

בעניין:

מר יצחק פינקלשטיין ת.ז. 00144259
ע"י ב"כ עוה"ד א. גולדנברג ו/או ע. קסטנבאום
מרחוב א.ה. סילבר 16 נהריה 22385
טלפון: 04-9511107, פקס: 04-9511106

המבקש

- נ ג ד -

בנק דיסקונט לישראל בע"מ
מרח' יהודה לוי 27, תל-אביב

המשיב

בקשה בכתב לאישור תובענה כייצוגית

בית המשפט הנכבד מתבקש בזה לאשר את התביעה המוגשת בד בבד עם הגשת בקשה זו כתובענה ייצוגית בשם כל מי שנכלל בקבוצה שהגדרתה היא:

" לקוחות של הבנק אשר קנו/מכרו יחידות השתתפות בקרן נאמנות באמצעות הבנק."

הסעדים המשיבים

תשלום סכום הפיצוי כמפורט להלן וכן מתן צו עשה המורה למשיב לשנות את הדרך בה הוא נוהג בחשבונותיהם של לקוחותיו והכל כאמור וכמפורט להלן.

הערת פתיחה

תביעה זו הוגשה בעבר כנגד משיב זה וזאת כאחת מעילות התביעה בת.א 2447/07 עדי קסטנבאום ואח' נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ. עפ"י החלטה שהתקבלה בתיק זה (בש"א 18788/08) נמחקה התביעה בעילה זו מן הנימוק שלא ניתן להגיש תובענה ייצוגית ובה מסי' עילות שאינן קשורות זו לזו.

מאחר והחלטה זו התקבלה לאחר הגשת תשובת המשיב הרי שעל מנת שלא יטען כנגד התביעה דנן כי נערך בה "מקצה שיפורים" בהתאם לתשובת המשיב בתיק הנ"ל מהווה תובענה זו העתקה של העילה שנמחקה מת.א 2447/07.

מבוא

עניינה העיקרי של תובענה זו הוא בהתנהגותו של הבנק בכל הקשור בעמלת קניית/מכירת יחידות השתתפות בקרן נאמנות – מי שהתקשר עם הבנק בהסכם לרכישת יחידות השתתפות בקרן נאמנות לפני ה- 1.12.06 הבטיח לו הבנק פטור מעמלת קניית/מכירת נייר ערך בקשר עם יחידות ההשתתפות.

למרות זאת, החל מה- 1.12.06 החל הבנק לגבות עמלת קניית/מכירת ני"ע גם בגין קניית/מכירת יחידות השתתפות בקרן נאמנות. גם אם לבנק זכות לגבות עמלה זו, דבר המוכחש כפי שיפורט להלן, הרי שאין זה מתקבל על הדעת שמותר לבנק להחיל את השינוי במדיניותו באופן רטרואקטיבי כך שגם בגין מכירת יחידות השתתפות שנרכשו קודם לשינוי תחול העמלה החדשה.

בעלי הדין

1. המבקש הוא אזרח ותושב מדינת ישראל. יצוין כי המבקש הגיש בעבר כנגד המשיב תביעה ובקשה לאשרה כייצוגית וזאת בקשר עם היבטים אחרים של התנהלותו של הבנק.
2. המשיב הוא, למיטב הידיעה, חברה ציבורית בערבון מוגבל בעל רישיון לניהול בנק בישראל ומנהל בפועל את הבנק השלישי בגודלו במדינה.

