

מכירת תיקי הלוואות בנקאיות לגופים חוץ-בנקאיים: השלכותיה של חובת האמון הבנקאית

מאת

רות פלאטו-שנער*

בשנים האחרונות הולכות ומתרחבות העסקאות שבהן בנקים מוכרים תיקי הלוואות לגופים פיננסיים חוץ-בנקאיים. מכירה כזו היא המחאת זכויות: הבנק, אשר העמיד הלוואות ללווים שונים וזכאי כעת לתשלומי הפירעון מאותם לוויים, ממחה את זכויותיו על פי חווי ההלוואה לתאגיד פיננסי חוץ-בנקאי.

אחד החששות העולים מעסקה כזו הוא פגיעה בלווה בשל העובדה שהתאגיד הרוכש אינו כפוף לאותן מגבלות רגולטוריות ולאותה רמת פיקוח כמו אלו שחלות על הבנק המוכר. לעניין זה יש נפקות מיוחדת בשל חובת האמון המוטלת על הבנק, המחייבת את הבנק להגן על אינטרס הלקוח ולהעדיף אותו על פני כל אינטרס אחר, אפילו על פני האינטרס של הבנק עצמו. בשל הפגיעה האפשרית בלווה מתעוררת השאלה אם אין בחובת האמון כדי להגביל מכירה של תיקי הלוואות. החשש לפגיעה בלווה והעצמת הסיכון המוטל עליו מעוררים ספק גם באשר לעבירות זכותו של הבנק על פי הסכמי ההלוואה וליכולת להמחות אותה. לאחר בחינת תחולתה והשלכותיה של חובת האמון הבנקאית על עסקאות הלוואה בכלל ועל עסקאות מכירה של הלוואות בפרט, המאמר מציע מתווה ראוי לעסקת מכירה של תיקי הלוואות בנקאיות. המתווה המוצע מספק הגנה הולמת ללוויים, תואם את חובת האמון הבנקאית ומאפשר את המחאת הזכות וביצוע העסקה.

מבוא. א. מכירה של תיק הלוואות בנקאיות – מאפייני העסקה הטיפוסית. ב. עבירות הזכות של הבנק מכוח חוזה הלוואה. ג. חובת האמון הבנקאית. 1. מהותה של החובה; 2. חובת האמון הבנקאית בעסקאות הלוואה; 3. חובת האמון הבנקאית במכירת תיקי הלוואות בנקאיות. ד. המתווה הראוי לעסקת מכירה של תיקי הלוואות בנקאיות.

מבוא

בשנים האחרונות הולכות ומתרחבות העסקאות שבהן בנקים מוכרים מקבצים של הלוואות (להלן – "תיקי הלוואות") לגופים פיננסיים חוץ-בנקאיים.¹ מכירה כזו היא המחאת זכויות:

* פרופסור מן המניין, ראש המרכז לדיני בנקאות ורגולציה פיננסית, המכללה האקדמית נתניה. הכותבת מכהנת כחברה בוועדה המייעצת לנגיד בנק ישראל בעניינים הנוגעים לעסקי בנקאות וכסגן יו"ר הוועדה המייעצת לממונה על שוק ההון, ביטוח וחיסכון. הדעות המובאות במאמר זה הן דעותיה הפרטיות. הכותבת מבקשת להודות לפרופ' שלום לרנר על הערותיו החשובות.

¹ לדוגמאות, ראו רעות שפיגלמן "מזרחי טפחות מוכר למנורה תיק משכנתאות של 770 מיליון שקל" כלכליסט (31.12.2015) bit.ly/2SMdl26; רון שטיין ועירית אבישר "מזרחי טפחות מוכר למגדל תיק משכנתאות 950 מיליון ש"גלובס (29.9.2016) bit.ly/2Fe0eP8; מיכאל רוכוורגר ואסא ששון "נחשפים

הבנק (הנושה), אשר העמיד הלוואות ללווים שונים וזכאי כעת לתשלומי הפירעון מאותם לוויים (החייבים), ממחה את זכויותיו על פי חוזי ההלוואה לגוף פיננסי אחר – בדרך כלל גוף מוסדי כדוגמת חברת ביטוח או קרן פנסיה (הנמחה).

לעסקה של מכירת תיקי הלוואות יתרונות רבים הן עבור הבנק המוכר, הן עבור התאגיד הרוכש והן עבור המשק בכללותו. הסיבה העיקרית שבשלה החלו בנקים למכור תיקי הלוואות היא מגבלות רגולטוריות של הלימות הון: הוראות הפיקוח על הבנקים מחייבות את הבנקים לשמור על יחס מסוים בין נכסי הסיכון שלהם לבין הונם העצמי. הלוואות נחשבות "נכסי סיכון", והבנקים נדרשים לרתק כנגדן שיעור מסוים של הון עצמי כדי לספק כרית ביטחון לנושים.² מכירת תיקי הלוואות מאפשרת לבנקים להקטין את היקף ההון שעליהם לרתק ומקנה להם גמישות רבה יותר בפעילותם.

נוסף על זה, תמחור נכון של העסקה עשוי להניב לבנק רווח. למשל, מכירת תיקי הלוואות משכנתה

מאפשרת לבנקים ליהנות משני מקורות רווח חשובים: עמלות ומרווחי אשראי. הבנקים מוכרים את ההלוואות באותה ריבית שבה הן ניתנו, כאשר כל העמלות ששולמו לבנקים בעת פתיחת התיק, לרבות עמלות בגין הביטוחים שנוטלי ההלוואות רכשו, נותרות בידי הבנק. נוסף על זה, את ההון שהתפנה להם הבנקים יכולים להעמיד כהלוואות נוספות וליהנות מהעמלות של פתיחת תיק חדש. הבנקים מרוויחים גם ממרווחי אשראי (הפער בין עלות גיוס האשראי לבין הריבית שהבנק מקבל מהלווה בגינו). בתחום המשכנתאות מרווחי האשראי עלו עלייה חדה בשנים האחרונות, והחלפת הלוואות משכנתה שניתנו לפני כמה שנים בהלוואות חדשות מאפשרת לבנקים לשפר במידה ניכרת את המרווח הפיננסי ואת הרווח הנגזר ממנו.³

מבחינת הגופים המוסדיים הרוכשים את ההלוואות, רכישת ההלוואות מהווה אפיק השקעה נוסף המאפשר להם ביזור של תיק ההשקעות שהם מנהלים, השגת תשואות גבוהות

לדיוור: חברת הביטוח שרכשה משכנתאות ב-600 מיליון שקל" *TheMarker* (1.11.2017) bit.ly/39zCiiM; מיכאל רוכוורגר ואסא ששון "מזרחי מכר תיקי משכנתאות להראל וגלעד בכ-1.2 מיליארד שקל" *TheMarker* (26.6.2018) bit.ly/2svFv6P; עירית אבישר ורון שטיין "הפניקס רוכשת משכנתאות בהיקף של 280 מיליון שקל מבנק ירושלים" *גלובס* (1.5.2019) bit.ly/2QfzlzG. כן ראו מזרחי טפחות דין וחשבון שנתי לשנת 2016 29 (2017) bit.ly/2ZMCM4X; מזרחי טפחות דין וחשבון שנתי לשנת 2015 39 (2016) bit.ly/2ZES77w; מזרחי טפחות דין וחשבון שנתי לשנת 2017 19 (2018) bit.ly/2MJJGTc.

2 ראו את הוראות ניהול בנקאי תקין של המפקח על הבנקים בנושא מדידה והלימות הון, ובעיקר ראו הוראת ניהול בנקאי תקין 201 "מדידה והלימות הון – מבוא, תחולה וחשוב דרישות" (30.5.2013) tinyurl.com/y3c7eryl; הוראת ניהול בנקאי תקין 202 "מדידה והלימות הון – ההון הפיקוחי" (26.2.2018) tinyurl.com/y5owhyv7; הוראת ניהול בנקאי תקין 211 "מדידה והלימות הון – הערכת נאותות הלימות הון" (30.5.2013) tinyurl.com/y66ynjq4 (להלן: הוראות ניהול בנקאי תקין). להרחבה, ראו RUTH PLATO-SHINAR, BANKING REGULATION IN ISRAEL: PRUDENTIAL REGULATION VERSUS CONSUMER PROTECTION 91–94 (2016) (להלן: PLATO-SHINAR, (BANKING REGULATION).

3 ראו מיכאל רוכוורגר "מכירת תיקי משכנתאות נהפכה לדרך של הבנקים להגדיל רווחיות" *TheMarker* (7.11.2017) tinyurl.com/y63sbaj8.

יחסית לסיכון, קניית הלוואות בעלות משך חיים ממוצע ("מח"מ") התואם את צורכי הגוף המוסדי ועוד.⁴ תיקי ההלוואות שנמכרים כוללים רק הלוואות שאין בהן פיגורים או בעיות גבייה.⁵

למכירת תיקי הלוואות בנקאיות מתלווים גם יתרונות כלל-משקיים. מכירת תיקי הלוואות בנקאיות לגופים חוץ-בנקאיים מכניסה שחקנים חדשים לשוק נותני האשראי ועשויה להפוך את התחום לדינמי ותחרותי יותר. במדינת ישראל, המאופיינת במערכת בנקאית ריכוזית ובשוק אשראי צרכני בעל רמת תחרותיות נמוכה,⁶ גיוון מקורות האשראי חשוב במיוחד. נוסף על זה, עסקאות אלה מאפשרות לבנקים להעמיד הלוואות חדשות ולתת מענה לביקושים הגוברים, בעיקר בתחום האשראי לדיור.

מנגד, מכירת תיקי הלוואות טומנת בחובה בעיה של סיכון מוסרי (moral hazard), שכן הגוף שיוצר את הסיכון (הבנק המוכר) אינו נושא בהשלכות של הסיכון שיצר (אי-פירעון ההלוואות), אך מפיק ממנו רווח. מצב זה מתמרץ נטילת סיכונים הגדולים מתוחלת הרווח שלהם.⁷ דוגמה בולטת להתממשות סיכון מוסרי שכזה היא פרשת הסאב-פריים בארצות הברית שפרצה בשלהי שנת 2007, שם מכירת תיקי הלוואות משכנתה נעשתה במסגרת עסקאות איגוח של אותן הלוואות.

איגוח הוא אחד הכלים הפיננסיים החשובים בשווקים הכלכליים המודרניים. הוא מאפשר לחברה להתבסס על תזרים מזומנים שהיא עתידה לקבל ("תקבולים") ולהנפיק איגרות חוב שתהיינה מגובות באותם תקבולים. תהליך האיגוח מבוסס על הפרדת הנכסים שמניבים את התקבולים משאר נכסיה של החברה באמצעות מכירתם של הנכסים המניבים לתאגיד נפרד שהחברה מקימה במיוחד לשם כך (Special Purpose Vehicle – SPV). תאגיד זה מממן את הרכישה באמצעות הנפקת איגרות חוב. איגרות החוב תיפרענה מהתקבולים האמורים.⁸

משבר הסאב-פריים האמריקני נוצר מניצול לרעה של הפרקטיקה הרווחת של איגוח הלוואות משכנתה.⁹ מכירת תיקי הלוואות המשכנתה אפשרה לבנקים המלווים לנתק עצמם

4 ראו ס' 1 לטיטוט חוזר המפקחת על הבנקים "מכירת הלוואות ושיתופי פעולה להעמדת אשראי לדיור" (14.2.2017).

5 שם, בס' 3.3.1.

6 ראו הוועדה להגברת תחרות בשירותים בנקאיים ופיננסיים נפוצים **דוח מסכם** 12–15 (1.9.2016) bit.ly/2trDAzZ (להלן: **דוח הוועדה להגברת התחרות**).

7 השוו בנק ישראל **דוח הצוות לקידום איגוח בישראל** 5 (12.11.2015) bit.ly/2Qez0OG (להלן: **דוח צוות האיגוח**).

8 ראו Joseph C. Shenker & Anthony J. Colletta, *Asset Securitization: Evolution, Current Issues and New Frontiers*, 69 TEX. L. REV. 1369 (1991); Lynn M. LoPucki, *The Death of Liability*, 106 YALE L.J. 1, 24 (1996); Edward M. Iacobucci & Ralph A. Winter, *Asset Securitization and Asymmetric Information*, 34 J. LEGAL STUD. 161, 162 (2005); Steven L. Schwarcz, *The Alchemy of Asset Securitization*, 1 STAN. J.L. BUS. & FIN. 133, 135 (1994); רב סולומון "מעמד הנושים בעסקת איגוח – שאלה של סיווג" **מחקרי משפט** כה 361, 362–365 (2009).

9 ראו NAT'L COMM'N ON THE CAUSES OF THE FIN. & ECON. CRISIS IN THE U.S, *THE FINANCIAL CRISIS INQUIRY REPORT* (2011), <http://bit.ly/2Fcbxam>; רון חריס "מעסקה סולידייט למשבר עולמי:

מהסיכון של אי-פירעון ההלוואות. היכולת להיפטר מההלוואות בקלות ובמהירות בשל היותן של עסקאות האיגוח פרקטיקה רווחת, הובילה את הבנקים המלווים להעניק הלוואות בעייתיות ומסוכנות בידעה שאם ההלוואות לא תיפרענה – לא הם יישאו בהפסד. כך, ההלוואות ניתנו ללווים בעייתיים (sub-prime) חסרי כושר פירעון ויכולת חוזר. ההלוואות היו בסכום השווה למלוא שווי הנכס הנרכש ולעיתים אף גבוה ממנו, מתוך ציפייה לגאות במחירי הנדל"ן ועליית שווי הנכסים, אשר שימשו ביטחון לאותן הלוואות. ההלוואות ניתנו ללא קבלת מקדמה המבוססת על הון עצמי, בריביות גבוהות שהלווים לא יכלו לעמוד בהן ובשיטה שבה הבנק המלווה אינו רשאי להיפרע מהלווה אלא במימוש הנכס הממושכן להבטחת ההלוואה (non-recourse).¹⁰ סופה של הפרשה, כידוע, היה לא רק משבר בשוק המשכנתאות האמריקני אלא גם משבר פיננסי עולמי שהוביל להתמוטטותם של מוסדות פיננסיים רבים ולפגיעה בכלכלותיהן של מדינות רבות. במילים אחרות, הסיכון המוסרי הכרוך במכירת ההלוואות התגלה כבעל תוחלת עצומה.

בעיה נוספת הכרוכה במכירת תיקי הלוואות בנקאיות נוגעת להשפעת המכירה על הלווים. עסקת מכירה של תיקי הלוואות אשר הצדדים לה הם הבנק המוכר והתאגיד הרוכש אינה טעונה הסכמה של הלווים.¹¹ אחד החששות העולים מעסקה כזו הוא פגיעה בלווה, בייחוד כאשר התאגיד הרוכש הוא גוף שאינו כפוף לאותן מגבלות רגולטוריות ולאותה רמת פיקוח כמו אלו שחלות על הבנק המוכר. לחשש זה נפקות מיוחדת בשל חובת האמון המוטלת על הבנק כלפי לקוחותיו. אחד המאפיינים העיקריים של יחסי בנק-לקוח הוא חובת האמון המוטלת על הבנק כלפי הלקוח. חובה זו מטילה על הבנק סטנדרט התנהגות גבוה ביותר: לפעול בנאמנות (loyalty) מלאה ללקוח. מכוח חובת האמון חייב הבנק להעדיף את אינטרס הלקוח על פני כל אינטרס אחר, אפילו על פני האינטרס של הבנק עצמו.¹² לפיכך מתעוררת השאלה אם אין בחובת האמון כדי להגביל מכירה של תיקי הלוואות מקום שבו מכירה כזו עלולה לפגוע בלקוח.

