

לכבוד

תאריך: ט"ו בחשוון, תשפ"ו

(6.11.2025)

הרב פנחס וינז

בית הדין ובית ההוראה לענייני ריבית

הנדון: חוות דעת משפטית - הקמת מאגר מתקשרים ב"היתר עסקה"

התבקשנו לחוות דעתנו במספר שאלות משפטיות המתעוררות ביחס להקמת מאגר מתקשרים ב"היתר עסקה". היוזמה שהועלתה על ידיכם היא להקים מאגר מידע מקוון שבו כל מצטרף, בתשלום סמלי, ייצור קשר משפטי מחייב עם כל שאר חברי המאגר, לפיו כל התקשרות ביניהם הכוללת היבטים של אשראי או הלוואות מכל מין וסוג שהוא, יהיו כפופים לתנאי "היתר עסקה" כפי המפורט בתקנון המאגר. בהתאם ליוזמה זו, יצטרפו חברות מרכזיות במשק מצד אחד וגורמים פרטיים מן הציבור הרחב (כל בית אב, ואף ילדי המשפחה) למאגר האמור ובכך ימסדו מראש התקשרות ביניהם באופן שיכפיף את כל עסקיהם זה עם זה לתנאי היתר העסקה. פעולת המאגר והיחסים בין החברים יוסדרו בתקנון פתוח לציבור, שיהווה חוזה מסגרת, וכאמור יחייב את כל אלו הנרשמים למאגר מבחינה משפטית. רשימת המצטרפים תהיה פתוחה לציבור, כדי שכל אדם יוכל לבדוק האם הגורם שעמו הוא מבקש להתקשר הכפיף עצמו לתנאי היתר עסקה.

במסגרת תיאור הפעילות צוין בפנינו כדלקמן:

כיצד מצטרפים לתנאי המאגר והיתר עסקה

יש תא משפחתי בעלות מסוימת שבו חותמים אבא, אמא, עבור עצמם, וממלאים כל פרטי הילדים מתחת גיל 18 וההורים חותמים גם עבור הילדים כאפוטרופוס, מבחינת חוקית עד גיל 18 הם האפוטרופוס, אבל הלכתית רק האבא אפוטרופוס לבת עד 12 וכן 13 ובמעל גיל זה הבן והבת יאשרו חתימה כדי שיהיה לזה תוקף הלכתי,

מעל גיל 18 חייב הבן או הבת לפתוח מנוי חברות חדש לעצמם עם תשלום דמי חבר

באתר

במייל [למי שאין לו אינטרנט פתוח]

ווטסאפ

נדרים פלוס או קהילות [טאבלט שיש בבתי כנסת]

טלפון כשר

טופס ידני שעליו חתומים גם האישה והילדים, ונרשם באתר ע"י עובד בית הוראה וטופס החתימה שלו יהיה סרוק וניתן לצפייה.

פירסום נתונים על המצטרף

בכל בדיקה על אדם פרטי, ע"י הכנסת פרטים ת.ז. ושמו הפרטי יופיע מתי נרשם, ומתי חידש רישום.

בחברה, יהיה מפורסם רשימת חברות ועמותות וכן עוסק פטור או מורשה, שמצורפים לתוכנית.

אופציה להיות "גלוי לפי איתור"

יהיה אופציה לאדם פרטי [אולי גם לעסק בעתיד] לבקש כי הנתונים אודותיו יהיו ניתנים לאיתור על פי מספר זיהוי בלבד, או על פי הוראת כל בית דין לומר אם האדם רשום, כדי שיהיה למשתמש תוקף הלכתי. יהיה כתוב שמשתמש שהוגדר כ"גלוי לפי איתור" הוא פחות מהדרין מאשר מי שמפורסם ועומד.

הסוגיות המשפטיות המתעוררות:

(1) האם תנאי היתר עסקה שנכללים באתר אינטרנט הכולל מאגר של מצטרפים שמאשרים את תנאיו, יוצרים התקשרות משפטית מחייבת בין חברי המאגר לבין עצמם? אם כן, מהם התנאים לכך. בכלל שאלה זו מתעוררות שאלות המשנה הבאות:

(1) האם היתר עסקה הוא הסכם משפטי מחייב מבחינת הדין הישראלי?

(2) האם צד שמצטרף למאגר מחייב את עצמו מבחינה משפטית בקיום תנאי היתר העסקה והאם צד שמצטרף למאגר זכאי להסתמך על חברותו של אחר במאגר כדי לחייב אותו בתנאי היתר העסקה?

(3) האם אין המדובר בחוזה אחיד הכולל תניות מקפחות?

(2) מהם התנאים שבדין לצורך הקמת המאגר וניהולו, כדי שיקנו להצטרפות למאגר תוקף משפטי מחייב אשר כלל המצטרפים לו יהיו מחויבים לתקנון ולהיתר העסקה?

1. היתר עסקה הוא הסכם משפטי מחייב מבחינת הדין הישראלי

מקדמת דנא ראו בתי המשפט בהיתר עסקה משום חוזה. לעיתים, פונה נתבע בהסכם הלוואה הכפוף להיתר עסקה וטוען כי אינו צריך לפרוע את החוב שכן מדובר היה בשותפות והעסקה הסתיימה בהפסד. על כן, הוא טוען כי לא זו בלבד שהמלווה לא זכאי לגבות רווחים, אלא שהוא אף צריך לשאת בחלק מן ההפסד (קרון) בהיותו שותף. היתר העסקה צופה פני טענות מסוג זה ומתמודד איתן באמצעות דיני הראיות. בתי המשפט קיבלו את דרכי ההתמודדות הללו כבעלי תוקף משפטי מכוח המחויבות החוזית.

פסק הדין הראשון בו התוקף של "היתר עסקה" נבחן באופן מפורט ונרחב הוא פסה"ד שניתן בעניין **בנק המזרחי נ' טישלר**¹. נפרט להלן פס"ד יסודי זה ודרך הילוכו:

(1) בנק המזרחי נתן אשראי ליהלומן ומשלא נפרע החוב הוגשה תביעה נגד היהלומן ושני הערבים לחובו, כי ישיב לבנק את יתרת החובה שנצברה בחשבון. התביעה הוגשה בסדר דין מקוצר. הנתבעים הגישו בקשת רשות להגן ובה התבססו על היתר העסקה.

(2) מדובר בשטר "היתר עסקה" שערך בנק המזרחי, "בהתאם לנוסח היתר עסקה של רבנו הגדול מרה"ב (מורנו הרב) **שנאור זלמן** (הכוונה היא לאדמו"ר הראשון מחב"ד ר' שניאור זלמן מלאדי, בעל ה"תניא" ובעל "שולחן ערוך הרב")."

בהיתר העסקה נקבע תנאי כי מקבל הכספים יוכל לטעון כי לא הרוויח באמצעותם רק "אם ישבע שבועת השותפין בנקיטת חפץ כדת (דהיינו, שבועה שאדם נשבע כשהוא אוחז בחפץ בידיו, בדרך כלל ספר תורה), כי שמר על הכספים שמירה מעולה ועסק בהם ביושר ובאמונה בלא פשיעה או רשלנות כדין תורה".

(3) בהיתר העסקה של הבנק גם נאמר כי רשויות הבנק החליטו:

"שכל עיסקה שתעשה על ידי הבנק, שיהיה בה חשש של ריבית דאורייתא, או אפילו דרבנן, לא יהיה לה כל תוקף חוקי, לא על פי דין תורה ולא על פי החוק האזרחי, ואי אפשר יהיה לתבוע מכוחה של עיסקה זו לא בבית הדין הרבני ולא בבית משפט בארץ ואף לא בערכות בחו"ל. גם אם לא ידע המקבל או הנותן תנאי עסקה זו, יחולו עליו כל התנאים הכלולים כאן ללא כל דין ודברים".

¹ ה"מ (ת"א) 5317/86 בנק המזרחי המאוחד נ' טישלר, תשמ"ח (2) 353 (1987) (להלן: "עניין טישלר").

(4) לא היה חולק כי על פי תנאי שטר העסקה הוגדרה ה"ריבית" שנקבעה כ"דמי התפשרות" המשולמים על ידי מקבל הכסף, רק בתנאי שהוא אינו חפץ להוכיח על ידי שבועה חמורה כי לא התרשל בכספים ולא השקיע אותם באופן לא סביר.

(5) מכאן, שעל פי הסכם זה עומדות לפני מקבל הכסף שתי דרכים:

(1) יחפוץ - יישבע שבועה חמורה ויוכיח שלא הרוויח באמצעות השקעת כספי ההלוואה בעסקה ואז ייפטר מתשלום הריבית ואם יביא עדים – ייפטר אף מתשלום על הקרן.

(2) יבחר המקבל שלא להישבע - ישלם לנותן הכספים (הבנק) את השיעור הנקוב כ"דמי התפשרות" (המקבילים לריבית הבנקאית) ויהיה פטור משבועה.

מכיוון שכך, טען מקבל הכספים כי הוא אינו חפץ בהתפשרות אלא בהתדיינות, וזו זכותו. מקבל הכספים ציין כי הוא מוכן להישבע בנקיטת חפץ (כשספר תורה בידיו), וכן להביא עדים כי הוא לא התרשל או פגע בהשקעת הכספים, וכי הוא השקיע אותם באופן סביר בעסקי יהלומים, ועם זאת לא זו בלבד שהעסקה לא נשאה פרי אלא שהוא אף הפסיד.

בהתאם לכך טען הלווה, כי לא זו בלבד שאין הוא חייב בתשלומי ריבית, המוגדרים בהיתר עסקה כחלק מרווחי עסקה משותפת, שהרי אין רווח, אלא שאף את הקרן אין הוא חייב להשיב במלואה, וכי הבנק שותף להפסדיו:

(6) ביחס לכך קבע בית המשפט כי:

"אין ספק שהתניית תנאים בשטר ה"עיסקא" המגבילים את המתעסק בהתעסקותו כמו גם פירוט התנאים המקשים על ביצוע שבועת הפטור אינם יכולים לשלול את זכות המתעסק להישבע שאחרת הופכת ה"עיסקא" לפיקציה.

ראה שו"ת ציץ אליעזר, חלק ח' סימן ח' - שמצד ההלכה אמנם קיימת העדפה של הימנעות משבועה אפילו כשהמדובר בשבועת אמת, בכל אופן הסברה נותנת שאין לפגוע בזכותו של הלווה להישבע ולאמת את טענתו שהקרן לא הניבה פירות ולא קצרה רווחים."

(7) היינו מצפים אפוא, כי בית המשפט ייתן ללווה רשות להתגונן, ויאפשר לו להישבע ולהביא עדים כדי להוכיח את טענתו. זוהי המסקנה המתבקשת ממתן תוקף משפטי לשטר ההיתר עסקה ומן המבנה המשפטי של העסקה. אולם, יש לזכור כי אילו היה בית המשפט שועה לטענת הלווה בהקשר זה, היה הופך היתר העסקה את תנאי השוק לבלתי אפשריים. זאת מכיוון, שמאותו רגע ואילך לא היה יכול עוד הבנק לתת הלוואות ללקוחות בלא שיהא חשוף לסיכון כי אילו לא ישלמו ריבית, ואף יבקשו להיפטר מהחוב

בהשבת חלק מהקרן - בעקבות הוכחה כי השתמשו כדת וכדין בכספי ההלוואה, השקיעו אותה בעסק - והפסידו.

