

בענין שבין :

1. **ברוך גור ת.ז. 7687387**

(להלן: "התובע" או "התובעים")

מבקש 1
(תובע 1)

ע"י ב"כ עוה"ד גד ירדני ו/או מוטי דותן
ו/או ליאון אמיראס ו/או אברהים ח'ורי
מרח' הלל 2 ירושלים
טל : 02-6240440 פקס : 02-6245103

נ ג ד

1. **בנק הפועלים בע"מ** חברה שמספרה 52-000011-8

מרח' מונטיפיורי 39 ת"א, מיקוד 65201 (להלן: "הבנק")

משיב 1
(נתבע 1)

2. **פועלים קרנות נאמנות בע"מ** חברה שמספרה 51-0366008

מרח' דרך מנחם בגין 52 ת"א, מיקוד 67138 (להלן: "המנהל")

משיב 2
(נתבע 2)

3. **אלמגור - בריטמן נאמנויות בע"מ** חברה שמספרה 51-1496960

מרח' עזריאלי 1 קומה 44 ת"א מיקוד 67021 (להלן: "הנאמן")

משיב 3
(נתבע 3)

4. **הרשות לניירות ערך**

רח' כנפי נשרים 3 ירושלים

טל: 02-6556555 (להלן: "הרשות")

משיבה פורמלית 5
(נתבעת פורמלית 5)

מהות התביעה : כספית

סכום התביעה : **610** ₪ (משוער)

סכום התובענה הייצוגית : **834 מליון** ₪ (משוער)

בקשה לאישור תביעת המבקש כתובענה ייצוגית

ואת המבקש כתובע מייצג

בהתאם לסעיף 5(א)1 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-1006 (להלן: "חוק תובענות ייצוגיות"), ובהתבסס על חוק השקעות משותפות בנאמנות, התשנ"ד-1994 (להלן: "חוק השקעות") וחוקים נוספים, המבססים בקשה זו והתובענה הייצוגית המצורפת אליה, והכל כמפורט להלן. כב' בית המשפט מתבקש, לאשר את תביעת המבקש כמי שניזוק ע"י המשיבים הנתבעים על ידו, כתובענה ייצוגית, ואת המבקש כתובע מייצג, של הכלולים בקבוצה שכבוד ביהמ"ש מתבקש לאשר כתובעים מיוצגים.

לבימ"ש נכבד זה, הסמכות העניינית, המקומית והייחודית, לדון בבקשה ובתובענה הייצוגית לגופה, כקבוע בסעיף 1 לחוק השקעות.

מצ"ב:

1. יפוי כוח מטעם המבקש, כנספח א'.
2. תצהיר המבקש, כנספח ב'.
3. כתב התובענה הייצוגית, כמתחייב מסעיף 5 לחוק תובענות ייצוגיות.

הנספחים הנ"ל ויתר הנספחים המצורפים לבקשה הינם חלק בלתי נפרד מהבקשה.

ואלה נימוקי הבקשה:

1. מבוא

א. המבקש והמשיבים:

(1) המבקש והתובעים, שכב' ביהמ"ש מתבקש לאשר כמיוצגים על ידו, היו בעלי יחידות בקרנות נאמנות, כמשמעותן בחוק השקעות, שנוהלו ע"י המנהל ובנאמנות הנאמן, בעת שהתגבשו העילות לתביעה זו כפרטית וכייצוגית כמפורט להלן.

(2) הבנק ניהל את חשבון המבקש וכן את חשבונות בעלי היחידות שהיו בעלי חשבון בבנק.

הבנק היה הבעלים ו/או בעל השליטה במנהל, ושימש כמפיץ, כמשמעותו בחוק השקעות, של יחידות בקרנות הנאמנות.

הבנק פעל הן כשלוחם של בעלי היחידות שהיו בעלי חשבון בבנק והן של המנהל וכן כזרוע המבצעת מטעמם.

(3) המנהל היה בבעלות ו/או בשליטת הבנק, וניהל את קרנות הנאמנות שהיו באחריותו.

מצורפת בזה רשימת הקרנות בניהולו של כל מנהל, שהיה בבעלות הבנק ו/או בשליטתו, **כנספח ד'**.

(4) משיב 4 שימש כנאמן על נכסי קרנות הנאמנות, כמשמעותו בחוק ההשקעות, שנוהלו ע"י המנהל.

(5) הנתבעת הפורמלית

(א) הרשות מופקדת על הרישוי, הפיקוח והביצוע של הוראות חוק ההשקעות.

(ב) מן הראוי שהרשות תשמיע את עמדתה בתובענה ייצוגית זו, גם מהבחינה העניינית וגם מהבחינה הציבורית.

(ג) השתתפות הרשות בהליכים, תסייע בליבון ובהכרעה, ביעילות ובשלמות, בכל השאלות הכרוכות בתובענה ייצוגית זו.

(ד) מובהר בזה ומודגש:

עם הגשת בקשה זו לכב' ביהמ"ש, התובע פנה אל הרשות בבקשה ובהצעה, שהיא תצטרף לתובענה ייצוגית זו כתובעת מייצגת לצד בעלי היחידות, וזאת בשל ההיבט הענייני והציבורי החשוב של תובענה ייצוגית זו, כאמור.

... רצ"ב פנית המבקש לרשות כנספח ו'.

צירופה העכשוי של הרשות כנתבעת פורמלית, נועד לחסוך מכבוד ביהמ"ש והצדדים זמן וצורך בהגשה מחדש של מסמכים, במקרה שהרשות לא תמצא לנכון להצטרף כתובעת מייצגת לצד בעלי היחידות.

