

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
א 2443/07 (בשא 19039/07)
פונדמינסקי אמי ג. בנק דיסקונט
(בתיק פונדמינסקי אמיר ג. כנ.)
ת.פתיחה: 25/09/07 סדר דין: רגיל

**בית המשפט המחוזי
תל אביב - יפו**

אמיר פונדמינסקי, ת.ז. 02554135-0

מרחוב הגלבווע 13/9, תל-אביב

באמצעות עוה"ד עפר פירט ועוה"ד דקל ברוקמן
ממרכז עזריאלי 1, קי' 41, תל-אביב 67021
טל.: 03-6099988; פקס.: 03-6097797

המבקש

- נ ד -

בנק דיסקונט לישראל בע"מ, ח.צ. 0-000703-52

מרח' יהודה הלוי 31, תל-אביב 65136

המשיב

מהות התביעה: כספית, הצהרתית

סכום התביעה: 122.09 ש"ח נכון למועד הגשת תובענה זו

סכום התביעה הייצוגית המוערך בדרך אומדנה: לא פחות מ-60.9 מליון ש"ח (במונחים נומינאליים)

בקשה בכתב לאישור תובענה ייצוגית

לפי סעיף 1 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להורות כדלקמן:

א. להורות על אישור הגשת התובענה כנגד המשיב בתיק דנן כתובענה ייצוגית מכוח סמכותו, הקבועה בסעיף 8 (א) לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן – "חוק תובענות ייצוגיות");

העתק התובענה בתיק דנן מצורפת לבקשה זו ומהווה חלק בלתי נפרד הימנה.

ב. להורות על מתן הסעדים כמפורט בבקשה זו;

ג. להגדיר את הקבוצה שבשמה תנוהל התובענה;

ד. לחייב את המשיב, בנק דיסקונט לישראל בע"מ (להלן – "הבנק"), בתשלום הוצאות הגשת הבקשה, לרבות חיוב המשיב בתשלום גמול לתובע המייצג ולבאי כוחו, בצירוף מע"מ כדין.

ואלו נימוקי הבקשה:

פתח דבר ועיקרו:

1. בלב התובענה והבקשה לאשרה כייצוגית עומדת עמלת קניה/מכירה של ניירות ערך (להלן – "עמלת קניה/מכירה"), אשר נגבתה מהמבקש כמו גם מלקוחות אחרים של הבנק ביתר ובניגוד למוסכם בינם לבין הבנק.
2. ככלל עמלת קניה/מכירה אותה גובה הבנק מהלקוח מחושבת באחוזים מתוך שווי פעולת הקניה או המכירה המבוצעת על פי הוראת הלקוח וגובה העמלה קבוע בתעריפון העמלות של הבנק. עם זאת, מאחר שהבנק מבקש להבטיח לעצמו עמלת קניה/מכירה מינימאלית בעבור טיפולו בהוראות הלקוח, הוא מגדיר בתעריפון עמלת מינימום (להלן – "עמלת המינימום").
3. הוראת הביצוע אותה מעביר הלקוח – קניה או מכירה של ניירות ערך בשלב המסחר הרציף – כוללת את ציון הכמות המבוקשת. הוראתו של הלקוח מועברת על ידי הבנק לבורסה לניירות ערך ונכנסת לספר הפקודות של הבורסה, שם היא ממתינה למוכר או קונה מתאים בתאם לעניין.
4. פעמים רבות המוכר או הקונה הראשון, העומדים ב"תור", מבקשים למכור או לקנות רק חלק מהכמות שהזרים הלקוח, ולפיכך נקשרת עם אותו צד שלישי עסקה הנוגעת רק לחלק מהכמות עליה הורה הלקוח. במקרה זה מתחלקת הוראת הביצוע שנתן הלקוח למספר ביצועים חלקיים מול מספר צדדים שלישיים.
5. בתעריפון העמלות של הבנק אין כל התייחסות לביצועים חלקיים של הוראת הלקוח, קל וחומר שאין כל התייחסות לביצועים חלקיים כאל הוראות ביצוע נפרדות מצידו של הלקוח ולגביית עמלות בנפרד בגין כל ביצוע חלקי. אף כל פי כן בחר הבנק במודע לנקוט דרך פעולה במסגרתה מחויב הלקוח בנפרד בגין כל ביצוע חלקי בעמלה או בעמלת מינימום.
6. תוצאתה של דרך הפעולה האמורה אותה אימץ הבנק הינה גביית עמלה כוללת הגבוהה מעמלת הקניה/מכירה המוסכמת, שהרי ככל שהוראת ביצוע אחת מתחלקת למספר ביצועים חלקיים גדול יותר וככל שערכו של כל ביצוע חלקי קטן יותר, גובה הבנק מהלקוח את עמלת המינימום מספר רב יותר של פעמים ומחייב את הלקוח, בסופו של דבר, בעמלה כוללת גבוהה לאין שיעור מעמלת קניה/מכירה אותה היה אמור לגבות כמוסכם בין הצדדים.
7. לו זו בלבד שדרך פעולתו האמורה של הבנק מנוגדת למוסכם עם הלקוח ולמקובל, אלא שיש בה כדי לשנות מהקצה אל הקצה את תחשיביו של הלקוח בכל הנוגע לכדאיות העסקת, כאשר כל הרווח שביקש להשיג בביצוע הפעולה עלול להתאיין ולהפוך להפסד כפועל יוצא מגביית עמלת קניה/מכירה ביתר.
8. לבית המשפט יוכח במסגרת הליך זה גם כי דרך הפעולה בה נוקט הבנק שונה מזדך הפעולה בה נוקטים בנקים אחרים ובכללם ארבעת הבנקים הגדולים בישראל (לבד מהבנק) – בנק הפועלים בע"מ, בנק לאומי לישראל בע"מ, בנק מזרחי-טפחות בע"מ והבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ. השניים הראשונים אינם גובים כלל עמלה כפולה ומכופלת במקרים בהם מבוצעת הוראת הלקוח בביצועים חלקיים והשניים האחרונים גובים עמלה נוספת על ביצועים חלקיים בשערים שונים, אולם מביאים עובדה זאת מבעוד מועד לידיעת הלקוח בתעריפוני העמלות שלהם ו/או באתרי האינטרנט שלהם.

9. למרות שבעבר הפנה המבקש את תשומת לבו של הבנק לגביית יתר זו ואף שהבנק מיהר להחזיר למבקש את כספי גביית היתר, המבקש נדהם לאחרונה לגלות כי הבנק ממשיך לגבות את עמלת קניה/מכירת בדרך החישוב הקלוקלת אותה אימץ בעבר.
10. אם לא דיי בגביית היתר האמורה הרי שהבנק בחר להציג למבקש היצג מטעה בכל הנוגע לגביית עמלת קניה/מכירה. בדיווחיו, לאחר ביצוע הפעולה, לא הביא הבנק לידיעת המבקש מידע מרוכז בקשר לעמלה הכוללת שנגבתה על ידו בגין הוראות חלוקה, והתייחס לכל אחד מהביצועים החלקיים בנפרד, כאילו ניתנו מספר הוראות קניה או מכירה נפרדות. בכך הוסתר מהמבקש סכום העמלה הכולל שנגבה ממנו בגין כל פעולה ופעולה והוא הוטעה לחשוב כי העמלה הנגבית ממנו היא העמלה המוסכמת בשעה שהעמלה האפקטיבית היתה גבוהה לאין שיעור.
11. למיטב ידיעת המבקש, כך נהג הבנק גם לגבי חלקות האחרים שסחרו בניירות ערך. מדובר בוודאי במספר לקוחות רב מאוד על פני שנים רבות, הסוחרים בניירות ערך בהיקפים ניכרים.
12. הנוק המשותף של כל אותם לקוחות אינו ידוע למבקש במדויק, אבל למיטב הבנתו, ניתן להניח כי רק במהלך שבע השנים האחרונות גבת הבנק מלקוחותיו שסחרו בניירות ערך, ביתר ובניגוד למוסכם, סכומי עתק המסתכמים בעשרות ואולי מאות מיליוני שקלים חדשים.
13. **תחשיב מדויק באשר להיקף הגביה האסורה שביצע הבנק, ניתן יהיה לבצע רק לאחר שהבנק יעביר את כל הנתונים אודות כל פעולות הקניה ו/או המכירה של ניירות ערך שבוצעו בחשבונות לקוחותיו אי פעם. נתונים אלה מצויים בשליטתו תבלעדיית של הבנק.**
14. לנוכח הפרת הוראות החוקים ולנוכח העוולות שנגרמו למבקש, כמפורט לעיל ולהלן, זכאי המבקש לסעדים אשר יפורטו בהרחבה בהמשך.
15. בין היתר, זכאי המבקש לפיצוי עבור הנוקים שנגרמו לו ולהחזר הכספים אשר נגבו ממנו ביתר ובניגוד למוסכם, לרבות הפרשי ריבית והצמדה כדין החל ממועד גביית היתר ועד למועד התשלום.
16. המבקש יטען, כי תביעה זו, והבקשה לאישורה כתובענה ייצוגית, מהווה תביעה כנגד תאגיד בנקאי, כהגדרתו בחוק הבנקאות (רישוי), התשמ"א – 1981 (להלן – "חוק הבנקאות (רישוי)"), בקשר לעניין שבין התאגיד הבנקאי לבין חלקו, כמפורט בתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות. על כן ניתן להגיש במסגרת תביעה זו בקשה לאישור התביעה כתובענה ייצוגית, וזאת כמפורט בסעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות.
17. המבקש יוסיף ויטען, כי בהתאם לסעיף 4(א) לחוק תובענות ייצוגיות, וכפי שיפורט להלן, המבקש רשאי להגיש תובענה ייצוגית זו בשם קבוצת בני אדם, המונה את כל לקוחות הבנק, אשר ניהלו באמצעות הבנק חשבון ניירות ערך, ואשר נגבתה מהם עמלת קניה/מכירה ביתר ובניגוד למוסכם, כמפורט בתובענה נושא בקשה זו, שהרי **למבקש ולחברי קבוצה זו יש עילות תביעה משותפות, המקיימות את דרישות סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות, והמעוררות שאלות מהותיות של עובדה או משפט.**
18. כן יטען המבקש, כי הוא מקיים את דרישות סעיף 4(ב)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, מכיוון שבגביית הכספים שבוצעה ביתר ובניגוד למוסכם על ידי הבנק, **נגרם לכאורה נזק למבקש עצמו.**
19. לפיכך, בית המשפט הנכבד יתבקש לאשר התובענה נושא בקשה זו כייצוגית, באשר התובענה עונה על מלוא הדרישות המפורטות בסעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות, כפי שיפורט להלן.

