

תיווך הלוואות – קריאה להסדרה

מאת

מאור לנקרי*

המאמר עוסק במתווכי הלוואות הפועלים בעיקר בשוק האשראי החוץ-בנקאי. נטען כי הדין הנוהג איננו מגן מספיק על מבקשי הלוואות המתקשרים עם גורמים אלה. ההסבר לכך נעוץ בחולשתם של הלווים, המתבטאת בפערי המידע והכוח הנוטים לרעתם; בתלותם במתווכים; בנכונותם ליטול הלוואה בתנאים גרועים ולא חוקיים. מאפיינים אלו ואחרים של הלווים מעמידים בפניהם קשיים בשני מישורים: תוכן התניות הנקבעות בחווי התיווך, המשפיע גם על טיבה של ההלוואה וחוקיותה, וקושי באכיפת זכויותיהם בבית המשפט. לפיכך המאמר קורא לשינוי הדין הקיים ולהסדרת היחסים בין לוויים למתווכים, הסדרה אשר נטען כי נתמכת גם בשיקולים כלכליים של הרתעה יעילה ומשתלבת במדיניות הכללית של המחוקק. על רקע זה מוצע לקבוע בחקיקה הסדרים שעיקרם תקינה של חווי התיווך כפי שנהוג במדינות נוספות בעולם, וזאת לצד מימון של תביעות נגד מתווכים באמצעות קרן ציבורית ייעודית שתוקם, בדומה לקרנות הציבוריות למימון תובענות ייצוגיות הקיימות כיום בישראל.

מבוא. א. שוק האשראי בישראל והרפורמות שנערכו בו. 1. חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (שירותים פיננסיים מוסדרים), התשע"ו-2016. 2. חוק אשראי הוגן, התשנ"ג-1993. **ב. תיווך הלוואות. ג. קשיים בדין הנוהג.** 1. הלווה החוץ-בנקאי כצרכן. 2. המחשת נחיתות הצרכנים במשא ומתן החוזי. 3. תת-אכיפה כלפי מתווכי ההלוואות. **ד. הצדקות עיוניות להסדרת תחום תיווך ההלוואות.** 1. שיקולי יעילות. 2. הסדרת תפקיד מתווכי ההלוואות מחזקת את מדיניות המחוקק ומשלימה אותה. **ה. מתווה להסדרתו של תחום תיווך ההלוואות.** 1. הסדרה חקיקתית. 2. קרן למימון תביעות נגד מתווכי הלוואות. **סיכום.**

מבוא

ראובן נקלע לחובות בשל עסקה לא מוצלחת שביצע. הוא מנסה ללוות כספים כדי למנוע מימוש משכנתה שהוטלה על דירת הוריו כנגד הלוואה שניטלה לשם אותה עסקה, אך הבנקים מסרבים להלוות לו כספים בשל מצבו הכלכלי. לאחר שכמעט נואש, הוא פונה למתווך הלוואות בשם שמעון שיסייע לו ליטול הלוואה חוץ-בנקאית. שמעון מרגיע את ראובן, מבטיח לסייע ומחתים אותו על כמה מסמכים. לאחר זמן מה מצליח המתווך לאתר מלווה שיסכים להעמיד הלוואה לרשותו של ראובן. ראובן חותם על חוזה למתן הלוואה, שמובטחת במשכנתה על דירת הוריו, במקום המשכנתה הקודמת שהוטלה. ביום העברת הכספים מגלה ראובן שהוא קיבל רק 90% מכספי הלוואה שנטל. בדיעבד התברר שהוא חתם בפגישתו הראשונה עם המתווך על מסמך המבטיח העברת 10% מסכום הלוואה כעמלת תיווך, וכן שאותה הלוואה שנטל אינה חוקית, משום שהריביות שבה גבוהות במידה ניכרת מהמותר לפי חוק. בשל העובדה שקיבל סכום חלקי מהלוואה ובשל הריבית הגבוהה שעליו לשלם, ראובן מפגר בתשלומים החודשיים. כך, הוא חוזר לנקודת המוצא, כשהמלווה האחר פועל

למימוש המשכנתה על דירת הוריו, אך כעת חובותיו גדולה במידה רבה מחובותיו ערב הפגישה עם המתווך.¹

שוק האשראי החוץ-בנקאי עבר הסדרה נרחבת בשנים האחרונות, בין היתר באמצעות שני שינויי חקיקה: הראשון הוא תיקון חוק אשראי הוגן, התשנ"ג–1993, משנת 2017 (להלן: **חוק האשראי**);² השני הוא חקיקת חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (שירותים פיננסיים מוסדרים), התשע"ו–2016 (להלן: **חוק הפיקוח**). אחת מהתכליות העיקריות של שני חוקים אלה היא הסדרת שוק האשראי החוץ-בנקאי: חוק הפיקוח קובע חובת רישוי של גופים העוסקים במתן אשראי³ ומחיל עליהם לראשונה פיקוח אסדרתי, וחוק האשראי קובע כללים קוגנטיים לעניין תנאי הלוואה וענישה של מלווים המפירים כללים אלה, וכן מקנה סמכויות לשינוי חוזה הלוואה או ביטולו בבית המשפט במקרה של חריגה מהחוק.⁴ ברקע הסדרה זו קיימת העובדה שאוכלוסיית הפונים לקבלת אשראי חוץ-בנקאי מאופיינת בקשיים כלכליים, בהיעדר כוח מיקוח ובתלות בנותני האשראי החוץ-בנקאי, בהיותם, לעיתים, "המוצא האחרון" לשיקום מצבם הכלכלי של הלווים,⁵ כפי שהומחש בתרחיש לעיל. אם כן, התכליות המקודמות בשל ההסדרה הן הגנה על הלווים ויצירת שוק אשראי חוץ-בנקאי בטוח ומפוקח, שיוכל להיות מתחרה ראוי לבנקים. לצד אלו תכלית נוספת והיא מאבק בגורמים עברייניים הפועלים כנותני שירותים פיננסיים בשוק זה, לרבות מלביני הון ומעלימי מס.⁶

תחום שלא זכה להסדרה נפרדת הוא זה שנכנה אותו "תיווך הלוואות". מתווכי הלוואות הם גורמים המקשרים בין פרטים המבקשים ללוות כספים לבין מלווים העוסקים במתן הלוואות; את תפקיד המתווך ממלא שמעון בתרחיש שלעיל. ברשימה זו נטען שאי-הסדרת תחום זה מעוררת קשיים משום שאין די במשפט הפרטי כדי להסדיר כראוי את מערכת היחסים בין הלווים לבין אותם מתווכים בשל פערי הכוחות בין הצדדים ומאפייניהם של הלווים בשוק החוץ-בנקאי. מסיבה זו קיימת פרצה במתווה האסדרתי שמבקשים שינויי החקיקה שנוכרו לקדם, ובשל כך נפגעות התכליות העומדות ביסודן, ובעיקר תכלית ההגנה על זכויות הלווים. בשל קשיים אלה נציג מתווה להסדרת תחום זה הקבוע בחקיקה במדינות שונות ברחבי העולם,⁷ ונציג סוגיות מרכזיות שראוי לדעתנו להידרש להן בהסדרה כזאת.

* תלמיד לתואר בוגר במשפטים ולתואר בוגר במחשבת ישראל באוניברסיטה העברית בירושלים. המאמר זכה בפרס על-שם חיה ואברהם גרטש למאמר סטודנטיאלי מצטיין לשנת תשפ"ג. אני מודה לחברי מערכת כתב העת, ובמיוחד לעורכים חגי יעקובי וגיא כהן, ולעורך המשנה יונדב סמט, על סיועם הרב בתהליך הכתיבה ועל הערות והצעות מועילות ומלמדות.

¹ מקרה זה הוא עיבוד פשוט של ה"פ (שלום חי) 67518-01-19 גיגי נ' קואלטי קרדיט פאנר, שותפות מוגבלת (נבו 1.11.2019).

² חוק הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות (תיקון מס' 5), התשע"ז–2017.

³ ס' 12 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (שירותים פיננסיים מוסדרים), התשע"ו–2016 (להלן: חוק הפיקוח).

⁴ ס' 9, ד, 15 להחוק אשראי הוגן, התשנ"ג–1993 (להלן: חוק האשראי).

⁵ ע"א 9044/04 מיסטר מאני בע"מ נ' צוניאשווילי, פס' 15 לפסק דינה של השופטת ארבל (נבו 24.6.2007).

⁶ ראו מתן שחק הפיקוח על נותני שירותים פיננסיים 7 (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2019)

https://bit.ly/3HeinwK; משרד האוצר המלצות הצוות לבחינת הרגולציה על נותני שירותים מטבע 4–5

(2015) (להלן: דוח ליכט); בג"ץ 7198/21 איגוד נותני שירותים פיננסיים (ע"ר) נ' ממשלת ישראל, 3–6 (נבו

17.11.2021).

⁷ רשימה זו תמקד במיסיפיי, בנברסקה ובאילינוי שבארצות הברית, וכן באנגלייה ובאונטריו שבקנדה. ראו

בפרק ה להלן.

הפרק הראשון ברשימה זו יעסוק בהצגה תמציתית של שוק האשראי בישראל וכן בסקירה של הרפורמות האחרונות שנערכו בו. **בפרק השני** נאפיין את תחום תיווך ההלוואות בתוך עמידה על הסיבות המביאות לווים להסתייע במתווכים לשם איתור הלוואה. **בפרק השלישי** נעמוד על הקשיים בדין הנוהג. תחילה נציג את מאפייניהם הצרכניים של הלווים על רקע שוק ההלוואות הרוחני-בנקאי בטענה שבשל מאפיינים אלה אי-הסדרתו של תחום תיווך ההלוואות מביאה לקיפוח זכויותיהם. בהמשך נמחיש קשיים אלו באמצעות ניתוח תניות חוזיות שקיבצנו מחוזי תיווך שונים. לאחר מכן נצביע על מגמה העולה מהפסיקה המלמדת על קשיי הלווים באכיפת זכויותיהם בהדיינות משפטית. **בפרק הרביעי** נמנה הצדקות עיוניות להסדרת תיווך ההלוואות: יעילות כלכלית וחיזוק מדיניות המחוקק והשלמתה. **בפרק החמישי** נציג מתווה להסדרתו של תחום תיווך ההלוואות אגב דיון השוואתי. לבסוף נסכם את הדיון.

א. שוק האשראי בישראל והרפורמות שנערכו בו

שוק האשראי ניתן לתיאור בשלושה ממדים עיקריים: מלווים, לווים ומכשירים.⁸ המלווים, נותני האשראי, כוללים את המגזר הפיננסי – בנקים, חברות כרטיסי אשראי, גופים מוסדיים ומלווים פיננסיים רווחי-בנקאיים נוספים, שיוצגו בפירוט להלן, וכן את המגזר שאינו פיננסי, דוגמת אשראי ממקורות ממשלתיים. הלווים מתחלקים לשלוש קבוצות עיקריות: המגזר העסקי – חברות ישראליות שאינן משתייכות למגזר הפיננסי המלווה – משקי בית וממשלה ורשויות מקומיות.⁹ המכשירים הם האמצעים המשמשים למתן אשראי. שלושת סוגי המכשירים העיקריים הם הלוואות, איגרות חוב סחירות ואיגרות חוב לא סחירות. נרחיב כעת על קבוצת המלווים כדי לקבל תמונה כללית של הגופים השונים הפועלים בשוק. הגופים הרשאים לספק אשראי בישראל כיום הם אלה:¹⁰

- א. תאגידים בנקאיים – בנקים הפועלים ברישיון מכוח חוק הבנקאות (רישוי), התשמ"א-1981. כיום קיימים שבעה בנקים הפועלים ברישוי.
- ב. חברות כרטיסי אשראי הפועלות כמנפיק וסולק, לפי האמור בחוק הבנקאות (רישוי) ובחוק הפיקוח. בישראל פועלות שלוש חברות: ישראלכרט, Max ו.כ.א.ל.
- ג. גופים מוסדיים – קרנות פנסייה, קופות גמל וחברות ביטוח הפועלות מכוח חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1981 וחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), התשס"ה-2005.
- ד. גופים המתווכים באשראי מגורמים פרטיים לגורמים פרטיים (Peer to Peer) – הלוואות עמית לעמית. הלוואות עמית לעמית מבוססות על פלטפורמות אינטרנטיות שמחברות בין מלווים פרטיים לבין לווים

⁸ הדר גוטסמן ומעיין קלרמן "מערכת נתוני האשראי בישראל" מבט סטטיסטי 2015, 43, 44 (בנק ישראל, החטיבה למידע ולסטטיסטיקה 2016).

⁹ שם, בעמ' 45.

¹⁰ ראו רשות שוק ההון, ביטוח וחסכון דוח שנתי 2020 פרק י' 2 (2021); איתמר מילדרד תיאור וניתוח שוק ההלוואות הרוחני-בנקאיות 2, 9 (הכנסת, מרכז מחקר ומידע, 2015) <https://bit.ly/3L9smV4>; משרד האוצר דין וחשבון הוועדה לבחינת התחרות בשוק האשראי 16 (דוח שני 2020) (להלן: הוועדה לבחינת התחרות באשראי); שחק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 8. כן ראו ס' 14, א25, 25 לחוק הפיקוח.

- הזקוקים לאשראי. גופים אלו פועלים מכוח חוק הפיקוח, בשם "מערכת לתיווך באשראי". כיום קיימים שלושה גופים הפועלים ברישיון.¹¹
- ה. נותני שירותי פיקדון ואשראי בלי ריבית (גמ"חים) – פעילותם מוסדרת בחוק הפיקוח.
- ו. נותני שירותי אשראי – פעילותם מוסדרת בחוק הפיקוח תחת "רישיון למתן אשראי".¹² טרם חקיקת חוק הפיקוח היו ידועים בציבור בתור "השוק האפור".
- ז. אגודות פיקדון ואשראי – אגודות שיתופיות המעוניינות לפעול כבנקים זעירים. טרם ניתן רישיון מסוג זה, אך הוגשו כמה בקשות רישוי.
- ח. אשראי ממקורות ממשלה.

ברשימה זו נתמקד בלווי מסוג משקי הבית, במכשיר ההלוואה ובמלווים הפיננסיים החוץ-בנקאיים – בייחוד בתת-קבוצה ששמה "נותני שירותי אשראי";¹³ הסיבה לכך היא שהם המלווים העיקריים בעסקאות הנערכות באמצעות מתווך. נעמוד בהמשך על הסיבות לכך. פורומים שונים הצביעו על הצורך ברפורמה בשוק האשראי החוץ-בנקאי. אחד מהם היא הוועדה להגברת התחרות בשירותים בנקאיים ופיננסיים נפוצים,¹⁴ שמונתה בידי שר האוצר ונגיד בנק ישראל על רקע הריכוזיות של המערכת הבנקאית בישראל והיעדר תחרות ממשית בהספקת שירותים פיננסיים בין השוק הבנקאי לשוק החוץ-בנקאי. בבסיס ההחלטה לנקוט צעדים שיביאו להגברת התחרות קיימת העובדה שקיומו של שוק אשראי לא תחרותי פוגע בצרכנים, משום שהבנקים מתייחסים אליהם כצרכנים "שבויים" שיכולתם לפנות לנותן אשראי אחר נמוכה.¹⁵ בתור שכאלה, ספקי האשראי, הבנקים, מפעילים כלפיהם כוח שוק לקביעת שירותים פיננסיים בתנאים שאינם לטובתם. הוועדה החליטה שכדי להביא לשינוי המצב יש לנקוט צעדים מבניים, בין השאר באמצעות הפרדת הבנקים הגדולים מחברות כרטיסי האשראי, הרחבת היצע האשראי שמעמידים הגופים המוסדיים החוץ-בנקאיים¹⁶ וחיזוק התחרות בתחום המימון ומתן האשראי באמצעות חברות מימון חוץ-בנקאיות.¹⁷

ועדה נוספת שעסקה בשוק האשראי היא הוועדה לבחינת האסדרה על נותני שירותי המטבע, בראשות המשנה ליועמ"ש אבי ליכט.¹⁸ הרקע לפעילות ועדה זו הוא שעד לחקיקת חוק הפיקוח, תוצר של מסקנות ועדה זו, לא היה תחום האשראי החוץ-בנקאי הלא מוסדי מוסדר כלל. היעדר האסדרה בתחום זה – מתן הלוואות – נבע מכך שבניגוד לתחומים

¹¹ להרחבה על הלוואות בין עמיתים, ראו גלית קליין, מוטי צווילינג וזאב שטודינר "הלוואות בין עמיתים (P2P) בישראל: מאפיינים, מוטיבציות ושאלות משפטיות" **מחקרי רגולציה** (2019) (להלן: הלוואות בין עמיתים); Jefferson Duarte, Stephan Siegel & Lance Young, *Trust and Credit: The Role of Appearance in Peer-to-Peer Lending*, 25 REV. FIN. STUD. 2455 (2012).

¹² ס' 11 לחוק הפיקוח.

¹³ למען הבהירות, כשנתייחס לנותני שירותי אשראי בהמשך הרשימה, כוונתנו תהיה למלווים אלה.

¹⁴ הוועדה להגברת תחרות בשירותים בנקאיים ופיננסיים נפוצים **דוח מסכם** (2016) (להלן: הוועדה להגברת תחרות).

¹⁵ שם, בעמ' 67.

¹⁶ שם, בעמ' 34.

¹⁷ שם, בעמ' 69.

¹⁸ דו"ח ליכט, לעיל ה"ש 6.

פיננסיים אחרים, הוא לא חסה בהגדרת "נותני שירותי מטבע" שעליהם חלה חובת רישום מכוח חוק איסור הלבנת הון, התש"ס-2000,¹⁹ שהכפיפה את הקבוצה הזאת לפיקוח אסדרתי מסוים.²⁰ לפי מסקנות הוועדה, היעדר האסדרה הביא לשלוש תוצאות שליליות עיקריות: הראשונה, מעורבות רבה של גורמים עברייניים במתן הלוואות חוץ-בנקאיות.²¹ תחום ההלוואות החוץ-בנקאיות הוא, מטבעו, כר פורה לפעילות עבריינית בשל מאפייניו. עם מאפיינים אלה ניתן למנות את היקף השימוש במזומנים, שמאפשר הטמעה של הכנסות שהופקו בעבירות מקור; פעילות פיננסית בין-לאומית ענפה; ריבוי לקוחות מזדמנים שקשה להכיר את אופי פעילותם ועסקיהם; השנייה היעדר הגנה על זכויותיהם של לווים חוץ-בנקאיים, שנדרשה במיוחד בשל היותם של מלווים לא מעטים גורמים עברייניים;²² השלישית, מיצוב שוק ההלוואות החוץ-בנקאי כשוק "אפור" ולא מוסדר, שאינו יכול להיות מתחרה ראוי לבנקים, ובכך שומר על שליטתם המוחלטת בשוק ההלוואות.²³ כדי לטפל בבעיות שנזכרו נעשו כמה שינויים אסדרתיים, ובהם גם שינויי חקיקה.²⁴ נבקש לסקור כעת שניים משינויי חקיקה אלה הרלוונטיים לדיוננו.

1. חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (שירותים פיננסיים מוסדרים), התשע"ו-2016

חוק זה נחקק על סמך מסקנות דוח ליכט. החוק מכריז על מאסדר ייעודי חדש – המפקח על שירותים פיננסיים – שיופקד על השירותים הפיננסיים החוץ-בנקאיים שאינם מוסדיים, שהחשוב שבהם לענייננו הוא תחום ההלוואות החוץ-בנקאיות. על מטרת החוק ניתן ללמוד מדברי ההסבר לחוק:

להעדר האסדרה תוצאות בלתי רצויות, והבולטת בהן היא שלצד גורמים לגיטימיים הפועלים בענף, נכנסו לענף גורמים עברייניים ונוצרה תשתית להעלמת מסים ולהלבנת הון בהיקף נרחב. לעתים משמשים נותני שירותי המטבע כ"צינור החמצן" הכלכלי של ארגוני הפשע. למעורבותם של ארגוני הפשע בענף נותני שירותי המטבע השלכה לא רק על מערכת אכיפת החוק, אלא גם על הצרכנים של ענף זה הנדרשים לא אחת לקבל שירות פיננסי או אשראי מגורמים עברייניים. כמו כן, מעורבותם של גורמים עברייניים כאמור, מכתימה את התחום כולו ובכך עלולה למנוע את התפתחותו של שוק אשראי חוץ-בנקאי לגיטימי.²⁵

¹⁹ ראו שם, בעמ' 14; ס' 11 לחוק איסור הלבנת הון (תיקון מס' 1), התש"ס-2000, ס"ח 386; מילדרד, לעיל ה"ש 10, בעמ' 15.

²⁰ אם כי מועט, ולכן חוק זה ביצע רפורמה אסדרתית מהותית גם בקבוצות אלה, שאינן רלוונטיות לרשימה זו.

²¹ דוח ליכט, לעיל ה"ש 6, בעמ' 17-18.

²² שם, בעמ' 26.

²³ שם, בעמ' 21.