הרקע העובדתי

3. המבקש ניהל ומנהל חשבון בנק אצל המשיב בסניף 51 ברח' בלפור בבת-ים מס' חשבון 10122496.
4. המבקש רכש במהלך השנים יחידות השתתפות בקרנות נאמנות שונות באמצעות הבנק. בין היתר, במהלך שנת 2006 החזיק המבקש ביחידות השתתפות בקרנות נאמנות שונות וביניהן אילנות יתר, פיא מניות והמירים (אודם), דקלה הודו תעשיות ואי.בי.אי סין. העתק דו"ח פירוט אחזקות ני"ע שהופק ע"י הבנק ביום 23.11.06 מצ"ב כנספח "א" לתצהיר התומך בבקשה זו.
5. כל יחידות ההשתתפות הנ"ל נמכרו ע"י המבקש ביום 11 פברואר 2007. העתקי הודעות הבנק על ביצוע המכירות מצ"ב כנספחים "ב1" עד "ב4" לתצהיר התומך בבקשה זו.
5. בימים 15 מרץ 2007 ו-19 מרץ 2007 רכש המבקש, בין היתר, יחידות השתתפות בקרנות נאמנות פסגות סולידית, דש 75/25, דקלה אג"ח מדד, להק אג"ח חברות ומגדל אפיקים אג"ח. העתקי אישורי הבנק בדבר ביצוע הרכישות מצ"ב כנספחים "ג1" עד "ג4" לתצהיר התומך בבקשה זו.
6. כאשר קיבל המבקש את אישור ביצוע הרכישות (נספחים "ג1" עד "ג4") גילה להפתעתו כי נגבו ממנו עמלות קנייה בגין כל אחת מפעולות הרכישה הנ"ל. המבקש בדק את הפעם הקודמת בה ביצע פעולות בקרנות נאמנות שהיתה המכירות שבוצעו ב-11 פברואר 2007 (נספחים "ב1" עד "ב4") וגילה כי גם שם נגבו ממנו עמלות מכירה בגין כל אחת מפעולות המכירה.
7. המבקש הופתע שכן מאז ומתמיד היה נהוג, ידוע ומקובל כי בגין רכישת או מכירת יחידות השתתפות בקרנות נאמנות (באבחנה מני"ע אחרים) קיים פטור מלא מעמלת קנייה/מכירה. בירורים שערך המבקש העלו שהבנק החל לגבות, בניגוד לנהוג ולמקובל ובניגוד לבנקים אחרים, עמלת קנייה/מכירה בסך 0.1% בגין קניית/מכירת קרנות נאמנות וזאת החל מיום 1.12.06.

הנזק למבקש ולחברי הקבוצה

8. הנזק שנגרם למבקש מסתכם בסך של 145.66 ₪ כמפורט להלן:
 - עמלות המכירה שנגבו מן המבקש כמתואר לעיל היו בסך של: אילנות יתר – 19.17 ₪, פיא מניות והמירים – 14.23 ₪, דקלה הודו תעשיות – 16.91 ₪ ואי.בי.אי סין – 25.38 ₪ ובסה"כ 75.69 ₪ (ראה נספחים "ב1" עד "ב4").
 - עמלות הקנייה שנגבו מן המבקש כאמור לעיל היו בסך של: פסגות סולידית – 29.98 ₪, דש 75/25 – 9.99 ₪, דקלה אג"ח – 10 ₪, להק אג"ח – 10 ₪ ומגדל אפיקים – 10 ₪ ובסה"כ 69.97 ₪.

סך כל ההפסד שנגרם בגין גביית עמלות הקנייה/מכירה – 145.66 ₪.

הנזק לחברי הקבוצה

9. הנזק לחברי הקבוצה מסתכם להערכת המבקש בסך כולל של 67,500,000 ₪ לפי הפירוט שלהלן:

(1) לגבי מחזורי המסחר היומיים בקרנות נאמנות לא קיימים נתונים סטטיסטיים אולם ניתן להעריך את המחזור השנתי בהתייחס לשווי נכסי הקרנות המנוהלות ע"י הבנק שהיה בממוצע בשנים האחרונות כ- 15 מיליארד ₪. בהנחה שמחזיק ביחידת השתתפות בקרנות מוכר/קונה שלוש פעמים בשנה הרי שהמחזור **השנתי** הוא 45 מיליארד (3X15).

(2) מאחר ובכל קנייה ומכירה נגבית עמלה בשיעור של 0.2% (0.1% מהקונה ו- 0.1% מהמוכר) הרי שהנזק לציבור הוא 90,000,000 ₪ (45 מיליארד X 0.2%) בשנה. מאחר והתקופה הרלבנטית היא תשעת החודשים הראשונים של שנת 2007 הרי שמדובר בנזק של 67,500,000 ₪ (90,000,000 X 9:12).

