

בעניין:

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

המבקש

- נ ג ד -

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

המשיב

בקשה בכתב לאישור תובענה כייצוגית

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

" לקוחות של הבנק אשר היה בעלים של נייר ערך במהלך חודש דצמבר 2005 ולפי בקשתם בוצעה מכירה רעיונית של נייר הערך."

הסעדים המשיבים

תשלום סכום הפיצוי כמפורט להלן וכן מתן פס"ד הצהרתי המורה למשיב לשנות את הדרך בה הוא נוהג במקרים של מכירה רעיונית והכל כאמור וכמפורט להלן.

הערת פתיחה

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

מאחר והחלטה זו התקבלה לאחר הגשת תשובת המשיב הרי שעל מנת שלא יטען כנגד התביעה דגן כי נערך בה "מקצה שיפורים" בהתאם לתשובת המשיב בתיק הנ"ל מהווה כתב תביעה זה העתקה של העילה שנמחקה מת.א. 2447/07 בכפוף להחלפת הסעד הנלווה של צו עשה בסעד נלווה של פס"ד הצהרתי.

מבוא

עניינה העיקרי של תובענה זו הוא בהתנהגותו של הבנק בכל הקשור במכירה הרעיונית – מי שהיה בעלים של נייר ערך יכול היה לבקש שיבצעו לגבי נייר הערך שלו בחודש דצמבר 2005 "מכירה רעיונית". "מכירה רעיונית" משמעותה שנייר הערך נחשב כאילו נמכר ונרכש חזרה באותו רגע כך שיבצע חישוב מס רווח הון לפי מועד "המכירה" הלכאורי. דא עקא ובמקום למכור את ניירות הערך של הלקוח ולרכשם חזרה באותו רגע, פעל הבנק אחרת. הבנק "רכש" עבור הלקוח אותה כמות (ע.נ.) של ניה"ע ומכר באותו רגע את הכמות המקורית. כך, לשבריר שנייה החזיק הלקוח בכמות כפולה של אותו ניה"ע. כתוצאה מדרך פעולה זו של הבנק מחויב הלקוח בדמי ניהול בגין

שתי מנות של ניה"ע למרות שכאמור הוחזקו שתי מנות במשך שבריר שנייה בלבד. להערכת המבקש אותה תופעה אירעה גם בעת המכירה הרעיונית שהתבצעה בדצמבר 2003 וכל האמור בתביעה זו להלן בעניין המכירה הרעיונית בדצמבר 2005 חל גם ביחס למכירה משנת 2003. יודגש כי בשלב זה חישובי הנזק מתייחסים לשנת 2005 בלבד.

בנוסף לכך חייב הבנק את הלקוח בדמי ניהול עבור המנה הראשונה באופן הרגיל אך זאת לא באותו מעמד ולכן לא יכול היה הלקוח ליהנות מהכרה בדמי ניהול אלה כהוצאה מוכרת.

אילו היה הבנק פועל כנדרש היתה רק מנה אחת ורק חיוב אחד בדמי ניהול ניירות ערך ואלה היו מהווים הוצאה מוכרת המפחיתה את נטל המס.

בעלי הדין

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

הרקע העובדתי

3. המבקש ניהל ומנהל חשבון בנק אצל המשיב בסניף 51 ברח' בלפור בבת-ים מס' חשבון 10122496.
4. לקראת תחילת שנת 2006 עמדו שיעורי המיסוי על שוק ההון לעלות מ- 15% ל- 20%. על פי הסדר שבין רשויות מס ההכנסה ובין הבנקים בישראל התאפשר ללקוחות הבנקים המחזיקים בני"ע לבצע "מכירה רעיונית" במהלך חודש דצמבר 2005. "מכירה רעיונית" זו, כשמה כן היא, אינה מכירה של ממש אלא רק קביעה מחדש של יום הרכישה של ני"ע לצורך תשלום המס בסוף שנת 2005. לקוח שבחר למכור רעיונית ני"ע מסוים שילם את המס עבור הרווח שנצבר מיום הרכישה בפועל ועד ליום המכירה הרעיונית. בהסדר נקבעו גם עמלות מכירה ורכישה מיוחדות להסדר.
- העתק מהודעת הבנק בעניין הסדר המכירה הרעיונית מצ"ב כנספח "א" לתצהיר התומך בבקשה זו.
5. המבקש נתן הוראה לביצוע מכירה רעיונית של אחזקתו ביחידות השתתפות בקרן נאמנות פיא מניות והמירים (אודם) והוראה זו בוצעה.
- העתקי אישורי הבנק בקשר עם ביצוע המכירה הרעיונית מצ"ב כנספח "ב" לתצהיר התומך בבקשה זו.

