

# לקראת חקיקתו של חוק חוזה הלוואה

אמיר בכר\*

- א. מבוא
- ב. הרקע החקיקתי של חוזה הלוואה בישראל
  1. חוק הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות, התשנ"ג-1993
  2. חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 והתקנות שהוצאו על פיו
  3. חוק הריבית, התשי"ז-1957
  4. חוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981 והכללים שהוצאו על פיו
  5. פקודת הבנקאות, 1941 וצו הבנקאות (עמלות פירעון מוקדם), התשס"ב-2002
  6. חוקי הלוואות מיוחדים
  7. הוראות המפקח על הבנקים
- ג. הרקע החקיקתי של חוזה הלוואה בעולם ממעוף הציפור
- ד. מהות חוזה הלוואה
- ה. החיובים העיקריים של המלווה והלווה
  1. מהות החיובים העיקריים בחוזה הלוואה
  2. סיווג החיובים העיקריים בחוזה הלוואה
  3. חוזה הלוואה כחוזה יחס
- ו. צורת חוזה הלוואה
  - א. הריבית
    1. תחולת הריבית
    2. דרכי חישוב הריבית
  - ב. מועד קיום החיוב
  - ט. השעיית חיובים
  - י. הקדמת מועד הפירעון
    1. כללי
    2. הקדמת מועד הפירעון ביזמת הלווה
    3. הקדמת מועד הפירעון ביזמת המלווה
- יא. אי-התאמה
- יב. קוגנטיות ודיספוזיטיביות

---

\* בעל תואר בוגר במשפטים ובכלכלה ובעל תואר מוסמך בכלכלה מהאוניברסיטה העברית. דוקטורנט בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית.

יג. תיקוני חקיקה משלימים  
 יד. סיכום ומסקנות

## א. מבוא

הדרכים שבהן יכול מלווה לתת אשראי ללווה הן רבות ומגוונות. דרכים אלה עשויות להיות פשוטות יחסית, כגון: מוכר המעמיד נכס לרשות קונה ודוחה את קבלת התשלום עבור הנכס, כולו או חלקו, למועד עתידי כלשהו; אדם המשלם מראש עבור נכס או שירות שיינתנו לו בעתיד, ועוד. הדרכים עשויות להיות גם מעט מורכבות יותר, כגון: ניכיון שיקים, מתן ערבות, העמדת אשראי דוקומנטרי, ועוד עסקאות מימון כאלה ואחרות המקובלות בארץ ובעולם. הדרך הפשוטה והבסיסית ביותר למתן אשראי היא באמצעות חוזה הלוואה שבמסגרתו המלווה מלווה ללווה סכום כסף שהלווה מחויב להחזיר למלווה במועד עתידי כלשהו, בתשלום אחד או לשיעורין, בצירוף המחיר שנקבע לכן. עם זאת, מן הבחינה העיונית, חוזה ההלוואה אינו חייב לכלול רק הלוואה של סכום כסף, אלא יכול לכלול גם הלוואת נכסים. הגם שחוזה ההלוואה הוא חוזה נפוץ ובעל משמעות ניכרת בחיי המסחר, הוא לא זכה למסגרת חקיקתית כללית מצד המחוקק הישראלי. זאת, בניגוד לחוזים מיוחדים אחרים, כגון: מכר, שכירות, שמירה, ערבות, ועוד. עם זאת, בשל חשיבות ההלוואות בחיי המסחר, ובעיקר בשל המשמעות הצרכנית הניכרת של חוזה ההלוואה, הוסדרו במשך השנים היבטים שונים הנוגעים להלוואות, בעיקר מנקודת מבט צרכנית. במהלך גיבוש טיוטת חוק דיני ממונות (הקודקס האזרחי החדש)<sup>1</sup> התלבטה ועדת הקודיפיקציה אם לכלול בטיטה פרק על חוזה ההלוואה, אולם לבסוף החליטה שלא לעשות כן.<sup>2</sup> עם זאת, לאור חשיבות העניין, ולאור היותו חלק בלתי נפרד ממערך החוזים המיוחדים, החליט לאחרונה משרד המשפטים שנכון יהיה לשקול להוסיף לחקיקה הישראלית חוק העוסק בחוזה ההלוואה. ברשימה זו נעמוד על המאפיינים העיקריים של חוזה ההלוואה ועל העקרונות המשפטיים שחוק חוזה הלוואה צריך להיסמך עליהם. תחילה נדון ברקע החקיקתי של חוזה ההלוואה בארץ ובעולם ובמהות חוזה ההלוואה, לאחר מכן נדון בתוכן הראוי של חוק חוזה ההלוואה ולבסוף נציין תיקוני חקיקה משלימים לחקיקת חוק חוזה ההלוואה ונסכם.

<sup>1</sup> ראו תזכיר חוק דיני ממונות, התשס"ו-2006, ניתן לצפייה בכתובת: [www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/F4C8889A-234F-4A90-9B5A-B30C5B1B2E2A/0/mamonot.pdf](http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/F4C8889A-234F-4A90-9B5A-B30C5B1B2E2A/0/mamonot.pdf) (נבדק לאחרונה ב-18.11.2009) (להלן: "טיטת חוק דיני ממונות").

<sup>2</sup> על היעדרו של פרק על חוזה ההלוואה בטיטת חוק דיני ממונות ועל היבטים שונים של חוזה ההלוואה ראו: איל זמיר "הסדרת החוזים המיוחדים בהצעת הקודקס האזרחי" משפטים 531, 550-563 (2006).

## ב. הרקע החקיקתי של חוזה הלוואה בישראל

עד כה אמנם לא זכה חוזה הלוואה להתייחסות חקיקתית מקיפה בישראל, אולם חיי המעשה הביאו לכך שבפועל חוקקו לאורך השנים חוקים והוראות שונים המסדירים היבטים מסוימים של חוזה הלוואה. להלן נסקור את ההוראות העיקריות המסדירות את חוזה הלוואה בישראל:

### 1. חוק הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות, התשנ"ג-1993

תכליתו של חוק הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות היא להגן על לווים פרטיים (שאינם תאגידיים), הנוטלים הלוואות מגורמים שאינם משתייכים למערכת הבנקאית, שכן המערכת הבנקאית אינה מוכנה לתת להם אשראי בשל היעדר ביטחונות מספיקים.<sup>3</sup> משכך, החוק מסדיר היבטים מסוימים של חוזה הלוואה, הנוגעים להגנת הלווה. החוק מבחין בין חוזה הלוואה שאחד הצדדים להם הוא מלווה, שעיסוקו הוא מתן הלוואות, לבין חוזה הלוואה אחרים.<sup>4</sup> חוזה הלוואה מהסוג הראשון זוכים להתערבות בשלושה מישורים עיקריים. ראשית, החוק מתערב בצורת החוזה, וקובע כי חוזים אלה טעונים מסמך בכתב.<sup>5</sup> שנית, החוק מתערב בתוכן החוזה, וקובע חובות גילוי של המלווה באשר למידע בסיסי הנוגע להלוואה, ובעיקר לעניין מחיר הלוואה והדרכים לשינוי, תקופת הלוואה וסכומה.<sup>6</sup> שלישית, החוק מוסיף ומתערב בתוכן החוזה, וקובע מגבלות להפעלת זכותו החוזית הנפוצה של המלווה להקדים את מועד הפירעון.<sup>7</sup> הבחנה נוספת שעושה החוק היא בין הלוואות בסכומים של עד 1,000,000 ש"ח לבין הלוואות בסכומים גבוהים יותר.<sup>8</sup> כחלק מתכליתו הצרכנית, החוק מתערב<sup>9</sup> בתוכנם של חוזי הלוואה עד הסכום האמור, באופן שבו הוא מגביל את המחיר החוזי לשיעור מסוים.<sup>10</sup>

<sup>3</sup> הצעת חוק הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות, התשנ"ג-1993, ה"ח 116.

<sup>4</sup> ס' 15 לחוק הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות.

<sup>5</sup> ס' 2 לחוק הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות. על היותה של דרישה זו דרישת כתב מהותית ראו: ה"פ (מחוזי י"ם) 684/97 אוגלי נ' אביב שני חברה לשירותים כלכליים בע"מ, פ"מ התשס"ב(2) 449 (2003).

<sup>6</sup> ס' 3 לחוק הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות.

<sup>7</sup> ס' 7 לחוק הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות. כן ראו ס' 1 לתקנות הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות (סדרי דין), התשנ"ד-1994, ק"ת 5598.

<sup>8</sup> ראו ס' 15(ב)(1) לחוק הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות, וכן תקנות הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות (קביעת סכום לעניין סעיף 15(ב)(1) לחוק), התשס"ז-2007, ק"ת 6597 (להלן: "תקנות הלוואות חוץ בנקאיות").

<sup>9</sup> ס' 5 ו-6 לחוק הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות.

<sup>10</sup> לעיון נרחב יותר בהיבטיו השונים של חוק הלוואות חוץ בנקאיות ראו: גלעד נרקיס וורד

## 2. חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 והתקנות שהוצאו על פיו

סעיפים 8-13 לחוק הגנת הצרכן עוסקים במכירת נכסים באשראי על ידי עוסק לצרכן, כהגדרתם בחוק. ההוראות העיקריות הרלוונטיות לענייננו מצויות בסעיף 9 לחוק הגנת הצרכן, הקובע חובות גילוי של העוסק לצרכן, ובסעיף 12 לחוק הגנת הצרכן, הקובע איסור לחלט את הנכס ולהעמיד את האשראי לפירעון מידי בעת פיגור של תשלום יחיד מבין סדרת התשלומים בגין הנכס. זאת, אלא אם כן התקיימו תנאים שקבע שר התעשייה והמסחר בתקנות. מכוח סמכותו על פי חוק הגנת הצרכן אכן התקין שר התעשייה והמסחר את תקנות הגנת הצרכן (מכירות באשראי, מכירה מיוחדת ועסקה ברוכלות), התשמ"ג-1983.<sup>11</sup> סעיף 4 לתקנות הגנת הצרכן קובע את התנאים שבהם יוכל עוסק לחלט נכס או להעמיד לפירעון מידי את האשראי שנתן לצרכן לשם רכישתו, אם הצרכן מפגר בתשלום עבור הנכס. נציין גם את סעיף 3 לתקנות הגנת הצרכן, המטיל חובת עריכת הסכם בכתב, ככל ששווי העסקה עולה על 200,000 ש"ח.<sup>12</sup>

## 3. חוק הריבית, התשי"ז-1957

חוק הריבית, כשמו כן הוא, הוא כל כולו התערבות במחיר ההלוואה, כפי שנקבע בחוזה, היינו הריבית החלה עליה. תכליתו של חוק זה היא כפולה: התכלית האחת היא לתת בידי המדינה כלי לקביעת מדיניות כלכלית;<sup>13</sup> התכלית השנייה צרכנית במהותה, והיא למנוע גביית ריביות נשך על ידי מלווים.<sup>14</sup> ההוראה המרכזית בחוק היא האיסור לגבות ריבית מופרזת, והסמכות לקבוע את שיעור הריבית המרבי המותר ניתנה, על פי החוק, לשר האוצר. בצו שהוציא מכוח סמכותו על פי החוק, בחר שר האוצר שלא להתערב ישירות במחירן של כלל ההלוואות, אלא רק באלה שמנגנון המחיר שלהן כולל הצמדה למדד המחירים לצרכן או למחיר אחר כלשהו. זאת, למעט לעניין הלוואות במשכון דירת מגורים, ששם התערב מחוקק המשנה בריבית הפיגורים שתחול על ההלוואה, גם אם אין מדובר בהלוואה צמודה למדד או למחיר כאמור.<sup>15</sup> כך, המחיר המרבי שקובע הצו האמור להלוואות בעלות מנגנון מחיר הצמוד למדד או למחיר אחר כלשהו הוא שיעור ריבית כולל של 13% בשנה, ו-17% בשנה

שיידמן-תקן הלוואות חוץ בנקאיות (המכון למחקרי משפט וכלכלה, 2007).

<sup>11</sup> ק"ת 4453 (להלן: "תקנות הגנת הצרכן").

<sup>12</sup> לעיון נרחב יותר בנושא זה ראו: סיני דויטש דיני הגנת הצרכן א (2001).

<sup>13</sup> בג"ץ 548/85 דלין נ' נגיד בנק ישראל, פ"ד לט (4) 303 (1985).

<sup>14</sup> ד"כ 20, 2360 (התשט"ז).

<sup>15</sup> ס' 1 ו-2 לצו הריבית (קביעת שיעור הריבית המכסימלי), התש"ל-1970, ק"ת 2538 (להלן: "צו הריבית").

במקרה של פיגור בפירעון. המחיר המרבי שנקבע בעת פיגור בתשלומים בהלוואות במשכון דירת מגורים, גם אם הן אינן צמודות למדד או למחיר כלשהו, הוא ריבית הפריים בתוספת 6.5 נקודות האחוז.<sup>16</sup>

לכאורה יכול המלווה לנסות לעקוף את ההוראות הקוגנטיות שבחוק הריבית ובתקנות שהוצאו על פיו, ולהעלות את המחיר החוזי אל מעבר למותר על פי החוק, באמצעות גביית עמלות ותשלומים אחרים, שאינם מכונים, פורמלית, בשם "ריבית", אולם מהותם היא כזו. כדי למנוע זאת החוק מגביל את חופש עיצוב החוזה, וזאת, על ידי הקביעה, כי כל תשלום המוטל על הלווה על פי חוזה הלוואה, ואינו בגין הוצאות בעין של המלווה, יחשב ל"ריבית".<sup>17</sup> הגבלת דרך ריבוי הריבית היא דרך נוספת של החוק, למנוע הן עקיפה של שיעור הריבית המרבי שנקבע על פיו, והן חישובי ריבית שיגדילו את שיעורה השנתי לערכים גבוהים ביחס לריבית המוסכמת.<sup>18</sup>

#### 4. חוק הבנקאות (שירות ללקוח),<sup>19</sup> התשמ"א-1981 והכללים שהוצאו על פיו

חוק הבנקאות הוא חוק צרכני שחוקק במקביל לחוק הגנת הצרכן, על מנת להוות את מסגרת ההגנה על לקוחות התאגידיים הבנקאיים. חוק הבנקאות נוגע, למעשה, לכלל השירותים הבנקאיים, שעמם נמנה גם השירות של מתן הלוואות. עם זאת, במקומות מסוימים החוק דן באופן ספציפי בהלוואות הניתנות על ידי התאגידיים הבנקאיים, וזאת במישורים מספר, כמפורט להלן:

(א) הקביעה העקרונית בסעיף 2(א) סיפה לחוק, שלפיה אשראי אינו שירות שתאגיד בנקאי מחויב לתת. לקביעה זו יש חשיבות בהקשר שבו היא מופיעה בחוק. תכליתו של סעיף 2 האמור היא להטיל חובה על תאגידיים בנקאיים לתת ללקוחותיהם שירותים בנקאיים מסוימים, כגון: פתיחת חשבון עובר ושב ביתרת זכות, מכירת שיקים בנקאיים והפקדת פיקדונות במטבע ישראלי. על מנת להסיר ספק שעשוי היה להתעורר בהקשר זה, ראה לנכון המחוקק להבהיר, כי תאגיד בנקאי אינו מחויב לתת ללקוח הלוואה. הטעם להבחנה זו נעוץ במהות השונה של הלוואה ביחס לשירותים שחובה על תאגיד בנקאי לתתם.

שירותים כמו פתיחת חשבון עובר ושב ביתרת זכות, מכירת שיקים בנקאיים והפקדת פיקדונות, הם שירותים הנתפסים כשירותים חיוניים, שמן הראוי להטיל על מי שיש לו מונופול באספקתם, חובה לספקם. לעומתם, הלוואה נתפסת כשירות,

16 ס' 2(א), (א) 2 ו- 2(ב) לצו הריבית.

17 ס' 1 לחוק הריבית.

18 ס' 5 לחוק הריבית וס' 3 לצו הריבית.

19 (להלן בפסקה זו: "חוק הבנקאות" או "החוק").

שגם אם נאמר כי חיוני הוא, הרי הטלת חובה לתת תפגע, מניה וביה, בקניינו של התאגיד הבנקאי הנותן. אפשר אמנם לתאר מקרים שבהם פגיעה זו תעמוד בתנאי פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אולם תיאור מדויק של מקרים אלה מראש בחוק, נראה כמשימה קשה. יתרה מכך, הטלת חובה לתת הלוואות תהווה חדירה למתחם הניהולי הפנימי של התאגיד הבנקאי, המוחזק כידוע לנהל את סיכוניו כדבעי, ודבר זה אינו נתפס כרצוי.

(ב) קביעת זמני מקסימום, כאמור בסעיף 9א לחוק, לביטול שעבודים שהבטיחו הלוואות שנתן תאגיד בנקאי, לאחר פירעון המלא של הלוואות.

(ג) ההסדר המצוי בפרק 1ב לחוק. מהותו של הסדר זה היא מתן זכות ללווה לשנות את המועד שהוסכם עליו מלכתחילה לפירעון השוטף של הלוואה לדיוור כהגדרתה בחוק, למועדים מסוימים אחרים הקבועים בחוק.

(ד) הכללים שהוצאו מכוח סמכותו של נגיד בנק ישראל על פי החוק. הנגיד מוסמך על פי החוק להוציא כללים שיחולו על התאגידים הבנקאיים בכמה נושאים, שאחד מהם הוא קביעת חובות גילוי ללקוח וחובת עריכת הסכמים בכתב ומסירת מסמכים ללקוח.<sup>20</sup> מכוח סמכותו כאמור הוציא הנגיד, בין היתר, את כללי הבנקאות (שירות ללקוח) (גילוי נאות ומסירת מסמכים), התשנ"ב-1992.<sup>21</sup>

כמקבילו בחוק הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות, מגביל סעיף 3(א)(4) לכללי הבנקאות את צורת החוזה, וקובע דרישת כתב לחוזה הלוואה.<sup>22</sup> פרק ד' לכללי הבנקאות קובע חובות גילוי פרטניות, הן תוך התערבות בתוכן חוזה הלוואה גופו, אשר התאגיד הבנקאי מחויב לכלול בו פרטים מסוימים, והן תוך הסדרת הגילוי ללווה במהלך תקופת החוזה. חובות הגילוי האחרונות נוגעות בעיקר לשינויים שעשויים לחול במהלך תקופת החוזה, דבר המאפיין חוזים ארוכי טווח.

## 5. פקודת הבנקאות, 1941 וצו הבנקאות (עמלות פירעון מוקדם), התשס"ב-2002<sup>23</sup>

סעיף 13 לפקודת הבנקאות הוא נטע זר בנופה של פקודת הבנקאות, אשר תכליתה העיקרית היא להסדיר את מוסד המפקח על הבנקים ולקבוע את סמכויותיו. סעיף 13 האמור מקנה ללווה שקיבל מתאגיד בנקאי הלוואה לרכישת דירת מגורים או במשכון של דירת מגורים, את הזכות לפרוע בכל עת את הלוואה בפירעון מוקדם, מלא או חלקי. זכותו של הלווה מותנית בכך שיפרע לפחות 10% מיתרת הלוואה, ובכך

<sup>20</sup> ס' 5 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח).

<sup>21</sup> ק"ת 5471 (להלן: "כללי הבנקאות").

<sup>22</sup> לדיון בדרישת הכתב ובפסיקה העוסקת בכך בענייננו ראו פרק ו' להלן.

<sup>23</sup> ק"ת 6178 (להלן: "צו הבנקאות").

שישלם לתאגיד הבנקאי עמלה בשיעור שיקבע הנגיד. שיעור עמלת הפירעון המוקדם נקבע על ידי הנגיד בצו הבנקאות.

## 6. חוקי הלוואות מיוחדים

לעתים המדינה קובעת מדיניות מתן הלוואות לקבוצות אוכלוסייה שעמן היא מבקשת להיטיב באמצעות מימון פעילויות מסוימות. חוקים אלה עשויים לקבוע את תנאי ההלוואות ואף את הריבית שתחול עליהן. עם חוקים אלה נמנים, למשל, חוק הלוואות לדויר<sup>24</sup> וחוק הלוואות לשכר לימוד.<sup>25</sup>

## 7. הוראות המפקח על הבנקים

ככל שמדובר בהלוואות הניתנות על ידי תאגידים בנקאיים, הרי המישור העיקרי שבו קיימת הסדרה של חוזה ההלוואה הוא בהוראות ניהול בנקאי תקין, שמוציא המפקח על הבנקים מכוח סמכותו לפי סעיף 5(ג1) לפקודת הבנקאות. הוראות אלה מעמדן כתקנות, ודבר הוצאתן מתפרסם ברשומות. מהותן של אותן ההוראות העוסקות בחוזה ההלוואה וביצירתו היא צרכנית, מה שמגביל אותן בעיקר להלוואות שנטילתן מאפיינת לוויים צרכניים.<sup>26</sup> ההוראה המרכזית לעניין זה היא הוראת ניהול בנקאי תקין מס' 451 – "נהלים למתן הלוואות לדויר",<sup>27</sup> שכשמה כן היא, והיא עוסקת בהלוואות שמטרתן העיקרית היא דויר.

הוראה זו מסדירה הן את השלב הטרם חוזי של ההלוואה והן את השלב החוזי. כך למשל ההוראה קובעת חובות גילוי בשלב שטרם כריתת החוזה, ומגדירה את האופן שבו על התאגיד הבנקאי להציע ללווה את ההצעה לכריתת החוזה ואת משך הזמן עד לפקיעת ההצעה.<sup>28</sup> כן קובעת ההוראה את הדרך להעמדת כספי ההלוואה

<sup>24</sup> חוק הלוואות לדויר, התשנ"ב-1992.

<sup>25</sup> חוק הלוואות לשכר לימוד, התשס"ב-2002.

<sup>26</sup> מעמדן של הוראות והנחיות המפקח על הבנקים והשפעת הפרתן על ידי הבנק על מישור יחסי הבנק והלקוח נדונו לא פעם בפסיקת בית המשפט העליון, אשר קבע כי בנסיבות מסוימות הפרת הוראות המפקח על הבנקים עשויה להקים עילת תביעה ללקוח כלפי הבנק. עילת תביעה זו נסמכת בעיקר על חוסר תום לב (ראו למשל לעניין זה: ע"א 4580/90 **בנק ירושלים לפיתוח נ' פיניאן**, דינים עליון 295 (2) 369 (1995); ע"א 4415/03 **אהרנשטם נ' בנק פועלי אגודת ישראל בע"מ**, פ"ד נט(1) 799, 814, פס' 13 לפסק הדין (2004)). דומה שמצב זה, לפחות בכל הנוגע להוראות ניהול בנקאי תקין שנועדו להגן על הלקוחות, השתנה בעקבות העלאת מעמדן למעמד של תקנות, וכי ניתן להתייחס להפרתן כפגיעה ישירה בזכות הלקוח.

<sup>27</sup> ניתן לצפייה באתר בנק ישראל בכתובת: [www.bankisrael.gov.il/deptdata/pikuah/nihul\\_takin/main.htm](http://www.bankisrael.gov.il/deptdata/pikuah/nihul_takin/main.htm) (נבדק לאחרונה ב-26.10.2009). (להלן: "הוראה 451").

