

בבית המשפט המחוזי

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
א 1186/09 (בשא 4170/09)
איזקסון נ. בנק דיסקונט
(בתיק איזקסון נ. בנק דיסקונט)
ת.פתיחה: 15/02/09 סדר דין: רגיל

בתל-אביב-יפו

יוסף מאיר איזקסון ת.ז. 66004169

המבקש:

מרח' ירושלים 47, בני ברק 51447

(התובע)

ע"י ב"כ עו"ד ענת ארז

מרח' בן גוריון 122, רמת השרון 47321

טל': 03-5474948 ; פקס: 03-5475028

ו/או ע"י עו"ד דוד איזקסון

מרחוב התנאים 5, בני ברק 51425

טל': 03-5796038 ; פקס: 03-5796038-153

- נגד -

בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ ח.פ. 520007030

המשיב:

מרח' סמטת בית השואבה 16, תל אביב

(הנתבע)

טלפון: 03-7107333 ; פקס: 03-5661708

בקשה לאישור תובענה כתובענה ייצוגית

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להכיר בתובענה שבכותרת כייצוגית, בהתאם להוראות חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: "החוק" או "חוק התובענות הייצוגיות").

כל ההדגשות בציטוטים שיובאו להלן אינן במקור, אלא אם נאמר במפורש אחרת.

א. בקליפת אגוז

1. התובענה נשוא בקשה זו, עוסקת בקביעה שלא כדין של "שער רצפה" (להלן: "הצמדה חד כיוונית") בהלוואה צמודה לדולר על ידי בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ (להלן: "הבנק").
2. משמעותה של הצמדה חד כיוונית היא, כי החזרי ההלוואה החודשיים של הלוואה 'צמודת דולר' צמודים לשער הדולר היציג בעת התשלום החודשי (להלן: "שער הדולר החדש"), רק במידה ושער הדולר החדש יעלה ביחס לשער הדולר היציג במועד מתן ההלוואה (להלן: "שער הבסיס").
3. כלומר, אם שער הדולר החדש עלה למול שער הבסיס, התשלום החודשי יגדל באותו יחס. אולם, מאחר וקיים שער רצפה שהוא שער הבסיס, הרי שבמידה ושער הדולר החדש יירד מתחת לשער הבסיס, התשלום החודשי של הלקוח לא יפחת בהתאם, אלא ישולם לפי שער הבסיס (שהינו גבוה יותר)!
4. יוצא אפוא, כי למרות שעסקינן בהלוואה צמודת דולר, בה חלוקת הסיכונים בין הלווה לבנק אמורה להיות שווה, ההצמדה החד כיוונית גורמת לכך שהסיכון להפסד כלכלי תמיד מוטל על כתפי הלווה, שכן ההלוואה צמודה לשער הדולר רק אם הוא עולה, ובמידה והוא יורד התשלום יהיה לפי שער הבסיס.
5. בהתנהגות זו יוצר הבנק מצב בו הוא תמיד ייחנה משער דולר גבוה ואילו הלקוח לעולם לא יוכל ליהנות מירידה בשער הדולר.
6. כפי שיפורט להלן, ההצמדה החד כיוונית מהווה תנאי מקפח בחוזה אחיד, לפי חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982 (להלן: "חוק החוזים האחידים"). ברי כי הבנק מנצל את נחיתות מעמדו של הלקוח הזקוק להלוואה, ובהתאם לכך קובע תנאי בחוזה ההלוואה שאינו מאזן בין האינטרסים השונים של הצדדים, אלא מקנה לבנק יתרון בלתי הוגן שמקפח את הלקוח.
7. בהתנהגותו זו של הבנק, אשר קובע תנאי מקפח בחוזה ההלוואה כאמור, מתעשר הבנק שלא כדין בסכומי כסף בלתי מבוטלים, תוך שהוא מסב נזקי ממון למבקש ולכלל חברי הקבוצה.
8. על כן, בהתאם להוראות חוק התובענות הייצוגיות, מתבקש בזאת בית המשפט הנכבד לאשר את התובענה שבכותרת כתובענה ייצוגית, והכל מהנימוקים אשר יפורטו להלן.

ב. הרחבת שערי הכניסה להיכל התובענות הייצוגיות

9. חוק התובענות הייצוגיות נפתח עם הגדרת מטרתו בסעיף 1. בחירת הניסוח של סעיף המטרה, כפי שמובא להלן, מדברת בעד עצמה, ומעידה על הכרת המחוקק בחשיבותה של התובענה הייצוגית, הן מבחינתו של היחיד אשר ככזה מתקשה לעיתים לקבל את יומו בבית המשפט, והן מבחינת הציבור כולו, שכן אלמנט ההרתעה הנלווה לתובענה הייצוגית, יביא לאכיפת דין יעילה יותר:

"1. מטרתו של חוק זה לקבוע כללים אחידים לענין הגשה וניהול של תובענות ייצוגיות, לשם שיפור ההגנה על זכויות, ובכך לקדם בפרט את אלה:

(1) מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים;

(2) אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו;

(3) מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין;

(4) ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות.

10. מסעיף המטרה ניתן גם ללמוד על כוונתו הברורה של המחוקק להרחיב את השימוש בכלי המשפטי של תובענה ייצוגית. ניתן למצוא ביטוי לכוונה זו גם בתוספת השניה לחוק, אשר מרחיבה את העילות בגינן ניתן להגיש תובענה ייצוגית, והמבטלת הלכה למעשה את העילות המצומצמות יותר, אשר היו קיימות עובר לחקיקת חוק התובענות הייצוגיות, בחיקוקים ספציפיים.
11. בד בבד עם הגשת בקשה זו, מגיש המבקש לבית המשפט הנכבד את התובענה שבכותרת. כפי שיפורט להלן, התובענה שבכותרת מוגשת מכוח חוק התובענות הייצוגיות, בהתאם לקבוע בסעיף 3 לתוספת השניה לחוק זה:

3. תביעה נגד תאגיד בנקאי, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו.

ג. רקע עובדתי

12. המבקש הינו אזרח ישראל ותושב בה.
13. המשיב הינו "תאגיד בנקאי" כהגדרתו בחוק הבנקאות (רישוי), התשמ"א-1981, ובהתאם לפרסומיו באתר האינטרנט¹, מהווה "חלק מקבוצת דיסקונט ומבנק דיסקונט, קבוצת הבנקאות השלישית בגודלה בארץ".
14. ביום 4.2.2004 נטל המבקש מהבנק, בצוותא חדא עם אשתו, הלוואה צמודה לשער היציג של הדולר של ארה"ב ונושאת ריבית על סך 60,000 ₪, לרכישת דירת מגורים. בהתאם לתנאי הסכם ההתקשרות בעניין הלוואה הנ"ל, שמספרו 4019240/73 (להלן: "**הסכם הלוואה**"), המבקש התחייב לפרוע את הלוואה ב-180 תשלומים חודשיים. כל תשלום חודשי ישולם לבנק ב-1 לחודש.
- העתק הסכם הלוואה, מצ"ב **כנספת א'** לתצהיר המבקש התומך בבקשה זו, ומהווה חלק בלתי נפרד הימנו.

15. סעיף א' לנספח להסכם הלוואה שמפרט את תנאי הלוואה, קובע כדלקמן:

"(2) השער היסודי – משמעו – השער היציג של הדולר של ארה"ב אשר פורסם לאחרונה לפני מועד מתן הלוואה, או יחידה מיחידותיה, לפי העניין".

