

**אחריות בנקאית במערכת היחסים בכרטיס חיוב בכלל  
ובעת ביטול הוראת פירעון בפרט  
(בעקבות תיקון מספר 4 לחוק כרטיסי חיוב, התשמ"ו-1986)**

מאת

**לירן חיים\***

ברשימה זו אציג תזה חדשה באשר לטיב המשפטי של מערכת היחסים בכרטיס חיוב. על פי התזה, מערכת היחסים בכרטיס חיוב מהווה הסדר משפטי מיוחד במינו (sui generis) הכולל שלושה יסודות מרכזיים: אמצעי תשלום, עסקה בנקאית מיוחדת ויחסי שליחות.

לאחר הצגת עיקרי התזה אציג אחת מהשלכותיה – הערכת האחריות הבנקאית בעת ביטול הוראת פירעון בכרטיס חיוב תלת-צדדי. בבחינת סוגיה זו על פי התזה עולה כי אחריותו המרכזית של המנפיק במקרה זה היא לרדת לפרטי עסקת היסוד בין הלקוח והספק ולבחון אם נפלו בה פגמים. בהתאם עליו להחליט אם לבטל את הוראת הפירעון לבקשת הלקוח אם לאו.

הסוגיה של ביטול הוראת פירעון תידון תוך ניתוח ביקורתי של תיקון מספר 4 לחוק כרטיסי חיוב, שביקש להסדיר סוגיה זו. מניתוח הוראות התיקון לחוק לאור התזה המוצעת עולה כי התיקון אינו יוצר מנגנון מאוזן באשר לאחריות הצדדים והמנפיק בפרט בעת ביטול הוראת הפירעון. כדי להתמודד עם חוסר איזון זה אציע הצעות שונות לפרשנות הוראות התיקון לחוק, על פי התזה המוצעת.

א. הסוגיה וחשיבותה. ב. הטיב המשפטי של מערכת היחסים בכרטיס חיוב. 1. פתיחה; 2. כרטיס החיוב כאמצעי תשלום; 3. כרטיס החיוב כעסקה בנקאית מיוחדת; 4. כרטיס החיוב כמערכת יחסים של שליחות; ג. ביטול הוראת פירעון בכרטיס חיוב. 1. הדין המצוי והדין המוצע; 2. המלצות פרקטיות לאור הטיב המשפטי של כרטיס החיוב; ד. כמה מילים על הגישות השונות להסדרת הנושא. סיכום.

\* דוקטור למשפטים. מרצה מן החוג באוניברסיטת חיפה, באוניברסיטת בר-אילן ובמרכז האקדמי כרמל. המחבר מודה לפרופ' ריקרדו בן-אוליאל על הדרכתו ועזותיו המועילות בעת כתיבת עבודת הדוקטור שלו, ששימשה בסיס לרשימה זו, וכן על הערותיו החשובות בטייטה מוקדמת של הרשימה. המחבר מודה גם לחברי המערכת של כתב העת משפטים על עבודתם המעולה בהוצאה לאור של הרשימה. הדברים האמורים ברשימה משקפים את עמדתו האישית של המחבר בלבד. כל אתרי האינטרנט נצפו לאחרונה באפריל 2012.

## א. הסוגיה וחשיבותה

כרטיס החיוב<sup>1</sup> משמש כיום כאמצעי מרכזי לשם ניהול חשבונות הבנק של ציבור הלקוחות (בייחוד במשקי הבית הצרכניים)<sup>2</sup>. בישראל ובמדינות השונות מדובר בשימוש יום-יומי החוצה לעתים רבות פני מדינות ויבשות.<sup>3</sup> ריבוי השימוש בכרטיס החיוב

1 כרטיס חיוב הוא מונח משפטי השאוב מחוק כרטיסי חיוב, התשמ"ו-1986, שם משמש מונח זה כהגדרת סל לכלל כרטיסי הפלסטיק השונים שהמרכזיים שבהם כיום בשוק הנם כרטיס אשראי וכרטיס בנק. להלן נוסח ההגדרה שבסעיף 1 לחוק האמור: "כרטיס אשראי, כרטיס בנק, כרטיס תשלום או לוחית או חפצים אחרים המיועדים לרכישת נכסים, כפי שיקבע שר המשפטים בהתייעצות עם נגיד בנק ישראל ובאישור ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת". לעומת המצב אצלנו במדינות השונות המונח "כרטיס חיוב" הוא הגדרה לכרטיס בעל פונקצייה ספציפית שבו מתחייב הלקוח לפרוע את סכום הכסף שנצבר עקב העסקאות שביצע מדי חודש בחודשו. פירעון שכזה אפשרי הן בתשלום החשבון למנפיק הן בהוראת קבע לחיוב חשבון הבנק. הכינוי שניתן לכרטיס זה שם הוא "Charge Card". המונח המשמש בדוקטרינה המשפטית במדינות השונות להגדרת כרטיס החיוב (הגדרת הסל) המקובלת אצלנו הוא "כרטיס תשלום" (payment card). למשל, אצל Ellinger מונח זה מוגדר כך: פיסות פלסטיק המתאימות לנשיאה בארנק אשר עשויות לשמש לרכישת מוצרים או שירותים. goode מאמץ הגדרה אחרת: כרטיס תשלום – ביטוי הכולל כל כרטיס פלסטיק שהוא אשר עשוי להיעשות בו שימוש כשלעצמו (כלומר ללא סיוע של צ'ק או אמצעי תשלום אחר) לשם משיכת כספים, רכישת מוצרים או שירותים. בעבודת הדוקטור שלי הצעתי הגדרה אחרת למונח "עסקה בכרטיס חיוב", כדלהלן: עסקה בכרטיס חיוב היא פקודה ללא תנאי, הניתנת מאת לקוח לתאגיד בנקאי או למנפיק, תוך שימוש בכרטיס שהונפק לשימוש הלקוח, בה נדרש התאגיד הבנקאי או המנפיק: (1) לשלם לספק בהתאם לשובר או לתשדורת מחשבים, סכום מסוים, כולו או מקצתו, בזמן הווה או בזמן עתיד קבוע, בגין עסקת יסוד בה התחייב הלקוח כלפי הספק; או (2) להעביר כסף מזומן לרשות הלקוח באמצעות מכשיר למשיכת מזומנים. להגדרות האמורות ראו, בהתאמה: E.P. ELLINGER, EVA LOMNICKA & R.J.A HOOLEY, ELLINGER'S MODERN BANKING LAW 581 (4th ed. 2006); R.M. GOODE, CONSUMER CREDIT LAW AND PRACTICE § 2.61LA (2010); לירן חיים הטיב המשפטי של "מערכת היחסים בכרטיס חיוב" 92–94 (עבודת גמר לתואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת חיפה – הפקולטה למשפטים, 2010).

2 הוועדה הבין-משרדית לבחינת כשלי השוק בענף כרטיסי האשראי דוח הוועדה 16, 17, 19, 20 (2007). עוד ראו ביזנס דטה ישראל כרטיסי אשראי – סקירה ענפית 26 (2009). בשנים האחרונות התרחב עוד יותר השימוש בכרטיס. כך בשנים 2006–2009 מספר כרטיסי האשראי הפעילים בישראל גדל בממוצע ב-6.75%. כמות העסקאות בכרטיסי האשראי עלתה בשנים אלו בממוצע ב-8.8%. עוד יצוין כי נתונים אלו אינם כוללים ככל הנראה שימושים אחרים בכרטיס חיוב ובפרט את השימוש בכרטיס בנק. על כך ראו יעקב צ'רטוף ועמי צדיק "שוק כרטיסי האשראי: ניתוח, רגולציה והשוואה בין-לאומית" 9 (2010) [www.knesset.gov.il/mmm/doc.asp?doc=m02668&tape=pdf](http://www.knesset.gov.il/mmm/doc.asp?doc=m02668&tape=pdf) (מחקר במסגרת מרכז המחקר והמידע, המחלקה לפיתוח תקציבי הכנסת) (להלן: דוח הכנסת).

3 שם.

התאפשר עקב פיתוחיו הרבים אשר בוצעו ברובם המכריע על ידי המערכת הבנקאית, במטרה להפכו לאמצעי תשלום אטרקטיבי ביותר.<sup>4</sup> השימוש התדיר והגלובלי בכרטיס החיוב הוא גם מקור לתקלות וסיכונים רבים באשר לכספי הלקוחות המופקדים בבנק. לכן היה מצופה כי שאלת הטיב המשפטי של כרטיס החיוב ובעקבותיו שאלת האחריות המשפטית לתקלות ולסיכונים האמורים תידון בהרחבה. למרבה הפלא לא כך היה. הלכה למעשה, הדין הישראלי לא טיפל בסוגיה בצורה סדורה מאז שנות השמונים.<sup>5</sup> התאוריות המשפטיות השולטות בנושא התהוו ונדונו בעיקר במדינות אחרות בשנות השבעים והשמונים (ככל הנראה לרוב ללא הכרעה ברורה).<sup>6</sup> מאז ועד היום התמעט הדיון בסוגיית הטיב המשפטי של כרטיס החיוב, ביחס הפוך לריבוי השימוש בו.<sup>7</sup>

- 4 לפיתוחיו השונים והעדכניים של כרטיס החיוב ראו בעיקר BENJAMIN GEVA, THE LAW OF ELECTRONIC FUNDS TRANSFER ACT 6-6-6-30 (2009); M.H. OGILVIE, BANK AND CUSTOMER LAW IN CANADA 345-363 (2007); ELLINGER, LOMNICKA & HOOLEY, לעיל ה"ש 1, בעמ' 581-614; חיים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 34-38.
- 5 בראשית שנות השמונים מינה שר המשפטים ועדה בראשות שופט בית המשפט העליון (כתוארו דאז) אהרן ברק לשם "בדיקת הבעיות המשפטיות בנושא כרטיסי אשראי, על כל השלכותיו". ועדת ברק ישרבה על המדוכה כמה שנים ולבסוף הוציאה דוח מפורט העוסק בסוגיה האמורה. על סמך דוח זה נחקק בשנת 1986 חוק כרטיסי חיוב. מאז חקיקתו תוקן חוק כרטיסי חיוב ארבע פעמים (בשנים 1994, 1996, 1998, 2008). ראו הוועדה לבדיקת הבעיות המשפטיות של כרטיסי האשראי דוח הוועדה 4-3 (1982) (להלן: דוח ועדת ברק). לתיקוניו של חוק כרטיסי חיוב ראו חוק כרטיסי חיוב, (תיקון מס' 1), התשנ"ד-1994, ס"ח 264; (תיקון מס' 2), התשנ"ו-1996, ס"ח 69; (תיקון מס' 3), התשנ"ח-1998, ס"ח 328; (תיקון מס' 4), התשס"ח-2008, ס"ח 814, בהתאמה.
- 6 הפסיקה והחיבורים המרכזיים שדנו בשעתם בסוגיה במדינות השונות היו אלה: Donald H. Maffly & Alex C. McDonald, *The Tripartite Credit Card: A Legal Infant*, 48 CAL. L. REV. 459 (1960); Jerry G. South, *Credit Card: A Primer*, 23 BUS. L. 327 (1968); John Higgs, William J. O'Connor & Richards S. Simmons, *Bank Credit Cards – Problems Under Regulation Z and Possible Problems as a Result of Future Developments Under Proposed Consumer Legislation*, 27 BUS. L. 111 (1971); Roland E. Brandel & Carl A. Leonard, *Bank Charge Cards: New Cash or New Credit*, 69 MICH. L. REV. 1033 (1970-1971); *Re Charge Card Services Ltd.*, [1986] 3 ALL E.R. 289 (Company Court); *In re Charge Card Services Ltd.*, [1989] 3 W.L.R. 764 (Court of Appeal, 1988); A. Paul Dobson, *Credit Cards: Re Charge Card Services*, 1989 JOURNAL OF BUSINESS LAW 339, 341-342 (1989); R.M. GOODE, CONSUMER CREDIT LAW (1989); BENJAMIN GEVA, FINANCING CONSUMER SALES AND PRODUCT DEFENSES IN CANADA AND THE UNITED STATES 169-171, 183 (1984) (להלן: GEVA, FINANCING CONSUMER SALES). אצלנו כמה חיבורים מרכזיים עסקו בסוגיית הטיב המשפטי של כרטיס החיוב. על כך ראו ריקרדו בן-אוליאל דיני בנקאות: חלק כללי 393-411 (1996); גיל בריצמן אמצעי תשלום – כרטיסי חיוב וכרטיסי אשראי 319-404 (1998); תמר גלעד ההיבטים המשפטיים של מערכת כרטיסי האשראי בישראל 36 (עבודת גמר לתואר

דוגמה אחת לחשיבות הדיון בטיב המשפטי של כרטיס החיוב היא השלכתו על קביעת האחריות הבנקאית במקרה שבו הלקוח נותן הוראה לבטל את פירעונה של עסקת יסוד ששוכללה באמצעות כרטיס חיוב תלת-צדדי. מדובר בסוגיה חשובה ויום-יומית המשפיעה רבות על זכויות הלקוחות בכספים שהם הפקידו בחשבונם כמו גם על זכויותיו של ציבור ספקי המוצרים שעסקת היסוד שוכללה עמם. טול דוגמה: שמעון רוכש מזגן מחברת מזגנים ידועה ומוכרת. בגין הרכישה משלם שמעון בכרטיס חיוב. המזגן מסופק אך אינו פועל. פניותיו הרבות של שמעון לחברת המזגנים עולות בתוהו, והוא מודיע לה על ביטול העסקה. בה בעת פונה שמעון לחברת ההנפקה ומבקש לבטל את הוראת התשלום בגין המזגן. בד בבד פונה חברת המזגנים לחברת ההנפקה וטוענת כי לשמעון לא קמה עילת ביטול. מה היא חובתה של חברת ההנפקה כלפי שמעון? מה חובתה כלפי חברת המזגנים? כפי שנראה בהמשך, התשובות לשאלות אלה אינן פשוטות כלל ועיקר, והן מחייבות ניתוח משפטי של מערכת היחסים בכרטיס חיוב. הצגת ניתוח שכזה והשלכותיו על הסוגיה האמורה הם נושא רשימה זו.

בעבודת הדוקטורט שלי<sup>8</sup> חקרתי את הטיב המשפטי של מערכת היחסים הנוצרת עקב הנפקה ושימוש בכרטיס חיוב וכן את המסקנות הפרקטיות הנובעות מניתוח שכזה.<sup>9</sup> אחת ממסקנות אלו נגעה לחובת המנפיק לבטל את הוראת הפירעון שנתן הלקוח בנסיבות מסוימות – חובה שלא נכללה בשעתה בדין שלנו.<sup>10</sup> לאחרונה תוקן חוק כרטיסי חיוב כדי לאפשר ביטול הוראת פירעון על ידי הלקוח.<sup>11</sup> לכאורה מדובר בשינוי קונצפטואלי

<sup>8</sup> "דוקטור בפילוסופיה", אוניברסיטת בר-אילן – הפקולטה למשפטים, 1995). ראו גם א' ברק וע' פרידמן כרטיסי חיוב – היבטים משפטיים ומעשיים של כרטיסי אשראי ובנק 63 (1997); טנה שפיץ, אלן זיסבלט וורדה לוטטהוייז "חוק כרטיסי חיוב – מגמות" הפרקליט לח 644 (1989); ארנה דויטש "חלוקת סיכונים בתשלום באמצעות כרטיס אשראי – על הצורך בשינוי גישה" המשפט ג 149 (1996) (להלן: דויטש "חלוקת סיכונים"); יוסף הורביץ "כרטיסי אשראי: אחריות מנפיק כרטיס האשראי כלפי לקוחו בגין פגם בסחורה או בשרות" משפטים יא 237 (1981).

<sup>7</sup> לכתובה עדכנית בנושא ראו בעיקר ELLINGER, LOMNICKA & HOOLEY, לעיל ה"ש 1, בעמ' L. Ali Khan, *A Theoretical Analysis of Payment System*, 60 S.C. L. REV. 425 ; 614–581 (2008–2009). ראו גם OGILVIE, לעיל ה"ש 4, בעמ' 363–345 GOODE, CONSUMER CREDIT ; 39.63–39.61IC § 1, לעיל ה"ש 1, ROSS CRANSTON, PRINCIPLES OF LAW AND PRACTICE BANKING LAW 266–268 (2nd ed. 2002); Immaculada Barral Vinals, *The Cards as a Payment Method and as a Financial Service in Spain: The Responsibility System*, 14 ILSA J. INT'L & COMP. L. 595 (2007–2008).

<sup>8</sup> חיים, לעיל ה"ש 1.

<sup>9</sup> שם. ראו בעיקר בשער השני והשלישי.

<sup>10</sup> ראו שלושת תיקוניו הראשונים של חוק כרטיסי חיוב, לעיל ה"ש 5. יצוין כי חובה מוגבלת לביטול הוראת פירעון הייתה קיימת בכל הנוגע לעסקה בתשלום נדחה. להרחבה בעניין זה ראו להלן בפרק ג.1(א)(1).

<sup>11</sup> תיקון מס' 4 לחוק כרטיסי חיוב.

ראוי אצל המחוקק הישראלי. עם זאת, כפי שיתבהר בהמשך, עיון מעמיק בהוראות התיקון מעלה כי הגם שהרעיון שבבסיסו ראוי, הרי שאופן יישומו אינו נקי מספקות.<sup>12</sup> בחלק הראשון של רשימה זו אתמצת חלק ממסקנותיי באשר לטיב המשפטי של מערכת היחסים בכרטיס חיוב. במסגרת זו אטען כי מדובר בהסדר מיוחד במינו (sui generis) המורכב משלושה אלמנטים מרכזיים: אמצעי תשלום, עסקה בנקאית מיוחדת ויחסי שליחות.<sup>13</sup> בחלק השני של רשימה זו – על סמך ניתוח הטיב המשפטי של מערכת היחסים בכרטיס החיוב – אתייחס לשאלת חובתו של המנפיק לבטל את הוראת הפירעון שנתן הלקוח.<sup>14</sup> בהקשר זה אטען כי הטיב המשפטי של מערכת היחסים – וביתר פירוט, היקש מדיני השטרות, קונקרטיזציה של חובת הנאמנות הבנקאית ותחולת דיני השליחות – מוביל למסקנה כי על המנפיק מוטלת החובה לרדת לפרטיה של עסקת היסוד בין הלקוח והספק ולהגיע למסקנה אם היא בוצעה כדין אם לאו. כמו כן חלות עליו חובות גילוי בנושאים שונים. הסוגיה כולה תידון תוך ניתוח ביקורתי של תיקון מספר 4 לחוק כרטיסי חיוב והצעת פתרונות אפשריים ליישוב הביקורת על פי הטיב המשפטי של מערכת היחסים בכרטיס חיוב.<sup>15</sup>

## ב. הטיב המשפטי של מערכת היחסים בכרטיס חיוב

### 1. פתיחה

בפסיקה הזרה ובספרות המשפטית ידועות גישות שונות להגדרת הטיב המשפטי של מערכת היחסים בכרטיס חיוב.<sup>16</sup> ככלל נהוג להפריד בין הגדרת הטיב המשפטי של שני

12 לניתוח ביקורתי של הסוגיה ראו להלן בפרק ג.1(א)(3).

13 להלן בפרק ב.

14 להלן בפרק ג.1(ב).

15 להלן בפרקים ג.1(א) ו-ג.2(ב).

16 הגישות הידועות ביותר לסיווג הטיב המשפטי של הכרטיס (בדרך כלל כרטיס האשראי) הן התחייבות ישירה והמחאת חיוב. על כך ראו להלן ה"ש 18 ו-19. בנוסף ידועות גישות והשוואות נוספות הנוגעות להגדרת הטיב המשפטי של כרטיס החיוב, כדלקמן: מסמכים סחירים, הלואה ישירה, ליסינג, פקטורינג ומכתב אשראי דוקומנטרי. לראיית כרטיס החיוב באספקלריית המסמכים הסחירים ראו בריצמן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 314–404. עוד ראו Franklin National Bank of Franklin Square v. Sol Kass, 184 N.Y.S.2d, 783 (1959); In Re Brendle's Stores, Inc., 165 B.R. 811, 814 (1993). לביקורת על תפיסה זו ראו דויטש "חלוקת סיכונים", לעיל ה"ש 6, בעמ' 149–152. לתפיסת כרטיס החיוב כהלואה ישירה ראו GEVA, FINANCING CONSUMER SALES, לעיל ה"ש 6, בעמ' 169–171, 183; GOODE, CONSUMER CREDIT LAW, לעיל ה"ש 6, בעמ' 467–469. להשוואת כרטיס החיוב לעסקת ליסינג ראו R. v. D.H.S.S. ex. p. Overdrive Credit Card Ltd., [1991] 1 W.L.R. 635. עוד ראו גלעד, לעיל ה"ש 6, בעמ' 40–42. להשוואת כרטיס

סוגי כרטיסים המכונים אצלנו כרטיסי אשראי וכרטיסי בנק.<sup>17</sup> כרטיסי אשראי הוגדרו לרוב כמערכת יחסים של המחאת חיובים<sup>18</sup> או כמערכת יחסים של התחייבויות ישירות;<sup>19</sup> כרטיסי בנק הוגדרו בעיקר כמערכת יחסים שנועדה ליזום העברת כספים אלקטרונית.<sup>20</sup>

- חיוב לעסקת פקטורינג ראו דוח ועדת ברק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 13; בן-אוליאל דיני בנקאות: חלק כללי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 397–398. להשוואת כרטיס החיוב למכתב אשראי דוקומנטרי ראו הורוביץ, לעיל ה"ש 6, בעמ' 244; ברק ופרידמן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 58–62. ראו גם בן-אוליאל דיני בנקאות: חלק כללי, שם, בעמ' 398–399; דוח ועדת ברק, שם, בעמ' 13–14.
- 17 המונח "כרטיס אשראי" הוגדר אצלנו בסעיף 1 לחוק כרטיסי חיוב כדלקמן: "לוחית או חפץ אחר לשימוש חוזר המיועדים לרכישת נכסים מאת ספק ללא תשלום מיידי של התמורה". על פי הגדרה זו, מקובלות אצלנו שתי צורות לשימוש בכרטיס אשראי: הראשונה, העסקה שביצע הלקוח באמצעות הכרטיס תיפרע במלואה במועד קבוע אחת לחודש. השנייה, בכל חודש ייפרע סכום מינימלי מהסכום הכולל של העסקה שבוצעה באמצעות הכרטיס, והשארית תועבר לתשלום בחודש הבא בתוספת ריבית. הדבר חוזר חלילה לפי מספר התשלומים שבהם בחר הלקוח. לעומת זאת הגדרת המונח "כרטיס אשראי" במדינות השונות מאפשרת ללקוח פירעון העסקאות שביצע רק על דרך האפשרות השנייה הקיימת אצלנו.
- המונח "כרטיס בנק" הוגדר אצלנו בסעיף 1 לחוק כרטיסי חיוב כדלקמן: "לוחית או חפץ אחר לשימוש חוזר, המיועדים למשיכת כסף באמצעות מכשירי בנק ממוכנים או לרכישת נכסים בדרך של חיוב חשבונו של לקוח בתאגיד בנקאי וזיכוי אדם אחר על ידי שימוש בכרטיס במכשיר המיועד לכך במקום עסקו של הספק". כלומר כרטיס זה מיועד להוות ממשק לצורך משיכת כסף ממכשירי בנק אוטומטיים וכן לשם רכישת מוצרים אצל ספקים באמצעות חיוב חשבונו של הלקוח וזיכוי חשבונו של הספק באופן מיידי. כרטיס זה שונה מכרטיסים אחרים שקיימת בהם השהיית זמן מסוימת בין מעמד החיוב למועד התשלום. במדינות השונות מכונה כרטיס זה – Debit Card, אולם המחוקק הישראלי בחר לכנותו, באופן בלתי מוצלח, "כרטיס בנק", כנראה משום שחשבון הבנק של הלקוח מחויב באופן מיידי בגין הפעולות המבוצעות בו.
- 18 לתפיסת כרטיס האשראי כמערכת יחסים של המחאת חיובים ראו Higgs, לעיל ה"ש 6, בעמ' 111–112; Maffly & McDonald, לעיל ה"ש 6, בעמ' 473–474; Brandel & Leonard, לעיל ה"ש 6, בעמ' 1046–1047; South, לעיל ה"ש 6, בעמ' 331–333.
- 19 לתפיסת כרטיס האשראי כמערכת יחסים של התחייבויות ישירות ראו *Re Charge Card Services Ltd.* (Court of Appeal, 1988), לעיל ה"ש 6, בעמ' 764; Dobson, לעיל ה"ש 6, בעמ' 341–342; Maffly & McDonald, לעיל ה"ש 6, בעמ' 472–473. לתמיכה בגישה זו אצלנו ראו גלעד, לעיל ה"ש 6, בעמ' 78–79. עמדה זו מקובלת גם על לרנר וראו שלום לרנר דיני שטרות 90–92 (מהדורה שנייה, 2007).
- 20 ELLINGER, LOMNICKA & HOOLEY, לעיל ה"ש 1, בעמ' 593–594; OGILVIE, לעיל ה"ש 4, בעמ' 350–356; Marcus Smith & Patricia Robertson, *Plastic Money, in LAW OF BANK PAYMENTS* 187, 197–214 (Michael Brindle & Raymond Cox eds., 3rd ed. 2004).

קצרה היריעה מלשוב ולדון בגישות השונות ובנקודות הביקורת הנוגעות אליהן. בכך עסקתי בהרחבה במקום אחר.<sup>21</sup> לשם המשך הדיון, אציין רק, כי לשיטתי גישות אלה מתעלמות, בעיקר, מהקשר ההדוק שבין הנפקת כרטיס החיוב והשימוש בו לבין המערכת הבנקאית. כמו כן לרוב הן אינן נותנות מקום מספק לאופיו הכולל של הכרטיס כאמצעי תשלום וכן לביצוע פקודות התשלום על ידי המנפיק בשם הלקוח והספק. בהיעדר התייחסות לאלמנטים חשובים אלה גם לא הוסקו התוצאות הפרקטיות הנובעות מהם והנוגעות לחובות המוגברות של המנפיק והבנק כלפי צדדים שונים. בנוסף מבחינה מתודולוגית הגישות המקובלות תומכות בהגדרה משפטית נפרדת לכל אחד מסוגי הכרטיסים השונים. זאת בעוד שלגישתי יש לשאוף למציאת הגדרה כוללת התומכת ביצירת הסדרים משפטיים קרובים לכרטיסים אלו.<sup>22</sup>

בשל דחיית הגישות המרכזיות המקובלות אבקש להציג כעת את עיקרי עמדתי, ולפיה מערכת היחסים הנוצרת עקב הנפקת כרטיס חיוב ושימוש בו אינה ניתנת להגדרה לפי דגם משפטי מוכר ויש לסווגה כהסדר מיוחד במינו. הסדר זה כולל שלושה יסודות משפטיים מרכזיים: ראשית, היות הכרטיס אמצעי תשלום; שנית, אופי מערכת היחסים בכרטיס החיוב כעסקה בנקאית מיוחדת; שלישית, כשעסקינן במערכת יחסים בכרטיס חיוב תלת-צדדי – גם היותה של מערכת יחסים זו כיחסי שליחות.<sup>23</sup> ארחיב באשר לחשיבותם וביסוסם של אלמנטים אלה.<sup>24</sup>

## 2. כרטיס החיוב כאמצעי תשלום

הגדרת כרטיס החיוב כ"אמצעי תשלום" נובעת בעיקר משתי תכונות עיקריות של הכרטיס: משיכת כספים ממכשירים אוטומטיים ותשלום בגין עסקאות יסוד אצל ספקים שונים.<sup>25</sup> התכונה הראשונה מאפשרת ללקוח לקבל מן הבנק – באמצעות הכרטיס – כסף מזומן המצוי בחשבוננו. תפקיד המנפיק והבנק במצב זה הוא ליצור מנגנון המאפשר לחייב את חשבון הלקוח בסכום הכסף שנמשך ולהעביר לרשות הלקוח סכום זה. התכונה השנייה מאפשרת ללקוח לשלם – ללא שימוש בכסף מזומן – בגין עסקת יסוד שביצע

21 חיים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 50–85.

22 לגישה דומה ראו CRANSTON, לעיל ה"ש 7, בעמ' 266–268; GOODE, CONSUMER CREDIT LAW AND PRACTICE, לעיל ה"ש 1, § 3.63LA. לחשיבותה של הרמוניה ביצירת הסדר משפטי ראו להלן בפרק ג.1.(א)(4).

23 יודגש כי התזה שתוצג ברשימה זו מציעה הגדרה כוללת לכלל כרטיסי החיוב ולא לכרטיס תלת-צדדי בלבד.

24 לניתוח מלא של התזה המוצעת ברשימה זו באשר לטיב המשפטי של מערכת היחסים בכרטיס חיוב ראו חיים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 91–156.

25 יודגש כי מלבד פונקציות מרכזיות אלה הכרטיס עשוי לשמש גם לשם קבלת שירותים אחרים. על כך ראו שם, בעמ' 264–267.

בבית עסקו של ספק פלוני. במקרה זה תפקיד המנפיק, לשיטתי, הוא להביא לפירעון סופי של חבות הלקוח לספק לפי עסקת היסוד. עמדתי היא כי במצב זה נוצר, בעת התשלום בגין עסקת היסוד באמצעות כרטיס החיוב, פירעון מותנה של העסקה על ידי הלקוח כלפי הספק. פירעון זה הופך לסופי עם ביצוע תפקידו של המנפיק – הפירעון הסופי של עסקת היסוד.<sup>26</sup>

בתפיסתי את התשלום בכרטיס כפירעון מותנה של עסקת היסוד מקרב אני את דין כרטיס החיוב לתפיסה המקובלת בדיני השטרות, אך גם לזו המקובלת באשר לאמצעי תשלום נוספים.<sup>27</sup> בכך נמצאתי תורם גם ליצירת הרמוניה משפטית בשוק אמצעי התשלום, תוצאה המשקפת מדיניות משפטית ראויה וצודקת המסייעת להגן על ציבור

26 בעמדה זו תמכתי בעבודת הדוקטור שלי. על כך ראו שם, בעמ' 63–70. גישה דומה נקט גם בית המשפט העליון שלנו בע"א 47/75 בן יהודה נ' אי.תי.סי נהיגה עצמית בע"מ, פ"ד כט(2) 637 (1975). בעניין בן יהודה קבע בית המשפט כי התשלום באמצעות כרטיס אשראי הוא "סידור לשם ייעול ההתחשבותן ושכסופו של דבר, אם לא יסודר החשבון בדרך זו, נשאר החייב חייב". שם, בעמ' 639. לתמיכה בגישת הפירעון המותנה בתחום כרטיסי החיוב גם בספרות המשפטית ראו DENIS V. COWEN & LEONARD GERING, THE LAW OF NEGOTIABLE INSTRUMENTS IN SOUTH AFRICA 270 (5th ed. 1985); Alan L. Tyree, *Payment by credit card*, 15 JOURNAL OF BANKING AND FINANCE LAW AND PRACTICE 221 (2004). יצוין כי מנגד בספרות ובכתיבה המשפטית מקובלת ביותר גישה אחרת התומכת בהיותו של התשלום בגין עסקת יסוד באמצעות כרטיס חיוב פירעון מוחלט של חבות הלקוח. לתמיכה בגישת הפירעון המוחלט ראו *Re Charge Card Services Ltd.* [1986], לעיל ה"ש 6, בעמ' 99387. עוד ראו JOAN WADSLEY & GRAHAM PENN, THE LAW RELATING TO DOMESTIC BANKING 470–474 (2nd ed. 2000). לתמיכה בגישת הפירעון המוחלט אצלנו תוך התייחסות לפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין בן יהודה ראו אריאל פורת "דרכי תשלום" דיני חיובים חלק כללי 431, 459–461 (דניאל פרידמן עורך, 1994); גלעד, לעיל ה"ש 6, בעמ' 67–70; לרנר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 90–92. מלבד גישות אלו ידועה אצלנו עוד גישה ובה מחזיק פרופ' זמיר. לגישת פרופ' זמיר, בעת התשלום בכרטיס נוצרת חובה ישירה של המנפיק לשלם לספק. עם זאת אם המנפיק מסרב לשלם או הפך לחדל פירעון, זכאי הספק לחזור ולתבוע את הלקוח על פי חוזה המכר. לכך ראו אייל זמיר חוק המכר, תשכ"ח–1968 398–399 (1987). יצוין כי לדידי הקושי בגישתו של פרופ' זמיר הוא יצירת מצב לא רצוי שלפיו הלקוח עשוי לשלם פעמיים: למנפיק ולספק. לביקורת על גישת הפירעון המוחלט בנוגע למערכת היחסים בכרטיס חיוב ראו חיים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 62–71.

27 כידוע התשלום בצ'ק נתפס על פי רוב כפירעון מותנה של עסקת היסוד. הפירעון המותנה הופך לסופי רק כאשר תמורת הצ'ק משולמת לזכאי על ידי הבנק הנמשך. עמדה דומה מקובלת גם באשר לאמצעי תשלום רבים ונוספים, למשל: העברה בנקאית, פקטורינג ומכתב אשראי. להחלתו של עקרון הפירעון המותנה בעסקה מסוג פקטורינג ראו לרנר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 71. להחלתו של עיקרון זה על שטרות וצ'קים ראו שם, בעמ' 89–90. להחלתו של עיקרון זה על מכתב אשראי ראו שם, בעמ' 92. להחלת העיקרון על העברה בנקאית ראו EDWARD L. RUBIN & ROBERT COOTER, THE PAYMENT SYSTEM CASES, MATERIALS AND ISSUES 608–610, 790 (1989).



