ת"א 32939-01-11
ת"א 32939-01-11.1
מג'ד שייך ואח' נ' פורקס פלייס ואח'

15 מרץ 2016

בפני כב' השופטת דניה קרת-מאיר

התובע **מג'ד שייך**
ע"י ב"כ עוה"ד ברם-דחוח ושות'

נגד

הנתבעים **1.חברת פורקס – פלייס בע"מ**
2.יאיר אברמוב
3.בנימין אברמוב
4.שמעון כהן
5.יוסף הרצוג
6.דניאל כהן
7.חברת פורקס אחזקות בע"מ
8.גל סגל
9.זאב חמד
ע"י ב"כ פירט, וילנסקי, מזרחי, כנעני – עורכי דין

פסק דין

1. טענות התובע

התובע הגיש כנגד הנתבעים תביעה כספית בסכום של כ- 6.2 מיליון ₪.

בכתב התביעה נאמר כי התובע, מר **מג'ד שייך** (להלן: "**שייך**"), הוא איש עסקים העוסק בתחום שיווק דלקים בצפון הארץ.

הנתבעת 1 - **חברת פורקס – פלייס בע"מ** היא תאגיד הרשום בישראל (להלן: "**פורקס**" או "**החברה**").

פורקס מציגה עצמה, על פי טענתו של התובע, כאחת מחברות המט"ח המובילות בישראל המספקת ללקוחותיה פלטפורמות מסחר מקוון בשוק המט"ח (להלן: "**שוק הפורקס**").

לדברי שייך, פגש בחודש אוקטובר 2009, לראשונה ובאקראי, את מר **אלי חיון** (להלן: "**חיון**"). חיון הציג את עצמו כסוכן של פורקס והזמין אותו לפגישה בסניף צפון של החברה בחיפה.

ת"א 32939-01-11
ת"א 32939-01-11.1
מג'ד שייך ואח' נ' פורקס פלייס ואח'

15 מרץ 2016

חיון סיפר לו כי מדובר בחברת השקעה רצינית במט"ח המתכסה על כל עסקאותיה ולקוחותיה. חיון הזמין את שייך לפגוש את בעלי פורקס בחיפה.
שייך טען כי השקיע בפורקס סכום של כ- 5.4 מיליון ₪ בערכים נומינאליים וכי כל כספי השקעתו ירדו לטמיון.
בנוסף לנזק הישיר אשר נגרם לשייך, לטענתו, נתבע על ידו סכום של 500,000 ₪, בגין עוגמת הנפש שנגרמה לו.

בכתב התביעה נטען כי הנתבעים 2-4, מר **יאיר אברמוב** (להלן: "**יאיר**"), מר **בני אברמוב** (להלן: "**בני**") ומר **שמעון כהן** (להלן: "**שמעון**"), הם בעלי השליטה בפורקס.

שייך טען כי מר **יוסי הרצוג** (להלן: "**הרצוג**") מכהן כמנכ"ל בפועל של פורקס, למרות שאינו נכלל ברישומי החברה. הרצוג הוא הרוח החיה בפורקס ומקבל ההחלטות המהותי והיה מעורב באופן אישי בקבלת ההחלטות אשר הביאו בסופו של יום לאבדן כספו של שייך.
הנתבע 6, מר **דניאל כהן** (להלן: "**כהן**"), משמש כמנהל חדר העסקאות של פורקס.

שייך טען כי הנתבעת 7, חברת **פורקס אחזקות בע"מ** (להלן: "**פורקס אחזקות**" או "**סניף צפון**"), שימשה בתקופה הרלוונטית כסניף של פורקס באזור הצפון.
לדבריו, פורקס אחזקות היא זו אשר שידלה את שייך וגייסה אותו להשקיע כספים.

בכתב התביעה נאמר כי הנתבע 8 מר **גל סגל** (להלן: "**סגל**") הוא המנהל בפועל של פורקס אחזקות וכי הנתבע 9 מר **זאב חמד** (להלן: "**חמד**"), הוא הבעלים והמנכ"ל של פורקס אחזקות.
בכתב התביעה כינה שייך את פורקס אחזקות, סגל וחמד יחד "**הסוכנים**".

שייך טען כי פורקס הציגה בפניו מצג שווא לפיו היא "**מתכסה על העסקאות**".
כלומר, כי פורקס היא גורם מתווך בין משקיעים בשוק המט"ח.
בפועל, למיטב ידיעת שייך, פורקס מספקת תוכנה להמרת שערי צמדי מטבעות מבלי שיתקיים כל מסחר אמיתי. מדובר בתוכנה הפועלת, בניהולה של פורקס ומי מטעמה, לרעת הלקוחות ולטובת פורקס אשר מרוויחה מהפעילות נגד הלקוחות.

ת"א 32939-01-11
ת"א 32939-01-11.1
מג'ד שייך ואח' נ' פורקס פלייס ואח'

15 מרץ 2016

שייך הסביר כי המונח "**התכסות על עסקאות**" משמעו כי כנגד העסקה שמבצע הלקוח - נכנסת החברה לעסקה הפוכה מול גורם פיננסי גדול כגון בנק. במקרה כזה החברה משמשת גורם מתווך בין הלקוח לבין הבנק והרווח שלה נובע רק "**מהמרווח**" - ההפרש בין הסכום ששילם הלקוח לחברת הפורקס על המט"ח - לבין הסכום שחברת הפורקס העבירה לבנק, בדוגמא שניתנה על ידו.

נטען כי פורקס מסתירה מלקוחותיה כי היא "**עושה שוק**". כלומר, פורקס מהווה צד שני לעסקאות מול לקוחותיה, כך שהיא מרוויחה את כל הפסדי הלקוח ולא רק את המרווחים בין שערי הקנייה והמכירה של צמדי המטבעות.

עוד נטען, כי פורקס אחזקות תוגמלה על ידי פורקס באחוזים נכבדים מהפסדי הלקוח וכך גם תוגמלו עובדיה. מדובר במצב קיצוני של ניגוד עניינים אשר הוסתר משייך.

נטען כי סוכני פורקס מרוויחים אך ורק אם הלקוח, כלומר שייך, מפסיד וכי הסוכן מפסיד אך ורק אם הלקוח מרוויח. שיטת תגמול זו מחייבת את סוכני פורקס לשאוף ולפעול לכך שבסופו של דבר לקוחות פורקס יפסידו את כל כספם.
עוד נאמר כי אם היה לשייך מושג כלשהו על שיטת תגמול זו בזמן אמת, לא היה מפקיד כסף בפורקס.

שייך טען כי נודע לו, בדיעבד, כי פורקס הציגה בפלטפורמת המסחר שלה ציטוטי שערים של סחורות ומטבעות השונים מהשוק הבינלאומי וסגרה באופן ידני עסקאות בחשבונות שייך, תוך שהיא מציגה בפניו מצג שווא כאילו העסקאות נסגרות בנקודת ה-**Stop Loss** אותה, כביכול, קבע שייך.
שייך הסביר כי נקודת ה-**Stop Loss** היא אמצעי לגידור הפסדים וסיכונים - שער קיצון של בסיס ההשקעה בו מורה הסוחר כי במידה והעסקה תלך נגד כיוונו ותגיע לשער זה - יש לסגור את העסקה.

שייך טען כי הנתבעים עשו מניפולציות בעסקאותיו ו"**שיחקו**" עם השערים לטובתם, על מנת למחוק עסקאות שלו, לקבע הפסדים ולמזער רווחים בעסקאות אשר פעלו לטובתו.

נטען כי בניסיון להסתיר משייך את מעשי המרמה וההונאה המתוארים, זייפו הנתבעים את הנתונים הכלולים בדוחות אשר הוצגו לו, תוך שהם גורמים לו להאמין כי מדובר בנתוני אמת הזהים לנתונים בשוק הבינלאומי.

נטען כי הנתבעים כולם פעלו בניגוד לחוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות, בשיווק השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה-1995 (להלן: "**חוק הייעוץ**").

נטען כי לפורקס אסור להיות מעורבת, במישרין או בעקיפין, בשיקול הדעת של לקוחותיה בעת שהם פועלים באמצעות מערכת המסחר שלה. מעורבות ייעוץ וניהול במסחר בצמדי מטבעות, מחייבים רישוי מאת הרשות לניירות ערך.

שייך טען כי הנסיבות המתוארות מבססות עילה לביטול הסכמי ההתקשרות בינו לבין הנתבעים בשל ניהול משא ומתן בחוסר תום לב בניגוד לס' 12 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: "**חוק החוזים**"), וכן בשל פגמים מהותיים בכריתת ההסכם לפי פרק ב' לחוק החוזים, לרבות הטעייה וטעות ידועה או לא ידועה.
לחילופין, נטען כי יש להורות על ביטול ההסכמים בשל הפרות יסודיות בקיומו של החוזה והתנהלות פסולה ולא חוקית. בית המשפט מתבקש לראות בתביעת שייך גם הודעת ביטול לגבי הסכמים אלו.

בכתב התביעה תיאר שייך את יצירת הקשר בין הצדדים והמצגים אשר הוצגו לו על ידי חמד בפגישה שהתקיימה במשרדי פורקס בחיפה; את הפקדות הכספים אשר בוצעו על ידו ואת דרך ניהול הכספים אשר הועברו על ידו לפורקס.
שייך טען כי התברר לו שהכספים לא נרשמו על שמו וכי לא בוצעו בהם פעולות מסחר. מיד לאחר שהפקיד את הכספים הם שימשו את פורקס למטרות שונות, כאשר חלק שימש לתשלומים לפורקס אחזקות וליתר הנתבעים.

שייך טען כי הנתבעים הפרו כלפיו את חוק הייעוץ; חוק החוזים; חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970; חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979; חוק הנאמנות, התשל"ט-1979; חוק השומרים, התשכ"ז-1967; חוק השליחות, התשכ"ה-1965; פקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: "**פקודת הנזיקין**").

עוד טען שייך כי בכל מקום בהסכמים או במסמכי הנתבעים בהם נקבע כי הנתבעים פטורים, באופן מלא או חלקי, מאחריות וחבות כלפיו בגין הפעילות בניירות ערך, על כל המשתמע מכך, בין מחמת רשלנות ובין מכל סיבה אחרת, הרי שקביעה או אמירה זו לא חלה על יחסי הצדדים, בהיותה תנאי מקפח בחוזים אחידים ובבחינת מתן יתרון לא הוגן לנתבעים כלפי שייך כלקוח.

שייך טען כי לא הייתה לו כל ידיעה או יכולת לדעת מה היו הנסיבות שגרמו לאירועים נשוא התביעה אשר הביאו לנזקיו הקשים, וכי הנזקים נגרמו על ידי אירועים שלנתבעים הייתה שליטה מלאה עליהם. לפיכך, חל הכלל של "**הדבר מדבר בעד עצמו**" ועל הנתבעים חל נטל הראיה שלא הייתה התרשלות מצדם כקבוע בס' 41 לפקודת הנזיקין.

2. <u>הליכי העיקול לאחר הגשת התביעה</u>

ביום 18.1.11, במקביל להגשת התביעה, הגיש שייך בקשה בהולה להטלת עיקולים במעמד צד אחד עד לסכום התביעה בסך כ- 6.2 מיליון ₪, על כלל הנכסים המוחזקים על ידי המחזיקים השונים שצוינו בבקשה וביניהם 15 סניפי בנקים שונים.

בבקשת העיקול חזר שייך על האמור בכתב התביעה.

לבקשת העיקול צורפה, בין היתר, חוות דעת מיום 16.1.2011, של מר **שלמה טננבאום** (להלן: "**טננבאום**") שהוא בעל תואר בהנדסת מכונות, מוסמך במנהל עסקים, בעל רישיון לניהול תיקים ומנהל בחברה העוסקת בניהול תיקי ניירות ערך ועסקאות מט"ח.
בחוות הדעת הגיע המומחה למסקנה כי פורקס פעלה כעושה שוק לכל הפחות בשמונה עסקאות בחוזים עתידיים של נפט גולמי.

נאמר כי העסקאות נסגרו על ידי המערכת באופן פיקטיבי במחירים שלא היו בשוק.
הרווחים אשר נמנעו משייך עקב סגירת העסקאות במחירים פיקטיביים הגיעו לסכום של 347,500 דולר.

אילו הייתה פורקס מתכסה על עסקאותיה היה לה עניין כי שייך ירוויח בעסקה זו ואחרות. אם פורקס פועלת כעושה שוק - האינטרס המובנה שלה הוא כי שייך לא ירוויח את הסכום של 347,500 דולר שהיה אמור לצאת מכיסה.

ביום 19.1.11 ניתן על ידי כב' השופט חגי ברנר צו עיקול במעמד צד אחד.
פורקס הגישה בקשה לביטול צו העיקול הזמני (להלן: "**הבקשה לביטול צו העיקול**").
לבקשה זו צורף הסכם תנאי שימוש עליו חתם שייך, לטענת פורקס.
בבקשה זו אף נאמר, בין היתר, כי חברת **א.ל.מ פיננסים בע"מ** (להלן: "**א.ל.מ**") היא חברה אשר הוקמה על ידי שייך ביום 31.12.09.
לדברי פורקס, חיפוש בגוגל מעלה כי א.ל.מ היא חברת **OTC BANKING**, שהיא חברת מסחר בשוק הפורקס ומתחרה ישירה של פורקס (להלן: "**OTC**").
פורקס טענה כי הסכם השימוש של א.ל.מ קובע במפורש כי שייך הוא עושה שוק בחברת הפורקס שלו עצמו, כפי שעולה מסעיף 6.6 להסכם שהוא זהה למעשה לסעיף המצוי בהסכם השימוש של פורקס.

לבקשת פורקס לביטול צו העיקול הזמני הוגשה תגובה מטעם שייך.
בתגובה זו נטען, בין היתר, כי שייך לא חתם על הסכם תנאי השימוש עם פורקס וכי חתימתו מזויפת.
בתמיכה לטענה זו צירף שייך חוות דעת גרפולוגית של גב' **סיוון זמיר** (להלן: "**זמיר**") (חוות הדעת הגרפולוגית צורפה כנספח א' לתגובה לבקשה לביטול צו העיקול) אשר קבעה, בסבירות גבוהה למדי של 80% עד 85%, כי החתימה אינה חתימתו של שייך.

לאחר שהוגשה הבקשה לביטול צו העיקול הזמני ואף הוגשה תגובה מטעם שייך, התקיימו שני דיונים בהם נחקרו ארוכות המצהירים מטעם הצדדים. לאחר הדיונים ניתנה החלטת כב' השופט ברנר בבקשת פורקס לביטול צו העיקול הזמני, ביום 20.2.11.
בהחלטה זו ביטל כב' השופט ברנר את צו העיקול הזמני אשר ניתן על ידו.

בגין הנזקים הנטענים שנגרמו לפורקס במסגרת הבקשה להטלת העיקולים במעמד צד אחד – הגישה פורקס תביעה שכנגד נגד **שייך**, **א.ל.מ** **וחיון**.

סכום התביעה הועמד על סך 500,000 ש"ח.

פורקס טענה כי הנתבעים שכנגד הסבו לה נזק בהחלטתם להטעות במכוון את בית המשפט במסגרת הבקשה להטלת עיקולים במעמד צד אחד.
נטען כי הנתבעים שכנגד פרסמו את דבר מתן צווי העיקול ברבים – בעיתונות באינטרנט ובאתרים שונים, אף לאחר ביטול הצווים.
נטען כי הפרסום הקל על חיון לשכנע לקוחות לעזוב את פורקס ולעבור לסחור דרך חברת א.ל.מ, אותה הקים יחד עם שייך.