למבקש התברר בדיעבד כי מה שאירע בפועל הוא שהבנק לא מכר את אחזקתו של המבקש בקרן הנאמנות הנ"ל ורכש אותה מייד שוב כפי שהיה אמור לעשות. במקום לנהוג כפי שנכון והגיוני וכפי שעשו כל הבנקים האחרים, רכש הבנק עבור המבקש **כמות נוספת** של יחידות השתתפות בקרן הנאמנות ומכר מיד באותו רגע את **הכמות המקורית** של קרן הנאמנות שהוחזקה ע"י המבקש. כתוצאה מכך הוחזקו ע"י המבקש ברגע נתון שתי "מנות" של יחידות השתתפות בקרן הנאמנות. "התקלה" שארעה היא שהמבקש חוייב, בגין האחזקה לשבריר שנייה בשתי מנות, פעמיים בדמי ניהול. פעם אחת חוייב המבקש בדמי ניהול מינימאליים בסך 5 ₪ (ראה נספח "ב") ופעם נוספת בדמי הניהול האמיתיים. אלא מה? בדמי הניהול האמיתיים לא חייב הבנק את המבקש באותו מועד אלא בסוף השנה ולכן לא נזקפו כהוצאה מוכרת במכירה הרעיונית. בכך סוכלה באופן חלקי תכלית המכירה הרעיונית שהיא הפחתת נטל המס.

הנזק למבקש ולחברי הקבוצה

6. הנזק שנגרם למבקש מסתכם בסך של 8.02 ₪ כמפורט להלן:

ההפסד שנגרם למבקש בגין דמי הניהול העודפים בעת ביצוע המכירה הרעיונית מסתכם כאמור לעיל ב-5 ש. ההוצאה שלא הוכרה הינה 15.1 ש (ראה נספח "ב") ולפיכך המס שלא הופחת מסתכם בסך של 3.02 ש (15.1 X 20%). סך כל הנזק הוא 8.02 ש.

הנזק לחברי הקבוצה

7. הנזק לחברי הקבוצה מסתכם להערכת המבקש בסך כולל של 10,937,500 ש לפי הפירוט שלהלן:
- (1) לפי פרסומים בכלי התקשורת העמלות שנגבו ע"י הבנקים בגין עסקאות המכירה הרעיונית הסתכמו ב- 300,000,000 ש. מאחר והעמלות היו בשיעור של 0.2% (0.1% קניה ו- 0.1% למכירה) הרי שמחזור המכירה הרעיונית היה 150,000,000,000 ש.
 - (2) מאחר והמשיב מחזיק בכשישית מהענף ביצע המשיב מכירה רעיונית בהיקף של 25,000,000,000 ש.
 - (3) להערכת המבקש כל החזקה בנייר ערך בודד שעבורו בוצעה מכירה רעיונית הסתכמה בממוצע בכ- 20,000 ש ולפיכך הבנק ביצע 1,250,000 מכירות רעיוניות (20,000 ש : 25 מיליארד).
 - (4) בגין כל מכירה רעיונית נגבה באופן מיותר סך של 5 ש ובסה"כ 6,250,000 ש (5 X 1,250,000).
 - (5) דמי הניהול הרעיוניים האמיתיים בגין הסך הנ"ל (0.125%) הסתכמו בכ- 31,250,000 ש (0.125% x 25,000,000,000). אי הכרה בסך זה כהוצאה מוכרת גרמה להפסד של 15% (שיעור המס) מן הסך הנ"ל ובסה"כ 4,687,500 ש.
 - (6) סך כל הנזק בקשר עם המכירה הרעיונית הוא 10,937,500 ש.