²⁴ ראו חוק ההגברת התחרות ולצמצום הריכוזיות בשוק הבנקאות בישראל (תיקוני חקיקה), התשע"ז-2017; חוק נתוני אשראי, התשע"ו-2016.

²⁵ דברי הסבר להצעת חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (שירותים פיננסיים מוסדרים), התשע"ו-2015, ה"ח 202.

שינוי מרכזי שעוגן בחוק זה הוא קביעה, לראשונה, של חובת רישוי של נותני אשראי שלא הוסדרו קודם לכן. על כך נאמר בפסיקה:²⁶

חוק שירותים פיננסיים היה "עליית מדרגה" נוספת במהלך הרגולטורי, בכך שכונן משטר שלא הסתפק ברישום, אלא הורה על כך שהעיסוק בתחום ייעשה על-פי רישיון בלבד.

האסדרה הנלווית לרישיון זה כוננה מצב שבו כל נותני האשראי כפופים לפיקוח.²⁷ נעמוד בקצרה על ההסדרים המרכזיים בחוק. החוק קובע שמתן הרישיון נתון לשיקול דעתו של המפקח, ואין הוא חייב לתיתו. סעיפים 3, 15 ו-16 לחוק הפיקוח מונים את השיקולים שרשאי המפקח לשקול בהחלטתו אם להעניק רישיון, וסעיף 4(ב) מסמיך את המפקח "לתת הוראות לעניין אמות המידה, השיקולים והנסיבות שיוכאו בחשבון בבחינת יושר ויושרתו של אדם לפי חוק זה".²⁸ בפסיקה כבר נידונו מקרים שבהם המפקח סירב להעניק רישיון בשל סיבות שונות, לרבות מידע מודיעיני שלפיו המבקש עוסק בפעילות עבריינית,²⁹ והצגת מצב כוזב בדבר זהות בעל העסק.³⁰ בהקשר זה נקבע שהפעלתו של חוק הפיקוח מצריכה איזון בין תכלית החוק – מניעת כניסת גורמים עברייניים לתחום השירותים הפיננסיים – לבין הפגיעה האפשרית במשלח ידו של מבקש הרישיון.³¹ החוק אף מקנה למפקח סמכות רחבה למתן הוראות אסדרתיות הנוגעות לדרכי פעולתם וניהולם של שירותים פיננסיים.³² למפקח סמכויות פיקוח ואכיפה של הוראות החוק³³ וסמכויות בירור מנהלי.³⁴ החוק קובע הסדרי עונשין³⁵ המופנים בין היתר למי שעוסק במתן אשראי בלא רישיון מתאים לכך. לבסוף נציין שפרק ח' בחוק הפיקוח, שכותרתו "שמירה על ענייני לקוחות", כולל כמה הסדרים המגינים על צרכני השירותים הפיננסיים, כגון איסור הטעיה, אחריות להטעיה בפרסומת וכיוצא באלו. אם כך, ניתן לראות שחוק הפיקוח ביקש למלא את החלל האסדרתי ששרר בתחום השירותים הפיננסיים החוץ-בנקאיים, לרבות הלוואות חוץ-בנקאיות, באמצעות קביעת חובת רישוי והכפפת בעלי הרישיון להוראות המסדירות את פעילותם.

2. חוק אשראי הוגן, התשנ"ג–1993

בשונה מחוק הפיקוח, חוק אשראי הוגן הוא ותיק יותר. הוא נחקק בשנת 1993. עובר לתיקון החוק משנת 2017 היה שמו של החוק "חוק הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות". מהותו של החוק

²⁶ ע"מ 702/20 א.מ. עומר נכסים והשקעות בע"מ נ' הממונה על שוק ההון, ביטוח וחיסכון, 5 (נבו 13.8.2020).

²⁷ הגופים הללו הצטרפו למלווים אחרים שכבר היו כפופים לאסדרה – תאגידים בנקאיים, חברות כרטיסי אשראי ומלווים מוסדיים חוץ-בנקאיים.

²⁸ מכוח סעיף זה הוציא המפקח באותה עת את חוזר המפקח על נותני שירותים פיננסיים 9-10-2018 "יושר ויושרה" (9.7.2018), המפרט הוראות לעניין "אמות המידה, השיקולים והנסיבות, שיוכאו בחשבון בבחינת יושר ויושרתו של גורם מפקח".

²⁹ ע"מ 2155/21 אביקור נ' המפקח על נותני שירותים פיננסיים (נבו 8.11.2021).

³⁰ ע"מ 4599/21 סולטאן נ' המפקח על נותני שירותים פיננסיים (נבו 26.7.2021).

³¹ עניין עומר נכסים, לעיל ה"ש 26, בעמ' 14.

³² ס' 4(א) לחוק הפיקוח.

³³ שם, בס' 67.

³⁴ שם, בס' 68.

³⁵ שם, בפרק י"ג.

היא קביעת הסדרים קוגנטיים,³⁶ המיטיבים עם הלווה, בחוזים למתן אשראי. על כן חוק זה במהותו הוא חוק צרכני: הוא מכיר בצורך בהסדרת היחסים שבין המלווה ללווה-הצרכן בראייה שונה מזו של דיני החוזים הכלליים, בשל נחיתותו של הצרכן בעסקאות אשראי אלה.³⁷

ניתן לראות גישה זו בדברי ההסבר לחוק:

נראה היה כי ניתן למצוא סעד בבתי המשפט על פי הנורמות הכלליות של דיני החוזים בענין עושק והעדר תום לב. [אולם], המציאות ראתה מקרים קשים שלא מצאו פתרון נאות במסגרת המשפטית הקיימת, ובתי המשפט וראשי ההוצאה לפועל מצאו עצמם חסרים כלים משפטיים מתאימים למניעת תופעות קשות.³⁸

אחד מההסדרים העיקריים שקובע החוק הוא הגבלת שיעורה של העלות הממשית של האשראי המרבי שלווה רשאי לגבות.³⁹ דהיינו, הגבלת מחיר האשראי שניתן לגבות מלווה, אם באמצעות ריבית ואם באמצעות עמלה המכונה אחרת. כמו כן החוק מטיל חובת גילוי על המלווה, הכוללת פרטים שחובה לכלול בחוזה הלוואה, כגון תקופת ההלוואה; סכומי התשלומים לפירעון ההלוואה ומועדיהם; שיעור הריבית ושיעור ריבית הפיגורים; קיומה של זכות לפירעון מוקדם ופרטיה ועוד.⁴⁰ נוסף על זה, הוא מגביל את ריבית הפיגורים שניתן לקבוע בחוזה,⁴¹ ואף מחיל סדרי דין מיוחדים המקילים על הלווה.⁴² הסדר חשוב נוסף הוא סמכותו של בית המשפט לבטל חוזה הלוואה או לשנות את תנאיו אם מצא שהוא אינו עומד בתנאי החוק.⁴³

כל ההסדרים שהוצגו לעיל היו קיימים כבר בתצורתו הקודמת של החוק. התיקון משנת 2017, ששינה את שמו של החוק לשמו הנוכחי, "חוק אשראי הוגן", הוסיף הסדרים נוספים. למשל, נקבעה תחולה של החוק גם על מלווים מוסדיים, לרבות תאגידים בנקאיים, שהוחרגו לפני כן מהחוק. שינוי נוסף, המרכזי שבתיקון החוק, הוא קביעת סנקציות פליליות ועיצומים כספיים על מפירי החוק.⁴⁴ המוטיבציה לעשות כן הייתה ההבנה שביטול חוזה ההלוואה או שינויו אינם אמצעי המביא להרתעה מספקת משום שרק מיעוט המקרים מגיע לבתי המשפט, על רקע הנזק הרב שנגרם ללווים מהלוואות שאינן חוקיות.

³⁶ הסדרים אלה קוגנטיים במובן זה שלא ניתן להתנות עליהם לרעת הלווה, אך ניתן להתנות על הסדרים אלה לטובת הלווה. ראו ס' 17 לחוק האשראי.

³⁷ סיני דויטש "דיני הצרכנות בישראל: קווי מיתאר" מאזני משפט 11, 12 (2000) (להלן: דויטש "קווי מיתאר"); גלעד נרקיס וורד שידמן **חוק אשראי הוגן: הרפורמה בתחום האשראי החוץ בנקאי** 15 (2018). להרחבה על מהותו של חוק צרכני, ראו בפרק ג להלן.

³⁸ דברי ההסבר להצעת חוק הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות, התשנ"ג–1993, ה"ח 117 (להלן: דברי ההסבר).
³⁹ מונח זה מוגדר בסעיף 1 לחוק בתור "יחס שבין סך כל התוספות לבין הסכום שקיבל הלווה בפועל, בחישוב שנתי". הגדרה זו נועדה להתגבר על פרקטיקה של הבחנה מלאכותית בין הריבית לבין "תוספות" שונות שהגדרתן כרכיב מסוג זה, שאינו קרוי "ריבית", אפשר לעקוף את שיעור הריבית המרבי המותר לפי חוק.

⁴⁰ ס' 3 לחוק האשראי.

⁴¹ שם, בס' 6.

⁴² שם, בס' 8.

⁴³ שם, בס' 9.

⁴⁴ שם, בס' 15–15ה.

על עניין זה נאמר בוועדת החוקה, חוק ומשפט:

אנחנו נתקלים במצבים נוראיים, יש דוגמאות... שהיום אנשים משלמים את הריבית ולא מגיעים בכלל לקרן במשך שנים ארוכות באמצעים כמוכך לא שגרתיים, תוך הפעלת אלימות ואיומים על גבול הסחיטה. לעיתים מוגשים כתבי אישום כי ניתן להוכיח את עבירות הסחיטה ולעיתים לא, כי הדברים נעשים בצורות יותר מתוחכמות. אנחנו חושבים שאת כל הנושא הזה צריך לשים במישור הפלילי.. וכך לאפשר למשטרה ולפרקליטות גם את הכלי הזה במלחמה מול הלוואות בשוק האפור.⁴⁵

כמו כן החוק שינה את אופן חישוב הריבית המרבית שניתן לגבות, והעלות המרבית של האשראי היא אפוא ריבית בנק ישראל + 15%.⁴⁶ עוד נקבע שריבית הפיגורים תהיה חלק משיעור העלות הממשית של האשראי, בשונה מהמצב טרם התיקון לחוק, שבו רכיב זה הורג. שינוי זה מביא בפועל להגבלה רבה יותר של הריבית המרבית שמלווה רשאי לגבות. לסיכום חלק זה, ניתן לראות שהמחוקק ביקש לבצע הסדרה של שוק ההלוואות החוץ-בנקאי. המישור האחד הוא הסדרה מוסדית של שוק ההלוואות, כפי שהיא מתבטאת בחוק הפיקוח. המישור השני הוא הסדרה תוכנית של מערכת היחסים החוזית בין מלווה ללווה, המתבטאת בחוק אשראי הוגן, שעליה נוספו בתיקון משנת 2017 הסדרים המשפיעים על קבוצת המלווים שבה עסקינן, כמו קביעת סנקציות פליליות על מפירי החוק וקביעה שריבית הפיגורים היא חלק משיעור העלות הממשית של האשראי.

ב. תיווך הלוואות

תפקידו של מתווך הלוואות החוץ-בנקאיות, כפי שנזכר לעיל, הוא לקשר בין פרטים המבקשים ללוות כספים לבין גופים המספקים הלוואות – בדרך כלל נותני שירותי אשראי, ובמיעוט המקרים מלווים מוסדיים.⁴⁷ למחשבה על השם "מתווך" עלולה להתלוות אצל מי שאינם מכירים את תחום הלוואות החוץ-בנקאיות קונוטציה של "מאכער", הפועל באופן עצמאי ולא מאורגן. ברוב המקרים המציאות שונה. תיווך הלוואות הוא משלח יד לכל דבר ועניין. פעמים רבות נותני שירות זה יהיו מאוגדים כתאגיד. השירותים שיציעו יכוננו "ייעוץ כלכלי", "פתרונות פיננסיים", "סיוע בקבלת אשראי" וכיוצא באלו. אדם המבקש להיעזר בשירותי התיווך יוחתם על חוזה ויתבקש להעביר את נתוני האשראי שלו לידי המתווך.⁴⁸ על בסיס נתונים אלה יוכל המתווך לאתר הלוואה עבור הנעזר בשירותיו. כשתימצא הלוואה, ייגשו המתווך והלווה אל משרדי החברה המלווה, שם יחתמו על חוזה הלוואה. במקרים שכיחים פחות, לא יפגוש הלווה את החברה המלווה כלל, וכל הליך כריתת החוזה ייעשה אל מול המתווך. חברות התיווך נהנות ממעטפת של עורכי דין המנהלים עבורן את ההיבטים

⁴⁵ פרוטוקול ישיבה 366 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 6 (21.3.2017).

⁴⁶ ס' 1(1) לתוספת הראשונה לחוק האשראי.

⁴⁷ חלק מהנתונים בפרק זה מבוססים על מחקר איכותני שנתוניו נאספו בראיונות עומק פתוחים עם חמישה לווים שנטלו הלוואה בשוק החוץ-בנקאי באמצעות מתווך הלוואות; על שיחה שנערכה עם יהודה שלם, מנהל מקצועי ארצי של תחום כלכלת המשפחה במערך המענים "נושמים לרווחה" בארגון הג'וינט, ועל ניסיונו האישי של הכותב.

⁴⁸ ראו להלן ה"ש 50–53 והטקסט הסמוך להן.

המשפטיים הנדרשים, כמו עריכת חוזים, חתימה על שטרי חוב, ייפוי כוח וכיוצא באלה פעולות. התמורה המוענקת למתווך נקבעת בשתי דרכים עיקריות: הראשונה, כשיעור מכספי ההלוואה המתקבלת;⁴⁹ השנייה, כסכום קשיח הנקבע מראש.

מטבע הדברים, המבקש ללוות כספים יפעל להשגת התנאים הטובים ביותר עבורו, הנמדדים לפי כמה פרמטרים: שיעור הריבית, אורך תקופת ההלוואה, אפשרות פירעון מוקדם ועוד. יכולת המיקוח של הלווה בנוגע לתנאי הלוואתו תלויה במידה רבה בדירוג האשראי האישי שלו,⁵⁰ הנקבע כיום מכוח חוק נתוני אשראי, התשע"ו–2016, ובעבר נקבע לפי דירוגי אשראי פנימיים שיצרו הגופים הפיננסיים השונים.⁵¹ משמעות הדירוג היא "הערכת הסיכוי שלקוח יעמוד בפירעון התשלומים שבהם הוא מתחייב",⁵² או במילים אחרות, מידת הסיכון במתן האשראי.⁵³ ככל שדירוג האשראי של הלווה גבוה יותר, כך יעלה כוח המיקוח שלו ויתאפשר לו ללוות כספים בתנאים טובים יותר. בתיאור גס של הנעשה בשוק ההלוואות כיום לווים שלהם דירוג אשראי גבוה יפנו אל הבנקים, שם תנאי ההלוואה הנוחים ביותר; לווים שדירוג האשראי שלהם טוב פחות יפנו לגופים המוסדיים החוץ-בנקאיים, ואילו לווים שדירוג האשראי שלהם נמוך, יפנו לגופים חוץ-בנקאיים שאינם מוסדיים, שם תנאי ההלוואה יהיו טובים פחות, מה שמפצה על הסיכון שנוטלים הגופים המלווים. גם בתוך המערכת החוץ-בנקאית שאינה מוסדית קיים מדרג בנכונות להעמיד הלוואה לפי דירוג האשראי או לפי תנאי סף אחרים.⁵⁴ על כן הלווים מהגופים שבהם נתמקד ברשימה זו, נותני שירותי האשראי, הם אלו שדירוג האשראי שלהם נמוך. לפיכך פעמים רבות הם יחוו קשיים כלכליים.⁵⁵

חוזי תיווך הם בעלי חשיבות כלכלית רבה. כלכלת שוק מבוססת על סחר חליפין, שבאמצעותו מועברים משאבים לידי גורמים המעריכים אותם יותר מאחרים. כך, החברה נהנית משימוש יעיל במשאבים.⁵⁶ אולם ביצוע של עסקאות כרוך בעלויות עסקה, הכוללות בין היתר עלויות איסוף מידע; איתורו ובחירתו של הצד השני לעסקה; ניהול משא ומתן;

⁴⁹ כדי לסבר את האוזן נציין שהעמלה הממוצעת בחוזים שנסקרו כחלק מכתובת רשימה זו היא בת 5%.
⁵⁰ נתוני האשראי נגשים היום מכוח חוק נתוני אשראי, המאפשר לכל לווה להזמין את דוח הנתונים שלו ולהציגו למלווה. נתונים אלה מסופקים ממקורות מידע כמו הבנקים, הממונה על הליכי חדלות פירעון ושיקום כלכלי, חברות כרטיסי האשראי, הוצאה לפועל ועוד. אחת מתכליות נגישות הנתונים היא הגברת התחרותיות במתן אשראי. להרחבה, ראו יעל דהרי ונילי דבש-יהלום "המאגר הסטטיסטי על נתוני אשראי למשקי בית" **מבט סטטיסטי 2020** (בנק ישראל, החטיבה למידע ולסטטיסטיקה 2020); **נתוני אשראי: הקרדיט שמגיע לך** <https://bit.ly/3LsqOqt>.

⁵¹ "יתרונות השימוש במערכת נתוני אשראי" **נתוני אשראי: הקרדיט שמגיע לך** <https://bit.ly/3Ap1MT5>.

⁵² ס' 1 לחוק נתוני אשראי.
⁵³ דירוג זה משכלל כמה פרמטרים העוסקים במדורג, כגון אילו הלוואות נטל, מסגרות האשראי שקיבל מהבנק וחברות כרטיסי האשראי, היסטוריית התשלומים שלו המעידה על מוסר התשלומים, וכן אם יש נכסים שהוא שעבד אל מול ההלוואות. ראו "שאלות נפוצות" **נתוני אשראי: הקרדיט שמגיע לך** <https://bit.ly/3Ap29wX>.

⁵⁴ למשל, קיימים גופים המלווים כספים לעסקים בלבד ולא ללקוחות פרטיים. שתיים מחברות ה-P2P הן דוגמה לכך.

⁵⁵ עוד על מאפייני הלווים החוץ-בנקאיים, ראו בפרק ג להלן.
⁵⁶ איל זמיר "לקראת חקיקה של דיני התיווך" **ספר זיכרון לגד טדסקי: מסות במשפט אזרחי** 225, 226 (יצחק אנגלרד ואח' עורכים 1995) (להלן: "זמיר תיווך").

העלויות הקשורות לאי-הוודאות הכרוכה בקיום העסקה.⁵⁷ עם האמצעים להפחתת עלויות אלה יש למנות את השימוש במתווכים. בענייננו, ההיזקקות לשירותי התיווך לשם איתור הלוואה מובנת על רקע צירוף מאפייניהם של הלווים למאפייני שוק ההלוואות החוץ-בנקאיות. ראשית, קיים מספר גדול של נותני שירותי אשראי, שתנאי ההלוואה הניתנת בידיהם משתנה. הלווה, שלרוב יהיה נעדר יכולת הערכת מידע,⁵⁸ יתקשה למצוא מתוך נותני האשראי השונים את ההלוואה המשתלמת ביותר עבורו,⁵⁹ במיוחד בשל העובדה שאין קיים מנגנון המאפשר השוואה פשוטה ומהירה בין מלווים, ולכן הצורך להשגת המידע כרוך בעצמו בעלויות.⁶⁰ אומנם בעיה זו של קושי בהשוואה קיימת גם בקרב המלווים הבנקאיים, אך שם הבעיה קשה פחות, משום שהבחירה היא מתוך מספר מצומצם של מלווים, שבעה בנקים, המציעים תנאי הלוואה דומים יחסית;⁶¹ כמו כן הבנקים נגישים מבחינת מיקומם יותר מהמלווים החוץ-בנקאיים הפזורים ברחבי הארץ. נוסף על זה, החל מחודש מאי 2022 מפרסם בנק ישראל מדד המשווה את ריביות משקי הבית של הבנקים השונים – פרמטר נוסף המקל את ההשוואה.⁶² מסיבות אלה פנייה למתווך המכיר את שוק האשראי החוץ-בנקאי ומצוי ביחסי עבודה עם המלווים השונים מאפשרת ללווה להתגבר על קשיים אלו. שנית, תנאי הסף לקבלת הלוואה משתנים ממלווה למלווה, ועל כן לווים שנתונייהם מקשים עליהם במציאת הלוואה גם בשוק החוץ-בנקאי יפנו למתווך שידע לקשר אותם לגורמים המסוימים המסכימים להעמיד הלוואה ללווים בתנאיהם. כמו כן קיימת תופעה של פנייה למתווכים בידי לווים שלהם דירוג אשראי נמוך במיוחד, כדי שאלו יפעילו "קשרים" לשם העמדת הלוואה עבורם חרף מצבם. שלישית, המבקשים הלוואה צריכים להצטייד במסמכים שונים, שלעיתים הם מתקשים להשיגם או שאינם מבינים את תוכנם, ולכן התנהלות באמצעות מתווך המסייע בהכוונה בשלב זה נוחה יותר. רביעית, קיימים מלווים שמעניקים הלוואה באמצעות מתווכים בלבד. חמישית, בשל חשש הלווים מגורמים עברייניים המשמשים מלווים, פנייה למתווך נתפסת כבטוחה יותר, בהיותו גורם שידע לתווך ביניהם לבין נותני הלוואה שאינם מעורבים בפשיעה.

