

האשראי הדוקומנטרי: מרמה במכר ומרמה במסמכים

מאת

יואב דותן*

א. מבוא

האשראי הדוקומנטרי הוא טכניקה בנקאית המשמשת בעיקר מכשיר תשלום בעסקאות מכר טובין בינלאומי. החשיבות הפרקטית של האשראי הדוקומנטרי (להלן: הא"ד) נובעת מכך, שזהו אחד המכשירים הנפוצים ביותר המשמשים לביצוע עסקאות בינלאומיות¹. מנקודת-ראות משפטית, הדיון באה"ד הוא מעניין בגלל חשיבותו בפרקטיקה הבנקאית ובגלל ייחודו כמכשיר מסחרי מיוחד שפותח על-ידי הפרקטיקה הבנקאית הבינלאומית במשך מאות שנים, ונשלט כיום על-ידי מערכת כללים בינלאומית ואוטונומית המסדירה את רוב האספקטים המסחריים והמשפטיים הקשורים אליו².

* תודתי נתונה למר משה בכר מבנק לאומי לישראל על המידע והעזרה שהעניק לי בעת כתיבת המאמר ולפרופ' דוד ששון על הערותיו המועילות לטכסט. תודה מיוחדת נתונה לר"ד סיליה פסברג על העזרה והעידוד שהושיטה לי לאורך כל תקופת הכתיבה.

¹ בעת כתיבת המאמר היה המחבר תלמיד שנה ד' בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. בארצות-הברית, למשל, בוצעו 90% מעסקאות-המכר הבינלאומיות בשנות השבעים המאוחרות באמצעות א"ר, והשימוש במכשיר התפתח גם בעסקאות פנים-ארציות. ראה *Letters of Credit – Injunction* "As A Remedy, Fraud In U.C.C. sec. 5-114" 63 *Minn. Law Rev.* (1979) 487 (להלן: "מיינסוטה").

² זוהי מערכת כללי ה-*United Custom of Practice for Documentary Credit*, שהוצא מטעם לשכת המסחר הבינלאומית – I.C.C., והתקבלו על-ידי הבנקים במדינות המכרעת של מדינות העולם (להלן: "כללי ה-U.C.P."). הנוסח המצוי היום בתוקף הוא *1983 Revision*, שפורסם ב-*International Chamber of Commerce Publication 400*, שאליו נתייחס להלן. אף-על-פי שבמדינות רבות לא נקלטו כללים אלה בחקיקה של ממש, הרי בפרקטיקה הבנקאית והמסחרית נוהגים על-פיהם כמעט ללא יוצאים מהכלל. במקביל לכך, אין ברוב המדינות בעולם הסדר סטטוטורי עצמאי לסוגיית האה"ד, ובתי-המשפט מסתמכים בפסיקתם בעיקר על כללי ה-U.C.P., על-אף מעמדם הפורמלי הלא-ברור (היוצא-מדהכלל הכולט בעניין זה הוא הקוד המסחרי האמריקני – *Uniform Commercial Code*, המסדיר בפרק נפרד את עניין האה"ד). ראה, בין היתר, בהרחבה על כללי ה-U.C.P. במאמרה של א' שנקר, "האשראי הדוקומנטרי והערבות הבנקאית – סוגית המרמה" עיוני משפט י (1984) 555, 562 (להלן: "שנקר").

למרות שהאה"ד הוא טכניקה מוכרת ומקובלת בפרקטיקה הבנקאית והמסחרית במדינת ישראל כבר שנים רבות, הרי הכתיבה המשפטית בתחום זה נמצאת עדיין בחיתוליה. מסיבה זו יש חשיבות רבה לבחינתן של שתי ההחלטות הראשונות שניתנו לאחרונה על-ידי בתי-המשפט במדינת ישראל³ בעניין א"ד. שתי ההחלטות עוסקות באחת הסוגיות הקשות בתחום האה"ד, היא סוגיית המרמה. מטרתה של רשימה זו היא לבחון את העקרונות המשפטיים והבעיות הפרקטיות הקשורות לסוגיית המרמה ולהציע מודל לפתרון הבעיה במסגרת הדין במדינת ישראל.

ב. רקע כללי – מהו מכתב האשראי הדוקומנטרי

במסגרת הנוכחית נסתפק בהצגת מהותה של עסקת האה"ד והרקע המסחרי והכלכלי שלה, דרך הרגמה קונקרטית של עסקת א"ד מהסוג הנפוץ והרגיל⁴. נניח כי פלוני היושב בישראל מבקש לרכוש טובין כלשהם מיצרן של ציוד כזה היושב בחו"ל. פרטי עסקת המכר סוכמו במלואם בין הצדדים (בדואר או בטלקס) ועתה הם ניגשים לביצוע העסקה.

לו היה מדובר בביצוע עסקת מכר פנים-ארצית, היה המכר יכול להתבצע על-ידי כך שהקונה היה ניגש למפעלו של המוכר, משלם לו את המחיר המוסכם, מטעין את הממכר על משאית שהביא אתו ובכך היתה העסקה מושלמת.

לעומת זאת כשמדובר במכר טובין בינלאומי, ביצוע העסקה הופך למורכב הרבה יותר: בדרך-כלל יצטרך המוכר לשלוח את הסחורה בידי מוכיל כלשהו, והקונה יצטרך לדאוג להעברת התשלום בדרך כלשהי לידי של המוכר. ביצוע העסקה בצורה כזו, שבה משלוח הכסף והסחורה נעשה במסלולים נפרדים, מעורר, בראש-בראשונה, בעיה של העדר ברומניות: שהרי אם תגיע הסחורה לארצו של הקונה לפני שבוצע התשלום המוכר מסתכן בכך שהקונה (הלא-ישר) יחליט "לוותר" על ביצוע חיוב-שלו במסגרת החוזה, לקבל את הסחורה ולהשאיר את הכסף בידי. מצד שני אם, יבוצע התשלום לפני משלוח הסחורה, הקונה צפוי לסכנה דומה מצדו של המוכר.

סיכונים נוספים הנופלים על המוכר בעסקת-מכר בינלאומית נובעים מכך, שלעתים קרובות הוא אינו מכיר כלל את הקונה: אין לו אמצעים לקבלת מידע על יושרו המסחרי, על יציבותו הפיננסית או על נסיבות שונות היכולות למנוע ממנו קבלת תשלום, כגון חקיקה בארצו של הקונה, המגבילה יבוא או תשלום מטבע-חוץ. שני הצדדים מעוניינים איפוא האחד להבטיח לעצמו תשלום תמורת הסחורה, והשני – לוודא את קבלת הסחורה

3 אלו הן החלטות בית-המשפט העליון בר"ע 646/84 שזוראב אנדסטרי אנד טריידינג קומפני נ' רמינד סבה, "אונקס" ואח, פ"ד (4) 693 (מפי כב' הנשיא שמגר) (להלן "שזוראב"), והחלטת בית-המשפט המחוזי בת"א (ת"א) 1765/83 בקסעדון נ' "צייס" חברת השיט הישראלית ואח, פ"מ תשמ"ה(נב) 29 (מפי כב' השופטת בר-ענת) (להלן: "החלטת בקסעדון").

לאחר סיום כתיבת הרשימה פורסם פסק-דין נוסף העוסק בסוגיית המרמה בא"ד זהו ת"א(ת) 1594/84 המ' (ת"י) 4174/85 שוקחה (שותפות) ואח נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פס"מ תשמ"ז (ה) 238.

4 הסבר מפורט יותר ימצא הקורא הישראלי אצל שנקר (לעיל, הערה 2), 556–562.

במקביל לתשלום הכסף. לשם כך נועד האשראי הדוקומנטרי: למנוע אחיזה ברוזמנית על-ידי צד אחד לעסקה הן בממכר והן בתמורה. בהתאם להסכמת הצדדים בחוזה-המכר הקונה הישראלי פונה לבנק מקומי בבקשה שיפתח א"ד לטובת המוכר. בהתאם לבקשת הקונה הבנק הישראלי המכונה בלשון מקצועית "הבנק המוציא" (Issuing Bank) שולח בטלקס או במכתב, כתב-התחייבות שבו הוא מודיע למוכר (הוא "הנהנה" מהא"ד או "המוטב": Beneficiary) כי אם ישלחו אליו על-ידי המוכר מסמכים מתאימים המעידים על משלוח הסחורה, ישלם הבנק למוכר סכום כספי מסוים (שהוא, בדרך-כלל בגובה המחיר שהוסכם עליו בחוזה-המכר או חלק ממנו). כתב-התחייבות זה הוא מכתב האשראי הדוקומנטרי. בדרך זו הצדדים לעסקה משיגים את מטרתיהם: המוכר מקבל התחייבות מצד הבנק, כי אם ישלח את הסחורה ויצג מסמכים המפורטים באשראי הדוקומנטרי, יזכה לקבלת התשלום מהבנק. התחייבות זו של הבנק לשלם היא חזקה הרבה יותר מזו של הקונה, שכן יציבותו הפיננסית ויושרו המסחרי של הבנק ודאיים הרבה יותר מאלו של הקונה האלמוני (והמוכר יכול לבדוק פרטים על הבנק דרך מידע שיקבל מהבנק שאתו הוא עובד בארצו שלו, זה האחרון יכול לברר בצינורות בנקאיים את מעמדו הפיננסי ואת הביטחון שהתחייבותו של הבנק המוציא מעניקה). הקונה, מצדו, יודע כי הכסף ישולם על-ידי הבנק רק אם זה יקבל לידיו מסמכים המעידים על כך שהסחורה נשלחה אליו. מסמכים אלו (כשהעיקרי ביניהם הוא בדרך-כלל שטרה-מטען) יינתנו למוכר על-ידי המוביל של הסחורה (קרי: צד ג בלתי-לוי במוכר) ויאשרו כי הסחורה נשלחה אל הקונה. זאת ועוד: הקונה יכול לדרוש, נוסף על המסמכים המעידים על עצם משלוח הסחורה, גם מסמכים מפורטים יותר המעידים על תוכן הסחורה שנשלחה (לדוגמא: מסמך של מכון התקנים בארצו של המוכר, המאשר שבדק את הציוד שנשלח ויידא שהוא תואם סוג או איכות מסויימת שהקונה מעוניין בה); בכך הקונה מבטיח את עצמו כנגד משלוח של סחורה פגומה או חסרה.⁵

מכאן, שבכל עסקת אשראי דוקומנטרי קיימות שלוש מערכות-יחסים חוזיות, והן:

א. חוזה הבסיס: זהו החוזה המעגן את עסקת-היסוד. בדוגמא שאותה הבאנו זהו חוזה-המכר ובין הקונה לבין המוכר. ואולם הא"ד יכול לשמש גם אמצעי תשלום בעסקת שכירות, קבלנות, תיווך⁶, או בכל עסקה אחרת שבה צד אחד פותח א"ד לטובת הצד השני, כדי להעביר לו כספים.⁷

- 5 מטרה אפשרית נוספת שאותה ניתן להשיג על-ידי שימוש בא"ד היא הענקת אשראי של הבנק המוציא לקונה, כאשר הבנק יבצע את התשלום של הא"ד לטובת המוכר לפני שקיבל את הכסף מהקונה (ראה שנקר, 557). אולם האלמנט של מתן אשראי איננו אלמנט הכרחי בעסקת א"ד, שכן לעתים הקונה משפה את הבנק לפני שזה העביר את הכסף למוכר. ראה J. B. Justice, "Letters of Credit – Expectations and Frustrations" 94 *Banking L.J.* (1977) 424, 434-443.
- 6 ראה לדוגמא, עסקת תיווך שבה שימש א"ד אמצעי תשלום בפסה"ד *Dulien Steal Products Inc. of Washington v. Bankers Trust Company* 298 F. 2nd 836 (1962) ובעסקת שכירות: *Intraworld Industries Inc. v. Girard Trust Bank* 336 A. 2nd 316 (1975).
- 7 שימוש נוסף הגובר והולך בא"ד נעשה בעסקאות הלוואה או בכל עסקה שבה צד אחד זורש מהצד האחר ערובה לכיצוע חיוביו. במקרים כאלה הצד שהתחייב לבצע חיוב פותח א"ד לטובת הצד השני. הא"ד הנ"ל מופעל בהתאם למסמכים המוצגים על-ידי הנושה, המורים כי החייב לא עמד בהתחייבותו.

ב. חוזה פתיחת האה"ד: זהו החוזה בין הבנק המוציא ובין הצד המבקש את פתיחת האה"ד. החוזה נוצר כאשר הקונה (ה-Applicant) פונה לבנק וחותם על טופס לפתיחת א"ד שניתן לו על-ידי הבנק. בטופס זה מצוינים כל תנאי האה"ד: המסמכים הנדרשים, הסכום לתשלום, הזמן שבו יהיה האה"ד בתוקף ושאר התנאים הקשורים לא"ד שהבנק יפתח לאחר חתימת חוזה האה"ד. החיוב המרכזי של הבנק במסגרת חוזה זה הוא לפתוח א"ד לטובת המוכר. החיוב המרכזי של הקונה הפותח הוא לשפות את הבנק כנגד כל תשלום שיבצע הבנק במסגרת האה"ד (בדרך-כלל מובטח חיוב זה של הקונה בבטוחות מצדו, הניתנות לבנק). בפרקטיקה הקיימת במרבית מדינות העולם טופס הבנק מציין כי העסקה כפופה לכללי ה-U.C.P. ובכך מעוגן המעמד הפורמלי של כללים אלו כתניות בחוזה בין הבנק הפותח לקונה.⁸

ג. האשראי הדוקומנטרי - כתב התחייבות הבנק: האשראי הדוקומנטרי עצמו

(לשלם או לבצע חיוב כלשהו) במסגרת חוזה-היסוד. המינוח המקצועי לעסקאות כאלה הוא א"ד לערבות - Stand by Letters of Credit. מבחינה פורמלית אין כל שוני בין א"ד לערבות, ובין א"ד המשמש אמצעי תשלום בעסקת-מכר, אך מבחינה מסחרית ומהותית יש שוני בולט בין שני המכשירים. בעוד שרשימת התשלום במסגרת א"ד רגיל מצד המוכר היא מאורע שגרתי ורגיל, הרי רשימת התשלום בא"ד לערבות היא מאורע חריג המורה על כך שמשו בעסקת-היסוד השתבש. מבחינתו של הבנק המוציא, רשימת תשלום כזו פירושה גם לעתים כי המתחייב (שפתח את האה"ד לערבות) שלא עמד בהתחייבותו בעסקת-היסוד, לא יוכל גם לעמוד בהתחייבותו לשפות את הבנק המוציא (כשל מצדו הפיננסי הרעוע, למשל), ולכן נטיית הבנק להימנע מלשלם את האה"ד היא, מטבע הדברים, גדולה יותר. ראה J.F. Dolan, The Law of letters of credit (1984) (Warren Gorham & Lamont, Inc.), p. 1-12 (לעיל, הערה 1), 495-494 Justice (לעיל, הערה 5), 439-438 L. Sarna, 17-18 Letters of Credit (Toronto 1984). החשש של הבנק בתשלום א"ד בערבות נובע גם מנתון נוסף: בעוד שבא"ד רגיל לבנק המוציא יש בטוחה הנובעת מזכות החוקה שיש לו במסמכים עם קבלתם (דבר המעניק לו חזקה קוסטרוקטיבית בסחורה הנמכרת), הרי בא"ד לערבות אין בעסקה כל "סחורה" שאליה מתייחסים המסמכים וממילא אין בידי הבנק בטוחה כזו. הא"ד לערבות הוא, למעשה, "ערבות בנקאית" או, במינוח משפטי מדויק - "התחייבות לשיפוי" במסגרת סעיף 16 לחוק הערבות, תשכ"ט-1969. ראה ע"א 528/78 איליט בע"מ נ' אלק, פ"ד לד(2) 13, 18; וכן גינוסר, חזק הערבות (פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טרסקי) 68-71.

השוני המהותי בין א"ד כאמצעי תשלום לבין א"ד לערבות מחייב - לדעתנו - שוני גם בשיקולים הרלבנטיים בהקשר לבעיית המרמה. הדיון בא"ד לערבות חורג ממסגרת הדיון ברשימה זו, שתרכזו בבעיית המרמה בא"ד במסגרת חוזה-מכר רגיל. עם זאת, חלק מפסקי-הדין שנצטט מתייחסים לא"ד לערבות.

8 טופס הבנק המוגש לקונה המבקש לפתוח א"ד הוא ללא ספק חוזה אחיד (הכפוף לחוק החוזים האזרחיים, התשמ"ג-1982). עובדה זו מעוררת את השאלה של תוקף כללי ה-U.C.P. הכוללים מספר לאינסוף של תניות, המעניקות לבנק פטור מאחריות כלפי הקונה, על נזקים העלולים להיגרם לו עקב פעילות הבנק או בנקים אחרים המעורבים בעסקה (ראה, למשל, סעיפים 17-26 ל-U.C.P.). מעמדן של תניות אלה צריך אפוא להבחן, בין היתר, לאור מבני חוק החוזים האזרחיים. ראה E. P. Ellinger, Documentary Letters of Credit (University of Singapore Press, 1970) 129-130 (להלן: Ellinger), וכן הערה 120 להלן.

הוא התחייבות חד-צדדית ובלתי-החוזרת⁹, בעלת אופי חוזי¹⁰, של הבנק המוציא כלפי הנהגה מהא"ד (הוא המוכר בעסקת-המכר). תוכן ההתחייבות הוא הבטחה של הבנק כי ישלם סכום כסף מסוים לנהגה (או לאדם שלישי), אם יוצגו לו המסמכים המפורטים בכתב האה"ד. ההבטחה הנ"ל ניתנת במכתב או בטלקס שהבנק המוציא שולח אל הנהגה, בעקבות כריתת חוזה פתיחת האה"ד בינו ובין הקונה.

עד עתה עסקנו בשלושת הצדדים ההכרחיים לכל עסקת א"ד: הקונה, המוכר והבנק המוציא. ברוב-רובם של המקרים יהיה לפחות עוד גורם אחד המעורב בעסקה: זהו הבנק המכותב (או "הבנק המודיע": *The Advising Bank*), שהוא בנק שמקום מושבו הוא בדרך-כלל בארצו של המוכר. לבנק המכותב כמה תפקידים אפשריים בעסקה: הוא זה שמקבל בדרך-כלל את מכתב האשראי שנשלח אליו מהבנק המוציא, ומעבירו למוכר; הוא גם זה שמקבל מידי המוכר את המסמכים הקשורים להעברה ושולח אותם אל הבנק המוציא; ואת הכסף מהבנק המוציא, שאותו הוא מעביר לידי המוכר תמורת המסמכים. מבחינה משפטית, הבנק המכותב הוא שלוח של הבנק המוציא, החייב לפעול (בנושא הכסף והמסמכים) בהתאם למנדט שהעניק לו הבנק הנ"ל. בהתאם לכך יש לבנק המכותב זכות שיפוי כלפי הבנק המוציא על כל סכום ששילם במסגרת ההרשאה שניתנה לו. לעומת זאת, אין לבנק המכותב חבות אישית משלו כלפי המוטב, כל זמן שלא חרג משליחותו¹¹.

לעתים אין המוכר מוכן, מסיבות שונות, להסתפק בהתחייבותו של הבנק המוציא ודורש התחייבות של בנק נוסף (בדרך-כלל בנק הפועל בארצו-שלו ולעתים, בנק זה הוא גם הבנק המכותב) כדי להבטיח לעצמו את קבלת התמורה מעסקת-היסוד. במקרה

9 האה"ד המקובל והנפוץ הוא א"ד בלתי-הררי (Irrevocable letter of credit), להבדיל מא"ד הררי (Revocable) שנמסגרתו הבנק יכול לחזור בו מההתחייבות בכל שלב גם לאחר נתינתה (ראה סעיף 7(a) ל-U.C.P.). מובן שהשוני בין שני סוגי האה"ד הוא יסודי. אנו נעסוק כאן אך ורק באשראי בלתי-הררי. השלב שבו נכנסת ההתחייבות הבלתי-הררית לתוקף הוא כנראה השלב שבו נמסר מכתב האה"ד לידי של הנהגה, אך בעניין זה אין בהירות ברין. ראה Ellinger (לעיל, הערה 8), 41; וכן H. C. Gutteridge, M. Megrah, *The Law of Bankers Commercial Credit*, London 6th, 1979, 29 (להלן: Gutteridge).

10 הסוג האנגלי של האה"ד למוסר משפטי מוכר הוא שאלה קשה, שיש לגביה ספרות נרחבת ועשרות תיאוריות שונות. ראה Ellinger (לעיל, הערה 8), חלק שני, עמ' 112-144; Gutteridge (לעיל, הערה 9), עמ' 28-33; וכן Todd, "Sellers & Documentary Credit" *Law* (1979) *Jour. of Buss.* 468.

לצורך הדיון הנוכחי ניתן להסתפק בקביעה כי לפי מהותו, חיוב הבנק הנוצר על-ידי האה"ד כלפי הנהגה הוא חוזי ביסודו ולכן חלים על התחייבות הבנק העקרונות הכלליים של חוק החזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, בין מכתב היות האה"ד חוזה ובין מכתב סעיף 61(ב) לחוק הנ"ל. ראה שנקר (לעיל, הערה 2), 563; Ellinger (לעיל, הערה 8), 122; Todd, בעמ' 473. ולאחרונה ע"א 182/82 גינש בע"מ נ' ביקלים בנק אינטרנציונל לימיטר מלונדון, פ"ד לט(3) 785, 790-791 (להלן: פסק-הדין "גינש").

אנו נכנה להלן, מטעמי נוחיות, את היחס בין הבנק המוציא ובין הנהגה בשם "חוזה האה"ד".
11 Gutteridge, בעמ' 68-69; Ellinger, בעמ' 219. את, לעומת זאת, הבנק המכותב חורג מהמנדט שלו, הוא עלול למצוא עצמו מחויב עצמאית כלפי המוטב (Ellinger, בעמ' 246 וכן סעיף 6(ב) לחוק השליחות, תשכ"ה-1965). כמובן, הבנק המתווך עלול גם להתחייב בנויקין כלפי המוכר על פעולות רשלניות מצדו (Ellinger, בעמ' 236).

כזה הבנק מעניק אשרור (Confirmation) לאה"ד של הבנק המוציא. התוצאה של אשרור כזה היא שהמוכר מקבל מהבנק המאשרר התחייבות עצמאית של הבנק הנ"ל לתשלום תמורת המסמכים. התחייבות זו היא נוספת להתחייבותו של הבנק המוציא, ונפרדת ממנה¹¹. בכך המוכר מבטיח לעצמו תשלום שאיננו תלוי ביכולת או ברצון התשלום של הבנק המוציא, והבנק המאשרר לוקח על עצמו את הסיכון שהבנק המוציא לא ישפה אותו במקרה של תקלה כלשהי תמורת המסמכים שהתקבלו מהמוכר¹².

ג. עקרונות היסוד של האשראי הדוקומנטרי: ציפיות הצדדים

1. עקרון האוטונומיה

עקרון היסוד העומד בבסיסו של האה"ד הוא, כי התחייבותו של הבנק לשלם בהתאם לכתב האה"ד למוכר תמורת הצגת המסמכים היא עצמאית, אוטונומית ומנותקת מחוזה הבסיס (הוא חוזה המכר) ומחוזה פתיחת האה"ד. חובו של הבנק לפי חוזה האה"ד תלוי אך ורק בתנאי ההתחייבות הזו, ולא בשום טענות או חובים הנובעים משתי מערכות היחסים האחרות הקשורות לעסקת האה"ד הכוללת. ההשלכה החשובה ביותר של העיקרון היא, שחובו של הבנק המוציא לשלם למוכר קם ברגע שהמוכר העביר לו מסמכים התואמים את הדרישות המפורטות בכתב האה"ד. חובתו של הבנק לשלם קיימת ושרירה אם המסמכים תואמים, גם אם בפועל הסחורה ששלח המוכר אינה תואמת את דרישות חוזה המכר או את מה שהמסמכים עצמם מציינים. לכן, אפילו אם בפועל שלח המוכר סחורה התואמת במדויק את דרישות חוזה המכר, אך המסמכים שהציג הם משוּמָּה בלתי-תואמים את דרישות כתב האשראי – לא יהא המוכר זכאי לתשלום מהבנק המוציא במסגרת חוזה האה"ד, שכן הפר את חובו במסגרתו. לא תועיל לו למוכר הטענה כי בפועל קיים את חובו במלואם במסגרת חוזה המכר, אם המסמכים שהציג לבנק הם חסרים או פגומים¹³. החשיבות של עקרון האוטונומיה מובנת לאור מטרותיהם של הצדדים לעסקת האה"ד:

המוכר בעסקת האה"ד מעוניין לקבל התחייבות מוחלטת (Absolute Obligation) של הבנק המוציא, להבטחת התמורה לסחורה ששלח. התחייבותו של הבנק במסגרת

12 מכאן שמבחינה משפטית היחס בין הבנק המוציא ובין הבנק המאשרר איננו יחס של שליחות, שכן הבנק המאשרר (Confirming Bank) מתחייב אישית לשלם תמורת מסמכי האה"ד שיועברו אליו מהמוכר (ראה Sarna, בעמ' 82; Ellinger, בעמ' 121-126). אך, לעומת זאת, ראה את דעתו, המוסעת ככל הנראה, של Gutteridge, בעמ' 68. זהו יחס חריג מסוג מיוחד הרומה מבחינות רבות ליחס בין הקונה ובין הבנק המוציא (ראה Ellinger, שם); וראה להלן ביתר פירוט בעמ' 50-52. לבנק האמצעי הפועל בדרך-כלל בארצו של המוכר יכולים להיות תפקידים נוספים נוסף על מסירת או אשרור האה"ד, כגון הסבת שטרות הנמשכים תחת האה"ד. ראה Gutteridge, שם; Ellinger, בעמ' 215-216 ו-150 ואילך.

12 C.M. Schmitthoff, "Confirmation In Export Transactions" *Journal of Bussiness Law* (1957) 17, 18-19.

13 סעיף 3 ל-U.C.P.; Ellinger, עמ' 185 ואילך. עם זאת המוכר לא יאבד במקרה כזה את זכותו כלפי הקונה לקבלת התמורה במסגרת חוזה המכר כיניהם. ראה Ellinger בעמ' 138-146.

האה"ד מבטיחה את המוכר מפני כל מצב שבו יימנע ממנו תשלום בשל שינוי תנאי השוק, התערערו מצבו הפיננסי של הקונה או כל אפשרות של טענה מצד הקונה, המתייחסת לאי־התאמת הסחורה או הפרת חוזה־המכר, שתשמש לקונה אמתלה להימנע מתשלום לאחר קבלת הסחורה לידיו. המוכר יודע כי אם השיג מסמכים התואמים את דרישות האה"ד, הוא מובטח מפני כל מחלוקת באשר לקבלת התמורה. הסדר אחר יציב את המוכר בעסקת־מכר בינלאומית במצב של חוסר־ביטחון לגבי קבלת התמורה לסחורה ששלח¹⁴. יתרון נוסף שאותו המוכר מפיק מהאה"ד הוא, שהוא חוסך מעצמו את הצורך להתדיין בארץ זרה על מימוש זכויותיו לפי חוזה־המכר¹⁵.

הניתוק של האה"ד מחוזה־המכר מוסבר גם לאור האינטרסים של הבנק המוציא. הבנק איננו מסוגל ואיננו מעוניין לבדוק את קיום תנאי חוזה־הבסיס עלי־ידי המוכר. כל שביכולתו הוא לבדוק את התאמתם של המסמכים לנוסח דרישות כתב האה"ד, דבר שאותו הוא מיומן לעשות ואיננו מצריך כל ידע או הבנה מיוחדת בתחום המקצועי הספציפי, שאליו מתייחסת עסקת־המכר. בכך אנו מגיעים לעיקרון הנגזר מעיקרון האוטונומיה, הוא העיקרון שלפיו הבנק עוסק במסמכים בלבד¹⁶. הבנק אינו חייב לבדוק את התאמת הסחורה לדרישות חוזה־המכר, אלא רק את התאמת המסמכים לדרישות כתב האה"ד.

