

אסדרת החוזה הבנקאי – מחקר אמפירי והשלכות נורמטיביות

משה גלברד ויהודה אדר*

בבסיס ההתקשרות שבין הבנקים לבין לקוחותיהם עומדים החוזים הבנקאיים האחידים. לצד יתרונותיהם של החוזים הללו, בעיקר בכך שהם מפחיתים את עלויות העסקה, קיים חשש מפני האפשרות שחוזים אחידים בנקאיים יכללו בתוכם תנאים מקפחים. חשש זה גדול במיוחד בסקטור הפיננסי, בשל מבנה השוק, פערי מידע ומומחיות והיעדר ייצוג משפטי ללקוחות בעת כריתת החוזה. על רקע זה הובאו בעבר החוזים הבנקאיים העיקריים לבחינתו של בית הדין לחוזים אחידים, ולאחר מכן, במסגרת ערעורים שהוגשו, נבחנו חלק מהתניות החוזיות גם בבית המשפט העליון. מטרת המחקר הייתה לבחון את האפקטיביות של מנגנון הפיקוח השיפוטי על תוכנם של חוזים בנקאיים, בחלוף כשני עשורים מהמועד שבו ניתנו ההחלטות השיפוטיות. בהזדמנות זו נבחנה גם מידת ההפנמה, במסגרת החוזים הבנקאיים, של שני תיקוני חקיקה שנעשו בחוק החוזים האחידים במועד מאוחר למועד שבו ניתנו פסקי הדין. במסגרת בדיקה אמפירית נבחנו שני סוגי חוזים בנקאיים: חוזי הלוואה לדיור וחוזי פתיחת חשבון. הבדיקה התייחסה לאחד עשר בנקים הפועלים בישראל, ובכל אחד מסוגי החוזים נבחנו שמונה תניות: שש תניות שלגביהן ניתנו הנחיות שינוי על ידי בית הדין או בית המשפט העליון ושתי תניות שנוגעות לתיקוני החקיקה המאוחרים בזמן. ממצאי המחקר האמפירי העלו כי קיימת רמת ציות גבוהה למדי של הבנקים להנחיות השיפוטיות וגם לתיקוני החקיקה. יחד עם זאת, הסתבר כי במהלך השנים חלה שחיקה מסוימת ביישום ההנחיות השיפוטיות, וחלק מהתניות שנבדקו התגלו כמפירות את הוראות הפסיקה או החקיקה. בחוזי הלוואה לדיור, מתוך כלל התניות שנבדקו, נמצאו 14 תניות מפירות, ואילו בחוזי פתיחת חשבון נמצאו 13 תניות מפירות. בנוסף, התגלה ממצא שלפיו בחלקים

* פרופ' משה גלברד, המכללה האקדמית נתניה, בית הספר למשפטים: moshe@netanya.ac.il; ד"ר יהודה אדר, אוניברסיטת חיפה, הפקולטה למשפטים yadar@law.haifa.ac.il. אנו מבקשים להודות למרכז חת לחקר התחרות והרגולציה על מענק המחקר שניתן לעריכתו של מחקר זה. אנו מבקשים להודות למשתתפי יום העיון בנושא רגולציה פיננסית, שהתקיים בקמפוס המכללה למינהל בתאריך 29.5.2022, על הערות חשובות, ובפרט נתונה תודתנו לפרופ' עלי בוקשפן מאוניברסיטת רייכמן, ששימש כמגיב לטיוטת המאמר, על תוכנות חשובות ומאירות עיניים. אנו מודים למערכת כתב העת "מחקרי רגולציה" ולקורא החיצוני על הערותיהם החשובות. תודה מיוחדת שלוחה לעוזרי המחקר גב' דנה גולדשטיין ומר הראל פינטו על עזרתם המסורה. למותר לציין כי כל טעות במאמר היא באחריותם הבלעדית של המחברים.

שנוספו לחוזים הבנקאיים בעקבות חידושים טכנולוגיים (תניות שלא נבחנו בשעתו בבית הדין) קיים חשש לשימוש נרחב למדי בתניות מקפחות. בחלקו השני של המחקר אנו מציעים להחליף את מנגנון הפיקוח השיפוטי, שהוא מנגנון איטי ויקר ולפיכך גם כזה שהופעל באופן חרפעני, במנגנון פיקוח מנהלי. אנו סבורים כי מנגנון כזה יהיה יעיל וזול יותר ולכן גם כזה שיוכל לפעול לניטור חוזר (אחת לתקופה, או בעת חידוש גרסה) של החוזים הבנקאיים. בחלק זה של המאמר אנו עומדים על המחיר החברתי הבלתי רצוי של קיפוח בחוזים בנקאיים ועל עדיפותו של מנגנון פיקוח מנהלי על פני השיטות האחרות הקיימות בניסיון להתמודד עם תופעת התנאים המקפחים. לאחר סקירת יתרונותיו של מנגנון הפיקוח המנהלי, אנו מציעים קווים מנחים ראשוניים להפעלתו של המנגנון המוצע.

א. מבוא. ב. בחינה אמפירית; 1. חוזי הלוואה לדירור. 2. חוזי פתיחת חשבון. 3. תניות שנבדקו בחוזי הלוואה לדירור. 4. תניות שנבדקו בחוזי פתיחת חשבון. 5. ממצאים ביחס לחוזי הלוואה לדירור. 6. ממצאים ביחס לחוזי פתיחת חשבון. **ג. מסקנות מן הממצאים האמפיריים. ד. בחינה ביקורתית: מנגנון פיקוח מינהלי על חוזים בנקאיים אחידים;** 1. כללי. 2. המחיר החברתי של תנאים מקפחים בחוזים בנקאיים. 3. עדיפות הפיקוח המנהלי על פני השיטות הקיימות. 4. המנגנון המנהלי המוצע; **ה. סיכום.**

א. מבוא

דומה שאין צורך להכביר מילים על אודות חשיבותם של השירותים הפיננסיים הניתנים לציבור בידי הבנקים. מדובר בשירותים חיוניים שכמעט כל אדם נזקק להם.¹ בבסיס ההתקשרות שבין הבנקים לבין לקוחותיהם למתן שירותים פיננסיים עומדים החוזים הבנקאיים האחידים.

1 באחד מפסקי הדין נכתב: "...חשבון העו"ש הוא החשבון המרכזי במערכת הבנקאות. באמצעות חשבון זה מקבלים רוב השכירים במשק את שכרם, ולמעשה הציבור בישראל, רובו ככולו, נזקק לחשבון זה לצורך הניהול היום יומי של פעולותיו הכספיות... לחוזה המסדיר את יחסי הבנק עם לקוחותיו בנוגע לחשבון זה נודעת אפוא חשיבות רבה, לציבור בכלל ולמערכת הבנקאית בפרט... מדובר במצרך חיוני שכמעט כל פרט בחברה המודרנית חייב להיזקק לו לשם הניהול השוטף והיום יומי של חייו..." ראו ע"ש (מחוזי י-ם) 195/97 **היועץ המשפטי לממשלה נ' בנק לאומי** (נבו 10.6.2004). בפסק דין אחר נקבע כי: "...מעטים הם האנשים אשר אינם נזקקים בצומת זו אחרת של חייהם להלוואה מבנק. זוג צעיר המבקש לרכוש לעצמו דירה, סוחר המעוניין לפתוח בית עסק, יבואן המבקש להזמין משלוח של סחורה מחו"ל, משקיע החפץ לרכוש שליטה בחברה הנסחרת בבורסה – כל אלה, כמו גם רבים אחרים, נדרשים לאשראי בנקאי..." ראו ח"א (י-ם) 8002/02 **המפקח על הבנקים נ' הבנק הבינלאומי הראשון** (נבו 5.5.2009).

לצד היתרונות הידועים הגלומים בחוזים אחידים – בעיקר בהפחתת עלויות העסקה² – הספרות המחקרית בתחום החוזים האחידים עסקה בהרחבה במאפיינים המיוחדים של חוזים אלה ובכשלי השוק שבעטיים חוזים אחידים מכילים במקרים רבים גם תנאים מקפחים.³ החשש מפני קיפוח מתעצם בתחום החוזים הבנקאיים, בין היתר בשל המאפיינים המיוחדים של חוזים אלה: ראשית, השירותים הפיננסיים הניתנים על ידי הבנקים בכלל, וחוזי ניהול חשבונות עו"ש ונטילת הלוואות בפרט, מהווים, כאמור, שירותים חיוניים שרכים נזקקים להם. שנית, החוזים הבנקאיים מתאפיינים בכך שהם ארוכים ומורכבים ותניות רבות בהם מנוסחות בשפה מקצועית מסובכת וקשה להבנה.⁴ שלישי, הסקטור הבנקאי מתאפיין ברמה גבוהה מאוד של מקצוענות, באופן שקיימים פערי ידע ומומחיות משמעותיים במיוחד בין הצדדים לחוזה. רביעית, בסקטור הבנקאי הלקוחות לרוב אינם נעזרים בסיוע משפטי מקצועי (עורכי דין) לצורך בדיקת החוזה, אין מתקיים משא ומתן בין הלקוח לבין הבנק על תנאי החוזה, וככלל לא נערכים שינויים והתאמות בטופס החוזה.⁵

- 2 ראו, לדוגמה: Richard Craswell, *Passing on the Costs of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships*, 43 STAN. L. REV. 361 (1991) ראו גם Richard A. Posner & Andrew M. Rosenfield, *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis*, 6 J. LEGAL STUD. 83, 89 (1977) ("The form contract economizes on the costs of contract negotiation by providing a set of terms to govern in the absence of explicit negotiations").
- 3 הספרות המשפטית בנושא זה היא רבה מאוד והיא מתייחסת, בין היתר, לבעיות של פערי מומחיות ופערי ידע בין ספקים לבין לקוחות, בעיות הנובעות מהטיות קוגניטיביות של לקוחות, קשיים בעיבוד מידע ועוד. ראו, לדוגמה: Tess Wilkinson-Ryan, *A Psychological Account of Consent to Fine Print*, 99 IOWA L. REV. 1745 (2014) Shmuel I. Becher, *Asymmetric Information in Consumer Contracts: The Challenge That Is Yet to Be Met*, 45 AM. BUS. L.J. 723, 733–35 (2008) Korobkin, *Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability*, 70 U. CHI. L. REV. 1203, 1238–39 (2003) בצרכנים ובזכויותיהם ראו באופן כללי: MARGARET JANE RADIN, *BOILERPLATE: THE FINE PRINT, VANISHING RIGHTS, AND THE RULE OF LAW* (2013).
- 4 ראו לאחרונה: רות פלאטו-שנער וסול אזואלוס-אטיאס "פישוט האינטראקציה בין בנקים ללקוחותיהם – לקראת מודרניזציה של לשון החוזה הבנקאי האחיד" *משפטים* נא 713 (2021). לקובץ pdf מקוון של המאמר: <https://bit.ly/3MUZRx3>.
- 5 מאפיין נוסף הוא מידת התחרות המוגבלת שמתקיימת בשוק השירותים הבנקאיים. כבר בשנת 2007 קבעה ועדת החקירה הפרלמנטרית לעניין עמלות הבנקים כי שוקי הבנקאות בעולם מתאפיינים בתחרות אוליגופוליסטית, וזאת בשל מחסומי כניסה רגולטוריים ומבניים. עוד נקבע, כי רמת התחרותיות בישראל נמוכה בהשוואה למדינות המפותחות בשני מדדים: רמת ריכוזיות גבוהה, המתורגמת לשוק לא תחרותי אשר מאפשר לבנקים לנצל את כוח השוק שלהם כדי לגבות מחירים גבוהים מהמחירים בשוק תחרותי יותר, וכך, שהאיום התחרותי על הבנקים בישראל אינו גבוה בהשוואה למדינות המפותחות. מאפייני שוק אלה ככל הנראה לא השתנו באופן ניכר במהלך השנים שמאז. לכתובה עיתונאית בנושא זה ראו, לדוגמה: רחלי בינדמן "מהו המהלך שנייב תחרות בבנקים?" *כלכליסט* (2.7.2018) <https://bit.ly/3oxPSmX> וכן: ג'ניה וולניסקי "לא הרבה השתנה בשנים האחרונות: רוב האשראי עדיין מרוכז בידי הבנקים" *TheMarker* (16.8.2021). <https://bit.ly/3KVnrHm>

בהינתן המאפיינים הללו ובשל החשש מפני ניצול לרעה של כוחם העודף של הבנקים, קיימים ביחס לחוזים הבנקאיים מנגנוני אסדרה ופיקוח מגוונים: חקיקה ראשית, חקיקת משנה, פיקוח מנהלי (הוראות המפקח על הבנקים) ופיקוח שיפוטי.⁶ יחד עם זאת, החקיקה וההוראות הרגולטוריות אינן מכסות את כלל הנושאים שנכללים במסגרת החוזים הבנקאיים.⁷ קיים חשש, לפיכך, כי למרות קיומם של מנגנוני אסדרה ופיקוח, בנושאים השונים שנכללים בחוזים הבנקאיים ואינם מוסדרים בחקיקה או בהוראות ניהול בנקאי תקין עלולים תנאי החוזה לקפח את הלקוחות. על רקע זה, בסוף שנות ה-90 של המאה הקודמת ובתחילתה של המאה הנוכחית הועמדו כמה סוגים של חוזים בנקאיים לבחינתו של בית הדין לחוזים אחרים: (א) בשנת 1997 הוגשה על ידי היועץ המשפטי לממשלה בקשה לביטול ו/או שינוי של תנאים מקפחים בחוזה לפתיחת חשבון עו"ש של בנק לאומי לישראל בע"מ. פסק דינו של בית

יחד עם זאת, ראוי לציין כי מחקרים מצביעים על כך שלא קיים מתאם הכרחי בין מידת התחרות בשוק נתון לבין איכות התנאים החוזיים שבאותו שוק. ראו, לדוגמה: Florencia Marotta-Wurgler, *One-Sided Competition in Competitive Consumer Markets and the Quality of Standard Form Contracts: The Case of Software License Agreements*, 5 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 447 (2008).

