

דוקטרינת האחיזה כשורה ככלי להעצמת כוחו של הנושה המקצועי בהתנגשות בינו לבין מושך צ'ק שתמורתו נכשלה – היצמדות לכללים ארכאיים לשימור יתרון לא הוגן

מיכל עופר צפוני*

דיני השטרות התפתחו לפני מאות שנים באנגליה, ואינם מתעדכנים מספיק. כתוצאה מכך יש מקרים שבהם המצב המשפטי הנגזר מדינים אלה אינו עולה בקנה אחד עם חיי המציאות המודרניים ועם הערכים והתפיסות המשפטיות המקובלים כיום. המאמר עוסק באחד מהמקרים הללו – מקרה שבו קונה רוכש סחורה ממוכר ומשלם בעבורה בצ'ק דחוי למועד ההספקה של הסחורה. בינתיים המוכר קִסַחַר את הצ'ק לגוף פיננסי על מנת לקבל ממנו אשראי בהסתמך על הצ'ק. אולם בהגיע מועד ההספקה המוכר אינו מספק את הסחורה לקונה, ולמרות זאת הקונה נדרש על ידי הגוף הפיננסי לפרוע את הצ'ק, כדי לשלם בדרך זו את חובותיו של המוכר בגין האשראי שנטל.

מצב זה שכיח בישראל, שכן תפקידם של הצ'קים כאמצעי מימון נהיה מרכזי, והם משמשים מכשיר לגיוס אשראי, וזאת להבדיל מתפקידם ה"קלסי" המסורתי של השטרות להחליף את שטרי הכסף ו"להתגלגל" בשוק מיד ליד פעמים רבות.

על פי הדין הקיים, בהתנגשות שתוארה לעיל יהיה הגוף הפיננסי זכאי במקרים רבים לפרעון הצ'ק מהקונה, גם כאשר הקונה הינו צרכן פרטי וגם כאשר הוא גוף עסקי, וזאת אף אם הגוף הפיננסי נתן את האשראי למוכר ביודעו כי התמורה טרם סופקה, ואף היה מודע לקשיים כלשהם בהתנהלותו הכלכלית של המוכר כאשר העניק לו את האשראי. המאמר מראה כי הגוף הפיננסי זוכה בעדיפות על הקונה בחסותה של דוקטרינת האחיזה כשורה, שעוצבה על רקע תפקידם המסורתי של השטרות, וטוען

* מנהלת המרכז לקליניקות משפטיות ואחריות חברתית ומרצה במכללה האקדמית נתניה. תודה רבה לשופטי המאמר ולחברות מערכת כתב העת ניצן ענבר-טל (עורכת), אדר וייסליב, לי רוזן, דרור קרן, גל אגמון ואוריה ניב על הערות מצוינות שתרמו לו רבות.

כי דינים אלה זקוקים לעדכון למציאות המודרנית ולתפקידם העכשווי של הצ'קים.

המאמר מציג ומנתח את מאפייני הצדדים המעורבים בהתנגשות שיש בהם כדי להשפיע על הדין הרצוי ביחס לתוצאותיה. סקירת הדין הקיים לאור מאפיינים אלה מובילה לטענה המרכזית של המאמר, והיא שהדין הקיים, המעניק יתרון משמעותי לגופים הפיננסיים, אינו תואם את תחושת הצדק וההגיונות, שכן הוא מיטיב עם הנושים המקצועיים ללא הצדקה, אף שבידם הידע והיכולת הנדרשים כדי למנוע את ההתנגשות מלכתחילה, וביכולתם אף להתמודד טוב יותר עם תוצאותיה באותם מקרים שבהם היא מתרחשת. הדין הקיים אינו הולם את חלוקת הסיכון הראויה בין הצדדים, וקיים חשש שכוחם של הגופים הפיננסיים הוא שמונע את השינוי.

המאמר מציג הצדקות רבות לשינוי הדין הקיים, וכן מציע את הנתיב שיש לצעוד בו על מנת לשנותו. ביטולה של הלכת גויסקי (בשנת 2015) על ידי בית המשפט העליון היה הצעד הראשון בצמצום כוחם של הנושים המקצועיים במצב המתואר, אך אין די בו. ביטול ההלכה צמצם אך במעט את המצבים שבהם ידו של הגוף הפיננסי תהא על העליונה. במאמר מוצע כלל מאוזן לפתרון ההתנגשות, שאימוצו אינו מחייב שינוי חקיקתי, אלא עולה בקנה אחד עם עקרונות שכבר הופעלו על ידי הפסיקה במסגרת פרשנותו של עקרון תום הלב במצבי תחרות שונים.

מבוא

פרק א: הצגת ההתנגשות על רקע דיני השטרות והטיעון המחקרי

פרק ב: דוקטרינת הסחרות והאחיזה כשורה, והביקורת עליה

1. דוקטרינת הסחרות והאחיזה כשורה

2. הביקורת על הדוקטרינה

פרק ג: מאפייני הצדדים להתנגשות

1. הקונה – מושך הצ'ק (החייב השטרי)

2. המוכר – הספק, הנפרע בצ'ק (לקוחו של הגוף הפיננסי)

3. הגוף הפיננסי (הנסב) הדורש את פרעון הצ'ק

פרק ד: הכרעה בהתנגשות – הדין הקיים לאחר ביטול הלכת גויסקי

1. טענת ההגנה של המושך – כשלון תמורה מלא לאחר ביטול הלכת

גויסקי

2. מעמדו של הבנק על פי הדין הקיים

פרק ה: הצדקות לשינוי הדין הקיים

1. הגנת הצרכן / הגנת הצד החלש

2. הקונה כמעין ערב לחובות הנפרע

משפט ועסקים כב, תש"ף דוקטרינת האחיזה כשורה – כלל ארכאי לשימור יתרון לא הוגן

3. חלוקת הסיכון הראויה בין הצדדים להתנגשות

4. אחידות הדין בין אמצעי התשלום השונים

פרק ו: הדין המוצע

1. סיכום ביניים

2. הדין המוצע – פתרון מאוזן

סיכום

מבוא

ראובן הזמין סחורה מספק כלשהו, ושילם בעבורה בצ'ק דחוי למועד ההספקה שנקבע בין הצדדים. הספק, שמצבו הכלכלי היה קשה, סיחר את הצ'ק שמשך ראובן לבנק כבטוחה, וקיבל כנגדו מהבנק אשראי נוסף שהוא נזקק לו. אולם לנוכח מצבו הרעוע של העסק, למרות האשראי הנוסף שקיבל, חדל הספק מלפעול, ולא סיפק את הסחורה לראובן. אף על פי כן הבנק תובע מראובן את פְרעון הצ'ק. האם על ראובן לפרוע את הצ'ק לבנק?

הצגתי שאלה זו לפני אנשים לא מעטים – משפטנים ולא משפטנים כאחד. כמעט כל ההדיוטות השיבו בהחלטיות רבה כי ראובן אינו צריך לפרוע את הצ'ק לבנק, שכן הוא לא קיבל את הסחורה. גם משפטנים שאינם עוסקים בדיני שטרות נטו ליתן תשובה זו, אם כי חלקם ציינו כי ידוע להם שדיני השטרות "מוזרים", ולכן לא בטוח שזה הדין גם במציאות. הגיונם וחוש הצדק של רוב האנשים שיתבקשו להכריע בין זכות הבנק לפירעון מראובן לבין זכותו של ראובן לא לפרוע את הצ'ק לאחר שלא קיבל את התמורה בעבורו יובילו אותם למסקנה ברורה והחלטית, והתשובה שראובן אינו צריך לפרוע את הצ'ק במצב כזה תינתן ללא היסוס.

אולם הדין הקיים דווקא יוביל ברוב המקרים לתוצאה הפוכה, ויורה לראובן לפרוע את הצ'ק לבנק. הטיעון המרכזי במאמר זה יהיה כי הדין המתואר נוצר במציאות שאינה קיימת עוד, וכי יש להיפרד מהתפיסה המסורתית והאנכרוניסטית ולשנותו, כך שיתאים למציאות המסחרית העכשווית ולתפיסות הרווחות כיום.

מבנה המאמר יהא כך: בפרק א אציג ביתר הרחבה את ההתנגשות בין הצדדים ואת הטיעון המחקרי, על רקע דיני השטרות והתפתחותם. בפרק ב אציג את דוקטרינת הסחורה והאחיזה כשורה, ואת הביקורת הגוברת עליה. החשיבות של הצגת הדוקטרינה נובעת מכך שכלליה הם המובילים לתוצאה שלפיה הבנק הוא המנצח בדרך כלל במצב שתואר. בפרק ג אפרט את מאפייני הצדדים המעורבים במצב זה (שיכונה להלן "ההתנגשות"): ראובן, מושך הצ'ק; הספק, שהוא הנפרע בצ'ק; והבנק, הדורש את פְרעון הצ'ק. בפרק ד אציג את הדין הקיים כיום לפתרון ההתנגשות, כפי שהוא לאחר ביטולה של הלכת גויסקי ולאור פרשנותם של כללי האחיזה כשורה נכון להיום. בפרק ה אציג את ההצדקות לשינוי הדין הקיים: נימוקים מתחום הגנת הצרכן, הקבלה של מעמד

המושך למעמדו של הערב, חלוקת הסיכון הראויה בין הצדדים, והצורך בהסדר אחיד בין אמצעי התשלום השונים. בפרק ו אציע את הדרך שבה ניתן לערוך את השינוי המתבקש, ואסכם.

פרק א: הצגת ההתנגשות על רקע דיני השטרות והטיעון המחקרי

דיני השטרות¹ התפתחו לפני מאות שנים באנגליה בתקופת המהפכה התעשייתית. שטרי החליפין שימשו אז אמצעי תשלום חשוב, וסוחרו פעמים רבות בטרם נדרש פְרעוּנָם, שכן לא היה בנמצא הילך חוקי מספק לביצוע עסקאות בהיקפים נרחבים.² שטרי החליפין היוו מכשיר יעיל לשם כך, והם היו קריטיים להתפתחותן של הכלכלה האנגלית והכלכלה האמריקנית, בשל העסקאות הרבות שנעשו בכלכלות אלה.³ לכן דינים אלה מתייחסים לשטרות כאל אמצעי תשלום אשר מסוחרים ו"מתגלגלים" בשוק, בדומה לשטרי כסף.⁴ רק בתקופה מאוחרת יותר החל השימוש השכיח בשטרי חוב, ובשלב מאוחר עוד יותר – בצ'קים.⁵ כיום כמעט לא נעשה עוד שימוש בשטרי חליפין, אך בשטרי חוב – ובמיוחד בצ'קים – נעשה שימוש שכיח ותדיר, למרות ההתפתחות הרבה ונוחות השימוש באמצעי תשלום אלקטרוניים.⁶ בשנים האחרונות אף

- 1 דיני השטרות קבועים בעיקר בפקודת השטרות [נוסח חדש], ועוסקים בשטרי חליפין, בשטרי חוב ובצ'קים.
- 2 לא היו עדיין שטרות כסף מנייר, ולא הייתה כל אפשרות לשלם סכומים גדולים בהתרעה קצרת מועד – למשל, בעבור תכולת אונייה גדושת סחורות – באמצעות מטבעות מתכת. ראו Grant Gilmore, *Formalism and the Law of Negotiable Instruments*, 13 CREIGHTON L. REV. 441, 447–448 (1979) (להלן: Gilmore, *Law of Negotiable Instruments*).
- 3 שם, וראו גם Kurt Eggert, *Held Up in Due Course: Codification and the Victory of Form over Intent in Negotiable Instrument Law*, 35 CREIGHTON L. REV. 363, 390–391 (2002) (להלן: Eggert, *Codification and the Victory of Form*).
- 4 ראו שלום לרנר **דיני שטרות** 34 (מהדורה שנייה, 2007); Gilmore, *Law of Negotiable Instruments*, לעיל ה"ש 2.
- 5 L. Ali Khan, *A Theoretical Analysis of Payment Systems*, 60 S.C. L. REV. 425, 435–436 (2008).
- 6 וזאת חרף העובדה שרבים מתריעים כבר שנים כי עבר זמנם של השטרות, וכי מדובר ב"מוצג מוזיאלי". ראו, למשל, Gilmore, *Law of Negotiable Instruments*, לעיל ה"ש 2, בעמ' 461; מנחם מאוטנר "השטר: טכנולוגיה, תרבות, משפט" **קרית המשפט** א 33, 36–37 (2001). לעומת זאת, בשנים האחרונות יש המצביעים על כך שהספרים של השטרות היה מוקדם מדי. השופט הנדל, למשל, קובע כי קיימים אומנם אמצעי תשלום מודרניים נוספים, כגון כרטיסי אשראי, אך "מעמדם של השטרות עודנו רם". ראו רע"א 8301/13 טל טריידינג קורפ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פס' 6 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם באר"ש, 24.11.2015).

משפט ועסקים כב, תש"ף דוקטרינת האחיזה כשורה – כלל ארכאי לשימור יתרון לא הוגן

נרשמת עלייה בסכומי הצ'קים, והם נפוצים במגזר העסקי לתשלום סכומי כסף גבוהים.⁷

הדין החל על השטרות בישראל – המצוי ברובו בפקודת השטרות, אשר נחקקה במקור בשנת 1929⁸ ומהווה העתק של חוק שטרי החליפין האנגלי שנחקק עוד בשנת 1882⁹ – משקף פרספקטיבה זו של השטר כאמצעי תשלום העובר מיד ליד פעמים רבות בטרם דורשים את פרעונו. אולם מגמה של שינוי באופן השימוש בצ'קים ניכרת ומתעצמת בשנים האחרונות. לרנר מציין כי רק במקרים מעטים יחסית נפרע מסב צ'ק לצד שלישי,¹⁰ בין היתר בשל סירוב של הצד השלישי לקבל את הצ'ק מחשש לאי-פרעונו, לנוכח ריבוי הצ'קים החוזרים.¹¹ גם תיקון לחוק שנכנס לתוקף בשנת 2011,¹² שלפיו בררת המחדל בהדפסת טופסי הצ'קים ללקוח שאינו תאגיד כוללת הגבלת סחרות המונעת את העברתו למי שאינו הנפרע בצ'ק, אלא אם כן ביקש הלקוח אחרת, מפחיתה את הסחרות של הצ'קים. יתרה מזו, לאחרונה נכנס לתוקף החוק לצמצום השימוש במזומן, התשע"ח-2018. חוק זה אוסר על תאגיד בנקאי ועל בעל רישיון למתן שירותי פיקדון ואשראי לפרוע צ'ק שסכומו מעל 10,000 ש"ח ואשר הוסב יותר מפעם אחת או

7 התשלום בצ'קים הוא עדיין הנפוץ ביותר מכלל אמצעי התשלום הנסלקים. מנתוני בנק ישראל עולה כי מבחינה מספרית שיעורם כמחצית מהוראות התשלום הנסלקות במערכות התשלום הבין-בנקאיות, וכן כי בשנים האחרונות נרשמת עלייה בסכומי הצ'קים ובסכומים הכוללים המשולמים באמצעותם, דבר המעיד כי השימוש בהם נפוץ ושכיח במגזר העסקי לתשלום סכומי כסף גבוהים. ראו בנק ישראל **מערכות התשלומים והסליקה בישראל – הספר האדום לשנת 2013** 20 (2014) www.boi.org.il/he/PaymentSystem/Reports/Documents/redb2013h.pdf; וכן בנק ישראל **מערכות התשלומים והסליקה בישראל – הספר האדום לשנים 2016–2017** 27 (2018) www.boi.org.il/he/NewsAndPublications/PressReleases/Documents/%D7%94%D7%A1%D7%A4%D7%A8%20%D7%94%D7%90%D7%93%D7%95%D7%9D%202016-2017.pdf (להלן: **הספר האדום לשנים 2016–2017**). מחד גיסא, הדוח מפרט כי בשנים האחרונות יש ירידה במספר הצ'קים שנעשה בהם שימוש, אולם סכומי הצ'קים במונחים נומינליים עלו מ-924 מיליארד ש"ח בשנת 2008 ועד לכ-1,000 מיליארד ש"ח בשנת 2017. לפירוט ולנתונים נוספים על היקף השימוש בצ'קים ראו מיכל עופר צפוני ורות פלאטו-שנער "הערת פסיקה – על כשלון תמורה מלא, אחיזה כשורה ומה שביניהם: הזדמנות לתיקון אנכרוניזם משפטי בדיני השטרות (בעקבות רע"א 8301/13 טל טריידנינג קורפ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ)" **מאזני משפט** יב 1, 3–8 (2019).

8 בשנת 1957 בוטל הנוסח האנגלי של הפקודה, והיא עוצבה כנוסח חדש, אך השינויים שנעשו בה היו בעיקרם שינויי נוסח, ולא שינויים מהותיים. יש לציין כי חוק שטרי החליפין האנגלי אומץ ברוב ארצות המשפט המקובל, ונעשו בו אך שינויים מעטים בארצות השונות. ראו לרנר **דיני שטרות**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 55–60.

9 Bills of Exchange Act 1882, 45 & 46 Vict. c. 61 (Eng.)

10 לרנר **דיני שטרות**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 52.

11 **הספר האדום לשנים 2016–2017**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 28, שם נקבע כי מספר הצ'קים החוזרים עלה בשנת 2017 ב-9.5%, וכי שיעורם מתוך כלל הצ'קים שנמשכו הוא 2.7%, מתוכם 1% בשל העדר כיסוי.

12 ס' 5ג לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981.

שלא נקובים עליו שם המסב, מספר הזהות שלו וכן שם הנסב.¹³ לנוכח האמור ניתן לקבוע כי התופעה של צ'קים המתגלגלים ומסוחרים תוך שהם "עוברים" ידיים רבות הינה מצומצמת מאוד כבר כיום, וכי שכיחותה תלך ותפחת אף יותר.

כתוצאה מכך נוצר פער בין המציאות המסחרית ואופן השימוש העדכני בצ'קים לבין דיני השטרות המיושנים החלים עליהם. פיתוח מסוים של דינים אלה נעשה על ידי הפסיקה, אולם מאחר שמעטים הם הסכסוכים בתחום המגיעים לבית המשפט העליון,¹⁴ מדובר במקרים מעטים בלבד¹⁵ שבהם נוצרת ההזדמנות לעדכן את הדין, למרות התמורות הרבות והשינויים בחיי המציאות בעידן המודרני.¹⁶

בישראל תפקידם של הצ'קים כאמצעי מימון¹⁷ נעשה מרכזי יותר ויותר,¹⁸ והם נסחרים בדרך כלל לא יותר מפעם אחת. צ'קים רבים בישראל הינם צ'קים שמועד

13 פירוש ביחס לאיסור לפרוע צ'קים כאמור ראו בס' 5 לחוק לצמצום השימוש במזומן וכן בתוספת השנייה לחוק, וכן את החריגים לכלל. החוק גם מחייב מסבי צ'קים לרשום את שמם ומספר זהותם על כל צ'ק, ללא קשר לסכומו, ובמקרים רבים הוא דורש מהם לציין גם את שמו של הנסב. במקביל החוק אוסר על הנסבים לקבל צ'ק ללא הפרטים הנדרשים – ראו ס' 4 לחוק.

14 שכן רק במצבים שבהם מוגשת התנגדות לביצוע השטר הדיון מועבר מרשות האכיפה והגבייה אל בית המשפט המוסמך לדון בהתנגדות (ס' 81 לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967, ותק' 106 ר-108 לתקנות ההוצאה לפועל, התש"ם-1979), שהוא בדרך כלל בית משפט השלום, המוסמך לדון בתביעות עד לסך של שני מיליון וחצי ש"ח (ס' 51(א)(2) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984). ערעור על פסק הדין מוגש לבית המשפט המחוזי. כדי שהדיון יגיע לבית המשפט העליון, יש להגיש בקשת רשות ערעור, אך רשות כזו ניתנת במשורה, ורק במקרים שבהם קיימת "חשיבות משפטית או ציבורית" לדיון בסכסוך. ראו רע"א 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד לו(3) 123, 126 (1982).

15 לרנר מצא כי בעשור של השנים 2001–2010 דן בית המשפט העליון בחמישה סכסוכים שטריים בלבד. ראו שלום לרנר "השטרות במאה העשרים ואחת" ספר שלמה לויין 433, 452 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים, 2013) (להלן: לרנר "השטרות במאה העשרים ואחת").

16 בעיה דומה קיימת גם באנגליה. ראו Mary Gibbons, *Bills of Exchange: Are There Set-Off Defences to a Call on the Bill?*, STONE CHAMBERS (May 20, 2011), 7002zin.com/sc/news-pages/20.05.11--article--bills-of-exchange--are-there-set-off-defences-to-a-call-on-the-bill---mary-gibbons.html.

17 באופן מסורתי זהו תפקידם המשני של השטרות. ראו לרנר דיני שטרות, לעיל ה"ש 4, בעמ' 24, ה"ש 6.

18 בניגוד לארצות הברית, למשל, שבה הצ'קים מיועדים להעברה מיידית של הכסף, ואילו שטרות החוב נחשבים כלי ליצירת אשראי. ראו, למשל, Eggert, *Codification and the Victory of Form*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 374, המסביר כי: "Checks are designed for the immediate transfer of money, and consist of an instruction by the drawer or writer of the check to his or her bank to pay a set sum of money upon demand to a third party or to whomever the third party specifies the money be paid. Promissory notes, on the other hand, are typically used as a method of providing credit".

משפט ועסקים כב, תש"ף דוקטרינת האחיזה כשורה – כלל ארכאי לשימור יתרון לא הוגן

פרעונם דחוי.¹⁹ הם נמשכים כדי לשמש מכשיר להענקת אשראי מצד המוכר לקונה, ולאחר מכן משמשים פעם נוספת לגיוס אשראי על ידי המוכר מגופים פיננסיים. עסקים מסחריים המקבלים צ'קים דחויים הן מצרכנים פרטיים והן מעסקים מסחריים אחרים מרבים להשתמש בהם לצורך גיוס מימון ואשראי באמצעות שני סוגי עסקאות:²⁰ סוג אחד הוא קבלת אשראי מבנק או מגוף פיננסי חוץ-בנקאי, תוך שימוש בצ'קים הדחויים כבטוחה לאשראי באמצעות משכון הצ'קים. צ'קים דחויים שסוחר מקבל מלקוחותיו מהווים בארץ מרכיב לא מבוטל מסל הבטחונות שהסוחר מעמיד לבנק. לרנר מציין כי צ'ק הינו הנכס הממושכן ביותר בישראל, וכי שעבוד צ'קים נפוץ בעיקר אצל עסקים קטנים, משום שהצ'קים שהם מקבלים מלקוחותיהם הם הנכסים העיקריים שהם יכולים להציע לבנקים כשעבוד.²¹ הסוג האחר הוא באמצעות עסקת ניכיון, שבה מסחר הצ'ק מקבל תמורה כספית מיידית בעבורו על אף מועד פרעונו העתידי, תמורת עמלת ניכיון המשולמת לנותן השירות.²² המחוקק הגדיר עסקה של ניכיון צ'ק כעסקה למתן

19 בנק ישראל מציין בספר האדום לשנים 2016–2017, לעיל ה"ש 7, בעמ' 28, כי "בישראל נעשה שימוש נרחב יחסית בצ'קים דחויים, הן במגזר העסקי והן בקרב משקי הבית. לקוחות הבנקים משתמשים בהם כדי לתת ביטחונות כנגד האשראי הנחוץ להם לשם פעילותם העסקית, לשלם מסים תקופתיים, ולפרוס תשלומים לספקים". פרקטיקה זו אינה מקובלת בחלק מארצות המשפט המקובל. כך, למשל, בבריטניה, לפי חוק שטרי החליפין האנגלי, צ'ק הינו בר פירעון עם דרישה, וניתן לדרוש את פרעונו היום גם אם התאריך הנקוב עליו הוא עתידי. ראו ס' 73 ל-Bills of Exchange Act, המגדיר צ'ק כבר פירעון עם דרישה. לס' 73 לפקודת השטרות (הישראלית), המהווה כאמור העתק של החוק האנגלי, הוסף ס"ק (ב), הקובע כי "שיק יכול שהתאריך הנקוב בו יהיה מאוחר מיום הוצאתו, אולם שיק כזה (שיק מאוחר) לא יהיה בר-פירעון ולא יהיה ניתן לקיבול, אלא מהתאריך הנקוב בו". יש לציין כי התיקון נבע בעיקר מכך שבישראל "...יש ואנשים משתמשים במסמך כזה כדי ללוות כסף או לקבל אשראי, בעוד שנגד שטר רגיל לא היה מי שיקיף להם". ראו יואל זוסמן דיני שטרות 345 (מהדורה שישית, 1983). זוסמן אף מציין כי ב"אנגליה קיימת אחידות דעים ששיק מאוחר כזה הוא מוקצה מחמת מיאוס, ואין משתמשים בו אלא בשכבות הנמוכות של ציבור הסוחרים". שם. גם בארצות הברית המחזיק בצ'ק שמועד פרעונו עתידי רשאי לדרוש את פרעונו בכל עת, גם לפני המועד הנקוב עליו, שכן צ'ק הינו בר פירעון עם דרישה. עם זאת, יש דרכים מיוחדות שהמושך יכול לנקוט כדי להורות לבנק שבו מתנהל חשבונו כי יימנע מפרעון צ'ק כזה לפני המועד, ואם הבנק יעשה כן בכל זאת, הוא יצטרך לפצות את המושך על נזק שנגרם לו עקב הפירעון המוקדם. ראו U.C.C. § 4-401 (2002). בכל מקרה, השימוש בצ'קים שתאריך פרעונם עתידי נדיר מאוד באנגליה ובארצות הברית. ראו לרנר "השטרות במאה העשרים ואחת", לעיל ה"ש 15, בעמ' 439.

