

שימוש לרעה בכרטיס חיוב – שחיקת ההגנה המוקנית לצרכן

אמיר בכר *

מבוא

- א. הרקע לחקיקת הסדר חלוקת האחריות ותכליתו
 - ב. הסדר חלוקת האחריות שבחוק כרטיסי חיוב והפרקטיקה של יחסי מנפיק-לקוח
 - ג. שלילת ההגנה לצרכן על ידי הפסיקה
 1. התרשלות הלקוח
 2. קבלת טענות הנוגעות לעילות חוזיות
 3. מתן עדיפות ראייתית למנפיק
 - ד. בחינה ביקורתית
 1. עוולת הרשלנות והתרשלות תורמת כדרך להרחבת אחריות הלקוח
 - 1.1 התרשלות הלקוח בשמירה על הכרטיס ועל הקוד הסודי
 - 1.2 התרשלות הלקוח בבדיקת דפי המידע הנשלחים אליו, בבדיקת מצב חשבונו בבנק ובמתן הודעה למנפיק על השימוש לרעה שנעשה בכרטיס
 - 1.3 התרשלות הלקוח בהחזרת הכרטיס למנפיק לאחר סיום חוזה כרטיס החיוב ביזמת המנפיק
 - 1.4 התרשלות ככלי עיוני לחלוקת האחריות בין המנפיק ללקוח
 2. הפרת חיוב חוזי כדרך להרחבת אחריות הלקוח לשימוש לרעה בכרטיס החיוב
 3. מתן עדיפות ראייתית למנפיק
- סיכום ומסקנות

* עורך דין במחלקה המשפטית של בנק ישראל. משמש כיועץ משפטי לפיקוח על הבנקים בנושאים שונים. בעל תואר מוסמך בכלכלה מהאוניברסיטה העברית בירושלים.

מבוא

סעיף 5 לחוק כרטיסי חיוב, תשמ"ו-1986 (להלן: "חוק כרטיסי חיוב" או "החוק") קובע עיקרון שעל פיו במקרה של שימוש לרעה בכרטיס חיוב יישא המנפיק במלוא הנזק¹, אלא אם כן התקיים אחד משלושת החריגים המנויים בחוק. מדובר בהסדר מיוחד אשר קובע עיקרון שונה לחלוקת האחריות מזה שקובע דין הנזיקין הכללי. בניגוד לדין הנזיקין הכללי, הסדר חלוקת האחריות שבחוק כרטיסי חיוב (להלן: "הסדר חלוקת האחריות") מאמץ את עקרון פיזור הנזק, ולעקרון האשמה אין בו מקום, אלא ככל שהוא מוצא את ביטוי באחד החריגים שבחוק. הסדר חלוקת האחריות הוא גם הסדר שלם וממצה, במובן זה שהוא כולל פירוט מלא של העקרונות לחלוקת האחריות בין הצדדים בגין נזקי שימוש לרעה בכרטיס החיוב. ככל יתר הוראות חוק כרטיסי חיוב, גם הסדר חלוקת האחריות הוא הסדר צרכני במהותו, וככזה לא ניתן להתנות עליו אלא לטובת הצרכן².

עם זאת, העובדות מלמדות על כך, שפעמים רבות בית המשפט אוחז בעמדות השוחקות משמעותית את ההגנה הנתונה ללקוח מכוח הסדר חלוקת האחריות. זאת עושה בית המשפט בשלושה מישורים. המישור הראשון הוא החלת דיני הרשלנות על הסדר חלוקת האחריות ומתן תוקף, לעניין חלוקת האחריות, למה שנתפס על ידי בית המשפט כהתנהגות רשלנית של הלקוח. המישור השני הוא מתן תוקף להתחייבויות חוזיות המתנות, למעשה, על הסדר חלוקת האחריות³. המישור השלישי הוא פרוצדורלי במהותו, והוא כולל מתן עדיפות ראייתית למנפיקים במקרים מסוימים. באחרונה עמדות מסוג זה הולכות ומתחזקות בבתי משפט השלום, והן נותנות את אותותיהן במישור היחסים בין המנפיק ללקוח, וזאת חרף העובדה שהן אינן מתיישבות, לדעתנו, עם האמור בחוק ועם תכליתו. רשימה זו יוצאת מתוך גישה ביקורתית כלפי אותן עמדות ומתוך מטרה לעמוד על פוטנציאל הנזק הטמון בהן.

בפתח רשימה זו נתחקה אחר תכלית הסדר חלוקת האחריות ונתאר את הפרקטיקה הנוהגת בחיי המעשה ביחסים שבין המנפיק ללקוח בהקשר זה. לאחר מכן נעמוד על פסיקת בית המשפט ועל העקרונות שעל פיהם ניתח את הסדר חלוקת האחריות, תוך בחינה ביקורתית של הפסיקה.

1 למצט סכומים מסוימים בזמן שעד מתן ההודעה למנפיק על אבדן, על גנבה או על שימוש לרעה. ראו פרק א' להלן.

2 ס' 14 לחוק כרטיסי חיוב קובע: "התניה על הוראות חוק זה שאינה לטובת הלקוח — בטלה".

3 בניגוד לשני המישורים האחרים, מישור זה טרם נידון בהרחבה בבית המשפט, אלא במקרים בודדים. עם זאת, בשל חשיבותו העיונית (והמעשית ביחסי מנפיק-לקוח) נדון גם בו.

א. הרקע לחקיקת הסדר חלוקת האחריות ותכליתו

סעיף 5 לחוק כרטיסי חיוב קובע את הסדר חלוקת האחריות במקרה של שימוש בכרטיס החיוב על ידי מי שאינו זכאי לכך בהתאם לחוזה כרטיס החיוב (להלן: "שימוש לרעה"). הקווים של הסדר חלוקת האחריות ברורים למדי: הכלל הוא שלאחר מסירת הודעה למנפיק על גנבת הכרטיס, על אבדנו או על שימוש לרעה שנעשה בו, הלקוח אינו אחראי לשימוש לרעה שנעשה בכרטיס. טרם מסירת ההודעה למנפיק אחריות הלקוח מוגבלת לסכומים מסוימים הקבועים בסעיף⁴. אחריות הלקוח תהיה בלתי מוגבלת אם ורק אם התקיים אחד משלושה חריגים: (1) הלקוח מסר את הכרטיס לאחר, שלא בניסבות סבירות או שלא למטרת שמירה בלבד; (2) השימוש בכרטיס היה בידיעת הלקוח; (3) הלקוח פעל במרמה.

סעיף 6 לחוק כרטיסי חיוב קובע, כי על המנפיק לזכות את הלקוח כדי סכום הנזק, בניכוי הסכומים המפורטים בחוק, תוך 30 יום מיום הודעת הלקוח על האבדן, על הגנבה או על השימוש לרעה, אך הוא יכול לחזור ולחייב את הלקוח, ואף להימנע מראש מלזכותו⁵, כל עוד הוא מסוגל להוכיח⁶, שהשימוש לרעה אירע עקב התקיימותו של אחד משלושת החריגים לאחריות המנפיק לעיל.

הסדר חלוקת האחריות לשימוש לרעה בכרטיסי חיוב, כמו גם רוב סעיפי חוק כרטיסי חיוב, נוצר בעקבות דו"ח הוועדה בראשות השופט ברק (כתוארו אז), אשר דנה בהסדר החקיקתי הראוי לעניין כרטיסי חיוב בישראל (להלן: "ועדת ברק" או "הוועדה")⁷. העקרונות שעליהם המליצה ועדת ברק לעניין הסדר חלוקת האחריות

4 סכום קבוע של 75 ש"ח, בתוספת של 30 ש"ח לכל יום מהמועד שבו נודע ללקוח על גנבת הכרטיס, על אבדנו או על השימוש לרעה בו ועד למסירת ההודעה למנפיק. עם זאת, במקרה שהלקוח מסר למנפיק הודעה תוך 30 יום מהיום בו נעשה לראשונה שימוש לרעה, הסכום המקסימלי שהלקוח יחייב בו יהיה 450 ש"ח. יצוין, כי מאז חקיקת החוק לא עודכנו הסכומים, חרף העובדה שהחוק מקנה לשר המשפטים סמכות לעשות כן (ס' 20 לחוק). לו היו מעודכנים הסכומים על פי המדר בלבד, הם היו עומדים היום בקירוב על סכום קבוע של כ-360 ש"ח, בתוספת של כ-145 ש"ח לכל יום מהמועד שבו נודע ללקוח על האבדן, על הגנבה או על השימוש לרעה. הסכום המרבי כאמור לעיל היה עומד על כ-2,150 ש"ח.

5 יכולת המנפיק להימנע מזיכוי הלקוח במקרה שנוכח שמתקיים אחד החריגים להגבלת אחריות הלקוח אינה מעוגנת בסעיף, אך היא עולה בקנה אחד עם השכל הישר. אם המנפיק רשאי לחזור ולחייב את הלקוח לאחר שזיכה אותו, נראה כמובן מאליה שהוא רשאי להימנע מלזכותו מלכתחילה, אם כבר אז היו ידועות לו אותן הנסיבות.