הצלע השלישית לעסקה הוא הקונה, המבטיח את האינטרסים שלו באמצעות מסמכים. מסמכים מפורטים, מדויקים ואותנטיים מבטיחים לקונה כי הסחורה שאותה דרש אכן נשלחה אליו וכי מדובר בסחורה התואמת את דרישותיו. אולם בנקודה זו מתגלים חסרונותיו של עקרון האוטונומיה מבחינתו של הקונה שנאלץ להיפרד מכספו תמורת ניירות ולא כנגד קבלת הסחורה בעין; ראשית, ייתכן מצב שבו המסמכים שאותם כתב־האשראי דורש אינם מפורטים דיים ולכן, למרות העובדה שהמסמכים ייתאמו לדרישות האה"ד, הרי הסחורה שאותה המסמכים מייצגים לא תתאם את דרישותיו של הקונה במסגרת חוזה־המכר. יוצא שהקונה הזהיר בעסקת א"ד חייב להבטיח את עצמו עלי־ידי עיגון דרישותיו מחוזה־המכר בכתב־האשראי עצמו, שידרוש מסמכים שיעידו שכל פרט חשוב מחוזה־המכר אכן בוצע.

החסרון השני והעיקרי של עקרון האוטונומיה מבחינתו של הקונה בא לידי ביטוי במקרה שבו המוכר מציג לבנק מסמכים מזויפים, או כאלה שהושגו עלי־ידיו במרמה

14 פסק־הדין ג'ינג'ס (לעיל, הערה 10) Justice; 792-791 (10) הערה 5, בעמ' 427-428; שנקר, ולעיל, הערה 42, בעמ' 565; *United City Merchants (Investments) Ltd. v. Royal Bank of Canada*; 365 (1982), 2 All E.R. 720 (H.L.), 725

14 *Dolan, לעיל, הערה 7, סעיף 3.07(5) בעמ' 3-28. ניתן עשיונית להסדיר את מקום השיפוט עלי־ידי קביעת תנאות שיפוט במסגרת כתב האה"ד (ראה פסק־דין ג'ינג'ס הנ"ל, בעמ' 793). אולם בפועל הבנקים לא נוהגים לכלול תנאות שיפוט במסגרת נוסח כתב־האשראי.

15 סעיף 4 ל-U.C.P.

16 ספק גם אם לבנק יש זכות לבדל מיוזמתו שאלות הקשורות לביצוע חוזה־המכר או להתאמת הסחורה למסמכים. העניין גרין אצל שנקר, בעמ' 566, וראה גם סעיף 3 ל-U.C.P. שלפיז אין תוקף אפילו לתביעה מפורשת בכתב־האשראי עצמו המתיימרת לקשור את התחייבות הבנק - לביצוע חוזה המכר בין הקונה והמוכר.

תוך הטעיית הגוף שהעניק לו את המסמך. במקרה כזה לא יועילו לקונה כל הדרישות של פירוט המסמכים, שהרי המסמכים שיוצגו בסופו של דבר הם פרי מרמה ואין להם כל קשר למה שנשלח עלידי המוכר בפועל.

בסיכון של מרמה בא"ד לא רק הקונה נושא אלא במידת-מה גם הבנק המוציא. אמנם, אם הבנק פעל כשורה, הוא זכאי לשיפוי מהקונה תמורת הסכום ששילם למוכר, גם אם התברר כי המסמכים שקיבל היו מזויפים או מושגים במרמה; ואולם המסמכים בעסקת א"ד משמשים לא רק אמצעי להבטחת משלוח הסחורה, אלא גם כבטוחה של הבנק להבטחת מימוש זכות השיפוי שלו כלפי הקונה. עסקת האה"ד מוגדרת כ"מכר של מסמכים": הצדדים הנוגעים לעסקה (קרי: המוכר והבנק) סוחרים במסמכים. עם תשלום הכסף למוכר וקבלת המסמכים לידי, הבנק קונה זכות של חזקה ושיעבוד בסחורה. כתוצאה מכך הבנק יכול להעביר את המסמכים לקונה תמורת שיפוי בהתאם לחוזה ביניהם, למכור את המסמכים לצד שלישי או לממש את השיעבוד בסחורה – אם הקונה אינו משפה אותו בהתאם לחוזה פתיחת האה"ד.¹⁷

זיוף או מרמה במסמכים יפגעו בזכויות הבנק: במקרה של מסמכים מזויפים המסמכים עלולים להחשב לחסרי כל תוקף משפטי ולכן כל עסקה שיעשה הבנק במסמכים שבידיו עלולה להיפגם בשל כשלון תמורה מלא. גם במקרה של מרמה בסחורה הבנק עלול להיפגע אם יאלץ לממש את השיעבוד שמוקנה לו מכח ההחזקה במסמכים עלידי מכר הסחורה (וזאת אם לא ראג להבטיח את עצמו עלידי בטוחות נוספות מהקונה במסגרת חוזה פתיחת האה"ד).

למרות הבעיות הכרוכות ביישומן, אין איש מטיל ספק במעמדו המרכזי של עקרון האוטונומיה במסגרת שיטת האה"ד.¹⁸ השמירה על עקרון העצמאות הכרחית כדי להבטיח את פעולתו התקינה של מבשר האה"ד. כל פגיעה בעיקרון האוטונומיה מסכנת את היעילות והתועלת של שיטת האה"ד בכללותה.¹⁹ המוכר בעסקת-מכר בינלאומית לא יהיה מוכן לשלוח סחורה בהסתמך על הבטחת תשלום, אם לא ידע כי הבטחה זו היא עצמאית, "אבסולוטית", ותלויה אך ורק בקיום חיובו עליפי האה"ד עצמו (קרי: הספקת מסמכים מדויקים לבנק).

2. עקרון ההתאמה המוחלטת של המסמכים

היסוד השני שעליו מושתתת שיטת האה"ד הוא העיקרון, שלפיו תנאי להיווצרות חיובו של הבנק לשלם למוכר הוא, שהמסמכים הנמסרים לו עלידי המוכר יתאמו בצורה מדויקת ומלאה את דרישות כתב האה"ד. לא יועילו למוכר מסמכים הממלאים חלקית את דרישות האה"ד או מסמכים הדומים לאלו המפורטים באה"ד. לא תועיל למוכר גם

17 Gutteridge בעמ' 182; Ellinger, בעמ' 171-174.

18 העיקרון מוכר לא רק בכללי ה-U.C.P. (סעיף 3), אלא בחקיקה ובחלכה הפסוקה בכל המדינות שבהם משתמשים בא"ד. לאחרונה קיבל העיקרון גושפנקא בפסקדינו של בית-המשפט העליון בעניין שווארב (לעיל, הערה 2), 697.

19 H. Harfield, "Enjoining Letter of Credit Transaction" 95 *Banking* 104, וכן Sarna, בעמ' 104, *L.J.* (1978) 596.

הטענה כי המסמכים שהגיש הם באופן "מהותי" טובים ותואמים את חוזה המכר, אם פורמלית – על פניהם – אין המסמכים עונים במדויק לדרישות האה"ד²⁰. לאור דוקטרינת ההתאמה הקפדנית, נדרשים המסמכים שמוכר המוכר להיות תקינים ותקפים על פניהם²¹ ולתאם את דרישות האה"ד בכל פרטיהם, כגון: מועד משלוח הסחורה, משקל הסחורה, כמותה, איכותה, תיאורה, מקום הטענה וכו'.²² העיקרון הפורמלי הנוקשה של דוקטרינת ההתאמה המוחלטת מוסבר גם הוא על רקע מטרותיה של עסקת האה"ד: בדיקה מדויקת של המסמכים על-ידי הבנק היא האמצעי המעניק ביטחון לקונה. הבנק אינו מעורה בפרטי עסקת המכר הספציפית ואין לו רקע, כישורים או התמצאות לגבי התנאים השוררים בענף הספציפי שאליו מתייחסת העסקה. הבנק איננו מומחה לעסקי מחרטות, דגנים או מוצרי אופנה; הוא מבין ומתמחה אך ורק במסמכים. הדרך היחידה העומדת בפניו של הבנק להבטיח כי ציפיות הקונה מהעסקה יוגשמו, היא לוודא את התאמת המסמכים לדרישות האה"ד. כפי שראינו, גם בכך אין מוענק לקונה ביטחון מוחלט, במיוחד אם המסמכים אינם מפורטים דיים; אך עיצוב תוכן האה"ד נתון בידי הקונה והוא יכול להבטיח לעצמו מידה רבה של ביטחון אם ידרוש מסמכים מפורטים ומדויקים שיבטיחו את התאמת הסחורה בכל המובנים החשובים לו.

חשיבותו של עקרון ההתאמה המוחלטת נובע גם מסיבה נוספת: במקרים רבים המסמכים בעסקת א"ד עוברים יותר מ"תחנה" אחת. לפחות שני בנקים (הבנק המבצע והבנק המוציא שמוסרם לידי הקונה). יש חשיבות רבה לכך שכול הגורמים המקבילים את המסמכים על-סמך בדיקתם בשרשרת ההעברות הנ"ל, יפעלו לאור קריטריון אחד וברור של בדיקה. חריגה מעיקרון זה של זהות בין הקריטריונים לבדיקה של הנכסים השונים עלולה להביא לכך, שגורם מסוים יקבל לידי מסמכים וישלם תמורתם, אך לא יזכה לשיפוי מצד הנמסר שלו עקב אי-זהות בין קריטריונים של בדיקת המסמכים של שני הגורמים. העיקרון הפורמלי הפשוט של דוקטרינת ההתאמה המוחלטת, הדורשת התאמת המסמכים באופן דווקני ומדויק לדרישות של נוסח האה"ד, מקילה

20 *Equitable Trust Co. of N.Y. v. Dawson Partners Ltd.* L.R. 42, 49, 52 (1927), 27 *Lloyds* הדוקטרינות החוזיות הכלליות, כגון דוקטרינת הביצוע בקירוב, "ביצוע מהותי" או דוקטרינת ה-Cy-Pré (ראה למשל: 594-596 (1982) *Fransworth, Contracts* (Boston); ע"א 79/49 פ"ד, סניט ג' יהודאי, פ"ד ד 375, 380 ואילך; ע"א 289/78 אשד ג' ליבר, פ"ד לג' 13, 19-20) אינן חלות לגבי ביצוע חובו של המוכר בעניין התאמת המסמכים בחוזה האה"ד.

21 עם זאת, אין הבנק נדרש להתייחס למשמעותם המשפטית או להשלכות המסחריות של המסמך אלא רק לבדוק אם תוכנו, על פניו, תואם את דרישות האה"ד. הבנק איננו משפטן או מומחה למסחר (ראה Sarna, בעמ' 65. חובת הבריקה של הבנק כוללת בדיקה חוזית של המסמכים על פניהם (ראה סעיפים 16-15 U.C.P., וראה גם Ellinger, בעמ' 279 ואילך). אנו נרחיב את הדיון בחובת הבריקה להלן בפרק השלישי, בעמ' 30-31.

22 עם זאת, קיימים תריגים מספר המרכיבים את הדוקטרינה. אחד מהם הוא הכלל כי אין צורך שכל אחד מהמסמכים יתן תיאור מלא של הסחורה, אלא רי בכך שתואר הסחורה יינתן מצידו של כל המסמכים (Ellinger, בעמ' 308-310); ראה גם סעיף 43 ל-U.C.P.; Sarna, בעמ' 65, לעניין הגמישות המוכרת בכמויות ובמשקלים של הסחורה.

את השגת המטרה הנ"ל²³ ומעניקה לטכניקה של האה"ד יתרונות של מהירות ויעילות. עיקר ה"מחיר" של הפורמליזם הנוקשה של דוקטרינת ההתאמה הקפדנית נופל על כתפיו של המוכר. כל סטייה ולו גם טכנית או שולית של המסמכים שנוסח כתב האה"ד דורש, עלולה להסתיים ברחיית המסמכים עלידי הבנק ובאובדן זכותו לתשלום במסגרת האה"ד²⁴. כל טעות או השמטה של המוכר עלולה להיות מנוצלת עלידי הקונה, כתואנה להימנע מתשלום ולחמוק מהעסקה או כדי להשיג תנאי מיקוח טובים יותר והפחתה במחיר²⁵.

חסרון נוסף של עקרון ההתאמה המוחלטת הנוגע לעניינינו הוא, שהדוקטרינה איננה מונעת מזיפן מוכשר לזייף מסמך שעל-פניו הוא תואם להפליא את דרישות האה"ד אך בפועל אינו מייצג כל סחורה. בכך נדון בפירוט להלן.

ד. מרמה באשראי הדוקומנטרי

1. כללי

הסיטואציה של מרמה מצדו של המוכר בא"ד יוצרת שורה של בעיות משפטיות קשות. הבעייתיות שבסוגיית המרמה נובעת בראשיתיה מראשיותה כמכר, שעקרונות היסוד של שיטת האה"ד (עקרון האוטונומיה ועקרון ההתאמה) אינם נותנים פתרון ראוי לבעיית המרמה, אלא להיפך: הסיטואציה של מרמה מחייבת פתרונות משפטיים, שהם במידה רבה בלתי-תואמים או אף נוגדים את העקרונות הבסיסיים של השיטה. הפתרון לבעיית המרמה מכונה לכן לעתים "חריג המרמה", קרי: יצירת כלל משפטי הסותר או המחייב הגבלה של העקרונות הרגילים של השיטה. העקרונות היסודיים של שיטת האה"ד פותחו בהתמדה בתהליך ארוך שנים של הפרקטיקה הבנקאית, שבמהלכן נוצרה שיטה משוכללת שמטרתה המוצהרת היא יעילות מסחרית. הצבת חריג או הגבלה של העקרונות האלו יוצרת איום אפשרי על המיכנום הבנקאי-מסחרי העדין של השיטה. הבעייתיות מחריפה עוד יותר לאור העובדה שאותה פרקטיקה בנקאית שהצליחה לעצב את שיטת האה"ד, לא השכילה למצוא פתרון שישלב את בעיית המרמה במסגרת השיטה הקיימת. אף-על-פי שבעיית המרמה היא ללא ספק אחת הבעיות המעשיות הקשות הקשורות לפעולת השיטה, הרי כללי ה-U.C.P. שותקים שתיקה רועמת בכל הקשור אליה. המערכת הבנקאית-מסחרית שפיתחה וניסחה את כללי ה-U.C.P. העדיפה

23 Ellinger, בעמ' 277.

24 איבוד זכותו של המוכר לתשלום במסגרת האה"ד עדיין אין פירושה שאין לו זכות לתשלום בחוזה-המכר אם עמד בכל חובותיו, ולמעט אם חוזה המכר עצמו קובע מפורשות כי המוכר זכאי לתשלום אך ורק דרך האה"ד. ראה Ellinger, בעמ' 138-139. בהתאם, קבלת מסמכים שאינם תואמים עלידי הבנק עלולה לשלול ממנו את זכות השיפוי שלו שכן בכך יש חריגה מהמגדט שניתן לו עלידי הקונה במסגרת חוזה פתיחת האה"ד (Ellinger, בעמ' 156-158).

25 לעתים ינסה הקונה לנסח את כתב האה"ד בערפול כדי שיוכל אחר-כך לחמוק מהעסקה אם הרבר היה כראי לו. ראה, Banco Espanol de-Credito v. State Street Bank & Trust Co., 385; F. 2nd, 230; מסכת זו סעיף 14 ל-U.C.P. מחייב את הקונה וכל גורם אחר הנותן הוראות לבנק לתת הוראות מרוקות וברורות לגבי נוסח האה"ד ותנאיו.

להשאיר את הטיפול בבעיית המרמה למערכת המשפטית. התוצאה היא, שכל פתרון חקיקתי או שפוטני הניתן לבעיית המרמה מועמד מראש בחזקת יד מתערבת גסה של גורם חיצוני שאינו תמיד אמון על רזי הפעלתה, המאיים להחריב את השיטה כולה.

2. הגישות השונות לפתרון בעיית המרמה

(א) גישת המרמה המכוונת הרגילה

זוהי גישתו של פרופ' Symons²⁶, שלפיה אין מקום להבחין בין העקרונות המהותיים החלים על מרמה רגילה כמשפט האזרחי, לבין אלו המתייחסים למרמה בא"ד. לפי גישה זו, הבנק המוציא חייב לסרב לשלם את סכום האה"ד למוכר בכל מקרה שהאחרון ביצע אקט של מרמה מכוונת, היינו: כל מצג שווא מכוון של המוכר, המציג מסמכים התואמים על פניהם, אך בפועל אינם מייצגים את הסחורה שהם מתיימרים לייצג – בכוונה לגרום לבנק לסמוך על המצג ולפעול על-פיו (קרי: לשלם את סכום האה"ד) – ישלול מהמוכר את זכותו לתשלום. פרופ' Symons אינו מבחין בין זיוף מכוון של המסמכים ובין השגת מסמכים תקינים ואותנטיים לחלוטין, המלווה בהפרה מכוונת של חוזה-המכר – תוך גיצול העובדה שהבנק משלם על-פי המסמכים בלבד (לאור עקרון העצמאות). כלומר: כל מקרה שבו המסמכים הם תקינים, אך המוכר מפר במודע את חובותיו על-פי חוזה-המכר – תוך ניסיון לנצל את הסתמכות הבנק בפעולתו על תקינות המסמכים – מצדיק הענקת צו של בית-המשפט לטובת הקונה הפונה אליו למנוע את ביצוע התשלום על-ידי הבנק²⁷. נימוקי התמיכה בגישה זו הם פשוטים וממבט ראשון נראים שובים את הלב. עיקרם: יש למנוע ממוכר לא-ישר לנצל לרעה את היתרון שעקרון האוטונומיה מקנה לו, ולכן בכל מקרה שבו המוכר מפר בודון את חוזה-המכר ומנצל את מצג-השווא של המסמכים התקינים, יש למנוע ממנו קבלת תשלום. אין להסכים לכך, שהסיכון הנובע מהפרה חוזית מכוונת המלווה בהצגת מצג-שווא בודון יפול על הקונה, שיעמוד חסרי-אונים מול המוכר המפר את החוזה במודע ומלקט את התשלום על-ידי הצגת מסמכים תקינים²⁸. פרופ' Symons מבסס את גישתו לא רק על נימוקי מוסר ויושר, אלא גם על נימוקי יעילות: שימוש-לרעה בעקרון האוטונומיה על-ידי מוכרים לא-ישרים יפגע-לרעתו באמינותו של האה"ד²⁹. הפתרון המוצע על-ידי לחשש כי קונים ינצלו את חריג המרמה הרחב כדי להימנע מהתשלום כל אימת שהרבר יהיה כדאי להם, הוא דרישה של הוכחה ברורה של יסוד נפשי של מרמה מצד המוכר, כתנאי להענקת צו עצירת תשלום³⁰.

26 במאמרו, לעיל, הערה 7, תמיכה לגישה זו נמצאת בכמה פסקי-דין אמריקניים. ראה בעיקר: *N.M.C. Enterprises Inc. v. Columbia Broadcasting System Inc.*, 14 U.C.C. Rep. Serv. 1427, 1429; וכן, *West Virginia Housing Development Fund v. Soroka* 415 F. Supp. 1107, 1114, (1976).

27 שם, 345, 348 ואילך, 380.

28 שם, 348, 351.

29 שם, 343, 356.

30 זאת נוסף על שאר התנאים הנדרשים ממילא מצד המבקש צרכניעה זמני. שם, 347–348, 380. וראה ביתר פירוט, בפרק 1 להלן, סכסכ ליד הערה 81–90.

לכאורה, נימוקים אלה לא רק שהם תואמים עקרונות משפטיים כלליים של תוס'לב ואיזון בין צדדים לחוזה-מכר, אלא שהם גם משתלבים בעקרונות הדיוניים הרגילים לגבי הענקת צווי-מניעה ומנייים³¹; ואולם, למעשה, רחייתה של גישה זו מתחייבת מתוך הרציונל המסחרי והמשפטי של האה"ד ושל מטרות הצדדים לעסקה וציפיותיהם: מטרתו העיקרית של המוכר בעסקת א"ד היא להשיג "הבטחה אבסולוטית" לתשלום מצד הבנק³², כזו אשר תחסוך לו כל ויכוח או טענות המתייחסות לחוזה-המכר, מצד הקונה. ברוב המקרים יתעוררו טענות כאלה לאחר שהמוכר שלח כבר את הסחורה והיא הגיעה לארצו של הקונה. שיטה, אשר תאפשר לקונה למנוע או לעכב את תשלום הכסף בשלב זה כאשר הסחורה כבר איננה בידיו של המוכר³² – עלידי העלאת טענות לגבי אי-התאמת הסחורה יחד עם ייחוס יסוד נפשי של מרמה למוכר – עלולה לפגוע פגיעה פטאלית בעקרון העצמאות של האה"ד וניתוקו מעיסקת היסוד. שיטה כזו תעניק לקונה – שעדיין לא העביר את התמורה אך יודע שהסחורה נמצאת כבר בארצו (או בדרך אליה) – עמדת כוח רצינית ותפר את האיזון המסחרי הרצוי בעסקת-מכר טובין בינלאומית.

הפתרון המוצע עלידי תומכי הגישה של "המרמה הרגילה" לבעיה זו היא הצבת דרישות הוכחתיות קשות בפני הקונה המעלה טענה של מרמה במסגרת ניסיון לעצירת תשלום; ואולם, פתרון זה איננו נותן תשובה לבעיות שכן הנזק שייגרם למוכר איננו גובע רק מהתוצאה הסופית של ההתדיינות, אלא מעצם קיום ההתדיינות בצורה זו: ההליך לעצירת התשלום מתנהל בארצו של הקונה וכבר בכך המוכר מאבד ללא צידוק את אחד היתרונות המוענקים לו עלידי האה"ד³². עצם קיום ההתדיינות אורך זמן, ולכן נגרם למוכר נזק מעיכוב התשלום תמורת הסחורה ששלח. הבעיה מוחרפת עוד יותר לאור העובדה ששיטת Symons מבוססת על הוכחת יסוד נפשי של מרמה – נתון שהוכחתו מחייבת הליך ראיתי מורכב וארוך. יוצא, שאם תתקבל שיטה זו, המוכר בעסקת א"ד ייגרר להליך משפטי ארוך ומייגע בארץ זרה – וכל זאת לאחר שכבר הוציא מידיו את הסחורה אך עדיין לא קיבל עבורה כל תמורה. את הסיטואציה הזו בדיוק מיועד האה"ד למנוע³². אימוץ חריג "המרמה הרגילה" יוביל אפוא לא רק לפגיעה קשה בעקרון המשפטי המרכזי של שיטת האה"ד – הוא עקרון האוטונומיה – אלא גם לתוצאה מעשית בלתי-אפשרית מבחינתו של המוכר. הפגיעה ביעילותו של האה"ד ובאמינותו תהיה בלתי-נמנעת.

31 Sarna, בעמ' 117. וראה להלן, פרק ו.

31 *Power Curber Int. Ltd. v. National Bank of Kuwait SAK. (1981) 3 All E.R. 607, 610.
Hamze Malas & Sons v. British Imex Industries Ltd. (1958), 2 Q.B. 127, 129.

32 ראה בפירוט לגבי התזמון של ביצוע עסקת האה"ד בטבלה המובאת אצל שנקר, בעמ' 561-560 למאמרה.

32 * על היתרון הדיוני שהא"ד מעניק למוכר בהקשר למקום השיפוט עמד לאורונה בהרחבה בית-המשפט העליון בפסקה-הדין "גינג'ט" (לעיל, הערה 10, 791-792) וראה להלן, סעיף 2.

32- לעיל, הערה 14. וטכסט לידה.

לא ייפלא אפוא, שגישת המרמה הרגילה נרחבת הן בפסיקה בעניין א"ד והן בספרות הרלבנטית³³. אנו הרחבנו את הדיבור לגביה בעיקר כדי להראות את הבעייתיות שסוגיית המרמה בא"ד מעוררת ואת הצורך באימוץ פתרון, התורג מהעקרונות הרגילים המתייחסים למרמה במשפט האזרחי.

(ב) גישת המרמה החמורה ותיסודית (Egregios Fraud)

השיקולים שהובילו לרחייתה של גישת המרמה הרגילה בוססו על כך, שהחלת קריטריון רגיל של מרמה על א"ד נוגדת עקרונות יסוד שלו, ועלולה להביא לריקונו מייעילותו המסחרית. שיקולים אלה מובילים למסקנה, כי כלל המרמה שצריך לחול על א"ד צריך להיות כלל מיוחד שייתאם את השיקולים המאפיינים את בעיית המרמה באה"ד. כלל מיוחד כזה מציעה גישת ה"מרמה היסודית".

לפי גישת המרמה היסודית (או "המרמה רבתי"), מוצדקת התערבותו של בית המשפט לעצירת הבנק מתשלום א"ד רק אם המרמה של המוכר היא כה יסודית וחמורה, עד כי השמירה על עקרון האוטונומיה של האה"ד במקרה כזה תרוקן מתוכן את המטרות הבסיסיות של העסקה כולה³⁴. אין די בהפרה חוזית כמודע של חוזה המכר מצד המוכר וגם אין די במצג שווא של מסמכים בדויים מצדו, אלא יש צורך שפעולת המרמה מצד המוכר תהא תיפוי על הפרה טוטאלית של חוזה המכר על-ידי. אם נרצה להדגים זאת בעזרת דוגמא: אין די בכך, שבמקום לשלוח מכונה מדגם פלוני שלח המוכר מכונה מדגם אחר או כזו עם פגמים מסוימים כמנוע, אלא יש צורך שהמוכר ישלח ארגז ריק או ערימת גרוטאות (או אולי גם שאריות של מכונה ישנה וחלודה במקום מכונה חדשה) – כדי שבית המשפט ייענה לבקשת הקונה ויורה על איית שלום האה"ד.

לגישת המרמה רבתי יש נימוקי תמיכה רציניים: ראשית, כפי שהראנו עצירת תשלום האה"ד על-סמך טענת מרמה המתייחסת לחוזה היסוד, מהווה פגיעה בעיקרון המשפטי היסודי של האה"ד הוא עיקרון האוטונומיה. פגיעה כזו יכולה להיות מוצדקת רק באותם מקרים קיצוניים שבהם עיקרון זה מחפה על מרמה מקצועית בהיקף גדול, המצדיקה ויתור על עקרון העצמאות לטובת חריג המרמה. במקביל למישור המשפטי התיאורטי קיים המישור המעשי: עקרון האוטונומיה משרת בראשיתו כראשונה את המטרה

33 הקריטריון לחריג המרמה בפסיקה האנגלית (שעוד נדון בו) הוא צר הרבה יותר, הן במישור המהותי והן במישור הראייתי, מזה המוצע על-ידי Symons וכך גם בזרם המרכזי של הפסיקה האמריקנית. ראה באנגליה: 2 (1977) *R.D. Harbottle Merchentile Ltd. v. National Westminster Bank* (Ch.D.), 1 W.L.R. 315, All E.R., 862, 870; *Discount Records v. Barclays Bank* (Ch.D.) (1975), 1 W.L.R. 315, 319; ובארצות הברית: פסקה 117. *Intraworld Ind. (לעיל)*, הערה 46. *Peoples National Bank* 517 F. Supp. 526, 535. גישה זו בוקרה לאחרונה גם בפסקדינו של בית המשפט העליון בעניין שווראב (לעיל), הערה 3, בעמ' 698, וראה להלן פרק ו' סכסס ליד הערה 126 ואילך. ראה עוד *Justice*, (לעיל, הערה 5) בעמ' 503 ואילך; *Harfield* (לעיל, הערה 19), בעמ' 603, 605-606; "מיניסוטה" (לעיל, הערה 1), 499-500.

34 *Intraworld Ind. v. Girard Trust Bank*, (לעיל, הערה 46), בעמ' 323.

של יעילותו המסחרית של האה"ד. הפגיעה הנובעת מהתערבות שיפוטית במיכניזם המסחרי של האה"ד תתרחש לפי גישת המרמה היסודית רק באותם מקרים "פתולוגיים" שבהם המיכניזם הזה אינו משרת סוחר זריו גרידא, אלא רמאי מקצועי שההגנה הניתנת לו על-ידי עקרון האוטונומיה איננה מוצדקת ואיננה תורמת ליעילות האה"ד³⁵. התערבות בתי-המשפט תוגבל לפי דרישה זו לאותם מקרים בולטים "וזועקים לשמים", שבהם היא מתחייבת ופשוטה לביצוע; שכן מבחינה ראייתית, קל ופשוט באופן יחסי להצביע על מרמה בהיקף כה רחב³⁶.

