

בענין שבין :

- 1. מרדכי הס ת.ז. 50292614**
- התובע** (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
מרחה הלל 2 ירושלים
טל : 02-6240440 פקס : 02-6245103
- נ ג ד**
- 1. בנק המזרחי טפחות בע"מ**
חברה שמספרה 52-000052-2
נתבע 1 רח' ז'בוטינסקי 7 רמת גן (להלן : "הבנק")
- 2. מזרחי חברה לניהול קופות גמל בע"מ**
חברה שמספרה 511675795
נתבע 2 רח' ז'בוטינסקי 7 רמת גן (להלן : "המנהל")
- 3. הממונה על שוק ההון והביטוח**
משרד האוצר, הקריה ירושלים (להלן : "הממונה")
נתבע פורמלי 3

תובענה ייצוגית

מהות התביעה : כספית

סכום תביעת התובע : **7,200** ₪ (משוער)

סכום התובענה הייצוגית : **374 מליון** ₪ (משוער)

מוגשת בזה תובענה ייצוגית, בהתאם לסעיפים 3(א) ו-4 לחוק תובענות ייצוגיות התשס"ו-2006 (להלן : "חוק התובענות ייצוגיות"), וסעיפים 2 ו-3 לתוספת השניה לחוק זה, ובהתבסס על חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), התשס"ה – 2005 (להלן : "חוק קופות גמל"), על חוק השקעות משותפות בנאמנות, התשנ"ד-1994 (להלן : "חוק ההשקעות") וחוקים נוספים, המבססים את עילות התובענה הייצוגית, והכל כמפורט להלן.

התובענה הייצוגית מוגשת על ידי התובע המייצג, בשם כלל התובעים המיוצגים, הכלולים בקבוצה כפי שאושרו ע"י בימ"ש נכבד זה. (להלן – "התובעים המיוצגים").
לבימ"ש נכבד זה הסמכות העניינית והמקומית לדון בתובענה ייצוגית זו.

1. מבוא:

א. התובע והנתבעים

- (1) התובע והתובעים המיוצגים על ידו היו עמיתים בקופות גמל כמשמעותו בחוק קופות גמל, שנוהלו על ידי המנהל ובנאמנותו, בעת התגבשות העילות לתובענה זו כפרטית וכיצוגית, כמפורט להלן.
 - (2) הבנק ניהל את חשבון התובע וכן את חשבונות העמיתים של קופות הגמל, שהיו בעלי חשבון בבנק. הבנק היה הבעלים ו/או בעל השליטה במנהל. הבנק שימש הן כשלוח של העמיתים בעלי החשבון בבנק ושל המנהל, והן כזרוע המבצעת מטעמים.
 - (3) המנהל היה בבעלות הבנק ו/או בשליטתו וניהל את כלל קופות הגמל שהיה מופקד עליהם.
- מצ"ב רשימת קופות הגמל והמנהלים הנאמנים שלהם, שהיו בבעלות ו/או בשליטת הבנק **כנספח ה'**.
- (4) הנתבע הפורמלי
 - (א) הממונה מופקד על הרישוי, הפיקוח והביצוע של הוראות חוק קופות גמל.
 - (ב) מן הראוי שהממונה ישמיע את עמדתו בתובענה ייצוגית זו, גם מהבחינה העניינית וגם מהבחינה הציבורית.
 - (ג) השתתפות הממונה בהליכים, תסייע בליבון ובהכרעה, ביעילות ובשלמות, בכל השאלות הכרוכות בתובענה ייצוגית זו.

(ד) מובהר בזה ומודגש:

עם הגשת הבקשה והתובענה בתיק זה לכב' ביהמ"ש,
התובע פנה אל הממונה בבקשה ובהצעה, שהוא יצטרף
לתובענה ייצוגית זו - כתובע, וזאת בשל ההיבט
הענייני והציבורי החשוב של התובענה, כאמור.

...רצ"ב פנית התובע לממונה כנספח ז'.

צירופו העכשוי של הממונה כנתבע פורמלי, נועד לחסוך מכבוד ביהמ"ש והצדדים זמן,
וצורך בהגשה מחדש של מסמכים, במקרה שהממונה לא ימצא לנכון להצטרף כתובע.

ב. תביעה זו מוגשת בגין נזק שהנתבעים, ביחד ולחוד, גרמו לתובע ולכל אחד מהתובעים
המיוצגים על ידו שהיו עמיתים בקופות גמל.

(1) כספי התובע וכספי מרבית התובעים המיוצגים, היו מופקדים בחשבונות
שהתנהלו על שמם בבנק כנאמן, בעת שהתגבשו העילות לתביעה זו
כפרטית וכייצוגית (להלן: "התביעה" או "התובענה"), והכל כמפורט להלן.

