



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

לפני: כבוד השופטת מיכל אגמון-גונן

התובע בת"צ 44598-12-12:

ישראל גרינברג

התובע בת"צ 2855-09-14:

יעקב לוינרד

ע"י ב"כ עוה"ד אמיר איבצן וחגי נצר

נגד

הנתבעת:

מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

ע"י ב"כ (בתביעת גרינברג) עוה"ד נחום קובובסקי, רון ברקמן ולירון וייסמן ממשד ברקמן ושות', עורכי דין, וכן ע"י ב"כ (בתביעת לוינרד), עוה"ד ברק טל ואלעד אופק ממשד יגאל ארנון ושות', עורכי דין

פסק דין

1

2 **"With great power comes great responsibility"**

3 (אמרה המיוחסת, בין רבים, לווינסטון צ'רצ'יל, ראש ממשלת בריטניה, 1943)

4

5 הגופים המוסדיים, בהם הנתבעת, מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ, מנהלים את מרבית כספי החוסכים
6 בשוק ההון. ניהול כספי חוסכים בהיקפים עצומים מקנה למשקיעים המוסדיים כוח רב, שיש לנהלו
7 ולהפעילו באחריות. יש לזכור כי מאחורי כלל המשקיעים המוסדיים עומדים מיליוני חוסכים,
8 עובדים, פנסיונרים ומשקיעים אחרים, הסומכים עליהם ומפקידים את עתידם בידיהם, פשוטו
9 כמשמרו.

10

11 האמרה שהובאה בפתח הדברים: **"With great power comes great responsibility"** הופיעה כבר
12 בתקופת המהפכה הצרפתית ב-1793, ורבים עשו בה שימוש, ביניהם נשיאי ארה"ב - ויליאם מקינלי
13 בשנת 1989; תאודור רוזוולט (בניסוח מעט שונה) ב-1908, ופרנקלין רוזוולט, ב-1945. כן עשו בכך
14 שימוש ראשי ממשלות בריטניה, סטנלי בולדווין ב-1937, כמו גם ווינסטון צ'רצ'יל ב-1943. בתרבות
15 הפופולרית נאמרו הדברים לספידרמן, בהתייחס לכוחות העל שניתנו לו. אני מדגישה את הדברים
16 כי זו תמצית וליבת פסק הדין – כוח רב מחייב אחריות רבה – על המשקיעים המוסדיים מוטלות
17 חובות נאמנות, לאור הכוח הרב שבידיהם.

18

19 התובענה הייצוגית שלפניי מעוררת שאלות רבות בנוגע לניהול קופות גמל בכלל וגביית דמי ניהול
20 בפרט, והעיקרית שבהן נוגעת לחובותיהן של קופות הגמל כלפי העמיתים, ובמרכזן חובת הנאמנות
21 המחייבת את העמדת טובת העמיתים כשיקול ראשון במעלה בניהול הקופות, כדברי כבי' השופטת
22 ענת ברון בע"א 6187/15 פסגות קופות גמל ופנסיה בע"מ במעמדה כנאמן לעמיתי "קרן הפנסיה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

של הסתדרות העובדים הלאומית בע"מ נ' מיכאל צולר (נבו 2018, להלן: עניין צולר) (פס' 33 לפסק דינה):

"כידוע מערכת היחסים שבין קרן פנסיה לבין המבוטחים בה מתאפיינת בפערי מידע וכוח ניכרים, שמעצם טיבם וטבעם מקימים חשש לניצול לרעה של יחסי הכוחות לטובתו של הצד "החזק". החשש מתגבר לנוכח העובדה שהנכס המנוהל על ידי הקרן הוא אותם כספים שהעמיתים חסכו "שקל לשקל" משך כל חייהם, על מנת שימשו אותם לעת שיבה. הדוקטרינה של חובות אמון התפתחה בפסיקה הישראלית מתוך הנחת מוצא שלפיה "כוח ללא אחריות משול להפקרות", ובמטרה לרסן את בעל הכוח העודף באמצעות פיקוח"
(ההדגשות שלי, מ' א-ג')

חובת הנאמנות של המשקיעים המוסדיים, ובהם קופות גמל כדוגמת הנתבעת, מתעוררת במקרה שלפניי בנוגע להעלאת דמי הניהול באופן חד צדדי ע"י הנתבעת, אך רבות מהמסקנות יפות גם בכל הנוגע לניהול השוטף של קופות הגמל, והיחסים בין לבין העמיתים.

הנתבעת, מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ (להלן: **הנתבעת** או **דש**), רכשה, בעקבות רפורמת בכר, קופת גמל של בנק הפועלים בשם "תגמולים" בסכום של 31 מיליון שקלים. הקופה לא גבתה במשך עשרות שנים דמי ניהול מהעמיתים בה. שלושה חודשים לאחר רכישת הקופה החלה דש לגבות מהעמיתים דמי ניהול, כך שבתוך כשנה החזירה את מלוא ההשקעה ואף מעבר לכך. בתובענה נטען, כי גביית דמי הניהול הייתה בניגוד להסכמים שהיו בין הקופה לעמיתים טרם רכישת הקופה בידי הנתבעת, כשזו התחייבה בהסכם הרכישה ליטול על עצמה את כל התחייבויות הקופה כלפי העמיתים.

תחילת האירועים בשנות הששים של המאה הקודמת, אז החלו התובעים, עמיתי קופת הגמל שבמרכז תובענה זו, שלימים נרכשה בידי הנתבעת, להפקיד בקופת גמל, סכומי כסף אותם חסכו בעבודה משך שנים ארוכות. עמיתים אלה הסתמכו על הנתבעת, הקשורה עמם בהתחייבות חוזית וחבה להם חובת נאמנות, כי תראה לנגד עיניה את טובתם, כי תנהג זהירות בכספם וכי תשמור עליו מכל משמר. ואולם, כפי שאפרט בהרחבה בפסק הדין, הנתבעת לא היטיבה לשמור ולכבד את זכויות עמיתה. הנתבעת, התהדרה בתקופה הרלבנטית לתביעה במימרה: **"דש – מובילים באחריות את שוק ההון"** ובדיוני ההוכחות לפניי הצהירה כי היא **"הסיירת"** של חברות ניהול קופות הגמל. ואולם, בה בעת גבתה הקופה מעמיתי הקבוצות דמי ניהול, בסך של למעלה מרבע מיליארד שקלים נכון ליום הגשת התובענה (ההערכה היא כי הסכום עומד כיום על מעל לחצי מיליארד שקלים). זאת, בניגוד מוחלט להסכמות אותן נטלה על עצמה במעמד רכישת הקופה מבנק הפועלים, במסגרת רפורמת בכר. בגביית דמי הניהול בניגוד למוסכם, הפרה הנתבעת, בראש ובראשונה את חובת הנאמנות כלפי העמיתים, לצד הפרת התחייבויותיה החוזיות והתעשרות שלא כדין על חשבונם.

אפתח את פסק הדין בסקירה קצרה של הצדדים לתובענה והסעדים העיקריים המבוקשים במסגרתה. לאחר מכן, ארחיב בעניינים אלה ואסקור את הליך אישור התובענה וההחלטה שניתנה בסיומו. בהמשך, אפרט אודות ההליך שהתנהל לפניי לאחר החלטת האישור ואפרט את השאלות שנתרו במחלוקת עם סיומו. בשלב זה אפנה לסקירת הרקע הנורמטיבי לתובענה: הדין החל על



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

קופות הגמל ובתוכו השינויים שעבר שוק ההון במסגרת רפורמת בכר, הדין הפרטני בעניין דמי הניהול – מהותם ואופן גבייתם. כן אדון בחובת הנאמנות החלה על קופות הגמל כחלק מן המארג הנורמטיבי המסדיר את פעילותן, ובתהליך רכישת הקופה בידי הנתבעת מבנק הפועלים. לאחר מכן אדון ואכריע בשאלות שבמחלוקת.

חלק ראשון : על ההליך שלפניי

1. פרק ראשון: על התובענה בקליפת אגוז

התובענה שלפניי נגד מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ (ובשמה הקודם דש ניהול קופות גמל בע"מ, להלן, כאמור: **הנתבעת** או **דש**), אושרה כתובענה ייצוגית ביום 30.8.2015, בהחלטת כב' השופט יצחק ענבר (להלן: **החלטת השופט ענבר או החלטת האישור**). בתחילת הדרך הוגשו שתי בקשות לאישור תובענה ייצוגית (להלן: **בקשות האישור**), שהדיון בהן אוחד בשלב האישור. התובענות הוגשו בשם שתי קבוצות תובעים: קבוצת העצמאים והשכירים וקבוצת אנשי הקבע, שהינם עמיתים בקופת הגמל "תגמולים" (להלן: **תגמולים, קופת הגמל או הקופה**) השייכת לדש. התובעים המייצגים, המשתייכים, לפי העניין, לאחת הקבוצות – טוענים כי בינם לבין קופת הגמל קיימים הסכמים תקפים ומחייבים בנוגע לדמי הניהול ושיעורם. לטענת התובעים, הסכמים אלה מחייבים את הנתבעת, דש, אשר רכשה את זכויות הניהול של קופות הגמל מגד גמולים חברה לניהול קופות גמל בע"מ (להלן: **גד גמולים**), שהייתה חברה בת של בנק הפועלים בע"מ (להלן: **בנק הפועלים או הבנק**). בחלוף 3 חודשים מרכישת קופת הגמל מגד גמולים, החלה דש לגבות מחברי הקבוצות, באופן חד צדדי, דמי ניהול בשיעור, שלטענת התובעים, חורג מהמותר על פי ההסכמים, והיא ממשיכה בכך עד עצם היום הזה.

התובעים עותרים להשבתם הריאלית של הכספים שגבתה מהם הנתבעת, ולמניעת המשך גביית דמי הניהול בניגוד להסכמים, החל מיום הגשת התביעה. עוד מבוקש כי ישולם גמול מיוחד לתובעים המייצגים ושכר טרחה לעורכי דינם, בגובה של 15% בצירוף מע"מ משווי הסעד הכולל שיפסק, וכי הנתבעת תחויב בהוצאות משפט.

הנתבעת מצדה טענה כי הקופה היא מוצר תקנוני, שהחוק והמאסדר קובעים את אפשרות גביית דמי הניהול. לטענתה, כשהעלתה את דמי הניהול היא פעלה על פי הוראות החוק, המאסדר והתקנון.

התובענה מעוררת שלוש שאלות: הראשונה, האם לתובעים קיימים הסכמים לבר תקנוניים בנוגע לדמי הניהול, השנייה, האם הסכמים אלו תקפים ומחייבים את הנתבעת, והשלישית, האם קמה לנתבעת זכות לשנות את גובה דמי הניהול באופן חד צדדי. אמנם, הנתבעת העלתה שלל טיעונים וטיעוני משנה, באשר לכל אחת מהשאלות הללו, אליהם אתייחס בהמשך הדברים, אך זוהי, כאמור, מסגרת הדיון.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

1 בפתח הדברים בכדי להדגיש את התמקדות הנתבעת בדמי הניהול ואפשרות גבייתם, ופחות
2 בעמיתיה, אביא מדברים שאמר יעקב אלינב, מנכ"ל ויו"ר דירקטוריון דש ניירות ערך והשקעות
3 בע"מ, החברה האם של הנתבעת (להלן: **החברה האם**), ושל דש עצמה (עמ' 1851 ו-1866 לתיק
4 המוצגים), בישיבת דירקטוריון החברה האם מיום 20.11.2006 (מוצג 206, עמ' 1851 לתיק
5 המוצגים): 1865

6 **"ברצוני לחזור ולהזכיר כי נכון להיום הקופה אשר עיקר לקוחותיה הם אנשי צבא**
7 **קבע, פורשי צה"ל ועובדי בנק הפועלים אינה גובה דמי ניהול, אך להערכתנו מאחר**
8 **ואין איסור חוקי או תקנוני נוכל לגבות דמי ניהול."**
9 (הדגשה שלי – מ' אי-ג')

10
11 ומר קובי לוינסון, מנכ"ל החברה, ציין באותה ישיבה כי:

12 **"נכון, הקופה אינה משלמת דמי ניהול ומרבית העמיתים בקופה הינם עמיתים**
13 **הקשורים לצה"ל, כך שיתכן ונאלץ להתמודד מול פחת מוגבר בסיטואציה שבה נעלה**
14 **את דמי הניהול, אך גם בהתייחס לסיכונים אלו אני חושב שזו עסקה טובה מאוד."**
15 (הדגשה שלי – מ' אי-ג')

16
17 ה"פחת" אליו מתייחס מר לוינסון הם העמיתים שיעזבו את הקופה בעקבות העלאת דמי הניהול.

18
19 כדי לעמוד על התנהלות הנתבעת במהלך הרכישה, אביא מדבריו של מר עידו נויברגר ששימש
20 בתקופת עריכת הסכם הרכישה כמנכ"ל דש אייפקס, כיום מיטב דש השקעות בע"מ, היא החברה
21 "הסבתא" של הנתבעת (להלן: **החברה הסבתא**). נויברגר העיד כי היה מעורב מאד בעסקה, וכי על
22 אף שהוא והאחרים בדש ידעו כי בנק הפועלים אינו גובה דמי ניהול מעמיתי קופות הגמל, לא טרחו
23 לבצע בדיקת נאותות או לקבל חוות דעת בכתב בעניין זה (עמ' 331 לפרוטוקול, ש' 10-1):

24 **"החשש האמיתי היה שאנחנו נגבה דמי ניהול, יעזבו אותנו העמיתים. לא היה לנו**
25 **חשש שלא נוכל לגבות את הדמי ניהול, לכן אין פרוצדורות יותר מדי, אבל בדיקות**
26 **יש. לא הייתי קורא לזה בדיקות נאותות כי לא צריכים את המסמכים הקרקס האלה.**
27 **אבל על המהות בוודאי ששאלנו, ובוודאי שהם בדקו, כמו שהם קראו את ההסכמים**
28 **האלה, עורכי דין עוברים על כל הנספחים."**
29 (ההדגשה שלי, מ' אי-ג').

30
31 והוסיף והבהיר כי הסתמך על מומחיותה של הקבוצה בעניין זה (עמ' 358 לפר' ש' 10-18):

32 **"אנחנו סוג של סייירת מטכ"ל, מכירים טוב את התחום, יוזמים משהו שעדיין אין**
33 **עליו מכרז. בנק הפועלים בכלל היה האחרון שהתחיל, הוא התחיל עם גדיש בעיקר,**
34 **ופונים בפניה ישירה כפי שמצפים מסוג של סייירת שמבניה בתחום, ומתמקדים**
35 **בדבר הזה, מתוך מטרה להגיע למחיר שהוא יותר כלכלי לנו מאשר לבנק....."**
36 (ההדגשה שלי, מ' אי-ג').

37
38
39 אדגיש, כבר בפתח הדברים כי שניים מהדירקטורים בחברה האם, מולי רובינא ואפרת
40 סולקובסקי, העלו תהיות בהקשר זה וכשאלו לא נענו נמנעו מלהצביע על אישור העסקה.

41
42 על רקע דברים אלו אעבור להציג את הרקע לתובענה ובקשת האישור.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

2. פרק שני: רקע עובדתי ובקשות האישור

כאמור, התובעים המייצגים, שהיו המבקשים בשתי בקשות האישור, הם עמיתים בקופת הגמל "תגמולים" שהיתה, קודם לרכישתה ע"י הנתבעת, חברה בת של בנק הפועלים. בשנת 2005 מוזגה תגמולים לתוך חברת גד גמולים, גם היא חברה בת של הבנק.

הנתבעת, דש, היא חברה חוץ-בנקאית, הפועלת על-פי תנאי רישיון קופת גמל, בהתאם לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), תשס"ה-2005 (להלן: **חוק קופות גמל**). בהתאם להסכם מיום 26.2.2007, רכשה הנתבעת מגד גמולים את זכויות ניהול הקופה (להלן: **הסכם הרכישה**).

התובע בת"צ 44598-12-12, **מר ישראל גרינברג**, הוא רואה חשבון במקצועו וכיום גמלאי (להלן: **מר גרינברג**). מר גרינברג הצטרף לקופת הגמל בחודש מרץ 1969. עם הצטרפותו, נמסר לו פנקס חבר (להלן: **הפנקס או פנקס החבר**). הפנקס כלל, מלבד עמודי טבלאות המיועדים לתיעוד התשלומים לקופה, גם **"תנאי השתתפות בקופת-הגמל של תגמולים בע"מ"**. בין התנאים המופיעים בפנקס, הרלבנטיים לענייננו: חובת העמית להפקיד לזכות חשבונו בקופה, מדי שנה, סכום שלא יפחת מ-120 לירות (להלן: **ל"י**); תנאי לפיו דמי הניהול שישלם העמית ינוכו מהפקדותיו השוטפות בחשבון ולא יעלו על 1% מכלל הסכומים שיפקיד בחשבון מדי שנה; תנאי לפיו כל רווחי השקעות כספי העמית ייזקפו לזכות חשבונו; ותנאי לפיו בקרות אחד האירועים המזכים, יהא העמית זכאי לקבל לידי את סכומי הפקדותיו בניכוי דמי הניהול ששולמו מההפקדות כאמור, בצירוף כל הרווחים שנצברו בגינם. הוראות דומות הופיעו במסמכי ההצטרפות עליהם חתם מר גרינברג טרם ניתן לו הפנקס, ולגביהם ארחיב בהמשך. מר גרינברג הפקיד במהלך השנים (המועד בו הפסיק להפקיד שנויה במחלוקת), סכום של 120 לירות לשנה, והקופה גבתה ממנו 1% דמי ניהול. סכום ההפקדה, וסכום דמי הניהול הפכו כמעט חסרי ערך עם השנים (על פי הצמדה על פי הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, סכום ההפקדות היה עומד היום על 900 ₪ לשנה, היינו 9 שקלים דמי ניהול). ככל הנראה מסיבה זו הופסקו הן ההפקדות, הן גביית דמי הניהול מחשבונו כשל מר גרינברג.

התובע בת"צ 2855-09-14, **מר מיכאל לוינרד**, היה איש קבע בצה"ל עד לשחרורו בשנת 2012 בדרגת אל"מ (להלן: **מר לוינרד**). מר לוינרד הצטרף לקופה ביום 1.11.1984, מכוח הסכם בכתב, שנערך בין בנק הפועלים למשרד הביטחון באופן של חלופת מכתבים, כפי שנקבע בהחלטת האישור (להלן: **הסכם צבא הקבע**). בהסכם נקבע כי משרתי הקבע, עם כניסתם לשירות קבע, יצטרפו לתגמולים. בדומה לפנקס החבר ומסמכי ההצטרפות של מר גרינברג, גם הסכם צבא הקבע כלל תנאי לפיו כל רווחי הקופה מחשבונו אנשי הקבע ייזקפו לזכותם. ביחס לדמי הניהול, כלל ההסכם שתי חלופות: האחת, במצב בו ניהול "הכרטיסייה האישית" של העמיתים נותר בידי צה"ל, ישלם צה"ל תשלום שנתי קבוע של 7,200 ₪, אשר יבחן מחדש עם חלוף חמש שנים; השנייה, במצב בו יוחלט להעביר את ניהול "הכרטיסייה האישית" של העמיתים מידי צה"ל לידי הקופה, ישלם כל עמית סכום קבוע של 2 ל"י לשנה. כעולה ממסמכים שהוצגו בהליך בקשת האישור, וכמוסכם על הצדדים, נבחרה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

בסופו של דבר החלופה השנייה. ברבות השנים הפך הסכום של שתי לירות לחסר משמעות (אגורה כיום) ובהתאם, לאורך השנים בהן נוהלה הקופה על ידי תגמולים וגד גמולים, לא נגבו כלל דמי ניהול מעמיתי צבא הקבע.

התובעים טוענים כי עד שנת 2007, אז רכשה דש את הקופה מגד גמולים, אכן התנהלו הדברים כמפורט בהסכמים. משמע, ממר לוינרד נגבו בתחילה 2 ל"י לשנה, אך בהמשך הופסקה הגבייה. ואילו ממר גרינברג נגבו מדי שנה דמי ניהול בסך 1% מההפקדות השנתיות, מבלי שבוצע ניכוי כלשהו מכספי הצבירה בחשבון (כאמור עד לשלב בו הופסקו ההפקדות ועמן הופסקה גביית דמי הניהול).

בסעיף 2.2 להסכם רכישת ניהול הקופה על ידי הנתבעת, מיום 26.2.2007 הוצהר, כי "נכון למועד חתימתו של הסכם זה, המוכרת או הבנק, לפי העניין, גובים מחשבונות העמיתים בקופת הגמל תגמולים (א) דמי ניהול בשיעור אפס..." ללמדנו, מדובר בדפוס שנהג לגבי כלל עמיתי הקופה עובר לרכישתה על ידי הנתבעת, ולא אפיין אך את הגבייה מהתובעים. אין מחלוקת, כי החל מחודש אוקטובר 2007, שלושה חודשים לאחר שרכשה את הקופה, החלה הנתבעת לגבות דמי ניהול מכספי הצבירה של העמיתים בקופה. על רקע גבייה זו הוגשו בקשות האישור.

3. פרק שלישי: הליך האישור והחלטת האישור

ראשית, יצוין כי במהלך הליך האישור הוחלט כי בקשות האישור יידונו במאוחד וכי סיכומי הצדדים בהליך האישור יוגשו מאוחדים (משמע, התובעים הגישו סיכומיהם במשותף, והנתבעת הגישה מסמך סיכומים אחד לגבי שתי התביעות).

3.א. טיעוני הצדדים בהליך האישור

טענתם העיקרית של התובעים (אז, המבקשים), במסגרת הליך האישור, הייתה כי הנתבעת כבולה בהסכמי ההתקשרות שבין העמיתים לתגמולים וגד גמולים. גביית דמי הניהול מתוך כספי הצבירה ובשיעורים אותם גבתה הנתבעת הינה בניגוד למוסכם, ובפועל שוחקת דש את חסכוניהם ופוגעת בציפיותיהם. לדידם, גבייה זו מקימה להם ולחברי הקבוצות עילות תביעה שונות, ביניהן: הפרת הסכם, חוסר תום לב, הפרת חובות נאמנות, הפרות חובות חקוקות, גזל, רשלנות ועשיית עושר ולא במשפט.

מנגד, טענה הנתבעת (אז, המשיבה), מספר טענות. לעניין גביית דמי הניהול מכספי הצבירה, טענתה הייתה כי הדבר נעשה כדין. ראשית, שכן לדידה הדין החל משנת 1999 מאפשר לגבות דמי ניהול רק מכספי הצבירה ולא מהפקדות. שנית, טענה כי הממונה על אגף שוק ההון, ביטוח וחיסכון במשרד האוצר (להלן: הממונה) אישר גביית דמי ניהול מכספי צבירה. יובהר כבר כעת כי רשות שוק ההון, ביטוח וחיסכון המוכרת לנו כיום הוקמה רק בשנת 2016, ועד אז התנהלה כאגף שוק ההון ביטוח



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

1 וחיסכון במשרד האוצר. משמע, בשנים הרלבנטיות לתביעה תפקד האגף כרגולטור האחראי. בכל
2 מקרה ולמען הנוחות, אעשה להלן שימוש במונח "הממונה".

3
4 טענה נוספת של הנתבעת הייתה כי הדין מאפשר להקנות לעמיתים זכויות או חובות רק בתקנון
5 הקופה, ועל כן לא ניתן לערוך הסכמים לבר-תקנוניים ביחס לדמי הניהול. בהקשר זה, טענה, פנקס
6 החבר בו מחזיק מר גרינברג אינו אלא שיקוף של תקנון הקופה, ואינו מהווה הסכם התקשרות לבר-
7 תקנוני. משכך, ניתן לשנותו בכל עת. עוד טענה לגבי הפנקס, כי אינו כולל התחייבות להימנע
8 מהעלאת שיעור דמי הניהול. הנתבעת טוענת כי גם בהסכם צבא הקבע אין כל התחייבות מפורשת
9 או משתמעת לפיה דמי הניהול יהיו בשיעור אפס ולא יועלו.

10
11 כן טענה הנתבעת, כי גם אם נראה בפנקס הסכם לבר תקנוני הרי שהן הפנקס הן הסכם אנשי הקבע,
12 הם הסכמים ארוכי-טווח שתנאיהם ניתנים לשינוי כנגד זכות העמיתים לעבור לקופה אחרת.
13 ממילא, טענה הנתבעת, השתחררו תגמולים וגד גמולים מהתחייבויותיהם כלפי העמיתים בנושא
14 דמי הניהול, וזאת במסגרת שינויים שנערכו בתקנון עובר לרכישת הקופה על ידיה.

15
16 לבסוף, טענה הנתבעת כי התובענות שהוגשו אינן כשירות להתברר כתובענות ייצוגיות, נוכח אי
17 התקיימותם של התנאים המוקדמים, ובכללם: העדר קבוצת נפגעים; העדר שאלות משותפות;
18 העדר סיכוי לזכות בתובענות; אי התאמת התובענה הייצוגית לשמש מסגרת הכרעה יעילה והוגנת
19 בסכסוך.

3. ב. החלטת האישור

20
21 בהחלטתו מיום 30.8.2015 אישר השופט ענבר את בקשת האישור בנוגע לשתי הקבוצות, וזאת מכוח
22 פרט 2 לתוספת השניה לחוק תובענות ייצוגיות. יצוין כי במקור כללה בקשת לוינרד גם את עובדי
23 בנק הפועלים כחלק מהקבוצה הרלבנטית, אך חלק זה לא אושר בידי השופט ענבר. אפרט להלן את
24 תמצית החלטתו של השופט ענבר.

25
26 השופט ענבר קבע כי קיים בסיס לכאורי לדחייתן של מרבית טענות הנתבעת. כך למשל, קבע כי
27 הדין לא מנע או מונע גביית דמי הניהול מכספי ההפקדות בלבד; כי אין מניעה להתקשר עם
28 העמיתים או עם חלקם בהסכמים לבר-תקנוניים, לפיהם יגבה מהם שיעור דמי ניהול נמוך יותר
29 מהקבוע בתקנון, לרבות דמי ניהול בשיעור אפס, וכי הסכמים אלה תקפים ומחייבים; עוד קבע כי
30 מר גרינברג שכנע, לכאורה, במידת הסבירות הראויה לשלב האישור, כי פנקס החבר הנו הסכם לבר-
31 תקנוני. בהקשר זה, הוסיף השופט ענבר כי תנאי החיסכון בקופה, כפי שהוסכם עליהם בין תגמולים
32 ובין מר גרינברג בעת הצטרפותו לקופה, אינם אלא אלו המפורטים בפנקס החבר. השופט ענבר קבע
33 כי נכון לשלב האישור, לא הונחה תשתית ראייתית של ממש לטענת הנתבעת לפיה התנאים
34 המפורטים בפנקס הם שיקוף של תקנון הקופה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

לעניין הסכם צבא הקבע, קבע השופט ענבר כי ההסכם נכרת בדרך של הצעה וקיבול ומדובר בהסכם מחייב. השופט ענבר ציין כי הוא מתקשה לקבל את טענת הנתבעת לפיה מר לוינרד לא הביא ראיה להיותו צד להסכם זה.

בשלב זה, התייחס השופט ענבר לטענות הנתבעת לגבי ההתחייבויות שנטלו על עצמן גד גמולים ותגמולים, ולמשמעותן של אלה לגביה. תחילה, דחה השופט ענבר את טענת הנתבעת לפיה תגמולים או גד גמולים השתחררו מהתחייבויותיהן כלפי התובעים עוד טרם רכשה היא את הקופה. לאחר מכן, קבע כי הנתבעת נטלה על עצמה את ההתחייבויות קודמותיה ביחס לדמי הניהול, הכלולות בפנקס החבר ובהסכם אנשי הקבע. בהמשך לכך, קבע כי הכף נוטה לכיוון דחיית טענת הנתבעת לפיה היא רשאית להשתחרר מההתחייבויות ביחס לדמי הניהול. כן קבע השופט ענבר, כי יש לדחות את הטענה לפיה התובעים (המבקשים דאז) וחברי הקבוצות מנועים מלהגיש את התובענה, בשל כך שבמהלך מו"מ שניהלה הנתבעת מול ארגון "חבר" לא נטען כנגד העלאת דמי הניהול, ובשל הגשת התובענה על סף תום תקופת ההתיישנות. בסיכום ביניים, כתב השופט ענבר:

"...עולה לכאורה, כי גביית דמי ניהול מכספי הצבירה מפרה את התחייבויות החברה המנהלת הכלולות בפנקס החבר ובהסכם אנשי צבא קבע. המשיבה נטלה על עצמה התחייבויות אלה ואין היא רשאית לשנותן באופן חד-צדדי".

השופט ענבר הוסיף וקבע כי מתקיימים התנאים המקדימים לאישור תובענה ייצוגית. השופט ענבר קבע כי עניינו של מר לוינרד מדגים, לכאורה, את ענינם של כלל העמיתים שהם אנשי קבע. בעניין מר גרינברג, קבע כי הנתבעת לא הביאה ראיה כדי לסתור את הסברה כי בפנקס החבר מחזיקים עמיתים רבים נוספים. בהתאם, קבע השופט ענבר כי התובענה תעסוק בשתי קבוצות. ראשית, קבוצת העמיתים העצמאים או השכירים, המיוצגת בידי מר גרינברג (להלן: **קבוצת העצמאים/שכירים**):

"כל אדם ו/או קבוצת בני אדם, אשר התקשר עם תגמולים בע"מ או גד גמולים חברה לניהול קופות גמל בע"מ עד ליום 30.6.2007 (להלן: 'מועד ההעברה') לשם השתתפות בתכנית חסכון לעצמאים ו/או לשכירים 'תגמולים' (להלן – קופת הגמל) תמורת דמי ניהול לגביהם הותנה כי הם ייגבו אך ורק מסכומי ההפקדות השנתיים בלבד, ואשר המשיבה, לאחר רכישת ניהול קופת הגמל על ידיה, ניכתה אותם מדי שנה מסכומי החיסכון שהצטברו בקופת הגמל לאורך השנים כקרן וברווחים".

שנית, קבוצת אנשי הקבע, המיוצגת בידי מר לוינרד (להלן: **קבוצת צבא הקבע**). יוזכר כי בשל טעות סופר תוקנה הגדרת קבוצה זו לאחר החלטת האישור (ראו החלטת כב' השופט ענבר מיום 1.10.2015 וכן ההחלטה על אישור נוסח המודעה לפי סעיף 25(א)(1), מיום 7.10.2015). הנוסח המופיע להלן כולל את התיקון:

"כל אדם ו/או קבוצת בני אדם, מקרב אנשי צבא הקבע, אשר התקשר עם תגמולים בע"מ או גד גמולים חברה לניהול קופות גמל בע"מ עד ליום 30.6.2007 (להלן – 'מועד ההעברה') לשם השתתפות בתכנית חסכון לעצמאים ו/או לשכירים 'תגמולים' (להלן – 'קופת הגמל'), תמורת דמי ניהול לגביהם הוסכם כי הם יהיו בשיעור 2 ל"י לשנה ושלמעשה היו בשיעור אפס".



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

כב' השופט ענבר קבע כי גביית דמי ניהול מכספי הצבירה של חברי הקבוצות על ידי הנתבעת, בניגוד להסכמים שנערכו עימם ותוך כרסום הרווחים שנצברו, מבססת לכאורה את עילות התביעה הבאות: הפרת חוזה, הפרת חובת נאמנות, הפרת חובה חקוקה, רשלנות ועשיית עושר ולא במשפט. השופט ענבר קבע כי התובענה מעוררת מספר שאלות משותפות לקבוצות ובהן: האם הדין חייב את המשיבה לגבות דמי ניהול מכספי הצבירה, להבדיל מההפקדות השוטפות; האם התקנון הוא המסגרת היחידה לקביעת שיעור דמי הניהול; האם פנקס החבר הוא הסכם התקשרות או אך שיקוף של תקנון; מה נקבע בפנקס החבר לגבי דמי הניהול; האם אנשי צבא קבע הם צדדים להסכם אנשי צבא קבע מעצם שירותם; מה קובע הסכם אנשי צבא קבע לגבי דמי הניהול; האם תגמולים או גז גמולים השתחררו מהתחייבויותיהן; האם המשיבה כבולה בהתחייבויות להימנע מגביית דמי ניהול מכספי הצבירה; האם המשיבה רשאית להשתחרר מהתחייבויותיה או לשנותן באופן חד-צדדי; האם חברי הקבוצות מנועים מלהגיש את התובענות? והאם חברי הקבוצה זכאים לסעד של השבת דמי הניהול שנגבו מהם בניגוד למוסכם?

לאור כל שנקבע לעיל, קבע השופט ענבר כי קיימת אפשרות סבירה כי השאלות המשותפות תוכרענה לטובת הקבוצה. כן קבע כי תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה בתובענה, בין היתר מן השיקולים הבאים: קיומם לכאורה של נפגעים לא מעטים, אשר רבים מהם הגיעו לגיל פנסיה, ואשר ספק אם הינם מודעים לזכויותיהם בהתאם להסכמים הלבר-תקנוניים נשוא התובענות; האפשרות כי בין חברי הקבוצות קיימים עמיתים שסכומי דמי הניהול שנגבו מהם בניגוד למוסכם אינם גבוהים; היתרונות של הכרעה במחלוקת במסגרת של תובענה אחת, שכל העמיתים הם צד לה (הן מהיבט החיסכון בזמן שיפוטי והן למניעת החשש למתן פסקי דין סותרים); קידום תכליות חוק תובענות ייצוגיות בדבר מתן סעד לנפגעים ואכיפת הדין.

בהמשך, קבע השופט ענבר כי מתקיימים גם התנאים הקבועים בסעיפים 8(א)(3)-(4) בעניין ניהולה של התובענה וייצוגה של הקבוצה.

השופט ענבר סיכם כי הסעדים הנתבעים בהם יש לדון הם: **בעניין קבוצת העצמאים/שכירים**, השבת דמי הניהול שנגבו בניגוד למוסכם ומתן צו האוסר על המשיבה לגבות דמי ניהול מכספי הצבירה. **בעניין קבוצת אנשי הקבע**, השבת דמי הניהול שנגבו בניגוד למוסכם ומתן צו האוסר על הנתבעת לגבות דמי ניהול בחשבונות החיסכון של קבוצת העמיתים העולים על שיעור אפס (כאמור, חלק זה בהחלטת השופט ענבר תוקן לאחר שהוגשה בקשה לתיקון טעות סופר).

לאחר מתן החלטתו של ענבר, הגישה הנתבעת בקשת רשות ערעור ולצידה בקשה לעיכוב ביצוע לבית המשפט העליון. עם דחיית הבקשה לעיכוב ביצוע, משכה המבקשת את בקשת רשות הערעור.

4. פרק רביעי: תמצית ההליכים לאחר אישור התובענה כייצוגית

להלן אעמוד על תמצית ההליכים לאחר אישור התובענה כייצוגית.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

ביום 3.9.2015 הגיש מר לוינרד בקשה לתיקון טעות סופר. בעקבותיה, תוקן ביום 1.10.2015 סעיף 54 להחלטה לאישור התובענה הייצוגית, כך שכלל גם את הסעד שנתבע בבקשת לוינרד, כפי שהוצג לעיל.

ביום 7.10.2015 הגישו הצדדים נוסח הודעה בדבר אישור תובענה ייצוגית, ובאותו יום אושר הנוסח לפרסום.

ביום 25.11.2015 הוגש בת"צ לוינרד כתב תביעה מתוקן, ממנו הושמטה ההתייחסות לעובדי בנק הפועלים, בהוראת השופט ענבר.

בהמשך, הוגשו בקשות שונות לעדכון ייצוג הנתבעת, שעברה להיות מיוצגת בידי משרד ברקמן, וקסלר, בלום ושות'. עקב החלפת הייצוג וצורך באיתור מסמכים רלוונטיים לכתב ההגנה, הוארך המועד להגשת כתב ההגנה. ביום 15.3.2016 הוגש כתב הגנה מטעם הנתבעת. ביום 31.3.2016 הוגשו כתבי תשובה לכתב ההגנה, מטעם שני התובעים המייצגים.

ביום 1.5.2016 הוגשה מטעם התובעים בקשה למתן צו גילוי ועיון במסמכים ספציפיים ומענה לשאלון (להלן: **הבקשה לגילוי מסמכים**). ביום 2.5.2016 הגישו התובעים גם בקשה למינוי חוקר מומחה בהתאם לתקנה 123 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, לצורך קביעה ושערוך הכספים אותם גבתה הנתבעת החל מיום 1.7.2007 ועד למתן חוות הדעת מכל אחד ואחד מן העמיתים המשתייכים או שהשתייכו בתקופה הרלוונטית לאחת הקבוצות (להלן: **הבקשה למינוי מומחה**).

ביום 10.5.2016 הוגשה תשובת הנתבעת לבקשה למינוי מומחה. הנתבעת ביקשה כי בית המשפט ידחה את הבקשה, בעיקר מן הטעם לפיו יש לקיים הליך בירור מקיף בשאלה אודות עצם קיומה של עילת תביעה, טרם מינוי מומחה שיקבע את היקף הסעד. כן הגיבה הנתבעת לבקשה לגילוי מסמכים וביקשה למחקה. ביום 16.6.2016 הוגשה תשובת התובעים לתגובת המשיבה בבקשה למינוי מומחה. לפי התובעים, המועד הראוי למינוי המומחה הוא בקדם המשפט, בהתאם ל"דרכ המלך בבירור תובענה" שהנה "בירור כל הפלוגתאות כמכלול". עוד טענו התובעים כי במקרים בהם נדרשת קביעה של היקף הקבוצות ושיעור הנזק, מתקיימות הנסיבות המצדיקות מינוי מומחה.

ביום 29.6.2016 התקיים דיון קדם משפט ראשון בתובענה גופה, בסופו החליט השופט ענבר כי הנתבעת תשיב לבקשה להשלמת צו הגילוי ועיון במסמכים ומענה על שאלון. לאחר מכן, ישיבו לתשובה התובעים ולאחר מכן תינתן החלטה בשתי הבקשות: הבקשה להשלמת צו העיון והגילוי והבקשה למינוי מומחה. ביום 25.7.2016 החליט השופט ענבר לאפשר את השלמת גילוי המסמכים, ולדחות את הבקשה למינוי מומחה, תוך הותרת האפשרות להגישה בהמשך.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

בספטמבר 2016, עם פרישתו של השופט ענבר מכס השיפוט, הועבר התיק לדיון לפניי, ונקבע לדיון מקדמי.

ביום 18.7.2017 התקיים הדיון. בחלקו הראשון, ובעקבות הסכמת הצדדים בעניין, הוריתי כי איש מחשבים שייקבע על ידי התובעים ידאג להעברת קובץ הנתונים החסרים, בפורמט האפשרי וללא השמות של עמיתים חברי בנק הפועלים. עוד קבעתי כי איש המחשבים ינסה להעביר באופן דיגיטלי את כל החומר הנמצא על מערכת "מסילה" של הנתבעת, וככל שהדבר יצלח, תתמזה חובת הגילוי של הנתבעת. אם לא יצלח ניסיון ההעברה כאמור, תצהיר הנתבעת כי אין במערכת מסילה טפסי הצטרפות נוספים הנוגעים לקבוצה שאושרה.

בחלקו השני של הדיון, ולאחר שמיעת טיעוני הצדדים בעניין, קבעתי כי עד ליום 1.10.2017 יגישו הצדדים תיק מוצגים משותף. עוד קבעתי כי העדויות הראשיות של הצדדים ועדיהם יוגשו בתצהירים, ובמועדים שצוינו בהחלטה. בהמשך, קבעתי, יתייצבו המצהירים לחקירה נגדית במועדים שיקבעו להוכחות.

ביום 22.11.2017 הגישו הצדדים תיק מוצגים משותף, הנושא 8983 עמודים (להלן: תיק המוצגים). ביום 28.1.2018 הגישה הנתבעת הודעה ובקשה להוסיף לתיק המוצגים מסמכים מתוך תיק רשם החברות של ארגון "חבר". לאחר הגשת תגובת התובעים ותשובת הנתבעת לתגובה, הוריתי ביום 16.3.2018 כי המסמכים האמורים יצורפו לתיק המוצגים.

בתוך כך, הוגשו ביום 1.2.2018 תצהירי עדות ראשית מטעם התובעים, וכן חוות דעת מומחה כלכלי. ביום 5.6.2018 הוגשו תצהירי עדות ראשית מטעם הנתבעת, וכן שתי חוות דעת מומחה כלכליות. לאחר הגשת התצהירים, קבעתי כי יתקיים דיון בהתנגדויות לתצהירים ביום 5.12.2018.

ביום 10.10.2018 הגישו התובעים שתי בקשות. הראשונה, בקשה לגילוי מסמכים בעקבות ויתור על חיסיון מצד משרד הרצוג פוקס נאמן ושות' שייצג את הנתבעת בעת רכישת קופת הגמל. התובעים דרשו לקבל מסמכים שונים שהחליפה הנתבעת עם הרצוג פוקס נאמן ושות' בקשר לעסקאות רכישת הקופה, כגון חוות דעת, טיוטות, תכתובות ועוד. בתוך כך, ביקשו התובעים לקבל העתק דרישות או תביעות שהוגשו נגד גד גמולים בקשר לדמי הניהול וכל הסדר שגובש בהקשר זה, או מסמך אחר הנוגע לתביעות כאמור. בבקשה השניה שהגישו, ביקשו התובעים לזמן נציג של בנק הפועלים להתייצב לדיון הקבוע ליום 5.12.2018 כדי להציג מסמכים הקשורים בעסקאות הרכישה, כמפורט בבקשה.

ביום 11.11.2018 הוגשה תגובת הנתבעת לבקשה לגילוי מסמכים מול הרצוג פוקס נאמן, בה ביקשה כי אדחה את הבקשה בשל פגמים שנפלו בהגשתה וכן מן הסיבה כי אין בסיס לדרישת התובעים



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

המפורטת בה. כן הגישה הנתבעת תגובה לבקשה לזימון נציג בנק הפועלים, בה הביעה דעתה לפיה יש לקבל את תגובת הבנק. בהתאם, הוריתי ביום 18.11.2018 כי הבקשה תועבר למחלקה המשפטית של בנק הפועלים, שיגיב לה בתוך 30 יום מקבלתה. ביום 29.11.2018 הגישו התובעים תשובה לתגובה זו, בעניין שתי הבקשות.

ביום 5.12.2018 נערך דיון לפניי בעניין התנגדויות לתצהירים שהוגשו ובעניין הבקשה לגילוי מסמכים. ב"כ התובעים פתח וטען כי במסגרת הבקשה לגילוי מסמכים, ביקש בין היתר, גילויה של חוות דעת בעניין היכולת המשפטית להעלות את דמי הניהול – שלהבנת התובעים הוחלפה בין משרדי עורכי הדין המייצגים במסגרת הליך הרכישה. ואולם, ב"כ הנתבעת הבהיר (עמ' 47 לפר' ש' 19): "אין חוות דעת כתובה וגם לא היה צורך בחוות דעת כזו", ומפנה לתצהירים שהוגשו בעניין. בסופו של הדיון, נקבעו מועדי הוכחות.

ביום 18.12.2018 הוגשה תגובת בנק הפועלים לבקשה לזימון נציג מטעמו. הבנק ביקש כי הבקשה תידחה, שכן, המסמכים אינם קיימים בידי הבנק או בידי משרד עורכי הדין שייצג אותו בעסקה, משרד כספי ושות', ומכל מקום המסמכים המבוקשים חוסים תחת חיסיון עו"ד-לקוח. ביום 10.1.2019 הודיעו התובעים כי הם מסתפקים בתשובת בנק הפועלים כפי שהוגשה.

ביום 22.8.2019 הגישה הנתבעת הודעה לפיה ביקשה מהתובעים לזמן את מר יוסי דנה, נותן התצהיר מטעם בנק הפועלים, להתייצב לחקירה על תצהירו באחד ממועדי ההוכחות הראשונים, שידאג להביא עמו מסמכים רלוונטיים, כפי שפורטו בדרישה שהועברה לתובעים.

עוד באותו יום, הגישו התובעים בקשה לצירוף של חוות דעת הממונה על שוק ההון, ביטוח וחיסכון בעניין פסגות גמל ופנסיה בע"מ (להלן: **חוות דעת הממונה בעניין פסגות**). חוות הדעת שצירופה נתבקש, ניתנה בת"צ (ת"א) 45368-12-13 **אופיר נ' פסגות קופות גמל ופנסיה בע"מ ואח' (נבו)** (24.6.19) (להלן: **עניין פסגות**), שנידון בבית משפט זה, לפני כבוד השופטת שושנה אלמגור. התובעים טוענים כי: **"עמדת הממונה...מתייחסת לסוגיות זהות ומהותיות המתעוררות גם בתיק דנא ומתייחסת במישרין לטענות העיקריות הנתענות על ידי המשיבה (תוך דחייתן)".** התובעים הבהירו כי חוות הדעת אומצה על ידי בית המשפט, ועל כן הוא גם "מן המפורסמות שאינן צריכות ראייה".

ביום 2.9.2019 הגישו הצדדים הודעה משותפת בעניין זימונו של מר דנה וצירוף חוות דעת הממונה בעניין פסגות. הצדדים הודיעו כי ב"כ התובעים פעל לזימונו של מר דנה, אך טרם נתקבלה תשובה בעניין מב"כ בנק הפועלים. הצדדים ביקשו כי בית המשפט יורה על זימונו של מר דנה. כן הודיעו כי הנתבעת אינה מתנגדת לצירוף חוות דעת הממונה בעניין פסגות, מבלי שיש בהסכמה זו כדי להוות הסכמה לנימוקי הבקשה ותוך שמירה על כל טענותיה ביחס לעמדה. באותו יום הוריתי למזכירות להמציא זימון למר דנה, לדיון הקבוע ליום 11.9.2019.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

ביום 3.9.2019 הגיב בנק הפועלים, ועמד על כך שאין טעם בזימונו של מר דנה, שכן הדברים שמסר בתצהירו אינם מידיעתו האישית, אלא נמסרו לו או שהובאו לאחר קבלת ייעוץ משפטי. לאחר קבלת תגובת הצדדים, הוריתי ביום 10.9.2019 כי אין מקום לזימונו של מר דנה לעדות, וכי הצדדים יטענו לגבי הדברים שמסר במסגרת הסיכומים, במידת הצורך.

ביום 4.9.2019 הוגשה חוות דעת הממונה בעניין פסגות, בהתאם להסדר הדיוני אליו הגיעו הצדדים ואודותיו עדכנו את בית המשפט במסגרת הודעתם מיום 2.9.2019.

בתיק התקיימו ארבעה דיוני הוכחות במהלכם העידו העדים הבאים, שנחקרו בחקירה נגדית על תצהיריהם או חוות דעתם: התובעים המייצגים – מר גרינברג ומר לוינרד; ד"ר רועי שלם, מגיש חוות הדעת הכלכלית מטעם התובעים; מר אבי יהב מטעם הנתבעת (להלן: **מר יהב**). מר יהב כיהן בין השנים 1990-1991 כמנכ"ל חבר וראש ענף תנאי שירות קבע בצה"ל (להלן: **רע"נ ת"ש קבע**). כחלק מתפקידו אלה, כיהן באותה תקופה גם כדירקטור בתגמולים. כפי שהסביר, בכובעיו כמנכ"ל חבר ורע"נ ת"ש קבע, היה אמון על הקשר בין צה"ל לבין תגמולים. נכון למועד עדותו, כיהן מר יהב כדירקטור ב"איילון חברה לביטוח" (להלן: **איילון**). כפי שתיאר, באותה עת החזיקה איילון ב-20% ממניות הנתבעת, לאחר שמוזגו קרנות הפנסיה של הנתבעת עם איילון.

עוד העידו עידו נויברגר (להלן: **מר נויברגר**), שכאמור שימש בתקופת עריכת הסכם הרכישה כמנכ"ל דש אייפקס, כיום מיטב דש, היא החברה הסבתא; עורכת הדין איילת רגבים-כהנוב, ששימשה בעת עריכת הסכם הרכישה כעורכת דין במשרד הרצוג פוקס נאמן, הייתה חלק מהצוות שייצג את הנתבעת בהליך הרכישה וכן הייתה מעורבת בתיק זה עד להחלפת הייצוג במסגרת ההליך שבפניי (להלן: **עו"ד רגבים-כהנוב**); ועורכת הדין ליאת כהן-דוד מטעם הנתבעת, ששימשה בתקופת עריכת הסכם רכישת תגמולים כיועצת המשפטית של החברה הסבתא (להלן: **עו"ד כהן דוד**). כן ליוותה עו"ד כהן דוד את הנתבעת בהליך שלפניי, מיום הגשת התובענה הייצוגית.

כמו כן העיד מטעם הנתבעת מר בארי בן זאב, שעבד בבנק הפועלים בן השנים 1976-2008 (להלן: **מר בן זאב** או **בן זאב**). בן זאב כיהן בתפקידים בכירים בבנק הפועלים בישראל ובחו"ל, ובתפקידו האחרון כיהן כמשנה למנכ"ל וכמנהל הכספים הראשי של הבנק (CFO). באפריל 2006 מונה לחבר ההנהלה הממונה על חטיבת נכסי הלקוחות בבנק וריכז את הטיפול בהיערכות הבנק למסקנות ועדת בכר. כחלק מתפקידו, בן זאב ניהל וטיפל באופן אישי גם במכירת קופות הגמל של בנק הפועלים, לרבות במכירתה של תגמולים לנתבעת. בנוסף, מאמצע שנת 2006 ועד למכירת הקופה, כיהן כדירקטור וכיו"ר דירקטוריון גד גמולים, היא המוכרת בעסקת הרכישה וחברת בת של בנק הפועלים, כאמור.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

בנוסף העידו שני מומחים מטעם הנתבעת. הראשון, מר ניסים כהן, שחוות דעתו עוסקת ב"התפתחות ענף קופות הגמל בישראל ומנגנון גביית דמי הניהול בקופות הגמל" (להלן: מר כהן). לאחר מכן, העיד מר שלום שלי תשובה, שכותרת חוות דעתו הינה "שיקולים כלכליים ברכישת קופת הגמל "תגמולים" וניהולה" (להלן: מר תשובה).

בסופו של דיון ההוכחות האחרון שנערך ביום 23.9.2019, נקבע כי יתקיימו סיכומים בעל פה וכי הצדדים יגישו עיקרי טיעון, במסגרת הזמנים שהוגדרו שם. לאור התפרצות נגיף הקורונה, נדחה דיון הסיכומים בעל פה מספר פעמים. ביום 5.4.2020 קבעתי כי לאור התארכות ההליכים בשל הקורונה, ולאור העובדה שהתובענה הוגשה לפני שנים רבות, יסכמו הצדדים בכתב, כך שניתן יהיה לתת פסק דין. בהתאם, ביום 17.5.2020 הוגשו סיכומי התובעים, וביום 13.7.2020 הוגשו סיכומי הנתבעת. ביום 12.8.2020 הוגשו סיכומי תשובה.

ביום 8.10.2020 הגישה הנתבעת בקשה לקביעת מועד דיון לצורך הבהרות והדגשות ולמחיקת סעיפים מסיכומי התשובה של התובעים. לאחר שהוגשה תגובת התובעים, קבעתי ביום 5.11.2020, כי ככל שיהיה צורך, תינתן התייחסות למחיקת הסעיפים במסגרת פסק הדין. עוד קבעתי כי ביום 14.1.21 יתקיים דיון לצורך השלמת טיעון קצרה, מתן הבהרות והדגשות. לאור הסגר השלישי, נדחה דיון זה והתקיים ביום 5.5.2021. במסגרת הדיון, אפשרתי לצדדים להתייחס לסוגיות ושאלות שונות, שעלו לאחר לימוד התיק והעמקה בו.

ביום 16.6.2021 הגישה הנתבעת בקשת רשות להגשת מסמך מטעמה, הכולל התייחסות תמציתית לטיעונים אותם טענה כי לא הספיקה להציג בדיון ביום 5.5.2021. הנתבעת צירפה לבקשה את מסמך התייחסות, מבלי שהמתינה לקבלת רשות. לאחר הגשת תגובת התובעים הוריתי כי מסמך ההתייחסות שהגישה הנתבעת יחד עם בקשתה, יימחק מתיק בית המשפט, שכן סברתי שאין עוד מקום לטיעונים נוספים (אדגיש כי סיכומי הנתבעת נושאים 157 עמודים לצד 994 עמודי נספחים). פסק הדין ניתן לאחר שהוגשו כלל הסיכומים בכתב, וכן בעקבות דיון ההשלמות בעל פה.

חלק שני: רקע נורמטיבי-אסדרתי: קופות גמל, דמי ניהול ורפורמת בכר

בחלק הבא אסקור את הרקע הנורמטיבי בכל הנוגע לקופות הגמל בכלל ולדמי הניהול בפרט. בתוך כך אגע בהתפתחות החוק והתקנות המסדירים את פעילותן של קופות הגמל ואת חובת הנאמנות המוטלת עליהן, וכן אתיחס לרפורמת בכר ורכישת קופות הגמל מידי הבנקים במסגרתה ואדון בהרחבה במהותם ובתפקידם של דמי הניהול. דברים אלה ישמשו בסיס לדיון בשאלות המצויות במחלוקת, שיבוא מיד לאחריהם.

המסכת העובדתית הרלבנטית לתובענות שבפניי, תחילתה בשנות ה-60 של המאה הקודמת, עת הצטרף מר גרינברג כעמית לתגמולים, ונחתם הסכם צבא הקבע. מאז ועד היום, הדין החל על קופות



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

הגמל, ובתוכו ההוראות הרלבנטיות לגביית דמי ניהול מצד הקופות, עבר שינויים משמעותיים. להלן אבחן את הדין ששרר באותה העת, ואת התפתחותו עד לימינו אנו.

5. פרק חמישי: קופות גמל

5.א. כללי

בקליפת אגוז ובהכללה, ניתן לומר כי קופת גמל היא מכשיר חיסכון לטווח ארוך או בינוני, במסגרתו ניתן לחסוך לעת פרישה, כאשר כנגד החסכון מתקבלות הטבות מס. הכספים בקופות הגמל הם החסכוניות של ציבור העובדים (בין עצמאים, בין שכירים), שהכספים בהם אמורים לשמש את אותם עובדים עם סיום עבודתם בגיל פרישה. בקופות הגמל מוחזקים מאות מיליוני שקלים מכספי החוסכים, ומכאן חשיבותם הכלכלית-חברתית.

לכל עמית בקופת גמל חשבון נפרד, בו נרשמות הפקדותיו לחשבון, משיכותיו ממנו, הרווח או ההפסד על השקעתו בקופה ודמי הניהול הנגבים מחשבונו. כספי קופת הגמל מושקעים בהשקעות שונות, בהתאם לאופי הקופה או מסלול ההשקעה בו בוחר העמית, לפי העדפותיו. התשואה מאותן השקעות מתחלקת בין עמיתי הקופה, באופן יחסי לחלקם בנכסי הקופה (ראו במסמך "שאלות נפוצות בנושא קופות גמל" שפרסם אגף שוק ההון, ביטוח וחיסכון במשרד האוצר (30.1.2007), במוצג 363, עמ' 8978 לתיק המוצגים (להלן: **מסמך שאלות נפוצות**)).

קיימים סוגים שונים של קופות גמל, וביניהם: קופות גמל לעמיתים שכירים ולעמיתים עצמאיים, קופת גמל אישית לפיצויים, קרנות השתלמות לשכירים ולעצמאיים, קופות גמל לחופשה, לדמי מחלה ועוד (**שם**, בעמ' 8970 לתיק המוצגים). המדינה מעודדת שימוש בקופות הגמל על ידי מתן הטבות מס לחוסכים באמצעותן (**שם**, עמ' 8971 לתיק המוצגים).

כיום, דברי החקיקה העיקריים המסדירים את פעילותן של קופות הגמל, הם חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), התשס"ה-2005 (להלן, כאמור: **חוק קופות גמל**) והתקנות מכוחו; תקנות מס הכנסה (כללים לאישור ולניהול קופות גמל), תשכ"ד-1964 (להלן: **תקנות 1964**) ופקודת מס הכנסה [נוסח חדש] (להלן: **פקודת מס הכנסה**).

בהתאם לחוק קופות גמל, כספי העמיתים המופקדים בקופות גמל מנוהלים בידי חברות מנהלות, שקיבלו רישיון מיוחד לניהול קופות גמל (ראו סעיף 2(א) וכן פרק ב' לחוק קופות גמל). רישיון מיוחד זה ניתן מאת הממונה (ראו סעיף 13 לחוק קופות גמל). אחד התנאים לקבלת אישור כאמור, הוא צירופה של טיוטת תקנון קופת הגמל לבקשה לאישור קופת הגמל, כקבוע בסעיף 14 לחוק קופות גמל. סעיף 16(א) לחוק קופות גמל קובע כי קופת הגמל תתנהל על פי התקנון שאישר לה הממונה. בסעיף 16(ב) נקבע כי (ההדגשה שלי- מ' א'-ג'):

16" (א) קופת גמל תתנהל על פי תקנון שאישר לה הממונה.

(ב) הוראות התקנון כפופות להוראות לפי חוק זה, ולהוראות כל דין אחר החלות על ניהול קופת גמל; הוראה בתקנון קופת גמל הסותרת הוראה לפי חוק זה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

או הסותרת הוראת כל דין אחר כאמור, לא ינהגו לפיה, ויראו כאילו נקבעה במקומה
ההוראה לפי חוק זה או הוראת הדין, לפי העניין"
(הסיפא של סעיף זה נוספה לאחר החלטת האישור - מ' א'-ג').

5.ב. חובות הנאמנות של קופת הגמל כלפי עמיתה

לחובת הנאמנות המוטלת על המשקיעים המוסדיים, ובהם קופות הגמל, משמעות מכרעת לתובענה
שלפניי, ולכן אעמוד על עיקרי הדברים בהרחבה.

סעיף 3 לחוק קופות גמל מעגן בחקיקה ראשית את חובות האמונים, הנאמנות והזהירות שבהן
חבות קופות הגמל כלפי עמיתה:

- "(א) חברה מנהלת תשמש נאמן על נכסי קופות הגמל שבניהולה, לטובת העמיתים.
(ב) בניהול נכסי קופות הגמל, במתן שירות לעמיתה ובמילוי שאר תפקידיה לפי
הוראות חוק זה, תפעל החברה המנהלת באמונה ובשקידה לטובת כל אחד
מהעמיתים, לא תפלה בין הזכויות המוקנות לאותם עמיתים ולא תעדיף כל ענין וכל
שיקול על פני טובתם.
(ג) חברה מנהלת תנהג בזהירות וברמת מיומנות שנאמן מיומן היה נוהג בהן בנסיבות
דומות, ותנקוט את כל האמצעים הסבירים לשם שמירה על נכסי קופות הגמל
שבניהולה ועל הזכויות הנובעות מנכסים אלה.
(ד) הוראות סעיף זה יחולו –
(1) לגבי כל קופת גמל שבניהול החברה המנהלת, בנפרד, ולגבי העמיתים בכל קופת
גמל כאמור;
(2) על כל מי שעוסק מטעם החברה המנהלת בניהול נכסי קופות הגמל.
(ה) בסעיף זה, "עמית" – לרבות עובד של עמית-מעביד, וכן מוטב של עמית או עובד
כאמור, לאחר מותם."
(הדגשה שלי – מ' א'-ג')

לכאורה היה די בקביעה בס"ק (א) שמחיל על החברה המנהלת את חובות הנאמנות ורואה בה נאמן
על נכסי הקופה. אולם, ס"ק ב' מרחיב את תחולת חובות האמון על הגוף הפנסיוני לא רק אגב ניהול
הנכסים, כפי שקובע חוק הנאמנות, אלא, כאמור בענייננו, גם על יתר הפעולות המנויות בחוק כמו
מתן שירותים לעמיתים (ראו: דב סולומון ואופיר ויצמן "חובות אמונים, חובות זהירות ושיקול
הדעת העסקי של גופים מוסדיים", המשפט כו 309, 323 (כרך בנושא עשרים שנה לחוק החברות,
דצמבר 2020, להלן: **סולומון ויצמן, גופים מוסדיים**). יש להדגיש כי בעת בה התחילה הנתבעת
לגבות דמי ניהול, כבר היה חוק קופות גמל בתוקף.

בעניין צולר, התייחסה כב' השופטת ענת ברון לחובות הקבועות בסעיף 3 לחוק קופות גמל (ראו
עניין צולר, בפס' 32):

"הנה כי כן, סעיף 3(א) לחוק הפיקוח קובע באופן מפורש כי הקרן משמשת נאמן על
הנכסים שבקופתה לטובת העמיתים. על פי סעיף 1 לחוק הנאמנות, התשל"ט-1979
(להלן: חוק הנאמנות), מוסד הנאמנות מבטא "זיקה לנכס שעל פיה חייב נאמן
להחזיק או לפעול בו לטובת נהנה או למטרה אחרת"; ולאורכו של חוק זה פזורות
הוראות המטילות על נאמן חובות אמון כלפי הנהנה ונכסי הנאמנות. כך, למשל:
"במילוי תפקידיו חייב הנאמן לנהוג באמונה ובשקידה כפי שאדם סביר היה נוהג
באותן נסיבות" (סעיף 10(ב)); "ולא יעשה דבר שיש בו סתירה בין טובת הנאמנות
לבין טובתו שלו או של קרובו" (סיפא לסעיף 13(א))"



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

כב' השופטת ברון מדגישה בפסק דינה כי חוק קופות גמל מחיל על הקופות חובות אמון מוגדרות: החובה לפעול באמונה ובשקידה לטובת העמיתים, איסור ההפליה ביניהם וחובת העדפת טובתם על פני שאר שיקוליה. כמו כן, עליה לפעול כנאמן מיומן (שם):

"ניכר כי המחוקק לא הסתפק בהחלה כללית של החובות שבחוק הנאמנות על קרן הפנסיה, ומצא לנכון להדגיש במסגרת סעיף 3(ב) לחוק הפיקוח כי על קרן הפנסיה חלות בעת מילוי תפקידיה אף שלוש חובות אמון מוגדרות: החובה לפעול באמונה ובשקידה לטובת העמיתים (בדומה לאמור בסעיף 10(ב) לחוק הנאמנות); החובה שלא להפלות בין עמיתים; והחובה לשים את טובתם של העמיתים לפני כל עניין או שיקול אחר. נוסף לזאת סעיף 3(ג) לחוק הפיקוח מבהיר כי על קרן הפנסיה לנהוג כ"נאמן מיומן"; קרי: חלה עליה חובת זהירות, ובין היתר על הקרן לשמור על נכסי קופות הגמל שבניהולה ועל הזכויות הנובעות מנכסים אלה".
(ההדגשות שלי, מ' א'-ג').

פסק הדין **בעניין צולר** עסק אמנם בקרן פנסיה ולא בקופת גמל, אך החוק אינו מבחין בין שני סוגי הקופות לעניין חובות הנאמנות. חובות האמון המוגברים מוטלים על כלל המשקיעים המוסדיים, ביניהם קופות הגמל, כיון שהם מנהלים את מרבית חסכוניות הציבור (על מרכזיותם של הגופים המוסדיים והיקפי הכספים המנוהלים על ידם ראו: עידו באום ועדי ארן, "מה עשה הכסף שלנו היום?" (חוסר) שקיפות בהצבעות הגופים המוסדיים באספות כלליות של בעלי המניות" המשפט, כו 111, 115 (כרך בנושא: עשרים שנה לחוק החברות, דצמבר 2020). עוד ראו סולומון וויצמן, גופים מוסדיים בעמ' 311, שם עומדים המחברים על כך ששיעור הנכסים של הגופים המוסדיים בתיק הנכסים של הציבור בישראל עלה מ-31% בשנת 2000 ל-43% בשנת 2018 בהתבסס על דו"ח בנק ישראל; וכן: מיכל אגמון-גונן, לא עוד מועדון לגברים בלבד: חובתם של המשקיעים המוסדיים לקדם שוויון לנשים בדיקטוריון" המשפט כו 57, 62 (כרך בנושא: עשרים שנה לחוק החברות, דצמבר 2020); עוד ראו לעניין חובות הנאמנות של משקיעים מוסדיים: Anat Alon-Beck, Darren Rosenblum and Michal Agmon-Gonnen, No More Old Boys' Club: Institutional Investors' (Fiduciary Duty to Diversify Corporate Boards U.C. Davis L. Rev. (forthcoming 2021)).

הבסיס הרעיוני להטלת חובות נאמנות יפה לכלל המשקיעים המוסדיים, והוא ניהול כספי הציבור בהיקפים עצומים, ציבור שברובו אינו מיומן בביצוע השקעות בשוק ההון וסומך ידיו על גופים אלה (להרחבה בעניין זה ראו: סולומון וויצמן, גופים מוסדיים, בעמ' 312). עם זאת, בית המשפט העליון נמנע בעניין צולר, מקביעת מסמרות בשאלה מה ייחשב להפרה של חובת אמון בגוף פנסיוני, וקבע כי הדבר ייבחן על פי הנסיבות (בפסק דין זה אתייחס לחובות נאמנות (trust) ואמון (fiduciary), מבלי לערוך את האבחנות ביניהם, כיון שבמקרה של משקיעים מוסדיים חלה החובה המחמירה יותר – חובת הנאמנות – מכוח החוק).

דברים אלה משליכים ישירות על העניין שלפניי. שהרי, גם במקרה שלפניי מדובר בכספים אותם חסכו עמיתי הקופה במשך שנות עבודה רבות. כספי הגמל ידועים ונחשבים לאחד מאפיקי החיסכון הפנסיוני, עליהם נסמכים החוסכים באפיק זה לעת זקנה (ראו בדו"ח מרכז המחקר



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

והמידע של הכנסת: דמי הניהול בקופות הגמל ובקרנות הפנסיה (9.2.2010), (מוצג 273 בעמ' 8233 לתיק המוצגים, עמ' 9 לדוח להלן: דו"ח מרכז המחקר והמידע 2010)). פערי הכוחות בוודאי מתקיימים, בהיותה של הנתבעת אחד מהגופים המוסדיים המובילים והחזקים בשוק, כאשר מנגד עומדים עמיתים בלתי מיוצגים משפטית, בעלי ידע מוגבל לרוב בתחום הגמל ובכללים החלים על תחום זה (וראו הדברים שכתבה בעניין זה כב' השופטת ברק-ארז בפס' 21-22 לפסק דינה בבג"ץ 2030/12 אורי הדר עו"ד נ' הממונה על שוק ההון, ביטוח וחיסכון משרד האוצר בפסקה 10 (נבו 26.02.2013, להלן: עניין הדר) והצטרפותם של שופטי ההרכב לעמדתה בשל חשיבות הנושא).

עוד אציין כי כפי שהודגש בעניין צולר וכקבוע בחוק, חובת הנאמנות החלה על החברה המנהלת, היא הנתבעת בענייננו, חלה גם על חברי הדירקטוריון שלה, המתווה את מדיניותה ומפקח על עבודת ההנהלה (ראו בעניין צולר, פס' 33 וכן סעיף 3(ד)(2) לחוק קופות גמל).

למען השלמת התמונה יובהר, כי גם בעת רכישת הנתבעת את הקופה, טרם חקיקת חוק קופות גמל, חלו חובות אלו על המשקיעים המוסדיים, בין היתר, מכוח עקרונות כלליים בדיני הנאמנות. באופן פרטני, כללו תקנות מס הכנסה סעיף בדבר חובת הנאמנות של הקופה כלפי עמיתה. תקנה 41ה(א) שנוספה לתקנות אלה בשנת 1986 קבעה (ראו ק"ת תשמ"ז מס' 4991 מיום 25.12.1986, בעמ' 234):

"41ה. (א) קופה תפעל לטובת עמיתה בלבד, לא תעדיף כל ענין וכל שיקול על פני טובת העמיתים ותנהג באמונה, בשקידה ובזהירות כפי שנאמן זהיר היה נוהג באותן נסיבות..."