6 ראו בהרחבה: יובל אזני דיני בנקאות – רגולציה בנקאית בישראל (2018). הדין בתופעה הכללית של הכללת תניות מקפחות ותניות שנוגדות הוראות חוק קוגנטיות בחוזים אחרים ובדרכים להתמודד עם תופעה זו חורג מתחומי המוגבלים של מאמר זה. נציין בקצרה כי למרות שחוק החוזים האחרים שולל את תוקפן של תניות מקפחות, אין בו איסור על הכללת בחוזה האחד ואין בו סנקציה מעבר לביטול או שינוי של התניה המקפחת במידה הנדרשת להסרת הקיפוח (ס' 17(א) ו-19(א) לחוק החוזים האחרים, התשמ"ג-1982). מבחינת הספק, אם התוצאה היחידה של הכללת תניה מקפחת בחוזה היא האפשרות שתניה כזו לא תיאכף, הרי שלכאורה כדאי לו לכלול בחוזה תניות מקפחות. נבחר: ראשית, פעמים רבות התניה כלל לא תגיע לשלב של בחינה שיפוטית, הן מפני שהלקוחות אינם קוראים חוזים אחרים, הן מפני שאף אם יקראו את החוזה הם עשויים להניח שהתניה תקפה ומחייבת ולכן להשלים עם קיומה והן מפני שאף אם יניחו שניתן לערער על תוקפה המחייב של התניה, הם עשויים להימנע מכך בשל עלויות ההתדיינות. שנית, גם אם התניה תבוטל בידי בית המשפט, הרי שבכל מקרה מצבו של הספק לא יהיה גרוע יותר מאשר זה שבו היה אילו לא כלל את התניה המקפחת בחוזה מלכתחילה. לאור זאת, לספקים אין למעשה מה להפסיד כתוצאה מהכללת תניות מקפחות בחוזיהם. המסקנה המתבקשת היא שלצד קביעת בטלותן של תניות מקפחות, יש צורך בסנקציות משמעותיות שעשויות להרתיע ספקים מפני הכללת תניות כאלה בחוזיהם האחרים. השאלה הכללית באילו נסיבות מוצדק להתערב בתנאים של חוזים אחרים, מהן דרכי ההתערבות המתאימות בכל מקרה (חקיקה קוגנטית, התערבות בניסוח החוזה באופן שיחייב את הספקים להעמיד את הלקוחות על זכויותיהם, מתוך הנחה שפעמים רבות הלקוחות כלל אינם מודעים להסדרים החוקיים שנועדו להגן עליהם), אף היא חורגת מגבולותיו של המחקר הנוכחי. לדין נרחב בסוגיות אלה ראו Meirav Furth-Matzkin, *On the Unexpected Use of Unenforceable Contract Terms: Evidence from the Residential Rental Market*, 9 J. LEGAL ANAL. 1 (2017); Meirav Furth-Matzkin, *The Adverse Effects of Unenforceable Contract Terms: Experimental Evidence*, 70 ALA. L. REV. 1031 (2019). ראו גם איל זמיר, חגי יעקובי ואורי כץ "כללים קוגנטיים בדיני חוזים: תיאוריה, דין וממצאים אמפיריים" מאמרים לכבוד השופט אליעזר ריבלין (2021) <https://bit.ly/3N754Se>.

7 ראו ביתר הרחבה: משה גלברד "גבולות הפיקוח השיפוטי על חוזים בנקאיים אחרים" רבעון לבנקאות 34 (2012). ראו גם סיני דויטש "הגנת הצרכן הבנקאי: מכוח חוק או מכוח קודים אחרים – מה עדיף?" הפרקליט 241 (2003).

הדין לחוזים אחידים ניתן בשנת 2004.⁸ ביחס לחלקים מפסק הדין הוגש על ידי הבנק ערעור לבית המשפט העליון, ופסק דינו של בית המשפט העליון ניתן בשנת 2010.⁹

(ב) בראשית שנת 2002 הגיש המפקח על הבנקים בקשה לביטול תנאים מקפחים בחוזה הלוואה לדיוור מובטחת במשכנתה של הבנק הבינלאומי הראשון. פסק דינו של בית הדין לחוזים אחידים ניתן בשנת 2009.¹⁰ על חלקים מפסק הדין הוגש ערעור לבית המשפט העליון, ופסק דינו של בית המשפט העליון ניתן בשנת 2012.¹¹

(ג) בשנת 2001 הגיש המפקח על הבנקים בקשה לביטול תנאים מקפחים בחוזה למתן שירותים בנקאיים באמצעות רשת האינטרנט והטלפון הסלולרי של בנק הפועלים בע"מ. פסק דינו של בית הדין לחוזים אחידים ניתן בשנת 2006.¹²

(ד) בשנת 2002 הגיש המפקח על הבנקים בקשה לביטול תנאים מקפחים בנוסח הערבות הבנקאית שניתנה בשעתו לטובת רוכשי דירות על פי חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה-1974 על ידי בנק טפחות.¹³

למעלה משני עשורים לאחר שהוגשו לבית הדין לחוזים אחידים הבקשות לביטול או לשינויים של תנאים מקפחים בחוזים הבנקאיים הללו, ביקשנו במסגרת המחקר הנוכחי לבחון באופן אמפירי מהי מידת האפקטיביות של ההחלטות השיפוטיות של בית הדין ובית המשפט העליון בחלוף השנים ובאיזו מידה נדרשת מעת לעת בחינה מחודשת של החוזים הבנקאיים בשל שינויים בחקיקה, כתוצאה משינויים בשוק או בעקבות חידושים טכנולוגיים. השערת המחקר הייתה שמנגנון הפיקוח על תוכנם של חוזים בנקאיים באמצעות המערכת השיפוטית (דהיינו – באמצעות המנגנון של בית הדין לחוזים אחידים, לרבות הליך הערעור לבית המשפט העליון) אינו יעיל דיו, בעיקר בשל היותו איטי ומסורבל וכן בשל היעדר מומחיות ספציפית בתחום השירותים הפיננסיים. הצבענו על כך שביחס לחוזה לפתיחת חשבון עו"ש חלפו כ-13 שנים ממועד הגשת הבקשה לבית הדין ועד לתום ההליך בבית המשפט

8 עניין **בנק לאומי**, לעיל ה"ש 1. למעשה, כבר בשנת 1987 הגיש הבנק בקשה לאישור חוזה העו"ש האחיד בבית הדין לחוזים אחידים בעקבות דרישה של היועץ המשפטי לממשלה. מאוחר יותר משך הבנק את הבקשה, ובשנת 1997 הגיש היועמ"ש את הבקשה מטעמו. ראו Eyal Zamir & Tal Mendelson, *Three Modes of Regulating Price Terms in Standard-Form Contracts: The Israeli Experience*, in CONTROL OF PRICE RELATED TERMS IN STANDARD FORM CONTRACTS 429 (Yeşim M. Atamer & Pascal Pichonnaz eds., 2019).

9 ע"א 6916/04 **בנק לאומי נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו 18.2.2010).

10 עניין **הבנק הבינלאומי הראשון**, לעיל ה"ש 1.

11 ע"א 232/10 **הבנק הבינלאומי הראשון נ' המפקח על הבנקים** (נבו 19.9.2012).

12 ח"א (י-ם) 8010/02 **המפקח על הבנקים נ' בנק הפועלים בע"מ** (נבו 9.2.2006).

13 להודעות בעיתונות הכלכלית על הגשת הבקשה ראו: "המפקח על הבנקים הגיש לביהמ"ש בקשה לביטול או לשינוי תנאים מקפחים בחוזה טפחות" **גלובס** (25.12.2002) <https://bit.ly/43fnwgu>.
 וכן: ליאור כגן "יצחק טל לביה"ד לחוזים: "בנק טפחות מקשה על רוכשי דירות במימוש הערבות הבנקאית – יש לבטל החוזה הקיים" **TheMarker** (25.12.2002) <https://bit.ly/3MtlFxF>.
 באתר בנק ישראל ניתן למצוא דיווח על הבקשה וקישור שאינו פעיל להסכמות שאליהן הגיעו הצדדים. ראו "הסרת תנאים מקפחים בערבות שמוציא בנק מזרחי-טפחות לרוכשי דירות בעקבות פסק דין בבקשה שהגיש המפקח על הבנקים לבית הדין לחוזים אחידים" **בנק ישראל** (29.3.2012) <https://bit.ly/3MOc8CP>.

העליון, ואילו בחוזה ההלוואה לדיור חלפו כ-10 שנים ממועד הגשת הבקשה ועד לפסק דינו של בית המשפט העליון. התמשכות ההליכים משמעה גם עלויות גבוהות. בשל הפרוצדורה האיטית והיקרה, הליך הבחינה אינו חוזר על עצמו מדי תקופה, אלא נערך באופן חד-פעמי. בשל המאפיינים הללו של מנגנון הפיקוח השיפוטי, שיערנו כי בחלוף השנים הולכת ופוחתת האפקטיביות של החלטות בית הדין: שינויים מאוחרים שהוכנסו במהלך הזמן לחוזים הללו לא נבחנו על ידי בית הדין. נוסף על כך, קיימים תיקוני חקיקה שנחקקו לאחר המועד שבו ניתנו פסקי הדין, וראוי לבחון האם תיקוני חקיקה אלה מיושמים בגרסאות עדכניות של החוזים הבנקאיים. עוד שיערנו כי שינויים בשוק או שינויים טכנולוגיים עשויים אף הם להשפיע על תוכנם של החוזים הבנקאיים, מבלי שהייתה לבית הדין או לבית המשפט הזדמנות לבחון את התניות החדשות שנוספו לחוזים הבנקאיים במהדורות עדכניות. כמו כן, שיערנו כי בעוד הבנקים מקיימים כנראה באופן ראוי את ההחלטה השיפוטית ביחס לסוג החוזה הספציפי שנבחן, הם אינם רואים את עצמם בהכרח מחויבים ליישם אותה בחוזים מסוגים אחרים, גם אם הללו דנים בסוגיה החופפת מבחינה מהותית את זו שבחוזה שנבדק.¹⁴ סברנו כי אם המחקר האמפירי יאשש את השערותינו, הרי שיש מקום להציע מנגנון פיקוח חלופי אשר מבוסס על בחינה מנהלית תקופתית של החוזים הבנקאיים העיקריים. מנגנון מנהלי כזה יכול להתקיים כנדבך נוסף במסגרת הקיימת של הפיקוח על הבנקים.

ב. בחינה אמפירית

כאמור, החלק האמפירי של המחקר נועד לבחון את ההשערה בדבר יעילותו המוגבלת של פיקוח שיפוטי על תוכנם של חוזים בנקאיים באמצעות מנגנון בית הדין לחוזים אחרים. להלן נתאר בתמצית את עיקרי הממצאים.

בשל ריבוי סוגי החוזים הבנקאיים ובשל ההיקף הגדול שלהם, מבחינת אורכם וכמות התניות שנכללות בהם, סברנו שיש מקום להתמקד בשני סוגי החוזים הבנקאיים העיקריים שנבחנו בבית הדין ובבית המשפט העליון: חוזה הלוואה לדיור וחוזה לפתיחה וניהול של חשבון עו"ש (חוזה שמכונה לעיתים גם בשם "תנאים כלליים"). יצוין כי ביחס לשני סוגי

14 לדוגמה, תניות שנבחנו על ידי בית הדין ובית המשפט העליון במסגרת בחינתו של חוזה ההלוואה קיימות גם בסוגי חוזים בנקאיים אחרים שיש בהם הסדרי אשראי. הנחנו שבחוזים האחרים הללו הבנקים לא יראו את עצמם בהכרח מחויבים לקביעות השיפוטיות שהתייחסו לחוזה ההלוואה. בהקשר זה יצוין עוד, שבמסגרת תיקון מס' 5 לחוק החוזים האחרים, שהתקבל בכנסת בחודש דצמבר 2014, נקבע בסעיף 18(א)(1) לחוק כי: "... ביטל בית הדין תנאי או שינה אותו... יראו את התנאי האמור כבטל או שהתנאי האמור יחול בנוסחו כפי ששונה, לפי העניין (1) בכל חוזה אחיד אחר של אותו ספק שבית הדין קבע לגביו כי הוא דומה במהותו לחוזה האחד שלגביו ניתנה החלטת בית הדין". הוראה זו היא מאוחרת בזמן לפסקי הדין שניתנו בבית הדין לחוזים אחרים ביחס לחוזים הבנקאיים השונים ולפיכך אינה חלה עליהם באופן פורמלי. השערותנו הייתה שהבנקים אינם מיישמים הוראה זו באופן וולונטרי – לפחות לא באופן מלא – ביחס להחלטות בית הדין האמורות.

החוזים הללו, המפקח על הבנקים פרסם הנחיה שכותרתה "תיקון חוזים בנקאיים בהתאם לפסיקת בית הדין לחוזים אחידים ובית המשפט העליון", שבה הונחו כלל הבנקים ליישם את פסיקת בית הדין לחוזים אחידים ובית המשפט העליון ולתקן את החוזים האחידים בנושא ניהול חשבונות עו"ש וחווה הלוואה לדיור. בהנחיה נכתב, בין היתר: "... לפסקי הדין הנזכרים לעיל השלכה הן על סעיפים דומים בחוזה העובר ושב וחוזי ההלוואה לדיור כאמור, והן על חוזים נוספים המשמשים במערכת הבנקאית. לאור האמור הנכם מתבקשים לסרוק את כל החוזים הנוהגים במוסדכם ולתקן את הדרוש תיקון בכל החוזים הנוספים בהם קיימים סעיפים דומים לאלו שנדונו בפסקי הדין".

סקרנו לפיכך את שני סוגי החוזים הללו ב-11 תאגידים בנקאיים הפועלים בישראל (לא כולל תאגידים בנקאיים זרים). נסקרו המהדורות האחרונות כפי שהן מופיעות באתרי האינטרנט של הבנקים בהתאם לפירוט הבא:

1. חוזי הלוואה לדיור

בנק איגוד לישראל בע"מ;¹⁵ בנק דיסקונט לישראל בע"מ;¹⁶ הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ;¹⁷ בנק הפועלים בע"מ (2 חלקים);¹⁸ בנק יהב לעובדי המדינה בע"מ (חוזה הלוואה לדיור נעשה באמצעות בנק מזרחי טפחות);¹⁹ בנק ירושלים בע"מ;²⁰ בנק לאומי לישראל בע"מ (תנאים כלליים לחוזה הלוואה + חוזה שקלי);²¹ בנק מזרחי טפחות בע"מ;²² בנק מסד בע"מ (חוזה הלוואה זהה לבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ);²³ בנק מרכנתיל דיסקונט בע"מ (חוזה הלוואה זהה לבנק דיסקונט לישראל בע"מ);²⁴ הבנק הדיגיטלי הראשון בע"מ.²⁵

15	בחודש ינואר 2023 הושלם תהליך המיזוג של בנק אגוד עם בנק מזרחי טפחות, רישיון הבנק הוחזר לבנק ישראל ואתר האינטרנט הנפרד של הבנק נסגר. הנתונים במאמר מתייחסים למועד עריכתו של המחקר.
16	https://bit.ly/41LGavw
17	https://bit.ly/3Lg90yU
18	https://bit.ly/43OX7XP ; https://bit.ly/41s4rqU
19	להלן ה"ש 22.
20	https://bit.ly/42ZJ15b
21	https://bit.ly/3q0IKR5 ; https://bit.ly/3olVa5l
22	https://bit.ly/3Ot59AF
23	לעיל ה"ש 17.
24	לעיל ה"ש 16.
25	https://bit.ly/3OxyA4G

2. חוזי פתיחת חשבון

בנק איגוד לישראל בע"מ;²⁶ בנק דיסקונט לישראל בע"מ;²⁷ הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ;²⁸ בנק הפועלים בע"מ;²⁹ בנק יהב לעובדי המדינה בע"מ;³⁰ בנק ירושלים בע"מ;³¹ בנק לאומי לישראל בע"מ;³² בנק מזרחי טפחות בע"מ;³³ בנק מסד בע"מ: (חוזה זהה לבנק הבינלאומי);³⁴ בנק מרכנתיל דיסקונט בע"מ (חוזה זהה לבנק דיסקונט);³⁵ הבנק הדיגיטלי הראשון בע"מ.³⁶

