

בבית הדין לחוזים אחידים בירושלים

בענין : המפקח על הבנקים
בנק ישראל

ע"י ב"כ עוה"ד אלי מונטג ו/או
ורדה לוסטהויז ו/או אריה פ"ח
ו/או אורנה ואגו ו/או שוקי איכנבוים
ו/או אמיר בכר ו/או טלי יגל – בר אשר
ו/או שלמה אברמזון
מרח' בנק ישראל 1, ירושלים
טל : 02-6552728 פקס : 02-6552678

המבקש ;

- נגד -

"טפחות" בנק משכנתאות לישראל בע"מ

מרח' הלני המלכה 9, ירושלים, 94221

המשיב ;

בקשה לביטול תנאים מקפחים בחוזה אחיד או לשינויים

המבקש מגיש בזה לבית הדין הנכבד בקשה מכוח סעיף 16 לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג – 1982 (להלן: "החוק"), לביטולם או לשינויים של תנאים מקפחים בחוזה האחיד של המשיב, שעניינו ערבות בנקאית שנותן המשיב לבקשת מוכרי דירות ולטובת רוכשי דירות על פי חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה - 1974 (להלן: "כתב הערבות" ו"חוק המכר (דירות)", בהתאמה). מצ"ב כתב הערבות, כנספח לבקשה זו.

הערבות הבנקאית היא אמנם אופציה אחת מחמש אופציות שקובע חוק המכר (דירות) להבטחת כספם של רוכשי דירות, אך בפועל היא הבטוחה הנפוצה ביותר בה משתמשים קבלנים המוכרים דירות, והיא ניתנת היום מקבלנים לרוכשי דירות כדבר שבשגרה. עם זאת, התאגידים הבנקאיים המוציאים את הערבות הבנקאית ראו לנכון "לצרף" לה עשרות תנאים ותניות, המקשים על רוכש הדירה, ומגבילים ומסייגים את יכולתו לממש את הערבות ביום פקודה. בסופו של דבר, רוכש הדירה, המוציא, פעמים רבות, ברכישת הדירה את ההוצאה הגדולה והמשמעותית ביותר בחייו, מקבל, כבטוחה להשקעתו, ערבות בנקאית, אשר יקשה עליו לממשה בעת הצורך.

דומה שיש לייחד כמה מלים לסיטואציה האופיינית בה נמצא רוכש הדירה. לאחר ששילם הרוכש סכומי כסף גבוהים כחלק מתמורת הדירה ממתין הרוכש לרגע בו יקבל סוף סוף מהקבלן את

הערבות הבנקאית שאמורה להבטיח את השקעתו. משקיבל את הערבות סבור הרוכש שהנה הובטחה השקעתו על ידי התאגיד הבנקאי מנפיק הערבות. מעטים הרוכשים המודעים למשמעותם מרחיקת הלכת של התנאים הרבים המופיעים בכתב הערבות. זאת ועוד, הערבות הרי מונפקת על ידי תאגיד בנקאי, שאינו מצוי ביחס חוזי עם הרוכש בכל הנוגע לעסקת היסוד, כך שפניה לתאגיד הבנקאי בטענה נגד אחד מתנאי הערבות איננה מעשית כלל ועיקר (היא איננה מעשית כמעט אף פעם במישור יחסי בנק – לקוח, ועל אחת כמה וכמה בסיטואציה כאמור). מכאן, שהרוכש מקבל את הערבות כמוצר מוגמר, מה גם שהוא, כשלעצמו, סבור שהוא "מוצר" טוב, שיעמוד לימינו בעת צרה. כפי שנראה להלן, המציאות שיוצר הבנק נותן הערבות, ולענייננו המשיב, טופחת על פני רוכש הדירה.

לאור האמור, רואה לנכון המבקש לפנות לבית הדין הנכבד על מנת למנוע מהמשיב לנצל את יתרונותיו על פני רוכשי הדירות באופן שיביא לקיפוחם.

