בית משפט השלום בתל אביב - יפו

25 נובמבר 2012

ת"א 21508-07-09 ידגר נ' בנק לאומי לישראל בע"מ

כב' השופטת דליה אבי-גיא, סגן נשיא

התובע: **יצחק ידגר**
ע"י בא כוחו עו"ד ברם ושות'

נגד

הנתבע: **בנק לאומי לישראל בע"מ**
ע"י בא כוחו עו"ד ב.לוינבוק ושות'

פסק דין

בפני תביעתו של מר יצחק ידגר (להלן: **"התובע"**) נגד בנק לאומי לישראל בע"מ (להלן: **"הנתבע"** ו/או **"הבנק"**) לתשלום סך של 118,147.95 $ ארה"ב, בתוספת ריבית מיום הגשת התביעה ועד מועד התשלום בפועל, בגין נזקים שנגרמו לו, לטענתו, בשל חוסר יכולתו לבצע פעולות מסוימות בניירות ערך בהתאם לרצונו ו/או הוראותיו.

טענות התובע:

1. התובע טוען כי פתח חשבון אצל הנתבע אך ורק לצורך ביצוע פעולות בניירות ערך.

2. לדברי התובע, התחייב הנתבע לאפשר לתובע, בין השאר, ביצוע פעולות בניירות ערך – אם באמצעות אתר האינטרנט של הנתבע או בדרך אחרת – 24 שעות ביממה, גם כאשר כל הבנקים האחרים סגורים.

3. לטענת התובע, ביום 9.4.09 הוא ביקש לבצע פעולות מכירה של שתי מניות באמצעות אתר האינטרנט של הבנק, אך במשך שעות רבות, החל מתחילת המסחר באותו יום, סירבה המערכת לאפשר לו את ביצוע המכירה.

4. לדברי התובע רק בשעה 21:00 לערך הצליח להשיג את נציג הנתבע בטלפון וסיפר לו כי אינו מצליח לבצע את פעולת המכירה.

5. לדברי התובע, הוא נענה ע"י נציג הנתבע כי לא מתקיימים באותו יום מסחר בניירות ערך בבורסה בארה"ב, דבר שהיה שגוי לחלוטין.

6. א. לדברי התובע, נציג הנתבע המשיך ואמר כי את הוראותיו לביצוע פעולת המכירה יש להעביר דרך חדר המסחר של הנתבע, שסגור עקב היות התאריך מוצאי חג.

ב. לטענת התובע, אם אכן לא עבד חדר המסחר בערבו של יום 9.4.09 (מוצאי חג פסח), מהווה הדבר הפרה של החוזה בין התובע לבין הנתבע.

7. התובע טוען שניסה, בעוד נציג הנתבע עמו דיבר מצוי על קו הטלפון, לבצע את עסקאות המכירה באמצעות מערכת האינטרנט אך נתקל בהודעה "המערכת סגורה להקשת הוראות – נסה מאוחר יותר".

8. לדברי התובע, הוא התקשר עם הנתבע רק בשל השירותים המתקדמים שהציע, ובמיוחד מתן שירות בכל שעות היממה.

9. לדברי התובע הנזק שנגרם לו עקב אי יכולתו למכור את המניות ביום 9.4.09 הינו כדלקמן:

א. לדברי התובע ביקש למכור 20,000 מניות FAZ במחיר שבין 14.4-14 $ ארה"ב למניה ו-2,100 מניות S.D.S במחיר של 69.5 $ ארה"ב למניה.

ב. לדבריו, בשל נסיונותיו הכושלים למכור את המניות ביום 9.4.09, הוא מכרן רק ביום 13.4.09, כאשר מחיר מניית FAZ עמד על 11.07 $ ארה"ב למניה, ומחיר מניית S.D.S עמד על 68.59 $ ארה"ב למניה, ובשל כך הפסיד סכום של 64,511 $ ארה"ב.

10. לדברי התובע, ביום 17.4.09 הוא ביקש לבצע פעולת קניה של מניות בחשבונו.

11. לדבריו, לשם כך פנה עוד טרם פתיחת המסחר, אל נציג הנתבע, פקיד בשם אדריאן, וביקש לרכוש 2,100 מניות S.D.S בשווי מכסימלי של -.65 $ ארה"ב למניה, ו-15,000 מניות FAZ בשער מכסימלי של 8.9 $ ארה"ב למניה.

12. לדברי התובע, נציג הבנק, אדריאן, אישר בפניו כי עסקאות הקניה נקלטו והוא רואה אותן על צג המחשב.