20. משהתמלאו מלוא התנאים הדרושים לאישור תובענה ייצוגית, המנויים בחוק תובענות ייצוגיות, מתבקש בית המשפט הנכבד לזמן את הבנק לדין, ולאשר את בירור התביעה כנגדו בדרך של תובענה ייצוגית.
21. בנוסף, בית המשפט הנכבד יתבקש לעשות שימוש בסמכות אשר הוענקה לו מכוח סעיפים 22 ו-23 לחוק תובענות ייצוגיות ולחייב את הבנק בהוצאות הגשת הבקשה, לרבות חיוב הבנק בתשלום גמול לתובע המייצג ולבאי כוחו, בצירוף מע"מ כדין, והכל כמפורט בסיפא לבקשה זו.
22. סדר הדברים בבקשה זו יהא כדלקמן:
- 22.1. פרק ראשון יוקדש להצגת הצדדים להליך.
 - 22.2. פרק שני יוקדש לתיאור התשתית העובדתית.
 - 22.3. פרק שלישי יוקדש לפירוט הטענות המשפטיות ועילות התביעה, תוך הדגשת סיכויי הגבוהים של התביעה להתקבל, והאפשרות חסבירה שהשאלות שבמחלוקת יוכרעו לטובת חברי הקבוצה.
 - 22.4. פרק רביעי יוקדש לסקירת הקריטריונים המנויים בחוק תובענות ייצוגיות, בהם נדרש לעמוד תובע המבקש להגיש לבית המשפט בקשה לאישור תובענה ייצוגית, וכן לסקירת התנאים לאישור תובענה ייצוגית בידי בית המשפט, תוך שהמבקש יפרט מדוע התובענה נושא בקשה זו עומדת במלוא הדרישות והקריטריונים.
 - 22.5. פרק חמישי יוקדש לבחינת מועד תחילת מרוץ ההתיישנות של התובענה נושא בקשה זו.
 - 22.6. פרק שישי יוקדש להגדרת הקבוצה.
 - 22.7. פרק שביעי יוקדש לפירוט הסעדים המתבקשים מבית המשפט הנכבד ולסיכום קצר.

פרק ראשון: הצדדים להליך

23. המבקש הינו לקוח של בנק דיסקונט לישראל בע"מ, והוא הבעלים והמחזיק של חשבון עובר ושב שמשפרו 16213302 בסניף הבנק "גבעתיים" שמספרו 145 וכתובתו: רחוב ויצמן 19, גבעתיים. באמצעות חשבון זה מבצע המבקש, בין השאר, פעולות קניה ומכירה של ניירות ערך.
24. הבנק – בנק דיסקונט לישראל בע"מ – הינו תאגיד בנקאי ישראלי, המנהל עסקי בנקאות בישראל, והכפוף למערכת החובות והדינים החלים על תאגידים בנקאיים במדינת ישראל.
- בין היתר, עוסק הבנק בניהול השבונות ניירות ערך עבור לקוחותיו ובכלל זה ביצוע הוראות קניה מאז מכירה של ניירות ערך בחשבונות אלה. בעבור השירותים השונים המוענקים על ידי הבנק לציבור לקוחותיו (ובכלל זה, בעבור השירותים שעניינם חשבונות ניירות ערך ופעולות בחשבונות אלה), גובה הבנק מציבור לקוחותיו עמלות שונות.

פרק שני: העובדות הנדרשות לצורך בירור התובענה

25. בהסכם לניהול חשבון עליו חתם המבקש במועד התקשרותו עם הבנק לראשונה (לעיל ולהלן – "ההתקשרות"), נקבע כי העמלות שתגבינה על ידי הבנק, בגין השירותים השונים שינתנו למבקש, תהיינה בהתאם לתעריפון העמלות של הבנק, המפרט, בין היתר, את העמלות הנגבות על ידי הבנק בגין השירותים השונים המוענקים על ידו ובכללם השירותים הניתנים במסגרת הטיפול בניירות הערך (לעיל ולהלן – "תעריפון העמלות").
- בנוסף קיבל המבקש, כחלק מההתקשרות עם הבנק, הרשאה ליתן הוראות בדבר קניה ומכירה של ניירות ערך שונים בחשבונו בבנק (להלן – "הסכם ניהול ניירות הערך").
26. פרק 4 לתעריפון העמלות עוסק בניירות ערך.
27. כותרתו של ס"ק 4.1 לתעריפון העמלות, העוסק בעמלת קניה/מכירה, היא: "קניה/מכירה של ניירות ערך".
28. ס"ק 4.1.1 לתעריפון העמלות מפרט את הסכומים האמורים להיגבות על ידי הבנק בגין קניה או מכירה של ניירות ערך הנסחרים בבורסה בתל-אביב, וקובע, נכון למהדורת 2.7.2006 של תעריפון העמלות, עמלה ששיעורה 0.75% על קניה או מכירה של ניירות ערך עד סך של 10,000 ₪ בבורסה לניירות ערך של תל-אביב, אך בכל מקרה עמלת מינימום של 27 ₪.
- במקצת המועדים הרלוונטיים לתובענה נושא בקשה זו היתה נוהגת מהדורה קודמת של תעריפון העמלות. באותה מהדורה עמדה עמלת המינימום האמורה בס"ק זה דלעיל, על 25 ₪.
- העתקי החלקים הרלוונטיים בתעריפון העמלות המעודכן מהדורת 2.7.2006, רצ"ב נספח א'.
29. מן האמור לעיל עולה, כי בחתימתו של המבקש על גבי הסכם ניהול ניירות ערך הוסכם, כי בגין הוראה שיתן לקניה ו/או מכירה של ניירות ערך יהא המבקש צפוי לשלם עמלת קניה/מכירה שתחושב כאחוז מתוך ערך סך ניירות הערך שנקנו או נמכרו על פי אותה הוראה ושערכו המרבי של אחוז זה קבוע בתעריפון העמלות.
- במידה ותוצאת החישוב האמור נמוכה מגובה עמלת המינימום, זכאי יהיה הבנק לגבות מהמבקש את הסכום שנקבע על ידו כעמלת מינימום.
30. תעריפון העמלות, אשר הינו חלק בלתי נפרד מתנאי ההתקשרות בין המבקש לבנק, הינו תעריפון עמלות סטנדרטי, והסדריו וזנאיו של תעריפון עמלות זה, שעיקרם, הסכמה לפיה העלות היחידה והמירבית אותה רשאי הבנק לגבות בעבור קניה או מכירה של ניירות ערך, הינה כמפורט בתעריפון, זהים להסדרים ולתנאים שהוצעו לכלל לקוחות הבנק, אשר מנהלים חשבון ניירות ערך בבנק.
31. במאמר מוסגר יצוין, כי כנהוג במקומותינו, מעניק הבנק ללקוחות שונים, משיקוליו הוא ושעשוי ויושפעו בין היתר מיכולותיו הפיננסיות של הלקוח או מרצון מסחרי של הבנק לעודד מנזרי לקוחות שונים), הנחות שונות מגובה העמלות המופיעות בתעריפון העמלות. כך למשל מוענקת באופן קבוע הנחה ללקוחות הנותנים את הוראות הביצוע באמצעות אתר האינטרנט של הבנק. במקרים אחרים הלקוחות הם אלה הפונים לבנק והבנק בוחר האם להיענות לפנייה ולהעניק להם

הנחות כלשהן מהעמלות הקבועות בתעריפון העמלות. אכן, ניתן לומר כי תעריפון העמלות קובע את העמלה המרבית אותה גובה הבנק עבור כל אחת מהפעולות המוזכרות.

32. המבקש עצמו קיבל מהבנק הנחות שונות באחוז של עמלת הקניה/מכירה. בין היתר הועמד שיעור העמלה בפעמים שונות על 0.3% או 0.5% מסכום הקניה או המכירה של ניירות ערך.

33. אכן, גובה עמלת קניה/מכירה אותה גובה הבנק מהמבקש מחושב כאחוז מתוך שווי פעולת הקניה או המכירה שבוצעה על פי הוראות המבקש, ונקבע בתעריפון העמלות של הבנק, למעט במקרים בהם קיימת הסכמה בין הצדדים על עמלה נמוכה מהקבוע בתעריפון העמלות. הסכמות זמניות קיימת עם לקוחותיו האחרים של הבנק הסותרים בניירות ערך.

34. כך לדוגמא אם המבקש הורה לבצע קניה או מכירה של ניירות ערך הנסחרים בבורסה בתל-אביב בסכום של 8,000 ₪, ואם לא הוסכם בינו לבין הבנק על גובה עמלת קניה/מכירה נמוך מהאחוז הקבוע בתעריפון העמלות, הרי שיחויב לשלם לבנק עמלה של 0.75% משווי הוראות, דהיינו סך של 60 ₪.

35. כאמור, מאחר והבנק ביקש להבטיח לעצמו בכל מקרה עמלת קניה/מכירה מינימאלית, בתר הבנק להגדיר בתעריפון העמלות גם עמלת מינימום, בעבור כל הוראה לקניה או מכירה של ניירות ערך המבוצעת על פי הוראת הלקוח.

כך לדוגמא, עבור הוראה לקניה או מכירה של נייר ערך A' בשווי של 2,000 ₪ בלבד גובה הבנק עמלת מינימום על פי תעריפון העמלות, ונכון למועד הגשת בקשה זו מדובר על עמלה בסך של 27 ₪. במילים אחרות – כל עוד עמלת קניה/מכירה המחושבת באחוזים נמוכה מעמלת המינימום תחוייב כל קניה או מכירה של ניירות ערך בעמלת מינימום הגבוהה ממנה. את הסכום בו קיים שיווין בין עמלת קניה/מכירה המחושבת באחוזים לבין עמלת המינימום נכנה גבול אפקטיבי. אם עמלת המינימום הינה 27 ₪ וגובה עמלת קניה/מכירה המחושבת הינו 0.75% עומד הגבול האפקטיבי על סך של 3,600 ₪. בפועל גובה עמלת קניה/מכירה באחוזים בהם מחוייבים מרבית הלקוחות נמוך יותר והגבול האפקטיבי גבוה יותר. כך במקרה בו מחוייב לקוח בעמלת קניה/מכירה בגובה של 0.5% יעמוד הגבול האפקטיבי על 5,000 ₪ ובמקרה בו מחוייב לקוח בעמלת קניה/מכירה בגובה של 0.3% יעמוד הגבול האפקטיבי על 9,000 ₪.

36. בחינת הסכומים בהם חוייב המבקש בפועל, כפי שיפורט להלן, מגלה כי הבנק גבה מהמבקש עמלת כוללת גבוהה מהמוסכם בגין הוראות קניה או מכירה שביצע עבורו במהלך השנים.

37. מסתבר, כי בפעמים בהן בוצעה הוראת הקניה או המכירה של נייר הערך אותה נתן המבקש, במספר ביצועים חלקיים במהלך יום המסחר בבורסה לניירות ערך (להבדיל מביצוע ההוראה בעסקה מרוכזת אחת), חייב הבנק את המבקש מספר פעמים בעמלת המינימום ובכך גבה עמלה גבוהה יותר מעמלת קניה/מכירה המוסכמת בגין ביצוע הפעולה.

אכן, אף שהיה אמור לגבות רק את העמלת לה הוא זכאי מסך הקניה או המכירה שבוצעה לפי הוראת הלקוח, בחר הבנק לחשב את העמלה בנפרד עבור כל אחד מהביצועים החלקיים המרכיבים את הקניה או המכירה על פי הוראת המבקש. בדרך זאת כל ביצוע חלקי שסכומו היה נמוך מאותו גבול אפקטיבי, כמוסבר לעיל, חוייב על ידי הבנק, הלכה למעשה, בעמלת יתר.

38. יודגש. דרך פעולה זו של הבנק אינה יוזמה פרטית של בקיד כזה או אחר או של מנהל זוטרי באחד מסניפי הבנק. מדובר בדרך פעולה מחושבת, מתוכננת ומושלמת, ככל הנראה באישורם של גורמים בכירים ביותר בבנק, שהרי גביית העמלות והפקת הדוחות אינה נעשית באופן ידני ומקומי אלא באופן ממוחשב על פי שגרות ביצוע שתוכנתו מבעוד מועד במערכת המחשב המרכזית של הבנק.

