

**המבקשים:**

1. מאיה סהר, ת.ז. 024076192

2. ליאור סהר, ת.ז. 025516378

שניהם מרחוב בן יהודה 26, נתניה

ע"י ב"כ עוה"ד יצחק אבירם (16689) ו/או נועם שכנר ואח'  
י. אבירם ושות', עורכי דין  
מבית עוז, רח' אבא הלל סילבר 14, רמת גן 52506  
טל': 03-6110505 פקס: 03-7522095

- נ ג ד -

**המשיבה:**

**הראל בית השקעות בע"מ**

מרח' יבנה 30, תל אביב 65792  
טל: 03-7108333 ; פקס' 03-7108346

**בקשה לאישור תובענה כייצוגית**

**לפי חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006**

המבקשים מתכבדים להגיש בזאת בקשה לאישורה של התובענה כתובענה ייצוגית לפי חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן, "חוק תובענות ייצוגיות" או "החוק").

הדיון בתובענה זו מתמקד בעוולות שביצעה המשיבה כלפי לקוחותיה, תוך גביית עמלות בניגוד לדין ובניגוד לחוזה בין הצדדים.

לבקשה ולכתב התביעה מצורף כרך נספחים המסומנים באותיות. ההדגשות בציטוטים השונים המופיעים בבקשה הוספו כולן, אלא אם נאמר אחרת.

ואלו נימוקי הבקשה:

## תוכן עניינים

3	..... חלק א' - מבוא
4	..... חלק ב' - המסגרת העובדתית לגבי המבקשים
4	..... 1.1. אודות המשיבה
4	..... 1.2. אודות המבקשים וחשבונותיהם
5	..... 1.3. העמלות שרשאית המשיבה לגבות בגין ניהול החשבון
6	..... 1.4. עמלת העברת כספים שנגבתה בחשבונות המבקשים
6	..... 1.5. עמלת העברת ניירות ערך שנגבתה בחשבונות המבקשים
7	..... 1.6. עמלות אחרות שגובה המשיבה (כדין)
7	..... 1.7. הפניות אל המשיבה ועמדתה
8	..... 1.8. פעולת הראל לעניין גביית עמלה נוספת
8	..... 1.9. סך נזקי המבקשים
9	..... חלק ג' - המסגרת המשפטית ועילות התביעה
9	..... 1.1. תמצית עילות התביעה
10	..... 1.2. עילות התביעה לפי חוק הייעוץ
10	..... 1.3. עילות התביעה לפי חוק הגנת הצרכן
11	..... 1.4. המרמה וההטעיה
12	..... 1.5. הפרת חוזה
12	..... 1.6. עוולת הגזל
13	..... 1.7. עיכוב נכס שלא כדין
13	..... 1.8. עשיית עושר ולא במשפט
14	..... חלק ד' - הבקשה לאשר את התובענה כייצוגית
14	..... 1.1. הנטל המוטל על התובע, קיומה של קבוצה, ושאלת הנזק
14	..... 1.1א) - מהו הנטל המוטל על התובע
15	..... 1.1ב) - קיומה של קבוצה
15	..... 1.1ג) - הערכת הנזק למבקשים ותחשיב הנזק לכלל הקבוצה
16	..... 1.2. התקיימות תנאי הסף לאישור התובענה כייצוגית
16	..... 1.1. תנאי 1 - קיומן של שאלות מהותיות משותפות של עובדה ומשפט
16	..... 1.2. (א) השאלות המשותפות
17	..... 1.3. (ב) סוגיית זהות הנזק
18	..... 1.4. (ג) אין צורך להידרש לנסיבות הפרטניות של כל הסכם
18	..... 1.5. תנאי 2 - תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת לניהול התביעה
19	..... 1.6. תנאי 3 - יסוד סביר להניח כי עניינם של חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת
19	..... 1.7. תנאי 4 - יסוד סביר להניח כי עניינם של חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב
19	..... 1.8. 3ד - לסיכום עניין אישור התובענה כייצוגית
20	..... חלק ה' - סעדים וסיכום

## חלק א' - מבוא

1. התובענה והבקשה מתמקדות בשתי עמלות שהמשיבה גובה שלא כדין ובניגוד להסכם, עמלות אשר לא בא זכרן בפרק העמלות אשר "טופס הפרטים" המפרט את העמלות או בכל מקום אחר:


א. עמלת העברה בסך 15 ש"ח: מדובר בעמלה שנגבית בגין העברת כסף מחשבון הלקוח בהראל לחשבון הבנק של הלקוח. לעמלה זו אין כל זכר במסמכים ובהסכם שנחתם בין הצדדים והיא מהווה גבייה פסולה ואסורה.

ב. עמלת העברת ניירות ערך בסך 19 ש"ח: מדובר בעמלה הנגבית כאשר לקוח מעביר ניירות ערך שלו מהחשבון בהראל לחשבון אחר. גם לעמלה זו אין כל זכר במסמכים ובהסכם שנחתם בין הצדדים והיא מהווה גבייה פסולה ואסורה.

2. למען הנוחות, מובא להלן דף "פרק העמלות" ב"טופס הפרטים" עליו חתמו התובעים והראל, באופן שרוק (מדובר בעמוד 2 "טופס הפרטים" של **נספח ב** ושל-**נספח ג** שיצורפו להלן):

הראל בית השקעות בע"מ

- 2 -



עמלות (בהתאם לטעיף 13 לחסכם)  
כולן

סוג העמלה	שיעור	מינימום	מקסימום	הערות
דמי שמירה	%	ש"ח	ש"ח	משווי נייע הכלולים בחיק לרבוען החיוב יהיה מדי חודש
המרת מסיח	פרומיל			נתון לשינוי תעריפים בבנק

בפעילות פיננסית בישראל


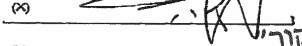
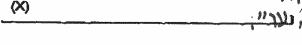
סוג העמלה	שיעור	מינימום	מקסימום	הערות
פעולה במניות, מייע המירום, אביח קובצני וכי בישראל	%	ש"ח	ש"ח	משווי כל פעולה
פעולות באביח מסעלתי ישראל	%	ש"ח	ש"ח	משווי כל פעולה
פעולה במקימ	%	ש"ח	ש"ח	משווי כל פעולה
פעולות באופציות טעוץ		ש"ח	ש"ח	כל אופציה

בפעילות פיננסית בחו"ל

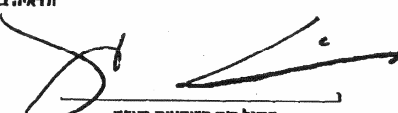
סוג העמלה	שיעור	מינימום	מקסימום	הערות
פעולה בנייע פיננסים הנסחרים בבורסת ארה"ב	%	\$ 12	\$	משווי כל פעולה \$ ארה"ב
פעולה בנייע פיננסים הנסחרים בבורסת אירופה	%	60 זירו		במטבע העסקה
עמלת סוכן/ברוקר בארה"ב		\$ 3	\$ 3	מינימום לעסקה \$20 כפוף לשינוי עמלת ברוקר
פעולה באופציות בארה"ב	%	\$ 35	\$ 8	לכל אופציה \$ ארה"ב

הערות: חיובים ודוכיים מספים

ולאיה באו הנכדים על החתום:  
הלקוח:

1.  2.  3. 

