



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 3464/22

וערעור שכנגד

לפני: כבוד השופטת (בדימי') ע' ברון
כבוד השופטת ג' כנפי-שטייניץ
כבוד השופטת ר' רונן

המערערים והמשיבים בערעור
שכנגד: 1. חמי (נחמיה) אידל
2. דוד אלמאלי

נ ג ד

המשיבה והמערערת בערעור
שכנגד: מימון ישיר מקבוצת ישיר (2006) בע"מ

ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
מרכז-לוד מיום 16.3.2022 בת"צ 8068-12-15, שניתן על
ידי כב' השופט י' קינר

תאריך הישיבה: כ"ו בניסן התשפ"ג (17.4.2023)

בשם המערערים והמשיבים
בערעור שכנגד: עו"ד עידו קוסובר; עו"ד תומר ברם

בשם המשיבה והמערערת
בערעור שכנגד: עו"ד צבי פירון; עו"ד דני כביר

פסק-דין

השופטת ר' רונן:

לפנינו ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד
(כב' השופט י' קינר) מיום 16.3.2022 בת"צ 8068-12-15, אשר דחה את בקשת
המערערים לאישור הגשת תובענה ייצוגית כנגד המשיבה.

רקע ופסק הדין של בית משפט קמא

1. המשיבה – מימון ישיר מקבוצת ישיר (2006) בע"מ (להלן: המשיבה או מימון
ישיר) היא גוף חוץ-בנקאי העוסק במימון הלוואות. החל מחודש אוגוסט 2020 מימון

ישיר היא חברה ציבורית. המערערים וחברי הקבוצה אותם הם מבקשים לייצג, נטלו הלוואות ששיווקה מימון ישיר בריבית משתנה לא צמודה בשיעור פריים + 6.5%. אין מחלוקת כי בהתאם להסכם שיתוף פעולה (להלן: הסכם שיתוף הפעולה) בין מימון ישיר לבין חברת לאומי קארד בע"מ (להלן: לאומי קארד), הועמדו כספי הלוואה בפועל על-ידי לאומי קארד שהיא "תאגיד עזר" כמשמעותו בחוק הבנקאות (רישוי), התשמ"א-1981.

כפי שיובהר בהרחבה בהמשך, חוק הלוואות חוץ-בנקאיות, התשנ"ג-1933 (להלן: חוק הלוואות חוץ-בנקאיות או החוק) חל על מימון ישיר ככל שהיא מעמידה הלוואות ללווים, בעוד שהוא לא חל בתקופה הרלוונטית על לאומי קארד בהיותה "תאגיד עזר" (סעיף 1 לחוק בנוסחו בתקופה הרלוונטית). בפסק הדין נושא הערעור נקבע כי חלק מהוראות החוק הופרו (ראו: סעיף 61 לפסק הדין), ולכן אם מימון ישיר היא מי שהלוותה את הכספים לחברי הקבוצה, הרי שהיא הפרה לכאורה את הוראות החוק; מה שאין כן אם לאומי קארד הייתה המלווה. לכן, השאלה העיקרית שיש להכריע בה היא האם מימון ישיר הייתה המלווה בהלוואות נושא בקשת האישור או שמא – כגרסתה – תפקידה התמצה בתיווך בין הלווים לבין לאומי קארד.

בבקשת האישור טענו המערערים כי מימון ישיר היא ה"מלווה" בהלוואות שנטלו; כי הוראות החוק חלות על הלוואות נושא הבקשה; וכי מימון ישיר הפרה הוראות אלה. זאת הן כאשר היא גבתה ריבית וריבית פיגורים בשיעורים העולים על הרף העליון הקבוע בסעיפים 5-6 לחוק; והן מאחר שבסעיף 12 להסכם הלוואה נקבע כי ניתן להקדים את מועד פירעון הלוואה בעת פיגור של תשלום אחד, באופן המנוגד לסעיף 7 לחוק ואף מהווה תנאי מקפח בחוזה אחיד. בנוסף נטען להטעיה מצד מימון ישיר אשר הוצגה כמלווה שחוק הלוואות חל עליה, מבלי לציין כי לאומי קארד היא המלווה. המערערים עתרו לפיצוי בסך של כ-37,233,172 ₪ בגין הנזק שנגרם לטענתם לחברי הקבוצה בשל הפרות החוק; וכן ביקשו להורות על בטלות סעיף 12 להסכם הלוואה.

לאומי קארד אינה צד להליך. האפשרות לצרפה עלתה אומנם במסגרת דיון קדם משפט בפני בית משפט קמא ביום 2.3.2017, אך בסופו של דבר המערערים לא ביקשו את צירופה. השלכתו של נושא זה תידון בהרחבה בהמשך.

2. ביום 16.3.2022 ניתן פסק-דינו של בית משפט קמא הדוחה את בקשת האישור. בית המשפט קבע כי לא הוכחה קיומה של אפשרות סבירה שהשאלה האם מימון ישיר

מוגדרת כ"מלווה" לפי חוק ההלוואות תוכרע לטובת הקבוצה. לאומי קארד לבדה היא שהלווה את הכספים ומימון ישיר לא הייתה מלווה יחידה או משותפת. בית המשפט הגיע למסקנה זו, בין היתר, לאחר שבחן את הסכם שיתוף הפעולה; את הסכמי ההלוואה עליהם חתמו המערערים לצורך נטילת ההלוואות (להלן: הסכמי ההלוואה); את הפרסומים של מימון ישיר; ואת הדוחות הכספיים של שתי החברות. כן הביא בית המשפט בחשבון את עדותו של מר שקדי, סמנכ"ל הכספים של מימון ישיר.

בית המשפט ייחס משמעות לכך שהסכם שיתוף הפעולה קובע כי מהות ההתקשרות בין לאומי קארד למימון ישיר היא שיתוף פעולה בהעמדת הלוואות על-ידי לאומי קארד ללקוחות של מימון ישיר (סעיף 4 להסכם); כי לאומי קארד זכאית לסרב להעמיד הלוואה ללקוח מסוים בלי שעליה לנמק את סירובה (סעיפים 5.3 ו-11.1.4 להסכם); כי הסכם שיתוף הפעולה קבע את טווחי סכום ההלוואה, את מספר התשלומים ואת הריבית המקסימאלית, כמו גם את התנאים בהם על הלקוחות לעמוד כדי שמימון ישיר תפנה אותם ללאומי קארד (סעיפים 7 ו-10 להסכם); כי אחריותה של מימון ישיר לנזקי האשראי בגין הלוואה שלא נפרעה הוגבלה לסכום מסוים מהונה של לאומי קארד; וכי ללאומי קארד הייתה אפשרות להחליט לסיים את ההתקשרות עם מימון ישיר (סעיף 23.5 להסכם).

עוד ציין בית המשפט כי ההלוואות מוצגות רק בספריה של לאומי קארד; כי מכתבי ההתראה על פיגור בתשלום נשלחו ללווים מלאומי קארד; כי המשיבה לא ידעה מה יתרת ההלוואה; כי מהסכמי ההלוואה עולה שלאומי קארד היא המלווה וכי המערערים ידעו או היה עליהם לדעת שההלוואה ניתנת על ידי לאומי קארד וכי רק במקרה של נזקים שייגרמו ללאומי קארד עקב אי פירעון ההלוואה, תמחה לאומי קארד את ההלוואה למימון ישיר. בית המשפט קמא היה סבור כי כל האינדיקציות הללו מעידות על כך שלאומי קארד (ולא מימון ישיר) היא המלווה בהלוואות שבנדון.

מנגד, כך נקבע בפסק הדין, אין די באינדיקציות להן טענו המערערים כדי ללמד על כך שמימון ישיר היא המלווה. בכלל זה התייחס בית המשפט לאחריותה של מימון ישיר לנזקי האשראי (סעיף 15 להסכם); לכתב השיפוי שניתן ממימון ישיר ללאומי קארד (נספח 3.2 להסכם); לזכות שניתנה ללאומי קארד לקזז כל סכום שיגיע לה ממימון ישיר כנגד כל סכום המגיע למימון ישיר ממנה על פי ההסכם (סעיף 22.3); ולכך שבהתאם להסכם שיתוף הפעולה, נשאה מימון ישיר עד לשנת 2010 בתשלום דמי התפעול של ההלוואות על-ידי לאומי קארד (סעיף 12.4). גם בפרסומים של ההלוואה על-ידי מימון

ישיר אין כדי לשנות את ההסכמות בין הצדדים לפיהן לאומי קארד היא המלווה, והם מתיישבים עם המסקנה כי תפקידה של מימון ישיר הוא לאתר את הלווים ולקשר ביניהם לבין לאומי קארד.

בית משפט קמא התייחס גם לטענת המערערים לפיה חזקה שלאומי קארד מקיימת את הוראות ניהול הבנקאי התקין (נב"ת) 359 החלות עליה, ובהתאם להן – כי היא אינה משלמת למימון ישיר עבור הפניית לקוחות אליה; ולמסקנה המתחייבת מכך לגישת המערערים, לפיה מימון ישיר היא המלווה. בהקשר זה נקבע כי המערערים אינם יכולים להיבנות מהוראות אלה, מאחר שלאומי קארד אינה צד להליך ולא התקבלה עמדתה בשאלה האם היא הפרה אותן. מאותו הטעם נקבע גם כי לא ניתן לטעון שמימון ישיר היא מלווה משותפת עם לאומי קארד.

לאור כל האמור, מסקנתו של בית משפט קמא הייתה כי לאומי קארד היא שהעמידה בפועל את כספי ההלוואה, והיא מי שהחזרי ההלוואה הועברו אליה על-ידי הלווים. לכן, לאומי קארד היא המלווה היחידה.

3. באשר לעילת ההטעיה נקבע כי לא הייתה הטעיה בשלב החוזי לאחר שנחתם הסכם ההלוואה בו צוין כי לאומי קארד היא המלווה. מנגד, בית המשפט היה סבור כי מימון ישיר הפרה בשלב הטרומ חוזי את איסור ההטעיה הצרכנית. זאת מאחר שפרסומיה לא הבחינו בין הלוואות הניתנות על-ידיה לבין הלוואות שאותן היא רק משווקת. יחד עם זאת נקבע כי לא קיימת אפשרות סבירה שעילת ההטעיה הצרכנית תוכרע לטובת הקבוצה, שכן אין בסיס לטענה שהמערערים וחברי הקבוצה הסתמכו על הפרסום המטעה. זאת מאחר שבשיחות עם נציגיה של מימון ישיר עובר לחתימה על הסכמי ההלוואה, נזכרה לאומי קארד כגורם מרכזי בהלוואה. מעבר לכך, ביחס להלוואות נחתם חוזה מפורט אשר הובהר בו, כמו גם במכתבים שנשלחו ללווים בהמשך, שההלוואה ניתנת על-ידי לאומי קארד. יתרה מכך, נקבע כי המערערים לא הוכיחו קיומם של נזק ושל קשר סיבתי בין ההטעיה לבין ההתקשרות עם מימון ישיר; ובעקבות כך בין ההטעיה לבין הנזק.

הטענה ביחס לסעיף 12 להסכמי ההלוואה נדחתה מהטעם שטענה זו לא נומקה ולא הוכח מהו הקיפוח הגלום בהוראת הסעיף.

לאור כל האמור, דחה בית משפט קמא את הבקשה על כל רכיביה. יחד עם זאת, לנוכח התנהלותה של מימון ישיר בעניין טענת ההטעיה ככל שהיא נוגעת לשלב הטרומ חוזי, לא נעשה צו להוצאות.

טענות המערערים

4. לטענת המערערים, השאלה שיש להכריע בה בערעור היא שאלה משפטית – מי הוא ה"מלווה" לפי הגדרת חוק ההלוואות חוץ-בנקאיות. לטענתם, בהתאם לפרשנות הנכונה של הדין, ההלוואות נושא ההליך דנן הן הלוואות חוץ-בנקאיות שהחוק נועד לחול עליהן מאחר שמימון ישיר פעלה בהן כמלווה לכל דבר ועניין, בעוד לאומי קארד שימשה רק כצינור להעברת הכספים.