(8) בית המשפט קבע קביעה עקרונית כי **יש תוקף מחייב לעסקה**, (אלמלא קביעה זו הייתה נוצרת מניעה ללקוחות דתיים ללוות כסף בבנק) ועם זאת, כאשר הגיע בית המשפט לשורה התחתונה, הייתה המסקנה כי אין לתת ללקוח רשות להתגונן מפני תביעות הבנק. זאת מכיוון:

"שאין בית-משפט זה-המקום בו יכול החייב לממש את זכותו להישבע, ובכל מקרה על בית-משפט זה להזקק לראיה, ככל ראייה אחרת, כי השבועה בוצעה בדרך ובאופן הנקובים בשטר ה"עיסקא" ועל-פי הלכות הדין העברי על מנת שתקום לנתבע הגנה כנגד תביעת הבנק".

(9) כלומר, הפתרון היה **פרוצדורלי**, עת בית המשפט קבע כי לא הוכח לפניו, שאכן הלווה נשבע על פי תנאי ההיתר עסקה, וממילא על פי תנאי שטר זה עצמו, הוא מנוע מלהעלות את טענתו כי הפסיד את כספי ההשקעה.

(10) ברם, בשלב של מתן רשות להתגונן אין בית המשפט בוחן האם הוכחה טענת החייב, אלא רק האם יש בידו טענה רצינית, שיש לאפשר לו להוכיחה בעתיד. הכיצד זה קבע בית המשפט כי אין כלל מקום לתת רשות להתגונן, על בסיס העובדה שבשלב מקדמי זה טרם הובאו הראיות?

(11) אין זאת אלא שמדובר בסכר טכני ומלאכותי, שבוצע כעניין **שבמדיניות שיפוטית, כדי למנוע מהיתר העסקה למוטט נדבך חשוב בעולם האשראי**. פתרון וירטואוזי זה, הביא לכך שהיתר העסקה יוכר במישור העקרוני, ועם זאת לא יסתכן הבנק ולא תתקבל תביעתו של הלווה. אולם, פסק הדין בעניין **טישור** הותיר את הסוגיה כשהיא בלתי פתורה במישור המהותי. ההתחמקות הפרוצדורלית שקיבלה את טענותיו של מר **טישור**, נעשתה באופן מרהיב באותו מקרה, אך פתחה פתח לשכלול נוסף מצד לווה שהפיק את לקחי פסק דין **טישור**, ונקט בגישה שמנעה לכאורה גישה פרוצדורלית זו, כפי שאירע בעניין **ויזל**.

בעניין **ויזל נ' בנק איגוד**² הפיק הלווה את לקחי פסק דין **טישור** ו"הקדים תרופה למכה". כדי למנוע מבית המשפט קביעה לפיה אין הוא הערכאה המתאימה לערוך לפנייה שבועה דתית, פנה הוא מראש לבית הדין הרבני, וקיבל אישור, לפיו הובאו לפני בית הדין שני עדים כשרים שהעידו כי מר ויזל פעל בכסף שלוה מן הבנק בנאמנות וביושר ובכל זאת הפסיד. בית הדין אף ציין כי מר ויזל: "**פעל כשורה על פי היתר העיסקא, ואל לו לבנק לבוא אליו בתביעות נוספות**".

² ת"א 6136/89, ה"מ 5247/89 (י-ם) ויזל נ' בנק איגוד לישראל (לא פורסם) (להלן: "עניין ויזל").

מצויד באישור זה פנה מר ויזל לבית המשפט וטען כי על פי תנאי היתר העסקה אין הוא חייב לשלם ריבית כלשהי לבנק, שכן לא היו לו כל רווחים שבהם עליו לשותף את הבנק, וכי גם את הקרן אין הוא חייב להשיב במלואה, שהרי הבנק שותף בהפסד.

הפתרון שמצא בית המשפט היה כדלקמן:

בנוסח שטר היתר העסקה שהיה תלוי על קיר הבנק נכללה הפנייה כללית לנוסח "היתר העסקה" שבספר "חכמת אדם". בית המשפט יגע ומצא, כי משמעיינים במקור עצמו (בספר "חכמת אדם"), נכלל שם תנאי מוקדם להעלאת טענה מצד מקבל הכספים כי הפסיד בעסקה. תנאי זה מחייב כי מקבל הכספים ידווח לנותן הכסף, באופן שוטף, מידי ערב בערב ושוב מידי חודש בחודשו, כמנהג השותפים, בדבר ההתפתחויות בעסקו. מר ויזל לא עמד בחובת דיווח זו, וממילא נפתח הפתח לבית המשפט לדחות את טענתו באמצעות עשיית שימוש בנימוק פורמלי זה.

במסגרת פסקי דין נוספים, נדונו מקרים שבהם טען מקבל הכספים כי אינו צריך להשיב את הכספים משום שמדובר בהשקעה ולא בהלוואה ומאחר והוא הפסיד את הכספים. חוט השני העובר בין כלל פסקי הדין האמורים, הוא, כי בתי המשפט קבעו שהיתר העסקה הוא בר-תוקף משפטי, אך דחו טענות לפיהן מקבלי הכספים פטורים מהשבת הכסף במקרה של הפסד.

כך גם אירע בעניין **האס נ' שור**³. בעניין זה דן בית משפט בהלוואה שניתנה ולא הוחזרה שלגביה נחתם שטר "היתר עסקה". מקבל הכספים טען, כי הפסיד את הכספים ולכן אינו צריך להשיבם מכוח שטר "היתר עסקה". בית המשפט קבע, כי על אף שמקבל הכספים הצהיר בפניו כי הפסיד את הכספים, אין די בהצהרה "סתמית" אלא עליו להציג מסמכים המאשרים את הצהרתו. בנוסף, לפי שטר "היתר העסקה" שחתמו, על מקבל הכספים להוכיח הפסד בכל עסקאותיו באמצעות ספרי חשבונות או מסמכים, ואלה לא הובאו בפני בית המשפט.

ברוח זו פסקו בתי המשפט השונים במספר רב של מקרים. ראה לעניין זה, בין היתר, ת.א (י-ם) 1095-09 **סינדי צימרינג נ' בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ** (פורסם בנבו, 03.09.2013); ת.א (ת"א) 105414/99 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' היכלי הבידור בע"מ** (פורסם בנבו, 14.11.2013); ת.א (ת"א) 26037/95 **בנק פועלי אגודת ישראל בע"מ נ' מרדכי גולד, תשס (3)** 34 (2000).

ר' גם ספרי, **ריבית** 257-272 (הוצאת שואב, 1997), סקירת הפסיקה וכן פתרונות פרקטיים שיביאו ליישומה על ידי בית המשפט.

³ ת"א (י-ם) 10278-02-14 **מטילדה האס נ' שור ישראל** (פורסם בנבו, 26.09.2017).

יתירה מכך, בית המשפט המחוזי בירושלים קבע כי לא זו בלבד שיש לאכוף הסכם הכולל היתר עסקה, אלא שיש לפרש את מהות יחסי הצדדים בהתאם להיתר העסקה. בחדל"ת (מחוזי ירושלים) 49335-07-20 **חברת אקסס קרדיט בע"מ (בפירוק) נ' ציון סעדון** (נבו 25.5.2021) קבע בית המשפט כי התקשרות בין הצדדים הכוללת היתר עסקה שוללת טענה בדבר קיומם של יחסי נאמנות, שכן "היתר העסקה שומט לחלוטין את הקרקע מתחת רגלי טענת המשיב לנאמנות, שהרי מוסד הנאמנות, על פי הדין החל, ומנגד, עסקת הלוואה או עסקת שותפות, שהן הרלוונטיות להיתר עסקה, עומדות בסתירה חזיתית זו לזו: נאמן, אינו לווה ואינו שותף, ושותפים ולווים, אינם נאמנים".

ברם, שאליה וקוץ בה. בה"פ (מחוזי י-ם) 372/97 **בנק לאומי לישראל בע"מ נ' ילתה השקעות בע"מ** [פורסם בנבו] מיום 15.9.97 "דיני החוזים כשהם מוחלים על היתר העיסוק, מכפיפים אותו בין השאר להוראות החוק והפסיקה הנותנות תוקף מלא לכוונות הצדדים ולאומד דעתם". כלומר, הפסיקה מפרשת את היתר העסקה על פי עקרונות של דיני חוזים, ולעיתים מגיעה למסקנה המעקרת את היתר העסקה מתוכנו ההלכתי.

בעקבות כך ארעה תקלה חריפה בת"א (מחוזי ת"א) 51088-04-17 **משמרון בע"מ נ' ס.ש.ת. מסחר והשקעות בע"מ** (נבו 23.4.2023). בעניין זה הנתבע טען כי הוא פטור מהחוב בשל היותו מבוסס על היתר עסקה ונוצר הפסד. בית המשפט דחה את הטענה שכן במהלך חקירה נגדית של הנתבעת הסתבר כי היא כלל לא ידעה מהו היתר עסקה ואף לא הכירה את המונח. ממילא קבע בית המשפט כי לא הייתה כוונה לתת להיתר העסקה תוקף משפטי מחייב.

בפסה"ד בעניין **שמואל אביצור נ' דוד גולן**⁴ דן ביהמ"ש המחוזי בת"א בתביעת חוב של אדם שחתם עם חייב על הסכם ובו היתר עסקה. ביהמ"ש קבע, כי יש לדחות את תביעת החוב משום שהסכומים המבוקשים עולים על שיעור הריבית המותרת לגבייה על פי חוק. ביהמ"ש הבהיר כי הוא אינו מתעלם מן העובדה שיש בפניו "היתר עסקה" ולפי דין ההלכה עסקינן בשותפות לרווחים ולא בריבית, אולם בית המשפט ציין כי:

"משבחר הלווה בדרך החלופית של מתן סכום כסף קצוב, אשר ישולם ללא תלות ברווחיו או הפסדיו העתידיים, הרי שחרף העובדה כי הדבר כשר הלכתית, קרי, הלווה לא עובר על איסור ריבית, שכן לכתחילה סוכם בין הצדדים על שותפות ברווחים, הרי וודאי שהדבר עולה כדי ריבית באופן מהותי ושאינו משתמע לשתי פנים על פי סעיף 1 לחוק הריבית התשי"ז-1957 ועל פי הדין הישראלי. ראוי להדגיש, כי בנושא זה קיימת הפרדה בין הדין ההלכתי לדין הישראלי ולפיכך אף מקום בו הדין ההלכתי אינו רואה בתמורה דנן ריבית, אין הדבר מחייב את הדין הישראלי, אשר על פיו יש לפסוק".⁵ **(ההדגשה אינה במקור)**

⁴ פש"ר (מחוזי ת"א) 1809-06 **שמואל אביצור נ' דוד גולן בתפקידו כנאמן לנכסי שריה עופר** (פורסם בנבו, 24.9.2012).