טענות המבקש

8. המבקש יטען כי הבנק אינו זכאי לנהוג באופן בו הוא נוהג כמתואר לעיל.
9. המבקש יטען כי על הבנק היה לבצע את המכירה הרעיונית ע"י מכירת נייר הערך ורכישתו מחדש ולא ע"י רכישת נייר הערך במנה נוספת ומכירת המנה הראשונה באופן שיגרור גביית כפל דמי ניהול.
- המבקש יטען עוד כי בעת ביצוע המכירה הרעיונית היה על הבנק לכלול בתחשיב הרווח והמס שיש לשלם בגין אותה מכירה רעיונית גם את דמי הניהול שלהם זכאי הבנק בגין אותם ני"ע ביחס לתקופה שמתחילת הרבעון ועד ליום המכירה הרעיונית.
10. המבקש יטען כי ישנה דרך אחת הגיונית לביצוע המהלך של מכירה רעיונית. לא זו אף זו, המהלך קרוי "מכירה" רעיונית ולא "רכישה" רעיונית. במכירה רעיונית הרעיון הוא **למכור** דהיינו שלשבריר שנייה לא יחזיק הלקוח בני"ע ולאחר מכן ישוב להחזיק בו. המשיב נהג אחרת ובאופן שונה מהבנקים האחרים.
11. המבקש יטען כי אין כל הגיון בדרך בה נהג המשיב אלא נהפוך הוא נוצר עיוות, שכן לשבריר השנייה החזיק הלקוח בכמות כפולה של ני"ע דבר שגרר חיוב כפול ומיותר בדמי ניהול ני"ע – דמי הניהול האמיתיים ודמי ניהול נוספים בגין תקופה של שבריר שנייה בסכום המינימום.
12. במילים אחרות, שיטתו "המיוחדת" של המשיב הועילה רק למשיב עצמו והעשירה את קופתו כפי שפורט לעיל.

13. המבקש יטען כי מבחינת רשויות המס מכירה רעיונית היתה מכירה לכל דבר וענין לרבות לענין הזכות של הלקוח לקזז מן הרווח הוצאות שהינן בגדר של הוצאות מוכרות ובכך להקטין את סכום המס. להסרת ספק יובהר כי הבנק גבה בפועל את דמי הניהול האמיתיים בגין הרבעון שבו בוצעה המכירה הרעיונית אך זאת **לאחר** ביצוע המכירה הרעיונית.
14. המבקש יטען כי התנהלות הבנק בענין המכירה הרעיונית סיכלה, באופן חלקי לפחות, את תכליתו של המהלך של מכירה רעיונית. הסיבה לנקיטה במהלך של מכירה רעיונית היתה אחת ויחידה והיא צמצום נטל המס הצפוי למחזיק בניה"ע. כאשר הבנק לא התחשב בהוצאה של דמי הניהול בגין הרבעון שבו בוצעה המכירה הרעיונית הגדיל הבנק בפועל את נטל המס שהוטל על הלקוח.
15. יובהר כי התנהלותו של הבנק הינה בניגוד לתעריפון שהוא עצמו קבע. בתעריפון הבנק נקבע כי דמי הניהול יגבו בעת מכירת ניה"ע או לרבעון כאשר ברור כי הכוונה היא **לפי המוקדם בין השניים**.
- העתק העמוד הרלבנטי בתעריפון מצ"ב כנספח "ג" לתצהיר התומך בבקשה זו.

המישור הנורמטיבי

16. משמעות דרך התנהלותו של המשיב היא הטעיית הלקוחות הן בשלב הטרומס חוזי והן בשלב החוזי וכן ניצול לרעה של מעמדו של המשיב. הבנק מטעה את לקוחותיו שכן הוא מציג מצגים לפיהם יבצע את המכירה הרעיונית באופן הנכון וההגיוני ויערוך חישוב נכון של המס לאחר ביצוע אותה מכירה.
17. התנהלות הבנק אינה עולה בקנה אחד, בלשון המעטה, עם הוראת סעיפים 3, 5 ו-5א לחוק הבנקאות או הכללים בדבר גילוי נאות שהותקנו על פיו. למותר לציין שהוראות אלה הן הוראות קוגנטיות (ראה סעיף 17 לחוק הבנקאות).
18. המבקש יטען בעיקר כי משמעות האמור היא התעשרות שלא כדין של המשיב על חשבונם של לקוחותיו ועשיית עושר ולא במשפט על ידי המשיב אשר חייב בחובת ההשבה של כל הסכומים שנגבו על ידו או שלא זוכו על ידו שלא כדין כאמור לעיל.
- התנהלות הבנק מהווה גם הפרה של חובת תום הלב, הן החוזית והן הטרומס חוזית. למותר לציין שמכוח מעמדו של הבנק מוטלת עליו חובת תום לב מוגברת.
- התנהלות הבנק היא בנוסף ולכל הפחות רשלנית שכן הבנק גובה עמלות מבלי לבדוק את דרך חישובן ומבלי להקפיד על מילוי הכללים שנקבעו בחקיקה או על ידי המפקח על הבנקים ואף מבלי להקפיד על הכללים שקבע הבנק עצמו.
19. משמעות פעולת המשיב היא הטעיית הלקוחות הן בשלב הטרומס חוזי והן בשלב החוזי וכן ניצול לרעה של מעמדו של המשיב. הבנק מטעה את לקוחותיו שכן הוא מציג מצגים כאמור לעיל ומצגים אלה אינם משקפים את המצב בפועל.
20. המבקש יטען כי כילכלו את צעדיהם בהתאם למצגי הבנק ואילו לא היו מוטעים היו פועלים אחרת. דבר זה נכון גם לגבי שאר לקוחות הבנק.
21. המבקש יטען כי הבנק מפר את הסכם פתיחת החשבון והסכם ניהול תיק ניירות הערך אשר מפנים לתעריפון הבנק. פעולת הבנק מהווה בנוסף הפרה של הוראות חוק הבנקאות (שירות ללקוח) התשמ"א-1981.
22. ככל שיעלה המשיב טענות המהוות הסתמכות על הוראות ההסכם בין הצדדים המתירות לכאורה למשיב לנהוג כפי שנהג יטען המבקש, בין היתר, את הטענות הבאות:
- א. ההסכם הוא בגדר של חוזה אחיד כהגדרת מונח זה בחוק החוזים האחידים, תשמ"ג - 1982 (להלן: "**חוק החוזים האחידים**") והוא כולל תנאים מקפחים

