



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 16-06-49835 חן ואח' נ' סמארט קפיטל תוכנות בע"מ ואח'

לפני כבוד השופט גרשון גונטובניק

התובעים:

1. משה חן
2. מ. חן אחזקות (2005) בע"מ
3. אלי חן
4. יוסף שנקלר
5. מורן חן
6. שירן חן
7. טל חן
8. אילנה דותן
9. איתי נגר
10. אלמוג סלומון
11. אלון זינר
12. רוג'ר מרק זינר
13. דן שטראוס
14. עמי אשרמן
15. ד"ר לביא גולדמינץ

על-ידי ב"כ - עו"ד שרגא צייגר

נ ג ד

הנתבעים:

1. סמארט קפיטל תוכנות בע"מ
2. Smart Capital Markets Ltd
3. יצחק נוי

על-ידי ב"כ עוה"ד לב זיגמן, אודליה עפר וספיר חלימה
הרצוג, פוקס נאמן

פסק-דין

- 1 קבוצת משקיעים השקיעה כספים באמצעות פלטפורמת מסחר. ההשקעה נשאה פירות, והחברים
- 2 בקבוצה הפיקו רווחים נאים. לאחר זמן נקלעו הצדדים למחלוקת. המשקיעים ביקשו למשוך
- 3 כספם. הפלטפורמה העלתה טענות לגבי תקינות פעילות ההשקעה. הצדדים חתמו על הסכם בו
- 4 הושבה למשקיעים קרן השקעתם ועוד כארבעים אחוזים מהרווחים שהפיקו. פעולות המסחר
- 5 נמחקו. הוסכם על סילוק סופי ומוחלט של הטענות ההדדיות. והנה, המשקיעים טוענים, בין היתר,
- 6 כי הסכם זה הוא תוצר של כפייה כלכלית, ומכאן שעל הנתבעים להשיב להם את יתרת הרווחים
- 7 שהפיקו.

8 האמנם?

9 רקע



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 49835-06-16 חן ואח' נ' סמארט קפיטל תוכנות בע"מ ואח'

1. התובעים הם בני משפחה וחברים של התובע 1 (מר משה חן, להלן: **התובע** או **מר חן**). נראה
2 כי מר חן צבר מוניטין כמשקיע מוכשר בשוק ההון, והם ייפו כוחו להשקיע עבורם בכל דרך
3 שימצא לנכון באמצעות פלטפורמת המסחר "סמארט קפיטל".
- 4 Smart Capital Markets Limited (להלן: **הנתבעת 2** או **סמארט קפיטל**) היא חברה זרה,
5 שהפעילה בתקופה הרלוונטית "**זירות סוחר**" – פלטפורמות מסחר ממוחשבות לביצוע
6 עסקאות במכשירים פיננסיים. הפועלים בזירות יכלו לבצע עסקאות בשערי מטבע זר, מדדים
7 ועוד. סמארט קפיטל תוכנות בע"מ (להלן: **הנתבעת 1**) מגדירה עצמה כספקית השירות של
8 סמארט קפיטל. מר יצחק נוי (להלן: **הנתבע** או **מר נוי**) היה דירקטור ובעל מניות בנתבעות,
9 ובתקופה הרלוונטית לתביעה שימש כיו"ר איגוד המסחר בלשכת המסחר.
- 10 המכשיר הפיננסי שנסחר אצל סמארט קפיטל הוא "**חוזה הפרשים (CFD)**". ובמה דברים
11 אמורים? במסגרת זו הלקוח זירת הסוחר מתקשרים ביניהם בעסקה, שתוצאותיה נגזרות
12 משינוי בערכו של נכס בסיס. מחירי נכסי הבסיס נקבעים על ידי זירת הסוחר בהתאם לציטוט
13 שהזירה מקבלת מספק ציטוטים בתוספת מרווח. חוזה ההפרשים ניתן למינוף, כך שניתן
14 לרכוש ערך חוזה גבוה יותר מסכום הבטוחה שהלקוח מפקיד בחשבונו. שינוי המחיר של נכס
15 הבסיס הוא המוביל לרווח או להפסד. ללקוח אין כל זכויות בנכס הבסיס עצמו. לשם ביצוע
16 המסחר על הלקוח של סמארט קפיטל לפתוח חשבון ולהפקיד לחשבונו פיקדון כספי, המשמש
17 אותו לצורך ביצוע העסקאות בזירת הסוחר, וכבטוחה לביצוע עסקאות ממונפות בחשבון. כל
18 המסחר מתבצע לחשבונו העצמי של הזירה. הלקוח מבצע את המסחר באמצעות הפלטפורמה
19 של סמארט קפיטל, אך המסחר מתבצע על ידי הלקוח עצמו, והפלטפורמה אינה מנהלת או
20 מתערבת בניהול החשבון אלא במקרים חריגים, הקבועים בהסכם שבין הצדדים.
- 21 בנוסף, במסגרת ניהול הסיכונים של סמארט קפיטל היא התקשרה עם שני ספקי נזילות (כל
22 אחד בתקופה שונה), והם Alfa Trade solutions SVG Ltd (להלן: **אלפא טרייד**) ו-G.G.
23 Holdings Limited (להגדרת ספק נזילות ראו גם בתקנה 1 לתקנות ניירות ערך (זירת סוחר
24 לחשבונו העצמי), התשע"ה-2014).
- 25 אכן, מסחר זה חורג מהעסקאות הקלאסיות שבהן רוכשים הסוחרים זכויות בניירות ערך
26 "שמרניות". כאן מדובר ב"מכשירים פיננסיים" מתקדמים, אך לצורך ההליך הנוכחי לא
27 נצטרך להעמיק מידי במאפייני זירת המסחר הרלוונטית.
2. ההתקשרות בין התובעים לבין סמארט קפיטל החלה בחודש מרץ 2014. התובעים טוענים כי
28 ההתקשרויות הראשונות נערכו עם הנתבעת 1, והפעילות הועברה לסמארט קפיטל במועד
29 שאינו ידוע להם. הנתבעים טוענים כי חוזי ההתקשרות נערכו בין הנתבעים לבין סמארט
30



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 49835-06-16 חן ואח' נ' סמארט קפיטל תוכנות בע"מ ואח'

- 1 קפיטל. ההכרעה בעניין זה אינה נדרשת לצורך ההליך שלפני. מכל מקום כל התובעים העניקו
- 2 למר חן הרשאה וייפוי כוח לבצע עסקאות בחשבוניותיהם. מר חן סיכם את העמלות, וניהל את
- 3 ההשקעה בשמם. הוא פתח חשבונות "מרכזיים" (חשבונות מאסטר) כך שכל פעולה שביצע
- 4 בחשבון המאסטר נעשתה בכל החשבונות תחת אותו חשבון. בכך הבטיח שליטה בפעילות
- 5 החשבונות שבשליטתו. התובעים טוענים כי הנתבעים הציגו בפניהם מצג לפיו כספיהם
- 6 מוחזקים בנאמנות בחשבון נאמנות, המשמש כבטוחה לעסקאות המסחר.
- 7 3. באמצע שנת 2015 הגישה סמארט קפיטל בקשה לרשות לניירות ערך לקבלת רישיון לניהול
- 8 זירת סוחר (נוכח שינויים בחקיקת המשנה הרלוונטית, שיצרו אי בהירות סביב השאלה האם
- 9 תוכל להמשיך בפעילותה החל מתאריך מסוים). הנתבעים טוענים כי נוכח הבקשה היא החלה
- 10 בבדיקות פנימיות לגבי המערכות שהיא מפעילה, והחשבונות השונים.
- 11 יוער כי במחצית שנת 2016 היא החליטה למשוך את בקשתה ולסיים את פעילותה.
- 12 4. ביום 16.12.15 התקיימה פגישה בין מר חן, עו"ד אלי חן (שהוא אחד התובעים) ואחותם עו"ד
- 13 שנקלר (הנשואה לאחד התובעים) עם מנהל המכירות של הנתבעות, מר קובי לוי (להלן: **מר**
- 14 **לוי**). האחרון הסביר שנוכח הרגולציה התובעים יידרשו לבצע ניכוי מס במקור מרווחיהם.
- 15 התובעים טוענים כי באותה הפגישה נמסר כי כספם מוחזק בנאמנות בבנק מזרחי טפחות
- 16 ונמסר להם אישור בכתב מהבנק כי אכן כך (נספח ה' לכתב התביעה המתוקן). עיון בנספח
- 17 מגלה כי האמור בכתב היה כללי, וכל שצוין בו הוא אישור קיום חשבון נכון לתאריך
- 18 17.10.15. בסוף אותו חודש הם קיבלו אישור מטעם סמארט קפיטל על היתרות הכספיות
- 19 בחשבוניותיהם (מסמך המציין את המאזן של כל משקיע (נספח ו לכתב התביעה המתוקן)).
- 20 5. עד חודש מרץ 2016 ראו הכול כי טוב, והעסקאות השונות שביצע התובע הובילו לרווח ניכר.
- 21 ביום 10.3.16 הודיע מר לוי לתובע כי בכוונת סמארט קפיטל לייקר העמלות בהן מחויבים
- 22 התובעים. התובע ציין כי העמלות יקרות מידי ולכן הודיע על כוונתו להפסיק את ההתקשרות.
- 23 התובעים טוענים כי אז החלו הנתבעים להפעיל לחץ על מר חן שלא להפסיק ההתקשרות, אך
- 24 משעמד על החלטתו, ציינה סמארט קפיטל כי קיימת בעיה עם האופן בו בוצעו העסקאות.
- 25 לשיטתה, התובע ניהל מסחר עבור אחרים בניגוד להוראות החוק. נאמר שהצורך לדווח על
- 26 פעולותיו עלול לסכן את הליך קבלת רישיון לניהול זירת מסחר שסמארט קפיטל הגישה
- 27 לרשות לניירות ערך. התובעים טוענים כי הוצע להם להעביר את פעילות המסחר לזירת אלפא
- 28 טרייד, אלא שאז התפרסם בתקשורת שרישיונה של חברת אלפא טרייד הושעה. כאן גבר
- 29 החשש אצל התובעים כי כספם אינו מצוי בידיים נאמנות.
- 30 הנתבעים מציירים תמונה שונה. על פי ההסכם שנכרת בין הצדדים, עומדת להם הזכות שלא



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 49835-06-16 חן ואח' נ' סמארט קפיטל תוכנות בע"מ ואח'

- 1 לכבד עסקאות שבוצעו תוך שימוש בלתי הוגן במערכת המסחר. ואכן, התגלו בעיות באופן
- 2 ביצוע פעולות המסחר על ידי מר חן. עלה חשש לתקינות העסקאות, לביצוע פעולות מסחר
- 3 מחוץ לימי הפעילות, לביצוע פעולות בטווחי זמן קצרים ולניצול המערכת בניגוד להסכם. על
- 4 רקע זה הם עמדו על בדיקת העסקאות שבוצעו עובר להחזרת הכספים. ועל כך היה צריך
- 5 להוסיף את הקושי שהתובע ניהל, לשיטתם, מסחר עבור אחרים ללא רישיון כנדרש על פי הדין.
- 6 ביום 20.3.16 הגיש מר חן לסמארט קפיטל בקשות בשם התובעים להעביר לידיהם את כספם
- 7 – קרן ורווחים, שהוחזקו בנאמנות עבורם. לאחר הצגת הדרישה החלה השתלשלות דברים
- 8 שתוצג ביתר פירוט בהמשך (ראו להלן בפסקאות 20 ואילך).
- 9 לבקשת הנתבעים התקיימה פגישה ביום 28.3.16 במשרדי סמארט קפיטל, בה נכחו מטעם
- 10 התובעים מר חן וד"ר גולדמינץ, ומטעם הנתבעים עו"ד ביטון, שייצג את סמארט קפיטל ומר
- 11 נוי. לטענת הנתבעים מר נוי טען כי ניהול העסקאות נעשה תוך הפרה של החוק, ושעד שלא
- 12 תמוצה הבדיקה הכספית לא ישוחררו. התובעים טוענים שהוצע להם להעביר בינתיים את
- 13 פעילות המסחר לחברת אלפא טרייד, ומר חן דחה את ההצעה.
- 14 התובע טוען כי ביום 30.3.16 התקשר אליו מר נוי, והפציר בו לדחות את מועד העברת הכספים
- 15 ואיים עליו שנוכח אי כשרות פעולותיו הוא יאלץ לפנות לבית המשפט לצורך קבלת הנחיות.
- 16 התובע דרש את הכספים ואז הציע מר נוי כי התובעים יקבלו את הקרן בחזרה, תוך ויתור על
- 17 הרווחים. על רקע זה טוענים התובעים כי התגבר אצלם החשש לאבדן כספם.
- 18 ביום 31.3.16 שלח עו"ד ביטון מכתב בו כתב שכספי התובעים (קרן ורווחים) מופקדים בחשבון
- 19 נאמנות, ועו"ד חן הוזמן לעיין במסמכים השמורים במשרדי הנתבעות. עוד נטען כי מר חן עסק
- 20 בניהול תיקים עבור אחרים בניגוד לדין, ובנוסף שהוא ביצע עסקאות מחוץ לשעות המסחר,
- 21 תוך שהוא מנצל פרצות בפלטפורמת המסחר של הנתבעות. במכתב הציעה סמארט קפיטל, בין
- 22 השאר, כי המחלוקת תבורר בבית המשפט, ושכספי המשקיעים יופקדו בקופת בית המשפט.
- 23 נקבעה פגישה בין הצדדים ליום 3.4.16 במשרדי הנתבעות. לקראת הפגישה הוכן מכתב על ידי
- 24 עו"ד חן בו נדחה כל האמור במכתבו של עו"ד ביטון, ומכתב זה נמסר ביום הפגישה.
- 25 בנוסף, עובר לפגישה נפגשו נציגי התובעים (ביום 31.3.16) עם עו"ד שוני אלבק, שהיה היועץ
- 26 המשפטי של הרשות לניירות ערך (פסקה 65 לתצהיר מר חן) כדי לברר האפשרויות העומדות
- 27 לרשותם. לטענתם הוסבר להם כי חברות זירות מסחר אינן כפופות לפיקוח של הרשות לניירות
- 28 ערך, ושחובותיהם כלפי הסוחרים הם בגדר חובות כספיים רגילים.
7. ביום 3.4.16 התקיימה הפגישה, בה נכחו מטעם התובעים מר חן, עו"ד חן, עו"ד שולמית



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 49835-06-16 חן ואח' נ' סמארט קפיטל תוכנות בע"מ ואח'

1 שנקלר וד"ר גולדמינץ. מטעם הנתבעים נכחו עו"ד ביטון, מר נוי ומר גיא גלבוז, שהציג עצמו
2 כספק הנזילות של סמארט קפיטל.