20 ראו בנק ישראל מערכות התשלומים והסליקה בישראל – הספר האדום לשנת 2014 26–27 (2015) www.boi.org.il/he/PaymentSystem/Reports/Documents/redb2014h.pdf; לרנר דיני שטרות, לעיל ה"ש 4, בעמ' 48; וכן Ruth Plato-Shinar, *The Task Force's Payments Systems Review Report: An Outsider's View*, 53 CAN. BUS. L.J. 215, 225–228 (2012).

21 לרנר "השטרות במאה העשרים ואחת", לעיל ה"ש 15, בעמ' 439 ו-460.
22 כחלק מתנאייה של עסקת הניכיון קובעים בדרך כלל כי אם הצ'ק לא יכובד, יהא על הלקוח לשלם את תמורתו לנותן השירות. כך, למשל, בת"א (שלום חי) 8100-08-09 בנק מרכנתיל דיסקונט בע"מ נ' גל – ד.מ. חפירות ובנין בע"מ (פורסם בנבו, 10.7.2011) הבהיר בית המשפט כי בעסקת ניכיון

אשראי,²³ וכהלוואה שחל עליה חוק אשראי הוגן, התשנ"ג-1993.²⁴ כתוצאה מריבוי עריכתם של שני סוגי העסקאות שתוארו לעיל, צ'קים דחויים סחירים רבים מוצאים את דרכם לבנקים או לחברות המימון החוץ-בנקאיות. בצ'קים אלה אבקש לדון במאמר זה, ובמיוחד בצ'קים שנמשכו על ידי מושך כתשלום בעבור סחורה שמועד קבלתה עתידי, ואשר לכן נמשכו בצ'קים שמועד פירעונם דחוי. סיטואציה זו יוצרת שני אירועים שכיחים. באירוע אחד מושך הצ'ק הינו צרכן פרטי, שהזמין סחורה ממוכר המספק סחורה כלשהי (להלן: הספק או המוכר). תאריך ההספקה שנקבע הינו עתידי, ולכן מושך הצ'ק נקב בו תאריך פירעון דחוי, בדרך כלל למועד שבו נקבע כי הסחורה תסופק לו. מוכר הסחורה הינו הנפרע בצ'ק, והוא מסב אותו לגוף פיננסי, בדרך כלל בנק, כדי לקבל מימון או אשראי, באמצעות אחד משני סוגי העסקאות שפורטו לעיל: משכון הצ'ק או נכיון הצ'ק. האירוע האחר זהה, מלבד זהותו של מושך הצ'ק, אשר במקרה זה הוא גוף עסקי כלשהו, ולא צרכן פרטי, שהזמין סחורה כלשהי ממוכר ושילם באמצעות צ'ק דחוי.

ברי כי בשני האירועים, אם הסחורה סופקה כמוסכם למושך הצ'ק, עליו לפרוע אותה. אולם לעיתים המושך עלול לסבול ממצב המכונה "כשלון תמורה מלא", כלומר, מצב שבו הוא לא קיבל כלל את הסחורה שהובטחה לו ואשר את תמורתה הוא שילם

המתבצעת בין לקוח לבנק "מקובל כי הבנק אינו זה שנושא בסיכון לגבי חילול ההמחאה, דהיינו שבמידה וההמחאה מחוללת – זכאי הבנק לחייב את חשבון הלקוח בסכום ההמחאה" (שם, פס' 26). ראו גם גלעד נרקיס ומירב מור **חובות החלות על הבנקים** כרך א 100 (מהדורה חדשה, 2005). כן ראו פרוטוקול ישיבה מס' 120 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20 (15.2.2016), שבה נדונה מהותה של עסקת הנכיון. על ההבחנה בין משכון שטרות לבין נכיון שטרות ועל השלכותיה ראו לרנן דיני שטרות, לעיל ה"ש 4, בעמ' 369–371. בסקר שנערך נמצא כי 8% ממקור המימון של עסקים קטנים ובינוניים מתקבל משירותי נכיון. ראו איתמר מילרד **תיאור וניתוח שוק ההלוואות החוץ-בנקאיות** 3 (הכנסת, מרכז המחקר והמידע, 2015) (להלן: מילרד **תיאור וניתוח שוק ההלוואות החוץ-בנקאיות**). ראו גם **הספר האדום לשנים 2016–2017**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 28, שם מצוין כי השימוש הנרחב בצ'קים דחויים מניע את המוטבים לפנות לנכיון צ'קים, המאפשר קבלת תמורה מיידית בעבור צ'ק בעל תאריך פירעון עתידי. זוהי למעשה שיטת מימון נפוצה, ובמאגר של "נותני שירותי המטבע" הרשאים לבצע עסקאות מסוג זה רשומים 1,244 תאגידיים וגופים פרטיים, נכון לפברואר 2018.

23 ס' 11 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (שירותים פיננסיים מוסדרים), התשע"ו-2016, מגדיר "מתן אשראי" ככולל גם "נכיון שיקים, שטחי חוב ושטחי חליפין כמשמעותם בפקודת השטרות". ראו גם הוועדה לבחינת צמצום השימוש במזומן במשק הישראלי **דו"ח הוועדה** 42 (2014) www.boi.org.il/he/PaymentSystem/Documents/%D7%93%D7%95%D7%97%20%D7%95%D7%A2%D7%93%D7%AA%20%D7%9E%D7%96%D7%95%D7%9E%D7%9F-%D7%A1%D7%95%D7%A4%D7%99-%2017.7.14.pdf (להלן: **דוח הוועדה לבחינת צמצום השימוש במזומן במשק הישראלי**). הדוח מסביר כי עסקה של נכיון צ'ק הינה בעצם הלוואה.

24 שמו המקורי של החוק הוא חוק הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות, התשנ"ג-1993, אולם חוק הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות (תיקון מס' 5), התשע"ז-2017, ס"ח 1208, שייכנס לתוקף ב-9.11.2019, ישנה את שמו של החוק ל"חוק אשראי הוגן".

משפט ועסקים כב, תש"ף דוקטרינת האחיזה כשורה – כלל ארכאי לשימור יתרון לא הוגן

באמצעות הצ'ק, ואז התשובה לשאלה אם עליו לפרוע את הצ'ק לגוף הפיננסי התובע ממנו את פרעונו נהפכת למורכבת יותר.

כפי שיובהר להלן, על פי פקודת השטרות והפרשנות הניתנת לה על ידי בית המשפט, פעמים רבות ידו של הגוף הפיננסי היא על העליונה. טענתי המרכזית במאמר זה היא כי יש לקבוע שבקרות ההתנגשות לא יהא הגוף הפיננסי זכאי לפרעון הצ'ק מן המושך שסבל מכשלון תמורה מלא, אלא אם כן יוכיח כי ערך בדיקות מספקות ולא היה יכול לצפות את האפשרות של כשלון התמורה, כפי שיפורט במאמר. לטעמי, ברי כי זהו הדין הראוי כאשר המושך הינו צרכן, וזאת בהתאם למגמה עולמית שיש לה תימוכין לא מעטים בתיאוריה ובפרקטיקה המשפטיות בישראל ובארצות נוספות. אולם אני סבורה כי זהו הדין הראוי גם כאשר המושך הינו גוף עסקי-מסחרי. ניתן להגיע לתוצאה הרצויה באמצעות פרשנות הולמת של הפקודה הקיימת, ולמצוא לפרשנות זו עיגון בחוק, בפסיקה ובכתיבה המחקרית.

צעד ראשון בכיוון זה נעשה על ידי בית המשפט העליון בביטול הלכת גויסקי²⁵ שיוזכר להלן, אשר כתוצאה ממנו צומצם מעט שיעור המקרים שבהם יגבר הגוף הפיננסי,²⁶ אך מדובר בצמצום שאין בו די. ללא השינוי הנדרש במאמר זה ירבו עדיין המצבים שבהם יגבר הגוף הפיננסי על מושך הצ'ק ללא הצדקה, ומכאן חשיבותו.

פרק ב: דוקטרינת הסחרות והאחיזה כשורה, והביקורת עליה

1. דוקטרינת הסחרות והאחיזה כשורה

נהוג להבחין בין שתי מערכות דינים החלות על השטר: "דיני השטרות במובן הצר" ו"דיני השטרות במובן הרחב". דיני השטרות במובן הצר עוסקים בתכונותיו של השטר כמסמך סחיר, ומרוכזים ברובם בפקודת השטרות, ואילו דיני השטרות במובן הרחב עוסקים בתכונותיו של השטר כחפץ וכחיוב, וכוללים, בין היתר, את דיני החיובים ודיני הקניין. מכאן שהשטר כפוף לכמה מערכות דינים: השטר הוא מסמך סחיר הכפוף לדיני הסחרות, אולם בה בעת הוא גם חיוב הכפוף לדיני החיובים וגם חפץ הכפוף לדיני הקניין.²⁷ לעיתים המובן הצר והמובן הרחב אינם תואמים זה לזה, ויש הסדרים ספציפיים החלים על השטר אשר שונים מההסדרים הקבועים בדינים הנוספים החלים

25 ע"א 333/61 גויסקי נ' מאיר, פ"ד טו 595 (1962); רע"א טל טריידינג קורפ, לעיל ה"ש 6 (ביטול הלכת גויסקי); דנ"א 8447/15 בנק לאומי לישראל נ' טל טריידינג קורפ (פורסם באר"ש, 11.9.2017).

26 דנ"א טל טריידינג קורפ, שם.

27 אהרן ברק מהותו של שטר 23–40 (1972); לרנר דיני שטרות, לעיל ה"ש 4, בעמ' 63–64.

עליו.²⁸ כך, למשל, השטר הינו גם חיוב, אך חוק המחאת חיובים אינו חל על שטרות,²⁹ ויש הבדלים בין הדינים. לדוגמה, סעיף 2(א) לחוק המחאת חיובים קובע כי לחייב יעמדו כלפי הנמחה כל הטענות שעמדו לו כלפי הממחה, ואילו פקודת השטרות קובעת הסדר אחר, שלפיו טענות ההגנה של החייב לא יעמדו בדרך כלל כלפי מי שאוחז כשורה בשטר.³⁰

דיני השטרות במובן הצר כוללים את דוקטרינת הסחרות והאחיזה כשורה. פקודת השטרות מעדיפה את הנושה על החייב, שכן העקרונות המגולמים בפקודה פותחו בתקופה שבה היה צורך לחזק את מעמדו של השטר כמסמך סחיר עובר לסוחר. לכן הפקודה מקילה עם נוטל השטר בהיבטים שונים, מהותיים ופרוצדורליים כאחד, ומחזקת את מעמדו כנושה ביחס לחייב השטרי.³¹ דיני השטרות מבוססים על ההנחה שהחייב השטרי (מושך הצ'ק בהתנגשות הנדונה במאמר) מחויב לפרוע את השטר לידי הנושה השטרי (הגוף הפיננסי) התובע את פְרֵעוֹן הצ'ק. לכלל האמור יכול שיתקיים חריג, וזאת אם נולדה לחייב השטרי טענת הגנה שבכוחה לפטור אותו מאחריותו לפירעון. בהתנגשות הנדונה קמה למושך טענת הגנה של כשלון תמורה מלא. אולם לעיתים מעמדו של הנושה השטרי מעניק לו את הכוח להתגבר על טענת ההגנה של החייב השטרי, ועל כן הוא יוכל לאכוף על החייב את פְרֵעוֹן השטר אף שהאחרון הוכיח כי טענת ההגנה שהוא טוען לה אכן התקיימה. הקו המאחד את רוב טענות ההגנה הוא שרק "אוחז כשורה" גובר עליהן. אוחז כשורה הוא אוחז שטר הממלא שורה של תנאים מצטברים המפורטים בסעיף 28 לפקודת השטרות. "כאשר השטר מתגלגל לידי אדם הנחשב אוחז כשורה, אחיזתו 'מטהרת' את השטר וכתוצאה מכך הוא מתגבר על טענות הגנה של צדדים רחוקים שקדמו לו והוא זכאי לאכוף עליהם את [פְרֵעוֹן – מ' ע"צ] השטר."³² בהתאם, האחיזה כשורה מתוארת כתקנת השוק של דיני השטרות,³³ והיא מעניקה יתרון ברור לאוחז כשורה לעומת אוחזים שאינם אוחזים כשורה.

דיני השטרות פותחו כאמור על בסיס חיי המציאות במאות קודמות, כאשר השטרות נועדו להחליף את הכסף בעסקאות שונות. לשם כך הדין מקל את העברת השטר, ומטיל את הסיכון שעלול להתקיים ביחס לפְרֵעוֹן השטר על המתחייב, ולא על מי שקיבל את

28 למשל, דרישת התמורה כתנאי לאכיפתו של חיוב שטרי אינה קיימת בדיני החוזים בישראל. ראו לרנר **דיני שטרות**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 69–72.

29 ס' 10 לחוק המחאת חיובים, התשכ"ט-1969, קובע כי החוק אינו חל על המחאות לפי מסמכים סחירים, וס' 53 לפקודת השטרות קובע כי השטר אינו מהווה המחאת כספים.

30 ס' 2(א) לחוק המחאת חיובים וס' 37(2) ו-3(3) לפקודת השטרות.

31 חייב שטרי הוא כל מי שחתום על השטר. במאמר זה הכוונה היא למושך הצ'ק באירועים שתוארו. פקודת השטרות קובעת חזקות שונות אשר פועלות לטובת האוחז ומעבירות את נטל ההוכחה אל כתפי החייב השטרי. ראו, למשל, ס' 20(ב), 29(א) ו-29(ב) לפקודת השטרות.

32 מכוח ס' 37(2) ו-3(3) לפקודת השטרות. רות פלאטו-שנער "לקראת מודל רצינולי של הגנות בדיני שטרות" **המשפט – ספר עדי אור ז"ל** יב 251, 254 (2007) (להלן: פלאטו-שנער "הגנות בדיני שטרות"). לכלל זה יש חריגים – ראו שם.

33 לרנר "השטרות במאה העשרים ואחת", לעיל ה"ש 15, בעמ' 438.

משפט ועסקים כב, תש"ף דוקטרינת האחיזה כשורה – כלל ארכאי לשימור יתרון לא הוגן

השטר בתמורה ובתום לב.³⁴ כללי הסחרות מעודדים את נטילת השטר ומקטינים את עלויות העברתו, שכן מקבלו פטור מן הצורך לערוך בדיקות ובידורים באשר לעסקת היסוד שבגינה נוצר השטר או באשר לזכויותיהם של אחרים בו. מכאן נובע כי לסחרות יש שני יסודות. היסוד האחד הוא זה המאפשר את העברת השטר בקלות מיד ליד, באופן שמקבלו נהפך לבעליו ולבעל הזכות לדרוש את פרעונו. זהו יסוד העבירות, המכונה גם "סחרות פורמלית". היסוד האחר הוא יסוד הטהירות, המכונה גם "סחרות מטריאלית". יסוד זה הוא ההופך את זכותו של הנעבר – ובלבד שהוא עומד בתנאים של סעיף 28 לפקודת השטרות, ובראשם מתן תמורה בתום לב – לזכות טובה מזו שהייתה למעביר. נעבר העומד בתנאים אלה מכונה "אוחז כשורה".³⁵ הטהירות יוצרת חלוקת סיכונים שונה מזו המקובלת בדיני החיובים, שלפיהם טענות ההגנה עומדות לחייב כלפי הנמחה, וקובעת כי תוצאותיה של התנהגות לא ראויה מצד הנפרע – למשל, אי-הספקת הסחורה המובטחת למושך – יוטלו על המושך, ולא על הנסב. זהו ההיבט הקנייני של הטהירות. האחיזה כשורה מתוארת לכן כתקנת השוק של דיני השטרות.³⁶

2. הביקורת על הדוקטרינה

בעשורים האחרונים מלומדים רבים קוראים לבטל או לצמצם את הסחרות ואת דוקטרינת האחיזה כשורה. לרנר מציין כי בשל מרכזיותה של הדוקטרינה, הקריאה לביטולה משמעה בעצם קריאה לביטולם של דיני השטרות כענף נפרד ולהכללתם במסגרת דיני החוזים הכלליים.

לרנר מציג כמה נימוקים עיקריים התומכים בביטול הדוקטרינה: דיני הסחרות פוגעים לא פעם בצרכנים; אמצעי תשלום חדשים מפחיתים מחשיבותם של השטר ושל השימוש בו כאמצעי תשלום; הנטייה המודרנית היא להמעט בחשיבות ההחזקה הפיזית ולערוך עסקאות בין צדדים שאינם נמצאים בסמיכות זה לזה, ואילו הסחרות מבוססת על יסוד ההחזקה והעברת המסמך פיזית מיד ליד; דיני השטרות נתפסים כתחום המקנה משקל נכבד לשיקולים פורמליים בקביעת ההלכה, בניגוד למקובל בשטחי משפט אחרים.³⁷ לרנר גם מצביע על התפתחותם והתרחבותם של דיני המחאת חיובים, המייתרות את הצורך בדיני השטרות.³⁸ לכן הוא מציע לבטל את הסחרות באופן חלקי באמצעות ביטול יסוד הטהירות והשארת יסוד העבירות. יסוד העבירות מאפשר את

34 לרנר דיני שטרות, לעיל ה"ש 4, בעמ' 94.

35 ראו שם, בעמ' 95–96; ברק, לעיל ה"ש 27, בעמ' 23; ע"א 1560/90 ציטיאט נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ, פ"ד מח(4) 498, 504–505 (1994).

36 לרנר דיני שטרות, לעיל ה"ש 4, בעמ' 100–102.

37 לרנר "השטרות במאה העשרים ואחת", לעיל ה"ש 15, בעמ' 441–450.

38 לרנר דיני שטרות, לעיל ה"ש 4, בעמ' 70–71.

השימוש בצ'קים גם כאמצעי מימון, אך חלוקת הסיכונים היא שונה, שכן טענות ההגנה יעמדו למושך גם כנגד הנסב.³⁹

גם בארצות נוספות של המשפט המקובל – ובראשן ארצות הברית, שגם בה דיני השטרות מבוססים על חוק שטרי החליפין האנגליים⁴⁰ – נשמעת ביקורת רבה על דינים אלה ועל דוקטרינת הסחרות והאחיזה כשורה. נטען כי דיני הסחרות עתיקים ומותאמים לצורכי העולם העתיק, ואינם מתאימים עוד ואף אינם רלוונטיים למציאות בעולם המודרני.⁴¹ עוד נטען כי ניסוחם של דינים אלה והליך חקיקתם נוהלו ונתבו על ידי האינטרסים של הבנקאים והסוחרים במאה התשע-עשרה,⁴² וכי לנוכח הלכות הסחרות והאחיזה כשורה, החוק הקיים הוא "חוק של אווזים".⁴³ אומנם בארצות הברית נעשתה בחינה מחדשת של דיני הסחרות עם הכללתם בקוד המסחרי, אך נטען כי גם אז השפיעו הבנקים רבות על נוסח החקיקה, שאכן שומר על האינטרסים שלהם בכמה היבטים, כולל היבט הסחרות, על חשבון הצרכנים,⁴⁴ עד כדי כך שיש המכנים אותו "חוק הסעד למען עורכי הדין והבנקאים".⁴⁵ המבקרים סבורים כי יש לבטל את דיני השטרות או לפחות להגבילם בצורה משמעותית. האמור נכון על אחת כמה וכמה עם המעבר לעידן של מסמכים אלקטרוניים, כך שעקרון הסחרות, המבוסס על העברה פיזית של נייר החתום באמצעות עט עם דיו, הופך את דיני המסמכים הסחירים לארכאיים אף יותר.⁴⁶

במהלך השנים התחוללו בישראל שינויים מפליגים בדיני החיובים. על שטר, כאמור, חלים גם דיני החיובים והקניין, ולכן שינוי בדיני החיובים היה צריך להוביל גם לשינוי בדיני השטרות. אולם שינוי זה לא בא לידי ביטוי בתיקון פקודת השטרות על ידי המחוקק, ומלאכת ההתאמה בין הדינים השונים הוטלה על כתפי הפסיקה. אולם לא תמיד העזו בתי המשפט או רצו לסטות מן המקובל בדיני השטרות.⁴⁷

כאשר מדובר בהמחאת חיוב, לשון החוק קובעת כי לחייב יעמדו כלפי הנמחה כל

39 שם, בעמ' 196.

40 תחילה חוקק בארצות הברית ה-Uniform Negotiable Instruments Law 1896, אשר נהפך בהמשך לפרק השלישי של ה-UNIFORM COMMERCIAL CODE (2002).

41 ראו, לדוגמה, Gilmore, *Law of Negotiable Instruments*, לעיל ה"ש 2, בעמ' 448; Neil B. Cohen, *The Calamitous Law of Notes*, 68 OHIO ST. L.J. 161, 161-162 (2007); Vern Countryman, *The Holder in Due Course and Other Anachronisms in Consumer Credit*, 52 TEX. L. REV. 1, 1-2, 17 (1973); JAMES STEVEN ROGERS, *THE END OF NEGOTIABLE INSTRUMENTS: BRINGING PAYMENT SYSTEMS LAW OUT OF THE PAST* 241 (2012).

42 Eggert, *Codification and the Victory of Form*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 407-409.

43 K.N. Llewellyn, *Meet Negotiable Instruments*, 44 COLUM L. REV. 299, 328 (1944).

44 Eggert, *Codification and the Victory of Form*, לעיל ה"ש 3, עמ' 416-423.

45 Frederick K. Beutel, *The Proposed Uniform [?] Commercial Code Should Not Be Adopted*, 61 YALE L.J. 334, 336 (1952).

46 ראו Cohen, לעיל ה"ש 41, בעמ' 161, וכן Kurt Eggert, *Not Dead Yet: The Surprising Survival of Negotiability*, 66 ARK. L. REV. 145, 145-156 (2013).

47 לרנר דיני שטרות, לעיל ה"ש 4, בעמ' 69-72.

משפט ועסקים כב, תש"ף דוקטרינת האחיזה כשורה – כלל ארכאי לשימור יתרון לא הוגן

הטענות שעמדו לו כלפי הממחה כאשר נודע לו על ההמחאה.⁴⁸ למרות זאת, הפרשנות האקטיביסטית שננקטה על ידי הפסיקה מאפשרת לחייב להתגונן באמצעות כל טענות ההגנה שצמחו במסגרת היחסים בין הצדדים לחוזה שבו מצוי החיוב הנמחה, ללא קשר למועד צמיחתן.⁴⁹ מיגל דויטש סבור כי לשון החוק, שעורכת הבחנה הקשורה למועד שבו צמחה הטענה, יוצרת איזון בלתי סביר בין האינטרסים המעורבים, שכן החייב עלול להיפגע בגין אירועים שמועדם הוא לאחר ההמחאה – למשל, כשלון תמורה שהספקתה נקבעה למועד שהוא לאחר ההמחאה.⁵⁰ לכן, לדעתו, איזון האינטרסים שנעשה על ידי הפסיקה מוצדק, שכן קיים מתח בין השאיפה לאפשר סחירות של חיובים תוך צמצום הסיכונים המוטלים על הנמחה, לבין מניעת פגיעה בחייב כתוצאה מהמחאת הזכויות. הסכמת החייב אינה נדרשת כלל כדי לבצע את ההמחאה, אם כי הוא יכול להתנות על כך.⁵¹ אם הדין מותר על הסכמת החייב, ואם האינטרס הוא למנוע דרישה שכוחה של החייב להגבלת עבירותן של הזכויות בעת יצירתן, דבר שיפגע בסחירותן, אזי יש לדאוג לכך שהאינטרס שלו לא ייפגע. לכן, קובע דויטש, **הכפפת הנמחה לטענות ההגנה של החייב היא יסוד חיוני במוסד ההמחאה**. החריג המונע מהחייב לטעון כלפי הנמחה טענות הגנה אישיות, שאינן מגוף החוזה,⁵² הינו ראוי, לדעת דויטש, שכן זוהי פגיעה מתונה וראויה בהתחשב בצורך להגן על הסתמכות הנמחה. יש לציין כי נפסק שהחייב יכול לוותר על זכותו, ושיש תוקף להסכמתו להימנע מהעלאת טענות ההגנה שלו כלפי הנמחה, כאשר היא מפורשת.⁵³

האם יש הצדקה לכך שהדין ביחס לשטרות יהא שונה? ניתן לטעון כי המושך שטר מבלי שהגביל את סחרותו הסכים למעשה לוותר על זכותו לטעון טענות הגנה כנגד הנסב האוחז כשורה בשטר. אולם טענה זו אינה יכולה לעמוד, מאחר שהמציאות הוכיחה כי חלק ניכר מהמושכים אינם בקיאים בדיני השטרות, ולכן אי-אפשר לומר שהם ויתרו במפורש ובמודע על האפשרות לטעון את טענות ההגנה שעשויות לקום להם כנגד הנסב.⁵⁴ בעבר הרחוק, כדי שמסמך ייחשב שטר סחיר, היו הצדדים צריכים לכתוב

48 ס' 2 (א) לחוק המחאת חיובים.

49 ראו ע"א 330/75 גרבוך נ' רשות הנמלים בישראל, פ"ד לא(3) 146, 150 (1977); ע"א 8357/03 מינהל מקרקעי ישראל נ' בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ, פ"ד סא(3) 214 (2006); והפניות נוספות אצל מיגל דויטש **דיני המחאת חיובים** 267, ה"ש 26 (2018). זה גם הדין באנגליה – ראו שם, בעמ' 265, ה"ש 20.

50 מיגל דויטש **דיני המחאת חיובים**, שם, פרק 12.

51 ס' 1 (א) לחוק המחאת חיובים.

52 כגון קיוויו מעסקה אחרת בין החייב לממחה, אם הוא לא הופעל בטרם נודע לחייב על ההמחאה.