גישת המרמה רבתי מוצדקת גם לאור העיקרון של שמירה על האיוון המסחרי בין הצדדים לעסקת-המכר המתכצעת על-ידי שימוש בא"ד. כפי שהראינו לעיל, אחת המטרות שאותן שיטת האה"ד משיגה היא שמירה על ברזמניות בביצוע עסקת-המכר: מעבר הכסף מצד אחד מקביל למעבר הסחורה מהצד האחר³⁷. הסכנה לאיוון המסחרי בין הצדדים קיימת כאשר הן הכסף והן הסחורה נמצאים בידי של צד אחד לעסקה. לו קיבלנו את גישת המרמה הרגילה, היה הקונה יכול ליהנות מהפרת איוון כזו, שכן לאחר משלוח הסחורה הוא יכול לעורר טענת מרמה, להשיג צו מניעה זמני ולהתחיל בדיון משפטי ארוך בארצו – כאשר הסחורה כבר בידי אף התשלום טרם בוצע. במצב של מרמה רבתי, אם לא יתערב בית-המשפט, ייהנה המוכר הרמאי מיתרון כזה: הוא יקבל לידיו את הכסף שתמורתו לא שלח שום סחורה בעלת ערך ממשי. לעומת זאת, אם לא מדובר במרמה רבתי אלא במרמה הקשורה להפרת חוזית "רגילה", האיוון לא מופר בצורה קיצונית. המוכר, ששלח ממכר ממורל שונה או עם פגמים קלים (אפילו עשה זאת במודע), עדיין שלח תמורה ממשית תמורת הכסף, והקונה מצדו קיבל סחורה בעלת ערך (אם כי, כמובן, נגרם לו הפסד מסוים). במצב כזה יש להטיל על הקונה לתבוע את סעדיו במסגרת חוזה-המכר (קרי לתבוע את המוכר בארצו), ואין הצדקה לפגוע בעקרון האוטונומיה על-ידי התערבות בחוזה האה"ד.

גישת "המרמה רבתי" מוצדקת גם לאור ההיבט של ראיית האה"ד כחווה שבו הצדדים למכר מחלקים ביניהם את הסיכונים הקשורים בעסקה. כאן עלינו להגדיר את המושג "סיכון משני" לעומת זה של "סיכון ראשוני": הסיכון הראשוני הוא הסיכון שצר לעסקה, לוקח כי האוכרן הכספי הנובע מסיטואציה מסוימת יפול עליו (לדוגמא: הסיכון שלוקח מי שמפר חוזה בהקשר לתשלום פיצויים על ההפרה). הסיכון "המשני", לעומתו, הוא הסיכון הנופל על מי שעליו מוטל הנטל "לגלגל" – בדרך של הליך משפטי – את הסיכון הראשוני העיקרי על הצד הנושא בו (לדוגמא: הסיכון שלוקח הנפרע האותו שטר-חליפין לכך שהשטר לא יכובד על-ידי הנמשך, ואז יאלץ לחפש ולתבוע את העושה של השטר שמסר לו אותו).

כפי שהראינו בתחילת המאמר, האה"ד כולל בין היתר הסדר לחלוקת הסיכון בין הצדדים לחוזה-המכר. אולם, הסדר חלוקת הסיכונים של שיטת האה"ד מתייחס לסיכונים המשניים ולא לסיכונים הראשוניים הנובעים מעסקת-המכר; היינו: המוכר

35 פס"ד שזוארב, לעיל, הערה 3, בעמ' 398.

36 ראה להלן, בפרק זה.

37 ראה בפירוט אצל שנקר, בעמ' 560-561.

שלא זכה לתשלום בעסקת א"ד בשל אי-התאמת המסמכים, איננו מאבד את זכותו לתשלום במסגרת חוזה-המכר; אלא שיהא עליו להסתכן בניהול תביעה חוזית נפרדת נגד הקונה בארצו³⁸. בהתאם לכך, הקונה שנאלץ לשאת בתשלום האה"ד למרות אי-התאמת הסחורה למסמכים, יכול עדיין לפנות אל המוכר בתביעה בשל הפרת חוזה-המכר; אלא שגם כאן יהא עליו בדרך-כלל לתבוע את המוכר בארצו בתביעה חוזית נפרדת. צו עצירת תשלום הגיתן על-ידי בית-המשפט בארצו של הקונה משנה את ההסדר של חלוקת הסיכונים ומטיל את הסיכון המשני (קרי: הצורך באכיפת הזכויות המהותיות בהליך של תביעה משפטית), על המוכר. פגיעה כזו בהסדר חלוקת הסיכונים המצוי בעסקת האה"ד מוצדקת – לדעת בעלי גישת המרמה רבתי – רק במצב של מרמה כזו, אשר אלמלא יינתן בעקבותיה צו עצירת תשלום מבעוד מועד יהפוך הסיכון המשני הרובץ על הקונה, לסיכון הסופי. ואכן, במצב של מרמה רבתי הסיכון המשני הרובץ על הקונה יהפוך קרוב לוודאי לסיכון הסופי. זאת משום שבמצב של מרמה רבתי סביר להניח, כי המוכר ששלח אשפה או גרוטאות במקום סחורה, לא ישב במקומו בניתוח וימתין לפתיחת הליכים (אזרחיים ואולי גם פליליים) נגדו, אלא ימהר לקחת את הכסף ולהסתלק. בדרך-כלל לא זה הוא המצב בסיטואציה של מרמה רגילה. כאן המוכר שלח סחורה בעלת ערך ממשי, כך שיש לו השקעה כספית בעסקה. לקונה מצדו יש נכס בעל ערך מסחרי ולכן בסיטואציה זו סביר שיוכל למצות את סעריו על-ידי תביעה נגד המוכר בארצו-שלו; היינו: ברוב המקרים, הסיכון שישא בו הקונה בסיטואציה של מרמה רגילה הוא סיכון משני גרידא, ובכל אופן יקבל לידיו נכס בעל ערך של ממש כתוצאה מהעסקה, אפילו לא יצליח למצות את סעריו נגד המוכר.

יתרון אחרון של גישת "המרמה רבתי" הוא, כאמור, שבדרך-כלל הסיטואציה של מרמה קיצונית כזו ניתנת להוכחה בקלות יחסית בבית-המשפט, באשר הראיות מתייחסות לנתונים אובייקטיביים ברורים (קרי: ערכו האפסי של המשלוח). עם זאת, מובן שלעיתים יכולים להתעורר קשיים באשר לסיווג מרמה מסוימת כ"מרמה רבתי"; היינו: השאלה היא, האם לא רק ערימת גרוטאות במקום מחרטה היא מרמה רבתי, אלא גם אם מחרטה מדגם ישן במצב גרוע מהווה מרמה כזו? או האם די בכך שמשלוח הדגנים או הסוכר כולל 60% שקים מושחתים ולא 95% של פגימה, כדי שנית-המשפט ייעתר לבקשת צו איסור תשלום?

אולם קיומם של מקרי ביניים בעייתיים כ"תחום הדמיוני" המשפטי אינו צריך כשלעצמו להוות סיבה לדחיית הקריטריון של מרמה רבתי. תחום דמיוני כזה נוצר לעיתים קרובות על-ידי קריטריונים משפטיים המוצעים כפתרון לבעיות שונות, ונראה שהדרישה החמורה של מרמה רבתי לפי ההגדרה שהבאנו לעיל איננה יוצאת-דופן לרעה בהקשר זה.

לאור כל יתרונותיה שתוארו לעיל, לא יפלא שגישת ה"מרמה רבתי" זוכה לתימוכין רבים בפסיקה האנגלו-אמריקאית ובספרות הרלבנטית, החל מפסקהדין המנחה הידוע

38 אית-שלום מצד הבנק מסיבה כלשהי איננו מונע מהמוכר לתבוע מהקונה תשלום במסגרת עסקת-המכר. פתיחת האה"ד עצמה איננה נחשבת למילוי חוב הקונה לתשלום במסגרת חוזה-המכר (אלא-אסכך) והסכם אחרת. ראה Ellinger, 136-140; Gutteridge, 34-35.

בעניין *Sztejn v. Henry Schroeder Banking Corp.*³⁹ שיצר את ההלכה בעניין מרמה בהתייחס לסיטואציה של משלוח אשפה במקום הסחורה המוסכמת, דרך שורה של פסקידין ודעות של כותבים⁴⁰ המאמצים אותו, במפורש או מכללא.

(ג) הגישה ה"צרה" - מרמה במסמכים בלבד

גישה זו גורסת כי, המצב היחיד המצדיק עצירת תשלום של הבנק שהוציא א"ד לטובת הנהנה הוא כאשר יש מרמה המתייחסת למסמכי האה"ד עצמו. מרמה ולו גם חמורה, שאיננה מתייחסת למסמכי האשראי אלא לחוזה הבסיס, אינה מהווה – אליבא דתומכי "הגישה הצרה" – עילה לעצירת תשלום האה"ד⁴¹.

קיימים שני נימוקי תמיכה עיקריים בגישה זו: ראשית, גישה זו מגשימה באופן מושלם את עקרון האוטונומיה של האה"ד; רק הפרת חובותיו של המוכר במסגרת חוזה האשראי עצמו על-ידי מסירת מסמך לא תואם או ביצוע ויוף או מרמה במסמכים, תהווה עילה לעצירת התשלום במסגרת אותו חוזה – אחרת יאלץ הקונה למצות את סעדיו במסגרת עסקת-היסוד⁴². בכך מוגשמים גם היתרונות הפרקטיים של שיטת האה"ד שעיקרם הבטחת תשלום אבסולוטית ובלתי-מתונה לטובת מוכר השולח סחורה מחוץ לארצו.

סיעון התמיכה השני בגישה זו מבוסס על ציפיות הצדדים למכר מעסקת האה"ד וחלוקת הסיכונים ביניהם: כפי שראינו, היתרון המוענק למוכר בעסקת-היסוד הוא הבטחת תשלום אוטונומית, המותנית רק במסירת מסמכים מדויקים ואותנטיים. הסיכון המוטל על המוכר הוא סיכון המתייחס לאי-התאמת המסמכים. הקונה מצדו מבסס את ציפיותיו מהעסקה על ההתאמה של הסחורה הנשלחת למסמכי האה"ד; הסיכון שלו נובע מאי-התאמה כאותו מישור. כל אחד מהצדדים לעסקה שולט בגורמים היוצרים את הסיכון לגבי ויכול להקטין את הסיכון שלו מהעסקה על-ידי עיצוב תוכנה לפי דרישותיו⁴³: המוכר יכול להקפיד על דיוקם של המסמכים שהוא מוסר לבנק כדי לחסוך לעצמו נזקים במקרה של אי-התאמה. הקונה מצדו יכול לדרוש מסמכים מפורטים ואובייקטיביים (קרי: מסמכים המוצאים על-ידי צד ג בלתי-קשור למוכר), שיכסו את כל הפרטים החשובים מבחינתו לגבי תכונות הממכר, ועל-ידי כך למנוע מצב שבו המוכר מגיש מסמכים תואמים לדרישות כתב-האשראי, אך הסחורה בפועל לא תענה לדרישות הקונה. אם הקונה בחר שלא לעמוד על זכותו ל"כיסוי" דוקומנטרי של פרט

39 N.Y. Supp. 2nd 631, 634 (1942).

40 *Edward Owen Ingeneering Ltd. v. Intraworld Ind.* הנ"ל, (לעיל, הערה 6), וכן *Barclays Bank Int. Ltd.* (1978) 1 All E.R. 976, 985(g); *R. D. Harbottle Merchantile Ltd.* (לעיל, הערה 33), 870; וכן מניסוחה (לעיל, הערה 1), 515 Justice, (לעיל, הערה 5), 501-500; שנקר (לעיל, הערה 2), 578.

41 גישה זו נתמכת על-ידי Harfield, במאמרו האמור (לעיל, הערה 19), ועל-ידי Justice (לעיל, הערה 45). ראה גם *Siderios Inc. v. Wallace Co. Inc.* 583 S.W. 2d. 852, 859 (1979).

42 Justice, 502; Harfield, 601-600, 614-613.

43 *Dolan*; 598, Harfield; 430-429, Justice (לעיל, הערה 7), סעיפים 3.07(3) ו-3.07(4), בעמ' 3-26 עד 28-3.

מסוים הקשור לתכונות הממכר, אין לאפשר לו, לפי הגישה המתוארת לעיל, להעלות טענות כנגד המוכר במסגרת האה"ד. כלומר, הטענה היא כי הקונה, שאיננו דואג לכך שכל הפרטים החשובים לו יידרשו עליידי מסמכים אובייקטיביים מדויקים, לוקח על עצמו סיכון לאי-התאמה של הסחורה ביחס למה שהוסכם בחוזה-המכר.

המקרה היחיד שבו מופר האיזון הנ"ל של מאזן הציפיות והסיכונים, הוא המקרה של זיוף או מרמה במסמכים. בעוד שכנגד מקרה של מרמה בסחורה הקונה יכול להיערך עליידי דרישת מסמכים מפורטים ומדויקים שימנעו מהמוכר אפשרות ליצור מרמה כזו (שהרי כל אי-התאמה של הסחורה לדרישות חוזה-המכר תשתקף מיד במסמכים כאלה) – הרי במקרה של זיוף או מרמה הקשורה למסמכים לא תועיל למוכר כל הקפדה על פירוטם ודיוקם! שהרי המניפולציה של המוכר מתייחסת למסמכים ולא לסחורה ולכן המסמכים מאבדים מערכם כאמצעי להבטחת התאמת הסחורה. המרמה כאן מתייחסת לחוזה האה"ד עצמו והיא הותרת תחת ציפיותיו ואמצעי-ההגנה של הקונה ומותירה אותו למעשה חסרי-אונים. רק במקרה כזה מוצדק להפעיל סעד לטובת הקונה במסגרת חוזה האה"ד עצמו ולעצור תשלום.

כנגד הגישה הצרה מושמעים טיעונים מספר:

ראשית, נטען כי אין זה סביר לייחס לקונה בעסקת א"ד "הסכמה מכללית" למעשי מרמה מצד המוכר – באותם פרטים שאינם מכוסים במדויק עליידי המסמכים שדרש⁴⁴. היינו: העובדה שהקונה לא דרש כיסוי דוקומנטרי לפרט מסוים עדיין אין פירושה, לפי הטענה, כי הוא מוחל על זכותו לטעון מרמה לגבי אותו פרט. לדעתנו, טיעון זה מבלבל בין הסכמה למרמה שהתרחשה בפועל, לבין נכונות של צד לחוזה לקחת על עצמו סיכון היפוטטי של מרמה. מובן כי אין זה סביר לייחס לקונה, היודע על מרמה של המוכר, הסכמה מכללית – בדיעבד (המהווה, למעשה, ויתור) למרמה כזו שהמוכר ביצע; ואולם נכונות של צד לחוזה מסחרי לשאת בסיכון היפוטטי של מרמה של הצד השני איננה דבר יוצא-דופן ואיננה מיוחדת לא"ד. למעשה, כל צד לחוזה מסחרי מודע לאפשרות (בעלת הסתברות ברמה זו או אחרת) שהצד השני ינסה לנצל את החוזה למרמה. זאת ועוד: כפי שראינו, הסיכון שהקונה במסגרת א"ד נוטל על עצמו במקרה של מרמה (למעט "מרמה רבתי") הוא סיכון משני בעיקרו: שהרי גם במקרה שהמוכר אכן מנצל פרט שאינו מכוסה עליידי המסמכים כדי לשלוח במכוון סחורה לא מתאימה, עדיין הקונה יכול לתבוע אותו בתביעה חוזית רגילה על הפרת חוזה-המכר. זאת ועוד: למעשה עומדות בפני הקונה, המתלבט באשר לכיסוי דוקומנטרי לפרט מיוחד כלשהו בעסקת א"ד, כמה אפשרויות מעשיות: הוא יכול לדרוש מסמך או מסמכים שיחסכו לו סיכון של מרמה; במקרה כזה הוא יידרש לעיתים קרובות לשאת בעלות של הוצאת מסמך כזה (כגון כמו עלות ביצועה של בדיקת הסחורה עליידי שמאי עם הטענתה על האוניה, עלות בדיקה מעבדתית וכו'). האפשרות האחרת העומדת בפני הקונה היא להחליט לוותר על המסמך, לחסוך לעצמו את עלות הוצאתו ולשאת בסיכון של ביצוע מרמה⁴⁵. הבחירה בין האופציות הנ"ל היא עניין של שיקולי כדאיות של הקונה בהתאם

44 שנקר, 515, 577, מיניסוטה, 495.

45 אפשרות נוספת העומדת בפניו של הקונה היא ביטוח עצמו כנגד נזקים העלולים להיגרם לו עקב מרמה של המוכר. לכאורה, ביטוח כזה יכול לעתים להיות כדאי, שכן מחירו יהיה נמוך מזה של עלות מסמכי

לתנאי העסקה הקונקרטית. אין כל מקום לטעון אפריורי כי האופציה האחרונה סבירה פחות מאשר האופציות האחרות.

טיעון הביקורת השני המושמע כנגד גישת המרמה במסמכים הוא, שהסלקציה שגישה זו רוגלת בה, בין מקרים שבהם ראוי לתת צו עצירת תשלום ובין מקרים שבהם הצו ימנע, איננה מתחשבת בגודל המרמה, בהיקפה ובמשקלה הכלכלי (באופן מוחלט וביחס להיקף הכולל של העסקה הקונקרטית) ובחומרת התנהגותו של המוכר והיסוד הנפשי שלו. הקריטריון של הקשר בין המרמה למסמכים הוא הקריטריון הבלעדי המאומץ על-ידי תומכי הגישה הצרה, המתעלמים מכל הנתונים האמורים. כך למשל אפילו אם המרמה מצד המוכר מתייחסת לפרט שולי וחסר-ערך שאינו משפיע כלל על ערך הממכר אך פרט זה מעוגן במסמכי האה"ד – יוכל הקונה שהוכיח מרמה ביתס לפרט הנ"ל להשיג צו עצירת תשלום.

התשובה לטיעון זה היא שהסלקציה האמורה לאור הגישה הצרה נוצרת על-ידי הצדדים עצמם. הם הקובעים, לפי רצונם החופשי, את תוכן העסקה, את המסמכים שכתב הא"ד ידרוש ואת הפרטים שמסמכים אלו ידרשו להכיל. היינו: הצדדים לעסקה הם הקובעים אלו מעשי מרמה יתייחסו בהכרח למסמכים (שכן, הפרטים שלגביהם המרמה מתייחסת כוסו בדרישת מסמכים מפורטים) ואלו אינם זוכים לכיסוי דוקומנטרי מלא, ואין כל מקום לעצב בשבילם קריטריון אחר של עצירת תשלום, כשהם לא בחרו בו. טיעון הביקורת האחרון כנגד גישת הצרה הוא, שקשה ביותר להבחין בין מרמה במסמכים לבין מרמה במכר, ולמעשה כל מרמה חמורה כמכר מערבת בהכרח גם מרמה במסמכים. אנו נתייחס לטיעון חשוב זה בפרק הבא, שבו תוצג הגישה המוצעת.

3. הגישה המוצעת: מרמה במסמכים ומרמה בהעברה

בתהיפרק הקודם הצגנו את שתי הגישות המקובלות ביותר לבעיית המרמה בא"ד: גישת המרמה רבתי וגישת המרמה במסמכים בלבד. לדעתנו, הכלל הרצוי להריג המרמה בא"ד צריך להיות מבוסס על שילוב של שתי הגישות הנ"ל לכלל אחד, שיקיף את הסיטואציות הנדונות על-ידי שתי השיטות גם יחד. כלומר, לפי הגישה המוצעת יש להצדיק עצירת תשלום של הבנק שהוציא א"ד, בשני סוגים של מקרים:

א. מרמה רבתי מצד המוכר;

ב. מרמה במסמכים או זיוף.

כל אחת משתי השיטות שהוצגו לעיל – כשהיא עומדת לעצמה – חסרה לדעתנו בכך שאיננה מכסה סוג מסוים של סיטואציות, המכוסה על-ידי השיטה השנייה: גישת המרמה במסמכים איננה מכסה את הסיטואציה שבה יש מרמה יסודית וחמורה של המוכר, כזו שאיננה מתייחסת כלל למסמכים אלא לעסקת-היסוד בלבד⁴⁶. תריג המרמה

בריקה ארוכים ומפורטים. אלא שבבריקה שערנו אצל גורמים כגוף הבנקאות מסתבר, כי כפועל ביסוח מסוג זה איננו מוכר.

46 יש הגורסים כי כל מרמה בהיקף כה חמור בעסקת-היסוד מהווה בהכרח מרמה גם במסמכים, שכן השפעות מרמה כזאת נוגעות בכל מקרה גם למסמכי האה"ד (Ellinger, 194-195). טענה זו נכונה לגבי רוב

של גישת "המרמה רבתי" איננו מכסה את הסיטואציה שבה יש מרמה שאינה שוללת באופן מוחלט את התמורה שיקבל הקונה בעסקת-המכר אך מדובר בזיוף או במרמה הקשורה ישירות למסמכים. לדעתנו, שני המצבים האמורים (וכמובן, המצב השלישי שלגביו אין מחלוקת בין שתי הגישות והוא המצב של מרמה רבתי הנוגעת גם למסמכים), צריכים להיות כלולים בחריג המרמה המצדיק עצירת תשלום. נבחן כעת את השיקולים התומכים בהחלת חריג המרמה על סיטואציות אלו ונעמיד אותם מול השיקולים הנוגדים העומדים בבסיס השיטה, שאיננה מכירה סיטואציה מסוימת כמצדיקה את החלת חריג המרמה.

נתחיל במקרה של מרמה רבתי שאיננה נוגעת למסמכים. הנימוק האפשרי של תומכי גישת המרמה במסמכים כנגד התערבות שיפוטית כאן הוא הטענה, כי עצירת התשלום בסיטואציה כזו נוגדת את עקרון האוטונומיה; ואולם, כפי שהראינו, דווקא בסיטואציה הקיצונית של מרמה רבתי יש הצדקה לסטות מעקרון האוטונומיה שאינו משרת עוד שום מטרה מסחרית לגיטימית. למעשה, ספק אם גם התומכים העקביים ביותר של הגישה הצרה יטענו כי במקרה של מרמה מקצועית שבה המוכר מטעין אשפה במקום סתורה, יש לחייב את הבנק בתשלום רק משום שאין מרמה במסמכים.⁴⁷ המצב מסובך יותר בסיטואציה השנייה, קרי: בסיטואציה שבה יש מרמה הקשורה ישירות למסמכים, שהיקפה מבחינה כלכלית אינו מהווה בשלון תמורה מלא מבחינת הקונה.

הטיעון של בעלי גישת המרמה רבתי כנגד הענקת צו איסור תשלום במקרה כזה הוא, שאין בסיטואציה כזו הפרה מסוכנת של עקרון הברזמיות, והאיוון המסחרי בין הצדדים לא הופר בצורה חדה, היינו: לא נוצר כאן מצב שבו הן הכסף והן הסתורה הם אצל המוכר⁴⁸; שכן, הקונה קיבל למרות המרמה סתורה בעלת ערך ממשי (אם גם מופחת). לדעתנו, יש לדחות טיעון זה מהטעמים הבאים:

ראשית, העיקרון של הפרת האיוון המסחרי שבעלי גישת המרמה היסודית דוגלים בו מתאים כבסיס לכלל התוחם את החריגה מעקרונותיו הרגילים של האה"ד (קרי:

המצבים של מרמה רבתי אך לא לגבי כל מצב, וניתן להדגים זאת בעזרת הדוגמא הבאה: נניח כי בחוזה-היסוד מוסכם על מכר של 50 תיבות מכילות מטילי-אלומיניום. האה"ד שהקונה פותח דורש מסמך אחד והוא שטר-מטען, האמור לאשר הטענה של 50 תיבות שעליהן כתוב כי הן מכילות מטילי-אלומיניום או שהן מסומנות סימון מוסכם כלשהו. במקרה כזה, אם המוכר יטעין 50 תיבות המסומנות כנדרש אך מכילות בפועל אשפה, ניתן לטעון כי הוא עמד באופן מלא בחיוביו לפי האה"ד, אם כי אין ספק שביצע מרמה בקשר לעסקת-היסוד. יש לזכור כי דוקטרינת ההתאמה הקפדנית מתייחסת אך ורק להתאמה פורמלית של המסמכים לדרישות האה"ד (וכאן אין כל פגם במסמכים עצמם שהוצאו על-ידי המוביל – שבדק את אשר נתבקש לבדוק על-פי שטר-המטען) ולא להתאמתם של המסמכים לסתורה בפועל.

47 Harfield למשל רואה את עובדות פסקדין Sztein כסיטואציה של מרמה במסמכים, למרות העובדה שבית-המשפט שם דיבר במפורש על חריגה וויתור על עקרון האוטונומיה. ראה Harfield 603–605, ופסקדין Sztein (לעיל, הערה 39), בעמ' 634.

48 ראה לעיל, פרק ד, 2, טכסט ליד הערה 37.

עקרון האוטונומיה). אולם, במקרה של מרמה במסמכים, עצירת התשלום איננה מהווה כל תריגה מעקרון האוטונומיה, שכן המוכר הפר את חובותיו במסגרת חוזה האה"ד עצמו; לכן במקרה כזה אין כל צורך בסיטואציה "מיוחדת" וקיצונית של מרמה, שכן היסוד לעצירת התשלום הוא למעשה הפרת חוזה האה"ד מצדו של המוכר. יתירה מזו; לדעתנו עצירת התשלום כתוצאה של מרמה במסמכים לא רק שאיננה סותרת את העקרונות הרגילים של האשראי הדוקומנטרי, אלא אף מתחייבת מהעיקרון של התאמה הקפדנית! כזכור, עיקרון זה מחייב את המוכר להגיש לבנק מסמכים התואמים באופן מלא את דרישות האה"ד. מסמכים מזויפים או כאלה המושגים במרמה אינם מסמכים התואמים את דרישת האה"ד – וממילא המוכר מאבד את זכותו לתשלום עקב מסירתם. האוטנטיות של המסמכים היא תכונה מרכזית, הנדרשת לאור החוזה בין הבנק המוציא ובין המוכר, וכשלונן של המוכר להגיש מסמכים אותנטיים מהווה הפרה של תנאי כתב-האשראי.

הגישה המובאת כאן עומדת לכאורה בסתירה לעיקרון הכלול בהוראות ה-U.C.P. לפיו הבנק המוציא, המקבל לידי את המסמכים, צריך לבדוק את התאמתם לדרישות כתב האה"ד – עלידי בדיקת המסמכים על פניהם⁴⁷. מכאן עולה, לכאורה, כי אפילו המסמכים מזויפים או מושגים במרמה עדיין קמה חובתו של הבנק לשלם למוכר כל זמן שהזיוף או המרמה לא התגלו לו מתוך בדיקת המסמכים על פניהם.

אולם לדעתנו, יש להבחין בהקשר זה בין שני מישורים שונים: המישור הראשון הוא המישור הטכני העוסק בצורת הבירור של טענות מרמה, זיוף או אי-התאמת המסמכים⁴⁸. המישור השני והנפרד הוא המישור המהותי שלפיו נקבעים חיובי הצדדים לחוזה האה"ד. במישור זה האחרון אין כל ספק כי מוכר המגיש לבנק המוציא מסמכים מזויפים או מוצאים במרמה מפר את חובותיו כלפי הבנק המוציא, ומאבד את זכותו לתשלום אפילו אם הזיוף או המרמה אינם מתגלים מבדיקה חיצונית של המסמכים על פניהם!

כדי להמחיש את דברינו נשתמש בדוגמא הבאה: יבואן נעליים מישראל קושר חוזה לקניית נעליים עשויות מעור צבי שחור, מיצרן נעליים היושב באיטליה, ופותח לשם כך אשראי דוקומנטרי בבנק מקומי, לטובת היצרן הנ"ל. כעת נניח שתי חלופות אפשריות: בראשונה מגיעים לבנק מסמכים שונים שהמוכר מוסר לו וביניהם מסמך של שמאי שבדק את הסחורה לפני הטענתה. בבדיקה רגילה שהבנק עורך מתברר לו, כי מישור מחק בגסות את המלה "חום" שהיתה כתובה על המסמך הנ"ל לתיאור צבע הנעליים והחליפה במלה "שחור". מובן כי במקרה כזה יהא הבנק חייב לדחות את המסמכים שכן על פניהם אין הם תואמים לדרישות כתב האשראי. בחלופה השנייה מגיע לידי הבנק מסמך כנ"ל המכיל תיאור – הנראה על פניו ללא כל דופי – של צבע הנעליים כ"שחור". אלא ששיחת טלפון בחולה מהקונה, המגיעה לבנק בעת בדיקת

⁴⁷ סעיף 9(b) 16 לכללי U.C.P.

⁴⁸ במישור זה של הדרך הטכנית והריונית לבירור טענות שונות העשויות להתברר כנגד המוכר במסגרת האה"ד (קרי: אי-התאמת המסמכים, מרמה רבתי, זיוף במסמכים או השגתם במרמה) נדון בפירוט להלן, בפרק ה', טכסט ליד הערות 78-79.

