



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"א 3207-07 בן משה נ' חב' לב התמר בע"מ ואח'

התובע

דוד בן משה
ע"י ב"כ עו"ד תומר ברם

נגד

הנתבעים

1. חב' לב התמר בע"מ
 2. דניאל מולקנדוב
 3. אדיר אשרם
- ע"י ב"כ עו"ד חנה בר יוסף – ג'ינו

4. החברה המרכזית לשירותי בורסה (נ.ע.) בע"מ
- ע"י ב"כ עו"ד חדזה כהן-הרמתי

פסק דין

כללי

1. התובע נקשר עם הנתבעת 1, ביום 28.2.2005, ב"הסכם התקשרות בין לקוח למנהל תיקים" (נספח א' לכתב התביעה). הנתבע 2 היה מנכ"ל הנתבעת 1, ואילו הנתבע 3 העסק באותה עת כמתמחה. ה"עיסקה" שבין הצדדים הוגדרה בס' 4.1 להסכם: "הלקוח מוסר בזאת למנהל התיקים את ניהול תיק ההשקעות בחשבונות הבנק ומנהל התיקים מקבל על עצמו את ניהול תיק ההשקעות בחשבונות הבנק...". בד בבד, ועל מנת לאפשר את ניהול תיק ההשקעות, פתח התובע חשבון ניירות ערך אצל הנתבעת 4 (נספח ב' לכתב התביעה), וביום 7.3.2005 הפקיד בו 500,000 ₪ (נספח ג' לכתב התביעה).

2. ביום 30.8.2005 – כעבור כשישה חדשים – עמד חשבון התובע על סך 241,000 ₪ בלבד (נספח ג' לכתב התביעה). התובע ביטל באותו מועד את יפוי הכח שמסר לנתבעת 1 (ס' 43 ונספח לג' לתצהירו). התובע עתר לחייב את הנתבעים להשיב לו את יתרת הקרן, אשר לטענתו נשחקה בניהול רשלני וחמדני מצד הנתבעים. לטענתו, הנתבעים נקטו ב"פעולות אלימות" בחשבונו, ולא התריעו בפניו בדבר הסכנות הכרוכות בשוק המעו"ף (ר' ס' 43 לכתב התביעה). לפי הנטען, הניהול הבלתי אחראי מצד מנהל התיקים התאפשר ב"עצימת עיניים משוועת" של הנתבעת 4, אשר נהנתה, יחד עם מנהל התיקים, מעמלות מופרזות (ס' 44.1 לכתב התביעה). התובע דרש מהנתבעים להשיב לו את עמלותיהם, בסך של 858,328 ₪, אשר נגבו לדבריו בתרמית ותוך שחיקת הרווח בתיק.

3. הנתבעים ביקשו לדחות את התביעה מכל וכל. הנתבעים 1-3 טענו כי "הוסבר לתובע כי הנתבעת 1 תנהל עבורו תיק השקעות, על הסיכוי והסיכון הכרוך בכך. התובע הבין היטב מהי מהות ניהול התיק, את אופי הפעילות באופציות והסיכון הנובע מכך... מעולם לא



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"א 3207-07 בן משה נ' חב' לב התמר בע"מ ואח'

הובטח לתובע כי קרן השקעתו תישמר, שכן הדבר אינו אפשרי" (ס' 17, 20 לכתב ההגנה). כן נטען כי "ניהול התיק נעשה בהתאם להנחיות התובע, תוך מעקב שוטף של התובע והסברים שונים שקיבל התובע במהלך ניהול התיק" (ס' 29 לכתב ההגנה). הנתבעת 4 טענה כי לא קיימת יריבות בינה לבין התובע, שכן היא משמשת כחברת בורסה בלבד, ואינה עוסקת בניהול תיקים (ס' 8-13 לכתב הגנתה). אשר לגובה העמלות - נטען כי הלקוח הסכים עליהן בהסכם שבינו לבין מנהל התיקים ובהסכם שבינו לבין הנתבעת 4 (ס' 28-29 לכתב ההגנה).

4. התובע הגיש את חוות דעתו של מר דוד שטיינר, כמומחה לשוק ההון. המומחה בחן את פעילות הנתבעת 1 בתיק ההשקעות בתקופה שבין 28.2.2005 ועד 8.9.2005. לטענתו, מדובר ב"השקעה אגרסיבית על כיוון השוק הנצפה על ידם תוך כדי לקיחת סיכונים ברמות גבוהות... תוך כדי גביית עמלות המצטברות לסכומים העולים על שווי התיק" (בס' 10 לחוות הדעת). ביקורתו נסבה על גובה העמלות: לדעתו, בשים לב לכך שבתקופת ההתקשרות בוצעו עסקאות ביותר מ-40,000 אופציות, היה על מנהל התיק וחברת הבורסה להסתפק בעמלה שאינה עולה על 10 ₪ לאופציה; בפועל, ניגבו עמלות לפי 2% מערך כל אופציה ובטווח שבין 10 ₪ (מינימום) ל-20 ₪ (כתקרה) (ס' 21-36 לחוות הדעת). בסיכום חוות הדעת נטען: "העמלות אותן שילם התובע הינן עמלות גבוהות יחסית למקובל בשוק במחזורי פעילות כפי שהיו בתיק ההשקעות של התובע" (ס' 41.1 לחווה"ד).

5. מטעם הנתבעים 1-3 הוגשה חוות דעתו של המומחה לשוק ההון מר יצחק קפטס. מר קפטס טען כי תיק ההשקעות נוהל במתווה של עסקאות באופציות מעו"ף וכתיבת אופציות על פי אופי הפעילות המוסכם על הלקוח (ס' 5 לחווה"ד). אשר לעמלות נטען כי הן סוכמו מראש (ס' 6 לחווה"ד). המומחה סבר כי התובע "היה מודע לדרך הפעילות של מנהל התיקים ועלות העמלות שכן התיק נוהל במשך מס' חודשים ואף התובע משך ממנו רווחים" (ס' 9.1 לחווה"ד). המומחה סיכם, כי לפי הסכם ההתקשרות "ידע התובע כל הזמן ומראש על רמת הסיכון הקיימת והרצויה לו (למן היום הראשון להתקשרות) וכן על העמלות שהוסכמו מראש ושוולמו" (ס' 10 לחווה"ד). לדבריו, "כל מי שנכנס להשקעות ובמיוחד להשקעות בעלות סיכון 100% צריך להיות מודע לכך שיש מחיר ללקיחת סיכון גבוהה, והמחיר הוא בגודל הריסק שנלקח" (ס' 10 סיפא לחווה"ד). המומחה הוסיף כי אין עילה להתערבות שיפוטית בהתנהלותו של מנהל התיק. לדבריו, הביקורת על פעילותו נעשית באמצעות כוחות השוק: "אם הוא אינו טוב (אינו מפיק רווחים לאורך זמן) לקוחותיו מן הסתם יענישו אותו ועיזבו למנהל תיקים אחר" (שם).

6. במישור הדיוני: מטעם התובע הצהיר הוא עצמו והוגשה חווה"ד הנ"ל של מר שטיינר. מטעם הנתבעים 1-3 הוגשו תצהירו של הנתבע 2 ותצהירו של הנתבע 3 וכן חווה"ד של מר



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"א 3207-07 בן משה נ' חב' לב התמר בע"מ ואח'

קפטס הנ"ל. מטעם הנתבעת 4 הצהיר מר אלי ביהרי, משנה למנכ"ל (דאז). המצהירים
והמומחים נחקרו בפני. ב"כ הצדדים סיכמו בכתב.