<sup>28</sup> ס' 3 ו-4ג להוראה 451.

לרשות הלווה, את הדרך לקביעת המנגנון לשינוי שיעור הריבית, במקרה שמדובר בהלוואה בריבית משתנה, את חובות הגילוי שיחולו על התאגיד הבנקאי במהלך תקופת ההלוואה וכיו"ב.<sup>29</sup>

הוראה מהותית נוספת לעניין חוזה ההלוואה היא הוראת ניהול בנקאי תקין מס' 30,325 המסדירה פרטים מסוימים הנוגעים למסגרות אשראי. ההוראה קובעת חובת עריכת הסכם מסגרת אשראי בכתב, ומחייבת קביעת מגבלות הידועות לצדדים מראש לעניין היקף האשראי.

### ג. הרקע החקיקתי של חוזה ההלוואה בעולם ממעוף הציפור

מדינות נוספות נקטו בגישה דומה לזו הנהוגה במשפט הישראלי, וגם בהן חוקי החוזים המיוחדים אינם דנים בחוזה ההלוואה באופן קונקרטי. כך למשל נהגו ארצות המשפט המקובל, כדוגמת ארצות-הברית,<sup>31</sup> בריטניה ואוסטרליה. כמו בישראל, ההתייחסות לחוזה ההלוואה במדינות אלה היא עקיפה, ונעשית באמצעות חוקים צרכניים ואחרים. מטעמים אלה קשה למצוא, למשל, הגדרה כללית של חוזה ההלוואה בחקיקה הנוהגת במדינות אלה.

בבריטניה, למשל, החוק המרכזי הנוגע להלוואות הוא ה- Consumer Credit Act.<sup>32</sup> חוק זה עוסק בהסדרים צרכניים שונים לעניין אשראי, בין שמדובר בהלוואות ובין שמדובר בעסקאות אשראי אחרות, כגון מכר באשראי וכיו"ב. הלוואה אינה מוגדרת ב-CCA, אלא מוזכרת בו כמונח שגור, בלא הגדרה.<sup>33</sup> באופן דומה, החוק המרכזי בארצות-הברית העוסק בהלוואות הוא ה- Truth in Lending Act,<sup>34</sup> שמהותו היא חובות גילוי והגנות צרכניות אחרות. לעומת זאת, מדינות רבות בעולם, בפרט אלה שקיים בהן קודקס אזרחי, נקטו גישה שונה, וראו לנכון לחוקק חוקים המסדירים, מן הבחינה המשפטית העקרונית, את חוזה ההלוואה – בדרך כלל כחלק מהקודקס האזרחי הנוהג בהן.<sup>35</sup> במדינות אלה ניתן למצוא, בדרך כלל, הגדרות

<sup>29</sup> ס' 6, 13 ו-16 להוראה 451.

<sup>30</sup> ההוראה ניתנת לצפייה באתר בנק ישראל, לעיל ה"ש 27.

<sup>31</sup> אם כי מדינות מסוימות בארצות-הברית, שיש בהן קודקס אזרחי, כדוגמת קליפורניה ולואיזיאנה, כוללות התייחסות קונקרטית לחוזה ההלוואה.

<sup>32</sup> Consumer Credit Act, 1974, c.39, §§ 9–10 (Eng.) (להלן: CCA).

<sup>33</sup> ראו למשל ס' 9 ו-10 ל-CCA.

<sup>34</sup> 15 U.S.C. §§ 1601–1667f.

<sup>35</sup> ראו למשל: German Civil Code §§ 488–498 (1896) (להלן: "הקוד האזרחי הגרמני"); Italian Civil Code §§ 1874–1914 (1804) (להלן: "הקוד האזרחי הצרפתי"); The New Civil Code Of Code §§ 1816–1822 (1942) (להלן: "הקוד האזרחי האיטלקי"); The Russian Federation §§ 807–823 (1995) (להלן: "הקוד האזרחי הרוסי"); The Civil Code of Of Québec §§ 2327–2332 (1991) (להלן: "הקוד האזרחי של קוויבק").



ברורות של חוזה ההלוואה כשלעצמו, והסדרים מפורטים המתייחסים אליו. יש לזכור ששיטת המשפט האזרחי בישראל היא קודיפיקטיבית במהותה, אף על פי שמכלול החקיקה האזרחית טרם קובץ לקוד אחד מחייב. כפי שניתן לראות, ביחס לשיטות קודיפיקטיביות ישראל היא חריגה בכך שאין בחקיקה הנוהגת אצלה התייחסות מפורשת ועקרונית לחוזה ההלוואה.

מבחינת מבנה ההוראות העוסקות בחוזה ההלוואה ברחבי העולם, קיימות שתי גישות עקרוניות. גישה אחת היא גישה מרחיבה, שבמסגרתה הפרק העוסק בחוזה ההלוואה בקודקס האזרחי של המדינה או בחוק אחר שלה, עוסק בהרחבה בהיבטים קונקרטיים של חוזה ההלוואה השונים, לרבות בחובות גילוי, בעסקאות הלוואה ספציפיות (למשל: חשבון עובר ושב) ובהוראות צרכניות שונות. גישה שנייה היא גישה מצמצמת, שבמסגרתה הפרק העוסק בחוזה ההלוואה בקודקס האזרחי של המדינה או בחוק אחר שלה, עוסק בהסדרת הזכויות המשפטיות הבסיסיות הנוגעות לחוזה ההלוואה, ואינו עוסק בהוראות אחרות פרט לכך.<sup>36</sup>

דומה שהגישה הנכונה ליישום בישראל היא הגישה המצמצמת המתוארת לעיל. גישה כזו תשתלב במארג פרקי החוזים הספציפיים בטיוטת חוק דיני ממונות. כמו יתר חוקי החוזים המיוחדים, גם על הפרק העוסק בחוזה ההלוואה לעסוק במערך הבסיסי של הזכויות על פי החוזה, ולהימנע מעיסוק קונקרטי בהוראות צרכניות פרטניות. הוראות אלה יכול שיהיו בחוקים הצרכניים השונים, כפי שהן קיימות חלקית היום. טעם נוסף לנקוט את הגישה המצמצמת הוא הצורך השונה לעתים בהוראות פרטניות ומקיפות בתחומי הלוואה שונים – הלוואות בנקאיות לעומת הלוואות אחרות; הלוואות לדיור והלוואות שאינן לדיור וכיו"ב – דבר שנכון יותר

---

Act of the Czech Republic § § 623–628 (2001) Georgia (להלן: "הקוד האזרחי של גרוזיה");  
 Malta Civil Code § § 657–658 (2001) Republic (להלן: "הקוד האזרחי של צ'כיה");  
 Civil Code of Hungary § § 522–528 (1868) 1842–1855A (להלן: "הקוד האזרחי של מלטה");  
 The Civil Code of Ethiopia § § 2471–2489 (1959) 528 (להלן: "הקוד האזרחי ההונגרי");  
 Civil Code of The Republic Of Armenia § § (1960) (להלן: "הקוד האזרחי הארמני");  
 Vietnam Civil Code § § 467–475(2006) (1998) 877–889 (להלן: "הקוד האזרחי הארמני");  
 The Civil Code of The Philippines § § 1953–1961 (1961) (להלן: "הקוד האזרחי של וייטנאם");  
 Civil code of the state of California § § (1949) (להלן: "הקוד האזרחי של הפיליפינים");  
 Civil Code Of (1872) 1912–1916.12 (להלן: "הקוד האזרחי של מדינת קליפורניה");  
 Contract Law of The Mongolia § 368 (2002) (להלן: "הקוד האזרחי של מונגוליה");  
 People's Republic of China § § 196–211 (1999) (להלן: "חוק החוזים הסיני");  
 Estonian Law Of Obligations Act § § 396–421 (2002) (להלן: "חוק החיובים האסטוני").

<sup>36</sup> דוגמאות למדינות שנקטו את הגישה המרחיבה הן גרמניה (הכוללת בקודקס שלה חובות גילוי צרכניות), איטליה (הכוללת בקודקס שלה הוראות בדבר חשבונות עובר ושב), ארמניה, הונגריה ועוד. דוגמאות למדינות שנקטו את הגישה המצמצמת הן צרפת, קנדה (מחוז קוויבק), יפן, סין, אתיופיה, צ'כיה, אירן ועוד.

להותירו למחוקק המשנה. על החוק לכלול אפוא אך ורק נושאים עקרוניים ובסיסיים הנוגעים להלוואות צרכניות, ולא יותר מכך.

## ד. מהות חוזה ההלוואה

הלוואה היא מסירת נכסים נחלפים מהמלווה ללווה, על מנת שהלווה ישתמש בהם על ידי צריכתם, ויחזיר למלווה בתום תקופת ההלוואה נכסים מאותו סוג, באותה כמות ובאותה איכות. זאת, בצירוף המחיר שנקבע להלוואה, ככל שנקבע. הבעלות בנכס עוברת מהמלווה ללווה, כך שחיובו של הלווה אינו להחזיר למלווה אותו הנכס, אלא נכס אחר בעל מאפיינים זהים ובכמות זהה.

בכך שונה עסקת ההלוואה מעסקאות אחרות. בעסקת מכר (או מתנה), למשל, המוכר מקנה לקונה את הבעלות בנכס, אשר עוברת לקונה ונתרת אצלו.<sup>37</sup> בעסקת שכירות (או שאילה), הבעלות בנכס נותרת בידי המשכיר, אשר מקנה לשוכר זכויות פחותות מבעלות, הרי הן הזכות להחזיק בנכס והזכות להשתמש בו.<sup>38</sup> עסקת ההלוואה היא עסקה מיוחדת, שיש בה ממאפייני המכר וממאפייני השכירות והשאילה גם יחד. מצד אחד – הבעלות עוברת ללווה (על התוצאות הנובעות מכך, כגון: העברת הסיכון לאבדן הנכס מהמלווה ללווה); מן הצד האחר – הלווה מחויב להחזיר בסוף תקופת ההלוואה, אמנם לא את אותו נכס, אולם נכס זהה במאפייניו ובכמותו.

עיקר ההבדל, ההופך את חוזה ההלוואה לחוזה מיוחד, מצוי בכך שנושא חוזה ההלוואה הוא נכסים שהשימוש בהם נעשה על ידי צריכתם. כלומר לא די בכך שיהיו אלה נכסים בעלי אופי גנרי, אלא שהם יהיו נכסים המתכלים אגב השימוש בהם. כך למשל מסירת כסאות מסוג מסוים לאדם על מנת שאותו אדם ישתמש בהם וישבם למוסרם (אותם ממש או כסאות זהים להם), עשויה לכוא בגדר שכירות – אם היא נעשית בתמורה, או שאילה – אם זו עסקת חינם. אין צורך במקרה זה בדין מיוחד. עם זאת, עסקאות שבהן הצד השני צורך את הנכסים, ולכן אופי העסקה הוא כזה שהוא לעולם אינו יכול להשיב את אותם נכסים ממש<sup>39</sup> – דבר המחייב העברת הנכס לבעלותו (אחרת לא היה ראוי לצרוך אותם) – אינו מוסדר היום בדין, ועל כן מצריך דין מיוחד.<sup>40</sup>

הלוואה של כסף היא מקרה פרטי של הלוואה. המלווה מעביר לבעלותו של הלווה סכום כסף מסוים, והלווה מתחייב להחזיר למלווה אותו סכום כסף בתום

<sup>37</sup> ס' 1 ו-7 לחוק המכר, התשכ"ח-1968.

<sup>38</sup> ס' 1 לחוק השכירות והשאילה, התשל"א-1971.

<sup>39</sup> כמו למשל הלוואת סוכר, חיטה, ומוצרים אחרים שניתן לצרוך אותם.

<sup>40</sup> למעשה, הביטוי האנגלי Loan משמש בעולם דובר האנגלית הן לעסקאות הלוואה והן לעסקאות שאילה. עסקאות הלוואה מכונות: simple loan או Loan for consumption, ואילו עסקאות שאילה מכונות: Loan for use.

תקופת ההלוואה, וככל שנקבע להלוואה מחיר, אזי בצירוף המחיר שנקבע (הריבית). בשל העובדה שהבעלות בכסף עוברת ללווה, הוא רשאי לעשות בו שימוש כאוות נפשו,<sup>41</sup> ובלבד שיעמוד בחיובו להחזרת אותו סכום כסף (בצירוף הריבית), במועד שנקבע לכך.

הגדרה המכילה את הרעיון הכללי של חוזה ההלוואה, כפי שהוא מוצג כאן, מצאה את ביטויה בחקיקה של מדינות שונות בעולם, לעתים בהבדלים מסוימים לעניין הדגש המושם בה. כך למשל מחוקקים מסוימים, כדוגמת המחוקק הצרפתי, האיטלקי, הרוסי והמחוקק של קוויבק,<sup>42</sup> העדיפו להגדיר הלוואה באמצעות מאפייניה הכלליים, ולאחר מכן להתייחס למקרה הפרטי של הלוואת כספים, ואילו מחוקקים אחרים, כדוגמת המחוקק הסיני וההונגרי,<sup>43</sup> שמו מראש את הדגש על הלוואת כספים, ומראש הגדירו הלוואה כהלוואת כספים.

אנו סבורים כי רצוי לבחור את ההגדרה הכללית של חוזה ההלוואה, כפי שהיא מופיעה ברישה של פרק זה, ולא רק את ההגדרה של הלוואת כספים. זאת, על אף העובדה שכמעט כל ההלוואות במשק הישראלי והעולמי הן הלוואות כספים. הטעם לכך הוא ההיגיון בהגדרה מופשטת של רעיון ההלוואה, תוך התייחסות קונקרטי, במקרים שבהם קיים צורך בכך בשל ייחודיותה, להלוואת כספים. התייחסות כגון זו תתאים מבחינה מבנית לחוקי החוזים המיוחדים הקיימים ולטיטת חוק דיני ממונות, אשר נוקטים כולם את הגישה המגדירה את נושאו של החוזה המיוחד באופן כללי.

## ה. החיובים העיקריים של המלווה והלווה

### 1. מהות החיובים העיקריים בחוזה ההלוואה

מהות חוזה ההלוואה מצביעה ישירות על החיובים העיקריים המוטלים על המלווה והלווה על פי חוזה ההלוואה. החיוב העיקרי המוטל על המלווה הוא להעביר לרשות

<sup>41</sup> כפוף לחוזה ההלוואה.

<sup>42</sup> כך למשל ס' 1892 לקוד האזרחי הצרפתי מגדיר הלוואה כך: "A loan for consumption is a contract by which one of the parties delivers to the other a certain quantity of things which are consumed by use, on condition that the latter shall return as much to him in the same kind and quality" ס' 1813 לקוד האזרחי האיטלקי מגדיר הלוואה באופן הבא: "Mutuo is a contract by which one party delivers to another a quantity of money or of other fungible things, and the other undertakes to return equal amount of things of the same kind and quality"

<sup>43</sup> כך למשל, ס' 523 לקוד האזרחי ההונגרי מגדיר הלוואה באופן הבא: "(1) By concluding loans contracts, financial institutions or other creditors shall be obliged to place a certain amount of money at the disposal of a debtor, and debtors shall be obliged to repay loans in accordance with the contract"

הלווה את סכום הכסף במועד המוסכם. החיוב העיקרי המוטל על הלווה הוא לשלם את הריבית על ההלוואה (למעט חוזה הלוואת חינום). חיוב נוסף של הלווה הוא, כמובן, לפרוע למלווה את סכום ההלוואה במועד המוסכם.<sup>44</sup>

נוסף על חיובים עיקריים אלה, המהווים את ליבת ההלוואה, יכול שיחולו חיובים מהותיים נוספים במקרים מיוחדים. הדוגמה העיקרית לכך היא חוזי הלוואה צרכניים, שם נהוג לקבוע חובות גילוי קונקרטיות וקונסטיטטיביבות, המוטלות על המלווה, והמצטרפות לחיובים העיקריים שלו על פי חוזה ההלוואה.

במשפט הישראלי, בהיעדר חוק חוזה הלוואה, יחולו על החיובים העיקריים של הצדדים ההוראות הרלוונטיות מתוך חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973,<sup>45</sup> אלא אם כן הוסכם אחרת בין הצדדים. לעניין זה נזכיר, לשם הדוגמה, חלק מההוראות העוסקות בקיום החוזה. למשל: הוראת סעיף 41 לחוק החוזים, הקובעת כי אם לא נקבע מועד לקיום חיוב הלווה לפרוע למלווה את סכום הכסף, יחול מועד הפירעון על פי הודעת המלווה ללווה זמן סביר מראש. הדבר נכון, בהיפוך, גם למקרה שבו לא נקבע מועד להעמדת הכסף לרשות הלווה. לעניין מועד הקיום נזכיר גם, כי קיום החיוב עשוי להידחות בהתאם לסעיף 43 לחוק החוזים. דוגמאות נוספות להוראות שעשויות להיות רלוונטיות הן הוראת סעיף 44 לחוק החוזים בדבר מקום קיום החיוב, הוראת סעיף 40 לחוק בדבר מיהות מקיים החיוב והוראת סעיף 42 לחוק, בדבר קיום מוקדם של החיוב על ידי החייב.

עיון בחקיקה האזרחית הקיימת ובפרקי החוזים המיוחדים בטיטת חוק דיני ממונות מעלה כי מצויים בהם, לרוב, סעיפים מפורשים העוסקים בחיובים העיקריים של הצדדים לחוזה. כך, בפרק המכר קובע סעיף 157 לטיטת חוק דיני ממונות, כי "המוכר ימסור לקונה את הנכס ויקנה לו את הבעלות בו";<sup>46</sup> בפרק הקבלנות קובע סעיף 191 כי "הקבלן יבצע את המלאכה בנכס וימסור את הנכס למזמין";<sup>47</sup> ובפרק השכירות סעיף 233 קובע כי "המשכיר ימסור את המושכר לשוכר".<sup>48</sup>

לאור הדמיון לעסקת המכר, ראוי להגדיר את חיוב מסירת הנכס ללווה באופן זהה להגדרת חיוב מסירת הממכר לקונה, כמפורט בסעיף 157 לטיטת חוק דיני ממונות. בשני המקרים חיוב מסירת הנכס הוא החיוב העיקרי המוטל על המוכר/המלווה,

<sup>44</sup> בשיטות משפט שונות, הדורשות סינלאגמה, חיוב זה אינו החיוב העיקרי של הלווה, ואינו חלק מהסינלאגמה, שכן הוא אינו הסיבה ליצירת החוזה, אלא פועל יוצא של מהות החוזה. ראו לעניין זה: HANNES UNBERATH, ANGUS JOHNSTON & BASIL MARKESINIS, THE GERMAN: LAW OF CONTRACTS: A COMPARATIVE TREATIES 151-152 (2006).

<sup>45</sup> להלן: "חוק החוזים".

<sup>46</sup> ראו גם ס' 1 לחוק המכר.

<sup>47</sup> לא קיים היום סעיף מקביל בחוק חוזה קבלנות, התשל"ד-1974.

<sup>48</sup> ראו גם ס' 5 לחוק השכירות והשאלה.

ובשני המקרים הבעלות בנכס עוברת לידי הקונה/הלווה.<sup>49</sup> מנגד, יש לציין במפורש את חיוב הלווה להשיב למלווה אותו סוג של נכסי הלוואה, מאותה כמות ובאותה איכות, במועד שהוסכם לכך, וכן לשלם למלווה את הריבית שנקבעה.

כשמוגדר החיוב העיקרי של אחד הצדדים במסירת הנכס לצד השני, יש חשיבות לקביעת המועד המדויק שבו מקום החיוב. סעיף 159(א) בטיטת חוק דיני ממונות, לעניין מכר, סעיף 191 לעניין קבלנות וסעיף 234 לעניין שכירות, קובעים כולם כי החיוב מקום עם העמדת הנכס לרשות הנעבר.<sup>50</sup> כך גם רצוי לקבוע בחוק חוזה הלוואה, הן לגבי חיובו של המלווה והן לגבי חיובו של הלווה.

באותו אופן, יש להגדיר מהו מקום קיום החיוב. סעיף 160 לטיטת חוק דיני ממונות קובע כי מסירת הנכס תקום במקום עסקו של המוכר, ובאין לו מקום עסק – במקום מגוריו, וכי אם הוסכם כי המוכר יטפל בהובלת הנכס, תקום מסירתו במקום שהוסכם עליו עם המוכר.<sup>51</sup> בכל הנוגע לחוזה למתן שירות, שאף הוא עשוי להיות רלוונטי לעניין חוזה הלוואה, ובעיקר לעניין חוזה הלוואת כספים, הרי נקודת המוצא היא כי לא ניתן לאפיין מקום מסוים שבו ניתנים שירותים דרך כלל, אלא הדבר נקבע בהסכמת הצדדים בכל מקרה ומקרה.<sup>52</sup> עם זאת, רוב חוזי הלוואה הם כאלה הנכרתים בין מוסד פיננסי, או תאגיד אחר, לבין לווה כלשהו. במקרים אלה נהוג כי מסירת כספי הלוואה תהיה במקום עסקו של התאגיד, או במקום אחר שעליו הסכימו הצדדים. לכן רצוי לקבוע כהסדר דיספוזיטיבי את ההסדר המפורט בסעיף 160 האמור, שכן הוא ההסדר היעיל ביותר, וזה שמשקף באופן המדויק ביותר את רצון הצדדים. בכל הנוגע למקום קיום חיובו של הלווה, ייתכן שדין דיספוזיטיבי חקיין צריך היה לקבוע מקום קיום זהה למקום שבו נמסר ללווה הנכס מלכתחילה. ואולם במקרה של הלוואת כספים, הנוהג בשוק הלוואות הוא כי הלווה משיב את כספי הלוואה למלווה בהפקדה בחשבון הבנק של המלווה או במקום עסקו, ובאין לו מקום עסק – במקום מגוריו. מכאן, שיש לקבוע הסדר דיספוזיטיבי שונה בעניין זה להלוואת נכסים ולהלוואת כספים. בהלוואת כספים מקום קיום חיובו של הלווה יהיה כאמור בסעיף 160 האמור, ואילו בהלוואות נכסים מקום קיום חיובו של הלווה יהיה באותו מקום שבו קיבל את הנכס.

<sup>49</sup> הגדרת חיוב המלווה, תוך ציון מפורש בדבר הקניית הבעלות בנכס ללווה, אף נהוגה בחלק מהקודים האזרחיים בעולם. דוגמאות לכך הן: ס' 1814 לקוד האזרחי האיטלקי, ס' 2327 לקוד האזרחי של קוויבק, ס' 1843 לקוד האזרחי של מלטה, כן ראו: The Civil Code of The Islamic Republic of Iran § 649 (1928) (להלן: "הקוד האזרחי האיראני"); Civil Code Of The State Of Louisiana § 2905 (1825) (להלן: "הקוד האזרחי של מדינת לואיזיאנה"); Egyptian Civil Code § 539 (1948) (להלן: "הקוד האזרחי המצרי").

<sup>50</sup> השו: ס' 5 לחוק השכירות והשאילה וס' 5 לחוק המכר.

<sup>51</sup> השו: ס' 10 לחוק המכר, הקובע הסדר דומה בעיקרו, אם כי בשינויים מסוימים.

<sup>52</sup> לכן פרק חוזה השירות בטיטת חוק דיני ממונות נמנע מלקבוע הוראה בדבר מקום מתן השירות.