"נאמן למקור" איילנית חסיקופס, נעו"מ.ר. 25136

  
הראל בית השקעות בע"מ

3. כפי העולה מההסכם בין הצדדים, אין לעמלה זו זכר ואין לה רמז.
4. תביעה זו חושפת את הצד הנסתר של ניהול תיקי השקעות אצל הראל בית השקעות בע"מ, המשיבה (להלן גם, "הראל"). צד נסתר זה, שאינו ידוע ללקוחות המשיבה, מאפשר למשיבה להתעשר על חשבון לקוחותיה, בלא ידיעתם ובלא הסכמתם, תוך חיוב הלקוחות בחיובי יתר.
5. שתי העמלות בהן עוסקת תובענה זו נגבו שלא כדין, וללא הסכמה.
6. חברי הקבוצה בעניינה מוגשת תובענה ייצוגית זו (להלן, "הלקוחות") הינם אלפי לקוחות בעלי חשבונות השקעות אצל המשיבה. **סך הנזק המשוער שגרמה המשיבה לאלפי לקוחותיה עומד בהערכה ראשונית, על כ- 5 מיליון ש"ח.**
7. לפיכך יתבקש בית המשפט, להורות על אישור התובענה כייצוגית, להורות על השבה של הכספים שנגבו מהלקוחות שלא כדין, וליתן סעדים נוספים שיפורטו להלן.

## **חלק ב' - המסגרת העובדתית לגבי המבקשים**

### **1.1. אודות המשיבה**

8. המשיבה הינה חברה בקבוצת הראל, אחת מן הקבוצות הפיננסיות המכובדות והוותיקות בישראל.
9. ככל שידוע למבקשים, בהראל מנוהלים מעל 13,000 חשבונות השקעות בניהול עצמי וכן אלפי תיקים בניהול ע"י מנהל תיקים.
10. תביעה זו עניינה הן בניהול התיקים העצמי והן בניהול ע"י מנהל תיקים שכן העמלה רלבנטית לכל הלקוחות בלא כל קשר לדרך ניהול התיק.

### **2.2. אודות המבקשים וחשבונותיהם**

11. המבקשים הינם בני זוג. המבקש 2 ניהל שני חשבונות אצל המשיבה: חשבון מס' 81758 וחשבון מס' 81449. בחשבון 81758 הבעלות הינה של שני המבקשים.
12. המשיבה הינה בית השקעות המפעיל מסגרת לניהול תיקי השקעות בניהול עצמי וניהול ע"י מנהל תיקים.
13. כל לקוח המעוניין לנהל חשבון אצל המשיבה מתבקש לחתום על נוסח הסכם שהוא חוזה אחיד לכל המצטרפים.

#### **נספח א < מצ"ב העתק החוזה הסטנדרטי, כשהוא ריק**

14. המבקש 2 הוחתם על קובץ המסמכים, הכולל את המסמכים הבאים המצורפים לתביעה זו: "טופס פרטים" ל"תיק השקעות בניהול עצמי" הכולל טבלת עמלות (להלן, "טופס פרטים" ו-"פרק עמלות"); "הסכם ותנאים לפתיחה ולניהול עצמי של תיק השקעות בניירות ערך ונכסים פיננסיים" (להלן, "ההסכם"); "כתב הרשאה לייפוי כוח בלתי חוזר"; "כתב משכון"; "טופס הצהרה על נהנה ועל בעל שליטה"; טופס 8BEN – W; אישור זיהוי פנים אל פנים; לוח חשבונות בנק של הראל בית השקעות בבנקים שונים; שאילתת מרשם אוכלוסין; הסכמה למתן הוראות בטלפון; נספח ת.ז.; הוראות באמצעות האינטרנט לביצוע פעולות וניהול חשבון ניירות ערך;

#### **נספח ב < מצ"ב העתק ההסכם והמסמכים לגבי חשבון 81758**

#### **נספח ג < מצ"ב העתק ההסכם והמסמכים לגבי חשבון 81449**

### ב3. העמלות שרשאית המשיבה לגבות בגין ניהול החשבון

15. סעיף 12 להסכם בין הצדדים קובע את העמלות וטובות ההנאה שרשאית המשיבה לגבות בחשבון. נביא להלן את הסעיף במלואו:

**"12. עמלות וטובות הנאה.**

**א. בתמורה לשירותי הבורסה ושירותי יעוץ להשקעות, שהראל תספק ללקוח עפ"י הסכם זה, תהא הראל זכאית לקבל מהלקוח, באמצעות חיוב תיק ההשקעות, שכר וטובות הנאה בשעורים המפורטים בטופס הפרטים, כדלהלן:**

**1. עמלות בגין ביצוע פעולות קניה ומכירה של ניירות ערך מכל הסוגים, לרבות בגין פעילות באופציות וחוזים עתידיים, ניירות ערך חוץ וניירות ערך הנרכשים במסגרת הנפקה, מימוש/המרת ניירות ערך המירים וכו' (להלן: "עמלות ביצוע"). עמלות אלו יחויבו בתיק ההשקעות יחד עם ביצוע הפעולות.**

**2. דמי משמרת או רישום.**

**3. כל פעולה אחרת, המפורטת בפרק "עמלות" בטופס הפרטים, כאמור.**

**ב. הראל תהיה זכאית לכל עמלה אחרת בגין ביצוע פעולה בתיק ההשקעות, אשר איננה נהוגה כיום, ותהיה נהוגה או מקובלת במועד עתידי כלשהו, ובלבד שהלקוח יאשר את גבית העמלה ואת שיעורה, בכתב ומראש.**

**ג. הראל תהיה רשאית לשנות מעת לעת את שיעורה של כל עמלה מהעמלות המפורטות בטופס הפרטים, ובלבד שתמסור על כך הודעה בכתב ללקוח לפחות 14 ימים מראש.**

"...

16. לאמור, לפי ההסכמה החוזית של הראל עם לקוחותיה, היא יכולה לגבות מהם עמלות בגין שירותים באחת משתי האפשרויות הבאות:

א. אם העמלה "מפורטת בפרק "עמלות" בטופס הפרטים" – לפי ס' 12(א) להסכם.

ב. אם העמלה אינה מפורטת בפרק העמלות, אזי " - ובלבד שהלקוח יאשר את גבית העמלה ואת שיעורה, בכתב ומראש" – לפי ס' 12(ב) להסכם.

נבחן להלן את שתי החלופות הללו בענייננו.

17. העמלות לגבי העברות אינן מצוינות בגין פעולת אחרת ואינן מפורטות בפרק "עמלות" ב"טופס הפרטים". הדברים בולטים בעמודים הראשונים של **נספח ב** ו-**נספח ג**, שהם ההסכמים עליהם חתמו המבקשים. העמוד הרלוונטי נסרק לתוך מסמך זה בעמ' 3 לעיל.

18. העמלות שסוכם בן הצדדים ושיעורם הם אלו (הנתונים להלן הם מתוך ההסכם לחשבון 81758):

א. "דמי שמירה = % X" (היינו, אפס אחוז).

ב. "המרת מט"ח = 1 פרומיל";

ג. "פעולה במניות, ני"ע המירים, אג"ח קונצרני וכו' בישראל = 0.11%";

ד. "פעולה באג"ח ממשלתי ישראל" + 0.1%";

ה. "פעולה במק"מ = 0.1%";

ו. "פעולה באופציות מעו"ף = 3.5 ש"ח";

ז. "פעולה בני"ע הנסחרים בבורסת ארה"ב = 0.12%, מינימום \$12";

ח. "פעולה בני"ע הנסחרים בבורסת אירופה = 0.3%, מינימום 60 יורו".

ט. "עמלת סוכן / ברוקר בארה"ב = מינימום 3 סנט למניה".