39. והנה, אף שמדובר בתוצר שגרת פעולה של מערכת המחשב המרכזית של הבנק הניתן לתיכנות בנקל, בחר הבנק בדיווחיו השוטפים שלא להביא לידיעת המבקש מיזע מרוכז בקשר לעמלה הכוללת שנגבתה על ידו בגין הוראת המבקש והתייחס לכל אחד מהחיובים החלקיים בנפרד, כאילו ניתנו על ידי המבקש מספר הוראות קניה או מכירה נפרדות. באופן זה עירפל הבנק את חושו של המבקש והוא לא הזדעק מיד מחיובי היתר, שכן לא היה מודע להצטברותם, שהרי כל ביצוע חלקי חויב כביכול בעמלת קניה/מכירה שתאמה את תעריפון העמלות או את גובה העמלה באחוזים והתנאים הפרטניים שהוסכמו בין הבנק לבין המבקש.

40. לשם המחשת האמור, ניטול דוגמא, לפיה המבקש נתן בבוקר יום ב' הוראה למכור באותו היום חבילה של נייר ערך A' בשווי כולל של 9,000 ₪.

במקרה כזה, היה הבנק אמור לגבות מן המבקש, לכל היותר, עמלת קניה/מכירה בגובה של 0.75%, דהיינו סך של 67.5 ₪. או סך נמוך יותר בהתאם לסיכום הפרטי עם המבקש בנוגע לגובה עמלת קניה/מכירה.

כעת ניח כי הוראת מכירה זו בוצעה במוהלך המסחר הרציף ב-9 ביצועים חלקיים בשערים שונים בסכום של כ-1,000 ₪ כל אחד. במקרה זה היה הבנק מתייחס לכל ביצוע חלקי בנפרד ומאחר שהוא נמוך מאותו גבול אפקטיבי שאוזכר לעיל היה מחייב את המבקש, הלכה למעשה, בעמלת המינימום בסך 27 ₪ בגין כל אחד מהביצועים החלקיים ובסה"כ בעמלה כוללת של 243 ₪ עבור ביצוע של 9 עסקאות כאמור. במקרה זה היתה עומד גובה עמלת קניה/מכירה האפקטיבית בסיכום של דבר על 2.7% מהוראתו של המבקש להבדיל מאותם 0.75% המופיעים בתעריפון העמלות או משיעור אחר מוסכם שאפילו נמוך מהשיעור התעריפי.

מכאן יוצא שהבנק היה גובה מהמבקש, בדוגמא זאת, עמלת קניה/מכירה הגבוהה במאות אחוזים מעמלת הקניה/מכירה המוסכמת בין המבקש לבין הבנק.

נבחר את הדברים בדרך של טבלה:

תרחיש ג'	תרחיש ב'	תרחיש א'	
מכור נייע A: 9,000 ₪.	מכור נייע A: 9,000 ₪.	מכור נייע A: 9,000 ₪.	ההוראה:
18 ביצועים חלקיים: כ-500 ₪ כ"א	9 ביצועים חלקיים: כ-1,000 ₪ כ"א	ביצוע חלקי אחד: 9,000 ₪.	הביצוע:
0.75% שהם 67.5 ₪	0.75% שהם 67.5 ₪	0.75% שהם 67.5 ₪	העמלה המוסכמת:
486 ₪	243 ₪	67.5 ₪	גביית הבנק:
418.5 ₪: 620% מעל העמלה המוסכמת.	175.5 ₪: 260% מעל העמלה המוסכמת.	0 ₪	גביית היתר:
5.4%	2.7%	0.75%	העמלה האפקטיבית:

41. אם וככל שהוראת המכירה, בדוגמא המוצגת כאן, ניתנה על ידי המבקש באופן מושכל בשער גבוה ב-2% משער הקניה, מתוך כוונה של המבקש לממש רווח של 1.25% על פעולותיו בקשר עם נייר הערך האמור, הרי שהיובו של המבקש בעמלות שגבה ממנו הבנק היה מביאו, בתרחיש ב', לכדי הפסד של 0.7% (ובתרחיש ג' לכדי הפסד של 3.4%). יתרה מכך, גביית העמלה בדרך האמורה אותה קבע הבנק באופן חד צדדי, בניגוד למוסכם עם הלקוח ומבלי לייצעו, בוודאי שאינה מאפשרת למבקש לכלכל את צעדיו באופן מושכל שכן הוא מצוי במצב חוסר וודאות תמידי בכל הנוגע למרכיב העמלות שיגבו ממנו.

42. כאמור, לא די בכך שהבנק גבה מהמבקש את עמלת הקניה/מכירה ביתר, אלא שהבנק אף הסתיר מהמבקש (כמו גם מיתר לקוחותיו, אשר סוחרים בניירות ערך) את גביית היתר האמורה, במסגרת דיווחי הבנק על ביצועה של הוראת הקניה או המכירה.

כך, בדוגמא שבפנינו, היה הבנק מדווח למבקש, כי בגין מכירת נייר ערך A בסכום של 1,000 ₪ נגבתה מהמבקש עמלת מינימום של 27 ₪, וכי במסגרת עסקת מכירה אחרת נוספת של נייר ערך A נגבתה מהמבקש עמלת מינימום של 27 ₪, וכך בכל אחד מיתר 7 הביצועים החלקיים. הבנק לא היה מדווח למבקש, במכוון כך נראה, כי בסך הכל כנגד הוראתו למכור את נייר ערך A בסך כולל של 9,000 ₪, נגבתה ממנו עמלת קניה/מכירה כוללת של 243 ₪. זאת בשעה שבין הצדדים הוסכם כי המבקש ישלם עבור ביצוע הוראתו בשלמותה עמלה כוללת של 67.5 ₪.

ברור כי אם המידע המלא הנוגע לסך העמלות בהן תוייב המבקש היה מועבר לידיו, הוא היה מזדעק מיידית על חיובו בתיוובי יתר.

43. ביום 8.7.2007 הורה המבקש לבנק למכור עבורו 190 יחידות של מניית אלודרין בשלב המסחר הרציף. ההוראה הוגבלה בשער של 4,125. הוראתו של המבקש בוצעה וכל הכמות שביקש נמכרה ב-2 ביצועים חלקיים בסכום כולל של 7,838.1 ₪.

העתקי הוראתו של הלקוח מיום 8.7.2007 והודעת הבנק מיום 10.7.2007 על ביצוע המכירה המבוקשת ב-2 ביצועים חלקיים, רצ"ב בהתאמה נספחים ב'1 – ב'2.

המבקש ציפה כי עמלתו של הבנק תעמוד על גובה עמלת קניה/מכירה באחוזים המוסכם עימו כיום – 0.5% שהם 39.19 ₪, אולם שבדק כעת את חיובו הופתע לגלות כי עבור כל אחד מהביצועים החלקיים נגבתה עמלת מינימום תעריפית בסך 27 ₪ ובסך הכל סכום של 54 ₪, דהיינו 14.81 ₪ ביתר שהם כ-38% יותר מסכום העמלה המוסכם שהיה הבנק רשאי לגבות.

44. אכן, במקום לחשב את עמלת הקניה/מכירה באחוזים מתוך השווי הכולל של ניירות הערך שנקנו או נמכרו בהוראת המבקש במקרה זה, בחר הבנק להתייחס בנפרד לכל אחד מהביצועים החלקיים. בדרך זו הגדיל הבנק באופן מלאכותי ובניגוד למוסכם את עמלתו.

45. עוד קודם לביצוע הוראת המכירה האמורה ובשים לב, בין היתר, לפרסומים רבים שהופיעו בשנה האחרונה בכלי התקשורת בדבר ריבוי עמלות הבנקים כמו גם בדבר תוסר הבחירות בקשר לאופן חישוב עמלות הבנקים, הודעות - ששיאן הודעתו של נגיד בנק ישראל כי הוא עצמו אינו מבין את דרך חישוב העמלות – התחיל המבקש לנסות ולבחון ביתר יסודיות את העמלות שנגבו על ידי הבנק בקשר עם הוראות קניה ומכירה של ניירות ערך שהעביר לבנק.

46. הפרקטיקה הקלוקלת האמורה אותה אימץ הבנק במודע, במכוון ובניגוד למוסכם עם הלקוח, אינה הפרקטיקה הנוהגת בכלל מערכת הבנקאות.

כך, לשם הדוגמה, ניתן להביא הוראת ביצוע שהעביר אביו של המבקש, ביום 3.6.2007, לבנק לאומי לישראל בע"מ לרכישת 2,100 יחידות של מניית קססמכ ה דאוגונס ואשר בוצעה ב-2 ביצועים חלקיים בסכום כולל של 118,629.8 ₪.

וחנה, אף שאחד הביצועים החלקיים, באותו מקרה, היה נמוך מהגבול האפקטיבי, כפי שחוסבר בסעיף 35 דלעיל, גבה בנק לאומי לישראל בע"מ עמלה שחושבה על בסיס גובה עמלת קניה/מכירה המוסכם באחוזים – 0.55% שהם 652.46 ₪ - בדיוק סכום העמלה המוסכם בין הצדדים. למען הסר ספק יובהר כי ללקוח אין בחשבון זה הטבה כלשהי בנוגע לעמלת המינימום.

העתקי החלק הרלוונטי בתעריפון העמלות של בנק לאומי לישראל בע"מ, והודעת בנק לאומי על ביצוע הרכישה המבוקשת ב-2 ביצועים חלקיים, רצ"ב בהתאמה נספחים ג'1 – ג'2.

47. חמור מכך. כשנבר המבקש בנכני זכרונו הוא נזכר כי בעבר כבר פנה לבנק, לפחות פעם אחת, והיפנה את תשומת ליבו של הבנק לעובדה שנגבתה ממנו עמלת קניה/מכירה ביתר. אף שגביית היתר הושבה באופן מיידי, מתברר כי הגורמים האחראים בבנק בחרו לא לתקן את שגרת הטיפול בעמלות שהוטמעה במערכת המחשב של הבנק והבנק שב וגבה מהמבקש גם לאחר ההתזר האמור עמלת קניה/מכירה ביתר, כמפורט דלעיל.

ואלה העובדות הנוגעות לאותו עניין: ביום 30.5.2005 בשעה 13:27:37 הורה המבקש לבנק באמצעות האינטרנט לרכוש עבורו 15,000 יחידות של מניית ארית תעשיות בשלב המסחר הרציף. ההוראה הוגבלה לאותו יום מסחר בהגבלת שער של 82. הוראתו של המבקש בוצעה וכל הכמות שביקש נרכשה לבסוף ב-4 ביצועים חלקיים בסכום כולל של 12,215.89 ₪.

העתק הוראתו של המבקש מיום 30.5.2005 והודעת הבנק על ביצוע הקנייה המבוקשת ב-4 ביצועים חלקיים, רצ"ב בהתאמה נספחים ד'1 – ד'2.

המבקש ציפה כי עמלתו של הבנק תעמוד על גובה עמלת קניה/מכירה המוסכם עימו באותה עת – 0.3% מסך הרכישה שבוצעה, אך לא פחות מ-25 ₪, ולפיכך בנסיבות העניין סך של 36.6 ₪, אולם לאחר שעניין בדיווחי הביצוע של הבנק, ביום 6.6.2005, הופתע המבקש לגלות כי בגין כל אחד מהביצועים החלקיים נגבתה ממנו עמלת מינימום תעריפית בסך 25 ₪ ובסך הכל נגבתה עמלת קניה/מכירה בסך 100 ₪. המבקש מיהר להביא את דבר גביית היתר האמורה לידיעת הבנק.