⁵ עם זאת, פסק דין זה כשלעצמו ניתן לאבחן בכך שאין המדובר בפרשנות המתייחסת למה שהצדדים עצמם סיכמו ביניהם אלא בהוראת חוק שבית המשפט החליט להחיל עליהם, תהיה הסכמתם אשר תהיה. קביעה מסוג זה אינה משנה בהכרח את התוקף ההלכתי שיינתן להסכמת הצדדים.

הקושי התעורר במלוא עוזו כבר בפרשת **קלנטרוב**.

ב.ת.א. 11864/06 **כהן עמרם נ' קלנטרוב** מיום 30.6.11 קבע בית משפט השלום: "דיני היתר עסקא נועדו להכשיר את נטילת הריבית ולאפשר לבצע עסקאות באשראי. היתר עסקא משמעו הפיכת עסקת הלוואה לעסקת יזמות משותפת שבמסגרתה הופכים נותן הלוואה ומקבל הלוואה לשותפים (Joint Venture) ברווחים ובהפסדים שנגרמו בעסקא לפי יחס קבוע מראש, המשתנה בין נוסחי היתרי העסקא השונים".

ברם, למרות כותרת ההסכם ("חוזה עסקא בהתאם תקנת רבתינו ז"ל") ולמרות שהצדדים הסכימו בחוזה ההלוואה כי אין מדובר בריבית אלא רווחים שמגיעים למלווה על השקעתו, סירב בית המשפט לראות בהסכם כיוצר מערכת יחסים של שותפות לפי היתר עסקא וראה בה הלוואה רגילה.

על פסק הדין של בית משפט השלום הוגש ערעור לבית המשפט המחוזי (ע"א 40778-09-11), בטענה כי ההסכם בין הצדדים מהווה חוזה השקעה על-פי 'היתר עסקא'. אולם, בית המשפט המחוזי דחה את הערעור וקבע כי הממצאים שנקבעו בבית המשפט קמא מעוגנים היטב בשורה של ראיות המצביעות על כך שמדובר בחוזה הלוואה ולא בחוזה השקעה.

הדברים הגיעו לבית המשפט העליון (רע"א 2385/12) ושם נקבע: "אכן שאלת מהותו של 'היתר עסקא' נדונה בפסיקת בתי המשפט ונקבע כי **עסקינן בחוזה לכל דבר ועניין** הנבחן לפי אומד דעת הצדדים. לאמור, **ייתכנו מקרים בהם יוגדר חוזה הנושא כותרת 'היתר עסקא' כחוזה השקעה וייתכנו מקרים בהם יוגדר חוזה שכזה כחוזה הלוואה רגיל** - הכל בהתאם לכוונת הצדדים כפי שזו משתמעת מלשון החוזה ומנסיבות העניין, כקבוע בסעיף 25 לחוק החוזים (חלק כללי) התשל"ג-1973".

כלומר, מבחינה משפטית הכיר בית המשפט באופן עקרוני בתוקפו של היתר עסקא כחוזה מחייב, אולם בה בעת נקבע כי ייתכנו מקרים שבהם על אף היתר העסקא יראו בהתקשרות בין הצדדים כהלוואה ולא כמיזם משותף.

הדברים קיבלו ביטוי קונקרטי בת"א (שלום י-ם) 16805-05-22 **ישראל מירזוקנדוב נ' אביעד קלודצקי** (נבו 5.6.2024). בעניין זה טען הנתבע כי התובע הוא שותף מכוח היתר עסקא ולכן נושא בהפסדים. בית המשפט קבע כי:

"גם אם היתר עסקא נועד להמיר מבחינה רעיונית עסקת הלוואה (הכוללת רכיב ריבית אסור) בעסקת שותפות, הרי שציון סתמי, בסופה של עסקא מפורטת, שהיא בהתאם להיתר עסקא - אינו מיועד לעקר את ההסדר הספציפי שנכרת ופורט בין הצדדים, אלא הוא מהווה מעין הצהרה אמונית בכך שחכמי ההלכה היהודית יצרו הסדרים שיש בהם כדי להתיר את העסקא כפי שנכרתה.

לא למותר לציין בהקשר זה כי יהודים שומרי תורה ומצוות, ממגוון תתי הזרמים והאמונות, עושים עסקיהם השוטפים, לרבות הפקדת פקדונות נושאי ריבית ונטילת הלוואות בריבית, מול תאגידים בנקאיים ישראלים, תוך שכולם כפופים להיתר עסקה, כל בנק והנוסח החביב עליו. ממעוף הציפור היישומי, אשר די בו לצורך פסק דינו של בית משפט שלום, היתר עסקה מכאן ופרוזבול מכאן - כל אלה הוסדרו על ידי חז"ל בכדי לאפשר לעסקאות מסחריות להתקיים להתקדם כפי דרך השוק ומבלי שאלה ייחשבו כהפרת מצוות תורת ישראל."

כלומר, בית המשפט מבחין בין עסקה שבה נקבע מראש כי היא בגדר של מיזם משותף, לבין עסקה שהיא בגדר של הלוואה בריבית, אשר בשוליה נכתב כי היא נעשית בכפוף לתנאי היתר עסקה. באמירה כזאת ראה בית המשפט "הצהרה אמונית" בלבד, בלא כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים.

נמצא כי כדי של"היתר עסקה" יהיה תוקף משפטי מחייב, צריך שהוא יהיה גורם דומיננטי בהתקשרות, ומרכיב שהצדדים מתייחסים אליו ברצינות מתוך מטרה שיהיה לו תוקף משפטי מחייב ביחסים ביניהם. וכאן מתעוררות שתי שאלות:

- (1) במקרה שבו הסכם ההלוואה קדם להכפפתו להיתר עסקה – כיצד יהיה לו תוקף לאור קביעת ביהמ"ש הרואה בהיתר העסקה, במקרה כזה, כהצהרה אמונית בעלמא?
- (2) מאידך גיסא, במקרה שבו היתר העסקה קדם להסכם ההלוואה, האם לא ייקבע על ידי בית המשפט כי הסכם ההלוואה גובר בהיותו הסכם מאוחר?

נראה כי יש הבחנה בין אמירה כוללת של "היתר עסקה" שאדם לא תמיד מודע למשמעותה, לבין מקרה שבו אדם טרח להצטרף, למאגר של מי שכפופים להיתר עסקה, יחד עם בני משפחתו, ואף שילם על כך ומחדש את חברותו מדי שנה. במקרה זה, הדברים נעשים מתוך מודעות גבוהה יותר, וקשה יהא להגדירם כהצהרה אמונית גרידא, שכן הצטרפות למאגר בתשלום, חלף כתיבה של סעיף היתר עסקה בחוזה רגיל (שאינה כרוכה בעלות כלשהי) מלמדת על רצון לתקף את היתר העסקה מבחינה משפטית. הדברים נכונים במיוחד כאשר אדם חוזר וטורח לחדש את הרישום למאגר מידי שנה.

נראה כי כדי להפחית את החשש שבית המשפט יאמר כי עסקינן בהצהרה אמונית בעלמא ויכיר בהיתר העסקה כהסכמה תקפה מבחינה משפטית, יש לחזק את "נוסחת קשר" בין היתר העסקה שמכוח ההצטרפות למאגר לבין ההתקשרות הספציפית המאוחרת לו. כלומר, הצדדים יפעלו באופן הבא:

(1) מראש, ייאמר בתנאי המאגר כי הם יהיו כפופים לתנאי היתר עסקה באופן שיגבר על כל הסכם או התקשרות אחרת ומאוחרת בין הצדדים וכי כל התקשרות או הסכם אחר כאמור יתפרשו בהתאם לתנאיו של היתר העסקה. מי שיבקש לעשות הלוואה בריבית שאינה לפי תנאי המאגר יהיה מחויב לכתוב כן במפורש בהסכם.

(2) גם לאחר מעשה, הצדדים להסכם מחדשים את חברותם במאגר ומשלמים על כך, ובכך מגלים את דעתם כי גם בהסכמים שחתמו ושבהם נכתבה המילה "ריבית" כוונתם היא להתחייבות משפטית בהתאם להיתר עסקה.

(3) יש עדיפות גבוהה כי גם במסגרת ההתקשרות בין הצדדים תהיה אמירה כי לא ניתן יהיה לראות בהתקשרות המאוחרת משום התקשרות הסותרת לתנאים הקבועים במאגר.

לאחר שסקרנו את הסוגייה העקרונית של תוקפו המחייב של היתר העסקה בהסכם שנעשה בין שני צדדים מבחינת הדין הישראלי, נעבור לשאלה האם ניתן ליצור יחסים חוזיים בין שני צדדים באמצעות הצטרפות למאגר אינטרנטי.

2. יצירת חוזה מכוח הצטרפות למאגר אינטרנטי

בסוגיה זו מתעוררות שתי שאלות: האחת של צורה והשנייה של תוכן. שאלת הצורה היא – האם אפשר ליצור חוזה באמצעות הצטרפות למאגר אינטרנטי? האם זו דרך התקשרות מחייבת? מבחינה תוכנית השאלה היא זו: מפעילי האתר מתכוונים ליצור מערכת של יחסים מחייבים בין המצטרפים השונים, בינם לבין עצמם. האם הדבר הזה אפשרי? נדון בשתי שאלות אלה כסדרן.

ב.1. צורת ההתקשרות

במספר פסקי דין והחלטות שניתנו בבתי המשפט המחוזיים בישראל נידונה הסוגייה של אופי ההסכמה להסכמים אינטרנטיים שתאפשר את הפיכתם כחוזים מחייבים. פסק דין מרכזי בעניין זה, שסוקר את המצב הקיים כיום הינו ת"צ (מחוזי ת"א) 55512-07-18 מוטי לביא נ' קורל-תל בע"מ (נבו 11.10.2020). במקרה זה הוגשה בקשה לאישור תובענה ייצוגית כנגד מפעילת אתר yad2, לפיה היא עושה שימוש בפרסומות אשר נכנסות במסגרת שטח המודעות הפרטיות של משתמשים ולא באזור פרסומי ייעודי לכך.

כפי שנכתב בפסק הדין "בתהליך פרסום המודעה, לאחר מילוי פרטי הרכב ופרטי הלקוח, נדרש הלקוח לאשר את תקנון השימוש באתר וזאת בדרך של סימון "מאשר" לצד קישור (link) בולט לתקנון הנפתח בעת לחיצה עליו" (שם, פס' 3 לפסק הדין). נוסף לתקנון, הופיעה באתר גם הפנייה

"למדיניות הפרטיות". כבר במשפט הראשון לתקנון מצוין באופן בולט כי "בשימושך באתר אתה מסכים להיות קשור ולפעול על פי התנאים המפורטים בתקנון השימוש ובמדיניות הפרטיות ומאשר בזאת כי קראת והנך מסכים לתנאים אלה..."