להלן פרטי הבקשה ונימוקה:

1. בסעיפים 3א ו- 3ב לכתב הערבות קובע המשיב את העיקרון המנחה אותו בעת בקשת מימוש מצד רוכש הדירה. לפי עיקרון מנחה זה ישלם המשיב את סכום הערבות הבנקאית אם ורק אם רוכש הדירה הפקיד את הסכום המקביל בחשבון בנק מסוים, שהוא חשבון הליווי הפיננסי שמעניק המשיב לקבלן. ובלשון המשיב: **"והכל בתנאי כי כל הסכומים שהרוכש שילם ו/או ישלם על חשבון מחיר הדירה, לרבות סכומים כאמור שישולמו בעתיד מעבר לסכום המכסימלי שהגדרתו בערבות זו, בין אם הוצאה ו/או תוצא בגינם ערבות כלשהי ובין אם לאו, הופקדו ויופקדו לזכות חשבון הפרוייקט מיידי...".** וכן: **"מובהר בזה, מבלי לפגוע בכלליות התנאי בפיסקה א' לעיל או לגרוע ממנה, כי סכום הערבות לא יכלול סכומים שלא ישולמו לזכות חשבון הפרוייקט..."** (ההדגשות במקור – א.ב.).

בסעיף 5ב לכתב הערבות, המונה תנאים מוקדמים לפירעון הערבות על ידי המשיב, קובע המשיב: **"(3) אישורים של הבנק בו מתנהל חשבון הפרוייקט המעידים על כך שהסכומים הנזכרים בדרישה שולמו לזכות חשבון הפרוייקט ע"ח מחיר הדירה...".** וכן: **"(5) תצהיר הרוכש חתום בפני עורך-דין... כי הוא (רוכש הדירה – א.ב.) הפקיד לזכות חשבון הפרוייקט כל סכום ששילם למוכר על חשבון מחיר הדירה".**

עוד קובע המשיב בסעיף 8 לכתב הערבות, העוסק במקרים בהם תהיה הערבות "בטלה ומבוטלת": **"ד. אם כתב ערבות זה או כתב תיקון לו הוצא על ידנו לפני שהסכום הנקוב בו הופקד לחשבון הפרוייקט, והסכום הנקוב בו לא הופקד לחשבון הפרוייקט בתוך 14 ימים מיום הוצאת הכתב.**

ה. אם הרוכש שילם למוכר, שלא בדרך הפקדה לזכות חשבון הפרוייקט, סכום כלשהו על חשבון מחיר הדירה והסכום ששולם כאמור לא הופקד לזכות חשבון הפרוייקט תוך 3 ימי עסקים בנקאיים מיום תשלומו כאמור".

גם סעיף 10א לכתב הערבות חוזר על העיקרון האמור. על הקיפוח הטמון באמור לעיל נעמוד עתה.

ברוב המקרים משלם רוכש הדירה את התמורה (או חלקה) בגין מחיר הדירה בטרם קיבל לידיו ערבות בנקאית מהקבלן. לאחר ששילם הרוכש את סכום הכסף, הוא ממתין מספר ימים (במקרה הטוב) או מספר שבועות, עד שמתקבלת אצלו הערבות. ואולם, כפי שראינו לעיל, כתב הערבות כולל תנאי לפיו הערבות איננה ניתנת למימוש כלל וכלל, אלא אם שילם הרוכש את סכום הכסף לחשבון הפרוייקט. ומנין אמור הרוכש לדעת שעליו לשלם לחשבון הפרוייקט על מנת שהבטוחה הלכאורית שבידיו אכן תהיה בטוחה אמיתית? זאת אין לדעת. יטען המשיב שהקבלן הוא זה שצריך להודיע לרוכש על התנאי המהותי האמור, שכן המשיב הוא צד שלישי בכל הנוגע לעסקת היסוד. יכול המשיב לטעון גם שהוא דורש מהקבלן, במסגרת תנאי הליווי הפיננסי להודיע לרוכשי הדירות על חובתם להפקיד את התמורה בחשבון הפרוייקט. בפועל, לא תמיד מודיעים הקבלנים לרוכשי הדירות על הצורך להפקיד את התמורה בחשבון הפרוייקט. לעתים ההודעה מצוינת בחוזה המכר, אך גם זאת לא תמיד באופן גלוי, אלא היא חבויה בין יתר המלל הרב שבחוזה המכר. לעתים ההודעה מופיעה באופן גלוי בצורה זו או אחרת, אולם הרוכש הסביר אינו מודע לחשיבות המכרעת של ההפקדה לחשבון הפרוייקט ולהשלכות מרחיקות הלכת אם לא יעשה כן, ומניח כי גם אם ישלם ישירות לקבלן, יפקיד הלה את הכספים לחשבון הליווי. כך, משלם הרוכש כסף לקבלן על חשבון מחיר הדירה, ומקבל "בטוחת דמי" אשר נחזית להיות בטוחה, אך אין היא אלא פיסת נייר חסרת כל ערך. ויודגש: התשלום לקבלן עצמו הוא הגיוני ומתבקש עבור כל רוכש דירה. הקבלן הוא בעל דברו של הרוכש בכל הנוגע לחוזה המכר בכל עניין, ובודאי לעניין התשלום.