ביחס לכל אחד משני סוגי החוזים הללו נבחרו מספר תניות עיקריות שבוטלו או ששוננו בפסקי הדין של בית הדין לחוזים אחידים ובערעורים בבית המשפט העליון, ונבדק האם ההחלטות השיפוטיות מיושמות במהדורות המעודכנות של חוזי הבנקים השונים. בנוסף, הבדיקה האמפירית בחנה באיזו מידה מיושמות בחוזים הללו חזקות קיפוח שבסעיפים (11)4 ר(12)4 לחוק החוזים האחידים. סעיף 4(11) לחוק קובע חזקת קיפוח לגבי "תנאי הקובע הצמדה של מחיר או תשלום אחר, לפי החוזה, למדד כלשהו, כך שירידה של המדד או עלייה שלו לא תזכה את הלקוח",³⁷ ואילו סעיף 4(12) קובע חזקת קיפוח לגבי "תנאי שלפיו נדרש הלקוח לאשר או להצהיר כי קרא את החוזה, או תנאי שבו הלקוח מצהיר על מעשה שעשה, על מודעותו לעניין מסוים, או על עובדה שמתקיימת בעניינו, או מאשר אותו, והכול למעט מידע שהלקוח מסר לספק בחוזה". הסיבה לכך שבחרנו בשתי החזקות הללו היא בשל העובדה שהן הוספו לחוק בשני תיקונים שהיו מאוחרים בזמן לפסיקת בית הדין ובית המשפט העליון.³⁸

- 26 בחודש ינואר 2023 הושלם תהליך המיזוג של בנק אגוד עם בנק מזרחי טפחות, רישיון הבנק הוחזר לבנק ישראל ואתר האינטרנט הנפרד של הבנק נסגר. הנתונים במאמר מתייחסים למועד עריכתו של המחקר.
- 27 <https://bit.ly/3BL0nXw>
- 28 <https://bit.ly/3q8Sdpa>
- 29 <https://bit.ly/45mFqQg>
- 30 <https://bit.ly/3Wt4IOF>
- 31 <https://bit.ly/3ovZK0S>
- 32 <https://bit.ly/3WuD26a>
- 33 <https://bit.ly/42Yq4jc>
- 34 לעיל ה"ש 28.
- 35 לעיל ה"ש 27.
- 36 <https://bit.ly/45mxfTY>
- 37 לדיון בחזקת הקיפוח ראו: שמואל בכר ומשה גלברד "מנגנון הצמדה א-סימטרי כתנאי מקפח? בעקבות תיקון מס' 4 לחוק החוזים האחידים" **חוקים בקצרה** (גיליון 5, 2013) <https://bit.ly/41U4v1X>
- 38 חזקת הקיפוח שבס' (11)4 נוספה לחוק בשנת 2012 במסגרת תיקון מס' 4 (ס"ח תשע"ב 482), ואילו חזקת הקיפוח שבס' (12)4 נוספה לחוק בשנת 2014 במסגרת תיקון מס' 5 (ס"ח תשע"ה 109). נקודה נוספת שמחייבת הבהרה היא זו: בהתאם לחוק החוזים האחידים, העובדה שתניה כלשהי נופלת בגדר אחת מחזקות הקיפוח עדיין אינה מחייבת את המסקנה שהיא מקפחת. מדובר, כאמור, רק בחזקה הניתנת לסתירה. הספק (הבנק) יכול לנסות להוכיח כי התניה אינה מקפחת...בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות" (ס' 3 לחוק. ראו גם רע"א 5860/16

להלן פירוט התניות שנבחנו ביחס לכל אחד משני סוגי החוזים:

1. תניות שנבדקו בחוזה הלוואה לדיור

(1) **ההתייחסות בחוזה הלוואה לנוסחו של שטר המשכנתה העתידי:** בחוזה הלוואה של הבנק הבינלאומי הראשון שהובא לבחינתם של בית הדין לחוזים אחידים³⁹ ובית המשפט העליון⁴⁰ נקבעה תניה שלפיה לבנק נתון שיקול דעת רחב לקבוע את נוסחו ותנאיו של שטר המשכנתה (שהוא מסמך מאוחר לחוזה הלוואה עצמו). לאחר בחינת התניה, הן בבית הדין והן בבית המשפט העליון, נקבע כי כדי למנוע חשש מפני קיפוח, תנוסח התניה מחדש באופן שתנאי שטר המשכנתה לא יגרעו מזכויות הלווה על פי הסכם הלוואה, אלא אם כן הדבר הכרחי לצורך התאמתו של שטר המשכנתה לדין הנוהג בעת רישום המשכנתה, וכי במקרה של סתירה בין שטר המשכנתה לבין הסכם הלוואה תחול ההוראה המצויה בהסכם הלוואה, אלא אם כן הדבר נובע משינוי בדין הנוהג בעת רישום המשכנתה.⁴¹

(2) **אופן זקיפת תשלומי הפירעון:** בחוזה הלוואה שנבחן בבית הדין נקבע כי במקרה שישנן כמה הלוואות, או חלקים שונים של הלוואה, הרי שביחס לכל תשלום שישלם הלקוח על חשבון פירעון הלוואה רשאי הבנק לזקוף את התשלום לאיזו מביין הלוואות של הלקוח או לכל אחד מחלקי הלוואה לפי שיקול דעתו המוחלט של הבנק. בבית הדין נקבע שהתנאי הוא מקפח וכי הלקוח הוא זה שזכאי לקבוע לאיזו הלוואה או לאיזה חלק מהלוואה יזקף התשלום. קביעה זו אושרה גם בידי בית המשפט העליון.⁴²

(3) **התנאה על היקף חבותו של הערב:** בשל העובדה שחוזה הלוואה מתנה על היקף חבותו של הערב ומרחיב את החבות באופן ניכר לעומת הוראות חוק הערבות (זאת כאשר מדובר בערב שאינו בגדר "ערב יחיד"), נקבע בפסק דינו של בית המשפט העליון כי בחוזה יצוין באופן מודגש שהיקף החבות של הערבים על פי חוזה הלוואה רחב יותר מהיקף החבות הרגילה של ערב על פי חוק הערבות.⁴³

(4) **השפעת פקיעתן של בטוחות על היקף חבותו של הערב:** בחוזה הלוואה שנבחן בבית הדין נקבע כי חבות הערבים תישאר בתוקף גם אם תפקע אחת מהבטוחות האחרות שניתנו להבטחת הלוואה או שיחולו בה שינויים שיגרעו מערכה. בית הדין קבע שהוראה זו מתנה על סעיף 6(ב) לחוק הערבות וכי היא מקפחת את הערבים. בית הדין הבחין בין מצבים

Facebook Inc נ' בן חמו, פס' 21 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות (נבו 31.5.2018) (להלן: פרשת פייסבוק). יחד עם זאת, כאשר הקיפוח נבחן במנותק מחוזה ספציפי (כפי שהדבר נעשה בבית הדין לחוזים אחידים או בבדיקה מנהלית, כמו זו שמוצעת במאמר זה), פוחתת מידת חשיבותן של נסיבות ספציפיות לסתירת הקיפוח, שכן די בכך שבנסיבות כלשהן התניה עלולה לקפח לקוחות על מנת שתיחשב למקפחת. השו"י: ח"א (ס-702/06 היועץ המשפטי לממשלה נ' שיכון ופיחוח לישראל בע"מ, פס' 11 (נבו 6.12.2011).

39 עניין הבנק הבינלאומי הראשון, לעיל ה"ש 1.

40 עניין הבנק הבינלאומי הראשון נ' המפקח על הבנקים, לעיל ה"ש 11.

41 ביתר הרחבה ראו שם, פס' 18–20.

42 שם, פס' 21–24.

43 שם, פס' 30.

שבהם פקיעת הערובה האחרת הייתה בשל רשלנות הבנק לבין מצבים שבהם הפקיעה נגרמה במסגרת פעולה מסחרית סבירה של הבנק. במצבים מהסוג הראשון, קבע בית הדין כי הותרת הערבות בתוקף היא בבחינת תנאי מקפח. לגבי מצבים מהסוג השני (לרבות מצבים שלבנק לא הייתה שליטה עליהם) קבע בית הדין כי התנאי המותר את הערובה בתוקף הוא לגיטימי. קביעה זו אושרה גם בבית המשפט העליון.⁴⁴

(5) **הודעה מוקדמת על האצת תשלומים**: בחוזה ההלוואה שנבחן בבית הדין נקבע כי בהתקיים הנסיבות הקבועות בחוזה רשאי הבנק להפעיל מיידית את תניית האצת התשלומים. בפסק דינו של בית הדין נקבע (בהסכמת הבנק) כי הבנק לא יעמיד הלוואה לפירעון מידי במסגרת תניית האצת התשלומים, אלא אם כן שלח ללווה התראה בכתב עשרה ימים מראש על כוונתו לעשות כן, למעט במקרים מיוחדים אשר בנסיבותיהם קיים צורך לפעול ללא דיחוי. הסכמה זו אושרה גם בפסק דינו של בית המשפט העליון.⁴⁵

(6) **משקלם הראייתי של ספרי הבנק**: בבית הדין נקבע כי התניה שלפיה ספרי הבנק יהוו ראייה לכאורה לאמיתות תוכנם היא מקפחת. בית הדין נימק זאת בכך שעם חקיקתו של סעיף 10 לחוק המחשבים, התשנ"ה–1995 בוטל ההסדר המיוחד שהיה קיים בנוגע לרשומה בנקאית, ונקבע במקומו הסדר כללי לגבי רשומה מוסדית. במסגרת ההסדר החדש⁴⁶ נקבע כי כל רשומה מוסדית העומדת בתנאים הקבועים בחוק תהווה ראייה קבילה – וזאת כחריג לכלל הפוסל עדות שמיעה – אך לא ינתן לה מעמד מיוחד של "ראייה לכאורה" כפי שניתן בעבר לרשומה בנקאית. עוד קבע בית הדין כי ניסיון הבנק להתנות על דיני הראיות מקים חזקת קיפוח לפי סעיף 4(7) לחוק החוזים האחידים, שכן יש בו כדי להעביר את נטל הראייה מהבנק אל כתפי הלקוח. בית הדין ביטל לפיכך את התניה שבחוזה, ונקבע כי ספרי הבנק יהוו ראייה קבילה.⁴⁷

(7) **הצהרת הלקוח כי קרא את ההסכם וכי הוא מסכים לתנאיו**: במסגרת תיקון מס' 5 לחוק החוזים האחידים נוספה חזקת הקיפוח שבסעיף 12(4) לחוק. החזקה חלה לגבי "תנאי שלפיו נדרש הלקוח לאשר או להצהיר כי קרא את החוזה...".⁴⁸

44 שם, פס' 32–33.

45 עניין **הבנק הבינלאומי הראשון**, לעיל ה"ש 1, פס' 246.

46 ס' 35–36 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א–1971.

47 עניין **הבנק הבינלאומי הראשון**, לעיל ה"ש 1, פס' 214 ואילך.

48 תניה כזו – שלפיה הלקוח מאשר כי קרא את החוזה והבין את תוכנו – נכללה בעבר בחוזים הבנקאיים. בשני פסקי הדין של בית הדין לחוזים אחידים נקבע כי תניה כזו היא מקפחת (ראו עניין **בנק לאומי**, לעיל ה"ש 1, פס' 397; עניין **הבנק הבינלאומי הראשון נ' המפקח על הבנקים**, לעיל ה"ש 11, פס' 159). יחד עם זאת, בבית המשפט העליון נקבע (עניין **בנק לאומי נ' היועץ המשפטי**, לעיל ה"ש 9, פס' 8) כי התנאי אינו מקפח, אם כי הצהרה כזו מצד הלקוח "מעוררת אי נוחות מסוימת, זאת נוכח הפער הגדול בין אותה הצהרה לבין המציאות המוכרת כפי שבוארו הדברים בפסק הדין קמא. אולם שלא כבית הדין קמא, איננו סבורים כי אי נוחות זו עולה כדי תנאי מקפח". בעקבות זאת תוקן החוק ונוספה חזקת הקיפוח שבס' 12(4). החזקה הוספה כחלק מתיקון מס' 5 לחוק, שנכנס לתוקפו ביום 17.12.2014: ס"ח תשע"ה מס' 2484 מיום 17.12.2014 עמ' 109 (ה"ח הממשלה תשע"א מס' 547 עמ' 294).

(8) **מנגנון הצמדה**: במסגרת תיקון מס' 4 לחוק החוזים האחידים הוספה חזקת הקיפוח שבסעיף 4(11) לחוק לגבי "תנאי הקובע הצמדה של מחיר או תשלום אחר, לפי החוזה, למדד כלשהו, כך שירידה של המדד או עלייה שלו לא תזכה את הלקוח".⁴⁹

2. תניות שנבדקו בחוזי פתיחת חשבון

(1) **תניה המאפשרת לבנק לבטל או להפחית את מסגרת האשראי של הלקוח**: לפי פסיקת בית המשפט העליון, על מנת להסיר את הקיפוח היה צורך למחוק בתניה חוזית זו את הביטוי: "והכל לפי שיקול דעתו של הבנק".⁵⁰

(2) **הודעה על ביטול שיקים**: על פי קביעת בית הדין לחוזים אחידים, שאושרה בבית המשפט העליון, במקרה של גנבה או אובדן של שיקים, הודעת ביטול שיקים ששולח הלקוח לבנק צריכה להיות בכתב. יחד עם זאת, הבנק מחויב לפעול בהתאם להודעה מרגע שקיבל אותה, גם אם ההודעה ניתנה בעל פה.⁵¹

(3) **משקלם הראייתי של רישומי הבנק**: בית הדין קבע – וקביעה זו אושרה גם בבית המשפט העליון – כי ההוראה בחוזה שלפיה כל הרישומים בספרי הבנק ייחשבו נכונים וישמשו הוכחה לכאורה לכל האמור בהם תשונה באופן שייכתב בחוזה כי ספרי הבנק ישמשו ראיה קבילה.⁵²

(4) **אישור דפי חשבון**: בית הדין ביטל בשל קיפוח תניה שלפיה חויבו הלקוחות לבדוק את העתקי החשבונות שנשלחים על ידי הבנק ולהודיע לבנק בתוך 60 ימים אם יש להם הערות ביחס לחשבונות הללו. עוד נקבע בתניה כי אם לא יעבירו הלקוחות את הערותיהם, ייחשבו הודעות החשבון כמאושרות על ידי הלקוחות. ביטול התניה בידי בית הדין אושר גם בפסק דינו של בית המשפט העליון.⁵³

49 בעבר נכללה בחוזי ההלוואה הבנקאיים תניית הצמדה שלפיה אם המדד במועד הפירעון (המדד החדש) עלה לעומת המדד היסודי, כי אז יגדל סכום ההלוואה בהתאם, אולם אם המדד החדש ירד לעומת המדד היסודי, ישלם הלווה את סכום ההלוואה הנקוב בחוזה. בבית הדין אושרה הסכמה בין הבנק לבין המפקח על הבנקים שלפיה התנאי לא ייחשב למקפח (עניין **הבנק הבינלאומי הראשון נ' המפקח על הבנקים**, לעיל ה"ש 11, פס' 66). גם לגבי חוזים אחידים שאינם בנקאיים קבע בית הדין כי לנוכח נסיבות השוק, תניית הצמדה חד-כיוונית אינה מקפחת, ראו: עניין **שיכון ופיתוח לישראל בע"מ**, לעיל ה"ש 38; ח"א 901/08 **היועץ המשפטי לממשלה נ' ב. יאיר חברה קבלנית לעבודות בניה בע"מ** (נבו 19.2.2012). אלא שבשנת 2012, במסגרת תיקון מס' 4 לחוק, נוספה חזקת הקיפוח שבסעיף 4(11) לחוק. לדיון בחזקת הקיפוח ראו: בכר וגלברד, לעיל ה"ש 37.

50 עניין **בנק לאומי נ' היועץ המשפטי**, לעיל ה"ש 9, פס' 18.