במדיניות הפרטיות נקבעה הוראה מפורשת לפיה המפעילה רשאית לכלול פרסומות מסחריות, גם בנושאים "מתחרים", בשטח המודעות הפרטיות המפורסמות על ידי משתמשי האתר. אולם, את מדיניות הפרטיות לא נדרש המשתמש לאשר באופן אקטיבי כפי שאישר את התקנון ומכאן שעלתה השאלה מה התוקף המשפטי של הוראה זו כלפי המשתמשים. פסק הדין (בסעיפים 45-51 לפס"ד) מאמץ את ההבחנה הנהוגה הן בפסיקה הישראלית והן בזו האמריקאית בין שלושה סוגים עיקריים של הסכמים אינטרנטיים:

- **חוזה הקלקה (Clickwrap)** – חוזה בו המשתמש נדרש לאשר באופן אקטיבי את תנאי ההסכם, למשל, באמצעות סימון תיבה או לחיצה על "אני מסכים". חוזים מסוג זה הוכרו כמחייבים.
- **חוזה גלישה (Browsewrap)** – הסכם שאינו מחייב אישור אקטיבי מהמשתמש, אלא כולל קישור זמין לתנאים מבלי שהמשתמש מאשרם בפועל. תוקף חוזים אלה מוטל בספק ולא ניתן להחיל על משתמשי האתר את החזקה כי הסכימו לתנאים בהם.
- **חוזה היברידי (Hybridwrap)** – שילוב בין שני הסוגים הנ"ל, בו מוצג קישור לתקנון לצד דרישה לאישור פעיל, מבלי שהתנאים עצמם מוצגים במעמד ההסכמה. במקרים כאלה, ככל שההפניה לתקנון ברורה, נגישה, ומודגשת – הם עשויים להיחשב כחוזים מחייבים.

בנוסף, הובהר כי כאשר התקנון אליו מתבצעת הפניה כולל, כבר במשפט הפותח, הפניה בולטת, מודגשת וברורה למדיניות הפרטיות, תוך אזכור כי מדובר במסמך מחייב וכחלק בלתי נפרד מהתקנון, הרי שגם הוראות מדיניות הפרטיות ייחשבו כחלק מההסכם המחייב. המשתמש, גם אם לא קרא בפועל את המסמכים במלואם, ייחשב כמי שהסכים להם, ובלבד שנדרש לאישור אקטיבי של התקנון שכלל את ההפניה.

פסק הדין הפנה לעניין ת"א (מחוזי ת"א) 30480-07-17 **טורו מדיה בע"מ נ' סימון סיק מון לוק** (נבו 8.5.2018) במסגרתו נקבע כי:

"אדם שחתם על הסכם מוחזק כמי שקרא את תוכנו והבינו... כלל זה הוחל גם על הסכמים אינטרנטיים שבין מפעילי האתר לבין המשתמשים בו, אך זאת בכפוף לכך שהמשתמש אישר את הסכמתו לתנאי השימוש באופן אקטיבי, כגון באמצעות הקלקה על לחצן הסכמה, או אישור. במקרים שבהם מדובר בהסכמים אינטרנטיים המופיעים באתרי האינטרנט ואשר אינם דורשים הסכמה אקטיבית של המשתמשים, לא ניתן להחיל על משתמשי האתר את החזקה כי הסכימו לתנאי השימוש בו".

בנוגע לחוזים אינטרנטיים שלא כל התנאים בהם גלויים בפני הצרכן, אך הצרכן נדרש בהקלקה לאשר אותם לאחר שניתנה לו אפשרות לעיין בהם, צוין כי הפסיקה כבר הכירה בהם ונעשתה הפנייה לדברים שנאמרו בעניין ת"א (כלכלית) 1963-05-11 **יעקב ארמונד מלכה נ' אווא פיננסי בע"מ** (נבו 25.6.2014):

"מה קורה כאשר לא כל תנאי ההסכם גלויים בפני המתקשר, וכדי לראות את חלקם עליו לפנות לקישור (Link). ככלל, אני סבורה כי ייתכנו נסיבות כי גם התנאים המצויינים בקישור יחייבו את המתקשר, וזאת כאשר מדובר בקישור ברור, שקל להגיע אליו ולהיחשף לתנאיו (מהבחינה הזאת, הפנייה ממוחשבת למסמך נוסף היא בעייתית פחות מהפניות במסמכים כתובים למסמכים אחרים, שכן הפנייה למסמך הנוסף היא אכן פשוטה, ותוכנו זמין למתקשר)".

הנה כי כן, אין כל מניעה ליצור הסכם מחייב בדרך של אישור תקנון והצטרפות לאתר אינטרנט.

יש לציין כי חשוב מאוד שהכפיפות לתנאי "היתר העסקא" תהיה ברורה וחד משמעית, שהרי יש בהם מעין תניה של "ברירת דין" וקביעת הדין וכללים שיחולו על מחלוקת בין הצדדים. בעניין רע"א **Google LLC 8160/20 (לשעבר Google Inc.) נ' דורון אשל** (נבו 20.2.2022) נקבע בעניין תניית ברירת דין שעיצבה חברת גוגל במסגרת תנאי השירות שלה כי היא נוסחה באופן עמום ולא ברור ומשכך – לא קיבל בית המשפט את תקפותה המשפטית.

בית המשפט העליון מפי השופטת ענת ברון קבע בהחלטתו:

"הסכם תנאי השירות הוא חוזה צרכני אחיד בין משתמש שאינו מיומן בקריאת חוזים מסחריים, ובין תאגיד גלובלי מסחרי בעל משאבים פיננסיים רבים וסוללת יועצים משפטיים. פערי כוחות אלה מחייבים להטיל על גוגל אחריות לניסוח הסכם תנאי השירות באופן בהיר ככל האפשר, בשפה פשוטה יחסית, וללא סייגים מיותרים. **זאת על אחת כמה וכמה כאשר מדובר בתניית ברירת דין המגלמת השלכות מהותיות בנוגע לאופן שבו המשתמש זכאי לממש את זכויותיו המשפטיות במקרה של סכסוך; וכאשר מדובר בתניה שבמקרים מסוימים עלולה אף ליצור אפקט מצנן למימוש זכות הגישה לערכאות של צד לחוזה.** אף על פי כן, תניית ברירת הדין במקרה דנן מנוסחת באופן עמום, על דרך השלילה, כך שהיא מתמקדת במקרה "החריג" ("במקרים שבהם חוקי מדינת קליפורניה אינם חלים") ולא מבהירה בצורה חד משמעית מהו הכלל המשפטי שיש להחיל. במצב דברים זה יש לפרש את הסכם תנאי השירות נגד האינטרס של גוגל, זאת בהינתן העובדה שגוגל היא הגורם שניסח את ההסכם (סעיף 25(ב1) לחוק החוזים, עניין פייסבוק, פסקה 20). ובהתאם לכך יש לבכר את הפרשנות שלפיה הדין הישראלי הוא

שחל במקרה של סכסוך בין המשתמש ובין גוגל, ומשמע שהדין הישראלי הוא שחל על בקשות האישור" (ההדגשה איננה במקור).

ראו עוד בעניין זה: רע"א 3779/22 Traveljigsaw Limited נ' עו"ד חיים הירשפלד (נבו) (18.9.2023).

לא למותר לציין כי ביום 19.4.2016 ניתנה עמדת סגל הרשות לניירות ערך מס' 12-199 בעניין היתר עסקה. סגל הרשות לניירות ערך ציין בחוות דעתו, כי ניתן להכפיף תניה של אגרת חוב להיתר עסקה גם באמצעות הצטרפות לאתר אינטרנט ייעודי, באמצעותו יוכלו המשקיעים באגרות החוב לקבל את הצעת החברה להתקשר בהסכם נפרד.

לאור כל האמור, במסגרת עיצובו של תקנון האתר יש להקפיד על הכללים הבאים:

- (1) יש לוודא שהמשתמש מסמן תיבה (checkbox) או לוחץ על כפתור המציין "אני מסכים לתקנון האתר" או ניסוח דומה, כתנאי להשלמת פעולות באתר (כגון הרשמה, רכישה, העלאת תוכן וכיו"ב).
- (2) ככלל, יש להימנע ממסמכים שקשה למצוא או להבין. מסמכים אלה צריכים להיות זמינים בלחיצה אחת, ובשפה ברורה, כאשר ניתן לגבות את תוקפם המשפטי ע"י הדגשה ברורה בזמן אישור השימוש.
- (3) תקנון האתר יכול לכלול במבוא הפניה מפורשת לכך שהשימוש באתר כפוף גם למדיניות פרטיות ו/או תנאים נוספים. במסגרת זו, ההפניה צריכה להיות מודגשת, נגישה וברורה – למשל, בצורת קישור לחיץ תחת נוסח ברור כמו: "בשימושך באתר אתה מסכים לתנאים המפורטים בתקנון זה ובמדיניות הפרטיות, ומהווה הסכמה כי קראת והבנת את תנאים אלו."
- (4) ככל שיש צורך בהבעת הסכמה לתכנים נוספים שאינם חלק מן התקנון, תקנון האתר חייב לכלול במבוא הפניה מפורשת לכך שהשימוש באתר כפוף גם להם, כגון: מדיניות פרטיות, תנאים נוספים ואף נוסח היתר העסקא עצמו. עם זאת, לשלילת טענות עתידיות ומכיוון שהיתר העסקא הינו בעל השלכות כלכליות ומשפטיות משמעותיות – מומלץ כי חלק מהליך הרישום למאגר ידרוש **אישור כפול** והבעת הסכמה ואישור לתוכנם של שני המסמכים – תקנון האתר וכן למסמך היתר העסקא שלפיו ועל דעתו הוא מתחייב לבצע את כלל פעולותיו עם שאר המשתמשים.
- (5) בכל אופן, ככל שבחרים בגישה של הפנייה במסגרת התקנון (דבר שאינו מומלץ בכל הנוגע למסמך היתר העסקא) יש לוודא כי הדבר נעשה באמצעות קישור ישיר שניתן ללחוץ עליו ולהפנות את המשתמש ישירות למסמך הרלוונטי. כמו כן, על ההפניה להיות מודגשת, נגישה וברורה. כמו למשל: "בשימושך באתר אתה מסכים לתנאים המפורטים בתקנון זה. כמו כן, הנך מתחייב בזו כי כל פעולותיך המשפטיות אל מול שאר המשתמשים באתר ייעשו בהתאם

לכללים ולתנאים המפורטים בהסכם "היתר העסקא" כפי שמצורף באתר זה (לצפייה בנוסח היתר העסקא לחץ כאן)."

(6) כמו כן, מומלץ ולהדגיש את הקשר בין המסמכים ואת היותו של המסמך הנוסף חלק בלתי נפרד מהתקנון כמו גם את הבעת ההכרה של המשתמש בלחיצתו ש"קרא והבין את התנאים".

ב.2. מהות ההתקשרות

כפי שראינו לעיל, הפסיקה התייחסה לתקנונים ותנאי שימוש באתרים שבהם נוצרו יחסים משפטיים בין משתמשי האתר לבין מפעיליו. ברם, שאלה היא האם התקנון או תנאי השימוש באתר יכולים ליצור יחסים משפטיים בין המצטרפים השונים לבין עצמם (בנוסף ליחסים המשפטיים בין המשתמשים למפעילת האתר)?

גופים רבים מעניקים שירותים היוצרים פלטפורמה אינטרנטית שבה עתידים להתקשר שני צדדים זה עם זה ביחסים חוזיים. כך למשל:

- במודל העסקי של Airbnb יוצרת החברה תיווך לעסקאות אירוח בין מארחים למתארחים. במסגרת זו, ישנם תנאי שימוש למשתמשים בפלטפורמה המחייבים הן את המארח והן את המתארח;

- אתרי "יד 2" - מעניקים פלטפורמה שבמסגרתה מתקשרים קונה ומוכר בכפוף לתנאי האתר;

- אתרים של סוכני תיירות כגון booking מעניקים פלטפורמה של התקשרות בין תיירים לבתי מלון.