כהגדרת המונח בחוק החוזים האחידים וכך נקבע כבר על ידי בית הדין לחוזים אחידים.

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

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

23. המבקש יטען כי האמור לעיל נכון גם לגבי כל שאר לקוחותיו של המשיב. לגבי המבקש, כמו גם לגבי כל אחד משאר לקוחותיו של המשיב לבדו, מהווה הפגיעה שנפגעה פגיעה זעומה אולם לגבי המשיב מדובר בפגיעה אשר העשירה את קופתו שלא כדין במיליונים רבים של שקלים.

24. המבקש יטען כי האמור והמתואר לעיל מהווה פגיעה בזכויותיהם של חברי הקבוצה כבעלי חוזה, כלקוחות וכצרכנים ולאור מחדלו של המשיב לתקן את הפגיעה שפגע המשיב בזכויותיהם של חברי הקבוצה זכאים חברי הקבוצה שתהיה מיוצגת על ידי המבקש, לקבלת תשלום פיצוי מן המשיב וכן להוצאת צו עשה.

25. המבקש יטען כי כל עוד לא ינתן צו שיפוטי ימשיך הבנק לנהוג כפי שהוא נוהג כמתואר לעיל.

הסעדים הנתבעים

26. לאור האמור לעיל הסעד המגיע לכל אחד ואחד מחברי הקבוצה הוא החזר של סכומי העמלות שנגבו ממנו ביתר, הכל כאמור וכמתואר לעיל וכן פס"ד הצהרתי המורה כי על המשיב לשנות את דרך פעולתו כמתואר לעיל.

אישור התובענה כייצוגית

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

28. המבקש יטען כי יש לו עילה אישית וכי עילתו משותפת לו ולכל חברי הקבוצה.

29. המבקש יטען כי כל טענה מטענותיו יש לראותה כאילו נטענה מפי כל אחד ואחד מחברי הקבוצה.

30. המבקש יטען כי הקבוצה כוללת למיטב ידיעתם מעל ל- 400,000 איש ואישה.

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

32. המבקש יטען כי במהלך הדיון בתביעתו ידונו שאלות מהותיות עובדתיות משפטיות אשר הן משותפות לו ולכל חברי הקבוצה. המבקש יטען כי אין צורך כי כל השאלות תהיינה משותפות אלא שמספיק יסוד משותף כפי שמתקיים באופן מובהק בעניין הנדון. לעניין