## 2. סיווג החיובים העיקריים בחוזה ההלוואה

החיובים העיקריים של הלווה והמלווה על פי חוזה ההלוואה הם חיובי נתינה אקטיביים. הסיווג החשוב יותר לענייננו הוא היותם של החיובים העיקריים של הלווה והמלווה חיובי תוצאה, וככל שמדובר בהלוואה הנפרעת בתשלומים – היותם של חיובי הלווה לשלם את הריבית על ההלוואה ולפרוע את ההלוואה בתשלומים, חיובים חוזרים. משני מאפיינים אלה של חיובי הצדדים נגזרות התוצאות החשובות הנלוות אליהם דרך כלל.

המשמעות העיקרית של חיוב תוצאה, לעומת חיוב השתדלות, היא האחריות החוזית המוגברת הנובעת ממנו. האחריות החוזית לקיומו של חיוב השתדלות היא מאמץ סביר, ואילו האחריות החוזית לקיומו של חיוב תוצאה היא אחריות שהיא כמעט מוחלטת. במקרה האחרון יהיה החייב פטור מקיומו של החיוב (בהינתן שאין הפרה או הפרה צפויה של החוזה מצדו של הנושה), רק אם יעלה בידו להראות כי התקיימו נסיבות המקימות את עילת הסיכול.

החיוב לשלם כסף הוא חיוב תוצאה קלאסי. מכאן, שהן המלווה, לעניין העמדת הכסף לרשות הלווה, והן הלווה, לעניין תשלום הריבית ופירעון ההלוואה, אחראים אחריות מוחלטת לתשלום הכסף, ואם לא שילמו, הם יהיו פטורים מתוצאות ההפרה רק אם יוכיחו כי התקיים סיכול. מאחר שקשה להניח שלוהה יוכל להראות כי התקיימו נסיבות מסכלות, הרי שלמעשה ניתן לומר שחיובו לשלם את הריבית ולפרוע את ההלוואה הוא מוחלט.

המשמעות העיקרית, לענייננו, להיותם של חיובי הלווה חיובים חוזרים, הן תניות ההאצה המקובלות בחוזי ההלוואה. הכוונה היא לאותן תניות המקנות למלווה את הזכות להאיץ את מועדי פירעון ההלוואה בהתרחש אירועים מסוימים, ולהביא, למעשה, לפירעון מוקדם של ההלוואה. לתניות ההאצה יש חשיבות גדולה עבור המלווה בעיקר מהטעם שהן מקנות למלווה את האפשרות לתבוע את כל סכום ההלוואה, מקום שבו הלווה לא פרע תשלומים מסוימים מבין תשלומי ההלוואה. אחרת, ייאלץ המלווה לתבוע כל סכום בנפרד, עם הגיע מועד פירעונו החוזי, או להשתמש בתרופות הרגילות בעת הפרת חוזה (במקרה זה – ביטול, פיצויים או שניהם יחדיו).<sup>53</sup>

פירושם של דברים הוא שתניית ההאצה נותנת בידי המלווה זכות חוזית, שתשמש אותו במקרה של הפרת החוזה על ידי הלווה, באופן שעשוי להיות דומה בעיקרו לביטול החוזה או לתביעת פיצויים בשל הפרה אקטואלית או הפרה צפויה

<sup>53</sup> לו, למשל, היה הלווה מבקש צו אכיפה לגבי התשלומים העתידיים של ההלוואה, בגין הפרתם הצפויה של החיובים לשלם, הרי הצו היה מורה לשלם את התשלומים במועד החוזי המקורי.

של החוזה.<sup>54</sup> לו היה המלווה-הנפגע מבטל את החוזה בעקבות הפרתו על ידי הלווה-המפר, הרי שממילא היה זכאי לקבל מידית את כספי הלוואה שטרם הוחזרו לו (היתרה הבלתי מסולקת).<sup>55</sup> בדומה לכך, לו היה המלווה בוחר לדרוש פיצויים שיעמידו אותו במצב שבו היה לו קיום החוזה, גם אז היה זכאי לקבל מידית את היתרה הבלתי מסולקת של הלוואה,<sup>56</sup> בצירוף תשלומי הריבית העתידיים עד תום תקופת הלוואה ובניכוי שווי הקדמת התשלום למלווה המשתקף בריבית השוק.<sup>57</sup> תניית ההאצה מאפשרת אפוא למלווה להימצא במצב דומה בעיקרו לזה שהיו מעמידות אותו התרופות בשל הפרת החוזה, תוך שהוא פטור מהקשיים הכרוכים במימושן.<sup>58</sup> למעשה מטרת תניית ההאצה היא לתת בידי המלווה את האפשרות לדאוג להחזרת כספו ביתר קלות, וזאת בקרות מקרים המתפרשים על ידו כהפרת חוזה, שאירעה או שתתרחש. תניות האצה נפוצות מאוד בחוזי האשראי למיניהם, ולא רק בהם.<sup>59</sup> מכאן גם החשיבות לכלול את תניות ההאצה במסגרת ההסדר שיסדיר את חוזה הלוואה.

בסופו של דבר, מבחינה אנליטית תניית ההאצה היא תניה חוזית, המשנה את תנאי החוזה, בהתרחש אירועים מסוימים. הגם שהיא עשויה להעמיד את המלווה במצב שבו הוא יכול היה לעמוד לו היה מבטל את החוזה או תובע פיצויים, הרי

<sup>54</sup> יצוין, כי בארצות המשפט המקובל תנית ההאצה הייתה דרך חשובה להפוך הפרות צפויות להפרות ממשיות, שכן המשפט המקובל לא איפשר לעשות שימוש בדיני ההפרה הצפויה בחוזים חד צדדיים או בחוזים הדדיים, שצד אחד מילא את כל חיוביו, ועתה נותרו לקיים רק חיוביו של הצד השני. תוצאת הלכה זו הייתה, בין היתר, שמלווה שקיים את חיובו להעמיד לרשות הלווה את כספי הלוואה, לא יכול היה לבטל את חוזה הלוואה (או לדרוש אכיפה או תרופות אחרות) בשל הפרה צפויה. בכך, כמובן, הוטל על המלווה סיכון, שדרך ההתמודדות עמו הייתה ליצור תניה חוזית, שתאפשר להקדים את מועד פירעון הלוואה, ותוצאתה תהיה כהקדמת התרופות בשל הפרת החוזה (ראו גם: משה גלברד **הפרה צפויה בחוזים** 194–192 (2006)).

<sup>55</sup> עולה השאלה אם על תשלומי הלוואה שהוחזרו למלווה על ידי הלווה, לשאת את ריבית הלוואה או את ריבית השוק. ראו לעניין זה: יצחק אנגלרד "מזכה שאינו אלא מזיק – מפלאי דיני-ההשבה בעקבות הפרת חוזה" **משפטים** כז 421, הטקסט הסמוך להערה 10 (1996). שאלה דומה עשויה לעלות, במסגרת ההשבה ההדדית של כל צד למשנהו, גם לגבי תשלומי הריבית שקיבל המלווה מהלווה עד למועד הביטול.

<sup>56</sup> הקדמת מועד הפירעון כאן נוצרת כחלק מבררת הנפגע להפסיק את החוזה מכאן ולהבא. השוו: אנגלרד, שם, בעמ' 421.

<sup>57</sup> סכום אחרון זה הוא "עמלת הפירעון המוקדם" השגורה בשוק הלוואות. כמו כן, ככל שההפרה היא פיגור בתשלום, המלווה זכאי לריבית ולהצמדה בעד הסכום שבפיגור לפי סעיף 11(ב) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן: "חוק החוזים (תרופות)"). ראו דיון בעניינים אלה בפרק י' להלן.

<sup>58</sup> למשל, ללא הצורך לטעון שמדובר בהפרה יסודית של החוזה או להוכיח הפרה כלשהי.

<sup>59</sup> Restatement of the law, Property: Mortgages § 8.1 (1997). תניות ההאצה נפוצות גם בחוזי שכירות.

בפועל השימוש בה איננו זהה לשימוש בזכות הביטול ואף לא לשימוש בזכות הפיצויים. בכך אנו חולקים על מסקנתו של בית הדין לחוזים אחידים בעניין **הבנק הבינלאומי למשכנתאות**,<sup>60</sup> אשר נתן דעתו לעניין, וסבר כי שימוש בתניית האצה על ידי המלווה תואם במהותו את מסלול הפיצויים.<sup>61</sup>

עצם העמדת ההלוואה לפירעון מידי בדרך של שימוש בתניית האצת תשלומים אינה יכולה להיות, כשלעצמה, הסדר של פיצויים. כפי שפורט לעיל, הסדר של פיצוי קיום מחייב את תשלום "עמלת הפירעון המוקדם" (הפער בין תשלומי הריבית העתידיים עד לתום תקופת ההלוואה, בניכוי ריבית השוק בעד התשלומים שהוקדמו). השאלה אם הפיצוי המכונה "עמלת הפירעון המוקדם" מעוגן בתניית ההאצה עצמה אם לאו, אינה יכולה להשפיע על הניתוח האנליטי ועל סיווגה של תניית ההאצה. משכך, דעתנו היא שתניית ההאצה נועדה להשיג תוצאות דומות במהותן לביטול החוזה או להסדר הפיצויים, אולם היא כשלעצמה איננה ביטול ואיננה פיצויים, אלא הסדר חוזי משל עצמו. טעותו של בית הדין נובעת, כך נראה, מהתייחסותו לריבית הפיגורים הנגבית בעד הסכום שהועמד לפירעון מידי. אכן, ריבית פיגורים היא בגדר פיצויים מוסכמים לפי סעיף 15 לחוק החוזים (תרופות). אולם אין לטעות בכך. האצת התשלומים היא, כאמור, זכות יציר החוזה שתוצאותיה דומות לשימוש בזכות הביטול או הפיצויים. החיוב לשלם ריבית פיגורים הוא עצמו בגדר פיצוי מוסכם, אשר כאמור בסעיף 15(ב) לחוק, אינו גורע מזכות הביטול או הפיצויים על פי יתר סעיפי החוק.<sup>62</sup>

המצב אינו משתנה גם לגבי חוזה הלוואה שלפיו הקרן והריבית משולמות בתשלום אחד בסוף התקופה, או לגבי חוזה הלוואה שלפיו ללווה יש זכות לפורעה

<sup>60</sup> ח"א (מחוזי י"ם) 8002/02 **המפקח על הבנקים נ' הבנק הבינלאומי למשכנתאות בע"מ**, תק-מח (2009) 3406 (להלן: עניין **הבנק הבינלאומי למשכנתאות**).

<sup>61</sup> שם, פס' 229 לפסק בדין. בית הדין אף סבר שתניית ההאצה איננה מעמידה את הלווה במצב דומה בעיקרו למצב שבו היה לו היה מבטל את החוזה. כמפורט לעיל ולהלן גם בעניין זה דעתנו שונה.

<sup>62</sup> דומה שטעותו של בית הדין לחוזים אחידים נבעה מהסתמכותו על הפסיקה האנגלית. הפסיקה האנגלית נהגה לעתים לבחון תניות האצה בראי תרופת הפיצויים. נקודת מבט זו של המשפט האנגלי נולדה מתוך עיסוק בתניות האצה אגב חוזי שכירות. לעתים מזומנות נהגו משכירים להאיץ את תשלומי השכירות ובד בבד לדרוש את פינוי הנכס. בתי המשפט באנגליה ראו בכך מעין הסדר של פיצויים עונשיים שהשוכר-המפר נדרש לשלם למשכיר-הנפגע. מתוך ראייה זו נדונו גם חוזי הלוואה, כשנקודת המבט הייתה לגבי ריבית הפיגורים כשלעצמה. ראו לעניין זה למשל: *Oresundsvarvet Aktiebolag v. Marcos Diamantis Lemos, The Angelic*: Star [1988] 1 Lloyd's Rep. 122 (Eng. C.A.). גישה אנליטית יותר, הרואה בתניות האצה כתניות חוזיות בפני עצמן, ולא כמקבילות להסדר הפיצויים, הובעה בפסקי דין אחרים. ראו לעניין זה: A.D.M Forte, *Accelerated Payment Clauses and Extortionate Contracts*, JOURNAL OF BUSINESS LAW 213 (1987).



בכל עת במסגרת זמן מסוימת שנקבעה מראש. הדוגמה הנפוצה לחוזים מן הסוג השני הם חוזי מסגרת אשראי. ככל שמדובר בחלק המנוצל של המסגרת, הרי על פי תנאי חוזה מסגרת האשראי, הלווה רשאי בדרך כלל לפרוע את ההלוואה שנטל בפועל בכל עת עד לסיום תקופת החוזה. גם בחוזים אלה מופיעים כדבר שבשגרה סעיפים המאפשרים למלווה להקדים את מועד הפירעון של ההלוואה שניתנה בפועל. הגם שאין מדובר בתניית ההאצה הקלאסית, הרי הניתוח האנליטי בשני המקרים מוביל לתוצאות דומות. לכן למען הנוחות נכנה את הסעיף החוזי המקדים את מועד הפירעון בשני המקרים תניית האצה.

חשוב לציין בהקשר זה, כי בשל התוצאות הדומות של תניית ההאצה ותרופות הביטול והפיצויים, על ההתייחסות לתניות ההאצה במסגרת חוק חוזה הלוואה, להיות בראי תוצאותיהן של שתי תרופות אלה, על מנת לדאוג לכך שתניות ההאצה יהיו סבירות ולא גורפות, כפי שהן היום. דיון קונקרטי בתניות האצה ובגבולותיהן ייעשה בפרק י' להלן.

### 3. חוזה הלוואה כחוזה יחס

אנשי הגישה החברתית למשפט יצרו בשעתו הבחנה בין "חוזה עסקה" או "חוזה בדיד" לבין "חוזה יחס" (Relational Contract), הנסמך על יחסי הצדדים ועל התנהגותם ההדדית הנמשכת.<sup>63</sup> חוזה יחס נוצר, בדרך כלל, כדי להסדיר יחסים מתמשכים בין הצדדים, להבדיל מיחסים נקודתיים לעניין עסקה מסוימת אחת.<sup>64</sup> הגם שאין הגדרה מדויקת לחוזה יחס, חוזה יחס ייחשב חוזה שבו, בין היתר, הצדדים לו אינם מסוגלים להגדיר מראש את כל ההתחייבויות שיחולו עליהם לאורך תקופת החוזה. זאת, שכן אין ביכולתם לצפות מראש סיטואציות אפשריות עתידיות, או לאפיין במדויק תנאים חוזיים מתאימים לסיטואציות מסוימות, גם אם ניתן לצפותן מראש.<sup>65</sup>

הצדדים לחוזה יחס מנסים ליצור אפוא איזון בין הצורך בוודאות לבין הצורך בגמישות ויכולת הסתגלות לתנאים משתנים. האיזון מושג, בדרך כלל, באמצעות קביעת מנגנונים לשינוי תנאי החוזה ולהשלמתם, קביעת דרכים לפתרון מחלוקות

<sup>63</sup> Ian R. MacNeil, *The Many Futures of Contracts*, 47 S. CAL. L. REV. 691 (1974); Stewart Macaulay, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, 28 AM. SOCIOLOGICAL REV. 55 (1963).

<sup>64</sup> חוזה יחס אינו חייב להיות חוזה ארוך טווח, אם כי בדרך כלל הוא כזה. ראו לעניין זה: MORTEN, *HVID, LONG-TERM CONTRACTS AND RELATIONAL CONTRACTS* (1999) בכתובת: <http://encyclo.findlaw.com/4200book.pdf> (נבדק לאחרונה ב-19.11.2009).

<sup>65</sup> שם, בעמ' 53.

עתידיות אפשריות וקביעת אמות מידה לחלוקת סיכונים, והכול תוך המשך היחסים החוזיים.<sup>66</sup>

מבחינה סוציולוגית, הרעיון הוא שלא תמיד החוזה מושתת על אינדיבידואליזם ועל ציפייה כי בעת מחלוקת הנושא יועבר להכרעה בבית המשפט, אלא שבחוזים מסוימים יחסי הצדדים מושתתים על ציפייה לשיתוף פעולה, מעבר למתחייב במפורש בחוזה.<sup>67</sup>

מבחינה כלכלית הטענה היא שחוזי יחס מסייעים לפתור את חוסר היעילות הגלום בכריתת סדרה של חוזי עסקה נפרדים שיסדירו את היחסים המתמשכים בין הצדדים. חוסר יעילות כאמור עשוי להיגרם, בין היתר, בשל עלויות עסקה גדולות יותר, הכרוכות בהתקשרויות קצרות טווח רבות, יותר מאשר בהתקשרות אחת ארוכת טווח. סיבה נוספת לחוסר יעילות עשויה להיות הפער במידע בין הצדדים, אשר עשוי להוביל לכך שבהתקשרות קשיחה אחת, גם אם קצרת טווח, צד אחד לחוזה יוכל ליהנות מעודף המידע שבידו, אולם אם החוזה כולל מנגנוני התאמה, הצד השני יוכל לשאוף לשינוי התנאים באופן שוויוני יותר, באמצעות שימוש במנגנון השינוי שנקבע בחוזה.<sup>68</sup>

מכל מקום, לאור האמור לעיל, במקרה של חוזה יחס יש חשיבות ניכרת ליחסים בין הצדדים, על מנת שיוכלו למלא את "הפער החוזי" האמור באופן המיטבי. בפרט יש חשיבות להדדיות ולסולידריות, שכן כל צד סומך על משנהו יותר מהרגיל בחוזי עסקה שאינם חוזי יחס. מכאן, שחוזה יחס ניכר ביחסי קרבה מיוחדים, בהסתמכות גדולה יחסית וביחסי אמון, ומשכך יכול להקים חובת תום לב מוגברת בין הצדדים, בין היתר על מנת למנוע התנהגות אופורטוניסטית.<sup>69</sup>

<sup>66</sup> ראו למשל: רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עיזבון המנוחה מילגרום ז"ל נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145, פס' 17 לפסק דינו של השופט ברק (1998) (להלן: עניין מילגרום). שם, קבע בית המשפט כי חוזה בין בית אבות לבין דייריו הוא חוזה יחס. כן ראו: ע"א 9946/01 אורט חברה לביטוח בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד נח(1) 103, פס' 4 לפסק הדין של השופטת חיות (2003). שם נקבע כי חוזה שיפוי שבין המוסד לביטוח לאומי לחברות הביטוח הוא חוזה יחס; ת"א (מחוזי ת"א) 2179/98 הגר שירותי ניהול וכח אדם בע"מ נ' קומפאק מחשבים (ישראל) בע"מ, דינים מחוזי 69)05 125 (2005) (להלן: עניין הגר). שם, בס' 43 לפסק הדין, קבע בית המשפט כי חוזה לשיתוף פעולה ארוך טווח בין שתי חברות מחשוב הוא חוזה יחס. ישנן דוגמאות רבות נוספות לחוזי יחס, כחוזי עבודה, חוזי נישואין, חוזי קבלנות ועוד. להרחבה בעניין חוזי יחס קבלניים ובעניין חוזי יחס בכלל ראו: איל זמיר חוזה קבלנות 391-434 (1974).

<sup>67</sup> מנחם מאוטנר "תום לב ותנאים מכללא" חוזים ג 313, 347-349 (דניאל פרידמן ונילי כהן עורכים, 2003).

<sup>68</sup> לסיבות נוספות לחוסר היעילות שבסדרת הסכמים לעומת הסכם אחד ארוך טווח וגמיש ראו: Hviid, לעיל ה"ש 64, בעמ' 47-52.

<sup>69</sup> ראו למשל: Hviid, שם, בעמ' 54; מאוטנר, לעיל ה"ש 67, בעמ' 349-350; עניין הגר, לעיל ה"ש 66.

ראינו לנכון להרחיב מעט על חוזה היחס מאחר שבחלק מהמקרים ניתן לראות בחוזה ההלוואה חוזה יחס, וכך להחיל על החיובים הנובעים מחוזה ההלוואה את התוצאות המיוחדות שמקובל להחיל על חוזה היחס. כוונתנו היא בעיקר לאותם מקרים שבהם מדובר בחוזה הלוואה לטווח ארוך, החשופים לנסיבות משתנות. נדגיש כי חוזה ההלוואה כשלעצמו אינו חוזה יחס טיפוסי, וברוב המקרים הוא אינו בנוי, מעצם טיבו, על שיתוף פעולה הדדי לבר חוזי ועל מנגנוני התאמה המסתמכים על סולידריות של הצד השני לחוזה. עם זאת, בסוגים מסוימים של חוזי הלוואה יש אלמנטים המתאימים לתאוריה של חוזי יחס, דבר שעשויה להיות לו השפעה על חיובי הצדדים.

דומה שחוזי ההלוואה המתאימים ביותר להיות חוזי יחס הם חוזי מסגרות האשראי, בין בחשבונות עובר ושב ובין למימון פרויקטים. חוזה מסגרת האשראי נולד וחי בדרך כלל על בסיס יחסי האמון בין הבנק לבין לקוחו. ככל שמדובר במסגרת אשראי בחשבון עובר ושב, הרי הוא מהווה חלק מהחוזה לפתיחת חשבון בנק, או חוזה נלווה לו, וכבר נקבע כי חוזה לפתיחת חשבון עובר ושב הוא חוזה יחס.<sup>70</sup> חוזה מסגרת האשראי בנוי במידה רבה על שיתוף הפעולה השוטף והמתמשך בין הצדדים, ועל התאמת מסגרת האשראי, לאורך השנים, לצורכי הלקוח ולתנאים שבהם פועל הבנק. הצדדים לחוזה מסגרת האשראי צופים מראש את שינוי הנסיבות שיצריך את שינוי היקף האשראי ואת מחירו, ומסכימים ביניהם כי שינויים אלה יביאו לשינוי החוזה במקרים המתאימים. לשם כך חוזה מסגרת האשראי כולל כדבר שבשגרה מנגנוני התאמה שנועדו לחלק את הסיכונים בין הצדדים בעת השתנות הנסיבות בחלוף הזמן.<sup>71</sup>

לעומת סוגים אלה של חוזי הלוואה, הלוואה קצרת טווח המיועדת לרכישת מוצר מסוים, נראית ככזו שאינה באה בגדר חוזה יחס. הלוואה מסוג זה אינה צריכה, במרבית המקרים, להתאים עצמה לנסיבות, ובדרך כלל הכול נקבע בחוזה המסדיר אותה מראש ובאופן מפורש וקשיח. הלוואות שעומדות בתווך, למשל, הן הלוואות ארוכות טווח לרכישת נכס, כגון הלוואות לדיור למיניהן. בדרך כלל חוזי הלוואה המסדירים הלוואות אלה הם גמישים וכוללים מנגנוני התאמה כאלה ואחרים, אולם לעתים ניתן למצוא גם חוזי הלוואה קשיחים הקובעים הכול מראש.<sup>72</sup>

<sup>70</sup> ע"ש (מחוזי י"ם) 195/97 הו"ע המשפטי לממשלה נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, דינים מחוזי 1413 (7) 05, פס' 26 לפסק הדין (2005) (להלן: עניין בנק לאומי לישראל).