אולם, בכל המקרים הללו היחסים המשפטיים שיוצר התקנון או תנאי השימוש באתר הם יחסים שבין המשתמש לבין מפעיל האתר בלבד. לעומת זאת, במקרה דנא מדובר בניסיון ליצור אתר אינטרנט שיביא ליצירת יחסים משפטיים מחייבים בין צדדים שונים שמצטרפים למאגר – בינם לבין עצמם. זאת, כאשר אין ביניהם הסכם לעסקה קונקרטית. צדדים אלה גם אינם חברים בתאגיד שמאגד אותם ויוצר ביניהם יחסים משפטיים מחייבים מכוח דיני התאגידים.

בפס"ד בעניין **Mackey v. Airbnb, Inc** (ארה"ב, 2024)⁶, אדם בשם שון מקי (Shawn Mackey) הזמין נכס דרך Airbnb בממפיס, טנסי, והתגלע סכסוך בינו לבין המארחת, פמלה פוהלר (Pamela Fohler), בעקבות הסכסוך, מקי תבע את פוהלר ואת Airbnb.

Airbnb ביקשה להעביר את התביעה לבוררות, בהתאם לסעיף הבוררות הקבוע בתנאי השימוש שלה, שאותם אישר המזמין. בית המשפט קיבל את הבקשה של Airbnb, וקבע כי מקי הביע הסכמה ברורה

⁶ (Mackey v. Airbnb, Inc., 745 F. Supp. 3d 455 (2024)).

לתנאי השימוש, כולל סעיף הבוררות, בעת ההרשמה והשימוש בפלטפורמה. הפסיקה הדגישה כי גם אם המשתמש לא קרא את התנאים במלואם, עצם ההסכמה האקטיבית מהווה קבלה מחייבת של התנאים. עם זאת, חרף העובדה שקיים סעיף בוררות בתנאי השימוש, רק התביעה כנגד Airbnb הועברה לבוררות, אך התביעה כנגד המארחת לא הועברה לבוררות.

אולם, אין להסיק מכך שבאופן עקרוני תנאי השימוש אינם תקפים בין הצדדים לבין עצמם אלא רק אל מול התאגיד שמפעיל את הפלטפורמה, שכן נוסחו של סעיף הבוררות שם התמקד במערכת היחסים שבין המשתמש לבין התאגיד ולא במערכת היחסים שבין המשתמשים.

אגד חוזים

נראה כי יש סוגיה שממנה ניתן להקיש למקרה דנא ולקבוע כי בהצטרפות לאתר האינטרנט נוצרת התקשרות חוזית בין המשתמשים לבין עצמם. סוגיה זו היא התקנון התאגידי.

ככלל, החברה היא אישיות משפטית נפרדת, אבל היא מבוססת על "אגד חוזים"⁷ ונוצר קשר חוזי ישיר בין בעלי המניות לבין עצמם.

כאשר מוקם תאגיד, מוסדר הקשר החוזי הישיר בין בעלי המניות בתאגיד באמצעות הוראות חוק, כגון סעיף 17(א) לחוק החברות, התשנ"ט-1999 הקובע כי "דין התקנון כדין חוזה בין החברה ובין בעלי מניותיה ובינם לבין עצמם", או סעיף 9 לחוק העמותות, תש"ם-1980, לפיו "לכל עמותה יהיה תקנון כמפורט בפרק זה; דין התקנון כדין חוזה בין העמותה לבין חבריה ובינם לבין עצמם". עם זאת, קביעתו של תקנון החברה כחוזה במסגרת החוק הינה אך עיגון חקיקתי של תפיסה עקרונית והסדר שהיה קיים עוד קודם לכן במסגרת הפסיקה.

בעניין זה כתב יוסף גרוס, במאמרו "חוק החברות" (עמ' 147-148):

"תקנון החברה הוא חוזה בין החברה לבין בעלי מניותיה ובינם לבין עצמם. בכך ולמעשה אף מאמץ החוק את הדין הקיים, כפי שנקבע בפסיקת בתי המשפט מרחיבו בקביעה כוללנית בדבר תחולת חוק החוזים. היחסים החוזיים הנקבעים בתקנון חלים הן על היחסים שבין בעל המניה לבין החברה ועל היחסים שבין בעלי המניות לבין עצמם, ובסיסו בעבר היה בלשון סעיף 23(א) לפקודת החברות. הוראה זו מתבקשת גם לאור הדין הכללי שמכוחו ניתן להכיר בהיבט החוזי של מסמכים אלה. עם זאת, נדגיש כי זהו חוזה מיוחד

⁷ ר' מאמרו הנודע של פרופ' קוז (Coase) המבהיר כי הטעם העיקרי להקמת חברה, הוא הרצון לחסוך בעלויות החוזיות, הכרוכות בהפעלת מכניזם דומה באמצעות רצף של חוזים.

Ronald H. Coase "The Nature of the Firm" 4 Economica (London School of Economics and Political Science, 1937) 386, 390-392.

(Sui Generis) להבדיל מחוזה רגיל וזאת מחמת מספר טעמים: החוזה מחייב את החברה אף כי לא הייתה צד לכריתתו; המצטרפים הנוספים לחברה כפופים להוראות חוזה זה והוא ניתן לשינוי ברוב רגיל, ללא צורך בהסכמת כל הצדדים לו; שינויים בתקנון שנעשו כדין מחייבים את כל החברים, גם אם לא הסכימו לשינוי ואף התנגדו לו".

בהמשך הוסיף:

"אופיו המיוחד של החוזה התקנוני נובע גם מכך שהוא מסדיר יחסים בין מספר רב של צדדים, מצד אחד, ויש לו השפעה על צדדים שלישיים, מהצד האחר. ההסדר הסטטוטורי הכופה את דעת הרוב על המיעוט, המושגת על העיקרון בדבר שלטון הרוב בחברה, מבדילו מיחסים חוזיים טהורים המחייבים את הסכמת כל הצדדים. תכלית ההסדר היא למנוע מהמיעוט לפגוע בניהולם התקין של עסקי החברה על ידי התנגדות לשינויים בתקנון הנדרשים לדעת הרוב לקידום עניינה".

דברים אלו מבוססים על דברים שנקבעו במסגרת הפסיקה. כך למשל, בד"נ 39/80 **גניה ברדיגו נ' צבי פדרליין**, לה (4) 197 (1981), עמ' 219-220.

פרופ' ציפורה כהן, בספרה **"בעלי מניות בחברה – זכויות תביעה ותרופות"** (מהדורה שנייה, 2006) דנה בשאלה האם ניתן לקבל את התקנון כחוזה גם לפי דיני החוזים הרגילים. פרופ' כהן הבחינה בין תוקפו של הקשר החוזי שנוצר בין המייסדים של החברה לבין המצטרפים המאוחרים יותר. בכל הנוגע למייסדים ציינה כי:

"בין בעלי המניות הראשונים המייסדים את החברה נוצר קשר חוזי. מתקיימות לגביהם הדרישות אשר מציב חוק החוזים לצורך קשירת חוזה מחייב: הצעה וקיבול. כמו כן מתמלאים לגביהם שני צדיו של עקרון חופש החוזים: הצד האחד הוא חופש ההתקשרות, הקיים במקרה זה והכולל הן את הבחירה בדבר מהותו של החוזה – חוזה אשר יסדיר את פעילותה של החברה ואת הזכויות והחובות ההדדיות של החברה ובעלי מניותיה – והן את הבחירה בדבר זהותם של הצדדים לחוזה זה .

הצד האחר הוא חופש העיצוב, המתקיים לגבי המייסדים, הואיל ולאחרונים חופש לעצב את הוראות התקנון לפי רצונם. קיומן של הוראות קוגנטיות אחדות בחוק אינו שולל, כאמור, את קיומו של חופש העיצוב, המוצא את ביטויו באפשרות שניתנת למייסדים לעצב את החוזה שביניהם כראות עיניהם לגבי אותם נושאים, אשר בנוגע להם לא נקבעו הוראות קוגנטיות."

ביחס לקבוצת המצטרפים המאוחרים לייסוד החברה מציינת פרופ' כהן במאמרה כי מתקיימים לגביהם כלל הדרישות הדרושות לצורך כריתת החוזה:

"בעלי המניות המצטרפים לחברה בשלב שלאחר ייסודה, ללא חתימה על מסמכי היסוד שלה, הופכים גם הם לצדדים לחוזה הגלום בתקנון - או בתזכיר ובתקנון - על פי דיני החוזים הכלליים. בעצם רכישת המניות בחברה, ביוזעם כי מערכת היחסים בחברה מושתתת על חוזה קיים - התקנון או התזכיר והתקנון - מביעים הם את רצונם להצטרף לקשר החוזי הקיים. החופש להחליט אם ברצונם להצטרף לחברה מבטא את חופש ההתקשרות, ומכאן הקשר החוזי בהתאם לדין הכללי. די, כאמור, בקיומו של חופש ההתקשרות לשם הכרה בקשר החוזי, אך ניתן להרחיק לכת מכך ולומר, כי מתקיים לגביהם גם יסוד ההסכמה לתניות החוזה. בהצטרפם לחברה המושתתת על יחסים חוזיים קיימים, מקבלים על עצמם המצטרפים מכללא את התנאים הקבועים בהם, שאם לא כן לא היו נכנסים לחברה או שהיו מתנים את הצטרפותם אליה בשינויים הנראים בעיניהם".

(ההדגשה אינה במקור)

כלומר, פניית החברה לאדם בהצעה לרכוש בה מניות מהווה הצעה, כמשמעותה בחוק החוזים, כאשר הסכמתו לרכוש את המניות מהווה קיבול ויוצרת קשר חוזי הכולל גם את התנאי, שלפיו יהא הוא כפוף לתקנון החברה.

בהמשך הדברים מבירה כהן את הקשר החוזי בין המייסדים למצטרפים העתידיים במערכת היחסים ביניהם במנותק מהחברה:

"דברים אלו יפים גם מקום שמדובר בהעברת מניות, בהבדל מהקצאתן. יש לפרש את הסכמתם של בעלי המניות הקיימים לקבל בעלי מניות חדשים לחברה, כפי שזו מוסדרת במסמך היסוד או במסמכי היסוד הנדונים (לפי העניין) המהווים הסכם ביניהם, כהסכמה מצדם לקבל את בעלי המניות החדשים כצדדים לחוזה הקיים ביניהם. באשר למצטרפים, כבר ציינתי לעיל, כי בהצטרפותם לחברה טמונה הסכמתם להפוך לצדדים נוספים למערכת החוזית הקיימת. הדברים הנ"ל יפים מקום שהמצטרף לחברה יודע את התנאים הגלומים בתקנון - או בתזכיר ובתקנון - שאז ניתן לראות בעצם הצטרפותו הסכמה להם".