בשנת 2002 שונה נוסח התקנה והיא הורחבה. למעשה, נוסח זה הוא שעמד בתוקף עת רכשה הנתבעת את הקופה (ראו: ק"ת תשס"ב מס' 6163 מיום 28.4.2002, בעמ' 644):

"41ה. (א) קופה, חברה מנהלת וכל העוסקים מטעמן בניהול כספי עמיתי הקופה יפעלו לטובת כל אחד מעמיתי הקופה בלבד, לא יעדיפו כל ענין וכל שיקול על פני טובת העמיתים וינהגו באמונה, בשקידה, בזהירות ובמיומנות כפי שנאמן מיומן היה נוהג באותן נסיבות..."

תקנה 41ה(א) בוטלה בשנת 2012 (ראו ק"ת תשע"ב מס' 7125 מיום 7.6.2012, בעמ' 1211), כך שכיום מוסדרת חובת הנאמנות של הקופה כלפי עמיתה בחוק קופות גמל בלבד, כאמור לעיל, אך מדובר באותן חובות ממש.

אם כן, תפקידה של הקופה כנאמן מטיל עליה את החובה לנהוג בכספי עמיתה בזהירות רבה, להימנע מסיכון כספים אלה ופגיעה בזכויות העמיתים. עליה לראות את טובת העמיתים לנגד עיניה. בניגוד למקרה החוזה ה"קלאסי" המטיל על הצדדים את חובת תום הלב המצומצמת יותר, מצופה מהקופה כי פעילותה כלפי עמיתה תאופיין בהעדפת אינטרס העמיתים על ענייניה הפרטיים. אין משמעות הדבר כי היא נדרשת לעבוד בחסר או בהתנדבות, אך אני סבורה כי לא כך במקרה שבפנינו, ועל כך בהמשך.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

6. פרק ששי: דמי ניהול

דמי הניהול העומדים בלב המחלוקת בתיק שלפניי הם תשלום תמורת המוצר הפנסיוני הנרכש, הכולל, כפי שיובהר להלן, מרכיב הוצאות לצד מרכיב רווח. לשאלה מה כוללים דמי ניהול וגובהם, משמעות כלכלית רבת היקף.

קופת גמל היא חסכון פנסיוני. הסכומים שישולמו לבסוף מהקופה לעת פרישה וישמשו את העמיתים כהכנסה, נגזרים כמובן מסכום ההפקדות ומשכן, זאת מצד העמית. מצד הקופה הסכום שיתקבל תלוי בתשואה שתשיג הקופה על הכסף ודמי הניהול שתגבה מהעמיתים. על כן לשיעור דמי הניהול, הנגבים במהלך השנים משמעות עצומה על סכום המחייב שיוותר לעמית עם פרישתו. לאור זאת הגביל המאסדר את גובה דמי הניהול, אופן גבייתם והסדיר את ההודעות שיש ליתן לעמיתים לעניין זה. לאור העובדה שחיסכון פנסיוני הוא מוצר ארוך טווח, ודמי ניהול נגבים לאורך שנים רבות, הרי שכל עשירית האחוז העלאה בדמי הניהול, הנראית לכאורה זניחה, הנגבית מסכומים גבוהים לאורך שנים, עלולה להביא לשינוי משמעותי בכספים שיוותרו לעת זקנה.

יפים לעניין זה דברים מדו"ח מרכז המחקר והמידע של הכנסת 2010 (בעמ' 8233 לתיק המוצגים):

"דמי הניהול הם תשלום תמורת המוצר הפנסיוני שהמבוטח רוכש – תשלום הכולל מימון עלויות ומרכיב רווח, כמו מחירו של כל מוצר. לפיכך, גביית דמי ניהול היא מרכיב הכרחי לקיומן של החברות. מנגד, המשמעות הכלכלית של דמי הניהול היא הקטנה של הסכום הנצבר בחיסכון הפנסיוני, שמביאה להקטנת הזכויות הפנסיוניות בגיל הזיקנה. ככל שדמי הניהול גבוהים יותר, כך הפגיעה העתידית גבוהה יותר (ההדגשה שלי, מ' א'-ג'). דמי הניהול האופטימליים אמורים לשקף שיווי משקל בין רווחתו של החוסך לבין רווחיותו של הגוף המנהל את החיסכון הפנסיוני".
(ההדגשה במקור, מ' א'-ג').

על כן, יש כבר בשלב זה לדחות את טענת הנתבעת כי שינוי בדמי הניהול אינו מהווה פגיעה בזכויות העמיתים. בסעיף 194 לסיכומים טענה הנתבעת כי: **"בניגוד לטענת התובעים, העוברת כחוט השני בתביעה, כאילו שינוי דמי הניהול מהווה פגיעה בזכויות העמיתים, הרי שנקבע לא אחת כי דמי הניהול אינם מהווים זכות של העמיתים בנכסי קופת הגמל אלא הם בגדר תשלום המועבר לקופה לכיסוי הוצאותיה והשאת רווחיה"** (הדגשות במקור). אמנם, כפי שטוענת הנתבעת בצדק, דמי הניהול הנגבים אינם חלק מנכסי הקופה (לכל הפחות משנת 2004 - תיקון תקנות מס הכנסה 1988 משנת 2004 (קובץ תקנות 6332 מיום י"ח באב, תשס"ד, 5.8.2004, עמ' 656)). אולם מכאן לא נגזר כי העלאת דמי הניהול אינה פוגעת בעמיתים, שהרי ככל שדמי הניהול הנגבים גבוהים יותר, היתרה שתיוותר בידי העמיתים עם פרישתם תהיה קטנה יותר, וזו וודאי פגיעה משמעותית.

6.א. מהם דמי ניהול

דמי ניהול אינם מוגדרים ככאלו בחקיקה אולם, בתקנות מס הכנסה הובהר במפורש כי דמי הניהול כוללים את הוצאות הניהול של הקופה. בדברי ההסבר לתיקון 1998 לתקנות מס הכנסה (ק"ת תשנ"ח-1998 מס' 5919 מיום 20.8.1998 בעמ' 1149), המופיעים בחוזר גמל 2-1998 מיום 26.7.1998, צורף כנספח 72 לסיכומי הנתבעת, להלן: **חוזר גמל 1998**, נכתב בפתח הדברים כי אחת ממטרות



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

התקנות הינה "לקבוע כללים בדבר דמי הניהול הנגבים מהעמיתים" (עמ' 1 לחוזר גמל 1998). עוד נאמר כי מטרת התקנות היא לקבוע מנגנון אחיד לגביית דמי ניהול והסדרת הסכומים שניתן לנכות מקופת גמל, תוך הבחנה בין עמלות לדמי ניהול (שם, בעמ' 2). תיקון תקנה 41 ח בשנת 1987 (שיובא בהרחבה להלן), נועד לחדד את ההבחנה בין דמי הניהול המותרים לניכוי מחשבון העמית על ידי הנהלת הקופה או החברה המנהלת, לבין העמלות המותרות בניכוי מנכסי הקופה. דברי ההסבר אכן מפרטים מה יכללו דמי הניהול (ראו עמ' 3 לחוזר גמל 1998):

"כל ההוצאות שהחברה המנהלת או הנהלת הקופה מוציאות, ימומנו מתוך דמי הניהול: הנהלה וכלליות; שיווק ופרסום; משכורות והוצאות נלוות (לרבות שכר דירקטורים ונושאי משרה); הוצאות לשירותים ויועצים למיניהם; שכר טרחה רואה חשבון; אחזקת בניינים וציוד; הוצאות משפטיות ואחרות".
(הדגשה שלי – מ' א'-ג')

ניתן ללמוד מכך כי המחוקק ראה בדמי הניהול כתשלום באמצעותו תכסה החברה המנהלת את הוצאותיה הנובעות מניהול כספי החוסכים. יש לשים לב כי הוצאות אלו כוללות מרכיבים בהן ההוצאה גבוהה במיוחד, ובעיקרן החזקת מבנים והוצאות שכר.

זאת, להבדיל מהוצאות ישירות, שאינן נכללות בדמי הניהול. סוגי ההוצאות הישירות המותרות לגבייה מנכסי קופת הגמל קבועים בתקנות הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל) (הוצאות ישירות בשל ביצוע עסקאות), תשס"ח-2008 (להלן: **תקנות הוצאות ישירות**):

"הוצאות ישירות בשל ביצוע עסקאות בנכסי קופת גמל יהיו אלה בלבד:
(1) **עמלות קניה ומכירה של ניירות ערך סחירים;**
(2) **דמי שמירה בשל ניירות ערך סחירים וכל עמלה שגובה מי שמבצע את משמורת ניירות הערך (הקסטודיאן);**
(3) **הוצאה הנובעת מהשקעה של קופת גמל בניירות ערך לא סחירים שאינם של צד קשור או ממתן הלוואה למי שאינו עמית או מבוטח, או למי שאינו צד קשור, אם אין ההוצאה משולמת לצד קשור;**
(4) **הוצאה הנובעת מהשקעה של קופת גמל בזכויות במקרקעין שאינן של צד קשור, אם אין ההוצאה משולמת לצד קשור;**
(5) **(נמחקה);**
(6) **מסים החלים על קופת הגמל, על נכסיה, על הכנסותיה ועל עסקאות שנעשו בנכסיה;**
(7) **דמי ביטוח בעד ביטוח משנה לקופת גמל משלמת לקצבה שאינה קופת ביטוח, המשולמים בתנאים שעליהם הורה הממונה;**
(8) **הוצאה בעד ניהול תביעה או תובענה שהגישה חברה מנהלת בשל השקעה של כספי קופת הגמל שבניהולה, כנגד מי שהושקעו בו כספי הקופה או כנגד נושא משרה בו, בשיעור שלא יעלה על 80 אחוזים מסכום ההוצאה ובמגבלות שיוורה עליהם הממונה, ובלבד שאין ההוצאה משולמת לצד קשור; לעניין זה, "נושא משרה" – כהגדרתו בחוק החברות."**

גם במהלך חקירת העדים במסגרת הליך ההוכחות לפניי, נדון ההבדל בין דמי הניהול להוצאות הישירות. כך למשל התייחסה להבדל ביניהם עו"ד כהן-דוד, בחקירתה (ראו עמ' 412 לפרוטוקול, שורה 7 ואילך):

"או.קיי. דמי ניהול זה מה שהחברה המנהלת גובה בגין השירותים שהיא נותנת לעמיתים שלה, וזה בעצם הסכום היחידי שמגיע לכיס של החברה המנהלת. הוצאות ישירות זה ההוצאות שהולכות לצדדים שלישיים הם לא לחברה המנהלת, למשל עמלות ברוקראג' בגין ביצוע פעולות, שזה עמלות שמשולמות לבנקים ולגופים זרים



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

למשל השקעות בקרנות זרות, קרנות גידור שיש שם דמי הצלחה, דמי ניהול. זה דברים שהולכים לצדדים שלישיים. זה ההבדל הגדול בין עמלות ניהול חיצוני לדמי ניהול".
(ההדגשות שלי, מ' א'-ג')

כלומר דמי ניהול כוללים את ההוצאות הנוגעות לניהול בלבד.

עוד נקבע בפסיקה כי דמי ניהול כוללים גם מרכיב רווח. **בעניין הדר**, ציינה כב' השופטת דפנה ברק-ארז כי דמי ניהול מהווים תשלום המועבר לחברה המנהלת ומשמש לכיסוי הוצאותיה ולהשאת רווחיה (**ראו עניין הדר**, בפסקאות 12-13). וכאמור, בדו"ח **מרכז המחקר והמידע 2010**, בעמ' 8233 לתיק המוצגים, עמ' 9 לדוח עצמו, נכתב כי:

"דמי הניהול הם תשלום תמורת המוצר הפנסיוני שהמבוטח רוכש – תשלום הכולל מימון עלויות ומרכיב רווח, כמו מחירו של כל מוצר."

בדו"ח נוסף של מרכז המחקר והמידע של הכנסת: השינוי בדמי הניהול בקופות הגמל (13.2.2012) (צורף כנספח 77 לסיכומי הנתבעת, בעמ' 865, הציטוט מעמ' 868 לנספחים, מופיע בעמ' 3 לדוח עצמו), נכתב בקצרה כי:

"החוסכים באפיקי החיסכון הפנסיוני נדרשים לשלם דמי ניהול לחברה המנהלת על ניהול הנכסים שבידיה בשנות החיסכון."

בבש"א (מחוזי ירושלים) 3640/08 **שלמה סירקיס נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ** (נבו 27.03.2011), להלן: **עניין סירקיס**), דן כב' השופט יצחק ענבר (אז בבית המשפט המחוזי בירושלים), בתשע בקשות לאישור תובענות ייצוגיות, שהוגשו נגד בנקים, קופות גמל וקרנות להשקעות משותפות בנאמנות. בבקשות נטען כי כספי התמורה שנתקבלו עבור מכירתן של קופות הגמל וקרנות הנאמנות בעקבות רפורמת בכר, שייכים לעמיתי הקופות והקרנות. במסגרת הדיון שם, התייחס השופט ענבר לסעיף 32 לחוק קופות גמל ולכספים אותם מורשית החברה המנהלת לגבות מתוקפו, ובכללם דמי הניהול (ראו פס' 18 **בעניין סירקיס**):

"על פי הוראת סעיף 32 לחוק קופות גמל, זכאית חברה מנהלת לגבות מנכסי קופות הגמל דמי ניהול, הוצאות ישירות בשל ביצוע עסקאות בנכסי הקופות, כפי שקבעם השר (ראו גם: תקנות הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל) (הוצאות ישירות בשל ביצוע עסקאות), התשס"ח-2008) ודמי ביטוח... כל אלה הם טובות הנאה הנצמחות לחברה המנהלת בגין הניהול השוטף, בבחינת זרם הכנסות הצפוי מעסק הניהול".
(ההדגשה שלי, מ' א'-ג')

בחוות דעת כלכלית שהוגשה מטעם הנתבעת בתיק זה, מאת המומחה שלום שלי תשובה, נכתב כי **"דמי הניהול הינם התגמול של הגוף המנהל של קופת הגמל עבור ניהולה השוטף של הקופה אשר נגבה מהעמיתים"** (ראו עמ' 8 לחוות הדעת, בסעיף 3.1).

בהיעדר הגדרה ברורה בחוק ולצורך התובענה שלפניי, די יהיה לקבוע כי דמי הניהול הם תשלום אותו גובה החברה המנהלת מחשבוניות עמיתיה (בין אם מההפקדות או הצבירה), בעבור ניהול



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

הקופה השוטף. זאת בהבחנה מהוצאות ישירות, שדוגמאות להן הובאו מעלה, המועברות מהקופה לצדדים שלישיים. דמי הניהול הם למעשה תשלום שנועד לכסות את הוצאות החברה המנהלת בעבור ניהול הכספים וכולל גם מרכיב רווח. כלומר, החברה המנהלת מרוויחה מדמי הניהול ונסמכת עליהם כמקור הכנסה מניב, ולא רק מכסה באמצעותם את הוצאותיה בגין ניהול הקופה. לנקודה זו חשיבות רבה, בשל חלק מהטענות שהעלו הצדדים ביחס לכדאיות הכלכלית שבניהול קופת גמל ללא אפשרות לגבות דמי ניהול (על כך בהמשך).

6.ב. אופן גביית דמי הניהול

להשלמת התמונה, אתייחס לאופן גביית דמי הניהול. משמע, לשאלה באיזה שלב נגבים דמי הניהול וכיצד.

בנוסחם הנוכחי, קובעים סעיף 32 לחוק קופות גמל ותקנה 41ח(א1) לתקנות מס הכנסה, כי דמי הניהול מהווים חלק מן ההוצאות אותן רשאית הקופה לגבות מתשלומיו של העמית ומחשבונו בקופה. תקנות 1964, שנחקקו זמן לא רב טרם הצטרפותו של מר גרינברג לתגמולים, התייחסו בנוסחן המקורי להוצאות ניהול, אותן זכאי הגוף המנהל לגבות מחשבונות העמיתים. כך, בתקנה 1 שעניינה הגדרות, נקבע תחת ההגדרה "כספי קופת הגמל" כי אלה יהיו:

"סך הכספים וההכנסות שנתקבלו על ידי קופת הגמל ולאחר ניכוי-

....
(3) הוצאות לניהול קופת הגמל."

יצוין כי בהמשך שונתה התקנה כך שצירוף המילים "הוצאות לניהול קופת הגמל" הוחלף ל"דמי ניהול".

עו"ד כהן דוד התייחסה בעדותה התייחסה לאופן הגבייה (בעמ' 413 בש' 19 עד עמ' 414 בש' 1 לפרוטוקול):

ש" רק בשביל להשלים את זה, דמי הניהול נגבים אחרי בעצם, קודם נגבים הוצאות ניהול השקעות מסה"כ נכסי הקופה ואחרי זה דמי ניהול נגבים מכל עמית ועמית בדרך לפי ההסדר שיש איתו.
ת: דמי ניהול נגבים מסה"כ היתרה של העמית מועד גביית דמי הניהול."

המשיכה עו"ד כהן-דוד והסבירה (עמ' 428 בש' 19 ועד עמ' 429 בש' 3):

"בסוף שנה יש יתרת סגירה של כמה תשואה הנבנו ללקוח ומהסכום הזה גובים לו את דמי הניהול, זה בחישוב פשטני, כי דמי הניהול נגבים על בסיס יומי וכו', אבל נניח לרגע שדמי הניהול נגבים אחת לשנה, אז יש יתרת פתיחה של הנכסים שזה שיערוך של קופות הגמל שיש, זה X שקלים, נגיד שעשינו תשואה 5%, יש Y שקלים בסוף השנה, מזה נגבים דמי הניהול בחישוב פשטני, כמובן הגביה היא יומית."

היינו, דמי הניהול נגבים כיום לאחר הוספת התשואה ליתרת הפתיחה, ושיעור דמי הניהול מחושב מתוך סכום זה (יתרת פתיחה + תשואה). אשוב לנפקות נקודה זו בהמשך.

6.ג. הגבלת גובה דמי הניהול



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

בתיקון שנכנס לתוקפו ביום 31.3.1987, נוספה לתקנות 1964 תקנה 41ח, שהיא מהחשובות לעניין תובענה זו (ראו ק"ת תשמ"ז מס' 4991 מיום 25.12.1986 בעמ' 236). נוסחה המקורי היה:

**"ניכוי דמי ניהול
41ח. לא תנכה קופה דמי ניהול מעבר לשיעור הקבוע בתקנות ההתאגדות שלה
שאושרו בידי הנציב".**

בשנת 1998 תוקנו תקנות 1964 פעם נוספת, ותקנה 41ח הוחלפה. נוסחה החדש, שנכנס לתוקפו ביום 20.8.1998, הטיל מגבלה על גובה דמי הניהול (להלן: **"תקרה"**). משמע, מעתה לא יכלו קופות הגמל לקבוע בתקנון דמי ניהול בשיעור הגבוה מזה הקבוע בתקנות (ראו ק"ת תשנ"ח-1998 מס' 5919 מיום 20.8.1998 בעמ' 1149):

**"סכום שניתן לנכות מקופה
41ח. (א) ההוצאות שייפרעו מנכסי הקופה או מתשלומי עמיתה, יהיו רק אלה:
דמי ניהול בשיעור שלא יעלה על הקבוע בתקנון הקופה כפי שאושר בידי הנציב
ובכפוף לקבוע בתקנת משנה (ב);
.....
דמי הניהול ייגבו בתשלומים חודשיים רצופים, ושיעורם החודשי לא יעלה על החלק
ה-12 של 2% מסך הנכסים שבחשבונו של כל עמית בסוף כל חודש."**
(הדגשה שלי – מ' א'-ג')

בשנת 1999 נכנס לתוקפו תיקון נוסף לתקנות 1964 ולתקנה 41ח (ראו ק"ת תשנ"ט מס' 5960 מיום 18.3.1999, בעמ' 520). תיקון זה הרחיב מאוד את תקנה 41ח(ב) וקבע, בתמצית, כי הכלל בנוגע לגביית דמי ניהול בתשלומים חודשיים רצופים ובשיעור שנקבע בנוסח התקנות הקודם (לעיל), יחול רק על קופות: **"שלא אושר להן לגבות דמי ניהול על בסיס הוצאות שהוציאו בפועל"**. תקנה 41ח(ב)(2) הגדירה מהם התנאים בהם יאושר לקופה לגבות דמי ניהול על בסיס הוצאות בפועל וכן קבעה תנאים לגבייה כאמור. עניין זה אינו נוגע להליך שבפניי, אך חשוב להבנת הרצף החקיקתי בעניין תקנה זו.

במסגרת תיקון נוסף שנכנס לתוקפו ביום 4.9.2004, תוקן סעיף 41ח פעם נוספת (ראו ק"ת תשס"ד מס' 6332 מיום 5.8.2002, בעמ' 650) (להלן: **תיקון 2004**). בתיקון נקבעו תקנות 41ח(א) ו-41ח(א1) שהבחינו בין הוצאות שייפרעו מנכסי הקופה להוצאות שייפרעו מנכסי העמית. זהו נוסח התקנה עד היום (ההדגשה שלי, מ' א'-ג'):

41ח(א). ההוצאות שייפרעו מנכסי הקופה יהיו רק אלה:
(1) **עמלות קניה ומכירה של ניירות ערך סחירים ועמלות הנובעות באופן ישיר מקניה או ממכירה של נכסים שאינם ניירות ערך סחירים ועמלות ישירות אחרות בעד החזקת נכסי הקופה;**
מסים החלים על הקופה, על נכסיה, על הכנסותיה ועל עסקאות שנעשו בנכסיה;
(א1) **ההוצאות שייפרעו מתשלומי עמית או מחשבונו בקופה יהיו רק אלה:**
(1) **דמי ניהול בשיעור שלא יעלה על הקבוע בתקנות הקופה, כפי שאושר הנציב ובכפוף לקבוע בתקנת משנה (ב);**
(2) **החזרי הלוואה שהקופה רשאית לנכות, בהתאם להוראות תקנה 30;**
(3) **דמי ביטוח הנגבים לפי תקנה 31."**



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

במסגרת תיקון 2004, נוספה גם תקנה 53ב, שעסקה במשלוח הודעה לעמיתים אודות העלאת דמי ניהול (ראו ק"ת תשס"ד מס' 6332 מיום 5.8.2004, בעמ' 875):

**"53ב. (א) קופת גמל תשלח לעמיתה הודעה בדבר העלאת דמי הניהול הקבועים בתקנון או דמי הניהול הנגבים בפועל, והעלאה כאמור לא תחול אלא בתום חודשיים מהמועד שבו נשלחו הודעות כאמור.
(ב) קופת גמל תודיע לעמיתה על שינויים בתקנון שהממונה החליט כי יש להודיע עליהם לעמיתים, באופן ובמועד שיורה להם הממונה."**

תקנה זו בוטלה ביום 1.1.2013 (ראו ק"ת תשע"ב מס' 7143 מיום 19.7.2012, בעמ' 1494). אציין כי הנתבעת טוענת כי התקנה, שעמדה בתוקפה בעת רכישת הקופה והעלאת דמי הניהול, מאפשרת העלאת דמי ניהול בכל עת, בכפוף להודעה כדין. התובעים לעומתה טוענים כי התקנה אינה מקנה את הזכות להעלות דמי ניהול בכל מצב ובאופן חד צדדי, אלא עוסקת בפרוצדורה הנדרשת כאשר לקופה קיימת זכות להעלות את דמי הניהול. לדיון בטענות אלה אשוב בהמשך.

נדבך חשוב נוסף בתובענה שלפניי, העומד בבסיס רכישת הקופה בידי דש, נוגע לשינוי נוסף ומשמעותי בשוק ההון ובקופות הגמל בפרט, שתחילתו בשנת 2004, והוא רפורמת בכר והחקיקה בעקבותיה.

7. פרק שביעי: רפורמת בכר והחקיקה בעקבותיה

באפריל 2004 כונס צוות בין משרדי בראשות מנכ"ל משרד האוצר באותה עת, ד"ר יוסי בכר. הצוות נתבקש לבחון ולהמליץ על הפעולות הדרושות בכדי להגביר את התחרות בשוק ההון בישראל. הצוות הגיש מסקנותיו בחודש ספטמבר 2004 (ראו: דו"ח הצוות הבין-משרדי לעניין רפורמה בשוק ההון (ספטמבר 2004, להלן: **דו"ח ועדת בכר**). מסקנות הצוות בהיבט קופות הגמל התמקדו בבעיות של ריכוזיות וניגודי עניינים בניהולן של הקופות, ובצעדים המומלצים להגברת התחרות בשוק זה. אחת ההמלצות העיקריות הייתה כי ניהול קופות הגמל יוצא באופן הדרגתי מידי הבנקים ויועבר לגופים פיננסיים אחרים (ראו דו"ח ועדת בכר, בעמ' 5, 38-33). כן הומלץ במסגרת דו"ח ועדת בכר על שינויי חקיקה והסדרה וביניהם חקיקת חוק קופות גמל שיסדיר את כללי הפיקוח והאכיפה לגבי קופות גמל (שם, בעמ' 6-7, 44-41).

תוצאותיו של הדו"ח ידועות בכינוי "רפורמת בכר". עיקרה של הרפורמה הוא בתיקוני חקיקה מקיפים, וביניהם חקיקת חוק קופות גמל, המהווה נדבך מרכזי בדיון הנוכחי; ובעניין האיסור על בנקים להחזיק ולנהל קופות גמל (ראו: החוק להגברת התחרות ולצמצום הריכוזיות וניגודי העניינים בשוק ההון בישראל (תיקוני חקיקה), תשס"ה-2005 (להלן: **החוק להגברת התחרות בשוק ההון**)).

בעניין דמי ניהול, קובע סעיף 32 לחוק קופות גמל כדלהלן:



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

32" (א) חברה מנהלת לא תגבה מנכסי קופת גמל שבניהולה, מחשבוניות עמיתים בקופה, מתשלומים המועברים לקופה, או מתשלומי הקופה לעמיתים או לעובדים של עמית-מעביד או למוטביהם, אלא את אלה (בסעיף זה – הוצאות ודמי ניהול):
(1) דמי ניהול;
(2) הוצאות ישירות בשל ביצוע עסקאות בנכסי קופת הגמל, כפי שקבע השר;
(3) דמי ביטוח הנגבים לפי הוראות סעיף 16(ד)(6).
(ב) השר, באישור ועדת הכספים, יקבע את הסכומים או השיעורים, המרביים, של ההוצאות ודמי הניהול שחברה מנהלת רשאית לגבות מנכסים, מחשבוניות או מתשלומים, כאמור בסעיף קטן (א)."

במרוצת השנים, הותקנו מכוח חוק קופות גמל תקנות רבות, המסדירות סוגיות שונות הנוגעות לניהול קופות הגמל בידי החברות המנהלות. בכלל זה, הותקנו גם תקנות הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל)(דמי ניהול), התשע"ב-2012 (להלן: **תקנות דמי ניהול**). יצויין כי עם התקנתן בשנת 2013, בוטלה תקנת משנה 41ח(ב) לתקנות 1964, שקבעה את שיעור דמי הניהול החודשי המותר לגבייה (ראו ק"ת תשע"ב מס' 7131 מיום 21.6.2012, בעמ' 1265).

בתקנה 2 לתקנות דמי ניהול, שהותקנה מכוחו של סעיף 32(ב) שהובא לעיל, נקבעו תקרות דמי ניהול מהפקדות העמית ומכספי הצבירה:

2" (א) חברה מנהלת של קופת גמל רשאית לגבות דמי ניהול –
(1) מן היתרה הצבורה בחשבונו של כל עמית בשיעור שלא יעלה על 1.05% לשנה;
(2) מתוך התשלומים המועברים אליה בשל כל עמית – בשיעור שלא יעלה על 4%;"

בהקשר זה טוענת הנתבעת כי תקנות אלה התיירו, לראשונה, גביית דמי ניהול מהפקדות העמית, וכי לפני כן הדין אסר גבייה כאמור. התובעים מנגד, טוענים כי טענה זו משוללת יסוד וכי גם תקנות 1964 מתירות בסעיף 41ח(א) גבייה מ"תשלומי העמית", שהן למעשה ההפקדות. בהחלטת האישור, קיבל השופט ענבר את טענת התובעים, וקבע כי הדין אינו מונע ולא מנע מעולם גביה מן ההפקדות (ראו פסקה 15 להחלטת האישור). אשוב ואכריע בסוגיה זו בהמשך הדיון, תוך התייחסות לאסמכתאות הנוספות שהביאו הצדדים לפניי.

8. פרק שמיני: מכירת קופות הגמל ונוהל ההעברה

נושא כללי נוסף אליו יש להתייחס כרקע נורמטיבי כללי לתובענה שלפניי הינו נוהל ההעברה שהוציא הממונה לעניין מכירת קופות גמל. מכירת ניהול קופות הגמל נעשתה בהתאם לתנאים שקבע הממונה, מכוח סמכותו על פי חוק קופות גמל. תנאים אלה פורטו ב"נוהל העברת ניהול מרצון של קופת גמל המנוהלת בנאמנות לחברה מנהלת אחרת בהתאם לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), התשס"ה-2005" (להלן: **נוהל ההעברה**), שפורסם ביום 5.11.2006.

לפי נוהל ההעברה, לשם קבלת אישור מראש מהממונה להעברת ניהול קופת גמל מחברה אחת לאחרת (להלן: **חברה מעבירה וחברה קולטת**), יש להגיש לממונה מתווה פעולה מפורט. החשובות לענייננו, הן הדרישות בעניין נטילת התחייבויות קופת הגמל, והשמירה על רציפות זכויות העמיתים. כך למשל, דרש סעיף 4א' "המצאת התחייבות של החברה המנהלת הקולטת לפיה בכפוף להשלמת



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

העברת הניהול, תיטול היא על עצמה את כל ההתחייבויות של קופת הגמל מכל מין וסוג שהוא כלפי העמיתים". כך גם הדרישה בסעיף 4' לנוהל, להגשת תצהיר מטעם מנכ"ל החברה הקולטת לפיו "רציפות זכויות העמיתים תישמר כאילו לא חל שינוי והשינוי היחיד שיחול הוא שינוי הנובע מעצם העברת זכויות הניהול בקופת הגמל לחברה המנהלת הקולטת". כן נדרשו מנכ"לי שתי החברות, המעבירה והקולטת, להעביר לממונה הודעה חתומה (להלן: ההודעה המשותפת), לפיה "רציפות זכויות העמיתים נשמרה ולא חל בהן כל שינוי והשינוי היחיד שחל הוא שינוי הנובע מעצם העברת זכויות הניהול בקופת הגמל לחברה המנהלת הקולטת" (סעיף 5'ד) וכן כי "כל פעילות קופת הגמל עברה לחברה המנהלת הקולטת וכל זכויות העמיתים נשארו ללא שינוי" (סעיף 5').

בפועל, מכירת קופות הגמל לחברות הביטוח וחברות ההשקעות נמשכה עד לשנת 2008 (ראו דו"ח מרכז המחקר והמידע של הכנסת, שהוגש לוועדת המשנה לפנסיה בוועדת הכספים, בעניין "השינוי בדמי הניהול בקופות הגמל" עמ' 2 (13.2.2012)).

בחלק הבא אציג את מאפייני קופת הגמל תגמולים, אתאר את תהליך רכישתה מידי בנק הפועלים ואתיחס לדמי הניהול שנגבו בה – טרם ולאחר רכישתה בידי הנתבעת.

חלק שלישי: מכירת קופת הגמל נשוא התובענה

בחלק זה אעבור מהדיון הכללי בשוק ההון בהקשר של קופות גמל ומכירתן במסגרת רפורמת בכר, ואעבור לבחינת קופת הגמל נשוא התובענה, על גלגולה השונים, עד למכירתה לנתבעת (ככל שלא נאמר אחרת, מדובר בעובדות שאינן במחלוקת מהותית).

9. פרק תשיעי: קופת הגמל תגמולים, רכישתה וגביית דמי הניהול בה

9.1 קופת הגמל תגמולים

קופת הגמל תגמולים נוסדה במקור כחברה בת של בנק הפועלים בשם "תגמולים לעצמאיים בע"מ". תגמולים היא קופה שאינה משלמת קצבה, ונועדה במקור לחיסכון ארוך טווח לעצמאיים. בהמשך, הורחבה כך שצורפו אליה גם שכירים, אנשי צבא קבע ועובדי בנק הפועלים. בשנת 2005 מוזגה תגמולים עם "גד גמולים", חברה בבעלות מלאה של בנק הפועלים, שניהלה גם את קופת הגמל "גדיש" של הבנק (להלן: המיזוג). עד למיזוג, היה תקנון ההאגד של תגמולים גם תקנון הקופה. עם המיזוג, הותקן תקנון נפרד לכל אחת מהקופות שניהלה גד גמולים, בנפרד מתקנון ההאגד שלה. לתקנונים אלה אתיחס כעת.

9.2 תקנוני קופת הגמל תגמולים ותקנון גד-גמולים

בחלק זה אסקור את תקנוני הקופה לאורך השנים, בדגש על ההוראות העוסקות בדמי הניהול ובאופן גבייתם מן העמיתים. בהמשך, חלק זה יסייע לנו בבחינת טענות הצדדים ביחס לחיובים החלים על הנתבעת.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

1

2

9.2.א. תקנון תגמולים לעצמאיים בע"מ משנת 1957

3

4

5

6

7

8

9

10

11

12

13

14

15

16

17

18

19

20

21

22

23

24

9.2.ב. תקנון תגמולים לעצמאיים בע"מ משנת 1966

25

26

27

28

29

30

31

32

33

34

35

36

37

תגמולים הוקמה מכוח הוראות סעיף 98 לתקנון ההאגד של חברת תגמולים לעצמאיים בע"מ משנת 1957 (צורף כמוצג 299 בתיק המוצגים, בעמ' 8369, להלן: **תקנון 1957**). אדגיש כי מדובר בתקנון חברה, כאשר סעיפים 1-98 ו-112-117, עוסקים בענייניה של החברה (סוגי מניות, מינוי מנהלים, פירוק וכיו"ב). סעיפים 98-99 עוסקים בקופת הגמל. סעיף 98 לתקנון 1957, שכותרתו "תכנית חסכון", נקבע כי תגמולים תנהל חשבון חיסכון אינדיבידואלי לכל חוסד, שיקבל ריבית על הסכומים ששילם, לפי התנאים שייקבעו בתכנית החיסכון שהצטרף אליה. עוד נקבע כי התנאים להחזרת החיסכון לכל חוסד יקבעו בתכנית החיסכון (סעיף 99 עוסק באופן ההשקעה).

סעיף 98(א) לתקנון 1957 קבע חובה להצהיר על נכונות לחסוך סכום שנתי שלא יהיה פחות מ-120 ל"י, אך לא נקבעו בשאר התקנון תנאים לתכניות החיסכון, ובכלל זה לא נקבעו הוראות בנוגע לדמי ניהול או הוצאות ניהול שניתן לגבות מהעמיתים. התובעים טוענים כי תנאים אלה נקבעו ופורטו במסמכים הספציפיים של כל תכנית חיסכון שהוקמה על ידי הבנק מכוח הוראות סעיף 98 לתקנון 1957. בקופת תגמולים נקבעו התנאים בבקשת ההצטרפות ופנקס החבר, המהווים לשיטת התובעים את הסכמי העצמאיים/שכירים, ובהסכם צבא הקבע.

לטענת התובעים, תקנון זה הוא שהיה בתוקף עת הצטרף מר גרינברג לקופה. כפי שאבהיר בהמשך חלק זה, כעולה מהראיות שהוצגו לאחר בקשת האישור, נראה שהתקנון שהיה בתוקף הוא תקנון 1966. עם זאת, טענת התובעים לפיה התנאים בעניין גביית דמי הניהול נקבעו במסמכי ההצטרפות ולא בתקנון, שהתקבלה ע"י השופט ענבר בבקשת האישור עומדת גם לאור תקנון זה, כפי שיפורט בהמשך.

בשלב ההוכחות, טענה הנתבעת כי הצליחה לאתר את תקנון הקופה משנת 1966, שעמד בתקפו בעת הצטרף מר גרינברג לקופה. הנתבעת הסבירה, כי לאחר התקנתן של תקנות 1964, נדרשו הגופים השונים שניהלו את קופות הגמל להתאים את תקנוניהם הקיימים להוראות הדין החדש שיצרו תקנות אלה.

יחד עם המסמך אותו איתרה הנתבעת, ולגביו טוענת כי הוא התקנון התקף (בו אדון מיד), הצליחה היא לאתר אצל רשם החברות פרוטוקול אסיפה כללית של תגמולים מיום 30.6.1966 בה הוחלט על החלפת התקנון (ראו במוצג 243, עמ' 2993 לתיק המוצגים). בפרוטוקול נכתב כי:

"מר מ. ים-שחור מוסר, כי לאור השינויים שחלו בתקנות מס-הכנסה שמתייחסות לקופות גמל, ולאור ההתפתחות בהיקף פעולותיה של החברה, מן הראוי שהחברה תאמץ לה תקנות התאגדות חדשות, בנוסח שהוגש לחברים. הוא מוסיף ומוסר, כי התקנות המוצעות אושרו כחוק מטעם הממונה על החסכון".



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

בהמשך, החליטו חברי האסיפה לשנות את תקנות ההתאגדות של חברת תגמולים ולהחליף את התקנות הקיימות שתבטלנה. התקנות החדשות צורפו לפרטיכל הישיבה וסומנו א'. אולם, לטענת הנתבעת, עותק של התקנון שאושר ביום 30.6.1966 (להלן: **תקנון 1966**) לא אותר ברשם החברות.

עוד אותר אצל רשם החברות מכתב מאת רשם החברות לתגמולים, מחודש אוגוסט 1966, בו צוין כי נרשמה ההחלטה המיוחדת מיום 30.6.1966 בדבר "החלפת תקנות ההתאגדות" (ראו במוצג 243, עמ' 2872 לתיק המוצגים). משמע, רשם החברות קיבל עותק של תקנון 1966.

עוד הצליחה הנתבעת למצוא כי בסופו של תקנון 1957 שתויק אצל רשם החברות, הופיע עמוד ראשון של תקנון אחר, ועליו חותמת "נתקבל" מיום כ"ג בתמוז תשכ"ו - 11.7.1966 (ראו במוצג 243, עמ' 3748 לתיק המוצגים). המשכו של התקנון לא תויק ולא הופיע במקום אחר בתיק רשם החברות.

ואולם, מסבירה הנתבעת, לעמדת הממונה שהוגשה בהליך האישור, צירף הממונה העתקי תקנונים שהיו מצויים בידיו (ראו סעיף 1 לעמדת הממונה ונספח א' לה). העמוד הראשון של אחד התקנונים שצירף הממונה, זהה לעמוד שתויק בסוף תקנון 1957 אצל רשם החברות, שעליו חותמת ה"נתקבל" מיום "כ"ג תמוז תשכ"ו - 11.7.1966". שני העמודים זהים בנוסחם, בעמודים (מספרי העמודים) וכוללים את אותן שגיאות כתיב שתוקנו מאוחר יותר בהדפסה "גבוהה" כפי שהיו נהוג באותן שנים (ראו שתי טעויות הכתיב בסעיף 7 בשני העמודים). בשתייהן גם קיימת אות אותה מכנה הנתבעת "חריגה". מדובר באות "ס" במילה "**גופים**". האות חריגה בגודלה ונראית כאילו "מרוחה" (ראו סעיף 2 בשני העמודים) (הנתבעת צירפה את שני העמודים באופן נוח להשוואה, בנספח 20 לסיכומיה).

מכך מסיקה הנתבעת, כי אחד התקנונים שצירף הממונה הוא תקנון 1966. מדובר לדידה באותו תקנון שאישרה האסיפה הכללית בישיבתה מיום 30.6.1966, שנתקבל אצל רשם החברות ביום 11.7.1966, ושמכתב בעניין רישום ההחלטה לאשרו נתקבל בחודש אוגוסט 1966 (ראו לעיל).

סקרתי את שני העמודים הראשונים לכל מסמך בהתאם לטענות הנתבעת, והתרשמתי כי אכן מדובר בעמודים זהים, מהם ניתן ללמוד כי המשך המסמך שצורף לעמדת הממונה, הוא תקנון 1966 של הקופה. אם כן, אני קובעת כי תקנון 1966 הוא שעמד בתוקף עת הצטרף מר גרינברג לקופה, וכי הנוסח המצורף לעמדת הממונה בתיק זה, וכנספח 10 לסיכומי הנתבעת, הוא נוסח תקנון ההתאגדות שעמד בתקפו עת הצטרף מר גרינברג לקופה, ולא תקנון 1957, כפי שקבע השופט ענבר.

גם תקנות 1966, בדומה לתקנון 1957 הוא תקנון התאגדות של חברה, שמרבית הוראותיו נוגעות לניהול החברה. אולם, בשונה מתקנון 1957, כולל תקנון 1966, מוקדש פרק שכותרתו "תכניות החסכון" (החל מסעיף 40) הכולל הגדרות, קופת החברה, אופן ההצטרפות וחובות העמית. עם זאת,



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

כפי שאפרט להלן, איני סבורה כי הדבר מביא לשינוי המסקנה בעניין קביעת דמי הניהול בהסכמי ההצטרפות הלבד תקנוניים.

2.9.ג. תקנון תגמולים לעצמאיים בע"מ משנת 1988

חשיבותו של תקנון זה הינה בעיקר בשל כך שבמסגרתו, בוטלה חובת ההפקדה המינימלית של 120 ל"י שחלה על העמיתים על פי התקנונים הקודמים. במקומה, נקבעה בתקנון 1988 האפשרות לעמית להפקיד "כל סכום שהוא" וכן נקבע כי עמיתים בעלי מעמד מיוחד או עמיתים מבוגרים יוכלו לבצע הפקדה חד פעמית בלבד (ראו מוצג 300 בעמ' 8385, סעיף 25.3-25.5).

2.9.ד. תקנון גד גמולים משנת 2005 והסדר המיזוג בין תגמולים לגד גמולים

חברת גד גמולים הוקמה על ידי בנק הפועלים בשנת 2005, במטרה לנהל את קופות הגמל השונות של הבנק תחת קורת גג אחת, כחלק מההיערכות לרפורמת בכר (ראו הסדר המיזוג במוצג 305 בעמ' 8451). למטרה זו, מוזגה ביום 13.7.2005 תגמולים לעצמאיים בע"מ עם ולתוך גד גמולים (שם, "והואיל" שני שלישי ורביעי בעמ' 8452). המיזוג ביטל את מעמדה של תגמולים כחברה בע"מ, והיא הפכה להיות "תכנית" קופת גמל נפרדת (ראו "והואיל" ראשון בעמ' 8452 וכן סעיף 2 להסדר בעמ' 8453). בפועל, קיבלה על עצמה גד גמולים את כל זכויות והתחייבויות תגמולים כלפי העמיתים (ראו סעיף 4 להסדר המיזוג, בעמ' 8453):

"הסדר מיזוג זה יבוצע כך שזכויותיהם של העמיתים של קופת גמל נשוא הסדר מיזוג זה לפי תקנון תאגיד קופת הגמל עובר לביצוע הסדר מיזוג זה לא תיפגענה (למעט זכויות של העמיתים של תאגיד קופת הגמל הנובעות ממעמדו כחברה בע"מ...). בכלל זה, לא יועלו דמי הניהול של קופת הגמל; ... הכל – אלא אם כן יידרש מכוח הדין לבצע שינויים כאמור."
(הדגשה שלי – מ' א'-ג').

ביום 14.12.2005 נתקבל אצל רשם החברות תקנון ההתאגדות של גד גמולים, שנקבע ביום 15.9.2005 (ראו מוצג 301 בעמ' 8407; להלן: **תקנון גד גמולים 2005**). תקנון זה לא קבע כללים בנוגע לגובה דמי הניהול שניתן לגבות מן העמיתים, והפנה למוסכם בין הקופה לעמיתיה (ראו סעיף 5(ד), בעמ' 8414 לתיק המוצגים):

"החברה תגבה בעד השירותים כמפורט בסעיף 112 לתקנון זה דמי ניהול בשיעור המוסכם בינה לבין עמיתי קופת הגמל להם יינתנו שירותים כאמור, וזאת בכפוף להסדר התחוקתי."

בהחלטת האישור, קבע השופט ענבר כי (ראו סעיף 30 להחלטת האישור):

"ההיגד: "בשיעור המוסכם" מכון, כפשוטו, להסכמה לבר-תקנונית בת תוקף."
(ההדגשה במקור – מ' א'-ג').

הנתבעת טענה כי סעיף 5(ד) הוא סעיף כללי המתייחס לשיעור דמי הניהול בתקנוני הקופות השונות שמוזגו לגד גמולים, ולא למסמכי הצטרפות כלשהם בקופת תגמולים. הנתבעת הפנתה גם לסעיף 112 לתקנון גד גמולים 2005 בו נכתב כי החברה תנהל "קופות גמל", בלשון רבים, וכן לסעיף 2 בו צוין כי החברה רשאית "לגבות דמי ניהול, בתנאים המוסכמים בין החברה לבין קופת הגמל



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

הרלוונטיות והכל בהתאם לחוקים, לתקנות לכללים ולהוראות כפי שיהיו מעת לעת, המסדירים את אופן ניהול קופות גמל". לדידה של הנתבעת, הקביעה בסעיף 30 בהחלטת האישור, לפיה ההיגד: "בשיעור המוסכם" מכון להסכמה לבר תקנונית בת תוקף, שגויה. לדידה, ההיגד מתייחס לשיעור המוסכם בתקנונים של קופת הגמל הרלבנטית, ולא זה המוסכם עם העמיתים.

על מנת לברר את המחלוקת בין הצדדים ולהבין מה מלמדות הוראותיו של תקנון גד גמולים 2005 על תפיסת הבנק את התחייבויותיו לעמיתים בהיבט דמי הניהול, אבחן כעת את הוראות התקנון ואנסה ללמוד מהן כמכלול.

סעיף ההגדרות מגדיר כי "החברה" במסגרת ההסכם היא גד גמולים. סעיף 2 לתקנון, קובע מהן מטרות החברה:

"להקים, לייסד ולנהל קופות גמל כהגדרתן בחוק קופות גמל, אשר תנוהלנה כתכניות בנאמנות בידי החברה. כמו כן, רשאית החברה לתת שירותי תפעול וביצוע השקעות לקופות גמל ולגבות בגינם דמי ניהול, בתנאים המוסכמים בין החברה לבין קופת הגמל הרלוונטית... (הדגשה שלי – מ' א'-ג')."

נראה כי סעיף זה מבחין בין קופות גמל המנוהלות כתכניות נאמנות בידי גד גמולים (המוגדרות בחלק ההגדרות כ"תכניות") אותן תקים, תייסד ותנהל גד גמולים; לבין קופות גמל להן תעניק גד גמולים שירותי תפעול והשקעות – ובמקרה זה רשאית היא לגבות דמי ניהול כמוסכם בינה לבין קופת הגמל.

סעיף 112 קובע כי גד גמולים (החברה) תנהל עבור קופות הגמל המנוהלות במסגרתה את פעילותן והשקעותיהן:

"החברה תנהל במישרין או באמצעות מי שיוסמך על ידה, בהסכמת הדירקטוריון, את הפעילות וההשקעות קופות הגמל (ככה"נ צ"ל בקופות הגמל – מ' א'-ג') המנוהלות כתכניות במסגרתה, ולצורך כך תהיה מוסמכת לבצע, בכפוף להסדר התחוקתי, כל פעולה הנלווית והקשורה לתפעול ולניהול השקעות קופות הגמל האמורות". (הדגשה שלי – מ' א'-ג')."

סעיף 5(ב), קובע גם הוא הבחנה בין שני סוגי שירותים, כפי שעושה סעיף 2. האחד, הוא סוג השירותים המפורטים בסעיף 112 שהוצג כעת – ניהול הפעילות וההשקעות. הסוג השני הינם שירותים אדמיניסטרטיביים, שינתנו לקופות גמל מסוימות ותמורתם ניתן יהיה לגבות דמי ניהול שהוסכמו עם קופת הגמל.

לעומת זאת, סעיף 5(ד) עוסק אך בסוג השירות שיינתן לקופות המנוהלות כתכניות אצל גד גמולים, שכן הוא מפנה לסעיף 112. במקרה זה, תהיה החברה רשאית לגבות דמי ניהול בשיעור המוסכם בינה לבין עמיתי קופות הגמל. זאת, בשונה מסעיף 5(ב) והסיפא לסעיף 2, שם דמי הניהול הם המוסכמים בין גד גמולים לקופת הגמל עצמה. ואזכיר, כי הסכם המיזוג הפך את תגמולים להיות



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

תכנית המנוהלת בנאמנות על ידי גד גמולים (ראו "והואיל" ראשון ושני בעמ' 8452 וכן סעיף 2 להסדר בעמ' 8453).

אבחנה חשובה זו בין שני ה"מסלולים" שקובע תקנון גד גמולים 2005 בהקשר זה, מחזקת את קביעתו של השופט ענבר בהחלטת האישור, ומעידה כי הבנק ראה באותה העת את ההסכמות הפרטניות בינו לבין עמיתיו, בהקשר לדמי הניהול, כמחייבות ובנות תוקף (טענה שעוד תידון בהמשך).

9.2. תקנון תגמולים 2005

ביום 20.9.2005 הותקן תקנון לקופת הגמל תגמולים (להלן: **תקנון הקופה 2005**) (מוצג 302 בעמ' 8437). ראוי לציין כי תקנון זה הותקן לאחר המיזוג עם גד גמולים, ורק ימים בודדים לאחר קביעת תקנון גד גמולים 2005 בו דנתי לעיל, שהותקן כאמור ביום 15.9.2005 ואושר על ידי רשם החברות בדצמבר 2005. בהתאם לכך, בחלק ההגדרות בתקנון הקופה 2005, הוגדר כי "החברה המנהלת" היא גד גמולים. כן הוגדר כי "קופת הגמל או הקופה" הינה תגמולים, המנוהלת כנאמנות על ידי החברה המנהלת. הגדרות אלה מחזקות את מסקנותיי בחלק הקודם, בנושא פרשנות תקנון גד גמולים והמסלולים הקבועים בו לגביית דמי ניהול. בפרט, לגבי המסלול הרלוונטי לענייני, הנובע מהגדרתה של תגמולים כתכנית המנוהלת בנאמנות ע"י גד גמולים.

תקנון הקופה 2005 קבע בסעיף 1.1 כי:

"תקנון הקופה, תקנון החברה המנהלת וכל המסמכים הנוספים – מסמכי הצטרפות, ומסמכים נוספים המסדירים את מערכת היחסים בין הקופה לעמית ואת זכויותיו הנובעות מחברותו בקופה (להלן – המסמכים הנלווים) – מחייבים את החברה המנהלת, את הקופה, את העמית ואת מעבידו..." (הדגשה שלי – מ' א-ג').

סעיף 1.1.2 קבע כי כל נושא המוסדר בתקנון הקופה ובמסמכים הנלווים אשר "אוסרו ו/או נחתמו ונמסרו לקופה כנדרש" – ינהגו לפי הוראותיהם, כל עוד אינם סותרים את הוראות החוק. כן קובע סעיף 7 לתקנון הקופה 2005 כי ההצטרפות לקופה תהא באמצעות מילוי טופס הצטרפות ומסירתו לחברה, וכי חברותו של העמית תחל במועד הפקדת הכספים לחשבוננו.

9.3. רכישת תגמולים על ידי הנתבעת והסכם הרכישה

לאור רפורמת בכר, העמיד בנק הפועלים למכירה את כל קופות הגמל אשר היו בניהולו (ראו גם התייחסות מר בן-זאב בעמ' 457 לפרוטוקול, ש' 21 ואילך, עד עמ' 458, ש' 23). תגמולים נמכרה על ידי בנק הפועלים ביום 26.2.2007, לנתבעת, תמורת 31 מיליון ₪. לטענת התובעים, שנתמכת בחו"ד של ד"ר רועי שלם מטעמם (להלן: **חו"ד ד"ר שלם**), עסקת הרכישה הייתה עסקה חריגה, שכן התמורה ששילמה דש היוותה 0.65% בלבד מסך הנכסים המנוהלים בקופה, כשמחירי המכירה ברוב עסקאות מכירת קופות הגמל, נעו בטווחים של 2.6% עד ל-3.6% מהיקף הנכסים המנוהלים בקופות הגמל הנרכשות (עמ' 9 לחו"ד ד"ר שלם).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

אין מחלוקת בין הצדדים כי מדובר במחיר נמוך וחריג בהשוואה לתמורה המקובלת ברכישת קופות גמל. אולם, הצדדים חלוקים ביניהם בעניין הסיבה למחיר הנמוך, ועל כך בהמשך. במועד העברת הניהול של הקופה לדש, כללה הקופה כ-170 אלף עמיתים (תשובה א', מיום 20.6.2016, לשאלון מיום 10.4.2016 (מוצג 354 בעמ' 8708)). עסקת הרכישה הושלמה ביום 30.6.2007 וניהול הקופה עבר לנתבעת.

9.4. גביית דמי הניהול בתגמולים - טרם הרכישה ואחריה

בסעיף 2.2 להסכם הרכישה מיום 26.2.2007 נכתב כי נכון למועד חתימתו, הבנק גובה מהעמיתים דמי ניהול בשיעור אפס:

"נכון למועד חתימתו של הסכם זה, המוכרת או הבנק, לפי העניין, גובים מחשבונות העמיתים בקופת הגמל תגמולים (א) דמי ניהול בשיעור אפס, וכן (ב) דמי ביטוח חיים קולקטיבי מחלק מהעמיתים העומדים בקריטריונים, והכל בסכומים לפי הפירוט בנספח ב' של הסכם זה אשר כולל: (i) את סכום דמי הניהול (בשיעור אפס)..."
(הדגשה שלי, מ' א-ג')

יצוין כי בעניין הגבייה טרם הרכישה אין כל מחלוקת. אף הנתבעת מסכימה כי הקופה גבתה דמי ניהול בשיעור אפס מעמיתי שתי הקבוצות, וכי ידעה על כך בעת הרכישה (הצדדים חלוקים בדבר המשמעות וההשלכות של הדברים).

בחלוף 3 חודשים מהשלמת הרכישה, בחודש אוקטובר 2007, החלה דש לגבות דמי ניהול מכלל עמיתי תגמולים. כך למשל, הראו התובעים כי ממר גרינברג נגבו בשלושת החודשים של השנה הראשונה (אוקטובר-דצמבר 2007), 0.15% מכלל נכסי החשבון (0.6% בחישוב שנתי). ממר לוינרד גבתה דש באותם 3 חודשים 0.19% מכלל נכסיו (0.76% בחישוב שנתי) (ראו הדוחות השנתיים של התובעים המייצגים, בנספח 4 לסיכומי התובעים (מוצג 287 בעמ' 8334 ומוצג 333 בעמ' 8549)). על פי הערכות שביצע ד"ר שלם לצורך חוות דעתו, גבתה דש דמי ניהול "בהיקף מלוא התמורה ששילמה בתוך שנה וארבעה חודשים בלבד. כמו כן, זכו הנתבעת וחברת האם בתמורות עקיפות שונות כתוצאה מרכישת הניהול בקופת הגמל" (ראו בעמ' 10 לחוו"ד ד"ר שלם). לטענת התובעים, מדובר בתוצאה בלתי הגיונית, שכן הציפיה הסבירה בהקשר זה היא להחזר השקעה של חמש עד שש שנים ברכישת קופת גמל (התובעים נסמכים הן על חוו"ד ד"ר שלם, הן על עדותו של מר נויברגר מטעם הנתבעת, בעמ' 307, ש' 14-21 לפרוטוקול הדיון).

על פי הדו"ח שמסרה דש במסגרת ההליך (מוצג 277 בעמ' 8296), סך דמי הניהול שגבתה מחשבונות העמיתים המשתייכים לקבוצות עד לשנת 2016, מסתכם נומינלית ב-253,043,975 ש"ח, ובמילים פשוטות – מעל לרבע מיליארד ש"ח. לפי התובעים, ערב הגשת הסיכומים באמצע שנת 2020 כבר עמד הסכום על כחצי מיליארד ש"ח.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

על רקע כל אלו אפנה להכריע בשאלות שמעוררת התובענה שלפניי.

דיון והכרעה

חלק רביעי: על פסק הדין

לעיל סקרתי את הרקע הנורמטיבי והדין החל על קופות גמל וגביית דמי ניהול בהן, וכן פירטתי אודות רכישת תגמולים בידי הנתבעת וגביית דמי הניהול לפני ואחרי הרכישה. כעת, אעבור לדון בשאלות אותן הגדיר ענבר במסגרת החלטת האישור. שאלות אלה יהיו את הבסיס לדיון, ולאורם אצעד.

אציין כבר בפתח הדברים כי היקף המסמכים בתיק היה עצום. כך, תיק המוצגים נשא קרוב ל-1,000 עמודים, הפרוטוקול נושא קרוב ל-600 עמודים, סיכומי התובעים עומדים על 540 עמודים בקירוב, כולל נספחים, סיכומי הנתבעת נושאים 157 עמודים לצד 994 עמודי נספחים, וסיכומי התשובה נושאים 67 עמודים. זאת, לצד אלפי עמודים (במצטבר) של כתבי בי-דין (כך הבקשה לאישור וכתב התביעה נושאים כ-200 עמודים, התשובה לבקשת האישור נושאת כ-200 עמודים כולל נספחים), תצהירים וחוות דעת (תצהירי התובעים נושאים 600 עמודים כולל חוות דעת המומחה ותצהירי הנתבעת נושאים 1687 עמודים כולל שתי חוות הדעת). אני עומדת על היקף התיק בכדי להבהיר כי בחנתי את כלל החומר, הכולל אלפי עמודים (שחלקו הוגש מספר פעמים), אך ההתייחסות תהיה אך לדברים שמצאתי כרלבנטיים לתובענה שלפניי.

10. פרק עשירי: מבנה פסק הדין

בפתח הדיון אעמוד על העדים והראיות. בחלק החמישי אדון בשאלה הראשונה, האם ניתן לכרות הסכמים לבר תקנוניים לעניין דמי ניהול, והאם התובעים כרתו הסכמים כאלו עם הקופה עובר לרכישתה ע"י הנתבעת. לעניין זה יעסוק פרק 12 בשאלה העקרונית של כריתת הסכמים לבר תקנוניים לעניין דמי ניהול; בפרק 13 אדון בשאלה האם מסמכי ההצטרפות ופנקס החבר של מר גרינברג מהווים או מעידים על הסכם לבר תקנוני מחייב בין הצדדים; בפרק 14 אדון במסמכי ההצטרפות של שאר חברי קבוצת העצמאיים/שכירים, ופרק 15 יעסוק בהסכם צבא הקבע כהסכם לבר תקנוני.

בחלק הששי אדון בשאלה השנייה: האם ההסכמים הלבד תקנוניים תקפים ומחייבים את הנתבעת. במסגרת שאלה זו אדון בפרק 16 בשאלה האם תגמולים או גמול השתחררו מהתחייבויותיהן כלפי העמיתים; בפרק 17 אדון בשאלה האם הסכם צבא הקבע בוטל עובר לרכישה ובפרק 18 בשאלה האם הדין שחל בעת רכישת הקופה אסר על גבייה מהפקדות. בחלק השביעי אדון בשאלה השלישית: האם קמה לנתבעת זכות לשנות את גובה דמי הניהול באופן חד צדדי. בחלק זה אדון בשאלות הבאות: פרק 19 יעסוק בשאלה האם בעקבות הסכם הרכישה רשאית היתה הקופה להעלות את דמי הניהול; פרק 20 יעסוק בשאלה האם הנתבעת רשאית לשנות באופן



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

1 חד צדדי את דמי הניהול לאחר הרכישה בשל היות החוזה חוזה יחס; פרק 21 ידון בשאלה האם
2 הנתבעת רשאית לשנות באופן חד צדדי את דמי הניהול לאחר הרכישה בהיות החוזה חוזה שלא
3 נקצב בזמן; פרק 22 ידון באפשרות לשינוי דמי הניהול לאחר הרכישה מכוח תקנה 53ב(א) וההודעה
4 שנשלחה לעמיתים.

5
6 **החלק השמיני** ידון בהפרות הנובעות מהגביה של דמי הניהול בניגוד להסכמים. פרק 23 ידון בהפרת
7 הסכם והפרת חובות נאמנות, ואילו פרק 24 ידון בעילות הנוספות המתקיימות במקרה זה ובהן
8 הפרת חובה חקוקה, רשלנות ועשיית עושר ולא במשפט. **בחלק התשיעי** אדון בסעדים ובהיקף
9 הקבוצות, הן בנוגע לסכום שנגבה תוך הפרת החובות, הן בנוגע לאופן ההשבה. לבסוף, אסכם.

11. פרק אחד עשר: על העדים והראיות

12 בתיק זה הוגשו אלפי מסמכים (תיק המוצגים המשותף נושא כ-1,000 עמודים, התצהירים של שני
13 הצדדים כ-2,300 עמודים (כולל חוות דעת) והפרוטוקול כ-600 עמודים). התובעים העידו בעצמם
14 וכן צירפו חו"ד העוסקת הן במכירת הקופה, הן בסכום דמי הניהול שלטענתם נגבה ביתר. הנתבעת
15 הביא עדים בנוגע לעסקה (אם כי לא את המעורבים הישירים והמרכזיים בה), וכן חוות דעת
16 כלכליות הנוגעות למכירת הקופה ולמבנה שוק ההון בנוגע לקופות גמל. אפתח בשלוש תובנות על
17 העדים והראיות, המשליכות על האפשרות לבסס ממצאים לגביהם.

11.א. העדרם של עדים מרכזיים בנוגע לעריכת העסקה

18
19
20 אמנם, תיק זה מחייב בחינה של מסמכי ההצטרפות והתקנונים בשנות הששים, של המאה הקודמת,
21 ובהקשר זה, ענייננו יותר במסמכים מאשר בעדים. אולם, עסקת הרכישה בוצעה בשנת 2007, כאשר
22 מרבית אנשי המפתח שהיו מעורבים בעסקה, יכולים היו לבוא להעיד, אך הנתבעת נמנעה מהבאתם
23 לעדות. היעדרותם של העדים שניהלו את עסקת הרכישה – ובהם בכירים בדש, בחברת האם
24 ובחברה הסבתא, כמו גם עורכי הדין הבכירים שניהלו את העסקה – הורגשה במהלך הליך
25 ההוכחות. מכלל הפרוטוקולים, הטיוטות והתכתובות שהוצגו על ידי הצדדים, עולה כי הנפשות
26 הפועלות העיקריות, שניהלו את המשא ומתן ואת העסקה כולה, הן לא אלה שהעידו בהליך זה.

27
28 מדובר, מבחינת דש עצמה, במר אורן חנוכה, מנכ"ל דש, החברה שביצעה את העסקה; ביו"ר
29 דירקטוריון החברה האם ויו"ר דש עצמה, מר יעקב אלינב; ובמר קובי לוינסון, מנכ"ל החברה האם.
30 בישיבת דירקטוריון חברת האם מיום 9.11.2006, הסמיך דירקטוריון החברה האם את מר אלינב
31 ומר לוינסון לפתוח במו"מ עם בנק הפועלים (ראו פרוטוקול הישיבה במוצג 206, עמ' 1849 לתיק
32 המוצגים). מר נויברגר אישר זאת בעדותו (בעמ' 291 לפר' ש' 19-23).

33
34 היחיד שהעיד מטעם הקבוצה (למעט מהייעוץ המשפטי – על כך להלן), היה מר נויברגר, מנכ"ל
35 החברה הסבתא. מר נויברגר אישר כי לא היה דירקטור בחברה הסבתא ולא שימש בשום תפקיד
36 פורמלי בחברה האם וגם לא בדש, החברה שביצעה את העסקה (עדותו בעמ' 287 לפר' ש' 2-13).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

בסעיף 5 בתצהירו העיד מר נויברגר שהיה "מעורב מאוד" בעסקה. בחקירתו הנגדית נתבקש להבהיר
איך הדברים מתיישבים עם מסכי ההתאגדות הקיימים בין החברות בין החברות והשיב (עמ' 289
לפר' ש' 8-21):

"אמרתי שהייתי מעורב מאוד, הייתי מעורב גם קודם בבחינה ובאיזון של עסקאות
גמל אחרות, זאת לא הייתה עסקה ראשונה, היו הרבה עסקאות שיצאו קודם, בחנו
את רובם. הכרנו את התחום טוב מאוד, היינו קבוצת הנהלה מאוד חזקה בתחום
הגמל, גם מנכ"ל החברה הנכדה אורן חנוכה, גם קובי לוינסון מנכ"ל חברת הבת, וגם
אני, וגם היו"ר של דש, וביחד בחנו את דרכנו, חשבנו על כל הדברים שעשויים
להיות, על כל ההיבטים, ובסופו של דבר זה הגיע ברמת הממשל התאגידי לכל חברה
נפרדת לבורד שלה, וכל אחד עשה מה שהוא צריך, זאת אומרת לא היה איזושהי
אמירה שלא צריך לעשות משהו פורמלי, נהפוך הוא, בנוסף לפורמלי היה הרבה
מאוד ידע של אנשים שמצויים בתחום הזה, ויודעים איך עושים רכישות.
ש: אתה היית זה שניהל את המו"מ מול בנק הפועלים?
ת: גם.
ש: גם, מי בעיקר ניהל את המו"מ?
ת: היה צוות שלי, של יעקב אלינר [צ"ל אלינב], ושל קובי לוינסון, ניהלנו את
המו"מ, המו"מ גם לא היה כזה ארוך, ושלחנו לדעתי פעם אחת את יעקב אלינר [צ"ל
אלינב] גם לעשות איזה משהו מאחורי הקלעים."
(הדגשות שלי, מ' א'-ג')

ההסברים לאי הבאתם לעדות של אנשי המפתח בחברה הרוכשת ובחברת האם, היו סותרים ולא
משכנעים.

מר נויברגר העיד כי היה זה הוא שלמעשה ניהל את העסקה: "אני החלטתי, אני ביצעתי ואני
יזמתי". כשנשאל האם יש פרוטוקול בדירקטוריון החברה הסבתא המסמיך אותו להיות מעורב
במו"מ, השיב (בעמ' 292 לפר' ש' 4-11):

"אני לא אמרתי שיש פרוטוקול, אני אמרתי שהייתה החלטה, וההחלטה הזאת
יכולה להיות גם שלא הייתה נדרשת החלטת דירקטוריון, ואני החלטתי, ואני
ביצעתי. אני גם יזמתי את העסקה הזאת. אבל כשאני לא מסיים עסקה פורמלית
בדש למטה, ברור שיקבלו את ההחלטה על מי שנושא משרה שם."

אז נשאל האם האחרים, בתפקידים בכירים לא היו מעורבים והשיב (עמ' 293 לפר' ש' 4-13):

ש: בדירקטוריונים לא השתתפת, אבל אתה גם אחרי זה ראית את הפרוטוקולים.
ת: אני גם לפני זה ראיתי מה הולכים להעלות, ואת כל החומרים ראינו ביחד.
ש: טוב. זה לא יהיה נכון להניח שהאנשים הפעילים במו"מ היו בעצם
ובעיקר, אני עכשיו מדבר רק על בסיס הפרוטוקולים, כי את השם שלך לא ראיתי,
מר אלינר [צ"ל אלינב], מר לוינסון, ובעיקר מר חנוכה.
ת: לא, חנוכה ממש לא. אני הכי הרבה במו"מ, ולוינסון ויעקב אלינר [צ"ל
אלינב] מתואמים איתי לגמרי."

