בית הדין האזורי לעבודה תל אביב

ת"צ 13309-08-17

20 מרץ 2022

לפני:

כב' השופט, סגן הנשיאה דורי ספיבק

נציגת ציבור עובדים גב' שושנה סוזן סמק

נציגת ציבור מעסיקים גב' כרמן קלינגר

המבקש: **אשר סנדרס**

ע"י ב"כ עו"ד עופר לוי ועו"ד אורי מקובסקי

-

המשיבה: **אקסלנס נשואה גמל בע"מ**

ע"י ב"כ עו"ד הראל שחם, עו"ד דניאל בר לב ועו"ד עדי שניר

החלטה

1. בפנינו בקשה לאישור תובענה כייצוגית, שבמרכזה טענה כי המשיבה, חברה מנהלת של קופות גמל, העלתה לעמיתיה באופן חד צדדי את דמי הניהול, מבלי שהקדימה להעלאה "הודעה מקדימה" כפי שנדרשה על פי דין. נטען, כי עקב הפרה זו על המשיבה להשיב לעמיתיה את ההפרש בין דמי הניהול שנגבו לאחר ההעלאה, לאלה שנגבו קודם לה.

<u>רקע עובדתי ומהלך ההתדיינות</u>

2. ביום 30.6.07 העלתה המבקשת את דמי הניהול של עמיתים בקופות הגמל שהיא מנהלת. במרכזה של בקשת האישור שבפנינו עומדת השאלה, האם העלאה זו נעשתה כדין, נוכח הוראת תקנה 53ב(א) לתקנות מס הכנסה (כללים לאישור

ולניהול קופות גמל), התשכ"ד-1964 (להלן: תקנה 53ב). התקנה, שהיתה בתוקף עד ליום 31.12.12, קבעה כך:

> "קופת גמל, למעט קופת גמל המבטיחה תשואה כמשמעותה בתקנה 38ב1, תשלח לעמיתיה הודעה בדבר העלאת דמי הניהול הקבועים בתקנון או דמי הניהול הנגבים בפועל, והעלאה כאמור לא תחול אלא בתום חודשיים מהמועד שבו נשלחו הודעות כאמור".

ביום 27.8.13 פרסם הממונה על שוק ההון, ביטוח וחסכון (להלן: הממונה), את חוזר הכרעות עקרוניות 1-4-2013 שכותרתו "הכרעה עקרונית לעניין העלאת דמי ניהול ללא הודעה מוקדמת" (להלן: חוזר הממונה). בחוזר זה נקבע, בין היתר, כך:

> "לא יאוחר מיום 1 בינואר 2015 חברה מנהלת תבדוק את כל החשבונות שבהם הועלו דמי ניהול בתקופה שמתחילה ביום 1 בינואר 2006 ומסתיימת ביום 31 בדצמבר 2009 (להלן: "תקופת ההשבה") ותשיב לכל עמית שנגבו ממנו דמי ניהול שלא בהתאם לתקנה 53ב(א) לתקנות מס הכנסה, ושלא חל לגביו אחד הסייגים הנזכרים בסעיף ג' ו- ד' להלן, את הכספים שנגבו ממנו ביתר.
>
> הסכומים העומדים לזכות עמית על פי הוראות הכרעה זו, יישאו ריבית שנתית בשיעור הריבית השקלית הממוצעת בתקופת ההשבה, המפורסמת על ידי החשב הכללי במשרד האוצר לפי חוק פסיקת ריבית והצמדה, התשכ"א-1961 (בשיעור של כ- 5.1%) החל מהמועד שבו נגבו דמי ניהול ביתר ועד למועד ביצוע התשלום לפי הוראות הכרעה זו".

3. המבקש הינו עמית שהחזיק בשני חשבונות בקופות גמל בשם "אמנה" ו"ליאור". בעת שהמבקש היה לעמית בקופות (8.12.83) הן נוהלו על-ידי בנק המזרחי. בתחילת שנת 2007 נקנו שתי הקופות על ידי המשיבה, בעקבות רפורמת בכר שהמליצה "להוציא" את קופות הגמל מהבנקים.

4. ביום 28.2.17 פנה המבקש למשיבה, וביקש לברר עמה מדוע לא קיבל ממנה החזר כספי לנוכח העלאת שיעורי דמי הניהול בחשבונותיו (המבקש ציין כי אינו

זוכר שהודעה כזו נשלחה אליו), וזאת בהתאם להוראות חוזר המאסדר (העתק הפניה נספח 1 לבקשת לאישור).

5. הבקשה שבפנינו הוגשה ביום 7.8.17 לבית המשפט המחוזי בתל-אביב. במסגרת הבקשה טען המבקש כי הוא, כמו גם חברי הקבוצות שהוא מבקש לייצג, זכאים להחזר דמי ניהול שנגבו מהם ביתר, וזאת מכוח שתי טענות: הראשונה, הפרה של תקנה 53ב, והשנייה, הפרה של הוראות חוזר המאסדר.

6. ביום 15.3.18 התקיים דיון מוקדם בפני כב' השופט יחזקאל קינר, שלאחריו הומלץ לצדדים "לשקול הידברות", ובד בבד ניתנה למבקש רשות לתקן את הבקשה לאישור על דרך פירוט כל העובדות המקימות את עילת תביעתו האישית, לרבות לעניין הנזק.

7. ביום 29.11.18 הועבר התיק לבית-דין זה, בהיעדר סמכות עניינית לבית-המשפט המחוזי לדון בו, לאור הלכת מנורה (רע"א 7513/15 מנורה מבטחים נ' פלונית (21.3.16)), והתיק הועבר לטיפולו של מותב זה. ביום 20.1.19 ניתנה למבקש הרשות לתקן את בקשת האישור, על דרך של הוספת התייחסות לנזק האישי שנגרם למבקש (לטענתו), והבקשה תוקנה בהתאם.

8. ביום 22.3.19 ניתנה החלטה שבגדרה התקבלה באופן חלקי בקשה שהגיש המבקש לגילוי מסמכים. בעקבות בקשת רשות ערעור (בר"ע 19881-04-19) שהגישה המשיבה, ניתן לפי המלצת מותב בית-הדין הארצי, בדיון שהתקיים בפניו ביום 26.11.19, פסק דין שלפיו ההחלטה בוטלה, ובמקום זאת התיק הוחזר לבית דין זה "על מנת שבשלב ראשון יכריע בטענת ההתיישנות ושאלת היקף הקבוצה, ורק לאחר שיכריע בשתי שאלות אלו, וככל שיידרש תידון שאלת גילוי המסמכים והיקפה, כאשר כל צד שומר טענותיו בעניין גילוי המסמכים בהליך".

9. ביום 20.7.20 התקיים דיון הוכחות ממוקד לעניין טענת ההתיישנות והגדרת הקבוצה. לאחריו, ולאחר שהצדדים סיכמו את טענותיהם לעניין זה, ניתנה ביום 7.12.20 החלטה שבה נדחתה טענת ההתיישנות שהעלתה המשיבה. אשר להגדרת

הקבוצה, במחלוקת שהתגלעה בין הצדדים לעניין היקף הקבוצה, הגענו לכלל מסקנה שהדין עם המבקש, דהיינו כי יש להגדיר את הקבוצה כך:

> "כל מי שהמשיבה העלתה את שיעור דמי הניהול בהם חייבה אותו, מבלי לשלוח אליו הודעה מוקדמת כדרישת הדין על כוונתה להעלות את שיעור דמי הניהול; זאת בנוגע לכל העלאה שבוצעה החל ממועד היותו של כל חבר הקבוצה לעמית של המשיבה, ואחת היא איזה מוצר פיננסי (קופת גמל, קרן השתלמות, קרן פנסיה או כל מוצר רלוונטי אחר), המשיבה ניהלה עבורו ('המשיבה' – לרבות כל מי שהמשיבה היא חליפתה)".

עוד אושרה בקשת המבקש כי בתוך הקבוצה האמורה יבואו גם:

> "כל מי שהמשיבה לא השיבה לו את מלוא הכספים שהוא היה זכאי להם מכוח ההכרעה העקרונית, שהממונה על שוק ההון, ביטוח וחסכון במשרד האוצר פרסם ב- 27.8.13 (חוזר הכרעות עקרוניות 1-4-2013), כתיקוניה וכהבהרותיה, והוא זכאי להשבה זו".

10. המשיבה לא הגישה בקשת רשות ערעור על אותו חלק בהחלטה שלעיל שעסק בהגדרת הקבוצה, אלא רק על הקביעה בדבר אי התיישנות. בקשת רשות הערעור (בר"ע 39621-12-20) נדחתה בהחלטת כב' השופטת חני אופק גנדלר, תוך שהיא קובעת כי "אין מקום ליתן רשות ערעור מיידית בגין ההחלטה נשוא הבקשה, ולכן דינה להידחות מבלי שאביע עמדה לגבי הכרעת בית הדין לגופה, וטענות הצדדים שמורות להם". להשלמת התמונה נציין כי השופטת אופק גנדלר הבהירה כי על פי הבנתה לפחות ביחס לטענה בדבר הפרת הוראות חוזר המאסדר, לא מוצה הדיון במסגרת ההחלטה על דחיית טענת ההתיישנות, לאור כך שבהחלטה נקבע שהכרעה בעניין זה הצריכה שמיעת ראיות וטיעונים מפורטים יותר.