י. "פעולה באופציות בארה"ב" = \$8

19. כפי העולה מהפירוט האמור, בפרק העמלות ב"טופס הפרטים" שנסרק אל תוך מסמך זה בחלק א' לעיל (ר' עמ' 3 לעיל), אין מוזכרות עמלת העברת מזומן או עמלת העברת ניירות ערך.

20. לעומת זאת, קיימת רובריקה מתאימה המכונה "הערות: חיובים וזיכויים נוספים" בה רשאת הייתה המשיבה לכלול עמלות שאינן מפורטות בדף הסטנדרטי.

21. כאמור, המשיבה לא עשתה כן.

22. לפיכך ובהתאם לפירוט זה, אין היא זכאית לגבות את העמלות האמורות.

23. גם החלופה השנייה לגביית העמלות האמורות אינה מתקיימת: המשיבה לא החתימה את המבקשים על הסכמה מראש ובכתב לגביית עמלת העברת ניירות ערך או עמלת העברת כספים לחשבון אחר.

#### **4. עמלת העברת כספים שנגבתה בחשבונות המבקשים**

24. לאחרונה התברר למבקש 2 כי בחשבונותיו נגבו עמלות בלא כל היתר ובלא כל הסכמה ובניגוד לאמור בהסכם. מעיון בדפי החשבון התברר לו כי נגבו בחשבונות עמלה בסך 15 ש"ח בגין כל העברה של כספים לבנק. מדובר במשיכת חלק מהכספים והעברתם לחשבון אחר של המבקשים.

**נספח ד < מצ"ב דו"ח תנועות מזומן בגין שנת 2006 בחשבון 81449.**

**נספח ה < מצ"ב דו"ח תנועות מזומן בגין שנת 2007 בחשבון 81449.**

**נספח ו < מצ"ב דו"ח תנועות מזומן בגין שנת 2006 בחשבון 81758.**

**נספח ז < מצ"ב דו"ח תנועות מזומן בגין שנת 2007 בחשבון 81758.**

25. מדפי החשבון עולה כי בחשבון 81449 נגבתה 5 פעמים "עמלת העברה" בסך 15 ש"ח, ובסך הכל 75 ש"ח.

26. מדפי החשבון עולה כי בחשבון 81758 נגבתה 8 פעמים "עמלת העברה" בסך 15 ש"ח ובסך הכל 120 ש"ח.

#### **5. עמלת העברת ניירות ערך שנגבתה בחשבונות המבקשים**

27. נקדים במעט את המאוחר ונספר כי לאחר שהתברר למבקש 2 כי ניגבת ממנו עמלה שלא כדין בחשבונותיו הוא פנה אל נציגי המשיבה והלין על כך.

28. במסגרת הפעולות לסגירת החשבון, התברר למבקש 2 כי נגבית בחשבון עמלה נוספת, גם היא שלא כדין, בלא כל היתר ובלא כל הסכמה ובניגוד לאמור בהסכם.

29. מעיון בדף החשבון האחרון התברר לו - בדיעבד כמובן - כי נגבתה בחשבונות עמלה בסך 19 ש"ח בגין כל העברה של ניירות ערך, ובסה"כ 5 פעמים. הרישום בדף החשבון מגלה כי בתיאור הפעולה את המילה "משיכה". מדובר בגבייה המסתכמת ב- 95 ש"ח (בנוסף, חויבו המבקשים פעם נוספת ב"עמלת העברה" בסך 15 ש"ח).

**נספח ח < מצ"ב דו"ח תנועות מזומן בגין חודש יולי 2007 בחשבון 81758.**

## **6ב. עמלות אחרות שגובה המשיבה (כדין)**

30. להשלמת התמונה יוסיפו המבקשים כי המשיבה גובה עמלות רבות בחשבון, אך עמלות אלו (מעבר לעמלות שנדרשת השבתן כאן) הינן כדין ובהתאם לחוזה בין הצדדים.
31. מצורף לעיון בית המשפט דו"ח מפורט של התנועות בחשבון בגין חודש מאי 2007 ממנו עולה פירוט של כמאתיים פעמים בהם נגבו עמלות בשיעור של בין 3 ש"ח ל- 30 ש"ח לכל פעולה.

**נספח ט < מצ"ב דו"ח מפורט של הפעולות בתיק ההשקעות לחודש מאי 2007 בחשבון 81758**

- גבייה מוסכמת זו של עמלות אחרות ממחישה עד כמה הגבייה של שתי העמלות בהן עוסקת תובענה זו היא חריגה, בלתי-מוסכמת ובלתי מוסברת.
32. אגב, מעבר לעובדה שמדובר בעמלות שלא הוסכמו ושמעולם ולא סופר עליהן, הרי מדובר בעמלות גבוהות ומוגזמות לאור העובדה כי הראל הינה גוף פיננסי ענק, המבצע עשרות אלפי פעולות בנקאיות פשוטות כגון אלו בכל חודש.
33. בהקשר זה מופנה בית המשפט הנכבד לעמוד 19 בהסכם, שהוא רשימה של החשבונות של הראל בכל בנק. לאמור, הראל יכולה להעביר את הכספים החוצה אל הלקוח מכל בנק, ועל כן היא יכולה לבצע את הפעולה בעמלה זניחה ונמוכה משמעותית.
34. אכן, המשיבה הינה גוף עסקי וככזה מטרתה להשיא רווחים. לכן היא גובה עמלות ומותר לה לגבות עמלות. אך גבייה זו יכולה להיות רק בהתאם למוסכם בין הצדדים ואין היא רשאית לגבות כל עמלה אשר אינה מוסכמת בין הצדדים, ואין זה משנה מדוע.

## **7ב. הפניות אל המשיבה ועמדתה**

35. כפי שראינו לעיל, אין זכר לשתי העמלות האמורות בפרק העמלות אשר ב"טופס הפרטים", אין להם זכר בהסכם גופו, וממילא שגם לא ניתנה לגבייתם הסכמה "מראש ובכתב". למרות האמור, החליטה המשיבה לגבות את העמלות האמורות ע"י ביצוע חיוב תיק ההשקעות לפי החלטה שלה בלבד, ולא ניתנה על כך כל הודעה נפרדת ללקוח. חמור מכל, לא התבקשה ולא התקבלה כל הסכמה בעניין זה.
36. נדגיש, העובדה שהמשיבה גובה עמלות שלא מצוינות בהסכם ושלא ניתנה עליהם הסכמה מפורשת הינה חמורה פי כמה, היות והמשיבה גובה את העמלה האסורה "באמצעות חיוב תיק ההשקעות", בצורה אוטומטית וללא קבלת הסכמה של הלקוח.
37. נציין שוב כי הראל רשאית לגבות עמלות נוספות, אך לשם כך עליה לעמוד בדרישות שהיא עצמה קובעת בהסכם שהיא מחתימה את לקוחותיה. כפי המצוין בסעיף 12(ב) להסכם, הראל-המשיבה, תהיה זכאית לכל עמלה אחרת בגין ביצוע פעולה בתיק ההשקעות, אשר איננה נהוגה כיום, ותהיה נהוגה או מקובלת במועד עתידי כלשהו, ובלבד שהלקוח יאשר את גבית העמלה ואת שיעורה, בכתב ומראש.
38. לאחר שהתברר למבקש 2 כי ניגבית עמלה שלא כדין בחשבונותיו הוא פנה אל נציגי המשיבה והלין על כך. התקיימה שיחה טלפונית עם נציג שירות לקוחות וטענותיו של המבקש 2 נדחו על המקום, תוך שנציג שירות הלקוחות מסביר למבקש 2 כי כל לקוחות הראל מחוייבים בעמלה זו והראל אינה צריכה להחתיים את המבקש 2 על הסכמה לכך היות ומדובר ב"עמלה מתבקשת".
39. לאחר מכן, פנה המבקש 2 במכתב מיום 12.7.2007 אל המשיבה, בו דרש זיכוי של כל העמלות.