התביעה כנגד הנתבעים 1-3

7. לטענת התובע, חשבונו נוהל "בצורה אחרת לגמרי ממה שהובטח [לו]" (ס' 3 לסיכומיו).
טענתו נסבה על אופיו הסיכוני של התיק וכן על גובה העמלות. במישור אופי הסיכון נטען:
"התובע האמין שמולקנדוב [הנתבע 2] אכן ישקיע את כספו בכל אפיקי ההשקעה
הסולידיים שקיימים" (ס' 63 לסיכומיו). אשר לעמלות, נטען כי הן שחקו את הרווח בתיק,
והובילוהו למצב "שאינו מתקבל על הדעת" (ס' 3 לסיכומיו): "כל כספיו של התובע הושקעו
בהשקעה במכשיר השקעה יחיד בלבד, המסוכן ביותר, ובצורה שאינה הולמת את דרישותיו
וצרכיו של התובע. כך קרה שבתוך תקופה של חודשים ספורים, מתוך תיק השקעות בסך
של 500,000 ש" נותר התובע עם סך של 241,000 ₪ בלבד, ובמקביל, הנתבעים כולם, גורפים
לכיסם עמלות בסך של 858,373.80 ₪! בעוד התובע מאבד למעלה מ- 50% מכספי השקעתו,
גורפים הנתבעים כולם סכום הקרוב ל- 1,000,000 ₪ השווה ל- 176% מסכום תיק
ההשקעות של התובע, ובמונחים שנתיים סך של 343%".

8. להלן אדון בטענות התובע, הן ביחס לאופי ההשקעה והן בענין העמלות.

ההסכם ואופיה הסיכוני של ההשקעה

9. הבסיס הנורמטיבי לעיון בטענות התובע מצוי בהסכם שנכרת בין הצדדים. מסמך ההסכם
הוא הגודר את ההבנות אליהן הגיעו, ואת היקף זכויותיהם וחובותיהם ההדדיות. כמובן,
מחמת שמדובר בהסכם מקצועי בתחום הפיננסי, מוטלת על מנהל התיק – שהוא גם נסח
ההסכם – החובה להבהיר ללקוח את פרטי ההסכם ולחדד בפניו נקודות מהותיות. חובה זו
נגזרת מן הדין הכללי, המטיל על הצד המקצועי את חובת הגילוי הנאות (סעיפים 12, 14, 15
לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973; ור' למשל: ע"א 794/86 החברה המרכזית לשכון
ולבנין בע"מ נ' אגנס פינק, פ"ד מד (1) 226 בע' 229).

10. חובת הגילוי הנאות מוטלת על מנהל תיק ההשקעות גם מכח הדין הספציפי החל על הענין.
סעיף 13 לחוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות, בשיווק השקעות ובניהול תיקי השקעות,
תשנ"ה-1995, מטיל על מנהל התיק חובה לערוך הסכם בכתב עם לקוחו. על ההסכם לכלול
"הוראות לענין סוגי ניירות הערך והנכסים הפיננסיים שייכללו בתיק ההשקעות ושיעורו של
כל סוג ביחס לשווי התיק" (ס"ק (ג)(3)), וכן "סמכות לרכוש ניירות ערך, אופציות או חוזים
עתידיים..." (ס"ק (ג)(4)). הוראת סעיף 14 לחוק הנ"ל מוסיפה וקובעת כי "יועץ השקעות או
משווק השקעות יגלה ללקוח, בגילוי נאות, את כל העניינים המהותיים לייעוץ או לשיווק
הניתן על ידו ולעסקה המוצעת". ראוי להזכיר גם את הוראת ס' 13(ב)(3) לחוק, המחייבת



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"א 3207-07 בן משה נ' חב' לב התמר בע"מ ואח'

את מנהל התיק לפרט בהסכם את ה"שכר והחזר הוצאות שיחוייב בהם הלקוח ודרך
חישובם".

11. ההסכם בין התובע לנתבעת 1 הכיל נספח שענינו "פרטי הלקוח וצרכיו", ובתוך כך הנחיות
מצד הלקוח בענין "מדיניות ההשקעות והרשאות מיוחדות" (ר' נספח ב' להסכם, נ/3).
בנספח זה נרשם, בכתב יד, כי מטרת ההשקעה היא "רווח שוק ההון". נרשם כי התובע
"מושקע בשוק ההון". בסעיף 3.1, שענינו "מדיניות השקעה לפי קביעת הלקוח", נרשם כי
מנהל התיקים "יפעל בביצוע עסקאות בניירות ערך ובנכסים פיננסיים בתיק ההשקעות
בהתאם לחלוקה כדלקמן...". בהמשך, בכתב-יד, נרשם מהו שיעור ההשקעה שהתיר התובע
לפי נכסים פיננסיים שונים. בתוך כך, התובע הסכים להשקעה "במניות וכתבי אופציות מ-
0% עד 100% משווי תיק ההשקעות"; וכנ"ל לגבי אג"ח מסוגים שונים, ניירות ערך,
פקדונות במטבע מקומי ובמט"ח וכן "בחוזים עתידיים ואופציות". התובע אישר כי חתם
לצד הסעיף המאשר את ההשקעה בדרך הנ"ל (ר' חקירתו בפ' ע' 45 ש' 24).

12. בסעיף 5.6 לנספח ב' מופיעה חתימת התובע במקומות שונים, ולגבי כל מכשיר פיננסי
בנפרד. בגדרה של הוראה זו, נתן התובע הרשאה "לביצוע עסקה הכרוכה בסיכון מיוחד:
הלקוח מסמיך בזאת את מנהל התיקים, בחתימתו, להזמין, לרכוש, לכתוב ולבצע עבורו כל
עסקה הכרוכה בסיכון מיוחד, כמפורט להלן: (א) עסקה בנייר ערך הכרוך בסיכון מיוחד
[חתימת התובע]; (ב) עסקה בחסר [חתימת התובע]; (ג) עסקה בחוזה עתידי [חתימת
התובע]". בהמשך, בסעיף 6, הצהיר התובע כי הוא מודע לאפשרות לאבד את התיק כולו, עד
שחיקה מלאה של הקרן שהפקיד: "הלקוח מצהיר כי ידוע לו כי השקעה בנכסים נגזרים,
כתיבה וקניה הינה מסוכנת והלקוח מודע לכך שקונה אופציה עלול להפסיד את מלוא סכום
השקעות ומוכר (כותב) אופציה עלול להחשף להפסד גבוה מאוד ואף עלולה לגרום ללקוח
להפסד כל הנכסים המנוהלים על-ידי מנהל התיקים. חתימת הלקוח [מופיעה חתימה]".

13. הסכם זה מפורט ברמה גבוהה. הוא מספק ללקוח תמרוני אזהרה רבים. נרשם בו במפורש
כי מדיניות ההשקעה בה בחר היא "מסוכנת"; הוסבר כי ה"סכנה" נובעת מן האפשרות
לאבד את סכום הקרן; פורטו המכשירים הפיננסיים בהם מדובר (ובתוך כך ניירות ערך,
אופציות, חוזים עתידיים); פורטו סוגי עסקאות "מסוכנות", לרבות עסקה בחסר או בחוזה
עתידי. אף כי ההסכם מודפס ברובו, הרי שההרשאות לגבי סוגי הנכסים הפיננסיים הוספו
בכתב יד (ס' 3.1). כך גם נדרשו חתימות של התובע באופן נפרד בכל סעיף, באופן המאשר כי
עיין בסעיף בטרם חתם.

14. אך התובע בחר שלא לקרוא את ההסכם. הוא העיד: "חתמתי אבל לא קראתי" (פ' ע' 45 ש'
16). הוא תירץ: "החתימו אותי על טפסים" (פ' ע' 46 ש' 28-29). הוא הודה: "אני לא קראתי



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"א 3207-07 בן משה נ' חב' לב התמר בע"מ ואח'

את המסמכים האלה ולא הבנתי גם מה רשום שם" (פי' ע' 47 ש' 3). ובהמשך: "לא הבנתי זה לא קראתי. גם לא הבנתי את התנאים. לא היה שקט. מהר תחתום. איך? תחתום פה, תחתום פה, מראים לי עם האצבע. כמו בבנק כשפותחים חשבון בנק" (פי' ע' 50 ש' 4-5). התובע נשאל מדוע חתם על "טופס מסירה" בו נרשם שקיבל את הסכם הניהול (ר' נספח 2 לתיק מוצגי נתבעים 3-1), והשיב: "אם לא הייתי חותם פה, כל זה היה משתנה. אני הרגשתי את עצמי שאני בתוך כלוב אריות ואז אם הייתי חותם מסביר את זה, והוא לא פרייר בענינים האלה. הוא תפס דג והוא כריש ואמר לי תחתום. אני מבין מה שהוא אמר לי לחתום ואיך לעשות? כלום..." (פי' ע' 50 ש' 8-13). ופעם נוספת: "חתמתי אך לא הבנתי. חתמתי ללא הסבר" (פי' ע' 53 ש' 26).

