

בעניין :

מאיר שרבט ת.ז. 58416967

באמצעות באי כוחו עורכי הדין נאור יאיר ממך ו/או מיכאל קליינר ו/או ניר פיינר ו/או
יהודה שוורץ ו/או אסף ניסנוב ו/או עמית גנס ו/או ענבל בר און ו/או אחי'
מרחוב טווס 1 (מתחם עזריאל) הוד השרון מיקוד 45353
טלפון 073-7690444 פקס 073-7690445
ומדרך בן גוריון 10 רמת גן
טל. 03-7513233 פקס. 03-7513234

(המבקש)

- נגד -

בנק לאומי לישראל בע"מ

(המשיבה)

בית לאומי, יהודה הלוי 34, תל-אביב, 6513616
ע"י ב"כ ב. לוינבוק ושות', משרד עורכי דין
מדרך מנחם בגין 52, תל-אביב 67137
טלפון : 03-6368888, פקס : 03-6368889

סיכומים מטעם המבקש

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מוגשים בזאת סיכומים מטעם המבקש.

הבקשה לאישור התובענה הייצוגית והתשובה לה ייקראו להלן : **"הבקשה"** **"התשובה לבקשה"** בהתאמה.

כל הטענות במצטבר ו/או לחילופין על פי ההקשר. ההדגשות לא במקור אלא אם כן נטען אחרת

תוכן עניינים

חלק ראשון- מדיניות הכוכבית/ "טעון בדיקה"

פרק א'- מהותה, ייעודה ומאפייניה של מדיניות ה"כוכבית"

א.1. מי נכלל ב"רשימה" ומהם הקריטריונים להכללתו

- נוהל טעוני בדיקה
 - אוכלוסיית הרשומים והקריטריונים לרישומם
- ##### א.2. מדיניות הכוכבית- הדרה

א.3. ההסתרה שבתוך ההדרה- אי גילוי ואי מתן זכות השגה

א.4. ההשלכה של ההפשרה שבתוך ההסתרה שבתוך ההדרה

פרק ב'- עילת התביעה האישית ככלי להוכיח מדיניות של הדרה פסולה

ב.1. על פי נהלי הבנק- כל לקוח שתבע את הבנק נכלל ברשימה השחורה באופן אוטומטי

- ב.1.1. נטל הראיה
- ב.1.2. גירסת המשיבה לוקה בסתירות פנימיות ולוגיות ונסתרה בעדויות חיצוניות
 - ב.1.2.1. ראיות חיצוניות
 - ב.1.2.2. עדותו של מנדלברג לא נסתרה ולא הופרכה
 - ב.1.2.3. העדים סתרו את גירסת המשיבה שלא מדובר בהדרה
 - ב.1.2.4. גירסת המשיבה נסתרה והיא רצופה סתירות פנימיות וכשלים לוגיים
- האדן הראשון- הבנק רשאי לסמן כטעון בדיקה כל לקוח שתבע את הבנק
- האדן השני- הטענה שהמבקש נרשם בשל נסיבות מיוחדות נסתרה והופרכה במסכת הראיות
- האדן השלישי- גירסת המשיבה שהסימון לא השפיע על שיקולי הבנק- הופרכה ונסתרה

ב.2. האם המבקש ביקש אשראי בסניף עפולה להשלמת הבניה?

ב.2.1. רישום המבקש כטעון בדיקה היה השיקול המרכזי בהתנהלות הבנק

- גירסת המבקש
- גירסת המשיבה
- השערות העדה מהמסמכים- מגמתיות, סותרות וחלק מטקטיקה של "עדות לפי הזמנה"
- השערה א'- בהעדר פרוטוקול אין דיון
- השערה ב'- הוגשה בקשת החרגה בשל הכסף שצריך להביא פדות לעסקה
- גירסת המשיבה התגלתה במלוא הציניות וחוסר ההגינות

ב.2.2. האם האשראים שאושרו למבקש מוכיחים כי הסימון לא השפיע על ההחלטות בעניינו?

- "לא היא אמרה לו אלא מישחי אחרת אמרה לו, אבל, מה זה משנה מי אמר לו?"
- האשראים שקיבל המבקש אינם מפריכים את טענת ההדרה
- האשראים ניתנו במסגרת אופציית ההפשרה
- חידוש אשראים
- מדיניות ההדרה מגלה פנים ואופנים אחרים
- סיכול המעבר לבנק אחר
- הדרה באמצעות הערמת קשיים או מימון לא מתאים או ריבית או wahtever
- הגדלת הריבית – סימנים להדרה?
- משחק תעתועים

פרק ג'- האם ניהול "רשימה שחורה" נמצאת בתחום שיקול הדעת הבנקאי

ג.1. התערבות בשיקול הדעת וניהול הסיכונים של הבנק

- א-הדרת לקוחות מלפתוח חשבון בנק מנוגדת לדיני הבנקאות
 - ב- העמימות והסתירות סביב קיומם ותוכנם של קריטריונים סבירים למחיקה
 - ג- המחיקה הינה חריג לכלל של הדרה- היא אינה מרפאת את חוסר הסבירות שבהדרה
 - ד- מרכיב הסודיות וההסתרה הופך את מדיניות הכוכבית לבלתי לגיטימית בעליל
- ##### ג.2. סיכום : המסקנה המתחייבת שיש להסדיר ניהול רשימה על פי כללי הדין והסבירות הבנקאית

חלק שני- משפטי

פרק א'- מדיניות המשיבה כפופה למבחן הסבירות הבנקאי

- הגיון עסקי בנקאי
- הסבירות הבנקאית ביחס לקיומה של מדיניות הדרה נוכח מעמדו של הבנק
- פערי הכוחות המובנים ביחסי בנק-לקוח
- הכוח "המעין מונופוליסטי" המוענק לבנקים
- הבנק כגוף מעין ציבורי וכסוכנות חברתית והחלת חובות כלפי הציבור
- עקרון תום הלב
- חובת האמון
- השיקולים למתן ומניעת אשראי
- הפרת חובת הגילוי
- הפרת החובה לנמק את הסיבה לסירוב
- זכות השימוע
- האסדרה הנוגעת לאיסוף מידע פיננסי ודירוג רמת אשראי
- החוק המסדיר שמירת נתוני אשראי
- תקנת השבים
- פרשנות והתערבות שיפוטית בשיקול-דעת הבנק - במשורה אך ללא מורא

פרק ב'- העילות המשפטיות

- עילות על פי דיני הבנקאות
- ניצול מצוקת המבקש
- עילות מכוח דיני לשון הרע
- עילות מכח חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981
- ניהול מאגר מידע
- עילות התביעה מכוח דיני החוזים ותקנת הציבור
- עילות התביעה על פי פקודת הנזיקין
- עילות תביעה מדיני ההגבלים העסקיים

חלק שלישי- התאמת התובענה להליך הייצוגי

- התקיימותן של התנאים לאישור תובענה כייצוגית
- התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה
- התייחסות לטענה ל"העדר שאלות משותפות" בשל היסודות האינדיבידואלים של טענות המבקש והקבוצה
- התייחסות לטענה ש"העדר אפשרות סבירה שהשאלות המתעוררות תוכרענה לטובת הקבוצה"
- הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין
- התייחסות לטענה כי סכום הנזק האישי הגבוה הינו סיבה לאי אישור התובענה כייצוגית
- קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת ובתום לב
- התובענה משרתת את התכליות העומדות בבסיס חוק הייצוגיות הנזק
- התייחסות לטענה שסכום התובענה הינו "אדיר ודמיוני"

חלק ראשון- מדיניות הכוכבית/ "טעון בדיקה"

פרק א'- מהותה, ייעודה ומאפייניה של מדיניות ה*כוכבית*

1. מהראיות שהוצגו בפני בית המשפט עולה, כי הבנק מנהל מאגר מידע ייעודי, "רשימה" של לקוחות המסומנים ב*כוכבית*, כלשונה של העדה גת:

"אז אם היינו מנהלים עסק שהוא עסק קטן, של משרד של חמישה אנשים, אני משערת שאותה רשימה היתה באיזה שהיא רשימה מעל המכונת קפה או אולי באיזה אקסל. מכיוון שאנחנו גוף גדול, שמפוזר בין הרבה מקומות, אותה רשימה היא לא איזה שהיא רשימה בכתב יד במשרד, אלא היא אצלו במחשבים, שלנו, פנימיים שלנו."

(עמוד 223 ש' 5-1)

2. טרם שנדון בחוקיות המדיניות, נברר תחילה- בהתאם לראיות שהוצגו בבית המשפט- מהם המאפיינים העיקריים של מדיניות זו: מי נכלל באותה רשימה סודית, מהם הקריטריונים, אם בכלל, ו/או הסמכויות על פיהם פועלים פקידי הבנק ביצירת אותה רשימה ו/או בעדכונה (בהוספת רישום או הסרתו). מה מהותה של הרשימה ומהו ייעודה: איזו מדיניות נועדה לשרת וכיצד מיושמת מדיניות זו בפועל.

3. מראש ייאמר- מדובר במדיניות סודית אשר מהותה וייעודה הוסתרו גם בהליך דן. בתיק זה נדרש מאמץ מחשבתי על מנת להתחקות אחר מדיניות הבנק **האמיתית** מבעד למסכי העמימות, עדויות סותרות ומידע סלקטיבי המותאם להליך המשפטי.

להלן יפורטו המסקנות- ע"פ מסכת הראיות- לעניין מהותה וייעודה של הרשימה, מאפייני מדיניות ההדרה, אוכלוסיות המודרים, מהם הקריטריונים, אם בכלל, והסמכויות על פיהם פועלים פקידי הבנק ליישום המדיניות בפועל.

המבקש יוכיח להלן, מתוך מסכת הראיות, כי מדובר במדיניות קלאסית של ניהול "רשימה שחורה", סודית, המשמשת ככלי ליישום מדיניות של הדרה.

א.1. מי נכלל ב"רשימה" ומהם הקריטריונים להכללתו

נוהל טעוני בדיקה

4. בכתבי הטענות והמסמכים הממלאים חוברות עבי כרס- העיקר חסר מן הספר: על אף הדרישה לגלות את הנוהל על פיו מנוהלת הרשימה, המשיבה התעלמה מדרישה זו ולא חשפה בכתבי הטענות האם קיים בבנק ניהול לניהול הרשימה ומה תוכנו.

5. העדות מטעם המשיבה הודו כי בבנק אכן קיים ניהול ספציפי לענין ניהול רשימת טעוני הבדיקה אשר הבנק בחר לא להציגו. כך, עמוד 231 ש' 19-20 העידה גב' אורית גת (להלן גם: "גת"):

"ש: אוקיי. האם בבנק יש ניהול ספציפי, איך מנהלים את רישום טעוני

הבדיקה?

ת: כן.

ש: יפה. האם, למה לא בחרת להציג אותו היום?

ת: אני לא בחרתי מה להציג היום?

ש: את חושבת,

ת: אני באתי עם התצהיר שלי היום." (וכן ראי עמוד 237 ש' 13-20)

6. כך גם העידה גב' סיגלית עין קדם (להלן גם: "עין קדם") בעמוד 356 ש' 22-26 ועמוד 357 ש' 1-5

:

ת: יש לי במחשב את כל נהלי הבנק.

ש: וכולל נוהל טעון בדיקה?

ת: כולל נוהל טעון בדיקה.

ש: כמה עמודים בערך נוהל טעון בדיקה בבנק? זה עמוד? זה שתי שורות?

ת: לטעמי – הרבה.

ש: אוקיי. ולמה לא הצגתם אותו, את יודעת?

ת: אין לי מושג.

7. לא בכדי "נסתתמו טענותיהן" של העדות הרהוטות והמנוסות כאשר נשאלו מדוע לא הוצג הנוהל. הסתרת הנוהל הינו חלק מטקטיקת ההסתרה והעמימות האופפת את הרשימה הסודית ומדיניות הכוכבית.

8. הצגת הנוהל יכלה לחסוך זמן שיפוטי יקר ולשפוך אור על התנהלות הבנק בסוגיה. כל עוד לא הוכח אחרת- המנעות הבנק מהצגתו מעידה כי תוכנו סותר את גירסת המשיבה וראיותיה.

אוכלוסיית הרשומים והקריטריונים לרישום

9. בעדותה חילקה גת את אוכלוסיית הרשומים לשני קבוצות: בקבוצה האחת נכללים כל הלקוחות המסומנים ללא שיקול דעת בהליך אוטומאטי כחלק מ"תהליך שוטף של מאגרי מידע":

"רוב טעוני הבדיקה, שנמצאים אצלנו ברשימה...סומנו בתהליך שלא היתה בו

קבלת החלטות של פקיד או מנהל או מישהו אישי. אלא כחלק מתהליך שוטף

של מאגרי מידע. ... לא היה פה תהליך של שיקול דעת. ברוב המקרים,

הרישום נעשה ללא שיקול דעת.... עמ' 233-234 שו' 24-25, 1-6

10. על הלקוחות שסומנו באופן אוטומטי נמנים קבוצות הלקוחות הבאים: לקוחות שהבנק מחק להם חובות בעבר, פושטי רגל, פושטי רגל לשעבר, מוגבל, מוגבל חמור. (עמוד 234 שו' 16-20). ניתן להוסיף גם מוגבל לשעבר.

11. מראש ייאמר- פושטי רגל, מוגבל או מוגבל חמור הינם לקוחות שהבנק אינו רשאי לתת להם שירות בנקאי על פי דין והרישום לגביהם, למיטב ידיעת המבקש, הינו רישום ייעודי ולא רישום "טעון בדיקה". לקוחות אלו אינם רשאים לקבל שירות בנקאי ואינם נכללים בתובענה זו. פושט רגל לשעבר, או מוגבל לשעבר הינם חלק מהקבוצה בהיותם רשומים כ"טעוני בדיקה" ללא הגבלת זמן.

12. בנוסף, לקוחות שהחוב שלהם עבר אי פעם לטיפול משפטי יסומנו כ"טעוני בדיקה" גם אם הוא פרע את מלוא חובו לבנק:

" העדה: ברגע שהחוב עבר לטיפול משפטי, אנחנו מסמנים אותו כטעון

בדיקה, בהחלט. "ובהמשך: " לקוחות שעברו לתביעה משפטית, מסומנים

כטעוני בדיקה, בהחלט." (עמוד 238 שו' 19-22)

13. כאמור, גם מחיקת חוב בעקבות הסדר פשרה גוררת סימון אוטומאטי :

"אם יש מחיקת חוב בתוך ההסכם, הוא לא יוכל לעבוד עם הבנק שוב." (עמוד

450 שו' 20-21)

וגם אם מדובר במחיקה של 200 ₪:

"רישומים אחרים, כגון מחיקה, וגם אם זה מחיקה של 200 שקל שזה באמת

זניח יהיה רישום עד שלא מישוהו יבוא ויבקש הסרה" (עמוד 261 שו' 24-26)

וכפי שהעידה גת :

" כן. אין כאן עניין של שיקול דעת, באמת. ברגע שיש מחיקה, יש רישום של טעון בדיקה" עמוד 236 שו' 17-18.

14. קבוצה נוספת של לקוחות שיסומנו באופן אוטומטי הינם אנשים הקשורים לתאגיד בנקאי שהבנק מחק לו כסף (גם אם אינם נמנים על לקוחות הבנק) :

" צדדים קשורים לתאגיד מסומנים כטעוני בדיקה" (בעמוד 257 שו' 3)

15. לדברי העדה גת, גזבר של חברה יסומן באופן אוטומטי כ"טעון בדיקה" אם הוא מיופה כח בחשבון או רשום כערב בחשבון :

" העדה: יש מצבים שחשב יסומן כטעון בדיקה. מאוד תלוי האם הוא בעלים בחשבון, האם הוא ערב בחשבון, מה היה שיקול הדעת שלו או כמה היה פעיל בהתנהלות בחשבון. ...אם הוא היה ערב בחשבון, בתור גזבר או מיופה כוח, הסימון הוא אוטומטי... (עמוד 287 שו' 9-14)

16. לשאלת בית המשפט, העידה העדה, כי האוטומטיות משמעה שאין שיקול דעת למרות שבבפועל, כיום, ההקלדה היא ידנית. (עמוד 236 שו' 17-19)

17. לעומת אוכלוסיית המודרים המסומנת באופן אוטומטי, קיימת אוכלוסייה שמודרים על פי "שיקול דעת" או "רישום סובייקטיבי" או "רישום פתוח". אוכלוסייה זו כוללת כל מי שמנהל הסניף או החטיבה חושב שמתקיימות נסיבות שמצדיקות רישומו של הלקוח כ"טעון בדיקה" ולמעשה, הדרתו מהבנק.

18. רשימת המקרים של לקוחות הרשומים כרישום סובייקטיבי אינה מוגבלת, שכן אין הגבלה על שיקול הדעת. בקבוצה זו נכללים, למשל, אנשים שלדעת הבנק היו הרוח החיה מאחורי חשבון של תאגיד :

"...שיש מישהו שהיה הרוח החיה מאחורי החשבון, למרות שהוא לא צד בחשבון. אנחנו נרשום אותו כדיווח סובייקטיבי, כי אנחנו חושבים שאותו בעל תפקיד, למרות שהוא לא מיופה כוח או ערב בחשבון, ראוי שנדע שהיה לו קשר לחשבון. מדובר באירוע חריג, אבל הוא קיים." עמוד 256 שו' 14-18

"יש מצבים שבעל תפקיד, שאחראי על החלק הפיננסי, יסומן כטעון בדיקה." (עמוד שו')

19. מהעדות עולה כי הרישום הסובייקטיבי לא מתנהל על פי קריטריונים או קווים מנחים אלא מדובר ברישום "פתוח" ובסמכות לא מוגבלת, ללא קריטריונים, להחליט על פי שיקול דעתם הבלעדי כי לקוח פלוני יהיה מעתה והלאה לקוח מודר מהבנק :

" מה היה מקרה כזה או אחר, ולמה בחרו באמת לרשום הערה, אני לא יודעת להגיד לך. מדובר במקרים מאוד חריגים, שאותו אדם, אותו בעל תפקיד, חושב שראוי לרשום, כי ראוי שבזיכרון הציבורי של כולנו, ייקחו את זה בחשבון, בעת שיקולי אשראי." עמ' 245 שו' 7-11

20. לגבי לקוחות שתבעו את הבנק נקיים דיון נפרד. כבר נציין כי לטענת המשיבה, לקוח שתבע את הבנק נכלל בקטיגוריה של רישום סובייקטיבי. המבקש יוכיח בהמשך כי טענה זו איננה נכונה, הן על פי הראיות והן מעצם הסתרת נוהל טעון בדיקה שיכל לתת מענה לשאלה זו. המבקש יתייחס בהמשך גם לטענה שהרישומים הסובייקטיביים הינם ארועים חריגים.

2. מדיניות הכובית- הדרה

21. בתת פרק 2.3 לתשובה לבקשה מפרטת המשיבה את טענתה לעניין מהותה וייעודה של ניהול הרשימה. לטענת המשיבה, מדובר בהערה פנימית בספרי הבנק אשר מטרתה לתת בידי הגורמים הרלבנטיים בבנק מידע מירבי על הלקוח כדי שיוכלו לשקול את מלוא השיקולים הרלבנטיים ולקבל החלטות מושכלות ומקצועיות. לטענת המשיבה, המטרה של הערת טעון בדיקה הינה להבטיח "סינכרון מיטבי" של המידע הקיים בבנק בקשר ללקוחותיו הרבים בכל סניפי הבנקים.
- לטענת המשיבה, מדובר ב"אמצעי טכני" שנועד לאותת לעובדי הבנק שעליהם לערוך בדיקות ממוקדות ולא להסתפק בבדיקות המבוצעות באופן רגיל, נטען, כי לסימון הלקוח אין כל השפעה על ההחלטות המתקבלות בעניינו.
22. בסעיף 6 לתשובה לבקשה טענה המשיבה "היא (ההערה - י.מ) אינה מחליפה בשום אופן את שיקול הדעת העסקי של הבנק ואין בה כדי לשלול מראש ובאופן אוטומטי מתן שירותים בנקאיים (לרבות אשראי והלוואות) ללקוחות הבנק" (ההדגשה במקור)
23. כבר מהעדות הראשונה שנשמעה בתיק מפיה של העדה גבי אורית גת נסתרה טענת המשיבה וקו ההגנה העיקרי שלה בכתבי הטענות קרס.
24. מהראיות שנשמעו עד כה עולה- בניגוד לטענת המשיבה- כי הערת טעון בדיקה הינה הערה שעל פי מהותה וייעודה נועדה ליישם מדיניות נוקשה של הדרה. כך כפשוטו, ניהול רשימה של מודרים שאינם זכאים לקבל שירות בנקאי, בין אם מדובר בפתיחת חשבון, בין אם מדובר במתן אשראי ובין אם מדובר בשירות בנקאי אחר במובן המהותי של המונח, קרי, שירות בנקאי אפקטיבי.
25. הוכח כי לא מדובר, כטענת המשיבה, ב "אמצעי טכני" המאותת לפקידי הבנק לבצע בדיקה נוספת, אלא באמצעי הדרה במובן הצבת **תנאי סף** המונע מהלקוח להיכנס למפתן הבנק ולקבל שירות כמו יתר הלקוחות. לקוח המסומן כ"טעון בדיקה" הינו לקוח שהבנק החליט שהוא אינו רצוי בבנק, והבנק, כעקרון, יימנע מלתן לו שירות.
26. העדה גת העידה כי הבנק לא יתן שירות ללקוח המסומן כ"טעון בדיקה". כך העידה גת בעמוד 225 שו' 3-6 :

"ש: זאת אומרת כל עוד לא הפשרת את הסימון, אז הלקוח לא יכול לקבל

שום שירות בסניף?

ת: הוא לא יכול לקבל, הוא לא יכול, אם הוא כבר חשבון קיים, הוא יכול

לקבל שירותים בסניף. הוא לא יכול לקבל אשראי חדש,

ש: או לפתוח חשבון חדש?

ת: או לפתוח חשבון חדש."

27. וכך חזרה העדה גת בעמוד 257 שו' 24-26 ו- 258 שו' 9-1 :

"... אם אני עכשיו נמצאת בסניף ירוחם, או טבריה, whatever, ורוצה לתת
אשראים, רוצה לפתוח חשבון ואתה מסומן כטעון בדיקה, אני חייבת
להתייחס לטעון הבדיקה. חייבת לבקש הסרה של הטעון בדיקה, או הפשרה,
כדי לאפשר לך לקבל שירותים בנקאיים אצלי בסניף.

ש: ועד שלא תוסר ה, יוסר הסימון, אז לא תקבל שום שירות בנקאי?

ת: נכון.

ש: כן.

ת: או הפשרה. אני יכולה להפסיר את זה, לשעה, לתת את השירות הבנקאי,
ואחר-כך זה יוחזר בחזרה."

28. ובעמ' 277 שורות 12 ו-23 :

"ת: בדרך-כלל, כשאדם טעון בדיקה, אנחנו לא נפתח לו חשבון. ...

ת: אם זה רלוונטי, אנחנו לא ניתן לו לנהל חשבון בבנק, כן."

עדותה של עין קדם

29. עדותה של עין קדם נפתחה בהכרזה חגיגית כי להערת "טעון בדיקה" אין כל השפעה על שיקולי
הבנק במתן שירות בנקאי לרבות אשראי. "**הטענה שהערת טעון בדיקה היא תנאי סף ללקוח
מלהיכנס לבנק, היא טענה שאיננה נכונה בעליל**" (עמוד 343 ש' 6-4) העדה חזרה והעידה כי הבנק
לא מקשה על הלקוחות המסומנים כ"טעון בדיקה" לקבל אשראי "**נכון, אני מצהירה בתצהיר שלי
שהטענה הזו** (שהבנק מקשה על הלקוחות המסומנים לקבל אשראי- נ.י.מ) **איננה נכונה ככלל**"
(עמוד 346 ש' 19-20).

30. מאידך, מיד לאחר מכן עומתה עם עדותה של העדה גת (עמוד 350 ש' 19-25 "העידה פה גב' גת
ואמרה – כל עוד הלקוח מסומן בספרי הבנק כלקוח טעון בדיקה אני לא אפתח לו חשבון בנק ולא
אתן לו שירותים בנקאיים"). תחילה ביקשה לומר שאכן יש סתירה כשהשיבה "היא שימשה
כמנהלת סניף אי פעם?" (עמוד 350 ש' 26) אולם, מיד לאחר מכן התיישרה עם גירסתה של העדה
גת כשהודתה כי ללא אישור מהנהלה ממונה לא ניתן לפתוח ללקוח חשבון או לתת לו אשראי או כל
שרות בנקאי אחר :

"העדה: למיטב ידיעתי, כשלקוח הוא מסומן כטעון בדיקה, בעת פתיחת
חשבון או בעת מתן אשראי או כל שירות בנקאי אחר, אני צריכה לפנות
להנהלה ממונה לקבל אישור לעשות כן. בהתייחס,
עו"ד נאור ממך: לקבל אישור?

העדה: לתת לו את השירותים הבנקאיים לפתוח את החשבון,

עו"ד נאור ממך: אוקיי.

העדה: להעמיד לו אשראים. אני צריכה לקבל אישור כזה מהנהלה
ממונה.

ש: אוקיי. ואם את לא מקבלת אישור?

ת: אז לא קיבלתי אישור ואני לא פועלת בהתאם."

31. יתירה מכך, עין קדם העידה, כי לפחות במקרה של לקוח המסומן כ"טעון בדיקה" בגין מחיקת
חוב, אין כלל טעם לפנות להנהלה ממונה שכן אף הנהלה ממונה לא תאשר לתת לו אשראי. למעשה,

עין קדם טוענת כי במקרה זה אין הפעלה של שיקול דעת מכל סוג, גם לא של הנהלה ממונה, ועצם הסימון, ללא קשר למצבו הפיננסי של הלקוח, גורר הדרתו מהבנק:

"אם הטעון בדיקה שלו נובע מזה שמחקר לו חוב הוא יכול להיות הלקוח הכי

טוב בעולם ואני לא אתן לו אשראי" (עמוד 354 שו' 25-26)

"ת: אני אומרת שוב, תלוי לפי איזה עניין הוא מסומן כטעון בדיקה. אם הוא

מסומן כטעון בדיקה כי הופרש בגינו אשראי, אף הנהלה ממונה לא תאשר לי

לתת לו אשראי. אם הוא סומן," (עמוד 355 שו' 5-8)

32. במהלך החקירות ביקשה העדה גת "להלבין" את המדיניות בטענה שהבנק מפעיל שיקול דעת ובוחן

את הרלבנטיות של הרישום, במידה שהרישום לא רלבנטי הבנק מסיר אותו מרשימת המודרים או מפשיר אותו לשעה לצורך פתיחת חשבון או מתן אשראי ספציפי.

לטענה נכבדה זו וליתר הקלפים של המשיבה, הן הקלפים ששלפה והן הקלפים שהחזיקה קרוב קרוב אליה, לכולן יתייחס המבקש להלן בהרחבה.

33. להלן יוכח כי מסכת הראיות שנשמעה מוטטה את מגדל הקלפים וחשפה כי המונח "טעון בדיקה"

הינו מונח מכובס למדיניות של הדרה שעניינה חסימת הלקוח מלהיכנס בשערי הבנק ולקבל שירות. אמנם, קיימים מקרים שהבנק מוחק את ההערה, אולם אין בעובדה זו כדי להכשיר מדיניות זו, הכל כפי שיפורט.

3.א. ההסתרה שבתוך ההדרה - אי גילוי ואי מתן זכות השגה

34. מהראיות שהוצגו עולה, כי הבנק, כעניין שבמדיניות, לא מגלה ללקוח כי הוא מסומן ברשימת המודרים. הבנק לא מכחיש כי מדובר, למעשה, ברשימה פנימית, סודית, המתנהלת במסתרים.

35. כבר בסעיף 119 לתשובה לבקשה הודה הבנק כי: **"לאור מהות הרישום וייעודו, גם לא מוטלת חובה על הבנק למסור ללקוח על קיומה של הערה אודותיו"**.

36. העדה גת העידה כי ניהול הרשימה נעשה במסגרת מדיניות "שקופה" לחלוטין מבחינת הלקוח:

"העדה: כל, כל לקוח שמבקש לפתוח חשבון, הוא לא יודע שהוא מסומן

כטעון בדיקה, הבנקאי נתקל בזה שהוא נתון בדיקה, פונה למרכז מומחיות,

כחלק מהנהל שלנו, פונה למרכז מומחיות, בודק האם זה רלוונטי או לא רלוונטי.

הרבה פעמים זה לא רלוונטי, מסירים, נותנים אשראי, מבלי שהלקוח יודע

שהיה סימון והוסר הסימון.

שקוף, שקוף לחלוטין מבחינת הלקוח." עמוד 265 שו' 18-24

ובהמשך:

"העדה: אז מהדיון הקודם אמרנו שקודם כל, סימון טעון בדיקה, כן או לא,

לא חשוף ללקוח, אנחנו לא אומרים את זה ללקוח, אנחנו לא מיידעים את

הלקוח." (284, שו' 3-5)

37. בהמשך, נשאלה העדה גת מדוע לא לגלות ללקוח שהוא מסומן ביום שמסמנים אותו, כחלק

ממדיניות הסימון. בהסבירה את הרציונל העומד בבסיס הטענה שהבנק לא חייב לגלות ללקוח

שהוא מסומן טענה שהבנק הוא גוף עסקי הרשאי להחליט עם מי הוא מעוניין לעבוד עם מי לא והוא לא מחויב לחלוק מידע זה עם הלקוח שהוא לא מעוניין לעבוד איתו :

"עו"ד ממך: למה לא לגלות ללקוח...ברגע שסימנו אותו, להגיד לו – אתה, אדוני, רשום אצלנו כטעון בדיקה, וכל פעם שתבוא לקבל שירותים, לא תקבל שירות, עד שהסימון לא יוסר.

העדה: לכל בעל עסק יש העדפות ויש נהלים, זה משהו פנימי שלנו. אני משוכנעת שגם אתה, כשמנהל את עסקיך, יש אנשים שאתה יותר רוצה לתת להם שירות ופחות רוצה לתת להם שירות ואם יש מישהו שעובד אתך, אתה תשתף אותו בקריטריונים של מי כן ומי לא, אתה לא בהכרח תגיד ללקוח – תקשיב, אתה, בפעם הבאה שתקבל שירות מהמשרד שלי, אני לא מעוניין."

עמוד 266 שו 24-26 ובהמשך בעמוד 267

38. יוער, כי בתשובתה זו, הודתה העדה, בעקיפין, בשתי נקודות רלבנטיות לסוגיה: האחת, כי אי הגילוי הינו חלק ממדיניות הבנק ("לכל בעל עסק יש העדפות ויש נהלים. זה משהו פנימי שלנו") (ראי עדותה בעמוד 273 שו' 11 שם ניסתה להתחמק מלהודות שמדובר במדיניות של אי גילוי וטענה כי זו חוות דעתה בלבד).
- השניה, כי אכן מטרתה של ההערה הינה הדרה ולא "אמצעי טכני" ("אתה לא בהכרח תגיד ללקוח-תקשיב, אתה, בפעם הבאה שתקבל שירות מהמשרד שלי, אני לא מעוניין").
39. בהמשך החקירה, הסבירה העדה גם את האינטרס העיסקי של הבנק באי גילוי הסימון ללקוח המסומן :

"העדה: חוות-דעתי היא שרצוי מאוד לא להגיד לו.

ש: למה?

ת: אני היום פותחת הרבה חשבונות, חלקם טעוני בדיקה, לא הייתי רוצה שהאנשים האלה שאני פותחת להם חשבונות, ידעו, יחששו, וילכו לבנק אחר. אני מאוד רוצה שהם יבואו ואני פותחת להם חשבונות, בשמחה."

(בעמוד 273 שור' 11-13)

40. לשיטת המשיבה, הלקוח לא יכול לבקש להסיר אותו מרשימת המודרים כי הוא לא יודע שהוא מסומן והוא גם לא צריך לדעת:

"העדה: אבל הלקוח לא מבקש להסיר אותו מהרשימה.

עו"ד ממך: הבנתי. אבל הוא לא יכול לבקש, כי הוא לא יודע שהוא מסומן.

העדה: נכון. הוא גם לא צריך." (עמוד 263 שו/ 24-26)

41. מדיניות ההסתרה שנוספה למדיניות ההדרה עלולה לגרור מספר השלכות על זכויותיו של הלקוח: ראשית, אי הגילוי מונע מהלקוח את זכותו היסודית לבחון את הרישום שנעשה כלפיו ולהשיג עליו, בין אם מדובר בטעות ובין אם מדובר בנסיבות שראוי לאפשר ללקוח מעין זכות "שימוע" לגבי החלטות שמתקבלות בעניינו.
- שנית, אי הגילוי מונע מהלקוח לשקול את צעדיו באופן מושכל. לאי ידיעה זו עלולות להיות השלכות כלכליות הרות גורל.

42. קחי, למשל, לקוח שנקלע למצוקה כלכלית או למחלוקת לגיטימית עם הבנק וחתם עם הבנק על הסדר פשרה שיש בו אלמנט של מחיקת חוב (כעדותה של גת- אפילו 200 ש), הלקוח לא יודע שכתוצאה מאותו הסדר פשרה הוא נכנס לרשימת המודרים :

"ש: לפי הנוהל הקיים בבנק, הבנק מגלה ללקוח כשהוא חותם אתו על הסכם פשרה, על הסנקציה הזאת של טעון בדיקה?
"ת: הבנק לא, לא מדבר עם הלקוח על זה שהוא יהיה טעון בדיקה או לא
יהיה טעון בדיקה בדרך-כלל. לא, לאו דווקא." (עמוד 307 שו' 25-26)

43. אמור מעתה- לקוח החותם עם הבנק על הסדר פשרה (במסגרתו נוהג הבנק להחתים את הלקוח על סעיף ויתור דרקוני על כל טענה שהייתה אי פעם ללקוח כנגד הבנק) לא יודע כי בפועל מדובר בהסדר פשרה חד סטרי: מבחינת הבנק ההסדר שולח את הלקוח, ללא ידיעתו, בטיסה ישירה לרשימת המודרים, לנצח:

"אם יש מחיקת חוב בתוך ההסכם, הוא לא יוכל לעבוד עם הבנק שוב." (עמוד 450 שו' 20-21)
" אם הטעון בדיקה שלו נובע מזה שמחקו לו חוב בעבר, הוא יכול להיות הלקוח הכי טוב בעולם ואני לא אתן לו אשראי." : (עמוד 354 שו' 25-26)

4.א. ההשלכה של ההפשרה שבתוך ההסתרה שבתוך ההדרה

44. בעדותה של גת התגלה לראשונה כי מדיניות ההסתרה וההדרה כוללת גם אופצייה נוספת: "הפשרה": מדיניות הכוכבית כוללת אפשרות של הפשרת הסימון לשעה, לצורך ספציפי, והשבתו. כך, ניתן להסיר לקוח מרשימת המודרים לשעה, לתת לו שירות בנקאי, ולאחר מכן, להשיב אותו לרשימת המודרים:

"ויש מופשר. זאת אומרת, אני מסכימה לבצע את אותה פעילות אשראי, נכון לעכשיו, אבל הסימון הוא עדיין רלוונטי." (עמוד 224 שו' 8-10)
ובהמשך:
"או הפשרה. אני יכולה להפסיר את זה, לשעה, ולתת את השירות הבנקאי, ואחר כך זה יוחזר בחזרה" (עמוד 258 שו' 8-9)

(לא בכדי אופציית ההפשרה התגלתה לראשונה בחקירה. בכתבי הטענות הוכחשה מדיניות ההדרה וממילא לא היה רלבנטי לגלות גם את אופציית ההפשרה.)
45. אופציית ההפשרה מתווספת להסתרה שבתוך ההדרה: כפי שנעשית ההדרה, גם ההפשרה נעשית מאחורי גבו של הלקוח וללא ידיעתו.

46. ההשלכה של ההפשרה, שבתוך ההסתרה, שבתוך ההדרה, הינה חמורה ביותר: הלקוח נוטל על עצמו התחייבויות מול הבנק (בין אם פתיחת חשבון ובין אם נטילת אשראי) מבלי שהוא יודע כי הוא מסומן בבנק ברשימת המודרים והוא הלכה למעשה לא מקבל שירות בנקאי אפקטיבי.
או, חמור מכך, כמו בעניינו של המבקש: לקוח יכול לקבל אשראי ולשעבד נכס לבנק כתוצאה מאופציית ההפשרה מבלי שהוא ידע כלל כי מיד לאחר קבלת האשראי ושעבוד הנכס הוא יהפוך

ללקוח לא רצוי, על כל המשמעויות שיהיו לכך, לרבות העובדה שהנכס יוחזק בידי הבנק ויכולת המינוף תמנע ממנו.

47. נראה, שאין כמו העדה גת להסביר את האינטרס של הבנק לא לגלות ללקוח שהוא מסומן:

"ת: אני היום פותחת הרבה חשבונות, חלקם טעוני בדיקה, לא הייתי רוצה

שהאנשים האלה שאני פותחת להם חשבונות, ידעו, יחששו, וילכו לבנק אחר.

אני מאוד רוצה שהם יבואו ואני פותחת להם חשבונות, בשמחה."

(בעמוד 273 שור' 11-13)

או דבריה של עין קדם: "זה מבהיל" (עמוד 452 שור' 25)

48. כפי שיפורט, בעוד העדה גת, בכובעה כמנהל הבנק הדיגיטלי פפר, מעוניינת לפתוח ללקוחות חדשים

חשבון בנק בשמחה, לאותם לקוחות אין כל סיבה לשמוח. השרות שהם יקבלו יהיה נחות ברוב ההיבטים משרות שהיו מקבלים בכל בנק אחר, שיקולי מתן האשראי יהיו מוגבלים (ובהסרת ההפשרה אף חסומים) וכל זאת מבלי לשתף אותם בכך. אכן מבהיל!!!

49. בגילוי מדיניות ההפשרה נפתרה לה תעלומה שהעסיקה את החקירה במדיניות ההדרה של הבנק:

כיצד ניתן למבקש אשראי למרות שנכלל ברשימת המודרים. בנוסף, מדיניות ההפשרה מסבירה כיצד משתלבת מדיניות ההדרה עם האינטרס העסקי שהוא ליבת העסקים של הבנק במתן שירות בנקאי לרבות אשראי.

מדיניות ההפשרה מאפשרת לבנק לאזן בין שני אינטרסים בנקאיים מנוגדים: בין האינטרס הבנקאי בקיומה של מדיניות ההדרה (תאמר הרתעה, תאמר כבוד מונופוליסטי, תאמר נקמה- תאמר אשר תאמר) לבין האינטרס הבנקאי במתן אשראי.

הבנק מאזן את המתח בין האינטרסים המנוגדים שלו עצמו באמצעות ה"הפשרה", המאפשרת להגמיש את מדיניות ההדרה לפי האינטרסים העסקיים של הבנק, ושל הבנק בלבד. במקום שקיים לבנק אינטרס עסקי חזק ומובהק לקיומה של עסקה הוא יפשיר את הסיכון, לשעה, לצורך האינטרס שלו בעסקה, וישיב את הסיכון מייד לאחר מכן, לצורך האינטרס הבנקאי שלו בקיומה של מדיניות ההדרה.

והאינטרס של הלקוח מה יהא עליו?

האינטרס של הלקוח, המצוי לו אי שם בין האינטרס הבנקאי הראשון לאינטרס הבנקאי השני, נשחק עד דק... ומה שחמור מכל, איש לו טורח לשתף אותו ולהביא לידיעתו את המתרחש.

פרק ב' - עילת התביעה האישית ככלי להוכיח מדיניות של הדרה פסולה

1.1. על פי נהלי הבנק - כל לקוח שתבע את הבנק נכלל ברשימה השחורה באופן אוטומטי

50. בתת פרק זה ננתח, ע"פ חומר הראיות, את גירסת המשיבה לגבי מדיניות הבנק כלפי לקוח שתבע אותו והמדיניות לסמן לקוחות אלו כ"טעוני בדיקה".
51. לטענת המשיבה, לקוח שתבע את הבנק נמנה על הקבוצה של הרישום הסובייקטיבי, רישומו כ"טעון בדיקה" נעשה על ידי הבנק אך ורק אם מתקיימות נסיבות חריגות שראוי ל"שמור בזכרון הארגוני" של הבנק. לטענת המשיבה, הנסיבות החריגות הן מושא הרישום ולא עצם העובדה שהבנק נתבע על ידי הלקוח. העדה גת העידה, כי מדובר במקרים חריגים כאשר רוב הלקוחות המגישים תביעות נגד הבנק לא מסומנים.
52. בנוסף, העידה עין קדם כי רישום לקוח שתבע את הבנק נועד להזכיר לפקיד הבנק להתנהל מולו בזהירות, לתעד ולהשיב בכתב לכל פנייה שלו.
53. כפי שיפורט להלן, מחומר הראיות הוכח כי גירסת המשיבה אינה נכונה ואינה מדויקת, לשון המעטה. גירסת המשיבה לוקה בסתירות, הן סתירות לוגיות בגירסתה שלה, והן סתירות מהותיות ומשמעותיות ביחס לראיות שהוצגו.
54. המבקש יוכיח, לכל הפחות ברמה הנדרשת בשלב זה של ההליך, כי המשיבה נוהגת (לכל הפחות בתקופה הרלבנטית לתובענה) לכלול ברשימה הסודית של המודרים כל לקוח שתבע את הבנק, ללא קשר לנסיבות אחרות, חריגות או לא חריגות, הנלוות להגשת התביעה.

1.1.1. נטל הראיה

55. נטל הראיה להוכיח שמדובר ברישום סובייקטיבי ובארוע חריג מוטל על כתפיה של המשיבה.
56. ראשית, משהוכח ומשהודתה המשיבה כי הלקוח נכלל ברשימה הסודית בשל כך שתבע את הבנק, הנטל להוכיח את הטענה שמדובר בארוע חריג, הנובע מנסיבות חריגות, מוטל לפתחו של הצד הטוען כך.
57. שנית, הוכח כי בבנק קיים נוהל מפורט של טעוני בדיקה. עוד הוכח, על פי עדותה של גת, שישנה התייחסות ספציפית בנוהל טעוני בדיקה לגבי סימון לקוחות שתבעו את הבנק (עמוד 239 ש' 4-5).
58. אין יכול לחלוק שהנוהל יכל לשפוך אור על מדיניות המשיבה בענין זה.
59. אי הצגת מסמך כה מהותי בידי בעל דין צריך לעמוד לחובתו, בפרט כאשר ברור שהמשיבה בחרה במודע ובמתכוון לא להזכיר ולא להציג את נוהל טעוני בדיקה, חרף דרישותיו של המבקש בכתבי הטענות. בנסיבות אלו, יש לקבוע כי נטל ההוכחה כי מדובר בארוע חריג ובנסיבות חריגות מוטל לפתחה של המשיבה.
59. בנוסף, נתוני האמת בקשר להיקף התופעה של רישום לקוח שתבע את הבנק מצויים בידי המשיבה, אשר נמנעת מלהציגם. העדה העידה כי מדובר בנתון הנמצא במאגרי המידע של הבנק ויש לו את היכולת להוציא את הנתון כמה לקוחות נכללים ברשימה מכל סוג, בכל רגע נתון ובלחיצת כפתור. (עמוד 252 ש' 14-5). המשיבה לא הציגה את הנתונים המצויים בידה ואשר, יכלו- בלחיצת כפתור - להפריך את טענות המבקש ולהוכיח את הטענה שמדובר בארוע חריג.
60. עדותה הערטילאית של העדה גת כי על פי ניסיונה מדובר בארוע חריג נתמכה בטענה שבדקה את הרישומים בשנים 2017 ו-2018 בלבד אבל לא את השנים 2016 ומטה (עמוד 254 ש' 3-1).
61. בכל הכבוד, מדובר בעדות מטעה.

62. ראשית, הנתון הרלבנטי לבדיקת היקף התופעה הינו מספר הלקוחות הנכללים ברשימה במועד הגשת התובענה, גם אם נרשמו לפי עשורים. ההיקף המספרי של הלקוחות שנרשמו בשנה האחרונה אינו רלבנטי כאשר לקוחות רבים סומנו לפני שנים רבות, וכפי שהוכח הם עדיין נכללים בתוך הרשימה, וככל הנראה ייכללו בה לעולם ועד.

63. מעבר לכך, לשנים 2017 ו-2018 משמעות נמוכה, אם בכלל, לתובענה. הבקשה דן הוגשה בשנת 2015 ואף הבקשה המתוקנת בשנת 2016. הנתונים הרלבנטיים הינם המועדים שלפני הגשת הבקשה. לא מן הנמנע כי בכל הקשור ללקוחות שתבעו את הבנק הבנק השהה או מיתן את מדיניותו לצורך ניהול התביעה הייצוגית או אפילו ביטל את המדיניות לחלוטין כלפי לקוחות אלו.

