



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1792-09 פירט מנחם ואחרים... נ' אקסלנס נשואה ניהול השקעות בע"מ ואח'

בפני כב' השופטת רות רונן

התובעים: קבוצת התובעים כהגדרתה בהחלטה לאישור התביעה כתביעה ייצוגית עי"י בייכ עו"ד הקר ולוין

נגד

הנתבעת: אקסלנס נשואה ניהול השקעות בע"מ עי"י בייכ עו"ד ויסמן, ארז וכהנוב

פסק דין

- 1
2 1. ה"ה מנחם, מעין ומירב פירט (שיכנונו להלן: "המבקשים") הגישו נגד הנתבעת תביעה
3 ובקשה לאישורה כתביעה ייצוגית.
4
5 בהחלטה מיום 4.4.11 (להלן: "ההחלטה") אושרה הגשת התביעה הייצוגית. הקבוצה
6 המיוצגת הוגדרה כ"כל אדם /או תאגיד אשר ניהל תיק השקעות באמצעות ה[נתבעת] בין
7 התאריכים 10.2.06 ועד למועד הגשת הבקשה לאישור התביעה כייצוגית, אשר נגבו ממנו
8 עמלות שכולן /או חלקן הוחזרו למשיבה מאת חבר הבורסה, ובלבד שמנהל השקעות לא
9 קיבל מראש ובכתב את הסכמתו של הלקוח להחזר העמלות ולשיעורן". התובעים אושרו
10 כתובעים המייצגים ובאי-כוחם - כבאי-כוח הקבוצה.
11
12 **העובדות**
13 2. העובדות הרלוונטיות לתביעה פורטו בהחלטה, ולכן יפורטו להלן בתמצית.
14
15 עניינה של התביעה הוא החזרי עמלות שקיבלה הנתבעת, המנהלת תיקי השקעות עבור
16 לקוחותיה מחברי בורסה, מבלי שקיבלה את הסכמת לקוחותיה לשיעור החזר העמלות.
17
18 3. לקוחות המתקשרים עם חברה לניהול תיקי השקעות כמו הנתבעת, משלמים לה שני סוגי
19 עמלות: דמי ניהול המשולמים למנהל ההשקעות; ועמלת ביצוע פעולות, המשולמת לחבר
20 הבורסה אצלו מתנהל החשבון (לרוב בנקים). גובה עמלת ביצוע הפעולות משתנה בהתאם
21 להיקף תיק ההשקעות של הלקוח.
22
23 לרוב, מנהלים מנהלי ההשקעות תיקים בעלי היקף גדול. לכן עמלת ביצוע הפעולות אותה
24 הם נדרשים לשלם לחבר הבורסה היא בדרך כלל בשיעור נמוך משיעור העמלה שהיה משלם

1 מתוך 33



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1792-09 פירט מנחם ואחרים... נ' אקסלנס נשואה ניהול השקעות בע"מ ואח'

- 1 לקוח רגילי שאיננו מנהל השקעות בהיקף גדול. על-פי הסכמים בין מנהלי ההשקעות לבין
2 חברי הבורסה, מקבלים לעיתים מנהלי ההשקעות החוזר של חלק מעמלות הביצוע שהלקוח
3 העביר לחבר הבורסה – את ההפרש בין עמלת הביצוע הגבוהה שאמור לשלם לקוח רגיל,
4 לבין עמלת הביצוע הנמוכה שמשלם מנהל ההשקעות בפועל. הפרש זה המוחזר על ידי חבר
5 הבורסה למנהל ההשקעות מכונה "החוזר עמלות".
6
- 7 4. סעיף 17(ב)3 לחוק הסדרת העיסוק ביינוץ השקעות, בשיווק השקעות ובניהול תיקי
8 השקעות, תשנ"ה-1995 (להלן: "החוק" או "חוק הסדרת העיסוק ביינוץ השקעות"),
9 מסדיר את אפשרות קבלת החוזר העמלות על ידי מנהל ההשקעות. הסעיף קובע כי
10 האפשרות לקבלת החוזר עמלת קנייה או מכירה על ידי מנהל תיקים מאת חבר בורסה,
11 מותנית בכך ש"הלקוח שבעבורו בוצעה העסקה הסכים מראש ובכתב לקבלת החוזר
12 כאמור ולשיעורו".
13
- 14 5. בס' 12 להסכם ייעוץ וניהול תיק השקעות בו התקשרה הנתבעת עם הגב' שירה פירט ז"ל
15 (להלן: "המנוחה"). המבקשים שהגישו את בקשת אישורה של התביעה כתביעה ייצוגית הם
16 בן זוגה ובנותיה) ביום 18.4.05 (להלן: "ההסכם" או "הסכם 2005"), ישנה התייחסות
17 לנושא החוזר העמלות על ידי הבנק – חבר הבורסה. הסעיף קובע כי:
18 "12.1 הלקוח מצהיר כי ידוע לו והוא מסכים כי מנהל התיקים יהיה זכאי לטובת
19 הנאה שהינה קבלה של כל או חלק מהעמלות שנגבות על ידי הבנק בגין פעולות
20 המתבצעות בחשבון הבנק, מעמלות קניה ומכירה של ניירות ערך, מעמלות
21 ההפצה המשולמות בגין רכישת ניירות ערך מהנפקה על פי תשקיף, מעמלות בגין
22 החזקת מק"מ בחשבון הבנק, מעמלות דמי שמירת נייר ערך בחשבון הבנק
23 ומעמלות המרת מט"ח.
24 12.2 הלקוח מסכים בזאת כי החוזר העמלות יהיה שייך למנהל התיקים בלבד,
25 והלקוח מוותר בזאת על כל זכות בקשר להחזר העמלות.
26 12.3 החוזר העמלות הוא בנוסף לדמי הניהול האמורים בסעיף 11 לעיל" (ההדגשה
27 שלי – ר.ר.).
28
- 29 6. התובעים טענו סעיף זה אינו מהווה הסכמה להחזר העמלות כנדרש בסעיף 17(ב)3 הנ"ל,
30 משום שלא מצוי בו השיעור המדויק של החוזר. הנתבעת הפרה, על פי הטענה, את סעיף
31 17(ב)3 הנ"ל, כשגבתה מחברי הקבוצה – לקוחותיה (שיכנו להלן גם: "הלקוחות") –
32 סכומי עמלות גבוהים, מבלי לקבל את הסכמתם לשיעורו של החוזר העמלות המוחזר אליה
33 על ידי חברי הבורסה.
34
35

החלטה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1792-09 פירט מנחם ואחרים... נ' אקסלנס נשואה ניהול השקעות בע"מ ואח'

7. בהחלטה נקבע כי הנתבעת גבתה עמלות מחברי הקבוצה, וקיבלה החזרי עמלות בניגוד לסעיף 17(ב)(3) לחוק. סעיף 17(ב)(3) לחוק תוקן במסגרת החוק להגברת הונחרות ולצמצום הריכוזיות וניגודי העניינים בשוק ההון בישראל (תיקוני חקיקה), תשס"ה-2005 (להלן: "התיקון"). במסגרת התיקון נוספה בין היתר הדרישה לקבלת הסכמת הלקוח לשיעור החזר העמלות, ולא רק לעצם קבלת ההטבה על ידי מנהל התיקים. תוספת זו, כמו גם מהות החוק במסגרתו תוקן התיקון, מעידים על כך שהתיקון לא נועד רק כדי למנוע ניגוד עניינים בין מנהל התיקים לבין לקוחותיו. מטרה זו היתה קיימת בסעיף 17 לחוק עובר לתיקון, בעוד שמטרת התיקון היתה להגביר את התחרות בשוק ייעוץ ההשקעות, ולהגביר את השקיפות כלפי הלקוח באשר לסכומי העמלות והחזרי העמלות.
8. מטרה זו תוכל להיות מושגת על-ידי קבלת הסכמת הלקוח לשיעור המדויק של העמלות המוחזרות, ואין לכן די בהסכמה שלו ל"רף עליון" או לטווח עמלות. רק אם הלקוח יהיה מודע לסכום המדויק של העמלה שמנהל ההשקעות מקבל כהחזר, הוא יוכל לערוך השוואה אמיתית בין העמלות שנגבות בפועל על ידי מנהלי התיקים השונים. גילוי מלא כזה אודות השיעור המדויק של החזר, יאפשר ללקוח לדעת מהו הסכום שנותר בידיו. של מנהל ההשקעות, להשוות בין נתונים אלו ביחס למנהלי השקעות שונים, ולנהל משא ומתן מושכל עם מנהל ההשקעות לאור נתון זה.
- כל הסכמה של הלקוח לקבלת החזר העמלות שאינה מפרטת את שיעורן המדויק של העמלות המוחזרות, איננה מגשימה לכן את התכלית הזו של החוק.
9. ההחלטה התייחסה לסי' 12 להסכם 2005 – שבו על פי הטענה הוסכם על החזר העמלות. נקבע בה כי הסעיף אינו נוקב בשיעור המדויק של העמלות המוחזרות, אלא בטווח של "כל או חלק" מהעמלות. לכן הוא אינו מגשים את התכלית של הגברת התחרות בתחום ניהול ההשקעות.
10. עוד נקבע בהחלטה, כי לו היתה הנתבעת מיידעת את המנוחה, כנדרש בחוק, בדבר השיעור המדויק של העמלות המוחזרות על ידי חבר הבורסה, היה הדבר מאפשר למנוחה לדעת את השיעור המדויק של העמלות שהנתבעת קבלה בפועל. לו זה היה המצב, היה בידי המנוחה מלוא המידע, שהיה מאפשר לה לנהל משא-ומתן מושכל עם הנתבעת להפחתת גובה העמלות הנגבות על-ידיה, ולהתקשר עם הנתבעת בתנאים אחרים ובעמלות מופחתות יותר מאלה שנגבו ממנה בפועל.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1792-09 פירט מנחם ואחרים... נ' אקסלנס נשואה ניהול השקעות בע"מ ואח'

11. בהחלטה נקבע עוד, כי התיקון לחוק שנכנס לתוקפו ביום 10.2.06, הוא בעל תחולה אקטיבית. כלומר, התיקון חל על הסכמים שנחתמו לפני כניסתו של התיקון לתוקף, אולם רק באשר לעמלות שישולמו ממועד כניסת התיקון לתוקף ואילך.
12. עילות התביעה בגינן אושרה התביעה הייצוגית בהחלטה היו הפרת חובה חקוקה (הוראת סעיף 17(ב)(3) לחוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות), ועילה של עשיית עושר ולא במשפט. בהחלטה לא אושרה הבקשה לתביעה ייצוגית בעילות של הטעיה מכוח סעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן; הטעיה לפי סעיף 15 לחוק החוזים (חלק כללי); וחוסר תום-לב לפי סעיף 39 לחוק החוזים. כן לא אושרה הגשת התביעה בעילות של תרמית ורשלנות לפי סעיפים 56 ו-35-36 לפקודת הניזקין [נוסח חדש] (להלן: "פקודת הניזקין").

טענות הצדדים

טענות התובעים

13. התובעים טענו כי הנתבעת גבתה מהם עמלות בניגוד לדין. זאת, משום שבסי 12 להסכם 2005, הם לא נתנו את הסכמתם כנדרש בחוק לסכום המדויק של החזר עמלות שהנתבעת קבלה. לגישתם, זוהי גם עמדתה של הרשות לניירות-ערך (להלן: "הרשות") בחוזרים שהוצאו על ידיה ביום 11.3.09 וביום 21.5.09. בניגוד לחוזרים אלה, לא השיבה הנתבעת ללקוחות את הסכומים שגבתה מהם ביתר (אלא השיבה חלק קטן מהכספים לאחר הגשת התביעה לחברי הבורסה).
14. התובעים טענו כי ממידע שנודע להם לאחר אישור התביעה הייצוגית, עולה כי הנתבעת הודתה בהודאת בעל-דין כי היא פועלת בניגוד לחוק. זאת משום שהנתבעת שינתה את נוסח ההסכמים עליהם היא החתימה את לקוחותיה בכל הנוגע להחזרי עמלות (אם כי גם הנוסח של ההסכמים משנת 2006 אינו עומד על פי הטענה בהוראות החוק, אלא רק נוסח ההסכם כפי שהוא שונה לאחרונה). עוד התברר כי הנתבעת זיכתה לקוחות שפנו אליה בטענות ביחס להחזרי העמלות, ואף בכך יש משום הודאת בעל-דין בצדקת טענות התובע.
14. התובעים טוענים כי על הנתבעת להשיב את הכספים שנגבו על-ידיה שלא כדין ללקוחותיה, חברי הקבוצה – ולא לחברי הבורסה (כפי שטוענת הנתבעת). זאת משום שהלקוחות הם אלה שסבלו חסרון כיס כתוצאה מההתעשרות הבלתי חוקית של הנתבעת.
- טענת התובעים, לחברי הקבוצה נגרמו שני סוגי נזקים: נזק בשל עצם גביית העמלות שלא כדין; ונזק בשל אובדן עסקה אלטרנטיבית – אליה יכולים היו חברי הקבוצה להגיע עם הנתבעת, אילו היה בידיהם מלוא המידע אוזרות העמלות המוזרות לנתבעת. הנזק שנגרם לחברי הקבוצה בעניין זה הוא בגובה ההפרש בין עמלת הביצוע המינימלית שגבו חברי



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1792-09 פירט מנחם ואחרים... נ' אקסלנס נשואה ניהול השקעות בע"מ ואח'

1 הבורסה, סכום אותו לא ניתן היה להפחית על דרך משא-ומתן עם הנתבעת, לבין עמלת
2 הביצוע ששילם הלקוח בפועל. הפרש זה הוא אותו החזר עמלות שקיבלה הנתבעת, ולגביו
3 יכול היה הלקוח לנהל משא-ומתן עם הנתבעת, ולהפחית את שיעורו. בגין כל אחד מסוגי
4 הנוק, זכאים חברי הקבוצה להשבה בגובה החזרי העמלות שגבתה הנתבעת.

5

6

טענות הנתבעת

7 15. לטענת הנתבעת, התיקון לחוק איננו חל על הסכמים שנכרתו לפני כניסתו לתוקף, שכן
8 תוקפו איננו רטרואקטיבי. עוד טענה הנתבעת כי הסכמת הלקוח בס' 12 להסכם 2005
9 להחזר של "כל או חלק" מהעמלות, מגלמת בתוכה הסכמה להחזר עמלות בשיעור מדויק
10 של 100%. הסעיף נוסח כך לא על-מנת להטעות את הלקוחות, אלא מאחר שלא היתה
11 אחידות במדיניות של חברי הבורסה ביחסיהם עם הנתבעת, וחברי הבורסה שמרו על זכותם
12 לשנות את מדיניותם.