15. הדין אינו מכבד התחמקות של בעל חוזה מחתימתו. החתימה מהווה אמירה פוזיטיבית המאשרת את הסכמת החותם למסמך הכתוב. החתימה מניחה כי החותם קרא, הבין והסכים. החתימה יוצרת הסתמכות של הצד שכנגד, כי מולו ניצב בעל חוזהו, הנותן לו "אור ירוק" לפעולה על יסוד החתימה. בעל חוזה לא יוכל להישמע בטענה שלא קרא, כי הרי היה בכוחו לקרוא; לשאול שאלות; להבין; להעיר הערות; להימנע מלחתום. אם בחר לחתום – הרי שהעיד על עצמו כי הוא נוטל על עצמו את ההתחייבות נשוא חתימתו. אכן, "דין הוא, שאדם החותם על מסמך בלא לדעת תוכנו, לא ישמע בטענה שלא קרא את המסמך ולא ידע על מה חתם ובמה התחייב. חזקה עליו שחתם לאות הסכמתו, יהא תוכן המסמך אשר יהא" (ת.א. (שלום ת"א) 70870/04 ד"ר הלני עזריה נ' טי.איי. אם פרפורמנס בע"מ ואח' (מיום 5.11.09), בס' 8 לפסה"ד, כן ר': ע"א 325/88 כהן טוויל נ' בית מנוחה לזקנים בני ברק, פ"ד מד(1) 341, בע' 348).

16. אין בידי לקבל את טענת התובע, לפיה תיק ההשקעות לא הותאם לו כלקוח (פרק ט' בסיכומיו). מדובר בתובע שחוזה בעבר פעילות בשוק ההון בסכומים של מאות אלפי שקלים (עדותו בפי' ע' 45 ש' 26-29), ואף סבל הפסדים (עדותו בפי' ע' 55 ש' 25-29). הקרן בתיק ההשקעות דנא לא הגיעה משכר עבודה, כי אם מזכיה בת שני מליון ₪ בלוטו, אשר חלקה כבר הושקע קודם לכן בשוק ההון (עדות התובע, פי' ע' 51 ש' 17-12).

17. זאת ועוד: בפני התובע עמדו מסמכי התקשרות רבים ומפורטים. כאמור, הוא נקשר בהסכם עם הנתבעת 1 הכולל את נספח ב' הנ"ל. הוא נקשר גם עם הנתבעת 4 בהסכם, שכלל קבוצה מגוונת של מסמכים (ר' נספחים א' 1 עד א' 9 לתצהירו של מר ביהרי). מסמכי ההתקשרות עם הנתבעת 4 ינותחו להלן. בשלב זה יצויין כי אופי הפעילות בתיק ההשקעות נרשם באופן ברור ב"כתב הרשאה" (נספח א' 3), ב"כתב התקשרות לביצוע עסקאות באופציות ובחוזים עתידיים... (כולל כתיבת אופציות)" (נספח א' 7), ב"כתב התקשרות לרכישה ומכירה של עסקאות עתידיות/עסקאות פורווד עסקאות של חוזים בטובין עתידיים/אופציות לרכישת



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"א 3207-07 בן משה נ' חב' לב התמר בע"מ ואח'

ו/או למכירת מטבעות/חוזים פיננסיים" (נספח א'8), וכן ב"הצהרת סיכון" (נספח א'9).
דומה שהכותרות לבדן מדברות בעד עצמן. יושם אל לב כי התובע לא הסתפק בקרן
ההשקעה, אלא הוסיף וביקש לאשר לו מסגרת אשראי בחשבון לצורך הפעילות בתיק (!) (ר'
חווה למתן אשראי", נספח א'4 לתצהירו של מר ביהרי). לקוח הנקשר במסכת הסכמים
כגון דא לא יוכל לטעון כי ביקש להיצמד ל"אפיקים סולידיים" (כטענתו בפ' ע' 53 ש' 17-
16; ס' 26 לתצהירו; ס' 252 לסיכומיו).

18. ב"כ התובע טען, כי מנהל התיקים לא היה רשאי לבחור "באפיק ההשקעה היחיד והמסוכן
ביותר", שהרי "בחר להחתים [את התובע] על כל אפיקי ההשקעה האחרים" (ס' 65
לסיכומיו). אין בידי לקבל טענה זו. לקוח המבקש לפזר את הסיכון ולגוון את השקעותיו בין
סוגי נכסים שונים, צריך להימנע מלהרשות למנהל להשקיע באפיק מסוים עד 100% של
התיק, כפי שעשה התובע כאן. יושם אל לב כי בס' 1 לנספח ב' להסכם נרשם כדלקמן:
"מוסכם בין הצדדים כי סוגי ניירות הערך והנכסי הפיננסיים שיכללו בתיק ההשקעות כמו
גם שיעורו של כל סוג ביחס לשווי תיק ההשקעות יקבעו לפי שיקול דעתו של מנהל התיקים,
והלקוח מותר על זכות למתן הוראות למנהל התיקים בדבר מדיניות ההשקעה בתיק
ההשקעות". הלקוח חתם לצד הסעיף. בנסיבות אלה, אין מקום לתלונה הנשמעת היום
בדיעבד.

19. מומחה התובע הודה, שאין בפיו טענה בענין רמת הסיכון בתיק. הוא אישר שחוות דעתו
נסבה על נושא העמלות, ועל כך בלבד. הוא העיד: "רמת הסיכון הייתה גבוהה אבל לא זו
הנקודה. הנקודה בחו"ד היא גובה העמלות המופרזות" (ר' עדותו בפ' ע' 28 ש' 22-25).

20. אני דוחה את טענת התובע כי התקשר בהסכם מתוך "טעות", "הטעיה" או "תרמית"
(פרקים ט'3ב' ו-ט'4א' לסיכומי התובע). התובע נטל סיכון מודע להשקעה באפיקים
ספקולטיביים. אמנם, כפי שיתברר בהמשך, הנתבעים 1-2 חטאו כלפיו, בכך שחרגו
מההרשאה החוזית בענין היקף העסקאות בחודש יולי 2005 (ובגין כך זכאי התובע להשבת
עמלות היתר). ואולם, אין לאמר כי מלכתחילה טעה או הוטעה ביחס להסכם שחתם עליו,
בכל הקשור לאופי ההשקעה. יושם אל לב שהתובע הודה שעקב אחר מצב התיק מעת לעת,
באמצעות דיווחים שוטפים (ר' עדותו בפ' ע' 55 ש' 15). לדבריו, "זמן קצר לאחר הפעילות
בתיק, שמתי לב כי יש לי הפסדים בחשבון" (ס' 29 לתצהירו; ר' גם עדותו בפ' ע' 54 ש' 15).
אם סבר כי ההסכם כוון ליעד סולידי גרידא, או שהובטח לו כי לא יסבול הפסד מתחת לקו
הקרן, מדוע לא ביטל את ההסכם בזמן אמת? עיון בתשתית הראייתית מלמד כי ערך התיק
ירד אל מתחת לקרן כבר בחודש אפריל 2005; הוא המשיך להימצא בשפל זה גם בסוף חודש
מאי, בסוף חודש יוני ובסוף חודש יולי 2005 (ר' טבלה בע' 14-15 לסיכומי התובע). אם
התובע אמנם טעה או הוטעה, היה בכוחו לבטל את ההסכם בנקודות צומת אלה.



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"א 3207-07 בן משה נ' חב' לב התמר בע"מ ואח'

21. סיכומה של נקודה זו: ההסכם בין התובע לנתבעת 1 הוא מפורט ומפורש, וסותר את הטענה כאילו הובטחה לתובע השקעה "באפיקים בטוחים". גם במסמכי ההתקשרות עם הנתבעת 4 (שיפורטו בהמשך להלן) הובהרה לתובע משמעות ההשקעה באופציות. אני מוסיפה ודוחה את טענת התובע כי בחירת המנהל בהשקעה באופציות בלבד חרגה מן המוסכם בין הצדדים.

