

ערובה (Bond) - ערובה הנה התחייבות חוקית בכתב הקושרת צד אחד או יותר כביטחון לאחר. זהו הסכם בין 3 צדדים שהראשון בהם – נותן הערובה, ערב לצד שני – הנערב, לגבי פעולה או התחייבות או מחדל של צד ג' – מושא הערובה, שהוא האישיות שפעולתה או ההתחייבות שלה מכוסה ע"י הערובה. הערובה מגינה כנגד נזקים שמקורם אצל מושא הערובה – הצד הניזוק, שפעולותיו, חוסר כושרו שלו לפעול כפי שמצופה ממנו, או אי הגינות, יכולים להיות סיבת הנזק.

ערבות (Guarantee) - במהותה התחייבות שמוציא צד א' עבור צד' ב' לצד ג', שבו צד א' ערב לתשלום סכום מסוים של כסף, על פי התנאים המופיעים באותה ערבות, באם הנערב לא יפרע חוב, או לא יעמוד בהתחייבותו בדרך אחרת לאותו צד ג', לפי ההסכם שביניהם. לרוב, ערבות היא "בטוחה אישית לקיום חיובו של האחר". היא קשורה ישירות לחיוב שבגינה היא ניתנה, באופן ששינוי שחל בתוכן החיוב ובהיקפו משפיע במישרין על הערבות וכל טענת הגנה שיש לחייב כלפי הנושה בקשר לחיוב עומדת גם לערב⁷. ההבדל בין ערובה לערבות הוא שבערובה ל-3 הצדדים יש עניין כספי בנושא, ואילו בערבות לאחד הצדדים – הערב – אין בד"כ עניין כזה. החיוב איננו תקף אלא לגבי חיוב בר תקופה⁸.

ערבון (Deposit) - ערבון הינו סכום כסף אשר מופקד בדרך כלל לשמש כערובה לכך שתנאי כלשהו יתקיים. אין הכרח שהערבון יהיה של הערב דווקא. בהתאם לכך, ערובה הינה ההגדרה אשר הולמת טוב יותר את המהות של "ערבות בנקאית" ומבחינה זו ערבון אינו אלו סוג של ערובה ריאלית.

בסיכומו של דבר, ערבות בנקאית אוטונומית אינה ערבות במובן החוק אלא חיוב עצמאי נפרד והשימוש במילה "ערבות" הוא מטעה. על ערבות בנקאית כזו חלות הוראותיו של סעיף 16 לחוק הערבות ואילו סעיף 7(א) לחוק אינו נמנה עליהם.

ערבות בנקאית – מהי?

בתחום החוזים, אנחנו נתקלים בערבות בנקאית במספר מקרים, כגון ערבות מכרז, ערבות ביצוע, ערבות בגין שכירות ועוד. המרכיב המרכזי הינו היחס המשולש הקיים בין נותן הערבות, מקבל הערבות והבנק. יחס זה הוא החשוב בבואנו לנתח את מהות הערבות והאם ניתן לעצרה.

הערבות הבנקאית האוטונומית הינה התחייבות של בנק-ערב לכבד דרישה של מוטב הערבות לשלם לו סכום כסף בהתקיים תנאי הערבות. תוכנה של ההתחייבות כאמור מנותק בדרך כלל מהחיוב העיקרי שבין יוזם מתן הערבות לבין המוטב. יוזם הערבות – הוא לקוח הבנק, המבקש מהבנק ליתן את הערבות – מתחייב מצידו לשפות את הבנק עבור מתן הערבות (או מפקיד את הכסף של הערבות בפיקדון בחשבון בבנק) ותשלומה. הסדר זה מערב שלושה צדדים: הלקוח, הבנק-הערב והמוטב. צדדים אלו מקושרים בקשר חוזי ביניהם. חוזה היסוד בין הלקוח לבין המוטב; חוזה בין הבנק-ערב לבין הלקוח; ואחרון – הערבות הבנקאית עצמה, המהווה חוזה בין הבנק-ערב לבין המוטב, בו מתחייב הבנק-ערב לממש את הערבות בהתקיים תנאי ערבות מסוימים שהוסכם עליהם⁹.