הלקוחות.<sup>28</sup> עוד יצוין כי בעמדה זו מתרחק אני מהתפיסה הרואה בכרטיס מערכת של התחייבויות ישירות, שלפיה מקובל לראות בתשלום באמצעות הכרטיס פירעון מוחלט של עסקת היסוד.<sup>29</sup>

מבחינה פרקטית הגדרת הכרטיס כאמצעי תשלום מאפשרת לדעתי להקיש מן הדינים הנוגעים לאמצעי תשלום אחרים לאלו של כרטיס החיוב.<sup>30</sup> ההסדר המרכזי שיכול לשמש מקור לפרשנות והיקש שכאלו הוא ההסדר החל על צ'קים. מובן שהיקש שכזה צריך להיעשות רק באשר להסדרים הנוגעים ליסודות דומים בין אמצעי התשלום הרלוונטי לכרטיס החיוב.<sup>31</sup> כשעסקינן בצ'ק ובהשוואת יסודותיו לאלו של כרטיס חיוב עמדתי היא כי ככלל קיים שוני ביסודות הנוגעים למהות החתימה ולסחירות. לאור זאת ככלל אין להחיל את ההסדרים הרלוונטיים לתחומים שצויינו בדין הצ'ק על העסקה בכרטיס חיוב. הדברים יודגמו בהמשך.<sup>32</sup>

### 3. כרטיס החיוב כעסקה בנקאית מיוחדת

פרופ' ריקרדו בן-אוליאל<sup>33</sup> מציע שלושה אלמנטים מרכזיים המסייעים לאפיונה של עסקה בנקאית: המהות החברתית-כלכלית של העסקה, תפקיד המערכת הבנקאית ביצירת העסקה והוצאתה אל הפועל, ומידת הסיכון שבעסקה כלפי פיקדונות הציבור.

על פי מאפיינים אלו אבקש לטעון כי כרטיס החיוב מהווה עסקה בנקאית בעלת אלמנטים מיוחדים במינם. אכן, אין חולק כי מערכת היחסים בכרטיס חיוב כוללת מאפיינים בנקאיים קלסיים. כך למשל, מנקודת המבט הכלכלית-חברתית הכרטיס מאפשר לצדדים לקבל כספים שהפקידו בבנק. כמו כן אין חולק כי מרגע מעורבותו של

28 לשקילת שיקולים שכאלה בתחום אמצעי התשלום ראו שם. עוד ראו להלן בפרק ג.1.א(4); Ricardo Ben-Oliel, *Payments by Banking Transfers in Practice and in Legal Theory*, in DEVELOPMENTS IN AUSTRIAN AND ISRAELI PRIVATE LAW 81, 90 (Hausmaninger Herbert, Ben-Oliel, Koziol Helmut, Alfredo M. Rabello & Israel Gilead eds., 1999) (להלן: CRANSTON; *Payments by Banking Transfers*), לעיל ה"ש 7, בעמ' 268–266.

29 על הקשר המשפטי בין גישת הפירעון המוחלט ותפיסת מערכת היחסים בכרטיס חיוב ככזו של התחייבויות ישירות ראו [1986] *Re Charge Card Services Ltd.*, לעיל ה"ש 6, בעמ' 782. לדיון בהקשר זה בהרחבה ראו חיים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 62–70.

30 לגישה דומה באשר להעברה בנקאית ראו Ben-Oliel, *Payments by Banking Transfers*, לעיל ה"ש 28, בעמ' 90.

31 יצוין שביצוע היקש כאמור מחייב לשקול את כל האלמנטים של הצ'ק ולהשוותם לאלו של כרטיס החיוב (על הדומה והשונה שבהם). לניתוח שכזה ראו חיים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 98–108.

32 להדגמת הנושא ראו להלן בפרק ג.1.ב(2).

33 Ricardo Ben-Oliel, *Elements for a Legal Definition of Commercial Banking: A Comparative View*, 16 ISR. L. REV. 499, 514 (1981) (להלן: *Definition*).

תאגיד בנקאי ביזמת העסקה והוצאתה אל הפועל מדובר בעסקה בנקאית. יחד עם זאת, על אף מאפיינים קלסיים אלו יש חשיבות לעמוד על אלמנטים נוספים של מערכת היחסים בכרטיס חיוב המעניקים לה, לשיטתי, אופי מיוחד בתוך שלל העסקאות הבנקאיות. למשל, כרטיס החיוב מאפשר לקבל שירותים נוספים ופריפריאליים מן הבנק שאינם בגדר "שירותים בנקאיים קלסיים". גם מעורבותה של המערכת הבנקאית ביזמת העסקה והוצאתה אל הפועל כוללת מאפיינים ייחודיים שאינם מצויים בכל שירות ושירות בנקאי. אלמנטים שכאלו ואחרים שבהם אדון להלן מלמדים על אופיו המיוחד של כרטיס החיוב בנוף העסקאות הבנקאיות, ומכאן גם על הצורך בהפעלת הדין הבנקאי בהתאם לאופי מיוחד זה. אבחן אלמנטים אלו תוך הדגשת אופיו המיוחד של כרטיס החיוב ביתר פירוט.

ראשית, אבחן את המהות החברתית-כלכלית של העסקה. עניין זה עשוי לקבל משמעות מיוחדת ושונה בהתאם לנקודת המבט שדרכה הוא נבחן. מנקודת מבטו של הלקוח, כרטיס החיוב הוא כלי מרכזי לקבל בחזרה מן הבנק כספים שהפקיד בחשבוננו – באמצעות משיכת הכספים ממכשירים אוטומטיים או במתן הוראות לבנק לשלם מחשבוננו לצדדים שלישיים. כמו כן במסגרת העסקה יכול הלקוח לקבל שירותים בנקאיים נוספים, והנפוץ שבהם הוא מתן אשראי.<sup>34</sup> מנקודת מבטו של הספק, מבחינה חברתית-כלכלית, משמש כרטיס החיוב בעיקר כדי לאפשר לו לשכלל עסקאות יסוד עם לקוחות המחזיקים בכרטיס כתחליף לכסף מזומן. כלומר, לשם קבלת תשלום בגין עסקאות יסוד שבוצעו בעסקו. נראה כי הנחת הספק היא שבאופן כזה יוגדל מעגל הלקוחות שלו ותגדל ודאות הפירעון של עסקאותיו. באשר למהות העסקה מנקודת מבטו של הבנק או המנפיק, עולה כי באמצעות הנפקת כרטיסי החיוב מגדילים הללו את רווחיהם הגדלה משמעותית. הדבר מתאפשר בעקבות המנדט המיוחד שהללו מקבלים מהציבור ואשר מוביל להיזקקות הלקוח והספק לשירותים הייחודיים שניתנים באמצעות הכרטיס – הלקוח לשם ניהול חשבון הבנק שלו והספק לשם ניהול עסקיו. מכל אלו עולה, כי המהות החברתית-כלכלית של כרטיס החיוב היא להוות דרך לניהול חשבון הבנק של הלקוח ולגביית תשלומים בעבור הספק. לכן מתאפשרת גם השאת רווחיו של הבנק. מסקנה זו מצביעה על מאפיין ייחודי של חלק מרכזי<sup>35</sup> מההסדר הכולל של כרטיס

34 מלבד השירות של קבלת אשראי כרטיס החיוב משמש לקבלת שירותים נוספים. למשל: הנחות, מתנות, שירותי ביטוח, חברות במועדוני לקוחות, שירותי תיירות, פרסומת ועוד. על כך ראו Brandel & Leonard, לעיל ה"ש 6, בעמ' 1035, 1039-1040. באשר לאחריות המנפיק בעת מתן שירותים אלו ראו חיים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 264-267.

35 יצוין כי בעת משיכת מזומנים ממכשירים אוטומטיים של תאגידים בנקאיים אין מדובר במערכת משולשת כי אם במערכת דו-צדדית המתקיימת בין הבנק (או המנפיק) ולקוחו בלבד. על כך ראו חיים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 132-134.

החיוב – הוא אפשרות קיום ההסדר רק על ידי יצירת מערכת יחסים משולשת בין הלקוח, הספק והמנפיק.

שנית, אבחן את תפקיד המערכת הבנקאית בייזום העסקה וביצועה. באשר למעורבות זו נראה כי מדובר במעורבות דומיננטית ומרכזית אף יותר מזו המקובלת באשר לשירותים בנקאיים אחרים. מרבית כרטיסי החיוב מוצאים ביזמתה של המערכת הבנקאית.<sup>36</sup> כידוע המערכת הבנקאית מקיפה את הציבור בתעמולה אינטנסיבית. הדבר נכון במיוחד באשר לצורך ולאפשרויות להשתמש בכרטיסי חיוב. המערכת הבנקאית פועלת כל העת כדי לתמרץ את הלקוח להשתמש בכרטיסי החיוב, אם בפרסום נוסף של השירות בבתי עסק, אם בפנייה יזומה ללקוחות ואם באמצעות מתן הטבות שונות לשם הגברת השימוש בכרטיס. לעתים אף מוצג הכרטיס כאמצעי תשלום טוב יותר מכסף מזומן.<sup>37</sup> לקוח אשר לא נחשף לתעמולה שכזו מקבל הצעה קונקרטיית להנפקת הכרטיס לכל המאוחר עם יצירת הקשר הבסיסי ביותר בינו לבין הבנק, הוא פתיחת חשבון עובר ושב.<sup>38</sup> בשל אופייה של המערכת הבנקאית כיום, הרי שהלכה למעשה בלא הנפקת כרטיס חיוב יקשה מאוד על הלקוח לנהל את חשבונו בבנק.<sup>39</sup> מכאן עשוי להישלל ממנו

36 יצוין כי מבחינה תאורטית אין חובה שכרטיסי חיוב יונפקו על ידי המערכת הבנקאית בלבד או אף יחייבו את חשבונו של לקוח בתאגיד בנקאי. עם זאת בשל כללי הרישוי הבנקאי, במדינות השונות, ובפרט בישראל מרבית כרטיסי החיוב מונפקים על ידי המערכת הבנקאית הממוסדת או בקשר עם חשבון הבנק של הלקוח. למשל, בישראל שלוש חברות ההנפקה הגדולות ביותר (ישראכרט, כרטיסי אשראי לישראל ולאומי כארד) נשלטות על ידי הבנקים והן "תאגיד עזר בנקאי", כהגדרתו בסעיף 1 לחוק הבנקאות (רישוי), התשמ"א-1981. על כך ראו ביונס דטה ישראל, לעיל ה"ש 2. לפי חוק הבנקאות (רישוי), השירות של ניהול פיקדונות הציבור ומשיכה בצ'ק עליהם יוחד למערכת הבנקאית (חברות ציבוריות המחזיקות ברישיון בנק), ראו סעיף 13 לחוק. בנוסף, לאחרונה הובהר כי נגיד בנק ישראל הוא גם הגוף המפקח על רישוי שירותי סליקת כרטיסים, ראו סעיפים 36 ו-36א לחוק. יצוין כי עניין זה היווה גם את הסיבה לכך שבשעתו הוחלט לא ליצור מערכת רישוי מיוחדת לחברות הנפקה. על כך ראו הצעת חוק כרטיסי חיוב, התשמ"ו-1986, ה"ח 126. למצב באנגליה ראו למשל ELLINGER, LOMNICKA & HOOLEY, לעיל ה"ש 1, בעמ' 68-93. למצב בארצות הברית ראו למשל RUBIN & COOTER, לעיל ה"ש 27, בעמ' 608-610. TRANSFER ACT, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1-58.

37 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 553 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-17, 34 (1.4.2008) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 553 של ועדת הכלכלה).

38 על הטיב המשפטי המיוחד במינו של הפיקדון הבנקאי ראו ריקרדו בן-אוליאל הטיב המשפטי של ההפקדה הבנקאית (עבודת גמר לתואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית – הפקולטה למשפטים, 1977); Ricardo Ben-Oliel, *Banker's Liability in the Bank Deposit Relationship*, (1979) 14 ISR. L. REV. 164; L. Ali Khan, *A Theoretical Analysis of Payment System*, 60 S.C. L. REV. 425 (2008-2009).

39 בן-אוליאל דיני בנקאות: חלק כללי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 396-397.

אחד השירותים הבסיסיים הדרושים לכל אדם.<sup>40</sup> בנוסף, למערכת הבנקאית תפקיד מרכזי וייחודי ביזמת השירות הנוגע לכרטיס החיוב גם כלפי הספק. בניגוד ללקוח, הנחשף לצורך בכרטיס עם פתיחת החשבון, הספק נחשף לכך יום-יום בשל הצורך שבקיום עסקו ולעתים אף עקב פנייה של המנפיק אליו לשם פרסום השירות. כדי לקיים את עסקו (בייחוד עסק המספק שירותים צרכניים) מקבל הספק מן המנפיק שירותים הנוגעים לגביית חוב הלקוח. לספק אף מובטח כי ודאות הפירעון של עסקת היסוד תגבר עקב שכלולה באמצעות הכרטיס (לעומת צ'ק למשל). יצוין כי הספק רואה בכרטיס אמצעי תשלום בטוח יותר בעיקר בשל האמון שהוא רוחש למנפיק. כפועל יוצא מכך משלם הספק עמלות גבוהות כתשלום קבוע ומשווי כל עסקה ועסקה. מן האמור לעיל עולה לדעתי המסקנה כי גם הספק הוא "לקוח" של הבנק ושל המנפיק הזכאי להגנות מיוחדות במערכת היחסים עמם.<sup>41</sup>

נקודה ייחודית נוספת שיש לציין היא כי הוצאת העסקה אל הפועל לא הייתה מתאפשרת אלמלא השימוש שעושה המערכת הבנקאית במנגנון ייחודי המצוי ברשותה

40 על החשיבות והמרכזיות של פתיחה וניהול של חשבון עובר ושב ראו שם, בעמ' 66–72. ראו גם סעיף 2 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א–1981 וכן רע"א 2598/08 בנק יב לעובדי מדינה בע"מ נ' שפירא, בעיקר פס' כו–לו לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בבנו, 23.11.2010) (להלן: עניין בנק יב).

41 יצוין כי הספק "מקבל" את ה"שירות" של "גביית כספים" לפי סעיף 10(4) לחוק הבנקאות (רישוי). לעתים מתקבל שירות זה ממנפיק הכרטיס (במצב זה אותו מנפיק הוא שהנפיק את כרטיס הלקוח והוא גם המצוי בקשר עם הספק לשם גביית חובותיו), ולעתים מתקבל ה"שירות" ממנפיק אחר. עם זאת בשני המקרים הספק הוא "לקוח" גם של מנפיק הכרטיס: במצב הראשון הספק הוא "לקוח" של מנפיק הכרטיס הואיל והוא "מקבל" ממנו באופן אישי את ה"שירות" הבנקאי של גביית הכספים. זאת לפי סעיף 1 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח). במצב השני הספק הוא "לקוח" של מנפיק הכרטיס הואיל והוא "מקבל" ממנו (ולעתים גם מן הבנק), לכל הפחות, חלק משירותי גביית הכספים, באמצעות שלוחו – המנפיק הגובה הפועל בשמו. לחלופין במצב זה אפשר לראות בספק "לקוח" של מנפיק הכרטיס לפי פסיקת בית המשפט העליון שלנו שהכירה בעבר בדוקטרינת "הלקוח העקיף". לעניין זה ראו ע"א 1304/91 טפחות – בנק למשכנתאות לישראל בע"מ נ' ליפרט, פ"ד מז(3) 309 (1993); ע"א 1570/92 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ציגלר, פ"ד מט(1) 369 (1995); עניין בנק יב, לעיל ה"ש 40. יצוין כי בשונה מהמצב אצלנו, במדינות השונות מקובלות גישות מצמצמות יותר להגדרת המונח "לקוח". לדעתי, גם במדינות אלה יש להעניק לספק מעמד גבוה של "לקוח" המטיל על הבנק אחריות גבוהה לגביי כלל הנוגע למתן שירותים בכרטיס חיוב. לפרשנות המונח לקוח אצלנו ראו בן-אוליאל דיני בנקאות: חלק כללי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 57–63. ראו גם רות פלאטו-שנער דיני בנקאות – חובת האמון הבנקאית 78–97 (2010). להשוואה במדינות אחרות ראו לעיל ELLINGER, LOMNICKA & HOOLEY, לעיל ה"ש 1, בעמ' 118–121. עוד ראו CRANSTON, לעיל ה"ש 7, בעמ' 129–133.

– מנגנון הסליקה.<sup>42</sup> מנגנון זה מאפשר למערכת הבנקאית גישה לחשבונות הבנק של הציבור, ובכך ניהול מערכת התשלומים מתוך חשבונות אלה. בעסקה בכרטיס חיוב נעשה שימוש במנגנון זה כדי לחייב את הלקוח בסכום העסקאות ולזכות בסכום זה את הספק לפי השובר המוצג בפניהם – זאת אף אם הלקוח והספק אינם לקוחותיו של אותו הבנק או המנפיק. מובן כי ללא גישה למנגנון הסליקה יקשה ביותר על המערכת הבנקאית לספק את השירות לשני הצדדים – לקוח וספק – ובפועל ייווצר הסדר שאינו אפקטיבי ואשר לא ימשוך אליו איש מהם.<sup>43</sup>

מלבד המאפיינים הבנקאיים הקלסיים שצוינו לעיל, גם יש להכיר בכך כי באמצעות כרטיס החיוב מאפשרת המערכת הבנקאית ללקוח לקבל מגוון של שירותים נוספים. מדובר בשירותים שונים ומשתנים אשר חלקם אינם בעלי מאפיינים בנקאיים מובהקים. כפועל יוצא מכך, מתן שירותים אלו מצריך לעתים מנגנונים נוספים שאינם בהכרח מיוחדים למערכת הבנקאית. למשל, באמצעות הכרטיס עשוי הלקוח לקבל מהמנפיק שירותי תירות, ביטוח, חברות במועדוני לקוחות, הטבות ועוד.<sup>44</sup> האפשרות לקבל שירותים נוספים אלו לאור ההנפקה והשימוש בכרטיס החיוב הנם נקודה ייחודית נוספת המעידה על אופיו המיוחד של הכרטיס בתוך שלל העסקאות הבנקאיות.

שלישית, יש לומר כמה מילים על הסיכון הפוטנציאלי של מערכת היחסים בכרטיס חיוב לפיקדונות הציבור. נראה כי גם בבחינת עניין זה מצויים בכרטיס החיוב סממנים מיוחדים. הסיכונים הייחודיים העיקריים הם אלו הנובעים מהשימוש לרעה שעשוי להיעשות בכרטיס החיוב ומהיות השירות של הענקת אשראי חלק אינטגרלי ממערכת היחסים בכרטיס החיוב. כידוע, לאור טיבו של הכרטיס די בהשגת פרטיו על מנת לבצע בו שימושים לרעה. עניין זה מגדיל את הסיכונים לשימוש לרעה בהרבה לעומת אלו

42 למעמדו המיוחד של מנגנון הסליקה בהגדרת "עסקה בנקאית" ראו Ben-Oliel, *Elements for a Legal Definition*, לעיל ה"ש 33, בעמ' 515. יצוין כי לאחרונה הוחלט שהפעלת מנגנון סליקת כרטיסים בישראל ידרוש רישוי מיוחד מן המפקח על הבנקים. על כך ראו סעיפים 36, 36א לחוק הבנקאות (רישוי).

43 למאפייניו הייחודיים של שוק כרטיסי החיוב ראו גם Timothy J. Muris, *Payment Card Regulation and the (Mis) Application of the Economics of Two-Sided Markets*, COLUM. BUS. L. REV. 515, 520–521 (2005).

44 ראו לעיל ה"ש 34. בשולי הדברים יצוין כי מסופק אני אם מתן שירותים אלה מותר למנפיק לאור נוסחו של סעיף 10 לחוק הבנקאות (רישוי). ביתר פירוט, הסעיף היחיד המאפשר מתן שירותים נוספים (כגון מתנות וביטוח) הוא סעיף 10(13) לחוק. אני בספק אם אפשר לקבוע כי השירותים שצוינו לעיל הם "שירות נלווה" לעיסוק המותר לבנק, אשר לעמדה כללית שכזו ביחסי בנק-לקוח ראו יחיאל בהט חוק הבנקאות (רישוי) 42 (1997). עוד ראו ביונס דטה ישראל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 14, 18.

הקיימים ביחס לאמצעי תשלום או שירותים בנקאיים אחרים.<sup>45</sup> סיכון נוסף ורב נובע ממרכזיותו של שירות אחר במסגרת הנפקת כרטיס החיוב והשימוש בו – מתן אשראי ללקוח. כידוע, באמצעות הכרטיס יכול הלקוח לקבל אשראי מן הבנק. בנוסף יכול הלקוח לקבל אשראי גם מן המנפיק (אשראי "חוץ בנקאי").<sup>46</sup> עניין זה מגדיל את הסיכון כי הלקוח ילווה כספים מן הבנק כאשר כושרו הכלכלי אינו מאפשר לו להשיבם. על אף החשיבות שבעניינים אלו לא אוכל לדון בהם בגבולותיה של רשימה זו. כפי שניתחתי בהרחבה במקום אחר,<sup>47</sup> אני סבור שעל המנפיק צריכות לחול חובות מחמירות שימנעו הסיכונים האמורים.<sup>48</sup> לכן לדעתי כל אימת שהמנפיק עומד בחובות מחמירות אלו, נמנע הסיכון שטומן כרטיס החיוב לפיקדונות הציבור.

לסיום חלק זה, יש לציין עוד כי מבחינה פרקטית הגדרת מערכת היחסים בכרטיס חיוב כעסקה בנקאית מיוחדת מטילה על הבנק ועל המנפיק חובות מרכזיות כלפי הלקוח וכלפי הספק שנובעות מן הדין הבנקאי, וביתר דיוק מן הקונקרטיזציה שלו על פי האופי המיוחד של השירות האמור. החובה המרכזית שבה אבקש להתמקד ברשימה זו היא החובה לנהוג בנאמנות בעת מתן השירות הבנקאי. הדברים יתבהרו בהמשך.<sup>49</sup>

#### 4. כרטיס החיוב כמערכת יחסים של שליחות

נוסף על הגדרת כרטיס החיוב כאמצעי תשלום וכעסקה בנקאית מיוחדת כאשר עסקינן בכרטיס חיוב תלת-צדדי, מערכת היחסים בין הצדדים היא לדעתי גם מערכת של שליחות שבמסגרתה המנפיק הוא שלוח.<sup>50</sup> מנקודת מבטו של הלקוח המנפיק פועל בשמו (של הלקוח), ומטרת שליחותו היא להביא לפירעון הסופי של חבותו כלפי הספק. מנקודת מבטו של הספק המנפיק פועל בשמו (של הספק), ומטרת שליחותו היא להביא לגביית חובו של הספק מן הלקוח. בפועל כידוע המנפיק פועל במתחם המשפטי שבין הלקוח

45 לניתוח עדכני של סוגיית השימוש לרעה בכרטיס החיוב ראו חיים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 306–329. עוד ראו Benjamin Geva, *Consumer Liability in Unauthorized Electronic Funds Transfers*, 38 CANADIAN BUS. L.J. 207, 241–248 (2003).

46 על הסיכונים לפיקדונות הציבור עקב שימושים בכרטיס ראו למשל Teri Rebecca Daniel, *Improvident Extension of Credit as an Extension of Unconscionability: Discover Bank v. Owens and A Debtor's Rights Against Credit Card Companies*, 54 CLEV. ST. L. REV. 435, 436–437 (2006); Angela Littwin, *Beyond Usury: A Study of Credit-Card Use and Preference Among Low-Income Consumers*, 86 TEX. L. REV. 451 (2007–2008).

47 על כך ראו חיים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 187–189.

48 שם.

49 ראו להלן בפרק ג.1(ב)(3).

50 לניתוח משפטי נרחב של תפיסה זו ראו חיים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 133–156.

לספק.<sup>51</sup> כפי שנראה בהמשך, לנקודה זו השלכות באשר לניתוח מערכת היחסים בין הצדדים.<sup>52</sup>

בשני המקרים שתוארו לעיל (פעולה בשם הלקוח או בשם הספק) אני סבור כי הלקוח והספק מעניקים למנפיק כוח ייצוג לביצוע פעולת התשלום (פירעון או גבייה) על ידיו – פעולה זו היא "פעולה משפטית",<sup>53</sup> זאת בעיקר משום שלאחר ביצוע התשלום המנפיק יוצא מן התמונה, ופירעון החוב או גבייתו מיוחס ללקוח ולספק בהתאמה. הלקוח או הספק אינם נדרשים לפעולה משפטית נוספת כדי לייחס לעצמם את הפעולות שבוצעו על ידי המנפיק. מסקנה דומה עולה גם מנוסח החוזים שבין הצדדים לעסקה.<sup>54</sup> מנוסח החוזים ניתן לראות כי המנפיק הוא זה שמחויב לפרוע את חבות הלקוח ולשלם סכום כסף זה לספק. המנפיק גם מסדיר את מנגנון התשלום מול הספק. ללקוח אין יד ורגל בכך.<sup>55</sup> זאת ועוד, בחוזה שבין המנפיק ללקוח לא מותנה הפירעון הסופי של חבות הלקוח לספק בביצוע פעולה נוספת של הלקוח כלפי המנפיק.<sup>56</sup> כלומר, גם על פי החוזים, הפירעון הסופי של חבות הלקוח כלפי הספק איננו מצריך פעולה נוספת של "העברת זכויות" על ידי הלקוח. תוצאות פעולות המנפיק כלפי הספק מיוחסות ללקוח מעצם טיבה של מערכת היחסים ביניהם, וגם בכך יש להצביע על הפעלתו של כוח ייצוג. מבחינה פרקטית ראיית מערכת היחסים בכרטיס חיוב תלת-צדדי באופן האמור לעיל מובילה להחלת דיני השליחות עליה. בהקשר זה, ובמידת האפשר, עמדתי היא כי יש לנתח את מערכת היחסים שבין המנפיק והלקוח ואת זו שבין המנפיק לספק במנותק – כשתי מערכות יחסים של שליחות נפרדות – כפי שכל אחד מהצדדים תופס את מערכת

51 כפי שצוין לעיל, בחלק מן המקרים מנפיק הכרטיס (מנפיקו של הלקוח) והמנפיק הגובה (מנפיקו של הספק) אינם זהים. עם זאת מבחינה משפטית פרקטית החובות שמנפיק הכרטיס והמנפיק הגובה חבים בהן כלפי הלקוח והספק הן זהות. שני המנפיקים חבים ללקוח ולספק חובות כשלוחיהם וכלקוחותיהם. לכן הלכה למעשה אין הבדל מהותי בניתוח בין מצב זה לבין מצב שבו ללקוח ולספק אותו מנפיק. על כך ראו לעיל בפרק ג.1.(ב)(4) וכן בהמשך פרק זה.

52 ראו להלן בפרק ג.1.(ב)(4).

53 חיים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 144–149.

54 שם, בעמ' 137–144.

55 להלן דוגמה שהבאתי שם בעניין זה מתוך אחד החוזים שבין המנפיק לספק: "בכפוף למילוי כל התחייבויות בית העסק על פי כתב זה [...] מתחייבת חברת ההנפקה לשלם לבית העסק את סך כל הסכום הנקוב בשובר בניכוי מסוים או שיעור מסוים של עמלת סליקה, עליו הוסכם בין בית העסק לחברת ההנפקה [...]". זאת לעומת התחייבות המנפיק כלפי הלקוח הבאה לידי ביטוי ב"חיוב הלקוח בהתאם לסכום הנקוב בשובר" (כך נכתב בסעיף 3 להסכם בין המנפיק ללקוח). תניות דומות קיימות גם בהסכמים אחרים. לגישה אחרת הגורסת כי המנפיק אינו משלם לספק בשם הלקוח, ראו דויטש "חלוקת סיכונים", לעיל ה"ש 6, בעמ' 150–151.

56 חיים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 137–144.

היחסים.<sup>57</sup> כאשר מתעוררת שאלה במישור היחסים שבין המנפיק ללקוח יש לנתח את מערכת היחסים באופן שהלקוח הוא השולח, המנפיק הוא השלוח, והספק הוא הצד השלישי.<sup>58</sup> כאשר מתעוררת שאלה במישור היחסים שבין המנפיק והספק יש לנתח את מערכת היחסים באופן שהספק הוא השולח, המנפיק הוא השלוח, והלקוח הוא הצד השלישי.<sup>59</sup> הניתוח האמור משתנה כאשר עולה שאלה אשר נוגעת למישור היחסים המשולש בין הלקוח והספק יחד כשולחים, למנפיק כשלוח. כך קורה למשל כאשר המנפיק מקבל הוראות סותרות מן הלקוח ומן הספק בעניין שהוא מהותי להרשאה שכל אחד מהם נתן לו. במצב זה ניתוח מערכות היחסים במנותק – כשתי שליחויות נפרדות – אינו אפשרי, שכן הוא אינו נותן ביטוי משפטי למעמדם הזהה של הלקוח והספק כשולחים בנקודה זו. למעמד שכזה יש השלכות על בחינת אחריות הצדדים. לדעת, כדי לתת ביטוי משפטי ראוי למעמדם של הצדדים במצב האמור יש להחיל לגביו את ההסדר החל על מצב שבו בעת שליחות מרובת שולחים השלוח מקבל הוראות סותרות משני שולחיו.<sup>60</sup> החלת דיני ריבוי שולחים על הסוגיה מתחייבת לגישתי בשל הדמיון הרב

57 יצוין כי הדוקטרינה המשפטית המסורתית רואה בשליחות מערכת יחסים בילטרלית. על כך ראו G.H.L. FRIDMAN, LAW OF AGENCY 11–21 (7th ed. 1996); F.M.B. REYNOLDS, BOWSTEAD AND REYNOLDS ON AGENCY 1–4 (18th ed. 2006). אף על פי כן בשנים האחרונות מקובלת במקומות שונים התפיסה כי השלוח עשוי לפעול גם בשביל כמה שולחים ואף לבצע פעולות ביניהם. למשל בריסטייטמנט השלישי יש הוראות מיוחדות באשר לשלוח הפועל בין שולחיו. לעניין זה ראו Restatement (third) of Agency § 8.06 (2006). להתייחסות רחבה יותר להסדר האמור ראו חיים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 236–237.

58 כאשר מעורב במערכת היחסים זו גם מנפיק גובה אזי הוא מהווה שלוח משנה של מנפיק הכרטיס (מנפיקו של הלקוח). על כך ראו בהמשך פרק זה.

59 כאשר מעורב במערכת היחסים זו גם מנפיק גובה, אזי הוא מהווה שלוחו של הספק ואילו מנפיק הכרטיס הוא שלוח משנה של המנפיק הגובה. על כך ראו בהמשך פרק זה.

60 ראו ס' 17(ב) לחוק השליחות, התשכ"ה–1965. לניתוח הדין הנוגע לריבוי שולחים ראו בהרחבה: חיים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 229–248. עוד ראו REYNOLDS, לעיל ה"ש 57, בעמ' 57–59; HAROLD GILL REUSCHLEIN & WILLIAM A. GREGORY, THE LAW OF AGENCY AND PARTNERSHIP 256–257 (2nd ed. 1990); Arthur B. Laby, *Resolving Conflict of Duty in Fiduciary Relationships*, 54 AM. U. L. REV. 75, 86–89 (2004); למסקנה דומה מגיע גם פרופ' ברק בסוגיית החלת דין השליחות על מערכת יחסים שילווחית. לעניין זה ראו אהרן ברק חוק השליחות כרך א 405–412 (מהדורה שנייה, 1996); יצוין כי ניתוח זה יפה גם במצב שבו נעשה שימוש בשירותיו של מנפיק גובה. במצב זה המנפיק הגובה ומנפיק הכרטיס חבים יחד כלפי כל אחד מהצדדים כשלוח ושלוח המשנה שלו, הואיל ושלוח המשנה חב כלפי השלוח חובות כשם ששלוח חב כלפי שולחו. ראו ברק חוק השליחות, שם, כרך ב, בעמ' 1379–1400.



הקיים בין הרשאת הלקוח את המנפיק והרשאת הספק את המנפיק.<sup>61</sup> בשונה מהדין החל במדינות אחרות, אצלנו החלת דיני ריבוי שולחים על הסוגיה צריכה להיעשות בהיקש, בשל נוסחו של חוק השליחות שלנו המאפשר החלה ישירה של דיני ריבוי שולחים רק אם נוצרה השליחות על ידי הצדדים בהרשאה אחת. הואיל ומבחינה טכנית הרשאת הלקוח את המנפיק ניתנת בנפרד מהרשאת הספק את המנפיק, אין מדובר בהרשאה אחת.<sup>62</sup> עם זאת אני סבור כי במצב שבו שני שולחים נתנו הרשאות לאותו שלוח לקיים בשמם מיזם מסוים בהסתמך על קיומם של חלקים זהים בשתי ההרשאות, יש לספק להם גם הגנה מתאימה להסתמכות זו. לדידי, מבחינה מהותית הגנה זו ביקש המחוקק לבטא בחוק השליחות באמצעות חיוב השלוח לפעול לפי ההרשאה המשותפת שנתנו לו שני שולחים. אחת הנקודות המרכזיות המשותפת להרשאות הצדדים – ועל כן יש להקיש לגביה מדיני ריבוי השולחים כאמור – נוגעת לאלמנט התשלום בגין עסקת היסוד. ביתר פירוט, נקודת הדמיון מצויה בהרשאת כל אחד מהצדדים את המנפיק לבצע את הוראת התשלום רק אם עסקת היסוד בוצעה כדין. באשר למקורותיה של הרשאה זו יש לציין כמה נקודות חשובות.

כידוע, הרשאת הצדדים ביחסי שליחות נקבעת לפי שלושה קריטריונים מרכזיים: הצהרת רצון מפורשת, הצהרת רצון משתמעת והוראות הדין הייעודי החלות על הצדדים.<sup>63</sup> כשעסקינן במערכת יחסים בכרטיס חיוב תלת-צדדי, המקור הראשון להצהרת רצונם המפורש של הצדדים הוא החוזים ביניהם. מדובר בחוזים אחידים המנוסחים על ידי המנפיק והנחתמים על ידי הלקוח והספק. הוראותיהם השונות של חוזים אלה כפופות לבחינה שיפוטית ולכללי הפרשנות החוזית.<sup>64</sup> מעיון בחוזים עולה כי הם כוללים הוראות מפורשות בדבר כפיפות התשלום על ידי המנפיק לביצועה של עסקת היסוד כדין. הדבר עולה בדרך כלל בחוזה שנערך עם הספק ושבו מציין המנפיק כי בשל הודעת הלקוח על

61 למשל, שני הצדדים מתקשרים עם המנפיק במישרין או בעקיפין. שניהם עושים זאת לשם תשלום בגין אותה עסקת יסוד. שניהם מתקשרים בחוזים שאחד מהם שלוב בחוזה השני. כמו כן שניהם מסכימים כי התשלום יבוצע רק בגין עסקת יסוד שבוצעה כדין.