(2) כספי העמיתים בקופות הגמל, שנוהלו ע"י המנהל, הופקדו בידיו כנאמן.

ג. העילות לתביעה התגבשו בשעה שהבנק נטל וניכס לעצמו שלא כדין את כספי התמורה
שקיבל בגין העברת השליטה בנכסי קופות הגמל, ניהולם והנאמנות עליהם, מהנתבעים
לחליפיהם, במקום להעביר את התמורה לתובע וליתר העמיתים, באופן יחסי לחלקם
בנכסי קופות הגמל, שהרי כספי התמורה הינם פירות שנכסי קופות הגמל הצמיחו,
ומקורם בזכויות הנובעות מנכסים אלה, לכן, זהו רווח השייך לעמיתים בקופות הגמל
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 42** לחוק תובענות ייצוגיות, ביטל את סעיף 53 לחוק קופות גמל, שהיה תוקף עד מועד התיקון. **סעיף 32 לחוק תובענות ייצוגיות**, ביטל את פרק ה1 **לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א – 1981** (להלן: "חוק הביטוח").
- (4) לפני הביטולים כאמור, **סעיף 53 לחוק קופות גמל קבע**, שהגשת תובענה ייצוגית תהיה לפי שהיה קבוע בחוק הביטוח, לפני הביטול כאמור.
- (5) לתובע אין מידע מתי הבנק קיבל את התמורה נשוא התביעה, השייכת לעמיתים, לפני, או אחרי, תוקפו של חוק תובענות ייצוגיות, או גם וגם.
- (6) 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 2 ו-3 לתוספת השניה של חוק זה, לגבי החלק של התמורה שהתקבלה וזו העתידה להתקבל ע"י הבנק, לאחר תוקפו של חוק זה.

(ב) **לפי סעיף 53 לחוק קופות גמל** ופרק ה1 של חוק הביטוח, לפני הביטול האמור, לגבי החלק של התמורה שהבנק קיבל, לפני תוקפו של חוק תובענות ייצוגיות.

- ו. כמי שקיבל את התמורה, המידע בעניין היקפה ומועד קבלתה מצוי בידי הבנק.
- ז. כבוד ביהמ"ש מתבקש להורות לבנק, להציגו בפני כבוד ביהמ"ש והתובע, ולהוכיחו.
- ז. מבוא זה, תצהירי התובע והבקשה לאישור התובענה כייצוגית, הינם חלק בלתי נפרד מתובענה זו.

2. העובדות:

- א. התובע היה עמית בקופות **גמל לאור, עתיד, תפארת** (להלן "**קופת הגמל**") ובעל חשבון שהתנהל על שמו בבנק. קופת הגמל נוהלה ע"י המנהל.
- ב. הסכום שנצטבר לזכות התובע, נכון ליום, **1.1.07** הסתכם בסך של כ- **204,167** ש"ח, וביום **31.12.07** סך של **2,27,779** ש"ח.
- ג. כל ההפקדות, המשיכות והעדכונים בחשבון קופת הגמל של התובעים, שהיו בעלי חשבון בבנק, בוצעו באמצעות הבנק ששימש הן כשלוחם של העמיתים והמנהל והן כזרוע המבצעת מטעם, 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**"), ובהוראת הבנק, המנהל שבבעלותו ו/או בשליטתו של הבנק העביר את השליטה בנכסי קופות הגמל, ניהולם והנאמנות עליהם לחברה מנהלת אחרת (להלן: "**המנהל החדש**" או "**חליפיהם**").
מצ"ב:
 - (1) רשימת קופות הגמל שהשליטה בנכסיהן, ניהולן והנאמנות עליהן הועברו מהנתבעים לחליפיהם, **כנספח ה'**.
 - (2) אישור אודות הסכום שנצבר לזכות התובע, **כנספח ג'**.

- ה. עבור העברת השליטה בנכסי קופות הגמל, ניהולם והנאמנות עליהם, מהבנק והמנהלים שבעלותו ו/או בשליטתו, לחליפיהם, קיבל הבנק תמורה, בגובה הסכום כמפורט בסי' 3ג' להלן, אותה ניכס לעצמו שלא כדין (להלן: "התמורה").
- ו. הבנק ממשיך לשמש כמפיץ של קופות גמל וכן ממשיך לנהל את חשבון העמיתים בקופות הגמל שהנם בעלי חשבון בבנק, כולל: הפקדות, משיכות ועדכונים.
- ז. סכום התמורה שהבנק קיבל נקבע, בין היתר, עפ"י היקף הנכסים שהשליטה בהם, ניהולם והנאמנות עליהם הועברה מהנתבעים לחליפיהם.