6 הסעיף נוקט לשון "נוכח המנפיק", אשר מפורשת פעמים רבות על ידי המנפיקים כמאפשרת להם לחייב את חשבון הלקוח בכל מקרה שלדעתם מתקיים אחד החריגים להגבלת אחריות הלקוח, גם אם דעה זו אינה נתמכת בראיות בעלות משקל. לאור זאת ולאחר דיונים עם הגורמים הרלוונטיים הופץ תזכיר לתיקון חוק כרטיסי חיוב, שלפיו, בין היתר, "תוקן ס' 6 לחוק, כך שייכתב במפורש שמנפיק יהיה רשאי לחייב את חשבון הלקוח רק אם "הוכח" לו כי התקיים אחד החריגים להגבלת אחריות הלקוח. בימים אלה לבש התזכיר צורה של הצעת חוק ממשלתית, והוא מצוי בהליכי חקיקה.

7 דין וחשבון הוועדה לבדיקת הבעיות המשפטיות של כרטיסי אשראי (תשמ"ב) (להלן: "דו"ח ועדת ברק").

התקבלו כמעט במלואם על ידי המחוקק⁸. הוועדה התלבטה בשאלת דרך חלוקת האחריות לנזק בגין שימוש לא מורשה בכרטיס. מצד אחד קיימת הגישה התומכת בהחלת עקרון האשמה, שעל פיו תוטל האחריות על הצד המאפשר, בהתנהגותו, את גרימת הנזק. מצד שני קיימת הגישה התומכת בהחלת עקרון פיזור הנזק, שעל פיו תוטל האחריות על הצד המצוי בעמדה הטובה ביותר לפזר את הנזק בין כלל המשתמשים בכרטיסי החיוב⁹. פוטנציאל הנזק שאליו חשוף הלקוח בשל שימוש לא מורשה בכרטיס חיוב, כמו גם בשל שימוש לא מורשה באמצעי תשלום אחרים, הוא גדול במיוחד. הטעם לכך הוא יכולתו של הזייפן או הגנב להביא לחיוב חשבוננו של הלקוח בסכומים גבוהים במיוחד, מאחר שכרטיס החיוב מאפשר גישה לחשבון הבנק של הלקוח, הן באמצעות משיכת כספים ישירות מהחשבון והן באמצעות ביצוע עסקאות המביאות ישירות לחיוב החשבון. דרכי השימוש הלא מורשה הן רבות ומגוונות: גנבת הכרטיס או זיופו, גנבת הקוד הסודי או פיצוחו, ציתות למכשיר האוטומטי על מנת להשיג את הפרטים המוצפנים בפס המגנטי שבכרטיס ועל מנת להשיג את הקוד הסודי שהוקש על ידי הלקוח, השגת פרטי הכרטיס ושימוש בהם בעסקה טלפונית, וכיו"ב¹⁰.

נוכח הנזק הגדול שיכול להיגרם ללקוח עקב שימוש לא מורשה בכרטיס החיוב, נוצר הצורך לקבוע הסדר חלוקת אחריות המונע את נשיאת הלקוח בנזקים בלתי סבירים, והמטיל, ככלל, את האחריות לשימוש בלתי מורשה בכרטיס על המנפיק¹¹. הרעיון הוא, שבניגוד ללקוח, שהנזק הנגרם עלול לפגוע בו פגיעה כלכלית קשה, המנפיק יכול לשאת בעיקר האחריות ללא קושי, שכן הוא ידע כיצד לפזר את סך הנזק בין כלל הלקוחות, כך שכל לקוח יישא בתשלום נמוך כלשהו. הסדר זה דומה במהותו להסדר ביטוחי שבו מבוטח הלקוח כנגד הסיכון לנזקי שימוש לרעה שיעשה בכרטיס, למעט בחריגים מסוימים. המנפיק רשאי, כמובן, לבחור את דרך פעולתו המועדפת על פי רצונו. הוא רשאי, למשל, לרכוש פוליסת ביטוח מחברת ביטוח והוא רשאי לערוך ביטוח עצמי, כך שזנקי השימוש לרעה יכוסו באמצעות העלאת מחיר השירות, בין באמצעות גביית עמלות ייעודיות ובין בדרך אחרת¹².

במסגרת יצירת הסדר חלוקת האחריות נבחנה האפשרות של חיוב הלקוח במלוא הנזק אם נהג ברשלנות, אולם אפשרות זו ירדה מהפרק בשל החשש שהסדר כזה

8 ראו למשל דברי ההסבר להצעת חוק כרטיסי חיוב, תשמ"ו-1986, ה"ח 124, וכן: ד"כ 24 (תשמ"ו) 2333.

9 על עקרון האשמה מול עקרון פיזור הנזק בהקשרים דומים אחרים ראו א' ברק "זיוף במשיכת שיק: מטרה ואמצעים בחלוקת הסיכון בין הבנק ללקוח" משפטים א (תשכ"ט) 134.

10 עוד לעניין הסיכונים ראו: E.T. Shinn "An Overview of Unauthorized Electronic Fund Transfers: Alternatives in Reducing Consumer Liability" *Com. L.J.* (1985) 216, 217.

11 דו"ח ועדת ברק, לעיל הערה 7, בע' 27.

12 פיזור הנזק באמצעות גביית עמלה נעשה, בכל הנוגע לכרטיסי בנק, עוד טרם חקיקת חוק כרטיסי חיוב. ראו לעניין זה דברי ההסבר בהצעת החוק, לעיל הערה 8, בע' 129.

ירוקן מתוכנו את ההסדר הרצוי שהמנפיק יישא בדרך כלל באחריות. רשלנות, כך סברו, יוכל המנפיק למצוא, או לפחות לטעון, במקרים רבים, דבר שיכביד על הלקוח. לכן נקבע בסופו של דבר כי גם במקרים שבהם הלקוח התרשל, הוא ייהנה מהשתתפות בסכום מוגבל וידוע מראש, ללא התחשבות בגודל הנזק שנגרם למנפיק בעטיו של השימוש לרעה¹³. טעמים פרקטיים הביאו גם לשלילת ההסדר שעל פיו מוטלת אחריות על הלקוח במקרה של רשלנות חמורה מצדו. ההבחנה בין רשלנות רגילה לרשלנות חמורה עלולה לגרום להתדיינויות מרובות, וכך לעלויות מיותרות. כמו כן, גישה צרכנית מחייבת קביעת כללי התנהגות ברורים ללקוח, על מנת ליצור עבורו סביבה של ודאות באשר לנדרש ממנו¹⁴. משכך, נקבעו התנהגויות מסוימות של הלקוח שבקרתן יחויב הלקוח בנוקי השימוש לרעה.

מהאמור עולה, כי התכלית החקיקתית של הסדר חלוקת האחריות מצביעה באופן ברור על כך שחלוקת האחריות לשימוש לא מורשה בכרטיס איננה נקבעת על פי רשלנות הצדדים, לא רגילה ולא חמורה. הקריטריון היחיד להטלת האחריות על הלקוח הוא הכניסה לאחד משלושת החריגים שבחוק. זאת, בנוגע לכל סוגי כרטיסי החיוב לרבות כרטיס בנק¹⁵, שלגביו אפשר היה, לכאורה, ליצור הסדר חלוקת אחריות שונה, לאור האופן השונה של השימוש בו ביחס לכרטיס אשראי. כרטיס בנק שונה מכרטיס אשראי בעיקר בכך שהשימוש בו מחייב שימוש גם בקוד הסודי. גנבת הכרטיס יחד עם הקוד הסודי יכולה ללמד לעתים על התרשלות כפולה מצד הלקוח — הן בשמירת הכרטיס והן בשמירת הקוד הסודי בקרבת הכרטיס. אפשר היה לטעון שמוצדק לצפות מהלקוח שלא ישמור את הקוד הסודי בקרבת הכרטיס. עם זאת כאמור, ההסדר שבחוק כרטיסי חיוב אינו מבחין בין סוגי הכרטיסים לעניין חלוקת האחריות בין המנפיק ללקוח בעת שימוש לרעה בכרטיס, ואנו סבורים שגישה זו נכונה¹⁶. עיון בלשון חוק כרטיסי חיוב מעלה כי תכלית החוק כאמור קיבלה ביטוי לשוני ברור ומפורט בחוק באמצעות קביעת רשימת חריגים להגבלת אחריות הלקוח.

מבחינה עיונית ניתן למנות כמה מגרעות להסדר הקיים. המגרעה העיקרית היא העובדה שההסדר הקיים עלול ליצור תמריץ להתנהגות רשלנית מצד הלקוחות. פרט לכך שהתנהגות מסוג זה אינה רצויה חברתית באופן כללי, הרי בשל האופי הביטוחי של הסדר האחריות, הלקוחות הזהירים מסבסדים את הלקוחות

13 דר"ח ועדת ברק, לעיל הערה 7, בע' 27.

14 שם, בע' 29.