62 ראו סעיף 17(ב) לחוק השליחות הדורש כי הרשאת השולחים תהיה "הרשאה אחת", והשוו להוראות סעיפים 3.16, 8.06 לריסטיטמנט השלישי של השליחות אשר אינן מציבות תנאי דומה. ראו Restatement (third) of Agency §§ 3.16, 8.06 (2006); מבחינה נורמטיבית אני סבור כי בשל התפתחות חיי המסחר אין לדרוש עוד כיום את קיומה של הרשאה אחת כתנאי הכרחי לחיוב השלוח לפעול באופן האמור. לדידי, אפשר בהחלט לאפשר לצדדים להסדיר את עניינם עם השלוח בנפרד, אך גם לאפשר להם כי חלקים מהסדריהם עמו יהיו זהים ואף משותפים.

63 ברק חוק השליחות כרך א, לעיל ה"ש 60, בעמ' 580–582. יודגש כי קיימים מנגנונים נוספים להשלמת ההרשאה, לרבות הנהגה, עקרון תום הלב ותניות מכללא, אולם לאור הדברים שיפורטו אין צורך להידרש למנגנונים אלו בענייננו.

64 הכוונה היא לבחינה שיפוטית לפי הוראות חוק החוזים האחידים, התשמ"ג–1982.

פגם שנפל בעסקת היסוד רשאי המנפיק שלא לשלם לספק.<sup>65</sup> היות שמדובר בחובה מפורשת המוטלת על המנפיק בחוזה האחיד, יש לתת לה משקל רב ביותר בקביעת ההרשאה, משום שמדובר באחריות שהמנפיק כמנסח החוזה מצא לנכון לקבל על עצמו. אכן, יש לציין כי בניסוח החובה משאיר לעצמו המנפיק שיקול דעת בהפעלתה, אולם לאור דיני השליחות יהיה על המנפיק להפעיל שיקול דעתו זה בזהירות ונאמנות לענייניהם של שולחיו.<sup>66</sup> מובן שהפעלה זהירה ואמינה של הוראות חוזיות אלו אינה מתיישבת עם תשלום מקום בו עסקת היסוד לא בוצעה כדין. הדברים יוספו להתבהר בהמשך רשימה זו. מלבד האמור לעיל, בקביעת הצהרת הרצון המפורשת יש לתת משקל גם לרצונו של הלקוח אילו נשמע בביצוע החוזה.<sup>67</sup> בהקשר זה ברור כי אין הלקוח רוצה לשלם בגין עסקת יסוד שנפלו בה פגמים. הדברים האמורים נכונים גם באשר להרשאה המשתמעת הקיימת בין הצדדים. ראשית, יכולת הלקוח לבטל את הוראת הפירעון משתמעת מקיומה של הוראה דומה בדנינים החלים על אמצעי תשלום בנקאיים נפוצים אחרים – למשל צ'ק והעברה בנקאית.<sup>68</sup> באשר לאמצעי תשלום אלו קיימת ללקוח האפשרות לבטל את הוראת הפירעון ואף לזכות בהגנה טובה בבית המשפט בשל ביטול שכזה מטעמים של כישלון תמורה (דהיינו בפועל בגין כל פגם בעסקת היסוד).<sup>69</sup> שנית, הדבר משתמע גם מהקרבה הרבה הקיימת בין המנפיק לעסקת היסוד ובין המנפיק

65 להלן דוגמה לנוסח שכזה מאחד החוזים שבין המנפיק לספק: "הודיע הלקוח למנפיק ו/או לבנק שהנפיק לו את הכרטיס [...] כי הוא מבקש שלא לחייבו על אף שעשה עסקה, בשל כך כי העסקה נעשתה תוך מרמה ו/או הונאה ו/או הטעיה ו/או תיאור מטעה של המוצר או השירות שנרכשו, ונראה על פני הדברים שיש בסיס לטענת הלקוח, רשאי המנפיק שלא לזכות את בית העסק הסכום העסקה ובמקרה שחשבון בית העסק זוכה, יהיה המנפיק רשאי לחייב את חשבון הבנק או לקזז מסכומים שמגיעים לבית העסק ו/או שיגיעו לבית העסק, זאת אף מבלי שיהיה עליה להודיע על כך מראש לבית העסק".

66 על חובת הזהירות של השלוח ראו ברק חוק השליחות כרך ב, לעיל ה"ש 60, בעמ' 1030–1032. על חובת הנאמנות של השלוח ראו סעיף 8 לחוק השליחות. ראו גם ברק חוק השליחות כרך ב, שם, בעמ' 1034–1075. על יישום חובות אלו במערכת היחסים בכרטיס חיוב ראו חיים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 176–192.

67 ריקרדו בן-אוליאל "משכנתא בנקאית בכלל ועל בית מגורים בפרט – סקירה ביקורתית" דין ודברים ה 119, 132–137 (2010) (להלן: "משכנתא בנקאית"); חיים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 177–178.

68 על ביטול הוראת פירעון בצ'ק ראו סעיף 75(1) לפקודת השטרות [נוסח חדש], התשי"ז–1957. על הפעלת דינים אלו גם באשר להעברה בנקאית ראו בן-אוליאל דיני בנקאות: חלק כללי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 424–426. באשר לאפשרות לבטל הוראת תשלום קבועה ראו "חייבים על פי הרשאה" הוראות ניהול בנקאי תקין 439, ס' 7 (2000) [www.bankisrael.gov.il/deptdata/pikuah/nihul\\_takin/](http://www.bankisrael.gov.il/deptdata/pikuah/nihul_takin/) h439.pdf (להלן: "הוראות ניהול בנקאי תקין מס' 439").

69 לרנר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 289–301. על תחולת דין זה גם לעניין העברה בנקאית ראו שם.

לספק.<sup>70</sup> קרבה זו מוצאת ביטויה בעיקר בפרסומת שמעניק המנפיק לספק, באחוזים שמקבל המנפיק מביצוע כל עסקת יסוד, בפרסומת של המנפיק המצויה בעסקו של הספק, ולעתים אף במימון שנותן המנפיק לעסקאות אלה. שלישית, הדבר משתמע גם מהגיגונם של דברים, שכן אין היגיון שלספק תהיה ציפיה לגיטימית לקבל תשלום אם לא קיים את חלקו בעסקת היסוד.<sup>71</sup> מסקנות דומות עולות גם מן המקור השלישי להרשאת הצדדים הנוגע לתחולת הוראות הדין הייעודי החל עליה. בהקשר זה, כפי שיובהר בהמשך, תחולתם של דיני השטרות ודיני הבנקאות מובילה גם היא לתוצאה כי ביצוע התשלום על ידי המנפיק כפוף לביצועה כדין של עסקת היסוד.<sup>72</sup>

עד כאן דנתי בהיותה של מערכת היחסים בכרטיס חיוב תלת-צדדי כמערכת יחסים של שליחות. עם זאת לשם שלמות התמונה יש להזכיר כי המנפיק איננו השלוח הקלסי, בעיקר בשל היותו תאגיד עזר בנקאי, בשל היותו הצד החזק במערכת היחסים, המרוויח העיקרי מקיומה והיוזם שלה. מצב זה עשוי להציב "אתגרים מודרניים" שונים לדין השליחות. לאור זאת סבור אני כי מדובר במערכת יחסים של "שליחות מיוחדת במינה" בנוף דיני השליחות שלנו.<sup>73</sup> יצוין כי מערכות יחסים דומות של שליחות מתפתחות אט אט בעולם העסקים המודרני הבין-לאומי, ונראה כי יצריכו בעתיד גם פיתוח של דיני השליחות שלנו.<sup>74</sup>

לסיים חלק זה אציין כי לניתוח מערכת היחסים בכרטיס חיוב תלת-צדדי כשליחות עוד תוצאות חשובות מלבד אלו הנוגעות למערכת היחסים הגרעינית שבין הלקוח, המנפיק והספק, שעליה נסבה רשימה זו.<sup>75</sup> כוונתי בעיקר להשפעת הניתוח גם על מערכות יחסים אחרות המצויות במעטפת החיצונית של מערכת היחסים בכרטיס חיוב. דוגמה טובה לעניין זה היא מעמדם של המנפיקים הגובים (ה"סולקים") אשר לדעתי הם שלוחי משנה.<sup>76</sup> לפי ניתוח כזה, מנקודת מבטו של הלקוח המנפיק הגובה הוא שלוח משנה של מנפיק הכרטיס. בדומה לכך, מנקודת מבטו של הספק מנפיק הכרטיס הוא שלוח משנה של המנפיק הגובה. מכאן גם נובעת אחריותם של שני מנפיקים אלו (מנפיק

70 על אחריות המנפיק כצד קרוב לעסקת היסוד ראו BENJAMIN GEVA, FINANCING CONSUMER SALES, לעיל ה"ש 6, בעמ' 182–183; עוד ראו דוח ועדת ברק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 34–36. פרוטוקול ישיבה מס' 512 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-17, 10, 34 (3.3.2008) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 512 של ועדת הכלכלה).

71 לעמדה דומה ראו גם דויטש "חלוקת סיכונים", לעיל ה"ש 6, בעמ' 153.

72 ראו להלן בפרקים ג.1(ב) ו-ג.1(ב)(3).

73 ראו חיים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 249–259.

74 למשל, על פיתוח דין השליחות בתחום "הסוכנות המסחרית" ראו ריקרדו בן-אוליאל "הסוכנות המסחרית ('Commercial Agency') במבט השוואתי – הצורך בהסדר חקיקתי" הפרקליט מ 67 (1991).

75 להרחבה בעניינים אלו ראו חיים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 32–34, 45–48, 260–269.

76 ראו חיים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 260–269.

הכרטיס והמנפיק הגובה) כלפי הלקוח והספק.<sup>77</sup> דוגמה אחרת בהקשר זה נוגעת לאחריות המנפיק בעת הענקת שירותים נלווים נוספים לצדדים. בהקשר זה עמדתי היא כי חלות עליו החובות להבהיר היטב את היתרונות והחסרונות שבשירות הנלווה, לפרט את תנאי השירות הנלווה ואת אופי ההטבה שבו ולהקפיד כי ברשותו כוח האדם המתאים והמיומן להענקת שירות שכזה.<sup>78</sup>

### ג. ביטול הוראת פירעון בכרטיס חיוב

ביטול הוראת פירעון בכרטיס חיוב הוא הוראה של הלקוח למנפיק לעצור או לבטל את התשלום בגין עסקת יסוד ששוכלה באמצעות הכרטיס התלת-צדדי שהונפק לו. וכך מתנהלים הדברים: בשלב הראשון הלקוח פונה לספק ומבקש לרכוש ממנו מוצר או שירות ולשלם בגינם באמצעות כרטיס שכזה.<sup>79</sup> בשלב השני – בדרך כלל בשל פגמים שנפלו בעסקת היסוד – עשוי הלקוח להורות למנפיק לבטל את הוראת הפירעון שנתן, דהיינו לעצור את התשלום לספק או לבטלו, כי הוא סבור שבשל הפגמים האמורים אין הוא מחויב לשלם לספק בגין עסקת היסוד.

מתיאור הסוגיה עולות שאלות רבות וחשובות באשר למאזן הזכויות והחובות של הצדדים במסגרת הוראה כזו של הלקוח. למשל: האם כל הוראה של הלקוח מצדיקה ביטול הוראת הפירעון? אם לא, אילו הוראות מצדיקות ואילו הוראות אינן מצדיקות? מה היא חובת המנפיק לספק במצב שכזה? האם הדין יהיה דומה לדין המוכר ללקוח מתחום הצ'קים: אם הצ'ק טרם נפרע, יכול הלקוח ככלל לבטל את הוראת הפירעון? מה אם יתגלה בדיעבד כי הלקוח ביקש את ביטול הוראת הפירעון ללא סיבה מוצדקת? האם אחריות המנפיק משתנה לפי אופי הכרטיס שבו בוצעה העסקה (עסקה של מכר מרחוק, עסקה בכרטיס בנק, עסקה בכרטיס אשראי)? ועוד. שאלות חשובות אלו ורבות דומות נותרו ללא מענה מפורש אצלנו זה כעשרים שנים. לאחרונה ניסה המחוקק לתת להם מענה במסגרת תיקון מספר 4 לחוק כרטיסי חיוב.<sup>80</sup> כפי שאראה, ניסיון זה כשל במובנים רבים.

77 ראו ברק חוק השליחות כרך ב, לעיל ה"ש 60, בעמ' 1379–1400. לעמדה אחרת לעניין מעמדם של הסולקים ראו ע"א 1620/04 כרטיסי אשראי לישראל בע"מ נ' אקזקיוטיב נסיעות בע"מ, פס' 7–1 לפסק הדין (פורסם בנבו, 20.8.2009).

78 להרחבה ראו חיים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 265–267.

79 הדבר אפשרי רק אם הספק מצוי בהסדר עם המנפיק (בין הסדר ישיר ובין הסדר של סליקה). על כך ראו חיים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 43–46.

80 ראו לעיל ה"ש 5.

להלן אבקש לדון בסוגיה של ביטול הוראת פירעון בכרטיס חיוב בשני שלבים: בשלב הראשון תוך ניתוח של הדין המצוי, הערכתו הביקורתית והשוואתו לדין העולה מהטיב המשפטי של מערכת היחסים בכרטיס חיוב.<sup>81</sup> בשלב השני תוך התייחסות פרקטית לחובות המנפיק לפי ניתוח הסוגיה כפי שהצעתי בשלב הראשון.<sup>82</sup> במסגרת זו אתייחס הן לחובות המנפיק שיש ליישם בפרקטיקה הבנקאית והן לאלו שיש ליישם במסגרת פרשנות הדין המצוי לאור הטיב המשפטי של מערכת היחסים בכרטיס חיוב.

## 1. הדין המצוי והדין המוצע

### (א) הדין המצוי והערכתו הביקורתית

#### (1) המצב בטרם התיקון לחוק

עד לחקיקת תיקון מספר 4 כמעט לא כלל חוק כרטיסי חיוב הוראות הנוגעות לביטול הפירעון באשר לעסקת יסוד ששוכללה באמצעות כרטיס חיוב תלת-צדדי. ליתר דיוק, החוק כלל הסדר הנוגע לחובת המנפיק לבטל את הוראת הפירעון לפי בקשת הלקוח רק במקרה שבו נעשתה עסקה בתשלומים באמצעות כרטיס אשראי.<sup>83</sup> הסיבה למצב זה נבעה בעיקר מהמלצותיה של ועדת ברק, אשר על בסיסן נחקק חוק כרטיסי חיוב.<sup>84</sup> בקליפת אגוז, לפי דעת הרוב בוועדת ברק הטלת חובה על המנפיק לבטל את הוראת הפירעון, לבקשת הלקוח, עשויה לפגוע בכדאיות העסקה כלפי ציבור הספקים ועל כן למנוע התפתחותו של שוק כרטיסי החיוב בישראל.<sup>85</sup> יצוין כי בשעתו (לפני כשלושים שנים) דובר בשוק קטן שהיה בתהליך התהוות. לעומת עמדה זו דעת המיעוט בוועדת ברק סברה כי מקום שלא סופק הממכר במלואו יש להעניק הגנה ללקוח ולחייב המנפיק לעכב התשלום לספק אלא אם יוכיח האחרון כי הממכר סופק. דעת המיעוט נימקה את עמדתה באשליה שיוצר כרטיס החיוב בדבר הקשר הקרוב בין המנפיק לספק, ומכאן

81 ראו להלן בפרק ג.1.

82 ראו להלן בפרק ג.2.

83 בטרם התיקון לחוק הייתה חובת המנפיק לבטל את הוראת הפירעון שנתן הלקוח רק במקרה שבו עסקת היסוד נעשתה בתשלום נדחה ורק החל מהתשלום השני. לנוסחו של סעיף 10 בטרם התיקון ראו חוק כרטיסי חיוב (תיקון מס' 1), התשנ"ד-1994, ס"ח 264. הסדר נוסף הנוגע לביטול הוראת פירעון בכרטיס חיוב בעת רכישת יחידת נופש קיים בסעיף 14 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981.

84 לעניין זה ראו הצעת חוק כרטיסי חיוב, התשמ"ו-1986, ה"ח 126.

85 דוח ועדת ברק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 34-38. יצוין כי בדיוני הכנסת על התיקון לחוק כרטיסי חיוב צוין כי התיקון לחוק נדרש משום שהשיקולים האמורים שעמדו בבסיס החלטת ועדת ברק אינם תקפים עוד מאחר ששוק כרטיסי האשראי נקלט בישראל כראוי בשלושים השנה שעברו מאז קביעות הוועדה. לעניין זה ראו פרוטוקול ישיבה מס' 512 של ועדת הכלכלה, לעיל ה"ש 70, בעמ' 13.

שהוא גם מקנה תחושת ביטחון ללקוח. תחושת ביטחון זו, לדידם, צריכה לקבל ביטוי בחקיקה.<sup>86</sup>

דעת הרוב בוועדה אומצה בחוק כרטיסי חיוב כמעט במלואה.<sup>87</sup> לכן נותרה הסוגיה של ביטול הוראת פירעון (שאינה בתשלום נדחה) נתונה להסדרה החוזית בין הצדדים.<sup>88</sup> כפועל יוצא מכך הלכה למעשה היו המנפיקים כוללים בחוזה בינם לבין הלקוח הוראה המסירה מהם אחריות באשר לפגמים שונים שנפלו בעסקת היסוד.<sup>89</sup> עם זאת בחוזה עם הספק נכללה הוראה אחרת ולפיה המנפיק רשאי לשוב ולחייב את הספק אם טען הלקוח שעסקת היסוד לא בוצעה והמנפיק השתכנע בטענה זו.<sup>90</sup> מצב זה השאיר הלכה למעשה למנפיקים שיקול דעת רחב אם לכבד את בקשת הלקוח לביטול הוראת פירעון אם לאו. לפי שיקול דעת זה ולפי מדיניותם הנוהגת היו המנפיקים נוהגים לקיים בירורים שונים בין הלקוח לספק כל אימת שהראשון טען כי נפל פגם כלשהו בעסקת היסוד. עם זאת, ונראה שבשל מחויבותם לציבור הספקים כמי שמממנים את העסקה בכרטיס חיוב תלת-צדדי ומצפים לוודאות בקשר לתשלום, הגיוני כי הפעילו המנפיקים את סמכותם לבטל את הוראת הפירעון רק במקרים קיצוניים.<sup>91</sup> לכן במקרים רבים עמדו הלקוחות בפני שוקת שבורה כאשר המוצר או השירות שרכשו לא סופק להם או שניתן באופן חלקי, ואילו המנפיק סירב לבטל את הוראת הפירעון שנתנו – לטענתו – בהיעדר חובה

86 דוח ועדת ברק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 38, 65–66.

87 זאת למעט ההסדר החלקי ביותר הנוגע לביטול הוראת פירעון בעסקה בתשלומים. לעניין זה ראו לעיל ה"ש 83.

88 לניתוח המצב ששרר בטרם התיקון ראו בן-אוליאל דיני בנקאות: חלק כללי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 410–411; דויטש "חלוקת סיכונים", לעיל ה"ש 6, בעמ' 153–155; בריצמן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 387–388; ברק ופרידמן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 159–160.

89 למשל נקבע בחוזים השונים שבין המנפיק ללקוח כי המנפיק לא יהיה אחראי בשום דרך להספקתו או לטיבו של המוצר או השירות שנרכש באמצעות הכרטיס. עוד נקבע כי המנפיק יחייב את הלקוח בגין שוברים שיקבל בלא קשר לעסקת היסוד שנערכה בינו לבין הספק.

90 ביתר פירוט בחוזים עם הלקוחות פטרו עצמם המנפיקים מכל אחריות לעסקת היסוד בצינים כי הם אינם אחראים לה כלל. בחוזה עם הספק השאירו המנפיקים לעצמם שיקול דעת רחב לחייב, או להפסיק, חיוב של הספק ואף לשוב ולחייבו בסכום ששולם לו במקום שבו עלו טענות בקשר לעסקת היסוד מצד הלקוח.

91 לביקורת על מצב זה ועל שיקול הדעת המוחלט שניתן למנפיקים בטרם התיקון לחוק ראו ברק ופרידמן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 169. באשר להתנהגות המנפיקים תוך שיתוף פעולה עם בתי העסק ומתן מענה לצרכיהם ראו ביונס דטה ישראל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 14. החשיבות שרואים המנפיקים בשמירה מרבית על ודאות התשלום לספק עלתה גם בדיוני ועדת הכלכלה שדנה בתיקון. על כך ראו פרוטוקול ישיבה מס' 568 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-17, 40–44 (19.5.2008) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 568 של ועדת הכלכלה).

חוקית לעשות כן.<sup>92</sup> הנושא אף הגיע לפתחו של בית המשפט, אך זה – בהסתמכו על "עקרון העצמאות" של העסקה בכרטיס אשראי ועל נסיבות המקרה הספציפי שעמדו בפניו – קבע כי ההסדר חל רק במקרים שבהם מדובר באי-הספקה מוחלטת של המוצר, ורק במצבים של עסקה בתשלום נדחה כפי שקבוע בחוק.<sup>93</sup> על מצב משפטי זה נמתחה ביקורת אצלנו. עיקרה של הביקורת עסק בצורך בטיפול משפטי רחב יותר בסוגיה, השוקל את חלוקת הסיכונים שהיא מטילה על כל הצדדים לה.<sup>94</sup>

בשל המצב האמור והתמורות שחלו בשוק כרטיסי החיוב בעשורים האחרונים תיקן המחוקק את חוק כרטיסי חיוב (התיקון נכנס לתוקפו בדצמבר 2008).<sup>95</sup> בעניינינו התיקון בחוק מטיל על המנפיק את החובה לבטל את הוראת הפירעון שנתן הלקוח בעסקה שנעשתה בכרטיס אשראי בנסיבות מסוימות שבהן השירות או הממכר לא סופק לו.<sup>96</sup> על פני הדברים בכך ניסה המחוקק למנוע מצבים של גביית חבות הלקוח על ידי המנפיק בשביל הספק כשהספק לא סיפק את הנכס ללקוח.<sup>97</sup> עם זאת, כפי שנראה מיד, הגם שהתיקון לחוק הוא שינוי תפיסה חשוב בעמדת המחוקק, הרי שהלכה למעשה נראה כי הוא משנה באופן מועט ביותר את מצבו של הלקוח ושל הצדדים האחרים מבחינה

92 ראו למשל פש"ר (מחוזי ת"א) 1700/05 הכל לים נ' חברת ויזה כ.א.ל. בע"מ (פורסם בנבו, 6.3.2006). באשר לריבוי הפניות בנושאים אלו ראו פרוטוקול ישיבה מס' 512 של ועדת הכלכלה, לעיל ה"ש 70, בעמ' 44; פרוטוקול ישיבה מס' 568 של ועדת הכלכלה, לעיל ה"ש 91, בעמ' 14. ראו גם Maffly & McDonald, לעיל ה"ש 6, בעמ' 471–474; Brandel & Leonard, לעיל ה"ש 6, בעמ' 1045–1041.

93 עניין הכל לים, לעיל ה"ש 92. בעניין זה הפנה בית המשפט לפסק דין אחר בעניין פש"ר (מחוזי ת"א) 1664/00 כונס הנכסים הרשמי נ' כרטיסי אשראי לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 30.12.2002), שבו אומצה העמדה כי טיבה המשפטי של העסקה בכרטיס חיוב הוא של התחייבויות ישירות. לכן הגיע בית המשפט למסקנה כי לא חלה על המנפיק החובה לבטל את הוראת הפירעון שנתן הלקוח למעט בעילות הקבועות בחוק. בית המשפט המחוזי פסק באופן האמור לעיל גם בשל הנסיבות הספציפיות של המקרה אשר בהן לאור הסדר מיוחד שנעשה עם ספק המוצר צומצמה בכל מקרה הפגיעה בציבור הלקוחות. לביקורת על התפיסה הרואה בעסקה בכרטיס חיוב מערכת יחסים של התחייבויות ישירות ראו חיים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 53–71.

94 ראו דויטש "חלוקת סיכונים", לעיל ה"ש 6, בעמ' 152–162; בריצמן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 387–404; ברק ופרידמן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 159–177; גלעד, לעיל ה"ש 6, בעמ' 261–273; לעמדה אחרת ראו הורביץ, לעיל ה"ש 6, בעמ' 254–259.

95 ראו התיקון לחוק, לעיל ה"ש 11.

96 על כך ראו בהרחבה להלן בתת-פרק 2 לפרק זה. כפי שיפורט בהמשך, התיקון אינו חל על עסקאות בכרטיס בנק, הואיל והוא מצוי בסימן ג' לחוק הנוגע לכרטיסי אשראי בלבד. לעניין זה ראו סימן ג' לחוק כרטיסי חיוב.

97 לעניין זה ראו הדברים בהצעת חוק כרטיסי חיוב (תיקון מספר 4), התשמ"ו–1986, ה"ח 576, 577; פרוטוקול ישיבה מס' 512 של ועדת הכלכלה, לעיל ה"ש 70, בעמ' 10, 11, 36; פרוטוקול ישיבה מס' 553 של ועדת הכלכלה, לעיל ה"ש 37, בעמ' 24, 34.

משפטית. להלן אבקש לבחון את התיקון לחוק ואת המצב הראוי לאור התזה שהצעתי לעיל.

(2) המצב לאור התיקון לחוק

תיקון מספר 4 לחוק כרטיסי חיוב הרחיב לכאורה את קשת המצבים שבהם חלה על המנפיק חובה לבטל את הוראת הפירעון בשל בקשת הלקוח.<sup>98</sup> ביתר פירוט, בענייננו, התיקון לחוק הטיל חובה נוספת על המנפיק, ולפיה עליו לבטל את הוראת הפירעון שנתן הלקוח גם בכל הנוגע לעסקאות שנעשו בתשלום אחד בכרטיס אשראי, שבעניינן לא סופק הנכס מושא העסקה.<sup>99</sup>

הכלל הגדול שקובע תיקון מספר 4 לחוק כרטיסי חיוב הוא חובת המנפיק לבטל את הוראת הפירעון שנתן הלקוח אם הודיע לו האחרון על שני עניינים: ראשית, כי הנכס שנרכש בעסקה לא סופק לו, או שהספק הפסיק דרך קבע לספק נכסים מאותו סוג.<sup>100</sup> שנית, שהלקוח ביטל את העסקה עם הספק.<sup>101</sup> בנוסף, הביטול אפשרי רק אם המנפיק טרם שילם לספק בגין עסקת היסוד, או לחלופין אם שילם המנפיק לספק בגין עסקת היסוד אך הוא יכול להשיב לעצמו סכום כסף זה על דרך של קיזוזו כנגד חיובים אחרים שהוא חב לספק.<sup>102</sup> החריג לכלל זה הוא מצב שבו נתגלה למנפיק כי לא היה אמת בהודעת הלקוח כולה או חלקה. במצב זה רשאי המנפיק לשוב ולחייב את חשבון הלקוח בסכום הוראת הפירעון שבוטלה תוך שהוא מודיע על כך ללקוח.<sup>103</sup> עוד קובע התיקון

98 מלבד המקרה הקלטי של ביטול הוראת פירעון שינותח ברשימה זו כולל התיקון גם הסדר מיוחד למצב שבו הספק הפך לחדל פירעון. במצב שכזה על המנפיק להפסיק התשלומים לספק אלא אם קיבל הוראה אחרת מבית המשפט שבפניו הוגשה בקשת חדלות הפירעון של הספק. ראו סעיף 10א לחוק כרטיסי חיוב. עוד קובע התיקון הוראות מיוחדות לביטול הוראות תשלום קבועות ("הוראות קבע") שניתנו באמצעות הכרטיס. בעניין זה נקבע כי על המנפיק להפסיק הוראות שכאלה בהודעת הלקוח. ראו סעיף 10ב לחוק כרטיסי חיוב. הוראה נוספת שנקבעה בתיקון נוגעת למצב שבו סוחר השובר הנושא את חוב הלקוח ורק לאחר מכן הורה הלקוח על ביטול הפירעון. במצב זה קובע התיקון כי האדם שאליו סוחר השובר לא יהיה מוגן מפני ביטול הוראת הפירעון ראו סעיף 10ב לחוק כרטיסי חיוב. נראה שבכך ביקש המחוקק למנוע תחולה של תקנת השוק הקבועה בסעיף 34 לחוק המכר, התשכ"ח-1968 או תחולה בהיקש של הוראות האחיזה כשורה הקבועות בפקודת השטרות.

99 ראו ההסדר שנקבע בסעיף 10 לחוק כרטיסי חיוב כנוסחו לאחר התיקון. לפרשנותו של המונח "כישלון תמורה" ראו להלן בפרק 2.ג(ב)(3).

100 ראו סעיף 10(א) רישה וכן סעיף קטן 10(א)(1) לחוק כרטיסי חיוב. יצוין כי בעת תיקון חוק כרטיסי חיוב כאמור לעיל לא תיקן המחוקק באותה עת גם את תקנות כרטיסי חיוב, התשמ"ו-1986, ק"ת 1486. לכן קובע סעיף 7 לתקנות כי המנפיק יכול לדרוש מהלקוח גם הודעה בכתב על בקשתו לביטול העסקה – אך זאת רק אם העסקה הייתה בתשלום נדחה.

101 ראו ס' 10(א) רישה וכן ס' קטן 10(א)(2) לחוק כרטיסי חיוב.

102 ס' 10(א)(2) לחוק כרטיסי חיוב.

103 ס' 10(ג) לחוק כרטיסי חיוב.



לחוק כי המנפיק פטור מאחריות לנזק שנגרם אם פעל בתום לב וללא התרשלות לפי הודעת הלקוח.<sup>104</sup> באשר למצב הפרקטי שלאחר התיקון, מהפסיקה המעטה שפורסמה על ידי הערכאות הנמוכות עולה כי הוראות התיקון לא שינו הלכה למעשה את הפרקטיקה ששררה לפניו.<sup>105</sup> עם זאת יש לציין כי קיים קושי אובייקטיבי להשיג נתונים בענף, ובפרט באשר להשפעה דה פקטו של הוראות החוק.<sup>106</sup>

### (3) הביקורת על התיקון לחוק – קשיים בפרשנותו וביישומו

כפי שנכתב בקצרה בהצעת החוק, בהקשר שבו אנו עוסקים התיקון "נועד למנוע את חיובו של הלקוח בתשלום עבור נכס שלא סופק לו".<sup>107</sup> זאת כאשר התשלום בגין עסקת היסוד נעשה באמצעות כרטיס אשראי. כלומר, נראה כי המחוקק ביקש להעביר אל המנפיק את החובה לבטל את הוראת הפירעון. עם זאת מבחינת הוראות החוק נראה כי התיקון איננו משנה בהרבה את המצב שהיה קיים לפניו, הנוגע לחלוקת הסיכונים החלה על ביטול הוראת פירעון במצב שבו הנכס לא סופק ללקוח. אבהיר דבריי: מבחינת לשונו של התיקון לחוק נראה כי חובת מנפיק המתבקש על ידי לקוחו לבטל את הוראת הפירעון היא להסתפק בהודעת הלקוח כי "הנכס לא סופק לו", וכי עסקת היסוד בוטלה על ידי הלקוח. לכאורה נראה כי בשל הודעה בדבר שני אלו קמה למנפיק החובה לבטל את הוראת הפירעון. מצב שכזה משנה לכאורה את חלוקת הסיכונים בין הצדדים באופן שכעת הסיכון בגין עסקת היסוד שלא סופקה מוטל לפתחו של הספק, בעוד שקודם לכן הוא הוטל בעיקר לפתחו של הלקוח.<sup>108</sup> עם זאת בקירוב זכויות המגדלת אל לשון התיקון נראה כי המחוקק איננו סבור שהודעת הלקוח מספיקה בכל מצב. לפי הוראת התיקון, למנפיק שמורה הזכות לשוב ולחייב את הלקוח בסכום החיוב שבוטל אם נוכח

104 ס' 10(א) לחוק כרטיסי חיוב.

105 בהקשר זה ראו ת"ק (שלום הרצ' 7774-10-09 כהנא נ' פועלים אקספרס בע"מ (פורסם בנבו, 18.2.2010). בעניין זה קבע בית המשפט כי הוראות התיקון חלות רק במקרה של אי-הספקה מוחלט, וכי חברת האשראי יצאה ידי חובתה עת קיבלה את גרסתו של הספק. כמו כן ראו ת"ק (שלום ת"א) 41153-02-10 כהן נ' חברת לאומי כארד (פורסם בנבו, 25.7.2010), שם קבע בית המשפט כי לא חלה על חברת האשראי החובה לרדת לפרטי עסקת היסוד.

106 נראה כי בייחוד המקרים של ביטול הוראת פירעון כמעט אין מגיעים לבית המשפט, הואיל והלקוחות מעדיפים לתבוע את הספק ולקבל ההשבה ממנו ולא לתבוע את המנפיק בשל אי-ביטול הוראת הפירעון. על הקושי להשגת נתונים אמפיריים בענף ראו בריצמן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 131–133; חיים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 19.

107 ראו הצעת חוק כרטיסי חיוב (תיקון מס' 4), לעיל ה"ש 97.

108 הדבר עולה מלשון התיקון לחוק שלפיו אם יודיע הלקוח כי המוצר לא סופק וכי הוא ביטל את העסקה, יושב לו כספו, והוראת הפירעון ככלל תבוטל. גלגול האחריות לפתחו של הלקוח בטרם התיקון נבע מהיעדר הוראה חוקית המטילה על המנפיק את החובה לבטל את הפירעון לפי הודעתו, מהתניות בחוזים האחידים בין הצדדים ומפסיקת בית המשפט בנושא.