כהן עומדת על הקשיים בניתוח זה לגבי מצבים בהם מצטרפים לחברה אינם מודעים או מכירים במסמכי היסוד של החברה:

"הקושי נוצר מקום שהמצטרף לחברה אינו יודע את האמור במסמכים הנדונים. גם במקרה כזה ניתן לראות את המצטרף כצד לקשר החוזי הגלום במסמכי היסוד, וזאת, בהסתמך על דיני החוזים הכלליים. בהתאם לדינים אלה, כאשר מקבל אדם מסמך בידיעה כי כלולות בו תניות חוזיות, הוא מחויב על ידיהן, אפילו לא קרא אותן ולא ידע את תוכנן: מה שאין כן כאשר אין זה סביר לראות את המסמך כמכיל הוראות חוזיות, שאז לא יהא מקבל המסמך קשור בהוראותיו".

במאמר שכתב פרופ' גואלטיארו פרוקצ'יה, "תחולת חוק החוזים (חלק כללי) על תזכיר ותקנות של חברה"⁸ דן בסוגיה זו וציין כי יש להבחין בין חברה לתאגידים אחרים כגון שותפות או אגודה לפי החוק העותומאני, כאשר בנוגע לאלו האחרונים ציין כי "במקרים אלה נראה שהסכם המתקשרים הוא יסוד החיוב ואם צדקנו בדעה זו, נראה, לפחות לכאורה, שהמסקנה חייבת להיות שיסוד חיוב הצדדים הוא בהסכם שביניהם...". כלומר, כי ייתכן חוזה רב צדדי שייכרת מכוח הסכמת הצדדים המרובים השותפים בו כאשר מקור החיוב ביניהם תהיה אך הסכמת החוזית ורצונם להתקשר בחוזה מחייב.

אכן, בע"א 524/88 "פרי העמק" - אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב - מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות, מה(4) 529 (1991), דן בית המשפט בתוקפה של הוראה בתקנון של אגודה שיתופית, הדורשת מהם תשלום לכיסוי חובותיה של האגודה, ביחס למצטרפים עתידיים לאגודה, שלא היו חלק ממנה בשלב אימוץ התקנון. בית המשפט התייחס לדמיון שבין תקנון האגודה השיתופית לבין תקנון החברה. בית המשפט קבע:

"הנני יוצא אפוא מתוך ההנחה, הנראית לי כמבוססת מבחינה משפטית, כי באגודה שיתופית, כמו גם בתאגידים אחרים, התקנון של התאגיד מהווה חוזה בין התאגיד לבין כל חבר, ובין החברים לבין עצמם... לאור האופי החוזי של התקנון, מקובל עלי, כי אם בתקנון המקורי של אגודה שיתופית קבועה הוראה, לפיה על-פי החלטת האסיפה הכללית חבר באגודה חייב להשתתף בכיסוי הוצאותיה, הרי הוראה זו מטילה חובה חוזית על החברים המייסדים ועל החברים המצטרפים להשתתף בחובות האגודה (ראה biddulph and agricultural society v. Agricultural wholesale district [31] (1927) society ltd). הטעם לכך הוא, שאותם חברים - בהיותם מייסדים או בהצטרפם לאחר זמן - נתנו הסכמתם להוראת התקנון, ובכך הביעו את רצונם לתרום מרכושם הפרטי לרכוש האגודה השיתופית. זהו ביטוי של האוטונומיה של הרצון הפרטי, אשר כל עוד אינו נוגד את החוק, את המוסר או את תקנת הציבור, יש ליתן לו מלוא התוקף (סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי)). הסכמה זו לתוכן התקנון ניתנה על-ידי המייסדים בשלבי הייסוד. הסכמה זו ניתנת על-ידי מצטרף בעצם הצטרפותו. "בהיכנסם לחברה המושתתת על יחסים חוזיים קיימים, מקבלים על עצמם המצטרפים מכללא את התנאים הקבועים בהם, שאם לא כן לא היו נכנסים לחברה, או היו מתנים את הצטרפותם אליה בשינויים הנראים בעיניהם" (צ' כהן, בספרה הנ"ל, בעמ' 34). (ההדגשה אינה במקור)

בהתאם לכך נראה כי ישנו בסיס משפטי להכיר במבנה של התקנון או הסכם ההצטרפות למאגר ככזה שמחייב משפטית את כל המצטרפים לו, בדומה למודל שנהג בדיני החברות והעמותות. אדרבה, במקרה דנא מדובר בחוזה גלוי ומפורש אשר כלל המצטרפים יידרשו להביע את הסכמתם

⁸ גואלטיארו פרוקצ'יה, "תחולת חוק החוזים (חלק כללי) על תזכיר ותקנות של חברה", עיוני משפט ה', 491, 494-495 (תשל"ו)

ומחויבותם אליו לאחר שניתנה להם הזדמנות נאותה לעיין בו ולהבין את תוכנו. משכך, כל עוד יהיו כל הפרטים הדרושים מפורטים וברורים, אין טעם לראות מדוע לא ייצור הסכם זה תוקף משפטי מחייב.

זאת ועוד, ההסדר המשפטי הקיים בישראל אינו מחייב למצוא מקור סמכות מיוחד ליצירת חוזה או אגד של חוזים. אדרבה, עקרון העל הוא שיש "חופש החוזים" וכל עוד אין בדין הוראה השוללת אפשרות ליצירת חוזה בין צדדים – יש לתת תוקף משפטי להסכמות ביניהם. יפים לעניין זה דבריהם של שלו וצמח (עמ' 27-28):

"עקרון חופש החוזים הוא העיקרון החשוב ביותר בדיני החוזים בישראל. בית המשפט העליון תיאר את עקרון חופש החוזים כ"עקרון השולט בכיפה"; כ"אחד מעקרונות היסוד בתפיסתנו המשפטית והחברתית", וכבעל מעמד של "זכות יסוד חוקתית". חוק-יסוד כבוד האדם וחירותו אינו מאזכר את חופש החוזים, ולפיכך אין בו הגנה מפורשת על חופש החוזים. עם זאת, בהיעדר הגנה חוקתית מיוחדת מפני פגיעה לזכויות חוזיות, פורש המונח "קניין" בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע כי "אין פוגעים בקניינו של אדם", באורח מרחיב, ככולל גם זכויות חוזיות, בעלות ערך רכוש. פרופ' אהרן ברק גוזר במישרין את עקרון חופש החוזים מכבוד האדם וחירותו, בראותו באוטונומיה של הרצון הפרטי יסוד מהותי בכבוד האדם וחירותו. לדעתו הן חופש ההתקשרות והן חופש העיצוב – שני פניו המהותיים של עקרון חופש החוזים – הם חלק אינטגרלי מכבוד האדם וחירותו, ועל כן חופש החוזים מהווה זכות יסוד חוקתית. כדבריו: "כבוד האדם כזכות חוקתית משמעות, בין השאר, חופש הבחירה שיש לאדם וחירותו לפתח את אישיותו ולהחליט על גורלו. כל אדם חופשי להחליט עם מי להתקשר ומה יהא תוכן התקשרותו זו". עמדה זו, שלפיה מעוגן חופש החוזים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אומצה גם בפסיקת בית המשפט העליון".

לנוכח עקרון חופש החוזים הפסיקה צמצמה באופן עקבי את תנאי הסף ליצירתו של חוזה מחייב עד שהותירה לבסוף קיומם של תנאים בסיסיים מחייבים ספורים בלבד לקיומו של חוזה בעל תוקף משפטי מחייב. התנאי הבסיסי ביותר לקיומו של חוזה מחייב הוא קיומה של **"כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים"**. דרישה זו הינה דרישת סף ותנאי מקדמי.⁹ שלו וצמח מסבירים כי דרישה זו טמונה בדרישה לקיומה של **"גמירת דעת"** הקיימת בהוראות חוק החוזים גם ביחס לקיומה של "הצעה" (סעיף 2 לחוק החוזים) וגם ביחס לקיומה של "קיבול" (סעיף 5 לחוק החוזים). עוד מבהירים שלו וצמח (עמ' 147-148):

"הביטוי 'גמירת דעת' נועד לציין כוונה ספציפית, היא הכוונה להתקשר בחוזה המסוים עם הצד המסוים. לעומת זאת, התנאי של כוונה ליצירת יחסים משפטיים מחייבים הוא תנאי

⁹ ראו: גבריאלה שלו ואפי צמח, **דיני חוזים**, 149 (מהדורה רביעית, 2019).

מקדמי לעצם הכניסה לטריטוריה הנשלטת בידי דיני החוזים. בהיעדרה של כוונה ליצור יחסים משפטיים, אין מדובר בחוזה ואין חוק החוזים חל".

לאחר שנכנסו הצדדים לתחום דיני החוזים, נדרשים שני תנאים מצטברים לקיומו של חוזה מחייב ביניהם: גמירת דעת ומסוימות. לגבי משמעות הדרישה ל"גמירת הדעת" כתבו שלו וצמח:

"תנאי עיקרי יסודי ליצירת החוזה הוא גמירת דעתם של הצדדים להתקשר זה עם זה בחוזה המסוים. בתנאי גמירת הדעת באה לידי ביטוי הדרישה למפגש רצונות הצדדים והסכמתם ההדדית להתקשר בחוזה. כל אחת מהצהרות הרצון היוצרות חוזה צריכה להעיד על גמירת דעתו של המצהיר; הדרישה לגמירת דעתו של המציע, המופיעה בסעיף 2 לחוק החוזים מקבילה וחופפת לדרישה לגמירת דעתו של הניצע, המופיעה בסעיף 5 לחוק זה."

בהמשך מובהר כי גמירת דעת אינה נבחנת על בסיס מבחן סובייקטיבי לגבי כוונתו הפנימית של האדם המתקשר בחוזה, אלא על מבחן אובייקטיבי. כלומר בהתאם לאופן שבו רצונות הצדדים באים לידי ביטוי ומשתקפים כלפי חוץ ביחס ל"הבנתו של האדם הסביר במעמדו של המתקשרים עצמם ובנסיבות המסוימות" (שלו וצמח, שם, עמ' 165). על כן מבהירים שלו וצמח:

"מבחן גמירת הדעת הוא אפוא מבחן אובייקטיבי- חיצוני של ההצהרה ולא מבחן סובייקטיבי-פנימי של הכוונה. החוק אינו מסתפק בגמירת דעת בעלמא אלא תובע השתקפות חיצונית שלה".

התנאי השני לקיומו של חוזה תקף משפטית היא הדרישה למסוימות. שלו וצמח מסבירים את מהותה:

"דרישת המסוימות היא הדרישה לפירוט מספק של תנאי ההסכם. על הצדדים לכולל בהסכם את כל הנתונים המהותיים, החיוניים להתקשרות. זוהי דרישה מצטברת, עצמאית ונפרדת מן הדרישה לגמירת דעת. אין די בקיומה של גמירת דעת כדי ליצור חוזה אם ההסכם אינו מסוים די צורכו, ואין די בהסכם מסוים די צורכו בהיעדר העדה על גמירת דעת. יחד עם כך, יסודות גמירת הדעת והמסוימות אוצלים ומשפיעים זה על זה: הגדרה מדויקת של יסודות העסקה ממלאת אחר דרישת המסוימות ועשויה להעיד על גמירת דעתם של הצדדים להתחייב בחוזה, ואילו ביטוי מעורפל של ההסכמה שקול כנגד חוסר מסוימות. ועשוי להעיד על היעדר גמירת דעת. נוסף על כך: העדה מובהקת על גמירת דעת מאפשרת גמישות והקלה בדרישת המסוימות.