51 שם, פס' 31.

52 שם, פס' 34–38; להנמקה בסוגיה זו ראו לעיל טקסט בסמוך לה"ש 46.

53 עניין **בנק לאומי**, לעיל ה"ש 1, פס' 90; וכן עניין **בנק לאומי נ' היועץ המשפטי**, לעיל ה"ש 9, פס' 39 ואילך.

- (5) **זכות עיכבון**: לפי קביעת בית הדין, שאושרה על ידי בית המשפט העליון, ככל שמדובר בהפעלת זכות עיכבון על ידי הבנק ביחס לחובות עתידיים (להבדיל מחובות קיימים), הרי שזכות זו תוגבל רק למקרים שבהם קיים חשש סביר להפרת החוזה בידי הלקוח.⁵⁴
- (6) **זכות קיזוז ביחס לחובות עתידיים**: בפסק דינו של בית המשפט העליון נקבע כי זכות קיזוז ביחס לחיובים כספיים עתידיים (המהווה הרחבה של זכות הקיזוז הרגילה שקבועה בסעיף 53 לחוק החוזים) תתאפשר רק כאשר קיים חשש סביר שהלקוח עומד להפר את חיובו.⁵⁵
- (7) **הצהרת הלקוח כי קרא את ההסכם וכי הוא מסכים לתנאיו**: במסגרת תיקון מספר 5 לחוק החוזים האחידים נוספה חזקת הקיפוח שבסעיף 12(4) לחוק שחלה לגבי "תנאי שלפיו נדרש הלקוח לאשר או להצהיר כי קרא את החוזה..."⁵⁶.
- (8) **מנגנון הצמדה**: במסגרת תיקון מס' 4 לחוק החוזים האחידים הוספה חזקת הקיפוח שבסעיף 4(11) לחוק לגבי "תנאי הקובע הצמדה של מחיר או תשלום אחר, לפי החוזה, למדד כלשהו, כך שירידה של המדד או עלייה שלו לא תזכה את הלקוח".⁵⁷

3. ממצאים ביחס לחוזי הלוואה לדיוור

בנק אגוד

תקינות התניה	מספר הסעיף בחוזה	התניה שנבדקה (מספור בהתאם למפורט לעיל)
+	א.16	1
+	ב.23	2
+	א.21	3
+	ג.21	4
+	20	5
+	18	6
-	נוסח התניה ⁵⁸	7
+	ב.14	8

54 שם, פס' 103-109.

55 שם, פס' 117-119.

56 עניין **הבנק הבינלאומי הראשון**, לעיל ה"ש 1, פס' 214 ואילך; ראו גם ה"ש 48 לעיל.

57 ראו הסבר בה"ש 49 לעיל.

58 נוסח התניה המפירה: "הלווה והערכים מצהירים כי ניתנה להם האפשרות הדרושה לעיין בחוזה זה והובהר להם תוכנו, כי קיבלו העתק מהסכם זה וכי חתימתם על חוזה זה מהווה את הסכמתם לאמור בו. ולראיה באו הצדדים על החתום". מדובר בתניה אשר מקיימת את חזקת הקיפוח שבס' 4(12) לחוק החוזים האחידים.

בנק דיסקונט לישראל בע"מ

תקינות התניה	מספר הסעיף בחוזה	התניה שנבדקה (מספור בהתאם למפורט לעיל)
+	5.1.1	1
+	12.2.1	2
-	אינ ⁵⁹	3
+	5.2	4
-	609.2.1	5
+	22.3	6
-	6115.1	7
+	9.2.2	8

הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ

תקינות התניה	מספר הסעיף בחוזה	התניה שנבדקה (מספור בהתאם למפורט לעיל)
+	.ב.12	1
-	6220	2
+	15	3
+	.ג.15	4
-	63.ג.17	5

- 59 בניגוד לפסיקת בית המשפט העליון בעניין **הבנק הבינלאומי הראשון נ' המפקח על הבנקים**, לעיל ה"ש 11, בחוזה לא מצוין באופן מודגש שהיקף החבות של הערבים על פי חוזה ההלוואה רחב יותר מהיקף החבות הרגילה של ערב על פי חוק הערבות: לעיל טקסט בסמוך לה"ש 43.
- 60 נוסח התניה המפירה: "הבנק יהא רשאי להעמיד את ההלוואה לפירעון מיידי אם הלווה יפר הפרה יסודית תנאי כלשהו מתנאי הסכם ההלוואה...". נוסח זה מפר את קביעת בית הדין, אשר אושררה גם בפסק דינו של בית המשפט העליון: לעיל, טקסט בסמוך לה"ש 45.
- 61 נוסח התניה המפירה: "הלווה מאשר כי קיבל את דף ההסבר ללווה, התדריך ללווה, המפרט וכן את טופס הבקשה ואת מסמך זה וכל הסכם אחר עליו הוא אמור לחתום וחזקה שקרא אותם טרם חתימתו לאחר שהבין את כל ההצהרות והאינפורמציה הכלולות בהן". מדובר בתניה אשר מקיימת את חזקת הקיפוח שבס' 4(12) לחוק החוזים האחידים.
- 62 ס' 20 לחוזה של הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ קובע את סדר זקיפת התשלומים עבור הלקוח, וזאת בניגוד להנחיית בית הדין שאושררה גם בפסק דינו של בית המשפט העליון שלפיה הלקוח הוא זה שזכאי לקבוע לאיזו הלוואה או לאיזה חלק מההלוואה יזקף התשלום: לעיל טקסט בסמוך לה"ש 42.
- 63 בפסק דינו של בית הדין נקבע כי הבנק לא יעמיד הלוואה לפירעון מיידי במסגרת תניית האצת התשלומים, אלא אם כן שלח ללווה התראה בכתב עשרה ימים מראש על כוונתו לעשות כן, למעט

+	19	6
+	אינן	7
+	.א.6	8

בנק הפועלים בע"מ

תקינות התניה	מספר הסעיף בחוזה	התניה שנבדקה (מספור בהתאם למפורט לעיל)
+	5.2	1
-	⁶⁴ 14	2
+	אינן	3
+	אינן	4
-	⁶⁵ 16.1	5
+	20.2	6
+	אינן	7
+	ב.4.4	8

בנק יהב – הלוואה לדיור נעשית באמצעות בנק טפחות

בנק ירושלים בע"מ

תקינות התניה	מספר הסעיף בחוזה	התניה שנבדקה (מספור בהתאם למפורט לעיל)
-	⁶⁶ ג.7	1

במקרים מיוחדים אשר בנסיבותיהם קיים צורך לפעול ללא דיחוי. הסכמה זו אושררה גם בפסק דינו של בית המשפט העליון: לעיל, טקסט בסמוך לה"ש 45. בס' 17 (ג) לחוזה הושמטה הדרישה לעשרה ימים מראש.

64 ס' 14 לחוזה של בנק הפועלים בע"מ קובע את סדר זקיפת התשלומים עבור הלקוח, וזאת בניגוד להנחיית בית הדין שאושררה גם בפסק דינו של בית המשפט העליון, שלפיה הלקוח הוא זה שזכאי לקבוע לאיזו הלוואה או לאיזה חלק מההלוואה ייוקף התשלום: לעיל טקסט בסמוך לה"ש 42.

65 בפסק דינו של בית הדין נקבע כי הבנק לא יעמיד הלוואה לפירעון מיידי במסגרת תניית האצת התשלומים, אלא אם כן שלח ללווה התראה בכתב עשרה ימים מראש על כוונתו לעשות כן, למעט במקרים מיוחדים אשר בנסיבותיהם קיים צורך לפעול ללא דיחוי. הסכמה זו אושררה גם בפסק דינו של בית המשפט העליון: לעיל, טקסט בסמוך לה"ש 45. בסעיף 16.1 לחוזה של בנק הפועלים הושמטה הדרישה להתראה של עשרה ימים מראש.

+	.א.10	2
+	.טו.12	3
+	.ד.12	4
+	.ה.11	5
+	.ב.10	6
+	איך	7
+	.3.1.2	8

בנק לאומי לישראל בע"מ

תקינות התניה	מספר הסעיף בחוזה	התניה שנבדקה (מספור בהתאם למפורט לעיל)
+	9.2.1	1
-	⁶⁷ 14.1	2
+	36 (א)	3
+	36 (ג)	4
+	.א.12	5
+	27 (א)	6
+	איך	7
+	19 (ד)	8

בנק מזרחי טפחות בע"מ

תקינות התניה	מספר הסעיף בחוזה	התניה שנבדקה (מספור בהתאם למפורט לעיל)
+	פר' 3 ג.1.ה	1
+	פר' 3 ה.2.ב	2

66 נוסח התניה המפירה: "שטר המשכנתא ו/או הסכם המשכון יכלול את התנאים שיהיו נהוגים בבנק בעת רישום המשכנתא ו/או המשכון...". תניה זו אינה מקיימת את הנחיית בית הדין ובית המשפט העליון שלפיה כדי למנוע חשש מפני קיפוח יש לנסח את התניה באופן שייאמר במפורש כי תנאי שטר המשכנתא לא יגרעו מזכויות הלווה על פי הסכם ההלוואה, אלא אם כן הדבר הכרחי לצורך התאמתו של שטר המשכנתא לדין הנוהג בעת רישום המשכנתא, וכי במקרה של סתירה בין שטר המשכנתא לבין הסכם ההלוואה תחול ההוראה המצויה בהסכם ההלוואה, אלא אם כן הדבר נובע משינוי בדין הנוהג בעת רישום המשכנתא.

67 סעיף 14.1 לחוזה קובע את סדר זקיפת התשלומים, מבלי לציין כי הלקוח הוא זה שזכאי לקבוע לאיזו הלוואה או לאיזה חלק מההלוואה יזקף התשלום: לעיל טקסט בסמוך לה"ש 42.

-	אינן ⁶⁸	3
+	אינן	4
-	פר' 3 ד.2. ⁶⁹	5
+	פר' 3 ה.1.א	6
-	פרק חתימות ⁷⁰	7
+	פר' 2 הגדרה 5	8

בנק מסד – זהה לבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ

בנק מרכנתיל דיסקונט – זהה לבנק דיסקונט לישראל בע"מ

הבנק הדיגיטלי הראשון בע"מ

תקינות התניה	מספר הסעיף בחוזה	התניה שנבדקה (מספור בהתאם למפורט לעיל)
+	אינן	1
+	אינן	2
+	אינן	3
+	אינן	4
-	אינן ⁷¹	5
+	אינן	6
+	אינן	7
+	7	8

68 בניגוד לפסיקת בית המשפט העליון בעניין **הבנק הבינלאומי הראשון נ' המפקח על הבנקים**, לעיל ה"ש 11, בחוזה לא מצוין באופן מודגש שהיקף החבות של הערבים על פי חוזה ההלוואה רחב יותר מהיקף החבות הרגילה של ערב על פי חוק הערבות: לעיל טקסט בסמוך לה"ש 43.

69 בפסק דינו של בית הדין נקבע כי הבנק לא יעמיד הלוואה לפירעון מיידית במסגרת תניית האצת התשלומים, אלא אם כן שלח ללווה התראה בכתב עשרה ימים מראש על כוונתו לעשות כן, למעט במקרים מיוחדים אשר בנסיבותיהם קיים צורך לפעול ללא דיחוי. הסכמה זו אושרה גם בפסק דינו של בית המשפט העליון: לעיל, טקסט בסמוך לה"ש 45. בחוזה של בנק מזרחי טפחות הושמטה הדרישה למתן התראה מוקדמת.

70 נוסח התניה המפירה: "הלווה מצהיר כי קיבל עותק מהסכם זה על כל חלקיו ונספחיו, וניתנה לו הזדמנות לעיין בו וחתמתו מהווה את הסכמתו לאמור בו". מדובר בתניה אשר מקיימת את חזקת הקיפוח שבס' 4(12) לחוק החוזים האחרים.

6. ממצאים ביחס לחוזי פתיחת חשבון

בנק אגוד לישראל בע"מ

תקינות התניה	מספר הסעיף בחוזה	התניה שנבדקה (מספור בהתאם למפורט לעיל)
-	721	1
-	735	2
+	א.17	3
+	ב.17	4
+	א.8	5
+	1.ב.8 (ב)	6
+	אין	7
+	10(ב)(1)	8

בנק דיסקונט לישראל בע"מ

תקינות התניה	מספר הסעיף בחוזה	התניה שנבדקה (מספור בהתאם למפורט לעיל)
+	2.6	1
-	747.6	2
+	6.1	3
+	6.2	4
+	16.1	5
+	16.3	6
+	אין	7
+	8.7	8

71 בחוזה אין התחייבות למתן הודעה מוקדמת של עשרה ימים כתנאי להעמדת הלוואה לפירעון מייד: לעיל ה"ש 45.

72 לפי פסיקת בית המשפט העליון, תניה המאפשרת לבנק לבטל או להפחית את מסגרת האשראי של הלקוח לפי שיקול דעתו של הבנק מוחזקת כמקפחת: לעיל ה"ש 50.

73 נוסח התניה המפירה: "ואולם הבנק יהיה רשאי, לפי שיקול דעתו, לכבד הודעה כאמור בטרם, או גם אם לא התקבלה הודעה בכתב כאמור". כיבוד הודעה בעל פה מותנה בשיקול דעת הבנק ולכן התניה אינה מקיימת את הנחיית בית הדין ובית המשפט העליון: עניין **בנק לאומי נ' היועץ המשפטי**, לעיל ה"ש 9.

74 לפי נוסח התניה, אופן מתן הוראת הביטול יהיה "כפי שיקבע הבנק מעת לעת". תניה זו מפירה את הנחיית בית הדין ובית המשפט העליון: עניין **בנק לאומי נ' היועץ המשפטי**, שם.

הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ

תקינות התניה	מספר הסעיף בחוזה	התניה שנבדקה (מספור בהתאם למפורט לעיל)
+	32.3	1
+	30.1	2
+	6.4 (א)	3
+	6.4 (ב)	4
+	5.4 (א)	5
-	5.4 (ב) ⁷⁵	6
+	אין	7
+	42.6	8

בנק הפועלים בע"מ

תקינות התניה	מספר הסעיף בחוזה	התניה שנבדקה (מספור בהתאם למפורט לעיל)
+	5.1	1
+	14.5	2
+	25.1	3
+	25.2	4
+	18.3	5
+	18.4	6
+	אין	7
+	6.2	8

בנק יהב לעובדי המדינה בע"מ

תקינות התניה	מספר הסעיף בחוזה	התניה שנבדקה (מספור בהתאם למפורט לעיל)
+	17.4 17.3	1
-	2.5 ⁷⁶	2

75 לפי נוסח התניה המפירה, קיזוז ביחס לחובות עתידיים אינו מותנה בקיומו של חשש סביר, וזאת בניגוד לקביעת הפסיקה: עניין בנק לאומי נ' היועץ המשפטי, לעיל ה"ש 9, פס' 117-119.

+	13.2	3
+	13.4	4
+	7.4	5
+	7.3	6
+	אין	7
+	5	8

בנק ירושלים בע"מ

תקינות התניה	מספר הסעיף בחוזה	התניה שנבדקה (מספור בהתאם למפורט לעיל)
+	102	1
+	21.3 21.2	2
+	66.1	3
+	66.2	4
+	53.2	5
+	54.1	6
+	אין	7
-	⁷⁷ 110.2	8

76 התניה שבחוזה אינה מתייחסת למתן הודעת ביטול בעל פה וזאת בניגוד להנחיית הפסיקה: עניין **בנק לאומי נ' היועץ המשפטי**, לעיל ה"ש 9.