<sup>71</sup> למנגנון התאמת המחיר לנסיבות המשתנות בחוזה יחס ראו למשל עניין מילגרום, לעיל ה"ש 66, פס' 24 ואילך לפסק הדין. נוסף על כך, על היותה של עסקת אשראי מבוססת על אמון ראו למשל: ע"א 73/78 בנק ישראלי לתעשייה בע"מ נ' טמקין, פ"ד לג(1) 673 (1979) (להלן: עניין טמקין).

<sup>72</sup> על שינוי המחיר החוזי ועל תוצאות נוספות של היותו של חוזה "חוזה יחס" ראו זמיר, לעיל ה"ש 66, בעמ' 408-434.

בפועל, היותו של חוזה ההלוואה חוזה יחס אינו משפיע על עיצובו של חוק חוזה הלוואה, אלא על פרשנות חוזה ההלוואה בעת הצורך. זאת, בהינתן שאנו דוגלים מראש במבנה גמיש ודיספוזיטיבי של החוק, למעט בכל הנוגע להוראות הצרכניות שבו, על מנת שיוכל להכיל מנגנוני התאמה מיוחדים שייקבעו בין הצדדים.<sup>73</sup>

## ו. צורת חוזה ההלוואה

נשאלת השאלה אם לדרוש דרישת כתב כתנאי לתוקפו של חוזה ההלוואה או להסתפק בדין החוזים הכללי, המאפשר כריתת חוזה גם בעל פה או בדרך אחרת. הדין הרצוי נובע ישירות מאופיו של חוזה ההלוואה ומהאינטרס שעליו רוצים להגן. השיקולים העיקריים לקביעת דרישת כתב מהותית בדין הם שניים. השיקול הראשון נובע מרצון להגן על המתקשר, בדרך כלל מתוך הכרה בחשיבות הכלכלית הגדולה של העסקה. חשיבות זו מצדיקה הרתעה של המתקשר, על מנת שיקדיש מחשבה נוספת, וכך תובטח גמירות דעתו באשר ליצירת יחסים משפטיים מחייבים.<sup>74</sup> דרישת הכתב במקרה כזה יוצרת חזקת הסכמה ליצירת התחייבות משפטית, הן באשר לנושא החוזה והן באשר לתניות הקיימות בו. השיקול השני הוא יצירת מנגנון הגנה מפני טעויות, ובפרט מניעת הטעיה של הלקוח במקרה של פערי כוחות וכוח מיקוח.<sup>75</sup>

אחד החסרונות העיוניים המהותיים בדרישת כתב מהותית הוא העובדה שהיא עלולה לסכל את כוונת הצדדים, כאשר שניהם רצו בחוזה, אולם לא התקיימה דרישת הכתב. יתרה מכך, דרישת הכתב אף עשויה לאפשר התחמקות של צד לחוזה מהחוזה רק על בסיס היעדר קיום דרישת הכתב. מבחינת שיקולי יעילות כלכלית, דרישת הכתב אמנם מקטינה את ההסתברות לתקלות משפטיות, אולם מנגד, לעתים היא כרוכה, כאמור, באי-קיום של חוזים רצוניים ובהתחמקות מהם.

השיקול של הגנת המתקשר על ידי הרתעתו אינו מתקיים בהכרח בכל עסקת הלוואה, שכן לא כל עסקת הלוואה היא בהכרח עסקה בעלת חשיבות קרדינלית אינהרנטית לצדדים כמו עסקת מקרקעין למשל. לעומת זאת, השיקול של יצירת מנגנון כנגד טעויות עשוי להתקיים בכל עסקאות ההלוואה בעלות האופי הצרכני, בפרט לאור העובדה שחוזה ההלוואה הוא בדרך כלל חוזה מורכב, המדגיש את פערי הכוחות וכוח המיקוח בין הצדדים. הן מנקודת ראות של יעילות כלכלית והן מנקודת ראות חלוקתית ראוי שהגנה צרכנית תטיל את הסיכון להיעדר חוזה בכתב על המלווה, ככל שהוא עצמו אינו בעל אופי צרכני, ובכך תמריץ אותו לערוך חוזה בכתב. דרישת כתב מהותית תשיג אינטרס זה. היא אף עשויה להביא לכך שהתועלת

<sup>73</sup> ראו גם פרק יב להלן.

<sup>74</sup> ראו למשל: דנ"א 1522/94 נייגר נ' מיטלברג, פ"ד מט(5) 314, 324-325 (1996).

<sup>75</sup> ראו: דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים א 397-398 (1991).

שתצמח מדרישת הכתב תעלה על הנזק הכרוך בה במקרים של חוזים צרכניים, שכן היא עשויה להקטין משמעותית את ההסתברות לטעויות, תוך קיום הסתברות נמוכה יחסית להתחמקות מחוזים רצוניים, דבר שאינו מאפיין בדרך כלל חוזי הלוואה צרכניים.<sup>76</sup>

מטעמים אלה רצוי לדרוש דרישת כתב מהותית (שאינה ניתנת להתנאה אלא לטובת לווה בעל אופי צרכני) בכל עסקאות הלוואה שנערכות בין תאגיד או יחיד שדרך עיסוקו היא מתן הלוואות, לבין יחיד או תאגיד שהוא עסק קטן,<sup>77</sup> ובכך להטיל את הסיכון להיעדר מסמך בכתב עליהם. במקרים אלה מתקיימים בדרך כלל היסודות של פערי מומחיות וכוח מיקוח, ואינטרס למניעת ניצול והטעיה. בכל הנוגע לתאגיד יודגש כי דרישת הכתב תחול גם אם מדובר בתאגיד מלווה שהוא עסק קטן, שמבצע עסקת הלוואה חד-פעמית, וזאת מתוך הנחה שכדי שתאגיד ייתן הלוואה הוא צריך לעבור בדרך כלל הליכי אישור פנימיים, וכי הוא יעשה כן מתוך כוונה עסקית וזיהוי יכולת להפיק רווח. דבר זה עשוי בדרך כלל להצדיק את הטלת הסיכון להיעדר מסמך בכתב עליו. מהטעמים האמורים אין היגיון להציב דרישת כתב מהותית בנוגע לחוזי הלוואה בין שני יחידים, כאשר המלווה אינו עוסק במתן הלוואות (כמו הלוואות בתוך המשפחה, בין חברים, הלוואות נכסים בין מכרים וכיו"ב), ובנוגע לחוזי הלוואה בין שני תאגידי גדולים, שאז הטלת הסיכון על המלווה דווקא אינה מוצדקת, ולגיטימי לצפות ששני הצדדים ידעו להיזהר.<sup>78</sup>

למעשה החקיקה הישראלית קובעת היום דרישת כתב לגבי חוזה הלוואה במקרים רבים. כך הוא המצב בסעיף 2 לחוק הלוואות חוץ בנקאיות; בסעיף 3 לכללי הבנקאות; בסעיף 2 לתקנות הגנת הצרכן (פרטי חוזה הלוואה שאינה הלוואה בנקאית), התש"ן-1989;<sup>79</sup> ובסעיף 2(א) לחוק כרטיסי חיוב, התשמ"ו-1986. בכל המקרים הללו מדובר בחוזים בין מי שנחשב למומחה במתן הלוואות או בעל כוח

<sup>76</sup> בהקשר של חוזה הלוואה יש לזכור את סעיף 80 לחוק הפרוצדורה האזרחית העות'מני, הקובע כי "תביעות הנוגעות להתחייבויות וחוזים או לשותפות, לקבלנות או הלוואה שעל פי הרגיל והנהוג הם נעשים בכתב, והעולות על עשר לירות צריך להוכיחן במסמך בכתב". אמנם בעבר היה מקובל שניתן להוכיח על פי סעיף זה עסקת הלוואה רק באמצעות מסמך בכתב (ע"א 65/49 פריזלר נ' וויס, פ"ד ה 878 (1951)), אולם הלכה זו השתנתה, וגם עסקת הלוואה כפופה למבחן הנוהג (ע"א 62/52 דיין נ' אבוטבול, פ"ד ט 1047 (1955)).

<sup>77</sup> הגם שהחקיקה הישראלית אינה כוללת בדרך כלל יחידים ועסקים קטנים באותה קטגוריה, שני מגזרים אלה הם מגזרים נעדרי כוח מיקוח ומומחיות באותה מידה. מטעם זה חוק הבנקאות (שירות ללקוח) (תיקון מס' 12), התשס"ז-2007, החיל לגבי שני המגזרים כאחד את סמכויות נגיד בנק ישראל והמפקח על הבנקים לגבי עמלות שגובים תאגידי בנקאיים.

<sup>78</sup> מובן שכלל שההלוואה היא במסגרת חוזה מתנה הכולל התחייבות לתת מתנה בעתיד (התחייבות למתן הלוואת חינם בעתיד), הרי שתחול דרישת כתב מהותית מכוח סעיף 5(א) לחוק המתנה, התשכ"ח-1968.

<sup>79</sup> ק"ת 70.

מיקוח יחסי לבין מי שחסרה לו, בדרך כלל, המומחיות האמורה, ולעתים נתון לכוח המיקוח העדיף של המלווה. לכן הסיכון להיעדר חוזה מוטל על המלווה, ובצדו התמריץ לערוך חוזה בכתב.<sup>80</sup>

מבט על הנעשה בעולם מראה, כי חלק מהמדינות הכליל בהוראותיו חובת עריכת הסכם הלוואה בכתב, חלק קבע חובה כזאת רק לגבי הלוואות מעל סכום מסוים, וחלק קבע חובה כאמור רק לגבי הלוואות שהמלווה בהן הוא תאגיד. כך, המחוקק הוייטנאמי והמחוקק הארמני קבעו דרישת כתב לגבי כל הלוואה.<sup>81</sup> לעומת זאת, המחוקק האתיופי קבע דרישת כתב לגבי הלוואות מעל סכום מסוים בלבד;<sup>82</sup> המחוקק ההונגרי קבע דרישת כתב לגבי הלוואות של מוסדות פיננסיים;<sup>83</sup> המחוקק הרוסי קבע דרישת כתב אם המלווה הוא תאגיד, וככל שמדובר בהלוואות מעל סכום של 10 משכורות מינימום – תחול דרישת הכתב גם אם המלווה הוא יחיד;<sup>84</sup> המחוקק הסיני קבע דרישת כתב לכל ההלוואות שאינן בין יחידים;<sup>85</sup> והמחוקק הגרמני קבע דרישת כתב רק לגבי הלוואות בין עוסק לצרכן.<sup>86</sup>

שאלה אחרת היא אם לכלול בחוק, בנוסף לדרישת הכתב, גם כמה פרטים שחייבים להימצא בחוזה ההלוואה שנערך בכתב, או להותיר את הדבר לדרישת המסוימות הכללית של ההוראות הכלליות של דיני החוזים. הוראה מסוג זה, הדורשת הכללת פרטים מסוימים בחוזה ההלוואה, ניתן, למשל, למצוא בחוק החוזים הסיני ובקודקס הגרמני, לגבי הלוואות צרכניות בלבד.<sup>87</sup>

מבחינה עובדתית קיימים פרטים קונקרטיים לחוזה ההלוואה, אשר הם אלה המבססים אותה, ומצויים, למעשה, כמעט בכל חוזה הלוואה. פרטים אלה כוללים את סכום הלוואה, הריבית החלה על הלוואה,<sup>88</sup> ככל שחלה ריבית ואין מדובר בהלוואת חינם, הפירעון (פירעון בתשלום או בתשלום אחד), מועדי הפירעון ותקופת ההלוואה. משכך, ככל שחוזה ההלוואה חייב להיערך בכתב, מן הראוי לכלול בו פרטים בסיסיים, המגדירים אותו, על מנת ליצוק את תוכן המסוימות הנדרשת לחוזה שיש לגביו דרישת כתב מהותית, וגם על מנת להימנע מהדיניויות עתידיות באשר

<sup>80</sup> השאלה אם דרישת הכתב במקרים אלה היא מהותית או ראייתית הוכרעה רק במקרה של חוק הלוואות חוץ בנקאיות (ראו: עניין **אוגלי**, לעיל ה"ש 5). על ההתלבטות בנושא בכל הנוגע להלוואות בנקאיות ראו: ת"א (שלום ת"א) 71719/03 **בורשטיין נ' בנק הפועלים בע"מ**, דינים שלום 08(44) 1100 (2008).

<sup>81</sup> ס' 468 לקוד האזרחי של וייטנאם וס' 878 לקוד האזרחי הארמני.

<sup>82</sup> ס' 2472 לקוד האזרחי האתיופי.

<sup>83</sup> ס' 522 לקוד האזרחי ההונגרי.

<sup>84</sup> ס' 808 לקוד האזרחי הרוסי.

<sup>85</sup> ס' 197 לחוק החוזים הסיני.

<sup>86</sup> ס' 492 לקוד האזרחי הגרמני.

<sup>87</sup> ס' 197 לחוק החוזים הסיני; ס' 492 לקוד האזרחי הגרמני.

<sup>88</sup> לעניין הריבית, במובחן מיתר הפרטים המהותיים בחוזה ההלוואה, ראו פרק ז' להלן.

לדרישה המזערית המבססת את קיומה של דרישת הכתב על ידי המלווה. יתרה מכך, הגנה צרכנית ראויה, שכאמור מהווה את אחד השיקולים לקבוע דרישת כתב מהותית מלכתחילה, מצריכה קביעת חובות גילוי בסיסיות בחוזה הלוואה, לכל הפחות לגבי הפרטים שפורטו לעיל. בנוסף לאמור, במקרים מיוחדים המצדיקים זאת, כגון בחוזים צרכניים שונים שחל עליהם חוק הגנת הצרכן או בחוזים בנקאיים, ייתכן שראוי להותיר פתח לרגולטור לקבוע פרטים נוספים בחוזה הלוואה, על ידי הסמכתו בחוק לעשות כן.

## ז. הריבית

### 1. תחולת הריבית

כמפורט לעיל, החיוב לשלם למלווה את הריבית על הלוואה הוא חיוב עיקרי של הלווה. בפועל, סעיף העוסק במחיר הלוואה, קרי: בריבית, הוא סעיף בסיסי ונפוץ בחוקים העוסקים בהלוואות, בארץ ובעולם. ישנן כמה אפשרויות להתייחס לריבית החלה על הלוואה. אפשרות אחת היא לקבוע שכל עוד לא נקבע אחרת על ידי הצדדים, בררת המחדל היא כי הלוואה נושאת ריבית. כלומר, גם אם חוזה הלוואה אינו מזכיר את הריבית, הרי תחול ריבית כלשהי. זאת, שכן הלוואה היא מטבעה נושאת ריבית, כך שהצדדים צריכים לקבוע במפורש אחרת על מנת שהלוואה לא תישא ריבית. ניתן גם לקבוע, כי אם לא נקבעה ריבית בחוזה הלוואה, הריבית שתחול תיקבע בדרך מסוימת.<sup>89</sup>

אפשרות שנייה היא לקבוע שבררת המחדל היא שהלוואה אינה נושאת ריבית. כלומר, כדי שהלוואה תישא ריבית, על הצדדים לקבוע זאת במפורש.<sup>90</sup> פירושו של דבר הוא שהסיכון לאי-קביעת הריבית בחוזה הלוואה מוטל במלואו על המלווה. אפשרות שלישית היא לקבוע, שרק כשמדובר במלווים מקצועיים, ישנה חזקה שהצדדים התכוונו שתחול ריבית.<sup>91</sup> האפשרות הרביעית היא להימנע מלכלול בחוק סעיף כאמור, ולהותיר את פרשנות החוזה בידי בית המשפט בכל מקרה ומקרה. כך יוכל לפרש בית המשפט את החוזה על פי אומד דעת הצדדים, ואף לנקוט את יתר אמצעי הפירוש וההשלמה. בניגוד לאפשרות השנייה, אפשרות זו אינה מטילה את

<sup>89</sup> ראו למשל: ס' 1815 לקוד האזרחי האיטלקי; ס' 879 לקוד האזרחי הארמני; ס' 809 לקוד האזרחי הרוסי, הקובע מנגנון לקביעת הריבית – הריבית הבנקאית במקום מגוריו של המלווה; ס' 196 לחוק החוזים הסיני; ס' 1914 לקוד האזרחי של מדינת קליפורניה; ס' 488 לקוד האזרחי הגרמני; ס' 2330 לקוד האזרחי של קוויבק, לגבי הלוואות כספים.

<sup>90</sup> ראו למשל: ס' 467 לקוד האזרחי של וייטנאם; ס' 1956 לקוד האזרחי של הפיליפינים; וס' 2315 לקוד האזרחי של קוויבק, לגבי הלוואות שאינן של כספים.

<sup>91</sup> כך למשל קובע ס' 523 לקוד האזרחי ההונגרי.

מלוא הסיכון על המלווה לאי-קביעת הריבית בחוזה ההלוואה, מקום שבו ניתן לפרש את החוזה אחרת.

האפשרות הנראית כעדיפה היא האפשרות השנייה. אמנם הלוואת כספים נושאת ריבית כדבר שבשגרה, ולכאורה ייתכן שנכון היה לקבוע דין דומה לאמור בקוד האזרחי של קוויבק, שלפיו בררת המחדל היא שהלוואת כספים נושאת ריבית, והלוואת נכסים אינה נושאת ריבית. עם זאת, הן מנקודת ראות של יעילות כלכלית והן מנקודת ראות חלוקתית, דין חקיין אינו ממצה. הטעם העיקרי לכך הוא מרכזיותה של הריבית בחוזה ההלוואה. בשל חשיבות הריבית וחשיבות גילוייה המפורש, יש מקום להימנע, בהקשר זה, מדין חקיין, ובכך להמריץ את המלווים לקבוע במפורש מהי הריבית. תמריץ זה יינתן באמצעות בחירת בררת מחדל שלפיה הלוואה אינה נושאת ריבית, אלא אם כן נקבע אחרת.<sup>92</sup> באופן זה יושגו כמה מטרות: וידוא כריתת חוזה יעיל, שהמחיר בו ברור לשני הצדדים; מניעת התדיינויות עתידיות בשל אי-ודאות אודות הפריט הבסיסי ביותר בחוזה ההלוואה; והטלת הסיכון בשל יצירת אי-ודאות על הצד החזק, שהוא בדרך כלל גם המונע הזול.

## 2. דרכי חישוב הריבית

נושא נוסף הנוגע לריבית החלה על ההלוואה, הוא דרכי חישובה. הדרכים לחישוב הריבית מצויות היום בחוק הריבית, ובצווים שהוצאו על פיו, וכן בהוראות הבנקאות (שירות ללקוח) (דרכי חישוב ריבית), התשנ"א-1990,<sup>93</sup> ובתקנות הגנת הצרכן (מכירות באשראי, מכירה מיוחדת ועסקה ברוכלות), התשמ"ג-1983. ההוראות הנוגעות לריבית והמוסדרות על ידי חוק הריבית והצווים שהוצאו על פיו תוארו לעיל.<sup>94</sup> נוסף להם חלות כאמור על תאגידים בנקאיים הוראות מיוחדות לעניין חישוב הריבית, וזאת בהוראות הבנקאות האמורות. הוראות אלה עוסקות בכמה עקרונות חישוביים בסיסיים לגבי הלוואות ופיקדונות בשקלים חדשים בלבד.

עיקרון אחד הוא מועד זקיפת הריבית אשר עליו להיות, לפי סעיפים 2 ו-6 להוראות, ביום העסקים הראשון של תקופת החישוב הבאה. הוראה זו נועדה ליצור רצף בחישוב הריבית, ולמנוע כפל בחישוב הריבית, כפרט ביום האחרון של כל תקופת חישוב. הוראה נוספת היא הוראת סעיף 3, שלפיה חישוב הריבית ייעשה לפי תקופות, שאורכן המצטבר לא יפול ממספר ימי השנה בפועל. סעיף זה בא בעקבות שיטה שהייתה נהוגה בעבר בבנקים, ולפיה חישוב תקופות הריבית היה נעשה לעתים לפי מספר ימים הנופל ממספר ימות השנה בפועל, דבר שמשמעותו המידית היא הגדלת שיעור הריבית

<sup>92</sup> השוו זמיר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 556-557.

<sup>93</sup> להלן: "הוראות הבנקאות" או "ההוראות".

<sup>94</sup> ראו פס' 3 לפרק ב' לעיל.



השנתי מעל המוסכם. נושא זה אף זכה לביקורת מצד בית המשפט העליון.<sup>95</sup> הוראות נוספות עוסקות בחישוב תקופת הריבית בימי ההפקדה או הפירעון של סכומי כסף שהופקדו בבנק. כך, כל עוד ההפקדה או הפירעון נעשים בתוך יום העסקים הבנקאי, הריבית לגביהם תחושב גם בהתייחס ליום ההפקדה או הפירעון כאמור. ככל שהפקדה או הפירעון נעשו לאחר תום יום העסקים הבנקאי, הריבית תחושב בהתייחס ליום העסקים שלאחר מכן.<sup>96</sup> רעיון דומה מוחל בהוראות לגבי מועדי פירעון של הלוואות ופיקדונות, הנופלים ביום שאינו יום עסקים בנקאי.<sup>97</sup> חוק חוזה הלוואה, כשלעצמו, אינו חייב לטפל בדרכי חישוב הריבית, והוא יכול להסתפק בהוראה הכללית של תחולת הריבית, כמפורט לעיל. עם זאת, לאור חשיבות הריבית והיותה חיוב עיקרי בחוזה ההלוואה, נראה כי מטעמים דומים לאלה שפורטו לעיל בפרק זה, יש היגיון לכלול הוראות בסיסיות הנוגעות לחישובה. קביעת הוראות מקיפות לעניין הריבית, כגון: קביעת שיעור ריבית מרבי במקרים מסוימים, חישוב ריבית הפיגורים וכיו"ב, אינה מתאימה לחוק כללי העוסק בחוזה הלוואה. היבט זה ימשיך להיות מוסדר בדברי החקיקה הספציפיים הקיימים היום. עם זאת, כאמור, רצוי לכלול את התשתית הבסיסית ביותר של חישוב הריבית. תשתית זו כוללת שני נדבכים: המונחים שבהם מחושבת הריבית וצבירת הריבית.

לעניין מונחי חישוב הריבית – ריבית, מטבעה, היא מחיר המחושב במונחים שנתיים, ולכן מתכוונים הצדדים כדבר שבשגרה. אין היגיון לקבוע ריבית במונחי תקופות אחרות, שכן תמיד ניתן יהיה לתרגמה למונחים שנתיים. אם כן, כדי לקבוע אחידות, שאין כל סיבה לכללית אמיתית לחרוג ממנה, ראוי לקבוע כהוראה קוגנטית (שניתן יהיה להתנות עליה רק לטובת לווה בעל אופי צרכני), שהחישוב תמיד יהיה במונחים שנתיים.

לעניין צבירת הריבית – צבירת הריבית (ריבית דריבית) מוגבלת בדין הישראלי באמצעות חוק הריבית, וצו הריבית. סעיף 5 לחוק הריבית אוסר דרישת ריבית דריבית שנצטברה בתקופות פחותות משלושה חדשים, אלא ככל שצבירת הריבית הותרה בצו שהוציא שר האוצר. צו הריבית האמור מאפשר דרישת ריבית דריבית שנצטברה בתקופות של חודש ימים.<sup>98</sup> על מנת לתמרץ את המלווה לקבוע במפורש שתחול ריבית דריבית על הלוואה, הכלל הנכון הוא לקבוע בררת מחדל של אי-צבירת ריבית בתקופות הקצרות משנה, אלא אם כן הסכימו הצדדים אחרת. זאת, בדומה לכלל שהצענו לעניין בררת המחדל באשר להיות הלוואה נושאת ריבית.<sup>99</sup>

<sup>95</sup> ראו למשל: ע"א 7948/96 בנק הפועלים בע"מ נ' מוסכי צומת גהה בע"מ, פ"ד נה(1) 865 (1998). כן ראו: אברהם וינרוט וברק מדינה דיני הלוואות – הגנה על הלווה במשפט בישראל 91-92, 107-108 (2000).