האמור לעיל מסביר מדוע עיקר המלווים הרלוונטיים לעניין תיווך ההלוואות הם דווקא נותני שירותי האשראי. כוונתנו היא שהסיבות המביאות לווים להזדקק לשירותי התיווך מתקיימות פחות מאשר אצל שאר המלווים. שאר המלווים, שעומם נמנים הגופים המוסדיים וחברות כרטיסי האשראי, מוכרים בציבור ונגישים לו. תנאי ההלוואה שלהם דומים יחסית. נוסף על זה, אין עולה החשש באשר למהימנות גופים אלה, הכפופים לאסדרה נוקשה. אשר

57. שם.

58. ראו בתת-פרק ג.1. להלן.

59. הוועדה לבחינת התחרות באשראי, לעיל ה"ש 10, בעמ' 16.

60. שם. בהקשר זה ראוי לציין שהפנייה למתווך כרוכה אף היא בעלות, שכן עבודתו כרוכה בעמלה, אך השוני הוא שעמלה זו אינה משולמת מראש אלא מכספי ההלוואה, ולכן תשלום כזה נוח יותר ללווה, שברוך כלל אין ברשותו הון כספי נזיל.

61. ראו למשל את מדד בנק ישראל לריביות על משקי הבית ("השוואת ריביות על פיקדונות ועל אשראי: ריביות משקי הבית" בנק ישראל <https://tinyurl.com/interestratescompare>). בולטים במיוחד הנתונים הדומים אלה לאלה של בנק הפועלים ובנק לאומי, שהם שני הבנקים הגדולים בישראל, המחזיקים כ-60% מנכסי כלל המערכת הבנקאית לאורך שנים רבות. ראו הוועדה להגברת תחרות, לעיל ה"ש 14, בעמ' 13.

62. מדד בנק ישראל לריביות על משקי הבית, שם.

לגופי הלוואות העמיתים (P2P), מדובר בגופים שבהגדרה פועלים ברשת,⁶³ וכל הליך בקשת ההלוואה ואישורה נעשה ברשת.⁶⁴ לכן הצורך בגורם ביניים שיתווך בין הלווים למלווה פחות. כמו כן משום שגופים אלה מקשרים בין מלווים רבים ולא מזוהים ללווה, שזהותו אינה ידועה למלווים,⁶⁵ ומשום שכספי המלווים מפוזרים בין לוויים רבים ואינם מוקצים להלוואה מסוימת,⁶⁶ אין קיים החשש שהמלווה יפעל בדרכים לא חוקיות לגביית הלוואתו, מה שמפחית את המוטיבציה לפנייה למתווך. גם השפעתו האישית של מתווך על ההלוואה ותנאיה פחותה משום שמדובר במערכת ממוחשבת הקובעת את הזכאות להלוואה ואת תנאיה.

משום שתחום תיווך ההלוואות אינו מוסדר בישראל, אין נתונים רשמיים עליו. אולם בחינה של נתונים מחו"ל עשויה לשפוך אור על היקפו ועל דינמיקת ההתנהלות בו. בארצות הברית שוק תיווך ההלוואות מגלגל 13.5 מיליארד דולר בשנה,⁶⁷ כשמדובר בשוק המצוי בתנופת צמיחה ניכרת.⁶⁸ באנגלייה, נכון לשנת 2018, קיימים יותר מ-30,000 עוסקים בתיווך הלוואות, מה שהופך את תיווך ההלוואות לסוג הרישיון הנפוץ ביותר באנגלייה בתחום מתן האשראי.⁶⁹ בשנת 2014 הוקמה באנגלייה האסדרה על מתווכי ההלוואות, בשל תלונות רבות שעניינן פרקטיקות מטעות, הונאה וחוסר שקיפות.⁷⁰ נתון זה תואם את דפוסי ההתנהלות של מתווכים שיוצגו בהמשך.

מחקר איכותני שנערך כחלק מכתבת רשימה זו העלה שבקרב המרוויינים שימוש בשירותי מתווך ההלוואות כדי לאתר הלוואה מנותני שירותי אשראי הוא נפוץ, בעיקר בקרב מי שבבעלותם נכס הניתן לשעבוד, ולכן סביר מאוד שמסורב אשראי שבבעלותו נכס ימצא את עצמו בשלב מסוים אצל מתווך הלוואות מסוג זה. לעומת זאת עלה שלווים שאין בבעלותם נכס נוטלים הלוואות בעיקר מגורמים עברייניים, שמטבע הדברים אינם בעלי רישיון למתן אשראי. למתווכים חלק גם בתיווך הלוואות מסוג זה.⁷¹ ניתן לשער שמגמות אלה משתקפות, במידה כזו או אחרת, גם בקרב הציבור הרחב בישראל, אם כי קיים קושי לקבוע זאת בהיעדר מחקר כמותני בנושא.

⁶³ שיטת פעולתם המקוונת נובעת מהגדרתם של גופים אלו בסעיף 25 לחוק הפיקוח: "מערכת מקוונת הפועלת באמצעות רשת האינטרנט [...] המשמשת לתיווך בין מלווים ללווים לשם ביצוע עסקאות למתן אשראי ולתפעולן של עסקאות כאמור". ראו גם הלוואות בין עמיתים, לעיל ה"ש 11, בעמ' 159.

⁶⁴ שם, בעמ' 174.

⁶⁵ שם.

⁶⁶ שם, בעמ' 171.

⁶⁷ NICK MASTERS, LOAN BROKERS IN THE US 4 (2019).

⁶⁸ שם, בעמ' 5.

⁶⁹ FIN. CONDUCT AUTH. (FCA), IMPACT OF CREDIT BROKING REMUNERATION MODELS AT THE POINT OF SALE (2018), <https://tinyurl.com/sdwsfp9f>.

⁷⁰ FIN. CONDUCT AUTH. (FCA), CREDIT BROKING AND FEES 4 (2014), available at: <https://tinyurl.com/ycscbavj>.

⁷¹ ראו למשל ע"א 2625/02 נחום נ' דורנבאום, פס' 2 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ריבלין (נבו 1.3.2004); ת"א (מחוזי מר') 165/12 ברק נ' דלתא קפיטל גרופ בע"מ, פס' 4-2 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (נבו 21.7.2013) (להלן: עניין ברק).

בהמשך הרשימה נחשף לדינמיקה בין המתווכים ללווים באמצעות בחינת פסקי דין שנזכר בהם פועלם של המתווכים בעסקאות אשראי וכן באמצעות בחינת תניות חוזיות שנאספו מחוזי תיווך.

ג. קשיים בדין הנוהג

בפרק זה נמנה את הקשיים הקיימים בדין הנוהג, שתיווך ההלוואות אינו מוסדר בו. הדיון יתחלק לשלושה חלקים: תחילה נציג את דיני הגנת הצרכן ואת הרציונלים שביסודם ונטען שלא זו בלבד שהלווה החוץ-בנקאי הוא צרכן באופן מובהק, הוא אף צרכן שרציונלים אלה חלים בעניינו ביתר שאת. מסיבה זו הדין הנוהג, שאינו מסדיר ישירות את יחסיו עם המתווך, מביא בהכרח לפגיעה בזכויותיו; לאחר מכן נמחיש את נחיתותו של הלווה במערכת היחסים עם המתווך, באמצעות תניות חוזיות שקיבצנו מכמה חוזי מתווך-לווה; לבסוף נציג מגמה העולה מהפסיקה המלמדת על קושי מיוחד של הלווים במימוש זכויותיהם.

1. הלווה החוץ-בנקאי כצרכן

צרכן מוגדר מי "שקונה נכס או מקבל שירות מעוסק במהלך עסקו, לשימוש שעיקרו אישי, ביתי או משפחתי".⁷² הגדרת המונח "עסקה" היא "מכירת נכס ומתן שירות", ועוסק הוא "מי שמוכר נכס או נותן שירות דרך עיסוק, כולל יצרן". מהגדרות אלה עולה בבירור שבמערכת יחסיו עם המתווך הלווה הוא צרכן משום שהוא מקבל שירות – איתור הלוואה – מעוסק, הוא המתווך, לשימוש שעיקרו אישי או משפחתי. הלווה מוכר כצרכן מובהק אף בספרות.⁷³ דיני הצרכנות, שיש הרואים בהם אחד מענפי המשפט,⁷⁴ מבטאים את הצורך בהסדרת היחסים שבין עוסק לצרכן בראייה שונה מזו של דיני החוזים הכלליים, מתוך הכרה בנחיתותו של הצרכן בעסקאות אלה.⁷⁵ נחיתות זו מתבטאת בשלושה מישורים: ראשית, בחוסר השוויון בכוח המיקוח שלו לעומת העוסק. דיני החוזים מבוססים על הנחה של שוויון בין הצדדים, וביסודם עקרון חופש החוזים והאוטונומיה של רצון הצדדים. בשל בעיות של מבנה שוק הנחות אלו אינן מתקיימות בעסקאות צרכניות, ולכן יכולת הצרכן לניהול משא ומתן מוגבלת;⁷⁶ שנית, לצרכנים קיים קושי בשלב מימוש הזכויות. המשפט הפרטי דורש מהצרכן לנקוט יוזמה ולהגיש תביעה. בפני צרכנים עומדים קשיים המובילים לתת-אכיפה של הזכויות הצרכניות.⁷⁷ תחילה, שיקולי עלות-תועלת, הכוללים את עלות התביעה ואת סיכויי הצלחתה נגד גוף המיומן בתביעות, "שחקן חוזר" ובעל משאבים, מביאים לאדישות רציונלית. כך גם הוראות חוזיות מרתיעות שקובעים העוסקים, כמו פיצויים מוסכמים בשיעורים גבוהים

⁷² ס' 1 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981.

⁷³ אורנה דויטש מעמד הצרכן במשפט 380 (2002). מכל מקום, בדומה להגדרות אחרות במשפט, הגדרות צרכן ועוסק עשויות להשתנות בהקשרים שונים, לפי התכלית שביסוד ההסדר.

⁷⁴ סיני דויטש דיני הגנת הצרכן 7 (2001) (להלן: דויטש הגנת הצרכן).

⁷⁵ דויטש "קווי מתאר", לעיל ה"ש 37, בעמ' 12.

⁷⁶ ראו שם; דויטש מעמד הצרכן במשפט, לעיל ה"ש 73, בעמ' 87-98.

⁷⁷ Samuel Issacharoff, *Group Litigation of Consumer Claims: Lessons from the U.S Experience*, 34 TEXAS INT'L L. J. 135 (1999)

וסעיפי חילוט של מקדמות.⁷⁸ נוסף על זה, לעיתים קרובות הצרכן אינו מודע דיו לזכויותיו, ובשל כך אינו סובר שיש טעם בהיוועצות בעורך דין. יתר על כן, העוסקים קובעים בחוזה הוראות המגבילות גישה לערכאות שיפוטיות כתניות בורות וכן תניות המתנות על מקום השיפוט;⁷⁹ שלישית, הצרכן מצוי בעמדת חולשה אינפורמטיבית. העוסק הוא הקרוב יותר לשירות או לנכס שאותו הוא מספק, ולכן הידע שלו רב יותר. כמו כן העוסק נהנה מיתרון כמי ששומר את המסמכים הרלוונטיים להתקשרות. כן יש להזכיר את הפערים במידע המשפטי בין הצדדים. לעוסק ייעוץ משפטי הן בשלב ניסוח ההסכם והן בשלבים מאוחרים. בשונה מזה, הידע המשפטי אינו מצוי בדרך כלל אצל הצרכן, והוא נדרש לפנות לגורם מקצועי ולשלם על כך מכספו.⁸⁰

חולשות אלה של הצרכנים הביאו להסדרת שירותים מסוימים במתווה צרכני ייעודי חלף הסתפקות במשפט הפרטי הכללי, שאין ביכולתו לתת מענה הולם לצרכן. בישראל כמות נכבדת של חקיקה צרכנית.⁸¹ החוק המרכזי הוא חוק הגנת הצרכן, התשמ"א–1981 (להלן: **חוק הגנת הצרכן**), הקובע הסדרים שדי בהם להסדרת תחומי הצרכנות השגרתיים, כמו איסור הטעיה, מדיניות החזרת טובין וחובת כתב בחוזים אחידים מסוימים. ואולם, אין די בחוק זה כדי להסדיר תחומים צרכניים מורכבים יותר הדורשים התאמה ייעודית של הוראות החוק למאפייני התחום המוסדר. מסיבה זו קיימים חוקים צרכניים נוספים הנותנים מענה ליחסים הצרכניים הללו. אין נוסחה ברורה לשאלה מתי ראוי להסדיר תחום צרכני מסוים באופן פרטני, כקומה נוספת על הוראות המשפט הפרטי וחוק הגנת הצרכן.⁸² שאלה זו היא תולדה של השאלה העקרונית עד כמה דרושה הסדרה חקיקתית לחוזים מיוחדים נוסף על ההסדר המצוי בחוקי חוזים כלליים. יש לשקול הסדרה כזאת על יסוד בדיקת קיום צידוקים לכך. על המקרים המתאימים ניתן ללמוד מהנושאים המסורתיים של החקיקה הצרכנית, אך בעיקר באמצעות ניתוח של מקרים בולטים שאותן חולשות צרכניות נוכחות בהם, וניתן לראות את השפעתן לרעה בפועל. הנקודה החשובה לעניין זה היא שכל זמן שתחום צרכני שמתקיימות בו אותן חולשות צרכניות אינו מוסדר או מוסדר באופן שאיננו מספיק, אזי בהכרח מקופחות זכויותיהם של צרכנים. רעיון זה מובע במילים אחרות בדוח ליכט – "כתוצאה מכך המדינה למעשה אינה מגינה על ציבור שההגנה עליו חיונית".⁸³

בראי דיני החוזים, כאשר בוחנים אם להסדיר עסקה כלשהי באופן מיוחד, מקובל להביא בחשבון את השיקולים האלה:⁸⁴ א. עד כמה מורגש צורך להתערב באורח כופה בעסקה כדי להתגבר על כשלי שוק טיפוסיים, להגן על מתקשרים מפני עצמם וכדומה. ככל שצורך זה דומיננטי יותר, כך תגבר הדרישה להסדרה חקיקתית של יחסי הצדדים; ב. מהי דרגת ההומוגניות של העסקאות שאותן באים להסדיר. ככל שהשונות ביניהן רבה יותר, כך יקשה לקבוע להן הסדר אחיד שאינו ברמת הפשטה גבוהה מדי; ג. עד כמה ניתן להסתמך על הניסיון

78 דויטש מעמד הצרכן במשפט, לעיל ה"ש 73, בעמ' 105–106.

79 רע"א 5860/16 Facebook Inc נ' בן חמו (נבו) 31.5.2018.

80 דויטש מעמד הצרכן במשפט, לעיל ה"ש 73, בעמ' 116–117.

81 דויטש דיני הגנת הצרכן, לעיל ה"ש 74, בעמ' 297–298.

82 דויטש מעמד הצרכן במשפט, לעיל ה"ש 73, בעמ' 52–53.

83 דוח ליכט, לעיל ה"ש 6, בעמ' 5.

84 עיקרם לקוחים ממאמרו של זמיר "תיווך", לעיל ה"ש 56, בעמ' 234.

שהצטבר במשפטנו ובשיטות משפט אחרות – ככל שניסיון זה עשיר יותר, כן תהיה מלאכת החקיקה קלה יותר; ד. עד כמה החוזה שבו מדובר נפוץ וחשוב במציאות הישראלית; ה. המידה שבה ניתן למצוא מענה בדין הנוהג לקשיים שמעוררות עסקאות אלה; ו. עד כמה אותו חוזה מעורר בעיות משפטיות מיוחדות ובאיזו תדירות נדרשים בתי המשפט להתמודד עם בעיות אלה.

לאור שיקולים אלה יש מקום להסדר נפרד ומיוחד לחוזי תיווך הלוואות. ראשית, קיים צורך רב להתערב באופן כופה בעסקה, משום שתחום תיווך הלוואות הוא מקרה בולט שבו נוכחות החולשות הצרכניות. לווים חוץ-בנקאיים מצויים, מבחינת גישתם לידע, למשאבים ומבחינת יכולותיהם הכלכליות והמשפטיות, ברף התחתון של הצרכנים. חולשות אלה מתורגמות בפועל לשלוש קטגוריות עיקריות כשהן נבחנות בהקשר של יחסי הלווה והמתווך. התחום הראשון עניינו התלות של הלווה במתווך. תלות זו נובעת מאותם מאפיינים שמביאים לווים מלכתחילה לפנות למתווכים, ועליהם עמדנו בפרק ב. הלווים הפונים לשירותי התיווך מאופיינים בדירוג אשראי נמוך, ולכן הם מתקשים לקבל הלוואה מהמערכת הבנקאית או מגורמים חוץ-בנקאיים אחרים. הזכרנו שקיים קושי ממשי בנגישותם של נתני שירותי האשראי השונים הפזורים ברחבי הארץ, ושאינן קיים מנגנון המאפשר להשוות בין המלווים השונים, הן מבחינת דירוג האשראי המינימלי שהם דורשים כדי להעמיד הלוואה והן מבחינת תנאי הלוואה שתוצע. כן עמדנו על החשש מהלוואה מגורמים עבריינים המביא לווים לפנות אל מתווכים. כל אלו יוצרים תלות של הלווה במתווך, ולכן הוא מצוי בעמדת כוח המאפשרת לו לתמרן את הלווים לפי האינטרסים שלו, בלי שללווים תהיה יכולת מיקוח ממשית.

התחום השני עניינו נכונותם של הלווים ליטול הלוואה בתנאים שאינם טובים. קיימות כמה סיבות המביאות לווים להסכים להלוואה בתנאים כאלה. סביר כי פעמים רבות לווים מגיעים למתווך לאחר שכשלו באיתור הלוואה בעצמם.⁸⁵ פנייה למתווך עשויה להיות המוצא האחרון שלהם לקבלת הלוואה, משום שנתני שירותי האשראי שאיתם המתווכים עובדים הם המקילים ביותר בדרישות דירוג האשראי.⁸⁶ עוד יש לזכור, שקיים אלמנט של דחיפות בהלוואות אלה, המקטין עוד יותר את יכולת התמרן של הלווים: לווים הפונים לקבלת הלוואה בתנאי שוק שאינם טובים צריכים את הכסף לצרכים דחופים ומידיים,⁸⁷ שכן הם בוחרים באפשרות זו על פני חיסכון הדרגתי של כסף או המתנה לכך שדירוג האשראי שלהם ישתפר, ואז יוכלו ליטול הלוואה בתנאים נוחים יותר. כפי שעולה מהפסיקה, פעמים רבות צרכים אלה הם פירעון חובות, ובשל כך אותה דחיפות ברורה.⁸⁸ נוסף על זה, הלווים חשופים להטיות קוגניטיביות שעלולות להביא אותם להסכים לתנאי הלוואה רעים מבחינתם.⁸⁹

⁸⁵ הדבר נובע מכך שמטבע הדברים לווים אלה פונים קודם כול לגופים המוכרים והנגישים, בדרך כלל בנקים, שכאמור דירוג האשראי שהם דורשים גבוה יותר, ולכן אין הלווים הללו מצליחים לקבל מהם הלוואה.

⁸⁶ ע"א 9136/02 מיסטר מאני ישראל בע"מ נ' רייז, 14 (נבו 21.3.2004). כן ראו דברי ההסבר, לעיל ה"ש 38.

⁸⁷ עניין רייז, לעיל ה"ש 86, בפס' 13 לפסק הדין של השופט ריבלין.

⁸⁸ לדוגמאות לפסקי דין כאלה, ראו בהמשך פרק ג להלן.