13

14 לטענת הנתבעת, האמור בהסכם 2005, נתן ללקוח את כל המידע שהיה נחוץ לו לצורך ניהול
15 המשא-ומתן עם הנתבעת. הלקוח ידע שהנתבעת עשויה לקבל את "כל" העמלות, והוא יכול
16 היה לשאת ולתת עמה על בסיס ידיעה זו. לו היה הלקוח סבור שחסר לו מידע כלשהו, הוא
17 יכול היה לבקשו מהנתבעת.

18

19 16. אף שהנתבעת סבורה כי נוסח סעיף 12 להסכם 2005 עומד בדרישות החוק, היא החלה -
20 סמוך לאחר כניסתו של התיקון לחוק לתוקף - להחתים את לקוחותיה החדשים על נוסח
21 חדש של הסכמים. בנוסח זה ניתנה הסכמת הלקוחות להחזר עמלות על-פי נוסחה שונה.

22

23 עוד נטען כי החל משנת 2008 קיבלו לקוחות הנתבעת באופן שוטף דיווח תקופתי של החזר
24 העמלות. לכן, שיעורו הכספי של החזר העמלות היה ידוע להם, ובכך הוגשם הרציונל
25 שבבסיס התיקון לחוק - שקיפות והסכמה לשיעור ידוע של החזר עמלות. לו היו הלקוחות
26 סבורים, לאור מידע זה כי יש פגם בהחזר, או כי קבלת החזר משנה בדיעבד את כוח
27 המיקוח שלהם מול הנתבעת לגבי דמי-הניהול, הם היו רשאים לפעול בנושא לפי ראות
28 עיניהם. לכן, לא יכולה להיות לתובעים טענה ביחס להחזר עמלות בתקופה שמשנת 2008
29 ואילך.

30

31 17. עוד טוענת הנתבעת, כי חלק מחברי הבורסה דיווחו ללקוחות על שיעורו הכספי של החזר
32 עוד לפני שנת 2008. כך, בנק דיסקונט ובנק המזרחי דיווחו ללקוחות על החזרי עמלות בסך
33 של 818,350 ₪ בשנים 2006-2007. גם לגבי סכום זה לא אמורה להיות לתובעים כל טענה.

34



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1792-09 פירט מנחם ואחרים... נ' אקסלנס נשואה ניהול השקעות בע"מ ואח'

- 1 לטענת התביעה, היא שלחה מכתבים לכל לקוחותיה, בהם עדכנה אותם בסכומי החוזרי
2 העמלות שנגבו מהם בין השנים 2006-2009 (העתק המכתב שנשלח למנוחה צורף כנספח 8
3 לתצהירו של מנכ"ל התביעה, מר קורן. מכתבי התביעה נשלחו ל-3,150 לקוחות. רק כ-10
4 לקוחות (0.3%) מבין אלה שהמכתב נשלח אליהם, פנו לנתבעת בקשר עם המכתב. הנתבעת
5 החליטה לזכות את רובם בגובה התור העמלות שנגבה מהם, כחלק ממערכת של שימור
6 לקוחותיה, וללא קשר לשאלה אם יש ממש בטענות. לכן, אין מדובר בהודאה בטענות
7 התובעים.
- 8
- 9 18. אף שהנתבעת סבורה כי קבלת החוזרי העמלות על-ידיה היתה חוקית ותקינה, היא החליטה
10 - החל מיום 11.3.09 (בעקבות החוזר הראשון של הרשות), לוותר על זכותה לקבל עמלות
11 אלה. היא הורתה לכן לכל חברי הבורסה שלא להעביר אליה עוד החוזרים. למרות הודעותיה
12 בעניין זה לחברי הבורסה, חלק קטן מהחוזרים הועבר בכל זאת לידי הנתבעת. הנתבעת
13 השיבה החוזרים אלה לידי חברי הבורסה.
- 14
- 15 לטענת התביעה, לא התובעים זכאים לחשבת החוזרי העמלות, אלא חברי הבורסה בלבד.
16 זאת משום שהתובעים שילמו מרצונם לחברי הבורסה כספים כנגד שירות שסופק להם
17 במלואו על-ידיהם, וכאשר התובעים הסכימו כי חלק מהסכום יועבר לנתבעת. קבלת טענת
18 התובעים תהווה התעשרות רטרואקטיבית לא מוצדקת של הקבוצה המיוצגת, תוך שינוי
19 התמורה החוזית לנתבעת ולחברי הבורסה שלא כדין ובדיעבד.
- 20
- 21 19. הנתבעת מוסיפה וטוענת, כי העובדה שהרשות פרסמה שני חוזרים להבהרת הדין על-פי
22 התיקון, למעלה משלוש שנים לאחר כניסתו של התיקון לתוקף, מעידה על אי-ההבנה
23 ששררה בשוק ביחס ליישום התיקון.
- 24
- 25 בהתייחס לטענת התובעים לפיה הנתבעת החזירה את כספי החוזרי העמלות שהועברו אליה
26 לחברי הבורסה, על מנת ליהנות מהם כבעלת שליטה בנשואה, טוענת הנתבעת כי אין לה
27 גישה כלשהי לכספים המצויים בידי נשואה. הנתבעת טענה עוד, כי התובע הייצוגי נמצא
28 משקר בחקירתו הנגדית, ודי בכך כדי לדחות את התביעה הייצוגית.
- 29
- 30 **דין**
- 31 20. כפי שהובהר לעיל, בקשת המבקשים לאשר את תביעתם כתביעה ייצוגית, התקבלה
32 במסגרת ההחלטה. אולם, העובדה שהתביעה אושרה כיייצוגית, אין משמעה בהכרח כי
33 התביעה הייצוגית תתקבל. זאת, בשל נטלי ההוכחה השונים בין שלב אישור הבקשה לבין
34 שלב ההכרעה בתובענה הייצוגית.
- 35



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1792-09 פירט מנחם ואחרים... נ' אקסלנס נשואה ניהול השקעות בע"מ ואח'

- 1 כן, לצורך קבלת הבקשה, על המבקש להוכיח רק כי יש "אפשרות סבירה" שהשאלות
2 המשותפות לחברי הקבוצה יוכרעו לטובת הקבוצה (כך לפי ס' 8(א) לחוק תובענות
3 ייצוגיות). לעומת זאת, בתביעה לגופה, על בית-המשפט להיווכח בקיומה של עילת תביעה
4 ברמת ההוכחה הנדרשת במשפט האזרחי, רמת הוכחה גבוהה יותר מזו שנדרשה בשלב
5 אישור הבקשה.
6
- 7 21. יש להבחין בהקשר זה בין קביעות המתייחסות לשאלות משפטיות שנבחנו במסגרת החלטת
8 האישור, לבין קביעות עובדתיות. בת"צ (ת"א) 30284-01-10 דבוש נ' קונקטיב גרופ בע"מ
9 (23.7.13) נקבע על-ידי בהקשר זה כי:
10 "ישנם כמובן מקרים – בעיקר ככל שהדבר נוגע לשאלות משפטיות שנותחו באופן
11 ממצה על ידי בית- המשפט, בהם ההכרעה במסגרת ההחלטה בבקשת האישור –
12 תיוותר בעינה גם במסגרת פסק-הדין עצמו. יחד עם זאת, אין הדבר בהכרח כך.
13 בית-המשפט צריך להיות מודע להבדל ברמת ההוכחה הנדרשת בכל אחד משני
14 שלבי הדין. ככל שהדבר נוגע לשאלות עובדתיות – אין ספק כי ההבדל בנטל
15 ההוכחה בכל אחד מהשלבים, עשוי להביא לתוצאה שונה".
16
- 17 22. לאור האמור לעיל, ייבחנו טענות הצדדים באשר לעילות התובענה שאושרו בהחלטה.
18 המחלוקת הראשונה בין הצדדים נוגעת לשאלה האם הסכמי הייעוץ של הנתבעת עם
19 לקוחותיה עלו בקנה אחד עם תנאי סעיף 17(ב) לחוק. להבדיל מהדין בבקשת האישור –
20 בה נדון נוסח ההסכם שערכה הנתבעת עם המנוחה בשנת 2005 בלבד, הרי שבמסגרת הדין
21 בתובענה הייצוגית עצמה, טענה הנתבעת כי החל משנת 2006, בעקבות התיקון לחוק, היא
22 החלה להחתים את לקוחותיה על הסכם בנוסח שונה. יש לבחון אם כן גם את טענות
23 הנתבעת ביחס להסכמים המאוחרים השונים.
24
- 25 פרשנות סעיף 17(ב) לחוק ותכליתו
26 23. בסעיף 17 לחוק הסדרת העיסוק הייעוץ השקעות אשר קדם לתיקון, נקבע:
27 "לא יקבל בעל רישיון טובת הנאה כלשהי, בקשר עם מתן ייעוץ, ביצוע עסקה או
28 הימנעות מביצוע עסקה, זולת קבלת שכר והחזר הוצאות מטעם הלקוח, כפי
29 שנקבע בהסכם לפי סעיף 13(ב)3, אלא אם כן הסכים הלקוח אחרת מראש
30 ובכתב, תוך פירוט סוג טובת הנאה; לעניין זה, אין נפקא מינה אם טובת הנאה
31 מתייחסת לעסקה מסוימת בלבד או למכלול של עסקאות שהעסקה המסוימת
32 היא חלק ממנו; מנהל תיקים ידווח ללקוח על קבלת טובת הנאה תוך 30 יום
33 מקבלתה".
34
35 סעיף 17 בנוסחו לאחר התיקון קובע:



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1792-09 פירט מנחם ואחרים... נ' אקסלנס נשואה ניהול השקעות בע"מ ואח'

- 1 "א) בעל רישיון, או אחר מטעמו או בעבורו, לא יקבל טובת הנאה, במישרין או
2 בעקיפין, בקשר עם ייעוץ השקעות, שיווק השקעות, ביצוע עסקה או הימנעות
3 מביצוע עסקה, זולת שכר והחזר הוצאות מהלקוח כפי שנקבעו בהסכם לפי סעיף
4 13(ב)(3).
- 5 (ב) הוראות סעיף קטן (א) לא יחולו לגבי אלה:
6 ...
- 7 (3) קבלת החזר עמלת קניה או מכירה בידי מנהל תיקים, מאת חבר בורסה, בשל
8 ביצוע עסקה מסוימת או מכלול של עסקאות שהעסקה המסוימת היא חלק ממנו,
9 ובלבד שהלקוח שבעבורו בוצעה העסקה הסכים מראש ובכתב לקבלת החזר
10 כאמור ולשיעורו".
- 11
- 12 24. ההבדל המהותי בין הסעיף עובר לתיקון ולאחריו הוא, אם כן, ההתייחסות המפורשת
13 בסעיף המתוקן לאפשרות קבלת החזר עמלות, והדרישה כי נוסף להסכמת הלקוח לקבלת
14 החזר מראש ובכתב, יסכים הלקוח מראש ובכתב גם על שיעור החזר.
- 15
- 16 25. מהטעמים המפורטים בהחלטה, אני סבורה כי תכלית התיקון לחוק היתה בין היתר הגברת
17 התחרות בשוק ייעוץ ההשקעות, והגברת השקיפות כלפי הלקוח באשר לסכומי העמלות
18 והחזרי העמלות המתקבלים על ידי מנהלי התיקים, לצד המטרה של מניעת ניגודי עניינים
19 של מנהלי התיקים. שאלת פרשנותו של סעיף 17(ב)(3) המתוקן היא שאלה משפטית, שנדונה
20 בהרחבה במסגרת ההחלטה.
- 21
- 22 26. להלן יפורטו בתמצית הנימוקים שפורטו בהחלטה.
- 23 ראשית, בחוק המתוקן נוספה דרישה מפורשת לקבלת הסכמת הלקוח מראש לשיעורו של
24 החזר העמלות, כשהסעיף עובר לתיקון כלל כבר דרישה להסכמת הלקוח לעצם קבלת טובת
25 ההנאה. עובדה זו היא בעלת משמעות לשאלת פרשנותו של הסעיף.
- 26
- 27 שנית, אני סבורה כי הוספת הדרישה בדבר הסכמת הלקוח לשיעורו של החזר העמלות,
28 מעידה על כך שלחוק ישנן מטרות נוספות מלבד מניעת ניגוד-עניינים של מנהל התיקים,
29 ומניעת החשש כי הוא יעדיף את האינטרס שלו על פני זה של הלקוח. אלמלא כך, די היה
30 בדרישה שהתקיימה עובר לתיקון החוק בדבר הסכמת הלקוח לעצם החזר העמלות למנהל
31 התיקים, ולא היה צורך להוסיף את הדרישה לקבלת הסכמתו של הלקוח לשיעור החזר.
32
- 33 מסקנה זו עולה, כמפורט בהרחבה בהחלטה, גם מכותרת החוק המתקן – "חוק להגברת
34 תחרות ולצמצום הריכוזיות וניגודי העניינים בשוק ההון בישראל"; ממטרות החוק



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1792-09 פירט מנחם ואחרים... נ' אקסלנס נשואה ניהול השקעות בע"מ ואח'