מבין שתי הבעיות שתוארו לעיל המאמר הנדון יתמקד בבעיה השנייה, קרי החשש לפגיעה בלווים.

מבנה המאמר יהיה כלהלן: הפרק הבא יציג לקורא את עקרונותיה הבסיסיים של עסקת טיפוסית למכירת תיקי הלוואות בנקאיות. לאחר מכן פרק ב' יבחן את עבירות הזכות של הבנק על פי חוזה ההלוואה על רקע הפגיעה העלולה להיגרם ללווה מהמחאת הזכות. הפרק יצביע על שלושה עניינים העלולים לפגוע באינטרס של הלווה ולהעצים את הסיכון המוטל עליו: (1) הבדל בין הבנקים לגופים חוץ-בנקאיים בתכנים של האסדרה (רגולציה) החלה על אלה ועל אלה: גופים חוץ-בנקאיים אינם כפופים לכל המגבלות והחובות החלות על הבנקים; (2) הבדל בין הבנקים לגופים החוץ-בנקאיים ברמת הפיקוח, האכיפה והענישה

על כשלי שוק המשכנתאות האמריקני "משפטים מ 601 (2010). כן ראו אפרת טולקובסקי ורועי קרייטנר "בין חדשנות פיננסית למשבר כלכלי" משפטים מ 413, 422-428 (2010).

10 ראו Dov Solomon & Odelia Minnes, *Non-Recourse, No Down Payment and the Mortgage Meltdown: Lessons from Undercapitalization*, 16 FORDHAM J. CORP. & FIN. L. 529 (2011).

11 ס' 1(א) לחוק המחאת חיובים, התשכ"ט-1969.

12 רות פלאטור-שנער *חובת האמון הבנקאית* 71-77 (2010); רות פלאטור-שנער ואביבה גבע "חובת האמון הבנקאית – המודל הישראלי" משפט ועסקים יא 393, 395-396 (2009).

החלים על אלה ועל אלה, כאשר הגופים החוץ-בנקאיים כפופים לרמה נמוכה מזו שהבנקים כפופים לה; (3) שיקול הדעת המוקנה לתאגיד הרוכש בעניינים מהותיים הנוגעים להלוואה. החשש לפגיעה באינטרס של הלווה מעורר ספק באשר לעבירות זכותו של הבנק על פי הסכמי ההלוואה ובאשר ליכולת להמחות אותה לתאגיד הרוכש את תיקי ההלוואות. החשש לפגיעה באינטרס הלקוח מתעורר בהקשר נוסף. הבנקים כפופים לחובת אמון רחבה, המחייבת אותם להגן על אינטרס הלקוח ולהעדיף את אינטרס הלקוח על פני כל אינטרס אחר, לרבות זה של הבנק עצמו. השאלה היא כיצד מתיישבת עסקה למכירת תיקי הלוואות, העלולה לפגוע באינטרסים של הלקוחות, עם חובת האמון הבנקאית. בנושא זה של חובת האמון הבנקאית יעסוק פרק ד. פרק זה יבחן את תחולתה ואת השלכותיה של חובת האמון הבנקאית על עסקאות הלוואה בכלל ועל עסקאות מכירה של הלוואות בפרט. מסקנת הפרק תהיה כי מכוח חובת האמון הבנקאית יש לאסור מכירה של תיקי הלוואות בנקאיות כשלא ניתן להבטיח כי אינטרס הלווה לא ייפגע. במענה לקשיים שעליהם מצביעים פרקים ב ו-ג, פרק ד יציע מתווה ראוי לעסקת מכירה של תיקי הלוואות בנקאיות, המספק הגנה הולמת ללווים ותואם את חובת האמון הבנקאית. המאמר לא יעסוק באיגוח של תיקי הלוואות. עם זאת היות שאיגוח כזה כולל מכירה של תיקי ההלוואות לתאגיד הייעודי (SPV) המבצע את תהליך האיגוח, אדרש לנושא האיגוח במקומות המתאימים.

א. מכירה של תיק הלוואות בנקאיות – מאפייני העסקה הטיפוסית

מכירה של תיק הלוואות בנקאיות היא כאמור עסקה של המחאת זכויות: הבנק (הנושה), אשר העמיד הלוואות ללווים שונים (החייבים) וזכאי כעת לתשלומי הפירעון מהם, ממחה את זכויותיו על פי חוזה ההלוואה לתאגיד אחר שאיגונו בנק (הנמחה) כנגד תשלום מיידי הכולל ניכיון של שיעור כלשהו משווי הזכות עקב הקדמת התשלום והעברת הסיכון. מכיוון שהמטרה העיקרית של העסקה היא לאפשר לבנק להשתחרר ממגבלות ההון הרגולטוריות המוטלות עליו בגין ההלוואות,¹³ העסקה הטיפוסית מהווה מכירה (true sale) של תיק ההלוואות.¹⁴ העסקה היא ללא זכות חזרה (non-recourse), ולכן במקרה של אי-פירעון הלוואה כלשהי ההפסד נופל על כתפי הרוכש. במונחים של חוק המחאת חיובים מדובר בהמחאת זכויות מוחלטת, בשונה מהמחאה על דרך השעבוד¹⁵ או המחאה מותנית.¹⁶

13 ראו הוראות ניהול בנקאי תקין, לעיל ה"ש 2, והטקסט הסמוך לה.

14 השוו ס' 8 לטיטת חוזר המפקחת על הבנקים, לעיל ה"ש 4 (הסעיף קובע כי כדי שהמכירה תיחשב למכירה חשבונאית לצורך מדידת הלימות הון, על הבנק לקבל חוות דעת משפטית וחוות דעת חשבונאית מתאימות).

15 על המחאה על דרך השעבוד, ראו מיגל דויטש **דיני המחאת חיובים** 160–168 (2018); שלום לרנר **המחאת חיובים** 265–268, 275–279 (2002).

16 על המחאה מותנית, ראו שם, בעמ' 136–139; דויטש, שם, בעמ' 124–127.

להמחאת זכות מוחלטת שתי נפקויות: נפקות קניינית ונפקות חוזית. הנפקות הקניינית היא העברת הבעלות בנכס (שהוא הזכות החוזית כלפי החייב על פי הסכם ההלוואה) מאת הממחה אל הנמחה. הנפקות החוזית היא חילוף נושים כלפי החייב. הנושה המקורי של החייב (הממחה) חדל להיות נושה, והוא מוחלף בנמחה אשר הופך להיות הנושה של החייב מכאן ולהבא לכל דבר ועניין.¹⁷

ניסיון לאסדר עסקאות מכירה של תיקי הלוואות בנקאיות נעשה בשנת 2017, כאשר המפקחת על הבנקים פרסמה טיוטת חוזר בנושא "מכירת הלוואות ושיתופי פעולה להעמדת הלוואות לדיוור" (להלן – "טיטוטת החוזר של המפקחת על הבנקים").¹⁸ טיוטה זו לא הבשילה לכדי חוזר מחייב. עם זאת הפיקוח על הבנקים פרסם הוראות שונות בנושא איגוח הלוואות לדיוור, הכוללות התייחסות מסוימת למכירת ההלוואות לגוף המאגח.¹⁹ נוסף על זה, בשנת 2015 פורסם דוח הצוות לקידום האיגוח בישראל (להלן – "דוח צוות האיגוח").²⁰ הדוח כולל המלצות שונות, בין השאר בנוגע למכירת תיקי הלוואות לגוף המאגח. נכון למועד כתיבת שורות אלו, המלצות הדוח לא אומצו לכדי חקיקה מחייבת.

עסקה למכירת תיקי הלוואות יוצרת סיכון מוסרי בשל העובדה שהבנק אשר העמיד את ההלוואות אינו נושא בסיכון של אי-פירעון. אחת הדרכים לצמצם סיכון זה היא לחייב את הבנק המוכר לשייר בידיו שיעור מסוים מכל הלוואה בתיק הנמכר, במידה כזאת שהזכויות וההתחייבויות של הבנק ושל התאגיד הרוכש יהיו בדרגה שווה, לפי חלקיהם היחסיים בהלוואה (פרי פסו). בעקבות זאת ימשיך הבנק להיות כפוף לסיכון – אם כי בהיקף מצומצם יותר – של אי-פירעון ההלוואות, עניין שאמור לתמרץ אותו לנקוט משנה זהירות בעת העמדת ההלוואות ולהימנע מהעמדת הלוואות מסוכנות. בעסקאות מכירה שונות שבוצעו במשך היה השיעור שנותר בידי הבנק המוכר 20%.²¹ לשם השוואה, בטיטוטת החוזר של המפקחת על הבנקים,²² כמו גם בדוח צוות האיגוח,²³ נקבע שיעור של 10%.

דרישה נוספת שנכללה בטיטוטת החוזר של המפקחת על הבנקים הייתה שההלוואות המיועדות למכירה יהיו כאלה שנכללו במאזן של התאגיד הבנקאי במשך תקופה של 18

17 ע"א 8299/10 בנק מזרחי טפחות בע"מ נ' חרושת מתכת בית השיטה (בהח) בע"מ, פס' 24 לפסק דינו של הנשיא (כתוארו אז) גרוניס (פורסם בנבו, 15.3.2015) (להלן: עניין חרושת); ע"א 7281/15 קופאס פיננס (ישראל) בע"מ נ' אגרוסקו חברה לייצוא חקלאי בע"מ, פס' 30 לפסק דינו של השופט (בדימ') דניצגר (פורסם בנבו, 22.5.2018); דויטש, שם, בעמ' 176–178. לגישה שונה שלפיה העברת הבעלות בזכות החוזית אינה חייבת לכרוך בה החלפת נושים כלפי החייב, ראו לרנר המתארת חיובים, שם, בעמ' 51–55.

18 ראו טיוטת חוזר המפקחת על הבנקים, לעיל ה"ש 4.

19 ההוראות העיקריות הן אלה: הוראת ניהול בנקאי תקן 205 "איגוח (Securitization)" (30.5.2013) bit.ly/35ez98T; נספח "עמדות הפיקוח על הבנקים בהתייחס לאיגוח מסורתי של הלוואות לדיוור" שצורף למכתב מאת אור סופר, סגן המפקח על הבנקים לתאגידים הבנקאיים מס' 179 בעניין "איגוח מסורתי של הלוואות לדיוור" (25.8.2009) http://bit.ly/2ZLmkCc (להלן: נספח עמדות הפיקוח).

20 ראו דוח צוות האיגוח, לעיל ה"ש 7.

21 ראו לעיל ה"ש 1.

22 ס' 5.1 לטיטוטת חוזר המפקחת על הבנקים, לעיל ה"ש 4.

23 ראו דוח צוות האיגוח, לעיל ה"ש 7, בעמ' 27.

חודשים לפחות טרם המכירה.²⁴ גם הוראה זו באה לתמרץ את הבנק, שבמהלך תקופה זו של 18 חודשים אינו יכול להיפטר מההלוואות ונושא בסיכון המלא של אי-פירעון, להימנע מהעמדת הלוואות מסוכנות.

איסור נוסף שנכלל בטיטת החוזר ושנועד לצמצם את הסיכון המוסרי הוא איסור לבצע מכירה סלקטיבית של ההלוואות הגרועות (lemon picking) ולשייר בידי הבנק את ההלוואות הטובות.²⁵

נושא מרכזי בעסקה של מכירת תיקי הלוואות הוא העברת הבטוחות שניתנו להבטחת ההלוואות. בעניין זה קובע חוק המחאת חיובים בסעיף 5:

בכפוף להסכם ההמחאה כוללת המחאת זכות גם כל ערבות ושעבוד שניתנו להבטחתה וכל זכות אחרת הנלווית לזכות שנמחאה, במידה שהן עבירות; ועל הנושה לעשות, לפי דרישת הנמחה, את הפעולות הדרושות כדי שכוחה של המחאת הזכויות האמורות יהיה יפה לכל דבר.

בדומה לזה, לעניין משכנתאות קובע סעיף 87 לחוק המקרקעין, התשכ"ט–1969 כי בכפוף למוסכם בתנאי המשכנתה רשאי בעל המשכנתה להעביר את המשכנתה, כולה או מקצתה, לאדם אחר, עם החוב המובטח באמצעותה, כולו או מקצתו.

השעבודים שניתנו להבטחת ההלוואות, כגון משכנתאות, משכון זכויות חוזיות בקשר למקרקעין, משכון מכוניות וכו', נרשמו במרשמים ציבוריים לטובת הבנק הנושה המקורי. כעת עם מכירת תיק ההלוואות יש לפעול לתיקון הרישומים של שעבודים אלה כדי שיבטיחו את זכויות התאגיד הרוכש. מכיוון שבעסקת מכירה של תיקי הלוואות מעורב מספר רב של בטוחות, יש לבצע הליך העברה ורישום של כל בטוחה בנפרד, עניין מורכב וקשה ליישום. בכל הנוגע להלוואות המובטחות באמצעות בטוחה הקשורה למקרקעין נקבעה הקלה בחוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2003), התשס"ג–2002 (להלן – חוק ההסדרים). חוק זה קובע כי לשם העברת משכנתה או הערת אזהרה בגין התחייבות לרישום משכנתה, די בחתימת הבנק המוכר והתאגיד הרוכש, ובלבד שהבנק המוכר מסר לרשם המקרקעין התחייבות והצהרה שנועדו להבטיח את זכויות הלווה כמפורט בחוק.²⁶

עם זאת הפתרון בחוק ההסדרים נותן מענה חלקי בלבד לקשיים הכרוכים בהעברת הבטוחות על שם התאגיד הרוכש. ראשית, הוא מתייחס רק ל"הלוואות המובטחות באמצעות בטוחה הקשורה למקרקעין" ולא להלוואות אחרות, כגון הלוואות לרכישת רכבים אשר השעבודים בגינן נרשמים אצל רשם המשכונות ובמשרד הרישוי. שנית, גם כאשר להלוואות המובטחות באמצעות בטוחה הקשורה למקרקעין חוק ההסדרים מקל את

24 ס' 5.2 לטיטת חוזר המפקחת על הבנקים, לעיל ה"ש 4.

25 שם, ס' 3.1.

26 ס' 46–47 לחוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2003), התשס"ג–2002, ס"ח 150 (להלן: חוק ההסדרים). השוו גם **דוח צוות האיגוח**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 23 (שם הוצע, באשר לאיגוח הלוואות משכנתה, להקל את רישום הבטוחות באמצעות דרישת שטר העברה אחד בלבד לכל מחזו של רשם המקרקעין).