⁸⁹ הטיה ראשונה מכונה "אפקט הוודאות" (Certainty effect), ולפיה אנשים נוטים לייחס משקל לא מספיק לתוצאות שאינן ודאיות לעומת המשקל שניתן לתוצאות ודאיות. בענייננו קבלת כספי הלוואה היא תוצאה ודאית, ואי-יכולת פירעון הלוואה היא תוצאה שאינה ודאית, במיוחד בשל מועדה העתידי. ראו עמוס טברסקי "הפסיכולוגיה של החלטה ושיפוט" רבעון לכלכלה 327 (1997) Yoram Halevy, *Strotz Meets*;

מניסיון שנצבר במערך המענים "נושמים לרווחה במרכז עוצמה ותוכניות הסיכון" של משרד הרווחה והביטחון החברתי,⁹⁰ אחד המאפיינים של אנשים הטרודים בחובות הוא "חשיבת מנהרה", קרי, התמקדות בבעיה הקונקרטית הניצבת בפניהם (החוב שיש לשלם) כאשר כל נושא אחר "נופל" מחוץ למנהרה. מתווכי ההלוואות, שנתפסים בעיני הלווים כמי ש"מצילים" את המצב, מודעים למאפיין זה של הלווים, ומנצלים אותו על מנת להוביל את הלווים לחתימה על ההסכם. אחת מהדרכים שבהן הם עושים זאת, היא ליצור מצג שביכולת ההלוואה לפתור את כל הצרות ברגע. לפיכך פעמים רבות מוצע ללווים מימון רב מזה שהם ביקשו. כך גם תיארה זאת אחת מהמשפחות שעזמה שוחחנו: סכום הכסף הגדול שמגיע אליהם ברגע, העטוף בהבטחות שונות, הוא פיתוי גדול לאנשים במצבם מכדי שיתעמקו בכדאיות העסקה. כל אלה מביאים את הלווים להסכים להלוואה בתנאים שאינם לטובתם. לצד קשיים אלה קיים לעיתים קושי בסיסי יותר – הלווים אינם מודעים לכך שתנאי של ההלוואה המתווכת להם אינם לטובתם. הלווים סובלים מנחיתות אינפורמטיבית מהותית משום שמידע עולה כסף. למשל, היועצות בעורך דין שיבחן את תנאי חוזה ההלוואה כרוכה בעלות. עלות זו גדלה כשיש לבחון כמה חוזים מכמה מלווים שונים, כאשר תנאי החוזה הראשון למשל נמצאים כלא מתאימים ללווה. לכן במקרים רבים הלווים לא ידעו כלל שתנאי של ההלוואה אינם טובים. מהפסיקה עולה שמתווכים מנצלים את הקשיים הללו ומפנים את הלווים לגופים הנותנים אשראי בתנאים שאינם חוקיים או למצער בתנאים שאינם מתאימים להם בעליל.⁹¹

התחום השלישי הוא יכולת מימוש זכויותיהם של הלווים. הלווה חווה קושי במימוש זכויותיו בערכאות שיפוטיות. הידיעות שיפוטיות היא יקרה, ובשל העובדה שהחתך הכלכלי של לווים אלה נמוך, יש בכך מכשול רציני המקשה גישה לערכאות. יתר על כן, סקירת הפסיקה מעלה קושי נוסף בגישה לערכאות, ולפיו גם כאשר לווים מגישים תביעה, היא מוגשת נגד המלווה ולא נגד המתווך; נרחיב על סוגיה זו בהמשך. המתווך, המודע למאפיינים אלה, יחשוש פחות ממיצוי הדין עימו מצד הלווה. בעובדה זו יש כדי להגדיל את הסיכוי שהוא ינצל את חולשת הלווה.

שנית, שיקול נוסף להסדרה מיוחדת של תיווך ההלוואות הוא דרגת ההומוגניות הגבוהה של חוזי התיווך – מדובר בעסקאות טיפוסיות שתוכנן דומה, וכך גם דומים מאפייניהם של הצדדים לעסקה. שלישית, בשיטות משפט זרות מצוי ניסיון שבו מוסדר תחום זה, שעליו ניתן להסתמך, כפי שיפורט בפרק החמישי ברשימה זו. מלבד זאת, ניתן להיעזר גם בניסיון שנצבר בתחומי תיווך אחרים שמוסדרים, כמו תיווך מקרקעין. רביעית, חוזה תיווך ההלוואה הוא חוזה חשוב במציאות הישראלית, שכן בשל דירוגי האשראי רבים אינם מסוגלים ללוות כספים מבנקים, ולכן הם פונים לשוק החוץ-בנקאי, בין היתר באמצעות מתווך, בייחוד כשפעמים

Allais: Diminishing Impatience and the Certainty Effect, 98 AM. ECON. REV. 1145 (2008). הטיה נוספת היא הטיית האופטימיות, המביאה לווה לחשוב שביכולתו לפרוע את ההלוואה חרף תנאיה. להרחבה ראו TALI SHAROT, THE OPTIMISM BIAS: A TOUR OF THE IRRATIONALLY POSITIVE BRAIN (2012).

⁹⁰ המידע מבוסס על שיחה עם יהודה שלם, מנהל מקצועי ארצי של תחום כלכלת המשפחה במערך המענים "נושמים לרווחה".

⁹¹ ראו דוגמאות בתת-פרק 3.ג. להלן.

רבות הפנייה למתווך היא המוצא האחרון שיש ללווה הזקוק לפתרון תזרימי, ולכן קיים אינטרס ציבורי רב בהבטחת עיצוב ראוי של חוזה התיווך. כמו כן היקף ההלוואות שמעמידים נותני שירותי האשראי מוערך בכעשרות מיליארדי שקלים בשנה.⁹² מדובר בתחום המשפיע על מספר לא מבוטל של משקי בית. הדבר נלמד הן מהיקף ההלוואות כאמור והן מהעובדה שמספר מסורבי האשראי בישראל גדול – בשנת 2015 הראו נתונים מועדת הכלכלה של הכנסת שמדובר על 10% מהאוכלוסייה, כלומר קרוב למיליון תושבים.⁹³ פעילות המתווכים בשוק מרכזי ומשפיע כזה מגבירה את חשיבות ההסדרה של חוזה תיווך ההלוואות. חמישית, אנו סבורים שאין ההסדרים הכלליים שבמשפט הפרטי, חוק החוזים האחידים, או כל חוק צרכני אחר הקיים כיום מספקים, לבדם, פתרון ראוי עבור הלווים, תחילה, ועיקר, משום שהסדרים אלה דורשים לנהל הליך בבית משפט. לרובם המוחלט של הלווים אין האמצעים הכלכליים והנפשיים לנהל הליך מסוג זה: תשלום לעורך דין הוא הוצאה נכבדת; הסיכון שיפסידו ויושתו עליהם הוצאות הוא אבן נגף גדולה; נוסף על זה, בשל חוסר הגישה למידע, פעמים רבות אין הלווים מודעים לכך שיש להם עילת תביעה, כמתואר לעיל. כמו כן יישום הכלים הכלליים שבמשפט הפרטי, שאינם עוסקים ישירות בתיווך ההלוואות, בהיותם סטנדרטים, נעשה בחלקו בדיעבד,⁹⁴ לאחר התגבשות עילת התביעה נגד המתווך, ואילו הסדרה של תחום התיווך ראוי שתפעל גם מראש באמצעות השפעה על תוכן החוזה הנכרת בין המתווך ללווה באמצעות הסדרים קונקרטיים בצורת כללים, משום שהשפעה על תוכן החוזה מראש מתמקדת בנקודות התורפה של הלווים בחוזה תיווך אלה ובכך מגינה על הלווה בצורה טובה יותר וכן מונעת סכסוכים משפטיים בשל היות זכויות הצדדים לחוזה ברורות יותר ומייתרת אפוא גישה לערכאות.

לסיכום תתפרק זה, ניתן לראות שתחום ההלוואות החוץ-בנקאיות הוא תחום צרכני, אחד מאותם מקרים בולטים שבהם החולשות הצרכניות נוכחות מהותית. כפי שהוצג בפרק זה ויומחש להלן, קשיי הלווים מתבטאים בשני מישורים (בעלי השפעה הדדית, שלעיתים קשה למתוח את הגבול ביניהם): תוכן התניות המופיעות בחוזה התיווך (חוסר השוויון בכוח המיקוח; בעיות מידע של הלווים; נכונותם של הלווים ליטול הלוואה בתנאים שאינם טובים) והקושי של הלווים לאכוף את זכויותיהם בבית המשפט (קושי בגישה לערכאות, ולהלן, תת-אכיפה על מתווכי ההלוואות). ודוק, כפי שהראינו, המחוקק עצמו הכיר בכך שמאפייניהם של הלווים הללו, בהקשר של יחסיהם עם המלווים, מצדיקים אסדרה רחבת היקף שתגן על זכויותיהם. מצב שבו תחום תיווך ההלוואות איננו מוסדר, הוא מצב של הסדרה חלקית של

⁹² בשנת 2015, טרם הסדרת התחום, הוערכה הפעילות הכלכלית במתן הלוואות בידי הגופים שהיום נקראים נותני שירותי אשראי בשווי של בין 20–30 מיליארד שקלים בשנה (דוח ליכט, לעיל ה"ש 6, בעמ' 4). זו הייתה הערכה בלבד, משום שלא הייתה אז חובת רישוי, ולכן היה קשה להפיק סכום מדויק. בקשה לחופש המידע שהפניתי בדצמבר 2021 לרשות שוק ההון, ביטוח וחיסכון, המאסדר האחראי על תחום זה, העלתה שאין קיימים בידיו פרטים החשובים לציבור שעניינם היקף ההלוואות הניתנות בידי נותני שירותי האשראי, וכן גם לא מידע על ההיקף הכללי של ההלוואות הניתנות בידי כלל הגופים שבפיקוחו. מכל מקום, היות שהיקף האשראי בשוק האשראי החוץ-בנקאי בעלייה, סביר להניח שהמספרים גדולים יותר כיום.

⁹³ פרוטוקול ישיבה 70 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-20, 7, 20 (28.10.2015).

⁹⁴ מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת-המשפט של החקיקה" משפטים יז 328, 321 (1987).

שוק ההלוואות החוץ-בנקאי,⁹⁵ ולפיכך מביא בהכרח לפגיעה בזכויותיהם של לוויים, ועל כן ראוי לשנותו.

2. המחשת נחיתות הצרכנים במשא ומתן החוזי

ברצוננו לפסוע צעד נוסף מהמישור התאורטי ולהמחיש, בכמה דוגמאות, כיצד נחיתות הלוויים שתיארנו מתממשת בפועל. לשם כך קיבצנו כמה תניות חוזיות מתוך חוזי תיווך אמיתיים. אלה יראו כיצד נחיתות הצרכן בדינימיקה שבין הלווה למתווך ההלוואות מנצלת.

(א) תניות בלעדיות

מהותה של תניית בלעדיות בתיווך הלוואות היא הסמכה בלעדית של המתווך לפעול לקבלת הלוואה.⁹⁶ התקשרות עם מתווך אחר או קבלת הלוואה ממקור אחר יהיו הפרה של הסכם הבלעדיות, שיביא לחיוב הלווה בפיצוי מוסכם. הקושי העיקרי שמצאנו בתניות אלה הוא שהן נקבעות לעיתים ללא מגבלת זמן. אם המתווך מצליח להעמיד לטובת הלווה הלוואה שמתאימה לו בתנאיה, בפרק זמן סביר, אין התניה מעלה קושי, שהרי זוהי התוצאה המבוקשת, וממילא אין נדרש הלווה למתווך אחר או להלוואה אחרת. לצד זאת קיימות שתי אפשרויות אחרות. בראשונה המתווך מצליח לאתר הלוואה, אך היא אינה מתאימה בתנאיה ללווה. בשנייה, המתווך אינו מצליח לאתר הלוואה אף שחולפים כמה חודשים או שנים, או שהוא מצליח לאתר הלוואה שתנאיה טובים אך בפרק זמן שאינו סביר בנסיבות של הלווה הספציפי. ראוי להדגיש כאמור שלרכיב הזמן עשויה להיות חשיבות רבה, ושהפנייה לנותני שירותי אשראי, מטבעה, מעידה פעמים רבות על צורך מידי באשראי.

בשני מקרים אלה, בהתעלם מהאפשרות לפנות לבית המשפט, הלווה ניצב מול שתי אפשרויות גרועות: הראשונה, לשלם את הפיצוי המוסכם למתווך, שעלול להגיע לשיעור של עשרות אלפי שקלים. תשלום סכום כזה עלול לפגוע קשות בלווה; השנייה, האפשרות רק אם נמצאה הלוואה כלשהי, היא ליטול הלוואה שאינה מתאימה בתנאיה ללווה. סביר להניח שבחירה באפשרות זו תביא במרוצת הזמן להידרדרות מצבו הכלכלי של הלווה, בשל אי יכולתו לפרוע אותה. ומה באשר לאפשרות לפנות אל בית המשפט? אפשרות זו, ברוב המקרים, אינה ריאלית. הסיבה הראשונה לכך היא, כפי שצינו לעיל, שניהול הליך משפטי כרוך בעלויות. ללוויים אלה אין כסף לנהל הליך כזה, במיוחד מול חברה הרגילה בהליכים משפטיים דרך שגרה. סיבה נוספת היא שגם לו היה הלווה יכול לנסות לממן הליך משפטי לעיתים אין הוא מודע לאפשרות זו: כשהוא קורא את לשון החוזה בדיעבד, ברור לו שהוא חתם על בלעדיות וברור לו שהחוזה קובע תשלום כספי על הפרת בלעדיות זו. אומנם ביכולתו של בית המשפט לקבוע את בטלותה של תניה זו או את פקיעתה, אך בהיעדר ידע משפטי, המחשבה האינטואיטיבית של הלווה היא שבית המשפט לא יוכל לסייע במקרה של חיוב כה ברור, ולכן אפשרות ניהול ההליך המשפטי אינה עולה על דעתו. כמו כן בניהול הליך משפטי כזה קיים חוסר ודאות, משום שמדובר על פירוש תניה חוזית שלא הוגדרה באופן מספיק.

⁹⁵ כפי שיפורט בפרק ד להלן, הדין כיום כולל הוראות חוק המסדירות את היחסים בין הלווה ללווה, אולם אין הוראות חוק המסדירות את היחסים בין מתווך ללווה.

⁹⁶ על הסדרי בלעדיות בהקשר של הגבלים עסקיים, ראו דיויד גילה "חוזים המגבילים תחרות, הגבלים עסקיים, ומנופולין" חוזים כרך ג 635, 658 (דניאל פרידמן ונילי כהן עורכים 2003).

במקרה כזה בית המשפט יכול ליצוק כמה תכנים אפשריים לתניה, ולכן החלטתו אינה צפויה. גם עובדה זו מקטינה את הסיכוי שהלווה אכן יפנה למישור המשפטי. ראוי לציין שתניות בלעדיות מוכרות מתחום תיווך המקרקעין. המחוקק היה ער לבעיות שיוצרות תניה כזו, ולכן קבע בחוק המתווכים במקרקעין הוראה קוגנטית, היוצרת מגבלת זמן עליונה לתניות בלעדיות.⁹⁷

(ב) הגדרת חובות המתווך

עניינו של מקרה זה הוא השאלה אימתי ייקבע שהמתווך מילא את חובותיו, והוא זכאי אפוא לתשלום עמלת התיווך. קיימות שתי אפשרויות עיקריות: זכאות לתשלום רק בהחלטת הלווה לחתום על חוזה הלוואה או זכאות לתשלום לאחר שהמתווך הביא ל"אישור עקרוני של ההלוואה",⁹⁸ כלומר עצם מציאת מלווה המסכים להעמיד הלוואה מסוימת עבור הלווה, גם אם הוא בוחר שלא ליטול אותה. האפשרות הראשונה אינה מקפחת את זכויותיו של הלווה, משום שהוא יחויב בתשלום רק אם ההלוואה שנמצאה מתאימה לו לדעתו בתנאיה. כן מנגנון זה יתמרץ את המתווך לאתר עבורו את ההלוואה הטובה ביותר שיש לאל ידו לאתר. אך לא כך באשר לאפשרות השנייה. כאשר הזכאות לתשלום נעשית כבר באישור עקרוני של ההלוואה, נוצרת בעיית נציג ברורה:⁹⁹ המתווך ירצה לאתר הלוואה כלשהי עבור הלווה, בהתעלם, ולכל הפחות בייחוס משקל חסר, לתנאיה ולהתאמתה לו. גם במקרה זה הלווה ניצב בפני הטרילמה שנזכרה לעיל: תשלום כספי התיווך ללא נטילת ההלוואה, נטילת הלוואה שאיננה מתאימה לו או פנייה לבית המשפט.

(ג) תניית ברורות

מוסד הבוררות מאפשר לצדדים לחוזה להיזקק להליך מהיר ויעיל לפתרון המחלוקת ביניהם, לעומת הידיינות בבית המשפט – הצדדים לבוררות אינם עומדים בתור עם שאר המדיינים בערכאה השיפוטית. כן הבוררות מאפשרת לשמור בסודיות את תוכנו של הסכסוך ואת ההכרעה בו, ואף להעמיד הכרעה זו על שיקולי צדק והגינות שאינם נעוצים בהכרח בשיקולי משפט, לשם השגת פתרונות צודקים למחלוקת.¹⁰⁰ סיבה נוספת לפנות לבוררות היא האפשרות למנותבורר בעל ידע בסוגיות משפטיות הדורשות מומחיות מיוחדת שאינה מצויה בקרב השופט הממוצע. כשנקבעת תניית ברורות בהסכמי תיווך הלוואות עולה החשש שתכליתה שונה – סיכול גישת הלווים לערכאות.¹⁰¹ הסיבה לכך היא שבוררות יקרה במידה ניכרת מבירור תביעה בערכאות הרגילות, ובשל כך היא מהווה חסם בפני תקיפת תניות החוזה. ניתן כמובן לטעון לבטלות התניה במערכת המשפט הרגילה, אך מלבד העובדה שנקבע בפסיקה שהנטל לביטול תניית ברורות כבד גם כשמדובר על חוזה אחיד,¹⁰² ומקל

⁹⁷ ס' 9(ב) לחוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו-1996. ראו דיון בנושא בפרק ה להלן.

⁹⁸ זהו הנוסח השכיח שעלה מחוזי ההלוואה שנסקרו כחלק מכתבת רשימה זו.

⁹⁹ על בעיית הנציג, ראו Sanford J. Grossman & Oliver D. Hart, *An Analysis of the Principal-Agent Problem*, in FOUNDATIONS OF INSURANCE ECONOMICS (Georges Dionne & Scott E. Harrington eds., 1992).

¹⁰⁰ רע"א 3680/00 גמליאלי נ' מגשימים כפר שיתופי להתיישבות חקלאית בע"מ, 608 (נבו 22.9.2003).

¹⁰¹ על מעמדה החוקתי של זכות הגישה לערכאות, ראו יורם רבין ואלון רודס "זכות הגישה לערכאות כזכות אדם וכעקרון מסד על-חוקתי" משפט ועסקים כו (צפוי להתפרסם ב-2022).

¹⁰² ישראל שמעוני דיני בוררות – אופק חדש בבוררות 155 (מהדורה שניה 2014).

וחומר בחוזה שנכרת לאחר משא ומתן, התניה היא משוכה נוספת שעל התובע לעבור. צירוף עובדה זו לקשיים הקיימים של לווים בניהול תביעה מלמד שתניה כזאת מקשה מהותית ניהול הליך משפטי.

(ד) זהות המלווה

במקרה זה הקושי אינו בתוכן הפוזיטיבי של התניה אלא בתוכן שחסר בה. חשיבות זהותו של נותן ההלוואה רבה בשל מעורבותם של גורמים עברייניים בשוק ההלוואות החוץ-בנקאיות. מסיבה זו ללוים רבים חשובה הידיעה שהם נוטלים הלוואה מגוף מוכר או מגוף הקשור לגוף מוכר.¹⁰³ כאמור, זו אחת מהסיבות לפנייה למתווכים מראש. פרקטיקה קיימת היא שהמתווכים טוענים בעל פה שההלוואה תינתן בידי גורם מסוים, אך הדבר אינו מעוגן בחוזה ההלוואה, וכך יכול המתווך להתנער בהמשך הדרך מהתחייבותו למקור הלוואה מסוים אגב היצמדות דוקנית ללשון החוזה. במקרים אלה הלווים עלולים לגלות בדיעבד, בדרך כלל לאחר פיגור בתשלומים, שהתקשרו בחוזה הלוואה עם גורמים מפוקפקים.

(ה) תנאי ההלוואה

בשונה מהדוגמאות שנסקרו לעיל, תת-סעיף זה אינו עוסק בתניות חוזיות בחוזה מתווך-לווה, אלא בתוכן תנאי ההלוואה שמאותרת בידי המתווך. כפי שנסקרו להלן, מהפסיקה עולה שמתווכים מעורבים בתיווך הלוואות שאינן חוקיות, כלומר המנוגדות לחוק אשראי הוגן או לחוק הפיקוח. מובן שבעשותם כן הם פוגעים בלקוחותיהם, משום שהחוקים הללו יוצרים הסדרים המגינים על לווים. תיווך הלוואה שאינה חוקית אף הוא ניצול של נחיתות המלווה, שאינו מודע להיותה של ההלוואה שעליה הוא חותם מנוגדת לחוק, או למצער נאלץ להסכים לה אף שהוא מודע לכך.¹⁰⁴ למתווך היכולת להפנות את הלווה למלווים הפועלים באופן חוקי, ובחירתו להפנות את לקוחו אל מלווים שאינם כאלה היא החומרה שבמעשיו. לא למותר להזכיר שמבחינת האינטרס הצר של המתווך תנאי ההלוואה המתקבלת בידי הלווה אינם חשובים, שכן כספי התיווך משולמים מייד עם קבלת ההלוואה, ובדרך כלל כנתח מההלוואה עצמה. לכן אי-פירעון ההלוואה במרוצת הזמן בשל תנאיה אינו פוגע במתווך, ובעיית הנציג שנזכרה מתקיימת במלוא עוצמתה.¹⁰⁵

3. תת'אכיפה כלפי מתווכי ההלוואות

עמדנו לעיל על תת-האכיפה המאפיינת את הצרכן ככלל, ועל קיומה ביתר שאת במקרה של הלווה החוץ-בנקאי. נוסף על אלה, בחינת הפסיקה בנושא תיווך ההלוואות מעלה קושי נוסף

¹⁰³ קיימים נותני שירותי אשראי שהכספים שהם מלווים מקורם בהלוואה שהם עצמם נוטלים, מגופים מוסדיים. לכן בשל עבודתם המשותפת עם גוף מוסדי הם נחשבים למלווים אמיתיים יותר.