(3) השער החדש – משמעו – השער היציג שפורסם לאחרונה לפני המועד שנקבע בהסכם ו/או עפ"י הוראות מפרט התשלומים לפרעון קרן או ריבית כלשהן, או בגין היום בו תבוצע הטבת הלוואה כמפורט להלן".

(4) אם במועד הפרעון של קרן ו/או ריבית כלשהן יתברר כי השער החדש עלה לעומת השער היסודי, אזי ישלם הלווה אותה קרן ו/או ריבית שהן מוגדלות באופן יחסי למידת העליה של השער החדש לעומת השער היסודי, בתנאי שהתשלומים שעל הלווה לשלם ע"ח הקרן ו/או הריבית לא יפחתו אף פעם מאלה המגיעים לפי השער היסודי. הוראות סעיף קטן זה אינן גורעות מכל הוראה אחרת בהסכם הנוגעת לפיגורים בפרעון".

¹ <http://mashkanta.discountbank.co.il/index.asp>

- העתק הנספח להסכם ההלוואה, מצ"ב כנספח ב' לתצהיר המבקש התומך בבקשה זו, ומהווה חלק בלתי נפרד הימנו.

16. בהתאם לאמור בסעיף א' הנ"ל, בקביעתו **שער בסיס** ("השער היסודי" כהגדרתו בהסכם ההלוואה דלעיל), הבנק קובע למעשה הצמדה חד כיוונית של ההלוואה, שמשמעותה היא כי החזרי ההלוואה החודשיים יהיו צמודים לשער הדולר החדש (שער הדולר היציג בעת התשלום החודשי) **רק במידה והוא יעלה** ביחס לשער הבסיס. כך, במידה ושער הדולר החדש יעלה מעבר לשער הבסיס, התשלום החודשי יהיה לפי השער ביום התשלום (הגבוה יותר). לעומת זאת, במידה ושער הדולר החדש יירד מתחת לשער הבסיס, התשלום החודשי של המבקש לא יפחת בהתאם, אלא הוא יהיה לפי שער הבסיס, שהינו **גבוה יותר!**

17. בהתאם למסמכי הבנק, שער הדולר שנקבע כשער הבסיס להסכם ההלוואה דנן הינו 4.46 שקל לדולר.

- העתק מסמך הבנק מיום 19.11.2008, מצ"ב כנספח ג' לתצהיר המבקש התומך בבקשה זו, ומהווה חלק בלתי נפרד הימנו.

18. מספר חודשים לאחר מועד נטילת ההלוואה דנן, שער הדולר היציג החל לרדת אל מתחת לשער הבסיס (4.46 שקל לדולר), וזאת בשיעורים משמעותיים. כך לדוגמא ביום 1.12.2004 עמד שער הדולר היציג על 4.367 שקל לדולר, ביום 1.5.2007 עמד שער הדולר היציג על 4.035 שקל לדולר, וביום 30.5.2008 הגיע שער הדולר היציג ל- 3.233 (!) שקל לדולר.

19. הירידות בשער הדולר המשיכו עד ליום הגשת התביעה, וכך בתשלום החודשי ששילם המבקש לבנק בסמוך להגשת תביעה זו, ביום 30.1.2009, שער הדולר היציג עמד על 4.07 שקל לדולר, והיה נמוך בכ - **8.75%** (!) משער הבסיס.

- טבלת שערי הדולר היציג מיום נטילת הלוואה ועד ליום הגשת התביעה דנן, כפי שהודפסה מאתר בנק ישראל², מצ"ב כנספח ד' לתצהיר המבקש התומך בבקשה זו, ומהווה חלק בלתי נפרד הימנו.

20. ואולם, למרות הירידות החדות בשער הדולר שפורטו לעיל, החזורים החודשיים ששילם המבקש לבנק נותרו **צמודים לשער הבסיס** (הגבוה יותר), שכן בהתאם להצמדה החד כיוונית שקבע הבנק, החזרי ההלוואה צמודים לשער הדולר החדש **רק אם הוא עלה**, ולא במקרה שהוא ירד, או-אז הם צמודים לשער הבסיס שהינו כאמור גבוה יותר וכפועל יוצא משולמים בסכומם הנומינלי בשקלים ללא הצמדה.

21. יוצא אפוא, כי במשך כל אותם חודשים ארוכים שחלפו מיום מתן ההלוואה "**צמודת הדולר**", התשלומים החודשיים ששילם המבקש לבנק למעשה לא היו צמודים לשער הדולר, אלא היו תשלומים שקליים בהתאם לסכום השקלי שבו ניתנה ההלוואה. דהיינו, זו לא הצמדה לשער הדולר היציג, אלא מעבר לתשלום שקלי. כך המשיך המבקש לפרוע את ההלוואה לפי שער הדולר **הגבוה** שהיה ביום נטילת ההלוואה (שער הבסיס), ושילם לבנק סכומי כסף בלתי מבוטלים ללא כל הצדקה.

- העתק פירוט תשלומי ההלוואה של המבקש לבנק עד ליום הגשת התביעה (כפי שהתקבלו מהבנק), מצ"ב כנספח ה' לתצהיר המבקש התומך בבקשה זו, ומהווה חלק בלתי נפרד הימנו.

ד. תנאי מקפח בחוזה אחיד

22. המסגרת הנורמטיבית בעניינינו הינה השלמה הכרחית למסכת העובדתית, כמו גם לביסוס העילקה שעומדת למבקש נגד הבנק ואשר תפורט בהמשך.
23. סקירת הדין הקיים שתובא להלן, תראה באופן שאינו משתמע לשני פנים, כי ההצמדה החד כיוונית שקבע הבנק בהסכם ההלוואה, הינה תנאי מקפח בחוזה אחיד.
24. ראשית נראה, כי בהתאם ללשון החוק ולפסיקה, הסכם ההלוואה הינו חוזה אחיד.
25. סעיף 2 לחוק החוזים האחידים, מגדיר חוזה אחיד בזו הלשון:

"חוזה אחיד" - נוסח של חוזה שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסויימים במספרם או בזהותם;

26. ראה גם ורדה לוסטהויז וטניה שפניץ, חוזים אחידים (1994), 23, 27 (להלן: "לוסטהויז-שפניץ"):

"מרכיב נוסף בהגדרה [של חוזה אחיד - הח"מ] הוא קביעת התנאים מראש, בידי צד אחד, כדי שישמשו לחוזים רבים. זהו, למעשה, הרעיון המרכזי בחוק: חוזה אחיד הוא חוזה המוכתב בידי צד אחד, שמציע אותו למתקשרים בלא שמוצעת להם האפשרות לנהל משא-ומתן על תנאיו או לשנותם. ללקוח "עומדת הברירה לקבל את ההצעה כמות שהיא או לדחותה. מרכיב זה של חוסר ברירה מעשי, בחינת take it or leave it הינו ממאפייניו העיקריים של חוזה אחיד"³

.....

ניתן לומר כי בדרך כלל, כאשר מדובר בטופס (שבלונה) שרק פרטים ספורים בו מולאו באופן ספציפי, יש להסתפק בכך לשם הרמת נטל ההוכחה ולראות בטופס נוסח של החוזה - הגורר אחרינו את תחולת החוק [החוק לחוזים אחידים - הח"מ]."

