

**בבית המשפט המחוזי בירושלים**

תובענה ייצוגית מס' א. 2310/08

בענין שבין :

1. **ברוך גור ת.ז. 7687387**

**תובע 1**

(להלן: "התובע" או "התובעים")

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")

**נתבע 1**

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

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

**נתבע 2**

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

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

**נתבע 3**

**נתבעת פורמלית 5**

4. **הרשות לניירות ערך**

רח' כנפי נשרים 3 ירושלים

טל': 02-6556555 (להלן: "הרשות")

## תובענה ייצוגית

מהות התביעה : כספית

סכום התביעה : 610 ₪ (משוער)

סכום התובענה הייצוגית : 834 מליון ₪ (משוער)

מוגשת בזה תובענה ייצוגית, בהתאם לסעיפים 3(א) ו-4 לחוק תובענות ייצוגיות התשס"ו-2006 (להלן: "חוק התובענות ייצוגיות") וסעיפים 3 ו-5 לתוספת השניה לחוק זה ובהתבסס על חוק השקעות משותפות בנאמנות התשנ"ד – 1984 (להלן: "חוק ההשקעות"), וחוקים נוספים, והכל כמפורט להלן.

התובענה הייצוגית מוגשת על ידי התובע בשמו ובשם כלל התובעים המיוצגים הכלולים בקבוצה, כפי שאושרו ע"י בימ"ש נכבד זה.

לבימ"ש נכבד זה, הסמכות העניינית והמקומית הייחודית לדון בתובענה זו, כקבוע בסעיף 1 לחוק ההשקעות.

מצ"ב:

1. יפוי כח מטעם התובע כנספח א'.

2. תצהיר המבקש כנספח ב'.

הנספחים הנ"ל ויתר הנספחים המצורפים לתובענה זו הנם חלק בלתי נפרד מהתביעה.

### 1. מבוא

#### א. התובע והנתבעים:

(1) התובע והתובעים המיוצגים על ידו, היו בעלי יחידות בקרנות נאמנות –

כמשמעותן בחוק ההשקעות, שנוהלו ע"י המנהל ובנאמנות הנאמן, בעת שהתגבשו העילות לתביעה זו, כפרטית וכיייצוגית, כמפורט להלן.

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

בבנק, ושימש כמפיץ, כמשמעותו בחוק ההשקעות, 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 שהיה מופקד עליהם.

מצ"ב רשימת הקרנות בניהולו של כל מנהל שהיה בבעלות הבנק ו/או בשליטתו

**כנספח ד'.**

(4) נתבע 4 שימש כנאמן על נכסי קרנות נאמנות, כמשמעותן 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 מסמכים אלה 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.**

מצ"ב פנית התובע לרשות **כנספח ו'.**

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

ב. התביעה מוגשת בגין נזק שהנתבעים, ביחד ולחוד, גרמו לתובע ולכל אחד מהתובעים המיוצגים על ידו, שהיו בעלי יחידות בקרנות נאמנות, כמשמעותן בחוק ההשקעות.

(1) כספי התובע וכספי התובעים המייצגים שהיו בעלי חשבון בבנק, (להלן: "בעלי החשבון") היו מופקדים בחשבונות שהתנהלו על שמם בבנק, בעת שהתגבשו העילות לתביעה זו כפרטית וכיייצוגית (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 לתובענה 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 לתובע 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 לבעלי היחידות בקרנות הנאמנות ולא למי מהנתבעים, והכל כפי שמתחייב מהוראות החוק והמפורט להלן.

ד. התובענה כולה, ובכללה כל עובדה, טענה, טיעון משפטי, וטענה לנזק שבכתב תביעה זה, מתייחסים לתובע בגין נזקו הוא, ולתובעים המיוצגים על ידו הכלולים בקבוצה, כפי שאושרה ע"י כבוד ביהמ"ש.