ב. התביעה מוגשת בגין נזק שהנתבעים, ביחד ולחוד, גרמו למבקש ולכל אחד מהתובעים שכבוד בית המשפט מתבקש לאשר כמיוצגים על ידו, שהיו בעלי יחידות בקרנות נאמנות, כמשמעותן בחוק ההשקעות.

(1) כספי המבקש וכספי התובעים המיוצגים שהיו בעלי חשבון בבנק, (להלן: "בעלי החשבון"), היו מופקדים בחשבונות שהתנהלו על שמם בבנק, בעת שהתגבשו העילות לתביעה זו כפרטית וכייצוגית (להלן: "התביעה" או "התובענה"), והכל כמפורט להלן.

(2) כספי היחידות והיחידות שהיו בבעלות התובע והתובעים המיוצגים על ידו, נוהלו ע"י המנהל והנאמן.

ג. העילות שבתובענה זו התגבשו, בשעה שהבנק נטל וניכס לעצמו שלא כדין, את כספי התמורה שקיבל, בגין העברת השליטה בנכסי קרנות הנאמנות וניהולם, מהבנק והמנהל שבבעלותו ו/או בשליטתו לחליפיהם, במקום להעביר את התמורה למבקש וליתר בעלי היחידות, באופן יחסי לחלקם בקרנות הנאמנות, שכן, כספי התמורה הינם פירות שנכסי קרנות הנאמנות הצמיחו, ומקורם בזכויות הנובעות מנכסים אלה, לכן, זהו רווח השייך לקרנות ולבעלי היחידות בהן ולא למי מהנתבעים, והכל כפי שמתחייב מהוראות החוק והמפורט להלן.

ד. הבקשה כולה, ובכללה כל עובדה, טענה, טיעון משפטי, וטענה לנזק שבבקשה זו, מתייחסים למבקש בגין נזקו הוא, ולתובעים המיוצגים על ידו, כפי שיאושרו ע"י כב' בית המשפט.

ה. בחקיקה המתייחסת לתובענות ייצוגיות וכללי הגשתן חלו שינויים. יתכן וחלק מהעילות שבתובענה זו התגבשו לפני השינויים בחקיקה, כפי שיובהר להלן:

(1) **חוק תובענות ייצוגיות**, חל גם על עילות שהתגבשו קודם כניסתו של חוק זה לתוקף. לענין זה ראה: ע"א 7028/00 מיום 14.12.06 (פורסם במאגר נבו 14.12.06).

(2) זאת ועוד, בענינו, על עילות שהתגבשו לפני כניסתו לתוקף, של חוק תובענות ייצוגיות, חלו החוקים הרלבנטיים שקדמו לחוק זה, כפי שיובהר להלן.

(3) **חוק תובענות ייצוגיות** התקבל ב-1.3.2006, ופורסם ב-12.3.2006.

סעיף 37 לחוק **תובענות ייצוגיות** תיקן את סעיף 41 לחוק ההשקעות, שהיה בתוקף עד מועד התיקון.

סעיף 40 לחוק תובענות ייצוגיות תיקן את סימן ב' בפרק שלישי שבחלק החמישי לחוק החברות, התשנ"ט – 1999 (להלן: "חוק החברות").

(4) לפני התיקונים כאמור, **סעיף 41 לחוק ההשקעות** קבע, שהגשת תובענה ייצוגית תהיה לפי שהיה קבוע בחוק החברות, לפני התיקון האמור.

(5) כפי שעולה ממכתבי המנהל לרשות לניירות ערך ולבורסה, המו"מ בין הבנק והמנהלים שבבעלותו לחליפיהם, בדבר העברת השליטה על נכסי הקרנות וניהולם, התגבש במהלך שנת 2005.

ראה: **נספח ד'**.

(6) למבקשים אין מידע מתי הבנק קיבל את התמורה נשוא התביעה, השייכת לבעלי היחידות, לפני או אחרי תוקפו של חוק תובענות ייצוגיות, או גם וגם.

(7) בשל כך וכדי למנוע מכשלה, מובהר בזה, כי התובענה מבוססת על כל אחת מהאפשרויות, ביחד ולחוד:

(א) **לפי סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות** וסעיפים 3 ו-5 לתוספת השניה של חוק זה, לגבי החלק של התמורה שהתקבלה וזו שעתידה להתקבל ע"י הבנק לאחר תוקפו של חוק זה.

(ב) **לפי סעיף 41 לחוק ההשקעות וסימן ב' בפרק השלישי שבחלק החמישי בחוק החברות**, לפני התיקון האמור, לגבי החלק של התמורה שהתקבלה ע"י הבנק לפני תוקפו של חוק תובענות ייצוגיות.

- ו. כמי שקיבל את התמורה, המידע בעניין היקפה ומועד קבלתה מצוי בידי הבנק.
- כבוד ביהמ"ש מתבקש להורות לבנק להציגו בפני כבוד ביהמ"ש והמבקש ולהוכיחו.
- ז. מבוא זה ותצהיר המבקש, הינם חלק בלתי נפרד מבקשה זו.

2. העובדות

- א. התובע היה בעל יחידות **בקרן נאמנות פ.ק.ן**. ובעל חשבון שהתנהל על שמו בבנק.
 - ב. קרן הנאמנות נוהלה ע"י המנהל ובנאמנות הנאמן בעת התגבשות עילות התביעה. שווי היחידות שהיו בבעלות התובע נכון ליום **31.3.06** הסתכם בסך של **15,000** ₪ (סכום משוער) ושווים ליום **28.5.08** הסתכם בסך של **22,853 ש"ח**.
... מצ"ב אישור **כנספח ג'**.
 - ג. כל הקניות, המכירות ועדכוני השווי של היחידות בחשבון של כל התובע, שהיה בעל חשבון בבנק, בוצעו באמצעות הבנק.
- הבנק שימש הן כשלוחם של בעלי היחידות שהיו בעלי חשבון בבנק וכן של המנהל שבשליטתו, והן כזרוע המבצעת מטעמם, כאמור.