11. לאחר כל זאת התחדש הדיון בפנינו, וביום 18.10.21 התקיים דיון ההוכחות בבקשה לאישור. במהלכו, נחקר המבקש עצמו, ונחקר המצהיר מטעם המשיבה, מר דורון מנחם. בתום הדיון ניתן צו להגשת סיכומים בכתב.

לאחר הגשת הסיכומים, הגישה המשיבה בקשה למחיקת סעיפים מסיכומי התשובה. לאחר שעיינו בטענותיה, אנו מקבלים את טענתה לפיה מדובר בטיעונים חדשים, שהיה מקום לכלול אותם מלכתחילה בסיכומי המבקש, ובאופן שבו הם הועלו הם מהווים הרחבת חזית. משכך, הבקשה למחיקת הסעיפים מתקבלת.

12. בטרם נפנה לשלב הדיון וההכרעה, נציין כי בהחלטה מיום 26.2.22 ציין ראש המותב כי "מעיון בתיק עולה שבעוד שדיון ההוכחות התקיים ביום בפני מותב שכלל את נציגות הציבור קלינגר וסוזן סמק, הרי שהדיון שהתקיים ביום 20.7.20, שבגידרו התקיימו חקירות נגדיות, התקיים בפני מותב שכלל את נציגות הציבור קלינגר והרמור, ובהתאם גם ההחלטה שניתנה ביום 7.12.20 בעניין התיישנות והגדרת הקבוצה ניתנה ע"י מותב זה. במצב דברים זה, ולמען הסר ספק, מתבקשים הצדדים למסור את עמדתם ביחסי לכוונתי להורות כי ההחלטה בבקשה לאישור תינתן ע"י המותב ששמע ביום 18.10.21 את החקירות הנגדיות בבקשה לאישור, וזאת תוך שמכלול החומרים שבתיק (לרבות החקירות הנגדיות שהתקיימו ביום 20.7.20 בפני מותב אחר בחלקו) ישמשו לצורך הכרעה".

בעקבות החלטה זו, מסר המבקש כי אינו מתנגד לכך, ואילו המשיבה אף היא לא הביעה התנגדות לכך, אך טענה שחילופי המותב מהווים שיקול נוסף להיענות לבקשתה לקיום דיון נוסף לצורך השלמת סיכומים בעל-פה.

לאחר ששקלנו את טענות הצדדים, ובשים לב לעמדות הצדדים שלא התנגדו לכך, אנו קובעים כי מכלול החומרים שבתיק (לרבות החקירות הנגדיות שהתקיימו ביום 20.7.20 בפני מותב אחר בחלקו) ישמשו לצורך הכרעה בבקשה לאישור. עוד נבהיר, כי נחה דעתנו כי ניתן להסתפק בסיכומים המפורטים בכתב שהגישו הצדדים, ולא ראינו מקום להארכה נוספת של שלב הסיכומים באמצעות הוספת דיון לצורך השלמת טיעון בעל-פה, כפי שביקשה מאיתנו המשיבה. זאת, במיוחד בשים לב לכך שהבקשה לקביעת מועד לסיכומים בעל-פה התבססה בין היתר על רצונה של המשיבה ליתן מענה סדור לטיעונים שונים שהפתיעו אותה בסיכומי התשובה. מאחר שקיבלנו את הבקשה למחיקת כל אותם סעיפים (ראו פיסקה 11 לעיל) הרי שממילא התייתר הצורך בקביעת ישיבת להשלמת סיכומים.

13. לאחר כל זאת, הגיעה העת לדון ולהכריע.

דיון והכרעה

המסגרת הנורמטיבית

14. בקשה לאישור תובענה ייצוגית, כמו זו שבפנינו, היא הליך מקדמי, שבגדרו על בית הדין לקבוע האם מתקיימים התנאים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006. לשם כך, עלינו לבחון האם מתקיימים ארבעת התנאים המצטברים הבאים, הנדרשים לצורך האישור:

ראשית האם התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה (הרישא לסעיף 8(א)(1) לחוק);

שנית האם יש אפשרות סבירה ששאלות אלה יוכרעו לטובת הקבוצה (הסיפא לסעיף 8(א)(1));

שלישית האם תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת (סעיף 8(א)(2));

ולבסוף האם קיים יסוד סביר להניח שעניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת ובתום לב (סעיף 8(א)(3) ו- (4).

כן ראו: רעא 7110/17 נקניק נהריה כשר זוגלובק נ' שגב (3.10.17).

בנוסף לתנאים שלעיל, קובע החוק כי רק אדם "שיש לו עילה בתביעה" רשאי להגיש בקשה לאישור תובענה כייצוגית (סעיף 4(א)(1) לחוק). ברם, קיומה של עילת תביעה אישית אינו תנאי נדרש לאישור, שכן אם כל התנאים מתקיימים אך התובע אינו בעל תביעה אישית, על בית הדין לאשר את התובענה תוך החלפת התובע המייצג (רעא 2128/09 הפניקס חברה לביטוח נ' עמוסי (5.7.12)) או

במקרים המתאימים לאפשר הוספת תובע מייצג בנוסף לזה ששמו ננקב בבקשה (עניין זוגלובק, שם, בפיסקה 8 לפסק דינה של כב' השופטת ענת ברון).

עילת תביעה אישית ראשונה – הפרת תקנה 53ב

15. עילת התביעה הראשונה לה טוען המבקש הינה הפרת תקנה 53ב ביחס אליו. למען הסדר הטוב, נחזור על נוסח התקנה, שהיתה בתוקף עד ליום 31.12.12:

> "קופת גמל, למעט קופת גמל המבטיחה תשואה כמשמעותה בתקנה 38ב1, תשלח לעמיתיה הודעה בדבר העלאת דמי הניהול הקבועים בתקנון או דמי הניהול הנגבים בפועל, והעלאה כאמור לא תחול אלא בתום חודשיים מהמועד שבו נשלחו הודעות כאמור".

16. לאחר בחינת מסכת הראיות, העדויות וטענות הצדדים, נחה דעתנו כי התובע הוכיח, במידה הנדרשת לצורך אישור תביעתו כייצוגית, כי קיימת אפשרות סבירה שייקבע בסוף ההתדיינות כי המשיבה הפרה ביחס אליו את הוראות תקנה 53ב. ואלה נימוקינו לקביעה זו:

ראשית אין מחלוקת כי במהלך שנת 2017 העלתה התובעת את דמי הניהול של התובע בשני חשבונות קופות הגמל שניהל אצלה, כך שאלה הועמדו על סך 1.99%. המשיבה מודה בכך, אך טוענת כי שלחה הודעה על ההעלאה במרץ 2017 (נספח 14 לתשובה לבקשה לאישור, להלן: ההודעה);

שנית עיון בנוסח ההודעה, מגלה שמדובר בחוברת צבעונית הנפרשת על פני 14 עמודים, אשר על העמוד שלה כותרת גדולה "הצטרפת למשפחה מצוינת!". בעמוד הראשון שלה, תחת הכותרת "ברוכים הבאים", מברך יו"ר המשיבה את המבקש על הצטרפותו ל"משפחת קופות הגמל של אקסלנס נשואה". הטקסט כולל חמש פסקאות שהכותרת שלהן "עברת למקום הראשון", "כספך נשאר בבנק המזרחי – ניהול ההשקעות עובר לאקסלנס", "ניתן להמשיך ולקבל שירות מלא בסניף הבנק שלך!", ו"הצטרפת לבית מצויין". הטקסט כולו נושא אופי פרסומי, ואין בו, באותו עמוד ראשון, ולו מילה ואפילו חצי מילה על כך שלמעבר לניהול הקופות על ידי אקסלנס תהא עלות כלשהי, או שמדובר בצעד שיש לו גם משמעויות שליליות (ולא

רק חיוביות). לעניין זה, אין לנו אלא לצטט בהסכמה את הדברים הבאים, שנכתבו לאחרונה על ידי כב' השופטת מיכל אגמון-גונן באחת הפרשות (תצ 44598-12-12 גרינברג נ' מיטב דש גמל ופנסיה (25.8.21, בפיסקה 22) ביחס לאותה תקנה 53ב בה עסקינן:

> "ספק רב האם ההודעה, שנשלחה במסגרת הודעת ברכות לשנה החדשה ונדמית לפרסומת או "ברושור" לנתבעת, עומדת ברף המינימלי ליידוע העמיתים (ראו פסק דיני בעניין שרף). נראה כי הן חובת הנאמנות המוטלת על הקופה, הן חובת תום הלב בקיום חוזה, מחייבות... לא לשלוח הודעה כל כך דרמטית, על שינוי דמי הניהול, שמשמעותו אלפי או עשרות אלפי שקלים לעמית, בדרך של מעין פרסומת הכוללת ברכות לשנה החדשה".