שלא היה ממש בהודעת הלקוח.<sup>109</sup> נראה שהמנפיק אף אמור להסתמך לשם כך על ראיות של ממש ואף להעבירן ללקוח אם יבקש כן. כלומר, עולה כי הסיכון בגין עסקת יסוד שלא סופקה אינו רובץ לפתחו של הספק בכל העת. הלכה למעשה הדבר תלוי בהחלטתו של המנפיק אשר עשוי לפתוח בהליך של בירור אמתות הודעה זו, אם בשל פניית הספק ואם מיוזמתו שלו. מדברים אלו היה אפשר להסיק כי בכך הסיט המחוקק את הסיכון של אי-הספקה לפתחו של המנפיק שנדרש לערוך בירור בין הצדדים ואף להכריע בו. אלא שגם מסקנה זו אינה מתיישבת עם הוראות אחרות של התיקון לחוק. מעיון בהוראה אחרת של התיקון, סעיף 10(א), עולה כי בין שיצדק המנפיק בבירורו ובין שיטעה הרי שברוב המקרים הוא לא יישא באחריות לפעולות שכאלה. מדוע? אם יבטל המנפיק את הוראת הפירעון לפי הודעת הלקוח, הרי שכל עוד בחר בדרך פעולה שהיא בתום לב וללא התרשלות הוא מוגן מכוח הוראות סעיף 10(א) האמור.<sup>110</sup> לעומת זאת אם בעקבות הבירור שקיים הוא ישוב ויחייב את הלקוח, הרי שהוא עושה זאת מכוח הוראות סעיף 10(ג) לחוק, וגם במצב זה הוא פעל כדין. עוד יוזכר כי בהקשר זה לא צוין בחוק מה הוא היקף הבדיקה שעל המנפיק לבצע ומתי מותר לו לפעול שלא על פי הוראת הלקוח.<sup>111</sup>

מניתוח הדברים כבר בנקודה זו עולים בעיני קשיים לא מבוטלים בתיקון לחוק. ראשית, ההסדר שבתיקון לא הבהיר היטב את חלוקת הסיכון בין הצדדים לעסקה בכל הנוגע לעסקת היסוד שלא סופקה. נהפוך הוא, בשל התיקון סימני השאלה כיום רבים מאלה שהיו טרם חקיקתו. שנית, גם אם נקבל את הטענה כי הכלל הגדול שנקבע הוא ביטול הוראת הפירעון לפי הודעת הלקוח, הרי שבמצב זה האחריות הנוגעת לאי-הספקה הוסטה לכיוון הספק. כפי שנראה בהמשך, אינני סבור שגם מצב זה הוא מצב ראוי, הואיל ונראה שלאור טיב ההסדר, במקרים רבים צריכה אחריות זו ליפול, באופן מסוים, על כתפי המנפיק.<sup>112</sup> הדברים יובהרו בהרחבה בהמשך.<sup>113</sup>

מלבד הביקורת העולה מניתוח ליבת ההסדר כאמור לעיל, מעלה התיקון שאלות נוספות שיש בהן להשליך על עמימות ההסדר כולו עוד מעבר לעמימות שכבר פורטה

109 ראו ס' 10(ג) לחוק כרטיסי חיוב.

110 יצוין כי הוראה זו היא פשרה חקיקתית בין בקשת המנפיקים לפתור אותם באופן גורף מאחריות לביטול הוראת פירעון לפי הודעת הלקוח לבין עמדת משרד המשפטים אשר ביקשו לא לכלול הוראת פטור כזו כלל. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 553 של ועדת הכלכלה, לעיל ה"ש 37, בעמ' 11.

111 כפי שצוין לעיל, הלכה למעשה בתי המשפט קובעים כי על המנפיק לפעול לפי הוראת הלקוח רק במקרים שבהם ברור לחלוטין שמדובר בהיעדר הספקת המוצר או השירות באופן מוחלט. על כך ראו המקרים שאוזכרו לעיל בה"ש 105.

112 תפיסה שכזו, הגורסת כי במקרים מסוימים צריכה האחריות לעבור לפתחו של המנפיק, עולה גם מהדיונים בוועדת הכלכלה באשר לתיקון לחוק. על כך ראו פרוטוקול ישיבה מס' 512 של ועדת הכלכלה, לעיל ה"ש 70, בעמ' 38. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 553 של ועדת הכלכלה, לעיל ה"ש 37.

113 ראו להלן בפרק 1.ג(ב).

לעיל. למשל, לא ברור מן התיקון אם חובת המנפיק לבטל את פירעון חבות הלקוח חלה בכל פגם שנפל בתמורת עסקת היסוד (בין פגם כמותי ובין פגם איכותי) או שמא רק בהיעדר הספקה מוחלט.<sup>114</sup> מלבד זאת התיקון יוצר אי־בהירות מסוימת בין ההסדר החל על עסקה במסמך חסר<sup>115</sup> לבין ביטול הוראת פירעון בעסקה רגילה: בעסקה במסמך חסר נקבע בחוק כי התכשורת הלקוח לביצוע עסקה יכולה להיות רק במצבים של אי־הרשאת הלקוח לביצוע העסקה, ואילו בעסקה שאינה במסמך חסר, כאמור לעיל, העילה היא אי־הספקה. לדידי, פער שכזה בין הוראות דומות באותו חוק עשוי ליצור קשיים והוא דורש הבהרה. נוסף על כך התיקון לחוק קובע כי ביטול הוראת פירעון אפשרי רק בעסקאות שנעשו בכרטיס אשראי. התיקון אינו מתייחס למצב של ביטול הוראת פירעון בעת שימוש בכרטיס בנק. מבחינה מעשית, בכך עשוי התיקון להביא לצמצום היקף העסקאות בכרטיס בנק לעומת אלו שבכרטיס אשראי. מבחינה משפטית לא ברור ההבדל שערך המחוקק בין שתי עסקאות אלה במיוחד בשל קרבת מועד התשלום העשויה להיות ביניהן במקרים מסוימים.<sup>116</sup> מלבד כל זאת, גם מעמדו של המנפיק אינו ברור מהתיקון לחוק, שכן לא ברור מה הן אמות המידה שעל פיהן תיחשב הבדיקה שעשה לבדיקה לגיטימית ולאורה הוא אף יזכה בהגנה אם יחייב מחדש את חשבון הלקוח.<sup>117</sup> במבט

114 חשש מעמימות זו עלה גם בעת דיוני ועדת הכלכלה שדנה בתיקון לחוק, אולם למרבה הצער הוא לא הופג. לעניין זה ראו פרוטוקול ישיבה מס' 512 של ועדת הכלכלה, לעיל ה"ש 70, בעמ' 17. אם לשפוט לפי הפסיקה המועטה בערכאות הנמוכות, אזי הגישה המתבססת היא זו התומכת בהיעדר הספקה מוחלט. על כך ראו עניין כהנא, לעיל ה"ש 105.

115 עסקה במסמך חסר מתרחשת כאשר הלקוח והספק מבקשים לשכלל עסקת יסוד ביניהם באמצעות כרטיס חיוב תלת־צדדי בלא שהכרטיס הוצג הלכה למעשה לספק או בלא ששובר העסקה מולא ונחתם בנוכחות הלקוח. במצב שכזה הלקוח מוסר לספק, בדרך כלל, את פרטי הכרטיס באמצעי של מכר מרחוק, והספק מחייב את כרטיסו בין על ידי מילוי שובר ידני, שבו הוא רושם את פרטי הכרטיס ופרטי הלקוח, ובין באמצעות הזנת הפרטים במכשיר אלקטרוני שסופק על ידי המנפיק. ראו ס' 8 לחוק כרטיסי חיוב; דוח ועדת ברק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 22–23; ריקרדו בן־אוליאל דיני בנקאות: חלק כללי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 410; ברק ופרידמן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 72–76; בריצמן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 272–276. לעניין חובות החלות על הספק בקיום עסקאות של מכר מרחוק ראו סעיף 14ג לחוק הגנת הצרכן.

116 כך למשל אם מועד החיוב של הלקוח בכרטיס האשראי הוא בראשית כל חודש והוא בוחר לשכלל עסקת יסוד בכרטיס בנק יום לפני סיום החודש, התוצאה בשני המצבים תהיה זהה. כלומר, הלקוח יחויב באחד בחודש. בשל כך לא ברור מדוע במצב אחד הביטול מתאפשר ובמצב האחר איננו מתאפשר, בייחוד כשמועד הביטול הוא זהה.

117 סעיף 10(א) לחוק כרטיסי חיוב קובע המחוקק כי המנפיק מוגן אם פעל בתום לב וללא התרשלות. לעניין זה ראו בהמשך פרק זה. עם זאת מסעיף 10(ג) לחוק לא ברור מהי מידת אחריות המנפיק אם חזר וחייב את הלקוח תוך שהוא מתרשל בתפקידו.

ראשון, ועל אף כלליות ההתייחסות לסוגיה בחוק, נראה שאמות המידה שנקבעו עשויות להקל מאוד מהסטנדרט הבנקאי המקובל בפסיקה.<sup>118</sup> על אף הביקורת שהשמעתי לעיל אין להכחיש כי בשל עמימות התיקון אפשר להביט על הוראותיו ולהציג גם אפשרויות אחרות להבנת ההסדר הקבוע בו. למשל, מעיון בדיוני ועדת הכלכלה נראה שאפשר לבחון את מימוש ההסדר גם כך:<sup>119</sup> על פי הוראות החוק, ככלל, הלקוח הוא הנושא בנטל לפגמים בעסקת היסוד. עם זאת במקרים של היעדר הספקת המוצר או השירות שנרכש באמצעות כרטיס אשראי בחר המחוקק להסיט את האחריות לפתחו של הספק. בשל שיקולים צרכניים קבע המחוקק כי הסטת אחריות הלקוח תיעשה באמצעות המנפיק, אשר צריך לפעול בעניין זה לפי הוראת הלקוח. ברם המחוקק ביקש להגן גם על הספק. על כן קבע כי המנפיק אינו יכול "להסתתר" מאחורי הוראת הלקוח בכל מצב.<sup>120</sup> לכן אם יציג לו הספק ראיות המניחות את דעתו כי הנכס סופק, הוא יצטרך לשוב ולחייב את הלקוח. בהקשר זה הסטנדרט לפעולת המנפיק הוא תום לב ובהיעדר התרשלות.<sup>121</sup> פרשנות שכזו מציגה לכאורה רציונל של חלוקת סיכונים בין שלושת הצדדים למערכת היחסים. כלומר, ככלל תוטל האחריות על הלקוח. אולם במקרים החריגים של היעדר הספקה מוחלט מועברת אחריות זו אל כתפי הספק. במצב זה משמש המנפיק אך כלי להעברת האחריות. אם התברר כי לא התרחש היעדר הספקה, מוחזרת האחריות למצבה ההתחלתי – לפתחו של הלקוח. האם פרשנות שכזו נותנת מענה לקשיים שהצגתי לעיל? לדידי התשובה היא בשלילה. אבהיר דבריי.

ראשית, מצב הדברים האמור עדיין לוקה בחוסר בהירות משום שהוא משאיר בידי המנפיק שיקול דעת רב כמי שאמון על מנגנון "העברת האחריות". בכך לא שינה התיקון בהרבה מהמצב שקדם לו.<sup>122</sup> הדבר נובע בעיקר מסטנדרט ההתנהגות שנקבע לבחינת אחריות המנפיק לפי הודעת הלקוח, דהיינו בתום לב וללא התרשלות. משמעותו של סטנדרט התנהגות זה היא כי בדרך כלל יעמדו בפני המנפיק כמה פתרונות אפשריים (כולם לא רשלניים ותמי לב) ועליו יהיה לבחור באחד מהם.<sup>123</sup> אפשרות שכזו סבירה ביותר בעסקאות צרכניות אשר לא תמיד נתמכות בראיות חד-משמעיות. לשם המחשה

118 ראו להלן בפרק ג.2.(ב)(5).

119 פרוטוקול ישיבה מס' 512 של ועדת הכלכלה, לעיל ה"ש 70; ראו פרוטוקול ישיבה מס' 553 של ועדת הכלכלה, לעיל ה"ש 37; פרוטוקול ישיבה מס' 568 של ועדת הכלכלה, לעיל ה"ש 91; פרוטוקול ישיבה מס' 591 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-17 (4.6.2008); פרוטוקול ישיבה מס' 648 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-17 (22.7.2008).

120 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 553 של ועדת הכלכלה, לעיל ה"ש 37, בעמ' 26.

121 שם, בעמ' 11, 26. ראו גם ס' 10(א) לחוק כרטיסי חיוב.

122 ראו להלן בפרק ג.1.(א)(1). ראו גם פסיקת בית המשפט לתביעות קטנות בעניין כהן, לעיל ה"ש 105, שם קבע בית המשפט כי גם לאחר התיקון אין למנפיק החובה לרדת לפרטי עסקת היסוד.

123 בשונה מסטנדרטים גבוהים יותר אשר הוטלו על הבנקים בפסיקה. על כך ראו למשל ע"א 5893/91 טפחות בנק למשכנתאות לישראל בע"מ נ' צבאח, פ"ד מח(2) 573 (1994).

ניטול לדוגמה את הלקוח שרכש מזגן מדגם א, ובחשבונית לא נרשם הדגם. ללקוח סופק מזגן מדגם ב. הלקוח הודיע שהנכס (מזגן מדגם א) לא סופק לו. הספק הציג תעודת משלוח כי הנכס (מזגן מדגם ב) כן סופק לו. במקרה כזה נראה כי אין חולק שלכאורה כל פעולה שיבחר בה המנפיק היא תמת לב וללא התרשלות. בכך הוחטאה המטרה, הלכאורית, ליצור העברה של האחריות אל הספק במקרה של היעדר הספקה. נקודה זו מתחזקת במיוחד לאור ההנחה הסבירה שבעת הבחירה בין האפשרויות השונות העומדות בפניו יבחר המנפיק דווקא בעמדת הספק. זאת בשל שאיפת המנפיקים – כפי שבאה לידי ביטוי גם בדיונים על התיקון לחוק – לחזק את ודאות התשלום באמצעות הכרטיס לציבור הספקים.<sup>124</sup> שנית, גם הפרשנות האמורה אינה מבהירה מה הם המקרים שעליהם חל ההסדר שבבסיס התיקון: האם רק המקרים של היעדר הספקה מוחלט? האם גם היעדר הספקה חלקי? או שמא כל פגם חוזי? שלישית, פרשנות זו גם איננה מצמצמת את הפער המשפטי שיוצר התיקון בין אפשרויות ביטול הוראת הפירעון בכרטיס אשראי לאלו שבכרטיס בנק, כפי שפורטו על ידי לעיל. רביעית, כפי שכבר ציינתי לעיל, איני סבור שגלגול האחריות לפתחו של הלקוח והסתתרו לעבר הספק במקרים שבהם הנכס לא סופק היא התוצאה המשפטית העולה מניתוח הטיב המשפטי של מערכת היחסים בכרטיס חיוב. כפי שנראה בהמשך, מניתוח זה עולה כי אחריות לא מבוטלת לסוגיה זו רובצת לפתחו של המנפיק.

נראה אפוא כי גם הפרשנות האמורה אינה מצמצמת את שיקול הדעת הרחב שהוענק למנפיק, אינה מבהירה את עמימות החוק ואינה פותרת את הקשיים הנוספים שעולים מניתוחו. הפרשנויות השונות העולות מן החוק מחד והקשיים המשפטיים שעולים מבחינת כל אחת מהן מאידך מדגישים עוד יותר את הביקורת על המצב המשפטי המסדיר את הסוגיה כולה ובייחוד את הביקורת על התיקון לחוק. מצב שכזה – שדומה לו שרר גם טרם התיקון לחוק – פוגע בציבור הלקוחות, ולעתים גם בציבור הספקים. מצב משפטי שכזה גם אינו מתיישב עם האחריות הבנקאית הברורה הנובעת מבחינת הסוגיה לפי הטיב המשפטי של מערכת היחסים בכרטיס חיוב.

(4) הביקורת על התיקון לחוק לאור שיקולי מדיניות משפטית בחלק זה אבחן את רציות התיקון לאור כמה שיקולים משפטיים נוספים אשר חשובים לקביעת הסדרים בתחום הבנקאי העסקי. השיקולים שאליהם אתייחס הם הרמוניה נורמטיבית, הגברת האמון במערכת הבנקאית, הגשמת האוטונומיה החוזית והוגנות ההסדר המשפטי. בהמשך רשימה זו<sup>125</sup> – כשיקול נוסף להערכה ביקורתית של ההצעות שאציע לפתרון הסוגיה – אתייחס גם לשיקולים מוסדיים שונים. אציין כי בחירתי להתמקד בשיקולים המשפטיים האמורים ולא בשיקולים אחרים (לרבות ניתוחים

124 פרוטוקול ישיבה מס' 568 של ועדת הכלכלה, לעיל ה"ש 91, בעמ' 43-44.

125 ראו להלן בפרק 1.1(ב)(6).

חוץ-משפטיים) נובעת מניתוח תקפותם, רציותם והשפעתם של שיקולים שכאלו על הסוגיה הנדונה.<sup>126</sup> לשם שלמות הדיון אציין בקצרה שלוש סיבות מרכזיות לעמדת זו:<sup>127</sup> ראשית, מוגבלותם של פרמטרים חוץ-משפטיים בהערכת שירות בנקאי ספציפי. המוגבלות נובעת מהקושי של פרמטרים אלו להבחין בין נבכייהם של השירותים הבנקאיים השונים. שנית, התבטלות הדדית של פרמטרים חוץ-משפטיים בשל מאפייניה הייחודיים של המערכת הבנקאית. התבטלות זו יוצרת קושי להעריך רציותו של הסדר אחד על פני הסדר אחר לפי פרמטרים אלו. שלישי, תפיסתי את שיטת המחקר של "דיני הבנקאות" כתחום העוסק בניתוח משפטי, השוואתי וביקורתי. זאת להבדיל מחקר "ענף הבנקאות" הכולל תחומי מחקר נוספים – חוץ-משפטיים.

לאור האמור לעיל אבקש להתמקד כעת בשיקולים המשפטיים שצינתי, אשר אני סבור כי יש להם חשיבות לבחינה הביקורתית של התיקון לחוק ושל הסוגיה כולה. בדיון בכל שיקול אבהיר תחילה את חשיבותו לדיון ברציות ההסדר המשפטי בתחום הנבחן ברשימה זו. לאחר מכן אציג הביקורת על התיקון לחוק לאורו.

שיקול ראשון – הרמוניה נורמטיבית: החובה לשמור על הרמוניה נורמטיבית היא אחד השיקולים המרכזיים ביצירת הסדר משפטי ראוי.<sup>128</sup> מקום חשוב תופס שיקול זה לגישתי בהערכת הסדרים בתחום אמצעי התשלום הבנקאיים,<sup>129</sup> משלוש סיבות עיקריות: ראשית, הרמוניה נורמטיבית מסייעת להגן על ציבור הלקוחות מפני הסיכונים הרבים הכרוכים בשימוש באמצעי תשלום. זאת על ידי שמירה על קוהרנטיות בין ההסדרים המשפטיים שחלים על אמצעי התשלום השונים. בכך נדרש הלקוח להבין מערך עקרונות בסיסיים בלבד, והוא אינו נדרש לפתח מומחיות משפטית רחבה באשר לכל הסדר והסדר.<sup>130</sup> בהקשר זה יש לזכור כי שוק אמצעי התשלום הוא שוק רחב אשר מתחדש

126 חיים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 346–373.

127 לניתוח מלא של עמדתי ראו שם. יצוין כי אינני שולל השימוש בנתון חוץ-משפטי כזה או אחר (בייחוד נתון כלכלי) לשם הסתייעות בקביעת ההסדר החל על סוגיה בתחום הבנקאי. עם זאת אני סבור כי הניתוח המשפטי, לפחות בתחום הבנקאי, צריך להתבסס על הערכה, כלים ומתודולוגיית מחקר משפטית (אם אנליטיים ואם השוואתיים) המצויים בתחום מומחיותו של המשפטן.

128 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית 297 (1992); אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 63–67 (2004).

129 לשקילת שיקולים כאלו בתחום הדין הבנקאי ראו למשל בן-אוליאל דיני בנקאות: חלק כללי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 422–425; ריקרדו בן-אוליאל "חשבון משותף וזכות הקיזוז של הבנק (בעקבות ע"א 7960/00 באומל משה בע"מ (בכינוס נכסים ופירוק) נ' בנק לאומי לישראל בע"מ)" הפרקליט מז 224, 234–235 (2004). GOODE, CONSUMER CREDIT LAW AND PRACTICE, לעיל ה"ש 1, § 3.63IA, לעיל ה"ש 7, בעמ' 266–267.

130 מעניין כי שיקולים אלו עמדו גם בבסיס הדיון שנערך בוועדת הכלכלה שדנה בהצעת התיקון לחוק. על כך ראו פרוטוקול ישיבה מס' 568 של ועדת הכלכלה, לעיל ה"ש 91, בעמ' 31, 40–44.

ומתפתח כל העת.<sup>131</sup> כפועל יוצא מכך נדרש זמן לא מבוטל עד להתפתחותם של ההסדרים המשפטיים השונים המסדירים את פעולתו שהנם, גם לאחר יצירתם, מורכבים ביותר. בשל מאפיינים אלו גדל הסיכון שהלקוח לא ידע את ההסדר הקובע בעניין השימוש בכספיו. במצב זה גדל הסיכון לכספים אלו, שהם קניינו של הלקוח. כדי למנוע תופעה זו יש להבטיח כי הלקוח לא יצטרך לרדת לנבכייהם של הסדרים משפטיים רבים ומגוונים כמספר אמצעי התשלום שבהם הוא בוחר להשתמש. כדי להגשים מטרה זו חובה לשמור על הרמוניה נורמטיבית בשוק אמצעי התשלום.<sup>132</sup> שנית, לשאיפה להרמוניה נורמטיבית מקום גם בחיזוק תחושת הצדק ואמון הציבור במערכת המשפט.<sup>133</sup> תחושה זו אינה מובנת מאליה, במיוחד בשוק אמצעי התשלום שהוא שוק מגוון ומורכב. לכן בהיעדר הרמוניה נורמטיבית עשויים להיווצר הסדרים רבים ושונים שמבחינת הציבור משמשים לביצוע פונקצייה זהה – תשלום. במצב זה עשוי להתקבל בציבור הרושם כי ההסדר המשפטי לוקה בשרירותיות ובחוסר ודאות. הרמוניה נורמטיבית מונעת מצבים שכאלו. היא מצמצמת פערים לא מוצדקים בין הסדרים משפטיים החלים על מצבים דומים.<sup>134</sup> באופן זה היא שומרת על קוהרנטיות בתוך התחום המשפטי ומונעת אנומליה. שלישית, הרמוניה נורמטיבית גם תורמת להתפתחות שוק אמצעי התשלום. בהיעדר הרמוניה נורמטיבית בשוק אמצעי התשלום עלול הציבור לחשוש משימוש באמצעי תשלום מגוונים בשל חוסר הוודאות באשר להסדר המשפטי שיחול עליהם. במצב זה עלול הציבור להשתמש בעיקר בכסף מזומן ובאמצעי תשלום פלוני בודד לכל היותר. בכך ייפגע שוק אמצעי התשלום – תוצאה בלתי רצויה.

לאור הדברים האמורים לעיל נשאלת השאלה: האם שומר התיקון לחוק על הרמוניה נורמטיבית? לדעתי התשובה היא בשלילה. אבהיר דבריי: ראשית, ראוי לציין כי התיקון לא קבע באופן כללי את חובת המנפיק לבטל את הוראת הפירעון שנתן הלקוח. הלכה למעשה התיקון קבע כי חובה שכזו קיימת רק במקרה של אי-הספקת המוצר או השירות מושא עסקת היסוד. כלומר, במקרים אחרים שבהם עסקת היסוד כשלה בשל פגם חוזי אחר לא הוטלה על המנפיק לכאורה חובה לבטל את הוראת הפירעון.<sup>135</sup> בכך נוצר פער בלתי מוצדק בין ההסדר החל בנושא זה לבין ההסדר החל למשל על ביטול הוראת

131 על התפתחות שוק כרטיסי התשלום ראו חיים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1-25.

132 לעניין זה ראוי לציין כי הסכום הממוצע לעסקה בכרטיס אשראי הוא כ-248 ש"ח ומצוי במגמת ירידה. דבר המצביע על אופיו הצרכני של הכרטיס והשימוש בו. לעניין זה ראו ביזנס דטה ישראל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 3.

133 פרופ' ברק סבור כי שיקולים אלו הם שיקולים נפרדים, אולם לדידי מדובר בשני שיקולים משפטיים המזינים האחד את רעהו והנם היינו הך. לעניין זה ראו ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 128, שם.

134 ראו בן-אוליאל דיני בנקאות: חלק כללי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 425.

135 לעניין זה ראו סעיף 10(א) לחוק כרטיסי חיוב.

פירעון בצ'ק.<sup>136</sup> כידוע, כשמדובר בצ'ק כל טענה חוזית הנוגעת לעסקת היסוד בין צדדים הקרובים לעסקת היסוד מהווה הגנה טובה. הגנה כזו קיימת גם לצדדים העושים שימוש בהעברה בנקאית.<sup>137</sup> שנית, אי-הבהירות בתיקון באשר לשאלה מתי ובאילו נסיבות הודעת הלקוח מספקת לשם הביטול יוצרת גם היא אנומליה לעומת אמצעי תשלום אחרים, למשל – הצ'ק,<sup>138</sup> שבעניינו קיים הסדר ודאי שלפיו הוראת הלקוח מספיקה בכל מצב. יובהר כי אין בכוונתי לקבוע כי ההסדר שחל על הצ'ק צריך לחול במלואו גם באשר לביטול הוראת פירעון בכרטיס חיוב תלת-צדדי. עם זאת שקילת שיקולים של הרמוניה נורמטיבית תוביל למסקנה כי הסדר שכזה צריך להיות, לכל הפחות, נטוע הגיונית ותכליתית בדיני אמצעי התשלום הכלליים – דהיינו דין הצ'ק. שלישית, התיקון אינו שומר על אחדות וקוהרנטיות מושגית לעומת הדין הבנקאי. כך בסעיף 10(א) לחוק נקבע כי אחריותו של מנפיק שפעל לפי הוראת הלקוח נבחנת לפי הסטנדרטים של תום לב והיעדר התרשלות. זאת בניגוד לסטנדרט ההתנהגות הגבוה המקובל בדיני הבנקאות – שם חלה חובת הנאמנות. במצב זה עשויה להיווצר פרשנות שונה באשר להוראות דומות בתחום הדין הבנקאי. אתייחס לדברים בהרחבה בהמשך.<sup>139</sup> רביעית, הוראות התיקון לוקות גם בחוסר הרמוניה פנימית. כפי שצוין לעיל, התיקון מתייחס רק לביטול הוראת פירעון בכרטיס אשראי. התיקון איננו עוסק בסוגיית הביטול בכרטיס בנק תלת-צדדי הגם שההבדל המהותי בין השניים נוגע בעיקר למועד חיוב חשבוננו של הלקוח. כפי שיפורט בהמשך, שוני זה אינו מצדיק הבחנה כה מהותית באשר לסוגיה של ביטול הוראת פירעון. במצב שכזה היעדר הרמוניה בין הסדרים פנימיים קרובים עשוי ליצור פירות במעמדו של כרטיס בנק תלת-צדדי לעומת זה של כרטיס אשראי. מצב זה בלתי רצוי, שכן הוא מונע מהצרכן זכות אמתית של בחירה בין אמצעי תשלום שונים, או לחלופין מגדיל את הסיכון לאנומליה צרכנית בשימוש באותו אמצעי התשלום.

שיקול שני – הגברת האמון במערכת הבנקאית: נאמנות היא עיקרון משפטי עליון בדיני הבנקאות.<sup>140</sup> עיקרון משפטי זה בא לחזק עיקרון חברתי חשוב אחר, הוא אמון

136 ככלל חל על הנושא סעיף 75(1) לפקודת השטרות. לעניין ההסדר הנוגע לביטול הוראת פירעון בצ'ק ראו בן-אוליאל דיני בנקאות: חלק כללי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 329–337. ראו גם לרנר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 291.

137 בן-אוליאל דיני בנקאות: חלק כללי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 424–426; ס' 7 להוראות נוהל בנקאי תקין מס' 439, לעיל ה"ש 68.

138 הדבר נכון גם להעברה הבנקאית והוראת התשלום הקבועה. על כך ראו שם.

139 ראו להלן בפרק 2.ג(ב)(5).

140 בן-אוליאל דיני בנקאות: חלק כללי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 99–106; פלאטור-שנער, לעיל ה"ש 41, בעמ' 1–71; חיים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 125–127; בן-אוליאל "משכנתא בנקאית", לעיל ה"ש 67, בעמ' 149.



הציבור במערכת הבנקאית.<sup>141</sup> לאמון הציבור במערכת הבנקאית חשיבות עליונה. כידוע מערכת היחסים בין הבנק לבין הלקוח מבוססת על הפקדת הכספים על ידי הלקוחות בבנקים. הפקדה שכזו מבוססת על אמונתו של הלקוח כי יוכל לתת לבנק הוראות תשלום באשר לכספים אלו לאחר הפקדתם. לכן ככלל לקוח שנתונה לו הבחירה יפקיד כספים בבנק רק אם ידע כי הוא יכול לשים בו מבטחו ולסמוך על מקצועיותו ומהימנותו באופן מוחלט. הגדלת מספר ההפקדות הבנקאיות (שהיא תוצר של אמון במערכת הבנקאית) גם מחזקת את חוסנה של המערכת הבנקאית. מכאן עולה כי ככל שגובר אמון הציבור במערכת הבנקאית, כך פוחת הסיכון לאי-יציבותה.<sup>142</sup>

ההסדר של כרטיס החיוב, ובמיוחד של כרטיס חיוב תלת-צדדי, מבוסס על קיומו של אמון הדוק בין הצדדים. לשם קיום ההסדר נדרש המנפיק ליצור קשר עם קבוצה של לקוחות וספקים. רק התקשרות עם שתי קבוצות שכאלה מאפשרת קיום ההסדר והמשך פיתוחו של שוק זה. לכן חיזוק אמון זה הוא גם הבסיס לרווחי המנפיקים, שכן הללו הם תוצר של הגברת העסקאות בכרטיס חיוב תלת-צדדי.<sup>143</sup> התקשרות הלקוחות והספקים עם המנפיק מבוססת בראש ובראשונה על האמון שהם רוחשים לו. בבחינת הנושא של ביטול הוראת פירעון אמון הצדדים במנפיק בא לידי ביטוי באופן ביצועו את ההרשאה שניתנת לו. כלומר, בביטול הוראת הפירעון רק אם בוצעה עסקת היסוד כדין.<sup>144</sup> הצדדים מאמינים כי כפי שמצופה בעת מתן כל שירות בנקאי, יפעל המנפיק בעניין זה בצורה מקצועית ומיומנת, תוך הפעלת אמות ניהול גבוהות ביותר ולא – חלילה – בשירותיות. עיקרון זה של אמון בין הצדדים אינו מוצא את מקומו בתיקון לחוק משום שעל פני הדברים התיקון מפחית את סטנדרט האחריות המשפטית שנקבע בהלכה הפסוקה לשם אכיפה וחיזוק של אמון הציבור במערכת הבנקאית. רוצה לומר, חלף קביעה שחובות המנפיק במהלך הבירור יהיו כפופות לסטנדרט של חובת הנאמנות, קבע המחוקק לכאורה כי חובות אלו כפופות לסטנדרט נמוך יותר של תום לב והיעדר רשלנות.<sup>145</sup> בהמשך לכך, בפועל, מותר התיקון שיקול דעת רחב בידי המנפיק בעניין אופן הבירור. בכך אין התיקון מסיר את החשש מפני החלטה שרירותית של המנפיק, ובפועל מתערער אמון הציבור בפעילותו.

141 בן-אוליאל דיני בנקאות: חלק כללי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 103–104; עניין צבאה, לעיל ה"ש 123, בעמ' 591–593.

142 בן-אוליאל דיני בנקאות: חלק כללי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 103–104.

143 על כך שאמון הציבור במערכת הבנקאית מגדיל את רווחי חברות ההנפקה ראו דבריו של יושב ראש ועדת הכלכלה מר גלעד ארדן בפרוטוקול ישיבה מס' 553 של ועדת הכלכלה, לעיל ה"ש 37, בעמ' 34.

144 על כך ראו לעיל בפרק ב.4.

145 להרחבה בעניין זה ראו להלן בפרק 1.ג(ב)(3).

שיקול שלישי – הגשמת האוטונומיה החוזית: כידוע, הסדרים חוזיים בכלל והסדרים בתחום הדין הבנקאי בפרט צריכים להגשים את האוטונומיה החוזית של הפרט.<sup>146</sup> אוטונומיה זו באה לידי ביטוי בדרך כלל במפגש רצונות המוצא מקומו בחוזה שבין הצדדים. כשעסקינן בסוגיה בנקאית ככלל מפגש רצונות שכזה אינו מתקיים.<sup>147</sup> בפועל החוזים המבססים את מערכת היחסים בין הצדדים הם חוזים אחידים, מן המורכבים ביותר במשק, שמנוסחים על ידי הבנק או המנפיק ונחתמים על ידי הלקוחות והספקים. לכן חוזים אלו אינם נותנים מקום לאוטונומיה הפרטית של הלקוחות והספקים אלא לרצונו של המנפיק – מנסח החוזה – בלבד. כידוע חוזים שכאלו מפורשים תוך מתן דומיננטיות לתכליתם האובייקטיבית.<sup>148</sup> עם זאת, כפי שמלמד פרופ' בן-אוליאל, כשעסקינן בחוזים בנקאיים ראוי כי מלאכת הפרשנות לא תסתיים בתכליתו האובייקטיבית של החוזה אלא תתייחס גם לתכליתו הסובייקטיבית, דהיינו לרצונם של הלקוחות הבנקאיים לו נשמעה דעתם.<sup>149</sup>

אם נבחן את הוראות התיקון לחוק לאור השיקולים שהזכרתי לעיל, נראה כי גם במישור זה עמימותו הכללית ואי-קביעה ברורה של הקצאת הסיכונים לאורו עומדת בעוכריו משום שעמימות שכזו אינה מתיישבת עם האוטונומיה של הצדדים, שהיו מעדיפים לדעת בבירור מה הוא ההסדר המשפטי שחל עליהם במקרה של ביטול הוראת פירעון. בנוסף נראה שגם ההסדר שקיים אינו מביא בחשבון את רצונותיהם האוטונומיים של הצדדים. כפי שפורט לעיל, רצון זה בא לידי ביטוי בהרשאתם את המנפיק לבצע את פעולת התשלום רק כאשר עסקת היסוד בוצעה כדיון. התיקון אינו נותן מקום לחובת המנפיק לבצע הרשאה זו, ולמעשה הדבר נותר לשיקול דעתו (גם באשר לביצוע עצמו וגם באשר לקשת המקרים שבעניינם חלה עליו החובה).