מעל ומעבר לכך, בעצם הוצאת הערבות על סכום ספציפי, אשר כבר שולם על ידי המוטב (רוכש הדירה), יוצר הבנק מצג כלפי המוטב, כי כתב הערבות אכן מבטיח את אותו סכום ספציפי שכבר שולם. קשה להעלות על הדעת רוכש אשר מעלה על דעתו אפשרות, שכתב הערבות הבנקאית בו הוא אוחז, אינו מבטיח את סכום הכסף שלשם הבטחתו בדיוק קיבל הרוכש את אותו כתב ערבות מהקבלן. כך קורה, שהמשיב קובע תנאי לתוקפה של הערבות ומחיל אותו רטרואקטיבית על המוטב. משהונפקה ערבות בנקאית בסכום ספציפי ונמסרה לרוכש הדירה, לא יישמע המשיב בטענה כי אין לערבות תוקף בשל כך שהכספים שהיא באה להבטיח לא הופקדו בחשבון הפרוייקט. כל טענה אחרת מקפחת את המוטבים.

הפעולה הנכונה, שעל המשיב לבצע על מנת למנוע את קיפוח המוטבים, כל עוד מעוניין המשיב להקפיד על מתן ערבות בנקאית לפי בקשת הקבלן רק כאשר מופקדת התמורה בגין רכישת

הדירה בחשבון הפרוייקט, היא לברר בעצמו האם הכסף המובטח אכן הופקד בחשבון הפרוייקט, ואז לספק את הערבות. בדיקה של המשיב כאמור תעמיד את רוכש הדירה מול המצב העובדתי הנכון – אם מסרב המשיב להנפיק ערבות בנקאית מהסיבה שהתמורה לא הופקדה בחשבון הפרוייקט, יוכל הרוכש לפעול מול הקבלן, ואף להימנע מהמשך מתן תשלומים ישירות אליו, עוד בטרם ייקלע זה לקשיים שימנעו ממנו להשלים את הבנייה, על מנת שכספו של הרוכש יובטח. יובהר, כי המשיב מפקח על חשבון הפרוייקט, והוא מצוי בשליטתו כחלק מעסקת הליווי הפיננסי (מעבר לעובדה שהחשבון משועבד לבנק המשיב), וכתנאי לה.

מהאמור עולה, שהתניית תוקף הערבות בהפקדה לחשבון הפרוייקט מקפחת את המוטבים (רוכשי הדירות) ומגלגלת לפתחם סיכון שלא הם אלה שצריכים לשאת בו.

גם באותם מקרים בהם נותן הקבלן לרוכש הדירה כתב ערבות בנקאית עוד בטרם שילם לו הרוכש את התמורה אין לגלגל את הסיכון לפתחם של המוטבים, והקיפוח הטמון בכך הוא אותו קיפוח. המשיב, אשר שולט בחשבון הפרוייקט, הוא זה שצריך לשאת בסיכון. הוא המונע הזול, הוא מפזר הנזק הטוב ביותר, ומעבר לכך הוא הבקי ביותר במצב העניינים, ומצב העניינים מצוי בשליטתו, וזאת מכוח היותו השחקן החזק ביותר במשולש היחסים קבלן – רוכש – בנק מממן.

בנוסף לכל האמור, יש באמור לעיל משום חזקת קיפוח מכוח סעיפים 4(1), 4(2) ו- 4(4) לחוק.

2. בסעיפים 3א רישא ו- 10ב רישא לכתב הערבות קובע המשיב כי ינכה מסכום הערבות תשלומים אשר הוחזרו למוטב על חשבון מחיר הדירה, על ידי "כל אדם או גוף אחר" וכן על ידי "אדם ו/או גוף כלשהו". כלל לא ברור מיהו אותו אדם או גוף שבשל החזר תשלומים על ידם תפחת הערבות. באי בהירות זו טמון יתרון בלתי הוגן של המשיב על פני המוטבים. יתכבד המשיב ויצייין במפורש את מיהות הגופים שהחזר כספים על ידם יגרע מסכום הערבות.