- 1 המפורטות בסעיף 1 לחוק; ומתזכיר החוק (נספח 1 לתגובת הנתבעת לבקשה לאישור
2 התובענה כייצוגית. באשר למשמעותו הפרשנית של התזכיר, ר' ס' 20 להחלטה).
- 3
- 4 תחולת התיקון סעיף 17(ב)(3) לחוק על הסכמים שקדמו למועד תחולתו
- 5 27. מהטעמים המפורטים בהחלטה לאישור הבקשה, אני סבורה כי התיקון לחוק חל על
6 הסכמים שנחתמו קודם למועד תחולתו, כאשר התחולה היא ממועד התיקון ואילך. גם
7 שאלה זו נדונה בהרחבה במסגרת ההחלטה. הצדדים לא העלו טענות חדשות או שונות
8 מאלה שהועלו במסגרת בקשת האישור ונדונו בהחלטה. לכן, ולאחר שקילה נוספת של
9 טענות הצדדים לאור נטל ההוכחה המוטל על התובעים במסגרת הדיון בתביעה לגופה, אינני
10 רואה לנכון לשנות מן המסקנה ומן הנימוקים שפורטו בהחלטה.
- 11
- 12 בהחלטה נקבע, כי תחולתו של התיקון לחוק איננה רטרואקטיבית או פרוספקטיבית, אלא
13 אקטיבית: כלומר – התיקון נועד לשנות את האפקט המשפטי של מצב קיים ונמשך. מנהלי
14 התיקים נדרשים מכוח התיקון לייצע את לקוחותיהם באשר לחתור העמלות ושיעורו,
15 ולקבל את הסכמתם לכך. התיקון אינו חל על עסקאות שנעשו בעבר והסתיימו לפני כניסתו
16 לתוקף. תחולתו היא על עמלות הנגבות החל ממועד כניסת התיקון לתוקף ואילך: הן עמלות
17 המתקבלות מכוח הסכמים שנחתמו לאור התיקון, והן עמלות המתקבלות בהתאם
18 להסכמים שנחתמו עובר לתחילתו של התיקון, אולם הן נגבות לאחר מכן.
- 19
- 20 28. מסקנה זו עולה מההלכה שנקבעה בע"א 1613/91 אורית ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2)
21 765 (1992; להלן: "עניין ארביב"). מעבר לדברים שנוכרו בהחלטה, נקבע בעניין ארביב גם
22 כי:
- 23 "החלת חוק היא אקטיבית אם היא מוחלת על מצב דברים המתקיים ביום כניסתו
24 של החוק לתוקף... החוק החדש בענייני מס על נכסים אינו רטרואקטיבי
25 מבחינתו של מי שהוא בעל נכס ביום חקיקת החוק, שכן הטעם של חזקת
26 הרטרואקטיביות אינו מתקיים בו. תכליתה של חקיקה זו לא היתה לשנות את
27 מהותן של פעולות שנעשו בעבר. על כן, אין חקיקה זו גוררת אחריה פגיעה
28 בעקרונות של צדק, הגינות, יציבות, בטחון וודאות, ואין היא בעלת אופי
29 רטרואקטיבי. מבחן הרטרואקטיביות – לעניין תכלית החקיקה – אינו מתחשב
30 בהשפעות עקיפין וחוקות אלה. מבחן הרטרואקטיביות – לעניין תכלית
31 החקיקה – מתמקד במטרה אשר לשמה באה החקיקה החדשה. אם מטרה זו
32 הינה להסדיר את מיסוי הבעלות (ולא להעניש בעלים על רכישת הבעלות), החלתו
33 על מי שרכש בעלות בעבר, וממשיך להיות בעלים בהווה, אינה החלה
34 רטרואקטיבית של החוק, אלא החלה אקטיבית שלו".
- 35



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1792-09 פירט מנחם ואחרים... נ' אקסלנס נשואה ניהול השקעות בע"מ ואח'

29. בית-המשפט העליון התייחס בענין ארביב לדוגמה של חוק המחיל תובת אמונים על דירקטורים, באופן שהחובה תחול גם על מי שמונה כדירקטור לפני שהחוק נכנס לתוקף (אם כי לא על פעולות שהוא בצע קודם לכן). בית-המשפט קבע כי אין מקום בהקשר זה לטענה אפשרית של דירקטור לפיה לא היה מסכים להתמנות כדירקטור לו היה יודע שהוא עשוי לעבור עבירה של הפרת אמונים.
- תכלית החוק במקרה כזה היתה להסדיר את התנהגותם העתידית של דירקטורים, ולא להעניש דירקטורים שסרחו בעבר. תכלית החוק אינה נקבעת לפי נקודת המבט הסובייקטיבית של הדירקטור ואופן הבנתו את החוק, אלא "על פי כללי הפירוש הנקוטים בידי בית-המשפט בפירוש חוקים, תוך שבית-המשפט בוחן את לשון החוק, את ההיסטוריה שלו, ואת מקומו במבנה החוקי והחוקתי הכללי, תוך התחשבות בערכי היסוד של השיטה... רשאי בית-המשפט להגיע למסקנה כי תכליתו של החוק לעניין הפרת אמונים של דירקטורים נועדה להסדיר את הגינות תפקודם של דירקטורים בחברה ושמירת עניינה של החברה הנשלטת על ידם, ולא לשוות תוצאות משפטיות לעצם פעולת המינוי של הדירקטור (שנסתיימה בעבר)".
- גם במקרה דנן, החלת התיקון על הסכמים שנחתמו עובר למועד תחולתו, באופן שהוא יחול רק על עסקאות שיבוצעו ממועד זה ואילך, לא נועדה "להעניש" את הנתבעת בקטר עם עסקאות שהיא בצעה עובר לתיקון, אלא להגביר את התחרות בינה לבין מנהלי תיקים אחרים ממועד התיקון ואילך.
- המטרות של הגברת השקיפות והגברת התחרות בשוק ההשקעות, הן מטרות חשובות גם לגבי הסכמים שנכרתו לפני חקיקת התיקון. זאת משום שגם לקוחות קיימים עשויים לשקול את האלטרנטיבות העומדות בפניהם, ולדרוש או לאתר עסקה טובה יותר עבורם. ההסכם בין המנוחה לנתבעת הוא הסכם ארוך טווח, שכל צד יכול היה להביא לסיומו בכל עת (סעיף 5 להסכם). לקוחות קיימים היו יכולים אם כן לשקול עסקאות חלופיות, או לנהל משא-ומתן עם הנתבעת באשר להפחתת גובה העמלות והחזרי העמלות הנגבים על-ידיה. מנגד, גם הנתבעת היתה יכולה לשקול את האפשרות לבטל את ההסכם, אם לאור התנאים החדשים שהוחלו מכוח התיקון לחוק, היא היתה מוצאת לנכון לעשות כן. מכאן, כי התיקון לא "העניש" את הנתבעת, אלא החיל עליה באופן אקטיבי את העקרונות החדשים שנקבעו בו.
- כפי שציינתי בהחלטה, מסקנה זו מתקבלת גם מניתוח סעיף התחולה הקבוע בחוק. סעיף 47(ב) לחוק קובע כי "תחילתם של סעיפים 13, 16(ב) ו-17, 18 ו-26, ככל שהם מתייחסים למי שהיו לקוחותיו של יועץ השקעות או מנהל תיקים ערב פרסומו של חוק



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1792-09 פירט מנחם ואחרים... נ' אקסלנס נשואה ניהול השקעות בע"מ ואח'

- 1 זה, בתום ששה חודשים מיום הפרסום". אומנם, סעיף זה חל במקור על חוק הסדרת
 2 העיסוק ביינוץ השקעות לפני התיקון, אולם עניינם של שני הסעיפים – הסעיף שקדם
 3 לתיקון והסעיף המתוקן, דומה: איסור קבלת טובת הנאה ללא הסכמת הלקוח. לכן, ניתן
 4 להסיק מסעיף התחולה, כי גם התיקון אמור לחול על הסכמים של הנתבעת עם לקוחותיה
 5 אשר נחתמו עובר לכניסתו לתוקף.
 6
- 7 הנתבעת טענה עוד, כי התיקון לחוק אינו יכול להפוך הסכם שנכרת לפני כניסתו לתוקף .33
 8 לבלתי חוקי או לבטל. לשיטתה, יהיה בכך כדי לפגוע באופן אנוש בחופש החוזים
 9 ובציפיותיהם הלגיטימיות של הצדדים. אינני מקבלת את הטענה. התיקון איננו הופך את
 10 ההסכם לבטל, אלא משנה את ההסדר בין הצדדים בהתייחס לעניין ספציפי אחד – נושא
 11 החזר העמלות – (דורש לקבל את הסכמת הלקוחות לנושא זה בלבד).
 12
- 13 עוד טוענת הנתבעת כי אי עמידה בהוראות התיקון עלולה להיות עבירה פלילית, ולכן יש
 14 לפרש את הוראת החוק המטילה אחריות פלילית, בדרך המקלה ביותר האפשרית, מכוח
 15 סעיף 34 כ"א לחוק העונשין, תשל"ז-1977. אינני סבורה כי יש מקום לחתיל את סעיף
 16 34 כ"א לחוק העונשין בענייננו. התביעה דן היא תביעה אזרחית, ואין מדובר בחליך פלילי.
 17 כפי שפורט לעיל, אני סבורה כי המסקנה הפרשנית אליה הגעתי, היא המסקנה הפרשנית
 18 הסבירה, ואין מקום לכן לפרש את החוק בדרך "מקלה" שאינה עולה בקנה אחד עם
 19 הפרשנות הסבירה.
 20
- 21 הנתבעת הוסיפה וטענה, כי הסכם 2005 כלל מנגנון התאמה לתיקון אוטומטי שלו, במידה
 22 ויתקבל שינוי כלשהו של הדין (נס' 17.1 להסכם 2005). אולם, אין די ב"מנגנון התיקון
 23 האוטומטי" שבסעיף 17 להסכם 2005, שכן לא ניתן היה להחיל על ההסכם את התיקון
 24 לחוק מבלי לבקש בפועל את הסכמת הלקוחות להחזר העמלות ולשיעורו ולקבל הסכמה זו
 25 מראש ובכתב.
 26
- 27 האם הסכם 2005 עומד בתנאי סעיף 17(ב)(3) לחוק?
 28 34. אני סבורה כי עמדתה הפרשנית של הנתבעת לפיה הביטוי "כל או חלק" בהסכם 2005
 29 מקיים את דרישות התיקון, אינה עולה בקנה אחד עם תכלית התיקון. זאת משום שדרישת
 30 החוק לקבל את הסכמת הלקוח לשיעורו של החזר העמלות מראש ובכתב, נועדה ליצור
 31 שקיפות ולתת ללקוח מידע מלא ומדויק ביחס לסכמים שהנתבעת עתידה לקבל כחזר
 32 עמלות, באופן שיגדיל את יכולת המיקוח שלו. מטרה זו לא תתממש במלואה אם הלקוח
 33 איננו יודע את השיעור המדויק המוחזר למנהל התיקים, ואת השיעור המדויק של העמלה
 34 שמקבל מנהל התיקים.
 35



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1792-09 פירט מנחם ואחרים... נ' אקסלנס נשואה ניהול השקעות בע"מ ואח'

- 1 בהסכימו להעברת "כל או חלק" מהעמלות – מסכים הלקוח למעשה להחזר אפשרי של כל
 2 טווח העמלות על סכומיו השונים (מהחזר מלא עד החזר מינימלי של שקל אחד). הסכמה
 3 כזו, שניתנת מבלי שהלקוח יודע את הסכום המדויק של החזר העמלות אותו מקבל מנהל
 4 התיקים בפועל, אינה שונה מהסכמת הלקוח שנדרשה בהתאם לסי' 17 לחוק לפני תיקונו
 5 (לעצם החזר). לכן, פרשנות כזו של התיקון איננה סבירה.
 6
- 7 35. העובדה שהלקוח הסכים להעברת "כל או חלק" מהעמלות, והאפשרות כי "כל" העמלות
 8 תוחזרנה, איננה הופכת את הלקוח לאדיש לסכום העמלות המוחזר, כפי שטוענת הנתבעת
 9 בסיכומיה. ניסוח מעין זה איננו מגשים, כאמור, את תכלית התיקון לחוק – לתת ללקוח את
 10 המידע בדבר שיעור העמלות המדויק שמקבלים מנהלי התיקים כהחזר, על מנת שיוכל לבצע
 11 השוואה בין מנהלי תיקים השונים, לנהל עימם משא-ומתן, ולבחור באופן מושכל בין
 12 העסקאות המוצעות לו על תנאיהן השונים.
 13
- 14 36. פרשנות זו של התיקון, עולה בקנה אחד גם עם עמדתה של הרשות לניירות-ערך, על פיה יש
 15 לציין מהו השיעור המדויק של החזר העמלות, ואין לנקוב בטווח עמלות. כפי שפורט
 16 בהקשר זה בהחלטה, הוציאה הרשות לניירות-ערך שני חוזרים המבהירים את עמדתה
 17 ביחס לתיקון לחוק הסדר העיסוק בייעוץ השקעות. החוזר הראשון מיום 11.3.09 (להלן:
 18 "החוזר הראשון"), מתייחס להסכמתו של הלקוח לשיעור החזר העמלות. לשיטת הרשות
 19 "על הסכמת הלקוח להתייחס באופן ברור ומוחלט לשיעור החזר בפועל, ולא די בהסכמה
 20 לטווח של מספרים (כגון: 'מ... עד...' או 'עד 100%' או 'עד מלוא גובה העמלות'). לפיכך, יש
 21 לנקוב בהסכם שבין החברה והלקוח את שיעור החזר בערך מספרי מוחלט ומדויק".
 22
- 23 הנחיות הרשות לניירות-ערך אינן דבר חקיקה, אלא מדובר בהנחיות מנהליות – מקצועיות.
 24 אולם הרשות לניירות-ערך "היא המוסד המקצועי העליון המופקד על הפיקוח על שוק
 25 ניירות-הערך. היא נהנית, על פי חוק, מממומחיות, ממקצועיות ומאי תלות" (נ"א 4275/94
 26 הבורסה לניירות ערך בתל אביב בע"מ נ' א' ת' ניהול מאגר הספרות התורנית בע"מ, פ"ד
 27 (5) 485 (1997)). לכן, ההנחיות המפורסמות על ידיה הן "הצהרה על האופן בו מפרשת
 28 ורואה הרשות מצב דברים מסוים במסגרתו תפעיל את סמכותה במקרים דומים במסגרת
 29 הדין הקיים" (מכתב היעוץ המשפטי של הרשות מיום 14.2.08, נספח 3 לתשובת הנתבעת
 30 לבקשת האישור).
 31
- 32 37. לאור האמור לעיל, אני סבורה כי יש משקל גם לעמדתה הפרשנית של הרשות, לפחות כאחד
 33 מהנתונים המובאים בחשבון ביחס לפרשנות החוק על ידי בית-המשפט. המסקנה לפיה
 34 סעיף 12 בהסכם 2005 אינו עומד בדרישות סעיף 17(ב)3 לחוק הסדרת העיסוק בייעוץ
 35 השקעות, עולה, אם כן, בקנה אחד גם עם עמדתה הפרשנית של הרשות.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1792-09 פירט מנחם ואחרים... נ' אקסלנס נשואה ניהול השקעות בע"מ ואח'

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35

הסכם 2006

38. הנתבעת טוענת כי חרף עמדתה לפיה סעיף 12 להסכם 2005 עומד בדרישת התיקון לחוק, היא החלה להחתיים את לקוחותיה על הסכמים בנוסח חדש החל מהמועד בו התיקון נכנס לתוקף. בנוסח החדש של ההסכמים משנת 2006 (שצורף כנספח 2 לתצהירו של מר קורן, ויכונה להלן: "הסכם 2006") נקבע בסעיף 12 (העוסק בהחזר העמלות) כך:

"12.1. הלקוח יחויב ע"י הבנק בעמלות, לרבות בגין פעולות קניה ומכירה שיבוצעו בחשבון הבנק – כמפורט להלן:

- (א) מניות בישראל _____ %
- (ב) מק"מ _____ %
- (ג) אופציות מעו"ף _____ ₪
- (ד) מניות בחו"ל _____ %
- (ה) אג"ח בישראל _____ %
- (ו) אג"ח בחו"ל _____ %
- (ז) עמלת אי ביצוע _____ ₪
- (ח) עמלת דמי משמרת ני"ע _____ % הנחה מהמחירון.
- (ט) עמלת חליפין והטבה במט"ח _____ .