שיקול רביעי – הוגנות ההסדר המשפטי: הוגנות משפטית היא ביטוי לבחירה בין פתרונות משפטיים שונים המביאה לתוצאה מאוזנת עבור כל הצדדים.<sup>150</sup> בסוגיה של ביטול הוראת פירעון ידועים, אצלנו ובמדינות השונות, כמה פתרונות שונים. הדיון

146 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך רביעי – פרשנות החוזה 300–301 (2001); גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 48–49 (2005); ארנה דויטש מעמד הצרכן במשפט 28 (2002); בן-אוליאל "משכנתא בנקאית", לעיל ה"ש 67, בעמ' 132–137.

147 שם, בעמ' 134–135.

148 ברק, פרשנות במשפט כרך רביעי – פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 146, בעמ' 557–558.  
149 נראה כי כללי הפרשנות המיוחדים של החוזה הבנקאי האחיד נובעים מייחודו על פני חוזים אחידים אחרים. דהיינו בשל מורכבותו המיוחדת של החוזה הבנקאי טיב הזכויות המשפטיות העומדות על הפרק ואופיו הפרסונלי של החוזה. ראו בן-אוליאל "משכנתא בנקאית", לעיל ה"ש 67, בעמ' 133–136.

150 ברק פרשנות במשפט כרך רביעי – פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 146, בעמ' 554–555. ראו גם אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 548–549 (1993).

בפתרונות אלה ייערך בהמשך.<sup>151</sup> עם זאת ראוי לציין כי כפי שפורט לעיל, התיקון לחוק אינו קובע במפורש את חלוקת הסיכונים בין הצדדים למערכת היחסים בכרטיס חיוב תלת-צדדי. למעשה הוא משאיר מקום לפרשנויות אפשריות שונות בנושא זה. מצב זה יוצר מעצם טיבו וטבעו תוצאה בלתי הוגנת כלפי הצדדים.

#### (5) סיכום ביניים

לעיל דנתי בהוראות התיקון לחוק כרטיסי חיוב בכלל הנוגע להסדר של ביטול הוראת פירעון. כפי שצינתי, על אף מטרתו הראויה של התיקון בהסדרת סוגיה חשובה ביותר בתחום כרטיסי החיוב נראה כי הלכה למעשה גם על פיו נשמרים שיקול הדעת הרחב של המנפיק ועמימותה הרבה של הסוגיה כולה. מן התיקון קשה להסיק חלוקת אחריות ברורה בין הצדדים. במצב שכזה סביר להניח כי יחליטו חברות ההנפקה על מדיניות אחידה מסוימת ההולמת את התיקון לגישתם, ויפעלו לפיה. בשל סבירות ההנחה כי מדיניות זו – תהא אשר תהא – לא תטיל חובות נוספות על המנפיקים עצמם, נראה כי יש לנסות ולנתח את הסוגיה בכלים אחרים ובאמצעותם גם לנתח את הפרשנות הראויה של התיקון לחוק.

#### (ב) ניתוח הסוגיה לאור הטיב המשפטי של כרטיס החיוב

##### (1) כללי

בחלק זה אבחן את חובת המנפיק לבטל את הוראת הפירעון שנתן הלקוח במסגרת מערכת היחסים בכרטיס חיוב תלת-צדדי לאור התזה שהוצגה בראשית רשימה זו. הדיון בסוגיה זו מתחלק לדידי לשתי שאלות מרכזיות: הראשונה היא אם ככלל חלה על המנפיק החובה לבטל את הוראת הפירעון שנתן הלקוח. השנייה, מקום שבו חלה על המנפיק חובה כאמור, מה הם גדריה לאור הטיב המשפטי של מערכת היחסים בכרטיס חיוב.

כפי שאראה, על פי הטיב המשפטי של כרטיס החיוב ככלל חלה על המנפיק החובה לבטל את הוראת הפירעון שנתן הלקוח. עם זאת אין מדובר בחובה מוחלטת, והיא חלה רק כאשר נפלו פגמים בעסקת היסוד. לאור זאת אראה כי כדי להגשים כראוי את חובתו לבטל את הוראת הפירעון שנתן הלקוח, על המנפיק לרדת לפרטיה של עסקת היסוד ולהגיע למסקנה משפטית אם היא בוצעה כדין אם לאו. לאור תוצאות אלה אבקש בהמשך להסיק גם מסקנות נוספות וקונקרטיות בדבר אופן יישום חובותיו של המנפיק לרדת לפרטי עסקת היסוד.

151 ראו להלן בפרק ד.

## (2) היקש מדיני השטרות

כידוע דיני השטרות מכירים בזכותו של הלקוח לבטל את הוראת הפירעון שהעניק לבנק באמצעות צ'ק שמשך עליו. הכלל הגדול שנקבע בפקודת השטרות הוא כי רשותו של בנקאי לפרוע צ'ק שמשך עליו הלקוח בטלה עם ביטול הוראת הפירעון על ידיו.<sup>152</sup> הרציונל שמאחורי כלל זה הוא כי הצ'ק הוא פקודה לשלם שהלקוח נותן לבנק.<sup>153</sup> לכן לאחר שבוטלה פקודה זו על ידי הלקוח, קמה לבנק החובה הפוזיטיבית לסרב לפרוע את הצ'ק.<sup>154</sup> עולה אפוא שהכלל לפי דין הצ'ק הוא כי אפשר לבטל את הוראת הפירעון שנתן הלקוח. המבחן לביצוע ביטול שכזה הוא מתן הוראה של הלקוח לבנק.

השוואה בין דין הצ'ק בנושא ביטול הוראת פירעון לבין אותה הסוגיה בכרטיס חיוב תלת-צדדי מובילה לדעתי למסקנה כי בסוגיה זו אי אפשר להפעיל את דין הצ'ק פשוטו כמשמעו הואיל וקיים שוני מסוים בסוגיה זו בין הצ'ק לבין מערכת היחסים בכרטיס חיוב תלת-צדדי. עם זאת אני סבור כי תוך עמידה על השוני האמור לאור מהותם ותכליתם של שני ההסדרים אפשר להקיש בהקשר זה מדין הצ'ק לדין כרטיס חיוב תלת-צדדי. אבהיר דבריי: כפי שכבר ציינתי לעיל, ככלל גם הצ'ק וגם כרטיס החיוב הם אמצעי תשלום בנקאיים.<sup>155</sup> שניהם נועדו לשמש בין היתר לשם שכלול עסקאות יסוד שונות.<sup>156</sup> שניהם מבוססים על פקודה של הלקוח לשלם.<sup>157</sup> לכן אך הגיוני כי באשר לשניהם יתאפשר ללקוח לבטל את הפקודה שהוא נתן ומכאן להוביל לביטול הוראת הפירעון. עד כאן הדמיון בין ההסדרים בהקשר הרלוונטי לענייננו. עם זאת, עולה שוני מרכזי בין שני ההסדרים: בעוד שהצ'ק דורש יצירת מערכת יחסים חוזית מוקדמת בין המושך לבנק הנמשך בלבד, כרטיס חיוב תלת-צדדי דורש יצירתה של מערכת חוזית משולשת בין הלקוח, המנפיק והספק.<sup>158</sup> עניין זה משליך על התנאים המאפשרים ביטול הוראת הפירעון. הכיצד? כשעסקינן בצ'ק, חובתו היחידה של הבנק היא לפעול לפי הוראת הלקוח. מכאן שהמבחן לאפשר ביטול הוראת הפירעון, כפי שראינו, הוא הודעת הלקוח. לעומת זאת כשעסקינן בביטול הוראת פירעון בכרטיס חיוב תלת-צדדי, חובתו של המנפיק כפולה – לפעול לפי הוראת הלקוח אך גם לגבות את תשלומו של הספק. מכאן שהמבחן לביטול הוראת פירעון בכרטיס חיוב תלת-צדדי גם הוא כפול – הוא צריך

152 ס' 75 לפקודת השטרות.

153 לפי סעיף 73 לפקודת השטרות הצ'ק הוא "שטר חליפין משוך על בנקאי ובר-פרעון עם דרישה". על פי סעיף 3 לפקודה, שטר-חליפין הוא "פקודה ללא תנאי ערוכה בכתב מאת אדם אל חברו, חתומה בידו נותנה, בה נדרש האדם שאליו ערוכה הפקודה לשלם לאדם פלוני או לפקודתו, או למוכ"ז, סכום מסויים בכסף, עם דרישה או בזמן עתיד קבוע או ניתן לקביעה" (ההדגשה הוספה – ל"ח).

154 בן-אוליאל דיני בנקאות: חלק כללי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 329.

155 ראו לעיל בפרק ב.2.

156 חיים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 108.

157 שם, בעמ' 99–100.

158 להגדרת העסקה בכרטיס חיוב והשוואה בינה לבין זו של הצ'ק ראו שם, בעמ' 95–108.

להביא בחשבון גם את האינטרס של הלקוח וגם את האינטרס של הספק. לכן נראה שהיקש מדין הצ'ק לגבי המבחן המאפשר את ביטול הוראת הפירעון אינו יכול להתחשב בהוראת הלקוח בלבד. היקש מדין הצ'ק במקרה דנן מוביל לגישתי למסקנה כי ביטול כזה תלוי בשאלה: על האינטרס של מי מן הצדדים חובתו של המנפיק להגן. עניין זה משתנה ממקרה למקרה, והוא תוצר של שאלה אחרת: אם עסקת היסוד בין הלקוח לבין הספק בוצעה כדין אם לאו. אם עסקת היסוד לא בוצעה כדין, אין פגיעה בספק ויש לבטל את הוראת הפירעון שנתן הלקוח. במצב זה מתקרבים אנו לדיון הצ'ק. עם זאת אם עסקת היסוד בוצעה כדין, על המנפיק למלא דווקא אחרי הוראת הספק ולא לבטל את הוראת הפירעון. מצב זה הוא היקש מדין הצ'ק התואם את מהותה ותכליתה של מערכת היחסים בכרטיס חיוב תלת-צדדי.<sup>159</sup> להשלמת התמונה יצוין עוד כי לאחר שבוטלה הוראת הפירעון של הלקוח בצ'ק, נשאר בידי הספק מסמך הנושא תוקף של פסק דין<sup>160</sup> (התחייבות חזקה של הלקוח לשלם). לעומת זאת שובר כרטיס החיוב אינו נושא אופי דומה.<sup>161</sup> עניין זה מגדיל גם הוא את הפגיעה בספק במקרה של ביטול שלא בצדק של הוראת הפירעון, ומכאן גם את חובת המנפיק להגן על אינטרס זה.

לאור הדברים האמורים לעיל עולה לגישתי מסקנה נוספת: חובתו של המנפיק לרדת לפרטיה של עסקת היסוד ולבחון אם היא בוצעה כדין אם לאו. מסקנה זו היא המשכה של המסקנה הקודמת אשר נבעה מההיקש שבוצע מדין הצ'ק. כפי שראינו, על פי דין הצ'ק, הביטול כפוף להוראת הלקוח. מכאן שחובת הבנק לדעת אם התקבלה הוראה מן הלקוח בטרם יבטל את הוראת הפירעון. עוד ראינו שהיקש מדין הצ'ק מוביל לכך כי בכרטיס החיוב תלת-צדדי הביטול כפוף לקיומה של עסקת היסוד כדין. מכאן לגישתי נובעת חובת המנפיק לדעת אם עסקת היסוד בוצעה כדין אם לאו. רק תשובה חד-משמעית על שאלה זו יכולה להוביל לתוצאה כי המנפיק יבטל כדין (או שלא יבטל) את הוראת הפירעון. בהיעדר תשובה לשאלה זו חשוף המנפיק לסכנה כי יפעל בניגוד לחובתו.

אם דבריי דלעיל נכונים, יש להשיב על שתי שאלות נוספות: האחת בדבר אופי הברור שעל המנפיק לערוך כדי לצאת ידי חובתו בשאלת ביטול הוראת הפירעון אם לאו. סוגיה זו תתבהר בהמשך הדברים.<sup>162</sup> השנייה בדבר חובת המנפיק להשיב ללקוח

159 אהרן ברק "החסר (לאקונה) במשפט וחוק יסודות המשפט" משפטים כ 233, 305–307 (1990).

160 ס' 81א לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז–1967.

161 בעניין זה ראו גם סעיף 1א81 לחוק ההוצאה לפועל, העוסק בתביעות בסכום קצוב. שם נקבע כי ניתן להגיש ישירות להוצאה לפועל תביעה בסכום קצוב הבאה מכוח חוזה או התחייבות מפורשים שיש לגביהם ראייה בכתב. לעניין זה יכול שובר העסקה להוות לשיטתי ראייה בכתב המעידה על התשלום בגין עסקת היסוד ובכך לסייע בהגשת התביעה. זאת הגם שהשובר עצמו אינו במעמד של פסק דין בדומה לשטר.

162 ראו להלן בפרק 2.ג.א).

ולספק את כספיהם עד לעריכת הביטול והכרעה בסוגיה אם בוצעה עסקת היסוד כדין. באשר לעניין זה יש להזכיר כי כאשר מבטל הלקוח את הוראת הפירעון שנתן באמצעות הצ'ק, כספו של הלקוח נשאר ברשותו. הספק, לעומתו, נשאר עם התחייבות חזקה של הלקוח לשלם. תכליתה של הוראה זו היא כי התחייבותו של הבנק לשלם היא ללקוח ולא לספק. מכאן שעם קבלת הוראת הביטול לא יבצע הבנק את התשלום, והכסף יישאר של הלקוח. לעומת זאת בכרטיס חיוב תלת-צדדי המצב שונה. בכרטיס חיוב תלת-צדדי, מלבד ההתחייבות של המנפיק לשלם ללקוח, קיימת גם התחייבות של המנפיק לשלם לספק. מכאן שעם קבלת הוראת הביטול נוצרים לדעתי שני שלבים – טרם הביטול בדבר ביצועה כדין של עסקת היסוד ולאחריו. בשלב הראשון – בטרם גיבש המנפיק מסקנה באשר לביצועה של עסקת היסוד כדין אם לאו – הוא עדיין מחויב לשלם לספק. בה בעת הוא גם מחויב שלא לגבות הכספים מן הלקוח אשר הורה על ביטול הוראת הפירעון. על כן בשלב זה הדרך היחידה שבה יכול המנפיק לעמוד בחובתו לשני הצדדים היא לשלם – באופן זמני – לשניהם. כלומר, אי-גביית כספי הלקוח ותשלום לספק. מובן כי בשלב השני – לאחר הביטול – ייגבה התשלום מהלקוח או שלא ישולם לספק. בשולי הדברים אציין כי תשלום זמני לשני הצדדים הוא נכון גם מבחינה משפטית מוסדית משום שהוא מאלץ את המנפיק להאיץ את הליך הביטול. עוד אציין כי מתאור הדברים לעיל ברור שמצב דומה לזה שתואר לא מתעורר בעת תשלום בצ'ק, משום שבצ'ק הבנק מבטל את הפירעון בהינתן הוראת הלקוח. במצב זה כספו של הלקוח נשאר ברשותו. לבנק אין כל חובה כלפי הספק. לעומת זאת בכרטיס חיוב תלת-צדדי נדרש למנפיק זמן כדי לברר אם יש לבצע את הוראת הלקוח אם לאו. הזמן הנדרש אינו מוריד מחובת המנפיק.

על כן בתשובה לשאלה שהעליתי, לדידי יש לקבוע כי עד שימלא המנפיק את חובתו האמורה ויגיע למסקנה משפטית סופית הנוגעת למחלוקת בין הצדדים, עליו לשלם באופן זמני לשניהם. כלומר, להשיב ללקוח את כספו אך גם לשאת בנטל תשלום סכום זה לספק. לאחר בירור המחלוקת יוכל המנפיק לשוב ולחייב את הצד שקיבל את כספו בניגוד לדין.

### (3) קונקרטיזציה של חובת הנאמנות הבנקאית

במתן השירותים הנוגעים לכרטיס החיוב חבים הבנק והמנפיק חובת נאמנות ללקוח ולספק.<sup>163</sup> זאת על פי מאפייניה של מערכת היחסים בכרטיס החיוב כעסקה בנקאית מיוחדת ומעצם היות הנפקת כרטיס החיוב והשימוש בו שירות בנקאי.<sup>164</sup>

<sup>163</sup> עניין צבאח, לעיל ה"ש 123. לפי הלכת צבאח, חובת נאמנות קיימת בעת מתן כל שירות ושירות בנקאי. למקורותיה, טיבה ואופייה של חובת הנאמנות הבנקאית אצלנו כחלק מכונן מהדין הבנקאי ראו ריקרדו בן-אוליאל "כספת בבנק: תפיסה חדשה להגדרת טיב העסקה ולקביעת מידת האחריות מצד הבנק" הפרקליט לז 76 (1986); בן-אוליאל דיני בנקאות: חלק כללי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 6.

כידוע, חובת הנאמנות היא חובה כללית המטילה על הבנק ועל המנפיק לפעול ברמה גבוהה של מימונות, מקצועיות וזהירות במתן השירות.<sup>165</sup> כמו כן היא מטילה עליהם לקבוע הסדרי עבודה וניהול ברמה גבוהה מזו של אדם רגיל בנסיבות דומות.<sup>166</sup> עם זאת מעצם טיבה וטבעה לא ניתן לקבוע מראש את כל האמצעים להבטחת קיומה של החובה. אמצעים אלו משתנים ממקרה למקרה על פי טיב השירות ומיחות הלקוח. לכן יש לבחון בכל מקרה ומקרה כיצד משפיעים מאפייניו של השירות הבנקאי שנדון על האינטרסים המוגנים של כל לקוח. על סמך בחינה זו יש לקבוע באופן ספציפי את הדרכים שעל הבנק לנקוט כדי להעניק שירות מקצועי, יעיל ואמין ביותר. בקיצור, חובת הנאמנות דורשת קונקרטיזציה לפי כל שירות ושירות.<sup>167</sup> כעת אבקש להתמקד בקונקרטיזציה של החובה במסגרת מערכת היחסים בכרטיס חיוב תלת-צדדי ובעיקר בעת ביטול הוראת פירעון שנתן הלקוח.

לפי טיבה של מערכת היחסים בכרטיס חיוב, הקונקרטיזציה של חובת הנאמנות הבנקאית בבוא המנפיק לבטל את הוראת הפירעון שנתן הלקוח, באה לידי ביטוי לדידי בשלוש נקודות מרכזיות: הראשונה היא עצם חובת המנפיק לקיים בנסיבות מסוימות את הוראות הלקוח ולבטל את הוראת הפירעון שנתן. הדבר נובע ישירות מחובתו לפעול במימונות ובמקצועיות במתן השירות. הנקודה השנייה והמרכזית היא חובת המנפיק לרדת לפרטיה של עסקת היסוד ולהגיע להכרעה משפטית אם היא אכן בוצעה כדין אם לאו. לשם כך עליו להקים מנגנון ניטרלי לפתרון המחלוקת הנוגעת לעסקת היסוד.

103–102. עוד ראו פלאטור-שנער, לעיל ה"ש 41, בעמ' 43–50, 71–100. יצוין כי הקונקרטיזציה של חובת הנאמנות הבנקאית מטילה על הבנק ועל המנפיק חובות נוספות בקשר להנפקת כרטיס החיוב והשימוש בו, אשר קצרה יריעתה של רשימה זו מלהתייחס לכולן. החובות העיקריות הן בתמצית אלה: חובת המנפיק לבחון את יכולתו הכלכלית של הלקוח בעת הענקת מסגרת אשראי וחובת המנפיק לספק ללקוח דף הסבר קצר ופשוט המכיל התייחסות לכרטיסים השונים ולטיב השירותים השונים ולעלותם הניתנים ללקוח באמצעות כרטיסים אלו. במקרים מסוימים חובת הנאמנות אף יכולה להטיל על המנפיק או על הבנק את החובה לסרב לתת את השירות הבנקאי ללקוח. לניתוח רחב של חובות אלו ראו חיים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 183–194. עוד אציין כי סבור אני שלחובת הנאמנות הבנקאית יש תחולה במערכת היחסים בכרטיס חיוב גם בשיטות משפט אחרות אשר אינן מכירות באופן הכללי של החובה כפי שהתקבלה אצלנו.

164 ראו לעיל בפרק ב.3. כידוע, הנפקת כרטיס חיוב ושימוש בו הם שירות בנקאי לפי סעיפים 10(4) ו-10(5) לחוק הבנקאות (רישוי). לאור זאת, בהתאם להלכת צבאח האמורה, חב הבנק ללקוחותיו חובת אמון כללית בעת מתן שירותי הנפקת כרטיס חיוב ושימוש בו. על כך ראו גם ע"א (מחוזי ת"א) 1126/01 כ.א.ל. כרטיסי אשראי לישראל בע"מ נ' א.י. פרסום חוצות בע"מ (פורסם בנבו, 6.3.2003).

165 עניין צבאח, לעיל ה"ש 123, בעמ' 590–592; בן-אוליאל, דיני בנקאות: חלק כללי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 99–106; פלאטור-שנער, לעיל ה"ש 41, בעמ' 71–100.

166 ש.ם.

167 ש.ם.

הנקודה השלישית נוגעת לחובת הגילוי של המנפיק באשר לפרטים מסוימים הנוגעים לביטול הפירעון. אבקש להרחיב בנקודות אלה.

חובת הנאמנות באה להגן על אינטרס לגיטימי של לקוחות הבנק.<sup>168</sup> במקרה דנן מדובר באינטרס הלגיטימי של הלקוח (מי שהכרטיס הונפק לשימוש) ושל הספק בעת שהלקוח מבקש מן המנפיק לבטל את הוראת הפירעון שנתן.<sup>169</sup>

האינטרס הלגיטימי של הלקוח במצב שכזה הוא כי המנפיק לא ישלם לספק אם ייודע לו כי הלקוח לא קיבל את התמורה בגין עסקת היסוד או שנפלו בה פגמים אחרים.<sup>170</sup> אינטרס זה של הלקוח נטוע באמון הרב שהוא רוחש למנפיק ואשר מבוסס על התעמולה הרבה שמפיץ המנפיק ואשר משפיע על כלל הציבור. כמו כן אינטרס זה מבוסס על מערכת היחסים הקרובה הקיימת בין הלקוח למנפיק, ושכבסיסה עומד הפיקדון הבנקאי וכן מהאחריות הבנקאית לכספי פיקדון זה.<sup>171</sup> יחסים אלו משרים על הלקוח תחושה חזקה של ביטחון ומהימנות גם באשר לאופי עסקת היסוד וגם באשר ל"הגנה" שאמור לספק לו המנפיק במקרה שעסקת היסוד לא תבוצע כדין.<sup>172</sup>

מנגד האינטרס הלגיטימי של הספק הוא כי המנפיק יגבה עבורו את תקבולי העסקה ברמת ודאות גבוהה כל עוד הוא עמד בתנאיה כפי שסיכם עליהם עם הלקוח.<sup>173</sup> הספק מסתמך על תשלום העמלה הגבוהה שהוא משלם למנפיק בגין שירותיו, וכי המנפיק מביטח בתמורה לעמלה זו ודאות גבוהה של פירעון חבות הלקוח. לכן כמו הלקוח גם הספק סבור כי עצם שכלול עסקת היסוד בכרטיס חיוב תלת-צדדי מעניק לו ודאות גבוהה באשר לעצם התשלום על ידי הלקוח באמצעות המנפיק. כמו הלקוח גם הספק יודע כי הוא "לקוח" של המנפיק, ועל כן נאמנותו של האחרון נתונה לו. לכן אין ספק כי אינטרס הספק הוא שהמנפיק יגבה את חבותו מן הלקוח אם יודיע לו כי העסקה בוצעה כדין.<sup>174</sup>

מלבד האמור לעיל נראה כי האינטרס הלגיטימי של הצדדים מבוסס גם על הקשר הקרוב ביותר שבין המנפיק לעסקת היסוד. קשר זה נוצר ביזמתו של המנפיק וכדי לקדם את השאת רווחיו. הלכה למעשה, כמי שמקבל עמלה כאחוזים מן העסקאות שמבוצעות

168 בן-אוליאל דיני בנקאות: חלק כללי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 102-106; ריקרדו בן-אוליאל "משכנתא בנקאית", לעיל ה"ש 67, בעמ' 149-156.

169 כפי שצוין לעיל, במערכת היחסים בכרטיס חיוב גם הספק הוא "לקוח" של הבנק. על כך ראו לעיל בפרק ב.3.

170 מצבים נוספים של פגמים שנפלו בעסקת היסוד עשויים להיות אם זו בוצעה בחוסר תום לב או שהתגלו בה פגמים חוזיים אחרים במהלך המשא ומתן או בעת ביצוע העסקה. לעניין זה ראו גם Brandel & Leonard, לעיל ה"ש 6, בעמ' 1041-1042; Comments – Bank Credit Cards – Contemporary Problems, 41 FORDHAM L. REV. 373, 382 (1972).

171 ראו לעיל ה"ש 38. לניתוח סוגיה זו ראו חיים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 113-117, 169-171, 178-181.

172 לעניין זה ראו גם דויטש "חלוקת סיכונים", לעיל ה"ש 6, בעמ' 156-157.

173 שם, בעמ' 153. ראו לעיל בפרק ב.4.

174 לחובות המנפיק כלפי הספק ראו חיים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 220-213. ראו גם ה"ש 41 לעיל.



באמצעות הכרטיס שואף המנפיק להגדיל כל העת את שכלול עסקאות היסוד באמצעות הכרטיס. לשם השגת מטרה זו פועל המנפיק בכמה דרכים: ראשית, הוא מבטיח ללקוח מנגנון בטוח ורמת שירות טובה ביותר, ואילו לספק מובטחת רמת פירעון גבוהה. לכן במקרים רבים בהחלט ייתכן כי הלקוח יבחר לשכלל את עסקת היסוד אצל ספק מסוים רק משום שהלה מצוי בהסדר עם המנפיק, כדי לזכות בשירותים המיוחדים, כדוגמת מתן אשראי. שנית, המנפיק פועל כל העת באופן אקטיבי כדי לחזק את האמון הפנימי בין הלקוחות והספקים המצויים בקשרים עמו, שכן רווחיו הם גם פונקציה של חזוק אמון זה המוביל לריבוי עסקאות היסוד באמצעות הכרטיס. כדי להגשים את חזוק האמון בין הלקוחות לספקים ולהגביר ריבוי עסקאות יסוד נותן המנפיק את חסותו לספק בדרכים שונות. אחת הדרכים המרכזיות היא בפרסומת חברותו של הספק בהסדר שמנהיג המנפיק. הפרסומת נעשית גם בבית עסקו של הספק. בנוסף, המנפיק יוצר הסדרים מיוחדים בינו לבין הספקים בדבר הטבות והנחות שיוענקו ללקוחות שישכללו את עסקת היסוד באמצעות הכרטיס. בחלק מהמקרים הטבות אלו ממומנות על ידי המנפיק. חזוק של אמון זה על דרך יזמה של קשר קרוב בין המנפיק לעסקת היסוד משליך גם הוא על האינטרס של הצדדים, ולאורו על הקונקרטיזציה של חובת הנאמנות הבנקאית. כלומר מנפיק נאמן לא יוכל להשתחרר בקלות מאחריותו לפגמים שנפלו בעסקת היסוד שלו עצמו היה חלק ניכר ביותר ביצירתה ומימושה.

כאן המקום להדגיש כי האינטרס האמור של הצדדים איננו אינטרס של מה בכך. למשל, בשל מעמדו של המנפיק והביטחון שמשרה שכלול העסקה באמצעות כרטיס החיוב היו הצדדים עשויים להסתכן בסיכונים שלא היו מסתכנים בהם לו נעשתה העסקה בכסף מזומן. הלקוח למשל עשוי לשלם באמצעות הכרטיס עוד בטרם סופק לו המוצר בהנחה שאם זה לא יסופק, לא יפרע המנפיק את חובו לספק. העובדה כי הלקוח יחויב בגין המוצר לאחר חודש ימים או במועד מאוחר יותר מגדילה אף היא את האשליה כי גם הכסף יועבר לספק באותו המועד. באותה מידה, מן העבר השני, גם הספק עשוי להסתכן בהתקשרות עם לקוח "בעייתי" בהניחו כי המנפיק יכבד את התשלום גם אם הלקוח יעלה טענות (שעשויות להיות כוזבות) באשר לעסקת היסוד.

מן האמור עד נקודה זו עולה כי בשל טיבה של מערכת היחסים בכרטיס חיוב נוצר אינטרס לגיטימי אצל הצדדים כי המנפיק יבטל את הוראת הפירעון שנתן הלקוח רק אם עסקת היסוד בוצעה כדין. בעקבות זאת ובהנחה שהקונקרטיזציה של חובת הנאמנות צריכה להוביל להגנה על האינטרס הלגיטימי המוגן של כל אחד מן הצדדים, יש לקבוע גם את חובות המנפיק באופן שיגשימו כל זאת. בקביעת חובותיו האמורות של המנפיק יש להדגיש לשיטתי שלושה סממנים מיוחדים וקונקרטיים המבדילים את הטיב המיוחד של חובת הנאמנות בעת ביטול הוראת פירעון בכרטיס חיוב תלת-צדדי משירותים בנקאיים אחרים: ראשית, מעצם אופייה של העסקה בכרטיס חיוב תלת-צדדי מעוניין הבנק לספק במסגרתה שירות תדיר ויום-יומי לשני לקוחות שקיים חשש כי בנסיבות מסוימות ימצאו עצמם משני צדי המתנס. בכך מסתכן הבנק לא רק כי יעמוד בניגוד

עניינים בין ענייניו שלו לאלו של הלקוח אלא – חמור מכך – כי ימצא בניגוד עניינים בין לקוחותיו השונים. הסיכון האמור מקבל אופי של מצב ממשי וקונקרטי במקרה של ביטול הוראת פירעון. במצב זה מצוי המנפיק בתווך בין הלקוח והספק. שניהם עשויים לתת לו הוראות מנוגדות, והוא יאלץ להכריע ביניהם. ניגוד עניינים זה הוא חריף יותר מניגוד עניינים הקיים בעת מתן מרבית השירותים הבנקאיים האחרים, ועל כן הוא מצדיק הטלת רף גבוה של התנהגות ואחריות על הבנק לאורו.<sup>175</sup> שנית, באופן כללי יותר, השימוש בכרטיס החיוב תלת-צדדי נוטה לטשטש את שיקול הדעת של הלקוח באשר ליכולת הקנייה שלו. הדבר ברור במקרים שבהם מוענק אשראי ללקוח, אך הוא נפוץ גם במקרים שבהם נעשות רכישות בכרטיס בלא קבלת אשראי בפועל. בשני המצבים הלקוח עשוי להתפתות לבצע עסקאות שלא בהכרח היה מבצע אילו נעשו בכסף מזומן. הדבר נובע מתחושת ה"ביטחון" שמעניק הכרטיס לאור האשליה כי למעשה הלקוח אינו מבזבז כסף מזומן ולאור מידת האמון שהלקוח רוחש לבנק. זאת בייחוד משום שה"פיתוי" שיוצר הכרטיס לביצוע עסקאות רבות יותר מגדיל גם את הסיכוי כי יבוצעו עסקאות שעשויים ליפול בהן פגמים שיצדיקו את ביטול הוראת הפירעון. שלישית, כפי שצינתי לעיל, במסגרת עסקה בכרטיס חיוב תלת-צדדי נוצרים יחסי שליחות בין המנפיק ללקוח ולספק. ביצירת יחסים שכאלו יש להטיל על הבנק חובות נוספות ומיוחדות כלפי הלקוח והספק, הרלוונטיות במיוחד למצב של ביטול הוראת פירעון.<sup>176</sup>

בשל אופייה הייחודי של העסקה בכרטיס חיוב ובשל אופייה הייחודי של חובת הנאמנות במסגרת השירות של ביטול הוראת פירעון כפי שפורטו לעיל סבור אני כי המנפיק יוכל להגן על האינטרס הלגיטימי של הצדדים ולעמוד בחובותו לנאמנות כלפיהם רק אם ירד לפרטיה של עסקת היסוד ויכריע בשאלה אם היא בוצעה כדין אם לאו. רק כך עשוי המנפיק לפתור את ניגוד העניינים שהוא עצמו יצר. לשיטתי, הדרך היחידה להגשים מטרה זו באופן יעיל, מקצועי ואמין היא ליצור מנגנון בעל סמכות משפטית שבאמצעותו יוכל המנפיק להכריע בשאלה זו. זאת ועוד, הואיל וכפי שפורט לעיל מצוי המנפיק בניגוד עניינים בין הלקוח לספק במסגרת הבקשה לביטול הוראת הפירעון, ראוי גם כי לא המנפיק יהיה מי שיכריע בסכסוך אלא צד שלישי שימונה על ידיו ויהיה מקובל על הלקוח ועל הספק. מצב שכזה יכול למנוע גם פגיעה באמון הקיים בין הצדדים,

175 למשל, ניגוד עניינים דומה כאשר הבנק מעניק ללקוח את השירות של ייעוץ השקעות. בעניין זה פסקו בתי המשפט באנגליה ובקנדה כי הבנק חב ללקוחו חובת נאמנות. באנגליה ראו Woods v. Standard Investments [1958] 1 W.L.R. 1018 (leeds assizes). בקנדה ראו Ltd. et al. v. Canadian Imperial Bank of Commerce [1985] 22 D.L.R. (4th) 410; אצלנו ראו פלאטו-שנער, לעיל ה"ש 41, בעמ' 158–161.