3 התובעים טוענים כי בפגישה הובהר חד משמעית שלא יקבלו כספם אלא אם יגיעו להסדר
4 פשרה עם הנתבעות. נטען כי בכוונת הנתבעות לפנות לבית המשפט כדי לבחון את כשרות
5 פעולתיו של מר חן. התובעים טוענים כי היו מוכנים לברר המחלוקות בבית המשפט אך דרשו
6 שהנתבעים יפקידו את כספם בקופת בית המשפט, והנתבעים סירבו לכך. עוד טוענים התובעים
7 שהנתבעים לא היו מוכנים להראות להם אסמכתא להפקדת כספם בחשבון הנאמנות, שכן אין
8 אפשרות להבחין בין כספיהם לכספים של לקוחות אחרים.

9 התובעים טוענים כי לקראת סיום הפגישה שוחח מר גלבוז ביחידות עם מר חן ועו"ד חן,
10 והבהיר להם שבניגוד להצהרות הנתבעים רק חלק מכספם מופקד בחשבון הנאמנות, שמצבה
11 הכספי של סמארט קפיטל רעוע, ואם לא יסכימו לפשרה הם יסכנו את כל כספם. על רקע הבינו
12 שהנתבעים הצהירו הצהרות חסרות שחר, ושכספם אינו מופקד בחשבון נאמנות מסודר, ואם
13 לא ייכנעו לדרישות הנתבעים הרי שכספם בסכנה. הנתבעים טוענים כי אין שחר לדברים, ומכל
14 מקום התובעים לא טרחו אפילו לעמת את מר נוי או את עו"ד ביטון עם הדברים שנאמרו להם,
15 לשיטתם, על ידי מר גלבוז. בסיום הפגישה סוכם שסמארט קפיטל תשיב לתובעים את הקרן
16 וכן חלק מהרווחים.

17 לאחר הפגישה שלחה סמארט קפיטל נוסח של הסכם הפשרה, ועו"ד חן העיר עליו את
18 הערותיו.

19 ביום 7.4.16 חתמו התובעים על הסכמי הפשרה. במסגרת ההסכמים הושבו להם למעלה מ-
20 8.1 מיליון ₪, הכוללים את הקרן וכ-41% מהרווחים שהפיקו. התובע החליט כיצד יחולקו
21 הכספים בין התובעים השונים.

22 ביום 12.4.16 הועברו הסכומים בהתאם לפשרה לחשבונות התובעים.

23 8. ביום 26.6.16 הוגש כתב התביעה שלפני. גם כאן חלוקים הצדדים לגבי נסיבות הגשתו.
24 התובעים טוענים כי לא רצו להגיש את התביעה מיד לאחר קבלת הכספים, שכן חששו כי
25 המהלך יפגע בהליך הרישוי של סמארט קפיטל, וככל שכך הם יהיו חשופים לתביעה נזיקית.
26 משהתברר כי הליך הרישוי לא עמד עוד על הפרק, הוגשה התובענה. הנתבעים טוענים כי
27 התובעים למדו על עסקה שבה מוזגה פעילות החברה לחברה אחרת, ולכן שעה שסברו שקופתה
28 של סמארט קפיטל התעשרה, יוכלו לקבל את סכום התביעה, תוך התעשרות על חשבונה.

התביעה והדיון



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 49835-06-16 חן ואח' נ' סמארט קפיטל תוכנות בע"מ ואח'

9. התובעים הגישו כתב תביעה נגד הנתבעים, ולאחר מכן הגישו כתב תביעה מתוקן. הם עתרו
לכך שהנתבעים ישלמו להם 3,194,646 ₪. סכום זה מהווה כ-830,000\$ שהתובעים הרוויחו
בפעולות המסחר, ושעליהם ויתרו במסגרת הסכם הפשרה.
- לשם כך התובעים עתרו שבית המשפט יקבע שהסכמי הפשרה שנחתמו בין כל אחד מהתובעים
לבין הנתבעות 1-2 בטלים, שכן נסיבות כריתתם עולות לגדר עושה וכפייה כלכלית, וההסכמים
נוגדים את תקנת הציבור, ונכרתו תוך הפרת חובות שונות, ובהן חובות הנאמנות החלות על
הנתבעים.
- עוד עתרו התובעים לסעדים הצהרתיים שונים. יש לקבוע, בין השאר, שלא נפל כל פסול
בפעולות המסחר שבוצעו, ואין לנתבעים כל סיבה לעשות שימוש בכוח החוזי העומד לרשותם
לבטל את ההשקעות או לנקוט בסנקציות אחרות נגד המשקיעים. שעה שיבוטל הסכם הפשרה
יושב על כנו ההסכם המקורי, לפיו כל אחד מהצדדים רשאי לסיים את ההסכם במתן הודעת
סיום בכתב למשנהו (סעיף 12.9); ומכאן שהתובעים זכאים למלוא היתרה בחשבונותיהם
במועד הרלוונטי, ויש לקזז מהסכום שעל הנתבעים להשיב את הסכום שהושב להם במסגרת
הסכם הפשרה. התובעים מסבירים כי ניתן להגיע לתוצאה זו באמצעות אכיפת הסכם
ההשקעה המקורי, הכולל את החובה להשיב את כספי ההשקעה לפי דרישה, או באמצעות
פיצוי על נזקי הנתבעים. בנוסף, טוענים התובעים כי מר נוי, הנתבע 3, אחראי אישית בגין
התנהלות הנתבעות 1-2, ויש לחייבו בסעדים המבוקשים על ידם.
10. בתיק זה התקיימו 4 ישיבות, בהן העידו התובעים, כשאת התצהירים העיקריים מסרו מר חן,
עו"ד חן וד"ר גולדמינץ, וכן העידה עו"ד שנקלר. עוד הוצגה חוות דעתו של מר נועם פלד לעניין
פעולות המסחר שבוצעו על ידי התובע.
- התובעים ביקשו לזמן לעדות מספר עדים נוספים, ובקשתם נענתה, אך בסופו של יום חזרו
מכוונתם לזמנם לעדות.
- מטעם הנתבעים העידו מר נוי, מר גלבויז וכן הוגשה חוות דעתו של ד"ר טל מופקדי לעניין
פעולות המסחר שבוצעו על ידי התובע.
11. הצדדים הגישו סיכומיהם והגיעה עת ההכרעה.

טענות הצדדים

12. התובעים טוענים שיש לבטל את הסכמי הפשרה שכן אלה נחתמו תחת לחץ וכפייה כלכלית.
הנתבעים ניצלו את העובדה שכספי התובעים, הקרן וההרווחים שהופקו במסחר, כ-3 מיליון \$
ארה"ב, הוחזקו בידיהם ובשליטתם המלאה, והתנו את שחרורם בחתימה על הסכמי הפשרה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 49835-06-16 חן ואח' נ' סמארט קפיטל תוכנות בע"מ ואח'

- 1 התובעים טוענים כי הוצג בפניהם מצג ולפיו אם לא יחתמו על הסכמי הפשרה, לא יקבלו את
- 2 כספם. מחשש לכספם נאלצו לחתום על ההסכמים שבהם ויתרו על סכומי כסף ניכרים.
- 3 בנוסף, לא רק עניינם האישי הוא העומד על הפרק, אלא גם האינטרס הציבורי שלא לאפשר
- 4 לחברות ולעסקים המחזיקים בנאמנות בכספי לקוחותיהם להפר את חובות הנאמנות החלות
- 5 עליהם, תוך עושק לקוחותיהם. מדובר במקרה שמתקיימות בו עילות הכפייה, וחובה הנוגד
- 6 את תקנת הציבור (בכתב התביעה המתוקן טענו התובעים גם לעושק, אך לא חזרו על טענה זו
- 7 בסיכומיהם). הותרת המצב הקיים על כנו תוביל לעשיית עושר ולא במשפט של הנתבעים.
- 8 התובעים טוענים כי אין מקום להידרש ל"גיבובי המילים" של הנתבעים. העובדות הן פשוטות.
- 9 הנתבעים הפעילו זירת מסחר אלקטרוני. הם החזיקו מיליוני ₪ מכספי התובעים. הם קיבלו
- 10 מהם עמלות בהיקף ניכר. כשהתובעים ביקשו את כספם בחזרה הודיעו הנתבעים כי לא ישיבו
- 11 הכספים. הם סירבו להציג מסמך או חשבון בנק שמתייחס לכספם של התובעים. נציג
- 12 הנתבעים (ספק הנזילות) הסביר לתובעים שכספם בסכנה, ולכן בניסיון להציל את כספם הם
- 13 חתמו על הסכם הפשרה. לשיטת התובעים כל הטענות שהעלו הנתבעים נגד פעולות המסחר
- 14 של התובע הן אמתלה שמטרתה להתחמק מהשבת הכספים. למעשה, רקחו הנתבעים מזימה,
- 15 יחד עם מר גלבויז, לפיה הם תיאמו את מהלכיהם ואת המצגים שהציגו לתובעים כדי
- 16 להלחיצם ולאיים עליהם, וכך הושגה הפשרה שהתובעים נאלצו לחתום עליה.
- 17 כאמור, התובעים טענו כי לא רצו להגיש את התביעה מיד לאחר שקיבלו את הכספים לידיהם
- 18 (בחוודש אפריל 2016), שכן חששו שזו תפגע בהליך קבלת הרישיון של סמארט קפיטל, ואז יהיו
- 19 חשופים לתביעת נגד נזיקית. על רקע כששמעו שהליך הרישיון אינו עוד על הפרק הגישו את
- 20 התביעה.
- 21 התובעים פירטו את היתרות שנותרו בידי הנתבעים לאחר הסכם הפשרה, והעמידו את הסכום
- 22 שיש להעביר לידיהם בנוסף על סך 3,194,646 ₪.
- 23 בנוסף, התובעים טוענים שיש להרים את מסך ההתאגדות שבין הנתבעת 1 לנתבעת 2, ויש
- 24 לקבוע ששתי החברות הן גוף כלכלי עסקי אחד, ולכן שתיהן חבות ביחד ולחוד. וכמו כן יש
- 25 להטיל חבות אישית על הנתבע 3, מר נוי.
- 26 13. הנתבעים טוענים שיש לדחות את התביעה. הסכם הפשרה שיקף סיכונים וסיכויים לשני
- 27 הצדדים. לשיטתם, מר חן ניהל את חשבונות התובעים בניגוד לסעיף 2(ב) לחוק הסדרת
- 28 העיסוק בייעוץ השקעות, בשיווק השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה-1995 (להלן: **חוק**
- 29 **ניהול השקעות**), שכן הוא לא הציג רישיון לניהול תיקים. הוא ביצע את ההשקעות על דעת
- 30 עצמו ללא הוראות שקיבל מיתר התובעים. בנוסף, בהתאם לסעיף 3.9 להסכמי ההתקשרות,



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 49835-06-16 חן ואח' נ' סמארט קפיטל תוכנות בע"מ ואח'

- 1 יכולה הייתה סמארט קפיטל לבטל עסקאות אם לדעתה הן בוצעו תוך שימוש לא הוגן במערכת
- 2 המסחר. כאן היו אינדיקציות ברורות שהתובע ערך פעולות מסחר שהפרו את הסעיף, ובהן
- 3 חשש למסחר תוך מניפולציה ומסחר רבוטי. בכך הוא העמיד את סמארט קפיטל בסיכון, שכן
- 4 היא הייתה נושאת במלוא החוב לתובעים כתוצאה מהמניפולציה, ובכל מקרה הייתה צריכה
- 5 לפעול מול ספק הנזילות כדי לכסות את ההתחייבויות.
- 6 מכל מקום, שעה שנחתם הסכם הפשרה הרי הוא מחייב, ואין כל בסיס לבטלו. הנתבעים הציעו
- 7 לתובעים לפנות לבית המשפט ולהפקיד הכספים שבמחלוקת בקופתו. התובעים סירבו לכך.
- 8 הצדדים ויתרו על טענותיהם. הם הסכימו למחוק את העסקאות. בכך, התובעים קנו את
- 9 הסיכון כי מיצוי הבדיקה היה מעלה שפעולותיהם החשודות אכן פסולות ומבוטלות, בהתאם
- 10 לקבוע בהסכם המסחר, ואין מקנות להם כל רווחים.
- 11 מוסיפים הנתבעים וטוענים כי יש לדחות את הטענות לכפייה. התובעים לוו בייצוג משפטי;
- 12 הם היו שותפים מלאים לניסוח ולעריכת הסכמי הפשרה, העירו הערות והחליפו טיוטות
- 13 במשא ומתן שנמשך מספר ימים; הם סירבו להפקיד הכספים בקופת בית המשפט; הם היו
- 14 שותפים מלאים לקביעת סכום הפשרה; התובעים דרשו ויתור על טענות הנתבעים במסגרת
- 15 הסכם הפשרה. למרות שלנתבעים עמדו טענות טובות שהצדיקו לכל הפחות בירור יסודי, הם
- 16 הסכימו לפשרה, ובמסגרתה קיבלו התובעים את כל כספי הקרן וכ-41% מהרווחים, שאכן היו
- 17 נאים. בנוסף, התובעים עתרו לביטול ההסכם רק בחלוף חודשים, שעה שמצופה היה מהם
- 18 להודיע על טענותיהם במועד מוקדם בהרבה, ולבטלו במהרה. הסיבה שהתובעים הגישו את
- 19 התביעה במועד הגשתה, חודשים לאחר כריתת הסכם הפשרה, נבעה מכך ששמעו שסמארט
- 20 קפיטל מכרה את רשימת לקוחותיה לחברה אחרת במסגרת עסקת מיזוג, ולכן הבינו כי
- 21 התקבלו בידה כספים אותם ניתן לתפוס.
- 22 לחילופין, וככל שתתקבל עמדת התובעים, הרי שהנתבעים שוללים את טענת ההשבה, שהרי
- 23 אז תעמודנה להם טענותיהם ביחס לפגמים במסחר שניהל התובע. עוד נטען שאין יריבות בין
- 24 התובעים לבין הנתבעת 1, ואין להטיל אחריות כלשהי על מר נוי (הנתבע 3).
- 25 14. הגיעה עת ההכרעה.
- 26 **מיקוד המבט: לבטל את הסכם הפשרה או לא לבטל את הסכם הפשרה – זו השאלה**
- 27 15. עובר לחתימת הסכם הפשרה עוררה המחלוקת בין הצדדים סוגיות הרבה.
- 28 כך, מזווית הראיה של התובעים הועלו, בין היתר, השאלות האם הפרה סמארט קפיטל חובות
- 29 שחלו עליה כזירת סוחר? האם היא כפופה לחובות נאמנות כלפי התובעים, והאם הפרה אותן?



