

מימון ישיר מקבוצת ישיר (2006) בע"מ

ע"י עוה"ד צבי פירון ואו דני כביר ואו ליטל בן דוד

ממשרד מ. פירון ושות', עורכי דין

מרחוב השלושה 2, תל אביב, 6706054

טל': 03-7540013 ; פקס': 03-7540031

המבקשת

-נגד-

1. רותם יפעת

ע"י עוה"ד צביקה מצקין ואו אלרן שפירא בר אור

ממשרד שפירא, בר אור מצקין, עורכי דין

מרחוב תובל 11, רמת גן, 5252226

טל': 03-5513013 ; פקס': 03-6776272

2. משה רון

ע"י עו"ד בן ציון רזניק

מרחוב יגאל אלון 65, תל אביב, 6744316

טל': 03-6243338 ; פקס': 03-6243522

המשיבים

עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

בהמשך להודעתו בדבר התייצבותו להליך ובהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד, מוגשת בזאת עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה.

יובהר, שכל ההדגשות להלן הוספו ואינן במקור.

א. פתח דבר ועיקרי עמדת היועץ המשפטי לממשלה

1. השאלה העומדת במוקד בקשת רשות הערעור היא השאלה, האם קביעותיו של בית משפט קמא בהחלטתו לאשר את ניהול התובענה שלפנינו כייצוגית, חלות באופן פרוספקטיבי בלבד, או גם באופן רטרואקטיבי ביחס לתקופה שקדמה להחלטה. הכוונה היא לקביעותיו של בית משפט קמא, לפיהן, בגדר ההוראה הקבועה בסעיף 3(ב)(8) לחוק הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות התשנ"ג-1993,¹ שחוזה הלוואה יכול גילוי מלא של "שיעור העלות הממשית של האשראי", על המלווה לגלות ללווה את העלות הממשית של האשראי תוך הבאה בחשבון של "עקרונות של ריבית דריבית", וכן תוך הבאה בחשבון של עיתוי תשלום העמלות בתחילת תקופת ההלוואה.² כאמור השאלה שבה מתמקדת בקשת רשות הערעור היא, האם קביעות אלו בנוגע לגדר חובת הגילוי של "העלות הממשית של האשראי" חלות רק באופן פרוספקטיבי ממועד מתן ההחלטה, וממילא לא ניתן היה לאשר הגשת תובענה ייצוגית בנדון בנוגע למועדים שקדמו להחלטה; או שמא הקביעות חלות באופן רטרואקטיבי, כך שניתן היה לאשר הגשת תובענה ייצוגית בנוגע לתקופה הרלבנטית לבקשת האישור שלפנינו.
 2. המבקשת טוענת בבקשת רשות הערעור (להלן: "הבקשה"), שמדובר במילוי חסר (לאקונה) בחוק הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות העולה כדי "חקיקה שיפוטית", וכדי יצירת "הוראת דין חדשה".³ עוד טוענת המבקשת, שמשעה שמדובר בכך, יש להחיל את קביעות בית משפט קמא באופן פרוספקטיבי בלבד ולא ניתן היה לאשר ניהול תובענה ייצוגית בעניין. המבקשת טוענת, כי קיימת "הלכה כללית" לפיה, "השלמת לאקונה חלה באופן צופה פני עתיד" (סעיף 22.2 לבקשה). כמו כן, טוענת המבקשת, שבית משפט קמא "לקח על עצמו את תפקידו של מחוקק המשנה" שלא התקין עד עתה תקנות שיקבעו את העקרונות לחישוב העלות הממשית של האשראי,⁴ וכשם שחקיקת משנה ככל שתותקן בעניין תחול באופן פרוספקטיבי, כך יש לקבוע גם בנוגע ל-"חקיקה השיפוטית" שבנדון (סעיפים 21-22 לבקשה).
 3. המבקשת מדגישה (בעמוד 2 לבקשה) כי היא "מזקקת... ומזככת בקשת רשות ערעור זו אך ורק לשאלה העקרונית, היורידית: האם ניתן להחיל חקיקה שיפוטית, השלמת חסר בדין, לאחר, למפרע, באופן רטרואקטיבי". וכן: "בקשת רשות ערעור זו עוסקת כל כולה בשאלת התחולה בזמן של ההסדר החדש" (סעיף 22 לבקשה). יצוין, שהמבקשת לא מפרטת בבקשה מדוע לשיטתה טעה בית משפט קמא בקביעותיו בדרך חישוב "העלות הממשית" לגופן, ומסתפקת בטענה הלאקונית, כי "שגה בית משפט קמא הנכבד באופן השלמת הלאקונה" (עמוד 2 לבקשה) ובטענה כי "המבקשת פירשה את הגדרת העלות הממשית של האשראי ככתבו וכלשונו של החוק" (סעיף 9 לבקשה).⁵ כמו כן, לא מפורטות טענות קונקרטיות להסתמכות המבקשת על פרשנות זו, מעבר לטענה שעצם
-
- ¹ להלן: "חוק הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות". יצוין שחוק זה חל בנוגע למועדים הרלבנטיים לעניין הבקשה לאישור ניהול התובענה שלפנינו כייצוגית (להלן: "בקשת האישור"). אמנם, כפי שיפורט להלן, בינתיים נכנס לתוקף תיקון לחוק, וכיום הוא נקרא: "חוק אשראי הוגן תשנ"ג-1993". אולם, בעניינים שבהם מתמקדת בקשת רשות הערעור שלפנינו אין הבדל מהותי בין החוקים, וראו עוד בעניין זה להלן. בכל אופן, על בקשת האישור שלפנינו חל חוק הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות, ולכן העמדה תתמקד בחוק זה.
- ² כאשר הצגת עלות האשראי ללא התחשבות בכך, תביא להצגה לפני הלקוח של עלות ממשית נמוכה יותר, כדלהלן.
- ³ ראו למשל בעמוד 1 לבקשת רשות הערעור.
- ⁴ כפי שהוסמך לעשות שר המשפטים (בהתייעצות עם שר האוצר) בסעיף 3(ג) לחוק הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות, כדלהלן.
- ⁵ רק לעניין סוגיית "ריבית דריבית", מצינת המבקשת, במשפט אחד (בסעיף 11 לבקשה), שהיא הסתמכה על כך, שסעיף 3(ב)(11) לחוק הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות מציין מפורשות, שלעניין חישוב ריבית פיגורים יש להביא בחשבון ריבית דריבית וכך גם לגבי הריבית הרגילה (סעיף 3(ב)(4) לחוק זה), ואילו לגבי "העלות הממשית של האשראי" (בסעיף 3(ב)(8) לחוק זה) הדבר לא צוין מפורשות. מכל מקום המבקשת אינה מתייחסת לקביעות ונימוקי בית משפט קמא בעניין זה (בעמודים 10-12 להחלטה). כמו כן יש לציין, שכפי שעמד על כך בית משפט קמא בהחלטתו (בעמודים 7-8 להחלטה), רוב ההפרש בין העלות הממשית של האשראי שהציגה המבקשת לפני הלווים, לבין העלות הממשית שהיה עליה להציג בהתאם להחלטת בית משפט קמא אינו נובע מסוגיית הריבית דריבית, אלא מההתחשבות בכך שהעמלה כולה נגבתה בתחילת תקופת ההלוואה.

העניין, שמדובר ב-"חקיקה שיפוטית" חדשה, פוגעת בהסתמכות המבקשת ובציפיותיה הסבירות (סעיף 59 לבקשה).

4. המשיבים בתשובתם לבקשת רשות הערעור (להלן: "**תשובת המשיבים**") טוענים, שפסיקת בית משפט קמא אינה קובעת דין חדש, אלא מיישמת ומפרשת את הוראות חוק הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות בהתאם ללשונו ותכליתו (סעיפים 123-125 לתשובה). כמו כן נטען, שאף כאשר מדובר בהשלמת חסר בחוק, ברירת המחדל שנקבעה בפסיקה היא תחולה רטרואקטיבית (סעיפים 167-170 לתשובה). המשיבים טוענים שבענייננו לא מדובר במקרה חריג המצדיק תחולה פרוספקטיבית בלבד (סעיפים 173-178 לתשובה) היות ולטענתם לא מתקיים בנדון אינטרס הסתמכות.⁶

5. היועץ המשפטי לממשלה יציג להלן את עמדתו, בנוגע לשאלות העקרוניות העומדות בליבת ההליך שבכותרת.⁷ היועץ המשפטי לממשלה סבור, שבאופן עקרוני וכפי שעולה מפסיקת בית המשפט הנכבד, **גם כאשר מדובר במקרים שבהם בית המשפט המוסמך משלים חסר (לאקונה) בחקיקה, ברירת המחדל היא תחולה רטרואקטיבית.**⁸ רק במקרים חריגים, שבהם תוכח הסתמכות של בעל דין על מצב משפטי קודם, או על פרשנות סבירה להוראות הדין, המצדיקה תחולה פרוספקטיבית, יהיה מקום לקביעת תחולה כזו, ובכפוף למכלול השיקולים והאיזונים שנקבעו בעניין זה בפסיקה. אפשר, ויהיה מקום במסגרת מכלול השיקולים לתת משקל גם לשאלה האם מדובר בפרשנות של הוראת חוק קיימת, או במילוי חסר בחקיקה בבחינת חקיקה שיפוטית. מכל מקום, כל מקרה ייבחן לגופו, כאשר ברירת המחדל שנקבעה בפסיקה היא תחולה רטרואקטיבית, כל עוד לא קיימים נימוקים מיוחדים המצדיקים תחולה פרוספקטיבית, ובמיוחד שיקולי הסתמכות כאמור.