טענות המבקש

10. המבקש יטען כי הבנק אינו זכאי לנהוג באופן בו הוא נוהג כמתואר לעיל.

11. המבקש יטען כי הבנק לא היה ואינו זכאי לגבות עמלות קנייה/מכירה בקשר עם רכישת/מכירת קרנות נאמנות.

12. המבקש יטען כי הבנק אינו זכאי לשנות את מדיניותו באופן רטרואקטיבי ולהחיל עמלת מכירה גם ביחס ליחידות השתתפות שנרכשו בעת שהיה ידוע ונהוג, בכל הבנקים, לרבות הבנק עצמו, כי המסחר ביחידות ההשתתפות בקרנות נאמנות פטור מעמלת קנייה/מכירה.

לכל היותר יכול הבנק, בכפוף לאמור להלן, לשנות את מדיניותו מעתה והלאה קרי: לחייב בעמלת מכירה רק בגין מכירת יחידות השתתפות שנרכשו לאחר מועד שינוי המדיניות.

יתר על כן, בעלי יחידות השתתפות טרם כניסת השינוי במדיניות לתוקף היו במצב חוזי מפורש (העדר העמלה הנדונה) והם הסתמכו עליו מבחינת התחשיב הכלכלי מהיבט התשואה הצפויה. בהחלטה חד צדדית בעלת תחולה רטרואקטיבית יש גם מן הפגיעה החוזית והכלכלית מהיבט התשואה. יש לזכור עוד כי במהלך הליך הקניה של יחידות ההשתתפות הוחתם הלקוח על מסמכי קניה שלא היה בהם כל איזכור של כוונה לשינוי תנאי העיסקה.

13. המבקש יטען כי קרנות נאמנות הם מכשיר פיננסי מרובה עמלות. מלבד דמי ניהול ישנן גם עמלות הפצה, דמי הוספה, דמי ניהול למנהל הקרן, שכר הנאמן וכו'... הוספת עמלה נוספת היא בגדר של הנחתת מכת מחץ נוספת שעלולה להיות מכת מוות למכשיר פיננסי שהוא מכשיר עממי ופשוט המהווה את מפלטם של המשקיעים הבלתי מתוחכמים.

יודגש, כי המשיב הוא הבנק היחיד שגובה עמלת קנייה/מכירה ביחס ליחידות השתתפות בקרנות נאמנות

14. מבלי לגרוע מכל האמור לעיל, הבנק כלל אינו רשאי לגבות עמלות קנייה/מכירה בקשר עם יחידות השתתפות בקרנות נאמנות בשל הסכם בין הבנקים ובין רשות ניירות ערך והמפקח על הבנקים.

למיטב ידיעת המבקש, לבנקים בישראל הותר במסגרת היערכותם לרפורמה הידועה כ"רפורמת בכר" להתחיל ולגבות עמלות הפצה ממנהלי קרנות הנאמנות (או מלקוח במקרה שאין הסכם עם מנהל הקרן) אך כנגד מתן ההיתר התחייבו הבנקים שלא לגבות,

בנוסף לעמלות ההפצה, גם עמלות קנייה/מכירה. המשיב הוא הבנק היחיד שהפר הסכמה זו.

15. בענין זה מפנים המבקש למכתבה של הממונה על פניות הציבור ברשות לניירות ערך שם מצוין כי הרשות "ראתה בהכרזה האמורה (הכרזת הבנק כי יחל לגבות את העמלה – הח"מ) הפרה של ההסכמה שעמדה בבסיס היתר שניתן לבנקים לגבות עמלות ממנהלי הקרנות".

העתק המכתב מצ"ב כנספח "ד" לתצהיר התומך בבקשה זו .

המישור הנורמטיבי

16. משמעות דרך התנהלותו של המשיב היא הטעיית הלקוחות הן בשלב הטרם חוזי והן בשלב החוזי וכן ניצול לרעה של מעמדו של המשיב. הבנק מטעה את לקוחותיו שכן הוא מציג מצגים לפיהם יקנה פטור מעמלת קניית/מכירת ני"ע לרוכשי יחידות השתתפות בקרנות נאמנות .