לכך שהודעה "הנחזית כמעין פריט פרסומי", אינה יכולה להיחשב כהודעה על שינוי תנאים בהסכם למתן שירותים לצרכן, ראו את פיסקה י"ד לפסק דינו של כב' השופט אליקים רובינשטיין ב- רע"א 4897/07 הראל חברה לביטוח נ' בן עדי (9.3.08). בפסק דין זה הדגיש השופט רובינשטיין כי "אין די, לעתים, בעצם היידוע לצורך העמידה בחובת היידוע". לעניין זה הוא ציטט בהסכמה, את הדברים הבאים, שאף אנו מסכימים להם, שנכתבו על ידי המלומדת אורנה דויטש (אורנה דויטש, מעמד הצרכן במשפט (נבו הוצאה לאור, 2002), בעמ' 362:

> "המידע יהיה מידע עודף אשר העברתו לצרכן איננה רצויה, כאשר הוא בלתי רלוונטי או כאשר חשיבותו מועטת. העברת כמויות גדולות של מידע לצרכן יוצרת קשיים גוברים בעיבוד המידע ובעיכולו אצל הצרכן, בהתחשב גם בכך שהעוסק לעתים קרובות מציג מידע זה לצרכן באופן סבוך. בסופו של יום, הגורם המכריע אינו איזה מידע גולמי מצוי בידי הצרכן, אלא מה הן תוצאות העיבוד של המידע על-ידיו. לא חומר הגלם האינפורמטיבי מכתיב את ההתנהגות, אלא התהליך המנטלי המתנהל ביחס לאותו חומר. חובת גילוי איננה פותרת חלק חשוב מן הבעיה, ולעתים היא עלולה אף להחמיר אותה".

שלישית עד כה עמדנו על כך שהעלון שבו עסקינן, הינו ארוך, רווי פרטים, וקשה לקבל ממנו את הרושם שהוא כולל הודעה לעמית בעלת משמעות דרמטית בדבר ייקור משמעותי של עלות השירות. אך חמור מכך, יש בו גם פן מטעה, ונסביר. הקורא, גם בדקדקנות, את כל העמוד הראשון של החוברת, עשוי בצורה סבירה

והגיונית להגיע למסקנה כי לא יהיה כל שינוי, ודאי לא פגיעה בזכויותיו, שכן בין היתר נאמר במפורש "זכויות העמיתים.. יישארו ללא שינוי ורציפותן תימשך כרגיל", משפט המדבר בעד עצמו, וכל כולו מסר הפוך מאשר מסר של העלאה, ודאי לא העלאה משמעותית, של דמי ניהול;

רביעית גם מי ממשיך לקרוא בעמודים הבאים, מתרשם עד מאד מהיתרונות הגלומים עבורו בהחלפת החברה המנהלת, ואין סיבה שיחשוב כי דמי הניהול יועלו. כך, הכותרת של עמוד 5 הינה "האם אתה באמת יודע עד כמה התשואה חשובה לך", של עמוד 6 "כשמדובר בתשואה, אקסלנס מובילה", ושל עמוד 7 "איתך לאורך כל הדרך, שירות הלקוחות של אקסלנס". רק בעמוד 9, ממש באמצע החוברת, מופיעה לפתע כותרת "במסגרת העברת הקופות, ברצוננו לעדכנך במספר נושאים". וגם אז, הטקסט עוסק בעניינים טכניים לכאורה שלא אמורים בהכרח לעניין את המבקש (כותרת המשנה הראשונה הינה על "השלמת תהליך מכירת קופות הגמל"). רק בעמוד 10 למטה, מופיע הכיתוב הבא, אליו מתייחסת המשיבה כאל ההודעה מטעמה על העלאת דמי הניהול "דמי ניהול – דמי הניהול השנתיים יהיו בשיעור של 1.99%. דמי הניהול החדשים יכנסו לתוקף החל מחודש יוני 2007";

חמישית על פי התרשמותנו, העובדה שהטקסט הזה מופיע רק בתחתית עמוד 10 של חוברת המלאה במסרים פרסומיים, גרמה לדעתנו בהכרח לכך שמרבית קוראי החוברת לא שמו לב אליו. גם אותם אלה מבין המבוטחים שלא "נשברו" בעמוד 3 או בעמוד 5 או בעמוד 7, והמשיכו לקרוא עוד ועוד, לא מצאו אפילו לא בעמוד 9 ו- 10 כותרת ברורה על כך שדמי הניהול יועלו. רק הקורא הקפדן, שלא דילג על אף פסקת טקסט מכל העמודים הרבים, הגיע לכותרת משנה הקטנטנה, שהפונט שלה קטן פי כעשרה מהכותרת שבראש עמוד 9, שלשונה "דמי ניהול". לעניין זה, יפים בבחינת קל וחומר הדברים הבאים מפיה של כב' השופטת שושנה אלמגור באחת הפרשות (ת"צ 45368-12-13 אופיר נ' פסגות קופות גמל ופנסיה (24.6.19, בפסקה 17)):

> "למותר לציין כי הודעה כל-כך דרמטית, על שינוי שיעורם של דמי הניהול בערכים של מאות אחוזים, המוצנעת בעמוד השלישי של מסמך גדוש במידע כמו שינויים בתקנון ובחקירה

> – נגועה בחוסר תום לב מובהק, כך שאפילו היה בנוסח התחום במסגרת כדי למלא אחר החובה למסור הודעת ביטול, לא הייתי מכירה בו כהודעה כזו".

שישית מעבר להצנעת הטקסט המדובר באופן שברור לנו שהרוב הגדול של העמיתים לא שם לב אליו, הרי שגם הטקסט עצמו מנוסח באופן מטעה לדעתנו. כך, במקום לרשום בצורה ברורה "העלאת דמי הניהול", הכותרת היא "דמי ניהול" בלבד, כך שגם מי שקרא את כותרת המשנה באותיות הקטנות לא יכול לדעת כבר מקריאה בה שמדובר בהעלאת דמי הניהול (ראו והשוו, לעניין כך שיש לצפות לציון מפורש שמדובר בהעלאה: ת"צ 6116-02-14 עובדיה נ' פזגז (2.2.17, כב' השופט יחזקאל קינר)). זאת ועוד, גם קריאת המשפט הקצר שלאחר הכותרת ("דמי הניהול השנתיים יהיו בשיעור של 1.99%") לא מלמדת שמדובר בהעלאה משמעותית של דמי הניהול. אין שום דרך, כך לדעתנו, להתייחס הן למיקום הטקסט והן לנוסח הטקסט כאל קיום בתום לב של החובה, שהיתה מוטלת על המשיבה, להודיע לעמיתיה על העלאת דמי הניהול (ראו והשוו: ת"צ 56325-02-16 שרף נ' לאומי קארד (20.3.18, כב' השופטת מיכל אגמון גונן)). מתאימים לענייננו, בשינויים המחויבים, הדברים הבאים, שנאמרו על ידי כב' השופט אליקים רובינשטיין באחת הפרשות (בג"ץ 2030/12 אורי הדר נ' הממונה על שוק ההון (26.12.13, בפסקה ה', להלן: פרשת הדר):

> "בימינו ההסברה הראויה באה בגדר זה, ולטעמי עליה לפנות למכנה משותף נמוך של הציבור. על כן כלילת התיחסות לדמי הניהול ולמועד הגביה בדיווח השנתי צריכה להיות באותיות גדולות ("אותיות קידוש לבנה [..], ולא סגי באותיות גדולות, אלא נחוצה לשון פשוט ושווה לכל נפש".

וכן:

> "[...] ההודעה הניתנת על ידי פזגז בחשבונות בנוסח של "תעריף הגזר/דמ"ש בחשבון זה עודכן" איננה מספקת. ההודעה אינה מבהירה האם ה'עדכון' מכוון להעלאה או להפחת של התעריף/דמי השימוש, ואינה מציינת גם את שיעור ההעלאה/ההפחתה. פרטים אלה מתחייבים גם מחובת ההגינות וההוגנות שעל המשיבות לנהוג בה כלפי הלקוחות, בהתחשב גם בכוחן להעלות את המחירים לפי שיקול דעתם,

והפרטים הנזכרים לעיל צריכים להימסר על ידן בבחינת פרטים מינימליים שהצרכן זכאי לקבלם".