המערערים עמדו על מספר אינדיקציות התומכות לשיטתם בעמדתם. כך, הם טענו בין היתר כי מימון ישיר שיוקה את ההלוואות. זאת לאור העובדה שבפרסומיה הרבים אין כל איזכור ללאומי קארד או איזכור של תיווך; בפרסומיה היא ציינה שמדובר בהלוואות חוץ-בנקאיות הכפופות לחוק הלוואות חוץ-בנקאיות; וגם בשיחות עם נציגי מימון ישיר נמסר כי מדובר בהלוואות חוץ-בנקאיות מאת מימון ישיר. עוד הם טענו כי מימון ישיר היא שקבעה את תנאי ההלוואה. היא קבעה לפי שיקול דעתה הבלעדי את מסגרת האשראי ואת שיעור הריבית לכל לקוח (אף שאלה נקבעו בגבולות רחבים שהוגדרו מראש); היא הייתה צד להסכמי ההלוואה הנושאים את הלוגו שלה; ההסכמים נחתמו מול מימון ישיר, במשרדיה, ובצירוף שטר חוב לטובתה בלבד; ומימון ישיר אף רשמה בדוחות שלה סיכון אשראי בגין ההלוואות הללו.

המערערים הוסיפו וטענו כי מימון ישיר היא זו שנשאה בסיכונים הכרוכים בהלוואות ובפרט בסיכון של אי פירעון ההלוואה; היא זו שקבעה את הריבית הגבוהה והיא שנהנתה ממנה (לעומת לאומי קארד שהייתה אדישה לשיעור הריבית); ומימון ישיר היא שפעלה לגביית החוב במקרה של אי פירעון. אכן, לאומי קארד העמידה את כספי ההלוואה וניתנה לה זכות להחליט על סיומו של הסכם שיתוף הפעולה. אולם, כך היה קורה גם אם מימון ישיר הייתה מגייסת הון מלאומי קארד לצורך העמדת ההלוואות בעצמה. יתרה מכך, בהתאם להוראות נוהל בנקאי תקין (נב"ת) 359, אסור לתאגידי עזר להיעזר במתווכים. גם לאור כך, יש להניח כי לאומי קארד לא השתמשה במימון ישיר כמתווכת בהלוואה בנקאית, אלא שמדובר בהלוואה חוץ-בנקאית שניתנה על ידי מימון ישיר.

לשיטת המערערים, עמדתם נתמכת באמור בהסכמי ההלוואה. בהסכמים אלה הובהר שהמלווים הם הלקוחות של מימון ישיר, ועולה מהם כי לאומי קארד העניקה מסגרת אשראי או הלוואה למימון ישיר ולא ללווים, באופן המאפשר לעקוף את הוראות החוק. העובדה שמימון ישיר אינה מקבלת את הכספים לידיה אלא מורה ללאומי קארד למי להעבירם, אינה משנה את המהות הכלכלית של הדברים. יתרה מכך, אם מדובר בהלוואות של לאומי קארד, אין זה ברור איך נגבו בפועל ריביות הגבוהות מהנהוג בבנקים.

5. המערערים טענו כי פרשנות בית משפט קמא את החוק היא פרשנות מצמצמת שאינה עולה בקנה אחד עם כוונת החוק ועם הפסיקה. לטענתם, פסק הדין מנוגד להלכה הפסוקה לפיה יש להעניק הגנה רחבה ללווים וליישם את הוראות החוק על פי מהות העסקה. מימון ישיר הייתה הרוח החיה בהלוואות בפן הכלכלי והצרכני שלהן. כמו כן, פסק הדין מנוגד לפסק הדין שניתן בת"צ (מחוזי ת"א) 12721-03-16 יפעת נ' מימון ישיר מקבוצת ישיר (2006) בע"מ (24.7.2018) (להלן: עניין יפעת), בו נקבע כי החוק חל על מימון ישיר. פסק הדין מנוגד גם לתכלית החוק, שכן המחוקק ביקש להגן בו בהרחבה ובאופן קוגנטי על הציבור המוחלש הנאלץ ליטול הלוואות חוץ-בנקאיות.

לטענתם, פסק-דינו של בית משפט קמא אינו מתמקד במהות ההתקשרות אלא ברטוריקה של הסכמי שיתוף הפעולה בה נקטו מימון ישיר ולאומי קארד כדי להתחמק מהחוק, ומאמץ אותה. לפי אותה רטוריקה, לאומי קארד היא הנותנת את ההלוואות, ומימון ישיר מוגבלת בשיקול דעתה בין היתר על-ידי קביעת רף מקסימאלי לריבית ועל ידי האפשרות שניתנה ללאומי קארד לפסול לקוח. אלא שלשיטתם של המערערים מדובר בסייגים מינימאליים שאינם משנים את העובדה ששיקול הדעת המלא בכל הנוגע למתן ההלוואות לחברי הקבוצה היה של מימון ישיר, והיא זו שנהנתה מהפרת החוק והתעשרה מכך.

בית משפט קמא אף הכיר בכך שכל הסיכונים רבצו רק לפתחה של מימון ישיר, והיא גם זו שנהנתה מסיכויי ההלוואות והפיקה מהן רווח. חרף כך, לא הבהיר בית משפט קמא מדוע נקבע כי מימון ישיר אינה המלווה אלא רק מתווכת. אין גם די באפשרות של לאומי קארד לסיים את שיתוף הפעולה עם מימון ישיר במקרה של הרעה במצבה, כדי להביא למסקנה שלאומי קארד היא המלווה. זאת שכן מדובר על הפסקת שיתוף הפעולה לגבי הלוואות עתידיות. בית משפט קמא אף לא התייחס להודאות מימון ישיר (באתר האינטרנט שלה, בפרסומים הרבים ובשיחות של נציגיה) לפיהן מדובר בהלוואות חוץ-בנקאיות וכי היא כפופה להוראות החוק.

המערערים הוסיפו וטענו כי אף אם – כפי שקבע בית משפט קמא – הלקוחות ידעו או היה עליהם לדעת שלאומי קארד מעניקה את ההלוואות, אין לכך משמעות. זאת מאחר שמדובר בחוק קוגנטי שלא ניתן להתנות על הוראותיו. לכן גם אין נפקות לשאלת המניעים של מימון ישיר ולכוונתה לעקוף את החוק.

6. לטענת המערערים, המסקנה הנובעת מכך שמימון ישיר היא המלווה, היא שהחוק הופר על-ידיה. בהקשר זה הם התייחסו לטענות המשיבה לפיהן במועד מתן ההלוואות לא חרגו הריביות מהרף הקבוע בחוק. לטענתם, סעיף 5(ב) לחוק קובע מפורשות שמגבלת הריבית נבחנת במועד כל תשלום ולא במועד מתן ההלוואה. מכל מקום הם טענו כי מימון ישיר נתנה גם הלוואות שכבר במועד נתינתן חצו את רף הריבית המקסימאלי.

7. באשר לעילת הטעיה – המערערים טענו כי משנקבע שמימון ישיר הפרה את האיסור על הטעיה צרכנית, היה מקום לאשר את בקשת האישור. בהקשר זה הם טענו כי אף אם כפי שקבע בית משפט קמא, הובהר ללקוחות בהמשך הדרך כי לאומי קארד מעורבת בהלוואות, הלקוחות שהסתמכו על מצגיה של מימון ישיר בדבר תחולת חוק ההלוואות לא יכלו להסיק כי החוק וההגנות המוקנות בו אינם חלים עליהם. בשום שלב לא נאמר להם שההלוואה איננה הלוואה חוץ-בנקאית, וכל שנאמר להם הוא שיש שיתוף פעולה עם לאומי קארד. עוד הם טענו כי אין בהסכמים האחידים שנחתמו כדי לאיין את הטעיה מצד מימון ישיר לאורך הליך שיווק ההלוואות. מימון ישיר הטעתה את חברי הקבוצה וגרמה להם לשלם ריביות מעבר לרף המקסימאלי המותר בדין, תוך שהיא גרמה להם לחשוב שההלוואה כפופה לחוק המגן עליהם.

טענות מימון ישיר בערעור

8. מנגד, סומכת מימון ישיר את ידיה על פסק דינו של בית משפט קמא, וטוענת כי הערעור מכוון כנגד קביעות עובדתיות של בית המשפט, בהן לא נוטה ערכאת הערעור להתערב. לשיטתה, קביעתו של בית משפט קמא לפיה אין אפשרות סבירה כי ייקבע שמימון ישיר היא "המלווה" וכי המערערים ידעו או למצער היו צריכים לדעת שההלוואה הועמדה על ידי לאומי קארד, נסמכה על הראיות שהובאו בפניו (ובהם הסכמי ההלוואה; כל המסמכים עליהם חתמו הלווים; שיחות הטלפון בין הלווים למימון ישיר; הסכמי שיתוף הפעולה; ועדויות המצהירים). כן נסמכת מסקנה זו על הדין וההלכה הפסוקה.

לטענתה של מימון ישיר, לשון הסכמי ההלוואה ברורה ומדויקת, ועולה ממנה בכירור שהלווים ידעו שנותנת ההלוואה היא לאומי קארד, וכך אף נמסר להם בשיחות טלפוניות ובמכתבים. לאומי קארד היא שהעמידה את ההלוואות בפועל; היא עצמה צד להסכמי ההלוואה; הלווים שילמו לה בכל חודש את החזרים החודשיים עבור ההלוואות; וסכומי ההלוואות נרשמו בספריה בלבד. לשיטתה, הגדרת "מלווה" בחוק היא מצומצמת וצרה, ומתייחסת רק לנותן ההלוואה.

מימון ישיר הוסיפה כי גם מהפסיקה, ובפרט מפסק הדין בת"צ (מחוזי ת"א) 31190-07-13 נוסבאום נ' שירותי בנק אוטומטיים (5.7.2020) שהעובדות בו דומות לאלה נושא המקרה דנן, עולה שהבקשה נדחתה כדין. מנגד, עניין יפעת ממנו מבקשים המערערים להיבנות בטענה כי עולה ממנו שבמתן הלוואות "לכל מטרה" העניקה מימון ישיר הלוואות חוץ-בנקאיות – אינו רלוונטי להלוואות דנן.

מאחר שלאומי קארד היא המלווה, הרי שהוראות החוק אינן רלוונטיות. זאת משום שבהיותה של לאומי קארד תאגיד עזר, החוק לא חל עליה.

9. לטענת מימון ישיר, בקשת האישור הוגשה כנגד הנתבעת הלא נכונה שכן המלווה היא לאומי קארד. המערערים בחרו ביודעין ובכוונת מכוון שלא לצרף את לאומי קארד להליך, אף לאחר שבית משפט קמא איפשר להם לעשות כן. לאומי קארד הבהירה במסגרת ההליך שהיא זו שנתנה את ההלוואות ושהיא המלווה. עוד נטען כי שיתוף הפעולה בין מימון ישיר לבין לאומי קארד הוא לגיטימי ואמיתי, ולא נועד – כטענת המערערים – לעקוף את מגבלות הריבית החלות על מימון ישיר. כך אף קבע בית משפט קמא. בהקשר זה ציינה מימון ישיר כי בעת החתימה על ההסכמים, היה שיעור הריבית שגבתה לאומי קארד נמוך ממילא מתקרת הריבית המותרת בחוק, ולכן היא לא חרגה מהוראות הדין. יתרה מכך, הריבית עמדה גם בתנאים שחלו על לאומי קארד בהתאם לרגולציה החלה על תאגיד עזר בנקאי.

מימון ישיר הוסיפה כי האינדיקציות עליהן מצביעים המערערים הן שגויות. כך למשל, מימון ישיר אינה האחראית הבלעדית לקביעת סכום ההלוואה ותנאיה; היא אינה הנהנית היחידה מרווחים הנובעים מהעלאת שיעור הריבית; הסיכון אינו נופל רק עליה; וממילא אין בכל אלה כדי להפוך אותה למלווה.

10. ביחס לעילת ההטעיה טענה מימון ישיר כי לא הוכחו נזק וקשר סיבתי כתוצאה מההטעיה הנטענת. בית משפט קמא קבע כך, וזוהי קביעה עובדתית העולה מתצהירי המערערים ומעדותם, שאין מקום להתערב בה.