1.2.1. גירסת המשיבה הופרכה מיניה וביה - לוקה בסתירות פנימיות ולוגיות ונסתרה בעדויות חיצוניות

64. כפי שנראה להלן, גירסת המשיבה נסתרה באמצעות ראיות חיצוניות, מופרכת על ידי עדי המשיבה עצמה והופרכה מיניה וביה כשהיא לוקה בסתירות פנימיות ולוגיות.

1.2.1.1. ראיות חיצוניות

65. המשיבה לא הצליחה לסתור או להפריך את הראיות שהציג המבקש, הן הודאתה הפורמלית בכתב ההגנה והן עדותו של מר מנדלברג.

הודאת המשיבה בכתב ההגנה

66. במסגרת כתב ההגנה מטעם הבנק בהליכים שהתנהלו בין הצדדים עובר להגשת התובענה הייצוגית, הודה הבנק באופן שאינו משתמע לשני פנים כי על פי נהלי הבנק לקוח שתבע את הבנק נכלל ברשימת "טעוני בדיקה" ללא שיקול דעת. וכך נכתב בסעיף 2.4 לכתב ההגנה מטעם הבנק בתיק 49118-10-14 מאיר שרבט נ' בנק לאומי לישראל (נספח 3 לבקשה):

2. מוכחש האמור בסעיף 2.4 לכתב התביעה. הבנק יבחר, כי היות והתובע הגיש תביעה נגד הבנק, על פי נהלי הבנק נרשמת הערה בספרי הבנק.

67. מדובר בהודאה פורמלית של בעל דין בכתבי הטענות:

"הלכה פסוקה היא, כי הודאה מטעם בעל דין הנכללת בכתבי הטענות או הנמסרת בגדר הליך דיוני המיועד לכך (כגון: בתשובה לדרישה להודות בעובדות, או בהצהרה מפורשת במהלך הדיון), מהווה "הודאה פורמלית", המצמצמת את המחלוקת ופוטר את בעל הדין שכנגד מהבאת ראיות להוכחת עמדתו במחלוקת נושא ההודאה" (ע"א 279/89 "הסנה" חברה ישראלית לבטוח בע"מ נ' שלום דמתי, פ"ד מז(3) 156, 164-163)

מהודאה כזאת אין בעל-דין רשאי לחזור בו אלא ברשות בית המשפט ובתנאים שיקבע לכך (וראו תקנה 104 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984). (תא (חי) 976/01 מדינת ישראל נ' חברת ב.י.מ. - חברה לבניין בע"מ סעיף 19 לפסק הדין)

68. בפסיקה נקבע כי בית המשפט יעתר לבעל דין לחזור בו מהודאתו רק אם יוכח **"כי ההודאה ניתנה בטעות או מתוך תרמית או שלא מרצון חופשי או לא מדעת, או שתוכנה אינו אמת"** (כלשון השופטת נתניהו בע"א 375/84 ד' עדן בשם עיזבון המנוח א' עדן ז"ל נ' מ' אל פאגורי ואח' [1], בעמ' 238). מה המשמעות של או שתכנה לא אמת. האם יש בטחון שאין פסיקה נוספת

69. אמנם כתב הטענות ניתן בהליך אחר, אולם, מדובר באותם בעלי דין ובאותה הערת טעון בדיקה נושא הליך זה. לחילופין, יש לקבוע כי המשיבה מושתקת מלטעון טענה עובדתית העומדת בסתירה

להודאתה בכתב ההגנה. לחילופין, יש לקבל את ההודאה בכתב ההגנה כראיה ולהטיל על המשיבה נטל מוגבר להוכיח כי ההודאה ניתנה בטעות או שתוכנה אינה אמת. המשיבה לא עמדה בנטל זה.
70. לכל הפחות, יש לראות בהודאה זו כראיה ככל ראיה שעל המשיבה לסתור או להפריך. המשיבה לא עמדה גם בנטל זה.

ב.2.2.1. עדותו של מנדלברג לא נסתרה ולא הופרכה

71. גירסת הבנק הופרכה מעדותו של העד מנדלברג אשר פנה למשרד עורכי הדין מיוזמתו לאחר הגשת התביעה המקורית. לטענתו, הוא מודר מהבנק בשל העובדה שתבע את הבנק.
72. מנדלברג העיד בתצהירו ובעדותו כי מנהל האשראי מר אורי עובדיה התריע בו מראש שלא יוכל לעבוד עם הבנק אם יגיש תביעה. כמו כן, העיד שלאחר הגשת התביעה פנה מספר פעמים לבנק, גם לסניפים אחרים ונאמר לו כי לא יוכל לפתוח חשבון ולקבל אשראי (עמוד 30 ש' 8-1). כמו כן, העיד בחקירתו שמנהל האשראי החדש בסניף לוד "התלהב" לעבוד איתו אלא שלאחר מספר שבועות הודיע שלא יוכל לעבוד איתו בשל כך שהגיש בעבר תביעה משפטית כנגד הבנק. (עמוד 31 ש' 12-19)
73. מנדלברג העיד בתצהירו כי נאמר לו על ידי מר אורי עובדיה ועל ידי מנהל הסניף בלוד כי למרות שהוא לקוח מצויין והסניף מעוניין לעבוד עימו "הנהלת המרחב מסרבת בתוקף לאשר לי אשראי ו/או ביצוע פעולות כלשהן שכן המדיניות היא שהם לא מוכנים להמשיך לעבוד עם מי שתבע את הבנק" (סעיף 11 לתצהירו). כמו כן העיד כי "מנהל האשראי בסניף מר אורי עובדיה אמר לי במפורש שמי שמגיש תביעה נגד הבנק לא משנה אם הוא צודק או לא, הבנק מפסיק לעבוד איתו ולא נותנים לו יותר שום אשראי" (סעיף 12 לתצהירו).
74. בחקירתו חזר מנדלברג על גירסתו:

"הוא אמר לי, כפי שרשום פה, שמי שתובע את הבנק, זה לא משנה אם הוא צודק או לא צודק, הוא, איך אומרים? כבר שרוף, מבחינה של מילה. אני שרוף,

...אתה שרוף ולא רק אתה, מי שתובע את הבנק וזה לא משנה אם אתה זוכה או לא זוכה, אם אתה צודק או לא צודק, אתה לא יכול יותר לקבל אשראים. הוא לא עשה את זה רק על עצמי, הוא הכליל את כל האנשים שיש להם

סכסוך משפטי עם הבנק." (עמוד 20 ש' 14-6)

75. עדותו של מנדלברג הינה עדות מוצקה ועקבית וללא מניע או שיקולים זרים. עדותו לא נסתרה. אין לקבל את הטענה שמדובר בעדות שמיעה. מנדלברג העיד ועדותו לגבי **עצם האמירות שנאמרו לו** אינם בבחינת עדות שמיעה. מנדלברג העיד מכלי ראשון מה נאמר לו על ידי מר אורי עובדיה ומנהל הסניף. פקיד הנושא תפקיד אצל המשיבה הינו בבחינת ידה הארוכה של המשיבה והדברים שנאמרו מפיו כאילו נאמרו מפיה של המשיבה.

76. עדותו של מנדלברג היא מהותית להפרכת גירסת הבנק לענין המדיניות שלו ביחס ללקוח שתבע את הבנק. העדות היחידה שהביאה המשיבה להפרכת עדותו של מנדלברג מסתכמת בעדות קצרה ולקונית של העדה גת הטוענת כי:

"**במועד בדיקת התצהיר בדקתי לא סומן ולא היתה שום אינדיקציה על כך שהוא סומן בעבר**" (עמוד 288 ש' 9-8).

העדה גת- שהיא העדה היחידה מטעם המשיבה שהתייחסה בתצהירה לעדות מנדלברג- העדה כי לא ביררה את טענת מנדלברג עם אורי עובדיה או מנהל הסניף :

"האם את שוחחת עם אותו אורי עובדיה ? ת: לא (עמוד 285 שו' 14-15)

"אני לא יודעת מי אמר ולמה אמר. אני גם לא בחרתי את מי להביא לכאן" (עמוד 289 שו' 4-5).

יתירה מכך, העדה העידה כי אין בכוחה או כוונתה לסתור את עדותו וכי לא בדקה שום דבר מעבר לעובדה שהוא, לפי בדיקתה, לא סומן :

"נכון, גם לא הצהרתי שום דבר מעבר לזה שהוא לא סומן" (עמוד 289 שו' 21)

77. חרף המשמעות של עדות מנדלברג לגירסת המשיבה, המשיבה לא הביאה עדות נגדית לסתור את עדותו. למצער היה עליה להביא לעדות את מר אורי עובדיה, הנמצא בשליטתה, על מנת שיפריך את טענת מנדלברג.

"דינה כבחירה של צד שלא להביא ראייה או עד הנמצא בשליטתו, מחשש שמא בחקירה

נגדית יעיד לרעתו." (עא 1226/11 עוזי ישראל-פור נ' יהודה אליהו סעיף 41 לפסה"ד- נבו) !!!

78. העובדה שהעדה הסתפקה בטענה לקונית ובבדיקה שטחית ואומרת דרשני, הן בשל חשיבותה של המחלוקת לתובענה והן לאור הבדיקות המעמיקות שנעשו, למשל, לגבי עדותו של גלאס.

79. המשיבה לא עשתה כן ויש לקבוע כי עדותו של מנדלברג מהווה ראייה נוספת המפריכה את גירסת הבנק. לכל הפחות, יש לקבוע כי נטל הראייה עובר למשיבה (אם לא היה מוטל עליה קודם) לסתור או להפריך את עדותו.

80. לא ברור מה עומד מאחורי גירסת המשיבה על פיה מנדלברג מעולם לא סומן כ"טעון בדיקה". אין זה מתפקידו של המבקש לנחש אם הסימון נמחק מספרי הבנק בעקבות התביעה הייצוגית או שקיים רישום נוסף מקביל או שמא מדובר בהתחכמות אחרת. מנדלברג היה מדויק ועקבי בטענתו הן לגבי העובדה שבעקבות התביעה שהגיש הוא איננו יכול לקבל שום הלוואה ושום אשראי, בכל סניף של בנק לאומי והן לגבי מה שנאמר לו על ידי מנהל האשראי לגבי מדיניות הבנק כלפי מי שתבע את הבנק, וכיצד מתנהלים העניינים בפועל.

81. מנדלברג העיד, על פי מה שראו, או במקרה זה לא ראו עיניו, שאין לו מידע לגבי אופן הסימון בהעדר גישה לספרי הבנק הוא נסמך על מה שנאמר לו על ידי הפקידים. מנדלברג אף ציין בתצהירו כי מעולם לא נאמר לו שהוא יוכלל ב"רשימה שחורה" וחזר בחקירתו על כך שאין לו מושג כיצד מתבצע הסימון, וכי כל עדותו מתמקדת במה שהוא יכול באופן חיובי להעיד עליו: הדרתו מהבנק בעקבות התביעה שהגיש והדברים שנאמרו לו על ידי אורי עובדיה ומנהל הסניף לגבי מדיניות הבנק כלפי מי שתבע את הבנק.

82. עדותו זו לא נסתרה ולא הופרכה בכל ראייה נגדית.

1.2.3. העדים סתרו את גירסת המשיבה שלא מדובר בהדרה

83. קו ההגנה החמקמק שהציגה המשיבה בתשובה לבקשה המקורית, הצריכה את הבאת העדויות שהוצגו בתיק. עדויות אלה מחזקים את מסכת הראיות לכך שמדיניות הכוכבית משרתת מדיניות של הדרה ולסימון לקוח ישנה השפעה על ההחלטות בעניינו.

תצהיר מר גדעון בר טל

84. מר בר טל הינו פנסיונר חבר קיבוץ שריד מזה כ- 60 שנים. בעברו שימש כמנהל קרן השומר הצעיר מטעם הקיבוץ הארצי ובמסגרת תפקידו חתם על הסדרי מחיקת חובות של הקיבוצים אל מול

- הבנקים בתחילת שנות ה-90 כחלק מתוכניות מקיפות, עם מעורבות ממשלתית רחבה, לתוכניות הבראה, מחיקת חובות ופריסת חובות של הקיבוצים.
85. בר טל העידי כי הבנק סירב לפתוח לו חשבון עבור עמותה לקידום ניווטים וטיולים ברחבי הארץ בשל סימונו כטעון בדיקה. לדבריו, מנהל הסניף (סניף 987 במגדל העמק) מר ציון אזרד הודיע לו שהסיבה לסימון היא עקב תפקידו כגזבר הקרן בתחילת שנות ה-90 ולכן גם אין סיכוי לשנות ו/או למחוק את הסימון.
86. העדה גת אישרה כי "יש מצבים שבעל תפקיד, שאחראי על החלק הפיננסי, יסומן כטעון בדיקה" (עמוד 287 ש' 17-18). הודאה זו מחזקת את עדותו של מר בר טל, ומכל מקום, עם קבלת הודאה זו, עדותו של מר בר טל השיגה את מטרתה, להראות כי הבנק נוהג לסמן- באופן חד צדדי ומבלי לגלות להם- בעלי תפקיד פיננסי בתאגידים שכשלו כטעוני בדיקה, ובהתאם לסרב לפתוח להם חשבון כל עוד הרישום לא נמחק.
87. העובדה שמר בר טל טעה בתאריך פתיחת החשבון או לא ציין כבר בתצהירו את העובדה שהחשבון נפתח בסופו של דבר (גם אם לאחר תקופה וגם כאשר הוא לא המוביל) אינה משמעותית או רלבנטית לבקשה זו ולתכלית עדותו.
88. הטענה שמר בר טל מעולם לא סומן כ"טעון בדיקה" תמוהה ביותר, בפרט, לאור עדות גת שלא ניתן למחוק את הסימון אלא לכל היותר להעבירו לסטטוס "סגור". העדה העידה כי לא מצאה לנכון לשוחח עם מר אזרד, גם המשיבה לא מצאה לנכון להביאו לעדות. אי הבאת עד רלבנטי על ידי בעל דין עומדת לחובתו. מר אזרד יכול היה לשפוך אור על מדיניות הבנק בקשר לרישומי טעון בדיקה. תצהיר מר עופר גלאס
89. מר גלאס התאגד עם מספר אנשי עסקים בשנת 2000 לרכישת מגרש ובניית פרויקט רחב היקף בפתח תקוה. לאחר שהפרוייקט נכשל הגיעו כל הצדדים להסדר פשרה לפיו הוטל על מר גלאס לשלם לבנק סך של \$175,000. מר גלאס חתם ופעל על פי ההסכם לתשלום חלקו כפי שהוסכם.
90. לאחר כעשר שנים הסתבר לו בדיעבד כי הוא סומן על ידי הבנק לאחר החתימה על ההסדר.
91. כך למשל, ביקש לאחרונה לקבל הלוואת משכנתא כנגד נכס שנמצא בבעלותו. ההלוואה אושרה מבחינה עקרונית – ברמה הסניפית, אולם לאחר מכן נדחתה לחלוטין על ידי הנהלת הבנק למשכנתאות.
92. מנהל המשכנתאות בסניף תל-גנים מסר לו באמצעות מנהלת לקוחות v.i.p ש"למעלה" לא מוכנים לאשר לו את האשראי עקב העסקה הכושלת בעבר.
93. בשנת 2013 נפתח חשבון בבנק לאומי סניף תל גנים של כ-9 שותפים ומר גלאס ביניהם לצורך עסקה לרכישת מתחם בזק בגבעתיים. הבנק לא הסכים שמר גלאס יהיה חלק מהשותפות בחשבון, למרות שלא מדובר בחשבון אשראי. לאחר מכתב ששלח להם כי יפנה למפקח על הבנקים הסכים הבנק להוסיף אותו לחשבון וזאת בהתניה שלא יעמידו אשראי בחשבון כל עוד מר גלאס הינו שותף בחשבון.
94. העדות מטעם המשיבה אישרו כי לקוח שבוצעה מחיקה בחשבונו או בחשבון חברה שהוא היה בעל מניות בה- יודר מהבנק ולא יוכל לפתוח חשבון בנק או לקבל אשראי או להיות ערב להלוואה.
95. העדה גת העידה כי היא לא יכולה להכחיש את טענת גלס שהבנק סירב בתחילה לפתוח לו חשבון יחד עם השותפים (שאינו חשבון אשראי) ואף העידה שלו היא הייתה מנהלת הסניף כך הייתה נוהגת (עמוד 296 ש' 18-1)

96. במסגרת חקירתה של העדה גת העידה העדה כי בחשבון חברת אפרודיטה נמחקו 12,000,000 ₪. כאשר נדרשה להראות את סכום המחיקה מהמסמכים, התערבה באת כוח הבנק ולא אפשרה לעדה להשיב בטענה שמסמכים (נספח 49) שצורפו הינם מסמכים שגויים וכי המשיבה תמציא את המסמכים הנכונים המראים מחיקה של 12,000,000 ₪. (עמודים 296-298).

97. לשאלת בית המשפט העידה העדה כי ראתה את המסמך הנכון המראה מחיקה של 12,000,000 ₪:

כב' השופטת: יש לכם חשבונות על זה?
 עו"ד עיני: כן. יש דפי חשבון, גברתי,
 כב' השופטת: איפה הם?
 עו"ד עיני: ואנחנו צירפנו דפים לא נכונים.
 כב' השופטת: מצאתי. איפה הדפים הנכונים?
 עו"ד עיני: בבנק. אנחנו קיבלנו,
 כב' השופטת: ואין אותם כאן?
 עו"ד עיני: לא, לא, לא. אנחנו נצטרך,
 כב' השופטת: איך את יודעת שיש אותם? את ראית אותם?
 עו"ד עיני: כן, כן. ראיתי.
 עו"ד ממך: את גם ראית?
 עו"ד עיני: אני ראיתי דף אחר. לא ראיתי דפי חשבון, ראיתי רישום מסוג אחר.
 שהוא לא, שהוא לא, רישום שיסייע לנו כאן.
 כב' השופטת: את ראית? את ראית?
 העדה: כן.
 כב' השופטת: מה ראית?
 העדה: ראיתי מחיקה שבוצעה מעל 12 מיליון שקל. יש בבנק מערכת שמתנהלת, מערכת פנימית שמתנהלת במקביל ורושמת את הדברים האלה."

98. העדה התחייבה להעביר את הדפים הנכונים תוך שבוע (עמוד 338 ש' 18). בפועל, יום לפני הדיון הבא הודיעה המשיבה כי לא קיימים דפים אחרים וכי "דף החשבון במט"ח, שמצורף כנספח 49, כל המחיקות מופיעות כריבית מט"ח, בזכות. זה מה שנאמר לי על-ידי הבנק. וזה מופיע ביין יפני, אז אם מתרגמים את זה ליין יפני, לפי שער יציג באותו יום, אז אפילו קצת יותר מ- 12 מיליון." (עמוד 474 ש' 20-24).

99. מנספח 49 נראה שהעדה טעתה במסקנה שנמחק סך של 12 מיליון ₪. מנספח 49 נראה שנמחק סך של 72,089 ₪ בלבד (הדף השני לנספח שורה שלישית בחשבון). לא ניתן היה לחקור את העדה בשאלה זו. מאידך, נמסר שההלוואה נשוא המחיקה נועדה לממן לרכישת קרקע. במסגרת ההסדר הקרקע הושבה לבעליה המקוריים כשסכום הרכישה החוזרת אמורה להופיע בחשבון. בנוסף, השותפים חוייבו במסגרת הסדר הפשרה לשלם סכום מסויים (גלס- 175,000 דולר) וגם סכומים אלו לא מופיעים בחשבון המט"ח. לא ברור היכן מופיע בחשבון סכום הקרקע ותשלומי השותפים.

100. מעבר לספק העולה מאמינות העדה (שהעידה לשאלת בית המשפט שראתה את המסמך המראה מחיקה של 12 מיליון והתברר שלא באמת ראתה מסמך כזה) כאן מתגלה החשיבות בהליך גילוי ושקיפות ללקוח. לקוח שנרשם לגביו שנמחקו בחשבונו 12 מיליון ₪, אם מדובר בטעות, הרי שטעות זו עלולה לגרום נזק רב ללקוח וראוי שהלקוח יקבל את הזכות לבדוק את הנתונים, ובמידת הצורך, לתקן את הטעות.

תצהיר מר רענן מור

101. מעדותו של מר מור עולה, מחיקת חוב בעברו הכתימה את שמו באופן כזה שגרם לפסילת מועמדותו לתפקיד מקצועי בבנק. העד העיד כי מדובר במשרה שבאותן מועד הוא היה בין הבודדים בארץ עם נסיון דומה, וכאשר לא הבין מדוע כלל לא פונים אליו או אפילו מזמנים לראיון, נאמר לו כי הוא נפסל על הסף בשל רישומו ברשימת המודרים.

102. העד העיד כי מחיקת החוב נעשתה במסגרת הסכם פשרה. משחתמו הצדדים על הסכם פשרה, ציפה העד כי המחלוקת בינו לבין הבנק הסתיימה ולא העלה בדעתו, כי הוא מסומן מאז ועד עולם ברשימת מודרים, רשימה שנעשה בה שימוש אף לצורך קבלת משרה בבנק.

ב.1.2.4 גירסת המשיבה נסתרה והיא רצופה סתירות פנימיות וכשלים לוגיים

103. גירסת המשיבה לגבי סימון לקוח שתבע את הבנק מבקשת לעמוד במקביל על שלושה אדנים:

104. **מחד**, נטען כי הבנק זכאי לסמן כ"טעון בדיקה" לקוח רק בשל כך שתבע את הבנק. כך, בסעיף 232 לתשובה לבקשה נטען כי "העובדה שהמבקש הגיש תביעה נגד הבנק לא היתה הסיבה שבגינה הבנק סירב להעניק למבקש אשראי...עם זאת כעולה מהאמור לעיל, לבנק הייתה זכות לסרב להעניק למבקש אשראי גם בהתבסס על עובדה זו" וכפי שהעידה עין קדם:

"ת: אני אעזור לך ואחדד ואומר כך – אם הלקוח תבע בעבר את הבנק, לעניות דעתי זו סיבה מספקת לבחור לא לתת לו אשראי. מה שלא עשינו במקרה דנן...ובמקרים אחרים" (עמוד 469 שו' 7-11)

105. **מצד שני**, הבנק לא יסמן אדם בגין תביעה בלבד אלא רק במקרים חריגים בהם קיימות נסיבות נוספות המצדיקות את הרישום, כמו במקרה דנן, וכפי שהעידה עין קדם, למשל, בסעיפים 114-115 לתצהירה:

"114. למיטב הבנתי, וכפי שאושר לי על ידי ב"כ הבנק, במקרה הנדון הייתה קיימת הצדקה מלאה לרישום "הערת טעון בדיקה" אודות המבקש.

115. ...אם כי חשוב להדגיש בהקשר זה כי למיטב ידיעתי, על סמך בירורים שערכתי הבנק אינו מוסיף הערת "טעון בדיקה" כל אימת שלקוח מגיש נגדו תביעה. קל וחומר שהדבר מוצדק כאשר, כמו במקרה זה, הערת "טעון בדיקה" הוספה לא רק משום שהלקוח הגיש תביעה נגד הבנק, אלא בעיקר נוכח הרקע שקדם להגשת התביעה. על פי הבירורים שערכתי, בעניינינו סניף רעננה של הבנק העמיד הלוואה למבקש לאחר שסוכמו עמו תנאים מסויימים. המבקש התנער מהסיכון, ואף הגיש תביעה נגד הבנק. ההערה נוספה, אפוא, לא רק בשל העובדה שהמבקש הגיש תביעה נגד הבנק, אלא בעיקר נוכח התנערותו של המבקש מההסכמות עם הבנק והתנהלות שלא בתום לב ובדרך המהווה ניצול לרעה של חשבון הבנק של המבקש" (הדגשות במקור)

106. **מצד שלישי**, למרות שהמבקש סומן בצדק כטעון בדיקה, הסימון לא השפיע על התנהלות הבנק כלפיו במתן אשראי, כפי שהעידה, חזור והעד, עין קדם:

"ש: את בעצם אומרת – הסימון של שרבט מאיר כטעון בדיקה, לא היה כל משקל בהליך קבלת ההחלטות בעניינו של שרבט?

ת: אכן נכון.

ש: אוקיי. זאת אומרת, הוא היה מסומן כטעון בדיקה ובכל זאת לא היה שום משמעות לסימון שלו?

ת: נכון.

ש: כל ההחלטות התקבלו באופן ענייני?

ת: לגמרי." (עמוד 342 שו' 8-18)

107. כפי שיוכח להלן, ניתוח גירסתה של המשיבה והראיות שנשמעו בהקשר לכך מלמדים כי מדובר בגירסה מופרכת בעליל שאין ליתן בה כל אמון. שלושת האדנים עליהם מבוססת הגירסה הינם רעועים כל אחד בפני עצמו, קל וחומר כאשר אינם יכולים לדור בכפיפה אחת ומפילים האחד את משנהו. נוצת קולמוס אחת מפילה עליהם את מגדל הקלפים ואת אדניו הקורסים תחת כובד משקלו של קו ההגנה המופרך שהוצג. לשקר אין רגליים ולא נותר ולו עמוד אחד להשען עליו.

האדן הראשון- הבנק רשאי לסמן כטעון בדיקה כל לקוח שתבע את הבנק

108. לשיטת המשיבה, הבנק רשאי לסמן כטעון בדיקה כל לקוח שתבע אותו. עוד טענה, כי אף על פי שהתביעה שהגיש המבקש כנגד הבנק הסתיימה בפשרה (במסגרתה הסכימה לשלם את רוב סכום התביעה), הסכמת הבנק לפשרה נבעה משיקולים מעשיים ואין בה כדי לשנות מעמדתו של הבנק הרואה בתביעה תביעת סרק ובתובע שהגיש אותה- לקוח המתנער מהתחייבויותיו כלפי הבנק.

109. המשיבה מסכמת את עמדתה בסעיף 234 לתשובה באילו המילים :

"ויוודגש, אף אחד- גם לא בנק- לא חייב להתנהל כשחרב של תביעה מונחת כל הזמן מעל ראשו...."

110. המבקש יטען כי בענין זה אין צורך להביא ראיות וכי התשובה לשאלה אם קיימת ללקוח זכות לפנות לערכאות כאשר מתעוררת מחלוקת עם הבנק מבלי לחשוש להיות "שרוף" בבנק הינה תשובה ברורה שאין להשחית עליה דיו לשווא.

111. המבקש יטען, מבלי צורך להרחיב, כי במדינה מתוקנת ודמוקרטית על המערכת הבנקאית, כמו גם כל המערכות הציבוריות והסמי ציבוריות, להתנהל כאשר חרב של תביעה מונפת כל העת מעל ראשו. העצה היחידה שניתן לייעץ לבנק שלא מעוניין שלקוחות יתבעו אותו היא אחת ויחידה: לנהוג על פי דין, בדרך מקובלת ובתום לב.

112. המבקש היטיב לבטא בעדותו את התייחסות ההולמת והמצופה מבנק כלפי לקוח שתבע אותו :

"ת: גברתי, אני יודע, אני מבין את המציאות אחרת. אני הבנתי שהבנק כשל,

תבעתי אותו במסגרת תרבותית, קיבלתי את כספי בחזרה ואני ממשיך. אני,

עם כל מי שאני,

ש: אוקיי.

ת: צריך לריב אתו כל החיים?" (עמוד 179 ש' 5-9)

האדן השני- הטענה שהמבקש נרשם בשל נסיבות מיוחדות נסתרה והופרכה במסכת הראיות

113. כאמור, גירסת המשיבה מבוססת על הטענה כי המבקש סומן כטעון בדיקה בשל נסיבות חריגות שהתקיימו בעניינו: **"במקרה זה הערת טעון בדיקה הוספה לא רק משום שהלקוח הגיש תביעה נגד הבנק אלא בעיקר נוכח הרקע שקדם להגשת התביעה. על פי בירורים שערכתי, בענייננו, סניף רעננה של הבנק העמיד הלוואה למבקש לאחר שסוכמו עימו תנאים מסויימים. המבקש התנער מהסיכום, ואף הגיש תביעה נגד הבנק"**

114. ומכאן עולה ונשאלת השאלה: אילו סיכומים הופרו על ידי המבקש?

115. בכתב התביעה (נספח 1 לבקשה) פירט המבקש את הנסיבות בהן נדרש על ידי הבנק לבצע עסקת הגנה (ראי בתמצית במכתב מיום 6.2.00 עמוד 163 לנספחי הבקשה). בתמצית, המבקש חתם על הסכם הלוואה ביינים יפניים. מספר ימים לאחר מכן התבקש, בדיעבד ולאחר שכבר השתמש בכספי

ההלוואה, לבצע עסקת הגנה להלוואה. הבנק כפה עליו לבצע את ההגנה חרף סירובו (מעסקת ההגנה הרויח הבנק סכום של כ= 33,000 ₪). המבקש ביצע את עסקת ההגנה בכפייה. ותבע.

116. בכתב ההגנה בתביעה המקורית, טען הבנק גירסה (שיקרית) לפיה: "הנתבע יוסיף ויטען כי המנהלת העסקית של הסניף הגב' ציפי, הודיעה לנתבע את תנאי ההלוואה ואת הדרישה לביצוע עסקת הגנה, עובר להעמדת ההלוואה, וכי התובע הטעה את הפקיד אשר העמיד את ההלוואה" (סעיף 5.2 לכתב ההגנה המתוקן מטעם הבנק נספח 3 לבקשה, עמוד 178 (נספח 3 כולל 2 כתבי הגנה)).

117. העדה גת נשאלה בעדותה, ביחס לסעיף 115 לתצהירה, אילו סיכומים הפר המבקש. תחילה טענה העדה כי כי הסיכומים שהפר הינו עצם העובדה שתבע את הבנק לאחר שהסכים לבצע את עסקת ההגנה:

עו"ד נאור ממך: ... בסעיף 115 לתצהיר שלך, כתבת שרשמו לו את ההערה כטעון בדיקה, בגלל שהוא הפר את הסיכומים אתו.

...

העדה: כן. זה בדיוק מה שאמר לי הממונה בחטיבה, לעניין הזה.

ש: ש-מה? שהוא הפר את הסיכומים אתו? איזה סיכומים הוא הפר?

ת: אם אני זוכרת נכון, ניתנו לו הלוואות במט"ח, שהוא אחר-כך נדרש לגדר אותם, אני לא רוצה להיכנס לפרטים של משהו שאני לא בקיאה בו עד הסוף, אבל מה שאני שמעתי, הועמדו לו הלוואות במט"ח והוא נדרש לגדר אותם בתקופה שהיא היתה תקופה רגישה יותר. הוא ערך את הגידור ואחר-כך תבע את הבנק, על נזקים."

118. כשחזרה ונשאלה, הסבירה העדה את עמדת הבנק לפיה הבנק זכאי לדרוש מלקוח לעשות הגנה על הלוואה או שהיה עליו לפרוע את ההלוואה אם אינו מעוניין לעשות את ההגנה. העובדה שגידר ותבע מהווה הפרת הסיכומים עם הבנק:

"ש: אז איזה סיכומים הוא הפר?

ת: אם הוא קיבל הלוואה במט"ח ואחר-כך עשה את עסקאות ההגנה שנדרשות לה, כשהוא נדרש לפרוע את ההלוואה או לעשות עליה הגנות וזו זכותו של הבנק לדרוש דרישה כזו, הוא עשה את ההגנות ולא פרע את האשראי ואחר-כך בחר לתבוע את הבנק בגין העסקאות האלה." (עמוד 454 שו' 24-25 ו- 455 שו' 4-18)

119. כאשר נשאלה שוב, בפעם השלישית, איזה סיכומים הפר, הבינה העדה את האבסורד בטענה של הבנק שעצם הגשת התביעה בגין בצוע עסקה שנכפתה עליו הינה הפרת סיכומים וניסתה לשכלל את תשובתה בטענה שהבנק מסכם איתך מראש בעת מתן ההלוואה שאם החשיפה שלו תגדל ותידרש לעשות הגנה לא תוכל להתנגד:

"ש: אז איזה סיכומים הוא הפר?

ת: של, בעת מתן אשראי במט"ח, הבנק מסכם אתך סיכום שבמקרה והחשיפה שלו תגדל, או שתפרע את האשראי או שתעמיד ביטחונות נוספים או שתעשה עסקת הגנה למזעור הנזק." (עמוד 455 שו' 20-23)

120. גירסתה ה"משודרגת" של העדה לפיה בעת מתן האשראי הבנק מסכם איתך שאם החשיפה שלו תגדל תדרש לבצע עסקת הגנה הינה גירסה מתוחכמת לטענה שהמבקש הפר סיכום כלשהו עובר להגשת התביעה. אלא מאי? גירסה זו עומדת בסתירה חזיתית לגירסת הבנק המקורית (והשיקרית) בכתב ההגנה לפיה המבקש התבקש לבצע עסקת הגנה "עובר להעמדת ההלוואה".
121. הגירסאות הסותרות לשאלה מה נאמר לו עובר לקבלת ההלוואה (בכתב ההגנה ובעדותה המאולצת של גת) מנטרלות אחת את רעותה כאשר גם העדה חזרה באופן טבעי להציג את הגירסה האמיתית ל"הפרת סיכומים":

"הוא תבע את הבנק על זה שהוא עשה עסקת הגנה לטענתו, תחת כפייה...כשהוא חתום על כל המסמכים. זה להתנער ממה שאתה חתום עליו".
(עמוד 456 ש' 1-6)

122. בהמשך עומתה העדה לגבי יתר הטענות שהועלו כנגד המבקש בתצהירה ובכתב התשובה ש"המבקש טען טענות שאינן אמת":

"עו"ד נאור ממך: בסעיף 116 את רושמת שהוא נרשם כטעון בדיקה, בגלל שהוא טען טענות שאינן אמת.
עו"ד עיני: שאמרו לה, על-סמך הברורים.
העדה: איזה סעיף? על איזה סעיף שלי בתצהיר, אתה מדבר? סליחה.
כב' השופטת: 116, הוא אמר.
עו"ד נאור ממך: טען טענות שאינן אמת.
העדה: כן, זה מה שאמרתי קודם. בתשובה הקודמת.
עו"ד נאור ממך: שזה אותן טענות שאינן אמת? אוקיי." (עמוד 456 ש' 12-6)

123. הוכח, אפוא, כי כל ניסיונות המשיבה להטיל רפש במבקש ולטעון כי הוא סומן בעקבות התנהלות חריגה לפני הגשת התביעה הינן כולן טענות והאשמות שווא שנועדו להצדיק את רישום המבקש אך ורק בשל הסיבה שתבע את הבנק. הא ותו לא.
124. אדרבה, ההתנהלות החריגה הינה של הבנק עצמו אשר במהלך תקופת הלוואה שכבר ניתנה כופה על הלקוח לבצע עסקאות הגנה טרם מועד פרעונה לאחר שכבר השתמש בכסף והוא הרי שבוי בידיו של הבנק.
125. ואם היה אמור לקנן שמץ ספק בליבו של בית המשפט לגבי תום ליבה של המשיבה בבואה להטיל רפש מיותר במבקש, מעבר לעצם הגשת התביעה, הרי באה העדה עצמה וגילתה קבל עם ועדה את הסיבה האמיתית מדוע נמנעה מלהציג את הגירסה האמיתית (שהמבקש הודר ממתן אשראי בגלל עצם הגשת התביעה ולא יותר): למה להכניס עצמה לסיבוך מיותר או לקחת סיכון מיותר כאשר היא יכולה להציג גירסה מעודנת יותר? וכלשונה של העדה עצמה:

"יכולנו להגיד – תשמע, מי שתבע את הבנק, לא רוצה לתת לו אשראי. עוד פעם, זה להכניס את עצמי לסיבוך מיותר. כן, יכולתי לקבל החלטה כזו. בחרנו שלא לקבל אותה." (עמוד 468 ש' 1-4)

ובהמשך:

"העדה: גם שהבנק יכול היה לסרב לתת לו אשראי, בין עם כוכבית ובין אם בלי כוכבית. גם אם הסימון כשלעצמו, הוא סיבה מספקת שאני כמנהל ביחידת הקצה יגיד- תשמע, הוא תבע את הבנק, לא רוצה לתת לו עוד אשראי. **אני לוקחת סיכון מיותר? לא רוצה להיכנס לזה.** בחרנו שלא לעשות את זה. כן נתנו לו אשראי, אבל יכולנו להחליט אחרת. כן? הזכות לסרב למתן אשראי שמורה לנו בגין כל סיבה שהיא..." (עמוד 468 שו' 20-26)

"ת: אני אעזור לך ואחדד ואומר כך – אם הלקוח תבע בעבר את הבנק, לעניות דעתי זו סיבה מספקת לבחור לא לתת לו אשראי. מה שלא עשינו במקרה דנן...ובמקרים אחרים" (עמוד 469 שו' 7-11)

126. יתירה מזו, כאשר עומתה עין קדם עם עדותו של מנדלברג (שטען כי נאמר לו שלקוח שתובע את הבנק נרשם כטעון בדיקה באופן כמעט אוטומטי) לא הסתירה העדה את דעתה:

"העדה: נשמע לי הגיוני שאם לקוח תובע את הבנק, כך עושים. אני לא מכירה, יכולה להגיד לך שיש שורה כזו בנוהל שאני זוכרת. אבל יכול להיות, הגיוני." (עמוד 447 שו' 21-23)

127. קצת קשה לקבל כי העדה המרכזית מטעם הבנק לא זוכרת מה מקובל בבנק בנושא כה מהותי לתובענה ולעדויות, אם כי לצרכי התביעה די בכך כי היא אינה מכחישה את הדברים ואף מאשרת שנשמע לה הגיוני שכך הבנק נוהג כדי להסיק שמה שסביר בעיני פקידה מנוסה ומרכזית – הוא נכון ושאכן כך הבנק נוהג.

128. יצויין, כי העדה ענתה במספר הזדמנויות תשובות על סמך נסיונה בבנק במשך 24 שנים והיכרותה עם צורת העבודה של הבנק. אם היא מבקשת שנייחס משקל לניסיונה בבנק בעניינים אחרים, קל וחומר שיש לייחס לפחות אותו משקל לעדותה כאן.

האדן השלישי- גירסת המשיבה שסימון המבקש לא השפיע על שיקולי הבנק ביחס אליו- הופרכה ונסתרה
129. לטענת המשיבה, לא רק שהמבקש תבע את הבנק ולא זו בלבד שהתביעה מלווה בנסיבות חריגות במיוחד, ולמרות שלמבקש נרשמה הערת כ"טעון בדיקה"- הרישום לא השפיעה כהוא זה על ההחלטות בעניינו.

130. עין קדם העידה כי המבקש מסומן בספרי הבנק כ"טעון בדיקה" משנת 2001:

"העדה: כן. למיטב ידיעתי, החל ממרץ 2001 הוא מסומן במערכות הבנק כטעון בדיקה.

ש: וממשיך להיות מסומן עד היום?

ת: למיטב ידיעתי – כן." (עמוד 341 שו' 20-25) (ראי גם עמוד 359 שו' 14-15, עמוד 360 שו' 1-8)

131. לטענת המשיבה, לסימון של המבקש כטעון בדיקה לא היה כל משקל בהליך קבלת ההחלטות בעניינו:

"ש: את בעצם אומרת – הסימון של שרבת מאיר כטעון בדיקה, לא היה כל משקל בהליך קבלת ההחלטות בעניינו של שרבת?

ת: אכן נכון.

ש: אוקיי. זאת אומרת, הוא היה מסומן כטעון בדיקה ובכל זאת לא היה שום משמעות לסימון שלו?

ת: נכון.

ש: כל ההחלטות התקבלו באופן ענייני?

ת: לגמרי. (עמוד 342 שו' 8-18)

132. בתת הפרק הבא, יפריך המבקש, על פי מסכת הראיות, את גירסת המשיבה שרישום ההערה לא השפיעה על שיקולי הבנק בעניינו של המבקש ויוכיח כי סימון המבקש בכוכבית כטעון בדיקה היווה את השיקול המרכזי בקבלת ההחלטות בעניינו של המבקש.

133. לשם הבהירות והיעילות יצוין, כי בפרק ו' לבקשה ליצוגית פירט המבקש באריכות את העובדות והשתלשלות העניינים הנוגעים לעילת התביעה האישית של המבקש, תוך התייחסות מפורטת לטענות המשיבה בכתב התשובה לבקשה המקורית. בסיכומים אילו יתייחס המבקש לנקודות העיקריות על רקע הראיות שנשמעו בפני בית המשפט, מתוך נקודת המוצא שמכלול הטענות העובדתיות ברצף, על פרטיהן, נקראו בפרק ו' לבקשה המתוקנת על תתי סעיפיה. מתבקש לראות בתיאור הרצף העובדתי והתייחסות המבקש בפרק ו' לבקשה כחלק בלתי נפרד מסיכומים אילו.

2. רישום המבקש כטעון בדיקה היה השיקול המרכזי בהתנהלות הבנק

134. כפי שיפורט להלן בתת פרק זה, מחומר הראיות שהוצגו עולה באופן מפורש ושאינו משתמע לשני פנים, כי רישום המבקש כטעון בדיקה היה השיקול המרכזי בהתנהלות הבנק כלפיו.

135. יוכח, כי גירסת המשיבה שרישום ההערה לא השפיע על השיקולים בענייניו- קרסה.

136. כמענה לטענת המבקש, הציגה המשיבה את קו ההגנה שלה המורכב למעשה משני ראשים:

האחד- לטענת המשיבה, המבקש לא ביקש אשראי להשלמת הבניה, אלא ביקש במאי 2010 להחריג את חלקם של השותפים בנכס, וסורב, בשל כך שמדובר בהחרגה, משיקולים ענייניים. השני- פעילות המבקש בחשבונותיו והאשראים שקיבל משמיטה את הקרקע תחת הבקשה.

2.1. האם המבקש ביקש אשראי בסניף עפולה להשלמת הבניה?

הזרה ← הסתרה ← הכחשה ← התפתלות ← עדות שקר

137. כך הוא טבעו של עולם: **הזרה** גוררת **הסתרה**, **הסתרה** גוררת **הכחשה**, **הכחשה** גוררת

התפתלות והתפתלות גוררת עדות שקר.

138. המבקש יראה ויוכיח להלן כיצד גירסת המשיבה לענין ההשפעה של רישומו כטעון בדיקה על החלטותיה החלה בהסתרה, שגררה הכחשה, שגררה התפתלות, שהביאה לעדות שקר.

עדות שקר! כך כפשוטו, כך כמשמעו!

גירסת המבקש

139. כבר בפתח הבקשה, ובהתאם בסעיפים 8-11 לתצהירו תיאר המבקש את הארוע המשמעותי עליו מבוססת טענתו:

"8. בשנת 2010 פנה המבקש לבנק לשם קבלת אשראי לצורך ביצוע עבודות הגמר בפרוייקט בנייה אשר בוצע על ידו ואשר עמד לפני סיום. באותו מועד, הייתה בידי הבנק בטוחה משמעותית ביותר שהיה בה די והותר (והדברים יוכחו להלן) כדי לאפשר את מתן האשראי.

9. חרף הבטחונות המשמעותיים שהיו בידי הבנק, נתקל המבקש בסחבת בלתי מוסברת ובהתייחסות לא עניינית לבקשת האשראי. במשך חודשים ארוכים נאלץ התובע לכתת רגליו וזמנו בין פקידי הבנק מבלי שהצליח להבין את התנהלותו של הבנק וסירובו למתן האשראי.

140. בסעיפים 171-173 לתצהירו, חזר המבקש והעיד, בפירוט, באריכות ומכלי ראשון, את הסחבת וההתחמקויות של המשיבה בכל הקשור לבקשתו לקבלת אשראי למימון השלמת הבניה, ואת ניסיונותיו להציע בטוחות נוספות מעבר לפרוייקט יפו, לצורך קבלת המימון:

"171. בתחילת 2010, עמד פרויקט יפו בפני סיום כאשר הנכס בפרוייקט יפו (על הבנוי עליו) שימש כבר כבטוחה בהתאם לבקשת האשראי הראשונה שהתקבלה ע"י סניף עפולה כמפורט לעיל. המבקש הגיש בקשה לאשראי נוסף בסך של כ- 1 מליון ₪ (להלן: "בקשת האשראי השנייה") לצורך עבודות הגמר. המבקש חש תחילה בסחבת ארוכה, לא מובנת והתחמקויות במסווה של ביורוקרטיה ו/או אי סדר פנימי אצל המשיבה שאינו קשור למבקש ובהמשך גם לא קיבל מענה ענייני לבקשתו.

172. המבקש סבר לתומו, על אף שפיננסית אין הגיון בדבר, שהסיבה לסירוב היה הצורך בבטחונות נוספים מעבר לנכס האמור, ולפיכך הציע המבקש למשיבה כבטוחות נוספות את החנות בהוד השרון שאותה כבר שיעבד לבנק ללא חבות וכן את הנכס ברעננה (שנבנה בנתיים) ששווים יחדיו הוערך באותה עת על סך של כ- 8.8 מליון ₪.