3. בסעיף 5א לכתב הערבות מודיע המשיב, כי הערבות לא תהיה ניתנת למימוש, אלא לאחר "תום 30 יום מהמועד האחרון שנקבע בהסכם (המכר – א.ב.) למסירת החזקה בדירה לידי הרוכש כשבנייתה מושלמת". המשיב אינו משאיר מקום למקרים של הפרה צפויה, כשברור שהקבלן לא יוכל למסור את החזקה בדירה במועד המסירה החוזי או בסמוך לו (ומובן שגם בעלות או זכות אחרת בדירה לא תועבר לרוכש), וזאת גם כאשר לא התקיימה בפועל אחת מהעילות המצויות בסעיף 1)2 לחוק. פרשנות זו, המוציאה מגדר חוק המכר (דירות) את המקרים בהם ברור שהבעלות או הזכות האחרת בדירה, כמוסכם בחוזה המכר, לא תועבר לרוכש, מקפחת את רוכשי הדירות. פרשנות כאמור אף עומדת בניגוד לפסיקתו של בית המשפט המחוזי בה"פ (חי') 30258/97 קליינברגר נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, שם נדון מקרה בו הודיע הקבלן לרוכש הדירה על ביטול הסכם המכר עמו, בשל כך שבוטל ההסכם בינו (הקבלן) לבין בעל הקרקע, כך שלא יתאפשר לקבלן להשלים את הבנייה. בהתייחסו

להפרה הצפויה של הקבלן בכל הנוגע להעברת הזכות בדירה לרוכש, קבע כב' השופט פינקלמן, כי:

"אכן, הלשון הדוקנית של כתב הערבות מחייבת הוצאת צו כנגד החברה כתנאי למימושה, כמפורט לעיל. אולם, הצו הוא גופו אינו עיקר, אלא סימן דרך בלבד למציאות בה נתונה החברה... ברי לכל כי היא לא תוכל למלא אחר ההסכם שחתמה עם המבקש. בכגון דא מה לי הכא מה לי התם. מה לי אם הוטל עיקול... שהרי הקרקע אינה קיימת עוד לקבלן... העיקר הוא... "אבטחת החזרתם של כל הכספים ששילם הקונה למוכר על חשבון המחיר של הדירה... במקרה שלא יוכל המוכר להעביר לקונה בעלות או זכות אחרת בדירה כמוסכם בחוזה... " זה העיקר. המותר, ציון דרך בלבד" (פס"מ תשנ"ז (2), 502, 506).

משכך, פסק כב' השופט פינקלמן, כי לרוכש עומדת הזכות לממש את הערבות בשל ההפרה הצפויה בלבד, וזאת גם טרם מועד המסירה החוזי, כאשר ברור שבמועד המסירה החוזי, ממילא לא יקבל הרוכש כל זכות בדירה.

זאת ועוד, כלל לא ברור מדוע נדרשים למשיב תשעים ימים תמימים, מיום שנדרש לכך על ידי המוטב, על מנת לשלם את הערבות. ממילא דורש המשיב מהמוטב רשימה ארוכה של דרישות (בסעיף 55 לכתב הערבות) על מנת שבקשתו של המוטב למימוש הערבות תיענה. תקופת המתנה של תשעים ימים מרגע המצאת דרישת המוטב למשיב איננה נחוצה והיא מקפחת את המוטבים. לשם הדוגמה, נניח מצב בו התקיימו דרישות חוק המכר (דירות) למימוש הערבות, והרוכש, המצוי גם ככה במצב לא נעים, מבחינת יכולתו לקבל את הדירה, חפץ לרכוש דירה חילונית למגוריו ולמגורי משפחתו בהקדם. מדוע זה יאלץ להמתין תשעים ימים לפני שיוכל לעשות כן בכספי השקעתו שלא הצליחו להניב את מבוקשו המקורי (קבלת הדירה מהקבלן)?

באמור יש משום חזקת קיפוח מכוח סעיף 1(4) ו- 4(2) לחוק.