27. על-פי ההגדרה שקבועה בחוק החוזים האחידים דלעיל ולפרשנות שניתנה לה בספרות, אין ספק, כי הסכם ההלוואה על נספחיו, שתנאיו נקבעו מראש על ידי הבנק באופן שהסכם זה אינו מופנה אל אדם קונקרטי אלא משמש את הבנק דרך קבע בעסקאות הלוואה רבות, הינו חוזה אחיד.
28. ואכן, כבר נקבע בפסיקה, כי הסכם הלוואה של בנק הינו חוזה אחיד; ראה למשל ע"א 5300/92 בנק לאומי לישראל נ' "אורות" מושב עובדים של עולי אמריקה להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ, פ"ד נא(5), 273, 278-279 (1997):

"המשיב (להלן: "המושב") הינו לקוחו של המערער (להלן: "הבנק"), ובמסגרת יחסי בנק - לקוח הוא נטל מהבנק מספר הלוואות במטבע ישראלי צמודות למדד המחירים לצרכן ובכללן הלוואה על סך מיליון לירות שנלקחה ביום 10.9.78, שהיא נשוא להתדיינות הנוכחית... על-כל-פנים, עניין לנו בפירוש חוזה אחיד, שעל תכליתו אין ללמוד מתוך מחשבתו הסובייקטיבית של לקוח מסויים"

- כך קבע גם בית המשפט הנכבד, כבי השי' ד"ר ג. קלינג, בה"פ (מחוזי ת"א) 1182/00 שיריון בוני נ' בנק כרמל למשכנתאות והשקעות בע"מ, תק-מת 2002(2), 1085 (2002):

³ ע"א 825/88 ארגון שחקני הכדורגל בישראל נ' ההתאחדות לכדורגל בישראל, פ"ד מה(5) 98, 110.

"העותרת לוותה מן המשיב כספים ... את ההלוואות התחייבה המבקשת לפרוע בתשלומים חודשיים רצופים. [...] ההסכם שבין הלווה לבנק הוא חוזה אחיד כמשמעו בחוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982, כהגדרתו של חוזה אחיד בסעיף 2 לחוק: "נוסח של חוזה שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שימשו תנאים לחוזים רבים בינו ובין אנשים בלתי מסוימים במספרם או בזהותם."

עוד ראה ריקרדו בן-אוליאל דיני בנקאות 72 (1996):

"כשלקוח פוטנציאלי פונה לבנק ומבקש ליצור יחס עסקי ולקבל שירות מסוים, והבנק מקבל את הצעתו, ברוב המקרים מגיש לו הבנק לחתימה נוסח של חוזה שתנאיו – כולם או מקצתם – נקבעו מראש על-ידי הבנק. חוזה זה הוא אחיד"

29. לאור כל האמור לעיל, הרי שאין חולק כי הסכם ההלוואה דעסקינן הינו חוזה אחיד. כעת, כפי שיוחב להלן, נראה, כי ההצמדה החד כיוונית הקבועה באותו הסכם הלוואה, הינה תנאי מקפח לפי חוק החוזים האחידים, ועל כן דינה בטלות.

30. סעיף 3 לחוק החוזים האחידים, שכותרתו "תנאי מקפח וביטול", קובע:

"בית משפט ובית הדין יבטלו או ישנו, בהתאם להוראות חוק זה, תנאי בחוזה אחיד שיש בו - בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות - משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות (להלן - תנאי מקפח)."

31. סעיף 3 לחוק החוזים האחידים קובע שני מבחנים חלופיים⁴ להוכחת היותו של תנאי "תנאי מקפח": מבחן קיפוח לקוחות או מבחן יתרון בלתי הוגן לספק. כלומר, די כי התנאי בחוזה האחיד המדובר נכנס בגדרי אחד מהמבחנים הללו כדי שיוכר כתנאי מקפח.

32. בהתאם להלכה הפסוקה, את תוכן מושג הקיפוח לפי כל אחד מהמבחנים הללו, יש למלא בעזרת בדיקה של סבירות והגינות⁵. כלומר, יש לבדוק האם במקרה הנתון, ונסיבותיו הספציפיות של החוזה, התנאי הנדון הוא סביר והגייוני או שמא מקפח. כך קבע כבוד הנשיא (בדימוס) שמגר בע"א 764/76 אבנר שמעוני נ' מפעלי רכב אשדוד (מ.ל.) בע"מ, פ"ד לא(3), 113, 119-120 (1977) (להלן: "פס"ד שמעוני"), ובעח"א 1/79 מפעלים לניקוי יבש קשת בע"מ נ' היועץ המשפטי, פ"ד לד(3), 365 (להלן: "עניין קשת"):

"לדעתי יש לאבחן בין נסיבות הרקע המעשיות או המוחשיות להיווצרותו של קיפוח בעריכת חוזים אחידים במציאות כלכלית נתונה, לבין ההפשטה המושגית של אמות המידה על-פיהן בוחן בית-המשפט או המועצה את התניות שאת ביטולן ביקש המחוקק לאפשר. התחום אשר במסגרתו נדרשת הפעלת חוק החוזים האחידים בראש וראשונה ואף ברוב המכריע של המקרים, הוא אכן כלכלי...אולם אמות המידה המיושמות לצורך הכרעה בטיב התנאים המגבילים הן מוסריות או חברתיות או שתיהן גם יחד. הגינותו או חוסר הגינותו של תנאי פלוני אינה נבחנת על-פי כלליה של תורה כלכלית בלתי מזוהה זו או אחרת, תוך בחירה בין השיטות הכלכליות החלופיות והמגוונות, אלא על-פי התפיסות המוסריות והחברתיות הנוהגות בחברה חופשית בעלת משטר חוקתי וחברתי כגון

⁴ ראה לוסטהויז-שפניץ בעמ' 59 סעי' 47-48, ועמ' 65 סעי' 56.

⁵ לוסטהויז-שפניץ, עמ' 53-47.

זו שלנו. [...] אולם מגמת החוק היא ההגנה על "האדם הקטן" מפני עושקו ומפני ניצול לרעה של נחיתותו היחסית, תהיה המציאות הכלכלית אשר תהיה."

33. בע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 להלן: "עניין קסטנבאום", מסכם כבוד השופט ברק (כתוארו דאז) את ההלכות באשר למבחנים לקביעת תנאי כמקפת, וקבע כי תנאי ייקבע כמקפת לפי התפישה החברתית לגבי מהו ראוי והוגן:

"קביעת הקיפוח משקפת את האיזון הראוי אשר החברה הישראלית יוצרת בין שיקולים כלכליים, מוסריים וחברתיים. אין היא פרי השקפה כלכלית אחת. תנאי הקיפוח אינו מבטא חזון כלכלי זה או אחר. הוא מבטא תפישה חברתית באשר להגון ולראוי ביחסים חוזיים אחידים."

34. כפי שיורחב להלן, יישום אמות מידה חברתיות ומוסריות בעניינינו מוביל למסקנה הבלתי נמנעת, כי ההצמדה החד כיוונית נכנסת בגדרי שני המבחנים הקבועים בסעי' 3 הנ"ל גם יחד; מחד, ההצמדה החד כיוונית שקבועה בהסכם ההלוואה, מטילה את הסיכון הטמון בהלוואת צמודת דולר רק על כתפיהם של הלווים, ובכך מקפחת אותם באופן ברור, ומאידך היא מקנה לבנק יתרון בלתי הוגן, שכן במצב דברים זה, הבנק תמיד ייחנה מהחזרי הלוואה לפי שער דולר גבוה, וזאת על חשבון הלקוח.

"קיפוח לקוחות"

35. בהתאם לקביעתו של הנשיא (בדימוס) ברק בעניין קסטנבאום, מבחן הקיפוח הכללי "אינו אלא מבחן של הגינות וסבירות".

36. במקרה דנן, די בבחינה שטחית של ההצמדה החד כיוונית כדי להבין שמדובר בתנאי שאינו מבטא את ההגון והראוי ביחסים חוזיים, כדברי הנשיא (בדימוס) ברק דלעיל, אלא מקפח את המבקש ואת יתר לקוחות הבנק חברי הקבוצה.