בהיות הערבות הבנקאית האוטונומית מבוססת בדרך כלל כתנאי בחוזה בין הצדדים, תכניה והקשרי השימוש בה הם מגוונים ביותר. כפי שנאמר לעיל, נפוצות במיוחד ערבויות כגון ערבות ביצוע הניתנות על-ידי צד לחוזה, באמצעות בנק, לטובת הצד האחר שמטרתן להבטיח ביצוע התחייבותו על-פי החוזה - בין התחייבות לתשלום כספים (כגון שכירות) ובין

⁶ סעיף 1 לחוק הערבות- להלן "החוק" חוק הערבות, תשכ"ז -1967

⁷ סעיף 5-7 לחוק

⁸ סעיף 2-3 לחוק

⁹ ע"א 3130/99 שובל הנדסה ובניין (1988) נ"י.ש.מ.פ. חברה קבלנית לבנין בע"מ ואח', "עניין: שובל"

התחייבות לביצוע פעולות (כגון מכרזים, קבלני בניה וכו') - "ערבויות ביצוע". מידת הקשר של ערבות כזו לעסקת היסוד תלוי במתכונת שנבחרה על-ידי הצדדים.

בעבר עמד בית-משפט על מאפייניה העיקריים של הערבות האוטונומית – אשר הוגדרו כמאפיין "העצמאות" ומאפיין "ההתאמה"¹⁰. אפיון העצמאות של הערבות האוטונומית מעסקת היסוד מתאפיינת בהבטחת זכותו של המוטב לתשלום מהבנק רק אם יתקיימו תנאי הערבות, אפילו עומדות לצד האחר לעסקת היסוד טענות כלפיו במסגרת היחסים החוזיים שביניהם. עיקרון "ההתאמה" מחייב קיומם הדווקני של תנאי הערבות האוטונומית, כתנאי מוקדם למימושה. כבי' השופט חשין בעניין ניקו בדים קבע:

"שניים הם מאפייניה של הערבות הבנקאית, כמוה כאשראי הדוקומנטרי: "עיקר העצמאות" ו"עיקר ההתאמה". מאפיינה העיקרי של הערבות הבנקאית הוא באוטונומיות - בעצמאות - שבה, ביחסה לעסקת היסוד שהערבות באה לתמוך בה ולחזקה. לשון אחר: עיקרה של הערבות הבנקאית האוטונומית הוא בניתוק (היחסי) בינה לבין עסקת היסוד. די לו לנערב כי ימלא אחר התנאים הפורמאליים-הדווקניים הקבועים בכתב הערבות - בלא קשר פרטני לעסקת היסוד - כדי שיזכה לקבל תשלום מן הבנק...

בצד "עיקר העצמאות" של הערבות הבנקאית, ניצב עומד לו "עיקר ההתאמה", קרא: עיקר ההקפדה על קיום התאמה בין המסמכים (הראיות) המוצגים לבנק לקבלת תשלום הערבות לבין המסמכים (הראיות) הנדרשים בכתב הערבות. וכשם שעיקר העצמאות נועד להגן - ואכן מגן הוא - על הנערב, כן עקרון ההתאמה נועד להגן - ואכן מגן הוא - על מבקש הערבות {ר' בן אוליאל דיני בנקאות, חלק כללי (1996), 479, 482; ששון, יפוח, שנקר **אשראיים דוקומנטריים** (מהדורה 2, 1996)}.

מאפיין "העצמאות" בערבות האוטונומית הוא מושג "יחסי" שתוכנו עשוי להשתנות מעניין לעניין וממקרה למקרה. עצמאות הערבות היא עניין של דרגה. ככל שיפחתו הטענות שניתן להעלות כנגדה בהסתמך על עסקת היסוד, כן תהיה הזכות "עצמאית" או "אוטונומית" יותר¹¹. כתב הערבות האוטונומית מעיד על מידת רמת ניתוק מעסקת היסוד. לעיתים, עצמאות הערבות לא תהיה מוחלטת אלא מימושה יותר בקיום תנאים מסוימים, חוזיים או אחרים. לעיתים כתב ערבות אוטונומי עשוי לשקף התחייבות המנותקת מעסקת היסוד, המבודדת אותה לחלוטין ממערכת היחסים שבין הצדדים לעסקה.