העמלות עשויות להיות כפופות לעמלת מינימום הנקבעת בהתאם לבנק בו מנוהל החשבון והן עשויות להשתנות על ידי הבנק מעת לעת. כן מאשר הלקוח כי ידוע לו שהעמלות הנזכרות לעיל אינן מהוות רשימה סגורה של העמלות הנגבות ו/או העשויות להיגבות ע"י הבנק.

12.2. הלקוח מצהיר כי ידוע לו והוא מסכים לכך שמנהל התיקים יהיה זכאי לתקבול שהינו קבלה של ההפרש בין עמלת הפעולה בס"ק (א) לבין 0.1%-0.05%, ההפרש בין העמלה בס"ק (ב) לבין 0.05%, ההפרש בין עמלת הפעולה בס"ק (ג) לבין 5 ₪ - 3.5 ₪ לאופציה, ההפרש בין העמלה בס"ק (ד) לבין 0.25% - 0.15%, ההפרש בין העמלה בס"ק (ה) לבין 0.1% - 0.05%, ההפרש בין העמלה בס"ק (ו) לבין 0.15% - 0.25%. כן יהיה מנהל התיקים זכאי לקבלת כל או [כך במקור - ר.ר.] מעמלות קניה ומכירה של ניירות ערך מעמלות ההפצה המשולמות בגין רכישת ניירות ערך ומההנפקה על פי תשקיף ומעמלות נוספות או אחרות שייגבו בנוסף על המפורט על ידי הבנק בגין פעולות בחשבון (להלן: "החזר העמלות").

12.3. הלקוח מסכים בזאת כי החזר העמלות יהיה שייך למנהל התיקים בלבד, והלקוח מוותר בזאת על כל זכות בקשר להחזר העמלות. מובהר ללקוח כי הפרש העמלות האמור עשוי להשתנות מעת לעת, ובכל מקרה לא תעלה העמלה המשולמת לבנק על ידי הלקוח כאמור בס"ק (א) - (ח) לעיל על העמלה הנקובה בהם בלי שתיתגן על כך הודעה ללקוח ע"י הבנק ו/או מנהל התיקים."



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1792-09 פירט מנחם ואחרים... נ' אקסלנס נשואה ניהול השקעות בע"מ ואח'

- 1
- 2 39. לטענת הנתבעת, זכותה להחזירי העמלות נקבעת לפי החלטת חבר הבורסה. לטענתה,
- 3 בניסוחו של ס' 12 להסכם 2006, טווח אי הודאות של הלקוח באשר לשיעור החזר – ככל
- 4 שהיה כזה – פחת למינימום. עוד טוענת הנתבעת, כי שליש מלקוחותיה בסוף שנת 2012
- 5 תנומים על ההסכם בנוסח הסכם 2006, ואין לכלול לקוחות אלו בגדר הקבוצה הזכאית
- 6 לפיצוי, גם אם התביעה תתקבל.
- 7
- 8 40. אני סבורה, כי גם נוסחו של הסכם 2006 איננו עונה על דרישות סעיף 17(ב)(3) לחוק, לקבלת
- 9 הסכמתו של הלקוח מראש ובכתב לשיעור החזר העמלות.
- 10
- 11 תכלית התיקון לחוק היתה, כפי שפורט לעיל, מתן מידע מלא ומדויק ללקוח אודות סכום
- 12 העמלות שמנהל התיקים מקבל כחזר מחבר הבורסה, וסכום העמלות שמקבל מנהל
- 13 התיקים בפועל. ניסוח של טווח עמלות כמו בהסכם 2006, כאשר הלקוח אינו יודע מהו
- 14 השיעור מתוך אותו טווח שיקבל מנהל התיקים כחזר עמלות – איננו מקנה ללקוח את
- 15 המידע אודות שיעור העמלות המדויק שמקבל מנהל התיקים, ולכן אינו מגשים את תכלית
- 16 החוק.
- 17
- 18 41. ניסוח זה איננו שונה במידה רבה מהניסוח בהסכם 2005, לפיו מנהל התיקים יקבל החזר
- 19 עמלות בשיעור של "הכל או חלק" מהעמלות המשולמות – אלא רק מצמצם במידה מסוימת
- 20 את הטווח. הניסוח בהסכם 2006 מצמצם במעט את חוסר הודאות של הלקוח באשר
- 21 להחזר העמלות המועבר למנהל התיקים לעומת הניסוח בהסכם 2005. אולם, אף שהטווח
- 22 בשבדי אחוזים נראה על פניו כטווח קטן, הרי הסכומים עצמם עשויים להיות משמעותיים,
- 23 כאשר מדובר בעסקאות בסכומים גבוהים.
- 24
- 25 כפי שצוין לעיל, גישת הרשות, כפי שזו באה לידי ביטוי בחוזר הראשון מטעמה, היא כי
- 26 ניסוח טווח של מספרים באשר להחזר העמלות איננו עונה על דרישות החוק (בחוזר נקבע כי
- 27 לא די בהסכמה לטווח של מספרים, אלא יש לנקוב את שיעור החזר בערך מספרי מוחלט
- 28 ומדויק).
- 29
- 30 42. בחוזר השני שהוציאה הרשות מיום 21.5.09 (לחלן: "החוזר השני"), חיוותה הרשות את
- 31 דעתה כי:
- 32 "חשוב כי בידי הלקוח יהיה מידע בדבר שיעור העמלה שמקבל מנהל התיקים
- 33 (מחבר הבורסה) משווי כל עסקה. השיעור יכול לבוא לידי ביטוי באמצעות ציון
- 34 החלק מתוך גובה החזר העמלות שגובה חבר הבורסה ואשר מועבר למנהל



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1792-09 פירט מנחם ואחרים... נ' אקסלנס נשואה ניהול השקעות בע"מ ואח'

- 1 התיקים, או בציון היחס בין גובה העמלה שנתר בידי חבר הבורסה לבין זה
2 שמקבל ממנו מנהל התיקים.
- 3 על מנת שיהיה ברור שהסכמת הלקוח ניתנת מתוך מודעות יש להציג ללקוח
4 בהסכם, במקום המתייחס להחזר העמלות שלגביו ניתנת הסכמתו, את מלוא
5 הנתונים מהם עולה באופן ברור השיעור המדויק של החזר העמלה שמקבל מנהל
6 התיקים, כך שהלקוח לא יידרש לאתר את הנתונים הרלוונטיים ולבצע חישובים"
7 (ההדגשה שלי - ר.ר.).
- 8
- 9 כלומר, גם לגישתה של הרשות, הסכם 2006 איננו עונה על דרישות החוק.
- 10
- 11 43. הנתבעת מוסיפה וטוענת, כי לאורך כל התקופה הרלוונטית, היא קיבלה בפועל מחברי
12 הבורסה את החזר העמלות המתייחס לקניה ומכירה של ניירות ערך ישראלים על הצד
13 הנמוך, כלומר – בשיעור הנמוך בטווח המצוין בהסכם. לטענתה, לפי החוזר השני של
14 הרשות, כאשר מנהל התיקים קיבל את הסכמת הלקוח לגביית החזר עמלות בשיעור מסוים
15 וגבה פחות משיעור זה, אין צורך לקבל את הסכמת הלקוח לקבלת החזרי העמלות פעם
16 נוספת, ודי במשלוח הודעה על כך ללקוח. רק אם יעלה גובה החזר העמלות, יש לקבל את
17 הסכמת הלקוח לסכום פעם נוספת (ס' 4 לחוזר השני מטעם הרשות).
- 18
- 19 אינני מקבלת טענה זו. ראשית, כפי שכבר הובהר לעיל, הנתבעת לא קיבלה את הסכמת
20 לקוחותיה לשיעור מסוים (גובה) של החזר עמלות, שקטן לאחר מכן. הנתבעת קיבלה את
21 הסכמת הלקוחות לטווח של החזר עמלות, והסכמה כזו איננה עולה כאמור בקנה אחד עם
22 דרישות החוק, אף בהנחה שבסופו של דבר קיבלה הנתבעת החזרי עמלות נמוכים יותר.
23 שנית, הנתבעת העלתה טענה זו בכל הקשור להחזרי העמלות ביחס לקניה ומכירה של
24 ניירות ערך ישראלים בלבד, ולא התייחסה לעסקאות אחרות. על כל פנים, הנתבעת לא
25 הוכיחה את הטענה ולא הציגה ראיות התומכות בה.
- 26
- 27 סתירות בעדותו של התובע המייצג
- 28 44. הנתבעת טוענת, כי בחקירתו הנגדית של מר פירט – שהיה אחד משלושת המבקשים שהגישו
29 את הבקשה לאישור הנתביעה כייצוגית, הועלתה על ידיו גירסה חדשה, המהווה שינוי חזית
30 פסול ואסור. בגירסתו החדשה טען מר פירט, כי הוא והמנוחה כלל לא ידעו על קיומו של
31 החזר עמלות בתיק ההשקעות שלהם, וכי נציג הנתבעת שהחתים אותם על ההסכם, מר
32 אייל הרינג (להלן: "הרינג"), הורה להם להתעלם מסעיף 12 להסכם 2005, שכן הוא "כמעט
33 לא בשימוש", והנתבעת איננה מקבלת החזרי עמלות על-פיו.
- 34



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1792-09 פירט מנחם ואחרים... נ' אקסלנס נשואה ניהול השקעות בע"מ ואח'

- 1 הנתבעת טוענת כי גירסה זו נסתרת באמור בכתב התביעה ובתצהירי מר פירט, וכן
2 בתצהירים שהגישו עדי הנתבעת ובעדותו של מר הרינג, ממנה עולה מפורשות כי הדברים
3 מעולם לא נאמרו על ידי. גם העובדה כי התובעים זנחו את הגרסה הזו בסיכומים מטעמם,
4 מעידה על חולשתה.
5
- 6 לטענת הנתבעת, העובדה שגירסתו החדשה של מר פירט סותרת באופן מהותי את גירסתו .45
7 הקודמת, יש בה כדי לפגום במהימנותו. משנמצאה גירסתו של מר פירט היא שקרית, די
8 בכך כדי לדחות את התביעה כשמדובר בתביעה 'רגילה', וקל וחומר כאשר מדובר בתובענה
9 ייצוגית. לטענת הנתבעת, משלא ניתן לתת אמון בעדותו של מי שהגיש את הבקשה לאישור
10 התביעה כייצוגית, והוא היום התובע המייצג, קורסת התביעה כולה. התובע המייצג נדרש
11 לתום-לב ולייצוג הולם של הקבוצה, והפסיקה קבעה כי מדובר בחובת תום-לב מוגברת. מר
12 פירט לא קיים חובה זו.
13
- 14 אינני מקבלת את טענת הנתבעת בהקשר זה. .46
15 אני סבורה כי השאלה האם במסגרת המשא-ומתן בין מר פירט והמנוחה לבין מר הרינג על
16 תנאי הסכם 2005, אמר מר הרינג את הדברים שיוחסו לו על ידי מר פירט אם לא, איננה
17 שאלה משמעותית בהתייחס לעילת התביעה נושא התביעה הייצוגית. כך (וכפי שאף טוענת
18 הנתבעת בסיכומיה (בסי 16)), התובעים בססו את תביעתם על טענה של אי-חוקיות גביית
19 החזרי העמלות ללא קבלת הסכמת הלקוחות, ולא על טענה של מירמה חוזית ביחס לדברים
20 שנאמרו כביכול על ידי נציג הנתבעת בעת חתימת ההסכם. לכן, לא היה הכרח כי מר פירט
21 יציין את גרסתו ביחס למשא-ומתן במסגרת התביעה או התצהיר מטעמו.
22
- 23 הנתבעת טענה כי גרסתו של מר פירט לגבי הדברים שנאמרו לו על ידי מר הרינג במשא-ומתן
24 מהווה שינוי חזית. אולם, אין מדובר בשינוי חזית – שכן התובעים כלל לא העלו טענה זו
25 במסגרת הסיכומים מטעמם.
26
- 27 מעבר לכך, לא ניתן לטעמי לקבוע ממצא ברור ביחס לשאלה מה בדיוק נאמר על ידי מר .47
28 הרינג למר פירט במהלך המשא-ומתן ביניהם, משום שגרסאותיהם ביחס לכך הן מנוגדות.
29 מר פירט טען כאמור כי מר הרינג אמר לו ולמנוחה כי הם יכולים להתעלם מהוראת סי 12
30 להסכם שכמעט ואיננו בשימוש, וכי הנתבעת איננה לוקחת החזרי עמלות (עי 9 ו-11
31 לפרוטוקול הדיון מיום 26.5.13). מגד, עד ההגנה מר הרינג הכחיש כי הוא אמר את
32 הדברים (עי 139 לפרוטוקול).
33
- 34 ככל שהנתבעת מבקשת לעשות שימוש בענין זה כדי להוכיח חוסר תום-לב מצדו של התובע
35 הייצוגי, הרי הנטל מוטל עליה לעשות זאת נ' מאמרו של א. קלמנט "קווים מנחים



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1792-09 פירט מנחם ואחרים... נ' אקסלנס נשואה ניהול השקעות בע"מ ואח'