37. ההצמדה החד כיוונית פועלת לטובת הבנק בלבד, אינה מאזנת בין האינטרסים השונים של הצדדים⁶, ולא משקפת אמות מידה חברתיות או מוסריות – אלא הפוך מכך. ההצמדה החד כיוונית מקיימת את אינטרס הבנק בלבד, תוך פגיעה גסה באינטרס הלווה. אין ספק שעסקינן בתנאי שאינו תנאי הוגן ומוסרי כלל וכלל;

38. ההצמדה החד כיוונית חותרת למעשה תחת אופיה של ההלוואה – "צמודת דולר"; למרות שמעצם טיבעה, משמעותה של הלוואה צמודת דולר הינה שחלוקת הסיכונים בין הלווה לבנק הינה שווה, הרי שבהלוואה צמודת דולר עם הצמדה חד כיוונית, הסיכון הכלכלי תמיד מוטל על כתפי הלווה. כלומר, עסקינן בהצמדה חד צדדית של החזרי ההלוואה לשער הדולר העולה בלבד, הפועלת לטובת הבנק, שבדרך זו תמיד מרוויח (שלא כדין), ואילו ללקוח נגרם נזק ממון.

39. כאמור לעיל, ההצמדה החד כיוונית יוצרת מצב בו ההלוואה צמודה לשער הדולר רק במידה והוא עלה ביחס לשער הבסיס. לעומת זאת, במידה ושער הדולר החדש ירד מתחת לשער הבסיס (שער הדולר היציג ביום בו ניתנה ההלוואה), התשלום החודשי של הלווה לא יפחת ויהיה לפי שער הבסיס, שהנו כאמור שער גבוה יותר. כלומר, כששער הדולר עולה - ההלוואה דולרית, אך כששער הדולר יורד, ההלוואה בעצם הופכת להלוואה שקלית!

⁶ ראה רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עזבון המנוחה מילגרומ הינדה ז"ל נ' מרכז משען, פ"ד נב(4), 145, 164-165 (1998): "אכן, תנאי מקפח הוא תנאי המגן על האינטרסים והערכים של צד אחד (ה"ספק") מעבר לנתפס כהוגן בסוג זה של התקשרות."

40. יוצא אפוא, כי למרות שעסקינן בהלוואה 'צמודת דולר', תלקוח תמיזד ישלם יותר ולעולם לא יהנה מירידה בשער הדולר.
41. ניכר כי הבנק מנצל את מעמדו העדיף לעומת נחיתות מעמדו של הלקוח הזקוק להלוואה, בכך שקובע תנאי מקפח בחוזה אחיד, כאשר ברור לכל כי הלקוח אינו יכול לשנות את תנאי החוזה שהינו חוזה אחיד.
42. יפים מאד לעניין זה דברי כב' הנשיא (בדימוס) שמגר בפס"ד שמעוני:
 "הקיפוח אשר סעיף 14 לחוק [הכוונה לסעיף 14 לחוק החוזים האחדים, תשכ"ד-1964, שדומה בנוסחו לסעיף 3 לחוק החוזים האחדים דנן – הח"מ] מאזכרו נוצר כידוע בעיקרו על רקע היחסים הבלתי-שווים בין הספק לבין לקוחו, היוצרים מעין תלות או העדר ברירה בהזדקקותו של הלקוח אל הספק. אך מובן הוא, כי תלות כאמור איננה צריכה לנבוע מיחסי מרות או שליטה כלכלית; יכול והיא תנבע מן הצורך בקבלת השירות או המצרף, כאשר ברור בנסיבות הענין כי אם יימאן הלקוח לקבל על עצמו את התנאי המגביל, גם תישלל ממנו האפשרות לקבל את השירות או את המצרף, היינו כופים עליו את ההיענות בדלית ברירה, תוך ניצול מעמדו הנחות יחסית"
43. הדברים האמורים לעיל בפס"ד שמעוני נכונים ביתר שאת עת עסקינן במערכת יחסים בין לווה לבנק, כפי שבעניינינו, בה פערי הכוחות הינם אף קיצוניים יותר מאלה הקיימים במערכת יחסים רגילה של ספק-לקוח. אין ספק כי לבנק, שמעצם טבעו הינו בעל מעמד עדיף ברור על פני הלקוח, קל אף יותר לנצל את מעמדו זה כאשר ניצב מולו לקוח שמבקש לקבל הלוואה מהבנק.
44. על כן, הרי שבמערכת יחסים כגון דא, בה הלווה הניצב מול הבנק מצוי בעמדה חלשה במיוחד, "נדרשת רמה גבוהה יותר של הגינות וסבירות".⁷
45. ראה לעניין זה דבריו של כב' השי' י. עדיאל במסגרת ע"ש (חוזים אחדים) 195/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' בנק לאומי, תק-מח 2004(2), 5364, 5365 (2004), אשר דן בבקשת היועץ המשפטי לממשלה לשנות תנאים מקפחים בחוזה התנאים הכללים לפתיחת חשבון עו"ש של בנק לאומי. כב' השי' עדיאל קבע במקרה זה, כי לאור המאפיינים המיוחדים של מערכת היחסים בנק-לקוח, יש להחיל על הבנק אמוד מידה מחמירות מאלה החלות על ספק רגיל:
 "קו אופי עיקרי של החוזה, כפי שכבר צוין לעיל, הוא שמדובר במצרף חיוני שכמעט כל פרט בחברה המודרנית חייב להיזקק לו לשם הניהול השוטף והיום ויומי של חיו. מבחינה זו, בנק לאומי, ככל הבנקים האחרים, הוא גוף המספק שירות חיוני לציבור, מה שמחיל עליו, ביחסים עם לקוחותיו, אמות מידה מחמירות מאלה החלות על ספק רגיל.
- יחסי הכוחות בין הבנק לבין לקוחותיו אינם שווים. הבנק נהנה מעדיפות ברורה על פני הלקוחות. זאת, הן מבחינת הכוח הנתון בידו לכפות על הלקוח תנאים חוזיים, הן מבחינת המידע העומד לרשות הבנק, שפעמים רבות אינו עומד לרשות הלקוח, והן מבחינת נגישותו של הבנק לאמצעים רבים ויעילים בעזרתם הוא יכול להפחית מרמת הסיכון העסקי לה הוא חשוף במהלך עסקיו, אשר אינם עומדים, בד"כ, לרשות לקוחותיו."

⁷ לוסטהויז-שפניץ בעמ' 71.