3. <u>טענות הנתבעים</u>

לדברי הנתבעים, התברר להם כי שייך הוא עבריין אשר נשפט על עבירות חטיפה (ב"ש (חיפה) 5159/04 **מדינת ישראל נ' מג'ד אלשייך**).
עוד נאמר כי שייך הוא, כאמור, בעלים של חברת פורקס המתחרה ישירות בנתבעת 1, וכי הקים חברה זו יחד עם חיון.
שייך הגיע לסחור דרך פורקס כאשר הוא כבר סחר בשוק הפורקס בהיקפי ענק.
שייך החשיב עצמו כמומחה בתחום בו סחר דרך החברה, בעיקר בתחום הנפט, ולא היה זקוק ואף לא קיבל בפועל המלצות או הצעות בתחום בו טען שהוא מומחה.
הנתבעים טענו כי שוק הנפט הוא מהתנודתיים ביותר מבין שווקי הסחורות, וכך הוא גם מתומחר בקרב חברות הפורקס.

נטען כי שייך חתם על הסכם תנאי השימוש של פורקס לפני שהחל לקבל שירותים מהחברה. בהסכם זה נקבע במפורש כי פורקס רשאית לפעול כעושת שוק וכי היא איננה חייבת להתכסות.
פורקס הדגישה כי לא הסתפקה בחתימה אלקטרונית ואישור תנאי השימוש (בלעדיהם לא ניתן לסחור דרך אתר החברה) אלא החתימה את שייך על הסכם כתוב ומודפס של תנאי השימוש (להלן: "**הסכם תנאי השימוש**" או "**ההסכם**").

לשיטת הנתבעים, משמעותה של עשיית שוק היא הפגשה של שני צדדים החפצים במסחר במוצרים פיננסיים. בעוד האחד רוצה לקנות מוצר פיננסי, המבוסס לדוגמה

על ירידת שער מטבע כזה או אחר, קיים גורם שני הרוצה דווקא למכור או לקנות מוצר פיננסי המבוסס על הנחה הפוכה, כלומר עליית שער אותו מטבע.
עושה השוק לוקח בטחונות משני הצדדים, על מנת שלא ימצא עצמו מפסיד כספים רק בשל העובדה שהעמיד פלטפורמת מסחר. בסיומה של פעולת המסחר, גובה עושה השוק את הכסף מאותו צד שעשה את העסקה אך מצא את עצמו בהפסד, כיוון שלא חזה נכון את התנודה במוצר אותו רכש או מכר, ומעביר את הכסף לצד אשר מצא עצמו ברווח מהעסקה.
על פעולות אלו של העברת כספים בין הצדדים גובה עושה השוק עמלות בסכום קבוע. נטען כי זהו המודל הכלכלי הבסיסי של עשיית שוק וכך נוהג כל עושה שוק, בין אם הוא חדר עסקאות בבנק ובין אם הוא חדר עסקאות בפורקס.

שייך ידע על מה הוא חתם והוא עצמו מחתים את לקוחותיו בחברת א.ל.מ על הסכם זהה. נטען, כי פורקס מזהירה את קהל הלקוחות הפוטנציאלי מפני הסיכונים שבתחום.
פורקס מציגה, בניגוד לשאר חברות הפורקס בארץ ובעולם, במקום בולט בדף הבית של אתר האינטרנט שלה, כי המלצתה ללקוחותיה למסחר אחראי היא "**למנף את השקעותיהם עד פי 10 ולא לסכן בעסקה אחת יותר מ-3% מתיק ההשקעות**".

נטען כי מניתוח עסקאותיו של שייך עולה כי הוא בחר שלא להקשיב לעצה זו, אלא פעל ההיפך - שייך מינף את השקעותיו ביחס מינוף עצום, עד יחס של 1:300, ובשיעור גבוה בהרבה מ-3% מערך התיק.

הנתבעים אשרו כי בתקופה של עשרה ימים בלבד, החל מיום 15.10.2009 ועד ליום 25.10.2009, העביר שייך סכום של 4,670,800 ₪ לחשבונה של פורקס.
נטען כי שייך העביר את הכסף לפורקס לפני שפגש את חמד, כך שלא הושפע מכל הבטחה או מצג של חמד.
שייך פעל בהיקפי ענק וביצע דרך החברה כ- 7000 פעולות בהיקפים של עד 6 מיליארד דולר בחודשים הספורים בהם קיבל שירות מהחברה.
נטען כי שייך הרוויח למעלה ממיליון דולר בשקלול כלל פעולות המסחר שביצע. אולם, חרף הרווחים מפעולות המסחר נוצר הפסד בחשבונו.

מקור ההפסד הוא בעמלות שנבעו מהיקף המינוף העצום וקצב המכירה והקניה בו פעל שייך.

בשלב מסוים, כאשר היקף פעילותו של שייך חרג מהחשיפה אותה הייתה החברה מוכנה לשאת, הוחתם שייך על הסכם המגביל את המשך המסחר שלו דרך החברה (להלן: "**הסכם ההגבלה**" - הסכם ההגבלה מיום 30.10.2009 צורף כנספח 11 לבקשה לביטול צו העיקול).

הסכם ההגבלה נחתם כאשר חשבונו של שייך עמד על יתרת רווח.
כאשר הודיעה פורקס לשייך כי היא איננה מעוניינת לקבל ממנו כספים נוספים להשקעות, בסוף שנת 2009, החל שייך להפעיל לחץ כבד על נציגי החברה ושלח אליה אנשים מהעולם התחתון.
לאחר ניתוק הקשר בין הצדדים קיבל שייך את מלוא הנתונים מהחברה. לאחר בדיקות שביצע הציג שייך חוות דעת מיום 20.1.2010 לגבי הפעילות בחשבונו (חוות הדעת מיום 20.1.2010 מצורפת כנספח 12 לבקשה לביטול צו העיקול).
חוות הדעת, אשר נערכה על ידי עובד של שייך בחברה המתחרה, קובעת כי אין פגם או טענת פגם לגבי הרוב המוחלט של 7000 הפעולות אשר נערכו בחשבון - ורק בשמונה פעולות נמצא פגם אפשרי.
הנזק המקסימאלי אשר צוין בחוות הדעת בגין אותן 8 פעולות עמד על סך 40,000 דולר בלבד. חוות דעת זו הועלמה מכתב התביעה ואף לא נזכרה בבקשה להטלת עיקולים במעמד צד אחד. אין אף כל הסבר כיצד צמח הנזק לסכום של 347,500 דולר בחוות הדעת של טננבאום שצורפה לבקשת העיקול.
הנתבעים הבהירו כי שוק הפורקס מתנהל ללא הכוונה רגולטורית של המחוקק. עם זאת, אימצה החברה סטנדרטים רגולטורים המקובלים במדינות המערב.

באשר לנתבעים אותם תיאר שייך בכתב התביעה – נטען כי הרצוג אינו משמש כמנכ"ל פורקס, בניגוד לאמור בכתב התביעה, והוא אף אינו בעל מניות בה.
מדובר בכלכלן שהוא יועץ חיצוני של פורקס באמצעות חברת ייעוץ פרטית בבעלותו.
עוד נטען כי פורקס אחזקות שימשה כמשווקת חיצונית ועצמאית של פורקס ומעולם לא הייתה סניף שלה.
סגל לא היה מנהל סניף של החברה בצפון, כיון שסניף מעין זה אינו קיים.
מאז ינואר 2010 עובד סגל עבור חברת כלל פורקס בע"מ, כאשר קודם לכן סירב להצעת שייך להיות שותף עסקי שלו בא.ל.מ.
חיון, אליו התייחס שייך במסגרת כתב התביעה כמי שהכיר לו את הנתבעים, הפך לשותפו העסקי של שייך בחברת א.ל.מ.

הנתבעים דחו את טענות שייך באשר לקבלת ייעוץ.
נטען כי פורקס מציגה ציטוטים והלקוח לבדו מחליט אם למכור או לקנות ופורקס מבצעת את העסקה בדיוק במחיר אותו בחר הלקוח.
אין לפורקס כל אפשרות לתכנן מראש או לחזות כיצד ינהג הלקוח ואין לה כל אפשרות להשפיע על כך.
עוד נטען כי במעמד החתימה הובהר לשייך, הן על ידי אנשי פורקס והן על ידי סגל וחמד, כי אף לא אחד מהם הוא במעמד של יועץ וכי שייך נוטל על עצמו את כל האחריות על עסקאותיו. כך עולה גם מתנאי השימוש באתר האינטרנט של החברה.
בפועל, לא קיבל שייך מעולם ייעוץ מפורקס או ממי מהנתבעים ושייך הוא זה שיזם את העסקאות אותן ביצע ואת סגירתן.

נטען כי שייך לא ביקש ולו פעם אחת למשוך את רווחיו אלא המשיך לסחור בהם.
הסכם ההגבלה נחתם, כאמור, כאשר שייך היה ביתרת רווח.
פורקס מחזיקה, לדבריה, את כספי כלל לקוחותיה בחשבון נאמנות נפרד אשר אין לפורקס או למי מטעמה, מלבד הנאמן, כל גישה אליו.
מעולם לא הייתה ללקוח פורקס בעיה למשוך את כספו או רווחיו.
בטווח הזמן בו סחר שייך בצמדי מטבעות חוץ שונים והפסיד את כספו - הרוויחו לקוחות אחרים של פורקס כספים רבים באותם צמדי מטבעות ממש.

הנתבעים טענו כי עובדי פורקס ועובדי פורקס אחזקות תוגמלו מסך ההפקדות של הלקוחות אשר הוחתמו על ידם.
פורקס אחזקות לקחה על עצמה את כל עלויות השיווק והחדירה לאזור חיפה, כאשר נקבע שהיא תקבל תגמול חודשי בשיעור 40% מסך הכספים אותם תגייס מלקוחותיה.

נטען כי מחיקה של לקוח מסוים אינה מטרה בהתאם להסכם בין פורקס לפורקס אחזקות, והיא אף אינה מעלה או מורידה מהעמלה. אין גם קשר בין ההחלטה לתגמל את פורקס אחזקות כמשווקת - לבין החלטתו של שייך להתקשר עם פורקס.
הובהר כי חברות מסחריות מבצעות פעולות שיווק, לעיתים אגרסיביות ולעיתים עד כדי הפסד, במטרה לחדור לשווקים ואינן מגלות ללקוח מה טיב התמורה שניתנה למשווק.

עוד נטען כי קיימת הפרדה מוחלטת בין גורמי השיווק לבין הגורמים המנהלים את המסחר. לאחר קליטת לקוח חדש והפקדת הכספים על ידו, אין לעובדי פורקס המשמשים כמשווקיה, כמו גם לגורמים חיצוניים המשמשים כמשווקיה דוגמת פורקס אחזקות, כל נגיעה ללקוח ולפעולות המסחר בהן הוא נוקט.

נטען כי שייך לא הוכיח כי מעשיהם של בעלי המניות עולים כדי תרמית. אין לכן מקום להרמת מסך ההתאגדות כנגד בעלי מניותיה של פורקס.

שייך הגיש תצהירי עדות ראשית שלו וכן תצהירים של חיון ושל מר **איתן מוטעי** (להלן: "**מוטעי**").
הנתבעים הגישו תצהירי עדות ראשית של הרצוג בשמה של פורקס, וכן תצהירים של חמד, כהן וסגל.
במהלך ההליך משכו הנתבעים את תצהירו של כהן.

בהחלטתי מיום 30.6.2011 נקבע כי התצהירים שהוגשו והחקירות אשר התקיימו בעניין הסעדים הזמניים - יהוו חלק בלתי נפרד מחומר הראיות בתיק.

4. <u>תביעת שייך - דיון והחלטה</u>

א. <u>המסגרת הנורמטיבית</u>

ת"א 32939-01-11
ת"א 32939-01-11.1
מג'ד שייך ואח' נ' פורקס פלייס ואח'

15 מרץ 2016

בזמן הרלוונטי לאירועים נשוא התביעה פעל שוק הפורקס בישראל ללא כל הסדרה. לאחרונה הסדיר המחוקק את הפעילות במכשירים פיננסים נגזרים ובזירות מקוונות, תוך התייחסות לזירה עצמה.

הוספת הגדרה של "**מכשיר פיננסי**" מעבר להגדרה של "**נייר ערך**" על פי ההגדרה הרחבה שלו בסעיף 52 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 (להלן: "**חוק ניירות ערך**").

בדברי ההסבר להצעת חוק ניירות ערך (תיקון מס' 40) (זירת סוחר לחשבונו העצמי), התש"ע-2010, נאמר כי בישראל מתקיימת פעילות ענפה במטבע חוץ ובנגזריו, המתבצעת במתכונת מסחר מעבר לדלפק מחוץ לבורסה. מעבר לפעילות המתבצעת במסגרת בנקים כשפעילות זו מפוקחת על ידי בנק ישראל, פועלות בישראל זירות המאפשרות למשקיעים לסחור מול מפעילי הזירה בנכסים פיננסים שונים (נגזרי מט"ח, מדדים, סחורות וכו') וזאת דרך אתרי אינטרנט ייעודיים המציגים באופן רציף מחירים לניירות ערך שבהן מציעה הזירה לסחור.

תיקון מס' 42 לחוק ניירות ערך (התש"ע-2010) (להלן: "**תיקון מס' 42**") מגדיר מהי "**זירת סוחר**" אשר פעולתה הוסדרה. התיקון כאמור הוסיף את פרק ז(3) לחוק ניירות ערך אשר כותרתו היא "**זירת סוחר לחשבונו העצמי**". "**זירת סוחר**" הוגדרה בסעיף 44יב לחוק ניירות ערך, בין היתר, כ"**מערכת ממוחשבת שבאמצעותה קונה אדם מלקוחותיו, לחשבונו העצמי, מכשירים פיננסים או מוכר ללקוחותיו, מחשבונו העצמי, מכשירים פיננסים, באופן מאורגן, תדיר ושיטתי**...".

באותו פרק הוגדר גם "**מכשיר פיננסי**", כאשר ההגדרה היא, כאמור, רחבה מהגדרת "**נייר ערך**".

ההגדרה הרחבה נועדה להכפיף להסדרה הרגולטורית כל מוצר שיוצע בזירות הסוחר, כהגדרתן בחוק ניירות ערך.

בדברי ההסבר לחוק (ה"ח הממשלה 491), בעמ' 541, הוסברה תכליתה של הגדרה רחבה זו:

"**סעיף 1 לחוק מגדיר את המונח 'ניירות ערך' כדלקמן: ... הגדרה זו צרה ואינה כוללת את כל סוגי הנכסים הנסחרים או העשויים להיסחר בזירות הסוחר. כך למשל, הגדרה זו אינה כוללת מסחר בנגזרי מט"ח - המוצר העיקרי הנסחר בזירות הסוחר...**"

תיקון 42 לחוק ניירות ערך התקבל בכנסת ביום 14.6.2010.

סעיף 14 לתיקון 42 לחוק ניירות ערך קובע:

"**תחילתו של חוק זה שלושה חודשים מיום פרסומו או במועד כניסתן לתוקף של תקנות שיותקנו לפי סעיפים 44יג(ב)(5) ו-(6) ו-44כט לחוק העיקרי, כנוסחם בסעיף 2 לחוק זה, לפי המאוחר**".