13. לדברי התובע, שערי המניות הנ"ל ירדו והגיעו במהלך יום המסחר לשערי המכסימום שנתן לרכישתן, ולכן לו היה הבנק מבצע את הוראותיו, העסקאות היו מתבצעות.

14. לדברי התובע, כ-50 דקות אחרי שסיים שיחתו עם אדריאן, נציג הנתבע, התקשר אליו האחרון ומסר לו כי חדר המסחר בניירות ערך של הבנק סגור ולכן לא בוצעו הוראותיו, וניתן לבצע את העסקאות רק דרך האינטרנט.
לדברי התובע, אדריאן אישר כי שגה עת הסכים לקבל את ההוראות מהתובע, אך אמר שאינו יכול לעשות דבר.

15. לדברי התובע, נאמר לו ע"י אדריאן, כי אם הוא מבקש לעשות את פעולות הקניה באמצעות אתר האינטרנט של הבנק, עליו לתת קודם הוראת ביטול להוראות שנתן לבנק באמצעות אדריאן.

16. לדברי התובע, בהתאם להוראת אדריאן, הוא ביטל את ההוראות שנתן לו וניסה לבצע את העסקאות דרך אתר האינטרנט, אך גילה שקיימת בעיה טכנית במערכת המיחשוב של הנתבע, אשר מנעה מהתובע לבצע את הפעולות הנ"ל בחשבונו.

17. לדברי התובע, משנתקל בבעיה לבצע את העסקאות באמצעות אתר האינטנט של הנתבע, הוא התקשר שוב לאדריאן, אשר ניסה להתנער מאחריות, ואף אמר כי לא נמצא באותה עת נציג מהתמיכה הטכנית ולכן לא ניתן לפתור את התקלה באתר האינטרנט.

18. לדברי התובע, הוא המשיך לנסות לבצע את העסקאות באמצעות אתר האינטרנט, כאשר מחיר המניות היה מתחת למחירי המכסימום שנתן, אך האתר המשיך להראות לו הודעות שגיאה.

19. לדברי התובע הנזקים שנגרמו לו בשל אי ביצוע העסקאות מיום 17.4.09 הינם כדלקמן:

א. התובע ביקש לרכוש 15,000 מניות FAZ במחיר מכסימלי של 8.9 $ אמריקאי למניה ו-2,100 מניות S.D.S במחיר מכסימלי של 65 $ אמריקאי למניה.

משלא בוצעו הוראותיו הוא נאלץ לבצע את רכישת מניות ה-FAZ ביום 20.4.09, במחיר של 10.57 $ אמריקאי למניה, וביום 21.4.09 רכש את מניות S.D.S במחיר של 71 $ דולר אמריקאי למניה.

ב. לדבריו הנזק מאי ביצוע הפעולות עמד על 37,650.- $ ארה"ב.

20. א. לטענת התובע, הנזקים שנגרמו לו מקורם בהפרה יסודית של התחייבויות הנתבע

למתן שירות ופעילות באתר האינטרנט ובאמצעות נציגי הבנק בטלפון, בכל השעות בהן מתקיימים מסחר בארה"ב ובאירופה.

ב. לטענת התובע, ככל שיש במסמכי ההתקשרות פטור כלשהו לנתבע מהתחייבויותיו הנ"ל, מכל סיבה שהיא, לרבות רשלנות, מהווה התניה זו, תנאי מקפח בחוזה אחיד ופעולה שלא בדרך מקובלת ובתום לב.

21. לדברי התובע עולים מעשיו של הנתבע המתוארים לעיל כדי מיצג שווא והטעיה, כמובנן בחוק החוזים ובפקודת הנזיקין, לפיכך הוא זכאי שביהמ"ש יורה על השבת המצב לקדמותו על ידי זיכויו בסכומים אותם הפסיד כאמור.

22. עוד טוען התובע כי הבנק התרשל, הפר חובה חקוקה (הוראת סעיף 3 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח) והוראות חוק הגנת הצרכן), ובשל מעשיו או מחדליו הנ"ל נגרם הנזק המתואר בכתב התביעה.

23. עוד טוען התובע, כי בנסיבות הענין יש להחיל את הוראת סעיף 41 לפקודת הנזיקין (הדבר מדבר בעד עצמו) ויש להעביר את נטל השכנוע אל כתפי הבנק.

24. בנוסף לנזק שנגרם לו כפי שפורט לעיל, תובע התובע גם פיצוי בגין עוגמת נפש בסך 15,410.6 $ ארה"ב השווה ל- 15% מהנזק הממשי.

טענות הנתבע:

1. הנתבע מכחיש הכחשה גורפת את כל טענות התובע.