ד. כמתחייב מהחוק להגברת התחרות וצמצום הריכוזיות וניגודי העניינים בשוק

ההון בישראל (תיקוני חקיקה), התשס"ה-2005, שהתקבל ביום 25.7.2005

ופורסם ביום 10.8.2005 (להלן: "חוק הרפורמה"):

(1) בהוראת הבנק, כל מנהל שבבעלותו ו/או בשליטתו, העביר את השליטה בנכסי קרנות הנאמנות וניהולם, לחברה מנהלת אחרת (להלן: "המנהל החדש" או "חליפיהם").

-- מצ"ב רשימות הקרנות שהשליטה בנכסיהן וניהולן הועברו, בהוראת הבנק מהמנהלים, לחליפיהם נספח ד'.

(2) הבנק ממשיך לשמש כמפיץ יחידות של קרנות נאמנות.

ה. עבור העברת השליטה והניהול בנכסי הקרנות, מהבנק והמנהלים שבבעלותו ו/או בשליטתו לחליפיהם, הבנק קיבל תמורה בגובה הסכום, המפורט בס' 3ג' להלן, אותה ניכס לעצמו שלא כדין (להלן: "התמורה").

ו. סכום התמורה נקבע, בין היתר, עפ"י היקף הנכסים שהשליטה והניהול בהם הועברו ע"י הבנק והמנהלים לחליפיהם.

3. היקף הנזק

א. עפ"י הקבוע בחוק הרפורמה, העברת השליטה בנכסי הקרנות וניהולם, מהבנק והמנהלים לחליפיהם, התבצעה בשלבים.

ב. נכסי קרנות הנאמנות, שהשליטה בהם וניהולם הועברו, מהבנק והמנהלים שבבעלותם ו/או בשליטתם – לחליפיהם, מסתכם בסך של **20.5 מיליארד** ₪ (סכום משוער).

ג. התמורה שהבנק קיבל וניכס אותה לעצמו שלא כדין מסתכמת בסך של **834 מיליון** ₪, שהם כ- 4.07% מנכסי קרנות הנאמנות (סכום משוער)

ד. הנזק שהמשיבים גרמו לכלל בעלי היחידות הינו כל כספי התמורה, דהיינו, סך של **834 מיליון ש"ח** (סכום משוער).

ה. הנזק האישי שהנתבעים גרמו לתובע מסתכם בסך של **610** ₪ (סכום משוער).

ו. התובענה הייצוגית מתייחסת לכלל התמורה שהבנק קיבל וניכס לעצמו שלא כדין. שכן,

התמורה כולה הינה פירות שנכסי קרנות הנאמנות הצמיחו, ו**מקורם בזכויות**

בעלי היחידות הנובעות מנכסים אלה. לכן, זהו רווח השייך לבעלי היחידות בקרנות

הנאמנות ולא למי מהנתבעים, והכל כפי שינומק להלן.

- ז. מובהר בזה, כי למרות המתחייב מסעיף 112א(ב) לחוק ההשקעות, המבקש לא קיבל מאף אחד מהמשיבים, הודעה אודות שווי היחידות שבבעלותו, בעת שהן הועברו למנהל החדש.
- ח. הבנק קיבל תמורה כוללת לכלל נכסי הקרנות, שנוהלו ע"י המנהל שבבעלותו ו/או בשליטתו, או בגין קבוצות של נכסי קרנות שהשליטה והניהול בהם הועברו, מבלי שנקבעה תמורה נפרדת לכל קרן.
- ט. למבקש אין מידע אודות מספר בעלי היחידות בכל קרן, היקף הנכסים והרכבם בכל קרן, התמורה לכל קרן והתפלגותה, ולא באשר לכלל התמורה שהתקבלה ע"י הבנק.
- י. המידע דלעיל, בדבר נכסי הקרנות שהשליטה בהם וניהולם הועברו ע"י הבנק והמנהל לחליפיהם, וכן התמורה שהבנק קיבל, מבוססים על נתונים שהמנהל העביר לרשות ולבורסה (נספח ד') ו/או על הפרסומים בכלי התקשורת (נספח ה').
- יא. בשל האמור, היקף הנזק שהמשיבים גרמו ביחד ולחוד למבקש ולכלל בעלי היחידות, חושב כסכום משוער.
- יב. כמתחייב מחוק ההשקעות, בידי המשיבים או מי מהם, כל המידע שאיננו בידי המבקש.
- לכן, כבוד ביהמ"ש מתבקש בזה, לחייב את מי שהמידע בידו, לגלות לכבוד ביהמ"ש ולמבקשים, את כל המידע הרלוונטי ולהוכיחו, כדי שאפשר יהיה לקבוע את שיעור הנזק לכלל בעלי היחידות, ולכל אחד עפ"י חלקו, ובכלל זה למבקש.
- יג. כבוד ביהמ"ש מתבקש בזה, לאשר למבקש לתקן את סכום התביעה, הפרטית והייצוגית, אם ידרש, לאחר שהמשיבים, בהוראת ביהמ"ש, יגלו לכבוד ביהמ"ש ולמבקש את:
- (1) שווי הנכסים שהשליטה בהם הועברה.
 - (2) סכום כל התמורה שהבנק קיבל.
 - (3) שווי היחידות של המבקש בעת ההעברה.