<sup>96</sup> ס' 4 להוראות.

<sup>97</sup> ס' 6 להוראות.

<sup>98</sup> ס' 3 לצו הריבית.

<sup>99</sup> לסקירת ההתייחסות של הדין הישראלי לנושא הריבית ראו: אברהם וינרוט ריבית (1998).

## ת. מועד קיום החיוב

הן מועד קיום חיובו של המלווה והן מועד קיום חיובו של הלווה הם כפי שמוסכם בין הצדדים. כל עוד לא הוסכם על מועד קיום, חל סעיף 41 לחוק החוזים, שלפיו מועד הקיום יהיה "זמן סביר לאחר כריתת החוזה, במועד שעליו הודיע הנושה לחייב זמן סביר מראש". הרעיון העומד מאחורי סעיף זה הוא לאפשר לחייב להיערך לקיום החיוב, כלל הראוי, כמובן, גם בהקשר של חוזה ההלוואה.<sup>100</sup> בנוסחו החדש במסגרת סעיף 50 לטיטת חוק דיני ממונות משתנה הסעיף, כך שהחריג שהיה קבוע בחוק החוזים המיוחדים<sup>101</sup> הופך לכלל, ועל החייב לקיים את החיוב תוך זמן סביר מיצירתו, אולם החייב הוא זה שיוודע לנושה על מועד קיום החיוב. כלומר במקרה של חוזה הלוואה, המלווה או הלווה יישאו באחריות לאי-קיום החיוב, גם אם לא הוצגה להם דרישה מאת הצד השני לקיום חיובם.<sup>102</sup>

מצב דברים זה נראה כלא הוגן, וכנוגד את הציפיות הסבירות של הצדדים, לפחות בהקשר של חוזה ההלוואה, והוא עלול להיות בעל תוצאות קשות, בעיקר ללווה. זאת, שכן הלווה עלול למצוא עצמו מפר את החוזה, גם אם לא הוצגה לו דרישה לפירעון ההלוואה, ובכך להיות חשוף להפעלת הסנקציות המצויות באופן שגרתי בחוזי ההלוואה. מכאן החשיבות לקבוע כי הנטל למתן הודעה הוא על הנושה. בכל הנוגע למועד קיום חיוב תשלום הריבית, במקרה זה מוצע לקבוע כלל דיספוזיטיבי, שלפיו הריבית תשולם בסוף כל שנה מאז מתן ההלוואה. כלל כזה נראה ככלל שישקף בדרך הטובה ביותר את רצון הצדדים, אם לא הביעו רצון אחר בחוזה ההלוואה.<sup>103</sup>

## ט. השעיית חיובים

במקרים שבהם טרם קיים המלווה את חיובו להעמיד את ההלוואה לרשות הלווה, וחלה הרעה במצבו של הלווה, כך שסביר שיקשה עליו לקיים את חיובו להשיב את נכסי ההלוואה למלווה, מוצדק להחיל את הכלל המצוי בסעיף 128(ב) לטיטת חוק דיני ממונות, העוסק בהדדיות החיובים. כלל זה מאפשר לצד, בנסיבות האמורות, לדחות את חיובו עד קבלת בטוחה סבירה שתבטיח את קיום חיובו של הצד השני.

<sup>100</sup> על עניין זה בהקשר של חוזי הלוואה ראו: ד"ר נ 32/84 עיזבון וייליאמס נ' Israel British Bank (London), פ"ד מד(2) 265, 278-279 (1990).

<sup>101</sup> ראו ס' 9(ג) לחוק המכר; ס' 5(ב) לחוק השכירות והשאלה; וס' 6(א) לחוק חוזה קבלנות.

<sup>102</sup> זמיר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 553-555.

<sup>103</sup> שיטה דומה לזו נקטו למשל הקוד האזרחי הגרמני וה-Civil Code of Japan (להלן: "הקוד האזרחי היפני").

הגנה זו על המלווה נראית כהוגנת, שכן כל עוד לא נמסרו נכסי ההלוואה ללווה, וזה לא השתמש בהם, הרי שזו נקודת הזמן שבה ניתן להימנע מגרימת נזק למלווה וללווה כאחד. מנקודת ראות המלווה, האינטרס שלו הוא שלא לתת את כספו (או נכסיו) ללווה, תוך שקיימת סבירות גבוהה לכך שלא יוחזרו לו. אינטרס זה בוודאי ראוי להגנה. מנקודת ראות הלווה, כל עוד הוא לא קיבל את ההלוואה, הסתמכותו עליה פחותה ביחס למקרה שבו הוא כבר קיבל את ההלוואה. לאור זאת ראוי לאפשר למלווה להתנות את מסירת נכסי ההלוואה בקבלת בטוחה כאמור.<sup>104</sup>

דומה שכלל כזה הוא גם יעיל, שכן הוא יוצר תמריצים שמקדמים את שוק ההלוואות לנקודת שיווי משקל. מתן אפשרות למלווה למנוע את נזקו בשלב שבו יחסית מעט עלויות מוטלות על הלווה, תסב תועלת גדולה יותר למלווה מאשר סך הנזק שייגרם ללווה. יתרה מכך, היא תתמרץ מלווים לתת ריבית נמוכה יותר והתחייבויות גדולות מספיק למתן אשראי. אם לא נאפשר למלווה להגן על כספו בשלב המוקדם האמור, הדבר יהווה תמריץ שלילי, למשל להעמדת מסגרות אשראי שיספקו את הביקוש של הלווים, ויאפשרו שוק אשראי יעיל. מסגרות אשראי והתחייבויות למתן אשראי למיניהן הן מרכיב משמעותי בפעילות הפרטית, ובעיקר העסקית, במשק. העמדתן באופן חופשי, ללא דרישת בטוחה מראש בכל מקרה ומקרה, היא רצויה. דומה שהיא משקפת גם חלוקת סיכונים הוגנת בין הצדדים.

עמדה מחמירה יותר עם המלווה מזו שהצענו הובעה על ידי בית המשפט המחוזי בעניין **כרמלטון**.<sup>105</sup> שם נדון מקרה שבו בנק סירב להעמיד אשראי לקבלן, שזכה במכרז לכריית מנהרה תחת הרי הכרמל. זאת, לאחר שהקבלן התקשר עם הבנק בחוזה למתן אשראי. לאחר שתקופת ביצוע העבודות התארכה בכשנתיים וחצי, ושיטת הכרייה שונתה, הודיע הבנק על ביטול חוזה ההלוואה, מהטעם ששינוי הנסיבות כאמור מסכן את החזר ההלוואה לבנק. בית המשפט קבע כי מאחר שמבחינה עובדתית לא היה חשש ממשי להחזר כספי ההלוואה, הרי שהבנק לא היה רשאי להימנע מלהעמיד את האשראי לקבלן. כפי שפורט לעיל, השקפתנו היא כי במקרה שבו טרם ניתנו כספי ההלוואה ללווה, אינטרס המלווה ראוי להגנה רחבה יחסית, כך שדי בחשש סביר להרעה במצבו של הלווה, ולא דווקא חשש ממשי.<sup>106</sup>

<sup>104</sup> כלל דומה חל בקודקסים הבאים: ס' 821 לקוד האזרחי הרוסי; ס' 1822 לקוד האזרחי האיטלקי; ס' 628 לקוד האזרחי של גרוזיה; ס' 888 לקוד האזרחי הארמני. בס' 524 לקוד האזרחי ההונגרי חל הכלל רק על הלוואות צרכניות. ס' 1490(1) לקוד האזרחי הגרמני, לעומת זאת, מאפשר למלווה לבטל את החוזה לחלוטין, וס' 589 לקוד האזרחי היפני מאפשר אי-קיום חיוב העמדת הכסף לרשות הלווה רק אם הלווה הופך לחדל פירעון.

<sup>105</sup> ת"א (מחוזי ת"א) 2486/02 **קבוצת כרמלטון בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ**, תק-מח 104(1) 5987 (2004) (להלן: עניין **כרמלטון**).

<sup>106</sup> במקרה זה בפועל אפילו חשש סביר לא התקיים, שכן בית המשפט הגיע למסקנה כי הבנק ביקש לבטל את החוזה מטעמים של כדאיות העסקה, לאחר שהתחרט שהסכים על גביית עמלה

מבחן של חשש ממשי, פרט לכך שהוא נראה כמוצדק פחות, עלול לפגוע בהיצע האשראי, ובעיקר בהיצע מסגרות האשראי.

עמדה דומה הובעה בעניין **בנק לאומי לישראל**, בהקשר של מסגרות אשראי בחשבונות עובר ושב. בית הדין לחוזים אחידים באותו מקרה לא הבחין בין החלק המנוצל של המסגרת לבין החלק הלא מנוצל, וקבע מבחן של סיכון ממשי של יכולת הגבייה של הבנק, כזו שמצדיק את ביטול המסגרת ופירעון מידי של האשראי שכבר ניתן.<sup>107</sup> כאמור, אנו סבורים כי יש להבחין בין המקרה של התחייבות למתן אשראי שטרם מומשה לבין אשראי שכבר ניתן, דבר שיידון בהרחבה בסעיף 3 בפרק י' להלן. בערעור על פסק דין זה התייחס בית המשפט העליון רק לענין החלק הלא מנוצל של המסגרת, וקבע כי די בהתקיימות נסיבות של סיכון "רגיל" של יכולת הגביה על מנת להקנות לבנק את הזכות שלא להעמיד את האשראי ללקוח.<sup>108</sup> קביעה זו של בית המשפט דומה למה שמוצע על ידנו לעיל ולמה שקובעת טיוטת חוק דיני ממונות.

## י. הקדמת מועד הפירעון

### 1. כללי

הקדמת מועד הפירעון היא אחד הנושאים המהותיים הנוגעים להלוואות. באופן כללי, הקדמת מועד הפירעון עשויה להתרחש ביזמת הלווה או ביזמת המלווה. מקורה של הזכות להקדמת מועד הפירעון ביזמת הלווה הוא בדרך כלל דין ספציפי כלשהו הקובע זאת במפורש. לעומת זאת, מקור הקדמת מועד הפירעון ביזמת המלווה הוא בדרך כלל החוזה והדין גם יחד. הזכות הראשונה איננה זכות "טבעית", שכן פירושה הרגיל הוא נקיטת פעולה בניגוד לחוזה, ועל כן היא בדרך כלל נקבעת משיקולים כלליים כאלה ואחרים בדין המיוחד. זאת, בעוד שכבר עמדנו על כך שהזכות השנייה נובעת בדרך כלל מכוח תניית האצה בחוזה ההלוואה, או עשויה לנבוע מכוח זכות הביטול או זכות הפיצויים של המלווה בהתקיים העילות לכך על פי דין החוזים הכללי. נעמוד על כך להלן.

נמוכה בגין העמדת האשראי.

<sup>107</sup> לעיל ה"ש 70.

<sup>108</sup> ע"א 9616/04 **בנק לאומי לישראל בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 9–21 (טרם פורסם, 18.2.2010).

## 2. הקדמת מועד הפירעון ביזמת הלווה

הסעיף הכללי העוסק בהקדמת מועד הפירעון ביזמת הלווה הוא סעיף 42 לחוק החוזים. סעיף זה קובע כי החייב רשאי לקיים את החיוב לפני מועדו, ובלבד שהודיע על כך לנושה זמן סביר מראש, ובלבד שהדבר לא יפגע בנושה.<sup>109</sup> הרעיון בסעיף זה הוא כי מועד מאוחר של קיום חיוב פועל לטובת החייב. הקדמת מועד קיום החיוב נתפסת כוויתור של החייב, ולכן יש טעם לאפשר לו אותה. באותו אופן, במקרים שבהם הקדמת מועד קיום החיוב פוגעת בנושה, אין היא אפשרית על פי סעיף 42 האמור.

בכל הנוגע לחיובים שלהבטחתם שועבדו נכסים, קיים שיקול נוסף, והוא הגבלת סחירותם של הנכסים המשועבדים. האינטרס החברתי-כלכלי הוא לאפשר סחירות נכסים ככל הניתן, בעיקר בשל שכלול השווקים הנובע מכך. לנוכח אינטרסים אלה קובע סעיף 13(ב) לחוק המשכון<sup>110</sup> כלל דיספוזיטיבי, שלפיו "החייב וכל אדם שזכותו עלולה להיפגע ממתן המשכון או ממימושו, רשאים לפדות את המשכון על ידי קיום החיוב לפני המועד לקיומו, ובלבד שבחיוב לתשלום כסף הנושא ריבית ישלמו לנושה גם את הריבית שהיתה מגיעה לו עד המועד לקיום החיוב או בעד ששה חדשים אחרי התשלום, הכל לפי התקופה הקצרה יותר". כלומר ללווה ניתנת הזכות להקדים את מועד פירעון ההלוואה, ובלבד ששילם לנושה תשלום העולה כדי שישה חודשי ריבית לכל היותר. בכך נותן החוק מענה לאינטרס המלווה לפיצוי בגין נזקו האפשרי בשל הפירעון המוקדם, תוך השגת יעילות כלכלית והשגת יעדים חלוקתיים שמשותפים בין היתר בהגשמת האינטרס הציבורי, לפרוע את ההלוואה בפירעון מוקדם ולשחרר את הנכס המשועבד.

זכות זו שונה מהזכות לפי סעיף 42 לחוק החוזים, בעיקר בכך שהיא אינה מוגבלת למקרה שלא נגרם נזק לנושה, אלא עומדת בעינה גם במקרה של נזק כאמור. מטעם זה הנושה רשאי לעמוד על כך שבהסכם המשכון ייקבע שלא תעמוד לזכות החייב הזכות להקדמת מועד החיוב. עם זאת, במקרה של חיוב המובטח באמצעות משכנתה, סעיף 88 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 הופך את ההסדר האמור של חוק המשכון להסדר קוגנטי. הטעם להוראה הכופה על הנושה לקבל את הקדמת מועד החיוב, אף אם נגרם לו נזק בשל כך, הוא שכמותם של מקרקעין בשוק מוגבלת, ומכך שהלוואות משכנתה הן בדרך כלל לתקופה ארוכה, דבר המצדיק לאפשר לשחרר את המקרקעין מהשעבוד ואת הלווה מנטל ההלוואה.<sup>111</sup> גם כאן השיקולים העיקריים הם שיקולי יעילות כלכלית וצדק חברתי. הבדל נוסף בין שני

<sup>109</sup> כך גם נקבע בסעיף 51 לטיטת חוק דיני ממונות.

<sup>110</sup> התשכ"ז-1967.

<sup>111</sup> השוו: יהושע ויסמן **חוק המשכון, תשכ"ז-1967** 284 (גד דרסקי עורך, 1974).

הסעיפים נעוץ בכך שלפי סעיף 42 לחוק החוזים הזכות לקיום מוקדם של החיוב מותנית בהודעה לנושה זמן סביר מראש, ולעומת זאת, סעיף 13(ב) אינו מחייב זאת, וקובע פיצוי של שישה חודשי ריבית במקרה של הקדמת חיוב כספי המובטח במשכון. הפיצוי נועד לאפשר לנושה למצוא השקעה חלופית לכספו. עוד הבדל בין סעיף 42 לסעיף 13(ב) הוא שכל עוד לא נקבע אחרת בהסכם המשכון, החייב אינו רשאי לפדות חלק מהמשכון, אלא את כולו. מגבלה זו אינה קיימת לפי סעיף 42 האמור.

הוראת חוק חשובה נוספת היא סעיף 13 לפקודת הבנקאות, המתנה פירעון מוקדם של הלוואה, שניתנה על ידי תאגיד בנקאי לשם רכישת דירת מגורים או במשכונה, בפירעון של 10% לפחות מיתרת הלוואה, ובתשלום עמלה כפי שיקבע נגיד בנק ישראל. הנגיד אכן קבע את צו הבנקאות, המפרט את העמלות שניתן לגבות מלווה המבקש להקדים את מועד הפירעון של הלוואה כאמור. הוראה זו אינה ניתנת להתנאה. הטעם לקיומה של הוראת סעיף 13 האמור לפקודת הבנקאות, הוא שבמקרים רבים הנושה עלול להיפגע מהפירעון המוקדם. הפגיעה העיקרית מתרחשת במקרה שבו ריבית השוק ירדה. במקרה כזה, ככל שהנושה נטל על עצמו התחייבויות בהסתמך על הלוואה, לרבות על הריבית שנקבעה לה, הרי שפירעון מוקדם עלול לגרום לו חסרון כיס ממש. מאחר שאין בכוחו של פיצוי בגין הזמן שעד מציאת לווה חלופי כדי לפצות בגין נזקי ירידת הריבית כשלעצמם, קבע סעיף 13 לפקודת הבנקאות כי הנגיד יכול לקבוע שהתאגיד הבנקאי יקבל פיצוי בגין הנזק האמור.<sup>112</sup> תקנה 8(1ד) לתקנות הפיקוח על עסקי ביטוח (דרכי השקעת ההון והקרנות של מבטח וניהול התחייבויותיו), התשס"א-2001, קובעת כי "על מבטח הנותן הלוואה לדיוור, יחולו הוראות החלות על בנק בישראל לענין מתן הלוואות לדיוור, כפי שיוורה המפקח ובשינויים שעליהם יורה". הלוואה לדיוור, על פי התקנה האמורה היא "הלוואה המיועדת לרכישת דירת מגורים או זכויות חכירה בדירת מגורים, בניית דירת מגורים, הרחבתה או שיפוץ, או המיועדת לרכישת מגרש לבניית דירת מגורים או לרכישת זכות בדירת מגורים תמורת דמי-מפתח, או שניתנה כנגד מישכון דירת מגורים, ובלבד שלא ניתנה למטרת עסק".

המפקח על הביטוח הורה, בחוזר ביטוח מס' 2004/24, כי על הלוואות לדיוור כאמור יחולו רוב ההוראות המקבילות החלות על התאגידים הבנקאיים בשינויים מזעריים.<sup>113</sup> מכאן, שהזכות להקדים את מועד הפירעון במקרים אלה נתונה ללווה על מגזר הלוואות שונה במקצת ממקבילו הבנקאי. מחד גיסא, מדובר על מגוון רחב יותר של הלוואות – לא רק לשם רכישת דירת מגורים או במשכונה, אלא גם לשם הרחבתה

<sup>112</sup> לדיון בסעיף 13 האמור ראו גם: בג"צ 3677/90 **בראשי נ' נגיד בנק ישראל**, פ"ד מז(1) 109 (1993).

<sup>113</sup> ניתן לצפייה בכתובת: [www.finance.gov.il/hon/2001/insurance/memos/2004-24.doc](http://www.finance.gov.il/hon/2001/insurance/memos/2004-24.doc) (נבדק לאחרונה ב-15.11.2009). השינויים לעניין הפירעון המוקדם נוגעים לדרך מסירת דף הסבר ללווה.

או שיפוצה; מאידך גיסא, אין מדובר בהלוואות כאמור שהן למטרת עסק. לעומת זאת, בכל הנוגע להלוואות שאינן לשם רכישת דירת מגורים או במשכונה, או אינן ניתנות על ידי תאגיד בנקאי (או מבטח במקרה של הלוואה שאינה למטרת עסק), אולם הלווה משכן נכס להבטחתו, יחולו הוראות סעיף 13(ב) לחוק המשכון, התשכ"ז-1967 וסעיף 88 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, לפי העניין.

נשאלת השאלה מדוע ראה המחוקק לנכון להבחין, לעניין הפיצוי שישולם על ידי הלווה למלווה בגין הפירעון המוקדם של ההלוואה, בין הלוואות בנקאיות להלוואות חוץ בנקאיות.<sup>114</sup> מדוע בהלוואות בנקאיות זכאי הבנק לפיצוי שעשוי להיות מלא בעד נזקיו, ואילו ביתר ההלוואות המובטחות במשכון, נקבע הפיצוי להיות רק בעד הזמן המשוער לחיפוש אחר השקעה חלופית?

למעשה סעיף 42 לחוק החוזים מגן על האינטרס של הנושה במלוואו, שכן הוא אינו מאפשר את הקדמת מועד קיום החיוב, ולענייננו – מועד הפירעון, ככל שנגרם נזק לנושה. סעיף 13(ב) לחוק המשכון וסעיף 88 לחוק המקרקעין אינם מגנים אלא על חלק מאינטרס ההסתמכות של המלווה. לעומת זאת, סעיף 13 לפקודת הבנקאות מאפשר הגנה מלאה על אינטרס הציפייה (הקיום) של התאגיד הבנקאי המלווה.<sup>115</sup>

לשוני זה שני טעמים. טעם אחד הוא טעם מהותי, ואילו הטעם השני הוא טכני. מהותו של תאגיד בנקאי היא לגייס פיקדונות מהציבור ולתת אשראי בהסתמך עליהם, ורק תאגיד בנקאי רשאי לעשות כן.<sup>116</sup> ככלל, תאגיד בנקאי מגייס פיקדונות ומשלם עליהם למפקידים ריבית מסוימת, והוא נותן אשראי בריבית מעט גבוהה יותר. באופן פשטני ניתן לומר שהתאגיד הבנקאי מחויב מול מפקיד בריבית מסוימת ולתקופה דומה שבה הוא מחויב מול לווה שלו הוא הלווה כספים.<sup>117</sup> מכאן, שפירעון מוקדם של הלוואה ביזמת הלווה בעת ירידת ריבית השוק עלולה לגרום לתאגיד הבנקאי הפסד, מאחר שיהיו בידיו נכסים כספיים שיכולים לשאת ריבית נמוכה (ריבית השוק באותו זמן), מול התחייבויות למפקידים, הנושאות ריבית גבוהה. במצב שבו יהיה ריבוי של לוויים המבקשים לפרוע הלוואות בפירעון מוקדם בעת ירידת ריבית השוק (דבר המהווה, כשלעצמו, אינטרס כלכלי של הלוויים על מנת ליטול הלוואות חדשות וזולות מהן), עלול להיגרם לתאגיד הבנקאי נזק רב. בכך טמונה סכנה ליציבות הכלכלית של התאגיד הבנקאי, והדבר עלול להוביל לנזק גדול ולאבדן השקעה של ציבור המפקידים. אינטרס המפקידים, העומד לנגד עיני המחוקק לגבי כל פעילות של התאגיד הבנקאי, מצדיק מתן פיצוי מלא בגין אינטרס הציפייה של התאגיד הבנקאי במקרים של הקדמת מועד הפירעון של ההלוואה.

<sup>114</sup> למעט חברות ביטוח כאמור לעיל.

<sup>115</sup> לניתוח האינטרסים השונים בעת פירעון מוקדם ראו הדין בפרק ה' לעיל בתניות ההאצה.

<sup>116</sup> ראו סעיף 21 לחוק הבנקאות (רישוי), התשמ"א-1981.

<sup>117</sup> כאמור, בריבית מעט יותר גבוהה.