6. עוד יפרט היועץ המשפטי לממשלה להלן את עמדתו (השונה במידה מסוימת מגישת בית משפט קמא הנכבד) לפיה במקרה שלפנינו, לאמיתו של דבר, **לא מדובר** בהשלמת חסר בחקיקה על ידי בית משפט קמא, אלא **בפרשנות הוראת חוק קיימת** (סעיף 3(ב)(8) לחוק הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות) שחלה על העניין, לשיטת הכל.

על כן, גם לפי טענותיה העקרוניות של המבקשת, שכאשר מדובר בהשלמת חסר, ההלכה שנקבעה בעניין סולל בונה אינה חלה ויש להחיל את הפסיקה באופן פרוספקטיבי בלבד,⁹ הדברים אינם רלוונטיים לענייננו, היות וכאמור, לפי הניתוח הנכון של הדברים מדובר כאן **בהכרעה פרשנית** ולא במילוי חסר בחקיקה.

7. בשורה התחתונה, היועץ המשפטי לממשלה סבור, שבבקשת רשות הערעור שלפנינו במתכונתה הנוכחית, **לא הוצגו טעמי הסתמכות מספקים המצדיקים קביעת תחולה פרוספקטיבית.** למעשה, המבקשת נסמכת ותולה את יתרה בעיקר על טענתה העקרונית שעצם העניין שמדובר (לשיטתה) במילוי חסר וב-"חקיקה שיפוטית" מצדיקה כשלעצמה תחולה פרוספקטיבית (ולא מפורטות טענות הסתמכות מעבר לכך). כאמור, היועץ המשפטי לממשלה סבור, שאין בסיס בדין ובפסיקה לטענה העקרונית של המבקשת.

⁶ עוד מפרטים המשיבים בהרחבה את טענותיהם לפיהן צדק בית משפט קמא לגוף הדברים.
⁷ עם זאת, היועץ המשפטי לממשלה לא יידרש כאן לכלול מחלוקות הצדדים. כך, היועץ המשפטי לממשלה לא ירחיב בנוגע לקביעות בית משפט קמא לגופן, שהמבקשת לא הגישה הליך ערעורי בגין ולא תוקפת אותן בבקשת רשות הערעור. היועץ המשפטי לממשלה גם לא יידרש למחלוקות הצדדים האם לעילה הנוספת שנטענה ואושרה בבקשת האישור (בדבר "ריבית מוסווית") יש עמידה עצמאית (מעבר לעילות הנוגעות לעלות הממשית של האשראי מן ההיבט של ריבית דריבית וההתחשבות בעיתוי גביית העמלה), או שאין לה עמידה ללא העילות הנוספות שמועד תחולתן מלווה בבקשת רשות הערעור שלפנינו (ראו סעיפים 20-31 לתשובת המשיבים; סעיפים 12-13 לתשובת המבקשת לתשובת המשיבים).
⁸ כפי שעולה מפסק הדין היסודי שניתן בהרכב מורחב בעניין רע"א 8925/04 סולל בונה בניין ותשתיות בע"מ נ' אלחמיד פ"ד סא(1) 126 (27.2.2006) (להלן: "סולל בונה"). כך עולה גם מפסקי דין מאוחרים יותר, כפי שיפורט להלן.
⁹ ראו בסעיף 22 לתגובת המבקשת לתשובת המשיבים.

8. במצב דברים זה, והיות שההחלטה המאשרת שלפנינו היא החלטה לכאורית והתובענה עוד עתידה להתברר לגופה (ככל שבקשת רשות הערעור תידחה), היועץ המשפטי לממשלה לא יקבע מסמרות מעבר לכך, בעילות התובענה לגופן, בשאלת סבירות פרשנותה של המבקשת, ובשאלה האם קיים למבקשת אינטרס הסתמכות הראוי להגנה.

9. עם זאת, למען שלמות התמונה, והיות שבית המשפט הנכבד בהחלטתו ביקש כי היועץ המשפטי לממשלה יתייחס בעמדתו: "לבקשת רשות הערעור ובתוך כך גם לבקשה לאישור התובענה כייצוגית", היועץ המשפטי לממשלה יציין בקצרה, על דעת הגורמים המקצועיים בבנק ישראל, שעל פני הדברים, שיטת החישוב של "העלות הממשית של האשראי" (ביחס לסוגיית ריבית דריבית ושאלת ההתחשבות בעיתוי תשלום העמלה) שבה נקטה המבקשת אינה עומדת, לכאורה, בכללי המימון והחישוב המקובלים במערכת הבנקאית ומשמעותה היא הצגת עלות ממשית נמוכה יותר לפני הלווים, בהשוואה לשיטה המקובלת במערכת הבנקאית. היועץ המשפטי לממשלה גם יעמוד על תכליות החוק הנוגעות לעניין שיש לבחון את הסוגיה לאורן, ויבהיר, שגם מטעם זה, על המבקשת לעמוד בנטל משמעותי בכדי להצדיק תחולה פרוספקטיבית בלבד של קביעות בית משפט קמא. כאמור, היועץ המשפטי לממשלה לא יקבע מסמרות מעבר לאמור.

10. כעת יעמוד היועץ המשפטי לממשלה בקצרה על הרקע להליך שלפנינו ועל הקביעות העיקריות של בית משפט קמא בהחלטתו. לאחר מכן, יפרט היועץ המשפטי לממשלה את עמדתו על נימוקיה.

ב. רקע נדרש – ההליך בבית משפט קמא והחלטת בית משפט קמא

11. לבית משפט המחוזי בתל אביב הוגשו שתי בקשות לאישור ניהול תובענות כייצוגיות (שאוחדו לבקשה מאוחדת ומתוקנת) נגד המבקשת. בבקשת האישור נטען נגד המבקשת, שבמסגרת הלוואות חוץ בנקאיות שהיא מעניקה ללווים, שיעור העלות הממשית של האשראי שהיא מציגה לפני הלווים, נמוך מהשיעור שהיא גובה באמת. למען בהירות העניין יצוין, שבסעיף 1 לחוק הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות מוגדרת העלות הממשית של האשראי (שעל המלווה להציג לפני הלווים בהתאם להוראות סעיף 3(ב)(8) לחוק זה): "היחס שבין סך כל התוספות לבין הסכום שקיבל הלווה בפועל, בחישוב שנתי". והמושג תוספת מוגדר שם: "כל סכום שנדרש לוה לשלם בקשר לחוזה ההלוואה מעבר לסכום שקיבל בפועל מן המלווה, למעט ריבית פיגורים".

12. טענות המשיבים בבקשת האישור נסבו על עמלות שגובה המבקשת (מעבר לריבית על ההלוואה), כ- "עמלת שיווק", "עמלת הקמה" או "עמלת פתיחת תיק". אין חולק, שבהתאם להוראות החוק, המבקשת אכן כללה עלויות אלה בהצגת העלות הממשית של האשראי שהוצגה לפני הלווים. המחלוקת נגעה לאופן החישוב של עלויות האשראי הנוגעות לעמלות אלו. המשיבים טענו בבקשת האישור, שהמבקשת לא הביאה בחשבון בחישוב זה עקרונות של ריבית דריבית, וכן לא הביאה בחשבון את העובדה שהעמלות משולמות בתחילת תקופת ההלוואה.¹⁰

¹⁰ יובהר, שהצגת העלות הממשית של האשראי בהתייחס לסכום העמלה המשולם בתחילת תקופת ההלוואה, מביאה להצגת עלות נמוכה יותר של האשראי, היות שבהתאם להוראות החוק שצוינו, הנוסחה לקביעת העלות הממשית בעניין זה היא עמלה/קרן ההלוואה, ולכן כאשר העמלה מחולקת לסכום קרן ההלוואה בשלמותה ברי שהדבר מביא לסכום נמוך יותר, בהשוואה למצב שבו העמלה הייתה מחולקת לסכום נמוך יותר של קרן ההלוואה, אחרי שהקרן נפרעה בחלקה. על כן, נטען בחוות הדעת מטעם המשיבים, שיש לחלק את העמלות ביתרת ההלוואה הממוצעת לאורך תקופת ההלוואה.