3. היקף הנזק:

- א. עפ"י הקבוע בחוק הרפורמה, העברת השליטה בנכסי קופות הגמל, ניהולם והנאמנות עליהם, מהנתבעים לחליפיהם, התבצעה בשלבים.
- ב. סכום נכסי קופות הגמל, שהשליטה בהם הועברה מהבנק והמנהלים שבעלותו ו/או בשליטתו – לחליפיהם, מסתכם בסך של כ- **10,565 מיליארד** ₪ (סכום משוער).
- ג. התמורה שהבנק קיבל, וניכס אותה לעצמו שלא כדין, מסתכמת בסך של **374 מיליון** ₪ (סכום משוער) שהם כ- **3.54%** מנכסי קופות הגמל.
- ד. הנזק שהבנק גרם לכלל העמיתים בקופות הגמל שהמנהלים שלהם היו בבעלותו ו/או בשליטתו, הינו כל כספי התמורה שהבנק קיבל, דהיינו, סך של **374 מיליון ש"ח** (סכום משוער).
- הנזק שכל מנהל גרם, מתייחס לתמורה שהבנק קיבל עבור נכסי קופות שהיו בניהולו ובנאמנותו של אותו מנהל.
- ה. הנזק האישי שהנתבעים גרמו לתובע מסתכם בסך של **7,200 ש"ח** (סכום משוער).
- ו. התובענה הייצוגית מתייחסת לכלל התמורה שהבנק קיבל, וניכס לעצמו שלא כדין, שכן התמורה כולה הינה פירות שנכסי קופות הגמל הצמיחו, ומקורם בזכויות העמיתים הנובעות מנכסים אלה, לכן, זהו רווח השייך לעמיתים בקופות הגמל, ולא למי מהנתבעים והכל כפי שינומק להלן.
- ז. הבנק קיבל תמורה כוללת לכלל נכסי קופות הגמל, או לקבוצות של נכסי קופות גמל, שהשליטה בהם וניהולם הועברו, מבלי שנקבעה תמורה נפרדת לכל קופת גמל, פרט למקרים חריגים.

ח. מובהר בזה, כי למרות המתחייב מסעיף 41 לחוק קופות הגמל, התובע לא קיבל מהנתבעים הודעה אודות הסכום שלזכותו כעמית, בעת שהשליטה והניהול של נכסי קופות הגמל הועברו למנהל החדש.

ט. לתובעים אין מידע אודות מספר העמיתים בכל קופת גמל וזכויותיהם, היקף הנכסים והרכבם בכל קופת גמל, התמורה לכל קופת גמל והתפלגותה, ולא באשר לסכום המדויק של התמורה.

(1). המידע דלעיל, בדבר נכסי קופות הגמל, שהשליטה בהם וניהולם הועברו ע"י

הנתבעים לחליפיהם, וכן התמורה שהבנק קיבל, מקורם בנתונים של הממונה .

חישוב הנזק לכלל העמיתים מבוסס על נתונים אלה.

... מצ"ב טבלה **כנספח ד'**.

(2) ואולם, מפרסומים מאוחרים יותר, בעתונות הכלכלית ובכלי התקשורת הכללית,

עולה שחלו שינויים בסכומים, בהשוואה למידע של הממונה. חלקם

של הסכומים גבוהים יותר וחלקם נמוכים יותר.

---מצ"ב **כנספח ו'**.

י. בשל האמור בסעיפים ח'-ט' לעיל:

(1) היקף הנזק הנטען שהנתבעים ביחד ולחוד גרמו לתובע, כמו גם לכלל העמיתים,

חושב כסכום משוער.

(2) האישור בדבר היות התובע עמית בקופת הגמל, הינו מהמנהל החדש.

יא. כמתחייב מחוק קופות הגמל, בידי הנתבעים, או מי מהם, מצוי כל המידע שאיננו בידי התובע.

לכן, כבוד ביהמ"ש מתבקש בזה, לחייב את מי שהמידע בידו לגלות לכבוד ביהמ"ש ולתובע, את כל המידע הרלוונטי בלבד ולהוכיחו, כדי שאפשר יהיה לקבוע את שיעור הנזק לכלל העמיתים, ולכל אחד עפ"י חלקו, ובכלל זה לתובע.