ההעברה של משכנתאות ושל הערות אזהרה בלבד, הרשומות בלשכת רישום המקרקעין. הוא אינו מתייחס להעברה של משכונני זכויות חוזיות באשר למקרקעין הרשומים אצל רשם המשכוננות. העברה של משכוננות אלה על שם התאגיד הרוכש דורשת החתמה מחדש של הלווים, לפעמים שנים אחרי שהועמדה להם ההלוואה, קיום פרוצדורות הכרוכות בשינוי הרישום, תשלום אגרות ועוד. כדי להתגבר על עניינים אלו נוהגים להשתמש במכשיר של "נאמנות בטוחות":²⁷ הבנק המוכר משמש נאמן של התאגיד הרוכש לעניין הבטוחה, דבר שמאפשר להשאיר את רישום הבטוחה על שם הבנק אף שהיא נועדה להבטיח את זכויות התאגיד הרוכש.²⁸

עניין נוסף בעסקה למכירת הלוואות בנקאיות הוא תפעול ההלוואות לאחר מכירתן. התאגיד שרכש את ההלוואות בדרך כלל איננו בעל מערך מתאים לניהול ההלוואות, למעקב אחר הפירעונות, לטיפול בבקשות של לקוחות, לביצוע הגבייה, למימוש שעבודים ולנקיטת הליכים משפטיים במקרה הצורך. גם אם מדובר בתאגיד רוכש בעל מערך תפעול של הלוואות צרכניות פשוטות, כגון חברת מימון, ספק אם מערך התפעול הבסיסי שברשותו מסוגל להתמודד עם תיק מורכב של הלוואות לדיור הכולל הלוואות מגוונות על בסיס מנגנונים שונים של ריביות והצמדות, חישוב עמלות פירעון מוקדם, מחזור הלוואות ועוד. ככלל, הקמת מערך ניהול הלוואות הוא עניין מורכב ויקר העלול לפגוע בכדאיות העסקה בכללותה.²⁹ נוסף על זה, לבנקים ניסיון רב בהתנהלות עם לקוחות, בטיפול במקרים של פיגור בפירעון ובנקיטת הליכים משפטיים לגביית החוב במקרים הנדרשים. לכן התאגידים הרוכשים מעדיפים להסתמך על מערך ניהול ההלוואות של הבנק ועל ניסיונו הרב בתחום ולהותיר בידיו את ניהול ההלוואות לאחר רכישתן. הסכם המכירה הטיפוסי מעניק לבנק שיקול דעת רחב בעניינים אלו. עם זאת בעניינים עקרוניים שונים על הבנק לקבל את הסכמת התאגיד הרוכש, כגון במקרים של הסדרי חוב ומחיקות, פריסת החוב לתקופות ארוכות, הקפאת גבייה לתקופה מסוימת ועוד.

המשך תפעול ההלוואות בבנק נוח יותר גם ללקוח הלווה, אשר התקשר במקור עם הבנק, ומן הסתם מעדיף להמשיך ולהתנהל מולו. אולם יותר משיקולים של נוחות, בהיות הבנק גוף מפקח, זוכה הלקוח להגנה חשובה במקרים שבהם התאגיד הרוכש איננו גוף מפקח כזה.

בכל הנוגע להלוואות שלהבטחת פירעון ניתנה בטוחה בקשר למקרקעין, חוק ההסדרים עצמו מחייב את תפעול ההלוואה – לרבות פעולות הגבייה ומימוש הבטוחות – באמצעות

27 עסקה זו מתאפשרת בשל ההגדרה הרחבה של המונח "נאמנות" בס' 1 לחוק הנאמנות, התשל"ט-1979, הכוללת כל "זיקה לנכס שעל פיה חייב נאמן להחזיק או לפעול בו, לטובת נהנה או למטרה אחרת". ראו על כך שלמה כרם **חוק הנאמנות, התשל"ט-1979** 99-100 (מהדורה רביעית, 2004); אדם חפרי-ינוגורדוב "דין הנאמנות בישראל: מאבני נגף לאבני חן?" **משפטים** מה 440, 446 (2015).

28 ראוי לציין, כי הרגולציה שחלה על גופים מוסדיים בהלוואות לדיור מחייבת אותם לוודא שהמשכנתה תירשם על שמם בפועל. ראו ס' 8(א)(1)(ד) לחוזר גופים מוסדיים 5-9-2016 "כללי השקעה החלים על גופים מוסדיים" (17.2.2016). tinyurl.com/y2uxnflq. בשל השימוש במכשיר של נאמנות בטוחות אין מתבצע רישום כזה.

29 דוגמה לכשל בהקמת מאגר כזה, היא הניסיון של חברת הביטוח הפניקס. ראו ליטל דוברוביצקי "הפניקס תובעת את SAP ישראל: מכרו לנו חתול בשק" **ידיעות אחרונות** (27.3.2019). tinyurl.com/y5cy3m9y.

תאגיד בנקאי.³⁰ בהצעת החוק מסבירים כי קביעה זו נועדה להגן על הלווה ולהבטיח שהגוף שימשיך להתנהל מולו יהיה מפקח.³¹ הוראה דומה מצויה בסעיף 13(ג) לפקודת הבנקאות, החל על הלוואות לרכישת דירת מגורים או המובטחות במשכון של דירת מגורים, ואוסר על תאגיד בנקאי להמחות הלוואה כזו, אלא אם כן נעשו הסדרים עם התאגיד הבנקאי הממחה או עם תאגיד אחר המבטיחים כי השירות ללקוח "לא ייפגע פגיעה של ממש". לפיכך העסקה הטיפוסית קובעת את הבנק המוכר כנותן שירות (servicer) להלוואות שמכר.

הבנק ממשיך לגבות את תשלומי פירעון ההלוואות לזכות חשבונו ומעביר לתאגיד הרוכש את חלקו בכספים אלו לפי המועדים הקבועים בחוזה המכירה. עד להעברת הכספים הבנק מחזיק כספים אלו בנאמנות עבור התאגיד הרוכש.

הקביעה כי עסקה למכירת תיקי הלוואות היא המחאת זכויות מוחלטת אינה מובנת מאליה. זאת משום שהבנק המוכר אינו מתנתק לחלוטין מההלוואות ומהסיכון הגלום בהן, הבטוחות נשארות רשומות על שמו, הוא ממשיך לנהל ולתפעל את תיקי הלוואות, ופירעון ההלוואות נעשה במלואו לידי. מבנה עסקה זה מעורר שאלה של סיווג העסקה כעסקת מכר (המחאה מוחלטת) או שמא כעסקת משכון (המחאה על דרך השעבוד)³² בשל הוראותיו של סעיף 2(ב) לחוק המשכון, התשכ"ז–1967 שלפיהן רואים עסקת משכון בכל עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב, יהיה כינויה אשר יהא.

כידוע, המבחן בדבר סיווגה של עסקה מתבסס על כוונתם האמיתית של הצדדים ועל מהותה האמיתית של העסקה נוכח מכלול נסיבותיה ולא על השם שנתנו לה הצדדים בהסכם שביניהם או על הכסות החיצונית שלה. כן נודעת חשיבות להתנהגותם של הצדדים בפועל.³³ בחינת אופייה האמיתי של העסקה הטיפוסית למכירת תיקי הלוואות בנקאיות והתחקות על מטרת הצדדים לעסקה מעלות כי זוהי עסקת מכר (true sale), היינו המחאת זכות מוחלטת, כפי שיוסבר להלן.

היות שהבנק משייר בידו שיעור מסוים מכל הלוואה, הרי שהממכר איננו מלוא הזכויות על פי הסכם ההלוואה כי אם חלק יחסי בניכוי השיעור שנותר בידי הבנק. התוצאה המתקבלת בעקבות העסקה היא למעשה פיצול הזכות על פי הסכם ההלוואה לשתי זכויות נפרדות, אחת נמכרת לתאגיד הרוכש (הנמחה) והשנייה נותרת בבעלות הבנק (הנושה המקורי).³⁴

30 ס' 45 לחוק ההסדרים. כן ראו ס' 46(א)(2) ו-47(א)(2) לחוק ההסדרים. השו"ס' 9.1 לטיטת חוזר המפקחת על הבנקים, לעיל ה"ש 4; ס' 10 לנספח עמדות הפיקוח, לעיל ה"ש 19.

31 ראו הצעת חוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2003), התשס"ג–2002, ה"ח 1, 72.

32 להרחבה בעניין זה, ראו סולומון, לעיל ה"ש 8. השו"ס דוח צוות האיגוד, לעיל ה"ש 7, בעמ' 6, 20.

33 ראו עניין קופאס, לעיל ה"ש 17, פס' 29, 36, 38; ע"א 46/11 ויטה פרי גליל (החדשה) בע"מ נ' ער"ד נוב, כונסת נכסים, פס' 43 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 13.11.2013); עניין חרושת, לעיל ה"ש 17, פס' 35; יהושע ויסמן דיני קניין – זכויות קדימה ופרקי משכון 104 (2014).

34 להיתכנות מצב כזה, ראו דויטש, לעיל ה"ש 15, בעמ' 128–132 (הקורא למצב כזה "פיצול לאורך" של הזכות); לרנר המחאת חיובים, לעיל ה"ש 15, בעמ' 198–201.

המאפיין העיקרי של העסקה הטיפוסית למכירת תיקי הלוואות הוא שהבנק המוכר "יוצא מהתמונה" ואינו אחראי כלפי התאגיד הרוכש לפירעון ההלוואות בידי החייבים. לתאגיד הרוכש אין מוקנית זכות חזרה אל הבנק המוכר. במקרה של אי-פירעון הלוואה כלשהי, התאגיד הרוכש אינו רשאי לתבוע מהבנק המוכר את החוב שלא נפרע, וההפסד נופל על כתפי התאגיד הרוכש (non-recourse). מאפיין זה הוא סממן מובהק של עסקת מכר.³⁵ דיני המכר אינם רואים במוכר אחראי למאורעות שהתרחשו בנוגע לממכר לאחר המועד של העברת הממכר לקונה, והנושא בהפסד הוא הקונה. מלוא הסיכונים הגלומים בממכר מועברים לרוכש, ואין ניתנת לו זכות חזרה אל המוכר.³⁶ לעומת זאת בעסקת משכון, אם מימוש הנכס המשועבד לא הביא לפירעון מלא של החוב, זכאי בעל המשכון לחזור אל החייב בדרישה לתשלום היתרה.

נוסף על זה, כדי לשקף מצב שבו הסיכונים הגלומים בהלוואות מועברים לתאגיד הרוכש, התמורה עבור ההלוואות נקבעת כסכום קבוע שאינו ניתן לשינוי רטרואקטיבית לאחר ביצוע העסקה. בשונה מזה, מנגנון המאפשר לצדדים להתאים את מחיר העסקה רטרואקטיבית, מעיד על כוונה להגן על התאגיד הרוכש מפני הפחתת ערכם של הנכסים המניבים (ההלוואות) ועשוי להצביע על עסקת משכון.³⁷

עניין נוסף הוא היעדר הגבלה על סכום הגבייה מהחייבים. על פי העסקה הטיפוסית, התאגיד הרוכש זכאי לקבל את מלוא הסכומים הנובעים מפירעון ההלוואות הנמכרות אף אם הם עולים על התמורה הכספית שהתאגיד הרוכש שילם לבנק עבור תיק ההלוואות. עניין זה מאפיין את העסקה כעסקת מכר, שבה הזכות הנמכרת עוברת במלואה לקונה, ולמוכר לא נותר כל חלק בה ובסכום הכסף המתקבל ממימושה. זאת שלא כבעסקת משכון, שבה ההנאה של בעל המשכון (התאגיד הרוכש) מהזכויות החוזיות ששוועבדו לטובתו מוגבלת לשווי החיוב המובטח במשכון (סכום העסקה בין הבנק לבין התאגיד הרוכש), ולכן תקבולי פירעון העולים עליו שייכים לממשכון.³⁸

על פי העסקה הטיפוסית, הבנק המוכר אינו רשאי לפדות את הזכויות החוזיות שמכר לתאגיד הרוכש. ההמחאה היא מוחלטת, והבנק מנוע מלבטלה ולהשיב לרשותו את הזכויות המומחות. זאת שלא כבעסקת משכון, שבה רשאי הממשכון לפדות את הזכות הממושכנת באמצעות פירעון החיוב העיקרי שלהבטחתו ניתן המשכון (סכום העסקה בין הבנק לבין התאגיד הרוכש).³⁹

35 ראו עניין קופאס, לעיל ה"ש 17, פס' 37; עניין חרושת, לעיל ה"ש 17, פס' 34; דויטש, לעיל ה"ש 15, בעמ' 155; שלום לרנר "על ההבחנה בין המחאה גמורה להמחאה בדרך של שעבוד" משפטים יב 281, 287 (1982). כן ראו לרנר המחאת חיובים, לעיל ה"ש 15, בעמ' 287-290, 316-317; מרים בן-פורת "קיום חיוב על-דרך המחאה של חיוב אחר (או 'קיום על תנאי') וחשיבות הבחנה בין סוגי ההמחאות משפט ועסקים ג 349, 358 (2005); סולומון, לעיל ה"ש 8, בעמ' 409-412.

36 איל זמיר חוק המכר, חשכ"ח-1968 458-459 (גד טדסקי עורך, 1987).

37 ראו סולומון, לעיל ה"ש 8, בעמ' 420.

38 ראו שם, בעמ' 370, 417-419; עניין קופאס, לעיל ה"ש 17, פס' 31, 37; עניין חרושת, לעיל ה"ש 17, פס' 33; לרנר המחאת חיובים, לעיל ה"ש 15, בעמ' 278; נינה זלצמן ועופר גרוסקופף מישכון זכויות 49 (2005).

39 ס' 13 לחוק המשכון; סולומון, שם, בעמ' 370-371, 419-420.

שאלה מתעוררת בנוגע לגביית כספי פרעון ההלוואות ע"י הבנק המוכר, תוך החזקתם בנאמנות עד להעברתם לידי התאגיד הרוכש. מנגנון דומה שימש בפרשת קופאס נ' אגרקסקו, ובית המשפט קבע שם שמדובר ב"אינדיקציה חזקה" לכך שמדובר בעסקת משכון.⁴⁰ בית המשפט ייחס חשיבות לקיומם של מנגנוני פיקוח ושליטה על הזכות המומחית מצד התאגיד הרוכש כדי לסווג את העסקה כמכר. כדוגמאות למנגנונים כאלו צוינו: העברה של תקבולי הלוקחות ישירות לידי הנמחה, אי-הגבלה על עירובם עם כספים אחרים של הממחה וכן מעקב שוטף על כספים אלו בידי הנמחה.⁴¹ מנגנונים אלו לא התקיימו באותה פרשה, ולכן בית המשפט הטיל ספק במהותו של הסדר הנאמנות שנקבע בין הצדדים. בדומה לזה, ספק אם המנגנונים האמורים מתקיימים בעסקה הטיפוסית למכירת תיקי הלוואות. עם זאת העסקה הטיפוסית למכירת תיקי הלוואות שונה מזו שנדונה בפרשת קופאס – מכירת חובות לקוחות (פקטורינג) – ובייחוד מהעסקה הספציפית שבוצעה באותה פרשה. כן אזכיר כי בעסקה הטיפוסית למכירת תיקי הלוואות הבנק הממחה מעניק לתאגיד הרוכש שירות של גביית תשלומי פירעון ההלוואות, כאשר הבנק עצמו זכאי לשיעור מסוים מכל תשלום פירעון. קבלת הבנק את הכספים היא אפוא דרך טכנית נוחה ויעילה לגביית הכספים וחלוקתם בין הצדדים, ואין בה כדי למנוע את סיווגה של העסקה כעסקת מכר. הוא הדין באשר לשימוש במנגנון של נאמנות בטוחות שעל פיו הבטוחות ממשיכות להיות רשומות על שם הבנק גם לאחר מכירת ההלוואות לתאגיד הרוכש. כן ראוי לציין שבעסקה הטיפוסית למכירת תיקי הלוואות הבנק הממחה מודיע ללקוחותיו הלווים על דבר ההמחאה, וזה סממן נוסף שמחזק את הקביעה כי מדובר בעסקת מכר גמור ולא במשכון.⁴²

ולבסוף אזכיר כי המניע העיקרי לעסקה מבחינת הבנק הוא צמצום היקף תיק האשראי כדי לעמוד בדרישות הלימות ההון ושל הפיקוח על הבנקים. מטרה זו תתגשם רק במקרה של מכירה מוגמרת.