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 49835-06-16 חן ואח' נ' סמארט קפיטל תוכנות בע"מ ואח'

- 1 האם הייתה חייבת להחזיק את כספי התובעים בחשבונות נאמנות נפרדים לכל לקוח-תובע?
- 2 האם הפרה חובתה להציג את דפי החשבונות הקונקרטיים בהם היה אמור להיות מוחזק
- 3 כספם? מה היה בדיוק מצב האחזקות על הכספים במועד בו דרשו התובעים להחזיר את
- 4 כספם? האם מערכת היחסים שבין הנתבעת 1 לנתבעת 2, במסגרתה האחת פתחה חשבון
- 5 נאמנות עבור השנייה, היא כדין? והאם הייתה לנתבעים הזכות לעכב את כספי התובעים אם
- 6 לא?
- 7 ומזווית הראיה של הנתבעים עולה השאלה האם היה התובע כשיר לנהל תיקים של בני
- 8 משפחתו וחבריו, או שמא היה צריך להיות בעל רישיון כדין? והאם אכן נפלו פגמים בפעולות
- 9 המסחר שביצע?
- 10 16. כל אלה הן שאלות נכוחות וראויות. עד יום 7.4.16 היה העולם רווי בטענות הצדדים. זה טען
- 11 וזה טען, וקול צחצוח החרבות נשמע באוויר. ואחרי 7.4.16 לא נשמע אלא קול דממה
- 12 נורמטיבית דקה.
- 13 מדוע? משום שביום זה נחתמו הסכמי הפשרה. כל התובעים חתמו עליהם, וכולם כללו נוסח
- 14 קבוע, כשסכומי התשלום שקיבלו השתנו. סעיף 4 להסכמים קבע כי "האמור לעיל מהווה
- 15 סילוק סופי ומוחלט של כל טענות ו/או דרישות ו/או תביעות מכל מין וסוג של צד כלשהו וכל
- 16 מי מטעמו כלפי הצד השני וכל מי מטעמו בקשר לכל החשבונות המצויים אצל סמארט
- 17 קפיטל, ובכפוף לביצוע התשלום לעיל, אין ולא תהיה למי מהצדדים כל טענה ו/או דרישה
- 18 ו/או תביעה כלפי הצד השני, וכל מי מטעמו." התשלום בוצע, ואחרי כל המחלוקות והטענות
- 19 אמורות היו לרדת למקום מנוחתן.
- 20 17. על רקע זה מוטלת עלינו החובה לכבד את הסכם הפשרה, אלא אם תמצא סיבה לסטות ממנו.
- 21 עמד על הדברים כב' השופט דנציגר כשפסק ש"דינו של הסכם פשרה כדינו של כל הסכם, הן
- 22 בנוגע לכללים שמסדירים את אופן כריתתו והן בנוגע לעילות תקיפתו בדיעבד עקב פגם
- 23 בכריתתו. יחד עם זאת, אין להתעלם מתכונותיו המיוחדות של הסכם פשרה, כהסכם שנועד
- 24 לסיים את הסכסוך בין הצדדים ושיש בו משום 'קניית סיכון' מצד שני הצדדים. הסכם
- 25 פשרה משמעותו הגעה לפיתרון מוסכם שנראה לשני הצדדים הוגן בנסיבות העניין, אגב
- 26 ויתורים הדדיים וחלוקת הסיכונים והסיכויים של כל אחד מהצדדים. תכונה מרכזית של
- 27 פשרה הינה סופיותה, כשציפייתם הסבירה של הצדדים הינה כי מדובר ב'סוף פסוק' וכי לא
- 28 יבואו בעקבותיו תביעות בעתיד בעניין שבמחלוקת" (ע"א 7663/11 דדון נ' חדד (פורסם
- 29 במאגרים; 2013; בפסקה 1 לחוות דעתו).
- 30 וכאן יש להבהיר שהסכמי פשרה לא נחתמים תמיד מתוך שלווה ונחת. במקרים רבים אופפים
- 31 את גיבושם לחץ ואף מצוקה, כשם שבמקרים רבים הם אופפים את ההסכמים מן המניין.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 49835-06-16 חן ואח' נ' סמארט קפיטל תוכנות בע"מ ואח'

- 1 הצדדים להסכמי הפשרה מקריבים הקרבות ומוותרים על טענות. במקרים רבים הם מעדיפים
- 2 לקבל את הציפור האחת שביד, ולוותר על הסיכוי לקבל את השתיים שעל העץ. יתכן שיחתום
- 3 אדם על ההסכם ולאחר מכן יישא בליבו מחשבות טורדות. הוויתור החוזי אינו מוביל לדממת
- 4 הנפש, שיכולה להמשיך להיות מוטרדת, ומשוכנעת שהצדק עומד לימינה והוויתור הוא מעוול.
- 5 הסכם הפשרה אינו מוביל בהכרח לדממה נפשית, אך דממה נורמטיבית יש ויש. כאשר
- 6 הצדדים מתחייבים לוותר, הם נוטלים על עצמם התחייבות חוזית, וחוזים, כידוע, יש לקיים.
- 7 ההתחייבות החוזית משנה את העולם הנורמטיבי. היא מובילה לאובדן הכוח לנקוט בהליכים
- 8 משפטיים בגין העילה והרקע שעמדו בבסיס הוויתור.
- 9 דווקא לאור העובדה שבמקרים רבים הסכמי פשרה נחתמים תחת לחץ ומשקפים אילוצים
- 10 הם "מועדים מעצם טבעם יותר מהסכמים 'רגילים' לטענות בדבר פגמים ברצון כגון כפייה
- 11 או עושה" (שם, בפסקה 2 [ההדגשה במקור]). ועדיין, שומה עלינו לעמוד על המשמר, ולא
- 12 לבטלם בקלות יתרה. אנו פועלים בשיטת משפט המעודדת פשרה, והרואה בה ערך בזכות
- 13 עצמו. אין לתמרץ התנהלות בה נחתמים הסכמי פשרה, ורק לאחר שאחד הצדדים יקבל את
- 14 המגיע לו במסגרתם הוא יעלה לפתע טענות נגדם ויבקש לבטלם. לכן "נקודת המוצא הינה
- 15 כי הסכם פשרה מעצם טבעו הינו הסכם שהצדדים שקלו היטב שיקוליהם בטרם
- 16 כריתתו, ולכן יש לבחון בזהירות יתרה את טענת הפגם בכריתתה" (שם, בפסקה 1).
- 17 18. נקודת המוצא של הדיון השיפוטי היא בכיבוד הסכם הפשרה. על התובעים לעמוד בנטל המוטל
- 18 עליהם לסתור אותה, וכל עוד לא עמדו בו אין מקום להיכנס לבירור כל הטענות שהעלו, ושעל
- 19 בירורן ויתרו בהסכם. במצב בו הוויתור עומד על כנו, אין די בנקיטה בהליך משפטי כדי
- 20 שייפתח השער לפני בירור לגופן של טענות שהודממו. שאם כך, איזו תועלת תימצא בהסכמי
- 21 פשרה הכוללים ויתור על טענות?!
- 22 מכאן, שהשאלה הראשונית אותה יש לשאול היא האם נפל פגם בכריתת הסכם הפשרה שבין
- 23 הצדדים המצדיק את ביטולו? ככל שהתשובה תהיה בשלילה, לא יהיה צריך לדון באף טענה
- 24 נוספת. הנה כי כן: לבטל את הסכם הפשרה או לא לבטל את הסכם הפשרה – זו השאלה.
- 25 וכיצד נדע האם לבטל אם לאו? "כאשר מדובר בטענות כאלה [מסוג כפייה או עושה], קיימת
- 26 חשיבות מכרעת לבחינת נסיבות כריתת הסכם הפשרה. בין היתר, יבחן בית המשפט האם
- 27 מדובר בהסכם שנכרת בחטף ובלחץ זמן, תוך איום בלתי לגיטימי או ניצול מצוקה של אחד
- 28 הצדדים ומבלי שהייתה לו אפשרות סבירה לבחור אחרת, או שמא מדובר בהסכם הגון
- 29 שנכרת לאחר משא ומתן, ללא לחץ, ותוך התייעצות עם עורכי דין או בעלי מקצוע רלוונטיים
- 30 אחרים" (שם, בפסקה 2). ואוסיף שקיומו של לחץ, ככזה, ואפילו לחץ כבד, אינו מוביל,
- 31 בהכרח, לביטול ההסכם. השאלה היא האם לחץ שכזה, ככל שהתקיים, הוא בעל מהות



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 49835-06-16 חן ואח' נ' סמארט קפיטל תוכנות בע"מ ואח'

- 1 ועוצמה המצדיקים את פתיחת ההסכם שנכרת בעקבותיו.
- 2 19. על רקע זה, ובטרם אדון בטענותיהם הנורמטיביות של הצדדים, אציג את השתלשלות הדברים
- 3 העובדתית שהובילה לחתימה על ההסכם, ואכריע בחלק מהמחלוקות העובדתיות שעומדות
- 4 על הפרק. בכך תבוסס התשתית לבחינת המשך.
- 5 **השתלשלות הדברים העובדתית שהובילה לכריתת הסכם הפשרה**
- 6 **רצון מר חן להפסיק את ההתקשרות עם סמארט קפיטל ולמשוך הכספים**
- 7 20. כאמור, בחודש מרץ 2016 הודיע התובע כי בכוונתו להפסיק את פעילות המסחר בסמארט
- 8 קפיטל, ושברצונו למשוך את הכספים שהצטברו. היה זה לאחר שמר לוי, איש המכירות מטעם
- 9 הנתבעות, אמר לו שבכוונת סמארט קפיטל להעלות את גובה העמלות.
- 10 התובע טוען כי כשעמד על רצונו למשוך הכספים, הוא נדרש לספק אישור לפטור מניכוי מס
- 11 על רווחי חן (סעיף 36 לתצהירו), ואני מקבל את עדותו. דרישת הנתבעים נענתה. ואז נעשה
- 12 ניסיון לשכנע את התובע להעביר החשבונות לברוקר אחר בשם אלפא-טרייד. הצעה זו נדחתה
- 13 לאחר שהתברר לתובעים כי הרישיון של חברת אלפא טרייד הושהה על ידי הרשות לניירות
- 14 ערך בלונדון (סעיפים 42-44 לתצהיר התובע). לנקודה זו יש חשיבות בעיני, ואתעכב עליה
- 15 בהמשך (ראו להלן בפסקה 28(ג)).
- 16 21. התובע עמד על דרישתו וכדי שיהיה לדברים עיגון כתוב הוא פנה ביום 22.3.16 בדואר
- 17 אלקטרוני למר לוי (נספח 7 לתצהירו), ובו דרש למשוך הכספים כולם.
- 18 מר לוי ביקש אותו להיפגש עם בעלי הנתבעות, מר נוי. וביום 28.3.16 נערכה ישיבה בה נכח
- 19 התובע, וד"ר גולדמינץ מטעם התובעים, ועו"ד ביטון, המייצג את סמארט קפיטל, ומר נוי
- 20 מטעם הנתבעים. התובעים טוענים שאז הועלתה לראשונה הטענה שהתובע מנהל תיקים
- 21 בניגוד לחוק, והוצע פתרון להקים "קרן גידור" או להעביר את פעילות המסחר לאלפא טרייד.
- 22 התובע דחה את שתי ההצעות (סעיפים 48-53 לתצהירו). מר נוי הצהיר כי בפגישה עלה גם
- 23 נושא החשד למסחר לא תקין שביצע התובע, לצד היותו חסר רישיון לניהול תיקים.
- 24 22. ביום 30.3.16 התקשר מר נוי אל התובע והודיע לו כי הוא אינו מאשר את העברת הכספים עד
- 25 לבירור המחלוקות. התובע טוען כי הציע שהנתבעים יעבירו לתובעים האחרים את כספם, שכן
- 26 טענותיהם מופנות רק נגדו. מר נוי סירב והשיב כי יסכים להעביר לתובעים רק את הקרן כנגד
- 27 ויתור על הרווחים. ההצעה נדחתה (פסקאות 58-61 לתצהיר התובע). מר נוי כופר בכך, אך
- 28 לצורכי התביעה אין אני נדרש להכריע במחלוקת זו, שכן ממילא תוך יום טענות החברה הועלו
- 29 על הכתב (ראו בפסקה הבאה להלן).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 16-06-49835 חן ואח' נ' סמארט קפיטל תוכנות בע"מ ואח'

- 1 מכל מקום התובע ביקש מאחיו, עו"ד חן, לשוחח עם עו"ד ביטון, ב"כ סמארט קפיטל, וכך
2 נעשה (פסקה 29 לתצהיר עו"ד חן). עו"ד ביטון ציין כי לשיטת סמארט קפיטל הפעולות שנעשו
3 על ידי אחיו מנוגדות להוראות, והדבר עלול ליצור בעיה מול הרשות לניירות ערך. על רקע זה
4 ביקש עו"ד חן מעו"ד ביטון לשלוח מכתב מפורט ובו טענות החברה (פסקה 29 לתצהירו), ועו"ד
5 ביטון נענה.
- 6 **מכתבו של עו"ד ביטון בשם חברת סמארט קפיטל; אמירה מטעם סמארט קפיטל כי הכספים**
7 **נמצאים, ושיש נכונות להפקידם בקופת בית המשפט עד לבירור המחלוקת; התובעים דוחים את**
8 **ההצעה**
- 9 23. ביום 31.3.16 שלח עו"ד ביטון לעו"ד חן (התובע 3) דואר אלקטרוני, אליו צורף מכתב מטעם
10 סמארט קפיטל, הנושא תאריך 30.3.16 (נספח 5 לכתב ההגנה המתוקן):
- 11 (א) במכתב ציין עו"ד ביטון כי נראה שעמדת הרשות לניירות ערך צפויה להיות שביצוע
12 פעולות מסחר עבור אחרים טעונה רישיון, וכאן דובר בניהול 18 חשבונות עבור אחרים.
- 13 (ב) בסעיף 3 נכתב כי "כל הכספים נמצאים ממילא בידי מרשתי, בחשבון הנאמנות לטובת
14 לקוחותיה", וזאת מאחר שהמסחר הופסק.
- 15 (ג) עוד נכתב כי "...מבדיקת העסקאות עולה כי עסקאות רבות בוצעו בסמוך, ולעיתים
16 בסמוך מאוד, למועדי פתיחה ו/או סגירת המסחר, באופן שיש בו בכדי להצביע על
17 ניסיון לבצע מניפולציות במערכת המסחר, לנצל latency או תקלות אחרות במערכת,
18 באופן הדורש בדיקה מקיפה" (פסקה 7 למכתב). ועוד נכתב ש"כבר בשלב זה ניתן
19 להעריך את השפעת העסקאות שנפתחו ו/או נסגרו מחוץ לשעות המסחר, בעשרות
20 אחוזים על שווי התיק" (פסקה 8 למכתב).
- 21 (ד) צוין כי התובעים איימו בפניה לרשויות ככל שלא תענה דרישתם להוצאת הכספים,
22 ומכאן נראה שהתובעים מעוניינים שלא לאפשר לסמארט קפיטל לבצע הבדיקות (פסקה
23 7 למכתב).
- 24 (ה) על רקע זה הציע סמארט קפיטל לפנות לבית המשפט כדי לקבל הוראות, שם ניתן יהיה
25 לברר את הטענות למסחר לא הוגן. ועוד נכתב כי "למעלה מן הצורך, מרשתי תבהיר כי
26 כדי להזים מראש את הטענה הצפויה בדבר העדר הכספים בידי מרשתי, הרי שמרשתי
27 מוכנה להזמין להראות לעינך, במשרדיה, כי כל הכספים המדוברים נמצאים בידה,
28 ודווחו כדין לרשות לניירות ערך (וכמובן תוכל להפקידם בבית המשפט ככל שיידרש
29 ותקופה שתידרש)" (פסקה 15 [ההדגשה הוספה])