4. מהותה של קרן נאמנות יעודה ויעוד רווחיה

- א. בשל היחוד במהות של הקרן ופעילותה, וכדי להגן על בעלי היחידות וזכויותיהם, מפני כוחם של המנהלים כמפורט להלן, ראה המחוקק צורך לקבוע חוק מיוחד המסדיר את היחסים בין המנהל, הנאמן והמפיץ, לבין בעלי היחידות, וכן את מעמדו של הבעלים ו/או בעל השליטה במנהל הקרן.

ב. סעיף 2(א) לחוק ההשקעות, דן ב-"מהותה של הקרן" וקובע:

"חוק זה יחול על כל הסדר שמטרתו השקעה משותפת

בניירות ערך והפקת רווחים משותפת מהחזקתם ומכל עסקה

בהם, שאינו מוסדר עפ"י דין אחר...".

(1) תפקידם של המנהל והנאמן לפעול בנכסי הקרן, בנאמנות ובשקיזה, כדי להפיק רווחים לטובת בעלי היחידות.

(2) להשגת מטרה זו המנהל קונה ומוכר ניירות ערך ואגרות חוב באופן שוטף, כך שנכסי הקרן, הרכבם ושוויים משתנים בתדירות גבוהה יחסית.

ג. בניירות ערך רגילים, שאינם יחידות בקרנות נאמנות, מתקיים בבורסה מסחר שוטף ופומבי.

(1) מחירו של נייר ערך הנסחר בבורסה, ידוע לכל בכל רגע נתון, והוא נקבע עפ"י היצע וביקוש בבורסה.

(2) הקונה צורך שירות חד פעמי של קניה, והמוכר צורך שירות חד פעמי של מכירה.

(3) בכל התקופה שבין הקניה למכירה, בעל נייר הערך אינו צורך שירות כלשהו, פרט לניהול החשבון ועדכון השווי.

ד. **לא כך ביחידה בקרן נאמנות:**

(1) שוויה של יחידה בקרן נאמנות נקבע על סמך שווי נכסי הקרן, אשר נגזר מהשווי של מגוון רחב של ניירות ערך (מניות, אג"ח, אופציות וכו'), במגוון של פירמות שונות.

הרכבם ושוויים של נכסי הקרן ושל כל יחידה בה, משתנה בתדירות גבוהה יחסית.

(2) המנהל והנאמן מופקדים, בין היתר, על הקניות והמכירות של היחידות ושל ניירות הערך המוחזקים ע"י הקרן, וכן על חישוב השווי של כל היחידה, הנגזר משווי הנכסים המשתנים של כל קרן.

(3) הבנק משמש כזרוע המבצעת של הקרן ושל בעלי היחידות בעלי חשבון בבנק, וכן כמקשר בין המנהל לבין בעלי היחידות בכל קרן.

(4) בכך, בין היתר, היחוד של קרן הנאמנות ושל יחידה בקרן נאמנות, בהשוואה אל נייר ערך אחר.

(5) בשל ייחודה של הקרן כאמור, היחידות שלה אינן נסחרות בבורסה, אלא מחוצה לה, ושווייה לא נקבע על בסיס היצע וביקוש, אלא ע"י המנהל והנאמן, כאמור.

- ה. שוני זה, ותפקידם של הנתבעים הנובע מכך, מטיל עליהם חובה מוגברת של נאמנות, פעילות ושקידה. הם פועלים איפוא, באופן שוטף ודינמי, בשליחות הקרן ובעלי היחידות בה, מדי יום ברציפות, בתקופה שבין קניית היחידה ומכירתה.
- ו. כל המגיע למנהל, לנאמן ולמפיץ כדין בגין פעילותם, שולם להם מנכסי הקרן, במהלך פעילותם השוטפת בנכסי הקרנות שהיו באחריותם.
- ז. באשר לבנק כבעלים ו/או בעל השליטה במנהל הקרן:
- סעיף 81(ב) לחוק ההשקעות קובע במפורש:

”אדם השולט במנהל קרן וחברה בשליטה של אדם כאמור, לא

יקבלו טובת הנאה כלשהי בקשר עם ניהול הקרן זולת ממנהל

הקרן”.

- מכאן, שלבנק אין כל יד וחלק בתמורה.
- ח. כשם שהפסדי הקרן נזקפים לבעלי היחידות, כך רווחי הקרן שייכים לקרנות לטובת בעלי היחידות.
- ט. לאור האמור לעיל, כספי התמורה נשוא תביעה זו, הינם פירות שנכסי הקרנות הצמיחו, ומקורם בזכויות הנובעות מנכסי הקרנות. לכן, זהו רווח השייך לקרנות ולבעלי היחידות בהן, ולא למי מהמשיבים.

5. היום הקובע

כבוד ביהמ”ש מתבקש בזה לקבוע, מהו היום הקובע:

- א. לענין חישוב הנזק לבעלי היחידות.
- ב. לענין מי שיכלל בקבוצה כתובע מיוצג. ויובהר כדלהלן:
- תאריך א’ – יום חתימת ההסכם להעברת נכסי הקרנות וניהולם.
- תאריך ב’ – יום העברת נכסי הקרנות וניהולם.
- תאריך ג’ – מועדי תשלום התמורה.
- ג. בין זמנים אלה:
- (1) המשיבים המשיכו בפעילותם בכספי הקרן, לטובת בעלי היחידות, כמו גם במכירה וקניה של יחידות – כמתחייב.
- (2) בעלי חשבון המשיכו לקנות ולמכור יחידות.