יב. כבוד ביהמ"ש מתבקש בזה לאשר לתובע לתקן את סכומי התביעה, אם ידרש, לאחר שהנתבעים, בהוראת ביהמ"ש, יגלו לכבוד ביהמ"ש ולתובע:

(1) את שווי הנכסים שהשליטה בהם הועברה.

(2) את סכום כל התמורה שהבנק קיבל.

(3) את הסכום שעמד לזכות התובע בקופת הגמל, בעת העברת השליטה בה למנהל החדש.

4. מהותה של קופת גמל, ייחודה ויעוד רווחיה:

- א. חוק קופות גמל מכיר ומפרט מגוון רחב של קופות גמל, שהעמית רשאי לבחור ביניהן, עפ"י צרכיו ויעדיו כגון:
- קופות גמל לתגמולים, לפיצויים, לקצבה, לדמי מחלה, לחופשה, להשתלמות ועוד.**
- ב. במגמה לעודד את החסכון, נקבעו בחוק הטבות בדרך של ניכויים ו/או זיכויים ממש הכנסה, לחוסכים בקופות גמל, תוך העדפת החסכון הפנסיוני.
- ג. כספי החסכון מופקדים בקופות הגמל.
- ד. המנהל מופקד על כספי קופות הגמל כנאמן של העמיתים ושלוח שלהם.
- ה. בין יתר תפקידיו, המנהל משקיע את נכסי קופות הגמל באגרות חוב ממשלתיות בניירות-ערך ובקרנות נאמנות.
- ו. הפעילות של המנהל בנכסי קופות הגמל הינה כולה עבור העמיתים ולטובתם, כקבוע בחוק.
- ז. הדפוס המקובל והנפוץ של חסכון בקופות הגמל הינו, ע"י הפקדות חודשיות ע"י העמית השכיר ומעבידו, וכמובן גם ע"י עמיתים עצמאיים.
- ח. החסכון הוא איפוא הדרגתי ולאורך זמן.
- ט. פעילות המנהל בנכסי קופות הגמל, הינה בתדירות גבוהה יחסית, הן בשל תזרים שוטף של מזומנים מהעמיתים לקופות הגמל ולהיפך, הן בשל שינויים בהרכב ניירות הערך והן בשל תנודות בשוויים של ניירות הערך, שנכסי קופות הגמל מושקעים בהם.
- י. אופיו של החסכון המצטבר בהדרגה ולאורך זמן, והתנודות התכופות בשווי נכסי קופות הגמל וכן היקף הנכסים המשתנה, מחייבים את הנתבעים להתחשבנות ספציפית ויומיומית ו/או בתדירות גבוהה עם כל עמית, עפ"י חלקו.
- יא. בשל האופי הייחודי של קופות הגמל שמטרתו חסכון לטווח ארוך, שזוכה לעידוד הממשלה כאמור, כדי להבטיח מקור הכנסה ראוי לעת זקנה, וכן, כדי להגן על כספי העמית וזכויותיו מפני כוחו של המנהל הנאמן, ראה המחוקק צורך לקבוע חוק מיוחד, שנועד להבטיח את זכויות העמית בקופת הגמל וחובותיו, וכן את זכויות המנהל וחובותיו, וכן, את היחסים והזיקה שבין העמית למנהל.

חוק זה הגביל את זכויות המנהל ואת זכויות הבעלים ו/או בעל השליטה במנהל, בין היתר, בסעיף 32(ד) לחוק קופות הגמל הקובע במפורש:

”חברה מנהלת וכן אדם השולט בחברה מנהלת ותאגיד בשליטה של אדם כאמור לא יקבלו טובת הנאה כלשהי, במישרין או בעקיפין, בקשר עם ניהול קופת גמל, מעבר להוצאות ודמי ניהול שקבע השר, לפי

סעיפים א ו-ב.”

סעיף 32(א) קובע שהמנהל רשאי לגבות דמי ניהול והוצאות.

סעיף 32(ב) קובע כי השר, באישור ועדת כספים, יקבע שיעורים מירביים של הוצאות ודמי ניהול.

מלשון החוק הברורה ומאופיו המיוחד והמובהק עולה, כי לבנק אין כל זכות וחלק בתמורה.

יב. כשם שהפסדי קופות הגמל נזקפים לחובת העמיתים ולא לנתבעים, כך רווחי קופות הגמל שייכים לעמיתים ולא למי מהנתבעים.

לאור האמור לעיל, התמורה נשוא תביעה זו, הינה פירות שנכסי קופות הגמל הצמיחו, ומקורה בזכויות העמית בקופות הגמל, לכן, זהו רווח השייך לעמיתים בקופות הגמל, ואין מי מהנתבעים זכאי לה, במישרין או בעקיפין, בקשר עם ניהול קופות הגמל, מעבר להוצאות ודמי ניהול, כמתחייב מחוק קופות גמל.