מאפיין "ההתאמה" מתייחס לתנאים הנקובים בכתב הערבות האוטונומית אשר מכתבים את התנאים המקדמיים למימושה. על המוטב המבקש לממשה להצביע בפני הבנק הערב כי תנאיה נתקיימו, שאם-לא-כן, לא תתגבש חבות הבנק לפרוע את הערבות¹². תוכנם של התנאים למימוש הערבות נקבע על-פי נוסחו של כתב הערבות ולא על-פי ההסכם העיקרי בין הצדדים לעסקת היסוד, ומקום שקיימת סתירה בין השניים, יכריע תוכנו של כתב הערבות.

בפסיקה אומצה בבירור ההלכה לפיה נקבע מפורשות, כי זכות מימושה של ערבות אוטונומית הינה כמעט מוחלטת: רק במקרים נדירים ובנסיבות מיוחדות בית-משפט רשאי להוציא צו מניעה כנגד מימוש ערבות. הפסיקה הכירה רק בשני חריגים לעיקרון העצמאות של ערבות הבנקאית האוטונומית, חריג **המרמה** וחריג **הנסיבות המיוחדות**.

¹⁰ רע"א 1821/98 ניקו בדים בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, פ"ד נד(1), 773 (2000) (להלן: "עניין ניקו בדים")

¹¹ ד' פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט (1998), 975; ע"א 5717/91, נבו ישראל בע"מ נ' אז-זו טרום (1973) "עניין מליבו".

¹² רע"א 1765/00 י. מושקוביץ חברה קבלנית לבניין (1988) בע"מ נ' תשורה ייזום ובניין בע"מ, פ"ד נה(2), 447 (2001); רע"א 4256/93 שיכון עובדים בע"מ נ' ארז תעשיות בניה בע"מ, פ"ד מח(1), 450 (1993) (להלן: "עניין שיכון עובדים").

חריג המרמה – מעשה מרמה חמור ומובהק מטעם המוטב הוא אחד מהחריגים היחידים שיצדיקו התערבות בתהליך חילוט הערבות.

חריג הנסיבות המיוחדות – כאן, בתי-המשפט קבעו שיש צורך בהתנהגות שרירותית של המוטב בדרישת הפירעון, בחוסר תום לב קיצוני ובולט, או בהתנהגות המונעת משיקולים זרים, הפעלת לחץ או נקמנות.

חריגים אלו נועדו להגן על החייב ולמנוע את מימוש הערבות הבנקאית כאשר המימוש נגוע במרמה או חוסר תום-לב והגינות חמורים¹³. כך נקבע בעניין שובל:

”חרף זאת מוכרים מצבים קיצוניים שבהם התרחשויות הקשורות בעסקת היסוד עשויות להשפיע על הערבות חרף עצמאותה ולהביא למניעת מימושה, אפילו נתקיימו כל תנאיה. שניים הם החריגים המוכרים לעניין זה: חריג המרמה וחריג הנסיבות המיוחדות, העשויים להצדיק התערבות בעצמאותה של הערבות. מקום שהתנהגות המוטב המבקש את מימוש הערבות נגועה במעשי מרמה חמורים כלפי הצד האחר לעסקת היסוד, ניתן לחסום את מימוש הערבות כדי שלא יצא חוטא נשכר... חריג ”הנסיבות המיוחדות” אינו מדבר בהכרח במקרי זיוף או מרמה, אולם מנגד, כדי להיכנס לגדרו אין די בקיום מחלוקת חוזית בין הצדדים לעסקת היסוד (בר”ע 239/80 הנ”ל, בעמ’ 336; ע”א 590/74 **חירם לנדאו עבודות עפר בע”מ נ’ פיתוח מקורות מים בע”מ**). בגדר ”נסיבות מיוחדות” עשויה לבוא התנהגות חמורה או שרירותית של המוטב בבואו לדרוש את חילוט הערבות (ע”א 340/78 **איליט בע”מ נ’ אלקו חרושת אלקטרו מכנית ישראלית בע”מ**) או ”התנהגות המונעת בעליל משיקולים זרים, הפעלת לחץ או נקמנות” (פרשת **מושקוביץ**, בעמ’ 452; ראה גם רע”א 222/87 **פיתוח כוכב יאיר אגודה שיתופית בע”מ נ’ דביר ג.פ.ש. חברה לבנין ופתוח בע”מ**). כך הוא למשל מקום שהמוטב דורש מימוש ערבויות ביצוע שניתנו בקשר לעסקת יסוד מקום שאישר בכתב לצד האחר את דבר סיום ביצוע העבודות, או כאשר דורש הוא את מימוש הערבויות כאשר חוסר תקפותה של עסקת היסוד אינו מוטל בספק.”

חשוב לציין כי נוסח כתב הערבת הבנקאית האוטונומית בהסכם הינו בעלת חשיבות בקביעת עצמאותה. מנוסח כתב הערבות, ניתן ללמוד אם לפיו הבנק מתחייב לשלם כל סכום שיידרש לשלמו בגבולות סכום הערבות בלא שהמוטב יהיה חייב להמציא כל הנמקה, ראייה, פס”ד או אסמכתא משפטית אחרת. נוסח כזה, המזכה את המוטב בפירעון הערבות בלא שזה יהא חייב לבסס את הדרישה, נחשב כסממן העיקרי אשר מאפיין את האוטונומיה של הערבות האוטונומית.

על פי הנראה, ערבות בנקאית אוטונומית הינה בטוחה רבת משמעות, שמהווה מעין כסף מזומן בכיסו של המוטב, שלמעשה, יכול לעשות בו שימוש כמעט ללא סייג. על כן, מומלץ לקחת זאת בחשבון מראש ולא בדיעבד, ובעיקר לבחון את הסיכוי למנוע מימושה (קלוש ובנסיבות חריגות ביותר), באמצעות צעדים חליפיים.

ומה בנוגע לעניין טוראי קליב@ האם צדק ביהמ”ש אשר מנע את מימוש ערבות הבנקאית אוטונומית כאשר חוזה היסוד של הערבות הינו חוזה שכירות והערבות באה להבטיח את תשלום דמי השכירות?