173. למרות הצעותיו הנדיבות הללו של המבקש, הוא נענה בשלילה וסורב למתן אשראי נוסף כלשהו."

141. בהמשך תצהירו העיד המבקש כיצד באורח פלא אותו אשראי להשלמת הבניה וכנגד אותה בטוחה אושר בסניף חיפה על שם השותף הצרפתי שם התנהל חשבונו של השותף הצרפתי. המבקש תיאר כיצד במשך חמישה חודשים "רודף" המבקש אחרי המשיבה על מנת להעביר את החבות בחשבון לסניף חיפה שכבר אישר את האשראי להשלמת הבנייה בחשבונו של המבקש, כמפורט בסעיפים 174-176 לתצהיר המבקש:

"174. בשל התנהלות תמוהה ובלתי הגיונית זו, החל מחודש ינואר 2010 ביקש המבקש להעביר את שיעבוד הנכס בפרוייקט יפו (שיעבוד שנרשם כנגד האשראי הראשוני שניתן) מסניף עפולה לסניף חיפה של המשיבה (להלן: "סניף חיפה") שבו התנהל חשבונו של השותף הצרפתי של המבקש ושם אושר עקרונית (באורח פלא) מתן אשראי נוסף לפרוייקט יפו. לשם ההמחשה, הנכס בפרוייקט יפו לבדו הוערך באותה עת על סך של כ- שמונה מליון ₪ שווי גמור, כאשר החבות למבקש בבנק היתה כ- 0.95 מליון ₪ מתוך 1.2 מליון ₪ שאושר.

175. במשך למעלה מחמישה חודשים "רדף" המבקש אחרי המשיבה למתן מענה לבקשת האשראי שהגיש או לחילופין מעבר לסניף אחר, סניף חיפה, אצל המשיבה שם אושר באופן עקרוני לשותף הצרפתי מתן אשראי נוסף לפרוייקט יפו, כאמור. כל אותו הזמן, המשיבה התחמקה מהמבקש מעשרות פניותיו ומכתביו, בהמשך ציינה בפניו שהבקשה הועברה לדרגים בכירים, עוד הוסיפה שיהיה בסדר וחבל שיעביר את הנכס לסניף בנק אחר ועוד התחמקויות למיניהן.

176. סניף עפולה של המשיבה "אחז" במבקש בכל כוחו כדי שלא יעביר הפעילות הכלכלית לסניף חיפה, הנחשב כיחידת רווח נפרדת עבור המשיבה, על אף שהמעבר היה מונע פגיעה כלכלית אנושה ועצירה מוחלטת של פרויקט בנייה."

142. חיזוק לגירסת של המבקש ניתן למצוא במסמכים שהוצגו, הן על ידי המבקש והן על ידי הבנק.
143. בסעיף 177 לתצהירו מציין המבקש את המכתב ששלח למשיבה, לאחר חמישה חודשים, ואשר צורף כנספח 5 לתצהירו. במכתב זה פונה המבקש בלשונו הציורית ושוטח בצורה תרבותית את תסכולו:

"כבר חמישה חודשים אני יושב על המדוכה במבוכה ותוהה על המבוכ?"

בקשה צנועה אחת ביקש לקוח סניף חיפה מר פדות ומהי? לשעבד את חלקו בסניף לאומי חיפה....

למען הסר ספק להזכירכם לא מדובר בשאלה פילוסופית אלא בכסף להשלמת הבניה...

לפיכך אני מציע שכותב שורות אלו ואבי בודוק מוכנים לחתום על התחייבות וערבות אישית למר פדות בגין הלוואתו או כל שיצטרך לצורך העניין כגוף אחד ובהרמוניה או שההלוואה תנתן בעפולה על שמו העיקר למצוא פתרון....לסיום איננו משורר אלא

יזם שצריך כסף "תכלס" לסיום הבניה...."

144. ממכתב זה ניתן ללמוד בבירור כי המבקש מציע לסניף עפולה כל פתרון אפשרי ובלבד לקבל כסף להשלמת הבניה. הוא מוכן לקבל הלוואה "כגוף אחד ובהרמוניה" הוא מוכן להחריג את חלקו, הוא מוכן שכל ההלוואה תנתן על שמו של פדות בסניף עפולה (אם סניף חיפה אישר לפדות למה שלא יאשרו לו בסניף עפולה?), הוא מוכן לעשות הכל "העיקר למצוא פתרון" "לסיום איננו משורר אלא יזם שצריך כסף תכלס לסיום הבניה".

145. חיזוק נוסף לגירסת המבקש ניתן למצוא בנספח 25 לנספחי הבנק בו צירפה המשיבה שומה של השמאי דרורי שקד מיום 24.1.10. שומה זו הוזמנה על ידי המבקש, מאיר שרבט, והיא ממוענת ל"בנק לאומי לישראל בע"מ" וכותרתה "שומת מקרקעין לצורכי בטוחה". בסעיף 1.2 לשומה מצויין כי "חוות דעת זו ניתנת למלוא הזכויות בנכס שבנדון" ובסעיף 1.3 "השומה ניתנה כבטוחה בנקאית לצורך שיעבוד לטובת קבלת אשראי בנקאי". השומה מפרטת את מצב הבנין באותו מועד וקובעת את שווי הפרוייקט הן במצבו הנוכחי והן לאחר השלמת הבניה.

146. חיזוק נוסף לעדותו של סניף חיפה אישר את האשראי ניתן למצוא במכתב שצורף כנספח 22 לנספחי המשיבה שנשלח לבנק ביום 8.6.10 (בטעות התאריך המופיע במסמך הוא 26.2.10 אולם מתוכנו ומתאריך של הפקס בראש העמוד, מדובר במכתב מיוני 2010). מכתב זה מוכיח כי סניף חיפה אישר את הגדלת האשראי למר פדות והמהלך הוכשל בשל הסירוב לפצול הנכס. הרקע למכתב הינו בקשה להקפיא את תשלומי הקרן של ההלוואה לאחר החלטת הועדה מיום 13.5.10 (נספח 21 לנספחי המשיבה) שבה נדחה הניסיון להחריג את הנכס והומלץ למבקש לפנות לבנק לאומי למשכנתאות.

147. יוזכר ויודגש כי פרויקט יפו כבר משועבד לבנק במלואה כנגד ההלוואה שאושר למבקש בשנת 2008 בסך 1.2 מליון ₪. הנכס שועבד כמקשה אחת ועל מסמכי השעבוד חתמו הן מר שרבט והן מר פדות (העדה אישרה מתוך המסמכים עמוד 368 ש' 12 עד עמוד 369 ש' 13).

148. עוד יצויין, כי גירסת המבקש הינה סדורה ועקבית עוד מכתב הבקשה המקורית ועוד לפני שהמשיבה הציגה את גירסתה לארועים. העד הציג גירסה זו כבר במסגרת החקירה ובלשונו:

"העד: זה עמד באוויר, זה עמד מתחת לשולחן, מעל השולחן. כאילו, מה, מה, נראה לך, שברחתי לבנקים אחרים ופתרונות אחרים, כשהפתרון מצוי בבנק שלי? הרי זה עמד על השולחן. סירבו לתת לי אשראי. זה היה גם בשיחות טלפון." עמוד 193 שו' 7-10

גירסת המשיבה

149. כמענה לטענת המבקש, הציגה המשיבה את קו ההגנה שלה המורכב למעשה משני ראשים: האחד - לטענת המשיבה, המבקש לא ביקש אשראי להשלמת הבניה, אלא ביקש במאי 2010 להחריג את חלקם של השותפים בנכס, וסורב, בשל כך שמדובר בהחרגה, משיקולים ענייניים:

"חשוב להדגיש בהקשר זה, כי המבקש לא ביקש שהבנק יעמיד לו אשראי נוסף בהתבסס על הנכס ביפו, אלא כאמור, ביקש להחריג מהשעבוד את חלקם של השותפים הצרפתים על מנת שהם יוכלו לקבל אשראי בהתבסס על הנכס" (הדגשות

במקור) (סעיף 39 לתצהיר עין קדם, סעיף 124 לתשובה לבקשה)

150. המבקש יראה ויוכיח להלן כיצד גירסת המשיבה, הינה גירסה שנתפרה כל כולה - מתחילתה ועד סופה - למידותיו של ההליך המשפטי. אכן, כיאה וכראוי למעמדה של המשיבה, לא מדובר בגירסה שנתפרה בחוטים גסים, כי אם במלאכת מחשבת, מעשה אומן של תפירה בחוטים עדינים, שלא תמיד נראים לעין במבט ראשון.

151. המבקש יראה להלן, כיצד מסכת הראיות שהוצגה בבית המשפט פרמה, לאט לאט ובנחישות, חוט אחרי חוט, את המעטה המזוייף שנטווה עבור המשיבה, עד שגם העדה מטעמה לא יכלה להתאפק ולחשה באוזנה של באת כוח הבנק: "המלך הוא עירום", תוך שהיא מציעה לתפור חליפה חלופית, הצעה שנקלטה היטב באוזניו של בית המשפט ובמערכת ההקלטה.

152. לתמיכה בגירסתה, הביאה המשיבה עדה יחידה, את העדה גב' סיגלית עין קדם, אשר מונתה לנהל את סניף עפולה בשנת 2012 ולא הייתה נוכחת בארועים נשוא התובענה.

153. מחקירת העדה שהובאה על ידי הבנק לתמיכה בגירסתה התגלה כי גירסת המשיבה נבנתה ונתפרה על בסיס פרוטוקול ועדת האשראי מיום 13.5.10 (נספח 21 לנספחי הבנק), מקריאת המסמך, השערות והנחות שהניחה לגביו, ותו לא.

"ש: סליחה, האם מר שרבט, בתחילת 2010, ביקש עוד מיליון ש"ח, כדי להשלים את הבנייה?

ת: מהמסמכים שאני רואה לפניי, הוא ביקש להחריג את הנכס לצורך מתן אשראי בחשבון אחר, בסניף אחר.

ש: זאת אומרת, את אומרת לי שהוא מעולם לא ביקש כסף להשלים את הבנייה?

ת: לא למיטב ידיעתי במסמכים שהוצגו בפניי." עמוד 379 שו' 15-19 (וכך גם בעמוד 376 שו' 22-26 ובהמשך בעמוד 338)

" העדה: זו היתה מהות הבקשה וסיבת הסירוב, לעניות דעתי.

עו"ד נאור ממנ: אוקיי. לעניות דעתך מתוך המסמכים.
העדה: מהמסמכים שאני קוראת. (עמוד 396 שו' 12-14)

154. במהלך החקירה הניחה העדה הנחות, העלתה השערות, ובד ובד עם ההנחות וההשערות (באורח פלא- חד צדדיות להפליא) העידה כי, מעבר לקריאת המסמך והסקת מסקנות מתוכו, לא בדקה את טענות המבקש ואת העובדות המהותיות המצויינות בתצהירו.
155. כאשר עומתה עם טענת המבקש שההלוואה למימון הבניה אושרה במלואה לשותף בסניף חיפה, הודתה שלא בדקה את הטענה:

ש: אוקיי. בסעיף 174 עד 177 לתצהיר של שרבט,
ת: לתצהיר שלו?
ש: של שרבט, כן.
ת: אני לא,
ש: אני אומר לך, לא צריך לקרוא. הוא אומר שההלוואה במלואה למימון הבנייה אושרה בסניף חיפה ופשוט סניף עפולה לא הסכים למצוא איזה שהוא פתרון כדי שההלוואה תינתן בסניף חיפה.
ת: זה נשמע לי תמוה שסניף אחד מקבל החלטה תחת אותה הנהלה ממונה והיא עומדת בסתירה להחלטה של סניף אחר,
ש: אבל לא בדקת, בפועל, לא בדקת אם זה נכון או לא נכון?
ת: לא. (עמוד 411 שו' 15-26)

156. העדה העידה כי אינה יודעת/אינה זוכרת אם ביקש את ההלוואה להשלמת הבניה גם בסניף עפולה:

ש: כשהוא כותב הפתעה באי-הגדלת האשראי, על איזה אי-הגדלת האשראי הוא מדבר?
העדה: אני מניחה שעל ה- 900,000 שקל שהוא רצה לקבל בסניף חיפה, אני מניחה, אני לא יכולה להגיד בוודאות.
ש: זאת אומרת, בסניף חיפה. האם, האם הוא ביקש את אותם 900,000 שקל, גם בסניף עפולה?
ת: אני לא יודעת.
ש: את לא יודעת?
ת: לא זוכרת. (עמוד 383 שו' 8-16)

157. ובהמשך חזרה העדה והצהירה כי איננה יודעת אם המבקש ביקש מסניף עפולה להגדיל את האשראי וכי יכול להיות שאכן כך קרה:

ש: למיטב הבנתך, האם הוא ביקש גם אשראי באותו סניף שהוא עובד אתו, להגדיל את האשראי על אותו פרויקט?
ת: יכול להיות. לא נתקלתי, לא זוכרת שנתקלתי במסמך כזה.
ש: את לא יודעת?
ת: יכול להיות. (עמוד 386 שו' 1-9)

158. העדה גם לא יכלה לאשר או להכחיש אם סניף חיפה אישר לשותף הצרפתי את ההלוואה למימון הבניה:

ש: האם סניף חיפה, אישר לשותף הצרפתי אשראי למימון הבנייה?
ת: למימון אותו פרויקט? אני לא יודעת.
ש: אותו פרויקט. את לא יודעת?
ת: לא זוכרת. (עמוד 410 שו' 20-26 ועמוד 411 שו' 1)

159. מעדות עין קדם עולה, כי לא זו בלבד שהמשיבה נמנעה מלהביא ולו תצהיר או עד אחד מהדמויות שהוזכרו על ידי המבקש להפרכת עדותו, גם העדה שהובאה לא בדקה את העובדות עם הנפשות הרלבנטיות.
160. בנושא כה מהותי ומשמעותי בתיק, מצופה היה המשיבה להביא לעדות אחד מהמנהלים שהיו מעורבים בהתרחשות הארועים בזמן אמת, בפרט, שהמבקש חזר ושנה את גירסתו כי הדברים נאמרו לו מפורשות על ידי לימור מנהלת החח"ד ומר להב, ואף חזר וטען במסגרת כתבי הטענות כנגד החלטתה של המשיבה להמנע מלהביא לפחות את גב' לימור שיטריט לעדות (ראי סעיף 429 לבקשה המתוקנת "יצויין בשולי הדברים, ולא בשולי חשיבותם, כי טענה זו נטענה על ידי המבקש בבקשה אולם המשיבה לא הביאה תצהיר מטעם גב' שטרית להפרכת טענות המבקש).
161. מהאמור עולה, כל שיכלה העדה להעיד הוא שהמבקש ביקש להחריג את הנכס וסורב, כמפורט בפרוטוקול ממאי שצירפה. העדה לא סתרה את עדותו של המבקש שקדמה לבקשה להחריג את הנכס מסכת בקשות, התחמקויות וסירובים, ולא הפריכה אותו ביחס לטענה כי הבקשה להחריג את הנכס היה חלק ממסכת ניסיונות למצוא פתרון "יצירתי" לקבלת האשראי, פתרון שנמצא כאשר סניף חיפה אישר לשותף הצרפתי אשראי, אולם סניף עפולה הכשיל גם פתרון זה.
- השערות העדה מהמסמכים- מגמתיות, סותרות וחלק מטקטיקה של "עדות לפי הזמנה"
162. בהתאם לפסיקה, עד שבחר לא להביא עד בשליטתו- חזקה שהדבר נעשה מחשש שיעיד לחובתו.
163. מניתוח עדותה של עין קדם עולה, כי המנעות המשיבה מלהביא לעדות את גב' שטרית (או מר להב) לא נעשתה בתום לב, אלא כחלק ממסכת שיטתית של מעין משחק פוקר שבו המשחק שולף קלפים לפי הזמנה ועושה בהם שימוש גמיש לפי צורכי ההליך המשפטי.
164. כך, למשל, עין קדם העידה כי להכנת עדותה קדמה ישיבה של שבע שעות (עמוד 462 ש' 13-14) אליו זומנו כל המנהלים שנגעו לתיק. כשנשאלה האם לכל הפחות שאלה את לימור, את השאלה המתבקשת, האם ביקש הלוואה למימון הבנייה בסניף עפולה השיבה:
- "ת: אני לא חושבת ששאלתי שאלה כזו, כי היא לא נראתה לי רלוונטית לעניין הדיון."
ובמקום אחר:
"לא היה נראה לי רלוונטי לשאול את לימור אם דווקא הוא ביקש ב- 2010 כן או לא, ואם סורב, למה כן או למה לא. כשלאורך כל השנים הוא ביקש וקיבל." (עמוד 408 ש' 7-9)
165. המבקש יטען כי גם השערות העדה מתוך המסמכים אינן עומדות במבחן ההגיון ואף עמדו בסתירה לעדותה שלה.
- השערה א'- בהעדר פרוטוקול אין דיון
166. כנימוק וחיוזוק לגירסתה, המבוססת על העדר בקשה, העידה העדה כי העדר פרוטוקול הינו הוכחה שלא היה דיון:
- ש: אז בעצם, מה שאת אומרת לי, שכיוון שלא, את לא רואה פרוטוקול אז את מניחה שלא היתה בקשה כזו ...
ת: גם לבקשות שמסורבות בבנק, יש פרוטוקול. אם אין פרוטוקול אז אין דיון. (עמוד 398 בסופו ועמוד 399 ש' 1-12 בהתאמות)
167. לכאורה, השערה הגיונית שעושה שכל רב: אם כעדותו של המבקש, מדוע לא קיימת בקשה כזו במסמכי הבנק?
168. והנה סתירה להשערות של העדה ניתן למצוא דווקא בעדותה במקום אחר.

169. במקום אחר העידה עין קדם שלקוח המסומן כטעון בדיקה הבקשה שלו כלל לא תגיע לדיון בוועדה וממילא, פועל יוצא, שכלל לא יהיה פרוטוקול בעניינו. תשובה זו ענתה העדה לשאלה מנין לה שחברי הועדה שדנו בעניינו של שרבט (בפרוטוקולים שבו הוזכר שרבט כטעון בדיקה ונמחק) לא התחשבו בעובדה שהוא היה "טעון בדיקה" בהחלטתם, לכך השיבה העדה:

"עו"ד נאור ממך: יכול להיות גם שהאנשים שישבו בוועדת האשראי, ואישור לו את ההלוואות בהנהלת המרחב, התייחסו בהיבטים אחרים לנושא שהוא טעון בדיקה?

העדה: תראה, אני חברת ועדה, אני חברת ועדה בבנק, ש: כן?

ת: ואני לא זוכרת שאנחנו יושבים ומתייחסים להיות הלקוח טעון בדיקה, כי בדרך-כלל Once התיק מגיע לדיון, הוא כבר עבר את הבקורות האלה. אם תיק הגיע לדיון, הדיון הוא ענייני, לגופו של עניין. אני חברת ועדה גם בחטיבה המסחרית של הבנק, גם בחטיבה העסקית, עו"ד עיני: ועדת אשראי.

העדה: ועדות אשראים. אני חברת ועדה בהרבה פורומים בבנק. ברגע שהתיק כבר מגיע לדיון, הוא כבר עבר את הבדיקות האלו. התיק בוועדת האשראי עצמה, דנה בעסקה עצמה. ממה שאני מכירה. (עמוד 449 שו' 5-20) ובהמשך העידה:

"ש: אז אם כך, מה המשמעות, אם זה כבר, מה זאת אומרת עבר את השלב הזה? זאת אומרת שאם הוא הגיע,

ת: אם,

ש: להגיש את הבקשה,

ת: אם למשל, הוא היה טעון בדיקה מסיבה שהופרש בגינו חוב בבנק לאומי, בעבר הבנק הפריש בגינו חוב, הוא לא היה מגיע לדיון בוועדת אשראי בכלל. יש הרי מגוון סיבות שבגינן לקוח יכול להיות מסווג כטעון בדיקה, לא בהכרח בהגשת כתב תביעה נגד הבנק. יכול להיות שהוא היה לקוח בסניף מאן דהוא והפרישו בגינו מיליון שקל. לקוח טעון בדיקה כזה לא יגיע בכלל לדיון בוועדת אשראי. מראש. אם הוא כבר הגיע, כנראה שאפשר לתת לו אשראי." (עמוד 450 שו' 2-13)

170. מעדותה של העדה עולה כי לקוח המודר כ"טעון בדיקה" כלל לא יגיע לדיון בוועדה. אמנם, העדה עשתה בעדותה אבחנה בין לקוח המסומן בגין הפרשת אשראי לבין לקוח המסומן בגין כך שתבע את הבנק, אולם כבר למדנו מעדותה של אורית גת (וגם עין קדם העידה שצריכה לקבל אישור ואם אין אישור אז היא לא נותנת אשראי) שלקוח המסומן כטעון בדיקה "פעיל", כל טעון בדיקה, אינו יכול לקבל אשראי בבנק.

171. והנה לנו התשובה מהעדה עצמה: לבקשותיו של המבקש אין כלל עדות במסמכי הבנק (שצורפו) כיוון שבקשות אלו כלל לא עלו מראש לדיון. פקידי הבנק ניסו רבות למחוק את ההערה, אולם כל עוד לא הצליחו למחוק (או להפשיר) את ההערה, בקשותיו של המבקש לקבל אשראי על שמו כלל לא עלו לדיון בוועדת אשראי.

השערה ב'- הוגשה בקשת החרגה בשל הכסף שצריך להביא פדות לעסקה

172. גם ההשערה השנייה שהעלתה העדה בהמשך אינה מחזיקה מים. להשערות, כיוון שמר פדות היה צריך להביא מימון לעסקה, המימון התבקש אך ורק על חלקו לשם הבאת הכסף שהיה אמור להביא לעסקה (עמוד 397 שו' 2-8). העדה הודתה כי הכל בגדר השערה "אבל בפועל את לא יודעת? ת: לא יודעת" (עמוד 397 שו' 10-11)

173. ההשערה זו עומדת בסתירה להתנהלות המבקש בפרויקט ולעדונו של המבקש שהעיד (עוד לפני הגירסה המפתיעה של המשיבה בכתבי הטענות) שביקש את ההלוואה בחיפה לאחר שלפדות אושרה ההלוואה בחיפה בעוד לו לא אושרה בעפולה.

174. המבקש עוד העיד כי ביקש להעביר את כל החבות לחיפה וההחלטה נועדה אך ורק להפיס את דעת סניף עפולה שלפחות חלקו של שרבט יישאר ברשותו.

175. ההשערה גם עומדת בסתירה להצעתו הכתובה לעשות "כל שיצטרך לצורך הענין כגוף אחד ובהרמוניה", "העיקר למצוא פתרון". אין צריך לומר שהיא עומדת בסתירה לניהול הפרוייקט בכללותו על שם המבקש ושותפו, הנכס שועבד מראש כמקשה אחת כולל חלקו של השותף הצרפתי.

176. מעבר לכל אלה, האינטרס להשלמת הבנייה הינו של המבקש האחראי לפרוייקט והכורע תחת הנטל להשלים את הפרוייקט. בנוסף, לאחר ששרבט הבין באוגוסט 2010 כי לא ניתן לקבל כסף למימון הבנייה הוא פעל והעביר את הפרוייקט לבנק הפועלים, על שמו, במסגרת זו שרבט קיבל בעצמו את הכסף מבנק הפועלים על מנת לשחרר את הנכס מבנק לאומי ולקבל כסף, על שמו, למימון הבנייה.

גירסת המשיבה התגלתה במלוא הציניות וחוסר ההגינות

177. אין יכול לחלוק שלא היה כל הגיון לא לבקש את המימון להשלמת הבנייה בסניף עפולה, על כל הנכס, כפי שהיה בעסקה המקורית, מאשר לבקש את אותו מימון בסניף חיפה ותוך החרגת חלקו של השותף בנכס.

178. היטיב לבטא את חוסר ההגיון שבגירסת המשיבה עו"ד קליינר במהלך הדיון בהשאלה מנתיבי התחבורה בדרך העולה לעיר הנצורה: למה לו ללכת בדרך בורמה כשכביש 1 פתוח? אדם יכול לבחור בדרך בורמה בעיתות שלום, אולי ליהנות מהנוף, לא בעיתות מלחמה "אינני משורר אלא יזם תכלס המבקש כסף להשלמת הבנייה".

179. בסופו של יום גם העדה הודתה שסביר יותר לבחור בכביש מספר אחת:

"ת:אני יכולה להניח שיותר סביר שהוא היה מקבל אשראי נוסף על אותו הרכב בעלים כפי שהיה בעסקה המקורית מאשר לפצל את הנכס, אני יכולה להניח" (עמוד 398 שו' 9-12)

180. לנוכח הדיון הער שהתעורר סביב ההגיון והסבירות בגירסת המשיבה, הופיעה תגובתה המפתיעה של העדה, שעל רמת האינטלגנציה שלה לא ניתן להטיל ספק, הוציאה את המרצע מן השק וגילתה לבית המשפט הנכבד עד כמה מדובר ב"עדות כבשתך".

181. וכך, כאשר עו"ד קליינר ועו"ד ממך התרעמו כיצד ניתן להגיד שהמבקש לא ביקש ב- 2010 הלוואה להשלמת הבנייה (עמוד 390 שו' 19-20) וכאשר התערבה עו"ד עיני וחזרה על הגירסה המתחכמת "עו"ד עיני: "איפה? תראה את הנייר שהוא ביקש", פנתה העדה עין קדם בחשאי לעו"ד עיני בלחש:

"העדה: נגיד ביקש וסורב. אז מה?" (עמוד 390 שו' 26)

בית המשפט שהיה ער וקלט את המתרחש, נזף בעדה על אתר:

"כב' השופטת: את לא יכולה לדבר אתה.

העדה: סליחה.

כב' השופטת: את ממש לא יכולה לדבר אתה." (עמוד 391 שו' 10-3)

182. פנייתה של המשיבה לעו"ד עיני הגיעה על רקע הבנתה וחששה שהגירסה שנתפרה למידותיו של ההליך הולכת ונפרמת והמלך עלול להתגלות במערומיו. הצעתה לתפור חליפה חלופית ויותר פרקטית (שמא חוטיה גסים ומכוערים אבל לא ניתנים לפרימה) חשפה את התנהלות המשיבה במלוא הציניות והעדר ההגינות.

183. את הנאמר אין להשיב. קו ההגנה של המשיבה "לא ביקש" והטקטיקה של היתממות מול המסמכים והעדים שהוצגו באופן סלקטיבי, נחשפו כתוכנית "כבקשתך" והלכה למעשה, מהווים עדות שלמצער ניתן להגדירה כעדות שאינה אמת.

184. יצויין שעין קדם אישרה במקום אחר שהטענה ש"ביקש וסורב" כלל לא מופרכת:

"ת: יכול להיות שלפריקט הזה, הספציפי הזה, משיקולים עסקיים של הבנק, הוחלט לא לאשר לו תוספת מימון או פיצול הנכס או whatever". (עמוד 434 שו' 3-1)

ב.2.2. האם האשראים שאושרו למבקש מוכיחים כי הסימון לא השפיע על החלטות בעניינו?

185. לטענת המשיבה, ההוכחה שלסימון לא היה כל השפעה על החלטות בעניינו של המבקש הינה העובדה שלמבקש אושרו אשראים שונים לאחר שנת 2001. בתת פרק 2.5 לתשובה לבקשה סקרה המשיבה באריכות את פעילות המבקש בחשבונותיו לאחר הגשת התביעה, כראיה לכך שרישומיו כטעון בדיקה לא השפיע על שיקולי הבנק בעניינו.

186. המבקש יוכיח להלן כי מתן האשראים בחשבונו אינם מהווים כל אינדקציה לכך שלא התקיימה הדרה כלפי המבקש וכי הסימון עמד גם עמד ברקע והשפיע אף השפיע על החלטות המשיבה בעניינו.

"לא היא אמרה לו אלא משהי אחרת אמרה לו, אבל, מה זה משנה מי אמר לו?"

187. ראשית, המבקש העיד, חוזר והעד, כי בנוסף לחוסר ההגיון בסירוב לתת לו אשראי בתנאים המדוברים, הסיבה לאי מתן האשראי נאמרה לו, בדיעבד, על ידי לימור מנהלת החח"ד, מנהל הסניף מר אבי שלום ובהמשך על ידי מר מר להב:

"העד: אז אני אומר שההערה בהכרח היא, יישמו את המדיניות כהווייתן בצורה דווקנית, ההערה חסמה אותי מלקבל אשראי. מילים שנאמרו לי על-ידי גב' סיגלית, מר להב, מנהלת, מנהלת הבנק ומנהל המרחב". (עמוד 157 שו' 6-9) (וכן ראי סעיפים 49-55, 179 לבקשה, עמוד 144 שו' 9-1 ועוד ...).

"התשובה שלי היא מאוד פשוטה. לא אני מניח את זה. אמרו לי את זה. ...אמרו לי את זה. ...אמרו לי את זה. ...אמרו לי, סליחה שאני חוזר על המשפט, ...זה נאמר לי...זה נאמר לי על-ידי פקידי הבנק". (עמוד 145)

188. המשיבה לא הביאה ולו ראיה אחת להפריך את עדותו החוזרת של המבקש בענין זה.

189. יתירה מכך, העדה שקודם לא זכרה אם לימור היתה נוכחת בישיבה שנערכה 7 שעות (עמוד 407 שו' 1-4), העידה, ברחל ביתך הקטנה, כי לימור אמרה ש"מישהי אחרת אמרה לו" שהוא לא מקבל אשראי בגלל שהוא מסומן בכוכבית:

"עו"ד נאור ממנ: כן. טוען, טוען מר שרבת בתצהירים שלו, שלמעשה, ברגע שגילו לו שהוא, בשלב מסוים בשנת 2010 או ב- 2011, אמרה לו לימור, מנהלת החח"ד, ואמר לו אבי, מנהל הסניף, שהוא לא מקבל אשראים ונעזרים עליו קשיים בבנק, בגלל שהוא מסומן בכוכבית.

....

ש: את שוחחת בעניין הזה עם לימור?

ת: אם הוא היה טעון בדיקה?

ש: לא, אם לימור אמרה לו – אתה לא מקבל אשראי,

ת: כן,

ש: בגלל שאתה מסומן.

ת: זה עלה בדיון.

ש: ומה אמרה לימור?
 ת: אני הבנתי לדבריה שלא היא אמרה לו אלא מישהי אחרת אמרה לו, אבל, מה זה משנה מי אמר לו?
 ש: אז מישהי אחרת כן אמרה לו?
 ת: ככה הבנתי. עמוד 431 שו' 16-20, 432 14-24

190. בהמשך, חזרה בה העדה מעדותה, כמה שנראה חוסר תום לב כאשר טענה שאמרו לו רק שהוא מסומן כטעון בדיקה, ולא אמרו לו שהוא לא מקבל אשראי בגלל שהוא מסומן כטעון בדיקה. (עמוד 433 שו' 8)

191. בהמשך, נשאלה האם לימור אמרה לו שאם תבטל את הסימון יש לו סיכוי לקבל אשראי, אולם בחרה לא לענות לשאלה בצורה ישירה בתבנית של תשובה אלא לענות בתבנית של שאלה. בשאלותיה חזרה העדה על הטענה כי העובדה שהמבקש קיבל אשראים אחרים מפריכה את הטענה שנאמר לו שהוא לא קיבל בגלל הכוכבית:

ש: האם לימור אמרה לו שאם היא תבטל את הסימון של טעון בדיקה, יש לו סיכוי לקבל, יש לו יותר סיכוי לקבל אשראי?
 ת: אבל למה שהיא תגיד דבר כזה, אם היא נתנה לו אשראי במספר מקרים כל-כך רב?
 ש: אבל ראית שלהשלמת הבנייה, היא לא נתנה לו.
 ת: לאורך התקופה. היא לא נתנה לו את האשראי הזה, לפרויקט הזה. אבל הרבה אשראים אחרים היא נתנה לו והיא חתומה עליהם.
 ש: ומה עם הפרויקט,
 ת: אז למה שהיא תגיד אמירה כזו? היא צריכה להיות שיכורה, והיא לא שותה."

192. בהקשר זה תצויין עדותה של עין קדם אשר ביקשה להסביר את משמעותה של הערת "טעון בדיקה" לאחר שמחד, העידה כי הנהלת המשיבה לא הסכימה להסיר את הסימון "טעון בדיקה", ומאידך, טענה שלהערה לא הייתה כל משמעות להחלטות שהתקיימו בעניינו:

"העדה: אם אני כמנהלת סניף מן השורה, עם היגיון בריא, רואה שהלקוח הזה מסומן טעון בדיקה כי הוא תבע בעבר את הבנק, אני בהתנהלות שלי מולו, אקפיד לתעד כל שיחה שלי אתו, כל חליפת מכתבים. אני אקפיד לענות על כל מכתב שהוא מוציא לי בכתב."

193. האמנם? מהמסמכים שצורפו לתיק עולה כי העדה לא ענתה, ולו על מכתב אחד, מהמכתבים שהופנו אליה על ידי המבקש. היא לא ענתה על המכתב מיום 29.5.12, על המכתב השני מיום 29.5.12, על המכתב מיום 3.6.12. גם המשיבה לא ענתה על איזה מהמכתבים שנשלחו אליה למעט המכתב הלקוני (בן שורה אחת) מיום 08.10.5 (נספח 6 לבקשה)

194. העמילות סביב המשמעות של ההערה להחלטות הקשורות ללקוח התחזקו מפרוטוקול הדיון שצורף על ידי המבקש כנספח ה' לבקשה. פרוטוקול זה נמסר למבקש בהליך אחר על ידי המשיבה (ה"פ 18125-11-15) אולם רוב הפרטים המופיעים בפרוטוקול נמחקו על ידי המשיבה. מחיקת הנימוקים להחלטת הוועדה מעלים שאלות לגבי תום ליבה של המשיבה, בפרט על רקע עדותה של עין קדם מטעמה:

"אני גם מכירה את השיקולים שכתובים בוועדת אשראי. אם ועדת אשראי היתה מחליטה שלא לתת לו אשראי כי הוא טעון בדיקה, זה היה כתוב בהחלטה ובפרוטוקול. הבנק מחויב לתעד את החלטות האשראי שלו. ואם זו היתה הסיבה, היא היתה כתובה. במפורשות, בפרוטוקולים של הבנק כתוב – האשראי אושר או סורב, כי – אחת, שתיים, שלוש, ארבע, באף אחת מהן לא היה כתוב כי הלקוח טעון בדיקה." עמוד 470 שו' 4-12

האשראים שקיבל המבקש אינם מפריכים את טענת ההדרה

195. במהלך הראיות שנשמעו התברר, כי עצם מתן אשראים או קיומם של אשראים בתיק אינו מהווה אינדיקציה שמדיניות ההדרה לא מיושמת.

האשראים ניתנו במסגרת אופציית ההפשרה

196. אם בכתבי הטענות היינו מצויים באפילה בקשר לשאלה כיצד ניתנו אשראים בשנת 2008 (נמחקה: לא נמחקה?) הרי מעדותה של גת עולה כי האשראים ניתנו למבקש באמצעות "הפשרת הסימון". העדה גת העידה וגילתה לראשונה לבית המשפט ולצדדים כי לצד מדיניות ההדרה קיימת אופציית "הפשרה":

"ויש מופשר. זאת אומרת, אני מסכימה לבצע את (א)עותה פעילות אשראי, נכון לעכשיו, אבל הסימון הוא עדיין רלוונטי." (עמוד 224 ש' 8-10)

197. ואם היה ספק בכך, הרי שבאת כוח המשיבה, עו"ד עיני, גילתה לנו שוב במסגרת חקירתו של שרבט כי האשראים ניתנו באמצעות מדיניות הפשרה:

"העד: אני לא מסכים אתך, משתי סיבות. אחת, בכל בקשות האשראי שלי, עד 2009, לא הופיע, לא בנדמה לי ולא בפחות או יותר, לא הופיע שום דבר לגבי ההערה. ב- 2009, פתאום בדו"חות שלכם הופיע שהיתה הערה והיא נמחקה. גם זה לא נכון, כי עובדה שאני מסומן עד היום. זאת אומרת, יש בלבול גם בתוך המערכת שלכם. עו"ד עיני: אין שום בלבול, יש, יש, מופיע שנמחקה. מופיע, בכתובים, מופיע שנמחקה, העד:

עו"ד עיני: **הופשרה, הופשרה כדי להעמיד לך אשראי.**" (עמוד 164 ש' 4-15)

198. מדיניות זו הכוללת הדרה+הפשרה+הסתרה הינה מדיניות שתוצאותיה חמורות שבעתיים מהדרה כפשוטה. הבנק הפשיר את הסימון לצורכי העסקה ביפו ובפרוייקט עפולה, מתוך שיקולים בנקאיים מובנים. הקוטגיים בעפולה נבנו על קרקעות שהיו בבעלות המבקש ששועבדו כולן לבנק. פרוייקט יפו (השווה 8 מליון ₪) שועבד תמורת הלואה של 1.2 מליון ₪. מחד, מדובר בעסקות הנושאות סיכון מזערי לבנק. מאידך, הלקוח שעבד את נכסיו לבנק והוא לא יכול למנף אותם יותר.

199. מהעדויות עולה כי האינטרס של הבנק בהפשרת הסימון למתן האשראי הראשוני גבר על מדיניות ההדרה, ולא גבר על בקשה האשראי הנוספת להשלמת הבניה העדה: "כנראה שהבנק לא רצה להילחם על הפרוייקט ביפו. מסיבותיו הוא." (עמוד 440 ש' 15-16)

200. אין ספק ספיקא אילו ידע המבקש כי הוא משעבד לבנק נכסים בזמן שהוא כלול ברשימת המודרים הוא לא היה עושה כן. הנזק שנגרם למבקש גבוה עשרות מונים מאשר לו היה בוחר הבנק להדירו באופן מלא בשנת 2008 ולא להפשירו. או ליתר דיוק, כפי שמכונה ב"סלנג" העממי: "להשתמש ולזרוק".

201. מהראיות שנשמעו עולה, כי הבנק עושה שימוש מגוון במדיניות הכוכבית ובכלי ההדרה בהתאם לצרכיו ולאינטרסים שלו, הכל מאחורי גבו של הלקוח וללא ידיעתו "שקוף מבחינת הלקוח".

202. למעשה מדובר בחוסר תום לב כפול: במתח שבין הרצון של הבנק לנהל את מדיניות ההדרה (שלכאורה עלולה לפגוע באינטרסים הכלכליים שלו) לבין הרצון של הבנק להרויח במסגרת פעילותו העסקית שהינה מתן אשראי- מנצל הבנק, עד תום, את הכלים העומדים לרשותו ובחוסר תום לב מיישם את מדיניות ההדרה על פי צרכיו המשתנים ובניגוד מוחלט לחובת תום הלב והאמון לו הוא מחוייב.

203. עדותה של גת לא רק סתרה את עדותה של עין קדם, אלא למעשה, שמטה את הקרקע מתחת כל עדותה והגירסה שהציגה, חזור והצג, לפיה העובדה שאושרו למבקש אשראים מהווים ראיה שלסימון לא היה כל משקל על ההחלטות בעניינו.
204. לא פלא, אפוא, שכאשר עומתה עין קדם עם עדותה של גת לעניין מדיניות ההפשרה הציגה גירסה מהוססת ומגומגמת:

" אני מפשיר לו את זה למשהו ספציפי או למתן אשראי ואני אחרי זה משאיר אותו כטעון בדיקה. יכול להיות שלצורך הפרויקט, המימון הראשוני, לקוטג'ים, או לפרויקט יפו, הפשירו את הסימון ואחר-כך התחשבו בסימון? ת: אני יכולה להגיד לך כך, אני יכולה לענות לך כך – כשאני העמדתי לו אשראי, אני בעצמי, לא נדרשתי להפשיר את הסימון טעון בדיקה. אני מכירה, אני, למיטב ידיעתי, כשאני מפשירה טעון בדיקה, זה בדרך-כלל לצורך פתיחת חשבון. לא לצורך מתן אשראי. זה ממה שאני מכירה. אבל אם יש משהו שבקי יותר ממני בנוהל הזה? קטונתי." (עמוד 434 למטה ו 435 שו' 9-1)

205. עדותה סותרת בעליל את עדותה של גת, וגם את הגילוי של עו"ד עיני, אשר גילתה במהלך החקירה כי האשראים לפרויקט יפו והקוטג'ים בעפולה ניתנו באמצעות אופציית ההפשרה שבתוך מדיניות ההדרה.

חידוש אשראים

206. כמו כן, העדה גת העידה כי ההדרה מתייחסת לאשראים חדשים או לפתיחת חשבון חדש "אם הוא כבר בעל חשבון קיים, הוא יכול לקבל שירותים בסניף. הוא לא יכול לקבל אשראי חדש" (עמוד 225 שו' 8-6)

207. האשראים המפורטים בסעיף 99 לתשובה לבקשה הינם רובם ככולם חידוש הלוואה ישנה בסך כ 25,000,000 מליון יינים יפניים שניתנו למבקש לפני שנת 2001 (שאוילי סכום גדל מעט בשנת 2006). חידוש הלוואה שכבר ניתנה, כנגדה משועבד לבנק נכס משמעותי בסכום העולה עשרות מונים על שווי ההלוואה, הינה אינטרס עיסקי של הבנק, עליו הוא לא היה מוכן לוותר, חרף רצונו לממש את מדיניות ההדרה.

208. האשראים שניתנו למבקש לאחר שנת 2008 כמפורט בסעיף 2.5.2.1 הינה הלוואה בסך 1.2 מליון ₪ למימון פרויקט יפו, והלוואה בסך 1.3 מליון ₪ למימון בניית קוטג'ים בעפולה. עיון בפרוטוקול וועדת אשראים מיום 18.6.08 (נספח 11 לנספחי הבנק) ובפרוטוקול ועדת אשראים למימון פרויקט יפו (נספח 12 לנספחי הבנק) מלמד כי הפרוטוקולים אינם כוללים הערה כלשהי כי המבקש הינו מסומן כטעון בדיקה או היה מסומן בעבר כטעון בדיקה, ונראה שההערה הופשרה לצורך מתן אשראי לאותם פרויקטים.

209. גם האשראי המפורט בנספח 15 לנספחי הבנק מיום 09.3.09 (שם לראשונה מצויין שהלקוח מסומן) מפורט כי מהות הבקשה הינה "חידוש 2 הלוואות". גם הפרוטוקול נספח 16 (א) מדבר על אישור הלוואות שכבר אושרו.

210. הנה כי כן, ההאינטרס של הבנק לא "לוותר על אובליגו של מליון ₪" (מובטח בנכס העולה בשווי פי שישה) נסוג בפני האינטרס של הבנק לקיים את מדיניות ההדרה.

מדיניות ההדרה מגלה פנים ואופנים אחרים

211. מסכת הראיות גילתה כי התנהלות הבנק בכל הקשור לניהול רשימת המודרים אפופה סודיות, עמימות וחמקמקות. מדיניות ההדרה, במתכונתה, לא מאפשרת להציג תמונה מליאה, מדויקת וממוסמכת על אופן יישום המדיניות בכל מקרה ומקרה בו מנצל הבנק את הכוח הבנקאי העצום

המצוי בידיו לעשות בלקוח ככל העולה על רוחו, "שקוף מבחינת הלקוח". כפי שהיטיב לבטא המבקש בסעיף 60 לתצהירו:

"טיבה וטבעה של מדיניות חמקמקה, בפרט כשמדובר בבחינה של סבירות שיקול דעת בנושא מורכב של מתן אשראי, שהיא מגלה פנים שונות במקרים שונים, פעמים מנצנצת ההדרה במלוא הדרה, פעמים מכוסה".

212. כך, למשל, העיד המבקש כי במבט לאחור על התרחשות הארועים, לא מן הנמנע כי מדיניות ההדרה יושמה עליו כבר בשנת 2001 באופנים שונים, מבלי שהוא ידע על כך **"הרגשתי אבל לא הבנתי"**.

"ש: אוקיי. מאז 2001, ועד שנת 2010, לא הרגשתי שאתה מקבל איזה שהוא יחס חריג מהבנק?

ת: הרגשתי.

ש: הרגשתי?

ת: לא הבנתי. הרגשתי ולא הבנתי." (עמוד 134 שו' 26-24 ו135 למעלה)

213. המבקש התייחס להעלאת הריבית בשיעור של 400% ולתפירת חליפת מימון לא מתאימה לפרוייקט.

כך, למשל, עולה ממסכת הראיות ומניתוח העובדות הקשורות למבקש, כי קיים מתח בין השיקול הבנקאי לקיים את מדיניות ההדרה לבין השיקול הבנקאי לתת אשראי.

מתח זה בא לידי ביטוי בין ההתנהלות ברמת הסניף להתנהלות ברמת ההנהלה, וזאת בשל כך שהאינטרס הבנקאי לקיים את מדיניות ההדרה אינו חזק ברמת הסניף (המונע מהאינטרס לתת אשראי ולשפר את סרגל ההישגים שלו) כמו שהוא חזק ברמת ההנהלה, המבקשת לשמר את כוח ההרתעה ומעמדה המונופוליסטי בקיומה של מדיניות הדרה נוקשה.