17. התנהלות הבנק אינה עולה בקנה אחד, בלשון המעטה, עם הוראת סעיפים 3, 5 ו-5א לחוק הבנקאות או הכללים בדבר גילוי נאות שהותקנו על פיו. למותר לציין שהוראות אלה הן הוראות קוגנטיות (ראה סעיף 17 לחוק הבנקאות).

18. המבקש יטען בעיקר כי משמעות האמור היא התעשרות שלא כדין של המשיב על חשבונם של לקוחותיו ועשיית עושר ולא במשפט על ידי המשיב אשר חייב בחובת ההשבה של כל הסכומים שנגבו על ידו שלא כדין כאמור לעיל.

התנהלות הבנק מהווה גם הפרה של חובת תום הלב, הן החוזית והן הטרם חוזית. למותר לציין שמכוח מעמדו של הבנק מוטלת עליו חובת תום לב מוגברת.

התנהלות הבנק היא בנוסף ולכל הפחות רשלנית שכן הבנק גובה עמלות מבלי לבדוק את דרך חישובן ומבלי להקפיד על מילוי הכללים שנקבעו בחקיקה או על ידי המפקח על הבנקים .

19. משמעות פעולת המשיב היא הטעיית הלקוחות הן בשלב הטרם חוזי והן בשלב החוזי וכן ניצול לרעה של מעמדו של המשיב. הבנק מטעה את לקוחותיו שכן הוא מציג מצגים כאמור לעיל ומצגים אלה אינם משקפים את המצב בפועל .

20. המבקש יטען כי כילכל את צעדיו בהתאם למצגי הבנק ואילו לא היה מוטעה היה פועל אחרת. דבר זה נכון גם לגבי שאר לקוחות הבנק.

21. המבקש יטען כי הבנק מפר את הסכם פתיחת החשבון והסכם ניהול תיק ניירות הערך אשר מפנים לתעריפון הבנק. פעולת הבנק מהווה בנוסף הפרה של הוראות חוק הבנקאות (שירות ללקוח) התשמ"א-1981.

22. ככל שיעלה המשיב טענות המהוות הסתמכות על הוראות ההסכם בין הצדדים המתירות לכאורה למשיב לנהוג כפי שנהג יטען המבקש, בין היתר, את הטענות הבאות:

א. ההסכם הוא בגדר של חוזה אחיד כהגדרת מונח זה בחוק החוזים האחידים, תשמ"ג - 1982 (להלן: "חוק החוזים האחידים") והוא כולל תנאים מקפחים כהגדרת המונח בחוק החוזים האחידים וכך נקבע כבר על ידי הדין לחוזים אחידים.

ב. לאור האמור בס"ק א' לעיל כל תניה עליה יסתמך המשיב ואשר בית המשפט ימצא כי היא בחזקת תנאי מקפח, בטלה ו/או לא תקפה ו/או דינה להתבטל.

ג. אותן הוראות עליהן מנסה המשיב להסתמך הן בחזקת תניות הנוגדות את תקנת הציבור לפיכך הינן בטלות ו/או לא תקפות ו/או דינן להתבטל.

23. המבקש יטען כי האמור לעיל נכון גם לגבי כל שאר לקוחותיו של המשיב. לגבי המבקש, כמו גם לגבי כל אחד משאר לקוחותיו של המשיב לבדו, מהווה הפגיעה שנפגע פגיעה זעומה אולם לגבי המשיב מדובר בפגיעה אשר העשירה את קופתו שלא כדין במיליונים רבים של שקלים.
24. המבקש יטען כי האמור והמתואר לעיל מהווה פגיעה בזכויותיהם של חברי הקבוצה כבעלי חוזה, כלקוחות וכצרכנים ולאור מחדלו של המשיב לתקן את הפגיעה שפגע המשיב בזכויותיהם של חברי הקבוצה זכאים חברי הקבוצה שתהיה מיוצגת על ידי המבקש, לקבלת תשלום פיצוי מן המשיב וכן להוצאת צו עשה.
25. המבקש יטען כי כל עוד לא ינתן צו שיפוטי ימשיך הבנק לנהוג כפי שהוא נוהג כמתואר לעיל.