15 בס' 1 לחוק כרטיסי חיוב כרטיס בנק מוגדר כ"לוחית או חפץ אחר לשימוש חוזר, המיועדים למשיכת כסף באמצעות מכשירי בנק ממוכנים או לרכישת נכסים בדרך של חיוב חשבוננו של לקוח בתאגיד בנקאי וזיכוי אדם אחר על ידי שימוש בכרטיס במכשיר המיועד לכך במקום עסקו של הספק".

16 ראו בעניין זה ט' שפניץ, א' זיסבלט ור' לוטטהווי "חוק כרטיסי חיוב — מגמות הפרקליט לח (תשמ"ח) 644, 648. לדיון על נימוקים למניעת הבחנה בין כרטיס אשראי לכרטיס בנק במקרה של שימוש לרעה ראו הדיון בפרק ד' להלן.

הרשלנים¹⁷. מגרעה נוספת היא האפשרות שיתקיים סבסוד צולב של לקוחות בעלי עושר פיננסי קטן את הלקוחות בעלי העושר הפיננסי הגדול. אפשרות זו קיימת מאחר שמגבלות השימוש בכרטיס משתנות על פי מידת עושרו הפיננסי של בעליו¹⁸. כפי שצוין לעיל, כנגד מגרעות אלה עומדים היתרונות שבהסדר הקיים – מניעת נשיאת הלקוח בנזק שיתקשה לעמוד בו, קביעת כללי התנהגות ברורים ללקוח, מזעור עלויות התדיינות וצמצום האפשרות לריקון ההסדר מתוכן בשל הכנסת מושגים עמומים כגון רשלנות. אנו סבורים שהיתרונות שבהסדר הקיים עולים על חסרונותיו, לאור היותו של כרטיס החיוב אמצעי תשלום כה נפוץ וכה רווחי למנפיקים, ושהסיכונים הגלומים בו עלולים להיות כה משמעותיים ללקוח, בצד יכולתם המוכחת¹⁹ של המנפיקים להתגונן מפניהם באופן טוב הרבה יותר מהלקוחות²⁰. בפועל, ההסדר שנבחר דומה במהותו להסדר האמריקני ולהסדר הבריטי. ההסדר האמריקני מגביל את אחריות הלקוח לשימוש לא מורשה בכרטיס לנזק של 50 דולר, וזאת עד מתן ההודעה למנפיק²¹. לאחר מתן ההודעה למנפיק, הלקוח אינו אחראי לנזק כלל, אלא אם כן אין מדובר בפעולה לא מורשה, כהגדרתה בחוק האמריקני²². לעניין זה יובהר, כי בשונה מההסדר הישראלי, ההסדר האמריקני מבוסס על דיני השליחות בלא לקבוע חריגים מסוימים להגבלת אחריות הלקוח. כך, הגבלת אחריות הלקוח יכולה להיפגע, על פי ההסדר האמריקני, רק אם מי שביצע את השימוש בכרטיס פעל בשליחותו של הלקוח, לרבות שליחות נחזית²³. השאלה המתבקשת אפוא על פי הדין האמריקני היא: האם מי שביצע את הפעולות בכרטיס היה מורשה לכך אם לאו²⁴. מן הראוי להזכיר בהקשר זה בעיקר את השליחות

17 המצב היה שונה לו הייתה נגבית עמלה דיפרנציאלית בגין הסדר חלוקת האחריות.

18 הכוונה היא למגבלת הסכום לשימוש בכרטיס ולמסגרת האשראי בבנק.

19 ראו הדיון בפרק ב' להלן.

20 אם כי אולי אפשר היה לאמץ שינוי מסוים בהסדר הקיים, שלפיו תוטל על הלקוח האחריות במקרים שבהם לא הודיע למנפיק על האבדן, על הגנבה או על השימוש לרעה תוך פרק זמן קצר ומסוים מאז שנודע לו בפועל עליהם. זאת, שכן נדמה לנו שזו נקודת התורפה המרכזית בהסדר האחריות שבחוק. הטלת נטל כזה על הלקוח איננה בלתי סבירה, ומצד שני יש לה חשיבות גדולה למנפיק ולאפשרותו למנוע את הנזק הכרוך בשימוש לרעה. ניתוח מעמיק של הנושא חורג מהיקף השימה זו, ועל כן נסתפק בדברים אלה. לרעה תומכת בהסדר הקיים ראו גם ר' בן אוריאל דיני בנקאות, חלק בללי (תשנ"ו) 408.

21 15USC1643. זהו ה"Consumer Credit Protection Act", אשר נחקק בשעתו כתיקון ל"Truth in Lending Act". הסדר חלוקת האחריות לעניין כרטיסי בנק מצוי ב"Electronic Fund Transfer Act". שני ההסדרים זהים מבחינה מהותית.

22 רעיון זה דומה במהותו לזה שבס' 5 לחוק כרטיסי חיוב. ראו גם הדיון בהמשך פרק זה.

23 "The term unauthorized use, as used in section 1643 of this title means : 15USC1602(o) a use of a credit card by a person other than the cardholder who does not have actual, implied or apparent authority for such use and from which the cardholder receives no benefit."

24 לעניין הדרישה הבלעדית להיעדר שליחות ראו: E.C Yen "Fraudulent Credit Card Charges: Liability of Card Issuer" 114 *Banking L.J.* (1997) 467.

הנחזית, אשר כאמור קיומה שולל, על פי הדין האמריקני, את הגנת הלקוח מפני נזקי שימוש לרעה שנעשה בכרטיס החיוב שלו. כידוע, מושג השליחות הנחזית, הידוע במשפט המקובל²⁵, מתבסס על מניעות. משמעות הדבר היא, שאם השולח (הלקוח במקרה שלנו) הציג מצג כלפי צד שלישי (המנפיק), שמאן דהוא הוא שלוח שלו (מי שעשה בפועל שימוש בכרטיס), והצד השלישי הסתמך על המצג, ושינה את מצבו לרעה, אזי מנוע השולח מלטעון כנגד השליחות. במקרים שבהם המצג נוצר בשל מחדל של הלקוח, נדרשת חובה לפעול, שהפרתה היא זו שיוצרת את המצג (מה שמכונה מניעות על ידי רשלנות). על בסיס זה קבעה הפסיקה האמריקנית בכמה מקרים, כי מצג שיצר לקוח, בתשלום בשיקים בכל חודש במשך זמן רב לחברת האשראי, את הסכום שנטען לגביו לאחר מכן כי נוצר עקב פעולה לא מורשית בכרטיס, יוצר שליחות נחזית, ועל כן אינו מעניק ללקוח את ההגנה המסורה לו על פי החוק כאמור²⁶.

ההסדר הבריטי מגביל את אחריות הלקוח לשימוש לא מורשה שנעשה בכרטיס לנזק של 50 לירות שטרלינג טרם מתן ההודעה למנפיק. ההסדר הבריטי נוקט גם הוא לשון של שליחות, וקובע כי הלקוח לא יהיה אחראי לשימוש שלא נעשה בידי שלוחו, אולם הוא גם מחריג באופן פרטני מצבים שבהם השימוש נעשה בידי מי שהלקוח מסר לו את הכרטיס מתוך הסכמה. לאחר מתן ההודעה למנפיק, הלקוח אינו אחראי לנזק כלל, אלא אם כן השימוש היה מורשה או שמתקיים החריג האמור²⁷.

25 לעניין איתחולת דיני השליחות הנחזית, כשלעצמם, במשפט הישראלי, ולהפעלת דיני המניעות לצד דיני השליחות ראו א' ברק חוק השליחות (תשנ"ו) 623–628.

26 ראו למשל פסק הדין המנחה: *Minskoff v. American Express Travel Related Servs. Co. Inc.*, 98 F.3d 703 (2d Cir. 1996). (להלן: עניין *Minskoff*). במקרה זה הזמינה עובדת בחברה מסוימת כרטיס אשראי על שם החברה, ללא הרשאה לכך מטעם החברה. במשך שנה ביצעה העובדת עסקאות בכרטיס. בכל חודש במשך השנה נשלח לחברה דף פירוט על אודות העסקאות שבוצעו בכרטיס, ובכל חודש נשלח לחברת האשראי שיק מטעם החברה בגין העסקאות. בנוסף לכך הזמינה העובדת כרטיס נוסף על שם החברה, שוב ללא הרשאה, וביצעה עסקאות במשך 16 חודשים בסכום של למעלה מ-\$300,000. גם במקרה זה נשלחו לחברה דפי פירוט באופן שוטף, והחברה שילמה את תמורת העסקאות מדי חודש בחודשו באמצעות שיקים. בית המשפט פסק שמשלוח השיקים על ידי החברה באופן שוטף מדי חודש בצירוף העובדה שהחברה לא בדקה את החשבון ולא חלקה על האמור בו באופן מתמשך, יצרו שליחות נחזית כלפי חברת האשראי, אשר פוטרת אותה מאחריות בגין השימוש בכרטיס, הגם שבפועל הוא היה בלתי מורשה. מן הראוי לציין בהקשר זה כי בארצות-הברית ישנה חובה חוקית לבדוק את דפי החשבון, על מנת לבדוק אם רשומות בהם פעולות שאינן מורשות. הפרתה של חובה חוקית זו היא בסיס ליצירת מצג רשלני כלפי חברת האשראי, כאילו מי שעשה בפועל שימוש בכרטיס הוא שלוחו של הלקוח. בארץ, לא זו בלבד שאין בנמצא חובה מכוח הדין כאמור, אלא שממילא המבנה המשפטי של הסדר חלוקת האחריות שונה, שכן אין בו מקום לשליחות אלא במסגרת החריגים שבס' 5(ד) לחוק כרטיסי חיוב. נדון בעניין זה בפרק ג' להלן. עוד באותו עניין ראו למשל: *Transamerica Ins. Co. v. Standard Oil Co.*, 325 N.W.2d 210 (N.D. 1982).