**נספח י < מצ"ב העתק מכתב התלונה מיום 12/7/2007**

40. לאחר המכתב התקיימה שיחה עם מנהלת שירות לקוחות, טלי, ובה נמסר למבקש 2 כי בהנחיית המשנה למנכ"ל מר דני גונן אליו הועבר המכתב, התבקשה אותה טלי למסור לו כי "כשמעבירים מחשבון עו"ש לבנק, הבנק גובה מאיתנו עמלה והראל גובה מהלקוח". המבקש 2 שאל מדוע לא מופיעה העמלה בהסכם עליו חתם נענה כי "זו עמלה מתבקשת" (הנוסח הוא מזכרון בלבד, כפי שהוא מופיע בתצהירו של המבקש 2).

41. בכל הכבוד מדובר בתשובה סתמית. אין המשיבה יכולה לדרוש עמלה שלא הוסכמה ואין זה משנה מה הסיבה לרבות שאין זה משנה כי כביכול הבנק גובה מהמשיבה עמלה.

42. מדובר בעניין ידוע ורגיל שהמשיבה יכולה היתה לצפותו. דווקא אם אין מדובר בפעולה ייחודית ויוצאת דופן הייתה חייבת המשיבה להיערך מראש ואם ברצונה לדרוש את העמלה האמורה היה עליה להודיע על כך ללקוחות ולקבל הסכמות מתאימות, בעת פתיחת החשבון או לאחר מכן. היא לא עשתה כן ולכן אינה רשאית ואינה זכאית לגבות את העמלה.

## **8.2. פעולת הראל לעניין גביית עמלה נוספת**

43. בהודעה שהוציאה הראל בתחילת חודש יוני (ללא תאריך) הודיעה ללקוחות כי בכוונתה לגבות "עמלת טיפול חשבון" מדי חודש, בסך 30 ש"ח.

### **נספח יא < מצ"ב העתק ההודעה מחודש יוני 2007**

44. כזכור, בהתאם להסכם בין הצדדים עליה להודיע להם ולקבל אישורם מראש ובכתב על כל עמלה חדשה שברצונה לגבות. היינו, אין די רק ב"הודעה" כמו זו ששיגרה המשיבה בחודש יוני 2007 לגבי אותה "עמלת טיפול חשבון" בסך 30 ש"ח, אלא היה עליה לבקש ולקבל מראש הסכמה בכתב של הלקוחות לגביית עמלה זו.

45. בכל מקרה, גם בהודעה זו בולט העדר פירוט בדבר עמלת העברת כספים מהחשבון. הראל מציינת במפורש כי "משיכת כספים מחשבון לקוח תתאפשר באמצעות העברה בנקאית בלבד לחשבון הבנק שאת פרטיו מסר הלקוח במועד פתיחת החשבון". גם פה לא טרחה הראל לציין כי בכוונתה לגבות עמלה בגין העברה זו!

46. משמעות הדברים היא שלגבי העמלות נשוא הדיון כאן, הראל לא עמדה אפילו בסטנדרט הגילוי (הנמוך והבלתי-מספק) בו היא נוקטת לגבי עמלות חדשות שהיא מציגה.

## **9.2. סך נזקי המבקשים**

47. כעולה מן הפירוט בסעיפים 25, 26 ו-29 לעיל עולה (על סמך דפי החשבון) כי המבקשים שילמו סך של 210 ש"ח בגין "עמלת העברה".

48. כעולה מן הפירוט בסעיף 29 לעיל (על סמך דפי החשבון) עולה כי המבקשים שילמו סך של 95 ש"ח בגין עמלת ניירות ערך שלא כדין.

49. **הסך הכולל של העלות שגבתה המשיבה מהמבקשים שלא כדין מסתכם ב- 305 ש"ח.**

50. המבקשים טוענים כי על המשיבה לפצות את המבקשים ולהשיב להם את מלוא העמלות שנגבו שלא כדין. בנוסף טוענים המבקשים כי על המשיבה לפצות את כל לקוחותיה ולהשיב לכולם את מלוא העמלות שנגבו שלא כדין.



## חלק ג' - המסגרת המשפטית ועילות התביעה

51. חוק תובענות ייצוגיות קובע כמטרה ראשונית לאפשר ניהול תביעות ייצוגיות כבמקרה זה תחת מסגרת יעילה. כך קובע סעיף 1 לחוק:

**"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."

52. כפי שנראה להלן התאמתה של תביעה זו לניהול כתביעה ייצוגית בולטת וברורה.

### ג.1. תמצית עילות התביעה

53. סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות, המגדיר את הנושאים והעילות בהן ניתן להגיש תובענות ייצוגיות, מפנה לתוספת השנייה לחוק, בה נקבע כי ניתן להגיש תובענה זו כייצוגית בהיותה **"תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו"**. כלומר, לפי חוק תובענות ייצוגיות, ניתן להגיש תובענה עוסק בגין כל עילה.

54. בס' 2 להסכם (ר' עמ' 4 בנספחים א', ב' ו-ג') מצהירה הראל כך: **"הראל הינה חברה העוסקת בין היתר במתן שירותי בורסה, ניהול תיקי השקעות ומתן ייעוץ להשקעות"**. לאור הצהרה ברורה זו, לא תישמע כל טענה של הראל כי אינה בבחינת "עוסק".

55. המבקשים יטענו כי הראל עוולה כלפיהם מספר עוולות צרכניות שיפורטו להלן, לפי חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981 (להלן, "חוק הגנת הצרכן").

56. נוסף על האמור יטענו המבקשים כי יש להחיל על המשיבה המנהלת חשבונות שהם כדין חשבונות בנק הוראות מחוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א - 1981, ולפיהם אין ניתן לחייב את הלקוח בגין עמלה שלא גולתה ללקוח מראש ובכתב (בדיוק, אגב כפי שקובע ההסכם בין הצדדים!).

57. כאמור, מעבר לעוולות הצרכניות הללו, החוק החדש הסיר את כבלי הפלדה מרגלי המבקשים הייצוגיים, ופתח את טרקלין התובענות הייצוגיות לכל מגוון העילות המתעוררות ביחסים שבין עוסק וצרכן, ולא רק לעילות שהיו נקובות בחיקוק הספציפי מכוחו הוגשו התובענה והבקשה לאישור. לעניין זה ר' ע"א 959/06 רחמן-נוני נ' בנק לאומי לישראל. המבקשים יטענו כדלקמן:

א. המשיבה רימתה והטעתה את המבקשים ויתר הלקוחות לגבי העמלות המחויבות בחשבון כאשר חייבה בגין עמלות שלא תיארה ולא סיפרה עליהן ולא ביקשה את הסכמת הלקוח להן.

ב. המשיבה הפרה את הוראות חוק הייעוץ.

ג. המשיבה הציגה מצגי שווא לגבי תוכן הסכם ניהולה החשבון.

ד. המשיבה הפרה את החוזה בין הצדדים, שהוא חוזה אחיד וסטנדרטי שהיא קובעת את תוכנו, בכך שגבתה עמלות שאינן מתוארות בחוזה למרות התחייבותה בסעיף 2 שלא לגבות עמלות כאמור מעבר לעמלות שפורטו בהסכם בין הצדדים או שהתקבל עליהן אישור מראש ובכתב.