הערעור שכנגד

11. לאחר הגשת הערעור הגישה מימון ישיר ערעור שכנגד אשר נסב על כך שלא נפסקו לזכותה הוצאות משפט. מימון ישיר עמדה על כך כי אף שבית משפט קמא היה סבור שקיימת בעייתיות בפרסומים המקדמיים של מימון ישיר, הוא דחה בסופו של דבר גם את עילת ההטעיה (הטרום חוזית והחוזית). לטענתה, משדחה בית משפט קמא את בקשת האישור על כל רכיביה, היה עליו לפסוק הוצאות לזכותה.

מימון ישיר טענה כי היא השקיעה משאבים מרובים בהליך שארך שש שנים, ושכלל הליך גישור שהיא נשאה בעלויותיו. בסופו של דבר הבקשה לאישור תביעה ייצוגית נדחתה ודי היה בכך כדי לחייב את המערערים בהוצאות. גם אופן התנהלות המערערים בהליך מצדיקה לחייבם בהוצאות. כך, המערערים היו יכולים להפחית את הוצאות ההליך אילו היו מצרפים את לאומי קארד, אך הם נמנעו מלעשות כן. אין בנימוק של בית משפט קמא כדי להצדיק שלילת הוצאות לחלוטין לטובתה.

12. בסיכומי התשובה לערעור שכנגד, המערערים טענו כי הערעור של המשיבה אינו ראוי למענה. המשיבה הטעתה את לקוחותיה וגבתה ריביות מופקעות שאינן קיימות בבנקים ושנאסרו בשוק החוץ-בנקאי. בנסיבות אלה היא אינה ראויה להחזר הוצאות.

דיון והכרעה

13. לאחר עיון בכתובים ושמיעת הצדדים בדיון שהתקיים לפנינו, אני סבורה כי דין הערעור להתקבל ודין הערעור שכנגד להידחות, וכך אמליץ לחברותיי לעשות.

14. בטרם נפנה לבחון את הסוגיות שבמחלוקת נזכיר כי המדובר בערעור על פסק דין שדחה בקשה לאישור תביעה ייצוגית. חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 מונה שורה של תנאים שצריכים להתקיים כדי שבית המשפט ייעתר לבקשה לנהל את התובענה כייצוגית. טענות הצדדים במקרה דנן, ובהתאם – פסק דינו של בית משפט קמא – התמקדו בשאלה האם קיימת אפשרות סבירה שהשאלות המהותיות יוכרעו לטובת הקבוצה. כפי שנקבע זה מכבר בפסיקה, רף ההוכחה של קיומה של "אפשרות סבירה", בו נדרש המבקש לעמוד, הוא נמוך יותר מזה שבו עליו לעמוד במסגרת הדיון בתביעה

לגופה (ראו למשל: רע"א 4836/21 שללידר נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פסקה 19 (20.2.2022)).

בענייננו, המחלוקת העיקרית בין הצדדים נוגעת כאמור לשאלה האם מימון ישיר הייתה ה"מלווה" בהלוואות נושא ההליך. שאלה זו כרוכה בבחינה עובדתית של מערכת היחסים בין הלווים, מימון ישיר ולאומי קארד; אך היא בעיקרה שאלה משפטית. כמו כן, התשתית העובדתית הרלוונטית לצורך הכרעה בשאלה זו איננה שנויה ברובה במחלוקת. בנסיבות אלה, ניתן לטעמי "להיכנס בעובי הקורה" ולבחון את השאלות שבמחלוקת לעומקן כבר בשלב בקשת האישור.

מיהו "מלווה" בחוק הלוואות חוץ-בנקאיות

15. כאמור, השאלה העיקרית הטעונה הכרעה היא מי הוא ה"מלווה" בהתאם לפרשנות חוק הלוואות חוץ-בנקאיות. כידוע, השלב הראשון בפרשנות דבר חקיקה הוא בחינה של לשון החוק, שהיא היוצרת את מתחם הפרשנויות האפשריות. כאשר לשון החוק אינה מספקת תשובה ברורה לשאלה הפרשנית, יש להמשיך ולהידרש לפרשנות התכליתית (ראו למשל: ע"א 7566/13 פקיד שומה למפעלים גדולים נ' ז'ורבין, פסקה 28 (22.6.2015) וההפניות שם).

נוסח החוק אותו יש לפרש הוא נוסחו בתקופה הרלוונטית לבקשת האישור עובר לתיקון מספר 5 אשר נכנס לתוקף ביום 25.8.2019 (יוער כי באותו התיקון שונה גם שם החוק לחוק אשראי הוגן, התשנ"ג-1993). בתקופה זו הוגדר "מלווה" בסעיף 1 לחוק הלוואות חוץ-בנקאיות כ"מי שנותן הלוואה, למעט תאגיד בנקאי ותאגיד עזר כמשמעותו בחוק הבנקאות (רישוי), התשמ"א-1981". מהאמור בסעיף עולה כי החוק לא חל באותה עת על תאגידי בנקאיים אלא רק על גופים חוץ-בנקאיים.

כן עולה מהסעיף כי החוק חל על מי ש"נותן הלוואה". אולם לשון החוק אינה מבהירה מיהו אותו "נותן הלוואה". אכן, ישנם מקרים בהם השאלה אינה מתעוררת, וזאת כאשר אותו גורם עצמו מאתר את הלווה הפוטנציאלי; בא עמו בדברים ביחס לתנאי ההלוואה; מעמיד לו את כספי ההלוואה; ועומד בפני הסיכון שההלוואה לא תיפרע. אך ישנם מקרים בהם מדובר במספר גורמים המעורבים בתהליך ההלוואה, והחוק אינו מספק תשובה ברורה לשאלה מי מהם הוא זה שייחשב כ"נותן ההלוואה". משכך, כאשר אין מענה לשאלה בלשון החוק, יש להוסיף ולבחון את תכליתו.

16. בהתאם לדברי ההסבר שלו, נועד חוק הלוואות חוץ-בנקאיות לחול על הלוואות שלא ניתנו על-ידי המערכת הבנקאית, על מנת "למנוע ממלווים, שאינם תאגיד בנקאי מורשה ומפוקח, לנצל את מצוקתם של צרכנים שאינם בעלי כוח מיקוח, ועקב כך מסכימים ללוות כספים בתנאים בלתי סבירים". היינו, החוק נועד להסדיר הלוואות מחוץ למערכת הבנקאית, שניתנות בדרך כלל ללווים שבנקים אינם מוכנים להקצות להם אשראי משום שאין ביכולתם לתת ערבויות או ביטחונות מספקים. כוח המיקוח של לווים כאלה הוא מטבע הדברים מועט בדרך כלל.

העמדת הלוואות על-ידי גופים חוץ בנקאיים היא כשלעצמה תופעה לגיטימית, שנועדה לענות על צורך אמיתי הקיים בשוק: מתן אפשרות למי שאינו כשיר לקבל הלוואה מהמערכת הבנקאית, לקבל הלוואה ממקור אחר (ע"א 9136/02 מיסטר מאני ישראל בע"מ נ' ריז, פסקה 13 (21.3.2022) (להלן: עניין מיסטר מאני)). יש גם הגיון כלכלי בכך שתנאי הלוואות הללו ישקפו את רמת הסיכון הגלומה בהן מבחינת המלווה. יחד עם זאת, החשש במקרים אלה הוא שהמלווה ינצל לרעה את מצוקתם של הלווים, את הצורך שלהם לקבל הלוואה (לעיתים בדחיפות) ואת העדר הבררה שלהם – כדי להביאם להסכים לתנאים שהוא מעמיד, רק מאחר שאין להם חלופה אחרת. על רקע חשש זה נחקק החוק.

17. החוק הוא אם כן חוק צרכני שהוראותיו נועדו להגן על אותם לווים "חלשים" הנאלצים ליטול הלוואות מחוץ למערכת הבנקאית. לצורך כך מגדיר החוק את צורת ההתקשרות הנדרשת בין מלווה ללווה; קובע חובות גילוי נאות על המלווה ותנאים מסוימים להלוואה; ומעניק לבתי המשפט סמכויות מתאימות להגנה על הלווה. כן מגביל החוק את הריבית שרשאים אותם גופים מלווים לגבות – סעיף 5 לחוק קובע רף מקסימאלי לריבית חוץ-בנקאית, וסעיף 6 קובע רף מקסימאלי לריבית פיגורים. מאחר שמדובר בהוראות שנועדו להגן על לווים מוחלשים חסרי כוח-מיקוח, אלה הן הוראות קוגנטיות שהצדדים אינם רשאים להתנות עליהן גם בהסכמה.

בהתייחס לפרשנות הוראותיו של חוק הלוואות חוץ בנקאיות, קבע בית משפט זה כי פרשנות צרה ופורמליסטית עשויה להוביל לעקיפה מלאכותית של הוראות החוק, ולמנוע מהלווים את ההגנות הסטטוטוריות אותן הוא נועד להעניק (רע"א 6593/19 דומני נ' אופק תיירות ונסיעות בע"מ, פסקה 5 (16.1.2020)). עוד נקבע כי באיזון בין האינטרסים של המלווה והלווה, הכף נוטה לעבר הקפדה מיוחדת על ההגנות המוקנות ללווים בהלוואות חוץ-בנקאיות (עניין מיסטר מאני, פסקה 13; ראו גם: רע"א 5888/95 קווי

אשראי לישראל (ראשל"צ) בע"מ נ' וניני (14.5.1997). מכאן כי כדי להגשים את תכלית החוק ולהגן על אותם לווים חלשים, יש לפרש את החוק בצורה רחבה.

18. מהאמור לעיל עולה כי גם בשאלה נושא ההליך דנן – מיהו "מלווה", יש להעדיף פרשנות מרחיבה המגנה על הלווה, אשר תבחן את מהותה של מערכת היחסים בין הצדדים. בית משפט קמא והצדדים התייחסו למספר מאפיינים אפשריים שעשויים לסייע בפרשנות כזו. בכלל זה צוינו מהות ההתקשרות בין הצדדים; זהות הגורם שהיה "הרוח החיה" מאחורי ההלוואה; זהות הגורם שהציג את המצגים מול הלווים; זהות הגורם שגייס את הלקוחות הלווים; זהות הגורם שקבע את תנאי ההלוואה ובהם את שיעור הריבית; זהות הגורם שנשא בסיכון שההלוואה לא תיפרע; זהות הגורם שהזרים את הכספים; זהות הגורם שטיפל בהלוואות שלא נפרעו; ועוד.

ואכן, כלל הגורמים הללו עשויים להיות רלוונטיים בבחינת השאלה מיהו המלווה. כפי שהבהרתי לעיל, ישנם מקרים בהם גורם אחד עסק בכל העניינים שלעיל, שאז אין ספק כי הוא המלווה שהוראות החוק חלות עליו. אולם, השאלה היא מה קורה כאשר אין מדובר בגורם אחד, למשל – כאשר מי שהעמיד את כספי ההלוואה בפועל אינו מי שגייס את הלווים או שקבע את תנאי ההלוואה. במקרים כאלה יש לקבוע מהן האינדיקציות העיקריות והמשמעותיות ביותר שיסייעו בקביעה מי מבין הגורמים הללו ייחשב כ"מלווה" לצורכי החוק. לצורך כך, יש לבחון את מהותה של ההלוואה העסקית ומאפייניה.

19. מתן הלוואה עסקית כרוך מחד גיסא בסיכון של העדר פירעון; ומאידך גיסא בסיכוי של רווח למלווה שבא לידי ביטוי בתשלום הריבית. גופים עסקיים המקצים אשראי מוכנים לקחת על עצמם את הסיכון של אובדן כספי ההלוואה תמורת הסיכוי לרווח. אני סבורה לכן כי המאפיין העיקרי של "מלווה" הוא כי הוא זה הנושא בסיכונים הכרוכים בכך שהלוואה לא תיפרע; ונהנה מהרווח הכרוך בהעמדתה.