214. המבקש בעצמו העיד על ניסיונות פקידי הבנק להסיר ממנו את הכוכבית על מנת שיוכלו לתת לו אשראי ללא הדרה:

"ת: גברתי, מתוך המסמכים עולה תמונה מאוד פשוטה וברורה ומתוך מה שאמרו לי. אמרו לי – נדאג לך למחיקת ה, לא נוכל לתת לך אשראי, נדאג למחוק לך את הכוכבית.

אז מה שעשיתי, באמת כיתבתי את הבנק. אמרתי – חבר'ה, נו מה קורה עם המחיקה? מה קורה עם המחיקה?

הרי לו יתואר שאני מתעורר בבוקר ומדמיין לעצמי שמישהו רשם לי כוכבית ולא נותנים לי אשראי בגלל הכוכבית, ואומרים לי את זה בפה מלא ואני כותב לבנק – רבותי, מתי הגיעה העת שתסירו ממני את האות קין? כי יש אפשרות כזאת, אתם טוענים את זה.

אבל עובדה היא שלא הסירו לי את הכוכבית." עמוד 161 שו' 16-6
"עו"ד עיני: סעיף 239, אתה אומר שפקידי הסניף עשו רבות להשאיר אותי בסניף, תוך הבטחות למחוק את הכוכבית.

העד: אמת.

ש: נכון?

ת: אמת." עמוד 167 שו' 12-10

215. כפי שיפורט, ניסיונות הסניף להשאיר את הלקוח אצלו ובמקביל למחוק את ההערה גרמו למעין **"משחק תעתועים"** שנוצר במתח הזה שבין הדרה להפשרה וניסיונות ההסרה.

216. וכפי שהעיד המבקש בחקירתו:

"אני לא יודע איך שיחקו במספרים שם ומה עשו בדיוק, אבל ההתנהלות היתה עם עקב בצד אגודל במין משחק תימני כזה, צעד קדימה, שני צעדים אחורה, ובתכל'ס, אם הייתי אדם מן היישוב, אז ההדרה היתה מוחלטת לגמרי, בצורה הכי קיצונית שיכולה להיות.

אז עשו לי הדרה במעין משחק תעתועים כזה כל הזמן. לזה אני קורא, והרגשתי את זה, אבל לא הבנתי את זה עד הסוף, כי לא הבנתי את ההדרה." עמוד 159 שו' 14-6

217. להלן יפרט המבקש, על פי מסכת הראיות, את העובדות הקשורות לטענותיו לעניין סיכול מעבר לבנק אחר, אי המצאת מכתב כוונות, תפירת חליפת מימון לא מתאימה והגדלת הריבית.
218. המבקש ידגיש כי תכליתן של פירוט וניתוח העובדות בנושאים אלו לא נועדה לבסס את פרטי עילת התביעה האישית שלו ובוודאי שאין אנו עוסקים בהליך פרטי של תביעת נזיקין. להתרחשות הארועים כלפי המבקש ישנה חשיבות לתובענה ולעילה הקבוצתית של התובענה. בשל האופי הסודי, החמקמק והמשתנה של מדיניות ההדרה, מתקיימים טעמים כבדי משקל לקבוע כי עצם ניהול הרשימה הסודית, במתכונת הקיימת, הינו הפרה של הוראות הדין, ללא קשר ליישומה בפועל, או לצורך להוכיח את המשמעות שלה בכל מקרה ומקרה.

סיכול המעבר לבנק אחר

219. טענות המבקש כי הבנק סיכל את המעבר לבנק אחר וכי הוא באופן עקבי מסרב לתת לו מכתב כוונות נשמעות מופרכות והזויות, אם כי לאחר עיון בראיות שנשמעו, הוכח כי אכן המשיבה מערימה קשיים משמעותיים מאוד על מנת להכשיל את הלקוח מלעבור לבנק אחר.
220. לא ברור אם הכשלת המעבר עומדת בפני עצמה או שהיא נובעת מהניסיונות למחוק את ההערה, עדותו של המבקש כי גם כעבור חמישה חודשים בהם עשה מאמצים חד משמעיים, רציניים ובלתי ניתנים לפרשנות אחרת, הבנק סיכל את המעבר שלו ולא העביר לו מכתב כוונות.
221. בנספחים 8-9 לבקשה מצורפים מסמכים המתארים את ה"ויה דלרוזה" שעובר המבקש החל מתחילת אוגוסט במאמציו להעביר את החבות בפרוייקט יפו לבנק הפועלים בשל הצורך לקבל מימון להשלמת הבנייה. המסמך שנמסר בו וחזר לפחות ארבעה פעמים במהלך החודש עם טעויות כתיב לא ברורות (מספר הגוש?) במכתב מיום 12.9.10 תחת הכותרת "דחוף" מציע המבקש לנסוע לעפולה או לחיפה העיקר לתקן את המסמך לצורך העברת החבות לבנק הפועלים. באופן תמוה המשיבה מסרבת "ללכת בדרך המלך" ולאפשר לבנק הפועלים לרשום משכנתא זמנית ובשעבוד שני על מנת להסדיר את העברת החבות. בפועל בסופו של יום, בנק הפועלים מבין שאין למבקש שום סיכוי לקבל מכתב כוונות מהמשיבה והוא ניאות ב-20.12.10 (לאחר חמישה חודשים של "פרפור" בלתי נגמר) להעביר למבקש שיק בנקאי ללא בטחונות בסך 950,000 ₪ על מנת לשחרר את הנכס מבנק לאומי.
222. העדה עין קדם אישרה כי המכתבים בנספח 8 מעידים כי "הוא מנסה לעבור לבנק אחר" (עמוד 418 שו' 13). בהמשך העדה מתחמקת ממתן תשובה לשאלה מדוע בנק לאומי מסרב לאשר לבנק הפועלים משכנתא זמנית מדרגה שניה לצורך העברת החבות (עמוד 422).
223. העדה העידה כי "בשביל שבנק הפועלים יעביר את הכסף הוא היה צריך לקבל מכתב כוונות מבנק לאומי. זה הסדר התקין" עמוד 427 שו' 15-16.
224. למרות זאת, גם ביום 20.12.10, המועד בו המבקש העביר את החבות בגין פרוייקט יפו, בנק לאומי לא העביר מכתב כוונות כפי שהתבקש. המבקש הצליח להעביר את החבות בשל תושייתו של סניף הפועלים שכל הנראה מכיר את הנפשות הפועלות והבין את המשמעות של הסירוב לתת מכתב כוונות:

"ש: אז אני מפנה אותך לתצהיר של שרבט, אני יכול להגיד לך, לא צריך זה, אני אספר לך, בסעיף 186 – 189 לתצהיר שרבט, וכן בסעיפים 272 – 273, אומר שרבט – אני לא הצלחתי לקבל מכתב כוונות מבנק לאומי. אני קיבלתי שיק פתוח, ללא ביטחונות, ממנהל סניף בנק הפועלים, הפקדתי את השיק, 935,000 ש"ח, ואחרי שהפקדתי את השיק ללא ביטחונות ללא כלום, אחרי זה שחררתי את הנכס וקיבלתי מכתב כוונות.
ת: יכול להיות." (עמוד 427 שו' 15-25)

225. כאשר עומתה העדה עין קדם עם התנהלות הבנק סביב הכשלת העברת החבות לבנק הפועלים ואי מתן מכתב כוונות התייחסה לדברים בזו הלשון:

"ת: אני במקומו הייתי פונה לממונה על המערכת הבנקאית ומלינה. " (עמוד 428 שו' 25-26)

ובהמשך:

"ש: טוב. את לא רואה, את לא רואה פה התנהלות לא תקינה של בנק לאומי, במעבר שלו, במעבר האחרון?
ת:אני, אני לא מצליחה להבין למה שלבנק תהיה סיבה לעשות דבר כזה. אני, באמת קטונתי מלהבין את זה. " (עמוד 430 שו' 8-9)

הדרה באמצעות הערמת קשיים או חליפת מימון לא מתאימה או הגדלת ריבית או wahtever

226. המבקש העיד כי הרגיש במהלך השנים את תוצאות ההדרה מבלי שיבין שהבנק מתייחס אליו כלקוח לא רצוי. "הרגשתי אבל לא הבנתי"

ת: אז גברתי, אני לא ידעתי בזמן אמת, שאני נמצא תחת טעון בדיקה או כוכבית, לא ידעתי את זה. אני מתנהל בתום לב מול הבנק, כי כמו כל אזרח רגיל, מבקש דברים, נתקל בקשיים שלא מובנים לי, נתקל במבטים עגומים מול פקיד הבנק וכל פעם אומרים לי – מה קרה ברעננה? מה קרה ברעננה? (עמוד 154 שו' 21-26)

227. יתירה מכך. מניתוח התרחשות האירועים והתנהלות הבנק בדיעבד, לא ניתן להוציא מכלל אפשרות שכבר במועד אישור האשראי הראשוני לפרויקט יפו הבנק נהג עם המבקש בחוסר תום לב, הוביל אותו לצעוד כסומא באפילה על מסלול של התרסקות בבחינת מכשול לפני עיור תוך ניצול האמון שניתן בו על ידי המבקש.
במה דברים אמורים?

228. ניתוח האירועים מלמד כי המבקש התריע מראש בפי הבנק שמבנה המימון הראשוני שאושר לו לא היה הגיוני ולא תאם את צרכיו לאור אופי הפרויקט. אופי המימון לפרויקט נדלני אמור להתאים את ההחזר לאופי הפעילות ולהתחשב במכירת הנכס בסיום הבנייה. חליפת מימון לפירעון רבעוני אינה מתאימה לפרויקט שבו החזר הכספים אמורים להתקבל ממכירת הדירות בפרויקט. המבקש מלכתחילה ביקש הלוואה שתיפרע עם השלמת הפרויקט ומכירת הנכסים, ולכן לא היה כל הגיון כלכלי ומימוני לאשר לו הלוואה לפירעון רבעוני. בית המשפט מופנה לסעיף 2 למכתבו של המבקש מיום 26.2.10 נספח 21 לתשובה "התרתתי בעבר במספר מכתבים שניתן מימון שלא מתאים לאופי הפעילות, המימון שניתן היה לבניית פרויקט נדל"ן עם לוח סילוקים של החזרים כל שלושה חודשים. אושר אשראי בסך 1.2 מליון ₪ כשבפועל היה מובנה מלכתחילה כשל תזרימי".

229. המבקש העיד כי אושר לו אשראי של 1.2 מליון אולם כשהוא בא לקבל את ההלוואה היא הועמדה לו בפרעון רבעוני:

"ת: על ציר הזמן, שאני ניגש לעסקה ברמה העקרונית אישרו לי את האשראי שביקשתי. כשבאתי ליישם את הדבר הזה, אמרו לי – לא, רק רגע, תקבל את זה, איך אומרים? עם פירעון רבעוני. אמרתי – איך זה יכול להיות? הרי התמורה, שאני אמור לפרוע את ההלוואה, היא אך ורק מפירעון, ממכירה של הנכס. אז איך אני מחזיר בינתיים קרן, הרי עוד לא הרווחתי את הקרן הזאת. אז מה יצא? שנתנו לי, הכשילו אותי במימון. מה הסיבה בדיוק? לא יודע." (עמוד 181 שו' 7-14)

230. העדה העידה כי מקור הסילוק להלוואה אמור להיות ממכירת הדירות: "הבנק אישר כאן הלוואה בסך 1.2 מיליון ש"ח, שהיא מממנת באופן חלקי קרקע ברח' יפו, מטרת הכסף היא לבנייה ומכירה של שתי דירות יוקרה שמקור הסילוק לעסקה הוא מכירת הדירות האלה". (עמוד 368 שו' 4-1)
231. בדיעבד, לאחר שהמבקש נחשף להתנהלותה של המשיבה, הוא לא מוציא מכלל אפשרות שגם ההחלטה לאשר למבקש מבנה אשראי שלא מתאים לאופי הפרויקט נבע מעצם סימונו בכוכבית ומתוך מטרה להכשילו.
232. למעשה, נוצר מצב שהמבקש שעבד את הפרויקט לבנק כנגד מבנה אשראי לא מתאים לאופי הפעילות, וכאשר הוא בא לבקש אשראי נוסף על מנת להשלים את הפרויקט הוא נותר מעין "שבוי" בידי הבנק. מצד אחד, הוא זקוק לכסף נוסף להשלמת הבנייה, מאידך, הוא לא יכול לקבל אשראי נוסף כנגד הפרויקט הקיים (שווי מוערך בכפי שמונה מהחבות בחשבון) וכך נמנעה ממנו היכולת למנף את הפרויקט לצורך השלמתו.
233. ואם יפקפק הקורא הנורמטיבי בסבירות שבנק בישראל יעשה מעשים כאלה ויאשר חליפת אשראי לא מתאימה על מנת להכשיל את הלקוח הלא רצוי או לדחוק אותו מהבנק, הרי שמתבקש להפנות למקרה אחר שנידון בפסיקה (בעניינו של בנק לאומי דנן) בו נקבע על ידי בית המשפט כי הבנק הציע ללקוח חליפת אשראי לא מתאימה על מנת לדחוק את רגליו שיעבור לבנק אחר.
234. וכך, בעניין תא (י-ם) 8974-05 יחזקאל שוורץ ואח' נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (להלן: "פרשת שוורץ") נידון מקרה בו הבנק הציע ללקוח חליפת אשראי שאינה מתאימה לו ובכך גרם ללקוח יותר נזק מאשר תועלת. בית המשפט קובע באותו עניין כי המניעים האמיתיים של הבנק היו לדחוק את רגלי התובעים כדי שיעברו לבנק אחר:
- "התוצאה היא כי לא רק שהנתבע לא העמיד לרשות התובעים שירות אשר יכול היה להועיל להם, אלא שהשירות שהוא נתן לתובעים היה שירות אשר הלך והחמיר את מצבם ויותר ויותר – והנתבע ידע זאת. המניעים האמיתיים של הנתבע עולים מתוך החומר שהובא בפניי. מטרתם היתה לדחוק את רגלי התובעים כדי שיעברו לבנק אחר. התנהלות זו אינה ראויה על רקע הסכמתו ליתן אשראי לנתבעים. התנהלות הנתבע היתה מטעה – ביד אחת הוא הראה נכונות, כביכול, לבוא לקראת התובעים אולם ביד השנייה הוא חסם את התובעים מלקבל דווקא את העזרה לה הם היו זקוקים, והוא הערים על התובעים קשיים נוספים על אלה שהיו להם. פעולה זו הסבה לתובעים נזק, שהרי אם מלכתחילה היה הנתבע מודיע כי אין בדעתו להיעתר לבקשה לאשראי, היו התובעים מחפשים עזרה במקום אחר. אולם, התובעים סמכו על הנתבע וציפו ממנו כי "יבוא לקראתם" כפי שנציגו התיימרו לפעול והם לא ציפו כי הנתבע ימנע מהם דווקא את אשר הם היו זקוקים לו וכביד עליהם יותר".**
235. בפרשת שוורץ נקבע כי חובת האמון של הבנק מחייבת להתאים ללקוח את האשראי לפי צורכי האשראי שלו. עניין חובתו של הבנק להתאים ללקוח את צורכי האשראי שלו מקבלת משנה תוקף במקרה שמדובר בבקשת אשראי נוסף כאשר הבנק כבר מחזיק בידו בטוחה משמעותית העולה בשוויה עשרות מונים על גובה החוב. במצב שבו הבנק בחר לתת ללקוח אשראי ראשוני, חלה עליו חבות מוגברת לעשות כל שביכולתו, על מנת לאפשר ללקוח לקבל שירות אשר יכול להועיל לו, שכן הוא כבר קשר עצמו בקשרים עסקיים על הלקוח והלקוח פיתח בו תלות עסקית ומסר לידי את הבטוחות שלו עליהם הוא מסתמך בהתנהלותו העסקית.
236. מכאן, כי סירובו של הבנק למתן אשראי במקרה דנן זועק לשמים, שכן לא רק שמדובר בסירוב לא סביר ולא ענייני אשר לא עומד בשום אמת מידה בנקאית – עסקית, אלא שמדובר בסירוב למתן אשראי נוסף וזאת לאחר שהבנק כבר בחר לקשור עצמו בקשרים עסקיים עם הלקוח ומשכך חלה

עליו חבות מוגברת להיות ער לצרכיו ולהיענות להם במידת האפשר אף בהתחשב בבטוחות שהוא לא יוכל להשתמש בהם בקבלת אשראי ממקורות אחרים.

הגדלת הריבית – סימנים להדרה?

237. בהקשר זה יצוין, כי מניתוח האירועים שקרו לא מן הנמנע לשער שעוד בשנת 2003 נעשה על ידי הבנק ניסיון להדיר את המבקש מהבנק. ביום 23.1.03, להפתעת המבקש ובניגוד להסכמות קודמות, קיבל המבקש הודעה שרירותית על פיה עקב החלטת הנהלת הבנק לא יאפשרו לו להמשיך ולחדש הלוואה ישנה שחודשה בעבר מספר רב של פעמים לתקופה נוספת. מופנה לנספח 6 לתשובה.
238. לאחר חילופי מכתבים בין המבקש לבנק, הבנק חזר בו ואפשר למבקש להאריך את ההלוואה הישנה לתקופה נוספת, אך שוב בניגוד לסיכום המוקדם, הבנק דרש מהמבקש לשלם ריבית מופרזת בגין ההלוואה המחודשת (פי 4 מהריבית שסוכמה מלכתחילה).
239. לאחר שהמבקש עמד על זכויותיו והלין על גביית הריבית המופרזת בניגוד לסיכום המוקדם, הבנק הסכים להוריד את הריבית בכמחצית.
240. בתשובה התהדרה המשיבה בכך שהורידה את הריבית ובכך רצתה להראות שהלכה לקראת המבקש, אולם לא מן המופרך להסיק שכבר בשנת 2003 פעל הבנק להדרת המבקש מבלי שהוא אפילו חשד בדבר וניסה להגדיל את שיעור הריבית בשל סימונו כ"טעון בדיקה".
241. למעשה, עד היום לא ברור למבקש כמה "עלתה" לו הגשת התביעה נגד הבנק בתשלום של ריבית עודפת או כיוצא בזה מבלי שהוא אפילו מודע לכך.

משחקי תעתועים

242. דוגמא ברורה ל"משחק התעתועים" ניתן למצוא בנספח 28 לנספחי המשיבה בו מבקש המבקש ביום 18.5.11 מכתב כוונות (לאחר שכבר העביר את פרוייקט יפו לבנק הפועלים) "לצורך העברת כל החבות בחשבוני לבנק אחר" לאחר שלא קיבל אשראי בפרוייקט יפו וכנגד הנכס שהיה משועבד בחשבון ללא חבות "קטונתי מלהבין אתכם" "נואשתי מצורת העבודה מולכם (ההלוואה של 180,000 ₪ זוכר?)". יצוין, על פי נספח 27 כי הבקשה להלוואה ל 180,000 ₪ התבקשה בתחילת אפריל.
243. בהתאם לנספח 28 תגובתו של הבנק, מאותו יום, מפורטת על המסמך הינה מהירה: "שוחחת עם מאיר והודעתי לו שההלוואה אושרה", כפי שהעיד המבקש בלשונו הוא:

"עכשיו, את המכתב למר אבי שלום, אבי שלום הרים אלי טלפון, ואמר לי – שלום מאיר, אתה רוצה מכתב החרגה? אמרתי לו – כן. למה? אמרתי לו – אתה שואל למה? אני, אחרי הוויזה דולורוזה שעברתי אתכם, אני רוצה לעזוב את הבנק. מה לא ברור. אמר לי – לא, תקשיב טוב, בוא בוא בוא, אני לא אשחרר אותך מהבנק, אתה לקוח טוב. מה אתה רוצה? אמרתי – אתה, מה זה מה אני רוצה? כל מה שאני רוצה, אתם לא נותנים לי. אז הוא אומר לי – כתוב פה 180,000 שקל. מאשר לך את ההלוואה. כאילו, מקל וגזר, מקל וגזר. אני אומר – חבר'ה, אני רוצה לעזוב את בנק. לא, חכה, אני לא אשחרר אותך. אתה לקוח טוב, קח 180,000 שקל." (עמוד 201 ש' 17-6)

244. העדה עין קדם הסבירה את התנהלות הבנק:

"מה קורה פה, למה מנהל הסניף התקשר אליו באותו יום, אחרי שמאפריל הוא לא אישר לו איזה שהיא הלוואה, והוא מבקש מכתב כוונות, הוא הביא לו מכתב כוונות?"

ת: הוא ביקש מכתב כוונות. אם הוא נתן לו, אני מניחה שלא. הוא אחר-כך אישר את העסקה.

ש: זאת אומרת, הוא מבקש מכתב כוונות, לא נתנו לו מכתב כוונות,

ת: יכול להיות שהוא הלך, ביקש את העסקה, לא אושרה העסקה ואז הוא בא, פנה, ביקש, אני משערת, מתוך ניסיוני כמנהלת סניף,

ש: כן?

ת: הוא פנה, ביקש עסקה, לא אושרה העסקה. חזר אליו, אמר לו – לא אושר, אמר לו – טוב, תן לי מכתב כוונות לבנק אחר. הלך מנהל הסניף להנהלה, אמר להם – חבר'ה, בואו, תירגעו, אנחנו לא נשחרר אובליגו של מעל מיליון שקל, בשביל ה- 180,000, תאשרו, תעזרו לי פה בתחרות בין בנקים.

ש: ובאותו יום הוא מאשר

ת: אישרו לו. חזר ללקוח, אישר לו את העסקה ובא לציון גואל.

ש: ובאותו יום הוא מאשר.

ת: זה תחרות מקובלת. "עמוד 439 שו' 15- סוף ו- 440.

245. נסכם פרק זה במילותיו של המבקש בחקירתו הנגדית :

"ת: אז המציאות של החיים היא יותר מורכבת מהצגת הדברים, והדברים לא,

כל, כל העולם לא עומד על מכתב אחד.

אני ניהלתי משא ומתן עם מספר בנקים וביקשתי מכתב הכוונות עם בנק X

ואחרי זה עם בנק Y. במקביל, רציתי לצאת מהבנק. זה המהות.

עכשיו, אם אני לקוח ועכשיו בוא ניקח את הפן השני של הדברים. אם אני

לקוח גרוע, שמסרבים לתת לי הלוואות ומסרבים לתת לי לסיים את הבנייה

ואני כבר מעביר נכס ומעביר עוד נכס ורוצה לעזוב את ה, עם הנכס האחרון

שלי ומנהל הסניף אומר לי – אדוני, לא אתן לך לעזוב. לא אתן לך מכתב

כוונות. ואם אני לקוח כל-כך גרוע, ולא אמין כפי שאתם אומרים ואלים כמו

שאתם אומרים ולא מנומס כמו שאתם אומרים, תנו לי לעזוב.

כב' השופטת: אוקי, זה סיכום הדברים." (עמוד 205 שו' 14-26 ו 206

למעלה)

פרק ג'- האם ניהול "רשימה שחורה" נמצאת בתחום שיקול הדעת הבנקאי

1. התערבות בשיקול הדעת וניהול הסיכונים של הבנק

246. האם ניהול הרשימה הינו כלי לגיטימי לניהול סיכונים הנעשה באמצעות הפעלת שיקול דעת בנקאי באופן שלבית המשפט אין סמכות להתערב בשיקול הדעת הבנקאי ובניהול סיכונים?
247. אין חולק כי, כי מרגע שלקוח סומן והוסף לרשימה, הוא ישאר מסומן לכל ימי חייו, אלא אם כן מישוהו יחליט להסיר אותו מהרשימה (עמוד 246 ש' 17-24). גם אוכלוסיה שסומנה באופן אוטומטי, אינה מוסרת באופן אוטומטי אלא הסרת הסימון הינה על פי שיקול דעת ("ההסרה נעשית בדרך כלל עם שיקול דעת" עמ' 234 ש' 6).
248. לטענת המשיבה, לקוח הפונה לקבלת שרות מהבנק, הפקיד פונה למרכז האשראי או לחטיבה, הרישום נבחן על פי שיקול הדעת הבנקאי, ובמידה שהוא לא רלבנטי- הרישום הופך לסטטוס "מחוק" או "מופשר". לטענת המשיבה, הסרת לקוחות מהרשימה, או הפשרת הסימון, נמצא בתחום שיקול הדעת הלגיטימי שלה בניהול סיכונים ואינה בתחום הנתון להתערבות השיפוטית. העדה גת טענה, לראיה, כי פקידי הבנק בודקים את הרישומים ופונים למרכז אשראי על בסיס יום יומי.
249. השאלה הנשאלת בהקשר זה היא, האם יש בכוחה של טענה נכבדה זו- שעל פניה מצביעה על הגיון ושיקול דעת- כדי "לצבוע" את מדיניות ה"כוכבית" בצבעים של סבירות ולגיטימיות במתחם שיקול הדעת הבנקאי.
250. יש להשיב לשאלה זו בשלילה רבתי. להלן יפרט המבקש יפרט את הנימוקים, שיש בכל אחד מהם בפני עצמו כדי לשלול את הלגיטימיות של מדיניות הכוכבית במתכונתה, קל וחומר בהצטברותם: **ראשית**, הטלת איסור על לקוחות לפתוח חשבון בנק, או אפילו למנוע מהם גישה לאינטרנט, גם אם הם חלק מרשימה שחורה הינה פעולה המנוגדת באופן מפורש לדיני הבנקאות ואסורה על המשיבה, למעט אם מדובר בלקוח מוגבל או פושט רגל.
- שנית**, המבקש יוכיח כי מדובר בטענה שכל כולה **צביעות** (צביעות- "העמדת פנים, התנהגות המנוגדת למחשבותיו של האדם, מעשים המנוגדים להתבטאויות"-מתוך אתר מילוג) והטעייה בניסיון "**להלבין**" מדיניות קלאסית של ניהול "רשימה שחורה" שהינה מדיניות שמרכיב ההדרה בה גדול לעין ערוך ממרכיב ניהול הסיכונים.
- מחומר הראיות שהוצג בבית המשפט עולה שלא ניתן להסתפק, לשון המעטה, בהצהרותיהן של העדות מטעם המשיבה בכל הקשור לאופן השימוש שנעשה בבנק בשיקול הדעת הבנקאי ביחס לרשימת המודרים. כפי שיוכח, סימני שאלה קשים מרחפים מעל עדותה של העדה גת שהצהירה כי הבנק פועל למחוק הערת "טעון בדיקה" כאשר זו "אינה רלבנטית". הן ביחס לשאלה מתי הערה נחשבת כהערה לא רלבנטית, והן, ביחס לטענה שהבנק פועל כך כדבר שבשיגרה.
- המבקש יטען, כי ניהול רשימת מודרים אינה לגיטימית מעיקרה, אולם גם אם ייקבע כי ניהול רשימה שחורה הינה כלי לגיטימי לניהול סיכונים, יש לנהל אותה על פי קריטריונים מוגדרים העומדים במתחם הסבירות הבנקאי.
- שלישית**, מרכיב הסודיות וההסתרה הנלווה למדיניות הכוכבית אינו עולה בקנה אחד עם דרישות הדין, חובת הגילוי, איסור הטעייה וכללי הצדק האוניברסליים של הגיון וסבירות. גם אם מופעל שיקול דעת לגיטימי בהסרת הרישום או הפשרתו, מדיניות ההסתרה ובפרט יחד עם מדיניות

ההפשרה, הופכים את ה"רשימה השחורה"- בכל שיקול דעת שלא יהיה- להתנהלות פסולה בלתי ניתנת להלבנה.

251. המבקש יטען כי ניהול רשימה שחורה יכולה להיות לגיטימית, אם בכלל, רק אם היא מתנהלת בשקיפות, הן לעצם יידוע הלקוח על משמעות ההחלטה לגביה והן לעניין מתן זכות "שימוע".

א-הדרת לקוחות מלפתוח חשבון בנק מנוגדת לדיני הבנקאות

252. סעיף 2 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981 קובע רשימה של פעולות שבהן לא יסרב תאגיד בנקאי סירוב בלתי-סביר לתת שירותים, כגון, קבלת פקדון כספי במטבע ישראלי או במטבע חוץ; פתיחת חשבון עובר ושב במטבע ישראלי וניהולו ואולם החוק קובע במפורש כי אין חובה לתת שירות שיש בו משום מתן אשראי ללקוח.

253. מהוראות החוק נלמד, כי קיים הבדל מהותי בין החובה ליתן שירותים בנקאיים כלליים (כגון פתיחת חשבון בנק המצוי ביתרת זכות ושירותים נוספים שיפורטו להלן) לבין החובה ליתן אשראי¹. הדין מפריד בין חובות אלו וכך גם התייחסות הפסיקה ובנק ישראל. בכל הנוגע למתן אשראי, לא זו בלבד שהמחוקק ובנק ישראל לא התערבו וחייבו את הבנק במתן אשראי, אלא בחוק נקבע כי מדובר בשיקול-דעת בלבדי של הבנק.

254. מתן שרות, להבדיל ממתן אשראי, עולה בקנה אחד עם מטרתו של כל גוף עסקי, כאשר ההתנגשות עלולה להתרחש מקום בו הבנק חושש ממתן שרות לפלוני ובכך התערב המחוקק וקבע פעולות מסויימות של שירות שהן חובה. נוכח מעמדו של הבנק ויכולתו "להכתיב" קריטריונים אף לנסיבות אילו נאלץ המפקח על הבנקים להתערב ולהבהיר סוגייה זו.

255. נוכח חשיבות ההוראה, המפקח על הבנקים קבע בהוראה 2422 מהם המקרים בהם תאגיד בנקאי מחויב להיענות לבקשת לקוח לפתוח חשבון עובר-ושב ביתרת זכות. כך ציין דוד זקן, המפקח על הבנקים בהודעה לעיתונות בהקשר זה:

"חשבון עובר-ושב הינו שירות חיוני, המהווה אמצעי בסיסי לניהול מרבית הפעילות הפיננסית של כל משק בית. מטרת ההוראה להבטיח שגם אוכלוסיות חלשות יוכלו לנהל חשבון עובר ושב ביתרת זכות, לעשות שימוש באמצעי תשלום מגוונים ולעקוב אחר חשבונם באופן עצמאי ויעיל."³

256. גם הפסיקה התייחסה לסוגייה זו, ואף לשירותים שלכאורה לא נמנו בסעיף 2 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981, וקבעה כי סירוב לתת שירות, בהיקף כזה או אחר, אינו יכול להיעשות על-פי גחמה של הבנק, וכי הבנק אינו יכול לפעול כראות עיניו, אלא עליו לפעול באורח סביר, בתום-לב ובנאמנות כלפי הלקוח, לדוגמא, בעניין מאיר זבידה (4) קבע בית-המשפט כי באשר לעניין מתן שירותים בנקאיים שלא הזכיר המחוקק בסעיף 2 מן הראוי לפנות לסעיף 12(א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, הקובע כי במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום-לב, לפיכך כאשר הלקוח מבקש מהבנק שייתן לו שירות מסוים, על

¹ ניתן להגדיר אשראי כסה"כ הכספים שמעמיד הבנק ללקוח - בין במסגרת אשראי ובין בהלוואות מסוגים שונים. מסגרת אשראי הוגדרה בכללי הבנקאות (שירות ללקוח) (גילוי נאות ומסירת מסמכים), התשנ"ב-1992 כ "סכום מרבי שתאגיד בנקאי הסכים מראש לכבד במסגרתו משיכות מחשבון עובר ושב של הלקוח".

² ראו קישור: www.boi.org.il/he/BankingSupervision/LettersAndCircularsSupervisorOfBanks/HozSup/h2423.pdf

³ ראו קישור: www.boi.org.il/he/NewsAndPublications/PressReleases/Pages/28-05-2014-BankingSupervisor.aspx

⁴ (ת"א) 23820/07 בנק הפועלים בע"מ נ' מאיר זבידה (פורסם בנבו, 22.07.2007).

הבנק להתנהג בדרך מקובלת ובתום-לב, וודאי שבנק המכבד אמות מידה אלה של התנהגות אינו מסרב לתת שירות, אלא-אם-כן תהיה הצדקה סבירה לסירוב. וכלשון בית-המשפט הנכבד :

"...לשיטת הבנק, משלא קיימת חובה בחוק הבנקאות לתת לתובע את השירות, הכולל, כאמור, מתן מידע יום יומי על ניירות ערך, אין עילה חוקית לחיוב הבנק בפיצויים בגין נזקים נטענים כאלה ואחרים. אינני מקבל את הטענה. ניתן **לכאורה** לסבור כי שירותים הנמצאים בתחומי פעילותו של הבנק בהתאם לחוק הרישוי, ואינם נמנים על השירותים המפורטים בסעיף 2(א) לחוק הבנקאות, יכול הבנק לסרב לתיתם בכל נימוק שהוא. **ולא** היא. סירוב לתת שירות, בהיקף כזה או אחר, אינו יכול להיעשות על-פי קפריזה. הבנק אינו יכול לפעול כראות עיניו. עליו לפעול באורח סביר, בתום-לב ובנאמנות כלפי הלקוח..."⁵

257. המבקש יטען, כי ניהול רשימת מודרים המנועים מלפתוח חשבון בנק הינה מדיניות החורגת בעליל ממתחם הסבירות, גם אם מדובר בלקוחות שכשלו בעבר.

ב- העמימות והסתירות סביב קיומם ותוכנם של קריטריונים סבירים למחיקה

258. מהראיות שנשמעו הוכח, כי אין לקבל את הטענה שניהול הרשימה השחורה הינה מדיניות לגיטימית לאור הטענה שהמשיבה נוהגת למחוק הערות לא רלבנטיות.

259. ביחס לשאלה מהם הקריטריונים, אם בכלל, על פיהם ניתן לבקש או להסיר לקוח מהרשימה נשמעו עדויות סותרות, המטילים ספק רב במהימנות גירסתן של העדות בסוגיה זו.

260. העדה גת העידה כי כל מנהל סניף או מרכז אשראי מקבל "כתב סמכויות של מחיקת הערה של טעון בדיקה" (עמוד 247 שו' 9-8) המגדירה מטריצה, המשתנה תדיר, המבוססת על ותק הרישום ובמקרה של מחיקת חוב, סכום המחיקה. (עמוד 248 שו' 24-19).

261. מאידך, העידה עין קדם את ההיפך הגמור וטענה, יותר מפעם אחת, כי אין מחילה ואין מחיקה של רישום הנובע ממחיקת אשראי, גם אם נעשה במסגרת הסדר פשרה וגם "אם מדובר בלקוח הכי טוב בעולם". עין קדם העידה, כי קיימים מקרים שהיא ממליצה ללקוח לסלק את החוב שנמחק בעבר כתנאי היחיד המאפשר מחיקת הטעון בדיקה שהינו תנאי בל יעבור להתקדם בבקשת האשראי או פתיחת החשבון, וכי ללא סילוק החוב אין סיכוי למחוק את הרישום ויהי מה:

"...הרי לפעמים מגיעים אלי לקוחות שמחקו בגינם חוב, אני אומרת להם – תשמע, בסניף זה וזה, מחקו בגינך חוב בשנת כך וכך. אם אתה מעוניין לסלק את החוב הזה, בבקשה, נסיר את הטעון בדיקה ונתקדם, כי היום רואים מהדפים שאתה מתנהל כשורה, סבבה." (עמוד 452 שו' 21-17)

ובמקום אחר העידה:

" אם הוא מסומן כטעון בדיקה כי הופרש בגינו אשראי, אף הנהלה ממונה לא תאשר לי לתת לו אשראי. אם הוא סומן, " (עמוד 355 שו' 8-5)

"ת: אם הטעון בדיקה שלו נובע מזה שמחקו לו חוב בעבר, הוא יכול להיות הלקוח הכי טוב בעולם ואני לא אתן לו אשראי." (עמוד 354 שו' 26-25)

⁵ למען שלמות התמונה יצויין כי במקרה זה הלקוח אף ביקש סעד של אכיפה כלפי הבנק. הלקוח עתר כי הבנק יעניק לו שירות ייעוץ השקעות. אולם בית-המשפט דחה סעד זה על-הסף, בין היתר, תוך הפניה לאותם שירותים שהבנק צריך להעניק ללקוחותיו, כאשר שירות זה לא מצוי בכללם. וכך נאמר שם: "העולה מן המקובץ הוא כי **סעיף 2(א)** לחוק הבנקאות, עליו מבסס התובע את תביעתו, איננו מטיל על הבנק חובה סטטוטורית ליתן לתובע שירות של ייעוץ השקעות ומתן מידע על ניירות ערך. ברור ונעלה מכל ספק הוא, על-פי העובדות והטענות העולות מכתב התביעה ובהעדר חובה סטטוטורית למתן השירות, כי התובע לא יוכל לקבל, בשום-פנים- ואופן, את הסעד האכיפתי. תוצאת הדברים המעשית היא כי דינו של הסעד האכיפתי הנזכר להימחק, וכך אני מורה..."

262. גם לענין סמכות מחיקת טעוני בדיקה העידה עין קדם ההיפך הגמור מגת. בעוד גת העידה כי כי לכל מנהל סניף או מרכז אשראי סמכות שונה למחיקה הניתנת על ידי החטיבה בכתב הסמכות (עמוד 249 ש' 14-1) העידה עין קדם ההיפך הגמור וטענה כי לכל מנהלי הסניפים סמכות שווה :

" העדה: נוהל טעוני בדיקה זה נוהל קבוע בבנק והוא רלוונטי לכל מנהלי הסניפים באותה מידה." (עמוד 357 ש' 18-19)

263. ואם לגבי אוכלוסיית המודרים בגין מחיקת אשראי מצאנו עדויות סותרות, הרי שביתר המקרים, שאינם בגין מחיקת אשראי, עוד יותר רב הנסתר על הגלוי. מבין השורות ניתן להבין כי קיימים מקרים רבים שכלל לא ניתן למחוק את הרישום לעולם ועד: "ויש מקרים שאני אגיד לו – תשמע, אנחנו לא מתקדמים. אני רואה שבעבר, לא יודעת מה קרה" עמוד 452 ש' 22-23

264. כך, למשל, לקוחות שהיו בעבר פושטי רגל או בכינוס, או בעלי חשבון מוגבל, גם אם קיבלו הפטר וגם אם חלפו עשרות שנים מהאירועים- יישארו רשומים לנצח ברשימת המודרים.

265. בנוסף, הרישומים הסובייקטיביים שנרשמו על פי שיקול דעתו של מנהל הסניף או החטיבה, נרשמו ללא קריטריונים והם ניתנים להסרה, אם בכלל, ללא כל קריטריונים או קווים מנחים. כך, בענייננו, העידה עין קדם כי עשתה מאמצים למחוק את ההערה שנרשמה למבקש, ועל אף שעבר למעלה מ- 12 שנים מהתרחשות האירועים- לא הצליחה למחוק את הרישום :

"לא אישרו לי להסיר. פניתי, עד החטיבה הגעתי בבקשה להסיר את ה-טעון בדיקה, לא אושר לי. אמרו לי – יש היסטוריה ולא מוחקים היסטוריה בסיטואציה כזו, מספרי הבנק. זו התשובה שקיבלתי." עמוד 444 ש' 12-15

266. למעשה, עין קדם מצהירה באמור לעיל כי רישום המבקש כטעון בדיקה בגין כך שתבע את הבנק יישאר חקוק לנצח בספרי הבנק: "יש היסטוריה ולא מוחקים היסטוריה בסיטואציה כזו, מספרי הבנק". מבעד לשורות ניתן לשמוע את אלמנט "חוסר האונים" בתשובתה: "זו התשובה שקיבלתי".

267. חיזוק לעדותה של עין קדם נמצא בעדותו של מנדלברג שהעיד שנאמר לו מפי פקידי הבנק שלקוח התובע את הבנק הוא "שרוף" מבחינת הבנק והוא יהיה מודר מקבלת שירות בנקאי לעולם ועד.

268. בנסיבות אלו אין להתפלא כי קיומם של רישומים בני שלושים שנים ויותר אינו דבר נדיר :

ש: טוב. יכול להיות אדם מסומן בבנק וכבר 30, לאירוע שקרה לפני 30 שנה?
ת: עוד פעם, מה השאלה?
ש: יכול להיות אדם שהוא מסומן עדיין בבנק על אירוע שהתקיים לפני 30 שנה?
ת: אם יכול להיות תיאורטית אדם שבגלל משהו שקרה לפני 30 שנה?
ש: סומן לפני 30 שנה ועדיין,
ת: האם יש סימונים כאלה עדיין, מלפני 30 שנה?
ש: כן.
ת: **בוודאי**. עמוד 278 ש' 4-11

עדותה של גת בקשר למחיקת רישומים הינה עדות מטעה שכן היא מתייחסת לבנק הדיגיטלי

269. בנוסף לסתירות בעדויות, עננה כבידה של הטעייה מרחפת מעל עדותה של גת בכל הקשור למחיקת רישומים, ונראה שעדות זו נתפרה למידותיו של ההליך המשפטי תוך יצירת בלבול, עמימות וחלקלקות בסוגיה שלגביה העידה.

270. העדה טשטשה את העובדה שעדות זו ניתנת על ידה בתפקידה כמנהלת הבנקאות הדיגיטלית שהוקמה לאחרונה "פפר".

ת: תפקידי היום בבנק? אני אחראית על הבנקאות בפפר, בבנק החדש שאנחנו מקימים בבנק לאומי.
 ש: אוקיי. ותפקידך במועד הגשת התצהיר?
 כב' השופטת: ב-מה?
 העדה: פפר. פפר, בנק חדש, שאנחנו מקימי,
 עו"ד עיני: בנק דיגיטלי.
 העדה: בנק דיגיטלי, חדש, ואני אחראית על הבנקאות שם. (עמוד 218 שו' 9-15)

271. התיאורים של גת על פתיחת חשבונות ומחיקת הערות "באופן יומיומי" מתייחסים לתפקידה בפפר בו נעשים מאמצים על ידי הבנק הדיגיטלי החדש לגייס כמה שיותר לקוחות. במציאות זו, מתגמש הבנק מהמדיניות הנוקשה הנוהגת בסניפים הקונבנציונליים, ומחליף אותה במדיניות של בדיקה והסרה של ההערות המונעות מהבנקאי פתיחה של חשבונות ללקוחות המודרים, כל זאת בשל האינטרס המוצהר לפתוח כמה שיותר חשבונות חדשים בבנק הדיגיטלי.
272. העדה גת אישרה בחקירתה כי תיאוריה האופטימיים ביחס לניהול ליברלי ושקול של מדיניות "טעוני בדיקה" מתייחסים לפתיחת חשבונות בכובעה כמנהלת בפפר:

העדה: אני אומרת לך שיום יום, אני, באופן אישי, היום, אתמול, פניתי למרכז למומחיות, וביקשתי מחיקה של סימון טעוני בדיקה. יום יום עושה את זה, מקבלת מחיקות ופותחת חשבונות ונותנת להם אשראים. יום יום. בסדר? זה קורה יום יום.
 עו"ד ממך: על-פי שיקול דעתך, אין?
 העדה: לא, על-פי, על-פי למה סומן הטעון בדיקה, על-פי כמה נמחק, מתי נמחק ומה קורה. אני פונה ומסירים את טעון הבדיקה. אני פותחת חשבונות כאלה לפחות שניים-שלושה ביום, כל יום....
 ת: שהיו מחיקות בעבר והיום זה כבר לא רלוונטי ואני, של טעון בדיקה כלשהו. בדרך-כלל זה מחיקות.
 ש: אה, את מדברת בכובעך בפפר, את פותחת חשבונות של אנשים שהיו טעוני בדיקה בעבר והמחיקה שלהם נמחקו?
 ת: נכון, יום יום. (עמוד 280 שו' 24-26 ו- 281 שו' 1-13) (ראי גם עמוד 262 שו' 21-25)

273. תיאורה של גת את מדיניות הבנק בכל הנוגע למחיקת טעוני בדיקה מתארת מצב הנעדר באורח פלא מתצהירה שלה (ואף בסתירה לו- קו ההגנה שנקט הבנק בתשובה ובתצהירה של גת גורס כי ההערה הינה אמצעי טכני בלבד ולא "תנאי סף" ואין כל צורך למחוק או להפשיר אותו, בעדותה הציגה גירסה שונה), עומד בסתירה חזיתית לעדותה של עין קדם אשר העידה כי לא ניתן למחוק רישום במקרה של מחיקת חוב ללא סילוק החוב שבגיניו נרשמה ההערה (עמוד 452 שו' 17-21) וכנראה אינו רלבנטי למדיניות הבנק הכללית להבדיל מהבנק החדש הדיגיטלי.
274. הוא אשר אמרנו- במתח הקיים בין האינטרס הבנקאי לקיום ההדרה לבין האינטרס הבנקאי האחר, במקרה דנן, האינטרס הבנקאי של "פפר"- הבנק פועל לפי האינטרס החזק יותר והכדאי לו באותה נקודת זמן. אדרבה, העובדה שהבנק הדיגיטלי "רך" יותר ביישום מדיניות ההדרה מלמדת כי התנהלות הבנק כלפי מאות אלפי הלקוחות המודרים מהבנק במשך עשורים לא נובעת מניהול סיכונים אלא ממדיניות של הדרה, אשר כוחה נחלש למול האינטרס הבנקאי החדש בהקמת הבנק הדיגיטלי.