13. המבקשת טענה מנגד, ששיטת החישוב לעלות הממשית של האשראי שבה נקטה תואמת את הוראות הדין, ושיטת החישוב שלה טענו המשיבים אינה קבועה בחוק. כמו כן נטען, שבחוק נקבע שיש להתחשב בעקרונות של ריבית דריבית לגבי ריבית וריבית פיגורים,¹¹ אך לגבי העלות הממשית של האשראי הדבר לא נקבע.

14. ביום 24.7.2018, הורה בית משפט קמא על **אישור ניהול התובענה כייצוגית** (החלטה זו היא נושא בקשת רשות הערעור שלפנינו). בהחלטה הוער כי: **"חוק הלוואות חוץ-בנקאיות אינו מגדיר בפירוש כיצד לחשב את שיעור העלות הממשית של האשראי"** (סעיף 9 להחלטה). בית משפט קמא דחה את טענת המבקשת, שהיעדר קביעה ביחס לריבית דריבית ביחס לעלות הממשית של האשראי היא הסדר שלילי, וקבע שמדובר ב-"חסר משפטי (לקונה) שיש להשלימו" (עמוד 10 להחלטה). בית המשפט קמא ערך היקש מהכללים החלים על מערכת הבנקים ובחן את תכלית החקיקה (בעמודים 10-13 להחלטה) והגיע למסקנה, שקיימת אפשרות סבירה שיתקבלו טענות המשיבים שעל העלות הממשית של האשראי להביא בחשבון גם עקרונות של ריבית דריבית, "זאת, כדי שהלווה ידע בדיוק מהי העלות הממשית של האשראי שהוא נוטל, לפי חישובים בכללי חשבונאות מקובלים וגם בכללי הבנקאות" (עמוד 11 להחלטה). בדומה נקבע (שם), לגבי ההתחשבות בכך שהעמלות משולמות בתחילת תקופת ההלוואה: **"מאותו טעם אני סבורה כי חובת הגילוי המלא... צריך שתביא בחשבון את העובדה שעמלות משולמות בתחילת התקופה"**. בשורה התחתונה נקבע בעמוד 12 להחלטה:

"קיימת אפשרות סבירה שתתקבל הטענה כי הואיל והמשיבה לא הביאה בחשבון בהצגת השיעור של עלות האשראי הממשית את העקרונות דלעיל... הנתון שהציגה כשיעור העלות הממשית נמוך מהנתון הנכון. משכך לכאורה היא הפרה את חובת הגילוי שבחוק הלוואות חוץ-בנקאיות... לכאורה היה על המשיבה להביא בחשבון כשישבה את שיעור העלות הממשית של האשראי שהעמלה משולמת בראשיתה של תקופת ההלוואה, שיתרת ההלוואה פוחתת ככל שנפרעת ההלוואה, וגם עקרונות של ריבית דריבית".¹²

15. יצוין, כי בהחלטה אושר ניהול התובענה כייצוגית גם בגין הטענה שהעמלה שנגבתה מהלווים הייתה בבחינת "ריבית מוסווית", כך שהיה על המבקשת לכלול זאת בריבית ולהציג שיעור ריבית גבוה יותר, היות שלא הוכח (לפי קביעת בית משפט קמא) שניתן ללקוחות שירות נוסף תמורת העמלה, מעבר לעצם העמדת האשראי.¹³

16. מכאן בקשת רשות הערעור שלפנינו. הטענות המרכזיות של הצדדים בהליך דנן הוצגו לעיל, בסעיפים 2-4. להלן יצינו במידת הצורך טענות נוספות של הצדדים, במסגרת הצגת עמדת היועץ המשפטי לממשלה.

ג. עמדת היועץ המשפטי לממשלה – הערות מקדימות

17. בפתח הדברים יקדים ויעיר היועץ המשפטי לממשלה, כי בנוגע לתקופה שאליה מתייחסת התובענה הייצוגית שלפנינו, חולש על העניין **חוק הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות**. על כן, גם העמדה דנן מתמקדת בהוראות חוק זה. אמנם, ראוי לציין, שחוק זה תוקן ביום 9.8.2017 (תיקון שנכנס לתוקף ביום 25.8.2019), וישומו שונה ל-**חוק אשראי**

¹¹ ראו בסעיפים 3(ב)(4) ו-3(ב)(11) לחוק הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות.

¹² עוד נקבע בהחלטה, שבגין גביית עלות ממשית גבוהה מזו שהוצגה ללוויים, הפרה המבקשת לכאורה גם את הוראות סעיפים 12(ב) ו-15 לחוק החוזים (חלק כללי) התשל"ג-1973, והתקיימו גם עילות שונות מכוח חוק הגנת הצרכן ו-חוק עשיית עושר ולא במשפט התשל"ט-1979.

¹³ ראו בעמודים 15-18 להחלטה. הצדדים חלוקים ביניהם בהליך דנן (ראו לעיל, בה"ש 7), האם לעילה זו יש עמידה עצמאית, ככל שיתר העילות יידחו (וכפועל יוצא מכך, הצדדים חלוקים האם בקשת רשות הערעור היא עניין תאורטי, לנוכח קיומה של העילה הנוספת בגין טענת הריבית המוסווית). היות ושאלה זו היא קונקרטית ועובדתית בעיקרה, היועץ המשפטי לממשלה לא יידרש לכך ויתירה לשיקול דעת בית המשפט הנכבד.

הוגן, התשנ"ג-1993, וכן כמה מהוראותיו תוקנו.¹⁴ עם זאת, יש לציין, שבנוגע להגדרת "שיעור העלות הממשית של האשראי" בסעיף 1 לחוק, כמו גם בנוגע לדרישה להציג לפני הלווה את העלות הממשית של האשראי (הקבועה בסעיף 3(ב)(8) לחוק), לא חל כל שינוי.¹⁵

18. עוד יציין היועץ המשפטי לממשלה, כי הגם שסעיף 3(ג) לחוק הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות מסמך את שר המשפטים¹⁶ לקבוע את העקרונות או השיטות לחישוב הפרטים המנויים בסעיף 3(ב) לחוק ובכללם העלות הממשית של האשראי, תקנות כאמור טרם תוקנו. עם זאת, היועץ המשפטי לממשלה יבקש לעדכן את בית המשפט הנכבד שבימים אלה נעשית עבודה לשם גיבוש טיוטת תקנות כאמור, על דעת כלל הגורמים הרלבנטיים לעניין, ולאחר שיגובש נוסח סופי, הטיוטה תפורסם כמקובל להערות הציבור. מכל מקום, בהתאם למועדים שעליהם נסבה התובענה הייצוגית שלפנינו, יש להידרש להוראות חוק הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות, בהתאם למצב המשפטי הנוכחי, שטרם הותקנו תקנות.

19. ולגוף הדברים, כפי שצוין לעיל, הטענה העיקרית של המבקשת היא, שקביעותיו של בית משפט קמא בפרשנות דרישת החוק להצגת העלות הממשית של האשראי (כך שיתחשב בעקרונות של ריבית דריבית ויתחשב בכך שהעמלה נגבית בתחילת תקופת ההלוואה), היא מילוי חסר בחקיקה העולה כדי חקיקה שיפוטית, ומשום כך יש להחיל את הקביעות באופן פרוספקטיבי, על בסיס טענת המבקשת, לפיה קיימת הלכה שיש להחיל פסיקה המשלימה חסר בחקיקה כאמור, באופן פרוספקטיבי.

20. תחילה יתייחס היועץ המשפטי לממשלה לטענה העקרונית והכללית בדבר התחולה בזמן של פסיקה המשלימה חסר בחקיקה. בהמשך הדברים, יבחן היועץ המשפטי לממשלה את השאלה האם בעניין שלפנינו מדובר בהשלמת חסר בחקיקה או שמא בפרשנות חקיקה.

