערה 80 לעיל, בעמ' 355.

143 באשר לדרך החישוב של ההחזר, ראו בעמ' 91 להלן.

144 ת.א. (י-ם) 622/90 בעניין רמיר, הערה 123 לעיל.

145 ת.א. (ת"א) 2746/89 בעניין זכרון, הערה 81 לעיל.

146 ת.א. (ת"א) 428/89 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' סוליאתן תעשיות גומי (1976) בע"מ (לא פורסם). לפיכך, "משנקבע, כי ההצמדה למדד נוסף אינה אלא דרישת ריבית מופרזת, נמצא, כי לוח הסילוקין הקובע את ה-17 בחודש כמועד פירעון ההלוואה גורם לפעולה בלתי חוקית הבטלה מעיקרה, כאמור בסעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי). משבטלה הוראה זו בהסכם ההלוואה, נשארת בעינה הריבית המוסכמת החוקית, אשר על-פיה יש לחשב את תשלומי פירעון ההלוואה".

147 ע"א 2258/92 בעניין נאות מדבר, הערה 80 לעיל, בעמ' 355.

148 ראו בעניין זה בעמ' 110 ואילך, להלן.

נותרה לדיון השאלה, איזהו המדד ה״עודף״ שאותו יש לבטל בעת עריכת החשבון המשוחזר — המדד הראשון או המדד האחרון. בית־המשפט קבע, כי המדד הנחשב כתוספת לריבית הנקובה הנו המדד הראשון, היינו, המדד שפורסם בסמוך לאחר קבלת ההלוואה[149]. נקבע, כי לגבי כל אחד מהתשלומים יש לתקן את ״המדד הבסיסי״, באופן שלא יהיה זה המדד שפורסם מיד לאחר מתן ההלוואה, אלא זה שפורסם ב-15 בחודש שלאחר מכן. כך, רואים את ההלוואה כאילו היא התקבלה ב-16 בחודש, ולא ב-14 בו[150].

י. קיצור ימות השנה לצורך חישוב הריבית — הערת הפנייה

כפי שכבר ראינו בפרק א׳ לעיל, ועוד נראה בהרחבה בפרק ה׳ להלן, כאשר הריבית נקובה בשיעור שנתי, אך תקופת ההלוואה אינה בדיוק שנה, יש לחשב את הריבית בגין ההלוואה[151]. בהתאם לכך, אם הריבית מחושבת בשיטת ״ריבית פשוטה״, תקופת ההלוואה נתונה בימים, ואילו הריבית נקובה לשנה, יש לכפול את שיעור הריבית השנתית במספר הימים שבתקופת ההלוואה ולחלק במספר הימים בשנה — 365. מאידך, אם מחשבים את הריבית לפי מספר ימים בשנה הנמוך מזה האמיתי — למשל, 360 ימים — דמי הריבית בגין ההלוואה יהיו גבוהים יותר.

מכיוון ששיעור הריבית המרבי אותו רשאי לגבות המלווה נקוב בצו הריבית בערכים שנתיים (כאמור, הריבית המרבית הנה 13% לשנה), הרי שחישוב הריבית על־פי מספר ימים בשנה הנמוך מזה האמיתי, גורם לכך שלריבית הנקובה (למשל, זו המרבית), נוספים תשלומי ריבית נוספים, וכך נוצרת חריגה משיעור הריבית המרבי הקבוע בצו הריבית. כפי שראינו לעיל, הוראות חוק הריבית הנן קוגנטיות, ולפיכך הטענה, כי הלווה הסכים לחישוב הריבית על־פי מספר ימים בשנה הנמוך מזה האמיתי (ובכך הסכים, בעקיפין, לחיובו בריבית בשיעור שנתי הגבוה מזה המרבי המותר לפי החוק), אינה רלבנטית[152].

---

149 ע״א 2258/92 בעניין נאות מדבר, הערה 80 לעיל. ראו גם ת.א. (ת״א) 2746/89 בעניין זכרון, הערה 81 לעיל. לגישה הפוכה, לפיה יש לראות במדד העודף דווקא את המדד האחרון (היינו, זה שפורסם בסמוך לפני פירעון ההלוואה) ראו ת.א. (ב״ש) 165/88 מלון נאות מדבר בע״מ נ׳ הבנק הבינלאומי הראשון בע״מ (לא פורסם).

150 למעשה, כדי לדייק, ראוי היה לחשב גם את הפרשי ההצמדה בגין היומיים הנוספים בהם הוחזקו כספי ההלוואה בידי הלווה.

151 ראו בעניין זה בעמ׳ 26-27 לעיל ובעמ׳ 107 ואילך, להלן.

152 ראו למשל, ע״א 7948/96 בעניין מוסכי צומת גהה, הערה 93 לעיל, סעיף 54 לפסק־דינו של השופט אנגלרד.

כפי שנראה בפרק ה' להלן, כיום מוסדר האופן החוקי לחישוב הריבית בהוראות הבנקאות (שירות ללקוח) (דרכי חישוב ריבית), תשנ"א-1990, שם נקבע, כי בחישוב הריבית יש לקחת בחשבון את מספר הימים המדויק בשנה שבה מדובר (365 ימים בשנה רגילה, או 366 ימים בשנה מעוברת).

פרק ד׳

הטלת חובות אמון ותום לב על העוסקים במתן הלוואות

א. הקדמה

בפרק ג׳ דנו בהתערבות המרכזית של המחוקק בתנאי ההלוואה — קביעת שיעור מרבי של הריבית. עם זאת, מעורבותו של המחוקק בהגנה על הלווה אינה מתמצית בכך. גם באותם מקרים בהם הריבית עליה מסכימים הצדדים הנה נמוכה מזו המרבית המותרת, כמו גם באותן סוגי הלוואות לגביהן לא נקבע שיעור ריבית מרבי אותו רשאי המלווה לגבות (הלוואות שאינן צמודות), בחר המחוקק להתערב ביחסים שבין הלווה למלווה. התערבות זו מתבטאת בעיקר בהטלת חובות גילוי נרחבות על המלווה, ובכך נעסוק בפרק ו׳, ובהגבלות שונות על תנאי ההלוואה, אותן נסקור בפרק ה׳. בטרם נעשה כן, מצאנו לנכון להקדים ולפרט באשר לעקרונות היסוד בתחום זה, מהם נגזרת מדיניותו של המחוקק. החשיבות שבהצגת עקרונות יסוד אלה הנה כפולה: יש בה כדי להאיר את תכליתה של החקיקה, ולסייע בפרשנות הוראות הדין השונות בעניין זה; והיא נחוצה כדי להבין את הבסיס הנורמטיבי להכרה בקיומן של הגבלות אחרות על ההתקשרות בעסקת ההלוואה, אשר הוטלו מכוח הפסיקה, אף בלא הוראה מפורשת בעניין בדבר חקיקה כלשהו.

עקרונות היסוד האמורים נובעים ממהותה של ההתקשרות בחוזה ההלוואה, בין הלווה לבין מי שעיסוקו במתן הלוואות. על־פי הגישה המקובלת במשפט הישראלי, בהתקשרות מסוג זה באים לידי ביטוי שני מאפיינים עיקריים: חובת תום־לב מוגברת; וחובת אמון, המוטלות על מי שעיסוקו במתן הלוואות, ביחסו עם הלווה. בפרק זה נסקור את היקפן של חובות אלה בהקשר הנדון כאן, ואת התוצאות העיקריות הנובעות מהן. כאמור, סקירה מפורטת של ההתערבות מכוח הדין בהתקשרות בחוזה ההלוואה — הנובעת מן ההכרה בשתי החובות האמורות — תובא בפרקים הבאים.

ב. החובה לנהוג בתום לב

על־פי הדין בישראל, הצדדים ליחסים חוזיים — וכאלה הם יחסי לווה־מלווה — כפופים לחובה הכללית לנהוג "בדרך מקובלת ובתום לב". חובה זו הוחלה הן על

השלב הקודם לכריתת החוזה, בו מנהלים הצדדים משא ומתן לקראת כריתת החוזה (סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973), והן בשלב החוזי: על־פי סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), "בקיום של חיוב הנובע מחוזה [ובשימוש בזכות הנובעת מחוזה] יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב". מכוחו של עיקרון זה, מוטלות על הצדדים לחוזה חובות, מעבר לאלה המפורשות בחוזה עצמו: "מכוחו [של עיקרון תום הלב] ניתן להטיל על הצדדים חובות שזכרן לא בא בחוזה, אך שביצוען נחוץ להגשמת החוזה"[1]. כפי שציין בעניין זה פרופ' מ' מאוטנר, "[נורמת תום הלב מחייבת צד לחוזה] לפעול להגנת אינטרס של הצד האחר, מעבר למה שקבוע בנורמה המסדירה את יחסיו עם אותו צד"[2].

נורמה כללית זו[3] הוחלה אף ביחסים בין בנק ללקוחו בכלל, ולגבי חוזי הלוואה בפרט. כך, למשל, נקבע בת.א. (ת"א) 1105/83 בעניין פמ"ר — קביעה שנהפכה לאחר מכן על־ידי בית־המשפט העליון — כי חובת תום הלב מחייבת בנק לפעול לקיזוז חיובים הדדיים עם לקוחו, לשם הקטנת יתרות חובה בחשבון השוטף של הלקוח[4]. בע.א. 5300/92 בעניין אורות החילה השופטת דורנר (בדעת מיעוט) את עיקרון תום הלב בהקשר אחר: דובר שם בחיוב החשבון השוטף של הלווה, גם כאשר החשבון מצוי ביתרת חובה, במקרה של פיגור בפירעון הלוואה שנטל הלווה. עקב כך, במקום לחייב את הלווה בריבית פיגורים (לגביה נקבע בהסכם ההלוואה, כי היא תהיה בשיעור הקבוע בחוק הריבית), חויב הלווה בריבית בגין

---

1 א' ברק, שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז) 476. לדיון במשמעותה של החובה לנהוג בתום לב בדיני חוזים ראו, למשל, ד' פרידמן וג' כהן, חוזים (כרך א, תשנ"א) 556 ואילך; **Good Faith and Fault in Contract Law** (Jack Beatson and Daniel Friedmann eds., 1995).

2 מ' מאוטנר, ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (תשנ"ג), 58. משום כך, פרופ' מאוטנר מגדיר נורמה זו כמטילה "חובה של התנהגות אלטרואיסטית". ראו בעניין זה גם ח' דגן, "הזכות לפירות ההפרה: אנטומיה של חקיקה שיפוטית", עיוני משפט כ (תשנ"ז) 601, 663-665; ד' פלפל, "סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973 והזיקה לדין הגרמני", הפרקליט לו (תשמ"ד) 53, שם נטען, כי בעקבות בר"ע 305/80 שילה נ' רצ'קובסקי, פ"ד לה(3) 449, חובת תום הלב הפכה לנורמת על במשפט, עד כי לא די בהוכחת זכות או עילה שבדין כדי לזכות בסעד, ומן ההכרח להוכיח גם, כי זכות או עילה זו נתבעים בתום לב.

3 לסקירת תחולתה של נורמה זו בכלל, ועל חברות ממשלתיות בפרט, ראו א' וינרוט, חברות ממשלתיות — תחולת המשפט המינהלי (1995) 54, הערות שוליים 39 ו-40 והמקורות המובאים שם.

4 ת.א. (ת"א) 1105/83 הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ נ' פמ"ר חברה לבניין ולעבודות ציבוריות (לא פורסם). בית־המשפט העליון הפך קביעה זו, על אף תחולתו הברורה של עיקרון תום הלב, בשל הקשיים הרבים שחובה זו מטילה על הבנק, הנדרש להחליט, מהי דרך הפעולה הרצויה ללקוח: ע"א 4863/90 פמ"ר חברה לבניין ולעבודות ציבוריות בע"מ נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ, פ"ד מח(2) 560, 569; וכן ע"א 5293/90 בנק הפועלים בע"מ נ' שאול רחמים בע"מ, פ"ד מו(4) 129.

יתרת החובה בחשבון השוטף, שהיתה בשיעור גבוה מריבית הפיגורים. לגישתה של השופטת דורנר, דרך פעולה זו של הבנק ״אינה מתיישבת עם חובת תום־הלב המוטלת [עליו] במילוי ההסכם, שכן לפי אופן הפעלת [הסכם ההלוואה] על־ידיו, אין נפקות לתניה, כי [הלווה] יישא בשל איחור בהחזר התשלום החודשי בריבית הפיגורים הקבועה בחוק הריבית״[5].

עם זאת, ככלל, נמנעו בתי־המשפט מלעשות שימוש ניכר בעקרון תום הלב בהתערבות בחוזי הלוואה[6], והעדיפו לפעול באמצעות הטלת חובות אמון מוגברות על בנק ביחסיו עם לקוחו.

ג. חובת האמונים המוטלת על מי שעיסוקו במתן הלוואות

למרות העדרה של הוראת חוק ייחודית מכוחה מוטלת חובת אמון על הבנק ביחסיו עם לקוחו[7], הכיר בית־המשפט, בשורה של פסקי־דין, בקיומה של חובה שכזו. מקורה של הכרה זו באופיים של יחסי בנק־לקוח: ״מהות יחסי בנק־לקוח היא המכתיבה חובה לבנק לפעול למען הלקוח, כשטובת הלקוח עומדת לנגד עיניו״[8].

ראשיתה של גישה זו בע״א 1/75 בעניין הרשקו. בפרשה זו טעה הלווה בסוברו, כי הסכום אותו הוא אמור לקבל על־פי הסכם ההלוואה הנו גבוה מזה לו היה זכאי בפועל. אף שעל־פי הסכם ההלוואה אכן אמור היה הבנק להעביר לרשות הלווה את הסכום הנמוך יותר, פסק בית־המשפט העליון, כי על הבנק לפעול באופן הממלא אחר ציפיותיו של הלווה. קביעתו זו של בית־המשפט התבססה על מעמדו

---

5 ע״א 5300/92 בנק לאומי לישראל בע״מ נ׳ אורות (טרם פורסם), סעיף 11 לפסק־דינה של השופטת דורנר. עמדת הרוב — המשנה לנשיא ש׳ לוין והשופט גולדברג — סברה, כי אין פגם בדרך פעולה זו של הבנק.

6 ראו בעניין זה ר׳ בן־אוליאל, **דיני בנקאות — חלק כללי** (תשנ״ו) 97-99.

7 כפי הנראה, הוראות חוק השליחות, תשכ״ה-1965 וחוק הנאמנות, תשל״ט-1979, מכוחן מוכר קיומן של חובות אמון, אינן חלות ביחסי בנק לקוח. ראו ר׳ בן־אוליאל, הערה 6 לעיל, בעמ׳ 99-100.

8 ת.א. (חי׳) 398/91 **סעידיאן נ׳ בנק דיסקונט לישראל בע״מ** (לא פורסם); ת.א. (י־ם) 725/89 **קול נ׳ בנק הפועלים בע״מ** (לא פורסם): ״לבנק, כבנק, מעמד מיוחד המנביע נורמות התנהגות שנגזרות הן מחובת הנאמנות המיוחדת, הן מעקרון תום הלב והן מפערי הידע בין הצדדים. על הבנק לנהוג מתוך אמון ונאמנות, יושר והגינות, ולפעול כשהוא מונחה על־ידי השיקול של טובת הלקוח״; דנ״א 1740/91 **בנק ברקליס דיסקונט בע״מ נ׳ קוסטמן**, פ״ד מז(5) 31.

המיוחד של הבנק כלפי לקוחו: "אין חולק על־כך, שאדם קשור להסכם שהוא חתום עליו, אך נכון גם, שבנק חב חובת אמונים מיוחדת ללקוחותיו"[9]. מכוחה של חובת אמונים זו, מוטלת על הבנק, בין היתר, החובה להסביר ללקוחו את פרטיה של עסקת ההלוואה בה הוא מתקשר[10].

קביעה גורפת עוד יותר באשר למעמדו של הבנק ביחסו עם לקוחותיו ניתנה אגב הליך פלילי, בו הורשע עובד הבנק בעבירת שוחד, בגין קבלת מתנה מלקוח של הבנק: "הבנק ופקידיו אמורים לפעול, בכל מה שקשור לכספי לקוחותיו המצויים בידיו, כשהם מונחים על ידי שיקול של טובת הלקוח. יחסי הבנקים והלקוח הנם יחסי תלות של הלקוח בבנק. זאת ועוד, 'הנאמנות הכפולה', העשויה להתעורר באיזון האינטרסים של טובת הלקוח מחד גיסא ושל רווחיות הבנק מאידך גיסא, מצריכה מידה רבה של טוהר מידות, יושר והגינות"[11].

בהתייחסו למערכת היחסים בין הבנק ללקוחו בעסקת הלוואה ציין בית־המשפט העליון, כי "לאור ההתפתחות הכלכלית והתעשייתית והמקום החשוב אותו תופסים הבנקים בפעילות זו, יהיה זה מוטעה לגרוס, כי מערכת היחסים שבין בנק ללקוחו ואף בין בנק לאדם המבקש ללוות כספים, היא מערכת יחסים שמאופיינת כמערכת יחסים רגילה של מלווה ולווה. הבנק משמש כמעט בכל המקרים כיועץ פיננסי בענייני השקעות ומייעץ אף בעניין סוג ההלוואות אותן כדאי לקחת, מידת פריסתם של ההחזרים בגין הלוואות אלו, הריבית המשתנה בגין החזרים אלו

9 ע"א 1/75 בנק ישראלי למשכנתאות בע"מ נ' הרשקו, פ"ד כט(2) 208, 211.

10 וזאת, גם בנסיבות, כפי שהיו באותה פרשה, בהן הלקוח נועץ בעורך־דין מטעמו ביחס לעסקה. לגישה זו ראו גם ע"א 1304/91 טפחות — בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' ליפרט, פ"ד מז(3) 309, שם ציין הנשיא שמגר, כי "מורכבותם של חוזים בנקאיים והקושי בהבנתם, הביאו את המחוקק לאמץ בחוק הבנקאות (שירות ללקוח) גישה, לפיה מוטלת על התאגידים הבנקאיים החובה לפעול ולהתערב, על־מנת למנוע מצב שבו הלקוח ייטול על עצמו התחייבויות אשר אין הוא מבין את טיבן ומהותן המדויקים": שם, בעמ' 322.

11 ע"פ 122/84 מנצור נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(4) 94, 101. בהתאם לכך נקבע (בהתייחס להרשעה בעבירת השוחד בגין קבלת מתנה מלקוח של הבנק), כי "בין בנקים ללקוחותיהם מתקיימים יחסי נאמנות, והלקוחות מונחים בכלכול ענייניהם הכספיים על ידי עובדי הבנקים, שהתנהגותם מצריכה רמה גבוהה של ניקיון כפיים והימנעות מלהיות נתונים להשפעות בלתי ענייניות במהלך מילוי תפקידם כלפי כל פרט, המהווה את ציבור הלקוחות וכלפי הציבור בכללותו": שם. לחובת הנאמנות המוטלת על בנק ביחסיו עם לקוחו ראו גם ת.א. (חי') 5295/88 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' חיימי, פ"מ תשנ"א(3) 421; המ' (י־ם) 342/83 בנק ירושלים בע"מ נ' אדלר, פ"מ תשנ"א(3) 513; ת.א. (ת"א) 2244/90 רנקר חברה להשכרת מכוניות בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ (לא פורסם): "קיימת על הבנק חובת זהירות מרבית ביחסיו עם לקוחותיו. חובת זהירות זו כוללת: חובת הסבר, חובת מתן מידע, חובת ייעוץ, חובת עשייה, ובמקרים של ניגוד אינטרסים — חובה להעדיף את האינטרסים של הלקוח".

ועוד"[12]. מכאן היקפה הרחב של חובת הגילוי המוטלת על הבנקים ביחס לתנאי ההלוואה, בה נדון בפרק הבא.

חשוב להדגיש עם זאת, כי היקפן של החובות הקונקרטיות הנובעות מחובת האמון הכללית, תלוי בנסיבות העניין ובסוג ההתקשרות בין הבנק לבין לקוחו: "חובתו של הבנק ללקוח [אינה] זהה בכל מקרה ומקרה. היקף החובה ורמת הנאמנות הנדרשים מהבנק מעל לרמה הבסיסית הכללית, משתנים ממקרה למקרה ומושפעים מטיב היחסים בין הבנק ללקוח, ממידת מעורבותו של הבנק במערכת יחסים זו ומגורמים משתנים נוספים"[13]. משום כך, כפי שנראה בהתייחס לסוגיות ספציפיות שהתעוררו בפסיקה, היקפן של החובות הקונקרטיות הנובעות מחובת האמון הכללית אינו קבוע ואחיד, והוא מושפע במידה רבה מנסיבות העניין[14].

מקור נוסף — מוגבל בהרבה בתחולתו — להתערבות ביחסים החוזיים שבין הבנק לבין לקוחו, הנו האיסור לנצל את מצוקת הזולת (עושק). בחוק החוזים נקבעה הוראה האוסרת ניצול מצוקתו של הזולת לשם התקשרות בחוזה בתנאים שהנם "גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל": על־פי סעיף 18 לחוק החוזים (חלק כללי), מי שהתקשר בחוזה בנסיבות בהן נוצלה מצוקתו כאמור, רשאי לבטל את החוזה[15]. הוראה דומה נקבעה בסעיף 4 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981, שם נקבע איסור ניצול מצוקתו של הלקוח, "כדי לקשור עסקה של מתן שירות בתנאים בלתי סבירים או כדי לתת או לקבל תמורה השונה במידה בלתי סבירה מהתמורה המקובלת". הוראת סעיף 4 לחוק הבנקאות מרחיבה את היקף המקרים בהם נחשבת פעולתו של הבנק כ"ניצול". נקבע בה, כי נסיבות תחולתו של הסעיף כוללות מקרים בהם יש משום "ניצול מצוקתו של לקוח, חולשתו השכלית או הגופנית, בורותו, אי ידיעתו את השפה או חוסר ניסיונו או הפעלת השפעה בלתי הוגנת עליו". פירוט זה — ובפרט, הכללתן של הוראות

---

12 ע"א 5893/91 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' צבאח, פ"ד מח(2) 573, 593. לגישה זו ראו גם ת.א. (י־ם) 380/92 טיפול שורש — ניהול ושירותים למרפאות שיניים (ישראל מס' 1) בע"מ נ' הפועלים ליסינג בע"מ (לא פורסם); ע"א 22/85 חוגי נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ, פ"ד מא(4) 65; ת.א (אילת) 516/84 הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ נ' גיגי, פ"מ תש"ן(2) 110; ת.א. (ת"א) 2912/89 סלים נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (לא פורסם).

13 ע"א 5893/91 בעניין צבאח, הערה 12 לעיל, בעמ' 592. כן ראו, למשל, ת.א. (חי') 5295/88 בעניין חיימי, הערה 11 לעיל.

14 זו גם הגישה המקובלת באנגליה. בעבר נקבעה חזקה בדבר השפעה בלתי הוגנת של הבנק על לקוחו: **Lloyds Bank v. Bundy** [1974] 3 All E.R. 757. אולם, בפסיקה מאוחרת סויגה גישה זו, בהתאם לנסיבות המקרה. ראו, למשל, **National Westminister Bank v. Morgan** A.C. 686 [1985]. ראו בעניין זה גם ד' פרידמן וג' כהן, חוזים (כרך ב, תשנ"ג) 830-831.

15 לדיון בהוראה זו ראו ד' פרידמן וג' כהן, הערה 1 לעיל, בעמ' 970 ואילך.

בדבר "בורות" בנושא ההתקשרות או חוסר ניסיון — עשוי להביא להרחבת היקף תחולתה של הגנה זו על הלקוח, מעבר להגנה שבחוק החוזים[16].

ד. מעמדם של הבנקים כגופים "מעין ציבוריים" והחובות הנובעות מכך

בשל מעמדם המיוחד של הבנקים, יש לדעתנו מקום לגישה, לפיה יהיו הבנקים כפופים אף לכללים מן המשפט הציבורי. על־פי הגישה שהתפתחה בפסיקה בשנים האחרונות, החובה לכבד זכויות אדם, כמו החובה לנהוג בשוויון, והחובה לנהוג על־פי עקרונות המשפט הציבורי, עשויה להיות מוטלת, במקרים מתאימים, גם על גופים שמבחינה פורמלית הנם בבעלות פרטית. על־פי גישה זו, יש לבחון את מהות פעילותם של גופים אלה: כך, אם מוקנות להם "סמכויות שלטוניות" כלשהן, תגבר הנטייה לראות בהם גוף "דו מהותי", בעל מאפיינים ציבוריים. כמו כן, אם יש בפעילותם מאפיינים של שירות חיוני לציבור, ובעיקר אם מדובר במתן שירות באופן בלעדי (מונופוליסטי או אוליגופוליסטי)[17], גדלים הסיכויים, כי יוטלו עליהם חובות אמון מוגברות[18].

לבנקים לא מוקנות אמנם סמכויות שלטוניות, מכוחן הם רשאים להטיל, באופן חד צדדי, חיובים על הפרטים בחברה. עם זאת, הבנקים מעניקים שירותים חיוניים רבים, בעיקר בתחום של מתן הלוואות. הם גם זוכים לגיבוי מאת בנק ישראל, להבטחת פיקדונותיהם של לקוחותיהם. משום כך, ניתן לראות בפעילותם כבעלת

16 ראו בעניין זה ר' בן־אוליאל, הערה 6 לעיל, בעמ' 79-81.

17 וכזהו המצב בשוק הבנקאות בישראל. ראו מ' חת, **הבנקאות בישראל — חלק שני: מאפייני פעילות ולקחי משברים** (1994), 6-38. מסקנתו של פרופ' חת היא, כי השוק הבנקאי בישראל מאופיין כאוליגופול (תחרות בין מעטים), בו נמנעים הבנקים מתחרות מחירים: "ההתחרות על החלק בשוק נעשית באמצעות הגדלת מספר נקודות המכירה (סניפים), שיפור השירות ופרסומת", אך לא "בהתחרות מחירים גלויה": שם, בעמ' 29 ו-31.

18 ראו, למשל, בג"צ 731/86 **מיקרו דף בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ**, פ"ד מא(2) 449; ע"א 294/91 **חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464; ע"א 3414/93 **און נ' מפעלי בורסת היהלומים** (1965) **בע"מ**, פ"ד מט(3) 196. לסקירה של ההלכות בתחום זה, ולגישה לפיה ראוי להגביל את היקף תחולתן למקרים בהם הוענקה לגוף פרטי סמכות שלטונית כלשהי, ראו א' בנבנשתי, "תחולת המשפט המינהלי על גופים פרטיים", **משפט וממשל** ב (תשנ"ד) 11. וראו, בעניין קרוב, א' וינרוט, "ההסתדרות הכללית וחובת המכרז", **המשפט** ד (תשנ"ח).

מאפיינים "ציבוריים"[19]. בפסיקה אכן נמצאו ניצנים ראשונים של החלת נורמות מתחום המשפט הציבורי על הבנקים. התפיסה היא, כי הלקוח נותן בבנק אמון. הבנק, וכל מי שעיסוקו במתן הלוואות, נתפס בקרב הציבור כגוף בעל כוח כלכלי ניכר. המלווה הוא העורך את חוזי ההלוואה ומכתיב במידה רבה את תנאי ההלוואה. מעבר לכך, כפי שציין ד"ר ר' בן־אוליאל, "אמון הציבור במערכת הבנקאית ויציבותה הם שני צדדים של אותו המטבע", באופן שהטלת חובות אמון על הבנקים משרתת אף את היעד של הבטחת יציבותה של המערכת הבנקאית[20]. כתוצאה מכך, על הבנק להתנהג "ברמה גבוהה של מקצועיות והגינות ובזהירות מרבית. זאת הציפייה של הלקוח, וציפייה זו הנה לגיטימית"[21].

ניתן להחיל כאן גם את גישתה של פרופ' פ' רדאי, אשר לפיה, יש הצדקה להטיל חובת כיבוד אדם על גופים פרטיים, במצבים של "חוסר איזון כרוני בכוח הסוציו־כלכלי של הצדדים למשא ומתן", וזאת כדי לשמור על "העיקרון של מניעת הניצול־לרעה של הכוח"[22]. כאמור, אופי ההתקשרות בין הבנקים לבין לקוחותיהם מאופיין לרוב ב"חוסר איזון כרוני" בעמדות המיקוח, ואף מכאן ניתן לבסס את

---

19 ראו בעניין זה ת.א. (בת־ים) 786/93 סטילר נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (לא פורסם), שם קבע בית־המשפט, כי "אין עוד מקום לחשש כלשהו באשר לתיחום [בין התחום הפרטי לציבורי], שכן המציאות הכלכלית ובעקבותיה המשפטית הפכה את הבנקים הלכה למעשה לגוף בעל אופי ציבורי, אשר הנורמות הנדרשות ממנו הן נרחבות ביותר".

20 ר' בן־אוליאל, הערה 6 לעיל, בעמ' 103. ראו גם מ' בייסקי, "יחסי אמון בין בנק ללקוח", ספר לנדוי (כרך ג, תשנ"ה) 1095. וראו ע"א 5893/91 בעניין צבאח, הערה 12 לעיל, בעמ' 585: "מערכת היחסים שבין לקוח (ולדידי, אף מי שאינו לקוח) לבין בנק היא מערכת יחסים מיוחדת, הנובעת מהאמון שרוחש הציבור הרחב כלפי מוסד זה. הבנק ופקידי הבנק נתפסים בעיני הציבור כסמכות מקצועית, בין היתר בשל כך שברשות הבנק לא אחת מידע אשר אינו נגיש לציבור הרחב; הבנק כמוסד כספי הוא גם בעל כישורים מיוחדים ואמצעים טכניים, שאינם נחלתו של הפרט. ... מכוח מערכת יחסים מיוחדת זו, מוטלות על הבנק חובות מיוחדות, שאינן מוטלות על צדדים לחוזה רגיל".

21 ר' בן־אוליאל, הערה 6 לעיל, בעמ' 104. וראו ר' בן־אוליאל, "כספת בבנק: תפיסה חדשה להגדת טיב העסקה ולקביעת מידת האחריות מצד הבנק", הפרקליט לז (תשמ"ז) 82 ,76 ואילך; א' פורת, "אחריותם של בנקים בגין רשלנות: התפתחויות אחרונות", ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב־תשנ"ג (א' רוזן־צבי עורך, תשנ"ד) 301, 324; דנ"א 1740/91 בעניין קוסטמן, הערה 8 לעיל. וראו בעניין זה ת.א. (בת־ים) 786/93 בעניין סטילר, הערה 19 לעיל, שם ציין בית־המשפט, כי בעקבות חקיקת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ועיגון הזכות לקניין כזכות יסוד, יש מקום לנהוג כלפי הבנקים "באמות מידה מחמירות. מן הראוי שהם יתייחסו במשנה זהירות לזכויות הקניין של הציבור לו הם נותנים שירותים".

22 פ' ורדאי, "הפרטת זכויות האדם' והשימוש לרעה בכוח", משפטים כג (תשנ"ד) 21, 53. וראו ע"א 5893/91 בעניין צבאח, הערה 12 לעיל, בעמ' 603 (לעניין חובת הזהירות המוטלת על בנק ביחסיו עם לקוח): "במקרים [בהם] הסתמכותו של הלקוח על הבנק היא מוגברת, ... הלקוח רוחש לבנק אמון מיוחד, ... ואף רואה בו גוף מעין ציבורי".

ההצדקה של החלת חובות אמון מוגברות[23]. עמד על־כך הנשיא שמגר, אגב פירוש הוראותיו של חוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981. לגישתו, "התכלית החקיקתית [של חוק זה הנה] הגנה על הציבור הבלתי מקצועי והבלתי מנוסה, מפני פעולות בנקאיות, שאינן מביאות בחשבון את חוסר הניסיון של 'האדם הקטן'"[24]. הוראות חוק הבנקאות (שירות ללקוח) נועדו לפיכך "להבטיח, כי הבנקים ינהגו בהגינות מרבית בפעולותיהם, וכי יכולתם לעשות שימוש לרעה בכוחות הניכרים המסורים להם, תרוסן ותוגבל"[25].