- זה ראה האמור ברע"א 4556/94 רמי טצת נ' זילברשץ (אסמכתא 7), ת.א. (ת"א) 1134/95 שמש נ' רייכרט (טרם פורסם אסמכתא 8) ות.א. (ת"א) 19/92 זת נ' טבע (אסמכתא 9).
33. המבקש יטען עוד כי קיים סיכוי סביר כי השאלות העובדתיות והמשפטיות המהותיות תוכרענה לטובת הקבוצה.
34. המבקש יטען כי השאלות המהותיות של עובדה המשותפות למבקש ולשאר חברי הקבוצה הן:
- האם הבנק ביצע את המכירה הרעיונית באופן שבו נרכשה כמות נוספת של ני"ע ולאחר מכן בוצעה המכירה? האם נגבו פעמיים דמי ניהול?
- האם בעת חישוב המס המגיע מאת הלקוח שביצע מכירה רעיונית של ני"ע כלל הבנק את דמי הניהול בגין התקופה שמתחילת הרבעון ועד ליום המכירה?
35. המבקש יטען כי השאלות המהותיות של משפט המשותפות למבקש ולשאר חברי הקבוצה הן אלה:
- א. האם המשיב זכאי לנהוג כפי שהוא נוהג כמתואר לעיל?
- ב. האם דרך פעולה זו מהווה חוסר תום לב?
- ג. האם דרך פעולה זו מהווה הפרה של ההסכם שבין הבנק ובין לקוחותיו?
- ד. האם דרך הפעולה המתוארת מהווה הטעייה של הלקוחות?
- ה. האם משמעות הדבר עשיית עושר ולא במשפט?
- ו. מה הן ההשלכות המשפטיות של האמור לעיל?
36. המבקש יטען כי קיימת אפשרות סבירה, אם לא למעלה מכך, כי השאלות המהותיות של עובדה ומשפט המשותפות למבקש ולשאר חברי הקבוצה תוכרענה בתובענה הייצוגית לטובת הקבוצה. ראה לענין זה האסמכתאות שזכרו בסעיף 27 לעיל.
37. המבקש יטען כי תובענה ייצוגית הינה הדרך היעילה, ההוגנת, העדיפה והמוצדקת ביותר להכרעה במחלוקת ולבירורן של השאלות העובדתיות והמשפטיות המצויינות לעיל.
- לענין זה ראה למשל האמור בעניין זת נ' טבע (אסמכתא 9), ת.א. (ת"א) 21558/92 המ' 12600/92 אנליסט אי.אמ.אס ניהול קרנות בנאמנות (1986) בע"מ נ' מדינת ישראל ובזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, (טרם פורסם אסמכתא 10) ת.א. (ת"א) 916/96 המ' 10177/96 ברזני נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, (טרם פורסם - אסמכתא 11), ת.א. (ת"א) 16/97 המ' 188/97 זימבר נ' עירית תל - אביב יפו (טרם פורסם - אסמכתא 12) ת.א. (ת"א) 7/97 המ' 241/97 רייניש נ' רשות השידור (טרם פורסם - אסמכתא 13) ת.א. (ת"א) 11464/91 אקרמן נ' מיטלמן (טרם פורסם - אסמכתא 14), המועצה הישראלית לצרכנות נ' החברה המרכזית ליצור משקאות קלים בע"מ (אסמכתא 5) וכן מאמרו של סטיב גולדשטיין "תביעת יצוג קבוצתית - מה ועל שום מה?" משפטים ט (תשל"ט) 416 (אסמכתא 15).
38. המבקש יטען כי תביעתו כנגד המשיב כשרה ומתאימה להתברר כתובענה ייצוגית בשם הקבוצה בין היתר בשל כל אחת מן הסיבות המנויות להלן לבדה ועל אחת כמה וכמה בשל הצטברותן של סיבות אלה או חלק מהן.

ואלה הסיבות:

- א. השאלות העובדתיות שיש לבררן הן פשוטות וזהות לגמרי ביחס לכל חברי הקבוצה.
- ב. השאלות המשפטיות שיש לבררן גם הן פשוטות וזהות לגמרי ביחס לכל חברי הקבוצה.
- ג. הסכום המגיע לכל אחד מחברי הקבוצה נמוך באופן יחסי ולפיכך לא יטרח אף לא אחד מחברי הקבוצה להגיש תביעה אישית רגילה בגינו. על אחת כמה וכמה כשמדובר בתביעה נגד חברה מבוססת כל-כך דוגמת המשיב מה גם שמטבע הדברים ישנם יחסי תלות בין המשיב ללקוחותיו כאשר לקוחותיו של המשיב תלויים בו.
- ד. הסכום המגיע לכל אחד מחברי הקבוצה נמוך כל כך עד שלרוב הגשת תביעה אישית רגילה בגינו תחייב תשלום אגרה בשיעור ניכר ביחס לסכום שיתבע וזאת בנוסף להוצאות אחרות, שכ"ט עו"ד, טירחה, אובדן ימי עבודה וכיוצא בזה.
- ה. באם יגיש כל אחד מחברי הקבוצה את תביעתו באופן אישי יגרום הדבר למעשה לסתימת עורקיה של מערכת המשפט ולקריסתה בעוד שהתובענה הייצוגית תתברר בהליך אחד.
- ו. באם יגיש כל אחד מחברי הקבוצה את תביעתו באופן אישי עלול הדבר לגרום להחלטות סותרות של בתי משפט שונים בעוד שבהליך של תובענה ייצוגית תתקבל הכרעה אחת.
- ז. לאי-אישורה של התובענה כייצוגית מטעם זה או אחר, למרות הכרה בעילתו האישית של המבקש, משמעות אחת והיא שהמשיב אשר אחראי להפסד שנגרם למאות אלפי אזרחים יצא נשכר שכן לא יצטרך להשיב להם את כל סכומי הכסף האדירים המגיעים להם ממנו.
- ח. אישורה של התביעה כתובענה ייצוגית לא יזכה אף לא אחד מחברי הקבוצה בזכות שלא היה זוכה בה בתביעה אישית רגילה.
- ט. אישורה של התביעה כתובענה ייצוגית לא ישלול מן המשיב כל הגנה שהיה זכאי לה בתביעה אישית רגילה.
- י. קיים אינטרס ציבורי ברור כי ספקי שירותים גדולים במשק יקפידו בקלה כבחמורה ולא יגרמו לציבור נזק מבלי להטיבו מתוך התבססות על ההנחה שהואיל ומדובר בסכום פעוט לא יטרח אף אחד מלקוחותיו של אותו ספק לנקוט בהליכים משפטיים להשבת הסכום שנגבה שלא כדין שכן הוצאותיו וטירחתו יהיו בחינת יצא שכרו בהפסדו.
- יא. אי - אישורה של תובענה זו כייצוגית יהווה בחינת משלוח מסר לגופים גדולים בעלי עשרות אלפי לקוחות כי לקוחותיהם חשופים לשרירות ליבם של אותם גופים וכי אותם גופים אינם חייבים להקפיד ולדקדק בקוצו של יוד בעת חיובם של לקוחותיהם.
- יב. אי אישורה של תובענה זו כייצוגית יהווה בחינת משלוח מסר למשיב עצמו כי הוא רשאי להמשיך ולנהוג כלפי לקוחותיו הרבים כפי שנהג בכל הקשור לעניין נשוא בקשה זו.
- יג. גם למשיב עצמו עדיף לאין ערוך ולאין שיעור כי התביעה תאושר כייצוגית שכן אחרת עלול הוא להיחשף לעשרות אלפי תביעות בבתי משפט רבים ושונים בכל

רחבי הארץ דבר שיגרום לו לטרחה ולהוצאות משפטיות ואחרות בשיעורים שיעלו עשרות מונים על סכום ההחזר הכולל לכלל חברי הקבוצה.

יד. כאמור בס"ק יג' לעיל, למשיב לא יגרם כל נזק באם תאושר התביעה כיצוגית ואף אם כן - יש לבחון את נזקי המשיב אל מול הנזק הכולל לשאר חברי הקבוצה ובמאזן נוחיות זה אין ספק כי הכף נוטה לזכות הקבוצה.

טו. גם אם יגרם למשיב נזק עקב אישורה של התובענה כייצוגית הרי שנזק זה יגרם לו עקב מעשיו ומחדליו כך שממילא לא יהא לו אלא להלין על עצמו.

טז. גם אם יגרם למשיב נזק הרי שתולדתו בגישת המשיב לפיה הואיל ולכל אחד מלקוחותיו נגרם הפסד בשיעור כספי נמוך ביותר לא יטרחו אלה לאחוז כנגדו באמצעים משפטיים ולפיכך יוכל להתחמק ללא "עונש".

יז. גם אם יגרם למשיב "נזק" הרי שאחרי ככלות הכל "נזק" זה הוא הצורך להשיב ללקוחותיו סכומים אשר ממילא נגבו מהם שלא כדין.

יח. קיים אינטרס ציבורי מובהק כי גופים גדולים לא ינצלו לרעה את כוחם וכי כוחם והתנהגותם של גופים אלה יוגבלו ויפוקחו.

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

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

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

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

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

- א. להכיר בתביעת המבקש ולאשרה כתובענה ייצוגית.

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

פללי

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

גולדנברג איל, עו"ד
ב"כ המבקש