ג-בנסיבות בהם המחיקה הינה החריג לכלל של הדרה- היא אינה מרפאת את חוסר הסבירות שבהדרה

275. לא לחינם טענה המשיבה בכתבי הטענות שההערה הינה אמצעי טכני לבדיקת הלקוח ולא אמצעי הדרה. גם המשיבה מבינה שעצם השימוש ברשימה שתכליתה "הדרה" הינו מעשה פסול, תיוג היוצר "אות קין" ו"סטיגמה" על לקוח.

276. גם אם נניח שאותה "סטיגמה" נועדה במקורה לשרת צורך בנקאי לגיטימי, עצם השימוש באמצעי זה כאמצעי של הדרה, עלול לפגוע שלא כדין בזכויות הלקוחות המודרים, ללא שקיפות, מנגנוני בקרה והגנה מתאימים.
277. מקורו של המונח "סטיגמה" ביוונית ומשמעותו המקורית: עקיצה, צלקת, סימן הנותר בגוף. אות שהיו נוהגים ביוון העתיקה וברומא לצרוב בגופו של פושע. ניסיון החיים מלמד כי תיוגו של אדם כחלק מקבוצה תחת אותו תיוג שלילי, יוצרת לאדם שם רע אשר מקבל חיים משל עצמו, לעיתים תוך ניתוק מהסיבות המקוריות לתיוגו, והופכת ל"כתם", שקשה מאוד להסירו.
278. מחומר הראיות עולה, כי ניהול הרשימה, ככלל, משרתת מדיניות ותכלית של הדרה. גם אם קיימת אפשרות להסיר לקוחות מסויימים מרשימת המודרים, בפועל- שלא כטענת גת- המחיקה הינו החריג בעוד הכלל הינו תיוג והדרה.
279. מכתבי הטענות ומסכת הראיות עולה שכל עוד מדובר באמצעי שברירת המחדל שלו הינה הדרה, הסבירות שפקידי הבנק יעשו מאמצים להסיר לקוח מודר מרשימת המודרים הינה, ברוב המקרים, נמוכה עד כדי קלושה. הפקיד בסניף צריך לרצות מאוד לערוך את הבירור מול הסניף שרשם את ההערה או לבקש בדיקה במרכז אשראי וסביר להניח שקיימים מקרים רבים, אם לא רובם, שהפקיד יעדיף לא להתעסק עם לקוח שמלכתחילה ברירת המחדל לגביו בבנק היא הדרה.
280. המבקש העיד כי לקוחות שהם לקוחות עסקיים המנהלים פעילות ענפה הינם לקוחות שלסניף יש אינטרס לשמר אותם וסביר שהוא יפעל (כפי שפעל הסניף בעניינו של המבקש ללא הצלחה) לביטול ההערה. מאידך, לקוחות רגילים, (פשוטי העם?), הינם לקוחות שסביר להניח שההערה תוביל להדרתם המוחלטת מהבנק מבלי שמאן דהוא יבדוק לעומק את הנסיבות בגינם נרשמה ההערה.
281. בהתאם, גם הטענה שפקידי הבנק נוהגים לפנות למרכז אשראי כל אימת שהם נתקלים בלקוח מסומן אינו עולה בקנה אחד עם עדות זו של עין קדם, המשמשת כמנהלת סניף, ואשר העידה כי לא ניתן למחוק רישום לפני שסולק החוב בגינו בוצע הרישום לכתחילה, ללא קשר למצבו הפיננסי של הלקוח. ברי מעדותה של עין קדם, שהיא לא תטרח לבקש את מחיקת החוב של לקוח כזה.
282. על פי עדותו של מנדלברג, שתפורט, ברי שמנהל סניף ממוצע לא יטרח לבקש מחיקה של לקוח שנרשם בשל כך שתבע את הבנק, מעבר לכך, שספק רב אם יצליח (להזכיר עדותו של מנדלברג ועדותה של עין קדם לגבי המבקש).
283. דוגמא חיה לכך ניתן למצוא בפסק הדין שניתן בעניין תא (חי) 15378/03 בנק לאומי לישראל בע"מ- סניף זייד טבעון נ' לוי ציפורה (נבו). בסעיף 4 לפסק הדין שורות 10-11 מתאר בית המשפט כי **"קיימת הערה על חשבונה של לילי בסניף זייד לפיה החשבון 'טעון בדיקה' ולכן לא ניתן להחתים את לילי כערבה להלוואה השניה"**. בהמשך פסק הדין (סעיף 5) מתואר כי מנהל הבנק, גלעד, כלל לא ביקש את מלוא האינפורמציה העומדת מאחרי רישום ההערה ואף כלל לא ידע את כל הפרטים. הוזה אומר, מנהל הסניף מראש לא אישר ללקוחה להיות ערבה להלוואה כבר מעצם רישום ההערה מבלי שאפילו בדק את האינפורמציה העומדת מאחוריה, לא כל שכן שלא פנה למרכז אשראי למחיקת ההערה.
284. מעבר לכך, עדותה של גת מתייחסת לרישומי "טעון בדיקה" כתוצאה ממחיקת חובות. אין כל התייחסות בעדותה או בתצהירה למחיקת הרישום במקרים של רישום סובייקטיבי, ונראה שלקוחות אלו הינו לקוחות מסומנים ומתוייגים באופן שאפילו בבנק הדיגיטלי החדש לא ששים למחוק בקלות.

285. המשיבה ו/או העדות מטעמה לא התייחסו למחיקת רישום בגין לקוחות שהיו בעבר פושטי רגל או מוגבלים וניתן להבין כי לקוחות אלו יהיו מסומנים ומודרים מהבנק לנצח נצחים.
286. בנוסף, המשיבה, כאמור, לא הציגה את נוהל "טעון בדיקה" ולא פירטה מהם הקריטריונים, או לכל הפחות הקווים המנחים להסרת "טעון בדיקה". יש לזכור את אי הצגת הנוהל לחובתה ולקבוע, לצורך הדיון בבקשה, כי המשיבה מסתירה בנוהל את המדיניות האמיתית שלה: הדרה.
287. מכל האמור עד כה עולה, ביחס להסרת לקוח מרשימת המודרים, כי מדיניות הבנק לענין הסרת לקוח מהרשימה נותרה עמומה וחסויה. לא ברור אם קיימים קריטריונים להסרת הרישום, ואם קיימים, האם מדובר בקריטריונים סבירים העומדים בדרישת הדין והסבירות הבנקאית.
288. בכל הכבוד, אין להסתמך על עדותה היחידה של גת (שכאמור נטענה לראשונה בחקירה חוזרת ונראה שנתפרה למידותיו וצרכיו של הדיון בתיק זה וככל הנראה על סמך תפקידה החדש כמנהלת הבנק הדיגטלי) בהתייחס למאות אלפי הלקוחות הרשומים כטעוני בדיקה בספרי הבנק.
289. מה שכן ברור וידוע, כעולה מהעדויות, כי ברירת המחדל הינה סימון, תיוג והדרה. גם אם ייקבע כי שימוש בכלי ההדרה הינו לגיטימי, הרי שיש לעשות זאת על פי קריטריונים מוגדרים וסבירים.
290. כך, למשל, לא ייתכן כי לקוח יהיה מסומן לעולם ועד מבלי יכולת לשקם את האמינות הפיננסית שלו. זוהי התנהלות בלתי סבירה בעליל שאין להתיר.

ד- מרכיב הסודיות וההסתרה הופך את מדיניות הכוכבית לבלתי לגיטימית בעליל

291. כאמור לעיל, מדובר ברשימה סודית אשר כל הפעולות לגביה נעשות במסתרים ובמחשכים, ללא ידיעת הלקוח "שקוף מבחינת הלקוח". המבקש פירט לעיל את הפגמים במדיניות ההפשרה הנעשית גם היא בתנאים של הסתרה ואת ההשלכות שיש לכך לזכויותיו של הלקוח.
292. בנסיבות אלו של ההסתרה שבתוך ההדרה ובפרט במדיניות של הפשרה שבתוך ההסתרה שבתוך ההדרה, גם מחיקה של הרישום במקרה שהיא לא רלבנטית אין בכוחה לרפא את העדר החוקיות וחוסר הסבירות של מדיניות זו.
293. בהקשר זה יצוין, כי קיימת סתירה מהותית בין עדותה של גת לעדותה של עין קדם.
294. העדה גת גילתה את עיני בית המשפט והצדדים, כי למדיניות "טעון בדיקה" קיימת אופציה של "הפשרה" המאפשרת הפשרת הסימון לצורך פתיחת חשבון או מתן אשראי (עמוד 224 ש' 8-10)
295. לעומתה, העידה עין קדם כי למיטב ידיעתה, הפשרת הסימון הינה לצורך פתיחת חשבון בלבד ולא לצורך מתן אשראי:
- " אני מכירה, אני, למיטב ידיעתי, כשאני מפשירה טעון בדיקה, זה בדרך-כלל לצורך פתיחת חשבון. לא לצורך מתן אשראי. זה ממה שאני מכירה" עמוד 435 ש' 6-8)
296. כיצד ניתן ליישב את הסתירה הכה משמעותית בין שתי העדות המרכזיות מטעם המשיבה?
297. ניתן להניח כי העדה עין קדם נמנעה מלהודות על קיומה של אופציית ההפשרה שכן אופציה זו שומטת את הקרקע תחת תצהירה. עין קדם העידה שהמבקש מסומן משנת 2000 ועד היום כטעון בדיקה אולם, הסימון לא השפיע על שיקולי המשיבה במתן האשראי. מאידך, מעדותה של גת עולה כי האשראי שניתן למבקש בשנת 2008 ניתן באמצעות אופציית "ההפשרה".
298. מאידך, אם נרצה ליישב סתירה זו, שהינה כה מהותית ומרכזית בתיק, ניתן לשער, בגדר השערה בלבד, כי מדיניות הכוכבית הינה מדיניות סודית לא רק כלפי הלקוחות המודרים אלא כלפי פקידי הבנק עצמם, לרבות מנהלי הסיניפים. ייתכן מאוד כי מנהל הסיניף הפונה עבור לקוחו למחיקת הסימון סבור, בטעות, כי הסימון נמחק וניתן לתת לאותו לקוח אשראי, בעוד בפועל, הסימון רק

הופשר, לצורך אותה פעולת אשראי, ובפעם הבאה שאותו לקוח יבקש אשראי הסימון יופיע שוב כסימון פעיל.

299. השערה זו יכולה להסביר מדוע בפרוטוקולי האשראים שצורפו נרשם שהסימון של המבקש נמחק. מנהלת החח"ד פעלה בשנת 2008 תחת ההנחה שהסימון נמחק בעוד בפועל הסימון הופשר לשעה ותו לא.

300. בין כך ובין כך, מחומר הראיות עלה והתחדד כי ניהול מדיניות סודית, ללא קריטריונים מוגדרים, עלולה לגרור השלכות נוספות שיש בהן פגיעה מהותית בזכויותיו של הלקוח.

301. למשל, במקרה של המבקש התברר שיכול להתקיים פער בין האינטרס של הסניף לתת אשראי ללקוח לאינטרס של ההנהלה ליישם את ההדרה כפשוטה. שיקולי הסניף בשיפור הישגיו ומתן אשראי על בסיס שיקול ענייני התנגשו בשיקולי ההנהלה להדיר את הלקוח מהבנק. בתוך בליל השיקולים נרמסה זכותו של הלקוח אשר מחד, המתין בסבלנות להבטחת הפקידים שיפעלו למחיקת הכוכבית מאידך, פעלו הפקידים בדרכים שונות להשאירו כלקוח בסניף מתוך תקווה, שהתבדתה, כי הם יצליחו להסיר אותו מרשימת המודרים.

302. או כפי שהעיד הלקוח בסעיף 60 לתצהירו :

"טיבה וטבעה של מדיניות חקמקה בפרט כשמדובר בבחינה של סבירות שיקול דעת בנושא מורכב של מתן אשראי, שהיא מגלה פנים שונות במקרים שונים, פעמים מנצנצת ההדרה במלוא הדרה, פעמים מכוסה"

2. סיכום : המסקנה המתחייבת שיש להסדיר ניהול רשימה על פי כללי הדין והסבירות הבנקאית

303. מניתוח מאפייני מדיניות הכוכבית עולה, כי חרף ניסיונות מובנים של הכחשה, מדובר במדיניות קלאסית של ניהול "רשימה שחורה" : ניהול רשימה סודית של אנשים אשר יוצר הרשימה מבקש לתייג אותם כאנשים מפוקפקים או חשודים מתוך מטרה להדירם.

304. כפי שיפורט, מדיניות זו, לכל הפחות במתכונת הקיימת אצל המשיבה, אינה עולה בקנה אחד עם דרישות הדין, כללי הצדק הטבעי ועקרונות אוניברסאליים, ואף עומדת בניגוד לחובתה לנהוג בהגינות ובסבירות כלפי לקוחות, גם אם נפל דופי כזה או אחר בהתנהלותם שלהם.

305. על מנת שהבנק יהיה רשאי לאמץ מדיניות של "רשימה שחורה" ולנהל רשימה של לקוחות מודרים, עליו לפעול בשקיפות ובהגינות על פי קריטריונים מוגדרים, גלויים, שיוויוניים וסבירים, לרבות תיחום של זמנים. בנסיבות המתוארות, אין גם להתיר את שיקול הדעת להסרת הרישום בידי פקידי הבנק, הפועלים מאחורי גבו של הלקוח וללא ידיעתו, ללא קריטריונים מוגדרים, סבירים, שקופים וגלויים.

לא לחינם התבטא כבוד השופט ענבר בהחלטתו מיום 20.7.16 כאשר קבע כי **"בקשת האישור מניחה לפתחו של בית המשפט סוגיה ראויה והיא נסמכת על תשתית עובדתית ומשפטית נאותה"**

פרק א' - מדיניות המשיבה כפופה למבחן הסבירות הבנקאי

הגיון עסקי בנקאי

306. הפסיקה קבעה שוב ושוב, כי אין לבנק חובה להעניק אשראי או לחדשו, כל עוד אינו מפר הסכמים שנערכו בינו לבין הלקוח וכן כי קיים לבנק שיקול-דעת עסקי לגיטימי, המתבסס על נסיבות העניין (פרמטרים שונים, בהם מצבו הכלכלי של הלקוח, מטרות המימון וסיכויי ההשבה), באם להעניק אשראי אם לאו ובאיזה היקף, אך יחד-עם זאת, נקבע כי הבנק אינו יכול להתנהל ככל העולה על רוחו, והוא כפוף לסטנדרט התנהגות מקובל במגזר הבנקאי, או, כפי שכינה זאת השופט יצחק עמית, בפרשת טופז: **"מבחן הסבירות הבנקאי"**:

"ברגיל, היקף התערבות בית-המשפט בשיקול-הדעת הבנקאי, אם "בזמן אמת" ואם בדיעבד, תהא על דרך הצמצום, ותיעשה כאשר הבנק פעל בניגוד בולט לדרך הבנקאית המקובלת ובהיעדר הגיון עסקי-בנקאי".

מהו אותו "הגיון עסקי-בנקאי" וכיצד הוא נבחן?

307. בעניין תא (ב"ש) 38580-03-16 **אריה שרעבי נ' בנק לאומי לישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 6.10.16) להלן: **"פרשת שרעבי"** נדונה תביעה של נותן שירותי מטבע אשר ניהל עסקיו באילת. בנק לאומי ביקש להעבירו לסניף ייעודי לנותני שירותי מטבע בעיר תל אביב וזאת נוכח העובדה כי לשיטתו הוא היה הלקוח היחיד בעיר אילת אשר דרש שירותים אילו ונוכח הביקורת וההתמקצעות הנדרשת אין לחייבו להכשיר כוח אדם למען לקוח בודד. בית-המשפט קיבל את התביעה וקבע כי הבנק מחוייב להמשיך ולהעניק את השירותים ללקוח זה בעיר אילת וזאת תוך דיון מעמיק וחשוב בתפקידו של הבנק. כל זאת בשעה שכאמור אין כל דבר חקיקה המחייב בנק להעניק שירות מסויים דווקא במקום כזה או אחר. בית-המשפט קבע כי:

"מאחר שהתאגידים הבנקאיים נהנים מהיתרון שהשירותים שהם נותנים נתייחדו להם ואסור לאחר לתיתם, יש לחייב אותם לתת שירותים אלה לציבור" (הצעת חוק הבנקאות (שירות ללקוח), ה"ח 1497, עמ' 106 (01.12.80)). דהיינו, מאחר והבנקים מציעים לציבור שירותים המיוחדים להם על-פי חוק ואשר אדם מן השורה אינו רשאי על-פי חוק ליתן, הדבר מטיל עליהם את החובה ליתן שירותים בנקאיים מסוימים לכל דורש, אלא אם כן קיים טעם סביר לסירוב ליתן את השירות. נטל ההוכחה לכך שהסירוב ליתן שירות הוא סביר מוטל על הבנק, כאשר בהקשר זה אין די בחשש ערטילאי לצורך הסירוב."

308. בית-המשפט החיל על הבנק את מבחן הסבירות וקבע כי:

"אין מחלוקת, כי ככלל, הבנק אכן אינו מחויב להעניק שירותים בנקאיים במקום ספציפי דווקא, אלא הוא רשאי להתנות את מתן השרות בסניף אחר, גם אם סניף זה מרוחק ממקום שבתו של בעל החשבון. דפוס פעולה מעין זה הוא לגיטימי, בפרט בהתחשב בחובות המוטלות על הבנקים מכוח הוראות החוק להלבנת הון והצווים שנקבעו מכוחו, אשר בשלהן בחר הבנק לנהל את חשבונות הנש"מ, הדורשים פיקוח מתמיד, בסניפי בנק מתמחים בלבד. עם זאת, גם עקרון זה כפוף למבחן הסבירות, וברור כי לא ניתן לטעון, כי הבנק רשאי להתנות את קבלת השירות בסניף ספציפי, יהא מרחקו של סניף זה אשר יהא: "טול לדוגמה מקרה בו הבנק מאפשר המשך

הפעילות בחשבון שהתנהל בסניף בצפון בכפוף להעברתו לסניף אחר מרוחק, באילת למשל, כאשר לבנק סניפים ייעודיים נוספים קרובים יותר. כלום יכולנו להשלים עם זה ולומר כי אין מתערבים בהחלטתו, הגם שנראית היא כבלתי-סבירה? על כך יש להשיב בשלילה" (ת.א. (חי') 27289-11-13 ואיל כנען נ' בנק מרכנתיל דיסקונט, פסקה 17 לפסק הדין (פורסם בנבו) (19.1.14). לטעמי, התניית מתן השירות לתובע בהעברת חשבון הבנק שלו לסניף בתל אביב, כאשר התובע מתגורר באילת, אינה עומדת במבחן הסבירות ועל כן דינה להתבטל."

309. הערה חשובה של בית-המשפט, הגם ונאמרה באוביטר, חשובה ביותר לדיונו. שם דווקא מתוך הבנת עמדתו של הבנק והחשיבות בביקורת על סוג החשבונות של נש"מ (נותן שירותי מטבע) קובעת כב' השופטת דברת למרות ההבנה לטענת הבנק בדבר הסיכון של חשבון זה מכח חוק איסור הלבנת הון "החלטת הבנק לפיה הסניף המתמחה הקרוב ביותר לתובע יהיה בתל אביב, מבלי לאפשר קבלת שירות נדרש במרחק סביר ממקום עסקו של התובע באילת, אינה סבירה. לא יתכן כי הבנק יצור מצב שבו תושבי הפריפריה הרחוקה אינם זכאים לנגישות מינימלית לשירותים בנקאיים עבור חשבונות נש"מ, גם אם מדובר בחשבונות שאכן מקימים סיכון עבור הבנק."
310. בפרשת מיכל דחוח קיבל בית המשפט את תביעתה של הלקוחה כנגד הבנק בחלקה, ופסק, כי הבנק לא היה חייב ליתן ללקוחה אשראי נוסף כלשהו, אך יחד-עם זאת חייב בית-המשפט את הבנק לנמק את סירובו ולא להותיר את הלקוחה בעלטה ולשלול ממנה את הזכות הבסיסית לדעת את הסיבה לסירוב, וכן כי קיימת לה זכות לדעת אם נפל דופי בהתנהלותה, או שמא יש סיבה עניינית אחרת לסירוב.
311. בפרשת זו בית-המשפט קבע אומנם כי הבנק אינו חייב ליתן ללקוחה אשראי באותו מקרה וככלל, אך החלטתו של הבנק כפופה למבחן של סבירות.
312. במסגרת פסק הדין בית-המשפט עמד על הקשר בין בנק ללקוח וקבע כי הוא מתבסס בעיקרו על מערכת חוזים, אשר נכרתה בין הצדדים בתחילת הקשר ביניהם, ואף נקבע כי החוזים האלו אינם חזות הכל ולצידם מערך של כללים המתייחסים ליחסי בנק ולקוח ולהם גם מתווספות חובות מדיני הנזיקין, ובצד הכתב של החוזה, ובין שורותיו, תימצאנה תניות והסכמות מכללא הנדרשות כמו מאליהן מטיב היחסים שבין השניים, בין אם יסודן המשפטי יימצא בהוראות הסעיפים 25 ו- 26 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, בין אם בהוראת סעיף 39 לאותו חוק ובין בכל מקום אחר - ואלו מטילות חובות הן על הבנק הן על הלקוח.
313. בית-המשפט חידד את הדברים בייחס לחוזה למול בנק נוכח התלות הגדולה שיש ללקוח בבנק, פערי הכוח הגדולים שבין הבנק ללקוח והזכות הייחודית שהוקנתה בדין לבנקים להענקת שירותים בנקאיים, אשר משיתים על הבנקים חובה מוגברת של תום-לב (ע"א 7825/01 דאטא סיסטמס אנד סופטוור אינק נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ) ובהתאם לכך, נקודת המוצא בבחינת טענות הלקוחה הינה חובתו המוגברת של הבנק לתום-לב ולגילוי נאות, חובת תום-לב אשר נוכח מעמדו הייחודי של הבנק חורגת מעבר לחובת תום הלב החלה על צד אחר לחוזה.
314. בפסק הדין נקבע כי האיסור על סירוב בלתי-סביר ליתן שירות חל אף על סירוב למתן אשראי. כך מלשון חוק הבנקאות (שירות ללקוח) וכך מכוח אותן עקרונות של תום-לב והגינות החלים על הבנקים."
315. בית-המשפט אף התווה את המדיניות הרצויה בהתנהלות הבנק בעת העמדת אשראי שהיא כפופה במפורש לסעיף 2 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח) וכן לעקרון חובת תום הלב וההגינות המוגברת

החלה על בנק בכלל, ונקבע כי אף שבנק איננו חייב לתת שירות הכרוך במתן אשראי, בנק חייב גם חייב לבסס החלטתו זו על שיקולים סבירים והגיוניים, דהיינו: שיקולים כגון מצבו העסקי של הלקוח, גובה האשראי, הביטחונות המוצעים וכד', וכי בנק אינו רשאי לסרב לתת אשראי על בסיס שיקולים זרים, שרירותיים ולא ענייניים.

316. העולה מפסק הדין כי בית-המשפט הלך כברת דרך חשובה וקבע כי בצד הכלל שאין חובה על הבנק להעמיד אשראי יש לכפוף את שיקול הדעת של הבנק להצדק סביר והגיוני וכן לחובת תום-הלב וכללי הצדק הטבעי.

הסבירות הבנקאית ביחס לקיומה של מדיניות הדרה נוכח מעמדו של הבנק

317. לצורך בחינת הסבירות לקיומה של מדיניות הדרה, עלינו לדון במעמדו של הבנק וכוחו ולבחון את מארג הנורמות והחובות החלות עליו. המגמה הקיימת בפסיקה קובעת כי אין לפנינו גוף עסקי "רגיל"; ואין לדמות את הבנק לגוף עסקי רגיל, לו החירות הבלעדית להחליט, למי להעניק שירות וכיצד.

318. לבנקים ולמערכת היחסים שלהם עם לקוחותיהם יש מכלול מאפיינים שצירופם יחד הצדיק קביעת כללים מיוחדים להסדרת אחריותם ופעילותם. על מערכת יחסים זו חלות מספר מערכות דינים, החופפות ומשלימות זו את זו והיוצרות כעין הרמוניה שיפוטית. כללים אילו נקבעו בחוק ובפסיקה כאחת.

פערי הכוחות המובנים ביחסי בנק-לקוח

319. ההלכה הרווחת היא כי יחסי בנק-לקוח הם מערכת יחסים מיוחדת החורגת באופייה מחוזה מסחרי רגיל, וכי הבנק ופקידיו אמורים לפעול בכל מה שקשור לכספי לקוחותיו המצויים בידיו, כשהם מונחים על-ידי שיקול של טובת הלקוח, וזאת בין השאר לאור העובדה כי יחסי הבנק והלקוח הינם יחסי תלות של הלקוח בבנק (פרשת צבאח).

320. כפי שניתן לראות בפסיקה, גם כאשר אדם הפקיד כסף בבנק, הסוגיה המשפטית אינה מסתכמת רק במערכת יחסים של לווה מלווה, זוהי מערכת יחסים מורכבת הנובעת בין השאר מהמאפיינים הבולטים שנובעים מטיבו של התאגיד הבנקאי, דהיינו, ראיית המפקיד את הבנק כמוסד יציב ואמין והסתמכותו על מידת הביטחון הרבה באשר ליכולתו של הבנק לעמוד בהתחייבויותיו (ע"פ 752/90 שמואל ברזל נ' מדינת ישראל, פ"מ מו(2) 539 (1992)).

321. פער הכוחות בין הבנק ללקוח, ממחיש את חשיבות ההקפדה על החובות המוגברים המוטלים על הבנק בחוק הבנקאות, ובדין הישראלי בכלל.

322. בתי-המשפט קבעו בהקשרים שונים, למשל בעניין חובת האמון, כי היא בעלת תחולה רחבה והיא חלה "בכל מקום שבו נתונים לאחד כוח ושליטה על זולתו" (ע"א 817/79 אדוארד קוסוי נ' בנק י.ל. פויכטונגר, פ"ד לח(3) 253 (1884)).

323. אין חולק כי לבנק כוח ושליטה על ענייני הלקוח ורכושו הפיננסי. היחסים בין הבנק ללקוח הם יחסי תלות של הלקוח בבנק. הלקוח תלוי בבנק הן בייעוץ הניתן על-ידו, הן במתן השירות עצמו והן בקביעת ההסדר המשפטי שחל עליו, לפיכך במתן השירות מצפה הלקוח, כי הבנק ינהג ברמה גבוהה של מקצועיות יושרה ואחריות.

324. הבנק נתפס כגוף "מעין ציבורי", כאשר תפיסה זו צופנת בחובה רמת אימון בבנק, שכתולדה ממנה, לקוח - בבואו במגע עם הבנק – סומך על פעולותיו. דרישות ומצגי הבנק מסתיימות במרבית המקרים ללא חקירה ודרישה והדבר נובע בין השאר מפער הכוחות המובהק בין הלקוח לבין הבנק.

חוק הבנקאות נועד להבטיח את הגינות הבנקים כלפי ציבור הלקוחות, ולמניעת שימוש לרעה במעמד, וזאת, נוכח פערי הכוחות והידע הקיימים בדרך-כלל בין הבנק ללקוח.⁶
 325. פרופ' פלאטו שנער במאמרה 7 מונה נימוקים להגנת הצרכן. שם ניתן למצוא תמיכה בעמדה זו וכך נאמר:

"הגנת הצרכן הבנקאי היא מטרה נוספת וחשובה ביותר לאור פער הכוחות הגדול הקיים בין הלקוח הממוצע לבין הבנק. ניתן להצביע על הבדלים עצומים ברמת הידע המקצועי, באמצעים הטכניים לניהול הפעילות הפיננסית ולמעקב אחריה, בכוח הכלכלי, בכושר המיקוח, ועוד. נחיתות הלקוח מול הבנק מאפיינת את כל שלביה של מערכת היחסים ביניהם. החל משלב המשא ומתן, דרך כריתת החוזה הבנקאי, תקופת ביצועו של החוזה, ועד לסיום היחסים. נחיתות הלקוח מוצאת ביטוי גם במקרים של סכסוכים משפטיים מול הבנק. זאת, לנוכח הפער ביכולת הכלכלית לנהל את ההליך השיפוטי, בשל קשיי הוכחה הנובעים מהיעדר מידע מלא, בשל הנחיתות בעמדת המיקוח עוד בשלב המשא ומתן, וכן בשל היעדר התנסות קודמת בעימותים משפטיים...

הכוח "המעין מונופוליסטי" המוענק לבנקים

326. הבנקים בישראל הנם גופים מסחריים פרטיים ובכל זאת בתי-המשפט ביקשו ליתן להם מעין "דין ייחודי" מתוך הבנה שלמרות שמדובר בגוף פרטי הוא נהנה ממעמד ומכוח המחייב התייחסות שונה. המצב בישראל הוא שתחרות כמעט ואיננה קיימת ולמעשה שוק האשראי נשלט בעיקר על-ידי הבנקים. בראיה זו יש לבחון ולהכפיף את האינטרס הבנקאי בניהול רשימה של מודרים לשיקולים של סבירות והגינות.

327. כפי שיפורט להלן בתי-המשפט ומלומדים שונים רואים בבנקים כגופים "מעין מונופוליסטים" ומכך גזרו חובות ונורמות התנהגות חמורות שיש לצפות מהם.

328. הנשיא שמגר הדגיש בפרשת ליפרט (ע"א 1304/91 טפחות בנק משכנתאות לישראל נ' ליפרט, פ"ד מוז(3) 309) כי "על-פי סעיף 21 לחוק הבנקאות (רישוי) מי שאינו תאגיד בנקאי מנוע לעסוק בקבלת פיקדונות כספיים ובמתן אשראי כאחד ולכן, נקבע כי ייחוד הכוח של תאגידים בנקאיים לשלב פעולות אלה בעיסוקיהם מקנה לתאגידים כוח ניכר, שכן הוא מספק להם מקורות כספיים זמינים בהיקף גדול ביותר, בהם הם רשאים להשתמש לצרכי הפקת רווחים בדרך של מתן אשראי, כאשר כוח זה, שהוא "מעין מונופוליסטי", מוענק לבנקים על-פי הדין, מחייב קיומן של ערבויות חוקיות

⁶ ראה: תא"מ (חד') 15058-03-10 בנק לאומי בע"מ נ' ניקולאי (פורסם בנבו, 22.01.2012) וההפניות שם ל- רע"א 4373/05 עמירם אבן חיים נ' בנק עצמאות למשכנתאות ופיתוח בע"מ (פורסם בנבו, 15.11.07); ע"א 1570/92 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' פרופ' צבי ציגלר, פ"ד מט(1) 369 (19.03.95); ע"א 1304/91 טפחות-בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' ליפרט, פ"ד מוז(3) 309 (01.07.93); ע"א 3955/04 רייזל נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 04.07.05); דניאל פרידמן, נילי כהן חוזים, כרך א' 52-51 (1991).

⁷ הרגולציה הבנקאית בישראל: יציבות מערכתית מול הגנה צרכנית, פרופ' רות פלאטו-שנער, מאי 2014. קישור למאמר:

- אשר יגבילו את היכולת לעשות בו שימוש לרעה, בהתאם לכך נקבע כי התאגידים הבנקאיים כפופים למערכת חובות מיוחדת המונעת מצב בו ישתמשו בכוחם הרב באופן שיפגע בציבור לקוחותיהם".
329. פער הכוחות בין הלקוח לבין הבנק מתעצם לנוכח הסמכות הייחודית שהוקנתה לתאגידים הבנקאיים לעסוק במקביל בקבלת פקדונות מהציבור ובמתן אשראי... סמכות זו תוארה על-ידי בית-המשפט העליון ככוח "מעין מונופוליסטי המוענק לבנקים על-פי הדין"... הבנקים הם הגוף היחיד (למעט בנק חוץ) המורשים לנהל חשבונות עובר ושב שמהם ניתן למשוך שיקים. סמכות זו, בשילוב שאר תחומי הפעולה של הבנקים, מעצימה אף היא את כוחם של הבנקים ומעמיקה את הפער בינם לבין לקוחותיהם.
330. גורם נוסף המעצים את כוחם של הבנקים בישראל הוא הריכוזיות וחוסר התחרותיות. במערכת הבנקאות חמש קבוצות בנקאיות שהיקף נכסיהן הוא כ- 61% מנכסי המערכת... כוח השוק הרב שבידי הבנקים, ובייחוד שני הבנקים הגדולים, בשילוב עם פערי מידע ניכרים ועם היעדר מערכת מפותחת של דירוג אשראי, מצטברים לחסמי כניסה גבוהים לענף, ולחסמי מעבר גבוהים בפני המשתמשים בשירותיו. כל אלה יחד מאפשרים לבנקים לשמר – ואף להעצים – את הריכוזיות הקיימת."
331. במסקנות "ועדת זקן" לבחינת הגברת התחרותיות בענף הבנקאות משנת 2013 מאופיין שוק הבנקאות כך:
- " המערכת הבנקאית בישראל ממשיכה להתאפיין במבנה ריכוזי, שבו חמש הקבוצות הבנקאיות הגדולות מרכזות כ-93% מסך הנכסים של המערכת ושתי הקבוצות בנקאיות הגדולות כ- 57% מסך הנכסים של המערכת..."**
332. ובהמשך, בנוגע לאשראי עיסקי:
- "בתחום האשראי למשקי בית והעסקים הקטנים, למעט אשראי לדיור, שבו ניכרת תחרות על מתן האשראי, המערכת הבנקאית ממשיכה להיות השחקן הדומיננטי ללא תחרות משמעותית מצד גופים חוץ בנקאיים..."**
333. כאמור לעיל, בנק לאומי ובנק הפועלים הינם שתי הקבוצות הבנקאיות הגדולות ביותר המחזיקים יחדיו כ- 57% מהמערכת הבנקאית. יש הרואים בהם כדואופול.
334. ההלכה שהתקבלה בפסיקה קבעה שיש להתייחס לבנקים כבעלי "מונופול סטטוטורי" על מתן שירותים מסוימים החיוניים לציבור (ע"א 5893/91 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' צבאח ואח'; ע"א 7424/96 בנק המזרחי בע"מ נ' חברת אליהו גרציאני (1988) בע"מ ואח').
335. "מונופול סטטוטורי" או "מונופול על פי חוק" משקף מדיניות דו כיוונית, שכן בצד החובות המוטלות על הבנק, דואגת המדינה באמצעות מוסדותיה ובעיקר באמצעות בנק ישראל לאינטרסים של הבנק, ליציבותו ולאמון שהציבור נותן בו מכוח ערבותה של המדינה למעמדו ויציבותו.
- הבנק כגוף מעין ציבורי וכסוכנות חברתית והחלת חובות כלפי הציבור
336. גוף מעין-ציבורי הוא גוף משפטי אשר עקב מאפיינים ייחודיים, כגון מילוי פונקציה ציבורית חיונית, ישנה הצדקה מהותית להחיל עליו את דיני המשפט המינהלי. לבנקים מעמד דואלי בין התחום הפרטי לבין התחום הציבורי. יצור "כלאיים" או "גוף דו-מהותי". המגמה בפסיקה היא לראות בבנקים גופים מעין-ציבוריים, בעיקר בכל הנוגע להיותם כפופים לחובת אמון רחבה כלפי הציבור, הן נוכח מעמד הבנק ומערבותו בחיי היום-יום כמעט בכל פרט-ופרט, הן לאור העובדה כי הבנקים

לעיתים גם משמשים שלוחים לביצוע מדיניות ממשלתית ומהווים צינור להעברת הלוואות ממשלתיות לציבור.

337. בהבינם את מעמדו המיוחד של הבנק בתי-המשפט הלכו צעד נוסף וקבעו כי הבנק מהווה מעין "סוכנות חברתית" אשר מוטלות עליו חובות אמון מוגברות לא רק כלפי לקוחותיו אלא כלפי הציבור בכללותו. משמעות הדברים היא שהורחב היקף החיובים המוטלים על הבנק "כלפי לקוחות ושאינם לקוחות, תוך לימוד אנלוגיה מן ההלכות המשפטיות המגדירות אחריותן של רשויות ציבוריות"⁸ וכי היותו של הבנק סוכנות חברתית יכולה להוביל להטלת חובות כלליות, שאינן באות לביטוי רק במישור יחסים מול לקוח קונקרטי או פרט מסוים⁹.

338. בפרשת וינטרוב אלה¹⁰ נקבע כי נוכח העובדה כי הבנקים ממלאים תפקידים ציבוריים רבים, וכן כי הבנקים מוחזקים כגופים מקצועיים ומיומנים ביותר, ובשים לב כי לבנקים כלים, כישורים ואמצעים טכניים שאינם מצויים אצל יחיד הציבור, לקוחות נותנים אמון מיוחד בבנקים ובפקידיהם, לכן גם חלקים מן המשפט הציבורי חלים עליו.

339. במאמרם של כב' השופטים מיכל רובינשטיין ובעז אוקון¹¹, המצוטט ומאוזכר רבות בפסקי הדין הדנים בסוגיות בנקאיות, ניתן למצוא תמיכה בגישה לפיה יש להחיל חובות מן המשפט הציבורי על הבנקים. במאמר נימקו והרחיבו המחברים המלומדים אודות הנימוקים בעטיים הגיעו למסקנה זו.

340. הפנמת מעמדם זה חשוב לדיונו נוכח העובדה כי כאשר נבחן דרך התנהלות מסוימת של בנק בבואו לבחון בקשת אשראי, עלינו לזכור כי לפנינו גוף אחר ושונה מגוף מסחרי רגיל.

341. דוגמא נוספת עד כמה צעדה הפסיקה לכוון ההכרה בבנק כגורם מעין "ציבורי" היא כי הבנק צריך לדוגמה, להימנע מלחתום על הסדרי פשרה עם הלקוח שאינם מאוזנים והוגנים מבחינת התחייבויות הלקוח או התמורה שהוא מקבל. ההבנה שהתגבשה בעידן המודרני, מתייחסת למערכות יחסים בעלות אינטראקציות כלכליות, חברתיות וציבוריות, כמערכות חוזיות שלא דוקא מבוססות על חופש הבחירה החוזי במשמעותו הקלאסית. בית-המשפט העליון הדגיש כי תוקפם של מערכות יחסים חוזיות שמקיימים גופים כלכליים עתירי כוח – כמו בנקים – נבחנים לא רק בעזרת המבחן הסובייקטיבי (רצונו החופשי של המתקשר) אלא גם – ולעיתים בעיקר – בעזרת מבחן אובייקטיבי, היינו סבירות והוגנות תנאיו של החוזה¹².

342. בעניין פטר סטילר 13 בית-המשפט קרא לבנק בשם המפורש גוף הממלא "תפקיד ציבורי":

"ככל שהדבר נוגע לבנקים, אין עוד מקום לחשש כלשהו באשר לתיחום, שכן המציאות הכלכלית ובעקבותיה המשפטית הפכה את הבנקים הלכה למעשה לגוף בעל אופי ציבורי, אשר הנורמות הנדרשות ממנו הן נרחבות ביותר. אין איפוא כל חשש לקרוא לפרי הילולים זה בשמו, ולקבוע במפורש כי הבנקים ממלאים תפקיד ציבורי, ועל כן יש להחיל עליהם אמות מידה וחובות אשר חלים על גופים ציבוריים".

⁸ ע"א 5893/91 טפחות בנק משכנתאות לישראל נ' צבאח, פ"ד מח(2) 573
⁹ הפ (י-ם) 2247/03 אהרון רשף - בתפקידו ככונס נכסים נ' לוי (פורסם בנבו)

¹⁰ עא (ת"א) 2855/00 וינטרוב אלה נ' בנק איגוד לישראל (פורסם בנבו, 23.10.2003) ראו גם: פרופ' אריאל פורת "אחריותם של בנקים בגין רשלנות - התפתחויות אחרונות" ספר השנה של המשפט בישראל - התשנ"ב-התשנ"ג (פרופ' א' רוזן-צבי עורך, תשנ"ד) 324

¹¹ מיכל רובינשטיין ובעז אוקון, "הבנק כ'סוכנות חברתית' ספר שמגר חלק ג' 819

¹² ע"א 6234/00 ש.א.פ. בע"מ נ' בנק לאומי לישראל, פ"ד נז(6) 769 (2003)

¹³ תא (ת"א) 786/93 פטר סטילר נ' בנק לאומי לישראל (פורסם בנבו, 16.09.1996). פסק-דין זה סוקר בצורה מאלפת את הדין בארץ ובעולם והתפתחות החובות החלות על הבנקים במדינת ישראל

343. הנה-כי-כן, התפתחה פסיקה ענפה בעניין מעמדו החברתי והציבורי של הבנק, וזאת נוכח המאפיינים היחודיים של הבנקים המעניקים שרות חיוני לציבור הרחב, נוכח היותם חלק מהמערכת הפיננסית הלאומית. העובדה שהמעורבות של הבנקים כה עמוקה בכל פרט ופרט בחיי החברה מכפיפה אותם לפיקוח צמוד של המדינה בשל צביונם הציבורי והחברתי.
344. כמו כן, ובפרט, המשיבה, הינה בנק ללא גרעין שליטה אשר רוב מניותיו מוחזקים בידי הציבור בעוד מדינת ישראל מחזיקה בכ- 6% מהמניות. מבנה הבעלות של הבנק יוצר זיקה ישירה בין הבנק לבין הציבור והמדינה כבעלת מניות בשיעור משמעותי באופן המחייב את הבנק לעמוד בסטנדרטים ציבוריים ומינהליים קפדניים עוד יותר.

עקרון תום הלב

345. עקרון תום הלב, האצור ללוות כל צעד ושעל בהתנהלותו ומהווה עילת סל כללית, חשובה ונכונה גם בבחינת סבירותה וחוקיותה של מדיניות הדרה סודית ללא קריטריונים מוגדרים, שקופים וסבירים.
346. חובת תום הלב בניהול משא ומתן לקראת כריתת חוזה קבועה בסעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973. משמעותה של חובה זו היא כי ניהול המשא ומתן לקראת כריתתו של הסכם יש לעשות בהגינות, ביושר ובשקיפות מירבית (14).
347. כאמור עיקרון תום-הלב קובע, כי השמירה על האינטרס העצמי צריכה להיות הוגנת ותוך התחשבות בצפיפות מוצדקות ובהסתמכות ראויה של הצד האחר. אדם לאדם - לא זאב, ולא מלאך ; אדם לאדם – אדם (15).
348. כפי שהרחבנו לעיל הבנקים נתפסים כגוף מעין ציבורי, והם נדרשים לרמה גבוהה של ניקיון-כפיים ואיפוק בהפעלת יתרונותיהן הדיוניים והאחרים. מכלול הדינים מגבש מעין עסקה דו-צדדית בין הבנקים לבין הציבור בכללותו, לפיו זוכים הבנקים ביתרונות מסוימים בצד הזכות, והן כפופים למערכת חובות מיוחדת בצד החובה (16). אשר-על-כן, יש לצפות כי בית-המשפט יחיל על הבנק את המושג "תום-לב" אשר בחוק החוזים על-פי הקשרו בעניין ספציפי זה.
349. בכל הנוגע לאשראי וחידושו שבו וחזרו בתי-המשפט לשים דגש על חובת הבנק לנהוג בתום-לב. כך בפרשת כבד אווזי שלומי (17), בית-המשפט המחוזי אסר על הפרת הסכמי אשראי באופן שרירותי. בפרשת מעיינות הגליל המערבי סחר בע"מ (18) נקבע כי "כמובן שהפסקת האשראי צריכה להיעשות בתום-לב ובדרך מקובלת". בפרשת עיסאמי (19) נקבע כי: "למרות נוסחו הגורף של הסעיף האמור, אין המשיב רשאי לעשות בו שימוש בכל עת שימצא לנכון, ללא כל הצדקה, ובניגוד להסכם שנעשה עם הלקוח - המבקש, ימים ספורים קודם לכן. ואם יעשה כן, בנסיבות כאמור, הרי שיהיה מקום לראות בהתנהגותו משום התנהגות חסרת תום-לב שתזכה את הלקוח, לפחות במתן רשות להתגונן כנגד התביעה, אם לא יותר מכך".

¹⁴ ע"א 8817/02 קליר כימיקלים שווק (1994) בע"מ נ' צבי עצמון ז"ל (פורסם בנבו)

¹⁵ ראו בג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע בע"מ נ' בית-הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לה (1) 834, 828 (04.09.80).