הסעדים הנתבעים

26. לאור האמור לעיל הסעד המגיע לכל אחד ואחד מחברי הקבוצה הוא החזר של סכומי העמלות שנגבו ממנו ביתר, הכל כאמור וכמתואר לעיל וכן צו עשה המורה למשיב לשנות את דרך פעולתו כמתואר לעיל.

אישור התובענה כייצוגית

27. המבקש יטען כי הוא זכא להגיש את תביעתו כנגד המשיב ואף זכאי לכך שתביעתו תוכר כתובענה ייצוגית בשם הקבוצה כהגדרתה לעיל. המבקש יטען כי תביעתו היא תביעה רצינית ובעלת סיכויי הצלחה סבירים ואף למעלה מכך. לעניין זה ראה האמור בעניין ת.א. (י"ם) 574/93 וינבלט נ' בורנשטיין (טרם פורסם - אסמכתא 1), ת.א. (ת"א) 417/94 דיצר ואח' נ' טיבון ויל אחזקות בע"מ (טרם פורסם אסמכתא 2), ת.א. (ת"א) 1365/95 לוי נ' נסיונל חברה ישראלית לביטוח בע"מ (טרם פורסם אסמכתא 3), ת.א. (י"ם) 15/94 גבריל ואח' נ' אליאנס חברה לצמיגים בע"מ (טרם פורסם אסמכתא 4) וכן ת.א. (ת"א) 2204/98 המועצה הישראלית לצרכנות ואח' נ' החברה המרכזית ליצור משקאות קלים בע"מ (טרם פורסם - אסמכתא 5).

28. המבקש יטען כי יש לו עילה אישית וכי עילתו משותפת לו ולכל חברי הקבוצה.
29. המבקש יטען כי כל טענה מטענותיו יש לראותה כאילו נטענה מפי כל אחד ואחד מחברי הקבוצה.
30. המבקש יטען כי הקבוצה כוללת למיטב ידיעתו מעל ל- 400,000 איש ואישה.

31. המבקש יטען כי גודלה של הקבוצה וכן הגדרת הקבוצה המחילה לגבי כל חברי הקבוצה מכנה משותף עובדתי ומשפטי מהווים, בין היתר, צידוק לאישורה של התביעה כתובענה ייצוגית. בעניין זה ראה האמור במאמרו של כב' השופט לויט "תביעה ייצוגית לפי חוק ניירות ערך" (אסמכתא 6).

32. המבקש יטען כי במהלך הדיון בתביעתו ידונו שאלות מהותיות עובדתיות משפטיות אשר הן משותפות לו ולכל חברי הקבוצה. המבקש יטען כי אין צורך כי כל השאלות תהיינה משותפות אלא שמספיק יסוד משותף כפי שמתקיים באופן מובהק בעניין הנדון. לעניין זה ראה האמור ברע"א 4556/94 רמי טצת נ' זילברשץ (אסמכתא 7), ת.א. (ת"א) 1134/95 שמש נ' רייכרט (טרם פורסם אסמכתא 8) ות.א. (ת"א) 19/92 זת נ' טבע (אסמכתא 9).

33. המבקש יטען עוד כי קיים סיכוי סביר כי השאלות העובדתיות והמשפטיות המהותיות תוכרענה לטובת הקבוצה.

34. המבקש יטען כי השאלה המהותית של עובדה המשותפת למבקש ולשאר חברי הקבוצה היא האם הבנק גבה והוא גובה מחודש דצמבר 2006 עמלת קנייה/מכירה בגין רכישה/מכירת יחידות השתתפות בקרנות נאמנות?

35. המבקש יטען כי השאלות המהותיות של משפט המשותפות למבקש ולשאר חברי הקבוצה הן אלה:

א. האם המשיב זכאי לנהוג כפי שהוא נוהג כמתואר לעיל?

ב. האם דרך פעולה זו מהווה חוסר תום לב?

ג. האם דרך פעולה זו מהווה הפרה של ההסכם שבין הבנק ובין לקוחותיו?