שבעית המשיבה בסיכומיה היפנתה אותנו להחלטה בעניין שמידט (ת"צ 22593-03-12 שמידט נ' הראל גמל והשתלמות (1.1.14, כב' סגנית הנשיאה דרורה פלפל)), שבה נדחתה בקשה לאישור בנסיבות הדומות למקרה שלפנינו. לאחר עיון בה, לא מצאנו כי יש בה כדי להביאנו לשנות את המסקנה כי קיימת אפשרות סבירה כי בסופו של ההתדיינות שבפנינו ייקבע כי עומדת למבקש עילת תביעה אישית בגין הפרת תקנה 53ב. נבהיר, כי ההחלטה בעניין שמידט (שניתנה ע"י דן יחיד בבית המשפט המחוזי) אינה מהווה תקדים מחייב ואינה מחייבת בבית-דין זה (וראו לעניין זה גם סעיף 10 להחלטת כב' השופט רועי פוליאק ב-בר"ע 5897-11-21), במיוחד בשים לב לכך שהמבקש שם בחר, ונימוקיו עימו, שלא לערער עליה. בבחינת למעלה מהנדרש נציין כי ההחלטה בעניין שמידט התבססה, בין היתר, על כך שהמבקש שם "בהגינותו העיד כי ההודעות כשלעצמן ברורות מאוד, מהן עולה שהמדובר במידע בנושא דמי ניהול ובאופן חישובם. וכן כי הכותרת בהודעות מושכת את עין הקורא". לעומת זאת, במקרה שלפנינו, המבקש לא העיד כך, ואף אנו התרשמנו כי מבנה ההודעות, לרבות מבנה הכותרת באותו עלון ארוך שנשלח למבקש ולשאר העמיתים, אינו מושך את עיני הקורא, ולמעשה, להיפך;

שמינית סיבה נוספת שלא ראינו בעניין שמידט נתון משמעותי לחובת המבקש, הינה פסק הדין בעניין צדקני (ת"צ 59823-03-15 צדקני נ' כלל פנסיה (31.12.18, כב' השופטת תמר בזק רפפורט)). נבהיר מיד, כי אף עניין צדקני אינו מהווה תקדים מחייב בפנינו, בהינתן שאף הוא ניתן בבית משפט מחוזי, בדן יחיד, ובמיוחד בהינתן שאין מדובר בהחלטת אישור או בפסק דין סופי בתובענה ייצוגית, אלא בפסק דין שאישר הסדר פשרה אליו הגיעו הצדדים שם. עם זאת, קיימים קווי דמיון משמעותיים בין עניין צדקני לבין המקרה שלפנינו. גם בעניין צדקני נטען כי המשיבה שלחה לעמיתיה "מעטפה הנחזית בפרסומת לפועלה של המשיבה, כאשר דבר הפרסומת נכתב באותיות גדולות, ואילו דבר העלאת דמי הניהול נכתב בצד האחורי, בשוליים התחתונים ובאותיות זעירות" (ראו בפסקה 1א' לפסק הדין). אף בעניין צדקני נטען כי מסירת הודעה באופן הזה היוותה הפרה של תקנה 53ב. והנה, המשיבה בעניין צדקני, שהתברר מספר שנים לאחר עניין שמידט, לא עמדה על

סילוק הבקשה שם על הסף, ובמקום זאת הסכימה להחזיר לעמיתיה לא פחות מ-15,000,000 ₪ כדמי ניהול שנגבו ביתר. אוסיף, כי בעניין צדקני עבר הסדר הפשרה שאושר שם סידרה של בדיקות (מדובר היה בהסדר פשרה שהושג לאחר הליך גישור שהתקיים בפני כב' השופטת הילה גרסטל, שנבדק על ידי פרופ' שרון חנס מאוניברסיטת תל-אביב כמומחה מטעם בית-המשפט שם, שהיועץ המשפטי לממשלה שם בחן אותו ולא הביע כל התנגדות לו, ולבסוף גם בית-המשפט המחוזי בחן אותו ואישרו);

תשיעית המשיבה הגישה לנו כראיה פניות של עמיתים שקיבלו את ההודעה בזמן אמת, ופנו אליה בעקבותיה תוך אזכור עניין העלאת דמי הניהול. ברם, איננו סבורים שהעובדה שהיו עמיתים בודדים – לא נטען בפנינו וממילא גם לא הוכח שאחרת – שפנו אל המשיבה בעקבות משלוח ההודעה ומחו על העלאת דמי הניהול, כדי לשנות ממסקנתנו. באחת הפרשות עמדה כב' השופטת דפנה ברק ארז על כך ש"מדיניותן של קופות הגמל בנושא דמי הניהול אינו בהכרח נחלת הכלל. מידע זה הוא, מטבע הדברים, נחלת חלקם של גורמים בעלי ידע ותחכום (יחסי) בתחום" (ראו בפיסקה 21 לחוות דעתה בפרשת הדר (שם)). אך מובן הוא, שמידת הידע וההבנה של גורמים מתוחכמים שכאלה אינה צריכה להיות אמת המידה לפיה נעריך את ההודעה לעמיתים. תכלית של תקנה 53ב, ומכאן שתכליתה של ההודעה, הינה לדעתנו לגרום לכך שגם העמית הסביר, "הממוצע", זה שאיננו "בעל ידע ותחכום בתחום", ישים לב לייקור השירותים, ולפגיעה הלא מבוטלת הצפויה בפנסיה שלו עקב כך, ויוכל לקבל החלטות בהתאם;

ולבסוף נבהיר, שאיננו מקבלים – כפי שהמאסדר עצמו לא קיבל – את טענת המשיבה כי המבקש (ושאר העמיתים) יכלו ללמוד על העלאת דמי הניהול מעיון בדוחות השנתיים. זאת, הן מהטעם הפשוט שקבלת הטענה משמעותה איון לשון תקנה 53ב בדבר כך שאין תוקף להעלאת דמי ניהול עליה לא נמסרה הודעה ספציפית, והן לאור הפסיקה החד-משמעית לפיה אין לקבל טענות מסוג זה. התייחס לכך כב' השופט עופר גרוסקופף באחת הפרשות (ת"צ 30028-04-11 יצחקי נ' מגדל חברה לביטוח (21.11.15, בפסקה 153)), ואנחנו מסכימים:

> "אומר זאת בלשון ברורה: עוסק מהסוג בו עסקינן אינו יכול להצדיק גביה החורגת מהמותר לו על פי החוזה בכך שניתן היה לגלותה בדפי החשבון התקופתיים ששלח ללקוח. לשיטת 'מצליח' שכזו, אין לאפשר להצליח".

וכך גם בפסיקתו של בית-דין זה (ת"צ 14632-05-19 בן סימון נ' מנורה מבטחים (30.11.21, בפסקה 94 לפסק דינה של כב' השופטת אופירה דגן טוכמכר):

> "אין בידי לקבל את טענת המשיבה לפיה די בכך שנשלחו למבקשת דוחות רבעוניים/שנתיים ביחס לקרן הכללית, בהם היה מצוי מידע אודות פתיחת הקרן הכללית ושיעור דמי הניהול. לדידי היה על המשיבה ליידע את המבקשת בדיווח נפרד ומפורט שיהא בולט לעין ולא יחמוק מעיני העמית, ואין להסתפק בדוחות אלו [...].
>
> הסתפקות בשליחת דוחות רבעוניים/שנתיים, הכוללים נתונים שונים, ואשר נועדו לשמש כלי מעקב ובקרה יעיל לעמיתים ולמבוטחים, ללא ציון מפורש של פתיחת קרן פנסיה כללית על כל המשתמש מכך, ודמי הניהול במסגרת, עלולה להוביל לכך, כי פרטים מהותיים אלה יטמעו בדוחות ועמית בקרן "יפספס" אותם...".

עילת תביעה אישית שניה – הפרת חוזר המאסדר

17. עילת התביעה האישית השניה לה טוען המבקש הינה הפרה, ביחס אליו, של זכותו להשבה מכוח חוזר המאסדר ובהתאם להסדר מפורט שנקבע בהוראותיו.

18. החוזר, שפורסם ביום 27.8.13, ושאת הוראתו המרכזית ציטטנו במלואה בפתח החלטה זו, הטיל על המשיבה, כחברה מנהלת, לבדוק את כל החשבונות שבהם הועלו דמי ניהול בתקופה שמתחילה ביום 1 בינואר 2006 ומסתיימת ביום 31 בדצמבר 2009, ולהשיב לכל עמית שנקבעו ממנו שלא בהתאם לתקנה 53ב, ושלא מתקיים לגביו אחר החריגים שבתקנה, את הפרשי דמי הניהול שנגבו ממנו ביתר, והכל בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כפי קביעת חוזר המאסדר.

המועד האחרון לביצוע ההשבה – לאחר שניתנה ארכה לכך – נקבע ליום 31.8.15.

להשלמת התמונה נציין, כי ביום 12.8.14, דהיינו כשמונה חודשים לאחר פרסום חוזר המאסדר, פרסם המאסדר הבהרה (נספח 12 לבקשה, להלן: "ההבהרה"), לפיה ההשבה נשוא החוזר, המתייחסת להעלאות של דמי ניהול שנעשו בתקופה שמיום 1.1.06 ועד ליום 31.12.09, צריכה לכלול גם דמי ניהול שנגבו מעמיתים גם לאחר התקופה האמורה.

במקרה שלפנינו, קבענו כי קיימת אפשרות סבירה כי בסוף ההתדיינות אכן נקבע כי המשיבה הפרה ביחס למבקש את הוראת תקנה 53ב. מכאן מתחייבת נקודת המוצא לדיון בעילה השניה, לפיה עומדת למבקש גם עילת תביעה מכוח הוראות חוזר המאסדר, שקבע כאמור כי יש להשיב כספים שנגבו תוך הפרת הוראות התקנה.