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 49835-06-16 חן ואח' נ' סמארט קפיטל תוכנות בע"מ ואח'

- 1 הוצעה גם אפשרות אחרת לפיה תוקם שותפות מוגבלת הפועלת כקרן גידור ומאגדת את
- 2 כל בעלי החשבוניות כשותפים מוגבלים, אלא שאפשרות זו נשללה על ידי התובעים (פסקה
- 3 11).
- 4 24. לאחר קבלת המכתב שוחח עו"ד חן עם עו"ד ביטון, ותואמה פגישה בין הצדדים ליום 3.4.16
- 5 במשרדי הנתבעות.
- 6 25. ביום 3.4.16 ניסח עו"ד חן את תשובתו בשם מר חן ומיופי כוחו (נספח יא לכתב התביעה
- 7 המתוקן) בה נכתב כי הם דוחים את כל הטענות הנטענות במכתבו של עו"ד ביטון, וחוזרים על
- 8 הבקשה לקבל את כל הכספים השייכים להם ומוחזקים בנאמנות עבורם. מכאן נובע
- 9 שהתובעים עמדו על קבלת הכספים, **ודחו**, בין השאר, את הצעת הנתבעים להפקיד הכספים
- 10 בקופת בית המשפט.
- 11 בסוף המכתב צוין כי **"נגיע לפגישה שנקבעה להיום – 3.4.16 – אחר הצהריים, בה תציגו**
- 12 **בפנינו אסמכתאות לכך שכל כספינו מוחזקים בחשבון נאמנות עבורנו כנהנים."**
- 13 26. הנה כי כן, אם נסכם את הדברים עד כה, וכפי שהם עולים ממסמכים מזמן אמת – **הנתבעים**
- 14 הם שהציעו להפקיד את הכספים בקופת בית המשפט עד לבירור המחלוקת; **התובעים** הם
- 15 שסירבו לכך. עו"ד ביטון ציין במכתב מטעמו כי כספי הנתבעים מוחזקים על ידי סמארט
- 16 קפיטל בנאמנות. ונזכיר כי כשלושה חודשים קודם לכן, בחודש דצמבר, התקיימה פגישה בה
- 17 קיבל חלק מהתובעים אישור על קיומם של הכספים לצורך הסדרת המיסוי בגין הרווחים, גם
- 18 אם לא עיינו בחשבוניות עצמם (ראו לעיל בפסקה 4).
- 19 **הפגישה מיום 3.4.16**
- 20 27. במרכז התובענה עומדת הפגישה שהתקיימה בין הצדדים ביום 3.4.16. בסופה גובשו
- 21 ההסכמות הבסיסיות שהובילו לחתימת הסכם הפשרה, ומכאן שהיא בעלת חשיבות רבה ויש
- 22 לבחון את קורותיה ביסודיות.
- 23 הפגישה התקיימה בנוכחות מר חן, עו"ד חן, אחותם עו"ד שנקלר (שהיא רעייתו של אחד
- 24 התובעים) וד"ר גולדמינץ מטעם התובעים. מטעם הנתבעים נכחו עו"ד ביטון, מר נוי וכן מר
- 25 גיא גלבוז שהציג עצמו כנציג ספק הנזילות של סמארט קפיטל, G.G. Holdings Services
- 26 Limited, והתובעים טוענים כי חברת ספק הנזילות מצויה בשליטתו (מכל מקום היא נושאת
- 27 את ראשי התיבות של שמו).
- 28 לפגישה היו שלושה חלקים. תחילה כל הנוכחים היו באותו החדר. לאחר מכן, מר גלבוז ביקש
- 29 לשוחח ביחידות עם עו"ד נוי כדי לראות אם ניתן יהיה להגיע להסכמות (ואז הצטרף לישיבה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 49835-06-16 חן ואח' נ' סמארט קפיטל תוכנות בע"מ ואח'

- 1 התובע), ולאחר מכן עדכנו עו"ד חן ומר חן את חבריהם, והכל שבו לחדר.
- 2 28. נבחן את השתלשלות הדברים :
- 3 א) לטענת התובעים בפגישה הובהר להם שלא יקבלו כספם בחזרה אלא אם יגיעו להסדר
4 פשרה, ונטען כי בכוונת הנתבעות לפנות לבית המשפט כדי שיבחן את כשרות פעולותיו
5 של התובע. אני מקבל את דבריו של עו"ד חן שעו"ד ביטון "היה נחרץ בטענתו כי אני
6 והתובעים האחרים לא נוכל לקבל את כספינו בטרם הכרעה שיפוטית או חוות דעת
7 מהרשות לניירות ערך המתייחסת לפעולותיו של [התובע] בחשבונות ולמספר
8 החשבונות אותם ניהל, אבל הוא מוכן לוותר על ההכרעה השיפוטית או מעורבות הרשות
9 לניירות ערך אם נחתום על הסכם פשרה עם הנתבעות" (פסקה 41 לתצהירו).
- 10 חלקה הראשון של הפגישה היה סוער, והתנהל בצעקות, גם מצד התובעים עצמם.
11 התובעים היו תקיפים בהתנהלותם, ואיימו שיביאו לכך שסמארט קפיטל לא תקבל את
12 הרישיון ונראה שהיו נסערים (מר נוי סעיף 51 לתצהיר ; עמ' 492 ש.19 ואילך).
- 13 ב) עוד ניתן לקבוע שעובר לפגישה התובעים חששו שכספם אינו מופקד בידיים נאמנות,
14 ושהם איבדו אמון בנתבעים. הדברים נכתבו כך ברחל בתך הקטנה בכתב התביעה
15 המתוקן (בפסקה 33).
- 16 ג) ומה היה הרקע לדברים? על פי כתב התביעה המתוקן הדברים התגבשו לאחר הפגישה
17 ביום 28.3.21 (ראו לעיל בפסקה 21) בה הוצע להם להעביר את פעילותם לאלפא טרייד.
18 בתצהיר מטעם התובע הוצהר כי ההצעה להעביר הפעילות לאלפא טרייד הוצעה על ידי
19 מר לוי בדואר אלקטרוני (נספח 5 לתצהיר), והדברים לובנו בין המשקיעים עובר לפגישה
20 מיום 28.3.21.
- 21 כך או כך, כאשר ההצעה עמדה על הפרק במסגרת הדיון הפנימי בין התובעים הסב את
22 תשומת הלב אחד התובעים, מר שטראוס, לפרסום בעיתון גלובס (6.8.15)(נספח ז לכתב
23 התביעה המתוקן) ובו תיאור של הקפאת פעילות מפעילת זירות המסחר Plus500 על
24 ידי הרגולטור הבריטי, וזאת על רקע חשד להלבנת הון. ועוד נכתב בכתבה שהדבר משפיע
25 גם על חברת סמארט קפיטל ששיווקה עצמה כחלק מבית אלפא טרייד, וכעת מנסה
26 להרחיק עצמה מאלפא טרייד.
- 27 הדברים מקבלים חיזוק מתצהירה של עו"ד שנקלר (בפסקאות 18 – 19) כי "באותו זמן
28 התוודענו לידיעה עיתונאית אליה נחשפנו בזמן גלישה באתרים השונים, כי רישיונה
29 של חברת אלפא טרייד הושעה. בשלב זה התעורר בליבי חשד כבד ואמרתי לאחי, משה,



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 49835-06-16 חן ואח' נ' סמארט קפיטל תוכנות בע"מ ואח'

- 1 שאני לא מעוניינת יותר לעבוד עם חברת סמארט קפיטל וביקשתי למשוך את הכספים
- 2 המופקדים".
- 3 על רקע זה נכתב בכתב התביעה המתוקן כי "משנודע לתובעים תוכן הפרסום, הם דחו
- 4 את הצעת[ם] של הנתבעים. בנסיבות אלו, איבדו התובעים כל אימון בנתבעים והתגבר
- 5 אצלם החשש שכספם אינו מופקד בידיים נאמנות" (פסקה 33).
- 6 דברים אלה מדברים בעדם.
- 7 מכאן שאותם תובעים שהשתתפו בפגישה ביום 3.4.16 הגיעו אליה בהלך רוח חשדן,
- 8 חסר אמון ומתוך תחושה שכספם מצוי בסכנה.
- 9 (ד) התובעים טענו כי לאור עמדת הנתבעים בפגישה הם היו מוכנים לברר את המחלוקות
- 10 בבית המשפט, ודרשו בפגישה שהנתבעים יפקידו את כספם בבית המשפט, אך נענו
- 11 בשלילה. ואז דרשו שלפחות חלק מכספם יופקד שם, אך גם דרישה זו נדחתה.
- 12 עו"ד חן הצהיר (סעיפים 42-44 לתצהירו) כי תחילה ביקשו להעביר את הכספים
- 13 למשקיעים מלבד מר חן, שהרי הטענות של הנתבעים נוגעים אליו, ולאחר מכן לקיים
- 14 דיון בבית המשפט. ההצעה סורבה על ידי עו"ד ביטון. לאחר מכן, עו"ד שנקלר הציעה
- 15 שעד להכרעה שיפוטית יופקדו הכספים בבית המשפט, אך גם הצעה זו סורבה, על ידי
- 16 עו"ד ביטון. ולאחר מכן, הועלתה הצעה מטעם התובעים כי כספי הקרן יופקדו בבית
- 17 המשפט, אך גם הצעה זו סורבה.
- 18 התובעים מוסיפים וטוענים כי הנתבע 3 לא התייחס לדברים אלה בתצהירו, ומכאן
- 19 שעדותם לא נסתרה. בנוסף, הנתבעים לא זימנו לעדות את עו"ד ביטון, ונתון זה פועל
- 20 לחובתם.
- 21 לאחר שקילה ובחינת עדותם של הצדדים ובחינת החומר שלפני אני דוחה את עמדת
- 22 התובעים בעניין זה. עמדתם סותרת את חילופי הדברים הכתובים מזמן אמת. כזכור,
- 23 עו"ד ביטון הוא שהציע להעביר את הכספים לבית המשפט, במכתבו מיום 31.3.16 (ראו
- 24 לעיל בפסקה 23(ה)). התובעים הם שסירבו לכל הצעותיה של סמארט קפיטל בתשובתו
- 25 הכתובה של עו"ד חן, אותה מסרו לנתבעים ביום הפגישה.
- 26 בניגוד לנטען על ידי התובעים לפיהם מר נוי לא התייחס לדברים, הרי שהוא העיד כי
- 27 הייתה זו החברה שהציעה לפנות לבית המשפט (פסקה 54 לתצהירו). וגם מר גלבוז העיד
- 28 בתצהירו (בפסקה 3) כי זכור לי, "שהוצע מפורשות על ידי הנתבעת 2 כי הצדדים יפנו
- 29 לבית המשפט לבירור הטענות, ובינתיים הכסף יופקד בקופת בית המשפט".



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 49835-06-16 חן ואח' נ' סמארט קפיטל תוכנות בע"מ ואח'

- 1 עדויותיהם של מר נוי ושל מר גלבוזי הן שעולות בקנה אחד עם המסמכים הכתובים, ואני
- 2 נותן בהן אמון. על כך יש להוסיף את דבריהם של התובעים עצמם, עליהם עמדתי לעיל
- 3 שעו"ד ביטון עמד על כך שהתובעים לא יקבלו את כספם בטרם הכרעה שיפוטית (ראו
- 4 לעיל בפסקה 28א)). אין זה הגיוני שצד יעמוד על הכרעה שיפוטית אך יסרב בכל תוקף
- 5 להפקיד את הכספים בבית המשפט. הליכה לבית משפט בנסיבות אלה מובילה
- 6 לסיטואציה שבה במידת ודאות גבוהה יופקדו הכספים או חלקם בבית המשפט.
- 7 התובעים מצביעים על כך שהנתבעים לא זימנו את עו"ד ביטון לעדות, אך הם לא
- 8 מסבירים מדוע הם לא עשו כן, שעה שביקשו לזמן מספר עדים ונסוגו מכך. בנוסף, יש
- 9 לזכור כי הנטל לשכנע שיש לבטל את ההסכם מוטל עליהם ולא על כתפי הנתבעים.
- 10 זאת ועוד. כבר ראינו כי עו"ד חן ידע לדרוש מעו"ד ביטון כי יעלה את עמדות סמארט
- 11 קפיטל על הכתב. כך הרי בא לעולם המכתב מיום 31.3.16 (ראו לעיל בפסקה 22). סביר
- 12 להניח כי אם אכן הייתה סתירה כה גדולה בין עמדת עו"ד ביטון לפני הפגישה לבין זו
- 13 שהובעה במהלך הפגישה, היה עו"ד חן עומד על כך שיהיה לדברים ביטוי בכתובים.
- 14 תמיהה זו מתחזקת נוכח העובדה שהסכם הפשרה לא נחתם מיד באותה ישיבה, אלא
- 15 לאחר כמה ימים, שבמהלכם יכול היה מר חן לדרוש לעגן את הדברים בכתב.
- 16 ה) מוסיפים התובעים וטוענים שעו"ד חן ביקש לראות אסמכתאות שכספם נמצא בחשבון
- 17 הנאמנות, אך גם דרישה זו סורבה, שכן עו"ד ביטון ציין שאין בכך טעם, שכן לא ניתן
- 18 יהיה להבחין מדף היתרה בין כספי התובעים לכספי לקוחות אחרים.
- 19 התובעים טוענים כי מדובר באמתלה, שכן בדיעבד עולה מהחשבונות שלא הייתה סיבה
- 20 אמיתית שלא להראות להם החשבונות, שכן השם היחיד שהופיע בהם הוא שמה של
- 21 הנתבעת 1, ולכן חשיפת החשבונות לא הייתה פוגעת בזכות לפרטיות של צדדים
- 22 שלישיים.
- 23 יחד עם זאת, מקובלת עלי עדותו של מר נוי כי נאמר להם ש"החשבונות יוצגו לא בפורום
- 24 הרחב בו התנהלה הישיבה, לנוכח העובדה שאלו כוללים כספים ונתונים אודות
- 25 משקיעים אחרים" (פסקה 54 לתצהיר). התובע הודה בחקירתו הנגדית שהדברים נאמרו
- 26 אך הוא טען שהם לא נכונים לגופם (עמ' 94 ש. 10-16). אלא שלצורך הדיון חשוב לראות
- 27 אלו מצגים הוצגו במהלך הפגישה (להבדיל מהשאלה האם הם נכונים אם לאו). ניתן
- 28 לקבוע כי במהלכה נאמר לנציגי התובעים שיוכלו לראות החשבונות בהמשך בפורום
- 29 מצומצם יותר. ויודגש – כי במכתבו של עו"ד ביטון מיום 30.3.16 הוא הציע רק לעו"ד חן
- 30 לעיין באסמכתאות, ואילו לפגישה הגיעו כמה מנציגי התובעים.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 49835-06-16 חן ואח' נ' סמארט קפיטל תוכנות בע"מ ואח'