ד. האם דרך הפעולה המתוארת מהווה הטעייה של הלקוחות?

ה. האם משמעות הדבר עשיית עושר ולא במשפט?

ו. מה הן ההשלכות המשפטיות של האמור לעיל?

36. המבקש יטען כי קיימת אפשרות סבירה, אם לא למעלה מכך, כי השאלות המהותיות של עובדה ומשפט המשותפות למבקש ולשאר חברי הקבוצה תוכרענה בתובענה הייצוגית לטובת הקבוצה. ראה לענין זה האסמכתאות שזכרו בסעיף 27 לעיל.

37. המבקש יטען כי תובענה ייצוגית הינה הדרך היעילה, ההוגנת, העדיפה והמוצדקת ביותר להכרעה במחלוקת ולבירורן של השאלות העובדתיות והמשפטיות המצוינות לעיל.

לענין זה ראה למשל האמור בעניין זה נ' טבע (אסמכתא 9), ת.א (ת"א) 21558/92 המ' 12600/92 אנליסט אי.אמ.אס ניהול קרנות בנאמנות (1986) בע"מ נ' מדינת ישראל ובזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, (טרם פורסם אסמכתא 10) ת.א. (ת"א) 916/96 המ' 10177/96 ברזני נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, (טרם פורסם - אסמכתא 11), ת.א (ת"א) 16/97 המ' 188/97 זימבר נ' עירית תל - אביב יפו (טרם פורסם - אסמכתא 12) ת.א (ת"א) 7/97 המ' 241/97 רייניש נ' רשות השידור (טרם פורסם - אסמכתא 13) ת.א. (ת"א) 11464/91 אקרמן נ' מיטלמן (טרם פורסם - אסמכתא 14), המועצה הישראלית לצרכנות נ' החברה המרכזית ליצור משקאות קלים בע"מ (אסמכתא 5) וכן מאמרו של סטיב גולדשטיין "תביעת יצוג קבוצתית - מה ועל שום מה?" משפטים ט (תשל"ט) 416 (אסמכתא 15).

38. המבקש יטען כי תביעתו כנגד המשיב כשרה ומתאימה להתברר כתובענה ייצוגית בשם הקבוצה בין היתר בשל כל אחת מן הסיבות המנויות להלן לבדה ועל אחת כמה וכמה בשל הצטברותן של סיבות אלה או חלק מהן.

ואלה הסיבות:

א. השאלות העובדתיות שיש לבררן הן פשוטות וזהות לגמרי ביחס לכל חברי הקבוצה.

ב. השאלות המשפטיות שיש לבררן גם הן פשוטות וזהות לגמרי ביחס לכל חברי הקבוצה.

ג. הסכום המגיע לכל אחד מחברי הקבוצה נמוך באופן יחסי ולפיכך לא יטרח אף לא אחד מחברי הקבוצה להגיש תביעה אישית רגילה בגינו. על אחת כמה וכמה כשמדובר בתביעה נגד חברה מבוססת כל-כך דוגמת המשיב מה גם שמטבע הדברים ישנם יחסי תלות בין המשיב ללקוחותיו כאשר לקוחותיו של המשיב תלויים בו.

ד. הסכום המגיע לכל אחד מחברי הקבוצה נמוך כל כך עד שלרוב הגשת תביעה אישית רגילה בגינו תחייב תשלום אגרה בשיעור ניכר ביחס לסכום שיתבע וזאת בנוסף להוצאות אחרות, שכ"ט עו"ד, טירחה, אובדן ימי עבודה וכיוצא בזה.