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 נאמן שבבעלותו ו/או בשליטתו של הבנק בעת התגבשות העילות לתביעה.

(ב) בהרמת המסך יתברר כי התמורה התקבלה עבור העברת השליטה והניהול בנכסי קופות הגמל, שהינם של העמיתים ולא עבור חברת הניהול.

- (ג) טענה זו נתמכת, בין היתר, על העובדה כי קיים מתאם מובהק בין היקף הנכסים של עמיתי קופות הגמל, שהועברו מהנתבעים לחליפיהם, לבין גובה התמורה שהבנק קבל עבורם.
- (ד) 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.
- (ה) להלכה המשפטית שכבוד ביהמ"ש יקבע, תהיה השפעה משמעותית באשר לחובתם של נאמנים ושל שלוחים כלפי שולחיהם ובמיוחד כשמדובר בחסכוניות הציבור.

6. טיעוני התובע:

- א. עפ"י החוק חל איסור על חברה מנהלת וכן בעל השליטה בחברה המנהלת לקבל טובת הנאה כלשהיא, במישרין או בעקיפין, בקשר עם ניהול קופת גמל, מעבר להוצאות ודמי ניהול כקבוע בחוק.
- ראה: סעיף 32(ד) לחוק קופות גמל.
- ראה: סעיף 81 לחוק ההשקעות
- ב. חברה מנהלת משמשת כנאמן על נכסי קופות הגמל שבניהולה, לטובת העמיתים.
- סעיף 3(א) לחוק קופות גמל.
- ג. על חברה מנהלת לנקוט את כל האמצעים הסבירים לשם שמירה על נכסי קופות גמל שבניהולה ועל הזכויות הנובעות מנכסים אלה.
- ראה: סעיף 3(ג) לחוק קופות גמל.
- ראה: סעיף 75 לחוק ההשקעות.
- ד. הנתבעים קיבלו את כל שהם זכאים לקבל לפי כל דין, במהלך פעילותם השוטפת בנכסי קופות הגמל.
- ה. כספי התמורה הינם פירות שנכסי קופות הגמל הצמיחו ונובעים מהזכויות של העמיתים בנכסים אלה, ולכן זהו רווח השייך לעמיתים בקופות הגמל, לפי חלקם בהתאמה, ובכללם לתובעים, ולא למי מהנתבעים.
- ו. עילות התביעה התגבשו, בעת שהבנק, קיבל את כספי התמורה, ונטל אותם לעצמו שלא כדון, במקום להעבירם לקופות הגמל לטובת העמיתים, לפי חלקם, כמתחייב מחוק קופות הגמל. בכך הנתבעים, ביחד ולחוד, גרמו נזק לעמיתים, ובכללם לתובע.

- ז. המנהל הנאמן עמד מנגד ולא פעל עפ"י חובותיו, לשמור על כספי קופות הגמל ועל הזכויות הנובעות מנכסים אלה. לטובת העמיתים.
- ח. הבנק, שניהל את חשבונות העמיתים, חב גם הוא חובת נאמנות והיה עליו להימנע מליטול את התמורה לעצמו, כי היא שייכת לעמיתים בקופות הגמל.
- ט. כל זכות שיש לבנק בנכסי קופות הגמל, מכוח היותו הבעלים ו/או בעל השליטה במנהל, באה לו מהמנהל, ולבנק לא יכולה להיווצר זכות שלא היתה למנהל (סעיף 32(ד) לחוק קופות גמל).
- לכן, התמורה שייכת לקופות הגמל ולעמיתים בהן, ולא למי מהנתבעים.
- י. בעקבות הרפורמה, הבנקים העבירו את השליטה והניהול של נכסי קרנות הנאמנות, כמשמעותן בחוק ההשקעות, למנהלים חדשים וקיבלו על כל תמורה, אותה ניכסו הבנקים לעצמם שלא כדין.
- המנהל התרשל בכך שלא פעל לקבל את חלקם של העמיתים בתמורה שהבנקים קיבלו, עבור קרנות הנאמנות שכל מנהל השקיע בהן מנכסי העמיתים, לפי חלקם. מנהלי קופות גמל השקיעו, מכספי העמיתים בקרנות נאמנות.
- יא. הנתבעים עשו עושר ולא במשפט.
- יב. בין התובע וכל אחד מהעמיתים בעלי חשבון בבנק, לבין הבנק ובין כל העמיתים שהיו באחריות כל מנהל, לבין המנהל, התגבש חוזה שהופר ע"י הנתבעים, ביחד ולחוד, וכתוצאה מהפרתו נגרם נזק לעמיתים.
- יג. בין התובע וכל אחד מהעמיתים, בעלי חשבון בבנק לבין הבנק ובין כל העמיתים שהיו באחריות כל מנהל לבין המנהל, התקיימו יחסי שולח ושלוח, שהופרו ע"י הנתבעים, ביחד ולחוד וגרמו בכך נזק לעמיתים.
- יד. הנתבעים ביחד ולחוד הפרו חובת נאמנות מוגברת שחלה עליהם, כלפי קופות הגמל וכלפי העמיתים, וגרמו בכך נזק לעמיתים.
- טו. הנתבעים ביחד ולחוד, הפרו חובות חקוקות של חוק החוזים, חוק השליחות, חוק הנאמנות, חוק הבנקאות, חוק ההשקעות וחוק קופות גמל, כעולה מסעיפי חוקים אלה כמפורט להלן.