¹⁰⁴ כוונתנו היא למקרים שבהם רק לאחר המפגש עם המלווה מבין הלווה את אופייה הלוא חוקי של ההלוואה. במקרים מסוג זה עלולה להיות ללווה נטייה להסכים בכל מקרה בשל הבעיה של עלויות שקועות – הלווה כבר הגיע לפגישה, לעיתים לאחר נסיעה ארוכה ולעיתים לאחר שפינה את זמנו במיוחד לכך; הושקעו מאמצים באיתור מתווך; הושקע זמן בהמתנה למפגש עם המלווה. על עלויות שקועות, ראו Hal R. Arkes & Catherine Blumer, *The Psychology of Sunk Cost*, 35 ORGAN. BEHAV. HUM. DECIS. PROCESS. 124 (1985).

¹⁰⁵ ראו לעיל ה"ש 99 והטקסט הסמוך לה.

לעניין הגשת תביעות מצד הלווים. התמונה הכללית העולה מבחינת פסקי הדין שהוגשו נגד מתווכים היא שקיימים מעט מאוד כאלה. לנתון זה עשויים להיות הסברים שונים, ולכן אין הוא בבחינת אסמכתה מספקת לקיום תת-אכיפה. כלומר, אומנם מיעוט תביעות יכול ללמד על תת-אכיפה, אך מנגד הוא עשוי ללמד על המסקנה ההפוכה, ולפיה היחסים בין מתווכים ללווים גורמים רק למעט סכסוכים. אציין שקיימים כמה טעמים להניח שמדובר באפשרויות הראשונה: ראשית, עמדנו לעיל על קשיים שבתניות בחוזי תיווך הלוואות, קשיים שמטבע הדברים היה בהם כדי להצמיח סכסוכים משפטיים, במיוחד כאשר מדובר בחוזים עסקתיים וחד-פעמיים, שבהם אין הצדדים צופים הסתברות גבוהה שישובו ויזקקו זה לזה. מסיבה זו מערכת התמריצים הלב-משפטיים להתחשבות הדדית ולגמישות היא חלשה מחוזי יחס שבהם הצדדים שותפים למערכת יחסים ממושכת או חוזרת ונשנית;¹⁰⁶ שנית, כאמור, תת-אכיפה היא בעיה מוכרת בקרב צרכנים, ובמיוחד בקרב הלווים שבהם עסקינן; שלישיית, כפי שיורחב להלן, תיווך הלוואה שאינה חוקית בידי מתווך, כשלעצמו, יצמיח בדרך כלל עילת תביעה נגדו: רשלנות, חוסר תום לב, חבות מכח דיני השותפות בנוזיקין והפרת חובת נאמנות. עילות אלה היו צריכות להתבטא בהליכים משפטיים נגד מתווכים.

נתון מעניין נוסף שנבחר להתמקד בו בחלק זה הוא ששכיחותם של מתווכי ההלוואות רבה יותר דווקא בתביעות נגד מלווים, אך לא כנתבעים, אלא בתיאור העובדתי של המקרה – כמי שתיווכו את ההלוואה הנידונה בפסק הדין. עובדה זו מראה שקיים קושי מיוחד ללווים בתביעת המתווכים, משום שגם לאחר שכבר התגברו על המשוכה הגבוהה של הגשת תביעה, אין הם בוחרים לתבוע את המתווך אף שקיימות עילות תביעה נגדו.

נבקש להעיר הערה מקדימה בטרם הצגת פסקי הדין. משום שהמתווך, כמי שאינו צד להליך, ממלא בהם חלק שולי, אין בפסקי הדין התייחסות עובדתית מפורטת למעשיו. כמו כן, מאותה סיבה, העובדה שהמתווך אינו בעל דין, אין התייחסות ישירה מצידו לטענות העולות בעניינו מצד הלווים. לכן קיים קושי עובדתי לבחון בפסקי הדין הללו אם התגבשו עילות תביעה נגד מתווכים אלו. ואולם, טענתנו בהקשר זה היא שהדבר בדרך כלל אינו בר-חשיבות, משום שבכל מקרה שבו מתווכת הלוואה שאינה חוקית לפי חוק אשראי הוגן או הכוללת יסודות של מרמה או הטעיה, המתווך יוכל להראות שפעל כראוי רק במקרים חריגים, בעיקר כאלה שבהם יוכיח שלא ידע, הן בפועל והן כמתווך סביר,¹⁰⁷ על אי-החוקיות או על המרמה. לכן בדוגמאות שיוצגו, שבהן תווכו הלוואות מסוג זה, קיימת חזקה שהנטל לסותרת כבד, ושהמתווך פעל שלא כדין גם אם לא ניתן להוכיח זאת מהעובדות המתוארות. נסביר זאת: כאשר מתווכת הלוואה שאינה חוקית לפי חוק אשראי הוגן או שההלוואה כוללת יסודות של מרמה או הטעיה, כפי שיוצג בפסקי הדין להלן, כדי שייקבע שהמתווך פעל שלא ברשלנות, או שלא בחוסר תום לב למשל, יהיה עליו להראות שהבהיר ללקוח שלו שההלוואה שהוא נוטל אינה חוקית, ולכן תנאיה אינם לטובתו, משום שהחוק מגן על האינטרסים שלו.

¹⁰⁶ זמיר "תיווך", לעיל ה"ש 56, בעמ' 229. להבחנה בין חוזי יחס ללווים עסקתיים, ראו Ian R. Macneil, *The Many Futures of Contracts*, 47 S. CAL. L. REV. 691, 738–740 (1973–1974). לעניין מערכת התמריצים הלב-משפטיים, ראו Stewart Macaulay, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, 28 AM. SOC. REV. 55, 55–67 (1963).

¹⁰⁷ למשל, בעילות תביעה המבוססות על עוולת הרשלנות או בתביעה לפי חוק הנאמנות – ראו ס' 10(ב) לחוק הנאמנות, התשל"ט–1979.

במקרי מרמה יהיה עליו להסביר ללקוחו שההלוואה כוללת רכיב של מרמה. מצב שבו מתווך שוטח את הדברים הללו לפני לקוחו ללא ניסיון לייפות אותם, ולאחר מכן יסכים הלקוח ליטול את ההלוואה בכל מקרה, הוא מצב לא סביר. יתר על כן, גם אם המתווך יצליח משוכה זו, עדיין יהיה אפשר לחייבו כשותף לעולה מכוח סעיף 12 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], התשכ"ח-1968, המטיל אחריות על המשתף עצמו או על המסייע למעשה או למחדל עולתי שנעשה בידי אחר. המבצע הישיר בענייננו הוא המלווה, והמתווך יחוב מכוח סעיף 12 כמי שסייע במתן ההלוואה הלא חוקית או שיתף עצמו בה. זאת ועוד, גם אם המתווך יצליח משוכה שנייה זו, עדיין תעמוד בפניו משוכה שלישית. בהקשר של תיווך הוחלה חובת נאמנות בין המתווך ללקוחו.¹⁰⁸ חובה זו הוחלה בהקשר של תיווך מקרקעין בטרם הוחק חוק המקרקעין. לפיכך חובת אלה חלות מקל וחומר לענייננו – אם מתווך מקרקעין המתווך בין שני הדייטות חב חובת נאמנות ללקוחו, קל וחומר לעניין תיווך הלוואות, שבו המתווך מייצג הדייט – הלווה – מול גורם מקצועי – המלווה. יוער שכיום המחוקק בחר לאמץ את הפסיקה בהקשר זה וקבע חובת נאמנות בחוק המתווכים במקרקעין.¹⁰⁹ כמו כן חובת נאמנות בין מתווך ללקוחו הוכרה בשיטות משפט שונות ברחבי העולם במגוון הקשרים.¹¹⁰ בשל האמור מתווך יתקשה מאוד להראות שכאשר תווכה הלוואה לא חוקית או הלוואה הכוללת רכיב של מרמה, הוא לא הפר את חובת הנאמנות שלו, שבה הסטנדרט הוא "אדם לאדם מלאך".¹¹¹

על הסברים אפשריים לאי-הגשת תביעה נגד המתווך במקרים אלה נעמוד בסוף פרק זה, אך לא חשוב מהו ההסבר הנכון, או צירוף ההסברים הנכון, מגמה זו היא בבחינת חיזוק נוסף לצורך בהסדרת תחום תיווך ההלוואות שתיתן מענה לתת-אכיפה זו. נציג להלן פסק דין מכל קטגוריה: הלוואה שניתנה בניגוד לחוק אשראי הוגן והלוואה שהיו מעורבים בה יסודות של מרמה (שגם בה הופר חוק האשראי).¹¹²

מרמה – ארוסי נ' בול מסחר והשקעות בע"מ.¹¹³ פסק דין זה דן בשלושה הליכים, ומתוכם רלוונטי לענייננו הליך אחד, שעסק במתן הלוואה חוץ-בנקאית על סך 253,000 ₪. באותו מקרה הטעתה הנתבעת-המלווה את הלווים בנוגע לשיעור הריבית בחוזה ההלוואה אגב קביעת שיעורי המרה קבועים למטבע האירו: הסכם ההלוואה נקב בסכום ההלוואה במטבע אירו, והסכום שהועבר בשקלים היה בסך של 73,170, כלומר שער המרה של 4.1 שקלים

¹⁰⁸ ראו ע"א 166/77 דרון נ' אברהם, פ"ד לג(3) 365 (1979); ע"א 294/76 אנגלו סכסון סוכנות לנכסים (סביון) נ' פסרמן, פ"ד לא(1) 589 (1976).

¹⁰⁹ ס' 8 (א) לחוק המתווכים במקרקעין ("מתווך במקרקעין יפעל בנאמנות, בהגינות ובדרך מקובלת, וימסור ללקוחו כל מידע שיש בידו בענין מהותי הנוגע לנכס נשוא עסקת התיווך").

¹¹⁰ יצחק אנגלרד "על תיווך ועל שליחות" משפטים 359, 363 (1980) וכן ההפניות שם, בה"ש 25.

¹¹¹ ע"א 610/94 בוכבינדר נ' מפרק בנק צפון אמריקה, פ"ד נז(4) 289, 334 (2003).

¹¹² לפסקי דין נוספים שראוי להזכירם שמחמת קוצר היריעה לא הוזכרו בגוף הטקסט, ראו ת"א (מחוזי ב"ש) 7027/03 גול נ' ע.ב. אשראי ופיתוח בע"מ (נבו 4.9.2006). בפסק דין זה תווכה הלוואה שכנגדה מושכנה דירת הלווה. הלווה הוחתם במרמה על מסמך הקובע שהוא קיבל את מרבית כספי ההלוואה אף שלא כך היה בפועל. פסק דין נוסף הוא ה"פ (מחוזי ת"א) 1291/03 נעמי נ' מיסטר מאני בע"מ (נבו 20.12.2006), שם תווכה ההלוואה שנשאה ריביות חריגות בשיעורן: ריבית שנתי של 60%, וריבית פיגורים בחישוב שנתי בשיעור של כ-79.5%. עוד נקבע בחוזה ההלוואה פיצוי מוסכם בשיעור של 50% מיתרת החוב הלא מסולקת במועד ההפרה. ראו גם תמ"ש (משפחה ת"א) 50260/99 משה נ' חברת מיסטר מאני ישראל 1997 בע"מ (נבו 28.10.2003).

¹¹³ ת"א (שלום ת"א) 59902-02-18 ארוסי נ' בול מסחר והשקעות בע"מ (נבו 26.9.2021).

לאירו אחד. ואולם, בסעיף 2.5 להסכם נקבע שער המרה בשווי של 4.52 ₪ לאירו אחד, שמשמעותו הייתה שהחזר ההלוואה יבוצע לפי שער גבוה יותר, עניין שהביא לריבית נסותרת של כ-30,000 ₪. בית המשפט קבע שבמעשה זה הפרו המשיכים את הוראות חוק אשראי הוגן. הפרה נוספת הייתה קביעת ריבית ממשית בשיעור של 30.13%. נאמר על כך בפסק הדין:¹¹⁴

אין להקל ראש בהתנהלותה של הנתבעת. למרות הוראות חוק ברורות אשר נועדו להגן על הלווה ולהסדיר הלוואות חוץ בנקאיות, החליטה הנתבעת לחייב את הלווה בשיעורי ריבית מופרזים ומנוגדים לחוק. הוראות החוק כוונו מלכתחילה ובעיקר על מנת למנוע חיובי ריבית שאינם ברורים ואף מוגזמים.

עוד נקבע שהתובעת הפרה את הוראות סעיף 3ב(א) לחוק אשראי הוגן באי-פירוטה את שיעור העלות הממשית של האשראי.¹¹⁵ בפסק הדין דיון בדמי התיווך על סך 29,250 ₪ שהם עשרה אחוזים מסכום ההלוואה, ששולמו לחברה בשם "פאי המרכז הארצי למשכנתאות בע"מ",¹¹⁶ שנסב בעיקר על השאלה אם דמי התיווך שהתקבלו הם חלק מסכום ההלוואה. השאלה עלתה בשל העובדה שהלווה חתם במעמד חתימת הסכם ההלוואה על ייפוי כוח בלתי חוזר שלפיו כספי התיווך ינוכו ישירות מההלוואה. עניין זה ממחיש את בעיית הנציג שנזכרה על רקע שיתוף הפעולה בין המלווה למתווך: המתווך הפנה את הלווה למלווה שערך חוזה הלוואה לא חוקי הנגוע במרמה, ובכך פעל נגד האינטרס של הלווה שאותו הוא מייצג, ואילו המלווה הבטיח את תשלום כספי התיווך באמצעות העברת הכספים ישירות למתווך. מנגנון זה הופך את המתווך לאדיש ליכולת העמידה בהחזר ההלוואה של הלווה, וממילא מאפשר לו להפנות את לקוחותיו למלווים הפועלים שלא כדין. בהתחשב בזאת, ובצינינו שנתן דעתו לכך מדובר בדמי תיווך בסכום ניכר, קבע בית המשפט שיש לראות בהם חלק מסכום ההלוואה. חברת פאי תיווכה הלוואה המנוגדת לחוק אשראי הוגן שנכללו בה אלמנטים של מרמה, ומסיבה זו עמדה נגדה עילת תביעה מבוססת. חרף זאת לא צירפו אותה התובעים כנתבעת בהליך.

הלוואה בניגוד לחוק האשראי – גיגי נ' קוואלטי קרדיט פאנד, שותפות מוגבלת.¹¹⁷ חגית, עורכת דין, נקלעה לקשיים כלכליים בשל עסקת קומבינציה שיזמה. לאחר שבנק דיסקונט החל בהליכי מימוש משכנתה שהוטלה על דירת הוריה, ולא היה בנק שהסכים להלוות לה כספים נוספים, פנתה לחברת קאסל העוסקת בהלוואות חוץ-בנקאיות, כלומר מתווכת,¹¹⁸ כדי שתאתר עבורה הלוואה. בין הצדדים נכרתו בסך הכול חמישה הסכמי הלוואה, ששיעורם יחד 3,324,728 ₪, ושבחלקם שועבדו נכס מסחרי שברשותה ודירת המגורים שבבעלות הוריה. לאחר שהיא והוריה לא עמדו בהחזר ההלוואות שנטלו, החלו במימוש הבטוחות והוגשה התביעה. בית המשפט מצא שהמלווים הפרו את הוראות חוק אשראי הוגן בגבייתם ריבית הגבוהה בשיעורים של פי שניים עד פי שלושה (הדבר השתנה בין ההלוואות) מהעלות המרבית של האשראי באותה עת.¹¹⁹ נזכר שכנגד ההלוואה הראשונה הועברו לחברת קאסל

¹¹⁴ שם, בעמ' 18.

¹¹⁵ שם, בעמ' 19.

¹¹⁶ שם, בעמ' 7.

¹¹⁷ עניין גיגי, לעיל ה"ש 1.

¹¹⁸ שם, בעמ' 4.

¹¹⁹ שם, בעמ' 11.

175,000 ש"ח כעמלת תיווך (12.5% מסכום ההלוואה), ובעבור ההלוואה השנייה וההלוואה השלישית הועברו 175,000 ש"ח נוספים כעמלת תיווך (כ-10% מסכום ההלוואות). חברת פאי תיווכה הלוואה המנוגדת לחוק אשראי הוגן, ומסיבה זו עומדות נגדה עילות התביעה שנוכרו לעיל. נוסף על זה, בפסק הדין נזכרות בבירור טענות נגד קאסל שלפיהן גבתה את דמי התיווך שלא בהסכמת המבקשים או לפי רצונם. בהקשר זה ציין בית המשפט כי "אין באמור לעיל בכדי למנוע מהמבקשים, ככל ורצונם בכך וככל וסבורים הם כי חברת קאסל קיבלה מהם כספים שלא כדין, לפעול למיצוי זכויותיהם".¹²⁰ חרף זאת לא צירפו אותה התובעים כנתבעת בהליך (וגם לא הוגשה נגדה תביעה בהליך אחר). פסק דין זה חשוב לדיוננו מסיבה נוספת: ניתן לראות שגם מי שהיא עורכת דין במקצועה, ומכאן שהיא בעלת ידע רב מזה של הלווה החוץ-בנקאי הממוצע, מסכימה ליטול הלוואות בתנאים לא חוקיים אגב תשלום ריבית תיווך מופרזת בשעת הדחק.

אם כך, מדוע במקרה זה ובמקרים דומים שבהם התגברו התובעים על הקשיים הצרכניים שנוכרו,¹²¹ והגישו תביעה, לא נתבעו המתווכים? ניתן להעלות כמה הסברים התנהגותיים לכך. לפי הראשון, מתווכי ההלוואות אינם נתבעים משום שהם נתפסים בעיני הלווים כגורם שאינו אחראי לתוכן ההלוואה, אלא רק כמי שדואג לתיווך. לכן התביעה מוגשת נגד המלווה בלבד, הנתפס כגורם האשם. כלומר, אין מודעות מספקת לאשמו של המתווך. לפי השני, הלווים עומדים בקשר רציף וישיר עם המתווך, והוא שמייצג אותם מול מלווים אחרים. ייתכן שבשל מערכת היחסים הקרובה איתו נוח יותר ללווים לתבוע את המלווה, שהקשר איתו אישי פחות.¹²² לפי השלישי, המלווה נתפס בתור "כיס עמוק", ולכן הלווים מעדיפים להתמקד בתביעה נגדו. מכל מקום, החשוב לענייננו הוא שזה קושי קיים, המצטרף לשאר הקשיים במיצוי זכויות הלווים אל מול מתווכי ההלוואות המחזקים את הצורך בהסדרת התחום שתיתן מענה לכך.

ד. הצדקות עיוניות להסדרת תחום תיווך ההלוואות

נוסף על ההצדקה המעשית והעיקרית, הגנה על זכויות הלווים, ניתן למנות גם הצדקות עיוניות להסדרת תחום תיווך ההלוואות.

¹²⁰ שם, בעמ' 14.

¹²¹ ייתכנו מקרים חריגים שבהם אין התגברות על קשיים צרכניים אלה, שכן הם אינם חלים על הלווה המסוים מלכתחילה. זהו למעשה המקרה בעניין גיגי, לעיל ה"ש 1, שבו ההצדקות הצרכניות הן בעלות משקל פחות, משום שמדובר בעורכת דין, שפערי הידע וההידיינות בעניינה פחותים.

¹²² מחקרים ארוכי שנים מראים שרופאים המשתמשים בהומור בטיפול בפציינטים שלהם ומשקיעים בקשר הבין-אישי עימם, נתבעים פחות מרופאים שאינם נוהגים כך. ראו למשל Wendy Levinson et al., *Physician-Patient Communication: The Relationship with Malpractice Claims Among Primary Care Physicians and Surgeons*, 277(7) JAMA 553 (1997).

1. שיקולי יעילות¹²³

את השיקולים האלה יש לבחון לפי מישורי האינטראקציה השונים: מישור היחסים שבין המתווך ללווה ומישור היחסים שבין המתווך ללווה ולמלווה.