חיבוץ

22. פעולות חיבוץ הן "פעולות מיותרות של קניית ומכירת ניירות ערך, כאשר כל מטרתן אינה הפקת רווח ללקוח אלא חיוב חשבוננו בעמלות, כאשר אין כל היגיון כלכלי בפעולות אלה" (ת"א 156537-09 יחזקאל ואח' נ' חברת קרניאל השקעות (2005) בע"מ ואח' (מיום 16.1.2011) בע' 22; ר' גם: ע"א 3654/97 קרטין ואח' נ' עתרת ניירות ערך (2000) בע"מ ואח', 385, פ"ד נג(3) 385 בע' 406; ת.א. (ת"א) 60815/03 סמיש נ' מוריץ טוכלר בע"מ (מיום 20.11.07) בע' 13; ת.א. 71525/03 עו"ד מוסקוביץ נ' חברת לב התמר השקעות בע"מ (מיום 19.11.08) בע' 13). במקרה הנדון, לא הוכח כי הנתבעים 1-3 ביצעו פעולות סרק אך במטרה להגדיל את היקף העמלות הניגבות. מומחה התובע הודה בכך כאשר הבהיר:

"אני לא כתבתי ולא טענתי נגד הפסד כזה או אחר, לא מופיע בחוות דעתי....
רוב הפעולות בתיק הנדון הניבו רווח ללא העמלה, ז"א היתה פה פעילות, אם אפשרי באיזשהו עולם וירטואלי לנכות את העמלות, הרי שהיתה פעילות רווחית והעמלות גרעו מכך" (ההדגשה הוספה; פי ע' 30 ש' 3-7).
ובהמשך: "התשואה בניכוי העמלות היתה בסביבות 110% לתקופה הנ"ל כלומר בתקופה שנתית זה הגיע ל- 200%. מדובר בתשואה מעולה ואפשר למחוא כפיים...." (פי ע' 31 ש' 2-3).

23. מומחה התובע לא יכול היה להצביע על עסקאות חסרות הגיון כלכלי או על פעולות שנעשו רק כדי לגבות עמלה (ר' עדותו בפי ע' 37 ש' 23-26; ר' גם בע' 29 ש' 16: "אין לי בעיה עם הפסד או רווח"). הוא סיכם: "באופן עקרוני אנחנו רואים פה וזה המצב בסה"כ שאם מנכים את העמלות מעולמנו יש כאן רווח שנוצר בתיק. כלומר מנהל התיק צפה בצורה טובה את המתרחש בשוק וקנה סוגי אופציות...." (פי ע' 44 ש' 1-3).

24. עוולת החיבוץ מותנית בהוכחה כי העסקאות שבתיק בוצעו ללא טעם ענייני. נוכח הקושי ההוכחתי, נהוג להעביר את נטל ההוכחה למנהל התיק להוכיח את יעילות פעילותו, ובלבד שהתובע הצביע על חשד לחיבוץ. חשד כזה עשוי לנבוע, למשל, מסדרה של "פעולות תמוהות" (ר' ת"א (ת"א) 50930/98 יעקב הלל נ' החברה המרכזית לניירות ערך בע"מ,



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"א 3207-07 בן משה נ' חב' לב התמר בע"מ ואח'

מיום 19.3.2001, בס' ד' לפסה"ד). והנה, במקרה הנדון, לפנינו עדותו של מומחה התובע שהודה כי אין בפיו ביקורת בענין פעילות המנהל לגופה. בנסיבות אלה, לא הורם הנטל הראשוני ולו לצורך העברת נטל ההוכחה לצד שכנגד.

25. עיון בנתוני התיק מלמד כי ההפסד העיקרי התחולל בחודש יוני 2005 (ר' טבלה בע' 14-15 לסיכומי התובע). בראשית חודש יוני 2005 עמד ערך התיק על 491,794 ₪, ואילו בסופו – על 142,310 ₪ בלבד (ר' דף תשואה יומית ללקוח, נספח ד' לתצהירו של מר ביהרי). ביתר דיוק, ההפסד התחולל בתוך פרק זמן של ימים ספורים: ביום 21.6.2005 נסק התיק לערך של 532,054 ₪, וחצה את קו הקרן; ואילו בסוף החודש "נפל" הערך לסך של 142,310 ₪ -- פער של 389,744 ₪.

26. הסיבה להפסד הצורם לא הובררה. הנתבע 2 העיד: "... אם אכוון ל- 21.6.05 התיק היה 532,000 ₪. ז"א ברגע הנקודה הזו ב- 21.6.05 כל מה שקרה לפני לא משנה, באותו יום התיק היה ברווח בין הגבוהים בתיק. מייד אח"כ ב- 30.6 שווי התיק היה 142,000 ₪, התיק הפסיד 400,000 ₪. אין קשר לעמלות אלא שזו הפעילות, מזה נובע ההפסד" (ההדגשה הוספה; פ' ע' 111 ש' 8-10). טענה זו של הנתבע 2 לא נסתרה. לא הוכח כי בשבוע שבין 21 ל- 30 לחודש יוני בוצעו בתיק פעולות סרק. גם אין סיבה סבירה להניח כי מנהל התיק ביקש לדדרר באותה נקודת זמן את ערך התיק לשפל, לאחר שהושג בו רווח. מומחה התובע כלל לא התייחס לעסקאות שבוצעו באותו שבוע. לא הוצגו נתונים ביחס להתנהלותו של שוק ההון באותה עת. לא הונחה תשתית ראייתית לחשוד כי מנהל התיקים פעל תוך העדפת אינטרס אישי, לרעת לקוחו.

27. אשר על כן, אני דוחה את הטענה לחיבוץ.

גובה העמלה

28. עיקר טענתו של התובע נסבה על גובה העמלות ששילם לנתבעים, ואשר לפי הנטען היה מופרז. אין ספק כי התוצאה הכספית אליה הגיע התיק בשלהי אוגוסט 2005 אינה משמחת: הקרן שהפקיד התובע נשחקה בכמחצית; מתוך השקעה בסך 500,000 ₪ שהופקדה במרס 2005, נותרה יתרה בסך 241,000 ₪ בלבד. לעומת זאת, העמלות שניגבו מהתיק עמדו על סך נאה של 858,328 ₪. אך האם פער זה מקים לתובע טענה טובה בכל הקשור לגובה העמלות?

29. גם בענין העמלות, המסמך המשפטי המחייב הוא החוזה שנכרת בין הצדדים. ההוראה הרלבנטית מצויה בס' 10.2 להסכם בין התובע לנתבעת 1, שקבע כדלקמן:



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"א 3207-07 בן משה נ' חב' לב התמר בע"מ ואח'

"הלקוח יחויב על ידי הבנק בעמלה בשיעור של 2% בגין כל אופציה, מינימום של 10 ש, מקסימום של 20 ש....".

המחיר נכתב בכתב יד. בהמשך, בסעיף 10, מופיעות שתי חתימות של התובע (מתחת לסי' 10.5 ומתחת לסעיף 10.6). חתימה נוספת מצויה בתחתית הדף. בנספח ב' להסכם, העוסק כזכור ב"מדיניות ההשקעה והרשאות מיוחדות", נרשם בסעיף 7: "הלקוח מודע לכך כי מנהל התיקים עשוי לבצע פעולות במאות אופציות באופן חודשי".

30. עיננו הרואות, כי בהסכם עוגנה הסכמה מפורשת בדבר גובה העמלות: התשלום נקבע ביחס לכל אופציה. בד בבד הובהר כי מנהל התיקים עשוי לבצע מאות פעולות באופציות מדי חודש. כך ניתנה ללקוח ההזדמנות להעריך מה יהיה היקף העמלות החודשי שישלם. בכך, להבנתי, באה על סיפוקה הדרישה שהוציאה המחלקה לרישוי ולפיקוח על יועצי השקעות ומנהלי תיקים ברשות לני"ע, מיום 26.3.2003 (ר' חוזר מטעם גב' איטה שוחט, מנהלת המחלקה, ת/4). בסעיף ב'1 לחוזר נרשם:

"... הובאו לידיעתנו מקרים בהם לקוחות מנוהלים, שבתיקיהם בוצעו פעולות באופציות, חויבו בסכומי עמלות גבוהים ביותר ששחקו את רוב הסכום שהושקע בתיקיהם. מיותר לציין שבעמלות אלה מתחלקים בדרך כלל חבר הבורסה באמצעותו בוצעו הפעולות ומנהל התיקים. לפיכך, יש לנקוט באופן מיידי בפעולות הבאות:

1. על מנת שהלקוחות יוכלו להעריך את סכומי העמלות שייגרעו מחשבונותיהם בתקופה מסוימת, יש לעדכן אותם מראש במחיר העמלה לביצוע פעולה באופציה ולתת להם אומדן של מספר האופציות שעשויות להתבצע בחשבונותיהם בתקופה נקובה ומוגדרת....".