¹⁶ בשי"א 9042/00 בנק הפועלים בע"מ נ' גרבי טל בע"מ, ניתן ביום 02.01.01 על-ידי כב' השופט ב' אוקון, רשם בבית-משפט עליון, בעמ' 3 לפסק-הדין, תק-על 2001 (1) 3, שמזכיר גם את דברי הנשיא שמגר (כתוארו אז) ב-ע"א 1304/91 בנק טפחות נ' ליפרט, פ"ד מז (3) 309 (01.07.93).

¹⁷ ע"א 5461/93 כבד אווזי שלומי בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, תק-על (4) 94 (1994).

¹⁸ ה"פ (חי) 1620/95 מעיינות הגליל המערבי סחר בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, דינים מחוזי כ"ו (9) 852 (13.08.98).

¹⁹ ה"פ (חי) 32831/96 עיסמי נ' בנק לאומי בע"מ, תק-מח (3) 98 (1998), סעיף 66 לפסק-הדין ; להלן : "פרשת עיסמי".

350. בפרשת מועדון ים כנרת (1989) (20), בית-המשפט פסק, כי "... בין אם נראה בבנק כמי שקשור בהסכם הליווי עצמו, ובין שנראה בבנק כמי שנתן אשראי נוסף שלא על יסוד אותו הסכם, לא ניטל מהבנק שיקול הדעת המאפשר לו בנסיבות מסוימות להפסיק את מתן האשראי. עם זאת, בשני המקרים כפוף שיקול הדעת של הבנק בדבר הפסקת האשראי, לחובת הבנק לנהוג בתום-לב ובדרך מקובלת לפי סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי) התשל"ג-1973."

351. במקרה דנן, בית-המשפט הגיע למסקנה, כי לא היתה הצדקה להפסקת הליווי והעמדת האשראי - על יסוד טענות מאוחרות של הבנק בדבר הפרת התחייבויות החברה. כן נקבע, שהפסקת האשראי בגין חריגה מאשראי, בשיעור נמוך ביותר מסכום האשראי הכולל שהועמד לחברה - הינה פעולה בחוסר תום-לב, וכן הפסקת האשראי בשלב שבו חסר מימון בסכום נמוך, על-מנת להשלים את הפרויקט ולאפשר את מכירתו כדי להחזיר את החוב - היא פעולה בחוסר תום-לב.

352. יפים לעניין זה דברי המלומד פרופ' ריקרדו בן אוליאל בספרו: "כלומר, כאשר הלקוח מציע לבנק שייתן לו שירות מסויים, על הבנק להתנהג בדרך מקובלת ובתום לב. וודאי שבנק המכבד אמות-מידה אלה של התנהגות אינו מסרב לתת שירות, אלא אם כן תהיה הצדקה סבירה לסירוב. למעשה, לא ייתכן מצב אחר. חברה המקבלת רישיון בנק מתחייבת לתת לציבור את השירותים שבגללם קיבלה את הרישיון, חוץ מבמקרים יוצאי דופן. לאחר שהוענק לחברה מעמד של בנק, נהנית גם היא מזכויות חוקתיות שונות. חובותו העקרונית של הבנק לתת את שירותיו ללקוח היא פועל יוצא של מעמדו המיוחד." (21)

353. בהקשר זה יצויין כי יש להבחין בין חובה זו לבין חובת האמון. על ההבדל בין חובת האמון לחובת תום-הלב עמד פרופ' א' ברק:

"...חובת תום הלב החוזית לחוד, וחובת האמון לחוד. כל אחת משתי חובות אלה קובעת רמת התנהגות שונה. חובת תום הלב החוזית קובעת סטנדרט מינימלי של התנהגות ראויה, בחינת אדם לאדם - אדם. לעומת זאת, חובת האמון קובעת סטנדרט גבוה של התנהגות ראויה, בחינת אדם לאדם - מלאך." (22)

חובת האמון

354. כאמור לעיל, חוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981 הוא אחד החוקים המשמעותיים המסדיר את יחסי הבנק והלקוח כאשר החוק נועד במהותו לפתור בעיה מובנת של פער הכוחות וחוסר המידע בין הבנק ללקוח ולהבטיח התנהגות אחראית והגונה של הבנק כלפי הלקוח, ואולם יחד-עם-זאת, החוק אינו מכיל בקירבו סעיף ספציפי המטיל על הבנק חובת אמון. את החסר בחקיקה השלימו בתי-המשפט בפסיקה ענפה, בהטילים שוב ושוב על הבנקים חובת אמון כלפי הלקוחות, ולא רק כלפיהם אלא גם כלפי גורמים נוספים.

²⁰ פשי"ר (מחוזי ת"א) 1460/98 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' חברת י.מ. מועדון ים כנרת (1989), תק-מח 2007(1), (14.02.07).

²¹ ריקרדו בן אוליאל דיני בנקאות-חלק כללי (התשנ"ו) שם בעמ' 70. דברים אילו נאמרו בהקשר לחובה ליתן שירותים מסויימים ולא דווקא אשראי אשר לגביו קיים הסדר אחר בד"ן. אולם אני סבור כי בהחלט ניתן ללמוד גזירה שווה לסוגיית האשראי.

²² אהרון ברק שיקול-דעת שיפוטי (פפירוס, תשמ"ז) 495.

355. רבות ומגוונות הן החובות בהן חב תאגיד בנקאי כלפי הציבור בכלל, וכלפי ציבור לקוחותיו בפרט, ואולם בתי-המשפט קבעו כי ברום הפירמידה ניצבת חובת האמון (23). בפסיקה סדורה של בית-המשפט העליון נקבע כי מערכת היחסים שבין הלקוח, ואף מי שאינו לקוח, לבין בנק, היא מערכת יחסים מיוחדת, הנובעת מהאמון שרוחש הציבור הרחב כלפי מערכת הבנקאות (24).
356. חובת האמון הבנקאית טומנת בתוכה משמעות כבדת משקל ביחס להתנהלות הבנק כלפי הלקוח, הדבר נותח והוסבר בהרחבה ע"י המלומדת פרופ' פלאטו שנער בספרה (25):
- "...אין במשפט האזרחי חובה המציבה סטנדרט התנהגות גבוה יותר מאשר חובת האמון. הדרישה מאדם לפעול למען אינטרס של הזולת ולבכרו על האינטרס האישי היא דרישה חמורה במיוחד. לא בכדי תוארה חובת האמון כחובה המשקפת תפישות אלטרואיסטיות, או כ"מידת חסידות, וזכתה לדימוי הציורי 'אדם לאדם - מלאך'."
357. מאחר וכאמור אין חובה שבדין על הבנק ליתן אשראי עסקינן במעין חובה לבר חוזית. יפים לעניין זה דברי פרופ' פלאטו שנער בספרה:
358. "חובת האמון נולדת מעצם קיומם של יחסי אמון בין הצדדים וללא קשר לשאלת קיומו של חוזה ביניהם במילים אחרות, חובת האמון תקום גם במסגרת יחסי אמון שנולדו מכוח הדין או מכוח הנסיבות, ובהיעדר כל קשר חוזי בין הצדדים." (26)
359. בעניין זה היטיב לתאר את רעיון - חובת האמון - פרופ' אהרן ברק בקבעו: "לא רק שאסור לי לפגוע ולהזיק לזה שאת ענייניו אני מנהל, אלא... עלי להחניק ולדכא את האינטרס האישי שלי ולפעול כשנגד עיני האינטרס של זה שלמענו אני פועל..." , ובמילים אחרות, חובת האמון מתמקדת בקידום ענייניו של הלקוח, גם במחיר של פגיעה מסוימת באינטרס האישי של הבנק" (27).
360. חובת האמון של הבנק כלפי לקוחותיו היא רחבה מאוד, ומוכרת במשפט הישראלי כחובת אמון מיוחדת. בגלל יחסי הכוחות שבין הבנק לבין לקוחותיו קיימת ציפייה ברורה מאליה של הלקוח בבנק, שהבנק ינהג עימו באופן הגון, תוך כדי יכולת הסתמכות מוחלטת על הבנק כפי שהבנקים עצמם מעודדים את הלקוחות לסמוך עליהם (למשל: ה"פ 431/01 איגוד הבנקים בישראל נ' רשות ניירות ערך, ת"א 45/92 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' אדריאטיק סוכנות ותיירות 1988 בע"מ, ועוד רבים)
361. אין מדובר באמון שנתן הלקוח בבנק שיש להוכיחו, אלא באמון שעלה לדרגת **חזקה שאינה ניתנת לסתירה** בדבר אמון מוצדק של הלקוח בבנק (ע"א 7424/96 בנק המזרחי בע"מ נ' חברת אליהו גרציאני (1988) בע"מ)

²³ עא (ת"א) 1655/97 **לניר (י.ל.) סחר בע"מ נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל** (פורסם בנבו, 27.05.99).

²⁴ ע"א 5893/91 **טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' נתן צבאח**, פ"ד מח(2) 573 (11.04.94); א' פורת, "אחריותם של בנקים בגין רשלנות – התפתחויות אחרונות" **ספר השנה של המשפט בישראל**, תשנ"ב-תשנ"ג (לשכת עורכי-הדין – ועד מחוז תל-אביב, א' רוזן-צבי עורך, תשנ"ד) 324.

²⁵ רות פלאטו שנער דיני בנקאות **חובות האמון הבנקאית** (התשע"ה). עמ' 22 וההפניות להערות שוליים שם.

²⁶ שם בעמ' 27.

²⁷ אהרן ברק "ניגוד אינטרסים במילוי תפקיד" **שפטים** י 11,12 (התש"מ). צוטט בספרה של פרופ' פלאטו שנער ה"ש 103. שם בעמ' 71.

השיקולים למתן ומניעת אשראי

362. פרק ב' לחוק הבנקאות שכותרתו "חובות תאגיד בנקאי במתן שירותים בנקאיים" הינו החוק המנחה את הבנקים במתן ומניעת אשראי בנקאי.

363. סעיף 2 לחוק הבנקאות קובע :

2. (א) לא יסרב תאגיד בנקאי סירוב בלתי סביר

לתת שירותים מהסוגים הבאים :

(1) קבלת פקדון כספי במטבע ישראלי או במטבע חוץ ;

(2) פתיחת חשבון עובר ושב במטבע ישראלי וניהולו כל

עוד מתקיימת אחת מאלה :

(א) החשבון ביתרת זכות לטובת הלקוח ;

(ב) הלקוח עומד בתנאי ההסכם בינו לבין התאגיד

הבנקאי בקשר לניהול החשבון ;

(3) מכירת שיקים בנקאיים במטבע ישראלי ובמטבע

חוץ ;

(4) (נמחקה) ;

אולם אין חובה לתת שירות שיש בו משום מתן

אשראי ללקוח.

(ב) התניית תנאים בלתי סבירים למתן שירותו

דינה כדין סירוב בלתי סביר לתיתו."

364. הפרשנות שניתנה בבתי המשפט לסעיף 2 האמור, רואה בסעיף א ו-ב לסעיף 2 כהוראות משלימות המלמדות אחת על השנייה ומשלימות זו את זו. מחד, מתן האשראי הינו שירות הנתון באופן מוחלט לשיקול דעתו העסקי של הבנק, מאידך, במתן שירות זה על הבנק לעמוד בסטנדרטים של סבירות, הגינות ותום לב. על אף שמתן אשראי ללקוח הוא ענין המסור לשיקול דעת הבנק, על הבנק להפעיל את שיקול דעתו בכפוף לחובת תום הלב והדרך המקובלת וחובות האמון והנאמנות ביחסי בנק-לקוח (ת.א. (חיפה) 846/04 בוך דבורה נ' בנק לאומי לישראל בע"מ).

365. על הפרשנות שניתנה בפסיקה לסעיף 2 לחוק הבנקאות ניתן ללמוד מעניין פס"ד תא (ת"א) 16079-11 מ"כ דחוח הלוי נ' בנק מזרחי טפחות [להלן : "עניין דחוח"] :

"נראה שלא בכדי מופיע קשר זה (בין פרטי סעיף 2 לחוק הבנקאות) בין מתן אשראי לחובה להימנע מסירוב "בלתי סביר". מתן אשראי הינו מסוג השירותים המנויים בתחומי פעילותו של בנק (סעיף 10 (5) בחוק הבנקאות (רישוי), תשמ"א -1981). נראה שאזכור שירות זה בהקשר של האיסור על סירוב בלתי סביר ליתן שירות, מכוון להצביע על כך שאותו עיקרון האוסר על סירוב "בלתי סביר" חל אף על סירוב למתן אשראי. כך מלשון חוק הבנקאות (שירות ללקוח) וכך מכוח אותן עקרונות של תום לב והגינות החלים על הבנקים"

366. אמור מעתה, בין במפורש לפי סעיף 2 לחוק הבנקאות ובין מכוח חובות האמון, תום הלב, הזהירות, וההגינות המוגברת החלה על בנק בכלל, אף שבנק איננו חייב לתת שירות הכרוך במתן אשראי, בנק חייב גם חייב לבסס החלטתו זו על שיקולים "סבירים", וממילא אינו רשאי לסרב לתת אשראי על בסיס שיקולים זרים, שרירותיים ולא ענייניים.

הפרת חובת הגילוי

367. על הבנק חלה חובת גילוי מלוא המידע שיש בידיו הן מכח חובת תום הלב וההגינות והן מכח חוק הבנקאות, סעיף 5 לחוק, כאשר במסגרת חובת הגילוי עליו לגלות בין היתר גם את המחיר הרגיל או המקובל או המחיר שנדרש בעבר בעד השירות (סעיף 3(6)) וחוות דעת מקצועית שניתנה לגבי טיב השירות או מהותו (סעיף 3(7)).

368. עובדת סיווגו של לקוח תחת "רשימה שחורה" נכללת בודאי במידע הרלוונטי אשר אמור להמסר ללקוח בעת משא ומתן עם הבנק לקבלת שירות כלשהו, ולניהול עסקיו ומימונם.

הפרת החובה לנמק את הסיבה לסירוב

369. בתי המשפט קבעו שיש להשית על הבנקים נורמה ציבורית נוספת הידועה כחובת הנמקה. הדיון בחובת ההנמקה נעשה בדרך כלל בהקשר של גופים ציבוריים ועל בסיס החוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958. אמנם, בנק איננו גוף ציבורי מובהק, אולם כבר נקבע שיש להחיל עליו נורמות מתחום המשפט המנהלי ובכלל זה החובה לנמק את השיקולים שעמדו ביסוד החלטתו לסרב ליתן אשראי ללקוח.

370. מהאיסור החל על הבנק לסרב ליתן אשראי בשל שיקול "בלתי סביר" נגזרת גם החובה לנמק את החלטתו לסרב אשראי שכן בהיעדר נימוקים לסירוב לא ניתן לבחון אם הבסיס לסירוב אכן היה סביר או "בלתי סביר".

371. בעניין דחוח קובע בית המשפט מפורשות את חובתו של הבנק לנמק את הסיבה לסירוב:

"למעשה, האיסור המפורש על בנק להימנע מלתת שירותים כאשר הסירוב "בלתי סביר" מרוקן מכל תוכן אם פטור הבנק מלנמק את הסירוב. זאת ועוד, כאשר מסרב בנק ליתן שירות ללקוח ומוגשת נגדו תביעה בהקשר זה, הנטל להוכיח כי הסירוב היה "סביר" מוטל על הבנק (למשל: ה"פ (מרכז) 12-10-28387 אימפריה יאסין להשקעות ומימון בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ – סניף ראש העין 677), ואם ממילא הנטל רובץ לפתחו של הבנק, אין כל טעם בקביעה שלפיה חייב הבנק להסביר החלטתו רק לאחר פנייה לערכאות ואין הגיון בקביעה שמשמעותה הישירה תהיה העברת כל סירוב לבירור בבית המשפט רק כדי ששם יתבררו נימוקי הסירוב. הבהרת חובת הנימוק עשויה למנוע פנייה לערכאות ובכך לחסוך משאבים מהצדדים ואף מהציבור"

372. מכוח חובת ההגינות המוגברת החלה על בנק, מכוח חובתו של הבנק לשקול שיקולים ענייניים וסבירים בבואו לאשר מתן אשראי, וכאשר ממילא הנטל על הבנק להוכיח כי סירובו למתן השירות היה "סביר" בנסיבות העניין – חלה חובה על בנק המסרב לתת אשראי לנמק את החלטתו זו בפני הלקוח.

זכות השימוע

373. זכות השימוע, או כלשון השופט זילברג: "ישמע האידך גיסה" נובעת מכללי הצדק הטבעי המהווים כלל משפטי בסיסי שהפרתו גוררת התערבות בגז"ית" אוטומטית, גם מקום בו בדרך כלל אין זכות ערעור או התערבות רגילים.

374. (זכות השימוע נובעת מטעמים של הגינות דיונית ועקרונות של יושר ומוסר המחייבים שלפני הטלת הסנקציה ופגיעה במעמד, תינתן זכות השימוע. מתן זכות שימוע משפרת הליך קבלת ההחלטות שכן החלטה שהתקבלה לאחר זכות השימוע, חזקה שהיא כוללת את מלוא האינפורמציה. מתן זכות השימוע גם מגביר את השקיפות והאימון במערכת המקבלת החלטות הנוגעות לענייניו של (אדם).

375. (בתי המשפט מפגינים אקטיביזם בתחום זה בשל חשיבותו והנטייה היא לפרש חוקים מתוך הנחה שהחוק לא התכוון לשלול את זכות השימוע של הנפגע בפרט כאשר מדובר בהחלטה המשפיעה על הסטטוס של הלקוח לתקופה בלתי מוגבלת.)
376. המבקש יטען, איפוא, כי, קיימת חובה על המשיבה לקבל את עמדתו של הלקוח טרם ההחלטה לסמן אותו במאגרי המידע שהיא מנהלת, או לכל הפחות, לאחר מכן.

האסדרה הנוגעת לאיסוף מידע פיננסי ודירוג רמת אשראי

החוק המסדיר שמירת נתוני אשראי

377. בחוק שירות נתוני אשראי תשס"ב 2002 (להלן: "חוק נתוני אשראי") נקבעו הכללים בדבר המידע אותו בעל רשיון שירות נתוני אשראי רשאי לאסוף ולמסור על לקוח:

"16. (א) בעל רישיון שירות נתוני אשראי רשאי לאסוף על לקוח בלא הסכמתו נתונים בדבר אי-תשלום חובות רק ממקורות המידע לפי סעיף זה, כמפורט להלן וכפי שקבע השר:

- (1) **נתונים בדבר פשיטת רגל;**
- (2) **נתונים מלשכות הוצאה לפועל;**
- (3) **נתונים בדבר היות הלקוח לקוח מוגבל או לקוח מוגבל חמור, כמשמעותם בחוק שיקים ללא כיסוי;**
- (4) **נתונים מתאגיד בנקאי בדבר התראה ששלח ללקוח לפי סעיף 2(א1) לחוק שיקים ללא כיסוי, ואולם תאגיד בנקאי לא יעביר מידע לפי פסקה זו אלא בתום 60 ימים מיום משלוח ההתראה, שבמהלכם לא נגרע אחד השיקים ממנין השיקים שסורבו;**
- (5) **נתונים מתאגיד בנקאי או ממנפיק כרטיסי חיוב, בדבר התראה בכתב ששלח על כוונתו לנקוט הליכים לגביית חוב, ואולם תאגיד בנקאי או ממנפיק כרטיסי חיוב לא יעבירו מידע לפי פסקה זו אלא בתום 60 ימים מיום משלוח ההתראה, שבמהלכם לא נפרע החוב ולא נערך הסדר לפירעונו; הוראות פסקה זו לא יחולו על חוב בשל הלוואה לרכישת דיור שנתן תאגיד בנקאי לפי חוק הלוואות לדיור, התשנ"ב-1992;**
- (6) **נתונים בדבר אי-תשלום חובות, ממי שבעל הרישיון נוכח שהוא מקור מוסמך;**
- (7) **נתונים מבית המשפט בדבר הוראה לפי סעיף 7 לחוק החברות, התשנ"ט-1999, כי בעל מניה או נושא משרה בחברה לא יוכל להיות דירקטור או מנהל כללי של חברה או להיות מעורב, במישרין או בעקיפין, בייסוד חברה או בניהולה;**
- (8) **נתונים ממקורות מידע נוספים שקבע השר בתוספת, ומסוג שקבע, הכל באישור הועדה.**

(ב) נתונים בדבר אי-תשלום חובות לפי סעיף זה יימסרו בדו"ח אשראי בלבד, והמסירה אינה טעונה הסכמת הלקוח.

378. בחוק זה אף קיימות מספר הגבלות בדבר משך הזמן שניתן לשמור ולמסור את המידע הנ"ל:
- "20. בעל רישיון שירות נתוני אשראי יחזיק נתוני אשראי למשך תקופה של שבע שנים מיום קבלתם, וימחק ויבער כל נתון אשראי עם תום התקופה כאמור."**

וכן:

- 22. בעל רישיון שירות נתוני אשראי לא ימסור דו"ח אשראי הכולל נתוני אשראי, כמפורט להלן:**

- (1) **נתוני אשראי לפי סעיפים 16(א)(2), 16(א)(4) עד (8), 17(א) ו-18 - הקודמים למועד מסירת הדו"ח ביותר מחמש שנים;**
- (2) **נתוני אשראי לפי סעיף 16(א)(1) - הקודמים למועד מסירת הדו"ח ביותר משבע שנים;**
- (3) **נתוני אשראי לפי סעיף 16(א)(3) - שחלפה לגביהם תקופה של למעלה משלוש שנים מיום סיום תקופת ההגבלה של לקוח מוגבל או לקוח מוגבל חמור, לפי הענין.**

379. הלקוח אף זכאי לעיין במאגר המידע ולהשיג עליו:

30. **לקוח זכאי, בעצמו או על ידי בא-כוחו שהוא הרשהו בכתב, לעיין, בלא תמורה, במידע המצוי עליו במועד העיון אצל בעל רישיון שירות נתוני אשראי, לרבות המקורות שמהם התקבל המידע וכן בשמותיהם ובמעניהם של מי שקיבלו דו"ח אשראי בתוך תקופה של שישה חודשים שקדמו למועד העיון; השר, באישור הועדה, רשאי לקבוע הוראות למימושה של זכות העיון, לרבות מועדי העיון, והתנייתה בתשלום במקרים חריגים שקבע.**
31. **(א) לקוח הסבור כי מידע לגביו הנמצא במאגר המידע של בעל רישיון שירות נתוני אשראי לא היה, בעת העברתו לבעל הרישיון, נכון, שלם, ברור או מעודכן, רשאי לפנות לבעל הרישיון בבקשה למחקר, להשלימו או לתקנו, או להוסיף לגביו הערה.**

380. עיון בהוראות חוק נתוני אשראי כדלעיל, מלמד על העקרונות והנורמות העיקריות אותן מבקש חוק זה לקדם:

הוראות לגבי סוג המידע - המידע אותו ניתן לאסוף על אדם הוא מידע עיסקי חיוני ורלוונטי לשיקול מתן אשראי או עשיית עסקה. החוק מאפשר את מסירת המידע לגורם שלישי רק, ואך ורק, לשם שימוש סביר הנועד לבחון את דירוג האשראי של האדם לצורך שקילת שיקולים עיסקיים ענייניים ספציפים.

הוראות לעניין משך הזמן שניתן לשמור את המידע – החוק מגביל את משך הזמן שניתן לשמור מידע שלילי על אדם, על אף שמדובר במידע נכון ומאומת. החוק מכיר, למעשה, בזכותו של אדם שלא יישמר כנגדו מידע שאין לו רלבנטיות עיסקית בשל חלוף הזמן. כמו כן, קובע החוק "תקנת השבים" סטוטורית לפיה זכותו של אדם "לפתוח דף חדש", לשפר את מצבו ולמחוק מעברו רשמים ישנים שבאו על תיקונם, וממילא לא ניתן לשמור מידע שהתיישן בהתאם למועדים הקבועים בחוק.

הוראות לעניין זכויות הלקוח – האפשרות שניתנה לגופים עיסקיים לשמור מידע על מצבו של האדם כפופים לזכותו של הלקוח לעיין במאגר המידע ובמידע שנשמר עליו, לבחון אותו ואף להשיג עליו במקרה שהתגלתה טעות. המועדים הקבועים בחוק מבטיחים שלא יישמר על אדם מידע מבלי שניתנה לו התראה והייתה בידו הזכות להשיג על נכונות המידע או לתקנו.

381. מנייתו הוראות החוק ועקרונותיו ניתן ללמוד על החשיבות שראה המחוקק לשמירה על זכויותיו של אדם שנשמרים לגביו נתונים שמטרתם לדרג את מצבו הפיננסי ורמת האשראי או הסיכון במתן אשראי לאותו אדם.

382. ניהול מאגר מידע פנימי נסתר ללא קריטריונים של תאריך תפוגה וכן ללא קריטריונים השומרים של זכויות בסיסיות של הלקוח לקבל את המידע ולהגיב עליו במידת הצורך, הינה פעולה העומדת בניגוד לחוק שרות נתוני אשראי, לרוח החוק ולעקרונות העומדים ביסוד חקיקתו.

383. בנוסף ולחילופין, גם אם הוראות החוק לא חלות באופן דווקני על המשיבה, הרי שהוראות החוק יכולות ללמד על הסטנדרטים הראויים שיש לאמץ בכל הנוגע לשמירת מידע פיננסי על אדם, על סוג המידע ומשך הזמן שניתן לשמור בהם מידע הנוגע לדירוג האשראי של אדם.

תקנת השבים

384. בשורה של חוקים שונים, הכיר המחוקק הישראלי בזכותו של הפרט להתיישנות מעשים או רישומים רעים שנקבעו לגבי וזאת מכוח עקרון "תקנת השבים" המאפשר לכל אדם לתקן את מעשיו לאחר שחלף פרק זמן סביר שבו אין טעם יותר לבחון את העבר.

385. כך, למשל, חוק שיקים ללא כיסוי התשמ"א-1981 שנועד להטיל מגבלה על לקוחות שמשכו שיקים ללא כיסוי, קובע נורמות התנהלות שתכליתן לאזן פגיעה בלתי מידתית אף שמדובר באדם שמשך שיקים ללא כיסוי. כך, ישנה הגבלה בחוק על משך הזמן שניתן להגביל לקוח בבנק (שנה לאחר 10 שיקים שסורבו ושנתיים להגבלה חמורה) כאשר גם הסמכות שניתנה לבית המשפט להאריך את ההגבלה בנסיבות חמורות הוגבלה לחמש שנים.

386. על פי חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים התשמ"א-1981 אף אדם שהורשע בדינו זכאי למחיקת הרישום הפלילי נגדו לאחר תקופת התיישנות באופן שיאפשר לו לפתוח "דף חדש" על אף העבר.

387. גם נבחר ציבור שהורשע בפלילים ונקבע שקלון דבק במעשיו, רשאי לאחר תקופת התיישנות סבירה לחזור לפעילות ציבורית. נקודת ההנחה היא, שאדם שעשה מסויים לפני תקופת זמן אינו אותו אדם בתקופת הזמן הנוכחית. הדברים נכונים ביתר שאת לגבי דירוג רמת האשראי כאשר ברור לכל שיציבות פיננסית הינה דבר משתנה ומה שהיה נכון לפני עשור אינו בהכרח נכון להיום.

388. מכל האמור לעיל עולה ומתחזקת התחושה, שמדיניות הכוכבית אשר מפעיל הבנק בשירותיות, בפרט כשהדבר נעשה ללא קריטריונים ברורים וללא פיקוח חיצוני, ללא מסירת המידע ללקוח בזמן אמת, לא כל שכן ללא זכות השימוע ללקוח וכן ללא תקופת התיישנות- הינה מדיניות הפוגעת שלא כדין בזכויותיו המוגנות של הלקוח שיש לאסור אותה מכל וכל.

389. מקורו של המונח "תקנת השבים" קדום מאוד, והוא תקנה מיוחדת במינה אותה הגו חכמי ישראל על מנת לאפשר לאדם לפתוח דף חדש בחייו.

390. כך במשנה תורה לרמב"ם הלכות גזילה ואבידה פרק א':

"ד. כל הגוזל--חייב להחזיר הגזילה עצמה, שנאמר 'והשיב את הגזילה אשר גזל' (ויקרא ה, כג). ואם אבדה או נשתנת, משלם דמיה: בין שהודה מפי עצמו, בין שבאו עליו עדים שגזל--הרי זה חייב לשלם הקרן בלבד. אפילו גזל קורה, ובנה אותה בבירה (בבית), הואיל ולא נשתנת, דין תורה הוא שיהרוס את כל הבניין ויחזיר קורה לבעליה; אבל תיקנו חכמים מפני תקנת השבים, שיהיה נותן את דמיה ולא יפסיד הבניין. וכן כל כיוצא בזה."

391. כלומר, על אף שעל פי שורת הדין על הגזלן להשיב את הקורה שגזל גם במחיר של הריסת הבית כולו – תיקנו חכמים שיוכל הגזלן לשלם כסף במקום הקורה עצמה, משום תקנת השבים.

392. וכן בסוף הפרק:

"יג. כל הגוזל את חברו שווה פרוטה--כאילו נטל נשמתו ממנו, שנאמר 'כן--אורחות, כל בוצע בצע; את נפש בעליו, ייקח' (משלי א, יט). ואף על פי כן, אם לא הייתה הגזילה קיימת, ורצה

הגזלן לעשות תשובה, ובא מאליו והחזיר דמי הגזילה--תקנת חכמים היא שאין מקבלין ממנו, אלא עוזרין אותו ומוחלין לו כדי לקרב הדרך הישרה על השבים. וכל המקבל ממנו דמי הגזילה, אין רוח חכמים נוחה הימנו."

393. כלומר, גם ההלכה היהודית מכירה בצורך לאזן בין חובת השבת הגזילה לתקנת הציבור המחייבת לאפשר לשבים לשוב לדרך הישר, גם אם זה על חשבון חובת ההשבה: "עוזרין אותו ומוחלין לו כדי לקרב הדרך הישרה על השבים".

פרשנות והתערבות שיפוטית בשיקול-דעת הבנק - במשורה אך ללא מורא

394. כאמור, בתי-המשפט יישרו קו עם הוראות הדין המאפשרות לבנק שיקול-דעת מוחלט בכל הנוגע להעמדת אשראי. הבנקאי הוא זה שעוסק במתן אשראי מדי יום, קיימים לו שיקולים וידע בבחינת מצבו של הלקוח והיכולת לנתח את יכולתו לקבל חזרה את האשראי וסוג האשראי שיבקש להעמיד ללקוח.

395. מאידך, המגמה הכללית בפסיקה להכפיף את שיקול הדעת הבנקאי למבחנים של סבירות תום לב והגינות כפי שהובאו על-ידי כב' השופט יצחק עמית בפרשת טופז וביתר שאת בפסק הדין של כב' השופט רונן אילן בפרשת מיכל דחוח.

396. התערבות בשיקול הדעת הבנקאי צריכה להיעשות במשורה ומתוך הבנה עמוקה כי, ככלל, יש להתיר את שיקול הדעת בידי הבנק, אך ללא חשש נוכח מעמדו המיוחד של הבנק כגוף ציבורי וכסוכנות חברתית ונוכח חובות האמון המוגברות המוטלות עליו ככזה.

397. כפי שעולה ממסכת הראיות בבקשה זו, מדיניות הכוכבית/טעון בדיקה, במתכונתה כיום, חורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות הבנקאי. ככל שיש לאפשר ניהול רשימה של מודרים, יש לקבוע קריטריונים מוגדרים, שקופים, מאוזנים וסבירים אשר ישקפו את נקודת האיזון הראויה בין זכותו של הבנק לנהל את סיכוניו לבין שמירה על זכויותיו של הלקוח.

פרק ב' - העילות המשפטיות

עילות על פי דיני הבנקאות

הטעייה

398. סעיף 3 לחוק הבנקאות קובע כך:

"לא יעשה תאגיד בנקאי – במעשה או במחדל, בכתב או בעל פה או בכל דרך אחרת – דבר העלול להטעות לקוח בכל ענין מהותי למתן שירות ללקוח"

399. סיווג לקוח תחת רשימה שחורה של לקוחות מבלי לגלות לו את הדבר עולה כדי הטעייה במעשה ובכוונה תחילה.

400. הבנק יודע ו/או היה אמור לדעת שהלקוח מסתמך על האמון הקיים בינו ובין הבנק ועל המצג שמציגים פקידי הבנק. הבנק יודע ו/או היה אמור לדעת שהלקוח סומך על כך שהבקשה לאשראי נשקלת ללא משוא פנים, בהגינות, ללא מצג שווא או הטעייה ומתוך התחשבות באינטרס העיסקי של הלקוח.

"הטעייה היא הצהרה כוזבת. ההטעייה נוצרת כאשר קיים פער בין הדברים הנאמרים (או המוסתרים) לבין המציאות. הטעייה יכולה ללוש שתי צורות: האחת, הטעייה במעשה על דרך של מצג שווא הכולל פרטים שאינם תואמים את המציאות; השנייה, הטעייה במחדל, קרי: אי-גילוי פרטים מקום שיש חובה לגלותם". (ע"א 2837/98 ארד שלום נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, נד"מ, 600, 608 (2000))

401. במעשיו ובמחדליו פעל הבנק תוך הטעיית מכוונת של הלקוח גם כאשר הוא נמנע מלהציג בפניו את התמונה האמיתית לפיה אין בכוונתו לנהוג בו בהגינות ושאינו לו כל כוונה לשקול שיקולים סבירים בעת בחינת הבקשה למתן אשראי.

402. בעניין טפחות נגד לייפרט נקבע:

"הוראה זו נועדה להחיל על חוזים בנקאיים משטר נורמאטיבי מיוחד, היוצר חריג לדיני החוזים הרגילים ומרחיב את דיני ההטעייה הקבועים בסעיף 15 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, במספר מישורים מרכזיים: ראשית, אין בחוק הבנקאות (שירות ללקוח) דרישה לקשר סיבתי בין ההטעייה ובין ההתקשרות בהסכם עם הבנק, כדוגמת זו המופיעה בסעיף 15 הנ"ל. שנית, האיסור בחוק הבנקאות (שירות ללקוח) רחב יותר ואוסר על כל מעשה או מחדל העלולים להטעות - היינו, אין דרישה להטעייה בפועל (הגם שללא הטעייה כזו ספק אם ניתן יהיה להצביע על נזק שיהווה עילה לפיצוי על-פי החוק)" (טפחות נ' ליפרט, 326).

403. ברי שגם אילו הייתה המשיבה מיידעת את המבקש בזמן אמת, לא היה בכך כדי להכשיר את העוולה כדברי המשנה לנשיאה כב' השופט ריבלין:

"תכלית האיסור על הטעייה היא להבטיח את יכולתו של ציבור הלקוחות להתקשר ולצרוך באופן מיוזע. אין מטרת האיסור לייזע את הלקוחות בדבר הפרות דין של נותן השירות. ודוק: התרופה לגביית העמלה שלא כדין אינה חשיפתה בפני הלקוחות אלא איונה מניה וביה"
ע"א 10262/05 אביב שירותים משפטיים בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ, ההנהלה הראשית לא פורסם, [פורסם בנבו], פסקה 6.

ניצול מצוקת המבקש

404. סעיף 4 לחוק הבנקאות קובע כך:

"לא יעשה תאגיד בנקאי – במעשה או במחדל, בכתב או בעל פה או בכל דרך אחרת – דבר שיש בו משום ניצול מצוקתו של לקוח... כדי לקשור עסקה של מתן שירות בתנאים בלתי סבירים.."

405. מדיניות הכוכבית גורמת לניצול התלות של לקוחות הבנק בו, ומציע להם עסקאות בלתי סבירות רק בשל העובדה שהם מסומנים בכוכבית כאמור.

406. תלות של הלקוח בבנק כמפורט לעיל, מטילה על הבנק חובות מוגברות לנהוג בלקוחותיו בהגינות ולא לנצל את מצוקתו של הלקוח.

עילות מכוח דיני לשון הרע

407. הגדרת "לשון הרע" מצויה בסעיף 1 לחוק לשון הרע ולשונה כך:

"לשון הרע היא דבר שפרסומו עלול-

- (1) להשפיל אדם בעיני הבריות או לעשותו מטרה לשנאה, לבוז או ללעג מצדם;
 - (2) לבזות אדם בשל מעשים, התנהגות או תכונות המיוחסות לו;
 - (3) לפגוע באדם במשרתו, אם משרה ציבורית ואם משרה אחרת, בעסקו, במשלח ידו או במקצועו;
 - (4) לבזות אדם בשל גזעו, מוצאו, דתו, מקום מגוריו, מינו, נטייתו המינית או מוגבלותו:
- בסעיף זה "אדם" - יחיד או תאגיד."

408. מעשיו ומחדליו של הבנק עולים כדי עוולת "לשון הרע". הסימון והתיוג של הלקוח במתכונת ובאופן שנעשה בפני עצמה מהווה לשון הרע

עילות מכח חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981

הפגיעה בפרטיות

409. המבקש יטען כי המשיבה ו/או מי ממנה ו/או מטעמה, במעשיהם ו/או במחדלם, פעלו בניגוד לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, ובמיוחד בניגוד לסעיף 2 (7) ו/או סעיף 2 (8) ו/או סעיף 2 (9) ו- 2 (10) לחוק הגנת הפרטיות:

לא יפגע אדם בפרטיות של זולתו ללא הסכמתו.

2. פגיעה בפרטיות היא אחת מאלה:

...

- (7) הפרה של חובת סודיות שנקבעה בדיון לגבי עניניו הפרטיים של אדם;
- (8) הפרה של חובת סודיות לגבי עניניו הפרטיים של אדם, שנקבעה בהסכם מפורש או משתמע;
- (9) שימוש בידיעה על עניניו הפרטיים של אדם או מסירתה לאחר, שלא למטרה שלשמה נמסרה;
- (10) פרסומו או מסירתו של דבר שהושג בדרך פגיעה בפרטיות לפי פסקאות(1) עד (7) או (9);

410. חובת הסודיות של הבנק מעוגנת בחקיקה ובפסיקה ענפה, ואין לה עוררין: פקודת הבנקאות, 1941, סעיף 15א. שכותרתו: "סודיות", אוסר על בנקאי לגלות ידיעה שנמסרה לו ולא להראות מסמך שהוגש לו לפי פקודה זו; חוק העונשין התשל"ז - 1977, הקובע בסעיף 496 את עקרון הסודיות המקצועית; הפסיקה הכירה בחובת סודיות הנובעת מהיחסים החוזיים המיוחדים בין בנק ללקוחו.

411. בידי הבנקים מאגר מידע עצום המקים חובת סודיות מובנית כלפי הלקוח. השימוש במאגר המידע שלא לטובת ענייניו של הלקוח פוגע בזכות פרטיות ולצנעת הפרט, וליחסי האמון של הציבור במערכת הבנקאית.

412. לעניין השאלה מה נכלל בגדר "ענייניו הפרטיים של אדם" נקבע בעניין עעם 398/07 התנועה לחופש המידע נ' מדינת ישראל - רשות המיסים:

"חוק הגנת הפרטיות אינו קובע הגדרה למונח "ענייניו הפרטיים של אדם". סוגיה זו נדונה במסגרת פסק הדין בע"א 439/88 רשם מאגרי מידע נ' ונטורה, פ"ד מח(3) 808 (1994), להלן: עניין רשם מאגרי מידע), בו נדונה השאלה האם יצירת מאגר מידע של אנשים ותאגידים שמסרו המחאות ללא כיסוי מהווה פגיעה בפרטיות, מאחר ומדובר בשימוש במידע על "ענייניו הפרטיים של אדם" שלא למטרה שלשמה נמסר. הגם שכל שופטי המותב השיבו על שאלה זו בחיוב, נחלקו בפסק הדין הדעות באשר לאופן שבו ראוי לפרש את המונח האמור. כך, בעוד שהשופט ג' בדן סבר כי יש לפרש את המונח באופן רחב, בהתאם למונח הטבעי והרגיל של המילים ובאופן שיכלול "כל מידע הקשור לחיי הפרטיים של אותו אדם, לרבות שמו, כתובתו, מספר הטלפון שלו, מקום עבודתו, זהות חבריו, יחסיו עם אשתו ויתר חברי משפחתו וכדומה" (שם, בעמ' 821), השופט ט' שטרסברג-כהן הביעה עמדה מצמצמת יותר. לדבריה: "התשובה לשאלה מהו עניינו הפרטי של אדם, אינה חד-משמעית, וכמו ביטויים רבים בהם אנו נתקלים בספר החוקים ובחיי היום-יום, פרשנותם תלויה בהקשר ובמטרה שלשמה נדרשת פרשנות זו. אין חולק כי פרטיותו של אדם היא בעלת חשיבות עליונה ונכון לראותה כחלק מזכויות היסוד המגולמות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עם זאת, בבואנו להגדיר "ענייניו הפרטיים של אדם" הגדרה שתהפוך כל הפוגע בהם למפר חוק, עלינו להיות זהירים ודוקניים" (שם, בעמ' 835; ומהעת האחרונה ראו גם: רע"א 6902/06 צדיק נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ, פסקאות 7-9 (פורסם בנבו, 13.8.2008)).

413. דברים דומים נאמרו בעניין עע"מ 9341/05 התנועה לחופש המידע נ' רשות החברות הממשלתיות (מיום 19.5.09):

"נכון יהיה אפוא לראות בביטוי "ענייניו הפרטיים של אדם" כביטוי מסגרת שאת תוכנו הקונקרטי בכל עניין ועניין יש לצקת בהתאם לנסיבות הדברים ולהקשרם. במסגרת זו ייכללו ככלל אותם עניינים שהם עניינים פרטיים במובהק, דוגמת העניינים המנויים בהגדרת "מידע" ו"מידע רגיש" בחוק הגנת הפרטיות. יחד עם זאת, תוכנו המדויק של הביטוי ייקבע בכל מקרה ומקרה לנסיבותיו. לטעמי, דרך זו תואמת את הנחיית בית משפט זה לפרש את היקף פרישתה של הזכות לפרטיות מתוך מבט רחב ומתוך גישה מהותית הנגזרת ממעמדה החוקתי של זכות זו. כך, ההכרעה האם עניין מסוים הוא מ"ענייניו הפרטיים של אדם" תיעשה בכל עניין לגופו, על-פי הקשר הדברים ומכלול נסיבות העניין, תוך שלפנינו אינדיקציות משמעותיות באשר לטיב העניינים שהם מענייניו הפרטיים של אדם... מתוך הרצון להגשים את הזכות לפרטיות"

414. למעשה, דברי בתי המשפט לעיל משתלבים עם עמדתו של המחוקק עצמו, שכן כך נאמר בדברי ההסבר להצעת החוק ה"ח 1453 י"ט באייר תש"ס 5.5.1980 נאמר:

"במרבית הארצות שבהן חוקקו חוקים האוסרים פגיעה בפרטיות לא הוגדר המונח פרטיות. גם החוק המוצע אינו מגדיר את המונח, מפאת הקושי במתן הגדרה ברורה וממצה לביטוי זה. קביעת תחומיה המדויקים של "פרטיות" הושארה, איפוא, לפסיקה שתיקבע במרוצת השנים בבתי המשפט לאור נסיבות קונקרטיות. לפיכך הפירוט שבסעיף זה אינו ממצה, וקיימת אפשרות של פגיעה בפרטיות בדרכים שלא הזכירו בו"

415. על פי תכלית החוק ובפרט על פי תכליתו של סעיף 9(2) ניהול רשימה שחורה של לקוחות מודרי שירותים בנקאים, במתכונת העולה ממסכת הראיות, מהווה פגיעה בענייניו הפרטיים של אדם.

416. בפרט, שימוש במידע שלא למטרה לשמה הוא נמסר מהווה הפרה של חוק הגנת הפרטיות מכוח סעיף 9(2). בית המשפט ניתח את סעיף 9(2) בעניין עתמ (ת"א) 2032-08 התנועה לחופש המידע נ' שירותי בריאות כללית :

"בסעיף 9(2) לחוק הגנת הפרטיות, אימץ המחוקק אל דיני הגנת הפרטיות בישראל את עקרון צמידות המטרה, לגביה כתב מיכאל בירנהק, הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות, בעמ' 54:

"עקרון צמידות המטרה קובע כי במידע שנמסר למטרה מסוימת מותר להשתמש רק לאותה מטרה, ולא לשום מטרה אחרת... עקרון צמידות המטרה מבהיר כי כל פעולה שלא הוסכמה (במפורש או במשתמע) אסור לגורם שאוסף את המידע לעשותה".

417. ממסכת הראיות עולה כי מדיניות הכוכבית מהווה פגיעה בלתי מידתית בזכותו של הלקוח להגנה על פרטיותו.

העדר קריטריונים מוגדרים, שקופים וסבירים-

418. ניהול רשימה סודית של לקוחות שמטרתה לשמש כחסם כניסה לקבלת שירותים בנקאיים וניהול מדיניות של הדרה מחייבים קביעה של קריטריונים מוגדרים מי ראוי להיכלל ברשימת הלקוחות הלא רצויים בבנק, מהם הקריטריונים להכללתם ברשימה ומהם הקריטריונים להסרתם.