מנגד, מי שאינו נושא בסיכון שההלוואה לא תיפרע וגם לא נהנה מפירותיה – אינו בדרך כלל המלווה. כדי לקבוע מיהו אותו גוף שניתן לראותו כ"מלווה", ניתן להיעזר במבחני עזר שונים ובכלל זה בחינת השאלה מי קבע את תנאי ההלוואה ואת שיעור הריבית. תנאים אלה משליכים על מידת הסיכון המוטלת על המלווה ובה בעת על הרווח האפשרי שהוא עשוי להפיק מההלוואה. לכן, סביר להניח כי המלווה יהיה זה שיהיה בעל הסמכות לקבוע את התנאים הללו בעיקרם.

כדי לבחון את המאפיינים האמורים במערכת היחסים שלפנינו לצורך איתורו של ה"מלווה" בהתאם להוראות החוק, יש לבחון את מערכת היחסים בין הצדדים באופן מהותי, בהתאם למערכת היחסים החוזית ביניהם. כמו בכל פרשנות חוזה, גם במערכת היחסים החוזית שלפנינו יש להתחקות אחר אומד דעת הצדדים וללמוד ממנה את מהות התפקידים של כלל הצדדים; ובפרט – מי יישא בסיכונים ומי ייהנה בפועל מהסיכויים הגלומים במתן ההלוואה (סעיף 25 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973).

20. לאור האמור נפנה עתה לבחון את ההלוואות דנן ואת השאלה מי נשא בסיכויים ובסיכונים של ההלוואה, לאור מערכת היחסים שבין הלווים לבין מימון ישיר ולאומי קארד, כדי לברר האם מימון ישיר הייתה המלווה בהלוואות הללו. יובהר כי המערערים צירפו מספר הסכמי שיתוף פעולה מהשנים 2009-2013 ותוספות שהתווספו להסכמים במועדים מאוחרים יותר (מוצג 7). בית משפט קמא התייחס ככלל להסכם משנת 2009 ולשם הנוחות נתייחס גם אנחנו אליו.

21. חלוקת הסיכונים בין מימון ישיר ללאומי קארד – בסעיף 4.2 להסכם שיתוף הפעולה נקבע כי לאומי קארד "תהיה אחראית להעמדת הלוואות ללקוחות אלו, בהתאם להוראות הסכם זה" וכי מימון ישיר "תהיה אחראית לשאת בנזקי האשראי, ככל ויתקיימו, ותהא זכאית לתמורה בהתאם להסכם זה". "נזקי האשראי" בהם נושאת מימון ישיר מוגדרים בהסכם כ"קרן ההלוואה שלא נפרעה ע"י לקוח ללאומי קארד בתוספת ריבית בשיעור עלות גיוס ההון, בגין התקופה שתחילתה במועד בו הייתה ללאומי קארד זכות לחייב את הלקוח כאמור וסופה ביום הודעת לאומי קארד למימון ישיר, בהתאם להוראות סעיף 15.5 להסכם זה".

במילים אחרות, אם הלווה אינו פורע את ההלוואה, אחראית מימון ישיר כלפי לאומי קארד להחזר כספי ההלוואה וכן לתשלום הרווח המוסכם לו זכאית לאומי קארד כחלק משיתוף הפעולה ביניהן. מכאן כי לאומי קארד אינה נושאת בסיכון של האפשרות שהלווה לא יפרע את ההלוואה ובסיכון שהיא לא תזכה לרווחים כלשהם ממתן ההלוואה, שכן היא זכאית לקבל ממימון ישיר בכל מקרה את חלקה לפי ההסכם. מי שנושאת בסיכון שההלוואה לא תיפרע על ידי הלווה היא אם כן מימון ישיר בלבד.

בנוסף, בסעיף 15.5 להסכם שיתוף הפעולה מובהר כי לאומי קארד אחראית רק להליכי הגבייה הטרומ-משפטיים. בהתאם לנספח 3.3 להסכם שיתוף הפעולה, הליכים אלה כוללים: פניות לדרבון הלווה לפרוע את חובו; מכתבי תזכורת לפירעון החוב; מכתב דרישה לפירעון החוב; והשתת עמלות גבייה וריבית פיגורים. אם לאחר נקיטת

צעדים אלה הלקוח אינו פורע את חובו או חלק ממנו, החוב נחשב כ"נזק אשראי" בו תישא כאמור מימון ישיר. עוד יצוין כי בהתאם לסעיף 15.4 להסכם שיתוף הפעולה, כאשר הלקוח מפגר בשני תשלומים ברציפות והפיגור הראשון טרם הוסדר, מימון ישיר נושאת לפחות בחלק מעלות הטיפול בגביית החוב. מימון ישיר נושאת אם כן למעשה בעיקר הסיכון שההלוואה לא תיפרע ויהיה צורך לנקוט בהליכי גבייה כאמור.

תמיכה נוספת לכך שמימון ישיר היא הנושאת בסיכון הנובע ממתן ההלוואה נובעת משטרי החוב שניתנו על-ידי הלווים. שטר החוב נועד להגן על המלווה ולצמצם את הסיכון שלו מפני אי-פירעון ההלוואה. שטרי החוב שצורפו להסכמי ההלוואה של המערערים הם לטובת מימון ישיר. יצוין כי בהסכם ההלוואה התחייבו הלווים להמציא ללאומי קארד את שטר החוב כתנאי מוקדם לביצוע ההלוואה, והסכימו לכך שלאומי קארד תעביר למימון ישיר (או לכל גורם אחר שמימון ישיר או לאומי קארד יקבעו), את כל זכויותיה על פי ההסכם, לרבות שטר החוב.

22. המסקנה שהסכם שיתוף הפעולה נועד להטיל על מימון ישיר את עיקר הסיכונים במתן ההלוואה עולה גם מחקירתו הנגדית של מר שקדי (שהוא כזכור סמנכ"ל הכספים של מימון ישיר). מר שקדי הסביר את הרציונל לכך שמימון ישיר היא שפועלת לגביית החוב והיא הנושאת בנזק בגין הלוואה שלא נפרעה כך:

"אנחנו נתנו לה [ללאומי קארד – ר.ר.] גם את ההתחייבות שנרכוש מהם לקוחות שהגיעו לכשל תשלום. [...] הרציונל שעומד מאחורי הנושא הזה זה הקומפורט, לתת להם קומפורט, לתת ללאומי קארד קומפורט על זה שאנחנו בטוחים ביכולות הסינון שלנו, ובאמת כל הנושאים של החוזרים [הלקוחות שלא פרעו את ההלוואה – ר.ר.] זה לא, זה לא כזה issue, זאת אומרת, זה לא משהו שקורה. זה קורה בחלק קטן מאוד מאוד מהמקרים שאנחנו נדרשים לעשות את זה." (פרוטוקול 5.1.2020, בעמוד 175, שורה 24 – עמוד 176 שורה 17).

ובהמשך הוא מסביר בחקירה חוזרת:

"[ש]אני נותן ביטחון ללאומי קארד. לאומי קארד, היה להם חשוב לדעת שמימון ישיר עומדת מאחורי שירותי הסינון שלה. אז לנו לא היה אכפת לבוא ולהגיד, אתם יודעים מה, אז בואו, אנחנו נישא בנזק ככל שיהיה (עמוד 209 שורה 24 – עמ' 210, שורה 2, ההדגשה היא שלי – ר.ר.)."

23. מר שקדי הוסיף והבהיר בחקירתו הנגדית כי "גם ללאומי קארד, אגב, יש סיכון, יש לה את הסיכון של מימון ישיר בעצם" (פרוטוקול 5.1.2020, עמוד 190, שורות 10-11). ואכן, כעולה מהאמור לעיל, החשיפה של לאומי קארד היא מול מימון ישיר, שהיא שחייבת לשלם ללאומי קארד אם הלווה אינו פורע לה את ההלוואה. נראה כי מטעם זה מגדר הסכם שיתוף הפעולה את הסיכון של לאומי קארד מול מימון ישיר (ולא מול הלווים). כך, למשל, בסעיף 21 להסכם שיתוף הפעולה תחת הכותרת "בטוחות" נקבע כי מימון ישיר תמציא ללאומי קארד כתב שיפוי מהחברה האם של מימון ישיר – חברת ישיר איי די איי אחזקות בע"מ; וסעיף 23.5 להסכם שיתוף הפעולה קובע כי לאומי קארד זכאית להביא לסיומו המידי של ההסכם, אם מצבה הפיננסי של מימון ישיר או חברת האם שלה הורע לדעתה של לאומי קארד באופן מהותי. כל אלה לא היו רלוונטיים כמובן אילו הסיכון של לאומי קארד היה נובע מהחשש שהלווים לא יפרעו את ההלוואה, ואילו תפקידה של מימון ישיר היה תפקיד של מתווכת בלבד.

24. שינוי מסוים בנשיאה הבלעדית של מימון ישיר בנוזקי האשראי נעשה ביום 25.2.2016 במסגרת תוספת מספר 6 להסכם שיתוף הפעולה. בתוספת זו הוגבלה אחריותה של מימון ישיר לנוזקי האשראי עד לשיעור מסוים מהונה העצמי של לאומי קארד, כך שמעבר למגבלה זו לאומי קארד היא שתישא בנוזקי האשראי. נראה כי התוספת הזו נקבעה כדי להתאים את הוראות הסכם שיתוף הפעולה להוראת ניהול בנקאי תקין 313 שכותרתו "מגבלות על חבות של לווה ושל קבוצת לווים". הוראה זו מטילה מגבלות על סך החבות של לווה לתאגיד, כדי לצמצם את חשיפתו של התאגיד הבנקאי לסיכונים אשראי. למעשה, דווקא התאמת הסכם שיתוף הפעולה לנוהל זה, כך שהחבות של מימון ישיר כלפי לאומי קארד הוגבלה לאחוז מסוים מהונה העצמי של לאומי קארד, עשויה ללמד כי במהותם, כספי ההלוואה הם אשראי שלאומי קארד מעמידה למימון ישיר; היינו כי במערכת היחסים ביניהן – לאומי קארד היא ה"מלווה" ומימון ישיר היא ה"לווה" (הדברים נאמרים למעלה מן הצורך שכן שאלה זו אינה דרושה להכרעה בהליך דנן).

מכל מקום, בין השנים 2009-2016 מימון ישיר נשאה לבדה בסיכונים הכרוכים במתן ההלוואה. אף שלאומי קארד הייתה מי שסיפקה את המימון להלוואות, מימון ישיר הבטיחה לה את השבת הכספים והתחייבה לשפותה באופן מלא הן על קרן ההלוואה והן על הריבית בשיעור עלות גיוס ההון. גם מר שקדי אישר בחקירתו הנגדית כי עד לשנת 2016, אז הוגבל כאמור הסיכון לסכום מסוים, נפל הסיכון של אי פירעון ההלוואה על כתפיה של מימון ישיר (פרוטוקול 5.1.2020, בעמוד 176, שורות 18-20).

25. חלוקת הרווחים ("הסיכויים") בין מימון ישיר ללאומי קארד – בהתאם להסכם שיתוף הפעולה, לאומי קארד זכאית ל"עלות גיוס ההון" כתוספת לקרן ההלוואות נושא ההליך, בעוד מימון ישיר זכאית ל"מרווח האשראי".

26. "עלות גיוס ההון" הוגדרה בהסכם שיתוף הפעולה אך שיעורה הושחר מפאת חיסיון. יחד עם זאת, אין מחלוקת שמדובר בסכום קבוע שניתן ללאומי קארד ללא קשר לריבית שנקבעה לכל לווה או לשאלה האם הוא פרע את ההלוואה (פרוטוקול 5.1.2020, עמוד 177, שורות 15-24; סעיף 74 לפסק הדין).

שיעור הריבית משקף ככלל את הערכת הסיכון שההלוואה לא תיפרע (עמדתי על כך בע"א 2966/17 א.ס.א.ד. אקורד בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 22 (29.8.2022); עוד ראו: ע"א 1226/90 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' הסתדרות הרבנים דאמריקה, פ"ד מט(1) 177 (1995)). מאחר שהסכום שלאומי קארד זכאית לקבלו מעבר לקרן ההלוואה הוא סכום קבוע, הרי שאין לסכום הזה קשר להערכת הסיכון שבאי פירעון ההלוואה על ידי לווה ספציפי כזה או אחר.