2. הנתבע טוען כי שעות פעילות הסניף היו ידועות לתובע וכי התובע ידע והיה מודע לכך כי מחוץ לשעות הפעילות, הוא יכול לקנות ולמכור ניירות ערך זרים באמצעות אתר האינטרנט, אשר ככל אתר אינטרנט ומטבע הדברים, חשוף לתקלות, קלקולים ושיבושים שונים, למרות מאמצי הבנק לאפשר זמינות מלאה של אתר האינטרנט, בכל זמן.

3. עוד טוען הנתבע, כי התובע פטר את הבנק במפורש מכל אחריות לנזקים שייגרמו כתוצאה מאי זמינותו של אתר האינטרנט או כתוצאה מאי יכולתו להשיג טלפונית את הגורם הרלוונטי בבנק, למרות שבאותן שעות היה אמור הבנק לקבל את הוראותיו, תוך שהנתבע מפנה למסמכי הבנק הרלוונטיים, עליהם חתום התובע.

4. הנתבע טוען כי ההתקשרות החוזית המחייבת בין הצדדים מורכבת מהמסמכים עליהם חתומים הצדדים ולא מפרסומים של הבנק כפי שהתובע פירש אותם, כאשר התובע מודע שישנם שירותים האמורים להינתן 24 שעות ביממה ושירותים אחרים שאינם ניתנים 24 שעות ביממה.

5. התובע טוען כי מעולם לא התחייב לתת שירותי תמיכה טכנית לאתר האינטרנט 24 שעות ביממה וכי שעות הפעילות של התמיכה הטכנית, לפי נושאים, מפורטות באתר האינטרנט של הבנק.

6. הנתבע מאשר כי ביום 9.4.09 חג פסח, ארעה תקלה טכנית במערכת הסחר בניירות ערך זרים באתר האינטרנט, אשר תוקנה בערך בשעה 22:00 במוצאי החג, במועד בו עדיין ניתן היה לסחור בניירות ערך בארצות הברית.

7. הנתבע טוען כי תשובת נציגו ביום 17.4.09 כי אינו יכול לקבל הוראות למסחר בניירות ערך זרים, כאשר חדר המסחר סגור, היתה נכונה ואינה רלוונטית ואינה קשורה לכך שאותו נציג עדכן את התובע פנה למערך התמיכה הטכנית של הבנק בענין התקלה באתר האינטרנט של הבנק.

8. הבנק טוען עוד כי התובע לא הוכיח כלל את שערי המניות בהן היה מוכן למכור את מניותיו FAZ ו-S.D.S ביום 9.4.09, ולאחר התנודות בשערי המניות באותו יום, הרי שאם היה מוכר את המניות דווקא במחירים הנמוכים ביותר בהם נסחרו, היה נגרם לו הפסד לעומת המחיר בו מכר את המניות בפועל, ביום 13.4.09.

9. הנתבע טוען כי התובע, שהיה מודע למגבלות טכניות של מתן הוראות לרכישת ניירות ערך זרים באינטרנט (שעיקרן הגבלה על הסכום המכסימלי בו ניתן לו לרכוש מניות באמצעות האינטרנט), ולמרות שידע שבימי שישי נסגר חדר המסחר בבנק בשעה 15:00 ולמצער היה עליו לדעת זאת, פנה בשעה 16:15 טלפונית לנתבע, בבקשה לתת הוראות לרכישת ניירות ערך זרים בחשבונו.

10. הנתבע אינו מכחיש כי קיבל את ההוראות באמצעות נציגו בטעות, אך טוען כי משהודיע אותו נציג לתובע כי קיבל את ההוראה בטעות וכי לא נותן לבצע את ההוראות, וכי אם ברצונו של התובע לבצע את הפעולות עליו לפנות לאתר האינטרנט של הנתבע, שוב אין הנתבע אחראי לכך שפעולות אלה לא בוצעו.

11. הנתבע טוען כי התובע הוא שהטעה את נציג הבנק עת ביקש לתת הוראות טלפוניות, כאשר הוא יודע שחדר המסחר סגור ולא ניתן לבצען, ולמצער, כי מדובר בטעות משותפת של הצדדים.

12. הנתבע מכחיש מכל וכל את הנזקים הנטענים וטוען כי אין קשר סיבתי, עובדתי או משפטי בין מעשי ו/או מחדלי הבנק המוכחשים, לבין הנזקים.

13. הנתבע טוען עוד לאשם תורם של התובע, שלדבריו עולה כדי 100% וכן טוען שהנזקים רחוקים ועקיפים וכי הבנק לא צפה אותם ולא יכול היה לצפות אותם.