27 *Consumer credit Act 1974 s. 83, 84*.

עם זאת, בניגוד להסדרי חלוקת האחריות בארצות־הברית ובבריטניה, ישנם בעולם גם הסדרי חלוקת אחריות המבוססים על מידת אשמו של הלקוח.

באוסטרליה, למשל, קיים קוד התנהגות — Electronic Funds Transfer Code of Conduct — שהנהיגה רשות הפיקוח, ה־Australian Securities & Investments Commission (ASIC), העוסקת בפיקוח על הפן הצרכני של המוסדות הפיננסיים באוסטרליה. לקוד הצטרפו רוב רובם של המוסדות המפוקחים²⁸. באופן כללי, סעיף 5 לקוד האוסטרלי מגדיר את חלוקת האחריות באופן שבו האחריות לשימוש לא מורשה בכרטיס החיוב²⁹ תוטל, ככלל, על המנפיק. אולם אם הנזק נגרם עקב אחד המקרים הבאים, תחול האחריות על הלקוח: מרמה של הלקוח, הסכמה או ידיעה של הלקוח על השימוש בכרטיס, השתהות במתן ההודעה למנפיק, או אם הלקוח גילה את הסכמה לצד שלישי, כתב אותה על גבי הכרטיס או נהג ברשלנות חמורה. בכל מקרה אחר³⁰ הלקוח יהיה אחראי לכל היותר לסכום של 50 דולר אוסטרלי עד מתן ההודעה למנפיק.

באיחוד האירופי קיימת מאז שנת 1997 המלצה — Recommendation 97/489/EC — אשר כל חברי האיחוד האירופי נדרשים לפעול על פיה, ויישומה בפועל אף נבחן על ידי האיחוד. ההמלצה חלה על אמצעי תשלום אלקטרוניים שונים, לרבות כרטיסי חיוב³¹. סעיף 6 להמלצה מגדיר את גבולות אחריות הלקוח, כך שעד מועד מתן ההודעה למנפיק, יישא הלקוח באחריות לנזק שנגרם עקב האבדן או הגנבה בגבול של עד 150 אירו בלבד. אולם אם הנזק נגרם עקב אחד מהמקרים הבאים, תחול האחריות על הלקוח: הלקוח פעל ברשלנות חמורה או במרמה בהפרתו את חובותיו הרלוונטיות. החובות הרלוונטיות על פי סעיף 5 להמלצה הן: נקיטת אמצעים סבירים לשמירת הכרטיס והקוד הסודי, הודעה ללא דיחוי על גנבה, על אבדן או על שימוש לא מורשה בכרטיס, אי־כתיבת הקוד הסודי באופן שיהיה קל לזוהותו, ובפרט לא על גבי הכרטיס או על אביזר הנשמר ביחד עמו. לאחר מתן ההודעה למנפיק לא תוטל אחריות כלשהי על הלקוח, אלא אם כן פעל במרמה.

עם זאת, המדינות השונות רשאיות לקבוע הסדרי אחריות המיטיבים את מצב הלקוח. בבריטניה, למשל, נותרה על כנה הוראת סעיפים 83 ו־84 ל: Consumer Credit Act 1974, אשר פורטה לעיל בפרק זה, ואשר הייתה קיימת עוד קודם להוצאת ההמלצה האמורה.

המחוקק הישראלי יצר אפוא מסגרת משפטית משלו, הקרובה, במהותה

28 ראו ההודעה בעניין זה באתר האינטרנט של הרשות: www.asic.gov.au, אשר ניתן למצוא בו גם את הקוד האמור עצמו [http://www.bankers.asn.au/ArticleDocuments/ABA-60853-v2-EFT_Code_Review_Submission_-_Final_-_6_June_07.PDF] (last visited on 18.6.07).

29 הקוד חל על מגוון של אמצעי תשלום אלקטרוניים ולא רק על כרטיסי חיוב.

30 למעט אם המנפיק עצמו התרשל או אירע אירוע אחר מאלה המנויים בס' 5.2 לקוד.

31 ניתן למצוא את ההמלצה באתר האינטרנט של האיחוד האירופי: http://lex.europa.eu/smart-api/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&numdoc=31997H0489&model.=guichett&lg=en (last visited on 28.6.07).

ובתפיסתה העקרונית, לזו האמריקנית ולזו הבריטית, לשם הגשמת הרצון להגן על הלקוח במקרים של שימוש לרעה בכרטיס החיוב, ולמנוע את נשיאתו בעיקר הנזק בגין אותו שימוש. מסגרת משפטית זו שונה מהמסגרות המשפטיות שנבחרו במדינות שבהן רצו לסייג את ההגנה על הלקוח במקרים שבהם דבק אשם בהתנהגותו.

ב. הסדר חלוקת האחריות שבחוק כרטיסי חיוב והפרקטיקה של יחסי מנפיק-לקוח

הטלת עיקר האחריות לשימוש לרעה בכרטיס החיוב על המנפיקים חייבה אותם לפעול על מנת למנוע את האפשרות שיבוצע בכרטיס שימוש לרעה, ועל מנת לגלות מהר ככל האפשר שימוש כאמור. המנפיקים אכן פעלו ופועלים בכיוון זה על מנת להקטין את הנזק שבו הם נאלצים לשאת מכוח האחריות המוטלת עליהם על פי החוק. מדובר בנזק למנפיקים שהסתכם בשנת 2002 ב-67.5 מיליון ש"ח ובשנת 2003 ב-45 מיליון ש"ח³². זאת, ביחס להיקף עסקאות בכרטיסי חיוב של כ-96 מיליארד ש"ח^{33,34}.

חשוב לומר, כי לסכום הנזק אין, ככלל, משמעות לעניין המעמסה המוטלת על המנפיקים, שכן כל סכום נזק ממילא יפוזר בין כלל הלקוחות באמצעות העלאת מחיר השירות בכלל וגביית עמלות בפרט, כמצופה מהמנפיקים על פי הרעיון העומד מאחורי הסדר חלוקת האחריות³⁵. עוד יש לומר, כי גם אם נתחשב בסכום

32 הסקירה השנתית של מערכת הבנקאות בישראל לשנת 2003, הפיקוח על הבנקים (2004) 53. שם, בע' 52.

33 יצוין, כי על פי דבריה של חברת כרטיסי אשראי לישראל בע"מ בבית המשפט במסגרת הליך לאישור תובענה ייצוגית שנפתח נגדה, כשבע השנים האחרונות אירעו 188,000 מקרים שלקוחות הודיעו לחברה על גנבה, על אבדן או על שימוש לרעה בכרטיס. המדובר בת"א (ת"א) 1121/04 אליהו נ' כרטיסי אשראי לישראל בע"מ (טרם פורסם), (עותק שמור במערכת) (להלן: עניין אליהו), המתנהל בבית המשפט המחוזי בתל אביב. עילות הבקשה לאישור התובענה הייצוגית בתק"ז זה, אשר הוגשה מכוח חוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981, הן הטעיה וניצול מצוקה שנוקטות חברת כרטיסי האשראי כ.א.ל., לטענת התובע, בהחתימה לקוחות על הסכם פולליגרף. לעניין זה נבהיר, כי חברות כרטיסי האשראי השונות דורשות מפעם לפעם מלקוחות הטוענים לשימוש לרעה בכרטיס החיוב לבצע בדיקת פולליגרף כתנאי לזיכוי חשבונם בסכומי הנזק שנגרם להם על ידי אותו שימוש לרעה. בטרם מבוצעת בדיקת הפולליגרף נדרש הלקוח לחתום על חוזה אחיד המסדיר את בדיקת הפולליגרף, את תוקפה בין הצדדים וכיו"ב. חוזה זה כולל תנאים מקפחים רבים, אשר עד כה טרם נדונו באופן ממצה.