לסיכום, השאלה אם מדובר בהמחאה מלאה (מכר) או בהמחאה על דרך השעבוד (משכון) איננה צריכה להיבחן בראייה של כל פרט בנפרד ובחינתו בזכוכית מגדלת אלא בראייה כוללת של מהות ההתקשרות בתוך כדי התחקות על כוונתם של הצדדים בהתחשב בנסיבות ההתקשרות הספציפית.⁴³ לפיכך ועל סמך הניתוח דלעיל, יש לסווג את העסקה הטיפוסית למכירת תיק הלוואות בנקאיות כעסקת מכר.

ב. עבירות הזכות של הבנק מכוח חוזה הלוואה

מכירת תיקי הלוואות אינה דורשת את הסכמת הלווים. סעיף 1(א) לחוק המחאת חיובים קובע כי המחאת זכות אינה טעונה הסכמה של החייב. לא זו בלבד שאין נדרשת הסכמה של

40 עניין קופאס, לעיל ה"ש 17, פס' 38(ד), 40.

41 שם, פס' 37; עניין ויטה פרי גליל, לעיל ה"ש 33, פס' 31(ז), 48(ב) לפסק דינו של השופט דנציגר.

42 השוו לעניין קופאס, שם, פס' 38.

43 שם; עניין חרושת, לעיל ה"ש 17, פס' 37.

החייב להמחאה, אלא גם הודעה לחייב אינה דרושה כתנאי להשלמת ההמחאה.⁴⁴ גם העברת הבטוחות הנלוות לזכות שהומחאה איננה טעונה, במקרה רגיל, הסכמה של החייב משום שבטוחות אלו נתפסות כזכויות טפילות הנלוות לזכות העיקרית שהומחאה.⁴⁵ עם זאת בנקים נוהגים לכלול בחוזי ההלוואה סעיף שבו הלקוח נותן את הסכמתו מראש להעברת זכויות הבנק על פי ההלוואה לצד שלישי, לרבות כל הערבויות והבטוחות שניתנו להבטחתן. שאלת תוקפו של סעיף כזה, אשר נכלל בחוזה הלוואה לדיוור, נבחנה בבית הדין לחוזים אחידים.⁴⁶ לבד מתיקון קל אשר הכפיף את הסעיף להוראות כל דין, אישר בית הדין את נוסח הסעיף.⁴⁷

לצורך קביעתו האמורה נדרש בית הדין לבחון אם זכויות הבנק על פי חוזה ההלוואה הן עבירות על פי טיבן, שאילולא כן – ממילא אין שום משמעות להסכמת הלקוח כאמור בסעיף.

סעיף 1(א) לחוק המחאת חיובים קובע: "זכותו של נושה [...] ניתנת להמחאה [...] זולת אם נשללה או הוגבלה עבירותה לפי דין, לפי מהות הזכות או לפי הסכם בין החייב לבין הנושה".

בהיעדר איסור או הגבלה על פי דין או הסכם להמחאת זכותו של הבנק על פי הסכם ההלוואה, מתעוררת השאלה אם יש במהותה של הזכות האמורה כדי לשלול או להגביל את עבירותה.

ככלל, זכות תיחשב על פי מהותה ללא עבירה רק במקרים מעטים. בית המשפט העליון פסק כי "הזכויות האישיות, שרק בעל הזכות רשאי לממשן, הן זכויות נדירות [...]".⁴⁸ זכות תיחשב ללא עבירה מעצם טיבה כשיש חשיבות לזהותו האישית של הנושה, כגון בעסקה

44 ראו לרנר **המחאת חיובים**, לעיל ה"ש 15, בעמ' 148, 150; דויטש, לעיל ה"ש 15, בעמ' 119, 180–184. אם כי לגישתו של דויטש, חובת הודעה כזו קיימת מכוח עקרון תום הלב (שם, בעמ' 151–152). השוו ס' 6 לטיטות חוזר המפקחת על הבנקים (לעיל ה"ש 4), שחייבה את התאגיד הבנקאי לעדכן את הלווה בדבר מכירת הלוואתו, לא יאוחר משלושה חודשים ממועד השלמת המכירה. נוסף על זה, בגין הלוואות קמעונאיות חדשות התאגיד הבנקאי נדרש לקבל את הסכמת הלווים למכירת הלוואות. בעניין **קופאס** (שם, פס' 38(ד)), נקבע שאי-ידוע החייבים על ההמחאה מהווה – לצד נסיבות אחרות – אינדיקציה לכך שאין מדובר בהמחאה מלאה אלא בהמחאה על דרך השעבוד.

45 דויטש, שם, בעמ' 141. כן ראו ס' 46–47 לחוק ההסדרים (בנוגע להלוואות שלהבטחת פירעונן ניתנה בטוחה בקשר למקרקעין); ס' 87(א) לחוק המקרקעין. להרחבה בנושא עבירות המשכון, ראו ויסמן, לעיל ה"ש 33, בעמ' 160.

46 ראו ח"א (חוזים אחידים) 8002/02 **המפקח על הבנקים נ' הבנק הבינלאומי הראשון למשכנתאות בע"מ** (פורסם בנבו, 5.5.2009) (להלן: **עניין ח"א הבנק הבינלאומי**). בערעור על פסק הדין שנדון בבית המשפט העליון לא הייתה התייחסות לנושא. ראו ע"א 232/10 **הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ נ' המפקח על הבנקים** (פורסם בנבו, 19.9.2012) (להלן: **עניין ע"א הבנק הבינלאומי**).

47 עניין **ח"א הבנק הבינלאומי**, שם, פס' 297–304. סעיף דומה, שאפשר לבנק להעביר את זכויותיו על פי החוזה הכללי לפתיחת חשבונות, היה אמור להיבחן בע"ש (חוזים אחידים) 195/97 **היועץ המשפטי לממשלה נ' בנק לאומי**, פ"מ התשס"ג(1) 481, 654–655 (2003) (להלן: **עניין בנק לאומי**). אולם בית הדין לא הכריע בתוקפו בשל הסכמת הבנק למחוק אותו מהחוזה.

48 ראו ע"א 261/84 **רפאלי נ' חנניה**, פ"ד מ(4) 561, 573 (1986).

למתן שירותים אישיים, ביחסי עובד-מעביד, ביחסי מבטח-מבוטח וכו'.⁴⁹ במקרים כגון אלה החייב התקשר עם נושה מסוים בהסתמך על אישיותו ותכונותיו, ועל כן העברת הזכות לאדם או גוף אחר אסורה. ככלל, יש לאסור על המחאת זכות כשהמחאה עלולה לגרום לשינוי תוכנה של הזכות או להכבדה ניכרת על החייב.⁵⁰ אולם סעיף 2(א) לחוק המחאת חיובים נועד למנוע מראש מצבים כאלה, בקובעו:

המחאת זכות אין בה כדי לשנות את הזכות או תנאיה, ולחייב יעמדו כלפי הנמחה כל הטענות שעמדו לו כלפי הממחה, בעת שנודע לו על ההמחאה.

סעיף זה מבטיח שמבחינת החייב לא יהיה שינוי בחיוב שעליו לקיים ובתוצאותיו גם לאחר המחאת הזכות והחלפת הנושה. הוראה דומה מצויה בסעיף 44(א) לחוק ההסדרים, והיא חלה על העברת הלוואות שלהבטחת פירעונן ניתנה בטוחה בקשר למקרקעין.⁵¹ לכן אין בנימוק האמור כדי לשלול את עבירות הזכות.⁵² פרופ' לרנר הביע בספרו את הדעה כי –

הזכות לקבלת כסף היא דוגמה קלאסית למקרה בו לא קיימת חשיבות לזהות הנושה. כשם שנושה אינו נוהג לייחס חשיבות למקורו של הכסף המשולם לו, ולכן חיוב כספי יכול להיות מקוים בידי אחר (חוק החוזים (חלק כללי) סעיף 40), כך מבחינת החייב אין חשיבות לזהות המקבל, ובלבד שייפטר מחבותו בעקבות התשלום. שינוי הנושה אינו משפיע על היקף חיובו של החייב, משום שלא קשה יותר לשלם כסף לפלוני מאשר לאלמוני. קיום החיוב, במקרה זה, אינו מצריך הפעלת שיקול דעת מצד הנושה, ולכן אישיותו איננה חשובה. קשה אפוא להעלות על הדעת מקרה בו העברתה של זכות לקבל כסף, לא תתאפשר מכוח מהות הזכות.⁵³

בדומה פסק בין הדין לחוזים אחדים כי –

מגבלת עבירות הנובעת ממהות הזכות מיוחסת, בדרך כלל, רק לזכויות אישיות או לזכות לקבלת שירות אישי (כגון שירות הכרוך בהפעלת שיקול דעת מצד הנושה) ולא לזכות חוזית לקבל כסף.⁵⁴

49 דויטש, לעיל ה"ש 15, בעמ' 223–224; זלצמן וגרוסקופף, לעיל ה"ש 38, בעמ' 108–109; לרנר המחאת חיובים, לעיל ה"ש 15, בעמ' 227.

50 שם.

51 על הצורך למנוע פגיעה בלווה, ראו גם ס' 6 לטיוטת חוזר המפקחת על הבנקים, לעיל ה"ש 4; דוח צוות האיגוד, לעיל ה"ש 7, בעמ' 23–24. ס' 14 למכתב איגוד מסורתי של הלוואות לדיר, לעיל ה"ש 19.

52 עניין ח"א הבנק הבינלאומי, לעיל ה"ש 46, פס' 301.

53 לרנר המחאת חיובים, לעיל ה"ש 15, בעמ' 228. כן ראו ע"א 4548/91 משקי עמק הירדן אגודה מרכזית חקלאית שיתופית בע"מ נ' הספקה חברה מרכזית לחקלאים בע"מ (כפירוק), פ"ד נג(4) 8, 15–16 (1999).

54 עניין ח"א הבנק הבינלאומי, לעיל ה"ש 46, פס' 301.

בהתייחסו לאפשרות המחאת זכויותיו של הבנק מכוח הסכם הלוואה לדירור הוסיף בית הדין וקבע כי מתן אפשרות לבנק להמחות את זכויותיו מחויבת על רקע המציאות הכלכלית המודרנית ובשל עובדת קיומו של שוק משני למשכנתאות. מניעת האפשרות מהבנק להמחות את זכויותיו "עלולה לפגוע, לדעתנו, באינטרסים הכלכליים והמסחריים הלגיטימיים והחיוניים של הבנק".⁵⁵ בית הדין הוסיף וציין כי במקרה של הלוואות בנקאיות לדירור הוענקה ללווה הגנה סטטוטורית רחבה בחוק ההסדרים. לכן אין חשש שההמחאה תגרום לפגיעה בלווה, ומכאן שאין למנוע את ההמחאה.⁵⁶

גם פרופ' מיגל דויטש מסכים כי הזכות לקבלת כסף אינה אישית, וכי לא אמור להיות קושי בהעברתה. עם זאת הוא מסייג את הדברים במקרה של "נמחה אגרסיבי (ואף אלים) [...] כאשר כוונת הגבייה בדרכים לא חוקיות אכן מסתברת מאופי פעילותו".⁵⁷

אני מסכימה כי, ככלל, הזכות לקבלת כסף אינה מהווה זכות אישית ולכן אין למנוע את עבירותה. הטענה כי החייב נדרש כעת לפרוע את חובותיו לנושה אחר, שעלול להיות נוח פחות מהנושה המקורי, אינה חזקה מספיק כדי למנוע את ההמחאה.⁵⁸ עם זאת אני סבורה שתהיינה נסיבות שבהן המחאת הזכות לא תותר בשל הרעה מהותית במצבו של החייב, בשל פגיעה מהותית באינטרסים הסבירים שלו או בשל העצמה מהותית של הסיכון המוטל עליו.⁵⁹

הדוגמה הקלאסית שנהוג להביא להמחשת נסיבות כאלה היא המחאת הזכות לקבלת תשלום לידי נמחה הנוהג לגבות חובות בדרכים לא חוקיות ואף אלימות. אולם נסיבות כאמור עלולות להתקיים גם במצבים דרסטיים פחות, כגון כאשר הממחה הוא תאגיד פיננסי מפותח דוגמת בנק, והוא מבקש להמחות את הזכות לצד שלישי לא מפותח. המחאת הזכות מגורם מפותח אל גורם לא מפותח יש בה עצמה כדי להרע מהותית את מצבו של החייב ולמנוע את העברת הזכות של הנושה.⁶⁰

55 שם, פס' 302.

56 שם.

57 דויטש, לעיל ה"ש 15, בעמ' 224.

58 כך גם בדין האמריקני. ראו E. ALLAN FARNSWORTH, FARNSWORTH ON CONTRACTS VOL. 3 (3rd ed. 2003) 80–81. בדומה לזה, בתי המשפט האמריקניים התעלמו מטענות של חייבים על שלא היו עושים עסקים עם הנמחה מלכתחילה. ראו לדוגמה C.H. Little Co. v. Cadwell Transit Co., 197 Mich. 481, 163 N.W. 952 (1917) (Rehearing denied Sep. 28, 1917) Eric A. Zacks & Dustin A. Zacks, *Not a Party: Challenging Mortgage Assignments*, 59 ST. LOUIS U. L.J. 175, 176 (2014).

59 גישה דומה מקובלת בדין האמריקני. ראו RESTATEMENT (2d) OF CONTRACTS §317(2)(a) (1981): "A contractual right can be assigned unless – the substitution of a right of the assignee for the right of the assignor would materially change the duty of the obligor, or materially increase the burden or risk imposed on him by his contract, or materially impair his chance of obtaining return performance, or materially reduce its value to him". UCC §§2-210(2), השוו ל-, (AM. LAW INST & UNIF. LAW COMM'N, 2002) 2-210(1)(a). הקובע כלל דומה באשר להמחאה בעסקאות מכר. ראו גם FARNSWORTH, לעיל ה"ש 58, בעמ' 79–84; JOSEPH M. PERILLO, CONTRACTS 649 (7th ed. 2014).