53 לרנר **דיני שטרות**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 110; מיגל דויטש **דיני המחאת חיובים**, לעיל ה"ש 49, בעמ' 274–275; ע"א 573/73 **שמן תעשיות בע"מ נ' אי.אס.אל**. – חברה לשירותי תעשייה בע"מ, פ"ד כח(2) 748, 737 (1974).

54 ראו לרנר **דיני שטרות**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 121; עופר צפוני ופלאט-שנער, לעיל ה"ש 7, בעמ' 36, הדין סביב ה"ש 137. ראו גם רע"א **טל טריידינג קורפ**, לעיל ה"ש 6, פס' 13 לפסק דינו של השופט הנדל.

זאת באופן מפורש על המסמך, כך ששטר סחיר, על כלל משמעויותיו, נוצר רק בכוונה ומתוך מודעות.⁵⁵ אולם, כאשר עברו דיני השטרות תהליך של קודיפיקציה בחוק שטרי החליפין האנגלי בשנת 1882, המהווה כאמור את הבסיס לדיני המסמכים הסחירים בארצות המשפט המקובל, כולל ישראל, בוטל כלל זה ועבר מהפך: יצירת שטר אינה עוד עניין של כוונת הצדדים; חלף זאת, מסמך הממלא אחר דרישות צורניות מסוימות נחשב שטר, אף אם הצדדים לא התכוונו לכך כלל,⁵⁶ וכדי להגביל את סחרותו של השטר שנוצר, יש לכתוב במפורש מילים האוסרות זאת.⁵⁷ הצורה ניצחה את הכוונה, ופתחה דלת ליצירה בלתי מכוונת של שטרות סחירים. לנוכח האמור ברי כי אי־אפשר לטעון לויתור מודע של המושך על האפשרות לטעון את טענותיו כלפי הנסב. אף אני סבורה כי יש לבטל את דיני הסחרות המטריאלית ואת מוסד האחיזה כשורה, לכל הפחות ביחס לצ'קים, שכן ההצדקות לדוקטרינה זו אינן קיימות עוד במציאות שבה הצ'ק אינו משמש מסמך סחיר המתגלגל בשוק כתחליף לכסף. הדוקטרינה מעניקה יתרון לא הוגן ובלתי סביר לנסבים, אשר במציאות העכשווית הם בדרך כלל גופים פיננסיים חזקים ועתירי ידע. לא ארחיב בסוגיה זו בכללותה במאמר זה, מפאת קוצר היריעה, אלא אתייחס רק להצדקות לצמצום תחולתה של הדוקטרינה בהתנגשות שבה המאמר עוסק, כפי שיוצג להלן.

פרק ג: מאפייני הצדדים להתנגשות

בהתנגשות הנדונה במאמר מעורבים שלושה צדדים, אשר לכל אחד מהם מאפיינים שיש בהם כדי להשפיע על ההכרעה ביחס לתוצאות ההתנגשות. בפרק זה אציג מאפיינים אלה, ובהמשך המאמר אדון במידת השפעתם על הדין הרצוי. כזכור, מדובר במקרה שבו קונה רוכש סחורה ממוכר, והמוכר מסחר את הצ'ק לגוף פיננסי על מנת לקבל ממנו אשראי בהסתמך על הצ'ק. המוכר אינו מספק את הסחורה לקונה, אך למרות זאת הקונה נדרש על ידי הגוף הפיננסי לפרוע את הצ'ק.

1. הקונה – מושך הצ'ק (החייב השטרי)

מושך הצ'ק יהיה בדרך כלל אחד משניים: צרכן פרטי או גוף עסקי־מסחרי כלשהו. צרכן הרוכש נכס מעוסק מוגן על ידי דיני הגנת הצרכן בכל הקשור לעסקה המבוצעת.⁵⁸ אולם, אם הצרכן שילם בעבור הנכס בצ'ק, והעוסק סיחר את הצ'ק לצד שלישי כלשהו, אזי על

55 Eggert, *Codification and the Victory of Form*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 405–414.

56 ראו ס' 3, 73 ו-84 לפקודת השטרות.

57 ראו ס' 7(א) לפקודת השטרות.

58 חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981. ראו ס' 1 לחוק, המגדיר מיהו צרכן ומיהו עוסק.

חובתו של הקונה לפרוע את הצ'ק לצד השלישי חלים דיני השטרות. הקונה יכול למנוע את סיחור הצ'ק על ידי הגבלת סחרותו. אכן, לנוכח מצבם הפגיע של הצרכנים ואי-מודעותם לסיכון שהם נוטלים על עצמם, תוקן החוק בשנת 2011 כך שבררת המחדל בהנפקת פנקסי צ'קים של לקוחות פרטיים תהא של טופסי צ'קים שסחירותם מוגבלת.⁵⁹ ניתן להניח כי כתוצאה מתיקון זה פחת במידה משמעותית מספר הצ'קים הצרכניים המתגלגלים לידי צדדים שלישיים. עם זאת, תיקון החוק לא מנע לגמרי את האפשרות שצ'קים של צרכנים יסוחרו בכל זאת לידי צד שלישי. ראשית, הגבלת הסחרות בצ'קים היא בררת מחדל, ולקוחות רשאים לבקש מהבנק להנפיק להם טופסי צ'קים סחירים.⁶⁰ שנית, כאשר מושך הצ'ק נמנע מלציין בו את שם הנפרע, ומאפשר בכך למקבל הצ'ק לרשום כנפרע את שמו של צד שלישי אשר לא נטל חלק בעסקת היסוד בין השניים, מתבצע בפועל סיחור, והצד השלישי עשוי להיחשב אוחד כשורה ולהיות זכאי לפרעון הצ'ק מידי הצרכן על אף טענת ההגנה של האחרון.⁶¹ אכן, לא פעם מושכי הצ'קים מתבקשים "להשאיר פתוח" את שם הנפרע, מבלי שהם מבינים עד הסוף את התוצאות האפשריות. החוק לצמצום השימוש במזומן אוסר פרקטיקה זו, וקובע כי עוסק לא יקבל ולא ייתן תשלום בצ'ק מבלי ששמו של מקבל התשלום נקוב בו,⁶² וכי גם מי שאינו עוסק אינו רשאי לקבל תשלום בצ'ק העולה על סך של 5,000 ש"ח מבלי ששמו נקוב עליו.⁶³ לנוכח זאת סביר שמספר המקרים שבהם קונה שהוא צרכן פרטי ייקלע למצב המתואר יל ויצטמצם, אך הוא עדיין אפשרי ומתרחש במציאות.

השכיחות שבה קונה שאינו צרכן פרטי עלול להיקלע לנסיבות המתוארות גבוהה במידה משמעותית, ומדובר בתופעה נפוצה למדי. כאן עסקינן בגוף עסקי כלשהו הרוכש סחורה או שירות מגוף עסקי אחר. בדרך כלל יהא זה עסק זעיר, קטן או בינוני. מדוח של משרד הכלכלה והתעשייה עולה כי עסקים אלה מהווים 99.5% מהעסקים בישראל.⁶⁴ עסקים אלה מהווים מנוע צמיחה משמעותי למשק – הם אחראים ל-53% מהתוצר

59 ס' 35 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח). ראו גם הוראת ניהול בנקאי תקין 431 "פנקסי שיקים" (25.9.2011) www.boi.org.il/deptdata/pikuah/nihul_takin/431.pdf

60 ממדגם שנערך התברר כי בשנה שלאחר התיקון עלה שיעורם של פנקסי הצ'קים המוגבלים שהונפקו ב-50%, ושיעורם של הפנקסים הבלתי-מוגבלים ירד בשיעור דומה. הנתח של פנקסי הצ'קים המוגבלים מתוך כלל הפנקסים עלה מ-45% ל-70%. בקרב התאגידים נרשם שינוי מתון יותר – עלייה של 10% בפנקסים המוגבלים וירידה של 19% בפנקסים הבלתי-מוגבלים. ראו **דוח הוועדה לבחינת צמצום השימוש במזומן במשק הישראלי**, לעיל ה"ש 23, בעמ' 41.

61 ראו, לדוגמה, ע"א 1886/97 **יהודה נ' זלמה**, פ"ד נג(1) 132 (1999); ע"א (מחוזי ת"א) 2217/09 **איזי טו ווד בע"מ נ' אור שי לביא בע"מ** (פורסם בנבו, 14.8.2011).

62 ס' 4(א) לחוק לצמצום השימוש במזומן.

63 ס' 4(ב) לחוק לצמצום השימוש במזומן.

64 ראו משרד הכלכלה והתעשייה – הסוכנות לעסקים קטנים ובינוניים **דו"ח תקופתי – מצב העסקים הקטנים והבינוניים בישראל** 7 (2017) [www.sba.org.il/hb/PolicyAndInformation/Researches/ Documents/small_business_report_2017_nagish_sign.pdf](http://www.sba.org.il/hb/PolicyAndInformation/Researches/Documents/small_business_report_2017_nagish_sign.pdf) (להלן: **דוח משרד הכלכלה והתעשייה**).

העסקי, ומעסיקים כ-61% מכלל המועסקים במגזר העסקי. אולם עסקים קטנים ובינוניים רבים אינם שורדים לאורך זמן. מחד גיסא, שיעור הקמתם של עסקים כאלה גבוה מאוד בישראל, אך מאידך גיסא, רמת המיומנות והידע אינם גבוהים מספיק בפועל לשם הצלחה בנייהול העסק.⁶⁵ יותר מ-50% מהעסקים הינם עסקים זעירים ללא מועסקים כלל (עוסק "עצמאי"), ולא חברות גדולות הנהנות משירותי ניהול משמעותיים יותר, כגון מחלקת הנהלת חשבונות ומחלקה משפטית. לכן אין להניח שמדובר בהכרח בקונה מיומן אשר יודע להגן על עצמו ואינו זקוק להגנה מיוחדת. עסקים זעירים וקטנים הם הרוב המכריע של העסקים בישראל,⁶⁶ והם אלה שסביר שיהיו אותם קונים עסקיים באירוע הנדון. חיובם של עסקים אלה לשלם בעבור סחורה שהם לא קיבלו עלול להביא לידי התמוטטותם.

2. המוכר – הספק, הנפרע בצ'ק (לקוחו של הגוף הפיננסי)

הנפרע בצ'ק הוא בדרך כלל המוכר שהתחייב לספק תמורה⁶⁷ לקונה במועד עתידי כלשהו. כפי שיובהר בהמשך, במקרים רבים הוא סובל מקשיים כלכליים כבר בעת עריכתה של עסקת המכר, וידוע לו – או שהוא לפחות חושש – שהוא לא יוכל לספק את הסחורה לקונה. המוכר זקוק לאשראי כאוויר לנשימה, ולכן הוא פונה לגוף פיננסי, בדרך כלל לבנק כלשהו, ומוסר לו את הצ'ק כדי לקבל את האשראי באמצעות אחד משני סוגי עסקאות: בסוג האחד הצ'ק משמש משכון, שהבנק יוכל לממש אם הלקוח לא ישיב במועד את האשראי שקיבל; ובסוג האחר הצ'ק מסוחר במסגרת עסקת ניכיון. עסקת ניכיון דומה במובנים רבים למשכון הצ'ק, לנוכח העובדה שברוב המקרים אם הצ'ק אינו נפרע על ידי המושך, הבנק שב ומחייב את חשבון הלקוח שלו – הוא המוכר – בסכום הצ'ק.⁶⁸

65 ראו את סקירתו של ה-OECD **מדיניות בנוגע לעסקים קטנים ובינוניים ויזמות בישראל 2016** (2017) www.economy.gov.il/sba/OCDE_Book_Nagish.pdf

66 על פי דוח של משרד הכלכלה והתעשייה, 50.2% מהעסקים הם עסקים עצמאיים ללא מועסקים, 34.5% הם עסקים זעירים המעסיקים עד 4 עובדים, 11.7% הם עסקים קטנים שמועסקים בהם 5–19 עובדים, 3.1% הם עסקים בינוניים שמועסקים בהם 20–100 עובדים, ורק חצי אחוז הם עסקים המעסיקים יותר מ-100 עובדים. ראו משרד הכלכלה והתעשייה – הסוכנות לעסקים קטנים ובינוניים **מימון עסקים קטנים ובינוניים בישראל – תמונת מצב 5** (דצמבר 2017) www.sba.org.il/hb/Policy/AndInformation/Researches/Pages/sr26.aspx

67 נכס או שירות.

68 עסקת ניכיון משמעה שהבנק רוכש את הצ'ק מהלקוח ונותן לו את תמורתו בניכוי עמלה כלשהי. אך בעסקה המקובלת על ידי הבנק, אם הצ'ק אינו נפרע, הוא רשאי לשוב ולחייב את חשבון הלקוח, כך שעסקת הניכיון אינה עסקת מכר, אלא הצ'ק מהווה למעשה רק בטוחה לאשראי שניתן. כך גם בעסקת ניכיון שמתבצעת לא עם הבנק – ראו פרוטוקול ישיבה מס' 120 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 22, בעמ' 5–17. לנוכח העובדה שהבנק נוהג באופן דומה בשני סוגי העסקאות, לא תמיד קל להבחין אם מדובר בעסקת משכון או בעסקת ניכיון כאשר הנסב הינו בנק. בשני

משפט ועסקים כב, תש"ף דוקטרינת האחיזה כשורה – כלל ארכאי לשימור יתרון לא הוגן

הגישה בבתי המשפט לא הייתה אחידה באשר לשאלה כיצד לסווג את עסקת הניכיון – כעסקת מכר או כעסקת אשראי⁶⁹ – אך לאחרונה ניתנה לסוגיה תשובה ברורה במסגרת תיקון לחוק אשראי הוגן,⁷⁰ שבו נקבע באופן מפורש כי הלוואה הינה "כל עסקת אשראי, לרבות ניכיון שטר...".⁷¹ בדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט ציינה נציגת משרד המשפטים כי יש לכלול עסקה של ניכיון שטר בהגדרת הלוואה שכן זהו סוג של אשראי שאינו שונה מסוגי אשראי אחרים ואשר דומה במאפייניו להלוואה. המוכר משתמש בצ'ק שקיבל מהקונה כדי לקבל אשראי, והוא מסב אותו לגוף הפיננסי המעניק לו את המימון המבוקש.

3. הגוף הפיננסי (הנסב) הדורש את פרעון הצ'ק

הגוף הפיננסי המקבל את הצ'ק כבטוחה למימון שהוא מספק למוכר הינו ברוב המקרים תאגיד בנקאי, אך לנוכח הרפורמה בשוק האשראי מדובר גם בגופים אחרים המעניקים הלוואות ומימון, במיוחד על ידי שירותי ניכיון.⁷² יש המכנים את כלל הגופים נותני האשראי "נושים מקצועיים".⁷³

כאשר מדובר בתאגיד בנקאי, כבר נקבע לא אחת כי מוצדק להטיל עליו הוראות מיוחדות ואחריות מורחבת בקשת רחבה של מצבים. הבנק מכונה "סוכנות חברתית",⁷⁴ ומקובל להתייחס אליו כאל גוף דר-מהותי החב בחובות מהמשפט הציבורי.⁷⁵ על

המקרים הבנק מזהה תחילה את חשבון הלקוח בסכום הצ'ק בניכוי העמלה שהוא גובה, ובשני המקרים הבנק שב ומחייב את חשבון הלקוח אם הצ'ק אינו נפרע. בשני המקרים יש לבנק אפשרות לנסות להיפרע מהמושך ישירות: בעסקת ניכיון הבנק הוא לכאורה בעליו של הצ'ק, שאותו רכש מהלקוח הנפרע, אם כי העסקה ניתנת לביטול, כאמור; ואילו בעסקת משכון הצ'ק מהווה משכון המופקד בידי הבנק, וכגוף מוסדי הוא רשאי לממשו ישירות מבלי לפנות לרשות האכיפה והגבייה, כקבוע בס' 17(3) לחוק המשכון, התשכ"ז-1967.

69 ראו פירוט אצל גלעד נרקיס וורד שיידמן **חוק אשראי הוגן – הרפורמה בתחום האשראי החוץ בנקאי** 32–43 (מהדורה שלישית, 2018).

70 ראו לעיל ה"ש 24.

71 ס' 2(1) לחוק הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות (תיקון מס' 5). כאמור, במסגרת כניסתו לתוקף של תיקון זה ישונה שמו של החוק לחוק אשראי הוגן.

72 ראו לעיל ה"ש 22.

73 פש"ר (מחוזי ת"א) 16-03-34802 שמש נ' כונס נכסים רשמי תל אביב, פס' 20 ו-31 (פורסם בנבו, 2018.2.25); פש"ר (מחוזי ת"א) 2216/04 ביטון נ' כונס נכסים רשמי תל אביב, פס' 14 (פורסם בנבו, 2017.8.10). בשתי ההחלטות הללו מגדיר השופט מאור נושים מקצועיים כ"תאגיד בנקאי או פיננסי או גם יחיד שזה עיסוקו, נושה שיכול (ואף חייב לטעמי), לבחון את יכולתו הכלכלית של לקוח להחזיר את האשראי שניתן לו...". על הנושה המקצועי לערוך את הבדיקה לפני שהוא מעניק את האשראי ללקוח, ולשם כך עליו להקים מנגנוני בקרה והערכת סיכונים.

74 מיכל רובינשטיין ובעז אוקון "הבנק כ'סוכנות חברתית' – ספר שמגר – מאמרים חלק ג 819 (2003).

75 אסף הראל **גופים דר-מהותיים – גופים פרטיים במשפט המינהלי** 16, 91–92 (2008); ע"א 1691/11

הבנקים מוטלות חובת אמון וחובת זהירות, אשר באות לידי ביטוי לא רק במישור היחסים מול לקוח קונקרטי, אלא אף בקביעת המדיניות הכוללת. אומנם הבנק הינו עסק מסחרי התר אחר רווחים, אך ההגנות חייבת לשמש לבנק משענת עיקרית במשמעות הרחבה, כמו גופי סוכנות חברתית, ומוטלות עליו חובות מהמשפט הציבורי כלפי כלל הציבור, ולא רק כלפי לקוחותיו הישירים. המגמה היא למנוע את הכשלתם של כלל הבאים עימו במגע.⁷⁶ מעמדם של הבנקים מקרין על היקפן של החובות המוטלות עליהם – גם כלפי לקוחותיהם וגם כלפי צדדים שלישיים. למערכת היחסים של הבנקים עם הציבור יש מאפיינים מיוחדים, המצדיקים קביעת כללים מיוחדים ביחס לאחריותם המקצועית.⁷⁷ הפסיקה הטילה על הבנק את חובת האמון הגורפת כלפי לקוחותיו וכלפי צדדים שלישיים מסוימים, אך יותר מכך, לא פעם הוכרה חובת האמון של הבנקים גם כלפי הציבור בכללותו, ויושמה לא רק כלפי הציבור כקבוצה הומוגנית, אלא גם כלפי הפרטים הנכללים בה: כל מי שבא במגע כלשהו עם הבנק זכאי ליהנות מחובת האמון, ובכלל זה גם צדדים שלישיים שאין להם קשר חוזי ישיר עם הבנק.⁷⁸

אם כן, ברי כי לעובדה שאחד הצדדים להתנגשות הוא בנק צריכה להיות השפעה על תוצאות ההתנגשות, שכן בנקים אינם ככל הגופים הפרטיים, וסטנדרט ההתנהגות המצופה מהם מחמיר.⁷⁹ הבנקים הם המעניקים את מרבית האשראי במשק, ולכן הנסב בהתנגשות הנדונה יהא בדרך כלל בנק. אולם יש גם מקרים שבהם הנסב יהא גוף פיננסי שאינו בנק. ממיפוי שוק ההלוואות עולה כי שוק ההלוואות במגזר הפרטי, הכולל משקי בית ועסקים, מורכב מתאגידים בנקאיים (83.7%); ממשקיעים מוסדיים (9.6%), אשר אינם רלוונטיים לניתוח ההתנגשות הנדונה מאחר שהם נותנים הלוואות לעמיתים החוסכים בהם כנגד אותם חסכוניות, ולא כנגד נכיון צ'קים או שעבוד צ'קים דחויים של אחרים, או שהם מממנים חברות גדולות בלבד; מעסקים כגון נותני שירותי מטבע, המכונים "השוק האפור" (4.2%); מחברות כרטיסי האשראי (2.4%); וממלכ"רים,

בנק לאומי למשכנתאות בע"מ נ' צוברי, פס' ב לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם באר"ש, 15.12.2015).

76 רובינשטיין ואוקון, לעיל ה"ש 74, בעמ' 832–836. פלאטו-שנער מציינת כי בתי המשפט נוטים להשתמש בחובת האמון באופן גורף, כסטנדרט כללי המטיל חובת התנהגות חמורה במיוחד על הבנק, אשר חלה לא רק ביחס ללקוח, אלא כלפי כל מי שבא עימו במגע. לטענתה, יש לצמצם את השימוש בחובה למקרים שבהם הבנק מנצל לרעה את כוחו באופן הפוגע באינטרסים של הזכאי, וכי יש להתייחס בזהירות למגמה המרחיבה את קשת הזכאים לחובת האמון הבנקאית. ראו רות פלאטו-שנער **דיני בנקאות – חובת האמון הבנקאית** 113–115 (2010) (להלן: פלאטו-שנער **חובת האמון הבנקאית**).

77 אריאל פורת "דיני נזיקין – חלק ב: אחריותם של בנקים בגין רשלנות – התפתחויות אחרונות" **ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב–תשנ"ג** 324 (אריאל רוזן-צבי עורך, 1993) (להלן: פורת "אחריותם של בנקים בגין רשלנות").

78 פלאטו-שנער **חובת האמון הבנקאית**, לעיל ה"ש 76, בעמ' 143–148 והפניות שם. פלאטו-שנער סבורה כי הרעיון להטיל על הבנק חובת אמון כלפי כלל הציבור ראוי לעיון נוסף.

79 ראו עניין **צוברי**, לעיל ה"ש 75, פס' ב לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

משפט ועסקים כב, תש"ף דוקטרינת האחיזה כשורה – כלל ארכאי לשימור יתרון לא הוגן

בעיקר גמ"חים (0.1%).⁸⁰ אף שני האחרונים אינם רלוונטיים לדיון כאן, מאחר שהם מעניקים את ההלוואות לא כנגד צ'קים כאמור.⁸¹ דוח של הסוכנות לעסקים קטנים ובינוניים לשנים 2013–2014 מצביע על כך שמקורות המימון של עסקים זעירים, קטנים ובינוניים הם בנקים (75%), הלוואות ממכרים ומקורות מימון עצמאיים (17%) ונכיון צ'קים אצל חברות חוץ-בנקאיות (8%).

מן האמור עולה כי מרבית המימון ושירותי הניכיון הרלוונטיים להתנגשות הנדונה במאמר זה ניתנים על ידי הבנקים, ומיעוט קטן ניתן על ידי חברות חוץ-בנקאיות הנותנות שירותי מטבע. חשיבות הענף של נותני שירותי המטבע נעוצה בכך שהוא נותן אשראי לעסקים ולפרטים המתקשים לקבל אשראי בנקאי, בין היתר בשל הליכי פשיטת רגל, חשבונות מוגבלים, העדר הכנסה קבועה, חוסר יכולת לספק בטוחות לבנק וכדומה.⁸² העמלות והריביות שנגבות על ידי רוב העוסקים בענף זה גבוהות במידה משמעותית מאלה הנגבות בבנקים, ובמקרים לא מעטים הריביות חורגות בצורה משמעותית מן המותר לפי חוק אשראי הוגן. על פי הערכת המשטרה, גובה הריבית החדרית נע בין 5% ל-20%, כלומר, הריבית השנתית יכולה להגיע ליותר מ-700%. בענף יש כמובן חברות לגיטימיות הפועלות במסגרת החוק, וחלקן אף נסחרות בבורסה, אך פועלים בו גם ארגוני פשיעה וגורמים עברייניים רבים. משטרת ישראל מציינת כי "מרבית העוסקים בתחום שבנדון מוכרים כעבריינים בתחומים שונים כמו סמים, אמצעי לחימה, סכסוכי עבריינים, אלימות והימורים. חלקם משמשים גם כגובי חובות, לעיתים תוך שימוש באלימות כולל אמל"ח. לחלקם חברות העוסקות בגביית חובות עבורם. בין העוסקים בתחום קיימים סכסוכים על רקע החזר חובות, הגולשים לעיתים לאירועי אלימות קשים".⁸³

לכן, לגבי אותם מקרים מעטים שבהם הנסב אינו בנק, אלא גוף פיננסי אחר כמפורט לעיל, אפשר לומר כי מי שנזקק בדרך כלל לשירותיהם של הגופים הללו הם אלה שאינם יכולים לזכות באשראי בנקאי, ומוכנים לכן לשלם עמלות וריביות גבוהות בהרבה ואף להסתכן בסכסוך עם גורמים "בעייתיים". עצם פנייתם לגופים אלה כבר מעידה כי מצבם הפיננסי קשה, וכי קיים סיכוי לא מבוטל שהם לא יוכלו לעמוד בהתחייבויותיהם ולספק את הסחורה לקונים מושכי הצ'קים – אותם צ'קים שהמוכרים מוסרים לניכיון. לסיכום נקודה זו, למחלוקות שבהן אחד הצדדים הינו "נושה מקצועי" יש מאפיינים מיוחדים, שיכולים להשפיע באופן דרמטי על הניתוח הכלכלי ועל בחירת הכלל המשפטי הצודק והיעיל יותר להכרעה במחלוקות שונות.⁸⁴ קיים גם הבדל בין גופים אלה לבין הגופים האחרים מבחינת היכולת למנוע את ההתנגשות הנדונה, לפתח אמצעי

80 ראו מילרד תיאור וניתוח שוק ההלוואות החוץ-בנקאיות, לעיל ה"ש 22, בעמ' 1–2.