הנשיא שמגר הדגיש את עוצמתם הכלכלית הרבה של הבנקים, ואת הכוח "ה'מעין מונופוליסטי' המוענק לבנקים על־פי הדין", מכוח סעיף 21 לחוק הבנקאות (רישוי), תשמ"א-1981, המייחד עיסוק בקבלת פקדונות כספיים ומתן אשראי לתאגידים בנקאיים: "ייחוד הכוח לתאגידים בנקאיים לשלב פעולות אלה בעיסוקם, מקנה לתאגידים אלה כוח ניכר, שכן הוא מספק להם מקורות כספיים זמינים בהיקף גדול ביותר, שבהם הם רשאים להשתמש לצורכי הפקת רווחים בדרך של מתן אשראי"[26]. משום כך, "כפופים התאגידים הבנקאיים למערכת חובות מיוחדת, המונעת מצב שבו ישתמשו בכוחם הרב באופן שייפגע בציבור לקוחותיהם"[27].

---

23 ליצירת יחסי אמון בכל מקום שבו מצויים בידי גוף או אדם כוחות המאפשרים לו לשלוט על רעהו ראו גם א' וינרוט, הערה 3 לעיל, בעמ' 97-106. הפסיקה הישראלית אימצה בהקשר זה את גישתו של פרופ' Sealy. ראו, למשל: L. S. Sealy, "Fiduciary Relationships", **Cambridge Law Journal** (1962) 69; L. S. Sealy, "Some Principles of Fiduciary Obligation", **Cambridge Law Journal** (1963). ראו ע"א 793/76 לוקמן נ' שיף, פ"ד לג(2) 533, 557; בג"צ 531/79 סיעת הליכוד בעיריית פתח תקווה נ' מועצת עיריית פתח תקווה, פ"ד לד(2) 566, 570; ע"א 817/79 קוסוי נ' בנק י.ל. פויכוונגר בע"מ, פ"ד לח(3) 253, 284-285; א' ברק, הערה 1 לעיל, בעמ' 492: "מכאן הגישה ההלכתית, כי מי שבידו הכוח לשלוט על רכושו של אחר, למען אחר, חב לו אמון. זהו עקרון כללי".

24 ע"א 1304/91 בעניין ליפרט, הערה 10 לעיל, בעמ' 320.

25 שם, בעמ' 322.

26 שם, בעמ' 323.

27 שם, בעמ' 324. הנשיא שמגר נותר אמנם בדעת מיעוט בפרשה זו, אולם היה זה ביחס לשאלה, האם יש לראות בערב להלוואה שנותן הבנק, כ"לקוח" של הבנק, לעניין חוק הבנקאות (שירות ללקוח). השופטים מצא ואור, אשר ביטאו את דעת הרוב, הסכימו, כפי הנראה, לעמדתו של הנשיא שמגר ביחס להיבט הנדון כאן. כך, השופט מצא ציין, כי "ייחוד הפעולות [הבנקאיות] בידי הבנקים מקנה להם, ביחס ללקוחותיהם, עוצמה הדומה לזו המצויה בידי גופים מונופוליסטיים. מכאן הצורך להגן על הלקוחות מפני ניצול לרעה של כוח אדיר זה המסור בידי הבנקים": שם, בעמ' 333.

מקור אפשרי נוסף להגבלת חופש הפעולה של הגופים שעיסוקם במתן הלוואות, הנו באמצעות הגישות המכונות על־ידי פרופ׳ ברק, ״מודל התחולה העקיפה״ ו״מודל התחולה על הרשות השופטת״[28]. הגישה הראשונה מכוונת, למעשה, להחלת חובות התנהגות באמצעות עיקרון העל של החובה לנהוג בתום לב, אשר הזכרנו לעיל[29]. על־פי הגישה השנייה — המקובלת בפסיקה האמריקאית — בית־המשפט לא יסייע למי שבהתנהגותו נהג בהפליה פסולה, בשרירות או תוך הפרת חובות אחרות מתחום המשפט הציבורי[30]. החלתה של גישה זו בתחום הסכמי ההלוואה עשויה אף היא לשמש כמקור נוסף להחלת חובות אמון ותום לב מוגברות[31].

כפי שציין פרופ׳ א׳ זמיר בהקשר זה, ״יוצא שכל דיני החוזים (כמו חלקים אחרים של המשפט הפרטי) אינם אלא ענף של המשפט הציבורי״[32]. לפיכך, ״מנקודת מבט זו, אך טבעי ומתבקש הוא, שהמדינה לא תסכים להעמיד את כוח הכפייה שלה לשם השגת מטרות בלתי מצפוניות, כמו אכיפת חוזים מקפחים או חוזים שנכרתו תוך ניצול כוח פיזי או כלכלי עדיף, תוך הטעיה, ניצול מצוקה, ניצול מונופולין וכדומה״[33].

הפסיקה בהקשר זה חותרת אפוא למציאת כלים משפטיים ופועלת מתוך תפיסה שתכליתה למנוע מהבנק אפשרות לנצל את עודף הכוח והמידע שבידו, ולחייב אותו לנהוג בהגינות יתרה. הדבר בא אמנם לידי ביטוי בעיקר בתחום של יצירת

---

28 ראו א׳ ברק, ״זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי״, ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (י׳ זמיר עורך, תשנ״ג) 162; א׳ ברק, פרשנות במשפט (כרך ג: פרשנות חוקתית, תשנ״ד) 697-649.

29 ראו בעמ׳ 93-95 לעיל.

30 לגישה זו ראו, למשל, **Shelly v. Kraemer**, 334 U.S. 1 (1948); **Burton v. Wilmington**, 365 U.S. 715 (1961).

31 וראו בהקשר זה גישתו של פרופ׳ מוריס כהן, לפיה תפקידם של דיני החוזים אינו להרשות לצדדים לעשות כרצונם, אלא להעמיד את המנגנון של המדינה (מערכת בתי המשפט וההוצאה לפועל) לשירותו של צד אחד להסכם כנגד רעהו. מנקודת מבט זו, דיני החוזים הם מכלול הדינים הקובעים את התנאים והנסיבות שבהם סמכותה הריבונית של המדינה באמצעות זרועותיה המשפטיות תופעל ביחסים שבין צדדים לעסקאות: M. Cohen "The Basis of Contract", 46 **Harvard Law Review** (1933) 553; M. Cohen, **Law and Social Order** (1933) 69-111.

32 א׳ זמיר, פירוש והשלמה של חוזים (תשנ״ו) 87-89.

33 שם. ד״ר א׳ זמיר מבקש להחיל גישה זו לעניין דרך הפרשנות הראויה של הוראות חוזיות: ״מנקודת מבט זו, אף תהליכי הפירוש וההשלמה אינם צריכים להיות מכוונים אך ורק להגשמת הרצון הפרטי, האקטואלי או המשוער של הצדדים. לכללי הפירוש וההשלמה יכולות להיות תכליות נוספות ולא פחות חשובות, ובכלל אילו קידום ההוגנות (Fairness) והשקילות בין התמורות בחוזה, הגשמת יעדים של צדק חלוקתי והגנה על פרטים מפני מוגבלותיהם וחולשותיהם״.

חובות גילוי מוגברות של עובדות רלוונטיות; אולם, כפי שנראה בפרק הבא, עשויים להיות לה ביטויים נוספים. בהקשר זה ניתן להעלות למשל סברה, לפיה אין לאפשר לבנק, כשם שאין מאפשרים, בדרך כלל, למדינה, לטעון טענת התיישנות[34]. הימנעות המדינה מלטעון טענת התיישנות, טענה שיש בה אלמנט של חוסר הגינות, נובעת מחובות האמון המוגברות המוטלות עליה ביחסיה עם הפרט. בהנחה שחובת אמון דומה חלה ביחס לבנקים, הרי שמן הראוי שנורמה דומה תוחל גם לגביהם[35]. היבט אחר לגישה זו, הוא שלילת זכותו של בנק להסתמך על טענת השתק מחמת רשלנות כנגד לקוחו[36].

בפרקים הבאים נבחן מספר חובות קונקרטיות שהוטלו על הבנק ביחסיו עם לקוחו, הן כאלה הנובעות מהוראות דין מפורשות, אך דרך פרשנותן מושפעת ממעמדו המיוחד של הבנק ושל מי שעיסוקו במתן הלוואות, והן כאלה הנובעות במישרין מחובתו של הבנק לנהוג בהגינות ובתום לב.

---

34 התיישנות היא טענה שהוגדרה על־ידי בית המשפט העליון בע"א 217/86 **שכטר נ' אבמץ בע"מ**, פ"ד מד(2) 846, 865, כטענה "בלתי צודקת ואף בלתי מוסרית", מבחינה זו שהיא חוסמת את דרכו של התובע למימוש זכותו המהותית. בהתאם להגיון זה מובנים דברי שר המשפטים, מר פנחס רוזן, בעת הצגת חוק ההתיישנות לקריאה ראשונה בכנסת (ד"כ תש"ז 222), כי "לפי הוראת היועץ המשפטי לממשלה, אין הממשלה נוהגת בדרך כלל לטעון טענת התיישנות בתביעות אזרחיות המוגשות נגדה... חוץ מהמקרים היוצאים מן הכלל של תביעה טרדנית...".

35 טיעון זה מקבל משנה תוקף לנוכח העובדה, כי אחד הרציונאליים המרכזיים להתיישנות הנה בעיית התיעוד והשחזור של החומר נשוא התביעה עם חלוף השנים. מטבע הדברים, לבנק יש אמצעים טכניים, כוח אדם ונהלים המאפשרים שמירת נתונים וראיות למשך תקופה ארוכה בהרבה משל האזרח הרגיל. בנוסף, הגבלת אחריותו של הבנק עלולה להשפיע על דפוסי ההתנהגות שלו בהמשך, ועל חובתו לנהוג בזהירות ראויה כלפי לקוחות פוטנציאליים. הגנה דיונית של התיישנות עלולה להביא להקטנת רמת הזהירות ושמירת האמונים של הבנק, היודע, כי עוולות הנמשכות לאורך שנים עשויות שלא להתגלות אלא לאחר חלוף תקופת ההתיישנות. בניגוד למעשי עוולה בעלי אופי חד־פעמי, מערכות היחסים שבין בנק ללקוח נמשכות זמן רב, בדרך כלל, וממילא טענת התיישנות המבוססת על ההנחה, כי אירוע מתרחש ביחידת זמן קצרה אחת, אינה מתאימה ליחסי האמון והזהירות המתמשכים, שבין הבנק ללקוח.

36 ראו ע"א 748/88 **בנק צפון אמריקה בע"מ נ' רכטשפר**, פ"ד מה(4) 696, שם נקבע, כי הסתמכות על טענה זו מנוגדת לחובת תום הלב המוטלת על בנק.

פרק ה׳

הגבלות מכוח הדין באשר לתנאי עסקת ההלוואה[1]

א. הקדמה

בפרק זה נסקור סוגים שונים של התערבות המחוקק בתנאי עסקת ההלוואה. המכנה המשותף של סוגי ההתערבות שיידונו, הנו ההגבלות הכופות (הקוגנטיות) הנובעות מהם, באשר לדרך החישוב של הריבית[1]. בדין נקבעו גם הוראות "מרשות", אשר תכליתן לקבוע הסדרים אשר יחולו בהעדר קביעה אחרת של הצדדים. כך, למשל, נפסק, כי בהעדר קביעה ברורה בהסכם ההלוואה באשר לשיעור הריבית, יחולו הוראות חוק פסיקת ריבית והצמדה, תשכ"א-1961, בהתאם לסוג ההצמדה של ההלוואה[2]. עם זאת, עניינו כאן בהוראות כופות, או בכאלה שנקבעה לגביהן חובת קיומה של מודעות ברורה ומפורשת של הלווה לסטייה מדרך חישוב הריבית הקבועה בדין.

כפי שראינו בפרק א׳ לעיל, הריבית הנקובה בגין הלוואה אינה מתארת באופן מלא את הריבית הנגבית בפועל בגין ההלוואה (הריבית האפקטיבית). במקרים רבים, הריבית האפקטיבית הינה גבוהה מן הריבית הנקובה. בפרק זה נתייחס להגבלות החוקיות שנקבעו ביחס לדרכי חישוב הריבית במספר הקשרים עיקריים. נוסף על מגבלות המוטלות על הבנקים באשר לדרך חישוב הריבית, נתייחס גם לסוגיית דרך קביעתה של "תוספת הסיכון". הגבלות אלה נובעות הן מהוראות דין מפורשות, והן מכוח עקרונות כלליים, הנובעים ממעמדו המיוחד של מי שעיסוקו במתן הלוואות, כפי שראינו בפרק ד׳ לעיל.

---

1 התערבות אחרת בתנאי ההתקשרות, בה לא נעסוק כאן, נוגעת להתקשרות בעסקה לרכישת טובין או שירות באמצעות כרטיסי חיוב. ראו בעניין זה חוק כרטיסי חיוב, תשמ"ו-1986; א׳ ברק וע׳ פרידמן, כרטיסי חיוב — היבטים משפטיים ומעשיים של כרטיסי אשראי ובנק (תשנ"ז).

2 ע"א 6396/95 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ׳ נופי (לא פורסם).

ב. הגבלת מספר התקופות של צבירת הריבית בגין הלוואה

בפרק א' לעיל הדגמנו בהרחבה את האבחנה בין שתי השיטות האפשריות לחישובי ריבית: הדרך של ריבית פשוטה לעומת זו של ריבית מצטברת[3]. ראינו, כי הדרך השנייה היא זו המשקפת בצורה נאותה את ערכו של השימוש בכסף העומד לרשות הלווה, וזוהי גם הדרך המקובלת לחישוב הריבית. בבואו להסדיר את הפעילות בשוק ההלוואות, העריך המחוקק, כך נראה, כי דרך החישוב של הריבית המצטברת הנה מורכבת מכדי שתובן ללווה הממוצע. משום כך סבר המחוקק, כי ראוי להציג בפני הלווה את התמורה האמיתית אותה עליו לשלם בגין ההלוואה, ולא לדרוש ממנו לערוך בעצמו את החישוב של שיעור זה, בהינתן הריבית הנקובה ומספר תקופות הצבירה.

בשנים האחרונות בחר המחוקק בדרך המלך, והטיל על המלווה למסור ללווה מידע באשר לשיעורה של הריבית האפקטיבית בה הוא מחויב (וכן, נקבעו הוראות באשר לדרך חישוב הריבית האפקטיבית, מקום בו לא צוין במפורש בהסכם ההלוואה דרך חישוב הריבית). נדון בהוראות אלה בפרק ו' להלן.

אולם, בעת חקיקתו של חוק הריבית, תשי"ז-1957, סבר המחוקק, כך נראה, כי מוטב לפעול בהקשר זה בדרך עקיפה. הדרך שנבחרה, ואשר נותרה בתוקף עד היום, במקביל לתחולתה, כאמור, גם של חובת הגילוי הישירה, הנה הגבלת מספר הפעמים בשנה בהם תצטבר הריבית בגין ההלוואה. כפי שראינו בפרק א' לעיל, ככל שקטן מספר תקופות ההצטברות, כך קטן הפער בין הריבית השנתית הנקובה לבין הריבית השנתית האפקטיבית[4]. באופן זה, הקטנת מספר הפעמים בהם רשאי המלווה לחשב את הצטברות הריבית בגין ההלוואה, מביאה להקטנת הפער בין הריבית הנקובה לבין הריבית האפקטיבית[5].

על־פי הסבר אחר להגבלת מספר תקופות הצבירה, שיעור הריבית המרבי הקבוע בצו הריבית הנו הריבית הנקובה בגין ההלוואה. הגבלת מספר תקופות הצבירה נועדה, כך הטענה, למנוע הגדלה של הריבית האפקטיבית בשיעור ניכר מעבר לשיעור הריבית המרבי[6]. כפי שראינו לעיל, איננו סבורים, כי זהו הסבר מתאים.

---

3 ראו בעמ' 26 ואילך, לעיל.

4 ראו בעמ' 28 לעיל.

5 להסבר זה להגבלה על מספר הפעמים בהם נצברת הריבית ראו גם הצעת חוק הריבית (שינוי שיעורים), תשל"ב-1972, ה"ח 377. ראו בעניין זה בעמ' 68 ואילך, לעיל.

6 לטיעון זה ראו ת"א (ת"א) 1272/87 בנק הפועלים בע"מ נ' בית זייד כפר שיתופי בע"מ, פ"מ תשנ"ב(3) 19, 24-22.

לגישתנו, שיעור הריבית המרבי הקבוע בצו הריבית הנו ממילא הריבית האפקטיבית בגין ההלוואה, וזאת בהתבסס על הנימוקים שהבאנו לעיל[7].

אם כך ואם כך, על־פי המצב המשפטי הנוהג, מספר הפעמים המרבי בהם מחושבת צבירת הריבית בשנה מוגבל על־פי חוק הריבית. על־פי סעיף 5 לחוק הריבית, "לא ידרוש אדם ולא יקבל ריבית דריבית שנצטברה בתקופות פחותות משלושה חודשים, אלא במידה שצבירת הריבית הותרה בצו לפי סעיף 3". בהתאם להוראה זו, נהגו הבנקים לחשב את צבירת הריבית מדי רבעון (היינו, אחת לשלושה חודשים). אולם, בשנת 1984 תיקן שר האוצר את צו הריבית, ובסעיף 3(1) נקבע, כי "צבירת ריבית מותרת ... [אם] הריבית נתרבתה תקופה של חודש ימים לפחות"[8].

בעקבות התיקון האמור החלו הבנקים לחשב את צבירת הריבית מדי חודש, באופן שהריבית שנצברה בחודש פלוני הוספה אל הקרן ביום הראשון של החודש שלאחריו. אולם, כשנתיים לאחר כניסתו לתוקף של השינוי, בחודש מרץ 1986, שבו הבנקים לחשב את צבירת הריבית מדי רבעון, אף שצו הריבית, המתיר לחשב את הצבירה מדי חודש, לא שונה. לשם כך, חולקה השנה לארבעה רבעונים, בני שלושה חודשים כל אחד (המתחילים ב-1 בינואר, 1 באפריל, 1 ביולי ו-1 באוקטובר של כל שנה). בתחילת כל רבעון נוספת אל קרן ההלוואה הריבית שנצברה ברבעון הקודם, באופן שמאותו מועד ואילך, זהו ערכה החדש של קרן ההלוואה, בגינה מחושבת הריבית.

הוראות סעיף 5 לחוק הריבית וסעיף 3(1) לצו הריבית חלות על כל סוגי ההלוואות, לרבות הלוואות שאינן צמודות ערך, לגביהן לא נקבע שיעור ריבית מרבי[9]. כך עולה מלשון החוק והצו: בסעיף 2 לצו נקבע, כי שיעור הריבית המרבי בגין הלוואה מתייחס ל"מילווה צמוד ערך" בלבד; ואילו בסעיף 3(1) לצו, בו נקבעה כאמור הגבלת מספר תקופות הצבירה, נקבעו ההוראות בעניין צבירת הריבית, בלא לסייג את תחולתן לסוג מסוים של הלוואות דווקא. זו גם הגישה

7 ראו בעניין זה בעמ׳ 68 ואילך, לעיל.

8 צו הריבית (קביעת שיעור הריבית המקסימלי), תש"ל-1970. אגב, בתקנות הגנת הצרכן (חישוב שיעור ריבית שנתי), תשמ"ד-1983 נקבע, כי הבסיס לחישוב הריבית השנתית הגלומה בעסקת אשראי הנו, כי הריבית מחושבת אחת לחודש (תקנה 7(א׳)(1)). עם זאת, אין זו אלא קביעה חשבונאית, ליצירת בסיס אחיד לחישוב שיעורי הריבית הגלומים בעסקאות אשראי שונות, ולא הנחיה לאופן חישוב הריבית בה יש לחייב את הלווה.

9 לסוגי ההלוואות בגינן נקבעה הגבלת שיעור הריבית המרבי ראו בעמ׳ 53 ואילך, לעיל.

שננקטה בפועל[10]. כפי שכבר ראינו בפרק ג' לעיל, הוראות חוק הריבית, והוראת סעיף 5 בכלל זה, הנן הוראות כופות (קוגנטיות)[11]. לפיכך, הסכמת הלווה לצבירת ריבית בתקופות קצרות יותר מזו הקבועה בחוק אינה מקנה תוקף לדרך זו.

חישובי צבירת הריבית הנהוגים בבנקים בישראל מבוססים, כאמור, על חלוקת השנה לארבעה רבעונים. באופן זה נקבעה תחילת כל רבעון כנקודת חיתוך שרירותית, בה נוספת הריבית שנצברה לקרן ההלוואה, ומחויבת אף היא בריבית. התוצאה של דרך חישוב זו היא, כי החישוב הראשון של צבירת הריבית נעשה במועד הקצר משלושה חודשים מעת קבלת ההלוואה: כך, למשל, אם ההלוואה (ובכלל זה יתרת חובה בחשבון שוטף) התקבלה במהלך חודש מרץ של שנה מסוימת, הריבית בגין ההלוואה תתווסף לקרן ההלוואה כבר ב-1 באפריל של אותה שנה (תחילת הרבעון, לפי החלוקה המקובלת לרבעונים), אף שחלף פחות מחודש ממועד קבלת ההלוואה[12]. בעוד שבהלוואה לטווח ארוך באה תוצאה זו לידי ביטוי רק בקיצור תקופת ההצטברות הראשונה, הרי שכאשר מדובר בהיווצרות יתרות חובה בחשבון שוטף, עלולה שיטת חישוב זו לגרום לעיוות של ממש בדרך חישוב הריבית, ולהפרה, לכאורה לפחות, של הוראות חוק הריבית וצו הריבית[13].

הנוהג של צבירת הריבית אחת לרבעון מבוסס, כפי הנראה, על התפיסה לפיה יתרת חובה כלשהי בחשבון השוטף אינה עומדת ברשות עצמה, אלא מהווה חלק ממסגרת אשראי. כך, צבירת הריבית אחת לרבעון מתייחסת למסגרת כולה, ולאו דווקא ליתרת חובה מסוימת[14]. גם נגיד בנק ישראל הסתמך על נוהג זה בהוראות

---

10 ניתן ללמוד על כך גם מחוק הריבית (שינוי שיעורים) תשל"ג-1972, אשר התקבל לאחר צו הריבית, ואשר בו הניח המחוקק, כי הוראת סעיף 5 לחוק הריבית חלה על כל סוגי ההלוואות.

11 ראו בעמ' 72 ואילך, לעיל.

12 סכום הריבית הנוסף לקרן מותאם למספר הימים בפועל בהם נהנה הלווה מן האשראי; אולם הוא מצטרף לקרן, לצורך חישובי ריבית דריבית, כבר בתחילת הרבעון הקרוב, ולא שלושה חודשים מיום קבלת ההלוואה.

13 בדו"ח המשפטנים בראשות פרופ' א' פרוקצ'יה שהוגש למטה הקיבוצים, אגב בחינת המחלוקת בין הקיבוצים לבנקים ("דו"ח פרוקצ'יה"), מחודש מרץ 1996, נמתחה ביקורת כנגד נוהג זה. בחוות דעת זו נטען, כי הפירוש הראוי של חוק הריבית מחייב להתאים את מועד הצבירה הראשון למועד קבלת ההלוואה, תוך התעלמות מחלוקת השנה לרבעונים. כן הוצעו שם שיטות להעריך את מועד הצבירה במקרה של היווצרות יתרות זכות וחובה, חליפות, בחשבון השוטף.

14 אם כי, נראה, שהסיבה העיקרית להחלתו הוא השאיפה לחסוך בעלויות חישוב הריבית, והרצון ליצור אחידות במערכת הבנקאית.

נוהל שהוציא לבנקים[15], אם כי, ספק אם ניתן לראות בהפניה לנוהג זה מקור נורמטיבי מחייב. למרות זאת, בדונו בעניין זה קבע בית־המשפט המחוזי, כי אין פגם בדרך חישוב זו, בנימוק כי הוראת סעיף 5 לחוק הריבית סובלת גם פרשנות המתירה דרך פעולה זו, ולאור העובדה שזהו הנוהג המקובל בבנקאות, מן הראוי להכיר בחוקיותה של דרך חישוב זו[16].

ניתן לבקר את הסתמכותו זו של בית־המשפט על הנוהג הבנקאי, הן משום שאם דרך הפעולה אינה חוקית, אין בנוהג הבנקאי כדי להכשירה; והן משום שספק אם הנוהג הבנקאי — היכול לשמש מקור פרשני כאשר מדובר ביחסים בין בנקים — מתאים כאשר מדובר ביחסים שבין הבנק לבין הלקוח. מאידך, גם אם נניח, כי דרך החישוב המותרת לפי החוק אינה זו הנוהגת בפועל, הרי שבפועל, הפגיעה בלווים בגין הנוהג האמור לעומת דרך החישוב המותרת על־פי החוק, הנה מצומצמת באופן יחסי: ממילא, החוק מתיר לבנקים לחשב את צבירת הריבית כל חודש, ואילו בפועל הצבירה מחושבת רק בכל רבעון.

ג. קביעת מספר הימים בשנה לצורך חישובי ריבית

כאשר הריבית נקובה בשיעור שנתי, אך תקופת ההלוואה אינה בדיוק שנה, יש לחשב את הריבית בגין ההלוואה[17]. כך, אם הריבית מחושבת בשיטת "ריבית פשוטה", תקופת ההלוואה נתונה בימים, ואילו הריבית נקובה לשנה, יש לכפול את שיעור הריבית השנתית במספר הימים שבתקופת ההלוואה ולחלק במספר הימים בשנה — 365. אם התקבלה הלוואה בסך 1,000 ש"ח בריבית שנתית של 15%, ל-60 יום, המחושבת בריבית פשוטה, דמי הריבית בגין ההלוואה הנם 15 x 60/365 = 2.46%. מאידך, אם מחשבים את הריבית לפי מספר ימים בשנה הנמוך מזה האמיתי — למשל, 360 ימים — דמי הריבית בגין ההלוואה האמורה יהיו גבוהים יותר: 15 x 60/360 = 2.5%. השפעת הבחירה במספר הימים בשנה לפיו ייערך החישוב הנה משמעותית עוד יותר כאשר הריבית מצטברת מספר פעמים בשנה.

---

15 ראו סעיף 2 להוראות הבנקאות (שירות ללקוח) (דרכי חישוב ריבית), תשנ"א-1990, שם נקבע, כי "ריבית לזכות או לחובה אשר על־פי תנאי החשבון מחושבת על־פי היתרות השוטפות במהלך תקופת הזיכוי או תקופת החיוב בה (להלן תקופת החישוב) תיזקף לזכות החשבון או לחובתו, לפי העניין, ביום העסקים הבנקאי הראשון של תקופת החישוב שלאחריה".

16 ע.א. (חי׳) 4118/97 הינו נ׳ בנק ערבי ישראלי בע"מ (לא פורסם).

17 ראו בעניין זה בעמ׳ 26 לעיל.

משום כך, קביעה שרירותית של מספר הימים בשנה נמוך מזה האמיתי (365 ימים בשנה רגילה ו-366 ימים בשנה מעוברת), גורמת להגדלת שיעור הריבית האפקטיבית. בדומה לדיון בסוגיה הקודמת, גם כאן ניתן היה לסבור, כי די בהטלת חובה לציין במפורש, מהו מספר הימים בשנה על־פיו מחושבת הריבית, או אף את הריבית האפקטיבית הנובעת מדרך חישוב זו[18]. אולם, שוב, בהסתמך על נימוק של שאיפה למנוע מן הלווה את הצורך להעריך בעצמו את משמעויותיה של קביעת מספר ימים כזו או אחרת, העדיף המחוקק לקבוע בעצמו מהי דרך החישוב המותרת.

על־פי סעיף 3(א') להוראות הבנקאות (שירות ללקוח) (דרכי חישוב ריבית), תשנ"א-1990, אם "נקבעה ריבית לזכות או לחובה על בסיס תקופתי, תחושב הריבית ביחס לפרקי זמן קצרים או ארוכים מאותה תקופה בשלמותה, לפי מספר הימים שבאותו פרק זמן ביחס למספר הימים המדויק באותה שנה (365 ימים בשנה רגילה), ושיעור הריבית לצורך חישוב זה יהיה השיעור השנתי של הריבית שנקבעה, ללא חישוב של ריבית דריבית..."[19]. הוראה זו נכנסה לתוקף ב-1 באפריל 1991.

בפסיקה שהתייחסה לתקופה שקדמה לכניסתה לתוקף של הוראה זו נקבע, כי בהעדר הסכמה מפורשת של הלווה לקיצור מספר הימים בשנה לצורך חישובי הריבית, מחויב הבנק המלווה לחשב את שיעורי הריבית על־פי מספר הימים האמיתי, קרי 365 ימים בשנה[20]. נראה, כי לאחר כניסתה לתוקף של ההוראה האמורה, לא תועיל גם הסכמת הלווה לתת תוקף לחישוב הריבית על־פי מספר ימים הנמוך מזה האמיתי[21].

---

18 אלא אם מדובר בהלוואה בה נקבע שיעור ריבית מרבי. ראו בעניין זה בעמ' 91 לעיל.

19 להוראה זו נקבע סייג, לפיו היא לא תחול על "פיקדונות או אשראים לתקופה קצובה הנפרעים לשיעורים במועדים קבועים מראש אם החישוב נעשה על פי 360 ימים בשנה ושלושים ימים בחודש". המדובר במקרים בהם מוחלים תנאי חישוב מיוחדים, לפיהם נחשבים ימי ההלוואה כ-30 בכל חודש (ולא לפי מספרם בפועל), ובהתאם, הריבית מחושבת כך שמספר הימים בשנה הוא 360 בלבד. דרך חישוב זו יושמה בתוספת הרביעית לתקנות הגנת הצרכן (חישוב שיעור ריבית שנתי), תשמ"ד-1983, לעניין חישוב הריבית השנתית הגלומה בעסקאות באשראי.

20 ראו, למשל, ת.א. (י־ם) 1018/91 **דנרון מוסכים בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ** (לא פורסם): "בהעדר התניה על 'קיצור' ו'פישוט' השנה לצורך חישובי ריבית, יש ליתן לשנה את משמעותה האמיתית ולפי זה לערוך את החישובים"; וראו גם ת.א. (חי') 8874/90 **מרצפות ירכא בע"מ ואח' נ' בנק ערבי ישראלי בע"מ** (לא פורסם), שם נקבע, כי "העובדה שבסופו של דבר נקבעו כללים האוסרים על הבנקים לערוך חישוב בצורה זו, היא אינדיקציה לכך ששיטה זו פגומה". לגישה דומה ראו ת.א. (ת"א) 33441/92 **נעלי מרנו בע"מ נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ** (לא פורסם); ע"א 7948/96 **בנק הפועלים בע"מ נ' מוסכי צומת גהה בע"מ** (טרם פורסם), סעיף 54 לפסק דינו של השופט אנגלרד.

21 אלא בנסיבות האמורות בסיפא של סעיף 3(א') להוראות הבנקאות, כאמור בהערה 19 לעיל. במקרה מסוג זה, מותר אמנם לערוך את חישוב הריבית על־פי 360 ימים בשנה, אולם אז גם מספר ימי ההלוואה בפועל מחושב על־פי 30 ימים בחודש.

ד. פירעון מוקדם של הלוואה

על־פי סעיף 42 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל״ג-1973, ״חיוב יכול שיקויים לפני מועדו, ובלבד שהודיע החייב לנושה על כך זמן סביר מראש, והדבר לא יפגע בנושה״[22]. כהוראות רבות אחרות בחוק החוזים, אף הוראה זו הנה בגדר ״דין מרשה״, באופן שאין היא חלה במקרה של הסכמה מפורשת אחרת בין הצדדים[23]. ואכן, במקרים רבים נקבעים בהסכמי הלוואה — בעיקר בהלוואות לזמן ארוך מאד, דוגמת משכנתאות — הוראות המגבילות את זכותו של הלווה לפירעון מוקדם.