מישור היחסים שבין המתווך ללווה: טענתנו היא שבמישור יחסים זה הטלת אחריות על המתווך היא היעילה ביותר, שכן המתווך הוא מונע הנזק הזול.¹²⁴ מונע הנזק הזול ביותר, כפי שניסח זאת קלברזי,¹²⁵ הוא "השוקל הטוב ביותר" (Best decider), כלומר זה שנמצא בעמדה הטובה ביותר לשקול כיצד להקטין את עלויות התאונות ואת עלויות מניעתן, ויכול לפעול על סמך תוצאות שקילתו. על כן מונע הנזק הזול זקוק לשתי תכונות: להיות בעל גישה למידע, ולהיות בעל יכולת ליישם את המידע, באמצעות התנהגותו. בדרך זו יכול מונע הנזק הזול לצמצם את אובדן הרווחה הכרוך בהתנגשות בעלות מינימלית. המתווך הוא מונע הנזק הזול, משום שהוא שחקן קבוע בשוק ההלוואות המכיר את תנאי האשראי המוצעים, יודע מיהם המלווים הפועלים ברישיון ומיהם המלווים שאינם פועלים ברישיון, וכן מי הם אלו שתנאי ההלוואה שלהם עומדים בהוראות החוק ומי הם אלו שאינם,¹²⁶ בשונה מהלווה שהוא שחקן חרפפעי בשוק שבו יכולת השגת הידע שלו וניתוחו מוגבלת, ובמקרים רבים הוא יהיה נעדר משאבים. לכן במישור זה יעיל יותר שהמתווך יפנים את הנזק.

מישור היחסים שבין המתווך ללווה ולמלווה: במישור יחסים זה נקודת המוצא לדיון היא שאם טוטל אחריות על המתווך, הוא שיישא באחריות משנית (secondary liability), ואילו האחריות העיקרית (direct liability) מוטלת על המלווה. נקודת מוצא זו אינה נקבעת רק בשל אופי היחסים, שלפיהם המתווך הוא גורם המפגיש בין הצדדים, ולכן ממלא תפקיד "רקע", אלא גם מעצם העובדה שהמחוקק כבר בחר להסדיר את אחריותו כמבצע העיקרי

¹²³ ניתן לשאול מה לתאוריה כלכלית בדיון בחוק צרכני? הרי הגישה הכלכלית למשפט מבקרת את דיני הצרכנות, משום שלפיה כוחות השוק הם הדרך הטובה ביותר להגנת עניינו של הצרכן: הצרכן שואף להביא למקסום התועלת שלו, וכל התערבות תפריע להשגת התוצאה האופטימלית הנובעת מכוחות השוק. התשובה לכך היא שגם לשיטת הגישה הכלכלית יש מקום לחקיקה צרכנית כשקיימים כשלי שוק, ובענייננו – היעדר יכולת מיקוח ובעיות מידע. להרחבה בנושאי כשל שוק, הצגת ביקורת הגישה הכלכלית על דיני הצרכנות והתמודדות עימן, ראו דויטש הגנת הצרכן, לעיל ה"ש 74, בעמ' 67–118.

¹²⁴ משום שנוק הוא תוצאת אינטראקציה בין שתי פעילויות אנושיות או יותר, השאלה המתעוררת היא מתי תקודם המטרה של הקטנת עלויות התאונות ועלויות מניעתן טוב יותר – כשהמוזיק נושא בנטל, כשהניזוק נושא בו, או כשהם חולקים בו בדרך כלשהי. תשובת קלברזי היא שמונע הנזק הזול ביותר (Cheapest cost avoider) הוא זה שעליו לשאת בנזק. חיוב מונע הנזק הזול בנזק מבוסס על כך שהדרך להשגת הרתעה יעילה היא הפנמה, ולכן תמרוצו למניעת הנזק תתקיים רק כשהוא יישא בפועל בנטל הנזק, בלא להחצינו לגורם אחר. ראו GUIDO CALABRESI, THE COSTS OF ACCIDENTS: A LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS 26–31 (1970); אריאל פורת נזיקין כרך א 23–26 (2013); ע"א 5977/07 האוניברסיטה העברית בירושלים נ' בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ, פ"ד סד (3) 740, פס' 15 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (2011). אף שמקורו של מונח זה בדיני הנזיקין, הוא קנה את מקומו גם בדיני החוזים. ראו למשל אריאל פורת "שיקולי צדק בין הצדדים לחוזה ושיקולים של הכוונת התנהגויות בדיני החוזים של ישראל" עיוני משפט כב 647 (1999).

¹²⁵ Guido Calabresi & Jon T. Hirschoff, *Toward a Test for Strict Liability in Torts*, 81 YALE L.J. 1055, 1060–1061 (1972).

¹²⁶ בעניין האוניברסיטה העברית, לעיל ה"ש 124, בפס' 24–25, הכירו ביתרון שיש לגורם ביניים, מחמת היותו כזה, לפעול כמונע הנזק הזול.

בחוק אשראי הוגן וכן בחוק הפיקוח. אם כך, בענייננו השאלה שראוי שתישאל אינה מיהו מונע הנזק הזול אלא אם הטלת אחריות על חוליה נוספת – המתווך – תהיה יעילה. סוגיית האחריות המשנית נידונה במאמרו החשוב של Kraakman,¹²⁷ שטען שהטלת אחריות נוספת כזאת תהיה יעילה מקום שבו כלל משפטי אינו יכול להשיג את רמת ההרתעה הרצויה באמצעות הטלת אחריות ישירה על המבצע העיקרי.¹²⁸ קושי כזה עלול לנבוע מכך שהמבצע העיקרי מצליח להתחמק מעונש,¹²⁹ למשל משום שמדובר על אכיפה הדורשת משאבים רבים סיבות נוספות הן טעמים חוקיים ומוסריים המגבילים את העונש שניתן להטיל,¹³⁰ קושי ראייתי בהוכחת אשמה והיעדר סולבנטיות של המבצע העיקרי. ככלל ניתן לקבוע שהטלת אחריות על מבצע משני רצויה כשהרחבת מעגל האחראים זולה מהכבדת הסנקציה על המבצע העיקרי.¹³¹ מובן שהרחבת מעגל האחריות תהיה רצויה רק אם התועלת המופקת מההרתעה עולה על עלות הרחבת האחריות. מסיבה זו יש לשאוף להטיל אחריות רק על מי שביכולתם למנוע את הנזק בקלות יחסית וללא עלות גבוהה.¹³² יישום התבחינים הללו במקרה של תיווך הלוואות חוץ-בנקאיות מלמד שראוי להטיל אחריות נוספת על המתווך. ראשית, ועיקר, קיים קושי להרתיע את המלווים ברמת ההרתעה הרצויה במישור של תוכן ההלוואה. על אכיפת הוראות חוק הפיקוח מופקד מערך פקחים,¹³³ במובן זה שקיים פיקוח המקפיד שלא יינתנו הלוואות בידי מי שאינו בעל רישיון לתיתן, ואילו הפיקוח על תוכן ההלוואה נעשה בהגשת תביעות של לוויים שנפגעו.¹³⁴ ללוויים אלה קושי בניהול הליכים משפטיים בשל הסיבות שנוכרו, ומסיבה זו קיימת הרתעת חסר.¹³⁵ שנית, החמרת האחריות המוטלת על מלוויים המפירים את הוראות חוק אשראי הוגן כדי להתגבר על קושי זה עלולה שלא לעמוד בעקרון ההלימה¹³⁶ וגם לא בעקרון הפרופורציה,¹³⁷ שכן הן

Reinier H. Kraakman, *Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy*, 2 J. L. ECON. & ORG. 53 (1986) ¹²⁷

שם, בעמ' 56. ¹²⁸

אסף חמדני "אחריות שומרי סף בשוק ההון" **משפט ועסקים** ה' 11, 19 (2006). ¹²⁹

Kraakman, לעיל ה"ש 127, בעמ' 57. במילותיו של המחבר: "We cannot threaten illegal aliens with lengthy prison terms for a variety of humanitarian, political and economic reasons". ¹³⁰

חמדני, לעיל ה"ש 129, בעמ' 19. ¹³¹

שם, בעמ' 20. ¹³²

פרק י"א לחוק הפיקוח. ¹³³

אומנם סעיף 15 לחוק האשראי מקנה למפקח על שירותים פיננסיים סמכות להטיל עיצום כספי על מלווה שמפר את הוראות החוק, אך אין בחוק זה מערך מפקחים אקטיבי, אלא אכיפתו תלויה במידע המגיע אליו, ולכן האפקטיביות שלו מוגבלת ביותר. ¹³⁴

אכן, כאמור, סקירת פסקי הדין מעלה שתביעות המוגשות נגד מלוויים רבות מאלה המוגשות נגד מתווכים, אך בשל מאפייניהם של הלוויים, ברור שאין מוגשות תביעות רבות גם נגד המלוויים, בשל החסמים השונים, לרבות אלה הכלכליים שנוכרו בדיון בנוגע להגשת תביעות נגד מתווכים. ¹³⁵

עניינו של עיקרון זה הוא יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה ומידת אשמו של הנאשם לבין סוג ומידתו של העונש המוטל עליו. ראו ס' 40 לחוק העונשין. ¹³⁶

עקרון הפרופורציה מתייחס אף הוא למתאם שבין חומרת העבירה לבין חומרת העונש. להרחבה, ראו בועז סנג'רו **ביקורת דיני העונשין הישראליים** 74–80 (2020). ¹³⁷

חוק הפיקוח¹³⁸ והן חוק אשראי הוגן¹³⁹ כבר מטילים עונשי מאסר בשל הפרת הוראותיהם. שלישית, קיים לעיתים קושי ראייתי בהוכחת אשמת המלווה, כלומר מתן הלוואות שלא כדין, היות שהוא השולט במסמכים הקשורים בהלוואה, שלעיתים לא יהיו בידי הלווים, ולכן יהיה אפשר לבצע בהם מניפולציה, וכמו כן בשל קיום הסכמות בעל פה, החורגות מהחוזה הכתוב, שיהיה קשה להוכיחן.¹⁴⁰ רביעית, החשש מחוסר סולבנטיות יפה גם למלווים.

היות שמידת הרתעתו של המבצע העיקרי אינה מספקת, יש לבחון אם התועלת בהרתעת המתווך עולה על עלות הרחבת האחריות של המלווה. לדעתנו התשובה לכך חיובית. הרווחים שהמלווה גוזר מפעילותו גדולים במידה רבה מאלה של המתווך. מסיבה זו את המלווה צריך להרתיע בסנקציות מחמירות יותר, שכן כל סנקצייה גובה "מחיר" ממי שהיא מוטלת עליו, וכאשר רווחי הגורם שמעוניינים להרתיע גדולים יותר, כך על מחיר הסנקצייה לעלות כדי שתהיה אפקטיבית. מכאן שסנקציות מחמירות יותר הן גם יקרות יותר. לפיכך משום שכל אחד מהשניים חיוני לביצוע עסקת ההלוואה, ובלעדיו היא תסוכל, קיימת עדיפות כלכלית להרתעת מי שהרתעתו זולה יותר – המתווך. נוסף על זה, ביכולת המתווך למנוע את הנזק בקלות יחסית וללא עלות גבוהה. בעת שמלווה פונה אל מתווך, למלווה האפשרות לקשרו לכמה מלווים. אין עליו לעשות אלא לבחור את המלווים המעמידים הלוואות חוקיות ושפועלים ברישיון – בירור שהוא פשוט וזול יחסית.

2. הסדרת תפקיד מתווכי ההלוואות מחזקת את מדיניות המחוקק ומשלימה אותה

בתחילת רשימה זו הראינו שהמחוקק ביקש, באמצעות שינויי החקיקה, להסדיר את תחום האשראי החוץ-בנקאי. עוד הראינו שתכלית מרכזית שעמדה ביסוד הסדרה זו היא הגנה על זכויותיהם של לוויים. המצב כיום, שבו שוק מתווכי ההלוואות איננו מוסדר, מהווה פרצה ברפורמה שביקש להנהיג המחוקק, משום שקיפוח זכויותיהם של הלוויים החוץ-בנקאיים עודנו מתאפשר – אך בידי גורם אחר – מתווך ההלוואות. מסיבה זו הסדרת שוק מתווכי ההלוואות אינה רק עולה בקנה אחד עם חוק אשראי הוגן וחוק הפיקוח, אלא היא בבחינת סתימת פרצה בחומת המגן שביקש המחוקק להעמיד לטובת הלווה החוץ-בנקאי. ויודגש שחוק הפיקוח אינו עוסק במישור היחסים שבין המתווך ללווה אלא רק במישור היחסים שבין מלווה ללווה. מסיבה זו פתוחה הדרך לפני המתווך לקיפוח זכויותיו של המלווה במישור היחסים ביניהם. עמדתנו לעיל על כמה דרכים שבהן המתווך יכול לעשות כן.¹⁴¹ בהקשר זה חשובה ההבנה שאכן הנזקים שמסב המתווך ללווה קלים מהנזקים שמסב המלווה ללווה, אך הם מהותיים לא פחות. בשל מצבם הכלכלי של הלוויים, נזק ששיעורו עשירות אלפי שקלים

¹³⁸ ס' 94 לחוק הפיקוח.

¹³⁹ ס' 115 לחוק האשראי.

¹⁴⁰ הן משום שלעיתים מסמכים אובדים עם הזמן והן משום שהמסמכים הרלוונטיים אינם ניתנים ללוויים כדי להקשות עליהם בתביעה עתידית. ראו דויטש מעמד הצרכן במשפט, לעיל ה"ש 73, בעמ' 116. אומנם פרקטיקות אלה מנוגדות לחובת הגילוי המצויה בסעיף 3 לחוק האשראי, אך בשל קשיי ההוכחה וחוסר מודעותם של הלוויים לזכויותיהם במועד עריכת החוזה, אין בסיס סביר להניח שאיסור זה מונע לגמרי התנהגות כזאת.

¹⁴¹ ראו פרק ג.2. להלן.

הוא מהותי ביותר. כמו כן קשר עם מתווך פוגעני לא רק שיביא להפסד כספים אלא אף עלול להביא את הלווה להפסיק בחיפושיו אחר הלוואה, בשל אמונו שנפגע. תוצאה כזאת היא בעלת השלכות מהותיות, משום שפעמים רבות השוק החוץ-בנקאי הוא ללווים "חמצן" תזרימי המאפשר להם לשפר את מצבם עד שיוכלו ליטול הלוואה מהבנק וכך לשוב למצב כלכלי מאוזן. לאור האמור קיימת חשיבות רבה להשלמת מדיניות המחוקק בהקשר זה. יתר על כן, הסדרתו של תחום תיווך ההלוואות תסייע להגשמת התכליות שביסוד שינויי החקיקה גם במישור היחסים שבין המלווה ללווה, בכך שהיא תביא להפחתה במספר ההלוואות הלא חוקיות הניטלות בשוק האשראי. עיקר מנגנוני האכיפה שקבע המחוקק בשינויי החקיקה הם מנגנונים שפעולתם היא לאחר מעשה:¹⁴² שינוי תנאי החוזה, סנקציות עונשיות, עיצומים כספיים, שלילת רישיון וכיוצא באלו. כמו כן בכל המקרים הללו המלווה צריך "להיתפס", עניין שאינו מובטח, במיוחד בשל בעיית הגישה לערכאות של לוויים. בשונה מכך, הסדרת תחום תיווך ההלוואות תביא להפחתה במספר ההלוואות הלא חוקיות מראש, משום שהסדרה זו תתמרץ את המתווכים לקשר את לקוחותיהם למלוויים הפועלים על פי חוק. כמו כן אין צורך "לתפוס" את אותם מלוויים, אלא האכיפה נעשית באופן עצמאי בכך שמתווכות פחות הלוואות לא חוקיות. מגמה זו תסייע בדחיקת נותני האשראי הלא חוקי משוק האשראי.

ה. מתווה להסדרתו של תחום תיווך ההלוואות

בחלק זה נבקש לעמוד על המתווה הראוי להסדרתו של תחום תיווך ההלוואות. על מתווה זה יהיה לתת מענה לשני הקשיים שמנינו לעיל: תוכן התניות הנקבעות בחוזה התיווך וקשיי האכיפה נגד מתווכי הלוואות. הנדבך הראשון של המתווה המוצע הוא הסדרה חקיקתית של יחסי המתווך-לווה. נדבך זה נותן מענה לשני הקשיים. בהיבט של תוכן התניות הנקבעות בחוזה התיווך, המענה הוא ברור: הסדרה חקיקתית של יחסי מתווך-לווה תשפיע על תוכן החוזה, אם באמצעות תקינת תוכן ואם באמצעות תקינת מידע.¹⁴³ אשר להיבט של קשיי האכיפה, יש להניח שהסדרה חקיקתית תביא להגברת האכיפה נגד המתווכים. הסיבה לכך הוא "אפקט הבעלות" (Endowment effect),¹⁴⁴ שלפיו הערך שאנשים נוטים לתת לדבר-מה שכבר בבעלותם גבוה מזה שהם נותנים לדבר דומה או זהה שאינו בבעלותם. בהקשר דנן יש לצפות שככל שהסדרים המשפטיים ינוסחו ניסוח ברור וחד-משמעי יותר, כך יגבר הסיכוי שהלוויים יחושו שזכותם בידם והם ייחסו לה ערך גבוה יותר.¹⁴⁵ תחושה זו שתתגבש בעקבות החקיקה המוצעת העוסקת ישירות בתיווך הלוואות, בשונה מההסדרים הכלליים של המשפט הפרטי שמעוצבים כסטנדרטים, עשויה להביא את הלוויים לנטות יותר לעמוד על זכויותיהם מול המתווכים. אומנם עניין זה לא ייתן מענה לתת-האכיפה הנובעת מעלויות

¹⁴² למשל, חריגה לכך היא חובת הרישוי של המלוויים בחוק הפיקוח, המסננת מלוויים לא רצויים, המהווה מנגנון שפעולתו טרם נטילת הלוואה.

¹⁴³ למונחים אלה ראו לעיל ה"ש 167 והטקסט הסמוך לה.

¹⁴⁴ לסקירה כללית של אפקט הבעלות, ראו Marco Jimenez, *Bridging the Property-Contract Divide: Testing the Endowment Effect in Contract Law*, 68 DEPAUL L. REV. 27, 35-37 (2018).

¹⁴⁵ EYAL ZAMIR & DORON TEICHMAN, BEHAVIORAL LAW AND ECONOMICS 321-322 (2018).

ההליך המשפטי, אך כן יועיל למקרים שבהם מוגשת תביעה נגד המלווה – במקרים אלה יגדל הסיכוי שגם המתווך יצורף כצד לתביעה.

לצד אפקט הבעלות יש לתת את הדעת גם לעובדה שהלווים, ככל האנשים, הם שונאי סיכון.¹⁴⁶ לכן משום שכללים מגבירים את הוודאות המשפטית לעומת סטנדרטים, ומאפשרים ללווים לצפות את התוצאה של ההליך המשפטי טוב יותר, חקיקה צפויה גם מסיבה זו להביא את הלווים לנטות יותר לעמוד על זכויותיהם מול המתווכים.¹⁴⁷

הנדבך השני של המתווה המוצע הוא הקמת קרן ציבורית למימון תביעות נגד מתווכים. כיום קיימות בישראל שתי קרנות ציבוריות למימון תביעות: הראשונה היא הקרן הציבורית למימון תובענות ייצוגיות,¹⁴⁸ והשנייה היא הקרן הציבורית למימון תובענות ייצוגיות הקשורות לניירות ערך.¹⁴⁹ קרן כזאת תיתן מענה לקושי הכלכלי של לוויים לנהל הליך משפטי מול המתווכים, ובכך תגדיל את האכיפה המשפטית עליהם. הקרן תשלים למעשה את הגברת האכיפה הצפויה בעקבות ההסדרה החקיקתית של יחסי המתווך והלווה שאינה נותנת מענה, כאמור, לתת-אכיפה שמקורה בקושי כלכלי לניהול הליך משפטי. כמו כן עצם ההקמה של קרן ציבורית כזאת תעלה את המודעות להתנהגויות פוגעניות של מתווכי הלוואות, מה שצפוי, כשלעצמו, להביא גם להגברת האכיפה.

טרם פנייה לסקירת המתווה המוצע יצוין שפתרון אחר לקושי האכיפתי תחת קרן למימון תביעות עשוי להימצא באסדרה של תחום התיווך בידי רשות מנהלית. אסדרה כזאת יכול שתכלול דרישות רישוי או רישום; מבחני סף מקצועיים למתווכים; הקמת בית דין משמעותי למתווכי הלוואות; הקמת מערך פיקוח על הפרות וכיוצא באלו – אלה בדומה לאופן שבו אוסדרו תחומים שחלק מהרציונלים לאסדרתם רלוונטיים גם לתיווך הלוואות,¹⁵⁰ כמו תיווך במקרקעין;¹⁵¹ שיווק פנסיוני וייעוץ פנסיוני;¹⁵² שיווק ההשקעות וייעוץ ההשקעות.¹⁵³ אולם לדעתנו קיימים טעמים טובים יותר להעדפת קרן למימון תביעות אסדרה כזאת. ראשית, נראה שקרן למימון תביעות תהיה פתרון זול מאסדרה של תחום התיווך בידי רשות מנהלית.¹⁵⁴ שנית, אסדרה כאמור של התחום תביא לייקור עלויות דמי התיווך, שכן העלויות

Jan Werner, *Risk Aversion*, in 2 THE NEW PALGRAVE DICTIONARY OF ECONOMICS 1 ¹⁴⁶
(Steven N. Durlauf & Lawrence E. Blume eds., 2008).