הטעם הטכני והמשני להבחנה הנוהגת בחקיקה בין פיצוי לתאגיד בנקאי לבין פיצוי למלווה אחר, הוא שבמקרה של תאגיד בנקאי ניתן לדעת מהי ריבית השוק הרלוונטית למדידת הפיצוי בגין אינטרס הציפייה, וזאת מבלי לגרום לטרחה יתרה לבתי המשפט או לגורמים אחרים. אצל מלווים חוץ בנקאיים לעומת זאת, אין זה המצב. במקרה של תאגידים בנקאיים ריבית השוק הבנקאית, שהיא הריבית שבה נותנים בנקים הלוואות, נמדדת באמצעות מערכת דיווחים למפקח על הבנקים. אצל מלווים אחרים, לא זו בלבד שכלל לא ברור מהי ריבית השוק הרלוונטית (האם הריבית על כל ההלוואות החוץ בנקאיות? האם לפי חלוקה לגודל המלווה, לסוגו, וכיו"ב), אלא שקשה להקים מערך דיווח דומה ולחייב כל מלווה חוץ בנקאי בדיווח.

לסיום נושא זה תצוין הוראת ניהול בנקאי תקין מס' 454 של המפקח על הבנקים,<sup>118</sup> הקובעת כי תאגיד בנקאי לא יסרב סירוב בלתי סביר לבקשת לווה להקדים את מועד הפירעון של הלוואה שאינה הלוואה לשם רכישת דירת מגורים או במשכון של דירת מגורים (שאו ממילא חל ההסדר שבפקודת הבנקאות, כמפורט לעיל). התאגיד הבנקאי רשאי להתנות את הפירעון המוקדם כאמור בעמלה, ששיעורה דומה בקירוב לזה הקבוע בצו הבנקאות.

העולה מן המקובץ הוא שבכל הנוגע לעצם זכות הלווה להקדים את מועד פירעון ההלוואה המצב המשפטי היום הוא כלהלן: בהלוואות המובטחות במשכנתה, או בהלוואות הניתנות על ידי תאגידים בנקאיים, הדין המצוי מקנה לווה את הזכות הקוגנטית להקדים את מועד הפירעון של ההלוואה; ככל שהמלווה הוא מבטח, אזי נתונה ללווה הזכות הקוגנטית להקדים את מועד הפירעון, רק אם ההלוואה היא "הלוואה לדירור"; בהלוואות המובטחות במשכון, שאינן ניתנות על ידי תאגיד בנקאי או מבטח כאמור, נתונה ללווה זכות דיספוזיטיבית להקדים את מועד הפירעון כאמור. ככל יתר ההלוואות נתונה ללווה זכות דיספוזיטיבית להקדים את מועד הפירעון רק אם לא נגרם נזק למלווה.

בכל הנוגע לתשלום שנדרש הלווה לשלם למלווה על מנת להקדים את מועד הפירעון של ההלוואה:

בהלוואות הניתנות על ידי תאגידים בנקאיים, וכן ב"הלוואות לדירור" הניתנות על ידי מבטחים, התשלום יעמוד ככלל על הסכום המפורט בצו הבנקאות (עמלות פירעון מוקדם). קרי: הפירעון המוקדם מותנה בפיצוי בגין אינטרס הציפייה של המלווה; בהלוואות המובטחות במשכנתה או במשכון, ואינן ניתנות על ידי תאגידים בנקאיים או מבטחים כאמור לעיל, התשלום יעמוד לכל היותר על שישה חודשי ריבית, קרי: הפירעון המוקדם מותנה בפיצוי בגין חלק מאינטרס ההסתמכות של המלווה; ביתר ההלוואות – כפי שיסוכם בין הצדדים, אם יסוכם.

<sup>118</sup> ההוראה ניתנת לצפייה באתר בנק ישראל, לעיל ה"ש 27.



מבט על הנעשה בעולם מעלה את התמונה הבאה: הקוד האזרחי הגרמני קובע זכות עקרונית קוגנטית לפירעון מוקדם. היקפה של זכות זו משתנה על פי אופי ההלוואה: הלוואה צרכנית והלוואה אחרת; הלוואה בשעבוד מקרקעין והלוואה אחרת; הלוואה בריבית משתנה והלוואה אחרת.<sup>119</sup> עמלת הפירעון המוקדם נקבעת בחוזה שבין המלווה לבין הלווה, והיא אינה כפופה למגבלה חוקית כלשהי.

הקוד האזרחי האיטלקי אינו מתייחס לזכות להקדים את מועד הפירעון על ידי הלווה בהלוואות רגילות, למעט במקרים מסוימים הנוגעים לחשבון בנק.<sup>120</sup> עם זאת, על פי חוק הבנקאות האיטלקי ללווה יש זכות להקדים את מועד הפירעון, ככל שמדובר בהלוואה המובטחת במשכנתה על דירת מגורים. במקרה כזה הלווה יחויב לשלם עמלה שנקבעה בחוזה שבין הבנק לבין הלווה.<sup>121</sup> גם הקוד האזרחי של וייטנאם מקנה ללווה זכות להקדים את מועד הפירעון של ההלוואה, בתנאי שישלם את הריבית עד תום ההלוואה. זאת, כאשר בהלוואת חינוך, הקוד קובע כי הלווה פטור מהתשלום האמור.<sup>122</sup>

הקודים האזרחיים של ארמניה ושל רוסיה קובעים, לעומת זאת, כי הזכות להקדים את מועד הפירעון של ההלוואה עומדת ללווה רק כאשר מדובר בהלוואת חינוך.<sup>123</sup> לצד מדינות אלה ישנן מדינות שלא קבעו בדין זכות להקדמת מועד פירעון ההלוואה ביזמת הלווה. עם מדינות אלה נמנות, בין היתר, שווייץ, פורטוגל ולוקסמבורג. בארצות-הברית, לעומת זאת, זכות הלווה לפרוע הלוואה בפירעון מוקדם אינה מעוגנת בדרך כלל בדין, אולם היא מהווה יסוד בסיסי בחלק ניכר מחוזי ההלוואה.<sup>124</sup>

<sup>119</sup> ס' 489 לקוד האזרחי הגרמני.

<sup>120</sup> ראו למשל: ס' 1844 לקוד האזרחי האיטלקי.

<sup>121</sup> ס' 40 לחוק הבנקאות האיטלקי. ניתן לצפיה בכתובת: [www.bancaditalia.it/vigilanza/banche/normativa/leggi/tub/tub\\_en.pdf](http://www.bancaditalia.it/vigilanza/banche/normativa/leggi/tub/tub_en.pdf) (נבדק לאחרונה ב-18.12.2009).

<sup>122</sup> מה שנובע ממילא מהעובדה שההלוואה אינה נושאת ריבית. ס' 474 ו-475 לקוד האזרחי של וייטנאם.

<sup>123</sup> ס' 880 לקוד האזרחי הארמני וס' 810 לקוד האזרחי הרוסי.

<sup>124</sup> בהלוואות לדיוור, למשל, בדרך כלל מוקנית ללווה הזכות לפירעון מוקדם ללא תשלום משמעותי, וזאת בשל המבנה המיוחד של השוק האמריקני, שבו הלוואות מסוגים שונים נמכרות למשקיעים בשוק בצורה של אגרות חוב, כך שהמלווים אינם נושאים פעמים רבות בסיכון שינוי שיעור הריבית בשוק. סיכון זה מגולם במחיר אגרת החוב. עם זאת, בחוזי הלוואה לדיוור בשוק הסכ-פריים, נקבעו לאורך השנים סעיפים המתנים את הפירעון המוקדם בתשלום גבוה, הפוגע מהותית בכדאיותו. בשל הפגיעה הקשה בלווים ובשל הפגיעה בתחרות בשוק האשראי, שהתנאה כאמור יוצרת, נקבעו מגבלות על עמלות הפירעון המוקדם. ראו למשל סעיפים 226.32-226.35, Regulation Z<sup>-</sup>, שפרסם הבנק המרכזי האמריקאי (Truth in Lending) (Regulation Z) part 226 (2009), כן ראו: 15 U.S.C §1639. לסקירת החקיקה המדינתית בארצות-הברית בעניין זה ראו: Giang Ho, Anthony Pennington-Cross, *The Impact of local Predatory Lending Laws*, 6-8 (Federal reserve Bank of St. Louis, Research

לדעתנו הדין הקיים היום, בעניין פירעון מוקדם ביזמת הלווה הוא ראוי בעיקרו, אולם טעון שיפורים מסוימים. זכותו של הלווה להקדים את מועד פירעון ההלוואה היא בעלת חשיבות מנקודת הראות של יעילות כלכלית ורווחה חברתית. היא מאפשרת סחירות גדולה יותר של נכסים שמושכנו להבטחת פירעון הלוואה, ובכך היא מאפשרת את שכלול שוקי הנכסים הרלוונטיים. יתרה מכך, היא מאפשרת את שכלול שוק האשראי עצמו, בכך שהיא מאפשרת מעבר של לווים בין מלווים שונים, בהתאם לטיב התנאים המוצעים להם. למעשה זכות הקדמת מועד הפירעון היא תנאי מקדמי לתחרות בשוק ההלוואות, שקידומה יוביל, על פי תאוריית השוק התחרותי, לקידום התחרות ולהגעה לשיווי משקל תחרותי, שישאי את רווחת המשק. זכות הלווה להקדים את מועד הפירעון אף משרתת מטרת חלוקתיות, בכך שהיא מקנה לצד החלש זכות לשחרר את עצמו משעבוד נכסיו, ואף להשיג מחיר נוח יותר בשוק ההלוואות. באשר ליעילות הכלכלית, ניתן גם לומר שקשה להניח שתקיים תחרות אמיתית על תניות חוזיות העוסקות בפירעון המוקדם. תניות כאלה, כמו תניות אחרות, מובלעות בדרך כלל בחוזי ההלוואה, כך שהלווה אינו מודע להן כדבעי ולכן אינו יכול לבחון אותן, ולכן לא יכולה להתקיים תחרות בנוגע אליהן.<sup>125</sup>

Division, 2005). ניתן לצפייה בכתובת: <http://research.stlouisfed.org/wp/2005/2005-049.pdf> (נבדק לאחרונה ב-18.12.2009).

<sup>125</sup> הצדקה זו לתקינה קוגנטית היא הצדקה מקובלת במסגרת הדיון בהצדקות להתערבות בתוכנם של חוזים אחידים. דיון מעמיק בנושא חורג מהיקפה של רשימה זו. להרחבות בתחום זה ראו למשל: Todd D. Rakoff, *Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction*, 96 HARV. L. REV. 1173 (1983) (טוען בין היתר שהעלות הכרוכה בקריאת תוכן החוזה האחיד על ידי הלקוח עולה על התועלת שבקריאתו ולכן אינה כדאית); Avery Katz, *Your Terms or Mine? The Duty to Read the Fine Print of Contracts*, 21 RAND JOURNAL OF ECONOMICS 518 (1990) (טוען שמשא ומתן על תנאים בחוזה אחיד אינו יכול להתקיים במציאות באופן שגרתי); Avery Katz, *Standard Form Contracts*, THE NEW PALGRAVE DICTIONARY OF ECONOMICS AND LAW (1998), ניתן לצפייה בכתובת: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=41320](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=41320) (נבדק לאחרונה ב-18.12.2009) (בשל חוסר מודעות הלקוחות לתנאי החוזה, הספק אינו יכול לגבות פרמיה על תנאי חוזה טובים. לכן שיווי המשקל יהיה בתנאי חוזים גרועים); Benjamin Klein, Keith B. Leffler, *The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance*, 89 JOURNAL OF POLITICAL ECONOMY 615 (1981) (טוענים ששיקולי מוניטין של הספקים ימנעו התהוות של "שוק של לימונים"); Alan Schwartz & Louis L. Wilde, *Imperfect Information in Markets for Contract Term: the Examples of Warranties and Security Interests*, 69 VIRGINIA L. REV. 1387 (1983) (טוענים שאין להתערב בתוכן החוזים האחידים, אלא בהפצת מידע אודות תנאי החוזים בשוק, כך שניתן יהיה להשוות כראוי); Alan Schwartz & Louis L. Wilde, *Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: A Legal and Economic Analysis*, 127 UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA L. REV. 630 (1979) (לדעתם די בקבוצה קטנה של לקוחות שמבינים את תנאי החוזה כדי שתקיים תחרות עליהם); Florencia Marotta-Wurgler, *Competition and The Quality of Standard Form Contracts: An Empirical Analysis of*

יתרה מכך, יש רגליים לסברה שגם לוויים שיהיו מודעים לתניות האמורות, לא ידעו לשקול את העלות מול התועלת ולקבל החלטה רציונלית, או ייטו להתעלם מתניות כאלה. זאת, בשל היעדר כלים לתמחר את האופציה הגלומה בזכות להקדמת מועד הפירעון, וגם בשל הטיות פסיכולוגיות שיקשו עליהם לקבל החלטה רציונלית.<sup>126</sup> בהקשר זה נטען שהתעלמות מאירועים בעלי הסתברות נמוכה, אופטימיות יתר ועודף ביטחון עצמי (ואשליית שליטה), יוצרים מצב שבו הלקוחות נוטים להתעלם מתנאים בחוזה, העוסקים באירועים שהסתברות התרחשותם מנקודת ראות הלקוחות היא נמוכה. תנאים טיפוסיים כאלה הם התנאים העוסקים באירועים שאינם חלק מההתנהלות השוטפת במהלך חיי החוזה, כמו למשל הקדמת מועד הפירעון. תופעה דומה עשויה להתרחש מאחר שלקוחות יגלו חוסר אכפתיות לגבי תנאים בחוזה, שלאותם לקוחות לא היה ניסיון רע עמם בעבר.<sup>127</sup> כמו כן, חוסר סבלנות לגבי העתיד והעדפה חזקה של ההווה עלולה לגרום לכך שלקוחות יעריכו בחסר סיכונים ואבדן תועלת עתידיים.<sup>128</sup>

באותו אופן נטען כי דיסוננס קוגניטיבי ושכנוע עצמי, כמו גם נטיית לקוחות לחפש מידע התומך בהחלטתם להתקשר בחוזה, עלולים להוביל גם הם לאי-אכפתיות לא רציונלית של הלווה לגבי תנאי החוזה האחיד. עוד נטען כי מסירת פרטים אטרקטיביים, כפי שהיא נהוגה לא מעט על ידי אנשי שיווק ומכירות, תוך פיתוי הלקוח להשקיע בהתקשרות, ולאחר מכן מסירת התנאים האמיתיים הפחות טובים, עלולה ליצור אצל הלקוח מחויבות עצמית להתקשר בחוזה, בלי קשר ראוי לתוכנו. לבסוף, יצירת אווירת לחץ כלפי הלקוח, והפגנת חוסר סבלנות מצד הספק, עלולים לגרום ללקוח להימנע אפילו מקריאת החלקים המהותיים ביותר בחוזה. בהקשר המסוים של שוק האשראי נטען כי לוויים לוקים בביטחון יתר, המוביל להערכת יתר של יכולתם לעמוד בפיתוי של נטילת אשראי בעתיד.<sup>129</sup> עוד נטען כי

---

*Software License Agreements* (New York University, Law & Economics Research Paper Series, 2005); Florencia Marotta-Wurgler, *Are 'Pay Now, Terms Later' Contracts Worse for Buyers? Evidence from Software License Agreements* (New York University, Law & Economics Research Paper Series, 2005) (שני מחקרים אמפיריים שמסקנתם היא, בין היתר, שתחרות כלל אינה משפיעה על תנאי החוזה).

Daniel Kahneman & Amos Tversky, *Judgement Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, 185 SCIENCE 1124 (1974); Daniel Kahneman & Amos Tversky, *Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk* 47(2) ECONOMETRICA 263 (1979)

הטיה זו מכונה "ייצוגיות" (Representativeness). ראו Kahneman & Tversky, שם, בעמ' 1124-1126.

לסקירה מקיפה של ההטיות הפסיכולוגיות האמורות על התנהגות לקוחות בהקשר של חוזים אחידים ראו: Shmuel I Becher, *Behavioral Science and Consumer Standard Form Contracts*, 68 LOUISIANA L. REV. 117 (2007).

Oren Bar-Gill, *Informing Consumers about Themselves* (New York University –

ללוים יש יכולת מוגבלת להעריך מוצרי אשראי, וכי הם נוטים לעתים מזומנות לטעות.<sup>130</sup> כמו כן נטען כי צרכני האשראי מצויים תחת מגבלת למידה, הנובעת מהיעדר תמריץ ללמידה מצדם והיעדר תמריץ לחינוך פיננסי מצד נותני האשראי. השפעתו של היעדר התמריץ האמור על אי-הבנת הלקוח את מוצר האשראי מועצמת, לנוכח היותו של מוצר האשראי תלוי בגורמים חיצוניים שקשים לאמידה מדויקת (כמו הכנסה, בריאות, מקום העבודה וכיו"ב).<sup>131</sup>

תאוריה רווחת בהקשר של שוק האשראי עוסקת בין היתר בחוסר עקביות העדפות הפרטים על פני זמן (העדפות היפרבוליות). על פי תאוריה זו, בני אדם הם פעמים רבות חסרי סבלנות ביחס למציאות. מצב זה גורם להם להעריך את ההווה הרבה יותר מאשר את העתיד. כלומר במודל שמשווה בין תועלת בעתיד לתועלת בהווה, שיעור הניכיון שיוחס לעתיד יהיה גבוה יחסית (דבר המשקף עדיפות גדולה להווה). הבעיה היא שלעתים שיעור הניכיון בין ההווה לעתיד גבוה משיעור הניכיון שבין שני ימים עוקבים בעתיד. כלומר כשהעתיד יגיע, הצרכן ישנה את התכניות שהיו לו מראש לגבי העתיד, שכן באותה נקודת זמן עתידית הוא שוב יחשוב שההווה הרבה יותר חשוב ביחס לעתיד, ואותה תכנית שהוא תכנן מראש לגבי העתיד שאליו כבר הגיע, תשתנה.<sup>132</sup> בנסיבות כאלה קשה להניח ניתוח אנליטי ורציונלי מצד הלווה, לבטח של תנאים חוזיים מורכבים יחסית כמו הקדמת מועד הפירעון של ההלוואה.

אינטרסים כבדי משקל אלה מצדיקים קביעה קוגנטית לגבי זכות הפירעון המוקדם של הלווה בכלל סוגי ההלוואות,<sup>133</sup> ולא רק במקרה של הלוואות משכנתה או הלוואות שניתנו על ידי תאגיד בנקאי. דומה שאין היגיון להבחין בין סוגי מלווים בעניין זה. כפיפות הזכות לתשלום פיצוי למלווה נראית כפתרון המאזן בין האינטרס

School of Law 2007), ניתן לצפייה בכתובת: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1056381](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1056381) (נבדק לאחרונה ב-18.12.2009); Oren Bar-Gill & Richard A. Epstein, *Consumer Contracts: Behavioral Economics vs. Neoclassical Economics* (New York University, Law & Economics Research Paper Series, 2007), ניתן לצפייה בכתובת: <http://ssrn.com/abstract=982527> (נבדק לאחרונה ב-18.12.2009).

130 Ren S. Essene & William Apgar, *Understanding Mortgage Market Behavior: Creating Good Mortgage Options For All Americans* (Joint Center For Housing Studies, Harvard University, 2007) ניתן לצפייה בכתובת: [http://www.jchs.harvard.edu/publications/finance/mm07-1\\_mortgage\\_market\\_behavior.pdf](http://www.jchs.harvard.edu/publications/finance/mm07-1_mortgage_market_behavior.pdf) (נבדק לאחרונה ב-18.12.2009).

131 Oren Bar-Gill & Elizabeth Warren, *Making Credit Safer* (Research Paper, 2008), ניתן לצפייה בכתובת: <http://ssrn.com/abstract=1137981> (נבדק לאחרונה ב-18.12.2009).

132 Stephan Meier, Charles Sprenger, *Impatience and Credit Behavior: Evidence From A Field Experiment* (Working Paper, Federal Reserve Bank of Boston, 2007), ניתן לצפייה בכתובת: <http://www.bos.frb.org/economic/wp/wp2007/wp0703.pdf> (נבדק לאחרונה ב-18.12.2009).

133 למעט הלוואות נכסים, כמפורט להלן.

שבהענקת הזכות האמורה ללווה לבין האינטרס של המלווה שלא להיפגע מכך. לאור כל זאת, תקינה קוגנטית של סעיף המקנה ללווה את הזכות להקדים את מועד פירעון ההלוואה היא זו הרצויה. כפי שנפרט להלן, אנו סבורים כי תקינה דומה נחוצה גם במקרה של הקדמת מועד פירעון ההלוואה על ידי המלווה. יצוין כי גישה זו עשויה לכלול בתוכה גם יסוד פטרנליסטי, שכן היא גורסת בין היתר, שגם אם הלווה יבחר באופן מודע בתנאי שאינו מאפשר לו להקדים את מועד הפירעון, הדבר עלול לפגוע בו, ולכן יש להתערב בחופש הבחירה שלו על מנת לקדם את טובתו. אכן, השיקול הפטרנליסטי אינו עומד בפני עצמו, שכן ברקע עומדים אותם שיקולים ציבוריים שפורטו לעיל. עם זאת, יש להזכיר שיקול זה, שכן לטעמנו הוא שיקול ראוי לנוכח כל האמור לעיל.<sup>134</sup>

לסיום הדיון בזכות הלווה להקדים את מועד הפירעון, נציין כי אין להחיל זכות זו על הלוואות נכסים. מאחר שמדובר בנכסים מתכלים, מסירתם חזרה למלווה, כשזה אינו ערוך לקבלתם, עלולה לגרום נזק רב. כמו כן, הלוואות נכסים הן נדירות יחסית, כך שהאינטרסים שפורטו לעיל באים לידי ביטוי מועט ביחס אליהן. לפיכך יש להותיר כאן את הכלל שבסעיף 42 לחוק החוזים.

השיקולים המפורטים לעיל עשויים להצדיק גם את הקטנת הפיצוי שהמלווה זכאי לו, בשל פירעון מוקדם ביזמת הלווה. זאת, מתוך אינטרס ציבורי לשכלל את שוקי ההלוואות והנכסים. לכאורה אף ניתן היה לקבוע כי המלווה אינו זכאי לפיצוי כלשהו, מתוך הבנה כי ממילא הוא יכול לתמחר בריבית ההלוואה את תוחלת הנזק שתיגרם לו ממכפלת ההסתברות שהלווה יפרע את ההלוואה מוקדם בנזק שייגרם לו מכך. עם זאת, ספק אם פתרון כזה יועיל במקרה של תאגידים בנקאיים ומבטחים, שכן הוא לא יבטיח תאגידים אלה מפני "ריצה" של לווים אליהם, שעלולה להוביל בזמן אמת לחדלות פירעון. משכך, רצוי להותיר את הפיצוי בגובה אינטרס הציפייה לתאגידים בנקאיים ולמבטחים, ולהקנות את סמכות החישוב לנגיד בנק ישראל ולשר האוצר, בהתאמה.