- ה. המשיבה פעלה ופועלת בתרמית כלפי המבקשים ויתר הלקוחות בכך שהיא גובה עמלה לפי רצונה ובלא הסכמת הלקוח תוך ניצול שליטתה בחשבון הלקוח.
- ו. המשיבה עשתה ועושה עושר ולא במשפט בכך שהיא גובה עמלה לפי רצונה ובלא הסכמת הלקוח תוך ניצול שליטתה בחשבון הלקוח.
58. בפרקים הבאים נרחיב מעט יותר על מספר עילות התביעה לפי דיני הצרכנות ולפי הדין הכללי הטעונות הרחבה.

## ג2. עילות התביעה לפי חוק הייעוץ

59. בס' 2 להסכם (ר' עמ' 4 בנספחים א', ב' ו-ג') מצהירה הראל כך: **"הראל הינה חברה העוסקת בין היתר במתן שירותי בורסה, ניהול תיקי השקעות ומתן ייעוץ להשקעות"**. לאור זאת ולאור הדין, חל חוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות, תשנ"ה – 1995 (להלן, "חוק הייעוץ") על המשיבה ועל חוזה ההתקשרות.
60. בהתאם להוראות סעיף 13 (ב)(3) לחוק הסדר הייעוץ חובה על בעל הרשיון, המשיבה, לערוך הסכם בכתב עם העתק ללקוח, קודם לתחילת מתן השירות ובו יפורטו "שכר והחזר הוצאות שיחויב בהם הלקוח ודרך חישובם". כך קובע הסעיף:

**"13. הסכם בכתב**  
**(א) בעל רשיון יערוך הסכם בכתב עם לקוח וימסור לו העתק ממנו, קודם לתחילת מתן השירות.**  
**(ב) ההסכם יכלול את הנושאים הדרושים לצורך ההתקשרות ובכלל זה את הנושאים הבאים:**  
**(1) ...**  
**(3) שכר והחזר הוצאות שיחוייב בהם הלקוח ודרך חישובם;"**

61. בנסיבות לפנינו בהן לא כולל ההסכם את העמלות המדוברות בתביעה זו, ברור כי לא התקיים התנאי של הסכם בכתב ולכן לא יכולה המשיבה לגבות את העמלה האמורה.
62. עוולה נוספת שעוולה הראל כלפי המבקשים ושאר לקוחותיה נוגעת ל"תמריץ" שהיא מקבלת במסגרת הפעולה (משיכת המזומנים או העברה המניית).

א. סעיף 17 לחוק הייעוץ קובע כי **"(א) בעל רשיון, או אחר מטעמו או בעבורו, לא יקבל טובת הנאה, במישרין או בעקיפין, בקשר עם ייעוץ השקעות, שיווק השקעות, ביצוע עסקה או הימנעות מביצוע עסקה, זולת שכר והחזר הוצאות מהלקוח כפי שנקבעו בהסכם לפי סעיף 13 (ב)(3)."**

- ב. המבקשים יטענו כי סעיף זה גודר ומגביל באופן ברור את טובות הנאה שיכולה הראל לקבל **"בקשר עם ביצוע עסקה"**, ל"שכר והחזר הוצאות" מוסכמים בכתב.
- ג. המבקשים יטענו כי כל אגורה שגבתה הראל במסגרת ביצוע הפעולות נשוא ענייננו מהווה "טובת הנאה" של הראל, אותה היה עליה לפרט "בהסכם לפי סעיף 13(ב)(3)". משלא עשתה כן, הראל מנועה מלקבל את טובת הנאה, היינו את כספי העמלה.

## ג3. עילות התביעה לפי חוק הגנת הצרכן

63. בנוסף, עוולה המשיבה כלפי המבקשים עוולות אלו לפי חוק הגנת הצרכן.
64. סעיף 2(א) **רישא** לחוק הגנת הצרכן מתנה כי "לא יעשה עוסק דבר - במעשה או במחדל, בכתב או בעל פה או בכל דרך אחרת - העלול להטעות צרכן בכל ענין מהותי בעסקה (להלן - הטעיה)". אין

ספק כי המחיר של שירות, ועצם העובדה כי נגבה מחיר עבור השירות, היא "עניין מהותי". המשיבה הטעתה את המבקשים לגבי המחיר שייגבה בגין השירות, בכך שלא גילתה כי תיגבה בגין השירות עמלה נוספת שלא פורסמה ושלא הוסכמה בין הצדדים.

65. **בנוסף, המשיבה ביצעה הטעיה לגבי השימוש שניתן לעשות בנכס או השירות, או התועלת שניתן להפיק מהם, בניגוד לסעיף 2(4) לחוק הגנת הצרכן, בכך שלא גילתה כי השירות כולל עמלה נוספת שלא פורסמה. עלות השירות משליכה במישרין על התועלת של הלקוח. פירוט נוסף באשר ליסודות של הטעיה זו יפורט לעניין עוולת המרמה, להלן;**

66. **בנוסף, ביצעה המשיבה הטעיה לגבי "המחיר הרגיל או המקובל או המחיר שנדרש בעבר", בניגוד לסעיף 2(13) לחוק בכך שלא גילתה כי השימוש שניתן לעשות בשירות כולל עמלה נוספת שלא פורסמה. "המחיר הרגיל" של השירות בגינו גבתה המשיבה כסף הוא **אפס**, משום שכך סיכמו הצדדים. פירוט נוסף באשר ליסודות של הטעיה זו יפורט לעניין עוולת המרמה, להלן;**

#### **ג. המרמה וההטעיה**

67. סעיף 56 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש) תשכ"ח-1968 (להלן, "פקודת הנזיקין") קובע כך:

##### **"56. תרמית**

*תרמית היא הצג כוזב של עובדה בידיעה שהיא כוזבת או באין אמונה באמיתותה או מתוך קלות-ראש, כשלא איכפת למציג אם אמת היא או כוזב, ובכוונה שהמוטעה על ידי ההיצג יפעל על פיו; אולם אין להגיש תובענה על היצג כאמור, אלא אם היה מכוון להטעות את התובע, אף הטעה אותו, והתובע פעל על פיו וסבל על ידי כך נזק-ממון."*

68. לא יכול להיות חולק כי המשיבה ידעה כי ההיצג שלה בדבר כך שאין נגבית עמלה בגין פעולה כלשהי שאינה מנויה ב"טופס הפרטים" – אלא אם ניתנה הסכמה "בכתב ומראש", הינה דרישה כוזבת, או שלכל הפחות, המשיבה הקלה ראש מתוך חוסר איכפתיות אם מצג זה הוא אמיתי או לא.

לא יכול להיות חולק כי המבקשים, כמו גם אלפי בעלי חשבונות אחרים, הסתמכו על מצג זה וסבלו בשל כך נזק ממון.

69. המבקשים יטענו כי המשיבה רימתה והטעתה אותם ואת שאר הלקוחות במספר מקומות על ציר הזמנים:

א. בשלב הטרם-חוזי, רימתה והטעתה המשיבה את הלקוחות בעניין תנאי ההסכם והעמלות שייגבו.

ב. גם בשלב של קיום החוזה, היינו של ביצוע הפעולות עצמן, רימתה והטעתה המשיבה את הלקוחות בעניין תנאי ההסכם והעמלות שייגבו.

ג. עוסק חייב לגלות לצרכן את החיובים שייגבה בגין השירות או הנכס מראש. **הגילוי והסכמת הלקוח הם המקנים לעוסק את הזכות לגבות את התשלום בגין השירות** כפי שהוא נקבע בין הצדדים.

ד. ומהכלל אל הפרט: המשיבה לא גילתה ללקוחות את כוונתה לגבות עמלות נוספות לא ידועות ולא מוסכמות.