ביום 26.11.2014 פורסמו תקנות ניירות ערך (זירת סוחר לחשבונו העצמי), התשע"ה-2014 (להלן: "**התקנות**").

התקנות הסדירו סוגיות מהותיות בזירות הסוחר, וביניהן, הרישיון לניהול זירת מסחר; רמת המינוף והבטוחה הנדרשת מהלקוח; ניגודי עניינים בין החברה ללקוח; הסכמי ההתקשרות בין זירות הסוחר ללקוחותיהן; הטיפול בכספי הלקוח ובנכסיו; פרסום ושיווק הזירה, לרבות האזהרות הנדרשות בפרסום וביניהן - ציון העובדה כי מדובר בפעילות ממונפת הכרוכה ב"**סיכון ממשי של אבדן מלוא כספי ההשקעה בתוך זמן קצר**", כי החברה מפעילת הזירה היא צד נגדי לעסקאות הלקוח (ראו תקנה 40 לתקנות), ועוד.

בתקנה 96 לתקנות, נקבע כי "**תחילתן של תקנות אלה שישה חודשים מיום פרסומן (להלן – יום התחילה)**".

מן האמור לעיל עולה כי תחילתו של תיקון 42 לחוק ניירות ערך והתקנות שהותקנו מכוחו היא ביום 26.5.2015. משכך, החוק והתקנות שהותקנו מכוחו – אינם חלים על האירועים נשוא התביעה שבפנינו.

ב. <u>ההתקשרות בין שייך לנתבעים</u>

ההתקשרות בין שייך לבין הנתבעים ארכה כחודשיים – בין אמצע אוקטובר 2009 לסוף דצמבר 2009.

- המצגים והפגישות שנערכו בין הצדדים

אין בידי לקבל את טענתו של שייך, לפיה בבסיס ההתקשרות בינו לפורקס עמד מצג בעניין התכסותה של פורקס על כל עסקאות לקוחותיה.

נראה כי שייך הבין היטב את אופן פעילות הנתבעות כ"**עושות שוק**" וכי אין ממש בטענותיו.

בכתב התביעה נטען, כאמור, כי במהלך חודש אוקטובר 2009 פגש לראשונה ובאקראי את חיון.

כמו כן, נטען כי חיון סיפר לשייך כי פורקס מתכסה על כל עסקאות לקוחותיה (ס' 30-31 לכתב התביעה).

נטען כי בפגישת ההיכרות בין שייך לסגל וחמד, הבהיר חמד לשייך, בין היתר, כי רווחיה של פורקס נובעים אך ורק מהמרווחים (העמלות) בין מחיר הקניה למחיר המכירה של הלקוח (ס' 34 לכתב התביעה).

נטען כי המצג אותו הציג חמד לשייך היה כי פורקס אינה נהנית מהפסדי הלקוח היות והיא מעבירה את העסקאות לגוף פיננסי אחר – בנקים גדולים מחו"ל – המספקים עסקאות נוגדות, כלומר מתכסים על העסקאות. לכן אין לפורקס כל אינטרס בעסקאות הלקוח, רווחיו או הפסדיו, אלא היא מעוניינת שהלקוח ירוויח על מנת שימשיך לסחור (ס' 35 וס' 37 לכתב התביעה).

על סמך מצגיו אלו של חמד טען שייך כי השקיע את כספו בפורקס (ס' 36 לכתב התביעה). שייך הונחה על ידי חמד, סגל וחיון באותה הפגישה להעביר כספים לפורקס מבלי שהוחתם על הסכמים (ס' 42 לכתב התביעה) וכך עשה בפועל (סעיף 43 לכתב התביעה).

השתלשלות העניינים האמורה פורטה באופן זהה בפרקים ב.2-ב.3 לתצהיר שייך אשר תמך בבקשה להטלת עיקולים.

בתצהיר העדות הראשית מטעמו, שינה שייך את גרסתו לגבי האירועים והפגישות שהובילו להשקעתו בפורקס.

פגישת ההיכרות היחידה אשר תוארה, כאמור, הפכה בתצהיר העדות הראשית לשתי פגישות נפרדות. שייך טען כי בפגישה הראשונה הסביר לו חמד כי פורקס מתכסה על כל עסקאות לקוחותיה. חמד אמר לשייך שיפקיד כספים לחשבון פורקס וכי ייפגשו במשרדים פעם נוספת.

נטען כי חמד אמר לשייך כי יסביר לו על תוכנת המסחר ואז יוכל שייך להחליט אם להמשיך או לא. שייך העיד כי ביום 15.10.09, מספר ימים לאחר הפגישה הראשונה, ביצע העברה בנקאית בסך של 1,200,000 ₪ לחשבון פורקס.
לדבריו, הגיע באותו יום למשרדי פורקס בחיפה וחמד המשיך והבהיר לו כי רווחיה של פורקס נובעים אך ורק מעמלות וכי היא אינה נהנית מהפסדי הלקוח, בניגוד לחברות אחרות בשוק.
על סמך דברים אלה ולאור התרשמותו הטובה של שייך הודיע לחמד כי הוא מתכוון לסחור באמצעות פורקס (ס' 34-11 לתצהיר העדות הראשית מטעם שייך). בהמשך הפקיד שייך כספים נוספים לחשבון פורקס (ס' 35 לתצהיר העדות הראשית מטעם שייך).

עצם טענתו של שייך לפיה החליט לסחור בפורקס בעקבות המצגים שהוצגו לו לפיהם, לכאורה, פורקס תמיד מתכסה בגין העסקאות - מעידה על כך כי כאשר הגיע לפגישה או לפגישות עם מי מהנתבעים כבר היה ער להבדל בין פעולת "**התכסות**" - לבין פעילות בדרך של "**עושה שוק**" אליה התייחס בכתב התביעה.

לגופו של עניין, גרסאותיו של שייך לגבי המצגים שהוצגו לו, לכאורה, אינן מקובלות עלי; אין הן נתמכות בכל ראיה או מסמך בכתב מזמן אמת והן משתנות באופן הפוגע באמינותן.
אל מול גרסאותיו של שייך עומדת גרסתו של חמד אשר הכחיש כי הציג בפניי שייך מצג כלשהו לפיו פורקס מתכסה בגין העסקאות (בס' 19 ובס' 33 לתצהירו).

לא די בתצהירו ובעדותו של חיון, אשר העיד מטעמו של שייך, כדי להכריע בין גרסאות אלה ולקבל את גרסתו של שייך כאמינה.
חיון העיד בתצהירו כי הובהר לו על ידי חמד וסגל, ואף נאמר לו כי כך יש להבהיר לכל הלקוחות, "**שחברתנו מתכסה על כל העסקאות**". אולם, חיון לא חזר על דברים אלה כאשר התייחס בתצהיר לשיחות שהתקיימו עם שייך ולמצגים שהוצגו בפניו על ידי סגל, חמד ועל ידו.
כל מה שנאמר בתצהיר בקשר לפגישות שהתקיימו עם שייך הוא שנאמר לשייך כי יש לפורקס אינטרס שהלקוח ירוויח "**כי אנחנו מרוויחים רק מעמלות**".

חיון גם טען כי באותה עת לא ידע שפורקס "**אינה מתכסה על הלקוחות**".
בחקירתו הנגדית טען חיון כי הוא היה איש מכירות פשוט בפורקס "**לא באמת התחלתי לקרוא את הסעיפים של ההסכם ולדעת את זה, אמרו לי אנחנו מתכסים, זה מה שאני אמרתי זה מה שהם אמרו לי**". (עמ' 151 לפרוטוקול).
חיון נשאל:

"**ש. האם העדות שלך היום בבית משפט זה שאתה לא קראת את ההסכם עם פורקס פלייס שהרגע שמענו שאתה מילאת אותו בעבור הלקוחות שלך. זו הטענה?**

ת. כן, אני לא הייתי בקיא בפרטים שלו ברמה הזאת של לדעת אם הם כן מתכסים או לא מתכסים. אני היה לי את גל סגל וזאב חמד" (עמ' 151 לפרוטוקול).

חיון אישר כי הלקוחות אותם החתים על ההסכם קראו אותו.
חיון נשאל האם לא היו ללקוחות שאלות לגבי ההסכם ותשובתו הייתה "**לא הייתה להם שאלה ברמה הזאת. מי ששאל אותי אם אני מתכסה על העסקאות, אם פורקס פלייס מתכסים על העסקאות? הייתי אומר כן. בטוח, מיליון אחוז מתכסים על העסקאות.**" (עמ' 152 לפרוטוקול).

אין לקבל כאמינה עדות לפיה לקוח קרא את ההסכם וחתם עליו בפני חיון, ואם הייתה לו שאלה באשר להתכסות על העסקאות נאמר לו על ידי חיון כי פורקס מתכסה "**במיליון אחוז**" - כאשר בהסכם עצמו, אשר היה בפני הלקוח, נאמר כי "**החברה רשאית, על פי שיקול דעתה הבלעדי לפעול כזירת תיווך... וכן לפעול כעושה שוק ולהוות צד נגדי לעסקה מול הלקוח**".

אין זה סביר בעיני כי חיון, כאיש מכירות ושיווק של פורקס אשר נפגש עם הלקוחות וממילא עבורם את הפרטים בהסכם במעמד חתימתו, לא קרא מעולם את ההסכם אותו שיווק באמצעות פורקס אחזקות - ולא ידע כי נכתב בו במפורש כי פורקס אינה חייבת להתכסות על עסקאות לקוחותיה וכי היא רשאית לפעול כעושה שוק.

קשה היה שלא להתרשם במהלך חקירתו הנגדית של חיון מהאמירה החוזרת שלו בדבר "**ההתכסות**".

יש להבהיר כי חיון הוא שותפו של שייך בחברת א.ל.מ.

תאריך היסוד של החברה הוא 31.12.09, כפי שעולה מפלט המידע של משרד המשפטים אשר צורף כנספח 1 לבקשה לביטול צו עיקול זמני. מועד זה הוא זמן קצר לאחר שהופסקה פעילות שייך באמצעות פורקס.

א.ל.מ מספקת שירותי שיווק לחברת OTC (ס' 1 לתצהיר העדות הראשית של שייך). מהסכם המשתמש של חברת OTC (צורף כנספח 1 לתצהיר העדות הראשית של הרצוג) עולה כי OTC, בדומה לפורקס, מאפשרת ללקוחותיה לסחור ולבצע עסקאות בשוק המט"ח.

חיון אינו נתבע במסגרת התביעה, למרות שהיה אחד מאנשי הקשר המרכזיים בין פורקס לשייך.

שייך הצהיר כי חיון הוא זה אשר מסר לו את המצג המטעה לפיו פורקס מתכסה בגין כל עסקאות לקוחותיה (ס' 14 לתצהיר שייך בבקשה לעיקולים זמניים).

הן בכתב התביעה והן בתצהיר אשר תמך בבקשה לעיקולים זמניים, העיד שייך כי בסמוך להתגבשות נזקיו פנה אליו חיון והודה בפניו כי חמד וסגל מתוגמלים על הפקדת כספו ומחיקתו וכי חיון מסר לו שגם הוא עצמו תוגמל על הפסדי לקוחות ומחיקת חשבונותיהם.

בחקירתו הנגדית אישר שייך כי ויתר למעשה על דרישותיו הכספיות כלפי חיון (עמ' 77 לפרוטוקול).

שייך טען "**בהתחלה שאני הייתי במסחר הוא לא ידע שהוא מתוגמל מההפסדים שלי**" (עמ' 77 לפרוטוקול).

לדבריו, חיון ידע על כך ואמר לו את הדברים רק לאחר התגבשות הנזק בדצמבר 2009.

למרות זאת, הועלו עדיין בכתב התביעה טענות בדבר התגמול כלפי חיון, סגל וחמד במקשה אחת.

חיון "**נעלם**" מהסעיף המתייחס לתגמול מההפסדים בתצהיר עדותו הראשית של שייך.

בסעיף 50 לתצהיר העדות הראשית של שייך בו מתואר אותו וידוי של חיון בסוף דצמבר 2009 המתייחס, בין היתר, לעניין התגמול לא נזכר חיון כמי שביצע מעשים פסולים ואסורים כלפי שייך.

משהופנה שייך לאמור בתצהיר העדות הראשית טען כי חיון כבר לא מופיע בו יחד עם סגל וחמד "**כי הוא הציג לי הסכם שלו אחרת. הסכם שלו מול פורקס פלייס הוא לא מקבל ממחיקות, הוא גם הוכיח לי את זה**" (עמ' 98 לפרוטוקול).

אולם, לדברים אלה אין, כאמור, זכר לא בכתב התביעה ולא בבקשה להטלת העיקולים ולכן נראה כי הם בגדר הסבר מאוחר ובלתי אמין .

שייך העלה הסבר נוסף לאי הגשת תביעה כנגד חיון.

לדבריו, "**הבן אדם קיבל בסך הכל מההפסדים שלי... אולי משכורת 20 אלף שקל כל התקופה מההפסדים שלי... גל סגל ואלה קיבלו 600,000 דולר הרוויחו על ההפסד שלי. מה היחס?**" (עמ' 85 לפרוטוקול).

שייך הסביר כי חיון הוכיח לו את האמור לאחר ההפסד – כלומר לפני שהוגשה התביעה והבקשה להטלת העיקולים.

"**ש. מתי הוא אמר לך שהוא מרוויח רק משכורת?**

ת. אמר לי אחרי... אחרי שהפסדתי את הכסף."

לאחר מכן הופיעה גרסה חדשה לפיה נאמרו לו הדברים רק לפני מספר חודשים "**אני אומר לך לפני כמה חודשים במקרה הוא עבר דירה לפתח תקווה. הוא אומר הנה תסתכל, אפילו יש, מצא את ההסכם שלו עם פורקס פלייס. הוא אומר יצא לי פה משכורת.**

ש. עכשיו הוא אמר לך את זה?

ת. חודש כן לא מזמן" (עמ' 100 לפרוטוקול).

עדותו של שייך בעניין זה אינה עקבית ואינה אמינה ואין בה כדי להסביר את ויתורו המוחלט של שייך על טענותיו ודרישותיו הכספיות כלפי חיון.

המסקנה הסבירה היא כי ויתורו של שייך על טענותיו ותביעותיו כלפי חיון - ועדותו של חיון אשר מטרתה לתמוך בגרסתו של שייך– הם תוצאה של השותפות העסקית הנוכחית בין השניים. חיון העיד כי מכר לשייך את א.ל.מ תמורת קיזוז חוב שהיה לו כלפי שייך בסך של כ-100-150 אלף ₪ (עמ' 161 לפרוטוקול).
לכן, לא די בגרסתו של חיון כדי להוכיח את טענותיו של שייך בדבר המצגים המטעים כביכול שהוצגו לו בעניין התכסותה של פורקס והשפעתם על החלטתו לסחור באמצעות פורקס.

- ניסיונו של שייך בתחום הפורקס

שייך הוא איש עסקים מנוסה, שהגיע לסחור בפורקס כאשר הוא בעל ניסיון קודם בתחום.
שייך העיד בחקירתו הנגדית כי סחר באמצעות חברת **פינוטק** לפני שעבר לפורקס, במשך מספר חודשים, בהיקף של כ-200 אלף דולר (עמ' 59-58 לפרוטוקול).