419. המבקש לא מתיימר, ולא יכול להתיימר, לקבוע עבור המשיבה את הקריטריונים שעל פיהם תפעל אולם, הוא כן מתיימר לטעון כי הקריטריונים צריכים להיות מוגדרים, שקופים וסבירים.

העדר תאריך תפוגה

420. להערת טעון בדיקה אין גם תאריך תפוגה. לקוח שתבע את הבנק לפני שלושים שנים או לקוח שהייתה לו מחלוקת כלשהי עם הבנק, או אפילו לקוח שנכנס לקשיים כלכליים בתקופה מסוימת בחייו ימשיך להיות מסומן כטעון בדיקה לכל ימי חייו גם אם האירועים התרחשו לפני מספר עשורים.

421. גם לקוח שהיה אי פעם מוגבל בבנק ישראל יישאר לנצח לקוח טעון בדיקה ברישומי הבנק.

422. חוק נתוני אשראי הכיר בזכותו של לקוח לשקם את אמינותו הפיננסית וקבע מסגרת נורמטיבית לפיה לא ראוי לשמור נתונים מעבר לתקופה של 7 שנים. גם הדעת נותנת בהתחשב בעקרונות היסוד של חברה מתוקנת לאפשר ללקוח לשקם את אמינותו ושלא יירשם לגביו מידע שהתרחש לפני שנים רבות, בוודאי לא לפני עשרים ושלושים שנים.

423. העדר תאריך תפוגה גם מעקר מתוכן את התכליות העומדות ביסוד חוקים אחרים.

424. כך, למשל, שמירת נתונים לנצח מעקרת מתוכן את דיני ההפטר שבפשיטת רגל ולא מאפשרת ללקוח שאי פעם נכנס להליכי פשיטת רגל להשתקם.

425. העדר תאריך תפוגה מעקר מתוכן גם את התכליות של חוק נתוני שירותי אשראי, שכן הבנק יכול לאסוף מידע מחברות נותני שירותי אשראי ולשמור את הנתונים לנצח על אף שחברות נתוני האשראי עצמם מחויבים למחוק את אותו מידע כעבור שבע שנים. כך נוצר מצב שבו לקוחות שאי פעם היו מוגבלים בבנק, המערכת הבנקאית תקבל את המידע ותשמור אותו אצלה לעולם ועד למרות שאותו מידע כבר נמחק, במצוות החוק- מהמאגר של נותני שירותי אשראי. יש בכך טעם לפגם ולמעשה מתן אפשרות זו למשיבה מעקרת מתוכן את התכליות שנקבעו בחוק נתוני שירותי אשראי.

העדר שקיפות והפרת חובת הגילוי

426. בנוסף לכל אלה, הבנק לא מגלה ללקוחותיו כי הם סומנו כטעוני בדיקה.
427. התנהלות של הסתרה מהווה הטעיה וחוסר תום לב. לקוח המבקש לקבל אשראי זכאי לדעת כי הוא סורב לקבל אשראי בגין סימונו כטעון בדיקה בעקבות אירוע כזה או אחר על מנת שיוכל לשקול את צעדיו בהתאם. בהעדר גילוי, הלקוח טועה לחשוב כי הסירוב נובע מסיבות אחרות אובייקטיביות וכך הוא לא יכול לפעול בזמן אמת להשגת האשראי הנדרש לו ממקורות אחרים.
428. לאלמנט ההטעיה עלול להיות משמעות אופרטיבית במסגרת יחסי האמון שבין הבנק ללקוח. היחסים בין הבנק ללקוח הינם יחסי אמון המשפיעים על רכישו של אדם ולמעשה על חייו האישיים או העסקיים לשבט או לחסד. הסתרת מידע כה מהותי מהלקוח שבו לא מגולה לו מעמדו האמתי בבנק והשיקולים האמתיים שנשקלים בעניינו עלולים לגרום לו נזקים ודאיים ומשמעותיים.
429. הדברים בולטים ביותר בעניינו של המבקש אשר שעבד את פרויקט הבנייה שלו לבנק מתוך אמון והסתמכות שהבנק שוקל שיקולים עסקיים ביחסי העבודה אתו. אילו ידע המבקש כי הוא לקוח לא רצוי בבנק הוא מראש לא היה מבקש את האשראי הראשוני ולא היה משעבד את נכסיו לבנק. מרגע שהנכס של המבקש משועבד לבנק הוא קשור עם הבנק בעבותות וכך במועד בו התקבלה החלטה המבוססת על שיקולים לא ענייניים הנזק שנגרם למבקש הינו רב שכן הוא לא יכל למנף את הפרויקט לבנק אחר ולקבל חליפת אשראי המתאימה לפרויקט.
430. הערת "טעון בדיקה" הינה מידע מהותי ללקוח הנוגע למהות ולטיב השירות, ומשכך חובה על הבנק ליידעו על עצם קיומה של ההערה אודותיו ולפרט את מלוא האינפורמציה הנובעת ממנה על מנת שהלקוח יוכל לשקול את צעדיו בטרם הוא קושר עצמו בהסכם עם הבנק. משלא עשה כן, הפר הבנק את חובת תום הלב ואת חובת הגילוי הקמה לו בעת מתן שירות ללקוח.
431. בנוסף, העדר שקיפות עלול לחשוף את הבנק לטעויות מבלי לאפשר ללקוח לבדוק את ההתנהלות כנגדו ולפנות לבנק לשם תיקון הטעות, או אפילו לפנות לבית המשפט לקבלת סעד להסרת רישום הנובע מטעות. ניהול מאגר הרישום ללא שקיפות מונע מהלקוח את זכות העיון ובמידת הצורך את הזכות לתקן את הטעות.
432. האיזון שנקבע בחוק נתוני אשראי לעניין זכות העיון וההשגה קובע את הסטנדרט הראוי בהגנה על פרטיותו של הלקוח. יש להחיל סטנדרט זה גם על הבנק ולקבוע כי הסתרת קיומה של ההערה והעדר שקיפות מהווים פגיעה לא מידתית בזכות לפרטיות. במקרה זה, הזכות לניהול סיכונים לא גוברת על זכותו של הלקוח לזכות העיון וההשגה ולזכות הבסיסית שלא יירשם לגביו מידע שגוי מבלי שתהיה בידי הזכות להשיג על רישום אותו מידע לגביו.

ניהול מאגר מידע

433. חוק הגנת הפרטיות קובע הוראות לגבי החזקה ושימוש במאגר מידע החייב ברישום:

(א) לא ינהל אדם ולא יחזיק מאגר מידע החייב ברישום לפי סעיף זה, אלא אם כן התקיים אחד מאלה:

- (1) המאגר נרשם בפנקס;
- (2) הוגשה בקשה לרישום המאגר והתקיימו הוראות סעיף 10(ב1);
- (3) המאגר חייב ברישום לפי סעיף קטן (ה) והוראת הרשם כללה הרשאה לניהול והחזקה של המאגר עד רישומו.
- (ב) לא ישתמש אדם במידע שבמאגר מידע החייב ברישום לפי סעיף זה, אלא למטרה שלשמה הוקם המאגר.
- (ג) בעל מאגר מידע חייב ברישום בפנקס ועל בעל המאגר לרשמו אם נתקיים בו אחד מאלה:

- (1) מספר האנשים שמידע עליהם נמצא במאגר עולה על 10,000;
 - (2) יש במאגר מידע רגיש;
 - (3) המאגר כולל מידע על אנשים והמידע לא נמסר על ידיהם, מטעמים או בהסכמתם למאגר זה;
 - (4) המאגר הוא של גוף ציבורי כהגדרתו בסעיף 23;
 - (5) המאגר משמש לשירותי דיוור ישיר כאמור בסעיף 17ג.
- (ד) הוראת סעיף קטן (ג) לא תחול על מאגר שאין בו אלא מידע שפורסם לרבים על פי סמכות כדין או שהועמד לעיון הרבים על-פי סמכות כדין.

434. המבקש יטען, כי ניהול רשימה של לקוחות מודרים הינו בגדר מאגר מידע החייב ברישום והכפוף להוראות חוק הגנת הפרטיות והוראות רשם מאגרי המידע.

435. השימוש הפסול שעשתה המשיבה במאגר המידע הקיים ברשותה והעדר הדיווח לרשם מאגרי המידע על השימוש במידע המסומן בכוכבית מהווה הפרה של חוק הגנת הפרטיות.

436. המבקש יטען, כי המידע הקיים אצל הבנק לגבי לקוחותיו ובכלל זה המידע על הגשת תביעה בעבר איננו חוסה תחת ההגנה של מידע שפורסם לרבים. שמירת הפרטים על הלקוח בצירוף המידע המקופל בכוכבית מהווה פעולה המנוגדת להוראות הנוגעות להחזקת מאגרי מידע, ולכל הפחות חייבת בדיווח לרשם מאגרי המידע.

עילות התביעה מכוח דיני החוזים ותקנת הציבור

437. סעיף 30 לחוק החוזים קובע שניתן לבטל חוזה מכוח תקנת הציבור.
438. בעניין ע"א 6416/01, בבנישתי נ' הכנ"ר, פ"ד נז(4) עמד בית המשפט על עקרון תקנת הציבור:

"תכליתו הכללית של כל דבר חקיקה היא לשמור על תקנת הציבור ולמנוע תוצאות שעומדות בניגוד לה (ראו ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית [8]; השו"א 'ברק פרשנות במשפט, כרך ד', פרשנות החוזה [16], בעמ' 129-130). מהי תקנת הציבור? "תקנת הציבור" משמעותה הערכים, האינטרסים והעקרונות המרכזיים והחיוניים, אשר חברה נתונה בזמן נתון מבקשת לקיים, לשמר ולפתח... תקנת הציבור הינה המכשיר המשפטי, אשר באמצעותו החברה מבטאת את 'האני מאמין' שלה. באמצעותו היא יוצרת מסגרות נורמטיביות חדשות ומונעת חדירה של הסדרים נורמטיביים בלתי ראויים למסגרות הקיימות' (בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים [9], בעמ' 778). 'זהו מושג דינמי, בעל תכנים משתנים, המשקף את רעיונות היסוד שעליהם מושתת המשטר המשפטי, והוא כולל השקפות מוסריות, חברתיות וכלכליות' (ג' שלו 'חוזה הסותר את תקנת הציבור' [21], בעמ' 301). תקנת הציבור כוללת, בין היתר, את חשיבות השמירה על שלטון החוק (הפורמאלי והמהותי). על-כן השמירה על תקנת הציבור משמעה גם שמירה על החוק והוראותיו והרתעה מעבריינות והפרת החוק (ראו והשוו בג"ץ 89/01 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ועדת השחרורים, בית הסוהר מעשיהו, שב"ס [10]). אשר-על-כן יש לפרש דבר חקיקה כך שיבטא את התכלית הכללית – במסגרת תקנת הציבור – של הרתעה מפני הפרת החוק"

עילות התביעה על פי פקודת הנזיקין

רשלנות

439. סעיף 35 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש) קובע:

"35. עשה אדם מעשה שאדם סביר ונבון לא היה עושה באותן נסיבות, או לא עשה מעשה שאדם סביר ונבון היה עושה באותן נסיבות, או שבמשלח יד פלוני לא השתמש במיומנות, או לא נקט מידת זהירות, שאדם סביר ונבון וכשיר לפעול באותו משלח יד היה משתמש או נוקט באותן נסיבות — הרי זו התרשלות; ואם התרשל כאמור ביחס לאדם אחר, שלגביו יש לו באותן נסיבות חובה שלא לנהוג כפי שנהג, הרי זו רשלנות, והגורם ברשלנותו נזק לזולתו עושה עוולה."

440. עוולת הרשלנות מורכבת משלושה יסודות: קיום חובת הזהירות, הפרת חובת הזהירות וגרימה של נזק, ראה ע"א 145/80 ועקנין נ' מועצה המקומית בית שמש פ"ד לו (1) 113, 122.

441. המשיבה חבה חובת זהירות מושגית וקונקרטית כלפי המבקש וכלפי הקבוצה.

442. הבנקאי הסביר צריך לצפות כי סימון לקוח בכוכבית, בוודאי מבלי ליידע אותו, וכן מניעת אשראי משיקולים לא ענייניים יגרמו ללקוח נזקים ממוניים ולא ממוניים.

443. מעשיה ו/או מחדליה של המשיבה מקימים עילת תביעה כנגדה בגין עוולת רשלנות, כמובנה בסעיף 35 לפקודת הנזיקין, כדלקמן:

444. קיים קשר ישיר בין מעשיה ו/או מחדליה של המשיבה לבין הנזק שנגרם למבקש ולכל אחד מהנמנים בחברי הקבוצה, העונה גם על מבחן הצפיות הסבירה. בפעולותיה ו/או מחדליה המתוארים לעיל, הפרה המשיבה את חובות הזהירות שחבה בהן כלפי המבקש וכלפי כל אחד מחברי הקבוצה, הפרה גסה ובוטה. בנוסף, למבקש ולכל אחד מהנמנים בחברי הקבוצה נגרמו נזקים ממוניים ולא ממוניים לרבות פגיעה בשם הטוב, עוגמת נפש ופגיעה בפרטיות.

445. הפסיקה הרחיבה את גדרי המושג "נזק" והכילה בו את כל סוגי הנזק, בין פיסיו ובין שאינו פיסיו, בין ממוני ובין שאינו ממוני. ראו: ע"א 1081/00 אבנעל חברה להפצה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 193.

446. קיימות חובת זהירות מושגית וחובת זהירות קונקרטית המוטלות על המשיבה כלפי המבקש וכלפי כל אחד מחברי הקבוצה.
447. קרות הנזק למבקש ולכל אחד מחברי הקבוצה הינו, לכל הפחות, בגדר "התרחשות צפויה" (אם לא למעלה מכך) בגין פעולותיה ו/או מחדליה של המשיבה. בנוסף, קיימת זיקה מהותית וישירה בין דרך התנהלותה של המשיבה לבין הנזק שנגרם למבקש ולכל אחד ואחד מיחיד הקבוצה. מעשיה/מחדליה של המשיבה הינם בגדר הסיבה – ולכל הפחות אחת מהסיבות – לקרות הנזק, שבא באורח טבעי ובמהלכם הרגיל של הדברים.

הפרת חובה חקוקה

448. המבקש יטען כי במעשיהן ו/או במחדליהן המפורטים לעיל, הפרה המשיבה ו/או מי ממנה ו/או מטעמה חובות שבחוק, לרבות אך לא רק :

- חוק יסוד : כבוד האדם וחירותו.
 - חוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981, על תקנותיו, הצווים והכללים שהותקנו מכוחו.
 - פקודת הבנקאות, 1941, על התקנות, הצווים והכללים שהותקנו מכוחה.
 - חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.
 - פקודת הנזיקין (נוסח חדש).
 - חוק איסור לשון הרע- תשכ"ה-1965.
 - חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, על תקנותיו.
 - חוק שירות נתוני אשראי תשס"ב – 2002 על תקנותיו ו/או עקרונותיו.
449. בנוסף ו/או לחילופין, במעשים המתוארים לעיל פגעה הנתבעת מס' 1 ו/או ו/או מטעמה פגיעה קשה וחמורה בכבודם ובקניינם של התובעים אשר מוגנים בסעיפים 2 ו- 3 לחוק יסוד : כבוד האדם וחירותו.

עילות תביעה מדיני ההגבלים העסקיים

450. המטרות של דיני ההגבלים העסקיים הם רבים ומגוונים וכוללים הן מטרות שעניינן עידוד תחרות ופיתוחה והן מטרות לאומיות וחברתיות.
451. המלומד יצחק יגור בספרו "דיני ההגבלים העסקיים" (מהדורה שלישית הוצאת ניר ספרות משפטית בע"מ) מפרט בעמוד 45 את היעדים הכלכליים העיקריים ברמה הלאומית שדיני ההגבלים העסקיים נועדו להשיג, בין היתר :

"יעילות- שימוש יעיל במשאבים הכלכליים הקיימים במשק וניצול מירבי של אותם משאבים.

צמיחה- הגדלת התפוקה הכללית של המשק, הן על ידי הגדלת תשומות הייצור...והן על ידי שיטות של חסכון ושמירה על משאבים קיימים.

יציבות- השגת יציבות עסקית מבחינת התפוקה והתעסוקה...

הגנת הצרכן- חוק ההגבלים העסקיים שייך למשפחת חוקי הגנת הצרכן. כך, למשל, ניתן באמצעותו למנוע ניצול לרעה של מעמד מונופולי "על גבו" של הצרכן. קשרי הגומלין בין הגנה על התחרות החופשית וההגנה על הצרכן הם, איפוא, ברורים מאליהם....

צדק חלוקתי- יעד נוסף מבין מטרותיו של חוק ההגבלים העסקיים הוא חלוקה צודקת (או צודקת יותר) של הכנסות...."

מדיניות ראויה של הגבלים עסקיים תעודד שמירה על התנהגות עסקית הולמת ותחרות הוגנת ותסדיר התנהגותם של גופים בעלי עוצמה כלכלית כלפי צרכנים."

452. בהתאם לאמור, נקבע בסעיף 29 לחוק ההגבלים העסקיים:

"לא יסרב בעל מונופולין סירוב בלתי סביר לספק או לרכוש את הנכס או השירות שבמונופולין."

453. כמו כן, נקבע בסעיף 29 א(א):

" בעל מונופולין לא ינצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור"

454. המבקש יטען, כי המשיבה הפרה את הוראות חוק ההגבלים העסקיים וכן כי מתקיימות החזקות הקבועות בחוק לקיומה של ההפרה.

455. מעשיו ו/או מחדליו של הבנק מהווים "סירוב בלתי סביר" לספק שירות שבמונופולין וכן מהווים ניצול לרעה של מעמד המונופולין באופן העלול לפגוע בציבור.

456. מניעת אשראי באופן לא מוצדק מעסקים קטנים ובינוניים, המהווים רוב רובו של המשק והמנוע העיקרי לצמיחתו, גורמת לפגיעה באינטרסים לאומיים וכלכליים לרבות פגיעה ביעילות השימוש במשאבים הכלכליים, בצמיחה וביציבות.

457. בנוסף, מניעת אשראי מהמגזר העסקי מפירה את עקרון הצדק החלוקתי ומהווה התנהגות עסקית לא הולמת, בפרט כאשר היא מבוצעת כעניין שבמדיניות על ידי גוף בעל עוצמה כלכלית כמשיבה.

חלק שלישי - התאמת התובענה להליך הייצוגי

התקיימותן של התנאים לאישור תובענה כייצוגית

459. בהתאם לסעיף 8 (א) לחוק הייצוגיות, בית המשפט רשאי לאשר תובענה כתובענה ייצוגית בהתקיימם של התנאים כדלהלן:

- (1) התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה;
- (2) תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין;
- (3) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת; הנתבע לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה בענין זה;
- (4) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב.

"התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה"

460. המשמעות של הדרישה הינה שיש להראות שהמקרה של המבקש אינו בבחינת מקרה פרטי וכי קיימת קבוצה של תובעים אשר מתקיימות לגביה שאלות משותפות הראויות להתברר בהליך ייצוגי אחד. החוק נוקט גישה מרחיבה ודורש כי יתקיימו שאלות משותפות של עובדה או משפט.

461. בפסיקה נקבע, כי ניתן לקבוע קבוצות ואף תת קבוצות של תובעים לגביהם מתקיימת שאלות משותפות של עובדה ומשפט.

462. השאלות העיקריות העולות בתובענה זו נוגעות לזכותה של המשיבה לנהל רשימה סודית של לקוחות, לרבות לקוחות שתבעו את הבנק, ללא קריטריונים מוגדרים, גלויים וסבירים, וכן להשתמש במידע זה, עם או בלי ליידע את הלקוח, ככלי להדרת הלקוח או במסגרת בקשה למתן אשראי.

463. השאלות העובדתיות והמשפטיות העולות בתובענה זו הינן שאלות המשותפות לכל חברי הקבוצה המיוצגת ו/או לתתי הקבוצות כפי שיוגדרו על ידי בית המשפט.

464. למבקש וליתר חברי הקבוצה עילות תביעה משותפות: בבסיס התובענה עומדת שיטת פעולה זהה של המשיבה כלפי כל חברי הקבוצה. אף אם ייתכנו הבדלים רלבנטיים בין פרטים בודדים מתוך הקבוצה המיוצגת, ההלכה היא כי הפרות המבוצעות באופן שיטתי ואחיד עומדות בגדר הדרישה לקיומה של עילה משותפת [למשל ת.א. (נצרת) 785/98 זילברשלג עיטל נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ נבו]. מעבר לכך גם לא נחוצה זהות מוחלטת בכל השאלות הטעונות הכרעה עובדתית או משפטית. די בכך שהשאלות העיקריות תהיינה משותפות לחברי הקבוצה [רע"א 8268/96 רייכרט נ' שמש (פ"ד נה(5) 276 בעמ' 296 להלן: "עניין רייכרט"] או כי היסוד המשותף מהווה מרכיב מרכזי בהתדיינות וכי שאלות פרטניות ניתן לברר במסגרת השלב הקבוצתי (רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ פ"ד מט (5), 774 :

"לעניין דרישה זו, אין כל צורך שכל השאלות המתעוררות ביחס לקבוצה תהיינה משותפות. די בכך שהיסוד המשותף מהווה מרכיב מהותי בהתדיינות. אם יש לאחד מהקבוצה עניין שהוא מיוחד לו - כגון נזק מיוחד - ניתן לבררו בשלב האינדיווידואלי, אשר יבוא לאחר סיום השלב

הקבוצתי, ולאחר שנקבעה בו שאלת האחריות של הנתבעים" [רע"א 4559/94 טצת ואח' נ' א' זילברשץ ואח' פ"ד מט(5) 774, 788

- התייחסות לטענה כי "התובענה אינה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לחברי הקבוצה"**
465. יש לדחות את הטענות כי המבקש לא הוכיח קיומה של קבוצה, היסודות האינדיבידואלים של טענות המבקש מלמדות על העדר שאלות משותפות וכן "אי הוכחת נזק לקבוצה והעדר כל אפשרות להוכיחו במסגרת תובענה ייצוגית".
466. בתי המשפט הכירו בחשיבות האופי הקבוצתי-ייצוגי של ההליך והצורך בהתאמת הדרישות לאופי הייצוגי. יש לבחון את התנאים הנדרשים להתאמת התובענה להליך הייצוגי לאור העקרונות והתכליות הכלליות שמוסד ההליך הייצוגי נועד לשרת.
467. בתובענה ייצוגית בעניין של מפגע יש לבחון את יסודות העוולה הפרטניות מנקודת מבטו של "תובע-על" המבטא את האינטרס המשותף של התובעים בכוח כולם, ללא קשר לשוני במידת ההשפעה. יש להתייחס לתביעה דן כתביעה שעניינה מפגע בנקאי – חברתי ולפרש את התנאים הנדרשים להתאמתה להליך הייצוגי בהתאם לכך.
468. בהתאם לכך נקבע בעניין רייכרט כי לא נחוצה זהות מוחלטת בכל השאלות הטעונות הכרעה עובדתית או עובדתית ודי בכך שהשאלות העיקריות תהיינה משותפות לחברי הקבוצה.
469. חשיבות ההליך הייצוגי מחייבת ריכוך של דרכי ההוכחה, במיוחד בשלב בקשת האישור, תוך מתן שיקול דעת רחב לבית-המשפט לקבוע דרכים ראויות להוכחה, לרבות בענין הנזק והקשר הסיבתי בין ההפרה לנזק, ועל כך יורחב בהמשך.
470. התובענה עוסקת במדיניות שיטתית ועקבית של המשיבה אשר מתקיימת בצורה זו או אחרת כלפי קבוצה גדולה מאוד של לקוחות או לקוחות פוטנציאליים. הנסיון לאפיין את ההפרות כנגד הלקוחות כהפרות אינדיבידואליות לכל לקוח ולקוח הנדרשות להכרעות פרטניות בכל מקרה ומקרה הינו נסיון מלאכותי שתכליתו להתחמק מאימת ההליך הייצוגי ולחתור תחת התכלית של ההליך הייצוגי שנועד בדיוק לתת מענה למקרים של מפגעים/הפרות קבוצתיות.
471. גם אם קיים שוני מסויים בין לקוח ללקוח השאלות הנדרשות להכרעה בתובענה הינן משותפות לכל חברי הקבוצה. לכל היותר, ניתן להגדיר מספר תתי קבוצות שיהיה בהן לתת מענה מקיף גם לנקודות השוני.
472. כעולה ממסכת הראיות, אין מחלוקת כי המשיבה מנהלת מאגר מידע הכולל רשימת לקוחות המקוטלגים על ידה כלקוחות טעונים בדיקה. אין גם מחלוקת כי המשיבה לא נוהגת לגלות לאותם לקוחות כי הם מסומנים כטעונים בדיקה.
473. השאלה המשפטית הנדרשת להכרעה הינה מהי המשמעות המשפטית של התנהלות המשיבה בעניין זה. האם מדובר בניהול סיכונים לגיטימי, כטענת המשיבה, או כהתנהלות לא חוקית המנוגדת לסבירות הבנקאית והפוגעת בחברי הקבוצה, בין היתר, בזכות שלהם לפרטיות.
474. המבקש הגדיר את הקבוצה בהתאם לסימונם בכוכבית ולא בהתאם לבקשות אשראי שאושרו או לא אושרו להם, ולא בכדי. התובענה יוצאת כנגד עצם סימונם של לקוחות ללא קריטריונים מוגדרים, ללא תאריך תפוגה, ללא שקיפות ותוך הפרת חובות ההגינות וחובת הגילוי הבנקאית. התובענה גם יוצאת כנגד השימוש שעושה המשיבה ברשימה זו אשר נועדה ליישם מדיניות שיטתית של הדרה ולא דווקא מדיניות לגיטימית ושקולה של ניהול סיכונים.
475. השאלות העובדתיות האם המשיבה אכן נוהגת כפי שנטען על ידי המבקש וכן המשפטיות לענין המשמעות של התנהלותה הינן שאלות המשותפות לכל חברי הקבוצה.

476. מדיניות הכובית במתכונתה מהווה הפרה לגבי כל המסומנים בה. הבנק מודה כי לגבי כולם הוא מפר את חובות הגילוי ולא מגלה ללקוח כי הוא מסומן. בנוסף, מעבר להעדר הגילוי, עצם ניהול המדיניות המדוברת ללא קריטריונים מוגדרים, סבירים וגלויים תוך אי מתן זכות עיון, השגה ותיקון הופכים את התנהלות המשיבה לגבי כל הלקוחות להתנהלות לא תקינה המצדיקות את התערבותו של בית המשפט. בנוסף, בנסיבות אלו, יש להעדיף את אישור התובענה לגבי חברי הקבוצה הרלבנטיים ולקבוע תתי קבוצות או להגדיר את חברי הקבוצה בדרך אחרת, בהתאם לשיקול דעתו של בית המשפט וכפי שכבר צוין בבקשה.

477. יש לדחות את הטענה להעדר עילה קבוצתית בשל השוני הנובע מהשאלה אם אושרה או לא אושרה להם אשראי. שאלת אישור האשראי הינה שאלה מתחום הנזק והקשר הסיבתי, לגביהם יתייחס המבקש בנפרד. מכל מקום, המבקש יטען כי עילות התובענה נובעות מעצם הרישום ולא תלויות בשאלה אם בסופו של יום אושר או לא אושר אשראי לחבר בקבוצה. אי אישור התביעה הייצוגית בשל טענה זו תעקר מתוכן את מוסד התובענה הייצוגית שכן תמיד ניתן יהיה למצוא שינויים לגבי חברים בקבוצה, בפרט, כאשר שאלת אישור האשראי הינו נושא גמיש וחמקמק אשר יכול לאפשר למשיבה להתחמק מקלות מכל שאלה עניינית לגבי מדיניותה והתנהלותה.

478. התכליות העומדות ביסוד התביעה הייצוגית מחייבות לדחות את טענותיה של המשיבה בעניין זה.
479. יש לדחות את טענת המשיבה לעניין זיהוי חברי הקבוצה. זיהוי חברי הקבוצה, להבדיל מהגדרת הקבוצה אינו נדרש בשלב הבקשה. בפרט הדברים נכונים כאשר המידע בעניין זה מצוי ברשותה של המשיבה וניתן להפיק אותו, לכאורה, בלחיצת כפתור.

480. לעניין זיהוי חברי הקבוצה נאמר על ידי בית המשפט בעניין תמ 25857-06-12 ורד אליה סער נ' עיריית נהריה, נבו :

“... השאלה מי הם החברים בקבוצה שטוענת כי נעשתה כלפיה עוולה, אינה צריכה להיפתר בשלב האישור. ניתן להגדיר את הקבוצה ... ולהשאיר את זיהוי המדויק של חברי הקבוצה לשלב שלאחר ההכרעה בשאלות המשותפות בתובענה הייצוגית. יתרה כך, גם אם לאחר מתן הכרעה כאמור לא ניתן לזהות את חברי הקבוצה, יכול בית המשפט להורות על מתן כל סעד אחר לטובת הקבוצה, כולה או חלקה או לטובת הציבור, כאמור בסעיף 20(ג) לחוק. מכאן שבעיית הזיהוי אינה שוללת את אישורה של התובענה כייצוגית.”

481. הטענות לעניין גודל הקבוצה אינן רלבנטיות להליך אישור הבקשה, ובכלל. גודל הקבוצה הינו נתון המצוי כולו ברשותה של המשיבה. המבקש שב ומדגיש את הברור מאליו שהמספרים לעניין גודל הקבוצה הינם מספרים שצוינו על דרך האומדנא בלבד.

התייחסות לטענה ל"העדר שאלות משותפות (גם) בשל היסודות האינדיבידואלים של טענות המבקש"

482. לטענת המשיבה אין לאשר את הבקשה בשל המאפיינים האינדיבידואלים המשתנים מאדם לאדם וממקרה למקרה. לטענת המשיבה, יש לבדוק לגבי כל חבר בקבוצה את תוכן ההערה המשתנה ממקרה למקרה, את ההשפעה של ההערה על מערכת השיקולים אם לאשר אשראי, האם נדרש אשראי והאם הבנק נעתר לבקשה בכל מקרה ומה הייתה הסיבה לסירוב.

483. עוד טוענת המשיבה כי יש לבדוק לגבי כל לקוח האם ידע על קיומה של ההערה ומתי נודע לו עליה ועוד כהנה וכהנה דוגמאות המבקשות להראות שהעילות הינן בעלות יסודות אינדיבידואלים.

484. יש לדחות את טענת המשיבה בעניין זה.

485. כפי שמפורט לעיל, המאפיינים האינדיבידואלים, אם וככל שקיימים, הינם שוליים לשאלות העיקריות הדורשות הכרעה במסגרת התובענה.

486. בית המשפט צריך להכריע באופן גורף בשאלות העיקריות שהן האם ראוי לאפשר למשיבה לנהל מאגר מידע של לקוחות, ללא קריטריונים מוגדרים, ללא תאריך תפוגה ותוך יישום מדיניות שעניינה לחסום את אותם לקוחות מלקבל שירות בנקאי במובן המהותי והאפקטיבי של המושג, וכל זאת במסגרתם ותוך הפרת חובות הגילוי וחובות ההגיונות ותום הלב המוטלות על הבנק.
487. השאלות האינדיבידואליות לגבי כל לקוח האם בעקבות ההערה סורב לקבל אשראי, מתי נודע לו על ההערה וכל כיוצא באלה אינן רלבנטיות להכרעה בעילה הקבוצתית הייצוגית.
488. יוזכר, כי בשלב הבקשה אין התובע נדרש להוכיח את תביעתו. רמת ההוכחה הנדרשת בשלב זה הינו קיומה של אפשרות סבירה שהתובענה תוכרע לגבי הקבוצה. המבקש הראה לעיל כי קיימת אפשרות סבירה שייקבע כי המשיבה מנהלת מדיניות כזו באמצעות מרשם טעוני בדיקה וכי פעולות אלו הינן פעולות לא חוקיות ולא סבירות המצדיקות את התערבותו של בית המשפט.
489. לטענת המשיבה, עילות התובענה הינן עילות המצריכות הוכחת קשר סיבתי והסתמכות ולכן אין לאפשר לנהל את התביעה בהליך הייצוגי כפי שנקבע לעניין עילת ההטעיה הנדרש לבחינה אישית של יסודות העילה.
490. יש לדחות את ההיקש שעושה המשיבה מעילת ההטעיה.
491. ראשית, התובענה והבקשה מבוססות על מספר עילות וממילא גם אם ייקבע שאחת מן העילות לא מתאימה להליך הייצוגי אין זה אומר שאין לדון בעילות הנוספות (ראה ענין עמוסי :

"הבחינה הלכאורית של סיכויי התובענה נועדה למנוע את חשיפתו של הנתבע לסיכונים בלתי נדרשים. לפיכך, כל אימת שקבוצת התובעים מבקשת סעד זהה שמבוסס על מספר עילות חלופיות, די בקביעה כי קיימת אפשרות סבירה להכרעה לטובת התובעים באחת העילות ואין הכרח לבחון את סיכויי קבלת יתר העילות. קיומה של אפשרות סבירה להכרעה לטובת התובעים באחת העילות, מצדיקה את חשיפת הנתבע לסיכון שיצטרך לשאת בעלויות הסעד הנתבע, ועל כן מאפשרת את אישור התובענה כיייצוגית. משנחשף הנתבע לסיכון זה, על כל המשמעות הנלוות לכך, אין כל צורך להכריע באופן מקדמי מהן סיכויי התביעה ביחס לכל עילה ועילה. מובן כי הנתבע מבקש לשמוט את הקרקע מתחת לטענות שונות של התובע ולדלל את עילות התביעה הקיימות נגדו, אך זו אינה תכליתו של שלב אישור התובענה כיייצוגית." סעיף 17 לפסק הדין.

492. שנית, ועיקר, גם עילת ההטעיה המפורטת בבקשה מבוססת על העדר גילוי ולא דווקא על עילת ההטעיה הקלאסית מדיני הנזיקין.
493. בשורה של פסקי דין שיצאו מלפני בית המשפט העליון נקבע כי להבחין בין עילת ההטעיה לעילת ההטעיה הנובעת מאי גילוי, בפרט מחובת הגילוי שנקבעה בדיני הבנקאות. ההפרה של חובת הגילוי בפני עצמה מקימה עילת תביעה ואין צורך להוכיח קשר סיבתי ואף לא נזק. עצם קיומו של מחדל אי הגילוי מהווה נזק שכן אילו היו מגלים למבקש, או לכל חבר בקבוצה, כי הוא לקוח מסומן ולא רצוי בבנק, הוא לא היה נשאר כלקוח בבנק ולא היה נוטל או מבקש אשראי. בוודאי לא היה משעבד לבנק את נכסיו על מנת למצוא עצמו מאוחר יותר מחוסר בטחונות שיוכל להשתמש בהם כאמצעי מינוף.
494. כך, בעא 9590/05 **לידיה רחמן נוני נ' בנק לאומי לישראל בע"מ**, קבע בית המשפט הנכבד, כי לאור הרחבת עילות התביעה שמכוחן ניתן לאשר תובענה ייצוגית נגד תאגיד בנקאי, אין הכרח בהוכחת קיומו של קשר סיבתי כאשר מדובר בהפרה שנובעת מאי גילוי, גם כאשר מדובר באי גילוי הנובע מעילת ההטעיה. עוד קבע בית המשפט, כי לא מוכרח שצריך להוכיח נזק כלשהו וכי קיימת אפשרות שמקור הנזק הוא בעצם העובדה שהמבקש קשר עצמו בהסכם כלשהו עם הבנק מבלי לדעת על קיומו של פרט, שאילו היה מודע לעצם קיומו, ייתכן והיה בוחר להימנע מאותה התקשרות.

495. בעניין עמוסי התייחסה המשנה לנשיא (כתוארה אז) השופטת נאור לעניין הטעיה שמקורה באי גילוי:

"... לגבי אי גילוי ממילא לא ברור כי נדרש בהכרח דיון בהסתמכות, קשר סיבתי וכיו"ב (ראו ע"א 9590/05 רחמן-נוני נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פסקה 6 ([פורסם בנבו], 10.7.2007)). בעניין זה הרחיב וטען היועץ המשפטי לממשלה כדלקמן:

"[בענייננו] אין לנו צורך להיזקק להוכחת קיומו של קשר סיבתי. בהקשר זה יש ליתן תשומת לב לכך כי בדנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ז נז(6) 385 (2003) נקבע כי קיומו של קשר סיבתי נדרש לעניין הפיצוי הנזיקי. זאת, להבדיל מאכיפת חוזה הביטוח המבוקש בענייננו.

למעלה מן הצורך ולשם השלמת התמונה בלבד, יוסבר כי מכל מקום, אף אם יפסעו המבוטחים במסלול הנזיקי, נראה כי הלכת ברזני לא תחול. זאת כיוון שבדנ"א 5712/01 עניין ברזני, דובר היה בהטעיה (שבמעשה) בתשדיר פרסומת חיצוני לחוזה, שהתובע לא צפה בו ולכן נקבע שלא יכול להיבנות ממנו, ואילו כאן מדובר באי גילוי והטעיה (שבמחדל) בתוכן הפוליסה שהמבוטח צד לה." (עוד על ההבחנה בין הטעיה שבמעשה להטעיה שבמחדל ראו ע"א 6339/09 תנובה - מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' עזבון ראבי, פסקה 36 ([פורסם בנבו], 4.12.2011)).

496. בהתאם לכך, פסקי הדין המוזכרים על ידי המשיבה אינם רלבנטיים לבקשה זו שכן הם כולם עסקו בעילות הדורשות בירור אינדיבידואלי של יסודות העילה. כך עניין רזניק, עניין חזן, עניין קראוס, עניין שטנדל.

497. לטענת המשיבה, גורם אינדיבידואלי נוסף הן טענות ההגנה העשויות לעמוד לבנק כנגד לקוחות שונים כגון השתק, מניעות, אשם תורם ואי עמידה בנטל להקטנת הנזק. טענות אלו נטענו בעלמא מבלי להביא דוגמא אחת לגביהן וממילא לא ניתן להתייחס אליהן ובוודאי לא לפסול את הבקשה בשל טענות ערטילאיות שלא פורטו.

498. מכל מקום, טענות אלה, אם יש בהן שמץ של ממש, ראויות להיות נידונות במסגרת הדיון בתובענה עצמה ולא בשלב הבקשה לאישור התובענה כייצוגית.

499. על פי הפסיקה ההולכת ומתגבשת העדר אחידות בין חברי הקבוצה אינה עילה לדחיית בקשה לייצוגית, כל עוד קיימות שאלות מהותיות משותפות שיש להכריע בהן. נקבע, כי בית המשפט יעשה כל מאמץ להכשיר את ההליך הייצוגי תוך שימוש בפתרונות אחרים שהחוק מקנה להתגבר על הנושאים בהם קיים חוסר אחידות.

500. בעניין זה ראוי להזכיר את דברי בית המשפט העליון בעניין עא 2718/09 "גדיש" קרנות גמולים בע"מ נ' אלסינט בע"מ (נבו) בסעיף 34 לפסק דינה של כב' הנשיאה (בדימ') בייניש:

"פתחנו בהצגת המגמה שבה נקט המחוקק בחקיקת חוק תובענות ייצוגיות, שלא להערים קשיים בפני התובע הייצוגי הפוטנציאלי במקום בו האינטרס הציבורי מצדיק את בירור התובענה בהליך ייצוגי. כן הזכרנו את הכלים הרבים שהוקנו לבית המשפט בחוק אשר מאפשרים לו גמישות רבה בהגדרת הקבוצה, העילות והסעדים. בהתחשב בכך, נראה כי לא היה מקום בנסיבות הענין להסתפק בטעם של היעדר אחידות בין חברי הקבוצה על מנת לדחות את הבקשה לברר את עילות התביעה הנזכרות במסגרת של תובענה ייצוגית.

התנאי בדבר קיומן של "שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה" מופיע הן בסעיף 4(א)(1) והן בסעיף 8(א)(1) לחוק. מטבע הדברים, כל אימת שמתגבשת קבוצת אנשים בעלי מכנה משותף, לצד היבטי הדמיון המשותפים להם קיימים גם היבטים המבחינים ביניהם. כאשר עסקינן בתובענה ייצוגית, הרי שלצד השאלות המשותפות לחברי הקבוצה המיוצגת, עשויות להתעורר גם שאלות שאינן משותפות להם, ולעיתים גם שאלות אינדיבידואליות המבחינות בין כל אחד מחברי הקבוצה לרעהו. על פי הפסיקה, "אף שאין זה מן ההכרח כי כל השאלות המתעוררות בגדר התובענה הייצוגית תהיינה משותפות לכל חברי הקבוצה, אין פירוש הדבר כי אם

קיימות שאלות משותפות ניתן לאשר את התובענה כייצוגית, יהיו אשר יהיו השאלות האינדיווידואליות המתעוררות בגדרה" (עניין רזניק, פסקה 27; והשוו ע"א 8268/96 רייכרט נ' שמש, פ"ד נה(5) 276, 296 (2001)). על פי לשון החוק, השאלות המשותפות לחברי הקבוצה צריכות להיות "מהותיות". הפסיקה פרשה את התנאי האמור כמבחן יחסי שבמסגרתו בוחן בית המשפט הדין בבקשה לאישור התובענה כייצוגית, את היקף הנושאים הפרטניים שמעוררת התביעה לעומת הנושאים המשותפים לחברי הקבוצה. קריטריונים ברורים להכרעה בשאלה מהי מידת האחידות שצריכה לשרור בין חברי הקבוצה, ומנגד, מהי מידת הגיוון בין החברים אשר עודנה "נסבלת" בגדרי התובענה הייצוגית – טרם התגבשו בפסיקתנו (ראו: עניין רזניק, פסקאות 25-27 וההפניות המופיעות שם). מכל מקום, נפסק, כי בטרם ידחה בית משפט בקשה לאישור תובענה כייצוגית בשל היעדר הומוגניות בין חברי הקבוצה, מן הראוי כי יידרש לאפשרות להכשיר את התובענה לבירור בהליך ייצוגי באמצעות שימוש בפתרונות המופיעים בחוק, כגון: הסמכות לפצל את הקבוצה לתתי-קבוצות (סעיף 10(ג)), האפשרות לתת פסק דין הצהרתי שבו תוכרענה השאלות המשותפות לחברי הקבוצה תוך הותרת השאלות הפרטניות להליכים אחרים, והסמכות לתת הוראות באשר להוכחת הזכאות לסעד על ידי חברי הקבוצה השונים (סעיף 20(א)-(ג) לחוק) (ראו: עניין רזניק, בפסקה 27).

התייחסות לטענה ש "העדר אפשרות סבירה שהשאלות המתעוררות תוכרענה לטובת הקבוצה"

501. לטענת המשיבה, המבקש לא עמד בנטל הטיעוני והראייתי המוטל עליו להוכיח שיש בידו עילת תביעה אשר סיכוייה להתקבל טובים.
502. בעניין עמוסי פירט בית המשפט את תכלית הדרישה לקיומה של אפשרות סבירה שהשאלות יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה, וממילא את היקף הדרישה:

"אשר על כן, ברי כי תכלית החוק היא להורות לבית המשפט לבצע בחינה מקדמית של סיכויי התובענה לשם הגנה מידתית על זכויות הנתבעים. לעניין זה, די לו לבית המשפט לעקוב בדקדקנות אחר לשון המחוקק ולראות האם קיימת "אפשרות סבירה" להכרעה לטובת קבוצת התובעים; הא, ותו לא. החמרת התנאים לאישור תובענה כייצוגית, ובירור רוב רובה של התביעה כבר בשלב אישור התובענה כייצוגית, חורגת מהאיזון שקבע המחוקק, ועל כן היא אינה ראויה. נוסף על כך, דיון שמתבצע באופן זה אינו יעיל, מכיוון שנוצרת כפילות בין הדיון בגוף התובענה לבין הדיון בבקשת האישור; חוסר היעילות הטמון בכפילות זו גדל מקום בו פונים הצדדים פעמיים לערכאת הערעור. יפים לעניין זה דברי הנשיא א' ברק: "אין להפוך את הפרוזדור למשכן קבע. הליך האישור צריך להיות רציני ויעיל. אסור לו, להליך זה, להיות גורם המצנן תובעים ראויים מלהגיש תביעה ייצוגית" (רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 787 (1996)). עוד יש לציין כי בירור עיקר התובענה בשלב המקדמי, אף מסכל את מטרת החוק להגן על הנתבעים. כאשר ברור כי אישור התובענה כייצוגית שקול למעשה לקבלת התביעה, הפגיעה במוניטין של הנתבע והסיכון הרב לו הוא חשוף באים לידי ביטוי כבר כשהוגשה בקשה לאישור תובענה ייצוגית כנגדו. בדרך זו, בקשת אישור תובענה ייצוגית בסכום עתק, אשר פעמים נותרת תלויה ועומדת כנגד נתבע במשך שנים ארוכות, גורמת לאפקט זהה לתביעת עתק אשר תלויה ועומדת כנגד הנתבע. ברי כי לא לכך התכוון המחוקק בפצלו את הדיון לשני שלבים. ... נוכח כל זאת, אין הצדקה להרחבת היריעה בשלב המקדמי של אישור התובענה הייצוגית. יש להקפיד על בירור התנאים המוגדרים בחוק, והם לבדם"

503. התנאי הנדרש הינו שהמבקש יוכיח כי קיימת אפשרות סבירה שהתובענה תוכרע לטובת הקבוצה.
504. כפי שמפורט לעיל בפרקים הרלבנטיים, המבקש הוכיח, לפחות לצורך אישורה של הבקשה, כי האפשרות שהתובענה תוכרע לטובת הקבוצה הינה אפשרות סבירה ואף הרבה מעבר לכך.
505. המשיבה לא חולקת כי היא מנהלת מאגר מידע של לקוחות המסומנים תחת הקטיגוריה של "טעוני בדיקה" מבלי לגלות להם את עובדת רישומם תחת קטיגוריה זו. אמנם, קיימת מחלוקת לעניין

מהותה וייעודה של הערת טעון בדיקה, אולם המבקש הוכיח, הם ברמה הטיעונית בכתבי הטענות והן ברמה הראייתית כי קיימת אפשרות סבירה שהתובענה תוכרע לטובת הקבוצה.