(1) המשמעות הנובעת מכך הינה שלעוסק אסור לגבות את העמלה האמורה.

(2) ללא הגילוי וללא הסכמה בכתב בהסכם, אין הסכמה אמיתית בין הצדדים לגביית התשלום בגין השירות.

70. עוד יצויין כי התרמית של המשיבה הינה עוולה מתמשכת, ולא בוצעה רק בעת החיוב. כל עוד המשיבה אינה פונה לכל לקוחותיה ששילמו עמלות שלא כדין, ומגלה להם כי גבתה מהם תשלום שלא על פי ההסכם, הרי שהיא מבצעת תרמית על דרך המחדל. ועל כן, העוולה מתבצעת על ידי המשיבה כל יום מחדש.

71. כל שנאמר בפרק זה רלוונטי גם לעניין עוולות ההטעיה ואי-הגילוי לפי חוק הגנת הצרכן שצוינו לעיל.

## 51. הפרת חוזה

72. המבקשים זכאים להשבה בגין הפרת החוזה היות ונגבו מהם תשלומים שלא הוסכמו בין הצדדים.

73. המבקשים יטענו כי המשיבה הפרה את הסכם ההתקשרות עימם בכל אחת מן הפעמים שגבתה את העמלות דנן ללא הסכמתם, ולכן, כצד הנפגע בחוזה, הם זכאים לפיצויים בעד הנזק שנגרם להם עקב ההפרה ותוצאותיה, ושהמפר ראה אותו או שהיה עליו לראותו מראש, בעת כריתת החוזה, כתוצאה מסתברת של ההפרה.

74. אין כל ספק כי על המשיבה "היה לראות מראש" מצב בו היא פוגעת בזכויות הלקוחות ומפרה את החוזה ו/או מחייבת את הלקוחות בחיוב עודף. זו הרי הסיבה להעלות את העמלות בטבלה מסודרת עליה יחתום הלקוח. לפיכך, זכאים המבקשים ויתר הלקוחות לפיצוי בגין הפרת החוזה.

75. יתר על כן, המבקשים יטענו כי המשיבה נהגה כלפיהם בחוסר תום לב, גם לפני שהתקשרו בהסכם בכך שלא גילתה להם דבר העמלה האמורה.

76. לכן, זכאים המבקשים ושאר הלקוחות לפיצוי ולהשבה של העמלות שנגבו.

## 61. עוולת הגזל

77. עצם ביצוע הגבייה האסורה על-פי ההסכם, כמו גם על פי הדין, מהווה גזל, לפי פקודת הנויקין. הסעיפים הרלוונטיים קובעים כך:

### "52. גזל

גזל הוא כשהנתבע מעביר שלא-כדין לשימוש עצמו מיטלטלין שהזכות להחזיקם היא לתובע, על ידי שהנתבע לוקח אותם, מעכב אותם, משמיד אותם, מוסר אותם לאדם שלישי או שולל אותם מן התובע בדרך אחרת.

### 55. החזרת הגזלה

בתובענה שהוגשה על גזל רשאי בית המשפט, לפי הנסיבות, לצוות על החזרת הגזלה, בנוסף על כל תרופה אחרת שנקבעה בפקודה זו או במקומה של תרופה כאמור. "

78. עצם גביית עמלה ללא הסכמה של הלקוח, ובניגוד למצגים והתחייבויות, היא בבחינת "העברה" של כספים "שהזכות להחזיקם היא לתובע".

79. אין חולק כי גזלן מחויב להשיב את הגזילה לידי הנגזל. זאת יש להורות, בייחוד כאשר, במצבנו אנו, מדובר בגבייה ללא כל אישור מתאים ועל דרך חיוב עצמי של החשבון שבשליטת המשיבה.

80. זאת ועוד; קריאה של לשון החוק מלמדת את הברור מאליו: **גזל הינה עוולה מתמשכת**. הזכות לתבוע בגין הגזל קיימת ועומדת כל עוד הנתבע "מעכב" את המטלטלין או "שולל אותם מן התובע בדרך אחרת". כלומר, הזכות לתבוע קיימת בכל רגע מחדש ונולדת בכל רגע מחדש, כל עוד הגזל מעוכב על ידי הנתבעות.

כלומר, הגזל קיים בשתי נקודות על ציר הזמן: גם בעת שהמשיבה "לקחה" את העמלה; וכל עוד המשיבה לא מחזירה לכל לקוחותיה את העמלה, ביודעה כי היא גבתה את העמלות הללו שלא כדין, ועל כן היא "מעכבת" את הכספים. עוולה זו הינה עוולה מתמשכת הנולדת כל יום מחדש.

81. הדברים מקבלים משנה תוקף לאור העובדה שהמשיבה יודעת, לפחות מאז פנייתו של המבקש 2, כי החיוב של העמלות דן הינו בניגוד להסכם ולטבלת העמלות. בכך שהמשיבה אינה מגלה לאלפי הלקוחות כי היא גבתה מהם עמלות שלא כדין, המשיבה "שוללת בדרך אחרת" (גם בזמן הווה) מן הלקוחות את יכולתם להשיב את הגזל (למשל, על דרך נקיטה בהליכים משפטיים).

82. ברור כי קיים קשר סיבתי ישיר בין הגזל לבין הנזק, וכי למעשה, בעוולת גזל, אין נושא הקשר הסיבתי עולה לדיון ממשי, שכן הנזק הוא באופן ישיר וברור הסכום שנגזל כתוצאה ישירה ממעשהו של הגזלן.

### ג7. עיכוב נכס שלא כדין

83. עוולה מתמשכת נוספת שמעוולת המשיבה כלפי הלקוחות גם כיום, הינה עוולת עיכוב נכס שלא כדין. הסעיפים הרלוונטיים בפקודת הנזיקין קובעים כך:

#### "49. עיכוב נכס שלא כדין

עיכוב שלא-כדין הוא מניעת מיטלטלין שלא-כדין מאדם הזכאי להחזיק בהם מיד.

#### 50. חובת ההוכחה

בתובענה שהוגשה על עיכוב שלא-כדין - חובת ההוכחה על הנתבע שהמניעה היתה כדין.

#### 51. החזרת המעוכב

בתובענה שהוגשה על עיכוב שלא-כדין רשאי בית המשפט, לפי הנסיבות, לצוות על החזרת הנכס המעוכב, בנוסף על כל תרופה אחרת שנקבעה בפקודה זו או במקומה של תרופה כאמור."

84. גם עוולה זו נולדת בכל יום מחדש, שהרי ברור כי כל לקוח ששילם תשלום מיותר "זכאי להחזיק" בכספיו "מיד", כלשון החוק.

85. חשוב להדגיש כי לפי סעיף 50 לפקודת הנזיקין, הנטל הוא על המשיבה להוכיח שהעיכוב שהיא מעכבת הינו כדין. ברור בעליל כי לאור הלשון המפורשת של ההסכם ורשימת העמלות המוסכמת ב"טופס הפרטים", כי המשיבה לא תוכל להוכיח כי היא מעכבת כדין את הכספים שהיא אמורה להחזיר ללקוחות. כל עוד המשיבה מחזיקות בחיוב היתר, הרי שבכל יום מחדש היא מבצעת עוולה של עיכוב שלא כדין.

### ג8. עשיית עושר ולא במשפט

86. המבקשים יטענו כי המשיבה עשתה עושר שלא במשפט כאשר חייבה אותם בחיובים שאינם כדין ואינם בהתאם להסכם שנחתם בין הצדדים.

87. כל גבייה כאמור, מאחר ואין לה עיגון חוזי ואין לה הסכמה של הלקוחות, דינה שליחת יד אל נכסי הלקוחות ועשיית עושר ולא במשפט.