- 1 לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006, הפרקליט מט 131 (תשס"ז), בעמ'
2 150). אני סבורה כי הנתבעת לא הרימה את הנטל, ולא הוכיחה כי גירסתו של התובע היתה
3 שקרית, וכי יש בכך כדי להצביע על חוסר תום-ליבו של התובע.
4
5 48. זאת ועוד; בשלב הנוכחי של הדיון, משאושרה הבקשה להגשת תובענה ייצוגית, אין עוד
6 מקום להעלות טענות הנוגעות לעילת התביעה האישית של התובע המייצג. קיומה של עילת
7 תביעה אישית של התובע המייצג, הוא תנאי לאישור הבקשה כתובענה ייצוגית, בהתאם
8 לסעיף 4(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות. גם תום-לבו של התובע והייצוג ההולם שלו את
9 הקבוצה, הם עניינים שבית-המשפט בוחן אותם במסגרת בקשת אישורה של התביעה
10 כתביעה ייצוגית (ר' סי' 8(א) (3) ו-4(4) לחוק תובענות ייצוגיות).
11
12 אולם, לאחר שאושרה הבקשה והוגדרה הקבוצה המייצגת, הופכת התביעה להיות תביעתם
13 של כל חברי הקבוצה. בשלב זה, התובע הייצוגי מגלם רק את הדמות ה"אנושית" היחידה
14 מבין חברי הקבוצה שבית המשפט רואה ומכיר, הדמות המייצגת את יתר חברי הקבוצה.
15 עילתו האישית של התובע המייצג אינה נבחנת לכן שוב בשלב זה, אלא בית-המשפט בוחן
16 את עילת התביעה של הקבוצה כולה. אם מוכח בשלב זה כי לתובע המייצג נאם לכל חבר
17 אחר בקבוצה) אין עילת תביעה אישית מטעם כזה או אחר, הדבר יכול להשליך לכל היותר
18 על כך שהתובע המייצג או כל חבר אחר בקבוצה, לא יהיה חלק מהקבוצה. אולם, לא יהיה
19 בכך כדי לפגום בתביעתה של הקבוצה כולה.
20
21 **סיכום ביניים**
22 49. הן הסכם 2005 והן הסכם 2006 אינם עומדים בדרישה שנקבעה בסעיף 17(ב)(3) לחוק
23 הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות, ואין בהם כדי להוות הסכמה של הלקוח מראש ובכתב
24 לשיעור החזר העמלות כנדרש בחוק. לאור מסקנה זו, תיבחן השאלה האם הוכחו עילות
25 התביעה שביחס אליהן אושרה הגשת התביעה ייצוגית – עשיית עושר ולא במשפט והפרת
26 חובה חקוקה.
27
28 **עשיית עושר ולא במשפט**
29 50. התובעים טוענים כי מאחר שהנתבעת גבתה את החזרי העמלות בניגוד לדין – סעיף 17(ב)(3)
30 לחוק הסדרת העיסוק בייעוץ – הרי שה"עושר" שבעמלות שהושבו לה על ידי חבר הבורסה,
31 נעשה שלא כדין, ולכן עליה להשיב את הסכומים הללו ללקוחות מהם נגבו הכספים, שהם
32 הגורם ה"מזכה".
33
34 הנתבעת טוענת מנגד, כי כאשר הצדדים הסדירו את יחסיהם בחוזה, אין להידרש לעילת
35 עשיית עושר ולא במשפט, לאור הוראתו של סעיף 6(א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1792-09 פירט מנחם ואחרים... נ' אקסלנס נשואה ניהול השקעות בע"מ ואח'

- 1 תשלי"ט-1979. כדי שתוכח העילה מכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט, צריכים התובעים
2 להוכיח כי אין תוקף להסדר החוזי – קרי לסעיף 12 להסכם 2005 ולסעיף 12 להסכם 2006.
3 לגישת הנתבעת, התובעים לא עמדו בנטל זה.
4
- 5 51. לטענת הנתבעת, אי החוקיות הנטענת לגבי סעיף 12 הני"ל אינה מביאה לבטלות חוזית.
6 טענה לאי חוקיות חוזית נשלטת על ידי ההסדר החקיקתי הספציפי שבסעיפים 31-30 לחוק
7 החוזים, ולא על ידי ההסדר הכללי שבחוק עשיית עושר ולא במשפט. לא כל הפרת איסור
8 שבחוק, כשלעצמה, הופכת חוזה לבלתי חוקי ובטל. האיסור עשוי להתפרש כגורר אחריו
9 תוצאה "אישית" לבר-חוזית כגון סנקציה (משמעתית, מנהלית, פלילית) המגשימה את
10 תכלית החוק, ולא תוצאה "חפצית" הפוגעת בחוזה עצמו.
11
- 12 52. התובעים טוענים בעניין זה מנגד, כי מדובר בטענה חדשה שהועלתה לראשונה על ידי
13 הנתבעת בסיכומיה, וכי לכן יש לדחותה. לגופו של ענין נטען, כי כאשר החוזה בין הצדדים
14 אינו שולל את תחולת דיני עשיית העושר ולא במשפט, אין מניעה להחילם. עוד טוענים
15 התובעים, כי הסעיפים בהסכמים העוסקים בהחזרי העמלות, מפריס את החוק בהפרה
16 ישירה, חמורה ויסודית, ולכן ממילא אינם חוקיים וחסרי תוקף.
17
- 18 היחס בין דיני החוזים לדיני עשיית עושר ולא במשפט
- 19 53. הנתבעת טענה כאמור כי כאשר יחסי הצדדים מוסדרים בהסכם, אין תחולה לדיני עשיית
20 עושר ולא במשפט. הנתבעת חזרה על טענה זו גם במסמך נוסף שהוגש על ידיה באישור בית
21 המשפט לאחר הגשת סיכומי התשובה של התובעים. במסמך זה חזרה הנתבעת וטענה כי על
22 התובעים מוטל "הנטל להסביר כיצד מתקיימת עילת עשיית עושר למרות שהזכייה באה
23 לנתבעת מכוח חוזה תקף" (ר' ס' 4).
24
- 25 54. מהאמור לעיל עולה אם כן כי גם לגישת הנתבעת, שאלת התחולה של דיני עשיית עושר
26 מתעוררת רק כאשר התעשרותו של הזוכה באה לו מכוח הסכם תקף (ר' ס' 24 לסיכומי
27 הנתבעת). במקרה דנן, אני סבורה כי מקורה של ההתעשרות של הנתבעת אינה בהסכם
28 תקף, משום שסעיף 12 להסכם 2005 (כמו גם סעיף 12 להסכם 2006) הוא סעיף המנוגד
29 להסדר הקוגנטי שנקבע בס' 17(ב)3). הסדר קוגנטי - מטיבו ומטבעו, אינו מאפשר לצדדים
30 לחוזה להתנות עליו, וגם אם ישנה הסכמה המנוגדת לו – להסכמה זו אין ולא יכול להיות
31 תוקף חוזי.
32
- 33 כך נקבע בהקשר זה בע"א 11/84 אשר רבינוביץ נ' שלב - הקואופרטיב המאוחד, פ"ד מ(4)
34 : 533 (1986):



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1792-09 פירט מנחם ואחרים... נ' אקסלנס נשואה ניהול השקעות בע"מ ואח'

- 1 "בטלותם של חוזים המתנים על הוראות קוגנטיות נובעת מהיותם נוגדים את
2 תקנת הציבור ולכן הם בטלים על פי סעיף 30 לחוק החוזים (ע"א 156/82 ליפקין נ.
3 דור הזהב, פד"י ל"ט (3) 95)".
4
5 אין אם כן הסדר חוזי תקף בין הצדדים המסדיר את יחסיהם ביחס להחזר העמלה לנתבעת,
6 ולא ניתן לקבוע משום כך כי ההסכם על פי פרשנותו הנכונה התכוון למנוע את תחולת דיני
7 עשיית עושר.
8
9 הנתבעת טענה כי אין מקום לביטול ההסכם. לטענתה, אי החוקיות אינה מנביעה בטלות
10 חוזית, אלא יש מקום להחיל את סעיפים 31-30 ו-19 לחוק החוזים (חלק כללי), להפריד את
11 רכיב אי החוקיות ולבטל רק אותו, בלא שההסכם כולו יבוטל.
12
13 סעיף 30 לחוק החוזים קובע כי חוזה בלתי חוקי הוא בטל. סעיף 31 מאפשר לבית המשפט
14 כשהוא רואה שמן הצדק לעשות כן, לפטור מחובת ההשבה או לחייב את הצד השני בקיום
15 החוזה, אם הצד האחד ביצע את חיובו לפי החוזה.
16
17 56. על פי סעיף 19 לחוק החוזים:
18 "ניתן החוזה להפרדה לחלקים ועילת הביטול נוגעת רק לאחד מחלקיו, ניתן
19 לביטול אותו חלק בלבד; אולם אם יש להניח שהצד הרשאי לבטל לא היה
20 מתקשר בחוזה לולא העילה, רשאי הוא לבטל את החלק האמור או את החוזה
21 כולו".
22
23 57. מקובלת עלי טענת הנתבעת כי ניתן להפריד את רכיב אי החוקיות, באופן שסעיף 12
24 להסכמי 2005 ו-2006 יבוטל, בעוד שיתר ההסדרים בהסכמים יוותרו תקפים. אולם,
25 המסקנה האמורה לעיל ביחס לחובת ההשבה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט - לא
26 תשתנה, משום שביטול ס' 12 להסכמים משמעו כי ההסדר שנקבע בו בטל. התוצאה היא כי
27 אין הסכמה של הלקוחות להחזר העמלה לנתבעת, ומכאן שאין הסדר חוזי בין הצדדים
28 בהקשר זה.
29
30 כזכור, ס' 12 להסכמים קבע כי הלקוח מסכים להעברת "כל או חלק" מהעמלות לידי
31 הנתבעת. לגישת הנתבעת, על בית המשפט לבטל את המילים "או חלק" בלבד, ולהותיר את
32 הסכמת הלקוח להעברת "כל" העמלות כהחזר עמלות לנתבעת. בכך, לשיטתה, תוסר אי
33 החוקיות הנטענת מסעיף 12 הנ"ל.
34



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1792-09 פירט מנחם ואחרים... נ' אקסלנס נשואה ניהול השקעות בע"מ ואח'

58. אינני מקבלת את הטענת. כפי שהובהר בפירוט לעיל, התיקון לחוק מחייב לקבל את הסכמת הלקוח לשיעור המדויק של החזר העמלות. קבלת הפרשנות אותה הציעה הנתבעת, תעקר מתוכן את הצורך לכך שהלקוח יסכים מראש לשיעור המדויק של החזר העמלה, ותהפוך אותה למעשה להסכמה בדיעבד. זאת ועוד, בפועל החזר שקיבלה הנתבעת לא היה של "כל" העמלה אלא חלק ממנה בלבד (ר' סי' 25 לתצהיר מר קורן).
- אינני מקבלת גם את טענת הנתבעת, כי "דרגת אי החוקיות" של ניסוח סעיפי ההסכמים שערכה עם לקוחותיה הינה "בעוצמה נמוכה עד כדי זוטות ממש" (סי' 28 לסיכומי הנתבעת), וכי במקרה דנן אין מקום לקבוע כי ההסכמים הם בלתי חוקיים במידה כזו המצדיקה תוצאה של בטלות.
59. בבג"צ 6231/92 - אלברט זגורי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מט(4) 749 (1995), אליו מפנה הנתבעת בסיכומיה, נקבע באשר לשאלה מתי יש לקבוע כי החוזה הבלתי חוקי הינו בטל:
- "ודוק: השאלה אינה אם בטלות החוזה עמדה לנגד עיני המחוקק, השאלה גם אינה אם החוק קובע במפורש שהחוזה בטל אם לאו. השאלה הינה, אם הגשמת החוק על פי תכליתו אפשרית מבלי להביא לפגיעה בתוקף החוזה. לא בטלות החוזה מביאה לאיפיונו כחוזה לא חוקי; איפיונו של החוזה כלא חוקי מביאה לבטלותו. אכן, אם קיום החוזה אינו עולה בקנה אחד עם איסורי החוק, כי אז החוזה הוא 'בלתי חוקי', וחלות עליו הוראות סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי)... אכן, פרשנות חוק לשם מתן תשובה לשאלת 'אי חוקיות' החוזה שנכרת בניגוד להוראותיו, אינה שונה מכל פרשנות חוק אחרת. על בית המשפט לבחון את לשון החוק לאור תכליתו; על בית המשפט לאתר את הערכים, האינטרסים והמטרות החברתיות אשר החוק נועד להגשים; על בית המשפט להכריע בשאלה אם הגשמתם של ערכים, אינטרסים ומטרות חברתיות אלה מתיישבת עם הכרה בהמשך תוקפו של החוזה שכריתתו, תוכנו או מטרתו הם בניגוד להוראות החוק" (ההדגשה שלי – ר.ר.).**
60. תכלית סעיף 17(ב)3 לחוק הינה, כאמור, לתת ללקוחותיהם של יועצי השקעות את מלוא המידע לגבי החזרי העמלות שמקבלים מנהלי התיקים, וכתוצאה מכך באשר לעמלות שמשלמים הלקוחות בפועל. זאת, הן על מנת למנוע ניגוד עניינים של מנהלי התיקים, והן על מנת לאפשר ללקוחות לנהל משא ומתן מושכל באשר לגובה העמלות, ובכך להגביר את התחרות בשוק מנהלי השקעות. אינני סבורה, כי ניתן להגשים תכליות אלו תוך הכרה בתוקפם של הסעיפים העוסקים בהחזרי העמלות, כפי שנוסחו על ידי הנתבעת בהסכם 2005



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1792-09 פירט מנחם ואחרים... נ' אקסלנס נשואה ניהול השקעות בע"מ ואח'

- 1 ובהסכם 2006. אני סבורה, על כן, כי יש מקום להורות על ביטול הסעיפים העוסקים בהחזר
2 העמלות - סעיף 12 להסכם 2005 ולהסכם 2006 הנ"ל.
3
- 4 61. הנתבעת הפנתה את בית המשפט לפסק-הדין בת.א. (ת"א) 1178/06 כפיר נ' פלאפון
5 תקשורת בע"מ (20.3.07; להלן: "עניין כפיר"). באותו ענין נדונה בקשה לאישור תובענה
6 ייצוגית נגד חברת פלאפון, שעסקה בחיוב מנויי פלאפון בגין שיחת המשך לשירות 144 של
7 בזק. על פי ההסכמים של פלאפון עם לקוחותיה, היא היתה רשאית לחייבם בגין שירות
8 שיחת המשך בהתאם למחירון בזק. בבקשה לאישור התביעה הייצוגית נטען כי למרות
9 שבתקופה מסוימת בזק לא גבתה תשלום בגין שירות זה, חייבה פלאפון את המנויים בגין
10 השירות.
11
- 12 אולם, בעניין כפיר היה בין הצדדים הסכם תקף, שקבע כי פלאפון רשאית לגבות תשלום
13 עבור השירות, ללא קשר להתחשבות בינה לבין בזק, ובלא קשר למחיר שגובה בזק בפועל.
14 לכן, גביית התשלום על ידי פלאפון לא היתה "עשיית עושר ולא במשפט". במקרה דנן, סעיפי
15 החוזה בין הצדדים מנוגדים להסדר קוגנטי בחוק, וככאלה אין להם תוקף. לכן, אין הסכם
16 בין הצדדים ביחס להחזר העמלות, ואין מניעה משום כך להחיל את דיני עשיית העושר.
17
- 18 האם הוכחו יסודות עילת עשיית העושר?
19 62. סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט קובע:
20 "א) מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן -
21 הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן - המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכיה, ואם
22 השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה - לשלם לו את שוויה.
23 (ב) אחת היא אם באה הזכיה מפעולת הזוכה, מפעולת המזכה או בדרך אחרת".
24
- 25 על התובע בעילה של עשיית עושר להוכיח שלושה יסודות מצטברים: קבלת נכס, שירות או
26 טובת הנאה (יסוד ההתעשרות); שבאה לזוכה מהמזכה; ושנתקבלה על ידי הזוכה שלא על
27 פי זכות שבדין (ע"א 5768/94 א.ש.ג.ר. נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4)
28 289 (1998)). החזרי העמלות נגבו, כאמור, על ידי הנתבעת שלא כדין. יש לבחון האם הוכח
29 היסוד השני – כי "הזכיה" הגיעה לזוכה מהמזכה.
30
- 31 מיהו הגורם המזכה?
32 63. התובעים טוענים כי הגורם המזכה הוא מי ששילם את הכספים שנגבו שלא כדין, כלומר
33 חברי הקבוצה. לגישתם, זו המסקנה המשפטית, הטבעית והאינטואיטיבית, שכן חברי
34 הקבוצה הם אלה ששילמו בפועל את הכספים, והם שסבלו מחסרון כיס כתוצאה מכך.
35