35 העובדה שמדובר בשירות חיוני בעל ביקוש קשית תורמת למסקנה זו. מובן שבנסיבות של נזקים גדולים במיוחד יכולה להיות פגיעה במנפיק, אולם כאמור לעיל אנו רחוקים ממצב דברים זה. עוד יצוין, כי מחיר השירות הגלום בכרטיס חיוב מורכב משני רכיבים: העמלות המשתלמות בגין הכרטיס והריבית הנגבית בגין עסקאות אשראי. ברמת ניתוח מעמיקה יותר ניתן גם להבחין בין שני סוגי עמלות הכרוכות בשימוש השוטף בכרטיס: העמלות הנגבות בגין עצם החזקת הכרטיס, כגון "דמי חבר", "דמי ניהול חודשיים" ועוד, והעמלות הנגבות

הנזק, הרי על פי הפרקטיקה הנוהגת כיום מחויב כל לקוח לשלם עבור כל כרטיס חיוב שבבעלותו עמלה מיוחדת המכונה "דמי הגבלת אחריות", אשר משמעותה היא, למעשה, כמעין דמי ביטוח המשמשים לפיצוי בגין הנזק הנגרם בשל השימוש לרעה. כך, בין היתר, מפזרים המנפיקים את נזקי השימוש לרעה על כלל הלקוחות.³⁶ בשוק שבו קיימים כ-3.6 מיליון כרטיסי חיוב³⁷ והעמלה בגין הגבלת אחריות הלקוח עומדת על למעלה מ-20 ש"ח לשנה לכרטיס³⁸, הרי שסך התקבול מהעמלות עומד על כ-70 מיליון ש"ח בשנה³⁹. כפי שניתן לראות, סכום ההכנסות מגביית העמלה הייעודית לעניין השימוש לרעה עולה על סך הנזק השנתי בגין השימוש לרעה.⁴⁰ לבסוף נציין, כי על אף הנזקים בגין שימוש לרעה, חברות כרטיסי האשראי הן

בגין ביצוע עסקאות מסוימות, כגון: עמלת תשלום נדחה (עמלה הנגבית בכל עת שבה גובה המנפיק מהלקוח תשלום בגין עסקה בתשלומים שביצע הלקוח עם הספק) ועוד. מוכן אפוא שפזור הנזק על ידי העלאת מחיר העמלות הנגבות בגין עסקאות מסוימות או באמצעות העלאת הריבית על עסקאות אשראי המבוצעות באמצעות הכרטיס, יוצר מעין סכסוך צולב של הלקוחות שצורכים פחות אשראי או שעושים שימוש מופחת בכרטיס לשם ביצוע עסקאות מסוימות כגון עסקאות בתשלומים על ידי הלקוחות שצורכים יותר אשראי או שמבצעים יותר עסקאות כאמור.

36 כנגד עמלה זו הוגשו שתי בקשות לאישור תובענות ייצוגיות. בת"א (מחוזי ת"א) ע"א 2238/02 רייזל נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (לא פורסם), נדחתה הבקשה, ועל כך הוגש ערעור: ע"א 3955/04 רייזל נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (טרם פורסם), תקדין עליון 2005(3). בת"א (מחוזי ת"א) צור ניר נ' כרטיסי אשראי לישראל בע"מ (טרם פורסם). טרם ניתנה החלטת בבקשה. בשתי הבקשות טענו המבקשים כנגד חוקיות גביית העמלה, שכן לגישתם גביית העמלה אינה עולה בקנה אחד עם הוראות חוק כרטיסי חיוב, ולמעשה מתנה עליו לרעת הלקוח. אנו סבורים שעמדה זו אינה נכונה, שכן בין שהנזק יפוזר באמצעות גביית עמלות ייעודיות ובין שיפוזר באמצעות העלאת מחירן של עמלות אחרות, זהו לב לבו של עקרון פיזור הנזק, וזוהי הדרך העומדת בפני המנפיקים לפזר את הנזק בין כלל הלקוחות. קבלת הטענה כי אין לקבוע עמלה מסוימת בגין הטלת האחריות לשימוש לרעה על המנפיק, אך בד בבד להתיר את העלאת מחיר השירות בכללותו, משמעה למעשה דרישה מהמנפיק להסוות את העלאת המחיר הנובעת מהצורך לפזר את הנזק.

37 ראו לעיל הערה 32, בע' 51.

38 ראו תעריפוני העמלות של הבנקים השונים.

39 על פי נתוני הפיקוח על הבנקים הפטורים וההנחות שמעניקים המנפיקים וחברות כרטיסי האשראי מעמלה זו מועטים ביותר.

40 יש מי שסבור שניתן לתקוף את חברות כרטיסי האשראי משום שסכום גביית העמלה הייעודית בגין פיזור הנזק (דמי הגבלת אחריות) עולה על סכום הנזק שנגרם לחברות בשל השימוש לרעה בכרטיסי האשראי, ובכך יש משום הפרת הוראות חוק כרטיסי חיוב (כך למשל נטען, בין היתר, בעניין צור, לעיל הערה 36). אנו סבורים שסברה זו אינה נכונה. הרעיון הבסיסי הוא שהפרמיה בגין פיזור הנזק יכולה להיות גלומה במחיר השירות בכללותו (ולאו דווקא באמצעות עמלה מסוימת), ומשכך הרי שפירושה של הטענה האמורה הוא שיהיה צורך לחלץ מתוך מחיר השירות את אותו רכיב שמיוחס לנזקי השימוש לרעה. פעולה מסוג זה אינה מעשית, ואין לה כל תכלית כל עוד העלאת מחיר השירות בגין נזקי השימוש לרעה אינה גבוהה עד כדי חתירה תחת תכלית חוק כרטיסי חיוב. השוו ע"א 3190/99 שוקר נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נד(3) 127, פסקה 19 לפסק הדין.

חברות רוחניות עד מאוד, ומהוות לתאגידים הבנקאיים השולטים בהם מקור רווח יציב ומשמעותי⁴¹.

מהנתונים שהובאו לעיל לא ניתן ללמוד מהו הסכום הכולל שהמנפיקים נדרשים להשיב ללקוחות, אך הם מסרכים לשאת בו בטענה כי הם פטורים מאחריות. מדובר בסכום הנזק הנגרם ללקוחות בשל ניסיונם של המנפיקים לפטור עצמם מאחריות מקום שבו חוק כרטיסי חיוב מחייבם לשאת בה. למעשה, השאלה היא אם בפרקטיקה של יחסי מנפיק-לקוח זוכה הלקוח למלוא ההגנה שהתכוון להעניק לו חוק כרטיסי חיוב מפני שימוש לרעה בכרטיס החיוב שלו מקבלת מענה שלילי. על כך ניתן ללמוד ממקורות מספר.

עיון בפסקי דין שניתנו בעקבות תביעות שהוגשו נגד מנפיקים בעילה של שימוש לרעה בכרטיס החיוב יכול ללמד על תפיסת העולם של המנפיקים בנוגע להגבלת אחריות הלקוח על פי החוק. מדובר בנתונים בעלי משמעות, שכן הם מלמדים על מדיניות המנפיק באופן כללי. טענה של מנפיק בפני בית המשפט כי הלקוח התרשל, למשל, בשמירה על הכרטיס או על הקוד הסודי, ועל כן יש להטיל עליו את האחריות לשימוש לרעה, עשויה ללמד על כך שמדובר בטענה שגרתית כלפי כל הלקוחות הטוענים לשימוש לרעה באותן נסיבות. קשה להניח שמנפיק יוציא מרצו ויגיע לכותלי בית המשפט על מנת להשמיע טענה מסוג זה באופן חד-פעמי. בהמשך רשימה זו נראה, כי עיון במקרים העולים בפני בית המשפט מעלה שאכן יש סיבה לדאגה בהקשר זה⁴², שכן בית המשפט נותן חיזוק משמעותי לעמדת המנפיקים, אשר סותרת, לדעתנו, את חוק כרטיסי חיוב ואת תכליתו. ביטוי לכך ניתן לראות בהתבטאויות פומביות מצד מנפיקים, אשר מצהירים, למשל, כי התרשלותו של הלקוח בשמירת הכרטיס שקולה כנגד מסירת הכרטיס לאחר, ועל כן מקימה את החריג להגבלת אחריות הלקוח. כחיזוק לעמדתם זו מגייסים המנפיקים פסיקה התומכת בה⁴³.

הנתונים המצויים בידי הפיקוח על הבנקים עשויים ללמד גם הם על ממדי

41 עיון בדו"ח השנתי שפרסם בנק הפועלים, המחזיק בישראלכרט, מלמד על כך שתדומתה של ישראלכרט לבנק הפועלים ביחס להון המושקע בה על ידי בנק הפועלים הסתכמה בשנת 2003 בלמעלה מ-20%. עיון בדו"חות כספיים קודמים מלמד על כך שמדובר במקור הכנסה יציב ובממוצע רב-שנתי של כ-20% תשואה על ההון המושקע. יש לציין כי מדובר בתשואה גבוהה במיוחד ביחס למקובל במערכת הבנקאית. בדומה, עיון בדו"ח השנתי של בנק דיסקונט, המחזיק ב-35% מהון המניות של חברת כרטיסי אשראי לישראל בע"מ מלמד כי תרומתה להשקעתו של בנק דיסקונט בה עמדה בשנת 2003 על כ-31% [http://www.bankhapoalim.co.il/icmm/uploads/files/total2003.pdf] (last visited on 10.6.07).

42 ראו פרק ג' להלן.

43 ראו למשל: ד' לוצקי "אפשר גם בלי קוד סודי" הארץ 25.8.2003, לעניין התבטאויותיה של חברת כרטיסי האשראי לאומי קארד בע"מ. במקרה זה נסמכה לאומי קארד על פסק דינו של בית משפט השלום בתל אביב בת"א (שלום ת"א) 63935/99 טל ג' ישראלכרט בע"מ (לא פורסם) (להלן: עניין טל). בהמשך נעסוק, בין היתר, בפסק דין זה.