Eyal Zamir (featuring Ian Ayers), *A Theory of Mandatory Rules: Typology, Policy, and Design*, 55 TEX. L. REV. 283, 317 (2020) ¹⁴⁷

ס' 27 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו–2006. ¹⁴⁸

ס' 55 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח–1968. ¹⁴⁹

בדברי ההסבר להצעת חוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ד–1994, ה"ח 422, שהסדירה את ייעוץ ההשקעות ושיווק ההשקעות, נמנו הסיבות האלה להסדרה: העובדה שתחום העיסוק פרוץ לפעילות גורמים שונים, ובכללם גורמים שאינם עומדים בדרישות מינימליות של התאמה וכשירות מבחינת טוהר מידות ומהימנות אישית. כמו כן נזכר קיום ציבור של משקיעים קטנים ולא מתוחכמים הנעזרים בשירותים אלו, וגם שהיעדר מערכת רישוי מביא לעיתים לידי כך שעוסק שסרח במהלך ביצוע תפקידו אינו מנוע מלהמשיך ולשרת לקוחות. כל השיקולים הללו נכונים גם לתחום תיווך הלוואות החוץ-בנקאיות. ¹⁵⁰

חוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו–1996. ¹⁵¹

חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ייעוץ, שיווק ומערכת סליקה פנסיוניים), התשס"ה–2005. ¹⁵²

חוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות, בשיווק השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה–1995. ¹⁵³

בין היתר בשל העובדה שהאכיפה מבוצעת בידי פרטים, ולכן נחסך מימון מערך אכיפה, וכן משום שכאשר הלווה יזכה בתביעתו נגד המתווך, מי שישא בעלויות ההליך הוא המתווך, בהיותו הצד המפסיד בתביעה. עם ¹⁵⁴

שתשית האסדרה יגולגלו אל הלווים. עניין זה אינו רצוי בשל מאפייניהם הכלכליים של הלווים החוץ-בנקאיים.¹⁵⁵ שלישית, עיקר הבעיה בעניין מתווכי ההלוואות אינה נסבה על רמתם המקצועית, שהיא אחת הסיבות האפשריות לאסדרה, מה שמחליש את הצורך בה. רביעית, נהוג להבחין בין אכיפה ציבורית, פעילות אכיפה של גוף שלטוני המפעיל את סמכויותיו בשל הפרה של הוראות הדין ומשלב אמצעי אכיפה שונים, פליליים ומנהליים, לבין אכיפה פרטית, המבוצעת בידי גורם פרטי, בענייננו הלווה, שהסעדים שלרשותו הם סעדים אזרחיים: סעדי המניעה, ההצהרה והפיצויים.¹⁵⁶ אכיפה ציבורית רצויה כשזיהוי המעוול או מפר הדין כרוך במאמץ ניכר או דורש מידע חסר בידיו של הגורם הפרטי;¹⁵⁷ כשקיים קושי בגישה לערכאות משפטיות;¹⁵⁸ במקרי אדישות רציונלית, כגון כשנגרמים נזקים קטנים לפרטים רבים; כשקיימות בעיות "טרמפיסט";¹⁵⁹ במקרים שנדרשת בהם מומחיות מיוחדת שיש לרשות.¹⁶⁰ לעומת זאת אכיפה פרטית עדיפה במקרים שבהם לגורמים פרטיים קל לאתר התנהגות לא ראויה; מקום שבו מגבלת המשאבים הציבוריים אינה מאפשרת אכיפה מספקת; יתרון מרכזי שלה הוא שהיא אינה כרוכה בעלות של בירוקרטיה מנהלית.¹⁶¹ במקרה הנידון רובם של המאפיינים הקלאסיים המופיעים בספרות להעדפת אכיפה ציבורית אינם קיימים,¹⁶² וכמו כן הגורם בעל המידע העדיף על ההפרה הוא הלווה, מה שמחזק את העדפת האכיפה הפרטית.¹⁶³ חמישית, האפקטיביות של מנגנוני רישוי מוטלת בספק,¹⁶⁴ ותהליכי הבקרה שלהם בעלי אופי מדגמי בלבד, ולכן עדיף פתרון המבוסס על אכיפה פרטית כשהוא נותן מענה מספק, כמו שצפוי בענייננו, כאמור לעיל.¹⁶⁵

1. הסדרה חקיקתית

החקיקה הצרכנית מאופיינת בכמה היבטים שיש להתחשב בהם בעיצוב חקיקה מסוג זה. היא מאופיינת בחד-צדדיות, משום שהיא מדגישה את האינטרס של הצרכן. הדבר נובע מרצון לצמצם את הפער שבין הצדדים.¹⁶⁶ כן החקיקה מאופיינת בקוגנטיות, משום שאלמלא כן, אותו פער בעמדת המיקוח שמהווה הבסיס לצורך בחקיקה, היה מנוצל בידי העוסק כדי

זאת הנשיאה בעלויות אלה אינה מלאה, שכן להידיינות עלויות אינן מגולמות בפסיקת הוצאות, כגון עלויות מערכת המשפט והזמן השיפוטי המושקע בהליך.

¹⁵⁵ דויטש מעמד הצרכן במשפט, לעיל ה"ש 73, בעמ' 188.

¹⁵⁶ עלי בוקשפן "תובענות ייצוגיות, תכלית החברה ותפיסת בעלי העניין בעידן התאגידי המודרני – הקרן למימון תובענות ייצוגיות כזכוכית מגדלת" משפט ועסקים כד 111, 144 (2021).

¹⁵⁷ A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell, *The Economic Theory of Public Enforcement of Law*, 38 J. ECON. LIT. 45, 46 (2000).

¹⁵⁸ דויטש מעמד הצרכן במשפט, לעיל ה"ש 73, בעמ' 195.

¹⁵⁹ הדס אהרוני-ברק "אכיפה ציבורית, ריכוזיות השליטה והגנת המיעוט" משפטים מג 831, 847 (2013).

¹⁶⁰ בוקשפן, לעיל ה"ש 156, בעמ' 147.

¹⁶¹ אהרוני-ברק, לעיל ה"ש 159, בעמ' 851.

¹⁶² ראו מאפיינים אלה בתת-פרק ה.2. להלן.

¹⁶³ Steven Shavell, *Liability for Harm Versus Regulation of Safety*, 13 J. LEGAL STUD. 357, 359 (1984).

¹⁶⁴ דויטש מעמד הצרכן במשפט, לעיל ה"ש 73, בעמ' 202.

¹⁶⁵ שם.

¹⁶⁶ שם, בעמ' 328–329.

לכפות התנאה על הוראות החוק.¹⁶⁷ מאפיין נוסף הוא רמת קונקרטיזציה גבוהה, המאפשרת להקטין את חוסר הוודאות בפירושו הוראות החוק, מה שעשוי לחסוך הידיעות משפטיות, ובכך להקל על הצרכן. לבסוף חקיקה זו כוללת גם הוראות הרתעתיות ועונשיות המאפשרות להתגבר על תת-האכיפה שקיימת בתחום הצרכנות.

ההוראות השונות שעניינן תוכן החוזה בין הצרכן ללווה יכולות להופיע בשתי תצורות: כהוראה הקובעת תקינת תוכן או כהוראה הקובעת תקינת מידע.¹⁶⁸ בתקינת תוכן הכוונה היא שהמחוקק קובע תנאים מסוימים בעסקה, ובכך מעצב את תוכנה. לעומת זאת בתקינת מידע המחוקק מחייב את הספק לגלות מידע מסוים לצרכן, בדרך כלל בתוך קביעת מועד הגילוי ואופיו.

תקינת תוכן נתפסת כעדיפה פחות בהיותה מתערבת באופן מהותי בחופש ההתקשרות, לעומת תקינת הגילוי שאינה משפיעה על פרטי החוזה ישירות אלא מספקת את הבסיס הנדרש לשם קבלת החלטה. יוער שיש הטוענים שחובת גילוי הכוללת חיוב למסירת פרטים באורח דווקני הופכת במקרים רבים את תקינת המידע לתקינת תוכן.¹⁶⁹ נראה שלא ראוי להעדיף א-פריוורית את אחת מתצורות הגילוי, שכן כל אחת מהן משפיעה על החוזה אחרת, וראוי לבחון כל מקרה לגופו.¹⁷⁰ למשל, כשפרטי החוזה מורכבים או דורשים ידע מקצועי מקדים, אין די בתקינת גילוי, משום שהיא לא תסייע לצרכן בקבלה החלטה מושכלת בשל הקושי בהבנת נפקות המידע, ובהקשר זה עדיפה תקינת תוכן. נוסף על זה, לדעתנו, הכלל המנחה צריך להיות שמקום שבו די בתקינת גילוי כדי להביא לתוצאה ראויה, אין לפנות לתקינת תוכן, כדי שההתערבות בתוכן החוזה תהיה במידה המינימלית שתידרש.

תחום תיווך ההלוואות מוסדר למן שנות התשעים של המאה הקודמת בדין הזר. המבנה של הוראות החוק המסדירות את התחום דומה בין המדינות השונות: החוק פותח בסמכויות הממונה על ביצוע החוק, ממשיך בחובת רישוי או רישום – אם זו קיימת, מורה על חובות גילוי מסוימות וכן מסדיר סוגיות שעניינן תשלום למתווך ואופן פרסום שירותי התיווך. לבסוף קיים חלק העוסק בענישת מתווכים המפירים את החוק. הדיון ההשוואתי ייעשה כחלק מהצעת הפתרון, כאמצעי להערכת ההסדרים המוצעים בפרק זה. המדינות שאליהן נתייחס הן מיסיסיפי,¹⁷¹ נברסקה¹⁷² ואילינוי¹⁷³ שבארצות הברית, פרובינציית אונטריו שבקנדה¹⁷⁴ ואנגליה (להלן: המדינות המשוות).¹⁷⁵ מתוך המדינות דוברות האנגלית, באלה התחום מוסדר באופן המקיף ביותר, ככל שעלה בידינו לבדוק.

¹⁶⁷ שם, בעמ' 335.

¹⁶⁸ למונחים אלה ראו איל זמיר "הבסיס התיאורטי של חוק המכר (דירות)" משפטים 459, 485–487 (להלן: זמיר "הבסיס התיאורטי"). לדיון בהם בהקשר של דיני הגנת הצרכן, ראו דויטש מעמד הצרכן במשפט, לעיל ה"ש 73, בעמ' 368–371.

¹⁶⁹ זמיר "הבסיס התיאורטי", לעיל ה"ש 168, בעמ' 472.

¹⁷⁰ דויטש מעמד הצרכן במשפט, לעיל ה"ש 73, בעמ' 370.

¹⁷¹ Consumer Loan Broker Act 1992 Miss. Laws 2522 (להלן: החוק במיסיסיפי).

¹⁷² Nebraska Loan Broker Act NEB. REV. STAT. (2020) (להלן: החוק בנברסקה).

¹⁷³ 1995 Ill. Laws 1208 (להלן: החוק באילינוי).

¹⁷⁴ Consumer Protection Act, S.O. 2002, 30 Sched. A (Can.) (להלן: החוק באונטריו).

¹⁷⁵ The Financial Services and Markets Act (Regulated Activities) 2000, c. 8, § 36A (Eng.) (להלן: החוק באנגליה). חוק זה הוא המקור החוקי הקובע שמתווכי הלוואות (Credit Brokers) כפופים

להלן יוצגו הסדרים שראוי לדעתנו לקבוע בחקיקה. מדובר בהסדרים מרכזיים ולא ברשימה ממצה.

(א) דרישת כתב וחובת גילוי

יש לקבוע הוראה שלפיה על חוזה התיווך להיות בכתב ושעל המתווך למסור עותק מחוזה זה ללווה ולהעניק לו הזדמנות סבירה לעיין בו. הוראה כזו קיימת בכל המדינות המושוות. קביעה זו תאפשר ללווה לעמוד על פרטי חוזה התיווך ולקבל החלטה מושכלת יותר. מטרתה של דרישת כתב זו היא בעיקרה צרכנית – היא נועדה להבהרת פרטי ההתקשרות המהותיים, בשונה מחובת כתב שתכליתה הרתעתית ופטרנליסטית – מניעת עסקאות נמהרות הנערכות ללא הפעלת שיקול דעת מספיק.¹⁷⁶ בכל המדינות המשוות חובת הגילוי תופסת מקום מרכזי. במיססיסיפי, על חוזה התיווך להכיל את תנאי ההלוואה המבוקשת בצורה של טווח, שנועד להוות פתרון לקושי להגדיר תנאי ההלוואה מראש, כפי שהזכרנו לעיל.¹⁷⁷ כך, יש לציין בחוזה את הריבית המבוקשת, את העלות של עמלת הקמת ההלוואה, עמלת הטרחה של המתווך ועמלות שונות, ככל שיהיו. באילינוי ובנברסקה קיימת חובה לציין בחוזה שהמדינה אינה קשורה לחוזה ואין היא ממליצה עליו או על נטילת ההלוואה, ושאלו שאלות שיפנה ליעוץ משפטי.¹⁷⁸ אונטריו היא היחידה שקובעת חובה לפרט בחוזה את הגופים שמהם המתווך ישתדל לגייס אשראי.¹⁷⁹ לעומת מדינות אלה, באנגליה קיימת חובת גילוי מצומצמת יותר, המתמקדת בשיעור שכר הטרחה של המלווה ומעט פרטים נוספים.¹⁸⁰

בדומה לאונטריו, ראוי לדעתנו לקבוע שבחוזה יוגדרו המלווים שהצדדים מסכימים שהמתווך ישתדל לגייס מהם אשראי. ואולם, בשונה מההסדר שם, המחייב לנקוב בשמות הגופים, לדעתנו ראוי למקד את חובת הגילוי לסוג המלווה – גוף בנקאי, גוף חוץ-בנקאי מוסדי או גוף חוץ-בנקאי אחר. הסיבה לכך היא ש"רשימת מכולת" של גופים איננה מספקת מידע מועיל ללווה על אופי הגוף המלווה ועל תנאי ההלוואה שלו, בשונה מהחלוקה המוצעת, המתבססת על כך שקיימים מאפיינים לכל קבוצה כזו, כמו מידת האסדרה שלה היא כפופה, המשפיעה על אמינותה, ותנאי ההלוואות המוצעות בה. אומנם חובת גילוי זו לא תאפשר להבחין בין סוגים שונים של מלווים חוץ-בנקאיים, אך מסגור הגופים באופן כזה ימנע מצבים שבהם צרכן חושב שהוא נוטל כספים מגוף בנקאי או מוסדי, כשהמציאות שונה מכך.¹⁸¹

קיים קושי לקבוע בחוזה מראש מהם פרטי ההלוואה המבוקשת. הסיבה לכך היא שהתאמת ההלוואה ללקוח אינה נחתכת בריבית שלה, אלא תלויה בפרטים נוספים: יכולת פירעון מוקדם, סוג ההלוואה – קרן וריבית ("לוח שפיצר") או הלוואת "בלון" – קיום או

לאסדרה. תוכן האסדרה נקבע בידי גוף אסדרתי בשם Financial Conduct Authority (FCA). ראו FCA Handbook, FCA <https://tinyurl.com/mrxkvnyj> (להלן: הנד-בוק).

¹⁷⁶ להבחנה זו ראו ע"א 3384/16 מורחי נ' מרקוביץ', 19 (נבו 5.7.2018).

¹⁷⁷ ס' 81-19-21 לחוק במיססיסיפי.

¹⁷⁸ ראו ס' 15-30 לחוק באילינוי; ס' 45-191.01 לחוק בנברסקה.

¹⁷⁹ O Reg 17/05 § 44 (2018).

¹⁸⁰ הנד-בוק, לעיל ה"ש 175, ב-4.4. Conc.

¹⁸¹ עניין ברק, לעיל ה"ש 71, פס' 14; ת"א (שלום ת"א) 42876/03 עאדל נ' מיסטר מאני ישראל 1997 בע"מ, 22 (8.8.2006).

היעדר בטוחה ועוד. למשל, ייתכן מצב שבו לווה ייטול הלוואה בריבית גבוהה מזו שתכנן, אם יהיה אפשר לקיים פירעון מוקדם בתנאים נוחים. נראה שפתרון ראוי לקושי זה נמצא במודל הטוחה של מיסיסיפי. קביעת תנאי הלוואה בטוחה מגדירה במדויק את תוכן החוזה בין הצדדים מחד גיסא, ומאפשרת גמישות מאידך גיסא. מתוך פרטי הלוואה חשוב שייכללו בחוזה הסכום המבוקש, מספר שנות התשלום, שיעור הריבית הממשית המרבית, האפשרות לפירעון מוקדם, ולצד אלה – שכר טרחת המתווך.

(ב) תניית בלעדיות

ראוי שתקבע מגבלת זמן לתניות בלעדיות בשל אלמנט הדחיפות המאפיין אשראי חוץ-בנקאי, וכדי למנוע מצב שבו הלווה כבול ללא מגבלת זמן מוגדרת אל מתווך שאינו מצליח למצוא עבורו הלוואה ראויה מחד גיסא, וחייב בתניית פיצוי מוסכם בהפרת הבלעדיות מאידך גיסא. ראוי לדעתנו לקבוע שתניית הבלעדיות לא תעלה על תקופה של שלושה חודשים, ושהיא תפקע לאחר תקופה זו גם אם הצדדים לא קבעו מועד לסיומה. הצדדים יהיו רשאים לחדש את הבלעדיות בהסכמה. במדינות המושוות אין מדינה שקבעה הוראה בדבר תניית בלעדיות. עם זאת עמדנו על חשיבות קציבת תוקף תניות אלו לעיל.

לכאורה תקופה של שלושה חודשים עשויה להתפס כקצרה מדי, ומסיבה זו לעורר בעיה אחרת אצל מבקש הלוואה: תמרוץ המתווך לפעול במהירות על חשבון איכות באיתור הלוואה, ואולי אף להגביר לחצים אפשריים שהלה עלול להפעיל על מבקש הלוואה להסכים לה. אולם סבורנו שתקופה זו אינה מעוררת חשש זה. הסיבה לכך היא שהפרוצדורה של איתור הלוואה בידי מתווך היא קצרה למדי; מהרגע שבידיו המסמכים הרלוונטיים של הלווה, בעיקרם דוח נתוני אשראי ונסח טאבו מפנקסי המקרקעין (כשהלוואה ניתנת כנגד משכנתה) שהגישה אליהם מקוונטלא נותר לו אלא לפנות אל המלווים שעמם הוא עובד. למיטב ידיעתנו, הצעת הלוואה מהמלווים ניתנת בדרך כלל בתוך ימים ספורים, משום שהחלטה מתקבלת בדרך כלל באופן טכני לפי אמות מידה מוגדרות מראש, בהתבסס על נתוני מבקש הלוואה. לפיכך תקופת הזמן של שלושה חודשים מאזנת כראוי בין האינטרס הלגיטימי של המתווך בקביעת התניה, משום שבדרך זו הוא מקטין את הסיכון שמאמציו יהיו לחינם, לבין העובדה שמבקשי אשראי חוץ-בנקאי זקוקים להלוואה שתינתן בתוך זמן קצר ולקשיים שתניית בלעדיות ארוכה עלולה לעורר.¹⁸²

(ג) תנאי זכאות לדמי תיווך

כפי שהראינו לעיל, קיימים שני מנגנונים אפשריים להסדרת זכאות המתווך לדמי תיווך. הראשון קובע שמתווך יהיה זכאי לתשלום דמי תיווך החל מאישור עקרוני של הלוואה, ואילו המנגנון השני קובע שמתווך יהיה זכאי לדמי תיווך רק אם הלקוח נטל את הלוואה בפועל, ולא די אפוא באישור עקרוני. את הדרך האחרונה נקט חוק המתווכים במקרקעין.¹⁸³ לדעתנו, אפשרות זו ראויה יותר, כפי שטענו לעיל: הלווה יחויב בתשלום רק אם הלוואה שנמצאה מתאימה לו לדעתו בתנאיה, ונוסף על זה, מנגנון זה יתמרץ את המתווך להשיג עבורו את הלוואה הטובה ביותר שיוכל, שכן בהסכמת המלווה להלוואה תלויה עמלת התיווך שלו. לדעתנו זהו ההסדר העדיף גם בהתחשב בחובת גילוי בצורת טווח כפי שהוצע.

ראו פרק ג.2. לעיל.

ס' 14 (ג) לחוק המתווכים במקרקעין.