60 השוו דוח צוות האיגוד, לעיל ה"ש 7, בעמ' 23–24. לגישה שונה המאפשרת המחאה לגוף לא מפותח, ראו דויטש, לעיל ה"ש 15, בעמ' 225–226; עניין ח"א הבנק הבינלאומי, לעיל ה"ש 46, פס' 302 (שם)

יתרה מזו, גם כאשר הנמחה הוא גוף פיננסי מפוקח, ייתכן שהמחאה הזכות תוביל להרעה מהותית במצבו של החייב או לפגיעה מהותית באינטרסים הסבירים שלו. זאת, כאשר קיים שוני ברמה ובתכנים של האסדרה והפיקוח החלים על הממחה ועל הנמחה ("ארביטראז' רגולטורי"), שבא לידי ביטוי בזה שההגנה המוענקת לחייב ביחסיו עם הנמחה חלשה במידה ניכרת מזו המוענקת לו ביחסיו עם הממחה. הדבר בולט במיוחד כשמדובר ב"נותני שירותי אשראי" אשר קיבלו רישיון למתן אשראי מכוח חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (שירותים פיננסיים מוסדרים), התשע"ו–2016.⁶¹ בנותני שירותי אשראי אלו נכללות גם חברות ציבוריות אשר מבחינת ההיקף הכספי של פעילותן יכולות לכאורה לרכוש תיקי הלוואות בנקאיות.⁶² נותני שירותי אשראי כפופים לפיקוחו של הממונה על שוק ההון, ביטוח וחסכון בתפקידו כמפקח על נותני שירותים פיננסיים, ומשכך הם נחשבים גופים מפוקחים.⁶³ עם זאת ההסדרה שחלה על נותני שירותי אשראי ביחסיהם עם לקוחותיהם דלה במידה ניכרת מזו שחלה על הבנקים. היא מתמקדת בעיקר בשלב העמדת ההלוואה והגילוי הנאות ללווים, ולפי שעה אינה עוסקת כלל בהליכי הגבייה או בהגנת הלווים במהלך תקופת ההלוואה.⁶⁴

ניהול הלוואות, גביית חובות ומימוש שעבודים על ידי תאגיד בנקאי כפופים למגבלות מחמירות מכוח החקיקה והרגולציה הבנקאית. מגבלות אלו אינן חלות בהכרח על גופים מפוקחים אחרים.⁶⁵

דוגמה טובה לכך היא הוראת ניהול בנקאי תקין שפרסם המפקח על הבנקים בנושא "הליכי גביית חובות".⁶⁶ ההוראה מטילה על הבנק חובות ומגבלות חמורות רבות בנוגע לגביית חובות מלקוחות, כגון חובה לשלוח הודעות ללווה על פיגור בתשלום הלוואה, על

המחאה לא הוגבלה לגופים מפוקחים בלבד). הגדרת המונח "תאגיד נעבר" בסעיף 43 לחוק ההסדרים אינה מוציאה מגדרה תאגיד פיננסי לא מפוקח. ראו בדומה גם את ס' 45 לחוק ההסדרים, המתייחס לתאגידים נעברים שונים. עם זאת, חוק ההסדרים נוקט כמה וכמה מנגנונים כדי להבטיח שהלווה לא ייפגע מהמחאה לגוף לא מפוקח.

61 ראו הגדרת המונח "מתן אשראי" בס' 11(א) לחוק ההסדרים. המונח "נותני שירותי אשראי" מוגדר בס' 1 לצו איסור הלבנת הון (חובות זיהוי, דיווח וניהול רישומים של נותני שירותי אשראי למניעת הלבנת הון ומימון טרור), התשע"ח–2018.

62 כדוגמת קבוצת אחים נאוי בע"מ. ראו קבוצת אחים נאוי בע"מ דוח תקופתי ושנתי לשנת 2018 (2018) tinyurl.com/yxqle7d4.

63 ס' 2 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (שירותים פיננסיים מוסדרים), התשע"ו–2016.

64 לריכוז החוזרים וההוראות החלים על נותני שירותי האשראי, ראו אתר משרד האוצר "רשות שוק ההון ביטוח וחסכון" (נבדק לאחרונה ב-5.1.2020) bit.ly/37AFixV.

65 ראוי לציין, כי בשנת 2017 נחקק תיקון מס' 5 לחוק הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות, התשנ"ג–1993. ראו חוק הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות (תיקון מס' 5), התשע"ז–2017, ס"ח 1208. התיקון פעל להשוות את ההגנה הניתנת ללווים בנקאיים לזו הניתנת ללווים חוץ-בנקאיים, ואף שינה את שם החוק ל"חוק אשראי הוגן". ראו את הגדרות המונחים "מלווה" ו"מלווה מוסדי" בס' 1 לחוק, הכוללות גם מלווים חוץ-בנקאיים. אולם, לבד משני סעיפים בחוק הרלוונטיים לשלב ניהול ההלוואה (ס' 7 לעניין העמדת ההלוואה לפירעון מיידי וס' 7א המגביל גביית הוצאות במקרה של פיגור בפירעון ההלוואה), סעיפי החוק מתמקדים בשלב הטרם-חזוי של ההלוואה ובכריתת חוזה ההלוואה. מכאן שבכל הנוגע לניהול ההלוואות לאחר מכירתן הפער הרגולטורי עדיין קיים.

66 הוראת ניהול בנקאי תקין 450 "הליכי גביית חובות" (8.1.2018) tinyurl.com/yxwqqt9r.

כוונה להעביר את הטיפול בחוב להליכי גבייה ועל העברת המידע בגין החוב למאגר נתוני האשראי שבבנק ישראל;⁶⁷ איסור לחסום ללקוח החייב גישה באמצעים אלקטרוניים למידע הקיים על אודותיו בבנק;⁶⁸ חובה לאפשר ללקוח שמתנהלים נגדו הליכים משפטיים להיות בקשר ישיר עם הבנק עצמו ולא רק עם בא כוחו של הבנק, ולקבל כל מידע רלוונטי;⁶⁹ קביעה כי המועד שבו התקבל בבנק תשלום להקטנת החוב הוא שייחשב למועד הקובע לצורך הליכי גביית החוב ולא מועד מאוחר יותר;⁷⁰ בנוגע להליכי הוצאה לפועל: חובה לנהל הליכי הוצאה לפועל בהתבסס על שיעור ריבית הפיגורים הקבוע בהסכם ההלוואה, חובה לקיים בקרה אחרי פתיחת התיק ולוודא את נכונות הנתונים שנרשמו בו, חובה לעדכן את לשכת ההוצאה לפועל על כל תקבול שהתקבל לכיסוי החוב בתוך שבעה ימים מיום קבלתו וכן חובה לדווח על כל הסדר חוב שנערך עם הלקוח ולהקפיד את הליכי ההוצאה לפועל בהתאם;⁷¹ כן מחויב הבנק לקיים בקרה אחרי פעילותו של בא כוח הבנק המטפל בגביית החוב;⁷² נאסר על הבנק לגבות מהלקוח החייב שכר טרחת עורך דין והוצאות משפטיות אלא לאחר פסיקתם, ובמגבלות שקובעת ההוראה,⁷³ ועוד. הוראה זו של המפקחת על הבנקים חלה על תאגידים בנקאיים ועל חברות כרטיסי אשראי הנחשבות תאגיד עזר.⁷⁴ אשר לגופים פיננסיים אחרים העוסקים במתן הלוואות, אין קיימת הוראה כזאת.⁷⁵

נושא רגיש במיוחד הוא הלוואות לדירור המובטחות בשעבוד על בית המגורים של החייב בשל החשש שאי-פירעון ההלוואה יוביל למימוש השעבוד ולפינוי החייב ומשפחתו מביתם.⁷⁶ הוראת ניהול בנקאי תקין של הפיקוח על הבנקים בנושא הלוואות לדירור⁷⁷ מעניקה הגנות חשובות ללווים במהלך תקופת ההלוואה, כגון חובה לזכות את חשבון ההלוואה במועד שבו ביצע הלקוח תשלום פירעון תקופתי;⁷⁸ חובה למסור מידע ללווה

67 שם, ס' 13–16.

68 שם, ס' 18.

69 שם, ס' 19.

70 שם, ס' 20.

71 שם, ס' 21–22.

72 שם, ס' 27–31.

73 שם, ס' 32–34.

74 ראו הגדרת המונח "תאגיד בנקאי" (שם, ס' 4).

75 התייחסות מסוימת לנושא ניתן למצוא בס' 50ב(ז) לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (שירותים פיננסיים מוסדרים), המחייב בעל רישיון להפעלת מערכת לתיווך באשראי (P2P) לנקוט אמצעי דרישה וגבייה סבירים, לפי דין, לצורך גביית החוב מאת הלווה. כן מסמיך הסעיף את המפקח על שירותים פיננסיים מוסדרים לתת הוראות לעניין אמצעי דרישה וגבייה סבירים כאמור. נכון למועד כתיבת שורות אלה, הוראות כאלו טרם נקבעו. עם זאת הרציונל שמאחורי קביעה זו הוא פחות הגנה על הלווים המשתמשים במערכת ויותר הגנה על המשקיעים המלווים. ראו דברי ההסבר להצעת חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (שירותים פיננסיים מוסדרים) (תיקון מס' 4) (הפעלת מערכת לתיווך באשראי), התשע"ז–2017, ה"ח 1024, 1036.

76 בכפוף להגנות הקבועות בס' 38 ו-181 לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז–1967, ובס' 33 לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], התשל"ב–1972.

77 הוראת ניהול בנקאי תקין 451 "נהלים למתן הלוואות לדירור" (23.10.2018) tinyurl.com/ry3382a.

78 שם, ס' 12.

בפיגור שקיבל "הלוואה לזכאים" מכוח חוק הלוואות לדיור, התשנ"ב–1992;⁷⁹ חיוב הבנק לזקוף תשלומים שונים שהתקבלו מהלווה באופן המיטיב עם הלווה;⁸⁰ קביעת השלכותיו של פירעון מוקדם חלקי לטובת הלווה;⁸¹ חובת הבנק למסור מידע מפורט למי ששוקל או מבקש לבצע פירעון מוקדם של ההלוואה;⁸² הטלת חובות על הבנק במקרה של פירעון מוקדם של ההלוואה;⁸³ בהלוואות על בסיס ריבית משתנה – קביעת מגבלות על ערכון שיעור הריבית במהלך תקופת ההלוואה;⁸⁴ חיוב הבנק להסכים לשעבוד שני של הנכס המשועבד לטובתו;⁸⁵ חיוב הבנק להסכים ל"גרירת משכנתה",⁸⁶ ועוד. ההוראה האמורה חלה על הבנקים. היא הוחלה גם על חברות הביטוח, בשינויים המחויבים.⁸⁷ אולם אשר לגופים פיננסיים אחרים העוסקים במתן הלוואות, אין קיימת הוראה דומה.

הגנה על נוטלי הלוואות לדיור קיימת גם בחקיקה הראשית. חוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א–1981 כולל סעיף המגביל גבייה של עמלת פירעון מוקדם של הלוואה לדיור במקרה של מימוש משכנתה או משכון בנוגע לדירת המגורים של החייב⁸⁸ וכן פרק המאפשר ללווה לשנות חד-צדדית את מועדי פירעון ההלוואה ולהתאימם לצרכיו.⁸⁹ הוראות כאלו אינן קיימות באשר למלווים פיננסיים אחרים שאינם בנקים.⁹⁰

יוצא דופן הוא ההסדר הקבוע בסעיף 13 לפקודת הבנקאות, המקנה ללווים זכות לפרוע הלוואה לדיור בפירעון מוקדם (בכפוף לתשלום עמלה ותנאים נוספים) ובכך לשחרר את בית המגורים שלהם מעול השעבוד. הוראה זו הוחלה גם על חברות הביטוח אם כי באמצעות הוראה של המפקח על הביטוח ולא בחקיקה ראשית, על כל המשתמע מכך.⁹¹ אשר לגופים פיננסיים אחרים אין קיימת הוראה כזאת. עם זאת סעיף 13 לפקודת הבנקאות קובע כי הוראותיו יחולו גם במקרה של המחאת ההלוואה לנמחה שאיננו תאגיד בנקאי.⁹² בדומה לזה קובע סעיף 44 לחוק ההסדרים קביעה גורפת כי בכל הנוגע להלוואות

79 שם, ס' 13.

80 שם, ס' 14.

81 שם, ס' 15.

82 שם, ס' 15(א)–15(ב).

83 שם, ס' 16.

84 שם, ס' 16(א).

85 שם, ס' 19א.

86 שם, ס' 20.

87 חוזר ביטוח 2004/24 "מתן הלוואות לדיור על ידי מבטח" (28.12.2004) tinyurl.com/y3jj8jxh.

88 ס' 9(א)(1) לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א–1981.

89 שם, בפרק ב'1.

90 חריג לזה, הוא הזכות לדחות את מועדי הפירעון של הלוואות לדיור במקרי פטירה או בנסיבות מיוחדות. השוו את ס' 1ח9 ו-2ח9 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), לס' 44 ו-44ד לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (שירותים פיננסיים מוסדרים); וס' 1א59 ו-2א59 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א–1981.

91 ראו גם חוזר ביטוח 2004/24 (לעיל ה"ש 87), המכפיף את חברות הביטוח לצו הבנקאות (פירעון מוקדם של הלוואה לדיור), התשס"ב–2002.

92 ס' 13(ב) לפקודת הבנקאות, 1941. כן ראו ס' 50 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (שירותים פיננסיים מוסדרים), שקובע בכלליות זכות לפירעון מוקדם של הלוואות שנותנים גופים אלו, בתנאים שיקבע השר ובאישור ועדת הכספים של הכנסת. תנאים כאלו טרם נקבעו נכון למועד כתיבת שורות אלה.

שלהבטחת פירעון ניתנה בטוחה בקשר למקרקעין יחולו על התאגיד הרוכש כל ההוראות שחלו על הבנק המוכר בנוגע להגנת הלווה.