- (ו) וכאן אנו מגיעים לאחד הקטעים החשובים של הפגישה :
- התובעים טוענים כי לקראת סיום הפגישה ביקש מר גלבוז לשוחח עם עו"ד חן ביחידות, ולאחר מכן הצטרפו לפגישה מר חן, ויתר הנוכחים מטעמם. עו"ד חן הצהיר שבפגישה הבהיר מר גלבוז כי רק חלק מכספם של התובעים מופקד בחשבון הנאמנות, ושהדרך היחידה בה יוכלו לקבל חלק מכספם היא על ידי ויתור על מרבית הרווחים. אז יוכלו לקבל הקרן בתוספת 30% מהרווחים, ושאלם לא יסכימו לפשרה, הם יסכנו את כל כספם. ועוד טענו כי בשום שלב בשיחה לא חזר מר גלבוז על הטענות שהועלו על ידי עו"ד ביטון.
- התובע מס' 15 ד"ר גולדמינץ ציין (בפסקאות 42-43 לתצהירו) כי הוא נקרא לאותה פגישה ומר גלבוז אמר שהנתבעות מצויות "במצב קשה" והסיכוי היחיד לקבל חלק מהכסף הוא בדרך הפשרה.
- התובע ציין (בסעיפים 77-79 לתצהירו) כי למיטב זכרונו בשלב מסוים נקב מר גלבוז בסכומים, ואמר שבידי הנתבעות נמצא סכום של כ-1.4 מיליון \$, ושספק הנזילות יוכל להעביר סכום נוסף של \$720,000, ושהם יצטרכו להסתפק בדברים אלה.
- התובעים טוענים כי האמינו למר גלבוז, ולכן נאלצו להיכנע לתכתיבי הנתבעים.
- (ז) **בעניין זה אני מוצא את עדויות התובעים מוגזמות באופן הפוגע במהימנותם. יחד עם זאת, אני מקבל את עמדתם שמר גלבוז השמיע אמירה, ממנה ניתן היה להבין שלא כל כספי התובעים מצויים בשליטה מיידית של סמארט קפיטל. אינני סבור שהוא אמר שחברת סמארט קפיטל מצויה במצב קשה, אך מדבריו ניתן היה להבין שלא כל הכספים של התובעים מובטחים.**
- אכן, צודקים הנתבעים בטענתם שהתובעים במהלך עדויותיהם ובסיכומיהם ניסו ליצור תמונה לפיה כל ארבעת הנוכחים בפגישה מטעמם שמעו את מר גלבוז אומר שהכספים אינם ברשות סמארט קפיטל, או שסמארט קפיטל מצויה בקשיים כספיים ניכרים.
- יחד עם זאת, בכתב התביעה המתוקן נכתב כי רק עו"ד חן והתובע הם שהשתתפו בשיחה בחדר עם מר גלבוז (סעיף 52 לכתב התביעה המתוקן); **"לקראת סיום הפגישה שוחח גיא גלבוז ביחידות עם התובעים מס' 1 ו-3"** [ההדגשה הוספה]. וכך גם צוין בבקשה לסעד זמני ובתצהירים התומכים בה (סעיף 55 לבקשה לסעד זמני).
- כך גם בתצהיר של עו"ד שנקלר (סעיף 39) נאמר כי לאחר שמר חן ועו"ד חן סיימו לשוחח עם מר גלבוז הם קראו לה ולד"ר גולדמינץ ועדכנו אותם בשיחה. הוצהר שרק התובע נקרא להצטרף לחדר בו שהו עו"ד חן ומר גלבוז.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 49835-06-16 חן ואח' נ' סמארט קפיטל תוכנות בע"מ ואח'

- 1 ואכן, אני קובע כממצא עובדתי שתחילה נכנסו לחדר הצדדי עו"ד חן ומר גלבוז, ואחר
- 2 כך נכנס לחדר גם התובע, מר חן. השיח הישיר בין מר גלבוז לבין התובעים התקיים רק
- 3 מול שניים אלה.
- 4 והנה ד"ר גולדמינץ העיד כי הוא נכח בחדר גם כן ושמע את מר גלבוז אומר שחברת
- 5 סמארט קפיטל מצויה במצב קשה (פסקה 43 לתצהירו). אני מוצא אפוא את עדותו של
- 6 ד"ר גולדמינץ לא אמינה בעניין זה, והיא משקפת מגמת הגזמה.
- 7 גם עו"ד שנקלר העידה עדות לא אמינה בנקודה זו. היא העידה כי שמעה את מר גלבוז
- 8 אומר לה **"שאין כסף ושנחנו לא נראה את הכסף ושרק אם אנחנו נסכים לסכום שהוא**
- 9 **נקב בו"** (עמ' 335, ש.24). אולם רק כשעומתת עם הצהרתה שלה שהיא לא נכחה כלל
- 10 בחדר בזמן שנאמרו הדברים היא נאלצה להודות שאחיה אמר לה כך ושהיא לא שמעה
- 11 את הדברים ישירות מפי מר גלבוז (עמ' 336, ש.20). גם כאן ניכרת מגמת ההגזמה.
- 12 (ח) ומה כן נאמר בשיחה באותו חדר צדדי?
- 13 (1) מר גלבוז זיהה אפשרות לפשרה **"הם [התובעים] רצו את הכסף, הם רצו אותו**
- 14 **מיידית, הם לא רצו לגרור את זה, בואו לא נגרור את זה, וזה הכול. ונאמר לי, אני**
- 15 **לא, אנחנו לא מבינים למה זה צריך להתברר. עכשיו, אני מהצד השני יודע סמארט**
- 16 **קפיטל ערב קבלת רישיון מהרשות לניירות ערך, והדבר האחרון שהיא רוצה זה**
- 17 **'רעשים' אז ראיתי שיש פה אופציה לפשרה, אני הצעתי שיתפשרו וזה היה"** (עמ'
- 18 520 ש.11).
- 19 על רקע זה היה זה מר גלבוז שהציע מתווה פשרה לפיו הבדיקה של העסקאות
- 20 תופסק, העסקאות ימחקו ממערכת המסחר, והתובעים יקבלו לידיהם רק חלק
- 21 מהכספים.
- 22 אינני סבור, כטענת התובעים, שגישה זו של מר גלבוז שיקפה את דעתו שעמדת
- 23 הנתבעים אינה אלא אמתלה להימנע מתשלום הכספים. מדובר ברצון לסיים את
- 24 המחלוקת במהירות, וברור שעניין זה מקדם את האינטרסים של הנתבעים
- 25 המצויים בהליך בקשת רישיון לניהול זירות סוחר, שלגביו יש לרשות לניירות ערך
- 26 שיקול דעת רחב שלא להעניקו.
- 27 (2) בשלב זה קרא עו"ד חן לאחיו, מר חן, להצטרף לשיחה עם מר גלבוז (פסקאות 46
- 28 -47 לתצהיר עו"ד חן). מר גלבוז הציע שהתובעים יסתפקו בסכום הקרן, ועו"ד חן
- 29 והתובע סירבו (עמ' 522 ש.32). נראה כי סכום הקרן צוין בשיחה. בניגוד לטענת



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 49835-06-16 חן ואח' נ' סמארט קפיטל תוכנות בע"מ ואח'

- 1 הנתבעים כי בשיחה זו לא צוינו סכומים, במהלך החקירה הנגדית העיד מר גלבוז
2 כי "זה הסכום שאני נקטתי, סכום, אני לא זוכר אפילו מה היה הסכום, אבל אני
3 אומר זה הכי קרוב לסכום שדובר עליו באותה ישיבה" (עמ' 522 ש.34).
- 4 (3) עו"ד חן ומר חן טוענים כי מר גלבוז אמר שהם יוכלו לקבל 1.4 מיליון דולר
5 שמצויים בידי סמארט קפיטל, ושהוא יוכל להעמיד 720,000 דולר נוספים. מר
6 גלבוז טען כי המספרים האלה לא נאמרו מעולם (עמ' 519, ש.8). ועוד טוען מר
7 גלבוז כי מעולם לא אמר שלא כל כספי התובעים מצויים ברשות סמארט קפיטל.
- 8 בעניין זה מלאכת קביעת העובדות היא מורכבת. אינני סבור שהתובעים המציאו
9 ובדו מליבם את המלל לפיו לא כל כספיהם נגשים להחזר באופן מידי על ידי
10 סמארט קפיטל. לאחר שהתרשמתי מעדותם של עו"ד חן ושל מר חן, אינני סבור כי
11 הם מסרו עדות כה שיקרית. יחד עם זאת, נראה לי כי עדותם הייתה מוגזמת.
- 12 יש לזכור כי התובעים עצמם ציינו שהגיעו לפגישה מתוך חשש עמוק לכספיהם,
13 ומתוך תחושה של חשד וחוסר אמון. על רקע זה הם הגיעו לפגישה כשהם חושדים
14 שכספם בסכנה, וכל "אות" או אמירה שיכלה לאשש חשד זה קיבלה תהודה ניכרת.
- 15 על רקע זה, ושעה שאני בוחן את הדברים במאזן ההסתברויות האזרחי, אני סבור
16 שמר גלבוז אמר להם שלשם החזר הכסף יהיה עליו להעביר סכומי כסף לסמארט
17 קפיטל, ושלא כל הכספים נזילים להחזר מידי. אמירה זו גרמה לתובעים להבין
18 שכספם בסכנה, והוסיפה מאוד לרמת החרדה שלהם.
- 19 אני דוחה את טענת התובעים כי מר גלבוז נקב בסכומים מדויקים. כי בידי סמארט
20 קפיטל מצויים 1.4 מיליון דולר ושהוא יוכל להוסיף 720,000 נוספים. גרסה זו של
21 התובעים לא הופיעה בכתב התביעה המתוקן (ראו את תיאור השיחה שם בפסקה
22 52), ולא בכתב התביעה המקורי. לא בבקשה לסעד זמני, ולא בתצהירי עו"ד חן ומר
23 חן שניתנו בתמיכה בבקשה לסעד זמני. וגם בתצהירים שהגישו לקראת ההוכחות
24 הם ציינו כי הדברים נאמרו "למיטב זיכרונם".
- 25 מכאן שעדותם בעניין זה היא מופרזת, ואין לקבלה. מנגד, לא מדובר בהמצאה
26 מוחלטת. אני סבור שמר גלבוז אמר להם שכדי שהפשרה תצא לפועל, עליו לדאוג
27 להעביר כספים לסמארט קפיטל. אמירה זו הספיקה כדי לגרום לתובעים לחשוב
28 שכל חששותיהם אומתו. אינני מקבל את הטענה כי מר גלבוז אמר להם במפורש
29 שרק אם הסכם הפשרה ייחתם הם יקבלו את כספם, או שמצבה של סמארט קפיטל
30 הוא עגום, והיא לא תוכל לשאת בתשלום ההוצאות. אני סבור שכך קראו התובעים



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 49835-06-16 חן ואח' נ' סמארט קפיטל תוכנות בע"מ ואח'

1 את הדברים בין השורות.

2 (4) התובעים קיבלו את הדברים שאמר מר גלבוז כאמת לאמיתה. ועד כדי כך שלא
3 מצאו לעמת את יתר הנוכחים בפגישה, שחיכו בחוץ, עם אמירתו של מר גלבוז.
4 מר חן העיד כי לא טרח לנסות ולברר עם עו"ד ביטון האם דבריו של מר גלבוז
5 נכונים (עמ' 96 ש.32 ואילך). גם עו"ד חן העיד כי הסתפק בדבריו של מר גלבוז (עמ'
6 176 ש.24).

7 נתון זה הוא רב משמעות בעיני. התובעים גיבשו מסקנה כי כספם אינו מובטח. כי
8 חברת סמארט קפיטל רעועה מבחינה כלכלית. כי אם לא יסכימו לפשרה לא יקבלו
9 את כספם. כל זאת הסיקו לאחר ששניים מהם שמעו את מר גלבוז בחדר צדדי.
10 והנה, לפני השיחה באותו חדר, נמסר להם כי כספם נגיש, ויראו להם את
11 האסמכתאות לכך בפורום יותר מצומצם, ושאלו מניעה לברר את המחלוקת בבית
12 משפט ושהכסף יופקד שם, כולו או חלקו.

13 הדברים הם סותרים, ובכל זאת בחרו התובעים לגבש את המסקנות השחורות
14 שהסיקו מדבריו של מר גלבוז. מר חן אף ציין כי מר גלבוז הוא אדם ישר ביותר,
15 שכן הוא היחיד שאמר אמת. אך עדיין מתבקש היה בנסיבות אלה להיכנס לשיח
16 המשך עם עו"ד ביטון ועם מר נוי לגבי השאלה האם הכספים מובטחים וכיצד ניתן
17 להבטיחם. התובעים לא היו חבורה מפוחדת. הם השמיעו אמירות תקיפות לפני
18 הפגישה עם מר גלבוז, בחדר בפני כל הנוכחים, ואיימו בפניה לרשויות. והנה שעה
19 שקיבלו אישוש לחששותיהם נמנעו מכל שיח בנושא. נראה לי כזאת עשו משום
20 שדבריו של מר גלבוז איששו את החששות עמם הגיעו לפגישה מלכתחילה.