14. עוד טוען הנתבע כי התובע יכול היה להקטין את נזקיו, ככל שהיו, והוא לא עשה כן.

15. לבסוף הנתבע דוחה את טענת התובע כי בנסיבות הענין ובהתאם לסעיף 41 לפקודת הנזיקין, חל הכלל של הדבר מדבר בעד עצמו.

דיון:

1. א. אין ספק ואין מחלוקת כי אתר האינטרנט של הבנק היה משובש ביום 9.4.09 ובשל כך לא יכול היה התובע למכור את המניות שביקש למכור באותו יום.

ב. כעולה מתצהירו של מר ניל קוטס מטעם הנתבע, הרי שביום 9.4.09 בשעה 22:06 תוקנה התקלה בגינה לא יכול היה התובע למכור את המניות שביקש.

2. השאלה הראשונה לה אני נדרשת היא, האם הנתבע פטור מלפצות את התובע בגין נזקים שנגרמו לתובע עקב תקלה באתר האינטרנט של הנתבע.

3. בהקשר זה חלוקים הצדדים בשתי שאלות מהותיות:

א. האם הנתבע התרשל והאם יש להחיל את הוראת סעיף 41 לפקודת הנזיקין ההופך את נטל ההוכחה, בנסיבות המקרה; דהיינו, האם על הבנק להוכיח שהתקלה ארעה שלא אגב רשלנות או שמא על התובע להוכיח רשלנות של הבנק הנתבע.

ב. האם סעיפי הפטור במסמכי ההתקשרות בין התובע לבין הנתבע, פוטרים את הנתבע מנזקים שנגרמו כתוצאה מתקלות בתקשורת האינטרנט, שמנעו מהתובע לבצע את המכירות שביקש.

4. הנתבע בחר שלא לפרט מה היתה מהות התקלה, כיצד נגרמה ובאילו אמצעים נקט כדי למנוע היווצרותה של התקלה.
ייתכן ומדובר בתקלה אשר הנתבע לא יכול היה לצפותה או להיערך אליה, או לנקוט באמצעים שימנעו את התרחשותה. אך לשם כך, היה על הנתבע לפרט מהי מהות התקלה וכיצד נערך מראש כדי למנוע תקלות בכלל ואת התקלה הספציפית במיוחד.
הימנעותו של הנתבע מהבאת ראיות בעניין זה, כאשר העובדות הינן בידיעתו הבלעדית, פועלת לחובתו.

5. דרישת הנתבע כי בנסיבות הנתונות לגמרי בשליטתו, יראה התובע כיצד התנהגותו של הנתבע היתה רשלנית, כאשר אין ולא יכול להיות בידיו כל מידע באשר למהות התקלה, אינה מקובלת עלי.

6. סעיף 41 לפקודת הנזיקין דורש קיומם של 3 תנאים להחלת הכלל של העברת נטל ההוכחה לכתפי הנתבע:
   א. אי ידיעתו או אי יכולתו של התובע לדעת את נסיבות קיום הנזק.
   ב. לנתבע שליטה מלאה לנכס שגרם לנזק.
   ג. נסיבות המקרה מתיישבות יותר עם המסקנה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה.

7. בענייננו, כך נראה לי, התקיימו התנאים דלעיל.
   א. התובע לא ידע ולא יכול היה לדעת מה גרם לתקלה שלא אפשרה לו לבצע את מכירת המניות.
   ב. לבנק הנתבע שליטה מלאה על מערכות המיחשוב שלו, שהתקלה בהן גרמה לנזק.
   ג. הימנעותו של הבנק מלמסור גרסה עובדתית מפורטת באשר למהות התקלה, והפעולות שנקט למניעתה, מביאות למסקנה שנסיבות המקרה מתיישבות יותר עם המסקנה שהנתבע לא נקט בזהירות סבירה.

8. בנסיבות העניין ובהעדר גירסה עובדתית של הנתבע באשר למהות התקלה וכיצד נערך למניעתה, הריני לקבוע כי הבנק כשל מלהוכיח כי לא התרשל בעניין זה.

9. האם לבנק פטור מאחריות לאור הוראת סעיף 12 למסמך "תנאים כלליים לשימוש בשירותי בנקאות בתקשורת" (חלק ממוצג א' לתיק המוצגים מטעם התובע) **?**

.10 סעיף 12 הנ"ל קובע כדלקמן: "מבלי לפגוע מכל האמור בכתב זה, הבנק יהא פטור מאחריות לנזק, הפסד או הוצאה כלשהם, העלולים להגרם ללקוחות במישרין או בעקיפין כתוצאה משיבוש בנתונים או בהוראות, בקשות לקבלת שירותים מהמערכות או אי ביצוע או ביצוע באיחור של הוראה/בקשה כתוצאה מתקלות או שיבושים כלשהם בקוי תקשורת ו/או תפקוד אלקטרוני או מכני לקוי, בין בבנק ובין אצל הלקוחות, בין בבנק ובין אצל צד שלישי כלשהו באמצעותו עוברים ההוראות והמידע".