אין מחלוקת כי בתקופה של עשרה ימים, החל מיום 15.10.2009 ועד ליום 25.10.2009, העביר שייך סכום של 4,670,800 ₪ לחשבונה של פורקס.
אין גם מחלוקת בין הצדדים כי מדובר במסחר בסכומים בהיקף גבוה וחריג בתקופה קצרה.
במהלך החקירה הנגדית אישר בא כוחו של שייך כי שייך סיים לסחור בפורקס ביום 24.12.2009 וכי א.ל.מ הוקמה, כאמור, ביום 31.12.09.

בדיון בבקשה לביטול צווי העיקול העיד שייך כי לאחר שהפסיד את הכסף ישב שבועיים בבית והיה למעשה "**באבל, לא דיבר עם אף אחד ולא ענה לטלפונים**".
עדות זו אינה עולה בקנה אחד עם עדותו בדיון הנוכחי, לפיה ניהל במהלך אותם שבועיים מו"מ בקשר להקמת חברת א.ל.מ שהיא, כאמור, חברה מתחרה של פורקס אחזקות.

אין ספק כי הכוונה בעדות זו היא להצביע על כך שהמגעים והתכנון להקמת החברה המתחרה העוסקת בתחום הפורקס, החלו רק לאחר ההפסד וכי לא היה תכנון כלשהו קודם לכן.

תשובותיו של שייך בעניין זה בחקירה הנגדית לא היו עקביות:

עו"ד פירט: ב- 24.12 אתה מסיים לסחור. אתה עושה מייד פגישות איתם לפני הקמת החברה שזה ב- 31.12, נכון? וקובע איתם את האפשרות שהם יקימו חברה ואתה תיתן הלוואה, אני צודק?

ת: לא היה מדובר על הלוואה.

כב' השופטת: הוא אומר שההלוואה הייתה אחרי שהם הקימו את החברה. מתי דברתם על זה?

ת: אנחנו בהתחלה על דברנו להקים חברה שותפים אני, גל ואלי.

עו"ד פירט: וזה לפני ההקמה...

ת: היה מדובר לעשות חברה משותפת שתעבוד בתחום הפורקס. היו לנו שתי פגישות, בסך הכל שתי פגישות.

ש: ואז הם הקימו את שלהם. זה מה שאתה אומר.

ת: הקימו את החברה, אחר כך לא היה להם מספיק כסף לשכור משרדים ודברים כאלה,

כב' השופטת: ואז הלווית להם.

ת: אז פעם ראשונה אני זוכר היה איזה 10 אלפים דולר, נתתי לאלי (חיון – ד.ק.)**, אמרתי לו קח תסתדר, תחזיר לי. האמנתי בבן אדם. והלכו ובסוף כאילו אלי הלך עם, בהתחלה הייתי בכמה פגישות, ולא יודע מה היה איתם. אחר כך נכנסתי עוד פעם לתמונה אחרי חצי שנה מאז.**

עו"ד פירט: תגיד לי, עכשיו אנחנו אומרים שהפגישה הזאת הייתה ב-31.12. בתצהיר שלך,

עו"ד ברם: מה פגישה, איזה פגישה? סליחה, סליחה. לא הייתה פגישה ב- 31.12, הוא לא אמר את זה. יש מסמך רישום ב- 31.12, לכן אני רגיש לתאריכים.

ת"א 32939-01-11
ת"א 32939-01-11.1
מג'ד שייך ואח' נ' פורקס פלייס ואח'

15 מרץ 2016

עו"ד פירט: ב- 31.12 כבר מוקמת חברה, הפגישות היו קודם, אז החליטו שהם מקימים חברה לבד. זה מה שאמרת. נכון?

ת: היה פגישה, כן. היה משא ומתן.

ש: יופי.

ת: אבל תאריך אני לא זוכר תאריכים.

כב' השופטת: בסדר, בלי תאריכים.

ת: כאילו מה, היה לי סך הכול שתי פגישות. היה פעם אחת,

כב' השופטת: אפשר לסכם שהפגישה הזאת הייתה בין המועד שהפסדת את הכסף לבין המועד רישום?

ת: אחרי. אני חושב אחרי שהפסדתי.

כב' השופטת: אחרי שהפסדת את הכסף?

ת: כן, אחרי שהפסדתי את הכסף.

כב' השופטת: או. קי. אז זה נותן לנו טווח באמצע.

עו"ד פירט: מר שייך, אני רוצה לספר לך שבבית משפט בדיון הקודם אתה סיפרת לבית משפט שמהרגע שהפסדת את הכסף, הרגע אמרנו 24.12, שבועיים ישבת בבית, לא דברת עם אף אחד, לא ענית לטלפונים, היית באבל נוראי כי החם שלך לא ידעת מה להגיד לו. אני צודק או שאני טועה?

ת: אתה צודק.

ש: אז עכשיו תסביר לי איך קרה שבשבועיים שאתה יושב בבית ולא מדבר עם אף אחד, הצלחת להיפגש איתם, להחליט שמקימים חברה, להחליט שלא מקימים חברה, ואולי כן או לא לתת להם הלוואה. תסביר לי את זה. גם אין הסבר זו תשובה.

עו"ד ברם: לא, הוא הסביר מצוין,

ת: אני לא, נכון שקבלתי את זה מאוד קשה, שבועיים. אבל יכול להיות שיצאתי לפגישה. לא יודע אם זה בשבועיים האלה, אחרי.

עו"ד פירט: אני אקריא לך. 'אחרי שהפסדתי את הכסף הלכתי שברתי את הראש מה להגיד לחמי, בלגן בבית. שבועיים היה לי מסך על העיניים,

שבועיים לא דברתי עם אף אחד, לא עניתי לטלפונים'. או. קי? חברי אמר שפשוט זה מתיישב ביחד.

עו"ד ברם: נכון.

...

כב' השופטת: הוא הסביר שהוא נפגש איתם לפני המועד שבו החברה נרשמה. אין מחלוקת לפי תעודת הרישום שהחברה נרשמה ב- 31.12.

עו"ד ברם: נכון, זה לא על שמו אבל.

כב' השופטת: לא משנה על שמו, לא אמרנו על שמו. אין גם מחלוקת שב- 24.12 הוא הפסיד את כל הכסף. עכשיו אנחנו מנסים לברר מה קרה,

עו"ד ברם: בתקופת האבל.

כב' השופטת: בין ה- 24.12 לבין 31. אז על זה יש לנו קצת גרסאות סותרות ועל זה אנחנו חוקרים. ועד עכשיו הכל היה בסדר. אז אנחנו חוזרים לאותה תקופה בין ה- 24.12 ל- 31.

עו"ד ברם: בסדר גמור.

כב' השופטת: אז אומר כרגע העד נכון שלקחתי את זה קשה, אבל יכול להיות שבכל זאת יצאתי לפגישות.

ת: גבירתי, זה דברים, אף אחד לא יכול לזכור את הפגישה שהייתה בסך הכל פגישה או שתיים,

כב' השופטת: בסדר גמור.

ת: אני זוכר בתקופה שהיה הכסף כאילו, לא זוכר אם הייתי כבר מופסד את הכסף. זה דברים כאילו אי אפשר, אני לא יכול להגיד כן, לא.

כב' השופטת: או. קי. בסדר.

עו"ד פירט: עכשיו אני מזכיר לך שתיכף אנחנו נראה שבפגישה אצל חמד אתה זוכר

ככה, מה הילדים שלו עושים, את מי אמרו לך לפגוש, איפה גר אברמוב, איפה, מה הציעו לך לשתות. שם אתה זוכר, וזה קודם, נכון?

ת: נכון.

ש: תסכים איתי שזה קודם. שם אתה זוכר הכל, פה אתה לא זוכר פשוט.

ת: אני זוכר. אני פה זוכר הכל.

ש: אתה זוכר.

ת: שניה, תן לי להשלים. אני זוכר. שמה לא היה תאריכים, שמה אני זוכר מה ראיתי.

ש: הבנתי. מר שייך,

ת: שמה אני לא אמרתי גם תאריכים. בחמד לא אמרתי באיזה תאריך פגשתי אותו. אתה יכול להגיד לי מה היה לפני שנתיים? אתה יכול לזכור?

ש: מר שייך, אני רוצה להקריא לך משפט שאמרת ותגיד לי אם זה נכון או לא נכון, זה מאוד פשוט. אומר ככה 'לאחר שהפסדתי את הכסף שבועיים לא דברתי עם אף אחד, לא עניתי לטלפונים, התבודדתי בבית ולא ידעתי מה לעשות'. אני שואל אותך האם בתקופה הזאת שלא דברת עם אף אחד, ישבת בבית, לא ענית לטלפונים, זו התקופה שדנת בלהקים חברה מתחרה עם גל סגל ואלי חיון?

ת: אני לא זוכר בתאריך. יכול להיות אחרי, יכול להיות לפני. אני לא זוכר.

ש: או. קי. בוא נמשיך.

ת: אי אפשר לזכור". (עמ' 69, ש' 3 – עמ' 71, ש' 16; עמ' 72 ש' 2 – עמ' 73, ש' 21 לפרוטוקול).

אדם שאינו מתמצא בתחום הפורקס, גם אם הוא אינו מומחה של ממש, אינו מקבל החלטה להקים חברה מתחרה בחברה בה הפסיד כספים - במהלך כשבועיים בהם הוא מצוי, לכאורה, "**באבל**" בגין אותם הפסדים.

המסקנה הסבירה יותר היא כי שייך היה מודע לדרך המסחר המקובלת בחברות מסוגה של הנתבעת 1 ואף היה מעוניין להקים חברה מתחרה - עוד לפני ההפסדים ותקופת "**האבל**" בגינם.

יתרה מזאת, ההפסדים עצמם לא מנעו משייך להקים חברה העוסקת באותו תחום, שכן היה מודע לדרך המסחר בפורקס ולאפשרות כי יגרמו לו הפסדים.

עוד יש לציין בהקשר זה, כי ההסכם עליו חתומים לקוחות א.ל.מ כלפי OTC דומה ביותר להסכם תנאי השימוש.

סעיף 6.6 זהה למעשה לסעיף בהסכם תנאי השימוש של פורקס לפיו קיים שיקול דעת אם להתכסות בגין העסקאות או לפעול כעושה שוק (נ/7).

עדותו של שייך כי אינו מכיר את ההסכם וכי הוא משקיע בלבד בחברה אינה סבירה ואינה אמינה עלי.

על רקע כל האמור לעיל, יש מקום לקביעה כי אילו היה שייך מתקשר עם פורקס על בסיס מצגים שהם חריגים וייחודיים לדרך המסחר המקובלת בשוק הפורקס - אותה הכיר והיה מודע לה - היה עליו לדאוג לעגן הסכמות נטענות אלו בכתב ואף סביר להניח כי היה עושה זאת.

אין כל מקום לגרסתו של שייך לפיה סחר במיליוני שקלים בהתבסס על מצגים חריגים וייחודיים שהוצגו לו בעל פה על ידי אנשים אותם הכיר לכל היותר מספר שבועות.

התוצאה היא כי שייך לא הוכיח את טענתו כי הוצגו בפניו, במהלך פגישות שערך עם נציגי פורקס אחזקות, מצגים מטעים לפיהם פורקס מחויבת להתכסות על כל עסקאותיה או כי התקשר איתה על סמך מצגים מטעים אלו.

כבר באמור לעיל יש כדי לדחות את טענתו של שייך בדבר ניהול מו"מ בחוסר תום לב ופגמים בכריתת הסכם, בגינם יש להורות על ביטול ההסכמים עם פורקס ולהעניק לו סעד של השבה ופיצויים.

כעת, יש לבחון את שאלת חתימתו ותחולתו של הסכם תנאי השימוש בין שייך לפורקס.

- הסכם תנאי השימוש

פורקס טענה, כאמור, כי שייך הוחתם על עותק מודפס של ההסכם וכי העתק מההסכם ומצילום תעודת הזהות של שייך, הועברו למשרדי פורקס עוד טרם החל שייך לסחור. (העתק ההסכם וצילום תעודת הזהות צורפו כנספח 3 לתצהיר העדות הראשית של הרצוג). שייך טען, כאמור, כי חתימתו על ההסכם זויפה.

טענת הנתבעים לפיה חתם שייך על עותק מודפס של הסכם תנאי ההתקשרות לא הוכחה.

הנתבעים טענו כי שייך וחיון הגיעו למשרדי פורקס בצפון, כאשר ההסכם מלא וחתום (ס' 20 לתצהיר סגל, ס' 149 לסיכומי הנתבעים).

חוות הדעת הגרפולוגית מטעם שייך קבעה, כאמור, בסבירות של 80%-85% כי החתימה על העתק ההסכם אשר הוצג בפני המומחית אינה חתימה בכתב ידו של שייך.

הנתבעים לא הציגו חוות דעת נגדית לסתור קביעה זו. כמו כן, העובדה שהנתבעים לא איתרו את העותק המקורי של הסכם ההתקשרות, אשר היה מאפשר לגרפולוגית להעריך את מהימנות החתימה במידה מדויקת יותר, עומדת לחובתם.

גם אם החתימה על גבי הסכם ההתקשרות היא זו של חיון, אשר מילא את פרטיו של שייך על גבי ההסכם, אין בכך כדי להועיל לנתבעים אשר לא טענו או הוכיחו כי חיון היה מוסמך מטעמו של שייך לחתום במקומו ובשמו על ההסכם.

- **שייך חתם ואישר את תנאי השימוש של פורקס באינטרנט**

כפי שעולה מסעיף 28 לתצהירו של הרצוג, כדי לסחור דרך אתר האינטרנט של פורקס היה על שייך לאשר את תקנונה של פורקס. אישור התקנון נעשה בדרך של לחיצה על "**I Agree**".

כפי שעולה מסעיף 29 לתצהירו של הרצוג, ללא חתימה אלקטרונית כאמור ואישור תנאי השימוש, לא ניתן לסחור דרך אתר האינטרנט של פורקס.

בתנאי השימוש נכלל, כאמור, סעיף מפורש בו נקבע כי פורקס הייתה רשאית לפעול במעמד של עושה שוק.

ההלכה הפסוקה קובעת כי אדם החותם על הסכם מחויב בתנאיו ומוחזק כמי שקרא את התנאים והסכים להם.

הפסיקה קבעה בהקשר זה כי טענת "**לא נעשה דבר**" ("**non est factum**"), המבוססת על הטענה כי צד להסכם לא קרא אותו ולא ידע על מה חתם ועל מה

התחייב, היא טענה שהנטל להוכיחה הוא נטל כבד מעבר לנדרש במשפטים אזרחיים (בע"א 36/99 **יפה נ' עזבון המנוחה חנה גלזר ואח'**, פ"ד נ(3) 272; להלן: "**עניין גלזר**"). בעניין **גלזר** הובהר הרציונל לנטל ההוכחה הכבד המוטל על צד אשר חתם על הסכם:

"**טענת 'לא נעשה דבר' מבקשת לקעקע את יסודות קיומו של החוזה, שהנתבע הטוען לה חתם עליו. היא באה לסתור את החזקה כי החותם על מסמך קרא את תוכן הדברים האמורים בו, יודעם ומבינם. ככזו, היא מרחיקת לכת, ובעלת משמעות 'קיומית' לחוזה. רק סביר הדבר כי בנסיבות אלה מידת ההוכחה שתידרש לביסוס הטענה, תהיה מידה משמעותית, מעבר לזו הנדרשת דרך כלל לגבי טענות הגנה אחרות המועלות כנגד תביעה חוזית**".