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1792-09 פירט מנחם ואחרים... נ' אקסלנס נשואה ניהול השקעות בע"מ ואח'

64. הנתבעת טוענת כי לא מתקיים "קשר של זיכוי" לצרכי תחולת סעיף 1 לחוק עשיית עושר. לטענתה, החזרי העמלות לא שולמו לנתבעת על ידי התובעים. מדובר בעמלות ששולמו על ידי הלקוחות לחברי הבורסה, על פי החוזים שנקשרו בין הלקוחות לחברי הבורסה. חוזים אלה קוימו והושלמו, והלקוחות קיבלו את השירות המלא על-פיהם. חברי הבורסה רכשו באותן עמלות קניין מלא. חוזה שקיים במלואו אינו מקנה לתובעים זכות השבה. לכן, התובעים אינם יכולים לזכות את הנתבעת בנכס שהוא קניין של חברי הבורסה, ובכך מתנתק כל קשר של זיכוי הנדרש בסעיף 1 לחוק עשיית עושר.
65. אני סבורה, כי לקוחות הנתבעת הם הגורם המזכה, ולא חברי הבורסה. שיעור העמלות שמקבלים חברי הבורסה נקבע מראש, בהסכמים בינם לבין הנתבעת ולהלן: "עמלות המינימום". ר' ההסכמים שצורפו כנספח 12 לסיכומי התובעים). בהסכמים אלה נקבע כי כל הפרש בין העמלה שנגבתה מהלקוח לבין העמלה בה מזוכה חבר הבורסה – יועבר לידי מנהל התיקים. הפרש זה הוא אותו "החזר עמלות" המועבר למנהל התיקים. חברי הבורסה אכן "אדישים" לשיעור העמלה הנגבית מהלקוח, כל עוד הם מקבלים את העמלה עליה הוסכם בהסכמים ביניהם לבין מנהל התיקים – הנתבעת. לכן, הם אדישים לגובה החזר העמלות המועבר למנהל התיקים.
66. על פי ההסכמים בין חברי הבורסה לבין מנהל התיקים, לא היתה לחבר הבורסה "זכות" לקבל את החזרי העמלות, אלא הם הועברו למנהלי התיקים. מכאן, שהשירות שניתן ללקוחות ניתן אך ורק בתמורה לאותן "עמלות מינימום" שקיבלו חברי הבורסה, ולא בעבור החזרי העמלות – אותם כאמור לא היו אמורים חברי הבורסה לקבל מלכתחילה. מסקנה זו נובעת גם מעדותו של מר הרינג:
- "ש: היחיד שיש לו אינטרס שעמלות הביצוע יהיו יותר גבוהות מעמלות המינימום של הבנק [חבר הבורסה – ר.ר.]. הוא אקסלנס [הנתבעת – ר.ר.], נכון? ת: נכון. זה עוד משהו, כן, בוודאי" (ע' 152 לפרוטוקול הדיון).
- לחברי הבורסה לא נגרם חסרון כיס כתוצאה מקבלת החזרי העמלות על ידי הנתבעת. חברי הבורסה לא אמורים היו לקבל את החזרי העמלות הללו מלכתחילה, אלא את עמלות המינימום בלבד, כפי שנקבע בהסכמים בינם לבין הנתבעת.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1792-09 פירט מנחם ואחרים... נ' אקסלנס נשואה ניהול השקעות בע"מ ואח'

- 1
- 2 67. פרופ' פרידמן בספרו דיני עשיית עושר ולא במשפט (כרך א') 88 (1998) מתייחס לשאלה
- 3 מיהו ה"מוזכה", וקובע כי:
- 4 "השימוש בביטוי זכיה ה'באה' מן התובע, איננו מלמד על כוונה להציב דרישה כי
- 5 טובת ההנאה תבוא במישרין מן התובע או כי תבוא אך ורק מן התובע... בעיני זוהי
- 6 דרישה מכבידה ובלתי רצויה, ואין כל רמז לכך שהמחוקק הישראלי העלה בדעתו
- 7 לאמץ רעיון זה. להיפך, האמור בס' 1(ב) לחוק עשיית עושר, שלפיו 'אחת היא אם
- 8 באה הזכיה מפעולת הזוכה, מפעולת המזכה או בדרך אחרת', מצביע על כך
- 9 שהמחוקק נקט גישה מרחיבה, ולא ביקש לכבול את העיקרון הכללי באזיקים
- 10 מסוג זה. נמצא, זכייה יכולה לבוא מן התובע או להיות על חשבוננו, אף אם
- 11 התגלגלה לידי הנתבע באמצעות פעולה פיסית או משפטית שעשה עם אדם אחר...
- 12 סיכומו של דבר, העובדה, כשלעצמה, שההתעשרות התקבלה מצד שלישי, וכי
- 13 לתובע עצמו לא היתה זכות שבדין כלפי הצד השלישי לקבלה, איננה שוללת את
- 14 האפשרות שהיא תראה כהתעשרות על חשבון התובע או התעשרות הבאה ממנו".
- 15
- 16 לכן, אני סבורה כי חברי הבורסה שימשו לכל היותר "צינור" לגביית הכספים עבור הנתבעת,
- 17 גורם המעביר את הכספים הנגבים מאת הלקוחות לידי הנתבעת. ככאלה, לא היו חברי
- 18 הבורסה "הגורם המזכה" בכספים, אלא הלקוחות.
- 19
- 20 68. הנתבעת הפנתה גם בהקשר זה לפסק הדין בעניין כפיר שנוכר לעיל. לטענתה, בעניין כפיר
- 21 נדחתה הטענה בדבר היות פלאפון "צינור" בלבד לגביית כספים עבור בזק. אינני סבורה כי
- 22 יש מקום ללמוד מעניין כפיר למקרה דנו. זאת משום שכפי שהובהר לעיל, באותו ענין לא
- 23 היתה מניעה מכוח ההסכם בין פלאפון לבין לקוחותיה כי היא תגבה מהם כספים עבור
- 24 השירות של שיחה ממשיכה, ללא קשר לשאלה האם בזק גובה מפלאפון בפועל את הכספים
- 25 הללו או לא. בעניין כפיר, היה "ניתוק" ב"חוליה" שבין פלאפון לבזק. במקרה דנו, החזר
- 26 העמלות נקבע בהסכמים בין הנתבעת לבין חברי הבורסה, כסכום קבוע המועבר על ידי
- 27 חברי הבורסה לנתבעת מתוך העמלות המשולמות על ידי הלקוח.
- 28
- 29 לאור האמור לעיל, מתקיימים יסודותיה של עילת עשיית עושר ולא במשפט, ומכאן שעל
- 30 הנתבעת להשיב לחברי הקבוצה את החזרי העמלות שנגבו שלא כדין, שביחס אליהם לא
- 31 התקבלה הסכמתם.
- 32
- 33 **הפרת חובה חקוקה**
- 34 69. סעיף 63 לפקודת הנזיקין קובע:



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1792-09 פירט מנחם ואחרים... נ' אקסלנס נשואה ניהול השקעות בע"מ ואח'

- 1 "א) מפר חובה חקוקה הוא מי שאינו מקיים חובה המוטלת עליו על פי כל חיקוק
2 – למעט פקודה זו – והחיקוק, לפי פירושו הנכון, נועד לטובתו או להגנתו של אדם
3 אחר, וההפרה גרמה לאותו אדם נזק מסווג או מטבעו של הנזק שאליו נתכוון
4 החיקוק; אולם אין האדם האחר זכאי בשל ההפרה לתרופה המפורשת בפקודה
5 זו, אם החיקוק, לפי פירושו הנכון, התכוון להוציא תרופה זו.
6 (ב) לענין סעיף זה רואים חיקוק כאילו נעשה לטובתו או להגנתו של פלוני, אם לפי
7 פירושו הנכון הוא נועד לטובתו או להגנתו של אותו פלוני או לטובתם או להגנתם
8 של בני אדם בכלל או של בני אדם מסווג או הגדר שעמם נמנה אותו פלוני".
9
- 10 כדי להוכיח את קיומה של הפרת חובה חקוקה, יש להוכיח קיומם המצטבר של חמישה
11 יסודות חיוביים ויסוד שלילי אחד: החובה מוטלת על המזיק מכוח חיקוק; החיקוק נועד
12 לטובתו של הניזוק; המזיק הפר את החובה המוטלת עליו; ההפרה גרמה לנזק לניזוק;
13 הנזק הוא מסוג הנזק אשר אליו התכוון החיקוק. כן יש להוכיח, כי החיקוק לפי פירושו
14 הנכון לא התכוון להוציא את הסעד בנויקין (רי ע"א 119/86 קני בתים בע"מ נ' הוועדה
15 המקומית לתכנון ולבניה נתניה, פ"ד מו(5) 727 (1992); להלן: "עניין קני בתים").
16
- 17 70. אני סבורה כי העילה של הפרת חובה חקוקה לא התקיימה במקרה דנן, משום שהתובעים
18 לא הצליחו להוכיח שנגרם להם נזק.
19
- 20 התובעים התייחסו בהקשר זה לשני סוגי נזקים – נזק של "גביית יתר", ונזק של אובדן
21 עסקה חלופית. הנזק של "גביית יתר" אינו נזק – שכן אין מדובר בחסרון כיס לתובעים
22 הנובע מביצוע העוולה על ידי הנתבעת. התובעים טוענים כי אילו היתה הנתבעת מקיימת
23 את הוראת ס' 17(ב)(3) לחוק, הנזק לא היה נגרם, משום שהנתבעת לא היתה גובה מהם
24 במקרה כזה אלא את סכום העמלה המועבר לידי חברי הבורסה, ולא את סכום החוזר.
25 אולם, התוצאה של גילוי מלא לתובעים על שיעור החוזר המדויק אינה בהכרח כי הנתבעת
26 היתה גובה מהתובעים סכום אחר. ייתכנו גם תוצאות אחרות לגילוי מלא כפי שנדרש בחוק
27 (כגון – שהתובעים היו מתקשרים בעסקה חלופית, או אף שהתובעים היו מסכימים להחזר
28 בשיעור שנקבע). האפשרות של התקשרות בעסקה חלופית תידון להלן. אולם, כפי שהובהר,
29 עצם הגבייה ב"יתר" אינה נזק אלא משקפת בדיוק את ה"עושר" שהנתבעת עשתה ולא
30 במשפט.
31
- 32 71. באשר לנזק שבאבדן עסקה חלופית, טוענים התובעים כי הניסוח בהסכמים, שלא כלל
33 פירוט של השיעור המדויק של החוזר העמלות, פגע ביכולת ניהול המשא ומתן של הלקוחות,
34 ובאפשרותם להשיג עסקה אלטרנטיבית עדיפה.
35



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1792-09 פירט מנחם ואחרים... נ' אקסלנס נשואה ניהול השקעות בע"מ ואח'

- 1 הנתבעת טוענת מנגד, כי התובעים לא הוכיחו נזק של אובדן עסקה אלטרנטיבית. הם לא
 2 טענו שנגרם להם נזק כתוצאה ממידע חסר במהלך המשא ומתן. הם לא טענו שיכלו לזכות
 3 בתנאים עדיפים או בעסקה חלופית, ולא ציינו כל פרטים בדבר עסקה כזו, שקיומה לא
 4 הוכח. לטענת הנתבעת, העסקה שהיא הציעה לתובעים היתה המיטבית והכדאית ביותר. לו
 5 היתה בנמצא עסקה אלטרנטיבית טובה יותר, היו התובעים מציגים ומוכיחים את קיומה.
 6
 7 עוד טוענת הנתבעת כי התובעים לא הוכיחו את גובה הנזק שנגרם להם בגין אובדן עסקה
 8 אלטרנטיבית כביכול. נזק זה איננו שווה ערך לחתזרי העמלות שקיבלה הנתבעת, כפי
 9 שטוענים התובעים, אלא הוא בגובה ההפרש בין העסקה שביצעה המנוחה ולקוחות
 10 דוגמתה, לבין עסקה חלופית טובה יותר. מאחר שהתובעים לא הצביעו על עסקה
 11 אלטרנטיבית אפשרית, ממילא גם לא הוכיחו את ההפרש בינה לבין העסקאות שבוצעו
 12 בפועל על ידי חברי הקבוצה.
 13
 14 72. ההלכה הפסוקה קבעה, כי לצורך הוכחת ראש הנזק של "אובדן הזדמנויות חלופיות", נדרש
 15 הניזוק להוכיח שאלמלא העוולה, סביר להניח שבשעת המעשה היה בוחר "באחד מאותם
 16 אפיקי השקעה אלטרנטיביים שהפיקו תשואה גדולה יותר" (רע"א 378/96 וינבלט נ'
 17 בורנשטיין (17.7.00)). כבכל מקרה של הוכחת נזק, גם לצורך הוכחת נזק של אובדן עסקה
 18 אלטרנטיבית, על הניזוק להוכיח:
 19 "בשלב הראשון את היקפו ומידתו של הנזק שנגרם לו (תיחום הנזק), ובשלב
 20 השני, את שיעור הפיצויים לו הוא זכאי בגין הנזק שנגרם לו (כימות הנזק)" (ע"א
 21 153/04 חיותה רובינוביץ' נ' עו"ד יוסף רוזנבוים (6.2.06) (להלן: "עניין רובינוביץ'");
 22 פיסקה 9 לפסק דינה של כבי השופטת (אור)).
 23
 24 73. יחד עם זאת, נטל ההוכחה בדבר שיעור הנזק אינו אחיד בכל הנסיבות, אלא הוא מותאם
 25 למידת הקושי האובייקטיבי בהבאת ראיות אמיתות ומדויקות על היקף הפגיעה שספג הנפגע
 26 (ר' ע"א 8588/06 דוד דלגין נ' אבי"א לפיתוח בע"מ (11.11.10)). באשר לנטל המוטל על
 27 המבקש להוכיח אובדן הזדמנות חלופית, נקבע בעניין רובינוביץ' בדעת מיעוט כי:
 28 "נטל הראיה המוטל על [הניזוק] קל מהרגיל, מהטעם שטעותו של [המניק],
 29 ההתושלות, היא העומדת ביסוד הקושי להוכיח באיזו חלופה [היה הניזוק בוחר]
 30 אלמלא זאת. המצג הרשלני עלול ליצור קושי נוסף, כיוון שלעיתים משווצג מצג
 31 כזה מפסיק הניזוק לתור אחר חלופות נוספות, וממילא קשה יותר לזהות בראיה
 32 לאחור חלופות ריאליות אחרות בהם עשוי היה לבחור. אין ספק שאין להטיל
 33 השלכות אלה של מעשי המזיק על כתפי הניזוק" (פסקה ו(6) לפסק דינו של כבי
 34 השופט רובינשטיין).
 35