.11 ראשית אומר כי פירוש הגיוני של האמור בסעיף זה יכול לתת פטור לבנק מקום בו לא היה פגם בהתנהגותו.

אכן, תקלות יכולות לקרות ואם הן קורות, למרות מאמצי הבנק למנוע את התקלות, ייתכן ויש מקום להעניק לבנק הגנה מפני תקלות שאינו יכול למנוע.

אלא שבמקרה זה אין אנו יודעים מהי מהות התקלה ומה עשה הנתבע כדי למנוע את היווצרותה של התקלה ולכן במקרה זה איני סבורה שיש תחולה לסעיף הפטור.

.12 זאת ועוד, סעיף הפטור, לפי לשונו, חל מקום שיש שיבושים או תקלות בקווי תקשורת או תפקוד אלקטרוני או מכני לקוי.

כלומר, הבנק היה צריך להוכיח כי אכן התקלה היא מסוג כזה שנכללת בסעיף הפטור והוא לא עשה כן, ואנו לא יודעים מהי מהות התקלה.

גם בשל כך לא יכול הבנק להעזר בסעיף הפטור.

.13 בנסיבות אלו אני קובעת כי סעיף הפטור הנ"ל אינו חל במקרה שבפנינו.

משזו התוצאה, אני פטורה מלדון בשאלה האם סעיף הפטור מהווה תניה מקפחת בחוזה אחיד.

.14 בנוסף, אין מחלוקת כי נציג הבנק בשם מקס, עמו דיבר התובע ביום 9.4.09 בשעה 21:00 לערך, הבטיח לו כדלקמן: "אם אנחנו נמצא איזה פתרון עד עכשיו נכון להיום, אנחנו ניצור איתך קשר" (עמ' 6 לתמליל שיחה, נספח יח' לתיק מוצגים מטעם התובע).

בנוסף, בעמ' 7 לתמליל הנ"ל, בתגובה לבקשה של התובע שיבדוק עד שעה 23:00 מה ניתן לעשות כדי שהתובע יוכל לבצע את המכירה, עונה מקס "ואם אני אמצא פתרון כלשהו או דרך כלשהי אני אהיה איתך בקשר", וכן לאחר שקיבל מקס את מספר הטלפון הסלולארי של התובע, הוא חוזר ואומר "אם נמצא פתרון כלשהו, נהיה איתך בקשר".

15. הנתבע עצמו אישר כי בשעה 22:06, דהיינו בטרם הסתיים המסחר בבורסה בארה"ב, תוקנה התקלה, אך הנתבע, בניגוד להתחייבויותיו של מקס, לא התקשר להודיע לתובע כי התקלה תוקנה והוא יכול לבצע את פעולות המכירה.

16. הנתבע טוען כי התובע יכול היה לבדוק ולנסות לבצע את המכירות בעצמו, לאחר השעה 22:06.

אין בידי לקבל טענה זו. משהתחייב והבטיח נציג הנתבע כי אם יימצא פתרון הוא יתקשר לתובע, שוב אין לדרוש מהתובע להמשיך ולנסות להעביר הוראות באינטרנט כאשר הוא יודע שהבנק מודע לתקלה והתחייב להתקשר אליו אם יימצא פתרון לתקלה.

17. מכל אחת ואחת מהסיבות הנ"ל, אני קובעת כי על הנתבע לפצות את התובע בגין הנזקים שנגרמו לו כתוצאה מהתקלה ביום 9.4.09.

18. מה הם הנזקים שנגרמו לתובע כתוצאה מהתקלה ביום 9.4.09:

א. הצדדים חלוקים אף על גובה הנזק:

התובע טוען כי במקום למכור את מניות FAZ במחיר ממוצע של $14.2 למניה, נאלץ למכור אותן ביום 13.4.09, היום הראשון בו היה מסחר לאחר 9.4.09, בשער 11.07 $ למניה, לפיכך נגרם לו הפסד של 3.13 $ למניה ובסה"כ $62,600.

לגבי מניות S.D.S, טוען התובע כי לולא התקלה היה מצליח למכור את המניות בשער $69.5 כאשר בפועל ביום 13.4.09 הוא מכרן בשער 68.59 $, דהיינו הפסד של $0.91 למניה ובסה"כ $1,971, או למצער לפי שער הפתיחה של המניה $69.1 לעומת $68.59 - הפסד של $0.51 למניה - ובסה"כ $1,071.