בעניין **גלזר** נקבע כי חזקה על מי שחותם על מסמך כי הוא מסכים לאמור בו, יהא תוכן המסמך אשר יהא.

עם זאת, הלכת **גלזר** מתייחסת לסיטואציה בה מוצג בפני צד מסמך כתוב, המשקף את ההסכמות החוזיות בינו לבין הצד השני והוא נדרש לחתום על מסמך זה. החתימה היא האקט המשפטי המעיד, ככלל, כי החותם קרא את המסמך עליו הוא חותם, והסכים לתוכנו.

מדובר בחזקה שיש לה משמעות גם במישור המדיניות המשפטית, שכן היא נועדה לוודא שהסכמים חתומים יהיו ככלל הסכמים מחייבים, על כל האמור בהם.

במקרה שלפנינו, הסכם תנאי השימוש הוא הסכם מקוון, "**אינטרנטי**", ולא הסכם כתוב. בהסכם כזה אקט החתימה הוא שונה מאשר בהסכם כתוב.

בת.א (ת"א) 1963-05-11 **יעקב ארמונד מלכה נ' אווא פיננסי בע"מ ואח'** (להלן: "**עניין מלכה**") קבעה כב' השופטת רונן, בהחלטה בבקשה לסילוק התביעה על הסף, כי ככלל ולאור העובדה כי מדובר בהתפתחות טכנולוגית חשובה ומשמעותית, אין מניעה ליישם את ההלכה שנקבעה בפסק דין **גלזר** ביחס לחתימה על מסמך כתוב, גם לחתימה על מסמך מקוון או לאישור של מסמך כזה בדרכים אחרות, כמו אקט של פתיחת חשבון.

בעניין **מלכה** נקבע כי כדי שלחתימה מקוונת כאמור תהיה אותה משמעות כמו לחתימה על מסמך כתוב - יש לוודא כי החותם היה אכן מודע לתנאים עליהם חתם

וכי הוא קרא אותם. במקרה בו מתקשר אדם בהסכם מקוון שכל תנאיו גלויים בפניו והוא מאשר את הסכמתו להם, ניתן להחיל את ההלכה שצוינה לעיל.

עוד נקבע בעניין **מלכה** כי ככלל, הנטייה של בית המשפט תהיה לתת משנה תוקף להסכם מקוון, כאשר הסכמת המתקשר בו היא אקטיבית (הסכם מסוג "**clickwrap**"), כמו ההסכם שבענייננו - לעומת הסכמים מסוג **browsewrap**, הסכמים המופיעים באתר אינטרנט אשר אינם דורשים הסכמה אקטיבית של המתקשר לתנאיהם.

כמו כן, נקבע ב**עניין מלכה** כי הדברים נכונים גם כאשר לא כל תנאי ההסכם גלויים בפני המתקשר וכדי לראות את חלקם עליו לפנות לקישור (**link**).
נקבע כי ייתכנו נסיבות בהן גם התנאים המצוינים בקישור יחייבו את המתקשר. זאת כאשר מדובר בקישור ברור, שקל להגיע אליו ולהיחשף לתנאיו. כב' השופטת רונן הסבירה כי הפנייה ממוחשבת למסמך נוסף היא בעייתית פחות מאשר הפניות במסמכים כתובים, שכן הפניה ממוחשבת למסמך הנוסף היא פשוטה ותוכנו זמין למתקשר.

קביעות אלה מקובלות עלי לחלוטין ויש להחיל אותן גם במקרה הנוכחי.

שייך אישר בחקירתו הנגדית כי חלק מהפעולות בוצעו על ידו מול המחשב (עמ' 81 לפרוטוקול). עם זאת, טען כי אינו יודע מה זה "**I Agree**" וכי אין הוא מכיר את דרך האישור הזו כדרך פעולה לפני תחילת הפעילות באתרי אינטרנט (עמ' 81, ש' 21-8 לפרוטוקול).

אין לקבל כאמינה את גרסתו של שייך, שהוא משקיע וסוחר במט"ח באמצעות האינטרנט, כי אינו מכיר את דרך הפעולה של אישור תנאי שימוש באתרי אינטרנט באמצעות לחיצה על כפתור "**I Agree**".

בכתב התביעה, בתצהיר העדות הראשית מטעמו של שייך ובסיכומים שהוגשו מטעמו, לא הכחיש שייך ולא התייחס כלל לעניין חתימתו או הסכמתו לתנאי השימוש באינטרנט.

מכאן עולה כי לא נסתרה עדותו של הרצוג לפיה לא הייתה דרך אחרת בה יכול היה שייך להתחיל לסחור בפורקס, מבלי לאשר את תנאי השימוש באתר האינטרנט שלה.

ג. <u>חוות הדעת שהוגשו מטעם שייך מוכיחות כי הנתבעים לא גרמו לשייך נזק</u>

כמפורט לעיל, חוות הדעת הראשונה מטעמו של שייך מיום 20.1.2010, צורפה על ידי הנתבעים במסגרת הבקשה לביטול צו העיקול (להלן: "**חוות הדעת הראשונה**").
חוות הדעת נערכה על ידי מחלקת מחקר של **OTC.**
בחוות דעת זו נטען כי הנזק שנגרם לשייך עומד על סך של **"כ- 40 אלף דולר – מינימום".** כאשר החשש הוא "**סגירת פוזיציות בצורה פיקטיבית בעת פריצה של השוק על מנת למנוע רווח מהלקוח".**

חוות הדעת השנייה מיום 16.1.2011, נערכה על ידי **טננבאום**, וצורפה לבקשת העיקול מטעמו של שייך (להלן: "**חוות הדעת השנייה**").

בהחלטותיי מיום 17.11.2011 ומיום 21.11.2011 נעתרתי לבקשת שייך להגשת חוות דעת שלישית מטעמו, אשר נערכה על ידי ד"ר **איציק אלפי** (להלן: "**ד"ר אלפי**").
חוות דעת זו הוגשה לבית המשפט ביום 27.11.2011 (להלן: "**חוות הדעת השלישית**").

חוות הדעת אשר הוגשו מטעמו של שייך אינן עולות בקנה אחד עם הסעדים הנתבעים במסגרת כתב התביעה ומהוות בגדר הרחבת חזית כפי שטענו הנתבעים.

בכתב התביעה תבע שייך, כאמור, את השבת סכום השקעותיו בפורקס וכן פיצוי בסך 500,000 ₪ בגין עוגמת הנפש שלכאורה נגרמה לו, בסכום כולל של 6,206,754 ₪.
בניגוד לכך, כפי שיפורט בהמשך, חוות הדעת מטעמו של שייך מתייחסות לנזקים אשר התרחשו לכאורה במהלך המסחר בפורקס וכתוצאה משיטות המסחר בה נקטו.

חוות הדעת הראשונה והשנייה מטעם שייך מתייחסות לנזק אשר נגרם לו לכאורה מאופן סגירת עסקאותיו בפורקס ברגע הגעתן לנקודת ה-**stop loss.**

כל אחת משתי חוות הדעת קובעת כי נגרם לשייך נזק בסכום אחר - כ-40 אלף דולר בחוות הדעת הראשונה לעומת 347 אלף דולר בחוות הדעת השנייה.

חוות הדעת השלישית מתייחסת לנזקים אשר נגרמו לכאורה לשייך כתוצאה מפערי מחירים בביצוע – פער בין ערכי הציטוט שהוצגו לשייך במערכת המסחר של פורקס - לבין מחיר הביצוע.

בסעיף 11, בפרק סיכום חוות הדעת, קבע ד"ר אלפי כי "**הפער המצטבר בין ערכי הציטוט לבין מחיר הביצוע יצר הפסד בחשבון התובע בשווי כולל של 119,321 דולר.**"

עוד מתייחסת חוות הדעת השלישית לפערים בין מחירי השוק לציטוט של פורקס.

המומחה קבע בסעיף 11.5 לחוות הדעת כי "**השוואת הציטוטים שבמערכת המסחר של פורקס פלייס למחירי השוק העלתה כי קיימות חריגות בין מחיר הציטוט למחיר השוק**".

המומחה טען כי לציטוט השפעה ישירה על פתיחה וסגירה עסקה ועל עמלת התיווך שמשלם הלקוח.

בחוות דעת משלימה אשר הוגשה על ידי אלפי, המתייחסת לנזק שצוין בחוות הדעת, נאמר כי לאחר בדיקה של 300 עסקאות בהן נמצאו פערי מחירים בביצוע (פער בין הציטוט למחיר הביצוע) החלוקה היא כלהלן:

228 עסקאות גרמו להפסד מצטבר של כ- 80,000 דולר.

54 עסקאות נסגרו בעקבות הוראת **take profit** וגרמו להפסד של כ- 48,000 דולר

18 עסקאות נסגרו בעקבות הוראת **stop loss** ונוצר רווח מצטבר בסכום של 9500 דולר.

לגופו של עניין, בחוות הדעת שהוגשו מטעמו של שייך לא הוכח כי הנתבעים גרמו לשייך נזק.

חוות הדעת הראשונה נפתחת בקביעה כי מרבית העסקאות ומרבית הפסדיו של שייך תקינים (עמ' 1 לחוות הדעת הראשונה):

"**נתחיל מהשורה התחתונה: לאחר סריקה ממוחשבת, השוואת נתונים לנתוני שוק בורסאיים ושל עושי שוק מקבילים המשתמשים בנתוני שוק זהים, ניתן להסיק כי**

מרבית העסקאות תקינות. ישנן מספר עסקאות החורגות באופן תמוהה (כך במקור- ד.ק.) – **אותן נציג בדו"ח החריגות.**
ממבט ראשון בדו"ח העסקאות ניתן לחשוב כי מדובר בפגיעה עקבית בלקוח אך לאחר מחקר מעמיק ניתן לראות בבירור כי מרבית ההפסד נגרם עקב הפסדים 'תקינים'".

המומחה ציין כי במהלך הבדיקה התגלו שמונה אירועים חריגים מאוד אשר כוללים 12 "**טריידים**". (עמ' 5 לחוות הדעת הראשונה).

בחוות הדעת השנייה בחן טננבאום 8 עסקאות בחוזים עתידיים של נפט גולמי אשר נסגרו, לדבריו, תוך פחות מדקה ביום 6.11.2009 בשעה 15:30 שעון ישראל (ס' 1 לחוות הדעת השנייה).
הטענה בחוות הדעת הייתה כי מדובר בהתערבות של פורקס בחשבון שייך כדי למנוע רווח.
טננבאום ציין כי בעסקה הראשונה נמכרו 25 חוזים, כל אחד על 1000 חביות נפט, במחיר 79.73 דולר.
לאחר מכן ניתנה פקודת **stop loss** במחיר 79.68 ופקודת **take profit** במחיר 77.74.
באופן דומה נתנו מחירים בעסקאות הבאות.
נאמר על ידו כי מהנתונים שפורטו בחוות הדעת עולה כי העסקה הראשונה נסגרה במחיר ה- **stop loss**, העסקה שנייה נסגרה במחיר מימוש הרווח (**take profit**) ושאר העסקאות נסגרו כולם במחיר ה- **stop loss.**
סיכום העסקאות נסגר בהפסד של 4250 דולר. אולם, לטענת טננבאום, מבדיקת מחירי
הנפט הגולמי כפי שהיו בשוק באותו הזמן, עולה שמחיר הנפט לא עלה למחירי ה- **stop loss**, שנעו בסביבות 79.6 דולר, ולמעשה הוא אף ירד בהמשך לכיוון 77 דולר.
לדבריו, העסקאות נסגרו על ידי המערכת באופן פיקטיבי במחירים שלא היו בשוק ולמעשה היו במרחק ניכר ממחירי השוק (ס' 5.4 לחוות דעת טננבאום).
נטען כי לאחר כעשרים דקות מחירי השוק הגיעו למחיר ה-**take profit**.

נקבעה כי אלמלא היו נסגרות העסקאות באופן הפיקטיבי כאמור, הן היו נסגרת בהתאם לפקודות ה-**take profit** שניתנו (ס' 5.5 לחוות דעת טננבאום).

עוד נאמר כי מתוך קובץ ה-**manager** המפרט את הפעולות שנעשו בחשבון, אשר נמסר לידי שייך, עולה בבירור כי פורקס או מי מטעמה פעלו באופן יזום בחשבון וסגרו את העסקאות שלא במחירי השוק (ס' 5.6 לחוות דעת טננבאום).

נאמר כי דילר המכונה ***"9"*** הוא שנתן את ההוראות לסגור את 8 העסקאות בחוזי הנפט שלא היו, כאמור, במחירי השוק באותו מועד (ס' 5.7 לחוות דעת טננבאום).

טננבאום טען כי עקב סגירת העסקאות במחירים פיקטיביים, כאמור, ולא במחירי ה-**take profit** נמנעו משייך רווחים בסך 347,500 דולר, שהם הנזק הנטען במסגרת חוות דעת טננבאום (ס' 5.8 ו- 5.9 לחוות דעת טננבאום).

בס' 6 לחוות דעתו של טננבאום, אשר כותרתו "**מסקנה**", נכתב כי פורקס פעלה כ"**עושה שוק**" לכל הפחות בעסקאות האמורות. אילו פורקס הייתה מתכסה על עסקאותיה, היה לה עניין ששייך ירוויח בעסקה זו ואחרות.

אולם, משפועלת פורקס כ"**עושה שוק**", האינטרס המובנה שלה הוא ששייך לא ירוויח את הסכום של 347,500 דולר שהיה אמור לצאת מכיסה.

אין מקום לטענה כי נגרמו לשייך נזקים בעקבות עצירת עסקאותיו שלא בנקודת ה-**stop loss**.

מחקירתו הנגדית של טננבאום עולה כי העסקאות כאמור נסגרו לאחר שנגעו בנקודת ה-**stop loss** וכפי שהיה על פורקס לפעול (עמ' 39, ש' 20 – עמ' 40, ש' 18 ; עמ' 41, ש' 1 – עמ' 42 ש' 5 ; עמ' 43, ש' 25-1 לפרוטוקול):

"**עו"ד פירט: עכשיו תאשר לי שה- stop loss הכי גבוה היה 79.69 בעסקה השלישית.**

ת: אני מאשר לך את זה.

ש: ותאשר לי שאם זה הגיע ל- 79.7, אם זה הגיע ל- 79.69 כמובן, אבל כדי שנהיה בטוחים, אם זה הגיע ל- 79.7 זה עבר את הסטופר (צ"ל – סטופלוס – ד.ק.) **והיה צריך לסגור את העסקה.**

כב' השופטת: היה צריך לסגור אותה כבר 0.1 לפני כן.

עו"ד פירט: ברור. כדי שנהיה רגועים כולנו.

ת: פה ברשותך אני קצת חייב לפרט.

ש: לא, לא, לא, תענה.

כב' השופטת: קודם כל תגיד כן או לא, אחר כך תסביר.

עו"ד ברם: הוא שואל שאלה פשוטה, אם הגיע ל- 79.7 צריך לסגור? כן או לא.

ת: כן.

כב' השופטת: בסדר.

עו"ד פירט: ועכשיו יש לי שאלה עוד לפני שאתה מסביר. אם לא הייתי סוגר והנפט היה ממשיך לעלות,

כב' השופטת: ל-8.

עו"ד פירט: היה נגרם למר שייך נזק גדול מאוד, נכון?

ת: בוודאי.