19. האם יש בטענות ההגנה שהעלתה המשיבה כדי להוביל לתוצאה לפיה נקודת הסיום, ההכרעה לעניין עילה זו, תהא שונה מנקודת המוצא? תשובתנו לכך היא שלילית, וננמק:

ראשית בתקנונים הרלוונטיים לקופות בהן מחזיק המשיב (הוצגו וסומנו מב/16, מש/3 ו- מש/4) המשיבה התחייבה לפעול בהתאם למה שמכונה בהם "ההסדר התחוקתי". בסעיף 1 לתקנונים הוגדר מונח זה ככולל "הוראות", משמע, המשיבה התחייבה למבקש בחוזר לפעול בהתאם ל"הוראות", ובכלל זה באות כמובן גם (ואולי בעיקר) הוראות המאסדר. מכאן שהפרת הוראות המאסדר הקימה למבקש עילת תביעה חוזית כלפי המשיבה;

שנית לעניין עצם סמכות המאסדר ליתן הוראת השבה כמו זו שלפנינו, במסגרת סמכותו הכללית להגן על ציבור המבוטחים, יפים דבריו הבאים של כב' השופט יצחק זמיר באחת הפרשות (בג"ץ 7721-96 איגוד שמאי הביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח (15.4.02, בפיסקה 25 לחוות-דעתו)):

> "פירוש רחב של סמכות המפקחת מתבקש גם מתכלית החוק. התכלית של חוק הפיקוח היא, בראש ובראשונה, להגן על המבוטחים. ראו להלן פיסקה 25. לאור תכלית זאת, לא יהיה זה ראוי לתת לסמכות המפקחת פירוש צר, דהיינו להגביל את סמכות המפקחת לבירור תלונה שהוגשה על־ידי מבוטח,

להבדיל מתלונה שהוגשה על־ידי אדם אחר או גוף אחר, או למנוע בעד המפקחת להורות על תיקון ליקוי באופן כללי ולחייב אותה לטפל באותו ליקוי באופן פרטני, פעם אחר פעם, כל פעם על יסוד תלונה חדשה, במאות ואלפי תלונות של מבוטחים. פירוש צר כזה ימנע הגנה נאותה מציבור המבוטחים בניגוד לתכלית החוק. לכן גם מטעם זה הפירוש הצר אינו פירוש ראוי.";

לפרשנות רחבה של סמכויות המאסדר ליתן הוראות לחברות מנהלות בתחום הפנסיה, שבו עסקינן, נוכח כובד האחריות המוטלת עליו להגן על זכויות האדם לעת זקנה, יפים דבריו של כב' השופט אליקים רובינשטיין בפרשת התאחדות חברות לביטוח חיים (בג"ץ 3430/16 התאחדות חברות לביטוח חיים נ' הממונה על שוק ההון ביטוח וחיסכון משרד האוצר (30.6.16)):

"הסוגיה שלפנינו חורגת מדל"ת אמותיה של פרשנות סמכות וכיוצא בזה; היא יורדת לשורש קיומו של האדם בישראל לעת זקנה. דעת לנכון נקל, כי עם התארכות תוחלת החיים והישגי הרפואי, על החיוב הרבה שבהם, מקננת גם דאגה גדולה באשר לגורל הכלכלי של תקופת הזקנה אצל רבים, שכירים ועצמאיים כאחד, גם מן המעמד הבינוני. דומה כי אין צורך בשפעת ראיות להוכיח, כי עובדים רבים, מהם משכילים, אינם מודעים כראוי לנושא הפנסיה, ובמיוחד בגיל צערי כשהזקנה נראית רחוקה... על כתפי הרגולטור, הממונה בנידון דידן, רובצת אחריות כבדה, שיש להביאה בחשבון בהתייחסות לנושא שבפנינו. על בית משפט זה לשקול בקפידה ובזהירות בטרם 'ימשוך את השטיח' מתחת לצעדים שגם אם הפתרון שבהם מעלה שאלות לגיטימיות מסוימות, שאלה היא האם להקפיאו ולהותירו לחלל ריק, וכמאמר הפתגם, 'הטוב מאוד הוא אויב הטוב'...

במצב הדברים כיום, שבו הועברה האחריות לניהול החיסכון הפנסיוני אל העובד, דבר אשר כשלעצמי אני מצר עליו, שכן לעניות דעתי עובדים רבים אינם נותנים דעתם כל עיקר לנושא הפנסיוני ולאחר שמעורבות המדינה הצטמצמה, נדרשת רגולציה הדוקה ופעילה, שתכליתה לעודד עובדים לחסוך לגיל פרישה ובד בבד להגן על יכולתם לעשות כן, ייחודיותו של שוק החיסכון הפנסיוני והכשלים האינהרנטיים הטבועים בו מטילים על הרגולטור אחריות כבדה";

שלישית צודק המבקש גם בטענתו, כי אי קיום הוראות המאסדר שחייבו את המשיבה להחזיר לו דמי ניהול, בנסיבות שבהן המשיבה מודה בכך שהיה עליה לפעול בהתאם להוראות המאסדר, מקימה למבקש בנפרד ובנוסף גם עילת תביעה עצמאית מכח חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979 (ראו למשל, בהקשר דומה של חיובם של בנקים להשיב עמלות שנגבו ביתר בהתאם לקביעת המפקחת על הבנקים, את פסקי הדין הבאים שאישרו הסדר פשרה בייצוגית (ת"צ 63162-02-15 לפינר נ' בנק הפועלים (19.6.17, כב' השופט עופר גרוסקופף); ת"צ 24004-12-15 תמר נ' בנק יהב לעובדים המדינה (28.3.18, כב' השופט עופר גרוסקופף); לרשימה הלא סגורה של המצבים שבהם עשוי תאגיד להיחשב כמי שהתעשר שלא כדין, ראו גם: דנ"א 7167/17 שני נ' שליידר (4.2.18, בפיסקה 18 להחלטת כב' הנשיאה אסתר חיות, וראו האסמכתאות שם; רע"א 3456/13 חברת חשמל לישראל נ' שליידר (29.8.17, פיסקה נ"ה לחוות-דעתו של כב' השופט אליקים רובינשטיין, והאסמכתאות שם)). נוסיף, שאת חובת המשיבה לפעול על פי חוזר המאסדר ולהשיב לעמיתיה דמי ניהול שגבתה שלא כדין, ניתן לגזור גם מחובת הנאמנות המוטלת עליה מכוח הוראות חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), תשס"ה-2005, והכל גם בשים לב לפערי המידע והכוח הניכרים בין עמיתיה ובינה (וראו: רע"א 6187/15 פסגות קופות גמל נ' צולר (28.5.18, כב' השופטת ענת ברון));

רביעית טענת המשיבה לפיה חוזר המאסדר לא כלל כל "חידוש" לעומת הוראת תקנה 53ב', אינה מקובלת עלינו, וזאת משתי סיבות: החוזר כלל חובה לצרף לכסף שיושב ריבית בשיעור של כ- 5.1%, חובה שלא היתה קיימת, ודאי לא בצורה מפורשת, רק מכוח תקנה 53ב'. כמו כן, החוזר פורסם במועד שבו תקנה 53ב כבר לא היתה בתוקף, והוא חייב את המשיבה (ואת שאר החברות המנהלות) להשיב בשנת 2015 דמי ניהול שנגבו ביתר, לרבות בשנים 2006 עד 2008, שהן שנים שביחס אליהן יכולה היתה המשיבה לטעון בשנת 2015 טענת התיישנות. דהיינו, החוזר ביטל את התיישנותן של זכויות שהיו לעמיתים מכוח תקנה 53ב, או בניסוח אחר הוא הורה לחברות המנהלות להשיב סכומים שגבו שלא לפיה התקנה אף מעבר לתקופת ההתיישנות. בכך בוודאי יש לראות משום "חידוש" לעומת מצב הדברים שקדם לחוזה, ומכאן ברור שמדובר בעילת תביעה חדשה ועצמאית;

חמישית בניגוד לטענות המשיבה לפיה החוזר אינו מקים למבקש עילת תביעה עצמאית, בתי-המשפט הכירו בעילות תביעה עצמאיות הנסמכות על הפרת הוראות המאסדר (ראו למשל: ת"צ 60234-05-17 אמיר נ' איי.די.איי חברה לביטוח (23.9.20, כב' השופט יחזקאל קינר); ת"צ 55012-05-14 דוידי נ' דקלה חברה לביטוח (24.12.18, כב' סגנית הנשיאה צילה צפת);

שישית לא מצאנו בסיס לטענת המשיבה בסעיף 62 לסיכומיה, לפיה מהחלטת בית-המשפט המחוזי בעניין בוצ'ס (ת"צ 18463-03-15 בוצ'ס נ' מנורה מבטחים פנסיה וגמל (14.8.17, כב' השופטת צילה צפת)) עולה כי הוראות החוזר שבו עסקינן לא הקימו לעמיתים עילת תביעה עצמאית. להיפך, בסעיף 33 קובעת כב' השופטת צפת כי הוראות החוזר קבעו "חובת השבת נקודתית... נוכח קיומן של חברות מנהלות שלא צייתו לתקנה", להבדיל מבקשת האישור שהיתה בפניה, שבגידרה טען המבקש שם להפרה הוראותיו של חוזר מאסדר אחר, שבו נקבעו תנאים אחרים שבהם חברה מנהלת רשאית להודיע על העלאת דמי ניהול;