ניתן להניח כי סכום זה של "עלות גיוס ההון" משקף את הסיכון שבאי פירעון על ידי מימון ישיר (שהיא כזכור מי שהתחייבה כלפי לאומי קארד לפרוע לה את הסכומים שהועמדו על ידיה). מחקירתו הנגדית של מר שקדי עולה כי עלות גיוס ההון היא הלכה למעשה החזר כספי ההלוואה וההוצאות של לאומי קארד במסגרת שיתוף הפעולה עם מימון ישיר. כך, למשל, הוא הסביר בחקירתו הנגדית כי עלות גיוס ההון היא "דפונט להתחשבות בין מימון ישיר לבין לאומי קארד" (פרוטוקול 5.1.2020, עמוד 188, שורות 9-7; ראו גם: פרוטוקול 5.1.2020, עמוד 194, שורות 9-13).

במאמר מוסגר יצוין כי בחקירתו הנגדית טען מר שקדי כי מימון ישיר לא לוותה כסף מלאומי קארד, שכן בניגוד להלוואה, מימון ישיר לא שילמה קרן וריבית. יחד עם זאת, מתוספת מספר 6 להסכם שיתוף הפעולה עולה כי "עלות גיוס ההון" מוגדרת כפריים + מרווח מסוים שהושחר מפאת חיסיון, כאשר מרווח זה הוא בעל משמעות דומה לריבית. מכל מקום, כפי שהובהר לעיל, שאלה זו אינה טעונה הכרעה בהליך דנן. לענייננו, העיקר הוא כי אף שלאומי קארד הייתה הגורם המממן של כספי ההלוואה (בין אם יש לראותה כ"מלווה" במערכת היחסים עם מימון ישיר ובין אם לאו), היא איננה מי שנהנית מהרווח הגלום במתן ההלוואות ללווים – חברי הקבוצה, רווח שבא לידי ביטוי בריבית המשולמת לצד פירעון ההלוואה. לאומי קארד הייתה אפוא אדישה לשיעור

הריבית שנקבע. מנגד, וכפי שיובהר להלן, מימון ישיר היא שנהנתה משיעור הריבית ולכן היא הייתה זו שנהנתה במקרה בו נגבתה ריבית הגבוהה יותר מהקבוע בחוק.

27. מימון ישיר היא הזכאית כאמור לקבל בגין ההלוואות שהועמדו את "מרווח האשראי" והעמלות בגין הגבייה (סעיף 12.1 להסכם שיתוף הפעולה). מרווח האשראי מוגדר בסעיף 2.6 להסכם שיתוף הפעולה כ"הכנסות בגין ההפרש שבין הריבית שנקבעה לכל אחד מן הלקוחות (על ידי מימון ישיר), לרבות ריבית פיגורים ככל שתחויב, ונגבתה ממנו בפועל על ידי לאומי קארד, לבין עלות גיוס ההון". מרווח האשראי משקף אפוא את שיעור הריבית בה מחויב הלווה, בהפחתת "עלות גיוס ההון" שהוא הסכום הקבוע שלו זכאית לאומי קארד. מרווח האשראי נקבע "לכל אחד מהלקוחות" (ככל הנראה בהתאם למידת הסיכון הכרוך באי פירעון ההלוואה על ידיו) וכאמור מי שנהנית מהעלאתו היא מימון ישיר בלבד.

28. העולה מכלל האמור לעיל הוא אפוא כי למצער עד לשנת 2016, מימון ישיר היא שנשאה בסיכונים שבהעמדת כספי ההלוואה למערערים ונהנתה מהרווח הכרוך בכך, ולכן המבחן העיקרי לבחינת זהות ה"מלווה" מתקיים לגביה.

29. מבחני עזר נוספים – הצדדים ובית משפט קמא התייחסו לאינדיקציות נוספות שיש בהן לשיטתם כדי ללמד על זהות המלווה. אינדיקציות אלה נוגעות בעיקר לשאלה מי היה "הרווח החיה" מאחורי הענקת ההלוואות; ולמי נתון שיקול הדעת לקבוע את תנאיהן. אינני סבורה כי יש משמעות רבה לשאלה מי היה "הרווח החיה" מאחורי העמדת ההלוואות. תפקידו של המלווה עשוי בחלק מהמקרים להתמצות בהעמדת כספי ההלוואה תוך שהוא זה שנושא בסיכון והסיכוי הגלום בכך. העובדה שאותו מלווה לא היה מי שעסק באיתור הלקוחות, בשיווקן של ההלוואות ובסינון הלווים, אין פירושה בהכרח כי מי שהעמיד את ההלוואה לא היה המלווה.

יחד עם זאת, השאלה מי השפיע על תנאי ההלוואה ובהם על שיעור הריבית, עשויה להיות בעלת משמעות ולשמש כמבחן עזר למבחן הסיכוי-סיכון שהוא כאמור המבחן העיקרי.

הטעם לכך הוא שמי שמגדיר את תנאי ההלוואה ובהם את הריבית, הוא גם מי שקובע את שיעור הרווח שיצמח למלווה בהתאם לסיכון שההלוואה לא תיפרע בסופו של דבר. לכן, יש להניח שככלל – המלווה יהיה מי שיגדיר את התנאים הללו. יתרה מכך, תכלית חוק הלוואות חוץ-בנקאיות היא, כאמור, למנוע את ניצולם של לוויים שאין להם

יכולת לקבל הלוואות במסגרת הבנקאית. גם בשל כך יש חשיבות לשאלה מיהו בעל הכוח הפוטנציאלי "לנצל" את הלווים באופן הזה על ידי קביעת שיעורי ריבית גבוהים במיוחד.

אין מדובר באינדיקציה מכריעה, ואין זה מן הנמנע שמי שמנהל את המשא ומתן מול הלקוחות וקובע את תנאי ההלוואה, אינו מי שנושא בסיכויים ובסיכונים הנלווים להלוואה. יחד עם זאת, קשה להעלות על הדעת מצב דברים שבו הנושא בסיכויים ובסיכונים יוותר לחלוטין על זכותו לקבוע את התנאים בהם תינתן ההלוואה, בין אם על-ידי אישור התנאים שסוכמו עם הלווה ובין אם על-ידי קביעת המסגרת הכללית של התנאים בהם הוא מוכן להעניק את ההלוואה.

30. במקרה דנן, המערערים טענו כי מימון ישיר היא האחראית לקביעת סכום ההלוואה ותנאיה, בעוד מימון ישיר כפרה בכך. לטענתה, במסגרת שיתוף הפעולה בין החברות, היא עסקה בשיווק ההלוואות ובהפנייתן ללאומי קארד. השירות שהעניקה מימון ישיר כלל לגישה גם סינון של הלקוחות ודירוגם בהתאם לרמת הסיכון ממנו נגזרו גם שיעורי הריבית. בהקשר זה, מימון ישיר סמכה ידיה על קביעת בית משפט קמא אשר עמד על כך שלאומי קארד זכאית לסרב להעמיד את ההלוואה ללקוח מסוים בלי צורך לנמק את הסירוב (סעיף 5.3 להסכם שיתוף הפעולה); ועל כך שבהסכם שיתוף הפעולה נקבעו טווחים לסכומי ההלוואה. מימון ישיר הורשתה לקבוע את סכום ההלוואה ותנאיה רק בטווחים הללו, והתחייבה לא לחרוג מהם ללא הסכמה מראש של לאומי קארד (סעיף 10, וסעיף 7.2.3 להסכם שיתוף הפעולה). בסיכומי התשובה לערעור טענו המערערים כי הגבולות שהוגדרו בהסכם שיתוף הפעולה היו רחבים מאד, ולמימון ישיר ניתן בהם שיקול דעת בלעדי לקבוע את התנאים ואת סכום ההלוואה.

אכן, בהתאם להסכם שיתוף הפעולה, כפופה העמדת ההלוואה לאישור הסופי של לאומי קארד, שזכאית לסרב להעמיד הלוואה ללקוח מסוים מכל סיבה שהיא. הסכם שיתוף הפעולה מגדיר גם את סוגי הלקוחות שניתן להעניק להם את ההלוואה; את סכום ההלוואה שתינתן במסגרת טווחים שהוסכמו; ואת טווח הריבית שניתן יהיה לגבות. מימון ישיר יכולה לפעול בהתאם לשיקול דעתה במסגרת הטווחים הללו. כפי שיובהר להלן, אף שמדובר באינדיקציה מסוימת לכך שגם לאומי קארד ראתה עצמה כמי שחלק מהסיכון במתן ההלוואות מוטל לפתחה, אין בכך כדי לשנות את המסקנה שלעיל ביחס להיותה של מימון ישיר המלווה (למצער עד לשנת 2016 – כאמור לעיל).

31. ראשית, בהליך שהתקיים בבית משפט קמא לא הוברר מי ניסח את הסכם שיתוף הפעולה (מימון ישיר או לאומי קארד), ומשכך לא ברור גם מי קבע את המסגרת הכללית של ההלוואות, וגידר כך את הסיכויים והסיכונים הנובעים מהעמדתן. כך למשל, אם מימון ישיר הייתה שותפה בקביעת תנאי ההלוואה ובגידור הסיכויים והסיכונים (לבדה או ביחד עם לאומי קארד), יש בכך משום חיזוק למסקנה כי היא נושאת בהם.

אינני סבורה כי האפשרות של לאומי קארד לסרב למתן הלוואה מסוימת, מלמדת כי מימון ישיר לא גידרה את הסיכונים בעצמה. מימון ישיר היא שגייסה מלכתחילה את הלווים ושיקול הדעת למי להעניק את ההלוואה היה נתון לה. זכות הסירוב של לאומי קארד איננה גורעת מזכויותיה של מימון ישיר, ואינה משנה לכן את המסקנה אליה הגעתי לעיל לפיה מימון ישיר היא המלווה.

שנית, כמי שהוציאה את הכספים שהם מקור המימון של ההלוואות, לאומי קארד נשאה מטבע הדברים בסיכון שהכספים הללו לא יחזרו אליה. ואולם, הסיכון הזה – כפי שהובהר לעיל – הוא במערכת היחסים שלה מול מימון ישיר שהיא זו שהתחייבה להשיב לה את קרן ההלוואה ואת "עלות גיוס ההון". גם מטעם זה, אף אם לאומי קארד הייתה שותפה לקביעת המסגרת הכללית של התנאים בהם תינתן ההלוואה (ככל הנראה כדי לגדר את הסיכון שלה אל מול מימון ישיר), אינני סבורה כי יש בכך כדי לפגוע במסקנה שלפיה מימון ישיר הייתה המלווה באותן הלוואות במערכת היחסים שבינה לבין חברי הקבוצה המיוצגת.

32. אינדיקציות נוספות אליהן התייחסו הצדדים – בשולי הדברים אתיחס לטענות נוספות של הצדדים, אשר אינני סבורה שיש בהן כדי להשפיע על המסקנה בדבר זהות המלווה.

33. הוראות ניהול בנקאי תקין 359 – כזכור, המערערים מצאו תמיכה נוספת לעמדתם בהוראות ניהול בנקאי תקין 359 שעניינו "קשרי תאגידים בנקאיים עם מתווכים". לטענתם, חזקה על לאומי קארד שלא הפרה את הוראות הנוהל האוסר עליה כתאגיד עזר להשתמש במתווכים לצורך העמדת הלוואות. לשיטתם, מכאן נובע כי מימון ישיר לא הייתה "מתווכת" בעסקאות שבנדון, ומשכך – שלאומי קארד איננה המלווה. אינני סבורה כי אלה המסקנות היחידות האפשריות כך, למשל – ניתן להגיע למסקנה שאף שלאומי קארד היא המלווה, פעולותיה של מימון ישיר לא עלו כדי "תיווך"; או כי מימון ישיר שימשה כ"מתווכת" באופן שעשוי להעיד על הפרת הוראות הנוהל (אם כי מובן שאינני מחווה

כל דעה בנושא זה שלא נדון בפנינו). לכן, הוראות הנוהל אינן מהוות בהכרח אינדיקציה להיותה של מימון ישיר – המלווה.

34. האופן בו הגדירו הצדדים את מערכת היחסים – מימון ישיר, אשר סמכה ידיה על קביעות בית משפט קמא, התייחסה למספר הוראות בהסכמי ההלוואה והסכם שיתוף הפעולה מהן עולה לשיטתה כי הצדדים ביקשו לראות בלאומי קארד כ"מלווה".