הגיונה של דרישת המסוימות נעוץ, בין היתר בכוחה ללמד על רצינות ההתחייבות. ההנחה היא כי צדדים שלא פירטו במידה מספקת את התחייבותם, מטבע הדברים לא התכוונו להתחייב בחוזה. ולהיפך: פירוט משמעותי של פרטי העסקה מעיד על כוונתם המגובשת וההחלטית של הצדדים להתקשר זה עם זה."

בהקשר זה מתעוררת בראש ובראשונה השאלה האם מתכוונים הצדדים לכך שהיחסים ביניהם לא יהיו יחסי לווא-מלווה אלא יחסי שיתוף פעולה עסקי כפי שמגדיר היתר העסקה. אם הצדדים משווים בדעתם כי למעשה מדובר בהלוואה ואילו היתר העסקה הוא "הצהרה אמונית" ונוסחת קסמים לצאת ידי חובת ההלכה בלי לשנות דבר מבחינה עסקית, הרי שלא הועלנו דבר.

כדי להשיב על כך בחיוב, יש להשתמש במגמה הברורה הקיימת בפסיקה היום לתת משקל כבד ללשון החוזה בין הצדדים. לעניין זה ר' למשל את שנפסק על ידי בית המשפט העליון בע"מ 1122/22 מדינת ישראל- רשות מקרקעי ישראל נ' סאב ניהול יזמות והשקעות בע"מ (נבו 1.1.2023):

"בפסיקתו של בית משפט זה נקבע כי 'במקום בו לשון ההסכם היא ברורה וחד משמעית [...] יש ליתן לה משקל מכריע בפרשנות ההסכם' (ע"א 5856/06 לוי נ' נורקייט בע"מ, פס' 27 לחוות-דעתו של השופט י' דנציגר [פורסם בנבו] (28.1.2008)). עוד נקבע בפסיקה, כי 'לשון החוזה היא כלי הקיבול של אומד דעת הצדדים, התוחם את גבולות הפרשנות ואינו מאפשר לייחס לחוזה פרשנות שאינה מתיישבת עם לשונו' (רע"א 3961/10 המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות בע"מ מגדל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד סה(2) 563, 583 (2012); והשוו, בהקשר של פרשנות חקיקה: ע"א 8096/17 סקוק נ' איסחקוב, פס' 14 לחוות-דעתי [פורסם בנבו] (3.2.2019))."

בהתאם לכך, נראה כי אם תנאי ההצטרפות לאתר ינוסחו שיבהיר חד-משמעית כי המצטרף מאשר ומבין שהתקשרותו עם חברי המאגר איננה חוסה במסגרת של יחסי הלוואה אלא במסגרת של יחסי מיזם משותף וכפופה לחלוטין לתנאי היתר העסקה, הרי שניתן יהיה לומר כי נוצרה גמירות דעת ליצור יחסים משפטיים מחייבים לעניין זה.

בהקשר זה נראה כי חשוב יהיה גם לקבוע בתנאי ההצטרפות סעיף היוצר השתק (estoppel) מהעלאת טענה לפיה היחסים האמיתיים בין הצדדים הם יחסי לווא-מלווה רגילים. מלומדים רבים סבורים כי דוקטרינת ההשתק חלה בצידו של עקרון תום הלב הקבוע בסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973¹⁰ וכך גם נקבע בפסיקה ענפה¹¹. ואכן, ההסכמות שיכללו הוראות של מניעות חשובות

¹⁰ לעניין זה ראו ג' שלו "הבטחה, השתק ותום לב" משפטים טז 295, 319 – 317. אכן, פרופ' צלטנר בספרו דיני חוזים של מדינת ישראל (אבוקה, תשל"ד) בעמ' 92, 121-122; ובמאמר פרי עטו "הרהורים על הצעת חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ל-1970" עיוני משפט ג (תשל"ג) 121, מביע את השקפתו, כי דיני ההשתק האנגליים חדלו לחול עקב חקיקת חוק החוזים, וזיקתו לדין הגרמני. ברם, פרופ' שלו חולקת עליו וכמו כן, חולקים עליו גם פרופ' ברק ופרופ' פרידמן. לעניין זה ראו: א' ברק "חוק השליחות, תשכ"ה-1965" (בעריכת ג' טדסקי) 17, 60, 169; א' ברק "עצמאותה של הקודיפיקציה האזרחית החדשה – סיכונים וסיכויים" משפטים ז (תשל"ו) 15, 25, המבהיר כי יהיה זה משגה להרחיב את הוראת תום הלב בישראל באופן שדוקטרינת ההשתק תיבלע בה; ד' פרידמן, עשיית עושר ולא במשפט (תשמ"ב) סע' 143 וכן סע' 48, 729 ו-736, בהם נדונה טענת ההשתק לגופה; ד' פרידמן "הערות בדבר זכויות הבעלים המקורי כלפי צד שלישי לאור החקיקה הישראלית החדשה" עיוני משפט ד (תשל"ה) 245, 259 ה"ש 53; ד' פרידמן "עוד לפרשנות החקיקה הישראלית החדשה" עיוני משפט ה 463, 488.

¹¹ דניאל פרידמן ונילי כהן, חוזים, 529-536 (1991) וראה שם הפסיקה המוזכרת בעמ' 533 ה"ש 86.

מאוד כדי שלא להיזקק לתורת חוסר תום הלב, כפי שהפעיל אותה השופט חיים כהן בחוות דעת שמסר לבית המשפט במדינת ניו-יורק, בעניין **בנק איגוד לישראל נ' וייס**¹². באותו עניין ביקש הנתבע להיפטר מחובו בהסתמך על כתב "היתר עסקה" הכללי של הבנק. כדי להתמודד עם טענת הנתבע, ביקש הבנק את חוות דעתו של שופט בית המשפט העליון בדימוס, השופט חיים כהן. בחוות דעתו שנתנה בשנת 1983, הבהיר השופט כהן, כי ניסיון של הלווה להשתחרר מחובו להשיב את הכספים, הינה פעולה שלא בתום לב ועומדת בניגוד להוראת סעיף 39 לחוק החוזים [חלק ככלי], תשל"ג-1973. לדידו של השופט כהן, אין לוואה אחד שישלם לבנק מחצית מרווחיו רק בשל העובדה שקיים שטר "היתר עסקה". משכך, כל הטוען שהפסיד בעסקאותיו לצורך פטור מהשבת ההלוואה, כמוהו כמי שמקיים את החוזה בחוסר תום לב ולא בדרך מקובלת, בניגוד לאמור בסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973, שכן לו היה מרוויח אין ספק שלא היה מקיים את האמור בשטר ולא היה חולק מחצית מרווחיו עם המלווה¹⁴. השופט כהן סבר, כי **מסמך "היתר עסקה" אינו בר-אכיפה בדין הישראלי** ועל בית המשפט לשקול ביוזמתו, להורות על מחיקת הטענה לאור תקנה 91 לתקנות סדר הדין האזרחי, התמ"ד-1984 המתירה לבית המשפט למחוק מכתבי הטענות, ביוזמתו, כל עניין "שאין בו צורך או שהוא מביש או עלול להפריע לדיון הוגן בתובענה, לסבכו או להשהותו".

כלומר, הפעלת עקרון תום הלב מביאה לכך שהיתר העסקה ייראה כמעין פיקציה משפטית, כאשר בפועל היחסים בין הצדדים הם יחסי לוואה-מלווה. כדי שלא להגיע לכך נכון יותר להפעיל את מוסד המניעות. מוסד זה אומר כי גם אם פלוני צודק בטענתו – הוא מנוע מלהעלותה ונחשב כמי שוויתר עליה. מניעות זו מצטרפת לדיני הראיות החמורים שמופעלים בהסכמת הצדדים. בדומה לכך, גם אם הוא צודק מבחינת התוקף החוזי או התוכן החוזי של ההתקשרות בין הצדדים באמצעות האתר, הוא מנוע מלהעלות טענה זו.

שאלה אחרת היא, האם יש במקרה דנא הצעה וקיבול וכוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים בין משתמש אחד למשנהו? השאלה מתעוררת מכיוון שגם אם אפשר בנקל לנסח את תנאי ההצטרפות לאתר באופן שיוצר קשר חוזי ישיר ומחייב בין החברים הקיימים במאגר, הרי שקשה לכאורה לומר כן ביחס למצטרף עתידי. כיצד ניתן לומר כי נוצרו "הצעה" ו"קיבול" בין משתתפים קיימים לבין גורם אחר שאינם מכירים במועד ההצטרפות ושעתיד להצטרף רק בעתיד?

אפשר לענות על כך אם נאמר שההצטרפות לאתר היא בגדר של "הצעה פתוחה" של המצטרף לפיה כל מי שיצטרף לאחריו יוכל בעצם ההצטרפות שלו לבצע קיבול להצעת המצטרפים הקודמים (ובמקביל ליתן הצעה פתוחה חדשה משלו לכלל המצטרפים העתידיים שיבואו).

¹² Union Bank of Israel, Ltd. V. Weiss, 82 Civ. 3823.

¹³ ראה ציטוטים מחוות הדעת של השופט כהן, במאמרם של אביעד הכהן וזלמן סורוצקין, "בנקאות ללא ריבית ו"היתר עיסקא" ב"מדינה יהודית ודמוקרטית – הלכה ואין מורין כן?" **שערי משפט** ב(1) (תשנ"ט).

¹⁴ יש לציין כי חוות דעת זו ניתנה בהקשר של היתר עסקה כללי של בנק, והדרך המקובלת התייחסה לנוהג הבנקים ולקוחותיהם.

כמו כן, לאור הניתוח שהובא בסעיפים 52-59 לעיל, ביחס לתוקף החוזי של תקנון האתר כלפי מצטרפים עתידיים (גם במצב של היעדר חקיקה מתאימה) נראה כי כאשר המתקשרים מודעים למשמעות הדברים מצידם, הרי שעצם ההצטרפות למערכת יחסים חוזית קיימת המעוגנת באמצעות תקנון מוגדר וברור, מובילה למסקנה כי המתקשר הסכים וקיבל את התנאים הקבועים בו גם כלפי המשתמשים האחרים שקדמו לו וממילא בכוחה לעגן יחסים משפטיים מחייבים גם כלפיו.

בסיומו של פרק זה יש להוסיף נקודה חשובה זו. הכלל הוא כי הסכם מאוחר גובר על הסכם קודם. גם מי שמצטרף למאגר היתר העסקה עלול להשתמש בחוזים מאוחרים יותר בביטויים שנובעים משגרת הלשון המקובלת בין אנשים שאינם מודעים למשמעות של היתר עסקה (כגון: הלוואה או ריבית או ריבית פיגורים או הפרשי הצמדה וריבית וכיו"ב). עם זאת, נראה כי ניתן לכלול בתקנון פסקה לפיה ביטויים אלה בחוזים מאוחרים לא ייגרעו מתוקפו המחייב של היתר העסקה וכי היתר זה ישקף את יחסי הצדדים ויגבר על כל הסכם מאוחר יותר אלא אם כן ייאמר בהסכם המאוחר במפורש כי הוא מבטל את תנאי היתר העסקה.