- ה. באם יגיש כל אחד מחברי הקבוצה את תביעתו באופן אישי יגרום הדבר למעשה לסתימת עורקיה של מערכת המשפט ולקריסתה בעוד שהתובענה הייצוגית תתברר בהליך אחד.
- ו. באם יגיש כל אחד מחברי הקבוצה את תביעתו באופן אישי עלול הדבר לגרום להחלטות סותרות של בתי משפט שונים בעוד שבהליך של תובענה ייצוגית תתקבל הכרעה אחת.
- ז. לאי-אישורה של התובענה כייצוגית מטעם זה או אחר, למרות הכרה בעילתו האישית של המבקש, משמעות אחת והיא שהמשיב אשר אחראי להפסד שנגרם למאות אלפי אזרחים יצא נשכר שכן לא יצטרך להשיב להם את כל סכומי הכסף האדירים המגיעים להם ממנו.
- ח. אישורה של התביעה כתובענה ייצוגית לא יזכה אף לא אחד מחברי הקבוצה בזכות שלא היה זוכה בה בתביעה אישית רגילה.
- ט. אישורה של התביעה כתובענה ייצוגית לא ישלול מן המשיב כל הגנה שהיה זכאי לה בתביעה אישית רגילה.
- י. קיים אינטרס ציבורי ברור כי ספקי שירותים גדולים במשק יקפידו בקלה כבחמורה ולא יגרמו לציבור נזק מבלי להטיבו מתוך התבססות על ההנחה שהואיל ומדובר בסכום פעוט לא יטרח אף אחד מלקוחותיו של אותו ספק לנקוט בהליכים משפטיים להשבת הסכום שנגבה שלא כדין שכן הוצאותיו וטירחתו יהיו בחינת יצא שכרו בהפסדו.
- יא. אי - אישורה של תובענה זו כייצוגית יהווה בחינת משלוח מסר לגופים גדולים בעלי עשרות אלפי לקוחות כי לקוחותיהם חשופים לשרירות ליבם של אותם גופים וכי אותם גופים אינם חייבים להקפיד ולדקדק בקוצו של יוד בעת חיובם של לקוחותיהם.
- יב. אי אישורה של תובענה זו כייצוגית יהווה בחינת משלוח מסר למשיב עצמו כי הוא רשאי להמשיך ולנהוג כלפי לקוחותיו הרבים כפי שנהג בכל הקשור לעניין נשוא בקשה זו.
- יג. גם למשיב עצמו עדיף לאין ערוך ולאין שיעור כי התביעה תאושר כייצוגית שכן אחרת עלול הוא להיחשף לעשרות אלפי תביעות בבתי משפט רבים ושונים בכל רחבי הארץ דבר שיגרום לו לטרח ולהוצאות משפטיות ואחרות בשיעורים שיעלו עשרות מונים על סכום ההחזר הכולל לכלל חברי הקבוצה.
- יד. כאמור בס"ק יג' לעיל, למשיב לא יגרם כל נזק באם תאושר התביעה כייצוגית ואף אם כן - יש לבחון את נזקי המשיב אל מול הנזק הכולל לשאר חברי הקבוצה ובמאזן נוחיות זה אין ספק כי הכף נוטה לזכות הקבוצה.
- טו. גם אם יגרם למשיב נזק עקב אישורה של התובענה כייצוגית הרי שנזק זה יגרם לו עקב מעשיו ומחדליו כך שממילא לא יהא לו אלא להלין על עצמו.
- טז. גם אם יגרם למשיב נזק הרי שתולדתו בגישת המשיב לפיה הואיל ולכל אחד מלקוחותיו נגרם הפסד בשיעור כספי נמוך ביותר לא יטרחו אלה לאחוז כנגדו באמצעים משפטיים ולפיכך יוכל להתחמק ללא "עונש".
- יז. גם אם יגרם למשיב "נזק" הרי שאחרי ככלות הכל "נזק" זה הוא הצורך להשיב ללקוחותיו סכומים אשר ממילא נגבו מהם שלא כדין.
- יח. קיים אינטרס ציבורי מובהק כי גופים גדולים לא ינצלו לרעה את כוחם וכי כוחם והתנהגותם של גופים אלה יוגבלו ויפוקחו.