77 נוסח התניה המפירה: "הפרשי הצמדה למדד – אם במועד תשלום כלשהו של קרן או ריבית יתברר כי המדד החדש עלה לעומת המדד היסודי, אזי ישלם הלקוח לבנק אותו תשלום כשהוא מוגדל באופן יחסי למידת העלייה של המדד החדש לעומת המדד היסודי. אם במועד הביצוע של תשלום כלשהו של קרן או ריבית יתברר כי המדד החדש ירד לעומת המדד היסודי, אזי ישלם הלקוח לבנק אותו התשלום ללא שינוי (והתשלום לא יוקטן עקב הירידה במדד), אלא אם הוסכם אחרת במפורש ובכתב". התניה מקיימת את חזקת הקיפוח שבס' 4(11) לחוק החוזים האחידים.

בנק לאומי לישראל בע"מ

תקינות התניה	מספר הסעיף בחוזה	התניה שנבדקה (מספור בהתאם למפורט לעיל)
+	1.2.3	1
-	⁷⁸ 1.7	2
-	⁷⁹ 8.17.3	3
+	26.2	4
+	17.1	5
-	⁸⁰ 18.2.1	6
+	איך	7
+	2.9	8

בנק מזרחי טפחות בע"מ

תקינות התניה	מספר הסעיף בחוזה	התניה שנבדקה (מספור בהתאם למפורט לעיל)
+	35.2	1
+	איך	2
+	17.1	3
+	17.2	4
+	11.2	5
-	⁸¹ 11.3	6
+	איך	7
+	10.4.3	8

בנק מסד בע"מ – זהה לבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ.

בנק מרכנתיל דיסקונט בע"מ – זהה לבנק דיסקונט בע"מ.

- 78 התניה שבחוזה אינה מחייבת את הבנק לפעול בעקבות הודעת ביטול בעל פה, וזאת בניגוד להנחיית הפסיקה: עניין **בנק לאומי נ' היועץ המשפטי**, לעיל ה"ש 9.
- 79 בנוסח התניה המפירה נקבע כי רישומי הבנק באותו נושא ישמשו "כראיה לכאורה...", וזאת בניגוד לקביעת הפסיקה: עניין **בנק לאומי נ' היועץ המשפטי**, שם, פס' 34–38.
- 80 בנוסח התניה המפירה אין דרישה לקיומו של חשש סביר, וזאת בניגוד להנחיית הפסיקה: לעיל טקסט בסמוך ה"ש 54.
- 81 לפי נוסח התניה המפירה, קיזוז ביחס לחובות עתידיים אינו מותנה בקיומו של חשש סביר, וזאת בניגוד לקביעת הפסיקה: עניין **בנק לאומי נ' היועץ המשפטי**, לעיל ה"ש 9, פס' 117–119.

הבנק הדיגיטלי הראשון בע"מ

תקינות התניה	מספר הסעיף בחוזה	התניה שנבדקה (מספור בהתאם למפורט לעיל)
+	48.1	1
-	⁸² 11.7	2
-	⁸³ 19.4	3
+	27.8	4
+	34.2	5
-	⁸⁴ 35.2.1	6
+	אין	7
+	87.4	8

ג. מסקנות מן הממצאים האמפיריים

התמונה שמצטיירת הן מבדיקת חוזי ההלוואה והן מבדיקת חוזי פתיחת חשבון היא של רמה גבוהה של ציות מצד הבנקים להנחיות הרגולטוריות – הן השיפוטיות והן אלה שנובעות מתיקוני החקיקה המאוחרים לפסיקת בית הדין ובית המשפט העליון. יחד עם זאת, בהתאמה להשערות המחקר, הסתבר כי קיימת בחוזים שחיקה מסוימת ברמת הציות, וחלק מהתניות חורגות מהדרישות הרגולטוריות. ביתר פירוט, בחוזי ההלוואה לדיור מצאנו 14 תניות שמפירות את הוראות הפסיקה או החקיקה, ובחוזי פתיחת חשבון מצאנו 13 תניות מפירות. למעט החריגות הללו, מצאנו יישום מרשים של החלטות בית הדין לחוזים אחידים ושל בית המשפט העליון. כמו כן מצאנו יישום והפנמה מרשימים של תיקון מספר 4 לחוק החוזים האחידים, באופן שלמעט במקרה אחד של חריגה, מנגנוני ההצמדה שבחוזים המעודכנים נוסחו באופן דרצדרי (עלייה בסכום הפירעון לעומת סכום הבסיס במקרה של עלייה במדד וירידה בסכום הפירעון לעומת סכום הבסיס במקרה של ירידה במדד), וזאת בניגוד לגרסאות החוזים שקדמו לתיקון החוק ובהתאמה לחזקת הקיפוח שבסעיף 4(11) לחוק החוזים האחידים.

82 נוסח התניה המפירה: "בכל מקרה שהלקוחות יבקשו לבטל טופס/י שיקים... יהיו חייבים לתת לבנק הוראת ביטול, כפי שיקבע הבנק מעת לעת...". התניה אינה מחייבת את הבנק לפעול בהתאם להודעה גם כאשר ניתנה בעל פה: עניין **בנק לאומי נ' היועץ המשפטי**, שם.

83 בנוסח התניה נקבע כי: "כל הרישומים של הבנק... ישמשו כראיה לכאורה...". נוסח זה אינו תואם את קביעתם של בית הדין ובית המשפט העליון שלפיה רישומי הבנק ישמשו "ראיה קבילה", ולא ראיה לכאורה: עניין **בנק לאומי נ' היועץ המשפטי**, שם, פס' 34–38.

84 בנוסח התניה המפירה אין דרישה לקיומו של חשש ממשי: עניין **בנק לאומי נ' היועץ המשפטי**, לעיל ה"ש 9, פס' 117–119.

כך גם מצאנו כי למעט שלושה חריגים, יושמה בחוזים השונים גם חזקת הקיפוח שבסעיף 12)4 (לחוק החוזים האחידים והצהרת הלקוח הוסרה מהם, בניגוד למצב ששרר בעבר. ממצא נוסף שעלה במהלך סריקת החוזים הבנקאיים במסגרת הבדיקה האמפירית הוא שתניות מסוימות התווספו לחוזים הבנקאיים בעקבות חידושים טכנולוגיים (כגון בנושא הודעות וואטסאפ, sms, ביצוע פעולות באמצעות אפליקציות של הבנקים ושימוש בשירותי אינטרנט שונים). התניות הללו לא נכללו בשעתו בחוזים שנבחנו בבית הדין לחוזים אחידים, ולכן גם אין כל התייחסות אליהן בפסיקת בית הדין. מעיון בתניות הללו עולה כי חלק מהן מקיימות חזקות קיפוח, הן בהענקת פטור נרחב מאחריות לבנק ביחס לפעולות המבוצעות בדרך זו והן בהתרת שיקול דעת בלתי מוגבל בידי הבנק ביחס לביצוע פעולות והעברת מידע. כך, לדוגמה, בחוזה פתיחת חשבון של בנק דיסקונט, בסעיף 22.6 שדן בשירות התכתבות באמצעות אפליקציית WhatsApp, נקבע בס"ק (5) כי: "בשל אופי השירות ואופן העברת המידע והפעולות מהלקוחות או אליהם, הבנק לא יהיה אחראי לגבי כל נזק או הפסד, העלולים להיגרם, במישרין או בעקיפין, כתוצאה מכך שהמידע במסגרת שירות זה הגיע לצד ג' כלשהו". תניה זו מקיימת לכאורה את חזקות הקיפוח שבסעיפים (1)4 ר(6) לחוק החוזים האחידים. תניית פטור דומה מצויה בסעיף 23.4 לחוזה, העוסק במתן שירותים בנקאיים באמצעות הודעות SMS.⁸⁵

מהו אם כן ההסבר האפשרי לממצא האמפירי של רמת ציות גבוהה ורמת קיפוח נמוכה יחסית? אנו מניחים שההסבר לכך מצוי בקיומו של מנגנון פיקוח חזק ויעיל בסקטור הבנקאי. רמת הציות הגבוהה בחוזים הבנקאיים ניתנת להסבר הן על יסוד עובדת קיומה של רגולציה הדוקה (מנגנון הפיקוח על הבנקים) והן בשל העובדה שמדובר בסקטור שיש בו מספר שחקנים מועט באופן שמאפשר לרגולטור לקיים פיקוח הדוק ואפקטיבי. סיבה נוספת לרמת הציות הגבוהה נעוצה, ככל הנראה, בתרבות הארגונית שהתפתחה במהלך השנים בסקטור הבנקאי. תרבות זו מבקשת לשמר את מעמדם המיוחד של הבנקאים כגופים שמחויבים לסטנדרטים גבוהים של הגינות, תום לב ואמון. חינוך להשערות הללו מצאנו בריאיון טלפוני שקיימנו עם ד"ר אמיר בכר, מי שמשמש כיום בתפקיד משנה למנכ"ל בנק הפועלים וממונה על חטיבת סיכונים ובתפקידו הקודמים שימש קצין ציות ראשי בבנק הפועלים ולפני כן כיועץ המשפטי של אגף הפיקוח על הבנקים בבנק ישראל. ד"ר בכר סבור שהסיבה לרמת הציות הגבוהה נעוצה בשילוב של שני גורמים עיקריים: ראשית, קיומו של גוף מנהלי מפקח חזק ואפקטיבי. הוא מציין כי אפקטיביות הפיקוח נובעת, בין היתר, מהעובדה שלצד המפקח פועל נציב קבילות, שהתלונות שמגיעות אליו מהציבור משמשות כמנגנון איתור יעיל למדי שבעקבותיו מתאפשרת התערבות נקודתית מצד המפקח לתיקון ומניעה של הפרות מצד הבנקים. שנית, לפי ד"ר בכר, הסיבה הנוספת לרמת הציות הגבוהה ולשמירה על ההגינות החוזית בחוזים בנקאיים מקורה בכך שקיימת תרבות ארגונית של הבנקים, אשר רואים עצמם מחויבים למדיניות שמביאה

⁸⁵ תופעה זו חוזרת על עצמה ברבים מהחוזים לפתיחת חשבון. כך, לדוגמה, בחוזה פתיחת חשבון של בנק אגוד, פרק ח הדין "תנאים כלליים לשימוש בשירותי בנקאות בתקשורת" (עמ' 42 לחוזה ואילך) כולל אף הוא תניות שלא נבחנו בבית הדין ושנוסחו מעורר חשש לקיפוח בשל העובדה שהן מקיימות חזקות קיפוח הקבועות בס' 4 לחוק החוזים האחידים.

בחשבון שיקולים קהילתיים וציבוריים. כתוצאה מכך, היועצים המשפטיים של הבנקים עצמם מוודאים, בעת שנערכים עדכוני נוסח של החוזים, כי התניות שנכתבות בחוזים אינן מקפחות או בלתי חוקיות וכי הן מיישמות כראוי את ההנחיות הרגולטוריות. לדברי ד"ר בכר, הריסון העצמי של הבנקים נובע גם משיקולי מוניטין ומשיקולי תחרות עסקית.⁸⁶

לצד זאת למדנו כי המפקח על הבנקים אינו יוזם בעצמו בדיקה תקופתית של חוזים בנקאיים גם במקרים של עדכון מהדורת החוזה. יתרה מזו, גם הפיקוח השיפוטי של בית הדין ביחס לחוזים הבנקאיים התקיים עד כה באופן חד-פעמי, ולא ידוע לנו על יוזמות נוספות להביא חוזים בנקאיים לבחינת בית הדין. דומה כי הימנעות מבחינה שיפוטית אחת לתקופה יכולה להיות מובנת בהתחשב בזמן הארוך מאוד של ההליך השיפוטי והעלויות הכבדות הכרוכות בו. יתרה מזו, באופן מעשי בית הדין לחוזים אחידים כמעט חדל לגמרי מפעילותו מאז תיקון מס' 5 לחוק החוזים האחידים, שנכנס לתוקפו בחודש דצמבר 2014. במסגרת התיקון בוטל פרק ג' לחוק ולא ניתן להגיש בקשות אישור לבית הדין, היועץ המשפטי לממשלה אינו מגיש בקשות פסילה וגם הגופים הנוספים שמוסמכים להגיש בקשות כאלה על פי החוק אינם עושים זאת מסיבות שונות.⁸⁷

כאמור, מתוך ממצאי הבדיקה האמפירית מצאנו כי לצד רמת הציות הגבוהה, בחלקים מסוימים של החוזים הללו ניתן למצוא עדיין תניות מקפחות – במיעוט המקרים, בשל איישושם של הנחיות רגולטוריות, אך במקרים אחרים בשל העובדה שלא קיימת הנחיה רגולטורית ישירה. כך, לדוגמה, מצאנו כי בחלק מהחוזים לפתיחת חשבון עו"ש, במסגרת החלק העוסק בתנאים כלליים לקבלת הלוואות/אשראים/מסגרות אשראי, לא מיושמות חלק מהקביעות של בית הדין לחוזים אחידים ביחס לחוזי הלוואה, למרות שמדובר בנושאים חופפים במהותם. כך גם בכמה חוזים לפתיחת חשבון עו"ש בחלק העוסק בתנאים כלליים לכתבי ערבות ושיפוי. בנוסף, במהלך השנים נוספו לחוזים הוראות חדשות, שאין לגביהן קביעות שיפוטיות, כגון ההוראות העוסקות במתן שירותים בנקאיים באמצעים טכנולוגיים מתקדמים (אינטרנט, אפליקציות בנקאיות, WhatsApp או שירותי sms). מדובר בתניות שנוספו לחוזים בעקבות התפתחויות טכנולוגיות מאוחרות אשר מטבע הדברים לא נבחנו בעבר בידי בית הדין או בית המשפט.⁸⁸

סיכומו של דבר: אנו סבורים כי בשל ההשפעות השליליות על השוק שנודעות לתנאים מקפחים בכלל ובסקטור השירותים הפיננסיים בפרט, דרוש מנגנון פיקוח על תנאיהם של חוזים בנקאיים. אנו סבורים כי למנגנון סקירה ואכיפה מנהלי תהיה עדיפות על פני מנגנונים אפשריים

86 זהו טיעון מעניין, שיש מקום להטיל בו ספק. זאת, הן בשל מידת התחרות המוגבלת שמתקיימת בשוק השירותים הבנקאיים והן בשל העובדה שמחקרים אמפיריים מצביעים על כך שלא קיים מתאם הכרחי בין מידת התחרות בשוק נתון לבין איכות התנאים החוזיים שבאותו שוק: ראו פירוט לעיל בה"ש 5.

87 מבדיקה במאגר "נבו" עולה כי בשנים שחלפו מאז ניתנו בבית הדין 3 החלטות בלבד. לכך שביט הדין כמעט הפסיק לפעול, ראו גם Zamir & Mendelson, לעיל ה"ש 8.

88 דומה שממצא זה מעמיד בספק מסוים את ההנחה שניתן לסמוך על רגולציה עצמית של הבנקים ועל תרבות ארגונית שמביאה בחשבון שיקולים חברתיים.

אחרים וכי בחשבון הכולל מנגנון כזה יהיה יעיל יותר, מהיר יותר וזול יותר להפעלה. בפרק הבא נציג בקצרה את התשתית הנורמטיבית למנגנון המוצע.