כך, הסכמי ההלוואה של המערערים אשר צורפו לבקשת האישור (נספחים א'– ב') ממוענים ללאומי קארד. ב"והואיל" השני להסכם ההלוואה נקבע כי ידוע ללווה שההלוואה תועמד במסגרת שיתוף הפעולה הקיים בין לאומי קארד לבין מימון ישיר במסגרתו "התחייבה מימון ישיר לשפות את לאומי קארד בגין נזקים מסוימים שגורמו לה עקב אי פירעון חובותיי ללאומי קארד". באופן דומה, גם בהסכם שיתוף הפעולה נקבע תחת הכותרת "מהות ההתקשרות" כי "מימון ישיר ולאומי קארד ישתפו פעולה בהעמדת הלוואות ע"י לאומי קארד ללקוחות מימון ישיר כאמור בהסכם זה" (סעיף 4.1); כי מימון ישיר תפנה ללקוחות פוטנציאליים לקבלת הלוואה בהתאם לתנאים שיוגדרו בהסכם שיתוף הפעולה; וכי לאומי קארד "תהיה אחראית להעמדת הלוואות ללקוחות אלו, בהתאם להוראות הסכם זה" (סעיף 4.2).

מהסכמים אלה עולה אם כן כי לאומי קארד היא זו שהעמידה את הכספים נושא ההלוואות ללווים, עובדה שאינה שנויה במחלוקת בין הצדדים. בית משפט קמא והמשיבה ייחסו לעובדה זו משמעות. אולם, כפי שהובהר לעיל, הגוף המעמיד את כספי ההלוואה אינו בהכרח ובכל מקרה הגוף שייחשב כ"נותן ההלוואה", כאשר הדגש העיקרי אינו בשאלה מיהו הגורם שהעמיד את המימון להלוואה, אלא מיהו הגורם הנושא בסיכון שכספים אלה לא ייפרעו ונהנה מהעמדת ההלוואה ותשלום הריבית בגינה.

גם העובדה שכספי ההלוואה עברו ישירות מלאומי קארד ללווים שגייסה מימון ישיר ולא התקבלו קודם לכן אצל מימון ישיר, אינה מעידה בהכרח על המהות הכלכלית של הדברים ועל כך שלאומי קארד היא המלווה.

35. לטענת מימון ישיר, מהסעיפים שנזכרו לעיל עולה כי הן הלווים והן הצדדים להסכם שיתוף הפעולה ביקשו לראות בלאומי קארד כ"מלווה" במערכת היחסים ביניהם. ואולם, גם אם נקבל את ההנחה הזו, אין בכך כדי לשנות את המסקנה אודות היותה של מימון ישיר – מלווה. בהיותו של החוק חוק קוגנטי, התשובה לשאלה מי הוא ה"מלווה" אינה נובעת רק מלשון הסכם ההלוואה. כפי שהובהר לעיל, כדי לבחון מיהו המלווה, יש

לבחון את ההסכמים בין הצדדים באופן מהותי, תוך בחינת התפקידים של כלל הצדדים להם, ולקבוע בהתאם לכך מי נכנס תחת ההגדרה של "מלווה" בחוק. אין די בהקשר זה באופן בו הצדדים הגדירו את המלווה, והגדרה זו אינה יכולה לגבור על מהות מערכת היחסים בין הצדדים כפי שהיא נובעת מההסכם.

משכך גם אין בקביעת בית משפט קמא כי המערערים ידעו או היה עליהם לדעת שלאומי קארד מעניקה את ההלוואות (סעיף 83 לפסק הדין) או בקביעה כי למימון ישיר ולאומי קארד לא הייתה כוונה לעקוף את החוק (סעיפים 92 ו-100 לפסק הדין) כדי להוביל למסקנה שלאומי קארד היא אכן המלווה. החוק הוא חוק צרכני-קוגנטי והתוצאות (ולא המניעים) הם המכריעים.

36. מאותו הטעם אף אינני סבורה שיש לתת משקל לדוחות הכספיים של מימון ישיר ושל לאומי קארד. כזכור, בפסק דינו, בית משפט קמא ייחס משמעות לדו"ח התקופתי של החברה האם של מימון ישיר ולאופן בו הוצג בו שיתוף הפעולה בין מימון ישיר לבין לאומי קארד. ברוח זה, הוצג שיתוף הפעולה ככזה בו מימון ישיר מפנה ללאומי קארד לקוחות פוטנציאליים; היא האחראית לשאת בנזקי האשראי ולתמורה בגין ההסכם; ולאומי קארד מעמידה את ההלוואות. כן יוחסה משמעות לכך שההלוואות מוצגות בספרי לאומי קארד אך אינן מוצגות בספרי מימון ישיר.

בית משפט קמא ראה בכל אלה סימן לכך שההלוואות לא ניתנו על-ידי מימון ישיר (פסקאות 85-86). ואולם, הדיווח של החברות אינו קובע את מהותו של שיתוף הפעולה ביניהן. אם באופן מהותי קובעים ההסכמים בין הצדדים כי מימון ישיר היא "נותן ההלוואה" בהלוואות דנן לצורכי החוק, הרי גם אם הדוחות אינם משקפים זאת - אין בכך כדי לשנות את המציאות המשפטית.

37. הגדרת הקבוצה - המסקנה של האמור לעיל היא כי למצער עד לשנת 2016 מימון ישיר הייתה ה"מלווה" בהסכמי ההלוואה עם המערערים, והחובות שהחוק מטיל על המלווה - חלות עליה. מכאן כי המערערים עמדו בנטל המוטל עליהם בשלב זה והוכיחו קיומה של עילת תביעה לכאורית כנגד מימון ישיר, למצער ביחס לתקופה עד שנת 2016. בהקשר זה יוער כי בקשת האישור המקורית הוגשה בשנת 2015, אולם בהתאם לסעיף 10(א) לחוק תובענות ייצוגיות, רשאי בית המשפט להגדיר את הקבוצה כך שהיא תכלול כל אדם שעילת התביעה שלו נוצרה עד למועד שבו אושרה התובענה הייצוגית. לכן יש להוסיף ולבחון האם עמדו המערערים בנטל להוכיח קיומה של עילת תביעה גם ביחס למי שנטל הלוואה לאחר 2016 ועד לאישור התובענה הייצוגית.

כדי לבחון מי היה המלווה מאז נחתמה תוספת מספר 6 בשנת 2016, יש לבחון האם התוספת אכן שינתה את חלוקת הסיכונים בין הצדדים, והאם בעקבותיה לאומי קארד הייתה זו שנשאה בסיכונים שבמתן ההלוואה מאותו מועד ואילך, באופן התומך במסקנה שבהלוואות אלה מימון ישיר לא הייתה ה"מלווה".

כזכור, בתוספת מספר 6 הוגבלה אחריותה של מימון ישיר לנזקי האשראי עד לשיעור מסוים מהונה העצמי של לאומי קארד. מעבר למגבלה זו לאומי קארד היא שאמורה לשאת בנזקי האשראי. המערערים טענו כי המגבלה שנקבעה להיקף הסיכון שנטלה על עצמה מימון ישיר, התחילה בהיקף של מאות מיליוני שקלים. לכן, נראה שלשיטתם אין למגבלה זו השלכה אמיתית על חלוקת הסיכונים בין מימון ישיר ללאומי קארד. עוד הם טענו כי במקביל לקביעה לפיה לאומי קארד תישא בנזקי האשראי העולים על המגבלה שנקבעה, סוכם באותה התוספת כי ביחס לאשראי שיינתן מעבר לאותה מגבלה, עלות גיוס ההון (שהיא כזכור התמורה לה זכאית לאומי קארד ממימון ישיר עבור כל הלוואה) – תהיה גם היא גבוהה יותר. לטענת מימון ישיר, פירוש הדבר הוא כי נזקי האשראי שיוטלו על לאומי קארד יקוזזו ממימון ישיר ברכיב אחר, כך שהיא זו שלמעשה תישא בהם. היינו, מימון ישיר "מפצה" את לאומי קארד עבור חלקה בנזקי האשראי.

טענות אלה ובעקבותיהן השאלה באיזו מידה נשאה לאומי קארד החל משנת 2016 בסיכון שבאי פירעון ההלוואות ומה חלקה בנשיאה בסיכון לעומת חלקה של מימון ישיר, טרם התבררו לעומקן. יחד עם זאת, אינני סבורה כי יש הכרח להכריע בכך בשלב זה של הדיון, וניתן להותיר את ההכרעה לדיון בתביעה לגופה. בשלב זה, לצורך בחינת בקשת האישור, די בכך שעד לשנת 2016 נשאה מימון ישיר בסיכונים לבדה, וכי מאז שנת 2016 השתנתה במידה כזו או אחרת חלוקת הסיכון ביניהן, כדי להצדיק את אישור הבקשה וניהול התביעה הייצוגית. ההגדרה המדויקת של הקבוצה (קרי; האם היא כוללת בחובה גם את נוטלי ההלוואות משנת 2016 ואילך) תוכל להתברר בדיון בתובענה הייצוגית לגופה (רע"א 3713/20 רמי לוי שיווק השקמה תקשורת בע"מ נ' דור, פסקה 17 (3.3.2021)).

38. סיכום ביניים – מכל האמור לעיל עולה כי מימון ישיר הייתה מי שנתנה את ההלוואות ללווים בשנים 2009-2016, ולכן הוראות החוק חלות על הלוואות אלה. כמו כן, המערערים עמדו בנטל הלכאורי להוכיח כי חלק מהוראות החוק הופרו על-ידי מימון ישיר ביחס להלוואות נושא ההליך כאשר נגבו על ידיה ריביות העולות על אלה הקבועות בחוק הלוואות חוץ-בנקאיות.

בהקשר זה יוער כי אינני מקבלת את טענתה של מימון ישיר לפיה במועד החתימה על הסכמי ההלוואה, הריביות שנקבעו לא חרגו מחוק הלוואות חוץ-בנקאיות. זאת מאחר שבהתאם לסעיף 5(ב) לחוק, בהלוואה הנפרעת בתשלומים, עלות האשראי המרבית מחושבת בחישוב שנתי ובמועד של כל תשלום.

39. לאור כל האמור, אני סבורה כי המערערים עמדו בנטל המוטל עליהם, נכון לשלב זה של הדיון, והוכיחו קיומו של סיכוי סביר שעילת התביעה הנוגעת לסעיף 9 לחוק הלוואות חוץ-בנקאיות (וכיום, כאמור – חוק אשראי הוגן) – תוכרע לטובת הקבוצה. בהתאם לסעיף 9(ב) לחוק, רשאי בית המשפט "לצוות על השבה של כל סכום שקיבל המלווה מן הלווה שלא בהתאם להוראות חוק זה". משכך, יש לאשר את הבקשה להגשת תביעה ייצוגית בעילה זו. כפי שהובהר לעיל, הגדרת הקבוצה (האם היא כוללת גם את הלווים בהלוואות מאז שנת 2016 ואילך) תיעשה במסגרת הדיון בתובענה לגופה.

באשר ליתר הסעדים שנתבעו – המערערים עתרו גם לפיצוי כספי בגין הפרות חוק הלוואות חוץ-בנקאיות; לסעד המורה למשיבה לחדול מגביית ריביות העולות על המותר בחוק הלוואות חוץ בנקאיות; וכן לסעד המורה על ביטול הוראות מסוימות בהסכמי ההלוואה. כפי שיבואר בהרחבה להלן, אני סבורה כי במסגרת התביעה הייצוגית יוכלו המערערים לעתור רק לסעד ההשבה מכוח סעיף 9(ב) לחוק הלוואות חוץ-בנקאיות, ואין מקום לאשר את הבקשה ככל שהיא נוגעת לשינוי הוראות הסכם ההלוואה שהמערערים טענו כי הן מקפחות ופסולות, או ככל שהיא נוגעת לאיסור על גביית ריביות עודפות ממועד פסק הדין ואילך, וזאת בשל אי-צירופה של לאומי קארד כמשיבה.