506. טענות ספציפיות של המשיבה כנגד עילות כאלה ואחרות אינן רלבנטיות להוכחת התקיימותו של תנאי זה, שכן גם אם ישנה אפשרות סבירה שהתובענה תוכרע לטובת הקבוצה בשל עילה אחת די בכך כדי לאשר את הבקשה, כפי שנאמר על ידי בית המשפט בעניין עמוסי:

הבחינה הלכאורית של סיכויי התובענה נועדה למנוע את חשיפתו של הנתבע לסיכונים בלתי נדרשים. לפיכך, כל אימת שקבוצת התובעים מבקשת סעד זהה שמבוסס על מספר עילות חלופיות, די בקביעה כי קיימת אפשרות סבירה להכרעה לטובת התובעים באחת העילות ואין הכרח לבחון את סיכויי קבלת יתר העילות. קיומה של אפשרות סבירה להכרעה לטובת התובעים באחת העילות, מצדיקה את חשיפת הנתבע לסיכון שיצטרך לשאת בעלויות הסעד הנתבע, ועל כן מאפשרת את אישור התובענה כייצוגית. משנחשף הנתבע לסיכון זה, על כל המשמעות הנלוות לכך, אין כל צורך להכריע באופן מקדמי מהן סיכויי התביעה ביחס לכל עילה ועילה

"הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין"

507. בעניין ת.א. (י"ם) 1114/99 אליהו שוקרון ואח' נ' עיריית ירושלים [נבו] ("עניין שוקרון") נאמר:

"סיטואציה זו של "נפיל ציבורי" או "נפיל כלכלי" מול "נפולת" מהבחינה העובדתית ומבחינת יכולת ההתמודדות במטריה מהסוג שמדובר בה, מטילה על "הנפיל" עול כבד מאוד לבחון את עצמו ולהיות משוכנע שהוא לא נפל לכלל טעות או פרשנות לקויה, או ליישומה של שיטת בדיקה לא מהימנה..."

508. אחת הערובות לדרבון "הנפילים" למען הפנמת החובה המוטלת עליהם, למען פקחת עיניים (בניגוד לעצימתן) ולטובת יצירת משקל שכנגד למחשבות בלתי רצויות אחרות שיכול ויתרוצצו במנגנונים שלהם, היא ידיעת מי שלא ימלא חובה זו שביום פקודה שלם ישלם והשב ישיב לבעליו את המגיע לו"

509. נסיבות בהן ציבור רחב וחלש נפגע מפעולה של תאגיד בנקאי הוא מקרה קלאסי שראוי לידון כתביעה ייצוגית.

510. הפער ביחסי הכוחות בין הבנק ובין הלקוח הטיפוסי ויחסי התלות מהווים שיקול משמעותי לאישור התובענה כייצוגית. חוסר האיזון בין השחקנים הפועלים בזירה הינו אחד השיקולים הנכבדים לאישור תובענה ייצוגית, שתכליתה גם אכיפת הדין ומניעת פעולות בניגוד לחוק [ראה למשל: רע"א 3126/00 א.ש.ת נגד מדינת ישראל, פ"ד נו (3) 220].

511. גם הרתיעה של תובע פוטנציאלי להגיש תביעה כנגד בנק בו הוא תלוי כאויר לנשימה מחזקת את הצורך בהנגשת המכשיר הייצוגי לתביעה מסוגה של תביעה זו.

512. בנוסף, יש להביא בחשבון את האופי החמור של הפגיעה בחברי הקבוצה מצד המשיבה לאור אופי הפגיעה כמדיניות שנעשית במחשכים ואת החשיבות הציבורית לשמור על זכויותיו של הציבור מפני תאגיד בנקאי כדוגמת המשיבה אשר לה אמצעים ויכולות כמעט בלתי מוגבלות ביחס לתובע הפוטנציאלי אשר אף לא מודע לפגיעה בו.

513. המשיבה פגעה ברווחתם של חברי הקבוצה כתוצאה משיטת פעולה זהה ואחידה, שאף הוסתרה מחברי הקבוצה והדרך ההוגנת ביותר בנסיבות אלה תהיה פעולה קולקטיבית עבורם ומטעמם בתובענה הייצוגית.

514. גם אם נסיבותיו של המבקש והנזקים שנגרמו לו הם גבוהים ומשמעותיים ביחס ליתר חברי הקבוצה, הרי שהמבקש יטען שדי בכך כי לחלק מחברי הקבוצה אין כדאיות כלכלית לתבוע את

- זכויותיהן בתובענה רגילה ו/או כי מדובר בקבוצה גדולה שסבלה מאותה פגיעה שיטתית, כדי לקבוע שתובענה ייצוגית תהיה הדרך המוצדקת והעדיפה ביותר להכרעת המחלוקת בנסיבות הענין.
515. הליך כזה הינו הדרך העדיפה, המוצדקת, ההוגנת וגם היעילה ביותר להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין.
516. בפסיקה ההולכת ומתגבשת בשאלה זו הוזכרו מספר שיקולים שיש בהם כדי להטות את הכף לטובת אישור ההליך הייצוגי במקרים שונים.
517. כך, למשל, נקבע כי הפער ביחסי הכוחות בין נתבע לחברי הקבוצה הינה שיקול רלבנטי להכרה בהליך הייצוגי. בתי המשפט ערים לחשש הממשי ולקושי בניהול תביעות נגד גופים גדולים וחזקים כגון, רשויות המנהל או בנקים. הקושי והחשש מקבל משנה תוקף לאור התלות של הלקוח בגוף הבנקאי, לקוחות רבים יהססו להגיש תביעה נגד בנק, הן בשל התלות של הלקוח בחסדיו של הבנק והן בשל הקושי לממן את ההליך היקר מול גופים חזקים שאין מניעה מצידם להפוך את ההליך בנקל למורכב ויקר ולו רק על מנת להתיש את התובע הפוטנציאלי.
518. חוסר האיזון בין השחקנים הפועלים בזירה הינו אחד השיקולים הנכבדים לאישור תובענה ייצוגית, שתכליתה גם אכיפת הדין ומניעת פעולות בניגוד לחוק [ראה למשל: רע"א 3126/00 א.ש.ת נגד מדינת ישראל, פ"ד נו (3) 220].
519. חוק הייצוגיות עצמו הכיר בצורך להעמיד לרשות לקוחות הבנקים את הכלי הייצוגי כאשר קבע בסעיף 3 לתוספת את העילה באופן רחב וללא תנאים: "עילה נגד תאגיד בנקאי בקשר לעניין שבינו ובין לקוח בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו". המחוקק הכיר בכך כי עצם קיומו של הפער ביחסי הכוחות הינו סיבה מספקת להכיר בתובענה בין בנק ללקוח כדרך היעילה וההוגנת לשימוש בהליך הייצוגי.
520. גם טרם לחקיקתו של חוק הייצוגיות המקרים של עוולות המוניות, כלכליות ו/או חברתיות, או מפגעים סביבתיים הוכרו כמקרים קלאסיים לניהול הליכים ייצוגיים בשל האופי ההמוני והשיטתי של הפגיעה הנעשית על ידי גופים חזקים נגד קבוצה גדולה של אנשים. כך נקבעו בעבר הסדרים לניהול הליכים ייצוגיים בענייני מפגעים סביבתיים וכך נקבעו בעבר הסדרים לניהול הליכים ייצוגיים בענייני הגבלים עסקיים.
521. העובדה שמדובר בקבוצה גדולה של תובעים אשר סבלה מאותה פגיעה שיטתית היא שלעצמה מספיקה כדי לאפשר את ניהול ההליכים באמצעות המוסד הייצוגי. בהקשר זה נקבע כי די בכך כי לחלק מחברי הקבוצה אין כדאיות כלכלית לתבוע את נזיקהם, כדי לקבוע שתובענה ייצוגית תהיה הדרך היעילה וההוגנת ביותר להכרעת המחלוקת בנסיבות העניין.
522. המשיבה פגעה בזכויותיהם וקניינם של חברי הקבוצה כתוצאה משיטת פעולה זהה או דומה של הפרת הוראות החוק – והדרך ההוגנת והיעילה ביותר לטפל בכך תהיה בתובענה ייצוגית, מטעם כל חברי הקבוצה. כאמור, מקרה שבו מספר חברי הקבוצה גדול [גם אם סכום התביעה הבודדת אינו בהכרח קטן] הינו "טיפוסי" מטבעו לתובענה ייצוגית.
523. מבחן נוסף שהוכר בפסיקה התייחס למידה שבה ההכרעה בשאלות המשותפות תסייע לפתרון הסכסוך האינדיבידואלי.
524. בסעיף 19 לפסק דינו של כב' השופט ריבלין בעניין עמוסי נקבע כי:

"אחד השיקולים המרכזיים בבחינת יעילות והגינות השימוש בתובענה ייצוגית הוא המידה שבה ההכרעה בשאלות המשותפות לכלל חברי קבוצת התובעים תסייע לפתרון הסכסוך האינדיבידואלי שבין כל אחד מהם לבין הנתבע. ככל שימצא כי ההכרעה

המשותפת תקדם רק במעט את פתרון הסכסוך ונותרו שאלות אינדיבידואליות רבות, היעילות וההגינות הנלוות לדין בדרך של תובענה ייצוגית, תפחתנה."

525. המבקש יטען כי ניהול תובענה נפרדת בידי כל תובע בנפרד יהיה כרוך בעלויות גבוהות עשרות מונים מניהול תובענה ייצוגית זו, גם לכל אחד מחברי הקבוצה הגדולה, גם למשיבה, וגם למערכת המשפט, קרי לציבור כולו. הכרה בניהול התובענה כייצוגית תגשים את המטרה של מכשיר דינוי זה, לחסוך זמן שיפוטי יקר ומשאבים מיותרים, שיושחתו לריק אם ינוהלו במקומה תביעות פרטיות נפרדות. בכך גם יימנע החשש מפני החלטות סותרות בהליכים דומים.

526. ניהול ההליך הייצוגי לגבי השאלות העיקריות המשותפות בתיק זה, קרי, האם המשיבה פועלת כדין בניהול המרשם ללא קריטריונים מוגדרים, ללא תאריך תפוגה ותוך הפרת חובות הגילוי- יביא באופן ודאי ליעול וקיצור ההליכים.

527. מעבר לתנאים המפורטים בסעיף 8 לחוק, שיקול נוסף שראוי לשקול בהקשר זה הינו החשיבות הציבורית והחברתית של התובענה וזאת לאור המטרה העיקרית העומדת ביסוד ההליך הייצוגי.

528. שיקול נוסף לראות בתובענה כדרך יעילה והוגנת הינה העובדה שהמשיבה פועלת במחשכים וממילא הלקוחות לא תמיד מודעים להיקף ומידת העוולות המבוצעות כנגדם. בין אם מדובר בסירוב לאשראי ובין אם מדובר בייקור עלויות האשראי ההתנהלות של המשיבה נסתרת מהנפגעים ועל כן יש אינטרס ציבורי לאשר את התביעה כייצוגית על מנת להגן גם על אלו שכלל לא מודעים להפרות המבוצעות נגדם.

529. סעיף 1 לחוק התובענות משרטט את תכליתו העיקרית של החוק:

מטרתו של חוק זה לקבוע כללים אחידים לענין הגשה וניהול של תובענות ייצוגיות, לשם שיפור ההגנה על זכויות, ובכך לקדם בפרט את אלה:

- (1) מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים;
- (2) אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו;
- (3) מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין;
- (4) ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות.

530. החשיבות הציבורית והחברתית של תובענה זו, ככל שתימצא מוצדקת, הינו שיקול הגובר בחשיבותו על כל שיקול אחר. חוק הייצוגיות משרטט כבר בסעיף 1 את תכלית החוק "לשם שיפור ההגנה על זכויות" תוך שהוא מפרט את הצורך לקדם את "אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו" וכן את הצורך "במתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין".

531. החשיבות הציבורית והחברתית של תובענה זו מפורטת לאורכה ולרוחבה של בקשה זו.

התייחסות לטענה כי סכום הנזק האישי הגבוה הינו סיבה לאי אישור התובענה כייצוגית

532. בשורה של פסקי דין נקבע כי העובדה שסכום התביעה האישית הינו גבוה אינה סיבה שלא להכיר בתובענה כהליך ייצוגי.

533. בענין עמוסי נאמר:

"גם כאשר סכום התובענה מאפשר הגשת תביעות אינדיבידואליות, יתכן בהחלט שתובענה ייצוגית תהיה הדרך היעילה וההוגנת ביותר להכרעה בנושא בין תכליות ויתרונות התובענה הייצוגית מונה הפסיקה, בין השאר, את השגת השוויון במאזן הכוחות בין המתדיינים, חיסכון במשאבי הצדדים ובמשאבי בית המשפט, ומניעת חוסר אחידות בפסיקות בתי המשפט השונים (פרשת א.ש.ת., בעמ' 237). ברי כי כוחם של שיקולים אלה יפה גם כאשר הסכום שתובע כל חבר בקבוצת התובעים אינו פעוט. לפיכך, אף שהסעד המתבקש בתובענה שלפנינו ביחס לכל חבר בקבוצת התובעים אינו

סעד פעוט, שיקולים אחרים עשויים להוביל למסקנה כי תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה בה" (סעיף 18 לפסק הדין)

534. העובדה שהנזק הממוני הנטען על ידי המבקש הינו גבוה באופן משמעותי אינו יכול ואינו בא ללמד על גובהם של הנזקים הממוניים ביחס ליתר חברי הקבוצה. גם העובדה שיתכן שקיימים תובעים רבים אחרים שנגרמו להם נזקים בסכומים גבוהים אינה צריכה להשפיע על זכותם של רוב חברי הקבוצה ליהנות מההליך הייצוגי בעניינם.
535. לא יכולה להיות מחלוקת כי לפחות לגבי הנזק הלא ממוני מדובר בהפרה שיטתית, המונית המאפשרת לחברי הקבוצה הרבים ליהנות מיתרונותיו של ההליך הייצוגי. אין זה ראוי למנוע מחברי הקבוצה את השימוש בהליך הייצוגי רק בשל כך שקיימים חברי קבוצה אחרים היכולים להוכיח נזק ממוני נוסף.
536. המבקש סבור שהפתרון שהציע המבקש לעשות אבחנה בין הנזק הממוני ללא ממוני הינו פתרון ראוי, אולם, ברור שהוא פתרון מוצע מבין פתרונות אפשריים רבים, אשר ישקלו בבוא העת על ידי בית המשפט ועל פי שיקול דעתו. בין היתר, ניתן לפצל את התובעים לתתי קבוצות. כמו כן, ניתן לפנות לציבור ולקבוע פרק זמן מוגדר לקבלת תביעות לנזקים ממוניים באופן שיאפשר וודאות וסבירות בניהול ההליכים תוך שמירת האינטרסים של כל הצדדים, הן של חברי הקבוצה לרבות תובעים פוטנציאליים שסבלו נזק ממוני והן של המשיבה עצמה העלולה להיות חשופה לתביעות בסדר גודל משמעותי.
537. המגמה השלטת בפסיקה הינה לאפשר את ההליך הייצוגי כל עוד הוא משרת את התכליות העומדות ביסודו, כאשר גם המחוקק וגם הפסיקה מאפשרים גמישות מירבית למציאת פתרונות שיהוו את נקודת האיזון בין כל האינטרסים הקיימים.
538. בהתאם כל עוד התובענה הייצוגית הינה הדרך היעילה וההוגנת לניהול התובענה, יש לאפשר את האפשרות של יישום פתרון ראוי שיאזן בין האינטרסים על פני האפשרות של דחיית הבקשה בשל קשיים פרוצדורליים שאין בינם לבין יעילות והגינות ולא כלום.
539. כאמור, גודלה העצום של הקבוצה, פערי הכוחות ומעמדה של המשיבה כמו גם אופי ההפרה הנטענת והחשיבות הציבורית מחייבים לפתוח בפני חברי הקבוצה את שערי מוסד הייצוגי לרווחה, לכל הפחות, בשאלת חוקיות התנהלות המשיבה והנזק הלא ממוני שנגרם לחברי הקבוצה.
540. בנוסף לנזק הממוני קיים נזק לא ממוני. המבקש יציין כי הנזק הלא ממוני שנגרם לו הוא עצם הפגיעה בפרטיותו, בשמו הטוב ובמוניטין שלו, בזכות שלו לקבל שירות ללא הדרה, ההתייחסות אליו כלקוח לא רצוי והעדר הגילוי לרבות פגיעה באוטונומיה של הרצון.
541. בהקשר זה יצוין, בהתאם לפסיקה, כי גם אם לקוח מסוים לא קיבל אשראי בשל הרישום לגביו או קיבל אשראי בעלות גבוהה יותר מבלי לדעת על כך עדיין נגרם לו נזק.
542. למשל, בעניין עא 8037/06 שי ברזילי נ' פרינר (הדס 1987) בע"מ נאמר על ידי בית המשפט מתוך מאמרו של פרוקציה וקלמנט:

"...מצגי-שווא בתחום הצרכני מיועדים להציג את העסקה באור חיובי יותר מנקודת-מבטו של הצרכן מכפי שהיא בפועל. המציג מבקש להגדיל את הביקוש למוצר, ולכך נלווית בדרך-כלל גם עלייה במחירו. עליית המחיר הינה "נזק" שנגרם לצרכן באופן סיבתי עקב המצג. נזק זה נגרם לא רק לצרכנים שהסתמכו, אלא לצרכנים כולם: גם צרכן שהחלטתו לרכוש לא נבעה ממצג-השווא, ועל-כן הוא לא הסתמך עליו, סבל בכל-זאת נזק אם שילם בעבורו מחיר העולה על זה שהיה משלם אלמלא המצג; ובאופן דומה, גם צרכן שלא נחשף כלל למצג, ולכן לא הסתמך על האמור בו, סבל נזק אם שילם בגינו מחיר גבוה יותר".

"קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת ובתום לב"

543. התובענה הוגשה בתום לב. אופי ההפרה מצד המשיבה והשאלות הנכבדות שתובענה זו מעלה, הנוגעות למדיניות זו של המשיבה, לא מותירות ספק בדבר תום לבו ודרכיו הישירות של המבקש אשר בעצם התמודדותו שם עצמו כחלוץ לפני המחנה ומסכן את עצמו לטובת הכלל.
544. יש לדחות את המשיבה כי הבקשה הוגשה "מתוך אינטרסים פסולים של המבקש כדי שתשמש עבורו כאמצעי להפעלת לחץ על הבנק". הוכח במסגרת ההליך הראיתי כי הבנק אישר למבקש הלוואה עובר להגשת התובענה, אולם, התנה אותה בויתור על כל הטענות, לרבות הטענות הייצוגיות- לכך המבקש לא יכל להסכים. (ראי גם נספח 14 לבקשה)
545. בנוסף, אין בחוק התובענות הייצוגיות דרישה שהתובע יהיה תם לב. הדרישה שהתקבלה על ידי המחוקק הינה ש"קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב". אין בדרישה זו דבר וחצי דבר הנוגע לחוסר תום ליבו של התובע הייצוגי מלבד הדרישה שההליך עצמו ייוצג וינוהל בתום לב.
546. ממילא כל טענות המשיבה (המוכחות כמובן מכל וכל) הנוגעות לתום ליבו של המבקש אין להן משקל משמעותי, אם בכלל, במערכת השיקולים לדיון בבקשה.
547. אם בענייני תום לב עסקינן הרי הבנק עצמו הוא אשר ביקש להפעיל לחץ פסול על המבקש באמצעות ביטול הסדר ההלוואה שכבר אושרה על מנת שלא יממש את זכותו הבסיסית לתבוע בגין נזקים שנגרמו לו.
548. חרף הלחצים האדירים שהופעלו על המבקש כאשר על הפרק עומד איום ממשי של הבנק לממש את בית המגורים שלו ברעננה המבקש לא נכנע ולא כופף את ראשו. התנהלות זו מוכיחה שלא זו בלבד שהמבקש מתנהל בהגינות ובתום לב אלא שמדובר בתובע ייצוגי ראוי העשוי ללא חת ואשר לא יהסס לנהל את ההליכים כפי שיידרש חרף איומים ולחצים המופעלים עליו.
549. מעבר לכך, מוסד התובענה הייצוגית כולל בתוכו מנגנון מובנה לפתרון בעיית הנציג וממילא משהוגשה התובענה הייצוגית לבית המשפט הנכבד, אין לתובע גם כל אפשרות לפגוע באינטרסים של הקבוצה באשר כל ההליכים מנוהלים תחת עינו הפקוחה של בית המשפט וגורמים נוספים.
550. בהקשר זה ראוי לציין את עדותה של עין קדם, המדברת בעד עצמה:

"והגעתי למסקנה שהוא בחור טוב, נכון, הגעתי למסקנה כזו, הוא באמת בחור טוב."

"ת: אבל תשמע, אני, אני חייבת לציין שלאורך כל הדרך, לאורך כל הדרך, מר שרבת,

שהוא באמת איש נעים הליכות, שנפגשתי אתו לא פעם ולא פעמיים, ..." (עמוד 443

שו' 14-15, 20-22)

התובענה משרתת את התכליות העומדות בבסיס חוק הייצוגיות

551. מטרתו של החוק מובהרת בסעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות כדלהלן:

"מטרתו של חוק זה לקבוע כללים אחידים לענין הגשה וניהול של תובענות ייצוגיות,

לשם שיפור ההגנה על זכויות, ובכך לקדם בפרט את אלה:

(1) מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות

לבית המשפט כיחידים;

(2) **אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו;**

(3) מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין;

(4) ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות."

מימוש זכות הגישה-

552. בית המשפט העליון הבהיר לא אחת, עוד טרם חקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות וכך גם לאחר מכן, את התכלית העומדת בבסיס התובענה הייצוגית, כאשר מדובר בנוזק שנגרם על ידי גופים ציבוריים גדולים ובעלי עוצמה. מבחינה זו, מטרתו של החוק היא, ליתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין, ולאפשר את מימושה של זכות הגישה לערכאה השיפוטית גם על ידי סוגי אוכלוסיה אשר הייתה נרתעת מלפנות לבית המשפט באופן בודד ופרטני (ראה ע"א 345/03 רייכרט נ' יורשי המנוח משה ז"ל (פורסם בנבו), רע"א 8332/96 משה שמש נ' דן רייכרט פ"ד נה (5) 276, בש"א (ת"א) 31032/06 סריגי שלום ומלכה בע"מ נ' עיריית תל אביב יפו (פורסם בנבו)).

553. בנוסף לכך, אדם מן היישוב, שאינו יודע את הסיבות האמיתיות לכך שהוא מסורב באשראי אינו בקיא בבדיקת התשתית החוקית על פיה נקבעים סמכויות המשיבה, והוא יתקשה מאוד לגלות את העובדה שהבנק פעל בניגוד לדין. (עניין שוקרון לעיל)

554. במקרה שלפנינו מדובר במדיניות סודית של הבנק שציבור הלקוחות לא יכול לדעת בזמן אמת על עובדת היותו מסומן במאגרי המידע של המשיבה.

555. בנסיבות המתוארות לעיל, אילולא ביקש המבקש להעביר את פעילותו לבנק אחר ואילולא התעקשותו הבלתי מתפשרת להבין את הסיבות בגינן לא אושרה לו קבלת אשראי על אף הבטוחות המשמעותיות שהעמיד לבנק- גם המבקש לא היה יודע על דבר סימונו בכוכבית.

556. כאמור, גם לאחר שהלקוח מגלה על קיומה של הכוכבית, קיימת רתיעה מובנית מהגשות תובענות משפטיות נגד הבנק בעיקר לאור יחסי הכוחות ופערי המידע שבין הצדדים, כך שגם לקוח שנודע לו על הכללתו ברשימה כאמור יירתע לממש את זכותו החוקית באופן פרטני.

אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו

557. נראה שחוסר הרגישות שהפגינה המשיבה- שלא לומר הזלזול- מלמד על בעיה שורשית אמיתית בתפיסת הבנק את חובותיו ויחסיו עם לקוחותיו, גם אם מדובר בלקוחות שהגיש נגדו בעבר תביעה משפטית.

558. הנורמה שקבע לעצמו הבנק אמורה לזעזע כל בר דעת במדינה דמוקרטית, מודרנית וחופשית אף ללא הוראת חוק, קל וחומר שעה שהמחוקק בעצמו וכן הפסיקה קבעו הוראות חד משמעיות המסדירות את הסטנדרטים הראויים שעל הבנק לאמץ.

559. יתרונה של תובענה זו והשלכותיה הינן מעבר להפרה הספציפית נושא תובענה זו שבודאי מוטל על הבנק לתקן. ההשלכות של ההחלטה בתובענה זו הינן רחבות ויש בהן אלמנט של "חינוך" גופים גדולים העלולים להשתמש בכוח הקיים בידם באופן דורסני. קבלת התובענה הייצוגית וקביעת פיצויים ללקוחות הבנק שנפגעו מההפרה תשלח מסר ברור וחד משמעי שיחלחל לכל המערכת הבנקאית וישליך על מקרים רבים ביחסי בנק ולקוחותיו. אי קבלת התביעה תעניק גושפנקא לגופים לנהל רשימות שחורות אשר ישללו שירות על בסיס הפלייה ושיקולים זרים בניגוד לחוקי המדינה, ותוך עקיפתם והפרתם ללא ידיעת הציבור.

560. בהקשר זה נאמר בעניין רעא 2598/08 בנק יהב לעובדי מדינה בע"מ נ' ליאור שפירא ואחרים:

"כפי שכבר צוין בעבר, מוסד התובענה הייצוגית הוא בעל חשיבות רבה בצמצום הפער המובנה שבין התמריץ הפרטי לעשיית שימוש במערכת אכיפת החוק האזרחית לבין התמריץ החברתי

הכולל לעשיית שימוש שכזה. הוא מאפשר התפתחותן של תביעות שאף כי קיים אינטרס חברתי בבירורן, אפשר שלא היו באות לאוויר העולם בהיעדרו, היות שתוחלתה של התועלת הפרטית שמפיק התובע הבודד, שמתעלם בדרך כלל מן ההשלכות החברתיות של תביעתו, נמוכה מתוחלת ההשקעה בהגשת התביעה. תכלית זו באה לכדי מימוש הן במתן פיצוי לניזוקים שתמריצי ההשקעה שלהם להגשת תביעה הינם נמוכים, הן בהרתעת מעוולים פוטנציאלים שבהיעדרו של מוסד זה אינם נושאים ב"מחיר" הנזקים שלהם גרמו"

561. בענין תא (ת"א) 2205-04 אסטוריה אינוסטמנטס לימיטד נ' בנק לאומי לישראל בע"מ נאמר: "התובענה הייצוגית מבקשת לקדם יעילות והוגנות בהתדיינות המשפטית. היעילות מושגת בכך שהמחלוקת מוכרעת בהליך אחד. בכך יש חסכון במשאבים הן של בית המשפט והן של הצדדים. נמנע גם חוסר אחידות בפסיקת בתי המשפט בתביעות אישיות דומות. ההוגנות מושגת, בין היתר, בהשוואת יחסי הכוחות בין המתדיינים. שכן תובענה ייצוגית בניירות ערך נועדה להתגבר על הנחיתות של המשקיעים מן הציבור, ביחס לתאגידים העומדים מולם". (ע"א 345/03 דן רייכרט נ' יורשי המנוח משה שמש ז"ל לא פורסם, [פורסם בנבו], פסקה 9)

אותה נחיתות ביחסי הכוחות בין המשקיעים מן הציבור לבין התאגיד ככל הנוגע לניירות ערך, יפה גם ליחסי הכוחות שבין הלקוחות לבין הבנק. סעיף 1(2) לחוק תובענות ייצוגיות קובע גם כי מטרה נוספת של החוק היא איכפת הדין והרתעה מפני הפרתו. בכך העניק לביהמ"ש כלי הרתעתני בפני גופים כלכליים אשר אינם עומדים בהוראות הכללים וסומכים ידם על התמריץ האינדיבידואלי השלילי לנהל הליך משפטי נגדם. סעיף 1(3) לחוק תובענות ייצוגיות מבקש לתת סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין, ודומני כי זהו גם המקרה לפנינו"

הנזק

562. בתי המשפט הכירו בחשיבות האופי הקבוצתי-ייצוגי של ההליך והצורך בהתאמת הדרישות לאופי הייצוגי. חשיבות ההליך הייצוגי מחייבת ריכוך של דרכי ההוכחה, במיוחד בשלב בקשת האישור, תוך מתן שיקול דעת רחב לבית-המשפט לקבוע דרכים ראויות להוכחה, לרבות בענין הנזק והקשר הסיבתי בין ההפרה לנזק.

563. בתובענה ייצוגית בעניין שמהותו "עוולה" יש לבחון את יסודות העוולה הפרטניות מנקודת מבטו של "תובע-על" המבטא את האינטרס המשותף של התובעים בכוח כולם, ללא קשר לשוני במידת ההשפעה, בפרט כשמדובר בהפרת נורמות ציבוריות מהמעלה הראשונה בחשיבותן.

564. בנוגע להוכחת נזק, חוק הייצוגיות קובע כי די בהוכחת גרימה של נזק ברמה לכאורית כאמור בסעיף 4 (ב) (1) לחוק: "בבקשה לאישור שוהגשה בידי אדם כאמור בסעיף קטן 1 (א) – די בכך שהמבקש יראה כי לכאורה נגרם לו נזק".

565. עמד על כך כבוד השופט בנימיני בת"א 1065/05 שאי שאול נ' תדיראן [פורסם בנבו] בפסקה 31 להחלטתו:

" כאשר אחד מיסודות העילה הוא נזק, "די בכך שהמבקש יראה כי לכאורה נגרם לו נזק" (סעיף 4(ב)(1) לחוק). בשלב זה, אין צורך להראות נזק שנגרם לכאורה לכל חברי הקבוצה. זאת ועוד, בניגוד לדין הישן, מורה סעיף 8(ג)(2) לחוק, כי בית המשפט יאשר תובענה ייצוגית גם כאשר לא הוכחה עילה אישית לכאורה של המבקש; אלא שבמקרה זה יורה בית המשפט על החלפת התובע

המייצג. בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר לגבי סעיף זה כי הוא מבטא את התפיסה שהתובענה הייצוגית היא כלי לקידום אינטרסים ציבוריים"

566. בעניין דן רייכרט נקבע כי :

קביעת הנזק בתובענה ייצוגית מתבצעת על-ידי בית המשפט לאחר קביעת האחריות. כך קובע סעיף 20 לחוק תובעות ייצוגיות:
"(א) הכריע בית המשפט בתובענה הייצוגית, כולה או חלקה, לטובת הקבוצה שבשמה נוהלה התובענה הייצוגית, ... רשאי הוא במסגרת החלטתו על מתן פיצוי כספי או סעד אחר לחברי הקבוצה להורות ...".

567. בנוסף, נקבע כי האופי הקבוצתי של התובענה הייצוגית מאפשר לסטות מכללי הפיצויים הרגילים כפי שנאמר בענין עא 10085/08 תנובה - מרכז שיתופי נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל (נבו) נאמר :

"היצמדות לכללי הפיצוי הנזיקיים הרגילים עלולה להביא לידי החטאת הרציונלים והתכליות העומדים בבסיס מוסד התובענה הייצוגית, המיועדת "להגן על אינטרס היחיד שנפגע ואינו טורח להגיש תביעה..."

התייחסות לטענה של "אי הוכחת נזק" לקבוצה והיעדר כל אפשרות להוכיחו במסגרת תובענה ייצוגית"

568. כל טענות המשיבה הנוגעות לעניין שאלת הנזק נועדו לעקר ולסרס את המוסד הייצוגי באמצעות טענות המבקשות לנהל תביעות נפרדות בשל השוני במידת הנזקים. טענות אלו נדחו באופן עיקבי על ידי בתי המשפט בהליכים ייצוגיים ואין מקום לקבלן במסגרת הליך זה.

569. המחוקק ובתי המשפט הכירו באופי הייצוגי של ההליך הדורש להתעלם, על פי מהותו, מהיסודות האינדיבידואליים של כל תובע ותובע בפרט לעניין הנזק, שאם לא תאמר כן, עיקרת וביטלת את מוסד הייצוגיות מן העולם.

570. כך, למשל, בענין עא 10085/08 תנובה - מרכז שיתופי נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל (נבו) נאמר :
"היצמדות לכללי הפיצוי הנזיקיים הרגילים עלולה להביא לידי החטאת הרציונלים והתכליות העומדים בבסיס מוסד התובענה הייצוגית, המיועדת "להגן על אינטרס היחיד שנפגע ואינו טורח להגיש תביעה..."

571. למעלה מן הצורך יצוין כי גם בדיני הנזקים הרגילים, אין צורך להוכיח את הנזק באותם מקרים בהם, לאור טיבו ואופיו של הנזק, קשה להוכיחו כפי שנקבע בע"א 153/04 רבינוביץ נ' רוזנבוים, (נבו), סיכם כבוד השופט רובינשטיין את ההלכות בעניין וקבע :

"... באותם מקרים אשר בהם - לאור טבעו ואופיו של הנזק - קשה להוכיח בדייקנות ובוודאות את מידת הנזק ושיעור הפיצויים, אין בכך כדי להכשיל את תביעתו של הנפגע, ודי לו שיביא אותם נתונים, אשר ניתן באופן סביר להביאם, תוך מתן שיקול דעת מתאים לבית המשפט לעריכת אומדן להשלמת החסר..."

572. כאמור, הדברים מקבלים משנה תוקף במקרים של עוולות המוניות, סביבתיות, חברתיות, כלכליות ו/או בנקאיות. השיקולים לקדם את התכליות של המוסד הייצוגי גוברים על שיקולים אחרים המבקשים למוסס את הכוח הקבוצתי.

573. ברור שגם על פי ההגיון והשכל הישר העלאת טענות מצד הנתבע המעדיף, לכאורה, ניהול תביעות פרטניות נגד מספר כה רב של תובעים, לא נובעת מהצורך להתמודד עם טענות התביעה אלא מהווה נסיון למנוע מהתובעים להעמיד את מעשיו לביקורת שיפוטית.

574. בעניין רייכרט נקבע כי קיימות שתי דרכים עיקריות לקביעת הנזק. על-פי הדרך האחת נקבע הנזק באופן אינדיבידואלי, בהתייחס לכל אחד מחברי הקבוצה בנפרד. על-פי הדרך האחרת, הנזק נקבע באופן כולל עבור הקבוצה כולה כדלהלן:

חישוב אינדיבידואלי

57. שיטה אחת לקביעת הפיצוי בתובענות ייצוגיות במשפט הישראלי, מבוססת על הוכחת נזקם האינדיבידואלי של חברי הקבוצה...

בדרך זו נקט המחוקק בסעיפים 20(1) ו-20(2) לחוק תובענות ייצוגיות, בהם נקבע ש"במסגרת החלטתו על מתן פיצוי כספי" רשאי בית המשפט להורות בין השאר:

"(1) על תשלום פיצוי כספי או על מתן סעד אחר, בשיעור ובאופן שיקבע, לכל אחד מחברי הקבוצה שהוכחה זכאותו לפיצוי או לסעד כאמור;

(2) על כך שכל חבר קבוצה יוכיח את זכאותו לפיצוי כספי או לסעד אחר;"

על-פי שיטה זו, השלב האינדיבידואלי של הוכחת הנזק וכימותו יתבצע ביחס לכל אחד מחברי הקבוצה בנפרד. כך ציינה השופטת ט' שטרסברג כהן בע"א 1977/97 יוסף ברזני נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נה(4) 584, 605 (להלן - עניין ברזני):

"ההסדר המאפשר לנקוט הליך של תובענה ייצוגית מכוח החוק מכיר בכך ששאלות מסוימות מחייבות בחינה נפרדת ואישית ביחס לכל אחד מחברי הקבוצה. לפי ההסדר, תיעשה בחינה זו בהליך נפרד שיערך לאחר סיום שלב ההתדיינות המשותפת לכל חברי הקבוצה.... נראה כי במקרה המתאים יוכל בית-המשפט להשתמש בהליך זה על-מנת להורות לחברי הקבוצה להוכיח את אותם רכיבים בעילת התביעה שלהם אופי אישי ובכך תהפוך התובענה הייצוגית לדרך היעילה וההוגנת להכרעה בסכסוך: יעילה משום החיסכון בצורך בהתדיינויות אישיות חוזרות ונשנות בכל יסודות העילה ומשום האפשרות לאמץ דרכי הוכחה חלופיות בשלב זה של הדיון על-מנת שלא להכביד על חברי הקבוצה. והוגנת משום שהיא מבטיחה שזכויות הנתבע לא תקופחנה".

ובהמשך נאמר בעניין רייכרט:

על רקע זה, "בפסיקה הפדרלית האמריקנית נמצאו דרכים שונות להתמודד עם הוכחת הנזקים האישיים של חברי הקבוצה: לעיתים, לאחר השלב של קביעת האחריות או החבות, ממשיכים בניהול תביעות אישיות של חברי הקבוצה לשם הוכחת נזק, בפני אותו הרכב. ... כמו כן ניתן לחלק את התובעים לקבוצות אחרות נפרדות ולפסוק לכל אחת מהן את המגיע לה. ... דרך אחרת שננקטה שם היא למנות שופט שלום או מומחה מיוחד שיכריע בתביעותיהם האישיות של חברי הקבוצה ...". (פסק דינה של השופטת ט' שטרסברג-כהן בעניין א.ש.ת. 246-247 וראה האסמכתאות הנזכרות שם).

575. בנסיבות תובענה זו, המבקש סבור שהדרך היעילה וההוגנת להכריע בתובענה זו לטובתם של כל חברי הקבוצה הינה להפריד בין הנזק הלא ממוני שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה לבין הנזק הממוני שנגרם, אם נגרם, לכל אחד מיחידיו.

576. לגבי הנזק הלא ממוני יתבקש לקבוע פיצוי זהה לכל אחד מחברי הקבוצה ו/או פיצוי כוללני לכל חברי הקבוצה.

577. לגבי הנזק הממוני, ולאור העובדה שלכל תובע נגרם נזק ממוני בשיעור שונה בהתאם לנסיבות האישיות של כל מקרה ומקרה, בית המשפט יתבקש לקבוע הסדר נפרד בו כל תובע ותובע יוכל לתבוע ו/או להוכיח את הנזק הממוני.
578. בהתאם להלכת רייכרט, יתבקש למנות שופט שלום או מומחה שיכריע בתביעותיהם השונות של חברי הקבוצה או לחילופין לקבוע כל דרך הוגנת אחרת כפי שייראה לבית המשפט כנכון וצודק בנסיבות העניין.
579. לעניין גובה הפיצוי הלא ממוני, הרי שגובה הפיצוי בגין הנזק הלא ממוני, תלוי בהיקף התופעה ועומקה ובגודל הקבוצה הייצוגית ובהתאם לשיקולי מדיניות של בית המשפט ולכן לא ניתן לקבוע את גובה הפיצוי בשלב זה של אישור התביעה כייצוגית, ולשם כך יידרש דיון בתובענה עצמה. (תא"א 1586/09 איילת חיות נ' טלרן מסרים מיידים בע"מ).
580. המבקש סבור שיש להעמיד סכום זה על סך של 10,000 ₪ לכל חבר בקבוצה שסומן רק בשל כך שהגיש נגד הבנק תביעה משפטית וסכום של 5,000 ₪ לכל חבר בקבוצה שסומן מסיבה אחרת, או על כל סכום אחר כפי שייקבע על ידי בית המשפט הנכבד. יצויין, כי מדובר בסכום נמוך יחסית לעוצמת הפגיעה בשל אופייה הייצוגי של הבקשה.
581. המבקש יציין את הוראות חוק הבנקאות לעניין הנזק:

"דין נזק שנגרם לאדם על ידי עבירה על הוראות חוק זה, או על כל תקנה שניתנה לפיו, כדין נזק שמותר למבקש עליו פיצויים על פי פקודת הנזיקין [נוסח חדש], ולעניין סעיף זה אין נפקא מינה

אם הנזק נגרם במישרין או בעקיפין;

אם הנזק הוא בחסרון כיס או במניעת רווח;

אם עובר העבירה עמד לדין פלילי ואם לאו;

אם עובר העבירה לא התכוון לגרום את הנזק או לא היה יכול לראותו מראש."

התייחסות לטענה שסכום התובענה הינו "אדיר והדמיוני"

582. המשיבה מעלה טענות לעניין סכום התביעה ה"אדיר והדמיוני" לשיטתה בגין הנזקים הלא ממוניים.
583. אכן מדובר בסכום מצטבר גבוה במיוחד. מאידך, אם יוכחו טענות המבקש בתובענה כטענות נכונות ויתברר כי המשיבה נוהגת כפי שנטען כלפיה הרי שמדובר בתופעה שיש בה לזעזע את אמות הסיפים.
584. הן מספרם הרב של חברי הקבוצה, הן אופי ההפרה, הימשכותה על פני שנים רבות מבלי שמאן דהוא העז לצאת כנגד התנהלות המשיבה מלמדים כי מדובר בתובענה שהסכומים הנתבעים בה משקפים היטב את אופי ההפרה ואת הנזקים שנגרמו לקבוצה כל כך גדולה של אנשים במשך כל כך הרבה שנים.
585. הנתונים המספריים לעניין גודל הקבוצה נמצאים באופן בלעדי ברשותה של המשיבה והיא נמנעה להפריך מספרים אלה ומכאן שיש לקבל את הנתונים כפי שהוצגו על ידי המבקש.
586. מאידך, המבקש הדגיש בבקשה כי מדובר בסכומים שצוינו על דרך האומדנא מבלי שיש בידו את היכולת לכמת באופן מדויק את הנזקים. אם תוכח התביעה, מהו הפיצוי הראוי לאדם המסומן במאגר המידע של הבנק שלא כדין? מהו הפיצוי הראוי לאדם אשר סורב לקבל אשראי מבלי שהוא בכלל יודע שהסירוב נובע מרישום שלילי לגביו? לגבי רוב אנשים מדובר בעניין שיש לו השפעה

משמעותית ומתמשכת על איכות חייהם. בהתאם למדיניות המשיבה השומרת את המידע לעולם ועד ההשפעה היא לכל החיים.

587. חוק לשון הרע וחוק הגנה על הפרטיות קובעים פיצוי ללא הוכחת נזק בסך של 50,000 ₪. הדרישה לפיצוי בשיעור של 20% מסכום הפיצוי הסטטוטורי ללא הוכחת הנזק הינה דרישה לא מופרכת בעליל. מכל מקום, כאמור, ברור שמדובר בסכומים על דרך האומדנא בלבד שאף המבקש בעצמו לא יכול להעריך באופן מדויק ולכן המבקש ציין כי הוא משאיר לשיקול דעתו של בית המשפט את הקביעה בנושאים אלו לפי שיקול דעתו.

588. אם יתברר כי אכן המספרים נכונים הרי שסכום הפיצויים שהוזכר משקף את היקף התופעה ומשמעותה. בהקשר זה ראוי לציין את דבריו של פרופסור יוסף שטיגליץ חתן פרס נובל לכלכלה שנאמרו בעקבות המשבר של שנת 2008 וחילוץ המערכת הבנקאית מכספי משלם המסים האמריקאי:

“Rather than justice for all, we are evolving into a system of justice for those who can afford it. We have banks that are not only too big to fail, but too big to be held accountable.”



מיכאל קליינר, עו"ד



נאור יאיר ממון, עו"ד

באי כוח המבקש