ש: אתה היית הראשון לבוא לכאן לבית משפט להגיד גרמת לו נזק.

עו"ד ברם: אולי השני.

כב' השופטת: אין ספק שאם זה היה עולה וביצעו פעולה מעבר ל- stop loss, נגרם נזק. זה אריתמטיקה.

ת: אני אמרתי כן.

...

ש: ... זה אתה אמרת לנו closing time בתוך ה- 15:30, נכון?

ת: כן.

ש: הווה אומר לקח 6, 7 שניות לסגור את העסקאות. אני צודק?

ת: זה כולם נסגרו בין 15:30.11 עד 15:30.56 למען להיות מדויק.

ש: אז זה לקח בין 6 ל-7 שניות. אני צודק?

עו"ד ברם: לא, אני לא מבין את השאלה. סליחה.

עו"ד פירט: מהרגע שנגע ב- stop loss עד,

עו"ד ברם: אז מתי נגע ב- stop loss? לשיטתך מתי נגע ב- stop loss, ב- 15:29.53? או שאני לא מבין פה. מתי נגע?...

עו"ד פירט: הנה אני מראה. הדוגמאות הראשונות 15:29.52,

כב' השופטת: יש כבר מעל,

עו"ד פירט: 79.72 זה מעל,

ת: זה מעל נקודת ה- stop loss שהוא שם.

ש: יופי. עכשיו הנה גם עו"ד ברם קיבל תשובה. כמה זמן יש בין 29.52 ל- 29.30?

ת: 8 חלקיקי שניה.

ש: לא, 8 שניות?

ת: 8 שניות.

ש: נכון? אני צודק?

ת: כן.

...

ש: מצוין. עכשיו תאשר לי גם שלחברה אין שיקול דעת בכלל, בגלל מה שאמרנו שייגרם נזק, once שעסקה נוגעת ב-stop loss או ב- take profit לסגור את העסקה. אין לו שיקול דעת.

ת: לחברה שפועלת בצורה שאתה פועל, אם זו הצורה שפועלים אז אין לה שיקול דעת."

בסופו של דבר אישר טננבאום "**באופן עקרוני כשלקוח שם stop loss צריך לבצע את זה."**

בחקירתו הנגדית אישר ד"ר אלפי כי מבחינת המחירים שייך קיבל את מה שהוא דרש וביקש . עם זאת, טען כי המחיר בו בוצעה העסקה הוא "**המספר הלא נכון**", כאשר "**שזה לא מוסבר בשום צורה**". (עמ' 299 ש' 10-2 לפרוטוקול).
כך גם נטען על ידי שייך בסיכומים.
בהקשר זה מקובלת עלי טענת הנתבעים, כי שייך חזר בו למעשה מהטענה לפיה נסגרו אותן שמונה עסקאות לפני שהגיעו למחיר ה- **stop loss** וכי הטענה התמקדה בטענתו של ד"ר אלפי כי הוצגו ציטוטים שגויים אשר שונים ממחיר השוק האמיתי.

אין מקום לקבל טענה זו.
מחקירתו הנגדית של ד"ר אלפי עולה כי ההשוואה אותה ערך בין הציטוטים שהוצגו לשייך - לבין הציטוטים אשר משקפים לשיטתו את מחיר השוק האמיתי, כביכול, נערכה ביחס לציטוטים ממקור אחר מאשר המקור עליו הסתמכה פורקס.
ד"ר אלפי לא הציג בחוות דעתו או בחקירתו הנגדית כל הצדקה לעריכת ההשוואה בדרך זו.
יתרה מזאת, הציטוטים שנבחרו על ידי ד"ר אלפי, נבחרו על ידו באופן שרירותי לטובת הערכת הנזק של שייך.

לכן, אין לראות כי ההשוואה שנערכת על ידו כמוכיחה חריגות בין מחיר הציטוט שהציגה פורקס - למחיר שוק "**אמיתי**" כלשהו:

ד"ר אלפי אישר בחקירתו הנגדית כי מתוך עשרות ציטוטים בשנייה הוא בחר באופן שרירותי את אחד מהציטוטים "**אני בוחר שרירותית אחד מהם**" (עמ' 294 לפרוטוקול).

ד"ר אלפי נשאל:

"ש. ומזה גוזר את הנזק?

ת. ומזה גוזר את הנזק.

ש. כל הכבוד, מעולה, בחרת בטח את הכי טוב לך לא?

ת. אני מניח.

ש. רנדומלית?

ת. אני מניח את האחרון באותה השנייה." (עמ' 294 לפרוטוקול).

כמו כן, אישר ד"ר אלפי כי בעוד פורקס רוכשת ציטוטים מחברת **Leverate**, השווה הוא את הציטוטים לציטוטים שהתקבלו מגוף אחר **CME** (עמ' 299-300 לפרוטוקול).

חיון אישר בחקירתו הנגדית כי גם **OTC**, אשר אותה כאמור משווקת חברת א.ל.מ, רוכשת את הציטוטים שלה מ-**Leverate** (עמ' 133, ש' 26-27 לפרוטוקול).

מחוות דעתו של ד"ר אלפי עולה כי ברובם המוחלט של המקרים (17 מתוך 18), בהם פער המחיר בין הציטוט לביצוע גרם רווח לתובע, מדובר בסגירת פוזיציה כתוצאה מהגעה לנקודת ה-**stop loss** (סעיף 8.13 לחוות הדעת ה"ש 3).

מכאן עולה כי פורקס פעלה בהתאם להוראותיו של שייך ולא בוצעה על ידה כל מניפולציה או התערבות בחשבון או בעסקאות.

ד"ר אלפי נשאל:

"ש. ...כל התיק אמרנו לנו ככה: השתילו לו עסקאות, שינו לו שערים, שחקו לו, דברים כאלה, אתה אומר עכשיו שהוא הרוויח כסף בעסקאות?

ת. כמובן, הראנו את זה כבר בגרף הפתיחה שבחלק מהעסקאות מתוך 2600 עסקאות בחלק מהן הוא הרוויח ובחלק מהן הוא הפסיד.

ש. אתה עונה שוב כדי לא לענות לשאלה. צריך להיווצר 1.3 מיליון דולר כדי לשלם עמלות נכון, הוא הרוויח את זה?

ת. הוא הרוויח כסף כתוצאה מפעולות המסחר שלו והוא הפסיד אותו בעמלות.

ש. ... הרי עברת פעולה פעולה... לא הצלחת לזהות איזה פעולה חריגה שמישהו השתיל פעולה, מישהו שיחק עם מספרים, אין דבר כזה נכון?

ת. לא חיפשתי דבר מהסוג הזה." (עמ' 229-330 לפרוטוקול).

גם בהקשר זה מקובלת עלי טענת הנתבעים, כי ד"ר אלפי ניתח על סמך החומר שקיבל מאת הנתבעים עסקה אחר עסקה על בסיס שברי שניות. אם הייתה השתלה או הזזה או כל מניפולציה היה ד"ר אלפי מבחין בכך גם אם לא ביצע חיפוש אקטיבי – כאשר זו הטענה אשר הועלתה לאורך כל ההליך על ידי שייך.

התוצאה מכל האמור לעיל היא כי שייך לא הוכיח שבוצעה מניפולציה או התערבות כלשהי אחרת בחשבונו.

ד. <u>שייך הפסיד את כספו בעקבות השקעות במינוף חריג</u>

באתר הבית של פורקס באינטרנט, היא מזהירה את משקיעיה ממינוף גבוה של עסקאות (נספח 6 לתצהיר העדות הראשית מטעם הרצוג) וממליצה:

"**למנף את השקעותיהם עד פי 10 ולא לסכן בעסקה אחת יותר מ-3% מתיק ההשקעות**".

מחקירותיהם של עדי התביעה עולה כי הפסדיו של שייך לכאורה אינם הפסדים, אלא כי מדובר בעמלות הגבוהות בעקבות עסקאותיו הרבות אשר בוצעו במינוף חריג.

בחקירתו הנגדית העיד טננבאום כי ככל שפועלים בשוק הפורקס בהיקפים ובמינוף גבוהים יותר, כך גדל הסיכון להפסיד (עמ' 52, ש' 4 – עמ' 53, ש' 13 לפרוטוקול):

"ת: **כן, אז בוא אני אסביר את זה בצורה מאוד פשוטה. ככל שבן אדם פועל בהיקפים יותר גדולים, והיקפים יותר גדולים זה לא שווי עסקה בודדת אלא מחזור, כן? כשהוא עושה מחזורים הרבה יותר גדולים, אז בגלל מרווחי הקניה והמכירה אז מבחינה, מאחר והבן אדם לא פועל במה שנקרא מיד פוינט, הוא פועל במרווחי קניה ומכירה, אז ככל שאתה עושה הרבה, הרבה, הרבה יותר עסקאות אתה בעצם נגזרים ממך יותר ויותר עמלות, ולכן מבחינה סטטיסטית אם תעשה כמות אינסופית של עסקאות, כן? אז מבחינה סטטיסטית יש הרבה, הרבה, הרבה יותר סיכויים שתפסיד את כל כספך. ולכן המחזורים והיקפי המסחר גורמים לך בגלל המרווחים שיש לך עניין שאם אתה עושה שוק שתרוויח. אם כל המסחרים היו למשל כמו בהטלת קובייה שאין שום ביד הסק אז זה לא רלוונטי ההיקפים.**

עו"ד פירט: לפי מה שאתה, אתה מכיר את התקנות שעומדים לתקן לגבי שוק הפורקס?

עו"ד ברם: הוא לא משפטן.

כב' השופטת: בסדר, לא משנה. אפשר לשאול,

עו"ד פירט: הוא מומחה, אני שואל שאלה עובדתית אם הוא מכיר או לא מכיר. לא שאלתי עוד שום שאלה משפטית.

ת: אני קבלתי פעם את הקובץ, עיינתי בו ברפרוף. אני לא מכיר את כל,

ש: אתה יודע שמדברים שם על מגבלת מינוף?

ת: זה דווקא ראיתי. ראיתי שמדברים מגבלת מינוף של 1 ל- 25,

ש: למה? למה רוצים לעשות מגבלת מינוף?

ת: זה בדיוק מחזק את מה שאני אומר, בגלל שאתה פועל בהיקפים יותר מדי גדולים ואתה עושה כל הזמן עסקאות ממונפות, אז יש לך יותר סיכויים

להפסיד את הכסף. למשל אם היית עושה את כל עסקאות הפורקס במינון של 1 ל- 1, קונה 10 אלפים דולר במזומן ומוכר אותם, זה לא היה מינוף וזה גם לא היה נחשב ספקולטיבי כל כך.

כב' השופטת: בסדר.

עו"ד פירט: זאת אומרת ככל שהמינוף וההיקפים יותר גדול זה יותר ספקולטיבי.

ת: זה יותר ספקולטיבי, בהחלט. בהחלט

ש: תודה".

בס' 4.1 לחוות דעת ד"ר אלפי צוין כי שייך ביצע 2615 עסקאות.
בס' 4.4 לחוות דעת ד"ר אלפי צוין כי בחשבונו של שייך נפתחו עסקאות בשווי כולל של מעל 5.3 מיליארד דולר.

כפי שציינתי לעיל, אישר ד"ר אלפי בחקירתו הנגדית כי שייך "**הרוויח כסף כתוצאה מפעולות המסחר שלו והוא הפסיד אותו בעמלות**".

מהאמור לעיל עולה כי הפסדי שייך נבעו ישירות מהיקף פעילות ממונפת וחריגה.

באשר לעמלות עצמן – העיד ד"ר אלפי כי כל ברוקר קובע את מרווח העמלות כראות עיניו (עמ' 223 לפרוטוקול).
דר" אלפי אישר כי העמלות (**SPREAD**) הנגבות על ידי פורקס הן לעיתים אף נמוכות יותר מהעמלות הנגבות על ידי **OTC**. (עמ' 321-320 לפרוטוקול).

שייך הזמין לעדות את מר **יוסף זקהיים** (להלן: "**זקהיים**") אשר היה בעל חשבון בפורקס לקראת סוף שנת 2009.
זקהיים העיד כי ביקש למשוך את כספו ובסופו של דבר, לאחר פגישות שהתקיימו בין עורכי הדין של הצדדים, שילמה לו פורקס את הכסף בשני שיקים ואף שולם שכר טרחת עורך דינו.
בחקירה נגדית העיד זקהיים כי יכול להיות שמשך מפורקס כ-111,000 דולר וכי הרוויח כ- 70% על הכסף שהפקיד (עמ' 228 לפרוטוקול).
זקהיים אף אישר כי הוא ביחסי ידידות עם חיון.

זקהיים נשאל מי אמר לו למשוך את הכסף מפורקס ותשובתו הייתה "**אף אחד, מי יכול להחליט לי אני מחליט**"

לאחר מכן נאמר לזקהיים כי חיון העיד כי התקשר אליו ואמר לו למשוך את הכסף שכן החברה עומדת לפשוט את הרגל. לכך ענה "**לא אמרתי שזה לא נכון, יכול להיות... אתה צריך להבין שאתה במגע יום יומי או כמעט יום יומי עם בן אדם... לצורך העניין אלי חיון שאתה מדבר איתו על מיליון ואחד אלף נושאים... אתה מבקש את בקשת המשיכה שלך... אתה לא מתייעץ עם אף אחד לפחות בשלב הראשוני, אחרי זה אתה מתחיל.... מה קורה אלי אני לא מקבל את הכסף שלי.**" (עמ' 230 לפרוטוקול).

בהמשך אישר זקהיים כי חיון אמר לו "**תשמע, בוא הנה אלה גם מסוגלים לפשוט רגל**" (עמ' 233 לפרוטוקול).

כשנה לאחר שעזב את פורקס עבר לחברה של חיון "**בקטנה מה שנקרא**" בסכום של כ- 50,000 דולר.

זקהיים נשאל איך נקבעות העמלות שהוא משלם ב- **OTC**. לכך ענה "**אני לא יודע, יש איזשהם פיפסים כאלה.**"

לאחר מכן נשאל האם העמלות ב- **OTC** גבוהות או נמוכות יותר מאשר בפורקס.

תשובתו הייתה "**בגדול פלוס מינוס אותו דבר**" (עמ' 239, ש' 16 לפרוטוקול).

יש לציין כי זקהיים העיד שהוא "**מופסד**" ב- **OTC**.

ה. <u>לא הוכח כי לפורקס אחזקות היה אינטרס בהפסדיו של שייך</u>

פורקס אינה יוזמת עסקאות והעסקאות אותן היא מבצעת הן עסקאות של קנייה מלקוחות המבקשים למכור, ומכירה מלקוחות המבקשים לקנות, וכן עסקאות לגידור חשיפה. הגידור מתבצע על ידי פורקס, בין היתר, על ידי עסקאות של לקוחות שונים שלה המקזזות זו את זו. בעסקאות המקזזות זו את זו יהיה לקוח אחד שירוויח ואחד שיפסיד.

חיון והרצוג העידו בחקירתם הנגדית כי המסחר אצל פורקס מתבצע מחדר המסחר המצוי ברמת גן (עמ' 150, ש' 22-27; עמ' 447, ש' 15-25 לפרוטוקול). חדר המסחר

מופרד מאנשי השיווק (ס' 120-121 לתצהיר העדות הראשית מטעם הרצוג). לאף סוחר בזירת הפורקס אין ידיעה בכל רגע נתון האם לעסקה שהלקוח שלו ביצע יש קיזוז בעסקה של לקוח אחר.