שביעית לא מצאנו יסוד גם לטענת המשיבה (ראו למשל בסעיף 167 לתשובתה לבקשה האישור) כי יישום החוזר הינו "'מעשה עשוי' שלא ניתן לערער עליו" שכן "'הזכאים' כבר קיבלו את חלקם". המשיבה לא הציגה כל נימוק משפטי המצדיק לקבל את עמדתה כי הדרך המשפטית היחידה שעומדת למבקש ולאשר חברי הקבוצה שהוא מבקש לייצג כדי לאכוף את הזכויות הנטענות הינה בערוץ הרגולטורי באמצעות נקיטה בהליך מול המאסדר, ואף אנו לא מצאנו הצדקה לסילוק על הסף, ללא בירור, של התביעה הכספית להשבה המונחת לפנינו;

ולבסוף וחשוב מכל, במסגרת טענותיה בפנינו, המשיבה אינה כופרת בסמכות שהוקנתה למאסדר לפרסם את החוזר העומד במוקד ההתדיינות בתיק זה, ובחובה שהיתה מוטלת עליה לקיים ככתבן וכלשונן את כל הוראותיו. נהפוך הוא, היא מדגישה שוב ושבו כי היא ביצעה את הוראות חוזר המאסדר, ואף השיבה לעמיתים מסוימים כספים בהתאם להוראותיו, אלא שלטענתה המבקש לא נמנה עם העמיתים שנמצאו זכאים להשבה. אם כך, מדוע שלא יותר למבקש, שהסתבר לו ביום 1.9.15 (יום לאחר המועד האחרון שבו היה לטענתו אמור לקבל החזר לפי

החוזר) כי כספו לא הושב לו על פי ההסדר, לפנות לבית-דין זה, כפי שאכן פנה, לטעון להפרה ולבקש סעד? איזו זכות זו אם לא ניתן לאוכפה באמצעות פנייה לערכאות? איזו זכות זו, אם למי שלטענתו היא הופרה ביחס אליו לא עומדת עילת תביעה? דומה, שהתשובות לשאלות רטוריות אלה ברורות מאליהן, ובכל זאת נדגיש שחל כאן העקרון המשפטי היסודי ועתיק היומין לפיו "מקום בו הזכות – שם הסעד" (בשפה הלטינית: "Ubi Jus Ibi Remdium" ובשפה האנגלית: "Where there is a right there is a remedy", ראו רק לדוגמא: רע"א 6338/97 רוקר נ' סלומון (23.12.99, בפיסקה 26 לחוות-דעתו של כב' השופט יצחק אנגלרד); ומן העת האחרונה: בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (27.2.20, בפיסקה 32 לחוות-דעתה של כב' הנשיאה אסתר חיות)).

עילת תביעה קבוצתית

20. בתיק זה, ובהתאם להוראת בית-הדין הארצי (בר"ע 19881-04-19, פסק דין מיום 26.11.19), נדרשנו להכריע בהיקף הקבוצה באופן מקדמי, עוד בטרם ההכרעה בבקשה האישור עצמה.

21. בהחלטה מיום 7.12.20 קבענו כי הגדרת הקבוצה לצורך בקשת אישור זו תהיה כדלקמן:

> "כל מי שהמשיבה העלתה את שיעור דמי הניהול בהם חייבה אותו, מבלי לשלוח אליו הודעה מוקדמת כדרישת הדין על כוונתה להעלות את שיעור דמי הניהול; זאת בנוגע לכל העלאה שבוצעה החל ממועד היותו של כל חבר הקבוצה לעמית של המשיבה, ואחת היא איזה מוצר פיננסי (קופת גמל, קרן השתלמות, קרן פנסיה, או כל מוצר רלוונטי אחר), המשיבה ניהלה עבורו ('המשיבה' – לרבות כל מי שהמשיבה היא חליפות/פתה)";

כאשר בתוך הקבוצה שלעיל יבואו גם:

> "כל מי שהמשיבה לא השיבה לו את מלוא הכספים שהוא היה זכאי להם מכוח ההכרעה העקרונית, שהממונה על שוק ההון, ביטוח וחסכון במשרד האוצר פרסם ב- 27.8.13 (חוזר

הכרעות עקרוניות 1-4-2013), כתיקוניה וכהבהרותיה, והוא זכאי להשבה זו".

22. להלן נחזור על הנימוקים לאישור הקבוצה כפי שכבר נקבעו באותה החלטה (שעליה בחרה המשיבה, ונימוקיה עימה, שלא להגיש בקשת רשות ערעור), תוך שאנו מוסיפים עליהם גם התייחסות לטענות נוספות בעניין זה שהועלו על ידי הצדדים בסיכומיהם בבקשת האישור עצמה:

ראשית, בפרשת פסגות (2282/15 פסגות קופות גמל ופנסיה נ' לוי (8.7.15)) דנה כב' השופטת (כתוארה אז) אסתר חיות בשאלת היקף הקבוצה בתביעה ייצוגית כנגד קרן פנסיה, שבה נטענה טענה להפרת חובת-יידוע לעמיתים, בדומה למקרה שלבפנינו. נקבע, כי כל עוד קיים "מכנה משותף" המתייחס לחובות קרן הפנסיה כלפי כלל חברי הקבוצה הנטענת, יש לאשר את הקבוצה המבוקשת;

שנית איננו מקבלים את טענת המשיבה, לפיה יש לאשר למבקש לייצג רק את העמיתים בקופות הגמל בהן היה חבר, זאת, בהתאם להלכה הפסוקה לעניין המצבים שבהם יינתן אישור לניהול תובענה ייצוגית ללקוח שרכש מוצר אחד של הנתבעת, לייצג גם לקוחות שרכשו מוצרים אחרים של אותה הנתבעת (ע"א 8037/06 ברזילי נ' פריניר (4.9.14, כב' השופט חנן מלצר));

שלישית בעניין פירט (ת"א 1792-09 פירט נ' אקסלנס נשואה ניהול השקעות (4.4.11)), שבו הוגשה כנגד המשיבה כאן בקשה לאישור תביעה ייצוגית בעניין גביית סכומי עמלות הגבוהים מהמותרים על פי דין, דחתה כב' השופטת רות רונן טענה דומה שהעלתה המשיבה, לפיה יש לצמצם את הגדרת הקבוצה לנוכח הבדלים בתכנים של הסכמים שנכרתו עימה. וכך הסבירה זאת כב' השופטת רונן, ואנחנו מסכימים:

> "המשיבה טוענת, כי ישנם סוגים שונים של לקוחות, אשר כל אחד מהם חתם עימה על הסכם שונה. לטענתה, ישנם לקוחות שונים אשר כלל לא מתקבל החזר עמלות בגינם. [...] אכן, אם התביעה של הקבוצה תתקבל בשלב הבא של הדיון, יתכן כי הנזק שהמשיבה תחויב לשלם לכל אחד מחברי הקבוצה המיוצגת לא יהיה אחיד, ויהיה תלוי בהחזרי העמלות

> שהתקבלו בגין כל לקוח ולקוח. יחד עם זאת, השאלה המשפטית העומדת לדיון – האם החזרי העמלות התקבלו על ידי המשיבה שלא כדין – משותפת לכלל חברי הקבוצה, והנזק שנגרם לכל אחד מהם ניתן לחישוב אריתמטי פשוט".

רביעית חיזוק למסקנתנו כי יש לאפשר כאן הגדרה רחבה של הקבוצה, מצאנו גם בפסק דין באג מולטיסיסטם מן העת האחרונה (ע"ע 33793-12-16 אביגל נ' באג מולטיסיסטם (6.12.20, להלן: פסק דין באג מולטיסיסטם)). בפסק דין זה הדגיש כב' המשנה לנשיאה אילן איטח, כי יש לאשר קבוצה לצורך ניהול תביעה ייצוגית גם במקרה שבו הקבוצה כוללת עובדים המועסקים בסניפים שונים של המעסיק, שמאפייני ההעסקה שלהם שונים (ובכלל זה היקפי משרה שונים, תפקידים שונים ושיטות תגמול שונות). זאת, בסיטואציה שבה – בדיוק כמו במקרה שלפנינו – ההפרה הנטענת של זכויות כל העובדים הינה הפרה זהה (באותו המקרה, דובר בעילה של הפקדות פנסיוניות בחסר);

חמישית נבהיר כי לא מצאנו מקום להגביל את הגדרת הקבוצה רק לעמיתים בשתי הקופות הספציפיות שבהן המבקש מנהל כספים, אף בשים לב לכך שהמשיבה, ונימוקיה עימה, לא בחרה להציג לנו ראיות ביחס ל"הודעות העלאה" שניתנו בשנים הרלבנטיות בקופות האחרות. מכאן, שאין בידינו בשלב זה של ההתדיינות די מידע כדי לקבוע כי יש להבחין בין מצבם בהקשר זה של עמיתי שתי הקופות הספציפיות, לבין שאר הקופות, ולקבוע כי ביחס לשאר הקופות לא קיימת אפשרות סבירה שהתביעה תתקבל, והנכון הוא להותיר עניין זה לבחינה בשלב הדיון בתובענה לגופה, כפי שהסביר זאת כב' השופט עופר גרוסקופף באחת הפרשות (רע"א 1619/20 רבקה טכנולוגיות נ' חברת כימיקלים לישראל (3.5.20)):