4. בסעיף 55(1) לכתב הערבות דורש המשיב מהמוטב, כתנאי למימוש הערבות, להמציא לו "כתב ערבות זה על כל תיקוניו ותוספותיו". כל עוד הכוונה היא, כי על המוטב להמציא למשיב את כתב הערבות המקורי גם אם זה אבד או הושמד, הרי שדרישה זו היא מקפחת ומהווה חזקת קיפוח מכוח סעיף 4(6) לחוק.

כמו כן, בסעיף 55(5) לכתב הערבות דורש המשיב מהמוטב, כתנאי למימוש הערבות, להמציא לו מסמכים שונים. אחד המסמכים המבוקשים על ידי המשיב הוא "תצהיר הרוכש חתום בפני עורך-דין... הנושא תאריך שלא יקדם מ – 15 ימים לפני תאריך התקבל דרישת הרוכש לתשלום הערבות על ידינו ובו יוצהר על ידי הרוכש, כי הרוכש פנה בכתב אל המוכר לפי כתובתו שבהסכם בדרישה לקיום התחייבות המוכר עפ"י ההסכם למרות קרות "הארוע למימוש", או בדרישה להחזרת הסכומים ששולמו ע"י הרוכש בפועל על חשבון מחיר הדירה, והרוכש לא נענה".

במקרים בהם מדובר בליווי פיננסי, המשיב יודע וצריך לדעת מה מצבו של הקבלן, שהרי זהו חלק אינהרנטי מהליווי הפיננסי (מעבר לכך שעצם התקיימות העילה בחוק, כשלעצמה מקנה לרוכש לדרוש את מימוש הערבות בלא כל נטל נוסף המוטל על הרוכש). לא ברור, אפוא, מדוע מבקש המשיב לכפות על המוטב לפנות לקבלן בדרישה לקיים את התחייבותו. השאלה היא האם אירע אירוע למימוש הערבות אם לאו, ואת התשובה לשאלה זו יודע המשיב טוב מכולם. מכאן, שדרישת המשיב שהמוטב יפנה לקבלן מטילה על המוטב נטל שלא לצורך, ובכך מקפחת אותו. מבלי לפגוע בכלליות האמור, הדרישה למתן תצהיר החתום בידי עו"ד מקפחת כשלעצמה, בכך שהיא מטילה על המוטב נטל בלתי סביר, שכן המשיב יכול הסתפק בהעתק המכתב ששלח המוטב לקבלן, למשל (שכאמור גם דרישה זו מקפחת).

כל האמור בסעיף זה לעיל מהווה גם חזקת קיפוח מכוח סעיפים 4(1) ו- 4(2) לחוק.

5. בסעיף 5ג לכתב הערבות מבקש המשיב מהמוטב, בין היתר, להמחות לו, כתנאי למימוש הערבות, את כל זכויותיו בדירה, למעט תביעות נגד הקבלן לפיצוי כספי, וכן **"לשלם כל מס שיחול, אם יחול, על הרוכש בגין המחאת הזכויות, ביטולן או מחיקתן"**. לא ברור מהי הסיטואציה בה יבוטלו הזכויות או יימחקו, לעניין הטלת מס. באי בהירות זו יש יתרון בלתי הוגן למשיב.

6. סעיף 5ה(2) קובע, כי המשיב לא יהיה חייב לפרוע את הערבות אם **"יינתן פסק דין ו/או צו בהליכים שהרוכש צד להם הקובע כי למרות קרות האירוע למימוש הנ"ל אין כל מניעה להעברת הזכויות בדירה על שם הרוכש ו/או כי המניעה הוסרה, בין ע"י המוכר ובין ע"י אחרים"**.

ראשית, דומה כי המשיב מנסה להשיג זכות לאי פירעון הערבות באיצטלא של פסק דין או צו של בית המשפט. במצב הדברים הרווח אין כל קשר בין פסק דין או צו, הקובעים כי אין כל מניעה להעברת הזכויות בדירה, לבין דיון בשאלה האם על המשיב לפרוע את הערבות לרוכש הדירה. אם מכוון המשיב לפסק דין, שדן בשאלה הספציפית של פירעון הערבות לרוכש הספציפי, וקובע כי אין חובה למשיב לפרוע את הערבות, הרי שמוכן שאין כל צורך בסעיף בחוזה להסדיר עניין זה. מה שקובע בית משפט מוסמך בישראל הוא שיחול, ולקביעה חוזית כזו או אחרת בחוזה אין ולא כלום עם כך.