עוד נשאל מר נויברגר, איך בכל המסמכים בנוגע לעסקה שמו אינו מופיע ולו פעם אחת והשיב (עמ'
294 לפר' ש' 7- עמ' 296 לפר' ש' 2):

ש. יש לך איזשהו הסבר איך זה שמכל יער המסמכים שגולו בתיק הזה, באמת הרבה
מאוד מוצגים, אין ולו מסמך אחד שאתה מופיע בו?
ת: אני צריך להסביר את זה?



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

ש: אני שואל, איך זה יכול להיות, אם אתה היית כל כך מעורב, ראיתי מסמכים, מר חנוכה, מר לוינסון, מר אלינר [צל' אלינב], ואמיילים, והכל, רק שלך באופן בוטה מבחינתי לא הופיע.

ת: א. אני לא חושב שזה בוטה. אתה שאלת אותי אם אני הייתי מעורב במו"מ. ש: כן.

ת: המו"מ דווקא במקרה הזה לא היה יותר מדי קשה ויותר מדי ארוך. היה מו"מ, היה מו"מ גם על התנאים המשפטיים שנערך בעיקר על ידי עורכי הדין, ואחרי זה יש מסכת שלמה שהיא חוץ מהמו"מ של עשרות אלפים, אולי 170000 עמודים או משהו כזה, שמצריכים המון פרצדורות של תפעול, והמון ניירת, המון מיילים, ועל המיילים אני לא אמור להיות מכותב. מטבע הדברים זה 90% מהמיילים. אגב שיטות העבודה שלנו היו, ישבנו חדר ליד חדר אני וקובי לוינסון, ואורן חנוכה שתי קומות מתחת, אבל אנטון ואלינור [צל' אלינב] איתנו באותה קומה, וכל דבר שהיינו צריכים לעשות, פשוט נכנסנו לחדר, סגרנו את הפינות ויצאנו לדרך.

ש: הבנתי.

ת: יכול להיות שראיתי הרבה מאוד תכתובות והרבה מאוד אקסילים שאתה לא מודע להם, אבל עשיתי את כל מה שאני צריך, קיבלתי את כל החומרים שהייתי צריך בשביל לקבל את ההחלטה הנכונה לעסקה.

ש: עכשיו תאמר לי בבקשה, אתה לא טיפלת בנושא של ההסכם אני מניח, כי לא ראיתי שאתה מכותב על טיוטות ההסכמים.

ת: אני אף פעם לא מטפל בנושא של הסכם, אבל אני תמיד מודע אליו. אם אני מעביר את עיקרי הדברים כפי שהם עלו במו"מ, ועורכי הדין הם מטפלים בהסכם.

ש: איך אתה מעביר את זה, באמייל?

ת: אם יש צורך אני מעביר באמייל, היום יותר, בעבר פחות. אבל לקובי לוינסון יכולתי להעביר בעל פה והוא היה מעביר.

ש: הבנתי. זאת אומרת העובדה שאני לא רואה בשום אחת מהטיוטות, שזה לצורך העניין מוצגים 2-142 100 101 80 ו-57, את השם אני רואה את מר אלינר [צל' אלינב] ואת קובי לוינסון, היא לא מעידה אתה אומר על זה שאתה לא ראית את הטיוטות?

ת: נכון."

הסבריו של מר נויברגר אינם משכנעים. מר נויברגר, בניסיון להסביר מדוע לא הובאו מנכ"ל ויו"ר החברה הרוכשת דש, ומנכ"ל חברת האם לעדות, על אף שרק שמותיהם נזכרים בכל המסמכים, העיד כי הוא זה שהיה מעורב, יזם ניהל והחליט. זאת, בעוד שהאחרים, בתפקידים בכירים ביותר רק היוו את החזית הפורמלית. הוא דיבר איתם כדי שישתפו פעולה, אך הוא קיבל את ההחלטות, ואת ההחלטות שהוא קיבל, הם רק העבירו בדירקטוריון. קשה להלום כי זו הייתה תמונת המצב, בעיקר שהחברה הסבתא היא חברה ציבורית נסחרת, והקבוצה כולה, לדברי העד עצמו, מהמובילות בשוק ההון.

בנוסף, כאשר עולות במסגרת החקירה שאלות אודות פגישות או שיחות ספציפיות, מאשר גם מר נויברגר כי האחרים היו מעורבים. כך, כשנשאל מר נויברגר אם התקשר טלפונית עם משרד עורכי הדין שטיפל בעסקה, השיב (עמ' 297 לפר' ש' 8-11):

"אני חושב שהשיחות היו דרך קובי לוינסון ועקב אלינר [צל' אלינב], אני לא נוהג לעקוף את המנכ"לים בחברות הבנות, בכל זאת הם עושות את הטיפול הפורמלי, אבל הקשר הוא כל הזמן, משרד הרצוג כל הזמן הייתי איתם בקשר על כל דבר."



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

עדותו זו נתמכת בעדות עו"ד רגבים-כהנוב שתיארה עם מי היו עורכי הדין בקשר מטעם החברה בהקשר של הסכם הרכישה (עמ' 369 לפר' ש' 12-13): **"השיחות שהתקיימו עם דש היו עם יעקב אלינב, היו עם קובי רמינגטון [צ"ל קובי לוינסון], היו עם אורן חנוכה, היו עם דור"**.

עוד אישר מר נויברגר כי חלק מהמו"מ שנוהל עם חבר בקשר לאנשי צבא הקבע התבצע מול אלינב ולוינסון (עמ' 300 לפר' ש' 11-21):

**"ש: אתה דיברת עם מישהו בחבר?
ת: אני הייתי נוכח בפגישות עם חבר, אני לא זוכר את השמות, אבל השיחות הספציפיות נעשו על ידי קובי לוינסון, ובאיזשהו שלב על ידי אורן חנוכה.
ש: אבל לא על ידך.
ת: גם על ידי. אתם צריכים להבין, אני הייתי מנכ"ל הקבוצה כולה, אם אני אתחיל לנהל שיחות אישיות בניגוד או בלי ידיעת המנכ"ל מלמטה, אני מאבד אותם. אני מודע על הכל, אני מתאם איתם, מחליטים מי כדאי שיגיע לפגישה, בפגישות שכדאי שאני אהיה להראות נוכחות אני נמצא, ובפגישות שלא כדאי."**

וכן אישר כי בפגישת המו"מ הראשונה היו נוכחים עמו גם יעקב אלינב וגם קובי לוינסון (עמ' 310 לפר' ש' 16).

כמו כן, כשנשאל מר נויברגר לגבי הוודאות שהייתה לדש באשר לאפשרות להעלות דמי ניהול, אזי השיב כי היו בטוחים בכך, שאחרת זה היה מעמיד במצב רע (עמ' 317 לפר' ש' 11-13): **"אותי ואת אורן חנוכה ואת קובי אדלסון [צ"ל לוינסון] ואת כל הדירקטוריונים"**. היינו, כאשר עולה שאלה שיכולה לצבוע באור פחות טוב את העסקה, אזי לפתע, מר נויברגר אינו המחליט הבלעדי, ולצידו ניצבים אורן חנוכה, קובי לוינסון וכל הדירקטוריונים.

ועל אף דבריו לפיהם הוא המחליט והיוזם והאחרים מעבירים עבורו את האישורים, כשנשאל מדוע ציין יעקב אלינב, יו"ר דירקטוריון החברה האם ויו"ר דש עצמה, בישיבת דירקטוריון כי גביית דמי הניהול הופסקה בשל תביעה משפטית, השיב מר נויברגר (עמ' 322 לפר' ש' 20): **"כדאי שתזמנו אותו ותשאלו אותו"**. היינו גם מר נויברגר חש כי עדותו של מר אלינב נדרשת.

בנוסף ובעיקר, אם מר נויברגר מעיד על מצב הדברים כפי שהיה, אז מדובר בממשל תאגידי לא תקין בלשון המעטה. התנהלות לפיה נושא משרה בחברה הסבתא יוזם, מנהל וסוגר עסקה של החברה הנכדה, הכל מאחורי הקלעים, כשנושאי המשרה הבכירים בחברה האם, המופיעים בדירקטוריונים, ומוסמכים לנהל מו"מ בעסקה, מקבלים ממנו הוראות, ומבצעים את ההליכים הפורמליים – אינה התנהלות תקינה. על כן כמעט שלא ביססתי ממצאים על עדותו של מר נויברגר (למעט במקומות שנתמכה באופן ברור במסמכים חיצוניים מזמן אמת).

הסבר אחר להעדרם של אותם בכירים בהליך ההוכחות נתנה עו"ד ליאת כהן-דוד, היועצת המשפטית של החברה הסבתא של הנתבעת, שסיפרה שליוותה את ההליך המשפטי כאן מתחילתו. כהן-דוד נשאלה והבהירה לעניין זה (עמ' 407 לפר' החל בשורה 7):



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

ש"ש: השאלה היא בעצם מדוע לא הבאתם לעדות את העדים הרלבנטיים, את
מר עינב [צ"ל אלינב], את מר חנוכה, את מר קובי לוינסון שהם היו אלה שטיפלו
לפחות באופן אקטיבי, לפחות על פי המסמכים בעסקה?
ת: קודם כל הבאנו את התצהיר של עידו נויברגר, עידו נויברגר בזמנו היה
הבוס שלי, ביקר את העסקה, ליווה את העסקה, יזם את העסקה, הבאנו את
התצהיר של ברי בן זאב ייצב את בנק הפועלים, משנה למנכ"ל בנק הפועלים, מכיר
את העסקה מהצד של בנק הפועלים כמובן, הבאנו תצהיר של אבי יהב שמכיר את
זה מחבר, מכל הכיוונים אני חושבת שכיסינו והבאנו את העדים הכי מתאימים, ברור
שיש לי עוד הרבה עדים, אבל חסכנו מכם ומבית המשפט עוד הרבה עדים" (הדגשה
שלי – מ' א'-ג').

היינו, העד הרלבנטי לפי כהן-דוד הוא מר נויברגר, נימוק שלא ניתן לקבל לאור האמור לעיל, ונימוק
שני – כי העדים הנעדרים היו חוזרים על דברי מר נויברגר.

בסיכומיה, חזרה הנתבעת דווקא על נימוק אחרון זה לפיו, לו היו מובאים אותם עדים הם היו
חוזרים על הדברים וציינה (בסעיף 133 לסיכומיה): "אין שום צורך או טעם, להביא מספר רב של
עדים אשר יעידו על אותם נושאים" (סעיף 133 לסיכומיה). אולם, לא כך הם פני הדברים. כפי שניתן
יהיה לראות בהמשך, הרבה מהעדויות על העסקה והבנות הצדדים בנוגע אליה, לרבות בנושא ניהול
המשא ומתן מול הבנק, באו מפיהם של עדים שמעורבותם בעסקה הייתה שולית עד אפסית. גם
בעניין הבנות הצדדים להסכם המכירה, בדבר המותר והאסור בהיבט דמי הניהול, הובאו עדויות
דלות, והיעדרם של העדים המרכזיים, בעלי התפקידים הבכירים בדש – המנכ"ל והיו"ר, כמו גם
מנכ"ל חברת האם - תומך במסקנה כי עדים רלבנטיים יותר היו מחזקים את שטענה התביעה – כי
אותם גורמים ידעו על האיסור לגבות דמי ניהול, או לכל הפחות נהגו ברשלנות שהביאה לכך שלא
ידעו, על אף שהיה עליהם לדעת (ראו: ע"א 9656/05 נפתלי שוורץ נ' רמנוף חברה לסחר וציוד בניה
בע"מ פס' 26 (נבו 2008) וע"א 3523/15 מפעלי תרנ"א מלונאות ונופש נ' רשות מקרקעי ישראל פס'
27 (נבו 2017). על נפקות הדברים ראו להלן.

11. ב. העדת עורכת הדין הזוטרה בצוות המשפטי בעת עריכת העסקה
דש יוצגה, בהליך רכישת הקופה, על ידי משרד עורכי הדין הרצוג-פוקס-נאמן. מי שהעידה מטעם
הנתבעת כחלק ממשרד זה הינה עו"ד רגבים כהנוב, עורכת הדין הזוטרה ביותר בשעתו, שהשתתפה
בצוות המשפטי. מהתכתבויות הצדדים עולה כי עורכי הדין המייצגים היו השותפים אילנית לנדסמן
וארנון מיינפלד. הם גם עורכי הדין החתומים על ההסכם. עורכת הדין רגבים-כהנוב מכותבת
להתכתבויות שונות.

עו"ד רגבים-כהנוב אישרה, כי היא קיבלה את רישיונה לעסוק בעריכת דין בשנת 2006 (כשנה לפני
הסכם הרכישה) וכי מטעם משרד הרצוג פוקס נאמן, שטיפל ברכישה מטעם הנתבעת (עמ' 364 לפר'
ש' 8-11), טיפלו בעסקה: "ארנון מייפל [צל' מיינפלד] השותף שלי הוביל את העסקה וטיפל בה.
הייתה גם יונית לנצמן [צל' אילנית לנדסמן]".



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

1 אז נשאלה עו"ד רגבים כהנוב, מדוע נבחרה דווקא היא, שהייתה הצעירה ביותר מבחינת וותק
2 וניסיון בעת עריכת העסקה ליתן תצהיר והשיבה כי (עמ' 365 לפר' ש' 9-12): "ארנון כבר לא היה
3 במשרד כשפנו אלי... אילנית הייתה, ואם היו פונים אליה אני מניחה שגם היא הייתה נותנת
4 תצהיר... אלי פנו כי אני הייתי בקיאה בכל הפרטים, אני הייתי בפגישות, אני נכחתי, ליוויתי את
5 ארנון, ישבתי איתו בחדר.... ארנון הוביל את העסקה". מר נויברגר אישר כי עו"ד אילנית לנדסמן
6 הובילה את העסקה מבחינתו (עמ' 296 לפר' ש' 19).

7
8 עו"ד רגבים-כהנוב העידה בעצמה כי על אף שנכחה במרבית הישיבות, בהחלט ייתכן כי לא הייתה
9 מודעת לכל הפרטים (עמ' 367 לפר' ש' 3-20):

10 "ש: את השתתפת בכל הפגישות שהיו?
11 ת: השתתפתי בפגישות. אני זוכרת שהייתה פגישה אחת, יתכן שלא
12 השתתפתי, אבל גם אם לא הייתי באיזושהי פגישה ארנון אוטומטית ישר אחרי זה
13 היה מעדכן אותי.
14 ש: זה יהיה נכון לומר, כך אני מעריך, שמאחר ואת היית עו"ד צעירה, והיו
15 עורכי דין שותפים במשרד, לא את היית זו שבקשר עם מנכ"ל דש למשל?
16 ת: זה לא נכון. אני נכחתי כשארנון שוחח איתו, כמו שאמרתי ישבתי לא מעט
17 שעות.
18 ש: לא זאת הייתה השאלה שלי.
19 ת: אני אשמח אם תחזור.
20 ש: סליחה, אולי לא ניסחתי אותה טוב. היית בפגישות הבנות, היו הרבה
21 אנשים. אני שואל האינטראקציה אחד על אחד לא את זאת שפנית למנכ"ל דש
22 וביקשת ממנו משהו, או הצעת לו משהו. מנכ"ל דש לא פנה אלייך ואמר לך אני רוצה
23 שבעסקה יהיה א ב ו-ג, הוא פנה?
24 ת: אלי אישית לא.
25 ש: בסדר, ואת גם לא פנית אליו אישית אני מניח.
26 ת: אני לא, ואם פניתי ידעתי את ארנון, או כשארנון ביקש ממני לפנות."

27
28 ובהמשך בעמ' 368 לפר' ש' 6-9:

29 "ש: מי שטיפל בהסכם זה עו"ד מיינפלד ועו"ד גת, אבל מי טיפל בהסכם, מי
30 העביר למי את הטיטות עו"ד מיינפלד לעו"ד כספי, או את לעו"ד כספי?
31 ת: ארנון."
32

33 ובכן, כאשר אחד הנושאים החשובים ביותר היא התחייבות שלקחה על עצמה הנתבעת בעסקת
34 הרכישה, ולאחר שהתובענה אושרה כייצוגית, כשזו אחת ממשאלות המפתח, מובאת לעדות עורכת
35 דין שקיבלה את רישיונה שנה עובר לעסקה, ולא מובאים לעדות השותף הבכיר, או לפחות עורכת
36 הדין שניהלה את המגעים עם הלקוחה, הנתבעת, עו"ד לנדסמן. גם לעניין זה תקפה ההלכה כי אילו
37 היו מגיעים עורכי הדין הבכירים ייתכן והיו מעידים אחרת.

11.ג. חוות הדעת הכלכליות

40 התובעים הגישו חוות דעת כלכלית של ד"ר רועי שלם שלה שני נדבכים. האחד נוגע למכירת הקופה,
41 המחיר הנמוך בו נמכרה והכדאיות הכלכלית של העסקה, והשני – חישוב הגבייה ביתר (הנזק).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

הנתבעת, הגישה אמנם שתי חוות דעת אך שתיהן בעלות אופי כללי, אחד בכל הנוגע שוק הגמל בכלל והשנייה בנוגע לכדאיות עסקת המכירה. הנתבעת נמנעה מלהציג חוות דעת נגדית לעניין סכומי גביית היתר, על אף שלד"ר שלם היו נתונים חלקיים המבוססים על נתונים גלויים וממוצעים שערך, ולעומתו, הנתבעת יכולה הייתה לערוך חישוב מדויק לגבי כל אחד מהעמיתים, וודאי וודאי לגבי כל אחת מהקבוצות. משנמנעה מלעשות כן, יש לקבל את חוות דעת של ד"ר שלם לעניין חישוב הגבייה ביתר (יודגש כי בשל התנגדות הנתבעת למינוי חוקר שיערוך חישובים אלו נמחקה הבקשה (החלטת השופט ענבר מיום 25.7.16).

יוזכר, כי עוד בהליך האישור התנגדה הנתבעת למינוי חוקר באותו שלב. הנתבעת טענה יש לקיים הליך בירור מקיף בשאלה אודות עצם קיומה של עילת תביעה, טרם מינוי חוקר שיקבע את היקף הסעד. ממילא, לנתבעת ניתנה הזדמנות, כאמור, להביא מומחה משלה בעניין זה, בשלב התצהירים במסגרת הליך ההוכחות. כמו כן, לאחר שהוגשה חוות דעתו של ד"ר שלם, לא התנגדה לה הנתבעת, לא במסגרת הדיון בהתנגדויות לתצהירים, ולא במסגרת הסיכומים.

וכעת, לגופם של דברים. אתייחס, כאמור, לשלוש שאלות המסגרת עליהן עמדתי בפתח הדברים: הראשונה, האם לתובעים קיימים הסכמים לבר תקנוניים בנוגע לדמי הניהול, השנייה, האם הסכמים אלו תקפים ומחייבים את הנתבעת, והשלישית, האם קמה לנתבעת זכות לשנות את גובה דמי הניהול באופן חד צדדי.

חלק חמישי – השאלה הראשונה: האם ניתן לכרות הסכמים לבר תקנוניים לעניין דמי

ניהול, והאם התובעים כרתו הסכמים כאלו עם הקופה עובר לרכישתה ע"י הנתבעת

12. פרק שנים עשר: האם ניתן לכרות הסכמים לבר תקנוניים לעניין דמי ניהול

אחת המחלוקות המרכזיות בין הצדדים היא בשאלה האם תקנון הקופה ממצה את זכויות וחובות העמיתים בהיבט דמי הניהול, או שמא ניתן לכרות הסכמים לבר תקנוניים לעניין זה. הנתבעת שבה וחוזרת בסיכומיה על הטענה כי קופת גמל מהווה "מוצר תקנוני". וכפי שטענה בפסקה 190 לסיכומיה:

"...קופת גמל היא מוצר המתנהל בהתאם לתקנון הקופה, אשר נתון לשינויי הזמן והעיתים, ואשר כפוף להוראות הדין כפי שיהיו מעת לעת."

לעמדת הנתבעת, פנקס החבר בו אוחד מר גרינברג, מסמכי ההצטרפות עליהם חתם וחתמו שאר חברי הקבוצה, וכן הסכם צבא הקבע, אינם הסכמים לבר-תקנוניים וממילא אינם יכולים לגבור על התקנון. בהתאם, טענתה היא כי מאחר והתקנון קובע אך את תקרת שיעורם של דמי הניהול, הרי זכותה לשנות את גובה דמי הניהול כרצונה, בכפוף למסגרת הקבועה בתקנון.

מנגד, טוענים התובעים כי לפי הדין וההלכה, הסכמים לבר-תקנוניים הקובעים את שיעור דמי הניהול הם בעלי מעמד מחייב, כל עוד גובה דמי הניהול הקבוע בהם אינו חורג מהקבוע בתקנון או



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

1 החוק. התובעים מפנים בהקשר זה להלכה שנקבעה בעניין הדר. עוד טוענים התובעים כי גם עמדת
2 הממונה בעבר ובהווה היא כי אין מניעה להתקשר בהסכמים לבר-תקנוניים מחייבים בנושא דמי
3 הניהול.

4
5 במסגרת החלטת האישור, קבע השופט ענבר כי אין מניעה להתקשר עם העמיתים או עם חלק מהם
6 בהסכמים לבר-תקנוניים, לפיהם יגבה מהם שיעור דמי ניהול נמוך יותר, לרבות דמי ניהול בשיעור
7 אפס (היינו, אי גביית דמי ניהול). לדידו, הסכמים אלה תקפים ומחייבים לכל עניין ודבר (ראו פסקה
8 17 להחלטת האישור). השופט ענבר התבסס בהחלטתו הן על סעיפים 16-17 לחוק קופות גמל, הן
9 על עניין הדר.

10
11 הניתוח שערך השופט ענבר בהחלטת האישור ומסקנותיו מקובלות עליי. לא עלה דבר בהוכחות או
12 בסיכומים לפני שיש בו כדי לשנות ממסקנה זו. אולם, בשל כך שהנתבעת חזרה שוב ושוב על טענת
13 היותה של קופת הגמל "מוצר תקנוני", שאין בלתו (למעט החוק והתקנות) לעניין הסדרת היחסים
14 בין הקופה לעמיתים), מצאתי לנכון לדון בשאלת מעמד התקנון, לחזור על חלק מדבריו של השופט
15 ענבר ולהוסיף אחרים, לחיזוק אותה מסקנה.

12.א. הדין בנוגע לתקנוני קופות הגמל

16
17 כאמור, אחד התנאים לקבלת אישור לניהול קופת גמל, הוא צירופה של טיטות תקנון קופת הגמל
18 לבקשה לאישור קופת הגמל, כקובע בסעיף 14 לחוק קופות גמל. סעיף 16(א) לחוק קופות גמל קובע
19 כי קופת הגמל תתנהל על פי התקנון שאישר לה הממונה, בעוד סעיף 16(ב) קובע כי הוראות התקנון
20 כפופות להוראות חוק קופות גמל ולהוראות כל דין אחר החל על ניהול קופות גמל.

21
22 עוד נקבע בסעיף 16, כי בתקנון ורק בו ייקבעו חובות וזכויות עמיתי קופת הגמל, וכי חברה מנהלת
23 לא תקנה לעמיתה זכויות או תטיל עליהם חובות שלא בהתאם לתקנון (ראו סעיף 16(ג) לחוק קופות
24 גמל). בסעיף 16(ד) לחוק קופות גמל, נקבעו העניינים שחובה להסדירם בתקנון הקופה:

25
26 "16. (ד) בתקנון קופת גמל ייקבעו, בין השאר, עניינים אלה:

- 27 (1) שם קופת הגמל;
- 28 (2) מטרת קופת הגמל;
- 29 (3) הגבלות על צירוף עמיתים, ככל שישנו;
- 30 (4) מדיניות ההשקעה של קופת הגמל;
- 31 (5) שיעור או סכום מרבי של דמי הניהול, כמשמעותם בסעיף 32(א), שתגבה
- 32 החברה המנהלת ...;
- 33 (ההדגשה שלי, מ' א'-ג')

34
35 סעיף 17 לחוק קופות גמל קובע כי כל שינוי בתקנון הקופה ייעשה רק לאחר קבלת אישור בכתב
36 מהממונה, אחרת יהא בטל. הודעה על שינוי כאמור תימסר לעמיתים או תפורסם, לפי הוראת
37 הממונה:

38 "17. (א) לא ייעשה כל שינוי בתקנון קופת גמל, אלא באישור מראש ובכתב
39 מאת הממונה; שינוי בתקנון שלא ניתן לו אישור כאמור – בטל.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

(ב) על שינוי בתקנון תימסר הודעה לעמיתים או תפורסם הודעה בציבור, הכל בדרך שיורה הממונה."

יודגש כבר בשלב זה, כי חובת קביעת תקנון לקופת גמל שאינה משלמת קצבה, שעניינו חובות וזכויות העמיתים, נקבעה רק בחוק קופות גמל. זאת, בשונה מקופת גמל לקצבה, שבעניינה קבעו תקנות 1964 כי יש לקבוע את חובות וזכויות העמיתים בתקנון (ראו תקנה 41כו שנוספה במסגרת תיקון מס' 3, ק"ת תשמ"ח מס' 5072 מיום 25.12.1987 עמ' 281). יש להבחין בהיבט זה, בין תקנונים שכדוגמתם הוצגו בתיק זה ועוד ייבחנו, שמהותם הסדרת היחסים בין בעלי המניות בקופת הגמל או ההאגד, לבין תקנונים שעניינם הסדרת חובות וזכויות העמיתים אל מול הקופה. תקנונים מן הסוג השני אמנם היו קיימים עוד טרם חקיקת חוק קופות גמל, אך לא נקבע בדין מה עליהם לכלול מבחינת חובות וזכויות העמיתים (דוגמא לדיון במעמדו של תקנון אגודה שיתופית אל מול הסכם שנקבע עם עמיתי קופה, עוד מן התקופה שקדמה לחקיקת חוק קופות גמל, ניתן למצוא בבג"ץ 6460/02 משה אליאב נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד ס(4) 411, 433 (2006), להלן: עניין אליאב).

12.ב. עמדת הפסיקה והמאסדר בשאלת היחס בין תקנון הקופה להסכמים פרטניים עם עמיתיה כפי שצינו הצדדים, בעניין הדר נדונה שאלת עריכתם של הסכמים פרטניים עם עמיתי קופות הגמל בעניין דמי הניהול. נקבע שם, כי לשונו של סעיף 16(ד) מעידה לכאורה כי התקנון קובע אך תקרה לעניין דמי הניהול (ראו עניין הדר, בפס' 16):

"כך למשל, סעיף 16(ד) לחוק קובע כי תקנונה של קופת הגמל יקבע, בין השאר "שיעור או סכום מרבי של דמי הניהול". ההתייחסות לסכום מרבי מעידה לכאורה על כך שדמי הניהול אינם בהכרח אחידים, והתקנון נדרש לציין רק את ה"תקרה" שנקבעה לגבייתם."

אף לגישת המאסדר, הממונה, אין כל מניעה להציע דמי ניהול נמוכים מהקבועים בדין (לרבות בתקנון). עמדה זו הובעה במסגרת חוזר גופים מוסדיים 2012-9-22 "דמי ניהול במכשירי החיסכון הפנסיוניים" (31.12.2012) (להלן: חוזר הממונה 2012):

3.א.גוף מוסדי יהא רשאי להציע לעמית דמי ניהול הנמוכים משיעור או מסכום דמי הניהול המרביים הקבועים לפי דין (להלן: "הנחה בדמי הניהול"), ובלבד שההצעה האמורה תהיה תקפה במהלך תקופה של שנתיים או יותר מהיום שבו החלו להיגבות דמי ניהול בשיעור המוצע (להלן: "תקופת ההנחה")."

בשלב האישור, הוגשה עמדת הממונה בתיק זה, ובה נאמר כי "במסגרת ההתנהלות העסקית מול לקוחותיו, רשאי עקרונית הגוף המוסדי להתקשר עם עמית מסוים בחוזה אישי ביחס לגובהם של דמי הניהול" (ראו עמדת הממונה בתיק זה, מיום 6.4.2014).

הממונה חזרה על עמדה זו ואף חידדה אותה בעמדתה שהוגשה בעניין פסגות. להלן אביא מדבריה שם, שהינם מהותיים לענייננו. בסעיף ג' לעמדתה, הבהירה הממונה באופן מפורש כי התקנון אינו ממצה את חובות וזכויות העמית:



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

"בסעיפים 9.15-9.17 לכתב תשובתה, טענה פסגות כי התקנון של קופת הגמל ממצה את החובות והזכויות של העמית (בכפוף לדיון),...עולה מעמדת פסגות כי התחייבות להנחה בדמי ניהול הינה חסרת תוקף מאחר שאינה מעוגנת בתקנון הקופה. טענה זו מערערת את כל ההתנהלות המסחרית המקובלת בשוק החיסכון הפנסיוני, שלה שותפה גם פסגות, שוק שבו ניתנות התחייבויות רבות, ליחידים ולקבוצות, לדמי ניהול נמוכים יותר מדמי הניהול המרביים אשר קבועים בתקנון..." (ההדגשות במקור – מ' א'-ג').

הממונה אף הביעה דעתה לעניין תקפן של התחייבויות הקופה כלפי עמיתה בהקשר לדמי הניהול (פס' 3א לעמדת הממונה בעניין פסגות):

"באופן עקרוני, המפקחת אינה מוצאת מניעה לכך שחברה מנהלת של קופות גמל אשר אינה משלמת קצבה (כדוגמת קופת הגמל שנדונה בתיק זה) תיתן התחייבות למתן הנחה בדמי ניהול למשך כל חיי העמית. כפי שיפורט להלן, בהסדרה של המפקחת לעניין הנחות לדמי ניהול לא נקצב משך ההתחייבות שיכולה חברה מנהלת לתת לעמית ובלבד זו תעמוד בתוקפה שנתיים לפחות. לפיכך, העמדה שהציגה פסגות במסגרת כתב תשובתה (סעיף 9.13), בין היתר באשר לטענתה כי כל התחייבות שניתנת "לנצח" או "לכל חיי של העמית" ניתנת לסיום בתוך זמן סביר מראש, אינה עולה בקנה אחד עם עמדת המפקחת בהקשר זה." (ההדגשות במקור – מ' א'-ג').

הממונה ציינה כי עמדה זו של פסגות, לפיה התחייבות להנחה בדמי ניהול חסרת תוקף אם אינה מעוגנת בתקנון, סותרת את שנקבע בעניין הדר ואת חוזר הממונה משנת 2012 (שם).

בעניין הדר, נטען, כאמור לעיל, כי לקופת גמל אסור להפלות בין העמיתים ולהציע סכומי דמי ניהול שונים. בפסק דינה, הבחינה כב' השופטת דפנה ברק-ארז בין זכויות וחובות העמיתים ביחס ל"נכסי הקופה", לבין חובותיהם וזכויותיהם בדמי הניהול, שאינם מהווים חלק מנכסי הקופה ואינם נכס המנוהל עבור העמיתים. מכך הסיקה היא, כי לגבי תשלום דמי ניהול, אין מניעה להציע ללקוחות שונים מחירים שונים (ראו עניין הדר, פס' 13):

"דמי הניהול אינם נכס המנוהל עבור עמיתי קופת הגמל, אלא תשלום המועבר לחברה המנהלת ומשמש לכיסוי הוצאותיה ולהשאת רווחיה. ממילא סעיף 3 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים אינו חל עליהם. בהיבט זה, תשלום דמי הניהול על-ידי העמיתים אינו שונה מדמי שירות הניתנים על-ידי גורמים כלכליים אחרים – בנקים, חברות ביטוח ועוד. במצב הנוהג, ככלל, נותני שירותים אינם כפופים לאיסור להציע מחירים שונים ללקוחות שונים, בהתאם לשיקוליהם הכלכליים. בנקים, למשל, עשויים להציע ריביות שונות ללקוחות שונים, על-פי חישוביהם הכלכליים, ובכלל זה חישוב הנוגע לגיוס לקוחות חדשים בעלי היקף נכסים גדול." (ההדגשה שלי, מ' א'-ג').

בפסקה האחרונה לעמדתה בעניין פסגות, חזרה הממונה על עמדה זו של השופטת ברק-ארז:

"בהתאם לפסק הדין בעניין אורי הדר, מאחר שדמי הניהול אינם חלק ממערכת הזכויות והחובות בקופת הגמל, החברה המנהלת רשאית לנהל לגבי גובהם משא ומתן מסחרי עם יחיד או עם קבוצה...מובן שאין טעם במשא ומתן מסחרי אם זה אינו מחייב את הצדדים. נוסף על כן, מאחר שכאמור דמי הניהול אינם חלק מזכויות העמיתים בנכסי הקופה, אשר מתמצות במסגרת התקנון בלבד...הרי שממילא יכולים דמי הניהול אשר רשאית חברה מנהלת לגבות מעמית להיגזר מהסכם מחייב בינה לבין העמית". (ההדגשות במקור, מ' א'-ג').



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

מעמדת הממונה וקביעות בית המשפט בעניין **בעניין הדר** עולה כי בעניין דמי ניהול, התקנון אינו סוף פסוק. כלומר, כל עוד אין הדבר חורג מהתקרה בחוק ובתקנון (שכאמור נגזרות זו מזו), אין מניעה כי הקופה תציע לעמית דמי ניהול בשיעור שונה מזה הקבוע בתקנון או שונה משל חברו, ואף תתקשר עמו בהסכם לעניין זה. הסכם כאמור מחייב את הקופה וזאת אף למשך כל חיי העמית, בנסיבות המתאימות.

עוד נקודה אליה ארצה להתייחס, היא הדין שקדם לחקיקת חוק קופות גמל. בדיון קדם המשפט שהתקיים בהליך האישור, ציין השופט ענבר, כי דיון בשאלה האם הדין מאפשר לערוך חוזים אישיים ביחס לדמי ניהול, מחייב לבחון גם את הדין שקדם לשנת 2005:

"נדמה לי שבהקשר הזה של השאלה הזאת צריך לבחון לא רק את חוק הפיקוח משנת 2005 אלא גם את הדין שהיה קיים לפניו. אם הדין הקודם איפשר לערוך חוזים אישיים אז צריך לבחון, בין היתר, האם חוק הפיקוח ביקש לבטל חוזים אישיים שנכרתו קודם שהיה להם תוקף".

בהקשר זה, הפנו התובעים לפסק הדין **בעניין אליאב**, שקבע לדידם כי אין מניעה להתקשר עם עמית בהסכם לבר-תקנוני. מנגד, הנתבעת הביאה פסק דין זה כאסמכתא לטענה כי תקנון הקופה גובר על הסכמים לבר-תקנוניים.

פסק הדין **בעניין אליאב** ניתן בבג"ץ בשנת 2006 ועסק במסכת עובדתית שעניינה שנות ה-60 של המאה הקודמת, כבענייננו. שם, הצטרפו העותרים לקרן פנסיה בהסכם שהעניק להם תנאים מיוחדים, כקבוצה. ואולם, התנאי המרכזי שנדון שם היה תנאי לפיו ישולמו לעמיתים שהצטרפו להסכם שיעורי גמלאות שיחושבו על פי המשכורת החודשית הממוצעת בשנת העבודה האחרונה. תנאי זה אינו עוסק בדמי הניהול, ולא ניתן ללמוד מהקביעה לגביו אודות הכללים בעניין דמי הניהול, בשל ייחודיותם. התייחסה לכך השופטת ברק-ארז **בעניין הדר** (ראו פסקה 13):

"בהקשר דומה, נפסק (בהתייחס למצב ששרר עוד בטרם נחקק חוק קופות גמל) כי קרן פנסיה אינה יכולה להקנות לקבוצת חברים בה זכויות יתר מעבר לאלה הקבועות בתקנון, באמצעות הסכם חוץ-תקנוני שנערך עמם, כי ההנחה היא שכלל החברים נהנים מזכויות שוות וכי 'צרת הרבים היא צרת היחיד וכי שמחת הרבים היא שמחת היחיד' (ראו: בג"ץ 6460/02 אליאב נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד ס(4) 411, 433 (2006)). דברים אלה אמורים בנכסי הקופה עצמם, שאותם נדרשת, כאמור, קופת הגמל לנהל ללא כל אפליה בין העמיתים. נכסי קופת הגמל מוגדרים בסעיף 1 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים כ"סך כל הנכסים המנוהלים על ידי חברה מנהלת, בעבור עמיתי קופת גמל שבניהולה". דמי הניהול אינם נכס המנוהל עבור עמיתי קופת הגמל, אלא תשלום המועבר לחברה המנהלת ומשמש לכיסוי הוצאותיה ולהשאת רווחיה".
(הדגשות שלי, מ' א'-ג').

הממונה התייחסה גם היא לעניין **אליאב**, בחוות הדעת שהוגשה במסגרת הליך האישור בתיק זה (ראו פס' 6 לעמדת הממונה):

"ועל כן חוזה אישי אשר מקנה לעמית פלוני דמי ניהול נמוכים יותר מאשר עמית אחר, אינם באים על חשבון חלקם של עמיתים אחרים בנכסי הקופה (כך במקור)...בהתאם לכך פסק הדין בעניין אליאב אינו מונע התקשרות בחוזה אישי בין החברה המנהלת לעמית בעניין גובה דמי הניהול בקופת גמל".



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

בפסקה שלאחר מכן, כתבה הממונה כי "עמדה זו מתייחסת למצב הדין מחקיקת חוק קופות גמל ואילך, ואין בה כדי להביע עמדה ביחס למצב הדין בתקופות מוקדמות יותר". ואולם, אין גם ללמוד מעניין אליאב את ההיפך. משמע, לא ניתן להסיק ממנו כי קיים איסור על התקשרות בחוזה אישי מחוץ לתקנון. הדבר לא נאמר בפסק הדין והשופטים אף השאירו בצריך עיון את השאלה האם לתובעים עמדה עילה לפיצויים מכוח הפרה של דיני החוזים, שכן טענה לעילה כאמור לא עלתה באותו עניין.

עוד טענה הנתבעת כי בתקופה הרלבנטית לתביעה, לא נהוג היה לנהל מו"מ פרטני עם עמית, והקופות פעלו בעניין דמי הניהול על פי תקנון הקופה. ואולם, לא השתכנעתי כלל מן הנימוקים והאסמכתאות המעטות שהביאה הנתבעת בעניין זה. הנתבעת סיפקה בעיקר אמירות דלות של עדיה, אמירות שחזרו על עצמן ונראה כי לא נאמרו מתוך ידיעה אמתית או מומחיות, ומפיהם של בעלי תפקידים שכלל לא כיהנו בתפקידיהם בתקופה הרלבנטית (ראו פסקאות 225-231 לסיכומי הנתבעת).

גם אמירותיו בהקשר זה של בארי בן-זאב עליהן חזר במהלך חקירתו (ראו למשל עמ' 494 ש' 14 לפרוטוקול), אינן משכנעות. מר בן זאב, עבד אמנם בבנק הפועלים החל משנות ה-70, אך בפועל נגיעתו לתביעה שבפניי הייתה אך בשלב מכירת קופות הגמל מידי הבנק. מר בן זאב לא היה בתפקידו עת הצטרף מר גרינברג לקופה, וכיהן כמנהל סניף אותה תקופה. דבריו של מר בן-זאב לפיהם לידיעתו לא נהוג היה לנהל מו"מ פרטני עם עמיתים אינה מעלה או מורידה. שכן, גם התובעים אינם טוענים כי כל עמית ניהל משא ומתן מתמשך או משא ומתן כלשהו. הטענה היא כי לכל עמית מקבוצת העצמאים/שכירים נתנה תגמולים תנאים מסוימים (שאינם דווקא ייחודיים רק לו), שצוינו במסמכי ההצטרפות, ולאחר חתימת העמית וקבלת פנקס החבר השתכלל למעשה הסכם בין הצדדים. מאותו נימוק אני לא מוצאת כל חיזוק לטענת הנתבעת בציטוטים מתוך חקירת גרינברג, בה נתבקש להיזכר האם קיים שיחה כלשהי בבנק כאשר בא לקבל את הפנקס (ראו עמ' 89 ש' 11- עמ' 90 ש' 8 לפרוטוקול). העובדה כי מר גרינברג לא זוכר מי נתן לו את הפנקס או האם קיים שיחה כלשהי עם אותו אדם, לא מאיינת את העובדה כי הבנק העניק לו תנאים הקבועים במסמכי ההצטרפות ובפנקס החבר, וכי בין הצדדים קיים חוזה מחייב, כפי שכתב השופט ענבר בהחלטת האישור.

12. ג. המסקנה: ניתן לכתוב הסכמים לבר תקנוניים לעניין דמי ניהול

לאור כל האמור בחלק זה, אני דוחה את טענת הנתבעת לפיה תקנון הקופה ממצה את זכויות העמית בהיבט דמי הניהול. התקנון אינו מהווה את המסגרת היחידה לקביעת דמי ניהול, ואפשר בהחלט שאלה יקבעו בהסכמים פרטניים.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

1 כעת, יש לבחון האם בענייננו ניתן לראות במסמכים שהציגו התובעים – פנקס החבר של מר גרינברג,
2 טפסי ההצטרפות עליהם חתם, מסמכי ההצטרפות האחרים לקופה והסכם אנשי הקבע – הסכמים
3 לבר תקנוניים מחייבים. אפנה תחילה לבחינת מסמכי ההצטרפות ופנקסי החבר שהצליחו לאתר
4 הצדדים במסגרת הליך ההוכחות. אתחיל בבחינת מסמכי ההצטרפות של מר גרינברג, התובע
5 בתובענת העצמאים/שכירים. בהמשך אבחן את מסמכי ההצטרפות האחרים של חברי קבוצה זו –
6 עצמאיים שהצטרפו בשנים מוקדמות ומאוחרות יותר לגרינברג, עמיתים שכירים, ועמיתי משטרת
7 ישראל. לבסוף, אפנה לדיון בהסכם צבא הקבע.

8
9 **13. פרק שלושה עשר: האם מסמכי ההצטרפות ופנקס החבר של מר גרינברג מהווים או**

10 **מעידים על הסכם לבר תקנוני מחייב בין הצדדים?**

11 **13.1. פנקס החבר ומסמכי ההצטרפות של מר גרינברג**

12 בהליך האישור, טענו התובעים כי פנקס החבר של מר גרינברג מהווה הסכם לבר-תקנוני, במסגרתו
13 נקבעו התנאים שיחולו על מערכת היחסים בינו לבין תגמולים. לעניין דמי הניהול נקבע, כאמור, כי
14 על מר גרינברג להפקיד 120 ל"י, והקופה רשאית לגבות מהפקדות אלו 1%. הנתבעת מנגד, טענה כי
15 פנקס החבר אינו הסכם לבר-תקנוני, אלא אך שיקוף של תקנון הקופה, כפי שהיה בתוקפו בעת
16 הצטרפותו של מר גרינברג כעמית. השופט ענבר קבע בפס' 21 להחלטתו, כי בידיו של מר גרינברג:

17 **"עלה לשכנע, במידת הסבירות הראויה, כי פנקס החבר, ולמצער חלקו העוסק בדמי**
18 **הניהול, הנו הסכם לבר-תקנוני".**
19

20 השופט ענבר נשען על מספר נימוקים, שתמציתם: פנקס החבר אינו מאזכר תקנון כלשהו; הנתבעת
21 הפנתה לתקנון משנת 1965, שלגבי תקפו והישענות הפנקס על הכתוב בו, לא הצליחה הנתבעת
22 לשכנע; מר גרינברג הפנה לתקנון משנת 1957 המעיד כי קיים בסיס לטענה לפיה התנאים לא פורטו
23 אלא בפנקס החבר; בקשת ההצטרפות של מר גרינברג מעניקה משנה תוקף למסקנה כי הפנקס
24 מהווה הסכם לבר-תקנוני; נראה לכאורה כי הנפקת פנקס החבר מהווה "קיבול" של בקשת
25 ההצטרפות שמהווה בתורה את "הצעת" מר גרינברג להצטרף לקופה; הנתבעת לא הוכיחה נוהג
26 להנפיק "פנקסי חבר" שונים שאינם נושאים התחייבות משפטית; אין בהצהרות הבנק במסגרת
27 הסכם רכישת הקופה כדי להעביר את פנקס החבר מהעולם; תגמולים וגד גמולים נהגו במשך
28 עשרות שנים בהתאם לתנאים המפורטים בפנקס החבר ונמנעו לגבות ממר גרינברג או מעמיתים
29 אחרים דמי ניהול מכספי הצבירה. התנהלות זו תומכת בקיומו של ההסכם הנטען (ראו פסקה 21
30 להחלטת האישור).

31
32 כעת יש לבחון את הראיות שהוגשו בעניין זה.

33
34 **13.1.א. בקשת ההצטרפות**

35 הצטרפות עצמאיים ושכירים לתגמולים נעשתה באמצעות מסמכי הצטרפות שקבעו חובות וזכויות
36 שונות של העמיתים ושל הגוף המנהל. אם נבחן את המסמכים עליהם חתם מר גרינברג, נראה כי
37 אלה מהווים למעשה בקשה להצטרף לקופה. העמוד הראשון, שבראשו נכתב **"טופס בקשה**



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

לעצמאי" מהווה את הבקשה עצמה ובו נכתב, בין היתר (כל ההדגשות בחלק זה הן שלי, מ' אי-ג')
(ראו במוצג 268 בעמ' 5847):

"אני מבקש בזה להצטרף כעמית לקופת הגמל לתגמולים (עצמאיים) המתנהלת על ידי חברתכם בהתאם לפקודת מס-הכנסה ולתקנות מס-הכנסה הנוגעות לקופות גמל (להלן – "החוק")...
קראתי את התנאים המפורטים מעבר לדף ואני מסכים שתנאים אלה וכן הוראות החוק, שפי שתהיינה מזמן לזמן יחולו על זכויותי וחובותיי בקופה..."

היינו, בבקשה מפורטים התנאים, ונקבע שההסכם כפוף לחוק.

בתחתית העמוד הראשון מופיעה תיבה לחתימת העמית, בה חתם מר גרינברג, ולאחריה תיבה נוספת בה חתם נציג הבנק בחותמת ובחתימת ידו, כולל תאריך החתימה. תחת החתימות מורה העמוד הראשון:

"קרא בעיון התנאים המפורטים מעבר לדף המהווים חלק בלתי נפרד ממסמך זה".

כותרת העמוד השני היא: **"תנאי השתתפות בקופת הגמל של תגמולים בע"מ".** להלן יפורטו התנאים המופיעים בעמוד זה, והרלבנטיים לתובענה זו.

סעיף 1 קובע כי הקופה תנהל עבור העמית חשבון חיסכון שישא את שמו. סעיף 2, קובע כי העמית מתחייב להפקיד לזכות חשבונו כחסכון בקופה, מדי שנה בשנה, סכום שלא יפחת מ-120 ל"י (עבור כל שנה מראש או בשיעורים של 10 ל"י בחודש). בסעיף 3 שעניינו הוצאות הניהול, נקבע כך:

"אני מסכים כי תנכו מחשבוני בקופה, מדי שנה, תשלום שיהווה את השתתפותי בהוצאות ניהול הקופה ושלא יעלה על 1% (אחד למאה) מכלל הסכומים שאפקיד בחשבוני בקופה באותה שנה".

סעיף 4 עוסק בהשקעת כספי החיסכון בידי הקופה וברווחים:

"את כספי חשבוני בקופה השקיעו לפי שיקול דעתכם ובהתאם להוראות החוק ואת חלקי ברווחי ההשקעות (לרבות רבית, הפרשי הצמדה וכל רווחים אחרים), תזקפו לזכות חשבוני בהתאם לסכומים שיעמדו בו לזכותי ובהתאם למשך הזמן שחלף מאז הפקדתי אותם בו ועד זקיפת הרווחים עליהם.
ידוע לי שאתם לא תקבלו כל חלק ברווחים הנ"ל אלא תזקפו אותם במלואם לזכות המשתתפים בקופה".

סעיף 5 עוסק בהקלות מס ובאפשרות לקבלת הלוואות מהקופה.

סעיף 6 עוסק באפשרויות למשיכת כספי החיסכון, וגם ההוראה שבו רלבנטית מאוד לטענת התובעים בעניין דמי הניהול, שכן הוא מבהיר את אופן הגבייה:

"6. ידוע לי, כי את הכספים שיצטברו לזכותי בחשבוני בקופה (כלומר: הסכומים שהפקדתי, בניכוי הוצאותיכם לפי סעיף 3 לעיל ובתוספת הרווחים לפי סעיף 4 לעיל, לאחר שינוכו מהם הוצאות בטוח היתרה), אוכל אני – או יוכלו הזכאים אחרי – לקבל בקרות אחד המקרים הבאים: ..."



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

סעיף זה מבהיר כי הוצאות הניהול יגבו מהכספים שיפקיד העמית, וכי רק לאחר גבייתם יתווספו הרווחים לחישוב. מן הרווחים יגבו אך ורק הוצאות ביטוח יתרה ולא הוצאות ניהול או דמי ניהול. בתחתית עמוד התנאים מופיעה התיבה: **"ולראיה שהסכמתי לאמור במסמך זה הנני חותם"** ותחתיה מקום לחתימת המצטרף. במקום זה חתם מר גרינברג.

העמוד השלישי הוא טופס הצטרפות לביטוח עבור עמית עצמאי, גם אותו מילא מר גרינברג ועליו חתם.

13.1.ב. פנקס החבר

מר גרינברג העיד כי לאחר שהעביר לבנק את טפסי ההצטרפות, קיבל לידיו את המסמך שכותרתו "פנקס חבר" (ראו מוצג 358 בעמ' 8801). בשער הפנקס, בו מופיעים פרטיו של מר גרינברג, נכתב: **"ראה בעמ' מס' 18 תנאי ההשתתפות בקופת הגמל"**. הפנקס חתום על ידי הבנק בחותמת וחתימה ידנית.

נוסח תנאי ההשתתפות בפנקס החבר זהה כמעט לחלוטין לנוסחם בטפסי ההצטרפות, והם מנוסחים בגוף שלישי (לעומת גוף ראשון בטפסים). כך, סעיף 1 קובע כי: **"הקופה תנהל עבור העמית חשבון חיסכון, שישא את שמו"**; סעיף 2 קובע כי: **"העמית חייב להפקיד לזכות חשבונו בקופה...סכום שלא יפחת מ-120 ל"י..."**; סעיף 3 קובע כי: **"העמית הסכים כי ינוכה מחשבונו בקופה, מדי שנה, תשלום שיהווה את השתתפותו בהוצאות ניהול הקופה ושלא יעלה על 1% (אחד למאה) מכלל הסכומים שיפקיד בחשבונו בקופה באותה שנה"**; ובסעיף 4 נקבע כי: **"כספי חשבונו של העמית בקופה יושקעו לפי שיקול דעת החברה...החברה לא תקבל כל חלק ברווחים הנ"ל אלא תזקפם במלואם לזכות המשתתפים בקופה"**. המשך התנאים, כמו במסמכי ההצטרפות, נוגעים למסים, למשיכת הכספים ובהמשך לתנאי הביטוח.

כאמור, בהחלטת האישור קבע השופט ענבר כי מסמכי ההצטרפות היוו הצעה של מר גרינברג להצטרף לקופה, ואילו פנקס החבר היווה את קיבול הקופה. על כן, נכרת למעשה חוזה מחייב בין הצדדים.

אומר כבר עתה, כי מקובלת עלי מסקנתו זו של השופט ענבר בבקשת האישור: **לעובדה כי פנקס החבר אינו מאזכר תקנון כלשהו וכי לא נכללת בו כל הסתייגות המפנה לתקנון – משקל רב בהכרעה בשאלת תקפו כחלק מהסכם המחייב את הקופה. כך גם לגבי מסמכי ההצטרפות, להם משקל רב בשלב זה.** נראה, כי מסמכי ההצטרפות הם אלו שהקימו את פנקס החבר, שכן מצויין בהם כאמור, כי העמית קיבל פנקס חבר וקיים מקום להשלמת המספר הסידורי. לשון מסמכי ההצטרפות: **"קראתי את התנאים המפורטים מעבר לדף ואני מסכים, שתנאים אלה והוראות החוק כפי שיחולו מזמן לזמן, יחולו על זכויותיי וחובותיי בקופה"**, משקפת את גמירת הדעת להתקשר עם הקופה. ניתן גם להסתכל על אותם מסמכים באופן הפוך: מסמכי ההצטרפות מהווים



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

הצעה, אותה מקבל העמית בחתימתו עליהם לאחר קריאת התנאים. אישור הבנק את הטופס הפרטני של כל עמית והענקת פנקס החבר ניתן לראותם כגמירת הדעת להתקשר עם אותו עמית. בין כה וכה, מדובר בכריתת הסכם באופן של הצעה וקיבול.

לטענת הנתבעת, בעיקר בחלקים הנוגעים לגודל הקבוצה, בנוגע לכך שלא אותרו פנקסי חבר נוספים הזחים לזה של מר גרינברג, אין לה נפקות רבה, וזאת לאור מסמכי ההצטרפות. יוזכר, כי השופט ענבר קבע בהחלטת האישור כי קבוצת העצמאים/שכירים אינה מוגדרת על פי מי שמחזיק בידו פנקס, אלא על פי מי שהקופה התחייבה לגביו כי דמי הניהול ייגבו מההפקדות השוטפות ולא מהצבירה – התחייבות הנזכרת מפורשות במסמכים אלה. על כן, פנקס החבר אינו תנאי שאין בלתו בהקשר זה.

השופט ענבר הציג נימוקים נוספים לקביעתו כי מסמכי ההצטרפות והפנקס מהווים הסכם מחייב בין מר גרינברג לקופה. לגבי חלקם הורחב הדיון בשלב ההוכחות ואפנה אליהם כעת. דיון זה יחזק את המסקנה כי אכן מדובר בהסכם מחייב.

13.2. האם פנקס החבר ומסמכי ההצטרפות מהווים שיקוף של תקנון 1966?

כאמור, אחד הנימוקים של השופט ענבר לקבלת טיעוני התובעים ולקביעה כי הפנקס ומסמכי ההצטרפות מהווים חוזה מחייב, היא העובדה כי הנתבעת לא העמידה כל תקנון שיוכיח את טענתה כי המסמכים המהווים "אך שיקוף של התקנון" (ראו פסקה 21ב', בעמ' 9 להחלטת האישור. התקנון שהיה לפני השופט ענבר היה תקנון 1957). בשלב ההוכחות, הציגה הנתבעת, כאמור, את תקנון הקופה משנת 1966, שעמד בתקפו בעת הצטרף מר גרינברג לקופה תקנון 1966 מופיע כנספח 10 לסיכומי הנתבעת, בעמ' 113). הנתבעת טוענת כי מסמכי ההצטרפות ופנקס החבר אכן מהווים שיקוף של תקנון 1966, מה שמחייב את דחיית המסקנה אליה הגיע השופט ענבר, כי מדובר בהסכם לבר תקנוני.

כפי שקבעתי לעיל, אכן התקנון שהיה בתוקף הוא תקנון 1966. אף על פי כן, אין בקביעתי כדי להשליך על תקפם של מסמכי ההצטרפות והפנקס, ועל השאלה האם הם מהווים שיקוף של תקנון 1966. כאמור, הנתבעת טוענת כי תקנון 1966 (סעיף 297 לסיכומי הנתבעת):

"מהווה ראיה חותכת לכך שמסמכי ההצטרפות מהווים שיקוף של תקנון הקופה בנוסחו בעת הרלוונטית (כפי שטענה הנתבעת לאורך ההליך), וכי הם אינם מהווים הסכמים לבר תקנוניים כפי שטוענים התובעים".

מהתנאים הקבועים בפנקס החבר עולה כי אין בתנאים או בפנקס כל אזכור שהוא או הפניה לתקנון. גם אם ההוראות בפנקס החבר אכן "מקבילות" במובן מסויים להוראות בתקנון, לא ניתן להתעלם מהיעדר האזכור וההפניה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

1 תחילה אדגיש כי תקנון 1966 הוא תקנון חברה, שמרבית הוראותיו נוגעות לניהול החברה (מניות,
2 אסיפות, מנהלים וכיו"ב). פרק טז, עוסק ב"תכניות החסכון", כולל בעיקרו הוראות המסמיכות את
3 החברה "להקים, להחזיק ולנהל קופות גמל לתגמולים, לפיצויים, לחופשה ו/או לקיצבה,
4 כמשמעותן בחוק..."

5
6 אמנם חלק מההוראות המופיעות בפנקס, מופיעות גם בתקנון, כך למשל, סעיף 2 לטופס ההצטרפות
7 של מר גרינברג קובע חובת הפקדה של 120 ל"י בשנה. הנתבעת טענה כי מקורה של הוראה זו הוא
8 בסעיף 45 לתקנון 1966, שכותרתו "חובות העמית", הקובע כי העמית "יהא חייב לשלם לקופה,
9 לחשבון, סכום שלא יפחת מ-120 ל"י בכל שנה משנות הכספים של הקופה". כך גם סעיף 3
10 לטופס ההצטרפות שעניינו הוצאות הניהול שלא יעלו על 1%; וסעיף 62 לתקנון 1966, הקובע כי
11 תמורת שירותיו של הבנק ישלמו לו מנהלי תגמולים, בכל שנה, שכר שלא יעלה על 1% מהסכומים
12 אותם הכניסו העמיתים לחשבונותיהם בקופות, אולם, בניגוד לטענת הנתבעת אין בכך להעיד כי
13 הפנקס מהווה שיקוף של התקנון.

14
15 הנתבעת מסכמת וטוענת כי :

16 **"שישה סעיפים קיימים בטופס ההצטרפות של גרינברג וראינו כי כל השישה**
17 **מהווים שיקוף של הוראות תקנון קופת הגמל משנת 1966."**
18

19 מכך מסיקה הנתבעת כי מסמכי ההצטרפות של גרינברג משקפים את התקנון, וכי מערכת היחסים
20 בין המחזיקים בטפסי ההצטרפות לבין הקופה מוכרעת בהתאם לתקנון הקופה כנוסחו במועד
21 הרלוונטי.

22
23 אין לקבל טענה זו. יש להדגיש ולהבהיר שוב, כי גם אם נתייחס לכך שטרם חקיקת חוק קופות
24 גמל לא הייתה חובה לקבוע תקנון קופה, תקנון 1966, הינו תקנון האגד של חברה ואינו תקנון
25 הקופה. תקנון האגד שמטרתו הסדרת חובות וזכויות החברה המנהלת, תגמולים בע"מ. ככזה, הוא
26 מסדיר את מערכת היחסים בין החברה לבין בעלי מניותיה ובינם לבין עצמם. אמנם, חלק מן
27 ההוראות שיצוינו להלן, משליכות גם על זכויות העמיתים, אך תקנון האגד כשלעצמו לא נועד
28 ולא מתיימר בנוסחו להסדיר את מערכת היחסים בין הקופה לעמיתים. לא ניתן לחייב את
29 העמיתים בתקנון שכזה, אלא אם מפנים אותם – במפורש – להוראות אותו תקנון בעת ההצטרפות,
30 ומבהירים בצורה ברורה כי האמור בתקנון חל עליהם. הדבר נובע בראש ובראשונה מחובת
31 הנאמנות המוטלת על הקופה ומחייבת שקיפות והגינות. לא כך היה במקרה שלפניי.

32
33 מבחינת העמיתים, התנאים שנקבעו במסמכים עליהם חתמו (מסמכי ההצטרפות) ושאותם קיבלו
34 לידיהם לאחר מכן (פנקס החבר) הם התנאים הקובעים, והם אינם מופנים למקור אחר, או
35 מיועדים בדבר כל מסמך אחר, מלבד החוק כפי שישתנה מעת לעת. מסמכי ההצטרפות או הפנקס
36 לא מפנים לתקנון כלשהו ולא מכפיפים עצמם לדבר מלבד החוק. אמנם מסמכי ההצטרפות כוללים
37 את ההתחייבות להפקיד מינימום של 120 ל"י לשנה, כפי שקבוע גם בתקנון 1966, אולם ניתן



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

להסיק מכך גם את המסקנה ההפוכה לפיה במסמכי ההצטרפות דאגו לכלול את אותן הוראות הקבועות בתקנון, כיון שידעו שהתקנון אינו חל על העמיתים באופן ישיר, בהיותו תקנות האגד.

תמיכה נוספת לכך שמסמכי ההצטרפות מהווים הסכם שנכרת על דרך הצעה וקיבול, ניתן למצוא דווקא בהוראות תקנון 1966, הקובע, בסעיף 44 את אופן הצטרפות העמיתים. על פי סעיף זה: **"אדם החפץ להצטרף... ימלא ויחתום את הטפסים, שיותקנו לצורך זה ע"י המנהלים"** (הדגשה שלי – מ' א'-ג'), היינו המנהלים הם אלו שניסחו את טפסי ההצטרפות והפנקס, עליהם אמור העמית לחתום. בהמשך, קובע סעיף 44 לתקנון 1966: **"בתנאי [הדגשה במקור], שהמנהלים רשאים לאשר או לדחות הצטרפותו של אדם לפי שיקול דעתם ומבלי שייחויבו לנמק כל דחייה כזו"**. ובכן, למנהלים ניתן שיקול דעת מלא לדחות הצעה של מי שמבקש להצטרף לקופה. הדבר מדגיש וממחיש כי מדובר בהצעה של המבקש להצטרף, וקיבול, אישור פרטי ע"י המנהלים. היינו, מסמכי ההצטרפות והפנקס מיסדו למעשה מערכת יחסים חוזית באופן של הצעה וקיבול, מכוח התקנון. כיון שהחברה ראתה במערכת היחסים עם החוסכים מערכת יחסים חוזית, וכיון שהייתה מודעת לכך, שמה שנאמר בתקנות האגד לעניין חובות העמיתים, אינו מחייב אותן, וכיון שרצתה להיות בטוחה שיהיו מודעים למחויבויותיהם, כללה במפורש הוראות אלו במסמכי ההצטרפות ובפנקס (ולא הפנתה לתקנון).

כך למשל, על גבי שער פנקס החבר נכתב: **"ראה בעמ' מס' 18 תנאי השתתפות בקופת הגמל"**. לא נכתב, למשל, **"ראה תמצית תנאי ההשתתפות"**, או **"עיקריהם"** וכיוצא באלה ביטויים העשויים ללמד כי תנאים אלה הינם חלקיים. כן לא נכתב כי התנאים לקוחים ממקור אחר, העשוי להתעדכן ולהשתנות, ובכלל זה תקנון כלשהו. כותרת התנאים עצמם, בעמ' 18 לפנקס היא **"תנאי ההשתתפות בקופת הגמל של תגמולים בע"מ"**. זאת, בשונה למשל מפנקסים אחרים אליהם הפנתה הנתבעת, בהם הייתה הכותרת בפנקס: **"מתוך תקנות הקופה" (ראו מוצג 349, עמ' 8668) או "תקנות" (ראו מוצג 350, עמ' 8680)**. משמע, המחזיק בפנקס חבר כגון זה של מר גרינברג, למד כי התנאים עליהם חתם במסמכי ההצטרפות ומקביליהם בפנקס, הם תנאי ההשתתפות החלים עליו, ואלו בלבד.

ביחס לטענת מר גרינברג לפיה בהתאם לסעיף 1 למסמכי ההצטרפות שלו, הקובע כי **"הקופה תנהל עבורי חשבון חיסכון שישא את שמי"**, הרי שנכרת עמו הסכם אישי – טוענת הנתבעת כי הסעיף עוסק בחשבון הרישומי של העמית בקופה, המשקף את הכנסותיו והוצאותיו, וכן ניכויים, רווחים ועוד. לדידה, סעיף זה לא משקף הסכם אישי כלשהו, ואין בעובדה שחשבונות העמיתים מנוהלים בנפרד כדי ללמד על הסכם אישי כלשהו. הנתבעת מוסיפה ומפנה לעניין זה להוראה המופיעה בסעיף 48 לתקנון הקופה משנת 1966, שכותרתה **"חשבונות העמיתים הקופה"** קובעת כי **"המנהלים ידאגו לניהול תקין של חשבונות נפרדים לכל עמית ועמית..."**. הנתבעת מוסיפה ומפנה לעניין זה להוראה המופיעה בסעיף 48 לתקנון הקופה משנת 1966, שכותרתה **"חשבונות העמיתים בקופה"** קובעת כי **"המנהלים ידאגו לניהול תקין של חשבונות נפרדים לכל עמית ועמית..."**. לטענת הנתבעת, הכוונה בכך רק לניהול החשבון האישי ולא להסכם אישי. איני סבורה כי יש להכריע בטענה זו, שכן



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

הסעיפים אינם תומכים במסקנה זו או אחרת. בין אם ניתן ללמוד מסעיפים אלו כי מדובר בהסכם אישי כטענת מר גרינברג, ובין אם הכוונה בסעיפים אלו רק לפן הניהולי-טכני של החשבון, עדיין מסקנתי בדבר כריתת חוזה אישי בעינה עומדת.

נימוק מרכזי נוסף של השופט ענבר בבקשת האישור לקביעה כי המסמכים מהווים הסכם לבר-תקנוני מחייב, היא העובדה כי תגמולים וגד גמולים נהגו לפיהם שנים רבות, ולמעשה לא גבו דמי ניהול מן הצבירה. ארחיב על כך בהמשך. בשלב זה, מדובר בנימוק המחזק את המסקנה כי תגמולים וגד גמולים ראו בתנאים הקבועים במסמכי ההצטרפות ובפנקס כמחייבים את הקופה, ולכן מחליש הדבר עוד יותר את הטענה כי מסמכים אלה משקפים תקנון.

נקודה אחרונה לעניין טענת "השיקוף" היא טענת התובעים לפיה על מערכת המסילה נמצאו טפסי הצטרפות מוקדמים לשנת 1966, שנוסחם ונוסח התנאים המפורטים בהם זהה לנוסח עליו חתם גרינברג בשנת 1969. סקרתי באופן יסודי את טפסי ההצטרפות במוצג 264 לתיק המוצגים, והגעתי לכלל מסקנה כי התובעים צודקים בטענתם. כך למשל, בעמ' 5820, 5821, 5826, 5827, 5835, 5831, 5829, מופיעים טפסי הצטרפות מוקדמים לשנת 1966, המוקדם שבהם משנת 1957, כאשר התנאים ברובם זהים לאלה שבטפסי ההצטרפות של מר גרינברג, לפחות בנושאים הרלבנטיים לתביעה זו, ובחלקם זהים לחלוטין על כל סעיפיהם (ראו למשל בעמ' 5829, 5833). יצוין כי ברוב המקרים צורף לתיק אך העמוד הראשון בו מצהיר העמית כי "קראתי את התנאים המפורטים מעבר לדף" ואילו רק בטופס אחד (של העמית ז.י. בעמ' 5821) צורף גם העמוד השני הכולל את התנאים עצמם. אם כן, גם אם בעת הצטרפותו של גרינברג היה בתוקף תקנון 1966, ולאור השוני העצום בין תקנון 1957, שאינו כולל כל הוראה לעניין תכניות החיסכון, לבין תקנון 1966, הכולל פרק בעניין זה, הרי שאין כל חיזוק למסקנה לפיה תנאי ההצטרפות שיקפו תקנון כזה או אחר, אלא להפך.

13.3 התייחסות לטענות ה"אבסורד", כלשון הנתבעת, ביחס להתחייבויותיה כלפי גרינברג

בסיכומיה, טענה הנתבעת כי הקביעה לפיה מסמכי ההצטרפות ופנקס החבר הינם הסכמים לבר-תקנוניים, תביא ל"אבסורד", כלשונה. טענתה היא כי בעוד מר גרינברג מבקש לאכוף על הקופה את ההוראה לפיה ייגבו דמי ניהול בשיעור של 1% מההפקדה השנתית – הוא מתעלם מהוראות נוספות שנקבעו במסמכי ההצטרפות, שאכיפתן כיום אינה אפשרית או אינה חוקית.