עיקרן של הוראות אלה הנו הטלת ״קנס״ על הלווה המבקש לפרוע את ההלוואה קודם המועד שנקבע בהסכם. ״קנס״ זה מכונה ״עמלת פירעון מוקדם״, ותכליתו להגן על הבנק המלווה מפני הנזק אשר עלול להיגרם לו עקב הפירעון המוקדם: הלווה צפוי להעדיף לפרוע את ההלוואה קודם זמנה, כאשר ההלוואה אותה נטל הנה בשיעור ריבית קבוע, ושיעור הריבית השורר במשק במועד כלשהו במהלך תקופת ההלוואה ירד לעומת שיעור הריבית המוסכם בחוזה ההלוואה. במקרה מסוג זה, צפוי הלווה להעדיף לפרוע בפירעון מוקדם את ההלוואה שנטל, ולהמירה בהלוואה חדשה, בשיעור הריבית הנמוך יותר השורר באותה עת בשוק ההלוואות. אולם, פעולה מסוג זה עלולה לפגוע בבנק. הבנק, כמי שעוסק בשירותי תיווך פיננסיים, נוטל על עצמו התחייבויות למימון ההלוואה שנתן ללווה. התחייבויות אלה עשויות להיות בדמות תוכניות חיסכון שהוא מציע לחוסכים או הנפקת אגרות חוב נושאות ריבית. במקרים בהם גם ההתחייבויות הללו הנן בריבית קבועה, הרי שבדומה לריבית הגבוהה שנקבעה בהסכם ההלוואה, צפוי כי גם הריבית בגין תוכניות החיסכון שהציע הבנק תהיה גבוהה. אם יוכלו הלווים לפרוע הלוואות בפירעון מוקדם, כדי להמירן בהלוואות זולות יותר, עלול הבנק להיפגע, משום שיהא עליו להמשיך ולשלם לחוסכים ריבית בשיעורים גבוהים, בלא שיוכל לזכות בריבית בשיעורים דומים בהלוואות שהוא נותן.

עם זאת, למרות ההכרה בצורך הכלכלי של הבנקים להבטיח עצמם מפני הפסד אפשרי במקרה של פירעון מוקדם של הלוואות, בחרו רשויות הפיקוח להסדיר תחום זה. בצו הבנקאות (עמלות פירעון מוקדם), תשמ״ב-1981, נקבעו השיעורים

22 וראו הוראות סעיפים 13(ב׳) לחוק המשכון, תשכ״ז-1967 ו-88 לחוק המקרקעין, תשכ״ט-1969, החלות כאשר מדובר בהלוואה המובטחת במשכון. נקבע שם, כי הזכות לפדיון מוקדם מותנית בכך שהלווה ישלם לנושה ״גם את הריבית שהיתה מגיעה לו עד המועד לקיום החיוב או בעד ששה חודשים אחרי התשלום, הכל לפי התקופה הקצרה יותר״.

23 הוא הדין בהוראות סעיפים 13(ב׳) לחוק המשכון, תשכ״ז-1967 ו-88 לחוק המקרקעין, תשכ״ט-1969.

המרביים של עמלות הפירעון המוקדם אותן רשאים הבנקים לגבות. עמלות אלה תוקנו מאוחר יותר בצו הבנקאות (עמלות פירעון מוקדם) (תיקון), תשמ"ט-1989. צווים אלה הוצאו על־ידי נגיד בנק ישראל, מכוח סמכותו על־פי סעיף 13 לפקודת הבנקאות, 1941. על־פי הצו מ-1989, הוגבל היקפה של עמלת הפירעון המוקדם ל"גובה ההפרש שבין הסכום הנפרע כשהוא מהוון לערך הנוכחי ביום הפירעון על־פי הריבית המקורית של ההלוואה, לבין אותו סכום כשהוא מהוון לערך הנוכחי ביום הפירעון על־פי הריבית הממוצעת"[24], וזאת בנוסף לעמלות שונות ובקיזוז הפחתות אחרות. עתירה כנגד תוקפו של צו זה — בעילות של חוסר סמכות, חוסר סבירות והפרת חוק הריבית — נדחתה[25]. צו זה הוחל גם על הלוואות שניתנו לפני הצו, ובלבד שהפירעון המוקדם נעשה לאחר כניסתו לתוקף.

אולם, בעקבות ביקורת ציבורית שהושמעה כנגד הסדר זה, במיוחד לאור העובדה שבמהלך שנות השמונים שיעורי הריבית הריאלית שנהגו במשק היו גבוהים במיוחד, ביחס לשיעורי הריבית ששררו בשנות התשעים, התערב המחוקק בעניין. בחוק הבנקאות (עמלת פירעון מוקדם) (הוראת שעה), תשנ"ב-1992 נקבע, כי הוראות צו הבנקאות (עמלות פירעון מוקדם) לא יחולו, "על מי שנטל הלוואה בין ... 16 בנובמבר 1981 לבין ... 10 ביולי 1989". במקום זאת נקבע, כי "מי שנטל הלוואה בתקופה האמורה ... בריבית העולה על 7.5% לשנה, יהיה רשאי להחזירה לתאגיד הבנקאי והתאגיד הבנקאי רשאי לחייבו בתשלום עמלה שלא תעלה על ערך ששה חודשי ריבית".

ה. חיוב במדד חודשי עודף והתאמת חישובי הלוואות ללוחות סילוקין

בדיון שערכנו בפרק ג' לעיל, ביחס להוראות חוק הריבית, ראינו, כי בית־המשפט הורה על תיקון מועדי קבלת ההלוואה או פירעונה, אם אלה נקבעו במכוון באופן

24 סעיף 4(ב)(3)(א) לצו הבנקאות (עמלות פירעון מוקדם) (תיקון), תשמ"ט-1989. הריבית הממוצעת משקפת את הריבית הנוהגת בעת הפירעון המוקדם, בהבדל מהריבית המקורית של ההלוואה.

25 בג"צ 3627/90 בראשי נ' נגיד בנק ישראל, פ"ד מז(1) 109. בארצות־הברית הסתפק המחוקק הפדרלי בהטלת חובות גילוי על הבנק המלווה בסוגייה זו — ראו למשל Truth in Lending Act, 15 U.S.C 1605 (1994) — והותיר את הסדרת העניין למדינות. חלקן בחרו לאסור הטלת "עמלת פירעון מוקדם". לסקירת הדין בעניין ראו, למשל: Robert K. Baldwin, "Prepayment Penalties: A Survey and Suggestion", 40 **Vand. Law Review** (1987) 409; Alan L. Feld and Stephen G. Marks, "Legal Differences without Economic Distinction", 77 **Boston University Law Review** (1997) 405.

שנועד להגדיל את שיעור הריבית בגין ההלוואה, באמצעות חיוב הלווה במדד חודשי עודף[26]. כך, למשל, בע"א 2258/92 בעניין נאות מדבר נקבע, כי המדד הנוסף בו חויב הלווה (על־ידי קביעת תחילת ההלוואה ל-14 בחודש, ומועד ההחזר החודשי ל-16 בכל חודש) "אינו משקף שחיקה במחיר הכסף. הוא גם אינו תוצאה טבעית של שיטת ההצמדה. המערערת לא נזקקה להלוואה דווקא יום לפני פרסום המדד, ואף לא היה לה עניין לפרוע אותה דווקא יום לאחריו, אלא מועדיה נבחרו על ידי הבנק בקפידה כדי שהמדד הנוסף לא ישקף שחיקת כסף. המטרה היחידה היתה להגדיל את מחיר ההלוואה, וזולת מטרה זאת לא היה במועדים אלה כל הגיון כלכלי"[27]. לפיכך נקבע, כי יש לראות בשיעורו של המדד הנוסף בו חויב הלווה, כתוספת לריבית הנקובה בגין ההלוואה; באופן זה, הפכה הריבית ששולמה בפועל ל"ריבית מופרזת", והמלווה נדרש להשיב ללווה כספים בגין חיובי היתר.

שאלה היא, האם ניתן להחיל הלכה זו גם במקרים בהם אין המדובר בגביית "ריבית מופרזת", למשל, משום ששיעור הריבית בגין ההלוואה, גם לאחר הוספת המדד הנוסף, אינו עולה על הריבית המרבית שנקבעה בצו הריבית. לדעתנו, מן הדין להרחיב את היקף תחולתה של הלכה זו. בהינתן נקודת המוצא של בית־המשפט, על־פיה קביעת מועדי קבלת ההלוואה ופירעונה לא נועדו אלא "להגדיל את מחיר ההלוואה, וזולת מטרה זאת לא היה במועדים אלה כל הגיון כלכלי"[28], קשה לראות בנקיטה בדרך זו משום התנהגות העולה בקנה אחד עם חובות האמון ותום הלב המוטלות על בנק ביחסיו עם לקוחו[29].

השימוש בטכניקה זו של הגדלת מחיר ההלוואה בדרכי עקיפין מלמד על ניסיון להטעות את הלווה, אשר אינו מודע לרוב למשמעויותיה של קביעת מועדי קבלת ההלוואה ופירעונה. לכל הפחות ניתן לדרוש בהקשר זה, בהיקש מהלכות אחרות[30], כי תינתן הסכמה מפורשת מצדו של הלווה למועדי קבלת הלוואה ופירעונה, מתוך מודעות ברורה למשמעויותיה של פעולה זו.

סוגייה אחרת מתעוררת עקב השימוש של הבנקים בלוחות סילוקין, לפיהם מחושבים סכומי ההחזר של הלוואות לטווח ארוך, למשל משכנתאות ("לוחות

26 ראו בעמ' 88 ואילך, לעיל.

27 ע"א 2258/92 מלון נאות מדבר בע"מ נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ, פ"ד מז(5) 350, 355.

28 שם.

29 לדיון בחובות אלה ראו בעמ' 93 ואילך, לעיל.

30 ראו, למשל, ההלכות בעניין פירעון הלוואה באמצעות חיוב חשבון שוטף המצוי ביתרת חובה, שייסקרו בעמ' 136 ואילך, להלן.

שפיצר"). לוחות אלה מחושבים על־פי ההנחה, שמועדי פירעון ההלוואה הנם בפרקי זמן אחידים. משום כך, נוהגים הבנקים לערוך "התאמה" של הלוואות, ולחשב את שוויין לראשית החודש בו ניתנה ההלוואה (אם ההלוואה ניתנה בפועל לפני ה-15 באותו חודש), או את שוויין לסוף אותו חודש (אם ההלוואה ניתנה אחרי ה-15 בחודש). במקרים רבים נהגו הבנקים (בעיקר הבנקים למשכנתאות) לערוך את חישוב ההתאמה בצורה שונה בכל אחד מן המקרים: כאשר נדרש לזכות את הלווה בגין ההתאמה (היינו, כאשר ההלוואה חושבה לראשית החודש), ההתאמה נעשתה על־פי הריבית הריאלית לטווח ארוך, וללא הצמדה; ואילו כאשר נדרש לחייב את הלווה בגין ההתאמה (היינו, כאשר ההלוואה חושבה לסוף החודש), ההתאמה נעשתה על־פי הריבית הנומינלית לטווח קצר. נראה, כי אף בדרך פעולה זו יש משום הפרה של חובותיו של הבנק לפעול בתום לב, ומשום כך עשוי בית־המשפט להתערב לטובת הלווה במקרה המתאים.

ו. חישוב ימי ערך וחיוב בריבית בגין שיק שחולל

על־פי הנוהג אשר היה מקובל בעבר במערכת הבנקאית בישראל, זוכה חשבונו של לקוח אשר הפקיד שיק בחשבון השוטף שלו, רק כעבור יומיים מיום ההפקדה. באופן זה, הריבית בה חויב הלקוח בגין יתרת החובה בחשבון השוטף, היתה גדולה מזו המוצהרת, שכן בפועל, נדרש הלווה לשלם בעד שני ימי אשראי נוספים, מעבר לאלה בהם אכן לווה כספים מן הבנק. נוהג זה זכה לאישורו של בית־המשפט המחוזי, לאור ההכרה במגבלות הנובעות מפעילותה של המסלקה הבין־בנקאית[31]. אולם, נוהג זה בוטל בשנת 1980, ובנק ישראל הוציא הוראות השוללות את השימוש בו, אם כי לא למפרע, בהוראות הבנקאות (שירות ללקוח) (מועד זיכוי וחיוב בשיקים), תשנ"ב-1992, שנכנסו לתוקף בחודש מרץ 1993. בהוראות אלה נקבע, כי הבנק יזכה את חשבונו של לקוחו, אשר הפקיד שיק, "ביום הסליקה" של אותו שיק[32].

31 ת.א. (ת"א) 1523/65 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"מ סט 207, 214: "אין הכסף בשימושו של הבנק עד לאחר הסליקה השניה, ומשום כך זכאי הבנק לחייב את חשבון הלקוח הדביטורי בריבית עבור 2 ימים — יום הסליקה הראשונה ויום הסליקה השנייה".

32 לסוגיית מועד הפירעון של חוב כאשר התשלום נעשה באמצעות שיק ראו ע"א 44/81 ולירו נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים, פ"ד לז(1) 732, א' פורת, "דרכי תשלום", דיני חיובים — חלק כללי (ד' פרידמן עורך, תשנ"ב), 431, 455-457. ראו גם, בעניין קרוב, ת.א. (י־ם) 16189/93 חי נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ (לא פורסם).

עם זאת, הוראה זו לא פתרה סוגייה נוספת הקשורה לימי הערך בהם מזוכים ומחויבים הלקוחות: על־פי הוראות הבנקאות האמורות, זיכוי חשבונו של הלקוח בגין שיק שהופקד בחשבון הנו ארעי, והוא הופך לסופי רק כעבור שלושה ימי עסקים נוספים. אם אמנם כובד השיק, והזיכוי הארעי הופך לסופי, מועד הזיכוי לעניין חישוב הריבית הנו יום הסליקה (סעיף 3 להוראות הבנקאות). אולם, אם השיק חולל, והזיכוי הארעי בטל, התעוררה השאלה, מה דין תקופת הביניים, בה זוכה, באופן ארעי, חשבונו של הלקוח, ומה דינה של אותה תקופה, בה חויב חשבונו של הלקוח אשר משך את השיק.

אם אין בחשבונו של הלקוח אשר משך שיק יתרה מספקת לתשלום השיק שמשך, רשאי הבנק שלא לכבד את השיק. עם זאת, במקרים רבים נמנע הבנק מלחלל את השיק על אתר. הבנק עשוי להותיר בידי לקוחו שהות קצרה, לעתים של ימים מספר, לפעול לאספקת ביטחונות מתאימים להבטחת פירעון יתרת החובה בחשבון השוטף, אשר תיווצר אם יכובד השיק. זוהי תקופת הביניים, בה חשבונו של הנמשך מחויב באופן ארעי, וחשבונו של המפקיד מזוכה באופן ארעי. לעתים, תקופת הביניים אינה מועילה, והבנק מחליט, בסופה של תקופה זו, שלא לכבד את השיק.

בית־המשפט העליון קבע בהקשר זה, בשנותו אגב כך פסיקה קודמת של בית־המשפט המחוזי[33], כי הבנק רשאי לגבות ממושך השיק ריבית בגין יתרת החובה שנוצרה בחשבון השוטף שלו בתקופת הביניים[34]. נקבע, כי זיכויו של החשבון השוטף של הלקוח מזוכה בסכום השיק, לאחר שהוחלט שלא לכבד את השיק אותו משך הלקוח, אינו פועל למפרע. משום כך, בתקופת הביניים אשר חלפה ממועד חיובו הזמני של החשבון השוטף, ועד למועד זיכוי החשבון (אשר נועד לבטל את החיוב הזמני, ומשקף את אי כיבוד השיק), הועמד לרשות הלקוח אשראי, בגינו הוא מחויב בריבית[35]. בהתאם לפסיקה זו, למרות שהלקוח לא יכול היה להשתמש באשראי זה, יש לראותו כחלק מהסכמת הצדדים, לתת למושך השיק שהות לפעול לאספקת ביטחונות מתאימים, אשר יאפשרו את כיבוד השיק.

33 ראו ת.א. (ת״א) 1105/83 הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע״מ נ׳ פמ״ר חברה לבניין ולעבודות ציבוריות (לא פורסם); ת.א. (ת״א) 1265/89 שלי נ׳ הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע״מ (לא פורסם).

34 ע״א 4863/90 פמ״ר חברה לבניין ולעבודות ציבוריות בע״מ נ׳ הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע״מ, פ״ד מח(2) 560.

35 אגב, על־פי כללי המסלקה הבין בנקאית, לא מחויב הבנק בריבית בגין תקופת הביניים, ולפיכך למעשה, אין המדובר בהעמדת אשראי לרשותו של הלקוח. כמו כן, ספק בעינינו, אם יש לראות בלקוח כמי שרוצה בהמתנה זו של הבנק, ואם ניתן לראות בכך פעולה הנעשית לטובתו של הלקוח, בבחינת הצעה מזכה, מקום בו הלקוח מחויב בריבית בגין ימים אלה.

האשראי מבטא לכן את נכונותו של הבנק לבוא לקראת הלקוח, ולהמתין ימים מספר, עד להחלטתו הסופית בעניין כיבוד השיק. בגין כך מחויב הלקוח בריבית[36].

שאלת תחולתה של הלכה זו ביחס ללקוח אשר הפקיד את השיק בחשבונו, להבדיל מן הלקוח אשר משך את השיק, לא נדונה. הגישה המקובלת היא, כי בעוד שביטול החיוב של חשבונו השוטף של מושך השיק אינו פועל למפרע (ומשום כך, מושך השיק מחויב בריבית בגין תקופת הביניים עד לחילול השיק), הרי שביטול הזיכוי של חשבונו השוטף של מפקיד השיק דווקא פועל למפרע. כך, אם הופקד השיק לשם הפחתת יתרת חובה בחשבון השוטף של מפקיד השיק, הזיכוי הארעי של החשבון מפחית את יתרת החובה בתקופת הביניים (ועמה את היקף החיוב בריבית); אולם, אם בסופו של דבר חולל השיק, בטל הזיכוי למפרע, והלקוח מחויב בריבית בגין יתרת החובה שלפני זיכוי החשבון. כאמור, תוקפו של נוהג זה לא הוכרע בפסיקה, אולם להערכתנו, אין הצדקה לתוצאה השונה בשני המקרים: כשם שביטול החיוב של החשבון השוטף של המושך אינו נעשה למפרע, מן הראוי לחייב את הבנק לנהוג כך אף לגבי ביטול הזיכוי של החשבון השוטף של הלקוח אשר מפקיד את השיק בחשבונו.

ז. קביעתה של "תוספת סיכון" בגין יתרת חובה בחשבון שוטף

על־פי הנוהג המקובל במערכת הבנקאית, שיעור הריבית בגין יתרת חובה בחשבון שוטף מורכב משני מרכיבים: "ריבית בסיסית", שהנה מרכיב אחיד וזהה; ו"תוספת סיכון", שהנה מרכיב המתווסף אל הריבית הבסיסית, ונקבע באופן ספציפי בהתאם לתנאי ההלוואה והסיכון הכרוך בה למלווה[37].

בכל הנוגע למרכיב של "הריבית הבסיסית" שמורה לבנקים בדרך כלל הזכות לשנותם מעת לעת באופן חד־צדדי, תוך מתן הודעה מראש, שאינה חייבת להימסר באופן אישי ללווה[38]. לעומת זאת, הרכיב של "תוספת הסיכון" הנו רכיב הסכמי. לפיכך, קביעתו ושינויו טעונים הסכמה בין הבנק לבין אותו לקוח, ולכל הפחות הודעה אישית ללקוח, על כוונת הבנק לשנות את שיעורו של מרכיב זה. ממילא מובן, כי כאשר הבנק מבצע שינוי חד צדדי במרכיב תוספת הסיכון ואינו מודיע

36 ליישומה של הלכה זו ראו, למשל, ת.א. (חי') 940/89 הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ נ' אמנונים חברה לעבודות עפר בע"מ (לא פורסם); ת.א. (ת"א) 670/92 בנק הפועלים בע"מ נ' אשד חידוש צמיגים ומוצרי גומי בע"מ (לא פורסם).

37 לשני מרכיבים אלה עשוי להתווסף מרכיב שלישי, המכונה "תוספת חריגה", והוא בא להתאים את שיעור הריבית למקרים בהם יתרות החובה בחשבון השוטף הנן גבוהות מהיקף מוסכם כלשהו, המכונה "מסגרת אשראי". ראו בעניין זה בעמ' 47 לעיל.

38 ראו סעיף 19 לכללי הבנקאות (שירות ללקוח) (גילוי נאות ומסירת מסמכים), תשנ"ב-1992.

באופן ברור ומפורש ללקוח על שינוי זה, ובוודאי כאשר נחוצה הסכמת הלקוח לכך, על פי תנאי ההסכם עמו, יש פגם בפעולתו של הבנק המלווה.

אם הבנק גובה תוספת סיכון תוך הפרת ההסכם שבינו לבין הלקוח, מוקנית ללקוח הזכות להביא לביטול חיוב היתר. בדונו בסוגייה זו קבע בית־המשפט העליון בע״א 424/86 בעניין נאות מרינה, כי, עקרונית, סטייה מן ההסכמה עם הלקוח מזכה אותו בסעד של ביטול החיוב הבלתי מוסכם[39]. גישה דומה באה לידי ביטוי בת.א. (נצ׳) 994/89 בעניין עדי ביבי ושות׳, שם קבע בית המשפט המחוזי, כי המרכיב של ״תוספת הסיכון״ אמור להיקבע מעת לעת במשא ומתן בין הבנק לבין הלקוח הספציפי, ובלי הסכמה שכזו אין תוקף לחיוב על־ידי הבנק. בהתאם הורה בית־המשפט על הפחתה, בדיעבד, של מרכיב תוספת הסיכון לשיעור עליו ניתנה הסכמה בכתב של הלקוח[40].

גישה זו יושמה גם בנסיבות בהן שיעורה המדויק של תוספת הסיכון לא נקבע מראש בהסכמת הצדדים, אולם הובטח ללקוח, כי הוא יחויב בשיעורי ריבית מועדפים: ״[אם] הבנק אכן העניק לתובעת ׳בתחילת הדרך׳ העסקית ביניהם הנחה מתקרת תוספת הסיכון, הוא ׳נתפס׳ על גובה ההנחה, כראיה לכך שזהו אחוז תוספת הסיכון ההסכמית אליה הוא התכוון להלכה, ומימש בפועל בהציגו כלפי הלקוח מצג לפיו הוא לקוח מועדף הזוכה בהנחה מתקרת תוספת הסיכון״[41].

---

39 ע״א 424/86 נאות מרינה בת־ים בע״מ נ׳ הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע״מ, פ״ד מ״ג(2) 355. בפועל נדחתה הטענה מטעם דיוני (הטענה לא פורטה כראוי בכתב הטענות שהגיש הלווה לבית־המשפט), ולפיכך לא נקבעה הלכה חד משמעית בעניין.

40 ראו ת.א. (נצ׳) 994/89 עדי ביבי ושות׳ נ׳ הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע״מ (לא פורסם). לגישה דומה ראו גם ת.א. (ת״א) 15044/91 בנק דיסקונט לישראל בע״מ נ׳ א. אמסילי בע״מ (לא פורסם); ת.א. (ב״ש) 443/89 שטרן אפרתי עבודות עפר בע״מ נ׳ בנק המזרחי המאוחד בע״מ (לא פורסם); ת.א. (ת״א) 2746/89 זכרון תפעול ושירותים בע״מ נ׳ בנק דיסקונט לישראל בע״מ (לא פורסם); ת.א. (ת״א) 789/87 בנק אוצר החייל בע״מ נ׳ אילת סוכני מכס ותחבורה בע״מ (לא פורסם) (אם כי בפרשה זו, הגישה האמורה לא באה לידי ביטוי בתוצאה, משום שנקבע, כי בנסיבותיה הספציפיות של אותה פרשה, הבנק לא הגדיל את התוספת מעבר למוסכם).

41 ת.א. (ת״א) 68/93 יאיר ש. שווק בע״מ נ׳ בנק המזרחי המאוחד בע״מ (לא פורסם). לפיכך נקבע גם כאן, כי בהעדר הסכמה של הלקוח להעלאת שיעורה של תוספת הסיכון, אין להעלאה כאמור תוקף: ״כדי להסיק קיבול, בנסיבות נתונות, צריך הלקוח להיות מודע לכך שקיימת כלפיו הצעה חדשה של הבנק. אם הלקוח לא מודע בכלל שקיימת הצעה חדשה — רעה יותר — מצר הבנקאי, שתיקתו — לא תפורש נגדו״. בערעור נהפכה קביעה זו, לאור נסיבות העניין: ״ההבטחה כי ללקוח יוענק מעמד של ׳לקוח מועדף׳ אין בכוחה כדי לשנות את התניות בהסכם בין הצדדים״, וזאת בנסיבות בהן דובר ב״הבטחה סתמית וכללית״: ע״א 1822/97 בנק המזרחי המאוחד בע״מ נ׳ יאיר ש. שיווק בע״מ (טרם פורסם), סעיף 13 לפסק־דינו של השופט אנגלרד. ראו גם, באופן דומה, ע״א 7162/96 אמנונים חברה לעבודות עפר בע״מ נ׳ הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע״מ (טרם פורסם); ע״א 6505/97 בוני התיכון בע״מ נ׳ בנק הפועלים בע״מ (טרם פורסם).

בנסיבות בהן מוטלת על הבנק, מתוקף ההסכם שבינו לבין הלקוח, חובת הודעה על שינוי בשיעור הריבית (ובכלל זה, בגין תוספת הסיכון), ההודעה צריכה להיות ברורה ובולטת, ולפרט את מרכיביה השונים של הריבית[42]. נקבע גם, כי העובדה ששיעורי "הריבית הבסיסית" מפורסמים ברבים, אינה פוטרת את הבנק מן החובה לפרט כראוי את שיעורה של תוספת הסיכון הנגבית מן הלקוח[43].

יסוד נוסף אשר עשוי להגביל את חופש הפעולה של הבנקים בקביעת תוספת הסיכון בה מחויב לקוחם נובע מעקרונות יסוד חוקתיים. כפי שראינו לעיל, על־פי הגישה שזוכה בשנים האחרונות לביסוס גובר והולך, החובה לכבד זכויות אדם בסיסיות, ובראשן זכותו של אדם לכבוד, מוטלת לא רק על גופים שלטוניים. היא עשויה להיות מוטלת גם על גופים אשר בפעילותם יש מאפיינים "ציבוריים". לעיל טענו, כי בפעילותם של הבנקים בישראל ניתן למצוא מאפיינים מן הסוג העשוי להוליך לחיובם לכבד זכויות אדם בסיסיות, ובכלל זה האיסור לנהוג בהפליה[44]. על יסוד הלכה זו, בנסיבות בהן קביעת שיעורה של תוספת הסיכון אינו נקבע על־פי הנסיבות האישיות המאפיינות את הלווה הספציפי, אלא על־פי השתייכות קבוצתית כלשהי — כגון, היותו בן עדה דתית מסוימת, השתייכותו למיעוט בחברה, מקום מגורים וכדומה — עשוי הדבר להיחשב לפגיעה בכבודו של אדם[45]. משום כך, בית־המשפט עשוי להתערב גם בדרך קביעת שיעורה של תוספת הסיכון, אם מוכח, כי זו נעשתה על בסיס השתייכותו הקבוצתית של הלווה, באופן אשר עלול לעגן סטיגמות חברתיות שליליות כנגד אותה קבוצה, ופוגע לכן בכבוד האדם[46].

מאידך, ראוי לזכור כי על־פי סעיף 2(ב) לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), אין מוטלת על תאגיד בנקאי החובה "לתת שירות שיש בו משום מתן אשראי ללקוח".

---

42 ראו בעניין זה גם בעמ' 128 להלן.

43 ראו ת.א. (נתניה) 5582/93 רדיו אלחוט חברה לשווק מסחר והפצה בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (לא פורסם); ת.א. (חי') 940/89 בעניין אמנונים, הערה 36 לעיל; ת.א. (ת"א) 1265/85 בעניין שלי, הערה 33 לעיל; ת.א. (נצ') 7678/88 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' סופר פרינט (לא פורסם).

44 ראו בעמ' 98 ואילך, לעיל.

45 לנסיבות בהן הפליה פסולה מהווה פגיעה בכבודו של אדם ראו גישתה של השופטת דורנר בבג"צ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94.

46 זו הגישה המקובלת בארצות הברית. ראו בעניין זה The Equal Credit Opportunity Act of 1975. לדיון בהיבטים כלכליים של האיסור להפלות במתן הלוואות ראו, למשל, James T. Lindley et al, "Racial Discrimination in the Provision of Financial Services", 74 American Economic Review (1984) 735.

הכרה זו של המחוקק בחופש ההתקשרות של הבנק בכל הקשור למתן אשראי, עשויה להביא לרתיעה ממעורבות שיפוטית במדיניות קביעת תוספת הסיכון על־ידי הבנק. ברוח זו הוכן במשרד המשפטים תזכיר חוק איסור הפליה במצרכים, בשרותים ובכניסה למקומות ציבוריים, תשנ"ט-1999, מכוחו מוצע להטיל על כל מי שעיסוקו מתן שירותים פיננסיים לאנשים בלתי מסויימים איסור להפלות.

ח. קביעה של מסגרת אשראי ואישור של חריגה ממנה

בסקירה של סוגי ההלוואות השונות, אשר ערכנו בפרק ב' לעיל, ראינו, כי כאשר מדובר בהלוואה מחשבון שוטף מקובל להבחין בין שני סוגים של הלוואות: הלוואות המכונות "אשראי מאושר", בהיותן בגדרה של מסגרת האשראי המאושרת של הלווה; והלוואות מסוג של "אשראי חריג", החורגות ממסגרת האשראי[47]. ככל שמדובר ב"אשראי חריג", ההלכה היא, כי לבנק מסורה הזכות להחליט, האם לכבד את בקשתו של הלקוח להלוואה חריגה: "על־ידי הקצאת מסגרת אשראי מאושר, מסכים הבנק מראש לסכום האשראי שיועמד ללקוח. כאשר מעמיד הבנק ללקוח אשראי חריג, שומר הוא לעצמו את הזכות אם להסכים להעמיד אשראי חריג מסוים המתבקש, אם לאו"[48]. הגישה היא, כי "הזכות ששומר לעצמו בנק, אם להסכים למשיכת יתר פלונית, הנה במסגרת שיקול הדעת, שמבקש הבנק לשמור לעצמו לעניין מתן הלוואות"[49].

קביעתה של מסגרת האשראי העומדת לרשותו של הלווה הנה עניין המסור להסכמת הצדדים. מובן, כי אם הצדדים הסכימו על עדכון אוטומטי של מסגרת האשראי, על־פי נוסחה כלשהי, מחויב הבנק לפעול על־פי הסכמה זו[50]. אולם, במקרה הרגיל, בהעדר הסכמה מפורשת כאמור, הגישה שהתקבלה בפסיקה היא, כי הבנק אינו מחויב לעדכן, ביוזמתו הוא, את היקפה של מסגרת האשראי. לפיכך, שינויים בצרכיו הכספיים של הלווה או היקף הביטחונות שהוא מעמיד להבטחת

---

47 ראו בעמ' 47 לעיל.

48 ת.א. (ת"א) 428/89 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' סוליאתן תעשיות גומי (1976) בע"מ (לא פורסם).

49 ע"א 323/80 אילתית בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד לז(2) 670, 673. ליישומה של גישה זו ראו, למשל, ע"א 1822/97 בעניין יאיר ש. שיווק, הערה 41 לעיל, סעיף 19 לפסק־דינו של השופט אנגלרד; ע"א 7162/96 בעניין אמנונים, הערה 41 לעיל; ע"א 6505/97 בעניין בוני התיכון, הערה 41 לעיל.

50 לדיון בסוגיית קיום התחייבותו של הבנק להגדיל את מסגרת האשראי בהתאם לצרכי הלקוח ראו, למשל, ת.א. (ת"א) 2104/89 הקסגון פלסטיק בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ (לא פורסם).

פירעון ההלוואה[51] או ירידה בערך הכסף (אינפלציה)[52], אין בהם, כשלעצמם, כדי לחייב את הבנק לשנות מיוזמתו את מסגרת האשראי.

עם זאת, נראה כי בנסיבות מסוימות, מכוח חובות האמון ותום הלב בהם מחויב הבנק ביחסיו עם לקוחו, עשויה להתקבל תוצאה שונה. כך, למשל, ציין בית־המשפט בת.א. (ת"א) 2889/92 בעניין נחמני, באמרת אגב, כי "לא יכול להיות ספק, כי קיומן של מסגרות אשראי רגילות ... בהיקף מצומצם מאד, מקום שמדובר במי שידוע לגביו מזה שנים שהוא זקוק לאשראי רב, ושימור 'מסגרות החריגה' ברמה גבוהה בהרבה ... מעורר תמיהה, על דרך ההמעטה, קל וחומר מקום שבפועל חרג החשבון בהרבה אל מעבר למסגרת החריגה המותרת"[53].