אולם, דומה שהמשיב מכוון לכל אותם מקרים, שהם המקרים הנפוצים (עת נקלע הקבלן לקשיים), בהם בית המשפט לא דן בשאלה הספציפית כאמור, אלא קובע, למשל, בצו, כי ימונה לפרוייקט כונס נכסים, אשר ימשיך את הבנייה. במצב דברים זה, מחד גיסא - לא נדרש בית המשפט כלל לשאלה האם יש לפרוע את הערבות; ומאידך גיסא - ברור שאין מניעה להעביר את הזכויות בדירה על שם הרוכש ביום מן הימים, לאחר שכונס הנכסים ישלים את הבנייה. כך, נוצרים להם מצבים, שרוכש הדירה נותר במשך שנים ארוכות קירח מכאן ומכאן,

בשתי סיטואציות אפשריות: האחת – כאשר הדירה מצויה במצב שלא ניתן למסור בה חזקה לרוכש, אלא לאחר זמן רב (אם וככל שניתן בכלל למסור חזקה), ואז נותר הרוכש במצב שדירה אין לו, וכסף אין לו; השנייה – כאשר החזקה נמסרת לרוכש, אך העברת הזכות בדירה על שמו של הרוכש לא מתבצעת, אלא לאחר זמן רב (אם וככל שניתן בכלל להעבירה), ואז מצבו של הרוכש אמנם טוב יותר מהסיטואציה הראשונה שתוארה לעיל, שכן נמסרה לו החזקה, ברם עדיין הוא עומד בפני מצב בלתי נסבל, שהזכות בדירה אינה רשומה על שמו, על כל הנובע מכך.

7. בסעיף 7א לכתב הערבות נוטל לעצמו המשיב את הזכות לקזז מסכום הערבות חובות שונים של המוטב למשיב, "לרבות בגין סכומים שמועד פירעונם טרם הגיע מקפחת את המוטבים, ומתנה על הסדר הקיזוז המצוי לקזז חובות שמועד פירעונם טרם הגיע מקפחת את המוטבים, ומתנה על הסדר הקיזוז המצוי בסעיף 53 לחוק החוזים. בכך יש גם משום חזקת קיפוח לפי סעיף 4(6) לחוק.

8. סעיף 8 לכתב הערבות קובע רשימת מקרים בהם הערבות תהא מבוטלת. רשימה זו כוללת מספר תנאים מקפחים:

סעיף קטן 8א קובע: "אם ההסכם בוטל או יבוטל מסיבה כלשהי, בין בשל הפרה מצד הרוכש ובין מכל סיבה אחרת, וינתן פסק דין או פסק בוררות של בית משפט או בורר מוסמך המאשר הביטול כאמור". סעיף זה מקפח את רוכש הדירה, בכך שהוא שולל ממנו את ההגנה על השקעתו, גם כאשר ההסכם בוטל מ"סיבה כלשהי", ולא רק בשל ביטולו על ידי הרוכש או בשל הפרה של הרוכש. קביעה זו אף מנוגדת לפסיקתו של בית המשפט המחוזי בה"פ 30258/97 האמורה לעיל, שכן שם נקבע, כי מקום בו ביטל הקבלן את ההסכם, ולא יעביר, עקב כך, את הזכות בדירה על שם הרוכש, על הבנק לכבד את הערבות שהנפיק (בעניין זה ראו גם סעיף 3 לעיל).

סעיף קטן 8ג' קובע אירוע לביטול הערבות באופן הבא: "אם ההסכם שונה או ישונה באופן שיש בו כדי להשפיע על חובתנו על פי ערבות זו. מבלי לגרוע מכלליות האמור, כל שינוי במחיר הדירה ו/או מועדי תשלום המחיר ו/או מועד מסירת הדירה ו/או מועד העברת הזכויות בה ו/או טיב הזכויות בדירה – ללא קבלת הסכמתנו מראש ובכתב לשינוי – ייחשב כמשפיע על חובתנו כאמור".