"יתרון בלתי הוגן"

46. בנוסף למבחן הקיפוח הכללי, קובע סעיף 3 לחוק החוזים האחידים מבחן חלופי - מבחן היתרון הבלתי הוגן.⁸ לפי מבחן זה, תנאי מקפח הינו תנאי שיש בו "משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות".
47. מבחן היתרון הבלתי הוגן מתייחס לחוסר ההדדיות ביחסים בין הספק ללקוח. לפי מבחן זה, תנאי בחוזה אחיד יוכר כמקפח כאשר הוא מעניק לספק יתרון בלתי הוגן על דרך קיפוח האחר,⁹ בין אם מדובר בתנאי אשר מקנה זכויות לספק בלבד ובין אם מדובר בתנאי אשר מטיל חובות על הלקוח בלבד.¹⁰
48. כפי שיורחב להלן, נוסף על כך שההצמדה החד כיוונית מקפחת את הלוויים לפי מבחן הקיפוח הכללי, היא עונה גם על מבחן היתרון הבלתי הוגן, שכן היא קובעת הצמדה חד צדדית של שער הדולר לטובת הבנק בלבד שבאה על חשבון הלווה.
49. בהתאם להגדרת מטרתו של חוק החוזים האחידים על-ידי כב' הנשיא (בדימוס) ברק במסגרת עניין קסטנבאום, נראה כי עניינינו הינו בדיוק מסוג המצבים שחוק החוזים האחידים מבקש למנוע:
- "בבסיסו של 'הקיפוח' בחוק עומד הרצון למנוע 'בליעת יתר' של הספק, כלומר הגנה על האינטרסים שלו מעבר לנתפס כראוי, וזאת בחוזה שבו הוא קובע את תוכן התניות."
- ראה בהקשר זה גם עניין קשת:
- "היחסים הבלתי שווים האמורים פותחים פתח לעושק ולהשגת יתרון בלתי הוגן באמצעות הכתבת תנאים מגבילים שהחוק ביקש למנועם כדי להגן על זכויות הציבור הרחב (דברי הכנסת שם, ע' 959, דברי שר המשפטים)."
50. כשעסקינן בתנאי שמגן על הבנק מפני ירידות בשער הדולר, למרות שמדובר בהלוואה צמודת דולר, ומטיל למעשה את כל הסיכון שבהצמדה לשער הדולר על כתפי הלווה, כך שהבנק תמיד מרוויח ואילו ללווה נגרם נזק כלכלי, ברי כי תנאי זה הינו בבחינת "בליעת יתר" של הבנק.
51. נוכח ההשלכות הברורות של ההצמדה החד כיוונית אשר פורטו לעיל, הרי זה ברור שתנאי זה לא "נועד לשמור על האינטרס הלגיטימי והסביר של הספק"¹¹, אלא יש בו "הגנה על אינטרס (כלכלי או אחר) של ספק מעבר לנתפס כראוי בסוג זה של התקשרות", כדברי כב' הנשיא (בדימוס) ברק בעניין קסטנבאום, ומכאן שהינו תנאי מקפח.
52. גם בהתייחס למבחן היתרון הבלתי הוגן, אין ספק שעניינינו הוא דוגמא מובהקת לכך ש"כאשר קיים חוסר שוויון הוא יוצר פתח להשגת יתרון בלתי הוגן, אשר באמצעותו שולט צד אחד על תוכן החוזה, ומכתיב תנאים הנראים לו"¹².
53. בקביעתו של הבנק את ההצמדה החד כיוונית, שברור לכל כי מדובר בתנאי שאינו הוגן וראוי בסוג של חוזה כגון דא, ברי כי הבנק מנצל את כוחו ומעמדו כנגד נחיתותם הכלכלית של הלוויים

⁸ לוסטהיז-שפניץ בעמ' 59.

⁹ ת"א (מחוזי יר) 1000/95 פז חב' נפט בע"מ נ' דוד עמוס, תק-מח 2002(4), 19975, 20004 (2002).

¹⁰ ראה לוסטהיז-שפניץ בעמ' 65.

¹¹ ע"א 764/76 אבנר שמעוני נ' מפעלי רכב אשדוד (מ.ל.) בע"מ, פ"ד לא(3), 113, 122-123 (1977).

¹² רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עזבון המנוחה מילגרומ הינדה ז"ל נ' מרכז משען, פ"ד נב(4), 145, 164-165 (1998).

הסכום שהיה צריך להיות משולם לפי שער הדולר היציג הידוע האחרון במועדי פרעון תשלומי ההלוואה אילו לא היה קיים שער רצפה. לסכומים אלה יתווספו הפרשי הצמדה וריבית כחוק".

59. העובדה שבנק משכן עצמו פעל לתיקון ההצמדה החד כיוונית שנקבעה על ידו בהסכמי ההלוואה והסכים להשבת הפרשי השערים כאמור, מדברת בעד עצמה ומעידה ללא כחל וסרק כי עסקינן בתנאי שמקפת את הלקוח.
60. לאור כל האמור לעיל, הרי שאין ספק כי ההצמדה החד כיוונית הינה תנאי מקפת, ובהתאם לקבוע בסעיפים 3 ו-19 לחוק החוזים האחידים דינה בטלות.

ה. עילה

61. מכל האמור לעיל עולה בבירור, כי ההצמדה החד כיוונית בהסכם ההלוואה הינה תנאי מקפת שנקבע על-ידי הבנק בניגוד לדין. ולפיכך ועל פי סעיף 19 (א) לחוק החוזים האחידים יש לבטלו או לשנותו במידה הדרושה לצורך הסרת הקיפוח. במקרה הנדון השינוי הנדרש הינו קביעה כי ההצמדה תהיה דו-כיוונית, באופן שההלוואה וכל תשלום מתשלומי ההלוואה יהיה צמוד לשער הדולר בין אם שער הדולר עלה ובין אם שער הדולר ירד.
62. הבנק גבה מהמבקש ומכלל חברי הקבוצה תשלומים בגין החזר ההלוואה בשיעורים הגבוהים מאלה שהם היו צריכים לשלם לבנק, בהתאם לחוזה לאחר שהוסר ממנו הקיפוח. הפרשים אלה בשיעורי התשלומים, שנגרמו כאמור כתוצאה מההצמדה החד כיוונית, מצטברים לסכומים בהיקפים בלתי מבוטלים אותם גבה הבנק מהמבקש ומשאר חברי הקבוצה בניגוד לדין.
63. משתוקן החוזה באופן שהוסר הקיפוח של תנאי ההצמדה החד כיוונית, יש לאכוף ביחסים שבין הבנק לבין חברי הקבוצה את החוזה המתוקן ולקבוע כי הבנק גבה תשלומים בניגוד לחוזה ולכן עליו להשיבם.
64. בנוסף ו/או לחילופין, בהתנהגותו זו התעשר הבנק שלא במשפט, ולפיכך עליו להחזיר למבקש ולחברי הקבוצה התעשרות זו, בין היתר לאור הוראות סעיף 1(א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, הקובע:

"מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן: "הזוכה") שבאו לו מאדם אחר (להלן: "המזכה"), חייב להשיב למזכה את הזכייה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה - לשלם לו את שוויה".

ו. התקופה אליה מתייחסת התובענה

65. התובענה שבכותרת מתייחסת לתקופה שתחילתה שבע השנים שקדמו ליום הגשתה וסיומה ביום בו יינתן פסק הדין ו/או מועד מוקדם בו ישנה הבנק ממנהגו ויסיר את ההצמדה החד כיוונית מההסכמים של הלוואה צמודת דולר, כפי שפורט לעיל.

ז. הקבוצה המיוצגת המוצעת

66. המבקש מבקש לשמש תובע ייצוגי של כלל לקוחות הבנק אשר במסגרת תקופה התביעה התקשרו עם הבנק בהסכם הלוואה צמודה לדולר שקבועה בו הצמדה חד כיוונית (להלן: "הקבוצה").