גם בהקשרים אחרים שאינם הלוואות לדיור קיימים הבדלים ברמת ההגנה בין הלווים הבנקאיים ללווים חוץ-בנקאיים. למשל, ניתן למצוא בחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981 את סעיף 9א המחייב את הבנק לבטל ולהסיר שעבודים שניתנו להבטחת הלוואה שנפרעה במלואה בידי הלקוח במועדים הקבועים בסעיף. הוראה כזו לא הוחלה על גופים חוץ-בנקאיים.⁹³

ולבסוף אזכיר את חובת האמון הבנקאית, שהיא אחת ההגנות החשובות ביותר ללקוח הבנקאי. חובת האמון מחייבת את הבנק לנהוג ברמה גבוהה ביותר של יושרה ונאמנות (loyalty) כלפי הלקוח. על הבנק לפעול לפי מיטב האינטרסים של הלקוח ולהעדיף את אינטרס הלקוח על פני כל אינטרס אחר, לעיתים אפילו על פני האינטרס של הבנק עצמו.⁹⁴ בעוד שחובת האמון היא אחת החובות המאפיינות את המערכת הבנקאית, לא ברור לגמרי אם חובה כזו חלה גם על נותני שירותים פיננסיים אחרים.⁹⁵

חשוב לציין שההגנות השונות המתוארות לעיל אינן כלולות בחוזה ההלוואה עצמו. חוזה ההלוואה הבנקאיים הם חוזים אחידים אשר הבנקים ניסחו מראש בהעדפה בולטת של האינטרס הבנקאי על פני זה של הלווה. מסיבה זו עוסקים חוזים אלה בפירוט זכויות הבנק, וכשמדובר בלווה – בפירוט חובותיו.⁹⁶ בית הדין לחוזים אחידים, אשר בחן את החוזה האחיד של הלוואה לדיור של הבנק הבינלאומי הראשון למשכנתאות, קבע כי סעיפים רבים בחוזה מקפחים את הלקוחות.⁹⁷ מרבית הקביעות אושרו בבית המשפט העליון.⁹⁸ קביעה דומה של בית הדין נעשתה בנוגע לחוזה לניהול חשבון של בנק לאומי, שהוא חוזה מסגרת שבו מוסדרים שירותים בנקאיים שונים לרבות מתן אשראי והלוואות. בית הדין לחוזים אחידים קבע כי עשרות סעיפים בטופס מקפחים את הלקוחות,⁹⁹ ובית המשפט העליון אישר את מרבית הקביעות.¹⁰⁰ הצורך במתן הגנה ללווה הוביל להתערבות רגולטורית חיצונית בתוכני החוזה, והדבר בא לידי ביטוי בהגנות השונות המפורטות לעיל.

93 סעיף חשוב הרלוונטי לשלב ניהול ההלוואה לאחר מכירתה, הוא ס' 1א5 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), העוסק בהעמדת ההלוואה לפירעון מיידי. אולם לסעיף זה קיימת הוראה מקבילה בס' 7 לחוק אשראי הוגן (החל על גופים חוץ-בנקאיים).

94 חובת האמון הבנקאית תידון בהרחבה בפרק ד להלן.

95 חובת אמון הוטלה בחקיקה על בעל רישיון להפעלת מערכת לתיווך באשראי (P2P). ראו ס' 50ב(א) לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (שירותים פיננסיים מוסדרים).

96 על פי הוראת נגיד בנק ישראל, הבנקים נדרשים לפרסם חוזים אחידים אלו באתרי האינטרנט שלהם. ראו ס' 3(א2) לכללי הבנקאות (שירות ללקוח) (גילוי נאות ומסירת מסמכים), התשנ"ב-1992. סקירת החוזים שפורסמו באתרי הבנקים מעלה דמיון רב בין החוזים של הבנקים השונים. ראו לדוגמה את החוזים האחידים של בנק לאומי באתר בנק לאומי "חוזים אחידים" (נבדק לאחרונה ב-5.1.2020). bit.ly/2tw9xr0.

97 עניין ח"א הבנק הבינלאומי, לעיל ה"ש 46.

98 עניין ע"א הבנק הבינלאומי, לעיל ה"ש 46.

99 עניין בנק לאומי, לעיל ה"ש 47.

100 ראו ע"א 6916/04 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 18.2.2010) (להלן: עניין ע"א בנק לאומי).

לסיכום, מהסקירה דלעיל ניתן להתרשם שהרגולציה הבנקאית מטילה על הבנקים חובות ומגבלות רבות הבאות להגן על הלקוח הלווה במהלך תקופת ההלוואה הבנקאית. חובות ומגבלות אלה, רובן ככולן, אינן מוטלות על גופים חוץ-בנקאיים. לפיכך מכירת הלוואות בנקאיות לגופים פיננסיים אחרים, גם אם מפקחים אך שאינם כפופים להוראות זהות, מריעה את מצבם של הלווים ומעצימה את הסיכון המוטל עליהם מכוח מכירת ההלוואה.

מלבד הבדלים בתוכני האסדרה עלול להיות הבדל גם ברמת האכיפה והענישה הנוגעת לגופים הפיננסיים השונים. ועדת החקירה לעניין מתן אשראי לגופים הפיננסיים הגדולים במשק מצאה כי רמת הבקרה, האכיפה והענישה של רשות שוק ההון ביטוח וחסכון כלפי הגופים הכפופים לפיקוחה נמוכה במידה ניכרת מרמת הפיקוח שמפעיל הפיקוח על הבנקים והצביעה על ארביטראז' רגולטורי הקיים בעניין זה ומנוצל לרעה בידי הלווים הגדולים במשק.¹⁰¹ בהקשר שלנו ההבדלים ברמת הפיקוח הרגולטורי עלולים להיות מנוצלים לרעה מצד התאגידים החוץ-בנקאיים הרוכשים את תיקי ההלוואות הבנקאיות, כשהם אינם כפופים לאותן מגבלות החלות על התאגידים הבנקאיים המוכרים את ההלוואות. בשל מאפיינים אלה המחאת הזכות של הבנק לקבלת כספים, אפילו אם היא נעשית לגוף מפקח, פוגעת על פני הדברים באינטרסים של הלווים. לפיכך ואף שמדובר בהמחאה של זכות כספית, מתעורר ספק באשר לעבירותה של הזכות וליכולת להמחות אותה.

סיבה נוספת העלולה למנוע את המחאת הזכות לתשלומי פירעון ההלוואה קשורה לשיקול הדעת הנדרש מהנושה ביחסיו עם החייב. בית הדין לחוזים אחידים קבע כאמור כי מגבלת עבירות הנובעת ממהות הזכות חלה על זכות לקבלת שירות הכרוך בהפעלת שיקול דעת מצד הנושה, ואילו הזכות החוזית לקבל כסף אינה כזו.¹⁰² נדמה כי קביעה גורפת כזו אינה תמיד נכונה. אכן, ככלל, זכות חוזית לקבלת כסף אינה כרוכה בהפעלת שיקול דעת מצד הנושה. אולם כשמדובר בהלוואה בנקאית, ודאי הלוואה המובטחת בשעבוד, ובמיוחד כשהשעבוד חל על בית המגורים של החייב, תהייה סיטואציות לא מעטות שבהן יידרש הנושה להפעיל שיקול דעת. הדבר בולט בעיקר במצבים שבהם החייב מפגר בתשלום החוב, שאז יהיה על הנושה לשקול את צעדיו כלפי החייב: אם לנקוט הליכי גבייה ובאיזה אופן, אם להסכים להסדר חוב העלול לכלול ויתור על חלק מהחוב, אם לממש את השעבוד, לרבות שאלות שונות המתעוררות במהלך הליכי המימוש, אם לפתוח בהליכי חדלות פירעון נגד החייב, ועוד. נוסף על זה, הצורך בהפעלת שיקול דעת מצד הנושה עשוי להתעורר במגוון מצבים נוספים שאינם כרוכים באי-פירעון ההלוואה בידי החייב. כך כאשר לקוח הפורע את ההלוואה כסדרה מבקש מהבנק "לגרוור משכנתה", למחזר הלוואה, לשנות את פריסת תשלומי הפירעון, לקבל הנחה בעמלת פירעון מוקדם ועוד.

תפיסת הלוואה בנקאית כשירות הכרוך בשיקול דעת מצד הנושה מעצימה את החשש לפגיעה בלווה הנתון כעת, לאחר מכירת ההלוואה, לשיקול דעתו ולחסדיו של התאגיד

101 ועדת החקירה הפרלמנטרית להתנהלות המערכת הפיננסית בהסדרי אשראי ללווים עסקיים גדולים דין וחשבון מסכם 18 (2019) bit.ly/2QOCxCj.

102 עניין ח"א הבנק הבינלאומי, לעיל ה"ש 46, פס' 301.

הרוכש בייחוד בשל העובדה שבעסקה הטיפוסית למכירת תיקי הלוואות שיקול הדעת בעניינים המהותיים והחריגים מסור לידי התאגיד הרוכש ולא נותר בידי הבנק. משכך, היא מהווה שיקול נוסף למניעת ההמחאה.

לסיכום, בפרק זה הצבעתי על שלושה עניינים הפוגעים באינטרס של הלווה ומעצימים את הסיכון המוטל עליו במקרה של מכירת תיקי הלוואות בנקאיות לגופים חוץ-בנקאיים: הבדל בתוכני האסדרה החלים על הבנקים ועל הגופים החוץ-בנקאיים; הבדל ברמת הפיקוח החלה על הבנקים ועל הגופים החוץ-בנקאיים; שיקול הדעת המוקנה לתאגיד הרוכש. בעקבות זאת מתעורר ספק באשר לעבירותה של הזכות של הבנק על פי הסכמי ההלוואה וליכולת להמחות אותה.¹⁰³

הפגיעה באינטרס הלווה מתעוררת בהקשר נוסף והוא חובת האמון המוטלת על הבנק, שמכוחה חייב הבנק להגן על אינטרס הלקוח ולהעדיף אותו על פני כל אינטרס אחר, לרבות האינטרס של הבנק עצמו. בסוגיה זו יעסוק הפרק הבא.

ג. חובת האמון הבנקאית

1. מהותה של החובה

הלכה מושרשת בדיני הבנקאות בישראל היא שהבנק חב חובת אמון ללקוחותיו.¹⁰⁴ חובת האמון היא החובה החמורה ביותר במשפט הפרטי, והיא מטילה על הבנק סטנדרט התנהגות גבוה במיוחד. חובת האמון דורשת מהבנק לפעול ביושר ובהגינות מרביים, מבלי לנצל לרעה את כוחו וללא שיקולים זרים. אך יותר מזה, לב ליבה של חובת האמון הוא השמירה

¹⁰³ הדיון לעיל עסק בהמחאת הזכויות של הבנק כלפי הלווה. אולם מכירת הלוואות כוללת גם המחאה של החיובים המוטלים על הבנק כלפי הלווה. על פי ס' 6 לחוק המחאת חיובים, המחאת חבות טעונה הסכמת הנושה, קרי הלקוח הלווה. הצוות לקידום האיגוד בישראל פטר את הצורך בקבלת הסכמת הלווים במקרה של מכירת הלוואות בנקאיות, בתופסו את החיובים הבנקאיים כחיובים שוליים לזכות של הבנק לקבלת תשלומי הפירעון מהלווה. עם זאת, הצוות חייב את הבנק המוכר להמשיך ולתפעל את ההלוואות לאחר מכירתן כדי שהבנק יישאר אחראי כלפי הלווה לקיום החיובים המומחים הלכה למעשה. ראו **דוח צוות האיגוד**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 22. פתרון אחר הוא לראות בעסקת המכירה של תיק ההלוואות עסקה הכוללת המחאת זכות בלבד, ונוסף על זה מעבירה את ביצוע החיובים המוטלים על הבנק – בשונה מהמחאת החיובים עצמם – בבחינת "ביצוע החיוב על ידי הזולת". העברת ביצוע של חיוב אינה טעונה הסכמת הנושה. ראו ע"א 445/80 **ג'ברה נ' המועצה האזורית בקעת בין שאן**, פ"ד לז(1) 421, 432 (1983); ע"א 371/85 **פיליפ נ' רוזנברג**, פ"ד מב(1) 584, 588–589 (1988); לרנר **המחאת חיובים**, לעיל ה"ש 15, בעמ' 113–115 (אם כי לרנר מסייג כי "יש מקום לסברה שהמחאה כזו תהא חסרת תוקף במקרים מיוחדים בהם היא עלולה אכן לסכן את ביצוע החבות על ידי הממחה", שם בעמ' 115). מכל מקום, כפי שהוסבר בפרק ב לעיל, בעסקה הטיפוסית למכירת תיקי הלוואות הבנק ממשיך לתפעל את ההלוואה לאחר מכירתה ולקיים את החיובים השונים כלפי הלווה.

¹⁰⁴ ראו Ruth Plato-Shinar, *The Banking Contract as a Special Contract: The Israeli Approach*, 29 *TOURO L. REV.* 721 (2013); Ruth Plato-Shinar, *The Bank's Fiduciary Duty under Israeli Law: Is there a Need to Transform it from an Equitable Principle into a Statutory Duty?*, 39 *COMMON L. WORLD REV.* 219 (2012); Ruth Plato-Shinar, *The Bank's Fiduciary Duty: A Canadian-Israeli Comparison*, 22 *BANKING & FIN. L. REV.* 1 (2006).

על אינטרס הלקוח. על הבנק לפעול לפי מיטב האינטרסים של הלקוח. עליו לראות באינטרס של הלקוח את האינטרס המכריע ולהעדיפו על כל אינטרס אחר, אף על האינטרס של הבנק עצמו.¹⁰⁵ היטיב לתאר את חובת האמון פרופ' אהרן ברק, באומרו: "לא רק שאסור לי לפגוע ולהזיק לזה שאת ענייניו אני מנהל, אלא [...] עלי להחניק ולדכא את האינטרס האישי שלי ועלי לפעול כשנגד עיני האינטרס של זה שלמענו אני פועל".¹⁰⁶ בתי המשפט ביססו את חובת האמון הבנקאית על שילוב של נימוקים והצדקות:¹⁰⁷

הם פסקו כי לבנק כוח ושליטה על ענייני הלקוח ועל רכושו הפיננסי. בעקבות זאת היחסים בין הבנק ללקוח הם יחסי תלות של הלקוח בבנק. הלקוח תלוי בבנק הן בייעוץ שהוא נותן, הן במתן השירות עצמו והן בקביעת ההסדר המשפטי שחל עליו ("תאוריית הכוח והשליטה").¹⁰⁸

במתן השירות מצפה הלקוח כי הבנק ינהג ברמה גבוהה של מקצועיות, אחריות ותום לב. יותר מזה, הלקוחות נוהגים לתת אמון מיוחד בבנק, ובמקרים רבים אין הם נדרשים לחוות דעת נוספת לפני שהם נוהגים על פי עצתו. כן צוין כי הבנקים שוקדים מצידם על הגברת אמונו של הציבור בהם, ואף סביר שתוטלנה עליהם חובות הבאות להגשים את הציפיות הסבירות שהם עצמם תורמים להיווצרותן ("תאוריית האמון וההסתמכות").¹⁰⁹

בתי המשפט הדגישו גם את פער הכוחות העצום הקיים בין הצדדים: את ההבדלים בכושר המיקוח, את היקף המידע המצוי בבנק ואשר אינו נגיש לציבור הרחב ("אסימטריית המידע"), את הכישורים המקצועיים המיוחדים של הבנק ואת האמצעים הטכניים שברשותו ושאינם נחלתו של הפרט. פער כוחות לבדו אינו סיבה חזקה מספיק להטלת חובת אמון. אולם כאשר לפער הכוחות מצטרף חשש ממשי של ניצול לרעה של הכוח לרעת הצד החלש, חשש אשר בהקשר הבנקאי הוכח לא אחת כמבוסס, יש בו כדי להצדיק הטלת חובה כאמור ("תאוריית פער הכוחות").¹¹⁰

105 רות פלאטור-שנער "הרהורים בנושא גבולותיה הראויים של חובת האמון הבנקאית: הבנק כאפוסטרופוס של הלקוח?" **חובות אמון בדין הישראלי** 107, 116–108 (רות פלאטור-שנער ויהושע שגב עורכים, 2016) (להלן: פלאטור-שנער "הרהורים בנושא גבולותיה"); Ruth Plato-Shinar, *Law and Ethics: The Bank's Fiduciary Duty Towards Retail Customers*, in RESEARCH HANDBOOK ON ETHICS IN BANKING AND FINANCE 214, 214–236 (Costanza A. Russo, Rosa M. Lastra & William Blair eds., 2019).