ב. הבנק מצידו אינו כופר בנכונות חישוביו של התובע אך טוען, על סמך פעולות המסחר אותן הקיש התובע (נספח ט' לתיק המוצגים מטעם הנתבע), כי התובע ביקש למכור רק 4,000 מניות FAZ ו-700 מניות S.D.S בלבד, הנזק אמור להיות מחושב לפי כמויות אלו.

ג. התובע טוען כי ביקש למכור את כל מניותיו אלא שבשל מגבלה טכנית על פיה אינו יכול לתת פקודה בודדת לפעולה שסכומה מעל 250,000 ₪, הוא נאלץ לפצל את המכירה למספר פעולות (סעיפים 11-20 לתצהירו המשלים של התובע מיום 14.9.11).

ד. טענתו של התובע נתמכת בנספח א' לתצהיר המשלים, כאשר ב-9 השורות התחתונות של העמוד הראשון בנספח א' הנ"ל, אנו רואים 9 פעולות של מכירה, של אותה מניה, שבוצעה ב-11.3.09.

לולא היתה מגבלה כזו, סביר להניח שהתובע היה נותן הוראה אחת למכירת כל המניות שנמכרו כאמור בתשע מנות.

ה. גם מר אייל בן חיים מטעם הנתבע, בחקירתו הנגדית, לא יכול היה לסתור את טענתו של התובע, להיפך, הוא הודה שלגבי רכישות, התובע לא יכול היה לבצע רכישות במיליון ₪ בבת אחת, אלא היה צריך לפצל את הרכישות למספר פעולות, ולגבי פעולת מכירה ענה שאינו בטוח שלא צריך לפצל (עמ' 38 ש' 27 לפרוטוקול).

מכיוון שמדובר בטענה מהותית מאוד של הנתבע, סביר להניח שלו לא היה צורך בפיצול המכירה, היה הדבר נטען במפורש ובמודגש.

ו. הנתבע טען בסיכומיו כי אין ראיה כי התובע רצה למכור את כל מניותיו מסוג FAZ ו-S.D.S ומסתמך על כך שבניסיונות המכירה של התובע ישנה חלוקה של 4,000 מניות וחמש פעמים 3,000 מניות של FAZ, ו-700 מניות ו-500 מניות של S.D.S.

ז. לא מצאתי לקבל טיעון זה.

ראשית התובע לא נחקר כלל בנקודה זו ע"י ב"כ הנתבע, למרות טענות התובע בתצהירו לגבי כמות המניות שביקש למכור.

שנית, כבר בתמליל השיחה בין התובע לבין מקס נציג הנתבע, מיום 9.4.09 (נספח יח' לתיק המוצגים מטעם התובע), אמר התובע בזמן אמת "אני רוצה למכור את כל המניות שלי של ה-FAZ ושל ה-S.D.S" [עמ' 3 ש' 11-12 לתמליל (ההדגשה שלי – ד.א.ג.)].

ח. משכך, אני קובעת כי הנזק שנגרם לתובע בשל אי יכולתו למכור את המניות ביום 9.4.09 עולה כדי $ 63,671 אמריקאי.

19. האירוע מיום 17.4.09:

ביום 17.4.09 פנה התובע טלפונית לבנק וביקש לבצע רכישה של 15,000 מניות FAZ במחיר מכסימלי של 8.9 $ אמריקאי למניה ו-2,100 מניות S .D.S במחיר מכסימלי של 65 $ אמריקאי למניה.

20. השיחה בוצעה עם פקיד הנתבע בשם אדריאן שאישר לתובע שהפקודות לביצוע הפעולות דלעיל נקלטו.

21. פניה זו נעשתה ביום שישי 17.4.09 בשעה 16:10 (ראה דברי אדריאן בתמליל נספח כז' לתיק המוצגים של התובע עמ' 1 ש' 14, 15).

22. בשעה 16:10 היה אמור חדר המסחר של הנתבע להיות פתוח (הוא אמור היה להיסגר בשעה 16:30) ובכל מקרה, בהתאם לעדות העד מטעם הנתבע מר בן חיים, כלל לא היה צורך להעביר את ההוראות לחדר המסחר לצורך ביצוען (ראה עמ' 42 ש' 16 לפרוטוקול).