המסמכים, מבהירה לבנק חשד של מרמה; ושיחה טלפונית נוספת המתבצעת עלידי הקונה שעה קלה לאחר מכן מסניף הבנק עצמו אל השמאי האיטלקי החתום על המסמך, מבהירה כי הנ"ל מעולם לא חתם על מסמך כזה.

האם במקרה השני שונה מצבו של המוכר מבחינת זכויותיו המהותיות מהמקרה הראשון? נראה לנו כי התשובה לכך צריכה להיות שלילית בתכלית. בשני המקרים הפר המוכר את חובותיו במסגרת חוזה האשראי הדוקומנטרי ובשניהם איבד את זכותו המהותית לתשלום. ההבדל בין שני המקרים מתבטא בכך, שבראשון אי-התאמת המסמך בולטת על פניו, ובשני היא מתגלית מתוך מידע חיצוני. הבדל כזה יכול – לדעתנו – לגרום לשוני בפרוצדורה של בירור טענת אי-התאמה (ובכך עוד נדון להלן)⁴⁷, ואולי אפילו לגרום לתוצאה משפטית שונה מטעמים פרקטיים; ואולם במישור המשפטי-עיוני שבו אנו עוסקים בשלב זה – אין ספק כי המוכר לא עמד בנטל המוטל עליו כלפי הבנק המוציא בשני המקרים.

יוצא, שמבחינה משפטית-מהותית עצירת תשלום עקב מסמכים לא אותנטיים תואמת את עקרונות שיטת האה"ד ואיננה מהווה חריג להם, ולכן אין כל הצדקה מבחינה זו לדרוש כי ההיקף המסחרי שאליו מתייחסת המרמה, יהיה יוצא-דופן; שכן, ביסודו של עניין, מרמה במסמכים מהווה הפרה חוזית של חיובי המוכר במסגרת חוזה האה"ד.

המישור השני שבו ניתן להצדיק את הכלל של עצירת תשלום בכל מקרה של מרמה מוכחת במסמכים הוא המישור של ציפיות הצדדים וחלוקת הסיכונים במסגרת עסקת האה"ד. כפי שהראינו לעיל, מניפולציות של המוכר במסמכים מסכלות לחלוטין את ציפיותיו של הקונה מעסקת האה"ד ומותירות אותו חסר-אונים. אין כל הצדקה להטיל את הסיכון המשני של תביעה חוזית בחו"ל על הקונה, במקרה של הפרת חוזה האה"ד עלידי המוכר שביצע מרמה במסמכים. תוצאה כזו נוגדת את הסדר חלוקת הסיכונים שהצדדים יצרו להם, ועל כך כבר עמדנו בהרחבה כשתיארנו את גישת המרמה במסמכים⁴⁸.

המישור השלישי שאליו עלינו לתת את הדעת הוא מישור היעילות, ובעניין זה כדאי להקדים הערה כללית: ההנחה הרווחת שלפיה ככל שיוצרו תחומיו של עקרון המרמה בא"ד כן תגבר יעילותו המסחרית של המכשיר, היא לא רק בלתי-מדויקת אלא אף מסוכנת, אם נקבלה כאקסיומה. מובן כי רצוי להקטין את מספר הפעמים שבהם יש התערבות שיפוטית במיכניזם המסחרי של האה"ד; אולם אם ההימנעות מלהתערב תביא לכך שהאה"ד ינוצל באינטנסיביות למעשי מרמה, לא תגבר היעילות המסחרית, אלא להיפך. הסכנה שמוכרים פוטנציאליים ימנעו משימוש בא"ד מחשש לניצול חריג מרמה רחב מדי עלידי הקונים כדי להעביר את הדיון בוויכוח הקשור לחוזה המכר ל"מגרשם הכיתי" – אינה גדולה מהסכנה הנגדית, שקונים פוטנציאליים ירתעו משימוש במכשיר, המותיר אותם ללא כל הגנה של ממש מניצול לרעה. כפי שהראינו, דרישת מסמכים אופראטיביים מפורטים במיוחד לגבי אותם הפרטים החיוניים לקונה, היא אמצעי ההגנה היחיד העומד לרשותו (שגם הוא איננו מושלם: שהרי תמיד יתכנו זיוף או מרמה

⁴⁷ להלן פרק ה' סכסכ ליד הערות 78-79.

⁴⁸ לעיל, סעיף 2(ג), סכסכ ליד הערה 41 ואילך.

מושלמים שלא יתגלו בעוד מועד). מרמה במסמכים, ולו גם כזו שעדיין מותירה ביד הקונה סחורה (אך לא זו שניסה להבטיח לעצמו על-ידי המסמכים) פוגעת באמצעי ההגנה היחיד העומד לרשותו, ומבחינתו דווקא לגבי מרמה כזו נכונה המימרה "Fraud Unreveals All". התרבות מקרי מרמה מצד המוכרים מהווה בטווח הארוך סכנה ליציאות של האה"ד, שאינה פחותה מזו הנגרמת עקב התערבות שיפוטית אינטנסיבית מדי בפעילות המסחרית הקשורה לאה"ד.⁴⁹

השמירה על יציאות האה"ד תלויה אפוא לא בהצרה סתמית של היקף כלל המרמה, אלא בהצגת כלל שהאפקטיביות שלו לגבי מרמה היא מקסימלית, מחד גיסא, ומאידך גיסא ניתן ליישם אותו באופן פרקטי, כך שיפגע באופן מינימלי במהירות וביציאות של ביצוע התשלום בעסקות האה"ד.

לדעתנו, הפתרון המוצע עומד בדרישות אלו וזאת מהסיבות הבאות: ראשית, כלל המרמה המוצע אינו מאפשר לקונה לערב טענות הקשורות להפרות רגילות של חוזה-המכר, במסגרת הליך לעצירת תשלום האשראי הדוקומנטרי. כל טענת מרמה של הקונה צריכה להתייחס למצב הקיצוני והברור של מרמה רבתי או למרמה הקשורה ישירות למסמכים. המסגרת המהותית שאליה טענת מרמה מצד הקונה יכולה להתייחס היא מוגבלת, דבר שיגביל את האפשרות לפניות סרק של קונים, שכל מטרתם קיום הליך בארצם כדי לעכב תשלום.

שנית, התהליך של הבירור הראיתי הקשור לכלל המרמה המוצע הוא פשוט יחסית. הסיטואציה הקיצונית של מרמה רבתי איננה מעוררת קשיים ראיתיים ממשיים (הקונה צריך פשוט להוכיח כי שלחו לו אשפה במקום סחורה). גם הבירור של טענת המרמה הקשורה למסמכים הוא ברור-כלל – אם כי לא תמיד – פשוט יחסית⁵⁰: מדובר בטענות קונקרטיות הקשורות לזיוף או לפגיעה אחרת בהליך הוצאת המסמך, טענות שבירורן הוא לעתים עניין טכני לא מורכב או בירור ראיתי מהיר אצל הגורם שהוציא את המסמך, ולא פרישת יריעה רחבה של יחסי המוכר והקונה (על ההיבט הראיתי עוד נתעכב בפירוט בהמשך דברינו).

עם זאת מובן, כי כדי להשיג יציאות הפתרון המוצע צריך ליצור קריטריון מהותי ברור להגדרת היקף תריג המרמה (ובכך נוסף לעסוק בהמשך פרק זה) יחד עם יצירת כללים דינמיים וראיתיים, ששיגו מהירות ויציאות מקסימליים בבירור טענת המרמה (בכך נעסוק בפרק הבא).

שלישית, כלל המרמה המוצע, על שני חלקיו, מעמיד במקום שולי את שאלת הוכחת היסוד הנפשי של המוכר. במקרה של מרמה רבתי היסוד האובייקטיבי-קיצוני של המרמה (קרי: התוכן חסר הערך שהגיע בפועל לקונה) הוא כה קיצוני, עד כי הוכחת היסוד הנפשי הופכת לפשוטה ביותר⁵¹. במקרה השני של מרמה במסמכים מושם הדגש

49 E. P. Ellinger, "Fraud In Documentary Credit Transaction" *Jur. of Buss. Law* (1981) 258.

50 שנקר, 376.

51 עם זאת, קיום היסוד הנפשי מבחינה מהותית עדיין דרוש לביסוס מרמה רבתי. כך, למשל, ייתכן מצב שבו הסחורה היא חסרת כל ערך בשלב בו הגיעה לקונה אך אין ודאות שזה היה המצב בשלב בו המוכר שלח אותה. לדוגמא: משלוח של בשר יכול להגיע במצב מקולקל ומושחת לחלוטין לקונה עקב תקלה

על התערבות בהליך הכנת המסמכים – התערבות המהווה, למעשה, הפרה חוזית של חיובי המוכר במסגרת חוזה האה"ד. גם כאן תבוסס הוכחת המרמה על נתונים עובדתיים אובייקטיביים (כגון זיוף מסמך) או הצגת מצג מטעה למי שמוציא את המטען. למרות שבמקרה זה עדיין נדרשת פעולה במודע של הרמאי (להבדיל מרשלנות), הרי ברוב המקרים הוכחת פעולה של פגיעה פיזית במסמך או התערבות בהליך הוצאתו אינה מותירה כל ספק באשר להתקיימות יסוד זה. בדרך-כלל למוכר קל יותר לשכנע כי הטעין בטעות נעליים חומות או פגומות במקום שחורות במסגרת חוזה-המכר, מאשר להסביר כיצד "ברשלנותו" הצליח להשיג משמאי מסמך פיקוח על נעליים שחורות, כאשר הנעליים שהטעין היו חומות, או כיצד מחק "ברשלנות" את המלה "חום" והחליפה במלה "שחור" שב"רשלנותו" התאימה להפליא לדרישות כתב-האשראי.

"מרמה במסמכים" – מהי?

הקריטריון שהוצג לעיל כבסיס לכלל המהותי של חריג המרמה מעניק חשיבות מרכזית להבחנה בין מרמה במסמכים ובין מרמה בחוזה-המכר עצמו. בעוד שלגבי האחרונה רק מרמה רבת-תצדק עצירת תשלום במסגרת האה"ד, הרי כל מרמה במסמכים, ואפילו היקפה קטן, תהווה בסיס לעצירת תשלום. ראוי אפוא להקדיש מקום להגדרה ולהבחנה של המונח "מרמה במסמכים" והבחנתו ממרמה במכר. לרעתנו, המונח מרמה במסמכים צריך לכלול שתי סיטואציות מרכזיות, והן:

(א) פגיעה פיזית (מכוונת) ישירה במסמכים: המקרה הכולט ביותר בקטיגוריה זו הוא זיוף, אך היא כוללת גם סוגי פגיעה אחרים, כגון: מחיקה, החסרת מסמך שאינו מתאים⁵¹ או הוספת מסמך לא רלבנטי לעסקה הספציפית מתוך כוונה להטעות את מי שמקבל לידיו את המסמכים ואמור לשלם תמורתם.

(ב) התערבות מכוונת בפרוצדורה של הוצאת המסמך: בקטיגוריה זו נכללים בראש-דבראשונה המקרים של הצגת מצג-שווא בפני מי שאמור להוציא מסמך מסוים (למשל, אם מדובר בגוף המבצע בדיקה מרגמית – הצגת מדגם שקרי שלא נלקח מהסתורה העומדת למשלוח בפועל או שינוי מכוון של האריות של הסתורה או סימונן בכוונה להטעות)⁵², מסירת אינפורמציה מטעה לרשות המוציאה את המסמך וכן כל שותף או קנוניה בין המוכר ובין המוסד האמור להעניק מסמך או עובדיו, כדי להשיג מסמכים באופן התורג מהצורה הרגילה והמיועדת שבה היה אמור המסמך להיות מוצא.

במערכת-הקידור של האוניה, ומובן שעצם השחתת המטען אינה מהווה ראיה חותכת למרמה מצד המוכר הינו: לכך שהסתורה היתה מקולקלת בזמן שיצאה מידיו של המוכר.

51 לכאורה החסרת מסמך הנדרש עלידי כתב-האשראי סותרת את הגלל על סיכוייו של המוכר לקבל כסף, אך מעשית יש למוכר לעתים אפשרות להוסיף מסמכים שאינם חיוניים (או הנדרשים בצורה אופציונלית). גם מסמך בלתי-חיוני כזה יכול לגרום לאי-התאמה אם מתגלית סתירה בינו לבין מסמך אחר, שנמכר עלידי המוכר. ראה Ellinger, 309.

52 ראה, למשל, Discount Records (לעיל, הערה 33), בעמ' 318(b).

מובן כי שתי הקטיגוריות שהוצגו אינן יוצרות קריטריון ברור לחלוטין, שיתיר כל מחלוקת עתידית בדבר החלת הקריטריון על עובדות מקרה קונקרטי כלשהו; אך לדעתנו, אלו קריטריונים ברורים דיים כדי למנוע מראש נסיונות להכניס לתוכם מחלוקות הקשורות ליחסי קונדהמובר, שאין להן קשר לפגיעה במסמכים.

קריטריון מנחה נוסף הקשור להכרה במרמה במסמך הוא כי המרמה, שתהווה תנאי להוצאת צו עצירת תשלום, צריכה להתייחס תמיד למטרתו של אותו מסמך ולציפיות הקונה הסביר לגבי הנתונים המרוכזים שאותם המסמך אמור לספק. לכל מסמך הנדרש עלידי כתבהאשראי יש מטרה מוגדרת: כל מסמך משרת ציפיות קונקרטיות של הצדדים לגבי הנתונים העקרוניים, שאותם הוא אמור להבטיח. לדוגמא: אם מסמך מסוים הוא ביסודו מסמך שקילה, מטרתו היא, כמובן, להבטיח לקונה את משקלו של המטען ולא נתונים אחרים אינצידנטליים, היכולים להיכלל בו כדבר שבשיגרה.

בהקשר זה ניתן להבחין בשתי קבוצות עיקריות של מסמכים: הקבוצה הראשונה היא קבוצת המסמכים הכלליים, הנכללים כמעט בכל עסקת א"ד כדבר שבשיגרה: קבוצה זו כוללת, בדרך-כלל, את שטר המטען, פוליסת-הביטוח וחשבונית הספק.

המסמך החשוב והבולט בקבוצה זו הוא שטר המטען, שהוא המסמך הבסיסי המאשר בראש-דבראשונה את העובדה כי המוביל של הסחורה (קרי: צד ג בלתי-לוי) קיבל לידי סחורה למשלוח מהמוכר.⁵³ אך מעבר לאישור העקרוני כי אכן המוביל קיבל לידי סחורה, אין שטרהמטען מבטיח הרבה לקונה: אמנם על שטרהמטען מופיעה בדרך-כלל שורה של פרטים שונים על הסחורה כגון משקלה, כמותה, מספר החבילות, סוגה ואיכותה; אך אלו הם נתונים כלליים בלבד שהמוביל, המציין אותם על שטרהמטען, מקבלם ממי שמסר לו את הסחורה, כאשר למוביל עצמו אין את האמצעים הטכניים ואת הידע והמומחיות לברר ולאמת את רובם.⁵⁴ יוצא שמבחינתו של הקונה הזהיר, שטרהמטען מהווה אישור בדוק לגבי מספר מצומצם של נתונים, שהם עצם העובדה של קבלת מטען כלשהו עלידי המוביל (כזה הנסען להיות הסחורה המוסכמת), תאריך קבלת הסחורה עלידי המוביל (וזהו נתון רבי-חשיבות, כפי שנראה להלן) וכן מצבה הכללי החיצוני של הסחורה עד כמה שניתן לבדוק זאת בבדיקה חזותית של עין לא-מקצועית.⁵⁵ יוצא שטענת המרמה במסמך לגבי שטרהמטען מצד הקונה תוכל להתייחס רק למרמה בנתונים אלה.

המסמך השני שעליו נתעכב הוא החשבונית. זהו מסמך סטנדרטי המוצא בדרך-כלל עלידי המוכר עצמו, ומכאן מובן שאין הוא ממלא את הדרישה הבסיסית של

53 את שטרהמטען הימי (Marine Bill Of Lading) יכול כיום להחליף מסמך אחר שניתן עלידי מוביל יבשתי, ימי או אווירי או מוביל בהובלה משולבת (Combined transport bill of lading). ראה פרק D1, סעיף 25 ואילך ל-U.C.P.

54 האישור של המוביל בשטרהמטען לעניין כמותה, משקלה, סוגה ואיכותה של הסחורה אינו מהווה ממצא סופי מחייב אלא ראיה לכאורה בלבד אפילו ביחסים שבינו ובין המוכר או בעלהמטען; מה גם שהמוביל טורח לעתים קרובות לפטור את עצמו מכל אחריות לגבי נכונותם של נתונים אלו בתנאות פטור המופיעות עלידי שטרהמטען עצמו. ראה Carver, *Carriage By Sea* (1 London 3th d.), 1982, בעמ' 98-96; Sarna, 73 Tatley, *Marine Cargo Claim* (Buttler Warths, ed.), 47-49 2nd; Carver, סעיפים 110-114, עמ' 82-83.

אובייקטיביות הנדרשת ממסמך פיקוח⁵⁶. טענת מרמה במסמך לא תוכל להתייחס אפוא בכלל לחשבונית הספק, שכן קונה זהיר יימנע מלהסתמך עליה לגבי נתון כלשהו, מלבתחילה.

הקבוצה השנייה של המסמכים כוללת את המסמכים הספציפיים. קבוצה זו כוללת שורה אינסופית של מסמכי פיקוח, מקוריות, בדיקה ואישור ממוסדות ומגורמים שונים שאותם הקונה יכול לדרוש במסגרת ניסוח כתב־האשראי כדי להבטיח את עצמו בהקשר לנתונים שונים של הממכר. מסמכים כאלה אינם נכללים דרך שגרה בעסקת האה"ד, אלא הם פרי דרישה ספציפית של הקונה⁵⁷ השואף להבטיח את התאמת הסחורה במישור הספציפי ובדרך־כלל מוכן לייקר את העסקה בשל כך. מטרתו המרכזית של המסמך הספציפי היא למנוע תלות של הקונה ביושרו ובדייקנותו של המוכר על־ידי הבטחת התקיימות של נתון מסוים בממכר, דרך אישור של גורם בלתי־תלוי לגבי התקיימותו של אותו נתון⁵⁸. לאור זאת, נקל להבין את החשיבות העצומה שיש למסמך האישור הספציפי לגבי הקונה ואת הפגיעה הקשה שתגרום לו מרמה במסמך כזה. הקונה, שטרח ודרש אישור מיוחד משמאי או ממכון תקינה כי הנעליים שיישלחו אליו הן מעור צבי שחור דווקא, ולא חום, ואף נשא בעלות הלא־קטנה של הוצאת מסמך כזה, לא יתנחם בעובדה שנעליים חומות אינן חסרות־ערך אלא שוות כ־80% משווי נעליים שחורות: המרמה במסמך תשמיט את הקרקע מתחת לציפיה מסחרית בסיסית שלו מהעסקה, שהוא אף דאג לעגנה במסגרת חוזה האה"ד – ומוצדק אפוא להושיט לו סעד כנגד סיכול ציפיה זו במסגרת האה"ד עצמו.

ה. הגוף המתאים לבירור טענת המרמה באשראי דוקומנטרי

1. תפקידו של הבנק במקרה רגיל לאור כללי ה־U.C.P. 59 – חובת הבדיקה

במסגרת עסקת האה"ד נקבעות זכויותיהם של הצדדים לעסקה בהתאם למסמכים המועברים על־ידי המוכר לבנק ועל־ידי הבנק לקונה. כללי ה־U.C.P. המסדירים את זכויות הצדדים, מכירים בחובתו של הבנק לקבל את המסמכים הנמסרים לו על־ידי המוכר, בתנאי שהמסמכים האלו מתאימים לדרישות כתב־האשראי. מאידך גיסא, אם המסמכים אינם תואמים לדרישות כתב־האשראי, יש לבנק זכות בלפי המוכר לרחות אותם (במסגרת חוזה האה"ד) והוא אף חייב לעשות כן, אחרת יאבד את זכותו לשיפוי כלפי הקונה (במסגרת חוזה פתיחת האשראי)⁶⁰. לאור כללי ה־U.C.P. נקבעת השאלה

56 Ellinger, 326–327.

57 סעיף 23 ל־U.C.P. על הקונה מוטל הנטל לנסח במדויק את דרישותיו ממסמך כזה, אחרת לא יוכל לבוא בטענות לבנק, אם זה קיבל מסמך מסוים בהסתמך על ניסוח כללי או מטעה של כתב־האשראי.

ראה סעיף 14 ל־U.C.P. וכן *Commercial Banking Co. of Sydney Ltd. v. Jalsard Pty Ltd.* (1973) A.L. 279 (P.C.) 285–286.

58 Ellinger, 327; ומכאן גם כי לדעתנו אין להבדיל בטענת מרמה במסמך כאשר המסמך הוא המסמך של המוכר עצמו, התלוי כולו ביושרו ובאמינותו של זה (ראה, למשל, *Bossier Bank & Trust v. Union Plunters Nat. Bank*, 550 F. 2d 1077, 1082 (1977)).

59 כללית, ראה פרק ג, סעיפים 15–21 ל־U.C.P.

60 סעיף 16(A) ל־U.C.P.

האם המסמכים הנמסרים הם אכן מתאימים, על בסיס בדיקה שהבנק מבצע, לברר את התאמת המסמכים על פניהם לדרישות כתב-האשראי. יוצא, שמערכת החובות והזכויות של הבנק כלפי שני הצדדים לעסקת האשראי נקבעת על בסיס בלעדי של התאמת המסמכים על פניהם. הבנק חב כלפי הקונה לבדוק בזהירות סבירה את התאמת המסמכים על פניהם⁶¹, ובהתעורר שאלה של אי-התאמה עליו להחליט, על בסיס המסמכים בלבד, האם לקבל אותם או לדחותם⁶².

תוכן חובת הבדיקה של הבנק כולל בדיקה חזותית של המסמכים על פניהם. בדיקה זו מיועדת לוודא כי המסמכים, על פניהם, תואמים את נוסח דרישות כתב-האשראי על-פי תוכנם וצורתם וכן כי המסמכים הם רגולריים, כלומר: דומים בצורתם למתכונת הרגילה של מסמכים מאותו סוג⁶³. הבנק איננו נדרש וגם איננו רשאי לבדוק את משמעותם המשפטית של המסמכים, את השלכותיהם המסחריות או את נכונות הפרטים הכלולים בהם⁶⁴. הבנק גם אינו נדרש, במסגרת חובת הזהירות הסבירה שלו, לבדוק את האותנטיות של המסמכים ברמה של מומחה לזיוף⁶⁵.

עם זאת, מופר בספרות המשפטית הכלל כי חובת הזהירות של הבנק עשויה להתגבר בצורה משמעותית, אם הבדיקה הרגילה של המסמכים מעלה חשד של אי-התאמה או אי-רגולריות⁶⁶. חשד כזה יכול להתעורר מתוך בדיקת המסמכים עצמם, התאמת הפרטים בתוך המסמכים וביניהם וכן מתוך אופן, עיתוי או נסיבות הצגת המסמכים⁶⁷. כל פרט כזה המעורר חשד מחייב את הבנק לבדיקה יסודית ומוגברת של התאמת המסמכים – בדיקה החורגת מעבר לסטנדרט הרגיל של בדיקת המסמכים על פניהם, אפילו אם כשלעצמו אין בפרט המחשיר די כדי להצדיק את רחיית המסמכים⁶⁸. אולם, בכל מקרה, המסגרת שכללי ה-U.C.P. מציבים ביחס לעצירת תשלום על-ידי הבנק מתייחסת אך ורק להתאמתם הפורמלית של המסמכים לדרישות כתב-האשראי. ההחלטה הסופית של הבנק להימנע מתשלום נעשית על יסוד המסמכים בלבד⁶⁹. גם העיקרון של חובת הזהירות המוגברת איננו משנה עובדה זו: אם לאחר קיום הבדיקה

61 סעיף 15 ל-U.C.P.

62 סעיף 16(b) ל-U.C.P.

63 Ellinger, 297-298. מובן כי דרישה זו מתייחסת בעיקר למסמכים הרגילים והנפוצים ולא למסמכים ספציפיים מיוחדים, שממילא עשויים להיות שונים ומשונים בצורתם ובתוכנם.

64 סעיף 17 ל-U.C.P.; Gutteridge, עמ' 91.

65 Sarna, 70-71, וכן, 754, 2 All E.R. (1974) *Gian Sirgh & Co. Ltd. v. Banco D'L'Indochina*, 757-758 (P.C.).

65 Ellinger, 161-162, 166.

66 Ellinger, 298-300. שאלה יפה היא האם חובת הזהירות המוגברת יכולה להיווצר גם עקב מידע חיצוני למסמכים, שנמסר לבנק על אי-התאמה. לכאורה, לאור נוסח סעיף 16(b) ל-U.C.P. (ולעיל, הערה 62) התשובה לכך שלילית: אך לנו נראה, כי מבחינת הדיכונל של הגברת חובת הזהירות והחובה לבדוק את המסמכים ביתר העמקה אין הבדל בין חשד העולה מתוך המסמכים או מנסיבות הצגתם, ובין חשד המתעורר עקב מידע חיצוני למסמכים.

66 *Bank of America Nat. Trust & Saving Ass'n v. Liberty Nat. Bank And Trust Co. of Oklahoma City* 116 F. Supp. 233, 240-241.

67 ראה סעיף 16(b) הנ"ל וכן Ellinger, 164 ואילך.

היסודית נמצא כי המסמכים מבחינת צורתם ותוכנם תואמים, חובה על הבנק לקבלם ולשלם למוכר את סכום האשראי.

יוצא, כי המסגרת של כללי ה-U.C.P. אינה עוסקת כלל בסיטואציה של מרמה: המאפיין העיקרי של סיטואציה כזו הוא כי המסמכים על פניהם תואמים מבחינה חזותית-חיצונית את דרישות כתב-האשראי, אך בפועל יש פגם באותנטיות שלהם או מרמה רבתי בחוזה-המכר. בכללי ה-U.C.P. אין כל פתרון למצב כזה, ואם נקבל אותם בהסדר ממצה לגבי סוגיית המרמה יצא שלמעשה, חריג המרמה אינו קיים כלל. הכללים מעניקים לבנק תפקיד מרכזי בכל הקשור להחלטה בעניין התאמת המסמכים. השאלה היא האם יש להעניק לבנק תפקיד כזה גם בהקשר ליישום עקרונות המרמה (שהם חיצוניים, כאמור, לכללי ה-U.C.P.). או, במלים אחרות, מהו הגוף המתאים לבירור טענת המרמה שהקונה מעלה כבסיס לעצירת התשלום: הבנק או בית-המשפט?

2. הגוף המתאים לבירור טענת המרמה: הבנק או בית-המשפט?

כבר עמדנו על כך שעקרונות המהירות והיעילות העומדים בבסיס שיטת האה"ד, עלולים להיפגע כתוצאה מהתערבות שיפוטית מוגברת במיכניזם של ביצוע התשלום. הסכנה היא, כי קונים שפתחו א"ד ינסו לעצור את התשלום על-ידי פנייה לבית-המשפט בטענת מרמה חסרת-בסיס שתאפשר להם לעכב את ביצוע התשלום עד לסיום ההליך, ותגרום אי-נוחות רבה למוכר שיצטרך להתדיין בארצו של הקונה.

אחת ההצעות לפתרון בעיה זו גורסת, כי הבירור וההכרעה במקרה של טענת מרמה צריכים להיעשות על-ידי הבנק הפותח, היינו: במקרים של טענת מרמה מצד הקונה תופנה הטענה לבנק המוציא שיוכל לקבלה או לדחותה. בדרך זו המציעים מקווים לחסוך את הסרבול וחוסר-היעילות של בירור הטענה בפני בית-המשפט.⁶⁷

האם פתרון כזה הוא רצוי?