ד. בחינה ביקורתית: מנגנון פיקוח מנהלי על חוזים בנקאיים אחידים

1. כללי

הצעתנו למנגנון בקרה ואכיפה מנהלי מיישמת, בהקשר הספציפי של חוזים בנקאיים, מחקר קודם של אדר ובכר שמציע הסדרי פיקוח ואכיפה אדמיניסטרטיביים על חוזים צרכניים אחידים.⁸⁹ נעמוד תחילה בקצרה על הקשיים, החסרונות והעלויות החברתיות שנגרמים בעטיים של תנאים מקפחים בחוזים אחידים בכלל וחוזים בנקאיים בפרט. לאחר מכן, נציג בקצרה את הדרכים המקובלות להתמודדות עם כשלים אלה. אכן, יש גם מי שסבורים שכלל אין מקום להתערב בתנאיהם של חוזים אחידים, שיתרונותיהם של חוזים אלה עולים על העלות החברתית המגולמת בקיומם של תנאים מקפחים וכי יש להניח לכוחות השוק לעשות את העבודה.⁹⁰ יחד עם זאת, הדעה המקובלת היא שהחסרונות שנגרמים בשל תנאים מקפחים נובעים מכשלי שוק נמשכים, באופן שמצדיק התערבות בחוזים הללו כדי לצמצם את בעיית הקיפוח ואת תוצאותיה השליליות.⁹¹ נעמוד בקצרה על חוסר היעילות של הגישות הקיימות במניעת קיפוח וכן על כך שהסדרים החקוקים והוראות ניהול בנקאי מטפלים רק בחלק מהנושאים שנכללים בחוזים הבנקאיים, על הבעיה של תדאכיפה וכן על העלויות הגבוהות של פיקוח שיפוטי לצד העובדה שהליכים משפטיים נמשכים זמן רב. מנגנונים לא יעילים יוצרים מצב של תת-הרתעה, שעלול אף להגביר את בעיית הקיפוח. כתחליף, או כתוספת להסדרים הקיימים, נציע מנגנון פיקוח ואכיפה אדמיניסטרטיבי (שאותו ניתן ליישם כנדבך נוסף במסגרת פעילותו של המפקח על הבנקים) שיקיים פיקוח יעיל, רציף ותקופתי על חוזים בנקאיים.⁹² אנו סבורים כי מנגנון כזה, שיבחן חוזים בנקאיים ויתקן בעיות של קיפוח באופן יזום ושיטתי, יהיה יעיל יותר, יחזק את אמון הלקוחות בשוק הבנקאי ובחשבון החברתי הכולל גם יהיה זול יותר מאשר המצב הקיים.

89 Yehuda Adar & Shmuel I. Becher, *Ending the License to Exploit: Administrative Oversight of Consumer Contracts*, 62 B.C. L. REV. 2405 (2021), <https://bit.ly/41ZG5UZ>

90 Lucian A. Bebchuk & Richard A. Posner, *One-Sided Contracts in Competitive Consumer Markets*, 104 MICH. L. REV. 827 (2006)

91 W. David Slawson, *Standard Form Contracts*: ראו גם: ראו גם: RADIN כללי כללי, לעיל ה"ש 3. ראו גם: *and Democratic Control of Lawmaking Power*, 84 HARV. L. REV. 529 (1971); Lewis A. Kornhauser, Comment, *Unconscionability in Standard Forms*, 64 CALIF. L. REV. 1151, 1162 (1976)

92 לתמיכה במנגנון בקרה ואכיפה מנהלי כדרך מועדפת לטיפול בבעיית הקיפוח בחוזים אחידים ראו – בנוסף למחקרם של Adar & Becher, לעיל ה"ש 89; גם: Larry Bates, *Administrative Regulation of Terms in Form Contracts: A Comparative Analysis of Consumer Protection*, 16 EMORY INT'L L. REV. 1, 90–105 (2002)

2. המחיר החברתי של תנאים מקפחים בחוזים בנקאיים

עקרונית, השימוש בחוזים אחידים הוא בגדר תופעה יעילה ורצויה.⁹³ היעילות המתוארת בספרות המשפטית רלוונטית גם ביחס לחוזים הבנקאיים. בין היתר, החוזים האחידים מאפשרים להנהלות הבנקים ליצור סטנדרטיזציה בהתקשרויות החוזיות השונות כלפי לקוחות הבנק ובאמצעות כך ליישם את המדיניות הניהולית של הנהלת הבנק. בנוסף, חוזים אחידים מפחיתים עלויות עסקה, הפחתה שמגולגלת בסופו של דבר להוזלת המחיר שמשלם הלקוח.⁹⁴ אולם לצד יתרונותיהם של החוזים האחידים, לא ניתן להתעלם מכך שבשל המאפיינים המיוחדים של חוזים אלה הם כוללים פעמים רבות גם תנאים מקפחים. בין המאפיינים הללו ניתן למנות את העובדה שהחוזים הבנקאיים מנוסחים מראש על ידי הבנקים, ללא אפשרות של הלקוח להשפיע על תוכנם. יתר על כן, במקרים רבים החוזים האחידים של הבנקים השונים דומים אלה לאלה בתנאיהם,⁹⁵ באופן שללקוח הבנקאי אין למעשה חלופה אמיתית מבחינת התנאים המשפטיים של ההתקשרות עם הבנק. אין זה מפליא לפיכך שלקוחות אינם טורחים אפילו לנסות לקרוא את החוזים הללו.⁹⁶ לכך יש להוסיף את העובדה שהחוזים הבנקאיים ממילא קשים מאוד לקריאה ולהבנה,⁹⁷ ובנוסף לכל אלה, הלקוח גם מודע לעובדה שממילא הבנק לא יסכים לנהל עימו משא ומתן על תנאיו של החוזה הבנקאי האחיד ולכן גם אין טעם לנסות לקרוא את החוזה ולהבינו.⁹⁸ כשל נוסף נובע מהטיות קוגניטיביות מוכרות בקרב צרכנים – כגון אופטימיות יתר והערכת חסר של סיכונים – שמשפיעות על דפוסי ההתנהגות וקבלת ההחלטות של לקוחות הבנקים ועל יכולתם להעריך באופן נכון את הסיכונים המשפטיים הגלומים בתנאיהם של החוזים הבנקאיים האחידים.⁹⁹ בהינתן כל אלה, קיים חשש כי הבנקים ינצלו את המצב המתואר לצורך הכללתם של תנאים מקפחים בחוזים האחידים שלהם. תנאים

93 ליתרונות של חוזים אחידים באופן כללי ראו: שמואל בכר "תוכן קונקרטי לדוקטרינות עמומות: ניתוח התנהגותי של חוזים אחידים" **עיוני משפט** לג' 277, 282–283 (2010); שמואל בכר ומשה גלברד "חוק החוזים האחידים: עיון מחדש בעקבות תיקוניו" **חוקים** ה' 19, 24–25 (2013).

94 Posner & Rosenfield, לעיל ה"ש 2, בעמ' 89; Craswell, לעיל ה"ש 2.

95 לכך שבסטטורים שונים הספקים נוהגים להעתיק אלה מאלה את נוסחי החוזים ולהשתמש בחוזים דומים, השוו: Robert A. Hillman & Jeffery J. Rachlinski, *Standard-Form Contracting in the Electronic Age*, 77 N.Y.U. L. REV. 429, 435–36 (2002).

96 Yannis Bakos et al., *Does Anyone Read the Fine Print? Consumer Attention to Standard-Form Contracts*, 43 J. LEGAL STUD. 1, 32 (2014).

97 פלאטו-שנער ואזואלוס-אטיאס, לעיל ה"ש 4. נוסח החוזה הבנקאי קשה מאוד להבנה גם בשל היותו רווי במונחים מקצועיים שאינם נהירים ללקוח. לשם הדוגמה בלבד, ראו הגדרת המונח "ריבית הבסיס" בעמ' 8–9 לחוזה הלוואה לדיוור של בנק הפועלים: <https://bit.ly/43OX7XP>.

98 Clayton P. Gillette, *Rolling Contracts as an Agency Problem*, 2004 WIS. L. REV. 679, 680 (2004).

99 Melvin Aron Eisenberg, *The Limits of Cognition and the Limits of Contract*, 47 STAN. L. REV. 211, 213–25 (1995); Oren Bar-Gill, *Seduction by Plastic*, 98 Nw. U. L. REV. 1373, 1375-6 (2004); Melvin A. Eisenberg, *Behavioral Economics and Contract Law*, in THE OXFORD HANDBOOK OF BEHAVIORAL ECONOMICS AND LAW 438 (Eyal Zamir & Doron Teichman, eds., 2014); EYAL ZAMIR AND DORON TEICHMAN, *BEHAVIORAL LAW AND ECONOMICS* 237–80 (2018).

כאלה, שמעצם טיבם מוטים לטובת הבנקים תוך פגיעה בזכויות ובאינטרסים הלגיטימיים של הלקוחות, עשויים בסופו של דבר ובהסתכלות ארוכת טווח להגדיל עוד יותר את רווחי הבנקים על חשבון לקוחותיהם, כאשר הלקוחות לרוב כלל אינם מודעים להיבט נסתר זה של הגדלת רווחיות הבנקים על חשבון הפגיעה בזכויות של לקוחותיהם.¹⁰⁰

שלא כמו נזק או הפסד כספי רגיל הנובע מהפרת חוזה, הנזק הגלום בתנאים המקפחים אינו תמיד קל למדידה. העובדה שהחובה הבנקאית מכיל בתוכו תנאים מקפחים אינה יוצרת בהכרח נזק או הפסד ישיר ומדיד עבור כל לקוח.¹⁰¹ עובדה זו עלולה להקשות על לקוחות להגיש תביעות – לרבות תובענות ייצוגיות – במטרה להתמודד עם קיומם של תנאים מקפחים. טענת קיפוח תעלה, לפיכך, במרבית המקרים, כטענה מצד הלקוח רק במהלך סכסוך משפטי בהקשר של אירוע קונקרטי שהתרחש, כגון סכסוך על רקע של הפרת חוזה. יש להניח שבמרבית המקרים, תביעה מצד לקוח לפסק דין הצהרתי בדבר קיומם של תנאים מקפחים או תביעה לביטול או שינוי של תנאים מקפחים – מבלי שקיים בין הלקוח לבין הבנק סכסוך קונקרטי או מבלי שיש בידי הלקוח להוכיח נזק או הפסד ממשי – צפויה להיכשל. בית המשפט יסרב לדון בתביעה תאורטית בדבר קיומם של תנאים מקפחים, כל עוד הקיפוח לא יבוא לידי ביטוי ממשי במסגרת סכסוך קיים שבין הבנק לבין הלקוח.

אלא שהקושי הטמון בהמחשת ובהערכת הנזק הגלום בעצם עובדת קיומם של תנאים מקפחים בחוזה אינו צריך למנוע את ההכרה בכך שתנאים מקפחים מייצרים נזק חברתי, גם כאשר נזק זה אינו ניתן לכימות כספי מדויק. תנאים חוזיים שמטרתם להסיר או אף להפחית מהיקף האחריות שהייתה מוטלת על הבנקים על פי הדין אלמלא אותם תנאים (וזאת בהקשרים שונים ומגוונים) נושאים בחובם נזק חברתי. תנאים שמגבילים או שוללים זכויות שהדין מקנה ללקוח אף הם מייצרים נזק חברתי. תנאים כאלה משנים באופן לא הוגן את חלוקת הסיכונים המקובלת והרצויה שבין הבנק לבין לקוחותיו.¹⁰² למרות שבמרבית המקרים נזקם של תנאים מקפחים יבוא לידי ביטוי, בסופו של דבר, גם בנזק כספי, הרי ישנם גם נזקים לא כלכליים שנגרמים בעטיים של תנאים אלה, כגון תחושות של תסכול, כעס והשפלה שעלול לחוות הלקוח המקופח. נזקים אלה מהווים אף הם חלק מהנזק החברתי המצרפי של חוזים לא הוגנים.¹⁰³ נזק חברתי נוסף גלום בתנאים מקפחים שמטרתם להקשות על הגישה לערכאות לשם מיצוי זכויותיו המשפטיות של הלקוח, לרוב על ידי הצבת חסמים עקיפים, כגון קביעת

100 השו" : Eyal Zamir (featuring Ian Ayres), *A Theory of Mandatory Rules: Typology, Policy, and Design*, 99 TEX. L. REV. 283, 295 (2020).

101 אם כי, ייתכנו גם מקרים שבהם התנאי המקפח יוביל לנזק כספי ישיר שניתן למדידה או הערכה. כך יהיה לדוגמה במקרה שבו בחוזה הלוואה תימצא תניית הצמדה חדכיונית המנוגדת לחזקת הקיפוח שבס' 4(11) לחוק החוזים האחידים. אולם במקרים אחרים הנזק הגלום בתניה המקפחת יהיה קשה למדידה. לדוגמה, במקרה של תניה המעבירה את נטל ההוכחה מהבנק אל הלקוח, או תניה הקובעת מקום שיפוט שונה מזה הקבוע בדין.

102 השו" : Eike von Hippel, *The Control of Exemption Clauses: A Comparative Study*, 16 INT'L. & COMPAR. L.Q. 591, 592 (1967).

103 השו" : Daphna Lewinsohn-Zamir, *In Defense of Redistribution Through Private Law*, 91 MINN. L. REV. 326, 340–353 (2006).

מקום שיפוט שונה מזה שבדין, קביעת הגבלות ראייתיות שונות שחלות על הלקוח או הפחתת מגבלות ראייתיות שחלות על הבנק, העברת נטל הוכחה אל כתפי הלקוח, קביעת מנגנון בורות (שבו הלקוח, כשחקן מזדמן, מצוי בעמדת נחיתות לעומת הספק שהוא שחקן חוזר) וכדומה. תניות אחרות עלולות לפגוע בפרטיותו או בכבודו של הלקוח. מלבד ההשפעות הישירות של תנאים מקפחים על לקוחות הבנקים, יש להם גם השפעות חברתיות שליליות במובן הרחב יותר: הם פוגעים ברווחה החברתית הכוללת והם אף פוגעים בתחושת האמון שבין בנקים לבין לקוחותיהם ובכך עלולים בעקיפין להגדיל את עלויות העסקה של חוזים בנקאיים. זאת ועוד, על ציבור לקוחות הבנקים נמנה כמעט כל הציבור במדינה. מדובר, לפיכך, במיליוני לקוחות. באמצעות מערך החוזים האחידים שלהם, הבנקים מתייבמים למעשה כללים משפטיים בסקטור חיוני של שירותים פיננסיים. כללים משפטיים אלה מוכתבים באופן חד-צדדי על ידי הבנקים, ובניגוד להליכי חקיקה רגילים, הם מוכתבים שלא באמצעות מנגנונים דמוקרטיים. גם בעובדה זו יש כדי להצדיק הטלת פיקוח ציבורי על החוזים האחידים הבנקאיים.¹⁰⁴

3. עדיפות הפיקוח המנהלי על פני השיטות הקיימות

למרות ההכרה בנזק החברתי הגלום בקיומם של תנאים מקפחים, אין כיום מנגנון יעודי הפועל באופן רציף ושיטתי לאיתורם של תנאים מקפחים בחוזים בנקאיים ולהסרתו של הקיפוח. כפי שראינו, המנגנון של בית הדין הופעל עד כה באופן חד-פעמי. גם הפיקוח על הבנקים אינו יוזם באופן אקטיבי בחינה תקופתית של חוזים אחידים. נעמוד לפיכך בקצרה על עדיפותו של מנגנון פיקוח מנהלי על פני הדרכים השונות הקיימות כיום להתמודדות עם סוגיית התנאים המקפחים בחוזים הבנקאיים.