העתק פנייתו של המבקש מיום 6.6.2005, רצ"ב נספח ד'3.

ואכן, לאחר בדיקת השגותיו של המבקש הודה הבנק בטעותו (כפי שהאמין אז המבקש) והשיב למבקש את סכומי עמלת הקניה/מכירה שגבה ביתר, דהיינו סך של 63.4 ₪. בסופו של דבר גבה מהמבקש רק את עמלה קניה/מכירה המוסכמת בגובה של 0.3% שהם 36.6 ₪.

העתק דף חשבון של המבקש, נכון ליום 12.7.2005, הכולל את חיובו בגין רכישת המניות בניכוי עמלות ואת החוזי העמלות, רצ"ב נספח ד'4.

בשולי הדברים יצוין כי כפי שעולה מדפי החשבון של המבקש, כל אחד מאותם ביצועים חלקיים זכה לרישום בשורה נפרדת, בדף החשבון אותו מפיק הבנק.

48. כששב המבקש, כעת, וניסה לשחזר פעולות קניה ומכירה נוספות שבוצעו על ידו באמצעות הבנק, התברר לו כי לא זו בלבד שאותו חיוב ביתר, מיום 30.5.2005, לא היה יחיד, אלא שלמרות שהבנק מיהר ביום 6.6.2007 להודות ב"טעותו" (או יותר נכון בפרי מעשיו ומחדליו) ולהשיב את סכומי העמלה שגבה ביתר ובניגוד למוסכם ביום 30.5.2005, הוא לא טרח כלל להשיב את הסכומים שגבה ביתר ובניגוד למוסכם בקשר לפעולות קניה ומכירה אחרות שבוצעו בעבר על פי הוראות הלקוח עוד קודם למקרה האמור.

49. כך לשם הדוגמא, בחן המבקש את עמלת הקניה/מכירה בגין הוראת קניה שניתנה על ידו לבנק ביום 3.1.2005 בשעה 13:32:57, באמצעות האינטרנט, לרכוש עבורו 10,800 יחידות של מניית אורליין יוזם והשקעות בשלב המסחר הרציף. ההוראה הוגבלה לאותו יום מסחר בהגבלת שער של 67. הוראתו של המבקש בוצעה וכל הכמות שביקש נרכשה ב-3 ביצועים חלקיים בסכום כולל של 7,188.07 ₪.

העתק הוראתו של המבקש מיום 3.1.2005 והודעת הבנק על ביצוע הרכישה המבוקשת ב-3 ביצועים חלקיים, רצ"ב בהתאמה נספחים ה'1 – ה'2.

המבקש ציפה כי עמלתו של הבנק תעמוד על גובה עמלת קניה/מכירה המוסכם עימו באותה עת – 0.35% שהם 25.16 ₪, אולם שבדק כעת את חיובו נדהם לגלות כי עבור כל אחד מהביצועים החלקיים נגבתה עמלת מינימום תעריפית בסך 25 ₪ ובסך הכל סכום של 75 ₪, דהיינו 49.84 ₪ ביתר ובסך הכל פי שלוש מסכום העמלה המוסכם שהיה הבנק רשאי לגבות.

50. כך לשם הדוגמא, בתן המבקש את עמלת הקניה/מכירה בגין הוראת מכירה שניתנה על ידו לבנק ביום 26.1.2005 בשעה 11:51:28, באמצעות האינטרנט, למכור עבורו את אותן 10,800 יחידות של מניית אורליין יזום והשקעות בשלב המסחר הרציף – מניות שרכש כאמור ביום 3.1.2005. ההוראה הוגבלת לאותו יום מסחר בהגבלת שער של 80. הוראתו של המבקש בוצעה וכל חכמות שביקש נמכרה ב-3 ביצועים חלקיים בסכום כולל של 9469.48 ₪.

העתק הוראתו של המבקש מיום 26.1.2005 והודעת הבנק על ביצוע המכירה המבוקשת ב-3 ביצועים חלקיים, רצ"ב בהתאמה נספחים 1' – 2'1.

המבקש ציפה כי עמלתו של הבנק תעמוד על גובה עמלת קניה/מכירה המוסכם עימו באותה עת – 0.5% שהם 47.35 ₪, אולם שבדק כעת את חיובו נדהם לגלות כי עבור אחד הביצועים החלקיים נגבתה העמלה המוסכמת של 0.5% ועבור 2 ביצועים חלקיים נוספים נגבתה עמלת מינימום תעריפית בסך 25 ₪ לכל ביצוע חלקי ובסך הכל סכום של 89.12 ₪, דהיינו 41.77 ₪ ביתר ובסך הכל כמעט כפול מסכום העמלה המוסכם שהיה הבנק רשאי לגבות.

51. אכן, לא זו בלבד שהבנק נמנע מלהשיב את הכספים שגבה ביתר ובניגוד למוסכם קודם ליום 6.6.2007, המועד בו הודה ב"טעותו", כאמור, אלא שהיענותו לבקשת המבקש הטעתה את המבקש להאמין כי הבנק לא יפעל שוב בדרך דומה שהרי כך מקובל במערכת היחסים בין צדדים תמימי לב. אולם כעת מתברר כי הבנק לא שינה דבר בדרך התנהגותו.

52. במקרים שהצגנו בבקשה זו גבה הבנק מהמבקש ביתר ומעבר לעמלה המוסכמת ביניהם, עמלת קניה/מכירה בסך כולל של 122.09 ₪ נכון למועד הגשת בקשה זו. גבית יתר זאת, מנוגדת כאמור לאמור בהסכם ניהול ניירות הערך של המבקש עם הבנק ולתעריפון העמלות הנלווה לו.

53. מאחר שגביית העמלות מבוצעת בדרך של שגרה על ידי מחשבי הבנק, שתוכנתו במכוון כך, קרוב לוודאי כי יתר לקוחותיו של הבנק הוייבו אף הם באותם חיובי יתר בכל הנוגע לעמלות קניה/מכירה.

אכן, גביה ביתר זו אין מקורה בטעות חד פעמית, אלא היא מתבצעת על ידי הבנק (או מחשבו) באופן מתוכנן ומכוון (ומרצמ), כל אימת שהוראת הביצוע של המבקש או של לקוח אחר של הבנק מבוצעת במספר ביצועים חלקיים. כמובן שככל שהוראת ביצוע אחת של הלקוח מבוצעת במספר רב יותר של ביצועים חלקיים, כך גדל הסיכוי כי הפעולה תיפול בגדר המקרה המתואר לעיל, כאשר ללקוח אין כמובן שליטה על כך.

בסופו של יום, משלם הלקוח עמלה הגבוהה מעמלת קניה/מכירה הקבועה בהסכם ניהול ניירות ערך ובתעריפון העמלות.

54. באמצעות גביית כספים זו, גבה הבנק סכומי כסף אדירים ביתר ובניגוד למוסכם.

55. נסכס:
- 55.1. ראשית, וחמור מכל: מחישוב פשוט שמערך על ידי המבקש התברר, כי בהסתמך על תעריפון העמלות, דמי עמלת קניה/מכירה שהיו אמורים להיגבות ממנו, בגין פעולות קניה ומכירה של ניירות ערך שהצגנו דלעיל, נמוכים באופן נומינאלי ב-106.42 ₪ לפחות מדמי העמלה שנגבו על ידי הבנק בפועל, דהיינו במקרים אלה נגבתה מהמבקש עמלת קניה/מכירה ביתר ובניגוד למוסכס בסך של 122.09 ₪ נכון למועד הגשת בקשה זו.
- למותר לציין, כי הבנק לא טרח ליידע את המבקש (כמו גם את יתר לקוחותיו), כי ייגבו מהם, סכומים הגבוהים מהסכומים הנקובים בתעריפון העמלות, בגין קניית ומכירת ניירות ערך עבורם.
- 55.2. שנית, בדרך בה הודע למבקש בתחילה מה תהיה העמלה שתיגבה ממנו, בדרך בה חולקו לבסוף חיובי העמלות בגין הוראת ביצוע אחת של המבקש למספר חיובים נפרדים עבור כל ביצוע חלקי ובדרך בה הוצגו חיובי העמלה בקשר עם כל הוראת ביצוע של המבקש הוטעה המבקש במכוון לחשוב כי עמלות הקניה/מכירה שנגבו ממנו הינן העמלות המוסכמות, בשעה שהבנק גבה ממנו גביית יתר.
- 55.3. שלישית, אף שהודה במעשים אלה ותיקנם במענה לפניית המבקש מיום 6.6.2005, כמפורט בסעיף 47 דלעיל, לא טרח הבנק לחשיב למבקש את כל הסכומים שנגבו ממנו ביתר קודם למועד הפניה האמורה. חמור מכך, הבנק לא טרח, במכוון כך נראה, לתקן את הקלקולים בהם הודה והוא ממשיך לגבות את עמלת קניה/מכירה ביתר.
56. בעשותו כן, נמצא הבנק:
- 56.1. מפר הסכס, בדמות גביית יתר, הנעשית בניגוד גמור לאמור בתעריפון העמלות.
- 56.2. לא מגלה את הסכומים שנגבו מהמבקש הלכה למעשה על ידי הבנק, בגין עמלת קניה/מכירה, ומטעה במכוון באשר לגובה האמיתי של עמלת קניה/מכירה, שנגבתה מהמבקש בגין כל הוראת קניה או מכירה שנתן.
- 56.3. ממשיך בדרכו הקלוקלת בגביית היתר למרות מצג השווא שניתן בדמות ההודאה בטעותו.
57. בבקשה זו יתייחס המבקש אל קבוצת התובעים הפוטנציאליים, כקבוצה המונה את כל לקוחות הבנק, אשר היו בעלי חשבון ניירות ערך ואשר ביצעו בחשבונות אלה פעולת קניה ו/או מכירה של ניירות ערך. זאת מכיוון, שכפי שיפורט בהמשך בהרחבה, המבקש יטען, כי אחת מעילות התובענה נושא בקשה זו הינה עילת התרמית, וכי כתוצאה מתרמית זו, טרם התיישנה עילת התביעה של מי מחברי קבוצת התובעים הפוטנציאליים.
58. הערכה מדויקת של הסכומים שנגבו מן המבקש ומיתר חברי הקבוצה, ביתר ובניגוד למוסכס, איננה אפשרית, ללא קבלת פרטים ומסמכים מלאים מן הבנק, אודות מספר בעלי חשבונות ניירות הערך, היקף וטיב הפעולות באותן חשבונות, והיקף הכספים שנגבו ביתר מאותם חשבונות – נתונים הנמצאים בשליטתו הבלעדית של הבנק.

59. מכל מקום, לאור היקף הפעילות הנרחב של לקוחות הבנק בתחום ניירות הערך ומספר הפעולות העצום הנעשה בסכומים קטנים, אין מנוס מלהגיע למסקנה, כי במרוצת השנים גבה הבנק מלקוחותיו סכומי עתק ביתר ובניגוד למוסכם.

אכן, הערכת מדוייקת של גביית היתר האמורה תהיה אפשרית רק לאחר קבלת מלוא המידע הנוגע לעניין מאת הבנק. בשלב זה ניתן לקבל קנה מידה באיזה סכומים מדובר באמצעות ביצועה של אומדנה המתבססת על נתוני הבנק והנחות סבירות.