אי-צירופה של לאומי קארד

40. במסגרת הדיון בערעור התעוררה השאלה האם יש לדחות את הערעור (וכתוצאה מכך את הבקשה לאישור תביעה ייצוגית) בשל כך שלאומי קארד לא צורפה כמשיבה לבקשת האישור. שאלה זו נובעת מהעובדה שטענות המערערים נוגעות להלוואות שניתנו כאמור במסגרת שיתוף פעולה בין מימון ישיר ללאומי קארד.

בפסק-דינו, קבע בית משפט קמא כי חלק מהטענות שהעלו המערערים חייבו את צירופה של לאומי קארד כמשיבה נוספת בתובענה. זאת לגישתו מאחר שגם אם לא נתבע סעד ישיר מלאומי קארד, מועלות נגדה טענות בדבר הפרה לכאורה של הוראות ניהול בנקאי תקין, וטענות לפיהן רישומה כמלווה בהסכמים עם חברי הקבוצה אינו רישום

נכון. בית משפט קמא קבע כי נושאים אלה אינם יכולים לעמוד על הפרק בתובענה שלאומי קארד אינה צד לה, וכאשר לא ניתן לשמוע בפירוט את עמדתה בנוגע לשאלות כה מהותיות עבורה (פסקה 90 לפסק הדין). במסגרת הערעור טענה מימון ישיר כי בקשת האישור הוגשה כנגד הנתבעת הלא נכונה, וכי המערערים נמנעו באופן מכוון מצירופה של לאומי קארד. לטענתה, המערערים מתימרים להחיל על ההלוואות את חוק הלוואות חוץ-בנקאיות ולשנות את התנאים שנקבעו בהסכם ההלוואה, שהצדדים לו הם הלווים ולאומי קארד, ולא מימון ישיר.

כפי שיובהר להלן, אני סבורה כי אי-צירופה של לאומי קארד אינו מצדיק את דחיית הערעור ובקשת האישור ככל שהדבר נוגע לסעד ההשבה של הריבית שנגבתה ביתר. זאת מאחר שמימון ישיר ולא לאומי קארד היא שתידרש להשיב את הכספים העודפים שנגבו לכאורה מקבוצת הלווים. יחד עם זאת, אי-צירופה של לאומי קארד מצדיק את דחיית הערעור ובקשת האישור ככל שהדבר נוגע ליתר הסעדים המבוקשים בעילות אלה.

אי-צירופו של צד דרוש – רקע נורמטיבי

41. הכלל הבסיסי הוא שהתובע הוא "אדון התביעה". לכן הוא המחליט בדרך-כלל מי הם הצדדים לתביעה, מהן עילות התביעה ומהם הסעדים המבוקשים (אלון קלמנט "צירוף צדדים זרים להליך משפטי" ספר שלמה לוי 171, 187 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים, 2013) (להלן: קלמנט)). משכך, ככלל אין לכפות על תובע לתבוע אדם שממנו אינו חפץ לדרוש סעד (ראו: רע"א 1298/23 תלמוד תורה מחזיקי הדת דחסידי בעלזא תל אביב נ' פלוני, פסקה 14 (9.3.2023); רע"א 1949/16 מ.ש. מוצרי אלומיניום בע"מ נ' רחמים, פסקה 14 (7.4.2016)). צירוף נתבע בניגוד לעמדתו וחרף רצונו של התובע עלול גם להיות בלתי יעיל, אם התובע לא יעמוד על טענות נגד נתבע זה.

גם בהליכים ייצוגיים, בהם התובע הייצוגי מנהל את ההליך בשם כל הקבוצה המיוצגת, התובע הייצוגי הוא הקובע את מסגרת התביעה (בכפוף לאפשרות שיש לבית המשפט להחליפו אם הוא אינו מייצג את עניינם של חברי הקבוצה כנדרש), והוא מוסמך לכן להחליט ממי יתבע הסעד.

42. יחד עם זאת, כוחו של התובע בעיצוב מסגרת התביעה אינו בלתי מוגבל והוא כפוף לכללים ומגבלות מסוימים. בהתייחס לשאלת הגדרת הצדדים בכתב התביעה, תקנה

24 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (החלה בשינויים המחויבים על הליכים ייצוגיים בהתאם לתקנה 19(א) לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010) קובעת כי ניתן לצרף כנתבע כל אדם שנוכחותו דרושה בבית המשפט כדי "לאפשר לבית המשפט לפסוק ולהכריע ביעילות ובשלמות בכל השאלות הכרוכות בתובענה" (דברים אלו קבועים כיום בתקנה 26 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018). הסמכות להורות על צירופו של משיב "ראוי" קבועה גם בתקנה 18(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות.

43. הפסיקה שדנה בשאלה מי הוא צד "דרוש" (או "ראוי" כלשונה של תקנה 18(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות) התייחסה בעיקרה לשני מקרים – הראשון, כאשר אי אפשר לתת פתרון שלם ויעיל לתובענה מבלי שפסק הדין יחייב גם את הצד השלישי ויהווה מעשה בית דין כלפיו. צירוף צדדים במקרה כזה גם ימנע הכרעות שיפוטיות סותרות בהמשך; והשני – כאשר זכות של הצד השלישי עלולה להיפגע בלא הצירוף (רע"א 9572/06 שירותי בריאות כללית נ' קורלנד, פסקה 4 (25.6.2007)).

44. השאלה המתעוררת במקרה דנן היא מה היא הנפקות של אי צירופו של צד דרוש להליך, והאם יש מקום למחוק את ההליך רק בשל אי הצירוף של מי שניתן היה לצרפו. בפסיקה נקבע כי אי-צירופו של צד "דרוש" עלולה במקרים מסוימים להוביל למחיקת ההליך (ראו למשל: ע"א 6919/15 ברגוזון נ' אשפלטס תעשיות לפסטיק בע"מ (17.7.2017)). כאשר לתובענות ייצוגיות – תקנה 18(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות מורה במפורש כי "בית המשפט רשאי, בכל שלב משלבי הדיון בבקשה לאישור תובענה ייצוגית או בתובענה הייצוגית, להורות על מחיקת הבקשה או התובענה אם לא צורף משיב ראוי, או להורות על צירופו של משיב..."

יצוין כי ככלל, צירופו של הצד הדרוש הוא תוצאה עדיפה על פני מחיקת ההליך, וזאת בפרט כאשר הצורך בצירוף מתעורר בשלבים מוקדמים של ההליך. בשלבים מתקדמים יותר, צירופו של הצד השלישי עשוי לסרב את ההליך ולפגוע בצדדים עצמם (המעוניינים בכיור מהיר של המחלוקת); ובציבור בכללותו (שעבורו הזמן השיפוטי הוא משאב מוגבל שיש לנצלו באופן מיטבי). לכן, הנטייה לצרף צדדים נוספים בשלבים מתקדמים היא יותר מצומצמת (ראו: רע"א 1298/23 תלמוד תורה מחזיקי הדת דחסידי בעלזא תל אביב נ' פלוני, פסקה 15 (9.3.2023)). יחד עם זאת, גם במקרים כאלה, כאשר החלופה האחרת היא מחיקת ההליך, התוצאה של צירוף הצד הנדרש תהיה בדרך-כלל יעילה ועדיפה. מכל מקום, בשלב זה של ההליך – ערעור על החלטה בבקשה לאישור תביעה ייצוגית – החלופה של צירוף לאומי קארד, ככל שהיא צד "דרוש", איננה על הפרק, ולכן נותר לבחון את נפקות אי-הצירוף.

התשובה לשאלה מה הם המקרים בהם יורה בית המשפט על מחיקת ההליך בשל אי-צירופו של הצד הדרוש, תיגזר מהתוכן שיצקה הפסיקה לשאלה מי הוא צד "דרוש". כאמור, ישנם שני מצבים עיקריים בהם יהיה מקום להורות על סילוק התביעה בשל אי צירופו של צד דרוש: הראשון, מקרים בהם לא ניתן להעניק את הסעד המבוקש בלא שהוא יחייב גם את הצד השלישי; והשני, מקרים בהם לא ניתן להעניק את הסעד המבוקש מבלי לפגוע בצד השלישי.

אישור התביעה הייצוגית ביחס לסעד ההשבה ממימון ישיר

45. ניישם את האמור על המקרה דנן. ראשית, ככל שהדברים נוגעים לתביעה הכספית להשבה – אני סבורה כי כלל לא ברור שלאומי קארד היא צד "דרוש"; ומכל מקום, אין מניעה להיעתר לסעד זה גם ללא הצירוף. כך, וכפי שצוין לעיל, חובת התשלום מכוח פסק הדין, אם יינתן, לא תחול על לאומי קארד אלא רק על מימון ישיר, שהיא זו שנהנתה מגביית הריבית העודפת (ראו סעיפים 25-29 לעיל). לכן ניתן לתת פתרון שלם ויעיל למחלוקת בין הצדדים ביחס לתביעה הכספית מבלי שפסק הדין יחייב את לאומי קארד.

מטעמים דומים אני סבורה גם כי זכויותיה של לאומי קארד אינן עלולות להיפגע. כפי שהובהר בפירוט לעיל, הקביעה לפיה מימון ישיר היא המלווה במסגרת היחסים בינה לבין חברי הקבוצה, מבוססת בעיקרה על כך שהיא זו שנשאה בסיכון שההלוואות לא יושבו, ומנגד היא זו שנהנתה משיעור הריבית שנגבתה מהם. לכן, אם תחויב מימון ישיר להשיב ללווים את הריבית העודפת, היא תהיה זו שתיפגע מכך, ולא לאומי קארד.

46. אכן, ההכרעה בבקשת האישור, גם ככל שהיא נוגעת לסעד ההשבה, עשויה להתייחס בין היתר להסכם שיתוף הפעולה ולפרשנותו. בהקשר זה עשוי להיות ללאומי קארד מידע ביחס להסכם זה שהיא אחד הצדדים לו. ואולם, אין די בכך כדי לחייב את צירופה להליך ואין באמור לעיל כדי להפוך אותה בהכרח לבעלת דין דרושה. הסעד הכספי אותו תובעים המערערים מופנה כלפי מימון ישיר וכלפיה בלבד. אם יהיה מי מהצדדים סבור כי יש בידי לאומי קארד מידע שעשוי להשליך על הקביעות הנדרשות להכרעה, ניתן יהיה, חלף צירופה כמשיבה, להסתפק – ככל שיהיה בכך צורך – בזימונו של מי מטעם לאומי קארד למתן עדות (ראו: עניין ג'י.טי.אס., פסקה 23; רע"א 10104/07 מדינת ישראל נ' אלדניפרי, פסקה 3 (21.2.2008)).

47. מכל האמור לעיל עולה כי חרף אי-צירופה של לאומי קארד אין מניעה לאשר את בקשת האישור בעילה של השבה מכוח סעיף 9 לחוק הלוואות חוץ-בנקאיות. שונים הם פני הדברים ככל שמדובר בעילות התביעה הנוגעות לביטול תניות בהסכמי ההלוואה עם חברי הקבוצה, או בהתייחסות להלוואות עתידיות ולריביות שייגבו מכוון. ביחס לכל אלה, ככל שבית המשפט היה מקבל את גרסת המערערים, הדבר היה עשוי להשליך במישרין גם על זכויותיה של לאומי קארד - שעל פני הדברים גם היא צד להסכמים עם חברי הקבוצה - בלא שהיא הייתה צד להליך. משכך, ומאחר שהמערערים לא עמדו על צירופה, לא ניתן להיעתר לבקשתם בנושאים אלה.

עילת ההטעיה

48. המערערים טענו כי מימון ישיר הציגה להם מצגים לפיהם היא המלווה בהלוואות נושא ההליך וכי הוראות חוק הלוואות חוץ-בנקאיות חלות עליה.

ככל שבמסגרת פסק הדין ולאחר דיון בתביעה לגופה תתקבל הטענה כי מימון ישיר היא אכן המלווה, מובן כי לא יהיה צורך להמשיך ולדון בעילת ההטעיה. עילת ההטעיה היא רלוונטית רק אם ייקבע בדיון בתביעה לגופה כי לאומי קארד היא המלווה בהלוואות שנטלו המערערים בתקופת התביעה כולה או חלקה.