- (3) לא כל בעל יחידות בתאריך א' היה גם בעל יחידות בתאריך ב'.
- (4) השווי של כל יחידה משתנה בתדירות גבוהה יחסית, ומושפע הן מתנודות הבורסה והן מההרכב המשתנה של נכסי הקרנות כאמור.
- (5) אמנם, עילות התביעה התגבשו בעת שהבנק נטל את התמורה לעצמו, אבל יכול שהבסיס לחישוב התמורה היה, שווי נכסי קרנות הנאמנות ביום חתימת ההסכם, או תאריך אחר שבהסכם.
- (6) המועדים בהם השליטה בנכסי הקרנות וניהולם נמכרו, שונים מהמועדים בהם הם הועברו.
- (7) חלק מהקרנות נמכרו בשלבים.
- (8) יכול שהתמורה בכל עסקה התקבלה במספר תשלומים.
- (9) **ההסכם בין המשיבים לחליפיהם יאפשר לכבוד ביהמ"ש להכריע בעניין.**
- (10) ההסכם מצוי בידי מי מהנתבעים, וכבוד ביהמ"ש מתבקש להורות למי שההסכם מצוי בידו, להמציאו לביהמ"ש ולמבקש.

6. הקבוצה הרלוונטית וגודלה

א. כבוד ביהמ"ש מתבקש בזה, לאשר את תביעת המבקש כתובענה ייצוגית, ואת המבקש כתובע מייצג של כלל בעלי היחידות בכל קרנות הנאמנות, שהנכסים שלהן נשלטו ונוהלו ע"י המנהלים שבשליטת הבנק, והועברו לחליפיהם. הנימוקים, בין היתר:

- (1) מספר בעלי היחידות בקרנות הנאמנות, מסתכם באלפים ואולי ברבבות.
- (2) התובענה מעוררת טענות מהותיות, גם של עובדה וגם של משפט, שהן משותפות זהות ותקפות לכל בעלי היחידות בקרנות נאמנות, שנכסיהן נוחלו ע"י המנהלים שהיו בבעלות הבנק ו/או בשליטתו, בעת התגבשות העילות לתביעה.
- (3) מנהל אחד, נאמן אחד, דירקטוריון אחד וועדת השקעות אחת, היו מופקדים על קבוצות שלמות של קרנות, בכל אחת מהחברות המנהלות.
- (4) קניות ומכירות של ניירות-ערך על גווניהם, התבצעו על ידי כל אחד מהמנהלים לכלל הקרנות שבאחריותו.
- (5) שוויה של כל יחידה נקבע ע"י המשיבים מדי יום, ונגזר משווי כלל נכסי הקרנות, על מגוון ניירות הערך שלהם.

(6) השליטה בנכסי הקרנות וניהולם הועברו בקבוצות, ע"י הבנק והמנהלים לחליפיהם.

(7) התמורה התקבלה עבור שליטה בנכסי הקרנות וניהולם, בקבוצות, כמקשה אחת, מבלי לפרט את התמורה ששולמה לכל קרן שאצל כל מנהל.

(8) התמורה לקחה בחשבון את היקף הנכסים של כלל הקרנות, או לקבוצה של קרנות שבידי כל מנהל, פרט לחריגים.

(9) הדיון בבקשה ובתביעה בפני בימ"ש נכבד זה בענין כלל בעלי היחידות, שהשליטה בנכסיהם וניהולם היתה בידי הנתבעים, יהיה יעיל וענייני יותר, וישרת את מטרות התובענה הייצוגית, שמטרתה בין היתר: חסכון בזמן של כבוד ביהמ"ש והצדדים, אחידות בדיון, בהכרעה ובביצוע פסק-הדין.

ב. לאור האמור כבוד ביהמ"ש מתבקש לאשר את הבקשה, להכיר בתביעת המבקש כתובענה ייצוגית ובמבקש כתובע מייצג של כלל בעלי היחידות של קרנות הנאמנות, שנכסיהן והשליטה בהן היו בידי המשיבים והועברו לחליפיהם.

ג. **לחילופין:**

כבוד ביהמ"ש מתבקש בזה לאשר למבקש, לצרף אירגון, כמשמעותו בסעיפים 2 ו-4(3) לחוק תובענות ייצוגיות, כתובע בתובענה הייצוגית.

7. טיעוני המבקש:

א. עפ"י הקבוע בחוק ההשקעות, חל איסור על המנהל, על הנאמן ועל בעל השליטה במנהל, לקבל טובת הנאה כלשהי בקשר עם ניהול קרן הנאמנות, מעבר להוצאות ודמי ניהול. ראה: **סעיף 81 לחוק ההשקעות.**

ב. המנהל והנאמן חייבים בשמירת נכסי הקרן, **וכל הזכויות הנובעות מנכסים אלה**, לטובת בעלי היחידות בלבד (סעיפים 74, 75 לחוק ההשקעות).

ג. כספי התמורה הינם פירות שנכסי הקרנות הצמיחו **ונובעים מזכויות בעלי היחידות, בנכסים אלה** לכן, זהו רווח השייך לבעלי היחידות ולא למי מהמשיבים.

ד. עילות התביעה התגבשו בעת שהבנק קיבל את כספי התמורה ונטל אותם לעצמו שלא כדין, במקום להעבירם לקרנות לטובת בעלי היחידות, לפי חלקם, כמתחייב מחוק ההשקעות. בכך המשיבים, ביחד ולחוד, גרמו נזק לבעלי היחידות ובכללם למבקש.

ה. המשיבים, ביחד ולחוד, הפרו חובת נאמנות מוגברת שחלה עליהם כלפי בעלי היחידות, וגרמו בכך נזק לבעלי היחידות.

ו. המנהלים והנאמן עמדו מנגד ולא פעלו עפ"י חובתם כנאמנים, לשמור על כספי הקרנות לטובת בעלי היחידות, כמתחייב.