התופעה⁴⁴. על פי נתונים אלה הוכפל בארבע השנים האחרונות מספר הפניות לפיקוח על הבנקים בנושא שימוש לרעה בכרטיסי חיוב ביחס לכלל הפניות בנושא כרטיסי חיוב⁴⁵. קרי: נתח גדל והולך מהקשיים שבפניהם ניצבים לקוחות בעסקיהם עם מנפיקים נוגע לשימוש לרעה בכרטיס החיוב. לא זו בלבד, אלא שממוצע אחוז התלונות שהפיקוח על הבנקים היה סבור שהן מוצדקות בארבע השנים האחרונות גדול באופן משמעותי בתחום השימוש לרעה בכרטיסי חיוב מאשר בכלל הנושאים השונים במערכת הבנקאית⁴⁶. נתון זה תורם להבהרת התמונה הכללית שלפיה המנפיקים אווזים בעמדות שאינן מתיישרות עם חוק כרטיסי חיוב בכל הנוגע לשימוש לרעה בכרטיסי החיוב.

ג. שלילת ההגנה לצרכן על ידי הפסיקה

המספר המשמעותי של מקרים שבהם נטען על ידי לקוחות כי נעשה שימוש לרעה בכרטיס החיוב שבבעלותם והפרקטיקה ביחסי מנפיק-לקוח, כפי שתוארה לעיל, מובילים, כאמור, מפעם לפעם לדיונים משפטיים בין הצדדים. יוזם ההליכים המשפטיים הוא הלקוח, שכן הוא זה המצוי בעמדת נחיתות אינהרנטית לאופיו של הסדר כרטיס החיוב. בדרך כלל המצב הוא שחשבונו כבר חויב בסכומים שנטען לגביהם שימוש לרעה, ובידי המנפיק הכוח להותיר את החיוב על כנו או לזכות את הלקוח. עד כה התקיימו דיונים לגופו של הסדר חלוקת האחריות בגין שימוש לרעה בכרטיסי חיוב בבית משפט השלום בלבד. על אף האמור לעיל לעניין התכלית העומדת ביסוד הסדר חלוקת האחריות, אווז לעתים מזומנות בית המשפט בדעה אחרת, ובפועל שוחק באופן עקבי ומתמשך את ההגנה הנתונה ללקוח מכוחו של הסדר חלוקת האחריות. בפרק זה נעמוד על שלושת הכלים המרכזיים שבאמצעותם בית המשפט עושה כן.

44 אותם נתונים שהפיקוח על הבנקים רשאי לפרסם, שכן לא חלה עליהם חובת הסודיות שחב בה המפקח על הבנקים מכוח סעיף 15א לפקודת הבנקאות, 1941.

45 בשנת 2000 אחוז הפניות בנושא שימוש לרעה עמד על 11% ביחס לכלל הפניות בנושא כרטיסי חיוב, אולם בשנת 2003 הוא כבר עמד על 22% ובשלושת הרבעונים הראשונים של שנת 2004 הוא עמד על 25%. בסך הכול מדובר על למעלה ממאתיים תלונות שהוגשו לפיקוח על הבנקים בארבע השנים האחרונות בנושא שימוש לרעה בכרטיסי חיוב בלבד. דומה שאין חולק על כך שמדובר בהיקף גדול במיוחד. על פי דברי הפיקוח על הבנקים התלונות המגיעות אליו הן רק קצה של תופעה, שכן בדרך כלל רוב הלקוחות אינם מתלוננים, אלא מקבלים את דברי הבנק (או המנפיק).

46 אחוז התלונות המוצדקות שטופלו בפיקוח על הבנקים בעניין שימוש לרעה בכרטיסי חיוב בארבע השנים האחרונות עומד על ממוצע של 41.3% לעומת ממוצע של 32.5% בכלל המערכת הבנקאית. לעניין הממוצע בכלל המערכת הבנקאית ראו: הסקירה הדר-שנתית של תחום יחסי בנק-לקוח בפיקוח על הבנקים לשנים 2000–2001, בע' 19, ולשנים 2002–2003, בע' 18 [last visited on 10.6.07] (http://www.bankisrael.gov.il/deptdata/pikuah/publ_inqu/act0203.pdf)

1. התרשלות הלקוח

בשנים האחרונות ניתנים יותר ויותר פסקי דין של בתי משפט השלום, אשר במסגרת בדיקת טענת שימוש לרעה המובאת בפניהם, אינם מסתפקים בבחינת השאלה אם התקיים שימוש לרעה כהגדרתו בחוק כרטיסי חיוב, ואם כן, אם מתקיים אחד החריגים המפורטים בחוק להגבלת אחריות הלקוח, אלא בוחנים גם את השאלה אם התרשל הלקוח ועד כמה, ופוסקים בהתאם לכך⁴⁷. זאת, באמצעות שימוש בעוולת הרשלנות כקנה מידה לחלוקת האחריות לנזק, ובאמצעות שימוש בעקרון ההתרשלות התורמת (אשם תורם) כמפחית מסכום הפיצוי שבו מחויב המנפיק. הכנסת התרשלות הלקוח לתוך הסדר חלוקת האחריות שבחוק כרטיסי חיוב נעשית על ידי בית המשפט בשתי דרכים: הדרך הראשונה היא על ידי קביעה כי התנהגויות מסוימות של הלקוח שעניינו עומד לדיון, אשר הוגדרו על ידי בית המשפט כרשלניות, מצדיקות הטלת אחריות על הלקוח. הדרך השנייה היא על ידי ניתוח עיוני, לעתים במנותק מעובדות המקרה שהובא בפני בית המשפט, אשר מסקנתו היא כי התרשלות הלקוח היא קריטריון רלוונטי לחלוקת האחריות על פי החוק.

כדוגמה לנקיטת הדרך השנייה שתוארה לעיל, קרי: "הדרך העיונית", ניתן לציין פסקי דין כגון אלה שניתנו בת"א (שלום ת"א) 24901/99 בנק הפועלים לישראל בע"מ נ' עטיה⁴⁸, בת"א (שלום ת"א) 120686/01 הזמי נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ⁴⁹, בת"א 180435/02 בן עובד נ' ישראל כרטיס בע"מ⁵⁰ ובת"א 219158/02 בנק לאומי לישראל סניף אפרירד נ' פרי⁵¹. במקרים אלה ערך בית המשפט ניתוח

47 ישנם עוד פסקי דין שעסקו בשאלת השימוש לרעה, אולם בהם כלל לא עלתה שאלת התרשלות הלקוח, שכן העובדות לימדו על כך שלא נעשה בכרטיס שימוש לרעה או שהתקיים אחד החריגים בחוק. מצד שני, לימדו העובדות על אי-התקיימות חריג מן חריגים שבחוק, ועניין הרשלנות לא עלה או שלא היה רלוונטי. בעניין הסוג הראשון ראו ת"א 110615/97 (שלום ת"א) מרציאנו נ' כרטיסי אשראי לישראל בע"מ (לא פורסם) (עותק שמור במערכת); ת"א (שלום קריות) 6067/01 גוזלי נ' כרטיסי אשראי לישראל בע"מ (לא פורסם); ת"א (שלום ים) 25455/98 בן עטר נ' בנק יהב לעובדי המדינה בע"מ (לא פורסם); ת"א (שלום חיפה) 25300/01 אסקין נ' כרטיסי אשראי לישראל בע"מ (טרם פורסם); ת"א (שלום ת"א) 27255/01 פרידלוב נ' כרטיסי אשראי לישראל בע"מ (לא פורסם); ת"א (שלום ת"א) 15890/03 שפירא נ' ישראל כרטיס בע"מ (לא פורסם); ת"א (שלום ת"א) 41679/01 כהן נ' כרטיסי אשראי לישראל בע"מ (טרם פורסם). בעניין הסוג השני ראו ת"א 157063/02 (שלום ת"א) קרצר נ' כרטיסי אשראי לישראל בע"מ (לא פורסם); ת"א (שלום חי) 5762/99 ברש נ' ישראל כרטיס בע"מ (לא פורסם); ת"א 5542/98 (שלום כ"ס) אוסדון נ' ישראל כרטיס בע"מ, דינים שלום, כך טו, 312 (להלן: עניין אוסדון).

48 ת"א (שלום ת"א) 24901/99 בנק הפועלים לישראל בע"מ נ' עטיה (לא פורסם) (להלן: עניין עטיה).

49 ת"א (שלום ת"א) 120686/01 הזמי נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ (לא פורסם) (להלן: עניין הזמי).

50 ת"א 180435/02 בן עובד נ' ישראל כרטיס בע"מ (טרם פורסם) (להלן: עניין בן עובד).

51 ת"א (שלום ת"א) 219158/02 בנק לאומי לישראל סניף אפרירד נ' פרי (טרם פורסם) (להלן: עניין פרי).