על פי נתוני הבנק, ההכנסות התפעוליות של הבנק בשנת 2006 הסתכמו בסך של 1,911,000,000 (מליארד תשע מאות ואחד עשר מליון) ₪, ובשבע השנים הקודמות להגשת בקשה זו הסתכמו הכנסות אלה בסך ממוצע שנתי של 1,741,000,000 (מליארד שבע מאות ארבעים ואחד מליון) ₪. מתוך הסך הממוצע האמור כ-25% – בהתבסס על נתוני שנת 2006 – שהם כ-435,000,000 (ארבע מאות שלושים וחמישה מליון) ₪, מיוחסים לפעילויות הקשורות לשוק ההון. בהנחה השמרנית לפיה מתוך הסך האמור כ-2% (שני אחוזים) בלבד הינם פועל יוצא של גביית היתר, מדובר בממוצע בגביית יתר של כ-8,700,000 (שמונה מליון ושבע מאות אלף) ₪ בשנה.

בחינת היקף גביית היתר של הבנק על פי האומדנה האמורה, אפילו אם נצמצמה לשבע השנים האחרונות בלבד, מגלה כי מדובר בסכום כולל של 60,900,000 (שישים מליון ותשע מאות אלף) ₪.

מובן כי יכול ואומדנה זאת היא רק קצה הקרחון להיקף גביית היתר של הבנק.

60. לאור כל האמור לעיל ולהלן יתבקש בית המשפט הנכבד לאשר את התובענה כייצוגית, ולהורות לבנק לפצות את המבקש (כמו גם את יתר חברי הקבוצה) בגין גביית עמלת קניה/מכירה ביתר.

פרק שלישי: עילות התביעה

61. כפי שפורט בהרחבה לעיל, הבנק גבה מהמבקש, כמו גם מיתר לקוחותיו, אשר היו בעלי חשבון ניירות ערך, כספים ביתר ובניגוד למוסכם, תוך שהוא מטשטש גביית יתר זו.

62. להלן עילות התביעה הצומחות למבקש מכוח גבייה זו:

I. הפרת הסכם החתקשרות, על סעיפיו השונים ונספחיו

63. כאמור לעיל, במסגרת הסכם לניהול חשבון עובר ושב בין המבקש לבנק, כמו גם במסגרת הסכם ניהול ניירות הערך, נקבע כי העמלות שתגבנה על ידי הבנק, בגין שירותים שונים שינתנו למבקש, תהיינה בהתאם לתעריפון העמלות של הבנק (נספח א'). תעריפון עמלות זה מפורסם גם באתר האינטרנט של הבנק ומעודכן על ידו באופן תקופתי.

64. ס"ק 4.1.1 לתעריפון העמלות קבע את גובה עמלת קניה/מכירה באתחיים אותם גובה הבנק בגין פעולות קניה או מכירה של ניירות ערך.

(2) מועד מתן השירות ;

(3) התשואה והתועלת שניתן להפיק מהשירות ;

...

(6) המחיר הרגיל או המקובל או המחיר שנדרש בעבר בעד השירות ;

"...

75. סעיפים 5 ו- 5א לחוק הבנקאות, שעניינם "גילוי נאות" ו"מסירת מידע על עמלות", קובעים כדלקמן:

"5. (א) הנגיד רשאי, לאחר התייעצות עם הועדה המייעצת ובאישור שר האוצר, לקבוע בכללים חובה על תאגידים בנקאיים, לפי הפירוט והדרך שנקבעו בהם:

- (1) לגלות ללקוחותיהם כל פרט מהותי לגבי תכנון, היקפו, תנאיו ומחירו של שירות שהם נותנים והסיכונים הכרוכים בו;
- (2) לציין פרטים מסויימים בכל פרסום שלהם בדבר שירותיהם;
- (3) ליתן ללקוחותיהם, במועדים קבועים, זוו"חות על שירותים הניתנים להם ולציין בהם פרטים מסויימים;

....

5א. (א) מבלי לגרוע מהוראות סעיף 5, תאגיד בנקאי ימסור ללקוחותיו מידע בכתב על סכומי העמלות או על שיעור העמלות שהוא גובה בשל שירות שהנגיד קבע בכללים לפי סעיף 5 שהוא שירות עיקרי (בסעיף זה - שירות עיקרי); המידע יימסר בהתאם להוראות סעיפים קטנים (ב) ו-(ג).

".....

76. בתוקף סמכותו לפי סעיף 5 לחוק הבנקאות, והיות שהדבר היה דרוש לדעתו על מנת על למנוע הטעייה או פגיעה בלקוח, נקבע על ידי נגיד בנק ישראל בסעיף 26 (ז) לכללי הגילוי הנאות, כי:

"חויב לקוח בעמלה, יודיע התאגיד הבנקאי את מהות העמלה, שיעורה, סכומה ודרך הישובה"

77. כמו כן, קבע המפקח על הבנקים בהוראה מס' 414 להוראות ניהול בנקאי תקין, שהוצאו על ידו מכוח סעיף 26א(נ) לכללי הגילוי הנאות, נוסח אחיד ללוח העמלות של הבנק.

בסעיף 2 במבוא להוראה זו, הוסבר על ידי המפקח על הבנקים, כי מבנהו האחד של הלוח נועד "על מנת להקל על ציבור לקוחות הבנקים..."

78. דא עקא, לא זו בלבד שבשונה מבנקים אחרים הבנק אינו מיידע את הלקוח מבעוד מועד על העובדה כי הוא עשוי לגבות עמלות נוספות אם תבוצע לבסוף הוראתו של הלקוח בגיצועים חלקיים וזאת בניגוד למוסכם עם הלקוח, אלא שהבנק אף נמנע בדיעבד מלהביא לדיעת הלקוח סיכום כולל ומרוכז של עמלת קניה/מכירה אותו הוא גובה מהלקוח בגין כל הוראת ביצוע בניירות

- ערך, וכך, הלכה למעשה, מציג הבנק ללקוח תמונה מקוטעת בלבד המטעה את הלקוח לחשוב כי העמלה שגבה ממנו הבנק עומדת בתעריפון הבנק תוך הסתרת מעשיו ומחדליו האמיתיים של הבנק כלפי ציבור לקוחותיו.
79. בפועל, דרך חישוב העמלה על ידי הבנק, כאמור, אינה עולת בקנה אחד עם האמור בסעיף, ובכך מפר הבנק את חובתו לגילוי נאות, המוסדרת בכללי הגילוי הנאות כמו גם את האיסור על הטעייה המוטל עליו מכוח חוק הבנקאות.
80. לחילופין ובמצטבר, חל האמור בסעיף 17 לחוק הבנקאות, הקובע כי: "הוראות חוק זה יחולו על אף כל ויתור או הסכם נוגד".
81. המבקש יטען, כי חובת איסור ההטעיה, המוטלת על הבנקים מכוח סעיף 3 לחוק הבנקאות, רחבה בהרבה מהיקף איסור ההטעיה בדיני החוזים הכלליים.
82. אשר על כן, הבנק אינו יכול לצאת ידי חובה, באמצעות הצגה בלתי נאותה, כך מסתבר, של העמלה בתעריפון העמלות, שהרי על פי האמור בסעיף 3 האמור, מוטלת על הבנק חובת גילוי באשר למחיר המלא והסופי שנדרש בעד השירות.
83. אכן, דרך חישוב עמלת קניה/מכירה כמפורט דלעיל מונעת מהלקוח את האפשרות לדעת את מחירו המלא והסופי של השירות ולחשב מראש את כדאיות עסקת קניית או מכירת ניירות הערך אותה הוא מבקש לבצע, שהרי לשיטתו של הבנק אין אפשרות לדעת מראש, אף לא בקירוב, את גובה העמלה שתיגבה.
84. המשיב, שהוא תאגיד בנקאי, עשה ועושה ביודעין, במעשה ובמחדל, באמצעות חוזה בכתב, דבר שהטעה את המבקש, הלקוח, בעניין מהותי - דהיינו, דרך חישוב העמלה.
85. זאת ועוד. ברי, כי מטרתו של סעיף 3 לחוק הבנקאות היא להגן על הציבור הבא במגע עם התאגידים הבנקאיים.
86. אחד הכלים העיקריים באמצעותו ביקש המחוקק להגשים את תכלית החוק, מצא את ביטוי בסעיף 3 לחוק, האוסר הטעיה. בהוראה מפורשת זו, מונה המחוקק, לצד ובנוסף לעיקרון הכללי לפיו אסור לבנק לעשות דבר העלול להטעות לקוח בכל "עניין מהותי" ללקוח, לא פחות מתשעה עניינים אותם רואה המחוקק כמהותיים.
87. יתרה מכך. הבנק מפר את חובת הגילוי הנאות, המוטלת על הבנקים מכוח סעיפים 5 ו-5א לחוק הבנקאות.
- במעשיו אלו המתוארים לעיל, הפר הבנק את הוראות סעיפים 5 ו-5א לחוק הבנקאות, כמו גם את הוראות סעיף 26(ד) לכללי הגילוי הנאות, ולא יידע את לקוחותיו בדבר עמלת קניה/מכירה, הנגבית מהם בפועל: שיעוריה האפקטיביים, הסכום הכולל שייגבה מן הלקוח בסופו של דבר, ודרך חישוב העמלה.

III. הפרת חובה תקוקה

88. המבקש יטען, כי הפרת הוראות סעיפים 3, 5 ו-5א לחוק הבנקאות, וסעיף 26 לכללי הגילוי הנאות, עולים כדי עוולת הפרת חובה תקוקה על ידי הבנק, כאמור בסעיף 63 לפקודת הנויקין (נוסח חדש) (להלן: "פקודת הנויקין").
89. כאמור, הבנק לא קיים את החובה, שהוטלה עליו בהתאם לחיקוקים המפורטים לעיל, הקובעים כי אסור לבנק לעשות דבר העלול להטעות את לקוחותיו בכל עניין מהותי, שעניינו מתן שירות ללקוח, וכן המטיל על הבנק את החובה להציג בסניפיו, במקום בולט לעין, מידע על השיעור האפקטיבי של עמלת קניה מכירה והסכומים בהם יחוייב הלקוח מהפעילות המבוצעת על פי הוראותיו בתחום קניה ומכירה של ניירות ערך באמצעות הבנק.
90. חיקוקים אלה נועדו להגן על לקוחותיו של הבנק, כדוגמת המבקש, בדיוק מפני סוג זה של התנהגות – גביית כספים ביתר, בעבור שירותים שניתנו על ידי הבנק, ללא הסכמת הלקוח וללא ידיעתו, ולמצער, תוך הטעיית לקוחותיו של הבנק.
91. הכספים שגבה הבנק מלקוחותיו, ביתר ובניגוד למוסכם, מהווים בדיוק את סוג הנזק שאותו התכוון החיקוק למנוע.
92. הפרת הוראות החיקוקים המפורטים לעיל על ידי הבנק, באמצעות גביית כספים ביתר ובניגוד למוסכם, בעבור עמלת קניה/מכירה, מקימה תבות של הבנק בנויקין כלפי המבקש, ומזכה את המבקש, ואת כל מי שייקבע כחלק מהגדרת הקבוצה, בפיצוי, בגין הנוקים שנגרמו על ידי הבנק.
93. הדרך בה גבה הבנק, ביתר ובניגוד למוסכם, עשרות ואולי מאות מיליוני שקלים מציבור לקוחותיו בכלל, ומהמבקש בפרט, מהווה הפרה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע בסעיף 3 לחוק היסוד, כי זכות הקניין של המבקש (ושל שאר חברי הקבוצה) מהווה זכות יסוד על-חוקתית, ועל כן, חל איסור לפגוע בזכות הקניין שלא כדין.
- בנקודה זו יודגש, כי חוקי היסוד, ככלל, הם בגדר דבר חקיקה אשר נועד לטובתו של הפרט, ובפרט, אחת ממטרותיו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו היא, להגן על זכות הקניין של המבקש. על כן, פגיעה בזכות היסוד החוקתית של המבקש להגן על קניינו, גוררת אחריה אחריות בנויקין של הבנק, בגין עוולת הפרת חובה תקוקה.