במקרה דנא, נרשמו בהסכם שני הנתונים המבוקשים: גובה העמלה וכן אומדן של כמות העסקאות.

31. מומחה התובע הסביר כי יש לראות את עמלת הניהול כחלק אינטגרלי מן העלויות בתיק ההשקעות. לדבריו: "אי אפשר להפריד. זה כמו ריתוך בין העמלה לאופציה ומה שמשתנה בין לקוח ללקוח זה גובה העמלה" (פ' ע' 31 ש' 5-6). המומחה עמד על חשיבות העמלה מבחינת הלקוח: "הפונקציה שבסופו של דבר היא זו שקובעת, זה כמות המחזור שנעשית, העמלה הנגבית ורווח או הפסד במהלך הפעילות. ... את לא יכולה לבדוד שום פרמטר שהוא בנפרד" (פ' ע' 31 ש' 19-21).



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"א 3207-07 בן משה נ' חב' לב התמר בע"מ ואח'

32. יש לקבל את הטענה כי העמלה מהווה חלק משמעותי בצד ההוצאה של תיק ההשקעות. כדבריו של מר שטיינר, ההוצאה שבתיק מורכבת לא רק מהפסדים בעסקאות עצמן, אלא גם מן העמלות: "אמרתי שמותר להפסיד בתיקי השקעות וגם צריך לשלם עמלה וגם עמלה של 20 ₪ אני לא יכול להגיד אם היא גבוהה או נמוכה כאשר היא עומדת בפני עצמה. יש פרמטרים של גובה העמלה, סך מחזור ה[מכירות] והרווחיות של התיק כדי לקיים את אותה פונקציה של אותו רווח כולל... כל פרמטר בנפרד לא מצביע על תוצאה מכוונת כלשהי. מצרף הפרמטרים הוא זה שנותן לנו את התמונה הכללית. אי אפשר להפריד עמלות או מחזורים לחוד" (פי' ע' 39 ש' 21 עד ע' 40 ש' 1).

33. ואולם, חשיבותן של העמלות אינה מובילה למסקנה כי הנתבעים חטאו כלפי התובע בכל הקשור לגובה העמלה. אכן, גובה העמלה היה גבוה מאוד, אך ידוע. הוא נרשם בהסכם. גם טווח העסקאות הוגדר בהסכם. ניתן היה להבין מראש כי אין מדובר בפעולות בודדות, אלא במחזורי פעילות גבוהים. מר שטיינר נשאל: "מה אתה רוצה שיירשם בהסכם כזה כדי שהלקוח יהיה מיועד, מה חסר בהסכם"; והשיב: "אני לא טוען כלום נגד ההסכם" (פי' ע' 42 ש' 29-28).

34. אין עילה משפטית להתערב בגובה העמלה. העמלה אינה אלא התמורה שהלקוח משלם למנהל התיק עבור עבודתו. בית המשפט אינו נוהג להתערב בגובה התמורה החוזית. ענין זה עומד בלב ליבו של המשא-ומתן המסחרי, והוא מסור באופן בלעדי לשיקול דעתם של הצדדים (ר', למשל, ע"א 4839/92 יוסף גנז נ' מרדכי כץ פ"ד מח (4) 794, בע' 766. אם הלקוח סבר כי מנהל התיקים הוא "יקרן", יכול היה לשאת ולתת עמו במגמה להפחית מהשכר, או להימנע מן ההתקשרות כליל.

35. אמנם, יש טעם לפגם בכך שההסכם לא פירט את חלוקת העמלות הפנימית בין מנהל התיקים (נתבעת 1) לבין חברת הבורסה (נתבעת 4). בסעיף 10.2 סיפא בהסכם נרשם: "הבנק יגבה ממנהל התיקים עמלה בגובה % _____ בגין כל אופציה או בשיעור קבוע של _____ ₪ המתבצעות בחשבונות הבנק". המקומות הריקים נותרו חסרים. בהנחית הרשות לני"ע הנ"ל נקבע: "בהסכם עם הלקוח יש לגלות את שיעור חלקו של מנהל התיקים בעמלה שחבר הבורסה גובה מהלקוח" (ר' ס"ק 2 בת/4). מומחה הנתבעים הודה כי נתון זה מהווה חלק מהגילוי הנאות, ויתכן כי הוא חשוב לצורך "יכולת מיקוח יותר גבוהה" (ר' עדותו בפי' ע' 74 ש' 19-18). גם המצהיר מטעם הנתבעת 4 הסכים שיש חובה לפרט בפני הלקוח את החלוקה הפנימית של העמלות בין מנהל התיקים לבין חבר הבורסה (ר' עדותו של מר ביהרי, פי' ע' 101 ש' 15-11).



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"א 3207-07 בן משה נ' חב' לב התמר בע"מ ואח'

36. ואולם, במקרה הנדון, התובע לא ניזוק כתוצאה מן המחדל הנ"ל. ראשית, הפיסקה בסעיף 10.2 סיפא הנ"ל עמדה בפניו, ויכול היה לדרוש למלא את המקומות החסרים, אם סבר כי הנתון הוא חשוב. שנית, התובע הסכים לשלם עמלות, תהא זהות המקבל אשר תהא. נזק לא נבע מאופן חלוקת העמלות בין הנתבעים לבין עצמם, כי אם מהיקפי המסחר הגבוהים בחודש יולי 2005. כמות העסקאות החריגה בחודש זה חרגה מהסיכום עמו. ענין זה יתברר עתה.

מחזורי המסחר

37. סעיף 7 בנספח ב' להסכם בין התובע לנתבעת 1 תחם את היקף העסקאות באופציות, ונקבע בו כדלקמן: "הלקוח מודע לכך כי מנהל התיקים עשוי לבצע פעולות במאות אופציות באופן חודשי". בפועל, במשך כל תקופת ההתקשרות, מנהל התיקים ביצע למעלה מ- 40,000 עסקאות באופציות (ס' 30 לחווה"ד מטעם התובע, שלא נסתרה). הנתבע 2 טען: "בתוך המונח מאות אופציות יש מאתיים או חמש מאות או עשר מאות. מה שהרשות דרשה הוא להגיד ללקוח אנו הולכים לעשות לך מאות פעולות. בפעולה אחת אני יכול לעשות 200 אופציות. אם נחלק את מס' האופציות למס' הפעולות, נראה כי מדובר בעשרות פעולות או מאות פעולות..." (פ' ע' 109 ש' 22-20).

38. האם מנהל התיקים חרג מן ההסכם במישור של היקף העסקאות שביצע? התשובה לשאלה זו צריכה להיגזר מפרשנותו של סעיף 7 הנ"ל, לצד עיון בהיקף העסקאות שבוצעו. אשר לסעיף 7 – הוראתו אינה קובעת מספר מדויק. גם לא נתחמה בו תקרה מדויקת (כגון: "עד ל... או: "ולא יותר מ..."). תכלית ההוראה היתה ליתן ללקוח אומדן, על מנת שיוכל להעריך את היקף העמלות שיהא עליו לשלם מדי חודש. על כן, יש לקבל כי הביטוי "מאות אופציות" לא התכוון לצמצם את היקף העסקאות עד לאלף הראשון בלבד, אלא שהוא יכול לאחוז גם כמה אלפים.