81 ראו שם, בעמ' 2 ו-10.

82 ראו שם, בעמ' 7.

83 מצוטט שם. ראו גם דוח הוועדה לבחינת צמצום השימוש במוזמן במשק הישראלי, לעיל ה"ש 23,

בעמ' 43.

84 Hanoch Dagan, *Mistakes*, 79 TEX. L. REV. 1795, 1818–1820 (2001).

בקרה ולאחר מידע שימנע אותה, לפזר את הנזק, לנתב את השוק לפעולה יעילה יותר ולהביא לידי מקסום הרווחה החברתית.⁸⁵ על האחרונים ארחיב בהמשך המאמר, במסגרת הדיון בחלוקת הסיכון הראויה בין הצדדים להתנגשות.⁸⁶ מאחר שברוב המקרים הגוף המממן הינו בנק, אתייחס מכאן ואילך לנסב כאל בנק, לשם הנוחות, אולם ככל שיהיה צורך בכך אנתח את הדברים גם מנקודת מוצא שלפיה הנסב הינו גוף פיננסי אחר.

פרק ד: הכרעה בהתנגשות – הדין הקיים לאחר ביטול הלכת גויסקי

התנגשות בין חייב שטרי לאוחז התובע פֶרעון שטר מוכרעת בדיני השטרות על ידי עימות בין טענות ההגנה של החייב השטרי – אם יש לו כאלה – לבין מעמדו של האוחז הדורש את פֶרעון השטר. כאשר מדובר באוחז שהשטר סוחר אליו – הבנק במקרה הנדון – קמה לו הַזְקָה כי הוא אוחז כשורה וזכאי לפֶרעון השטר. אולם אם הנתבע מוכיח כי קמה לו טענת הגנה כלשהי, אזי נטל ההוכחה חוזר אל האוחז להראות כי נתן ערך בתום לב בעבור השטר.⁸⁷

1. טענת ההגנה של המושך – כשלון תמורה מלא לאחר ביטול הלכת גויסקי

פקודת השטרות מונה כמה טענות הגנה, אשר רובן, כפי שהובהר לעיל, נסוגות מפניו של האוחז כשורה, הזכאי לפֶרעון למרות טענת ההגנה.⁸⁸ אולם טענת ההגנה השכיחה ביותר – כשלון תמורה – לא זכתה בהתייחסות בפקודת השטרות, אלא נוצרה על ידי הפסיקה.⁸⁹ מושך צ'ק הטוען לכשלון תמורה מודה כי מלכתחילה הוא אכן משך את הצ'ק כנגד התחייבות של הנפרע לספק לו נכס או שירות, אולם הנפרע לא קיים את

85 שם, וראו גם מיטל גלבוש "זכותו של פורע חוב על יסוד הנחה מוטעית להשבה מן הנושה – בעקבות פרשת בייזמן" עיוני משפט לה 403, 435–445 (2012).

86 ראו להלן תת-פרק ה3.

87 זוהי חזקת האחיזה כשורה הקבועה בס' 29(ב) לפקודת השטרות. לכאורה, חזקה זו מתעלמת מכך שקיימים תנאים נוספים לאחיזה כשורה, המנויים בס' 28 לפקודה. ניתן אולי לפרש כי אם הוכיח האוחז כי נתן ערך בתום לב בעבור השטר, קמה לגביו חזקה שגם שאר התנאים של ס' 28 מתקיימים, ומי שטוען אחרת – עליו הראיה. עניין זה אינו ברור די הצורך, אך לא ארחיב לגביו בחיבור זה. ברי כי לאחר הוכחת טענת הגנה על ידי הנתבע, על התובע להוכיח לפחות כי נתן ערך בתום לב בעבור השטר. ראו לרנר דיני שטרות, לעיל ה"ש 4, בעמ' 224.

88 ראו, למשל, ס' 20 לפקודת השטרות ביחס לטענת הגנה של מסירה לא כדין, וס' 19 לפקודה ביחס לטענת הגנה של השלמת השטר לא כדין.

89 ראו לרנר דיני שטרות, לעיל ה"ש 4, בעמ' 66–67 ו-291.

משפט ועסקים כב, תש"ף דוקטרינת האחיזה כשורה – כלל ארכאי לשימור יתרון לא הוגן

התחייבותו ולא סיפק לו מאומה. ברור כי אם הצ'ק נפרע בינתיים, ייאלץ המושך לנקוט אמצעים משפטיים נגד הנפרע (תביעה בגין הפרת חוזה), כדי לקבל בחזרה את כספו. אך אם הצ'ק טרם נפרע, יוכל המושך לטעון כי קיימת לו טענת הגנה של כשלון תמורה מלא, הפוטרת אותו מפרעון הצ'ק. טענה זו שכיחה, בין היתר, מאחר שכנגד תמורה עתידית נהוג ליתן צ'ק דחוי למועד הספקת התמורה, כדי שאם התמורה לא תסופק, יוכל המושך לתת הוראה לביטול פרעון הצ'ק בבנק שבו מתנהל חשבונו.

עד לאחרונה, במצב שבו טענת ההגנה הייתה כשלון תמורה מלא, חלה הלכת גויסקי,⁹⁰ שקבעה כי אם כשלון התמורה קדם לסיחור השטר, אזי רק נושה שטרי שהוא אוחד כשורה יהא זכאי לפרעון השטר מהחייב השטרי. לעומת זאת, אם הסיחור קדם לכשלון התמורה, גם צד רחוק שאינו אוחד כשורה יהא זכאי לפרעון, ובלבד שהוא נחשב אוחד בעד ערך, שכן השטר סותר בטרם נפל בו פגם.⁹¹ הלכת גויסקי פעלה במצב שבו התובע – בענייננו הבנק – לא היה אוחד כשורה בצ'ק, ולמרות זאת היה זכאי להיפרע מהמושך אם הצ'ק סותר לפני קרות כשלון התמורה. מתי הבנק אינו אוחד כשורה בצ'ק? בדרך כלל מדובר בשני טיפוסי מקרים. האחד, מקרה שבו ייקבע כי הבנק לא היה תם לב מאחר שהוא קיבל את הצ'ק בידועו כי מצבו של המוכר אינו שפיר, כך שסביר שהוא לא יספק למושך את התמורה בעבור הצ'ק, או במקרה שבו הבנק קיבל צ'ק שאינו תקין על פי מראהו. כך, למשל, בפרשת טל טריידינג קורפ דובר בצ'ק שבו שם הנפרע לא תאם לחתימת ההיסב, ולכן לא היה אפשר לאחוז בו כשורה. בנקים נמנעים בדרך כלל מקבלת צ'ק שאינו תקין על פי מראהו כבטוחה למתן אשראי, ולכן מקרים אלה אינם רבים. הלכת גויסקי פטרה את הבנק מהצורך להוכיח כי הוא אוחד בצ'ק כשורה במקרים שבהם קיבל את הצ'ק לידו בטרם אירע כשלון התמורה, שהם המקרים הרווחים בהתנגשות הנדונה, שכן המוכר, כפי שהובהר, מעביר לבנק את הצ'ק מייד עם קבלתו, כאמצעי לקבלת מימון מהבנק. לנוכח זאת, ידם של הבנקים בהתנגשות הנדונה הייתה כמעט תמיד על העליונה.

הלכת גויסקי בוטלה לאחרונה על ידי בית המשפט העליון,⁹² ובצדק.⁹³ המצב המשפטי נכון להיום, לאחר ביטול ההלכה, הוא שהבנק יכול לאכוף את פרעון הצ'ק על המושך – בין שהוא צרכן פרטי ובין שהוא גוף עסקי-מסחרי כלשהו – רק אם הבנק הינו אוחד כשורה. אם לאו, טענת ההגנה של כשלון תמורה מלא תפטור את המושך מפרעון הצ'ק.

90 עניין גויסקי, לעיל ה"ש 25.

91 אוחד בעד ערך, להבדיל מאוחד כשורה, הוא מי שנתן "ערך" בתמורה לשטר. כאשר בנק מעניק אשראי ללקוח במסגרת עסקה של משכון צ'ק או נכיון צ'ק, מעמדו כלפי מושך הצ'ק הוא של אוחד בעד ערך. אוחד בעד ערך, להבדיל מהאוחד כשורה, אינו חסין מפני טענות ההגנה של המושך. ראו רע"א טל טריידינג קורפ, לעיל ה"ש 6, פס' 5 לפסק דינו של השופט הנדל. על הלכת גויסקי ראו הסבר אצל זוסמן, לעיל ה"ש 19, בעמ' 275–277, ס' 224.

92 רע"א טל טריידינג קורפ, לעיל ה"ש 6.

93 לפירוט הנימוקים מדוע ביטול ההלכה מוצדק ראו עופר צפוני ופלאטו־שנער, לעיל ה"ש 7.

יש לציין כי בכל אחד מהמקרים, הצד שהפסיד, משמע הקונה שנאלץ לפרוע או הבנק שאינו זכאי לפירעון, יכול לנסות להיפרע מהמוכר – הנפרע בצ'ק. אולם יש להביא בחשבון שבמקרים רבים תהא זו משימה קשה בהעדר בטוחות נוספות, שכן סביר שהמוכר הוא חדל פירעון, וזו בעצם הסיבה שהובילה להתנגשות. אילו היה המוכר יכול לשלם את חובותיו לבנק, לא היה צורך בפרעון הצ'ק מהקונה, ולחלופין, אילו סיפק המוכר את הסחורה לקונה, לא הייתה לקונה טענת הגנה שתצדיק את אי-פרעון הצ'ק.

2. מעמדו של הבנק על פי הדין הקיים

אוחז כשורה הוא כאמור מי שממלא אחר התנאים המפורטים בסעיף 28 לפקודת השטרות. ברוב מקרי ההתנגשות אין חולק על כך שרוב דרישות הסעיף מתקיימות: הצ'ק תקין על פי מראהו,⁹⁴ הצ'ק לא חולל לפני מסירתו לבנק, הוא נמסר לו בטרם עבר זמנו, והבנק נתן ערך הולם בעבורו.⁹⁵ שתי דרישות מחייבות בירור מעמיק יותר בנסיבות הנדונות: הדרישה לתום לב והדרישה להעדר ידיעה כי זכות המסחר בצ'ק פגומה. ביחס לדרישת תום הלב, פקודת השטרות קובעת במפורש כי הדרישה היא לתום לב סובייקטיבי, וכי רשלנות של האוחז לא תשלול את תום ליבו.⁹⁶ לכן, לפי נוסח החוק, די בכך שהאוחז היה ישר לב ולא ידע על פגם בזכותו של מעביר השטר. אין הוא חייב לערוך בדיקות או לברר נתונים בטרם ייטול את השטר לידי, אלא אם כן מתעורר חשד בליבו ביחס לעסקה זו ולפגם בזכותו של מעביר השטר. אולם פקודת השטרות קובעת תנאי נוסף אשר אוחז כשורה צריך לעמוד בו: "בשעה שסיחרו לו את השטר לא היתה לו כל ידיעה שזכות קנינו של המסחר פגומה".⁹⁷ לרנר סבור כי באמצעות דרישה זו ניתן "למצוא סימוכין להחלת נורמות התנהגות אובייקטיביות בדרישת הפקודה להעדר ידיעה

94 דווקא במקרה שהוביל לביטולה של הלכת גויטקי התגלתה בעיה בתקינות הצ'ק. דובר בחברה (טל טריידינג קורפ) שרכשה יהלומים מחברה אחרת (יהלומי צבי אור בע"מ) ושילמה בעבורם בכמה צ'קים דחויים שסחרותם לא הוגבלה. אחד הצ'קים סוחר על ידי יהלומי צבי אור לבנק לאומי כבטוחה לאשראי. יהלומי צבי אור, שהייתה בקשיים, לא סיפקה את היהלומים לטל טריידינג קורפ ולא השיבה את חובה לבנק, ולכן תבע הבנק את פרעון הצ'ק מטל טריידינג קורפ. במקרה זה הצ'ק לא היה תקין עקב העדר התאמה בין שם הנפרע לחתימת ההיסב, ולכן הבנק לא היה יכול להיחשב אוחז כשורה. אולם ברוב המקרים תקלה זו אינה מתרחשת. הבנקים והגופים המממנים, המודעים לדיני השטרות, לא ימהרו לקבל צ'ק לא תקין כבטוחה.

95 שאם לא כן הבנק בכל מקרה אינו זכאי לפרעון הצ'ק. מפאת קוצר היריעה לא אכנס בחיבור זה לסוגיה של מתן ערך על ידי הבנק, אולם אזכיר בקיצור כי על פי ס' 26 לפקודת השטרות, חוב קודם מהווה ערך, והפסיקה מכירה גם בזיכוי חשבון הבנק של הנפרע כמתן ערך. ביחס למתן מסגרת אשראי נהוג לבחון אם במועד הפירעון של הצ'קים שנמסרו כבטוחה לאשראי הייתה יתרת חובה בחשבון, שאז הבנק נחשב כמי שנתן ערך. להרחבה ראו לרנר דיני שטרות, לעיל ה"ש 4, בעמ' 392–402.

96 ס' 91 לפקודת השטרות.

97 ס' 28(א)(2) לפקודת השטרות.

משפט ועסקים כב, תש"ף דוקטרינת האחיזה כשורה – כלל ארכאי לשימור יתרון לא הוגן

על פגם קודם".⁹⁸ לכן יש לשלב מרכיב אובייקטיבי במבחן הידיעה האמור וליצור מבחן מעורב: תחילה יש לבדוק את היסוד הסובייקטיבי, קרי את היקף הידיעה בפועל של האוחז, ולאחר מכן יש לקבוע מה היה האדם הסביר מסיק מהמידע שהיה בידי האוחז, מבלי שנדרש ממנו לערוך בדיקות כלשהן.⁹⁹ עמדה זו אומצה בכמה פסקי דין של בתי משפט השלום ובתי משפט מחוזיים,¹⁰⁰ אך בפסקי דין אחרים הודגש רק המימד הסובייקטיבי של דרישת תום הלב, ללא התייחסות למימד האובייקטיבי.¹⁰¹ הפסיקה קבעה כי גם אם הבנק ידע – או שיש לייחס לו ידיעה – כי הצ'ק שנטל נמשך בעבור תמורה שטרם סופקה, הוא ייחשב תם לב אם לא היה בידי מידע שממנו ניתן להסיק באופן סביר כי התמורה עתידה להיכשל, וייחשב חסר תום לב אם הוא צפה את הכישלון או אם היה אפשר לצפותו בסבירות מהמידע שהיה קיים ברשות הבנק. מתי יש לקבוע כי לנוכח המידע שהיה ברשות הבנק היה עליו לצפות את כשלון התמורה? בעניין **מלכה** דובר בחברה קבלנית שסיחרה לבנק שבו התנהל חשבונה שטרות שנמסרו לה על ידי רוכש דירה בפרויקט שהיא בנתה. החברה לא סיפקה לרוכש את הדירה שהובטחה לו, כך שהתמורה בעבור השטרות נכשלה במלואה. הבנק תבע מהרוכש את פרוצנט. דעת המיעוט בבית המשפט המחוזי קבעה כי הבנק היה ער למצבה הכלכלי הרעוע של החברה הקבלנית, וידע כי השטרות נמסרו לה במסגרת יחסי רוכש-קבלן במהלך הבנייה. לכן, "בקבלו את השטרות תוך ידיעה כי קיימת אפשרות סבירה ש[החברה הקבלנית] לא תעמוד בהתחייבויותיה, פעל הבנק שלא ביושר, דבר המעיד על חוסר תום לב".¹⁰² דעת המיעוט היא שהתקבלה ואומצה על ידי בית המשפט העליון.¹⁰³ הערכאות הנמוכות יותר יישמו הלכה זו פעמים רבות. בחלק מהמקרים הגיעו השופטים למסקנה כי האוחז לא ידע במועד נטילת השטרות שהתמורה טרם סופקה, וכי לא היה עליו לחשוך בדבר, שכן בעת נטילת השטר היה מצבו הכלכלי של מי שהסב לו את השטר תקין, ולנוכח זאת הכירו בתום ליבו של האוחז.¹⁰⁴ במקרים אחרים נפסק כי

98 לרנר **דיני שטרות**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 235.

99 שם, בעמ' 236; פלאטור-שנער "הגנות דיני שטרות", לעיל ה"ש 32, בעמ' 258; עופר צפוני ופלאטור-שנער, לעיל ה"ש 7, בעמ' 27-30.

100 ראו, למשל, ע"א (מחוזי ת"א) 65688-06-15 **דקל מחסני ערובה בע"מ נ' אי.אי. איתמר השקעות בע"מ** (פורסם בנבו, 6.7.2016); ע"א (מחוזי ת"א) 1527/07 **מוסדות נירים ירושלים בע"מ נ' בצלאל** (פורסם בנבו, 1.12.2008); תא"מ (שלום ת"א) 37822-11-14 **הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ נ' ת.מ.י.ד. חברה לבניה והשקעות בע"מ** (פורסם בנבו, 25.1.2018).

101 ראו, למשל, תא"מ (שלום טב') 31771-05-11 **בנק הפועלים בע"מ נ' כ.ע. מערני השדה נ.ע.** (2000) **בע"מ** (פורסם בנבו, 22.7.2013); תא"מ (שלום חי') 49339-06-16 **בנק לאומי לישראל בע"מ נ' דוקוב** (פורסם בנבו, 9.10.2017).

102 ע"א (מחוזי ת"א) 1652/92 **בנק הבנייה בע"מ נ' מלכה**, עמ' 9 (פורסם בנבו, 18.12.1994).

103 ע"א 1925/95 **מלכה נ' בנק הבנייה לישראל** (פורסם בנבו, 5.2.1997). ראו עופר צפוני ופלאטור-שנער, לעיל ה"ש 7, בעמ' 32.

104 להלן כמה דוגמאות: ת"א (שלום ת"א) 23206-12-14 **בנק לאומי לישראל בע"מ נ' ת.מ.י.ד. חברה לבניה והשקעות בע"מ** (פורסם בנבו, 27.6.2016), שבו במועד שבו נטל הבנק את הצ'קים לא נרשמו

האוחז היה מודע לקושי הכלכלי של הנפרע, ולכן ידע שקיימת אפשרות סבירה שהתמורה לא תסופק, והדבר שלל את תום ליבו.¹⁰⁵ בכל המקרים נבדק אם האוחז היה

בחשבון הלקוח פעולות חריגות שהיו אמורות לעורר את חשדו של הבנק. יש לציין כי ערעור על פסק דין זה נדחה (ראו ע"א (מחוזי ת"א) 42171-09-16 ת.מ.י.ד. חברה לבניה והשקעות בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 30.1.2017)), וכך גם בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון (ראו רע"א 2547/17 ת.מ.י.ד. חברה לבניה והשקעות בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (פורסם באר"ש, 12.7.2017)); ת"א (שלום הר') 514/00 הבנק הבינלאומי הראשון בע"מ נ' ב.י.ה.ת. חב' להשקעות בע"מ (פורסם בתקדין, 13.8.2003), שם נקבע כי במקרה הנדון לא חרג החשבון מעבר ליתרה שאושרה על ידי הבנק, וקריסת החברה במקרה זה הייתה מהירה מאוד ובלתי ניתנת לצפייה; ת"א (שלום עכו) 22635-06-11 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' הברזל של באז בע"מ (פורסם בנבו, 7.9.2012), שם נקבע כי על פי הראיות לא היה הבנק מודע לכך שהמסב נמצא בקשיים, שכן עד למועד נטילת הצ'קים התנהל חשבוננו על מי מנוחות ובלא אירועים חריגים; תא"מ (שלום קר') 3265-05-08 בנק מרכנתיל דיסקונט בע"מ נ' שוב (פורסם בנבו, 8.5.2011); ת"א (שלום י-ם) 16274/00 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' הר זהב שירותי מזון בע"מ (פורסם בנבו, 5.9.2001), שם נפסק כי הבנק לא ידע פרטים על עסקת היסוד שבגינה התקבלו הצ'קים; בשי"א (שלום ת"א) 185599/08 קיסריה פנלים נ' בנק אוצר החייל (פורסם בתקדין, 1.3.2009), שם נקבע כי שמועה על קשיים כלכליים אינה מספקת, אלא יש צורך בידיעה ספציפית כדי לשלול את תום הלב של האוחז; ת"א (שלום י-ם) 4887/06 בנק דיסקונט נ' ד.מ. אריאל בע"מ (פורסם בתקדין, 14.9.2008).

105 להלן כמה דוגמאות: בעניין ע"א (מחוזי ת"א) 9877-11-10 רהיטי דורון עיצובים בע"מ נ' בנק המזרחי טפחות בע"מ (פורסם בנבו, 21.2.2011) (להלן: עניין רהיטי דורון), התקבל ערעורה של המושכת, תוך שנקבע, בניגוד לקביעת בית משפט השלום, כי אי-אפשר לקבוע כי במועד נטילת הצ'ק הייתה פעילותו של הלקוח בבנק רגילה ותקינה. בעניין ת"א (שלום י-ם) 18675/01 הבנק הבינלאומי הראשון בע"מ נ' הר זהב שירותי מזון בע"מ (פורסם בתקדין, 16.6.2005) סוחרו צ'קים לבנק על ידי לקוחה שלו – חברה ששימשה עמיל מכס. נפסק כי הבנק הכיר את אופי החשבון, שבו התקבלו תשלומים על מנת לשלם עימם את דמי המכס בעבור צדדים שלישיים, והיה עליו לדעת ולצפות את תהליך הקריסה של החברה. לכן נשלל תום ליבו. בעניין ת"א (שלום ת"א) 18039/06 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' מרדכיוב (פורסם בנבו, 15.4.2007) נקבע כי הבנק אינו אוחז כשורה מאחר שהיה ידוע לו כי לקוחתו נמצאת בקשיים ממשיים. בעניין ת"א (שלום ת"א) 69689/98 שרון סחר בע"מ נ' חן (פורסם בתקדין, 21.2.2002) נפסק, בהסתמך על עניין מלכה, כי מכיוון שהאוחז ידע על הקושי הכספי של המסב ולא פעל נגדו, אלא נגד המושך, הוא לא יוכל להיחשב אוחז כשורה. בעניין תא"מ (שלום אשד') 21057-11-11 כחלון נ' בן עזרא (פורסם בנבו, 24.11.2013) נפסק כי מאחר שהאוחז ידע על מצבו הכלכלי הקשה של המסב, הייתה מוטלת עליו חובה מוגברת לוודא שמדובר בצ'ק תקין אשר התמורה בעבורו התקבלה. בת"א (שלום ת"א) 124625/98 גרינבאום נ' קופת חולים לאומית (פורסם בנבו, 7.7.2002) נקבע, בהסתמך על עניין מלכה, כי "כאשר אדם מקבל שטר בידועו שמצב החברה נותנת השטר אינו תקין אין הוא יכול עוד להיחשב כתם לב משום שמצב החברה הצביע על קשיים, שהיו/שיהיו לה כלפי מושך השטר" (שם, פס' 4). בע"א (מחוזי ח') 1428/00 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' עייני (פורסם בנבו, 21.3.2002) נקבע כי עובדות המקרה דומות לעובדות בעניין מלכה, וכי "מאזן ההסתברויות נוטה לכך, כי חוסר תום הלב של ה[בנק] התקיים כבר במועד סיחור ההמחאות לבנק, שכן הבנק עבד עם החברה ונתן לה אשראי. אין להניח שהחברה התמוטטה באופן פתאומי, אלא בודאי מדובר היה בתהליך שלא נעלם מעיני הבנק" (שם,

משפט ועסקים כב, תש"ף דוקטרינת האחיזה כשורה – כלל ארכאי לשימור יתרון לא הוגן

ער לטיב העסקה בין הצדדים שקדמו לו (בדרך כלל מושך הצ'ק והנפרע) וכן לקשיים במצבו הכלכלי של מי שהסב לו את הצ'ק (בדרך כלל הנפרע).
אולם ניתן להבחין בגישות שונות של השופטים באשר לאופן יישומה של הלכת מלכה. כך, למשל, בעניין ת.מ.י.ד.106 דחה השופט עמית יריב מבית משפט השלום את טענתה של מושכת הצ'ק כי הבנק אינו תם לב שכן היה עליו לדעת כי לקוחתו – הנפרעת בצ'ק אשר הסבה אליו את הצ'ק כנגד קבלת אשראי – מצויה במצב קשה: הוגשו נגדה תביעות נושים, הוטלו עליה עיקולים, וצ'קים חזרו מחשבונה בהעדר כיסוי. נפסק כי "מקום שבו הבנק הפעיל שיקול דעת והחליט להמשיך ולהעמיד אשראי, על הטוען שהיה על הבנק לחדול מהעמדת האשראי לעמוד בנטל כבד במיוחד. בענייננו, היה על הנתבעת להראות כי הבנק פעל ברשלנות או משיקולים זרים, ואין די בטענה סתם כאילו היה על הבנק להימנע מביצוע העסקה".¹⁰⁷ פסק הדין אינו מתמודד באופן מקיף ומשכנע עם מכלול הטענות המצביעות על עשרות צ'קים חוזרים בחשבון הנפרעת, על דוח BDI בדבר חריגות קיצוניות ותביעות בהיקפים ניכרים, על צו עיקול בחשבונה של הנפרעת ועל סיחור הצ'קים לבנק סמוך למועד קריסתה. השופט סבור כי מטעמים של מדיניות משפטית יש לפסוק לטובת הבנק, על מנת שזה לא יעצור ביד קלה את הספקת האשראי לעסקים תוך סירוב לקבל צ'קים דחויים של לקוחות כבטוחה לנוכח סכנה לקיומם של עסקים אלה.¹⁰⁸ מנקודת מוצא כזו קשה לשכנע כי הבנק היה חסר תום לב. השופט אף מטיל את נטל ההוכחה על המושך, בניגוד לקביעה בפקודת השטרות שלפיה נטל ההוכחה יועבר אל הנסב במקרה שבו הוכיח המושך כי התמורה בעבור הצ'ק נכשלה.¹⁰⁹ הרושם המתעורר מקריאת פסק הדין הוא כי הרף שהעמיד בית המשפט להוכחת חוסר תום ליבו של הבנק הוא כזה שאי-אפשר לעמוד בו.¹¹⁰ לעומת זאת, בעניין רהיטי דורון¹¹¹ קיבל השופט גינת את ערעורה של המושכת

פס' 6. כן ראו ת"מ (שלום הר') 22798-08 בנק לאומי לישראל בע"מ – סניף הצפון (804) נ' משה (פורסם בבב, 11.3.2013).