176 על חובות אלו, הנובעות גם מעמד המנפיק כשלוח, ראו REYNOLDS, לעיל ה"ש 57, בעמ' 181–206; לגישה דומה היוצקת תוכן לחובת הנאמנות של הבנק על סמך מעמדו כשלוח ראו CRANSTON, לעיל ה"ש 7, בעמ' 188–189.

שעשוי להתערער אם המנפיק הוא שיכריע לטובת מי מהם. באשר לאופיו של מנגנון זה, בייחוד לאור טיב מערכת היחסים בכרטיס חיוב, ארחיב בהמשך.<sup>177</sup>

לסיום נקודה זו, ואם נכונים דבריי בדבר חובת המנפיק להגן על האינטרס הלגיטימי של הצדדים ולבטל את הוראת הפירעון רק אם בוצעה עסקת היסוד כדין, עולה שאלה נוספת הנוגעת לתיקון לחוק כרטיסי חיוב. כפי שראינו לעיל, התיקון לחוק עמום ומותר שיקול דעת רחב למנפיק בסוגיית הבירור והמנגנון המסדיר אותו. לכן לשיטתי מנפיק שאינו פועל בדרך שהצעתי ברשימה זו עדיין חייב – מכוח נאמנותו – לגלות לצדדים במפורש איזו דרך הוא נוקט במקרים של ביטול הוראת פירעון.<sup>178</sup> כלומר, על המנפיק לעשות כמיטב יכולתו להבהיר לצדדים כי הוא איננו מגן על אינטרס לגיטימי שלהם או עושה זאת בדרך אחרת השונה מזו שציינתי. הדבר עולה גם מחובה אחרת של המנפיק, היא חובתו להסביר ללקוח על אופי כל שירות ושירות המוענק לו במסגרת העסקה בכרטיס חיוב, במיוחד שירותים שהם פרי מדיניותו.<sup>179</sup> חובה זו היא בבחינת המינימום המחייב את המנפיק בביצוע העסקה. עם זאת גם חובת גילוי זו אינה חובה שגדריה ברורים בסוגיה של ביטול הוראת פירעון. על גדריה המדויקים בהקשר זה עוד אעמוד בהמשך.<sup>180</sup> עם זאת למען הסר ספק אציין כי חובת הגילוי היא חובה נוספת החלה על המנפיק, והיא אינה באה להפחית מחובותיו האחרות כפי שפורטו לעיל.

לבסוף נראה כי בשל אופייה הנוקשה של חובת הנאמנות מתבקשת מסקנה דומה לזו שעולה מיישום דין השטר והיא כי עד שיכריע המנפיק בסוגיה ויקבע אם לבטל את הוראת הפירעון אם לאו, יישא הוא בתשלום לשני הצדדים באופן זמני. היינו ישלם את חבות הלקוח לספק וכן ישיב ללקוח את הכספים שלגביהם נדרש ביטול הפירעון. זאת בכפוף לזכותו לקבל בחזרה סכום זה מאחד הצדדים לאחר פתרון המחלוקת באופן סופי. נראה כי מנפיק נאמן לא יוכל לגלגל לפתחו של אחד הצדדים חובה בנקאית שהדין מטיל מלכתחילה לפתחו.

#### (4) החלת דיני השליחות

כפי שפורט לעיל, הנפקת כרטיס חיוב תלת-צדדי והשימוש בו יוצרים מערכת יחסים של שליחות. בהתאם לדיני השליחות עולה כי את הסוגיה של ביטול הוראת פירעון יש להסדיר באמצעות דיני ריבוי שולחים.<sup>181</sup> בקירוב זכוכית המגדלת אל דינים אלו עולה

177 ראו להלן בפרק 2.ג(א)(2).

178 חשיבותה של חובת המנפיק להבהיר לצדדים את ההסדר העולה בתחום ביטול הוראת הפירעון עלתה גם בדיוני ועדת הכלכלה בדבר התיקון לחוק. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 568 של ועדת הכלכלה, לעיל ה"ש 91, בעמ' 31.

179 על כך ראו חיים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 191–192.

180 ראו לעיל בפרק 2.ג(א)(2).

181 ראו לעיל בפרק ב.4.

השאלה כיצד על השלוח להכריע כאשר מתעורר קונפליקט בין חובתו לכל שולח באופן אינדיווידואלי לבין חובתו להרשאה המקורית שקיבל משני שולחיו. לגישתי, לפי דיני השליחות, במצב שכזה חובת השלוח לשולח האינדיווידואלי הופכת טפלה לעומת חובתו להרשאה שנתנו לו שני השולחים.<sup>182</sup> לכן על השלוח לפעול לשם מילוי ההרשאה המקורית. מסקנה זו אני מבסס על סמך שלושה נימוקים מרכזיים: האחד הוא דין השליחות עצמו. הכלל הגדול שקובע דין השליחות הוא כי כאשר ניתנת הרשאה לשלוח על ידי שני שולחים, על השלוח לפעול לפי הרשאה זו. מדובר במצב שבו השולחים מביעים את רצונם הקולקטיבי כי השלוח יפעל למען קידום מטרותם. מכאן שכוח הייצוג ניתן למטרת הבטחת ההרשאה המשותפת, ויש הסתמכות של כלל השולחים בדבר קיום ההרשאה שהם נתנו.<sup>183</sup> השני הוא העקרונות שבבסיס חובת הנאמנות שבחוק השליחות. כידוע, חובת הנאמנות שבחוק השליחות נוצרת להבטחת אי-שימוש לרעה של השלוח בכוח הייצוג שניתן לו.<sup>184</sup> במקרה של הרשאה משותפת הדעת סוברת כי כוח הייצוג (וכמוהו הנאמנות) הוא לקידום רצון השולחים כפי שזה בוטא במתן ההרשאה. מתן כוח הייצוג במשותף יוצר מצב שבו מחויב השלוח להפעיל כוח זה לשם ביצוע הרשאת כל השולחים. השלישי הוא היקש מהסדר אחר הקיים בדיני השליחות, הוא זה הנוגע לשליחות להבטחת זכותו של אחר. כפי שמלמד פרופ' ברק, השליחות להבטחת זכותו של אחר שונה מהשליחות ה"רגילה" בכך שהיא איננה באה לשרת את ענייניו של השולח בלבד. נוסף על כך היא באה להבטיח זכויות של אחרים (השלוח או צד שלישי) זולת אלה של השולח.<sup>185</sup> במצב שכזה חובת הנאמנות של השלוח היא אינצידנטלית לזכות המובטחת על ידי השליחות.<sup>186</sup> בדומה לכך גם שליחות מרובת-שולחים אינה באה להבטיח את ענייניו של שולח פלוני כי אם בראש ובראשונה את עניינם המשותף של כלל השולחים. במצב זה חובת הנאמנות של השלוח מופנית גם היא בראש ובראשונה לקיום ההרשאה שניתנה – במקרה זה על ידי שני השולחים – והיא אינצידנטלית במובן זה לענייניו הספציפי של שולח פלוני. לאור האמור לעיל ואם נכונים דבריי, הרי שהיקש

182 לניתוח של עיקרון זה ראו חיים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 229–248.

183 ראו ס' 17(ב) לחוק השליחות; ברק חוק השליחות כרך ב, לעיל ה"ש 60, בעמ' 1244–1254.

184 לעניין זה ראו חיים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 183–184.

185 כך למשל כאשר פלוני מוכר דירה ונותן לעורך הדין שלו הרשאה בלתי תוזרת להעביר הדירה לרוכש לאחר שתמורתה תשולם. ראו גם ברק חוק השליחות כרך ב, לעיל ה"ש 60, בעמ' 1244–1254.

186 פרופ' ברק סבור כי בשליחות להבטחת זכותו של אחר האינטרס של השולח הופך למשני וחובת הנאמנות של השלוח היא אינצידנטלית. בשליחות שכזו האינטרס הדומיננטי הוא של האחר ולא של השולח. לשון אחרת אפשר לומר כי בשליחות להבטחת זכותו של אחר הרשאת השולח טפלה לזכות המובטחת. מדובר בהרשאה שהיא שליחות בצורתה אך בטוחה באופייה. בשליחות זו כוח הייצוג ניתן הלכה למעשה כדי להבטיח את זכותו של השלוח או של הצד השלישי. לעניין זה ראו שם, בעמ' 1253.

מדיני ריבוי שולחים מוביל למסקנה כי על המנפיק לפעול לפי הרשאת שני שולחיו.<sup>187</sup> כפי שראינו, הרשאה זו היא לבצע את הוראות התשלום רק כאשר עסקת היסוד בוצעה כדין.<sup>188</sup> לכן וכדי להגשים את הרשאתו במסירות ובנאמנות עומדת למנפיק רק דרך מעשית אחת: עליו לרדת לפרטיה של עסקת היסוד בין הצדדים ולהגיע למסקנה המשפטית אם עסקה זו בוצעה כדין אם לאו.<sup>189</sup> עוד אני סבור כי החובה להגיע למסקנה אם עסקת היסוד בוצעה כדין אם לאו חלה על המנפיק כמי שקיבל על עצמו את השליחות, יזם את מערכת היחסים והציג עצמו כשלוח בעל היכולת והאמצעים לבצעה.<sup>190</sup> לכן לא בנקל יוכל המנפיק להשתחרר מאחריותו אם הוא יפרע את חבות הלקוח כאשר עסקת היסוד לא בוצעה כדין, או מן העבר השני יסרב לפירעון חבות הלקוח כאשר עסקת היסוד בוצעה כדין. עוד יצוין כי בהיעדר יכולת ברורה לברר אם עסקת היסוד בוצעה כדין, מפר המנפיק את חובת הנאמנות שלו לצדדים גם אם בסופו של דבר יתברר כי ההוראה לביטול הפירעון בוצעה או סורבה כדין, הואיל ומעצם טיבה חובת הנאמנות לצדדים מופרת גם בהיעדר היגרמות נזק ממש.<sup>191</sup> לשון אחרת, די בהתנהגות מפרה כדי לחוב בגין הפרת הנאמנות.<sup>192</sup> מכאן שאם לא יפעל על פי ההרשאה הרי שהוא מפר חובתו לשולחיו. פעולה לפי ההרשאה בהקשר זה מחייבת את המנפיק לרדת לפרטי עסקת היסוד ולהגיע למסקנה הסופית אם היא בוצעה כדין אם לאו. בהמשך לנקודה זו נראה שגם לפי דין השליחות אחריות המנפיק עד לביצוע הברור האמור היא לשאת בנטל התשלום הזמני לשני הצדדים.

(5) הערכת ההסדר המוצע לאור שיקולי מדיניות משפטית  
עד כה דנתי במסקנות העולות מיישום הטיב המשפטי של מערכת היחסים בכרטיס חיוב בסוגיה של ביטול הוראת פירעון. מסקנתי העיקרית הייתה כי על המנפיק חלה חובה לרדת לפרטיה של עסקת היסוד, ובעקבות זאת להחליט אם לבטל את הוראת הפירעון שנתן הלקוח אם לאו. ניתוח זה בעינו עומד.  
כעת אחזק הניתוח האמור על ידי בחינתו לאור השיקולים המשפטיים שבהם השתמשתי להערכה ביקורתית של התיקון לחוק. כפי שאראה, השיקולים המשפטיים שהצגתי ואשר הגשמתם לקתה בחסר במסגרת התיקון מקבלים מענה ראוי במסגרת

187 ש.ס. ראו גם ס' 17(ב) לחוק השליחות.

188 ראו לעיל בפרק ב.4.

189 ראו חיים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 235–238.

190 על חובות השלוח אשר הוביל להפרת שליחותו ראו Laby, לעיל ה"ש 60.

191 לעניין זה ראו ברק חוק השליחות כרך ב, לעיל ה"ש 60, בעמ' 1045; עוד ראו אהרן ברק "ניגוד אינטרסים במילוי תפקיד" משפטים י 11, 11–13 (1980). ראו גם ע"א 610/94 בוכבינדר נ' כונס הנכסים הרשמי בתפקידו כמפרק בנק צפון אמריקה, פ"ד נז(4) 289, 332–333 (2003).

192 ש.ס.

ההסדר העולה מיישום הטיב המשפטי של כרטיס החיוב כפי שהצעתי ברשימה זו. במסגרת ניתוח זה אבקש להתייחס לשיקול נוסף הנוגע להשלכות המוסדיות העולות מההסדר שהצגתי.

שיקול ראשון – הרמוניה נורמטיבית: כפי שראינו, שמירה על הרמוניה נורמטיבית היא גורם חשוב בחיזוקו של הסדר משפטי מתחום הבנקאות העסקית ואמצעי התשלום הבנקאיים בפרט. בתחומים אלו קיימת חשיבות גדולה כי מחד ישתלב ההסדר החדש שנבחן במערכות הדינים הקיימות באופן עקיב וקוהרנטי, ומאידך ייתן מקום למאפייניו הייחודיים של אמצעי התשלום החדש.<sup>193</sup> כיצד קורה הדבר בהסדר העולה מניתוח הטיב המשפטי של כרטיס החיוב שהצעתי ברשימה זו? ראשית, מבחינה משפטית מתודית ההסדר המוצע נטוע היטב בדיני אמצעי התשלום הכלליים ובעקרונות היסוד של דיני הבנקאות. בכך הוא משתלב בהסדרים הקיימים בתחום. בנוסף, ההסדר המוצע מוסיף ממד נוסף וייחודי – הוא דיני השליחות המודרניים. בכך נשמר אופיו המיוחד במינו של כרטיס החיוב. שנית, באופן ספציפי במישור ההרמוניה בשוק אמצעי התשלום ההסדר המוצע קובע את זכות הלקוח לבטל את הוראת הפירעון שנתן בגין כל פגם שנפל בעסקת היסוד. עניין זה שונה מהוראות התיקון אשר היו עמומות בעניין זה ואשר אפשר לטעון כי הגבילו תחולתן למקרה של היעדר הספקה בלבד. בכך יוצר ההסדר שהוצע הרמוניה נורמטיבית בין ההסדר החל על כרטיס החיוב להסדרים החלים על אמצעי תשלום שונים המכירים בכל פגם חוזי שנפל בעסקת היסוד כעילה לביטול הוראת פירעון.<sup>194</sup> בנוסף ועדיין במישור זה, ההסדר המוצע יוצר ודאות באשר למעמדה של הוראת הלקוח ביחס לביטול הוראת פירעון. ככלל הוראה כזו מובילה לביטול אלא אם יידרש ביצוע הבירור על ידי המנפיק. במצב זה נושא האחרון בחובה לשלם לשני הצדדים באופן זמני. אשר לבירור זה ההסדר המוצע מחיל על המנפיק סטנדרט התנהגות גבוה המצמצם מהותית את שיקול דעתו הרחב ומבהיר את עמימות חובתו במהלך הבירור, להבדיל מיכולת המנפיק לבחור בין אפשרויות שונות לפי התיקון. בכך נעשה ההסדר של ביטול הוראת פירעון בכרטיס החיוב התלת-צדדי ודאי כמקובל בעולם אמצעי התשלום ובצ'קים בפרט. שלישית, באופן ספציפי במישור ההרמוניה הבנקאית, ההסדר המוצע רואה בחובת הנאמנות סטנדרט לבחינת מילוי חובת המנפיק. בכך נוצרת אחידות משפטית בין ההסדר המוצע לבין ההסדרים הבנקאיים הקיימים כיום. הנושא וחשיבותו, מעבר לממד של ההרמוניה הנורמטיבית, יתבררו בהמשך.<sup>195</sup> רביעית, באופן ספציפי במישור הפנימי של הסדר כרטיסי החיוב עולה כי ההסדר המוצע חל על כל בקשה של הלקוח לבטל הוראת פירעון שניתנה בכרטיס חיוב תלת-צדדי (למשל כרטיס אשראי וכרטיס בנק כאחד). בכך

193 על חשיבות השתלבות הנורמה במרקם הנורמטיבי הישן והחדש ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 128, בעמ' 65–66.

194 להסדרים החלים על צ'ק, העברה בנקאית והוראת תשלום קבועה ראו לעיל ה"ש 136.

195 ראו להלן בעיקר בפרקים 2.ג.א(2) ו-2.ג.ב(5).

מושלת הרמוניה פנימית ונמנעת אנומליה באשר לשימוש באמצעי תשלום דומים במהותם.

שיקול שני – אמון הציבור במערכת הבנקאית: כפי שראינו, שמירת האמון בין הצדדים למערכת היחסים בכרטיס חיוב היא עקרון על בדיני הבנקאות. כשעסקינן בכרטיס חיוב תלת-צדדי מדובר בשמירתו ובחיזוקו של האמון שבין הלקוח למנפיק, בין הספק למנפיק ואף בין הלקוח לספק המצוי בקשר שוטף עם המנפיק. בכל הנוגע להסדר של ביטול הוראת פירעון, כפי שראינו לעיל, אמון זה מבוסס בעיקר על טיב הבירור שיבצע המנפיק במקרה שבו יתבקש על ידי הלקוח לבטל את הוראת הפירעון. בהקשר זה ההסדר המוצע מטיל על המנפיק סטנדרט התנהגות גבוה. על המנפיק מוטלת חובת נאמנות בנקאית. חובה זו קובעת כי במקרה של ביטול הוראת פירעון על המנפיק לרדת לפרטי עסקת היסוד ולהגיע למסקנה אם בוצעה כדין אם לאו. עוד עולה כי במסגרת ביצוע חובה זו על המנפיק לפעול במרב המקצועיות, המהימנות, ההגינות ובאמצעי ניהול גבוהים. באימוץ גישה זו יש לחזק את אמון הצדדים בהסדר של כרטיס החיוב. זאת משום שמנפיק שיקבל החלטה על סמך שיקולים עמומים ושרירותיים (גם אם בחלק מהמקרים תוצאותיה יהיו נכונות) ייצור תופעה בלתי רצויה שתפגע באמון הציבור במערכת הבנקאית.

לסיכום נקודה זו אציין עוד כי גם הדרך הפרקטית שאציע בהמשך לשם מימוש עמידת המנפיק בחובותיו כפי שהן עולות מההסדר המוצע, מגדילה את אמון הציבור בו. כפי שיפורט בהמשך, כדי לעמוד בחובותיו על המנפיק להעביר את הבירור לצד שלישי ניטרלי. היות שלאור חובה זו המנפיק איננו פותר את המחלוקת בעצמו אלא מעבירה לגוף נטול פניות, אזי החלטתו תיחשב מקצועית יותר ומכאן שמתגבר האמון שהצדדים רוחשים לו. החלטה שכזו גם מסירה כל חשש לניגוד עניינים. באופן זה תפקידו של המנפיק הופך להיות פשוט לכאורה וניטרלי ביותר. הוא מבטל את הוראת הפירעון או מקיימה – לפי תוצאת הבירור הניטרלי. אם יפעל המנפיק בדרך שתוצע על ידיי, הרי שטענה באשר לאופיו של בירור זה, ככלל, לא תופנה אליו. גם בכך מתחזק האמון בין כל הצדדים.

שיקול שלישי – הגשמת האוטונומיה החוזית: כפי שמלמד פרופ' בן-אוליאל, הלמידה על התכלית הסובייקטיבית של החוזה משתנה מעסקה בנקאית אחת למשנתה. היא כוללת בין היתר עיון בנהגים בנקאיים כלליים, באופי העסקה הבנקאית ובמערכת היחסים הקיימת בין הצדדים.<sup>196</sup> לשיטתי, כשעסקינן בסוגיה של ביטול הוראת פירעון בכרטיס חיוב, מימוש עקרונות אלה מאפשר למידה על תכליתו הסובייקטיבית של החוזה והגשמת האוטונומיה החוזית של הצדדים לאורה תוך בחינת ההסדרים הנוהגים לאמצעי

196 ראו בן-אוליאל "משכנתא בנקאית", לעיל ה"ש 67, בעמ' 134–137. יצוין כי פרופ' בן-אוליאל נותן כדוגמה חוזה הנוגע למערכת תשלומים כחווה שפרשנות סובייקטיבית נדרשת במסגרתו.

תשלום ותיקים, תוך עמידה על אופיו המיוחד של השירות הבנקאי ותוך התייחסות להרשאה שהצדדים בחרו לתת למנפיק.

מניתוח הקריטריונים האמורים עולה כי יישום ההסדר המוצע מוביל להגשמה טובה יותר של האוטונומיה החוזית של הצדדים. ראשית, ההסדר המוצע מבוסס על דין הצ'ק. דין זה הוא אחד הדינים הוותיקים ביותר במערכת היחסים שבין הבנק ללקוחו. מקורו בנוהג סוחרים ועם הזמן קיבל מקומו בחוזים הבנקאיים תוך כדי פיקוח שיפוטי הנעשה, בין היתר, על ידי פקודת השטרות.<sup>197</sup> קביעת ההסדר של כרטיס החיוב תוך היקש מדן זה מתאימה את דין כרטיס החיוב לדין הצ'ק הידוע ומצופה על ידי הלקוח. שנית, ההסדר המוצע מבוסס על בחינת האופי הבנקאי המיוחד של כרטיס החיוב. בהתאם לכך נקבעה הקונקרטיזציה של חובת הנאמנות הבנקאית. בחינת האופי הבנקאי של כרטיס החיוב נעשתה באופן מאוזן תוך התייחסות למאפיינים המיוחדים של כרטיס החיוב וכן התייחסות ליתרונות ולחסרונות של הצדדים כולם, לרבות אלו של הלקוחות והספקים. שלישיית, ביסוס הפתרון המוצע על דין השליחות, ובמיוחד על דיני ריבוי השולחים, נותן מקום להרשאתם של הלקוח והספק למנפיק. בכך יש לבסס את ההסדר על רצון הצדדים תוך הדגשת רצונותיהם של הלקוח והספק – תשלום הכפוף לביצוע בפועל של עסקת היסוד. כמו כן תשלום לשני הצדדים על ידי המנפיק עד לביצוע הבירור בדבר ביצועה כדין של עסקה זו.

שיקול רביעי – הוגנות ההסדר המשפטי: כאמור, הוגנות משפטית היא ביטוי לבחירת פתרון אחד מפתרונות משפטיים שונים המביאה לתוצאה מאוזנת מבחינת כל הצדדים. בסוגיה של ביטול הוראת פירעון בכרטיס חיוב תלת-צדדי ידועים – אצלנו ובמדינות השונות – ככלל שני פתרונות מרכזיים שכאלה: הפתרון הראשון הוא היעדר אחריות של המנפיק לפגמים שנפלו בעסקת היסוד. הפתרון השני הוא קביעת אחריות המנפיק לעצם הפגמים שנפלו בעסקת היסוד יחד עם הספק. אבחן עד כמה משקף כל אחד מפתרונות אלה אלמנטים של הוגנות כלפי שלושת הצדדים למערכת היחסים בכרטיס חיוב תלת-צדדי. לאחר מכן אבחן את הגינותו של הפתרון שהצעתי ברשימה זו. לשיטתי הפתרון הראשון אינו הוגן כלפי הלקוח והספק. כאמור, המנפיק הוא שיצר את הסדר כרטיס החיוב התלת-צדדי. הסדר זה הוא מקור לרווחים ניכרים למנפיק.<sup>198</sup> כאמור, ההסדר נסמך על עידוד ביצוע של עסקאות יסוד. לשם כך המנפיק אף מעניק שירותי פרסום לעסקת היסוד ואף משתתף לעתים במימונה. אין זה הוגן כי בהסדר שכזה לא תהיה אחריות כלשהי ליוצר ההסדר בגין תקלות שעשויות להתעורר במהלכו.

197 ראו לרנר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 55, 62–65.

198 הרווח הנקי של חברות ההנפקה בישראל היה כדלקמן: תשלובת ישראלכרט – 154,000,000 ש"ח, חברת כרטיסי אשראי לישראל – 249,000,000 ש"ח, לאומי קארד בע"מ – 138,000,000 ש"ח. הנתונים מתוך דוח הכנסת, לעיל ה"ש 2, בעמ' 11.



הפתרון השני איננו הוגן כלפי המנפיק. הלכה למעשה פתרון שכזה מטיל עליו אחריות גדולה מדי. הוא הופך אותו לחלק מעסקת היסוד<sup>199</sup> זאת בעוד שתפקידו של המנפיק הוא להפעיל מערכת תשלומים כתאגיד עזר בנקאי. משום כך גם אין זה הוגן ככלל לחייבו בגין התקלה בעסקת היסוד גופה.

לעומת שני הפתרונות האמורים הצעתי ברשימה זו פתרון אחר: תחמת אחריות המנפיק לשאלה אם נפל פגם בעסקת היסוד אם לאו, ובעקבות זאת – אחריותו לבטל את הוראת הפירעון אם לאו. אני סבור כי פתרון זה מאזן נכונה בין זכויות הצדדים. מנקודת מבטם של הלקוח והספק הוא מטיל אחריות מסוימת על המנפיק, המגשימה את ציפיותם מאמצעי תשלום זה ומאחרים – לאפשר ביטול הוראת פירעון בכפוף לביצועה של עסקת היסוד. לעומת זאת מבחינת המנפיק אין מדובר באחריות רחבה מדי. הוא איננו נדרש לשפות את הלקוח בגין הפגם עצמו אלא אך לשאת בנטל הבדיקה לקיומו של פגם כזה. פתרון שכזה הוא פתרון מאוזן יותר מבחינת כל הצדדים. הוא שומר על זכויותיו של כל צד לעסקה. הוא מביא בחשבון את ציפיותם של הלקוח והספק אך גם את מידת מעורבותו של המנפיק כפי שפורטה לעיל. בשל כך, לגישתי, הוא גם ההוגן ביותר. משכך – הוא גם הראוי ביותר.

#### (6) שיקולים מוסדיים והשלכתם על המשך הדיון

בשלב זה אבחן כמה קשיים יישומיים אשר עשויים לעלות מהחלת ניתוח הטיב המשפטי של כרטיס החיוב על הסוגיה של ביטול הוראת פירעון וכן את הדרכים המשפטיות להתמודד עם קשיים אלו. במסגרת זו אתייחס לקשיים האפשריים הבאים: ראשית, ניתן לטעון כי הפתרון שהוצע עשוי ליצור מדרון חלקלק של ביטול הוראות פירעון על ידי לקוחות אשר לא היו מרוצים מעסקת היסוד שביצעו. הדבר עלול לגרום לנזק כלכלי לא מבוטל לציבור המנפיקים. חשש זה מתחזק בייחוד בשל העובדה כי הלקוח אינו יוצא חסר ממתן הוראות ביטול שכאלה. לכאורה לכל היותר מצבו מביטול הוראת הפירעון לא יורע. שנית, ניתן לשאול עד היכן משתרעת חובת הבירור של המנפיק: אם על כל פגם חוזי איכותי וכמותי או שמא רק על פגמים מסוימים. שלישית, לאור הפתרון המוצע עשויה להיווצר תופעה שלפיה יעדיפו מנפיקים שלא להעניק שירות לספקים שלגביהם בוטל (באופן מוצדק) מספר רב של הוראות פירעון. זאת כדי להימנע מעלות בירורים נוספים. רביעית, עולה שאלת היכולת של המנפיק לפתח מומחיות בקשת תחומים כה רחבה של עסקאות יסוד.

העניינים האמורים אינם עניינים של מה בכך, והתייחסות אליהם נדרשת לשם שלמות הדיון בפתרון הסוגיה של ביטול הוראת פירעון, כפי שהיא עולה מההסדר שהוצע על ידיי. בהתייחס לעניינים אלו עמדתי היא כי פתרוןם צריך לבוא על מקומו במסגרת הסדר

199 בהקשר זה אציין כי מעניין הרציונל שמאחורי התיקון לחוק שהיה דווקא קירוב של המנפיק לעסקת היסוד. על כך ראו פרוטוקול ישיבה מס' 512 של ועדת הכלכלה, לעיל ה"ש 70, בעמ' 3, 11–13.

מסדר שני. כלומר, במסגרת הצעותי הפרקטיות לפתרון הסוגיה. במסגרת זו אני סבור כי אפשר ליצור מנגנון שיסייע בפתרון הקשיים האמורים ובר כבוד יאפשר למנפיק לעמוד בחובותיו העולות מהטיב המשפטי של מערכת היחסים בכרטיס חיוב כפי שהצגתי לעיל. בטרם אפרט בהרחבה בדבר מנגנון זה אתייחס בקצרה לדרכים שבהן אני סבור שאפשר להסיר את הקשיים האמורים במסגרתן. ראשית, את הקושי שבמדרון חלקלק של ביטול הוראות פירעון אני סבור כי אפשר למנוע על ידי הטלת השתתפות מסוימת על הצד שהבירור מבחינתו התגלה כבלתי מוצדק. כמו כן במידת הצורך ואם יתעורר חשש ממשי להתגשמות המדרון החלקלק האמור, אפשר לשקול גם הקמת מנגנון מנהלי המטיל הגבלות על השימוש בכרטיס החיוב. הגבלות שכאלה אפשר להטיל על לקוחות שהגישו מספר רב של בקשות לא מוצדקות לביטול הוראת פירעון. שנית, באשר להיקפה של חובת הבירור של המנפיק אני סבור כי בדומה לאמצעי תשלום אחרים יש לאפשר העלאת כל טענה חוזית לגיטימית במסגרת זו. עם זאת כדי ליצור ודאות אצל המנפיק אני סבור שיש להגביל את משך הזמן שבו אפשר לבטל את הוראת הפירעון. הדברים יתבהרו בהמשך. שלישית, יש להתייחס לחשש כי יסרבו המנפיקים לתת את השירות לספקים מסוימים שבעניינם התקבל מספר רב של הוראות ביטול מוצדקות. בהקשר זה חשוב להזכיר כי לפי הדין הבנקאי הכללי, חלה על המנפיק חובה להעניק שירות לכלל לקוחותיו.<sup>200</sup> בענייננו חב המנפיק חובה כזו גם לספק המקבל ממנו שירותי גבייה בכרטיס חיוב תלת-צדדי.<sup>201</sup> חובה זו נסוגה רק מסיבה סבירה לאי-מתן השירות. לכן אני סבור כי לא בנקל יוכל המנפיק לסרב מתן השירות לספק. בכך יש להפחית ממידת הקושי הנדון. עם זאת בהמשך לדבריי עוד אני סבור כי במקרים המתאימים הגבלת יכולת הספק להתקשר עם המנפיק אינה בהכרח תוצאה בלתי ראויה. רוצה לומר כי מקום שבו ספק פלוני מבצע עסקאות יסוד שלא כדין באופן ובתדירות בלתי סבירים, ייתכן שעדיף כי לא יתאפשר לו לשכלל עסקאות באמצעות כרטיס חיוב תלת-צדדי.<sup>202</sup> יתרה מזאת, במצבים כאלו ייתכן שחובת הנאמנות הבנקאית אף תטיל על המנפיק את החובה לסרב מתן השירות לספק<sup>203</sup> כדי לנתק את הקשר הקרוב שבינו לבין המנפיק, ובכך להגן על ציבור הלקוחות. רביעית, באשר לצורך של המנפיק לפתח מומחיות בתחומים שונים, אציין כי

200 בן-אוליאל דיני בנקאות: חלק כללי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 70-71. ראו עניין בנק יהב, לעיל ה"ש 40, פס' לב לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

201 על מעמדו של הספק כ"לקוח" של המנפיק ראו לעיל בפרק ב.3.

202 עמדה דומה הובאה בח"ק (שלום קר) 3765-11-08 מיתר נ' חברת רויאל קונקשן בע"מ (פורסם בנבו, 16.3.2010).

203 על חובת הבנק לסרב לתת שירות ללקוח כנגזרת של חובת האמון ראו בן-אוליאל "משכנתא בנקאית", לעיל ה"ש 67, בעמ' 174-178.

לפי הצעותיי הפרקטיות שיפורטו בהמשך, יעביר המנפיק את פתרון המחלוקת בין הצדדים לצד שלישי מקצועי וניטרלי. אם תקבל הצעתי זו, על כל רבדיה, אני סבור כי גם בעיית המקצועיות תיפתר כמו גם הבעיות האחרות שנדונו לעיל. לאור זאת אבקש כעת לדון בדרכים ליישום חובות המנפיק כפי שהן עלולות מהסדר שהוצע על ידי לעיל.

## 2. המלצות פרקטיות לאור הטיב המשפטי של כרטיס החיוב

### (א) יישום חובות המנפיק בפרקטיקה הבנקאית

(1) חובה לפתור את המחלוקת באמצעות צד שלישי ניטרלי לפי הטיב המשפטי של מערכת היחסים בכרטיס חיוב, הדרך המרכזית שעל המנפיק לנקוט כדי לעמוד בחובותיו כלפי הצדדים היא לרדת לפרטיה של עסקת היסוד ולגלות אם נפלו בה פגמים אם לאו. כפי שכבר הזכרתי לעיל, ראוי שבירור כזה לא ייעשה על ידי המנפיק עצמו, משתי סיבות עיקריות: הראשונה – אין בידי המנפיק הכלים או הסמכות להגיע להכרעה המחייבת משפטית בשאלה אם בוצעה עסקת היסוד כדין אם לאו. הלכה למעשה תמיד קיימת האפשרות כי בית המשפט המוסמך יחליט החלטה שונה מזו שהחליט המנפיק גם אם הלה יפעל כמיטב יכולתו. לכן, ובייחוד בשל האופי הנוקשה של חובת הנאמנות הבנקאית, עשוי המנפיק לחוב כמי שביטל את הוראת הפירעון שלא כדין. הסיבה השנייה לאי-ביצוע הבירור על ידי המנפיק נוגעת לניגוד העניינים שבו מצוי המנפיק במסגרת העסקה. הלכה למעשה האינטרס המרכזי של המנפיק בקיום עסקאות יסוד באמצעות הכרטיס תמיד עלול לגרום לו להתפתות ולהעדיף צד אחד על משנהו. כך או כך כל דרך שבה יחליט המנפיק גם עשויה להוביל לפגיעה באמון שבינו לבין הצד שנגרד הוא החליט. בנוסף, המנפיק הוא גם מי שהכניס את הצדדים למצב הבעייתי שבו מחד חלה עליו החובה לרדת לפרטי עסקת היסוד ולגלות אם נפלו בה פגמים, ומאידך אין בידו הכלים המשפטיים להגיע למסקנה שכזו. אין זה הגיוני כי המנפיק הוא שיפתור את הקונפליקט שהוא עצמו יצר. הדבר גם אינו אפשרי לפי דיני השליחות הנוגעים לחובת השלוח שהוביל להפרת שליחותו.<sup>204</sup>

לדידי, כדי לעמוד בחובותו לצדדים על המנפיק לבקש את עצתו של צד שלישי ניטרלי אשר יכריע בסכסוך הנוגע לעסקת היסוד. כך נפתרת הדילמה שבפני המנפיק והוא יכול למלא את חובותיו בלא חשש. עם זאת הסתייעות בצד שלישי ניטרלי יכולה להועיל למנפיק רק בשני תנאים: ראשית, כי הצד השלישי יהיה מוסמך לקבל הכרעה שתחייב את הצדדים מבחינה משפטית; שנית, כי המנפיק ישלם לשני הצדדים – הלקוח והספק – באופן זמני, עד להכרעה על ידי הצד השלישי. ארחיב את דבריי באשר למנגנון האמור ולקשר שבין בחירתו לבין חובת התשלום הזמני לשני הצדדים החלה על המנפיק.