ד. תחולתה בזמן של פסיקה המשלימה חסר בחקיקה

21. כידוע, ההלכה הפסוקה בעניין תחולתו בזמן של פסק דין, באופן כללי, נקבעה בעיקרה בפסק הדין המכונן והיסודי שניתן בעניין **סולל בונה** (לעיל, ה"ש 8), בהרכב מורחב של שבעה שופטים.¹⁷ פסק הדין העיקרי של דעת הרוב ניתן על ידי כבוד הנשיא ברק. וכך נקבע שם:

"נקודת המוצא העקרונית היא כי הלכה שיפוטית חדשה חלה הן רטרופקטיבית והן פרוספקטיבית. יחד עם זאת, הנני סבור כי אין מניעה עקרונית להכיר בכוחו של בית המשפט העליון ליתן לתקדימיו תוקף פרוספקטיבי בלבד" (סעיף 17 לפסק הדין).

"התפיסה בעניין תחולה פרוספקטיבית בלבד להלכה המשנה דין קודם נגזרת אף היא מהצורך להגן על אינטרס ההסתמכות. אכן, שינוי רטרופקטיבי של ההלכה הקיימת עשוי לפגוע קשות במי שהסתמך עליה, עד כי יהיה בכך כדי למנוע את שינוי ההלכה. נמצא, כי הבחינה העיקרית צריכה להתרכז באינטרס ההסתמכות" (סעיף 18).

¹⁴ ראו: **חוק הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות (תיקון מס' 5) התשע"ז-2017**, ס"ח 2663, עמ' 1208 (9.8.2017) (להלן: "**החוק החדש**"). לסקירה תמציתית על עקרונות החוק ושינויי המרכזיים ראו בהחלטת כבוד השופטת ברון בעניין רע"א 7146/18 **קידום ד.ש.** (**השקעות ופיננסים 1992**) בע"מ נ' **שישון** (פורסם בנבו, 22.10.2019), בסעיף 4 לפסק הדין.

¹⁵ יוער, שאחד השינויים בחוק החדש נוגע להגדרת תוספת בסעיף 1 לחוק (המשפיעה כמובן גם על הגדרת העלות הממשית של האשראי), כאשר בחוק החדש הוסף מיעוט, הקובע שבכלל תוספת לא יבואו "הוצאות שנדרשות לשם העמדת ההלוואה במועד העמדתה...". היועץ המשפטי לממשלה לא יידרש כאן לשאלת משמעותו של שינוי זה, היות, וכאמור, על המקרה שלפנינו חולשות הוראות החוק הקודם, טרם תיקנו.

¹⁶ יצוין, שבעוד בחוק הישן שר המשפטים נדרש להתייעץ עם שר האוצר בלבד, בחוק החדש נדרשת התייעצות גם עם נגיד בנק ישראל.

¹⁷ ההלכה שם נקבעה בדעת רוב של שישה שופטים, נגד דעת המיעוט של כבוד השופט חשין.

עם זאת, נקבע (שם) "מקרי ההסתמכות, המצדיקים מתן תוקף פרוספקטיבי בלבד להלכה חדשה, מטבע הדברים אינם רבים". עוד נקבע (בסעיפים 19-20 לפסק הדין), שיש לבחון האם לא ניתן להתגבר על בעיית ההסתמכות באמצעים אחרים מלבד תחולה פרוספקטיבית,¹⁸ ובמקרים כאלה לא תהיה הצדקה לקביעת תחולה פרוספקטיבית. כמו כן נקבע (בסעיף 22 לפסק הדין), שאף כאשר קיימת הסתמכות שלא ניתן להגן עליה באמצעים אחרים, ייתכנו מקרים שבהם עדיין תיקבע תחולה רטרואקטיבית, היות ואינטרס ההסתמכות אינו בעל כוח מוחלט ויש לאזן בינו לבין ערכים אחרים, ובמקרים מסוימים אפשר שהשיקולים התומכים בשינוי הדין באופן רטרואקטיבי עולה על הנזק שייגרם לאינטרס ההסתמכות.

22. כאמור, המבקשת טוענת, שהלכה זו אינה חלה על מקרים של מילוי חסר בחקיקה שכמוהו כחקיקה שיפוטית, וביחס למקרים כאלה חל כלל אחר של תחולה פרוספקטיבית בלבד. ראו בסעיפים 21-24 לתשובת המבקשת לתשובת המשיבים.

23. אלא, שעיון בפסק הדין בעניין סולל בונה, כמו גם בפסקי דין מאוחרים יותר מלמד, שאין לטענת המבקשת אחיזה. 24. בעניין סולל בונה קבע כבוד הנשיא ברק מפורשות, בסעיף 5 לפסק הדין :

"נקודת המוצא העקרונית הינה כי הלכה שיפוטית חדשה פועלת הן רטרואקטיבית והן פרוספקטיבית... כך הדבר לעניין פיתוח המשפט במסגרת המשפט המקובל, וכך הדבר במקום שהפסיקה מפרשת הוראה חוקה (חוקה, חוק, תקנה), או משלימה בה חסר..."

לאורך פסק הדין, בית המשפט העליון התייחס הן לפרשנות חקיקה והן להשלמת חסר בחקיקה, כאשר ביחס לשני סוגי המקרים נקבע (בדעת הרוב) שברירת המחדל היא תחולה רטרואקטיבית.¹⁹

יתירה מזו: למעשה, המקרה הקונקרטי עצמו שנדון בעניין סולל בונה לא היה מקרה של פרשנות חקיקה אלא מקרה של "חקיקה שיפוטית", בנוגע לזכאות לפיצוי בשל אובדן הכנסה ב-"שנים האבודות", בגין קיצור תוחלת החיים בשל עוולה נזיקית, כפי שנקבע בהלכת אטינגר.²⁰ ראו בעניין אטינגר בסעיפים 34-35 לפסק הדין של כבוד השופט ריבלין, וכן בסעיף 11 לפסק הדין של כבוד השופט חשין בעניין סולל בונה :

"מה לנו שנרחיק לכת, הנה הוא ענייננו- שלנו: בפרשה המוקדמת של גבריאלי²¹... יצר בית המשפט דין, וכך היה גם בפרשה המאוחרת של אטינגר..."

25. אם כן, טענות המבקשת שלפנינו אינן הולמות את הלכת סולל בונה שנקבע בה מפורשות, שברירת המחדל היא תחולה רטרואקטיבית, כל עוד לא קיימים טעמים מיוחדים (ובראשם שיקולי הסתמכות) המצדיקים תחולה פרוספקטיבית בלבד, והדברים מתייחסים לפרשנות חקיקה ולהשלמת חסר בחקיקה כאחד.

26. למעשה, טענות המבקשת שלפנינו דומות לעמדת המיעוט של כבוד השופט חשין בעניין סולל בונה. בדומה לטענות המבקשת שלפנינו (ראו בסעיף 51 לבקשה) שיש להחיל חקיקה שיפוטית באופן פרוספקטיבי, מתוך השוואה

¹⁸ האמצעים החלופיים המוזכרים שם בין היתר הם דוקטרינת הבטלות היחסית; ההגנה הקבועה בסעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט הקובעת פטור מהשבה כאשר ההשבה בלתי צודקת, ועוד.

¹⁹ ראו: סעיפים 6, 10 לפסק הדין של כבוד הנשיא ברק (שאף מדבר על השלמת חסר בחקיקה כ- "דין חדש" וכ- "חקיקה שיפוטית") ובסעיף 11 לפסק דינו של כבוד השופט חשין (המדבר על יצירת דין, ועל "חקיקה שיפוטית"). אמנם, כבוד השופט חשין סבר, בדעת מיעוט, שברירת המחדל צריכה להיות תחולה פרוספקטיבית, ורק במקרים המתאימים תיקבע תחולה רטרואקטיבית, אבל מחוות דעתו עולה, שהמחלוקת בינו ליתר חברי ההרכב, וההלכה שנקבעה נסבה על פרשנות חקיקה ועל השלמת חסר בחקיקה כאחד.

²⁰ ע"א 140/00 אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי פ"ד נח(4) 486 (15.3.2004) (להלן: "אטינגר").

²¹ הכוונה היא לפסק הדין שניתן בעניין ע"א 295/81 גבריאלי נ' גבריאלי פ"ד לו(4) 533 (30.11.1982), ששלל בשעתו את ההכרה בזכאות לפיצוי בגין "השנים האבודות".