עדיפות על פני הליכי אכיפה פרטיים בבתי משפט רגילים: מנגנון פיקוח אדמיניסטרטיבי עדיף על פני הליכים רגילים בבתי משפט בראש ובראשונה בשל העובדה שהוא אינו תלוי ביוזמה פרטית של לקוחות. כידוע, לקוחות אינם ממהרים לממש את זכויותיהם המשפטיות באמצעות הגשת תביעות לבתי משפט, ובכך נמנעת פעמים רבות בחינה אפשרית של תנאים מקפחים במסגרת הליכים משפטיים פרטניים. בנוסף, רשות מנהלית תהיה משוחררת ממוטיבציות זרות שעלולות להשפיע על תובעים פרטיים. כמו כן, רשות מנהלית תבצע בחינה כוללת של התנאים בחוזים הבנקאיים, מתוך התבוננות רחבה על מכלול האינטרסים של הלקוחות הבנקאיים, בעוד בהליכים פרטיים ההתמקדות תהיה לרוב בתנאים מסוימים של החוזה – שעשויים להיות רלוונטיים לאותו סכסוך ספציפי – לאו דווקא בהתאם לחשיבות הציבורית הכוללת של תנאים אלה. ניצול המשאבים הכספיים הנדרשים לשם פיקוח על החוזים הבנקאיים יהיה לפיכך יעיל ונכון יותר במסגרת של פיקוח מנהלי על פני החלופה של אכיפה פרטית. זאת ועוד, לגוף מנהלי יש יתרון ברור גם מבחינת המומחיות הסקטוריאלי. הוא מכיר את מאפייני הסקטור הבנקאי, הוא חשוף יותר למידע ויש לו כלים טובים יותר לאסוף מידע

104 ראו Slawson, לעיל ה"ש 91, לדין נרחב ומפורט יותר בנוזקים החברתיים של תנאים מקפחים ראו Adar & Becher, לעיל ה"ש 89, בעמ' 16–19.

מהשוק ובשל כך הוא גם ידע לערוך באופן נכון יותר את האיזונים הנדרשים במסגרת החוזה בין האינטרסים הלגיטימיים של הבנקים לבין ההגנה על זכויות הלקוחות.

עדיפות על פני אסדרת תוכן באמצעות חקיקה: מנגנון פיקוח מנהלי נדרש גם בהינתן העובדה שמתקיימת רגולציה על תוכנם של חוזים בנקאיים באמצעות חקיקה קוגנטית. במבט ראשון, חקיקה נראית כדרך המלך לאסדרת תוכנם של חוזים בנקאיים. יחד עם זאת, צריך לזכור שלחקיקה כזו יש מגבלות לא מעטות: כמו בתחומים צרכניים אחרים, גם בסקטור הבנקאי הלקוחות סובלים מתתייצוג בהליכי החקיקה, ואילו לבנקים יש לובי חזק ואפקטיבי שמשפיע באופן משמעותי על תהליכים אלה. יתרה מזו, חקיקה קוגנטית לעולם לא תכסה את מכלול הנושאים המוסדרים בחוזים הבנקאיים.¹⁰⁵ רמת הרזולוציה של חקיקה לא תאפשר ירידה למידת הפירוט הנדרשת כדי לאתר את כלל ההסדרים המקפחים בחוזים הבנקאיים. לצורך איתור יעיל של תנאים מקפחים נדרשת מומחיות מיוחדת, ויש צורך באיסוף רציף של מידע ובמעקב דינמי אחר ההתפתחויות והתנאים המשתנים בשוק. את כל אלה קשה מאוד ליישם באמצעות חקיקה, אך ניתן להשיג באמצעות מנגנון פיקוח אדמיניסטרטיבי. להסרת ספק: איננו טוענים שאין צורך באסדרת תוכן באמצעות חקיקה. החקיקה הבנקאית בכללה, וחוק הבנקאות (שירות ללקוח) בפרט, ממלאים תפקיד חשוב בכך שהם מטפלים באסדרת תוכן בשורה של נושאים מרכזיים וחשובים ביחסים שבין הבנקים ללקוחותיהם. כל שאנו טוענים הוא שהרגולציה החקיקתית אינה מספיקה כדי לטפל בנושא הקיפוח, ולכן נדרש לצידה מנגנון פיקוח נוסף.¹⁰⁶

עדיפות על פני הטלת חובות גילוי: אחת השיטות המוכרות להגנה על לקוחות בתחום הצרכני היא באמצעות הטלת חובות גילוי. אכן, גם בתחום הבנקאות החקיקה הקיימת מטילה על בנקים חובות גילוי נרחבות למדי כלפי הלקוחות במגוון נושאים. חובות כאלה ניתן למצוא גם בהנחיות הרגולטוריות של הפיקוח על הבנקים ואפילו בפסיקת בית הדין לחוזים אחידים.¹⁰⁷ יחד עם זאת, חוקרים ומלומדים הטילו ספק רב ביחס ליעילותן של חובות גילוי מנדטוריות, ונטען כי ככלל, חובות גילוי אינן מהוות מכשיר יעיל לצורך מניעת קיפוח.¹⁰⁸ ספק זה בדבר יעילותן של חובות הגילוי עוד מתגבר ביחס לסקטור הבנקאי, שמתאפיין ברמה גבוהה של מקצוענות ומורכבות באופן שמקשה מאוד על הלקוחות להבין את משמעות המידע שנמסר להם מאת הבנקים במסגרת קיום חובת הגילוי. אף בנושא זה נבהיר, כי איננו טוענים שהטלת חובות גילוי היא מיותרת. כל שאנו טוענים הוא שאף אם יש תועלת מסוימת בהטלת חובות גילוי, הרי שאלה לבדן אינן יכולות לפתור את בעיית הקיפוח, ולכן יש צורך, לצד חובות אלה,

105 גלברד, לעיל ה"ש 7.

106 לטיעון דומה לגבי הצורך לשלב בין רגולציה חקיקתית למנהלית ראו: Walter Gellhorn, *The Law's Response to the Demand for Both Stability and Change: The Legislative and Administrative Response*, 17 VAND. L. REV. 91, 100 (1963).

107 לדוגמה, חובות הגילוי שהוטלו בנושא הרחבת היקף חבותו של הערב בחוזה ההלוואה הבנקאי לעומת חוק הערבות: עניין **הבנק הבינלאומי הראשון**, לעיל ה"ש 1; עניין **הבנק הבינלאומי הראשון נ' המפקח על הבנקים**, לעיל ה"ש 11.

108 לטיעון מקיף בעניין זה ראו Omri Ben-Shahar & Carl E. Schneider, *More Than You Wanted to Know: The Failure of Mandated Disclosure* (2014).

במנגנון המנהלי המוצע. זאת ועוד: מנגנון הפיקוח המנהלי אף יגביר את יעילותן של חובות הגילוי הקיימות, וזאת באמצעות כך שיוודא, במהלך תהליך בדיקת החוזים, שחובות אלה אכן מיושמות כראוי גם במסגרתם של החוזים הבנקאיים עצמם.

עדיפות על פני הליך pre-ruling וולונטרי: אחת השיטות המוכרות – אם כי לא מאוד נפוצות – לפיקוח על תנאיהם של חוזים אחידים מבוססת על הליך בחינה וולונטרי, שבמסגרתו הספק מגיש מרצונו וביוזמתו את החוזה האחיד שבו הוא משתמש (או עתיד להשתמש) בעסקו לגוף מומחה, אשר בוחן את החוזה, מאתר את התנאים המקפחים שבו, מוודא את הביטול או השינוי של התנאים הללו לשם הסרת הקיפוח ובסופו של ההליך מעניק לחוזה מעין "חותמת כשרות" על היותו נקי מתנאים מקפחים.¹⁰⁹ מנגנון כזה היה קיים בעבר גם בדין הישראלי, בפרק ג' (סעיפים 12–15) לחוק החוזים האחידים. אלא שיעילותה של שיטה זו מוטלת בספק רב, מפני שהיא תלויה ברצונו הטוב של הספק. לספקים אין בדרך כלל תמריצים מספיקים שעשויים לשכנעם להביא את חוזהם לבחינה וולונטרית (ההפך מכך הוא הנכון. בדרך כלל קיימים תמריצים להימנע מהליך כזה). אכן, המציאות הישראלית הוכיחה שספקים מעטים הביאו את חוזהם לבחינת בית הדין במסגרת פרק ג' לחוק. מציאות זו וחוסר היעילות שבהליך הבחינה הוולונטרית הם שהביאו בסופו של דבר לביטולו של פרק ג' לחוק החוזים האחידים כולו במסגרת תיקון מס' 5 לחוק.¹¹⁰ שיטת הפיקוח המנהלי עדיפה, לפיכך, בעיקר מפני שהיא אינה תלויה ברצונו הטוב של הגוף המפוקח, מפני שהגוף המנהלי הוא זה שקובע אילו חוזים ייבדקו ובאיזו תדירות ובשל כך שיטת הפיקוח המנהלי גם מייצרת רמת הרתעה גבוהה יותר.

עדיפות על פני רגולציה עצמית והסתמכות על אתיקה בנקאית: השאלה אם לא עדיף להסדיר חלק מנושאי הפיקוח על שירותים בנקאיים באמצעות רגולציה עצמית וקודים אתיים (soft law) כבר נדונה בספרות בהרחבה, ולפיכך לא נרחיב בעניין זה. נציין בקצרה כי המסקנה המקובלת היא שקודים אתיים ואמנות לסחר הוגן בכלל, ובתחום השירותים הפיננסיים בפרט, עשויים אומנם לשמש כאמצעי נוסף שעשוי לתרום להתנהלות הוגנת כלפי לקוחות, אך זאת רק לצד מנגנוני פיקוח ואסדרה חקיקתיים ומנהליים יעילים. ההנחה היא שלא ניתן לסמוך על ריסון עצמי ואתיקה של המוסדות הפיננסיים כמנגנונים בלעדיים להבטחת שוק הוגן.¹¹¹

עדיפות על פני הליכים באמצעות בית הדין לחוזים אחידים: כפי שכבר פורט בחלקו הקודם של המאמר, ארבעה סוגי חוזים בנקאיים הובאו בעבר לבחינתו של בית הדין לחוזים אחידים במסגרת ההליך המוסדר בפרק ד' לחוק החוזים האחידים ("ביטול תנאי מקפח"). אלא

109 Shmuel I. Becher, A "Fair Contracts" Approval Mechanism: Reconciling Consumer Contracts and Conventional Contract Law, 42 U. MICH. J.L. REFORM 747, 770 (2009); Clayton P. Gillette, Pre-approved Contracts for Internet Commerce, 42 HOUS. L. REV. 975, 983–84 (2005).

110 לדיון מפורט בנושא זה ולסיבות לכך שספקים נמנעו מהבאת חוזהם לביקורת בית הדין ראו: משה גלברד ויהודה אדר "הצעת חוק החוזים האחידים (תיקון מס' 4): עיון ביקורת" **חוקים** ה 99, 135–132 (2013).

111 ראו, לדוגמה: דויטש, לעיל ה"ש 7. על הגנה צרכנית באמצעות קודים אתיים ראו באופן כללי גם: J. Tale, *Soft Law as a Method for Consumer Protection and Consumer Influence*, 10 J. CONS. POLICY 341 (1987).

שכפי שהובהר, לשיטת פיקוח זו חסרונות רבים. בשל אורכם ומורכבותם של החוזים הבנקאיים, ההליך השיפוטי בבית הדין הוא ארוך מאוד. הצבענו על כך שביחס לחוזה לפתיחת חשבון עו"ש חלפו כ־13 שנים ממועד הגשת הבקשה לבית הדין ועד לתום ההליך בבית המשפט העליון, ואילו בחוזה ההלוואה לדיוור חלפו כ־10 שנים ממועד הגשת הבקשה ועד לפסק דינו של בית המשפט העליון. התמשכות ההליכים גורמת גם לעלויות התדיינות גבוהות. בשל ההליך המורכב, האיטי והיקר, הליך הבחינה בבית הדין אינו חוזר על עצמו מדי תקופה, אלא נערך באופן חד־פעמי. לעומת זאת, ההליך המנהלי עשוי להיות מהיר, זול יחסית ולכן גם ניתן להפעילו על בסיס תקופתי קבוע. יתרה מזו, כפי שכבר הובהר, בית הדין למעשה כמעט חדל מפעילותו.¹¹²

עדיפות על פני תובענות ייצוגיות: השימוש בתובענות ייצוגיות הוכיח את עצמו במהלך השנים כאמצעי יעיל וחשוב – אולי היעיל והחשוב ביותר – לצורך הגנה על לקוחות ומניעת פגיעה בהם מצד ספקים ופירמות גדולות. כוחה ההרתעתי של תובענה ייצוגית הוא רב, והיא מהווה מכשיר אפקטיבי ורבי־עוצמה. אלא שעיון בפסיקה מלמד שבהקשר הספציפי של תניות מקפחות בחוזים אחידים, הממשק שבין דיני התובענות הייצוגיות לבין דיני החוזים מצוי בשני מישורים. המישור העיקרי הוא של שימוש בחוק החוזים האחידים לצורך ביטול תניות המהוות חסמי סף מפני הגשת תובענות ייצוגיות.¹¹³ המישור השני הוא שימוש בטענת "תנאי מקפח" כעילה עצמאית. אלא שכפי שהבהרנו, במקרים רבים הנזק הרב הגלום בתנאים המקפחים הוא נזק חברתי מצרפי – לא בהכרח בעל היבטים כלכליים ישירים ומיידיים – שאינו ניתן למדידה.¹¹⁴ העובדה שהחוזה הבנקאי מכיל בתוכו תנאים מקפחים – כגון תניה המעבירה את נטל הראייה אל כתפי הלקוח, או תניה הקובעת מקום שיפוט שונה מזה הקבוע בדין, או תניה המשנה את היקפי האחריות המקובלים המוטלים על הלקוח או על הבנק – אינה יוצרת בהכרח נזק ישיר ומדיד. עובדה זו עלולה להקשות על לקוחות להגיש תובענות ייצוגיות כנגד קיומם של תנאים מקפחים.

4. המנגנון המנהלי המוצע

בהינתן העובדה שמנגנוני הפיקוח והבקרה הקיימים על חוזים בנקאיים אחידים אינם יעילים דיים ואינם מספקים, אנו מציעים, כאמור, להפעיל לציידם ובנוסף להם מנגנון לפיקוח מנהלי שיפעל כנדבך נוסף במסגרת הקיימת של הפיקוח על הבנקים. מנגנון כזה יקיים פיקוח יזום, רציף ותקופתי על החוזים הבנקאיים.

אנו מודעים כמובן לביקורות הקיימות על מנגנוני פיקוח מנהליים בכלל ובסקטור הפיננסי בפרט. בפרשת **זליגמן נ' הפניקס**¹¹⁵ ניתן ביטוי לחלק מהקשיים המוכרים בהקשר זה: ראשית, החשש מפני תופעת ה"שבי הרגולטורי", דהיינו, החשש מפני השפעת היתר שיש לעיתים

112 ראו טקסט בסמוך לה"ש 87 לעיל.