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1792-09 פירט מנחם ואחרים... נ' אקסלנס נשואה ניהול השקעות בע"מ ואח'

- 1 אולם דעת הרוב (כב' השופטת נאור) לא קיבלה גישה זו:
- 2 "אין בתיק הערכאה הראשונה שמץ ראייה בדבר שיעור הפיצויים, דהיינו הוכחת
- 3 שוויין של החלופות שאבדו. במילים אחרות, אפילו נניח לטובת המערערות כי
- 4 איבדה את האפשרות לבחור בחלופה אחרת (שאינה עסקת המכר), היה עליה
- 5 להניח תשתית, שתאפשר להעריך את הפיצוי במידת דאיות סבירה, קרי בכמה
- 6 גבוה, אם בכלל, שווי החלופה האחרת, שאבדה, מן החלופה של עסקת המכר.
- 7 אכן, לא נדרש 'דיוק מתמטי' בהוכחת הפיצויים, אך 'נתונים סבירים' – יש
- 8 להביא" (פסקה 11 לפסק דינה של כב' השופטת נאור).
- 9
- 10 74. אכן, הוכחת ראש הנזק של אובדן עסקה אלטרנטיבית היא בדרך כלל לא פשוטה. זאת
- 11 משום שלעיתים קרובות, לאחר שאיתר הניזוק את העסקה נושא התביעה, הוא איננו מוסיף
- 12 ומחפש עסקאות אחרות.
- 13
- 14 במקרה דנן, אינני סבורה כי התובעים עמדו בנטל הראייה להוכחת הנזק הנובע מאובדן
- 15 עסקה אלטרנטיבית. להוכחת טענותיהם הציגו התובעים דו"ח בעניין "גביית דמי ניהול
- 16 חשבון גירות ערך בבנקים", שערך מרכז המחקר והמידע – המחלקה לפיקוח תקציבי של
- 17 הכנסת, ושהוגש לוועדת הכלכלה של הכנסת ביום 1.3.11 (נספח 13 לתצהיר העדות הראשית
- 18 מטעם התובעים). לטענת התובעים, מדו"ח זה עולה כי הנתבעת גובה עמלות ביצוע פעולות
- 19 גבוהות במידה רבה מאלה של מתחרותיה.
- 20
- 21 75. אולם, בדו"ח נספח 13 הנ"ל, מוצגים נתונים ביחס לשנת 2011. נתונים אלה אינם רלוונטיים
- 22 לחלק הארי של העסקאות נושא התובענה, שהתבצעו החל משנת 2006 ועד למועד אישור
- 23 התובענה כייצוגית (בחודש אפריל 2011). מעבר לכך, על התובעים להוכיח כי הם יכלו
- 24 למצוא עסקה אלטרנטיבית טובה יותר ביחס למכלול תנאי העסקה שהציעה הנתבעת,
- 25 מכלול הכולל תמהיל של כל העמלות ובכלל זה דמי הניהול. התובעים לא הוכיחו זאת, שכן
- 26 הם התייחסו רק לעמלות הביצוע שגובה הנתבעת, ולא למכלול תנאי העסקה.
- 27
- 28 76. התובעים הפנו בהקשר זה לעדותו של מר הרינג, לפיה התחרות בענף מנהלי התיקים הובילה
- 29 לכך שכיום הנתבעת איננה גובה החזרי עמלות כלל (עי' 154 לפרוטוקול). לגישתם, זוהי
- 30 הודאה של הנתבעת בכך שכאשר כל המידע נמצא בידיו של הלקוח, היא איננה גובה החזר
- 31 עמלות. עסקה כזו, כך נטען, היא בהכרח עסקה עדיפה. עוד טוענים התובעים, כי אומנם
- 32 נתונים באשר לעמלות הנגבות על ידי חברות אחרות הינם חסויים, אך ידוע כי לכל הפחות
- 33 אחת מחברות ניהול ההשקעות – אפסילון בית השקעות בע"מ – אשר היתה נתבעת בתיק
- 34 זה והגיעה לפשרה עם התובעים המייצגים, חדלה לגבות החזרי עמלות כבר בשלהי שנת
- 35 2006.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1792-09 פ"ט מנחם ואחרים... נ' אקסלנס נשואה ניהול השקעות בע"מ ואח'

1
2 77. אני סבורה כי באמור לעיל אין די כדי להוכיח קיומה של עסקה חלופית עדיפה. כדי לעמוד
3 בנטל שהוטל עליהם, היה על התובעים להוכיח כי במועד בו נכרתו ההסכמים המפורים של
4 הנתבעת עם לקוחותיה, עמדה בפני הלקוחות אפשרות לכרות עסקה אחרת, טובה יותר.
5 העובדה כי כיום הנתבעת איננה גובה החוזי עמלות איננה מוכיחה בהכרח כי במועד כריתת
6 ההסכמים (בשנים 2006 – 2009), עמדה בפני הלקוחות אפשרות – מבין כלל העסקאות
7 שהציעו מנהלי התיקים בשוק – להתקשר בעסקה דומה, ללא החוזי עמלות או בתנאים
8 אחרים עדיפים.

9
10 78. גם העובדה שחברת אפסילון בית השקעות בע"מ לא קיבלה החוזי עמלות כבר בשנת 2006,
11 איננה מוכיחה בהכרח כי מכלול התנאים שהוצעו על ידיה במועד זה, היו עדיפים על מכלול
12 תנאי העסקה שהוצעה על ידי הנתבעת. לכן, ולמרות שהנתבעת מנעה מהתובעים את
13 האפשרות לנהל משא ומתן עם גורמים אחרים, התובעים לא הוכיחו כי לו היה מלוא המידע
14 מצוי בפניהם, הם היו מצליחים להתקשר בעסקה שתנאיה טובים יותר, וכן לא הוכח מה
15 ההפרש בין עסקה כזו לבין העסקה בה התקשרו התובעים עם הנתבעת.

16
17 לכן, אני סבורה כי התובעים לא הוכיחו שנגרם להם נזק, אחד מיסודותיה של העילה
18 הנויקית של הפרת חובה חקוקה, ולכן אין מקום לקבל את התביעה בעילה זו.

19
20 גילוי סכום החוזר בדיווח התקופתי שנמסר ללקוח
21 79. הנתבעת טוענת כי החל משנת 2008 קיבלו כל לקוחותיה באופן שוטף דיווח תקופתי בדבר
22 החזר העמלות המדויק בערך שיקלי, שכלל את שיעור החוזר העמלות בעניינם. בנוסף, בשנת
23 2009, בעקבות חוזרי הרשות, שלחה הנתבעת מכתבים ללקוחותיה, שיידעו אותם באשר
24 לשיעור החוזר העמלות שהתקבלו בעניינם. לכן, כך טענה הנתבעת, אף אם היא הפרה חובה
25 חקוקה, לא יכולים חברי הקבוצה לטעון לנזק שנגרם להם כתוצאה מכך שהם לא ידעו
26 כביכול מהו שיעור החוזר העמלות.

27
28 סעיף 17(ב)(3) לחוק הסדרת העיסוק בייעוץ דורש, כאמור, לקבל את הסכמת הלקוח לחזור
29 העמלות ולשיעורו מראש ובכתב. מכאן שהדיווח של הנתבעת ללקוחות בדיעבד, איננו עומד
30 בדרישות החוק. לעניין הנזק שנגרם ללקוחות, הרי שדיווח בדיעבד אינו מקנה להם את
31 מלוא המידע אודות שיעורי העמלות שגובים מנהלי התיקים בשלב המו"מ על תנאי הסכם
32 הייעוץ, ולכן איננו מאפשר להם לבחון עסקאות אלטרנטיביות בשלב זה.

33
34 הסעד והגדרת הקבוצה –



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1792-09 פירט מנחם ואחרים... נ' אקסלנס נשואה ניהול השקעות בע"מ ואח'

- 1 הנתבעת טוענת כי מכוח סעיפים 30-31 לחוק החוזים, רשאי בית המשפט להחליט מה תהיה
 2 תוצאת אי החוקיות של חוזה. בכלל זה מוסמך בית המשפט להחליט גם "להחיות" את
 3 החוזה ובכך לשמוט את הבסיס להשבה. עוד טוענת הנתבעת כי בעוד שהתובעים טוענים
 4 להשבה כלפיהם בלבד, הרי שהשבה לפי סעיף 31 לחוק החוזים היא השבה הדדית. לכן, יש
 5 להורות לתובעים לקיים את חיוביהם לפי ההסכם, ולהסכים להעברת החזר העמלות
 6 לנתבעת, מכוח עקרון תום הלב או מכוח השתק הבטחה, ולפטור את הנתבעת מכל השבה.
 7
 8 לחלופין מבקשת הנתבעת להורות על השבה חלקית בלבד, לחברי הבורסה, תוך ניכוי
 9 הוצאותיה בהתאם לסעיף 3 לחוק עשיית עושר ולא במשפט. לחלופי חילופין, אם בית
 10 המשפט ימצא לנכון להורות על השבה לתובעים, מבקשת הנתבעת להורות להם להשיב
 11 לנתבעת את התמורה הנגדית, בשווה כסף.
 12
 13 לגישתה של הנתבעת, אי החוקיות נושא התביעה היא אי חוקיות מדרגת חומרה פחותה.
 14 העסקה עצמה בין הנתבעת לבין לקוחותיה היא חוקית, ואי החוקיות טפלה ושולית. עוד
 15 טוענת הנתבעת כי יש להביא בחשבון בקביעת סעד ההשבה, שהיא לא פעלה בחוסר תום לב.
 16 המצב המשפטי לאחר התיקון לחוק לא היה ברור, ורק בשנת 2009 פורסמה לראשונה עמדת
 17 הרשות לניירות ערך, שאף היא לא היתה ברורה דיה. הנתבעת קיימה את הוראות חוזרי
 18 הרשות. היא ויתרה על זכותה לקבל החוזי העמלות, והשיבה את החוזי העמלות שהתקבלו
 19 בידיה – מאות אלפי שקלים - לחברי הבורסה, החל ממועד פרסום חוזר הרשות הראשון
 20 ואילך.
 21
 22 הנתבעת טוענת, כי כאשר הסכם מבוצע בחלקו או במלואו כבענייננו, תוך הסתמכות עליו,
 23 יהיה זה בניגוד לעיקרון תום הלב אם התובעים, אשר קיבלו את התמורה במלואה, יבקשו
 24 להשתחרר מחובתם (קרי, מהסכמתם להעברת החוזי העמלות לנתבעת).
 25
 26 אני סבורה כי אין לקבל את טענות הנתבעת בהקשר זה. בקשתה של הנתבעת לפטור אותה
 27 מחובת ההשבה (כולה או חלקה), יכולה היתה להיטען גם מכוח ס' 2 לחוק עשיית עושר ולא
 28 במשפט, ולא רק מכוח ס' 31 לחוק החוזים (חלק כללי). ס' 2 הנ"ל לחוק עשיית עושר ולא
 29 במשפט קובע:
 30 **"פטור מהשבה**
 31 **בית המשפט רשאי לפטור את הזוכה מחובת ההשבה לפי סעיף 1, כולה או**
 32 **מקצתה, אם ראה שהזכייה לא היתה כרוכה בחסרון המזכה או שראה נסיבות**
 33 **אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת".**
 34



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1792-09 פירט מנחם ואחרים... נ' אקסלנס נשואה ניהול השקעות בע"מ ואח'

83. ישנם מקרים בהם אין מקום לחייב את הזוכה בהשבה מלאה (כפי שישנם מקרים בהם רשאי בית המשפט לקבוע סייגים לתוצאות אי החנוקיות, כאשר מדובר בחוזה בלתי חוקי). אולם, במקרה דנן, הנתבעת לא גילתה ללקוחות את שיעורם של החזרי העמלות שהיא קיבלה מחבר הבורסה, וזאת בניגוד להוראה הקוגנטית שבס' 17(ב)(3) לחוק הסדרת העיסוק בייעוץ. כל תוצאה אחרת למעט השבת הכספים ללקוחות שלא נתנו את הסכמתם לסכום ההחזר, תסכל את תכליתו של הסעיף הנ"ל כפי שזו הובהרה בהרחבה לעיל.
- יפים לעניין זה דברים שכתב כב' השופט ברק בעניין זגורי, באשר לתחולתו של סעיף 31 לחוק החוזים:
- "עיון בהסדר של חוק החוזים (חלק כללי) בסוגיית החוזה הפסול, על רקע טיב 'המוסד' של החוזה הפסול וטיפוס ההסדר, מצביע על תכלית חקיקתית כפולה: מחד גיסא, הגשמת המדיניות התברתית המונחת ביסוד הפסלות של החוזה; מאידך גיסא, הגשמת תוצאה צודקת ביחסים שבין הצדדים, באופן שלא יצא חוטא נשכר".
- לאור התכליות הללו, אני סבורה כי יש להורות על השבה של מלוא סכום החזר העמלות ללקוחות הנתבעת.
84. הנתבעת מוסיפה וטוענת כי היא פעלה בהתאם להסכמים עם הלקוחות במשך שנים ארוכות, ושינתה את מצבה לרעה תוך הסתמכות עליהם, והסתמכות על הוראות ההסכמים כפי שנחתמו, ובכלל זה החזרי העמלות. אולם, הנתבעת לא הוכיחה כי אלמלא היו חברי הבורסה מעבירים לידיה את החזרי העמלות, היא לא היתה מתקשרת בהסכמים עם לקוחותיה, חברי הקבוצה, באותם תנאים עצמם. היא לא הוכיחה כי היא היתה "מתמחרת" את ההסכמים באופן שונה, ואף לא כי הלקוחות היו מסכימים להתקשר בהסכם שמחירו שונה – ולא פונים לביצוע עסקה אחרת. מעבר לטענתה הסתמית לפיה היא שינתה את מצבה לרעה, לא הוכיחה הנתבעת, כי אלמלא החזרי העמלות, היא היתה פועלת באופן אחר כלשהו, וכי היתה יכולה לעשות זאת בתנאי התחרות הקיימים בשוק בין מנהלי התיקים השונים. מעבר לכך, העובדה שכיום הנתבעת איננה מקבלת החזרי עמלות כלל, מחזקת אף היא את טענות התובעים.
- הנתבעת מוסיפה וטוענת, כי השבת המצב לקדמותו צריכה להיעשות על דרך של השבת הכספים לחברי הבורסה ולא ללקוחות, חברי הקבוצה המיוצגת. אינני מקבלת טענה זו. כמפורט לעיל, "הגורם המזכה" אשר זיכה את הנתבעת בכספים, הם הלקוחות ולא חברי הבורסה. הנתבעת גבתה מלקוחותיה עמלות, שכללו רכיב של החזרי עמלות שהיו מיועדים מראש להיות מושבים לנתבעת על ידי חברי הבורסה, כ"טובת הנאה". היא עשתה זאת בלא