ערכי באשר לרעיון העומד מאחורי הסדר חלוקת האחריות. בית המשפט פירט את ההתלבטות שליוותה את חקיקת חוק כרטיסי חיוב באשר לשאלה מי צריך לשאת בסיכון לשימוש לרעה לאור עקרון האשמה ועקרון פיזור הנזק, והבהיר כי ההתלבטות שרירה וקיימת גם כיום, כשבאים ליישם את הוראות החוק. בית המשפט ביאר ופירש, כי נקודת המוצא של המחוקק הייתה, אמנם, כזו המגבילה את אחריות הלקוח ברוב המקרים שבהם נעשה שימוש לרעה בכרטיס, אולם זאת רק בתנאי יסודי ובסיסי, שהלקוח לא תרם לשימוש לרעה, ומתוך הנחה כי קיימת ללקוח חובת זהירות כלפי המנפיק, בהתחשב בסעיף 35 לפקודת הנזיקין. עוד פירש בית המשפט⁵², כי הגישה המאזנת בין עקרון פיזור הנזק לעקרון האשמה היא זו הדוגלת בחיוב הלקוח במלוא הנזק כאשר התנהגותו הייתה כרוכה ברשלנות חמורה. על פי אמת מידה זו, קבע בית המשפט, יש לבחון על מי יש להטיל את האחריות לשימוש לרעה בכרטיס⁵³.

ההתנהגויות שנמצאו כרשלניות וככאלה שבגינן קבע בית המשפט כי יש להטיל על הלקוח את האחריות, או חלקה, בגין שימוש לרעה שנעשה בכרטיס הן שמירה רשלנית על הכרטיס או על הקוד הסודי, התרשלנות בבדיקת מצב חשבון הבנק או דפי המידע שנשלחים ללקוח והתרשלנות בהחזרת הכרטיס למנפיק לאחר סיום החוזה על ידי המנפיק.

לעניין שמירה רשלנית על כרטיס החיוב או על הקוד הסודי נזכיר את פסקי הדין בעניין טל⁵⁴; ת"א (שלום ת"א) 60048/99 יוספי נ' ישראל כרט בע"מ⁵⁵; ת"א (שלום ת"א) 127063/98 פישנזון נ' כרטיסי אשראי לישראל בע"מ⁵⁶; וכן את עניין פרי האמור. במקרים אלה קבע בית המשפט כי הלקוח התרשל בשמירת הכרטיס או בשמירת הקוד הסודי והסיק מכך מסקנות לרעתו של הלקוח לעניין האחריות לשימוש לרעה שנעשה בכרטיס החיוב.

בכל הנוגע להתרשלנות בבדיקת מצב חשבון הבנק או דפי המידע הנשלחים ללקוח נזכיר את פסקי הדין בת"ק (תביעות קטנות חי') 2375/00 רייטנר נ'

52 למעט בעניין פרי.

53 בעניין עטיה ובעניין הזמי פסק בית המשפט נגד הלקוח, ולעומת זאת, בעניין בן עובד פסק בית המשפט לטובת הלקוח מטעמים של אי-הרמת נטל הראיה על ידי המנפיק. בית המשפט ציין, בין היתר, כי לא הוכחה לו רשלנות של התובע. עניין בן עובד, לעיל הערה 50, בפסקה 11 לפסק הדין.

54 לעיל הערה 43.

55 ת"א (שלום ת"א) 60048/99 יוספי נ' ישראל כרט בע"מ (לא פורסם) (עותק שמור במערכת) (להלן: עניין יוספי).

56 ת"א (שלום ת"א) 127063/98 פישנזון נ' כרטיסי אשראי לישראל בע"מ (לא פורסם) (עותק שמור במערכת) (להלן: עניין פישנזון). הן בעניין פישנזון והן בעניין יוספי ביסס בית המשפט את הטלת האחריות על הלקוח על קיומו של חריג להגבלת האחריות, אולם ראה לנכון לציין בנפרד ובמפורש את העובדה שמצא שהלקוח התרשל כלפי המנפיק.

ישראל כרטיס בע"מ⁵⁷ ובת"א (שלום ת"א) 17542/00 רום נ' הבנק הבינלאומי הראשון למשכנתאות בע"מ⁵⁸. בשני המקרים דובר בלקוחות שנמשכו מחשבוניותיהם כספים במשך כמה חודשים בטרם נתנו למנפיק הודעה על כך. בשני המקרים פסק בית המשפט, בין היתר, שהלקוחות התרשלו בבדיקת חשבונם בבנק או בבדיקת דפי המידע שנשלחו אליהם על ידי המנפיק. כפועל יוצא מכך חייב אותם בית המשפט באחריות, מלאה או חלקית, לנזקי השימוש לרעה שנעשה בכרטיס. התרשלות הלקוח באי-החזרת הכרטיס למנפיק לאחר סיום החוזה על ידי המנפיק מצאה את ביטוייה בפסקי הדין בת"א (שלום חי) 20463/02 קלינג נ' ישראל כרטיס בע"מ⁵⁹, בעניין עטיה ובעניין פרי. שלושת המקרים עסקו בלקוחות שנמנעו מהחזרת כרטיס החיוב למנפיק לאחר שחוזה כרטיס החיוב הסתיים ביזמת המנפיק. בפועל נעשה בכרטיס שימוש לרעה לאחר מועד סיום החוזה. בית המשפט זקף לרעת הלקוח את העובדה שלא החזיר את הכרטיס למנפיק ופסק כי יש בכך משום התרשלות מצדו, שפירושה נשיאתו, במידה זו או אחרת⁶⁰, בעול הנזק שנגרם בעקבות השימוש לרעה⁶¹.

2. קבלת טענות הנוגעות לעילות חוזיות

בחלק מהמקרים הוסיף בית המשפט ממד חוזי להטלת האחריות על הלקוח. בית המשפט עשה כן בדרך של אכיפת תניה חוזית הקובעת את נפקות מחדלו של הלקוח בביצוע פעולות מסוימות, מחד גיסא⁶², ובדרך של הטלת אחריות על הלקוח בשל הפרת חוזה מצדו, מאידך גיסא⁶³. בעניין יוספי ובעניין פישנזון ראה לנוכח בית המשפט לציין כי בשמירת הקוד הסודי בקרבת הכרטיס הפר הלקוח את החוזה עם המנפיק⁶⁴. בית המשפט אמנם לא ביסס על כך את הטלת האחריות על הלקוח, אולם בחר לציין את מעשה ההפרה באופן מפורש ונפרד בצד ההתייחסות להתרשלות בשמירה על הקוד הסודי ועל הכרטיס. בעניין רייטנר ביסס בית המשפט את הכרעתו בין היתר על כך שבחוזה בין הצדדים היה סעיף שקבע כי על הלקוח להשיג על

57 ת"ק (תביעות קטנות חי) 2375/00 רייטנר נ' ישראל כרטיס בע"מ (לא פורסם) דינים שלום, כך יז, 213 (להלן: עניין רייטנר).

58 ת"א (שלום ת"א) 17542/00 רום נ' הבנק הבינלאומי הראשון למשכנתאות בע"מ (לא פורסם) (להלן: עניין רום).

59 ת"א (שלום חי) 20463/02 קלינג נ' ישראל כרטיס בע"מ (לא פורסם) (להלן: עניין קלינג).

60 בעניין עטיה הטיל בית המשפט את מלוא האחריות על הלקוח. בעניין קלינג הטיל בית המשפט על הלקוח אחריות ל-20% מהנזק. בעניין פרי הטיל בית המשפט על הלקוח אחריות ל-50% מהנזק.

61 ראו לעניין זה הדיון בס' 1.3 לפרק ד' להלן.

62 עניין רייטנר, לעיל הערה 57.

63 ראו למשל עניין יוספי, ועניין פישנזון.

64 מנפיקים רבים כוללים בחוזיהם סעיף המורה, לעתים באופן מפורש ולעתים באופן משתמע, ללקוח לשמור על הכרטיס ועל הקוד הסודי. עיין בחוזי המנפיקים לאורך השנים (החוזים משתנים מעת לעת) מגלה עקביות בעניין זה. ראו לעניין זה גם ס' 2 לפרק ד' להלן.

האמור בדפי המידע שהמנפיק שולח אליו תוך תשעים ימים מיום קבלתו אותם, אחרת לא יוכל להעלות כלפי המנפיק טענה שנעשה בכרטיס שימוש לרעה, אלא באמצעות ראיות שבכתב. לאור זאת קבע בית המשפט כי הלקוח מושתק מלטעון, שלא באמצעות ראיות שבכתב, כנגד עסקאות שנעשו, לטענת הלקוח, תוך שימוש לרעה בכרטיס, משלא חלק עליהן במשך למעלה מחשעים הימים האמורים.