<sup>204</sup> Laby, לעיל ה"ש 60, בעמ' 91-92; לניתוח סוגיה זו בהרחבה ראו חיים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 242-244.

כדי להגיע להכרעה מחייבת וחד-משמעית במחלוקת שבין הצדדים ולהחליט לאורה אם לבטל את הוראת הפירעון אם לאו, יכול המנפיק ליזום הסדר שבו יסכימו הצדדים ביניהם על מנגנון פתרון סכסוכים המחייב מבחינה משפטית. מנגנון שכזה עשוי להביא למענה מהיר לשאלות העולות בדבר עסקת היסוד וליצור ודאות אצל המנפיק לעניין חובתו לבטל הוראת הפירעון אם לאו. אשר למנגנון זה יש לבחון שתי נקודות חשובות: הראשונה נוגעת לטיב המנגנון שעל המנפיק להפעיל כדי לצאת ידי חובתו בכל הנוגע לביטול הוראת הפירעון; השנייה נוגעת לאופי הבירור שיש לקיים באמצעות המנגנון האמור.

באשר לנקודה הראשונה קיימים כידוע כמה וכמה מנגנונים לבירור סכסוכים, החל מבירור שנעשה על-ידי המנפיק עצמו וכלה בהכרעה שיפוטית.<sup>205</sup> עם זאת כבר ראינו לעיל כי המנגנון הנדרש בענייננו צריך להיות מנגנון מהיר, ניטרלי ומחייב משפטית. לאור קריטריונים אלו סבור אני כי המנגנון המצוי המתאים ביותר שיכול המנפיק לאמץ הוא מנגנון הבוררות, כפי שנקבע בחוק הבוררות.<sup>206</sup> כידוע, מנגנון הבוררות מהיר מבירור שיפוטי בבית המשפט. הוא אף מאפשר לצדדים לגדור מראש את אופי הבירור והיקפו. בכך מצמצם מנגנון זה את משך הזמן שבו המנפיק נושא בנטל התשלום לשני הצדדים. זאת ועוד, מנגנון הבוררות ככלל מחייב משפטית, ובכך יש כדי ליצור אצל המנפיק את הוודאות הנדרשת לשם הקביעה אם לבטל את הוראת הפירעון אם לאו. אכן, אין להכחיש כי לפי חוק הבוררות רשאים הצדדים לפנות לבית המשפט ולערער או לבקש לבטל את פסק הבורר, והדבר יפגע בבירור המהיר של ההליך וברצינות של ההסדר

205 המנגנונים האפשריים הנוספים המוכרים בדין המצוי שלנו הם פשרה שיפוטית לפי סעיף 79 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984; הליך הבוררות לפי סעיף 79 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 ולפי חוק הבוררות, התשכ"ח-1968; הליך הגישור לפי סעיף 79 לחוק בתי המשפט. על מנגנונים אלו ועל דרכים נוספות ליישוב סכסוכים המוכרות במדינות השונות ראו מרדכי מירוני "גישור ו-ADR: שמונים שנות היסטוריה כבסיס לשינוי בהגדרת תפקידם של בית המשפט והשופט" הרשות השופטת 29, 32, 32-40 (1999); מיכל אגמון "הליכים חלופיים ליישוב סכסוכים: ללמוד מניסיונם של אחרים" הרשות השופטת 29, 61, 61-64 (1999).

206 יצוין כי אמנם הסכמת הצדדים לבוררות לא תהיה בהסכם אחד ואחיד אלא בפועל תנבע משני הסכמים נפרדים. עם זאת לאור ההלכות הידועות בתחום הבוררות נראה לי כי הסכמה שכזו מהווה הסכם בוררות כמשמעו בסעיף 1 לחוק הבוררות. כך למשל הרחיבה הפסיקה את תחולת הוראת בוררות בין קונה למוכר גם כלפי ערב (סמדר אוטולנגי בוררות – דין ונוהל כרך א 108 (2005)). כך גם מקובלת הדעה כי מוטב בחוזה שנעשה לטובתו נחשב צד להסדר הבוררות שנקבע באותו הסכם. שם, בעמ' 95-97. לכן לא נראה לי שיש קושי מקום שבו שני הצדדים הסכימו במפורש ובכתב להסכם הבוררות תוך מודעות להסכמתו של הצד השני. עוד יצוין כי אין מניעה שהבורר ימונה על ידי המנפיק – כל עוד מדובר בגורם ניטרלי ומוסמך, בעל השכלה וניסיון משפטי לפתרון הסכסוך. לעניין מיהות הבורר ראו שם, בעמ' 435-461. באשר לאפשרות מינוי בורר על ידי צד שלישי ראו שם, בעמ' 396-403.

כולו.<sup>207</sup> עם זאת נראה לי כי במצב שכזה את השאלה אם יישא המנפיק באחריות שבאי-ביטול הוראת הפירעון לאחר הכרעתו של הבורר, יש להניח לפתחו של בית המשפט שידון בבקשה לביטול פסק הבורר או בערעור עליה, הואיל ובמצב שכזה יש לבחון כל מקרה לפי נסיבותיו הוא. עוד יש להבהיר באשר להצעה הנוגעת לבחירה במנגנון הבוררות, כי המנפיק עשוי גם לבחור בכל מנגנון אחר המאפשר בירור המחלוקת בין הצדדים. למשל, הוא עשוי לבצע הבירור בעצמו. הוא אף עשוי להמתין לבירור הסוגיה בבית המשפט המוסמך. עם זאת נקיטת דרכים אחרות – למשל אלו שציינתי לעיל – עשויה לחשוף את המנפיק לסיכונים שונים. למשל, הכרעה שיכריע המנפיק עצמו נגועה מניה וביה בניגוד עניינים. הימצאות המנפיק בניגוד עניינים שכזה בין שני לקוחותיו שהעניקו לו כוח ייצוג לביצוע פעולה משפטית היא הפרה של חובת הנאמנות שבחוק השליחות. זאת ועוד, המתנה להכרעה שיפוטית כרוכה בעלויות לא מבוטלות למנפיק משום שהיא תימשך זמן לא מבוטל שבו חב המנפיק לשאת בתשלום ללקוח ולספק. בשל כל זאת נראה לי כי קביעה בחוזים שמנסח המנפיק – שהכרעה בסכסוך שמקורו בבקשת הלקוח לבטל את הוראת הפירעון, אם יתעורר, תיעשה באמצעות מנגנון בורות ניטרלי וגדור – עולה בקנה אחד עם חובותיו של המנפיק לצדדים ומצמצמת צמצום ניכר את תקופת התשלום לשניהם.

כעת אתייחס לנקודה השנייה – היא הנוגעת לאופי הבירור ולדרך שיש לנקוט במסגרת מנגנון הבוררות שהוצע לעיל. כידוע מנגנון הבוררות הוא מנגנון די גמיש, המאפשר לצדדים לקבוע את גדריו בכפוף להוראות החוק. בקביעת גדרי מנגנון הבוררות בענייננו יש לתת משקל לאינטרסים של הלקוח ושל הספק כפי שבוטאו לעיל, אך גם לאינטרסים של המנפיק. כמו כן יש לפתור את הקשיים המוסדיים שצוינו על ידי בכל הנוגע ליישומו של ההסדר המוצע. לפיכך אני סבור כי המנגנון שיוקם צריך לעמוד בקווי היסוד הבאים: ראשית, אני סבור כי על המנגנון להיות ממומן ככלל על ידי המנפיק הואיל וכינון המנגנון נטוע בחובת המנפיק לצדדים לפי הטיב המשפטי של אמצעי התשלום שיצר. אך הגיוני הוא כי קיום מנגנון העולה מחובתו של פלוני ימומן על ידי פלוני. עם זאת אינני שולל את האפשרות לגבות מן הצדדים תשלום מסוים בסכום סמלי בגין כל בקשה לבטל את הוראת הפירעון. תכליתו של תשלום זה איננה העברת מימון המנגנון אל כתפי הלקוח או הספק אלא חיזוק שיתוף הפעולה בין הצדדים על ידי מניעת ניצול לרעה של המנגנון והמעטה בקיומן של תביעות סרק. כמובן, שלאחר קיום הבירור יש להשיב תשלום זה לצד שהבירור מבחינתו היה מוצדק. אפשר לשקול אף הטלת תשלום שכזה רק החל ממספר מסוים של פניות חלף החלתה מהפנייה הראשונה. בהקשר זה אציין כי הסדר דומה קיים בחוק כרטיסי חיוב בעניין שימוש לרעה.<sup>208</sup> במקרה של שימוש לרעה בכרטיס חיוב מוטל על הלקוח לשלם סכום השתתפות מינימלי. גם

207 ראו ס' 24 לחוק הבוררות.

208 ס' 5 ו-6 לחוק כרטיסי חיוב.

הרציונל לקביעת סכום זה אינו העברת מימון ההסדר לכתפי הלקוח אלא עידודו לשתף פעולה עם המנפיק על דרך הודעה בהקדם על אבדן הכרטיס.<sup>209</sup> נוסף על הדברים האמורים, ואם יתגשם החשש ממדרון חלקלק של ריבוי ביטול הוראת פירעון בלתי מוצדק, אפשר גם ליצור מנגנון מנהלי הדומה באופיו לזה הקיים בחוק שיקים ללא כיסוי.<sup>210</sup> מנגנון שכזה יגביל את סמכותם של לקוחות שכבר הגישו כמה דרישות ביטול לא מוצדקות למנפיק בפרק זמן מסוים להשתמש בכרטיס החיוב שימושים שונים. אני סבור שיצירת שני מנגנונים אלו גם תצמצם חשש אחר – מפני הגשת בקשות ביטול באשר לעסקאות בסכומי כסף קטנים וזניחים. הנקודה השנייה שבה אדון היא התנאים הנוגעים למשך זמן הבוררות. בהקשר זה אני סבור כי ככלל אפשר לקבוע שקיום הבוררות ייערך על סמך מסמכים הנוגעים לעסקת היסוד בלבד, והדיונים בו יוגבלו לפגישה אחת או שתיים לכל היותר וכן לראיות שיובאו במהלכן.<sup>211</sup> היות שבדרך כלל בעסקאות בכרטיס חיוב מדובר בעסקאות צרכניות, גם לא צריך להיות קושי בקביעה שכזו.<sup>212</sup> הגבלה שכזו אף תשרת את אינטרס המנפיק לסיום הבירור במהירות וכן תזיל את עלות הבירור מבחינתו ותצמצם את משך הזמן שבו עליו לשלם לשני הצדדים. בנוסף, הגבלה שכזו עשויה גם לעודד את הלקוח ואת הספק שלא להגיש תביעות סרק, שכן הם יודעים כי הליך הבירור יסתיים במהירות רבה.<sup>213</sup> נקודה שלישית שבה אבקש לדון היא טיב הפגמים שבהם צריך לעסוק המנגנון האמור. עמדתי היא כי במסגרת המנגנון יש לאפשר העלאת כל פגם<sup>214</sup> הנוגע לעסקת היסוד, כפי שמקובל באמצעי תשלום אחרים. למשל, כשמדובר בצ'ק כל טענה חוזית הנוגעת לעסקת היסוד היא הגנה טובה בין צדדים הקרובים לעסקת היסוד.<sup>215</sup> יש לגזור גזירה שווה גם לעניין כרטיס חיוב תלת-צדדי. כמו כן, ובמיוחד בשל האפשרות לדרוש את ביטול הוראת הפירעון בגין כל פגם שנפל בעסקת היסוד, יש לשיטתי להגביל את משך הזמן שבו יכול הלקוח לבקש את ביטול הוראת הפירעון. החובה להגביל את משך הזמן לביטול הוראת הפירעון נובעת מהאפשרות שפגמים איכותיים בעסקת היסוד ייגרמו גם לאחר תקופה ממושכת מאז מועד התשלום. כדי למנוע מצבים שכאלה ולא לקפח את זכויות המנפיק והספק לסופיות וודאות יש לבחור בתקופת זמן סבירה שלאחריה לא יוכל עוד הלקוח לבטל את הוראת

209 פרוטוקול ישיבה מס' 512 של ועדת הכלכלה, לעיל ה"ש 70, בעמ' 3.  
 210 חוק שיקים ללא כיסוי, התשמ"א-1981. כידוע, המנגנון שבחוק שיקים ללא כיסוי הוקם עקב "מכת מדינה" של ריבוי צ'קים שהוצגו לפירעון מבלי שלבנק הנמשך תהיה החובה לכבדם. על כך ראו בן-אוליאל דיני בנקאות: חלק כללי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 33; חיים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 122-124.  
 211 אוטולנגי, לעיל ה"ש 206, בעמ' 213-218. במקרים מסובכים יכול ההסדר להשאיר שיקול דעת מצומצם לבורר להעריך הדיון בעוד כמה ישיבות.  
 212 לעניין זה ראו דברי לעיל בה"ש 132.  
 213 לשיקול דומה בתחום דיני הביטוח הרואה במנגנון הבוררות מנגנון יעיל שיכול למנוע הפרות אופרטוניסטיות מצד המבטח ראו שחר ולר חוק חוזה ביטוח, התשמ"א-1981 639-640 (2005).  
 214 לפי סעיף 11 לחוק המכר, לא קיים המוכר את חיוביו אם הממכר לקה בפרט איכותי או כמותי.  
 215 לרנר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 291.

הפירעון. יש למדוד תקופת זמן זו מיום הספקת השירותים או המוצרים שבבסיס עסקת היסוד. באימוץ גישה שכזו נשמר לדעתי האיזון הראוי בין הצדדים השונים. הלקוח מחד יכול לבקש את ביטול הוראת הפירעון בגין כל פגם בעסקת היסוד,<sup>216</sup> והמנפיק והספק מאידך מוגנים באמצעות משך הזמן המצומצם שבו אפשר להעלות טענות אלו. כך גם נשמרת כאמור ההרמוניה המשפטית בין ההסדרים השונים בתחום אמצעי התשלום. נקודה רביעית בהקשר זה היא ייצוג הצדדים בהליך הבירור. ככלל, הואיל ומדובר בעסקאות צרכניות, נראה לי כי הדיונים האמורים יכולים להתקיים ללא ייצוג הצדדים. זאת על פי הנהוג בבית המשפט בתביעות שכאלה.<sup>217</sup> כך גם לא יהפכו ההליכים להליכים מורכבים מבחינת הלקוח והספק. נקודה חמישית ואחרונה: כדי להפוך את ההסדר לברור ואפקטיבי ללקוח, על המנפיק לקיים את חובת הגילוי ולהסביר ללקוח ולספק בלשון ברורה את המנגנון האמור ואת התנאים הרלוונטיים בו.

לדידי, מנפיק אשר יפעל לפי קווי היסוד שהתוויתי לעיל, מפחית את הסיכון שבביטול שגוי של הוראת פירעון הפחתה ניכרת. הלכה למעשה באמצעות מנגנון שכזה שומר המנפיק על האינטרסים החד-ממדיים של הצדדים שלפיהם נאמנותו נתונה לכל אחד מהם, אך גם שומר על חובתו לפי הדין הראוי ולפי ההרשאה שקיבל משניהם. זאת ועוד, בשל ניגוד העניינים האינהרנטי שמצב זה יוצר למנפיק, העיקרון שלפיו לא הוא שיכריע בסוגיה כי אם צד שלישי המחויב לניטרליות יכול לחזק את האמון שכבר קיים בין הצדדים, ובסופו של דבר אף לעודד את השימוש בכרטיס החיוב כאמצעי תשלום אמין ויעיל.

לסיום, וכדי שלא לשחרר את המנפיק מחובתו בטרם הושלם הבירור האמור, כבר קבעתי לעיל כי חל עליו נטל התשלום הזמני לשני הצדדים – הלקוח והספק. נטל זה רובץ על המנפיק עד שיסתיים הבירור, והוא יעמוד בחובתו לדעת אם לבטל את הוראת הפירעון אם לאו.

## (2) חובת גילוי

אחריותו המרכזית של המנפיק – לפי ההסדר המוצע במחקר זה – היא לרדת לפרטי עסקת היסוד ולבחון אם נפלו בה פגמים. חובה זו רצוי שתיעשה באמצעות המנגנון

216 למגמה חקיקתית דומה בעת האחרונה ראו תקנות הגנת הצרכן (ביטול עסקה), התשע"א–2010, ק"ת 16.

217 נושא שלילת הייצוג בפני בורר טרם הוכרע אצלנו באופן חד-משמעי. לעניין זה ע"א 468/89 קידרון נ' בורסת היהלומים, פ"ד מה(5) 177, 191–192 (1991). עם זאת היות שמרבית העסקאות בכרטיס חיוב הן עסקאות צרכניות שעשויות להידון בבית המשפט לתביעות קטנות – שם ככלל מתקיימים הדיונים ללא ייצוג מכוח סעיף 63 לחוק בתי המשפט – נראה לי שהיעדר הייצוג גם בהליכי הבוררות במצב שכזה הוא כדין. עם זאת נראה לי כי אפשר לכלול תניה בהסדר הבוררות הקובעת כי בהסכמת שני הצדדים אפשר להסכים על נוכחות עורכי דין.

שפורט לעיל. עם זאת, ובייחוד בשל עמימות התיקון לחוק כרטיסי חיוב<sup>218</sup> אשר מעניק שיקול דעת רחב למנפיק, לא מן הנמנע כי יבחרו המנפיקים להפעיל מנגנונים אחרים ושונים מזה שהצעת. אם ייעשה כך, הדבר יוביל לדעתי לשתי תוצאות עיקריות: הראשונה, במצב זה המנפיק עשוי להפר את חובותיו כלפי הלקוח. זאת לפי ההסדר שהצעתי לעיל; השנייה, עדיין יחולו על המנפיק חובות אחרות הנוספות על חובתו להפעיל מנגנון זה. חובה מרכזית שממשיכה לחול על המנפיק, ואשר בה אבקש להתמקד כעת, היא חובת הגילוי. חובה זו נובעת גם מן הקונקרטיזציה של חובת הנאמנות הבנקאית וגם בשל היותו של המנפיק שלוח של הלקוח ושל הספק. מה היא חובת הגילוי במקרה דנן?

ראשית על המנפיק לגלות לצדדים כי במסגרת העסקה הוא מחויב בחובה כפולה לשניהם, כלומר, כי במקרה של פגמים בעסקת היסוד אין הוא מחויב חד-משמעית שלא לפרוע את חבות הלקוח או לגבות את חובו של הספק, אלא כי מחויב הוא לפעול בהתאם למידת הביצוע של עסקת היסוד. הדברים אינם ברורים לכול, ועל כן גילויים בריש גלי הכרחי כדי להעמיד את הצדדים על טיבו האמתי של השירות ולחזק את האמון בין הצדדים כולם.<sup>219</sup> זאת ועוד, על המנפיק לגלות לצדדים את המדיניות שהוא נוקט במקרים של ביטול הוראת פירעון – זאת גם בשל הביקורת על ההסדר החוקי בסוגיה. קרי, עליו להבהיר את הנסיבות שבהן ביטול שכזה אפשרי, ואת אופן הבירור שהוא מקיים בכל הנוגע לעסקת היסוד. גילוי שכזה חשוב בייחוד לאחר התיקון לחוק כרטיסי חיוב, שבו כאמור לעיל יכול המנפיק – לפי האופן שבו יבחר לפרש את החוק – לפעול בדרכים שונות באשר לביטול הוראת הפירעון ובירור הסכסוך בין הצדדים.<sup>220</sup> בנקיטת פעולות גילוי שכאלה עשוי המנפיק לצמצם את אינטרס ההסתמכות של הצדדים באשר לקיומה של מדיניות שבפועל הוא אינו סבור שעליו ליישם.

זאת ועוד, ובאשר ליישום חובת הגילוי, לדידי לא די אם יגלה המנפיק את העניינים האמורים בחוזה שבין הצדדים. על המנפיק לגלות פרטים אלו במסמך הברור מבחינה לשונית לצדדים.<sup>221</sup> לעניין זה אפשר לאמץ את ההסדר הקבוע בתקנות כרטיסי חיוב, הקובע כי על המנפיק למסור דברי הסבר שונים ללקוח.<sup>222</sup> מלבד זאת לא מן הנמנע כי

218 על עמימות התיקון בנקודה זו ראו לעיל בפרק ג.1(א)(3).

219 על חובת גילוי כחלק מחובת הנאמנות וכאמצעי לפתרון הקונפליקט שבו מצוי הבנק ראו פלאטו-שנער, לעיל ה"ש 41, בעמ' 188–195.

220 חובה זו של המנפיק עולה גם מחובתו של המנפיק להעניק ללקוח ולספק הסברים על אופי השירות. לעניין זה ראו חיים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 191–192, 223–224.

221 לעניין החשיבות שבקליטת הגילוי ראו ויקרדו בן-אוליאל "משכנתא בנקאית", לעיל ה"ש 67, בעמ' 149–156.

222 לפי סעיף 8 לתקנות כרטיסי חיוב, על המנפיק למסור ללקוח את הפרטים האלה: האחריות המוטלת על הלקוח בשל שימוש לרעה בכרטיס; החשיבות שבמסירת הודעה למנפיק על אבדן של כרטיס חיוב או גנבתו או על שימוש לרעה בו בהקדם האפשרי; המען של המנפיק ומספר הטלפון שלו



לפי מיהות הלקוח תחול על פקיד הבנק גם החובה להסביר את תוכן המדיניות בעל פה, בשפה פשוטה ובאופן ברור תוך וידוא כי הלקוח הבין את פשר הדברים ואת החלופות העומדות לרשותו.<sup>223</sup> מנפיק שפועל באופן האמור לעיל גם מגדיל את יכולת הלקוח, במקרים המתאימים, לעשות שימוש באמצעי תשלום חלופיים – דוגמת צ'ק או העברה בנקאית. מדובר באמצעי תשלום שבהם אפשר לבטל את הוראת הפירעון ושבהם אין התאגיד הבנקאי מצוי במצב של חובה כפולה לצדדים.<sup>224</sup>

### (ב) פרשנות התיקון לחוק לאור הטיב המשפטי של כרטיס החיוב

כפי שראינו לעיל, התיקון לחוק כרטיסי חיוב התיימר לקבוע את חובת המנפיק לבטל את הוראת הפירעון שנתן הלקוח במקרים של היעדר קבלת תמורה בעסקת היסוד ששוכללה באמצעות כרטיס אשראי. עם זאת בשל עמימותו הרבה של התיקון הלכה למעשה נראה שחובות המנפיק בעניין זה לא ישתנו. מכאן גם רבה הביקורת, כפי שהצגתי לעיל, על אופי התיקון.

לעיל ניסיתי להציע דרך משפטית אחרת, נכונה יותר לגישתי, הנסמכת על הטיב המשפטי של מערכת היחסים בכרטיס חיוב ואשר עיקריה הוצגו לעיל. לפי דרך זו נושא המנפיק באחריות אם ביטל את הוראת הפירעון של הלקוח מקום שבו עסקת היסוד בוצעה כדין, או אם סירב לביטול שכזה מקום שבו נפלו פגמים בעסקת היסוד.

כעת אתייחס באופן ספציפי להוראות התיקון לחוק לאור הצעותי האמורות להסדרת הסוגיה. כפי שאציע, אפשר לפרש את הוראות החוק או לשנות את הדין באופן שיהיה אפשר להגיע לתוצאות משפטיות צודקות וראויות מאלו הקיימות או העשויות להתפרש היום.

### (1) הכלל הגדול – ביטול בשל הודעת הלקוח

הכלל הגדול שקובע התיקון לחוק הוא כי המנפיק יבטל את הוראת הפירעון לכשתינתן הודעת הלקוח בדבר שני עניינים: הראשון כי הנכס לא סופק לו, ואילו השני כי הלקוח ביטל את העסקה עם הספק.<sup>225</sup>

למסירת הודעות ודרך מסירת הודעות; השימושים העיקריים שלהם מיועד כרטיס החיוב; החשיבות בשמירה על סודיות הצופן; החזרת הכרטיס למנפיק בידי הלקוח ודרך החזרתו; היה כרטיס החיוב כרטיס חיוב – גם את אפיון מקומות הטעינה ואופן טעינת הכרטיס.

223 על כך ראו פלאטו-שנער, לעיל ה"ש 41, בעמ' 235–243.

224 על אפשרות ביטול הוראת פירעון בצ'ק ראו סעיף (1)75 לפקודת השטרות; עוד ראו בן-אוליאל דיני בנקאות: חלק כללי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 329–336. להסדר החל על ההעברה הבנקאית ולאפשרויות ביטול הפירעון בו ראו שם, בעמ' 419–426.

225 ראו ס' 10(א) לחוק כרטיסי חיוב. יצוין כי כלל זה שונה מהכלל הקבוע בפקודת השטרות. לפי סעיף (1)75 לפקודת השטרות די בהודעת הלקוח לשם ביטול הודעת הפירעון. עם זאת חשוב לזכור כי שלא כמו המצב החל בשימוש בצ'ק, בענייננו חובת המנפיק חלה כלפי הלקוח והספק כאחד.

כנקודת מוצא גם אני סבור כי מוטלת על המנפיק החובה לבטל את הוראת הפירעון שנתן הלקוח. לפיכך ככל שקביעה זו עולה מן ההסדר החוקי, לדעתי בנקודה זו מדובר בהסדר ראוי. עם זאת, ולפי המסקנות שהסקתי לעיל, יש להיזהר לבל יתפרש כלל זה באופן המשפיע על מישור היחסים בין הלקוח לספק – הוא מישור היחסים של עסקת היסוד. רוצה לומר, כי אין לפרש כלל זה כמכריע באשר לנכונות הטענה של הפגם שנפל בעסקת היסוד אף לא ברמה של חזקה ראייתית. אבהיר את דבריי:

בהתאם למסקנותיי, מוטלת על המנפיק החובה לרדת לפרטי עסקת היסוד בין הלקוח לבין הספק ולקבוע אם זו בוצעה כדין אם לאו. עם זאת לפי לשון החוק דלעיל, עשוי המנפיק לבקש לראות בהוראת החוק האמורה כזו היוצרת חזקה ראייתית בעניין עצם קיומם של פגמים בעסקת היסוד. הלכה למעשה משחרר הדבר את המנפיק מאחריותו לרדת לפרטי עסקת היסוד, בניגוד לדין הראוי לשיטתי. בנוסף, הדבר אף פוגע באינטרס הלגיטימי של הספק, כי אין כל סיבה שהמנפיק יעדיף את גרסת הלקוח בדבר פגמים שנפלו בעסקת היסוד על זו שלו.

לכן לשיטתי הכלל הקובע את חובת המנפיק לבטל את הוראת הפירעון לפי הודעת הלקוח צריך להתפרש באופן שהוא מצהיר על קיומה של עצם חובת המנפיק לבטל את הוראת הפירעון שנתן הלקוח. באשר לאופן קיום החובה, אם יעלה הספק טענה נוגדת ולפיה לא התרחש הפגם, אין המנפיק רשאי להעדיף את גרסת הלקוח על פני זו של הספק בשל הכלל האמור. במצב שכזה נראה כי יידרש המנפיק לשאת את התשלום הזמני לשני הצדדים ולהפעיל את מנגנון פתרון הסכסוכים כפי שהוצע לעיל. הדברים יתיישבו גם עם פרשנות הוראות אחרות של התיקון, כפי שיפורט בהמשך.<sup>226</sup>

מלבד זאת מתן פרשנות ראייתית להוראות התיקון עלולה גם לפגוע, שלא לצורך, באחד היתרונות החשובים של הסדר כרטיס חיוב תלת-צדדי מבחינת ציבור הספקים – הוא ודאות הפירעון. כזכור, הספקים הם הנושאים על גבם את עיקר עלות העסקה, זאת בעיקר לאור ודאות הפירעון הקיימת בצדה. מצב הקובע חזקה ראייתית לטובת הלקוח במישור היחסים שבינו לבין הספק יפגע בוודאות הפירעון ואף יעמיד את שכלול העסקאות בכרטיס חיוב בעמדת נחיתות לעומת עסקאות הנעשות באמצעי תשלום אחר שבהן לא נוצרת חזקה דומה שכזו.<sup>227</sup>

(2) החריג לכלל – התנגדות הספק לביטול

הכלל הגדול שקובע התיקון בדבר חובת המנפיק לבטל את הוראת הפירעון לפי הודעת הלקוח איננו מוחלט. לכלל זה קבע התיקון חריג ולפיו על המנפיק לשוב ולקיים את

226 ראו להלן בפרק 2.ג(ב)5.

227 לעניין זה ראו גם *Preserving consumer defenses in Credit Card Transactions*, 81 YALE L.J. 287, 298–300 (1971).

הוראת הפירעון אם נוכח לדעת כי לא היה ממש בטענת הלקוח.<sup>228</sup> חריג זה משקף הלכה למעשה את האינטרס המוגן של שני הצדדים, את חובת הנאמנות של המנפיק המגנה על אינטרס זה ואת ההרשאה שניתנה לו. על אף זאת החריג לכלל לוקה בעמימות באשר לאופן ביצועו. כלומר, באשר לשאלה כיצד יוכל המנפיק להיווכח – או לקבוע – אם אכן היה ממש בהודעת הלקוח, אם לאו. לכאורה אפשר לטעון כי המחוקק השאיר את השאלה לשיקול דעתו של המנפיק. אם נקבל פרשנות שכזו אזי הלכה למעשה המנפיק הוא שקובע אם לבטל את הוראת הפירעון אם לאו. לכן מצב זה איננו שונה הרבה מזה שקדם לתיקון, שגם בו היה שיקול הדעת האמור נתון לרצונו של המנפיק.<sup>229</sup> עם זאת, ואם את עמימות החריג החוקי האמור נפיג באמצעות תוכן שניצוק בו על פי השיקולים שהצעתי ברשימה זו, תהיה התוצאה שונה מזו שהוצגה. במצב שכזה חובת המנפיק תהיה לבחון את אמיתות הודעת הלקוח באופן מהותי בהתאם לחובתו לרדת לפרטי עסקת היסוד ולהגיע למסקנה אם היא בוצעה כדין אם לאו. כדי להוסיף וליצוק תוכן מהותי בחובה זו יהיה על המנפיק גם להקים מנגנון ליישוב סכסוכים שייוצרו בין ספקים ולקוחות הנוגעים לעסקאות יסוד.<sup>230</sup> מנגנון שכזה ייתן בידי המנפיק כלי של ממש כדי לעמוד בחובתו לבצע את הוראת הלקוח או לקבל את התנגדות הספק בהתאם לביצוע בפועל של עסקת היסוד.

### (3) ביטול בגין כישלון תמורה מלא או חלקי

התיקון לחוק כרטיסי חיוב מאפשר ביטול הוראות פירעון במקרה שבו הנכס "לא סופק" ללקוח.<sup>231</sup> בעקבות זאת נשאלת השאלה אם מדובר בחובת המנפיק לבטל את הוראת הפירעון רק במקרים של אי-הספקה חד-משמעית ומוחלט, או שמא משתרע הביטול גם על פגמים חוזיים אחרים. במילים אחרות: האם האפשרות לבטל את הוראת הפירעון מוגבלת למצבים מסוימים של כישלון תמורה מלא או שמא היא חלה גם במצבים של כישלון תמורה חלקי? בטרם התיקון לחוק היו הדעות בנושא חלוקות ושונות. מן העבר האחד ננקטה פרשנות מצומצמת ולפיה הוראות החוק מאפשרות את ביטול הוראת הפירעון רק במקרים מסוימים של כישלון תמורה מלא,<sup>232</sup> ומן העבר השני ננקטה פרשנות מרחיבה ולפיה הוראות החוק מאפשרות את ביטול הוראת הפירעון גם במקרים של כישלון תמורה חלקי.<sup>233</sup>

228 לפי התיקון לחוק, על המנפיק חלה גם החובה למסור ללקוח ראיות והסברים באשר למסקנה שאליה הגיע. לעניין זה ראו סעיף 10(ג) לחוק כרטיסי חיוב.

229 ראו לעיל בפרק ג.1(א)(1).

230 באשר למנגנון שכזה ראו להלן בפרק ג.2(א)(1).

231 ראו ס' 10(א) לחוק כרטיסי חיוב.

232 עניין הכל לים, לעיל ה"ש 92, פס' 3 לפסק דינה של השופטת אלשיך.

233 ברק ופרידמן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 170–171; בריצמן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 391–392.