אם כן, הנתבעת טוענת כי מר גרינברג מתעלם מן ההוראה לפיה על העמית להפקיד לחשבון, מדי שנה בשנה, סכום שלא יפחת מ-120 ל"י (ראו סעיף 2 לפנקס החבר של מר גרינברג וסעיף 2 למסמכי ההצטרפות שלו). אין מחלוקת בין הצדדים כי מר גרינברג הפסיק להפקיד סכומי כסף לחשבון בקופה בשלב מסוים, ולמעשה כי עד היום אינו מפקיד הפקדות כאמור. לשיטת מר גרינברג, הוא הפסיק לבצע את ההפקדות בשנות ה-80 של המאה הקודמת, לאחר שפנה לבנק הפועלים עם שחיקת הלירה, ונאמר לו כי הוא יכול להפסיק (ראו בעמ' 60 לפרוטוקול, ש' 23-12):

"ש: ומתי זה נפסק? לפי מה שהבנת בהסכם? מתי מפסיקה החובה הזאת?"



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

ת: בשנת '80 ומשהו, כאשר נשחק הכסף לגמרי, ירדה הזה, פניתי לבנק
הפועלים, ש-120 לירות האלה, שאני צריך להמשיך עד אחרי שהפקדתי סכומים
גדולים לפני זה, כשזה סכום קטן מאוד, זה נשחק, האם להמשיך את זה, אמרו לי
בבנק הפועלים, שבנק הפועלים אמר, אתה יכול להפסיק להפקיד.
ש: אה, אמרו לך בע"פ?
ת: הוא אמר לי בע"פ.
ש: יש לך נייר על זה? לא?
ת: לא. אין נייר."

הנתבעת מדגישה כי גרסה זו לא הוצגה על ידי מר גרינברג עד לחקירתו, ומציגה תצהיר שהגיש מר
גרינברג בשלב גילוי המסמכים, וכן מענה לשאלון ומענה התובעים למכתב שהציגה הנתבעת
לתובעים (ראו סעיף 360 לסיכומי הנתבעת, על תתי סעיפיו). בכל אלה נטען כי מר גרינברג אינו זוכר
עד מתי הפקיד כספים לחשבונות ואת נסיבות הפסקת ההפקדה. לפי הנתבעת אין לייחס משקל
לגרסה שמסר גרינברג בעת חקירתו, בהיותה עדות כבושה.

לא מצאתי חשיבות לדיון בטענת הנתבעת לעדות כבושה. ואסביר: אין מחלוקת כי הקופה לא גבתה
משך עשרות שנים דמי ניהול מן העמיתים. הדבר גם הוצהר מפורשות בהסכם הרכישה. כמו כן, אין
מחלוקת כי תקנון 1988 ביטל את חובת ההפקדה לחשבון. צירוף שני אלה מביא למסקנה כי הקופה
עצמה לא ראתה בהפקדה לחשבון תנאי לתקופה של ההסכם בין הצדדים. הנתבעת טוענת כי הצדקת
אי ההפקדה בכך שתקנון 1988 ביטל את חובת ההפקדה, מחזקת את טענת המוצר התקנוני ולמעשה
מצביעה על כשל לוגי בטענות התובעים בהקשר זה. ובמילים אחרות, טוענת הנתבעת כי לא ניתן
להישען על השינוי בתקנון לעניין עצם גביית דמי הניהול, אך להתחשב בו בעת שנטען לגבי חובת
ההפקדה. ואולם, אזכיר כי כפי שנקבע **בעניין הדד**, אין דין אחד לזכויות וחובות העמית בנכסי
הקופה, ולדמי הניהול לגביהם ניתן לקבוע הסכם חוץ-תקנוני. לפיכך אני סבורה כי אין פסול בפנייה
לתקנון בעניין חובת ההפקדה, ולהסכמים הלבר-תקנוניים בעניין דמי הניהול. אך לדידי, ניתן להגיע
לאותה מסקנה גם מבלי להיזקק לתקנון 1988. התנהגות הבנק משך שנים, מעידה כי הוא לא ראה
קשר בין אי הפקדת הכספים לחשבוניות העמיתים, לבין ניהול הקופה עבורם, ובוודאי לא נקט כל
פעולה אקטיבית על מנת לאכוף על העמיתים את חובת ההפקדה (ככל הנראה הדבר נבע מכך
שהסכומים, גם משוערכים, הינם זניחים. ורק כדי לקבל סדרי גודל, יצויין כי על פי הלשכה
המרכזית לסטטיסטיקה, הסכום של 120 ל"י שהיה על העמית להפקיד מדי שנה, בערכו להיום עומד
על כ-900 שקלים, מה שמעמיד את דמי הניהול על 9 שקלים לשנה).

הנתבעת טוענת עוד כי עמדתה עולה עם עמדת המאסדר כפי שמשתקפת בחוזר משרד האוצר מיום
30.12.2012, שכותרתו **"דמי ניהול במכשירי החיסכון הפנסיוני"** (ראו נספח 37 לתצהיר עו"ד כהן
דוד; נספח 32 לסיכומי הנתבעת). סעיף 3 לאותו חוזר קובע כי הגוף המוסדי רשאי להעלות את
שיעור דמי הניהול בהם התחייב כלפי העמית, אפילו טרם התקופה המינימלית שנקבעה באותו
חוזר. זאת, בין היתר במקרה בו מפסיק העמית להעביר תשלום הפקדות לקופה. ואולם, יש לשים
לב לכך שהסעיף עצמו קובע כי העלאה כאמור תתבצע רק לאחר הודעה מראש לעמית. אף אחד
מהצדדים לא העלה כל טענה ולא אזכר דבר לגבי משלוח הודעה בנוסח שכזה למר גרינברג או



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

לעמיתים אחרים שהפסיקו להפקיד כספים לקופה, ועל כן אין לשעות לטענות הנתבעת בדבר "זכותה" להעלות את דמי ניהול בהקשר זה. כמו כן, החוזר עצמו פורסם בשנת 2012 בעוד הנתבעת החלה לגבות דמי ניהול בשנת 2007. גם אם הדבר משקף עמדה כלשהי של המאסדר (והרי ברי שלא מדובר בעמדה מסודרת ופרטנית עליה ניתן להסתמך בענייננו), הרי שהמאסדר עצמו הגביל את האפשרות להעלות דמי ניהול והכפיף אותה להודעה. משמע, גם הוא סבר כי לא מדובר בהעלאה אותה ניתן לעשות באופן חד צדדי וללא כל הודעה מראש.

14. פרק ארבעה עשר: מסמכי ההצטרפות של שאר חברי קבוצת העצמאיים/שכירים

כעת, ברצוני להתייחס גם למסמכי ההצטרפות האחרים שאותרו בשלב ההוכחות. אלה, יסייעו לנו להבין הן את שנקבע לגבי עמיתים אחרים בקבוצת העצמאיים, שהצטרפו בשנים מוקדמות או מאוחרות יותר ממר גרינברג, הן את שנקבע לגבי קבוצת השכירים (אלה מר גרינברג אינו משתייך). בחלק זה אתייחס גם לטענות בעניין קבוצת עמיתי משטרת ישראל.

14.א מסמכי ההצטרפות – עצמאיים

בנוסף לבקשת ההצטרפות של מר גרינברג, הציגו התובעים בקשת הצטרפות לקופת תגמולים לעצמאיים של הגב' ש.ר. משנת 1976 (ראו בנספח 264 בעמ' 5855). טופס ההצטרפות של הגב' ש.ר. זהה בנוסחו לטופס ההצטרפות של מר גרינברג, וקבועים בו אותם תנאים שנסקרו לעיל, ובעיקר חשובים לענייננו התנאי לגבי גביית דמי ניהול מהפקדות בלבד ואיסור על גביית סכום כלשהו מתוך הרווחים. ראוי לציין כי גם טופס ההצטרפות של הגב' ש.ר. כלל רובריקה למילוי בתחתית העמוד הראשון, שלשונה "קיבל פנקס חבר מס' ____". אצל הגב' ש.ר. הושארה רובריקה זו ריקה.

אמנם, לא נמצאו טפסים נוספים בדיוק באותו נוסח. אולם, כפי שאפרט בהמשך הדברים, גם נוסחים אחרים כוללים למעשה את אותו חיוב לגבי דמי ניהול: גבייה מהפקדות בלבד. אזכיר לעניין זה כי הנתבעת הצהירה כי סרקה מדגם של כ-1,000 תיקים (ראו חקירתה של עו"ד כהן דוד, עמ' 422 לפרוטוקול בש' 1 ואילך) ואילו התובעים ביצעו מדגם משלהם ואיתרו את כל הטפסים המצויים בנספח 264 לסיכומים (ראו סעיף 102 לסיכומי התשובה). מדובר בכמות משמעותית של טפסים שאיתרו התובעים, וההנחה היא כי ישנם רבים אחרים, שכן בקופה 170,000 עמיתים (על כך להלן, בחלק בו אעסוק בגודל הקבוצה).

14.ב. טפסי ההצטרפות לקופת העצמאיים, עד שנת 1963

הנתבעת טוענת כי טפסי ההצטרפות לקופת העצמאיים, שנהגו עד שנת 1963, היו בנוסח שונה מזה שעליו מתבסס מר גרינברג, ולפיו "התנאים המפורטים בטופס ביחס להוצאות הקופה הינם הערכה מוקדמת הניתנת לשינוי" (ראו סעיף 1089 לסיכומי הנתבעת; ההדגשה במקור). משכך, טוענת הנתבעת כי דינם של עמיתים אלה אינו זהה לדינו של גרינברג.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

ואולם, אופן הצגת הנתבעת את הקבוע בטפסי ההצטרפות עד שנת 1963 אינו מדויק, בלשון המעטה. כפי שניתן ללמוד מטפסים אלה, נקבע בהם כי הפרמטר היחיד הנתון לשינוי בהיבט דמי הניהול, הינו שיעור הוצאות הניהול מתוך הסכום השנתי שהחבר הכניס. אזכיר, כי המאגד את הקבוצה הוא הגבייה בניגוד לתנאי הקובע גבייה מהפקדות. על מנת להבהיר זאת, אביא את שקבוע בסעיף ג(3) לטופס ההצטרפות של העמית ז.י. משנת 1962, בעמ' 5821-5822 לתיק המוצגים:

"כל רווחי החברה, רבית ודמי הצמדה מהשקעותיה כמפורט בסעיף ד. יזקפו לזכותו של החבר בחשבונו האישי לפי הסכום בחשבונו ולפי.... [לא ניתן לקריאה]. החברה תנכה לכיסוי הוצאותיה 1% מהסכום השנתי שהחבר הכניס. אחוז זה הינו הערכה מוקדמת: בדיקת המצב לאחר תקופת פעולה מסוימת תקבע את שיעורו המדויק. לחברה עצמה לא יזקפו כל רווחים."
(ההדגשה שלי, מ' א-י')

אם כן, סעיף ג(3) לא קובע את שמבקשת הנתבעת לקרוא לתוכו, והקביעות בו דווקא עולות בקנה אחד עם הגדרת הקבוצה. ראשית, נקבע בו כי כל רווחי החברה מהשקעותיה יזקפו לטובת העמית ולחברה עצמה לא יזקפו כל רווחים, כאמור בפתיחת ובסיום הסעיף. שנית, נקבע בו כי ההוצאות שתנכה החברה, ינוכו "מהסכום השנתי שהחבר הכניס". היגד זה לשונו פשוטה וברורה, ומשמעו הכספים שהפקיד העמית לקופה.

אחזור ואציין כי קיימים טפסים נוספים בתיק המוצגים מהשנים 1957-1963, אך בכולם צורף רק העמוד הראשון, הוזהה בנוסחו ובעיצובו לטופס של העמית ז.י.. בעמוד ראשון זה מבקש העמית להתקבל כחבר בחברה, מתחייב כי יפקיד לא פחות מ-120 ל"י לחשבונו ומקבל על עצמו את תנאי החברות בחברה ותנאי הביטוח "כפי שפורטו מעבר לדף". על עמוד זה חתם העמית, לאחר שפירט את הסכום שבכוונתו להכניס לחשבונו. בתחתית עמוד זה קיים גם חלק "לשימוש המשרד" בו מופיעות רובריקות למילוי וביניהן תאריך קבלת הטופס במשרד החברה, פרטי הביטוח, ואף הרובריקה: **"קיבל פנקס חבר מס': ____"**. באחדים מן הטפסים מופיעה חותמת הבנק והסניף.

העמוד השני, בו מפורטים תנאי החברות בחברה, ובתוכם גם סעיף ג(3) שצוטט לעיל, לא צורף למרבית הטפסים, אלא רק לטופס של העמית ז.י.. אך ניתן להניח כי התנאים עצמם ניתנו לעמיתים. כיוון שהנתבעת עצמה לא חולקת על כך שהתנאים שניתנו לעמית ז.י. זהים לאלה שניתנו לעמיתים האחרים שחתמו על העמוד הראשון הוזהה לשלו, אניח כאמור.

אם כן, התנאים שנקבעו בטפסי העמיתים שהצטרפו לקופת העצמאיים עד לשנת 1963 עולים בקנה אחד עם הגדרת הקבוצה, וכוללים התחייבות לגבות הוצאות ניהול מכספי ההפקדות בלבד, ללא כל חלק לקופה ברווחי העמית. משכך, יש מקום לכלול חברים אלו בקבוצה.

כעת, אעבור להצגת מסמכי ההצטרפות של השכירים לקופה, ואראה כי התנאים שנקבעו בהם דומים לתנאים שנקבעו מול קבוצת העצמאיים ומחייבים את הקופה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

1

2

14.ג. מסמכי ההצטרפות – שכירים

3

התובעים הציגו דוגמאות לטפסי הצטרפות שכירים לקופה, שהורדו ממערכת המסילה (ראו במוצג

4

264 וכן בנספח 19 לסיכומי התובעים). מסמכים אלה הינם מן השנים 1968, 1976 ו-1977 וזהים זה

5

לזה בנוסחם. בפתיחת טופס ההצטרפות לשכירים נכתב:

6

7

"הריני מבקש בזה להצטרף כעמית לקופת הגמל לתגמולים- מדור
שכירים...בהתאם לפקודת מס הכנסה ולתקנות מס הכנסה הנוגעות לקופות גמל
(להלן – "החוק").

9

10

הריני מסכים בזה, כי התנאים המפורטים להלן וכן הוראות החוק כפי שתהיינה
מזמן לזמן יחולו על זכויותי וחובותי בקופה..."

11

12

13

סעיף 1 לטפסי השכירים קבע כי הקופה תנהל עבור העמית חשבון חיסכון שישא את שמו, בנוסח

14

זהה לסעיף המקביל במסמכי העצמאיים. סעיף 2 לטפסי השכירים קבע את שיעור השתתפות

15

העמית בהוצאות ניהול הקופה, משמע – דמי הניהול:

16

"אני מסכים, כי תגבו מחשבוני בקופה, מדי שנה בשנה 1% מהצבירה השנתית שלי,

17

לכיסוי הוצאות השתתפותי בהוצאות ניהול הקופה, אולם לא יותר מ-12 ל"י".

18

(הדגשה שלי, מ' א'-ג')

19

20

ואילו סעיף 3 קבע כי הקופה תשקיע את כספי העמית לפי שיקול דעתה והחוק, וכי לא יהיה לה כל

21

חלק ברווחי ההשקעות:

22

23

"את כספי חשבוני בקופה תשקיעו לפי שיקול דעתכם ובהתאם להוראות החוק ואת

24

חלקי ברווחי ההשקעות (ריבית, הפרשי הצמדה וכל רווחים אחרים), תזקפו לזכות

25

חשבוני בהתאם לסכומים שיעמדו בו לזכותי ובהתאם למשך הזמן שחלף מאז

26

הפקדתי אותם ועד זקיפת הרווחים עליהם. ידוע לי שאתם לא תקבלו כל חלק

27

ברווחים הנ"ל." (הדגשות שלי, מ' א'-ג')

28

29

עולה השאלה האם שילוב הסעיפים 2 ו-3 קובע כי דמי הניהול יגבו מסכומי ההפקדות של העמיתים

30

השכירים, או מסכומי הצבירה, הכוללים את רווחי ההשקעות? התובעים טוענים כי הביטוי

31

"הצבירה השנתית שלי" מתייחס להפקדות השנתיות, שכן יש להפחית מ"הצבירה השנתית" את

32

רווחי ההשקעות בהם אין לקופה כל חלק, כלשון סעיף 3.

33

34

התשובה לשאלה, האם סעיפים אלו מצביעים על גבייה הפקדות או מהצבירה, מצויה לטעמי בסעיף

35

5 לטפסי השכירים, הזהה בנוסחו לסעיף 6 שצוטט לעיל מטופס ההצטרפות של גרינברג, ובו הובהר

36

האופן בו חישיבה הקופה והגדירה את סכומי הצבירה:

37

5. ידוע לי, כי את הכספים, שיצטברו לזכות חשבוני בקופה, כלומר: הסכומים

38

שהפקדתי בניכוי הוצאותיכם לפי סעיף 2 דלעיל ובתוספת הרווחים לפי סעיף 3

39

דלעיל (לאחר שינוכו מהם הוצאות הבטוח הנזכר להלן) אוכל אני – או יוכלו הזכאים

40

אחרי- לקבל בקרות אחד המקרים הבאים: "...

41



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

סעיף זה מבהיר את משמעות הביטוי "הצבירה השנתית" ואת אופן גביית דמי הניהול אליו נתכונה הקופה בטופס הצטרפות השכירים. משמעות הדבר היא כי גם כלפי עמיתים אלה, התחייבה הקופה לגבות את דמי הניהול מן ההפקדות בלבד (עד גובה תקרה של 12 ל"י, סכום שממילא נשחק עם הזמן ואין לו עוד השלכה).

עוד אציין כי סעיף 4 לטפסי השכירים עסק בהקלות מס, וסעיפים 6 והלאה עסקו בביטוח חיים. בסוף העמוד הראשון לטופס ההצטרפות מופיעה הרubריקה: **"קבל פנקס חבר מס' _____"**. במרבית טפסי ההצטרפות שמולאו בידי שכירים וצורפו לתיק המוצגים, רובריקת פנקס החברה מולאה על ידי הבנק ומופיע בה מספר פנקס (ראו למשל בעמ' 5816, 5823, 5824 לתיק המוצגים). כפי שקבעתי בעניין גרינברג עצמו, עובדה זו מחלישה את טענות הנתבעת בדבר שוליותו של פנקס החבר וניסיונה להיתלות בכך שלא אותרו פנקסים רבים. סוגיה שעוד תידון שוב בהמשך, בחלק שיעסוק בהיקף הקבוצה.

אם כך, אני קובעת כי נכרת חוזה בין הקופה לבין כלל העמיתים השכירים החתומים על מסמך הצטרפות לקופה הקובע תנאים כפי שנסקרו זה עתה, בדבר גביית דמי ניהול בשיעור 1% מסך ההפקדות ובסכום שלא יעלה על 12 ל"י לשנה.

14. ד. טפסי ההצטרפות של מצטרפים בין השנים 1977 ל-1988

במסגרת תיק המוצגים, הוצגו גם טפסי הצטרפות רבים שהפנו לתקנות הקופה. טפסים אלה משותפים לעמיתים שכירים ועצמאיים. המוקדם שבטפסים אלה שייך לעמית ש.ל., מחודש אוקטובר 1977 (ראו בעמ' 5805 לתיק המוצגים). מעיון במוצג מסמכי ההצטרפות, עולה כי קיימים נסחים שונים בהם נעשה שימוש החל מאוקטובר 1977. למשל, ניתן למצוא את הנוסח הבא (ראו טופס ההצטרפות מיום 23.10.77 של העמית ש.ל. בעמ' 5805 לתיק המוצגים):

"לאחר שענינתי בתקנות חברתכם, אני מבקש להצטרף כעמית לקופת הגמל לתגמולים/פצויים המנוהלת ע"י חברתכם (להלן – "הקופה") בהתאם לתקנותיה ובהתאם להוראות פקודת מס הכנסה ותקנותיה וכל חוק החל על קופות גמל (להלן – "החוק") והנני מסכים בזאת שזכויותי וחובותי כעמית בקופה יקבעו לפי תקנות חברתכם וההחלטות שיתקבלו על פיהם והוראות החוק כפי שיהיו מעת לעת וכפי שיתייחסו בכל עת לעמית שכיר/עצמאי".
(ההדגשות שלי, מ' א'-ג').

נוסח שונה מעט, ניתן למצוא בטופס ההצטרפות של העמית מ.מ., משנת 1982 (ראו בעמ' 5811 לתיק המוצגים):

"הנני מבקש בזה לקבלני כעמית בחברתכם. הנני מצהיר בזה שידוע לי כי חברתי בחברתכם תזכה אותי בכל הזכויות המוקנות לעמיתים על ידי תקנות ההתאגדות של חברתכם, כפי שיהיו בתוקף מדי פעם בפעם (להלן התקנות) וכי אהיה כפוף לכל התנאים, ההוראות וההתחייבויות המוטלות על העמיתים לפי כל הסדר חוקי ולפי החלטות הנהלה והתוספות הכלליות שינתנו בהתאם לתקנות ו/או לחוק"
(ההדגשות שלי, מ' א'-ג').



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

הנתבעת טוענת, כי גם אם לא יתקבלו טענותיה לגבי מר גרינברג ועמיתים שהצטרפו על פי טפסי ההצטרפות שם – אין לכלול את העמיתים שחתמו על טפסים אלה בקבוצת התובעים, שכן הם הופנו לתקנון ואינם יכולים לטעון לתנאים שנקבעו בהסכם לבר-תקנוני.

מנגד, טוענים התובעים מספר טענות: הראשונה, כי מספר התובעים היכולים להשתייך לקטגוריה זו הינו קטן יחסית (עפ"י חו"ד ד"ר שלם, חלקם בנכסי הקופה מסתכם בכ-11%); השנייה, כי מדובר בטפסים גנריים לכלל קופות הבנק, ולא מיוחדים לקופת תגמולים, שבהם אין כל התייחסות לדמי הניהול (בחירת הקופה נעשתה ברובריקה בכותרת הטופס); הטענה השלישית היא כי אין מחלוקת כי גם העמיתים שהצטרפו לקופה על בסיס טפסים אלה, לא חויבו בדמי ניהול עד לאוקטובר 2007. משמע, טוענים התובעים, הבנק החיל על אותם עמיתים את הוראות דמי הניהול שנהגו ביחס לעמיתים שהצטרפו על סמך טפסי ההצטרפות המוקדמים יותר. בנספח 20 לסיכומי התובעים, הובא תדפיס מתוך חשבון הבנק של העמיתה ג.א., שהצטרפה לקופה ביום 15.2.1982 כשכירה. בין יתר פרטי המידע המופיעים בתדפיס, שהודפס ביום 20.4.1998, מופיע גם הכיתוב: "עמלה: 0 פטור" ותחתיו: "סכום: 0.00" (וראו גם את התדפיס מחשבון העמית ע.ג., גם הוא בנספח 20 לסיכומי התובעים). התובעים טוענים כי מדובר בראיה חד משמעית לאימוץ התנאי של דמי ניהול בשיעור אפס גם לגבי המצטרפים "החדשים".

נראה כי ההפניה לתקנות הקופה אכן מבחינה את טפסי ההצטרפות "החדשים" מאלה המוקדמים; כמו כן, עיון חוזר בתקנונים שהוצגו לעיל, מלמד כי עד לשנת 1988, לא נקבעו בתקנונים אלה הוראות בדבר גביית דמי ניהול מן העמיתים. כך למשל, תקנות ההתאגדות משנת 1966, שלעיל קבעתי כי הן שעמדו בתוקף עת הצטרף מר גרינברג לקופה, הן למעשה התקנות אליהן הופנו גם המצטרפים החל משנת 1977 ועד לשנת 1988. תקנות אלה, כפי שפורט לעיל, קובעות בסעיף 62 כי הקופה תשלם לבנק מדי שנה, שכר בשיעור שלא יעלה על 1% מהסכומים אותם הכניסו העמיתים באותה שנה לחשבונותיהם בקופה. כפי שכתבתי בחלק שעסק בטענת ה"שיקוף", תקנה זו אינה קובעת דבר ביחס לתשלום של העמיתים עצמם לקופה. בתקנות 1988 לא קיימת תקנה נוספת העוסקת בתשלום הוצאות או דמי ניהול מצד העמיתים. אם כן, עולה כי על מצטרפים אלה חל דין שונה מאלה שהצטרפו עד שנת 1977. לעמיתים אלה לא ניתנה כל התחייבות כי לא יגבו דמי ניהול מכספי הצבירה שלהם ועל כן רשאית הייתה הקופה לגבות מהם דמי ניהול בהתאם להחלטות ההנהלה, התקנון ובכפוף לחוק, וכמובן ככל שלא נקבע מולם הסכם אחר שלא הוצג במסגרת תובענה זו. בעניינם, צפתה הקופה מראש אפשרות של שינוי התקנון, הנהלים, והכפיפה את התנאים החלים על העמיתים לאלה ואף להחלטות המנהלים. מסיבה זו, אני סבורה כי עמיתים אלה אינם צריכים להיות כלולים בקבוצה המיוצגת.

14.ה. טפסי הצטרפות של מצטרפים לאחר שנת 1988

כעת אדון במצטרפים החל משנת 1988, אליהם התייחסו הצדדים בנפרד מן העמיתים שהצטרפו החל משנת 1977. נוסח טפסי ההצטרפות של עמיתים אלה, המצויים בתיק המוצגים, זהה לטופס



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

שצוטט לעיל של העמית מ.מ. משנת 1982 (ראו למשל טופס ההצטרפות של העמיתה א.ק. מיום 1.6.1994 בעמ' 5887 לתיק המוצגים). אם כן, כבר ניתן לומר כי גם עמיתים אלה אינם עומדים בהגדרת הקבוצה. אך אפרט.

תקנון 1988 קובע בסעיף 26.1 כי:

"המנהלים ידאגו לנהול תקין של חשבונות נפרדים לכל עמית ועמית בהתאם למעמדו בקופה וירשמו בהם מדי חודש כל הכספים העומדים לזכותו של כל עמית, לרבות חלקו ברווחים הנצברים בקופה מדי חודש בנכוי הוצאות נהול, הוצאות בטוח ובנכוי תשלומים לעמית או לפקודתו"
(הדגשה שלי, מ' א-ג').

ובסעיף 36 לתקנון 1988, שכותרתו "דמי ניהול" נקבע:

"תמורת כל שירותיו דלעיל של בנק הפועלים בע"מ תשלם לו הקופה מידי שנה דמי ניהול בשעור 1% מהסכומים אותם הפקידו העמיתים באותה שנה לחשבונותיהם"

אם כן, סעיף 36 אינו מסדיר את היחסים בין הקופה לעמיתים, ומסעיף 26.1 ניתן ללמוד כי הוצאות הניהול ינוכו **"מסך כל הכספים...לרבות חלקו ברווחים הנצברים בקופה..."** על אף שלא נקבע מה יהיה שיעורם של אלה. תקנון 1988 מחזק את המסקנה כי לגבי העמיתים שהצטרפו החל משנה זו, לא קיים כל תנאי האוסר גבייה מן ההפקדות, ולהיפך – התקנון מתיר גבייה גם מן הרווחים הנצברים. בהתאם, מסקנתי היא כי בדומה לעמיתים שהצטרפו אחרי 1977, גם עמיתים אלה אינם נכללים בקבוצה.

14.ו. מסמכי הצטרפות – משטרת ישראל

טענה נוספת מפי הנתבעת, היא כי אין מקום לכלול את אנשי משטרת ישראל הנמנים על עמיתי הקופה, בקבוצה המיוצגת. בסעיף 35.6 לתצהירו, טען מר גרינברג כי עמיתים אלה משתייכים לקבוצת השכירים. הנתבעת טוענת כי הגדרת הקבוצה בהחלטת האישור מתייחסת לעמיתים שהוגדרו על ידי הקופה כ"שכירים", בשונה מעמיתים שהם "חלק מקבוצה מוגדרת", כגון השוטרים. הנתבעת משווה את השוטרים לקבוצת עובדי בנק הפועלים, שאת השתייכותה לתובענה זו דחה השופט ענבר בהחלטת האישור.

בטופס ההצטרפות של משטרת ישראל, נקבע כי ניתן לגבות מהשוטרים דמי ניהול בסך 2 ל"י לשנה בלבד, כפי שנקבע לגבי אנשי צבא הקבע (ראו סעיף 5 בעמ' 5969 לתיק המוצגים):

"5. אני מסכים, כי תנכו מחשבוני בקופה, מדי שנה תשלום של 2 ל"י, שיהווה את השתתפותי בהוצאות ניהול הקופה".

בדומה לטפסי ההצטרפות שנסקרו לעיל, עד לשנת 1977, גם השוטרים אישרו בחתימתם כי ידוע להם שהקופה לא תקבל כל חלק ברווחי ההשקעות ואלה יזקפו במלואם לזכות המשתתפים בקופה (ראו סעיפים 5 ו-6 לטופס ההצטרפות של אנשי משטרת ישראל, בעמ' 5969 לתיק המוצגים).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

בפועל, גם לגבי השוטרים, גבתה הקופה דמי ניהול בשיעור אפס, וזאת לכל הפחות מאז שחיקת הסכום של 2 ל"י לידי אגורות, בדומה לשקרה בעניינו של גרינברג ובעניין אנשי הקבע. זאת, כמובן עד ליום תחילת הגבייה בידי הנתבעת. יצויין כי קובץ הנתונים שהעבירה הנתבעת מצביע על כך שבקופה חברים 375 עמיתים המשתייכים לקבוצת "משטרה", ואלה הצטרפו לקופה בין השנים 1963-1978.

אני סבורה כי דינה של קבוצת השוטרים אינה שונה מדין של קבוצות העמיתים השכירים והעצמאיים שנדונו לעיל, להוציא אלה שהצטרפו לאחר שנת 1977 לגביהם קבעתי כי יוצאו מן הקבוצה.

תגמולים התחייבה כלפי השוטרים כי לא יהיה לה חלק ברווחי השקעת הכספים שיפקידו. טופס ההצטרפות לשוטרים כלל אינו מזכיר את התקנון או התקנות ומכפף עצמו לחוק בלבד. גם אם ישנה נפקות, כפי שטענה הנתבעת, לכך שעל טפסי השוטרים נכתב "משטרת ישראל" ולא "שכירים", הרי שבפועל עולה כי השאלות העולות בעניין הגבייה מחשבוניות השוטרים הינן זהות לאלה העולות ביחס לקבוצת השכירים/עצמאיים (שאלת הגבייה מהפקדות או מצבירה) וביחס לקבוצת אנשי הקבע (לגביהם נקבע כי יגבו 2 ל"י ובפועל נגבו דמי ניהול בשיעור 0). אני קובעת אם כן כי השוטרים נמנים על קבוצת השכירים/עצמאיים.

כעת אעבור לדיון בהסכם אנשי הקבע כהסכם לבר תקנוני לעניין דמי הניהול. לאחריו אתייחס לטענות "אבסורד" נוספות שהעלתה הנתבעת ביחס לפרשנות הסכמי שתי הקבוצות.

15. פרק חמישה עשר: הסכם צבא הקבע

כאמור, בהחלטת האישור קבע השופט ענבר באופן לכאורי, כי אנשי הקבע הצטרפו לקופת תגמולים על פי הסכם שהתהווה בחלופת מכתבים בין הבנק לצה"ל. השופט ענבר ראה במכתב שנשלח מבנק הפועלים לצה"ל ביום 24.3.1963 "הצעה" ובתשובת צה"ל מיום 27.5.1963 ראה "קיבול" (ראו פסקה 23 להחלטת האישור). הסכם, המהווה לטענת התובעים, שהתקבלה בהחלטת האישור, הסכם לבר תקנוני על דמי הניהול.

בהמשך ההליך שהתקיים לפניי טענה הנתבעת טענות שונות, חלקן חדשות, לעניין תקפותו של ההסכם, הקביעות בו ותפיסת הצדדים לו את מידת "קשיחותו", כהגדרתה. אחלק את הדיון בהסכם אנשי הקבע ל-5 חלקים. ראשית, אבחן את השאלה בה עסק השופט ענבר והיא, האם נכרת הסכם בעניין הצטרפות אנשי הקבע לקופת תגמולים. שנית, אעמוד על אופיו של ההסכם, לאור טענת הנתבעת כי מדובר בהסכם המקנה זכויות קולקטיביות ולא אישיות. שלישית, אבחן את השאלה מה קובע ההסכם לעניין דמי הניהול שיגבו מעמיתי צבע הקבע.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

15.1. האם נכרת הסכם בין צה"ל ובנק הפועלים?

המכתב אליו התייחס השופט ענבר כ"הצעה" הוא מכתב מאת ההנהלה הראשית של בנק הפועלים, הממוען אל גורמים שונים בצבא ("מטכ"ל/אכ"א/פרט"). המכתב נשלח ביום 24.3.1963 וכותרתו: "הצטרפות אנשי צבא קבע לקופת 'תגמולים לעצמאיים' בע"מ". המכתב מפרט את תנאי ההצטרפות לקופה, שעוד יפורטו בהמשך (ראו המכתב מיום 24.3.1963 במוצג 1, עמ' 42 לתיק המוצגים).

ביום 27.5.1963 השיב האלוף אהרון דורון, שכיהן אז כראש אגף כוח אדם בצה"ל (להלן: אכ"א), במכתב שמוען להנהלה הראשית של בנק הפועלים בע"מ (ראו המכתב מיום 27.5.1963 במוצג 1, עמ' 41 לתיק המוצגים). במכתב נכתב כי:

"הנני להודיעכם כי הסכמנו לתנאים שפורטו במכתבכם הנ"ל וכי הפעלנו את ההסדרים הדרושים לביצוע הפעולות החלות עלינו, החל מחודש מרץ 1963. הסכמתנו זו ניתנה על דעת קרן ההלוואות ההדדיות של החיילים בשירות קבע בע"מ."
(ההדגשות שלי – מ' א'-ג').

במכתב נוסף מאת קופת התגמולים לצה"ל, מיום 15.9.1963 (ראו בעמ' 46 לתיק המוצגים) נכתב כך (במקומות בהם מופיע הסימון (...)) לא ניתן לקרוא את הכתוב):

"בעקבות מכתב ההנהלה הראשית של בנק הפועלים בע"מ מתאריך 24.3.65, בו פורטו פרטי ... של הצטרפות החיילים בשירות קבע בצה"ל ל'תגמולים לעצמאיים' בע"מ שע"י בנק הפועלים בע"מ (להלן – 'הקופה') ובעקבות תשובת צה"ל למכתב האמור בו הסכים צה"ל ל.... ההצטרפות, הננו לאשר ולהצהיר כי ...הצטרפות החיילים בשירות קבע בצה"ל לקופה, הננו רואים כל חייל המשרת בשירות קבע ביום תחילת ההסדר וכל חייל שהתגייס או יתגייס לשירות קבע לאחר מועד זה כעמית בקופה ... ואנו נראה כל חייל בשירות קבע כאמור כאילו חתם אישית על בקשת הצטרפות לקופה ובקשתו התקבלה על ידינו, וזכויותיו הם כזכויות כל עמית בקופה, בשינויים הנובעים...כמפורט במכתב הנ"ל מיום 24 במרץ 1963."
(ההדגשות שלי – מ' א'-ג').

לפי פרק א' לחוק החוזים (חלק כללי) ובפרט סעיפים 1, 2 ו-5 לו, חוזה נכרת בדרך של הצעה וקיבול, שיש בהם להעיד על גמירת דעתם של הצדדים להתקשר זה עם זה. על ההצעה לעמוד גם בדרישת המסוימות. הצעת בנק הפועלים מעידה על גמירת דעתו של הבנק להתקשר עם הצבא, והיא מסוימת ביותר וכוללת פרטים רבים שנראה כאילו נתפרו אישית למידות הצבא. מכתב האלוף דורון מחודש מאי 1963 מהווה קיבול מובהק ("הסכמנו לתנאים שפורטו במכתבכם"). גם המכתב המשלים מיום 15.9.1963 מחזק את המסקנה כי התקיימו יסודות כריתת החוזה, שכן הוא מציין שבמכתב הראשון פורטו פרטי ההתקשרות; כי למכתב זה התקבלה תשובה; וכי בעקבות תשובה זו רואה תגמולים בכל איש קבע כחבר בקופה.

דו"ח מבקר משרד הביטחון שערך צה"ל בשנת 1983, שהוצג בשלב ההוכחות (להלן: דו"ח הביקורת, מוצג 204, בעמ' 1780 לתיק המוצגים), מלמד כי בין הצדדים נכרת חוזה מחייב מכוח חלופת המכתבים. בעמ' 1 לדו"ח עצמו נכתב, בסעיפים 1א'-ב':



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

א. בשנת 1963 הוסדרה הצטרפות משרתי הקבע לקופות הגמל שליד בנק הפועלים בע"מ

ב. ההצטרפות קבלה אופי חוזי בדרך של חליפת מכתבים בין ראש אכ"א דאז, אלוף דורון, בתוקף תפקידו כמנהל בקרן החיילים בשרות קבע בע"מ לבין הנהלת בנה"פ

בסעיף 4 לחוות הדעת המשפטית שנלוותה לדו"ח הביקורת (להלן: חוות הדעת המשפטית) נכתב:

4.1. החוזה עם בנק הפועלים הינו בן 20 שנה (משנת 1963) ומעוגן בחילופי מכתבים בין הבנק לבין הקרן, בצורת התארגנות דאז.

4.2. ההתקשרות היתה אז עם קופת התגמולים לעצמאים בע"מ שעל יד בנק הפועלים, וכללה את:

- הצעת בנק הפועלים מיום 24.3.63

- הסכמת צה"ל מיום 24.3.63 (ככה"נ הכוונה ליום 27.5.63 – מ' א'-ג')

- מכתב קופת 'תגמולים לעצמאים' בע"מ לר' אכ"א מיום 15.9.63 בו נקבע נוהל הצטרפות לקופה".

כפי שעוד יידון בהמשך, חוות הדעת המשפטית עוסקת כולה בשאלה האם וכיצד ניתן לסיים את ההתקשרות בין הצבא לבנק הפועלים, ועל כן מעידה כי בין הצדדים קיים היה הסכם מחייב (שבעת ההיא רצה דווקא הצבא להביאו לידי סיום).

לבסוף, אביא קטע ממכתבו של שר הביטחון עת נערכה הביקורת, לימים נשיא המדינה, מר שמעון פרס ז"ל. מדובר בקטע ממכתב ששוגר ביום 18.8.76 בתגובה למכתב מנכ"ל בנק דיסקונט מיום 22.3.76 (ראו בעמ' 8 לדו"ח הביקורת):

"הננו סבורים שטובת כלל ציבור משרתי הקבע מחייבת הצטרפות לקופת גמל אחת, והודות לריכוז זה ניתן להגיע לשיפור התנאים והגדלת העזרה הכספית המוענקת לציבור אנשי הקבע ע"י קרן החיילים בע"מ... ההסכם עם בנק הפועלים הופעל מאז 1963. אם תוצע על ידי בנק דיסקונט הצעה ברת תחרות הכוללת תנאים טובים יותר מהתנאים הניתנים על ידי בנק הפועלים – ניתן יהיה לבדוק את ההצעה לגופה".
(הדגשה שלי, מ' א'-ג')

בדו"ח הביקורת נכתב כי עמדתו זו של מר פרס מייצגת את עמדת מטה הצבא ומשרד הביטחון. נראה אם כך, כי אף הגורמים הבכירים ביותר ראו בהתקשרות עם בנק הפועלים חוזה מחייב. לפיכך, אני קובעת כי חלופת המכתבים שהובאה לעיל יצרה הסכם מחייב בין הצדדים, על כל הנובע מכך.

15.2. אופי ההסכם - אישי או קולקטיבי?

הנתבעת טוענת כי אנשי הקבע צורפו לקופה על ידי צה"ל וארגון חבר כגוף אחד, באופן קולקטיבי וכפוי, וכי הוראות הסכם צבא הקבע נועדו להסדיר את מערך הזכויות וההתחייבויות בין צה"ל לבין הקופה. משכך, טוענת הנתבעת, זכויות אנשי הקבע הנובעות מן ההסכם הן קולקטיביות ומהוות נגזרת של ההסכם בין הצבא לקופה. הנתבעת טוענת כי יש לדחות את ניסיון התובעים להציג את ההסכם כהסכם שנועד להקנות זכויות פרטניות ואישיות לכל אחד מן העמיתים. בפרט, גורסת הנתבעת כי יש לדחות את ניסיון התובעים להפוך את התחייבות צה"ל לתשלום הוצאות ניהול, הקבועה בהסכם, להתחייבות פרטנית שלא לגבות דמי ניהול מן העמיתים.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

בסיכומי התשובה, טוענים התובעים כי העובדה שמרגע הכניסה לצבא הקבע זכה כל איש קבע להצטרף כחוסך ל"תגמולים" באופן אוטומטי, היא טריוויאלית וברורה. התובעים מצביעים על כך שהסכם יכול שיעניק זכויות גם לקולקטיב. עצם העובדה, לדידם, כי לפלוגי מוקנות זכויות, בין באופן אישי או בשל היותו חבר באותה קבוצה שהוענקו לה זכויות- אין בה כדי להשליך על הענקת הזכויות לאותו פלוגי.

בדיון שהתקיים ביום 5.5.21, טען ב"כ הנתבעת כי המלצת עו"ד צביה גרוס בסעיף 5.1 לחוות הדעת המשפטית לדו"ח הביקורת, לפיה יש לשאת ולתת על דמי ניהול מוקטנים, להבדיל מהוצאות – מעידה כי ההסכם עסק ביחסי הצבא והבנק.

להלן אביא כמה מהוראות ההסכם עליהן נשענת הנתבעת, ואבחן האם הן תומכות בטענת הנתבעת כי ההסכם אינו מקנה זכויות פרטניות לעמיתי צבא הקבע.

במסגרת מכתב ההצעה מיום 24.3.63, נכתב כי כל אנשי הקבע יחויבו להצטרף לקופה, ייכנסו אליה כגוף אחד וייהנו מכל הזכויות כשאר העמיתים. כבר כאן ניתן לראות כי ההצטרפות הינה אכן קולקטיבית וכפויה, אך ההתייחסות היא למתן זכויות שוות ככלל העמיתים, משמע זכויות אישיות. בהמשך, תחת הכותרת "חשבון מרוכז" נכתב כי הבנק ינהל כרטיס מרוכז לכל חשבונות אנשי הקבע, ואולם מיד בהמשך מצויין כי מת"ש ינהל מעקב ע"ג כרטיסי עזר אישיים, שאת ניהולם ניתן יהיה להעביר בהמשך אל הבנק. משמע, על אף ההתייחסות ל"כרטיס מרוכז" שמשמעו מאגר או "פול", הרי שברור מהכתוב כי המעקב אחר התנועות בחשבון כל עמית נרשם בכרטיסיה האישית, בנפרד. הלך רוח זהה עולה מסעיף הרווחים, המלמד כי זקיפת הרווחים הינה אישית:

"כל רווחי הקופה לגבי חשבונות אנשי צבא קבע ייזקפו לזכות הכרטיס המרוכז. למת"ש נעביר בסיס לחישוב לפיו יוכל מת"ש לזכות את הכרטיסים האישיים המתנהלים אצלו."

סעיף ההוצאות שבמכתב זה, מתווה מסלול לפיו במשך 5 השנים הראשונות יקבל הבנק 7000 ל"י לשנה, עבור ניהול החסכון וההשקעות. נכתב כי לאחר 5 שנים גובה התשלום השנתי יידון על ידי הצדדים. ואולם, בהמשך הסעיף נכתב כי **"במידה ויוחלט להעביר את ניהול הכרטיסיה האישית לידי הקופה יהיו הוצאות הניהול לפי 2 – ל"י עבור כל חסכון לשנה"**. הצדדים חלוקים לגבי האופן שבו יש לפרש סעיף זה, האם מדובר בחלופות או שמא העברת ניהול הכרטיסיות לקופה מהווה שירות נוסף. אני סבורה כי להכרעה במחלוקת זו אין משקל רב, אם בכלל. שכן, בכל אופן, ברור כי במצב בו ניתן שירות של ניהול כרטיסיה אישית מצד הקופה, כחלופה או כשירות נוסף, ישנו תשלום הנגבה בעבור כל חשבון חסכון בנפרד. אין כל נפקות בעיניי לשאלה האם תשלום זה מתווסף לסך ה-7000 ל"י לשנה או מחליף אותו. המהות היא כי ברגע שנדרש ניהול נפרד, נדרש גם תשלום נפרד. אין מחלוקת בין הצדדים כי בסופו של דבר עבר ניהול הכרטיסים האישיים לקופה, תוך שניתן שירות מממר"ם הן עבור אנשי קבע, הן עבור שאר הקופה (ראו הסכם צה"ל וממר"ם במוצג 205,



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

עמ' 1825 לתיק המוצגים). בכל אופן, מלמד סעיף זה כי גם הבנק ראה בכל חשבון כחשבון חיסכון נפרד, שלו חובות וזכויות משלו, ללא קשר להצטרפות הקולקטיבית.

אינדיקציה נוספת לכך שהסכם צבא הקבע הקנה זכויות פרטניות ניתן למצוא בנוסח המכתב מיום 15.9.1963, מאת תגמולים לצה"ל:

"הננו רואים כל חייל המשרת בשירות קבע...כעמית בקופה....ואנו נראה בכל חייל בשירות קבע כאמור כאילו חתם אישית על בקשת הצטרפות לקופה ובקשתו נתקבלה על ידינו, וזכויותיו הם כזכויות כל עמית בקופה".

נוסח זה מעיד בלשון חדה וברורה כי לעמיתי צבא הקבע זכויות שוות וזהות לכל עמית בקופה, וכי הקופה ראתה בכל אחד מהם כאילו הצטרף באופן אישי.

וגם דו"ח הביקורת, שנכתב, כאמור, 20 שנה לאחר התגבשות הסכם צבא הקבע, מציין כי:

"ג. במסגרת תנאי ההצטרפות נקבע כי הבנק יעניק הלוואות בתנאים מועדפים, בתנאי שכל משרתי הקבע יצטרפו לקופות הגמל של הבנק כגוף אחד.

ד. ההצטרפות כגוף אחד הוסדרה ע"כ שכל חייל בשירות קבע נמנה מכח שרותו עם קרן החיילים דאז, וכיום "חבר משרתי הקבע והגמלאים בע"מ". כעמית באותה חברה, הינו זכאי להנות מההסדרים המיוחדים שהחברה מקיימת ואשר עוגנו ב – פ"ק מטכ"ל 36.0204."

ביחס לסעיף 5.1 לחוות הדעת המשפטית בדו"ח הביקורת, אציין כי לטעמי קרא ב"כ הנתבעת לתוכו הרבה יותר ממה שיש בו. כותרת סעיף זה היא **"היבט יתרונות החסכון – היבטים משפטיים-כלכליים במו"מ עם הבנקים"**. משמע, לפי לשונו, מדובר בסעיף העוסק בנושאים לדיון אל מול הבנקים האחרים איתם התכוון הצבא לנהל מו"מ לבחינת העברת העמיתים וחשכוניותיהם. הסעיף מגדיר נושאים אותם חשוב להעלות ולהסדיר מול אותם בנקים, מבלי לקבוע או לתאר הרבה מעבר לכך.

אסכם חלק זה ואקבע כי לא מצאתי ממש בטענת הנתבעת לכך שהסכם צבא הקבע אינו מקנה לעמיתי הקבע זכויות אישיות. על אף שההצטרפות לקופה הייתה קולקטיבית וללא ספק כפויה, הקופה ראתה בעמיתים שווי זכויות וחובות לשאר עמיתיה, ועומדים בפני עצמם ביחס לאלה. עולה כי הניהול המרוכז היה עניין פרוצדורלי גרידא, שהצדדים לא התכוונו כי ישליך על זכויות וחובות העמיתים.

עקב האמור לעיל לא מצאתי מקום להתייחס לטענות הנתבעת כאילו עמיתי הקבע צורפו באמצעות ארגון חבר וכי לדבר יש נפקות כלשהי. טענות אלה דומות לטענת ההצטרפות הכפויה, עליה גם התובעים אינם חולקים. חלופת המכתבים מראה בבירור כי הגוף שהתקשר עם תגמולים הוא הצבא עצמו, ואף אלוף דורון החתום על מכתב הקיבול לא חתם במסגרת תפקיד כלשהו ב"חבר" אלא כראש אכ"א. דווקא השורה עליה מסתמכת הנתבעת, לפיה ההתקשרות נעשתה על דעת "קרן ההלוואות ההדדיות של החיילים בשירות קבע", מעידה כי ההתקשרות לא נעשתה על ידי קרן זו



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

(שקדמה לארגון חבר) אלא בדיעתה ובהסכמתה. גם אם במסמכים מאוחרים כדוגמת דו"ח הביקורת או באתר חבר (אליהם הפנתה הנתבעת), ההתייחסות היא כאילו החתימה על ההסכם הייתה באמצעות חבר, וגם אם הייתי מקבלת את הטענה כי חבר היא שהתקשרה עם בנק הפועלים, הרי שלדבר אין כל משמעות בענייננו. **השאלה הרלבנטית הייתה ונותרה האם נחתם הסכם מחייב לעניין אנשי הקבע והאם הסכם זה מחייב את הנתבעת, והתשובה לכך חיובית.** כפי שטענו התובעים, ממילא לא העלתה הנתבעת כל טענה לפיה חבר או מי מטעמו ביטל את ההסכם במרוצת השנים. ואציין גם, כי גם כך מאז ועד היום בעלי תפקידים באכ"א ומדור פרט מחזיקים בכובעים שונים של הנהלת חבר ואף מכהנים כדירקטורים בתגמולים, ונראה כי הקו בין התפקידים דק ואינו פשוט להפרדה (ראו פרוטוקול חקירתו של מר אבי יהב, מיום 12.9.2019, בעמ' 212, ש' 18-4; עמ' 213 בש' 17 ואילך; עמ' 214 ש' 5-1).

15.3. מה קובע הסכם צבא הקבע לעניין דמי הניהול?

התובעים טוענים כי הסעיף שהובא לעיל ושכותרתו "הוצאות", הוא הסעיף המסדיר את גובה דמי הניהול שעל עמיתי צבא הקבע לשלם לקופה. מנגד, טוענת הנתבעת כי סעיף זה עניינו הוצאות הניהול שמשלם הצבא לקופה, וכי לא נקבע בו כי התשלום יגבה מתוך החשבונות, אלא בעבור כל חשבון – דבר המעיד כי אין מדובר בדמי ניהול החלים על העמיתים עצמם.

עוד מצביעה הנתבעת על כך שבמכתב ההצעה מיום 24.3.63, נכתב כי בעת פרישה שלא בהתאם לחוק שירות הקבע בצה"ל, נדרשה הסכמת צה"ל ליציאה של עמית מהקופה (ראו תחת סעיף הוצאות כספים, 3(א)+(ב)). לטענת הנתבעת, הדבר מעיד כי הצבא הוא זה ששילם את הוצאות הניהול ולא העמיתים. לעניין סעיף היציאה מהקופה אדגיש, כבר בשלב זה, כי הנתבעת מבקשת לשתול בסעיף מילים שלא נכתבו בו. אין בסעיף 3 כל התייחסות לכך שאישור הצבא ליציאת העמית נדרש בשל תשלום הצבא את דמי הניהול או הוצאות הניהול, ומדובר בפרשנות מרחיקת לכת שלא הובאה כל ראייה לתמיכה בה.

גם את טענת הנתבעת לפיה סעיף ההוצאות אינו קובע גביית דמי ניהול מן העמיתים יש לדחות. ראשית וכפי שצינו התובעים, גרסה זו של הנתבעת הוצגה רק בשלב הסיכומים וכבר מסיבה זו אין לייחס לה חשיבות רבה. שנית, ולגופם של דברים, הסכם צבא הקבע הוא ההסכם היחיד שנקבע לעניין עמיתי הקבע. הצדדים לא הביאו כראיה כל הסכם אחר בו נקבעו הוראות לעניין דמי הניהול. המונח "הוצאות ניהול" משמעותו דמי ניהול, וברור שמדובר בתשלום הנגבה בעבור שירותי ניהול של הקופה בכל שנה, בעבור כל חשבון. הסכם זה נוסח ונחתם בתקופה בו המונח "דמי ניהול" לא היה בשימוש, וכבר ראינו בחלק המסגרת הנורמטיבית כי בעבר נהוג היה להשתמש במונח "הוצאות ניהול" לתיאור הוצאות הקופה לצורך ניהול כספי העמיתים (גישה זו אף הוצגה מצד מומחה שהביאה הנתבעת עצמה, מר כהן, ראו בפסקה 26 לחוות דעתו).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 2855-09-14; 44598-12-12 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

עוד אינדיקציה חשובה בהיבט זה היא העולה מהסכם השירות עם ממר"ם, במסגרתו שכר הבנק את שירותיה של ממר"מ לצורך קבלת שירותי מחשוב עבור כל קופת הגמל תגמולים (ראו חלופת המכתבים שיצרה הסכם זה במוצג 205, עמ' 1825 לתיק המוצגים). בסעיף 27 למכתב מיום 24.11.1966, שכותרתו "מיכון חשבונות תגמולים לעצמאיים בע"מ- בחינת המערכת", נכתב תחת הכותרת "ניכוי דמי עמלה" כי:

**"במדורים: עצמאיים, שכירים ומשקים – ינוכו דמי עמלה בשעור של 1% מהחסכון השנתי (לא כולל את היתרה של השנה הקודמת) עד מקסימום של 12 ל"י.
במדורים: משטרה ומשהב"ט ינוכו – 2 ל"י לכל חשבון. בשאר המדורים לא ינוכו דמי עמלה.
לא ינוכו דמי עמלה בחשבון שמצוין "ע" בכרטיס ההקמה (טור 60) ולא מסכום שמצוין "ע" או "צ" בכרטיס התנועה (טור 60 – קוד עמלה ודיווח)".**
(הדגשה שלי, מ' א'-ג')

יצוין כי קבוצת אנשי הקבע שויכה למדור נפרד ממשרד הביטחון (ראו סעיף 3 למכתב מיום 24.11.1966, בעמ' 2 למסמך, בו מופיעה טבלת חלוקה למדורים. מדור צבא הקבע מסומן באות "ק", מדור צבא הקבע פנסיונרים מסומן באות "ד" ואילו שאר המדורים מסומנים בספרות). משמעות הדבר היא כי אנשי הקבע השתייכו למדורים מהם לא נוכו דמי עמלה, הם דמי הניהול.

ביום 11.12.1966 הגיבה הקופה למכתב ממר"ם מיום 24.11.1966, במכתב שכותרתו "מב-ס מיום 24/11/66, 10/19/0 - 2233". בהערות לסעיף 27 שצוטט לעיל נכתב:

**(1) במשקים אין מכסימום של 12 ל"י.
(2) בשכירים הצבירה השנתית שממנה יש לנכות 1% כוללת גם הפרשת העובד וגם הפרשת המעביד וכן הפרשה לפיצויים.
(3) בעצמאיים ועובדי מדינה 1% מהצבירה מכסימום 12 ל"י.
(4) במדור – 7 לפי כרטיס תנועה (בציון עמלה).
(5) בשאר המדורים לא יגבו דמי עמלה."**

והנה שוב הוכחה כי בשנת 1966 כבר היה מוסכם על שני הצדדים כי אנשי הקבע פטורים מתשלום עמלה, משמעה הוא ללא ספק הוצאות הניהול אליהן אנו מתייחסים היום כדמי ניהול. הדבר נלמד מכך שהקופה עצמה ציינה בפני ממר"ם כי אין לגבות דמי עמלה מאנשי הקבע, וכי הסכומים המצויינים לצד העצמאיים והשכירים תואמים את שנקבע בהסכמים עליהם עמדתי לעיל, לעניין דמי ניהול.

עולה השאלה, מדוע בהסכם צבא הקבע צוין כי יגבו הוצאות ניהול בסך 2 ל"י כאשר בפועל כבר בשנת 1966 אנו רואים כי לא נגבים דמי ניהול כלל. לדידי, התשובה לכך היא, כי גם אם קיימת אפשרות כי הסכם צבא הקבע לא קבע גביית דמי ניהול, **הרי שהסכם ממר"ם מלמד כי שתיות הסכם צבא הקבע משמעה אינה לאקונה אלא אם הסדר שלילי.** כוונתי היא, כי גם אם אלך לשיטת הנתבעת, ואניח כי הסכם צבא הקבע לא התכוון לקבוע הוצאות ניהול שייגבו ישירות מן העמיתים אלא מן הקופה עצמה – הרי שהמשמעות היא כי לא נתכוונה הקופה לגבות הוצאות ניהול כלשהן



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

מן העמיתים עצמם. פרשנות זו מוליכה אותנו לאותה תוצאה אותה קבע השופט ענבר, והיא כי גביית דמי ניהול בשיעור 0% עולה בקנה אחד עם התחיבות הקופה לעמיתים.

לבסוף, יש לציין כי הסכם צבא הקבע, בתצורת שלושת המכתבים המרכיבים אותו, צורף על ידי בנק הפועלים כחלק מסעיף בו צירף הבנק את ההסכמים הידועים לו "בקשר עם דמי הניהול". משמע, מבחינת הבנק מדובר בהסכם הקובע את דמי הניהול אותם משלמים עמיתי הקבע – בין אם אלה עומדים על 2 ל"י, סכום שנשחק והפסיקו לגבותו, או על 0% בשל ההסדר השלילי שבהסכם. אם כן, גם בהיבט זה אני קובעת, בדומה לקביעת השופט ענבר, ולאחר שניתחתי את כלל הראיות, כי ההסכם קבע תשלום דמי ניהול בגובה 2 ל"י עבור כל חשבון, כאשר בפועל נגבו מעמיתי צבא הקבע דמי ניהול בשיעור 0%.

15.4. הטענה כי הסכם צבא הקבע אינו חוקי או לא היה חוקי לו היה נכרת היום, או טיעון

"התוצאה האבסורדית", כלשון הנתבעת

בסיכומיה, טענה הנתבעת כי פרשנות התובעים להסכם צבא הקבע "מביאה לתוצאה אבסורדית". זאת, שכן, לטענתה, מרבית הוראותיו של ההסכם אינן חוקיות או ישימות כבר שנים רבות. טענות דומות הועלו ביחס להסכמי העצמאים/שכירים. הנתבעת סוקרת מספר הוראות בהסכם אותן לא ניתן לאכוף היום בשל שינויי חקיקה: כך, סעיף ההצטרפות הכפויה להסכם הקבע אינו יכול להתקיים בשל האיסור על מעביד לחייב עובד להצטרף לקופה מסוימת (סעיף 20 לחוק קופות גמל); סעיף ההלוואות הפך לבלתי רלוונטי ושונה על ידי הצדדים; סעיף ההשקעות כולל הוראה בדבר השקעה של לפחות 75% מן ההון הצבור אצל הקופה "באגרות חוב מוכרים כהשקעה מוכרת, צמודות למדד המחיה" בין היתר כיוון שאלה אינן מונפקות כבר והסעיף עצמו אינו מיושם כבר; סעיף ה"ייצוג בהנהלת הקופה" בו נקבע כי נציגי צבא הקבע ייקחו חלק בניהול הקופה שאינו מיושם היום; סעיף הוצאת הכספים שהשתנה עקב שינוי תנאי משיכת הכספים מקופות גמל במסגרת תקנה 38 לתקנות מס הכנסה; סעיף "סכום החיסכון" קובע מתן הלוואות בנפח של עד 25% בניגוד ל-10% שהותרו בתקנות מס הכנסה משנת 2004; סעיף הרווחים הקובע זקיפת רווחים לחשבון המרוכז מנוגד לסעיף 34(ב) לחוק קופות גמל לפיו הרווחים יזקפו לחשבונות העמיתים; סעיף "מס הכנסה" אינו רלבנטי כיוון שכיום אין הסדרי מס מיוחדים לצה"ל והקופה מתנהלת כקופת גמל רגילה; גם סעיף ה"חשבון המרוכז", אינו חוקי לפי הנתבעת, שכן הקופה מתנהלת באופן עצמאי ולא אצל מעביד, ולא ניתן לנהל חשבון מרוכז, בשונה מהמצב בשנות ה-60 של המאה הקודמת.

הנתבעת טוענת כי הלכה למעשה, ההסכם שנחתם בין בנק הפועלים לבין הצבא אינו אכיף בימינו אנו, בשל שינויי חוק ונסיבות המונעים ממנה לקיים חלק מן התנאים בו.

ואולם, אין משמעות הדבר כי החוזה בטל. לקיום החוזה יש משמעות רבה, וזאת כדי לשרת את תכליתו ולהגן על זכויות העמיתים שהפקידו את מיטב כספם בידי הנתבעת. זאת, במיוחד לאור העובדה שנושא שמירת זכויות העמיתים הודגש לאורך הדרך, גם כשעברה הקופה ידיים: בתקנון



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

תגמולים 2005, בתקנון גד גמולים 2006, בהסדר המיזוג, בנוהל ההעברה והתחייבויות הנתבעת מכוחו ובהסכם הרכישה.

תחום ההשקעות המוסדיות מוסדר באופן מפורט, ע"י חוקים, תקנות והוראות הממונה. אין לקבל טענה לפיה כל שינוי אסדרתי, שלא בחקיקה ראשית מפורשת, יפקיע חוזים קיימים בין החוסכים והמשקיעים לגוף המוסדי, שנועדו מעצם טיבם וטבעם לחול במהלך שנות עבודתו של אדם, שנים ארוכות ורבות. הגיונו הכלכלי של ההסכם בין הצדדים ותכליתו כולה, היא הפקדת כספי החיסכון של העמיתים בידי הקופה לצורך שמירתם והשקעתם לצורך תשואה עליהם עד ליציאה לגמלאות. אין ספק כי אלה עדין מתקיימים.

נכון הדבר, כי אחד הנדבכים בחוזה היה מתן ההלוואות בתנאים מועדפים לאנשי הקבע, אך בשל שינוי התנאים על ידי הצדדים בשלב מאוחר, נראה כי חלק זה הפך לשולי. גם התנאי בדבר חברות אנשי חבר בניהול הקופה נראה כי אינו רלבנטי בימינו ואולם הוא אינו פוגם באופיו של ההסכם. אדגיש, והדבר ידון בהמשך, כי ההסכם עצמו לא בוטל בשום שלב ואנשי הקבע, שלא בחרו אחרת, המשיכו להצטרף באופן אוטומטי לקופה שבידי בנק הפועלים, שהחיל עליהם את תנאי דמי הניהול שחלו מכוח ההסכם ושהושפעו משחיקת הלירה (או בשל ההסדר השלילי שקבע ההסכם). אין כל מחלוקת כי הקופה משקיעה את כספי העמיתים, מנהלת את כספם על כל ההיבטים הכרוכים בכך (תפקיד תמורתו היא הרי דורשת לקבל דמי ניהול), וכי ניתן למשוך את הכספים בהתקיים התנאים בדין הקבועים לכך. רוצה לומר, החוזה מתקיים על היבטיו העיקריים, והגיונו הכלכלי בהתאם לחוק ולאסדרה הנוכחיים, נשמר. אף הנתבעת עצמה לא טענה בשום שלב כלפי העמיתים כי בשל שינויי החוק ההסכם עמם בטל ועליהם לעזוב את הקופה.

גם חובת הנאמנות המוטלת על הנתבעת מחייבת כי החוזה ימשיך להתקיים והקופה תמשיך לפעול לטובת העמיתים. חובה זו מחייבת כי החוזה יאכף באופן שמגן על אינטרס העמיתים. זאת, בעוד ההסכם שעיקרו הפקדת כספי החיסכון של העמיתים בידי הנתבעת אכיף ובר ביצוע, תוך התעלמות הנתבעת מכך שרכישה את הקופה לא התבצעה בשנות ה-60, אלא בשנת 2007. מרבית שינויי הנסיבות והחקיקה להם טוענת דש כבר התרחשו אותה עת והיה ביכולתה להיערך מראש ולבדוק אילו חיובים מטיל עליה החוזה בימינו אנו. בתור מי שמתגאה בהיותה "הסיירת" של תחום הגמל (ראו חקירתו של מר נויברגר, עמ' 358 לפרוטוקול בש' 12-13), הרי שהיה ביכולתה לבדוק את ההתחייבויות שנטלה על עצמה במסגרת העסקה, ויכלה היא גם להחליט שלא לרכוש את הקופה אם סברה כי ההסכם מול הצבא אינו רלבנטי ואינו ניתן לביצוע. העלאת טענה כגון זו בשלב זה מתעלמת מטובת העמיתים, באופן החוטא לתפקידה של הנתבעת כחברה מנהלת ומפר את חובת הנאמנות המוטלת עליה.

חלק ששי: שאלה שניה – האם ההסכמים הלבד תקנוניים תקפים ומחייבים את הנתבעת



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

הנתבעת מעלה מספר נימוקים לתמיכה בטענה לפיה היא אינה מחויבת בהסכמים הלבד תקנוניים. ראשית, טוענת הנתבעת, בנוגע להסכם צבא הקבע, כי הסכם זה בוטל עובר לרכישת הקופה על ידה. שנית, לטענתה, תגמולים או גז גמולים, השתחררו ממחויבויות ההסכמים הלבד תקנוניים, עובר לרכישתה שלה את הקופה ולכן היא אינה מחויבת בהם. שלישית, לגבי הסכמי העצמאיים/שכירים טוענת הנתבעת כי הסכמים אלו שקבעו כי יש לגבות דמי ניהול מההפקדות בלבד, לא היו חוקיים בעת שרכשה את הקופה. זאת, כיון שהדין באותה עת אסר על גבייה מההפקדות ולפיכך הסכמים אלו אינם תקפים. אעמוד על טיעונים אלו כסדרם.

16. פרק שישה עשר: האם תגמולים או גז גמולים השתחררו מהתחייבויותיהן כלפי

העמיתים?

משקבעתי כי בין הבנק לבין השכירים והעצמאיים, ובין הבנק לבין צה"ל קיימים היו הסכמים מחייבים לעניין דמי הניהול, אפנה כעת לבחינת התקנונים המאוחרים: תקנון תגמולים משנת 2005 ותקנון גז גמולים משנת 2006 (ראו פירוט לעיל בסקירת המסמכים הרלבנטיים). כמו כן אתייחס להסכם המיזוג משנת 2005. כיוון שהשופט ענבר דחה זה מכבר את טענת הנתבעת כי תגמולים וגז גמולים השתחררו מהתחייבויותיהן, וכיוון שלא הוצגו בעניין זה כל ראיות חדשות במסגרת הליך ההוכחות, אחזור על הדברים בקצרה ואסכם.

אני סבורה כי הן תקנון הקופה משנת 2005, הן תקנון גז-גמולים משנת 2006, הן הסכם המיזוג מלמדים כולם כי ההסכמים עם העמיתים היו ידועים ומוכרים לקופה ולגד גמולים באותה העת, והן לקחו על עצמן את ההתחייבויות במסגרתם. אזכיר בהקשר זה את סעיף 1.1 לתקנון הקופה משנת 2005 המציין באופן פרטני את מסמכי ההצטרפות ו"מסמכים נוספים" כחלק מהמסמכים המסדירים את היחסים בין העמיתים לקופה והמחייבים את הקופה. עוד אזכיר את תקנון ההתאגדות של גד גמולים לפיו החברה תגבה דמי ניהול בשיעור המוסכם בינה לבין עמיתי קופת הגמל (סעיף 5(ד) לתקנון גז-גמולים 2005) – וכבר נקבע בידי השופט ענבר, ואין לי אלא לחזור על קביעה זו, כי "בשיעור המוסכם" משמעו הסכמה לבר-תקנונית בת תוקף. ולבסוף אזכיר את הסכם המיזוג בין תגמולים לגד גמולים מיום 6.6.2005 שבו קיימת הוראה משמעותית ביותר לתביעה שלפניי, והיא כי הסדר המיזוג יבוצע כך שלא תיפגענה זכויות העמיתים ובכלל זה לא יועלו דמי הניהול של קופת הגמל (ראו סעיף 4 להסדר המיזוג).