לחקיקה בכנסת וחקיקת משנה (שלגביהן קיימת חזקה וברירת מחדל של תחולה פרוספקטיבית), ראו בסעיף 11 לפסק דינו של כבוד השופט חשין, בעניין **סולל בונה** :

"בפסקי דין ובהחלטות היוצאים מלפניו, יוצר בית משפט חוק ("חקיקה שיפוטית") וזכויות, ועל דרך העיקרון לא ימצא לי טעם טוב להבדיל בין מערכת שבה חוק המבטל חוק לבין מערכת שבה הלכה המבטלת הלכה. ומה חוק חדש המבטל חוק ישן, אין בו בחוק החדש - לכאורה - כדי לפגוע בזכויות ובחובות שנוצרו בחוקה של החוק הישן, כן יהיה בהלכה המבטלת הלכה, שלא יהיה בה בהלכה החדשה - לכאורה - כדי לפגוע בזכויות ובחובות שנוצרו בחיקה של ההלכה הישנה... אין הבדל - לכאורה - בין מקרה החוק לבין מקרה ההלכה, לא מבחינת חיי המעשה, לא מבחינת הצדק, לא מבחינת המוסר החברתי ולא מכל בחינה אחרת. כאן בוטלה נורמה בידי נורמה מאוחרת לה, ואותו היגיון החל במקרה האחד יחול במקרה האחר אף-הוא". עוד ראו שם, בסעיף 16 לפסק דינו.

לאור דברים אלה, כבוד השופט חשין סבר, שיש לקבוע ברירת מחדל של תחולה פרוספקטיבית, כך שיהיה מקום לתחולה רטרואקטיבית רק במקרים שבהם יוצג טעם "מהותי כבד משקל" שיצדיק זאת (סעיף 17 לפסק דינו).

27. אלא מאי? **עמדתו של השופט חשין נותרה בדעת מיעוט**, וההלכה נקבעה בהתאם לדעת הרוב של ששת שופטי ההרכב האחרים שחלקו עליו. בדעת הרוב של כבוד הנשיא ברק הוצגו בהרחבה הנימוקים העקרוניים והמעשיים התומכים בברירת המחדל של תחולה רטרואקטיבית, גם ביחס למקרים של השלמת חסר בחקיקה ושל חקיקה שיפוטית ואין צורך לחזור כאן על הדברים. על כן, **אין תוחלת** לחזרה של המבקשת על נימוקיה של עמדת המיעוט של כבוד השופט חשין (מבלי שציינה זאת) וכמובן שאין מקום בהליך דנן לבחון מחדש את הלכת **סולל בונה** שהיא הלכה **יסודית ומושרשת** בפסיקתו של בית משפט זה (ולמעשה המבקשת אף לא טוענת לכך).

28. עוד ראו אהרן ברק חקיקה שיפוטית **משפטים** י"ג 25, 51, המעיר ביחס לחקיקה שיפוטית: "**הלכה אשר תוקפה לרוב למפרע**". וכן שם, בעמוד 73: "**החקיקה השיפוטית היא בדרך כלל בעלת תוקף למפרע**".

29. גם בפסיקת בית המשפט הנכבד **המאוחרת** להלכה בעניין **סולל בונה** נקבע מפורשות, שהעקרונות שנקבעו בעניין **סולל בונה** **חלים גם על השלמת חסר בחקיקה ועל חקיקה שיפוטית**. בעניין **רמי מור**²² נדונה השאלה, האם יש בסיס בדין הישראלי המאפשר לבתי המשפט להורות על חשיפת פרטיהם של גולשים אנונימיים במרשתת, שנטען כנגדם שהפרו את הוראות חוק איסור לשון הרע. דעת הרוב (של כבוד השופטים ריבלין ולוי) סברה שאין בסיס לכך בדין והדבר נתון בידי המחוקק. דעת המיעוט (של כבוד השופט רובינשטיין) סברה, שניתן ליצור בסיס לכך בדרך של חקיקה שיפוטית. ראו בסעיף ג לפסק דינו: "**ניתן לומר כי אין עילה כאמור בחוק החרות... ברם למעלה מעשרים פסקי דין... בערכאות הדיוניות מניחים- אולי מדויק יותר לומר יוצרים- עילת תביעה כאמור...**". ובסעיף ז' שם: "**זכויות מהותיות לא מעטות ובעקבותיהן עילות תביעה מוכרות, יסודן בפסיקה...**". והנה, למרות שעילת התביעה בעניין זה (הקיימת לשיטתה של דעת המיעוט) יסודה **בחקיקה שיפוטית מובהקת**, **שופטי ההרכב היו אחידים בדעתם**, שאם תוכר עילת תביעה כזו היא תחול **באופן רטרואקטיבי**. ראו בסעיף 37 לפסק דינו של כבוד השופט ריבלין שם, שיישם את הלכת **סולל בונה** על עניין זה, ובסעיף ע"ט לפסק דינו של כבוד השופט רובינשטיין שהצטרף לדבריו.

²² רע"א 4447/07 מור נ' ברק אי טי סי [1995] **החברה לשרותי בזק בינלאומיים בע"מ** (פורסם בנבו, 25.3.2010) (להלן: "רמי מור").

בדומה, בעניין **אבן זוהר**²³ נדונה השאלה, האם כמה לבעל מקרקעין זכות לפיצויים בגין הוצאת צו סגירה לשטחי אימונים במקרקעיו מכוח תקנה 125 ל-**תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945**. דעת הרוב (של כבוד השופטים פרוקצ'יה וגובראן) סברה, שאין בסיס בדין לקביעת זכות פיצויים בעניין. דעת המיעוט (של כבוד השופט דנציגר) סברה, שגם אם בעת התקנת תקנות ההגנה כוונתם הייתה לקבוע הסדר שלילי השולל זכות לפיצויים, כיום יש לפרש זאת כחסר בחקיקה שיש להשלימו בחקיקה שיפוטית (סעיפים 59-60 לפסק דינו). מכוח היקשים שונים, כבוד השופט דנציגר למד שניתן למלא חסר זה באופן שיקים חבות בפיצויים. גם בעניין זה ולמרות שמדובר **בהשלמת חסר בחקיקה ובחקיקה שיפוטית מובהקת**, כבוד השופט דנציגר ראה לקבוע (בסעיף 74 לפסק דינו) כי **הלכת סולל בונה חלה על העניין, כך שברירת המחל היא תחולה רטרואקטיבית**, אך יהיה מקום לתחולה פרוספקטיבית כאשר קיים אינטרס הסתמכות הראוי להגנה (והוא לא הכריע בכך במקרה הקונקרטי). מכל מקום, ברור מהדברים, **שהלכת סולל בונה חלה גם על הלכות שנקבעו בדרך של חקיקה שיפוטית**, וזאת בניגוד לטענות המבקשת שלפנינו.²⁴

30. העולה מהאמור הוא, שיש לדחות את טענת המבקשת, הסבורה, שיש לקבוע בעניינו תחולה פרוספקטיבית רק על בסיס כך שמדובר בהשלמת חסר בחקיקה ובחקיקה שיפוטית. כאמור, **נקודה זו כשלעצמה אינה מצדיקה תחולה פרוספקטיבית**, וכפי שנקבע בהלכה הפסוקה, **גם במקרים של חקיקה שיפוטית, ברירת המחל היא תחולה רטרואקטיבית**, אלא אם כן קיימים טעמים מיוחדים המצדיקים תחולה פרוספקטיבית ובראשם אינטרס הסתמכות הראוי להגנה. עם זאת, ייתכן, שבין מכלול השיקולים, במקרים המתאימים ייתן משקל גם לשאלה האם מדובר **בפרשנות של חקיקה קיימת או במילוי חסר בחקיקה**, והכל בכפוף למכלול נסיבות המקרה הפרטני.

31. כעת יתייחס היועץ המשפטי לממשלה לטענות נוספות של הצדדים בעניין זה, תוך זיקוק וליבון נוסף של ההלכה הפסוקה העדכנית בסוגיית התחולה בזמן של פסקי דין.

32. בסעיף 21 לתשובת המבקשת לתשובת המשיבים לבקשת רשות הערעור טוענת המבקשת, שבהתאם לפסיקה העדכנית שניתנה לאחר הלכת סולל בונה, "הלכה חדשה אף בהיעדר הלכה סותרת קודמת באותו עניין תחול באופן פרוספקטיבי". המבקשת טוענת שבהתאם לכך בעניינו היה מקום לתחולה פרוספקטיבית אף אם מדובר בהלכה חדשה גרידא ולא בהשלמת חסר בחקיקה. מנגד, המשיבים טוענים בסעיף 173 לתשובתם לבקשת רשות הערעור, שהמבקשת לא יכולה לטעון להסתמכות, היות ולא הייתה קיימת הלכה קודמת בעניין הנדון.

33. היועץ המשפטי לממשלה סבור, בכל הכבוד, ששני הצדדים לא דייקו בטענותיהם בעניין, ויש להבהיר את הדברים. בניגוד לטענות המבקשת, **אף הפסיקה העדכנית שניתנה בשנים האחרונות מיישמת את הלכת סולל בונה שכוחה יפה אף עתה**, וגם כיום נקבע בפסיקה, **שברירת המחל היא תחולה רטרואקטיבית של פסקי דין אלא אם כן קיימים נימוקים מיוחדים ושיקולי הסתמכות המצדיקים תחולה פרוספקטיבית בלבד**. ראו למשל, מבין רבים, בפסק הדין שניתן בשנת 2019 בעניין **נווה שוסטר**.²⁵ פסקי הדין של בית משפט זה המוזכרים בטענות המבקשת וראו לקבוע

²³ ע"א 2281/06 **אבן זוהר נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (28.4.2010) (להלן: "**אבן זוהר**").