21 לאחר שהוכשרה הדרך לפשרה, גיבושה נמשך לאחר השיחה עם מר גלבוז. בחלקה
22 האחרון של הפגישה סוכם שהעסקאות של התובעים ימחקו ממערכת המסחר;
23 שהתובעים יקבלו סכום כסף מהכספים שנצברו עד לאותו המועד; שהסכום יורכב
24 מהקרן ומסכום נוסף; שמי שיחליט על חלוקת הכספים יהיו התובעים, ושההסכם ימצא
25 את מלוא טענות הצדדים (סעיף 56 לתצהיר מר נוי).

26 **הצדדים המשיכו לנהל מגעים במשך כמה ימים עד חתימת הסכם הפשרה ביום 7.4.16**

27 29. הפגישה התקיימה, כזכור, ביום 3.4.16. הסכם הפשרה נכרת ביום 7.4.16.

28 הצדדים ניהלו מו"מ לאחר הפגישה. סמארט קפיטל שלחה טיוטת הסכם. כאן נטל חלק
29 דומיננטי עו"ד חן מטעם התובעים. הוא העיר מספר הערות ביום 5.4.16 לטיוטת ההסכם. עו"ד



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 49835-06-16 חן ואח' נ' סמארט קפיטל תוכנות בע"מ ואח'

1 חן הציע להוסיף את התוספת שההסכם יהיה בתוקף רק לאחר ביצוע התשלום המלא. כלומר,
2 שהוויתור על הטענות יהיה כפוף לקבלת הסכומים המוסכמים.

3 עו"ד חן ביקש לחתום על ההסכם במהירות (ביום 7.4.16 הוא ביקש מב"כ סמארט קפיטל את
4 "אישורו בהקדם" לתיקונים (נספח 9 לתצהיר מר נוי)). מזווית הראיה של התובעים תחושת
5 הדחיפות הייתה ברורה. הם חששו לכספים שלהם. במסגרת המו"מ עו"ד חן עמד על הוספת
6 סכום של כ-50,000\$ לסכום הפשרה, והנתבעים הסכימו לכך (פסקה 57 לתצהיר מר נוי שלא
7 נסתרה).

8 הסכם הפשרה מיום 7.4.16

9 30. בסופו של דבר חתמו התובעים (ביום 7.4.16) על הסכמי פשרה פרטניים (נספח 7 לכתב התביעה
10 המתוקן), שכללו הוראות כתובות זהות, כאשר הסכומים שהוחזרו השתנו ממשקיע למשקיע.
11 מי שקבע את הסכומים הסופיים שיקבל כל משקיע היה התובע עצמו (סעיף 80 לתצהירו).

12 31. בהסכמים נכתב כי "הואיל וסמארט קפיטל העלתה תהיות בקשר עם אופן ניהול החשבונות
13 וביצוע העסקאות על ידי הלקוח ו/או מי מטעמו אצל סמארט קפיטל; והואיל ולאחר שקיימנו
14 פגישה משותפת, והלקוח העביר, בעצמו ו/או באמצעות מי מטעמו, מסמכים תומכים
15 בהסדרת אופן פעילותו, אך עדיין נותרו שאלות פתוחות בין הצדדים, הסכימו הצדדים על
16 הסדרת המחלוקות באופן המפורט להלן".

17 נקבע כי כל העסקאות בחשבון הלקוח מבוטלות, ויחשבו כ-void, "והחברה תהיה רשאית
18 למחוק את העסקאות ממערכת המסחר" (סעיף 1). כי תשלום הסכומים המוסכמים "מהווה
19 סילוק סופי ומוחלט של כל טענות ו/או דרישות ו/או תביעות מכל מין וסוג של צד כלשהו וכל
20 מי מטעמו כלפי הצד השני וכל מי מטעמו בקשר לכל החשבונות המצויים אצל סמארט
21 קפיטל, ובכפוף לביצוע התשלום לעיל, אין ולא תהיה למי מהצדדים כל טענה ו/או דרישה
22 ו/או תביעה כלפי הצד השני וכל מי מטעמו" (סעיף 4). ועוד הסכימו הצדדים לשמור על סודיות
23 בעניין הסכם הפשרה (סעיף 5 להסכמים).

24 32. על פי הנתונים שהוכחו (סעיף 35 לחוות דעת ד"ר מופקדי), סכום הקרן ברוטו עמד באותו מועד
25 על 1,646,482\$, וסך היתרה עמד על 2,980,003\$. סכום הפשרה ששולם עמד על 2,150,000\$.

26 מכאן שהוחזרו כל הקרן ועוד 42% מהרווח. אין חולק כי התשלומים על פי ההסכם הועברו
27 במלואם, ובוצעו על ידי סמארט קפיטל ביום 12.4.16. סכום זה הגיע לכ-8.1 מיליון ₪.

28 33. כאמור התובע ביצע את החלוקה של הסכומים בין התובעים השונים. חלק מהתובעים קיבלו
29 חלק ניכר מהרווחים שהצטברו לטובתם (מר זינגר 91%; מר סלומון 88%; מר שטראוס 90%)



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 49835-06-16 חן ואח' נ' סמארט קפיטל תוכנות בע"מ ואח'

- 1 וחלק קיבלו היקף נמוך יותר מהרווחים (גב' דותן 67%; מר חן 68%; ד"ר גולדמיץ 63%).
2 ומכל מקום אין לפני טענה מצד מי מהתובעים כי נפלה בעיה בעניין זה.
- 3 34. לאחר שעמדנו על הרקע לגיבוש הסכם הפשרה, ולפני שאפנה לבחון את הטענות המשפטיות
4 ובהן לכפייה כלכלית, יש לבחון האם הטענות של חברת סמארט קפיטל נגד התובע היו בגדר
5 אמתלה אם לאו.

6 **סיכויים וסיכונים – טענות סמארט קפיטל לגבי פעולות מסחר חשודות אכן יכלו**
7 **להצדיק בדיקה ולא היו אמתלה**

- 8 35. כפי שראינו במגעים בין הצדדים העלתה סמארט קפיטל שתי טענות נגד המסחר שביצע מר
9 חן.

- 10 הטענה האחת נגעה באי יכולתו לבצע פעולות מסחר בעבור יתר התובעים, היות ונדרש לכאורה
11 לרישיון ניהול תיקים. ספק בעיני אם טעם זה, כשלעצמו, היה מצדיק את ביטול העסקאות.
12 אכן, סעיף 2.1.2 להסכם המסחר קבע שהתובע הוא "בעל כשרות משפטית ובעל זכות וסמכות
13 להתקשר עם החברה בהסכם זה ולפעול בחשבון". ובסעיף 2.1.1 הצהיר כי "אין מניעה חוקית
14 או הסכמית להתקשרותו בהסכם". ועדיין, ככל שהיה על התובע לפעול ברישיון וככל שהופרה
15 חובתו, נראה כי ניתן היה לנקוט נגדו בצעדים שונים, ולערב את הרשויות הרלוונטיות, אך אין
16 זה ברור שהיה מקום לבטל את העסקאות.

- 17 כך או כך לא אקבע מסמרות בעניין זה, היות ומצאתי ממש בטענה השנייה שהעלתה סמארט
18 קפיטל נגד מר חן.

- 19 36. הטענה השנייה שהעלתה סמארט קפיטל מצויה בחשד שהתובע ביצע פעולות לא תקינות
20 במסחר. ויודגש – אין אני קובע כי אכן בוצעו פעולות שכאלה. השאלה היחידה העומדת לפני
21 היא האם התנהלות התובעת לא הייתה אלא אמתלה. האם מהנתונים שנגלו לפניו בזמן אמת
22 אכן התעורר חשד כאמור?

- 23 סעיף 3.9 להסכמים של התובעים עם סמארט קפיטל קבע כך :

- 24 3.9 ידוע ומוסכם על הלקוח כי החברה תהיה ראשית בכל עת, על פי
25 שיקול דעתה הבלעדי, לבטל או להקפיא או לסרב לבצע הוראה או
26 עסקה, אם לדעת החברה, הפעולה בוצעה או עתידה להתבצע כפועל
27 יוצא של שימוש בלתי הוגן במערכת המסחר או תוך ניצול פערי
28 זמנים ומחירים בין מערכות שונות או מטרה אחרת החורגת מהלכי
29 מסחר תקינים ומקובלים.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 49835-06-16 חן ואח' נ' סמארט קפיטל תוכנות בע"מ ואח'

- 1 מובהר ומוסכם לצורך זה, כי חזקה על עסקה שבוצעה בטווח של 120
- 2 שניות בין מועד פתיחת העסקה לבין מועד סגירתה, שהיא בוצעה
- 3 תוך ניצול לרעה של מערכות.
- 4 וסעיף 5.4 להסכם המסחר קבע כי המסחר יהיה זמין בשעות המסחר המקובלות בימים ב-ו.
- 5 אין חולק כי סמארט קפיטל הייתה בהליך של בקשה לקבלת רישיון לניהול זירת סוחר לאור
- 6 תקנות ניירות ערך (זירת סוחר לחשבונו העצמי), התשע"ה-2014. הבקשה הוגשה ביום
- 7 25.5.15, ללא קשר, כמובן, לפעילות מר חן. אני מקבל את עדותו של מר נוי לפיה במסגרת
- 8 הליך הבקשה החלה סמארט קפיטל לבחון בצורה הדרגתית את פעולות לקוחותיה (פסקה 30
- 9 לתצהיר מר נוי).
- 10 שעה שהתובע ביקש למשוך כספיו ונבדקו העסקאות התעורר חשד שבוצעו פעולות מסחר
- 11 בעייתיות. התובע ביצע עסקאות רבות על פי רוב בסכומים נמוכים, המאפשרים ביצוען
- 12 "מתחת לרדאר" (פסקה 24 לתצהירו של מר נוי). התבצעו פעולות מסחר שלא בימי פעילות
- 13 המסחר החוקיים, ובשעות בהן לא אמור להתבצע מסחר במערכת (נתון המעורר חשד
- 14 למניפולציות) (פסקה 38.1 לתצהיר מר נוי); התבצעו פעולות רבות בטווח זמן קצר ביותר,
- 15 באופן המעורר חשד למעורבות מסחר רבובטי (שם, בפסקה 38.2). ונזכיר שסעיף 3.9 להסכם
- 16 קובע כי "חזקה על עסקה שבוצעה בטווח של 120 שניות בין מועד פתיחת העסקה לבין מועד
- 17 סגירתה, שהיא בוצעה תוך ניצול לרעה של מערכות", ואין חולק כי אותרו עסקאות מסוג זה.
- 18 37. כאמור, חברת סמארט קפיטל לא מיצתה את הבדיקה, נוכח הסכם הפרשה. אך סביר להניח
- 19 כי אם לא היה נחתם ההסכם היא הייתה מעמיקה את הבדיקה, ושוכרת מומחה כמו ד"ר
- 20 מופקדי, שמסר חוות דעת מטעמה במסגרת ההתדיינות לפני. בדיקתו של ד"ר מופקדי העצימה
- 21 החשדות. הוא ציין כי מתוך סך של 6,247 פוזיציות שנפתחו רק 257 נסגרו בהפסד, נתון בלתי
- 22 אפשרי מבחינה הסתברותית. פעולות שבוטלו, שהן פעולות עתידיות, היו כולן הפסדיות אם
- 23 היו ממומשות; ישנן פעולות בדיוק באותה חתימת זמן, באותה מאית שניה. מדובר ב-623
- 24 פעולות מתוך 1,364. מדובר במסחר לאורך כל שעות היממה, ובחלק מהפעולות יש מספרי
- 25 הזמנות ("מספר טיקט") לא סדירים, נתון המעורר חשד למניפולציות. 50 פקודות בוצעו בימי
- 26 ראשון שלא מתקיים בו כלל מסחר; 236 פוזיציות נסגרו לאחר פחות משתי דקות. כל אלה
- 27 מעלים חשד לפעילות תוך שימוש במסחר רבובטי ותוך ביצוע מניפולציות.
- 28 38. התובעים טוענים כי כל פעולות המסחר בוצעו על ידי התובע בפלטפורמה של סמארט קפיטל
- 29 שנמצאת בשליטתה המלאה. לכן, הוא לא יכול היה לבצע פעולות פסולות. כל שיכול הוא ליתן
- 30 פקודות רכישה על ידי לחיצה על לחצן בצבע כחול, ומכירה על ידי לחיצה על לחצן בצבע אדום.
- 31 המסחר רוכז בנייר ערך אחד, באופן השולל פעולות מסחר אלגוריתמיות או רבובטיות. אומנם,



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 49835-06-16 חן ואח' נ' סמארט קפיטל תוכנות בע"מ ואח'

- 1 בוצעו על ידי התובע פעולות מסחר קניה ומכירה בפרק זמן הקצר מ-120 שניות אך בפעולות
2 אלה לא ניצל התובע לרעה מערכות מסחר כלשהן. בטיעונים הם נסמכים על חוות דעתן של מר
3 נעם פלד.
- 4 מר פלד, המומחה מטעם התובעים, ציין כי המסחר בפלטפורמה הקונקרטית מבוצע בין שני
5 צדדים: תוכנת המסחר של הלקוח ותוכנת השרת שמפעיל הברוקר. אין אפשרות לבצע
6 מניפולציה, שכן הגורם היחיד המחליט האם, איך, ובאיזה מחיר לבצע פקודת מסחר ששלח
7 הלקוח הוא שרת הברוקר. אכן, הסטטיסטיקה במסחר מסוג זה מובילה לכך שבין 90%-95%
8 מהסוחרים בשוק זה מפסידים כסף. אך העובדה שהתובע הפיק רווח נאה אין פירושה שהוא
9 עשה שימוש בלתי הוגן בפלטפורמה. בנוסף, אין אפשרות טכנית לבצע בתוכנה הקונקרטית
10 פעולות מסחר בתדירות גבוהה. עוד נטען כי אין כל פסול במסחר אלגוריתמי. המגבלות נגד
11 מסחר רובוטי באו להגן על הלקוח, ולא להפך. טענות הנתבעים אינן אלא זריית חול בעיני
12 הקורא.
- 13 39. כאמור, במסגרת התובענה שלפני אין אני נדרש להכריע בשאלה עם מי הצדק. הצדדים חתמו
14 על הסכם פשרה. מופיעה בו תניית ויתור. לכן, השאלה היחידה שיש להכריע היא האם נתוני
15 המסחר של התובע יכולים היו להוות בסיס תם לב בדיקה ולבחינה. התשובה היא בחיוב.
16 מקבץ המאפיינים שלהם, שלא נסתר באופן ממשי, מעורר סימני שאלה. יצוין כי חוות דעתו
17 של פלד נסמכה על מספר נמוך של דוגמאות, נתון המקשה על קבלת מסקנותיה הנחרצות. יתכן
18 שאם הדברים היו מלובנים עד תום, היה הדין נפסק על בסיס חוות דעתו של מר פלד, ויתכן
19 שלא. כך או כך, סמארט קפיטל יכולה הייתה לבסס תשתית רחבה להעלאת טענות נגד המסחר
20 של התובע, שתצדיק עיכוב של חלק משמעותי מהכספים עד לבירורן, בהתאם לסעיף 3.9
21 להסכם.
- 22 40. מצוידים בנסיבות שהובילו לכריתת הסכם הפשרה, ובכך שמאפייני המסחר של התובע
23 הצדיקו בדיקה, נעבור לבחון את השאלה האם קמה לתובעים עילה לבטל את הסכמי הפשרה.
- 24 **הסכמי הפשרה לא נחתמו תחת כפייה**
- 25 41. טענתם המרכזית של התובעים היא כי הסכמי הפשרה נחתמו תחת כפייה, וליתר דיוק כפייה
26 כלכלית, ומשכך יש לבטלם.
- 27 סעיף 17 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 מורה אותנו כך:
- 28 **17. כפייה**
- 29 (א) מי שהתקשר בחוזה עקב כפייה שכפה עליו הצד השני או אחר