ה. בחקיקה המתייחסת לתובענות ייצוגיות וכללי הגשתן חלו שינויים. יתכן וחלק מהעילות שבתובענה ייצוגית 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) ככפי שעולה מהודעות המנהל לרשות לניירות ערך ולבורסה, המו"מ בין הבנק והמנהלים שבבעלותו לחליפיהם בדבר העברת השליטה על נכסי קרנות הנאמנות וניהולם, התגבש במהלך שנת 2005. **ראה נספח ד'.**

(6) לתובעים 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:

**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.

**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 והתובעים, ולהוכיחו.

ז. מבוא זה, תצהיר התובע והבקשה לאישור התובענה כייצוגית, הינם חלק בלתי נפרד מתובענה זו.

## **2. העובדות**

א. התובע היה בעל יחידות **בקרן נאמנות פ.ק.ן** ובעל חשבון שהתנהל על שמו בבנק.

קרן הנאמנות נוהלה ע"י המנהל, בעת התגבשות עילות התביעה.

ב. 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 תובע, 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 **כנספח ד'**.

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

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

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 והמנהל שבבעלותו ו/או בשליטתו – לחליפיהם, מסתכם בסך של **20.5 מיליארד** ₪ (סכום משוער).

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

ד. הנזק שהנתבעים גרמו לכלל בעלי היחידות שבשליטתם הכלולים בקבוצה, הינו כל כספי התמורה, דהיינו סך של **834 מליון ש"ח** (סכום - משוער).

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

ו. מובהר בזה כי למרות המתחייב מסעיף 112א(ב) לחוק ההשקעות, אף אחד מהנתבעים לא קיבל מאף אחד מהנתבעים הודעה אודות שווי היחידות שבבעלותו, בעת שהן הועברו למנהל החדש, ולא באשר למועד בו הן הועברו למנהל החדש.

ז. התובענה הייצוגית מתייחסת לכלל התמורה שהבנק קיבל וניכס לעצמו שלא כדין, שכן, התמורה כולה הינה פירות שנכסי קרנות הנאמנות הצמיחו **ומקורם בזכויות בעלי היחידות הנובעות מנכסים אלה**, לכן, זהו רווח השייך לבעלי היחידות בקרנות הנאמנות, ולא למי מהנתבעים, והכל כפי שינומק להלן.

ח. הבנק קיבל תמורה כוללת בגין כלל נכסי הקרנות, שנוהלו ע"י המנהל שבבעלותו ו/או בשליטתו, או לקבוצות של נכסי קרנות, שהשליטה והניהול בהם הועברו, מבלי שנקבעה תמורה נפרדת לכל קרן.

ט. לתובע 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 פרסומים בכלי התקשורת (נספח ה').

יא. בשל האמור, היקף הנזק שהנתבעים גרמו ביחד ולחוד לתובע ולכלל בעלי היחידות, חושב כסכום משוער.

יב. כמתחייב מחוק ההשקעות, בידי הנתבעים, או מי מהם, כל המידע שאיננו בידי התובע. לכן, כבוד ביהמ"ש מתבקש בזה, לחייב את מי שהמידע בידו לגלותו לכבוד ביהמ"ש ולתובע, ולהוכיחו, כדי שאפשר יהיה לקבוע את שיעור הנזק לכלל בעלי היחידות ולכל אחד עפ"י חלקו, ובכלל זה לתובע.

יג. כבוד ביהמ"ש מתבקש בזה, לאשר לתובע לתקן את סכום התביעה הפרטית והייצוגית, אם ידרש, לאחר שהנתבעים, בהוראת ביהמ"ש, יגלו לכבוד ביהמ"ש ולתובע, את:

(1) שווי הנכסים שהשליטה בהם הועברה.

(2) סכום כל התמורה שהבנק קיבל.

(3) שווי היחידות של התובע בעת ההעברה.

#### **4. מהותה של קרן נאמנות יעודה ויעוד רווחיה**

(א) בשל היחוד במהותה 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 ובשקיטה, כדי להפיק רווחים לטובת בעלי היחידות.
- (2) להשגת מטרה זו המנהל קונה ומוכר ניירות ערך 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, שנגזר מהשווי של מגוון רחב של ניירות ערך (מניות, אג"ח, אופציות וכו'), במגוון של פירמות שונות.
- הרכבם ושוויים של נכסי הקרן ושל כל יחידה 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 יחידה 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 נאמנות ושל יחידה בקרן נאמנות, בהשוואה אל נייר ערך אחר.
- (5) בשל ייחודה של הקרן כאמור, היחידות שלה אינן נסחרות בבורסה, אלא מחוץ לה, ושוויה 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, שולם להם מנכסי הקרנות, 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 מהנתבעים.