106 אהרן ברק "ניגוד אינטרסים במילוי תפקיד" **משפטים** י 11, 11 (התש"ס).

107 ראו לדוגמה ע"א 5893/91 **טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' צבאח**, פ"ד מח(2) 573, 592, 595 (1994); ע"פ 122/84 **מנצור נ' מדינת ישראל**, פ"ד לח(4) 94, 101 (1984); ע"א 7424/96 **בנק המזרחי בע"מ נ' חברת אליהו גרציאני (1988) בע"מ**, פ"ד נד(2) 145, 161–162 (2000); עניין **בנק לאומי**, לעיל ה"ש 100, פס' 4.

108 פלאטור-שנער **חובת האמון הבנקאית**, לעיל ה"ש 12, בעמ' 53–57.

109 שם, בעמ' 51–53.

110 שם, בעמ' 188–196.

נוסף על כל זה, בתי המשפט קבעו שהבנקים הם בעלי מאפיינים של גופים מעין-ציבוריים, ועל כן יש להחיל עליהם את הנורמות החלות על גופים ציבוריים.¹¹¹ על סמך נימוקים אלו הוטלה על הבנקים חובת אמון רחבה כלפי לקוחותיהם.

2. חובת האמון הבנקאית בעסקאות הלוואה

חובת האמון חלה על מכלול יחסי הבנק והלקוח ועל כלל הפעולות והשירותים הבנקאיים שמעניק הבנק ללקוחו.¹¹² עם זאת מידתה של החובה עשויה להשתנות לפי טיב העסקה. בפרשת **טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' צבאח** התייחס בית המשפט העליון לעניין זה וקבע:

רמת הנאמנות שבה מחויב הבנק כאשר הוא משמש כיועץ להשקעות היא אחרת מזו שבה הוא מחויב כאשר הוא מעניק הלוואה ללקוח. כמו כן יש לקבוע סטנדרט שונה כאשר הבנק דן עם לקוח בהלוואת כספים לצורך עסקה מסוימת, או כאשר הוא דן עם אדם בקשר למתן בטוחה לחובות של צדדים שלישיים כלפי הבנק.¹¹³

במילים אחרות, עסקת הלוואה נתפסה ככזו שמטילה על הבנק מידה קטנה יותר של חובת אמון.

שאלת מידתה של חובת האמון המוטלת על הבנק בעסקת הלוואה נדונה בפרשת **חיות נ' בנק מזרחי טפחות בע"מ**. בית המשפט העליון הסתמך שם על דברים שכתבתי בהקשר אחר, ולפיהם חובת האמון חלה על השירות הבנקאי עצמו אך לא על קביעת מחיר השירות, בהיותו "מעגל חיצוני" לשירות הבנקאי עצמו,¹¹⁴ ועל פי זה פסק:

פלאטור-שנער עומדת על כך שגבולותיה של חובת האמון מעורפלים בחלק מן החזיתות שבין הבנק ללקוח, ולטעמי הדבר נכון במיוחד בהקשר של מתן אשראי והלוואות. מקור אי הבהירות הוא בכך שבהקשרים אלה קיים קושי להבחין בין הרובד של מתן השירות, עליו נוהגים להחיל חובת נאמנות רחבה, לבין קביעת התשלום על השירות, לגביה תחולתה של חובת הנאמנות מצומצמת. בנושא מתן אשראי והלוואות, הניהול המתמשך, קרי קביעת

111 ראו לדוגמה עניין **צבאח**, לעיל ה"ש 107, בעמ' 585, 592, 603; ע"א 8068/01 **איילון חברה לביטוח בע"מ נ' מנהל עזבון אופלגר ז"ל**, פ"ד נט(2) 349, 369 (2004). לניתוח ביקורתי של קביעה זו, ראו PLATO-SHINAR, BANKING REGULATION, לעיל ה"ש 2, בעמ' 40–44; פלאטור-שנער **חובת האמון הבנקאית**, לעיל ה"ש 12, בעמ' 60–67.

112 שם, בעמ' 80–88.

113 עניין **צבאח**, לעיל ה"ש 107, בעמ' 592.

114 פלאטור-שנער **חובת האמון הבנקאית**, לעיל ה"ש 12, בעמ' 101–105; פלאטור-שנער וגבע, לעיל ה"ש 12, בעמ' 407–409. לגישה שונה, ראו לירן חיים "עמלה בנקאית – אחריות הבנק בקביעתה ובגבייתה: בעקבות רע"א 4619/08 בנק מרכנתיל דיסקונט נ' מעונות עזרת ישראל" **משפטים על אתר** ה 51 (התשע"ג).

מועד הפירעון, שיעור הריבית והיקפי המימון, הם בסופו של יום גם אלו אשר יכתיבו את מחירו של השירות.¹¹⁵

עם זאת בהמשך פסק הדין מתייחס בית המשפט למגמה העולה מפסיקת הערכאות הנמוכות ומהוראות המפקח על הבנקים אשר באות להטיל מגבלות שונות על הבנק במתן אשראי, וקובע:

לטעמי אין להקל ראש במגמה זו, העשויה לבטא את ההבנה לגבי קיומם של פערי כוחות ומידע בין הבנק ללקוח בתחום סבוך זה של מתן אשראי והלוואות, והצורך להתמודד עמם, בין אם בהרחבת גבולותיה של חובת האמון, ובין אם ברגולציה.¹¹⁶

בסופו של דבר הושארה שם ללא הכרעה שאלת המידה של חובת האמון בעסקאות הלוואה, מאחר שבאותו מקרה כלל לא הוכח במישור העובדתי שהבנק נהג באי-תקינות. לטעמי, חובת האמון בעסקאות הלוואה צריכה להיות רחבה בהיקפה בשל הסיכון הטמון בה מבחינתו של הלווה. עסקת הלוואה גוררת השלכות משפטיות קשות במקרה של אי-פירעון: מימוש בטוחות שניתנו להבטחת הפירעון לרבות בית המגורים של החייב ומשפחתו, נקיטת הליכי גבייה ושימוש באמצעי גבייה כגון עיקולים, נקיטת הליכי חדלות פירעון נגד החייב ועוד.

נוסף על זה, לעסקת הלוואה השלכות ניכרות מכוח חוק נתוני אשראי, התשע"ו–2016. לפי חוק זה, הבנקים חייבים להעביר נתונים על כל עסקת אשראי שבוצעה עם לקוח למאגר נתוני האשראי שבבנק ישראל.¹¹⁷ בנק ישראל מעביר נתונים אלה ללשכות אשראי מוסמכות, והן מצידן רשאיות להעביר את המידע הלאה לנותני אשראי שונים במשק, הכול לפי התנאים המפורטים בחוק.¹¹⁸ הנתונים המועברים כוללים את סוג האשראי, מטרת האשראי, תנאי עסקת האשראי (לרבות סכומה ופירוט הביטחונות שניתנו להבטחת פירעונה), נתונים בדבר אופן ביצוע העסקה והיסטוריית התשלומים במסגרתה ועוד.¹¹⁹ מלבד הפגיעה הקשה בפרטיות הנגרמת בשל הדיווח האמור,¹²⁰ אירוע של אי-פירעון הלוואה במועד מביא להימצאות נתונים שליליים על הלקוח במאגר וסיכון שנותני אשראי שונים יסרבו להעמיד לו אשראי בעתיד.

על פי המנגנון המפורט בחוק, לקוח רשאי לבקש מבנק ישראל שנתוני אשראי בעניינו לא יכללו במאגר. אולם אם הועברו למאגר נתוני אשראי "המעידים באופן מובהק על כך שהלקוח אינו עומד בפירעון תשלומים שבהם התחייב", לא יהיה זכאי הלקוח להגיש בקשה

115 רע"א 4827/12 חיות נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, פס' 13 (פורסם בנבו, 30.8.2012).

116 שם.

117 ס' 19(א)(7) לחוק נתוני אשראי, התשע"ו–2016.

118 שם, בס' 3, 26, 28–29. כן ראו רות פלאטור-שנער "הזכות לפרטיות פיננסית: עולם הולך ונעלם" **משפט תרבות חברה** ב 199, 223–226 (מיכאל בירנהק עורך, התשע"ט) (להלן: פלאטור-שנער "הזכות לפרטיות פיננסית").

119 ס' 2, פרט 4 לתוספת הראשונה לתקנות נתוני אשראי, התשע"ח–2017.

120 פלאטור-שנער "הזכות לפרטיות פיננסית", לעיל ה"ש 118, בעמ' 226–228.

כאמור במשך שלוש שנים.¹²¹ לעניין זה חוב לבנק בסכום העולה על 10,000 ש"ח, ואשר נפתחו בגינו הליכים בבית משפט, ייחשב נתון המעיד במובהק שהלקוח אינו עומד בפירעון התשלומים. בדומה לזה, אם לשכת נתוני אשראי ביקשה לקבל מידע מהמאגר לשם מתן חיורי אשראי, ובנק ישראל מצא שנתוני האשראי המצויים של אותו לקוח במאגר "מעידים באופן מובהק על כך שהלקוח אינו עומד בפירעון תשלומים שבהם התחייב", חייב בנק ישראל למסור את נתוני האשראי שבידיו על אותו לקוחו. גם כאן, שוב, חוב לבנק בסכום העולה על 10,000 ש"ח, ואשר נפתחו בגינו הליכים בבית משפט, ייחשב נתון המעיד באופן מובהק כאמור.¹²²

הטיות קוגניטיביות ואופטימיות יתר עלולות לגרום ללווים להעריך לא נכון את יכולת הפירעון שלהם.¹²³ בעקבות זאת לווים עלולים ליטול הלוואות בסכום העולה על כושר ההחזר שלהם ובכך להיכנס למצב של "מחויבות יתר" (over-indebtedness) אשר ימנע מהם לעמוד בפירעון התחייבויותיהם, על כל ההשלכות הנגזרות מכך כמפורט לעיל.¹²⁴ לא אחת ניצלו הבנקים ונותני אשראי שונים את המצב הזה לרעה, בהפעילם לחצים על לקוחות ליטול מהם אשראי מבלי לוודא שההלוואה אכן תואמת את צורכי הלקוח ואת יכולת הפירעון שלו.¹²⁵

בשל כל אלו נטילת הלוואה מציבה את הלווה במצב של סיכון א-פריורי. נוסף על הסיכון הטמון בעסקת ההלוואה מבחינתו של הלווה, הלוואות שונות כגון הלוואות לדיור הן עסקאות מורכבות הקשות להבנה ללווה הממוצע. לפיכך עלול הלווה לבחור במבנה הלוואה שאינו אופטימלי עבורו. למשל, הלוואות לדיור מוצעות כיום במגוון רחב של מסלולי ריבית ומסלולי הצמדה. כמו כן מוצעות ללקוח אפשרויות חלוקה שונות בין תשלומי קרן לתשלומי ריבית, כגון הלוואות שבהן הריבית אינה פרוסה בצורה שווה על פני כל תקופת ההלוואה, או הלוואות "בלון" המאפשרות ללווה לדחות את תשלום הקרן ולשלם תשלומי ריבית בלבד. לשיקולים אלה ודומיהם יש השלכות כספיות ניכרות על הסכומים שיצטרך הלווה לפרוע לבנק. מורכבות העסקה וריבוי הנתונים והאפשרויות מקשים על הלקוח להבין ולעבד את המידע ולבחור בעסקה המיטבית עבורו.

121 ס' 22(ה) לחוק נתוני אשראי.

122 שם, בס' 35; ס' 4(4) לתקנות נתוני אשראי.

123 נאו Neale D. Weinstein, *Unrealistic Optimism about Future Life Events*, 39 J. PERSONALITY & SOC. PSYCHOL. 806 (1980); Oren Bar-Gill, *The Law, Economics and Psychology of Subprime Mortgage Contracts*, 94 CORNELL L. REV. 1073 (2009) בעמ' 619, 622–623.

124 ראו בעניין זה אפרת נוימן "מדינה באפור: כמה שכיחה ההסתבכות של ישראלים עם אשראי חוץ-בנקאי" *The Marker* (31.7.2018) tinyurl.com/y5uo5ubc.

125 על רקע זה פרסם הפיקוח על הבנקים מכתב לתאגידים הבנקאיים ולחברות כרטיסי האשראי, המטיל עליהם הגבלות בעת שיווק יזום של הלוואות קמעונאיות שאינן לדיור. המכתב דורש מהם לוודא שההלוואה תואמת את צורכי הלקוח, לבחון את הכדאיות הכלכלית של ההלוואה מבחינת הלקוח, להביא בחשבון את המינוף הפיננסי הכולל של הלקוח הקיים אצלם ועוד. ראו מכתב לתאגידים הבנקאיים וחברות כרטיסי האשראי בל-512-15 "שיווק יזום של הלוואות קמעונאיות" (17.11.2015) tinyurl.com/yxw716z. הוראה דומה לא נקבעה בנוגע לנותני אשראי אחרים, לרבות נותני אשראי מפוקחים.

העמדת הלוואות לסקטור הקמעונאי (יחידים, משקי בית ועסקים קטנים) הוא עסק רווחי ביותר עבור הבנקים,¹²⁶ והפיתוי להעמיד הלוואות כאלה הוא רב. כדי להגן על הלקוח ולהבטיח שהבנק לא ינצל לרעה את יתרון המידע והכוח שבידיו, יש להטיל עליו חובת אמון רחבה בעסקאות הלוואה. חובת האמון מחייבת את הבנק לפעול בנאמנות (loyalty) מלאה ללקוח, להגן על אינטרס הלקוח ולהעדיף את אינטרס הלקוח על פני אינטרס הבנק. ככל שהעסקה מורכבת יותר או מסוכנת יותר מבחינת הלקוח, כן תגדל מידתה של חובת האמון.

3. חובת האמון הבנקאית במכירת תיקי הלוואות בנקאיות

על אף ההכרה בחובת אמון רחבה הבנק אינו נדרש לזנוח לגמרי את האינטרס האישי שלו.¹²⁷ הטלת חובת אמון על הבנק פוגעת לכאורה בעקרונות היסוד של חופש החוזים וחופש העיסוק, ולכן יש ליישם אותה אך למטרה שלה היא נועדה ובמידתיות. הדבר נכון במיוחד בתחום ההלוואות והאשראים, תחום המעמיד את הבנק עצמו בסיכון, ומכאן זכותו לנקוט אמצעים מתאימים כדי להגן על עצמו.¹²⁸ חובת האמון קובעת סטנדרט של הגינות מרבית כדי להבטיח את טובת הלקוח ביחסיו עם הבנק. וכל עוד מטרה זו מתגשמת, מותר לבנק לנקוט את הפעולות המיטיבות עם האינטרס שלו.