ז. הבנק, שניהל את חשבונות בעלי היחידות, שהיו בעלי חשבון בבנק חב גם הוא חובת נאמנות, והיה עליו להימנע מליטול את התמורה לעצמו, כי היא שייכת לקרנות הנאמנות לטובת בעלי היחידות.

ח. המשיבים קיבלו את כל שהם זכאים לקבל לפי כל דין, במהלך פעילותם השוטפת בנכסי הקרנות.

ט. כל זכות שיש לבנק בנכסי הקרנות, מכוח היותו הבעלים ו/או בכל השליטה במנהל הקרנות, באה לו מהמנהל, ולבנק לא יכולה להיווצר זכות שלא היתה למנהל (סעיף 81(ב) לחוק ההשקעות).

י. לכן, התמורה שייכת לקרנות ולבעלי היחידות בהן, ובכלל זה למבקש.

יא. הבנק והמנהלים עשו עושר ולא במשפט.

יב. בין המבקש וכל אחד מבעלי היחידות, שהיו בעלי חשבון בבנק, לבין הבנק, ובין כל בעלי היחידות לבין כל מנהל וכל נאמן, שהיחידות וכספי הקרנות היו באחריותו, התגבש חוזה שהופר ע"י המשיבים, ביחד ולחוד, וגרמו בכך נזק לבעלי היחידות.

יג. בין המבקש וכל אחד מבעלי היחידות שהיו בעלי חשבון בבנק, לבין הבנק, ובין כל בעל יחידות לבין כל מנהל וכל נאמן, שהיחידות וכספי הקרנות היו באחריותו, התקיימו יחסי שולח ושלוח, שהופרו ע"י המשיבים, ביחד ולחוד, וגרמו בכך נזק לבעלי היחידות.

יד. המשיבים ביחד ולחוד, הפרו חובות חקוקות של חוק החוזים, חוק השליחות, חוק הנאמנות, חוק הבנקאות, חוק ההשקעות וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

טו. בשולי טענות המבקשים:

תשומת לב כב' בית המשפט מופנית לעובדות דלהלן:

(1) הנכס המשמעותי היחיד עבורו שולמה התמורה ושמצדיק את התמורה

ששולמה, הוא עבור השליטה בנכסי קרנות הנאמנות ובניהולם, ואלה (השליטה

והניהול) היו מצויים בידי המנהלים בנאמנות לטובת בעלי היחידות.

(2) לחברה המנהלת אין ולא היה כל נכס משמעותי אחר, שיש בו כדי להצדיק או ליחס את התמורה ששולמה כביכול עבורו.

(3) ראה גם מכתב התובע לרשות לנ"ע **כנספח ו'**.

8. טיעונים משפטיים לענין הנזק:

א. סעיף 80(א) לחוק ההשקעות קובע:

" הוצאות שיפרעו מנכסי הקרן יהיו אלה בלבד -

(1) שכר הנאמן ומנהל הקרן כפי שיקבע בהסכם הקרן ובתשקיף.

(2) עמלות והוצאות אחרות הכרוכות בביצוע עסקאות בעד הקרן.

(3) מסים החלים על הקרן, על נכסיה, על הכנסותיה ועל עסקאות שנעשו

בנכסיה "

סעיף 81(א) לחוק ההשקעות קובע:

"מנהל קרן לא יקבל טובת הנאה כלשהי בקשר עם ניהול הקרן זולת -

(1) הוספה ושכר כפי שנקבע בהסכם הקרן ובתשקיף.

(2) שירותים וציוד מאדם השולט בו... "

סעיף 81(ב) לחוק ההשקעות קובע:

"אדם השולט במנהל קרן וחברה בשליטה של אדם כאמור, לא יקבלו טובת הנאה

כלשהי בקשר עם ניהול הקרן, זולת ממנהל הקרן."

המבקש טוען:

(1) המשיבים קיבלו את כל שהגיע להם כדין, במהלך פעילותם השוטפת בנכסי הקרנות.

(2) התמורה הנה טובת הנאה שהבנק נטל לעצמו שלא כדין, תוך הפרת חוק ההשקעות.

(3) כל זכות שיש לבנק בנכסי הקרנות, מכוח היותו הבעלים ו/או בכל השליטה במנהל הקרנות, באה לו מהמנהל שבשליטתו, ולבנק לא יכולה להיווצר זכות שלא היתה למנהל (סעיף 81(ב) לחוק ההשקעות).

(4) התמורה הינה פירות שנכסי הקרנות הצמיחו, ומקורה בזכויות הנובעות מנכסים אלה, לכן, זהו רווח השייך לקרנות הנאמנות לטובת בעלי היחידות, לפי חלקם, ולא למי מהמשיבים.

(5) בכך שהבנק, לקח את התמורה, כשהמנהלים והנאמן עומדים מנגד, המשיבים, ביחד ולחוד, גרמו נזק לכל אחד מבעלי היחידות, ועליהם ביחד ולחוד, להשיב את כספי התמורה לקרנות, לטובת בעלי היחידות, ולפצותם על נזקיהם.

ב. סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 קובע:

"בקיום חיוב הנובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום-לב

והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מחוזה".

סעיף 1 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א – 1970 (להלן: "חוק החוזים (תרופות)") מגדיר:

"נזק" – לרבות מניעת רווח".

סעיף 22(ב) לחוק החוזים (תרופות) קובע:

"הוראות חוק זה, יחולו כשאין בחוק המסדיר יחסי עבודה או בחוק אחר

הוראות מיוחדות לעניין הנדון".