יצוין עוד, כי בהקשר זה תיתכן אף תחולה, מכוח היקש, להלכה שניתנה באשר להחלטתו של בנק האם לכבד שיקים שמשך הלקוח מחשבונו, במקרים בהם כיבוד השיקים צפוי ליצור יתרת חובה בחשבון השוטף, מעבר למסגרת האשראי בחשבון. בית־המשפט קבע בעניין זה, כי בהחלטתו זו, מחויב הבנק לשקול אף את האינטרס של הלקוח: "המטרה והתכלית אותה יש לייחס לאנשים סבירים היא יציבות בעולם העסקים. יציבות המאפשרת לבעל עסק להסתמך על קיומו של קו אשראי מוסכם, כל עוד לא בוצע מעשה או אירע אירוע המסכן את הבנק המבקש להבטיח את כספו, ולתכנן את פעילותו העסקית ותזרים המזומנים בחברה או בעסק בהתאם"[54].

היקף תחולתן של גישות מסוג זה הנו מצומצם לעת עתה, והוא תלוי, במידה רבה, בטיב היחסים במקרה הספציפי הנדון, בין פקידי הבנק ומנהליו, ובין הלקוח: יש לבחון, האם ניתן לראות, בנסיבות העניין, באנשי הבנק כמי שניצבים בעמדה המחייבת אותם להבטיח ללקוח מסגרת אשראי המתאימה לצרכיו, אם לאו[55].

---

51 לגישה זו ראו, למשל, ת.א. (ת"א) 428/89 בעניין סוליאתן, הערה 48 לעיל: "[אין] כל חובה המוטלת על הבנק לעדכן את מסגרות האשראי"; ת.א. (חי') 1080/90 אסעד נ' בנק ערבי ישראלי בע"מ (לא פורסם). ראו גם סעיף 18(ג') לכללי הבנקאות (שירות ללקוח) (גילוי נאות ומסירת מסמכים), תשנ"ב-1992, שם נקבע, כי החובה המוטלת על הבנק להודיע ללקוח לפחות עשרה ימים מראש על הפחתה במסגרת האשראי לא תחול, "במקרים שבהם [הבנק] עלול להסתכן באי יכולת לגבות את האשראי, עקב שינוי לרעה בכושר הפירעון של הלקוח ...".

52 ראו, למשל, ת.א. (חי') 940/89 בעניין אמנונים, הערה 36 לעיל; ת.א. (י־ם) 725/89 קול נ' בנק הפועלים בע"מ (לא פורסם); ת.א. (ת"א) 124/89 גרינשטיין נ' בנק איגוד לישראל בע"מ (לא פורסם).

53 ראו, למשל, ת.א. (ת"א) 2889/92 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' נחמני (לא פורסם).

54 ת.א. (ת"א) 803/88 אלקטרו־בסיס בע"מ נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ (לא פורסם).

55 לגישה מסוג זה ראו, באופן כללי, ע"א 5893/91 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' צבאח, פ"ד מח(2) 573, 593.

פרק ו׳

חובת גילוי נאות ביחס לתנאי ההלוואה

א. הקדמה

המדיניות בסוגיית ההתערבות בשוק ההלוואות מאופיינת במתח שבין הצורך להתגבר על הפערים בעמדות המיקוח ובמידע השוררים בדרך כלל בין מלווה ללווה טיפוסיים, לבין השאיפה לאפשר קיומו של שוק הלוואות חופשי. אחת מנקודות האיזון הפחות שנויות במחלוקת בהקשר זה, הנה הטלת חובות גילוי. בעוד שהתערבות חיצונית בתנאי ההתקשרות נתפסת לרוב כפגיעה בשוק החופשי ומניעת תחרות, הרי שהטלת חובות גילוי מוגברות נועדה דווקא לקדם יעדים אלה, בלא לפגוע בחופש של הצדדים לעצב את תנאי ההלוואה כרצונם. אדרבא, תנאי בסיסי לקיומה של תחרות משוכללת הנו קיום מידע, בידי ה״קונים״ בשוק, באשר לתנאי העסקה המוצעת להם על־ידי ה״מוכרים״ השונים. משום כך, בנסיבות בהן קיים חשש מהעדר מידע כאמור, הטלת חובות הגילוי הנה אמצעי מקובל[1].

במקרה הטיפוסי, המלווה — אם הוא גוף שעיסוקו בכך — הנו בעל מידע עדיף על זה של הלווה, בכל הקשור למשמעות הכלכלית של הכללת תנאים שונים בחוזה ההלוואה. המלווה הוא גם זה שמנסח, ברובם המכריע של המקרים, את הוראות חוזה ההלוואה, ובקיא בצפונותיו ופרטיו של החוזה[2]. זאת ועוד, כפי שראינו בפירוט בפרקים קודמים, עלותה של ההלוואה אינה נמדדת בריבית ה״מוצהרת״ הנדרשת בגינה. עלותה של ההלוואה מושפעת מתנאיה השונים של ההלוואה, כגון דרך חישוב הריבית, שיטת ההצמדה, מועדי הפירעון ועוד[3]. לפיכך,

---

1 אחד החסרונות של אמצעי זה עלול להתבטא בפגיעה בתמריץ של הצדדים להשקיע משאבים בהשגת המידע, וזאת אם ממילא תוטל עליהם חובה לגלותו לצד השני. מאידך, בנסיבות בהן המידע מצוי ממילא ברשותו של אחד הצדדים — וכך הוא המצב כאשר המדובר במלווה, שעיסוקו במתן הלוואות — החיסרון האמור אינו צפוי לבוא לידי ביטוי.

2 ראו בעניין זה ע״א 1304/91 **טפחות — בנק משכנתאות לישראל בע״מ נ׳ ליפרט**, פ״ד מז(3) 309, שם ציין הנשיא שמגר, כי ״מורכבותם של חוזים בנקאיים והקושי בהבנתם, הביאו את המחוקק לאמץ בחוק הבנקאות (שירות ללקוח) גישה, לפיה מוטלת על התאגידים הבנקאיים החובה לפעול ולהתערב, על־מנת למנוע מצב שבו הלקוח ייטול על עצמו התחייבויות אשר אין הוא מבין את טיבן ומהותן המדויקים״: שם, בעמ׳ 322. ראו בעניין זה גם ר׳ בן־אוליאל, **דיני בנקאות — חלק כללי** (תשנ״ו) 103. גישה דומה הוחלה בארצות הברית. ראו, למשל, *Truth in Lending Act, 15 U.S.C 1605 (1994)*.

3 ראו בעניין זה בעמ׳ 28 ואילך, לעיל ובעמ׳ 67 ואילך, לעיל.

כדי שהלווה יוכל להעריך בצורה סבירה את עלות האשראי המוצע לו, הוא נדרש, במקרה הרגיל, להערכותיהם של מומחים.

בפני קובעי המדיניות עמדו שתי דרכי פעולה אפשריות: האחת, להותיר את מלאכת איסוף המידע ל"כוחות השוק". בדרך זו, מוטל על הלווה לברר בעצמו את המשמעות הכלכלית של עסקת האשראי המוצעת לו, ועל המלווה לא מוטלת כל חובת גילוי; בדרך השנייה, המחוקק מתערב ב"שוק המידע", ומטיל חובה על המלווים לספק את המידע ללווה. ההערכה המקובלת היא, כי הדרך הראשונה אינה מתאימה, משום שב"שוק איסוף המידע" ביחס לעסקאות אשראי צפוי "כשל שוק". לאמור, עלות העסקתו של מומחה, כדי לקבל מידע בדבר המשמעות הכלכלית של העסקאות השונות, צפויה להיות גבוהה, במקרים רבים, מן התועלת שתצמח מכך ללווה[4]. גם העובדה שלווים רבים כלל אינם מודעים לצורך בהשגת מידע כאמור, עלולה למנוע את האפשרות להשוות נתונים ולהשיג את המידע, הנחוץ לקיומה של תחרות משוכללת בשוק האשראי[5].

גורמים אלה, בצד ההערכה כי בשוק האשראי בישראל לא שוררת תחרות של ממש בין המלווים, הביאה להעדפת דרך הפעולה השנייה: המחוקק קבע, בשורה ארוכה של הוראות, חובות גילוי מוגברות על מלווים, שעיסוקם במתן הלוואות, ובעיקר על תאגידים בנקאיים. נסקור להלן את הוראות אלה, כפי שפורשו בפסיקה, וננתח את התוצאות הנובעות מהפרתן של חובות הגילוי האמורות.

ב. חובת הגילוי הכללית של הבנק ביחסו עם לקוחו

חובותיו של הבנק ביחסיו עם לקוחו מוסדרות בחוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981, בתקנות שהותקנו מכוחו ובהוראות בנק ישראל. הוראות אלה חלות רק על גופים המוגדרים כ"תאגיד בנקאי"[6]. ההוראות העיקריות בעניין חובות הגילוי המוטלות על הבנק ביחסיו עם הלקוח נקבעו בסעיפים 3 ו-5 לחוק הבנקאות[7]. ההוראה הראשונה קובעת איסור, בעוד השנייה מטילה חובה: על־פי סעיף 3 לחוק הבנקאות, נאסר על תאגיד בנקאי לעשות כל דבר "העלול להטעות

4 התועלת מתבטאת באפשרות להשוות בין הצעותיהם של מלווים שונים, ולהקשר בעסקה הטובה ביותר ללווה.

5 לעניין זה ראו גם ר' בן־אוליאל, הערה 2 לעיל, בעמ' 81-86.

6 לסקירה של הסדרת פעולתם של מלווים שאינם תאגידים בנקאיים ראו בעמ' 129 ואילך, להלן.

7 לדיון נרחב בתכליתן של הוראות אלה ראו פסק־דינו של הנשיא שמגר בע"א 1304/91 בעניין ליפרט, הערה 2 לעיל.

לקוח בכל עניין מהותי למתן שירות ללקוח", וזאת, "במעשה או במחדל, בכתב או בעל־פה או בכל דרך אחרת". בסעיף 3 פורטה רשימת עניינים הנחשבים כמהותיים, ובכלל זה, התשואה והתועלת שניתן להפיק מן השירות, המחיר הרגיל או המקובל או המחיר שנדרש בעבר בעד השירות[8]. החלת האיסור להטעות בדרך של "מחדל" עשויה להקים, במקרים רבים, חובת גילוי אקטיבית על הבנק[9].

כפי שראינו בפרק ד' לעיל, החובה להימנע מהטעיית הלקוח נקבעה בפסיקה עוד קודם לחקיקת חוק הבנקאות, בהתבסס על חובת האמונים המיוחדת בה חב הבנק ללקוחו[10]. מכוחה של חובה זו, הטילה הפסיקה על הבנק חובה להסביר ללקוחו את פרטיה ומהותה של עסקת ההלוואה בה הוא מתקשר[11]. בגדר זאת, אף הוטלה חובה על הבנק למסור לערב לעסקת הלוואה גילוי מלא על היקפה של ערבותו[12] (אם כי קביעה זו שונתה על־ידי בית־המשפט העליון, בדעת רוב, לאור קביעתו כי הערב אינו נחשב ל"לקוח" של הבנק, לצורך חוק הבנקאות (שירות ללקוח))[13].

מעבר לכך, נפסק, כי בנסיבות מתאימות, חובת הגילוי כלפי לקוחו של הבנק עשויה להשתרע גם מעבר לפרטים הטכניים של עסקת ההלוואה שבה מדובר, ולכלול גם "פרטים נוספים הקשורים להלוואה בדרך עקיפה", כגון הכדאיות הכלכלית שבה, הסיכונים הכרוכים בה וכדומה. המדובר במקרים בהם "הבנק

---

8 לדיון במשמעותו של האיסור על הטעייה המוטל על בנק ביחסיו עם לקוחו ובקשיים ביישומה של ההוראה הגורפת הקבועה בסעיף 3 לחוק ראו ר' בן־אוליאל, הערה 2 לעיל, בעמ' 75-79. לגישתו של ד"ר בן־אוליאל, "הוראה זו מהווה ביטוי של החובה המיוחדת של הבנק, לנהוג ברמה גבוהה במיוחד של הגינות ומקצועיות, כלומר לנהוג באמון כלפי לקוחו במתן השירות": שם, בעמ' 79.

9 ראו בעניין זה גם ד' פרידמן ונ' כהן, חוזים (כרך ב, תשנ"ג) 830-832. לגישתם, "מחד גיסא, ניתן לטעון, כי הטעיה 'במחדל' פירושה אי גילוי, ומכאן שסעיף [3 לחוק הבנקאות] קובע חובה כזו. מאידך גיסא, ניתן לגרוס, כי לאור קיומו של סעיף נפרד (סעיף 5 לחוק הנ"ל), המתייחס במישרין לנושא של 'גילוי נאות', אין לראות בסעיף 3 הוראה המגדירה חובת גילוי, וכי הטעייה במחדל במובן סעיף 3 קיימת רק במקרי העלמה אקטיבית (concealment) או כאשר קיימת חובת גילוי מכוח הדין הכללי": שם, בעמ' 832.

10 ראו בעניין זה בעמ' 95 לעיל.

11 ע"א 1/75 בנק ישראלי למשכנתאות בע"מ נ' הרשקו, פ"ד כט(2) 208, 211, ראו גם ת.א. (ת"א) 1226/89 ברונר נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, פ"מ תשנ"א(2) 343 (הוכרה חובתו של בנק למסור ללקוח מידע על הסיכונים הכרוכים בחוזה משכון); ת.א. (י־ם) 1245/85 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' גולאר (לא פורסם). זו גם הגישה המקובלת באנגליה: Cornish v. Midland Bank [1985] 3 All E.R. 513, 523.

12 ראו, למשל, ע.א. (י־ם) 31/90 ליפרט נ' טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ, פ"מ תשנ"א(3) 56; המ' (חי') 15503/90 טאובמן נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, פ"מ תשנ"א(3) 81; ת.א. (ת"א) 1790/88 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ציגלר, פ"מ תשנ"ב(1) 172.

13 ע"א 1304/91 בעניין ליפרט, הערה 2 לעיל.

מייעץ ללקוח שלו לפעול בדרך כלשהי או משדל אותו לקחת הלוואה לצרכים מסוימים, והלקוח מסתמך על עצות אלו של הבנק"[14].

יישומה של גישה זו בא לידי ביטוי, למשל, בהלוואה מסוג משכנתא, "כאשר מערכת היחסים בין הלווה לבין הבנק והקבלן היא מערכת יחסים קרובה (בדרך כלל, מובא הלקוח לבנק על־ידי הקבלן), והבנק יודע מה השימוש שייעשה בכספי ההלוואה". בנסיבות בהן לבנק מידע בדבר יציבותו הכספית של הקבלן, והוא בעל אינטרס מהותי בהזרמת הכספים לקבלן, "האיזון בין חובת הסודיות לחובת הגילוי מחייב את הבנק ליידע את הלקוח בדבר ניגוד האינטרסים שהוא מצוי בו"[15].

בפרשו את החובה האקטיבית למסור מידע, המוטלת על בנק מכוח סעיף 3 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח) דחה הנשיא שמגר את הטענה, כי החובה האמורה מופרת רק אם היא מלווית בכוונה מוכחת להטעות את הלקוח[16]. הנשיא שמגר ציין, כי הוראת סעיף 3 "נועדה להחיל על חוזים בנקאיים משטר נורמאטיבי מיוחד, היוצר חריג לדיני החוזים הרגילים", וזאת במספר מישורים: ראשית, בסעיף 3 אין כלולה הדרישה לקשר סיבתי בין ההטעיה ובין ההתקשרות בהסכם עם הבנק; שנית, אין הכרח כי תתרחש הטעייה בפועל, ודי באפשרות להטעיה (ובלבד שזו גרמה ללקוח לנזק); ושלישית, "הוראת סעיף 3 אוסרת הטעייה גם לעניין תוכן החוזה אשר נכרת בין התאגיד הבנקאי ללקוח", ולא רק ביחס לפרטים עובדתיים הנלווים לו[17]. משום כך, "ייתכנו נסיבות שבהן יידרש בנק לגלות ללקוח מידע בסיסי, הנוגע לטיב העסקה ולמהותה, אם הדבר נחוץ למניעת הטעייתו של הלקוח"[18].

---

14 ע"א 5893/91 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' צבאח, פ"ד מח(2) 573, 598. ראו גם ע"א 7948/96 בנק הפועלים בע"מ נ' מוסכי צומת גהה בע"מ (טרם פורסם), שם קבע השופט אנגלרד כי הגישה לפיה יפורש הסכם "נגד הנסח" — היינו: נגד הבנק — תוחל רק כאשר הפר הבנק את חובתו למסור ללקוח מידע מלא על העסקה.

15 ע"א 5893/91 בעניין צבאח, הערה 14 לעיל, בעמ' 602. עם הבאת דבר ניגוד האינטרסים לידיעת הלקוח, ניתנת בידי הלקוח "האפשרות להחליט, אם ברצונו ללוות את הכספים על אף ניגוד האינטרסים". מטרת הגילוי הנה "לאפשר ללקוח בדיקה נוספת, טרם לקיחת ההלוואה": שם, בעמ' 605.

16 ע"א 1304/91 בעניין ליפרט, הערה 2 לעיל, בעמ' 326. הנשיא שמגר נותר אמנם בדעת מיעוט בפרשה זו, אולם שופטי הרוב הכריעו בעניין לאור קביעתם, כי חוק הבנקאות (שירות ללקוח) אינו חל כלל ביחסי בנק־ערב, ולפיכך שופטי הרוב לא התייחסו לסוגיה הנדונה כאן.

17 שם, בעמ' 326.

18 שם, בעמ' 327-328. באותה פרשה נכון היה הנשיא שמגר להכיר בהפרת החובה הקבועה בסעיף 3 על־ידי בנק, אשר נמנע מלהסביר לערב את המרכיבים העיקריים בכתב הערבות עליו חתם הערב, וזאת לאור נסיבות העניין — ערב שהנו עולה חדש, בעל שליטה דלה ביותר בעברית, כפי שהיה ידוע לפקיד הבנק.

ביישמו בפועל הלכות אלה, ייזקק בית־המשפט, מצד אחד, לתכליתו של חוק הבנקאות (שירות ללקוח), להגן על הלקוח ביחסיו עם הבנק; אך מצד שני, ייתן משקל גם לקשיים המעשיים העלולים לנבוע מהטלת חובות גילוי רחבות מדי.

כאמור, בחוק הבנקאות (שירות ללקוח) נקבעה גם הוראה המטילה בצורה מפורשת חובת גילוי: על־פי סעיף 5(א')(1) לחוק, הוסמך נגיד בנק ישראל לקבוע בכללים חובה על תאגידים בנקאיים "לגלות ללקוחותיהם כל פרט מהותי לגבי תוכנו, היקפו, תנאיו ומחירו של שירות שהם נותנים, והסיכונים הכרוכים בו". הנגיד גם הוסמך, לפי סעיף 5(ב') לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), "לחייב בכללים לערוך הסכם בכתב עם הלקוח, לציין בהסכם את הפרטים שנקבעו בכללים ולמסור ללקוח העתק חתום של ההסכם", אם, להערכתו של הנגיד, הדבר דרוש למניעת הטעייה של הלקוח כאמור בסעיף 3 לחוק.

מכוחן של הוראות אלה הותקנו כללי הבנקאות (שירות ללקוח) (גילוי נאות ומסירת מסמכים), תשנ"ב-1992. בכללים אלה נקבעה, בין היתר, חובת עריכת הסכמי הלוואה בכתב וחובת מסירת עותק מן ההסכם ללקוח (סעיפים 3 ו-4 לכללים)[19]; ונקבעו הוראות לגילוי נאות ביחס לעסקאות באשראי, לרבות בהלוואות ובחשבונות שוטפים, כפי שנראה בפירוט בפרק זה (סעיפים 15 עד 22 לכללים)[20].

בהוראות אלה נקבעו הפרטים אשר צריכים להיכלל בהסכמים למתן אשראי לזמן קצוב (סעיף 15 לכללים) ולמתן אשראי בחשבון עובר ושב (סעיף 18). נקבעה חובה לפרט את סכום ההלוואה (או סכום מסגרת האשראי, בחשבון עובר ושב), שיעור הריבית ותקופת חישובה, וכן "כל חיוב הקשור ישירות עם ההלוואה".

הפרת החובות האמורות בחוק הבנקאות (שירות ללקוח) ובכללים שהותקנו מכוחו, מהווה עבירה, בצד עילת התביעה האזרחית אותה היא מקנה. על־פי תיקון משנת תשנ"ו, ניתן אף להגיש תובענה ייצוגית בגין הפרת הוראות חוק הבנקאות (סעיפים 16א' עד 16י' לחוק).

---

19 למשמעותה של דרישת הכתב בהקשר זה, ולהצדקתה על בסיס פער בעמדות הצדדים, ראו ד' פרידמן ונ' כהן, חוזים (כרך א, תשנ"א) 397.

20 בית־המשפט המחוזי קבע, כי ביחס לתקופה שקדמה למועד כניסתן לתוקף של הוראות אלה, חובת הגילוי אשר הוטלה על הבנקים היתה נמוכה יותר. לפיכך, אי גילוי גובה הריבית האפקטיבית בה מחויב הלווה אינה מהווה הפרה של חובת הגילוי (כפי שהיתה, כאמור, לפני כניסתן לתוקף של הוראות הבנקאות (שירות ללקוח)), לפחות כאשר מדובר ב"מתקשר עסקי": ת.א. (י־ם) 380/92 טיפול שורש — ניהול ושירותים למרפאות שיניים (ישראל מס' 1) בע"מ נ' הפועלים ליסינג בע"מ (לא פורסם).

ג. החובה לציין את דרך חישוב הריבית

דרך חישוב הריבית בגין ההלוואה הנה גורם חשוב בקביעת שיעור הריבית אותו נדרש הלווה לשלם בפועל[21]. כפי שראינו לעיל, נקבעו בדין מגבלות שונות באשר לדרך חישוב הריבית, כאשר המדובר בריבית מצטברת[22]. קביעת פרק זמן מזערי לצבירת הריבית בגין ההלוואה (ולפיכך לחיוב בתשלומי ריבית דריבית) נועדה להקטין את החשש מפני הטעיית הלווה: צמצום מספר התקופות בהן נצברת הריבית במהלך תקופת ההלוואה, מביאה לצמצום הפער בין הריבית הנקובה (לה מודע, בדרך כלל, הלווה), לבין הריבית האפקטיבית, בה מחויב הלווה בפועל[23].

בפסיקה נדונה השאלה, כיצד יש לפרש את שיעור הריבית המתואר בהסכם ההלוואה, בהעדר קביעה מפורשת בעניין: האם יש לראותו כמתייחס אל הריבית הנקובה (הנומינלית) בלבד, שהנה הבסיס לחישובי הריבית המצטברת (כך שהריבית האפקטיבית הנה גבוהה מזו הנקובה); או שבהעדר קביעה מפורשת אחרת, יש לראות בריבית זו ריבית אפקטיבית, באופן שהריבית בה יחויב הלווה בפועל לא תהיה גבוהה מזו המוצהרת[24]. בית־המשפט אמנם הכיר בכך, שלווה טיפוסי — "אדם הרחוק מחישובי ריבית ומידיעה על דרך חישוב הריבית" — עלול לטעות ולסבור, כי שיעור הריבית הנקוב הוא שיעור הריבית שעליו לשלם בפועל[25]. אולם, נפסק, כי בהעדר קביעה מפורשת, יש לראות בשיעור הריבית הנקוב כשיעור הריבית הנומינלי בלבד, על־פיו נערכים חישובי הריבית המצטברת[26].

בקביעה זו הסתמך בית־המשפט המחוזי על הנוהג הבנקאי, לפיו הריבית הנקובה בעסקאות ההלוואה הנה הריבית הנומינלית[27]. יתר על־כן, לגישתו של בית־

---

21 ראו בעמ' 26 ואילך, לעיל.

22 ראו בעמ' 104 ואילך, לעיל.

23 להסבר זה להגבלה על מספר הפעמים בהם נצברת הריבית ראו גם הצעת חוק הריבית (שינוי שיעורים), תשל"ב-1972, ה"ח 377. ראו בעניין זה בעמ' 104 ואילך, לעיל.

24 לדיון בסוגייה קרובה, בעניין פרשנותו של שיעור הריבית המתואר בצו הריבית (קביעת שיעור הריבית המקסימלי), תש"ל-1970, ראו בעמ' 67 ואילך, לעיל. שם טענו, כי יש לראות הוראה זו כקובעת את שיעור הריבית המרבי אותו ניתן לגבות בגין ההלוואה, היינו שיעור הריבית האפקטיבי.

25 ת.א. (ת"א) 1272/87 בנק הפועלים בע"מ נ' בית זייד כפר שיתופי בע"מ, פ"מ תשנ"ב(3) 19, 24.

26 ת.א. (י־ם) 1018/91 דנרון מוסכים בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ (לא פורסם).

27 פרשנותו של חוזה בהתאם לנוהג מבוססת על הוראת סעיף 26 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, לפיו "פרטים שלא נקבעו בחוזה או על־פיו יהיו לפי הנוהג הקיים בין הצדדים, ובאין נוהג כזה — לפי הנוהג המקובל בחוזים מאותו סוג, ויראו גם פרטים אלו כמוסכמים". לגישה לפיה המקור הנורמטיבי העיקרי לפרשנות חוזה צריך להימצא בהוראות נוהג ודין כלליות, ולאו דווקא באיתור אומד דעתם של הצדדים, ראו א' זמיר, פירוש והשלמה של חוזים (תשנ"ו).

המשפט, זוהי גם הפרשנות הראויה מבחינה מילולית: "פשוטו של מקרא הוא, שריבית שנתית לה מתכוונות הבריות בהשתמשן בביטוי זה היא הריבית הנומינלית המשולמת על־ידם הלכה למעשה. לכן ריבית של 120% לשנה לגבי הלוואה המוחזרת ב-12 תשלומים חודשיים, נתפסת על־ידם כריבית של 10% לחודש על היתרה הבלתי מסולקת"[28].

בכל הכבוד, איננו סבורים כי זוהי מסקנה הכרחית. כפי שראינו בהרחבה בפרק א׳ לעיל, דרך חישוב הריבית הנה עניין נפרד ממועדי פירעון ההלוואה. העובדה שההלוואה מוחזרת ב-12 תשלומים חודשיים, אין משמעה, בהכרח, כי הריבית תצטבר לקרן בכל חודש, בדיוק כפי שאין זה מתחייב, כי בהלוואה הנפרעת בתשלום אחד בסוף התקופה, הריבית תחושב כריבית פשוטה[29].

הנוהג הבנקאי אינו יכול להיחשב, לגישתנו, כמקור לפרשנות החוזה, בנסיבות בהן מדובר בלקוח אשר כלל אינו מודע לנוהג זה[30]. מעבר לכך, נראה, כי ניתן לראות בשיעור הריבית אותו נדרש לשלם הלווה בגין ההלוואה (הריבית האפקטיבית) כ"עניין מהותי" בכל הקשור לעסקת ההלוואה, כמובנו של ביטוי זה בסעיף 3 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח)[31]. המדובר בקביעת התמורה בגין עסקת ההלוואה. על הבנק מוטלת לכן חובה להימנע מלהטעות — "במעשה או במחדל" — ביחס לפרט זה. הימנעות מפירוט שיעורה של הריבית האפקטיבית צריכה להיחשב, לגישתנו, להפרת הוראה זו. לפיכך, מן הראוי לפרש את חוזה ההלוואה באופן שאינו סותר את הוראות הדין, ולראות בריבית המתוארת בו כמתייחסת אל הריבית האפקטיבית[32].

---

28 ת.א. (י־ם) 1018/91 בעניין דנרון, הערה 26 לעיל. לגישה דומה — שהוחלה ביחס ללווה "מומחה" (חברה אשר פעלה באמצעות מנהל כספים, שהכיר את הנוהג הבנקאי) — ראו ת.א. (ב"ש) 443/89 שטרן אפרתי עבודות עפר בע"מ נ׳ בנק המזרחי המאוחד בע"מ (לא פורסם).

29 יצוין, כי גישתם של בתי־המשפט בת.א. (י־ם) 1018/91 בעניין דנרון, הערה 26 לעיל, ובת.א. (ב"ש) 443/89 בעניין שטרן אפרתי, הערה 29 לעיל, הושפעה מן העובדה, שבנסיבות העניינים שנדונו שם, שיעור הריבית הנקוב היה נמוך משיעור האינפלציה לתקופה הרלבנטית. קבלת הטענה, כי באותם מקרים הריבית המוצהרת הנה הריבית האפקטיבית, היתה מביאה לכך שהריבית הריאלית היתה שלילית.

30 להיקפו של הנוהג כמקור לפרשנות חוזה ראו ע"א 79/76 מרציאנו נ׳ בן שושן, פ"ד ל(3) 729; ע"א 154/80 בורכרד ליינס לימיטד לונדון נ׳ הידרובטון בע"מ, פ"ד לח(2) 213.

31 לדיון בהיקפה של החובה הנובעת מסעיף 3 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח) ראו בעמ׳ 120 ואילך, לעיל.

32 מאידך, אם פרשנותו של בית־המשפט היא הנכונה, עשויה לקום ללקוחות עילת תביעה לפי סעיף 15 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח).

מעבר לכך, ברוח פסק־דינו של בית־המשפט העליון בע"א 1/75 בעניין הרשקו, הימנעותו של הבנק מלהבהיר ולהסביר היטב ללקוחו, כי שיעור הריבית הנקוב בהסכם ההלוואה אינו שיעור הריבית האפקטיבי, מהווה הפרה של חובתו של הבנק לנהוג בתום לב ולהימנע מהטעיית הלקוח[33]. האפשרות לכך לא נשללה בת.א. (ת"א) 1272/87 בעניין בית זייד, שם ציין בית־המשפט המחוזי, כפי שכבר ראינו לעיל, כי "לא מן הנמנע, שאדם הרחוק מחישובי ריבית ומידיעה על דרך חישוב הריבית, ... עלול לסבור ששיעור הריבית הנקוב בהסכם ... הוא שיעור הריבית שעליו לשלם בפועל. ... אך אם אמנם יש בכך כדי להטעות — ואיני קובע ממצא בנושא זה שאינו בתחום הדיון שלפנינו — אין בכך עילה להגנת הנתבעים, שאינם מבקשים את ביטול הסכמי ההלוואה בגלל טעות או הטעייה ..."[34]. כאמור, לגישתנו, מן הדין להורות במקרים מסוג זה לאו דווקא על ביטול הסכם ההלוואה, אלא על פירושו בדרך העולה בקנה אחד עם הבנתו של הלווה בעניין, כדרך לפירוש ההסכם בכל מקום שבו הפר הבנק את חובתו להסביר ללווה היטב את תנאי ההלוואה.

אי בהירות זו באשר לשיעור הריבית בו מחויב הלווה בפועל, הביאה להתערבות גורמי הפיקוח, לשם הטלת חובת גילוי מפורשת בעניין. בחוזר בנק ישראל משנת 1983 נקבע, כי "הניהול התקין מחייב שבכל מקום שבנק מודיע ללקוח על שיעור ריבית תעריפית, יצוין גם שיעור הריבית השנתית המתואמת. שיעור הריבית השנתית המתואמת ייקח בחשבון את המרכיב של ריבית דריבית הנובע מתשלום הריבית התקופתית... "[35].

הסוגיה הוסדרה גם בכללי הבנקאות (שירות ללקוח) (גילוי נאות ומסירת מסמכים), תשנ"ב-1992. בכללים אלה נקבע, כי על הבנק המלווה מוטלת חובה לציין את "שיעור העלות האפקטיבית" של ההלוואה, אך זאת רק ביחס להלוואות בסכום שאינו עולה על 60,000 ש"ח (סעיף 21 לכללים). מאידך, כאשר מדובר בהלוואה לתקופה קצובה, בשיעור העולה על 60,000 ש"ח, לא נקבעה חובה מפורשת לציין את שיעור הריבית האפקטיבית. מתקין הכללים הסתפק בהוראה כללית (סעיף 15(2) לכללים), לפיה על הבנק לציין את "שיעור הריבית על ההלוואה ותקופת

33 ע"א 1/75 בעניין הרשקו, הערה 11 לעיל. ראו בעניין זה גם פסק־דינו של הנשיא שמגר בע"א 5300/92 בעניין ליפרט, הערה 2 לעיל.