הקביעה, כי שינויים במחיר הדירה, במועדי התשלום, במועד מסירת הדירה, או במועד העברת הזכויות בדירה יביאו לבטלותה של הערבות איננה סבירה. לא ברור מה בין שינויים כאמור, שרשאים רוכש דירה וקבלן להסכים על ביצועם, לבין ביטול כתב הערבות. לא זו אף זו: אם הערבות כבר הונפקה וניתנה לרוכש הדירה, ורק לאחר מכן בוצעו שינויים בהסכם שבין הקבלן לרוכש הדירה, הרי שמובן שעל המשיב מוטלת החובה לעמוד מאחורי הערבות, שכן המדובר הוא בסכומי כסף שכבר שולמו על ידי רוכש הדירה, ולהבטחתם הונפקה הערבות. גם אם בוצעו השינויים בהסכם, ורק לאחר מכן הונפקה הערבות וניתנה לרוכש

הדירה, הרי שמוכן שמרגע שניתנה הערבות לרוכש הדירה, אין כל הצדקה לאפשר למשיב, שהנפיק אותה, לטעון שהנפיק, למעשה, נייר ללא כל ערך.

מהאמור נובע שהסעיפים האמורים לכתב הערבות מקפחים את המוטבים, ואף מהווים חזקת קיפוח מכוח סעיף 4(1), 4(2) ו- 4(4) לחוק.

בנוסף לכך, סעיף קטן ח' לכתב הערבות קובע אירוע לביטול הערבות באופן הבא: **"אם הומצאה לנו בקשה או הסכמה בכתב לביטול הערבות חתומה בידי הרוכש בצרוף כתב הערבות המקורי, ואולם אם הערבות תהווה בטוחה להלוואה שהבנק נתן לרוכש – הבנק יהא רשאי לסרב לביטול הערבות והערבות תמשיך לעמוד בתוקפה"**. לא ברור מהם המקרים אותם מכסה הסעיף. באי בהירות זו יש יתרון בלתי הוגן למשיב.

9. סעיף 9 לכתב הערבות קובע: **"מסמך הנחזה להיות חתום בידי הרוכש או בידי אחד מיחידיו הרוכש יחייב את הרוכש לכל האמור בו"**. לא ברור מקומו של סעיף זה במסגרת כתב הערבות. למעלה מכך, הקביעה כי מסמך שבעיני המשיב נחזה להיות חתום בידי הרוכש יחייב את הרוכש לכל האמור בו מקפחת, בכך שהיא קובעת חזקה נגד רוכש הדירה ולטובת המשיב בעניין שהוא כה מהותי ורב ערך לרוכש הדירה.

זאת ועוד, גם הקביעה כי כל אחד מיחידיו הרוכש יוכל לחייב את הרוכש, גם אם אינו מוסמך בפועל לחייבו, מקפחת את רוכש הדירה. כל זאת, גם בהתייחס לאמור בפתיח לכתב הערבות, שם מופיעות המלים **"כולם יחד: הרוכש"**. כך שכלל לא ברור למה מתכוון המשיב, כשמצד אחד הוא מציין שהמוטבים הם "ביחד", בעוד שמצד שני הוא מתיר לעצמו לפעול כאילו הם כל אחד לחוד.

האמור גם מהווה חזקת קיפוח מכוח סעיפים 4(2) ו- 4(7) לחוק.

10. סעיף 11 לכתב הערבות קובע כי הערבות **"אינה ניתנת להעברה או להסבה או לשעבוד ללא הסכמתנו המפורשת בכתב ומראש"**. תנאי זה מסייג באופן בלתי סביר את זכותו של הרוכש לעשות שימוש קנייני בזכויות שמקנה לו כתב הערבות. סייג שכזה מונע מהמוטב לבצע עסקאות שונות עם זכויותיו כאמור, כמו, לשם הדוגמה בלבד, לשעבד את זכויותיו על פי כתב הערבות לצורך נטילת הלוואה מבנק אחר. האמור מקפח את המוטב ומהווה חזקת קיפוח מכוח סעיף 4(6) לחוק.

11. לאור האמור לעיל מתבקש בית הדין הנכבד לבטל את כל התנאים בחוזה האחיד נשוא בקשה זו, אשר פורטו לעיל, או לשנותם במידה הנדרשת כדי לבטל את הקיפוח המצוי בהם. כמו כן, מתבקש בית הדין הנכבד לעשות שימוש בסמכותו לפי סעיף 18 לחוק ולהחיל את הביטול או השינוי, בתנאים שיקבע בית הדין, גם על כתבי ערבות שהונפקו לפני מועד מתן החלטת בית הדין ואשר טרם בוצעו במלואם.

ירושלים, היום __ בחודש דצמבר שנת 2002.

אמיר בכר, עו"ד
ב"כ המבקש