כך כתב השופט ענבר בהחלטת האישור, דברים שראוי לחזור עליהם (ראו בפס' 31 להחלטת האישור):

"התחייבותה הנדונה של גד גמולים להימנע מפגיעה בזכויות העמיתים בדרך של העלאת דמי הניהול, כשהיא לעצמה, אומרת דרשני. מניין זכותם של העמיתים להמשיך ולשלם את שיעור דמי הניהול שנהג עד למיזוג אלמלא הייתה כלפיהם התחייבות לבר-תקנונית בעניין זה? לא מצאתי בתגובת המשיבה או בסיכומיה מענה מספק לשאלה זו."



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

דברים אלה מצטרפים למסקנה שעלתה וחזרה בדברים שכבר כתבתי, בעניין העובדה שלאורך כל השנים עד לרכישת הקופה, קוימו ההסכמים עם העמיתים. והנה אנו רואים כאן, כי גם משעברה הקופה "ידיים" שונות, גם כאשר נוסחו מסמכי התאגדות ותקנונים חדשים, זכותם של העמיתים מכוח ההסכמים הלב-תקנוניים עמדה ונשארה. וכפי שכתב השופט ענבר, הדבר אומר דרשני. שהרי, מניין זכות זו הייתה קיימת, ואיך ידעו עליה תגמולים וגד גמולים, ואף הקפידו לעגנה, לולא ניתנו התחייבויות לעמיתים? מכל מקום, בהמשך ההליך, גם אני לא מצאתי מענה מספק לשאלה זו, ואף לא ראיות חדשות לעניין זה. על כן, ככלל ניתן לומר כי תגמולים וגד גמולים לא השתחררו מהחובים הלב-תקנוניים עובר להסכם הרכישה והמשיכו לקיימם.

17. פרק שבעה עשר: האם הסכם צבא הקבע בוטל עובר לרכישה

17.1. טיעוני הצדדים לעניין תוקף הסכם צבא הקבע

הנתבעת מפנה לדו"ח הביקורת, עליו עמדתי לעיל (דוח מבקר משרד הביטחון שערך צה"ל בשנת 1983), וטוענת כי ממנו ניתן ללמוד כי ההסכם בין הקופה לצה"ל פקע עובר לרכישה. הנתבעת מביאה מדברים שנכתבו במסגרת חוות הדעת המשפטית שנלוותה לדו"ח. הנתבעת ציטטה את סעיף 4.3 אך השמיטה חלקים מן הסעיף כפי שמופיע בחוות הדעת, ולכן אצטט להלן את כולו (ראו בעמ' 17 לדוח הביקורת):

"ההתקשרות הנ"ל אינה מוגבלת מבחינת זמן, אולם לדעתנו החוזה הישן ניתן לפקיעה וזאת מהטעמים הבאים:
חוזה שאינו מוגבל בזמן ניתן להביאו לסיומו ע"י הודעה חד-צדדית זמן סביר מראש, באופן שהולם את נסיבות החוזה.
ככל שהנושא גדול ומורכב יותר ונמשך זמן רב יותר, יהיה גם משך הודעת הסיום ארוך יותר, מבחינת דרישת הסבירות.
בחוות דעת משנת 1973 חיוה דעתו קצין יעוץ בכיר בשם פרקליט צבאי ראשי, כי הוא נוטה לדעה שהודעה חד-צדדית על הפסקת העמיתות של כלל אנשי צבא קבע אינה מתיישבת עם הכוונה המובעת בחליפת המכתבים המתייחסים בין השאר למחויבות בת 15 שנה.
אולם סבורני כי כיום כאשר חלפו עוד 10 שנים וכאשר נוסחאות הסדרי ההלוואות נשחקו ואנין (צ"ל: אינן – מ' א'-ג') רלוונטיות וכן היקפי החיסכון ומסגרותיהם נשתנו, מהווים נתונים אלה סיבות עובדתיות מספיקות מבחינת הסבירות, להביא את החוזה לקיצו, כמובן תוך מתן הודעה מראש בת מספר חודשים. הודעה בת 6 חדשים עד שנה מראש נראית לי סבירה בנסיבות המקרה.
כמו-כן הואיל ובנק הפועלים ניהל מאז יוני 1981 מו"מ לחוזה חדש ואף היה מודע כי החברה מנהלת מו"מ עם בנקים נוספים, ניתן לומר כי בנק הפועלים הסכים מכללא ובהתנהגות, לראות את החוזה הקודם כחוזה מסתיים וכי אם הצדדים לא יגיעו להסכמה בדבר תנאי החוזה החדש יגיע החוזה הקודם לקיצו כעבור תקופת הודעת סיום כאמור לעיל".

הנתבעת טוענת כי חלק זה בחוות הדעת מלמד כי "בהתאם לאומד דעתם של הצדדים להסכם עצמם" הסכם צבא הקבע "נוסחו משנת 1963 פקע זה מכבר מהעולם לפני זמן רב, ולמצער ניתן יהיה להביאו לכדי סיום בכל עת."

עוד נשענת הנתבעת על תצהירו וחקירתו של מר אבי יהב, לפיהם בתקופתו לא התבססה ההתנהלות בין צה"ל לבין הבנק על הסכם צבא הקבע (ראו סעיפים 35-36 לתצהיר ועמ' 193 לפרוטוקול, ש' 4-



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

8) ועל אמירותיו במסגרת חקירתו לפיהן, כפי שמתארת זאת הנתבעת, "היה ברור לשני הצדדים ש"ארגון חבר" יכול היה להעביר את אנשי הקבע מתגמולים לקופה אחרת מתי שירצה" (הנתבעת מפנה לעמ' 181 לפרוטוקול בש' 2-8).

טענה נוספת של הנתבעת היא כי טופס ההצטרפות לקופת תגמולים משנת 2006 מאפשר לאנשי הקבע לבחור קופת גמל ולא מאלץ אותם לבחור בתגמולים (ראו הטופס במוצג 362, עמ' 8854 לתיק המוצגים). לדידה של הנתבעת, מתן הבחירה סותר את ההתחייבות במסגרת הסכם צבא הקבע והדבר מעיד שההסכם כבר לא היה בתוקף במועד עסקת הרכישה.

הנתבעת טוענת כי משמעות כל הדברים לעיל היא כי הסכם צבא הקבע חלף מן העולם וניתן היה להביאו לידי סיום בכל עת. לפיכך, אין שחר בטענות התובעים לפיהן דש כבולה לתנאיו, בפרט לתנאים בדבר דמי הניהול, לעולמי עד.

התובעים מצידם, טוענים כי הסכם צבא הקבע הוא הסכם מחייב לכל דבר ועניין, אותו ראו הן צה"ל והן בנק הפועלים ככזה. התובעים מדגישים כי במסגרת הסכם רכישת הקופה בידי דש, הציג בנק הפועלים את הסכם צבא הקבע כהסכם תקף ומחייב, ולראיה – ההסכם צורף כנספח ב' להסכם המכר, במסגרתו ציינה המוכרת (הבנק) כי היא מצרפת את "ההסכמים הידועים למוכרת והמצויים בידיה בקשר עם דמי הניהול...". התובעים מבקשים כי אראה גם בדו"ח הביקורת כמלמד על כך שהצבא ראה בהסכם כמחייב. לדידה, דווקא העובדה שבין הצדדים התקיים במהלך השנים מו"מ דינאמי, אך במסגרתו לא ביטלו את ההסכם ובפרט לא שינו את תנאיו בהיבט דמי הניהול, היא הנותנת שההסכם וההתחייבות בדבר דמי הניהול מחייבים. התובעים מצביעים על כך שהנתבעת לא הביאה כל ראיה להבאתו לסיום של הסכם צבא הקבע או לשינוי בדבר דמי הניהול, ואף לא בעניין ההלוואות, כפי שניסתה לטעון.

הנתבעת טענה, בדיון ההבהרות שהתקיים ביום 5.5.21, כי הסכם צבא הקבע לא בוטל אלא נזנח. לטענתה, מאז דו"ח הביקורת בשנת 1983 ועד למכירת הקופה, משך 24 שנים, לא פעלו הצדדים לפי ההסכם (ראו עמ' 561 לפרוטוקול, ש' 22; עמ' 562 לפרוטוקול, ש' 8). עוד טענה כי הסכם הרכישה מפנה להסכם צבא הקבע כחלק מבדיקת נאותות ולא באופן של הפניה להסכמים בתוקף.

באותו דיון, **טענו התובעים** כי השאלה האמיתית אינה האם ובאילו תנאים ניתן לבטל את ההסכם, אלא, האם החוזה בוטל. התשובה לכך, לפי התובעים – שלילית. ראשית, הסכם הרכישה מדבר בלשון ברורה ומפנה להסדרים שהינם בתוקף "בקשר עם דמי הניהול". שנית, הבנק מעולם לא ביטל את ההסכם ובפועל פעל על פיו עד למכירה. התובעים אינם חולקים על כך שההסכם אינו לנצח, וכי הצדדים יכלו להביאו לכדי סיום בכל עת, אך לטענתם, הדבר לא נעשה.

17.2. הראיות לעניין תוקף הסכם צבא הקבע



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

אני סבורה כי הסכם אנשי צבא הקבע עמד בתקפו עת המכירה לנתבעת ועומד בתקפו עד היום.

17.2 א. טופס ההצטרפות משנת 2006

טופס ההצטרפות לקבע משנת 2006, לגביו טענה הנתבעת כי מעיד על ביטול הסכם צבא הקבע, מאפשר למצטרפים לשירות קבע לבחור את קופת הגמל בה ירצו להפקיד את חסכוניהם (ראו סעיפים 4ב' ו-4ג' לטופס ההצטרפות בעניין הצטרפות לקופת גמל לשכירים או לקופת גמל לעצמאיים, בהתאמה). תחת הרובריקות של בחירת הקופות מופיעה הצהרה לפיה משרת הקבע יודע מסכים כי, בין היתר (ראו מוצג 362, עמ' 8854 לתיק המוצגים):

2. כל עוד לא בחרתי בקרן השתלמות ו/או בקופת גמל לשכירים ו/או בקופת גמל לעצמאיים, יועברו ההפקדות המנוכות ממשכורתי לקרן ההשתלמות ו/או קופת הגמל לשכירים ו/או קופת הגמל לעצמאיים, בהתאמה, אשר נבחרו כברירת מחדל למשרתי הקבע (במקרה כזה, טופס זה יהווה את הסכמתי להעביר כספים לקרן/קופת ברירת המחדל)."
(הדגשה שלי, מ' א-ג')

ובסעיף 5 לאותה הצהרה נכתב:

5. זכויותי בקרן ההשתלמות ובקופות הגמל יהיו בהתאם לתקנון הקרן והקופות שאבחר ולהוראות הדין בדבר קופות גמל".
(הדגשה שלי, מ' א-ג')

הנתבעת ציינה בסיכומיה, כי יש להניח שהשינוי המובא לידי ביטוי בטופס זה, נובע משינויי הדין בעקבות רפורמת בכר והגברת הגמישות במעבר בין הקופות. בחינה של פקודות מטכ"ל מאותה עת, מעידה כי עד לשנת 2009, קבעה פ"מ 36.0207 שכותרתה "תכנית חיסכון בקופת גמל" (להלן: פ"מ קופת גמל), כי תגמולים תהווה את קופת הגמל היחידה אליה יופקדו כספי אנשי הקבע, כל עוד לא נקבע אחרת (ראו סעיף 2 לפ"מ קופת גמל):

"לכל חייל בשירות קבע (להלן – משרת קבע) מוצעות דרכי חיסכון בקופות ובקרנות שמטרתן לאפשר לו לצבור, במשך שנות שירותו, סכום כסף שיצטבר מניכוי סכומים, מדי חודש, משכרו החודשי של משרת הקבע ומהתשואה על סכומים אלה, בהתאם להישגיהם של הקרנות ושל הקופות. החיסכון יעשה במסגרת קופת "תגמולים" – קרן מרכזית לתגמולים ולפיצויים, שעל יד "בנק הפועלים בע"מ" (להלן – הקופה), ו/או במסגרת כל קופה אחרת שתיקבע על ידי הנהלת חברת חבר משרתי הקבע והגמלאים בע"מ...".
(ההדגשה שלי, מ' א-ג')

פ"מ קופת גמל שונתה בשנת 2009. אכן ניתן לראות כי הפקודה כנוסחה החל משנה זו, מתייחסת לחקיקה החדשה בתחום הגמל (למשל הגדרת "החקיקה" אליה מתייחסת הפקודה- חוק קופות גמל, תקנות 1964)). סעיף 5 החדש, מגדיר את "קופות ברירות המחדל" כ:

"קופות הגמל שיבחרו מעת לעת כקופות שאליהן יופקדו הכספים של משרתי הקבע אשר הגיע מועד זכאותם לתחילת ההפקדות לקופת גמל, כמפורט בפקודה זו, ולא בחרו פקודות אחרות שבהן ברצונם לנהל את כספי החיסכון. למען הסר ספק, באפשרות העמית להעביר את כספי החיסכון שהצטברו ואת ההפקדות השוטפות לקופות אחרות, בכל עת, בהתאם להסדר התחיקתי".



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

1 הנה, סעיף זה מתייחס הן לכך שחובת ההפקדה דווקא לתגמולים אינה בתוקף, הן לאפשרות המעבר
2 בין קופות, בהתאם לחוק.

3
4 יובהר, כי לאור מועד רכישת הקופה בשנת 2007, הרי שנוסח זה של פ"מ קופת גמל לא היה בתוקף.
5 ואולם, הנתבעת טוענת כי טופס ההצטרפות לקבע משנת 2006, מעיד כי ההסדר בדבר בחירת קופת
6 גמל נהג כבר מאז (יצוין גם כי בניגוד לחלקים אחרים בטופס, החלק העוסק בקופות גמל לא מפנה
7 לפקודת מטכ"ל, ללמד שאולי הדבר נבע מכך שהפקודה לא עודכנה בשלב זה).

8
9 ואולם, כל שהביאה הנתבעת הוא את "פורמט" הטופס. משמע, טופס ריק שלטענתה הונהג החל
10 משנת 2006. הנתבעת לא הבהירה ממתי בדיוק באותה שנה נעשה שימוש בטופס זה. אם כן, לא
11 ברור האם ומתי החל השימוש בו, והאם הנוסח המצורף הוא נוסחו הסופי. גם מעבר על מוצג מסמכי
12 ההצטרפות לא גילה כל טופס חתום בנוסח זה.

13
14 אני סבורה, בניגוד לעמדת הנתבעת, כי לא ניתן ללמוד מטופס זה על ביטול ההסכם כלל ועיקר. לכל
15 היותר, ניתן ללמוד ממנו על כוונה לביטול החיוב הכפוי, מבחינת הצבא, לצרף עמיתים להסכם. אך
16 כאמור, הדבר תיאורטי בלבד.

17
18 ואסכם בהקשר לטופס, כי גם בעניינו, גובר החסר על הקיים. הבאת פורמט טופס ריק, ללא כל
19 הוכחה ממתי החל השימוש בו, או דוגמא לטפסים חתומים באותו הנוסח, לא יכולה להעיד כי הוא
20 ביטל את הסכם הקבע, או להשליך על גודל הקבוצה.

17.2. ב. דו"ח הביקורת וחוות הדעת המשפטית של משרד הבטחון

21
22
23 ראינו כי לפי דו"ח הביקורת, בשנת 1983 ראה הצבא בחוזה עם בנק הפועלים כמיטיב עם עמיתיו
24 וכאופציה הטובה ביותר הקיימת בשוק עבורם. וראו מסקנת הדו"ח בסעיף 18 בעמ' 10:

25 **"כל עוד לא תוגש הצבעה הצעה מגורם פיננסי אחר כלשהו, שיש בה עדיפות**
26 **משמעותית על פני הצעת בנה"פ – מומלץ להמשיך להתקשרות עם בנק זה..."**
27

28 דווקא דו"ח הביקורת, שדן באפשרות הביטול במסגרת חוות הדעת המשפטית, מסיק בחלקים
29 אחרים שלו כי ההתקשרות עם בנק הפועלים היא הכדאית ביותר עבור הצבא ואנשי הקבע (ראו
30 בעמ' 2 לדו"ח הביקורת, בסעיף 5: **"כיום, בעת כתיבת דו"ח הביקורת, נמצא כי הצעת בנה"פ טובה**
31 **יותר לחוסכים מההצעה המתחרה – של בל"ל).** הדבר מלמד כי על אף הדיון התיאורטי באפשרות
32 הביטול, בפועל אינטרס הצבא היה להמשיך ולקיים את ההסכם והדברים תומכים בשאר הראיות
33 המצביעות על כך שההסכם מעולם לא בוטל.

34
35 שלישית, אזכיר את מכתבו של מר פרס משנת 1976, בו נכתב כי אם וכשיוצגו הצעות תחרותיות, הן
36 יידונו וכי באותה עת ההסכם עומד בתוקפו. כך עולה גם מחוות הדעת המשפטית לדו"ח הביקורת,
37 שדיברה על אפשרויות לביטול ההסכם, אך ברור ממנה כי פעולות אלו לא ננקטו. על כן, על מנת



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

לסתור את הטענה כי החוזה נשאר שריר וקיים לאחר מועד זה, יש להביא ראיות של ממש, ראיות שלא הובאו ע"י הנתבעת.

ולבסוף, לכל האמור לעיל, מצטרפת הראיה המרכזית בעיניי, והיא צירופו של הסכם צבא הקבע להסכם הרכישה, ובפרט במסגרת הנספח המפרט את ההסדרים הקיימים בדבר דמי הניהול. לדידי, מדובר בראיה ניצחת שמצביעה על אומד דעתו של הבנק בעת הסכם הרכישה.

עוד אציין לעניין הסכם צבא הקבע כי במקרה שלפניי אין כל ראיה או אינדיקציה כי מי מהצדדים ביטל את ההסכם או ביקש לבטלו. אין גם ראיה לכך שהצדדים ראו בחוזה כבטל עם התקיימו של אירוע מסויים, כגון אם יקיים הצבא מו"מ עם בנק אחר או אם ישתנו חלק מתנאי החוזה.

אזכיר גם, כי לעומת עמיתי הקבע עצמם – שאינם מחזיקים בידם הסכם בינם לבין הקופה – הרי שהקופה היא צד להסכם, ומשכך נטל הבאת הראיה בשלב זה של ההליך לסתור את הטענה כי ההסכם תקף, הינו עליה, בעלת הקופה (ראו ע"א 7187/12 עו"ד ליאור צמח נ' אל על נתיבי אויר לישראל פס"ג ואילך לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה רובינשטיין (נבו 2014) (להלן: עניין צמח); אלו קלמנט "קוים מנחים בפרשנות חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006" הפרקליט מט 131, 144-145 (תשס"ו)).

17.2. ג. מעורבות ארגון "חבר" והקמת תגמולים פלוס

הנתבעת מצביעה על מספר אינדיקציות, המלמדות לדידה על כך שהסכם צבא הקבע לא מנע העלאת גביית דמי ניהול מעמיתי הקבוצה, כך שניתן להניח שבוטל או נזנח.

ראשית, טוענת הנתבעת כי לו היה הסכם צבא הקבע מונע גביית דמי ניהול מן העמיתים, הרי שחבר היה "מקים קול צעקה" כאשר העלתה את דמי הניהול בפועל, ונוקט בכל פעולה אפשרית בכדי למנוע העלאה המנוגדת ל"הסכמות", לשיטתה. ואולם, הנתבעת נשענת על הקמתה של קופת "תגמולים פלוס" (להלן: **תגמולים פלוס**) וטוענת כי לא רק שחבר לא הקים קול צעקה, אלא כי סוכם בין הצדדים שבמסגרת תגמולים פלוס תינתן לעמיתים הנחה בדמי הניהול (ראו הסכם "תגמולים פלוס" במוצג 270, עמ' 6146 לתיק המוצגים). צעד זה מלמד, לטענת הנתבעת, כי הסכם צבא הקבע לא קבע דמי ניהול בגובה 0%, שכן אז התנאים שנקבעו לעניין תגמולים פלוס לא היו הגיוניים. בתשובה לטענה זו, טוענים התובעים כי בין תגמולים ל"תגמולים פלוס" אין למעשה דבר וחצי דבר, וכי ההתקשרות בין הצדדים לצורך הקמת תגמולים פלוס, לא ביצעה כל שינוי בהסכם צבא הקבע המקורי.

בכדי לשפוך מעט אור אודות הקמתה של תגמולים פלוס והסיבות לה, אביא מהדברים שהסבירה עו"ד כהן-דוד בחקירתה בנושא (עמ' 440 לפר', ש' 23-19):



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

"תגמולים פלוס זה קופה שהקמנו אחרי רכישת הקופה של תגמולים, פנו אלינו נציגי חבר, ועשו איתנו משא ומתן על איזה דמי ניהול אנחנו מוכנים לתת לעמיתים של חבר, חבר, גוף ארגון חזק, כל אחד רוצה כמו שבנק הפועלים גם אנחנו".

עו"ד כהן-דוד הבהירה, כי לאחר עסקת הרכישה התכוונה דש לגבות מעמיתי צבא הקבע דמי ניהול בגובה חצי אחוז. ואולם, חבר ביקשה דמי ניהול נמוכים יותר והפתרון היה בדמות הקמת קופה חדשה (ראו עמ' 441, ש' 11-2 לפרוטוקול הדיון):

"לעמיתי חבר, הדיון היה לעמיתי חבר, בכלל על עמיתי חבר שבתגמולים, או.קיי. הם באו וביקשו דמי ניהול, יותר נמוכים ממה שאנחנו הסכמנו לתת, אנחנו עשינו חישובים כלכליים טרם העסקה על הגבייה של חצי אחוז, והם באו ורצו פחות מחצי אחוז ולנו זה פחות היה נוח ולא כלכלי. והיה משא ומתן איתם, והייתה בעיה במשא ומתן לא הגענו לעמק השווה ואחד הפתרונות היצירתיים של המשא ומתן הזה היה ההסכמה על הקמה של קופה חדשה, הקופה החדשה קראו לה תגמולים פלוס, ההסכם נחתם בסוף 2007 והיא הוקמה בתחילת 2008, אני הקמתי אותה בעצם את הקופה הזאת."

עוד העידה עו"ד כהן-דוד, כי חבר דרשו מדש להעביר אחוז מסוים של עמיתים מקופת תגמולים לתגמולים פלוס, ונקבע יעד מעבר של כ-50%, בו דש לא עמדה. הדבר עורר, לטענתה, את זעמה של חבר והדבר הגיע לכדי הליך בוררות בין הצדדים (עמ' 442 בש' 16 עד עמוד 444 בש' 17). בחקירתה, טענה כהן-דוד כי העובדה שחבר טרחה לדרוש את הקמת והעברת העמיתים לתגמולים פלוס, מעידה כי היא לא חשבה שדש אינה יכולה לגבות דמי ניהול מן העמיתים בקופת תגמולים (עמ' 441 לפרוטוקול, החל מש' 18, ועד לעמ' 442, עד ש' 9)

ייתכן כי דרישתה של חבר כי תוקם קופה חדשה בה יזכו העמיתים לתנאים מועדפים וכי דש יטרוח להעביר מספר רב ככל הניתן של עמיתים אליה, מעידה אולי על כך שחבר לא הייתה מודעת לכל פרטי ההסכם משנות ה-60, זאת לאור עדותם של יחב ובן זאב אודות התנהלות שלא עפ"י הסכם. ייתכן כי הידיעה הכללית על ההסכם, מבלי שהיו ברורים לחבר הפרטים המדויקים הביאה דווקא היא לדרישה ליצירת קופה חדשה. מכל מקום, האחריות לקיום ההסכם כלפי עמיתי הקבע הינה של הקופה מתוקף הסכם הרכישה, והיא אינה יכולה להיתלות בהתנהלות חבר כדי ללמוד ממנה על היעדר חיובים לגביה.

17.2. ד. שיהוי בהעלאת הטענה מצד העמיתים.

כראיה נוספת לכך שהסכם צבא הקבע לא היה בתוקף עובר לרכישה, נשענת הנתבעת על כך שהעמיתים לא הלינו על העלאת דמי הניהול החל משנת 2007 ועד להגשת תביעה זו, ע"י איש צבא קבע, בשנת 2014. לדידה, העובדה כי במהלך שבע שנים לא הועלתה כל טענה בנושא, מעידה כי אף העמיתים עצמם סברו שניתן להעלות את דמי הניהול. טענה זו מקוממת במיוחד לאור חובות הנאמנות המוטלות על הנתבעת. אין לאפשר לנתבעת להיבנות מחוסר תשומת הלב או חוסר ההבנה של עמיתיה אודות זכויותיהם. זאת, על אחת כמה וכמה שמדובר בעמיתי הקבע



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

שהתחייבות לגביהם ניתנה באופן מרוכז אל מול הצבא עצמו, והם אינם אוחזים בידם מסמך אישי המפרט את זכויותיהם. אכן, ייתכן בהחלט שעמיתים רבים סברו כי התנאים החלים עליהם הינם מכוח התקנון, אך אין המשמעות היא שכך הדבר. והדבר תקף גם לגבי קבוצת העצמאים/שכירים, בשינויים הרלבנטיים.

לסיכום, אני דוחה את טענת הנתבעת לפיה הסכם צבא הקבע בוטל או נזנח עובר לרכישה, ועל כן לא מנע את העלאת דמי הניהול. הסכם צבא הקבע קבע כי דמי הניהול יהיו בגובה 2 ל"י עבור כל חשבון, ובפועל גבה הבנק מהעמיתים דמי ניהול בשיעור 0%, ככל הנראה לאור שחיקת הלירה. הסכם זה היה בתוקף עם רכישת הקופה ע"י הנתבעת.

18. פרק שמונה עשר: האם הדין שחל בעת רכישת הקופה (ועד שנת 2013) חייב את הנתבעת

לגבות דמי ניהול מהצבירה בלבד, ולא מן ההפקדות השוטפות

18.1 דחיית טענת הנתבעת בהחלטת האישור

הנתבעת טענה כי החל משנת 1999 ניתן היה, על פי החוק, לגבות דמי ניהול רק מכספי הצבירה, ולא מההפקדות. לטענה זו משקל רב, שכן אם היא תתקבל, הרי שלא יכלה הנתבעת לקיים את התחייבויותיה כלפי קבוצת העצמאים/שכירים בהיבט אופן גביית דמי הניהול. הנתבעת טענה כי מצב משפטי זה נמשך עד ליום 1.1.2013, עת נכנס לתוקפו תיקון מס' 4 לתקנות מס הכנסה והותקנו תקנות דמי הניהול, שקבעו גביית דמי ניהול הן מצבירה הן מההפקדות (ראו תקנות 2(א)-(1)-(2) לתקנות דמי ניהול).

התובעים טוענים כי תקנות מס הכנסה שהוצגו לעיל לא אסרו בשום שלב גבייה מן ההפקדות, התובעים ביקשו להבהיר כי אין כל חשיבות למקור ממנו נגבים דמי הניהול, שכן כלל הכספים נמצאים בחשבון העמית. המגבלה, מסבירים התובעים, היא על השיעור שניתן לקבוע באחוזים, ועל המקור ממנו יש לגזור את סכום דמי הניהול שיגבה בהתאם לשיעור המותר. לפי ההסכמים הלבד תקנוניים ותקנוני ההאגד (התובעים מפנים למשל לסעיף 36 בתקנון 1988), אסור היה לנתבעת לגזור את שיעור דמי הניהול מן הצבירה, אלא רק מן ההפקדות השנתיות של העמית. כיוון שתקנה 41ח' בנוסחה משנת 1999 אפשרה לגזור את סכום דמי הניהול מנכסי הקופה או מתשלומי העמית, והתקנה משנת 2004 אפשרה לעשות כן הן מתשלומי העמית, הן מחשבונו בקופה – הרי שלפי התובעים אין כל ספק שלא חל איסור כלשהו לגבות דמי ניהול מן ההפקדות.

כבר בישיבת קדם המשפט שהתקיימה בפניו, גילה השופט ענבר את דעתו כי אין לקבל טענה זו של הנתבעת (ראו עמ' 1 לפרוטוקול, ש' 7-11):

"נדמה לי – בלי שאני נוטע מסמרות סופיים בשלב הזה – שגם התקנונים בכל הזמנים הרלוונטיים וגם תקנות מס הכנסה הרלוונטיות קבעו בכל הזמנים תקרה של דמי ניהול, כפי שמדגיש המבקש בטענות שלו. התקנונים והתקנות, כך נדמה לי, לא אוסרים לגבות פחות מהתקרה וגם אין ולא היה בהם, נדמה לי, איסור לגבות דמי ניהול רק מההפקדות להבדיל מהיתרה הצבורה כל עוד מה שנגבה הוא פחות מהתקרה."



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12 ; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

בדוחותיו את טענת הנתבעת במסגרת החלטת האישור, התבסס השופט ענבר על תקנות 41(א)-(ב) לתקנות מס הכנסה בנוסחן משנת 1998 הקובעות כאמור, כי דמי ניהול הם חלק מן ההוצאות שייפרעו מנכסי הקופה או מתשלומי עמיתה. עוד נקבע שם, כי שיעור דמי הניהול לא יעלה על הקבוע בתקנון, וכי השיעור אותו ניתן לקבוע בתקנון אסור שיעלה על החלק ה-12 של 2% מסך הכנסים שבחשבון העמית בסוף כל חודש.

משמע, כפי שקבע השופט ענבר, ניתן היה לגבות את דמי הניהול הן מנכסי הקופה הן מתשלומי העמית, כל עוד לא יעלו על הקבוע בתקנון הקופה, הכפוף לשיעור הקבוע בתקנה 41(ב).

כאמור בהחלטת האישור, בשנת 2004 שונו התקנות, כאמור, ונוספה תקנה 41(א), שגם בה לא נקבע כל איסור על גבייה מהפקדות:

"(א) ההוצאות שייפרעו מתשלומי עמית או מחשבוננו בקופה יהיו רק אלה:
(1) דמי ניהול בשיעור שלא יעלה על הקבוע בתקנות הקופה, כפי שאישר הנציב ובכפוף לקבוע בתקנת משנה (ב);"
(הדגשה שלי – מ' א' ג')

נזכיר כי סעיף קטן (ב) לאותה תקנה, אליו מכפיף את עצמו סעיף 41(א) (1) קבע:

"(ב) (1) דמי ניהול בקופות שלא אושר להן לגבות דמי ניהול על בסיס הוצאות שהוציאו בפועל, בהתאם להוראות פסקה (2), ייגבו בתשלומים חודשיים רצופים, ושיעורם החודשי לא יעלה על החלק ה-12 של 2% מסך כל הנכסים שבחשבוננו של כל עמית בסוף כל חודש; כספים שהופקדו לחשבון או נמשכו ממנו במהלך החודש, יחויבו בדמי ניהול בשיעור יחסי למספר הימים שבהם נוהלו בחשבון באותו החודש."
(הדגשה שלי – מ' א' ג')

גם סעיף 32(א) לחוק קופות גמל שנחקק בשנת 2005, מתיר גביית דמי ניהול והוצאות מנכסי הקופה ומחשבונות העמיתים (ראה גם בפסקה 15 להחלטת האישור).

בנוסף לחוק והתקנות, בחן השופט ענבר, במסגרת החלטת האישור, גם את חוזר גמל 1998 אליו הפנתה הנתבעת, וציין כי זה תומך במסקנתו. חוזר זה הוא למעשה דברי ההסבר לתיקון תקנות מס הכנסה מאותה שנה. בהקשר לדמי הניהול נקבע שם, תחת הכותרת "אופן גביית דמי הניהול":

"דמי הניהול ייגבו בתשלומים חודשיים בשיעור שנקבע בתקנון הקופה אשר בכל מקרה לא יעלה על 2% חלקי 12 מסך הנכסים שבחשבוננו של כל עמית בסוף כל חודש."

השופט ענבר קבע כי ההיגד "לא יעלה על 2% מסך כל הנכסים" משמעו השיעור המירבי, ואין בהיגד זה כדי למנוע גבייה עד לשיעור המירבי, כגון שיעור מתוך ההפקדות. כעת אעבור לבחון שאלה זו לאור הראיות שהוגשו לפניי.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

אשר לדין, אין לקבל את טענת הנתבעת כי הדין אסר על גבייה מהפקדות, בראש ובראשונה בשל העובדה שתקנות מס הכנסה לא אסרו בשום שלב גבייה מן ההפקדות אלא להיפך, ציינו את הגבייה מתשלומי העמית כאחת מן האפשרויות בגביית דמי הניהול.

בנוסף, וכפי שטענו התובעים, התקנות הגבילו את שיעור הגבייה המותר בקבען שיעור מרבי. אין משמעות הדבר כי קופות הגמל לא יכלו היו לגבות שיעור נמוך יותר או לגזור אותו מן ההפקדות, שככלל, סכומן נמוך יותר מן הצבירה. לשון סעיף קטן 41ח(ב) בנוסחה מ-2004 "ושיעורם החודשי לא יעלה על החלק ה-12 של 2% מסך כל הנכסים שבחשבונו של כל עמית בסוף כל חודש" משמעה תקרה. יש להניח כי המחוקק ציין כי התקרה נגזרת מסך כל הנכסים, שכן כאמור סך הנכסים גבוה בדרך כלל מסך ההפקדות, שכן כולל הוא את הרווחים. לו ביקשה התקנה לאסור גבייה כשיעור מן ההפקדות, היה המחוקק נוקט בלשון ברורה, ולא מאפשר גבייה מתשלומי העמית (במסגרת סעיף קטן 41ח(א)). או, לחילופין, היה קובע כי ניתן לגבות את דמי הניהול אך ורק כאחוז מסך הנכסים בחשבון ולא היה עושה שימוש במינוח "שלא יעלה על" שמשמעו תקרה.

18.2 הראיות שהציגה הנתבעת במסגרת הליך ההוכחות

במהלך הליך ההוכחות הציגה הנתבעת מסמכים נוספים, שלטענתה לא עמדו לפני השופט ענבר עת החליט בבקשת האישור ויש בהן כדי להביא להחלטה שונה. בדיון שהתקיים ביום 5.5.21, הפנתה הנתבעת לרשימת מוצגים שלטענתה לא עמדו בפני השופט ענבר. מדובר בעדויות ומסמכים מהם ניתן להסיק, כך לטענת הנתבעת, גם אם לא במישרין, כי עמדת המאסדר, הממונה, בשנים הרלבנטיות (99 עד 2013), כי לא ניתן לגבות דמי ניהול מהפקדות.

הנתבעת מפנה לעניין זה להלכות שנקבעו בעניין המשקל שיש ליתן לפרשנות הרשות לדבר חקיקה, ובפרט כאשר עסקין בדבר חקיקה המיושם בשטח, כבעניינו. פסקי הדין אליהם הפנתה הנתבעת הינם ע"מ 8814/17 דן נ' עיריית תל אביב-יפו (נבו 26.5.2019) (להלן: עניין דן) ורע"א 9778/16 זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ (נבו 31.5.2018). אציין, כפי שיפורט להלן, כי לאחרונה, לאחר הגשת הסיכומים ניתן פסק דינו של בית המשפט בהרכב מורחב דנ"א 4960/18 זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ (4.7.2021, להלן: דנ"א זליגמן).

התובעים טענו בסיכומי התשובה שלהם כי קו המחשבה שמציגה הנתבעת – לפיו בשל שינוי חקיקה שקדם לרכישה יכולה הנתבעת להפר את התחייבויותיה הלב-תקנוניות כלפי העמיתים – הנו שגוי משפטית וחסר היגיון.

טענה נוספת מפי התובעים, היא כי לו סברה הנתבעת בעת רכישת ניהול הקופה, כי חל איסור על גביית דמי ניהול מן ההפקדות, הרי שמצופה היה ממנה לפנות לממונה ולבקש לקבל הוראות



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

בהתאם, וזאת לאור התחייבותה במסגרת הסכם הרכישה ונוהל ההעברה, שלא לפגוע בזכויות העמיתים.

להלן אעמוד על הראיות להן טענה הנתבעת בהקשר זה.

18.2. א. חוות דעת ניסים כהן ועדי הנתבעת

ראשית, הפנתה הנתבעת לחוות דעתו של מר ניסים כהן, שהוגשה מטעמה. בסעיף 93 לחוות דעתו, התייחס מר כהן למנגנון גביית דמי הניהול בתקופה הרלבנטית לטענות הנתבעת בהקשר זה:

"ההבנה החד משמעית ששררה באגף [שוק ההון] בתקופת עבודתי בו (עד שנת 2007), ולמיטב ידיעתי עד לתיקון התקנות, הייתה כי בקופות הגמל מותרת גביית דמי ניהול מהיתרה הצבורה בחשבון העמית בלבד ולא מההפקדות השוטפות של העמית. למיטב ידיעתי כך אף נהג בפועל השוק כולו".

מר כהן פירט גם אודות ההיגיון של מנגנון הגבייה האמור (סעיפים 101-102 לחוו"ד ניסים כהן):

"התופעה בה חשבונות רבים בקופות גמל עם יתרה צבורה מתקופות קודמות אך בפועל לאורך זמן אין הפקדות בחשבונות אלה, הייתה (והינה) תופעה שכיחה...הכספים הצבורים בחשבונות אלה ממשיכים להיות מנוהלים על ידי החברה המנהלת את קופת הגמל באמצעות משאביה על כל המשתמע מכך (השאת תשואה וחלוקתה לעמיתים, דיווחים לעמית ודיווחים בכלל). עובדה זו הייתה גם ידועה כמוכן לאגף. סברנו אז ובוודאי כך גם היום, כי עמיתים מסוג זה צריכים לשלם דמי ניהול ולכן קבענו כי דמי הניהול ייגבו מהנכסים ולא מההפקדות. כך למשל, האם סביר לחשוב שעמית המחזיק בחשבון סכום משמעותי אך אינו מבצע הפקדות שוטפות לקופה, יקבל את שירותי הקופה ללא תשלום; ואילו עמית חדש שרק עכשיו החל בהפקדות ישלם עבור שירותי הקופה? התשובה ברורה. לא לכך התכוונו וכדי למנוע מצב כזה היה חשוב לקבוע כי דמי הניהול ייגבו מכל נכסי העמית על פי מנגנון של אחוז שנתי מחולק ב-12 מסך נכסי העמית".

(הדגשות שלי – מ' א' ג')

מר כהן המשיך והבהיר כי אפשרות גביית דמי ניהול מההפקדות כלל לא הייתה חלק מן הלקסיקון המקצועי אצל הממונה, וגם לא בקרב הגופים המפוקחים. עוד הצהיר כי למיטב ידיעתו, אף קופה לא ביקשה לשנות את תקנונה באופן שיאפשר גביית דמי ניהול מההפקדות, והעריך כי האגף אף לא היה מאשר תיקון כאמור (ראו בסעיפים 105-106 לחוו"ד ניסים כהן).

עו"ד כהן-דוד מטעם הנתבעת, העידה בתצהירה כי בין השנים 2007-2013 לא ניתן היה לגבות דמי ניהול מההפקדות העמית, אלא מהצבירה בלבד. למיטב ידיעתה, כך הצהירה, פעל כך השוק כולו וגם הנתבעת (ראו בסעיף 33 לתצהיר עו"ד כהן-דוד). עו"ד כהן-דוד לא נחקרה בעניין זה.

גם המומחה תשובה מטעם הנתבעת, התייחס לסוגיית הגבייה בחוות דעתו וכתב כי עד לשנת 2013 לא נגבו כלל דמי ניהול מההפקדות בקופות גמל. תשובה אף הביא גרף המציג את התפתחות דמי הניהול על הפקדות בכלל שוק קופות הגמל בין השנים 1999-2016, הלקוח מתוך אתר "גמל-נט" של משרד האוצר. בגרף ניתן לראות כי עד לשנת 2013 עומדת הגבייה מההפקדות על 0% ולאחר מכן עולה בהדרגה ויורדת שוב עד לכ-0.5% בשנת 2016. במקביל, הציג תשובה גרף נוסף מתוך "גמל-



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

נט" המציג את דמי הניהול על "נכסים" בקופות גמל בין השנים 1999-2016, בו ניתן לראות כי שיעור הגבייה עמד על בין 0.55%-0.90%. הנתבעת טוענת כי הגרפים שהציג תשובה, מלמדים "כי באופן רוחבי ניתנה פרשנות זהה ויישום זהה – כי לא ניתן לגבות דמי ניהול מן ההפקדות" (ראו בפסקה 871 לסיכומי הנתבעת).

18.2.ב. חוזרי גמל 2004/6; 2004/15 ו-1-2-2013

הנתבעת, לתמיכה בטענתה כי לא ניתן היה באותן שנים לגבות מהפקדות, הפנתה גם לחוזר גמל 2004/6 "דו"ח שנתי לעמית בקופת גמל", שפורסם על ידי הממונה ביום 27.9.2004 (להלן: **חוזר גמל 2004/6**). במסגרת החוזר נכללה דוגמא לדו"ח שנתי (ראו בעמ' 4 לחוזר גמל 2004/6). כותרתו של חלק א' לאותו חוזר היא "מצב חשבון אישי בקופה". בין היתר, נדרשת הקופה לפרט בסעיף א.3. לדו"ח את ריכוז התנועות והיתרות בחשבון העמית, ובסעיף א.4 את ריכוז דמי הניהול שנגבו ממנו בפועל, "מיתרת הנכסים". לפי טבלה א.3, נדרשת הקופה לפרט את היתרה בחשבון בפתיחת השנה (נכון ליום 1.1 בשנה הרלוונטית), ולאחר מכן את: סך ההפקדות לאותה שנה, סך הרווחים לפני ניכוי דמי ניהול, סך המשיכות באותה שנה, סך דמי הניהול שנגבו וסך הפרמיה נגבתה עבור כיסויים ביטוחיים. לבסוף, וכסיכום של כל אלה, על הקופה לציין את היתרה בחשבון נכון ליום 31.12 בשנה הרלוונטית.

בהשוואה לחוזר גמל 2004/6 מפנה הנתבעת לחוזר פנסיה 2004/15 "דיווח שנתי למבוטח בקרן חדשה מקיפה ובקרן כללית", שפורסם ביום 19.10.2004. בעמ' 5 לחוזר זה, קיימת טבלה המסומנת א.6. ושכותרתה "ריכוז דמי ניהול שנגבו בפועל מהמבוטח". הטבלה מחולקת לדמי ניהול שנגבו מסך הנכסים ולדמי ניהול שנגבו מדמי הגמולים, שהן למעשה ההפקדות. הנתבעת מציינת כי צירוף החוזרים מלמד, כי גם לו הייתה חברה מנהלת של קופת גמל מבקשת לגבות דמי ניהול מהפקדות העמית, לא הייתה לה אפשרות להציג זאת לעמית במסגרת הדיווח המחייב שקבע הממונה, מה שמעיד כי הדבר כלל לא היה אפשרי.

הנתבעת הפנתה גם לחוזר גמל 2013-2-1 מיום 17.2.2013, שכותרתו "דוח חודשי של קופות הגמל-עדכון". בסעיף 1 לחוזר, נכתב כי:

"החל מינואר 2013 קופת גמל רשאית לגבות דמי ניהול מהפקדות שוטפות. כדי להתאים את הדוח החודשי של קופות גמל למבנה החדש של דמי ניהול, מתווספים בדוח סעיפי דיווח חודשיים."

בין סעיפי הדיווח החדשים שהוסיף חוזר זה, קיימים סעיפים אודות: החזר דמי ניהול מהפקדות, דמי ניהול שנוכו מתוך ההפקדות, שיעור דמי ניהול חודשיים שנוכו מתוך ההפקדות ושיעור דמי ניהול ממוצעים שנוכו מתוך ההפקדות (ראו סעיף 2 לחוזר).

לא ניתן לקבל טיעון זה. לא ניתן להסיק מחוזרים שהוציא הממונה בעניינים אחרים, לגבי איסור על גבייה מהפקדות. בנוסף, לו כך סברה הנתבעת, ה"סיירת" כלשונה, בתחום קופות הגמל, היה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

עליה להתייחס לעניין ערב הרכישה, ולו על דרך של פניה לממונה ובחינה האם אכן לכך התכוונו החוזרים.

18.2.ג. פרסומי הממונה לעניין דמי ניהול

מסמך נוסף אליו הפנתה הנתבעת לעניין זה הוא מסמך השאלות והתשובות שפרסם אגף שוק ההון ביום 30.1.2007 (ראו במוצג 363 בעמ' 8970 לתיק המוצגים), ובו הופיעה השאלה כמה דמי ניהול רשאית לגבות הקופה מהעמית. בתשובה נכתב:

"ת: דמי הניהול נגבים בשיעור קבוע מהיתרה העומדת בחשבוננו של כל עמית בסוף כל חודש. השיעור המרבי של דמי הניהול הוא 0.167 לחודש..."

שאלה נוספת באותו מסמך היא מדוע נגבים אותם דמי ניהול בין אם הקופה מרוויחה ("הרבה או מעט") ובין אם היא מפסידה. בתשובה נכתב:

"ת: שיטת גביית דמי הניהול שנקבעה היא בשיעור קבוע מיתרת הצבירה בקופה ואינה תלויה בתשואות שהניבה הקופה".

עוד הפנתה הנתבעת בהקשר זה לתכנית להגברת התחרות בשוק החיסכון הפנסיוני, שפורסמה על ידי אגף שוק ההון, ביטוח וחיסכון בחודש נובמבר 2010 (להלן: **התכנית להגברת התחרות**). בעמ' 2 לתכנית מופיעה טבלה המשווה בין שלושת סוגי מוצרי החיסכון הפנסיוני: קופת גמל, ביטוח מנהלים וקרן פנסיה. אחת השורות בטבלה מציגה את דמי הניהול המקסימאליים. בטור של קופת הגמל מפורט: **"2% מהיתרה + 0% מההפקדות"**. בעמ' 4, שכותרתו "החלת מודל אחיד של תקרת דמי ניהול במוצרי חשבון פנסיוני", נכתבו בין היתר השורות הבאות:

"כיום, מוגבלים דמי הניהול בקופות גמל לשיעור מהיתרה הצבורה בלבד, בעוד שבביטוחי מנהלים ובקרנות פנסיה ניתן לגבות דמי ניהול הן מההפקדות שוטפות והן מצבירה."

18.2.ד. הדוחות השנתיים של מר גרינברג

הנתבעת מפנה גם לדוחות השנתיים שנשלחו למר גרינברג בין השנים 2004-2016, שחלקם נשלח מטעם בנק הפועלים. ניתן לראות בדוחות אלה, כי עד לשנת 2013 ההתייחסות הינה לדמי ניהול מן הצבירה בלבד, ולאחר שנה זו ההתייחסות היא גם לדמי ניהול מההפקדות (ראו מוצגים 284-296, עמ' 8327-8356 לתיק המוצגים). בנוסף, לדוח השנתי לשנת 2012 צורפה הודעה לעמיתים, שציינה כי החל מיום 1.1.2013 תהא הקופה רשאית לגבות דמי ניהול הן מן הצבירה, הן מן ההפקדות (ראו בעמ' 8347 לתיק המוצגים).

18.2.ה. מכתב שר האוצר ליו"ר ועדת הכספים ומצגת של הממונה

מסמך נוסף שהציגה הנתבעת ולא עמד בפני השופט ענבר הוא מכתב שר האוצר ליו"ר ועדת הכספים של הכנסת, מיום 6.2.2012, שנשלח עם העברת תקנות דמי הניהול לאישור הועדה (ראו מוצג 363, עמ' 8980 לתיק המוצגים). בסעיף 1 למכתב הובהר כי:

"בהתאם להסדרים הקבועים היום בתקנות מס הכנסה... שיעור דמי הניהול המרבי שניתן לגבות מקופת גמל... הוא 2% מנכסי קופת הגמל."



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

בהמשך המכתב, הוצע כי בתקנות החדשות, תהא קופת גמל רשאית לגבות דמי ניהול בשיעור שלא יעלה על 1.2% מיתרת הכספים הצבורה של כל עמית, וכן שיעור שלא יעלה על 5% מתוך התשלומים המועברים בעבור כל עמית (ראו שם, בסעיף 3), משמע ההפקדות.

הנתבעת הביאה גם מצגת שערך מר עודד שריג, לשעבר ראש אגף שוק ההון במשרד האוצר. המצגת הוצגה ביום 14.2.2012 בעת דיון של ועדת המשנה לפנסיה בועדת הכספים בכנסת. במסגרת המצגת, התייחס מר שריג לדמי הניהול שנגבו בקופות הגמל כשיעור מהצבירה בלבד (ראו מוצג 265, עמ' 5981 לתיק המוצגים).

גם ממסמכים אלו לא ניתן להסיק איסור על גבייה מהפקדות ואפרט.

18.3. איסור על גבייה מהפקדות מחייב עמדה מפורשת של המאסדר

לטעמי אין בעדויות אלו כדי לשנות מהמסקנה לפיה הדין לא אסר על גבייה מהפקדות בתקופה הרלבנטית. הראיות אותן הציגה הנתבעת הם מסמכים שאינם קובעים במפורש כי עמדת המאסדר הינה או היתה לאסור גבייה מהפקדות. בראש ובראשונה כיון שעל איסור כזה על המאסדר להורות במפורש, בעיקר כשמדובר באופציה שהיא לטובת העמיתים. מה שעולה מעדויות אלו הוא כי עמדת ממונה כזו לא הייתה. בהתייחס לטענה לפיה עמדת אגף שוק ההון הייתה שאין גובים מהפקדות, מר ניסים כהן העיד (כפי שהובא בהרחבה לעיל), כי "ההבנה החד משמעית ששררה באגף" (סעיף 93 לחוות דעתו), הייתה כי אין לגבות דמי ניהול מהפקדות. מכך עולה כי לא היתה כל עמדה או חוות דעת מוסדרת של המאסדר, שהתקבלה לאחר שקילת הנושא בכובד ראש, תוך בחינת כל ההיבטים הנוגעים לעניין, לרבות דיון בשאלה האם הדבר מיטיב עם העמיתים, האם יש חשש שללא איסור כזה תפגע יציבות קופות הגמל, ומה יהיה לגבי הסכמים הקובעים גבייה מההפקדות.

במאמר מוסגר אציין כי מר כהן חיווה דעתו בנוגע לאגף שוק ההון (בסעיף 102 לחוות דעתו) כי: "סברנו אז ובוודאי כך גם היום, כי עמיתים מסוג זה צריכים לשלם דמי ניהול ולכן קבענו כי דמי הניהול ייגבו מהנכסים ולא מההפקדות". כלומר, מר כהן סבור כי זה צריך להיות המצב גם היום, על אף שאין מחלוקת כי כיום מוזכרת במפורש האפשרות לגבות דמי ניהול מההפקדות. זאת ועוד, מר כהן, בהתייחסו לאגף מציין כי "קבענו כי דמי הניהול ייגבו מהנכסים ולא מההפקדות" אך לא מציין היכן ולא מביא לכך כל אסמכתא.

אני סבורה, כי בניגוד למצב של הסדר שלילי בחקיקה, לא ניתן לסווג היעדר עמדה של המאסדר ביחס לפרקטיקה נוהגת כעמדת מאסדר שלילית. משמע, העובדה כי המאסדר היה מודע לכך, למשל, שגופים שונים אינם גובים דמי ניהול מההפקדות, ולא נתן דעתו על כך – לא יכולה להעיד כי עמדתו היא כי לא ניתן לגבות דמי ניהול מההפקדות, או כי זו פרשנות החוק הנכונה בעיניו. הדבר נלמד בין היתר מן ההבדל הנורמטיבי בין דבר חקיקה לבין הנחיות המאסדר (ראו בהקשר זה רונן



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

אברהם "זליגמן בארבעה ממדים – מתי יש ליתן מתחם של כבוד לרשות המינהלית?" **פורום עיוני משפט** מד 1, 4 (תש"ף, להלן: **אברהם, זליגמן בארבעה ממדים**, עמ' 18-19). דבר חקיקה מנוסח בידי הכנסת או הגורמים המקצועיים בממשלה. בדיונים אודות נוסחו נוכחים, ככלל, הן גורמי מקצוע רלבנטיים, הן חברי כנסת מכל הקשת הפוליטית, הן נציגי ציבור החפצים בכך והוא עובר בחינה יסודית ומקיפה בהיבט זה. בהתאם, בבואו של בית המשפט לפרש חוקים ותקנות, פונה הוא לדברי ההסבר לחוק, לדיונים בועדות הכנסת אודותיו ולחומרים השונים שהוגשו במסגרת אלה. בית המשפט בוחן את הלך הרוח העולה מכל אלה ואת התכלית המשתקפת בהם, וזאת במקביל לבחינת לשון החוק. לעומת זאת, עמדת מאסדר הנלמדת אך ורק מן הפרקטיקה הנוהגת, ומאמירות אגביות של גורמים שונים אצל המאסדר או בתוך הנחיותיו – מבלי שתוצג עמדה סדורה ויסודית – לא ניתן ללמוד ממנה רבות וודאי שאינה יכולה לסתור את לשון החוק ואת הפרשנות אותה למד בית המשפט (ראו גם את מימד היסודיות אליו מתייחס **אברהם, זליגמן בארבעה מימדים**, עמ' 24-26).

דברים דומים כתב כב' המשנה לנשיאה (בדימ') השופט חנן מלצר, בפסקה 61 **לדנ"א זליגמן**, בהתייחסו לפומביות ההליך החקיקתי לעומת אי-שקיפות בהליך בו מציג המאסדר את עמדתו:

"נימוק שני לכך שאין מקום להעניק לפרשנות המאסדר משקל בכורה, במיוחד לאור מעמדן הפרשני של עבודות ההכנה לחקיקה ראשית הוא כי דברי הסבר להצעות חוק, למשל, מפורסמים ברשומות וזוכים לפומביות בהליך החקיקה, כך שבעלי אינטרסים שונים יכולים להביע את עמדותיהם ולנסות להשפיע על הליך החקיקה – לטובתם. כנגד זאת, עמדתו של המאסדר, אשר ניתנת במסגרת הליך משפטי כתוצר מוגמר – איננה זוכה לפומביות מראש, ואף איננה מאפשרת, לרוב, שימוע לקבוצה המחזיקה בעמדה הפרשנית המנוגדת... הנה כי כן, ניתן היה לצפות שדווקא דברי הסבר לחוק, המנוסחים מראש ועוברים הליך חקיקה ציבורי – יזכו למעמד פרשני גבוה מזה של עמדת המאסדר, החשופה לכשל מסוג של "שבי רגולטורי", וניתנת בדיעבד, כאשר ההנחה היא שתהיה בה הטיה לטובת הגופים המפוקחים. עם זאת, משההלכה הפסוקה קבעה כי לדברי ההסבר לחקיקה ראשית – אין להעניק משקל בכורה בעת פרשנות חוק, המסקנה המתבקשת היא כי גם עמדת המאסדר לא צריכה לקבל משקל שכזה, ואפילו על דרך של קל וחומר." (הדגשה שלי – מ' א'-ג').

אולם, גם לו הייתה עמדה כזו, לא היה מקום לאמץ אותה רק מעצם כך שניתנה בידי המאסדר, כפי שיפורט להלן.

18.4. המשקל שיש ליתן ל"עמדת הרשות" בעניין פרשנות התקנות בעניין גביית דמי ניהול

כאמור, בסיכומיה, טענה הנתבעת כי עמדת הרשות ופרשנותה לתקנות מס הכנסה, בתקופה בה החלה הנתבעת לגבות דמי ניהול מן העמיתים, הייתה כי לא ניתן היה לגבות דמי ניהול מהפקדות. הנתבעת ביקשה להזכיר "כי נקבע זה מכבר שבפרשנות דבר חקיקה יש ליתן משקל משמעותי ואף מכריע לפרשנות הרשות המנהלית את דבר החקיקה, ובפרט כאשר מדובר בדבר חקיקה המיושם בשטח על ידי רשות זו כפי שבענייננו". הנתבעת הפנתה לפס' 32 בעניין דן, לפסקאות 33-34 לרע"א



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

זליגמן. כאמור, ביום 4.7.21 ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון בדנ"א זליגמן, ואפרט את ההלכה העולה ממנו.

18.4.א. ההלכה: התפקיד הפרשני נתון לבית המשפט

כלל הריסון השיפוטי ביחס לקביעות והחלטות שונות של הרשות המנהלית, כגון קביעת מדיניות ויישומה, מורה כי בית המשפט לא ישים עצמו בנעלי הרשות ולא יחליף את שיקול דעתו בשיקול דעתה (ראו: דפנה ברק ארז **משפט מינהלי** כרך ב' 620-621 (2010) (להלן: **ברק ארז – משפט מינהלי**). ואולם, כלל זה אינו חל על קביעות פרשניות של רשויות המנהל. לגבי אלה נקבע, כי שעה שעוסק בית המשפט בפרשנות הדין, עליו לבצע את מלאכת הפרשנות בעצמו ולהגיע לפירוש הנכון של הדין, מבלי להותיר תפקיד זה בידי הרשות (ראו: יואב דותן "Chevron בישראל? סמכות פרשנית ודילמות אסטרטגיות בעקבות ע"א 7488/16 זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ" **פורום עיוני משפט** מד 1, 3 (תש"ף, להלן: **דותן – שברון בישראל**)).

אם כן, ההלכה היא כי הסמכות לפירוש חקיקה היא לבית המשפט (עע"מ 2503/13 **אליהו זהר נ' עיריית ירושלים** (נבו) 04.02.2015). וכך נאמר לעניין זה בבג"ץ 306/81 **פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת**, פ"ד לה (4) 118 (1981) פסקה 2 לפסק דינו של כב' השופט, לימים הנשיא מאיר שמגר:

"כל אחת מרשויות השלטון נדרשת, לעתים מזומנות, לפרשנותו של דבר חוק, כי הפעלתו של חוק חרות כרוכה תדירות - ולהלכה תמיד - בקביעת עמדה כלפי מהותו ותוכנו, אולם ההכרעה הפרשנית הסופית והמכרעת לגבי חוק, כתוקפו בכל עת נתונה, היא בידי בית המשפט".

דותן מכנה את הגישה המותירה את שיקול הדעת האולטימטיבי בידי בית המשפט כגישת ה"פירוש הנכון". עוד מציין פרופ' דותן כי (**דותן – שברון בישראל**, עמ' 3):

"אמנם, לפי הגישה הזו בית המשפט לא נדרש להתעלם מהפרשנות המנהלית לחלוטין. הוא רשאי להביא בחשבון את העובדה שהרשות המינהלית אימצה גישה פרשנית מסוימת, ולהשתמש בפירוש המינהלי לפחות ככלי עזר, שעה שהוא עצמו עוסק בפרשנות הדין... הפירוש הנוהג אצל הרשות המינהלית יכול, כאמור, לסייע לבית המשפט במלאכת הפרשנות, וככזה, בית המשפט נהג, במקרים מסוימים, לייחס לו משקל מסוים, במיוחד כאשר היו כמה אפשרויות פרשניות שהיו שוות בעיניו".

ואכן, הפסיקה קבעה כי על מנת להבהיר משמעותו של דבר חקיקה, ניתן לקחת בחשבון את פרשנות הרשות המנהלית המיישמת אותו, כאשר משקל הפרשנות יקבע בהתאם לנסיבות (ראו למשל: ע"א 3847/16 **עגלי תל שווק בקר בע"מ נ' מדינת ישראל, משרד החקלאות ופיתוח הכפר** (נבו) 2018):

"כאשר מתעוררת אי-בהירות לגבי משמעותו של דבר חקיקה, ניתן לייחס משקל לעמדתה הפרשנית של הרשות המינהלית המיישמת את הוראת החוק. כלל פרשני זה עולה בקנה אחד עם חזקת התקינות שממנה נהנית הרשות המינהלית, אך קיימות עמדות שונות לגבי המשקל שיש להעניק לו".

וראו גם: בג"ץ 333/68 **מפעלי מושבי הדרום חברה לפיתוח בע"מ נ' מנהל מס רכוש וקרן פיצויים** פ"ד כג (1) 508, 512 (1969); רע"א 3527/96 **דונין דוד צ'צ'קס אקסלברד נ' מנהל מס רכוש – אזור**



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

חדרה, נב(5) 385 פס' 16 לפסק דינה של כב' השופטת, לימים הנשיאה דורית בייניש (1998) בג"ץ 6395/98 תרזה אלקושי נ' קצין התגמולים – משרד הביטחון, נד(1) 454 בפסקה 5 לפסק דינה של כב' השופטת, לימים הנשיאה דורית בייניש (2000)).

18.4. ב. שינוי מסתמן וחזרה להלכה הקבועה: פסקי הדין בעניין זליגמן

רע"א זליגמן הביא לשינוי בעמדת בית המשפט העליון, ולו לזמן קצר. שם, קבעה כב' השופטת יעל וילנר כי בהליך אזרחי, בו נתבקשה פרשנות הרשות המינהלית ביחס להנחיותיה שנקבעו בכובעה כמאסדר, וניתנה פרשנות סבירה המתיישבת עם לשון ההנחיות – פרשנות זו תתקבל. זאת, אלא אם מתקיימים טעמים כבדי משקל לדחיית עמדת הרשות, כגון שהיא נובעת משיקולים שאינם ענייניים או נגועה בניגוד עניינים (רע"א זליגמן, בפס' 40). גישתה של השופטת וילנר התקבלה על ידי שופטי ההרכב בדיון הראשון – דוד מינץ ואורי שהם. הגישה המתבטאת בקביעה שניתנה ברע"א זליגמן, היא זו הרווחת בפסיקה האמריקנית ושאומצה במסגרת פסק הדין בעניין Chevron (ראו: Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC, 467 U.S. 837 (1984)). נהוג להתייחס אליה כגישה המעניקה "מתחם של כבוד" לפרשנות הרשות בכובעה כמאסדר, וזאת לעומת גישת "הטיית האוזן" שהייתה רווחת טרם ניתנה ההחלטה ברע"א זליגמן (ראו: אברהם, זליגמן בארבעה ממדים, שם בעמ' 4).

כאמור, על פסק הדין ברע"א זליגמן הוגשה ואושרה בקשה לדיון נוסף. פסק הדין ברע"א זליגמן ניתן אמנם ביחס לפרשנות הרשות את הנחיותיה שלה, ולא ביחס לפרשנות חקיקה. ואולם, מלומדים ראו בו כצעד ראשון לקראת מתן "מתחם של כבוד" ולמעשה משקל מכריע לעמדת הרשות גם בפרשנות חקיקה (ראו אברהם, זליגמן בארבעה ממדים, 4, 7-9; מתן גוטמן "התקדים המסוכן של פרשת זליגמן – מתחם הפרשנות הסבירה ואימוצה של הלכת Chevron במשפט הישראלי" 12.6.2018 ICON-S-IL Blog). בעקבות פסק הדין ברע"א זליגמן, ניתנו פסקי דין שהחלו, כפי שמכנה זאת המלומד אברהם, "להחליק במדרון הנורמטיבי" (שם) גם כאשר נדונה פרשנות הרשות ביחס לחוק ואף לאמצה בחלק מהמקרים (ראו למשל: ת"צ (מרכז) 25061-09-16 מרקמן את טומשין – חברת עורכי דין נ' בזק בינלאומי בע"מ (נבו 4.7.2019); בג"ץ 2875/18 התאחדות תאגידי כוח אדם זר בענף הבניין נ' ממשלת ישראל (נבו 18.6.2019) (להלן: עניין ענף הבניין), ופסקה 32 לעניין דן).

במקביל, נשמעו גם קולות שסייגו את הלכת זליגמן וניסו לצמצם את היקפה, תוך התייחסות, למשל, לכך שזו אינה פוגעת בסמכותו של בית המשפט לפירוש הסדרים נורמטיביים ושבת המשפט אינו מחוייב לאמץ את הפרשנות שמציעה הרשות (ראו: רע"א 7600/19 רז רחל בירון-ביטון נ' גוטקס מותגים פסקה 6 לפסק דינה של כב' השופטת ענת ברון (נבו 30.12.2019); רע"א 1850/19 מריה לרנר נ' די בי אס שירותי לוויין (1998) בע"מ פסקה 11 לפסק דינה של כב' השופטת ענת ברון (נבו 4.2.2020) וע"א 6455/19 סרגיי ירחמינוביץ נ' כונס הנכסים הרשמי פס' 13 לפסק דינה של כב' הנשיאה אסתר חיות (נבו 28.1.2020)).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

בדנ"א זליגמן נהפכה ההלכה שנקבעה ברע"א זליגמן, ונקבע כי אין מקום לאמץ כלל המעניק מעמד מיוחד לעמדתה הפרשנית של רשות מנהלית מאסדרת ביחס להנחיותיה. דעת הרוב קבעה כי בדומה לפרשנות חקיקה, ההכרעה הפרשנית הסופית מסורה לבית המשפט, כאשר יש לתת משקל לעמדתה של הרשות המנהלית המאסדרת, אולם אין זה משקל מכריע. וראו את הדברים שכתב כב' המשנה לנשיאה בדימי' חנן מלצר, בפסקה 67 לפסק דינו:

"נוכח כל האמור לעיל, ובהתאם להלכות הקיימות בנושאים קרובים – להשקפתי, עמדתו הפרשנית של המאסדר לא צריכה לקבל מעמד בכורה. בתוך כך, לא יהיה זה נכון, לגיştתי, לקבוע מראש ובאופן גורף מהו המשקל שיש ליתן לפרשנות המאסדר, אלא שיש להטות את האוזן ולשמוע את עמדתו, כפי שנעשה ביחס לעמדתה הפרשנית של רשות מינהלית, תוך בחינת כל מקרה לגופו, לפי נסיבותיו הקונקרטיות, ורק אז להכריע בדבר המשקל שיש ליתן לעמדתו הפרשנית של המאסדר."

אם כן, ההלכה התקפה היא כי בית המשפט הוא זה המפרש את החוק. פניית בית המשפט לעמדת הרשות, אפשרית במצב בו עולה אי בהירות לגבי פרשנות דבר החקיקה או ההנחיה הרלבנטיים. אציין כי אני סבורה שבענייננו לא קיימת אי-בהירות, ולשון התקנות ברורה למדי ולפיה אין כל מניעה לגבות דמי ניהול מן ההפקדות. בעניין שלפניי לא הוצגה גם עמדה ברורה של המאסדר בעניין, כפי שאפרט להלן, אלא נסיונות פרשנות של המשיבה לחוזרים ועמדות המאסדר באופן כללי. הדיון בחלק זה מתבצע למעלה מן הצורך, בשל טענתה של הנתבעת כי יש לפרש את התקנות באופן שונה, לאור פרשנות הרשות המשתמעת מהנחיותיה והעולה מן הפרקטיקה הנוהגת בקרב הגופים המוסדיים.

בכלל פסקי הדין שצוטטו בחלק זה, דנו בתי המשפט במשקל שיש ליתן לעמדת הרשות במצב בו הוגשה עמדה סדורה ומפורטת מצידה, שנתבקשה מאת הצדדים טרם ההליך, או בידי בית המשפט אגב ההליך. וראינו, כי גם במצב בו עומדת בפני בית המשפט עמדה מנומקת כאמור, מתחבטים בתי המשפט בדבר המשקל שיש ליתן לה. זאת, שכן קיימים שיקולים רבים ושונים אותם יש לקחת בחשבון, וההחלטה הסופית תלויה נסיבות (ראו דבריו של כב' המשנה לנשיאה, חנן מלצר לעיל, וראו גם את השיקולים הרבים שהוא מונה בפס' 68 ואילך לדנ"א זליגמן). בענייננו, ובשונה מהסיטואציה הנדונה בפסקי הדין בעניין זליגמן, לא עומדת לפניי עמדת הממונה בדמות חוות דעת, הנותנת מענה לשאלה האם בתקופה הרלבנטית התיר הדין גביית דמי ניהול מן ההפקדות, או שמא אסר זאת; או מה היה הלך הרוח אצל הממונה בעניין זה. כל שעומד בפניי הן הראיות שהביאה הנתבעת על מנת להצביע על עמדת הממונה המשתמעת והנוהג בשוק, לתפיסתה. לאור האמור, בהיעדר עמדה סדורה, וודאי וודאי שאין להעניק עדיפות לפרשנות המאסדר המשתמעת.