106 ת"א ת.מ.י.ד., לעיל ה"ש 104.

107 שם, פס' 10 (ההדגשה הוספה). נדגיש כי כאשר המושך מוכיח טענת הגנה, על הנסב הנטל להראות כי נתן ערך בתום לב לאחר קרות הפגם. השופט יריב קבע אומנם בפסק הדין כי לא שוכנע שהוכחה טענת הגנה של כשלון תמורה מלא על ידי הנתבעת, אך הוא ציין זאת למעלה מן הצורך, מאחר שהוא קבע כי הבנק הוא אוהז כשורה. לכן דומה שהשופט נפל לכלל טעות משקבע כי טעמים של מדיניות משפטית מעבירים למעשה את נטל ההוכחה אל הנתבעת, ובאופן כה מכביד.

108 שם.

109 ראו ס' 29 (ב) לפקודת השטרות.

110 יש לציין כי בבקשת רשות הערעור על פסק דין זה לבית המשפט העליון, שנדחתה, טענה המבקשת כי הקביעה המטילה נטל הוכחה כבד במיוחד על המושך כדי להראות כי הבנק פעל ברשלנות מטעמי מדיניות משפטית, והמבחנים המשפטיים שהופעלו לבחינת תום ליבו של הבנק, מצדיקים מתן רשות ערעור, אך רשות כזו לא ניתנה מאחר שלא נטען כי הבקשה מעוררת שאלה החורגת מעניינם של הצדדים למחלוקת, וגם אם נפלה טעות ביישום הדין, אין בכך כדי להצדיק מתן רשות ערעור. ראו רע"א ת.מ.י.ד., לעיל ה"ש 104, פס' 4 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

111 עניין רהיטי דורון, לעיל ה"ש 105.

בנסיבות כלכליות דומות (ואולי אף חמורות פחות, אם כי אין די פרטים בפסק הדין להכריע בשאלה זו), בקובעו כי הבנק לא הציג ראיה של ממש לפעילות עסקית תקינה ורגילה במועד הסבתו של הצי'ק הנדון, שבו כבר היו צ'קים של הנפרעת שסורבו על ידי הבנק. מכאן שלפי גישתו של השופט גינת, ובהתאם לסעיף 29(ב) לפקודת השטרות, **הבנק הוא שצריך להוכיח את תום ליבו ואת הראיות לכך שלא היה אפשר לצפות לנוכח מצב החשבון את כשלון התמורה**, ואין להטיל נטל זה על החייב השטרי.¹¹² לסיכום, השקפותיהם של השופטים השונים ביחס לסוגיה זו והמדיניות המשפטית שהם רואים לנגד עיניהם אינן אחידות, ומובילות ליישום שונה של בדיקת תום ליבו של הבנק במקרים השונים. לנוכח זאת תוצאת ההליך אינה יכולה להיצפות מראש, וסיכויי הבנק לזכות בתביעה גדולים. לפיכך בפועל מושכי צ'קים רבים מקבלים ייעוץ משפטי שלפיו סיכוייהם להצליח בהתמודדות המשפטית נמוכים, ורבים מהם חוששים להתמודד עם תביעה מצד הבנק, שעלולה להגדיל את הוצאותיהם במידה משמעותית בשל הריביות, הצורך לשלם בעבור ייצוג משפטי, הסיכון בתשלום הוצאות משפט וכיוצא באלה. לכן רבים מהם פורעים את הצי'קים ונמנעים מלנהל הליך משפטי נגד הבנק.¹¹³

פרק ה: הצדקות לשינוי הדין הקיים

אני סבורה כי יש לשנות את הדין הקיים ביחס לתוצאות ההתנגשות הנדונה. להלן יפורטו ההצדקות לכך.

1. הגנת הצרכן / הגנת הצד החלש

דיני השטרות מעדיפים את האינטרסים של הנסבים על אלה של המושכים, והם נוטים באופן ברור לטובתם של הגופים המממנים, שהם רוב הנסבים.¹¹⁴ אולם, כפי שכבר ציינתי, דיני השטרות נוסחו במקורם על בסיס המציאות במאות השבע-עשרה והשמונה-עשרה – מציאות שכבר אינה מתקיימת החל באמצע המאה התשע-עשרה. בימים ההם לא היה די כסף (הילך חוקי) במחזור; לא היה כלל שימוש בשטרי כסף, אלא רק במטבעות, שהיו עשויים ממתכות יקרות; והיה צורך באמצעי תשלום שישמש לצורך ריבוי העסקאות והרחבת הכלכלות האנגלית והאמריקנית. בתקופה ההיא סוחרו השטרות

112 כקבוע בס' 29(ב) לפקודת השטרות. ראו גם את הדיון לעיל סביב ה"ש 87.
113 ראו לרנר "השטרות במאה העשרים ואחת", לעיל ה"ש 15, בעמ' 458, הקובע כי "מושכים רבים אינם מגישים בקשת רשות להתגונן בשל הסיכוי הנמוך להתגונן בהצלחה מול בנק". יש לציין כי משיחות שקיימתי עם עורכי דין העוסקים בתחום עולה תמונה דומה: עורכי הדין אינם מעודדים את לקוחותיהם להתמודד מול תביעה כזו של בנק, למעט בנסיבות מיוחדות.

114 לרנר **דיני שטרות**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 71.

משפט ועסקים כב, תש"ף דוקטרינת האחיזה כשורה – כלל ארכאי לשימור יתרון לא הוגן

פעמים רבות בטרם נדרש פְּרָעוֹנָם, ונוצר הצורך לעודד את קבלת השטרות כתשלום על ידי צדדים רחוקים, אשר לא הכירו את מושך השטר. אחת הדרכים הייתה באמצעות דוקטרינת הסחרות והאחיזה כשורה, שהבטיחה למקבל השטר כי לא תימצא טענת הגנה כלשהי מעסקת היסוד – שהתרחשה לעיתים זמן רב לפני שנטל את השטר, ולעיתים אף במדינה אחרת ובין צדדים שאינם מוכרים לו כלל, ואשר אין לו כל גישה למידע על אודותיה – ואין הוא נדרש לערוך בדיקות לגביה.¹¹⁵ גם כאשר עברו דיני המסמכים הסחירים תהליך של קודיפיקציה, ולעיתים אף חוקקו מחדש, נראה כי ניסוחם והליך חקיקתם נוהלו ונותבו על ידי האינטרסים של הבנקאים והסוחרים, ולא מתוך ראיית האינטרסים של הצרכנים.¹¹⁶

עם ההכרה הגוברת בחשיבותם של דיני הגנת הצרכן בעשורים האחרונים, יש מדינות שאינן מאפשרות עוד אחיזה כשורה בשטרות צרכניים, כך שטענות ההגנה של הצרכן נשמרות לו ומגינות עליו גם אם השטר סוחר לצד שלישי שקיבל אותו בתום לב ובתמורה. בארצות הברית ניתנה ההגנה לצרכן תחילה על ידי הפסיקה, ולאחר מכן היא עוגנה בחקיקה.¹¹⁷ בישראל אין חקיקה כזו, אף שלרנר התריע על הצורך בה כבר בשנות השמונים של המאה הקודמת,¹¹⁸ תוך שהוא מציין את חוסר הנוחות – שעליו הצביעו רבים – לנוכח העדפת המממן על הצרכן הסובל מכשלון תמורה, והטלת ההפסד הנובע ממחדליו של המוכר על הצרכן, ולא על המממן, בשל כך שהאחרון נחשב ברוב המקרים אוחז כשורה.¹¹⁹ לרנר מציין כי גם בישראל מי שהשפיע לכיוון של השארת החוק

115 זאת, לצד מנגנונים נוספים שהיטיבו עם הצד הרחוק שנטל את השטר – למשל, זכותו לתבוע את פְּרָעוֹן השטר מכל אחד מהמסיבים. ראו Eggert, *Codification and the Victory of Form*, לעיל ה"ש 3, וכן את הדיון לעיל סביב ה"ש 41–46.

116 ראו שם.

117 לרנר **דיני שטרות**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 122. אומנם, ה־UNIFORM COMMERCIAL CODE (החוק האמריקני המקביל לפקודת השטרות הישראלית) אינו מתייחס להיבט זה, אולם בשנת 1975 התקינה ועדת המסחר הפדרלית את תקנה מס' 433, אשר מכונה "Holder in Due Course Rule" אך שמה הרשמי הוא "Trade Regulation Rule Concerning Preservation of Consumers' Claims and Defenses", הקובעת כי אם במסגרת עסקת צרכנות סוחר השטר שמסר הצרכן כתמורה, אזי טענות ההגנה של הצרכן נשמרות לו גם כלפי הצד השלישי שקיבל את השטר (או את חוזה האשראי), ואי־אפשר להתנות על כך. תקנה זו ביטלה בפועל את האפשרות ליהנות ממעמד של אוחז כשורה בשטר שנמסר במסגרת עסקה צרכנית. ראו www.ftc.gov/enforcement/rules/rulemaking-regulatory-reform-proceedings/holder-due-course-rule.

יש לציין כי עוד בטרם הותקנה תקנה זו צמצמה הפסיקה את מעמד האוחז כשורה בנסיבות דומות באמצעות פיתוח התיאוריה המכונה "Close Connection Theory", שלפיה כאשר קיימים יחסים מסחריים קרובים בין הנפרע לנסב, במיוחד כאשר הנסב מממן את פעילותו העסקית של הנפרע, לא ייחשב הנסב אוחז כשורה היכול להתגבר על טענות ההגנה של המושך ביחס לטיב הממכר. ראו את הדיון להלן ליד ה"ש 217–218.

118 שלום לרנר "סחרות ומסמכים סחירים – פרקי מבוא" **מחקרי משפט** ו 38, 56–58 (1988).

119 לרנר מציג את דבריו החריפים של גילמור בהקשר זה – ראו שם, בעמ' 57: "It is hard, and it becomes each year harder, for counsel to explain convincingly why 'the law' requires that a

במתכונתו ואי-שינויו, גם עם התפתחותם של דיני הגנת הצרכן, היו הבנקים, אשר שכנעו את המחוקקים כי בישראל בנקים נותנים אשראי באופן שכיח יותר על סמך צ'קים אלה, ופגיעה במעמד תצמצם את מתן האשראי ללקוחות קטנים ובינוניים, אשר צ'קים אלה הם הנכס העיקרי שיש בידם כבטוחה. ביחס לטענה זו של הבנקים, שמנעה בישראל את תיקון החוק, ארחיב בהמשך.¹²⁰

עמדתו של לרנר אומצה על ידי נשיא בית המשפט העליון שמגר, שהתייחס לנושא בעניין ציטיאט והצביע על כך ש"אפשר ומן הראוי לבחון מחדש את חשיבות המשקל של מעמד הסחרות המהותית (הטהירות) במשפטנו בסיטואציות צרכניות", וזאת במיוחד על רקע העובדה ש"כרגיל, הנסב היא בנק והמושך היא צרכן".¹²¹ הנשיא שמגר אף ציין כי בימינו ירדה קרנו של רעיון הסחרות כרעיון-על בדיני שטרות, וכי שיטת משפט מעודכנת צריכה לצעוד עם רוח הזמן ולספק את המסגרת הנורמטיבית הנאותה והמתאימה למימוש צרכיו המסחריים העכשוויים של הציבור.¹²² בארצות הברית הגישה המטילה את מלוא האחריות על המושך הובלה על ידי המוכרים הקמעונאים, שמטרתם הייתה להביא לידי כך שהתחייבויות התשלום של לקוחותיהם יהיו נטולות טענות הגנה, דבר שהוביל למקרים רבים של הונאות צרכניות.¹²³ לכן שונתה שם חלוקת הסיכון ביחס לשטרות אלה.

אם כן, ברי כי תחושת הצדק נפגעת כאשר הצרכן הפרטי נאלץ לפרוע לגוף הפיננסי צ'ק בנסיבות המתוארות, ויש הסכמה רחבה חוצת מדינות בדבר הצורך לבטל את הסחרות המטריאלית, משמע את האחיזה כשורה, כאשר מדובר בגוף פיננסי התובע צרכן הסובל מכשלון תמורה. כאמור, במדינות רבות כבר נערכו התיקונים הדרושים בדין, אולם בישראל תיקון זה טרם נעשה.

האם הנימוקים שהוצגו תקפים גם כאשר הקונה אינו צרכן פרטי, אלא גוף עסקי כלשהו? כפי שהובהר במסגרת הדיון במאפייני הצדדים להתנגשות, בדרך כלל אותו גוף עסקי יהא עסק זעיר או קטן, אשר שילם באמצעות הצ'ק בעבור סחורה שלא סופקה לו

hard-pressed wage-earner who has been bilked by a now-insolvent seller into buying junk masquerading as a television set or a washing machine must pay the full price to a bank or finance company whose own relationship with the fraudulent seller has been intimate, long-continued and profitable". Grant Gilmore, *The Commercial Doctrine of Good Faith Purchase*, 63 YALE L.J. 1057, 1098 (1954) (להלן: *Doctrines of Good Faith Purchase*).

120 ראו תת-פרק 3 להלן.

121 עניין ציטיאט, לעיל ה"ש 35, בעמ' 518.

122 שם, בעמ' 517.

123 Eggert, *Codification and the Victory of Form*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 428–429. לאחר תלונות רבות בדבר שימוש לרעה בדוקטרינת האחיזה כשורה, נוסח בארצות הברית הכלל הקובע כי בשטרות צרכניים נשמרות טענות ההגנה של הצרכן גם כלפי מי שנחשב או חזו כשורה, כפי שכבר פורט לעיל בה"ש 117.

משפט ועסקים כב, תש"ף דוקטרינת האחיזה כשורה – כלל ארכאי לשימור יתרון לא הוגן

וגם לא תסופק. למונח "צרכן" אין הגדרה זהה בכל ההקשרים,¹²⁴ וההכרעה אם ליתן הגנה מיוחדת על פי דיני הגנת הצרכן מתקבלת בהתאם לצידוק במתן הגנה מיוחדת כזו. באופן מסורתי, תורת המשפט מצדיקה הגנה כאשר קיימים פערי מידע וכוח בין הצדדים.¹²⁵ המבחן המהותי הוא אם ניתן להצדיק את ההגנה הניתנת מנימוקים של חוסר ניסיון, חוסר התמחות או חולשה כלכלית.¹²⁶ אך יש הסבורים כי תכליתיהם של דיני הגנת הצרכן אינן מצטמצמות רק לתכלית המסורתית של צמצום פערי הכוחות בין העוסק לצרכן, אלא ראוי לאמץ תכליות נוספות מעבר לאינטרס של הצרכן עצמו, ביניהן קידום ההגינות במסחר ו"חיזוק האמון בשוק המקומי ובסדר החברתי בכלל".¹²⁷

מרבית החקיקה בישראל אינה מוגבלת לצרכן הביתי, וכוללת במצבים רבים גם לקוחות עסקיים.¹²⁸ אחד החוקים שבהם ניתנת הגנה צרכנית לכל לקוח באשר הוא – בין שהוא עסק קטן או גדול, ובין אם מדובר בתאגיד ובין אם לאו – הוא חוק הבנקאות (שירות ללקוח). במערכת היחסים שבין הבנק ללקוח כל הלקוחות חוסים תחת מטריית ההגנה הצרכנית. הפסיקה אף הרחיבה את החובות המוטלות על הבנקים בהטילה על הבנק חובת אמון כלפי לקוחותיו, שהיא חובה גורפת החלה על כל לקוח ולקוח – בין שהוא יחיד ובין שהוא תאגיד, בין שהוא לקוח מסחרי ובין שהוא לקוח פרטי, בין שפעילותו הבנקאית היא עסקית ובין שהיא צרכנית.¹²⁹ בתי המשפט השתמשו בנימוק של פערי כוחות בין הצדדים כהצדקה טיפוסית שאינה דורשת הוכחה של פערי הכוחות בכל מקרה לגופו. הם תפסו את נחיתות הלקוח כ"נחיתות מגזרית", והפעילו את ההצדקה בדבר פער הכוחות כמעין חזקה שאינה ניתנת לסתירה. החובה חלה על הבנק הן כלפי הלקוח הלא-מתוחכם, הן כלפי הלקוח המתוחכם והמנוסה, ואפילו כלפי זה המסוגל לכלכל את צעדיו ללא צורך בייעוץ מצד הבנק. לא נדרשת הוכחת אמון של הלקוח בבנק; הבנק נחשב בר אמון, ולא בהכרח ככזה שהלקוח האמין בו בפועל. חובת האמון חלה לגבי כל הפעולות, השירותים והעסקאות שהבנק מבצע בשביל הלקוח. כמוזכר לעיל, בית המשפט קבע כי לבנק יש חובת אמון גם כלפי מגוון של צדדים שלישיים,¹³⁰ וניתן אף למצוא התבטאויות לא מעטות בפסיקה ובספרות המטילות על הבנק חובת אמון כלפי כלל הציבור.¹³¹

בהתנגשות שהמאמר עוסק בה אין מדובר בעסקה צרכנית טיפוסית בין מושך הצ'ק לבנק, וגם לא במערכת יחסים של צרכן-עוסק, אולם לנוכח האמור לעיל יש מקום להקיש ולשאוב מדינים אלה. בצד אחד של המתרס עומד כאמור הבנק, המצויד בכוח רב

124 אורנה דויטש מעמד הצרכן במשפט 69 (2002).

125 שם, בעמ' 63–64 ר'70.

126 סיני דויטש "דיני הצרכנות בישראל: קווי מיתאר" מאזני משפט א 11, 26 (2000).

127 אורנה דויטש מעמד הצרכן במשפט, לעיל ה"ש 124, בעמ' 20.

128 סיני דויטש, לעיל ה"ש 126, בעמ' 13.

129 ראו פלאטו-שנער חובת האמון הבנקאית, לעיל ה"ש 76, בעמ' 78.

130 שם, בעמ' 122–143.

131 ראו לעיל בתת-פרק 31, ליד ה"ש 74–78.

ובידע רב, וכפי שנראה בהמשך¹³² – גם ביכולת העדיפה למנוע את ההתנגשות. מעורבותם של הבנקים בחיים הפיננסיים של כל פרט ופרט ושל כל גוף עסקי היא עמוקה ומקיפה, הם שוקדים על הגברת אמון הציבור בהם, ולכן סביר שיוטלו עליהם חובות שמטרתן להגשים את הציפיות שהם תורמים להיווצרותן.¹³³ בצד האחר עומד עסק כלשהו, בדרך כלל קטן, שאין לו הבקאות בדיני השטרות וההבנה המלאה לאפשרות שהוא יאלץ לפרוע את הצי'ק לבנק גם אם לא יקבל את הסחורה. גם במקרים שבהם המושכים מבינים כי אי-הגבלה של סחרות הצי'ק עלולה לסכנם בהתנגשות המתוארת, פעמים רבות הם אינם יכולים להתנהל אחרת, שכן המוכרים אינם מוכנים לעיתים לספק את הסחורה – שהמושכים כה זקוקים לה כדי לתפעל את עסקיהם – ללא קבלת צ'ק שאינו מוגבל בסחרות. בהינתן שקיימים פערי מידע וכוח ניכרים בין הצדדים, ובמיוחד כאשר באחד מצדי המתרס עומד תאגיד בנקאי המעוניין ליתן אשראי ללקוחו ומתעלם מכך שקיימת סבירות שמי שיצטרך לשאת בעלות המימון הוא "לקוח של הלקוח" שסבל מכשלון תמורה, ומאחר שהעוצמה הכלכלית של הבנק מונעת את יכולת ההתמודדות עימו כשווה,¹³⁴ יש הצדקה לקבוע כללים שיספקו הגנה לצד החלש במצב זה.

2. הקונה כמעין ערב לחובות הנפרע

על פי דיני השטרות במוכן הצר, המעורבים בהתנגשות הם מושך (הקונה), נפרע (המוכר) שהסב את הצי'ק, ונסב (הבנק). אולם ניתוח רחב יותר מוביל למסקנה כי הקונה משמש מבחינה מהותית ערב למוכר: סיחור הצי'ק לבנק נעשה במסגרת עסקת הלוואה, שבה המוכר הוא הלווה, הבנק הוא המלווה, והבטוחה להחזר הלוואה היא הצי'ק שמשך המושך. יש למעשה שלושה צדדים לעסקה זו: לווה, מלווה, והקונה, שייאלץ לפרוע את הצי'ק למלווה אף שלא קיבל תמורה, אם הלווה לא ישיב את הלוואה לבנק. מכאן שהקונה הוא למעשה מעין ערב ללווה. יש להדגיש כי עסקינן במצב שבו אילו נשאר הצי'ק בידיו של המוכר הלווה, ולא היה מסוחר לבנק, לא היה על הקונה לפרוע אותו בשל כשלון התמורה. אך בשל השימוש שעשה הלווה בצי'ק, קרי מסירתו לבנק כבטוחה לאשראי שנטל הלווה, ייאלץ כאמור הקונה לפרוע את הצי'ק לבנק אף שסבל מכשלון תמורה מלא. הבנק יתבע בדרך כלל את הקונה לפרעון הצי'ק רק כאשר המוכר (לקוחו של הבנק) הוא חדל פירעון. כאשר המוכר בעל יכולת פירעון, יעדיף הבנק שזיכה את חשבוננו בעת הפקדת הצי'ק לחזור ולחייב את חשבון המוכר, ולדרוש ממנו את כיסוי חובותיו.¹³⁵ השימוש בצי'ק כמשכון מעניק לבנק את היתרונות של שתי מערכות דינים:

132 ראו להלן בתת-פרק ה-3.

133 רות פלאטר-שנער "הסודיות הבנקאית לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, והשיח החוקתי החדש" **קריית המשפט** ח 71, 79 (2009); ריקרדו בן-אוליאל **דיני בנקאות – חלק כללי** 102–105 (1996).

134 ע"א 11120/07 **שמחוני נ' בנק הפועלים בע"מ**, פס' כה לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם באר"ש, 28.12.2009).

135 **לרנר דיני שטרות**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 392–394.

משפט ועסקים כב, תש"ף דוקטרינת האחיזה כשורה – כלל ארכאי לשימור יתרון לא הוגן

דיני השטרות, המאפשרים לו להתגבר על כשלון התמורה שספג הקונה; ודיני המשכון, ההופכים אותו לנושה מובטח כלפי נושים אחרים של המוכר.¹³⁶ האם ראוי במצב זה להעניק לבנק יתרונות אלה מבלי שהוא יישא בחיסרון הנובע מכך שמבחינה מהותית הקונה הינו ערב למימון שהבנק בחר להעניק למוכר?

על פי חוק הערבות, ערבות היא התחייבות של אדם לקיים חיובו של אחר כלפי אדם שלישי, והיא יכולה לחול על חוב קיים או עתידי, על מלוא החוב או על חלקו.¹³⁷ הערבות נוצרת בדרך כלל בהסכם בין הערב לבין הנושה.¹³⁸ אולם יש מצבים שבהם הדין מכיר באדם כערב גם מבלי שחתם על חוזה שהוכתר כחוזה ערבות. כך, למשל, הוכרו בני הזוג צוברי כערבים להלוואה שנטלו בני הזוג ג'רבי, אף שלא חתמו על חוזה ערבות, אלא חתמו על חוזה ההלוואה עצמו כ"לווה נוסף".¹³⁹ בית המשפט העליון קבע כי קיים חשש שהפרקטיקה של החתמת צד שלישי שאינו מקבל ונהנה מכספי ההלוואה כלווה נוסף הינה בגדר פיקציה משפטית שנועדה לעקוף את הוראות חוק הערבות ולמנוע מהצד השלישי את ההגנות המוענקות בדין לערב. לכן הנחת המוצא במקרים כאלה תהא כי מדובר בערב.¹⁴⁰ לטעמי, בהתנגשות הנדונה מתקיים רציונל דומה. גם אם הקונה מודע לאפשרות שהצ'ק שמסר ישמש בטוחה לאשראי שייטול המוכר וגם אם אין הוא מודע לכך, זהו תפקידו הפונקציונלי במצב הנדון. סיחורו של הצ'ק לבנק כבטוחה לאשראי – פעולה שהמוכר רשאי לעשות באין הגבלת סחרות על הצ'ק – יוצרת בפועל מצב שבו המושך ערב לחובו של המוכר. אם המוכר יפרע את חובו, לא ייאלץ הקונה לפרוע את הצ'ק, אולם אם המוכר לא יפרע את חובו, ייתבע הקונה על ידי הבנק לפרוע הצ'ק.

נפסק כי כאשר מדובר במערכת יחסים בין בנק לבין ערב, לבנק יש חובת אמון כלפי הערב. המשמעות היא שעקב יחסי אמון אלה הבנק נדרש לסטנדרט התנהגות גבוה במיוחד כלפיו.¹⁴¹ חלק מחובה זו משמעה חובת גילוי רחבה מאוד ומהותית.¹⁴² חובת הגילוי כוללת בחובה כמה נדבכים. היא מטילה על הבנק את החובה למסור לערב כל עובדה או נתון מהותי לצורך קבלת החלטה אם להיות ערב ללווה, את החובה לגלות ולהסביר לו על העסקה, משמעותה ותוצאותיה האפשריות, ואת החובה לוודא כי הלה

136 ש.ם.