88. דין הוא כי העושה עושר ולא במשפט, ישיב את העושר שנתעשר לחברו.

## חלק ד' - הבקשה לאשר את התובענה כייצוגית

89. עניינה של תביעה זו חשוב ורלבנטי לקבוצה המונה אלפי לקוחות:
- א. ביצוע המעשים האסורים, הטעיית הלקוחות, הפרת ההסכם ושאר העוולות שפורטו לעיל הינם, לפי כל העובדות התומכות, משותפים וזהים כלפי כל הלקוחות.
- ב. נסיבות המקרה מעידות על עוולה שיטתית, סדרתית ומשותפת כלפי קבוצה עצומה.
90. שתי נקודות קריטיות המקדמות את הדיון בסוגיית ה"ייצוגיות" של התובענה דגן עולות במובהק מהמסמכים שצורפו כנספחים:
- א. המסמכים עליהם הוחתמו המבקשים בשני חשבונות הינם זהים למסמך הגנרי הריק שצורף גם הוא. היינו, המסמכים עליהם מוחתמים הלקוחות הינם מסמכים זהים ואחידים, דבר הממחיש את הקבוצתיות וההומוגניות.
- ב. העמלות נגבו בשני חשבונות של המבקשים, דבר המוכיח כי מדובר בעוולה סדרתית.
91. ננתח להלן את התנאים לאישורה של תובענה כייצוגית, בכלל ובפרט, ואת התקיימותם במקרה זה.

## 1ד - הנטל המוטל על התובע, קיומה של קבוצה, ושאלת הנזק

### 1ד(א) - מהו הנטל המוטל על התובע

92. סעיף 4(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי "אדם שיש לו עילה בתביעה או בעניין כאמור בסעיף 3(א)" רשאי להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית. בחוק תובענות ייצוגיות נקבע במפורש כי ניתן להגיש בקשה לאשר תובענה כייצוגית בעניינים של "תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו".
93. הפירוט הנרחב של יסודות העילות שעומדות למבקשים מלמד כי קמה להם, לכאורה, עילה אישית, ברת-תביעה בתובענה ייצוגית.
94. בטרם נצלול למעמקי התנאים נזכיר כי על התובע הייצוגי להוכיח את עילתו ועמידתו בתנאי הסף רק באופן לכאורי, וזאת כדי לא להכביד על הדיון ולא להרתיע תובעים פוטנציאליים. לענין זה נקבע כי נטל השכנוע ומידת ההוכחה הנדרשים מן התובע, לשם עמידה בתנאי הסף הקבועים בסעיפים הרלוונטיים של חוק ניירות ערך (הדומים ברובם לתנאים שבחוק התובענות הייצוגיות), לשם אישורה של התובענה כייצוגית, הם אחידים וזהים לכל התנאים ולפיהם על בית המשפט להשתכנע, במידת סבירות ראויה, שהתובע ממלא באופן לכאורי, אחר התנאים. ובלשונו של בית המשפט בע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ ואח' נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ ואח' פ"ד נא(2) 312 (להלן: פרשת מגן וקשת):

"...על המבחן למילוי התנאים שבסעיף 54א ו-54ב מבחינת נטל ומידת ההוכחה, להיות אחיד לכל סעיפיו המשניים לגבי כל התנאים הנדרשים מהתובע, ועליו לשכנע את בית המשפט במידת הסבירות הראויה ולא על פי האמור בכתב התביעה בלבד, כי הוא ממלא לכאורה אחר כל דרישות סעיף 54א ... 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" (פרשת מגן וקשת בעמ' 329-330).

הלכה זאת שב בית המשפט העליון ואישר ברע"א 8332/96 שמש נ' רייכרט, פ"ד נה (5) 276 (להלן, פרשת רייכרט).

95. הפירוט דלעיל בדבר שלל העוולות - הפרת ההסכם, הפרת דיני הייעוץ, הטעיה צרכנית, מרמה, גזל, עיכוב שלא-כדין ועשיית העושר - אשר ביצעה המשיבה בניגוד לדין ולהסכם, מהווה הוכחה לכאורה לעילת התביעה של המבקשים.

96. לפיכך, חייבת המשיבה לשפות את המבקשים ואת כלל הלקוחות שנפגעו מעוולות אלו בגין נזקיהם, קרי החזר סכומי הגבייה הלא חוקיים שנגבו מהם.

#### **14(ב) - קיומה של קבוצה**

97. סעיף 4(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי "אדם שיש לו עילה בתביעה או בעניין כאמור בסעיף 3(א)" רשאי להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית בשם "קבוצה". ברי כי נתקיימו תנאי סעיף זה.

א. ראשית, המבקשים מגישים תביעתם בעילה אשר על-פיה הם יכולים לתבוע. העילות האישיות פורטו בהרחבה לעיל.

ב. שנית, המבקשים מגישים את תביעתם בשם קבוצת לקוחות.

ג. "הקבוצתיות" וההומוגניות של הקבוצה, נגזרת מאחידות המסמכים, מאחידות המנגנון בו פעלה המשיבה ל"פרשנות" ההסכמים שלה, כעולה מן העובדה שהעמלות נגבו שלא כדין בשני חשבונות.

ד. כל החוזים בהם עסקין, הינם מסמכים שנעשו במתכונת אחת, אחידים וזהים למעשה.

98. המסמכים שצורפו לעניין חשבון אחד של המבקשים זהים למסמכים שצורפו לעניין החשבון השני, וזהים למסמך הריק הכללי בו עושה המשיבה שימוש. ועל כן, ברור על פני המסמכים כי קיימת קבוצה.

99. הגדרת הקבוצה הינה: "כל לקוחות הראל שחויבו בעמלה או בתשלום בגין העברת כספים מהחשבון או בעמלת העברת ניירות ערך או בכל עמלה בעלת משמעות דומה בשם זה או אחר".

#### **14(ג) - הערכת הנזק למבקשים ותחשיב הנזק לכלל הקבוצה**

100. סעיף 4(ב)(1) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כדלקמן:

"(ב) לענין סעיף זה, כאשר אחד מיסודות העילה הוא נזק -

(1) בבקשה לאישור שהוגשה בידי אדם כאמור בסעיף קטן (א)(1) - די בכך

שהתובע יראה כי לכאורה נגרם לו נזק."

101. הנתונים שהוצגו לעיל הוכיחו כי למבקשים נגרם נזק בגבייה היתרה והבלתי-חוקית של העמלות, בסך כולל של 305 ש"ח.

102. המבקשים יטענו כי דין המעשים והמחדלים המתוארים לעיל כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש], ו/או כדין הפרת חוזה ו/או כדין עשיית עושר, וכי בהתאם לחוק, חייבת המשיבה לפצות את המבקשים ואת כלל הלקוחות שנפגעו מן העוולות בגין נזקיהם, קרי החזר סכומי הגבייה הלא חוקיים בתוספת הצמדה וריבית כחוק.

103. תחשיב נזקי הקבוצה הינו כדלקמן:

- א. כאמור, סך הנזקים של התובעים בשני חשבונות מסתכם בכ- 305 ש"ח, או בממוצע כ- 150 ש"ח לכל חשבון.
- ב. לצרכי הערכה בשלב מקדמי זה, יעריכו התובעים כי מדובר בכ- 100 ש"ח לשנה בכל חשבון.
- ג. למיטב ידיעת התובעים, להראל כ- 13,000 לקוחות בניהול עצמי ועוד אלפי לקוחות שחשבונם מנוהל ע"י מנהל תיקים. לכן סך העמלות שנגבות שלא כדין בכל שנה, מכלל הלקוחות, עומד על כ- 2 מיליון ש"ח לשנה.
- ד. סך הגבייה שנגבתה שלא-כדין מכלל הלקוחות בשנים האחרונות מוערך בכ- 5 מיליון ש"ח.