כאשר פורקס אינה מתכסה על עסקה של לקוח, האינטרס שלה הוא אכן הפוך מזה של זירת המסחר, שכן אז רווח של הלקוח הוא בהכרח הפסד של פורקס.
היטיב להסביר את הדברים בחקירתו הנגדית המומחה טננבאום מטעמו של שייך (עמ' 20, ש' 1-7 לפרוטוקול):

"**עושה שוק זה יכול להתכסות על העסקה אם הוא רוצה, או שהוא רוצה לא להתכסות על העסקה. זה לשיקוליו. זאת אומרת זה לשיקוליו אם הוא רוצה להתכסות, לא רוצה להתכסות. אבל ברגע שהוא מתכסה על עסקה ספציפית, נניח הוא מתכסה וחלק מהעסקאות הוא לא מתכסה, או שהוא לא מתכסה אף עסקה, זאת אומרת שהוא עושה שוק. זאת אומרת שהוא נמצא בעמדה לקחת את המחיר על עצמו**".

אולם, גם כאשר האינטרס של פורקס הוא אכן הפוך מזה של זירת המסחר, לא ניתן לומר כי נציגיה של פורקס פועלים במצב של ניגוד עניינים כמודל עסקי לגבי לקוחות ספציפיים ועסקאות שהם עורכים (ראו **עניין מלכה**). לכן, לא ניתן לקבוע כי יש לפורקס אינטרס להפסד של לקוח כזה או אחר.

בחקירתו הנגדית נשאל חיון:

"**ש. אתה מנכ"ל של חברה אתה מחתים הסכמים עם אנשים, עם אותו סעיף שאומר אם החברה לא רוצה היא לא מתכסה, זה נראה לך הגיוני?**

ת. בטח שזה נראה לי הגיוני. אני אסביר לך בדיוק גם למה. יש לקוחות, לצורך העניין תיקח בפורקס פלייס שגם כן הבעיה היא לא אם הם התכסו או לא התכסו, אני קודם כל משווק חברה, זה לא מעניין אותי. אבל לפחות בשורה התחתונה OTC אף פעם לא היה איתה איזשהי בעיה.... אם נגיד הלקוח רוצה למשוך את הכסף הוא קיבל את הכסף בחיים לא היה לנו עם זה שום בעיה...

בפורקס פלייס מה שאני אומר, וזה מה שהייתה הבעיה, הייתה בעיה עם העברה של הכסף, ההחזרה של הכסף ללקוח... לקוחות שלי פרטיים שכאילו אני הבאתי אותם לפורקס פלייס לא קיבלו את הכסף.

ש. וזאת הבעיה עם ההתכסות? זה מה שמטריד עם ההתכסות?

ת. זה מה שמטריד עם ניגוד האינטרסים שיוצר את ההתקשרות." (עמ' 144-145 לפרוטוקול).

כלומר, בעצם עם אי ההתכסות אין למעשה בעיה אלא רק בנושא אי קבלת הכסף כאשר קיימת בקשת משיכה.

חיון נשאל האם שייך ביקש כסף ולא קיבל ותשובתו הייתה "**מג'ד שייך? לא ביקש אף פעם כסף.**" (עמ' 145 לפרוטוקול).

לאור תשובה זו נשאל חיון מה היא אם כן טענתו לגבי ההתכסות בקשר לשייך.
לכך ענה כי "**בגלל שהיה בניגוד אינטרסים מה שנוצר זה שהיה הרבה אני קורא לזה גם משחקים או אי סדר בחשבון... אי ההתכסות יצרה את האי סדרים**" (עמ' 145-146 לפרוטוקול).

בתשובה זו אין כדי ליצור בסיס לטענה לפיה היה לפורקס אינטרס בהפסדיו של שייך או כי אי ההתכסות גרמה להפסדי שייך.

אין לקבל אף את טענתו של שייך כי סוכניה של פורקס אחזקות תוגמלו ב-40% ממחיקת תיקו.
בסיכומים נטען על ידי שייך כי הוא עצמו גילה בדיעבד כי סוכניה של פורקס תוגמלו ב-40% ממחיקת התיק וכי חיון ושני עדים נוספים – עורך דינו בעבר עו"ד **ארז רזניק** (להלן: "**עו"ד רזניק**") ומר **איתן מוטעי** (להלן: "**מוטעי**") תמכו בטענה זו.
אין בעדויות אלה כדי לתמוך בטענתו של שייך.
מוטעי העיד בתצהירו כי הוא ושייך חברים טובים וכי בשנת 2009 סיפר לו שייך כי הפסיד כמיליון וחצי דולר בפעילות מט"ח אשר ביצע בחברת פורקס.

עוד נאמר על ידו כי במהלך ינואר 2010 נכח יחד עם שייך, חיון, סגל ואנשים נוספים בפגישה שהתקיימה במשרד עורכי הדין **צדוק ושות'** שם נפגשו עם עו"ד רזניק.
לדבריו, הציג סגל באותה פגישה בפני עו"ד רזניק את הסכם המחיקות בינו לבין פורקס, בו צוין כי הסניף הצפוני של פורקס פלייס בחיפה זכאי ל- 40% ממחיקות כספי הלקוח.
עוד נאמר על ידו בתצהיר כי סגל ביקש שההסכם לא יצולם והבטיח שימסור את המקור כאשר תוגש תביעה נגד פורקס פלייס.
עו"ד רזניק עצמו העיד בחקירתו הראשית כי סגל שנכח בפגישה אמר כי יש לו הסכם עם החברה "**שעל כל הפסד של הלקוח הוא מרוויח 30% אני לא זוכר בדיוק. במסגרת הפגישה בקשתי ממנו לראות את ההסכם הוא אמר שהוא ימציא לנו, וזהו. לאחר הפגישה הזאת הוא פשוט נעלם.**

ש. לא הבנתי, הוא המציא לך את ההסכם הזה?

ת. לא, אני לא ראיתי את ההסכם". (עמ' 205 לפרוטוקול).

עדות זו שומטת לחלוטין את עדותו של מוטעי כמפורט לעיל. לכן, אין בעדותם של מוטעי ושל עו"ד רזניק כדי לתמוך בגרסתו של שייך בעניין זה.

גם מעיון בהסכם שבין פורקס לפורקס אחזקות (להלן: "**החוזה לפתיחת משרד**" - נספח 1 לתצהירו של חמד) לא עולה אינדיקציה לכך שמטרתן של פורקס ופורקס אחזקות הייתה לגרום ללקוחות למחיקת כספם.

מקובלת עלי טענת הנתבעים כי מטרת החוזה לפתיחת המשרד הייתה הגדלת נפח הפעילות שיצרה פורקס אחזקות באזור הצפון עבור פורקס.

ס' 6.1 לחוזה לפתיחת משרד קובע "**התמורה לפי חוזה זה תהיה 30% מההפקדות נטו, בכל חודש וחודש (להלן: "התמורה")**".
חמד והרצוג העידו בעדותם כי התמורה עלתה בהמשך ל-40% מסך ההפקדות נטו (עמ' 352, ש' 3-25 ; עמ' 458 לפרוטוקול).

המונח "**הפקדות נטו**" מוגדר בס' 1.9 לחוזה לפתיחת משרד: "**'הפקדות נטו' – הפקדות כלל לקוחות המשרד, פחות משיכות כלל לקוחות המשרד, הכל בחודש קלנדארי מסוים**".

בס' 6.5.3 לחוזה לפתיחת משרד נקבע מנגנון למצב בו סך המשיכות עולה על סך ההפקדות בחודש מסוים, שאז על הסוכנים להשיב 20% מסך ההפקדות נטו לפורקס.

חמד מטעם הנתבעים הצהיר כי מטרת החוזה לפתיחת משרד הייתה לתגמל את פורקס אחזקות על גיוס וטיפול בלקוחות (פרק ב' לתצהירו של חמד).

חיון מטעם שייך אישר את הדברים בחקירתו הנגדית:

"**עו"ד פירט: מאה אחוז. אני רוצה לדבר איתך שנייה על שיטת הנט. או.קי?**

ת: או.קי.

ש: ואני רוצה להבין אם אני מתוגמל בשיטת הנט זה בעצם אומר את הדבר הבא בחודש נתון אם לקוחות שלי הביאו 100 שקל ומשכו 50 שקל, העמלה שלי נגזרת מה- 50 שקל הפרש, נכון?

ת: או.קי. כן.

ש: נכון?

ת: כן, נכון.

ש: או.קי. זאת אומרת שלי יש שני אינטרסים: אחד להביא הרבה לקוחות חדשים ושניים ללטף את הלקוחות הקיימים שלי כדי שהם לא ילכו. אני צודק?

ת: כן". (עמ' 169, ש' 26 – עמ' 170, ש' 12 לפרוטוקול).

כמו כן, חיון העיד כי קיבל 2% או 4% מהפקדות הלקוחות (עמ' 165, ש' 17-10 לפרוטוקול), ולא מעבר לכך.

הרצוג הסביר בחקירתו הנגדית כי העמלות שהתקבלו אצל פורקס השקעות חושבו לפי ההפקדות של הלקוח, והן אינן קשורות לרווח או להפסד של הלקוח (עמ' 478, ש' 19 – עמ' 479, ש' 1 לפרוטוקול):

"**ת: סליחה, הם לא מקבלים מה- equity של הלקוח, הם מקבלים על ה- net deposit, אם הוא היה מרוויח, סליחה, אם הוא היה מרוויח מיליון דולר, בחודש אוקטובר.**

ש: על הפקדה של $800,000?

ת: הוא היה מרוויח ויכול להרוויח והוא גם הרוויח. היו לו תקופות שהוא הרוויח, אם היה מרוויח מיליון דולר וב- equity שלו בחשבון יש לו שני מיליון דולר, הם מקבלים עמלה של 30% מ- 800,0004 (הטעות במקור – ד.ק.) **הפקדות שלו באותו חודש, זה לא קשור לרווח שלו. אז אל תנסה לקשור בין הרווח או ההפסד של הלקוח ל- Net deposit כי זה לא נכון, אתה מטעה**".

הרצוג הבהיר כי העמלה הייתה משתלמת גם במקרה בו הלקוח הרוויח, כל עוד הלקוח לא משך את כספו, כלומר לפי סך ההפקדות (עמ' 479, ש' 21-12 לפרוטוקול):

"**ת: ... במסגרת ההתחשבנות של כל הלקוחות בחודש אוקטובר, זה לא קשור ל- PNL שלו, זה לא קשור לרווח והפסד של הלקוח, זה לא קשור. לקוח יכול להרוויח והם יקבלו עדיין את העמלה שלהם.**

ש: אם הוא לא משך.

ת: נכון, הם צריכים לדאוג לשמר את הלקוח, הם כמו כל בית השקעות אם לקוח מפקיד כסף יש עניין לבית ההשקעות שיישאר 20 שנה בבית ההשקעות ולא ימשוך את הכסף שלו. אנשי המכירות מקבלים עמלה על הבאת הלקוח ועל לתת לו שירות כדי שיישאר ויסחר בחברה. מה פסול בזה?".

מהסבריו של הרצוג עולה כי גם כאשר העמלות השתלמו לאחר הפסדים מצד לקוחות, אין מדובר בעמלות שנגזרות מההפסדים אלא מההשקעות (עמ' 505-503 לפרוטוקול)

שייך טען כי ענף הפורקס הוא ענף השקעות בו הסיכון גבוה מאוד.

שייך הפנה בעניין זה לעדותו של הרצוג, בה אישר כי בענף הפורקס 99% מהלקוחות מפסידים את כספם (עמ' 462 לפרוטוקול).

שייך הסיק מכך כי המשמעות של המונח "**הפקדות נטו**" בפועל הוא הכסף אותו "**מחקו**" הלקוחות.

אין לקבל את טענתו של שייך כי כתוצאה מהסיכון הגבוה בענף הפורקס, ניתן להסיק כי מטרתו של החוזה לפתיחת משרד וכל המוסכם בו ביחס לרווח של פורקס או פורקס אחזקות - משמעותו בהכרח מחיקת כספי הלקוחות (ס' 69 לסיכומי שייך).

אין בטענת שייך כי לפורקס אחזקות הייתה אפשרות להשפיע על ההתכסות בהתאם לס' 4.6 לחוזה לפתיחת משרד, כדי לשנות קביעה זו.
משקבעתי כי לא הוכח שהוצג לשייך כל מצג בעניין ההתכסות, הרי שאין רלוונטיות ליכולת השפעת פורקס אחזקות על ההתכסות ככל שהייתה.

ס' 4.6 לחוזה לפתיחת משרד קובע: "**למנהל המשרד זכות להורות לחברה להתכסות התכסות על לקוח ספציפי שגייס לחברה, בכל עת, לרבות הודעות מראש על התכסות בתנאים מסוימים. במקרה כזה, תהיה התמורה למנהל המשרד 50% מהרווח בניכוי התשלום עבור ההתכסות, ומנהל המשרד ישיב את התמורה שקיבל עבור ההפקדה של אותו לקוח**".

מקובלת עלי גרסת הנתבעים כי מנוסח ס' 4.6 עולה שמדובר בזכות של פורקס אחזקות להורות לפורקס להתכסות בגין לקוח במקום פורקס אחזקות.
אין לקבל את טענת שייך כי אם זו הייתה הכוונה היה הסעיף צריך להיות מנוסח בלשון אחרת.

חמד חזר והסביר בחקירתו הנגדית את מטרת החוזה לפתיחת משרד והאפשרות לוותר על הסיכוי והסיכון הכרוכים בעסקאות הלקוח, כאשר נשאל לגבי אימייל שנשלח מפורקס אחזקות לפורקס ביום 15.11.2009 (ת/5) (עמ' 359, ש' 4-15 לפרוטוקול):
"**אני אסביר: גם בהסכם שלי שגל חתם בתחילה, יש אפשרות לצאת מסיכוי וסיכון שלי מול לקוח, כי אם לקוח אני עם לקוח ובטח שבמקרה כזה לקוח גדול כמו מג'ד, שאני לא רציתי לקחת לא סיכון ולא סיכוי, כי אני עובד על אחוז מהחישוב החודשי של net premium, ואני לא רציתי לקחת לא סיכון ולא סיכוי, מול הלקוח. אז ביקשתי לצאת מהמחויבות שלי כלפי פורקס, זה לא קשור ללקוח וזה לא קשור להתכסות של פורקס פלייס, זה אני מבקש להתכסות, לא רוצה לקחת, לא להרוויח**

ולא להפסיד, מול פורקס פלייס, ואני חושב שזה מאוד ברור לפי מה שכתוב, כי אני מבקש את זה, לא הלקוח ולא שהם יתכסו, אני מבקש לצאת מהסיכוי ולצאת מהסיכון, נקודה".

לסיכום נקודה זו, אין לקבל את טענת שייך כי מטרתו של החוזה לפתיחת משרד הייתה למחוק את השקעותיו.

התוצאה היא כי אין לקבל את טענת שייך לפיה המודל העסקי של פורקס מבוסס על כך שהיא תרוויח מהפסדי לקוחותיה.
ההתקשרות בהתאם לחוזה פתיחת המשרד מתייחסת לשיטת תגמול עסקית בין פורקס לבין פורקס אחזקות, ולא מדובר בפרט מהותי המחייב גילוי ללקוחות.