39. יחד עם זאת, יש לזכור כי ההוראה נקטה בביטוי "מאות", ולא "אלפים". אף כי הביטוי "מאות" מסוגל לספוג אלפים, הרי שנראה כי אלה הם אלפים בודדים. לעומת זאת, עשרות אלפי עסקאות כבר תתקשנה למצוא את מקומן בתוך הביטוי הלשוני במובנו הפשוט. ודוק: אין מדובר בדקדוק לשוני. היקף העסקאות באופציות הוא נתון בעל משמעות. הוא קובע את סכום העמלה שתשולם למנהל התיק ולחבר הבורסה. ככל שהיקף העסקאות רב יותר, כך תגדל ההוצאה בתיק, ויקטנו רווחי הלקוח. יש לזכור, כי תשלום פר אופציה, ללא תלות בתוצאת הפעילות, יוצר תמריץ להרבות ברכישת אופציות; מכאן החשיבות בתחמת סדרי הגודל להיקף העסקאות.



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"א 3207-07 בן משה נ' חב' לב התמר בע"מ ואח'

40. מומחה התובע הציג את נתוני העמלות של התיק : סכום העמלות הכולל לתקופה של חצי שנה, עמד על 858,328 ₪ (ס' 32 לחוו"ד מומחה התובע). פיזור העמלות החודשי הוא כדלקמן (ר' טבלה בס' 33 לחווה"ד מטעם התובע וכן נספח א' לחווה"ד) :

בחדש מרס 2005 - 17,217 ₪ ;

בחדש אפריל - 59,646 ₪ ;

במאי - 176,483 ₪ ;

ביוני - 137,417 ₪ ;

ביולי - 328,422 ₪

ובאוגוסט - 139,141 ₪

אנו רואים כי היקף העמלות בחדש יולי 2005 היה חריג ביחס לחודשים שקדמו לו. ממוצע העמלות בחודשים מרס עד אוגוסט 2005 היה 84,270 ₪. העמלה בחדש יולי 2005 זינקה פי 3.89 מהממוצע. עמלה זו גם גבוהה פי 1.86 מהעמלה הגבוהה ביותר שנגבתה קודם לכן, בחדש מאי 2005. עמלה בסכום של 328,422 ₪ מהווה 65.68% מקרן ההשקעה (!).

41. אשר להיקף העסקאות באופציות : בעוד שבכל התקופה נעשו עסקאות בכ- 40,000 אופציות, הרי שבחדש יולי נקנו/נמכרו כ- 20,000 אופציות, קרי : מחצית מהעסקאות בתקופה כולה (ר' ס' 32 לחווה"ד מטעם התובע). ביצוע עסקאות בהיקף של 20,000 אופציות מהווה חריגה מההיקף החוזי המותר.

42. העלאה פתאומית של היקף העסקאות אינה מאפשרת ללקוח להתגונן : הלקוח אינו יודע מהו היקף העסקאות שמנהל התיק צפוי לבצע בחדש הבא ; הוא ניזון מדיווחים חודשיים אודות החודשים שחלפו. קפיצה פתאומית, ללא יידוע וקבלת הסכמה מראש, צפויה להפתיעו. במקרה כזה, האפשרות לצאת מן החוזה (אשר מעוגנת בסעיף 17 להסכם), אינה מסייעת למניעת התנהלות אופורטוניסטית מצד מנהל התיק, שכן "החלב כבר נשפך".

43. הנתבע 2 טען כי קיבל מהתובע "אור ירוק" לביצוע פעילות אינטנסיבית בתיק בחדש יולי 2005. לדבריו : "... בשבוע אחד איבדתי כמעט את כל המוניטין שבניתי עם הלקוח. ...הסברתי לו (לתובע) שאני הולך לעבוד קשה מאוד על התיק כדי להביא אותו שוב לרווחים. התובע נתן לי אור ירוק. ... פחות מחודש הכפלתי את התיק ואם תסתכלי על כמות העמלה מדובר ב-300,000 ₪ עמלה ששולמה ביולי כשהתיק מ-142,000 ₪ הפך להיות כמעט 300,000 ₪" (פי ע' 118 ש' 10-16).

44. אין בידי לקבל טענה זו. ראשית, שינוי מן ההסכם ביחס להיקף הפעילות המותרת צריך להעשות בכתב, על מנת להבהירו ולמנוע אי הבנות. ההסבר לפיו "אני הולך לעבוד קשה



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"א 3207-07 בן משה נ' חב' לב התמר בע"מ ואח'

מאוד על התיק" הוא כללי ואמורפי, ולא נותן ללקוח מידע אודות טווח העמלה החדש שהוא צפוי לשלם. שנית, אין הגיון בטענה לפיה התובע אישר לנתבע 2 לפעול בתיק במחזורי עסקאות של עשרות אלפי אופציות (להבדיל מ"מאות"), ללא הפחתה מקבילה כלשהי בגובה העמלה.

45. הנה כי כן, היקף העסקאות בחודש יולי 2005 חרג מן ההרשאה החוזית. מהו הסעד שהתובע זכאי לקבל במקרה זה? התובע דרש להשיב לו את הפער בין ערך התיק בסוף ההתקשרות, לבין הקרן שהשקיע בתחילת הדרך (ס' 410 לסיכומיו). ואולם, בפסק הדין בענין **קרטין** שאוזכר לעיל - עליו מסתמך התובע (ס' 411 לסיכומיו), דובר על נסיבות שונות. בית המשפט תיאר שם מצב נמשך של פעילות הנגועה בניגוד עניינים, ואשר נעשתה תוך חשד לחיבוץ: "... כל הפעולות שנעשו בניירות הערך... חשודות שבוצעו מתוך המטרה לשמירת האינטרס האישי שלו, ולא לטובת המערערים [הלקוח]. החשד חל לא על הפעולות בלבד, אלא גם על המחדלים. כך, נטען, כי אייזנברג נמנע מלמכור ניירות ערך בעת גאות השוק, משום שהעדיף את עניינו האישי על אינטרס שולחו. יתרה מזו, פעולות לא מעטות חשודות כ- churning, כלומר פעולות מיותרות של חיבוץ חלב לשם ריבוי העמלות. בנסיבות אלה של ריבוי פעולות ומחדלים במצב של ניגוד עניינים לאורך זמן, אין לשמוע את טענתו של מפר חובת הנאמנות כי אפשר שהנפגע היה מפסיד גם בניהול תקין של תיק ההשקעות. ... בנסיבות המיוחדות של המקרה הנדון, שבהן כל הפעילות של השלוח נגועה בניגוד אינטרסים, יש לאמץ את הגישה של "פיצויים של ביטול" (בע' 406 לפסה"ד).

46. המקרה דנא שונה מן המקרה שנדון בענין **קרטין** הנ"ל. במקרה דנא, לא הוכחה "הפרת חובת אמון" שיטתית ונמשכת. אכן, מבנה העמלות בתיק המריץ לביצוע פעילות אינטנסיבית מצד מנהל התיק. ואולם אין להניח מראש כי בכל חוזה כזה יפעל המנהל לרעת לקוחו (ותוך פגיעה במוניטין שלו כמנהל תיקים). זאת ועוד: העמלה מהווה שכר עבודה עבור טרחתו של מנהל התיקים. הלקוח ביקש מהמנהל לעבוד (בכריתת ההסכם), ואף קיבל דיווחים על תוצאות העבודה במשך מספר חדשים. אין מקום להפקיע את שכר העבודה של המנהל בדיעבד, כאילו שום עבודה לא נעשתה.

47. בנסיבות הענין, אני סבורה כי יש להשיב לתובע את העמלה שנגבתה ביתר בחודש יולי 2005, בהשוואה לממוצע הגביה בחודשים הקודמים. כאמור, בחודש יולי 2005 ניגבו עמלות בסך 328,422 ₪, בעוד שבחודשים מרס עד יוני 2005 עמדה העמלה על ממוצע של 84,270 ₪. יש להשיב לתובע את ההפרש, בסך 244,152 ₪, בצירוף הצמדה וריבית כחוק מיום 1.8.2005 ועד לתשלום בפועל. איני מוצאת מקום להטלת פיצויים עונשיים, מחמת שלא הוכחה כוונת מרמה, ובשים לב לחריגותם הכללית בנוף האזרחי.