23. בשעה 17:00 לערך, התקשר נציג הנתבע אדריאן לתובע, הודיע לו שכיוון שב-16:10 חדר המסחר היה סגור, לא בוצעו ההוראות שנתן ואת הפעולות ניתן לעשות רק דרך האינטרנט (ראה עמ' 1 לתמליל נספח כז' לתיק המוצגים מטעם התובע).

24. התובע הביע מחאה שכן בביצוע רכישות באינטרנט קיימת לו הגבלה על פיה הוא יכול לבצע עסקאות בסכום השווה לעד 30% מערך התיק שלו.

25. אך גם כשניסה התובע לבצע הוראות באמצעות מערכת האינטרנט הוא כשל, כאשר מערכת האינטרנט של הנתבע מודיעה לו שהתמורה גבוהה מהתקרה לקניה.

26. בחקירתו הנגדית אמר מר ניל קוטס מטעם הנתבע כי הסיבה בשלה מערכת האינטרנט של הנתבע לא אפשרה לתובע לבצע פעולות היתה בשל כך שהוראות הרכישה שהתקבלו ע"י אדריאן והועברו לברוקר בחו"ל לביצוע, טרם בוטלו ובשל כך לא ניתן היה להורידן מתקרת הקניה המכסימלית.
מר ניל קוטס הוסיף והסביר שהתובע נתן הוראות ביטול לפעולות שנמסרו לאדריאן, אך טרם קבלת אישור הברוקר בחו"ל, הבנק אינו מבטל את הפעולה שכן הברוקר יכול לבצעה בכל זאת.

27. א. מהסבר זה עולה כי מקור הכשל הוא בחוסר מיומנות של פקיד הנתבע אדריאן. האחרון קיבל את הוראות הרכישה שאף הועברו לביצוע, לברוקר בחו"ל.
יצוין כי ההוראות התקבלו בעת שחדר המסחר היה סגור למרות שכלל לא היה צורך בחדר המסחר לצורך ביצוע הפעולות.

ב. מרגע שהועברו הוראות הרכישה לברוקר בחו"ל, שוב לא ניתן היה לבצע רכישה של מניות באינטרנט, בשל הגבלת סכום הרכישה בחשבון וזאת עד למועד בו יאשר הברוקר בחו"ל כי הודעת הביטול התקבלה אצלו.

ג. אדריאן, פקיד הנתבע, התקשר מיוזמתו לתובע ואמר לו שהוראות הרכישה שנקלטו לא יבוצעו (וזאת למרות שהועברו לברוקר בחו"ל לביצוע).

ד. היה זה גם אדריאן שאמר לתובע לבצע את הרכישה באינטרנט, תוך התעלמות מהעובדה שלא ניתן יהיה לבצע את הפעולות עד אשר הברוקר בחו"ל יאשר את ביטל העסקאות.

ה. סוף דבר, אני קובעת כי הכשל שמנע מהתובע מלבצע את רכישת המניות אותן ביקש לבצע ביום 17.4.09 מקורו במידע לא נכון ובהדרכה לא נכונה שקיבל התובע מאדריאן נציג הנתבע, ולפיכך על הנתבע לפצות את התובע בגין הנזקים שנגרמו לו בשל אי היכולת לרכוש את המניות ביום 17.4.09.

28. הנזק שנגרם לתובע כתוצאה מהכשל ביום 17.4.09:

א. לטענת התובע שהוכחה, הוא ביקש מאדריאן לקנות 15,000 מניות FAZ בהגבלת מחיר של 8.9 $ למניה ביום 17.4.09 ולו היתה מתבצעת ההוראה הוא היה מצליח לבצע רכישה זו.

ב. לדבריו, בשל העדר מסחר בתאריך 18.4.09 ו-19.4.09, הוא קנה ב-20.4.09, בהזדמנות הראשונה, את המניות האמורות במחיר 10.57 $ למניה, ובשל כך נגרם לו נזק של 1.67 $ למניה, סה"כ 25,050 $.

ג. הנתבע טוען כי מניות FAZ נרכשו ע"י התובע ביום 20.4.09 בשעה 17:48 (נספח י' לתיק המוצגים מטעם התובע) בעוד שלו היה נותן את ההוראה מוקדם יותר, עם פתיחת המסחר, יכול היה לרכוש את המניות הנ"ל בשער של 9.95 $ למניה (כעולה מנספח יא' לתיק המוצגים של התובע) ולפיכך הנזק המכסימלי שיכול היה להיגרם לו הינו 15,750 $.

ד. בסיכומיו טוען התובע כי טענת הבנק היא בגדר חוכמה בדיעבד וכי התובע בחן את תנודות השוק עד שבא למסקנה, בתוך שעות בודדות, כי המתנה נוספת יכולה לגרום לו נזק גדול יותר ורק בשל כך לא רכש את המניות ממש עם תחילת המסחר.