> "בשלב בקשת האישור נדרש לבחון האם קיימת אפשרות סבירה שהתביעה תתקבל. רמת הבדיקה של תנאי זה תלויה, בין השאר, במידע שהניח המשיב (...) לפתחו של בית המשפט בשלב בקשת האישור. דהיינו, רף ההוכחה המוטל על המבקש יהיה נמוך יותר או גבוה יותר כתלות במידע שיספק המשיב. כפי שנדרשתי לכך בעבר, בכובעי כשופט בית המשפט המחוזי:
>
> השאלה מהי רמת הבדיקה של תנאי זה – קיומה של אפשרות סבירה שהתביעה תתקבל – תלויה במידע שהונח לפתחו של

> בית המשפט בשלב בקשת האישור על ידי המשיבה: אם זו לא סיפקה מידע והסתפקה רק בניסיון לערער על האינדיקציות סיפק המבקש [...] רף ההוכחה הנדרש לא יהיה גבוה, וככל שקיימות אינדיקציות מספיקות לכך, יאושר ניהול התובענה כייצוגית, ובשלב הדיון בתובענה גופה ייבחנו הדברים על פי נתוני אמת אם, לעומת זאת, המשיבה סיפקה מידע מלא כבר בשלב בקשת האישור, רף ההוכחה יהיה גבוה יותר...".

כן ראו: פסק דין באג מולטיסיסטם (שם), בפיסקה 52 לחוות-דעתו של כב' המשנה לנשיאה אילן איטח; אלון קלמנט ורות רונן "בחינת עילת התביעה וסיכוייה בשלב אישור התובענה הייצוגית" עיוני משפט מב 5 (2019).

ולבסוף, בבחינת למעלה מהנדרש, ממעט הראיות שהוצגו לנו עולה לכאורה שאכן השאלות המשפטיות והעובדתיות שיש לברר, על מנת לקבוע האם אכן נגבו דמי ניהול בניגוד לתקנה 53ב, הינן משותפות לחברי הקבוצה. זאת, לאור כך שהמצהיר מטעם המשיבה הודה כי המשיבה עשתה שימוש – שהינו שימוש רוחבי בהגדרה – בשלושה מהפטורים מחובת השבה שנקבעו בחוזר המאסדר (עמ' 13 ש' 26 לפרוטוקול ואילך). כמו כן הודתה המשיבה כי ההודעה שבמחלוקת בתיק זה נשלחה לעמיתיהן של חלק גדול מקופות הגמל שהיא מנהלת (ראו סעיפים 9, 18, 63 , 65 ו- 67 לתשובה לבקשת האישור, נספח 2 לתשובה זו, כן ראו סעיף 84 לסיכומי המשיבה, בו היא מודה כי "הודעה זהה לזו שנשלחה למר סנדרס, נשלחה גם לעמיתים נוספים, בקופות אמנה וליאור (ובקופות גמל נוספות שנרכשו מבנק המזרחי).

התיישנות – עילת התביעה לפי חוזר המאסדר

23. גם בסוגיית ההתיישנות כבר דנו והכרענו בהחלטה קודמת, בהתאם להוראת בית-הדין הארצי (בר"ע 19881-04-19, פסק דין מיום 26.11.19), אך למען הסדר הטוב נחזור בתמצית על הנימוקים בעניין זה גם כאן.

24. בהינתן שלפי חוזר המאסדר היה על המשיבה לבצע שורה של פעולות אופרטיביות, לרבות השבה, ולהשלימן עד ליום 31.8.15, ולאחר שקבענו שקיימת אפשרות סבירה שנקבע בדיון בתובענה לגופה כי הן למבקש והן לחברי הקבוצה

שהוא מייצג עומדת עילת תביעה (וזכות לקבלת סעד), המסקנה המתבקשת הינה שמועד היווצרות עילות אלה היה יום 1.9.15, פחות משנתיים לפני מועד הגשת הבקשה לאישור שבפנינו. מכאן ברור כי עילות התביעה לא התיישנו.

נבהיר, כי קבלת טענת המשיבה בפנינו, לפיה עילות הפרת חוזר המאסדר התיישנו שבע שנים לאחר העלאת דמי הניהול של המבקש, דהיינו כבר ביום 30.6.14, היתה מובילה לתוצאה הבלתי סבירה עד כדי אבסורד, לפיה עילות נטענות אלה התיישנו יותר משנה קודם למועד האחרון שבו היה המבקש אמור לקבל את ההשבה לפי חוזר המאסדר.

התיישנות – עילת התביעה לפי תקנה 53ב

25. אשר לעילת התביעה המבוססת על הפרת תקנה 53ב (ולא על הפרת חוזר המאסדר).

המשיבה טוענת בהקשר זה, כי בקשת האישור נסובה על אירוע חד-פעמי, שבמסגרתו הועלו דמי הניהול של המבקש. לשיטתה, מרוץ ההתיישנות החל במועד ההעלאה, ומכאן שהתביעה התיישנה; המבקש טוען כי עסקינן בהפרה מתמשכת של הוראות הדין מצד המשיבה, ומכאן שעומדות לו עילות תביעה בגין דמי הניהול שלטענתו נגבו ממנו ביתר בשבע השנים שקדמו להגשת הבקשה לאישור, וזאת אף בלא קשר לכך שהוא זכאי לטענתו להחזר של אותם דמי ניהול אף לפי חוזר המאסדר.

26. לאחר ששקלנו את טענות הצדדים, הגענו לכלל מסקנה שאף בעניין זה הדין עם המבקש, וננמק:

ראשית עילת התביעה המרכזית שמעלה המבקש הינה כי הפרת חוזה, באשר לשיטתו המשיבה לא קיימה כלפיו (וכלפי הקבוצה שהוא מבקש לייצג) את הוראות תקנה 53ב, לפיהן כתנאי להעלאת דמי ניהול היה עליה לשלוח הודעה לעמיתים בהתאם למפורש בתקנה. באחת הפרשות (ת"צ 30028-04-11 יצחקי נ' מגדל חברה לביטוח (21.11.16)), שאף היא עסקה כמו במקרה שלפנינו בטענה בדבר גבייה שלא

כדין מצד חברת ביטוח – שם דובר בתשלום חודשי קבוע שהוגדר כ"גורם פוליסה", ולא בדמי ניהול כמו במקרה שלפנינו – העלתה המשיבה טענת התיישנות, שנדחתה, תוך שהשופט עופר גרוסקופף סוקר את דין ההתיישנות הרלוונטי, ודבריו יפים בשינויים המחויבים אף למקרה שלפנינו:

> "הסיטואציה בה עסקינן היא זו בה צד מפר את החוזה באופן שיטת לאורך זמן, במצב דברים זה דין ההתיישנות יקנה למפר הגנה מפני כל אותן הפרות שבוצעו מעל לשבע שנים קודם להגשת התובענה. ואולם, דין ההתיישנות לא יחול על הפרות מאוחרות יותר, אף אם הן זהות בטיבן להפרשות שהתיישנו [...]. טלו, למשל, מצב בו שוכר אינו משלם את דמי השכירות, או משלם סכום נמוך מהקבוע בחוזה, במשך 10 שנים קודם למועד הגשת התביעה. נגד תביעה המזכיר לדמי השכירות ביחד לשלוש השנים הראשונות תעמוד לשכור טענת התיישנות, ואולם ברור שטענה זו לא תהיה יפה ביחס לתביעה בגין שבע השנים האחרונות (ראו: טל חבקין, התיישנות (התשע"ד) 140-139). דברים דומים אמורים גם ביחס למקרה בו המשכר חייב את השכור לשלם יותר מהסכום בו היה חייב על פי החוזה במשך עשר שנים, והתביעה המוגשת היא תביעת השבה (היכולה להתבסס הן על דיני עשיית עושר ולא במשפט, והן, במקרים מתאימים, על טענה להפרת חוזה)".

שנית המשיבה היתה מודעת לקושי שהציב בפניה פסק דין יצחקי, וטענה בקשר אליו כי אינו רלוונטי לענייננו, שכן שם הטענה היתה לגביית סכומי כסף מהמבוטחים "ללא זכות חוזית", ואילו במקרה שלפנינו, כך לשיטתה, "אין מחלוקת שלמשיבה יש זכות חוזית לגבות את דמי הניהול שגבתה" (סעיף 110 לסיכומיה). ברם, המבקש בצדק התקומם על טענתה זו, שכן לאורך ולרוחב כתבי טענותיו וסיכומיו טוען המבקש באופן מדויק את הטענה – שהמשיבה טוענת שאין הוא טוען – כי העלאת דמי הניהול שלו, והמשך גביית הסכום הגבוה, נעשו ללא זכות חוזית, שכן הוראות תקנה 53ב היוו לשיטתו חלק מהחוזה בינו ובין המשיבה;

שלישית פסק הדין שלעיל בעניין יצחקי מתבסס על הלכות מוכרות ומושרשות. כך למשל, בעניין כלפון (ע"א 3139/05 כלפון נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה הרצליה (31.1.08)), הסביר כב' השופט סלים ג'ובראן:

> "במקרה שעילת התובענה הינה נזק שנגרם מדי יום ביומו על-ידי מעשה או מחדל נמשכים... נולדת עילת תובענה חדשה מדי יום כל עוד נמשך מצב העניינים הפוגע, ועל-כן יש לבצע חלוקה ברכיבי הנזק: התובע יהא רשאי להיפרע בשל אותם חלקי העוולה הנמצאים בתוך התקופה שטרם התיישנה, גם אם מעשה העוולה הראשון אירע מחוץ לתקופה זו. אולם, הוא לא יוכל להיפרע על חלקי הנזק אשר אירעו במהלך התקופה שחלה לגביה התיישנות".