מקובלת עלי טענת הנתבעים כי זכותה של פורקס לתגמל את פורקס אחזקות כמשווקת כראות עיניה, תמורת פיתוח אזור חדש וגיוס לקוחות. תגמול מעין זה הוא הגיוני כלכלית, בפרט כאשר המשווקת נושאת בכל ההוצאות והסיכונים הכרוכים בכך.

- **הסכם ההגבלה**

שייך אינו חולק על כך שחתם על הסכם ההגבלה (ס' 196-195 לסיכומי שייך).

מקובלת עלי טענת הנתבעים כי אילו הייתה פורקס רק מעוניינת להרוויח מהפסדיו של שייך כצד צד שני לעסקאותיו - לא הייתה דורשת את הגבלת המינוף בהתאם להסכם ההגבלה.

טננבאום אישר בחקירתו הנגדית כי הגבלת המינוף מקטינה את הסיכויים להפסיד את הכסף:

"**ש: למה? למה רוצים לעשות מגבלת מינוף?**

ת: זה בדיוק מחזק את מה שאני אומר, בגלל שאתה פועל בהיקפים יותר מדי גדולים ואתה עושה כל הזמן עסקאות ממונפות, אז יש לך יותר סיכויים להפסיד את הכסף. למשל אם היית עושה את כל עסקאות הפורקס במינון

של 1 ל- 1, קונה 10 אלפים דולר במזומן ומוכר אותם, זה לא היה מינוף וזה גם לא היה נחשב ספקולטיבי כל כך.

כב' השופטת: בסדר.

עו"ד פירט: זאת אומרת ככל שהמינוף וההיקפים יותר גדול זה יותר ספקולטיבי.

ת: זה יותר ספקולטיבי, בהחלט. בהחלט.

ש: תודה".(עמ' 53, ש' 2-13 לפרוטוקול).

חיון אישר בחקירתו הנגדית כי "**ככל שהמינוף יותר גבוה, ככה יש יותר סיכוי להרוויח או להפסיד, וזה בדיוק התשובה לשאלה שלך למה שהם הגבילו אותו, כי ככה הסיכוי להרוויח או להפסיד הוא יותר קטן**" (עמ' 175, ש' 12-15 לפרוטוקול).

הרצוג הצהיר כי פורקס ניצלה סיטואציה בה שייך היה ביתרת רווח משמעותית כדי לבקש ממנו לעזוב את החברה, או להגביל את נפח המסחר והיקף החשיפה שלו (פרק ב (3) לתצהיר הרצוג).

טען שייך כי מעולם לא היה ביתרת רווח בפורקס (ס' 80 ופרק יד לסיכומי התובע).
אין לקבל טענה זו.
ראשית, בסיכומיו של שייך נאמר כי ביום בו נחתם הסכם ההגבלה חזר חשבונו לרף של 1.5 מיליון דולר. שייך ציין כי לאחר שהפקיד כ-700 אלף דולר וכל כספו נמחק, הפקיד כ-800 אלף דולר נוספים אשר חזרו, כתוצאה מהפעילות שביצע, לשווי של 1.5 מיליון דולר בסוף חודש אוקטובר 2009 (ס' 196 לסיכומי שייך).

שנית, מעיון בגרף שצירף ד"ר אלפי בעמ' 4 לחוות דעתו, עולה כי שייך היה ברווחים של למעלה מ-200,000 דולר פעמיים, בשתי נקודות זמן שונות. ד"ר אלפי אישר את הדברים בחקירתו הנגדית (עמ' 250-249 לפרוטוקול).
אף מהאמור בס' 7 למכתבו של עו"ד רזניק מטעם שייך, נספח יא' לכתב התביעה, עולה כי עסקאותיו של שייך הסבו לו רווח, עד שחשבונו בפורקס עמד על סך של 1,500,000 דולר (ראו גם חקירתו הנגדית של עו"ד רזניק בעמ' 210, ש' 14 – עמ' 211, ש' 27 לפרוטוקול).

לא ניתן לקבל את טענת שייך בסיכומיו כי מכיוון שלשייך היה חשבון נוסף בפורקס, אשר לא נותח על ידי ד"ר אלפי שכן לא סופקו כל נתונים על ידי הנתבעים, עולים הפסדיו של שייך על הרווח כאמור (ס' 193 לסיכומי שייך).

ד"ר אלפי עצמו לא ציין הסתייגות מעין זו בחוות הדעת.
לגופו של עניין, אישר ד"ר אלפי בחקירתו הנגדית כי שייך היה מצוי ביתרת רווח.
ד"ר אלפי העיד כי התייחס לכל העסקאות שביצע שייך:

"**ת: ויש אינפורמציה רבת ערך שלמעשה מתוכה הפקתי את הדו"ח הזה.**

ש: הבנתי, ומשם אתה יודע לעשות אם הוא הפסיד או הרוויח מעסקה בצורה מדויקת.

ת: אני לא ניסיתי לבדוק אם הוא הרוויח או הפסיד אלא ניתחתי פר עסקה.

ש: לא פר עסקה, ואז עשית קומונטיב גם, למה אתה אומר, עשית קומונטיב הרגע ראינו. (צ"ל קומולטיב – ד.ק.)

ת: כן.

ש: זה בסך הכל בכל נקודת זמן.

כב' השופטת: הגרף הזה מתייחס לכל העסקאות?

ת: זה מתייחס לכל העסקאות במצב הנתון. כרגע זה לסעיף של הרגע שבו אני מסביר.

כב' השופטת: אבל אין ספק שזה לא מבטא עסקה ספציפית אלא את כל קומי וניטיב (השגיאה במקור – ד.ק.) **העסקאות.**

ת: נכון". (עמ' 253 לפרוטוקול).

מהאמור לעיל עולה כי הסכם ההגבלה נחתם כאשר שייך היה ברווח בפורקס לאחר ש"**כל כספו נמחק**". אין ספק כי בשלב זה כבר היה שייך מודע היטב לסיכונים שבמסחר בפורקס. ההסכם נחתם ביוזמתה של פורקס על מנת לצמצם את החשיפה הגבוהה כתוצאה מעסקאותיו.

- טענות שייך בדבר מתן ייעוץ

שייך לא הוכיח כי פורקס אחזקות הייתה קשורה בדרך כלשהי למסחר שהתנהל מחדר המסחר ברמת גן, או כי פורקס אחזקות ואנשיה ייעצו לו.
נטל ההוכחה כי ניתן לשייך ייעוץ אסור, בניגוד לחוק הייעוץ, מוטל עליו.

אין לקבל את טענת שייך לפיה מוטל על הנתבעים הנטל להוכיח כי לא העניקו לשייך ייעוץ אסור (ס' 124 לסיכומי שייך).
אין בעובדה כי שייך שוחח עם חיון ועם סגל פעמים רבות, כפי שעולה מחקירתם הנגדית (עמ' 377 ; עמ' 399-398 לפרוטוקול), כדי להוכיח כי ניתן לשייך במסגרת אותן שיחות ייעוץ אסור בניגוד לחוק הייעוץ.
הרצוג הכחיש בחקירתו הנגדית כי במסגרת השיחות שהתקיימו עם שייך ניתן לו ייעוץ אסור (עמ' 517-516 לפרוטוקול).

כמו כן, אין לקבל את טענת שייך כי הנתבעים לא העבירו לו דווקא את אותן שיחות במסגרתן ניתן לו ייעוץ. שייך לא טען ולא התייחס לשיחה או למספר שיחות ספציפיות הזכורות לו, אשר במסגרתן ניתן לו לכאורה הייעוץ האסור.
שייך אף לא פירט בכתבי טענותיו או בתצהירו מה מהות ואופי הייעוץ האסור שניתן לו לכאורה, והעלה טענות כלליות בלבד שאין בהן להוכיח את טענת הייעוץ.

לאור קביעותיי לעיל לא מצאתי צורך להכריע בשאלת הקשר בין פורקס לפורקס אחזקות ובטענת שייך בהקשר זה כי פורקס אחזקות מהווה סניף של פורקס.

כפי שציינתי לעיל, שייך אינו טוען כי בשלב כלשהו ביקש מפורקס למשוך את רווחיו וסורב. לכן, לא מצאתי צורך לדון בטענותיו בעניין השימוש שעשו הנתבעים בכספו לאחר הפקדתו בפורקס.

ביתר טענות שייך לא מצאתי ממש.

התוצאה היא כי דין תביעתו של שייך להידחות.

5. <u>התביעה שכנגד</u>

א. <u>טענות פורקס</u>

פורקס טענה כי הנתבעים שכנגד הסבו לה נזק בסך 500,000 ₪, כאשר החליטו להטעות במתכוון את בית המשפט בבקשה להטלת עיקולים.
נטען כי ההטעיה המכוונת הובילה להטלת צווי העיקול.
כמו כן, נטען כי במטרה להבטיח את הנזק ולמקסם אותו, פרסמו הנתבעים שכנגד את דבר הטלת צווי העיקול ברבים – בעיתונות, באינטרנט ובאתרים שונים, אף לאחר ביטול הצו.

פורקס טענה כי מעבר לאחריותו של צד לנזק שגרם לצד אחר בשל הגשת הליכי סרק, הרי שבמקרה זה התנהגות הנתבעים מטילה עליהם אחריות לנזקי תחרות בלתי הוגנת.

עוד נטען כי מדובר בפרסום לשון הרע ובפגיעה בשם הטוב. הפרסומים פגעו פגיעה מידית וקשה בעסקיה של פורקס, כאשר הנתבעים שכנגד הרוויחו כתוצאה מכך.
כמו כן, נטען כי הפרסום הקל על חיון לשכנע לקוחות לעזוב את פורקס ולעבור לסחור דרך חברת א.ל.מ אותה הקים יחד עם שייך.

פורקס טענה כי הנתבעים שכנגד עוולו בעוולת שקר מפגיע לפי סעיף 58 לפקודת הנזיקין; בעוולת התיאור הכוזב לפי סעיף 2(א) לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999 ובעוולת הרשלנות והנגישה לפי סעיפים 35-36 לפקודת הנזיקין.
כמו כן, נטען כי הנתבעים שכנגד הוציאו לשון הרע על פורקס לפי חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 וכי הנתבעים שכנגד פגעו במוניטין של פורקס.

ב. <u>טענות הנתבעים שכנגד</u>

הנתבעים שכנגד טענו כי מדובר בניסיון מובהק וחסר תום לב של פורקס לרקוח כנגדם עילת תביעה יש מאין, ללא בסיס משפטי או עובדתי, מתוך תקווה להתעשר שלא כדין על חשבונם.

נטען, כי מטרתה של התביעה שכנגד היא להטיל לחץ ומורא על הנתבעים שכנגד, כדי שיזנחו את תביעתם אשר הוגשה בתיק העיקרי.

הנתבעים שכנגד טענו כי לא פרסמו ולא פעלו, בכל דרך שהיא, במכוון או שלא במכוון, לפרסום החלטת בית המשפט הנכבד בדבר הטלת צווי העיקול על נכסי פורקס.
נטען כי אף הפרסום עצמו, כפי שנטען בכתב התביעה שכנגד, אינו נכלל בגדר העוולות שצוינו בכתב התביעה שכנגד.

נטען כי פורקס ניהלה קמפיין תקשורתי ומשפטי רחב היקף נגד הנתבעים שכנגד ובאי כוחם. פורקס הגישה תביעה נפרדת בגין אותו פרסום כנגד באי כוחם של הנתבעים שכנגד בת.א. 37431-03-11. פורקס נמנעה מלהגיש תביעה כנגד מפרסם הידיעה עצמו – עיתון גלובס.

נטען כי יש לסלק את התביעה שכנגד על הסף בשל העדר עילה והעדר יריבות. הנתבעים שכנגד טענו כי לא פרסמו דבר וחצי דבר מן הטעם הפשוט כי הפרסומים עליהם סומכת פורקס את תביעתה הם פרסומים שנעשו בעיתון דה מרקר, עיתון גלובס וצילום מתוך אתר ב"כ הנתבעים שכנגד.

הנתבעים שכנגד טענו כי על פורקס להפנות את טענותיה המוכחשות בנושא כלפי הגופים אשר פרסמו את הנטען על ידה. הם עצמם לא יכולים לפרסם, לא פרסמו ולא פעלו, בכל דרך שהיא, במכוון או שלא במכוון, לפרסום החלטות בית המשפט בדבר הטלת צווי העיקול על נכסי פורקס.

ג. <u>דיון והחלטה</u>

אין לקבל את התביעה שכנגד.

מקובלת עלי טענת הנתבעים שכנגד, כי לא הם אלו שפרסמו בפועל את הפרסומים נשוא התביעה שכנגד ולכן הם אינם המעוולים או הפוגעים הישירים.
כמו כן, לא ניתן לקבוע כי הנתבעים שכנגד אחראים כשותפים או כמסייעים לעוולות הנטענות כנגדם.

בפסיקת בית המשפט העליון נקבע כי לצורך הטלת אחריות מכוח סעיף 12 לפקודת הנזיקין, הקובע את האחריות הנזיקית של משתף ומשדל, יש להוכיח כי התקיימו שלושה תנאים: הפרה בפועל של המעוול הישיר; קשר סיבתי של תרומה ממשית להפרה ויסוד נפשי של מודעות ויש הסוברים כי אף כוונה.
"**אדם המשתף עצמו בהרפתקה, אשר הביאה בסופו של דבר לנזק, יחוב כשותף למעשה הנזיקין, אם בהצטרפו למבצע המעשה ידע לקראת מה הוא הולך**" (ע"א 6871/99 **רינת נ' רום**, פ"ד נו(4) 72 (2002); ע"א 269/82 **הילמן נ' כרמי**, פ"ד מא(4) 1, 6 (1987). כן ראו: ע"א 313/08 **נשאשיבי נ' רינראוי**, פ"ד סד(1) 398 (2010); ע"א 324/10 **ויינר נ' מויאל** ס' 26 (2.4.2013); ע"א 9183/09 **The Football Association Premier League Limited נ' פלוני** (13.5.2012); **עמוס הרמן** מבוא לדיני הנזיקין 238-240 (2006); **אהרון ברק** "אחריות למעשי הזולת" בתוך תורת הנזיקין הכללית 436-439 (התש"ל)).

לא הוכח כי הנתבעים שכנגד היו, לכל הפחות, מודעים לפרסומים נשוא התביעה.
כמו כן, לא הוכח קשר סיבתי המבסס את תרומתם של הנתבעים שכנגד לביצוע הפרסומים.

לא די בכך שהנתבעים שכנגד היו צד להליכים בתביעה העיקרית כדי להוכיח את המודעות והתרומה לפרסומים.

התוצאה היא כי דין התביעה שכנגד – להידחות.

6. <u>סיכום</u>

התביעה העיקרית – נדחית.

התביעה שכנגד – נדחית.

אין ספק כי ההליך היה כרוך בבקשות ביניים שונות; בחינת חוות דעת וארבעה דיוני הוכחות. עם זאת, נראה כי חישוב ההוצאות כפי שנעשה על ידי הנתבעים הינו ברף גבוה ביותר.

כמו כן, יש לקחת בחשבון את העובדה כי התביעה שכנגד נדחתה.

התוצאה היא כי התובעים יישאו בהוצאות הנתבעים, ביחד ולחוד, ובשכר טרחת עו"ד בסכום כולל של 200,000 ₪, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כדין מהיום ועד מועד התשלום בפועל.

ניתן היום, ה' אדר ב' תשע"ו, 15 מרץ 2016, בהעדר הצדדים.

חתימה