IV. עשיית עושר ולא במשפט

94. המבקש יטען, כי הבנק התעשר שלא כדין על חשבונו, בכך שגבה ממנו, כמו גם מיתר לקוחות הבנק אשר ניהלו בבנק חשבון ניירות ערך וביצעו בחשבון פעולות קניה ו/או מכירה של ניירות ערך, כספי עמלה ביתר ובניגוד למוסכם, וזאת מבלי שהייתה לבנק כל סמכות לגבות כספים אלה, ובניגוד להסכם ההתקשרות עם לקוחותיו.
95. כמתואר בבקשה זו, הבנק גבה במהלך השנים עשרות ואולי מאות מיליוני שקלים מחברי הקבוצה, ביתר ובניגוד למוסכם, וזאת על הבנק להשיב כספים אלו לחברי הקבוצה, וזאת בהתאם לסעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט – 1979 (להלן: "חוק עשיית עושר ולא במשפט").

V. הפרת החובה לקיום מו"מ בתום לב, ולקיום החוזה בתום לב

96. העובדה כי הבנק נמנע מלציין בפני המבקש, עובר להתקשרות בין הצדדים ולהרשאה שנתן הבנק למבקש לפעולה בתחום ניירות הערך, כי בכוונתו לגבות מן המבקש תשלום נוסף, מעבר לתשלום האמור בתעריפון העמלות, בגין קניה ו/או מכירה של ניירות הערך, מהווה ניחול משא ומתן שלא בזרף מקובלת ובתום לב.
97. בכך, הפר הבנק את החובה לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה, הקבועה בסעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), תש"ל – 1973 (להלן: "חוק החוזים").
98. יתרה מכך. המבקש יטען, כי העובדה שהבנק גבה ממנו כספים ביתר ובניגוד למוסכם בגין עמלת קניה/מכירה, כמו גם מיתר לקוחותיו אשר ניהלו חשבונות ניירות ערך, וזאת מבלי שהייתה לבנק כל הסמכה, במסגרת הסכם ההתקשרות, לגביית עמלת קניה/מכירה בסכום שנגבה (ביתר), מהווה הפרה של סעיף 39 לחוק החוזים, המטיל על הצדדים לחוזה את החובה לקיום החוזה בדרך מקובלת ובתום לב.
99. הן חוסר תום הלב של הבנק בניחול המשא ומתן שקדם לכריתת הסכם ההתקשרות, על כלל סעיפיו ונספחיו, והן חוסר תום הלב של הבנק בקיום הסכם ההתקשרות, מקנה למבקש זכות לסעד של פיצוי כספי, בגובה סכום הנזקים שנגרמו לו, כתוצאה מחוסר תום הלב מצד הבנק.

VI. תרמית

100. במועד כריתת הסכם ההתקשרות, הציג הבנק בפני המבקש מצג (אשר, כאמור לעיל, אף הועלה על הכתב, במסגרת תעריפון העמלות, המהווה חלק בלתי נפרד מהסכם ההתקשרות, בהיותו נספח לו), בכל הנוגע לעלות שתיגבה מהמבקש בגין פעולות קניה ומכירה של ניירות ערך שיבוצעו על ידו בחשבון. באותה עת ואף לאחר מכן עד מועד הגשת התובענה נושא בקשה זו, נמנע הבנק מלהציג בפני המבקש את העובדה כי הוא עשוי לגבות עמלות נוספות בגין הוראה אחת של המבקש אם לבסוף תבוצע אותה הוראה במספר ביצועים חלקיים.
101. לאחר ביצועה של כל פעולות קניה או מכירה של ניירות ערך על פי הוראות המבקש קיבל המבקש דיווח מפורט הנוגע לעמלת הקניה/מכירה ששולמה על ידו. דיווח זה לא כלל סיכום מרוכז של סך העמלות שניגבו מהמבקש בגין הוראתו כאמור.
102. המבקש יטען, כי דרך ההצגה בה בחר הבנק, הן מראש והן בזיעבד, מהווה כשלעצמה, הצג כוזב של עובדה, העולה – בכל הכבוד והזהירות הראויים – כדי עוולת התרמית, כאמור בסעיף 56 לפקודת הנזיקין.
103. הבנק הציג ומציג מצג מקוטע זה, מתוך ידיעה ברורה כי מדובר במצג כוזב, ולמצער באין אמונה באמיתות המצג או בקלות ראש, שהרי:
- 103.1. דרך הצגת עמלת קניה/מכירה בתעריפון העמלות של הבנק אינה עולה בקנה אחד עם הדרך בה מחשבת מערכת המחשב המרכזית של הבנק את העמלות הנגבות מהמבקש כמו גם מיתר לקוחות הבנק בגין הוראות קניה ומכירה של ניירות ערך.

- 103.2. בפועל – נגבים מהמבקש, כמו גם מיתר לקוחותיו של הבנק, אשר מנהלים חשבונות ניירות ערך ואשר מבצעים פעולות קניה ומכירה של ניירות ערך, סכומים נכבדים ביתר ובניגוד למוסכם, בעבור עמלת קניה/מכירה.
- 103.3. פירוט מלא ומרוכז של סך עמלת קניה/מכירה הנגבית על ידי הבנק בעבור כל הוראת ביצוע של הניתנת לקניית ו/או מכירת ניירות ערך היתה מקלה על לקוחות הבנק לחשוף את הגבייה האסורה המבוצעת על ידו.
104. למצער, אין כל ספק, כי גם אם הבנק שגה בתחילה לחשוב כי מערכת המחשב המרכזית שלו מתוכנתת בצורה שונה וגם אם לא ידע, בתחילה, כי מדובר במצג כוזב וכי בפועל נגבים על ידו ביתר כספים בגין עמלת קניה/מכירה, הרי שבמרוצת הזמן, ובוודאי לאחר שהופנו אליו פניות פרטניות בעניין זה, לרבות פנייתו של המבקש מיום 6.6.2005, חזקה על הבנק, כי ידע, ידיעה ברורה, כי מדובר במצגים כוזבים.
105. בנקודה זו יודגש, כי היותו של הבנק תאגיד גדול ומפורסם, המעניק שירותים לציבור לקוחות גדול ברחבי הארץ, והפועל על פי רישיון שהוענק לו על ידי נגיד בנק ישראל, מכת סעיף 4 לחוק הבנקאות (רישוי), יצר אצל המבקש תחושת אמון, אשר תרמה להסתמכותו על המצגים הכוזבים במשך תקופה ארוכה.
106. המבקש פעל בהתאם למצגים הכוזבים של הבנק, ביצע בחשבון לניהול ניירות הערך שניהל בבנק פעולות קניה ומכירה של ניירות ערך, וסבל עקב כך מנזק ממון, שעה שנגבו ממנו על ידי הבנק כספים ביתר ובניגוד למוסכם.
107. לפיכך, עוולת תרמית או מזכה את המבקש בפיצוי, בגין הנזקים שנגרמו לו על ידי הבנק.

VII. עוולת הרשלנות הכללית

108. מעשיו ומחדליו של הבנק המתוארים לעיל, עולים, לכל הפחות, כדי עוולת הרשלנות, כאמור בסעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזיקין.
109. רשלנות זו התבטאה בכך שהבנק ידע, כי הוא פועל בניגוד להוראות הסכם ההתקשרות ונוכח מהמבקש (כמו גם מיתר ציבור לקוחותיו הסוחרים בניירות ערך) עמלת קניה/מכירה ביתר ובניגוד למוסכם, או לכל הפחות, היה עליו לדעת זאת.
110. הבנק חב בחובת זהירות מושגית וקונקרטית כלפי המבקש בפרט, וכלפי כל הלקוחות אשר ניהלו חשבונות ניירות ערך באמצעותו ככלל, מכוח היותם לקוחותיו, אשר הסתמכו על הסכמי ההתקשרות, על כלל סעיפיהם ונספחיהם, ועל גובה עמלת קניה/מכירה אותה היה אמור הבנק לגבות מהם, בשעה שניהלו חשבונות אלו והורו לבצע פעולות קניה ו/או מכירה של ניירות ערך.
111. כאמור, הבנק הפר את חובת הזהירות הקונקרטית המוטלת עליו, שעה שגבה מהמבקש, כמו גם מיתר לקוחותיו אשר ניהלו חשבונות ניירות ערך באמצעותו, כספים ביתר ובניגוד למוסכם.
112. בהתאם, הבנק מחויב לפצות את המבקש בגין הנזקים שנגרמו לו, כתוצאה מפעולותיו ו/או מחדליו הרשלניים של הבנק.
113. לאור כל האמור לעיל, המבקש יטען כי הוא זכאי לכל הסעדים העומדים לו על פי דין, בקשר לעילות המפורטות לעיל, ולהשבת כל הסכומים שנגבו ממנו על ידי הבנק ביתר ובניגוד למוסכם,

מכוח עילות אלו, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית, החל מיום מתן פסק הדין, ועד למועד התשלום בפועל.

פרק רביעי: התקיימות הקריטריונים לאישור התובענה כייצוגית על ידי בית המשפט הנכבד, בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות

114. עד לחקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות בשנת 2006, הוגשו מספר רב של תובענות ייצוגיות מכוח הסדרים ספציפיים שנקבעו בחוקים השונים, כדוגמת חוק הגנת הצרכן, חוק הבנקאות, חוק הגבלים עסקיים ועוד, אשר עיגנו את הזכות להגשת תובענה ייצוגית.
115. בה בעת, הכירו חלק מבתי המשפט בכוחה של תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמי"ד – 1984 (להלן: "תקנות סדר הדין האזרחי"), להוות מקור סמכות להגשת תובענות ייצוגיות.
116. השאלה, האם ניתן לבסס את הגשתה של תובענה ייצוגית על תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, עמדה במרכזו של דני"א 5161/03 א.ש.ת גיהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ נ' מדינת ישראל (טרם פורסם).
117. בית המשפט העליון פסק (בהרכב מורחב שמנה תשעה שופטים) כי תקנה 29 אינה יכולה לשמש כבסיס החוקי, שמכוחו יוגשו תובענות ייצוגיות. בית המשפט העליון הדגיש, כי על המחוקק להסדיר סוגיה מורכבת וחשובה זו בחקיקה.
118. ואכן, בחודש מרץ 2006 חוקק חוק תובענות ייצוגיות, שבא לתת מענה לחסר שהיה קיים בחקיקה הישראלית, תוך היענותו של המחוקק לקריאתו של בית המשפט העליון.
119. חוק תובענות ייצוגיות קובע הסדר כללי ואחיד להגשת תובענות ייצוגיות במשפט הישראלי, בכל עילת תביעה, תוך הסרת הגבלות לא רצויות על היקף העילות בהן ניתן היה להגיש תובענה ייצוגית טרם חקיקתו, ואיחוד ההסדרים הנוהגים לגבי ניהול תובענה ייצוגית להסדר אחד, שיחול על כל התביעות הייצוגיות. חוק זה ביטל את ההסדרים הספציפיים, שהיו קיימים בחוקים השונים, טרם חקיקתו.
- להתייחסות ולניתוח מעמיק של מטרות חוק תובענות ייצוגיות והצורך בו, ראה הצעת חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ה – 2005, מיום 26 ביולי 2005, עמ' 232; וכן ראה תזכיר חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ה – 2005.
120. לפיכך, התובענה נושא בקשה זו מוגשת בהתאם להוראותיו ודרישותיו של חוק תובענות ייצוגיות.
121. המבקש יטען, כי התובענה נושא בקשה זו עומדת בכל הקריטריונים המנויים בחוק תובענות ייצוגיות, לצורך הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית, ולצורך אישור התובענה כייצוגית על ידי בית המשפט הנכבד, כמפורט להלן.