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 16-06-49835 חן ואח' נ' סמארט קפיטל תוכנות בע"מ ואח'

- 1 מטעמו, בכוח או באיום, רשאי לבטל את החוזה.
- 2 (ב) אזהרה בתום לב על הפעלתה של זכות אינה בגדר איום לענין
- 3 סעיף זה.
- 4 סיכום של הדין בעניין זה ניתן לאחרונה על ידי כב' השופט אלרון בע"א 7850/17 פלוני נ' בנק
- 5 מזרחי טפחות בע"מ (פורסם במאגרים; 2019) שפסק כי "על הטוען לקיומה של כפיה כלכלית
- 6 להוכיח קיומה של כפיה שיש בה פסול מוסרי-חברתי-כלכלי, אשר חורגת מפעילות עסקית
- 7 תקינה ('מבחן האיכות'), וכן להראות כי לא היתה לו חלופה מעשית וסבירה שלא להיכנע
- 8 ללחץ שהופעל עליו ('מבחן העוצמה'). בכלל זאת, יש להתחשב בנסיבות כריתת החוזה, ובין
- 9 היתר לבחון האם הוא נחתם בחטף והאם אי-חתימה עליו היתה מביאה לנזק מידי וקשה
- 10 עבור המתקשר בחוזה" (שם, בפסקה 24). דברים אלה נשענים על פסק דינו הידוע של בית
- 11 המשפט העליון בע"א 1569/93 מאיה נ' פנפורד, פ"ד מח(5) 705 (1994).
- 12 המציאות העסקית רוויה בלחצים. ועסקאות שונות נכרתות, במקרים רבים, שעה שסיכונים
- 13 מרחפים בחלל האוויר, והזמן דוחק. לעיתים מתנהלים הצדדים ושוקלים צעדיהם כשמעל
- 14 ראשם מרחפים איומים כלכליים ומסחריים - יהיו אלה חד צדדיים, דו צדדיים או רב צדדיים.
- 15 וכל אלה יכולים להוות את התפאורה לכריתתם של חוזים. על רקע זה אין לפרוץ את הסכר
- 16 ולאפשר לבטל בקלות הסכמים שהם תוצר של לחצים, סיכונים ואף איומים כלכליים, שאחרת
- 17 יטולטל העולם העסקי במידה לא ראויה ולא רצויה. העולם העסקי אינו נועד לבעלי לב חלש.
- 18 מכאן "ברור אפוא כי לא כל לחץ כלכלי מהווה כפיה בת-פועל המקנה זכות לביטול החוזה.
- 19 רק במקרים שבהם כרוך הלחץ בפסול מוסרי, חברתי או כלכלי, ולמתקשר אין חלופה עסקית
- 20 סבירה אלא להיכנע ללחץ זה, ניתן לבטל את החוזה מחמת כפיה" (גבריאלה שלו ואפי צמח
- 21 דיני החוזים 414 (2019)(להלן: שלו וצמח)).
- 22 42. בנסיבות המקרה הנוכחי אני סבור כי התובעים רחוקים מלעמוד בנטל המוטל עליהם לבסס
- 23 עילת כפייה, זאת הן ביחס למבחן האיכות, הן ביחס למבחן העוצמה.
- 24 43. **מבחן האיכות** כיצד? כזכור מבחן זה מצריך הוכחת כפיה שיש בה פסול מוסרי-חברתי-כלכלי,
- 25 אשר חורגת מפעילות עסקית תקינה. כזאת לא התקיימה בנסיבות המקרה הנוכחי.
- 26 ראשית, עצם עיכוב הכספים בידי סמארט קפיטל אינו מבסס כפיה. בהתאם להסכמים בין
- 27 הצדדים זכותה לעכב הכספים. סעיף 3.9, עליו עמדתי לעיל (ראו בפסקה 36), מאפשר לסמארט
- 28 קפיטל להקפיא או לסרב לבצע הוראה או עסקה אם לדעתה היא בוצעה תוך שימוש לא הוגן
- 29 במערכת המסחר. כאשר העלתה חברת סמארט קפיטל טענות לגבי תקינות המסחר של
- 30 התובע, קמה לה זכות לעכב את משיכת הכספים. כאמור, לא השתכנעתי שדובר באמתלה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 49835-06-16 חן ואח' נ' סמארט קפיטל תוכנות בע"מ ואח'

- 1 מצידה. ומכאן שלא ניתן לראות בעיכוב משיכת הכספים משום איום פסול. על כך יש להוסיף
- 2 כי חלפו שבועות בודדים מהמועד בו דרשו התובעים רשמית לקבל את כספם (חודש מרץ 2016)
- 3 ועד לחתימת הסכם הפשרה, וקבלת הכספים (חודש אפריל 2016). לא מדובר בכספים
- 4 שהתובעים היו תלויים בהם למחייה שוטפת, ומכאן שהעיכוב לא יצר לחץ כלכלי יוצא דופן
- 5 המכוון כפייה, מה גם שהוא נפל לגדר זכותה החוזית של סמארט קפיטל שהופעלה בתום לב.
- 6 **שנית**, כפי שקבעתי לעיל נוכח המחלוקת שבין הצדדים (ראו בפסקה 28(ד)), הנתבעים הם
- 7 שהציעו לפנות לבית המשפט ולהפקיד הכספים בקופתו. התובעים הם שסירבו לכך ועמדו על
- 8 קבלה מיידית של כספם. בנסיבות אלה קשה להלום התנהלות עסקית פסולה מוסרית או
- 9 חסרת תום לב מצד הנתבעים.
- 10 **שלישית**, ההסכמים לא נחתמו על אתר. במובן זה, "האיום" לא הוביל לכפייה לחתום על
- 11 ההתחייבות מיד. ההסכמות גובשו בתאריך 3.4.16 ולאחר מכן הוחלפו דברים במשך כמה
- 12 ימים. סמארט קפיטל שלחה טיוטה מטעמה ביום 5.4.16 (נספח 8 לכתב ההגנה המתוקן);
- 13 ועו"ד חן שלח הערותיו ביום 7.4.16 שהיו "תיקונים קלים" (נספח 9 לכתב ההגנה המתוקן).
- 14 עו"ד חן עמד על כך שיתווסף לו הסעיף ולפיו ההסכם יהיה בר תוקף רק במידה וישולמו
- 15 הכספים, והוא שעמד על כך שההסכם ייחתם במהירות. בנסיבות אלה אין לראות בהתנהלות
- 16 סמארט קפיטל ככזו ששיקפה התנהלות כוחנית חסרת תום לב, המשקפת לחץ החורג מהנהוג
- 17 והמקובל.
- 18 **רביעית**, תנאיו של ההסכם לא היו גרועים בהינתן מאזן האינטרסים של הצדדים. אכן, תנאי
- 19 הסכם גרועים אינם מהווים דרישה הכרחית לביסוס כפיה (דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים**
- 20 277-278 (כרך שני; 2020)(להלן: **פרידמן וכהן**)). יחד עם זאת, "...כמו במקרים של טעות
- 21 והטעיה, אם תנאי החוזה גרועים במידה בלתי-סבירה מן המקובל, הדבר יחזק את טענתו
- 22 של צד שעשה חוזה גרוע, שלא היה מתקשר בחוזה אלמלא הכריחו אותו לעשות כן 'בכוח או
- 23 באיום' " (איל זמיר "צדק פרוצדורלי וצדק מהותי בדיני חוזים: עושק וכפייה כמקרי מבחן"
- 24 **עלי משפט** יג 7, 28 (2016)). לטעמי, שעה שתנאי ההסכם אינם גרועים הדבר יכול לשמש כאחד
- 25 השיקולים לבחינה האם הצד השני, הכופה לכאורה, עשה שימוש בכוחו בניגוד לאמות
- 26 התנהגות עסקיות מקובלות.
- 27 בנסיבות המקרה הנוכחי התובעים קיבלו את כל הקרן בתוספת 41% מהרווחים. השקעתם
- 28 הפיקה תשואה נאה של כ-30% תוך כשנתיים, שהגיעה לכיסם (מדובר, כמובן, בתחשיב גס
- 29 ביותר, הלוקח בחשבון את המשיכות בתקופת הביניים (ראו בפסקה 3.4 לחו"ד ד"ר מופקדי);
- 30 וכאן יש עוד להוסיף את המורכבות כי מדובר בתשואה ישירה דולרית, שתורגמה להחזר
- 31 (בשקלים). אכן, למעלה משלושה מיליון ₪ נותרו בידי סמארט קפיטל, אך אין אנו יודעים מה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 49835-06-16 חן ואח' נ' סמארט קפיטל תוכנות בע"מ ואח'

- 1 הייתה מעלה תוצאות הבדיקה של המסחר שנעשה על ידי התובע. בדיקה זו הייתה לוקחת
- 2 זמן. גם התדיינות משפטית הייתה לוקחת זמן. ובינתיים היה קיים תסריט שבו הכספים היו
- 3 שוכבים בקופת בית משפט ונושאים תשואה פחותה בהרבה. יתכן שטענותיהם של התובעים
- 4 היו כבדות משקל יותר אם היו מקבלים את הקרן בלבד, או שאם הקרן עצמה הייתה נפגעת
- 5 בעקבות הסכם הפשרה, אך לא כזה הוא המקרה, גם לא בקירוב.
- 6 **חמישית**, קבעתי מבחינה עובדתית כי מצידה של סמארט קפיטל לא נשמע איום. לכל היותר
- 7 הוצג מצג על ידי מר גלבויז, בחדר צדדי, לאוזני מר חן ועו"ד חן בלבד, כי לא כל הכספים
- 8 נמצאים בחזקתה המידית של סמארט קפיטל. בנסיבות אלה אין למצוא התנהלות החורגת
- 9 מאמות מידה מסחריות מקובלות.
- 10 **ולבסוף**, לשיטת התובעים את האיום הם קיבלו ממר גלבויז, באותה שיחה צדדית שניהל עם
- 11 עו"ד חן ועם מר חן. ועוד נקבע שהם לא טרחו כלל לעמת את מר נוי או את עו"ד ביטון, נציגיה
- 12 של סמארט קפיטל, עם הדברים, למרות שהם עמדו, לשיטתם שלהם, בסתירה מוחלטת
- 13 למכתבו של עו"ד ביטון.
- 14 כאן מתייצב סעיף 17 לחוק החוזים, ומציב בפני התובעים מכשול. הוא דורש שהכפייה תיעשה
- 15 מצד הצד השני להסכם או אחר מטעמו. דרישה זו **"מבליטה את ההיבט המוסרי של עילת**
- 16 **הכפייה. בסעיף 17 מתבונן המחוקק לא רק במי שהתקשר בחוזה בכפייה, אלא גם בצד השני**
- 17 **להתקשרות ובמידת מעורבותו ביצירת המצב שבו נתון רעהו"** (שלו וצמח, בעמ' 420). והנה,
- 18 מר גלבויז הוא ספק הנזילות של סמארט קפיטל. מדובר במי שאינו חלק מסמארט קפיטל ולא
- 19 הוכח שפעל בשמה במסגרת הפגישה.
- 20 עו"ד חן עצמו אישר שהיה מודע להפרדה בין ספק הנזילות לבין סמארט קפיטל. הוא העיד כי
- 21 **"גיא גלבויז לא נציג של סמארט, הוא הופיע מטעם ספק הנזילות, אני פעם ראשונה פגשתי**
- 22 **אותו"** (עמ' 178 ש.18). על רקע זה גדלה משמעותו של מחדל התובעים, שלא ניסו כלל לעמת
- 23 את הדברים ששמעו ממנו עם מר נוי או עם עו"ד ביטון. ואף אם תאמר כי הוכח בהלם במהלך
- 24 הפגישה, עדיין ההסכם נחתם כמה ימים לאחר מכן. היה להם די זמן לעמת את סמארט
- 25 קפיטל, שהיא הצד להסכם – ולא ספק הנזילות – עם הדברים. הם לא עשו כן.
- 26 יכולה להתעורר שאלה מעניינת מה הדין במקרה שבו הכפייה לא הופעלה על ידי הצד לחוזה
- 27 ולא מטעמו, אך הוא ידע עליה (פרידמן וכהן, בעמ' 369). פרופסור פרידמן ופרופסור כהן לא
- 28 שוללים הענקת סעד לצד להסכם במקרה שכזה, גם אם לא מכוח דיני הכפייה (שם, בעמ' 370),
- 29 אלא שהתובעים לא הוכיחו דבר בעניין זה. בסיכומיהם הם העלו טענות לכך שכל ההתנהלות
- 30 אליה נחשפו לא הייתה אלא קנוניה שרקחו מר נוי, עו"ד ביטון ומר גלבויז, ובקנוניה זו כל
- 31 אחד שיחק תפקיד מתואם. טענות ניתן לטעון, אך בבית המשפט יש להוכיח אותן. ואם לא



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 49835-06-16 חן ואח' נ' סמארט קפיטל תוכנות בע"מ ואח'