מובן כי גם אם נקבל פתרון שלפיו תוקנה לבנק סמכות להחליט בסיטואציה של מרמה, עדיין יהיה הבנק כפוף בהחלטתו לבית-המשפט שיוכל לפקח על החלטותיו. למעשה, הצד שנפגע מהחלטתו של הבנק יוכל בכל מקרה למהר ולעתור לבית-המשפט, בניסיון להוכיח כי החלטת הבנק נוגדת את הדין החל על הסיטואציה הקונקרטית, ולכן על בית-המשפט למנוע את ביצוע החלטת הבנק או, אם הבנק כבר פעל, לחייב אותו בפיצוי הצד שנפגע על נזקו מהפעולה המוטעית. מי שמציע לתת לבנק סמכות החלטה בעניין המרמה איננו מציע פתרון שימנע כל אפשרות של פנייה לבית-המשפט, אלא פתרון שיתן בידי הבנק סמכות של שיקול דעת שבמסגרתה יוכל להחליט ולפעול, יחד עם אמצעים דינמיים שיקטינו (אך לא ישללו כליל) את הכדאיות של פנייה לבית-המשפט, בניסיון לתקוף החלטה של הבנק בנושא. פתרון כזה מוצע על-ידי שנקר⁶⁸, ועיקרו מתן סמכות לבנק לעצור תשלום בכל הקשור למרמה במסמכים, יחד

⁶⁷ פתרון כזה מוצע על-ידי כותבי המאמר במיניסוטה (לעיל, הערה 1, בעמ' 510-513) ובעקבותיהם על-ידי שנקר (בעמ' 576 למאמרו), לפיו במקרים של זיוף יוסמך הבנק להחליט על ביצוע או דחיית דרישת התשלום ללא צורך בפנייה לבית-המשפט.

⁶⁸ שם, שם.

עם הגדרת ההוצאות, שיפסקו כנגד מי שניסה ללא הצלחה לתקוף את החלטת הבנק בעניין כזה. המשמעות המעשית של פתרון כזה המעניק לבנק סמכות היא, כי לבנק יהיה מרחב של שיקול-דעת, שבמסגרתו גם החלטה מוטעית תוכר עלידי בית-המשפט כחוקית – אם ניתנה בתחום שיקול-הדעת המוקצה לבנק⁶⁸. המשמעות של הכרה בתוקפה המחייב של החלטת הבנק, למרות הטעות שנפלה בה, יכולה לבוא לידי ביטוי בשני מישורים: הראשון, צד שינסה לתקוף החלטה כזו של הבנק טרם ביצועה עלול להיכשל ובית-המשפט עשוי לקבוע כי יש לבצע את ההחלטה, למרות היותה מוטעית. חשיבותו המעשית של כלל הסמכות במקרה זה איננה גדולה לדעתנו, שכן סביר כי בית-המשפט, שיגיע למסקנה שהחלטת הבנק מוטעית, יורה על שינויה ולכלל הסמכות לא תהא השפעה של ממש.

המישור השני והחשוב יותר הוא שהבנק יוכל לפעול באופן מיידי, בהסתמך על כך שגם אם טעה בהחלטתו ופעל באופן הסותר את הדין המהותי – שהיה צריך לחול באותו מקרה – עדיין יהא פטור מאחריות כלפי הצד הנסגע, שכן פעל בתחום שיקול-דעתו. החשיבות של נקודה אחרונה זו גדולה במיוחד דווקא במקרה שהבנק החליט לשלם למוכר למרות טענת המרמה מצד הקונה, שאז גם אם החלטת הבנק אינה תואמת את הדין החל בסוגיית המרמה, עדין יהא פטור מאחריות כלפי הקונה, וזה יהיה חייב לשפותו על התשלום (המוטעה) שבוצע. (עם זאת, גם במקרה שהבנק יחליט לעצור תשלום תהיה משמעות מסוימת לכלל האמור; שכן, אפילו יעתור המוכר לבית-המשפט וזה יצווה על הבנק לשלם, עדיין יהיה הבנק, שפעל בתחום מרחב שיקול-הדעת פטור מהנזקים שנגרמו למוכר כתוצאה מעיכוב התשלום).

יצא, שהחשיבות המעשית של כלל הסמכות שתוענק לבנק תבוא לידי ביטוי בעיקר במקרה שבו הבנק מחליט לשלם באופן מיידי, למרות טענותיו של הקונה לגבי המרמה. האם יש מקום להכיר בכלל כזה של הענקת הסמכות לבנק? לדעתנו, התשובה לשאלה זו היא שלילית וזאת מכמה טעמים:

ראשית, הבנק האמור להיות הסמכות המחליטה לפי ההצעה האמורה הוא עצמו צד לעסקת האה"ד שיש לו אינטרסים משלו בה: הבנק מטבעו אינו רשות שיפוטית אלא גוף מסחרי, שיש עליו לחצים עסקיים העלולים לגרום לכך, שהחלטתו תתאם את הפתרון הנוח לו ולא את הפתרון המשפטי הנכון לסכסוך. עצירת התשלום מהווה בראש-דבר אסונה פגיעה במוניטין של הבנק וביחסיו עם הבנק בחו"ל, דבר שהבנק ישאף למונעו ברוב המקרים. מצד שני, הבנק עלול להחליט לטובת עצירת תשלום מנימוקים לא רלבנטיים, למשל כיוון שהקונה הוא לקוח חשוב שלו היכול להפעיל עליו לחץ פיננסי במישורים שונים⁶⁹.

שנית, הבנק חסר הן את הידע המשפטי הדרוש והן את הכלים המתאימים לבירור

⁶⁸ לגבי עקרון הסמכות כמעניק למוסד את החופש לחייב את מי שכפוף להחלטותיו גם אם ההחלטה מוטעית ראה: A. Rubinstein, jurisdiction & illegality, (Oxford, 1965), chap. 9, pp. 212-214; וכן: בג"ץ 390/80, דפי זהב נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421, 441-443.

⁶⁹ מיניסטר (לעיל, הערה 1), 516; Ellinger, 197-196, Justice; לעיל, הערה 15, 506. וכן פסקהדין U.C.M. (לעיל, הערה 14) בעמ' 727.

ראיתי מקיף, המתחייב מהעלאת טענת המרמה⁷⁰. הטיעון, כי יש להעניק לבנק סמכות לטפל בטענת מרמה במסמכים – שכן בירור טענה של מרמה כזו או זיוף הוא עניין פשוט שהבנק מסוגל להתמודד אתו⁷¹ – איננו עומד, לדעתנו: בירור טענת מרמה במסמכים או זיוף הוא אמנם ברוב המקרים פשוט יותר מבירור של טענת מרמה ("רגילה") בחוזה-מכר – אך עדיין בירור כזה מצריך הליך משפטי מסודר, הכולל שמיעת עדויות וקבלת ראיות, ולא רצוי להפקיד בנק מסחרי על הליך כזה. אפילו נצמצם את סמכותו של הבנק למקרים של זיוף ממש, עדיין אין בירור טענת הזיוף מהווה ענין טכני פשוט⁷²; בחלק גדול מהמקרים גם בירור טענה כזו מחייב בדיקה יסודית המשלבת בחינת ראיות ועימותן זו עם זו – הליך המתאים באופיו לטיפול של בית-משפט. הנימוק השלישי כנגד הענקת סמכות כזו לבנק הוא, שההצעה האמורה מעמידה את הבנק במצב קשה. הבנק, כאמור, איננו גוף שיפוטי נייטרלי אלא גוף מסחרי שאין לו מעמד מוכר של רשות שיפוטית. כל צעד של עצירת תשלום שעליו יחליט הבנק יגרום מיד לחשדות שיופנו אליו, ביחס לקנוניה אפשרית בינו ובין הקונה הנמצא בארצו. מעמדו של בנק שהחליט על עצירת תשלום עקב סמכות שנתונה לו כהתאם לדין המקומי ללא כל בסיס של ממש בכללים הבינלאומיים החלים על אשראים דוקומנטריים⁷³ יהיה חסר מלהיות נוח, וקשרי העבודה שלו עם בנקים בארצות אחרות ייפגעו ללא ספק⁷⁴. לא ייפלא אפוא, כי הבנקים עצמם אינם ששים ככל הנראה לקבל את הסמכות הנ"ל שהיא לרידים חרביפיות, שתטיל עליהם סיכונים משפטיים ומסחריים ולא תעניק להם כל יתרון ממשי⁷⁵. ראייה מובהקת לכך שהמערכת הבנקאית

70 מיניסוטה, שם; Ellinger, 197.

71 שנקר, 576.

72 כרי לבדוק אם חתימה או מסמך מסוים זרופו, הבנק המוציא (שאליו מופנית הטענה, בדרך כלל מטעם הקונה) צריך להשיג דוגמת מסמך מקורי כזה או דוגמת חתימה של מי שהיה אמור להוציא את המסמך. דוגמאות כאלו אינן נמצאות בידיו של הבנק המוציא, שכן הן אינן מצורפות למסמכי האשראי (מסיבות מובנות שאחרת תהיה מלאכתו של הדיין קלה יותר). לכן הבנק המוציא צריך לפנות לבנק המכותב בחו"ל ולבקש ממנו להשיג את המסמכים או החתימות המקוריות ולבצע את הבדיקה הנ"ל. רק לאחר שהבנק המכותב ביצע את הבדיקה, יגיעו הדוגמאות אל הבנק המוציא, שיבצע בדיקה משלו. יוצא שמדובר ממילא בהליך ארוך ומורכב למדי המתאים מטבעו לבירור שיפוטי ולא בכמה פעולות טכניות הניתנות לביצוע מידי (כגון הצגת המסמכים בפני מומחה מקומי, ותו לא).

73 רוגמא טובה ליחס של הפרקטיקה הבינלאומית לעצירת תשלום של א"ד בכלל נמצאת בפרשת Power Curber (לעיל, הערה 31). כאן החליט בית-משפט כחייטי להיעתר לבקשה לצו עצירת תשלום של קונה מקומי שהתבססה כל כולה על טענות של הפרת חוזה-מכר, והורה לבנק כחייטי שלא לשלם את האה"ד למוכר מצפון-קורלינה. בית-משפט אנגלי שלפניו הובא העניין דרך תביעתו של המוכר, לא היסס לקבוע כי הוא מוסמך לדון בתביעה (שלא היה לעובדותיה שום קשר לאנגליה) ולחייב סניף של הבנק הכחייטי שמושבו בלונדון לשלם את סכום האה"ד. בית-המשפט גינה בחריפות את החריגה של בית-המשפט הכחייטי מהמסגרת הבינלאומית המוכרת לגבי א"ד (ראה עמ' 612–613 לפסקה הדין).

74 מסיבה זו קורה, כי לעיתים קרובות גם כשהבנק משוכנע בצדקת טענת המרמה, הוא מבקש מהקונה לפנות לבית-המשפט כדי שהבנק יהיה מכוסה מבחינת המוניטין שלו כמי שעצר תשלום רק לאחר שנאנס לכך (Ellinger, 196–197).

75 Ellinger, שם; מיניסוטה, 512–513. זה גם הרושם שקיבל כתב שורות אלו משיחה שניהל בעניין זה עם בנקאי המצוי בפרקטיקה של האשראים הדוקומנטריים.

מעוניינת להשאיר את הטיפול בבעיית המרמה למערכת המשפטית, מספקים כללי ה-U.C.P. עצמם. מנסחי הכללים היו מודעים היטב לחשיבות של בעיית המרמה⁷⁶, אך בכל זאת נמנעו מלתת לה פתרון כלשהו במסגרת הסמכויות והזכויות שהכללים מעניקים לבנקים. הכללים מצביעים בבירור על כך, שהגורמים שניסחו אותם ראו את תפקידו של הבנק כמסתיים, ברגע שהטענות כנגד המוכר חורגות מעבר לבדיקה על-פני המסמך⁷⁷.

יוצא שיש להבחין הבחנה ברורה בין תפקידם של הבנקים ובין תפקידיו של בית-המשפט במסגרת עסקת האה"ד. בדיקת המסמכים על-ידי הבנק המוציא היא פעולה טכנית בעיקרה שכל מטרתה היא לבדוק את המסמכים על פניהם בבדיקה חזותית כדי לוודא את התאמתם לדרישות כתב-האשראי⁷⁸. אולם, פעולות הבנק וסמכויותיו מתמצות במישור זה של הבדיקה הטכנית על-פני המסמכים. בכל מקרה שבו מתחייב בירור החורג מהבדיקה הנ"ל – על-פני המסמכים – יתבצע הבירור על-ידי בית-המשפט אליו הקונה פונה.

מובן שהאמור לעיל אינו מונע מקונה (או ממוכר) שאינם מרוצים מפעולות הבנק לפנות לבית-המשפט כדי לתקוף את החלטת הבנק ביחס להתאמת המסמכים במישור הטכני, אלא שבמקרה של מרמה הזכות הבלעדית להחליט בעניין התשלום נמצאת בידי של בית-המשפט. בית-המשפט הבוחן טענה של מרמה, בין אם המדובר "במרמה רבת" במכר ובין אם מדובר במרמה במסמכים מבצע בירור ראייתי החורג מבדיקת המסמכים על פניהם. הבדיקה מיועדת לברר האם בוצעה מרמה שלא באה לידי ביטוי באי-התאמה של מסמכי העסקה.

הראינו לעיל, כי לדעתנו פעולה של זיוף המסמכים או הוצאתם במרמה (קרי: "מרמה במסמכים") היא מבחינה מהותית הפרה של עקרון ההתאמה הקפרנית, ולכן גם הפרה של חוזה האה"ד עצמו⁷⁹. עם זאת, חשוב להדגיש כי הדרך המעשית לבירור טענה של מרמה במסמכים היא, כאמור, פניה לבית-המשפט שיכריע בטענה. העובדה כי העקרון הטכני של "ההתאמה הקפרנית" – כפי שהוא בא לידי ביטוי בכללי ה-U.C.P. – מתמצה בדרישה של בדיקת המסמכים על פניהם (ותו לא), איננה סותרת את הקביעה המהותית כי מרמה או זיוף המסמכים הם הפרה של חוזה האה"ד עצמו. אם כי הדרך המעשית

76 ראה דברי ההקדמה לנוסח העדכני של ה-U.C.P. (1983 Revision), פרטומי ה-I.C.C. מס' 400, בעמ' 7. יש לציין כי הפרקטיקה הבינלאומית הקשורה באשראי דוקומנטרי מתנגדת להענקת שיקול

דעת לבנק אפילו במסגרת הצדה של דוקטרינת ההתאמה המחלטת; ראה Ellinger, 284-285. סעיפים 15, 16(a), 16(b), 17 ל-U.C.P. אין גם כל מקום לדעתנו – ללמוד בעניין זה מהמחבר הקיים כחלק ממדיניות ארצות-הברית שאימצו את ההסדר הסטוטורי המיוחד הקבוע בסעיף 5-114(2)(b) Uniform Commercial Code. לפי הסעיף הנ"ל יש לבנק המוציא אפשרות לשלם או לעצור תשלום כאשר מתעוררת טענה של מרמה. על ההסדר המוצע בסעיף הנ"ל נמתחה ביקורת ונעשו נסיונות לפרש אותו באופן מצמצם (מינימום), לעיל, הערה 1, 510-513. בכל אופן, בהעדר חקיקה מפורשת בנושא בישראל אין כל הצדקה או ביסוס להעניק לגוף מסחרי (כגון הבנק המוציא) סמכויות מעין אלו (והשווה שנקר, בעמ' 576).

78 סעיף 4 ל-U.C.P. ולעיל, טכסט ליד הערות 60-67.

79 לעיל, פרק ד. טכסט ליד הערה 47 ואילך.

לבירור הפרה כזו היא עלידי הפעלת בתי-המשפט ולא דרך המערכת הבנקאית שממילא איננה מטפלת כלל בסכסוכים המעוררים שאלה של מרמה⁷⁹.

ו. שיקולי בית-המשפט בבקשת צו מניעה זמני לעצירת תשלום המישור הדיוני ומידת ההוכחה

הדין בחריג המרמה לא יהיה שלם בלי התייחסות לצד הדיוני והראייתי של ההליך, שבו הקונה מבקש מבית-המשפט לאסור על הבנק לשלם את האה"ד למוכר. בעניין זה יש חשיבות רבה ביותר דווקא לשאלות הדיוניות, העולות מהליכי-הביניים הקשורים לבקשת הקונה להוצאת צו מניעה זמני, שיעכב את התשלום של הבנק לנהנה מהאה"ד. החשיבות הרבה של ההכרעה לגבי הצו הזמני והייחוד שיש להליכי-הביניים בעניין א"ד נובעים מכמה סיבות: ראשית – כפי שהראינו – אחת ממטרותיו העיקריות של האה"ד היא להעניק למוכר "הבטחה מוחלטת" לתשלום, באופן שבכל ויכוח שיתעורר בינו לבין הקונה, יהא האחרון בבחינת "המוציא מחברו" שייאלץ לכתת את רגליו לארצו של הלה. עצם הענקת הצו הזמני, משנה מיד את האיוון הנ"ל. הקונה שקיבל לטובתו את הצו זוכה ביתרון דיוני משמעותי המתבטא בכך שהספף נשאר בארצו-שלו, והמחלוקת באשר לתשלום תתברר בפני הפורום הקרוב אליו. המוכר, שכבר שלח את הסחורה, מועמד במצב קשה: הוא צריך לדרוש את כספו כתביעה בארץ-חוז. שנית, וגם על כך כבר עמדנו, יתרונה החשוב של שיטת-האה"ד הוא יעילותה המסחרית. יתרון זה מבוסס במידה מרובה על המהירות שבה מתבצע התשלום במסגרת העסקה. כל התערבות שיפוטית, ולו גם בצו זמני, גורמת לעיכוב משמעותי של התשלום ועלולה לכן לסכן את יעילותו של האה"ד. שלישית, המאפיין של הליך בקשת צרמניעה זמני בעניין א"ד הוא, שבדרך-כלל המוכר – הוא הנפגע העיקרי מהצו – איננו מיוצג בהליך. גם כאשר נדונה הבקשה לצו בפני שני צדדים, הרי מול הקונה מתייצב בדרך-כלל בבית-המשפט המקומי הבנק, המתנגד לבקשה. אלא שהאינטרס של הבנק – כפי שראינו – איננו זהה תמיד לזה של המוכר כך שלא תמיד המוכר זוכה לייצוג נאמן ויעיל, ולא תמיד יש לבית-המשפט הזדמנות לבחון את גרסתו ואת הראיות התומכות בה⁸⁰. יוצא, שלהכרעה בדבר מתן צרמניעה זמני לעצירת תשלום האה"ד יש השלכה רבה ולעיתים קרובות על סיכויי הקונה להצליח בתביעה העיקרית ועל סיכויי כל צד להגשים את הציפיות המקוריות שלו מהעסקה. לכן יש מקום לבחון את שאלת התאמתם של הכללים הרגילים בדבר הענקת צרמניעה זמני לסוגיא הנדונה. מטרתו של הסעד הזמני היא "הקפאת המצב", קרי: מניעת שינוי העובדות בשטח בזמן ניהול התביעה העיקרית, כדי להבטיח כי הצד שזוכה בתביעה העיקרית יוכל לממש את זכויותיו המשפטיות⁸¹. במסגרת זאת בית-המשפט בודק בעיקר התקיימות שלושה תנאים מרכזיים שעל המבקש צרמניעה זמני לעמוד בהם, והם:

- (א) – על המבקש להראות כי יש לו עילה מהותית לכאורה;
- (ב) – על המבקש להוכיח כי לתביעתו יש סיכויי הצלחה;

⁷⁹ לעיל, פרק ד', ולהלן, הערה 110.

⁸⁰ *Edward Owen Engineering Ltd. v. Barclays Bank Int. Ltd.*, לעיל, הערה 40, 1985(c).

⁸¹ זוסמן, סדר הדין האזרחי (בורסי, מהדורה רביעית 1985), 471. וכן Kozlochyk, International

Encyclopedia Of Comparative Law, vol. IX, Chap. 5, Letters Of Credit, pp. 123-124.

(ג) – מאזן הנוחיות בין הצדדים נוטה לטובת הענקת הסער⁸².
 התנאי הראשון איננו מעורר בענייננו כל שאלה מיוחדת. מובן כי תנאי הכרחי למתן הצו הוא שהקונה יראה כי לכאורה יש לו עילה מהותית, קרי: התנאים לעצירת התשלום לפי התוכן המהותי של כלל המרמה, מתקיימים.
 את שאר התנאים ראוי לבדוק ביתר פירוט:

(א) סיכויי הצלחת התביעה – מידת הוכחת המרמה הנדרשת המקונה

ההלכה הכללית בעניין זה היא, כי במסגרת בקשת צרמניעה זמני אין הדרישה להוכחת סיכויי ההצלחה הנדרשת מהמבקש גבוהה במיוחד. גם אם סיכויי של המבקש להוכיח את עילתו ולהצליח בתביעה העיקרית אינם גבוהים, אך התביעה אינה חסרת כל סיכוי, עדיין אפשר להעניק לו צרמניעה זמני⁸³. לאור השיקולים שהובאו לעיל מובן, כי אין ליישם את הדרישות האלו כפי שהן לעניין א"ד. השאלה היא מהי מידת ההוכחה של מרמה שיש לדרוש מהקונה, כתנאי להענקת צו זמני לעצירת תשלום. מובן כי רמת ההוכחה צריכה להיות גבוהה מהרמה הרגילה של "הוכחה לכאורה" או של העלאת חשד גרידא. ההלכה האנגלית דוגלת בקריטריון מחמיר ביותר בעניין זה, המתבטא בדרישה לכך שהקונה יוכיח בצורה ברורה ובדרגת הסתברות גבוהה את המרמה של המוכר כבר בשלב המקדמי הנ"ל⁸⁴.

לדעתנו השיקולים שפורטו לעיל אכן מחייבים לדרוש מהקונה להוכיח את המרמה ברמת הסתברות גבוהה ובאמצעות ראיות אובייקטיביות מבוססות היטב (להבדיל מהסתמכות על תצהיר או עדות של הקונה או מטעמו). עם זאת, אין לדעתנו נרמקום לדרוש הוכחה קונקלוסיבית של מרמה מעל לכל ספק סביר⁸⁵.

הכללים המהותיים שהצענו לעיל לגבי תוכן כלל המרמה מאפשרים יישום נוח של הדרישות הראייתיות הגבוהות מהקונה המבקש צרמניעה. הוכחת מרמה רבתי היא, ברוב המקרים, עניין פשוט למדי. המבקש יכול להציג לבית המשפט ראיה אובייקטיבית כגון חוות-דעת של שמאי או מעריך, כי הסחורה שנשלחה אליו חסרת כל ערך מסחרי של ממש. בהקשר זה, ראוי להדגיש כי כל ספק בעניין ערכה המסחרי של הסחורה צריך לפעול כנגד הקונה, היינו: כל מחלוקת לגבי השאלה האם לסחורה שנשלחה יש ערך מסחרי מעבר לערך של גרוטאות או אשפה, תטיל על הקונה את הנטל לשכנע בצדקת גרסתו; אחרת אין הוא זכאי לצו.

גם במקרה של מרמה במסמכים ניתן לעיתים קרובות לבסס חשדות ממשיים – כאלה

82 ווסמן, בעמ' 473.

83 ע"א 497/61 סיאני נ' יצהרי, פ"ד טו(3) 2310, 2312; ע"א 418/79 תאני נ' בהן, פ"ד לד(4) 161,

167; ווסמן, שם, שם.

84 Edward Owen (לעיל הערה 40), 893 Harbottle (לעיל, הערה 33), 870. גישה מחמירה עוד יותר בית המשפט מבטא בפרשת Discount Records (לעיל, הערה 33), 319. בית המשפט מטיל ספק אם בכלל ניתן להוכיח מרמה ברמה הנדרשת בהליך שבו המוכר אינו מיוצג.

85 118-117, Sarna, Harfield (לעיל, הערה 19), 612. על בית המשפט לאפשר לקונה לאסוף ראיות בכמות מספקת. לצורך כך אין מניעה להעניק לקונה "צדהמתנה" שימנע מהבנק תשלום תקופה קצרה (ימים ספורים), כדי שהקונה יוכל לפעול (ראה שנקר, 584).

המצדיקים מתן צו זמני – עלידי ראיות אובייקטיביות שיושגו במהירות ובאמצעים פשוטים למדי. שיחת-טלפון או טלקס לרשות שהמסמך מתיימר להיות שלה יכולה לאשר כי המסמך לא הוצא כלל עלידה או שאינו זהה למה שאותו מוסד מוציא, או שהפרוצדורה שננקטה בהקשר להוצאת אותו מסמך חרגה מהרגיל⁸⁶; עם זאת מובן, שלא כל מקרה של מרמה במסמכים ניתן לבירור באמצעים כה פשוטים. העובדה כי התיזה המוצעת אינה מייחסת משקל מרכזי ליסוד הנפשי של המוכר⁸⁶, מקילה גם היא על מלאכת הבירור הראייתי.

(ב) מאזן הנוחיות בין הצדדים

על המשמעות המעשית של הענקת צרמניעה זמני לגביו של המוכר כבר עמדנו בדברינו בראשית הפרק. יש לזכור, כי הענקת הצו לעצירת התשלום מתבצעת בדרך-כלל לאחר שהמוכר כבר שלח את הסחורה ומעמידה, לכן, את הקונה במצב של מי שהן הכסף והן הסחורה נמצאים בידי (או לפחות במדינתו, ולא בידי המוכר). ההצדקה לשינוי במאזן הכוחות המסדרי בין הצדדים ולחיוב המוכר שקיבל "הבטחה אבסולוטית" לנהל הליך משפטי מייגע בארצו של הקונה, חייבת אפוא להתבסס על שיקולים חזקים של נוחיות שיטו את הכף לטובתו של הקונה. למעשה, על הקונה לשכנע את בית-המשפט כי הנזק שייגרם לו עקב ביצוע התשלום הוא בלתי-ניתן-לתיקון⁸⁷ או לפחות נזק כבר העולה על נזקו של המוכר עקב עיכוב ביצוע התשלום. בסיטואציה של "מרמה רבתי" עמידה בדרישה הנ"ל היא משימה אפשרית בהחלט, שכן סביר להניח כי הרמאי ששלח אשפה במקום סחורה לא ישב במקומו אלא ימלט עם הכסף; ולכן הקונה הנפגע יוכל לשכנע את בית-המשפט כי הנזק שייגרם לו אם לא יינתן הצו הוא בלתי-ניתן-לתיקון⁸⁸. לעומת זאת, בסיטואציה של מרמה במסמכים התנאי של מאזן הנוחיות מהווה קושי ממשי שיעמוד בפניו של המבקש, המנסה לשכנע את בית-המשפט כי הכף אכן נוטה בבירור לטובתו.

(ג) ערובות מצדו של הקונה כתנאי להענקת צרמניעה הזמני

לאור היתרונות המוענקים לקונה המקבל צרמניעה זמני מובן, כי הפיתוי של קונה פוטנציאלי להגיש בקשת-סרק לצו כזה הוא גדול ביותר. עלידי עצם השגת הצו הקונה יכול לעכב את

86 ראה, למשל, *Establishment Esfeca v. Central Bank* (1979), 1 Lloyds Rep. 445, (C.A.), 447.

86 לעיל, טכסט ליד הערה 50.

87 *Shaffer v. Brooklyn Park garden Apartments*, 250 N.W. 2d 172, 181 (Supp. c of Minn.); *Dinamics Corp. of America v. Citizens & Southern Nat. Bank*, 356 F. Supp. 991 (1973); 999 p. וכן *Kozolchik* (לעיל, הערה 81), 126-127.

88 פסקהדין *Dynamics Corp. הנ"ל*, בעמ' 1000. עם זאת, אין – לדעתנו – לוותר על דרישת ההוכחה הממשית למרמה וההסתברות הגבוהה לזכות כתביעה רק בגלל השיקול של מאזן הנוחיות הנוטה לטובת מבקש הצו, כפי שנעשה בפסקהדין הנ"ל. שם קבע בית-המשפט (עמ' 100 לפסקהדין), כי המרמה לא הוכחה בדרגת הסתברות גבוהה.

ביצוע התשלום, לנהל הליך משפטי בארצו ולהפעיל לחץ מסחרי כבר על מוכר ששלח את הסחורה, כדי להשיג הפחתת מחיר או יתרון כלכלי אחר. לצד האמצעים שפורטו, המיועדים לברר אם אכן יש ממש בבקשה, קיימים גם אמצעים דיוניים שמטרתם להרתיע קונים מביצוע "תרגילים" כאלה של עיכוב תשלום. החשוב מבין האמצעים הנ"ל הוא הדרישה כי הקונה המבקש צרמניעה זמני יפקיד בבית המשפט ערובה כספית⁸⁹ שעל בסיסה יוכלו המוכר או הבנק, אשר נפגעו מעיכוב התשלום שנגרם עקב טענות סרק, להגיש תביעה נזיקית נגד הקונה⁹⁰. עם זאת, אין להגזים – לדעתנו – בחשיבותה של הערובה הכספית כאמצעי להבטחת המוכר כנגד הליכי סרק כאלה. יש לזכור כי גם התביעה לפיצויים על יסוד הערובה (שתוגש לאחר מעשה, אם תוגש) תתנהל בארצו של הקונה, ולכן אין הפקדת הערובה משנה באופן משמעותי את מצבו של המוכר ואינה משחררת אותו מאחד הקשיים המרכזיים שהצו גורם לו והוא ניהול הליך בארץ זרה. הערובה צריכה להיות אפוא אמצעי נוסף להבטחת הקונה, שלא יבוא כתחליף לררישות ולתנאים האחרים להענקת צרמניעה זמני (ובמיוחד הדרישה הראייתית החזקה שתועמד, כאמור, בפני המבקש).