34 בת.א. (ת"א) 1272/87 בעניין בית זייד, הערה 25 לעיל, בעמ' 24.

35 חוזר בנק ישראל מס' 16/42 מיום 25.12.83 שכותרתו "גילוי אופן חישוב ריבית על אשראי והדיווח עליה ללקוח". ראו גם הצעת חוק הריבית (שינוי שיעורים) תשל"ב-1972, ה"ח 377, שם פורש סעיף 5 לחוק הריבית, תשי"ט-1957, כ"מטיל על מלווה את החובה לנקוב בשיעור הנכון של הריבית שהוא מקבל על המילווה, ומונע את האפשרות לנקוב בשיעור ריבית נומינלי נמוך ההופך למעשה לגבוה ממנו בהרבה עקב חישוב ריבית דריבית". ראו בעניין זה בעמ' 104 ואילך, לעיל.

חישוב הריבית". עם זאת נראה, כי לאור הוראות החוזר האמור של בנק ישראל, בצד הפרשנות הראויה של הוראת סעיף 3 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), מוטלת חובה על הבנק לפרט את שיעור הריבית האפקטיבית הנגבים על־ידו.

ד. גילוי שיעור הריבית האפקטיבית במקרים של ניכוי ריבית מראש וחיוב בעמלות

היבט אחר הקשור לחובת הגילוי הנאות, עניינו מקרים בהם מנוכים מסכום ההלוואה סכומים שונים, בגין ריבית, עמלות וכדומה. כפי שראינו לעיל, הריבית האפקטיבית המשולמת במקרה כזה בגין ההלוואה הנה גבוהה מזו הנקובה: הריבית האפקטיבית מחושבת על־פי קרן ההלוואה שהתקבלה בפועל בידי הלווה (לאחר הניכויים השונים), ולא כאחוז מן הקרן אותה מחויב הלווה להשיב למלווה[36]. לפיכך, בצד החובה הכללית למסור ללווה "גילוי נאות" של הריבית[37], נקבעו גם הוראה באשר למקרים בהם מנוכים מקרן ההלוואה סכומים שונים: בחוזר בנק ישראל משנת 1983 נקבע, כי "כאשר נגבית ריבית מראש בעת מתן האשראי ... יש לתת לכך ביטוי בקביעת שיעור הריבית המוצגת ללקוח כשיעור ריבית שנתית מתואמת"[38].

לטעמנו, יש משום עיוות בדרך ההצגה של הלוואה בה מנוכה הריבית מראש. זו דרך עקיפה, בה הסכום המתקבל והריבית המשולמת בפועל, הנם שונים מאלה המוצהרים. לטעמנו, מוטב היה להורות לבנקים להימנע מלנקוט בדרך מטעה זו של הצגת הדברים, תחת להתירה ולחייבם לצרף הסברים למשמעותה.

כאמור לעיל, בסעיף 21 לכללי הבנקאות (שירות ללקוח) (גילוי נאות ומסירת מסמכים), תשנ"ב-1992, הוטלה על הבנק המלווה חובה לציין את "שיעור העלות האפקטיבית" של ההלוואה, וזאת ביחס להלוואות בסכום שאינו עולה על 60,000 ש"ח. תכליתה של הוראה זו הינה, כפי הנראה, להביא לידיעת הלווה את שיעור הריבית בו הוא מחויב בפועל, לאחר ניכוי מראש של עמלות וחיובים נוספים מסכום ההלוואה. כאשר מדובר בהלוואות בסכומים שאינם גבוהים, השפעתם של מרכיבים אלה הנה רבה, ומשום כך הסתפק מתקין הכללים בהטלת החובה האמורה ביחס להלוואות בסכומים שאינם גבוהים.

36 ראו בעמ' 29 ואילך, לעיל.

37 ראו חוזר בנק ישראל מס' 16/42 מיום 25.12.83 בעניין "גילוי אופן חישוב ריבית על אשראי והדיווח עליה ללקוח" אשר נדון לעיל.

38 שם. בחוזר מופיעה נוסחה לחישוב הריבית המתואמת (האפקטיבית), בדומה לדרך שתוארה בעניין בעמ' 31 לעיל.

ה. החובה למסור הודעה מפורטת על שינוי שיעור הריבית

כפי שכבר ראינו בפרק ה' לעיל, בנסיבות מסוימות רשאי הבנק המלווה לשנות, באופן חד צדדי, את שיעור הריבית שהוא גובה בגין הלוואה מסוימת. המדובר בנסיבות של הלוואה בצורת יתרת חובה בחשבון שוטף, כאשר בהסכם שבין הצדדים הוקנה לבנק הכוח לשנות את שיעורי הריבית[39]. עם זאת, בפסיקה נקבע, כי כוחו זה של הבנק צריך להיות מופעל בהתאם לחובת הגילוי והנאמנות המוטלת על הבנק ביחסיו עם הלקוח. בסעיף 19(א') לכללי הבנקאות (שירות ללקוח) (גילוי נאות ומסירת מסמכים) נקבעה חובה למסור הודעה על כל שינוי במרכיבי עלות האשראי — שיעור הריבית הבסיסית, השיעור המרבי של תוספת הסיכון, השיעור המרבי של הריבית החריגה ועוד. עם זאת, הודעות אלה הנן כלליות, ואינן כוללות חובה למסור הודעה על שינוי במרכיבי עלות האשראי המתייחסים ללווה ספציפי. מקורן של חובות הגילוי בהקשר זה בהלכה הפסוקה, שעוגנה לימים בכללי הבנקאות האמורים.

כך, למשל, נפסק בת.א. (ת"א) 68/93 בעניין יאיר ש. שיווק, כי הבנק אינו יוצא ידי חובתו להודיע ללקוח על השינוי בשיעור הריבית, במסירת הודעה כללית על שיעור הריבית החדש. נקבע, כי על הבנק מוטלת חובה לפרט את מרכיביה של הריבית, ואת שיעור השינוי בכל מרכיב. בנסיבות בהן מוטלת על הבנק, מתוקף ההסכם שבינו לבין הלקוח, חובת הודעה על שינוי בשיעור הריבית (ובכלל זה, בגין תוספת הסיכון), ההודעה צריכה להיות ברורה ובולטת, ולפרט את מרכיביה השונים של הריבית[40].

לפיכך, תניה בחוזה לפיה "הבנק יהיה רשאי בכל עת להעלות את שיעור הריבית בתנאי שיתן ללקוח הודעה מוקדמת בכתב של 15 יום", פורשה כמחייבת מסירת הודעה ברורה ומפורטת: "הודעה אינה שליחת מסמך בלתי מובן, כדי לצאת פורמלית כדי משלוח ההודעה; ... היא צריכה להיות כזו, שהתעמקות סבירה במסמך תלמד את הקורא מהו אחוז תוספת הסיכון המופיע בו"[41]. המבחן שיושם הוא, האם הסקת המידע בדבר המרכיבים השונים של שיעור הריבית הנה "חשבון

---

39 ראו סעיף 17 לכללי הבנקאות (שירות ללקוח) (גילוי נאות ומסירת מסמכים), שם נקבע, כי החלטה על העלאת שיעורי הריבית תימסר לא יאוחר משלושה ימים לפני השינוי. ראו בעניין זה בעמ' 114 לעיל.

40 ת.א. (ת"א) 68/93 יאיר ש. שיווק בע"מ נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ (לא פורסם).

41 שם. קביעה זו נהפכה אמנם בערעור, אך זאת בהתבסס על נסיבות המקרה, בהן הלווה "התעניין כמעט מדי יום ביומו בשיעורי הריבית המשתנים [ו]יכול היה ללא קושי רב לברר — אם היה לו עניין מיוחד בזה — את שיעורי הרכיב של תוספת הסיכון": ע"א 1822/97 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' יאיר ש. שיווק בע"מ (טרם פורסם), סעיף 13 לפסק־דינו של השופט אנגלרד.

אריתמטי פשוט", אם לאו[42]. במקרים בהם אין זו פעולה אריתמטית פשוטה, לחשב את שיעור השינוי בתוספת הסיכון, בהינתן שיעור השינוי בריבית הבסיסית ובריבית הכוללת, מוטלת חובת פירוט של המרכיבים השונים[43]. הפרתה של חובה זו שוללת את תוקפה של העלאה בשיעור תוספת הסיכון בה חויב הלקוח[44].

ו. חובת גילוי לפי חוק הגנת הצרכן וחוק הסדרת הלוואות חוץ־בנקאיות

בחוק הסדרת הלוואות חוץ־בנקאיות, תשנ"ג-1993 נקבעו הוראות בדבר דרך עריכתו של חוזה הלוואה. תכליתן של הוראות אלה להבטיח גילוי נאות של תנאי ההלוואה, ובעיקר של "העלות הממשית" של האשראי. בשונה משאר הוראות חוק הסדרת ההלוואות, ההוראות בהן עסקינן כאן הוחלו רק על מלווים שמתן הלוואות הנו דרך עיסוקם הקבוע (סעיף 15(א') לחוק). כמו כן, כמו יתר הוראות חוק זה, הן חלות רק כאשר הלווה הנו יחיד, ולא כאשר הוא תאגיד, וזאת מתוך הנחה שלווה שהוא תאגיד כשיר להעריך באופן עצמאי את תנאי האשראי המוצע לו[45].

עוד קודם להסדרת תחום זה בחוק הסדרת ההלוואות, טופל הנושא באמצעות חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981, והתקנות שהותקנו מכוחו[46]. מקורה של סמכות

---

42 ראו שם, שם; ע"א 7162/96 אמנונים חברה לעבודות עפר בע"מ נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ (טרם פורסם); ת.א. (ת"א) 2173/90 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' גרזינסקי (לא פורסם).

43 ע"א 7162/96 בעניין אמנונים, הערה 42 לעיל; ת.א. (ת"א) 1265/85 שלי נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (לא פורסם); ת.א. (נצ') 7678/88 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' סופר פרינט (לא פורסם). ראו גם ת.א. (נתניה) 5582/93 רדיו אלחוט חברה לשווק מסחר והפצה בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (לא פורסם), שם ציין עם זאת בית המשפט, כי מקום שבו נחתם הסכם אשראי חדש, דהיינו "טופס בקשה להקצאת אשראי" עם שיעור ריבית שונה, די בכך מבחינת מתן הודעה ספציפית ללקוח בדבר שינוי מרכיבי הריבית, שכן חזקה על הלקוח שהוא בודק בנסיבות כאלו מה הוא שיעור הריבית שבו הוא מחויב מאותו רגע, וכיצד הוא מורכב.

44 בנסיבות מתאימות, עלול אמנם הלווה להיות מושתק מלטעון בדיעבד כנגד שינויי הריבית, לאחר שנמנע מכך לאורך זמן, אף לאחר שהתברר לו, כי שיעורי הריבית בהם חויב שונו בלא שתימסר לו הודעה על כך. ראו, למשל, ת.א. (ב"ש) 790/86 אי.אי.אס שירותי יבוא ויצוא בע"מ נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ (לא פורסם). עם זאת, אם לא נמסרו ללווה הודעות מפורטות, ספק רב אם הוא יושתק מלטעון כנגד השינויים ה"סמויים" בשיעורי הריבית. לגישה זו ראו, למשל, ע"א 7162/96 בעניין אמנונים, הערה 42 לעיל.

45 מובן, כי ניתן לבקר הוראה זו, ובעיקר את האפשרות הנובעת ממנה לעקוף את הוראותיו (הקוגנטיות) של החוק.

46 לחובות הגילוי הנובעות מחוק הגנת הצרכן ראו ד' פרידמן וג' כהן, הערה 9 לעיל, בעמ' 833-834.

התקנת התקנות בסעיף 5(א') לחוק, בו נקבע, כי בנסיבות בהן יש למחוקק המשנה "יסוד סביר להניח, כי הדבר דרוש למניעת הטעיה או ניצול מצוקת הצרכן, רשאי הוא לקבוע בתקנות, לגבי סוגי עסקים או שירותים, כי עוסק חייב לערוך חוזה בכתב עם הצרכן, ולציין בו את הפרטים שנקבעו בתקנות". בהתאם לכך, הותקנו תקנות הגנת הצרכן (פרטי חוזה הלוואה שאינה הלוואה בנקאית), תש"ן-1989.

בסעיף 2(א') לתקנות נקבע, כי "חוזה למתן הלוואה בין עוסק לצרכן יערך בכתב". כן נקבע (בסעיף 5(ב') לחוק ובסעיף 2(ב') לתקנות), כי "עוסק, העומד לחתום על חוזה עם צרכן, חייב לתת לו הזדמנות סבירה לעיין בחוזה לפני חתימתו, וכן למסור לו עותק ממנו לאחר החתימה". מחוקק המשנה לא הסתפק בהטלת חובת עריכת חוזה ההלוואה בכתב, ופירט, בסעיף 3 לתקנות, את הפרטים אותם יש לכלול בחוזה ההלוואה: בכלל זה נקבע, כי על המלווה לציין את שיעור הריבית התקופתית והשנתית, "בחישוב המביא בחשבון גם ריבית דריבית, בהתאם למועד פירעון ההלוואה"[47].

כדי להבטיח את ביצוען של הוראות אלה נקבע, כי לא יינתן תוקף להסכם ההלוואה, אלא אם כן הוא נערך בכתב, ונכללו בו הפרטים האמורים בתקנות. עם זאת, היקף תחולתן של הוראות אלה הנו מוגבל: על־פי סעיף 1 לחוק הגנת הצרכן, הוראותיו (והוראות התקנות שהותקנו מכוחו) חלות רק על מי שהוא "צרכן", היינו "מי שקונה נכס או מקבל שירות מעוסק במהלך עיסוקו לשימוש שעיקרו אישי, ביתי או משפחתי". מכאן, כי ההגנה שמקנות תקנות הגנת הצרכן היא רק למי שלווה במהלך עסקה צרכנית, שעיקרה שימוש אישי ביתי או משפחתי בכספים שנטל, וזאת להבדיל מהלוואה עסקית[48].

כאמור, הוראות חוק הגנת הצרכן והתקנות שהותקנו מכוחו הורחבו, עם חקיקת חוק הסדרת ההלוואות. נוסף על דרישת הכתב, שנקבעה גם כאן[49], והחובה למסור ללווה עותק מחוזה ההלוואה, תוך מתן "הזדמנות סבירה" לעיין בו (סעיף 3(א') לחוק), הורחבו הפרטים אשר צריכים להיכלל בחוזה ההלוואה (סעיף 3(ב') לחוק): הסכום שקיבל הלווה בפועל[50]; שיעור הריבית, ביחס לסכום ההלוואה,

47 עוד נקבע, כי בחוזה ייכלל פירוט בדבר סכום ההלוואה, תקופתה, מועדי פירעונה, סכומי הפירעון, שיטת ההצמדה ועוד.

48 ההוראות חלות גם רק על מי שהוא "עוסק", היינו "מי שנותן הלוואות דרך עיסוק, למעט תאגיד בנקאי" (סעיף 1 לתקנות הגנת הצרכן).

49 בסעיף 2 לחוק הסדרת ההלוואות נקבע, כי "חוזה ההלוואה בין מלווה ללווה טעון מסמך בכתב".

50 הוראה זו מכוונת בעיקר למקרים בהם הריבית מנוכה מראש מסכום ההלוואה. ראו בעניין זה בעמ' 127 לעיל.

בחישוב שנתי המביא בחשבון גם ריבית דריבית, בהתאם למועדי פירעון ההלוואה[51]; פירוט של כל התוספות לריבית בהן מחויב הלווה; ועוד[52]. הוספה גם החובה לציין בחוזה ההלוואה את "שיעור העלות הממשית של האשראי". זו מוגדרת בסעיף 1 לחוק, כ"יחס שבין סך כל התוספות לבין הסכום שקיבל הלווה בפועל, בחישוב שנתי". "תוספת" מוגדרת באופן רחב ביותר, והיא כוללת "כל סכום שנדרש לווה לשלם בקשר לחוזה ההלוואה מעבר לסכום שקיבל בפועל מן המלווה, למעט ריבית פיגורים".

כמו כן נקבע בסעיף 3(ב׳) לחוק, כי בחוזה יפורטו שיעור ריבית הפיגורים ו"הצעדים, על פי הדין ועל פי החוזה, שרשאי המלווה לנקוט בשל אי־תשלום במועד, לרבות העמדת הלוואה לפירעון מיידי, והתנאים לנקיטת צעדים אלה".

בדברי ההסבר להצעת החוק נטען, כי דרישת הכתב והפרטים אותם יש לכלול בו הנה מהותית, באופן שבהעדר הכתב, אין לעסקת ההלוואה כל תוקף[53]. הטעם שניתן שם להוראה זו הוא, שמדובר בעסקה מהותית, העלולה להשפיע על גורלו של הלווה. לפיכך, נדרש להבטיח את קיומה של גמירות דעת מלאה ומוחלטת מצדו של הלווה לביצוע העסקה: עסקאות ההלוואה החוץ־בנקאיות כרוכות בדרך כלל בעלות (ריבית) גבוהה במידה ניכרת מזו המקובלת במערכת הבנקאית[54], והן מאופיינות, לרוב, בתנאי מצוקה קשים בהם שרוי הלווה, הנאלץ לפנות לשוק זה[55]. בנסיבות אלה, מצא המחוקק לנכון להגביר את מידת ההגנה על הלווה. בדומה לחוק הגנת הצרכן, התוצאה של הפרת דרישת הכתב או אי מילוי ההוראות בדבר חובת הגילוי הנאות הנה שלילת תוקפו המחייב של חוזה ההלוואה[56].

---

51 ראו בעניין זה בעמ׳ 104 ואילך, לעיל.

52 בכלל זה, תקופת ההלוואה, מועדי וסכומי הפירעון ותנאי ההצמדה.

53 בדומה בכך להוראת סעיף 8 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, לפיה התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב.

54 כך, עלות האשראי המרבית המותרת היא פי שניים ורבע מן העלות הממוצעת במערכת הבנקאית. ראו בעמ׳ 60 לעיל.

55 ראו הצעת חוק הסדרת הלוואות חוץ־בנקאיות, תשנ"ג-1993, ה"ח 117.

56 אם כי, כפי שנראה בפרק ז׳ להלן, במקרה כזה מוטלת עדיין על הלווה חובת ההשבה של הכספים שקיבל. חשיבותה של הוראה זו בהיקף תשלומי הריבית בהם יחויב הלווה. ראו בעמ׳ 141 ואילך, להלן. בסעיף 4 לחוק הסדרת ההלוואות נקבע גם, כי אין בהוראות אלה כדי לשלול את תחולתן של הוראות חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, בדבר החובה לנהוג בתום לב ובדרך מקובלת במשא ומתן לקראת כריתת חוזה, ובדבר תוצאות הפגמים בכריתת חוזה.

ז. חובת גילוי של שיעור הריבית הגלום בעסקאות באשראי

בתקנות שהותקנו מכוחו של חוק הגנת הצרכן הוסדרה גם חובת הגילוי של שיעור הריבית, על־פי חישוב שנתי, הגלום בעסקאות באשראי. בתקנות הגנת הצרכן (מכירות באשראי ומכירות מיוחדות), תשמ"ג-1983 נקבעה החובה להציג ולהודיע לצרכן את שיעור הריבית הגלום בעסקה באשראי. עסקה באשראי הנה עסקה בה המחיר שנקבע לטובין או לשירות כולל ריבית על המחיר במזומן, בשל כך שכולו או חלק ממנו אינו משתלם בעת כריתת הסכם המכר או הסכם השירות. דרך החישוב של שיעור הריבית השנתי נקבעה בתקנות הגנת הצרכן (חישוב שיעור ריבית שנתי), תשמ"ד-1983, שם הוגדר המונח "ריבית" בצורה רחבה, כך שהוא כולל "כל תמורה שמשלם הצרכן בקשר לעסקה באשראי, שיש בה משום תוספת על המחיר במזומן, לרבות הוצאות גבייה, דמי דואר, הוצאות משפטיות וכל תשלום אחר, בין שנקראים בשם ריבית ובין שנקראים בשם אחר".

פרק ז׳

הגבלות על הסעדים העומדים לרשות המלווה בגין הפרת חוזה ההלוואה על־ידי הלווה

א. הקדמה

בצד ההגבלות השונות שנקבעו מכוח הדין על התנאים אותם מותר לכלול בחוזה ההלוואה, ועל דרך ההתנהגות בה נדרש לפעול מי שעיסוקו במתן הלוואות במהלך המשא ומתן לקראת כריתת חוזה ההלוואה, נקבעו בדין הגבלות גם באשר לסעדים העומדים לרשותו של המלווה, במקרה של הפרת חוזה ההלוואה על־ידי הלווה. בפרק ג׳ ראינו סוג אחד של הגבלות מסוג זה — קביעת שיעור ריבית הפיגורים המרבי אותו רשאי לגבות המלווה, במקרה של אי פירעון ההלוואה במועד[1]. באותה מסגרת דנו בהרחבה בסוגייה של פירעון הלוואה צמודת ערך באמצעות חיוב חשבונו השוטף של הלווה, בנסיבות בהן מצוי החשבון השוטף ביתרת חובה[2]. בפרק זה נראה, כי תחולתן של ההלכות בעניין זה אינה מוגבלת להלוואות הבאות בגדרו של חוק הריבית, וזאת מכוח העקרונות הכלליים ביחס לחובת האמון המוטלת על הבנק ביחסיו עם לקוחו, וחובת הגילוי הנאות של תנאי ההלוואה.

הגבלות אחרות על הסעדים העומדים לרשותו של המלווה אליהן נתייחס בפרק זה נוגעות להגבלת שיעורה של ריבית הפיגורים אותה רשאי המלווה לגבות, במקרים שאינם באים בגדרו של חוק הריבית; והגבלת כוחו של המלווה להקדים את מועד פירעונה של ההלוואה, בעקבות איחור בפירעון אחד התשלומים בגין ההלוואה.

ב. הגבלת שיעורה של ריבית הפיגורים

ריבית הפיגורים הנה חיוב המוטל על הלווה, בגין אי פירעון ההלוואה במועדה. ״מטרתה העיקרית של ריבית הפיגורים היא ללחוץ על החייב למלא את חיובו

1 ראו בעמ׳ 74 ואילך, לעיל.
2 ראו בעמ׳ 77 ואילך, לעיל.

במועד"[3]. נפסק, כי הוראה בחוזה ההלוואה בדבר ריבית פיגורים, היא למעשה תניית פיצוי מוסכם[4]. משום כך, מקום שבו נקבעה ריבית פיגורים בשיעור שאינו עומד ביחס סביר, דחוק ככל שיהיה, לנזק שאותו ניתן היה לצפות בעת כריתת החוזה (דהיינו, שיעור הריבית הריאלי שגבה הבנק מלקוחותיו באותה עת), רשאי בית המשפט להפחית את גובה הריבית, מכוח הוראת סעיף 15(א') לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970[5]. מאידך יש לזכור, שמכיוון שמדובר בתניית פיצוי מוסכם, הרי שבהתאם לסעיף 15(ב') לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), עצם קביעתה של ריבית הפיגורים, אינה שוללת מן הבנק את זכותו לתבוע פיצויים מעבר לריבית הפיגורים, אם נגרמו לו נזקים העולים על שיעור זה (למשל, עקב חיובו בקנסות נזילות).

ריבית הפיגורים אמורה לפצות את הבנק בגין הצורך לגייס מקורות מימון חלופיים, במקום הכספים שאמור היה הבנק לקבל מאת הלווה. המדובר בגיוס כספים לטווח קצר, ולפיכך ניתן לטעון, כי ריבית הפיגורים הראויה היא הריבית המשולמת בגין יתרת חובה בחשבון השוטף (או ריבית הפיגורים המרבית הקבועה בצו הריבית, אם מדובר בהלוואה צמודת ערך, וריבית זו נמוכה יותר מן הריבית בגין יתרת חובה בחשבון השוטף).

כאמור, תכליתה של ריבית הפיגורים "ללחוץ על החייב למלא את חיובו במועד"[6]. משום כך נפסק, כי אין תוקף לחיוב בריבית פיגורים, מקום בו שיעור החוב שנוי במחלוקת כנה בין הצדדים: "ההיגיון הכלכלי והמטרה העסקית העומדים בבסיסה של התניה בדבר תשלום ריבית פיגורים, בצירוף חובת הצדדים לנהוג כאנשים הגונים וסבירים, מביאים למסקנה, כי הכוונה המשותפת של הצדדים היא, שהחוב שיישא ריבית פיגורים יהיה חוב מבוסס, שהלקוח מסרב לשלמו ללא הצדקה, כך

---

3 ע"א 6396/95 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' נופי (לא פורסם), סעיף 14 לפסק־הדין. ראו גם J. R. Paget, **Law of Banking** (10th. ed., 1989) 247.

4 ע"א 18/89 חשל חברה למסחר ונאמנות בע"מ נ' פרידמן, פ"ד מו(5) 257.

5 ראו, למשל, ע"א 166/87 נחמני נ' אדטר־לוי, פ"ד מג(3) 104; ו-ע"א 18/89 בעניין חשל, הערה 4 לעיל, בעמ' 263-268. נקבע שם, כי קביעת ריבית פיגורים בשיעור ריאלי של 120% לשנה אינה עומדת בכל יחס סביר לנזק אותו ניתן היה לצפות בעת כריתת החוזה, לאור העובדה שהריבית הריאלית החריגה אותה גבו הבנקים באותה עת היתה כ-31% לשנה בלבד. לביקורת (מוטעית לדעתנו) על הלכה זו ראו ד' ויסברוד, "ריבית על חוב — תניית פיצוי מוסכם וחוק הריבית", רבעון לבנקאות לג (תשנ"ה) 96. המחבר ביקר שם את החלטתו של בית־המשפט לפיה ריבית הפיגורים תהיה בשיעור ריאלי של 35% לשנה, בהיותה בניגוד להוראת חוק הריבית. אולם, מכיוון שהעסקה נשוא הדיון לא היתה עסקת הלוואה, להוראות חוק הריבית אין תחולה בעניין זה. ראו בעמ' 53 ואילך, לעיל.

6 ע"א 6396/95 בעניין נופי, הערה 3 לעיל.

שייווצר תמריץ להחזר הכסף מוקדם ככל האפשר"[7]. כך למשל, אם מדובר במחלוקת הנדונה בערכאות משפטיות לאורך שנים ארוכות, בית־המשפט יטה שלא לתת תוקף להוראה בעניין ריבית פיגורים[8].

בהעדר הוראה בחוזה ההלוואה באשר לשיעורה של ריבית הפיגורים, יחולו הוראות חוק פסיקת ריבית והצמדה, מכוח הוראת סעיף 11(ב') לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970. עם זאת, הנושה רשאי לתבוע פיצוי בשיעור שונה, ובמקרה זה, תקבע ריבית הפיגורים בהתאם לפרשנותו של החוזה שבין הצדדים. בעניין זה ציין בית־המשפט, כי מצד אחד, "ניסיון החיים מלמד, שכאשר בחוזה ההלוואה ... נקבע שיעור ריבית מסוים, והצדדים מתחשבים באפשרות שסכום ההלוואה לא יוחזר במועדו תוך הפרת ההסכם, הרי בדרך כלל ייקבע אז שיעור ריבית גבוה יותר לגבי תקופת הפיגור, ומכל מקום, לא שיעור אשר ייפול משיעור הריבית המקורי המתייחס לתקופת ההלוואה"[9]. משום כך, יטה בית־המשפט לקבוע את ריבית הפיגורים כשיעור שאינו נופל מזה של הריבית שנקבעה בהסכם לגבי תקופת ההלוואה. אולם, מצד שני, אם שיעור הריבית עליו הוסכם לגבי תקופת ההלוואה הנו גבוה במיוחד, ומדובר בהלוואה לתקופה קצרה, "קיימת אפוא אפשרות סבירה, שלווה, אשר הסכים לשלם ריבית בשיעור כה יוצא דופן לפרק זמן קצר, לא היה מסכים לתשלום בשיעור כה גבוה למשך תקופה ארוכה יותר, אף אם תקופה זו מהווה פיגור בהשבת ההלוואה"[10].

---

7 שם. בית־המשפט הוסיף, כי "לעומת זאת, אין להניח, כי הצדדים התכוונו להחיל חיובי ריבית גבוהים במיוחד לאחר דרישת תשלום שאין לה על מה לסמוך, ולמצער היא פרובלמטית".

8 ראו ע"א 275/83 עיריית נתניה נ' "סחף" חברה ישראלית לעבודות פיתוח בע"מ, פ"ד מ(3) 235, 243: "יש מרווחי זמן, והם בעיקר אלה הנגרמים עקב מחלוקת בסיסית הנמשכת שנים עקב הבאתה לערכאות, בהם מאבדות ההוראות החוזיות בדבר איחורים ופיגורים רלוונטיות. ... אומד דעתם של הצדדים הוא ... שהכוונה לפיגור שיגרתי במהלך ביצוע החוזה, אך לא למקרה שמתפתחים הליכים משפטיים". לגישה שונה ראו ע"א 5795/90 סקלי נ' דורען בע"מ (טרם פורסם), שם פורשה הוראה בדבר ריבית פיגורים כפשוטה. לביקורת על הלכה זו, לאור המשמעות הכספית הבלתי סבירה שלה (חובו של הלווה, המחושב על־פי ריבית הפיגורים המוסכמת, לאורך קרוב לעשר שנות ההתדיינות, תפח לשיעור המתקרב לסך כל הנכסים הפיננסיים של הציבור בישראל) ראו ד' ויסברוד, "פסיקת בית־המשפט העליון וחישובי ריבית דריבית — מבחן הישימות", רבעון לבנקאות לב (תשנ"ד) 100. ראו גם ע"א 18/89 בעניין חשל, הערה 4 לעיל, בעמ' 268, שם נקבע, כי בנסיבות בהן יש הפרה ברורה של התחייבות חוזית, אין בעצם ההתמשכות של ההליכים המשפטיים כדי לשלול את תחולתה של ההוראה בדבר ריבית פיגורים.

9 ע"א 349/84 פריג' נ' מטלר, פ"ד מב(1) 71, 76. וראו גישתה של השופטת בן־פורת בעניין זה, שם, בעמ' 79.

10 שם. לגישה דומה, לפיה שיעור הריבית שנקבע בחוזה עצמו אינו בהכרח משקף את כוונת הצדדים ביחס לריבית שתחול על תקופת הפיגור ראו ע"א 672/81 עמיתי מלון ירושלים נ' טייק, פ"ד מ(3) 169; ע"א 275/83 בעניין עיריית נתניה נ' סחף, הערה 8 לעיל.

בנסיבות בהן עורכים המלווה והלווה הסכם להסדרת חוב קיים של הלווה, אשר לא נפרע במועדו, הפרשנות המקובלת של הסכם שכזה הנה, כי בתקופת פירעון החוב על־פי ההסדר המאוחר, לא תחויב יתרת ההלוואה בריבית פיגורים[11].

ג. ריבית פיגורים וחיוב חשבון שוטף המצוי ביתרת חובה כ"פירעון" של הלוואה

בפרק ג' לעיל ראינו, כי על־פי גישה אחת, אין תוקף להסדר לפיו תיפרע הלוואה אחת, באמצעות חיוב חשבון שוטף המצוי ביתרת חובה[12]. נקיטה בדרך פעולה זו מביאה לעקיפת המגבלות המוטלות על השיעור המרבי של ריבית פיגורים אותו רשאי המלווה לגבות, כאשר המדובר בהלוואות הבאות בגדרו של חוק הריבית. תחולתה של ההלכה המגבילה את השימוש בדרך זו אינה מוגבלת למקרים הבאים בגדרו של חוק הריבית.