## 5. הרמת מסך

- א. כבוד ביהמ"ש מתבקש בזה להורות, מתוקף סמכותו לפי סעיף 6 לחוק החברות, על הרמת מסך בין הבנק לבין כל מנהל שבבעלותו ו/או בשליטתו, וכן מעל העסקה על-פיה הועברה השליטה בנכסי הקרנות וניהולם, מהנתבעים לחליפיהם.
- ב. בהרמת המסך יתברר, כי התמורה התקבלה עבור העברת השליטה והניהול בנכסי הקרנות ולא עבור החברות המנהלות.
- טענה זו נתמכת, בין היתר, על העובדה שיש מיתאם בין היקף הנכסים שהשליטה בהם וניהולם הועברו מהנתבעים לחליפיהם, לבין גובה התמורה שהתקבלה עבורם.
- ג. להלכה המשפטית שתקבע ע"י בימ"ש נכבד זה תהיה נפקות ותוקף, הן לתמורה שהתקבלה לפני והן לתמורה שהתקבלה אחרי כניסתו לתוקף של חוק תובענות ייצוגיות.
- ד. להלכה המשפטית שכבוד ביהמ"ש יקבע, תהיה השפעה משמעותית באשר לחובתם של נאמנים ושל שלוחים כלפי שולחיהם.

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 קרנות הנאמנות הצמיחו **ונובעים מזכויות בעלי היחידות בנכסים אלה**, לכן זהו רווח השייך לבעלי היחידות, לפי חלקם בנכסי הקרנות בהתאמה, ובכללם לתובעים, ולא למי מהנתבעים.

ד. עילות התביעה התגבשו בעת שהבנקים קיבלו את כספי התמורה ונטלו אותם לעצמם שלא כדין, במקום להעבירם לקרנות לטובת בעלי היחידות, לפי חלקם, ובכללם לתובעים כמתחייב מחוק ההשקעות.

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

ו. בכך שהתמורה נלקחה ע"י הבנק, ולא הועברה אותה לקרנות הנאמנות ולבעלי היחידות בהן הנתבעים, ביחד ולחוד, גרמו נזק לבעלי היחידות.

ז. המנהל והנאמן עמדו מנגד ולא פעלו עפ"י חובתם כנאמנים, לשמור על כספי הקרנות לטובת בעלי היחידות.

ח. הבנק, שניהל את החשבונות של התובע ושל 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.

ט. הנתבעים קיבלו את כל שהם זכאים לקבל לפי כל דין, במהלך פעילותם השוטפת בנכסי הקרנות.

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

יא. לכן, התמורה שייכת לקרנות ולבעלי היחידות בהן, ולא למי מהנתבעים.

יב. הבנק והמנהלים עשו עושר ולא במשפט.

יג. בין התובע 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 הנתבעים, ביחד ולחוד, וגרמו בכך נזק לבעלי היחידות.

יד. בין התובע 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 הנתבעים, ביחד ולחוד, וגרמו בכך נזק לתובעים.

טו. בהפרתם את החוזה, את חובתם כשלוחים וכנאמנים, הפרו הנתבעים חובות חקוקות וגרמו, ביחד ולחוד, נזק לכל אחד מבעלי היחידות.

#### טז. בשולי טענות התובע:

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 וניהולן, 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 לני"ע **כנספח ו'**.