²⁴ אמנם השופט דנציגר נותר שם בדעת מיעוט בנוגע לשאלת קיומה של עילת תביעה, אך שופטי הרוב לא חלקו על דעתו בנוגע לתחולת הלכת סולל בונה על העניין, במידה והייתה קיימת עילת תביעה.

²⁵ בר"מ 1245/15 **הוועדה המקומית לתכנון ובנייה גבעתיים נ' נווה שוסטר בע"מ** (פורסם בנבו, 16.12.2019), בסעיפים 46-50 (להלן: "**שוסטר**"). עוד ראו: ע"מ 7335/10 **משרד הבטחון נ' פלוני** (פורסם בנבו, 29.12.2013), בסעיפים נט-ס; בג"צ 3514/07 **מבטחים נ' פיורסט** (פורסם בנבו, 13.5.2012), בסעיפים 32-35 לפסק הדין של כבוד הנשיאה בייניש; רע"א 2453/13 **עמר נ' עיריית חדרה** (פורסם בנבו, 14.4.2015) בסעיף 41.

תחולה פרוספקטיבית עשו זאת תוך יישום הלכת סולל בונה, ולאור הנסיבות הקונקרטיות של המקרה הנדון, ולא סטו מההלכה בעניין סולל בונה (גם לא במקום של חקיקה שיפוטית).²⁶

34. מאידך גיסא, גם המשיבים לא מדייקים בטענתם, שאין הצדקה לתחולה פרוספקטיבית בכל מקרה שבו לא הייתה קיימת פסיקה קודמת שעליה הסתמך בעל דין. בעניין זה צודקת המבקשת, **שבהתאם לפסיקתו העדכנית של בית משפט זה, יהיו מקרים שבהם תוכר הסתמכות הראויה להגנה, גם כאשר מדובר בסוגיה שטרם לובנה בפסיקה קודמת**. אכן, בעניין סולל בונה קבע כבוד הנשיא ברק (בסעיף 18 לפסק דינו) כי במקרים שבהם הסוגיה לא הוכרעה בעבר לא קיים אינטרס הסתמכות הראוי להגנה וכך גם כאשר ההלכה הקודמת לא הייתה של בית המשפט העליון.²⁷ אולם, בשנים האחרונות **אומצה בפסיקת בית המשפט הנכבד גישה אחרת**. ראו בפסק דינו של כבוד הנשיא גרוניס בעניין עמר, לעיל, ה"ש 25, בסעיף 42:

"אחרי שנפסקה הלכת סולל בונה היו מקרים שבהם נקבעה תחולה פרוספקטיבית בלבד להלכה חדשה, למרות שלא היה בקביעתה משום שינוי של הלכה קודמת באותה סוגיה... נוטה אני לגישה כי במקרים מסוימים, יהא זה מוצדק לקבוע כי הלכה חדשה תחול פרוספקטיבית בלבד, אף בהיעדר הלכה סותרת קודמת באותו עניין, זאת, בפרט, כאשר הייתה הסתמכות ממושכת של רשות ציבורית על פרשנות מסוימת של המצב המשפטי בסוגיה נתונה שבנסיבות העניין יש לראותה כסבירה".²⁸

כמו כן ראו בפסק הדין שניתן בהרכב מורחב בעניין מסרי:²⁹ "נקבע לא אחת, שגם במקרים שבהם אין הלכה קודמת סותרת יכול שיהיה מוצדק לקבוע כי הלכה חדשה תחול פרוספקטיבית בלבד..."³⁰.

35. אמנם, יש להעיר בעניין זה, שלמיטב ידיעתנו, בכל המקרים עד היום שבפסיקת בית משפט זה נקבעה תחולה פרוספקטיבית להלכה חדשה, מבלי שהתקיימה הסתמכות על פסיקה קודמת, מדובר היה בעניין של רשויות ציבוריות שהסתמכו על פירוש סביר ומקובל להוראות הדין, תוך שיוחס משקל גם לדאגה לקופה הציבורית שהיא אינטרס ציבורי חשוב.³¹

36. סיכום הדברים בעניין זה: היועץ המשפטי לממשלה סבור, שבניגוד לטענות המבקשת, **אין הצדקה לקביעת תחולה פרוספקטיבית רק מהטעם שמדובר בפסיקה שהשלימה חסר בחקיקה. גם במקרה כזה חלה ההלכה שנקבעה בעניין סולל בונה, כך שברירת המחדל היא תחולה רטרואקטיבית**, ורק כאשר קיימים טעמים מיוחדים (ובמיוחד שיקולי הסתמכות) תהיה הצדקה לתחולה פרוספקטיבית.

להלן, יידרש היועץ המשפטי לממשלה ליישום הדברים בעניינו, בשורה התחתונה. קודם לכן יבקש היועץ המשפטי לממשלה להידרש לשאלה, האם בעניין שלפנינו מדובר בהשלמת חסר בחקיקה או שמא מדובר בפרשנות חקיקה.

²⁶ פסק הדין היחיד מבין פסקי הדין שמציינת המבקשת שבאמת קובע שבמקרה של חקיקה שיפוטית קיים כלל בדבר תחולה פרוספקטיבית הוא פסק הדין של בית הדין הארצי לעבודה בעניין עב"ל 98-08 יחיאל נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 22.10.2012), בסעיף 25 לפסק הדין, אלא, שבכל הכבוד, קביעה זו אינה תואמת את פסיקת בית המשפט העליון, כפי שפורט לעיל בהרחבה.

²⁷ כך נאמר גם בעניין ע"א 546/04 עיריית ירושלים נ' שרותי בריאות כללית (פורסם בנבו, 20.8.2009), בסעיף 37 לפסק הדין.

²⁸ יצוין שבעניין עמר קיבל בית המשפט העליון את עמדת היועץ המשפטי לממשלה שטען, שראוי בנסיבות העניין לקבוע תחולה פרוספקטיבית. למרות, **שלא הייתה פסיקה קודמת באותו עניין** ונקבעה שם בפסק הדין **תחולה פרוספקטיבית**.

²⁹ ע"א 6407/14 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה כרמיאל נ' מסרי (פורסם בנבו, 4.5.2018), בסעיף 117 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

³⁰ עוד ראו: ע"מ 867/11 עיריית תל אביב נ' אי.בי.סי ניהול ואחזקה בע"מ (פורסם בנבו, 28.12.2014), בסעיף 44 לפסק הדין של כבוד השופט פוגלמן; ע"א 4243/08 פקיד שומה גוש דן נ' ורד פרי (פורסם בנבו, 30.4.2009), בסעיף 35 לפסק דינו של כבוד השופט ריבלין.

³¹ ראו בעניין זה, בין היתר, בסעיף 42 לפסק דינו של כבוד הנשיא גרוניס בעניין עמר, לעיל, ה"ש 25, שהדגיש בהקשר זה, שמדובר ברשות ציבורית. ראו שם גם בסעיפים 45-46 לפסק דין עמר, המטעימים את השיקול התקציבי הנוגע לדאגה לקופה הציבורית כאינטרס ציבורי. בעניין זה ראו גם בפסק דין מסרי, לעיל, ה"ש 29, בסעיף 120 לפסק הדין של כבוד השופט פוגלמן. עוד ראו בפסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה בעניין עב"ל 3393-10-14 המוסד לביטוח לאומי נ' אורמת מערכות בע"מ, בסעיפים 39, 44-42 (פורסם בנבו, 12.6.2018).

ה. האם קביעות בית משפט קמא מוגדרות כהשלמת חסר בחוק או שמא כפרשנות החוק?