I. המבקש רשאי להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית

122. סעיף 4(א) לחוק תובענות ייצוגיות קובע מי רשאי להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית.
123. הסעיף הרלוונטי לתובענה שלפנינו הינו סעיף 4(א)(1), הקובע כך:

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

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

124. סעיף 4(ב)1 לחוק תובענות ייצוגיות מוסיף וקובע, כי כאשר אחד מיסודות העילה הוא נזק, דיי בכך שמגיש הבקשה לאישור התובענה הייצוגית יראה כי לכאורה נגרם לו נזק. ובלשון הסעיף:

"לעניין 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."

125. בהתאם לאמור בסעיפים 4(א)1 ו-4(ב)1 לחוק תובענות ייצוגיות, על מנת להיות רשאי להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית, על המבקש לעמוד בשלושה תנאים מצטברים:

125.1. קיומה של עילת תביעה שאחד מיסודותיה הוא נזק, תוך שהמבקש מראה כי לכאורה נגרם לו נזק.

125.2. עילת התביעה האמורה נכנסת בגדר סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות.

125.3. התביעה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט, המשותפות לכלל חברי קבוצת התובעים.

להלן, המבקש יראה, כי הוא עומד בשלושת התנאים המצטברים, בהם נדרש לעמוד תובע, המבקש להגיש לבית המשפט בקשה לאישור תובענה ייצוגית.

1.1 המבקש הוכיח קיומה של עילת תביעה שאחד מיסודותיה הוא נזק, תוך שהמבקש הראה כי לכאורה נגרם לו נזק.

126. כפי שפורט בהרחבה בבקשה זו, המבקש הוכיח, כי הגבייה האסורה שביצע הבנק מהמבקש, כמו גם מיתר לקוחותיו, אשר ניהלו חשבונות ניירות ערך באמצעותו וביצעו פעולות קניה ואו מכירה של ניירות ערך באמצעות הבנק, מקימה מספר עילות תביעה כנגד הבנק. כאמור, גביה אסורה זו מהווה הפרה של הסכם ההתקשרות ושל החיקוקים הספציפיים שיוחדו לפעולותיהם של תאגידים בנקאיים בישראל, וכן הפרה של הוראות חוק החוזים, פקודת הנזיקין וחוק עשיית עושר ולא במשפט.

127. בנוסף, הוכיח המבקש כי נגרם לו נזק, המתבטא בגבייה האסורה ביתר, של עמלת קניה/מכירה על ידי הבנק, וכי על הבנק להשיב למבקש (כמו גם ליתר לקוחותיו, אשר ניהלו חשבונות ניירות ערך באמצעותו) את הכספים שנגבו ממנו ביתר ובניגוד למוסכס, לרבות הפרשי ריבית והצמדה כדין, החל ממועד גביית היתר ועד למועד התשלום.

2.I תביעה זו הינה תביעה שניתן להגיש בה בקשה לאישור תובענה ייצוגית, בהתאם לסעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות.

128. סעיף 3 לחוק תובענות ייצוגיות, שכותרתו: "הגשת תובענה ייצוגית", קובע כך:
- "(א) לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השנייה או בעניין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית;
- ...
- (ב) הגשת תובענה ייצוגית טעונה אישור בית המשפט, ויחולו על הגשתה וניהולה ההוראות לפי חוק זה."
129. התוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות מונה אחד עשר סוגי תביעות, שבעניינם ניתן להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית.
130. תביעה זו נכנסת בגדרי אותן תביעות, שבעניינן ניתן להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית, שכן התביעה מקיימת את האמור בסעיף 3 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, הקובע:
- "תביעה נגד תאגיד בנקאי, בקשר לעניין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו."
131. סעיף 1 לחוק הבנקאות (רישוי), מגדיר תאגיד בנקאי כך:
- "תאגיד בנקאי – בנק, בנק חוץ, בנק למשכנתאות, בנק למימון השקעות, בנק לקידום עסקים, מוסד כספי או חברת שירותים משותפת "
132. בהתאם, מהווה הבנק "תאגיד בנקאי", כהגדרתו בחוק הבנקאות (רישוי).
133. המבקש הינו "לקוח" של הבנק.
134. תביעה זו עוסקת "בענייני" שבין הבנק ובין המבקש, ובעניינינו – הצדדים אף התקשרו "בעסקה" לאספקת שירותים, מהסוג אותם נוהג הבנק להעניק ללקוחותיו דרך עיסוקו, היא עסקה לשם ניהול חשבונות ניירות ערך בסניף הבנק.
135. בהתאם, נכנסת תביעה זו בגדרי סעיף 3 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות.

3.I תביעה זו מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט, המשותפות לכלל חברי קבוצת התובעים.

136. כאמור, המערכת העובדתית העומדת בבסיס תביעה זו, הינה הסכם ההתקשרות בין המבקש לבין הבנק וביצוע הוראותיו של המבקש לקניית ו/או מכירת ניירות ערך. ההסכמה, אשר עמדה בבסיס הסכם ההתקשרות, לפיה תיגבה עמלת קניה/מכירה בגובה מוסכם באחוזים בגין הוראות ביצוע שמורים המבקש, כמו גם השירותים שניתנו למבקש במסגרת הסכמה זו, והדרך בה בחר הבנק

- לגבות את עמלת קניה/מכירה, זהים לכלל חברי הקבוצה, ולכן – ברי, כי התובענה נושא בקשה זו מעוררת שאלות מהותיות של עובדה, המשותפות לכלל חברי הקבוצה.
137. כך גם מובן, כי גם המחלוקות המשפטיות המתעוררות בתובענה נושא בקשה זו, זהות לכלל חברי הקבוצה.
138. כפי שפורט בהרחבה לעיל, תביעה זו מעוררת שתי שאלות משפטיות מהותיות שבמחלוקת: ראשית, יידרש בית המשפט הנכבד להכריע בשאלת מקור סמכותו של הבנק לגבות מהמבקש, כמו גם מיתר לקוחות הבנק, אשר ניהלו חשבון ניירות ערך באמצעותו, תשלום נוסף, מעבר לתשלום הקבוע בתעריפון העמלות, במסגרת עמלת קניה/מכירה.
139. במידה ובית המשפט הנכבד יכריע, כי אין לבנק סמכות לגבות כספים אלו ביתר, יידרש בית המשפט הנכבד לשאלה, האם הבנק חייב להשיב לכלל חברי הקבוצה את הסכומים שגבו מהם ביתר ובניגוד למוסכם.
140. לפיכך, ברור כי הן השאלות העובדתיות המהותיות והן השאלות המשפטיות המהותיות העומדות בבסיס תביעה זו, משותפות לכלל חברי הקבוצה.

II. בית המשפט רשאי לאשר התובענה נושא בקשה זו בייצוגית

141. טרם חקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות, נקבעה שורה ארוכה של תנאים ודרישות, בהם נדרש לעמוד תובע, אשר ביקש מבית המשפט לאשר את תביעתו כתובענה ייצוגית. תנאים ודרישות אלה היו פרי ההסדרים הספציפיים להגשת תובענה ייצוגית שנקבעו בחיקוקים השונים, ופרי פרשנות חיקוקים אלה על ידי בתי המשפט.
142. עם חקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות, בוטלו ההסדרים הספציפיים שנקבעו בחיקוקים השונים (וכך גם הדרישות שנוכחו מכוחם), והקריטריונים לאישור תובענה ייצוגית על ידי בית משפט עוגנו בהסדר אחיד, בסעיף 8א) לחוק תובענות ייצוגיות, הקובע כך:

”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 העניין;
3. קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה יוצג ויגוהל בדרך הולמת; הנתבע לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה בעניין זה;
4. קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה יוצג ויגוהל בתום לב.”

1.II) התובענה נושא בקשה זו מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט, המשותפות לכלל חברי הקבוצה:

143. התובענה נושא בקשה זו עוסקת בעילות התביעה שצמחו למבקש כלפי הבנק, בגין כספים שגבה הבנק ביתר ובניגוד למוסכם מהמבקש, לאחר שהמבקש התקשר עמו בהסכם ונתן הוראות לקניית ומכירת ניירות ערך באמצעות הבנק.
144. כפי שפורט בהרחבה לעיל, המערכת העובדתית המהותית העומדת בבסיס התובענה נושא בקשה זו, קרי – הסכם ההתקשרות, תעריפון העמלות, הוראות חוקי הבנקאות שנחקקו בנושא, אופי השירותים שניתנו, הפעולה שלגביה החליט הבנק לגבות ביתר ובניגוד למוסכם סכומי כסף מהמבקש ומכלל חברי הקבוצה, ומדיניותו של הבנק כלפי לקוחותיו, זהה לכלל חברי הקבוצה.
145. כך גם הובהר בהרחבה לעיל, כי השאלות המשפטיות המהותיות המתעוררות בתובענה נושא בקשה זו, שעיקרן שאלת מקור סמכותו של הבנק לגבות סכומי כסף ביתר ובניגוד למוסכם מכלל חברי הקבוצה ושאלת חובתו של הבנק להשיב לכלל חברי הקבוצה את הסכומים שגבו מהם ביתר ובניגוד למוסכם, משותפות לכלל חברי הקבוצה.

2.II) קיימת אפשרות סבירה שהשאלות המהותיות של עובדה או משפט, המשותפות לכלל חברי הקבוצה, יוכרעו בתובענה נושא בקשה זו לטובת הקבוצה

146. כאמור, תנאי זה קובע, כי כל שעל בית המשפט הנכבד להשתכנע, בשלב הנוכחי (משמע – בשלב אישור התביעה כתביעה ייצוגית) הוא, כי קיימת אפשרות סבירה, שהמחלוקות תוכרענה לטובת המבקש והקבוצה.
147. המבקש שב ומפנה את בית המשפט הנכבד לעובדות המפורטות בהרחבה בתובענה נושא בקשה זו, אשר אינן יכולות להיות שנויות במחלוקת של ממש, ושעיקרן – התחייבות הבנק לגביית עמלת קניה/מכירה בגובה קבוע מירבי מוסכם באחוזים מהפעולות המבוצעות בניירות הערך על פי הוראת הלקוח, והפרת התחייבות זאת שעה שהבנק גבה מחברי הקבוצה ביתר ובניגוד למוסכם כספים, לאור פיצול כל הוראת ביצוע למספר ביצועים חלקיים, וחיובו של כל ביצוע חלקי כאמור בעמלת קניה/מכירה נפרדת, וזאת בניגוד לאמור בהסכם ההתקשרות ולתעריפון העמלות.
148. לפיכך, קיימת אפשרות סבירה (ולדעת המבקש, אף למועלה מכך), כי בית המשפט הנכבד יכריע לטובת חברי הקבוצה, ויורה לבנק להשיב את הסכומים שגבה ביתר ובניגוד למוסכם.