בכל הנוגע להלוואות במשכון נכסים שלא ניתנו על ידי תאגיד בנקאי או מבטח, האינטרסים הכלכליים והחלוקתיים שפורטו לעיל מצדיקים את צמצום הפיצוי ואת התמחור מראש של הנזק על ידי המלווה. לכן דומה שההסדר הקיים היום בדיון, המקנה למלווה שישה חודשי ריבית כתקופת ביניים עד למציאת לווה חלופי, הוא סביר. לעומת זאת, בכל יתר ההלוואות האינטרס הציבורי עשוי לקבל ביטוי קטן יותר, בשל היותן הלוואות שאינן כרוכות בשעבוד נכסים או כאלה הניתנות על ידי גופים שיש חשיבות בשמירת יציבותם הכלכלית. הלוואות אלה אף עשויות להינתן על ידי

<sup>134</sup> אנו סבורים ששיקול זה אף עולה בקנה אחד עם עקרון היעילות הכלכלית שמהווה הצדקה עיקרית להתערבות בתוכן החוזה במקרה זה. ראו לעניין זה: Eyal Zamir, *The Efficiency of Paternalism*, 84 VIRGINIA L. REV. 229, 330 (1998).

מלווים שאינם בהכרח מקצועיים. לכן נכון יהיה לקבוע בחוק, כי פירעון מוקדם יותרנה בתשלום הנזק שנגרם להם, כפי שקובע היום סעיף 42 לחוק החוזים (חלק כללי). לעניין הלוואות כספים שהן הלוואות חינם, ההנחה היא שאין בהקדמת מועד הפירעון משום פגיעה במלווה, שכן ההלוואה אינה נושאת ריבית. לכן אין סיבה להתנות את הפירעון המוקדם בפיצוי המלווה.

### 3. הקדמת מועד הפירעון ביזמת המלווה

השאלה מתי ראוי שתעמוד לרשות המלווה הזכות להקדים את מועד הפירעון של ההלוואה (להלן: "העמדה לפירעון מידי"), היא אחת השאלות החשובות בכל הנוגע לחוזה ההלוואה. חשיבות השאלה נובעת בעיקר מההשפעה השלילית שעלולה להיות להעמדת ההלוואה לפירעון מידי על הלווה. השפעה שלילית זו עלולה להגיע, לעתים, לכדי הליכי פינוי הלווה מדירתו, הגבלת חשבוננו וכיו"ב.

הטכניקה המשפטית הנוהגת לעניין זה בחוזי ההלוואה היא קביעת תניות האצה בחוזים,<sup>135</sup> אשר בהתקיים תנאים מסוימים, מקנים למלווה את הזכות להאיץ את התשלומים על פי חוזה ההלוואה, ובכך להקדים את מועד הפירעון. כפי שפירטנו לעיל, תניות האצה מקנות למלווה זכות שהיא יציר החוזה, אשר תוצאותיה דומות במהותן לתוצאות השימוש בזכות ביטול החוזה או בזכות לתבוע פיצויים בגין הפרה אקטואלית או צפויה של החוזה.<sup>136</sup>

יש לשים לב לכך שבניגוד להקדמת מועד הפירעון על ידי הלווה, אשר ראוי להינתן ללווה במפורש בדין, הזכות להקדמת מועד הפירעון על ידי המלווה אינה ראוי לקבל עיגון בדין, אלא על הדין לדאוג דווקא להגבלתה. הטעם לכך הוא שזכות זו מעוגנת כדבר שבשגרה בחוזי ההלוואה, במסגרת ניהול הסיכונים הפנימי של המלווה, ולכן על הדין להגן על הלווה מפני שימוש רחב יתר על המידה בזכות זו. שימוש יתר יעמוד ביחס בלתי סביר לתוצאותיה של זכות הביטול או הפיצויים.<sup>137</sup>

אכן, בשל פוטנציאל הפגיעה בלווה הטמון בתניות ההאצה למיניהן, ביקש המחוקק להתייחס אליהן, אולם עשה זאת רק בקורטוב. לגבי הלוואות המובטחות במשכנתה על דירת מגורים או במשכון זכויות בדירת מגורים קובע סעיף 1ב81 לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967, כי לא ניתן להגיש בקשה לביצוע המשכנתה או המשכון, אלא לאחר שישה חודשי פיגור בתשלום. פועל יוצא מכך הוא שהמלווה אינו רשאי גם להעמיד את ההלוואה לפירעון מידי. זאת, בפרט לאור העובדה שהסעיף מאפשר להגיש בקשת ביצוע אך ורק לגבי הסכום שבפיגור בפועל, ורק לאחר מכן

<sup>135</sup> ראו הדין בפרק ה' לעיל.

<sup>136</sup> ראו הדין בפרק ה' לעיל.

<sup>137</sup> לניתוח תוצאותיה של זכות זו בהקשר של חוזה ההלוואה ראו פרק ד' לעיל.

יוכל המלווה להיפרע מלוא סכום ההלוואה.

עם זאת, סעיף 1281 האמור קובע כי במקרים מסוימים ניתן יהיה להקדים את מועד הפירעון של ההלוואה אף טרם חלפו שישה חודשי פיגור. מקרים אלה כוללים: לווה המנסה לברוח מהארץ; לווה המנסה להונות את המלווה; בבעלות הלווה דירה אחרת היכולה לשמש למגורים; מונה כונס נכסים לדירת המגורים או לנכסי הלווה בהליך אחר; מדובר בפיגור של למעלה מ-10% מהיתרה הבלתי מסולקת של ההלוואה.

ככל הנוגע להלוואות חוץ בנקאיות, דן סעיף 7 לחוק הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות במקרה של הקדמת מועד הפירעון של ההלוואה על ידי המלווה בשל פיגור בתשלומים. הסעיף קובע כי הזכות להקדים את מועד פירעון ההלוואה בנסיבות אלה תעמוד למלווה רק אם מדובר בפיגור של שני תשלומים לפחות, ובמשך זמן של 31 ימים לפחות.

זאת ועוד, סעיף 12 לחוק הגנת הצרכן, אוסר חילוט נכס והעמדת האשראי לפירעון מידי בעת פיגור של תשלום יחיד מבין סדרת התשלומים בגין הנכס. זאת, אלא אם כן התקיימו תנאים שקבע שר התעשייה והמסחר בתקנות. מכוח סמכותו על פי חוק הגנת הצרכן התקין השר את תקנות הגנת הצרכן. סעיף 4 לתקנות קובע כי ככל שהספק התנה בחוזה המכר באשראי, כי אם יפגר הצרכן בתשלום אחד, יחולט הנכס, או שהסכום הנותר לתשלום יועמד לפירעון מידי, התנאי יהיה תקף רק אם הוא קובע כי התנאים לפירעון המידי או החילוט האמורים הם: למעלה מ-30 ימי פיגור; שיעור הפיגור הוא 50% מהמחיר, ואם מדובר במקרקעין – 20% מהמחיר; הספק נתן לצרכן התראה של 14 יום מראש לפחות.

בתי המשפט דנו בפסיקתם מדי פעם בשאלת הקדמת מועד הפירעון בהלוואה הנפרעת בתשלומים, תוך אימוץ גישה עמומה ולא אחידה בדרך כלל, תוך קבלה, ברוב המקרים, של זכות המלווה להעמיד את ההלוואה לפירעון מידי. כך למשל במקרה שהובא בפניו, ואשר נגע לטענות לגבי גובה הריבית החלה על הלוואה שהועמדה לפירעון מידי, קיבל בית המשפט העליון את זכותו של בנק להעמיד את ההלוואה לפירעון מידי כמובנת מאליה.<sup>138</sup>

באחד המקרים שהובאו בפני בית המשפט המחוזי,<sup>139</sup> טענה לווה כי סעיף בהסכם ההלוואה, המקנה לבנק זכות להעמיד הלוואה לפירעון מידי לאחר פיגור בתשלום מצד הלווה הוא חסר תוקף. בית המשפט המחוזי קבע, כי העמדת הלוואה לפירעון מידי בעת פיגורים מתמשכים בתשלומים היא מידתית וסבירה, והיא דומה במהותה

<sup>138</sup> ע"א 4644/91 משה כובשי חברת הובלה ותעבורה בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ, פ"ד מט(1) 617 (1995).

<sup>139</sup> ה"פ (מחוזי ת"א) 1182/00 שיריון בוני נ' בנק כרמל למשכנתאות והשקעות בע"מ, דינים מחוזי (21)02 1467 (2002).

לזכות ביטול החוזה. במקרים אחרים<sup>140</sup> קבעו בתי המשפט כי הפרת התחייבות של הלווה להגדיל את נפח הבטוחות מצדיקה שימוש בסעיף החוזי, המאפשר לבנק להעמיד הלוואה לפירעון מידי. גישה ביקורתית יותר כלפי המלווים ניתן למצוא בפסקי דין אחרים, שם קבע בית המשפט כי בנק רשאי לדרוש פירעון מידי של הלוואה רק על בסיס הולם,<sup>141</sup> וכן כי העמדת הלוואה לפירעון מידי עלולה להיות "חדלות פירעון על פי הזמנה" וכנבואה המגשימה את עצמה.<sup>142</sup> שני המקרים האחרונים עסקו בפירעון מידי של החלק המנוצל של מסגרת אשראי.

הדין העיקרי בשאלה מהו היקפה הראוי של הזכות להקדים את מועד הפירעון נעשה בפסקי דין שבהם נדונה השאלה מתי זכות המלווה להעמיד את הלוואה לפירעון מידי היא מקפחת. הדבר נדון בעיקר בהקשר של מסגרות אשראי בחשבון עובר ושב.<sup>143</sup> פסק הדין המנחה בסוגיה זו היה בעניין **אלתית**.<sup>144</sup> נדונה שם משמעותו של עיקול שהוטל לבקשת נושה על חשבון עובר ושב המצוי ביתרת חובה, כאשר החייב משך כספים מהחשבון והפקיד בחשבון כספים במשך התקופה שצו העיקול היה בתוקף, ומבלי שהיתרה בחשבון הפכה לחיובית. אחת הטענות של הנושה הייתה כי צו העיקול תופס את זכותו של החייב לקבל אשראי מהבנק מכוח הסכם מסגרת האשראי, וזאת בהפרש שבין הניצול בפועל של מסגרת האשראי לבין גובה המסגרת. בית המשפט סבר כי לא ניתן לומר שעמדה לחייב הזכות לחייב את הבנק להעניק לו אשראי, שכן הזכות מותנית בשיקול דעתו של הבנק, ולחייב אין עילה חוזית או עילה אחרת שעל פיה הוא זכאי לסכום ההפרש האמור. בית המשפט קבע עמדה זו בהתבסס על חוזה מסגרת האשראי שנכרת בין החייב לבנק, שעל פיו הבנק רשאי להפסיק "בכל עת בלא לתת הסבר ללקוחות [...]" את מתן האשראי או להקטין את סכומו.<sup>145</sup> בית המשפט אף פסק כי התנאי האמור אינו תנאי מגביל, כמשמעותו

<sup>140</sup> רע"א 2094/04 **בנק לאומי למשכנתאות בע"מ נ' מושלב**, פ"ד נט(3) 433 (2004), ועוד קודם לכן, בת"א (מחוזי ת"א) 2104/89 **הקסגון פלסטיק בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ**, תק-מח 93(2) 1042 (1993).

<sup>141</sup> ת"א (מחוזי ת"א) 803/88 **אלקטרו בסיס בע"מ נ' הבנק הבינלאומי לישראל בע"מ**, דינים מחוזי 514 (1)88 (1988).

<sup>142</sup> בפש"ר (מחוזי ת"א) 1886/01 **בנק לאומי לישראל בע"מ נ' פרידיס מומבסה טורס (1997) בע"מ**, דינים מחוזי 819 (14)03 (2003).

<sup>143</sup> חוזה מסגרת האשראי הוא חוזה הלוואה לכל דבר. בפועל זהו חוזה אופציה, כאשר ללקוח נתונה האופציה להחליט אם העסקה שביסוד החוזה (ההלוואה) תצא לפועל (ראו לעניין זה: גבריאלה שלו **דיני חוזים החלק הכללי: לקראת הקודיפיקציה של המשפט** 196–197 (2005)). ככל חוזה אופציה גם חוזה מסגרת האשראי מחייב את נותן האופציה (הבנק), באופן שבו הוא אינו יכול לחזור בו מהאופציה, ואילו מקבל האופציה (הלקוח) הוא השולט בשאלת קיומה של העסקה העיקרית (ההלוואה), באמצעות מימוש האופציה.

<sup>144</sup> ע"א 323/80 **אלתית בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ**, פ"ד לז(2) 673 (1983).

<sup>145</sup> עיסוקנו כאן הוא בהעמדת האשראי לפירעון מידי, ולא בביטול מסגרת לא מנוצלת. המקרה



בחוק החוזים האחידים, התשכ"ד-1964, שכן לבנק יש זכות לגיטימית לשקול את עמדתו מחדש בכל פעם שהלקוח מושך כספים מחשבונו המצוי ביתרת חובה. הלכה זו חוזקה בפסק דין מאוחר יותר של בית המשפט העליון, ויושמה בפסקי דין מחוזיים רבים.<sup>146</sup>

גישה זו השתנתה בהקשר של העמדה לפירעון מידי של החלק המנוצל של מסגרת האשראי בדיון בבקשה לביטול תנאים מקפחים בחוזה לפתיחת חשבון עובר ושב של אחד הבנקים.<sup>147</sup> במקרה זה בחן בית הדין לחוזים אחידים את הסוגיה לאור סעיף 4(2) לחוק החוזים האחידים, הקובע חזקת קיפוח באשר ל"תנאי המקנה לספק זכות בלתי סבירה לבטל, להשעות או לדחות את ביצוע החוזה, או לשנות את חיובי המהותיים לפי החוזה". בית הדין קבע כי על התנאי הגורף המאפשר לבנק לבטל את מסגרת האשראי או להפחית אותה, חלה חזקת הקיפוח האמורה, שלא נסתרה על ידי הבנק. על מנת להסיר את הקיפוח, על הבנק לשנות את התנאי החוזי, כך שיוכל לבטל או להפחית את מסגרת האשראי רק במקרים חריגים, השומטים את הבסיס תחת כריתת החוזה. זאת, בפרט במקרים שבהם חל שינוי משמעותי ביכולת הפירעון של הלקוח, המסכן את החזר האשראי – והכול תוך התחשבות באינטרס הלקוח. גישה נכונה זו יישמה לראשונה על החוזה הבנקאי, אם כי מבלי משים,<sup>148</sup> את דין החוזים הכללי בהקשר של הזכות החוזית להעמיד את האשראי לפירעון מידי.

בפסק הדין שעסק בערעור שהגישו שני הצדדים נמנע בית המשפט העליון מלדון לעומקה של הסוגיה. לא זו בלבד אלא שבית המשפט התייחס אך ורק לענין ביטול המסגרת הלא מנוצלת, ולא התייחס להעמדת האשראי שכבר ניתן לפירעון מידי. מכאן שפסיקתו בענין זה אינה מקדמת את הדיון בעניינינו.<sup>149</sup>

הזדמנות נוספת לדון בנושא עמדה בפני בית הדין לחוזים אחידים בדיון בעניין חוזה הלוואת משכנתה של אחד הבנקים. שם טען המפקח על הבנקים, בין היתר, כי

האחרון חוסה בלו של הסעיף העוסק בהשעיית חיובים. ראו לענין זה הדיון בפרק ט' לעיל.  
<sup>146</sup> ע"א 102/83 ל.ג.ל. כרמיאל בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד מא(1) 253 (1987); ת"א (מחוזי ת"א) 659/85 בנק לאומי לישראל נ' אריאן ואח', פ"מ מו(1) 353 (1985) (פסק הדין אושר על ידי בית המשפט העליון בע"א 579/85 אריאן ואח' נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד מ(2) 765 (1986)); המ' (מחוזי חי') 24302/97 סטארט וול נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, דינים מחוזי 99(5) 692 (1999); ת"א (מחוזי ת"א) 185/96 בנק מרכנתיל דיסקונט בע"מ נ' אי.סי.אל מחשוב מתקדם (יישומים) 1988 בע"מ (לא פורסם, 25.6.2000).

<sup>147</sup> עניין בנק לאומי לישראל, לעיל ה"ש 70.

<sup>148</sup> בית הדין לחוזים אחידים נימק את החלטתו בעיקר באמצעות רציונלים כלליים ובתחושת הצדק, ולא פנה לדין הדיספוזיטיבי, כפי שנכון היה לעשות במקרה זה, וכפי שעשה בית הדין במגוון נושאים אחרים שבהם עסק פסק הדין.

<sup>149</sup> לעיל ה"ש 108. לגבי ביטול המסגרת הלא מנוצלת קבע בית המשפט שדי בהרעה "רגילה" (להבדיל מהרעה מהותית או ממשית) ובסיכון "רגיל" של יכולת הגביה של הבנק כפי שפירטנו בפרק ט' לעיל, מבחן זה קרוב למה שמוצע על ידנו ולמה שנקבע בטיטות חוק דיני ממונות.

תניית האצה בחוזה, שכללה ארבעה-עשר אירועים שבהם רשאי הבנק להאיץ את תשלומי ההלוואה, היא מקפחת ברובה. נקודת המוצא של המפקח על הבנקים הייתה שיש להשוות בין תוצאות ביטול החוזה על פי הדין לבין היקפה של תניית ההאצה על מנת לבחון את סבירותה. כאמור לעיל<sup>150</sup> בית הדין בלב לבין שאלת הריבית המשולמת על הסכום המועמד לפירעון מידי לבין עצם העמדת ההלוואה לפירעון מידי, ובכך שגה.<sup>151</sup> יתרה מכך, הצדדים הגיעו במהלך הדיון, בעידודו של בית הדין, להסכמה באשר לרוב סעיפי המשנה, כך שבאופן מעשי נמנע הדיון בתניית ההאצה באופן המקיף הראוי. בפועל נערך דיון אמיתי רק בסעיף המשנה העוסק בשאלת השימוש בתניית ההאצה, בעת שבה הלווה מפגר בתשלומי ההלוואה, במקרה של הלוואות שאינן במשכון דירת מגורים.<sup>152</sup> בית הדין קבע כי ההסדר הסביר הוא שימוש בתניית ההאצה, כאשר הלווה מפגר בסכום מצטבר העולה כדי 5% מסכום ההלוואה, או בשני תשלומים לפחות, ובמשך תשעים ימים מאז הפיגור בתשלום הראשון.<sup>153</sup>

בארצות-הברית קובע סעיף 1-208 לקוד המסחרי (UCC) כי תניה כללית בחוזה הקובעת כי המלווה רשאי להאיץ את תשלומי ההלוואה או לדרוש בטוחה נוספת לפי רצונו או כאשר הוא סבור שהוא אינו מובטח דיו נקראת כאילו היא גם קובעת שהמלווה ישתמש בזכותו כאמור, רק אם הוא מאמין בתום לב שהסיכויים לפירעון ההלוואה נפגמו. סעיף זה פורש לאורך השנים על ידי בתי המשפט האמריקניים, כנזה החל רק על תניות האצה גורפות, ולא על תניות האצה הקובעות במפורש מהם האירועים שהתרחשותם תוביל להאצת תשלומים.<sup>154</sup> שימוש בתום לב של תניית האצה על פי סעיף 1-208 האמור פורש בין היתר ככולל את המקרים הבאים: אם סיכויי הפירעון פחתו משמעותית או אם הלווה סובל מהפסדים כספיים שלמלווה יש מידע לגביהם;<sup>155</sup> אם אירע פיגור בתשלומים;<sup>156</sup> אם אירעה פגיעה בבטוחה;<sup>157</sup> או אם הלווה מסר מידע שגוי.<sup>158</sup>

150 ראו הדיון בפרק ה' לעיל.

151 שם.

152 במקרה של הלוואות במשכון דירת מגורים ממילא חל סעיף 1281 לחוק ההוצאה לפועל, אשר נדון לעיל.

153 ראו עניין **הבנק הבינלאומי למשכנתאות**, לעיל ה"ש 60, פס' 244–251 לפסק הדין.

154 ראו למשל: Ben Franklin Financial Corp. v. Davis, 589 N.E.2d 857 (1992).

155 Mirax Chemical Products Corp. V. First Interstate Commercial Corp., 950 F.2d 566

(1991); על סיכויי אי הפירעון להיות מהותיים (1982) 700 P.2d 582 Karner v. Willis.

156 ראו עניין *Ben Franklin Financial Corp*, לעיל ה"ש 154.

157 ראו למשל: Mitchell V. Ford Motor Credit Co., 688 P.2d 42 (1984).

158 ראו למשל: Ginn v. Citizens and Southern National Bank, 243 S.E. 2d 528 (1978). ליחס

בין תניית ההאצה לפי סעיף 1-208 ולהלוואות שניתנות ל"קריאה" בכל עת ראו: Dennis M. Patterson, *Good Faith, Lender Liability, and Discretionary Acceleration: Of Llewellyn, Wittgenstein, and the Uniform Commercial Code*, 68 TEX. L. REV. 169

תניות האצה שאינן נכללות במסגרת סעיף 1-208 ל-UCC נדונו ב-Restatement האמריקני, אשר מציין כי הסיבות להאצת תשלומים עשויות להיות רבות, והן כוללות, בין היתר: פיגור בתשלומים, אי-ביצוע ביטוח, פגיעה בטוחה, פגיעה בכושר הפירעון של הלווה, פעולה שננקטת נגד הלווה בשל אי-פירעון של הלוואות אחרות שלו, ועוד.<sup>159</sup>

באיטליה, לעומת זאת, מסתפקים סעיפים 1819 ו-1820 לקוד האזרחי האיטלקי, במתן זכות למלווה להעמיד את הלוואה לפירעון מידי במקרה של פיגור בתשלום הקרן או הריבית. לעומת זאת, הקוד הרוסי מרחיב יותר, וקובע כי זכות המלווה כאמור עומדת, נוסף על המקרה של פיגור בתשלום הקרן או הריבית, גם כאשר מצבם הכלכלי של הלווה או של בטוחה שהעמיד מידרדר, וכאשר הלווה השתמש בכספי הלוואה שלא למטרה שעליה סוכם.<sup>160</sup> בדומה לכך בגרמניה קובעים סעיפים 492 ו-498 לקוד האזרחי הגרמני, כי המלווה יוכל להעמיד את הלוואה לפירעון מידי במקרים הבאים: פיגור של לפחות שני תשלומים ולפחות 10% מיתרת הלוואה (בחוזה לתקופה של מעל 3 שנים – 5% מיתרת הלוואה); ואם חל שינוי מהותי במצבו הכלכלי של הלווה או בערכה של בטוחה, אשר מסכנים את יכולת הפירעון של הלווה.

כבר עמדנו על כך כי בראייה של דיני החוזים ההסדר הרלוונטי לעניין הוא הסדר של הפרת חוזה, בין שההפרה אקטואלית ובין שההפרה צפויה. סעיף 17 לחוק החוזים (תרופות) וסעיף 496 לטיטת חוק דיני ממונות מאפשרים למלווה להקדים את התרופות בשל הפרת החוזה במקרים שבהם הלווה גילה את דעתו כי יפר את החוזה, או שהסתבר מנסיבות העניין כי לא יוכל לקיימו.

על פי הגישה המקובלת במשפט הישראלי,<sup>161</sup> יש צורך בגילוי דעת או בנסיבות ברורים וחד-משמעיים, ועל ההסתברות להתרחשות ההפרה להיות גבוהה. השאלה עד כמה גבוהה צריכה ההסתברות להיות לא קיבלה תשובה חד-משמעית, והדעות לגביה חלוקות, ונעות בין הסתברות של מעל ל-50% לבין הסתברות מהסוג של

(1989).