ח. הנזק

67. כתוצאה ממעשיו של הבנק, סבל המבקש, וכן כל אחד מחברי הקבוצה, נזק ממון.
68. נזק הממון אשר נגרם לכל אחד מחברי הקבוצה, כולל המבקש, בתקופה הרלבנטית, הינו תוצאה של ההצמדה החד כיוונית שקבע הבנק בהסכם ההלוואה, לפיה החזרי ההלוואה צמודים לשער הדולר רק אם הוא עולה ביחס לשער הבסיס, ולא מתעדכנים בהתאם לירידות בשער הדולר, כפי שפורט לעיל.
69. נזק הממון הישיר שנגרם למבקש הינו בסך כולל של 2,155 ₪.
70. נזק הממון שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה בגין כל חודש, יש לקבוע לפי הנוסחאות האריתמטיות שלהלן:

$$\text{התשלום החודשי הנכון} = \text{שער הדולר היציג} * (\text{החזר ההלוואה החודשי ששולם בפועל})$$

שער הבסיס

$$\text{הנזק} = \text{התשלום החודשי הנכון} - \text{התשלום החודשי ששולם בפועל}$$

ט. סעדים

71. אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן למבקש ולכל אחד מחברי הקבוצה סעדים שונים שפורטו בכתב התביעה שבכותרת, ובין השאר:
- א. צו המצהיר כי ההצמדה החד כיוונית הקבועה בהסכם ההלוואה הנה תנאי מקפת בחוזה אחיד ועל כן דינה בטלות.
- ב. צו האוסר על הבנק להמשיך ולגבות כספים שלא כדין לפי ההצמדה החד כיוונית.
- ג. צו המחייב את הבנק להשיב לכל אחד מחברי הקבוצה את הסכומים שנגבו מהם שלא כדין כאמור בפרק ה' לעיל, וזאת כשהם נושאים ריבית חוקית כאמור בסעיף 2 לחוק פסיקת ריבית והצמדה, התשכ"א - 1961, או כשהם צמודים ונושאים ריבית חוקית כאמור בסעיף 3א' לחוק הני"ל, לפי הגבוה מביניהם.
- ד. וכן סעדים נוספים לעניין מתן חשבונות, תשלום גמול לתובע הייצוגי (המבקש) ושכר טרחת עורך דין.

י. הנימוקים המצדיקים אישור ניהול התובענה כתובענה ייצוגית

72. כאמור לעיל, ביום 12.3.2006 נכנס לתוקף חוק התובענות הייצוגיות, אשר על-פי הקבוע בסעיף 45 לחוק, חל על בקשה זו.
73. החוק נפתח עם הגדרת מטרתו בסעיף 1 לחוק. בחירת הניסוח של סעיף המטרה, כפי שמובא להלן, מדברת בעד עצמה, ומעידה על הכרת המחוקק בחשיבותה של התובענה הייצוגית, הן מבחינתו של היחיד אשר ככזה מתקשה לעיתים לקבל את יומו בבית המשפט, והן מבחינת הציבור כולו, שכן אלמנט ההרתעה הנלווה לתובענה הייצוגית, יביא לאכיפת דין יעילה יותר.

הזקוקים להלוואה. יפים מאד לעניין זה דברי כבי הנשיא (בדימוס) ברק, שממשיך וקובע בעניין קסטנבאום: "חוסר ההגינות של התנאי המקפח הוא בהגנת היתר שהוא נותן לספק לעומת הלקוח, "המצוי במצב כוח נחות" (השופט ויתקון בע"א 285/73 לגיל טרמפולין וציוד ספורט ישראל בע"מ נ. נחמיאס, פ"ד כט(78, 63, 1).".

בית המשפט הנכבד כבר קבע כי ההצמדה החד כיוונית הינה "משוואה בלתי מאוזנת"

54. מעבר להוראות החוק הברורות ומבחני הפסיקה שמתקיימים באופן חד משמעי במקרה דנן, עסקינן בתביעה פשוטה ביותר, שכן בית המשפט הנכבד, כבי ס"נ השופטת פלפל, כבר קבע במסגרת בש"א (מחוזי ת"א) 9961/03 אבי רוזנבוים נ' משכן - בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ, תק-מח 15455, (3)2008, 15456 (2008) (להלן: "תביעת רוזנבוים"), כי הצמדה חד כיוונית כגון דא הינה "משוואה בלתי מאוזנת".

55. עניינה של תביעת רוזנבוים הוא "התקשרות לוקחי משכנתא עם בנק משכן, כשבחווה ההלוואה שהיה צמוד דולר נקבע כי עם עליית הדולר יישא בכך הלווה, אבל הלווה לא ייהנה מירידת שער החליפין של הדולר". תביעת רוזנבוים הוגשה נגד משכן - בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ (להלן: "בנק משכן") בגין עילות של הטעיה והפרת תובת אמונים של הבנק כלפי הלקוח (שכפי שיורחב להלן אינן עילות התביעה דנן).

56. בהחלטתו של בית המשפט הנכבד, כבי ס"נ השי' פלפל, מיום 17.9.2008, בבקשת ההסתלקות של המבקש רוזנבוים, מביע בית המשפט הנכבד את עמדתו הברורה לפיה ההצמדה החד כיוונית הינה משוואה בלתי מאוזנת שמבטיחה את טובת הבנק, ומנגד הינה לרעת הלקוח:

"בתשובה לשאלות נוספות הם [הצדדים - הח"מ] הדגישו כי התביעה בסופו של יום נדחתה ע"י בימ"ש זה, ולאור החלטת ביהמ"ש העליון מה שניתן להוסיף אלה עילות משפטיות לפי חוק התובענות החדש; וכן כי המצב כיום תוקן ולא קיימת "רצפה" חד צדדית לרעת הלקוח של הבנק.

...

אין לי ספק כי המדובר בסוגיה חשובה, שבה בנק יצר משוואה לא מאוזנת לטובתו בדבר הצמדה לשער החליפין של הדולר. משוואה זו כבר עברה מן העולם ולא קיימת היום.

• החלטת בית המשפט מיום 17.9.2008, מצ"ב **כאסמכתא I** לבקשה זו.

57. עוד ניתן ללמוד מדברי בית המשפט הנכבד בהחלטתו זו, כי בנק משכן החליט לתקן את דרכיו ולהסיר את ההצמדה החד כיוונית מהסכמי ההלוואה של הבנק:

"למען שלימות התמונה יש לציין כי עפ"י מה שנמסר לבית המשפט, מזה כ-5 שנים, תוקן הנושא בטפסי הבנק ולא קיימת יותר משוואה בלתי מאוזנת זו"

וכך גם בהמשך ההחלטה דנן מציינת כבי השי' פלפל כי "המצב כיום תוקן ולא קיימת "רצפה" חד צדדית לרעת הלקוח של הבנק".

58. בנוסף, בהסכם ההסתלקות שהוגש במסגרת תביעת רוזנבוים נקבע, כי בנק משכן ישיב ללקוחותיו את הפרשים בין הסכום שהם היו צריכים לשלם לפי שער היציג של הדולר במועד תשלומי ההלוואה לבין הסכום ששולם על-ידם בפועל, בתוספת הפרשי הצמדה וריבית כחוק:

"המבקש יסתלק מתביעתו. עם ההסתלקות יתוקן החוזה שלו ושל קבוצה בת 15 איש שפנתה לבנק בטרוניה דומה, כך שהבנק ישיב להם את הפרשים בין

1. מטרתו של חוק זה לקבוע כללים אחידים לענין הגשה וניהול של תובענות ייצוגיות, לשם שיפור ההגנה על זכויות, ובכך לקדם בפרט את אלה:

- (1) מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים;
- (2) אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו;
- (3) מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין;
- (4) ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות.

74. מסעיף המטרה ניתן גם ללמוד על כוונתו הברורה של המחוקק להרחיב את השימוש בכלי המשפטי של תובענה ייצוגית. ניתן למצוא ביטוי לכוונה זו גם בתוספת השניה לחוק, אשר מרחיבה את העילות בגינן ניתן להגיש תובענה ייצוגית, והמבטלת הלכה למעשה את העילות המצומצמות יותר, אשר היו קיימות עובר לחקיקת החוק, בחיקוקים ספציפיים.