המבקש טוען:

(1) בין המבקש וכל אחד מבעלי היחידות, שהיו בעלי חשבון בבנק לבין הבנק, ובין כל בעל יחידות לבין כל מנהל וכל נאמן שהקרנות והיחידות היו באחריותו, התגבש הסכם חוזי.

(2) התמורה הינה פירות שנכסי קרנות הנאמנות הצמיחו. לכן, זהו רווח השייך לבעלי היחידות לפי חלקם, ולא למי מהנתבעים, שכבר קיבלו את שהגיע להם עפ"י הדין, כאמור.

(3) בכך שהבנק, לקח את התמורה לעצמו שלא כדין, בעוד המנהלים והנאמן עומדים מנגד, המשיבים ביחד ולחוד הפרו את החוזה עם כל אחד מבעלי היחידות, מעלו בתפקידם כנאמנים, וגרמו ביחד ולחוד לנזק לכל אחד מבעלי היחידות, שתובעים אותם.

לאור האמור, על המשיבים ביחד ולחוד להחזיר את התמורה לבעלי היחידות.

ג. סעיף 10 לחוק השליחות, התשכ"ה – 1965 (להלן: "חוק השליחות"), קובע:

"(א) כל נכס שבא לידי השלוח עקב השליחות מוחזק בידו כנאמן של השולח...

(ב) השולח זכאי לכל רווח או טובת הנאה שבאו לשלוח בקשר לנושא

שליחות".

בספר (חוק השליחות) של כבוד הנשיא בדימוס אהרן ברק, כרך
ב' עמוד 1129 (הוצאת נבו – תשנ"ו – 1996), בפסקה 831
המתייחסת לסעיף 10(ב) לחוק השליחות כותב המחבר :

**"ס"ק (ב) מעניק לשולח זכות לקבל רווח או טובת הנאה שבאו
לשלוח בקשר לנושא השליחות. זכות זו אינה מותנית בגרימת
נזק לשולח או בפעולת זדון מצד השלוח. העובדה כי תנאי
העסקה שביצע השלוח כלפי צד שלישי ושזיכו אותו בטובת
הנאה הוגנים, או שהשולח עצמו לא היה יכול להפיק את
הרווח עבור עצמו, אינם משפיעים על זכותו של השולח".**
ומוסיף המחבר :

**"הסעיף חל על "כל" רווח ועל כל טובת הנאה, בין שבאו
באיסור ובין שבאו בהיתר. על כן חייב השלוח להעביר לשולח
כל זכות שבאה לו בקשר לשליחות".**

ד. **סעיף 10 לחוק הבנקאות (רישוי) התשמ"א – 1981 (להלן: "חוק
הבנקאות"), נושא כותרת "תחומי פעולה של בנק" וקובע:**
**" 10(7) שמירה וניהול של מסמכים סחירים, ניירות ערך, זכויות
ונכסים אחרים למען הזולת, כשלוח, כשומר, כסוכן או נאמן,
ובלבד שלא ינהל במסגרת עיסוקו אמור מפעל
עסקי...".**

המבקש טוען :

- (1) הנתבעים הינם שלוחים של בעלי היחידות, ודיני השליחות חלים עליהם ביחד ולחוד.
- (2) כספי התמורה הגיעו לידי הבנק, עקב שליחותו ו/או שליחות מטעם המנהל מטעם בעלי היחידות.
- (3) המבקש והמיוצגים על ידו זכאים לכספי התמורה שהינה רווח שבאו לידי הבנק בקשר עם נושא השליחות, שהינו ניהול כספי הקרנות לטובת בעלי היחידות. לכן, על הנתבעים ביחד ולחוד להעביר את כספי התמורה לבעלי היחידות.

ה. **סעיף 15 לחוק הנאמנות קובע:**

" רווח שהפיק נאמן שלא כדין עקב הנאמנות, דינו כחלק מנכסי הנאמנות".

המבקש טוען :

על הבנקים כמו על המנהלים והנאמנים חלים הדינים, האחריות והחובות בחוק הנאמנות, וכספי התמורה הם רווח השייך לנכסי הנאמנות.

בכך שהבנק, נטל את כספי התמורה לעצמו, הוא הפיק רווח שלא כדין. הנתבעים הפרו חובתם המוגברת כנאמנים וגרמו ביחד ולחוד לנזק לבעלי היחידות. על המשיבים, ביחד ולחוד, להעביר את כספי התמורה לבעלי היחידות.

1. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

סעיף 3 קובע: "אין פוגעים בקנינו של אדם".

התובע טוען:

בכך שהבנק ניכס לעצמו את כספי העמיתים שלא כדין, בעוד המנהל עומד מנגד, הנתבעים, ביחד ולחוד, פגעו בקניין העמיתים שהינו זכות חוקתית של העמיתים.

2. סעיף 63 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש) – הפרת חובה תקוקה :

המבקש טוען :

המשיבים ביחד ולחוד, הפרו חובות חקוקות החלות עליהם, עפ"י חוק החוזים, חוק השליחות, חוק הנאמנות, חוק הבנקאות, חוק ההשקעות וחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. בהפרתם גרמו המשיבים, ביחד ולחוד, נזק לבעלי היחידות, ובכללם למבקש, ועליהם לפצות את הניזוקים על נזקיהם.

ח. כתב התובענה:

התובענה המצ"ב, אותה כבוד ביהמ"ש מתבקש לאשר כייצוגית, הינה חלק בלתי נפרד מבקשה זו.

בתובענה פירוט רחב יותר לטיעונים המשפטיים הרלוונטיים גם לבקשה.

9. טיעונים משפטיים – לאישור התובענה כייצוגית

(א) המבקש הוכיח שנגרם לו נזק אישי.