לצורך הוכחת עילה ההטעיה הצרכנית, על המערערים להוכיח קיומם של שלושה רכיבים – הטעיה; נזק; וקשר סיבתי בין ההטעיה לבין הנזק, כאשר לעניין זה עליהם להוכיח הסתמכות של הצרכן על המצג המטעה אשר גרמה לו לנזק (סעיף 2(א) וסעיף 31 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981). רכיבים אלה ייבחנו להלן.

49. בית משפט קמא קבע כי אף שלא קיים קושי ממשי להוכיח שמימון ישיר הפרה את איסור ההטעיה הצרכנית בשלב הטרם חוזי (כאמור בהנחה שהיא לא הייתה המלווה), לא קיימת אפשרות סבירה שעילה זו תוכרע לטובת הקבוצה.

באשר לרכיב ההטעיה – ראשית נקבע כי פרסומיה של מימון ישיר לא הבחינו בין הלוואות הניתנות על-ידיה לבין הלוואות אותן היא רק משווקת; כי מימון ישיר יצרה מצג לפיו היא המעניקה את ההלוואות נושא ההליך דנן וכי הלוואות אלה כפופות לחוק הלוואות חוץ-בנקאיות. זאת, בעוד שבפועל ההלוואות נושא בקשת האישור רק שווקו על-ידיה, אך הוענקו על-ידי לאומי קארד ולא היו כפופות לחוק. עוד נקבע כי גם בשיחות

שקיימו נציגי מימון ישיר עם הלווים לפני שניתנה ההלוואה, צוינה לאומי קארד כמעורבת בהלוואות, אך לא הובהר מפורשות כי היא זו שמלווה את הכספים.

יחד עם זאת, בית משפט קמא הוסיף וקבע כי ההלוואות ניתנו לאחר שהמערערים חתמו על הסכם הלוואה ממנו עולה במפורש כי לאומי קארד היא המלווה. גם לאחר החתימה על הסכם ההלוואה, נשלחו למערערים מכתבים על-ידי לאומי קארד שגם מהם עולה כי היא נותנת ההלוואה. לאור האמור נקבע כי הלווים היו מודעים בפועל או למצער בכוח לכך שההלוואה ניתנה על-ידי לאומי קארד הידועה כתאגיד עזר בנקאי שהחוק לא חל עליו, ולכן לא התקיים רכיב ה"הטעיה".

בערעור טענו המערערים כי לא ניתן היה להבין שלאומי קארד היא המלווה, אלא לכל היותר הוצג מצג שלאומי קארד ומימון ישיר מלוות ביחד. מעבר לכך, לשיטתם, אף אם לא הייתה הטעיה באשר לזהות המלווה, הם הוטעו ביחס למערכת הדינים החלה על ההלוואות. זאת מאחר שללווים הוצג מצג מפורש לפיו ההלוואות מפקחות בהתאם לחוק הלוואות חוץ-בנקאיות, והם לא היו יכולים להבין כי מאחר שלאומי קארד היא המלווה – הוראות החוק אינן חלות. לכן לשיטתם, גם אם אין הטעיה ביחס לזהות המלווה, ההטעיה באה לידי ביטוי ביחס לתחולת החוק החל על ההלוואות, ובאשר למגבלות להן כפופה ההלוואה, בעיקר לגבי שיעור הריבית שניתן לגבות מהלווים.

50. אני סבורה כי יש ממש בטענה זו של המערערים. מעיון בפרסומים של מימון ישיר וממדריך ההלוואות המפורסם באתר האינטרנט שלה שצורפו לבקשת האישור, עולה כי בפרסומים הודגשה העובדה שההלוואות הן הלוואות חוץ-בנקאיות הכפופות לחוק הלוואות חוץ-בנקאיות; הודגשו היתרונות של הלוואות חוץ-בנקאיות; ומימון ישיר אף עמדה על כך כי "חשוב ביותר לוודא כי הנכם לווים מחברה ממוסדת המתמחה בהלוואות חוץ בנקאיות, ופועלת על פי חוק הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות"; כמו כן, הוצג מצג לפיו הריבית הניתנת בהלוואות היא "אטרקטיבית".

בית משפט קמא, בהתייחסו לשלב הטרם חוזי, קבע כאמור קביעה עובדתית לפיה "פרסומיה של המשיבה אינם מבחינים בין ההלוואות שניתנו על ידי המשיבה עצמה, לבין הלוואות אשר רק משווקות על ידי המשיבה, במסגרת שיתוף פעולה עם המלווה 'האמיתי' כמו בענייננו" (פסקה 116; ההדגשות במקור). מאחר שלא נערכה הבחנה בין הלוואות שמימון ישיר עצמה נתנה לבין ההלוואות שרק שווקו על-ידיה, נוצר מצג לפיו כלל ההלוואות שניתנות דרכה (בין אם כמלווה ובין אם כמשווקת) הן הלוואות "חוץ-

בנקאיות" הכפופות להוראות החוק. הלווים היו יכולים לכן להניח שהם ייהנו מההגנות שמקנה להם חוק הלוואות חוץ-בנקאיות.

כל הפרסומים הבהירו שההלוואות כפופות לחוק והציגו נתון זה כמהותי; ובהסכמי ההלוואה עצמם לא הובהר לאיזה דין כפופות ההלוואות. לכן, ניתן לקבוע, נכון לשלב זה של הדיון, כי המערערים הוכיחו לכאורה שאין בחתימה על הסכם ההלוואה כדי לתקן את ההטעיה הטרומ חוזית. זאת גם אם נניח שעולה ממנו – כפי שטענה מימון ישיר – כי לאומי קארד היא המלווה. בהקשר זה יודגש כי דיני הגנת הצרכן נועדו בעיקרם להגן על האינטרסים הלגיטימיים של ציבור הצרכנים לנוכח חולשתם המובנית ביחסים עם עוסקים ולמנוע מהם בין היתר לנצל לרעה את פערי המידע והכוח ביניהם (רע"א 1901/20 מילר נ' Facebook Ireland limited (26.7.2022)).

51. באשר לרכיב הנזק ולדרישת הקשר הסיבתי – בית משפט קמא היה סבור כי המערערים לא עמדו בנטל להוכיח שהם הסתמכו על ההטעיה וכי נגרם להם נזק בשל כך. נקבע כי המערערים לא ציינו בתצהיריהם כי ביקשו לקחת הלוואה ממימון ישיר דווקא בשל היותה גוף חוץ-בנקאי הכפוף לחוק ההלוואות; כי הם לא הוכיחו שידעו על תקרת הריבית הקבועה בחוק, כך שלא הוכיחו שהסתמכו על תחולתו; הם לא תיארו את הנזק שנגרם להם; והם לא ציינו האם ובאיזה אופן היו פועלים באופן שונה אילו היו יודעים שלאומי קארד היא המלווה ושהחוק לא חל על ההלוואות שנטלו.

אני סבורה כאמור כי המערערים הוכיחו לכאורה קיומם של נזק ושל קשר סיבתי. באשר לרכיב הנזק – הנזק שנגרם לכאורה ללווים הוא בשל נטילת ההלוואה מחברה שאינה כפופה להוראות החוק ולתקרת הריבית הקבועה בו. לכן, הנזק הוא למצער כגובה ההפרש שבין שיעור הריבית שנגבתה לזו שהיה ניתן לגבות אילו החוק היה חל.

52. באשר לרכיב הקשר הסיבתי – על התובע המייצג להוכיח את יסוד הקשר הסיבתי בין ההטעיה לנזק ביחס לכל אחד מחברי הקבוצה. לכאורה, השאלה האם המערערים ויתר חברי הקבוצה המיוצגת נטלו את ההלוואות בהסתמך על המצג לפיו ההלוואות כפופות לחוק הלוואות חוץ-בנקאיות, מחייבת בחינה פרטנית ביחס לכל אחד מחברי הקבוצה – מה הוא ידע עובר לנטילת ההלוואה; והאם בחר ליטול את ההלוואות שבנדון בין היתר משום שהיה סבור שהוראות החוק, ובהן תקרת הריבית, חלות על ההלוואות.

הקושי להוכיח הסתמכות של כל אחד מחברי הקבוצה על המצגים המטעים מקשה ככלל על הוכחתה של עילת הטעיה צרכנית במסגרת של הליך ייצוגי. בשל כך,

ישנם קולות בספרות ובפסיקה הקוראים לריכוך בדרישה של הוכחת קשר סיבתי בתובענות ייצוגיות צרכניות (ראו למשל: רע"א 3456/13 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' שלייזר, פסקה נא (29.8.2017); ע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל, פסקה (4.12.2011); יובל פרוקצ'יה ואלון קלמנט "הסתמכות, קשר סיבתי ונזק בתובענות ייצוגיות בגין הטעיה צרכנית" עיוני משפט, ל"ז 7 (התשע"ד)).

ואולם, ההכרעה בשאלת האפשרות לריכוך בדרישת הקשר הסיבתי איננה טעונה הכרעה במסגרת ההחלטה דנן. זאת, מאחר שבשלב הדיון בבקשה לאישור התובענה כייצוגית, נטל ההוכחה המוטל על המערערים הוא לכאורי בלבד. בהתאם לכך, במקרים דומים אחרים בהם נטען להטעיה צרכנית בהליך ייצוגי, כאשר בית המשפט היה סבור כי קיים יסוד סביר להניח שקיימים לקוחות שהסתמכו על המצגים וכתוצאה מכך נגרם להם נזק, נקבע כי ניתן להסתפק בכך בשלב אישור התובענה הייצוגית ולהותיר את בירור גודל הקבוצה לשלב הדיון בתובענה עצמה (ראו והשוו: רע"א 7146/18 קידום ד.ש. (השקעות ופיננסים 1992) בע"מ נ' ששון, פסקה 15 (22.10.2019) (להלן: עניין קידום); רע"א 3608-18 יפאורה תבורי בע"מ נ' שוקרון, פסקה 13 (1.7.2019)).

במקרה דנן, לנוכח הדגש בפרסומים על תחולתו של חוק ההלוואות והחשיבות שמימון ישיר ייחסה לכך, ניתן לקבוע ולו לכאורה כי ישנם לוויים שייחסו משמעות לתחולתו של החוק על ההלוואות, ובחרו בשל אותם פרסומים ליטול דווקא את ההלוואות האלה. אלמלא ההטעיה, אילו היו יודעים אותם לוויים כי החוק לא חל, הם היו בוחנים – בהתאם להמלצות של מימון ישיר עצמה – הלוואות מגופים חוץ-בנקאיים אחרים הכפופים לתחולת החוק וכך נמנעים מהריבית הגבוהה. משכך, בהתאם לפסיקה שאוזכרה לעיל, די בכך בשלב זה כדי להיעתר לבקשת האישור.

53. בשולי הדברים יוער כי בבקשת האישור המתוקנת, הוגדרה הקבוצה כ"כל מי שנטל הלוואה שקלית לא צמודה במסגרת שיתוף הפעולה בין מימון ישיר ולאומי קארד במהלך שבע השנים הקודמות לאישור הבקשה". זאת, כך נראה, מטעמים של התיישנות עילת התביעה. ואולם, המועד הרלוונטי להתיישנות הוא המועד שבו הוגשה הבקשה לאישור (ולא המועד בו היא אושרה) (ראו: סעיף 26 לחוק תובענות ייצוגיות).

54. לאור כל האמור; אציע לחברותיי לקבל את הערעור ולאשר את הבקשה לניהול תביעה ייצוגית בעילות ובסעדים שצוינו לעיל. בית המשפט המחוזי יורה על פרסום הודעה בנדון לחברי הקבוצה כנדרש בסעיף 25 לחוק תובענות ייצוגיות, ובהתאם לאמור בהחלטה דנן.

משהגעתי למסקנה לפיה יש לקבל את הערעור, דין הערעור שכנגד, העוסק בדרישתה של מימון ישיר לפסיקת הוצאות לטובתה – להידחות.

55. המשיבה תישא בהוצאות המערערים בערכאה זו בסך של 20,000 ₪.

ש ו פ ט ת

השופטת (בדימ') ע' ברון:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת (בדימ')

השופטת ג' כנפי-שטייניץ:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ר' רונן.

ניתן היום, כ"א בחשוון התשפ"ד (5.11.2023).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת (בדימ')