137 ס' 1 לחוק הערבות, התשכ"ד-1967.

138 ס' 3 לחוק הערבות.

139 עניין צוברי, לעיל ה"ש 75.

140 ש.ם, פס' 30–39 לפסק דינו של השופט מלצר. ש.ם, בפס' 34 לפסק דינו, מונה השופט מלצר תנאים שבהתקיימותם ייחשב הצד השלישי לווה, ולא ערב. המשנה לנשיאה רובינשטיין לא מצא לנכון להכריע בסוגיה זו, אך הביע חשש שהתנאים שקבע השופט מלצר למצבים שבהם ייחשב הצד השלישי לווה נוסף יפתחו פתח לבנק לכפות זאת על הצדדים. השופט סולברג הצטרף לחשש זה.

141 ש.ם, פס' ג לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין. ראו גם פלאטו-שנער **חובת האמון הבנקאית**, לעיל ה"ש 76, בעמ' 115–122.

142 וזאת בין שמדובר בערב רגיל, יחיד או מוגן. אציין כי תאגיד אינו יכול להיחשב ערב יחיד או מוגן, אך גם כלפיו קיימת כאמור חובת אמון.

הבין את כל האמור.¹⁴³ חובה זו חלה גם כאשר הערבות ניתנה על רקע עסקי או מסחרי, גם כאשר הערב סביל ואינו דורש בעצמו הסברים, ואף כאשר הערב מקבל ייעוץ משפטי עצמאי.¹⁴⁴ רציונל דומה מתקיים גם בהתנגשות הנדונה, ולכן יש להטיל על הבנק חובות דומות כלפי הקונה ולוודא את נכונותו לשמש מעין ערב למוכר, כאשר מצבו הכלכלי של האחרון פרוש לפניו והוא מבין היטב את משמעות האפשרות שהוא יצטרך לפרוע את הצ'ק לבנק גם מבלי שיקבל את התמורה שהובטחה לו.

המגמה להעדיף עקרונות של הגנה על צדדים חלשים יותר בעסקאות שונות שמעורבים בהן גופים פיננסיים גוברת בשנים האחרונות. כך, בסעיף 31 לחוק הערבות קבע המחוקק כי פרק ב לחוק, המיועד לספק הגנות לערבים המוגדרים בו, יעניק את ההגנות הקבועות בו לערבים להלוואה שניתנה על ידי גוף העוסק במתן הלוואות גם אם ערבותם הינה ערבות שטרית, ואף אם ההגנות עומדות בסתירה לקבוע בפקודת השטרות.¹⁴⁵ באופן דומה, תיקון לחוק אשראי הוגן מעניק הגנה ללווה מפני אוחז בשטר שעליו חתם במסגרת עסקת הלוואה, ומאפשר ללווה לטעון טענות הגנה כנגד האוחז בשטר גם אם הוא צד שלישי, אלא אם כן קיבל האוחז את השטר בתום לב ובתמורה, ונוסף על כך לא ידע כי מקור השטר בחוזה הלוואה.¹⁴⁶

ניתן לטעון כי השטר הינו גם חפץ, ולכן מבעד למשקפיהם של דיני הקניין, משמסר המושך את הצ'ק למוכר, הצ'ק הוא רכושו של המוכר, אשר משכן לבנק נכס ששייך לו עצמו כבטוחה לאשראי שנטל. אולם לגישתי, אין לנתח את הזכויות הגלומות בשטר מבעד למשקפיהם של דיני הקניין בלבד, כשם שאין לנתחם אך ורק באמצעות דיני השטרות במוכח הצר. בשטר מגולמת הוראת תשלום מותנית,¹⁴⁷ וכבר נפסק כי בין הצדדים לשטר דינו כדין חוזה.¹⁴⁸ כאשר אדם מעביר לאחר את זכויותיו על פי החוזה,

143 פלאטו־שנער **חובת האמון הבנקאית**, לעיל ה"ש 76, בעמ' 392–396.

144 שם, בעמ' 397–402. ראו גם ת"א (מחוזי ת"א) 621/97 **פרי עץ חיים בע"מ נ' בנק הפועלים סניף אשדוד** (פורסם בנבו, 29.12.2005).

145 פרק ב לחוק הערבות מייצג תפיסה המנוגדת לתפיסה של פקודת השטרות. פקודת השטרות שמה את הדגש בוודאות הפירעון, מהסיבות שמניתי בתחילת המאמר. פרק ב לחוק הערבות נועד להגן על הערב, עקב יחסי הכוחות הלא-שווים בינו לבין הנושה, הוא הגוף הפיננסי העוסק במתן הלוואות. המחוקק בחר כאמור להחיל את פרק ב לחוק הערבות גם על ערבות לשטר. ראו רות פלאטו־שנער "ערבות לשטר – הפער הנורמטיבי בין עקרון ודאות הפירעון לבין משטר הגנת הערב" **ספר שמגר – מאמרים** חלק ג 437 (2003).

146 ס' 11 לחוק אשראי הוגן. נרקיס ושיידמן, לעיל ה"ש 69, בעמ' 221–225, סבורים כי יש בהוראה זו כדי להצביע על העדפה של הלווה כלפי צדדים שלישיים וכלפי זכויותיהם מכוח דיני השטרות. חוק זה גם מרחיב את ההגנות הקיימות למי שערב להחזר הלוואה, ומשווה את מעמד הערב למעמד החייב. ראו ס' 12 לחוק וכן נרקיס ושיידמן, שם, בעמ' 227.

147 לרנר **דיני שטרות**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 75–81; לירן חיים "אחריות בנקאית במערכת היחסים בכרטיס חיוב בכלל ובעת ביטול הוראת פירעון בפרט (בעקבות תיקון מספר 4 לחוק כרטיסי חיוב, התשמ"ו-1986) **משפטים** מב 905 (2012).

148 דנ"א 258/98 **צמח נ' שלשבסקי**, פ"ד נה(4) 193, 196 (1998); רע"א 6250/98 **Nordland Papier AG נ' מפעלי ייצור והוצאה לאור (ירושלים) מ.ס.ל. בע"מ**, פ"ד נג(2) 274, 281 (1999).

משפט ועסקים כב, תש"ף דוקטרינת האחיזה כשורה – כלל ארכאי לשימור יתרון לא הוגן

הן כפופות לטענות ההגנה של החייב, כפי שפורט לעיל בפרק ב.¹⁴⁹ לכן מסקנתי היא כי בנסיבות ההתנגשות הנדונה אין להתייחס לצ'ק כאל חפץ שבבעלות המוכר; המוכר לא משכן נכס שלו כבטוחה לאשראי שקיבל, אלא משכן את זכותו לפירעון מהמושך. לסיכום, מאחר שמבחינה מהותית המושך (הקונה) הינו ערב לנפרע (המוכר), יש בכך כדי להצדיק את שינוי הדין הקיים באופן שיעניק יתר הגנה למושך בנסיבות הנדונות.

3. חלוקת הסיכון הראויה בין הצדדים להתנגשות

יסוד הטהירות, משמע היכולת לקבל מעמד של "אוחז כשורה" בשטר, משקף חלוקת סיכונים בין מושך הצ'ק לנסב שהצ'ק סוחר אליו. מכוח הסיחור שיצר את הטהירות, תוצאותיה של התנהגות לא ראויה מצד הנפרע יוטלו על המושך, ולא על הנסב. על פניו, חלוקת סיכונים זו נראית צודקת: המושך היה יכול לברר על הנפרע בטרם מסר לו את הצ'ק, הוא היה יכול למסור את הצ'ק רק לאחר קבלת התמורה, והוא היה יכול להגביל את סחרותו של הצ'ק. הנסב, לעומת זאת, אינו מכיר את המושך, עריכת בירורים עליו ועל עסקת היסוד שבגינה נמשך הצ'ק תיקר ותכביד את הסיחור, ולכן הנסב רשאי להניח כי אין בעיות בעסקת היסוד וכי המושך יפרע את השטר.¹⁵⁰ בהקשר שמאמר זה דן בו עסקינן בנסב שהוא מממן. דיני השעבודים עומדים לטובת המממנים, אך דיני הסחרות מרחיקים לכת עוד יותר בהגנה הניתנת להם: הם אינם עוסקים בחלוקת נכסיו של חדל הפירעון, אלא בנטילת נכסים מגוף אחד שכת עסקה עם חדל הפירעון – עסקה שנכשלה – והעברתם אל המממן, למרות כשלון העסקה. חלוקת סיכון כזו מחייבת קיום אינטרסים חזקים מאוד לטובת המממנים. האם הם קיימים?¹⁵¹

יש הטוענים שאינטרסים כאלה אכן קיימים. ניתן לומר כי האחיזה כשורה מקטינה את הסיכונים במתן אשראי, והדבר מיטיב עם כלל הציבור הנעזר בגופים הפיננסיים, שכן עלות האשראי המופחתת באה לידי ביטוי בירידת מחירים, בירידה בשערי הריבית וכיוצא באלה. הבנקים מגינים בנחרצות על חלוקת סיכונים זו מסיבה נוספת. לטענתם, הצ'קים הדחויים נפוצים מאוד כבטוחה לאשראי בקרב עסקים קטנים, ולנוכח היותם אחד הנכסים המשמעותיים ביותר שיש לעסקים אלה לצורך קבלת אשראי – אשר ממילא אינו מספק – שינוי חלוקת הסיכון יביא לידי כך שצ'קים אלה לא יהוו עוד בטוחה ראויה לאשראי, וכתוצאה מכך לא יוכלו עסקים רבים לגייס את האשראי שהם זקוקים לו. הדבר יוביל להאטה בפעילות הכלכלית ולסגירת עסקים רבים, ויפגע בכלל הציבור.

יש לציין כי את הטענה הזו השמיעו הבנקים נגד הכוונה לתקן את החוק¹⁵² ולקבוע כבררת מחדל הגבלת סחרות מודפסת על טופס הצ'ק, שכן כאשר צ'ק מוגבל בסחרות,

149 ראו את הדיון לעיל סביב ה"ש 48–56.

150 לרנר דיני שטרות, לעיל ה"ש 4, בעמ' 101.

151 שם, בעמ' 124–127.

152 ס' 5 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח).

אין הוא יכול לשמש בטוחה לאשראי, שכן הוא אינו ניתן לסיחור. התיקון נעשה בשנת 2011, ושוק האשראי נותר על תילו.¹⁵³ הבנקים חזרו על הטענה בדבר הפגיעה הצפויה בשוק האשראי גם ביוצאם נגד ביטול הלכת גויסקי.¹⁵⁴ והנה, ההלכה בוטלה בסוף שנת 2015, ואין סימנים להתמוטטות שוק האשראי; להפך, בשנים האחרונות, כפי שיוצג להלן, יש דווקא עלייה בכמות האשראי לעסקים הקטנים והבינוניים. בארצות הברית השמיעו הגופים המממנים אותה טענה במסגרת התנגדותם רבת השנים לתיקון החוק ולהגנה על צרכנים פרטיים. לקראת חקיקת הכלל המבטל את האפשרות לאחוז כשורה בשטרות צרכניים¹⁵⁵ הזהירו גופים אלה מפני נזקים נרחבים: נטען כי עלויות האשראי של הצרכנים יעלו, ששוק האשראי ייובש כליל, ובעיקר שהכלל יוביל למותם של עסקים קטנים ותעשיות שלמות. למרות איומים אלה הותקן הכלל, ובמקום התוצאות הרות האסון שנחזו, ספקי האשראי התאימו את עצמם לכלל החדש, ונרשמה רק ירידה קלה באשראי הזמין.¹⁵⁶ הראיה הטובה ביותר לחוסר ההשפעה הממשית של הכלל על שוק האשראי הייתה העדר פעילות מצד השדולה של הגופים הפיננסיים לאחר התקנת הכלל. כאשר ועדת המסחר הפדרלית¹⁵⁷ ביקשה תגובות וביקורות על הכלל לאחר תקופה ממועד התקנתו, התקבלו תגובות ספורות בלבד.¹⁵⁸ גם מי שהגדיר את עצמו כמגן שוק האשראי בארצות הברית ציין עוד קודם להתקנת הכלל כי בסביבה מכובדת – סוחרים מכובדים, מוצרים מכובדים, מממנים מכובדים – אין צורך בחופש מפני טענות הגנה. זמנו חלף.¹⁵⁹

עם זאת, אין להתעלם מכך שבישראל הפרקטיקה של שימוש בצ'קים דחויים כבטוחה לאשראי הינה שכיחה הרבה יותר, ולגבי עסקים רבים צ'קים אלה מהווים מרכיב משמעותי מסל הבטוחות שהם יכולים להמציא לבנק כדי לקבל אשראי. לא זו אף זו, הכלל בארצות הברית קובע כי בשטרות צרכניים אי אפשר לאחוז כשורה, ואילו מאמר זה מבקש לקבוע כלל רחב יותר, שיחול גם ביחס לצ'קים שנמשכו על ידי בתי עסק. ואם לא די בכך, בישראל אכן קיימת מצוקת אשראי לעסקים קטנים ובינוניים. בדוח של מרכז המחקר והמידע של הכנסת משנת 2015 נקבע כי אחד הקשיים העיקריים של עסקים קטנים ובינוניים הוא גישה מוגבלת לאשראי, שעלולה להשפיע לרעה על יכולת ההישרדות שלהם – היא עלולה להוביל למחסור בהשקעות ולפגיעה ביכולתם

153 ראו רע"א טל טרידינג קורפ, לעיל ה"ש 6, פס' 14 לפסק דינו של השופט הנדל.

154 שם.

155 ראו לעיל ה"ש 117.

156 JAMES J. WHITE ; בעמ' 428–430, Eggert, *Codification and the Victory of Form* & ROBERT S. SUMMERS, UNIFORM COMMERCIAL CODE 503 (4th ed. 1995); Edward L. Rubin, *Learning from Lord Mansfield: Toward a Transferability Law for Modern Commercial Practice*, 31 IDAHO L. REV. 775, 789 (1995).

157 שהתקינה את הכלל המחייב – ראו לעיל ה"ש 117.

158 Eggert, *Codification and the Victory of Form*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 430.

159 Homer Kripke, *Consumer Credit Regulation: A Creditor-Oriented Viewpoint*, 68 COLUM. L. REV. 445, 473 (1968).

משפט ועסקים כב, תש"ף דוקטרינת האחיזה כשורה – כלל ארכאי לשימור יתרון לא הוגן

לצמוח ולהתפתח, ולגרום להחזקת מלאי נמוך, שעלול להחבטא גם בפריון עבודה נמוך.¹⁶⁰ ברוח מוצעות דרכים מגוונות לעידוד מגזר זה, ביניהן פיתוח שוק האיגוח לעסקים קטנים ובינוניים, הקמת קרנות אשראי בערבות מדינה, פיתוח שוק הון חוץ-בנקאי לעסקים קטנים ועוד.¹⁶¹ הדוח אף ממליץ על הפרדה בין הבעלות על הבנקים לבין הבעלות על חברות כרטיסי האשראי, אשר מתבצעת בפועל בימים אלה ומיועדת להקטין את הריכוזיות הקיימת באשראי הקמעונאי בישראל ולהגביר את התחרות בשוק האשראי, דבר שיוביל, בין היתר, לזמינות גבוהה יותר של אשראי במחירים תחרותיים.¹⁶²

אכן, פעולות שונות נעשות על מנת להקל את מצוקת האשראי של עסקים אלה. מדוח של משרד הכלכלה והתעשייה משנת 2017 עולה כי בשש השנים האחרונות יש עלייה בהיקף האשראי הבנקאי הניתן להם, וכי היקף ההלוואות שהקרן להלוואות בערבות מדינה העמידה לעסקים אלה גדל.¹⁶³ יש לציין כי החל בחודש מרץ 2016 החלה לפעול קרן חדשה לעסקים קטנים ובינוניים בערבות המדינה, אשר להבדיל מקרנות קודמות, מקור המימון בה כולל – נוסף על כספי הבנקים – גם כספים של גופים מוסדיים (חברות ביטוח וקרנות פנסיה), במטרה להרחיב את היצע האשראי לעסקים. נוסף על כך נעשו בקרן שינויים במטרה לתת מענה לצורכי המימון המשתנים של מגזר העסקים הקטנים והבינוניים.¹⁶⁴ מרבית העסקים דיווחו על עלייה בהיקף האשראי שלהם בשנת 2017. 67% מהעסקים דיווחו כי יש בידם את כמות האשראי המתאימה לצורכיהם.¹⁶⁵ הסוכנות אף סייעה בהקמת קרנות נוספות לתמיכה בעסקים שונים, אשר גייסו אף הן והעניקו אשראי לעסקים.¹⁶⁶

אין ספק שחוסר באשראי לעסקים קטנים ובינוניים עלול לפגוע בצמיחת המשק כולו, אולם ניכר כי מחסור זה היה קיים עוד קודם לכן, ללא קשר לשינוי הדין המוצע במאמר זה, וניכר כי יש דרכים רבות ומגוונות שעשויות להביאו לידי פתרון וכי שינויים רבים לתיקון המצב אכן נעשים, כמתואר לעיל. יש גם דרכים נוספות להגדיל את היצע האשראי – למשל, באמצעות הקמת פלטפורמות לתיווך אשראי ציבורי, שהחלו לצבור

160 איתמר מילרד תיאור וניתוח מגזר העסקים הקטנים והבינוניים וחלקו באשראי העסקי 6–8 (הכנסת, מרכז המחקר והמידע, 2015) fs.knesset.gov.il/globaldocs/MMM/671107dc-1277-e511-80d1-00155d0ad6b2_11_8146.pdf

161 שם, בעמ' 14–18.

162 שם.

163 דוח משרד הכלכלה והתעשייה, לעיל ה"ש 64, פרק 6.

164 דוח על פעילות הקרן בשנים 2016–2018 מעיד על ההיקף הגדל של ההלוואות הניתנות באמצעות הקרן, על הגופים המשתתפים במימון, על הריביות ועוד. ראו משרד האוצר – חטיבת המימון והאשראי נתונים על פעילות קרן ההלוואות לעסקים קטנים ובינוניים בערבות המדינה (2019) .mof.gov.il/AG/FinancingAndCredit/StateGuarantees/Documents/BusinessLoansFound.pdf

165 ראו דוח משרד הכלכלה והתעשייה, לעיל ה"ש 64, בעמ' 9.

166 שם, בעמ' 29–30.

תנופה בשנים האחרונות.¹⁶⁷ המשך קיומו של דין אשר לא רק אינו צודק, אלא גם אינו יעיל מבחינה כלכלית, כפי שיובהר להלן, לא יביא לידי מקסום הרווחה החברתית;¹⁶⁸ ההפך הוא הנכון.

ראשית, מבחינת מאזן הנזק, כאשר הקונה נאלץ לפרוע את הצ'ק למרות כשלון התמורה, הפגיעה בו כפולה: הוא נפגע הן מאי-קבלת התמורה והן מהדרישה לשלם בעבורה למרות אי-קבלתה. לעומת זאת, הגוף המממן נהנה הן מהאפשרות להיפרע מבית העסק (כל עוד הוא אינו חדל פירעון) והן מהאפשרות להיפרע מהקונה. כך, למשל, חוזי ניכיון שנערכים בין הבנק לבין המוכר הנפרע מציינים כי אם הצ'ק לא ייפרע מכל סיבה שהיא, אזי חשבון הבנק של המוכר יחויב באורח מידי בכל סכום הצ'ק. חברות חוץ-בנקאיות המבצעות עסקות ניכיון נוהגות להחתים את המוכר על ערבות לפרעון הצ'ק או דורשות שהוא ימציא בטוחות למצב שבו הצ'ק לא יכובד. כאשר מדובר במשכון צ'ק כבטוחה לאשראי, הצ'ק מאפשר למלווה להיפרע מהקונה מושך הצ'ק, בצד זכותו להיפרע מהמוכר – הוא הלווה עצמו – בדרכים שונות, כגון באמצעות מימוש בטוחות אחרות שהמוכר מסר למלווה.¹⁶⁹

נוסף על כך, לבנק יש מידע רחב ביותר על עסקיו של המוכר ומצבו הפיננסי, והוא יכול להימנע ממתן האשראי במצבים של סיכון גבוה להספקת התמורה על ידיו, או לתמחר את האשראי ולגבות תוספת סיכון בדמות עמלה וריבית בהתאם להערכת מסוכנותה של עסקת המימון. הבנק גם נערך מראש לצמצם את הנזק העלול להיגרם לו במקרה שהסיכון בעסקה יתממש. כך, למשל, בנק המקבל צ'קים כבטוחה לאשראי אינו מעניק אשראי ללקוחו בגובה סכום הצ'ק, אלא שומר על "מרווח ביטחון" ומעניק אשראי בסכום נמוך יותר, בהתאם להערכת הסיכון שגיבש ביחס למוכר ולעסקת האשראי הנדונה.¹⁷⁰ באופן דומה, חברות חוץ-בנקאיות המבצעות עסקאות של ניכיון צ'קים נוטלות עמלה גבוהה, המגלמת את הסיכון הכרוך בכך שהצ'ק לא ייפרע.¹⁷¹

שנית, הגורם המממן יכול גם לפזר את הנזק טוב יותר מהמושך, אשר ייאלץ לשאת בנזק לבדו. המשמעות של נשיאת מלוא הנזק על ידי המושך יכולה להיות התמוטטות

167 למשל, פלטפורמות p2p, המקובלות במקומות רבים בעולם. ראו הסבר על הלוואות חברתיות באתר משרד האוצר: "מהן הלוואות חברתיות?" **האוצר שלי** <http://haotzarsheli.mof.gov.il/Subject/Pages/p2p.aspx>.

168 העיקרון של מקסום הרווחה החברתית (יעילות) מבטא את נקודת האיזון שבה הסכום של נזקי ההתנגשות ושל הוצאות מניעתה נמוך ככל האפשר, כפי שיפורט להלן. ראו אריאל פורת "פרק ו: דיני נזיקין" **הגישה הכלכלית למשפט** 271, 274–275 (אוריאל פרוקציה עורך, 2012) (להלן: פורת "דיני נזיקין"); גלבוע, לעיל ה"ש 85, בעמ' 430.

169 עופר צפוני ופלאטר-שנער, לעיל ה"ש 7, תת-פרק 6ג, במיוחד סביב ה"ש 140. שם.

171 כך, למשל, חברת CashOnline מפרסמת באתר המרשתת שלה כי הפרמטרים לקביעת עמלת הניכיון שהיא גובה הם איתנותו הפיננסית של הלקוח, רמת הסיכון של מושך הצ'ק, תקופת הזמן עד לפרעון הצ'ק, רמת ההיכרות עם הלקוח, גובה הריבית במשך וקיומם של בטחונות למקרה שהצ'ק לא יכובד. ראו "כמה עולה ניכיון צ'קים?" **CashOnline** www.cashonline.co.il/---c1y4d.

משפט ועסקים כב, תש"ף דוקטרינת האחיזה כשורה – כלל ארכאי לשימור יתרון לא הוגן

עסקו. המממן, לעומת זאת, יכול לפזר את הנזק על כלל נוטלי האשראי והנהנים משירותיו. לרנר מציין כי בנקים מסוגלים לפזר את הסיכון מחדלות פירעון של לקוח שלהם – המוכר במקרה הנדון – על פני כלל לקוחותיהם, וכי אין הצדקה לפגיעה חמורה במושך שעמד בקשר עסקי עם המוכר חדל הפירעון.¹⁷²

שלישית, מבחינת היכולת למנוע את הנזק, מונע הנזק הזול הוא זה שלהטלת האחריות עליו יש הסיכוי הרב ביותר למזער את הסך הכולל של נזקי התאונות והוצאות מניעתן.¹⁷³ הבנקים וחברות המימון, שהינם גופים בעלי ידע ויכולת כלכלית העולים לאין ערוך על אלה של לקוחותיהם, יכולים בקלות יחסית לערוך בירור ביחס לצ'קים שהם מקבלים כבטוחה לאשראי או לצורכי ניכיון, לבדוק אם התמורה בגינם ניתנה אם לא, וכן לבחון את מצבו הכלכלי של מבקש המימון. ביכולתם להימנע ממתן המימון או לעכבו במקרים שבהם התמורה טרם סופקה, או לתיתו רק כאשר הם משוכנעים כי התמורה אכן תסופק, שאז אכן מדובר בבטוחה טובה. אומנם, מאפיינים חשובים של השטר הם עקרון הקונקלוסיביות ועקרון ודאות הפירעון, הבאים למנוע את הצורך בבדיקות בדבר מהות הזכות המגולמת בשטר.¹⁷⁴ אולם כאשר מדובר בגורם מממן מקצועי, השוקל אם לקבל שטר כבטוחה או לניכיון, להבדיל מסיחור פשוט של השטר כאמצעי תשלום, ניתן לצפות שהוא יקיים את הבדיקה האמורה וישמש מונע הנזק הזול בפרשה.

חיזוק לחובת הבדיקה ניתן לשאוב מכללי תקנת השוק. עקרון יסוד הטבוע בשיטה המשפטית הישראלית ובדיני הקניין הוא שאין אדם יכול להעביר לאחר זכויות רבות יותר מכפי שיש לו עצמו ("nemo dat quod non habet").¹⁷⁵ אולם לכלל זה יש חריג, המוכר כתקנת השוק.¹⁷⁶ תקנות שוק קיימות, למשל, בעסקאות במקרקעין,¹⁷⁷ במכר מיטלטלין¹⁷⁸ ובמשכונות.¹⁷⁹ עיקר השימוש בהן הוא בסיטואציות שבהן קיימת התנגשות בין זכויות קנייניות של שני צדדים רחוקים שאין ביניהם קשר של חוזה, ואשר לכל אחד מהם יש אינטרס לגיטימי וראוי להגנה.¹⁸⁰ ההכרעה בין הזכויות המתחרות תיפול על פי השאלה אם הנעבר עומד בתנאיה של תקנת השוק. עקרונות אלה חלים גם

172 לרנר **דיני שטרות**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 402.