37. המבקשת מסתמכת בטענותיה על ההנחה, שקביעותיו של בית משפט קמא בהחלטתו הן בבחינת השלמת חסר בחקיקה ומשום חקיקה שיפוטית. כך אכן עולה לכאורה מהחלטת בית משפט קמא: **"העדרה של נוסחת חישוב על פי התקנות אינו מלמד על הסדר שלילי כי אם על חסר משפטי (לקונה) שיש להשלימו"** (עמוד 10 להחלטה).
38. **היועץ המשפטי לממשלה סבור אחרת**, בכל הכבוד. לגישתו, קביעותיו של בית משפט קמא הנכבד בנוגע להתחשבות בעקרונות של ריבית דריבית ובעיתוי תשלום העמלה במסגרת חישוב העלות הממשית של האשראי בהתאם לדרישות חוק הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות, הן למעשה פרשנות של הוראות החוק המפורשות שבנדון ואינן בבחינת מילוי חסר בחקיקה.
39. בנוגע לאבחנה העקרונית, שבין מילוי חסר בחקיקה לבין פרשנותה של חקיקה קיימת ראו במאמרו של אהרן ברק³²: **"...הסוג השני של קביעת הדין על ידי השופט הוא מילוי החסר... תחילתה של פעילות זו היא פרשנות. השופט מעיין בטקסטים המשפטיים הרלבנטיים... ומפרש אותם. לאור פירושם הוא מגיע למסקנה, כי הנורמות המשפטיות אינן משתרעות על הבעיה המשפטית הטעונה הכרעה וכי דבר זה נובע מחוסר שלמות המאפיין נורמות אלה... לאור מסקנתו זו משלים השופט את החסר באמצעות "דין שיו"ר המקובל בשיטתו כגון על ידי היקש או על ידי פניה לעקרונות יסודיים". ראו גם: חוק יסודות המשפט, התש"ס-1980.**
- עוד ראו בפסק הדין (שניתן בהרכב מורחב) בעניין **הנדלס**³³ שם נקבע על ידי כבוד השופט ברק (בעמוד 797), שכאשר מדובר בפרשנות מושג הקבוע בחקיקה, ואפילו מושגי יסוד כלליים כגון צדק, תום לב, או תקנת הציבור, **"תפקידו של בית המשפט הוא לצקת תוכן קונקרטי במושגים אלה על פי מטרותיו של החוק ובהתחשב בתנאי החיים המצויים והרצויים בישראל. בעניינים אלה אין השופט ניצב כלל בפני "שטח ריק" (לאקונה בלע"ז), שכן המחוקק קבע נורמה החלה בעניין"**.³⁴ אם כן, כאשר קיימת הוראת חוק החלה על העניין, הרי שפרשנותה אינה בבחינת מילוי חסר בחקיקה. בית המשפט ממלא חסר בחקיקה, כאשר הוא מוצא שאין חקיקה ישירה החלה על העניין, ואזי בית המשפט נדרש למלא את החסר.³⁵
40. בענייננו, חוק הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות קובע מפורשות שעל חוזה ההלוואה לכלול, בין היתר, גילוי מלא של **"שיעור העלות הממשית של האשראי"** (סעיף 3(ב)(8) לחוק) וסעיף 1 לחוק אף מגדיר מונח זה של **"שיעור העלות הממשית של האשראי"**. ראו שם.
- אכן, סעיפים אלה לא מתייחסים באופן מפורש לשאלה האם יש להתחשב בחישוב העלות הממשית של האשראי בעקרונות של ריבית דריבית, ובעיתוי תשלום העמלה שבה מדובר. אולם, הדבר אינו גורע מכך, שפירוש המונח **"העלות הממשית של האשראי"**, בהתייחס לשאלות אלה, הוא מהלך של פירוש החוק, ולא של השלמת חסר.

³² אהרן ברק "היצירה השיפוטית לסוגיה: פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט" הפרקליט לט 267, 269 (תש"ן-תשנ"א).

³³ ד"נ 13/80 הנדלס נ' בנק קופת עם בע"מ, פ"ד לה (2) 785 (1981).

³⁴ יצוין שכבוד השופט אלון סבר שם, בדעת מיעוט, שכאשר המושגים הקבועים בחקיקה הם "מושגי משפט שיסודם במערכי מוסר וערכי תרבות כגון המושגים צדק, תום לב תקנת הציבור וכיוצא באלה", פרשנות ויציקת תוכן למושגים ערכיים אלה, היא בבחינת מילוי חסר בחקיקה. אמנם כאמור, השופט אלון היה בדעת מיעוט בעניין זה, וגם לשיטתו כאשר לא מדובר במושגים ערכיים כלליים כאלה, פרשנות מושגים הקבועים בחקיקה אינה בבחינת מילוי חסר. עוד ראו ד"נ 40/80 קניג נ' כהן פ"ד לו (3) 701 (28.7.1982), בפסק דינו של כבוד השופט ברק, בעמוד 725.

³⁵ ראו לאחרונה גם רע"א 7687/18 מדינת ישראל נ' מרעב חסן בנייה וסחר בע"מ (פורסם בנבו, 15.7.2020), בפסק הדין של דעת הרוב (סעיף 1 לפסק הדין של כבוד השופט הנדל; ובפסק הדין של כבוד השופט ברוך, שם).

הרי בוודאי לא מדובר בענייננו במצב דברים לפיו "הנורמות המשפטיות אינן משתרעות על הבעיה המשפטית הטעונה הכרעה" (כלשונו של ברק במאמר המוזכר לעיל, ה"ש 32). אדרבה, **אין חולק**, שהוראת סעיף 3(ב)(8) לחוק הסדרת הלוואות חוק בנקאיות חלה על העניין, והשאלה היא רק כיצד לפרש וליישם הוראה זו בענייננו.

41. היועץ המשפטי לממשלה סבור, שגם העובדה שהחוק הסמיך את שר המשפטים להתקין תקנות בעניין אינה משנה את הדברים באופן מהותי. אכן, כפי שצוין לעיל, סעיף 3(ג) לחוק קובע: **"שר המשפטים רשאי, בהתייעצות עם שר האוצר לקבוע את העקרונות או השיטות לחישוב הפרטים האמורים בסעיף קטן (ב)"** (ובכלל זה העלות הממשית של האשראי). מדובר **בסמכות רשות**, וברי, שהסמכה זו, אינה גורעת מסמכותו של בית המשפט לפרש את הוראות סעיף 3(ב)(8) לחוק לגבי החובה לגלות ללווים את העלות הממשית של האשראי, וכאשר בית המשפט עושה זאת הוא מבצע **מלאכה פרשנית מובהקת**.

42. על כן, היועץ המשפטי לממשלה סבור, שהפרשנות שקבע בית משפט קמא לסעיף 3(ב)(8) לחוק הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות בהחלטתו שלפנינו (בנוגע לשאלות של ריבית דריבית ועיתוי תשלום העמלה), על בסיס בחינת תכלית החקיקה והיקשים רלבנטיים, הייתה **מלאכה של פרשנות החוק** ולא של השלמת חסר בחקיקה.

43. על כן, לאור מסקנה זו, הרי שגם מטעם זה, **בוודאי שחלה על ענייננו הלכת סולל בונה**, לפיה **ברירת המחדל היא תחולה רטרואקטיבית** של הפסיקה, אלא אם כן יוצגו נימוקים ושיקולי הסתמכות המצדיקים תחולה פרוספקטיבית. זאת, מבלי לגרוע מעמדת היועץ המשפטי לממשלה שהוצגה לעיל לפיה, גם במקרה שבו מדובר בהשלמת חסר בחקיקה- חלה ההלכה שנקבעה בעניין סולל בונה.

44. המבקשת טוענת עוד (בסעיפים 62-66 לבקשה), שתחולה פרוספקטיבית תיתן מענה מספק לתכלית אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו (הקבועה בסעיף 21(2) **לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006** (להלן: **"חוק תובענות ייצוגיות"**)). בעניין זה יטעים היועץ המשפטי לממשלה מהבחינה העקרונית והכללית, שתכלית חשובה נוספת הקבועה בחוק תובענות ייצוגיות היא התכלית בדבר **"מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין"** (סעיף 1(3) לחוק תובענות ייצוגיות), הדורשת את פיצוי חברי הקבוצה, במקום שבו מוכחת עילת התביעה³⁶ (ובלי לקבוע מסמרות בשלב הדיוני הנוכחי בנוגע לתובענה הייצוגית שלפנינו). כמו כן, כמובן, השתת חיוב כספי על נתבעת בתובענה ייצוגית כלפי חברי הקבוצה, מחזקת באופן מובהק את ההרתעה מפני הפרת הדין.³⁷ על כן, גם טענה זו, כשלעצמה, אינה יכולות להצדיק תחולה פרוספקטיבית בלבד, כל עוד לא הוכח שקיימת הסתמכות הראויה להגנה המצדיקה תחולה פרוספקטיבית. כן יצוין, שלא פעם, יישמה הפסיקה את ההלכה שנקבעה בעניין סולל בונה גם בתובענות ייצוגיות.³⁸

ו. סוף דבר

45. כפי שהובהר לעיל, לגישת היועץ המשפטי לממשלה יש לדחות את הטענה העיקרית של המבקשת לפיה מדובר בחקיקה שיפוטית ומטעם זה כשלעצמו, יש להחיל באופן פרוספקטיבי את קביעותיו של בית משפט קמא.