לבסוף אציין, כי גם לו הייתה עומדת בפניי עמדת הרשות בשאלת ההיתר לגבות דמי ניהול מהפקדות העמיתים בתקופה הרלבנטית, ספק רב אם ניתן היה להעניק לה משקל רב. זאת, בעיקר בשל אופי הסוגיה הנוגעת לזכויות העמיתים (ראו המימד הנורמטיבי אצל אברהם, זליגמן בארבעה ממדים, לעיל, וכן הממד המהותי בעמ' 22-24), ובשל החשש כי הרגולטור בענייננו יהא מושפע ממספר



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 7721/96 איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח, פ"ד נה (3) 625, 29 (2001),

שיקולים: זהות המרוויחים והמפסידים (גופים מאוגדים וחזקים לעומת צרכנים מבוזרים וחלשים), שיקולי יציבות של הגופים המפוקחים בידיו, שיקולי מוניטין ועוד (לניתוח מעניין של התמריצים הפועלים על הרגולטור בהקשר זה, ראו: רועי שפירא "מתי יש ליתן מעמד בכורה לעמדת הרגולטור? תובנות מהספרות על 'שבי רגולטורי' פורום עיוני משפט מד 1, 3-2 (התש"ף) (להלן: שפירא – שבי רגולטורי). עוד ראו ל"טענת הלכידה" לפיה גופים אינטרסנטיים "לוכדים" את גופי הרגולציה השלטונית כדי שיקדמו אינטרסים שלהם: יובל רויטמן, "הרפורמה הרגולטורית: בין הגלוי לסמוי", משפט חברה ותרבות – מסדירים רגולציה, משפט ומדיניות, 425, 428 (ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים, 2016)).

בבג"ץ 7721/96 איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח, פ"ד נה (3) 625, 29 (2001), התייחס כב' השופט יצחק זמיר לאופיו של תפקיד הפיקוח על הביטוח, שגם הוא, כיום, חלק מרשות שוק ההון, ביטוח וחיסכון. השופט זמיר הצביע על הסיבות המושכות את המפקח על הביטוח לכיוון החברות המבטחות, ולא המבוטחים:

"סכנה נוספת לתכלית של הגנה על המבוטחים נובעת מן המבנה החברתי של הפיקוח. הפיקוח מחייב קשר שוטף בין המפקחת על הביטוח, מצד אחד, לבין יתר הגורמים בתחום הביטוח, ובעיקר חברות הביטוח והמבוטחים, מצד אחר. אולם ציבור המבוטחים, ובכלל זה המבוטחים בביטוח רכב, אינו מאורגן. הוא אינו מקיים קשר, כציבור, עם המפקחת. הצרכים שלו וההשפעה שלו כציבור עשויים לבוא לידי ביטוי בדרך עקיפה, כגון באמצעות תלונות אישיות של מבוטחים נגד חברות ביטוח. אך הדעת נותנת שאין זו דרך יעילה. לעומת זאת חברות הביטוח, לפחות החברות הגדולות השולטות על חלק גדול מנפח הביטוח, הן גופים חזקים מבחינה כלכלית, מאורגנים היטב, לחוד וביחד, ומנוהלים על-ידי מקצוענים. הן מקיימות קשר שוטף עם המפקחת על הביטוח. יש להן גם עניין משותף: השמירה על היציבות הפיננסית של החברות. במצב זה מתעורר חשש כי יופר האיזון הראוי שבין השמירה על היציבות הפיננסית של חברות הביטוח לבין הפיקוח על תכניות הביטוח, והתכלית של הגנה על המבוטחים תיפגע".

הבאתי ציטוט זה של זמיר בהרחבה שכן הרי שמדובר באותו רגולטור, ובתחומי הסדרה דומים.

אני סבורה, כי החששות שהציג זמיר בתחום הפיקוח על הביטוח (ועולים גם בספרות), זהים ברובם לאלה המתקיימים בענייננו: יש חשש להטייה לטובת הגופים המפוקחים לאור הקשר השוטף בין רשות שוק ההון (ולפניה אגף שוק ההון), לחברות המנהלות את קופות הגמל, ומנגד הקשר עם העמיתים שאינם מאורגנים ואינם נמצאים בקשר עם האגף כציבור, אלא כבודדים בצורה של הגשת פניות או תלונות. החברות המנהלות, כדוגמת הנתבעת הן גופים חזקים, יציבים ומאורגנים (ראו למשל מכתב מאת איגוד קופות הגמל לממונה על שוק ההון מיום 9.2.2010, במוצג 273, עמ' 8224 לתיק המוצגים). יש לזכור כי בראש החברות המנהלות יושבים מומחים בתחום הגמל (ראו את דבריו של העד עידו נויברגר במסגרת חקירתו הנגדית, בעמ' 289 לפרוטוקול, ש' 11-14; ובהמשך בשורות 15-16 בעמ' 290). ובעיקר, לאגף שוק ההון ולחברות המנהלות אינטרס משותף, חשוב כשלעצמו, בשימור יציבות החברות המנהלות.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

אני סבורה אם כן, כי יש ומתן בכורה לעמדת הרשות בסוגיה רבת חשיבות זו של דמי הניהול, שלהם השפעה מכרעת על זכויות העמיתים וגובה כספי החיסכון שלהם – הייתה מסכנת את התכלית של הגנה על זכויות אלה. כמובן שכל הנאמר על עמדת המאסדר לעניין דמי ניהול, נאמר למעלה מן הצורך, כיון, שכאמור, עמדת מאסר שכזו לא הוצגה.

לסיכום שאלת עמדת המאסדר, לא ניתן לקבל את טיעוני הנתבעת, לפיהם עמדת המאסדר "הפאסיבית" תומכת בגבייה שביצעה היא בניגוד להסכמים עם עמיתה, באופן שאינו עולה עם לשון החוק. אני סבורה, כי לו הייתה הנתבעת נשמעת לסימני האזהרה שנקרו בדרכה בהיבט העלאת דמי הניהול עם הרכישה (נושא שעוד יידון בהמשך), ופונה למאסדר, ייתכן ותביעה זו אף הייתה נמנעת. לומר, ככל שסברה הנתבעת, דאז, כי קיימת אי-בהירות כלשהי בדבר הפער בין הפרקטיקה הנוהגת ללשון התקנות, בין הקבוע בהסכמי העמיתים לנוהג בשוק, או בין השערתה כי ביכולתה לגבות דמי ניהול לבין הגבייה (או יותר במדויק אי הגבייה) שביצע הבנק בפועל – היה עליה לפנות ולקבל את עמדתו הרשמית של הממונה. זאת, בוודאי כאשר מדובר בשוק צעיר יחסית באותה עת, ולאור השינויים הרבים שחלו בו בעקבות רפורמת בכר.

לאור כל האמור לעיל, אני סבורה כי על אף הראיות החדשות שהציגה הנתבעת, ושלא עמדו לפני השופט ענבר, לא הצליחה הנתבעת להוכיח כי גביית דמי ניהול מן ההפקדות הייתה אסורה על פי הדין. בנוסף, ככל שהיה נוהג בשוק שלא לגבות מההפקדות, הנתבעת, כקופת גמל, שלקחה על עצמה שמירה על רציפות זכויות העמיתים, ומחויבת בחובות נאמנות כלפיהם אינה יכולה ליהנות מנוהג כזה, שעה שכשרכשה את הקופה, היו בנמצא הסכמים לבר תקנוניים הקובעים אחרת.

חלק שביעי: השאלה השלישית – האם קמה לנתבעת זכות לשנות את גובה דמי הניהול

באופן חד צדדי

19. **פרק תשעה עשר: האם בעקבות הסכם הרכישה רשאית הייתה הנתבעת להעלות את דמי**

הניהול

עד כה קבעתי כי התובעים נקשרו עם הקופה בהסכמים לבר תקנוניים בעניין דמי הניהול, וכי הסכמים אלו עמדו בתקפם ערב הרכישה, והדין לא אסר על קיומם. כעת אעבור לשאלה הבאה: האם קמה לנתבעת זכות לשנות את דמי הניהול באופן חד צדדי.

התובעים טוענים כי בהעברת ניהול הקופה, לקחה על עצמה הנתבעת את התחייבויות קודמותיה וכי בעקבות ההעברה הנתבעת אינה רשאית לשנות את ההסכמים ולגבות דמי ניהול כפי שגבתה. התובעים מבססים טענה זו על הסכם הרכישה ועל נוהל ההעברה ותצהיר המנכ"ל שהוגש מתוקפו. הנתבעת טענה, כי הכוונה במסמכי ההעברה היא כי לא יהיה שינוי בזכויות העמיתים, אך עומדת על כך כי נוהל זה אינו אוסר העלאת דמי ניהול, כפי שעשו מרבית החברות שרכשו קופות גמל במסגרת רפורמת בכר.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

השופט ענבר קיבל בהחלטת האישור את טיעוני התובעים בעניין זה וקבע (פס' 34 להחלטת האישור):

"במקובץ לעיל די כדי לבסס לכאורה את טענות המבקשים, כי המשיבה הנה חליפתה של גז גמולים ובאה בנעליה גם לעניין התחייבויותיה כלפי העמיתים המגולמות בפנקס החבר ובהסכם אנשי צבא (צ"ל: צבא הקבע – הח"מ). ההתחייבויות לגבות דמי ניהול שלא יעלו על 1% אך מההפקדות השוטפות בכל שנה או (לפי העניין) של 2 ל"י לשנה, תוך שיוורם של כל רווחי הקופה לעמיתים – נמנות לכאורה על "כל ההתחייבויות של קופת הגמל מכל מין וסוג שהוא כלפי עמיתה", אשר המשיבה התחייבה ליטול על עצמה כמפורט לעיל. דומה כי התוצאה אליה הגענו מתחייבת גם ממושכלות יסוד, לפיהן המחאת זכות (ובענייננו הזכות לגבות דמי ניהול) אין בה כדי לשנות את הזכות או תנאיה, ובכל הקשור לקשר החוזי שבין הממחה לבין החייב ניצב הנמחה בנעלי הממחה (ראו: סעיף 2(א) לחוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969; ע"א גרבוז נ' רשות הנמלים בישראל [1977], בפס' 3).

גם כאן אחזור על הדברים בקצרה, ואוסיף עליהם במידת הצורך. אעמוד תחילה על מסמכי ההעברה ולאחר מכן אתיחס לטיעוני הנתבעת לעניין זה.

19.1. מסמכי ההעברה

19.1.א. נוהל ההעברה והתצהירים מכוחו

כזכור, בחודש נובמבר 2006, בעקבות המתווה שפורסם והוצא לפועל בעקבות רפורמת בכר, פרסם הממונה את נוהל ההעברה. במסגרתו, נדרשה, בין היתר, בסעיף 4א:

"המצאת התחייבות של החברה המנהלת הקולטת לפיה בכפוף להשלמת העברת הניהול, תיטול היא על עצמה את כל ההתחייבויות של קופת הגמל מכל מין וסוג שהוא כלפי עמיתה".

כן נדרש תצהיר מנכ"ל החברה הקולטת לפיו:

"רציפות זכויות העמיתים תישמר כאילו לא חל כל שינוי והשינוי היחיד שיחול הוא שינוי הנובע מעצם העברת זכויות הניהול בקופת הגמל לחברה המנהלת הקולטת"

ביחס לדרישה זו, הובהר בנוהל ההעברה כי "הכוונה לשמירה על רציפות זכויות העמיתים הנובע מעצם העברת הניהול". עוד נדרש המנכ"ל להצהיר כי:

"יועברו לחברה המנהלת הקולטת כל הנכסים, זכויות העמיתים, הפעילות והסמכויות של קופת הגמל וכי החברה המנהלת הקולטת תיטול על עצמה את כל ההתחייבויות של קופת הגמל מכל מין וסוג שהוא כלפי עמיתה" (ההדגשה שלי – מ' א'-ג').

וכן כי:

"לא יוצרו נכסים או רווחים לחברה המנהלת הקולטת מעצם העברת זכויות הניהול אליה."

ביחס לסעיף זה הובהר בנוהל ההעברה, כי אין הכוונה לנכסים או רווחים שיווצרו כתוצאה מהפעילות השוטפת של קופת הגמל אלא מעצם העברת הניהול בלבד. לבסוף, נדרש מנכ"ל החברה הקולטת להצהיר כי:



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוין נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

"כל פעילות קופת הגמל תעבור לניהול החברה המנהלת הקולטת וכי זכויות העמיתים בקופת הגמל תישארנה ללא שינוי."

ביחס לסעיף זה הובהר בנוהל ההעברה, כי:

"הכוונה כי זכויות העמיתים לא תיפגענה מעצם העברת הניהול לחברה המנהלת הקולטת ורציפות זכויות העמיתים תימשך כאילו לא חל כל שינוי, והשינוי היחיד שיחול מעצם העברת הניהול יהיה שינוי הגוף המנהל ושינויים אחרים עליהם יורה הממונה בלבד."

לאור דרישה זו, הועבר אל הממונה תצהיר מנכ"ל הנתבעת אותה עת, מר אורן חנוכה, מיום 13.3.2007, במסגרתו הוצהר כי:

4. "רציפות זכויות העמיתים בקופה תישמר כאילו לא חל כל שינוי והשינויים היחידים שיחולו הם שינויים הנובעים מעצם העברת זכויות הניהול בקופה לדש גמל..."
5. יועברו לדש גמל כל הנכסים, זכויות העמיתים, הפעילות והסמכויות של הקופה, וכי דש גמל תיטול על עצמה את כל ההתחייבויות של הקופה מכל מין וסוג שהוא כלפי עמיתה..."
6. לא יוצרו נכסים או רווחים לדש גמל מעצם העברת זכויות הניהול של הקופה אליה.
7. כל פעילות הקופה תעבור לניהול דש גמל, וכי זכויות העמיתים בקופה תישארנה ללא שינוי, למעט שינויים הנובעים מעצם העברת זכויות הניהול בקופה לדש גמל..." (ההדגשות שלי – מ' א'-ג').

אחזור ואדגיש כי מר אורן חנוכה לא הובא לעדות, ולא ניתן היה לבחון את עמדתו ביחס לתצהיר שנתן.

עד כאן הוראות נוהל ההעברה והתצהיר שהוגש מכוחו, ולהלן אבחן את הסכם הרכישה.

19.1 ב. הסכם הרכישה וההודעות מכוחו

במסגרת הסכם הרכישה, רכשה הנתבעת את "הממכר" אותו מגדיר סעיף 4 ככולל את:

"(ג) מכלול הזכויות וההתחייבויות של המוכרת לגבי ניהול (i) קופת הגמל תגמולים."

עוד נקבע כי הממכר נמכר כשהוא "נקי וחופשי" מזכויות, בעוד סעיף 1.3 להסכם הגדיר:

"נקיות וחופשיות": ביחס לזכויות בממכר – נקיות וחופשיות מכל שעבוד, משכון, חוב עיקול או זכות צד שלישי אחרת כלשהי, למעט זכויות העמיתים" (ההדגשה שלי – מ' א'-ג').

ביום 16.8.2007 שלחו הנתבעת וגד-גמולים הודעה אל מחלקת קופות גמל אצל הממונה, שכתרתה: "עסקת תגמולים" – הודעה בדבר השלמת העברת זכויות הניהול בקופת הגמל" (להלן: הודעה על השלמת העסקה) (מוצג 232 בעמ' 2056 לתיק המוצגים). במסגרת מכתב זה, הודיעו הצדדים לממונה כי הושלמה העברת זכויות הניהול בקופה, והודיעה כי: בוצעו דרישות יידוע העמיתים (על כך מיד); הועברו אל הנתבעת כל הנכסים, זכויות העמיתים, הפעילות והסמכויות של קופת הגמל, וכי דש נטלה על עצמה את כל התחייבויות קופת הגמל מכל מין וסוג שהוא כלפי עמיתי קופת הגמל;



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

רציפות זכויות העמיתים בקופת הגמל נשמרה ולא חל בהן כל שינוי למעט שינויים הנובעים מעצם העברת זכויות הניהול בקופה לדש; לא נוצרו נכסים או רווחים חדשים לנתבעת מעצם העברת הניהול של הקופה לידיה; כל פעילות הקופה הועברה לדש וכל זכויות העמיתים בקופה נשארו ללא שינוי, למעט השינויים הנובעים מעצם העברת זכויות הניהול בקופה לדש.

כאמור, במסגרת ההודעה על השלמת העסקה, עדכנו גד גמולים והנתבעת את הממונה כי בוצעו דרישות יידוע העמיתים אודות העברת זכויות ניהול הקופה. יידוע זה בוצע באמצעות שליחת הודעות לעמיתים, מודעות בעיתונות ובאינטרנט מטעם גד-גמולים, וכן בעיתונות ובאתר האינטרנט של דש, מטעמה – בהתאם לנוהל ההעברה. נוסח המודעות צורף להודעה על השלמת העסקה.

בהודעה שנשלחה לעמיתים נכתב:

"הננו מתכבדים להודיעך כי "גד-גמולים" חברה לניהול קופות גמל בע"מ ("גד-גמולים"), חברה בת של בנק הפועלים בע"מ ("בנק הפועלים") ודש ניהול קופות גמל בע"מ ("דש גמל"), חתמו ביום 26 בפברואר 2007 על הסכם להעברה מגד-גמולים לדש גמל של כל פעילות ניהול קופת הגמל, פעילות ההשקעה שלה, מכלול הזכויות וההתחייבויות של גד-גמולים לגבי ניהול קופת הגמל ונכסיה, הזכות לקבלת דמי ניהול בעבור ניהול קופת הגמל וכל נתוני קופת הגמל אשר היו כלולים במאגרי המידע של גד-גמולים, והכל באופן שקופת הגמל תועבר לניהולה של דש גמל ("ההסכם" או "עסקת המכר")."

נוסח זהה פורסם באמצעי הפרסום האחרים. והנה גם כאן, הנתבעת מודיעה כי קיבלה על עצמה את כל התחייבויות גד גמולים ואף את כל נתוני הקופה ממאגרי המידע, הכוללים, כך ניתן לצפות ולהניח – טפסי הצטרפות והסכמים פרטניים.

19.2. האם מסמכי ההעברה מאפשרים לנתבעת העלאת דמי הניהול

בסיכומיה, טוענת הנתבעת כי בשלב ההוכחות נסתרה הטענה לפיה נוהל ההעברה וכן המסמכים וההתכתבויות העוקבים לו, מלמדים שלא ניתן היה להעלות את דמי הניהול. הנתבעת מסבירה את מטרתו של הנוהל – שמירת הבטחת תקינות הליך העברת הניהול, ונאותות הדיווח לעמיתי קופת הגמל (הנתבעת הפנתה לסעיף 2 לנוהל ההעברה). הנתבעת מדגישה כי מדובר בנוהל אחיד ויחיד, ששימש להעברת כל קופות הגמל אגב רפורמת בכר. לדידה, מטרת ההצהרה המופיעה בנוהל בדבר שמירה על "רציפות זכויות העמיתים" הייתה, כי לא יהיה בעצם הפעולה של העברת הקופה מגוף אחד לאחר, כדי לגרום לשינוי בזכויות העמיתים – מעבר לשינוי בזהות הגוף המנהל. ואולם, טוענת הנתבעת, בנוהל לא הייתה כל כוונה לקבוע כי העברת הקופה מונעת שימוש בזכות המוקנית לקופה לביצוע שינויים לאחר העברתה בהתאם להוראות הדין. והנתבעת מפנה להבהרות שניתנו בנוהל בנושא זה ושצוטטו לעיל.

הנתבעת מפנה גם לחוות דעתו של מר ניסים כהן שהוגשה מטעמה, שהצהיר בסעיף 88-89 לחוות דעתו כי:



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

"כמי שהיה שותף לגיבושו, מטרת נוהל ההעברה היתה שלא יחול שינוי (למעט זהות הגוף המנהל) במועד העברת הניהול (מעצם העברת הניהול). אין בנוהל ההעברה ובהצהרות שניתנו מכוחו כדי למנוע שינוי במצבו של העמית לרבות העלאת דמי ניהול וזאת כמובן בכפוף להוראות הדין".

הנתבעת ציינה כי התובעים נמנעו מחקירת מר כהן בעניין נוהל ההעברה, על אף תפקידו בניסוחו וניסיונו באגף שוק ההון.

עוד טוענת הנתבעת כי נוהל ההעברה לא שינה את זכויות העמיתים. כיוון שלקופה מותר היה, בהתאם לתקנון ולהוראות הדין, להעלות את דמי הניהול לעמיתים עוד טרם מכירתה לנתבעת – זכות זו הועברה לנתבעת במלואה וללא שינוי. הנתבעת אף מדגישה כי ברוב המכריע של קופות הגמל שנמכרו על ידי הבנקים בוצעה העלאת דמי הניהול, והסוגיה זכתה להתייחסות רחבה של המאסדר והמחוקק (הנתבעת מפנה לסעיף 58-63 לחו"ד ניסים כהן).

הנתבעת מוסיפה וטוענת כי המחוקק צפה אפשרות שדמי הניהול יועלו על ידי הקופות בעקבות רפורמת בכר. זאת, מטעמים שונים שנמנו בין היתר **בעניין סירקיס**: היתרון לגודל ממנו נהנו הבנקים, עלויות התפעול, עלויות שיווק ועלויות הפצה, המהוות עלויות גבוהות יותר לגופים פרטיים (הנתבעת מפנה לפס' 54 לפסק הדין **בעניין סירקיס**).

הנתבעת אף מפנה להודעות שנשלחו לעמיתי הקופה, שצורפו כנספחים א'1-א'3 להודעה המשותפת מטעם דש וגד-גמולים, ושהוצגו לעיל, בהן צוין במפורש כי הועברה לידי דש כל פעילות ניהול הקופה, לרבות **"הזכות לקבלת דמי ניהול בעבור ניהול קופות הגמל"**.

לבסוף, נשענת הנתבעת על השינויים שביצעה היא בתקנון הקופה ושאושרו בידי הממונה. הנתבעת מפנה לתיקון שבוצע בפנייתה לאגף שוק ההון מיום 3.1.2008 (ראו מוצג 233, עמ' 2075 לתיק המוצגים) ושאושר בידי הממונה ביום 27.8.2008 (ראו מוצג 234, בעמ' 2087 לתיק המוצגים); וכן לתיקון מפנייתה לממונה מיום 2.9.2008 (ראו נספח 235, עמ' 2089 לתיק המוצגים) ושאושר בידי הממונה ביום 28.10.2008 (ראו מוצג 236, עמ' 2136 לתיק המוצגים). לטענת הנתבעת, במסגרת התיקון מיום 2.9.2008, תוקן גם סעיף דמי הניהול ונקבע שאלה לא יעלו על 1.5%. כן צוין כי דמי הניהול יגבו **"מהסכום העומד לזכות כל עמית בחשבוננו"**. הנתבעת מדגישה כי הממונה התייחס באופן פרטני לסעיף דמי הניהול וקבע כי התיקון בעניינם **"ייכנס לתוקף בתום חודשיים ממועד שליחת הודעה לעמיתים"**. לדידה, הודעה זו של הממונה מוכיחה כי העברת הקופה לא קיבעה את דמי הניהול, וכי ההיפך הוא הנכון – הזכות לשנות את דמי הניהול, בכפוף למגבלות הקבועות בדין, הועברה לנתבעת במסגרת נוהל ההעברה. בהקשר זה מוסיפה הנתבעת כי הממונה קיבל לידיה במסגרת נוהל ההעברה את הסכם הרכישה של הקופה, ועל כן ידע כי מהעמיתים נגבים דמי ניהול בשיעור אפס. כיוון שהממונה אישר את העסקה, את תיקון התקנון ואת העלאת דמי הניהול – הרי



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

שמטבע הדברים הדבר לא נאסר על ידיו (וראו מכתב הבקשה לאישור העסקה שנשלח לממונה ביום 13.3.2007, על נספחיו, במוצג 1, עמ' 13 לתיק המוצגים).

מבלי להכריע בטיעונים אלו של הנתבעת, אין לקבל את טענתה לעניין אפשרותה לשנות את דמי הניהול. הנתבעת מתמקדת שוב ושוב בהוראות הנוהל שלפיהן לא ישונו זכויות העמיתים מעצם ההעברה – כאשר הדגש הוא על נטילת התחייבויות החברה המעבירה, היא גז גמולים. הן הסכם הרכישה, הן נוהל ההעברה, תצהיר המנכ"ל וההודעות לציבור העמיתים – מבהירים כולם כי הנתבעת נטלה על עצמה את התחייבויותיה כלפי העמיתים, והיא אינה רשאית לשנותם.

והנה, שוב, חוזר הדיון ומתמקד, בענייננו, בזכויות מכוח ההתחייבות החוזיות הלבר תקנוניות, שהן, לעניין דמי הניהול, לב-ליבה של תובענה זו. לא בכדי, הגדיר השופט ענבר את השאלה המשותפת בהקשר זה, האם נטלה על עצמה הנתבעת את התחייבויות קודמותיה. שהרי, אין מחלוקת שלנתבעת, ככל חברה מנהלת של קופת גמל, נתונה האפשרות לשנות את דמי הניהול הנגבים מעמיתיה, אולם, רק בכפוף לדיון ובכפוף להתחייבויותיה כלפי העמיתים. אך כאמור, נושא דמי הניהול מוסדר בין הקופה לעמית באופן נפרד ואינו נגזר רק מן הקבוע בתקנון. התקנון וחלק מהוראות החוק אליהם חוזרת ומפנה הנתבעת, קובעות אך את התקרה, בעוד שעד לתקרה עשויים הקופה והעמית להגיע לכל הסדר ביניהם. העלאת דמי הניהול בידי הקופה, אינה יכולה לסתור את ההסכמות עם העמית, ובענייננו- את התחייבות הקופה כלפי קבוצת העצמאים/שכירים לגבות דמי ניהול אך מהפקדותיהם לקופה; וכלפי קבוצת אנשי הקבע – לגבות דמי ניהול בשיעור שלא יעלה על 2 ל"י לשנה. כל עוד לא שינתה הקופה את התנאים להם התחייבה מול עמיתי הקבוצות, והשינוי הינו כדיון, אין היא יכולה להסתמך על שינויי התקרה בחוק או בתקנון, שכן אלה מהווים רק תקרה.

על כן, אין רלוונטיות להפניה לתקנון שאושר בידי הממונה מיום 2.9.2008. ראשית, נוסח תקנון זה גם הוא מלמד על תקרה. שנית – הממונה אין תפקידו לפרש הסכמים בין הקופה לעמיתים ולכן, גם אם אניח כי הממונה בחן את ההסכמים שהועברו במסגרת נספח ב' להסכם הרכישה (ואנו יודעים שאלה רלבנטיים אך לקבוצת אנשי הקבע, שכן ההתייחסות לשאר עמיתים הייתה בגוף ההסכם), איני סבורה כי ישב ובחן אותם בעין משפטית-פרשנית.

ראו בהקשר זה את השאלות שהציג השופט ענבר לממונה במסגרת הליך האישור (עמ' 10 לפרוטוקול הדיון, ש' 10-1):

- ד". ככל שבית המשפט יקבע כי פנקס החבר של המבקש ופנקסים דומים כמותו, ככל שיש כאלו, מהווים חוזה אישי בין העמיתים לבין הקופה –
- (1) האם, להשקפת הממונה, רשאית המשיבה לשנות באופן חד צדדי את שיעור דמי הניהול שהוסכם עליו באותו חוזה, זאת בין היתר בשים לב גם להצטרפות וההתחייבויות שקיבל ממנהלי המעבירה והנעברת לפי הוראות נוהל ההעברה?
- (2) האם במסגרת אישורו של הממונה לשינויי התקנון שנערכו עובר למכירה למשיבה (המדובר בשינוי משנת 2005), וכן אחרי המכירה, היה הממונה מודע לקיומם של חוזים אישיים ביחס לדמי הניהול? מהו, להשקפת הממונה, היחס בין התקנונים כפי ששונו כאמור לבין החוזים האישיים?"



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

וראו עמדת הממונה שהוגשה בעקבות שאלותיו של ענבר ובמענה להן:

"שאלה ד':

סעיף ד(1): ככל שיקבע בית המשפט הנכבד כי פנקס המבקש הוא חוזה אישי, אין בכך כדי ללמד האם רשאית המשיבה לשנות באופן חד צדדי את דמי הניהול, שכן עדין נותרת שאלת פרשנותו של החוזה האישי בהתאם לדין, ביחס של המשיבה לבצע שינוי כאמור. בכל הנוגע להצהרות והתחייבויות שהתקבלו לפי הוראות נוהל ההעברה, גם לעניין זה אין לממונה עמדה שכן שאלת פרשנות המשפטית של אלה נתונה לבית המשפט הנכבד במקרה דנן.

סעיף ד(2): בפני הממונה לא עלתה כל טענה כי קיימים חוזים אישיים ביחס לדמי הניהול. ככל שיקבע כי קיימים חוזים אישיים כאמור, שאלת היחס בינם לבין התקנונים הינה שאלה עובדתית ומשפטית הנתונה לשיקול דעתו של בית המשפט הנכבד בהתאם לראיות ולטענות שיובאו בפניו במקרה דנן. (ההדגשה שלי, מ' א-ג')

ועל אף שהדברים מדברים בעד עצמם, אדגיש שוב כי התפקיד לפרש חוק או הסכם בענייננו הוא של בית המשפט. אין זה עיסוקו של הממונה ואין זה תפקידו, כפי שהבהיר היטב בעמדתו, וכפי שעולה מהדיון לעיל בעניין המשקל שיש לתת לעמדת הממונה.

19.3 האם ידעה הנתבעת על ההסכמים הלבד תקנוניים וכנגזר מכך על האיסור להעלות דמי ניהול

אציין כבר בפתח חלק זה כי איני סבורה כי לידיעת (או אי ידיעת) הנתבעת על ההסכמים הלבד תקנוניים, ועל האיסור הנובע מהם להעלות דמי ניהול, יש נפקות לתובענה שלפניי. שכן, כאמור לעיל, הנתבעת לקחה על עצמה את ההתחייבויות של הקופה עובר להעברה, לרבות ההסכמים הלבד תקנוניים והגבלת גביית דמי הניהול כמפורט. עם זאת, הנתבעת הרחיבה בדבר, בתמיכה עקיפה לטענתה בדבר זכותה להעלות את דמי הניהול, זכות עליה עמדה בהסכם הרכישה עם בנק הפועלים. אציין, כבר בשלב זה, כי לאחר שמיעת ההוכחות ניתן לקבוע כי הנתבעת ידעה על ההסכמים הלבד תקנוניים ועל ההוראות בדבר דמי הניהול הגלומות בהם, ואם לא ידעה מדובר היה או בעצימת עיניים, או לכל הפחות ברשלנות. לחילופין, ככל שיש לנתבעת טיעונים בהקשר של גילוי פרטים, או הצהרות שגויות או חסרות מטעם בנק הפועלים, טיעונים אלו ממילא עומדים לה במישור מול הבנק, ולא כלפי העמיתים. זאת, בעיקר לאור העובדה שהנתבעת לא ביטלה את החוזה מול בנק הפועלים ולא העלתה כל טענה בהקשר זה.

בראש ובראשונה, כאמור, במסגרת הסכם הרכישה ונוהל ההעברה הצהירה הנתבעת כי היא מודעת לכל התחייבויותיה בקשר לרכישה ולקחת אותם על עצמה. בהיותה של הנתבעת גוף מוסדי מהגדולים בישראל, עם ייעוץ משפטי הולם, שבראשה עומדים ומנהלים מקצועיים בתחומם (שאף הגדירו עצמם כ"סיירת" בתחום זה), אני סבורה כי ניתן בהחלט להניח כי הייתה מודעת לסעיפים בהם נטלה על עצמה את התחייבויות קודמותיה ואת הסעיפים הנוגעים לדמי הניהול ולמשמעותם, ואם לא כן, הרי שהיה עליה להיות מודעת להם.

שנית, הדברים עולים מחומר הראיות והעדויות שהוגשו במסגרת ההליך, ואפרט.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

19.3 א. התייחסות דש והחברות הקשורות לאי גביית דמי ניהול מעמית הקופה בדיוניה הפנימיים מוצגים שונים שהביאו הצדדים, מלמדים כי סוגיית אי-גביית דמי הניהול בקופה על ידי הבנק, עובר לרכישה, נדונה בדירקטוריון הנתבעת וחברת האם שלה בהרחבה עוד טרם הרכישה. קודם שאביא את הדברים אציין כי כל המעורבים בעסקה, אשר דבריהם מובאים להלן, לא הובאו לעדות, ולכן קשה, כפי שציינתי לעיל, לקבל את טיעוני הנתבעת בהקשר זה.

כך למשל, ראו דבריו של יעקב אלינב, יו"ר דירקטוריון החברה האם, ושל הנתבעת עצמה, בישיבת דירקטוריון החברה האם מיום 20.11.2006 (מוצג 206, עמ' 1851 לתיק המוצגים):

"ברצוני לחזור ולהזכיר כי נכון להיום הקופה אשר עיקר לקוחותיה הם אנשי צבא קבע, פורשי צה"ל ועובדי בנק הפועלים אינה גובה דמי ניהול, אך להערכתנו מאחר ואין איסור חוקי או תקנוני נוכל לגבות דמי ניהול. מועד גביית דמי הניהול ושיעורן הוא שיקול עסקי שנצטרך להחליט לגביו, בעיקר בהתייחס להשפעה של מהלך כזה על נטישת עמיתים בין באופן עצמאי והן בשל המלצה של חבר/צה"ל לעשות זאת. להערכתנו המחיר לעסקה הוגן ואפילו טוב ומשקף את הבעייתיות הנובעת מכך שאנו נדרש בעתיד לעלות את דמי הניהול. על פי דוח רגישות הרווחיות לדמי הניהול המתבסס על ההנחות הבאות (ככה"נ צ"ל הבאות) שיעור דמי הניהול יעלה לרמה של 0.5%..."
(ההדגשות שלי, מ' א'-ג').

אמנם מדובר על איסור חוקי או תקנוני, אך עולה מכך שהחברה הייתה מודעת לבעייתיות שבאי גביית דמי ניהול, ומכאן, כאמור, שבדקה את העניין. לחלופין, אם נמנעה מלבדוק נושא כל כך מרכזי ובעייתי אין לה להלין אלא על עצמה.

בהמשך מתייחס מר אלינב לאמדן תקופת החזר ההשקעה ומעריך אותה ב-7-6 שנים. בהמשך אותה ישיבה, העריך מר קובי לוינסון, מנכ"ל החברה האם, כי:

"אין ספק כי מדובר בעסקה ייחודית. עד היום העסקאות בשוק היו ברמה של כ-3% מהיקף הנכסים וכאן מדובר על עסקה בעלות של 0.67% מהיקף הנכסים. נכון, הקופה אינה משלמת דמי ניהול ומרבית העמיתים בקופה הינם עמיתים הקשורים לצה"ל, כך שיתכן ונאלץ להתמודד מול פחת מוגבר בסיטואציה שבה נעלה את דמי הניהול, אך גם בהתייחס לסיכונים אלו אני חושב שזו עסקה טובה מאוד."
(ההדגשות שלי, מ' א'-ג').

אדגיש כאן, שוב, כי מר אלינב ומר לוינסון לא הובאו לעדות, וגם עובדה זו מחזקת את המסקנה כי ידעו על הדברים וכי מסיבה זו נמנעה הנתבעת מהבאתם לעדות.

אחת הדירקטוריות בחברה האם, הגב' אפרת סולקובסקי שאלה מפורשות באותה ישיבה כיצד תחזיר הנתבעת את ההשקעה אם הקופה אינה משלמת דמי ניהול, וכיצד **"הסכימו לנהל להם את הכסף ללא דמי ניהול"**. בתשובה, העריך מר לוינסון כי בנק הפועלים הסכים לנהל את הכסף ללא דמי ניהול בשל רצונו לקבל את בסיס הנתונים של אנשי הקבע, בתקווה שירכשו בעתיד שירותים נוספים בבנק. לוינסון ציין כי לפי תקנון הקופה מותר להעלות את דמי הניהול עד ל-1% אך כי אין בכוונת דש לעשות כן, אלא להעלות לרמה נמוכה יותר. יש להדגיש כי גם כאן מר לוינסון התייחס



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

לתקנון הקופה ולא להסכמים הלבר תקנוניים עם העמיתים, אך לאור מרכזיות העניין קשה להניח שהנושא לא נבדק, אלא אם נמנעו מבדיקה מעמיקה, כדי שיוכלו להעלות את דמי הניהול.

עוד באותה ישיבה, ציין הדירקטור מולי רובינא, ביחס לסוגיית שינוי דמי הניהול (ראו בעמ' 1852 לתיק המוצגים): **"הייתי מצפה שבמקביל לדיון הזה תוגש תכנית אסטרטגית של החברה לטיפול בנושא. קשה לי להחליט ללא תוכנית כזו"**. מר לוינסון הסכים כי תכנית כזו אכן רצויה אך לא הוגשה בשל דוחק הזמן, שכן הבנק מצפה לתשובה באותו היום. בהמשך דבריו ציין (ראו בעמ' 1853 לתיק המוצגים):

"חשוב לי לציין כי מלבד מאפייני העמיתים (שיוך למגזר) ודמי הניהול האפסיים, שאר מאפייני הקופה דומים למערכת הקופות בכלל".
(ההדגשה שלי, מ' א-ג').

לבסוף, בעת ההצבעה אודות אישור העסקה, בחרו הדירקטורים אפרת סולקובסקי ומולי רובינא להימנע מלהצביע בעדה. בישיבה זו אושרה העסקה בהצבעה של 4 תומכים ו-2 נמנעים.

בישיבת דירקטוריון של הנתבעת מיום 25.12.2006 ציין מר אלינב כי (ראו מוצג 207 בעמ' 1854 לתיק המוצגים):

"כיום דמי הניהול בקופה הינם 0%, אם כי בפועל הקופה גבתה מהעמיתים כ-0.2% בממוצע, אך נאלצה להפסיק זאת לאחרונה לאור תביעה שהוגשה נגדה".
(ההדגשה שלי, מ' א-ג').

אם כן, מנהלי הנתבעת אף ידעו כי ניסיון להעלות דמי ניהול נבלם משפטית, מה שהיה אמור לעורר את חשדם כי קיימת מניעה חוקית כלשהי לעשות כן. הנתבעת טענה אמנם כי מדובר בטעות של מר אלינב וכי לא הייתה תביעה כזו, אולם, כאמור, לא הביאה אותו לעדות כדי שיוכל להצהיר על הדברים.

בישיבה נוספת של דירקטוריון הנתבעת ביום 22.2.2007, עדכן מר אלינב אודות החתימה הצפויה הקרובה על ההסכם ואודות האישורים האחרונים להם ממתניס הצדדים ממושרד האוצר והממונה. לאחר מכן ציין (ראו מוצג 209, בעמ' 1915 לתיק המוצגים):

"מציין כי הגענו עם אנשי הצבא וחבר ל"שביתת נשק" הם לא יפנו לגופים אחרים ואנו נמתין להעברת הקופה. על כן בכוונתנו להמתין מעט עם נושא העלאת דמי הניהול. היה לנו חשוב להראות להם שהכוח בידיהם אינו כזה גדול. היה לנו חשוב להרוויח בינתיים זמן".

והמשיך מנכ"ל הנתבעת ודירקטור בה דאז, מר אורן חנוכה, בציין כי:

"אנו מצפים בהתרגשות לעסקה הזו. זהו אתגר גדול. זוהי עסקה חריגה מבחינת המחיר שאין דומה לה בשוק...אנו מעריכים כי...לא תהיינה הכנסות מקופת תגמולים עד לרבעון שלישי של 2007, משום שלא נשנה את דמי הניהול ברבעון השני של 2006 (ככה"נ צ"ל 2007, הח"מ)". זוהי עסקה מהותית. נכון לעכשיו אנו חושבים שלהימנע ממלחמה זה הדבר הנכון".



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

דברים אלה מראים כי בניגוד לטענת הנתבעת, לפיה לבנק הפועלים ולצבא לא הייתה כל התנגדות להעלאת דמי הניהול, הרי שבפועל הצבא וחבר התנגדו להעלאת דמי הניהול והנתבעת בחרה להמתין פרק זמן מה מרכישת הקופה בכדי "להרגיע את הרוחות".

גם בחקירתו של מנכ"ל החברה הסבתא, מר עידו נויברגר, במסגרת הליך ההוכחות, עלה כי הוא ידע, עובר לרכישה, כי הקופה אינה גובה דמי ניהול ועל כך שמדובר בעובדה חריגה ויוצאת דופן (עמ' 309 לפרוטוקול הדיון, ש' 14 ואילך).

מהאמור לעיל עולה כי העובדה שלא נגבו דמי ניהול מהעמיתים ערב המכירה, הייתה עניין מרכזי שעמד בבסיס העסקה, ועל כן יש להניח שהעניין נבדק, וייתכן כי היה נוח לקופה להסתמך על התקנון, ולא לבקש חוות דעת כתובות, בתקווה שאיש לא ימצא את המקור לאי גביית דמי הניהול מחוץ לתקנון, בהסכמים פרטניים ישנים. אפשרות אחרת היא כי מדובר ברשלנות. מכל מקום, סימנים שהיו אמורים להביא את הקופה לבדיקה מקיפה היו למכביר, אך למרות זאת, בדיקות של ממש לא נעשו. ואפרט.

3.19. ב. הבדיקות שביצעה הנתבעת טרם רכישת הקופה

כפי שצינתי בפתיח הדברים, מחקירות עדי הנתבעת, עולה כי הנתבעת ועורכי דינה לא ביצעו בדיקות יסודיות של מסמכי הצטרפות עמיתית הקופה. ניתן לומר כי זו לא הייתה השאלה שעמדה לנגד עיניהם. כך, כאשר נשאל מר נויברגר האם קיימה הנתבעת בדיקת נאותות טרם רכישת הקופה, השיב (עמ' 290 לפרוטוקול, בש' 23 ואילך):

"עשינו בדיקות במהלך המו"מ, ובמהלך כריתת ההסכם, ובמהלך שאלות שעלו לנו במהלך הדרך שאלנו, קיבלנו תשובות, הסתכלנו על מה שצריך להסתכל, אבל לא ביקשנו ולא היינו צריכים בסוג הזה של המוצר, ואף אחד בשוק לא עשה את זה, מה שנקרא, שאתה קורא לו בדיקות נאותות, שהולכים ממנים משרדים ספציפיים לעשות את הבדיקות האלה, לוקח את החודשים של זה. יש עסקאות שאני עושה גם את זה. פה זה לא היה נדרש."

בהמשך חקירתו, ציין מר נויברגר כי הנתבעת, דרך עורכי דינה, ערכה בדיקות בהיקף מצומצם במסגרתן ניתן והיה צריך ללמוד על ההסכמים עם העמיתים (ראו עמ' 228, ש' 18 ואילך):

"שוב באותה מסגרת של בדיקות, לא בדיקות נאותות, זו מילה בומבסטית, באותה מסגרת של בדיקות הם היו צריכים לבדוק גם את התקנון, גם את ההסכמים, ובוודאי את כל ההסכמים שצורפו, ואם היה עוד דברים שלא צורפו כי לא מצאו אותם לנכון בתוך ההסכם, הם גם היו צריכים לראות אותם אם זה הגיע לידיעתם."

ובהמשך (עמ' 331 לפרוטוקול, ש' 10-1):

"החשש האמיתי היה שאנחנו נגבה דמי ניהול, יעזבו אותנו העמיתים. לא היה לנו חשש שלא נוכל לגבות את הדמי ניהול, לכן אין פרוצדורות יותר מדי, אבל בדיקות יש. לא הייתי קורא לזה בדיקות נאותות כי לא צריכים את המסמכים הקרקס האלה. אבל על המהות בוודאי ששאלנו, ובוודאי שהם בדקו, כמו שהם קראו את ההסכמים האלה, עורכי דין עוברים על כל הנספחים".
(ההדגשה שלי, מ' א'-ג').



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

על כך שלא בוצעה בדיקת נאותות הצהירה דש גם במסגרת תשובתה לדרישת גילוי המסמכים מיום 20.6.2016 (ראו תשובות 2 ו-21, במסגרת מוצג 354, עמ' 8719-8720 לתיק המוצגים). כאמור, המנהלים שגם לדברי מר נויברגר ועו"ד מטעמם, היו מעורבים בעסקה, לא הובאו לעדות.

גם עורכי הדין הבכירים שניהלו את העסקה, ושלדברי מר נויברגר היו מצויים בסוגית דמי הניהול, ממשרד הרצוג פוקס נאמן, לא הובאו לעדות. מי שהעידה, עורכת הדין רגבים-כהנוב, אישרה את הדברים והבהירה כי צוות עורכי הדין שטיפל בתיק, והיא בתוכו, לא הורידו כל מסמך ממערכת המסילה, על גביה היו מצויים כלל מסמכי העמיתים (ראו עמ' 401 לפרוטוקול, ש' 10 ואילך). נראה, כי עורכי הדין ומנהלי הנתבעת הסתפקו בהצהרת הבנק במסגרת סעיף 2.2 להסכם, לפיו ההסכמים המצורפים בנספח ב' הם ההסכמים היחידים בעניין דמי הניהול, ולא בדקו לעומק מהן התחייבויות הבנק לעניין זה, או לחלופין אולי בדקו, והעדיפו להשאיר כך את הדברים, בעמימות.

ב"כ הנתבעת טען (עמ' 561 לפר' ש' 13-14) כי:

"באשר להסכם צבא הקבע – הצירוף של הסכם זה להסכם הרכישה, עו"ד רגבים העידה לעניין זה וגם נחקרה וסיפרה שצורפו כנספח ב' כל ההסדרים שהיו לקופה עם קבוצות העמיתים שלה ובמקרה הזה קבוצת אנשי הקבע כחלק מגילוי נאות המקובל בהקשר הזה ולא כהסכם בתוקף שהקופה פועלת על פיו".

אכן, כך העידה עו"ד רגבים כהנוב לעניין זה בתצהירה (סעיף 20):

"בעניין מכתב צבא הקבע, מכתב זה צורף, כנספח ב' להסכם המכר, משום שמכוחו הצטרפו אנשי צבא הקבע לקופה. מכתב זה לא נוצג לנו על ידי בנק הפועלים כמסמך הקובע התחייבות חוזית לדמי ניהול בשיעור אפס או כמסמך המונע שינוי של דמי הניהול בהתאם להוראות הדין והתקנון ולא כך הובן על ידי הצדדים".

אך בחקירתה הנגדית משתנה התמונה. בעדותה בבית המשפט העידה עו"ד רגבים כהנוב כי עורכי הדין שליוו את הנתבעת בעסקה בדקו אם יש הסכמים, ולכן צורף נספח ב' (עמ' 371 לפר' ש' 23-17):

"אז בדקנו כמובן, וגם ביקשנו, וגם שאלנו כמה פעמים האם יש הסכמים, ויש הסדרי דמי ניהול בקופה הזאת, וגם נענינו על כל, וצורפו אז כנספח ב' להסכם הסדרי".

כלומר לעורכי הדין היה ברור כי יש לבחון לעומק את השאלה האם גביית דמי ניהול בשיעור אפס נובעת משיקולים כלכליים של הבנק, או ממחויבות משפטית שיש לו כלפי העמיתים. לצורך כך מתבקש הבנק להעביר את כלל ההסכמים. הבנק מעביר את מלוא המסמכים, ולמרות זאת, אלו אינם נבדקים ולו מדגמית.

עוד הוסיפה עו"ד רגבים כהנוב והעידה (עמ' 372 לפר' ש' 13-14):

"הסתכלנו על נספח ב', קראנו אותו לאורכו, הנספח ב' לא מאזכר את דמי ניהול אפס בשום מקום, לא כולל שום התחייבות שאסור להעלות את דמי הניהול, נהפוך הוא, הוא כולל סעיף שמדבר על הוצאות, ששם רשום ברוח בתך הקטנה הוצאות בסך



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598 ; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

7,000 לירות בגין ניהול השקעות, ובגין ניהול החשבון, וכולל גם איזושהי אמירה שמדברת על כרטיסיה אישית שבנוסף משתלם גם תשלום של 2 לירות."

עו"ד רגבים-כהנוב ממשיכה ומבהירה כי התעמקה בהוראות הסכם צבא הקבע ולמדה מהן כי אין הגבלה על דמי הניהול, וכי אין מדובר בהסכם מחייב, שצורך אך לצורך בדיקת נאותות (החל מעמ' 372 לפר').

עו"ד רגבים כהנוב נשאלה שוב האם ביקשה לברר עם מעבר להסכם עם צה"ל יש הסכמים לעניין דמי הניהול והשיבה (עמ' 374 לפר' ש' 4-1):

"בהחלט העלינו את השאלה האם קיימים הסדרי דמי ניהול נוספים, זו שאלה שעולה תמיד בעסקאות מהסוג הזה, זה נושא שהוא חשוב"

ועוד בניגוד לאמור על צירוף ההסכם כחלק מבדיקת נאותות (שמר נויברגר העיד לעיל שלא נעשתה), נשאלה עו"ד רגבים כהנוב האם נכון שבנק הפועלים צירף את הסכם צבא הקבע כאחד ההסכמים לגבי דמי ניהול והשיבה בחיוב (עדותה בעמ' 375 לפר' ש' 2). ובהמשך (בעמ' 375 לפר' ש' 6-8):

"ש.... ההסכם הזה צורך תחת הכותרת הסדרים לעניין דמי ניהול, נכון? ת: נכון."

עוד העידה כי ביקשו מבנק הפועלים את כל ההסדרים לגבי דמי ניהול, וקיבלו את נספח ב'. כן העידה כי ביררו עם הבנק האם גביית דמי ניהול בשיעור אפס נובעת מהתחייבויות הבנק ונענו בשלילה (עמ' 390 לפר' ש' 8-16):

ת: כשפנינו לבנק הפועלים וביקשנו, ושבנו ושאלנו האם יש הסדרים, האם יש הסדרי הנחות, הסדרי דמי ניהול וכו', קיבלנו את התשובה שלנו, קיבלנו את התשובה שלנו גם במסגרת העיגון בהסכם.
ש: קיבלתם תשובה.
ת: סליחה, סליחה, קיבלנו תשובה שנכון לאותו מועד הבנק גובה אפס.
ש: טוב.
ת: לשאלתנו האם זה נובע מהתחייבויות כלשהן, נענינו שלא."

כן עולה מדבריה של עו"ד רגבים-כהנוב בחקירתה כי עורכי הדין מיקדו את בדיקותיהם בעניין דמי הניהול בתקנון (ראו עמ' 371 לתקנון, ש' 2-6):

"או קיי, אז הסתכלנו קודם כל על תקנון הקופה, תקנון הקופה מציין סעיף יעודי לכל הנושא של גביית דמי ניהול. התקנון מדבר בעד עצמו, כי הוא אומר שם שמותר לגבות דמי ניהול בשיעור מירבי עד כך וכך".

והמשיכה והבהירה (עמ' 391 לפר' ש' 11-17):

"כשאני שואלת את מי שהיה צד להסכם לעניין הזה, אם יש מחויבות כלשהי, או התחייבות של בנק הפועלים שמונעת ממני להעלות דמי ניהול, והוא אומר לי כן, הוא היה צד להסכם, ואני משכללת את זה עם הדו"ח הכספי, עם התקנון, עם האמירה גם בהסכם הזה שמותר לגבות דמי ניהול, אני חושבת שהתשובה המשפטית מדברת בעד עצמה."



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

ולא אוסיף ואחזור על הדברים לעניין אופן הבדיקה.

ראוי עוד לציין כי עו"ד רגבים-כהנוב הצהירה (בסעיף 6 לתצהירה כי): **"נמסר לנו באופן מפורש על ידי היועצים המשפטיים שייצגו את הבנק בהסכם הרכישה כי אין מניעה לגבות דמי ניהול בקופה"**. עם זאת אישרה, למרות כל האמור לעיל כי לא ניתנה כל חוות דעת בכתב מאת צוות עורכי הדין שליווה את העסקה, בסוגיית האפשרות המשפטית לשנות את דמי הניהול ואף לא נדרשה כזו (ראו עמ' 377 לפרוטוקול, ש' 3-7). זאת, על אף חזרתה של הנתבעת שוב ושוב על טיעוניה לפיהם ללא גביית דמי ניהול לא היה כל טעם ברכישת הקופה מבחינתה – מה שמעיד על חשיבות ומרכזיות היכולת לגבות דמי ניהול, לעסקה. קשה להלום שחברה כה מנוסה על פי דברי עדיה שלה עם ייצוג משפטי של אחד המשרדים הגדולים, ועורכי הדין המובילים בתחום, הסתפקה בדברים שנאמרו בעל פה בסוגיה מרכזית של גביית דמי ניהול, אלא אם הדברים שירתו אותה באופן זה או אחר.

עוד יש להדגיש כי במסגרת טיוטה מס' 4, שהועברה מן הנתבעת אל הבנק ביום 11.2.2007, ביקשה הנתבעת במסגרת סעיף 2.2 כי נספח ב' הכולל את ההסכמים בדבר דמי הניהול יועבר אליה שוב שכן **"הנתונים המפורטים בנספח שהועבר אינם ברורים/נהירים"** (ראו מוצג 101 בעמ' 1071 לתיק המוצגים). זאת, כשבועיים טרם החתימה על הסכם הרכישה. נזכיר, כי בנספח זה צורפו הסכם אנשי הקבע והסכם בנק הפועלים. אם כן, הרושם העולה הוא כי הנתבעת לא הבינה את מלוא המשמעות של הסכם הקבע בשלב זה, או שבחרה להתעלם ממנו. הדבר בהחלט מעלה סימני שאלה לאור טענותיה בדבר מרכזיות היכולת לגבות דמי ניהול, בהחלטתה לרכוש את הקופה.

3.19.ג. טיוטות הסכם הרכישה וההתכתבות בין הצדדים

טיוטות הסכם הרכישה והתכתבויות הצדדים במהלך המשא ומתן לכריתתו, מעידים כי הנתבעת הבינה כי קיימת מניעה לגבות דמי ניהול בניגוד לאופן שנוהג הבנק. לתיק המוצגים צירפו הצדדים מספר טיוטות של הסכם הרכישה. טיוטות אלה הועברו בין הצדדים ונערכו בהן שינויים שונים, מהם ניתן ללמוד על התפתחות המשא ומתן ועל ההבנות בין הצדדים.

מן המוצגים עולה ניסיון של הנתבעת לכלול בהסכם הרכישה סעיף בדבר זכותה להעלות את דמי הניהול, שנמחק על ידי הבנק. ביום 24.12.2006 העביר ב"כ הנתבעת לב"כ הבנק את טיוטה מס' 2 להסכם הרכישה. במסגרתה ביקשה הנתבעת להוסיף בסעיף 2.2 את ההצהרה: **"אין מניעה (א) להעלות דמי ניהול"** (ראו מוצג 2, עמ' 199 לתיק המוצגים). במסגרת טיוטה מס' 3, דחה הבנק את השינוי המבוקש (ראו מוצג 61, בעמ' 759 לתיק המוצגים). הבנק לא רק שמחק את ההצהרה בדבר אי המניעה לגבות דמי ניהול, אלא גם הוסיף בתוך סעיף 2.2, בשני מקומות שונים, הדגשה לפיה דמי הניהול הנגבים על ידו הם בשיעור אפס.

עניין נוסף שעולה מן הטיוטות, הוא מודעותה של הנתבעת לכך שעליה לאתר את מקור ההנחה או הפטור מדמי הניהול שמקבלים העמיתים. כך, בטיוטה מס' 1 שנשלחה לאחר ישיבה שנערכה בין



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598 ; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

הצדדים (ראו הודעת הדוא"ל של ב"כ הבנק מיום 6.12.2006, בעמ' 1453 לתיק המוצגים) כלל הבנק את התיבה: "לבדיקה: מקור שיעור דמי הניהול: תקנון/הנחה". משמע, ניתן להניח כי נציגי הנתבעת ביקשו לברר את מקור ההנחה. כיוון שמדובר בטיוטה הראשונה להסכם, ייתכן ובשלב זה לא ידעו נציגי הבנק להעיד מה המקור המדויק ולכן הדבר סומן "לבדיקה". בטיוטה מס' 2 שהועברה מהנתבעת לבנק, הוסיפה הנתבעת הערה ליד תיבת הבדיקה, בה נכתב: "נודה על המצאת נספח".

כן, במסגרת סעיף 3.4 לטיוטת הסכם מס' 1 שהועברה מן הבנק לנתבעת, נכתב כי הרוכשת מצהירה כי:

"היא ערה לכך שדמי הניהול הנגבים מנכסי קופת הגמל תגמולים כפי שהדבר מוצא ביטוי בסכומי דמי הניהול המפורטים בנספח ב' של הסכם זה, הינם לאחר הנחות שניתנו על ידי הבנק או המוכרת לעמיתים של קופת הגמל תגמולים. למניעת ספקות: הרוכשת תמשיך לקיים את המחויבויות הקיימות נשוא הסדרי ההנחות, ככל שחלה על המוכרת או על הבנק החובה לקיימם]. לבדיקה: האם לאור שיעור דמי הניהול הסעיף רלבנטי לענייננו" (ההדגשה שלי, מי א-ג').

והדברים מדברים בעד עצמם.

ובטיוטה מס' 2 מחקה הנתבעת מסעיף 3.4 לעיל את הטקסט שתחילתו ב"למניעת ספקות" וסופו ב"החובה לקיימם". משמע, הנתבעת הסירה מעצמה את המחויבות לקיים ההתחייבויות לעניין ההנחות, גם אם אלה חלות עליה או על הבנק.

לבסוף, נוסח הסעיף בטיוטה מס' 3 הוא כנוסחו בהסכם הסופי:

"היא ערה לכך שדמי הניהול הנגבים מנכסי קופת הגמל תגמולים הינם בהתאם למפורט בנספח ב' של הסכם זה."

עוד עולה מטיוטה מס' 2 להסכם כי במסגרתה ביקשה דש באופן אקטיבי לקבל לידיה "העתק של כל מסמכי ההצטרפות הנדרשים על פי כל דין של העמיתים שהצטרפו לקופת הגמל, בין במדיה מגנטית ובין במקור". משפט זה הוסף על ידי הנתבעת בסיפת סעיף 6.3 לטיוטה זו. כן ביקשה במסגרת סעיף 2.12 לקבל לידיה טופס הצטרפות סטנדרטי של עמית לקופה. כאמור, הנתבעת קיבלה את מערכת מסילה ועליה כלל המסמכים, אך כפי שהעידה עו"ד רגבים-כהנוב, איש לא טרח לבדוק ולו מדגמית את אותם מסמכים והסכמים.

עוד ראוי לציין את הסעיף בהסכם הסופי המגדיר את "התיקים הפיזיים". בסעיף 1.3 להסכם הוגדרו אלה כ:

"כל המידע בקשר עם זכויותיהם של עמיתים ומעסיקים...המצוי אצל המוכרת על גבי מסמכים, מחשבים...לרבות אך לא רק הסכמים ומסמכים שנערכו בין המוכרת לבין מעסיקים או עמיתים..."



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

1 נוסח זה הופיע כבר בטיוטה הראשונה ונשאר זהה עד להסכם הסופי. עוד עולה, מחלופת הדוא"ל
2 מיום 29.1.2007 עם מר דנה מבנק הפועלים, כי הנתבעת ביקשה לקבל מהבנק: **"הסכמי דמי ניהול**
3 **נוספים אם ישנם"** (ראו מוצג 199, בעמ' 1754 לתיק המוצגים).

4
5 מטיוטות ההסכמים והתכתבויות הצדדים בעניין עולה כי הנתבעת ידעה כי קיימים הסכמים בעניין
6 דמי הניהול. הנתבעת אף מחקה סעיף המצהיר כי היא תקיים את התחייבויות הבנק בעניין דמי
7 הניהול, מה שמעיד כי ראתה את הניסוח המלמד כי התחייבויות כאלה קיימות וכי לתפיסת הבנק
8 הן מחייבות אותה עם הרכישה.

9
10 19.3. ד. מוצגים הנוגעים להיערכות דש לקליטת הקופה

11 יש לתת את הדעת למוצגים הנוגעים להיערכותה של הנתבעת לקליטת הקופה ול"שיווק" צעד
12 העלאת דמי הניהול כ"הטבה". בישיבת דירקטוריון החברה האם מיום 20.11.2006 (ראו מוצג 206,
13 עמ' 1851 לתיק המוצגים הוצגה תכנית עבודה לשנת 2007, בחתך המחלקות או הצוותים השונים
14 אצל הנתבעת. תחת תכנית העבודה של צוות השיווק מופיע תיאור קצר אודות תגמולים ורכישתה
15 בידי דש. בהמשך, תחת הכותרת "Weakness" נכתב ביחס לדמי הניהול (ראו עמ' 22 למסמך, עמ'
16 1886 לתיק המוצגים):

17 **"תקנון תגמולים מאפשר לגבות דמי ניהול של 1% מעמיתים שהצטרפו לקופה עד**
18 **4.12.05 ו-2% מהעמיתים שהצטרפו החל מ-5.12.05. בפועל דמי הניהול הינם 0%**
19 **דמי הניהול יועלו ע"י דש. והיה ודמי הניהול יועלו על ידי דש ישנו סיכוי שעמיתי**
20 **הקופה יראו בכך פגיעה בזכויותיהם ועל כן זה סיכון משמעותי"**
21 **(ההדגשה שלי – מ' אי-ג')**

22
23 בחלק המציג פתרונות, נכתב תחת הכותרת Weakness ביחס לדמי הניהול (ראו בעמ' 1889 לתיק
24 המוצגים):

25 **"הודעה על כך תישלח לכל עמיתי תגמולים. אין ספק כי יתקבלו פניות רבות בנושא**
26 **זה. לפונים יוסבר על משמעות השינוי באיכות ניהול הקופה ויוצעו חלופות מבית.**
27 **ובהעדר חלופות של קופות על דמי ניהול של 0%, הצגת דמי הניהול החדשים**
28 **והנמוכים יחסית תוצג כיתרון"**
29 **(ההדגשה שלי – מ' אי-ג')**

30
31 אם כן, דש הודיעה לאנשיה כי יתכן ועמיתי הקופה יראו בהעלאת דמי הניהול פגיעה בזכויותיהם
32 ואף כינתה את הדבר "סיכון משמעותי". עוד יאמר בזהירות, כי דש בחרה להציג את שיעור דמי
33 הניהול החדש כ"הטבה", בהיעדר חלופות לעמיתים, וזאת באופן העולה כדי ניצול של אי-ההבנה
34 וחוסר הידע של העמיתים, והעומד לחובתה.

35
36 19.3. ה. מחיר העסקה

37 גם מחירה הנמוך של העסקה (עליו אין חולק) מצביע על כך שהנתבעת ידעה על חוסר האפשרות
38 לגבות דמי ניהול מהעמיתים הקיימים.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

1 אין מחלוקת כי המחיר ששילמה הנתבעת עבור הקופה, 31 מיליון שקלים, היה נמוך בצורה חריגה
2 יחסית לעת בה נמכרה ולשווי הנכסים בה. הכוונה למחיר רכישת הקופה בהשוואה למחירי שאר
3 הקופות שנמכרו מן הבנקים לגופים המוסדיים כחלק מרפורמת בכר ובהתאם לנוהל ההעברה.
4 היותה של התמורה ששולמה בידי הנתבעת נמוכה, עלתה הן בתקשורת באותה עת (ראו הידיעות מן
5 התקשורת בדבר מכירת הקופה במסגרת נספח 3 לסיכומי התובעים), הן מחוות דעתו של ד"ר רועי
6 שלם מטעם התובעים (ראו הפרק בחוות דעתו שתחילתו בעמ' 14).

7
8 התובעים טוענים כי מחירה הנמוך של הקופה מלמד על ידיעתה של הנתבעת כי נאסר עליה להעלות
9 את דמי הניהול. לדידם, העובדה כי זכויות הניהול של הקופה נמכרו במחיר הנמוך באופן כה חריג,
10 היא אינדיקציה לקיומם של ההסכמים בעניין דמי הניהול. הנתבעת טוענת מנגד כי מחיר העסקה
11 הנמוך שיקף את העובדה כי עד למכירתה לא נגבו דמי ניהול, ואת החשש מנטישת עמיתים במקרה
12 של העלאתם. לטענתה, מחיר העסקה נקבע כך בשל מאפייני הייחודיים של הקופה, שלא כללו את
13 האיסור לגבות דמי ניהול.

14
15 קראתי בעיון את טענות הצדדים בדבר מחיר העסקה והעמקתי בחוות הדעת הכלכליות. **מומחה**
16 **הנתבעת** ציין את הצפי הנמוך לכניסה של עמיתים חדשים, והצפי לקיטון כתוצאה ממשיכת כספים
17 של עמיתים ותיקים (ראו סעיף 48 לחו"ד שלי תשובה). עם זאת, הן מתצהירו של מר נויברגר, הן
18 מהפרוטוקולים משיבות הדירקטוריון שצוטטו לעיל, עלה כי מנהלי הקופה סברו בזמן אמת כי
19 המחיר משקף את אי-גביית דמי הניהול מצד בנק הפועלים (ראה סעיף 28 לתצהיר מר נויברגר).
20 מדבריו של מר אלינב שהובאו לעיל גם עולה כי הוא סבר שהמחיר משקף את הבעייתיות בכך
21 שהנתבעת תידרש להעלות בעתיד את דמי הניהול (ראו שוב את דבריו בישיבת דירקטוריון החברה
22 האם מיום 20.11.2006 (ראו מוצג 206, עמ' 1851 לתיק המוצגים)).

23
24 מומחה התובעים, ד"ר שלם, ניתח את מאפייני הקופה והגיע למסקנה כי הפגם היחיד בה, המביא
25 לנחיתותה לעומת קופות אחרות, הוא העובדה לפיה דמי הניהול הנגבים מן העמיתים הם בשיעור
26 אפס. ד"ר שלם הסיק כי הסיבה למחיר הנמוך אינה קשורה בהבדלים אחרים הקשורים בתמורות
27 האחרות מניהול הקופה או בעלויות הכרוכות בכך. ד"ר שלם הדגיש את התועלות שנחזו על ידי
28 הנתבעת וחברת האם שלה, טרם עסקת הרכישה, וזאת על בסיס הדוח הכספי של דש איפקס
29 הולדינגס בע"מ (החברה הסבתא) לשנת 2007. ד"ר שלם הראה כי דש איפקס ייחסה כ-23,609
30 אלפי ש"ח למוניטין הקופה, משמע קרוב ל-24 מיליון שקלים מתוך 31 המיליון ששילמה (ראו עמ'
31 21 לחו"ד שלם וכן נספח יד'). כ-9,750 אלפי ש"ח (קרוב ל-10 מיליון) ייחסה דש איפקס ל"קשרי
32 לקוחות", סך של 530,000 ש"ח עבור המותג וכ-150,000 לערבות בנק הפועלים. וכך נכתב בדו"ח (ראו
33 בנספח יד' לחו"ד רועי שלם):

34 **"ביום 28.06.2007 הושלמה עסקה בין דש גמל לגד-גמולים ודש גמל רכשה את כל**
35 **פעילות ניהול קופת תגמולים המורכבת מהמוניטין שגד-גמולים רכשה בניהול קופת**
36 **תגמולים במהלך שנות פעילותה, פעילות ההשקעה של קופת תגמולים, מכלול**



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

זכויותיה והתחייבויותיה של גד-גמולים לגבי ניהול קופת תגמולים, נכסיה וכן
הזכות לקבל דמי ניהול בעבור ניהול קופת תגמולים."