173 פורת "דיני נזיקין", לעיל ה"ש 168, בעמ' 282.

174 סמדר אוטולנגי "תנאי ותניה בשטר" **גבורות לשמעון אגרנט** 381, 384 (מרדכי קרמניצר ורות גביוון עורכים, 1986); פלאטו-שנער "הגנות בדיני שטרות", לעיל ה"ש 32, בעמ' 255.

175 למרות היותו עקרון יסודי, כלל זה אינו מצוי בחוק. עם זאת, בהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, ה"ח 712, נקבע במפורש, בס' 507, כי "אין אדם יכול להקנות זכות בנכס העולה על זכותו שלו באותו נכס, אלא אם כן נקבע אחרת בחיקוק".

176 ראו פירוט אצל עופר צפוני ופלאטו-שנער, לעיל ה"ש 7, בעמ' 24-27.

177 ס' 10 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969.

178 ס' 34 לחוק המכר, התשכ"ח-1968.

179 ס' 5 לחוק המשכון.

180 איל זמיר **חוק המכר, תשכ"ח-1968** 679-681 (1987).

ביחס לתקנת השוק השטרית המגולמת במוסד האחיזה כשורה.¹⁸¹ כעיקרון, מסב של שטר אינו יכול להעניק לנסב זכויות רבות יותר מכפי שיש לו עצמו בשטר. המסב, שהוא המוכר במקרה הנדון, כפוף לטענות ההגנה של מושך השטר, הוא הקונה. אולם אם הנסב – הגוף הפיננסי – עומד בתנאיה של תקנת השוק השטרית ונחשב או חזו כשורה, אזי זכויותיו בשטר עדיפות, ולכן טענות ההגנה של המושך נסוגות מפניו.

הרציונל העומד ביסודן של תקנות השוק אינו נעוץ בשיקולי צדק בין הצדדים עצמם, אלא בשיקול חיצוני להם שנועד להגן על ערכים שהשיטה מבקשת לקדם. כך, למשל, תקנת השוק במיטלטלין נועדה לעודד את חיי המסחר, ואילו תקנת השוק במקרקעין מחזקת את אמינותו של מרשם המקרקעין.¹⁸² כאשר מדובר במשכון כבטוחה לאשראי, השיקולים שונים מאלה המונחים ביסודן של תקנות שוק שנועדו להגן על חיי המסחר ועסקאות מכר, שבהן הפסיקה דורשת תום לב סובייקטיבי בלבד.¹⁸³ ויסמן מבהיר כי במקרה של מכר יש להדגיש יותר את צורכי השוק, ואילו כאשר מדובר במשכון נוטים יותר להדגיש את ההגנה על בעל הזכויות הקודם בזמן.¹⁸⁴ תקנת השוק במשכונות

181 לרנר דיני שטרות, לעיל ה"ש 4, בעמ' 224–227; פלאטור-שנער "הגנות בדיני שטרות", לעיל ה"ש 32, בעמ' 255–256.

182 עופר צפוני ופלאטור-שנער, לעיל ה"ש 7, בעמ' 24–25; מיגל דויטש קניין כרך ד 190 (2007); רע"א 2267/95 היועץ המשפטי לממשלה במשרד האפטרופוס הכללי נ' הרטפלד, פ"ד מט(3) 854, 872 (1995); דנ"א 2568/97 כנען נ' ממשלת ארצות-הברית, פ"ד נו(2) 632, 713–714 (2003).

183 הכוונה במיוחד לתקנת השוק במיטלטלין הקבועה בס' 34 לחוק המכר, שלגביה נפסק כי יעילות השוק מחייבת הטלת דרישה של תום לב סובייקטיבי בלבד, וכי אין להטיל על הרוכש את הנטל לערוך בדיקות באשר למצב הזכויות, למעט במצב שבו מתעורר חשד כלשהו לגביהן. ראו מיגל דויטש קניין כרך ג 224–225 (2006), וכן ע"א 716/72 רונשטריין נ' חברה א"י לאוטומובילים בע"מ, פ"ד כז(2) 709 (1973). ביחס לתקנת השוק במקרקעין הקבועה בס' 10 לחוק המקרקעין, הדרישה הפסיקתית היא אומנם לתום לב סובייקטיבי, אולם הסעיף מעמיד גם דרישה להסתמכות על הרישום, וזו יוצרת אמת מידה אובייקטיבית. דויטש מבקר את עמדת הפסיקה, וקובע כי תקנת השוק במקרקעין לא באה להגן על יעילותו ומהירותו של המסחר. עסקאות במקרקעין הינן איטיות, מלוות ייעוץ משפטי וכרוכות בעלות רבה, ומוצדק לדרוש מהרוכש לקיים בדיקות סבירות. ראו מיגל דויטש קניין כרך ד, לעיל ה"ש 182, בעמ' 269–270. השופט רובינשטיין הביע תמיכה בעמדה זו בע"א 624/13 מורדכיוב נ' מינץ (פורסם באר"ש, 4.8.2014). במקרה זה קבע רובינשטיין כי קיימת חובת בדיקה בעלת מאפיינים אובייקטיביים בנסיבות שבהן קונה מתקשר עם מוכר שבעלותו טרם נרשמה (שם, פס' לז–לט לפסק דינו של השופט רובינשטיין). בכל מקרה יודגש כי גם כאשר מדובר במבחן סובייקטיבי, נפסק כי "עמדנו למעלה על חובת הזהירות הכפולה והמכופלת ועל ההחמרה היתרה הנדרשת מן הרוכש בקיום התנאים שלפי סעיף 10 לחוק המקרקעין על כל פרטיהם ודקדוקיהם. ודברים אמורים בייחוד בקיום מצוות תום-הלב. כאן לא די בכך שהרוכש פעל 'ללא ערמה או עצימת עיניים מלראות עובדות גלויות לעין' (כלשון השופט ד' לויין לעניין התקשרות חוזית בע"א 842/79... בעמ' 212). כאן, לעניינו של סעיף 10 לחוק המקרקעין די בנסיבות או בצירוף של נסיבות שיש בו כדי לעורר תמיהה או ספק, כדי לפגום בתום-הלב של הרוכש" – ראו דברי השופט טירקל בע"א 4609/99 בעלי מקצוע נכסים (1997) בע"מ נ' סונדרס, פ"ד נו(6) 832, 851 (2002).

184 יהושע ויסמן חוק המשכון, תשכ"ד-1967 149 (1974).

משפט ועסקים כב, תש"ף דוקטרינת האחיזה כשורה – כלל ארכאי לשימור יתרון לא הוגן

קבועה בסעיף 5 לחוק המשכון, וכדי לעמוד בתנאיה, לא הסתפק בית המשפט בהטלת חובת תום לב סובייקטיבי על הגורם הממשכן, אלא דרש ממנו חובת תום לב אובייקטיבית, הכוללת חובה פעילה לערוך בירורים יסודיים ולהפעיל את מירב הכלים והמאמצים הסבירים ובני הביצוע לאיתור המידע בדבר הנכס הממושכן כבטוחה.¹⁸⁵

מאפייני ההתנגשות הנדונה תואמים יותר לעסקת משכון, ולא לעסקת מכר, ולכן הטלת חובת הבדיקה מתבקשת. על כך יש להוסיף כי הבדיקות הנדרשות מהגוף המממן נעשות על ידי ממילא בדרך כלל, ויש בידיו מלוא הכלים לעשותן.¹⁸⁶ הגוף המממן, בהיותו נושה מקצועי, חייב לבחון באופן יעיל ובזמן אמת, לפני מתן האשראי ללקוח, את מצבו הכלכלי של הלקוח, את התחייבויותיו ואת יכולתו לעמוד בהן,¹⁸⁷ ואת טיב הבטוחות שהוא מציע. הנושה המקצועי מצויד בידע המתאים ובכלים הנדרשים, וזהו חלק משגרת עבודתו, כך שאין מדובר בהכבדת הפעולות הנעשות על ידיו בכל מקרה, אלא רק בהבהרה כי הוא זה שייאלץ לשאת בסיכון של כשלון התמורה, ולכן עליו לשקול – על רקע תוצאות הבדיקה שיערוך – אם ראוי במצב כזה ליתן אשראי למוכר.

לא זו אף זו, המציאות מוכיחה כי מושכי צ'קים, גם כאשר מדובר בבעלי עסקים, אינם ערים פעמים רבות לסיכונים המדויקים שהם נוטלים במסירת צ'ק שאינו מוגבל בסחרות, ולעיתים, כפי שצוין, הם נדרשים לעשות כן ומתקשים לפעול בדרך אחרת.¹⁸⁸ כך שבפועל הם מקבלים החלטה שיש לה תוצאות כלכליות על סמך מידע חסר או מידע שלא הופנם כראוי או עקב חוסר בררה. ברי לכל כי החלטות כלכליות טובות הממקסמות את היעילות הכלכלית יכולות להתקבל אך ורק כאשר המידע כולו נמצא "על השולחן". המממן, לעומת זאת, הינו גוף מקצועי בעל ידע, ובמקרה הנדון הוא יכול בקלות למנוע מראש את התרחשות הנסיבות כפי שאירעו כאן. מסקנה זו מתחזקת גם לנוכח מבחן "השוקל הטוב",¹⁸⁹ אשר יש הסבורים כי הוא מהווה וריאציה משוכללת של מבחן מונע הנזק הזול.¹⁹⁰ השוקל הטוב הוא מי שנמצא בעמדה הטובה יותר לשקול כיצד להקטין את עלויותיהן של התאונות ואת עלויות מניעתן, ויכול לפעול על סמך תוצאות שקילתו. הקביעה מי ייחשב "השוקל הטוב" מושפעת מפערי המידע שבין הצדדים, ואך טבעי הוא שבעל המידע הרב יותר יהיה בדרך כלל בעל יכולת שקילה טובה מזו של

185 מיגל דויטש קניין כרך ב 190–192 (1999); ע"א 790/85 רשות שדות התעופה נ' גרוס, כונס נכסים, פ"ד מד(3) 185, 219 (1990).

186 עניין שמש, לעיל ה"ש 73, פס' 26. בפסק הדין מתאר השופט מאור את חובת הבנק לערוך בדיקות לפני העמדת אשראי ללקוח, ואת אחריותו של הבנק במתן האשראי, גם כלפי נושים אחרים של החייב וכלפי הציבור כולו.

187 שם, פס' 31–35 לפסק דינו של השופט מאור.

188 ראו את הדיון לעיל ליד ה"ש 61.

189 Guido Calabresi & Jon T. Hirschoff, *Toward a Test for Strict Liability in Torts*, 81 YALE L.J. 1055 (1972).

190 פורת "דיני נזיקין", לעיל ה"ש 168, בעמ' 288–290.

האחר.¹⁹¹ נוסף על כך יש להביא בחשבון גם הטיות קוגניטיביות אפשריות של הצדדים, אשר עלולות להוביל לקבלת החלטות לא רציונלית. יש להניח כי בהשוואה בין מושך צ'ק – שהוא אדם פרטי או אף עסק מסחרי העלול לחוות קשיי הישרדות ולהימצא במלחמה מתמדת על קיומו – לבין הגורם המממן, הראשון יהיה חשוף יותר להטיה האמורה.

רביעית, הגוף המממן הוא גם זה שיכול לספוג את הפגיעה טוב יותר ואשר ייגרם לו נזק קטן יותר אם העדיפות תישלל ממנו.¹⁹² כפי שצוין, המושך עלול להתמוטט כתוצאה מהפגיעה הכפולה הנובעת מכשלון התמורה ומהחובה לשלם בעבורה אף שלא התקבלה, ואילו הגוף המממן נהנה מאיתנות כלכלית עדיפה באופן משמעותי, ויש בידיו הכלים לפיזור הנזק בין כלל לקוחותיו.

נוסף על כך, לעובדה שמדובר בגוף פיננסי יש השלכה משמעותית על חלוקת הסיכון. קיימת עדיפות מוחלטת לגוף המממן מבחינת היכולת להקטין את נזקי ההתנגשות בדיעבד, שכן יש לו דרכים נוספות לפעול לגביית החוב, וכן יש לו יכולת משופרת לפתח מנגנוני הגנה וזהירות מכאן ולהבא, תוך שהוא נהנה גם מגישה נוחה וקלה יחסית למידע הרלוונטי, להבדיל מהמושך.¹⁹³ הגוף הפיננסי יכול לדעת ולהביא בחשבון ברגע קבלת ההחלטה על מי תוטל האחריות במקרה של כשלון העסקה, להפנים את המידע ולפעול בהתאם. הוא יכול להשתמש באמצעי זהירות טובים ויעילים יותר, ולפתח טכנולוגיות והליכים בירוקרטיים שיסייעו בהפחתת מקרי ההתנגשות ובהפחתת עלויותיהם.¹⁹⁴

מן האמור לעיל עולה כי הדין המוצע – ולא הדין הקיים – הוא היעיל מבחינה כלכלית והשוואף למקסום הרווחה החברתית. הבנק הוא בעל הגישה למידע בנוגע לאיתנות הפיננסית של לקוחו, והוא יכול גם לברר בקלות – ויש לציין כי במקרים רבים הוא אף עושה כן בפועל – אם התמורה בעבור הצ'ק התקבלה. כשם שהוא בוחן בטוחות אחרות המוצעות לו כנגד אשראי, עליו לבדוק בטוחה זו המגולמת בצ'ק הדחוי שמושך לקוחו של הנפרע. אם המושך מעוניין להיות ערב לחובותיו של הנפרע, הוא יוכל כמובן לעשות זאת באמצעות חתימה על חוזה ערבות. כל עוד זה לא נעשה, שיקולי מדיניות משפטית ביחס לחלוקת הסיכון הראויה והיעילות הכלכלית מובילים למסקנה כי יש להטיל את הסיכון על המממן, ולא על המושך.

חלוקת הסיכון המטילה את האחריות על המושך תואמת את חלוקת הסיכון הראויה למציאות החיים במאה השמונה-עשרה, שתוארה לעיל. אז השטר סוחר כאמור פעמים

191 שם, בעמ' 290. על חשיבות השיקול של עלויות המידע בחלוקת הסיכונים ראו גם אביחי דורפמן "יחסי זהירות אסימטריים בעולת הרשלנות: מזיקים, ניזוקים והיחסים שביניהם" **מחקרי משפט** כט 205, 218 (2013).

192 מנחם מאוטנר "תחרות זכויות: השפעת החוק, נפתולי הפסיקה ויחסי האקדמיה ובית המשפט" **ספר דניאל – עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן** 331, 340 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008).

193 פורת "אחריותם של בנקים בגין רשלנות", לעיל ה"ש 77; גלבוע, לעיל ה"ש 85, בעמ' 436.

194 Dagan, לעיל ה"ש 84.

משפט ועסקים כב, תש"ף דוקטרינת האחיזה כשורה – כלל ארכאי לשימור יתרון לא הוגן

רבות, האוחז לא היה יכול לדעת פרטים על עסקת היסוד והתקשה לבררם, והטלת האחריות על המושך הפחיתה לכן את עלויות איתור המידע ועודדה את הסחרות, אשר הייתה כאמור חשובה באותה תקופה לפיתוח הכלכלה, בהעדר אמצעי תשלום יעילים אחרים. באותה תקופה היה צורך לציין באופן מפורש על גבי השטר כי הוא סחיר, ולכן מתקבלת על הדעת ההנחה כי לפחות רבים מהמושכים הבינו את הסיכונים שהם נוטלים.¹⁹⁵ ההגנה על האוחז כשורה לא נבעה מאופיו הראוי לשבח, אלא מכך שכאשר השטר עבר מסביב לעולם ולא היה כרוך בו אינטרס של בטוחה, היה הגיוני לקבוע כי יש לאפשר לרוכש לרכוש את השטר מבלי שייאלץ לעשות בדיקות יקרות ומסובכות לביצוע (אז) ביחס לעסקת היסוד.¹⁹⁶ אולם במציאות העכשווית נדרשת חלוקת סיכון שונה. כאשר שטר מועבר פעם אחת בלבד ומשמש בטוחה לאשראי, וכאשר לאוחז יש גישה קלה למידע כמפורט לעיל, חלוקת הסיכון ה"ישנה" אינה הגיונית, אינה יעילה מבחינה כלכלית ואינה צודקת.

4. אחידות הדין בין אמצעי התשלום השונים

אמצעי התשלום העיקריים כיום הם הצ'קים וכרטיסי החיוב, והסדרי החקיקה בעניינם מעוגנים בפקודת השטרות ובחוק כרטיסי חיוב, התשמ"ו-1986. אולם בשנים האחרונות מתפתחים אמצעי תשלום שונים המתנתקים מהמימד הפיזי המובנה בשימוש בשטרות ובכרטיסי החיוב, ועוברים למימד הדיגיטלי. כמו פקודת השטרות, גם חוק כרטיסי חיוב, שחוקק בשנת 1986, אינו מתאים עוד לעולם המתפתח של שיטות התשלום. הוא עוסק בעיקר בהיבטים הפיזיים של אמצעי התשלום, ואינו מעניק הגנה מספקת ללקוחות.¹⁹⁷ כתוצאה מכך הוקמה ועדה שהצביעה על הצורך בהתאמת התשתית המשפטית הקיימת לשימוש באמצעי תשלום מתקדמים ובגיבוש חוק לאסדרת שירותי תשלום שיהיה מותאם למציאות החדשה.¹⁹⁸ ועדת משנה מיוחדת הוקמה על מנת לגבש אסדרה רוחבית ואחידה של כלל אמצעי התשלום באופן שיתאים להתפתחויות הטכנולוגיות, יעניק הגנה צרכנית מלאה ורחבה, ויאפשר תחרות בין נותני שירותי התשלום השונים. האסדרה נועדה, בין היתר, להבטיח הגינות ולהגביר את אמון הציבור באמצעי התשלום. כתוצאה

195 Eggert, *Codification and the Victory of Form*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 393–397.

196 שם, וכן Gilmore, *Doctrine of Good Faith Purchase*, לעיל ה"ש 119, בעמ' 1057.

197 ראו בדברי ההסבר להצעת חוק שירותי תשלום, התשע"ח-2018, ה"ח הממשלה 1154.

198 בראשות הוועדה עמד בנק ישראל, והשתתפו בה נציגים ממשרד ראש הממשלה, ממשרד המשפטים, מהרשות לאיסור הלבנת הון ומימון טרור, מרשות המיסים, מרשות ההגבלים העסקיים, ממערך הסייבר הלאומי, מהרשות להגנת הפרטיות, ממשטרת ישראל וממשרד האוצר. להמלצות הוועדה ראו הוועדה לקידום השימוש באמצעי תשלום מתקדמים בישראל **דוח סופי 34** – 35 (2017) www.boi.org.il/he/NewsAndPublications/PressReleases/Documents דוח-קידום 20% שימוש 20% באמצעי 20% תשלום 20% מתקדמים pdf (להלן: **דוח הוועדה לקידום השימוש באמצעי תשלום**).

מפעילותה של ועדת המשנה נחקק חוק שירותי תשלום.¹⁹⁹ החוק אינו חל על שטרות, שכן מטרתו לקדם את השימוש באמצעי תשלום מתקדמים כדי שיוכלו להיות חלופה לאמצעי התשלום מבוססי הנייר (הכסף המזומן והצ'קים),²⁰⁰ אך הוא נועד להסדיר באופן אחיד את מכלול שירותי התשלום האחרים, כולל כרטיסי החיוב, ובא להחליף את חוק כרטיסי חיוב הקיים כיום. לאחידות ההסדרים יש תפקיד חשוב, שכן היא מאפשרת לציבור להבין את הכללים החלים על אמצעי התשלום, וכן מגבירה את אמינותם של כלל אמצעי התשלום ואת אמון הציבור במערכת התשלומים בכללותה.

על פי סעיף 10(א) לחוק כרטיסי חיוב, שעודנו חל עד לכניסתו של חוק שירותי תשלום לתוקף, מנפיק מחויב להפסיק את חיובו של לקוח המודיע לו בכתב כי לא קיבל את התמורה שבגינה הוא שילם בכרטיס אשראי אף שמועד ההספקה חלף או לחלופין שהמועד טרם חלף אך הספק הפסיק דרך קבע לספק נכסים מהסוג הנרכש, וכי הוא ביטל את העסקה עם הספק. כלומר, אם לקוח ספג או עתיד לספוג בוודאות כשלון תמורה מאת הספק, הוא רשאי לדרוש את הפסקת החיוב בכרטיס האשראי,²⁰¹ והמנפיק חייב להיענות לדרישתו זו. הוראה זו תקפה גם אם שובר העסקה סוחר על ידי הספק לגורם אחר.²⁰² בתי המשפט פירשו את הסעיף כחל רק על מקרים שבהם מדובר בכשלון תמורה מלא,²⁰³ ורק על מקרים שבהם הספק הוא שמכשיל את מתן התמורה, ולא הלקוח.²⁰⁴ סעיף 10(א) לחוק כרטיסי חיוב קובע כי אם ספק התחייב לספק תמורה ללקוח, ולפני הספקתה הוגשה נגדו בקשה למתן צו כינוס נכסים, צו פירוק או צו פשיטת רגל, והצו הומצא למנפיק, אזי על המנפיק להפסיק לזכות את הספק בגין הכספים המשולמים על ידי הלקוח, עד אשר יתברר אם הסחורה אכן סופקה לבסוף אם לאו. גם הוראה זו תקפה אפילו במצב שבו שובר העסקה סוחר לצד שלישי כלשהו.

כלומר, על פי הדין הקיים כיום, אם לקוח – פרטי או עסקי כאחד – שילם בעבור תמורה בכרטיס אשראי והתמורה כולה לא סופקה במועד שנקבע, הוא רשאי להורות למנפיק לעצור את התשלום שטרם שולם בפועל לספק, והוא זוכה בהגנה. יש ביקורת על היקף ההגנה המצומצם שחוק זה מעניק ללקוח, הנובע הן מנוסחו העמום של החוק והן מכך שבמקרים רבים הוא פשוט אינו נותן הגנה מספקת, והטענה היא שכתוצאה מכך

199 חוק שירותי תשלום, התשע"ט-2019, ס"ח 201. החוק ייכנס לתוקפו שנה מיום פרסומו (9.1.2019), למעט חלק מאמצעי התשלום, שלגביהם ייכנס החוק לתוקפו שמונה-עשר חודשים מיום פרסומו, כמפורט בס' 77 לחוק.

200 ראו דוח הוועדה לקידום השימוש באמצעי תשלום, לעיל ה"ש 198, בעמ' 3.

201 כאמור, לאחר שהודיע בכתב על כך ועל ביטול החוזה עם הספק למנפיק.

202 ס' 10(ב) לחוק כרטיסי חיוב.

203 ראו, למשל, פש"ר (מחוזי ת"א) 1700/05 קרול נ' כהן (פורסם בנבו, 21.5.2006); פש"ר (מחוזי ת"א) 18150/05 הכל לים נ' חברת ויזה כ.א.ל בע"מ (פורסם בנבו, 6.3.2006); בש"א (שלום חי) 6019/03 חן יעקב נ' חושן המכללה לטוענים רבניים בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 10.8.2003); ת"ק (שלום הר"י) 45071-11-12 כספי נ' אברהמי (פורסם בנבו, 3.5.2013).

204 ת"ק (שלום חד"י) 14225-11-11 פינטו נ' חברת ויזה כ.א.ל. בע"מ (פורסם בנבו, 1.4.2012); ת"ק (שלום נה"י) 1511/08 ערן נ' "קרן אור" פרויקטים לתאורה בע"מ (פורסם בנבו, 26.10.2008).

משפט ועסקים כב, תש"ף דוקטרינת האחיזה כשורה – כלל ארכאי לשימור יתרון לא הוגן

נוצר חוסר אמון של הציבור במערכת הבנקאית.²⁰⁵ חוק שירותי תשלום קובע הסדר מעט רחב יותר לגבי כלל אמצעי התשלום.²⁰⁶ החוק עורך הבחנה בין פעולת תשלום לבין פעולת תשלום מובטחת.²⁰⁷ פעולת תשלום מובטחת היא פעולה שבה ביצוע התשלום מובטח – למשל, תשלום באמצעות כרטיס אשראי. סעיף 16 לחוק קובע כי מי שנתן הוראת תשלום רשאי לבטלה כל עוד היא לא בוצעה וכל עוד החוזה בין הצדדים מאפשר זאת. סעיף 17 קובע כי משניתנה הוראת תשלום מובטחת לא יהיה אפשר לבטלה אלא אם כן הודיע המשלם לנותן שירותי התשלום כי הנכס או השירות לא סופקו לו אף שחלף מועד ההספקה שעליו סוכם, או שהמועד טרם חלף אך המוטב הפסיק דרך קבע לספק נכסים מהסוג הנרכש, וכי הוא ביטל את העסקה עם המוטב. במקרה כזה יופסק החיוב. הוראה זו דומה לזו הקיימת כיום בסעיף 10(א) לחוק כרטיסי חיוב. סעיף 18 להצעת החוק קובע הסדר דומה לזה הקיים בסעיף 10א לחוק כרטיסי חיוב שתואר לעיל. הוראות אלה הורחבו במסגרת חוק שירותי תשלום, והן חלות גם במקרה שהתמורה סופקה באופן חלקי בלבד, שאז הן מתייחסות רק לחלק שלא סופק, וכל עוד החיוב בעד הנכס או השירות שלא סופקו ניתן להפרדה.²⁰⁸

לסיכום, חוק כרטיסי חיוב וחוק שירותי תשלום מאפשרים למי שלא קיבל את התמורה שבעבורה שילם לעצור את הוראת התשלום שנתן. בהצעת חוק שירותי תשלום הודגשה החשיבות של אחידות ההסדר. אומנם החוק אינו חל על צ'קים, בהיותם נייר, אך אין הצדקה לכך שמי ששילם בעבור סחורה בצ'ק לא יזכה בהגנה הניתנת למי שבחר לשלם באמצעות כרטיס אשראי או באמצעי תשלום אחר. אחידות ההסדרים ביחס לכלל אמצעי התשלום תגביר את אמון הציבור במערכת התשלומים בכללותה, ותגביר את הוודאות וההוגנות.