³⁶ ראו גם: ע"א 10262/05 אביב שירותים משפטיים בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ (פורסם בנבו, 11.12.2008), בסעיף 9 לפסק הדין.

³⁷ ראו בעניין זה בסעיף 80 לפסק דין ע"א 8037/06 ברזילי נ' פריינר (פורסם בנבו, 4.9.2014), שם נאמר, כי **היקף הסיכון הכלכלי הוא הגורם העיקרי המרתיע, והנתבע חשוף לסיכון כזה בעיקר בתובענה ייצוגית אזרחית**.

³⁸ ראו בפסק דין עמר, לעיל, ה"ש 25, בסעיף 41 לפסק הדין; ע"מ 9962/16 שחקי טקס בע"מ נ' עיריית תל אביב יפו (פורסם בנבו, 4.10.2018) בסעיף 19 לפסק הדין של כבוד השופט מינץ.

46. אמנם, בהתאם להלכה בעניין סולל בונה שחלה על העניין, לצד ברירת המחדל של תחולה רטרואקטיבית של פסקי דין, קיימים מקרים חריגים שבהם תהיה הצדקה לתחולה פרוספקטיבית. יש לציין, שבית המשפט הנכבד הבהיר, שעל בעל דין הטוען לתחולה פרוספקטיבית כאמור חל נטל משמעותי.³⁹
47. אלא, שכפי שצוין לעיל, בבקשה שלפנינו המבקשת לא מציגה טיעון מפורט בנוגע להסתמכות הראויה להגנה, ובנוגע לסבירות הנטענת של פרשנותה להוראות החוק, אלא מסתפקת בכמה משפטים לאקוניים בנדון, ושמה את יהבה, כמעט באופן בלעדי, על הטענה שעצם העובדה שמדובר בחקיקה שיפוטית (לפי הנטען, וכאמור גישת היועץ המשפטי לממשלה אחרת גם בעניין זה) מצדיקה תחולה פרוספקטיבית. על כן, **היועץ המשפטי לממשלה סבור, שבקשת רשות הערעור במתכונתה הנוכחית אינה מצדיקה קביעת תחולה פרוספקטיבית בלבד** לקביעות בית משפט קמא.
48. היועץ המשפטי לממשלה יבקש להסתפק בכך ולא לקבוע מסמרות בנוגע לעילות התביעה, בנוגע לסבירות פרשנותה של המבקשת להוראות החוק טרם מתן החלטתו של בית משפט קמא (ויוזכר, ששאלת סבירות פרשנות הנתבע לחוק שקדמה להחלטה השיפוטית היא אחד העניינים המשפיעים על ההכרעה בסוגיית התחולה) ובנוגע לשאלה האם קיימת בנסיבות העניין הסתמכות של המבקשת הראויה להגנה ומצדיקה תחולה פרוספקטיבית. כך בהינתן, שכאמור, המבקשת אינה מפרטת את טענותיה לגוף הדברים בבקשת רשות הערעור, ובהינתן שההחלטה המאשרת של בית משפט קמא היא מטבע הדברים החלטה לכאורית שקבעה אמנם שקיימת אפשרות סבירה שהתובענה תתקבל, אך הדבר לא הוכרע באופן סופי והתובענה צפויה להתברר לגופה (ככל שבקשת רשות הערעור תידחה).
49. עם זאת, לאור החלטת בית המשפט הנכבד שביקשה שהיועץ המשפטי לממשלה יתייחס בעמדתו גם לבקשת האישור, ולמען שלמות התמונה, **יציין היועץ המשפטי לממשלה בקצרה, על דעת הגורמים המקצועיים בננק ישראל, שעל פני הדברים, שיטת החישוב שבה נקטה המבקשת ביחס לעלות הממשית של האשראי** (בכל הנוגע לשאלת ריבית דריבית ולשאלת ההתחשבות בעיתוי תשלום העמלה), **אינה עומדת בכללי המימון המקובלים במערכת הבנקאית** ומשמעותה לכאורה הצגת שיעור עלות ממשית של האשראי הנמוכה יותר משיטת החישוב המקובלת במערכת הבנקאית, מבלי להציג ולשקף לפני הלווים כראוי כל תוספת המוטלת עליהם מעבר לפירעון קרן ההלוואה. זאת, בהתחשב בכך, שעיתוי תשלום העמלה כולה, הסמוך למועד קבלת ההלוואה משפיע, לכאורה, על העלות הממשית של האשראי, כמפורט בעמודים 6-8 להחלטת בית משפט קמא⁴⁰ (שניתח את חוות הדעת החשבונאיות שהוגשו לפניו, ועמד על אופיין וטיבן של סוג ההלוואות שבהן מדובר) וכך גם, לכאורה, לגבי סוגיית ריבית דריבית.⁴¹
- כמו כן, ראוי לציין בהקשר זה את תכליתו של חוק הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות, כפי שעמד על כך בית משפט קמא: **"תכליתו של חוק הלוואות חוץ-בנקאיות היא לאפשר ללווה לדעת מהו שיעור העלות הממשית של האשראי כדי למנוע מהמלווה להגדיל את שיעור הריבית האפקטיבית של האשראי מעבר לשיעור המרבי שקבוע בחוק. תכלית נוספת היא להקל על לווה פוטנציאלי להשוות בין הלוואות שונות המוצעות בשוק"** (עמוד 10 להחלטה).
- כפי שמציין בית משפט קמא (שם) אי התחשבות בעיתוי תשלום העמלה ובעקרונות של ריבית דריבית מקשה על מימוש תכליות אלו ועל עריכת השוואה צרכנית יעילה בין ההלוואות השונות.

³⁹ ראו: פסק דין **נווה שוסטר**, לעיל, ה"ש 25, בסעיף 46 לפסק הדין; פסק דין **מבטחים**, לעיל, ה"ש 25, בסעיף 32 לפסק הדין של כבוד הנשיאה בייניש.

⁴⁰ ראו גם לעיל, בה"ש 10.

⁴¹ ראו למשל, בעמוד 11 להחלטת בית משפט קמא.

עוד ראוי להזכיר בעניין זה את הצורך ב-"הקפדה מיוחדת על ההגנות הקנויות ללווים בהלוואות חוץ בנקאיות. מערכת היחסים בין הלווה, הזקוק – לעתים באופן נואש – להלוואה ואינו יכול להשיגה אלא בדרך חוץ-בנקאית, לבין המלווה פותחת פתח לניצול לרעה של הבדלי הכוח ושל הפער ביכולת המיקוח. הותרת הלווה בלא מערכת של הגנות סטטוטוריות כפי שהן מפורשות בפסיקה עלולה להרבות מצבים שבהם ייכנסו הלווים למערכות יחסים חוזיות חד-צדדיות, בלתי הוגנות ובלתי יעילות. לוויים אלה עלולים לשקוע עד מהרה בבוץ תובעני וטובעני שאין ממנו מוצא" (כבוד השופט ריבלין, בעניין מיסטר מאני).⁴² כן ראו בעניין צוניאשוילי:⁴³

"דווקא אופיה הנשכני, הבוטה, של ההלוואה החוץ-בנקאית, ואופיו הבעייתי של השוק האפור... לא רק מצדיקים אלא גם מחייבים הקפדה על כל תגיהן ודקדוקיהן של הוראות החוק, וחובתנו לעמוד על משמר זה... כל שקבע המחוקק באשר לחובות המלווה כלפיהם צריך להישמר ללא פשרות... בהלוואות כאלה... יש ליתן נפקות ומשנה עידוד לתכלית החוק, על-ידי פרשנות מקפידה ומחמירה של הוראותיו". גם לאור דברים אלה, דומה, שלפני המבקשת עומד נטל משמעותי בכדי שתוכל לבסס הצדקה לתחולה פרוספקטיבית בלבד של קביעות בית משפט קמא בענייננו.

כאמור, בנסיבות העניין, היועץ המשפטי לממשלה לא יקבע מסמרות מעבר לכך.

50. לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד לאמץ את עמדת היועץ המשפטי לממשלה, כפי שפורטה.

אליאקס

יואב שחם, ע"ד
המחלקה האזרחית
פרקליטות המדינה

היום: ח' אב תש"ף, 29 יולי 2020

⁴² ע"א 9136/02 מיסטר מאני ישראל נ' רייז פ"ד נח(3) 934, 947-948 (21.3.2004) (להלן: "מיסטר מאני").

⁴³ ע"א 9044/04 מיסטר מאני ישראל בע"מ נ' צוניאשוילי (פורסם בנבו, 24.6.2007), בסעיפים ג-ד לפסק הדין של כבוד השופט רובינשטיין.