כך, בית המשפט העליון קבע כי "חובת הנאמנות של הבנק כלפי הלקוח אינה מטילה על הבנק חובה לדאוג באופן עיוור לאינטרסים של הלקוח, תוך הזנחת אינטרס הבנק".¹²⁹ כן ציין בית המשפט העליון כי הבנק אינו "קופת גמילות חסד" אלא "עסק המתנהל עסקית",¹³⁰ וכי החובה לשמור על הלקוח היא "משימה נאה כמובן מבחינה אנושית ושל יחסים ראויים בין אדם לחברו, ובמקרים המתאימים [...] גם בעלת מעמד משפטי", אך באותו מקרה לא מצא כך.¹³¹ לכן אף מותר לבנקים להתנות על חובת האמון הבנקאית בתנאים מסוימים.¹³²

יישומה של חובת האמון דורש אפוא איזון עדין במצבי קונפליקט בין האינטרס של הבנק לבין האינטרס של הלקוח, כאשר מבחנה של החובה אחד הוא: מותר לבנק לנקוט צעדים לשם קידום עניינו האישי כל עוד הוא אינו מנצל לרעה את יתרון הכוח שלו, וכל עוד הוא פועל בהגינות מרבית ובנאמנות (loyalty) כלפי הלקוח ושומר על טובת הלקוח.¹³³

126 בנק ישראל מערכת הבנקאות בישראל, סקירה שנתי 2017 4–2 (2018) bit.ly/2QPUy38.

127 פלאטור-שנער "הרהורים בנושא גבולותיה", לעיל ה"ש 105, בעמ' 121–124.

128 ע"א 102/83 ל.ג.ל. כרמיאל בע"מ נ' בנק לאומי בע"מ, פ"ד מא(1) 253, 258 (1987).

129 ע"א 6505/97 בוני התיכון בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ, פ"ד נג(1) 577, 591–592 (1999).

130 ע"א 7545/12 זקס נ' בנק מזרחי טפחות בע"מ, פס' יב לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (פורסם בנבו, 12.2.2014).

131 שם, פס' טו.

132 פלאטור-שנער חובת האמון הבנקאית, לעיל ה"ש 12, בעמ' 259–279.

133 ראו לדוגמה את ע"א 459/13 אלמודן בע"מ נ' בנק מזרחי טפחות בע"מ, פס' 23–24 (פורסם בנבו, 30.8.2012). שם קביעה זו הובילה למסקנה כי הבנק, אשר ביטל את מסגרת האשראי של הלקוח מבלי ליתן לו הודעה מוקדמת, הפר את חובת האמון. להרחבה, ראו פלאטור-שנער "הרהורים בנושא גבולותיה", לעיל ה"ש 105, בעמ' 121–130.

אל מול האינטרס של הלקוח עומדים לא רק האינטרס של הבנק כי אם גם אינטרסים כלכליים כלל-משקיים. מכירת תיקי הלוואות בנקאיות לגופים חוץ-בנקאיים מכניסה שחקנים חדשים לשוק נותני האשראי ועשויה להפוך את התחום לדינמי ותחרותי יותר. במדינת ישראל, המאופיינת במערכת בנקאית ריכוזית ובשוק אשראי צרכני בעל רמת תחרותיות נמוכה,¹³⁴ גיוון מקורות האשראי חשוב במיוחד. כמו כן עסקאות אלה מאפשרות לבנקים להעמיד הלוואות חדשות ולתת מענה לביקושים הגוברים להן, בעיקר בתחום האשראי לדיוור.¹³⁵

מהאמור לעיל נובע כי אין בכוחה של חובת האמון למנוע מהבנק למכור תיקי הלוואות כל עוד הבנק מגן על אינטרס הלווה ומבטיח שהמכירה לא תרע את מצבו של הלווה, לא תפגע באינטרסים הסבירים שלו ולא תעצים את הסיכון המוטל עליו. אכן, לאור סעיף 2(א) לחוק המחאת חיובים, אין בהמחאת הזכות כדי לשנות את "הזכות או תנאיה", היינו את תוכני החיובים המוטלים על הלווה/החייב כלפי הנושה. אולם כפי שראינו לעיל, אין בקביעה סטטוטורית זו כדי לספק הגנה מספקת ללווה בעסקה למכירת תיקי הלוואות בנקאיות. גם אם תוכנה של הזכות אינו משתנה, עניינים חיצוניים לה עלולים להרע את מצבו של הלווה, כגון החלפת הנושה הבנקאי בנושה אשר רמת האסדרה והפיקוח עליו נמוכה מזו שמוטלת על הבנק הממחה. מכאן חשיבותה הרבה של חובת האמון להגנת הלווים במכירת תיקי הלוואות בנקאיות.

לחובת האמון המוטלת על הבנק המוכר כלפי הלווים יש חשיבות רבה בשל ריבוי התפקידים שהוא ממלא בעסקה של מכירת תיקי הלוואות הבנקאיות. הבנק, כמלווה המקורי, הוא שקבע את תנאי ההלוואה ונושא באחריות כלפי הלווה לאירועים הטרומים-חוזיים והתחזיים שקרו טרם המכירה; הבנק ממשיך לכהן כנושה של הלווה באותו חלק של ההלוואות ששייר בידיו ולא מכר; הבנק מכהן כמתפעל של ההלוואה; הבטוחה להלוואה רשומה על שם הבנק; נוסף על זה, הבנק המוכר עשוי לתת ללקוח הלווה מגוון שירותים בנקאיים נוספים שאינם קשורים להלוואה הנמכרת; בדומה לזה, הבנק עשוי לקבל כבטוחה להלוואה חדשה שייתן ללווה שעבוד שני על הנכס המשמש בטוחה להלוואה הנמכרת.¹³⁶ ריבוי התפקידים עלול להעצים את הקונפליקט שבו מצוי הבנק, בין קידום ענייניו האישי בעסקה לבין שמירה על אינטרס הלקוח. מטרתה של חובת האמון להבטיח שהלקוח לא ייפגע מכך.¹³⁷

ד. המתווה הראוי לעסקת מכירה של תיקי הלוואות בנקאיות

¹³⁴ דוח הוועדה להגברת התחרות, לעיל ה"ש 6, בעמ' 12–15.

¹³⁵ בנק ישראל מערכת הבנקאות בישראל, סקירה שנתית 2018 19 (2019) bit.ly/2MZLCXT.

¹³⁶ מצב זה עלול ליצור גם ניגוד בין ענייניו של הבנק המוכר לבין ענייניו של התאגיד הרוכש. ראו ס' 11.2 לנספח עמדות הפיקוח, לעיל ה"ש 19.

¹³⁷ השוו דוח צוות האיגוד, לעיל ה"ש 7, בעמ' 9, העוסק בהימנעות מפעולה בניגוד עניינים. הדוח מציע לקבוע הסדרים משפטיים פרטניים לצורך "הקניית הגנת חוף מבטחים" לבנק, אשר יחדדו את המותר והאסור בפעילות האמורה ויאפשרו לבנק לפעול בתנאי ודאות.

ראינו כי מכירת תיק הלוואות בנקאיות לגוף חוץ-בנקאי, אף אם הוא גוף מפקח, עלולה לגרום להרעת מצבם של הלווים, לפגיעה באינטרסים שלהם או להעצמת הסיכון המוטל עליהם. זאת כאשר תוכני האסדרה שחלים על הגוף הרוכש מצומצמים יותר ורמת הפיקוח עליו נמוכה יותר מאלה שחלים על הבנקים, ובשל העובדה שהתאגיד הרוכש נהנה משיקול דעת באשר לעניינים מהותיים הקשורים ללווה.

החשש לפגיעה באינטרס של הלווה מעורר ספק באשר לעבירות הזכות של הבנק על פי הסכם ההלוואה וליכולת להמחות אותה. נוסף על זה, בשל קיומה של חובת האמון הבנקאית הדורשת מהבנק להגן על אינטרס הלקוח ולהעדיף אותו על פני כל אינטרס אחר, לעיתים אפילו על פני האינטרס של הבנק עצמו, הבנק אינו רשאי למכור תיקי הלוואות אלא אם הוא מבטיח שמצבו של הלווה לא יורע בשל עסקה זו. כדי לאפשר את ביצוע העסקה יש אפוא לאמץ מנגנון המבטיח הגנה מלאה ללווים גם לאחר מכירת ההלוואות לתאגיד החוץ-בנקאי.

בכל הנוגע למכירה של הלוואות אשר להבטחת פירעונן ניתנו בטוחות הקשורות למקרקעין, חוק ההסדרים מספק הגנה טובה ללווה. חוק ההסדרים אינו מסתפק בדרישה מפורשת ש"לא ייפגעו בשל כך זכויות הלווה", אלא מוסיף ודורש ש"יחולו על התאגיד הנעבר כל ההוראות שנקבעו לפי דין להגנת הלווה [...] אשר היו חלות על התאגיד המעביר עד למועד העברת הזכויות והחובות לפי החוזה".¹³⁸ היינו, במקרה של מכירת תיק הלוואות בנקאיות יהיה התאגיד הרוכש כפוף לכל ההוראות המחייבות את הבנק בנוגע להלוואה הנמכרת. הגנה חשובה נוספת שקובע חוק ההסדרים היא הדרישה שלאחר מכירת ההלוואות הבנק המוכר הוא שימשיך לנהל את ההלוואות הנכללות בתיק, לרבות נקיטת פעולות לגביית הפירעונות ומימוש הביטחונות במקרים הנדרשים.¹³⁹ חוק ההסדרים אף מעניק ללווה הגנה נוספת המוסיפה על הדינים הבנקאיים ומאפשרת ללווה לשעבד את הנכס המשמש בטוחה להלוואה הנמכרת, להבטחת הלוואה נוספת.¹⁴⁰

עם זאת בכל הנוגע להלוואות אחרות, היינו הלוואות שלהבטחת פירעונן ניתנו בטוחות שאינן קשורות למקרקעין או הלוואות שלא הובטחו בשעבוד כלשהו, הלווה אינו נהנה מהגנה סטטוטורית דומה. בהלוואות כאלה נודעת חשיבות רבה לחובת האמון כמכשיר להגנת הלווה. יישומה של חובת האמון יחייב אימוץ פתרון דומה לזה שנקבע בחוק ההסדרים: החלת הדינים הבנקאיים על ההלוואה גם לאחר שנמכרה והמשך תפעול ההלוואה על ידי הבנק המוכר.¹⁴¹

ודוק, גם אם התאגיד הרוכש הוא בעל מנגנון לניהול הלוואות צרכניות אשר מסוגל להתמודד עם הלוואות "פשוטות" שאינן מובטחות בשעבוד כלשהו או שמובטחות בשעבוד על נכס שאינו קשור למקרקעין (כגון חברת מימון המעניקה הלוואות לרכישת רכבים כאשר הבטוחה להלוואה היא שעבוד הרכב עצמו), עדיין נודעת חשיבות להמשך תפעול ההלוואה

138 ס' 44(א) לחוק ההסדרים; ס' 13(ב) לפקודת הבנקאות.

139 ראו ס' 45 לחוק ההסדרים. אלא אם התאגיד הרוכש אף הוא תאגיד בנקאי, שאז יוכל לעשות כן בעצמו. וכאשר התאגיד הרוכש הוא חברת ביטוח, היא תוכל לעשות כן באישור מיוחד של המפקח על הבנקים.

140 שם, בס' 44(ב).

141 פתרון דומה הוצע בדוח צוות האיגוד, לעיל ה"ש 7, בעמ' 23–24.

על ידי הבנק המוכר, בשל הנוחות של הלווה שמן הסתם יעדיף להמשיך ולעבוד עם הבנק המוכר לו, ובעיקר בשל רמת הפיקוח והאסדרה הגבוהות החלות על תאגידים בנקאיים. מכיוון שחוזי ההלוואה האחידים שעליהם חותמים הלקוחות אינם כוללים הגנות ללווים, ואלו מוצאות את מקומן בחקיקה וברגולציה הבנקאית, הרי שתפעול ההלוואות על ידי הבנקים, אשר ימשיכו להיות כפופים להוראות הדין בתפקידם כנותני שירות, מבטיח הגנה על אינטרס הלווה גם לאחר מכירת ההלוואות לגופים חוץ-בנקאיים.

אם וכאשר תושווה הרגולציה החלה על גופים פיננסיים חוץ-בנקאיים לזו שחלה על תאגידים בנקאיים, ובכך הם יוכפפו לדינים זהים לאלה שחלים על התאגידים הבנקאיים בקשר לעסקאות הלוואה, ורמת הפיקוח והאכיפה עליהם תהיה זהה לזו שחלה על התאגידים הבנקאיים, אזי יתייתרו שני התנאים האמורים, היינו המשך תחולת הדינים הבנקאיים על ההלוואה והמשך תפעול ההלוואה על ידי הבנק המוכר.

הכפפת התאגיד הרוכש לדין דומה לזה שחל על הבנק המוכר מחייבת להטיל על התאגיד הרוכש חובת אמון כלפי הלווים שאת הלוואותיהם הוא רוכש, בדומה ובמקביל לחובת האמון המוטלת על הבנק המוכר (אשר מצידו ממשיך להחזיק בחלק מההלוואות הנמכרות כמוסבר לעיל).¹⁴² עם זאת ייתכן שהתאגיד הרוכש יצא ידי חובת האמון עם השארת תפעול ההלוואה, לרבות שיקול הדעת הנדרש במסגרתו, בבנק המוכר.

עסקאות למכירת תיקי הלוואות בנקאיות נעשות כיום בעיקר עם חברות ביטוח וקרנות פנסיה ישראליות, שהן בעלות היקף הון מספיק לרכישה האמורה. עם זאת אין לשלול את האפשרות שבעתיד יימכרו תיקי הלוואות בנקאיות לגופים נוספים, כגון קרנות השקעה בין-לאומיות המתחילות לגלות עניין בסקטור הפיננסי הישראלי.¹⁴³ כמו כן תבוצענה עסקאות למכירת תיקי הלוואות בנקאיות אם וכאשר יקודם תחום האיגוח בישראל.¹⁴⁴ בצד התועלות הצומחות לצדדים המעורבים בעסקאות אלה יש להבטיח שהלווים – אשר אינם צד לעסקה ואינם יכולים להתנגד לה – לא ייפגעו ממנה.

142 שאלה לא פשוטה החורגת מתחומי מאמר זה היא אם בשל המאפיינים המיוחדים של עסקת ההלוואה המתוארים לעיל ראוי להטיל חובת אמון גורפת בכל עסקת הלוואה כאשר המלווה הוא מלווה מקצועי. נדמה כי לפחות בהלוואות לדיור ראוי לקבוע כך.

143 כדוגמת קרן ההשקעות ורבורג פינקוס, שרכשה את חברת כרטיסי האשראי לאומי קארד בשנת 2019. ראו עיריית אבישר "לאומי קארד נמכרת: כל מה שצריך לדעת על עסקת הענק" **גלובס** (28.7.2018) [bit.ly/2s13HgT](https://www.globes.co.il/article/2813131).

144 בהמשך להמלצות הצוות שבחן את הנושא. ראו **דוח צוות האיגוח**, לעיל ה"ש 7.