טז. בשולי טענות התובע:

תשומת לב כב' בית המשפט מופנית לעובדות כדלהלן:

- (1) הנכס המשמעותי היחיד עבורו שולמה התמורה, ושמצדיק את התמורה ששולמה, הוא השליטה בנכסי קופות הגמל ובניהולן, ואלה (השליטה והניהול) היו מצויים בידי המנהלים בנאמנות לטובת העמיתים. לחברות המנהלות אין ולא היה כל נכס משמעותי אחר שיש בו כדי להצדיק, או ליחס, את גובה התמורה ששולמה.
- (2) המנהלים החדשים העלו את גובה העמלות ו/או דמי הניהול שהם גובים מהעמיתים, בשיעורים גבוהים ביותר. ההסבר העיקרי להעלאה משמעותית זו, נעוץ ברצונם של המנהלים החדשים, לקבל מהעמיתים החזר של כספי התמורה שהמנהלים החדשים שילמו לבנקים, עבור העברה לידיהם, את השליטה והניהול של נכסי קופות הגמל.

התוצאה:

- לא זאת בלבד שהתמורה לא חולקה לעמיתים, אלא שהעמיתים עצמם נאלצים לממן אותה ע"י הגדלת העמלות המשולמות על ידם למנהלים החדשים ובכך לוקים העמיתים שתי פעמים.
- (3) לאמור במכתב ב"כ התובע לממונה כמפורט **בנספח ז'** לתביעה. אלה הם היבטים נוספים שיש בהם כדי לחזק את טיעוני התובע ולתמוך בהם.

7. טיעונים משפטיים

א. סעיף 3(א) לחוק קופות גמל קובע:

"חברה מנהלת תשמש נאמן על נכסי קופות הגמל שבניהולה, לטובת העמיתים".

סעיף 3(ג) לחוק קופות גמל קובע:

"חברה מנהלת תנהג בזהירות וברמת מיומנות שנאמן מיומן היה נוהג בהן בנסיבות דומות, ותנקוט את כל האמצעים הסבירים לשם שמירה על נכסי קופות הגמל שבניהולה ועל הזכויות הנובעות מנכסים אלה".

סעיף 16(ה) לחוק קופות גמל, קובע:

” הוראות התקנון כפופות להוראות לפי חוק זה ולהוראות כל דין אחר החלות על ניהול קופות גמל ”.

סעיף 32(א) לחוק קופות גמל, קובע:

” חברה מנהלת לא תגבה מנכסי קופות גמל שבניהולה... אלא את אלה (בסעיף זה – הוצאות ודמי ניהול):

1. דמי ניהול.

2. הוצאות ישירות בשל ביצוע עסקאות בנכסי קופת הגמל, כפי שקבע השר.

3. דמי ביטוח הנגבים לפי הוראות סעיף 16(ד)(6). ” (מדובר בביטוח העמיתים – מ.ד).

סעיף 32(ד) לחוק קופות גמל, קובע:

” חברה מנהלת וכן אדם השולט בחברה מנהלת ותאגיד בשליטה של אדם כאמור לא יקבלו טובת הנאה כלשהי, במישרין או בעקיפין, בקשר עם ניהול קופת גמל מעבר להוצאות ודמי ניהול שקבע השר לפי סעיפים א ו-ב ”.