104. תחשיב זה הינו אך ורק לצורך הערכת התביעה כייצוגית במעמד הגשתה, והמבקשים שומרים את הזכות לתקן את סכום התביעה. ניתן יהיה לערוך תחשיב מדויק תוך הסתמכות על מידע מדויק הקיים ואגור בידי המשיבה שאין כל מניעה מלחשבו. ממילא שאין חובה ליתן הערכה מדויקת וניתן להסתפק בהערכה כללית (רע"א 10198/02 עיריית ראשון לציון נ' אדטו, תק-על 2003 (2)):

**"...בכל הנוגע לתובענות ייצוגיות, אין מגיש התובענה נדרש לכתוב בכתב תביעתו מהו סכום התביעה המדויק, והוא יכול לצאת ידי חובתו בכך שיעריך, ככל שביכולתו, את סכום התובענה של כלל חברי הקבוצה הפוטנציאליים".**

105. בכל מקרה, ברור כי הנזק, הפרת החוזה והפרת החוק משותפים לקבוצה גדולה של לקוחות. בכל אלו יש כדי ליצור בסיס לתביעה ייצוגית, ואין זה משנה בשלב זה מהו מספרם המדויק של חברי הקבוצה ומהו הנזק הכולל. ברור גם כי כל חברי הקבוצה נפגעו לפי אותו המנגנון ועל כן גם המנגנון לחישוב הנזק הוא אחיד.

106. לבית המשפט הנכבד הכוח, הסמכות והחובה החוקית והמוסרית להפסיק גזל זה של הלקוחות ולהורות על ההשבה והתשלום.

## **2ד - התקיימות תנאי הסף לאישור התובענה כייצוגית**

107. סעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות מונה את התנאים לאישור התובענה כייצוגית:

**"(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."**

108. להלן נפרט אחד לאחד את התקיימות כל תנאי הסף להכרה בתביעה כייצוגית.

### **תנאי 1 - קיומן של שאלות מהותיות משותפות של עובדה ומשפט**

109. התנאי הראשון לאישורה של תובענה כייצוגית הוא כי **"התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה"**. תנאי זה מתקיים בענייננו.

#### **(א) השאלות המשותפות**

110. בתביעה זו עולות שאלות משותפות של **עובדה** הנוגעות לכלל הקבוצה, שראויות להתברר באופן ייצוגי:



א. האם המשיבה גבתה עמלות בגין העברת כספים או ניירות ערך מחשבנות הלקוחות בהראל אל חשבונות אחרים?

ב. האם העמלות הללו נקובות בפרק העמלות ב"טופס הפרטים"?

ג. האם הלקוחות הסכימו בכתב ומראש לגבייתן של עמלות אלו?

**יצוין כי שאלות עובדתית אלו תיבחנה לאור מסמכים של המשיבה בלבד ונתונים שברשותה.**

111. בתביעה זו עולות שאלות משותפות של משפט הנוגעות לכל הקבוצה, וראויות להתברר באופן ייצוגי:

א. זכות או העדר זכות המשיבה לגבות עמלות בגין העברת כספים או ניירות ערך מחשבנות הלקוחות בהראל אל חשבונות אחרים?

ב. האם יש בגביית עמלות בגין העברת כספים או ניירות ערך מחשבונות הלקוחות בהראל אל חשבונות אחרים כמתואר לעיל משום הפרה של חוק הייעוץ, מרמה והטעיה, גזל, עיכוב נכס שלא כדין, הפרת הסכמי ההתקשרות של המשיבה ועשיית עושר ולא במשפט.

112. הסעדים המתבקשים הינם סעדים משותפים, ובין השאר:

א. **פיצוי והשבה**: בית המשפט הנכבד יתבקש להורות על מתן השבה ופיצוי לכל לקוח בגין העמלות ששילם שלא כדין, בצירוף ריבית והצמדה ובצירוף פיצוי מיוחד כפי קביעת בית המשפט בגין גביית העמלה שלא כדין;

ב. **סעד הצהרתי**: בית המשפט הנכבד יתבקש להצהיר כי המשיבה אינה רשאית לגבות את עמלת ההעברה ואת עמלת העברת ניירות הערך, אלא אם תקבל אישור מראש ובכתב מלקוחותיה בהתאם להוראת סעיף 12 (ב) להסכם.

#### **(ב) סוגיית זהות הנזק**

113. דבר זהות הנזק לא נקבע כתנאי לניחול תביעה כייצוגית אלא נותר בידי בית המשפט להכריע לגבי כל הקבוצה בשאלות העובדתיות והמשפטיות המשותפות לקבוצה במסגרת התביעה הייצוגית תוך הותרת קביעת שיעור הנזק המדויק, במידה ונדרש, להליך נפרד.

114. ונזכיר כי לעניין זה, נקבע בפרשת **רייכרט** שאין צורך בזהות מוחלטת בכל השאלות הטעונות הכרעה, אלא די בכך שהשאלות העיקריות תהיינה משותפות:

*"אין לפרש את הדרישה לקיומן של שאלות של עובדה ומשפט המשותפות לקבוצה כדרישה לזהות מלאה בכל השאלות הטעונות הכרעה לגבי כל קבוצת התובעים. דרישה של זהות מוחלטת בכל השאלות הטעונות הכרעה, עובדתיות כמשפטיות, תסכל את תכלית התובענה הייצוגית ותהפוך את השימוש בה למשימה בלתי אפשרית. לפיכך, יש לאמץ גישה לפיה די בכך שהשאלות העיקריות, העומדות במוקד הדיון, תהיינה משותפות לחברי הקבוצה, ואין נפקא מינא אם מתקיים שוני בשאלה משנית זו או אחרת. יפים לענייננו דבריו של הנשיא א' ברק לפיהם:*

*"לעניין דרישה זו, אין כל צורך שכל השאלות המתעוררות ביחס לקבוצה תהיינה משותפות. די בכך שהיסוד המשותף מהווה מרכיב מהותי בהתדיינות" (פרשת טצת, בעמ' 788).*

115. משמעות הדברים היא שגם אם קיים שוני בין הלקוחות מבחינת סך ההשבה להם הם זכאים, הרי שהבדל זה הוא שולי ל"יסוד המשותף", ודי בכך שמוקד הדיון, שאלת חוקיות הגביה ואי חוקיות העמלות, משותף לכל חברי הקבוצה.

116. ביסודו של דבר, שאלת גובה ההחזר מורכבת משתי שאלות נפרדות, שאלה שבעובדה ושאלה שבמשפט. השאלה שבמשפט, שעניינה העילה המשפטית והחובה לפצות, הינה מקדמית ועיקרית וככזו משותפת לכל חברי הקבוצה. השאלה שבעובדה, עניינה אך ורק בהיקף ההחזר שכל לקוח זכאי לקבל, שאף הוא נגזר מנתונים הנמצאים בידי המשיבה הניתנים לחישוב אריתמטי פשוט, והינו תוצאת לוואי של ההכרעה המשפטית.

שאלה זו הינה משנית לשאלות המשפטיות והעובדתיות המשותפות העומדות בבסיס תביעה זו, כאשר היקפן של השאלות המשותפות, חשיבותן, זהותן והצורך להכריע בהן בצורה אחידה נוטה לכיוון ההכרעה המשותפת.