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"א 3207-07 בן משה נ' חב' לב התמר בע"מ ואח'

48. לסיכום: אני מקבלת את התביעה בחלקה, ומטילה על הנתבעים 1-2, ביחד ולחוד, לשלם לתובע את הסכום הנ"ל. אחריותה של הנתבעת 1 היא אחריות חוזית, כצד להתקשרות. אחריותו של הנתבע 2 מבוססת על היותו ה"אני האחר" מאחורי החברה. הנתבע 2 עיצב את מדיניות ההשקעות בתיק. הוא גם היה זה שביצע בפועל את העסקאות באופציות. כמנהל בפועל, מוטלת על הנתבע 2 החובה לנהוג בזהירות בכספי הלקוח, ובתוך כך בקביעת מחזורי מסחר התואמים את חוזה ההתקשרות. הנתבע 2 חטא בהפרת חובה זו, ואף גרם לנתבעת 1 להפר חוזה, בכך שחרגה מן ההרשאה החוזית שנמסרה לה.

49. הנתבעים 1-2 יוסיפו ויישאו בהוצאות התובע: אגרה, שכ"ט מומחה, וכן שכ"ט עו"ד בסך 15% מסכום פסה"ד.

50. אני דוחה את התביעה כנגד הנתבע 3. מדובר בעובד הנתבעת 1, אשר היה מתמחה בתקופה הרלבנטית (ר' ס' 109 לסיכומי התובע). רשיונו לניהול תיקים ניתן לו רק ביולי 2005, בשלהי התקופה (שם). לא הוכח כי הנתבע 3 פעל באופן עצמאי בתיק או כי היתה לו השפעה על הפעילות בו. התובע ישלם הוצאותיו בסך 15,000 ₪ (וזאת בהתחשב בייצוגו המשותף על ידי ב"כ הנתבעים 1-2).

התביעה כנגד הנתבעת 4

51. התביעה כנגד הנתבעת 4 - חברת הבורסה - מבוססת על טענה להפרת חובת נאמנות שהיא חבה כלפי התובע, בכך ש"הסתירה מהתובע עובדות מהותיות, הן ביחס לנתבעים 1-3, והן ביחס לפעילות, היקפה וטובות ההנאה שיצמחו לנתבעים כולם מהיקף הפעילות בחשבון" (ס' 157 לסיכומי התובע). לפי הנטען, "הנתבעת 4, בהיותה ערה ומודעת בכל זמן נתון, לפעילות שמבוצעת בחשבון התובע, וממנו היא נהנתה בממון רב, לא טרחה לעדכן את התובע על כך. היא בחרה לעמוד מנגד ולהיות שותפה מלאה לחגיגת העמלות שביצעו שאר הנתבעים בחשבון התובע. חגיגה שממנה קיבלה נתח נכבד" (ס' 158 לסיכומי התובע).

52. תפקידו של חבר בורסה הוא לשמש כגורם מבצע להעברת הפקודות ממנהל התיקים אל הבורסה (ר' ס' א'5, ב'9ג' ו-10ג' לתצהירו של מר אלי ביהרי). ההבחנה בין מנהל התיקים לחבר הבורסה עוגנה בסדרת המסמכים שהסדירו את ההתקשרות בין התובע לבין הנתבעת 4:

א. בטופס פתיחת פקדון ניירות ערך בנתבעת 4 נרשם: "החשבון מנוהל ע"י מנהל תיקים עצמאי לפי בחירת הלקוח" (נספח א'1 לתצהירו של מר ביהרי).



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"א 3207-07 בן משה נ' חב' לב התמר בע"מ ואח'

- ב. בהסכם בין התובע לנתבעת 4, מיום 1.3.2005, נרשם ב"הואיל" השני: "הלקוח מבקש לנהל את החשבון באופן עצמאי" (נספח א'2 לתצהירו של מר ביהרי). בסעיף 3א להסכם נרשם: "הלקוח מסמך בזה את החברה ומייפה את כוחה לבצע בחשבון, במשך כל תקופת ההסכם, פעולות עפ"י הוראותיו של הלקוח בשמו ועבורו. הלקוח מצהיר ומתחייב, כי חתימתו על הסכם זה מהווה מתן יפוי כח לחברה לפעול בחשבון על פי הוראותיו של הלקוח בשמו ועבורו, מלבי שניתן לחברה שיקול דעת כלשהו..."
- ג. ב"כתב הרשאה", הודיע התובע כי הוא ממנה את "לב התמר" - "לעשות ולפעול בשמי ובמקומי ולנהל עבורי את החשבון..." (נספח א'3 לתצהירו של מר ביהרי). בסעיף 28ג-ה נרשם: "הריני מאשר ... כי אתם ו/או חברות קשורות לכם, לא מנהלים את החשבון ו/או נותנים ייעוץ להשקעות בחשבון... אינכם אחראים לגבי הדרך בה מנוהל החשבון ו/או להפסדים ו/או לנזקים ו/או להוצאות ו/או לאובדן רווחים שיגרמו לי כתוצאה מניהול החשבון ע"י בא כוחי... כי אני מוותר ויתור סופי ומוחלט על זכותי לדרוש ו/או לתבוע מכם ... כל הפסד ו/או נזק ו/או הוצאות ו/או אובדן רווחים שיגרמו לי, במישרין ו/או בעקיפין, בקשר ו/או כתוצאה מניהול החשבון".
53. הנה כי כן, מסמכי ההתקשרות בין התובע לנתבעת 4 הבחינו בין חובותיו של מנהל התיקים לחובותיה של חברת הבורסה. הנתבעת 4 העניקה לתובע שירותי ביצוע, ולא שירותי ניהול. מלאכת הניהול הופקדה בידי מנהל התיקים ונמסרה לשיקול דעתו.
54. יחד עם זאת, אין מחלוקת כי חבר הבורסה עוקב באופן שוטף ומיידי אחר פעולות מנהל התיקים. במקרים מתאימים, רשאי חבר הבורסה לסרב לבצע את הפעולה המבוקשת על ידי המנהל. מר ביהרי אישר: "**אני יכול לסגור [פעילות] באותם המקרים שמנהל התיקים פועל בניגוד לכתב ההרשאה או בפעולה שיכולה לסכן את החברה, דהיינו החשבון נכנס למינוס ונוצרת בעיה מול חברת הבורסה כגון פעולות לא חוקיות או פעולה שבניגוד להנחיות של הלקוח**" (ההדגשות הוספו; פ' ע' 92 ש' 5-7). ובהמשך: "...אם הלקוח לא היה חותם מולנו שהוא יודע מה זה אופציות מעו"ף ומהם הסיכונים, גם אם היה נותן למנהל התיקים לפעול, **אני לא הייתי מאפשר**" (ההדגשה הוספה; פ' ע' 92 ש' 23-24). מר ביהרי תיאר בעדותו את מערכת הבקרה הממוחשבת והמשוכללת שחברת הבורסה מפעילה, ואשר מאפשרת לה לאתר פעולות חריגות של המנהל: "... מערכת בקרת אשראי שהתוכנה בודקת ומזהירה אם יש חשיפה..." (עדותו בפ' ע' 97 ש' 7).
55. במקרה הנדון, הנתבעת 4 גבתה מהתובע עמלות, כנגזרת של היקף העסקאות באופציות. בהסכם עימה נרשם - במקביל להסכם בין התובע לנתבעת 1 - כי העמלה תעמוד על 2% ובין 10 ₪ ל-20 ₪ (נספח א'1 לתצהיר ביהרי, בחלק ג'). אין חולק כי הנתבעת 4 היא אשר טיפלה



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"א 3207-07 בן משה נ' חב' לב התמר בע"מ ואח'

בגביית העמלות מהתיק, ומתוכן העבירה למנהל התיקים את חלקו (עדותו של מר ביהרי, פ' ע' 99 ש' 1-24). מעדותו של מר ביהרי עולה כי 75% מהעמלה העברה למנהל התיקים, והיתרה נותרה בידי חברת הבורסה, בין השאר לכיסוי הוצאותיה (ר' עדותו בפ' ע' 87 ש' 10-2).