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1792-09 פירט מנחם ואחרים... נ' אקסלנס נשואה ניהול השקעות בע"מ ואח'

- 1 לקבל את הסכמת לקוחותיה לשיעורם של אותם החוזי עמלות, כנדרש בחוק. לכן, השבת
2 המצב לקדמותו צריכה להיעשות על דרך של השבת כספים אלה ללקוחות.
3
- 4 יוער, כי זוהי גם עמדת הרשות לניירות ערך, שסבורה כי הגורם שיש לזכותו בהחזרי
85 העמלות, כשלא התקבלה הסכמת הלקוח כנדרש בחוק – הוא הלקוח. בחוזר הראשון של
5 הרשות, קבעה הרשות כי "במידה ולא התקבלה הסכמת הלקוח לשיעור המדויק של גובה
6 ההחזר, לא נתקבלה הסכמתו כנדרש בחוק ועל החברה להפסיק לאלתר לגבות החזרי
7 עמלות לגבי לקוח זה עד לקבלת הסכמת הלקוח כאמור".
8
9
- 10 בחוזר השני הבהירה הרשות כי עד לקבלת הסכמת הלקוחות, לא ניתן להותיר את
11 הסכומים המצטברים בגין החוזי העמלות בידי חבר הבורסה, שכן מדובר למעשה
12 ב"קבלתם לזכות מנהל התיקים וזאת כאשר ההסכמה המושגת לגביהם מהלקוח הינה
13 הסכמה בדיעבד". באשר לשאלה כיצד יש לפעול כאשר החוזי העמלות מתקבלים מאת חבר
14 הבורסה במרוכז, ולכן אין אפשרות להפריד בין כספים שהתקבלו מאת לקוחות שנתנו את
15 הסכמתם לבין כספים מלקוחות שלא נתנו הסכמה מראש, הבהירה הרשות כי "רשאי מנהל
16 התיקים לקבל את סכומי החוזי העמלות במרוכז מחבר הבורסה, ואולם עם קבלתם יזכה
17 מיד את הלקוחות שהסכמתם לגבי החוזים אלה לא התקבלה כנדרש ומראש, בגובה
18 ההחזר שהתקבל." (ס' 8 לחוזר הרשות השני; ההדגשה שלי – ר.ר.).
19
- 20 הנתבעת לא פעלה בהתאם לדרישות הרשות בחוזרים. היא לא השיבה את החוזי העמלות
86 ללקוחות שלא נתנו את הסכמתם, אלא החזירה אותם לחברי הבורסה, למעט לקוחות
21 בודדים (עשרה במספר) שדרשו מהנתבעת במפורש לקבל את החוזר.
22
23
- 24 סיכומה של נקודה זו, הנתבעת חייבת להשיב ללקוחות את הסכומים שקבלה מהם והושבו
25 לה על ידי חבר הבורסה כהחזר עמלות.
26
- 27 היקף ההשבה
- 28 87. סעיף 10(א) לחוק תובענות ייצוגיות הקובע: "אישך בית המשפט תובענה ייצוגית, יגדיר
29 בהחלטתו את הקבוצה שבשמה תנוהל התובענה; לא ייכלל בקבוצה אדם שעילת תביעתו
30 נוצרה לאתר המועד שבו אושרה התובענה הייצוגית כאמור".
31
- 32 מכאן כי על הנתבעת להשיב את הסכומים שקבלה מלקוחותיה והושבו לה כהחזרי עמלות
33 בגין התקופה שהחלה במועד תחולתו של התיקון לחוק (10.2.06) ועד למועד אישור
34 התובענה כייצוגית (4.4.11) (להלן גם: "התקופה הרלוונטית"). מי שעילת התביעה שלו



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1792-09 פירט מנחם ואחרים... נ' אקסלנס נשואה ניהול השקעות בע"מ ואח'

- 1 נוצרה לאחר מועד אישור התביעה הייצוגית – קרי לאחר יום 4.4.11, לא ייכלל בקבוצה –
 2 לאור ס' 10(א) הנ"ל.
 3
- 4 הנתבעת טוענת כי הסכום הכולל של החוזי העמלות שהיא קיבלה בין התאריכים 1.2.06 – 88
 5 28.2.09 הוא 4,658,321 ₪. הצהיר על כך מר קנט, מנהל הכספים של הנתבעת. עוד עולה
 6 מתצהירו של מר קנט, כי החל מיום 1.3.09 ועד לסוף שנת 2009 קיבלה הנתבעת החוזי
 7 עמלות בסך של 675,906 ₪. היא השיבה מתוך סכום זה לחברי הבורסה סך של 459,726 ₪
 8 (ס' 7 לתצהיר מר קנט). יוער, כי אין להפחית מהסכומים בהם חבה הנתבעת להשיב
 9 ללקוחותיה את הסכומים שהוחזרו לחברי הבורסה, שכן כמפורט לעיל, הנתבעת לא היתה
 10 אמורה להשיב החוזי עמלות לחברי הבורסה אלא ללקוחות.
 11
- 12 הנתבעת צירפה לתצהירו של מר קנט כרססת הנהלת חשבונות ממנה עולה מהם סכומי
 13 החוזי העמלות שקיבלה בין השנים 2006-2009, וכרססת נוספת בגין השנים 2010-2011.
 14 בכרססת מצוין באילו תאריכים התקבלו החוזי העמלות ומאיוזה חבר בורסה. הן מר קנט
 15 והן הכרססת אינם מפרטים מיהם הלקוחות בעניינם התקבלו החוזי העמלות. לכן, לא
 16 ניתן לקבוע מהם סכומי ההחזר שהתקבלו בעניינו של כל אחד מחברי הקבוצה המיוצגת
 17 בנפרד.
 18
- 19 התובעים אינם חולקים על סכומי החוזי העמלות בהם הודתה הנתבעת עד לסוף שנת 2009. 89
 20 התובעים העלו טענות רק באשר להחוזי העמלות בשנים 2010 ואילך. לפיכך, אין מחלוקת
 21 כי הנתבעת חבה בהשבה בגין החוזי העמלות שהתקבלו עד סוף שנת 2009 בסך של –
 22 5,334,227 ₪.
 23
- 24 החוזי העמלות שקיבלה הנתבעת בגין התקופה 1.1.2010 – 4.4.2011
- 25 90. מתצהירו של מר קנט עולה כי בשנת 2010 העבירו חברי הבורסה לנתבעת סך של 67,776
 26 ש"ח (ס' 8 לתצהיר). בשנת 2011 כולה העבירו חברי הבורסה לנתבעת החוזי עמלות בסך של
 27 21,345 ₪ (ס' 9 לתצהיר). התובעים טוענים מנגד, כי הנתבעת קיבלה בשנת 2010 החוזי
 28 עמלות בסך של 486,747 ₪, ואילו בשנת 2011 כולה קיבלה סך של 52,132 ₪, מתוכם
 29 44,355 ₪ עד למועד אישור התובענה כייצוגית.
 30
- 31 הנתבעת טענה בתגובה, כי תצהיר מר קנט ועדותו לא נסתרו. לטענתה, מר קנט חישב את
 32 הסכומים הקבועים בתצהירו באופן אישי. עוד נטען כי לא ניתן "לסכום" את המספרים
 33 בכרססת לכדי סך החוזי העמלות, כפי שטוענים התובעים. זאת, משום ש"הכרססת
 34 ערוכות לפי חוקיות חשבונאית על מאפייניה השונים (כגון ביטוי תנועות מסוגים שונים,
 35 כפל רישום, רציפות שנתית וכו'), ולא כרישום הנהיג למי שאינו איש מקצוע" (ס' 60



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1792-09 פירט מנחם ואחרים... נ' אקסלנס נשואה ניהול השקעות בע"מ ואח'

1 לסיכומי הנתבעת). לשיטתה של הנתבעת, על התובעים מוטל הנטל לסתור את האמור
2 בתצהיר מר קנט באמצעות עדות מטעמם לעיבוד הכרטיסות, והם לא עמדו בנטל זה.
3
4 אינני סבורה כי יש להכריע מהו הסכום המדויק שקיבלה הנתבעת בשנים הנתונות .91
5 במחלוקת – כפי שהוא נובע מהכרטיסות שצירפה הנתבעת. המחלוקת בין הצדדים נובעת
6 מאופן חישוב הסכומים כפי שעולים מהכרטיסות שצירפה הנתבעת לתצהיר מר קנט. אולם,
7 כפי שהובהר לעיל, הכרטיסות אינן מעידות על סכומי החזרי העמלות הספציפיים שקיבלה
8 הנתבעת בגין כל אחד מלקוחותיה חברי הקבוצה. הסכום שתידרש הנתבעת להשיב נגזר
9 מהחזרי העמלות שקיבלה הנתבעת בגין כל אחד מלקוחותיה, שלא קבלו מידע ולא הסכימו
10 לשיעורם המדויק של החזרי העמלות. נתונים אלה אמורים להימצא בידי הנתבעת. אלה
11 הסכומים שיושבו לתובעים השונים בהתאם למנגנון שיפורט להלן, ולכן אינני רואה לנכון
12 להכריע במחלוקת בין הצדדים ביחס לסכום הכולל שקיבלה הנתבעת כחזרי עמלות
13 בתקופה הרלוונטית.
14

הגדרת הקבוצה וביצוע פסק הדין

15
16 .92 הקבוצה המיוצגת תוגדר, אם כן, כדלקמן:
17 "כל אדם או תאגיד שניהל תיק השקעות באמצעות הנתבעת בין התאריכים
18 10.2.06 ועד למועד אישור התובענה הייצוגית (4.4.11), שנגבנו ממנו עמלות שכולן
19 או חלקן הושבו לנתבעת מאת חבר הבורסה, ובלבד שהנתבעת לא קיבלה מראש
20 ובכתב את הסכמתו של הלקוח להתזר העמלות ולשיעורן המדויק".
21
22 הנתבעת תשיב לכל אחד מחברי הקבוצה את החזרי העמלות שקיבלה בענייני בתקופה
23 הרלוונטית. הנתבעת תאתר את חברי הקבוצה בהתאם לרישומיה, ותודיע לכל אחד מהם
24 באמצעות הכתובת שמסר לה במסגרת ההסכם ביניהם, על זכותו לקבל את סכום ההשבה,
25 ועל האופן בו ההשבה תבוצע. ההשבה תבוצע באמצעות משלוח המחאה לכל אחד מחברי
26 הקבוצה בסכום ההשבה כפי שהוגדר לעיל.
27
28 .93 הנתבעת תדווח לבי"כ התובעים תוך 60 יום מהיום האם היא איתרה את כל חברי הקבוצה
29 והודיעה להם על זכותם לקבל את ההשבה כמפורט לעיל. הנתבעת תעביר לבי"כ התובעים
30 דו"ח המפרט את שמות הלקוחות הזכאים להחזר ואת סכומי החזר להם זכאי כל אחד
31 מהלקוחות. בי"כ התובעים יהיה רשאי לבדוק את רישומי הנתבעת כדי לוודא שהנתבעת
32 איתרה את כל חברי הקבוצה.
33
34 הנתבעת תדווח לבי"כ התובעים 90 יום לאחר מכן, האם ביצעה את ההשבה בפועל לכל חברי
35 הקבוצה. לאחר מכן, יוכל בי"כ התובעים לבחון מי מבין חברי הקבוצה קבל את ההשבה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1792-09 פירט מנחם ואחרים... נ' אקסלנס נשואה ניהול השקעות בע"מ ואח'

1 הנתבעת תגיש דו"ח המפרט את ביצוע ההחזר ומהו שיעור הכספים שנותרו בידיה, ככל
2 שייוותרו. ככל שלא יאוותרו כל חברי הקבוצה, יפנה ב"כ התובעים לבית המשפט בבקשה
3 למתן הוראות ביחס לכספים שלא הושבו לחברי קבוצה שלא ניתן היה לאתרם.
4
5 שכרו של ב"כ התובעים ביחס לאיתור חברי הקבוצה ובחינת התשלום להם, ייקבע בתום
6 חלוקת הכספים.
7

גמול לתובע ושכ"ט

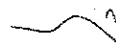
8
9 **94.** הנתבעת עתרה בסיכומים מטעמה כי "אם וככל שבית המשפט הנכבד יראה לנכון לקבל את
10 התביעה כולה או חלקה, מבוקש יהיה להתיר לנתבעת להשלים בנפרד טיעוניה בכל הנוגע
11 לדרישות שכ"ט וגמול תובע מייצגי".
12

13 התובעים, אשר טענו בקצרה בסיכומיהם בנוגע לגמול ושכר הטרחה, התנגדו בסיכומי
14 התשובה מטעמם למתן אפשרות לנתבעת להוסיף טיעונים בנושא זה. לטענתם, לו היו
15 לנתבעת טיעונים בעניין זה, היה עליה להעלותם בסיכומיה.
16

17 אני סבורה כי אומנם היה על הנתבעת להעלות את טיעוניה בנושא זה בסיכומים,
18 שבמסגרתם היה על הנתבעת לסכם את טענותיה ביחס לכל הנושאים השנויים במחלוקת,
19 ובכלל זה נושא הגמול ושכר הטרחה. הנתבעת לא קבלה את רשות בית המשפט לפצל את
20 הסיכומים ולהעלות חלק מהטענות במסמך נפרד, לאחר הגשת הסיכומים. למרות זאת,
21 ומאחר שהנתבעת לא העלתה בפועל טענות ביחס לנושא הגמול ושכר הטרחה, וכדי לא
22 לשלול ממנה את הזכות לעשות זאת, אני קובעת כי הנתבעת תגיש מסמך באורך של עמוד
23 אחד, בו יועלו טענותיה ביחס לגמול ולשכר הטרחה, וזאת – תוך 10 ימים מהיום. התובעים
24 יוכלו להגיב לטענות הנתבעת 10 ימים לאחר מכן.
25

26 **התיק נקבע לתז"פ ביום 31.12.13.** במועד זה תינתן החלטה ביחס לגמול לתובע המייצג
27 ולשכר טרחת עורכי דינו.
28

29
30 ניתן היום, ו' טבת תשע"ד, 09 דצמבר 2013, בהעדר הצדדים.
31


32 רות רון, שופטת
33