ז. מרמה על-ידי צד שלישי

עד כה דנו בסוגיית המרמה מתוך הנחה כי זו נגרמה באשמתו או לפחות בדיעתו של המוכר, שהוא הנהנה העיקרי ממנה. אך האם הכללים לעניין מרמה צריכים לעמוד גם כאשר צד שלישי, ולא המוכר, הוא היוזם והמבצע את המרמה? התשובה לשאלה זו נראית ממבט ראשון פשוטה: אם המוכר, האמור לקבל לטובתו את סכום האה"ד לא ביצע את המרמה, לא השתתף בה ולא ידע עליה, אין כל סיבה לכאורה, להטיל עליו את האחריות והנזק הנובעים ממעשה המרמה. ואכן, ההלכה האנגלית בסוגיא זו יצרה סייג ברור להיקף חריג המרמה. בפסקהדין המבחה של בית-הלורדים בעניין *United City Marchants (Investments) Ltd. v. Royal Bank of Canada*⁹¹ (להלן: פסקהדין U.C.M.), נקבע במפורש, כי תנאי הכרחי להיענות

89 אמצעי נוסף להרתעת קונים מטענות-שואר הוא הוצאות המשפט. קשה להניח כי אמצעי זה יכול להיות מחסום של ממש מפני נסיונות של קונים לעצור תשלום של אשראים דוקומנטריים בטענות סרק של מרמה, וזאת לאור העובדה, כי גובה ההוצאות המוטלות על-ידי בתי-המשפט במדינת ישראל אינו עומד בדרך-כלל בשום יחס לנזק שעלול להגרם לקונה עקב תשלום האה"ד אותו הוא מבקש למנוע על-ידי פתיחת ההליך. ראה: ע"א 541/63 רכס נ' דולצברג, פ"ד יח(2) 127,120: ע"א 27/81 מודול חברה להנדסה מבנית בע"מ נ' אימקו הנדסה תעשייתית ימית בע"מ, פד"י לו(1) 211, 213. והשווה שנקר בעמ' 576.

90 המצב המשפטי במדינת ישראל שונה לאחרונה בעניין זה בעקבות פסק דינו של בית-המשפט העליון בע"א 732/80, ארנס נ' בית אל, פ"ד לח(2) 645, 662-664, כך שכיום ניתן לבסס תביעה לפיצוי כנגד מי שגרם נזק לתובע על-ידי ניהול הליך משפטי כולל השגת סעדים זמניים. (ראה גם ע"א 280/73, סלאימפורט בע"מ נ' צייבה גיגי לסר, פ"ד כט(1), 597, 602, לגבי המצב המשפטי קודם לכן).

91 לעיל, הערה 14, 728. וראה Gutteridge, 144.

בית-המשפט לתביעת עצירת התשלום של הקונה הוא כי הקונה יוכיח כי המוכר גרם למרמה או לפחות ידע עליה⁹¹. ביטויי תמיכה להלכה זו נשמעו גם במדינת ישראל⁹². לדעתנו, הפרופוזיציה הנ"ל, המתנה את הענקת הסעד לקונה בהוכחת חלקו הפעיל (או לפחות ידיעתו) של המוכר ביחס למרמה, והמטילה את נטל ההוכחה לחלקו של המוכר במרמה על הקונה, אינה תואמת את העקרונות המשפטיים הראויים לחול על סוגיית המרמה ואיננה רצויה מבחינת שיקולי מדיניות. לצורך הדיון בסוגיא נפריד גם כאן בין המקרה של מרמה במסמכים ובין המקרה של מרמה רבתי.

הסיטואציה השכיחה של מרמה צד ג' יוזם ומבצע היא מרמה הקשורה למסמכים. ברוב פסקי-הדין שעסקו בסוגיא היה הצד השלישי המעורב במרמה קשור לגוף שהיה אמור להמציא את מסמכי האה"ד⁹³. אם נבחן את הכללים המהותיים שהצגנו לעיל לגבי מרמה במסמכים, נראה כי אין כל סיבה להימנע ממתן צו עצירת תשלום גם אם למוכר לא היה חלק במרמה. עצם הצגת מסמכים לא אותנטיים מהווה, כאמור, הפרה של חובתו החוזית של המוכר במסגרת חוזה האה"ד⁹⁴. לכן, אם המוכר מציג מסמכים כנ"ל הוא לא מילא את דרישות האה"ד, וזאת ללא כל קשר לשאלת זהותו של מי שגרם בפועל לחוסר האותנטיות. כשם שלא תועיל למוכר הטענה כי אי-התאמה גלויה עליפני המסמכים נגרמה עקב פעולתו של צד שלישי, כך אין כל סיבה שתועיל לו טענה כזאת לגבי אי-התאמת המסמכים, הנובעת מחוסר האותנטיות שלהם.

אלא שהנימוקים כנגד הכלל של חיוב הקונה להוכיח את מעורבותו של המוכר במרמה כתנאי לעצירת תשלום, אינם רק תיאורטיים: קיימים גם שיקולי מדיניות כבדי-משקל כנגד כלל זה: מי שבוחן את פסקי-הדין שבהם נדחתה התביעה לעצירת תשלום בנימוק כי המרמה היתה פרי פעולתו של צד שלישי ולא של המוכר, אינו יכול שלא לתהות מה לו לאותו צד שלישי (כגון המוביל) לבזבז את מרצו ולקחת על עצמו סיכון של תביעה אזרחית (אם לא פלילית), וכל זאת כדי שהמוכר ולא הוא עצמו יזכה בתשלום האה"ד? שהרי אין רכבם של זייפנים ורמאים לעשות מלאכתם בהתנבחות רק כדי שפלוגי ייהנה מפרי עמלם. אלא שבחינה מדוקדקת יותר של הפרקטיקה הקשורה לסחר הבינלאומי בכלל ולפרקטיקה של ההובלה הימית בפרט מספקת עדי-מהרה תשובה

91 פתח צד להכרה בכריג המרמה כתוצאה מפעולת צד שלישי הותיר הלורד דיפלוק, באמרת אנב המתייחסת למקרה הקיצוני של זיוף חמור על-ידי צד שלישי באופן שהופך את המסמך המזויף ל"פיסת נייר" "Nullity" (ראה עמ' 729 לפסקי-הדין מול אותיות: H-J). לא ברור לחלוטין מקריאת פסקי-הדין מהו זיוף השולל מהמסמך כל ערך שהוא. נראה כי הקריטריונים שחולו בעניין זה יהיו קריטריונים של ריני המסמכים הסחירים יותר משיקולים הקשורים לעסקת-האשראי, שכן באותו מקום דחה הלורד דיפלוק את הטענה כי די בכך שהמסמך המזויף (או המוצא במרמה) מכיל הצהרת שקר בעניין מהותי כדי להצדיק עצירת תשלום (ראה עמ' 729 אותיות B-D).

92 ת"א (ת"א), בן סערון, הערה 3 לעיל, בעמ' 38 (אנו נדון בפירוט בפסקי-הדין בפרק ד' להלן).

93 ברוב המקרים דובר בשטרי מטען שהתגלתה בהם מרמה – כאשר למרמה היה קשור המוביל שהוציא את השטר, או סוכניו. ראה למשל פסקי-הדין U.C.M. הנ"ל (לעיל, הערה 14); פסקי-הדין בן-סערון, עמ' 38; פסקי-הדין Siderios Inc. (הערה 41 לעיל). ראה גם פסקי-הדין Establishment Esfeca (הערה 86 לעיל), 446 ואילך.

94 לעיל טכסט ליד הערה 47–47; וראה Ellinger, במאמרו הנ"ל (הערה 49 לעיל), בעמ' 263–264.

ל"תעלומה" הנ"ל: למעשה, יש למוביל סיבות טובות משלו לדאוג לכך שהמסמכים יראו על פניהם תקינים גם אם מטרה זו תושג באמצעים לא-כשרים. סיבות אלו קושרות את האינטרסים של המוביל באלו של המוכר באופן הדוק.

ראשית, למוביל יש אינטרס עסקי שעיסקת ההובלה תצא לפועל וכי יוכה לדמיה ההובלה. אינטרס זה עשוי לגבור במקרים מסוימים על חובתו של המוביל או של גורם אחר האחראי להוצאת מסמך מסוים במסגרת א"ד) על חובתו להוציא מסמך שיבטא נאמנה את האמת לגבי תוכן המשלוח.

שנית, לעיתים נוצרת בין המוביל לבין המוכר קנוניה של ממש. המדובר בהסכמי שיפוי שבמסגרתם המוביל מסכים להוציא מסמכים "נקיים", למרות הפגמים בסחורה, והמוכר מצדו מתחייב לשפות את המוביל על כל סכום שיתחייב בו (למשל: עקב תביעה של הקונה כנגדו) כתוצאה מ"פעולת החיפוי" שביצע לטובת המוכר⁹⁵.

על רקע זה לא קשה להבין כי הגישה שבוטאה עלידי בית-הלורדים בעניין U.C.M. איננה משיעת רצון.

זאת ועוד: אפילו נניח כי אין כל קנוניה מתוכננת בין המוכר לבין הגוף מעניק המסמך, עדיין ראוי שהנטל הנובע מחוסר האותנטיות של המסמכים, אפילו נגרם מפעולת צד ג, יפול על כתפיו של המוכר ולא של הקונה. המוכר הוא זה המתחייב להשיג מסמכים אותנטיים והוא זה שבא במגע עם כל הגופים המוציאים את המסמכים (הנמצאים בדרך-כלל בארצות-שלו). בעוד שלקונה אין כל שליטה או פיקוח על פעולתם של אלה, הרחוקים ממנו, יש למוכר אפשרות פרקטית נוחה לדאוג לכך, שפעולתם תהא תקינה. הטלת החובה והסיכון בעניין זה על המוכר נובעת אפוא לא רק מהניתוח הרעיוני של מעמד הצדדים לעסקת האה"ד, אלא גם משיקולים מעשיים.

גם אם לא תתקבל דעתנו לעניין המישור המשפטי המהותי, הרי השיקולים שפורטו לעיל יפים גם למישור של העברת נטל ההוכחה. כלומר: אפילו נכיר בכך, שמרמה המבוצעת על-ידי צד שלישי שלמוכר אין בה חלק אינה עילה לעצירת תשלום, עדיין נטל ההוכחה לעובדה שהמרמה אינה קשורה למוכר, צריך – לדעתנו – ליפול על המוכר. הוא זה שיש לו נגישות לראיות הרלבנטיות בעניין המרמה במסמכים ולכן הנטל להוכחת אי-מעורבותו, לאחר שהקונה הצליח לבסס חשד ממשי למרמה במסמכים צריך להיות מוטל על המוכר⁹⁶.

המצב המשפטי שונה במידת מה בסיטואציה הקיצונית והנדרה של מרמה רבתי, המבוצעת על-ידי צד שלישי⁹⁷. במצב כזה לא הפר המוכר את חובותיו החוזיות הנובעות מכתב האה"ד ולכן הוא זכאי לתשלום (אם כי אין בכך כדי למנוע את הקונה מלתבוע את המוכר על כשלון תמורה מלא בתביעה חוזית רגילה. הנשיאה בסיכון הראשוני

95 ראה 548 p.1 (1982) (London) (Butterworths) *Law of Banking*, 9th ed. (Paget, וכן Sarna, 98-97.

96 העובדה שהמוכר יאלץ לפי גישתנו לשאת בנטל ההוכחה של יסוד שלילי (קרי העדר מעורבות מצדו, במרמה של הצד השלישי) אינה משנה לדעתנו את מאון השיקולים האמור. באשר לשיקולים ולבעיות הקשורים לשאלת נטל הוכחת ההגנות של המוכר, ראה גם פרק ח' להלן.

97 זוהי סיטואציה נדירה ויוצאת דופן שיכולה אולי להתעורר כאשר למשל צד ג' כלשהו חודר לספינה לאחר ההסענה ומחליף את הסחורה בתיבות ריקות.

במסגרת חוזה-המכר תיחתך בהתאם לשאלה של העברת הסיכון במסגרת אותו חוזה). עם זאת, גם בסיטואציה זו ראוי – לדעתנו מהנימוקים שפורטו לעיל להטיל את נטל הראייה על המוכר, שיצטרך להוכיח כי לא לקח חלק במרמה היסודית, כתנאי לזכייה בתשלום האה"ד.

יוצא שבכל מקרה של בקשת צו לעצירת תשלום, אם הצליח הקונה לבסס במידה מספקת את התקיימות התנאים המהותיים של חריג המרמה – יועבר למוכר הנטל להוכיח כי לא הוא היה צד למרמה, אם ברצונו לזכות בתשלום. במקרה של מרמה במסמכים, יש – לדעתנו – לשלול כליל את הגנת הכלל של מרמה על-ידי צד שלישי כנגד תביעה לעצירת תשלום.

ח. ההשלכות של אחיזה כשורה בשטר על סוגיית המרמה

לעיתים קרובות יסכימו הצדדים לעסקת האה"ד, כי התשלום יבוצע על-ידי פירעון שטר-חליפין המשוך על הבנק הקונה (או הבנק המתווך) לטובת המוכר⁹⁸. השטר יכול להיות שטר לפרעון עם דרישה (Sight Draft) או שטר שמועד פרעונו יוחד לתקופה קצובה (Time Draft). במקרה האחרון יבצע הבנק קיבול של השטר שיועבר אליו עם מסמכי האה"ד האחרים ובכך יתבצע המימוש (Realization) של האה"ד. קיבול השטר על-ידי הבנק יוצר חיוב שטרי של הבנק, שהוא במידה רבה נפרד מחיובו של הבנק לפרעון האה"ד עצמו. הבנק יהא חב כקבל של השטר כלפי כל אוחז שלו, בהתאם לדיני השטרות הכלליים. העובדה שהשטר הנ"ל הוצא במסגרת א"ד, לא תשפיע על החיוב הנ"ל יותר מאשר כל עסקת-סוד אחרת שבמסגרתה השטר-השטר⁹⁹.

ההשלכה החשובה ביותר של העובדה שהאה"ד כולל שטרות לענייננו היא שטענת מרמה של הקונה, מבוססת ככל שתהא, לא תעמוד לו כנגד דרישת תשלום של צד שלישי האוחז כשורה בשטר¹⁰⁰. יוצא, שלמעשה המוכר בעסקת א"ד יכול להבטיח עצמו מראש נגד כל התנגדות לתשלום המבוססת על טענת מרמה, על-ידי כך שידרוש כי תשלום האה"ד יבוצע על-ידי שטרות ויסחר את השטרות לצד שלישי כתנאי אחיזה כשורה¹⁰¹. מובן כי השאלה האם האה"ד יכול לזכות שטרות או לא תלויה ברצונם של שני

98 Gutteridge, 68. כתב האשראי עצמו איננו מסמך סחיר – ראה פסק דין Shiffer (הערה 87 לעיל), 176–177, Sarna⁸⁶.

99 Sarna שם; Gutteridge, שם. גם העובדה שהשטר עצמו על פניו מצין כי הוא נמשך תחת א"ד, לא תפגע במעמדו של האוחז ואינה מטילה עליו כל חובת בירור לגבי התמלאות תנאי פרעון האה"ד (Gutteridge, שם). שונה המצב לגבי שטר עם דרישה. שטר זה מצורף למסמכי האה"ד ומשולם על-ידי הבנק המוציא במקביל לקבלת המסמכים. לכן שטר כזה הוא צמוד למסמכים ואין לו כל מעמד עצמאי (ראה Gutteridge, בעמ' 80).

100 United Bank Ltd. v. Cambridge Sport Goods, 360 N.E. 2d, 943, 952 (N.Y. Ct. A.) וכן Ellinger; 87, Sarna (הערה 49 לעיל), 262. וראה גם U.C.C. Sec. 5-114(2)(a).

101 סעיף 28 לפקודת השטרות (נוסח חדש). הסיחור יכול שיעשה גם לבנק המתווך או לבנק אחר (Negotiating Bank), שיחשב אף הוא לאוחז כשורה אם עמד בתנאים המתאימים. ככל הנראה יכול האוחז להתגבר על טענת-המרמה בעסקת-הסוד גם אם אינו עומד בתנאי סעיף 28 לפקודת השטרות ובתנאי שרכש את השטר בתמורה ובתום-לב. ראה: ברק, מהותו של שטר (הוצאת הרפוס האקדמי

הצדדים ולכן יכול הקונה הזהיר יכול להתנגד להוצאת שטרות תחת האה"ד ולדרוש כי תשלום האשראי יבוצע ללא שטרות.¹⁰²

השאלה על מי יוטל נטל ההוכחה בעניין האחיזה כשורה בשטר שהוצא תחת א"ד מעוררת בעייתיות. לפי סעיף 29(ב) לפקודת השטרות¹⁰³ (נוסח חדש) קיימת חזקה כי אוחו שטר הוא לכאורה אוחו כשורה. אלא שחזקה זו נסתרת, אם הוכיח הנתבע כי התחייבותו עליפי השטר הוצאה ממנו בתרמית. במצב כזה נטל השכנוע להוכחת האחיזה כשורה עובר לכתפיו של התובע, ואם ייכשל בכך, תידחה תביעתו.¹⁰⁴ יוצא שלאור הדין הכללי בעניין זה, אם הצליח הקונה בסיטואציה שלנו לבסס את טענת המרמה, יהא נטל הראיה על האוחז לבסס את תנאי האחיזה כשורה.

יש הטוענים כי השיקולים של היעילות המסחרית של האה"ד, יחד עם הרצון להגן על האוחז בשטר שהוצא במסגרת עסקת האה"ד, מצדיקים סטיה מהדין הכללי בעניין זה והעברת נטל הראיה לאייתקיימות תנאי האחיזה כשורה על כתפיו של הקונה התובע עצירת תשלום.¹⁰⁴

הפתרון לבעיה זו אינו פשוט, שכן הוא מערב שיקולים נוגדים שלא קל להכריע ביניהם: מצד אחד, יש חשיבות רבה לשמירה על האינטרסים המסחריים של אוחזים בשטרות במסגרת אשראים דוקומנטריים. לעיתים קרובות מתבצע סיחור השטר עלידי המוכר כדי לאפשר לו לממן את עסקת המכר (או את המשלוחים הבאים במסגרתה) או כדי להעניק בטוחה למי שמימן את העסקה. הפגיעה במעמדו של אוחו השטר תפגע, ללא ספק, ביעילות המסחרית של האה"ד.¹⁰⁵ ספק גם אם מבחינת שיקולי צדק ראוי לחייב אוחו של שטר, להתדיינות בפני פורום זר כדי לבסס את זכותו בשטר.

מצד שני, לא נראה כי הטלת נטל הראיה בעניין זה על הקונה תוכל להועיל לאוחז, באופן שיחסוך לו את הצורך להתדיין בפני פורום זר בארצו של הקונה; שהרי גם אם יוטל הנטל על הקונה עדיין זה יכול להביא ראיות מסוימות לגבי היעדרם של תנאי

י"ד (שלים) סעיף 26 בעמ' 59 וסעיף 74 בעמ' 114; פרידמן, הערות בדבר זכויות הבעלים המקורי כלפי צד שלישי לאור החקיקה הישראלית החדשה. עיוני משפט ד, 245, 248. וכן ע"א 467/64 שו"נ סנדר פ"ד יט(2) 113, 119. השיקולים העקרוניים שיובאו להלן לגבי נטלי הראיה ביחס לטענתו של האוחז קימים בין אם זכותו של האוחז מבוססת על אחיזה כשורה ובין אם מקורה הוא בדיני הסתרות הכלליים.

102 גם אם הצדדים הסכימו על תשלום דחוי של סכום האה"ד או חלקו, עדיין אין הכרח לבצע את התשלום על-ידי שימוש ב-time draft, אלא ניתן להשתמש בטכניקה של תשלומים דחויים. ראה: R. Eberth, E.P. Ellinger, "Deferred Payments - A Comparative Analysis of Their Special Problems", 14 Journal of Maritime Law & Commerce (1963), p. 387.

103 הנתנו היא כי בכל מקרה יוטל בעניין זה, על בקשת עצירת תשלום בבית משפט ישראלי, הדין המקומי. גם אם לא יתקיימו התנאים להחלת דין מדינת ישראל בהתאם לסעיף 72 לפקודת השטרות, הרי עדיין ככל הנראה ישלוט בשאלה הנ"ל שהיא שאלה פרוצדורלית, הדין של מדינת הפורום (ראה Dicey & Morris, Conflict of Laws, 10th ed. (London) (sterens) (1980), pp. 1188-1189; וכן: R.H. Gravson, Conflict of Laws (London) (Sweet & Maxwell) (1974), p. 602).

104 ווסמן, דיני שטרות, מהדורה שישית, ירושלים (1984), 260-262, הרנון, דיני הראיות, חלק א', עמ' 191-192.

104 ראה שנקר, 582.

105 Guttridge, 83; שנקר, 578.

אחיזה כשורה, באופן שיחייב את האוחז או מי מטעמו¹⁰⁶ להתייצב כדי למנוע עצירת תשלום. למעשה, כדי להגן על האוחז בשטר בכל מקרה מפני הצורך לבסס את זכותו לתשלום על-ידי הופעה בפני הפורום בארצו של הקונה, עלינו להכיר בכלל קיצוני שלפיו עצם העובדה שהוצאו שטרות תחת האה"ד ונוצר פוטנציאל של אחיזה כשורה, שוללת על הסף כל אפשרות של הענקת צו איסור תשלום¹⁰⁷. לדעתנו, אין לקבל פרפוזיציה קיצונית כזו¹⁰⁷.

שיקול נוסף כנגד העברת נטל הראייה מכתפיו של האוחז לאלו של הקונה שביסס את טענת המרמה, הוא השיקול של הנגישות לראיות. הטלת נטל שלילת האחיזה כשורה על כתפיו של הקונה (שכבר עמד בנטל הכבד למדי של ביסוס טענת המרמה) מציבה את הקונה במצב קשה למדי שכן הנתונים הקשורים להיווצרות תנאי האחיזה אינם בידיו. מבחינה זו מוצדק להטיל את נטל הראייה על מי שטוען לזכותו כאוחז כשורה¹⁰⁷. הנימוק האחרון כנגד העברת נטל הראייה לכתפיו של הקונה הוא כי לאוחז בשטר שנמשך על-ידי המוכר הרמאי יש זכות חזרה אל המוכר כעושה השטר במקרה שהשטר תולל על-ידי הבנק הנמשך¹⁰⁸. זכות חזרה זו מציבה את אוחז השטר במצב נוח יותר, בדרך-כלל, מזה של המוכר הדורש תשלום, או אף הקונה, אם תיכשל בקשת עצירת התשלום שלו. האוחז יכול לבחור בין האופציה של התייצבות בפני הפורום הור של הקונה כדי לבסס את תנאי האחיזה כשורה, ובין האפשרות של פנייה אל המוכר (או מי שהסב לו את השטר), הנמצא בדרך-כלל בארצו-שלו, כדי לממש את זכות החזרה השטרית שלו (מובן, כי לא בכל מקרה יחכה המוכר לתביעה זו, סביר, למשל, להניח כי במקרה של רמאי מקצועי, תיוותר בידו של האוחז רק האפשרות הראשונה מבין השתיים האמורות).

לאור מכלול השיקולים שפורטו לעיל, ספק בעינינו אם יש מקום לשנות את כללי הראיות הרגילים בעניין אחיזה כשורה ולהטיל את נטל הראייה על כתפיו של הקונה, המבקש צו עצירת תשלום¹⁰⁹.

ט. היחסים בין הבנקים והשלכתם על סוגיית המרמה

עד כה התמקד הריון בסוגיית המרמה על שלושת הצדדים העיקריים לעסקת האה"ד: הקונה, המוכר והבנק המוציא. בפרק הנוכחי ננסה לבחון את ההשפעה של מעורבותו של בנק נוסף בעסקה על המצב המשפטי הנוצר עקב מרמה. עיקר הקשיים בסוגיא זו נובעים מכך, שהבנק המתווך, היושב בדרך-כלל בארצו של המוכר, כפוף

106 האוחז יכול כמובן לסמוך על כך שהבנק, המשיב לבקשת עצירת התשלום, ייצג את ענייניו נאמנה, אך לאור המעמד של הבנק כצד מסחרי מעוניין בעסקה, אין כל ביטחון בכך.

107 Discount Records, הערה 33 לעיל, (h)319, (g)320.

107* אך ראה Kozolchik, הערה 81 לעיל, 129.

107--אלם השווה שנקר בעמ' 582.

108 סעיף 1(A)55, ו-1(A)55 (לפקדת השטרות) (נוסח חדש) וסמך, דיני שטרות, 191-192: Ellinger,

Gutteridge, 260-257, 80.

109 ראה United Bank Ltd., הערה 100 לעיל, 950.

למערכת דינים שהיא לעיתים שונה בסוגיית המרמה מזו של הבנק המוציא והקונה. כללי ה-U.C.P. מסדירים אמנם את היחסים בין הבנקים, אך כפי שראינו הכללים אינם מכסים את סוגיית המרמה¹¹⁰. לכן כל זמן שהדיון בעצירת התשלום מתייחס לדוקסרינת ההתאמה הקפדנית, שולט הדיון המנהגי המוסכם על הסכסוך; ואולם ברגע שהסכסוך תורג מכך ומערב בעיה של מרמה, מתעוררת בעיה קשה של התאמת הדינים השונים החלים על הסיטואציה.

מטרת הדיון להלן תהא אפוא לכתות את המצב המשפטי הנוצר עקב מרמה, כאשר בעסקה מעורב בנק נוסף: נתייחס רק לשני המצבים השכיחים ביותר, הקשורים לבנק מודיע (Advising Bank) ולבנק מאשרר (Confirming Bank), ונבדוק את ההשלכה של פעולותיו של הבנק הזה על בקשת הקונה לצרמניה זמני.

(א) בנק מודיע (Advising Bank)

כבר עמדנו על כך שהבנק "המודיע" (או "המכותב") הוא שלוח של הבנק המוציא, שתפקידיו הם טכניים בעיקרם ואינם יוצרים כל חבות אישית שלו כלפי המוטב. בדרך-כלל הבנק המודיע מוסר למוכר על קבלת האה"ד לטובתו, מקבל ממנו את המסמכים, בודק את התאמתם לדרישות כתב האה"ד ומעבירם לבנק המוציא. לעיתים, הסמכתו של הבנק המודיע היא לשלם לאחר שבדק את המסמכים, ולעיתים הוא רשאי לשלם רק כשהמסמכים נבדקים על-ידי הבנק המוציא עצמו. בכל הפעולות האלו הבנק המודיע צמוד באופן דווקני למגרט שהוענק לו בכתב-האשראי. כל סטיה מהרשאתו עלולה לסכן את זכות השיפוי שלו כלפי הבנק המוציא על סכומים ששילם תמורת המסמכים. בכל הקשור לבדיקת התאמתם של המסמכים מצבו של הבנק המכותב דומה לזה של הבנק המוציא. הוא חייב לבדוק את התאמת המסמכים על פניהם וזכאי לשיפוי תמורת קבלת מסמכים מתאימים על פניהם, גם אם בדיעבד התברר כי המסמכים לא היו אותנטיים¹¹¹.

לפעולתו של הבנק המודיע יכולה להיות השלכה חשובה, בסיטואציה של מרמה, על סיכוי הקונה להשיג צו עצירת תשלום; במקרה שהאה"ד מסמך את הבנק המודיע לשלם מיד תמורת המסמכים לאחר שנבדקו על-ידי ונמצאו תקינים על פניהם, יאבד הקונה את סיכוייו להשיג צו עצירת תשלום לא רק אם גילה את המרמה לאחר שהבנק המוציא קיבל את המסמכים, אלא גם אם גילה זאת לפני שהבנק המוציא קיבל את המסמכים, אך לאחר שהבנק המודיע כבר קיבלם ושילם תמורתם. הקונה הזהיר ייטיב לעשות אפוא, אם ידרוש כי האה"ד ינוסח כך שהתשלום על-פיו יתבצע רק כאשר המסמכים נבדקו על-ידי הבנק המוציא (וזה הורה לבנק המודיע לשלם), ולא קודם-לכן; שכן, כאמור, אם הבנק המודיע יוסמך לשלם מיד לאחר שהוא עצמו קיבל את המסמכים, קטנים סיכוייו של הקונה לחשוף את המרמה מבעוד מועד ולעצור את התשלום. הדיון יהא שונה במצב שבו הקונה גילה את המרמה לפני שהבנק המודיע שילם

110 ואף אינם קובעים כל מערכת של כללי ברירת דין שתחול על הסוגיה. ראה ששון, "בעיות ברירת הדין בא"ד", ה"כעון לבנקאות (מספר 91) (דצמבר 1984), 12.