<sup>159</sup> Restatement of the law, Property: Mortgages § 8.1 (1997). להתפתחות הפסיקה האמריקאית בנושא בעבר ובהווה ראו: Robert R. Rosenthal, *The Role of Courts of Equity in Preventing Acceleration Predicated Upon A Mortgagor's Inadvertent Default*, 22 SYRACUSE L. REV. 897 (1971); George A. Nation, *Prepayment Fees in Commercial Promissory Notes: Applicability to Payments Made Because of Acceleration*, 72 TENN. L. REV. 613 (2005); Wilson R. Freyermuth, *Enforcement of Acceleration Provisions and the Rhetoric of Good Faith*, 1998 BRIGHAM YOUNG UNIVERSITY L. REV. 1035 (1998).

<sup>160</sup> ס' 811, 813 ו-814 לקוד האזרחי הרוסי.

<sup>161</sup> ובמשפט האנגלי והאמריקני. ראו: גלברד, לעיל ה"ש 54, בעמ' 122.

"קרוב לוודאי".<sup>162</sup> הצעת הקודקס האזרחי פותרת מחלוקת זו בכך שהיא מאמצת רמת הסתברות של "קרוב לוודאי".<sup>163</sup> זאת ועוד, הדעות במשפט הישראלי חלוקות גם באשר לשאלת חומרת ההפרה הצפויה הנדרשת, קרי: האם על ההפרה להיות יסודית או שמא גם הפרה שאינה יסודית עומדת בתנאי סעיף 17 לחוק התרופות.<sup>164</sup> בכל הנוגע לחוזה ההלוואה, גילוי דעת ברור כמעט שאינו רלוונטי, שכן קשה להניח שלוה יודיע למלווה שאינו מתכוון לפרוע את ההלוואה או שהוא מתכוון להפר את חוזה ההלוואה בדרך אחרת. על כן ענייננו הוא בעיקר בהפרה צפויה הנלמדת מהנסיבות. יש גם לשים לב לכך שבמקרה של חוזה ההלוואה, ההפרה הצפויה עשויה להפוך לנזק ודאי ככל שהלווה יהיה חסר יכולת לשלם. כלומר ההשבה במקרה של ביטול, למשל, תלויה ביכולתו הכלכלית של הלווה, ופחות בתנאים אחרים, שיכולים להתקיים, למשל, כאשר מעורב בחוזה נכס שאינו כסף. הנזק הישיר כאן הוא מידי, והוא במלוא סכום ההלוואה. הנסיבות המקימות את החשש שהחיוב העיקרי לא יקוים זהות לנסיבות המקימות את החשש שגם חיוב ההשבה, הנובע מביטול החוזה עקב הפרתו הצפויה של החיוב העיקרי, לא יקוים.

לאור האמור עד כה, לפחות בכל הנוגע להפרה צפויה של החיוב לשלם את כספי ההלוואה, מבחן הקובע כי רק סיכון ברמת ודאות גבוהה<sup>165</sup> של יכולת הגבייה של המלווה את האשראי שניתן, נראה כמבחן החל על פי דיני החוזים הכלליים הקיימים. למבחן דומה לזה אכן הגיע בסופו של דבר בית הדין לחוזים אחידים בעניין חוזה חשבון העובר ושב של אחד הבנקים, בקבעו כי בנק יוכל להעמיד לפירעון מידי את החלק המנוצל של מסגרת האשראי רק בנסיבות היוצרות סיכון ממשי של יכולת גביית האשראי מצדו.<sup>166</sup> מבחן זה הוא נכון לדעתנו, וראוי לאימוץ בחוק חוזה הלוואה כעיקרון מנחה למקרים שבהם תעמוד למלווה הזכות להעמיד את ההלוואה לפירעון מידי.

המבחן האמור מאזן בין אינטרס המלווה לשמור על כספו ובין אינטרס הלווה שלא תועמד ההלוואה לפירעון מידי בקלות יתרה, על המשתמע מכך מבחינת הנזק שעלול להיגרם לו. מבחן של סיכון ממשי ליכולת הגביה כקריטריון להעמדת ההלוואה לפירעון מידי עשוי לקדם באופן המיטבי את היעילות, כמו גם אינטרסים

<sup>162</sup> שם, בעמ' 123, והאסמכתאות המופיעות שם.

<sup>163</sup> ס' 496 לטיטת חוק דיני ממונות, קובע: "גילה חייב את דעתו שלא יקיים את החיוב או שברור מנסיבות העניין כי קרוב לוודאי שיופר החיוב, יהיה הנפגע זכאי לכל התרופות הקבועות בחלק משנה זה, בשינויים המחוייבים".

<sup>164</sup> גלברד, לעיל ה"ש 54, בעמ' 123-124. הכוונה היא להפרה לא יסודית צפויה, שתוכל לשמש כעילה לביטול החוזה, לאחר שתינתן למפר העתידי ארכה להתנער מההפרה הצפויה.

<sup>165</sup> כפי שאומץ בטיטת חוק דיני ממונות, לעיל ה"ש 1.

<sup>166</sup> ראו עניין **בנק לאומי לישראל**, לעיל ה"ש 70. בית הדין לחוזים אחידים לא הבחין בין החלק המנוצל שבמסגרת החלק הלא מנוצל, ובכך החמיר ביחס לסעיף 128(ב) לטיטת חוק דיני ממונות, שהוא ההסדר הראוי לדעתנו לגבי החלק הלא מנוצל של מסגרת האשראי. ראו הדיון בעניין זה בפרק ט' לעיל.

חלוקתיים. יעילות בשוק ההלוואות (ובשווקי הנכסים שההלוואות משמשות למסחר בהם) מחייבת זרימת אשראי חופשי שתספק את הביקוש להלוואות. הקדמת מועד הפירעון ללא מגבלות או בכפוף לרף נמוך מדי, עלולה להקטין את הביקוש להלוואות לפחות מהאופטימלי, שכן היא תרתיע לווים מליטול אותן. מן הצד השני, רף גבוה מדי עלול להקטין את היצע ההלוואות ולייקר אותן. בשני המקרים ייפגעו, בתורם, גם שוקי הנכסים שכספי ההלוואות זורמים אליהם.

החסדר היעיל ביותר הוא זה שיקנה ללווים ודאות באשר להמשך חיי החוזה המקורי, ומצד שני יקנה למלווים ודאות מרבית באשר לזכותם להגן על החזר כספם. ודאות הדדית כאמור תושג רק אם צורכי המלווים ימלאו בדיוק כפי צורכם האמיתי וללא הגנת יתר. רק כך היצע ההלוואות יוכל להיות אופטימלי, וכך גם הביקוש להלוואות (בהינתן שכל יתר הפרמטרים במשוואת הביקוש וההיצע אינם משתנים). אנו סבורים שצורכי המלווים יושגו באופן המדויק ביותר, וכך גם צורכי הלווים, על פי קריטריון של חשש ממשי ליכולת הפירעון. יודגש כי מעבר לקריטריון זה יש לקבוע אירועים קונקרטיים, על מנת למנוע פרשנויות בעייתיות מצד המלווים. היעדר פירוט עלול ליצור אי-ודאות, שלא זו בלבד שתגרום להתדיינות מיותרות, אלא שהיא תוביל לשיווי משקל שבו תהיה הגנת יתר למלווים, אשר כאמור לא יהיה אופטימלי. דא עקא, שלנוכח הנימוקים שהובאו לעיל בעניין הקדמת מועד הפירעון על ידי הלווה, קשה להניח ששוק ההלוואות יוכל להגיע לשיווי המשקל הרצוי בלא התערבות של המחוקק. הטעמים לכך פורטו כאמור לעיל, והם כוללים בין היתר:<sup>167</sup> העדפות לא עקביות על פני זמן; ביטחון יתר של הלווים; אופטימיות יתר של הלווים; תגובות אמוציונליות; התעלמות מאירועים בעלי הסתברות התרחשות נמוכה, ועוד. לכך יש להוסיף כי בהקשר המסוים של סנקציות בחוזי הלוואה, נטען כי אופטימיות יתר וביטחון יתר של הלווים, באשר ליכולת הפירעון העתידית שלהם, גורמת להם להיות חסרי רגישות מספקת למחיר הלוואה, ביחס לסעיפים המטילים עליהם סנקציות בשל אי-פירעון. עוד נטען כי הלווים לוקים בחוסר הבנה של סעיפים כאמור, וכי הסיכון לאי-פירעון מוערך בחסר על ידי הלווים. לכן לווים נוטים לוותר על הבנת תנאים בחוזה הלוואה, שמטילים עליהם עלויות עתידיות.<sup>168</sup>

האירועים העומדים, מבחינת הפרקטיקה של מתן הלוואות<sup>169</sup> ומבחינת הוראות החוק הקיימות היום,<sup>170</sup> בשיקולים שלעיל ובעיקרון המנחה האמור, הם האירועים

<sup>167</sup> ראו הדין בפסקה (2) לעיל.

<sup>168</sup> Jeffrey J. Rachlinski, *The Uncertain Psychological Case for Paternalism*, 97 NW. U. L. REV. 1165, 1183 (2003); Cass R. Sunstein, *Boundedly Rational Borrowing*, 73 THE UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REV. 249, 251–252 (2006).

<sup>169</sup> לצורך עניין זה נבחנו החוזים של כל הבנקים בישראל, ונשמעו טיעונים, בעל פה ובכתב, של כמה בנקים.

<sup>170</sup> חוק הלוואות הוצ' בנקאיות ותקנות הגנת הצרכן (מכירות באשראי, מכירה מיוחדת ועסקה

המפורטים להלן. אירועים אלה, והם בלבד, ראויים לדעתנו להגנה, כך שזכותו החוזית של המלווה, ככל שהיא קיימת בחוזה ההלוואה, להקדים את מועד פירעון ההלוואה, תוגבל להם בלבד. לצד האירועים מצוינים גם פרקי זמן שנראים בעינינו כסבירים לעניין הודעה מוקדמת ללווה בטרם הקדמתו בפועל של מועד הפירעון:

פיגור בתשלומים – פיגור מצטבר של שני תשלומים לפחות, אולם לא פחות מ-10% מיתרת ההלוואה שטרם נפרעה, כאשר חלפו למעלה מארבעה-עשר ימים מאז שהמלווה הודיע ללווה, כי אם לא יפרע את הסכום שבפיגור, יעמיד המלווה את יתרת ההלוואה לפירעון מיידי. תנאי זה נועד בין היתר לשמור על פרופורציה סבירה בין הפיגור לבין ההלוואה כאינדיקציה לחומרת ההפרה. הצעה זו שונה מזו שקבע בית הדין לחוזים אחידים בעניין חוזה הלוואת המשכנתה, שכן אנו סבורים שבית הדין לא ניתח את האינטרסים השונים כדבעי, ולכן לא ביצע את האיזון המתאים.<sup>171</sup>

חריגה ממטרת ההלוואה – המטרה שלשמה ניתנה ההלוואה, במקרים שבהם נקבעה להלוואה מטרה, היא פרט בעל חשיבות גבוהה מבחינת המלווה, שכן פעמים רבות מטרת ההלוואה מגדירה את רמת הסיכון הכרוכה בה למלווה. המלווה מחליט לעתים אם לתת את ההלוואה ללווה, בין היתר בהסתמך על מטרת ההלוואה, ואף מחיר ההלוואה נקבע לעתים על סמך זאת. לכן מקום שבו נקבעה מטרה בחוזה ההלוואה, שימוש בכספי ההלוואה למטרה אחרת או מניעה מהמלווה לבדוק למה שימשו כספי ההלוואה, מצדיקה את ההכרה בזכות המלווה להעמיד את ההלוואה לפירעון מיידי. מאחר שמדובר בחריגה מהותית מההסכמה, לדעתנו אין בהכרח הצדקה לקביעת זמן להתראה מראש.

אי-מתן בטוחה – במקרה שבו ניתנה הלוואה בהסתמך על בטוחה שתינתן בעתיד, אי-מתן הבטוחה לאחר התראה מראש של כארבעה-עשר ימים מצדיק את ההכרה בזכות המלווה להעמיד את ההלוואה לפירעון מיידי.

ירידה משמעותית בערך הבטוחה – מקום שבו נדרשה מראש בטוחה להלוואה, מובן שהמלווה מסתמך עליה. ככל שחלה ירידה משמעותית בערך הבטוחה, כאשר המלווה לא יכול היה לצפות את נסיבות הירידה האמורה מראש (ולכן גם לא יכול היה לתמחר את ההלוואה בהתאם, להחליט שלא לתיתה, לתת הלוואה בסכום נמוך יותר או לדרוש מראש בטוחות נוספות וכיו"ב), והירידה בערך הבטוחה מביאה לפרופורציה לא סבירה בין ערך הבטוחה לבין יתרתה הבלתי מסולקת של ההלוואה, יש הצדקה להכיר בזכות המלווה להעמיד את ההלוואה לפירעון מיידי, כל עוד הלווה לא מספק בטוחה משלימה. זמן ההתראה הראוי במקרה כזה צריך להיות ארוך יחסית ולעמוד לדעתנו על שלושים ימים לפחות.

ברוכלות), התשמ"ג-1983, ק"ת 4453.

<sup>171</sup> על הלוואות במשכון דירת מגורים ימשיך לחול סעיף 1281 לחוק ההוצאה לפועל, הדורש גם הוא פיגור של 10% מיתרת ההלוואה או של 180 ימים.

הרעה ממשית בכושר הפירעון של הלווה, אשר מסכנת את פירעון ההלוואה – כמפורט לעיל בפרק זה, הרעה ממשית בכושר הפירעון של הלווה היא הפרה צפויה קלאסית, כל עוד היא מסכנת את יכולת הפירעון של ההלוואה. כלל זה הוא אימוץ החלטת בית הדין לחוזים אחידים בנושא<sup>172</sup> ושימוש ברעיון ההפרה הצפויה. כאמור לעיל, כלל זה מוצדק מנקודת הראות של יעילות כלכלית ושל צדק חברתי. לנוכח העובדה שעילה זו מחייבת את המלווה להראות כי אכן קיימת סכנה עכשווית לפירעון ההלוואה, בהתחשב בכל הפרמטרים הרלוונטיים, לרבות השאלה אם ההלוואה מובטחת בביטחונות המאפשרים פירעון, הרי שלדעתנו לא נדרשת כאן התראה.

לאור האמור לעיל באשר לצורך בהתערבות בתוכן החוזה וחשיבותו במקרה זה, הרי אופיו של ההסדר זה צריך להיות כזה שלא ניתן יהיה להתנות עליו, כל עוד מדובר בחוזה הלוואה שהלווה בו הוא יחיד או עסק קטן. לעומת זאת, כל עוד הלווה הוא עסק אחר, ניתן לאפשר דין דיספוזיטיבי, שיאפשר לצדדים להקצות את הסיכונים כרצונם. בנוסף על כך, על ההסדר לחול על הלוואות כספים בלבד, וזאת מהטעם שפורט זה עתה: הלוואות נכסים היא הלוואה עסקית במהותה, ולכן ניתן להותיר את הקצאת הסיכונים בה לצדדים.<sup>173</sup>

## יא. אי-התאמה

בשל המאפיינים הדומים בין עסקת הלוואה לעסקת המכר, ובעיקר המאפיין שלפיו הבעלות בנכס עוברת ללווה, הרי שרוב הסעיפים החלים על אי-התאמת הממכר עשויים להיות רלוונטיים גם למסירת הנכס נושא הלוואה ללווה. מכאן, שחוק חוזה הלוואה, כחוק כללי, צריך לכלול את הסעיפים הנוגעים לאי-התאמה בטיטת חוק דיני ממונות בשינויים המחויבים, תוך ההבחנה המתבקשת בין הלוואות כספים להלוואות נכסים. כך, צריכים לחול סעיף 166 המגדיר אי-התאמה; סעיף 168 הקובע כי תנאי בחוזה הפוטר מאחריות בשל אי-התאמה בטל, אם המוכר ידע או היה עליו לדעת עליו בעת כריתת החוזה; סעיף 169 הקובע כי הקונה אינו זכאי להסתמך על אי-ההתאמה אם ידע עליה בעת כריתת החוזה; וסעיף 173 הקובע כי הקונה אינו זכאי להסתמך על אי-ההתאמה אם לא הודיע עליה למוכר תוך זמן סביר או לא נתן למוכר הזדמנות סבירה לבדוק את הנכס.<sup>174</sup>

בדומה לכך, יש להחיל על חוזה הלוואה גם את ההסדר העוסק בהתאמת הזכויות בנכס, המצוי בסעיף 174 לטיטת חוק דיני ממונות ובסעיף 18 לחוק המכר,

<sup>172</sup> ראו הדין בפסקה זו לעיל.

<sup>173</sup> ראו לעיל פס' 2 לפרק זה.

<sup>174</sup> סעיפים אלה, בשינויים מסוימים, קיימים היום בסעיפים 11–16 לחוק המכר.

שלפיו המוכר חייב למסור את הממכר כשהוא נקי מכל זכות של צד שלישי, וחייב להודיע לקונה על כל תביעה לגבי הממכר שידע או היה עליו לדעת עליה לפני מסירת הממכר. על פי אותו היגיון ראוי להחיל על חוזה ההלוואה גם את ההסדר המצוי בסעיף 176 לחוק דיני ממונות, ובאופן חלקי בסעיף 22 לחוק המכר, העוסק בהעברת הסיכון לקונה לגבי פגם בנכס, שאירע לפני שהקונה קיבל את הנכס, אלא אם כן הפגם לא אירע עקב התרשלות המוכר והנכס הועמד לרשות הקונה.<sup>175</sup> על אופיים של הסדרים אלה להיות, כמובן, קוגנטי. מחמת קוצר היריעה לא נעסוק לעומקם בהסדרים קיימים אלה.

## י.ב. קוגנטיות ודיספוזיטיביות

כמו חוק החוזים וכמו חוקי החוזים המיוחדים, גם על חוק חוזה הלוואה להיות דיספוזיטיבי בעיקרו, למעט הוראות מסוימות שיש לאסור התנאה עליהן. זאת, מתוך גישה צרכנית שמטרתה להגן על לקוחות בעלי כוח מיקוח קטן יחסית, ומתוך רצון להשיג יעילות כלכלית מרבית וחלוקה חברתית הוגנת, מקום שאינטרסים אלה מקבלים משמעות ניכרת. ההוראות שראוי שלא ניתן יהיה להתנות עליהן, והטעמים לכך, פורטו לעיל במסגרת התייחסותנו לכל ההוראות שלדעתנו על חוק חוזה הלוואה לכלול. הוראות אלה כוללות את חובת עריכת חוזה הלוואה בכתב בכל עסקאות הלוואה שנערכות בין מלווה שהוא תאגיד או יחיד, שדרך עיסוקו היא מתן הלוואות, לבין לווה שהוא יחיד או עסק קטן;<sup>176</sup> חישוב ריבית במונחים שנתיים בלבד;<sup>177</sup> ההוראות בדבר אי-התאמה;<sup>178</sup> והקדמת מועד הפירעון ביזמת הלווה והמלווה.<sup>179</sup> יצוין כי בכל הנוגע להקדמת מועד הפירעון ביזמת הלווה, ייתכן שיש לאמץ כלל שלפיו המלווה לא יוכל להתנות על זכותו האמורה של כל לווה (אלא אם כן ההתנאה היא לטובת הלווה), ולא דווקא לווה צרכני. הטעם לכך הוא האינטרס לשחרור נכסים משעבוד כשמדובר בהלוואות המובטחות במשכון או במשכנתה, והאינטרס לאפשר פירעון הלוואות כשלעצמו כל עוד הנושה מפוצה על מלוא נזקו, כשמדובר ביתר ההלוואות.<sup>180</sup>

<sup>175</sup> הסדרים דומים ניתן למצוא בפרקים העוסקים בחוזה הלוואה בקודים שונים בעולם, כגון: ס' 1814 לקוד האזרחי האיטלקי; ס' 2327 לקוד האזרחי של קוויבק; ס' 1843 לקוד האזרחי של מלטה; ס' 649 לקוד האזרחי האירני; ס' 2905 לקוד האזרחי של מדינת לואיזיאנה; וס' 539 לקוד האזרחי המצרי.

<sup>176</sup> ראו פרק ו' לעיל.

<sup>177</sup> ראו פסקה 1 בפרק ז' לעיל.

<sup>178</sup> ראו פרק יא' לעיל.

<sup>179</sup> ראו פסקה 3 בפרק י' לעיל.

<sup>180</sup> ראו פסקה 2 בפרק י' לעיל.



## יג. תיקוני חקיקה משלימים

לאור המוצע עד כה ברשימה זו, מתייתרים סעיפים מסוימים בחוק הלוואות חוץ בנקאיות ובפקודת הבנקאות. כך מתייתר סעיף 2 לחוק הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות, הקובע כי חוזה הלוואה בין מלווה ללווה טעון מסמך בכתב. כן מתייתרים סעיפים 7(א) ו-7(ב) לאותו חוק, הקובעים, בהתאמה, כי מלווה לא יהיה זכאי להקדים את מועד הפרעון של ההלוואה, כולה או חלקה, רק משום שעבר המועד המוסכם לתשלום שיעור אחד מן השיעורים להחזר ההלוואה והלווה לא פרע את התשלום, וכי אם פיגר הלווה בתשלום של יותר משיעור אחד מן השיעורים להחזר ההלוואה ברציפות ובמשך תקופה מצטברת העולה על 31 ימים, רשאי המלווה לדרוש את הקדמת מועד הפרעון של יתרת ההלוואה. בדומה לכך, לא יהיה עוד צורך בסעיפים 13(א) ו-13(ב) לפקודת הבנקאות, שכן הם נכללים ממילא בהסדר המוצע.

## יד. סיכום ומסקנות

חקיקת חוק חוזה הלוואה היא אקט נכון מבחינת שלמות החקיקה האזרחית בישראל, ומחויב המציאות מבחינת חשיבותו בהסדרה ברורה של אחת הפעילויות הנפוצות ורבות החשיבות בחיים הכלכליים. דין החוזים הכללי וחוקי החוזים המיוחדים אינם נותנים מענה למגוון האירועים המתרחשים באופן יומיומי במסגרת חוזה הלוואה. יתרה מכך, הפסיקה לא נתנה מענה עד היום, באמצעות חקיקה שיפוטית, לאירועים בסיסיים במהלך חיי חוזה הלוואה. כך, אירועים משמעותיים כמו העמדת הלוואה לפירעון מידי או השעיית חיובים מצד המלווה לא זכו לוודאות משפטית, לא מבחינת הלווה ולא מבחינת המלווה. מצב דברים זה מעמיד את הצדדים, ובפרט את הלווה, שהוא בדרך כלל הצד החלש בעסקה, בפני הסדרים חוזיים לא מאוזנים. כפי שראינו ברשימה זו, הסדרה עקרונית של חוזה הלוואה היא משימה אפשרית שבוצעה בעשרות מדינות ברחבי העולם. לאור האמור לעיל אין להותיר משימה זו להתפתחות הפסיקה או להסדרים מקריים של רגולטור כזה או אחר, ורצוי לפעול בהקדם לביצועה.