- 1 ניתן להוכיחן אין הן אלא בגדר השערות, או מחשבות. טענות יש אך הוכחות אין. וכידוע, הנטל
- 2 להוכיח פעילות מירמיתית הוא גבוה במיוחד. זאת ועוד; לשיטת התובעים מר גלבוז הוא חלק
- 3 מקנוניה כזו או אחרת, אך הוא לא חלק מהנתבעים בתיק זה. מכל מקום, לא הוכח שהצד
- 4 השני ידע על תוכנה של השיחה בין ספק הנזילות לבין נציגי התובעים.
44. סוף דבר לעניין זה, התובעים כשלו ולא עמדו בנטל המוטל עליהם לבסס את מבחן האיכות
- 6 של הכפייה הכלכלית.
45. **ומה לגבי "מבחן העוצמה"?** כאן נדרשים התובעים להראות שלא הייתה להם חלופה מעשית
- 8 וסבירה שלא להיכנע ללחץ שהופעל עליהם. גם בנטל זה הם לא עמדו.
- 9 בעניין זה **"השאלה אינה אם הייתה לצד הנפגע ברירה כלשהי, אלא אם הייתה לו ברירה**
- 10 **סבירה אחרת"** (פרידמן וכהן, בעמ' 290 [ההדגשה במקור]).
- 11 ושוב נדגיש – הנתבעים הם שהציעו לפנות לבית המשפט, ולהפקיד את סכום הכסף השנוי
- 12 במחלוקת, חלקו או כולו. הצעתם נעשתה בכתב. התובעים הם שדחו כל הצעה של הנתבעים
- 13 ודרשו את כספם מיידית. מכל מקום, דבר לא מנע מהם לפנות לבית המשפט בדרישה לצו
- 14 עיקול עובר לפגישה ביום 3.4.16. הרי המצג הראשון שעורר אצלם קושי היה בשיחה עם ספק
- 15 הנזילות מר גלבוז. זו התקיימה ביום 3.4.16, ודבר לא מנע מהם לפנות לערכאות קודם לכן.
- 16 על כך יש להוסיף שלרשות התובעים עמדו שני עורכי דין מנוסים. אחיו של התובע, עו"ד חן,
- 17 ואחותם, עו"ד שנקלר. אני מוכן לקבל את דבריו של עו"ד חן כי לא שימש כמייצג רשמי של
- 18 כל הקבוצה, ועדיין מדובר בעורכי דין מקצועיים. עו"ד חן הוא עו"ד מנוסה, שגם בדיונים עשה
- 19 רושם של איש דומיננטי. גם עו"ד שנקלר עשתה רושם של משפטנית בעלת תושייה.
- 20 האפשרויות השונות לעשות שימוש בכלים משפטיים לא זרות להם. כל ההתנהלות בעניין זה
- 21 נמשכה שבועות, עוד לפני הפגישה מיום 3.4.16. היה להם זמן לשקול צעדיהם. הם גם פנו עובר
- 22 לפגישה לייעוץ עם עו"ד אלבק ששימש בעברו כיועץ משפטי ברשות לניירות ערך (פסקה 65
- 23 לתצהיר מר חן; פסקה 32 לתצהיר עו"ד חן; פסקה 30 לתצהיר עו"ד שנקלר). מאפייני חברי
- 24 הקבוצה, ונגישות חלקם לעולם המשפט, מגבירים עוד יותר את משקל האפשרות שעמדה
- 25 לרשות התובעים לנקוט בהליכים משפטיים.
- 26 העובדה כי ההסכמות בין הצדדים גובשו על פני כמה ימים, מראה כי התובעים יכלו לשקול
- 27 צעדיהם, ולנקוט בהליכים המשפטיים המתאימים. ככל שסברו שהנתבעים מנסים לחזור בהם
- 28 מההתחייבויות שפורטו במכתבו של עו"ד ביטון, יכלו לדרוש לעגן הדברים בכתב. שוב אחזור
- 29 על כך שעו"ד חן כבר דרש בעבר מסמארט קפיטל להעלות עמדתה על הכתב. הוא יכול היה
- 30 לעשות זאת גם אחרי אותה פגישה מכרעת מיום 3.4.16.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 49835-06-16 חן ואח' נ' סמארט קפיטל תוכנות בע"מ ואח'

- 1 הצדדים חלוקים בשאלה מדוע לא פנו התובעים לבית משפט מיד לאחר שקיבלו את כספם.
- 2 עמדתם של התובעים, כזכור, היא שהם חששו לפגוע בהליך הרישוי שעברה סמארט קפיטל
- 3 באותה עת. הם אף איימו במהלך הפגישה המכרעת ביום 3.4.16 כי יפנו לרגולטור, ואיומיהם
- 4 אף זכו להד במכתבו של עו"ד ביטון (מיום 30.3.16). נתון זה מראה כי התובעים לא היו בעמדת
- 5 חולשה עד שסיכלה את יכולותיהם לשמור על האינטרסים שלהם. הם ערכו מאזן סיכויים
- 6 וסיכונים ובחרו לקבל את עיקר כספם בחזרה.
- 7 46. מכלול שיקולים זה מוביל למסקנה הברורה כי יש לדחות את טענות התובעים לכפייה.
- 8 47. יותר מכך, תוצאה זו הייתה עומדת בעינה, לטעמי, גם אם הייתי מקבל את עמדת התובעים
- 9 באשר לתוכן השיחה עם מר גלבויז, ולדברים שאמר למר חן ולעו"ד חן. גם אז עדיין הייתה
- 10 פתוחה בפניהם האפשרות לפנות לבית המשפט. הם גם היו מודעים היטב באותה התקופה
- 11 לנקודת התורפה של סמארט קפיטל ולבקשתה לקבל רישיון שהייתה תלויה ועומדת. לכל
- 12 הפחות היה מצופה מהם לעמת את מר נוי ואת עו"ד ביטון עם הדברים. והנה הם נמנעו מלעמת
- 13 אותם עם מר נוי. הם לא הציגו כל שאלה לעו"ד ביטון. הם קיבלו, לשיטתם שלהם, את דבריו
- 14 של מר גלבויז בבחינת כזה ראה וקדש, למרות שהדברים שהם מייחסים לו עומדים בסתירה
- 15 מוחלטת למכתבו של עו"ד ביטון. ונזכיר כי לא מדובר במשקיעים חסרי יכולות או אמצעים.
- 16 התובעים נלחצו. הם סברו שהם מצויים בפני סכנה. אך מזווית הראיה של סמארט קפיטל אין
- 17 למצוא התנהלות לא ראויה. נהפוך הוא. ונזכיר שהסכם הפשרה נחתם עם סמארט קפיטל ולא
- 18 עם ספק הנזילות, ולא הוכח שספק הנזילות פעל בשמה. בתיאוריות קונספירציה אין די. לא
- 19 בבית משפט. הנה כי כן, גם אם הייתי מקבל את עמדת התובעים בעניין זה, שקלול השיקולים
- 20 כאמור לעיל לא היה מוביל להתקיימות התנאים לסיכול.
- 21 48. לקראת סיום חלק זה אעיר שטוב עשו התובעים שעה שלא עמדו על טענותיהם בעילת העושה
- 22 (סעיף 18 לחוק החוזים). גם עילה זו רחוקה מלהיות מוכחת בנסיבות העניין. הנשיאה חיות
- 23 עמדה לאחרונה על יסודותיה בע"א 8222/19 פרץ נ' קוואלטי קרדיט פאנד (פורסם במאגרים ;
- 24 2020): "יש להוכיח מצוקה, חולשה שכלית או גופנית של המתקשר, או חוסר ניסיון ואלה
- 25 חייבים להיות כבדי משקל, חמורים וקיצוניים [...]. אחת הראיות האפשריות להוכחת יסוד
- 26 זה היא היעדר אלטרנטיבה ממשית וסבירה להתקשרות בחוזה הנדון" (שם, בפסקה 12
- 27 לחוות דעתה). די היה לשמוע את עדותיהם של התובע, עו"ד חן, עו"ד שנקלר וד"ר גולדמינץ,
- 28 שנכחו בפגישה ביום 3.4.21, כדי להתרשם חיש נקל שעושה אין בנמצא. גם לא בקירוב.
- 29 49. בניתוח עד כה, התמקדתי בתובעים, ובעו"ד שנקלר, שנטלו חלק במגעים מול הנתבעים. יתר
- 30 התובעים סמכו למעשה על מר חן. הם נתנו בו אמון בכל הנוגע בהשקעות, והפקידו בידיו
- 31 אשראי מוחלט לנהל את המו"מ בשמם ומטעמם. על רקע זה, התוצאה אליה הגעתי ביחס



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 49835-06-16 חן ואח' נ' סמארט קפיטל תוכנות בע"מ ואח'

1 לצדדים שנטלו חלק במו"מ הישיר מטעם התובעים נכונה לכלל התובעים.

2 תקנת הציבור ועילות נוספות

3 50. לאחר שנדחתה טענת התובעים לביטול ההסכם בגין כפייה, לא תימצא ישועה בטענות
4 הנורמטיביות האחרות שהעלו, ובהן היות החוזה סותר את תקנת הציבור (סעיף 30 לחוק
5 החוזים), מעוול בניזיקין או משקף עשיית עושר ולא במשפט. "המקום הגיאומטרי" הנכון
6 לבחינת השגות התובעים הם אכן דיני הכפייה הכלכלית. נמצא כי הלחץ שהפעילה סמארט
7 קפיטל לא שיקף התנהלות מסחרית המצדיקה את ביטול ההסכם. קביעה זו מקרינה גם על
8 העילות האחרות הנטענות על ידי התובעים.

9 כך, אין מקום לפסול את ההסכם בגין תקנת הציבור. ממילא יש להיזהר מפני שימוש בכלי זה,
10 וידועים דבריו של השופט Burrough שהמשיל את הדוקטרינה לסוס פרא שיש להיזהר ברכיבה
11 עליו, שעלולה להוביל את השופט למחוזות לא מבוססים ("may lead you from sound law")
12 לקוח מתוך (C.P.) (1824) 294, 303 E.R. (Richardson v. Mellish). על השופט לכבד את
13 הסכמת הצדדים, אלא אם נמצאה עילה שבדין לביטולה. ביטול ההסכם בגין קביעה כי הוא
14 סותר ערכי יסוד כאלה או אחרים של שיטתנו המשפטית צריך להיעשות בזהירות. הוא לא
15 יכול להיות מעשה של מה בכך.

16 פרופ' גרוסקופף עמד על השינוי בגישת בתי המשפט לשימוש בדוקטרינה זו, שגילו נכונות
17 להרחיב את השימוש בה (עופר גרוסקופף "חוזה פסול" אצל דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים**
18 473, 526-527 (כרך שלישי, 2003)), אך עניינו רחוק מלהצדיק התערבות. שעה שנדחו טענות
19 הכפייה הכלכלית, לבשו הסכמות הצדדים פירוט שהוא תוצר של מאזן סיכויים וסיכונים.
20 לתובעים היה חשוב לקבל את כספם באופן מידי. לשם כך הם היו נכונים לחתום על הסכם
21 הפשרה. לא הוכח שהתנהלותה של חברת סמארט קפיטל חרגה מהראוי, באופן המצדיק את
22 ביטול ההסכם. היא הציעה לתובעים לברר את המחלוקות סביב פעולות המסחר, והציעה
23 הצעה כתובה להפקיד הכספים בקופת בית המשפט. בנסיבות אלה אין כאן חצייה כלשהי של
24 קו אדום המצדיקה קביעה כי תוכנו של החוזה או נסיבות כריתתו הופכים אותו לחוזה פסול
25 הנוגד את תקנת הציבור.

26 ויודגש, התובעים עצמם קשרו בין עילת העושה והכפייה הכלכלית לבין תקנת הציבור, באופן
27 שהדיון בעילות חופף למדי. בפתח כתב התביעה המתוקן בית המשפט התבקש לקבוע כי
28 "הסכמי הפשרה נוגדים את 'תקנת הציבור', מאחר ומדובר בהסכמים שנועדו לעשוק ולגזול
29 את כספם של התובעים אשר מוחזק על ידי הנתבעים בנאמנות עבור התובעים" (פסקה 3).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 16-06-49835 חן ואח' נ' סמארט קפיטל תוכנות בע"מ ואח'

- 1 מכאן שכאשר נפלה עילת הכפיה היא גררה אחריה את עילת תקנת הציבור.
- 2 51. שעה שאין עילה לביטול ההסכם הרי שהוא עומד בתוקפו על תנית ויתור הטענות שבו. בנסיבות
- 3 אלה ממילא אין מקום לברר את הטענות הנוספות בדבר עוולות נזיקיות או התעשרות שלא
- 4 במשפט, או הפרה של דיני הנאמנות, שאחרת נעקר את הוראות הויתור מתוקפה.

5 טענות נוספות

- 6 52. הצדדים העלו טענות רבות נוספות, ולא אדון בכולן. בשאר לא מצאתי בסיס לסטות ממסקנת
- 7 הניתוח.
- 8 כך, אינני נדרש להכריע בשאלה האם העובדה שהתובעים לא ביטלו את ההסכמים מיד לאחר
- 9 קבלת הכספים או בסמוך לכך שוללת מהם את כוח הביטול; עוד לא אבחן את טענת חוסר
- 10 היריבות ביחס לנתבעת 1, ואת שאלת היכולת להטיל אחריות אישית על מר נוי.

11 התוצאה

- 12 53. התביעה נדחת.
- 13 54. בעניין ההוצאות יש לקחת בחשבון את המסקנה כי מקרה זה רחוק מלעמוד בתנאים לביטול
- 14 חוזה בשל כפייה כלכלית, נתון שהוביל להתדיינות שצריך היה להימנע ממנה. יש לקחת אפוא
- 15 בחשבון את היקף הישיבות, ואת העובדה שהנתבעים נאלצו לשאת בעלויות חוות דעת, ואת
- 16 היקפי כתבי הטענות. יחד עם זאת, יש לציין כי סיכומי הנתבעים היו בהיקף שניתן היה
- 17 לצמצמו.
- 18 על רקע זה התובעים יישאו, ביחד ולחוד, בהוצאות שכר הטרחה של הנתבעים בסך 110,000
- 19 ₪ בתוספת מע"מ; בהוצאות הנתבעים בסך כולל של 15,000 ₪, וכן בעלות חוות דעתו של ד"ר
- 20 מופקדי.
- 21 ככל הנדרש תועבר פסיקתה מוסכמת לחתימתי (מבלי שהדבר מהווה כמובן ויתור על טענות
- 22 ערעוריות).
- 23 אי תשלום ההוצאות תוך 30 יום מהיום יוסיף להן הפרשי ריבית והצמדה כדין מהיום.
- 24 55. המזכירות מתבקשת לשלוח את פסק הדין לצדדים ולסגור את התיק.
- 25 56. זכות ערעור כחוק.
- 26



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 49835-06-16 חן ואח' נ' סמארט קפיטל תוכנות בע"מ ואח'

ניתן היום, כ"ט שבט תשפ"א, 11 פברואר 2021, בהעדר הצדדים.

גרשון גונטובניק, שופט