111 Ellinger, 228.

(במקרה שבו הוסמך לכך) תמורת המסמכים: במקרה כזה, אם ישיג הקונה צו עצירת תשלום מבית-משפט בארצו¹¹¹ או אם הבנק המוציא יחליט על עיכוב תשלום (כדי לאפשר לקונה לפנות לבית-המשפט לבירור טענת המרמה) – הרי הוראת עצירת התשלום המחייבת את הבנק המוציא או החלטה על עצירת תשלום של הבנק המוציא עצמו תחייב גם את הבנק המכותב, שהוא, כאמור, שלוח של הבנק הנ"ל¹¹². כל סטייה מהוראותיו של הבנק המוציא (או מהוראות בית-המשפט המחייבות אותו) עלולה לסכן את זכות השיפוי של הבנק המכותב¹¹³. לכן גם אם הבנק המודיע הוסמך לשלם תמורת המסמכים עם קבלתם על-ידו, הוא יהיה חייב לעצור תשלום אם הבנק המוציא או בית-המשפט בארצו יורה לו לעשות כן. תוצאה דומה תתקבל, כנראה, גם במצב שבו אין הוראה חוקית מפורשת לעצירת תשלום, אך הבנק המודיע מקבל הודעה על עובדות המעלות חשד למרמה בטרם שילם תמורת המסמכים. במצב כזה חובה על הבנק המכותב לפנות לבנק המוציא ולבקש ממנו הוראות, אחרת הוא עלול להיחשב למתרחל בביצוע שליחותו ולאבד את זכותו לשיפוי¹¹⁴. כפי שהראינו לעיל¹¹⁵, קבלת מידע על מרמה עשויה להיחשב לגורם המחייב את הבנק לחובת זהירות מוגברת בבדיקת המסמכים, באופן שיחייב אותו לבדוק את המסמכים בעיון וביסודיות רבים יותר מאשר במקרה הרגיל, של בדיקה "על פני המסמך". התעלמות של הבנק המודיע ממידע מחשיד ו"חטיפת" תשלום בטרם הגיעה אליו הוראת עצירת התשלום מהבנק המוציא, מהווה, לכן, חריגה מהמנדט שלו והפרת חובתו כלפי הבנק המוציא, העלולה לשלול ממנו את זכותו לשיפוי.

מסקנה נוספת העולה מן האמור לעיל מתייחסת למישור היחסים בין הבנק המוציא לבין הקונה, בעת בקשת עצירת התשלום.

¹¹¹ הקונה הפונה לבית-המשפט בישראל יוכל לבקש כי צו עצירת התשלום יופנה גם נגד הבנק המודיע שיצורף לתביעה כנתבע נוסף אל הבנק המוציא ואל המוכר. לבית-המשפט בישראל תהא ללא ספק סמכות בינלאומית (פנימית) להוצאת צו כזה נגד הבנק המודיע. הסמכות תבוסס בדרך-כלל על תקנה 10/500 לתקנות סדר הדין האזרחי התשמ"ד-1984: הבנק המודיע הוא "בעל דין נכון או דרוש בתובענה שהוגשה כדין נגד אדם אחר (קרי: הבנק המוציא) שהוצאה לו הזמנה כדין בתחום המדינה".

¹¹² ע"א 499/79 בן דיין ואח' נ' אי.די.אס. אינטרנשיונל בע"מ, פ"ד לח(2) 99, 108. לכאורה קיימת בעיה פרצדורלית בהקשר להוצאת צרמניעה בארץ כנגד בנק הנמצא בחו"ל. הבעיה עשויה להתעורר לאור ההלכה הקיימת בעניין הוצאת צווי מניעה לפיה בית-משפט לא יצווה על מתן צו מניעה כנגד נתבע הנמצא מחוץ לתחום השיפוט משיקולים של חוסר אפקטיביות. ואולם למעשה אין כאן קושי של ממש. את האפקטיביות של צו מניעה הניתן כנגד נתבע שמושב בחו"ל ניתן להבטיח על-ידי אמצעי אכיפה אישיים שיופעלו נגד הנתבע בתוך תחום השיפוט כגון על-ידי תפיסת רכישו של הנתבע במדינת ישראל (אם יש כזה), הטלת קנסות, מאסר וכו'. ראה: המ' 280/57 ע"א 337/57-334 חבמוב נ' שמידט ואח, פ"ד יב 59, 69-70. וכן ב' לוינבוך, צווי מניעה, בורסי תשכ"ו-1966 בעמ' 20-21. במקרה קאיעסקיג' בו מדובר בהוצאת צרמניעה כנגד הבנק המודיע מובטחת האפקטיביות של צו המניעה הניתן בארצו של הבנק המוציא מעצם העובדה שזכות השיפוי של הבנק המודיע כלפי הבנק המוציא תלויה באותו צו עצמו התלוי ועומד כנגד שני הבנקים כאחד:

¹¹² Eberth, הערה 102 לעיל, 410.

¹¹³ Ellinger, הערה 111, לעיל, שם.

¹¹⁴ טכסט ליד הערה 66, 67 לעיל.

הבנק המוציא, המשיב לבקשת צרמניעה לעצירת תשלום של קונה הטוען למרמה, לא יוכל להישמע בטענה "כבר שילמתי" אם התשלום בוצע על-ידי הבנק המודיע תוך חריגה משליחותו, לאחר שקיבל הוראה לעצור תשלום או מידע המבסס חשד ממשי של מרמה, ומיהר לשלם למוטב (שהוא בדרך-כלל לקוח קבוע שלו), למרות ההוראה או המידע הנ"ל. תשלום של הבנק המודיע מתוך חריגה משליחותו איננו נחשב לתשלום בשמו של הבנק המוציא ואיננו מחייב את הבנק המוציא בשיפוי, ולכן אין הטענה מהווה עילה לשלילת סעד מהקונה, המבקש צו עצירת תשלום.¹¹⁵

בהקשר זה עלינו להתמודד עם שתי טענות אפשריות של הבנק המוציא בעת בקשת צרמניעה זמנית: הטענה הראשונה שעשויה להיות נטענת, מתבססת על כללי המשפט הבינלאומי הפרטי החלים על מערכות-היחסים החוזיות הרלבנטיות: הדין החל על מערכת-היחסים בין הבנק המודיע למוטב הוא ללא ספק הדין של המדינה שבה הבנק המודיע יושב. לכן, במקרים מסוימים ניתן לטעון כי הבנק המודיע פעל כשורה למרות החריגה מהוראות מפורשות או מכללי המרמה החלים בארצו של הבנק המוציא, שכן שילם תמורת המסמכים בהתאם לדין החל עליו. הבעיה הנוצרת כאן נובעת מכך שנושא המרמה איננו מוסדר בכללי ה-U.C.P., ועשויות להיווצר אי-התאמות מסוימות בין הדינים השונים שכל מדינה מחילה בהקשר זה. נרגים זאת בעזרת הדוגמא הבאה: נניח כי דין מדינת ישראל, היא מקום מושב הבנק המוציא, מכיר בעיקרון כי כל חשד של זיוף או מרמה מחייב את הבנק המקבל את המסמכים לעכב תשלום (לימים ספורים) כדי לאפשר לקונה לפנות לבית-המשפט. לעומת זאת, דין מקום המושב של הבנק המודיע מחייב את הבנק המקבל מסמכים לבדיקה לשלם עבורם תוך עשרים וארבע שעות לכל היותר, אלא-אם-כן הקונה משיג קודם לכן צו של בית-המשפט על יסוד טענת מרמה. האם בסיטואציה כזו, כאשר הבנק המכותב משלם למוטב את סכום האשראי למרות המידע על חשדות למרמה – לאחר עשרים וארבע שעות – ניתן לגרוס כי הפר את תנאי שליחותו?

השאלה מסתבכת עוד יותר לאור העובדה, שכל הנראה דין מדינת הבנק המודיע, הוא גם הדין השולט ביחסים שבין זה לבין הבנק המוציא.¹¹⁶ יוצא, שהבנק המודיע יוכל לטעון כי שילם כשורה על-פי הדין החל עליו, והואיל ודין זה שולט גם במערכת-היחסים שבינו לבין הבנק המוציא, יהא זה האחרון חייב לשפותו בהתאם. מכאן

115 טענה נוספת מסוג "כבר שילמתי" מצד הבנק המוציא שיש לדחותה, היא טענה המסתמכת על שיטות התשלום הנהוגות בין הבנקים. הבנקים במדינת ישראל מנהלים במקרים רבים חשכון בבנק הזר, שבו נעשים אוטומטית על-ידי הבנק הנ"ל זיכויים וחובים של הבנק הישראלי. לכן הבנק הזר יכול לחייב את הבנק המוציא הישראלי בסכום האה"ד ביוזמתו, ללא כל צורך בתביעה וללא קשר למצב המשפטי. אך מובן שאין לעיבדה זו כל השלכה על המצב המשפטי בסוגיה הנדונה, ואין היא מהווה עילה לקבלת טענות הבנק נגד עצירת התשלום. הסדר התשלום בין הבנקים הם עניינם הפנימי ואינם משנים את מצבם המשפטי בנושא ובוודאי שאין בהם כדי להטיל חיובים כלשהם על הקונה, בשלב הבקשה לעצירת התשלום.

116 *Offshore International S.A. v. Banco central S.A.* (1976), 3 All E.R. 749, 751; וכן ששון (לעיל, הערה 110), 19-20; וכך: C. Schmitthoff, *Export trade*, 7th ed. (Stevens) (1980) 255-256.

שצו עצירת תשלום כנגד הבנק המוציא עשוי לגרום לכך, שהוא יהא, מחד גיסא, חב בשיפוי לבנק המודיע, ומאידך גיסא, יפסיד את זכותו שלו כלפי הקונה, שהשיג, כאמור, צו עצירת תשלום¹¹⁶.

האם לאור כל האמור לעיל יש להכיר בטענת הבנק המוציא כנגד בקשת צרמניעה זמני של הקונה, לפיה הואיל והבנק המודיע שילם כבר או עומד לשלם בהתאם לדין החל עליו – מה שיאלץ את הבנק המוציא לשפותו – יש להימנע ממתן צרמניעה? לדעתנו התשובה לשאלה זו היא שלילית, לפחות באותם מקרים שבהם הבנק המודיע חורג בתשלום שהוא מבצע מההוראה מפורשת של הבנק המוציא, או מפר צו בית-משפט בארצו של הקונה או שהוא מתעלם במודע ממידע המבסס חשד ממשי של מרמה המצדיקה עצירת תשלום. יש לזכור כי הטענה שבה אנו דנים היא טענה של הבנק המוציא, המועלית בעת בקשת צרמניעה זמני של הקונה בפני הפורום בארצו. בשלב זה אין כל מקום להכיר בתשלום שביצע הבנק המכותב, שהוא, כאמור, רק שלוח של הבנק המוציא הכפוף להוראותיו של זה. כל תשלום כזה הוא לכאורה חריגה מהמנדט של הבנק המודיע ולעיתים גם מערב חוסר תוס'לב מצד הבנק הנ"ל, המנסה למנוע הוצאת צרמניעה עלידי הקדמת תשלום. אם אכן פעל הבנק המודיע כשורה לאור הוראות הדין החל על פעולתו – הנחה שהיא בעלת סבירות נמוכה בנסיבות כאלה – יהא על הבנק המודיע לבסס את טענתו בתביעה נפרדת שיגיש נגד הבנק המוציא, ואם יצליח בה, יוכל הבנק המוציא לפנות לקונה בתביעת שיפוי על כספים שהפסיד בקשר לתביעה הנ"ל¹¹⁷. זאת ועוד: אפילו הבנק המודיע אכן פעל בהתאם לדין החל עליו, ספק אם דין הפורום הדין בבקשת צרמניעה צריך להכיר בהוראות דין כזה אם יש בהן סטיה ברורה מהכללים הבינלאומיים המקובלים בעניין אשראים דוקומנטריים, או אם תוצאתם היא הכשרת פעולה הנעשית בחוסר תוס'לב ובחריגה מפורשת מהמנדט של הבנק השלוח¹¹⁸.

טענה אפשרית שנייה כנגד הוצאת צרמניעה, שתסתמך על פעולה שכבר בוצעה או עומדת להיות מבוצעת עלידי הבנק המכותב תוך כדי התעלמות מעמדת בית-המשפט והדין של מדינת הפורום, מתבססת על הוראות סעיף 20 ל-U.C.P., שלפיו אין הבנק המוציא אחראי כלפי הקונה על שום פעולה רשלנית או מתדל מלמלא הוראות מצדו של הבנק המודיע, זאת אפילו אם הבנק המודיע נבחר למילוי תפקידו עלידי הבנק המוציא או כתוצאה מייעוץ של פקידיו. הסעיף מטיל את מלוא הסיכון הנובע משגיאות ומתקלות הקשורות לפעולת הבנק המודיע של כתפיו של הקונה שפתח את

116 • כל הנ"ל אמור לגבי הליכים משפטיים המתקיימים בישראל – מקום מושב הבנק המוציא והקונה. מוכן כי אם יעשה הקונה הישראלי ניסיון לפתוח בהליך לעצירת תשלום, לאכיפת פסק לעצירת תשלום או בתביעת שיפוי כנגד הבנק המודיע בארצו של האחרון יוצרו בעיות נוספות הקשורות לדין הפנימי, לכללי ברידת-הדין ולריגוי אכיפת פסקים זרים באותה מדינה.

117 סעיף 20 ל-U.C.P., בו נדון להלן.

118 דוגמא לחריגה גסה מהכללים המקובלים והנהוגים לגבי א"ד ולתגובה של בית-משפט באנגליה לחריגה כזו נמצאת בעובדות פסק-הדין בעניין Power Curber, הערה 31 לעיל. ראה עובדות פסק-הדין הנ"ל בהערה 73 לעיל.

האשראי¹¹⁸. מלשון הסעיף עולה גם כי אפילו חרג הבנק המודיע מהמגדר שלו, עדיין אין בכך להושיע את הקונה, שיחוייב בשיפוי כלפי הבנק המוציא למרות החריגה הנ"ל. האם גובע מכך שפעולת הבנק המכותב סותרת את הגולל על בקשת צרמניעה של הקונה? לדעתנו, גם התשובה לשאלה זו היא שלילית. בחינה מדויקת של הסעיף תראה כי הוא חל על היחסים שבין הבנק המוציא ו/או הבנק המודיע לבין הקונה ולא על מערכת היחסים שבין הבנק המוציא ובין הבנק המודיע. לכן עולה מהסעיף כי אמנם האחריות הכספית והסיכון הסוסי, שינבעו מחריגה של הבנק המכותב מהמגדר שלו או מפעולה בהתאם לדין מיוחד החל עליו, עלולים ליפול על הקונה ולא על הבנק המוציא; אולם כל אלה אינם משנים את העובדה כי חריגות כאלו ישללו את זכותו של הבנק המודיע לשיפוי כלפי הבנק המוציא: המטרה של הסעיף היא להבטיח כי אם הבנק המכותב יצליח בדרך כלשהי להשיג שיפוי מהבנק המוציא על פעולתו – אזי יחוייב הקונה לשפות את הבנק המוציא בהתאם לכך, ואפילו חרג הבנק המכותב מהמגדר שניתן לו. אולם, בכך אין לשנות את העובדה כי אם אכן ביצע הבנק המודיע תריגה משליחות – כפי שעל בית המשפט להניח במצב כזה – אין על הבנק המוציא כל חובה משפטית לשפותו. יוצא, שבשלב המקדמי של בקשת צרמניעה זמני, בפני בית המשפט עומדות העובדות המבססות את המסקנה הלכאורית כי הבנק המכותב חרג משליחותו, ולכן לכאורה אין הבנק המוציא חב לו כל חובה חוזית לשפותו. בהתאם לכך, אין כל מגיעה להוציא צו למניעת תשלום כנגד הבנק המוציא, שהרי אין לו כל חובה חוזית שהצו מונע ממנו לבצע. העובדה כי כסופו של עניין הבנק המוציא עלול להיות מחוייב מסיבה כלשהי בשיפוי כנ"ל (אם מכוח תביעה של הבנק המכותב שתחתך לפי הדין החל בארצו שלו¹¹⁹ ואם מכוח פעולה "בשטח" של הבנק המכותב, שתוצאתה תהא כי הבנק המוציא יפסיד את הסכום או חלק ממנו)¹²⁰ – שאז יגולגל הסיכון מכוח סעיף 20 על הקונה – איננה משנה את הקביעה כי בשלב של בקשת הצו הזמני אין על הבנק המוציא כל חובה חוזית לשפות את הבנק המכותב על פעולתו החורגת¹²¹. יוצא אפוא כי בבקשת צרמניעה זמני לעצירת תשלום, פעולת תשלום שיבצע הבנק המכותב בניגוד להוראות הבנק המוציא או ביריעה על מרמה, לא תהווה עילה לרחיית הבקשה.

118. להלן נוסח הסעיף:

20. A. Banks utilising the services of another bank or other banks for the purpose of giving effect to the instructions of the applicant for the credit do so for the account and at the risk of such applicant.

B. Banks assume no liability or responsibility should the instructions they transmit not be carried out, even if they have themselves taken the initiative in the choice of such other bank(s).

C. The applicant for the credit shall be bound by and liable to indemnify the banks against all obligations and responsibilities imposed by foreign laws usages.

119. לעיל, הערה 116 והטכסט לידה.

120. לעיל, הערה 115.

121. הנזק היסודי המנחה את הדין הנוכחי הוא כי כללי ה-U.C.P. הם המסדירים באופן בלעדי את הסוגיה. הנחה זו איננה נקיה מספקות: התוצאה האפשריית של סעיף 20 היא הסלת מלוא הסיכון הנובע מפעולות הבנק המודיע – רשלניות ככל שיהיו – על כתפיו של הקונה, וזאת אף אם לקונה לא היה

(ב) בנק מאשרר (Confirming Bank)

במקרה שבו הבנק המודיע מתבקש לתת את האישור או ה"קיום" (confirmation) שלו לאה"ד שהוצא עליידי הבנק המוציא, המצב שתואר לעיל משתנה לחלוטין. האשרור הוא התחייבות עצמאית של הבנק המאשרר, הנוטל על עצמו חבות נוספת להתחייבותו של הבנק המוציא בהתאם לאה"ד המקורי¹²¹. למוכר שקיבל לטובתו א"ד מאשרר יש אפוא שתי התחייבויות נפרדות ועצמאיות של שני בנקים: זו של הבנק המוציא וזו של הבנק המאשרר. היתרון המסחרי של האשרור לגבי המוכר מתבטא בכך, שהוא מקבל התחייבות מבנק מקומי (בדרך-כלל), המוכר לו והמקובל עליו, ובכך הוא מבטיח את עצמו לא רק בפני חדלות-פרעון או סירוב תשלום של הבנק המוציא, אלא גם כנגד עצירת תשלום של הבנק המוציא, שתגבע מהוראות חוקי פיקוח על היבוא או על המטבע במדינתו של הבנק המוציא, וגם מפני הוראה של בית-משפט זר בארצו של הקונה לעצירת התשלום¹²².

במצב של תשלום תמורת מסמכים לא תתעורר כל בעיה מיוחדת. בין נוסח האה"ד המקורי לבין נוסח כתב-האשרור קיימת, על-פי הפרקטיקה, התאמה מלאה¹²³. בהתאמה כזו תלויה גם זכות השיפוי של הבנק המאשרר: חריגה של הבנק המאשרר מהמנדט שלו בכתב-האשראי המקורי לא תשפיע כלל על תוכן חיובו כלפי המוטב, שהוא, כאמור, עצמאי לחלוטין ותלוי אך ורק בתוכן כתב-האשרור¹²⁴, אך עשויה לסכן את זכותו לשיפוי כלפי הבנק המוציא.

לעומת זאת, במצב של מרמה עולה השאלה של התאמת הדינים במלוא חריפותה. התחייבותו של הבנק המאשרר כלפי המוכר היא, כאמור, עצמאית לחלוטין ולא תושפע מדין החל במדינתו של הבנק המוציא או מצו בית-משפט המכוון אל הבנק הנ"ל. התחייבות זו נשלטת בצורה מוחלטת עליידי הדין החל במדינתם של המוכר והבנק המאשרר – שהרי זו אחת ממטרותיו המסחריות של האשרור. לכן ייתכן מצב שבו יינתן צו עצירת תשלום כנגד הבנק המוציא על רקע מרמה, אך לפי הדין השולט בהתחייבותו של הבנק המאשרר לא תהא כל עילה לעצירת תשלום: שהרי היקף חריג המרמה תלוי, כאמור, במידה רבה בדין כל מדינה ואין בסוגיא זו כללים בינלאומיים אחידים לחלוטין. במצב כזה לא יהיה לבנק המוציא מנוס מלשפות את הבנק המאשרר

כל חלק בבחירתו של הבנק המתווך לעסקה וכל מגע עסקי עימו. גישה זו עלולה ליצור במקרים מסוימים תוצאות קשות מבחינתו של הקונה במיוחד לאור הדעה הקיימת בפסיקה האנגלואמריקנית לפיה אין כל יריבות משפטית בין הקונה לבין הבנק המודיע (ראה פסקי-הדין Dulien הערה 6 לעיל, בעמ' 841 וכן Ellinder, בעמ' 232-245. יש הסוברים כי תגיות הפטור של כללי ה-U.C.P. חייבות לעמוד – כמו כל הוראה בזה סטנדרטי – במבחן חוקי ההגנה על הצרכן (כגון: חוק החוזים האחרים, התשמ"ג-1982), כמו גם במבחן תקנת הציבור. ראה: D.M. Sassoon, Documentary Credits, The Applicant and the Advising Bank, *J. of Bus. Law*, January 1986 p. 33.

121 סעיף 10(b) ל-U.C.P.; Gutteridge, 72.

122 Schmitthoff, הערה 12 לעיל, 21.

123 Gutteridge, שם, סעיף 11(x) ל-U.C.P. בפרקטיקה נוהג הבנק המאשרר להוסיף את התחייבותו על פני העתק מדויק של האה"ד המקורי.

124 Gutteridge, 71.

שישלם כהתאם לדין החל על התחייבותו שלו, שכן פעולה זו של הבנק המאשרר תואמת את הדין החל על התחייבותו ובכך מכירים גם כללי ברירת הדין של הפורום בארצו של הבנק המוציא! פעולה כזו גם אינה מהווה כל חריגה מהסמכתו של הבנק המאשרר בכתב האשראי (המאפשרות לו להוסיף את האשרור מתוך מודעות לעובדה, כי על האשרור יחול ממילא דין מדינת הבנק המאשרר). בהתאם לכך יהא הקונה חב בשיפוי על התשלום שיבצע הבנק המוציא לטובת הבנק המאשרר.

בנוסף על כך ספק רב אם יש לבית־משפט בישראל (ארצו של הקונה) סמכות בינלאומית להוציא צו איסור תשלום כנגד בנק בחו"ל שנתן את אישורו לאשראי שפתח קונה ישראלי לטובת מוכר היושב בחו"ל. התחייבות כזו של הבנק בחו"ל היא, כאמור, מנותקת לחלוטין מזו של הבנק המוציא והיא נעשית בין שני צדדים היושבים במדינה זרה (קרי הבנק המאשרר והמוכר). העצמאות של התחייבות הבנק המאשרר וניתוקה מזו של הבנק המוציא שוללים – לדעתנו – את הטענה כי סמכותו של הפורום הישראלי תבוסס על תקנה 500(10) לתקנות סדר הדין האזרחי התשמ"ד-1984. הבנק המאשרר איננו בעל־דין "נכון או דרוש" לעניין זה לתביעה שהוגשה כנגד הבנק המוציא¹²³. יתירה מזו: אפילו יצליח הקונה להכניס את תביעתו לאחת החלופות של תקנה 500 הרי אז יש מקום שבית־המשפט יפעיל את העיקרון של "פורום לא נאות", כדי למנוע התדיינות בין הקונה ובין בנק המאשרר על בסיסי זיקת סמכות פורמלית¹²⁴.

יוצא שגם בשלב בקשת צו המניעה, יוכל הבנק המוציא להסתמך על כך שהבנק המאשרר שילם או עומד לשלם בקרוב את סכום האה"ד למוכר למרות טענת המרמה – ולא יהא מנוס מרחיית הבקשה. האם יש לקונה תרופה במצב זה?

ראשית, יש להעיר כי השאלה האם כתב האשראי יאושרר או לא, תלויה בנוסח כתב האשראי שיכול להתיר או לאסור אישורר. לכן השאלה האם כתב האשראי יאושרר תלויה בין היתר בקונה שיכול, אם הוא חושש ממרמה, לדאוג לכך שכתב האשראי לא יהיה ניתן לאישורר¹²⁵. קונה המסכים לכך שכתב־האשראי יאושרר, לוקח אפוא על עצמו סיכון כי במקרה של מרמה הוא לא יוכל למנוע תשלום, כתוצאה מפעולה של הבנק המאשרר.

קונה המגלה מרמה במקרה של א"ד מאושרר ורוצה להבטיח עצירת תשלום של הבנק המאשרר, יצטרך לפנות לבית־המשפט בארצו של הבנק הנ"ל ולהשיג צו עצירת תשלום שם. רק צו כזה יבטיח לקונה כי הוא לא יצטרך לחפש את הרמאי במסגרת תביעה חוזית רגילה.

¹²³ השווה הערה 111 לעיל.

¹²⁴ 280/57 ע"א 334-7/57 (הערה 111 לעיל), וכן ס' גולדשטיין, סמכות בינלאומית מבוססת על תפיסת הנתבע – הלכה למעשה כיום, משפטים י' 409, 416.

¹²⁵ סעיף 11(c)(11) U.C.P. מובן כי גם המוכר יכול לעמוד על כך שהאה"ד יהא מאושרר ולדחות א"ד לא מאושרר שנמסר לו בניגוד למוסכם בתווה המכר. ראה: Schmitthoff, הערה 114 לעיל, בעמ' 260. במידה ובנק מסרים מעניק את ה"אישור" שלו שלא בהתאם להסמכה מפורשת בכתב האשראי, כל האמור לעיל איננו חל עליו ואין כל חובה של הבנק המוציא לשפוטו על תשלומים, שביצע בעקבות פעולה כזאת (Gutteridge, 69; Eberth, הערה 102 לעיל, 408, 410; Kozolchik, הערה 81 לעיל, 112).

בנוסף על כך, נראה כי יש מקום להכיר בעיקרון כולל, שלפיו גם במקרה של א"ד מאושרר לא יהא הבנק המאשרר זכאי לשיפוי אם פעולת התשלום שלו מהווה התעלמות גסה ממידע מבוסס ומוכח (המעוגן בצו עצירת תשלום שניתן במדינתו של הקונה) המובא לפניו, על מרמה יסודית מצדו של המוטב. פעולה כזו סותרת, ללא ספק, את הכללים המוכרים ברוב מדינות העולם לגבי מרמה¹²⁵, (היינו: את המכנה המשותף המינימלי בהיקפו של חריג המרמה), ולכן נראה כי בית-המשפט של הפורום רשאי להורות לבנק-המוציא על עצירת תשלום, למרות תשלום כנ"ל שבוצע על-ידי הבנק המאשרר. לאור הבעייתיות שסוגיא זו מעוררת ולאור אופייה של התחייבות הבנק המאשרר, ראוי להפעיל עיקרון זה בזהירות רבה.

י. הפסיקה במדינת ישראל - סקירה

כפי שאמרנו בתחילת הרשימה, הפסיקה בעניין אשירים דוקומנטריים במדינת ישראל אינה רבה. למעשה, פורסמו עד היום רק שני פסקי-דין העוסקים בסוגיית המרמה. בנסיבות כאלה קשה לדבר על "הלכה פסוקה" במדינת ישראל בסוגיא זו, שכן זו נתונה עדין בשלבי גיבוש. עם זאת, יש עניין רב בהתייחסות לשני פסקי-הדין הראשונים שפורסמו, הן משום שיש בהם כדי להצביע על מגמות מסוימות שיש להניח שעוד יתפתחו בעתיד, והן משום שיש בפסקי-הדין נקודות מסוימות הקשורות לנושאים שבהם עסקנו בחלקים השונים של הרשימה.