#### 8. טיעונים משפטיים

א. סעיף 74 לחוק ההשקעות נושא כותרת: "**טובת בעלי היחידות**" וקובע:

**" נאמן ומנהל ימלאו תפקידיהם וישתמשו בסמכויותיהם**

**לטובת בעלי היחידות בלבד "**

סעיף 75(ב) לחוק ההשקעות מטיל על הנאמן ועל המנהל חובת נאמנות וכן:

**שמירת נכסי הקרן וכל הזכויות הנובעות מנכסים אלה "**

סעיף 76(א) לחוק ההשקעות מתייחס ל-"**דין נכסי הקרן**" וקובע:

**נכסי הקרן יהיו מוגנים לנאמן לטובת בעלי היחידות ויהיו רכוש**

**נפרד מרכושו האחר ואם היה בהם נכס שאינו ניירות ערך**

**הנסחרים בבורסה גם יירשם על שמו".**

**התובע טוען:**

(1) התמורה כולה הינה פירות שנכסי הקרן הצמיחו, ומקורה ב- **זכויות הנובעות מנכסים אלה**. לכן, זהו רווח השייך לנכסי הקרן.

(2) הנאמנים והמנהלים הפרו אמונים כלפי הקרנות ובעלי היחידות, בכך שלא הבטיחו שהתמורה תועבר לקרנות לטובת בעלי היחידות. בכך גרמו נזק לבעלי היחידות, ובכללם לתובע.

(3) הבנק והמנהלים עשו עושר ולא במשפט וגרמו נזק לבעלי היחידות ובכללם לתובע.

ב. 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 נכסיה".

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 ודיוור מאדם השולט בו...".

סעיף 81(ב) לחוק ההשקעות קובע:

**אדם השולט במנהל הקרן וחברה בשליטה של אדם כאמור לא**

**יקבלו טובת הנאה כלשהי בקשר עם ניהול הקרן זולת ממנהל**

**הקרן".**

**התובע טוען:**

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

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

(3) התמורה הינה פירות שנכסי הקרנות הצמיחו, ומקורה בזכויות הנובעות מנכסים

אלה לכן זהו רווח השייך לקרנות לטובת בעלי היחידות לפי חלקם, ובכללם לתובע, ולא למי מהנתבעים.

ג. סעיף 83(א) לחוק ההשקעות קובע:

**” מנהל קרן אחראי כלפי כל בעל יחידה לנזק שנגרם לו מחמת**

**שהפר הוראה לפי חוק זה.”**

סעיף 83(ב) לחוק ההשקעות קובע:

**” הנאמן אחראי כלפי בעל יחידה לנזק שנגרם לו מחמת שלא**

**קיים הוראות סעיפים 74, 75 ו-78(א)...”**

סעיפים 74, 75 לחוק ההשקעות, דנים בחובתם של הנאמן והמנהל להשתמש בסמכויותיהם לטובת בעלי היחידות בלבד ובחובתם כנאמנים.

סעיף 83(ד) לחוק ההשקעות מטיל על מנהל הקרן ועל הנאמן ביחד ולחוד

אחריות בנוזיקין כלפי הניזוק.

**התובע טוען:**

בכך שהבנק, נטל את התמורה השייכת לבעלי היחידות, בעוד הנאמנים והמנהלים מאפשרים זאת, הנתבעים גרמו ביחד ולחוד לנזק לתובעים, מעלו בתפקידם כנאמנים, ויש לחייבם ביחד ולחוד לפצות את בעלי היחידות על נזקיהם.

ד. סעיף 78 לחוק ההשקעות מונה את חובות הנאמן ותפקידו וקובע בין היתר:

**”הנאמן יפקח על קיום ההוראות לפי חוק זה.”**

**התובע טוען:**

כי כל נאמן התרשל בכך שאיפשר לבנק לקחת לעצמו את כספי התמורה השייכת לבעלי היחידות, ובכך גרם נזק לבעלי היחידות.