3.II) תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין

149. התובענה הייצוגית היא כלי חשוב להגברת האכיפה של זכויות, שלגביהן התביעה הפרטנית אינה הליך יעיל ומעשי, ובכלל זה תביעות שסכומן זניח לעומת עלות התביעה. יתרה מכך, לתובענה הייצוגית נודע תפקיד מהותי בתחום הצרכנות, והיא מהווה כלי מרכזי למימוש זכויותיו של ציבור גדול, הנפגע ממעשה של תאגיד חזק, המרכז בידיו כוח רב.

150. בנקודה זו, יפים דבריה של כבי השופטת שטרסברג – כהן, בע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות בידה בע"מ, פ"ד נא(2) 312, 322 :

"...לתובענה הייצוגית משמעות כלכלית וחברתית גדולה ביותר. היא נועדה לאפשר לאדם אחד או לקבוצת אנשים, שנזקו של כל אחד מהם קטן יחסית, לתבוע בשם כל הגפגעים האנונימיים... יש בה כדי להגן על אינטרס היחיד שנפגע ואינו טורח להגיש תביעה; יש בה אינטרס ציבורי לאכיפת הוראות החוק שבגדרו באה התובענה הייצוגית; יש לה ערך מרטיע בפני הפרת החוק... יש בה חסכון במשאבים ומגיעת ריבוי תביעות..."

151. המבקש סבור כי במקרה שלפנינו, לא יכולה להיות כל מחלוקת בדבר התאמת תביעה זו להתברר בדרך של תובענה ייצוגית.

152. על פי תנתונים המצויים בידי המבקש, ולאור האמור בבקשה זו, נראה כי גודל הקבוצה הדלוונטי הוא עצום.

יודגש, כי הנתונים המדויקים בכל הנוגע להיקף הלקוחות אשר ניהלו חשבונות ניירות ערך על ידי הבנק ולהיקף וטיב פעולות קניה ו/או מכירה של ניירות ערך שבוצעו באותם חשבונות מצוי בידי הבנק, והוא יתבקש לחשפם במסגרת הליך משפטי זה.

153. כשם שגודל הקבוצה שייצוגה מתבקש עצום, כך הסכומים שנגבו ביתר ובניגוד למוסכם מכל אחד מחברי הקבוצה נמוכים, באופן יחסי. כאמור, המבקש מניח, כי בממוצע גבה הבנק ביתר ובניגוד למוסכם ובאופן תקופתי עשרות או לכל היותר מאות בודדות של שקלים מכל לקוח אשר ניהל חשבון ניירות ערך, הכל בהתאם להיקף פעילותו של הלקוח בתחום ניירות הערך ולאופן התנהלותו. לפיכך, גביית הכספים ביתר ובניגוד למוסכם מכל לקוח הסתכמה בגביה אסורה של עשרות או מאות שקלים, במקרה של לקוח אשר ניהל חשבון ניירות ערך במשך שנה אחת בלבד, ועולה לכדי סכום של מאות ואלפי שקלים, במקרה של לקוח, אשר ניהל חשבון ניירות ערך במשך שנים הרבה.

154. בנסיבות אלה, המבקש סבור כי מקום בו מדובר בציבור גדול, המונה מאות אלפי לקוחות שנפגעו על ידי הבנק, וכאשר ברור, כי אין סיכוי שאדם זה או אחר יוכל להביא את המחלוקות המתעוררות בתביעה זו לידי ברור משפטי, אלא בדרך של תובענה ייצוגית (ולו בשל הנזק הקטן יחסית שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה, אשר אינו מצדיק, כשלעצמו, הליך משפטי ארוך וסבוך כנגד הבנק), ברור כי תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת (ולמעשה – הדרך היחידה) לברור והכרעה במחלוקות המתעוררות בתביעה זו, ולחשבת הכספים אשר נגבו על ידי הבנק ביתר ובניגוד למוסכם, לידי חברי הקבוצה.

4.11 קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הולמת

155. המבקש משוכנע כי הוא, כלקות ישר והגון, ובאי כוחו, המנוסים בניהולן של תובענות ייצוגיות, ואשר ניהלו תובענות ייצוגיות בהצלחה לא מבוססת, תוך שמירה קפדנית על טובתם של חברי הקבוצה, ידאגו לנהל את ההליך בדרך הולמת ולטובת חברי הקבוצה.

5.11) קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה יוצג וינהל בתום לב.

156. הדין קובע, כי שאלת תום הלב, כבסיס לאישור תובענה ייצוגית, כרוכה בהתנהגות המבקש, ודי בהתנהגות סבירה לעניין זה. יתרה מכך, הפסיקה מדגישה, כי כדי לטעון כנגד תום הלב של המבקש, על המתגונן מפני אישורה של תובענה ייצוגית להוכיח, כי המבקש מונע ממניעים פסולים, כדוגמת היותו שלוח של מתחרת.
157. במקרה שלפנינו, המבקש הינו לקוח מן השורה של הבנק, ולאורך השנים לא הייתה בינו ובין הבנק כל מחלוקת משפטיות ו/או טרום משפטיות, וזאת מלבד טענותיו כנגד הבנק, אשר פורטו במסגרת בקשה זו.
158. בהתאם, המבקש יטען כי עניינם של כלל חברי הקבוצה יוצג וינהל על ידו בתום לב, תוך הקפדה על יושרה והגינות.

פרק חמישי: מועד תחילת מרוץ ההתיישנות

159. סעיף 7 לחוק ההתיישנות, תשי"ח – 1958, קובע כי:
- "הייתה עילת התובענה תרמית או אונאה מצד הנתבע, תתחיל תקופת ההתיישנות ביום שבו נודעה לתובע התרמית או האונאה."**
160. המבקש יטען, כי מכיוון שאחת מעילות התובענה הינה עילת התרמית, יש להתחיל את מרוץ תקופת ההתיישנות, מהיום שבו נודע למבקש על התרמית לראשונה, משמע – החל מחודש יולי 2007 – בו גילה המבקש את התרמית הראשונה או לכל המוקדם החל מיום 6.6.2005 – המועד בו התריע המבקש לראשונה על גביית עמלת קניה/מכירה.
161. בהתאם, יטען המבקש, כי זכות התביעה שלו, כמו גם זכות התביעה של כל מי שניהל אי פעם חשבון ניירות ערך באמצעות הבנק וביצע פעולות קניה ו/או מכירה של ניירות ערך, טרם התיישנה וממילא אינה מוגבלת לשבע השנים האחרונות בלבד.

פרק שישי: הגדרת הקבוצה

162. הסמכות להגדיר את קבוצת התובעים הפוטנציאליים, אשר ייצוגם מתבקש על ידי המבקש, מסורה לבית המשפט הנכבד, וזאת בהתאם לסעיף 10(א) לחוק תובענות ייצוגיות, הקובע כך:
- "אשר בית המשפט תובענה ייצוגית, יגדיר בהחלטתו את הקבוצה שבשמה תנהל התובענה; לא ייכלל בקבוצה אדם שעילת תביעתו נוצרה לאחר המועד שבו אושרה התובענה הייצוגית כאמור."**
163. המבקש מציע, כי במקרה זה, מכיוון שזכות התביעה של כל לקוחות הבנק, אשר ניהלו חשבון ניירות ערך וביצעו בו פעולות קניה ומכירה של ניירות ערך, טרם התיישנה (כאמור לעיל), תוגדר קבוצת התובעים שבשמה תנהל התובענה, כך:

"כל לקוח של בנק דיסקונט לישראל בע"מ, אשר גיהל בבנק חשבון ניירות ערך וביצע בחשבון פעולות קניה ו/או מכירה של ניירות ערך, החל מהמועד שבו תחל הבנק לנהל בעבור מי מלקוחותיו חשבון מסוג זה, ועד למועד הגשת תובענה זו, ואשר נגבתה ממנו עמלת קניה/מכירה ביתר ובניגוד למוסכמ".

164. מובן, כי המבקש יקבל וייצג כל הגדרה אחרת, מצומצמת או רחבה יותר, בהתאם להחלטתו של בית המשפט הנכבד.

פרק שביעי: הסעדים המתבקשים וסיכום:

165. בהתאם לכל האמור בבקשה זו, בית המשפט הנכבד יתבקש לזמן את הבנק לדין, ולהורות כדלקמן:

165.1. לאשר למבקש לנהל את התובענה כייצוגית בשמם של חברי הקבוצה, כהגדרתה בבקשה זו.

165.2. להורות לבנק לגלות למבקש מהו מספר הלקוחות שניהלו חשבונות פקדונות ניירות ערך וביצעו בחשבונות אלה פעולות קניה ו/או מכירה של ניירות ערך, החל מהמועד שבו החל הבנק להעניק שירותים אלו, ועד למועד הגשת התובענה נושא בקשה זו, ומהו סכומי עמלת קניה/מכירה שנגבו מאותם לקוחות.

165.3. להורות לבנק להעביר לידי המבקש פירוט לגבי סכומי העמלות שנגבו מאותם לקוחות ביתר ובניגוד למוסכמ במסגרת חיוביהם בעמלת קניה/מכירה.

על הפירוט המבוקש להתייחס לכל פרק הזמן נושא תביעה זה, משמע – החל מהמועד שבו סיפק הבנק את השירות ללקוחותיו לראשונה, ועד למועד הגשת התובענה נושא בקשה זו.

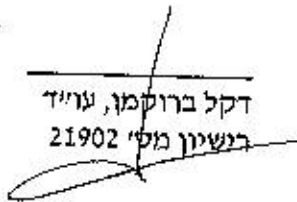
165.4. לחייב את הבנק לפצות את חברי הקבוצה, בסכום הנזקים שנגרמו להם כתוצאה ממעשיו ו/או מחדליו, תוך שהבנק משיב לחברי הקבוצה את כל הכספים שנגבו מהם ביתר ובניגוד למוסכמ, כאשר סכומים אלה צמודים למדד יוקר המחיה ונושאים ריבית מקסימאלית כדין, החל מיום נטילתם ועד ליום השבתם.


165.5. להורות על פסיקת כל סעד אחר לטובת חברי הקבוצה, כפי שימצא בית המשפט הנכבד לנכון לעשות בגסיבות העניין.

165.6. כן יתבקש בית המשפט הנכבד לעשות שימוש בסמכות שהוענקה לו מכוח סעיף 22 לתוק תובענות ייצוגיות, ולפסוק, כי הבנק יפצה את המבקש על מאמציו במסגרת הליך זה, בשיעור המקובל מהסכום שיושב לחברי הקבוצה.

7.165. בית המשפט הנכבד יתבקש לעשות שימוש בסמכות שהוענקה לו מכוח סעיף 23 לחוק תובענות ייצוגיות, ולפסוק, כי הבנק יפצה את באי כוחו של המבקש בעד הטיפול בתובענה הייצוגית, לרבות בבקשה לאישור התובענה הייצוגית, בשיעור המקובל מהסכום שיושב לחברי הקבוצה, בשים לב לעלות הבדיקות המשפטיות והחשבונאיות שבוצעו המבקש ובאי-כוחו בתוספת מע"מ כחוק, או לפי שיקול דעתו של בית המשפט הנכבד.

166. לבקשה מצורף תצהירו של המבקש, התומך בעובדות המצוינות בבקשה זו.


דקל ברוקמן, עו"ד
רשיון מס' 21902


עפר פירט, עו"ד
רשיון מס' 22565
פירט, וינלסקי, מזרחי, כנעני, עורכי דין

ב"כ המבקש

תל-אביב, יב' בתשרי תשס"ח
24 בספטמבר 2007