וכפי שהציג ד"ר שלם, ניתן ללמוד על חלק מהתועלות הכלכליות העתידיות העקיפות שראתה דש
ברכישה, גם מדבריו של מר קובי לוינסון, מנכ"ל הנתבעת, בישיבת הדירקטוריון שלה מיום
26.11.2006 (ראו במוצג 206, עמ' 1852 לתיק המוצגים):

"במסגרת העסקה נקבל בסיס נתונים הכולל 170 אלף חשבונות של משרתי צבא קבע
בעבר ובהווה, מדובר באוכלוסייה איכותית ברמה סוציו אקונומית גבוהה מהממוצע,
אשר בהתייחס ובהתחשב במגבלות החוק נוכל להציע לה בעתיד שירותים נוספים.
צירוף 170 אלף עמיתים לבית דש מהווה גם שיקול אסטרטגי שכן מדובר בהכפלת
מספר העמיתים בדש"

אין ספק כי הגדלת בסיס העמיתים וניהול כספים בהיקפים גדולים מהווה תמורה משמעותית, כפי
שסברו מנהלי הנתבעת עצמם, שוב, אותם מנהלים שלא הובאו לעדות.

אפנה בהקשר זה גם לתכנית העבודה שהוצגה לדירקטוריון החברה האם של הנתבעת, ובתוכה
תכנית השיווק לשנת 2007. כזכור, לעיל הצגתי את חלק ה-Weakness. כעת, אצטט חלק שעסק
בהזדמנויות אותן ראתה הנתבעת ברכישה, כפי שהובאו תחת הכותרת: Opportunities (ראו בעמ'
1886 לתיק המוצגים):

"מינוף מאגר המידע הן בתחום הגמל והן בתחומי השקעות נוספים – במסגרת החוק.
1. מאגר קרנות ההשתלמות- העברת קרנות ההשתלמות של עמיתי תגמולים לדש.
2. קופות גמל- קופות גמל נוספות במעמד עצמאי של העמית ובני משפחתו.
3. שגיא – קופת גמל נוספת אשר בה 1.128 מיליארד ₪, מרבית עמיתיה נמנים עם
אנשי צה"ל.
4. מוצרים נוספים מבית – לחשוף את עמיתי תגמולים לשלל מוצרי הבית של דש.
5. ביטוח – כיום לעמיתי הקופה ישנו ביטוח קיבוצי עליו הם משלמים פרמיה שנתית
של 0.2%, פרמיה זו עשויה להוות מקור הכנסה נוסף.
6. עיריות ומועצות מקומיות – כ-200 מיליון ₪ מקופת תגמולים שייכים לעובדים
מגופים אלה. יש לבצע העמקת חדירה לקרנות השתלמות וקופות גמל נוספות"

הנה כי כן, כי גם לגישת הנתבעת עצמה, בזמן אמת, קיים היה פוטנציאל נוסף ברכישת הקופה.
זאת, בנוסף ליתרונות שבמוניטין הקופה, שם המותג וכיוצא באלה.

איני סבורה כי לצורך פסק דין זה עלי להכריע בשאלה האם ישנה היתכנות כלכלית לניהול קופת
גמל ללא גביית דמי ניהול מחלק מהעמיתים. האמור לעיל, העולה הן מחוות הדעת הכלכליות, הן
מהפרוטוקולים והדיונים בזמן אמת, הוא שלנתבעת היו תועלות רבות ואחרות ברכישת הקופה.
לכך מצטרפת העובדה שמרגע שהחלה הנתבעת לגבות דמי ניהול כפי שגבתה, היא החזירה את
ההשקעה הגלומה במחיר רכישת הקופה – בתוך שנה וארבעה חודשים (ראו חו"ד ד"ר שלם, עמ'
25). זאת, בניגוד להערכתה כי הדבר יארך 6-7 שנים (ראו דבריו של אלינב במסגרת הדירקטוריון
מיום 20.11.2006 ודבריו של מר נויברגר ביחס לדו"ח חישוב הכדאיות בו העריכה הנתבעת כי
ההשקעה תוחזר תוך מספר שנים, ובפועל הוחזרה תוך שנתיים, בעמ' 345 לפרוטוקול). לכך



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

מצטרפת הסברה, כי לו שיער בנק הפועלים כי ביכולתה של הקופה לגבות דמי ניהול כלשהם, ובוודאי בשיעורים אותם גבתה, היה ניתן לדבר ביטוי במחיר העסקה, שכאמור לא הכיל כל רכיב בגין האפשרות לגבות דמי ניהול.

הדברים שהובאו לעיל לעניין מחיר העסקה מצטרפים למסקנה הכללית כי הנתבעת ידעה על חוסר האפשרות לגביית דמי ניהול, על אף שגם אם לא זה היה המצב, הדבר אינו מחייב ביחסים בינה לבין העמיתים.

מכל מקום, הדבר אינו משנה מהמסקנה כי הייתה מחויבת בהסכמים מכוח הרכישה, ולא היתה רשאית להעלות את דמי הניהול, בין אם ידעה על ההסכמים הלבר תקנוניים, ובין אם לאו.

הנתבעת טענה חילופית לעניין אפשרות הביטול או השינוי, ולפיה גם אם נניח כי התחייבה כלפי עמיתי הקבוצות בעניין דמי הניהול, הרי שנתונה לה הזכות להשתחרר מהתחייבויותיה. הנתבעת התמקדה בשני נימוקים עיקריים: הראשון, כי אופיו של החוזה בין הצדדים, בין כחוזה יחס, בין כחוזה שלא נקצב בזמן, מאפשר לה להעלות את דמי הניהול. הנימוק השני, הזכות הנתונה לנתבעת, לטענתה, להעלות דמי ניהול מכוח תקנה 53ב(א) לתקנות מס הכנסה, שעמדה בתוקפה עת העלתה היא את דמי הניהול..

טיעונים אלו נדחו על ידי השופט ענבר בהחלטת האישור, באופן לכאורי. אם כן, להלן אדון בהן בהרחבה. אפתח בדיון בשאלת חוזה היחס. ממנו, אעבור לאפשרות לסיים חוזה ארוך טווח בהודעה חד-צדדית ונפקותה בענייננו. לבסוף, אדון בתקנה 53ב(א) ובשאלה האם מכוחה התאפשר לנתבעת להודיע לעמיתיה על השינוי החד-צדדי בדמי הניהול, והאם יש בה כדי להכשיר שינוי זה.

בפרק זה אראה כי, כפי שקבע השופט ענבר באופן לכאורי, יפה גם בסיום ההליך ולאחר שמיעת ההוכחות. היינו, הנתבעת לא הייתה רשאית להשתחרר או לשנות את התחייבויותיה באופן חד-צדדי, גם לא באמצעות תקנה 53ב(א). אציע, כי האפשרות היחידה שהייתה נתונה לה לשינוי התנאים, היא על ידי פרסום הודעה נפרדת, אישית, ברורה ומפורטת בעניין השינוי, ורק לאחר קבלת הסכמה אקטיבית של העמיתים (opt-in), צעדים שלא נקטה בהם הנתבעת.

20. **פרק 20: האם הנתבעת רשאית לשנות באופן חד צדדי את דמי הניהול לאחר**

הרכישה בהיות החוזה חוזה יחס

20.1. **האם מערכת היחסים החוזית בין הקופה לעמיתיה היא של "חוזה יחס"?**

20.1 א. טיעוני הצדדים לעניין חוזה יחס והחלטת האישור בעניין

הנתבעת טוענת כי יש לראות בהסכמיה עם העמיתים: הן הסכם צבא הקבע, הן ההסכמים עם חברי קבוצת העצמאים/שכירים, כחוזי יחס. זאת, שכן מדובר בחוזים ארוכי טווח וביחסים נמשכים,



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

1 כאשר בחוזים מסוג זה ניתן לשנות את התניות במהלך הזמן. הנתבעת טוענת כי מאפייני יחסיות
2 הקשר החוזי באים לידי ביטוי בהפקדת סכומי כסף מצד העמיתים בקופה לאורך השנים, בניהול
3 סכומי ההפקדות והשקעתם על ידי החברה המנהלת באופן יום-יומי, גם כן לאורך שנים,
4 בהשתתפות העמיתים בהוצאות ועלויות ניהול הקופה, ובאינטראקציה שוטפת הבאה לידי ביטוי
5 בשירות הניתן לעמיתים בידי החברה המנהלת, בדיווחים הרבעוניים והשנתיים, בקשר עם שירות
6 הלקוחות, דפי המידע ועוד. הנתבעת מדגישה בפרט, כי המאפיין העיקרי של התקשרות ארוכת טווח
7 הוא היותה לא קצובה בזמן, וניתנת לביטול על ידי הצרכן או הלקוח בכל עת. הנתבעת מדגישה כי
8 בענייננו, תקופת ההתקשרות לא נקצבה בזמן, באף אחד מהחוזים. העמיתים היו זכאים בעבר, וכך
9 גם כיום, לעזוב את הקופה בכל עת, לנייד את כספם לקופה אחרת, וזאת בתנאי שוק תחרותי. לכל
10 אלה יש משמעות רבה לפי הנתבעת, בבואנו לסווג את סוג ההתקשרות בין הצדדים. לדידה, סיווג
11 ההתקשרות בין הצדדים כחווה יחס, מביאה אותה להיות חשופה יותר מטיבה ומטבעה לשינויים
12 כלכליים, רגולטוריים ואחרים, ומחייבת גמישות בכל הנוגע לעדכון תנאי השירות ובכלל זה מחירו.

13
14 **מנגד, טוענים התובעים** כי בענייננו כלל לא מדובר בחווה יחס, וכי גם אם נניח שמדובר בחווה
15 שכזה, לא התקיימו הנסיבות הנדירות והחריגות שבהתקיימן ובכפוף לעיקרון תום הלב, על פי
16 ההלכה, ניתן לשנות את תנאי החווה. התובעים עומדים על כך כי ההסכמים מושא התביעה נעדרים
17 את המאפיינים הבסיסיים של חוזי יחס, בהיותם הסכמים לתכנית חיסכון בודדת וארוכת טווח,
18 שתנאיה קבועים מראש, בידיעה שמדובר בתכנית חיסכון לטווח ארוך. התובעים טוענים כי:

19 **"ההסכמים בענייננו אינם כוללים שום מנגנונים כלליים לשינוי ולהשלמה כצורך**
20 **משינויים בלתי צפויים לצדדים, ואין בהם שום מנגנונים לקביעת אמות מידה**
21 **לחלוקת סיכונים בין הצדדים, כמו גם דרכים לפתרון מוסכם של מחלוקות בעניין זה.**
22 **נושאים אלה פשוט אינם רלוונטיים להסכמים שדנים בתוכנית חיסכון ארוך טווח."**
23

24 מאפיין נוסף הנעדר מן החווה בענייננו, לפי התובעים, הוא יחסים קרובים ואישיים בין הצדדים,
25 המצמיחים ציפייה לסולידריות הדדית. התובעים מביאים דוגמאות לחוזי יחס בהם מתקיים
26 מאפיין זה, מתוך מאמרו של פרופ' מני מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החווה ושאלת המשך
27 התפתחותם של דיני החוזים של ישראל" **עיוני משפט** כט 17 (תשס"ה-תשס"ז) (להלן: **מאוטנר,**
28 **התערבות בתוכן החווה**). בין דוגמאות אלה ניתן למצוא: חווה נישואין, חווה עבודה, חווה בין
29 שותפים במשרד עורכי דין. והתובעים מביאים גם מן הפסיקה, שהוסיפה לאלה גם חווה בית אבות
30 (רע"א 1185/97 **יורשי ומנהלי עיזבון המנוחה מילגרום הינדה ז"ל נ' מרכז משען** פ"ד נה (4) 145
31 (1998) (להלן: **עניין משען**); חווה אחיד לפתיחת חשבון עו"ש בין בנק ללקוח (ע"א 6916/04 **בנק**
32 **לאומי לישראל בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו 18.2.2010) (להלן: **עניין בנק לאומי חווה**
33 **יחס**)).

34
35 **השופט ענבר** עמד גם הוא על היעדר היחסים הקרובים והמיוחדים, כנימוק לדחיית טענות הנתבעת
36 בנוגע לקיומו של חווה יחס, במסגרת החלטת האישור (ראו בפסקה 45 להחלטתו):

37 **"מטעמים דומים לאלו שפורטו לעיל יש לדחות את טענתה הנוספת של המשיבה**
38 **לפיה בכוחו של בית המשפט לשנות את תנאי ההסכמים הנדונים בהיותם "חווה**



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

1 יחס". אכן הפסיקה הכירה באפשרות העקרונית לעשות כן, אך בהינתן שמדובר
2 בצעד מרחיק לכת נעשה הדבר רק במקרים יוצאי דופן, בפרט בחוזים ארוכי טווח
3 שהם "פרויקט משותף" של הצדדים, כאשר אורך תקופת החוזה אינו אלא נתון אחד
4 מבין מכלול נתונים שהובאו בחשבון, ולא דווקא החשוב מביניהם. נתונים רלבנטיים
5 נוספים הם קיום יחסים מיוחדים בין הצדדים, כגון: יחסי אמון או תלות הדדיים;
6 קיום אינטראקציה יום יומית תוך הנחת עבודה של אלטרואיזם ביחסי הצדדים;
7 שינוי נסיבות קיצוני...
8 (ההדגשה שלי – מ' א-ג')

9
10 השופט ענבר מבהיר כי לדיו, מאפיינים חשובים מבין אלה הקיימים בחוזה יחס לא מתקיימים
11 בהסכמים בין הצדדים בענייננו (שם):

12 "בענייננו, נראה לכאורה, כי בין הצדדים לא התקיימו מגעים יומיים; לצורך
13 קיום הקשר לא נדרשה רמה גבוהה של שיתוף פעולה; לאף אחד מהצדדים אין ולא
14 יכולה להיות ציפייה כי אם ייפול עליו נטל בלתי צפוי במסגרת הקשר, יזכה להעברת
15 חלק ממנו לצד האחר; אף לא נטען על ידי המשיבה ולא הונחה תשתית עובדתית של
16 ממש לקיומם של צרכי שעה מיוחדים או לשינוי נסיבות מהותי..."

17
18 שותפה אני לדברים אלו, וכדי להבהיר את הדברים אעמוד בהרחבה על מהותו ומאפייניו של חוזה
19 היחס.

20.1 ב. מאפייניו של חוזה יחס

21
22 פרופ' מקניל (Macneil), אחד מאבות תורת התיאוריה החוזית היחסית (Relational Contract Theory)
23 מציג באחד ממאמריו הידועים קשת מאפיינים, לאורכה ניתן למקם כל חוזה. בקצה האחד
24 שלה מצוי החוזה "העסקתי" (אותו מכנים בתי המשפט גם חוזה "בדיד") ובשני מצוי החוזה היחסי.
25 כל חוזה ממוקם על הקשת על פי מאפייניו הייחודיים (ראו: I.R. Macneil "The Many Futures of
26 Contracts" 47 738-740 Southern Cal. L. Rev. (1973-1974)). בספרו, דוד רונן **התאמת חוזים**
27 **לנסיבות משתנות** (תשס"א) (להלן: **רונן, התאמת חוזים**), מבהיר רונן כי הקביעה האם מדובר
28 בחוזה יחסי תלויה בכמותם ובעוצמתם של המרכיבים היחסיים (ראו בעמ' 33):

29 "כל חוזה כולל מרכיבים עסקתיים ומרכיבים יחסיים אחדים. אך העובדה שחוזה
30 מכיל מרכיבים יחסיים אינה הופכת אותו ליחסי. הדבר תלוי בכמותם ובעוצמת
31 פעולתם היחסית על מערכת היחסים החוזית"

32
33 (וראו גם: M.A Eisenberg, Relational Contracts, in J. Beatson & D. Friedman (eds.) **GOOD FAITH**
34 **(AND FAULT IN CONTRACT LAW)**, 293 (Oxford, 1995)).

35
36 אם כן, חוזה היחס מצוי על קצה אחד של הסקאלה החוזית, כאשר מולו עומד החוזה הבדיד, הסגור.
37 לכל אחד מהם מאפיינים משלו. על גבי הסקאלה קיימים חוזים "יצירי-כלאיים", המכילים
38 מאפיינים מסויימים, סגורים ויחסיים, ברמות שונות של בולטות. המרכיבים או המאפיינים
39 השונים ו"חוזקם" מושכים את החוזה הרלבנטי לעבר מיקומו על הסקאלה שבין חוזה היחס לחוזה
40 הסגור.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

לאור האמור זה עתה, ולאחר שבחנתי את ההסכמים שבפניי, אני סבורה כי התשובה לשאלה האם בפנינו ניצב חוזה יחס הינה שלילית, אך אין משמעות הדבר כי החוזה אינו מכיל מרכיבים יחסיים. ההסכמים בין הקופה לעמיתיה מכילים מאפיינים של חוזה יחס ונעדרים מאפיינים אחרים. מאפיינים מסוימים קיימים אך אינם בולטים או נוכחים מספיק. לבחינת המאפיינים אפנה כעת.

רונן, התאמת חוזים, עומד על מאפייניו העיקריים של החוזה המכונה "חוזה יחס" (ראו בעמ' 17):

"גורמי הזמן, האמון, התלות ההדדית ונפח החוזה הם מאפיינים ייחודיים המבדילים אותו מחוזים אחרים, משום שהם יוצרים מערכת יחסים מורכבת ומיוחדת. נהוג לכנות חוזים מסוג זה "חוזים יחסיים" או "חוזים יוצרי יחס" (בלועזית – relational contracts)."

20.1.ב. (1) חוזה יחס אינו קצוב בזמן - האלמנט העיקרי הקיים בחוזים בין העמיתים לקופה והמאפיין חוזי יחס הוא אלמנט הזמן, היינו, חוזה שאינו קצוב בזמן. תחילה, עומד רונן על חשיבותו של מרכיב הזמן להגדרתו של חוזה כחוזה יחס, אך מבהיר כי לא מדובר באלמנט היחיד או החשוב ביותר (עמ' 33):

"חוזה "יחסי" וחזה "ארוך טווח" אינם מושגים זהים. אין לכחד שהאלמנט המתייחס לאורך הזמן חיוני לשם הגדרת החוזה כחוזה "יחסי", אך הוא איננו היחיד, אף לא החשוב שביניהם... עם זאת אין ספק שמרכיב הזמן הוא אחד המשתנים החשובים העשויים להצדיק התייחסות בלתי שגרתית כמו התאמת החוזה לנסיבות משתנות. לא בכדי הפך המושג "חוזה ארוך-טווח" למושג נרדף ל"חוזה יחסי". (ההדגשה שלי – מ' א'-ג')."

רונן מדגים באמצעות חוזה התקשרות בין בנק ללקוח לפתיחת חשבון עו"ש, דוגמא היפה לעניינו (שם):

כך, למשל, חוזה בין בנק ללקוח בודד המנהל חשבון עו"ש (או חוזה בין חברת אשראי ללקוח בודד), אינו חוזה "יחסי" על אף משך הזמן שהצדדים עשויים להיות קשורים בו ועל אף קיומם האפשרי של מרכיבים יחסיים נוספים. זאת, משום שחוזה זה חסר את מרבית האלמנטים החשובים בהגדרת החוזה כ"יחסי", והחשוב שבהם, אלמנט התלות ההדדית. לכל היותר נוצרת תלות חד-צדדית של הלקוח בבנק, הזקוק לעתים לשירותיו (או לחסדיו) המיוחדים כגון פעולות בניירות ערך או אשראי. עסקי הבנק לא יושפעו, דרך-כלל, מהתנהגותו של הלקוח הבודד. הבנק אף אינו עורך שינויים מבניים בעקבות קשירת החוזה עם הלקוח הבודד. החוזה אינו כרוך בהשקעות של מי מהצדדים, אינו קשור במחקרי שוק (או במחקרי שוק יקרים), ואין קודמים לו משא ומתן ארוך או יצירת ציפיות לגיטימיות בהיקף ובעוצמה, כפי שתוארו לעיל. החוזה ניתן להפסקה מיידיית בלי שייגרם נזק רציני לצדדים. לעומת זאת חוזה "פקטורינג" בין בנק ללקוח או בין חברת אשראי ללקוח בודד שהוא "ספק", ניתן להגדרה כחוזה "יחסי" משום שהוא ממלא אחר רוב התנאים להיווצרות חוזה כזה." (ההדגשות שלי – מ' א'-ג').

במקרה זה החוזה אינו מוגבל בזמן, אך חסרים בו המרכיבים האחרים של חוזה יחס, כפי שאפרט להלן.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

20.1.ב. (2) חוזה יחס הוא חוזה "מסגרת" - מאפיין נוסף וחשוב של חוזה היחס הוא עיצובו כמעין "חוקה". חוזה היחס נחשב לחוזה מסגרת, המסדיר קווים מנחים, סטנדרטים להתנהגות. ומבהיר רונן (שם, 34):

"היעדים הכלליים של ההתקשרות עולים אפוא בחשיבותם על תניה כזו או אחרת בחוזה. במסגרת החוזה ה"חוקתי" נקשרים ומתבצעים חוזים "רגילים" רבים (כגון בחוזה לאספקת מוצר או שירות, כל משלוח או מתן שירות נעשים במסגרת החוזה ה"חוקתי"), שתנאיהם צריך שיתיישבו עם הסטנדרטים ועם כללי ההתנהגות שבחוזה ה"חוקתי".

על ההבדל בין סוגי החוזים בהיבט רמת פירוט החיובים והזכויות עמד גם כב' השופט אלכס שטיין בפסק דינו בע"א 7649/18 ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ (נבו 2019, להלן: עניין ביבי כבישים), בפס' 12 לפסק הדין:

"רמת הפירוט של החיובים והזכויות איננה זהה בכל חוזה וחוזה. בקצה אחד של הספקטרום נמצא חוזה יחס פתוח אשר מנוסח בקווים כלליים בלבד – זאת, מאחר שבעלי החוזה, אשר הסכימו אהדדי לגבי מטרתו ונטלו על עצמם את התחייבות הבסיסית לקדמה, לא יכלו, לא רצו או לא השכילו לקבוע בו מתווה צעדים מדויק שבו כל אחד מהם אמור לצעוד כדי להגיע אל אותה מטרה משותפת. בדרך כלל, אם כי לא תמיד, חוזים כאלה נעשים כדי לשרת מערכות יחסים ארוכות טווח (... חוזי יחס פתוחים מסמיכים את בית המשפט לקרוא לתוכם תנאים וחיובים חדשים, שלא הוסכמו מראש, על בסיס עקרונות משפט רחבים כמו תום לב, הגינות וסבירות, כשכל אלו מותאמים למטרות החוזה. בקצה השני של הספקטרום, נמצא חוזה סגור עם התניה מלאה: חוזה ממצה שכל תנאיו מוגדרים באופן ברור ונהיר, והוא איננו זקוק לפרשנות יצירתית (...) חוזה סגור מנוהל על ידי כללים פורמליים, שעיקרם דרישת הכתב". (ההדגשות שלי – מ' א' ג')

בעניין ביבי כבישים, נדחתה הטענה בדבר חוזה היחס בעיקר כיוון שהחוזה שם נעדר מאפיין זה של "חוקתיות" (שם):

"חוזה זה מחזיק מאות עמודים של טקסט, מפרטים טכניים ותכניות. מדובר במסמך משפטי ממצה שנכתב ונבדק על ידי עורכי דין ואנשי מקצוע אחרים כדי לכסות את מכלול העבודות אשר נדרשו לפרויקט ואת מחיריהן (לפי יחידות ביצוע). חוזה זה קבע את אשר קבע בין היתר כדי להגן על הרכבת מפני עליית מחירי העבודות והחומרים שנדרשו לביצוען וכן כדי להבטיח לביבי כבישים עבודה ושכר בהיקף נרחב, שכאמור נאמד בעשרות מיליוני שקלים. אין אפוא ספק בכך כי החוזה שבו עסקינו הינו קרוב, לפי כתבו ולפי מהותו, לחוזה סגור עם התניה מלאה, והמרחק שבינו לבין חוזה יחס הוא מרחק שנות-אור". (ההדגשות שלי – מ' א' ג')

מאוטנר, התערבות בתוכן החוזה, מתייחס גם הוא למאפיין זה, ולתפקיד בית המשפט הנגזר ממנו (ראו בעמ' 46-47):

"ראשית, החוזה שדיני החוזים הקלסיים צופים ("חוזה בדיד") מבוסס על תכנון חוזי מפורט ועל מימוש מדוקדק של התכנון החוזי הזה בתקופת הביצוע של החוזה. לפיכך תפקידו של בית המשפט העוסק בחוזה כזה הוא בעיקרו של דבר לאתר את ההסכמות שנוצרו בין הצדדים, ולבדוק באיזו מידה אכן מומשו ההסכמות האלה על ידי הצדדים בתקופת הביצוע של החוזה. לא כך הדבר כאשר מדובר בחוזה יחס. בחוזה כזה ההסכמה החוזית של הצדדים מתפתחת בתקופת הביצוע של החוזה...



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

פירוש הדבר הוא שכאשר מדובר בפרשנותו של חוזה יחס, מעורבותו של בית המשפט בקביעת תוכנו של החוזה החל על הצדדים הינה, עמוקה בהרבה ממעורבותו במקרים שבהם הוא נדרש להכריע בסכסוך שבסודו חוזה בדיד: בית המשפט נדרש לא רק לפרש חוזה שתוכנו נקבע עלידי הצדדים, אלא גם לקבוע מה תוכנו של החוזה החל על הצדדים, והכל לאור ההסכמות שנוצרו בין הצדדים בתקופת הביצוע של החוזה, הסכמות שבדרך כלל אינן מבוטאות במסמך כתוב, אלא בהתנהגויות נמשכות של הצדדים. ההכרה בקיום הקטגוריה של חוזה יחס מצריכה אפוא הפעלה של אקטיביזם מצידם של בתי המשפט".
(ההדגשות שלי – מ' א' ג')

בחינת ההסכמים שלפני מעלה כי אינם הסכמים פתוחים או כלליים באופן המלמד כי יש להתייחס אליהם כחוזה יחס. הן מסמכי ההצטרפות של העמיתים השכירים/עצמאיים, הן הסכם צבא הקבע, מפרטים תנאים מפורטים, ספציפיים ובשורה של נושאים: הכללים שיחולו על הקופה, ההפקדות להן נדרשים העמיתים, הרווחים, גביית ההוצאות, אפשרויות למשיכת הכספים, ביטוח ועוד. לא מדובר בהוראות המנוסחות בקווים כלליים בלבד אלא בהוראות הסכמיות סגורות.

20.1.ב. (3) חוזה יחס כולל מנגנונים לשינוי והתאמת החוזה - מאפיין נוסף של חוזה יחס הינו כי הם כוללים מנגנונים לשינוי והתאמת החוזה, אמות מידה לחלוקת סיכונים וכן דרכים לפתרון סכסוכים (ראו עניין משען בפס' 17 לפסק דינו של כב' הנשיא אהרן ברק):

"חוזה בית האבות הוא "חוזה יחס (relational contract)". חוזה כזה מתאפיין ביחסים ארוכי טווח ומורכבים. חוזהים אלה רגישים לקיומן של נסיבות עתידיות שלא הוסדרו במפורש בחוזה. הם מנסים ליצור במסגרתם שלהם איזון בין הצורך בוודאות וצפיית לבין הצורך בגמישות ויכולת הסתגלות לתנאים משתנים. איזון זה מושג על-ידי אמצעים מגוונים, ובהם קביעת מנגנונים לשינוי תנאי החוזה והשלמתם, קביעת אמות-מידה לחלוקה הדדית של סיכונים וקביעת דרכים לפתרון מוסכם של מחלוקות תוך המשך קיום היחסים החוזהיים".

ההסכמים לפני אינם כוללים מנגנונים כאמור. בהסכמים לא נקבעה, למשל, אפשרות הקופה לשנות את דמי הניהול ובאיזה אופן יעשה השינוי (זאת למעט מנגנון שינוי דמי הניהול בתוך 5 שנים, הקבוע בהסכם הקבע, בו אגע בהמשך). הדבר מחזק את מסקנתי שלא מדובר בחוזה פתוח, אלא בחוזה שנועד מלכתחילה להסדיר את מרבית הנסיבות העתידיות האפשריות, שנלקחו בחשבון על ידי הקופה שניסחה את ההסכמים (הן בעניין קבוצת העצמאים/שכירים, הן בעניין קבוצת צבא הקבע).

20.1.ב. (4) חוזה יחס מאופיין באמון ותלות הדדית - מאפיין נוסף אליו יש לתת את הדעת הוא מאפיין האמון והתלות ההדדית. למאפיין זה התייחסו הן רונן לעיל, הן השופט שטיין בעניין ביבי כבישים, במסגרת הציטוטים שכבר הובאו. בהתייחסו לתפקידו הציבורי והחברתי של חוזה היחס כותב רונן, התאמת חוזהים (ראו בעמ' 28):

"מערכת התמיכה החברתית, הלב-חוזית, שעליה נשען החוזה היחסי היא, בהכללה רבה, אמון, שיתוף פעולה, פשרנות והוגנות ביחסי הצדדים. מערכת תמיכה זו אמורה להבטיח את תפקודו הראוי וממילא את תפקידו המיוחד".



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

בעניין משען, שעסק בפרשנות חוזה דיירות בבית אבות, עמד כב' הנשיא אהרן ברק על תלותו של הדייר בבית האבות ועל ביטוייה במסגרת החוזה (ראו בפס' 18 לפסק הדין):

"אכן, האופי המיוחד של היחסים בין בית האבות לדייר יוצר תלות של הדייר בבית האבות. תלות זו מתבטאת, בין השאר, בכך שבמקרים רבים הדייר מחסל את בית מגוריו הקודם, ומשתמש בסכום שקיבל, למימון דמי כניסה לבית האבות, וליצירת קרן לתשלום ההוצאות השוטפות. במשך השנים מסתגל הדייר למקום מגוריו החדש, חש בו ביטחון, ואינו מוכן לעזוב. אכן, ככל שעוברות השנים, וככל שגדל הסיכון של הצורך במעבר לבית אבות סיעודי, כן גדלה התלות של הדייר בבית האבות. על רקע יחסים מיוחדים אלה, אין להניח כלל כי דווקא ברגע הקריטי של הצורך באשפוז בבית אבות סיעודי יתברר לדייר כי עניין זה אינו מוסדר בחוזה בית האבות. על-כל-פנים, במקרה של ספק, ההנחה הינה כי תכלית החוזה היא לאפשר התמשכות קשר הקבע של דיור ושירותים גם בבית אבות סיעודי. על רקע זה יש להסיק, כי תכליתו של חוזה בית האבות נועדה להעניק לדייר "בית" חדש ליתרת חייו. השינוי במצב הבריאות (הפיזי או הנפשי) המצריך מעבר לבית אבות סיעודי אינו מביא להפסקת הקשר החוזי. זה שינוי המתרחש בגדריו של הקשר החוזי".
(ההדגשה שלי, מ' א'-ג')

בענייננו לא מתקיים אלמנט תלות משמעותי בין הצדדים. כפי שכתב רונן בעניין מערכת היחסים שבין בנק ללקוח, הרי שהקופה לא מושפעת, ככלל, מהתנהגותו של לקוח בודד.

ככל שקיימת תלות היא דווקא תלות של העמית בקופה, המטילה על הנתבעת חובת אמון מוגברת כלפי עמיתה. לעומת הקופה, שתלותה בעמית הבודד אינה גבוהה, הרי שעמית שתנאי דמי הניהול שסוכמו מולו בשנות ה-80-60 של המאה הקודמת משתנים לפתע באופן חד צדדי על ידי הקופה – יתקשה למצוא תחליף ראוי, שהרי כפי שטענה הנתבעת בעצמה – מעטות הקופות הגובות דמי ניהול כה זעומים עד אפסיים. בכך, הוא הופך למעשה ללקוח "שבוי", שכן לא קיימת תחליפיות לדמי ניהול בשיעור 0%. כך, סביר כי העמית יעדיף להישאר בקופה, המציעה לו דמי ניהול בשיעור 0.75% על פני המעבר לקופה אחרת. גם אם נניח כי מצב בעייתי זה הוא הכרח בשל שינויי הרגולציה או חלוף הזמן – טענה אותה איני מקבלת – הקושי והרגישות שבו, מחייבים את הקופה לנהוג בעמית בזהירות ובמקצועיות יתרה. והדברים מתחזקים לאור חובת הנאמנות של הנתבעת כלפי עמיתה.

20.1.ב. (5) חוזה יחס מתאפיין במערכת יחסים אישים ויום יומית - טענות נוספות שעלו לגבי חוזה היחס, הן בעניין הקשר היום-יומי בין הקופה לעמיתה. שהרי, הנתבעת טענה כי יחסיה עם העמיתים באים לידי ביטוי בקשר עם שירותי הלקוחות, בהפקדת הכספים. דווקא בעת שמדובר בקופת גמל, אני סבורה כי לא ניתן להצביע על מערכת יחסים קרובה או אישית כזו שאליה מכוונים חוזי היחס הקלאסיים. עמית הקופה אינם מבצעים אקטיבית כל פעולה בה באופן שוטף, ויש להניח כי הכספים מועברים כיום באופן אוטומטי (דרך המעסיק או בהוראת קבע כלשהי). אמנם, הקופה מעמידה לרשות עמיתה שירות לקוחות או דפי מידע, אך אין הדבר מעיד על קשר שוטף או יום-יומי, שכן עמית פונה לשירות הלקוחות לעתים נדירות, בעת בעיה או בירור. וודאי שהדבר אינו עולה לכדי קשר יומיומי אליו מכוונים חוזי היחס. ראו בהקשר זה דברים שנכתבו במסגרת הדו"ח הכלכלי של דו"ח הביקורת של הצבא (מוצג 204, עמ' 1804 לתיק המוצגים, עמ' 18 לדו"ח הביקורת):



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

1 "להבדיל מתשלומי שכר אשר לגביהם כל מועסק קובע באיזה סניף בנק יתנהל
2 חשבון העו"ש שלו, שכן בחשבון זה מבצע בעליו פעולות רבות, הרי שחשבון
3 התגמולים הנו חשבון בו בעליו אינו מבצע כמעט כל פעילות ועיקר הפעילות בחשבון
4 זה היא ההפקדה החדשית – הנעשית ללא פעילות ממשית של בעליו".
5 (ההדגשה שלי – מ' א'-ג')
6

7 אסכם חלק זה ואקבע כי בענייננו, גם אם קיימים מאפיינים מסוימים של חוזה יחס בהסכמות
8 בין הצדדים, ובעיקר, אלמנט הזמן, הרי שוודאי שלא מדובר בחוזה המצוי על קצה הסקאלה של
9 חוזה היחס. ההפך הוא הנכון. ההסכמים שלפניי קרובים יותר לקצה הסקאלה של חוזה סגור,
10 בהיותם מסדירים את מירב האספקטים במערכת היחסים בין הצדדים, נעדרים מנגנוני השלמה
11 ושינוי או סטנדרטים כלליים. בנוסף, האסדרה המפורטת של התחום, מעידה אף היא על כך שאין
12 מדובר בחוזה יחס אלא בחוזה שהדין מסדיר מרכיבים רבים שבו.
13

14 אני סבורה כי ככל שעל בית המשפט להתערב במערכת חוזית מהסוג שלפנינו, עליו לאמץ פרשנות
15 לטובת העמיתים והחוסכים ולא לטובת הגוף המוסדי. זאת, לאור היותם של החוזים עם
16 המשקיעים מוסדיים חוזים צרכניים, היינו, חוזים לטובת מקבל מוצר או שירות, בהם קיים פער
17 בין הצדדים הנובע מעיסוקו של האחד בתחום הרלבנטי, לעומת השני שזו אינו דרך עיסוקו (סיני
18 דויטש "דיני החוזים הצרכניים מול דיני החוזים המסחריים" עיוני משפט כג (1) 135, 148 (2000)).
19 הגנה על התובעים, העמיתים במקרה שלפניי, מחייבת, לאור האמור, לדחות את פרשנות הנתבעת,
20 לפיה היא רשאית לשנות את דמי הניהול באופן חד צדדי.
21

22 ואולם, טרם ניתן לקבוע כי הנתבעת לא יכלה בשום מקרה ובשום אופן להשתחרר מהתחייבויותיה
23 כלפי העמיתים. הנתבעת הפנתה גם להלכה הקובעת כי צד לחוזה שלא נקצב בזמן רשאי להשתחרר
24 ממנו בהודעה שניתנה בפרק זמן סביר מראש וטענה כי יש לבחון את מערכת היחסים החוזית בין
25 הצדדים בהתאם. על הלכה זו, על תחולתה והיקפה, אעמוד כעת. בתוך כך, אבדוק האם היא
26 מתאימה ליישום במקרה שבפנינו, ואילו כללים יש להחיל ביישומה. לאחר שאעשה זאת אבקש
27 לנתח את ההסכמים עצמם, ולעמוד על שנקבע בהם לעניין משך החוזה. זאת אלמד ראשית מלשון
28 ההסכם: סעיפי דמי הניהול וסעיפים אחרים שמתייחסים לתקופת החוזה. שנית אבחן את אומד
29 דעת הצדדים הנלמד מן הנסיבות. לאחר מכן, אבחן את טענות הנתבעת לגבי השתחררותה מן
30 ההסכמים באמצעות משלוח ההודעה לעמיתים, לפי תקנה 53ב(א) לתקנות 1964.
31

32 21. פרק עשרים ואחד: האם הנתבעת רשאית לשנות באופן חד צדדי את דמי הניהול לאחר הרכישה

33 בהיות החוזה חוזה שלא נקצב בזמן

34 הנתבעת טענה כי ניתן לשנות את ההסכמים כיוון שאינם קצובים בזמן.

35
36 21.1. נסיבות בהן ניתן לסיים חוזה שלא נקצב בזמן בהודעה סבירה מראש



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

ככלל, חוזה שלא נקבע מועד לסיומו, יכול כל אחד מהצדדים לו לסיימו בדרך של הודעה מוקדמת לצד השני, ושתינתן זמן סביר מראש (ראו: גבריאלה שלו ואפי צמח **דיני חוזים** 549 (מהדורה רביעית, 2019) (להלן: **שלו וצמח**):

"הכלל הרחב והמקובל הוא אפוא שאין לפרש חוזים שלא נקבע מועד לסיומם באופן שיכבול לעולמי עד את הצדדים, או מי מהם. כלל זה אומץ ונדון בשורה ארוכה של פסקי דין. חוזה שלא נקבע מועד לסיומו ניתן לסיום בידי כל אחד מהצדדים מתן על ידי הודעה מוקדמת זמן סביר מראש."

כלל זה, המקובל בדין האנגלו-אמריקאי אומץ בדין הישראלי בעניין ע"א 46/74 **אליעזר מורדוב נ' יוסף שכטמן**, פ"ד כט (1) 477 (1974, להלן: **עניין מורדוב**) שעסק בפרשנותו של חוזה שכירות. שם, קבע השופט י" כהן כי הקביעה האם החוזה נקבע לצמיתות תיעשה באופן של פרשנות סובייקטיבית ואובייקטיבית ("על-ידי בדיקת כוונת הצדדים בזמן שהחוזה נעשה או בדרך שבה היה אדם סביר מבין הוראה כזו לאור כל הנסיבות בזמן עשיית החוזה"), כאשר הנטייה היא שלא לפרשו כאילו נקבע לצמיתות, אך במקביל לתת לחוזה פירוש המקיים את תקפו, במידת האפשר (ראו בפס' 5 לפסק הדין).

הכלל אומץ אף בהצעת חוק דיני ממונות. סעיף 125 לחוק המוצע קובע כי: **"חוזה לתקופה בלתי קצובה, רשאי כל צד לסיימו בהודעה לצד השני בתוך זמן סביר מראש"** (הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א- 2011 (ה"ח הממשלה 595)).

הנסיבות בהן ניתן יהיה לבטל חוזה שנכרת ללא מגבלת זמן נוגעות לאופיו של החוזה ולטיב מערכת היחסים בין הצדדים. נילי כהן ודניאל פרידמן **חוזים** (כרך ג', 2003) (להלן: **כהן ופרידמן**), גורסים כי הכלל האמור מתייחס לחוזים נמשכים בהם זכויות הצדדים וחובותיהם "מתחדשות" מדי פעם בפעם, ובעיקר חוזי הפצה ושיווק או חוזים למתן שירותים (ראו בעמ' 258):

"הכלל בדבר אפשרות סיומו של חוזה שלא נקבעה לו הגבלת זמן מתייחס לחוזה נמשך לאספקת סחורה או שירותים, באופן שזכויות הצדדים וחובותיהם "מתחדשות" מדי פעם בפעם, ללא הגבלת זמן או כמות. למשל, חוזה שבו נקבע שצד אחד יספק לצד האחר שירותי גינון תמורת תשלום חודשי מסויים. בחוזה כזה זוכה ספק השירות, כל חודש מחדש בשכרו, ובהנחה שלא נקבעה בחוזה מגבלת זמן (או כמות) הוא יכול לעמוד בתוקפו תקופה ממושכת. אולם ההנחה היא שהצדדים לא התכוונו לכך שהחוזה יקשור ביניהם לנצח. לפיכך, יפורש החוזה כמקנה לכל צד ברירה לבטלו בהודעה שתניתן לצד השני פרק זמן סביר מראש."

בעניין מורדוב, דן בית המשפט בחוזה שכירות שנחתם על גבי טופס סטנדרטי. במקום המיועד לציון מועד סיום החוזה נכתב: **"בלתי מוגבלת"**. החוזה פורש כניתן לסיום על ידי כל צד בהודעה לצד האחר, אך זאת, רק משחלף פרק זמן סביר מתחילת השכירות. השופט י" כהן עמד בפסק דינו על כך שהתיבה **"בלתי מוגבלת"** סותרת את ההיגיון שבמוסד השכירות, שמלכתחילה מטרתו מגורים שאינם לצמיתות, וכדבריו: **"עצם המושג שכירות לצמיתות יש בו סתירה מניה וביה"** (ראו **עניין מורדוב**, פס' 3). אם כן, אנו רואים שאופי היחסים ומטרת החוזה קיבלו משקל בקביעתו של השופט י" כהן.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

בע"א 9609/01 מול היום 1978 בע"מ (לשעבר מרכז אום רשרש בע"מ) נ' עו"ד ד"ר יוסף שגב (נבו) 2004, להלן: **עניין מול היום**), פירש בית המשפט הסכם שכר טרחה שנחתם בין חברה לבין עורך דין. ההסכם שתק לעניין משכו בזמן. דעת הרוב מפי כב' הנשיא אהרן ברק, ובניגוד לדעתו החולקת של כב' השופט סלים גיבראן, קבעה כי יש לאפיין את יחסי הצדדים כ"אינטרס בנכס של הזולת" ולא להחיל את חזקת ההגבלה בזמן (ראה פס' 9 לפסק דינו של השופט ברק):

"ההסכם הנדון נמנה, לטעמי, על אותם סוגי הסכמים בהם אין תחולה לחזקת ההגבלה בזמן. ההסכם אינו מתבסס על קשר הדדי מתמשך בין הצדדים. קיימת בו הפרדה בין מועד מתן השירות המקצועי מצד שגב לבין מועד תשלום שכר הטרחה. במועד ההתקשרות, היה צפוי כי רק בחלוף שנים ארוכות יתמשש הפרויקט ויצמיח רווחים, אם בכלל. ההתקשרות מבוססת על סיכוי של שגב לזכות ברווחים גדולים במשך תקופת זמן ממושכת (כל עוד קיים הפרויקט) לבין הסיכון כי הפרויקט ייכשל. מלבד הסיכונים הכלכליים, זכותו של שגב הותלתה, במידה מסוימת, גם בנכונות של בעלי המניות למשוך כספים מן החברה. על רקע זה יש לאפיין היחסים בין הצדדים כ"אינטרס בנכס של הזולת", מעין זיקת הנאה של שגב בחברה. אין מקום להפעלתו של הכלל הפרשני בדבר הגבלת זמן ואף לא קיימת דרך מעשית לקבוע מהו משך זמן סביר לקיומו של ההסכם".

כהן ופרידמן מדגימים את הבעייתיות בדוגמא של מכירת זכויות יוצרים (עמ' 261–262):

"...כאשר סופר מוכר את זכות היוצרים שלו להוצאה לאור, תמורת התחייבות של ההוצאה לשלם לו תמלוגים באחוז מסויים מדמי המכירה של הספר. הסכם כזה יכול, עקרונית, לעמוד בתוקפו כל זמן שההוצאה מוכרת את הספר, באופן תיאורטי „לנצח". ואם כך נאמר בחוזה, אין סיבה לפרשו כמעניק להוצאה זכות להשתחרר מחיובה באמצעות הודעה למחבר. בחוזה כזה יכול ההיבט של היעדר נצחיות להשתקף רק בכך שההוצאה איננה חייבת לעסוק במכירת הספר לנצח, כך שאם אין לו יותר קונים, היא חופשית להפסיק למכרו (לרוב יש בחוזה הוראה המתייחסת לאפשרות זו). אולם כל עוד היא מוכרת את הספר, אין תחולה לכלל הפרשני בענין אפשרות סיום החוזה, ויש לפרש את החוזה בהתעלם מכלל זה".

בע"א 2853/16 עו"ד גולן משעלי נ' מתיישבי שריד אגודה שיתופית להתיישבות קהילתית בע"מ (נבו 2017, להלן: **עניין משעלי**) דנה כב' השופטת ענת ברון בהתחייבות של תושבים ביישוב שריד לשלם לאגודה שיתופית תשלומים בגין שירותים קהילתיים אותם היא סיפקה. ההתחייבות ניתנה ללא שהוגבלה בזמן. השופטת ברון בחרה שלא לסווג את החוזה ככזה שאינו מוגבל בזמן, וזאת בשל הפסקת התשלום עם הפסקת המגורים, וכן בשל כך שגובה החיוב נפתח לדיון והחלטה מחדש בכל שנה באגודה. בהתאם, קבעה השופטת ברון שאין להחיל על החוזה את הכלל לפיו ניתן לסיימו באופן חד-צדדי:

"אכן, ההתחייבות לשאת בתשלומים עבור השירותים הקהילתיים היא ארוכת טווח – ואולם כך גם הסכם המשתכנים, משזה נועד להסדיר את היחסים שבין המשתכנים לבין הקיבוץ, שהם מטבעם מתמשכים כל עוד מתקיימים המגורים ביישוב. אין משמעות הדברים כי מדובר בחוזה לתקופה קצובה, שלפי ההלכה הפסוקה ניתן לביטול בהודעה לצד האחר...ראשית דבר, על פי הסכם המשתכנים והתקנון, חובת התשלום חלה רק על תושבי היישוב – ועל כן עם הפסקת המגורים תבוא לידי סיום גם חובת התשלום. ושנית, היקף החיוב הכספי וטיבה של התמורה הניתנת בגינו, עומדים בכל שנה לבחינה והחלטה מחדש של האגודה הקהילתית. חברות באגודה מאפשרות לכל אחד מהתושבים לקחת חלק ואף להשפיע



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

על עניינים אלה. הכוונה היא לזכותם של חברי האגודה לבחור ולהיבחר למוסדותיה, ולהשתתף באסיפה הכללית המאשרת את התקציב השנתי. כוחו של התושב הבודד להשפיע על מהות והיקף התשלום לאגודה אמנם מוגבל מבחינה זו שהוא כפוף לדעת רוב החברים בה; ואולם להבדיל מביטול חד צדדי של חובת התשלום החוזית, מנגנון זה עולה בקנה אחד עם הרעיון הקהילתי והצביון החברתי של היישוב, ומאפשר את קיומו של הסכם המשתכנים תוך גמישות והתאמה של חובת התשלום לתנאים משתנים ולאורך זמן." (הדגשות שלי – מ' א'-ג')

שלו וצמח, 549, סבורים כי התוצאה אליה הגיעה השופטת ברון – אי החלת הכלל על החוזה – נכונה, בשל אופיו של החוזה. ואולם, לדידם על ההנמקה להיות שונה. הם סבורים, בשונה מהשופטת ברון, כי במקרה זה החוזה אכן אינו מוגבל בזמן. זאת, שכן על אף שהתשלום מסתיים עם הפסקת המגורים ביישוב – הרי שכל עוד המגורים נמשכים, החיוב עומד בתקפו ונועד להימשך:

"מן הבחינה העקרונית מסקנתו של בית המשפט, שלפיה החיוב המדובר אינו ניתן לביטול חד-צדדי, היא נכונה. עם זאת, ההנמקה – המושתתת על ההנחה כי אין לפנינו חוזה לתקופה בלתי קצובה – אינה נקיה מספקות. אומנם במצב הנדון יש לחיוב היבט שאינו נצחי במובן זה שבעל זכות המגורים ביישוב אינו חייב להתגורר בו לעד, ומשיעזוב את היישוב – יסתיים חיובו בתשלום. אולם אין להתעלם מכך שכל עוד הוא גר בו, החיוב בתשלום הוא קבוע ונועד להימשך. דעתנו היא לפיכך כי הסכם זה ראוי לסיווג כחוזה בלתי מוגבל בזמן; יחד עם כך הוא נמנה עם סוגי ההסכמים שמעצם אופיים אין להחיל עליהם את החזקה הפרשנית המאפשרת לסיים את החוזה באורח חד-צדדי ולהשתחרר מן החיוב." (הדגשה שלי, מ' א'-ג')

21.2. האפשרות לבטל חוזה שלא נקצב בזמן – חזקה הניתנת לסתירה

בע"א 2491/90 התאחדות סוכני נסיעות ותיירות בישראל נ' פאנל חברות התעופה הפועלות בישראל (נבו 1994, להלן: עניין סוכני הנסיעות), בפס' 14 לפסק הדין, דן כב' השופט יצחק זמיר בשאלה מה דינו של חוזה שלא נקצב בזמן, מבחינת יכולתו של צד לבטלו באופן חד צדדי, ועמד על חשיבות פרשנות החוזה בהקשר זה. באותו מקרה, החוזה בין הצדדים לא הועלה על הכתב, ולפני בית המשפט לא עמדה כל ראיה שתוכל להעיד מה הייתה כוונת הצדדים:

"אין בפנינו ראיה על תניה מפורשת לעניין המועד או הדרך לסיום החוזה: לא ראיה כי החוזה נערך לתקופה קצובה, כגון שנה אחת או שנים אחדות, אף לא ראיה כי כל צד זכאי לבטל את החוזה באופן חד-צדדי או בנסיבות מסויימות. לפיכך אין לנו אלא להסיק כי החוזה, על פניו, נערך לתקופה בלתי-קצובה. מהו, אם כן, דינו של חוזה שנערך לתקופה בלתי קצובה? האם יש להסיק כי חוזה כזה אינו יכול לבוא לידי סיום אלא, כפי שנוצר, בהסכמה הדדית? השאלה היא, באופן עקרוני, שאלה של פרשנות החוזה." (ההדגשות שלי, מ' א'-ג')

ניתן לראות כי השופט זמיר, בדומה לשופט י' כהן, סבור כי על ההכרעה להיעשות בדרך פרשנית ועל כן אפנה בהמשך לפרשנות ההסכמים עצמם. השופט זמיר ממשיך ומניח כי חוזה אינו נערך לצמיתות, ונועד להיות מושפע מנסיבות חיצוניות ומשינויי הזמן:

"ראשית תשובה נעוצה בחזקה (פרזומפציה) שחוזה אינו נערך לצמיתות. אין זו דרכן של הבריות לערוך חוזים על מנת שיעמדו בתוקפם לעולם ועד. אף אין זו מדיניות ראויה, מבחינה כלכלית או חברתית, להקפיא חוזה כמין מומיה, עד שיבוא אליהו. חוזה נועד להיות בתוך סביבתו, ולהיות מושפע משינויים שהזמן גרמם. אפשר

בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

שהשינויים יהיו מהותיים עד כדי כך שלא יהיו יותר לא טעם ולא תכלית בחיי החוזה. אמנם החוזה אינו אומר במפורש כי במצב כזה עבר זמנו ובטל קורבנו. אולם העובדה שהצדדים לחוזה לא נתנו דעתם לאפשרות שמצב כזה ייווצר, ומכל מקום לא קבעו הוראה לגבי סיום החוזה במצב כזה, אין זה סביר או רצוי לייחס לצדדים לחוזה כוונה להמשיך סיום החוזה. במצב כזה, אין זה סביר או רצוי לייחס לצדדים לחוזה כוונה להמשיך ולקיים את החוזה באופן מלאכותי. כך הדבר במיוחד בחוזים המתבססים על קשר אישי בין הצדדים, כגון, על יחסי אמון או נאמנות. כאלה הם, לדוגמא, חוזי עבודה, שותפות או סוכנות. אם היחסים בין צדדים לחוזה כזה מעורערים, אין תועלת בהמשך הקשר ביניהם. לכן יש לאפשר להם להשתחרר, אף באופן חד-צדדי, זה מן האחיזה של זה."

עם זאת, השופט זמיר קובע במפורש, כי מדובר בחזקה הניתנת לסתירה (בפסקה 14 לפסק דינו בעניין סוכני הנסיעות):

"ודוק: ההלכה אינה קובעת כלל מהותי, אלא רק חזקה, שכוחה יפה כראיה. שתי פנים לחזקה זאת. ראשית, היא אומרת שחזקה לתקופה בלתי-קצובה אינו חוזה לצמיתות. שנית, היא אומרת כי חוזה כזה ניתן לביטול באופן חד-צדדי. אולם, כדינה של חזקה, אף חזקה זאת, על שתי פניה ניתנת לסתירה בראיות. בסופו של דבר לא באה החזקה אלא לסייע בידינו לעמוד על כוונת הצדדים, מקום שהכוונה אינה ברורה. אין היא אמורה לבוא במקום כוונת הצדדים, אם ניתן לברר מה היתה הכוונה, ולקבוע אותה על יסוד ראיות. גם אין היא אמורה לפטור מן הצורך לברר מה היתה כוונת הצדדים. אפשר שכוונת הצדדים תעלה באופן ברור מן הנסיבות. או אז לא יהיה צורך או מקום לחזקה. כך, לדוגמא, אפשר שבנסיבות של מקרה מסויים לא יהיה זה נכון לומר, בהתאם לחזקה, כי הצדדים התכוונו לאפשר סיום החוזה באופן חד-צדדי, בכל עת ומכל טעם. הנסיבות עשויות ללמד, למשל, על כוונה שהחוזה יסתיים מעצמו, כאשר יתרחש ארוע מסויים, או שאחד הצדדים יהיה רשאי לסיים את החוזה אם, ורק אם, התקיימו תנאים מסויים".

(הדגשה שלי – מ' א'-ג').

אם כן, ההנחה אינה כי כל חוזה שלא נקצב בזמן, כוונת הצדדים הייתה שניתן יהיה לבטלו ללא כל הודעה. ההנחה גם אינה כי רק בשל חלוף הזמן יש לראות הסכם כבטל, אלא כי יש לבחון את כוונת הצדדים, את הנסיבות. יש לחזק את המסקנה כי הצדדים רצו בביטול החוזה בראיות שיצביעו על כך.

כך קבע גם כב' השופט יורם דנציגר בפסקי הדין בעניין אלי בלום נ' אנגלו סכסון (ע"א 5925/06 אלי בלום נ' אנגלו סכסון – סוכנות לנכסים (ישראל-1992) בע"מ (נבו 2008), להלן: עניין בלום הראשון וע"א 4232/13 אנגלו סכסון סוכנות לנכסים בע"מ נ' אלי בלום (נבו 2015), עניין בלום השני וביחד: פסקי הדין בעניין בלום). שם, נדון הסכם זיכיון של רשת התיאטרון אנגלו סכסון עם מר אלי בלום. מר בלום ביקש להשתחרר מהחוזה על סמך ההלכה הקיימת, ובית המשפט המחוזי קיבל את תביעתו בהסתמך על פסק הדין בעניין התאחדות סוכני הנסיעות. בבית המשפט העליון התהפכה התוצאה. כב' השופט יורם דנציגר קבע כי אמנם חוזה שלא נקצב בזמן ניתן לביטול בהודעה סבירה מראש (תוך שהוא מביא, בין השאר כתמיכה את פסק הדין בעניין מורדוב). עם זאת, חזר השופט דנציגר והדגיש כי מדובר בשאלה פרשנית, תוך שהוא מפנה לדבריו של כב' השופט זמיר בעניין סוכני הנסיעות, וקבע (פס' 38 לעניין בלום הראשון):



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

"מדובר בחזקה ראייתית בלבד, חזקה הניתנת לסתירה בראיות אחרות, אשר נועדה לסייע לעמוד על כוונת הצדדים מקום שהיא אינה ברורה ולא לבוא במקומה"

השופט דנציגר המשיך וקבע כי באותו עניין ניתן היה להסיק מהחוזה את אומד דעת הצדדים לעניין האפשרות לסיימו והוסיף (עניין בלום הראשון, פס' 43 לפסק דינו):

"לאחרונה הבעתי את דעתי לפיה כאשר לשון החוזה היא מפורשת, יש ליתן לה משקל מכריע בפרשנות ההסכם... ואני סבור כי דברים אלו יפים גם לעניין שבפני... במקרה נשוא ערעור זה, קיים חוזה בכתב הקובע הוראות מפורשות לענין הביטול. לפיכך, אין צורך להפעיל את החזקה בדבר כוונתם של הצדדים שלא להיות קשורים בהסכם לצמיתות ואף אין צורך לשער מה הייתה כוונת הצדדים, הואיל והיא באה לידי ביטוי בצורה מפורשת ומדויקת בסעיפי הביטול הקבועים בהסכם...."

היינו, לא מדובר בכלל לפיו חוזה שלא ננקב זמן לסיומו ניתן לסיום ע"י הצדדים בהודעה סבירה מראש, אלא מדובר בחזקה הנלמדת מניסיון החיים, אך כפופה בראש ובראשונה לפרשנות ההסכם וניתנת לסתירה. עם זאת, נקבעו בפסיקה מבחנים גם לתחולת החזקה עצמה. לכך אפנה עתה.

ככלל, הדיון בחוזים מסוג זה נוגע לשאלה האם אכן מדובר בהתחייבות שנמשכת או שניתן לסיימה (השאלה הפרשנית עליה עמד כב' השופט זמיר בעניין התאחדות סוכני הנסיעות והשופט דנציגר בעניין בלום הראשון), כמו גם בשאלה מהו זמן סביר בנסיבות העניין (למקרים בהם נדונו חוזי הפצה ושיווק, לגביהם קבע בית המשפט כי יש להחיל את הכלל, ראו: ע"א 442/85 משה זוהר ושות' נ' מעבדות טרבנוול (ישראל) בע"מ, פ"ד מד (3) 66 (1990); ע"א 355/89 עיזבון המנוח ניקולא חינאווי ז"ל נ' מבשלת שיכר לאומית בע"מ, פ"ד מו (2), 70 (1992); ע"א 2850/99 שמעון בן חמו נ' טנא נוגה בע"מ, פ"ד נד (4) 849 (2000); ע"א 4309/06 בשארה ורור בע"מ נ' גלידת ויטמן (1979) בע"מ (נבו) (2008) ופסקי הדין בעניין בלום. למאמר העוסק בעמימות הקיימת בפסיקת בתי המשפט ובצורך בהסדרה בעניין החלת הכלל בנוגע לחוזי הפצה, ראו: אורי בן אוליאל "הודעה מוקדמת על סיום חוזה הפצה: עמימות הדין והצורך בהסדר חקיקתי" חוקים ו' 171 (2014). לניתוח פסקי הדין בעניין בלום והיקף הכלל לגבי סיום זיכיון, ראו: איריס סורוקר "רגולציה של סיום זיכיון", ספר יורם דנציגר 673 (לימור זר-גוטמן ועידו באום, עורכים, התשע"ט 2019)).

אם כן, ראינו כי הדין הישראלי מכיר בחזקה לפיה צד לחוזה שאינו מוגבל בזמן רשאי לסיים את ההתקשרות כעבור פרק זמן סביר, באופן חד-צדדי, אך מדובר בחזקה הניתנת לסתירה, ובכל מקרה יש לבחון את ההסכם בו מדובר. כן ראינו כי הכלל מוחל על הסכמים מתחדשים באופיים, לרוב בחוזי הפצה ושיווק אך לא בהם בלבד. מנגד, במקרים של חוזה בו רוכש צד אחד אינטרס בזכות של הזולת, או בהם אופי החוזה מצדיק זאת, נפסק כי אין להחיל את הכלל. יש לחזור ולהדגיש כי כפי שקבעו השופט זמיר בעניין סוכני הנסיעות והשופט דנציגר בעניין בלום הראשון, מדובר בחזקה בלבד, אותה ניתן לסתור. התייחסו לכך כהן ופרידמן, בעמ' 259-260:

"הכלל הפרשני שלפיו חוזה לתקופה בלתי קצובה ניתן, כעבור פרק זמן סביר, לביטול על ידי כל אחד מהצדדים מתואר, לרוב, כהנחה הניתנת לסתירה. לפי הלך מחשבה זה קיימת אפשרות שהצדדים, באמצעות ניסוח מתאים, יסתירו את ההנחה ויצרו חוזה לעולם ועד[...]"



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

21.3. פרשנות ההסכמים בעניינינו לעניין תחולת החזקה של אפשרות להשתחרר מחוזה שאינו

קצוב בזמן

ראינו לעיל, כי הפסיקה קובעת, כי לצורך בחינת השאלה האם מתקיימת החזקה בדבר אפשרות חוזה שלא נקצב בזמן, יש לפנות ללשון ההסכמים ופרשנותם. כעת אפנה לבחינת ההסכמים שלפניי. הנתבעת טענה לעניין זה כי פרשנות ההסכמים והתנהלות הצדדים לגביהם מביאה למסקנה שהחזקה חלה, והיא רשאית לשנות את ההסכם לעניין דמי הניהול. התובעים טוענים מנגד, כי מטיבם וטבעם של חוזי חסכון לטווח ארוך כי החזקה אינה חלה, בין היתר כיוון שהחוזים מסדירים את אופן סיום החוזה וכורכים זאת באירועים מסוימים, ואין להוסיף על כך מקרים נוספים.

21.3. א. הסכם צבא הקבע

הנתבעת טענה, כאמור, כי ההסכם נזנח, טענה שנדחתה. הנתבעת הוסיפה וטענה כי הצדדים לא פעלו על פיו, ולכן ניתן היה לשנות את הוראותיו. הנתבעת הפנתה לעניין זה לעדותו של מר אבי יהב, שהעיד בחקירתו כי בתקופת כהונתו כמנכ"ל חבר וראש ענף תנאי שירות קבע, בשנים 1990-1991, היחסים עם הבנק היו "כלליים" וכי הצדדים לא פעלו על פי הסכם כלשהו, על אף כי עולה מדבריו שהכיר את ההסכם (ראו בעמ' 270, ש' 4-8 לפרוטוקול). יצוין גם כי בתצהירו טען כי לא הכיר את חלופת המכתבים המהווה את ההסכם (ראו סעיף 36 לתצהירו). בנוסף, מר יהב טען בחקירתו כי בנק הפועלים ידע כי בכל עת, יכולים אכ"א/פרט/חבר "לנתק את המערכת ולעבור למקום אחר" (עדותו בעמ' 255 לפרוטוקול, ש' 10-17). מבלי להטיל כל ספק במהימנותו של מר יהב, אני מוצאת את עדותו תמוהה ובעיקר בלתי רלבנטית. הבנתו או תפישתו את ההסכם, או את היחסים בין הקופה לצבא בזמן נתון, אינה משליכה ולא יכולה לבטל התנהלות רבת שנים בה ההסכם כובד, וסותרת את העובדה כי הבנק עצמו צירף את ההסכם להסכם הרכישה של הקופה. דבריו של מר יהב לפיהם הבנק או הצבא התנהלו משך מעל ל-40 שנה ללא כל מערכת הסכמית, אינה הגיונית ואינה סבירה, ומעבר לכל, אינה נתמכת בראיות מזמן אמת, המעידות, כאמור, על קיומו של הסכם. כפי שטען ב"כ התובעים בדיון שנערך ביום 5.5.21, אמנם עסקינן בשנות ה-60 של המאה הקודמת, אך כפי שתיק זה מלמד, מערכות ההסכמיות היו והסדירו יחסים בין גופים גדולים גם אז, גם אם המחשוב היה ברמה מתקדמת פחות מזו של ימינו.

אותם הדברים תקפים כלפי עדותו של מר בארי בן זאב, שהעיד בנושא מטעם בנק הפועלים. מר בן זאב לא היה ממונה על ניהול או תפעול קופת הגמל מכוח הבנק לאורך השנים, אלא עסק בנושא מכירת הקופות גרידא, מתוקף תפקידו כסמנכ"ל החל משנת 2006. אני סבורה כי בהחלט ייתכן שמתוקף תפקידו, נגיעתו לנושא גביית דמי הניהול וההסכם עם הצבא בכלל הייתה מוגבלת, וידיעתו בנושא לא מעמיקה. עדותם של שני עדים אלה, במיוחד לאור השנים בהם כיהנו בתפקידיהם, היכרותם הלא מעמיקה עם ההסכם ובמיוחד עם נושא גביית דמי הניהול – אין לה משקל רב בעיניי.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

בנוסף, ההסכם עצמו מעלה כי מדובר בהסכם לטווח ארוך המסדיר את היחסים ואפשרויות היציאה, וכך ראו אותו הצדדים. במכתב הקופה לצבא מיום 24.3.63, בו פורטו תנאי ההצטרפות של עמיתי הקבע לקופה, צויין בסעיף הרווחים המצוי בעמ' 2 כי:

"במשך 15 השנים הראשונות נהיה אחראים לרווחים בגובה של 5% בחתך שנתי אולם, במידה ובשנים מסויימות יעלו הרווחים על 6% נהיה רשאים להשתמש בתוספת שמעל 6% בשנים הקודמות ל....(טקסט לא ברור) ירידת רווחים מתחת ל- 5% בשנים אחרות – אם אמנם יהיו מקרים כאלה."

כבר סעיף זה מלמדנו על התקשרות ארוכת טווח. הקופה והצבא לא ראו בהסכם כמתחדש תכופות, שכן נקבע כלל התקף למשך 15 השנים הבאות מחתימתו. סעיף זה לא רק שמסדיר את היחסים בין הצדדים למשך 15 שנים קדימה, אלא גם מנוסח כסעיף סגור: גם במצב בו יעלו הרווחים על 6%, מוגדר בדיוק מה תהא רשאית הקופה לעשות (משתמע כי הכוונה היא לקיזוז בשנים בהן הרווח היה נמוך יותר). משמע, הסעיף לא הושאר פתוח לדיון נוסף בתוך פרק הזמן של 15 שנים, אלא סוכם לתקופה ארוכה מראש.

סעיף נוסף הנוגע במימד הזמן הוא סעיף ההוצאות, שכאמור קובע כי הקופה תקבל במשך השנים הראשונות סך של 7,000 ל"י לשנה, וכי בחלוף 5 שנים ישוּבו הצדדים לדון בגובה התשלום. סעיף זה צופה לפחות 5 שנים קדימה, ואף יותר שכן ניתן להבין ממנו כי הצדדים הניחו שההתקשרות תמשיך גם לאחר 5 שנים אלה, בעוד סכום ההוצאות יידון. כאן, בניגוד לסעיף הרווחים, נראה כי בכך שהשאירו הצדדים את נושא ההוצאות פתוח לדיון עתידי – נתנו הם דעתם לעובדה שמדובר בסכום שידרוש עדכון בחלוף השנים, ויש להניח כי הדבר נכתב בשל ההבנה כי מדובר בשוק משתנה. ואולם, הצדדים לא הותירו לקופה אפשרות לשנות את הסכום באופן חד-צדדי, אלא קבעו מועד מסוים בעתיד בו ידונו בנושא, במשותף.