סעיף 87 לחוק ההשקעות דן ב-”רווח שלא כדין” וקובע:

**” קבע ביהמ”ש לפי בקשת יושב ראש הרשות, בעל יחידה, מנהל**

**קרן או נאמן כי מנהל קרן או נאמן, אגב מילוי תפקידו, הפיקו רווח**

**או גבו תשלומים שלא כדין או פרעו מנכסי הקרן הוצאות שלא כדין**

**או בסכום בלתי סביר רשאי ביהמ”ש להורות כי ישפו את הקרן,**

**בעלי היחידות או מי שהיו בעלי היחידות, בסכום ובדרך שיורה."**

**התובע טוען:**

- (1) בהרמת המסך בין הבנק ובין המנהלים שבבעלותם ו/או בשליטתם, יתברר כי הבנק והמנהלים הפיקו רווחים שלא כדין.
- (2) המנהלים והנאמנים פרעו הוצאות שלא כדין ו/או בסכום לא סביר.
- (3) הנתבע ביחד ולחוד, הפרו את חובתם המוגברת החלה עליהם כנאמנים.
- (4) הנתבעים ביחד ולחוד גרמו נזק לקרנות הנאמנות ולכל בעלי היחידות בהן, ובכללם לתובע.
- (5) על הנתבעים ביחד ולחוד לשפות את כל מי שהיה בעל יחידות בקרנות הנאמנות, ביום הקובע שיקבע ע"י בימ"ש נכבד זה.

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

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

**הוא 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 הנידון".**

**התובע טוען:**

- (1) בין התובע וכל אחד מבעלי היחידות שהיו בעלי חשבון בבנק, לבין הבנק, ובין כל בעל יחידות, לבין כל מנהל וכל נאמן, שהיחידות היו באחריותו, התגבש הסכם חוזי שהופר ע"י הנתבעים.
- (2) כספי התמורה הינם פירות שנכסי קרנות הנאמנות הצמיחו, ומקורם בזכויות הנובעות מנכסים אלה, לכן, זהו רווח השייך לבעלי היחידות לפי חלקם, ובכללם לתובעים, ולא למי מהנתבעים, שכבר קיבלו את שהגיע להם עפ"י כל דין, כאמור.

(3) בכך שהבנק, לקח את התמורה לעצמו שלא כדין, בעוד המנהלים והנאמנים עמדו מנגד ואיפשרו זאת, הנתבעים ביחד ולחוד מעלו בתפקידם כנאמנים, הפרו את החוזה שבין כל אחד מבעלי היחידות לבין כל אחד מהנתבעים על ידו, וגרמו ביחד ולחוד נזק לבעלי היחידות, ובכללם לתובע. לאור האמור, על הנתבעים ביחד ולחוד להחזיר את התמורה לבעלי היחידות.

ו. סעיף 10 לחוק השליחות, התשכ"ה-1965, קובע:

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

**(ב) השולח זכאי לכל רווח או טובת הנאה שבאו לשלוח בקשר לנושא השליחות."**

(1) בספר "חוק השליחות" של כבוד הנשיא בדימוס, אהרון 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 השולח. 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."**

ז. 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 כאמור מפעל

עסקי...".

**התובע טוען :**

(1) כל אחד מהנתבעים הינו שלוח של כל אחד מבעלי היחידות, ודיני השליחות חלים עליהם ביחד ולחוד.

(2) כספי התמורה הינם פירות שנכסי הקרנות הצמיחו. ומקורם בזכויות הנובעות מנכסים

אלה לכן זהו רווח השייך לבעלי היחידות ולא למי מהנתבעים.

לתימוכין, ראה גם סעיף 81(ב) לחוק ההשקעות.

לכן, על הנתבעים ביחד ולחוד להעביר את כספי התמורה לבעלי היחידות.

ח. סעיף 13 לחוק הנאמנות, תשל"ט-1979 (להלן: חוק הנאמנות), נושא כותרת

"איסור טובת הנאה" וקובע:

" (א) נאמן לא ירכוש לעצמו או לקרובו נכס מנכסי הנאמנות או כל

זכות בו, לא יפיק לעצמו או לקרובו טובת הנאה אחרת מנכסי

הנאמנות או מפעולותיה, ולא יעשה דבר שיש בו סתירה בין טובת

הנאמנות לטובתו שלו או של קרובו."

סעיף 15 לחוק הנאמנות קובע:

" רווח שהפיק נאמן שלא כדין עקב הנאמנות, דינו כחלק

מנכסי הנאמנות."

**התובע טוען :**

(1) על הבנק כמו על המנהל והנאמן חלים הדינים, האחריות והחובות שבחוק הנאמנות,

וכספי התמורה הם רווח השייך לנכסי הנאמנות.