נסקור אפוא את שני פסקי-הדין:

1. ר"ע 84 / 646, שזוראב אינדסמרי אנד טריידונג קומפני נ' רמונד פבה, אונקס ואח'¹²⁶:

בקשת רשות הערעור הוגשה על-ידי קונה ישראלי שביקש להשיג צרמניעה זמני כנגד תשלום האה"ד על-ידי בנק לאומי לישראל (המשיב השלישי), שהוציא לבקשתו א"ד בלתי-חוזר לטובת ספק עצים שמושבו בקפריסין (המשיב השני, שסוכנו בישראל היה המשיב הראשון). מכתב האשראי דרש כי מסמכי האה"ד יעידו שהסחורה עומדת בדרישות מסוימות של טיב ומצב כללי. הקונה טען כי, הסחורה לא עמדה בדרישות אלה ואף הגיש לבית-המשפט דו"ח של שמאי שבדק את הסחורה ומצא כי היא פגומה עד כדי כך, שערכה ירד בכ-15% עד 20% מערכה המקורי. הקונה טען כי אי-התאמה היתה ידועה למוכר בעת המשלוח ולכן הלה ביצע מרמה כלפיו בעצם הצגת המסמכים התואמים את דרישות כתב האה"ד למרות שידע על אי-התאמת הסחורה¹²⁷. בית-המשפט העליון, באשרו את ההחלטה לדחיית הבקשה לצרמניעה זמני שניתנה על-ידי בית-המשפט המחוזי, עסק בעקרונותיו של האה"ד ובהיקפו של חריג המרמה. הנשיא שמגר, שנתן את ההחלטה, הרגיש את חשיבותו של עקרון האוטונומיה ואת העובדה ששיטת האה"ד מתייחסת אל המסמכים בלבד ולא אל דרישות חוזה הבסיס.

125 Kozolchik הערה 81 לעיל, עמ' 129-130; 133-134.

126 פ"ד ל"ח (4) 693.

127 העובדות מופיעות בעמ' 695-696 לפסקי-הדין.

בדונו בחריג המרמה, סקר בית-המשפט שתי גישות לגבי היקף הכלל. הראשונה שבהם היא גישת המרמה "הרגילה" שבה עסקנו, והשנייה היא גישת המרמה רבתי. בית-המשפט קבע כי במקרה שלפניו הוא איננו צריך להכריע בין שתי הגישות האמורות, שכן הקונה לא הצליח להוכיח ולו גם את יסודות המרמה "הרגילה", קרי: מצג-שווא מודע ומכוון מצד המוכר.¹²⁸

בהקשר לכך ראוי להעיר שתי הערות: ראשית, למרות שבית-המשפט לא הכריע בין שתי הגישות השונות, הרי מדבריו עולה במשתמע ביקורת על גישת המרמה הרגילה ועל הסכנה הטמונה בה בכך, שקונים יוכלו לנצל אותה לרעה כדי לנהל תובענות חסרות-ביסוס בארצם ולזכות על-ידי כך ביתרונות מסחריים.¹²⁸ בית-המשפט גם ראה בגישת "המרמה רבתי" את "הגישה המקובלת" לעניין פתרון נאות לבעיית המרמה. נראה כי יסוד חשוב בהכרעתו של בית-המשפט היתה העובדה, שהסחורה לא אבדה בכל מקרה יותר מ-20% מערכה כך שלא נוצר מצב של "הפרת האיוון המסחרי", שהוא תנאי הכרחי להענקת צו מניעה זמני לפי גישת "המרמה רבתי".¹²⁹ גם בכך יש כדי להראות כי הוא העדיף בבירור את הגישה הנ"ל על-פני גישת המרמה הרגילה.

שנית, עצם העובדה שבית-המשפט לא נזקק להכרעה בין שתי הגישות גם היא מלמדת-לדעתנו – על גישתו לבעיית האה"ד, בהקשר לשאלת מידת ההוכחה של המרמה הנדרשת מהקונה, המבקש צרמניעה זמני לעצירת תשלום. עמדנו על כך, שבעניין א"ד אין להסתפק באותה "ראשית ראייה" המותירה למבקש הסעד הזמני סיכוי, ולו גם קלוש, לזכות בתביעתו, אלא יש לדרוש דרגה גבוהה למדי של הסתברות שאכן היתה מרמה – כבר בשלב הראשוני.¹³⁰ במקרה הנ"ל, ביסס הקונה את טענת המרמה על עצם העובדה שהסחורה לא התאימה לתיאור המסמכים. בית-המשפט ציין, ובצדק – לדעתנו – שבכך אין עדיין ביסוס עובדתי למרמה (קרי: ליסוד נפשי של מודעות לאי-התאמה) מצד המוכר. יש לציין, כי הקונה הצליח ככל הנראה לעמוד בקריטריון של "סיכוי כלשהו" לזכות בתביעה, הנדרש ממבקש סעד זמני בדרך-כלל.¹³¹ אך הרבר לא הספיק לו כדי לזכות בצו עצירת התשלום. ניתן אפוא ללמוד מכך, שבית-המשפט נטה בהקשר זה לדרישת קריטריון מחמיר יותר מהקריטריון הרגיל של "סיכוי לזכות" בתובענה העיקרית, לאור הנסיבות המיוחדות שמתעוררות בעניין מרמה בא"ד.¹³² גם נטיה זאת תואמת את הגישה המקובלת, שאותה תיארו לגבי צרמניעה זמני במקרה של מרמה בא"ד.

עם זאת, בית-המשפט בעניין שזוראב לא נדרש לעסוק בשאלה של ההבחנה בין מרמה בעסקת היסוד לבין מרמה במסמכים (קרי: בחוזה האה"ד עצמו). טענת המרמה של הקונה התייחסה כל כולה לגבי מרמה בעסקת-היסוד. לכן לא ניתן להסיק מפסק-הדין כל מסקנה לגבי הגישה שאותה היה נוקט בית-המשפט לגבי היקף חריג

128 עמ' 699, שם.

128 שם, 698 (ה-1).

129 שם, 698, 699(ה), וכן טכסט ליד הערה 37 לעיל.

130 לעיל, פרק ד', וטכסט ליד הערות 83-85.

131 ראה זוסמן, סדר הדין האזרחי, הערה 81 לעיל, 473.

132 קרי מאזן הנחיות בין הצדדים – ראה עמ' 698, 700 לפסק-הדין.

המרמה במקרה של מרמה במסמכים. הפן השני של תריג המרמה לפי התיזה המוצעת לא זכה עד כה לבחינה בפסקי-הדין של בית-המשפט העליון.

2. ת"א (ת"א) 83 / 1765 בן סערון נ' צים חברת השיט הישראלית ואח'י¹³³: עובדות המקרה נוגעות ישירות לנושאים מרכזיים שנדונו כאן ולכן ראוי לסדור אותן בפירוט¹³⁴: הקונה (התובע), סוחר נעליים, הזמין מיצרן איטלקי משלוח של נעליים בראשית שנת 1983. לשם ביצוע העסקה פנה הקונה, לבנק המזרחי – הוא "הבנק המוציא" – וזה פתח ב"16.2.83 אשראי דוקומנטרי לטובת המוכר האיטלקי. כתביהאשראי הועבר למוכר דרך בנק איטלקי, שנקבע כבנק המוריע לביצוע העסקה. כתב האשראי דרש בין יתר המסמכים שני שטריימטען (שיוחרו כל אחד לשני משלוחים נפרדים שנכללו בעסקה), אשר הראשון ביניהם היה צריך לשאת תאריך שאינו מאוחר מה-20.3.83, והשני – שהתאריך עליו היה צריך להיות לא מאוחר מיום 5.4.83. בתאריך 19.3.83 (היינו: יום אחד לפני המועד האחרון לביצוע המשלוח הראשון) התקשר התובע עם חברת "צים" (שדרכה היתה ההובלה אמורה להתבצע) והתברר לו, כי שום משלוח של המוכר אינו אמור לצאת עד תאריך 20.3.83 (בדיעבד הוכח לבית-המשפט כי המשלוחים יצאו שניהם באיחור של 8 ו-11 ימים, בהתאמה). בעקבות המידע הנ"ל פנה הקונה לבנק המזרחי וביקש לעכב את תשלום האה"ד. למרות העובדה שכבר בשלב זה היה ברור הן למוכר והן לבנק כי המשלוחים יצאו באיחור, הציג המוכר בפני הבנק האיטלקי ואחרי-כן בפני בנק המזרחי, שטריימטען שנשאו עליהם תאריכים התואמים במדויק את דרישות כתביהאשראי ואת ועוד: לבקשת הבנק השיג התובע מרבייהחובלים של האוניות את ההעתיקים של שטריימטען הנמצאים אצל המוביל ואלה נשאו עליהם תאריכים שונים מאלה שהופיעו על שטרי המטען שהוצגו לבנק (העתיקים אלה אמורים להיות זהים להעתיקים שהמוביל מוסר למי ששולח את המטען, והם נשארים אצל רבייהחובל עד לסיום ההובלה ומשמשים לצורכי שחרור הסחורה על-ידי מקבלה). כל הפעולות האלה בוצעו לפני שנעשה תשלום כלשהו על-ידי בנק המזרחי לבנק המכותב. בנק המזרחי העביר את המידע שבידיו לבנק האיטלקי. זה, מצדו, פנה לספק שהודיע לו כי הוא מסר את הסחורה למוביל בזמן (קרי לפני התאריכים הקובעים בכתב האה"ד להוצאת שטריימטען). הבנק האיטלקי קיבל את הסברו של המוכר, הודיע כי מבחינתו האחריות לתקלה נופלת על המוביל וביקש לבצע את התשלום. אראז הודיע הבנק המוציא לקונה כי לא יוכל למנוע עוד את תשלום האה"ד על-ידי הבנק האיטלקי, אלא אם ישיג הקונה צרמניעה מבית-המשפט. מסיבות שונות התממהה הקונה להשיג צרמניעה כזה. כשהשיג לבסוף צרמניעה נגד הבנק הישראלי, התברר כי זה כבר שילם את סכום האה"ד ולכן בוטל הצו. התובע השיג אחרי-כן צרמניעה כנגד הבנק האיטלקי, אך גם זה לא הועיל לו והכסף שולם למוכר. המסגרת הכללית של הדיון בתביעה לא היתה אפוא בקשת צרמניעה; שכן בזו כבר לא היה כדי להועיל לקונה לאחר שהכסף כבר שולם, אלא תביעת פיצויים של הקונה

133 פ"מ תשמ"ה(ב), 29.

134 תיאור העובדות מופיע בעמ' 30-31 לפסק-הדין.

שהופנתה כנגד הבנק המוציא בישראל ואשר מתבססת על עילת תשלום שלא כדין מצדו או מצד הבנק המכותב באיטליה.

כב' השופטת כרענת, שנתנה את פסקהדין, סקרה בהחלטתה את העקרונות היסודיים של האה"ד. בית-המשפט התעכב במיוחד על עיקרון ההתאמה המוחלטת וקבע כי לאור העיקרון הנ"ל, כל חובתו של הבנק היתה לברוק על פניהם את התאמת המסמכים שהוגשו עלידי המוכר (להבדיל מאלה שהיו בידי רב החובל), לדרישות כתב-האשראי. לאור זאת קבע בית-המשפט, כי מבחינת דוקטרינת ההתאמה המוחלטת פעלו הבנקים כשורה כששילמו את סכום האה"ד תמורת המסמכים.¹³⁵

בהקשר לחריג המרמה פנה בית-המשפט לדין האנגלי וביסס את החלטתו לדחות את הטענה שהמקרה הנ"ל מעורר מרמה מצדדיקה תשלום, על ההלכה שנקבעה בפסקדינו של בית-הלורדים בעניין *United City Merchants (Investments) Ltd. v. Royal Bank of Canada*.¹³⁶ בהסתמך על פסקהדין הנ"ל קבע בית-המשפט כי רק מרמה ברורה וודאית, שהספק מעורב בה והידועה לבנק בעת התשלום, מצדיקה עצירת תשלום במסגרת א"ד.¹³⁷ במקרה דנן – קבע בית-המשפט – לא הוכחה כל מרמה מצדו של המוכר, והעובדה שתאריכי שטרייהמטען שבידי רב החובל היו שונים מאלה שנמסרו לבנק "...יכלה לכל היותר להצביע על מרמה מצד רב החובל..."¹³⁸. בהתאם לכך, קבע בית-המשפט כי הקונה לא עמד בנטל שמוטל עליו להוכיח את מעורבותו במרמה של המוכר, ולכן הבנק האיטלקי ששילם את הכסף תמורת המסמכים פעל כשורה; שכן לא היה בפניו כל חומר שיכול היה לבסס את מעורבותו של המוכר במרמה, ולו סירב לשלם היה מסתכן בתביעה משפטית מצדו של האחרון.¹³⁹

נימוק נוסף של בית-המשפט לדחיית התביעה כנגד בנק המזרחי היה שאפילו שילם הבנק האיטלקי שלא כדין, הרי הבנק המוציא אינו אחראי כלפי הקונה, לאור כללי ה-U.C.P., לחריגות של הבנק המודיע. בהתאם לכך נדחתה, כאמור, התביעה.¹⁴⁰ לפני שניגש לניתוח ההלכה הקונקרטית שבפסקהדין, מן הראוי להעיר הערה כללית המתייחסת להסתמכות הדווקנית של בית-המשפט בעניין בדסעדון, על ההלכה הפסוקה באנגליה לגבי חריג המרמה בא"ד, היקפו ויישומו.¹⁴¹ על היחס של בתי-המשפט באנגליה לחריג המרמה באה"ד ניתן לומר, שהוא מזכיר במידה רבה את היחס של אזורי הממלכה המאוחדת לבעיית מזגיהאוויר באותה מדינה, היינו, עניין שהכול מרכיב לדבר עליו, אך איש אינו נוקט לגביו שום פעולה של ממש. העובדה היא, שלמרות שבת-המשפט באנגליה עסקו בחריג המרמה במספר לא-קטן של מקרים שהובאו לפניו, הרי עד היום אין שום פסקדין אנגלי שיישם הלכה למעשה את הלכת "Sztejn"

135 שם, 34(ז), 35(ז)-(א).

136 הערה 14 לעיל, 727-728 וטכסט ליד הערות 91-92. ראה גם בפסקדין בדסעדון, 36(ז)-(ז).

137 שם, 36(ה).

138 שם, 38.

139 שם, שם.

140 שם, שם.

141 ראה שם, עמ' 32(ז) וכן 36-38.

והורה על עצירת תשלום של בנק שהוציא א"ד¹⁴²! המגמה המצמצמת והצרה של בתיהמשפט האנגליים גרמה להימנעות מלעצור תשלום גם במקרים קיצוניים וברורים של מרמה, שעובדותיהם חמורות לא פחות מאלו של פסקדין Sztein עצמו¹⁴³. לכן, רצוי – לדעתנו – שבתיהמשפט במדינת ישראל, שייקראו לתת פתרונות הקשורים לבעיית חריג המרמה, יפנו גם לפסיקת מדינות אחרות ובמיוחד לפסיקה המגוונת הקיימת בארצות-הברית בנושא זה (שכפי שנראה להלן, ניתן למצוא גם בה מקבילות ישירות למקרה שנדון בפסקהדין בן-סערין).

העובדות שהוצגו בפסקהדין בן-סערין מעלות – לדעתנו – חשד ממשי של "מרמה במסמכים". קשה לתאר ראייה חזקה יותר לכך, שבוצעה מניפולציה (עלידי גורם כלשהו) במסמכי האה"ד, מזו שהוצגה לביתהמשפט ברמות העתקים משטריהמטען שנמצאו אצל רביהחובל. העובדה שהמסמכים שנמסרו לבנק תאמו את דרישות כתביהאשראי, בעוד שאלו שנשארו אצל רביהחובל הורו על תאריכים מאוחרים יותר (ושאינם תואמים את דרישות האה"ד), בצירוף לכך שהתברר מעל לכל ספק כי בפועל לא יצאו האוניות בזמן, יוצרת בסיס עובדתי מוצק למסקנה (לכאורית לפחות), שהעסקה מערבת מרמה הקשורה ישירות לחוזה האה"ד עצמו ("מרמה במסמכים"). כפי שהראינו לעיל, במצב כזה של חשד ממשי למרמה במסמכים יש מקום לתת צו מניעת תשלום ללא כל קשר לשאלת מעורבותו של המוכר במרמה. המוכר הוא שהיה חייב להציג לבנק מסמכים תואמים. הצגת מסמכים שהם בלתיאאותנטיים (למרות התאמתם על פניהם), שהבנק היה מודע לה, מהווה עילה להוצאת צו-מניעה עלידי ביתהמשפט,

142 ראה בפסקהדין U.C.M., הערה 14 לעיל, 725 (G). זאת בניגוד בולט לגישה של בתי המשפט בארצות-הברית, שאינם מהססים לישים את עקרונות המרמה ולהורות על עצירת תשלום. בחינה של פסקהדין בעניין זה בארצות הברית בשנים 1973–1978 מראה כי בתיהמשפט העניקו צווים בלמעלה משליש מהבקשות שהוצאו לפניהם. בפסיקה האמריקנית מתבטאת גם נטיה כוללת של עליה במספר היחסי בצווים שניתנו בעניין זה (ראה Kozolchik, הערה 81 לעיל, בעמ' 123 והערה 714–715). ראוי עוד לציין בעניין זה כי החשש מפני "התמוטטות" של מוסד האה"ד עקב הענקת צווי עצירת תשלום מוכח כבלתי מבוסס, לאור העובדה שהשימוש בא"ד בארצות-הברית בשנות ה-70, לא פחת (ראה הערה 1 לעיל).

143 דוגמא לגישה מצמצמת קיצונית נמצאת בפסקהדין Discount Records (הערה 33 לעיל). כאן דובר בעסקת מכר תקליטים. המוכר שלח במקום 8625 תקליטים שהוזמנו, רק 275, כאשר יתרת התיבות נשלחה היו מלאות באשפה, בתקליטים שבורים או לא תואמים. חלק מהתיבות המיועדות כלל לא נשלחו. בנוסף על עובדות אלו, שיוצרות מצב של כשלון תמורה טוטאלי כמעט (קרי: מרמה רבת), התברר כי הסחורה נשלחה באיחור (ביחס לתאריך האחרון שנקבע באה"ד) וכי בוצעו כנראה שינויים ומוזיקות בכתובות שהיו על התיבות של הסחורה, כדי להתאים את התיבות עליפי צורתן החיצונית, למה שרדש כתב האשראי (קרי: מרמה בקשר להשגת המסמכים) (ראה עמ' 317–318 (b) לפסקהדין). ביתהמשפט דן בפסקדין Sztein והחליט לרחות את התביעה לצו עצירת תשלום ביתהמשפט קבע שהקונה לא עמד בנטל של הוכחת טענת המרמה. יש לציין כי כאותו מקרה בוצע האשראי עלידי קיבול שטר חליפין. עובדה זו יכולה אולי להצדיק את התוצאה הסופית של פסקהדין (ראה פרק ח' לעיל, טכסט ליד הערות 100–102) אך לא את גישתו של בתיהמשפט לבעיית המרמה.

שכן המוכר הפר את חובתו החוזית כלפי הבנק במסגרת חוזה האה"ד¹⁴⁴. הטענה של המוכר כי הוא מצדו מסר למוביל את הסחורה "בזמן"¹⁴⁵, איננה רלבנטית ואיננה שוללת את העילה להוצאת הצו. חובתו של המוכר היא להשיג מסמכים תואמים ואוטנטיים כדי להשיג את קבלת הכסף, ולא למסור את הסחורה בזמן למוביל ותו לא. כפי שהראינו, גם ההנחה כי המוביל הוא זה שיצר את הזיוף או המרמה בשטריהם מטען איננה משנה את התוצאה לעניין זה. הנטל לפקח על המוביל ולדאוג לכך כי יפעל כשורה, והסיכון לאי-קבלת התשלום אם היו חריגות בפרוצדורה של המצאת המסמכים, צריך ליפול על המוכר שבא במגע עם הגורמים המוציאים את המסמכים, ולא על הקונה היושב מרוחק מהם אלפי קילומטרים. בהתאם לכך, רצוי היה – לדעתנו – שלא לאמץ את הפרופוזיציה של פסקדין U.C.M.¹⁴⁶ בעניין זה, אלא להחיל את חריג המרמה במקרה של מרמה במסמכים גם אם מעורבות המוכר במרמה לא הוכחה, או אף אם הוכח כי הרמאי היה המוביל, שפעל ללא ידיעת המוכר¹⁴⁷.

גישה אחרת מזו המוצגת בפסקדין U.C.M. מבטאת בשני פסקידין אמריקניים שעסקו בסיטואציות עוברתיות דומות לזו שבפסקדין בן-סערון:

בפסקדין *Siderius Inc. & others v. Wallace Co.*¹⁴⁸ דוצג לבנק שטר מטען – שהיה אמור להיות מוצג לא יאחר מה-15.1.75 – רק ב-20.2.75 (היינו: יותר משלושה שבועות לאחר שהמשלוח היה אמור לצאת). נסיבות אלו עוררו את חשדו של הלקוח וזה ערך בירור שהעלה, כי האוניה שבה דובר לא יצאה מהנמל המיועד לפני ה-24.1.75. בנסיבות אלו סירב הבנק לשלם את האה"ד, אף-על-פי שהמסמכים היו תואמים על פניהם. בית-המשפט אישר את פעולת הבנק בקובעו, כי המדובר במרמה המתאפשרת למסמכים¹⁴⁹ (שהספק היה צד לה) ולכן היה מקום להעניק צרמניעה לטובת הקונה.

פסקידין השני בעניין הוא פסקידין *Merchants Corp. of America v. Chase* פסקידין *Manhattan Bank A.N.*¹⁵⁰ גם כאן הציג הקונה לפני בית-המשפט ראיות, כי שטריהם מטען שבו דובר נשא על פניו תאריך התואם את דרישות כתב-האשראי (31.1.68) הוצגו שטריהם מטען לפני הקונים רק בתאריך 19.2.68. הבנק התבקש – ועיכב – תשלום ליום אחד, והבירור שערך הקונה העלה כי הספינה הפליגה מנמל-היעד הקוריאני רק בתאריך 13.2.68. בית-המשפט העניק צרמניעה תוך הסתמכות על הלכת *Sztejn*, בקובעו כי העובדות הנ"ל מהוות ראיות מספיקות לעורר חשד ממשי של

144 לעיל, טכסט ליד הערות 47-48.

145 עמ' 31 (ג) לפסקידין.

146 יצויין כי למעשה הפרפוזיציה שאומצה בפסקדין בן-סערון היא אף צרה יותר (מנקודת מבט של היקף חריג המרמה) מזו של פסקדין U.C.M., שכן בפסקידין הנ"ל עמדה בפני בית-המשפט הוכחה פוזיטיבית לכך שהמרמה היתה מצד המוביל וכי המוכר עצמו היה תסלב לחלוטין (ראה עמ' 327 לפסקידין), בעוד שבפסקידין בן-סערון לא היתה הוכחה כזו – ולא היה ברור מי היה מכצע המרמה, היינו, לא היתה כאן ראיה פוזיטיבית לכך שהמוכר נקי ממעורבות במרמה (ראה גם הערה 91, לעיל).

147 לעיל, פרק ז', טכסט ליד הערות 93-96.

148 הערה 41 לעיל. ראה תיאור העובדות בעמ' 855-858 לפסקידין.

149 שם, 862.

150 5 U.C.C. Rep. Serv. 196 (N.Y. Supp. ct. Man 5, 1968)

מרמה במסמכים¹⁵¹. בית-המשפט לא עסק כלל ולא קבע כל ממצא בשאלת זהותו המדויקת של הרמאי או מעורבותו של המוכר עצמו בתרמית. השוני החשוב בין עובדות שני פסקי-הדין הנ"ל ובין אלו בפסקי-הדין בךסעדון הוא, שבמקרה האחרון לא פעל הקונה במהירות מספקת ולא השיג צו מבקש מועד עזירת תשלום כנגד הבנק המוציא. התוצאה הקונקרטית של פסקי-הדין, המשחררת את בנק המזרחי מאחריות לפעילות הבנק האיטלקי, שלוחו, שפעל מתוך התעלמות – למעשה מהחשדות למרמה (ואולי אף בניגוד לצו-המניעה של בית-המשפט הישראלי שנמסר לו¹⁵²) היא אפוא מוצדקת בהתבסס על הנימוק האחרון, המובא על-ידי בית-המשפט: שהרי כפי שראינו, סעיף 20 ל-U.C.P.¹⁵³ משחרר את הבנק המוציא מאחריות בדיעבד כלפי הקונה לפעולות חריגות של הבנק המכותב¹⁵⁴. עם זאת, ראוי היה – לדעתנו – לאמץ גישה אחרת לגבי השאלה הכוללת של היקף חריג המרמה בהתייחס למרמה במסמכים ולגבי השאלה של מרמה על-ידי צד שלישי.

יא. סיכום

1. הרציונל המסחרי כמו גם העקרון המשפטי המרכזי של שיטת האה"ר, הוא עקרון האוטונומיה, מחייבים להכיר בעקרונות מיוחדים השונים מהכללים הרגילים המתייחסים למרמה או הפרת חוזה, שיהיו בסיס להתערבות בתיהמשפט במיכניזם של ביצוע עסקת האה"ר.
2. הענקת צו של בית-המשפט לעזירת תשלום האה"ר מוצדקת רק במקרה של מרמה רבתי של המוכר בהתייחס לחוזה-המכר – כזו השוללת מהעסקה כל תוכן מסחרי של ממש ומפרה את האיזון המסחרי בין הצדדים למכר או במקרה של זיוף או מרמה המתייחסת לפרוצדורה של הוצאת המסמכים הקשורים לאה"ר.
3. הפורום המתאים לבירור טענת מרמה מצד הקונה, הוא בית-המשפט. תפקידו של הבנק, בהתעורר טענה או חשד של מרמה, הוא לעכב את התשלום לזמן סביר (אך קצר), שיאפשר לקונה לפנות לבית-המשפט ולהשיג צו-מניעה זמני.
4. במישור הדיוני, לאור המשמעות הקריטית והמיוחדת שיש להוצאת צו זמני לעזירת תשלום ולאור מאזן הנוחיות בין הצדדים, יש מקום לדרישה מחמירה-יחסית של הוכחת חשד ממשי הנתמך בראיות אובייקטיביות, לקיום יסודות המרמה הנדרשים כבסיס לעזירת תשלום האה"ר.
5. העקרונות המשפטיים המהותיים, כמו גם הפרקטיקה המסחרית הקשורה לאה"ר, מחייבים להעניק לקונה המבקש סעד של עזירת תשלום עקב מרמה במסמכים, גם אם אין הוכחה למעורבותו של המוכר במרמה.

151 שם, 197.

152 עמ' 31 לפסקי-הדין. לא ברור מתיאור העובדות אם התשלום בוצע על-ידי הבנק האיטלקי לפני או אחרי שנמסר לו צו המניעה של בית-המשפט הישראלי.

153 סעיף 12 למהדורה משנת 1974. ראה עמ' 35, 38 לפסקי-הדין.

154 לעיל, פרק ט' סכסס ליד הערות 118–120, והשווה הערה 120 לעיל.

6. טענה של מרמה במכר או במסמכים לא תהווה הגנה כנגד תביעת התשלום של אוחז כשורה בשטר שהוצא תחת א"ד. לאור מכלול השיקולים הקשורים לנושא נראה, כי אין מקום לשנות את העקרונות הכלליים של דיני הראיות, המטילים על האוחז את הנטל להוכיח כי אחיזתו בשטר היא אחיזה כשורה, לאחר שהקונה ביסס את טענת המרמה.

7. פעולה חריגה של הבנק המכותב, הפועל לפי עקרונות החלים לפי הרין בארצו־שלו, או תוך חריגה מהוראות הבנק המוציא או תוך הפרה של צו בית־המשפט שאליו פנה הקונה, אינה מהווה עילה לשלילת סעד של עצירת תשלום מהקונה המבקש סעד כזה.

במידה שהאה"ד אושרר על־ידי בנק שאינו בארצו של הקונה, הרי תנאי להשגת סעד של עצירת תשלום הוא הענקת צו מתאים על־ידי בית־המשפט בארצו של הבנק המאשרר.