ביטוי עקרוני לגישה זו ניתן בע"א 345/78 בעניין סדרס, שם נקבע, כי חיוב חשבון שוטף הנמצא ביתרת חובה אינו יכול להיחשב, מבחינה מהותית, לפירעון של הלוואה[13]. לפי גישה זו, יש לראות בכך פעולה חשבונית, אשר כל נפקותה במתן התחייבות נוספת לפירעון אותו חוב עצמו, אלא אם הוכח כי הצדדים הסכימו במפורש אחרת. בהתאם לכך נפסק בת.א. (י־ם) 391/90 בעניין בראשי[14], כי הוראה לחייב את החשבון השוטף בגין פירעון ההלוואה אינה סעיף "מהותי", אלא אך ורק "סעיף נוהל", המיועד לשם הקלת הגביה. הוראה זו נועדה לחול רק כאשר בחשבון השוטף מצויה יתרת זכות, שיש בה די לפירעון התשלום; ואולם כשהחשבון מצוי ביתרת חובה תחולנה ההוראות ההסכמיות בדבר ריבית הפיגורים, והבנק אינו רשאי לחייב את החשבון השוטף בגין תשלומים אלה.

---

11 ראו ע"א 530/89 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' נופי, פ"ד מז(4) 116, 123: "בהעדר הוראה אחרת [בהסדר המאוחר] או בראיות, אין מנוס אלא לפנות לשיעורי הריבית הנזכרים [בהסכמי ההלוואה]. הווי אומר, שאם לא יהיה פיגור [במועדי התשלום על־פי ההסדר המאוחר], יחויב [הלווה] בריבית שלפי [הסכמי ההלוואה]". ראו גם ע"א 6396/95 בעניין נופי, הערה 3 לעיל, שם נקבע, כי "חיוב בריבית פיגורים בתקופת התשלומים, שהבנק הסכים כי ישולמו מאוחר יותר מן המועדים שנקבעו בהסכמי ההלוואה, מרוקן מתוכן את ההסדר".

12 ראו בעמ' 77 ואילך, לעיל.

13 ראו ע"א 345/78 בנק הפועלים בע"מ נ' סרדס, פ"ד לג(1) 683, 691: "חיוב חשבונו של החייב, העומד בין כה וכה ביתרת חובה, לא יתפרש כפירעון, אלא אם כן הוכח, כי הצדדים הסכימו אחרת".

14 ת.א. (י־ם) 391/90 ש' בראשי בע"מ נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, פ"מ תשנ"א(2) 155.

גישה זו יושמה גם בע"א 2258/92 בעניין נאות מדבר. בפרשה שנדונה שם, נכללה בחוזה ההלוואה הוראה, לפיה רשאי הבנק המלווה, "לפי ראות עיניו ולפי שיקול דעתו הבלעדי", לחייב את החשבון השוטף של הלווה בכל סכום המגיע ממנו בגין ההלוואה. בית המשפט העליון קבע, כי אין בהוראה זו משום מתן הסמכה גורפת לבנק, ליצור יתרת חובה בחשבון השוטף: "משמעות המילים 'לחייב חשבון', בהקשרם, אינה בקשה מהבנק למתן הלוואה, אלא מדובר כאן במתן זכות לבנק לגבות מכל חשבון המצוי ביתרת זכות, כספים שהלקוח חייב לבנק"[15]. נקבע, כי "תכלית החוזה הדביטורי היא לאפשר למערערת [הלווה] לקבל אשראי על־פי דרישתה ולתת בידי הבנק אמצעים לגביית ההלוואה. אין זה מתקבל על הדעת, כי [בהוראה האמורה בחוזה ההלוואה] הסכימה המערערת, כי הבנק יכפה עליה אשראי בתנאים מחמירים לצורך פירעון אשראי בתנאים נוחים יותר"[16].

לתוצאה דומה הגיע בית־המשפט המחוזי בת.א. (ת"א) 1272/87 בעניין בית זייד, שם נקבע, כי כל עוד לא הובהר ללקוח במפורש, כי המדובר למעשה בשינוי תנאי ההלוואה מהלוואה צמודה להלוואה בחשבון השוטף (מסוג חח"ד), והלקוח לא נתן הסכמתו לכך, רשאי היה הלקוח להניח שהעברת החיובים לחשבון החח"ד הנה פעולה טכנית בלבד, שאינה גורמת לשינוי בתנאי ההלוואה ובתנאי ריבית הפיגורים[17]. נטל ההוכחה בעניין זה מוטל על הבנק[18]. בית־המשפט קבע, כי חובתו של הבנק למסור ללקוחו מידע באשר למשמעויות של פירעון המלווה באמצעות חיוב החשבון השוטף, המצוי ביתרת חובה[19].

ביטוי מפורש לגישה, לפיה הלכות אלה אינן מוגבלות בתחולתן למסגרתו של חוק הריבית, ניתן למצוא בפסק־דינו של בית־המשפט העליון בע"א 6396/95 בעניין נופי. בית־המשפט הסתמך על ההלכה שנקבעה בע"א 2258/92 בעניין נאות מדבר, ואשר נסקרה לעיל, וקבע, כי אין תוקף לחיוב החשבון השוטף המצוי ביתרת חובה, לשם פירעון הלוואה: "פעולת קונסולידציה, שבה מאבדות ההלוואות את צביונן המקורי ומחויבות בריבית הנהוגה בחשבון עובר־ושב המצוי ביתרת חובה, שבו הריבית גבוהה במיוחד, איננה תופסת"[20]. לגישתו של בית־המשפט, "הבנק

15 ע"א 2258/92 מלון נאות מדבר בע"מ נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ, פ"ד מז(5) 350, 356.

16 שם, בעמ' 357. בית־המשפט הוסיף, כי באין הסכם מפורש, לא מתקיימת זכות קיזוז בין חשבון שוטף לבין חשבון הלוואה, לנוכח האופי השונה של חשבונות אלו. יצירת יתרת חובה בחשבון שוטף, עלולה לגרום לחילול שיקים של הלקוח.

17 ת.א. (ת"א) 1272/87 בנק הפועלים בע"מ נ' בית זייד כפר שיתופי בע"מ, פ"מ תשנ"ב(3) 19.

18 ת.א. (חי') 398/91 סעידיאן נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ (לא פורסם).

19 לסקירה של הלכות נוספות בעניין זה — שנידונו על רקע הוראות חוק הריבית — ראו בעמ' 81 ואילך, לעיל.

20 ע"א 6396/95 בעניין נופי, הערה 3 לעיל, סעיף 13 לפסק־הדין.

לא היה רשאי להתעלם מ[שיעורי הריבית שנקבעו בהסכם ההלוואה], ולנצל את חשבון העובר־ושב על מנת להגדיל את חובו של [הלווה] מעבר למוסכם"[21].

תוצאה זו נובעת גם מגישתו של בית־המשפט המחוזי בת.א. (י־ם) 278/90 בעניין ברנוביץ'[22], שם נקבע, כי על אף שאין בדרך חיוב זו כל פגיעה בהוראות חוק הריבית, עדיין נדרש קיומה של הסכמה מפורשת ומודעת, כדי לתת תוקף לתוקפו של הסכם ההלוואה, לפיו במקרה של אי פירעון ההלוואה, ימומן הפירעון באמצעות הלוואה אחרת. באופן דומה נקבע בה.פ. (ת"א) 768/87 בעניין אורות, כי דרך פירעון זו אמנם אינה מפרה את הוראות חוק הריבית, אולם לאור הקביעה, כי הלווה לא הסכים באופן מודע להמרת ההלוואה כאמור, נשללה האפשרות לחייבו בריבית הגבוהה מריבית הפיגורים המרבית, ולענייננו, מריבית הפיגורים המצוינת בהסכם ההלוואה[23].

מאידך חשוב לציין עוד, כי כפי שראינו בפרק ג' לעיל, בע"א 5300/92 בעניין אורות העדיפה דעת הרוב בבית־המשפט העליון גישה לפיה די בהוראה בחוזה ההלוואה, המקנה לבנק זכות לחייב את החשבון השוטף של הלווה במקרה של פיגור בהחזר ההלוואה, גם כאשר החשבון השוטף מצוי ביתרת חובה, כדי להתיר דרך פעולה זו[24].

עם זאת, לדעתנו, כדי לעמוד בתנאי ההסכמה המודעת לפירעון ההלוואה באמצעות חיוב החשבון השוטף, אם החשבון מצוי ביתרת חובה, מן ההכרח למסור ללווה מידע על העובדה ש"פירעון" ההלוואה נעשה באמצעות יתרת חובה בחשבון השוטף[25]. בנסיבות כאלה, אין המדובר, מבחינה כלכלית, בפירעון של ממש, וזהו המועד בו על הלווה להחליט, מהו אופן הפירעון המועדף עליו. רק במועד זה יודע הלקוח, האם יתרת החובה בחשבונו נמצאת בגבולות מסגרת האשראי המאושרת שלו; ורק אז הוא יודע, מהם שיעורי הריבית הנוהגים בבנק ביחס ליתרות חובה בחשבון השוטף. מודעותו של הלווה לכך שאין בידיו מקורות לפירעון ההלוואה הנה תנאי, כך נראה, לתוקפו של חיוב הלווה בריבית הגבוהה מריבית הפיגורים שנקבעה בהסכם ההלוואה.

---

21 שם.

22 ת.א. (י־ם) 278/90 א.צ. ברנוביץ ובניו קבלנות ובניה בע"מ נ' "טפחות" בנק למשכנתאות בישראל בע"מ, פ"מ תשנ"א(2) 504, 512.

23 ה.פ. (ת"א) 768/87 "אורות" מושב עובדים נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (לא פורסם). לגישה דומה ראו גם ת.א. (ת"א) 6026/87 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' מושב אילניה (לא פורסם).

24 ע"א 5300/92 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' אורות (טרם פורסם).

25 יתכן כי יש מקום להבחין לעניין זה בין יצירת יתרת חובה החורגת ממסגרת האשראי המאושרת, לבין יתרת חובה הבאה בגדרה של מסגרת זו.

יישומה של גישה זו מחייב לדון בסוגייה, מהו האופן בו יש לחשב את ההשבה לה זכאי הלווה — באמצעות זיכוי חשבון ההלוואה או באמצעות זיכוי החשבון השוטף. בשאלה זו נדון מיד[26].

ד. העמדת ההלוואה לפירעון מיידי

אגב דיוננו בחוק הריבית ראינו, כי במסגרת צו הריבית הוטלה הגבלה על השיעור המרבי של ריבית הפיגורים אותו רשאי המלווה לדרוש מן הלווה. הקדמת מועד הפירעון של ההלוואה בעקבות הפרת התחייבויותיו של הלווה על־פי הסכם ההלוואה, מבטאת, למעשה, הגדלה של שיעור הריבית בגין ההלוואה. דרך פעולה זו עשויה לבטא לכן, חיוב של הלווה בריבית פיגורים, בשיעור העולה על זה המרבי הקבוע בצו הריבית. למרות זאת, בית־המשפט העליון הניח — כדבר מובן מאליו, בלא שידון בסוגייה זו — כי דרך פעולה זו הנה מותרת, וכי הוראות חוק הריבית אינן שוללות את זכותו של המלווה להעמיד את ההלוואה לפירעון מיידי, כסנקציה בגין הפרת תנאי ההלוואה על־ידי המלווה[27].

ביטוי לגישה שונה, המבוססת על מעמדו של הבנק כמי שחב חובת אמונים ללקוחו[28], ניתן למצוא בפסק־דינו של בית־המשפט המחוזי בת.א. (ת"א) 803/88 בעניין אלקטרו־בסיס. בית־המשפט קבע בעניין זה, כי בהחלטתו להעמיד לפירעון מיידי את כל האשראי שכבר הועמד לרשות הלקוח, מחויב הבנק לשקול אף את האינטרס של הלקוח: "המטרה והתכלית אותה יש לייחס לאנשים סבירים היא יציבות בעולם העסקים. יציבות המאפשרת לבעל עסק להסתמך על קיומו של קו אשראי מוסכם, כל עוד לא בוצע מעשה או אירע אירוע המסכן את הבנק המבקש להבטיח את כספו, ולתכנן את פעילותו העסקית ותזרים המזומנים בחברה או בעסק בהתאם"[29]. לפיכך, לפי גישה זו, "לא ייתכן שבעל עסק המתקשר עם הבנק, ייטול על עצמו סיכון חד צדדי, שהבנק, על־פי קפריזה שלו, ללא כל תנאי וסיבה מוסכמים ובלא שיקרה אירוע המהווה סיכון כלשהו לבנק ... יוכל להעמיד לפירעון מיידי את כל האשראי שכבר הועמד לרשות הלקוח. פעולה חד צדדית כזו של

26 ראו בעמ' 141 ואילך, להלן.

27 ע"א 4644/91 משה בובשי חברת הובלה ותעבורה בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ, פ"ד מט(1) 617.

28 לדיון במעמדו זה של הבנק ראו בעמ' 95 ואילך, לעיל.

29 ת.א. (ת"א) 803/88 אלקטרו־בסיס בע"מ נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ (לא פורסם).

הבנק, עלולה לגרום להתמוטטות מוחלטת של כל עסק או חברה, המנהלת את עסקיה באמצעות הבנק"[30].

לגישה זו ניתן למצוא עיגון גם בחובתו של הבנק לנהוג בתום לב. כפי שראינו בפרק ד' לעיל, נורמת תום הלב מחייבת צד לחוזה "לפעול להגנת אינטרס של הצד האחר, מעבר למה שקבוע בנורמה המסדירה את יחסיו עם אותו צד"[31]. משום כך, גם אם על־פי הוראות חוזה ההלוואה מוקנית לבנק זכות להעמיד את החוב כולו לפירעון מיידי, בגין כל איחור בפירעון ההלוואה, כוחו של הבנק לממש את זכותו זו יוגבל מכוחה של החובה לנהוג בתום לב. בגדר זאת, עשוי הבנק להיות מחויב לתת ללווה שהות לפירעון התשלום שלא נפרע במועדו, להגדיל את מסגרת האשראי העומדת לרשות הלקוח וכדומה. ההכרעה השיפוטית בעניין זה תהיה תלויה כמובן בנסיבות העניין: יש לקחת בחשבון בעניין זה את הסיכון לו חשוף הבנק — וזאת, בין היתר, על־פי היקף וטיב הביטחונות העומדים לרשותו — מצד אחד, אך גם את הנזק אשר עלול להיגרם ללווה, אם יועמד החוב כולו לפירעון מיידי.

סוגיית זכותו של המלווה להקדים את מועד פירעונה של ההלוואה בנסיבות כאמור הוסדרה בצורה מפורשת בסעיף 7 לחוק הסדרת הלוואות חוץ־בנקאיות, תשנ"ג-1993 (החל רק על מלווה שאינו תאגיד בנקאי)[32]. בהוראה זו נקבעו הגבלות באשר לאפשרות להקדים את מועד הפירעון של ההלוואה, כולה או חלקה. נקבע, כי תנאי לכך הוא, פיגור "בתשלום של יותר משיעור אחד מן השיעורים להחזר ההלוואה ברציפות, ובמשך תקופה מצטברת העולה על 31 ימים". נקבעו גם הוראות בדבר מסירת התראה על הכוונה להקדים את מועד הפירעון, והחובה לפרט במסגרתה את הסכומים של התשלומים שבפיגור, את סכום ריבית הפיגורים שנצטברה, ועוד. בעניין זה אף הותקנו תקנות הסדרת הלוואות חוץ־בנקאיות (סדרי דין), תשנ"ד-1994, בהם נקבעה חובת משלוח הודעת ההתראה בדואר רשום.

---

30 שם.

31 מ' מאוטנר, ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (תשנ"ג), 58. משום כך, פרופ' מאוטנר מגדיר נורמה זו כמטילה "חובה של התנהגות אלטרואיסטית". ראו בעניין זה בעמ' 93 ואילך, לעיל.

32 כמו כן, הוראה זו לא הוחלה על מלווה שנותן הלוואה שלא דרך עיסוק (סעיף 15(א') לחוק הסדרת הלוואות חוץ־בנקאיות).

ה. שיערוך חובו של הלווה אם חיובי החשבון השוטף לשם פירעון ההלוואה מבוטלים למפרע

כפי שראינו בהרחבה לעיל[33], במקרים רבים הכריז בית־המשפט, כי אין תוקף לדרך פעולה בה נקטו הבנקים לפירעון הלוואה (צמודת ערך ושאינה צמודת ערך) באמצעות חיוב חשבונו השוטף של הלווה, בנסיבות בהן החשבון מצוי ביתרת חובה. השאלה המתעוררת היא, כיצד יש לשערך את חיוביהם של הצדדים זה לזה בעקבות ביטול זה של חיוב החשבון השוטף.

ראשית, מובן, כי צריך להשיב ללווה את הסכומים בהם חויב בגין יצירת יתרות חובה בחשבון השוטף שלו. למעשה, זכאי הלווה רק לחיובי הריבית בגין יתרת החובה בחשבון השוטף, שהרי הקרן בחשבון זה משקפת תשלומים (קרן ההלוואה והריבית שנצברה בגינה) לפירעון ההלוואה, בהם עליו לשאת. השלב הראשון הנו אם כן, זיכויו של הלווה וחיובו של המלווה בגין חיובי הריבית בחשבון השוטף, אשר נגרמו עקב חיוב החשבון בתשלומים לפירעון ההלוואה.

בשלב השני, יש לחייב את הלווה ולזכות את המלווה בריבית נוספת, בגין אי פירעון ההלוואה במועד, שהרי, המשמעות של ביטול החיוב של החשבון השוטף היא, כי ההלוואה טרם נפרעה. דרך אחת לשערוך חובו של הלווה למלווה הנה, באמצעות חיובו של הלווה בריבית פיגורים, בגין התקופה בה לא נפרעה ההלוואה[34]. במקרים בהם מדובר בהלוואה צמודת ערך, החוסה לכן תחת מטרייתו של חוק הריבית, השיעור המרבי המותר של ריבית הפיגורים הנו, בדרך כלל, נמוך משיעור הריבית בו חויב הלווה בגין היווצרות יתרות החובה בחשבון השוטף (בעיקר אם מדובר בריבית חריגה). זוהי לכן הדרך העדיפה, בדרך כלל, מבחינתו של הלווה[35].

אולם, ניתן לטעון כנגד זאת, כי יש לערוך את החישוב בהתאם להנחה, שההלוואה כולה הועמדה לפירעון מיידי. בנסיבות בהן רשאי היה המלווה להקדים את מועד הפירעון של ההלוואה[36], ניתן לטעון, כי עומדת לו הזכות לעשות כן גם בדיעבד, לאחר שהתברר, כי חיובי החשבון השוטף לא הביאו לפירעון ההלוואה, כפי שסבר הבנק מלכתחילה. קבלתה של גישה זו תגדיל בצורה ניכרת את חובו של

33 ראו בעמ׳ 77 ואילך, לעיל ובעמ׳ 136 ואילך, לעיל.

34 לגישה זו ראו ת.א. (י־ם) 391/90 ש׳ בראשי בע״מ נ׳ בנק המזרחי המאוחד בע״מ (החלטת ביניים, לא פורסמה).

35 וכפי שראינו לעיל, זכותו של המלווה לגבות ריבית פיגורים עשויה להיות מוגבלת, אם מדובר במחלוקת כנה באשר להסכם ההלוואה. ראו בעמ׳ 134-135 לעיל.

36 ראו בעניין זה בעמ׳ 139 לעיל.

הלווה לבנק, שהרי משמעותה תהיה, שכל יתרת ההלוואה תחויב בריבית פיגורים, החל ממועד ה"פירעון" הראשון של ההלוואה, שבוטל למפרע.

איננו סבורים כי יש מקום לקבל גישה זו. ראשית, אין לראות בבנק כמי שפעל בעניין חיוב החשבון השוטף לשם פירעון ההלוואה בתום לב. כפי שראינו לעיל, דרך זו ננקטה בכדי לעקוף את הוראות חוק הריבית וכדי למנוע ממסירת מידע ברור ללווה, באשר לשיעור ריבית הפיגורים בו יחויב. בנסיבות מסוג זה, קשה לראות מהי ההצדקה לאפשר לבנק להקדים, למפרע, את מועד פירעונה של ההלוואה. שנית, העובדה שלבנק נגרם נזק, עקב העובדה שלא הקדים את מועד פירעונה של ההלוואה כבר כאשר התברר לו שחשבון השוטף של הלווה מצוי ביתרת חובה, אינה מובנית מאליה, והיא טעונה הוכחה. ושלישית, וזה העיקר, בנסיבות העניין, מן הראוי כי הבנק יהיה זה אשר ישא בתוצאות הנובעות ממעשיו[37].

דרך אפשרית שלישית — ולדעתנו, המתאימה ביותר — לשערוך חובו של הלווה בנסיבות מן הסוג הנדון כאן היא, על־ידי בחינת מצב החשבון השוטף לאורך כל התקופה הרלבנטית. לפי גישה זו, ייחשב כל תשלום מן התשלומים בגין ההלוואה לנפרע, במועד בו מצוי החשבון השוטף ביתרת זכות או בגבולות מסגרת האשראי המאושרת. כך, יחויב הלווה בריבית פיגורים רק בגין התקופות בהן חשבונו השוטף מצוי היה ביתרת חובה (ולכן ההלוואה לא נפרעה במועדה).

בת.א. (י־ם) 391/90 בעניין בראשי דחה בית־המשפט המחוזי את תביעתו של הלווה לעריכת החישוב על־פי דרך שלישית זו. לגישתו של בית־המשפט, יש לבחון את מצב החשבון השוטף במועד חיוב החשבון על־ידי הבנק, לשם פירעון כל אחד מן התשלומים בגין ההלוואה. אם באותה עת היה החשבון ביתרת חובה, יש לראות תשלום זה כתשלום שלא נפרע במועדו, ואשר מחויב לכן בריבית פיגורים עד למועד פירעונו בפועל. לגישתו של בית־המשפט, אין מקום להטיל על הבנק חובה לבדוק באופן יום יומי את היתרה בחשבון השוטף, ולהעריך האם ניתן לחייב במועד זה את חשבון ההלוואה[38]. נראה, כי ההכרעה בעניין זה דומה לגישה שהתקבלה ביחס להפעלתה של זכות קיזוז: בנק, שהוקנתה לו זכות קיזוז בין חשבונות שונים של הלקוח, מחויב אמנם להפעילה בהגינות ובתום לב; אולם

37 ראו בעניין זה ה.פ. (ת"א) 768/87 "אורות" מושב עובדים נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (לא פורסם), שם ציין בית־המשפט, כי גם אם יש פסיקתו עשויה להביא, במקרים מסוימים, להתעשרותו של הלקוח על חשבון הבנק, "[על הבנק] לשאת בתוצאות המשפטיות והפיננסיות של פעולתו", אם זו אינה עולה בקנה אחד עם עקרונות יסוד של הגינות ותום לב.

38 ת.א. (י־ם) 391/90 בעניין בראשי, הערה 34 לעיל. ראו גם ת.א (חי') 898/91 סעידיאן נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ (לא פורסם, החלטה מיום 9.1.97).

במקרה הרגיל, ובהיעדר נסיבות מיוחדות, לא תוטל עליו חובה להפעיל את זכות הקיזוז כדי להביא לכך שהלקוח יחויב בריבית נמוכה ככל האפשר[39].

מאידך ניתן לטעון, כי ככל שמדובר בחישוב הנערך בדיעבד, לצורך שערוך יתרת חובו של הלווה, אין מניעה לעשות כן בדרך האמורה; ואילו ככל שמדובר בהטלת חובת פעולה על הבנק, הרי שכפי שכבר ראינו לעיל, הבנק יוצא ידי חובתו במסירת הודעה ברורה ומפורשת ללקוחו, בדבר אי פירעון ההלוואה במועדה, עקב היווצרות יתרת החובה בחשבון השוטף. לאחר מסירת ההודעה — ואי חיוב החשבון השוטף — יוצא הבנק ידי חובתו, ואין מוטלת עליו עוד החובה, לעקוב אחר ההתפתחויות בחשבון השוטף של הלווה.

יצוין עוד, כי אי החזרת הלוואה במועד אינה יוצרת, במקרה הרגיל, עילה בדיני עשיית עושר. לגישתו של פרופ׳ ד׳ פרידמן, "כאשר החיוב הוא לתשלום סכום כסף, שאיננו בגדר קרן ייחודית, והחייב במקום לפרוע את חובו השקיע כספו בהשקעה פלונית, אין להניח שיראו את פירות ההשקעה כרווח המגיע לנושה"[40]. במקרה בו יחסי הצדדים הם יחסי נושה־לווה גרידא, והחיוב הוא אישי־כספי בלבד, גם לא יוענק לפיכך סעד קנייני[41].

39 ע"א 4863/90 פמ"ר חברה לבניין ולעבודות ציבוריות בע"מ נ׳ הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ, פ"ד מח(2) 560, 569; ע"א 5293/90 בנק הפועלים בע"מ נ׳ שאול רחמים בע"מ, פ"ד מו(4) 129.

40 ד׳ פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט (תשמ"ב) 70 (הערת שוליים 17). לגישתו של פרופ׳ פרידמן, "אין הבדל מיוחד אם מציגים את השאלה כהפסד של הנושה או כרווח של החייב. בשני המקרים (הערכת הנזק או חישוב הרווח) תהיה ההערכה מבוססת על הנחה בדבר השקעה מטיב בינוני": שם. וראו בעניין זה בעמ׳ 156 ואילך, להלן.

41 ראו ד׳ פרידמן, הערה 40 לעיל, בעמ׳ 338 (הערת שוליים 17) ובעמ׳ 630-631; וכן ד׳ פרידמן, תוספות לספר דיני עשיית עושר ולא במשפט (תשמ"ט) 141. מאידך, כאמור, אם מדובר בכספים שהופקדו בקרן ספציפית, התוצאה עשויה להיות שונה. ראו שם. כן ראו ע"א 101/85 מנסור נ׳ עיריית נצרת, פ"ד מא(3) 47, 51-52. בפרשה זו נדונה התחייבותה של העירייה להפקיד תשלומים מסוימים בפיקדון נפרד, לטובת המערער. העירייה הפרה את התחייבותה זו, ובקביעת סכום הפיצוי לו זכאי המערער, נכון היה בית־המשפט לקחת בחשבון את התעשרותה של העירייה בגין אי הפקדת הכספים — החיסכון בתשלום ריבית בגין יתרת החובה בחשבונה השוטף של העירייה בבנק. הטענה לא נדונה לגופה, בהעדר תשתית עובדתית מתאימה.

פרק ח׳

שיערוך ההשבה במקרים של הפרת הוראות הדין או חוזה ההלוואה על־ידי המלווה

א. הקדמה

כפי שראינו בפרקים הקודמים, בחקיקה ובפסיקה נקבעו הגבלות שונות על ההתקשרות בחוזה הלוואה. הוראות אלה פורשו כהוראות כופות, והן תקפות גם אם הצדדים הסכימו לסטות מהן. במקרה הטיפוסי, רק בדיעבד, לאחר שהסכם ההלוואה כבר נכרת, ובדרך כלל, לאחר שתשלומים מסוימים בגין ההלוואה כבר שולמו, מבקש הלווה לחסות בצלן של ההוראות אשר נועדו להגן עליו. אם מתברר, כי תנאי ההלוואה סותרים את הוראות הדין בעניין, מוקנית ללווה עילה להשבת הסכומים העודפים ששילם בגין ההלוואה[1]. השאלה המתעוררת היא, כיצד יש לשערך סכומים אלה, היינו, מהו האופן בו יותאם ערכם של הסכומים ששולמו בתקופות זמן שונות, למועד בו אמורה להתבצע ההשבה.

סוגיה זו עשויה להתעורר גם בנסיבות בהן מתברר, כי הפרשנות של הוראות חוזה ההלוואה, אשר על־פיה נפרעה ההלוואה (כולה או חלקה), הנה שונה מזו שנקבעה על־פי הכרעה שיפוטית מחייבת. כך במיוחד במקרים בהם המלווה הוא בנק, בו מתנהלים חשבונותיו הכספיים של הלווה, ופירעון ההלוואה נעשה באמצעות חיוב של חשבונו של הלווה באותו בנק. קביעת היקפו של החיוב נעשית באופן חד צדדי על־ידי הבנק, ואם מתברר, בדיעבד, כי החיובים היו גבוהים מאלה שלהם היה זכאי הבנק על־פי חוזה ההלוואה, מוטלת על הבנק חובה להשיב את חיובי היתר בהם חייב את חשבונו של הלווה. גם כאן עולה אפוא השאלה, מהו האופן בו יש לשערך תשלומים אלה.

---

1 סעיף 6 לחוק הריבית, תשי״ז-1957: ״מצא בית־המשפט, כי ריבית שאדם פלוני שילם ... היא ריבית מופרזת, יפחית הוא את הריבית לשיעור המקסימלי שנקבע לגבי אותו סוג מילוות ... ויחייב את המלווה בהחזרת [הריבית העודפת] ... ורשאי בית־המשפט לפתוח למטרה זו כל חשבון שנסגר, על אף כל הסכם שבין בעלי הדין״. ראו, באופן דומה, סעיף 9(ב׳) לחוק הסדרת הלוואות חוץ־בנקאיות, תשנ״ג-1993.

נקודת המוצא של הדיון בפרק זה היא, כי סכום ההשבה לו זכאי הלווה נתון בידינו. זהו ההפרש בין הסכומים בהם חויב בפועל, לבין הסכומים בהם היה צריך להיות מחויב על־פי הוראות הדין והוראות חוזה ההלוואה הרלבנטיות. אולם, המדובר בזרם של תשלומים, במועדי זמן שונים. מטבע הדברים, בחוזה ההלוואה לא נכללות בדרך כלל הוראות באשר לאופן השיערוך של סכומים אלה: חוזה ההלוואה עשוי לכלול אמנם הוראות באשר לריבית הפיגורים בה יחויב הלווה, אם יפר את תנאי ההלוואה[2]; אולם הוא אינו כולל הוראות באשר לריבית בה יחויב המלווה, בגין סכומים אותם גבה מן הלווה שלא כדין.

על־פי ההוראה הכללית בעניין זה, הקבועה בחוק פסיקת ריבית והצמדה, תשכ"א-1961, "רשות שיפוטית שפסקה לבעל־דין סכום כסף" רשאית לפסוק ריבית או הפרשי הצמדה וריבית על אותו סכום, כולו או מקצתו, בשיעורים הקבועים בחוק זה. עם זאת, בנסיבות הנדונות כאן, אין זה ברור מאליו, כי ההשבה של חיובי היתר בהם חויב הלווה צריכה להיעשות על־פי הוראות חוק פסיקת ריבית והצמדה דווקא. למעשה, מעורבות כאן שתי עילות תביעה חלופיות — עילה נזיקית ועילה בגין התעשרות שלא כדין של המלווה. מכוחן של עילות אלה, עשוי הלווה לזכות בשערוך סכום ההשבה לו הוא זכאי, בריבית הגבוהה מזו הקבועה בחוק פסיקת ריבית והצמדה.

כפי שנראה, קשה להגדיר גישה אחידה וברורה בפסיקה בסוגיה זו. בפרק זה ננסה לתאר את העקרונות המנחים שנקבעו בפסיקה ביחס לכל אחת משתי עילות התביעה החלופיות, ולפיהם לבסס את התוצאה הצפויה בכל אחד מסוגי המקרים הטיפוסיים.

ב. הדרכים העיקריות לשיערוך סכום ההשבה

נשוב ונגדיר את המצב אליו אנו מתייחסים: המדובר במקרים בהם הלווה שילם למלווה סכומים העולים על אלה להם היה זכאי המלווה על־פי חוזה ההלוואה והוראות הדין הרלבנטיות. במקרים מסוימים, תשלומי היתר בגין ההלוואה גרמו להיווצרות יתרת חובה בחשבון השוטף של הלווה, ובגין כך הביאו לחיובו בריבית בשיעור גבוה במיוחד. השאלה היא, כיצד יש לשערך את הסכומים להם זכאי הלווה.

2 ראו בעניין זה בעמ' 74 ואילך, בעמ' 133 ואילך, לעיל.
3 סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979.