39. המבקש יטען כי הוא ייצג וינהל בדרך הולמת ובתום לב את עניינם של כל חברי הקבוצה וזאת בין היתר לאור העובדות הבאות:

- א. למבקש נגרם הפסד מאותו סוג ובאותו אופן כפי שנגרם לכל שאר חברי הקבוצה.
- ב. המבקש נפגע מפעולותיו ומחדליו של המשיב באותו אופן שנפגעו יתר חברי הקבוצה. אינטרס המבקש לקבלת הסעדים המבוקשים זהה באופן מוחלט לאינטרס של שאר חברי הקבוצה.
- ג. המבקש בעצמו ו/או באמצעות באי כוח, ייצג באופן הולם את עניינם של כל חברי הקבוצה.
- ד. המבקש הגיש את תביעתו כנגד המשיב בתום לב, מתוך אמונה בצדקתה ובסיכויי הצלחתה ומתוך אמונה שהצלחתה תהייה לטובת כל חברי הקבוצה.
- ה. המבקש הוא הראשון והיחיד, למיטב ידיעתו, אשר פעל להשגת סעד כנגד המשיב אשר יגרום למשיב להשיב לחברי הקבוצה כספים שנגבו מהם שלא לצורך.

לעניין היצוג ההולם ודרישת תום הלב ראה למשל האמור בעניין זה נ' טבע (אסמכתא 9), בעניין וינבלט נ' משה בורנשטיין (אסמכתא 1), האמור בעניין שמש נ' רייכרט ואח' (אסמכתא 8), האמור בת.א (ת"א) 937/95 המ' 7295/95 גולדשטיין נ' חברת החשמל לישראל בע"מ (לא פורסם - אסמכתא 16), ת.א (ת"א) 1372/95 המ' 11141/95 ראבי נ' תנובה מרכז שתופי לשוק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (לא פורסם - אסמכתא 17), האמור בעניין טצת נ' זילברשץ (אסמכתא 7) גבריל ואח' נ' אליאנס חברה לצמיגים בע"מ (אסמכתא 4) עניין דיצר ואח' נ' טיבון ויל אחזקות בע"מ (אסמכתא 2) וכן במאמרו של פרופ' בר-ניב (ברונובסקי) "גבולה של התובענה הצרכנית הייצוגית" עיוני משפט יט (1) 251 (אסמכתא 18).

40. לאור האמור לעיל מתבקש בית המשפט הנכבד לאשר ולהכיר בתביעת המבקש כנגד המשיב כתובענה ייצוגית בשם הקבוצה כהגדרתה לעיל וכן ליתן הוראות מתאימות כמבוקש להלן.

41. לאור האמור לעיל בבקשה זו מתבקש בית המשפט הנכבד כדלקמן:

- א. להכיר בתביעת המבקש ולאשרה כתובענה ייצוגית.
- ב. להגדיר את הקבוצה המיוצגת לצרכי התובענה הייצוגית.
- ג. ליתן הוראות מתאימות, כפי שימצא בית המשפט הנכבד לנכון, בדבר אופן פרסום ההחלטה על אישורה של התובענה כייצוגית וכן לקבוע כי המשיב ישא בהוצאות הפרסום.
- ד. ליתן פסק דין המחייב את המשיב בתשלום סכום התביעה וליתן את צו העשה המבוקש.
- ה. לפסוק למבקש את גמולו בגין טירחתו בהגשת הבקשה והוכחתה בשיעור יחסי לשווי הסעד ממנו יהנו חברי הקבוצה.
- ו. לאשר לב"כ המבקש שינהלו את התובענה הייצוגית בשם המבקש ובשם הקבוצה לקבל שכ"ט עו"ד בשיעור מסויים באחוזים כפי שיקבע ביהמ"ש, בצירוף מע"מ, משווי של הסעד אשר ממנו יהנו חברי הקבוצה.
- ז. לחייב את המשיב בכל הוצאות המשפט של המבקש, אם תהיינה כאלה, לרבות אגרת בית המשפט - באם יחוייב בתשלום אגרה.

ח. ליתן למבקש ולכל חברי הקבוצה כל סעד נוסף אחר ככל שימצא בית המשפט הנכבד לנכון וצודק בנסיבות העניין.

בללי

42. המבקש שומר על כל זכויותיו לעתור לתיקון בקשה זו או לחילופין להגיש בקשות נוספות אם וכאשר יתגלו לו פרטים נוספים בקשר לעובדות המתוארות בבקשה זו.

43. בקשה זו נתמכת בתצהיר המבקש .

גולדנברג איל, עו"ד
ב"כ המבקש