(ב) מספר בעלי היחידות בקרנות הנאמנות שבניהול ונאמנות המשיבים, מסתכמים באלפים ואולי ברבבות.

(ג) לרוב בעלי היחידות נגרם נזק קטן יחסית, ולא יטרחו לתבוע בתביעה אישית.

(ד) המבקש מעלה בתביעתו טענות לנזק שנגרם לכלל בעלי היחידות ע"י המשיבים אותם הוא תובע, ביחד ולחוד, בכך שהתמורה השייכת לבעלי היחידות נלקחה שלא כדין ע"י הבנק, ולא הועברה לבעלי היחידות, לפי חלקם בנכסי הקרנות.

(ה) הסוגיות שהתובענה דנה בהן הן בעלות עניין ציבורי חשוב, וראוי שכבוד ביהמ"ש יכריע בהן.

(ו) עילות התביעה תקפות לכלל בעלי היחידות, ובכללן התביעה לנזק שהמשיבים גרמו ביחד ולחוד.

(ז) השאלות המהותיות גם של עובדה וגם של משפט, משותפות למבקש ולכל בעלי היחידות, והן תוכרענה בתובענה שכבוד ביהמ"ש מתבקש לאשר ולדון בה כתובענה ייצוגית.

(ח) ישנה אפשרות סבירה שהתובענה, אם תאושר כייצוגית, תוכרע לטובת כלל בעלי היחידות בקבוצה.

(ט) התובענה הייצוגית הינה הדרך המתאימה ביותר להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין, בשים לב, בין השאר, לגודל הקבוצה של בעלי היחידות, שהם אלפים ואולי רבבות, כאמור.

(י) כמתחייב מחוק ההשקעות, זהותם וכתובותיהם של בעלי היחידות, כמו גם חלקם בנכסי קרנות הנאמנות ידועה, כך שאם המבקשים יזכו בתובענה הייצוגית, יהיה קל לבצע את החלטת בימ"ש נכבד זה, לזכות ולפצות את הזכאים.

(יא) התביעה האישית, כמו גם בקשה זו והתובענה הייצוגית, מוגשים בתום-לב ובכנות צדקתם ואמונה בסיכוי לזכות בהן, לטובת כל הכלולים בקבוצה שכבוד ביהמ"ש יאשר כתובעים מיוצגים.

(יב) המבקש ובאי כוחו החתומים מטה, יכולים ונכונים לייצג בצורה הולמת וראויה את כלל בעלי היחידות שכבוד ביהמ"ש יאשר ככלולים בקבוצה.

10. לפי סעיף 1 לחוק ההשקעות, לבימ"ש נכבד זה הסמכות העיניינית והמקומית

הייחודית, לדון בבקשה זו, ובתובענה הייצוגית לגופה אם תאושר.

11. לאור האמור כבוד ביהמ"ש מתבקש בזה:

א. לזמן את המשיבים לדין.

ב. לאשר את התביעה כתובענה ייצוגית.

ג. לאשר למבקש לשמש כתובע מייצג, של הקבוצה שכבוד ביהמ"ש יאשר.

- ד. לאשר את צירוף הרשות לניירות ערך כנתבעת נדרשת, בהיותה מופקדת על רישוי ופיקוח ביישום חוק ההשקעות, וזאת למקרה והרשות לא תעתר לבקשת המבקש, כי תאות להצטרף כתובע מייצג לצד בעלי היחידות בקרנות הנאמנות (ראה: "נספח ו').
- ה. לאשר כשייכים לקבוצת התובעים המיוצגים, את כלל בעלי היחידות בקרנות הנאמנות, שהיו באחריות הנתבעים, בעת התגבשות העילות לתביעה שהשליטה בהן וניהולן הועברה לחליפיהן.

לחילופין:

- לאשר למבקש לצרף כתובע מייצג אירגון, כמשמעותו בסעיפים 2 ו-4(3) לחוק תובענות ייצוגיות.
12. אם כבי' בית המשפט יעתר לבקשה, כאמור בס' 11ב' לעיל, ויאשר את התביעה כתובענה ייצוגית, מתבקש בית המשפט להורות למשיבים על גילוי ועיון במסמכים ובמידע המפורטים להלן, בהתאם לתקסד"א 113 ו-114, ואלה המסמכים:
- (1) את ההסכם לפיו הועברה שליטה והניהול של נכסי קרנות הנאמנות שהיו בניהול כל המנהלים, שהיו בבעלות ו/או בשליטת הבנק.
 - (2) היקף כלל הנכסים של קרנות הנאמנות שהשליטה והניהול בהם הועברו לחליפיהם.
 - (3) כלל התמורה שהבנק קיבל.
 - (4) הסכום שעמד לזכותו של התובע, כבעל יחידות, במועד העברת נכסי קרנות הנאמנות מהמשיבים לחליפיהם.
 - (5) לאשר למבקש לתקן את הסכומים שבכתב התביעה, אם ידרש, כנובע ממסמכי המשיבים.
13. אם ביהמ"ש הנכבד לא יאשר את הבקשה, לאישור התביעה כתובענה ייצוגית, כבוד ביהמ"ש מתבקש בזה להפעיל סמכותו לפי סעיף 22(ג) לחוק תובענות ייצוגיות, ולפסוק למבקש ולבאי כוחו גמול ראוי על טרחתם ועל הסיכון שנטלו על עצמם לטובת כלל בעלי היחידות, בשים לב לזהות הנתבעים, ולעניין הציבורי הרחב בשאלות של עובדה ומשפט שהועלו ע"י המבקש ובא כוחו.

מוטי דותן, עו"ד

גד ירדני, עו"ד

ירדני – אמיראס משרד עו"ד

ב"כ המבקש