הסיבה לכך היא שגם אם מגלים את תנאי ההלוואה מראש בצורה זו, משום שמדובר בכמה פרמטרים, קיימים כמה תמהילים של הלוואות אפשריות. למשל, ייתכן תמהיל שבו הלוואה מצויה בטווח שהגדירו הצדדים בחוזה, אך ברף העדיפות התחתון בכל טווח. מצב זה מספיק לשם חובת גילוי, אך אין די בו לענייננו, משום שהתנהלות כזו עלולה לתמרץ מתווכים להגיע לרף המינימלי בכל טווח כדי להבטיח את זכאותם לכספים ולא להתאמץ לאיתור ההלוואה הטובה ביותר עבור הלווה. לכן יש לקבוע שמתווך יהיה זכאי לדמי תיווך רק אם ניטלה בפועל הלוואה בידי הלווה. הסדר דומה, שלפיו חל איסור על גביית כספים בטרם קבלת ההלוואה, קיים במיסיופי, בנברסקה ובאונטריו. לכאורה, יש בהסדר זה כדי לפגוע באינטרס לגיטימי של המתווכים, שלמרות השקעה של זמן ומשאבים עלולים להישאר ללא תשלום אם ההלוואה לא תינטל מסיבות שונות. אולם בבחינת אופיו המעשי של חשש זה יש לתת את הדעת לפרופיל של הלווים הנעזרים במתווכי הלוואות: מדובר במסורבי אשראי שיכולתם ליטול הלוואה מוגבלת. לעיתים, מבחינתו של לווה שנתקל בסירוב אשראי מתמשך עצם האישור העקרוני של ההלוואה עשוי להוות הישג גדול. לעיתים לוויים אלה זקוקים לתזרים המזומנים בדחיפות,¹⁸⁴ ולכן אין הם יכולים להרשות לעצמם לסרב להלוואה מטעמים לא ענייניים, שכן איתור מלווה אחר כרוך בזמן נוסף. מדברים אלו עולה שכאשר לווה כזה מסרב ליטול הלוואה שמוצעת לו, הסירוב יתבסס על שיקולים כבדי משקל, ולטענתנו, בעיקר על תנאי ההלוואה ויכולתו לעמוד בהחזריה. נוסף על זה, בשל השימוש בתניות בלעדיות בחוזי תיווך, אין קיים החשש שלווה יפנה לשני לוויים בעת ובעונה אחת, מה שמצמצם את החשש לשימוש לרעה מצד לוויים בזכות זו. לפיכך הגבלת זכות המתווך לדמי תיווך רק אם ניטלה הלוואה בפועל תמרץ את המתווך להשיג הלוואה ראויה עבור הלווה מחד גיסא, ולא תפגע יתר על המידה באינטרסים של המתווך מאידך גיסא.

לצד הדברים הללו יהיה ראוי לקבוע שמתווך יהיה זכאי לדמי תיווך רק אם הוא בעל חוזה בכתב עם הלווה, הכולל את הפרטים שעל חוזה זה לכלול. קביעה זו תמרץ את המתווכים לעמידה בדרישות אלה של החוק. חוקים צרכניים מכירים בחשיבותה של דרישת כתב וחובת גילוי עבור הצרכן ולכן נוטים להחמיר בסנקצייה המוטלת בשל אי-קיומה. כך, בחוק המתווכים במקרקעין נשללים דמי תיווך ממתווך שלא החתים את לקוחו על הזמנה בכתב שכללה את הפרטים הקבועים בתקנות,¹⁸⁵ ואחת מהסנקציות הקבועות בחוק האשראי על אי-עמידה בדרישת הכתב של מלווה היא מאסר.¹⁸⁶ אולם אף ששלילת דמי תיווך היא סנקצייה חמורה, היא אינה חמורה יתר על המידה, בשל העובדה שמדובר בהוראה שהנטל לקיימה קל – על המתווך לדאוג פעם אחת לנוסח כדין ובאמצעותו לפעול אגב עדכוננו מעת לעת. כמו כן במקרים שבהם מדובר בפגמים זניחים, או שקיום הדרישה יגרום עוול למתווך, עמידה על אי-תשלום מצד הלווה יכולה להימצא כהתנהגות בחוסר תום לב.¹⁸⁷

¹⁸⁴ ראו פרק ג.1 לעיל.

¹⁸⁵ ס' 9(א) לחוק המתווכים במקרקעין.

¹⁸⁶ ס' 15(א)(1)(א) לחוק האשראי.

¹⁸⁷ ראו ע"א (מחוזי ת"א) 1691-09 לנדאו נ' קראסן הייטס בע"מ, פס' 13 לפסק דינו של השופט ורדי (נבו) 24.6.2010 (והפניות המוזכרות שם); ע"א (מחוזי ת"א) 3049/01 מיכאל נ' חמדה (נבו) 2.3.2005.

במיסיסיפי עמלת המתווך מוגבלת ל-3% מסכום ההלוואה.¹⁸⁸ בישראל קיימים מקרים שבהם עמלות התיווך גבוהות מאוד, כפי שהראינו לעיל. עם זאת לדעתנו מדובר במעורבות מהותית בתוכן החוזה, שלפחות כעת נראה שאין בה צורך בשל שאר ההסדרים המוצעים. אם לאחר הסדרת הנושא יעלה צורך מסוג זה, יהיה אפשר לקבל החלטה שונה.

(ד) איסור על תיווך הלוואה למלווה שאינו בעל רישיון למתן אשראי

חוק אשראי הוגן וחוק הפיקוח קובעים נורמות פליליות שונות החלות על מלווים. לפיכך מתווך המסייע להעמדת הלוואה שבה מופרות נורמות אלה עשוי לחוב בפלילים מכוח דיני השותפות שבחוק העונשין, התשל"ז-1977. על רקע החקיקה המוצעת ראוי לקבוע במפורש גם איסור על תיווך בין לווה למלווה שאינו בעל רישיון למתן אשראי כנדרש לפי חוק הפיקוח.¹⁸⁹ הסיבה לבחירת איסור זה היא שמחד גיסא מדובר על נורמה שברור מתי היא מופרת ולכן פשוט לקבוע שמתקיימים בה יסודות העבירה, ומאידך גיסא ההתמקדות בה תביא להגנה נרחבת על הלווה באמצעות הרחקתו ממלווים שהם מפירי חוק, שסביר אפוא שתנאי הלוואתם אינם חוקיים, ושחלקם הם גורמים עבריינים. לחקיקה מפורשת של איסור זה, בשונה מיישמו באמצעות דיני השותפות שבחוק העונשין,¹⁹⁰ כמה נימוקים: חקיקה של איסור עצמאי תעביר מסר ברור למתווכים על חומרתו של מעשה זה ותסייע בהרתעתם. לכך יש לצרף רצון להעלאת המודעות לעבירה זו אצל רשויות התביעה, בייחוד על רקע היעדר האכיפה נגד מתווכים. סיבה נוספת היא שהעונש המוטל על המסייע הוא מחצית מהעונש הקבוע לעבירה העיקרית,¹⁹¹ ובענייננו העונש הקבוע לעבירה זו אינו חמור,¹⁹² ולכן מחצית ממנו עלולה שלא להספיק לשם הרתעה ראויה. סיבה אחרת היא שביצוע של עבירה עיקרית עניש כעבירת נסיון, ולעומת זאת ניסיון לסיוע אינו עניש.¹⁹³ אפשרות העמדה לדין של מתווכים בגין ניסיון לסיוע חשוב בענייננו מסיבה שכבר נזכרה – מלווים מסרבים פעמים רבות להעמיד אשראי ללווים. במקרים כאלה לא יחוב המתווך באמצעות העבירה הנגזרת, ולכן ראוי שתהיה האפשרות להעמידו לדין כמבצע עבירה עיקרית במקרי ניסיון כאלה.

2. קרן ציבורית למימון תביעות נגד מתווכים

כזכור, בישראל פועלות כיום שתי קרנות ציבוריות למימון תובענות ייצוגיות, האחת בנושאים הקשורים בניירות ערך והאחת בשאר הסוגים של התובענות הייצוגיות. מוסד זה קיים במעט מדינות במשפט המשווה, ומדינות נוספות פועלות לקידומו.¹⁹⁴ המניע להקמת הקרנות בישראל הייתה העובדה שקיים נטל כלכלי כבד בניהול הליכים קבוצתיים, שהיה חסם שמנע הגשת תובענה בידי תובעים שבידיהם עילת תביעה טובה, וקיים אינטרס ציבורי חשוב

¹⁸⁸ ס' 23-19-81 לחוק במיסיסיפי.

¹⁸⁹ ס' 12 לחוק הפיקוח.

¹⁹⁰ באמצעות סעיף 34כג לחוק העונשין המחיל את החלק המקדמי והכללי של חוק העונשין על עבירות שמחוץ לו, בהיעדר הוראה אחרת לסתור.

¹⁹¹ ס' 32 לחוק העונשין.

¹⁹² סעיף 94 לחוק הפיקוח קובע עונש של 9 חודשי מאסר או קנס בשיעור, פי שלושה מזה הקבוע בסעיף 61(א)(4) לחוק העונשין.

¹⁹³ ש"ז פלר יסודות דיני עונשין כרך ב' 16 (התשמ"ז).

¹⁹⁴ בוקשפן, לעיל ה"ש 156, בעמ' 116.

בכירורה.¹⁹⁵ לקרנות הללו תקציב שנתי מוגבל, שבעיקרו נועד לממן אגרות, חוות דעת מומחה והחזר הוצאות משפט במקרים שבהם התביעה נכשלת.¹⁹⁶ כפי שעולה מנתונים שמפרסמת הקרן הציבורית למימון תובענות ייצוגיות, קיים גידול מתמיד במודעות לקרן ובנפח פעילותה.¹⁹⁷

הרציונלים שביסוד מימון תובענות ייצוגיות, קשיי אכיפה ואינטרס ציבורי במימון, רלוונטיים גם לענייננו. אשר לקשיי האכיפה, לאורך רשימה זו עמדנו על חסמים כלכליים גבוהים המונעים את מיצוי הדין עם מתווכים שעולו כלפי הלווים שלהם העניקו את שירותם. הקמת קרן ציבורית תיתן מענה לחסמים אלו – תאוזן האסימטרייה בין תובעים לנתבעים המאפיינת הליכים אלה.

האינטרס הציבורי קיים אף הוא בהקמת קרן למימון תביעות נגד מתווכים. טעם אחד לכך הוא שמדובר בתחום שנדרשת בו התערבות שלטונית, שמטבע הדברים כרוכה בעלויות. משום שהראינו שהקמת קרן תביעות יעילה מאסדרה "קלאסית" בידי רשות מנהלית ומתאימה יותר לענייננו, האינטרס הציבורי הוא שיבחר את הפתרון היעיל. למעשה, ניתן להסתכל על קרן תביעות כזאת כעל אסדרה "חכמה",¹⁹⁸ המשלבת כוחות של המאסדר עם אלה של הציבור אגב ניצול היתרונות של כל אחד מהם. הגשת התביעה בידי הלווים תנצל את יתרונם באיתור מקרי התנהגות לא ראויה, ובכך תחסוך משאבי פיקוח וניטור שהיו צריכים להיות מושקעים לו הייתה נבחרת דרך אכיפה ציבורית. כמו כן מדובר בפתרון זול לציבור ביחס לפתרון המבוסס כולו על אכיפה ציבורית, שכן חלק מהנטל הכלכלי של האכיפה מוטל על גורמים פרטיים.¹⁹⁹ מנגד, כדי שאכיפה זו תהיה אפשרית, על הלווה לקבל מימון להגשת התביעה, שיסיר מדרכו את החסם הכלכלי המונע ממנו לעשות כן – ובכך מתבטא תפקידו של המאסדר.²⁰⁰ במילים אחרות, יש לבחון שימוש בקרן ציבורית כזאת כמו שבוחנים חלופות אסדרתיות אחרות, ולבחור בה בהקשר המסוים אם היא האסדרה המתאימה ביותר. בהקשר זה נעיר שהעובדה שלא נעשה שימוש בקרנות אלה בתחומים שאינם תובענות ייצוגיות נובעת מהעובדה שמדובר באסדרה "חדשה", שעוד מצויה בתחילת דרכה, ושעשויה להיות נפוצה יותר בעתיד. למעשה, אפשר להצביע כבר כיום על קרן ציבורית בפרובינציית אונטריו בקנדה הפועלת זה כמה שנים, שמעניקה מענקים לעמותות ללא מטרת רווח לשם ניהול הליכים משפטיים.²⁰¹

טעם אחר הוא שהסדרה ראויה של תחום תיווך ההלוואות היא בעלת השפעה החורגת מיחסי המתווך-לווה, שכן היא משפיעה על שוק ההלוואות החוץ-בנקאי בכללותו: ההסדרה

¹⁹⁵ עת"מ (מחוזי ת"א) 48344-07-14 חלפון נ' רשות לניירות ערך תל אביב (נבו 19.11.2014).

¹⁹⁶ בוקשפן, לעיל ה"ש 156, בעמ' 155.

¹⁹⁷ משרד המשפטים הקרן למימון תובענות ייצוגיות: תמונת מצב (2016) <https://tinyurl.com/mpzredkf>.

¹⁹⁸ בוקשפן, לעיל ה"ש 156, בעמ' 112.

¹⁹⁹ ראו לעיל ה"ש 148.

²⁰⁰ מימון זה אינו מעלה חשש לתביעות יתר, שכן כמו שיפורט להלן, לקרן המוצעת יהיה תקציב מוגבל, בדומה לקרנות הקיימות. נוסף על זה, יהיו לה קריטריונים לקבלת מימון. לכן לא כל לווה שיחפוץ יקבל מימון כזה, והתקרה התקציבית תמנע תביעות יתר. בהקשר זה יצוין שאחד מהיתרונות של אסדרה מסוג זה הוא יכולת הוויסות הנוחה שלה – במועד שבו יתברר שקיימות מספיק תביעות המוגשות נגד מתווכים, יהיה אפשר לצמצם את תקציב הקרן בהתאם.

²⁰¹ *Access to Justice Fund*, LAW FOUNDATION ONT., <https://tinyurl.com/ywufxstu>

צפויה להפחית את מספר ההלוואות המתווכות למלווים הפועלים שלא כדין, ובהם גורמים עבריינים. קיים אינטרס ציבורי בהפחתת מקורות המימון לגורמים הללו, המשתמשים בכספים אלה לקיום פעילותם.

לצד זאת תחום תיווך הלוואות סובל ממודעות נמוכה ומבעיות אכיפה. אף שאין קיימים נתונים רשמיים, כאמור, היקף מסורבי האשראי, לצד נחיצות השימוש במתווך בנטילת הלוואה חוץ-בנקאית, מאפשרים להניח שקיימת קבוצה הנפגעת מאותם מתווכי הלוואות, בלי שיינתן לקושי שלהם מענה ראוי. במקרה כזה האינטרס הציבורי הוא להעניק לאותם חברי קבוצה כלי התמודדות כדי להפחית תופעה זו ולמנוע מחלקים נוספים מהציבור להיפגע ממנה.

לבסוף נציין שבשל מצבם הכלכלי של הלואים הללו הפגיעה הכלכלית הנגרמת להם בשל אינטראקציה עם מתווך שפועל שלא כדין, או עם מלווה הפועל שלא כדין שאילו הגיעו באמצעות המתווך, אינה אך עניינם הפרטי, משום שהיא עלולה להביאם לקשיים כלכליים ניכרים, עד כדי קריסה כלכלית, ובסופו של דבר – להופכם לנטל על הציבור.²⁰² מסיבה זו מניעת נזק שניוני זה אף היא אינטרס ציבורי.

מבנית, ראוי שוועדת הקרן תמנה נציגים שימנה שר המשפטים מטעם גורמים בעלי עניין בתחום האשראי החוץ-בנקאי והגנת הצרכן, כמו הממונה על הרשות להגנת הצרכן והסחר ההוגן; המפקח על נותני שירותים פיננסיים; נציג מטעם הציבור; גורמים נוספים שיידרשו. בדומה לאמות המידה הקיימות כיום בקרנות למימון תובענות ייצוגיות,²⁰³ ראוי לשקול שני שיקולים מרכזיים בהחלטה על מתן מימון לתביעה נגד מתווך. השיקול הראשון הוא סיכויי התביעה – קביעה שקיים סיכוי סביר שהתובע יזכה בתביעתו. בשלב זה יבחנו עילות התביעה ויוערך חוזה. השיקול השני הוא עניין ציבורי בתביעה. בתחילת הדרך, כשמספר הפניות לסיוע במימון יהיה קטן, סביר שיהיה עניין לציבור בקידום רוב ההליכים שהוועדה תשוכנע שהם עומדים בתנאי הסיכוי הסביר, כפוף למגבלת התקציב שיוקצה. אולם בשלב מאוחר יותר, שבו צפוי שמספר הפניות יגדל, יהיה צורך לסנן בקשות מימון גם על בסיס העניין הציבורי ולא רק על בסיס סיכויי התביעה. לבחינת העניין הציבורי נראה שראוי להתחשב בין היתר בשיקולים האלה:²⁰⁴

- א. חומרת ההפרה – ככל שחומרת ההפרה לכאורה רבה יותר, כך העניין הציבורי במימון התביעה יהיה רב יותר. חומרה זו יכולה להתבטא בסוג ההפרה; בעירוב אלמנטים של תרמית או מניפולציה רגשית; בזרות

²⁰² הנטל מתבטא בין היתר בכך שכאשר אדם הופך לחדל פירעון אפקט החוב הנמחק בדרך של הפטר מייצר החצנות על כלל הציבור. ראו נטע נדיב "כמה באמת תשלמו על החוב" משפטים על אתר יז 61, 61–62 (התשפ"ב). עניין זה חשוב במיוחד בשל העובדה שנמצא שקיים קושי רב לצאת ממעגל החובות, ולכן אותם לווים עלולים לצבור חובות נוספים שגם הם לא ישולמו. ראו רבקה אהרוני ורפי גולן פרופיל פושטי רגל שקיבלו הפטר מכונס הנכסים הרשמי (רשות האכיפה והגבייה, האגף לתכנון, מדיניות וקשרי חוץ (2019) <https://bit.ly/3vzPPVU>.

²⁰³ יש שוני מסוים בדרישות הסף בין שתי הקרנות. ראו בוקשפן, לעיל ה"ש 156, בעמ' 153, וכן השוו לס' 27 לחוק תובענות ייצוגיות; ס' 155 לחוק ניירות ערך.

²⁰⁴ חלק מהשיקולים מבוססים על אמות המידה שפורסמו לעניין תובענות ייצוגיות העוסקות בניירות ערך, בשינויים המתאימים. ראו הרשות לניירות ערך קווים מנחים לשקילת רכיב ה"עניין לציבור" בהחלטות מימון ושיקולי רוחב רלבנטיים להחלטות אלה (2015) <https://tinyurl.com/93a26xy>.

- המלווה, והלוואה שמקורה בגורמים עברייניים תיחשב אפוא לחמורה יותר.
- ב. שיעור הנזק – ככל ששיעור הנזק שנגרם ללווה בגין הפרת הדין לכאורה גבוה יותר, כך יגדל העניין הציבורי במימון התביעה.
- ג. הפרות דין חוזרות ונתבעים חוזרים – הפרות דין חוזרות בידי אותו מתווך מגדילות את העניין הציבורי בניהול תביעה נגדו. כך גם כאשר המתווך כבר נתבע בעבר והתביעות נגדו נמצאו מוצדקות.
- ד. תביעה נלווית של מלווה – כאשר התביעה מוגשת לא רק נגד המתווך אלא גם נגד המלווה, גדל העניין הציבורי במימון התביעה, שכן כך האפקט הציבורי של האכיפה חזק יותר.
- ה. הליך שבו האכיפה הפרטית היא כלי האכיפה העיקרי – כאשר ההפרה ניתנת לטיפול בכלי אכיפתי אחר – כמו אכיפה פלילית, העניין הציבורי במימון התביעה יפחת.
- ו. איכות הייצוג, תום ליבו של התובע ואופן התנהלותו בבקשת המימון.

סיכום

ברשימה זו עמדנו על הצורך בהסדרת תחום תיווך ההלוואות. הראינו שלא די בדין הכללי לשם הסדרת היחסים המשפטיים שבין מתווך ללווה בשל מאפייניו הצרכניים של הלווה. המחשנו כיצד נחיתותם של הלווים מתבטאת בדינמיקה של יחסים עם המתווך באמצעות ניתוח כמה תניות שקיבצנו מחוזי תיווך שונים. נוסף על זה, עמדנו על כמה פסקי דין המשקפים מגמה שלפיה ללווים קושי מהותי במיצוי הדין עם מתווכים באמצעות הגשת תביעה. לאחר מכן עמדנו על הצדקות עיוניות להסדרת תחום תיווך ההלוואות ולבסוף הצענו מתווה להסדרת התחום.

רשימה זו היא תוצר של היחשפות למציאות הקיימת כיום בתחום תיווך ההלוואות, שבה נפגעות זכויותיהם של לוויים פגיעה ממשית, ומנוצלת שעתם הקשה. ראוי להדגיש שלפגיעה בזכויות אלה מתלווה, לצד הנטל הכלכלי, גם נטל נפשי כבד, שאותו מכירים היטב מי שנקלעו לקשיים כלכליים. יש לקוות שדברים אלה יגיעו לפתחם של הגורמים הרלוונטיים, כדי שיוכלו לבצע שינוי בנושא, ובכך להיטיב את מצבם של רבים.