התובע טוען:

- (א) הנתבעים גבו מנכסי קופות הגמל את מלוא המגיע והמותר להם עפ"י החוק.
- (ב) התמורה הינה פירות שנכסי קופות הגמל הצמיחו ונובעת מזכויות העמיתים בנכסים אלה, לכן היא שייכת לקופות הגמל לטובת העמיתים בהן, לפי חלקם בהתאמה, ובכללם לתובע, ולא למי מהנתבעים.
- (ג) בהרמת המסך בין הבנק לבין כל מנהל שבבעלותו ו/או בשליטתו, וכן מעל כל עסקה, יתברר, כי הנתבעים הפיקו רווחים שלא כדין ועשו עושר שלא במשפט, ובכך גרמו נזק לעמיתים ובכללם לתובע.
- (ד) המנהל כנאמן פרע הוצאות שלא כדין ו/או בסכום לא סביר.
- (ה) הנתבעים ביחד ולחוד הפרו את חובתם המוגברת לנאמנות החלה עליהם כנאמנים.
- (ו) הנתבעים ביחד ולחוד גרמו נזק לקופות הגמל, לעמיתים בהן, ובכללם לתובע.

ב. סעיף 34(ב) לחוק קופות גמל, קובע:

” חברה מנהלת תזקוף לחשבונות העמיתים בקופות גמל שבניהולה, שהיא מסוג או למטרה שקבע השר, את רווחי הקופה והפסדיה”.

התובע טוען:

- (א) כספי התמורה הנם רווח שנבע מנכסי הקופה ועל כן הנם שייכים לעמיתים.
(ב) כשם שהפסדי הקופה נזקפים לחובת העמיתים כך גם רווחי הקופה שייכים לעמיתים.
(ג) בכך שהבנק נטל את התמורה השייכת לעמיתים, בעוד המנהל כנאמן מאפשר זאת, הנתבעים גרמו ביחד ולחוד לנזק לתובעים, מעלו בתפקידם כנאמנים, ויש לחייבם ביחד ולחוד לפצות את העמיתים על נזיקהם.

ג. חוק ההשקעות:

הסתמכות התובע על הוראות חוק ההשקעות, כאמור להלן בסעיף זה, בהתאמות המתבקשות, נעשית מכח סעיף 2(א) שבו הקובע:

”חוק זה יחול על כל הסדר, שמטרתו השקעה

משותפת בניירות ערך והפקת רווחים משותפת

מהחזקתם ומכל עסקה בהם, שאינו מוסדר על פי דין אחר...”

וזאת כהשלמה להסתמכות התובע על הוראות חוק קופות גמל ויתר החוקים כמצויין בכתב תביעה זה, וכדי להדגיש את ההתייחסות והדרישות המיוחדות שהציב המחוקק, בכל הקשור לניהול כספיהם של ציבור החוסכים והפיקוח עליהם. סעיפי חוק ההשקעות הרלבנטיים הרי הם:

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 הוא ואם היה בהם נכס שאינו ניירות ערך הנסחר

בבורסה גם ירשם על שמו”.

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 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.”

סעיף 83(א) לחוק ההשקעות קובע:

” מנהל קרן אחראי כלפי 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 בנזיקין כלפי הניזוק.

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

” הנאמן יפקח על קיום ההוראות לפי חוק זה.”

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:

- (א) כפי שעולה מסעיפי חוק ההשקעות דלעיל, חובות הנתבעים כלפי התובע וכלפי יתר העמיתים, שהנם התובעים המיוצגים, הנן חובות מהותיות החוזרות ובאות לידי ביטוי גם בחוק קופות גמל.
- (ב) הטענות דלעיל של התובע, המסתמכות על חוק קופות גמל, עולות במפורש גם מחוק ההשקעות ומקבלות משנה תוקף לאור הוראות שני החוקים יחדיו.
- (ג) יתר על כן, המנהל התרשל בכך שלא פעל כמתחייב, לקבל את חלקם של העמיתים בתמורה שהבנקים קיבלו, וניכסו לעצמם שלא כדין, עבור עברת השליטה והניהול של נכסי קרנות הנאמנות, שהמנהל השקיע בהן מכספי העמיתים לפי חלקם.

ד. 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 הנידון"

התובע טוען:

- (א) בין כל אחד מהעמיתים בעלי חשבון הבנק לבין הבנק, וכן בין כל אחד מהעמיתים שבאחריות כל מנהל לבין המנהל, התגבש הסכם חוזי.
- (ב) בכך שהבנק, לקח את התמורה לעצמו שלא כדין, בעוד המנהלים הנאמנים עמדו מנגד ואיפשרו זאת, הנתבעים ביחד ולחוד מעלו בתפקידם כנאמנים, הפרו את החוזה שבין כל אחד מהעמיתים לנתבעים, וגרמו ביחד ולחוד נזק לעמיתים בקופות הגמל, ובכללם לתובע.