113 ראו, לדוגמה: פרשת **פייסבוק**, לעיל ה"ש 38.

114 ראו טקסט בסמוך לה"ש 65, 66, 67 לעיל.

115 דנ"א 4960/18 **זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ** (נבו 4.7.2021).

לגורמים המפוקחים על הרשות המאסדרת והמפקחת. שנית, שיקולים של הפרדת רשויות: הרשות הרגולטורית משמשת לעיתים הן כרשות מחוקקת (של חקיקת משנה), הן כגוף ביצועי ובנוסף היא מפעילה סמכויות מעין שיפוטיות. ריכוז סמכויות כה רב יוצר חשש מפני פגיעה אפשרית בזכויות, ולכן יש הטוענים כי את סמכויות הביקורת השיפוטית עדיף להותיר בידי בתי המשפט. שלישית, "תופעת הדלת המסתובבת", שמכוחה בעלי תפקידים ברשות הרגולטורית עשויים להתמנות למשרות בגופים המפוקחים ("תרחיש יציאה"), או כאשר בכירים בגופים המפוקחים מתמנים להיות בעלי תפקידים בגוף המאסדר ("תרחיש כניסה"). תרחיש היציאה מעורר חשש שבעלי התפקיד ייטבו עם הגופים המפוקחים מתוך ציפייה לעבוד איתם בעתיד, כך שהרגולציה תעוצב, גם אם שלא במודע, לטובת המפוקחים. תרחיש הכניסה מעורר חשש שבעלי התפקיד, אשר עבדו בעבר בגופים המפוקחים, ייטו לטובתם מתוך הזדהות עימם. רביעית, חשש מפני הטיה של הגוף המנהלי הנובעת משיקולי שמירת מוניטין שלו עצמו. חמישית, חשש מפני הטיה הנובעת מתוך דאגה של הגוף המנהלי לשמירת יציבותו של השוק המפוקח על ידו.

אלא שחרף חסרונותיו האפשריים של מנגנון פיקוח מנהלי, אנו סבורים כי המנגנון המוצע עשוי לתת מענה הולם, יעיל וזול יותר ולכן גם עדיף על פני המנגנונים הקיימים. למרות שבמבט ראשון, פיקוח מנהלי רציף עשוי להיראות כמנגנון מורכב ומסורבל ליישום, הרי שכמו במקרים רבים אחרים, מניעה מראש של בעיות קיפוח – חלף התמודדות בדיעבד עם בעיות אלה – תהיה ככל הנראה יעילה וזולה יותר.¹¹⁶ גוף אדמיניסטרטיבי בעל מומחיות בתחום השירותים הפיננסיים עשוי להיות לפיכך מנגנון יעיל ומהיר יחסית לאיתור, פיקוח ואכיפה בהקשר של בעיית הקיפוח.¹¹⁷ מנגנון יעיל יביא, בתורו, גם לרמה גבוהה יותר של הרתעה. פיקוח מנהלי מהווה דרך ישירה להתמודדות עם בעיית התנאים המקפחים. עוד נציין כי פיקוח מנהלי מהווה פרקטיקה מקובלת בתחום הגנת הצרכן בכלל ובשווקים פיננסיים בפרט, הן בישראל והן בעולם הרחב.¹¹⁸ במובן זה, הצעתנו למנגנון מנהלי שיפקח על תנאיהם של

116 השוו: Halley S. Faust & Paul T. Menzel eds., 2012) PREVENTION VS. TREATMENT: WHAT'S THE RIGHT BALANCE?

117 לעדיפותה של רגולציה מנהלית בהקשר של חוזים בנקאיים ראו גם: אמיר בכר חוזים למתן שירותים בנקאיים – אסדרה של מידע ותוכן (עבודת גמר לקבלת תואר דוקטור, האוניברסיטה העברית, 2012).

118 ראו לדוגמה דירקטיבה 2019/2161 של האיחוד האירופי מחודש נובמבר 2019, שבה נקבע בין היתר: "Rules on penalties should be included in Directive 93/13/EEC with a view to Member States are free to decide on the administrative or strengthening its deterrent effect. judicial procedure for the application of penalties for infringements of that Directive. In particular, administrative authorities or national courts could impose penalties when establishing the unfair character of contractual terms, including on the basis of legal proceedings initiated by an administrative authority. The penalties could also be imposed by administrative authorities or national courts when the seller or supplier uses contractual terms which are expressly defined as unfair in all circumstances in national law as well as when the seller or supplier uses contractual terms which have been found to be unfair by a final binding decision. Member States could decide that administrative authorities also have the right to establish the unfair character of contractual terms. Administrative authorities or

חוזים בנקאיים אחידים אינה חריגה, אלא מהווה הצעה לנדבך חשוב נוסף במערך הפיקוח על הבנקים.

נתאר בתמצית את עקרונות פעולתו של המנגנון המוצע:

(1) הגוף האדמיניסטרטיבי המפקח יהיה בעל מומחיות ייחודית בתחום הבנקאי. מוצע לפיכך שגוף זה יהיה חלק מהמערך הקיים של הפיקוח על הבנקים.

(2) החוזים הבנקאיים ייבחנו על ידי הגוף המפקח על בסיס תקופתי, או בכל מקרה של שינוי גרסה, או בעקבות תלונה מצד לקוחות או בעקבות מידע מחשיד שיגיע לגוף המפקח בדרך אחרת (למשל, בעקבות הליכים משפטיים פרטניים שבמסגרתם עלתה טענת קיפוח כנגד תניות בחוזה בנקאי).

(3) החוזים הבנקאיים – לפחות בנוסחם הנוכחי – הם ארוכים מאוד, כתובים בלשון מקצועית מסובכת ופעמים רבות מנוסחים באופן שמקשה מאוד על הקריאה וההבנה שלהם. אנו מציעים לפיכך שבחינת החוזה תיעשה באמצעות שילוב של כוח אדם אנושי מיומן ביחד עם אמצעים טכנולוגיים מתקדמים. ישנה כיום התפתחות טכנולוגית מהירה מאוד בתחום של מנגנונים אלגוריתמיים המבוססים על טכנולוגיות של עיבוד שפה טבעית (NLP), machine learning ועל אינטליגנציה מלאכותית, גם בשפה העברית. שימוש בטכנולוגיות הללו, המאפשרות סריקת חוזים באמצעות "קריאת מכונה", יכול לסייע בסקירה מהירה של חוזים בנקאיים בדרך יעילה וזולה לצורך איתור ראשוני של תניות החשודות כמקפחות. לאחר איתור התניות החשודות באמצעות הליך טכנולוגי, ייבחנו התניות הללו בידי כוח אדם מקצועי ומיומן בתחום הבנקאות. על מנת לאפשר שימוש בטכנולוגיות אלה של קריאת מכונה, יהיה צורך בתשתית חקיקתית אשר תחייב את הבנקים לערוך את חוזהיהם במתכונת של קבצים דיגיטליים (להבדיל מטקסט סרוק) שמאפשרים קריאת מכונה, ובנוסף יהיה צורך לקבוע כללים שייצרו סטנדרטיזציה מבנית ולשונית באופן שיאפשר סריקה שיטתית ויעילה באמצעות המחשב.¹¹⁹

(4) מיומנותו המקצועית של הגוף המפקח בתחום הבנקאות והיכרותו הבלתי אמצעית עם תנאי השוק המשתנים ועם צרכיו תאפשר לו לבחון את התנאים החשודים בהקשר הרחב. דהיינו – בלשונו של חוק החוזים האחידים – "בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות".¹²⁰ בחינה זו נועדה למצוא את נקודות האיזון שבין שמירה מידתית על אינטרסים חשובים של הבנקים לבין מניעת פגיעה בלקוחות. בחינה כזו כוללת שיקולים משפטיים וכלכליים מורכבים. לשם מציאת האיזון והקביעה האם תנאי מסוים שבחוזה הוא מקפת, יפעיל הגוף המפקח את

national courts could also impose a penalty through the same decision by which unfairness of contractual terms is established. Member States could lay down the appropriate coordination mechanisms for actions at national level regarding individual redress and penalties". לדירקטיבה במלואה ראו: <https://bit.ly/45qoWH1>.

119 למחקר אמפירי המציג, בין היתר, את היתרונות של טכנולוגיית קריאת מכונה, את העובדה שכיום לא כל הטקסטים החוזיים ניתנים לקריאה דיגיטלית יעילה ולהמלצות על השינויים הרגולטוריים הנדרשים על מנת שיתאפשר שימוש יעיל בטכנולוגיה זו, ראו Uri Benoliel, *Have Disclosures Kept Up with the Big Data Revolution? An Empirical Test*, 63 B.C. L. Rev. 1913 (2022).

120 ס' 3 לחוק.

מבחיני העזר שהתפתחו במהלך השנים בפסיקה¹²¹ וכן את חזקות הקיפוח המנוויות בחוק החוזים האחידים.¹²² בדומה למצב בסקטורים רבים אחרים, גם בתחום הבנקאות קיים דמיון רב בין החוזים האחידים של הבנקים השונים.¹²³ עובדה זו תאפשר לגוף המפקח לאתר במהלך הזמן את התניות החשודות האופייניות לסקטור הבנקאי וליצור רשימה של חזקות קיפוח ייחודיות לתחום החוזים הבנקאיים. רשימה כזו עשויה אף היא להקל על תהליך האיתור של תנאים מקפחים.

(5) בתהליך סקירת החוזים הבנקאיים יאתר הגוף המפקח הן את התנאים שכוללים קיפוח מהותי וכן מקרים של קיפוח פרוצדורלי או טכני (לדוגמה: שימוש בלשון לא ברורה או במשפטים ארוכים במיוחד וקשים להבנה,¹²⁴ אי-עמידה בדרישות צורניות,¹²⁵ "הסוואה" של תנאי חוזי באמצעות מיקומו בחלק של החוזה שהקשרו אינו רלוונטי לתוכנו של התנאי וכדומה).

(6) לאחר איתור התנאים שייחשבו בעיני הגוף המפקח למקפחים, יתקיים הליך היוועצות בינו לבין הבנק. הליך כזה יאפשר לבנק להציג את עמדתו ולנסות לשכנע שהתנאי אינו מקפח (בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות האחרות). הליך ההיוועצות בין הגוף המפקח לבין הבנק יצמצם טעויות אפשריות של הגוף המפקח בהערכת התנאים ויאפשר חילופי מידע בין הצדדים. יתרה מזו, יש להניח שהליך כזה יאפשר במקרים רבים להגיע לנוסח מוסכם, שיחליף את הנוסח הנחזה כמקפח, באופן שיהיה מקובל הן על הגוף המפקח והן על הבנק.

(7) בהיעדר הסכמה, ואם הגוף המפקח לא ישתכנע מטעונו הבנק, יהיה בסמכותו להורות לבנק לבטל או לשנות את התנאי המקפח. הגוף המפקח יוכל להורות על תחולה רטרואקטיבית של החלטתו, באופן שהחלטה זו תחול גם על חוזים קיימים של לקוחות הבנק, או – במקרים המתאימים – על תחולה פרוספקטיבית בלבד.¹²⁶ בנוסף, לגוף המפקח תהיה סמכות להטיל עיצומים כספיים כנגד בנק מפר.

(8) ייקבע מנגנון ערעור שיאפשר במקרים חריגים ומורכבים במיוחד להגיש ערעור על החלטת הגוף המפקח. ערעור כזה יתנהל במסגרת בית משפט או בית הדין לחוזים אחידים.

(9) למותר לציין שלצורך מימוש ויישום של מנגנון הפיקוח המנהלי המוצע, יהיה צורך ביצירת התשתית החקיקתית הנדרשת.

121 ראו, לדוגמה: פרשת פייסבוק, לעיל ה"ש 38, פס' 22 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

122 ס' 4 לחוק וכן ביחס לתנאים הבטלים המנויים בס' 5 לחוק.

123 Mark R. Patterson, *Standardization of Standard-Form Contracts: Competition and Contract Implications*, 52 WM. & MARY L. REV. 327 (2010); Margaret Jane Radin, *Commentary, Boilerplate Today: The Rise of Modularity and the Waning of Consent*, 104 MICH. L. REV. 1223 (2006).

124 פלאטו-שנער ואזואלוס-אטיאס, לעיל ה"ש 4.

125 ראו לדוגמה: תקנות הגנת הצרכן (האותיות בחוזה אחיד ובתנאי הכלול במידע אחר המיועד לצרכן), התשנ"ה-1995.

126 בדומה לסמכותו של בית הדין לחוזים אחידים הקבועה בס' 18 לחוק.

ה. סיכום

מחקר זה כלל בחינה אמפירית מקיפה של שני סוגי החוזים הבנקאיים העיקריים: חוזי הלוואה לדיוור וחוזי פתיחת חשבון. תכלית הבדיקה הייתה לברר באיזו מידה מיושמות כיום הקביעות של בית הדין לחוזים אחידים ושל בית המשפט העליון ביחס לתניות שנמצאו בשעות כמקפחות. הממצא האמפירי מגלה כי בחלוף כשני עשורים מהמועד שבו ניתנו ההחלטות השיפוטיות, רמת הציות מצד הבנקים היא גבוהה למדי. המחקר הציע כי ההסבר לכך נעוץ בעובדת קיומו של מנגנון פיקוח חזק ואפקטיבי מצד הפיקוח על הבנקים, במבנה השוק הבנקאי וכן בתרבות הארגונית של הבנקים בישראל, אשר רואים עצמם מחויבים למדיניות שמביאה בחשבון שיקולים חברתיים וציבוריים של הגינות כלפי הלקוחות.

יחד עם זאת, ובצד הממצא האמפירי המעודד, הסתבר שבמהלך השנים חל תהליך של שחיקה ברמת הציות של חלק מהבנקים להוראות הדין. בנושאים מסוימים התגלו תניות אשר מפירות במפורש הנחיות שיפוטיות או חקיקתיות. עוד הסתבר, כי בחלקים של החוזים שלא נבחנו בעבר בידי בית הדין (חלקים שהוספו בעקבות חידושים טכנולוגיים שונים) ניתן עדיין למצוא תניות לא מעטות שחשודות כמקפחות.

בחלקו הנורמטיבי-ביקורתי של המאמר הצענו לייסד ולהפעיל מנגנון פיקוח מנהלי על תוכנם של חוזים בנקאיים. הסברנו מדוע מנגנון כזה עדיף על פני מנגנון פיקוח שיפוטי ויעיל יותר גם בהשוואה לשיטות פיקוח אחרות. אנו מציעים להפעיל מנגנון כזה לא בהכרח כמנגנון בלעדי אלא כמנגנון שיפעל בצדם של המנגנונים הקיימים – כגון פיקוח פרטי באמצעות תובענות ייצוגיות, רגולציה עצמית באמצעות קודים אתיים, הטלת חובות גילוי, וערוצי האכיפה המסורתיים. עמדנו על יתרונותיו של מנגנון פיקוח מנהלי ועל כך שניתן להפעילו באופן יעיל וזול יותר מאשר מנגנון שיפוטי ובעיקר באופן שיטתי וחוזר, במובחן מהליך הפיקוח החד-פעמי המתרחש בין כותלי בית המשפט או בית הדין לחוזים אחידים. בחלקו האחרון של המאמר פירטנו קווים מנחים ראשוניים להפעלתו של מנגנון כזה. אנו מקווים שתוצאות המחקר ישרתו את קובעי המדיניות במסע המתמשך לשיפור האסדרה של שוק השירותים הפיננסיים בישראל.