לגישתי, לאור השיקולים שהצגתי לעיל הפרשנות הראויה שיש לתת לביטוי "לא סופק" היא פרשנות מרחיבה הכוללת בתוכה גם כישלון תמורה חלקי, לרבות פגמים בנכס או בשירות וכן סטייה מן האמור בעסקת היסוד. למסקנה זו אני מגיע משלושה נימוקים עיקריים: הנימוק הראשון הוא היקש מדין הצ'ק.<sup>234</sup> לעיל הצעתי לעשות שימוש בדין הצ'ק, המוביל לשיטתי לחובת המנפיק לבטל את הוראת הפירעון שנתן הלקוח רק אם אכן נפלו פגמים בעסקת היסוד. בדומה לכך סבור אני כי גם באשר לטיבם של פגמים אלו יכול דין הצ'ק לסייע. כידוע, ההלכה בתחום דיני השטרות היא כי כישלון תמורה חלקי הוא טענת הגנה טובה, אך זאת כשמדובר בכישלון תמורה חלקי קצוב.<sup>235</sup> בעניין זה מקובלת עליי עמדתו של פרופ' לרנר, המבקר את ההלכה ומציע כי גם כישלון תמורה חלקי שאינו קצוב יהיה טענת הגנה שטרית טובה.<sup>236</sup> הצעתי היא כי יש לאמץ את ההלכה הפסוקה, לרבות את הצעתו של פרופ' לרנר ובייחוד בנוגע לעסקה בכרטיס חיוב תלת-צדדי. אנמק את דבריי: בבסיס עמדתו האמורה של פרופ' לרנר עומדים שני שיקולים עיקריים: הראשון הוא שאיפה לקצר ולייעל הליכים משפטיים כדי שלא ינוהל הליך כפול באשר לשאלה השטרית ולזו הנוגעת לעסקת היסוד;<sup>237</sup> השני הוא שיקול של הרמוניה חקיקתית של הדין השטרי עם דיני החוזים ודיני המכר.<sup>238</sup> דברים אלו של פרופ' לרנר מקבלים משנה תוקף בתחום כרטיסי החיוב לאור השיקולים שעולים מהסדר שהוצג ברשימה זו. הלכה למעשה, כפי שהצעתי לעיל, השאלה בדבר הפגמים שנפלו בעסקת היסוד עוסקת בחובת המנפיק לקצר את ההליכים בבדיקה אם נפלו בה פגמים אם לא, וזאת על ידי מנגנון חלופי לפתרון הסכסוך בין הצדדים. עם יישום מנגנון זה, הרי שאך הגיוני כי הוא יבחן את כל ההיבטים הנוגעים לעסקת היסוד באופן כולל ולא יתמקד רק באלו הנוגעים לכישלון תמורה מלא או כישלון תמורה חלקי קצוב. בהמשך לכך, כפי שראינו, גם לשיקולים של הרמוניה חקיקתית יש חשיבות רבה לשיטתי לאור ההסדר המוצע. כפי שכבר הבהרתי לעיל, יש להשליט הרמוניה שכזו בשוק אמצעי התשלום ובמיוחד בין כרטיס החיוב לצ'ק.

הנימוק השני הנוגע לפרשנות הדין המצוי כולל גם כישלון תמורה חלקי עולה לשיטתי במישור מאופי ההסדר. כפי שראינו לעיל, מהטיב המשפטי של מערכת היחסים בכרטיס חיוב עולה כי חלה על המנפיק החובה לרדת לפרטי עסקת היסוד בין הצדדים.

234 למעמדה של פקודת השטרות כדין החל על הסוגיה ראו לעיל בפרק ב.2. עוד ראו חיים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 95–98.

235 כישלון תמורה חלקי קצוב מתרחש כאשר עסקת היסוד עסקה ביחידות מסוימות ואחידות של הספקה, ואילו הספק סיפק רק חלק מהן. כישלון תמורה חלקי בלתי קצוב מתרחב כאשר מסופק ממכר הנופל באיכותו מהמוצר המוסכם. לעניין זה ראו לרנר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 292–297; ראו גם יואל זוסמן דיני שטרות 277–278 (מהדורה שישי, 1983).

236 לרנר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 297–301.

237 שם, בעמ' 298–299.

238 שם.

אם ניישם חובה זו, גם כישלון תמורה מלא וגם כישלון תמורה חלקי הם פגם בעסקת היסוד. כפי שצוין לעיל, המקור לחובת המנפיק לרדת לפרטי עסקת היסוד בין הצדדים עולה מהפעלת דיני השטרות, חובת הנאמנות הבנקאית ודיני השליחות. חובה משפטית זו של המנפיק אינה משתנה אם מדובר על כישלון תמורה מלא או חלקי, וכך גם אם מדובר בפגם כמותי (כישלון תמורה חלקי קצוב) או בפגם איכותי (כישלון תמורה חלקי בלתי קצוב).

לבסוף לשיטתי הפרשנות המוצעת עולה גם מציפיית הצדדים מאופייה של העסקה. כפי שראינו לעיל, במסגרת העסקה קיימת הנחה הגיונית של הלקוח שהמנפיק לא יפרע חובו לספק אם לא תבוצע עסקת היסוד. הנחה דומה קיימת גם אצל הספק. הנחה זו אינה מבחינה בין כישלון תמורה מלא לבין כישלון תמורה חלקי. גם ציבור המנפיקים אינו טורח לעשות הבחנה זו ולגלות לציבור על קיום הבדל שכזה. לכן אך סביר כי מידת האחריות תהיה כמידת ההסתמכות, וכי המנפיק יהיה אחראי לפגם גם בגין כישלון תמורה חלקי בעסקת היסוד.

#### (4) ביטול בגין פגמים אחרים שנפלו בעסקת היסוד

התיקון לחוק מתייחס רק לביטול הוראת פירעון בגין הספקת עסקת היסוד.<sup>239</sup> לשיטתי, אין סיבה להבחין בין ביטול הוראת פירעון בשל פגם הספקה לבין ביטול הוראת הפירעון בשל פגמים אחרים שנפלו בעסקת היסוד. הדבר עולה מנימוקים דומים לאלו שכבר השמעת, ובעיקר מחובת המנפיק להקים מנגנון המיישב את הסכסוך בין הצדדים הנוגע לעסקת היסוד. אם יוקם מנגנון שכזה, הוא יכול לדון בכל פגם שהוא, ואין הצדקה כי יתמקד בפגמים הנוגעים להספקה בלבד.<sup>240</sup> בהמשך לכך לשיטתי התיקון לחוק לא נועד ליצור הסדר שלילי בכל הנוגע לביטול הוראת פירעון בכרטיס חיוב תלת-צדדי. רוצה לומר כי בכל הנוגע לביטול הוראת פירעון בשל הספקה (כפי שראינו לעיל, מלאה או חלקית) חל התיקון לחוק, ואילו בכל הנוגע לביטול הוראת פירעון בגין פגמים אחרים, ממשיך לחול הדין הכללי. כאמור, לדידי, הדין הכללי העולה מטיב העסקה לפי ההסדר המוצע גורס כי חובת המנפיק לבטל את הוראת הפירעון שנתן הלקוח קיימת גם במקרים שאינם נוגעים להספקה.<sup>241</sup>

#### (5) אחריות המנפיק בעת ביצוע הברור

התיקון לחוק קובע כי על המנפיק להתנהג בתום לב וללא התרשלות בעת שהוא פועל על פי הודעת הלקוח המורה לבטל את הוראת הפירעון. במצב זה, קובע התיקון, לא יהיה

239 ראו ס' 10(א) לחוק כרטיסי חיוב.

240 לעמדה דומה בהפעלת דין השטר ראו לרנר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 291.

241 לעניין זה ראו גם חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 24), התשס"ח-2008, ס"ח 576.

המנפיק אחראי לנזק שייגרם מפעולתו לפי הודעת הלקוח.<sup>242</sup> בהקשר זה נשאלת השאלה אם וכיצד מתיישב סטנדרט ההתנהגות שנקבע בתיקון (בתום לב וללא התרשלות) עם האחריות המוטלת על המנפיק בעת ביטול הוראת פירעון לפי ההסדר שהצעתי ברשימה זו. לשם הבהרת הסוגיה אחרד בקצרה את ההבדלים שבין החובה לנהוג בתום לב וללא התרשלות לבין סטנדרט ההתנהגות המקובל בתחום אמצעי התשלום הבנקאיים ובדיני השליחות.

כידוע ככלל החובה לנהוג בתום לב וללא התרשלות קובעת רף התנהגות סביר הנדרש משני צדדים להתקשרות.<sup>243</sup> ככלל נדרשים הצדדים לנהוג איש ברעהו בהגיות ובזהירות בעת קידום האינטרס האישי של כל אחד מהם.<sup>244</sup> כפועל יוצא מכך גם עשויות להיות כמה צורות התנהגות סבירות וזהירות שבהן יכולים לנהוג הצדדים זה כלפי זה. כפי שראינו לעיל, קיומן של כמה אפשרויות שכאלה למנפיק הוא סביר במסגרת ביטול הוראת פירעון בכרטיס חיוב תלת-צדדי. עניין זה היה מקור לביקורת שהשמעתי לעיל על שיקול הדעת הרחב שמעניק התיקון לחוק למנפיק. הרף של פעולה בתום לב וללא התרשלות הוא רף התנהגות נמוך מזה שקבוע בדיני אמצעי התשלום הבנקאיים או בדיני השליחות.<sup>245</sup> במיוחד נמוך הוא ביחס לרף שקובעת חובת הנאמנות הבנקאית או חובת הנאמנות שבחוק השליחות.<sup>246</sup> כפי שראינו, חובת הנאמנות אינה מאפשרת בחירה בין אפשרויות סבירות שונות. היא מטילה את החובה לפעול ברף ההתנהגות המקצועית הגבוה ביותר. היא אף עשויה לחייב את המנפיק להגשים רף התנהגות זה בפעולה המנוגדת לאינטרסים האישיים שלו ואף תוך הוצאת כספים לשם כך. במסגרת ביטול הוראת פירעון בכרטיס חיוב תלת-צדדי היא מטילה על המנפיק את הנטל לשחרר עצמו מניגוד העניינים שאליו הכניס את הצדדים. זאת באמצעות הקמת מנגנון בירור ניטרלי, כפי שפורט לעיל. מלבד זאת חובת הנאמנות אף מחייבת את המנפיק להבטיח את קיומו של המנגנון האמור באופן המקצועי ביותר. כמו כן הוא נדרש לשלם לשני הצדדים עד לביצוע הבירור האמור. במובן זה מטילה חובת הנאמנות סטנדרט נוקשה ביותר. עצם

242 ס' 10(א) לחוק כרטיסי חיוב.

243 רע"א 6339/97 רוקר נ' סולומון, פ"ד נה(1) 199, 279 (1999); בן-אוליאל "משכנתא בנקאית", לעיל ה"ש 67, בעמ' 149-150; עניין בוכבינדר, לעיל ה"ש 191, בעמ' 332-333 לפסק הדין.

244 עניין בוכבינדר, שם.

245 על חובתו הגבוהה של הבנק באשר לאמצעי תשלום בנקאיים ראו למשל בן-אוליאל דיני בנקאות: חלק כללי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 303-325; ע"ש (מחוזי-י) 195/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' בנק לאומי, פ"מ התשס"ג(1) 481, 565-566 (2004); ע"א 6916/04 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 65 לפסק דינו של השופט אלון (פורסם בנבו, 18.2.2010); ויקרדו בן-אוליאל "תנאי מקפח בחוזה בנקאי – הערכה שיפוטית (בעקבות ע"ש (י-ם) 195/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' בנק לאומי)" דין ודברים ב 777, 789-790 (2006).

246 עניין בוכבינדר, לעיל ה"ש 191, בעמ' 332-333 לפסק הדין; בן-אוליאל "משכנתא בנקאית", לעיל ה"ש 67, בעמ' 149-150.

הפרת ההתנהגות מושא החובה מקימה אחריות על פיה. זאת אף בלא התרחשותו של נזק בפועל. כפי שראינו, בענייננו חובות אלו חלות על המנפיק מעצם היותו תאגיד עזר בנקאי הפועל כשלוח, ובמסגרת זו מנפיק אמצעי תשלום בנקאי לצדדים.

לאור הדברים האמורים לעיל אבחן כעת אם וכיצד אפשר ליישב בין חובות המנפיק לאור התיקון לחוק – לנהוג בתום לב וללא התרשלות – לבין חובותיו המחמירות יותר העולות מן ההסדר שהצעתי לעיל. בעניין זה אני סבור כי החובה לנהוג בתום לב וללא התרשלות נוגעת לפן מצומצם ביותר של ביטול הוראת הפירעון – הוא עצם הקבלה של הודעת הלקוח. זאת להבדיל מן אחר, רחב ומהותי בהרבה, אופן הטיפול בביטול הוראת הפירעון אם וכאשר המנפיק נדרש לו. אשר לפן זה אני סבור כי חל סטנדרט ההתנהגות הגבוה העולה מההסדר שהצעתי. ביתר פירוט, במקרה של ביטול הוראת פירעון אני סבור כי יש להבחין בין חובת הבירור של המנפיק במובן הצר ובין חובת הבירור שלו במובן הרחב. חובת הבירור של המנפיק במובן הצר נוגעת לעצם חובתו לקבל את הודעת הלקוח ולפעול על פיה כל עוד לא קיבל התנגדות מן הספק. בשלב זה אם פעל המנפיק בתום לב וללא התרשלות קובעות הוראות החוק כי הוא מוגן אם נגרם נזק. לעומת זאת חובת הבירור של המנפיק במובן הרחב אינה נוגעת לעצם קבלת הודעת הלקוח כי אם לאופן ביצוע הבדיקה הנעשה בשלב מאוחר יותר – השלב שיתרחש אם יתנגד הספק לביטול. במצב זה כפי שראינו לעיל חלות על המנפיק חובות לרדת לפרטי עסקת היסוד ולבחון אם נפלו בה פגמים. ככלל אין הוראות החוק קובעות בדבר רף ההתנהגות הראוי בשלב זה. לכן על המנפיק לקיים את הבירור בשלב זה לפי החובות הגבוהות, כפי שהן עולות מהטיב המשפטי של מערכת היחסים בכרטיס חיוב שפורט בהרחבה ברשימה זו.

אציין כי הפרשנות האמורה מתיישבת יפה גם עם מבנהו הפנימי של התיקון. ממבט בוחן של מבנה התיקון עולה כי חובת המנפיק לפעול בתום לב וללא התרשלות הוספה בקשר לסעיף 10(א) לחוק כרטיסי חיוב, הנוגע לחובת המנפיק לפעול לפי הודעת הלקוח.<sup>247</sup> כלומר, באשר לחובת הבירור במובנה הצר. לעומת זאת בסעיף 10(ג) לחוק נקבעה אפשרותו של המנפיק לשוב ולחייב את הלקוח אם נוכח מבדיקה שערך עם הספק (ואף ממסמכים שקיבל במסגרת בדיקה זו) כי בהודעת הלקוח לא היה ממש.<sup>248</sup> זו היא חובת הבירור של המנפיק במובן הרחב. אשר לחובה זו, וכפי שצוין לעיל, לא נקבע רף ההתנהגות בחוק. לכן, כפי שהצעתי ברשימה זו, אך הגיוני כי סטנדרט זה ייגזר מן הטיב המשפטי של מערכת היחסים בכרטיס חיוב. נוסף על האמור יש לציין כי בקבלת הפרשנות האמורה יש ליצור מצב הרמוני יותר שבו מתקיים סטנדרט ההתנהגות הגבוה המקובל במרבית אמצעי התשלום הבנקאים. מצב זה שומר על העיקרון החשוב של הרמוניה נורמטיבית בין אמצעי תשלום שכאלו ומונע בין היתר פיחות במעמדו של כרטיס החיוב לעומתם. לבסוף ראוי לציין כי גם הפרשנות שהצעתי לעיל עדיין מותרת

247 ראו ס' 10(א) ו-10(א) לחוק כרטיסי חיוב.

248 ראו ס' 10(ג) לחוק כרטיסי חיוב.

פער מסוים בין הוראות התיקון לבין ההסדר שהצעתי, הואיל והיא מקלה עם חובת המנפיק באשר לשלב הראשון הנוגע לעצם קבלת הודעת הלקוח (חובת הבירור במובן הצר). עם זאת נראה כי כדי להוביל להרמוניה גם בנקודה זו נדרשת התערבות המחוקק.

(6) ביטול הוראת פירעון בעסקה במסמך חסר ובכרטיס בנק כפי שראינו, התיקון לחוק קובע באשר לחובת המנפיק לבטל את הוראת הפירעון רק בעסקאות שבוצעו בכרטיס אשראי.<sup>249</sup> המצב האמור עלול לכאורה ליצור דיסהרמוניה מסוימת בחוק כרטיסי חיוב, בשני נושאים עיקריים: הנושא הראשון הוא ההבחנה בין העילות המאפשרות ביטול תשלום כשמדובר בעסקה במסמך חסר, ואלו המאפשרות ביטול הוראת פירעון במצב שבו חתם הלקוח על שובר. הנושא השני הוא ההבחנה שיוצר החוק לכאורה בין תשלום בכרטיס אשראי לתשלום בכרטיס בנק תלת-צדדי. אתייחס לשני עניינים אלו.

כפי שהוזכר לעיל, בעסקה במסמך חסר המנפיק מחייב את הלקוח מבלי שזה חתם על שובר העסקה.<sup>250</sup> חוק כרטיסי חיוב קובע הסדר חוקי מיוחד למצב זה,<sup>251</sup> המאפשר ללקוח להביא לביטול תשלום גם מקום שבו הוא התכחש לעצם ביצוע העסקה או טוען כי קיים פער בין סכום העסקה שבה חויב לזה שבו התחייב. במצב זה נראה לכאורה כי נוצר פער בין עילת ביטול עסקה שבה המסמך חסר לזו שבה נחתם שובר. זאת הואיל ולפי ההסדר החוקי של עסקה במסמך חסר אפשר להביא לביטול התשלום גם במצב שבו הלקוח טוען כי קיים פער בסכום החיוב או כי לא ביצע את העסקה כלל, ואילו במקרה השני לכאורה לשון החוק מאפשרת ביטול רק במקרים הנוגעים להספקה.<sup>252</sup> על אף האמור, לגישתי, יש לפרש את ההסדר החוקי הנוגע לביטול תשלום בעסקה במסמך חסר כהסדר הנוגע למטריה של שימוש לרעה בכרטיס ולא לזה של ביטול הוראת פירעון,<sup>253</sup> משום שנראה כי ההסדר החוקי משקף כוונה של המחוקק להרחיב את אחריות המנפיק בגין שימוש לרעה בכרטיס גם למצבים שבהם חויב הלקוח בסכום שונה מזה שבו התחייב, או שהעסקה בוצעה בלא הרשאתו כלל.<sup>254</sup> מצב זה שונה ממצב של ביטול הוראת פירעון שבו אין חולק כי הלקוח ביצע את עסקת היסוד, והביטול נדרש בשל פגמים שנפלו במהלכה. ממשקנה זו עולה מסקנה נוספת, ולפיה הוראות התיקון לחוק

249 הדבר נובע מהימצאותו של סעיף 10, העוסק בנושא, בסימן ג' לחוק כרטיסי חיוב, העוסק בכרטיסי אשראי בלבד.

250 ראו לעיל ה"ש 115. יצוין כי סעיף 9 לחוק כרטיסי חיוב מקנה ללקוח זכות לדרוש השבת הכספים אם חרג המנפיק מהרשאתו במילוי השובר. לעניין זה ראו סעיף 9 לחוק כרטיסי חיוב. להערכה ביקורתית של הסדר העסקה במסמך חסר בכללותו ראו חיים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 330–341.

251 ראו סעיף 9 לחוק כרטיסי חיוב.

252 לעניין זה השוו את סעיף 9 וסעיף 10(א) לחוק כרטיסי חיוב.

253 ס' 8 ו-9 לחוק כרטיסי חיוב.

254 ראו הצעת חוק כרטיסי חיוב, לעיל ה"ש 36, בעמ' 130.



הנוגעות לביטול הוראת פירעון חלות גם על עסקה שנעשתה במסמך חסר, שבה הלקוח איננו מתכחש לעצם ביצוע העסקה או התשלום אלא טוען שנפל פגם במהלך ביצועה. לחלופין יחול על הסוגיה הדין המיוחד של מערכת היחסים שאת התוצאות העולות ממנו לשיטתי פירטתי לעיל.

הנקודה השנייה שבה אבקש לעסוק כעת נוגעת לביטול הוראת פירעון בכרטיס בנק תלת-צדדי. כידוע ההבדל בין תשלום בכרטיס אשראי לשימוש בכרטיס בנק תלת-צדדי הוא בעיקר באשר למועד החיוב:<sup>255</sup> בכרטיס בנק תלת-צדדי מתבצע החיוב באופן מיד, מחשבון הלקוח, ואילו בכרטיס אשראי מתבצע החיוב לכל המוקדם על בסיס חודשי. הוראת התיקון לחוק חלה על כרטיס אשראי בלבד, והיא אינה חלה על ביטול הוראת פירעון בכרטיס בנק תלת-צדדי. מדובר בתוצאה משונה שאינה מתיישבת עם השיקולים השונים שהצגתי לעיל, משני נימוקים עיקריים: הראשון הוא כי מניתוח הסוגיה על פי ההסדר המוצע, חובת המנפיק לבטל את הוראת הפירעון אינה נובעת ממועד החיוב של הלקוח אלא מן הצורך להגן על האינטרסים של שני הצדדים אשר שכללו עסקה באמצעות כרטיס החיוב. זהו מצב אשר משנה את מערך הזכויות והחובות של הלקוח והספק בלא קשר למועד החיוב. שנית, מבחינה טכנית יכולים להיות מצבים שבהם לא יהיה כל הבדל גם במועדי החיוב של שתי העסקאות. למשל, במצבים שבהם הלקוח רוכש את המוצר באמצעות כרטיס בנק תלת-צדדי בסמוך למועד החיוב החודשי בכרטיס האשראי אין למעשה שוני במועד החיוב. הלקוח יחויב בגין העסקה באותו יום בין שביצע אותה בכרטיס בנק תלת-צדדי ובין בכרטיס אשראי. גם מסיבה זו איני מוצא מקום להבחנה בין הסדרים אלו.

לאור האמור לעיל, ואם נכונים דבריי, נראה שחובת המנפיק לבטל את הוראת הפירעון שנתן הלקוח צריכה לחול גם במקרים שבהם שוכללה עסקת היסוד באמצעות כרטיס בנק תלת-צדדי. לאור מסקנתי דלעיל כי הוראת התיקון לחוק לא התכוונה להוות הסדר שלילי, נראה שעל ביטול הוראת פירעון בכרטיס בנק תלת-צדדי יוסיף לחול הדין הכללי. בעניין תחולתו של דין זה יש להתחשב בטיב המשפטי של מערכת היחסים בכרטיס חיוב.

#### ד. כמה מילים על הגישות השונות להסדרת הנושא

לעיל דנתי בהסדר העוסק בביטול הוראת פירעון בכרטיס חיוב תלת-צדדי. כעת לסיום הדיון, עוד ראוי בעיני להתייחס בכמה מילים להבדל המרכזי בין הגישה שהצגתי ברשימה זו לבין זו המקובלת להסדרת הסוגיה במדינות השונות.

255 חיים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 33-35. ראו גם לעיל ה"ש 17.

הדין המקובל בארצות הברית, באנגליה ובאיחוד האירופי ככלל אינו מחייב את המנפיק לעצור הוראת תשלום שניתנה באמצעות כרטיס חיוב תלת-צדדי על פי בקשת הלקוח.<sup>256</sup> עם זאת בחלק ממדינות אלה החוק מאפשר ללקוח בעסקה בכרטיס אשראי להעלות – בנסיבות מסוימות – כלפי המנפיק טענות שיש לו בקשר לעסקת היסוד.<sup>257</sup> תפיסה מקובלת זו, הלכה למעשה, מתחלפת בין המנפיק והספק ומעמידה ללקוח גוף נוסף שכלפיו הוא יכול להעלות טענות שיש לו באשר לפגמים שנפלו בעסקת היסוד. בעקבות זאת מוטלת על המנפיק האחריות לעצם קיומם של פגמים שכאלו והוא עשוי להידרש לפצות את הלקוח בגינם במקום הספק.<sup>258</sup> יצוין כי שאלה זו – אם יש מקום לראות במנפיק אחראי לעצם הפגם שנפל בעסקת היסוד – הייתה גם במוקד הדיון בין המלומדים השונים שדנו בסוגיה.<sup>259</sup>

לעומת עמדות אלו הגישה שביקשתי להציג ברשימה זו משנה את נקודת המבט על הסוגיה. מכאן שגם מסקנתי היא שונה. עמדתי היא כי ככלל אין להטיל על המנפיק אחריות כה רחבה לנוק בגין פגם שנפל בעסקת יסוד ששוכללה באמצעות כרטיס חיוב תלת-צדדי. זאת כאמור בניגוד לתפיסות המקובלות. חלף זאת אני סבור כי אם נשנה את זווית ההסתכלות על הסוגיה נוכל להגיע למסקנה מאוזנת יותר. מסקנה זו מטילה על המנפיק את האחריות לברר אם נפל פגם בעסקת היסוד, להבדיל מהטלת אחריות עליו

256 בארצות הברית ראו 1601–1665 U.S.C. §§ 15 וכן 1693 et. Seq. U.S.C. § 15. באנגליה ראו Consumer Credit Act, 1974, c. 39 (Eng.). באיחוד האירופי ראו Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the Protection of Consumers in Respect of Distance Contracts – Statement by the Council and the Parliament re Article 6(1) – Statement by the Commission re Article 3(1), first indent OJ L 144, 4.6.1997, p. 19–27; Amended by Directive 2007/64/EC of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on Payment Service in the Internal Market בהקשר זה יצוין כי סעיף 1693e של ה-USC הוא חריג מצומצם לעניין זה מקום שבו הוא מאפשר ללקוח לבטל הוראת פירעון קבועה שניתנה באמצעות כרטיס אשראי (הוראת קבע).

257 באנגליה ראו Consumer Credit Act, 1974, c. 39, § 75 (Eng.). בארצות הברית ראו 15 U.S.C. § 1666i. הרציונל של הוראות אלה היה להעניק ללקוח גוף נוסף שכלפיו הוא יכול להפנות טענות, ובמידת הצורך גם להיפרע ממנו בקשר לפגמים שונים שנפלו בעסקת היסוד. נראה כי הבסיס הדוקטרינרי של ההוראה הוא הטלת אחריות על המנפיק כמי שמעניק אשראי לביצוע עסקת היסוד. על כך ראו Maffly & McDonald, לעיל ה"ש 6, בעמ' 471–479, Brandel & Leonard, לעיל ה"ש 6, בעמ' 1041–1055, Higgs, לעיל ה"ש 6, בעמ' 111–114; Preserving Consumer Defenses in Christopher Hare, *Your Flexible Credit Card Transactions Friend*, 64 CAMBRIDGE L.J. 287 (2005); The Crowther Report on Consumer Credit. 1971, Comnd, 4596.

258 יצוין כי הוראות החוק האמורות מאפשרות למנפיק זכות חזרה לספק, אך לעתים אין הדבר מתאפשר. לעניין זה ראו שם.

259 שם.

לקיומו של הפגם עצמו. התוצאה העולה מגישה זו משנה מן הדרכים המקובלות להתמודדות עם הסוגיה משום שהיא אינה בוחנת מה היא חובת הצדדים ובמיוחד חובת המנפיק לפגם שנפל בעסקת היסוד, אלא מתמקדת בבחינת חובתו של המנפיק לברר בדבר עצם קיומו של פגם שכזה ולבטל את הוראת הפירעון שנתן הלקוח כמתבקש. סבור אני כי מצב זה מוביל לפתרון הוגן וודאי יותר לצדדים כולם – פתרון המתחשב בטיב המיוחד של כרטיס החיוב, באינטרסים הטבעיים של הצדדים ובאחריותו של המנפיק לפי הדין. פתרון זה מקובל גם בדיני אמצעי התשלום הבנקאיים הצרכניים הנפוצים. אני סבור שבכך מצאנו עצמנו תורמים לשוק אמצעי תשלום מאוזן והרמוני יותר.

## סיכום

כרטיסי חיוב הם אמצעי תשלום הכרחי ונפוץ ביותר בייחוד לאור ההתפתחות הטכנולוגית והמסחר האלקטרוני. בשנים האחרונות היו כרטיסי החיוב מקור לסיכונים ותקלות שונות. בניסיון להתמודד עם סיכונים ותקלות אלו הצעתי תזה שתסייע בהגדרה אחידה וכוללת של אחריות הצדדים השותפים למערכת היחסים בכרטיסי החיוב השונים. מן התזה שהצעתי עולות כמה מסקנות חשובות אשר את חלקן ביקשתי להציג ברשימה זו:

ראשית, כי הטיב המשפטי של מערכת היחסים בכרטיס חיוב הוא הסדר מיוחד במינו המורכב משלושה אלמנטים: היות הכרטיס אמצעי תשלום, היות העסקה בכרטיס עסקה בנקאית מיוחדת, וכשעסקינן במערכת תלת-צדדית – גם היותה מערכת יחסים של שליחות.

שנית, כי בעקבות החלת התזה האמורה במקרים של ביטול הוראת פירעון קמה על המנפיק החובה לרדת לפרטיה של עסקת היסוד בין הלקוח והספק ולבדוק אם היא בוצעה כדין אם לאו. לפי בדיקה זו עליו להחליט אם להיענות לבקשת הלקוח לבטל את הוראת הפירעון. על המנפיק לבצע את הבדיקה תוך אימוץ הסטנדרטים הגבוהים ביותר. ככלל עד סיום הבדיקה נושא המנפיק על גבו את נטל התשלום הזמני לשני הצדדים. שלישית, כי התיקון לחוק כרטיסי חיוב, שביקש להסדיר את סוגיית ביטול הוראת הפירעון, יוצר מצב עמום, משאיר שיקול דעת רחב למנפיק ובכך פוגע בזכויות הלקוח והספק. בפועל בשל מצב שכזה התיקון כמעט איננו משנה את המצב שהיה קיים בטרם חקיקתו.

רביעית, הצעתי כי את התיקון לחוק כרטיסי חיוב אפשר לפרש לפי התזה שהצגתי לעיל. במצב זה יהיה אפשר לקרוא ממנו (בשילוב עם הוראות הדין הכללי) את חובת המנפיק לרדת לפרטי עסקת היסוד; את חובתו להפעיל מנגנון בורות לשם יישום חובה זו; את תחולת חובה זו במקרים של פגמים שונים שנפלו בעסקת היסוד (לרבות כישלון

תמורה מלא או חלקי); את תחולת החובות הנוגעות לביטול הוראת פירעון גם במקרים של עסקה במסמך חסר ובכרטיס בנק.

לשם המחשת הסוגיה וחשיבותה הצגתי בפתח רשימה זו דוגמה שבה לקוח שרכש מזגן ביקש לבטל את הוראת הפירעון לגביו בשל פגם בעסקת היסוד. כיצד מוכרעת דוגמה זו לפי מסקנותיי כפי שסוכם לעיל? חברת ההנפקה השיבה לשמעון את כספו, אך בשל התנגדות חברת המזגנים היא לא חייבה אותה מחדש בסכום זה. בכך היא נשאה על גבה – באופן זמני – את התשלום ללקוח ולספק. תוך זמן קצר ביותר זומנו הצדדים להליך שיזמה חברת ההנפקה לשם בירור הסכסוך ביניהם. עם סיומו המהיר של הליך זה חייבה חברת ההנפקה מחדש את חשבוננו של מי מהצדדים לפי תוצאות ההליך. סבור אני שתוצאה שכזו הביאה לידי מערכת יחסים הוגנת וצודקת יותר מבחינת כל הצדדים השותפים למערכת היחסים בכרטיס חיוב. עוד אני סבור כי בכך אומץ הסדר ברייטשום בשביל כל הצדדים וכן הסדר גמיש דיו המתאים עצמו לשינויים עתידיים בשוק כרטיסי החיוב. לשיטתי, כך גם מתקרב הסדר כרטיס החיוב לעבר ההסדרים הנוגעים לאמצעי תשלום אחרים – מצב אשר לדעתי הכרחי לשם שמירה על הוגנות כלפי ציבור הלקוחות הבנקאיים.

לסיים, ועל אף החשיבות שבהסדרת הסוגיה הנוגעת לביטול הוראת פירעון, עוד ראוי לציין כי הסדרתן של שאלות נוספות וחשובות משתנה בהתאם לתזה שהצגתי בחלקה הראשון של רשימה זו. הדברים נכונים במיוחד בעניינים של שימוש לרעה בכרטיס, עסקה במסמך חסר, אופן האשראי המוענק והיקפו ואחריות המנפיק במתן שירותים נלווים ללקוח. עם זאת הצגת השלכות התזה על שאלות אלו היא מעבר להיקף המתאפשר ברשימה זו.<sup>260</sup>

260 באשר לאחריות המנפיק בעת שימוש לרעה בכרטיס ראו חיים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 306–329. בעניין זה עולה ביקורת על יישום הוראות הדין המצוי על ידי בתי המשפט בכל הנוגע להרחבת אחריות הלקוחות. כמו כן יישום המודל תורם בקביעת הדין ההגנתי שצריך לחול על ציבור הספקים, שלהם לא הוענקה כלל הגנה בחוק כרטיסי חיוב; באשר לאחריות המנפיק בעת ביצוע עסקה במסמך חסר ראו שם, בעמ' 330–341. בעניין זה עולה כי הפעלת המודל המוצע מצמצמת את אחריות הלקוח והספק במקרה של שימוש לרעה בכרטיס בעסקה במסמך חסר. זאת בשונה מפסיקת בית המשפט העליון בסוגיה ומההסדר החוזי; באשר לאחריות המנפיק בעת מתן אשראי ללקוח ראו שם, בעמ' 187–189. בעניין זה חלות על המנפיק חובות מחמירות הנוגעות לעצם הענקת האשראי לאור אופיו של כל לקוח ולקוח. כך למשל תחול עליו החובה להסביר ללקוח באשר לסיכונים הכרוכים בשימוש במסגרת האשראי, להתאים את מסגרת האשראי ליכולתו של הלקוח ולספק ללקוח דף הסבר ברור הנוגע למסגרת האשראי שנקבעה ולעניינים הנוגעים בה. לעתים אף תחול על המנפיק החובה לסרב מתן האשראי. באשר לאחריות המנפיק במתן שירותים נלווים ללקוח ראו שם, בעמ' 265–267. בעניין זה למשל חלות עליו חובות בעת מינוי הספקים החיצוניים ובעת מתן השירותים על ידיהם. כמו כן החובה להבהיר את היתרונות והחסרונות שברכישת השירות הנלווה מספקים אלו לעומת האפשרויות האחרות הקיימות בשוק.