56. כאמור, היקפי העסקאות שביצע מנהל התיקים ביולי 2005 חרגו באורח ניכר מההרשאה החוזית. היה בכוחה של הנתבעת 4 לעקוב בזמן אמת אחר התנהלות מנהל התיקים ולוודא כי אין בה חריגה מהרשאת הלקוח. הנתבעת 4 לא עשתה כן. כתוצאה מן החריגה בהיקף העסקאות, נגבו על ידה עמלות ביתר. לולא החריגה מן ההרשאה, לא היתה הנתבעת 4 זוכה לעמלות היתר. הותרתן בידיה מהווה התעשרות שלא כדין מצידה על חשבון התובע (סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט – 1979). על כן, על הנתבעת 4 להשיב לתובע (ביחד ולחוד עם הנתבעים 1-2), את הסכום העודף שנגבה ממנו ביולי 2005, ביחס לממוצע החודשים הקודמים, וכמפורט לעיל. ההשבה תיצור תמריץ לפיקוח הולם מצד חברת הבורסה על התנהלות תקנית של מנהל התיקים, והקפדה על גדרי הרשאתו החוזית.

57. אני ערה לכך לסעיף 4(ד') להסכם עם הנתבעת 4 (נספח א'2 לתצהירו של מר ביהרי), שם נקבע: "החברה לא תישא באחריות כלשהי, במקום בו חרג מנהל התיקים העצמאי מסמכותו, ו/או פעל בכל המתייחס ללקוח, שלא בהתאם לחובותיו כמנהל תיקים עצמאי, וכל פעולה שבוצעה בהתאם להוראות מנהל התיקים העצמאי תחייב את הלקוח". בסעיף 6 הוסף כי "הלקוח מצהיר כי ידוע לו כי החברה לא תבטח את הלקוח כנגד הפסדים... ידעו לי כי החברה לא תפצה אותו בדרך כלשהי על הפסדים שיגרמו ללקוח כתוצאה מפעולות החברה בחשבון, ובלבד שלא היה בפעולות החברה משום הפרת הסכם זה". אין בהוראות אלה כדי לשלול את חובת ההשבה. מטרתן של התניות החוזיות הנ"ל היא לפטור את חברת הבורסה מאחריות לנזקים שמנהל התיקים הסב ללקוח ואשר אינם בשליטתה; תניות אלה אינן חוסמות השבה כספית של עמלות שגבתה ביתר, ובעילה לפי דיני עשית עושר ולא במשפט.

58. למען הסר ספק, אני דוחה את הטענות האחרות שהתובע העלה כנגד הנתבעת 4. אין בסיס לטענה לפיה התובע ניזוק מחמת שלא וידאה, כביכול, שחתם הסכם בכתב עם מנהל התיקים (ס' 161-162 לסיכומי התובע). התובע הרי חתם בעצמו על הסכם כתוב. בנוסף, וכמפורט לעיל, מסמכי ההתקשרות שבינו לבין הנתבעת 4 איזכרו באופן מפורש את ההתקשרות שבינו לבין מנהל התיקים.

59. התובע הוסיף וקבל על כך שחברת הבורסה לא סיפקה לו הסבר מספק אודות רמת הסיכון שבתיק (ס' 164-170 לסיכומי התובע). ואולם, התובע היה מודע לאופיו המסוכן של תיק



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"א 3207-07 בן משה נ' חב' לב התמר בע"מ ואח'

ההשקעות. אופי ההשקעה סוכם בין התובע לבין הנתבעת 1 – שחור על גבי לבן – בהסכם
ההתקשרות (נ/3). האופי הסיכוני בא לידי ביטוי גם במסמכי ההתקשרות עם הנתבעת 4.
כאמור, התובע ביקש מהנתבעת 4 לאשר לו ליטול אשראי לצורך השקעה בבורסה (ר' "חוזה
למתן אשראי", נספח א'4 לתצהירו של מר ביהרי). בהסכם נרשם: "ידוע לי כי ההשקעות
בניירות ערך באמצעות אשראי מגדילה את הסיכון ובמקרה של ירידת שער נייר ערך ההפסד
יהיה גם בגין הקרן וגם בגין האשראי שניתן עבור רכישת נייר הערך האמור ואני מודע
לסיכון הכרוך בכך" (ש' 10-11).

60. התובע הוסיף וחתם על הסכם מיוחד למסחר באופציות: "כתב התקשרות לביצוע עסקאות
באופציות ובחוזים עתידיים הנסחרים בבורסה לניירות ערך בתל אביב בע"מ (כולל כתיבת
אופציות)" (נספח א'7 לתצהירו של מר ביהרי). בהסכם זה מצוי פרק המיועד ל"ידיעת
סיכוני העסקה" (סעיף 3), ונרשם בו: "ידוע לי כי מחירי האופציות והחוזים העתידיים
מושפעים מגורמים שונים (כגון: תנודות במחיר נכס הבסיס, היחס שבין מחיר המימוש של
הנכס הפיננסי לבין מחיר השוק של נכס הבסיס, שיעורי הריבית ומועד פקיעת האופציות),
כי יתכנו תנודות חריפות במחיריהם וכי אני עלול להפסיד את השקעתי בהם" (ס' 3.3). בס'
3.4 הוסף: "ידוע לי כי בכתיבת (יצירת) אופציות ובביצוע עסקאות בחוזים עתידיים אני
עלול להיחשף לסיכון כספי בלתי מוגבל, כי אני עלול להידרש להפקיד כספים נוספים, וכי
אני עלול להפסיד גם סכומים אלו ואף מעבר לכל סכום שהפקדתי". וכך גם בהמשך, הובהר
ללקוח בס' 3.5 כי חשבונו עלול להתחייב "בסכומי כסף בלתי מוגבלים".

61. עיננו הרואות, כי במסמכי ההתקשרות עם נתבעת 4 נרשם במפורש - ובמספר מקומות - כי
הלקוח מודע לאופיה המסוכן של ההשקעה באופציות. אמנם, מדובר במסמכים רבים
שחלקם כתובים ב"אותיות קטנות". ואולם, אופי ההשקעות נרשם במספר מקומות: הן
במסמכי ההתקשרות עם הנתבעת 4, והן בהסכם עם הנתבעת 1. חתימות הלקוח מתנוססות
על כל מסמכי ההתקשרות, ובחלק מהם – דף אחר דף (ר' הסכם ההתקשרות נספח א'2
לתצהירו של מר ביהרי). תובע המבקש להשקיע סכום נכבד בשוק ההון, ובמסחר סיכוני,
צריך להתכבד ולעיין במסמכים הרלבנטיים, על מנת להבהיר לעצמו מהם תנאי ההשקעה
והסיכונים שהוא נחשף אליהם.

62. אשר לרישיון הנתבעת 1 - לפי פסק-דינה של כב' הש' דותן מיום 14.9.2005, הרשיון בוטל
בהחלטה של הרשות לני"ע מיום 23.5.2005, וזאת משום שלחברה לא היה ההון העצמי
המזערי הנדרש (ר' ת/5). מר ביהרי ציין נתון זה בתצהירו מיום 31.7.2008, שהוגש בהליך
אחר (ר' אסמכתא 5 בכרך האסמכתאות מטעם התובע). יחד עם זאת, ברישומי הרשות
לני"ע הופיע כי מועד ביטול הרישיון הוא ביום 3.11.2011 (ר' נספח ב' לתצהירו של מר
ביהרי). ההסבר לפער בתאריכים נעוץ בזה, שהנתבעת ערערה על החלטת הרשות (ת/5)



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"א 3207-07 בן משה נ' חב' לב התמר בע"מ ואח'

הנ"ל). הערעור נדחה, אך ניתן עיכוב ביצוע של 45 ימים להחלת הביטול. מכאן מובן
התאריך המופיע ברשימת הרשות לני"ע. מועד זה חל לאחר תום תקופת ההתקשרות עם
התובע. מכאן שאין מקום לטרוניה שהתובע הפנה כלפי הנתבעת 4 בענין זה (ר' פרק ו'6
לסיכומי התובע).

63. התוצאה היא שאני מקבלת את התביעה נגד הנתבעת 4 בחלקה ומטילה עליה לשלם לתובע
את סכומי ההשבה וההוצאות כפי שנפסקו כנגד נתבעים 1-2 לעיל, ביחד ולחוד עמם.

64. הודעת צד ג' – הנתבעת 4 זנחה את הודעתה בסיכומיה (ואף לא ביקשה לסכם ביחס לכך).
בנסיבות אלה, הודעת צד ג' נמחקת, ללא צו להוצאות.

ניתן ביום א' אדר ב תשע"א, 07/03/2011 בלשכתי בהעדר הצדדים.

		
איריס סורוקר, שופטת		