¹³ הי”ש 8 עניין שובל, הי”ש 10 עניין מליבו

כותב שורות אלו מאמין כי כב' השופטת צדקה בתוצאה אך טעתה בהליך הקביעה. היות והסכם השכירות בין הצדדים קבע כי על המשכירה לתת לשוכרת התראה של 14 יום מראש לפני מימוש הערבות, ובפועל נתנה התראה רק 7 ימים מראש, צדקה כב' השופטת במתן צו מניעה למימוש הערבות, שכן המשכירה לא פעלה בהתאם לחוזה בין הצדדים. אלא קביעתה כי 'גם אם קורונה אינה מילת קסם' אין ספק כי הימים אינם ימים רגילים... נכון לכתובת שורות אלה, ישנם בישראל כבר למעלה מ-13 אלף חולים. בשעה שמהדורות החדשות נפתחות מדי ערב בספירת מתינו, ורוב מדינות העולם חדלו משגרתן ומניין הנספים עולה מיום ליום, ובמיוחד כאשר כל המסעדות במדינת ישראל, ובתוכן המבקשת, סגורות זה למעלה מחודש ועד להודעה חדשה שאינה צפויה להתקבל למצער בשבועיים הקרובים, כך שלמעשה המדינה אינה מאפשרת למבקשת לנהל את עסקיה בשום צורה שהיא... "לדעתי, איננה רלוונטית לנשוא הבקשה שכן היא איננה תואמת את החריגים הקבועים בפסיקה של בית המשפט העליון. לטוראי קליבר עומדות מספר אופציות הפוטרות אותה מתשלום השכירות¹⁴, אבל במימוש ערבות הבנקאית לא היו כל מעשה מרמה (החריג הראשון), או חוסר תום לב, בריונות וכו' אשר מוגדרים כנסיבות מיוחדות (החריג השני). ייתכן ותגובת המשכירה לאי-תשלום דמי השכירות איננה "הוגנת" או "התנהגות נאותה" בימים אלו, אך אין זה עניין בית המשפט לקשור התנהגות זאת לביטחונות פיננסיות אוטונומיות. ייתכן כי ניסיונה של המשכירה לממש את הערבות בנקאית לפני מועד ההתראה כפי שנקבע בהסכם יכולה להיסוג כחוסר תום לב, אך מנגד, כפי שטענה המשכירה, טוראי קליבר בפעולתה של אי תשלום השכירות והודעתה על כך, לא במסגרת האפשרויות העומדות בפניה (דיני סיכול, ראה ה"ש 14), הם בעצם הפרה של ההסכם בין הצדדים, ולרבות הפרה צפויה על פי סעיף 17 לחוק התרופות, המזכה את המשכירה בתרופות גם לפני המועד שנקבע לקיום החוזה, ולכן מכשיר ערבות הבנקאית האוטונומית ייעודה למצבים כעניין רב בריח וטוראי קליבר, שכן הם נועדו להגן על המשכירים במצב של אי תשלום דמי שכירות, כאשר החריגים למימוש נועדו להגן על השוכרים.

יצוין כי כב' השופטת יהלום הוסיפה שצו המניעה למימוש הערבות הוא זמני עד לדיון בתובענה העיקרית, והתייחסה לדיני הסיכול של סעי' 18 לחוק התרופות באמרה "כך קבע המחוקק, סעיף 18(א) לחוק החוזים (תרופות) קובע כי הפרה מחמת סיכול לא תזכה בסעד של אכיפה או פיצוי, תוך שלצד שכנגד שמורות תרופות אחרות (סעיף 18(ב) לחוק החוזים (תרופות)). כלומר, החוק הוא שקובע סדר העדיפויות במקרה של סיכול. מכל מקום, הקביעה האם מצב החירום הנוכחי מהווה סיכול הוא אכן, כפי טענה המשיבה, "שאלה נכבדת אשר תדרוש דיון משפטי, ציבורי חברתי נרחב ואין מקום בהליך של צו מניעה זמני כדי לקבוע בה מסמרות...".

לסיכום, מנגנון הערבות הבנקאית האוטונומית הינה מנגנון חשוב במסגרת חוזים עסקיים, והתערבות ביהמ"ש בהליך מימושה מעבר לחריגים שנקבעו בפסיקה, גורמת להכנסת אלמנט של אי-ודאות לחיי היום-יום של עסקים. לא לשווא נקבע כי ערבות הבנק האוטונומית אשר מנוסחת כדן, הינה מנותקת מעסקת היסוד בין הצדדים. ריבוי התערבות של בתי המשפט במעמדו העצמאית של ערבות הבנקאית יכניס אי-ודאות למעמדו של הערבות הבנקאית בדיני חוזים וככל שנראה התערבות יתרה ומתן צווים המונעים מימוש הערבות (במיוחד בעידן הקורונה), ייתכן ונראה, לרבות בהסכמי שכירות, מעבר מערבות בנקאית להפקדת פקדון כספי על פי הכללים הקבועים בחוק השכירות והשאלה, תשל"א – 1971, (סעיף 25), אשר יהיה בהחזקתו של המשכיר ואשר יוכל לעשות בו כרצונו ללא חשש מהתערבות כלשהי מצידו של בית המשפט.

¹⁴ סעיף 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א - 1970 (חוק התרופות) וסעיף 15 לחוק השכירות והשאלה, התשל"א - 1971.