75. נציג להלן את הוראות החוק והפרמטרים הקבועים בו לאישור תובענה כייצוגית. סקירה זו תראה, כי התביעה שבכותרת, אשר במסגרתה מוגשת בקשה זו, עומדת בדרישות החוק לאישור תובענה כייצוגית.

76. סעיף 3(א) לחוק קובע, כי הגשת תובענה ייצוגית לא תוגש אלא בתביעה כמפורט בתוספת השניה לחוק, או בעניין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית. כאמור לעיל, עילת התובענה דנו, נכנסת בגדרו של סעיף 3 לתוספת השניה לחוק:

3. תביעה נגד תאגיד בנקאי, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו.

ובכך עומדת בתנאי הקבוע בסעיף 3 הנ"ל.

77. סעיף 4(א) לחוק מפרט את הרשאים להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית, ובין היתר קובע, כי:

4. (א) אלה רשאים להגיש לבית המשפט בקשה לאישור תובענה ייצוגית כמפורט להלן:

- (1) אדם שיש לו עילה בתביעה או בענין כאמור בסעיף 3(א), המעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עם קבוצת בני אדם – בשם אותה קבוצה;

78. העובדות המשמשות יסוד לתובענה כפי שפורטו לעיל, פשוטות, ברורות ואינן שנויות במחלוקת כלל. הן משותפות לכלל חברי הקבוצה, מאחר והעובדות היוצרות את עילת התביעה דנו, מתייחסות כולן לבנק ולמעשיו ואין ביסודה של העילה כל מאפיין אישי.

79. הוא הדין בשאלות המשפטיות, אשר עשויות להתעורר בתיק זה, כולן נוגעות לבנק, למעשיו ומחדליו, וככאלה הן אינן נושאות כל מאפיין אישי ייחודי לאחד מחברי הקבוצה והן משותפות לכל חברי הקבוצה.

80. מכל האמור לעיל עולה, כי כל השאלות המהותיות, הן של עובדה והן של משפט, הן משותפות לכלל חברי הקבוצה ללא יוצא מן הכלל.

81. כמו כן, עונה המבקש על ההגדרה הקבועה ברישא סעיף 4 לעיל, שכן המבקש (התובע) נמנה עם הקבוצה, באשר הוא נפגע ישירות ממעשיו ומחדליו של הבנק (הנתבע), ולפיכך, הינו בעל עילה בתביעה שבכותרת.

82. פירוט המעשים ו/או המחדלים של הבנק בבקשה זו, כמו גם בכתב התביעה שבכותרת, והשלכותיהם על המבקש עונה על הקבוע בסעיף 4(ב) לחוק:

”(ב). לענין סעיף זה, כאשר אחד מיסודות העילה הוא נזק –

(1) בבקשה לאישור שהוגשה בידי אדם כאמור בסעיף קטן (א)(1) – די בכך שהמבקש יראה כי לכאורה נגרם לו נזק;”

83. לא זאת אף זאת, בתמיכת פירוט הנזק בבקשה זו במסמכים רלבנטיים, הצליח המבקש להראות אף מעבר לרף ה”לכאורה”, כי נגרם לו נזק כתוצאה מהתנהגות הבנק.

84. לאור האמור בסעיף הנוגע לסכום הנזק, ניתן לקבוע, כי גם שאלת כימות הנזק הספציפי, שנגרם למבקש ולכל מעוניין מהקבוצה, הינו סכום קצוב שניתן להגיע אליו בחישוב אריתמטי פשוט, כמפורט לעיל. לפיכך לא יקשה על בית המשפט להכריע וליתן למבקש ולכל מעוניין את הפיצוי או ההשבה המדויקים על פי נוסחא אריתמטית, שתקבע מראש על ידי בית המשפט.

85. על-פי סעיף 3(ב) לחוק, הגשת תובענה ייצוגית טעונה אישור של בית המשפט, כאשר סעיף 8(א) לחוק, קובע את הפרמטרים אשר בהתקייםם רשאי בית המשפט לאשר תובענה ייצוגית כאמור. וזוהי לשון הסעיף:

”8. (א) בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית, אם מצא שהתקיימו כל אלה:

(1) התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה;

(2) תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין;

(3) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת; הנתבע לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה בענין זה;

(4) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב.”

86. במידה ובית המשפט הנכבד ימצא כי נתמלאו כל ארבעת התנאים הנ”ל, רשאי הוא לקבוע כי התובענה אשר הונחה על שולחנו אכן ראויה להתברר כתובענה ייצוגית, ויפתח את שערי היכל התובענות הייצוגיות לצורך המשך בירורה.

87. בשלב בו אנו מצויים כעת, הוא שלב אישור התובענה כייצוגית, כל אשר צריך לעמוד לנגד עינינו היא שאלת עמידתה או אי עמידתה של התובענה הנטענת להיות ייצוגית, בארבעת תנאי סעיף 8(א). הא ותו לא. להלן נראה, כי התובענה דנן עומדת בתנאי סעיף 8(א) לחוק. מחמת חשיבותו של התנאי המצוי בסעיף 8(א)(1), הקשור לנטל הוכחת עילת התובענה בשלב אישורה כתובענה ייצוגית, נדון בו בסעיף נפרד מיד לאחר דיונונו בשאר הסעיפים.

88. **הכרחיות התובענה הייצוגית** - בשל הסכום הנמוך יחסית של תביעתו האישית של המבקש (התובע) ושל כל מעוניין בנפרד, ובשל המספר הרב של התובעים הפוטנציאליים, ברור כי תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת ביותר להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין. ניתן לראות בעליל, כי לתובע הבודד אין זה כלכלי להגיש תביעה כני"ל לבדו, וכי לא ייעשה כן. במקרה זה ברור אפוא, כי תובענה ייצוגית היא הדרך הנכונה והראויה ביותר להוציא את הצדק לאור, ולפצות את המעוניינים על הנזק שנגרם להם כתוצאה מהתנהגותו של הבנק (הנתבע), כפי שתוארה לעיל.

89. **תום לב** - התובענה מוגשת על ידי הנפגע הישיר ממעשיו ו/או ממחדליו של הבנק. מטרתו היחידה של המבקש (התובע) הינה השבת הכספים שנגבו ממנו שלא כדין בעקבות התנהגותו של הבנק, שקבע בהסכם ההלוואה תנאי מקפח של הצמדה חד כיוונית, אשר הביא להתעשרותו של הבנק שלא במשפט.

90. **המבקש (התובע) מייצג ומנהל בדרך הולמת את ענייני הקבוצה** - כאמור לעיל, המבקש נמנה עם הקבוצה, הוא נפגע ישירות מהתנהגות הבנק, ולכן ניתן לומר בפה מלא, כי "קיים יסוד סביר להניח" (בלשון החוק), ואף מעבר לכך, שהמבקש הוא הגורם שייצג וינהל את ענייני כלל חברי הקבוצה בצורה הטובה ביותר ובדרך הולמת.

91. **סעיף 8(א)(1) לחוק - נטל הוכחת עילות התביעה בשלב הבקשה לאישור התובענה כייצוגית**

א. חשוב לציין כבר בשלב זה, כי כל תכליתו של הדיון בשאלת נטל הראיה, בשלב זה של אישור התובענה כתובענה ייצוגית, הינה לסייע לבית המשפט באומדן סיכוייה של התביעה להתברר בסופו של יום לטובת הקבוצה, כנדרש בסעיף 8(א)(1) לחוק.