ה. בעניין זה אני מעדיפה את טענת הנתבע.
בתצהירו המקורי מיום 23.3.11 טוען התובע כי ביצע את פעולת הרכישה של מניות FAZ "בהקדם האפשרי" ו-"בהזדמנות הראשונה בה יכולתי". ראה סעיפים 111 ו-116 לתצהיר.

ו. רק לנוכח טענות הבנק שינה התובע טעמו בתצהירו המשלים וטען כי מכיוון שבשלב הפתיחה של המסחר במניות FAZ היה שער גבוה יותר ממחיר המינימום בו נקב ביום 17.4.09, הוא המתין לראות אולי שער המניה ירד.
עדות זו היא עדות כבושה ונוגדת את עדותו הראשונית.

ז. מכאן שאין מחלוקת כי אם היה התובע רוכש את מניות FAZ ביום 20.4.09 "בהקדם האפשרי" ו"בהזדמנות הראשונה בה היה יכול", כפי שהצהיר בתצהירו הראשון, היה יכול לרכוש את מניות FAZ במחיר של 9.95 $ למניה, וסך כל הנזק שהיה נגרם לו היה 15,750 $.

ח. לגבי מניות S.D.S טוען התובע כי במקום לרכשן ביום 17.4.09 בשער של 65 $ למניה הוא נאלץ לרכשן ביום 21.4.09 בשער של 71 $ למניה ולפיכך נגרם לו נזק של 6$ למניה ובסה"כ נזק של 12,600 $.

ט. הנתבע טוען לעומתו כי התובע היה יכול לרכוש את המניות כבר ביום 20.4.09 בשער של 67.33 $ למניה ולפיכך הנזק המכסימלי שהיה יכול להיגרם לו הוא 2.33 $ למניה ובסה"כ 4,893 $.

י. 1. התובע מסביר כי לא יכול היה לרכוש את המניה ביום 20.4.09 שכן היה במהלך העברת כספו מהנתבע, לאור מחדליו, ועד שאושרה העברת הכספים מחשבונו בבנק למגדל שוקי הון, היה התאריך 21.4.09.

2. אין ביכולתי לקבל טיעון זה.
כפי שהתובע, למרות רצונו להעביר את הכספים, רכש מניות FAZ ב-20.4.09 ואחר"כ העבירן למגדל שוקי הון, כך היה יכול לפעול גם בקשר למניות ה-S.D.S.

3. בנוסף, אני מקבלת את גרסת הנתבע כי העברת הכספים מבוצעת בו ביום ולא היה צורך ענייני לחכות ליום המחרת.

יא. יוצא אפוא שהנזק שנגרם לתובע בגין מחדלי הנתבע ביום 17.4.09 מסתכם ב- 20,733 $.

29. פיצוי בגין עוגמת נפש:

הצדדים חלוקים בשאלה האם ראוי לפצות את התובע בגין עוגמת הנפש אשר נגרמה לו עקב התנהגות הנתבע כמפורט לעיל ובאיזה שיעור.

אני סבורה כי לתובע נגרמה עוגמת נפש ואי נעימות כתוצאה מניסיונותיו הכושלים לבצע פעולות בניירות ערך. יעיד על כך תוכן השיחות הרבות בינו לבין נציגי הבנק.

יחד עם זאת, אני סבורה כי לא נכון לכמת את עוגמת הנפש באחוזים מהנזק ואני אומדת נזק זה ב-5,000 ₪.

30. סיכומו של דבר:

א. הנתבע ישלם לתובע סך של 63,671 $ אמריקאי בתוספת ריבית דולרית על פי חוק, שתחושב מיום 13.4.09 ועד מועד התשלום בפועל.

ב. הנתבע ישלם לתובע סך של 20,733 $ אמריקאי בתוספת ריבית דולרית על פי חוק, שתחושב מיום 20.4.09 ועד מועד התשלום בפועל.

ג. הנתבע ישלם לתובע סך של 5,000 ₪ בתוספת הפרשי הצמדה למדד וריבית חוקית מיום הגשת התביעה עד מועד התשלום בפועל.

ד. הנתבע ישלם לתובע הוצאות משפט ושכ"ט עו"ד (כולל מע"מ) בסכום כולל של 50,000 ₪.

סכום זה יישא הפרשי הצמדה למדד וריבית חוקית מיום מתן פסק הדין ועד מועד התשלום בפועל.

ניתן היום, יא כסלו תשע"ג, 25 נובמבר 2012, בהעדר הצדדים.

דליה אביגיא, סגנית נשיא