3. חוזה אחיד

מכיוון שעסקינן בחוזה אחד שיוצר מפעיל האתר בין צדדים שלישיים שונים, המצטרפים אליו בלא כל יכולת לשנות את תנאי ההצטרפות, מתעוררת השאלה האם לא עסקינן בחוזה אחיד, החשוף לטענות בדבר קיומם של "תנאים מקפחים"?

הפסיקה הכירה בתנאי שימוש של אתרי אינטרנט כחוזה אחיד. ראו למשל: רע"א 5860/16 Facebook Inc נ' אוהד בן חמו (נבו 31.5.2018): **"התנאים שהמשתמשים בפייסבוק נדרשים להסכים להם, מהווים חוזה אחיד ועל כך אין חולק"**.

במקרה דנא, יש להבחין בין שתי התקשרויות שונות שנוצרות בעת ההצטרפות למאגר:

- (1) **התקשרות בין המצטרף לבין מפעיל האתר** – שבה מוסדרות הסכמתו של המצטרף לתשלום דמי הצטרפות ולמסירת המידע אודותיו ו/או אודות ילדיו וכן שמירת המידע וניהולו במאגר על ידי המפעיל ו/או פרסומו לציבור; וכן מציאת פתרונות הלכתיים ו/או מעשיים לסוגי העסקאות המתחדשות מעת לעת כדי שלא יעברו על איסורי ריבית ו/או שאר איסורי תורה, כפי שיקול דעתם של מפעילי האתר. כמו כן, מפעיל האתר מוסמך על ידי המצטרף לכתוב את תנאי היתר העסקה, לשנותם מעת לעת כפי שיקול דעתו של מפעיל האתר.
- (2) **התקשרות בין המצטרף לבין מצטרפים אחרים** – שכוללת את ההתחייבות לפעול על פי תנאי היתר העסקה המפורטים באתר.

בכל הנוגע להתקשרות הראשונה, הרי שאכן מדובר בחוזה אחיד, אבל לכאורה לא תהיה בה תניה מקפחת שכן ההתקשרות אמורה לכלול רכיב של תמורה וכן רכיב מתן שירות של שמירת מידע וניהול.

(1) בכל הנוגע לרכיב התמורה – הרי שזה אינו יכול להיחשב כתנאי מקפת. כך קובע סעיף 23(א)(1) של חוק החוזים האחידים קובע, כי הוראות החוק לא יחולו על "תנאי הקובע את התמורה הכספית שישלם הלקוח". בע"א 276/09 דן טאבא ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל, פסקה 18 לפס"ד (נבו 2.1.2011) הבהיר בית המשפט העליון כי "ההנחה המונחת ביסוד הוראה זו היא, שהלקוח ער לכך שהתמורה הכספית מצויה בליבת ההסדר החוזי, והוא נותן עליה את דעתו יותר מאשר על תניות אחרות. משכך, יש להניח כי הוא הסכים לה באופן ספציפי (ראו: ורדה לוסטנהויז וטנה שפניץ חוזים אחידים 34-35 (1994))."

(2) בכל הנוגע לרכיב השירות של שמירת המידע וניהולו – החוק והתקנות מסדירים את העניין (כמפורט בפרק ד' להלן), וממילא ככל שהמפעיל עומד בהוראות החוק, אין לומר כי הוא פעל באופן מקפח.

בכל הנוגע להתקשרות בתנאי היתר העסקה, הרי שזו אינה יכולה להיחשב כחוזה אחיד שכן מפעיל האתר הוא לא צד להסכם זה. הוא מציג הסכם שאותו מאמצים מרצונם המשתתפים השונים בינם לבין עצמם, בלא שיש להם כל מחויבות כלפיו או להיפך. סעיף 2 לחוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982 קובע כי "חוזה אחיד" הוא – "נוסח של חוזה שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסוימים במספרם או בזהותם". על כן, בהתאם להגדרה שבחוק – אין המדובר בחוזה אחיד.

כמו כן, גם בנוגע למערכת היחסים בין המתקשרים לבין עצמם אין לומר כי עצם ההתקשרות המחייבת להתבסס על היתר עסקה עולה לכדי תניה מקפחת בחוזה אחיד. זאת, שכן סעיף 2 לחוק החוזים האחידים קובע כי "תנאי" לעניין חוק זה הינו:

"תניה בחוזה אחיד, לרבות תניה המאוזכרת בו וכן כל תניה אחרת שהיא חלק מההתקשרות, ולמעט תניה שספק ולקוח הסכימו עליה במיוחד לצורך חוזה מסוים".
(ההדגשה אינה במקור)

בענייננו, כל מטרת ההתקשרות וההצטרפות למאגר הינה רצונם של הצדדים להתחייב לתנאי היתר העסקה האחד כלפי השני. משכך, ברי כי ניתן לסווג תניה זו ככזו אשר הצדדים "הסכימו עליה במיוחד לצורך חוזה מסוים".

4. סיכום ומסקנות

לסיכום חוות הדעת נביא להלן את תמצית המסקנות העולות ממנה:

1. היתר עסקה הוא מסמך משפטי מחייב על פי הדין הישראלי, וכפוף להוראות דיני החוזים.

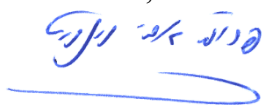
2. ניתן ליצור חוזה, ובכלל זה חוזה של היתר עסקה, בדרך של הצטרפות באינטרנט והחלה של תנאי האתר האינטרנטי.
3. יש הבחנה בין אמירה כוללת של "היתר עסקה" שאדם לא תמיד מודע למשמעותה, לבין מקרה שבו אדם טרח להצטרף, למאגר של מי שכפופים להיתר עסקה, יחד עם בני משפחתו, ואף שילם על כך ומחדש את חברותו מדי שנה. במקרה זה, הדברים נעשים מתוך מודעות גבוהה יותר, וקשה יהא להגדירם כהצהרה אמונית גרידא, שכן הצטרפות למאגר בתשלום, חלף כתיבה של סעיף היתר עסקה בחוזה רגיל (שאינה כרוכה בעלות כלשהי) מלמדת על רצון לתקף את היתר העסקה מבחינה משפטית. הדברים נכונים במיוחד כאשר אדם חוזר וטורח לחדש את הרישום למאגר מידי שנה.
4. חוזה היתר העסקה שייווצר בעת ההצטרפות למאגר איננו חוזה אחיד, שכן מפעיל האתר אינו צד לחוזה זה. הוא רק הציע את נוסח ההתקשרות בין כלל המצטרפים למאגר, בינם לבין עצמם.
5. הצטרפות למאגר האינטרנטי תוכל לחייב את כלל המצטרפים למאגר בתנאי היתר העסקה, בינם לבין עצמם, בכפוף לתנאים הבאים:
 - (1) תנאי ההצטרפות לאתר ינוסחו באופן שיבהיר חד-משמעית כי המצטרף מאשר ומבין שהתקשרותו עם חברי המאגר אינה חוסה במסגרת של יחסי הלוואה אלא במסגרת של יחסי מיום משותף וכפופה לחלוטין לתנאי היתר העסקה.
 - (2) לקבוע בתנאי ההצטרפות סעיף היוצר השתק (estoppel) מהעלאת טענה לפיה היחסים האמיתיים בין הצדדים הם יחסי לוואה-מלוואה רגילים.
 - (3) יש לכלול בתקנון פסקה לפיה ביטויים כגון הלוואה או ריבית או ריבית פיגורים או הפרשי הצמדה וריבית וכיו"ב, שייכללו בחוזים אחרים של המשתמש, לא ייגרעו מתוקפו המחייב של היתר העסקה וכי היתר זה ישקף את מהות יחסי הצדדים ויגבר על כל הסכם מאוחר יותר אלא אם כן ייאמר בהסכם המאוחר במפורש כי הוא מבטל את תנאי היתר העסקה.
 - (4) יש לוודא שהמשתמש מסמן תיבה (checkbox) או לוחץ על כפתור המציין "אני מסכים לתקנון האתר" או ניסוח דומה, כתנאי להשלמת פעולות באתר (כגון הרשמה, רכישה, העלאת תוכן וכיו"ב).
 - (5) ככלל, יש להימנע ממסמכים שקשה למצוא או להבין. מסמכים אלה צריכים להיות זמינים בלחיצה אחת, ובשפה ברורה, כאשר ניתן לגבות את תוקפם המשפטי ע"י הדגשה ברורה בזמן אישור השימוש.
 - (6) תקנון האתר יכלול במבוא הפניה מפורשת לכך שהשימוש באתר כפוף גם למדיניות פרטיות ו/או תנאים נוספים. במסגרת זו, ההפניה צריכה להיות מודגשת, נגישה וברורה – למשל, בצורת קישור לחיץ תחת נוסח ברור כמו: "בשימושך באתר אתה מסכים לתנאים המפורטים בתקנון זה ובמדיניות הפרטיות, ומהווה הסכמה כי קראת והבנת את תנאים אלו."
 - (7) ככל שיש צורך בהבעת הסכמה לתכנים נוספים שאינם חלק מן התקנון, תקנון האתר חייב לכלול במבוא הפניה מפורשת לכך שהשימוש באתר כפוף גם להם, כגון: מדיניות פרטיות, תנאים נוספים ואף נוסח היתר העסקה עצמו. כדי לשלול טענות עתידיות ומכיוון שהיתר העסקה הינו

בעל השלכות כלכליות ומשפטיות משמעותיות – מומלץ כי חלק מהליך הרישום למאגר ידרוש אישור כפול והבעת הסכמה לקריאה של שני המסמכים – תקנון האתר וכן למסמך היתר העסקה שלפיו ועל דעתו הוא מתחייב לבצע את כלל פעולותיו עם שאר המשתמשים.

(8) בכל אופן, ככל שבוחרים בגישה של הפנייה במסגרת התקנון (דבר שאינו מומלץ בכל הנוגע למסמך היתר העסקה) יש לוודא כי הדבר נעשה באמצעות קישור ישיר שניתן ללחוץ עליו ולהפנות את המשתמש ישירות למסמך הרלוונטי. כמו כן, על ההפניה להיות מודגשת, נגישה וברורה. כמו למשל: "בשימושך באתר אתה מסכים לתנאים המפורטים בתקנון זה. כמו כן, הנך מתחייב בזו כי כל פעולותיך המשפטיות אל מול שאר המשתמשים באתר ייעשו בהתאם לכללים ולתנאים המפורטים בהסכם "היתר העסקה" כפי שמצורף באתר זה (לצפייה בנוסח היתר העסקה לחץ כאן)".

(9) כמו כן, מומלץ להדגיש את הקשר בין המסמכים ואת היותו של המסמך הנוסף חלק בלתי נפרד מהתקנון, כמו גם את הבעת ההכרה של המשתמש בלחיצתו ש"קרא והבין את התנאים". בכל הנוגע למדיניות הפרטיות, מועברת לכם בנוסף חוות דעת מפורטת גם בנושא זה. הננו עומדים לרשותכם לכל שאלה או הבהרה ככל שתתבקש.

בכבוד רב,



פרופ' אבי וינרוט, עו"ד