בהקשר זה יש להבחין בין שני סוגים של מקרים: בראשון, זכותו של הלווה להשבה מבוססת על הקביעה השיפוטית, כי תנאי חוזה ההלוואה הנם "בלתי חוקיים", בעיקר בשל הפרת סעיף 4 לחוק הריבית, לפיו "לא ידרוש אדם ולא יקבל ריבית מופרזת". על־פי סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, חוזה שתוכנו הוא בלתי חוקי הנו בטל; ומכוח הוראת סעיף 6 לחוק הריבית, מחויב המלווה בהחזרתה של "הריבית העודפת" שגבה מן הלווה. מאידך, בסוג המקרים השני, זכותו של הלווה להשבה מבוססת על הקביעה השיפוטית, כי התשלומים אותם גבה המלווה מאת הלווה הנם בשיעור העולה על זה המוסכם.

בכל אחד משני סוגי המצבים שתוארו, עומדות ללווה שתי עילות תביעה חלופיות: העילה הראשונה היא נזיקית במהותה, ומבוססת על עוולת הפרת חובה חקוקה (במצבים של הפרת חוק הריבית) או עוולת הגזל (במקרה של חיוב חשבונו של הלווה מעבר למותר על־פי הסכם ההלוואה). מכוחה של עילה זו, זכאי הלווה לפיצוי בגין הנזק שנגרם לו. כלומר, השערוך של סכום ההשבה צריך להיקבע בהתאם לנזק שנגרם ללווה, בגין העובדה שסכום הכסף האמור ניטל מידיו שלא כדין. העילה השנייה מבוססת על התעשרותו של המלווה, שלא על־פי זכות שבדין[3]. מכוחה של עילה זו, זכאי הלווה לשערוך סכום ההשבה בהתאם לרווח שהפיק מן השימוש בכסף המלווה, או בהתאם לרווח שיכול היה להפיק ממנו (בהתאם לשווי השוק של השימוש בכסף בתקופה הרלבנטית).

חשוב להבהיר, כי עילת התביעה של הלווה להשבה — בשני סוגי המצבים — איננה חוזית במהותה. עילת תביעה חוזית הנה עילה המבוססת על התחייבות של צד אחד, לשלם סכום כסף כלשהו לתובע. כאן, הלווה אינו טוען, כי המלווה התחייב לשלם לו את הסכום אותו הוא תובע. טענתו של הלווה היא, כי המלווה גבה מן הלווה סכומים, אותם הוא לא היה זכאי לגבות בהתאם להוראות חוזה ההלוואה והוראות הדין הרלבנטיות. משום כך, הוראת סעיף 11(ב') לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, אינה בעלת תחולה ישירה בדיון הנוכחי. לפי הוראה זו, "הופר חיוב לשלם סכום כסף, זכאי הנפגע, ללא הוכחת נזק, לפיצויים בסכום הריבית על התשלום שבפיגור, מיום ההפרה ועד יום התשלום, בשיעור המלא לפי חוק פסיקת ריבית והצמדה, תשכ"א-1961, אם לא קבע בית־המשפט שיעור אחר". עניינה של הוראה זו ב"חיוב לשלם סכום כסף" ולא בהשבה של סכום שניטל שלא כדין[4].

4 "תביעה לפי סעיף 11(ב'), לפיצויים עבור הפרת חיוב לשלם כסף, היא תביעה הנלווית אל חיוב לשלם, אשר קוים, בידי המפר, בין שקיומו היה קיום באיחור, ובין שהוא תוצאה של תביעת אכיפה של החיוב הכספי": ד' קציר, **תרופות בשל הפרת חוזה** (חלק ב, 1991) 1017.

עם זאת, הוראת סעיף 11(ב'), הקובעת את שיעור הריבית הקבוע בחוק פסיקת ריבית והצמדה כמידה ראויה להערכת הפיצוי על עיכוב הכסף בידי צד לחוזה או של דמי השימוש בו, משקפת עיקרון כללי. כפי שנראה מיד, בית־המשפט נוהג להשתמש בעיקרון כללי זה, מכוח היקש, גם בהקשרים הנדונים כאן[5].

כדי לפשט את הצגת הדברים, נפריד את הדיון לשני חלקים. בראשון, נתמקד בעילה הנזיקית; ובשני, בעילה שיסודה התעשרות שלא כדין. כפי שנראה מיד, עיקר הדיון בפסיקה התייחס לעילה הנזיקית, שהיא פשוטה יותר במהותה. העילה השנייה מקנה לבית־המשפט שיקול דעת רחב, ואופן יישומה אינו אחיד.

ג. שיערוך על־פי הנזק שנגרם ללווה

במקרה הטיפוסי, בו המלווה הוא בנק והלווה הוא לקוחו, חיובי היתר של הלקוח בגין ההלוואה מתבטאים בחיוב החשבון השוטף של הלקוח. משום כך, ככל שמדובר בעילה הנזיקית, דרך החישוב של סכום ההשבה לו זכאי הלווה נעשית, באופן עקרוני לפחות, באמצעות עריכה מחדש של החשבון השוטף של הלווה, תוך זיכוי החשבון, במועדים המתאימים, בסכומים, אשר נגבו ממנו שלא כדין.

השאלה המתעוררת בנסיבות בהן הוחלה דרך חישוב זו היא, כיצד יש לשערך את סכום ההשבה במקרים בהם היה מצוי החשבון השוטף ביתרת זכות. על־פי דרך החישוב הפשוטה שתוארה, מזוכה אמנם הלווה בגין הריבית ששילם, כאשר סכום ההשבה מביא להקטנה (או לביטול) של יתרת החובה בחשבון. אולם, כאשר החשבון עובר ליתרת זכות, המשמעות של דרך חישוב זו היא, כי הסכומים אינם צוברים ריבית כלל (או צוברים ריבית נמוכה מאד, בהתאם לזו המשולמת לעתים בגין יתרת זכות בחשבון השוטף). אולם תוצאה זו איננה הכרחית.

ניתן למנות שתי דרכים עיקריות להשגת תוצאה שונה: ראשית, כפי שכבר הובהר לעיל, יסודה של עילת התביעה היא נזיקית. לפיכך, הסעד לו זכאי הלווה הנו בהתאם לנזק שנגרם לו עקב העוולה שביצע כלפיו המלווה — הפרת חובה

5 לשימוש בעקרונות כלליים שנקבעו בחקיקה האזרחית הכללית להשלמת הוראות בחקיקה מיוחדת ראו, למשל, ע"א 2702/92 גינזברג נ' בן יוסף, פ"ד מז(1) 540; בג"צ 6231/92 זגורי נ' בית־הדין הארצי לעבודה, פ"ד מט(4) 749.

חקוקה[6] או גזל,[7] לפי העניין. משום כך, היקף הפיצוי לו זכאי הלווה תלוי בהיקף הנזק שנגרם לו עקב מעשהו של המלווה. אם הלווה מוכיח, כי בתקופה הרלבנטית נאלץ ללוות כספים (מאותו בנק או ממקורות אחרים), ולשלם בגינם ריבית, הוא זכאי לפיצוי בגין תשלומי הריבית ששילם בעד סכום הזהה לסכום ההשבה לו הוא זכאי. אלמלא הפר המלווה את הוראות החוזה או הדין, הלווה יכול היה להשתמש בכספים, שרק בדיעבד נקבע כי היה זכאי להם, לשם מימון פעילותו, ולפיכך תשלומי הריבית ששילם הנם נזק הנובע מחיוב היתר שהוטל עליו על־ידי הבנק. הלווה אף עשוי היה להפיק תשואה מהפקדת הכספים להם היה זכאי באפיק חיסכון כלשהו, ואז סכום הנזק מתבטא בהפסד התשואה הזה.

זכותו זו של הלווה כפופה אמנם למספר סייגים, שהחשובים שבהם הם שניים: הנטל המוטל על הנפגע להקטין את הנזק[8]; ועיקרון צפיות הנזק[9]. בכפוף לסייגים אלה, עומדת לרשות הלווה עילת תביעה גם בגין תשלומי הריבית ששילם לגורמים אחרים בתקופה הרלבנטית, בהתאם לשיעורו של סכום ההשבה לו זכאי הלווה.

זוהי אם כן הדרך הראשונה לקביעת האופן בו ישוערך סכום ההשבה לו זכאי הלווה, ועניינה הערכת הנזק שנגרם לו בפועל. על־פי הדרך השנייה, הפיצוי לו זכאי הלווה נקבע על־פי אמת מידה אובייקטיבית שנקבעה בדין, היינו, על־פי הוראות חוק פסיקת ריבית והצמדה, תשכ״א-1961. הגישה שהתקבלה בפסיקה היא, כי הריבית וההצמדה האמורים בחוק פסיקת ריבית והצמדה נארגים אל תוך המרקם של החיוב עצמו ונהפכים לחלק בלתי נפרד ממנו, עד כי כל נושה, בגין כל עילה, זכאי לריבית ולהצמדה מכוח חוק פסיקת ריבית והצמדה, אף בטרם שטרח להביא את ריבו בפני רשויות המשפט[10]. כאמור, ניתן להחיל כאן גם, מכוח היקש, את הוראת סעיף 11(ב׳) לחוק החוזים (תרופות) שהוזכרה לעיל, ואשר לפיה ניתן

---

6 סעיף 63 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. אין ספק, כי המדובר בהפרת חובה המוטלת על המלווה מכוח חיקוק, כי ״החיקוק, על־פי פירושו הנכון, נועד לטובתו או להגנתו״ של הלווה, וכי ההפרה גרמה ללווה ״נזק מסוגו או מטבעו של הנזק שאליו נתכוון החיקוק״. גדר הספקות הוא באשר ליסוד הרביעי של עוולה זו, השולל את זכותו של הלווה לתרופה לפי פקודת הנזיקין, אם חוק הריבית, ״לפי פירושו הנכון, התכוון להוציא תרופה זו״. כאמור, על־פי סעיף 6 לחוק הריבית, מוטלת על המלווה החובה להשיב את ״הריבית העודפת״ שגבה מן הלווה. לדעתנו, אין בהוראה זו כדי לשלול מן הלווה זכות לפיצוי בגין הנזק שנגרם לו עקב גבייתה של ״הריבית העודפת״, מעבר להחזר הקרן עצמה, בערכה הנומינלי.

7 סעיף 52 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].

8 ראו, בהיקש, סעיף 14(א׳) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל״א-1970.

9 ראו, בהיקש, סעיף 10 לחוק החוזים (תרופות).

10 ד״נ 15/79 לייבל נ׳ הרשות המוסמכת לצורך חוק נכי רדיפות הנאצים, תשכ״ח-1957, פ״ד להו(3) 29, 51 לדיון בהוראות חוק פסיקת ריבית והצמדה ראו, למשל, א׳ פרוקצ׳יה, ״הצמדה, שערוך וריבית: עבר, הווה ועתיד״, משפטים י (תש״ם) 262.

לפסוק פיצוי בגין איחור בהעברת סכום כסף למי שזכאי לו, בהתאם להוראות חוק פסיקת ריבית והצמדה, וזאת בלא הוכחת נזק.

על־פי החוק, כאשר נפסקת ריבית (בלא הפרשי הצמדה על הסכום), השיעור המרבי הנו 16% לשנה (סעיף 4(א') לחוק); וכאשר נפסקים הפרשי הצמדה וריבית, להפרשי ההצמדה למדד המחירים לצרכן נוספת ריבית צמודה של 4% לשנה[11]. בית־המשפט רשאי לפסוק הפרשי הצמדה וריבית אחרים, "בנסיבות מיוחדות ומנימוקים שיירשמו"[12]. הסייג האמור בסעיף 6(א')(1) לחוק פסיקת ריבית והצמדה — לפיו הוראות החוק לא יחולו, אם קיים הסכם בין בעלי הדין על תשלום ריבית או פיצוי אחר בשל פיגור בתשלום — אינו רלבנטי במקרים הנדונים כאן. כאמור לעיל, המדובר במקרים בהם זכאי הלווה להחזר תשלומים ששילם שלא כדין, ולא להוראות בדבר ריבית פיגורים לה זכאי המלווה במקרה של הפרת החוזה על־ידי הלווה[13].

אלה הם, אם כן, העקרונות העיקריים בתחום זה: ראשית, הלווה זכאי, לכל הפחות, להפרשי הצמדה וריבית מתוקף חוק פסיקת ריבית והצמדה בגין הסכומים שנגבו ממנו שלא כדין[14]. שנית, הנפגע רשאי לבחור, האם להסתפק בפיצוי זה, ללא הוכחת נזק, או להוכיח, כי הנזק שנגרם לו בפועל, מחייב לשערך את הסכום בריבית גבוהה יותר. אם מוכיח הלווה, כי אכן נגרם לו נזק בגין חיובי היתר, הוא זכאי, מכוח העילה הנזיקית, לפיצוי בגין הריבית שנאלץ לשלם, ואשר אותה יכול היה לחסוך, לו היה ברשותו הסכום לו הוא זכאי.

חשוב להבהיר בנקודה זו: כפי שנראה מיד, בפסיקה ניתן למצוא אמירות, השוללות מן הלווה את זכותו לשערוך סכום ההשבה בהתאם לריבית החריגה שנגבתה ממנו בגין יתרות חובה בחשבון השוטף בתקופה הרלבנטית. אולם,

---

11 ההוראה בעניין פסיקת הפרשי הצמדה וריבית הוספה במסגרת תיקון מס' 3 לחוק, מיום 1.1.79. עם כניסת התיקון לתוקף נקבע, כי לסכום החוב יש להוסיף הפרשי הצמדה למדד לריבית שנתית לא צמודה בשיעור 3%; ב-9.2.84 הועלתה הריבית (הלא צמודה עדיין) ל-4% לשנה; ב-13.4.89 תוקן החוק, ונקבע כי להפרשי ההצמדה תתווסף ריבית צמודה בשיעור 8% לשנה; וב-1.6.93 הופחתה הריבית השנתית הצמודה ל-4%.

12 סעיף 3א'(א') לחוק פסיקת ריבית והצמדה. בית־המשפט יימנע לרוב מלסטות מהוראה זו. ראו, למשל, ע"א 107/86 חסין נ' בלס, פ"ד מב(1) 517.

13 ראו, למשל, בר"ע 5888/95 קווי אשראי לישראל (ראשל"צ) בע"מ נ' וניני פ"ד נא(1) 424: "חוזה ההלוואה בין הצדדים אינו כולל הוראה בדבר שיעור הריבית לו יהא זכאי הלווה במקרה שיהיה זכאי להחזרת סכומים ששילם. לפיכך לסעיף 6(א')(1) לחוק פסיקת ריבית והצמדה, תשכ"א-1961 אין תחולה בעניינו. משכך צריך לחול הדין הכללי ויש לחייב את המלווה בריבית בהתאם לחוק פסיקת ריבית והצמדה".

14 ראו, למשל, בר"ע 5888/95 בעניין קווי אשראי, הערה 13 לעיל; ת.א. (חי') 898/91 סעידיאן נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ (לא פורסם, החלטה מיום 9.1.97).

אמירות אלה מתייחסות לניסיון לערוך שיערוך מסוג זה באופן אוטומטי, בלא להוכיח, כי אכן נגרם ללווה נזק. בהעדר הוכחה (או אף טענה) לכך, שבגין חיובי היתר נאלץ הלווה לשאת בחיובי ריבית גם בתקופה בה מצוי היה החשבון השוטף שלו ביתרת זכות, לא זכאי הלווה לשערוך סכום ההשבה על־פי הריבית החריגה בכל התקופה הרלבנטית. בהעדר הוכחה כאמור, ישוערך סכום ההשבה על־פי הריבית החריגה רק בגין אותן תקופות בהן מצוי היה החשבון השוטף שלו ביתרת חובה חריגה; הסכום ישוערך על־פי הריבית ששולמה בגין אשראי מאושר, בגין אותן תקופות בהן היה החשבון השוטף שלו ביתרת חובה בגדר מסגרת האשראי; והוא ישוערך על־פי הריבית אותה נהוג היה לשלם בתקופה הרלבנטית בגין יתרות זכות בחשבון השוטף, בגין התקופות בהן מצוי היה החשבון השוטף ביתרת זכות. כאמור, הלווה יכול לבחור בשערוך הסכום לו הוא זכאי על־פי הוראות חוק פסיקת ריבית והצמדה, במקום להוכיח את הנזק שנגרם לו.

מאידך, אם עולה בידי הלווה להראות, כי גם כאשר החשבון השוטף שלו מצוי היה ביתרת זכות, הוא נאלץ לשלם ריבית בגין הלוואות אחרות שנטל, אין מניעה עקרונית לזכותו גם בגין דמי ריבית אלה. כמובן, זכאותו זו תהא כפופה לנטל הפחתת הנזק שהוזכר לעיל. משום כך, דמי הריבית עשויים להיות מחושבים תוך הפחתה של הסכום אשר מצוי היה בחשבונו השוטף של הלקוח בתקופה הרלבנטית ביתרת זכות, מסכום ההלוואה אותה נאלץ הלווה ליטול.

על יסוד עקרונות אלה נסקור עתה מספר קביעות שיפוטיות מרכזיות בתחום זה: בשלושה פסקי־דין של בית־המשפט העליון נדחתה טענתו של הלווה, לפיה יש לשערך את הסכום לו הוא זכאי, בהתאם לריבית בה חויב חשבונו, בעת שהיה מצוי ביתרת חובה חריגה. כך, בע״א 424/86 בעניין נאות מרינה, נקבע, כי אין מקום לזכות את הלווה בריבית חריגה בגין הסכום האמור, ביחס לכל התקופה: בתקופות בהן מצוי היה החשבון השוטף ביתרת זכות, אין הלווה זכאי לשערוך שכזה. בלשונו של בית־המשפט: ״זיכוי חשבון בשיעור הריבית החריגה, כמוהו כטענה, כי לקוח ׳החורג׳ מיתרת הזכות ׳המאושרת׳, זכאי לריבית זכות בגובה הריבית אותה הוא משלם בשל החריגה מגובה האשראי המאושר. טענה שכזו תמוהה היא בלשון המעטה, ואין לי אלא להביע תמיהתי על החשבון שצורף״[15].

15 ע״א 424/86 נאות מרינה בת־ים בע״מ נ׳ הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע״מ, פ״ד מג(2) 355, 389.

לתוצאה דומה הגיע בית־המשפט העליון ברע"א 564/89 בעניין מלקולם[16], ובע"א 2418/90 בעניין רלפו[17].

העקרונות שצוינו לעיל עולים בקנה אחד עם גישה זו. הקושי הוא, שדרך ניסוחם של הדברים בפסקי־דין אלה עלול ליצור את הרושם, המוטעה לדעתנו, לפיו הלווה אינו זכאי, בכל מקרה, לשערוך סכום ההשבה לו הוא זכאי, בהתאם לריבית השונה מזו הנקובה בחוק פסיקת ריבית והצמדה. כאמור, קשה לחלוק על התוצאות אליהן הגיע בית־המשפט, בנסיבות בהן לא טרח הלווה להעלות כל טענה באשר לנזק שנגרם לו בפועל בגין החזקת הכסף בידי הבנק, גם בתקופות בהן היה מצוי חשבונו ביתרת זכות. בהעדר הוכחה כזו, הלווה אינו זכאי, כפי שראינו לעיל, לשערוך הסכום בריבית החריגה בה מחויבת יתרת חובה חריגה בחשבון השוטף. ממילא, אם בחר הלווה במסלול של הוכחת הנזק בפועל — וכך נובע מטענתו, כי יש לשערך את הסכום לו הוא זכאי בהתאם לריבית בה חויב חשבונו השוטף — הוא זכאי לשערוך כאמור רק בגין התקופות בהן חשבונו היה ביתרת חובה, ולכן חויב בריבית. בגין תקופות בהן היה החשבון ביתרת זכות, הרי שבהעדר הוכחה אחרת, חזקה, כי הנזק שנגרם לו, הוא אבדן הריבית (הזעומה) בה יכל לזכות בגין יתרת זכות בחשבון, בו היה מופקד הסכום לו זכאי הלווה.

בפסיקה ניתן למצוא גם דוגמאות למקרים בהם עלה בידי הלווה לסתור את החזקה האמורה: המדובר במקרים בהם הוכח, כי גם בעת שהחשבון השוטף היה מצוי ביתרת זכות, שלילת האפשרות של הלווה להשתמש בסכום הנוסף שבו מדובר גרמה לו לנזק, בשיעור העולה על הריבית בה היה זוכה בגין יתרת זכות בחשבון השוטף. כך, נכון היה בית־המשפט לקבל טיעון מסוג זה, במישור העקרוני, בת.א. (ת"א) 789/87 בעניין אילת, שם טען הלווה לשערוך הסכום בהתאם לתשואה אותה יכול היה להפיק באפיק השקעה חלופי[18]. הטענה נדחתה במישור העובדתי. במקום זאת נקבע, כי יש לחשב את יתרות הזכות שנוצרו בחשבון השוטף (בעקבות זיכוי הלקוח בהפרש שנפסק לזכותו) כך שיופחתו יתרות החובה בחשבון ההלוואה (היינו, סכום ההשבה שוערך על־פי ריבית הפיגורים בה חויבה

16 רע"א 564/89 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' מלקולם, פ"ד מד(1) 485, 487-488.

17 ע"א 2418/90 רלפו (ישראל) בע"מ נ' בנק למסחר בע"מ, פ"ד מז(5) 137: "דרכו של בנק לחייב את הלקוח בגין משיכות יתר, אפילו במסגרת האשראי, בשיעור גבוה באופן משמעותי משהוא מזכה אותו בגין יתרת זכות. לא הובאה כל ראיה שבמקרה זה הוסכם אחרת".

18 ת.א. (ת"א) 789/87 בנק אוצר החייל בע"מ נ' אילת סוכני מכס ותחבורה בע"מ (לא פורסם): "עקרונית, נוטה הייתי לקבל את טענת בא־כוח אילת... שדרישתה הנ"ל של מרשתו הנה לפיצוי לא של נזק ישיר אלא של נזק עקיף שנגרם לאילת כתוצאה מכך שחשבונותיה 'בזמן אמת' לא הראו את יתרות הזכות הנכונות, כפי שעשוי להתברר מקביעותיי, ולכן לא יכולה היתה אילת לעשות באותן יתרות את השימוש הרגיל האמור".

ההלוואה). אולם, יתרת הזכות המחושבת, הנותרת בחשבון השוטף גם לאחר זיכוי חשבון ההלוואה[19], שוערכה על־פי הריבית (הנמוכה מאד) אשר שולמה בתקופה הרלבנטית בגין יתרות זכות בחשבון השוטף[20].

כאמור, העובדה שלא הוכח כל נזק בגין נטילתם על־ידי הבנק של כספי הלווה, אינה שוללת ממנו את זכותו לקבלת הפרשי הצמדה וריבית על־פי חוק פסיקת ריבית והצמדה. עם זאת, נראה כי בחירתו של הלווה שלא להחיל את הוראת סעיף 11(ב׳) לחוק החוזים (תרופות), מכוח היקש, היא שהביאה לתוצאה זו. נראה לנו, כי גם באותו מקרה יכול היה הלווה לדרוש, כי הסכום העומד לרשותו ישוערך, בכל התקופה הרלבנטית, בהתאם להפרשי ההצמדה והריבית הקבועים בחוק פסיקת ריבית והצמדה. במקרה כזה, היה עליו לוותר על הזיכוי בריבית הפיגורים בגין ההלוואה.

ביטוי מפורש לעקרונות שהותוו לעיל ניתן למצוא בגישתו של בית־המשפט המחוזי בת.א. (ב״ש) 165/88 בעניין נאות מדבר. בית־המשפט איבחן את שלושת פסקי־הדין של בית־המשפט העליון שהוזכרו לעיל: ״במקרה דנא, אין מדובר בטענתו של לקוח, כי מגיעה לו ריבית זכות — מאחר והחשבון נמצא ביתרת זכות. טענתו היא, שהבנק פעל שלא כדין וביצע עוולה אזרחית, ועל־כן מגיע לו פיצוי, ששיעורו כשיעורה של ריבית החובה ששילם אותה עת לגבי חשבון אחר באותו בנק או בבנקים אחרים״[21]. לפיכך נפסק, כי בכל מועד בו אמורה היתה להיווצר, בעקבות השבת הסכום לו זכאי הלווה, יתרת זכות בחשבון השוטף, זכאי הלווה לפיצוי ששיעורו כשיעור הריבית ששילם באותו מועד בגין יתרת חובה בבנק או בבנקים אחרים.

גישה שונה ננקטה על־ידי בית־המשפט המחוזי בת.א. 428/89 בעניין סוליאתן. בית־המשפט ציין אמנם, כי הלכת נאות מרינה שצוטטה לעיל, אינה שוללת את שערוך הסכום לו זכאי היה הלווה בריבית הגבוהה מן הריבית המשולמת בגין יתרות זכות בחשבון השוטף: ״הדעת נותנת, כי הגבלה זו [על אפשרות הלקוח להשתמש בכספים] צריכה למצוא את ביטויה בגובה הריבית בה מזוכה באופן

19 לא ניתן היה באותו מקרה להשתמש בכל יתרות הזכות לשם פירעון ההלוואה, מכיוון שבהסכם ההלוואה נקבעו מועדי פירעון ושיעורי פירעון, וללקוח לא עמדה הזכות לבצע פירעון מוקדם החורג משיעורים אלה. יתרות הזכות שנוצרו בחשבון השוטף בעקבות פסיקת בית המשפט, שימשו על־כן רק לצורך פירעון החיובים בגין ההלוואה שזמן פירעונם הגיע וביטול החיוב בריבית הפיגורים, שנוצר בגין אי־פירעון במועד של חיובים אלה.

20 ראו ת.א. (ת״א) 789/87 בנק אוצר החייל בע״מ נ׳ אילת סוכני מכס ותחבורה בע״מ (לא פורסם) (החלטה מיום 24.2.93): ״שיעור ריבית הזכות המגיע [ללקוחה], עת עומד חשבונה ביתרת זכות, הוא הריבית הרגילה אותה נתן הבנק ובה זיכה חשבונות מסוג זה״.

21 ת.א. (ב״ש) 165/88 מלון נאות מדבר בע״מ נ׳ הבנק הבינלאומי הראשון בע״מ (לא פורסם).

רטרואקטיבי החשבון המשוחזר"[22]. ואולם, במקום לפנות להוראות חוק פסיקת ריבית והצמדה בעניין זה, העדיף בית־המשפט את הוראת המפקח על הבנקים בבנק ישראל, מיום 20.2.87, בעניין תיקונים בחשבונות[23]. נפסק, כי על הבנק לפעול בהתאם להוראות חוזר זה ולזכות את החשבון בשיעור "ריבית לתיקונים" כפי שנקבע שם. בית־המשפט הוסיף וקבע, כי בכל הנוגע ליתרות זכות שנצברו לפני מועד כניסתו לתוקף של החוזר האמור, יזוכה החשבון "בריבית בה היה הבנק מזכה באותה תקופה חשבונות שהיו ביתרת זכות — זאת מאחר ולא הובאו כל ראיות על־פיהן אוכל לפסוק שיעור ריבית אחר"[24]. כאמור לעיל, אנו סבורים, כי מן הדין היה לפנות בעניין זה אל חוק פסיקת ריבית והצמדה[25].

בת.א (חי') 898/91 בעניין סעידיאן קבע בית־המשפט המחוזי, כי יש לשערך את הסכום לו זכאי הלווה (ההפרש בין הריבית בה חויב בגין יתרות החובה בחשבון השוטף לבין הסכום המרבי של ריבית הפיגורים שנקבע בחוק הריבית) על־פי חוק פסיקת ריבית והצמדה[26]. עמדתו זו של בית־המשפט התבססה על הגישה הבאה: נקבע, כי הפירעון של ההלוואה צמודת הערך אינו יכול להיעשות באמצעות חיוב החשבון השוטף המצוי ביתרת חובה; אולם, לגישתו של בית־המשפט, אין מקום במקרה כזה לערוך את החשבון השוטף מחדש ולבטל בו את חיובי ההלוואות:

---

22 ת.א. (ת"א) 428/89 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' סוליאתן תעשיות גומי (1976) בע"מ (לא פורסם).

23 חוזר בנק ישראל מס' 16/72 מיום 20.2.87.

24 ת.א. (ת"א) 428/89 בעניין סוליאתן, הערה 22 לעיל.

25 אגב, סוגיית התיקונים בחשבונות הלקוחות מוסדרת כיום בהוראת ניהול בנקאי תקין של המפקח על הבנקים, שהוצאה בחודש אוקטובר 1993, וכותרתה "רישום שגוי בחשבון הלקוח". נקבע שם, כי "אם כתוצאה מהרישום השגוי פעל הלקוח בחשבון בתום לב, או שנמנע מלפעול בחשבונו ולאחר התיקון ... טען הלקוח ו/או נוכח הבנק לדעת, כי עקב כך נגרם ללקוח נזק כספי, הבנק יחייב או יזכה את חשבונו לגבי הסכומים הרלוונטיים הקשורים לרישום השגוי, בהפרש הנובע משיעור הריבית לתיקונים ושיעור הריבית שבו בוצע החישוב המתוקן". כלומר, תרופתו של הלקוח שניזוק אמורה להיות השבה לפי "שיעור הריבית לתיקונים". עם זאת מובן, כי אין בהוראה זו כדי לפגוע בזכויות הלקוח לתרופה אחרת על־פי כל דין. הוראת הנוהל אמורה להבטיח ללקוח פיצוי בגובה הריבית לתיקונים. אולם, כפי שראינו, ממילא מובטחת ללקוח הריבית (והפרשי ההצמדה) הנקובים בחוק פסיקת ריבית והצמדה, כך שהוראה זו צריכה להתפרש כמבטיחה ללקוח את הריבית הגבוהה מבין הריבית לתיקונים מצד אחד, והפרשי ההצמדה והריבית לפי חוק פסיקת ריבית והצמדה, מצד שני.
יצוין עוד, כי בהוראה האמורה נקבע גם, כי הריבית לתיקונים תוחל גם ביחס למקרה שבו הבנק טעה לטובת הלקוח. ניתן לתמוה על קביעה זו, המחייבת את הלקוח בריבית בגין הלוואה אותה לא ביקש. בכל מקרה ברור, כי אין בהוראת נוהל זו כדי לחייב את הלקוח, ועל הבנק המבקש לחייב את הלקוח בגין הריבית האמורה יהיה לתבוע סכום זה מאת הלקוח — בעילה של עשיית עושר ולא במשפט — בבית־המשפט.

26 ת.א (חי') 898/91 בעניין סעידיאן, הערה 14 לעיל.

לזכות הלווה עומד אפוא ההפרש בין הריבית בה חויב בחשבון השוטף לבין ריבית הפיגורים המרבית, וסכום זה יש לשערך על־פי הוראות חוק פסיקת ריבית והצמדה.

איננו סבורים, בכל הכבוד, כי גישה זו הנה הכרחית. לדעתנו, יש להבחין כאן בין שתי סוגיות שונות: הסוגיה האחת היא, מהו האופן בו יש לחשב את חובו של הלווה למלווה, בגין ההלוואה שטרם נפרעה. בית־המשפט נקט כאן בגישה, לפיה יש לחייב את חשבון ההלוואה בריבית פיגורים בגין כל התקופה בה לא נפרעה ההלוואה, ודחה את הגישה החלופית, לפיה יש לראות את ההלוואה כנפרעת, במועדים בהם היה החשבון השוטף ביתרת זכות. זו כאמור סוגיה אחת, בה דנו בפרק ז׳ לעיל[27]. סוגיה שנייה, ולגישתנו נפרדת, הנובעת מהתוצאה אליה הגיע בית־המשפט בחלק הראשון של הדיון הנה, כיצד יש לשערך את הסכום אותו חייב המלווה ללווה. חיובו של הלווה בריבית פיגורים הגבוהה מזו המותרת, גרמה, היא עצמה, להיווצרות יתרת חובה גדולה יותר בחשבון השוטף, שאף בגינה נדרש הלווה לשלם ריבית חריגה.

בלא בדיקתו של החשבון השוטף, לאורך התקופה הרלבנטית, לא ניתן לקבוע, מהו בדיוק הנזק שנגרם ללווה בגין כך. הקביעה לפיה יש לשערך את הסכום על־פי חוק פסיקת ריבית והצמדה אינה אלא קירוב לנזק שנגרם בפועל. אם בוחר הלווה דווקא במסלול של הוכחת נזקו בפועל, באמצעות עריכתו מחדש של החשבון השוטף (לצורך החישוב מחדש של הריבית בה הוא מחויב בגין יתרות חובה בחשבון זה, ולא לצורך חישוב מחדש של חובו בגין ההלוואה!), נראה, כי יש להתיר לו לעשות כן.