סעיפים נוספים שיש לתת עליהם את הדעת הם סעיפי הוצאת הכספים, הקובעים כי איש קבע יוכל לקבל את כספיו עם פרישתו מן השירות בהגיעו לגיל קצבת זקנה. במקרה של פרישה לפני גיל קצבת זקנה, נקבע כי העמית יוכל לצאת ממסגרת אנשי הקבע אך להישאר כחבר קופה רגיל תוך שכל הזכויות שצבר ישמרו לו. כמו כן, ניתנה לו האפשרות לפי סעיף 3(ב), להישאר חבר קופה במסגרת אנשי הקבע. זאת, אם יצא לקצבה בהתאם לחוק שירות קבע בצה"ל (גמלאות) או אם יאושר הדבר ע"י הצבא. סעיף 3(ג) מאפשר לעמית שהתחיל לעבוד במקום עבודה אחר בו קיימת קופת תגמולים, להעביר את הסכומים שהצטברו לטובתו אליה. עמית שפרש מן השירות ולא בחר באחת מן האפשרויות לעיל, יקבל כספו בתוך 6 חודשים מן הפרישה, וכן צויין כי תידון בין הצבא לקופה האפשרות לאפשר משיכה מיידית של הכסף עם הפרישה.

מסקנתי מקריאת סעיפי הוצאת הכספים היא שמדובר בהתקשרות ארוכת טווח, שכוונת הצדדים הייתה כי תבוא אל קיצה רק בעת פרישה מצה"ל (בגיל פרישה או לפניו), וגם במצב זה ניתנה לעמיתים האפשרות להישאר בקופה. אין כל אזכור בהסכם לאפשרות העמית לסיים את ההתקשרות בנסיבות אחרות מלבד פרישה משירות הקבע או מעבר למקום עבודה אחר. עמית לא



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

יכול היה להחליט לפרוש מן הקופה ללא סיבה, לפי הכתוב (זאת כאמור, עד לשנת 2006 בה שונה טופס ההצטרפות לחבר ומאוחר יותר שונתה גם פ"מ 36.0207 בעניין חיסכון לקופת גמל). כן לא יוחסה כל כוונה בכתוב לאפשר לקופה להשתחרר מחיוביה כלפי העמית – בכלל או ביחס לדמי הניהול. בהקשר זה מזכירה הסיטואציה את עניין משעלי, לגביו כתבו שלו וצמח שהחייב נמשך כל עוד ממשיכה החברות ביישוב, ובהיבט זה מדובר בהסכם ארוך טווח (ראו שלו וצמח, 549, וכן ראו החלטת האישור בפס' 37). מסקנה זו מתחזקת לאור העובדה שההצטרפות לקופה הייתה עם הכניסה לשירות, וההסכם נוגע לגיל פרישה, מה שמעיד כי מדובר בהסכם ארוך טווח, שנועד להיות כזה, ללא יכולת לבטלו באופן חד צדדי ע"י הקופה ובוודאי לא לשנותו.

גם סעיף הרווחים שאפשר מעבר מנוסחה של תשלום כולל לתשלום 2 ל"י עבור כל חשבון, לא קבע כי מלבד שינוי זה (שכאמור התרחש בפועל) סכום זה יעודכן או ישוערך עם הזמן (ראו בהקשר זה פס' 40 להחלטת האישור של השופט ענבר, וכן דנ"א 1792/00 מדינת ישראל נ' עטרה שדמון, פ"ד נו(5) 643 (2000)). רוצה לומר, ההסכם הוא הסכם ארוך טווח, ולא נראה כי עולה ממנו כוונה לאפשר השתחררות חד צדדית של הקופה מן ההסכמות.

מבחינת אומד דעת הצדדים, ראוי להזכיר את הדיון שנערך בסוגיה זו בדיוק, בחוות הדעת המשפטית בדו"ח הביקורת שערך מבקר משרד הביטחון בשנת 1983 ונדון לעיל בהרחבה, בו צויין (מוצג 204, עמ' 1803 לתיק המוצגים, עמ' 17 לדו"ח הביקורת):

**"חוזה שאינו מוגבל בזמן ניתן להביאו לסיומו ע"י הודעה חד-צדדית זמן סביר מראש, באופן שהולם את נסיבות החוזה.
ככל שהנושא גדול ומורכב יותר ונמשך זמן רב יותר,
יהיה גם משך הודעת הסיום ארוך יותר, מבחינת דרישת הסבירות.
בחוות דעת משנת 1973 חיוה דעתו קצין יעוף בכיר בשם פרקליט צבאי ראשי, כי הוא נוטה לדעה שהודעה חד-צדדית על הפסקת העמיתות של כלל אנשי צבא קבע אינה מתיישבת עם הכוונה המובעת בחליפת המכתבים המתייחסים בין השאר למחויבות בת 15 שנה.
אולם סבורני כי כיום כאשר חלפו עוד 10 שנים וכאשר נוסחאות הסדרי הלוואות נשחקו ואנין [צ"ל: ואינן] רלוונטיות וכן היקפי החיסכון ומסגרותיהם נשתנו, מהווים נתונים אלה סיבות עובדתיות מספיקות מבחינת הסבירות, להביא את החוזה לקיצו, כמובן תוך מתן הודעה מראש בת מספר חודשים. הודעה בת 6 חודשים עד שנה מראש נראית לי סבירה בנסיבות המקרה."**
(ההדגשה שלי – מ' א-ג)

דברים אלה מלמדים כי גם הצבא ראה בהסכם כארוך טווח, כאשר כפי שנכתב – דעות היועצים המשפטיים נחלקו לאורך השנים לגבי האפשרות לסיימו בהודעה חד צדדית.

3.21.ב. הסכמי העצמאים/שכירים

סעיף דמי הניהול עצמו, בשני סוגי ההסכמים לא מגביל עצמו בזמן. משמע, הן התחייבות הקופה לגבות מהפקדות העמית בלבד, הן התחייבותה כי יגבו דמי ניהול בשיעור של עד 1% בלבד, ולגבי רוב העמיתים בקבוצה זו גם עד 12 ל"י, אינן מוגבלות בזמן.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

בחנתי גם את תקנוני הקופה בין השנים 1957-1988. אמנם העמיתים עד שנת 1977 כלל לא הופנו לתקנון, אך התקנון מלמד כמובן על אומד דעתה של הקופה ביחס למערכת יחסיה עם העמית. לפי סעיף 31 לתקנון משנת 1988, עמית עצמאי רשאי לעבור מהקופה אם עברו שנתיים מהיום שהיה לעמית בקופה. לפי סעיף 59 לתקנון 1966, שכותרתו "הפסקת חברותו של עמית":

"אדם יחדל להיות עמית – בקרות אחד או יותר מן המקרים הבאים: (א) לאחר שהודיע על כוונתו לפרוש והמנהלים אישרו פרישתו. (ב) פטירתו. (ג) בכל מקרה שהמנהלים יחליטו על כך עקב אי מילוי חובותיו".

מסעיף 59 לתקנון 1966 ניתן ללמוד כי העמית יכול היה להפסיק התקשרותו עם הקופה בכל עת, תוך קבלת הסכמה מצד הקופה. הקופה עצמה יכלה לסיים את ההתקשרות עם העמית רק עקב אי-מילוי חובות. אמנם סעיף זה לא עוסק בשינוי חיוב אלא בהפסקת התקשרות, אך ניתן ללמוד ממנו כי הקופה ראתה עצמה מחויבת כלפי העמית בסטנדרט גבוה, שכן העמית יכול היה לעזוב בתוך שנתיים מן ההתקשרות (כעצמאי) או עם פרישתו (כשכיר) ומנגד הקופה יכולה הייתה להשתחרר מחובותיה כלפיו רק אם לא מילא אחת מן החובות, ולא מכל סיבה שהיא. אני סבורה שגם מכאן ניתן ללמוד על הלך רוח שלא מאפשר השתחררות חד-צדדית, שלא עקב אי-מילוי חובות.

הנתבעת בעניינינו לא טוענת לביטול החוזה ואינה עותרת לקביעה כי החוזה מבוטל, ועל כן חשוב להדגיש כי הדיון שבוצע לעיל מטרתו ללמוד האם ניתן להקיש מן הכלל המאפשר לבטל חוזה באופן חד צדדי, לעניין האפשרות לשנות חיוב בחוזה – ובעניינינו דמי הניהול – באופן חד צדדי וללא הסכמת הצד השני.

21.4. האם ניתן לשנות תנאים בחוזה בלתי קצוב בזמן, תחת ביטול

כאמור, הנתבעת לא טוענת לביטול החוזה (כיוון שגבתה דמי ניהול), אלא מסיקה מהאפשרות לביטול חוזה, גם על זכותה לשנות תניות בו ובעיקר להעלות את דמי הניהול (טענה שנדחתה לעיל בהקשר של חוזה יחס).

הבסיס הרעיוני, העומד בבסיס החזקה לעניין האפשרות לביטול חוזה שאינו קצוב בזמן, אינה יפה לעניין שינוי תניות בחוזה כזה. כפי שראינו לעיל הבסיס הרעיוני לחזקה הוא כי ככלל, למעט בעניינים קנייניים, הצדדים אינם מתכוונים לערוך חוזה שיעמוד לקץ הימים. לא כך הם פני הדברים, אם החוזה בתוקף והחזקה כי ניתן לסיימו אינה מתקיימת. בעניין זה כותבים **שלו וצמח**,

: 545

"אין פירושו של הכלל כי הוא מקנה לצד להסכם לתקופה בלתי קצובה זכות לבטל באורח חד צדדי תנאי בחוזה, אלא אך כי בידו להביא את החוזה כולו לסיימו. צד לחוזה אינו רשאי להפריד כרצונו בין חלקי החוזה, להכניס בו שינויים חד-צדדיים



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

ובכך להפר את איזון החיובים והזכויות הקבועים בו; הוא רשאי לבטל את החוזה

כולו, כיחידה שלמה אחת, בהודעה שניתנה זמן סביר מראש."

(הדגשה שלי – מ' א'-ג').

עמד על דברים אלה גם כב' השופט, לימים הנשיא, אהרן ברק בבג"ץ 239/83 יהושע מילפלדר ואח' נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מא (2) 210, 216-215 (1987)). אמנם, הדברים נאמרו ביחס לחוזה עבודה אישי, אך השופט ברק עמד על כך כי העיקרון לפיו צד אינו רשאי להתנער חד-צדדית מחלק מתנאי החוזה, הוא עיקרון בסיסי בדיני החוזים:

"הניתוח שנעשה על-ידי מבוסס, כפי שראינו, על הבחנה חדה בין סיומו של חוזה (שלא נקבע בו מועד לסיומו) לבין שינויה של תניה (בחווה כאמור). במקרה הראשון, ניתן להביא את החוזה לידי סיום במעשה חד-צדדי של אחד הצדדים לחוזה. במקרה השני, לא ניתן להביא את התניה לידי סיום במעשה חד-צדדי של אחד הצדדים, אלא אם ישנה הסמכה לכך כדין או בחוזה".

עוד עמד על הדברים בצורה מפורטת, כב' השופט תיאודור אור, בע"א 189/89 קופת-חולים מכבי, כולל קופת-חולים אסף נ' קופת החולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל, פ"ד מה (4) 817, 826-827 (1991):

"צודק בא-כוח המערערת בטענתו המשפטית, שהמשיבה לא הייתה רשאית לבטל תנאי מתנאי החוזה. היא רשאית הייתה לבטל את החוזה בהודעה זמן סביר מראש, אך לא תנאי מתנאיו. בחותמם על חוזה, הכולל תנאים מתנאים שונים, מסכימים הצדדים לחוזה לקיום החיובים ההדדיים כפי שמצאו ביטויים בחוזה. לכל אחד מהצדדים יש אינטרס בקיום תנאים מסוימים, כשהחוזה מהווה את האיזון של החיובים והזכויות, שעל פיהם הסכימו הצדדים לכתוב החוזה. ביטול תנאי מתנאי החוזה על-ידי אחד הצדדים עלול להפר איזון זה ולהביא לשינוי חלק במטרות ובזכויות להן ציפה הצד האחר לחוזה. הדין אינו מקנה, על-כן, לצד לחוזה את הזכות לבטל חד-צדדית תנאי של חוזה, אם לא הותנה בין הצדדים לחוזה שהוא יהיה רשאי לעשות כן. בהתקיים תנאים מסוימים, מוקנית לו הזכות לבטל את החוזה כולו, ... אך אין הוא רשאי לבטל תנאי מתנאיו".

(ההדגשות שלי, מ' א'-ג')

היינו, הנתבעת, כפי שאינה רשאית לבטל תנאי מתנאי החוזה באופן חד צדדי, כך אינה רשאית לשנות תנאי מתניותיו באופן חד צדדי, שהרי, ההיגיון בדבר האיזון בין החובות והזכויות, המופר עם השינוי, זהה בדיוק לזה אליו מתייחס השופט אור. שינוי זה גם פוגע כמובן בצפיית העמיתים, המושתתת בענייננו על ההסכמות הכתובות ועל עמידת תגמולים וגד גמולים בהסכמות אלה משך שנים רבות; כמו גם על הצהרת הנתבעת ברכישת הקופה כי לקחה על עצמה את התחייבויות קודמתה. שינוי שאין העמיתים שותפים לגיבושו, או לכל הפחות נותנים לו הסכמתם האקטיבית, דינו כביטול חלק מן החיובים בחוזה.

אדגיש כי לדידי גם הזכות לביטול החוזה כולו בהודעה חד-צדדית אינה נתונה לנתבעת בענייננו, וזאת בשל אופי החוזה והיחסים בין הצדדים: יחסי נאמנות בין צד חזק לצד חלש ממנו, ולו בהיבט של התמקצעות בתחום, והעובדה כי המסמך הקובע את ההסכמות הינו חוזה צרכני אחיד שנוסח על ידי הקופה, שלא כללה בו כל אפשרות עבודה לבצע שינוי חד-צדדי ואת התנאים לשינוי זה (השוו



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

בעניין זה לפסק דיני בת"צ (מחוזי ת"א) 56325-02-16 אריה שרף נ' לאומי קארד בע"מ (פורסם בנבו 20.03.2018, להלן: **עניין שרף**)). כדי לחזק מסקנתי זו, אפנה כעת לפרשנות ההסכמים. חלק זה יאשש את מסקנתי כי גם אם מדובר בהסכמים ארוכי טווח, הרי שהכלל בדבר האפשרות לסיימם, או האפשרות לשנות תנאים בהם באופן חד-צדדי, אינם ישימים או ראויים.

21.5. סיכום: טבעם וטיבם של החוזים אינו מאפשר שינוי חד צדדי של דמי הניהול

לאחר שבחנתי את ההסכמים, ברצוני להתייחס ולסכם בעניין מערכת היחסים הנלמדת מהם ומאופיו של מכשיר קופת הגמל. לשון החוזים מלמדת על הסכמים ארוכי טווח, שאינם קובעים מנגנוני השתחררות חד-צדדית עבור הקופה. החוזים שלפניי אינם דומים, מחד, לחוזי הפצה ושיווק בעלי אופי מתחדש, וזאת בשל היותם צופים פני עתיד עשרות שנים קדימה, עת ימשוך העמית את חסכונו. הם אינם "מתחדשים" ועומדים הם בתקפם ללא צורך בחידוש ולראיה כי הן גמולים, הן גד-גמולים והן הנתבעת לא נדרשו לאקט אקטיבי של חידוש החוזה מול העמיתים אלא המשיכו לקיימו. מנגד, אין הם דומים לחוזים בהם רוכש צד אחד זכות כלשהי באינטרס הזולת. זאת, שכן העמיתים משלמים לנתבעת עבור קבלת שירות של ניהול והשקעת כספיהם. העמיתים מקבלים דיווח רבעוני ושנתי אודות פעילות הקופה, כאשר דמי הניהול מחושבים באופן חודשי. עת רכשה הנתבעת את הקופה ועוד לפני כן (כאמור בתקנון 1988) גם הייתה נתונה לעמיתים, לפי החוק, האפשרות להחליף קופה בכל עת, ולקופה האפשרות להודיע על שינוי כדין דמי ניהול בהודעה מראש, בהתאם לתקנה 53 שתידון להלן.

מאפייניה של קופת הגמל מחייבים לקבוע, כי גם במקרה זה אין לאפשר לקופה להשתחרר באופן חד צדדי מחוזים אלו, ובוודאי שלא לשנות באופן חד צדדי תנאי מהתנאים שנקבעו בהם. הדבר נגזר מחובות האמון המוטלות על קופת הגמל, הן מלשון ההסכמים.

בחלק הבא אדון בתקנה 53(א) לתקנות מס הכנסה (להלן: **תקנת ההודעה מראש**). אראה, כי תקנה זו לא מאפשרת לנתבעת להשתחרר מהתחייבויותיה בכל מצב, אלא רק בכפוף למותר לה על פי ההסכמים עם עמיתה. עוד אראה, כי גם כששונתה התקנה, והכלל בדבר הודעה על שינוי דמי הניהול הוסדר בנהלי הממונה, הרי שהדרישה לגבי ההודעה לעמיתים דרשה סטנדרט גבוה המעיד על הלך הרוח מבחינת הממונה. ברוח זו וכדי לסכם חלק זה, אביא את **עמדת הממונה בתיק פסגות**, בזיקה לשאלת משך זמן ההתחייבות למתן הנחה בדמי הניהול ונפקותה. שם, הביעה הממונה עמדתה כי לא כל התחייבות שניתנת לנצח או למשך כל חיי העמית, ניתנת לסיום בתוך זמן סביר מראש (פסקה 3א' לעמדה):

"באופן עקרוני, המפקחת אינה מוצאת מניעה לכך שחברה מנהלת של קופות גמל אשר אינה משלמת קצבה (כדוגמת קופת הגמל שנדונה בתיק זה) תיתן התחייבות למתן הנחה בדמי ניהול למשך כל חיי העמית. כפי שיפורט להלן, בהסדרה של המפקחת לעניין הנחות לדמי ניהול לא נקצב משך ההתחייבות שיכולה חברה מנהלת לתת לעמית ובלבד זו תעמוד בתוקפה שנתיים לפחות. לפיכך, העמדה שהציגה פסגות במסגרת כתב תשובתה (סעיף 9.13), בין היתר באשר לטענתה כי כל התחייבות שניתנת "לנצח" או "לכל חייו של העמית" ניתנת לסיום בתוך זמן סביר



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

מראש, אינה עולה בקנה אחד עם עמדת המפקחת בהקשר זה." (ההדגשה שלי – מ' א'-ג')

עם זאת, לטעמי, כיון שבאותם הסכמים לבר תקנוניים הייתה התחייבות לתשלום דמי ניהול אם כי מההפקדות, ולאור הטענה כי אין מקום לפרש חוזה ארוך טווח כך שמשמעותו ניהול הקופה ללא דמי ניהול, ייתכן כי הקופה רשאית, לפעול על פי החוזים, ולעדכן את סכומי ההפקדות (בעניין השכירים והעצמאיים, כך שתוכל לגבות 1% מההפקדות) ודמי הניהול המוסכמים (של 2 ל"י בעניין אנשי הקבע), אם כי עדכון הסכומים מלמד שמדובר בסכומים מזעריים וזניחים, ועל כן ככל הנראה לא עשתה זאת הקופה.

22. פרק עשרים ושניים: האפשרות לשינוי דמי הניהול לאחר הרכישה מכוח תקנה 53ב(א)

וההודעה שנשלחה לעמיתים

כעת, אתייחס לטענת הנתבעת לפיה שיעור דמי הניהול הנקבעים בתקנון הקופה או הנגבים בפועל אינם קבועים, וניתנים לשינוי על ידי החברה המנהלת, וכל זאת באמצעות מתן הודעה מראש לעמיתה. הנתבעת מפנה לתקנה 53ב(א) לתקנות מס הכנסה, שהייתה בתוקף עת רכשה את הקופה, שהותקנה במסגרת תיקון 2004 לתקנות מס הכנסה, שעניינה משלוח הודעה לעמיתים אודות העלאת דמי ניהול (ק"ת תשס"ד מס' 6332 מיום 5.8.2004, בעמ' 875):

"53ב. (א) קופת גמל תשלח לעמיתה הודעה בדבר העלאת דמי הניהול הקבועים בתקנון או דמי הניהול הנגבים בפועל, והעלאה כאמור לא תחול אלא בתום חודשיים מהמועד שבו נשלחו הודעות כאמור."

התקנה בוטלה ביום 1.1.2013 (ראו ק"ת תשע"ב מס' 7143 מיום 19.7.2012, בעמ' 1494). הנתבעת טוענת, כאמור, כי התקנה, שעמדה בתוקפה בעת רכישת הקופה והעלאת דמי הניהול מצידה, מאפשרת העלאת דמי ניהול בכל עת, בכפוף להודעה כדין. מנגד, טוענים התובעים כי התקנה אינה מקנה את עצם האפשרות להעלות דמי ניהול בכל מצב ובאופן חד צדדי, אלא עוסקת בפרוצדורה הנדרשת להודעה על העלאת דמי ניהול, מקום שלקופה קיימת הזכות כדין לעשות כן.

בסיכומיה, טענה הנתבעת בקצרה כי שלחה הודעה בהתאם לתקנה. התייחסות נוספת להודעה עלתה במסגרת תצהירים שהגישו הצדדים, בחלק מן החקירות ובסיכומים. למשל, במסגרת תצהירה של עו"ד כהן דוד נכתב (ראו פסקה 24 לתצהירה):

"באוגוסט 2007 הודיעה הנתבעת לעמיתים על העלאת דמי הניהול (בהתאם להוראות התקנון והדין). בחודשיים לאחר מכן, הועלו דמי הניהול בפועל".

גם בחקירתה התייחסה לכך כהן-דוד והסבירה כי הנתבעת פעלה בהתאם לתקנה 53ב' (ראו עמ' 452 לפרוטוקול בש' 14-23):

"יש תקנה 53 ב' לתקנות מס הכנסה דאז, כללים ליישור מיון (צ"ל לאישור וניהול) קופות גמל שאומר את הדבר הפשוט, אתה רוצה להעלות ללקוח דמי ניהול, לא רק בתקנון, להעלות ללקוח פרטני את דמי הניהול, תשלח לו הודעה חודשיים מראש, תגיד לו שאתה מעלה את דמי הניהול לכמה אתה מעלה אותם, ואפילו תכתוב לו את האפשרות שהוא יכול לעבור מקופה לקופה כי הוא לא לקוח שבוי שלך. זה מה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

שעשינו עם כל עמיתי, כמו שאנחנו עשינו וכמו שכל קופות הגמל הבנקאיות שנרכשו
על ידי כל הגופים בשוק עשו."

כהן-דוד הוסיפה כי ההודעה אמנם נשלחה על ידי דש, אך הייתה על דעת בנק הפועלים (ראו בעמ' 453 לפרוטוקול, בש' 9-14):

"אנחנו שלחנו קצת אחרי רכישת הקופה הודעה כדין, מסודרת, העלינו את דמי
הניהול במערכות התפעול כמו שאמרתי של בנק הפועלים, זאת אומרת בנק הפועלים
הוא זה שהזרים לכל לקוח ולקוח את האקסל הגדול הזה שאנחנו העברנו אליו, עם
איזה שיעור דמי ניהול אנחנו גובים לו."

ההודעה הנטענת על השינוי בדמי הניהול צורפה לתשובת הנתבעת לבקשת האישור (ראו נספח ו'
לתשובת הנתבעת לבקשת האישור, מיום 30.5.2013). במסגרת הליך האישור טענה הנתבעת כי
הודעה זו נשלחה לעמיתים ביום 22.8.2007. השופט ענבר לא התייחס כלל להודעה זו, כשלערכתי
הדבר נעשה בשל מסקנתו כי בכל מקרה לא יכולה הייתה הנתבעת לשנות את דמי הניהול באופן חד
צדדי. בדומה, סבורה גם אני, כי אין בתקנת ההודעה מראש להועיל לנתבעת. משקבעתי כי הנתבעת
לא יכולה הייתה להשתחרר באופן חד צדדי מהסכמיה עם העמיתים, הרי שההודעה – שניתנה
באופן חד צדדי וללא כל אפשרות למתן הסכמה – חסרת כל משמעות, ואין בה כדי להכשיר שינוי
בדמי הניהול. ובמילים אחרות, אין התקנה המסדירה פרוצדורה, יכולה לגבור על הסכמים מחייבים
עם העמיתים.

הדבר עולה גם מההתייחסות למטרת התקנה במסגרת חוזר הכרעות עקרוניות 2013-4-1 שעניינו
"הכרעה עקרונית לעניין העלאת דמי ניהול ללא הודעה מוקדמת" (27.8.2013):

"התקנה נועדה לוודא שעמיתים יקבלו הודעה על העלאת דמי ניהול זמן סביר
מראש, כדי לאפשר להם להחליט באופן מושכל כיצד לנהל את כספיהם, לרבות
לעניין ההחלטה אם ברצונם להשאיר את הכספים בניהול החברה המנהלת ואם לאו,
לאור ההעלאה המתוכננת בדמי הניהול." (ההדגשה שלי, מ' א'-ג')

עוד אני סבורה כי פסקי הדין בעניין אליאב ובעניין הדר מחזקים את המסקנה כי הצדק עם
התובעים בעניין התקנה. שהרי, ההלכה לפיהם היא כי גובה דמי הניהול הינו נושא אותו רשאים
הקופה והעמית לסכם ביניהם, והדבר עולה גם מתקנה 53ב(א) עצמה, הנוקטת בלשון "הקבועים
בתקנון או הנגבים בפועל", ללמד כי דמי הניהול יכול שיהיו קבועים בהסכמות אחרות. התקנה
אינה מקנה את הסמכות להעלות את דמי הניהול, אלא קובעת את התנאים לעשות כן ככל ולקופה
קיימת אפשרות להעלות את דמי הניהול כדין. בוודאי ובוודאי כי התקנה אינה יכולה להכשיר את
גביית דמי הניהול מן הצבירה ביחס לקבוצת העצמאים/שכירים, אותה ביצעה הנתבעת בניגוד
להסכמות עמם. שהרי, שינוי אופן הגבייה אין דינו כהעלאה בלבד אלא שינוי מהותי בסיסי בתנאי
ההתקשרות.

אכן, התקנה מניחה אפשרות שלקופה תהיה זכות להעלות דמי ניהול, אפשרות עליה גם התובעים
אינם חולקים. אולם, התקנה אינה מכשירה את עצם העלאת דמי הניהול, אלא - מהותה היא



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

1 הסדרת הפרוצדורה המתבקשת בעת העלאת דמי ניהול באופן חד- צדדי על ידי הקופה. השאלה
2 האם הקופה רשאית לבצע העלאה כאמור הינה שאלה חוזית התלויה בהסכמים הקיימים בין
3 העמית לקופה.

4
5 למעלה מן הצורך, אציין כי גם לו הייתי מקבלת טענת הנתבעת כי התקנה עצמה מאפשרת את עצם
6 שינוי דמי הניהול, ספק רב האם ההודעה, שנשלחה במסגרת הודעת ברכות לשנה החדשה ונדמית
7 לפרסומת או "ברושור" לנתבעת, עומדת ברף המינימלי לידוע העמיתים (ראו פסק דיני **בעניין**
8 **שרף**). נראה כי הן חובת הנאמנות המוטלת על הקופה, הן חובת תום הלב בקיום חוזה, מחייבות,
9 גם לו הייתה זכות שכזו, לא לשלוח הודעה כל כך דרמטית, על שינוי דמי הניהול שמשמעותו אלפי
10 או עשרות אלפי שקלים לעמית, בדרך של מעין פרסומת הכוללת ברכות לשנה החדשה. ואולם,
11 הצדדים לא טענו בעניין נוסח ההודעה עצמה, ועל כן לא ארחיב בה.

12
13 לעניין ההודעה, הפנתה הנתבעת בענייננו לפסקי הדין **בעניין אביעד סרן ובעניין בארי**, וזאת כפי
14 שנעשה על ידי המשיבה, לאומי קארד, בעניין שרף. גם **בעניין שרף**, ניסתה לאומי קארד לבסס את
15 טענתה כי בנסיבות העניין די היה במתן ההודעה שנתנה. והדברים שכתבתי שם בנוגע לאי-התאמת
16 פסקי הדין הללו לנסיבותיו של **עניין שרף**, עומדים גם במקרה שבפניי (ראו בעמ' 28):

17 "לטעמי אין להסיק מפסקי הדין האמורים מסקנה כללית המתאימה לכל המקרים,
18 שהרי כפי שהובהר לעיל, על טיב ההודעה הנמסרת ללקוח להיגזר מטיב השינוי
19 שעליו מדובר, ולא דין שינוי הנוגע לפרט זניח ושולי בהתקשרות הצדדים כדין שינוי
20 הנוגע לפרט מהותי, העומד בלב ההתקשרות, כדוגמת מחיר ההתקשרות".

21
22 לא מצאתי צורך לשוב ולדון בנסיבות אותם תיקים, שכן בענייננו כאמור מתבצע כל הדיון בהודעה
23 למעלה מן הצורך, בניגוד **לעניין שרף**. ואסתפק בדברים שנאמרו עד כה בעניין ההודעה.

25 חלק שמיני: ההפרות הנובעות מהגביה של דמי הניהול בניגוד להסכמים

26 23. פרק עשרים ושלושה: הפרת הסכם והפרת חובת נאמנות

27 במקרה שלפניי הפרה הנתבעת את החוזה עם העמיתים חברי הקבוצה, כשגבתה דמי ניהול בניגוד
28 להסכם. על כן זכאית היא לתרופות חוזיות. השאלה היא, אם בעשותה כן הפרה גם את חובות
29 הנאמנות המוטלות עליה. אני סבורה כי לאור ההבדל בין החובות המוטלות על צדדים לחוזה (לעניין
30 זה חובת תום הלב בקיום חוזה), לבין חובת הנאמנות התשובה היא בחיוב.

31
32 השוני בין יחסי נאמנות ואמון ליחסים חוזיים (המתמקדים מבחינת היחסים בין הצדדים בחובת
33 תום הלב) נובע מנסיבות יצירת היחסים ובתוכן החובות והזכויות הצומחות לצדדים. לעיתים יהיה
34 שוני בתרופות, ולעיתים, כמו במקרה שלפניי, מבחינה מעשית התרופה תהיה זהה. אולם, חשוב
35 להבחין בחובה שהופרה שכן בשורש ההבחנה מצוי הבסיס הרעיוני המבחין בין מערכות היחסים
36 (ראו לעניין זה: עמיר ליכט, "אמון, יושר ותרבות עסקית: תרומתה הדסטרקטיבית של הכלכלה
37 לערפול מושגי-היסוד במשפט", **משפט ועסקים** ה', 151, 154 (תשס"ו-2006).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12 ; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

1
2 חובות הנאמנות והאמון עוסקת, ככלל, בניהול ענייניו של אחר, במערכות בהן פערי מידע וכוח בין
3 הצדדים, כשהצד בעל הידע, מנהל את רכושו של הצד מנגד (העמיתים). החובות כוללים פעולה,
4 במקרה של משקיעים מוסדיים, למען האינטרסים של העמיתים, המשקיעים והחוסכים.

5
6 לעומתה, מערכת היחסים החוזית מבוססת על רצון של כל אחד מהצדדים לקדם את טובתו שלו,
7 רצון שהמשפט מכיר בו כלגיטימי, ומגבילה אותו אך בחובה לנהוג בתום לב (על תפישת תום הלב
8 כיחסי אמון מרוככים וחובות אמונים חוזיות ראו: צבי טריגר, "חובות אמון בדיני חוזים", בתוך:
9 **חובות אמון בדין הישראלי**, 65 (שער שני: חובות אמון בדיני חוזים) (רות פלאטו שנער ויהושע (שוקי)
10 שגב, עורכים, 2016).

11
12 בנוסף, בעוד שמערכת היחסים מבוססת על יכולת הצדדים לעצב את היחסים כרצונם, הרי שצדדים
13 הנכנסים באופן רצוני למערכת יחסי אמון ונאמנות (fiduciary, trust) שתורגמו בעברית כחובות
14 אמון על אף שמשמעותם שונה, נכנסים למשטר חובות בעיקרו קוגנטי, כאשר, כפי שראינו, יחסי
15 האמון מוסדרים בפירוט בידי רשויות המדינה. ההכרח לקבוע מגבלות ולפקח על השימוש בכוח,
16 לרבות כוח כלכלי, משמש צידוק לקיומם של מוסדות השלטון ומערכת המשפט. כדי למנוע או למעט
17 מהאפשרות לעשות שימוש לרעה בכוח, יש להטיל על בעל הכוח, במקרה שלפנינו הנתבעת, איסור
18 להפיק טובת הנאה, למעט כאלה עליהן סוכם במפורש. יש הטוענים כי הסדרה נדרשת בין היתר,
19 לאור מורכבותו ותחכומו של שוק ההון, המביא לחשיפת העוסקים בו לתמריצים להתמקד בעניינם
20 האישי, תחת עניינם של החוסכים והמשקיעים, שככלל נעדרים יכולת לפקח על מעשיהם (עלי בוקשפן
21 ואסא כשר "המשפט והאתיקה בתחום התיווך הפיננסי" משפט וממשל טז 249, 252 (תשע"ה)).

22
23 במאמרו: Good Faith as Contract's Core Value, in PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF CONTRACT LAW
24 (Daniel Markovits, 277 (Gregory Klass, George Letsas & Prince Saprai eds., 2014). (להלן:

25 **מרקוביץ**) מבחין מרקוביץ' בין חובת הנאמנות לבין עקרון תום הלב החל על צדדים לחוזה מסחרי
26 אחר, בשלב הביצוע החוזי:

27 "A fiduciary, as it is sometimes said, is "required to treat his principal as
28 if the principal were he." In fact, a fiduciary must treat his principal more
29 carefully still: there is any number of risks that a person might (even
30 reasonably) take on his own account that he may not, acting as fiduciary,
31 take on his principal's. Good faith, by contrast, does not require
32 contracting parties to display substantive other-regard or altruism,
33 preferring their partners' interests over their own, or even weighting the
34 two interests equally, within their contracts. Good faith, in the words of
35 one prominent opinion, "does not mean that a party vested with a clear
36 right is obligated to exercise that right to its own detriment for the
37 purpose of benefiting another party to the contract." Another prominent



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12 ; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

American court draws the contrast between good faith and fiduciary loyalty more directly still. "[G]ood faith," the court observes, "does not envision loyalty to the contractual counterparty, but rather faithfulness to the scope, purpose, and terms of the parties' contract."

לאור הבדלים אלו, המשפט מתייחס ביתר חומרה להפרת חובות נאמנות ואמון, מאשר להפרת חוזה. הפרות במסגרת דיני החוזים מהוות פרת הבטחות ואילו הפרות בעולם חובות הנאמנות הן מעילה בכספיהם של אחרים, כפי שציינה תמר פרנקל, "נפילת המחסומים שניצבו בפני שימוש לרעה באמון והולכת שולל: השינויים הנסתרים בדוקטרינה המשפטית ובפרשנות המשפטית" **משפט ועסקים** ה' 113, 120 (2006):

"יש הבדל גדול בין האשמת אנשים שמחזיקים בכספם של אחרים במעילה לבין האשמתם באי-עמידה בהבטחתם. ככלות הכול, אפשר לכלול מעילה בקטגוריה של חוזים, ואפשר לראות בה הפרה של הבטחה לא לקחת את כספם של אחרים ולהשתמש בו כבשלך. אבל ההבדל משמעותי: מעילה טומנת בחובה אות קלון – מוסרי, ואילו הפרת הבטחה מזיקה הרבה פחות."

כך, אותו מעשה עצמו, גביית דמי ניהול מכספי הצבירה שלא כדין, יכול שתלבש פנים של הפרת חוזה, ויכול שתלבש פנים של הפרת חובות נאמנות. במקרה של משקיעים מוסדיים אני סבורה כי על אף שמדובר בהפרת חוזה, מסגרת היחסים בין הצדדים מחייבת לראות בכך הפרת חובות אמון או נאמנות (trust).

אני סבורה כי לאור חובות הנאמנות המפורשות שהוטלו על המשקיעים המוסדיים בחקיקה, ושהובאו בפירוט לעיל, יש לקבוע כי במקרה שלפניי הפרה הנתבעת את החוזה, ובעת ובעונה אחת הפרה את חובות הנאמנות המוטלות עליה. במקרה שלנו הופרה חובת הנאמנות (trust) מעצם גביית דמי הניהול בניגוד להסכם. אולם, מעבר לכך הופרה גם חובת הנאמנות להתנהל בלא ניגוד עניינים תוך מסירת מידע מלא לנהנה. אשר לניגוד עניינים – הנתבעת העדיפה את טובתה שלה בגביית דמי ניהול, על טובת העמיתים שהתחייבה כלפיהם שלא לגבות דמי ניהול כאמור. כמו כן, הנתבעת לא נקטה בגילוי נאות ומלא, ושלחה, כאמור, הודעה לעניין העלאת דמי הניהול במסווה של פרסום וברכות לשנה החדשה שעמדה אז בפתח. לא כך על נאמן לנהוג.

הראיות הרבות אליהן התייחסתי בחלק זה מצטרפות כולן למסקנה המרכזית בפסק דין זה, והיא כי הנתבעת הפרה את התחייבויותיה כלפי עמיתי הקבוצות, ובעשותה כן פעלה בניגוד לחובת הנאמנות והפרה גם חובה זו. הנתבעת פעלה לגביית דמי ניהול בניגוד למוסכם בינה לבין עמיתי הקבוצות המיוצגות בתובענה זו, תוך שהיא מתעלמת – ביוזעין – מן האינטרס החשוב ביותר אליו היה עליה לשים ליבה, והוא אינטרס העמיתים. גם אם, כטענתה, לא ידעה על ההסכמים הלבר תקנוניים, הרי שלאור שלל האינדיקציות ונורות האזהרה שעמדו בפניה, היה מצופה ממנה לפעול אחרת ולוודא את המצב לאשורו.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

ניתן לחשוב על שלל דרכים בהן יכולה הייתה הנתבעת לבחור: החל מהודעה הכוללת וידוא הסכמה של העמיתים לשינוי, שהייתה הופכת את השינוי למוסכם; דרך פניה לממונה לקבלת עמדה והבהרות; וכלה בהחלטה שלא לרכוש את הקופה אם סברה היא כי לא תצליח להחזיקה מבחינה כלכלית. אין זה מקומו של בית המשפט לקבוע בדיעבד כיצד היה על הנתבעת לפעול, אך זהו בוודאי תפקיד בית המשפט להבהיר כי ההתנהלות בה בחרה הנתבעת, להעלות את דמי הניהול באופן חד צדדי, לגבותם מהנכסים הצבורים בניגוד למוסכם, ומבלי ליידע את העמיתים על כך כנדרש, אינה התנהלות מקובלת, אינה רצויה, וחותרת תחת הבסיס לדיני החוזים, לתורת הרצון החופשי של הצדדים ובוודאי עומדת בניגוד לחובת הנאמנות.

נדמה כי לא ניתן להכביר במילים אודות חשיבות חסכוניות העמיתים, ואודות העבודה הקשה שהושקעה לאורך שנים, על מנת לחסוך את הכספים שהופקדו למשמרת בידי הנתבעת. הנתבעת לא הצליחה להרים את הנטל ולהוכיח כי גביית דמי הניהול מחברי הקבוצה נעשתה כדין ובאופן העולה עם חובת הנאמנות – ולפיכך יש לחייבה בהשבת כספים אלה, על כל המשתמע מכך. עוד מתחייב כי ההתחייבויות שנטלה על עצמה הנתבעת יאכפו, ועל כן אני קובעת כי מיום מתן פסק דין זה תיפסק הגבייה בניגוד להסכמות לחברי הקבוצה.

24. פרק עשרים וארבעה: העילות הנוספות המתקיימות בענייננו

בהחלטת האישור, קבע השופט ענבר, כי בנוסף לעילת הפרת החוזה (בגינה יש מקום לפסוק הן השבה הן פיצוי בגין נזקי ההפרה), נראה כי מתקיימים גם התנאים לקביעה כי הנתבעת הפרה את חובת הנאמנות, הפרה חובה חקוקה, פעלה ברשלנות והתעשרה שלא כדין. אני סבורה, כי כיוון שמשמעותן האופרטיבית של כל העילות הללו זהה, ותוצאתן השבה, אין צורך לדון בהן לעומק, אך אציין בקצרה כי אכן מתקיימות כלל העילות

ראשית, כבר קבעתי לעיל כי הנתבעת הפרה את חובת הנאמנות שלה כלפי עמיתה, בעיקר עת שנהגה בניגוד לטובתם וחטאה בהעדפת שיקולים אחרים על פני טובתם.

שנית, ולאור האמור, ברי כי מתקיימים גם יסודות עילת הפרת חובה חקוקה, כפי שנקבעו בע"א 145/80 שלמה ועקנין נ' המועצה המקומית, בית שמש, לז' (1) 113 (1982). חוק קופות גמל מטיל על הנתבעת את חובת הנאמנות כלפי עמיתה; חוק זה נועד בין היתר לטובת העמיתים, עליהם נמנים חברי הקבוצות, ובוודאי החלקים בו הנוגעים לחובת הנאמנות; חיוב העמיתים בדמי הניהול בניגוד להסכמות ובניגוד לחובת הנאמנות מהווים הפרה של החובה המוטלת על הנתבעת; ההפרה גרמה לכל אחד מחברי הקבוצות נזק כפי שיתואר מיד; הנזק שנגרם הוא מסוג הנזקים אליו נתכוון חוק הפיקוח – שהרי מטרת החוק היא הבטחת ניהול הקופות בהגינות ובנאמנות לטובת החוסכים.

לגבי עילת הרשלנות, הבעתי לעיל את דעתי כי הנתבעת פעלה ביודעין ובמעין "שיטת מצליח" והדבר עולה מאמירות קברניטיה לפיהן בהעלאת דמי הניהול הנתבעת נוטלת סיכון, בהצגת העלאת דמי



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

הניהול כהטבה וכן מתבטא הדבר במחיר הקופה הנמוך. אני סבורה אם כן, כי עילת הרשלנות אינה מתקיימת במקרה זה.

לגבי עילת עשיית עושר ולא במשפט, אני סבורה שעילה זו מתקיימת בעיקר בכל הנוגע למחיר הרכישה והחזר ההשקעה בתוך זמן קצר להפליא, בניגוד להערכות. אזכיר כי הנתבעת העריכה בזמן אמת כי תחזיר את ההשקעה בתום 6-7 שנים. כן אזכיר כי הן מומחה התובעים ד"ר שלם, הן מר נויברגר, מנהל בכיר בקבוצת הנתבעת, עמדו גם הם על הערכה זו. בפועל, החזירה הנתבעת את מלוא ההשקעה בתום שנה ו-4 חודשים, כפי שהציג ד"ר שלם, ומר נויברגר העריך בחקירתו כי הדבר לקח שנתיים-שלוש, והודה כי יתכן והדבר אולי לקח אפילו שנה (ראו עמ' 345 לפרוטוקול הדיון, בשי' 14-19).

כלל המסמכים, חוות הדעת והעדויות בתיק, מלמדים כי מחיר העסקה נקבע בהתבסס על חוסר האפשרות לגבות דמי ניהול בקופה, ובהתאם שילמה הנתבעת תמורה מופחתת משמעותית מהנהוג בשוק עבור רכישת זכויות הניהול בקופה.

לאור זאת, נראה שמתקיימים שלושת היסודות המגבשים את חובת ההשבה מכוח סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979: הנתבעת התעשרה על ידי כך שנטלה לעצמה את דמי הניהול כפי שנטלה; שלא על פי זכות שבדין – בניגוד להסכמים. בעניין קבוצת העצמאים/שכירים נגבו כספים מהצבירה ומעל 1% בחלק מן התקופה. בעניין קבוצת אנשי הקבע, נגבו דמי ניהול בשיעור הגבוה מ-0%; על חשבון עמיתיה, הם "המזכרים" – שהרי הם ששילמו בסופו של דבר את המחיר, ודמי הניהול נגבו מהם. טובת ההנאה שצמחה לנתבעת, בדמות המחיר המופחת לקופה, הייתה מבוססת על ההתחייבות שלא לגבות מן העמיתים דמי ניהול. ואציין כי לכל הפחות, הנתבעת לא הצליחה להרים את הנטל כי המחיר משקף פגמים אחרים, כפי שטענה.

חלק תשיעי: היקף הקבוצות המיוצגות והסעדים בגין ההפרה

25. פרק עשרים וחמישה: הקבוצות המיוצגות

על מנת לקבוע ביחס למי מן העמיתים יחושב הנזק וממנו ייגזר סכום ההשבה, יש לעמוד על טענות הנתבעת ביחס להיקף הקבוצות (ראו פרק ט' לסיכומי הנתבעת), ולחזור על קביעותיי בנוגע להסרתם מן הקבוצות של חלק מן העמיתים, כפי שנקבע במהלך פסק הדין.

כפי שכבר צויין לעיל, הנתבעת טענה כי מעל מ-90% מן העמיתים שהצטרפו לקופה כלל לא חתמו על טפסי הצטרפות. כיוון שהמידע בהקשר זה – הם תיקי הלקוחות המכילים את מסמכי ההצטרפות – נמצא בידי הנתבעת, הרי שעליה נטל הראיה להוכיח טענה זו (ראו עניין צמח, בעיקר בפסקאות ע"ט-צ' לפסק הדין).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

הראיה היחידה שהביאה הנתבעת לטענה זו היא עמוד מתוך חוברת סדר היום לשיבת דירקטוריון הנתבעת ביום 25.12.2006 (ראו מוצג 208 בעמ' 1893 לתיק המוצגים). באותו עמוד נכתב, תחת הכותרת: "חשיפות לסיכון" כי: **"מישיבה שנערכה עם מנהלי מחלקות בבנק הפועלים עולה כי למעלה מ-90% מהעמיתים בעולם לא חתמו מעולם על טופס הצטרפות עמית..."** והעידו על כך גם מר נויברגר בסעיף 38 לתצהירו, ומר בן-זאב בסעיף 24 לתצהירו, מבלי שגיבו דבריהם בראיות כלשהן, למעט אותה אמירה מתוך חוברת סדר היום, המבוססת על שיחות כלשהן שלא ברור עם מי בבנק נערכו. לעומת זאת, בבדיקה המדגמית שביצעו התובעים, הצליחו הם לאתר את כל מסמכי ההצטרפות המצויים בתיק המוצגים. מדובר במספר לא מבוטל של טפסים. מדובר בעיניי בראיה משמעותית. בהיבט זה יש גם צדק בטענת התובעים, לפיה כדי להרים את נטל הראיה, היה ראוי, למשל, כי תציג הנתבעת רשימה מכובדת של עמיתים לגביהם לא הצליחה היא לאתר טפסי הצטרפות. עוד אני מקבלת טענת התובעים כי התקנונים השונים מורים כי ההצטרפות לקופה תיעשה באמצעות חתימה על טפסי הצטרפות (ראו למשל סעיף 23.1 לתקנון תגמולים 1988; וכן סעיף 44 לפרק ט"ז לתקנון ההתאגדות משנת 1966), וכי קשה לקבל שהבנק לא הקפיד על קבלת חתימת עמיתיו על תנאי ההצטרפות.

לאורך פסק הדין התייחסתי לטענות הנתבעת בעניין המצטרפים לקופה טרם שנת 1963 בעניין המצטרפים אחרי 1977 (בקבוצת העצמאים/שכירים). עוד התייחסתי לטענות בדבר פנקסי החבר והראיתי כי ראשית, ההחזקה בפנקס חבר לבדה, אינה משפיעה על חברות בקבוצה, שכן התנאים היו מנויים גם במסגרת תנאי ההצטרפות ובעיקר בהם. שנית, כי מסמכי הצטרפות רבים כללו רوبرיקה של: **"קבל פנקס חבר מס': ____"** ובחלקם אף מולאו פרטים.

טענה אחרונה אליה טרם התייחסתי, היא טענת הנתבעת בסעיף ט.2.ב. לסיכומיה, לפיה עמיתים שפרשו מצבא הקבע לפני גיל פרישה לא נמנים על קבוצת אנשי הקבע. הנתבעת נשענת על סעיף "הוצאת כספים" במכתב מיום 24.3.1963, בו נקבע:

"3. במקרה של פרישה מהשירות לפני גיל קצבת זיקנה, תעמודנה לפני החוסד האפשרויות הבאות:
(א) יוכל להישאר כחבר קופה רגיל, אך יצא מהמסגרת של אנשי צבא הקבע, אולם כל זכויותיו אותן צבר עד למועד הפרישה מהחברות תישמרנה.
(ב) אם ייצא לקצבה בהתאם לחוק שירות קבע בצה"ל (גמלאות)...או במקרים אחרים בהם יאושר הדבר על ידי צה"ל, יוכל להישאר חבר קופה במסגרת אנשי צבא הקבע.
(ג) אם התחיל לעבוד במקום עבודה אחר שבו קיימת קופת תגמולים יעביר הסכומים שהצטברו לזכותו לקופת התגמולים שבמקום עבודתו החדש.
(ד) במידה ולא השתמש באחת משלוש האפשרויות הראשונות, יקבל את כספו תוך 6 חודשים מיום שפרש מהשירות..."

בהתאם לנוסח הסעיף, אני סבורה כי אין לקבל את טענת הנתבעת. הדעת סוברת, כי מי שפרש משירות קבע לפני גיל קצבה, העביר את הכספים שצבר לקופה אחרת. לחילופין, ביקש את אישור הצבא להישאר בקופה על פי התנאים שניתנו לאנשי הקבע, ומשכך התנאים חלים עליו, והנתבעת לא הביאה ראיות המצביעות על מסקנה שונה. בכל אופן, סעיף 3א' קובע כי הזכויות שהעמית צבר



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 12-12-44598; 14-09-2855 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

תישמרנה, כך שאין הנתבעת רשאית לגבות מסכומים שצבר עמית שכזה, מעבר לדמי הניהול בסך 2 ל"י, שהרי מדובר באחד התנאים שנקבעו בהסכם צבא הקבע.

לסיכום, הגדרת קבוצת אנשי צבא הקבע, כפי שהוגדרה ע"י השופט ענבר, תעמוד בעינה. לעניין קבוצת העצמאים/שכירים, זו תמנה רק את העמיתים שהצטרפו לקופה מיום הקמתה ועד ליום הראשון בחודש אוקטובר 1977. היינו, העמיתים מקבוצת העצמאים/שכירים שהצטרפו לקופה החל משנת 1977 (כולל העמיתים שהצטרפו לאחר 1988) לא יימנו על קבוצה זו. הגדרת הקבוצות תהיה אם כן כדלהלן:

קבוצת העצמאים/שכירים המיוצגת בידי מר גרינברג תכלול:

"כל אדם ו/או קבוצת בני אדם, אשר התקשר עם תגמולים בע"מ או גז גמולים חברה לניהול קופות גמל בע"מ עד ליום 1.10.1977, לשם השתתפות בתכנית חיסכון לעצמאים ו/או לשכירים 'תגמולים' (להלן – קופת הגמל) תמורת דמי ניהול לגביהם הוטלה כי הם ייגבו אך ורק מסכומי ההפקדות השנתיים בלבד, ואשר המשיבה, לאחר רכישת ניהול קופת הגמל על ידיה, ניכתה אותם מדי שנה מסכומי החיסכון שהצטברו בקופת הגמל לאורך השנים כקרון וכרווחים".

וקבוצת אנשי צבא הקבע, המיוצגת בידי מר לוינרד (כפי שנקבע לאחר תיקון טעות סופר בהחלטת האישור) תכלול:

"כל אדם ו/או קבוצת בני אדם, מקרב אנשי צבא הקבע, אשר התקשר עם תגמולים בע"מ או גז גמולים חברה לניהול קופות גמל בע"מ עד ליום 30.6.2007 (להלן – 'מועד ההעברה') לשם השתתפות בתכנית חיסכון לעצמאים ו/או לשכירים 'תגמולים' (להלן – 'קופת הגמל'), תמורת דמי ניהול לגביהם הוסכם כי הם יהיו בשיעור 2 ל"י לשנה ושלמעשה היו בשיעור אפס".
אלו העמיתים שיקבלו את הסעדים הקבועים בפסק דין זה.

26. פרק עשרים ושישה: הסעדים

העילה המרכזית בתובענה זו היא הפרת חובת הנאמנות, תוך הפרת החוזים עם התובעים. הנתבעת הפרה את ההסכמים הלבר תקנוניים עם עמיתה בקבוצות כפי שהוגדרו. התובעים מבקשים את אכיפת החוזים מכאן ולהבא, היינו, שהנתבעת תמשיך לנהל את כספיהם מבלי לגבות דמי ניהול מההפקדות. אכן אכיפה מחייבת מתן צו האוסר על המשיבה לגבות דמי ניהול מחברי הקבוצות שהוגדרו לעיל, ואני מורה לנתבעת להפסיק לגבות לאלתר דמי ניהול מחברי הקבוצות כפי שהוגדרו לעיל.

התרופה השנייה הינה השבת דמי הניהול שנגבו בניגוד למוסכם. התובעים הגישו חוות דעת מטעמם בעניין זה, חוות דעתו של ד"ר שלם. ד"ר שלם חישב את סכום הגביה שלא כדין על פי הקבוצות שהוגדרו. לגבי כל קבוצה נערך חישוב מה היה סך התשואה של כל אותה קבוצה, במצב בו לא היו נגבים דמי הניהול שגבייתם הייתה אסורה. זאת על פי שיעורי התשואה של הקופה לגבי כל שנה על פי דוחות הקופה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

חישוב הסכום נעשה בהתבסס על נכסי הקרן לכל שנה במכפלת האחוז הממוצע של דמי הניהול שניכתה הנתבעת בהתאם לנתוני משרד האוצר. היינו, כיוון שנגבו דמי ניהול בכל שנה, היה צורך להוסיף את דמי הניהול שנגבו למצבת הנכסים, כך שנה אחרי שנה. החישוב נכון ליום 31.12.15 (בעמ' 26 לחוות דעתו מציין ד"ר בכר כי ערך את החישוב לגביית היתר מתחילת גביית דמי הניהול ביום 21.10.07 ועד ליום 31.12.15, הנתונים שהיו בידיו עובר להגשת חוות דעתו).

הנתבעת חולקת על הוספת פרמטר התשואה. לדידה, הכללת פרמטר זה מהווה שינוי חזית, שכן בתביעות גרינברג ולוינרד התבקשה השבת סכום דמי הניהול הנומינאליים בתוספת הפרשי הצמדה וריבית כדין. לדידה, היה על התובעים לתקן את התובענה שכן מדובר בשינוי הסעד הנתבע. אין לקבל טענה זו של הנתבעת. שהרי, בכתב התביעה ביקשו התובעים את הסעדים הבאים בגין הפרת חוזה "הפיצוי המתחייב, קרי השבת דמי הניהול שנוכו שלא כדין ובתוספת הצמדה וריבית וכיסוי נזקים והוצאות נוספים שגרמו לתובע ולקבוצת העמיתים על מנת להשיב את המצב לקדמותו ולהימנע מנזקים נוספים כמו גם אכיפה לעתיד לבוא" (סעיף 52 לתביעת גרינברג וסעיף 45 לתביעת לוינרד). כדי להשיב את המצב לקדמותו יש להתחשב במרכיב התשואה, שכן אם בשנה מסוימת נגבו דמי ניהול, חשבון העמית פחת בסכום זה. על כן, הרווחים בגין התשואה, המחושבים באחוזים על בסיס הסכום הקיים בחשבון העמית, היו גם הם בסכום נמוך יותר מזה שהיה מתקבל בחשבון, לו לא היו נגבים דמי הניהול. על כן אין בכך משום שינוי חזית.

כיון שכך, וכיון שהנתבעת לא הגישה חוות דעת נגדית, יש לקבל את חוות דעת ד"ר שלם לעניין חישוב הסכומים. חוות דעתו של ד"ר שלם התבססה על הנתונים שסיפקה הנתבעת, בדמות טבלת דמי ניהול שנגבו בין השנים 2007-2016 בחתך קבוצות: עצמאים, שכירים ואנשי קבע (ראו מוצג 277, בעמ' 8296). כן התבססה חוות הדעת לעניין הנזק על בסיס הנתונים הדיגיטלי שהועבר לדש עם העברת ניהול הקופה לידיה. כן מסרה דש דוחות שוטפים, המציגים את תשואות הקופה במהלך השנים.

החישוב שביצע ד"ר שלם בוצע בהתאם לשני פרמטרים: הראשון, דמי הניהול החודשיים שנגבו מחשבונות העמיתים. בסעיף 87.1 לחוות דעתו פירט שלם את אופן החישוב, שהתבסס על סכום דמי הניהול השנתיים. הפרמטר השני הוא התשואה החודשית שנשאה קופת הגמל. הוספה זו נעשתה תחת ההנחה כי לו לא היו נגבים דמי הניהול שגבייתם מנוגדת להסכמים, היו הסכומים שנגבו כדמי ניהול צוברים תשואה בחשבונות העמיתים. ד"ר שלם מסביר גם את אופן חישוב התשואה על ידו, על בסיס נתוני התשואה ברוטו של הקופה מאתר משרד האוצר (ראו סעיף 87.2 לחוות דעתו).

26.א. הסכום שנגבה תוך הפרת ההסכם

החישוב שביצע שלם של שני הפרמטרים לעיל, מיום העלאת דמי הניהול בידי הנתבעת בשנת 2007 (מספר חודשים לאחר רכישת הקופה), ועד ליום 31.12.2015. נכון למועד החישוב, העריך שלם כי הסכום שנגבה תוך הפרת ההסכם מקבוצת צבא הקבע עומד על 245,397,000 ₪ ו 43,742,000 ₪



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12 ; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

1 הסכום שנגבה תוך הפרת ההסכם מעמיתי קבוצת העצמאים/שכירים עומד על 43,742,00. סכום זה
2 הוא לאחר הפחתת המצטרפים החל מחודש אוקטובר 1977 (39,956,000), וכולל עמיתים שהגדרת
3 הקבוצה שלהם בקובץ הנתונים הינה "לא ידוע". שכן, כפי שטענו התובעים, לאחר שהורדו עובדי
4 בנק הפועלים מן הטבלה, כל מי שנותר בה חזקה כי שייך לאחת הקבוצות האחרות. סה"כ גבתה
5 הנתבעת תוך הפרת ההסכמים סכום של 289,139,000 שקלים (בין השנים 2007 ל-2015).

7 ד"ר שלם הדגיש בחוות דעתו כי כיוון שדמי הניהול מבוססים על אומדנים, דמי הניהול שנגבו בפועל
8 עשויים להיות שונים במקצת מבחוות דעתו, אך מדובר בסטיות קטנות. הוא מדגיש כי חישוב
9 מדויק, שמי, יכול להתבצע רק על בסיס נתוני הגבייה המצויים בידי הנתבעת.

11 כיון שלא הוגשה חוות דעת נגדית, ולאחר שד"ר שלם נחקר על חוות דעתו, אני מקבלת את
12 העקרונות בחוות הדעת ואת סכומי הגבייה ביתר עליהם עמד (עד ליום 31.12.15). לסכומים אלו
13 תווספו הפרשי הצמדה וריבית כחוק מיום 1.1.2016 ועד היום.

15 עם זאת נדרשת השלמה בדמות קביעת סכום דמי הניהול שנגבו מאז 2016 ועד היום. ד"ר שלם
16 ישלים את חוות דעתו בעניין זה. החישוב יתבצע בדיוק באותה שיטה, תוך הצבת הנתונים
17 הרלבנטיים לשנים הנוספות.

19 ד"ר שלם יגיש השלמה זו עד ליום 20.9.21, ואז יינתן פסק דין משלים שייקבע את הסכומים
20 המעודכנים שעל הנתבעת להשיב לעמיתים.

26. ב. אופן ביצוע ההשבה

23 כיון שהנתבעת גבתה שלא כדין דמי ניהול מחשבונות העמיתים תוך הפרת חובת הנאמנות
24 וההסכמים עמהם, הרי שיש להשיב לחשבונות העמיתים את הסכום שהיה בהם לולא ההפרה, ובכך
25 להשיב את המצב לקדמותו.

27 כיון שחוו"ד ד"ר שלם בוצעה על סמך ממוצעים (חישוב שנתי על בסיס ממוצע תשואה, דמי ניהול
28 ממוצעים, והכפלתם במספר חברי הקבוצה), אני מאפשרת לנתבעת לבחור באחד משני אופני
29 השבה: הראשון, על פי חוות דעת התובעים – היינו, המספרים לעיל בחלוקה למספר חברי הקבוצה,
30 או לחלופין, השני, עריכת חשבון מדויק על בסיס נתוני גביה בפועל של דמי הניהול, וחישוב תשואה
31 בפועל, מאז תחילת הגביה ועד היום.

33 אשר לעמיתים שחשבונותיהם ממשיכים להתנהל בקופה יושבו הכספים על דרך של זיכוי חשבונם
34 בקופה. לגבי עמיתים שעזבו את הקופה (בין אם משכו את הכספים, בין אם העבירו אותם לקופה
35 אחרת), תנהג הנתבעת כך: ככל שתבחר בדרך החישוב הראשונה, הממוצעת, תשיב את הסכום



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

1 שהתקבל לאותם עמיתים. ככל שתבחר הדרך הפרטנית, ייעשה חישוב לגבי העמיתים שעזבו את
2 הקופה עד ליום עזיבתם, וסכום זה יושב לכל אחד מהם.

3
4 הסכום שיועבר, יועבר לעמיתים שמשכו את הכספים או עברו קופה, באותה דרך בה נמשכה יתרת
5 הכספים. היינו, ככל שעברו קופה וחשבונם עדיין מתנהל שם, יועבר הכסף לאותה קופה. ככל
6 שמשכו את הכספים, בין ישירות מהנתבעת, בין מהקופה הנעברת, ישולם להם הסכום ישירות.
7 הנתבעת תפנה לכל אותם עמיתים שעזבו, על פי פרטיהם האחרונים, או פרטיהם במרשם
8 האוכלוסין.

9
10 על פי סעיף 20(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות, ככל שיוותרו כספים לאחר מכן הם יועברו ע"י הנתבעת
11 לקרן לניהול ולחלוקת כספים שנפסקו כסעד (סעיף 27א לחוק תובענות ייצוגיות). הסכום ייועד,
12 ככל הניתן, לגופים העוסקים במתן חינוך פיננסי לנוער ולאוכלוסיות מוחלשות.

13
14 הנתבעת תודיע לבית המשפט עד ליום 30.9.21 מה הדרך בה בחרה. ככל שנבחרה דרך התובעים
15 (החישוב הממוצע), יזוכו החשבונות הפעילים של העמיתים בתוך 30 יום מיום מתן פסק הדין
16 המשלים, והכספים למי שאינם עוד עמיתי הקופה ישולמו בתוך 60 ימים ממועד זה.

17
18 ככל שתבחר הנתבעת בדרך הפרטנית, תעביר את כלל הכספים (הן לחשבונות העמיתים הפעילים,
19 הן לעמיתים שפרשו), בתוך 90 יום מיום מתן פסק הדין המשלים.

20
21 הצדדים יגישו טיעונים בעניין גובה הגמול ושכר הטרחה שייפסקו לטובת התובעים המייצגים ובאי
22 כוחם. התובעים יגישו טיעוניהם עד ליום 30.9.21, והנתבעת עד ליום 17.10.21.

23
24 הודעות לחברי הקבוצות כאמור בסעיף 25(א)(5) לחוק תובענות ייצוגיות יתפרסמו לאחר מתן פסק
25 הדין המשלים.

סוף דבר

26
27
28 הסכום שגבתה הנתבעת ביתר עומד על למעלה מרבע מיליארד שקלים (נכון ל-2015, בצירוף הפרשי
29 הצמדה וריבית וכפוף לחוות הדעת המעודכנת), אך אם נחלק סכום זה למספר העמיתים חברי
30 הקבוצה, יוצא, שבממוצע כל אחד יקבל קצת למעלה מ-1,500 שקלים. הסכומים הגבוהים מדגימים
31 וממחישים מהן משמעותיות הרוחב של הפרת ההסכם והפרת חובת הנאמנות מצד הנתבעת.
32 כשמדובר במאות אלפי עמיתים יש משמעות כספית עצומה לכל שינוי בדמי הניהול. מנגד, לעמיתים
33 קשה מאד לעקוב אחר התנהלות הקרן, ועל כן יש חשיבות מיוחדת לחובות הנאמנות המוטלות על
34 הנתבעת והמשקיעים המוסדיים, לפעול לטובת העמיתים בשקיפות.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

בסיום הדברים אביא ממכתבי ב"כ הנתבעת, במענה לפנייתו האישית של מר גרינברג במכתבו שלו (נספח 28 לסיכומי התובעים). במכתב הראשון (מיום 19.2.21, בהתייחס למכתבו של ב"כ גרינברג מיום 22.1.12) נכתב:

"מרשתי דוחה... את דרישותי המפורטות [של מר גרינברג] שהינן משוללות כל בסיס ואינן עומדות בקנה אחד עם מציאות הדברים" (הדגשה שלי – מ' א'-ג').

ובמכתב שני (מיום 14.6.12), לאחר דין ודברים בנושא בין ב"כ הצדדים כפי שמצויין במכתב, ולאחר שמר גרינברג הציג את מסמך ההצטרפות:

"אין לנו אלא לשוב ולהדגיש כי טענותיך בטעות יסודן ומקורן בשל התעלמות ו/או חוסר הבנה של מרשך את הוראות ההסדר התחקיתי החלות על תחום ניהול קופות הגמל" (הדגשה שלי – מ' א'-ג').

ייתכן ולו הייתה הנתבעת מקשיבה ברוב קשב לעמית, מר גרינברג, מעמידה את האינטרסים שלו בראש, כפי שמוטל עליה, ובוחנת לעומק את טיעוניו, לא הייתה באה תביעה זו לעולם.

אני סבורה, כי במסגרת פסק הדין יש להעביר מסר חד וברור – לנתבעת ולמקבילותיה בשוק ההון: חובות הנאמנות, בה מחויבים משקיעים מוסדיים, לרבות הנתבעת, לעמיתים, למשקיעים ולחוסכים, מחייבות כי הקופה (כמו משקיעים מוסדיים אחרים), תשים לנגד עיניה, בראש ובראשונה, את עניינם של העמיתים, ותנהג עמם בשקיפות מלאה.

בפסק דין זה אני מבקשת להסב את תשומת לבם של המשקיעים המוסדיים לחובתם העיקרית לראות לנגד עיניהם כל העת את העמיתים, המשתתפים והחוסכים, כל אותם אנשים ששמו בהם מבטחם, והפקידו בידם את חסכוניותיהם ואת חייהם הכלכליים. בכתיבי הטענות של הנתבעת, הכוללים במצטבר מאות עמודים, אין התייחסות לעמית הבודד, מה הוא הבין, על מה הוא הסתמך. חובת הנאמנות מחייבת את הקופה לשמוע את העמיתים ולהקשיב להם, כפי שראוי שהייתה הנתבעת עושה בעניינו של מר גרינברג, שפנה אליה שוב ושוב, בניסיון להעמידה על התנהלותה בניגוד לחובותיה אלו.

ניתן והודע לצדדים, היום, י"ז אלול תשפ"א, 25 אוגוסט 2021.

מיכל אגמון-גונן, שופטת



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 44598-12-12 ; 2855-09-14 ישראל גרינברג ומיכאל לוינרד נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ

1