רביעית המשיבה כאמור טענה כי יש להתייחס להעלאת דמי הניהול במקרה שלפנינו כאל "אירוע חד-פעמי", להבדיל מאירוע נמשך, ומטעם זה לקבוע כי עילת התביעה התיישנה. ברם, פסקי הדין שאליהם היפנתה בתמיכה בטענתה זו (ובין היתר: ע"א 1349/05 שוב נ' בנק ירושלים (18.3.09)), עסקו במובהק במקרים שבהם הטענות שנטענו היו לפגמים שהיו ידועים במועד כריתת החוזה – שאז אכן מועד היווצרות העילה הינו ככלל מועד כריתת החוזה – להבדיל מטענות בדבר הפרה מתמשכת שהחלה במהלך "חיי החוזה", כמו במקרה שלפנינו;

חמישית קבלת טענת המשיבה, כאילו דין ההתיישנות חוסם את דרכו של המבקש (וחברי הקבוצה שהוא מייצג) מלתבוע החזר, היתה גורמת לתוצאה הקשה והבלתי-סבירה, עד כדי אבסורד, שבו חברה המנהלת קרנות פנסיה ובהן חסכונות חיים שמיועדים להבטיח רמת חיים סבירה לעת פרישה לגמלאות (שבפסיקת בית-המשפט העליון הוגדרו כחסכונות ש"אין להפריז בחשיבותם" (ע"א 6187/15 פסגות קופות גמל ופנסיה נ' צולר (28.5.18, כב' השופטת ענת ברון)), תוכל לכרסם ולהקטין מאוד את הסך הנצבר בחשבונות העמיתים, באמצעות העלאה אסורה של דמי הניהול, או גביה אסורה של סכומים אחרים מתוך הסך הצבור, והכל מבלי שתצטרך אפילו להחזיר את הסך שנגבה ביתר בשבע השנים שקדמו להגשת התביעה של העמית;

שישית המקרה שלפנינו דומה למקרה שנדון על ידי בית-הדין הארצי בעניין סלילים (ע"א 200016-97 סלילים נ' עזבון המנוח פרידלנדר (26.6.01)). באותו המקרה, קיבל גמלאי סכום מסוים כפנסיה ממעסיקו לשעבר, אך במועד מסוים הפסיקה המעסיקה לשעבר להצמיד את הפנסיה למדד המחירים לצרכן. התובע שם הגיש את תביעתו שמונה שנים לאחר הפסקת הצמדה הפנסיה. כב' הנשיא סטיב

אדלר הבהיר כי אין לראות בשיהוי של התובע בהגשת התביעה משום הסכמה לשינוי, וכן הדגיש שהתביעה לא התיישנה, שכן "תביעה בענייני חישוב הפנסיה עצמה... מתחדשת מדי חודש בחודשו, והיא אינה מבוססת על עילת תביעה אחת". דברים אלה ישימים אף למקרה שלפנינו, אף שעסקינן במקרה של מחלוקת על חישוב דמי הניהול המגיעים למבטח, ולא בחישוב גובה הקצבה המגיעה למבוטח;

ולבסוף בפרשה מאוחרת לפרשת סלילים שלעיל, פרשת ויינגרט (ע"א 17/03 ויינגרט נ' מבטחים (9.5.05)) התגלעה מחלוקת בין חברי מותב בית-הדין הארצי בשאלה האם נוכח תכליתה החברתית של קרן פנסיה, הנכון למנוע ממנה לחלוטין לטעון טענת התיישנות, כך שתביעה להפרשי גמלה תתקבל למן מועד פרישתו של גמלאי, גם אם פרש למעלה משבע שנים לפני הגשת תביעתו. דעת שופטי הרוב סברה כי אין לחסום את קרן הפנסיה מלהעלות טענת התיישנות באופן שהפרשי הגמלה ישולמו רק שבע שנים לאחור. ברם, החשוב לענייננו הוא שבאותו המקרה אפילו לא עלתה לדיון טענה דומה לטענה שמעלה המשיבה במקרה שלפנינו, שמאחר שהחישוב השגוי של של גובה הגמלה (ובמקרה שלפנינו, של דמי הניהול) נעשה למעלה מעשור קודם למועד הגשת התביעה, כי אז התביעה להפרשים התיישנה כולה, והמבוטח אינו זכאי בכלל להפרשים.

התנאים נוספים הנדרשים לאישור תובענה כייצוגית

27. לאור כל שאמרנו עד כה, נחה דעתנו כי הבקשה עומדת גם בתנאי סעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, דהיינו כי תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת.

28. כמו כן, נחה דעתנו כי הבקשה עומדת גם בתנאי סעיפים 8(א)(3) ו- 8(א)(4) לחוק, דהיינו כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת ובתום לב. זאת, בשים לב לכך שבאי כוח המבקשים הינם עורכי דין בעלי נסיון רב ומוצלח בניהול תובענות ייצוגיות, וממילא לא נטען בפנינו אחרת.

סיכום והוראות להמשך ההתדיינות

29. לאור כל האמור, ניהול התובענה כייצוגית מאושר בזאת, בהתאם למפורט להלן:

א. חברי הקבוצה:

> "כל מי שהמשיבה העלתה את שיעור דמי הניהול בהם חייבה אותו, מבלי לשלוח אליו הודעה מוקדמת כדרישת הדין על כוונתה להעלות את שיעור דמי הניהול; זאת בנוגע לכל העלאה שבוצעה החל ממועד היותו של כל חבר הקבוצה לעמית של המשיבה, ואחת היא איזה מוצר פיננסי (קופת גמל, קרן השתלמות, קרן פנסיה, או כל מוצר רלוונטי אחר), המשיבה ניהלה עבורו ('המשיבה' – לרבות כל מי שהמשיבה היא חליפות/פתה)";

כאשר בתוך הקבוצה שלעיל יבואו גם:

> "כל מי שהמשיבה לא השיבה לו את מלוא הכספים שהוא היה זכאי להם מכוח ההכרעה העקרונית, שהממונה על שוק ההון, ביטוח וחסכון במשרד האוצר פרסם ב- 27.8.13 (חוזר הכרעות עקרוניות 1-4-2013), כתיקוניה וכהבהרותיה, והוא זכאי להשבה זו".

ב. התובע המייצג: **אשר סנדרס**

ג. באי כוח המייצגים: **עופר לוי ואורי מקובסקי**

ד. עילות התביעה בגינן מאושרת התובענה כייצוגית: **כמפורט בהחלטה זו.**

ה. השאלות המשותפות: **כמפורט בהחלטה זו.**

ו. הסעדים הנתבעים: **השבת דמי ניהול שנגבו שלא כדין.**

30. ב"כ המבקשת ידאג לפרסום הודעה על אישור התובענה הייצוגית, כאמור בסעיף 25 לחוק תובענות ייצוגיות. הודעה זו תכלול את הפרטים הנדרשים לפי סעיף 14(א) לחוק.

טיוטת ההודעה תוגש לאישור בית-הדין, כנדרש על פי סעיף 25(ד) לחוק, וזאת בתוך 21 יום מהיום.

ההודעה תפורסם בשלושה עיתונים יומיים, שאחד מהם בשפה הערבית. המשיבה תישא בהוצאות הפרסום.

עותק של ההודעה, לאחר פרסומה, יישלח על ידי בא כוח המבקשים למנהל בתי המשפט לשם רישומה בפנקס (סעיף 25(ז) לחוק.

המשיבה תשלם לבאי כוח המבקש את הוצאותיהם בבקשה זו בסך של 100,000 ₪ (בפסיקת סכום ההוצאות הבאנו בחשבון את התארכות ההליכים עד כה, הן בפנינו והן במסגרת שלוש בקשות רשות הערעור שהוגשו והתבררו בבית הדין הארצי). סכום זה יובא בחשבון במסגרת פסיקת ההוצאות בפסק הדין הסופי.

31. קדם משפט בתובענה הייצוגית, שבו יידונו בין היתר דרכי ההוכחה של התביעה, יתקיים ביום 22.6.22 בשעה 09.00.

ניתנה היום, י"ז אדר ב' תשפ"ב, (20 מרץ 2022), בהעדר הצדדים.

גב' שושנה סוזן סמק,	**דורי ספיבק, שופט**	**גב' כרמן קלינגר ,**
נציגת ציבור עובדים	**סגן הנשיאה**	**נציגת ציבור מעסיקים**