עניין זה מוליך לסוגייה נוספת בה יש לדון, והיא הנטל הרובץ על הלווה להוכחת נזקו. בעניין זה הובעו בפסיקה דעות שונות. מצד אחד, בת.א. (י־ם) 278/90 בעניין ברנוביץ׳, נדחתה תביעתו של הלווה לשערוך הסכום לו היה זכאי, בריבית החריגה בה חויב בגין יתרת החובה בחשבון השוטף, למרות שהוכח, כי בכל התקופה הרלבנטית, אכן היה החשבון ביתרת חובה, ושולמה בגינו ריבית. נקבע, כי בעובדה זו אין די: על הלווה מוטל הנטל להוכיח, כי לו עמד לרשותו הסכום האמור, אכן היה משתמש בו דווקא להקטנת יתרת החובה האמורה, ולא למטרה אחרת כלשהי[28].

27 ראו בעניין זה בעמ׳ 141 ואילך, לעיל.

28 ת.א. (י־ם) 278/90 א.צ. ברנוביץ ובניו קבלנות ובניה בע״מ נ׳ ״טפחות״ בנק למשכנתאות לישראל בע״מ, פ״מ תשנ״א(2) 504. ניתן לתמוה לפיכך, מדוע לא שוערך הסכום לו זכאי הלווה, בהתאם לתשואה שהיה מפיק באותה ״מטרה אחרת״ אליה היו מופנים הכספים.

אולם, במקרים אחרים, העדיף בית־המשפט להקל בנטל המוטל על הלווה, באמצעות שימוש בחזקה המטיבה עמו, באשר לשימוש בו היה בוחר הלווה לעשות בכספים. כך, בת.א. (חי') 165/93 בעניין אמנונים, נקבע, כי הלווה זכאי להשבה בשיעור ריבית החובה ששילם לבנק "מפני שבאותו הזמן אמנונים חויבה בריביות חריגות על חובות כבדים שהיא חבה" לבנקים אחרים. לגישתו של בית־המשפט, יש להניח, שהלקוח היה פורע באמצעות יתרות הזכות הללו את החובות האמורים, ושנמנע הדבר ממנו עקב חיוב היתר של חשבונו על־ידי הבנק, תשלומי ריבית מהווים את דמי הנזק להם הוא זכאי[29]. זו גם הגישה אשר יושמה בפרשת בנק הפועלים בע"מ נ' לוי[30]. באופן דומה, בת.א. (ב"ש) 165/88 בעניין נאות מדבר נקבע, כי אם במועד שבו נוצרה יתרת זכות, היו ללקוח מילווים שונים, ששיעור הריבית עליהם שונה (כגון חשבונות בבנקים שונים הגובים שיעורי ריבית שונים), יש לערוך את החישוב על־פי ריבית החובה הגבוהה ביותר. לגישתו של בית־המשפט, לו עמדו הכספים לרשות הלווה, חזקה עליו שהיה משתמש בהם לשם הקטנת יתרת החובה, שלגביה הוא מחויב בריבית הגבוהה ביותר[31].

מאידך, ראוי לציין עוד, כי במקרים המתאימים, עשוי בית־המשפט להורות על הפחתת השיערוך של הסכום לו זכאי הלווה, ולזכותו בסכום הנמוך מן הנזק שנגרם לו. יסודה של גישה זו בתפיסה, כי זכותו של הלווה להשבה מקורה בשיקולים של מניעת התעשרות שלא כדין מצדו של המלווה, ונתייחס אליה לפיכך מיד, אגב דיוננו בעילת התביעה החלופית[32].

ד. שיערוך על־פי התעשרותו של המלווה

העילה השנייה מכוחה יכול הלווה לתבוע את שערוך הסכום לו הוא זכאי, הנה זו המבוססת על העיקרון של מניעת התעשרות שלא כדין. כאמור, בנסיבות הנדונות

---

29 ת.א. (חי') 165/93 הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ נ' אמנונים חברה לעבודות עפר בע"מ (לא פורסם).

30 ת.א. (י־ם) בנק הפועלים בע"מ נ' לוי (לא פורסם). שם נקבע (ביחס להשבה אשר נבעה מעילה שיסודה בסעיף 7 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981, האוסר התנית שירות בשירות), כי "את הנזק הנגרם ללקוח עקב ביצוע העוולה על־ידי הבנק יש לחשב בהתחשב בשימושים שיכול היה הלקוח להפיק ולהרוויח אם הכספים היו בידיו". לגישתו של בית־המשפט, בנק סביר המכיר את הלקוח הספציפי על עיסוקו וצרכיו, צריך לצפות שמחיר הכסף עבור אותו לקוח, הזקוק לאשראי, הוא ריבית חריגה הנוהגת אותה עת. באותו מקרה הוכח, כי הלקוח היה נתון בקשיי נזילות ושילם תשלומי ריבית גבוהים על הלוואות ויתרות חובה. אילו היו לו יתרות זכות, חזקה עליו שהיה משתמש בהן לכיסוי חובותיו.

31 ת.א. (ב"ש) 165/88 בעניין נאות מדבר, הערה 21 לעיל.

32 ראו בעמ' 158 ואילך, להלן.

כאן, מוקנית ללווה זכות להשבת הסכומים שנגבו ממנו שלא כדין, שכן המלווה נחשב כמי ש״נטל״, שלא כדין, זכות המוקנית ללווה. ממילא, בהתאם לעקרונות בעניין מניעת התעשרות שלא כדין, מוטלת על המלווה החובה להשיב ללווה את הרווח שהפיק הוא (המלווה) מן השימוש בכספו של הלווה[33]. על בסיס עילה זו, עשוי הלווה לתבוע כי הכספים להם היה זכאי ישוערכו, היינו יישאו ריבית או הפרשי הצמדה וריבית, על־פי הרווחים שהפיק מן הכספים הללו הבנק עצמו, עת הוחזקו בידיו. רווחים אלה הנם, בקירוב, הריבית אותה גבה הבנק בגין יתרות חובה בחשבון השוטף. באופן זה, עשוי הלווה לזכות בשערוך הסכום לו הוא זכאי בשיעור הריבית הגבוה, גם בגין תקופות בהן חשבונו השוטף לא היה מצוי ביתרת חובה: עצם העובדה שהכסף עמד לרשותו של הבנק, אשר חזקה עליו כי השתמש בו לשם מתן הלוואות ללקוחותיו, היא הבסיס לזכותו של הלווה לריבית גבוהה זו.

הבחירה בין שיטות השערוך השונות — קרי, הסעדים השונים — משקפת הכרעה ערכית, שעניינה, הגנה על אינטרסים שונים הגלומים בבעלות על משאב מסוים[34]. כך, שערוך בהתאם לדמי הנזק בלבד, כפי שעולה מן העילה הנזיקית שנדונה לעיל, משקפת מידת הגנה נמוכה יחסית על האינטרסים של הלווה בסכום שנגבה ממנו שלא כדין; הגנה על אינטרס רחב יותר משתקפת בהענקת סעד המבוסס על ״שווי שוק״ של הנכס בו מדובר — היינו, במקרה הנדון כאן, שערוך סכום ההשבה בהתאם לשיעור ריבית המשקף את זה המקובל במשק, למשל, שיעור הריבית האמור בחוק פסיקת ריבית והצמדה; ואילו ההגנה הגבוהה ביותר על האינטרס של הלווה בכספו משתקפת בהענקת סעד בדמות הרווח שהפיק המלווה בפועל מן השימוש בכספו של הלווה[35].

התפיסה המקובלת היא, כי בעוד שהפרת התחייבות למתן הלוואה אינה מקנה לנפגע, במקרה הרגיל, זכאות לסעד המבוסס על הרווח שהפיק המפר כתוצאה מן השימוש בסכום הכסף[36], לא כך לגבי שימוש שלא כדין בכספו של אדם המופקד,

33 ראו, בעניין קרוב, ד׳ פרידמן, ״שיערוך, פיצויים ושיקולי עשיית עושר ולא במשפט״, הפרקליט לד (תשמ״א־תשמ״ב) 88, 94: ״אם נשאר הכסף בידי הקונה [או המלווה, במקרה הנדון כאן — א״ו ו-ב״מ], אשר הצמידו או הפיק ממנו רווחים, הרי רווחים אלה הופקו מאינטרס שהיה שייך למוכר [הלווה — א״ו ו-ב״מ]. ... מדובר אפוא, בשיקולים של התעשרות על חשבון הזולת, ובלשונו של השופט אלון, ׳הקונה עושה סחורה בפרתו׳ — היינו בכספו — של המוכר׳״.

34 ראו ח׳ דגן, ״הזכות לפירות ההפרה: אנטומיה של חקיקה שיפוטית״, עיוני משפט כ (תשנ״ז) 601, 630-650; Hanoch Dagan, Unjust Enrichment: A Study of Private Law and Public Values (1997).

35 במקרה האחרון, האינטרס המוגן הוא אינטרס של ״שליטה״ על המשאב, הרחב מאינטרס ה״רווחה״ המוגן על־פי הגישה של פיצוי לפי שווי השוק של השימוש במשאב. ראו ח׳ דגן, הערה 34 לעיל, בעמ׳ 640.

36 ראו בעמ׳ 143 לעיל.

למשל, בבנק: בעוד שבמקרה הראשון, סכום הכסף אינו נתפס כנכס "מזוהה", אשר "שייך" לנפגע, הרי שבמקרה השני אכן מתקיים "זיהוי" כאמור. משום כך, ניכרת נכונות בפסיקה להכיר באינטרס "קנייני" של הלווה בכסף שניטל ממנו, ומכאן להכיר בזכאותו לרווחים שהפיק הבנק כתוצאה מן השימוש בכספים אלה[37].

עם זאת, לבית־המשפט מסור שיקול דעת רחב בקביעת סכום ההשבה לו זכאי המזכה, הוא הלווה בעניינו. הבסיס הפורמלי לשיקול הדעת הרחב המסור לבית־המשפט בעניין זה הנו הוראת סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, לפיה בית המשפט "רשאי לפטור את הזוכה מחובת ההשבה כולה או מקצתה, אם ראה שהזכייה לא היתה כרוכה בחסרון המזכה, או שראה נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת". בהתאם, בפסיקתו של בית־המשפט ניתן למצוא התבססות על תחושת הצדק של בית־המשפט, באשר ל"אשם היחסי" שבהתנהגותם של הצדדים; הצורך למנוע התעשרות שלא כדין של כל אחד מן הצדדים; ועוד.

הדיון בסוגיה זו בפסיקה הנו מועט יחסית, אם כי ניתן למצוא מקרים בהם נעתר בית־המשפט לתביעת שערוך, אשר התבססה על עילה זו. דוגמא לכך הנו פסק דינו של בית־המשפט המחוזי בת.א. (י־ם) 278/90 בעניין ברנוביץ'[38]. בית־המשפט דחה בעניין זה את הטענה, כי ההוראה בדבר החובה להשיב חיובי "ריבית עודפת", הקבועה בסעיף 6 לחוק הריבית, שוללת את תחולתם של דיני עשיית עושר ולא במשפט[39]. בהתאם להלכה הכללית בעניין נקבע, כי בהעדר התייחסות לרווח שהפיק המלווה מן הכספים שגבה שלא כדין, אין מניעה להחיל את דיני עשיית עושר ולא במשפט, שהם, בלשונו של בית־המשפט העליון, "כמעין נשר גדול הפורש כנפיו על כל הדינים השונים, בין שיש בהם הוראות בענייני עשיית עושר ולא במשפט ובין שאין בהם הוראות כאלה"[40]. בית־המשפט דחה טענות לשיהוי מצדו של הלווה[41], ולפגיעה אפשרית ביציבותו של הבנק אם תענה

---

37 ראו בעניין זה Daniel Friedmann, "Restitution of Benefits Obtained through the Appropriation of Property or the Commission of a Wrong", 80 **Columbia Law Review** (1980) 504, 521 (note 92), 529. במקרה זה, אין המדובר ביחסי לווה־מלווה גרידא. לאבחנה זו ראו גם ד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט (מהדורה שנייה, תשנ"ח) 773 (הערת שוליים 191), 964-965.

38 ת.א. (י־ם) 278/90 בעניין ברנוביץ, הערה 28 לעיל.

39 לפי סעיף 6(א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט, "הוראות חוק זה יחולו כשאין בחוק אחר הוראות מיוחדות לעניין הנדון".

40 "ובלבד שההוראה בחוק הספציפי 'לא תכסה' את התחום שהוסדר בהוראה הכללית": ד"נ 20/82 אדרס חומרי בנין בע"מ נ' הארלו אנד ג'ונס, פ"ד מב(1) 221, 263. בעניין זה ראו גם ע"א 2702/92 בעניין גינזברג, הערה 5 לעיל; ו-בג"צ 6231/92 בעניין זגורי, הערה 5 לעיל.

41 נקבע, כי חששו של הלווה מפני העמדת החוב כולו לפירעון מיידי, מצדיק את העיכוב בתביעתו של הלווה: ת.א. (י־ם) 278/90 בעניין ברנוביץ, הערה 28 לעיל, בעמ' 516.

התביעה, ופסק, כי יש לחשב את רווחיו של הבנק על־סמך הריבית הרגילה שנהג לגבות בתקופה הרלוונטית (ולא על בסיס ריבית הפיגורים[42]), לאחר ניכוי הוצאותיו של הבנק. עם זאת, הריבית שנפסקה ללווה הוגבלה לשיעור המרבי הקבוע בחוק הריבית: "אין מקום על־ידי פסיקת השבה בשיעור העולה על הריבית המותרת, להביא להתעשרותו הבלתי צודקת של הלווה, שתחת מטריית החוק יזכה לא רק בהחזר כספו, אלא בריבית שהיתה אסורה בתקופה הרלוונטית. לא כל שכן, שאין זה מוצדק להעניק סעד כזה במקרה שלפני, כשמדובר בשני גופים כלכליים שהסכימו במשא ומתן חופשי לשיעור ריבית שעלתה על הריבית המרבית המותרת בחוק"[43].

נמצא אם כן, כי לגישתו של בית־המשפט זכאי אמנם הלווה לרווחים שהפיק המלווה בגין החזקת הכסף ברשותו, שלא כדין; אולם, בית־המשפט יבחן בכל מקרה ומקרה, את דרך התנהגותו של הלווה בנסיבות העניין, ומידת האשם שדבק בהתנהגותו בעצם ההתקשרות בהסכם ההלוואה הבלתי חוקי[44]; ואת התנהגותו לאחר מכן, ובכלל זה, האם השתהה במכוון בהגשת התביעה, וגרם עקב כך להגדלת הנזק שנגרם למלווה.

באופן דומה נקבע בפרשת בנק הפועלים בע"מ נ' לוי, שם שוערך הסכום לו זכאי הלווה, בהתאם לשיעור הריבית שגבה הבנק בגין יתרות חובה חריגות. שערוך זה מבטא, לגישתו של בית־המשפט, "השבה ריאלית" של הכספים שהבנק החזיק בידיו שלא כדין[45]. יצוין, כי גישה זו מבוססת למעשה על הערכת התקבולים של הבנק ולא של הרווח שלו: שיעורי הריבית אותם הוא גובה מלקוחותיו אינם הרווח, שהרי לבנק עלות הכרוכה בצורך לגייס את האשראי, ולהפעיל את המנגנון באמצעותו הוא פועל[46].

---

42 זאת, מכיוון שריבית הפיגורים אינה משקפת רווח, אלא סנקציה על פיגור וכימות של הנזק שנגרם לבנק בגין פיגור זה. לפיכך נקבע, כי ריבית הפיגורים אינה בסיס נאות לחישוב רווח, שכן כנגדה קיים איחור בפירעון החוב, הגורם לבנק נזק כאמור.

43 ת.א. (י־ם) 278/90 בעניין ברנוביץ, הערה 28 לעיל, בעמ' 517.

44 בית־המשפט ציין אמנם, כי "חוק הריבית אינו מחייב את הלווה אלא את המלווה בלבד, ומטרתו היא להגן על הלווה" (שם, בעמ' 516-517), אם כי בהמשך הדברים, אין הוא נמנע מלייחס "אשם" גם ללווה, אולי בגין היותו "גוף כלכלי [חברת בנייה גדולה — א"ו ו-ב"מ], שהסכים במשא ומתן חופשי" לתנאי ההלוואה ולא אדם פרטי.

45 ת.א. (י־ם) בעניין לוי, הערה 30 לעיל.

46 זו היתה הגישה שננקטה בת.א. (י־ם) 278/90 בעניין ברנוביץ, הערה 28 לעיל, בעמ' 515. ראו גם **Westdeutsche Bank v. Islington** (1994) 1 W.L.R. 938, 954, שם נקבע, כי ערכה של טובת ההנאה הכלכלית שהפיק הבנק מהחזקה שלא כדין של כספו של לקוחו, שווה לעלות גיוס האשראי לבנק.

כפי שכבר הוזכר לעיל, במקרים המתאימים, עשוי בית־המשפט להורות על הפחתת השערוך של הסכום לו זכאי הלווה, ולזכותו בסכום הנמוך מן הנזק שנגרם לו. יסודה של גישה זו בתפיסה, כי זכותו של הלווה להשבה מקורה בשיקולים של מניעת התעשרות שלא כדין מצדו של המלווה[47]. על־פי הגישה שהתקבלה בפסיקה, זכותו של צד לחוזה לשערוך ערכם של סכומים ששילם (או לקבלת התשלום המובטח, כתנאי לאכיפת החוזה), תלויה בהתנהגותו: אם מדובר בלווה שהפר את החוזה, "הוראת האכיפה בשערוך אינה צריכה לתת לצד המפר תמורה ריאלית מלאה, אלא תמורה פחותה, כדי שלא יהא המפר נשכר"[48].

בהקשר הנדון כאן, אם זכותו של הלווה להשבה נובעת מחיובי יתר שלו בריבית פיגורים[49], הרי שהלווה הוא שהפר את חוזה ההלוואה. חיובו בריבית פיגורים — במישרין, או ביצירת יתרת חובה בחשבון השוטף — נובע מהפרת החוזה על־ידיו, ולכאורה לפחות, עשוי בית־המשפט לקחת עובדה זו בחשבון, בהעריכו את סכום השערוך לו זכאי הלווה, וזאת, כאמור, "כדי שלא יהא המפר נשכר". עם זאת, חשוב להדגיש שתי הסתייגויות לכך: הראשונה פורמלית והשנייה מהותית.

במישור הפורמלי, הגישה האמורה מתייחסת לתביעת השבה שיסודה עשיית עושר ולא במשפט. היא רלבנטית לכן למקרים בהם הלווה מבקש לשערך את סכום ההשבה בהתאם לרווח שהפיק המלווה. מאידך, אם עילת התביעה היא נזיקית — מכוח עוולה של הפרת חובה חקוקה או גזל — הצדקתה של "הענשת" הלווה בשערוך חלקי צריכה להתבסס על מקור אחר. אם מדובר בהפרה של חוק הריבית, ניתן לטעון, כי העובדה שהלווה היה צד להסכם ההלוואה, הופכת אותו לבעל "אשם תורם", המצדיק את הפחתת הפיצוי לו הוא זכאי.

אולם, ההסתייגות החשובה היא זו המהותית. "השיקול המכריע" בבסיסה של ההלכה לפיה מן הדין להורות על הפחתת סכום השערוך של סכום ההשבה לו זכאי מי שהפר חוזה, הוא "עשיית צדק לשני הצדדים"[50]. השיערוך החלקי מבוסס, במקרים רבים, לא רק על השאיפה "להעניש" את הצד המפר; השיערוך החלקי נובע גם מן ההערכה, כי הצד התמים, שלרשותו עמדו הכספים בתקופת הביניים,

---

47 ראו, בעניין קרוב — שיערוך ההשבה במקרה של חוזה שהופר או שיערוך התשלום כתנאי לאכיפה — ע"א 206/79 ריטברג נ' נסים, פ"ד לד(3) 314; ע"א 260/80 נוביץ' נ' ליבוביץ', פ"ד לו(1) 537, 548-553; ד' פרידמן, הערה 33 לעיל.

48 ע"א 260/80 בעניין נוביץ', הערה 47 לעיל, בעמ' 551.

49 ראו בעניין זה בעמ' 74 ואילך, ובעמ' 133 ואילך, לעיל.

50 ע"א 260/80 בעניין נוביץ', הערה 47 לעיל, בעמ' 551.

לא הצליח להפיק מן השימוש את הפירות הנחוצים למימון השערוך[51]. מאידך, בנסיבות הנדונות כאן, כאשר הצד ה"תמים" הוא הבנק, החשש האמור אינו רלבנטי. יכולתו של הבנק להפיק פירות מן הכספים שהיו ברשותו הנה ברורה מאליה ואינה טעונה הוכחה כלל.

הדברים הם בבחינת קל וחומר, לאור העובדה שבנסיבות הנדונות כאן, בשונה מאלה בהלכות שהוזכרו לעיל, הבנק אינו צד "תמים", כדוגמת הקונה בעסקת מכר שבה הפר המוכר את החוזה. הבנק הוא לפחות צד בעל אחריות שווה להפרת הוראות חוק הריבית, ובמקרה הטיפוסי, לאור חוסר השוויון ביחסי הכוחות בין הלווה לבין הבנק, הוא הנושא באחריות העיקרית להפרת החוק ולחיוב בהשבה.

בשולי הדברים ניתן להוסיף שיקול נוסף, שעניינו הרתעתי: במקרים רבים ניתן להניח, כי קיימת הסתברות גבוהה יחסית, שהפרת חוק הריבית — ממנה מפיק הבנק תועלת — לא תתגלה. במקרים רבים, הלווה כלל אינו מודע לעובדה שהוא מחויב בשיעורי ריבית מופרזים; במקרים אחרים, הוא חושש מפני כוחו הכלכלי של הבנק, ונמנע משום כך מלעמוד על זכויותיו. משכך הם פני הדברים, עשוי בית־המשפט להטיל על הבנק "פיצויים עונשיים", באמצעות שערוך סכום ההשבה, כדי להבטיח הרתעה נאותה מפני הפרת הוראות חוק הריבית[52].

---

51 בעניין זה ניטשה מחלוקת בין השופטים בע"א 206/79 בעניין ריטברג נ׳ נסים, הערה 47 לעיל, שם סברה השופטת בן־פורת, בדעת מיעוט, כי על המפר להוכיח, כי הצד השני, תם הלב, אכן השקיע את הכספים והצליח להפיק מהם פירות; ואילו דעת הרוב סברה, כי אין לדרוש הוכחה מדויקת, וכי העניין נתון להערכה ולשיקול של בית־המשפט. לתמיכה בעמדה זו ראו גם ע"א 260/80 בעניין נוביץ׳, הערה 47 לעיל, בעמ׳ 552. לגישה שונה ראו ד׳ פרידמן, הערה 33 לעיל, בעמ׳ 483.

52 לדיון בקשר בין פסיקת פיצויים עונשיים לבין שיקולי הרתעה, לאור ההסתברות הנמוכה של גילוי פעילותו הבלתי חוקית של הנתבע, ראו **BMW of North America Inc. v. Gore**, 646 So.2d. 619 (Ala. 1994) (בפרשה זו נפסקו פיצויים בסך 4,000 דולר בגין מכירת מכונית שנפגמה במהלך ההובלה, שופצה והוצגה לקונה כמכונית חדשה שלא עברה שיפרץ מעולם, ונוסף על כך 4 מיליון דולר פיצויים עונשיים, בשל הסתרת עובדת השיפרץ, שהתגלתה רק במקרה, על־ידי מומחה). פסיקה זו נהפכה בבית־המשפט העליון של ארצות הברית: **BMW of North America Inc. v. Gore**, 116 S. Ct. 1589 (1996).

מפתחות

א. מפתח חקיקה וחקיקת משנה

ב. מפתח פסיקה לפי שמות הצדדים

ג. מפתח פסיקה לפי הליכים

ד. מפתח פסיקה זרה

ה. מפתח עניינים

ו. מפתח ספרות משפטית וספרות כללית

א. מפתח חקיקה וחקיקת משנה

1. חקיקה ראשית

2. חקיקת משנה

ב. מפתח פסיקה לפי שמות הצדדים

1. פסקי־דין של בית־המשפט העליון

2. פסקי־דין של בתי־משפט מחוזיים ובתי־משפט שלום

ג. מפתח פסיקה לפי הליכים

1. פסקי-דין של בית-המשפט העליון

2. פסקי-דין של בתי-משפט מחוזיים

3. פסקי-דין של בתי משפט שלום

ד. פסיקה זרה

ה. מפתח עניינים

(ההפניה היא לעמודי הספר)

ו. מפתח ספרות משפטית וספרות כללית

1. *ספרות משפטית עברית*

מ׳ בייסקי, ״יחסי אמון בין בנק ללקוח״, ספר לנדוי (כרך ג, תשנ״ה) 1095 — 99

י׳ בהט, ״חיוב חשבון חובה ושאלת התחולה של חוק הריבית״ שערי משפט ב (תשנ״ט) 101 — 51, 85

ר׳ בן־אוליאל, דיני בנקאות (חלק כללי, תשנ״ו) — 56, 95, 98, 99, 119, 120, 121

ר׳ בן־אוליאל, ״כספת בבנק: תפיסה חדשה להגדת טיב העסקה ולקביעת מידת האחריות מצד הבנק״, הפרקליט לז (תשמ״ז) 76 — 99

א׳ בנבנשתי, ״תחולת המשפט המינהלי על גופים פרטיים״, משפט וממשל ב (תשנ״ד) 11 — 98

א׳ ברק, ״זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי״, ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (י׳ זמיר עורך, תשנ״ג) 162 — 101

א׳ ברק, פרשנות במשפט (כרך ג: פרשנות חוקתית, תשנ״ד) — 101

א׳ ברק, שיקול דעת שיפוטי (תשמ״ז) — 94, 100

א׳ ברק וע׳ פרידמן, כרטיסי חיוב — היבטים משפטיים ומעשיים של כרטיסי אשראי ובנק (תשנ״ז) — 103

ח׳ דגן, ״הזכות לפירות ההפרה: אנטומיה של חקיקה שיפוטית״, עיוני משפט כ (תשנ״ז) 601 — 72, 94, 157

ס׳ דויטש, ״יחסי בנק-לקוח — אספקטים חוזיים וצרכניים״ ספר זיכרון לגד טדסקי (תשנ״ו, י׳ אנגלרד, א׳ ברק, מ׳ ראבילו וג׳ שלו עורכים) 163 — 51

ר׳ הר־זהב, המשפט המינהלי הישראלי (תשנ״ז) — 54

א׳ הכהן וז׳ סורוצקין, ״בנקאות ללא ריבית והיתר עסקא במדינה יהודית ודמוקרטית — הלכה ואין מורין כן״ שערי משפט (תשנ״ט) 77 — 57

א׳ וינרוט, ״ההסתדרות הכללית וחובת המכרז״, המשפט (תשנ״ח) — 98

א׳ וינרוט, חברות ממשלתיות — תחולת המשפט המינהלי (1995) — 94, 100

א' וינרוט, ריבית (תשנ"ח) — 57

א' וינרוט וב' אדלשטיין, התניית שירות בשירות על־ידי תאגיד בנקאי (תשנ"ו) — 66, 74

י' ויסמן, חוק המשכון, תשכ"ז-1967 (תשל"ה) — 58

א' זמיר, פירוש והשלמה של חוזים (תשנ"ו) — 101, 124

י' זמיר, הסמכות המינהלית (כרך א, תשנ"ו) — 54

א' חביב־סגל, "זכויות בעלי שיעבודים בשיקום חברות", עיוני משפט טז (תשנ"א) 263 — 47

ג' טדסקי, "על הדין הדיספוזיטיבי", עיוני משפט טו (תש"ן) 5 — 72

ש' לרנר, שכירות נכסים (1990) — 58

מ' מאוטנר, ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (תשנ"ג) — 94, 140

א' פורת, "אחריותם של בנקים בגין רשלנות: התפתחויות אחרונות", ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב־תשנ"ג (א' רוזן־צבי עורך, תשנ"ד) 301 — 99

א' פורת, "דרכי תשלום", דיני חיובים — חלק כללי (ד' פרידמן עורך, תשנ"ב), 431 — 112

ד' פלפל, "סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973 והזיקה לדין הגרמני", הפרקליט לו (תשמ"ד) 53 — 94

א' פרוקצ'יה, דיני חברות חדשים לישראל (תשמ"ט) 431 — 47

א' פרוקצ'יה, "הצמדה, שערוך וריבית: עבר, הווה ועתיד", משפטים י (תש"ם) 262 — 149

א' פרוקצ'יה "זה חוזה? זה חפץ? זה חוק! תרומתה הקונסטרוקטיבית של הכלכלה לערפול מושגי היסוד במשפט", משפטים יח (תשמ"ט) 395 — 51, 63

ד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט (תשמ"ב) — 143, 158, 160, 161

ד' פרידמן, "שיערוך, פיצויים ושיקולי עשיית עושר ולא במשפט", הפרקליט לד (תשמ"א־תשמ"ב) 88 — 157

ד' פרידמן, תוספות לספר דיני עשיית עושר ולא במשפט (תשמ"ט) — 143

2. ספרות כללית עברית

א' אבניאון, לקסיקון לכלכלה (תש"ן) — 46

נ' גרוס, מבוא לכלכלה (תשנ"ד) — 19

א' הלפרין "צו הריבית — בעד קיום הצו", רבעון לבנקאות 30 (תשכ"ח) 60 — 51

ד' ויסברוד, "ריבית על חוב — תניית פיצוי מוסכם וחוק הריבית", רבעון לבנקאות לג (תשנ"ה) 96 — 134

ד' ויסברוד, "פסיקת בית־המשפט העליון וחישובי ריבית דריבית — מבחן הישימות", רבעון לבנקאות לב (תשנ"ד) 100 — 135

מ' חת, הבנקאות בישראל — חלק שני: מאפייני פעילות ולקחי משברים (1994) — 17, 98

מילון אבן שושן — 56

מילון איתאב למונחי בנקאות ומימון (תשנ"ד) 102 — 46

א' שפר, "צו הריבית (נגד קיום הצו)" רבעון לבנקאות 30 (תשכ"ח) 53 — 51

3. מקורות מן המשפט העברי

ב"צ אליאש, יסודות בדיני ריבית במשפט העברי (עבודה לקבלת התואר דוקטור, האוניברסיטה העברית, תשל"ז) — 57

בבא מציעא, דף ס עמ' ב — 18

ק' זילברמן, מילון שימושי לתלמוד, למדרש ולתרגום — 56

רמב"ם, הלכות מלווה ולווה — 62, 73

רש"י, על ספר שמות פרק כב פסוק כד — 18

שולחן ערוך יורה דעה — 62, 73

שמות, כב, כד — 18

תשובות הרמב"ם, סימן קפט — 73

4. פסיקה זרה

R. K. Baldwin, "Prepayment Penalties: A Survey and Suggestion", 40 **Vand. L. R.** (1987) 409 — 110

M. Cohen, **Law and Social Order** (1933) — 101

M. Cohen "The basis of contract", 46 **Harvard Law Review** (1933) 553 — 101

Hanoch Dagan, Unjust Enrichment: **A Study of Private Law and Public Values** (1997) — 157

Good Faith and Fault in Contract Law (**Jack Beaston and Daniel Friedmann eds.**, 1995) — 94

A. L. Feld and S. G. Marks, "Legal Differences without Economic Distinction", 77 **Boston U. L. R.** (1997) 405 — 110

Daniel Friedmann, "Restitution of Benefits Obtained through the Appropriation of Property or the Commission of a Wrong", 80 **Columbia Law Review** (1980) 504 — 158

James T. Lindley et al, "Racial Discrimination in the Provision of Financial Services", 74 **American Economic Review** (1984) 735 — 116

F. A. Mann, **The Legal Aspect of Money** (1992) — 34

J. R. Paget, **Law of Banking** (10th. ed., 1989) — 134

Edgar Salin, "Usury", **Encyclopaedia of Social Sciences**, Vol 15 — 52

L. S. Sealy, "Fiduciary Relationships", **Cambridge Law Journal** (1962) 69 — 100

L. S. Sealy, "Some Principles of Fiduciary Obligation", **Cambridge Law Journal** (1963) — 100