לאור האמור, על הנתבעים ביחד ולחוד להעביר את התמורה לעמיתים בקופות הגמל.

ה. סעיף 10 לחוק השליחות, התשכ"ה-1965, 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 השליחות".

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".

ו. 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:

(א) הנתבעים הינם שלוחים של העמיתים בקופות הגמל, ודיני השליחות חלים עליהם ביחד ולחוד.

(ב) כספי התמורה הגיעו לידי הנתבעים עקב שליחותם מטעם העמיתים.

(ג) התובע והעמיתים זכאים לכספי התמורה שהינם רווח או טובת הנאה שבאו לנתבעים בקשר עם נושא השליחות שהינו ניהול קופות הגמל והנאמנות עליהם.

לכן, על הנתבעים ביחד ולחוד להעביר את כספי התמורה לעמיתים בקופות הגמל.

ז. 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 ”.

סעיף 3(א) לחוק קופות גמל, קובע:

” חברה מנהלת תשמש נאמן על נכסי קופות הגמל שבניהולה, לטובת העמיתים ”.

סעיף 3(ג) לחוק קופות גמל, קובע:

” חברה מנהלת תנהג בזהירות וברמת מיומנות שנאמן מיומן היה נוהג בהן בנסיבות דומות, ותנקוט את כל האמצעים הסבירים לשם שמירה על נכסי קופות הגמל שבניהולה, ועל הזכויות הנובעות מנכסים אלה. ”

התובע טוען:

(א) על הבנק כמו על המנהל הנאמן חלים הדינים, האחריות והחובות שבחוק הנאמנות, כמו גם בחוק קופות הגמל.

(ב) כספי התמורה הנם טובת הנאה שמקורה בנכסי קופות הגמל. בכך שהבנק ניכס את התמורה לעצמו יש משום הפרה של חבות הנאמנות כלפי העמיתים.

(ג) התמורה הנה רווח שהפיק הבנק כנאמן של העמיתים עקב הנאמנות ועל כן דין התמורה כדין חלק מנכסי העמיתים.

(ד) בכך שהבנקים, נטלו את כספי התמורה לעצמו, הנתבעים הפיקו מנכסי קופות הגמל רווח שלא כדין, הפרו חובתם המוגברת כנאמנים, וגרמו ביחד ולחוד נזק לעמיתים בקופות הגמל.

ח. 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.

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

התובע טוען:

הנתבעים ביחד ולחוד, הפרו חובות חקוקות החלות עליהם, עפ"י חוק החוזים, חוק השליחות, חוק הנאמנות, חוק הבנקאות, חוק ההשקעות, חוק קופות גמל וחוק יסוד כבוד האדם וחירותו.

בהפרתם גרמו הנתבעים, ביחד ולחוד, נזק לעמיתים, ובכללם לתובע, ועליהם לפצות את הניזוקים על נזיקהם.

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

9. 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 כל עסקה לפיה הועברו השליטה בנכס קופות הגמל ניהולן והנאמנות עליהן, מהנתבעים לחליפיהם, והתקבלה התמורה נשוא התביעה.

ג. לקבוע שסכום התמורה שייך לקופות הגמל ולעמיתים בהן, ולחייב את הנתבעים ביחד ולחוד להעביר את התמורה לטובת העמיתים, לפי חלקם.

ד. לקבוע שהמנהל התרשל, בכך שלא פעל לקבל את חלקם של העמיתים, בתמורה שהבנקים קיבלו, עבור העברת השליטה והניהול של נכסי קרנות הנאמנות, שהמנהל השקיע בהן, מכספי העמיתים, לפי חלקם.

ה. לקבוע כי הנתבעים, ביחד ולחוד, הפרו את החוזים שבינם לבין העמיתים בקופות הגמל, ואת חובתם כשלוחים של העמיתים.

ו. לקבוע כי הנתבעים, ביחד ולחוד, הפרו חובתם המוגברת לנאמנות שהם חבים בה כלפי קופות הגמל והעמיתים בהן.

- ז. לחייב את הנתבעים, ביחד ולחוד, לשלם לכל העמיתים בקופות הגמל סכום שכבוד ביהמ"ש יקבע כדמי נזק.
- ח. 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 העמיתים בקופות הגמל.
- ט. 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.
- י. כבוד ביהמ"ש מתבקש בזה לקצוב לנתבעים מועד לביצוע פסה"ד, ולחייבם בריבית והצמדה מיום התגבשות העילות לתביעה ועד הביצוע בפועל.

מוטי דותן, עו"ד

גד ירדני, עו"ד

משרד עו"ד ירדני-אמיראס

ב"כ התובע