205 להרחבה על הדין הקיים ועל הביקורת עליו ראו חיים, לעיל ה"ש 147. לביקורת על כך שההגנה ללקוח ניתנת רק במקרים של כשלון תמורה מלא ראו גם אורנה דויטש "חלוקת הסיכונים בתשלום באמצעות כרטיסי אשראי – על הצורך בשינוי גישה (בעקבות חוק כרטיסי חיוב (תיקון מס' 2), תשנ"ד-1994)" **המשפט** ג 149 (1996).

206 "אמצעי תשלום" מוגדר בס' 1 לחוק שירותי תשלום כ"רצף פעולות שעל משלם לבצע לשם מתן הוראת תשלום, בין שהוא כולל שימוש בחפץ או בפרט אימות ובין שאינו כולל שימוש כאמור" בדברי ההסבר נאמר כי ההגדרה מבטאת את תחולתו הרחבה של החוק על כלל אמצעי התשלום, במטרה ליצור אסדרה אחידה. האמור אינו חל על צ'קים, כפי שהובהר לעיל.

207 ראו בס' 1 לחוק שירותי תשלום. פעולת תשלום מובטחת מוגדרת כ"פעולת תשלום שבה נותן שירותי תשלום למשלם מתחייב, במישרין או בעקיפין, כלפי נותן שירותי תשלום למוטב, ואם נותן שירותי התשלום למשלם נותן גם שירותי תשלום למוטב במסגרת אותה פעולת תשלום – גם כלפי המוטב, להעביר לו את הכספים במסגרת פעולת התשלום, בלי תלות בקבלת הכספים בפועל מהמשלם ובכפוף לתנאים שנקבעו ביניהם".

208 ראו ס' 17(ג) ו-18(ה) לחוק שירותי תשלום.

פרק ו: הדין המוצע

1. סיכום ביניים

סקירת הדין הקיים²⁰⁹ הראתה כי כדי שהגוף המממן יהא זכאי לפרעון הצ'ק ממושך שסבל מכשלון תמורה, עליו לאחוז כשורה בצ'ק. אחד התנאים לאחיזה כשורה הוא תום לב מצד האוחז בשעה שנטל את השטר, ונקבע כי הידיעה שהתמורה טרם סופקה אינה שוללת כשלעצמה את תום ליבו של האוחז.²¹⁰ יתר על כן, פקודת השטרות קובעת במפורש כי הדרישה היא לתום לב סובייקטיבי, וכי רשלנות של האוחז לא תשלול את תום ליבו.²¹¹ בהתאם לכך, הבנק חוזר וטוען במקרים השונים כי תום הלב הנדרש ממנו הוא סובייקטיבי בלבד. אולם קיים תנאי נוסף לאחיזה כשורה, שלפיו בשעת הנטילה של השטר לא הייתה לאוחז כל ידיעה כי זכות קניינו של המסחר פגומה, ועמדתו של לרנר היא כי באמצעות דרישה זו ניתן להחיל נורמות התנהגות אובייקטיביות בדבר ידיעה על העדר פגם בשטר. לכן הוא מציע מבחן מעורב, המבוסס על בדיקת היקף הידיעה בפועל של האוחז, ולאחריה קביעה מה היה האדם הסביר מסיק ממידע זה, מבלי שנדרש ממנו לערוך בדיקות נוספות.²¹² אכן, במקרים המגיעים לדיון בית המשפט בוחן את היקף ידיעותיו של הבנק ביחס לעסקת היסוד וביחס למצבו הכלכלי של הנפרע. אך הסקירה העלתה כי יש גישות שונות בקרב השופטים בדבר המדיניות המשפטית הראויה, ובפרט בדבר השאלה אם אכן נדרש תום לב סובייקטיבי בלבד או שמא יש להחיל את המבחן המעורב ובאמצעותו לבדוק מהי המסקנה הסבירה מהמידע שהיה בידי הבנק, בדבר השאלה על מי הנטל להוכיח את חוסר תום ליבו של הבנק, וכן בדבר עוצמתו של נטל ההוכחה הנדרש. הגישות השונות משפיעות כמובן על התוצאה.²¹³

מצב זה מעמיד את הבנק בעמדת יתרון מובנית. הבנק וכלל הגופים הפיננסיים הינם שחקנים חוזרים בבתי המשפט, והם נהנים מכל היתרונות המוקנים לשחקנים כאלה.²¹⁴

209 ראו לעיל בתת-פרק ד.

210 רע"א 6553/97 חגאי נ' חברת עבודי חיים בע"מ, פ"ד נב(2) 345 (1998); ע"א 6909/00 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' קבוצת אריה יצחקי בע"מ, פ"ד נה(4) 83 (2001).

211 ס' 91 לפקודת השטרות.

212 ראו את הדיון לעיל סביב ה"ש 97-99.

213 ראו את הדיון לעיל סביב ה"ש 99-101 ו-106-113 וההפניות שם.

214 William L.F. Felstiner, Richard L. Abel & Austin Sarat, *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming...*, 15 LAW & SOC'Y REV. 631 (1980-1981). על יתרונותיהם של השחקנים החוזרים (יתרון במידע ובמומחיות, יתרון כלכלי, יכולת להפעיל אסטרטגיה לטווח ארוך ולהתחמק מתקדימים לא רצויים, ועוד) ועל העובדה שהם יוצרים אי-שוויון בין צדדים בבית המשפט ראו גם שמואל בכר ואבישי קליין "פרדוקס הייצוג והכוח בבית המשפט להביעות קטנות? על תביעות ביטוח, פערי כוחות וכף רגלו של השופט" *הפרקליט* נ 327, פרק ד (2010).

משפט ועסקים כב, תש"ף דוקטרינת האחיזה כשורה – כלל ארכאי לשימור יתרון לא הוגן

לבנק יש אמצעים כלכליים, אורך רוח, ידע, מומחיות ונכונות למאבק משפטי ארוך ויקר, בניגוד לרוב המושכים. לא זו אף זו, לעיתים בתי המשפט מטילים כאמור על המושך נטל כבד במיוחד להוכיח את העובדה שהבנק ידע או היה צריך לדעת על עסקת היסוד ועל מצבו של הנפרע, ולמושך יהיה קשה להוכיח זאת, שכן המידע בכל הקשור לכך נמצא בידי הבנק.²¹⁵ לכן, הגם שיש פסקי דין הקובעים כי הבנק לא עמד בדרישת תום הלב, ניתן להניח כי ברוב המקרים תהא ידו של הבנק על העליונה, בין בדרך של ניצחון בבית המשפט ובין בשל הבנת המושכים כי סיכויי ההצלחה שלהם במשפט נמוכים ולכן הוצאותיהם יפחתו אם הם יפרעו את הצ'ק מבלי לנסות להגן על עצמם בהליך משפטי.²¹⁶

לסיכום נקודה זו, לפי הוראת סעיף 37 לפקודת השטרות, "אלה זכויותיו וכוחו של אוחז שטר: ... (2) היה אוחז כשורה, הריהו אוחז השטר כשהוא נקי מכל פגם שבזכות קנינם של צדדים קודמים לו, וכן מכל טענות־הגנה אישיות גרידא שהיו להם בינם לבין עצמם, ויכול הוא לאכוף תשלומו על כל צד החב על פי השטר". מכיוון שבמקרים רבים ייחשב הבנק אוחז כשורה – בחלקם לנוכח העובדה שהוא נדרש לתום לב סובייקטיבי בלבד והטלת נטל הוכחה כבד על הטוען לחוסר תום לב מצידו – הוא יגבר על טענות ההגנה של המושך. מכאן ברורה המסקנה כי בעת התנגשות יוכל הגוף הפיננסי ברוב המקרים לאכוף על המושך את פרעון הצ'ק.

בארצות הברית, עוד בטרם הותקן הכלל המונע אחיזה כשורה בשטרות צרכניים, פיתחו בתי המשפט במדינות שונות את תיאוריית הקשר הקרוב (Close Connection Theory).²¹⁷ לפי תיאוריה זו, כאשר לנושה יש קשר קרוב לנפרע, טענות ההגנה של המושך יעמדו לו גם כנגד נושה שנתן ערך בעבור השטר בתום לב. בתי המשפט בפלורידה, למשל, אימצו תיאוריה זו, המהווה חריג לאחיזה כשורה, כאשר לגוף פיננסי יש קשרי עבודה קרובים עם המוכר הנפרע, וזאת כלפי מושך שרכש מהספק סחורה. במצב כזה נקבע כי הגוף הפיננסי אינו זכאי לטעון כי היה צד תמים בנוטלו את השטר. כאשר הגוף המממן מקיים קשרי עבודה עם הספק או נוטל ממנו בקביעות שטרות ומספק לו מימון, טענות ההגנה של המושך יעמדו לו גם כנגד המממן.²¹⁸ אני סבורה כי על בתי המשפט בישראל לצעוד אף הם בדרך זו, כפי שיפורט להלן.

215 ראו את הדוגמה שניתנה לעיל בתת־פרק ד2, בדיון סביב ה"ש 106–110.

216 ראו לרנר "השטרות במאה העשרים ואחת", לעיל ה"ש 15, בעמ' 458, המציין כי החייבים השטריים מעדיפים לשלם ולא להגיע לערכאות, מחשש שטענת ההגנה שלהם לא תעמוד כלפי הבנק התובע.

217 ראו לעיל ה"ש 117.

218 Ian Forsythe, *Lender Liability for Merchant Misconduct in Consumer Transactions*, 86 *FLA. BAR J.* 9 (2012), וכן ההפניות שם, בהערת סיום 15, לפסיקה ממדינת פלורידה: *Mutual Finance Co. v. Martin*, 63 So.2d 649 (Fla. 1953); *Ramadan v. Equico Lessors, Inc.*, 448 So.2d 60 (Fla. Dist. Ct. App. 1st Dist. 1984); *Rehurek v. Chrysler Credit Corp.*, 262 So.2d 452 (Fla. Dist. Ct. App. 2nd Dist. 1972); *First New England Financial Corp. v. Woffard*, 421 So.2d 590, 593 n. 4 (Fla. Dist. Ct. App. 5th Dist. 1982) ("The close connection theory supplies an exception to the holder in due course doctrine where the financial institution

2. הדין המוצע – פתרון מאוזן

כפי שציינתי בפרק ב, אני סבורה כי יש לבטל את מוסד האחיזה כשורה ביחס לצ'קים, שכן אין הצדקה לדוקטרינה זו במציאות שבה הצ'ק שינה את תפקידו המסורתי ואינו מתגלגל עוד בשוק כתחליף לכסף. הצבעתי על כך שהדוקטרינה מעניקה יתרון לא הוגן לנושים המקצועיים, אך ביטולה הינו צעד משמעותי שיכול להיעשות אך ורק על ידי המחוקק, ודיון מקיף בביטול הדוקטרינה חורג ממסגרתו של מאמר זה. נקודת המוצא בהצבעתי לשינוי הדין היא אם כן שדוקטרינת האחיזה כשורה ממשיכה להתקיים. אולם, כפועל יוצא מן האמור לעיל, ראוי לצמצם במסגרת הדוקטרינה את היתרון הבלתי-סביר של הגופים הפיננסיים.

בפרק הקודם הצבעתי על ההצדקות הרבות הקיימות לשינוי הדין הקיים ביחס להתנגשות הנדונה במאמר זה. עם זאת, אין להתעלם מכך ששינוי הדין עלול ליצור אפקט מצנן על שוק האשראי לעסקים הקטנים והבינוניים. מחד גיסא, אני סבורה אומנם כי אין הצדקה לכך שהמושך יישא בסיכון של מתן האשראי למוכר, וכי האזהרות המושמעות על ידי הנושים המקצועיים בכל הנוגע בנזקים שיתלוו לשינויים שאינם לטובתם בכללי שוק האשראי אינן מתממשות פעמים רבות או שהנזק שנגרם בפועל הינו קטן,²¹⁹ אך מאידך גיסא, בישראל הצ'קים הדחויים מהווים לגבי עסקים רבים מרכיב משמעותי בסל הבטוחות לאשראי שיש ביכולתם להמציא, וחוסר באשראי עלול לסכן את קיומם. לכן יש להבטיח שהספקים יוכלו להמשיך לקבל אשראי; זהו אינטרס משותף לספק ולקונה כאחד, וכן למשק בכללותו. כבר כיום יש מצוקת אשראי לעסקים קטנים ובינוניים, אך כפי שתואר לעיל, נעשים מאמצים ניכרים להקל אותה באמצעות הקמת קרנות בערבות מדינה, פיתוח שוק איגוח לעסקים קטנים ובינוניים ועוד.²²⁰ המאמצים נושאים פרי, אך אי-אפשר לקבוע כי מצוקת האשראי אינה קיימת עוד. לכן קביעת כלל גורף המטיל את מלוא האחריות על הנושה המקצועי כל אימת שהסחורה לא תסופק לקונה עלולה לגרום להחרפת מצוקת האשראי, לפחות באופן זמני, ובכך לפגוע במשק כולו. מכאן שנדרש כלל גמיש יותר שיביא את מכלול האינטרסים בחשבון, לפחות עד שיימצאו פתרונות אשראי מספקים לעסקים. נוסף על כך, בצד היתרונות של כלל גורף כאמור, אפשר שיהיו מצבים שבהם ייטה הכלל יתר על המידה לכיוונו של המושך, אשר יוכל לשלם ביד קלה בעבור סחורה עתידית באמצעות צ'קים סחירים, גם כאשר הוא עצמו מטיל ספק ביכולתו של הספק לספק לו את הסחורה, שכן הסיכון שהוא ייטול על עצמו במקרה זה יהיה נמוך, ויבוא לידי ביטוי רק אם השטר יסוחר למי שאינו נושה מקצועי ואשר עומד בתנאי האחיזה כשורה.

"has a close working relationship with the seller in a consumer credit transaction". ראו גם

לרנר **דיני שטרות**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 122–123 וההפניות שם.

219 ראו את הדיון לעיל סביב ה"ש 152–159.

220 ראו את הדיון לעיל סביב ה"ש 161–168.

משפט ועסקים כב, תש"ף דוקטרינת האחיזה כשורה – כלל ארכאי לשימור יתרון לא הוגן

לנוכח האמור אני סבורה כי יש להציע כלל מאוזן יותר, אשר מחד גיסא יגדיל את אחריותו של הגוף המממן – שהוא מונע הנזק הטוב יותר ואשר יש ביכולתו, כחלק משגרת עבודתו, לבחון בצורה טובה ויעילה יותר ובזמן אמת, לפני מתן האשראי ללקוחו, את מצבו הכלכלי של הלקוח, את התחייבויותיו ויכולתו לעמוד בהן, ואת טיב הבטוחות שהוא מציע²²¹ – אך מאידך גיסא לא יאיין לחלוטין את אחריותו של המושך. כאמור, אחת הדרישות העיקריות מהאוחז כשורה היא שהוא יהיה תם לב. הצגתי את חוסר האחידות הקיים בפסיקה בנוגע לפרשנות המונח ולאופן הוכחתו, וכן את המבחן המעורב שאומץ רק בחלק מפסקי הדין – מבחן שאינו כולל בחובו חובת בדיקה כלשהי, אלא דורש הסקת מסקנות סבירות מהמידע הקיים בידי מקבל השטר. מבחן זה הוצע על ידי לרנר כמבחן כללי, המכניס מימד אובייקטיבי לתנאי האחיזה כשורה, וחל על כל נסב.

אני סבורה כי גישתו של לרנר היא גישה ראויה ונכונה, ויש לאמץ את המבחן המעורב כמבחן מחייב,²²² אך לשיטתי, כאשר מדובר במממן הנוטל צ'ק של מי שאינו לקוחו כבטוחה למתן אשראי ללקוח, יש להוסיף על כך חובת בדיקה פעילה שיש להטיל על הנושה המקצועי.

דנתי בכך שלמצבים שבהם אחד הצדדים הינו נושה מקצועי יש מאפיינים מיוחדים, היכולים להשפיע על קביעת הכלל המשפטי הנכון, וכי במצבים רבים מן הראוי להטיל על הנושה המקצועי חובות מיוחדות, וסטנדרט ההתנהגות המצופה ממנו יהיה מחמיר.²²³ מסקנת הדיון הייתה שהנושה המקצועי הוא מונע הנזק הטוב יותר בנסיבות ההתנגשות, וכי הדרך הפשוטה למניעת הנזק היא באמצעות הטלת חובת הבדיקה עליו.²²⁴ עמדתי גם על כך שכאשר מדובר בבטוחה לאשראי מסוג משכון, מוטלת על מקבל הבטוחה חובה פעילה לערוך בירור ולהפעיל את מירב הכלים והאמצעים הסבירים לאיתור המידע הנדרש ביחס לעסקה.²²⁵ חובת הבדיקה בכל האמצעים הסבירים הוטלה על ידי הפסיקה משקבעה כי על בעל המשכון לעמוד בסטנדרט של תום לב אובייקטיבי, לנוכח היות המשכון בטוחה לאשראי. אומנם, סעיף 91 לפקודת השטרות קובע סטנדרט של תום לב סובייקטיבי, אך ניתן כאמור להכליל את החובה האובייקטיבית באמצעות הדרישה להעדר ידיעה בדבר פגם בזכות המסחר. יותר מכך, בעניין ליברמן²²⁶ נפסק כי עקרון תום הלב הקבוע בחוק החוזים חל גם בניני שטרות, בהיותו עיקרון כללי החל על כל זכות ועל כל פעולה משפטית, וכי אין כל ייחוד לזכות השטרית שיש בו כדי למנוע את תחולת העיקרון הכללי של תום לב אובייקטיבי בגדרי

221 ראו את הדיון בהצדקות להטלת חובת הבדיקה על הגוף המממן לעיל סביב ה"ש 175–187.

222 עופר צפוני ופלאטור-שנער, לעיל ה"ש 7, בעמ' 27–28.

223 ראו את הדיון לעיל סביב ה"ש 72–86.

224 ראו את הדיון לעיל סביב ה"ש 173–174.

225 ראו את הדיון לעיל סביב ה"ש 182–191.

226 רע"א 2443/98 ליברמן נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, פ"ד נג(4) 804, 811–812 (1999).

הזכות השטרית. לכן ניתן לקבוע כי עקרון תום הלב האובייקטיבי ביחס לקבלת צ'קים כבטוחה לאשראי מחייב את הנושה המקצועי לערוך בדיקה הולמת. הטלת חובת הבדיקה אינה מהווה נטל משמעותי על הנושה המקצועי. יודגש: הבדיקה הנדרשת מתייחסת למצבו של המוכר, ולבנק ממילא יש מידע רחב ביותר ביחס לעסקיו של המוכר – הוא לקוחו המעוניין באשראי, והבנק בוחן היטב, כעניין שבשגרה, את מצבם הפיננסי של אלה המבקשים ממנו אשראי. יש באפשרותו של הבנק להימנע מקבלת צ'ק של קונה כבטוחה לאשראי במצבים של סיכון גבוה לאי-הספקת התמורה על ידי המוכר. הבנק גם יכול לתמחר את הסיכון ולשמור על "מרווח ביטחון" בהתאם להערכת הסיכון שגיבש, ובדיקות אלה נעשות על ידיו כבר עתה כחלק משגרת עבודתו. אלא שכיום נקודת המוצא במסגרת הבדיקות שהבנק עורך היא שעל הקונה תוטל בדרך כלל החובה לפרוע את הצ'ק, גם אם סבל מכשלון תמורה, וכך ידו של הבנק יכולה להיות קלה יותר, תוך העדפת האינטרס שלו ושל לקוחו על חשבון הקונה. הדין המוצע יאלץ את הבנק לשנות נקודת מוצא זו, ולהעניק אשראי כנגד צ'ק שטרם סופקה כנגדו תמורה רק לאחר שגייע למסקנה כי הסבירות שהתמורה תסופק לקונה גבוהה. לסיכום נקודה זו, לבנק יש גישה למידע הרלוונטי לצורך הערכת הסיכויים להספקת התמורה, יש לו יכולת משופרת לפתח מנגנוני הגנה וזהירות, הוא יכול לדעת ולהביא בחשבון ברגע ההחלטה את עוצמת הסיכון ולהעריך היטב על מי תוטל האחריות במקרה של כשלון העסקה, ויש לו יכולת עדיפה לאין ערוך לפזר את הנזק שעלול להיגרם. לכן מוצדק לקבוע כי רק אם יוכיח הבנק כי ערך בדיקה ביחס למצבו של המוכר, וכי המסקנה הסבירה שהיה אפשר לגזור ממנה היא שאי-אפשר לצפות את כשלון התמורה, יזכה הבנק בעדיפות על המושך.

אומנם גם פתרון זה יחייב בדיקה פרטנית בבית המשפט בדבר השאלה אם הבנק עמד בחובת הבדיקה ומהן המסקנות הסבירות העולות ממנה, אך הטלת הנטל על הבנק להוכיח את כל האמור ממתנת במידת מה את חוסר השוויון ואת עמדת היתרון המובנית שלו. כלל ברור יביא לידי אחדות רבה יותר בפסיקה, ויעביר מסר ברור לנושים המקצועיים בדבר סטנדרט ההתנהגות הנדרש מהם כדי לזכות במימוש הבטוחה גם במקרה שבו נכשלה התמורה.

השינוי המוצע לא ייצור פגיעה בעקרון ודאות הפירעון ובעקרון הקונקלוסיביות, אלא ישפר את המצב הקיים. מצב הדברים כיום הוא שהתדיינות פרטנית מתבצעת בכל מקרה, והשקפות שונות של שופטים משפיעות על התוצאה, ולכן אי-אפשר לצפותה. קביעת כלל ברור בהקשר זה כמוצע לא תמנע אומנם התדיינות פרטניות, אך תיצור דרך בדיקה מובנית וברורה יותר, ותבהיר את נטלי ההוכחה. הגופים הפיננסיים יפנימו את החובות המוטלות עליהם, כך שמספר המקרים שבהם תתרחש ההתנגשות יפחת במידה משמעותית, והוודאות שתשרור תהא רחבה מזו הקיימת כיום. הדין המוצע, היוצר כלל אחיד וברור, יפחית את מספר ההתדיינות המשפטיות ויגביר את הוודאות, הצדק ואמון הציבור במערכת הפיננסית בכללותה.

מסקנה זו עולה כאמור מדיני השטרות במובנם הצר באמצעות פרשנות של דרישות הפקודה מהאוחז כשורה, והיא מתבקשת מדיני השטרות במובן הרחב, כפי שהובהר

משפט ועסקים כב, תש"ף דוקטרינת האחיזה כשורה – כלל ארכאי לשימור יתרון לא הוגן

באמצעות הנימוקים שהוצגו בפרק ה. תוצאה זו צודקת יותר, יעילה יותר והולמת יותר את התפיסות והמגמות העכשוויות בנוגע לאחריותו של משלם כלפי תשלום שטרם בוצע בפועל במצב שבו נכשלה התמורה, בנוגע לאחריותם המיוחדת של גופים פיננסיים, בנוגע לחשיבותו של פיזור הנזק, בנוגע לאמון הציבור במערכות הפיננסיות ובנוגע למקסום הרווחה החברתית.

סיכום

במאמר זה דנתי בהתנגשות בין זכותו של מושך צ'ק שלא קיבל את התמורה שהובטחה לו ואשר בגינה נתן את הצ'ק לבין זכותו של נושה מקצועי כלשהו האוחז בצ'ק, בדרך כלל בנק, שבחר להעניק אשראי ללקוחו ביודעו כי אם הלקוח לא ישיב את האשראי, הוא יוכל במקרים רבים לכפות את פרעון הצ'ק על המושך, גם אם הלה לא קיבל את התמורה שהובטחה לו. הצבעתי על כך שתוצאה זו אינה תואמת את תחושת הצדק וההגינות, ומעניקה יתרון לנושה המקצועי, שבידיו הכוח והידע הנדרשים על מנת למנוע את ההתנגשות מלכתחילה ולהתמודד איתה טוב יותר אם האחריות לנזק תוטל עליו. עוד הצבעתי על חוסר אחידות בפסיקה בהקשר זה, התורם להעצמת כוחם של הנושים המקצועיים. הדין הקיים משקף צרכים שהיו קיימים במציאות היסטורית שאינה קיימת עוד, והעדר השינוי בו נובע מכוחם של הנושים המקצועיים להשפיע על שינויים בדין, הן על ידי הפעלת שדלנות אצל המחוקקים והן על ידי הצגת תרחישים לא רצויים שצפויים לטענתם להתממש אם ישונה הדין, כגון התמוטטות של שוק האשראי. אך המציאות הוכיחה כי שינויים בדין לא הובילו להתממשות האיומים המגולמים בתרחישים, ואין הצדקה להשאיר על כנו דין שאינו צודק מחשש להתממשותם. הצבעתי במאמר זה על סיבות רבות לכך שבהתנגשות בין זכות המושך לא לפרוע את הצ'ק לבין זכות הנושה המקצועי להיפרע בנסיבות שתוארו יש לקבוע דין מאוזן יותר, שיעניק הגנה רחבה יותר למושך שסבל מכשלון תמורה, וכי ניתן להגיע לשינוי זה באמצעות פרשנות הדין הקיים.