(2) בהרמת המסך בין הבנק לבין כל מנהל שבבעלותו ו/או בשליטתו, ומעל העסקה

שבגינה שולמה התמורה, יתברר כי בכך שהבנק, נטל את כספי התמורה לעצמו, הבנק

והמנהל נטלו לעצמם נכסי נאמנות והפיקו מנכסי הנאמנות טובת הנאה ורווח שלא

כדין, בעוד הנאמן עומד מנגד, הנתבעים הפרו חובתם המוגברת כנאמנים וגרמו, ביחד

ולחוד, נזק לבעלי היחידות.



ט. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

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

**התובע טוען:**

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

י. סעיף 63 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש) – הפרת חובה חקוקה

**התובע טוען:**

כי הנתבעים 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 הנתבעים, ביחד ולחוד, נזק לבעלי היחידות, ובכללם לתובע, ועליהם לפצות את הניזוקים על נזיקיהם.

9. לבימ"ש נכבד זה הסמכות העיניינית והמקומית הייחודית לדון בתובענה זו.

10. לאור האמור כבוד בימ"ש מתבקש בזה

א. לזמן את הנתבעים לדין.

ב. לאשר הרמת המסך בין הבנק לבין כל מנהל שבבעלותו ו/או בשליטתו וכן מעל העסקה, לפיה הועברה השליטה בנכסי הקרנות וניהולן מהנתבעים לחליפיהם, והתקבלה התמורה נשוא התביעה.

ג. לקבוע שסכום התמורה הינו פירות וטובת הנאה שנכסי הקרנות הצמיחו, ומקורם בזכויות בעלי היחידות בנכסים אלה, לכן זהו רווח השייך לקרנות הנאמנות ולבעלי היחידות.

ד. לחייב את הנתבעים, ביחד ולחוד, להשיב את התמורה לטובת בעלי היחידות.

ה. לקבוע כי הנתבעים, ביחד ולחוד, הפרו את החוזים שבינם לבין בעלי היחידות, ואת חובתם כשלוחים של בעלי היחידות.

ו. לקבוע כי הנתבעים, ביחד ולחוד, הפרו חובתם המוגברת לנאמנות שהם חבים בה כלפי הקרנות, בעלי היחידות, ובכללם לתובעים.

ז. לחייב את הנתבעים, ביחד ולחוד, לזכות את בעלי היחידות בסכום התמורה לפי חלקם - בהתאמה.

- ח. לחייב את הנתבעים ביחד ולחוד לשלם לכל בעלי היחידות סכום שכבוד ביהמ"ש יקבע כדמי נזק.
- ט. לחייב את הנתבעים ביחד ולחוד, לשלם לתובע המייצג, גמול על טרחתו בהוכחת הזכות לסעד, מתוקף סמכותו של כבוד ביהמ"ש לפי סעיף 22 לחוק תובענות ייצוגיות, בסכום שיקח בחשבון את הטרחה, הסיכון, היקף הנזק, התועלת והחשיבות הציבורית שבתובענה ייצוגית זו לרבות ואולי למאות אלפי בעלי היחידות בקרנות הנאמנות.
- י. לחייב את הנתבעים ביחד ולחוד בהוצאות ושכ"ט עו"ד בתוספת מע"מ כחוק, לפי סעיף 23 לחוק תובענות ייצוגיות, בגין הטיפול בתובענה הייצוגית ובבקשה לאשרה כתובענה ייצוגית, תוך התחשבות בתועלת לחברי הקבוצה, מורכבות ההליך, זהות הנתבעים, הטרחה והסיכון, החשיבות הציבורית שבתובענה ייצוגית זו והיקפה הכספי.
- יא. כבוד ביהמ"ש מתבקש בזה לקצוב לנתבעים מועד לביצוע פסה"ד, ולחייבם בריבית והצמדה מיום התגבשות העילות לתביעה ועד הביצוע בפועל.

---

גד ירדני עו"ד

---

מוטי דותן, עו"ד

ירדני – אמיראס, משרד עו"ד  
ב"כ התובע