ב. במידה ויעלה בידינו לשכנע את בית המשפט הנכבד, כי קיים סיכוי סביר שהתובענה תתברר בסופו של יום לטובת התובע, תיסלל, כמעט במלואה, הדרך לאישור התובענה כתובענה ייצוגית. שכן, התובענה עומדת אף ביתר תנאי סעיף 8(א), כפי שפורט לעיל.

ג. על כן, נבקש להראות כי קיימת אפשרות סבירה שהשאלות המהותיות (העובדתיות והמשפטיות), כפי שהוצגו בהרחבה לאורך בקשה זו, יוכרעו בתובענה הייצוגית לטובת הקבוצה, כנדרש בסעיף 8(א)(1) הני"ל.

ד. ראשית יש לדעת, מהו נטל השכנוע המונח על כתפי התובע בתביעה ייצוגית, לשכנע את בית המשפט הדין בעניינו כי תביעתו עומדת בתנאי סעיף 8(א)(1)?

ה. לשון הסעיף נוקטת במילים: "ויש אפשרות סבירה". כבר מלשון הסעיף ברור, כי התובע אינו צריך להוכיח בוודאות את טענותיו העובדתיות והמשפטיות, אלא ברמת שכנוע פחותה בהרבה מזו.

ו. יפים לעניין זה דבריה של כב' השופטת ט. שטרסברג - כהן, בע"א 2967/95 מגן וקשת נ' טמפו תעשיות בע"מ, פ"ד נא(2) 312, אשר מתייחסים לסעיף 54 ב לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, הכולל גם הוא את הביטוי "אפשרות סבירה" לעניין הוכחת סיכויי התביעה. בנסותה לקבוע נוסחה ראויה למידת ההוכחה הנדרשת בשלב אישור התובענה כייצוגית מתוך סקירת הפסיקה הקיימת, מסכמת כב' השופטת וקובעת, כי:

"עוד עולה מאותם פסקי דין כי בשאלת מידת ההוכחה, לא מסתמנת בהם תשובה אחידה. יש מי שסובר כי על התובע לשכנע את בית המשפט בקיומם של סיכויים

טובים להצליח בתובענה; אחרים דרשו 'סיכויים סבירים'; ואחרים, 'מידת שכנוע גדולה מזו הדרושה למבקש סעד לצו ארעי'."

כב' השופטת שטרסברג-כהן מוסיפה באותו פסק דין, כי:

"אין להעמיד דרישות מחמירות מדי, לענין מידת השכנוע, משום שאלה עלולות להטיל על הצדדים ועל בית המשפט עומס יתר בבירור הנושא המקדמי, דבר העלול לגרום להתמשכות המשפט, לכפילות בהתדיינות ולרפיון ידיים של תובעים ייצוגיים פוטנציאליים. את כל אלה יש למנוע על ידי קריטריון מאוזן בנושא נטל ומידת ההוכחה הנדרשים מהתובע הייצוגי, שמצד אחד שלא יפטור אותו מחובת שכנוע ומצד שני לא יטיל עליו נטל כבד מדי."

- ז. ניתן ללמוד מעיקרון כללי זה, אותו התווה בית המשפט העליון ואשר מצא בהמשך את ביטויו בחוק התובענות הייצוגיות, כי אין להחמיר יתר על המידה עם התובע בשלב אישור תביעתו כייצוגית. אלא, על מידת ההוכחה להיות כזו שמחד, לא תפתור את התובע כליל בשלב מקדמי זה מהוכחת טענותיו (אשר כזכור עוד תדרושנה הוכחה משמעותית בהמשך הדרך), ומאידך, לא תטיל עליו נטל כבד מדי עד כדי רפיון ידיו, שכן בזאת נמצאנו מסכלים את כוונת המחוקק.
- ח. ההיגיון בעקרון זה הינו רב, שכן על ידי שימוש בעקרון זה, מונחה בית המשפט שלא לגדוע באיבו כל ניסיון לעשות שימוש בכלי האכיפה הפרטית היעיל ביותר, הוא התובענה הייצוגית. בייחוד נכון הדבר בתביעות ייצוגיות כדעסקינן, המוגשות בקשר לעניינים שבין לקוח לתאגיד בנקאי, שכן תובענות ייצוגיות כגון דא, הינן הכלי היעיל ביותר לאכוף על גופים פיננסיים אדירים כגון בנקים, שהינם בעלי השפעה מכרעת על חיי המסחר וחי הפרט, את הדרישה לאי ניצול כוחם לרעה כלפי היחיד הניצב מולם במצב של פערי כוחות עצומים.
- ט. העמדת דרישות סף מחמירות מדי בשלב מוקדם כל כך של הליך בירור התובענה, תסכל את מגמתו של המחוקק, המאפשרת שימוש נרחב יותר במכשיר התובענה הייצוגית, ואשר באה לידי ביטוי כאמור בחוק תובענות ייצוגיות שהתקבל זה לא מכבר. על פי מגמתו זו של המחוקק, כאמור, יש להקנות לציבור מכשיר פרטי, בעל משמעות אכיפה אמיתית ורצינית שיהיה בו כדי להגן על זכויותיהם אל מול בעלי הממון והשררה.
- י. בבואנו ליישם את העיקרון דלעיל בענייננו, דומה כי אין צורך בהחלה קיצונית שלו כלל וכלל. זאת מן הסיבה, כי כפי ששזור לאורך כל הבקשה הנ"ל, הטענות העובדתיות והמשפטיות שבענייננו מבוססות אף מעבר לנדרש בשלב זה, ומנוסחות באופן ברור ונהיר.
- יא. וזאת יש להדגיש, כי גם אם נחיל את מבחני הפסיקה השונים, שכאמור הינם בלתי אחידים, ונבחן לאורם את מידת הוכחת הטענות העובדתיות והמשפטיות בתובענה דנן, נמצא כי התובע (המבקש) הרים את נטל השכנוע אף לפי מבחנים אלה. זאת נעשה כאמור, לאור העיקרון הכללי שהוצג לעיל, בדבר אי הכבדת נטל השכנוע, בשלב מקדמי זה של אישור התובענה הייצוגית.
- יב. לא זאת אף זאת, דנן בעובדות פשוטות וברורות המדברות בעד עצמן; הבנק קבע במסגרת הסכם ההלוואה הצמדה חד כיוונית מקפחת בניגוד לדין, לפיה הוא גבה מהמבקש ומיתר חברי הקבוצה, החזר הלוואה חודשי לפי שער הבסיס (הגבוה) ולא לפי שער הדולר בעת החיוב (השער הנמוך יותר). בהתנהגותו זו גרם הבנק נזק ממון למבקש וליתר חברי הקבוצה, וזאת תוך כדי התעשרותו של הבנק שלא במשפט.

יג. לאור מוצקותן של הטענות המשפטיות והעובדתיות אותן הביא המבקש בבקשתו זו, כמו גם בתובענה שבכותרת, דומה כי אין כל ספק בכך שהורם נטל השכנוע הנדרש, אף לפי מבחני הפסיקה, ואף מעבר לכך. מידת ההוכחה בה הוכחו טענותיו של המבקש בתובענה שהגיש, ומידת חוזק טענותיו המשפטיות מצביעות, אפוא, על סיכוייה הטובים של התובענה, להתברר בסוף התהליך לטובת התובע והקבוצה המיוצגת על ידו.

92. בקשה זו נתמכת בתצהיר המבקש.

נוכח כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד לאשר כי התובענה בתיק שבכותרת תתברר בדרך של תובענה ייצוגית, בהתאם להוראות חוק התובענות הייצוגיות.

מן הדין ומן הצדק להיענות לבקשה.

דוד איזקסון, עו"ד

ענת ארז, עו"ד

ב"כ המבקש