3. מתן עדיפות ראייתית למנפיק

ההגנה הנתונה ללקוח מכוח הסדר חלוקת האחריות נשחקת על ידי בית המשפט גם באופן עקיף, באמצעות דיני הראיות. על פי דיני הראיות הנטל להראות שנעשה שימוש לרעה בכרטיס מוטל על הלקוח. פירושו של דבר הוא, שעל הלקוח להוכיח שלא הוא ביצע את העסקאות הנטענות על ידו ככאלה שבוצעו תוך שימוש לרעה בכרטיס. משעלה בידו של הלקוח להוכיח שנעשה שימוש לרעה בכרטיס, הרי שקמה אחריותו של המנפיק, אלא אם כן יצליח להראות שבנסיבות העניין חל אחד החריגים לאחריותו. הניסיון מלמד⁶⁵ שבמקרים שבהם הלקוח טוען כי בוצעה באמצעות כרטיס החיוב שבבעלותו משיכת כספים ממכשיר אוטומטי תוך שימוש לרעה בכרטיס, לעתים מזומנות טוענים המנפיקים כי מאחר שמשיכת הכספים בוצעה, על פי הטענה, באמצעות הכרטיס המקורי ותוך הקשת הקוד הסודי הנכון ללא טעויות, הרי שאין זו אלא ראייה בעלת משקל רב ואף מכריע לכך שמשיכת הכספים בוצעה על ידי הלקוח או בהסכמתו. טענה זו נסמכת על שני אדנים: האחד – שלא ידועים בעולם מקרים של פיצוח הקוד הסודי, השני – שמקרי הונאה הקשורים לזיוף כרטיסי חיוב, דרכם לפגוע באחת בלקוחות רבים ולא רק בלקוח בודד. מכך נובע, על פי הטענה, שמשיכת הכספים לא בוצעה תוך מעשה זיוף כלשהו, אלא על ידי הלקוח או בהסכמתו. משכך, מסרבים פעמים רבות המנפיקים לזכות את חשבוני הלקוח במקרים מסוג זה. מפעם לפעם נותן בית המשפט חיזוק לעמדה זו⁶⁶.

בפרק הבא נראה ששלושת הכלים המשפטיים שפורטו לעיל, ובהם אוחדו בית המשפט, אינם עומדים במבחן הביקורת.

65 על כך ניתן ללמוד מפסקי הדין בעניין, אשר חלקם מפורט בהערה 51 לעיל, וכן מדברי הפיקוח על הבנקים ומדברי המועצה הישראלית לצרכנות. לעניין אחרון זה ראו למשל י' שרוני "המועצה לצרכנות מאגדת לקוחות במטרה לתבוע בנקים וחברות אשראי" מעריב 26.10.2004.

66 ראו למשל: ת"א 11972/02 (שלום חי') בן הרוש נ' בנק הפועלים בע"מ (לא פורסם); עניין מרציאנו, לעיל הערה 47; עניין יוספי, לעיל הערה 55; עניין פישנזון, לעיל הערה 56. עם זאת, יש מקרים שבהם המשפט סירב לקבל טענה זו. ראו למשל עניין אוסדון, לעיל הערה 47; עניין קרצר, לעיל הערה 47; ת"ק (תביעות קטנות ת"א) 1603/03 זליקוביץ נ' ישראלכרט (לא פורסם) (עותק שמור במערכת) (להלן: עניין זליקוביץ). ראו גם: ת"א (שלום ת"א) 38399/98 בן שטריט נ' ישראלכרט בע"מ (לא פורסם) (עותק שמור במערכת), שם לא קיבל בית המשפט את הטענה הכללית שבהכרח מדובר בכרטיס המקורי; עניין אוסדון, לעיל הערה 47.

ד. בחינה ביקורתית

פסקי הדין שפורטו לעיל מהווים חלק ניכר מכלל פסקי הדין שניתנה בהם החלטה לגופו של עניין בשאלת האחריות במקרה של טענה לשימוש לרעה בכרטיס חיוב. הדרך שנקט בית המשפט בפסקי דין אלה סוטה, למעשה, מהסדר חלוקת האחריות הקבוע בחוק כרטיסי חיוב. בשורות הבאות ננסה להבהיר מדוע טועה, לדעתנו, בית המשפט בפסיקותיו שתוארו לעיל, תוך עמידה על הקושי הגלום באמות המידה המשפטיות שעל פיהן נבחן בבית המשפט הסדר חלוקת האחריות. נדון בדרכים השונות שבהן הלך בית המשפט כסדרן.

1. עוולת הרשלנות והתרשלות תורמת בדרך להרחבת אחריות הלקוח

1.1 התרשלות הלקוח בשמירה על הכרטיס ועל הקוד הסודי

שמירת הכרטיס היא אולי הנושא החשוב ביותר לעניין הסדר חלוקת האחריות. למעשה, האמור בחוק ברור, והוא משקף נאמנה את תכליתו — אחריות הלקוח מוגבלת, אלא אם כן התרחשו מסירה, ידיעה או כוונת מרמה של הלקוח. שמירה לקויה על הכרטיס אין בה, על פי לשון החוק ותכליתו, כדי להטיל אחריות כלשהי על הלקוח. עם זאת, בית המשפט גרס במקרים שונים, כי שמירה רשלנית על הכרטיס או על הקוד הסודי מקימה ללקוח אחריות לשימוש לרעה שנעשה בכרטיס. עניין טל עסק בכבאי שיצא למשימת כיבוי אש, והשאיר את ארנקו, שהכיל את כרטיס האשראי, בתחנת הכיבוי בתוך ארונית שלא ננעלה. לטענת הלקוח, כשחזר לתחנה מצא את ארנקו כשבתוכו מצוי כרטיס האשראי. טענתו הייתה שבזמן שנעדר מהתחנה נגנב הכרטיס, נעשה בו שימוש, והוא הוחזר לארנק. בית המשפט לא השתכנע כי נעשה שימוש לרעה בכרטיס⁶⁷. עם זאת, הבהיר בית המשפט כי הוא לא דוחה את התביעה על בסיס זה, אלא על בסיס רשלנות הלקוח התובע. בהקשר זה אמר בית המשפט, כי גם אילו לא קבע שכלל לא נעשה שימוש לרעה בכרטיס, עדיין רובצת על הלקוח האחריות, מאחר שהשאיר את הכרטיס במקום פרוץ ואפשר את גנבתו. השארת הכרטיס בארונית לא נעולה, גרס בית המשפט, כמוה כמסירת הכרטיס לאדם אחר⁶⁸. לפיכך שלל בית המשפט את ההגנה מהלקוח והטיל עליו את האחריות לשימוש לרעה.

בית המשפט היה מודע לכך שבהסדר חלוקת האחריות שבחוק אין מקום לבחינת התרשלות הלקוח, והלך אפוא צעד אחד קדימה כאשר קבע שמדובר

67 המנפיק הוכיח, כי מבין העסקאות שבוצעו במשך אותן השעות שנעדר מהתחנה, לפחות אחת העסקאות בוצעה על ידי הלקוח, חרף העובדה שטען שלא הוא ביצע אותה. כמו כן, הלקוח ביצע שתי בדיקות פוליגרף. באחת מהן נמצא דובר שקר ובאחת לא היו ממצאים חד-משמעיים. משכך, קבע בית המשפט, כי כלל לא בוצע שימוש לרעה בכרטיס, קרי: השימוש בכרטיס נעשה על ידי הלקוח עצמו ולא על ידי מי שאינו זכאי לעשות בו שימוש.

68 עניין טל, לעיל הערה 43, בע' 4 לפסק הדין.

בהתרשלות שכמוה כמסירת הכרטיס לאחר שלא בנסיבות סבירות או למטרת שמירה בלבד, ומשכך חל חריג המסירה הקיים בחוק. בעניין פרי הלך בית המשפט בדרך דומה. בית המשפט ניתח את עובדות המקרה שהובא בפניו, ותוך הפניה לדברי בית המשפט בעניין טל קבע כי השארת כרטיס האשראי ברכב הלקוח מהווה התרשלות שמשמעה מסירת הכרטיס לאחר⁶⁹.

משמעויותיה של קביעה מסוג זה עשויות להיות מרחיקות לכת. ראשית, שלוש החריגים שבחוק, לרבות חריג המסירה, דורשים, לכל הפחות, ידיעה בפועל של הלקוח על המעשה שמבסס את החריג הרלוונטי. לעניין מסירת הכרטיס לאחר — ידיעה על עצם המסירה; לעניין השימוש בכרטיס על ידי אחר — ידיעה על השימוש כאמור; ולעניין החריג השלישי — נדרשת כוונת מרמה של הלקוח בהקשר של השימוש שנעשה בכרטיס שלא על ידי הלקוח, וממילא מצב נפשי זה עולה על ידיעה. קביעתו של בית המשפט בעניין טל מורידה את רמת הידיעה הנדרשת על מנת להיכנס בשערי של חריג המסירה לידיעה בכוח. הורדת הרמה הנדרשת של היסוד הנפשי פירושה הכנסת עולת הרשלנות לתוך ההסדר, דבר שכאמור לא נעשה על ידי המחוקק באופן מודע ומחושב⁷⁰. שנית, הותרת ארנק בתוך הארונות האישית של הלקוח במקום העבודה לזמן מה, הגם שהארונות אינה נעולה, איננה פעולה בלתי סבירה בנסיבות, ולא בכדי חוק כרטיסי חיוב לא הטיל אחריות בגינה על ידי הכללתה באחד החריגים שבסעיף 5(ד) לחוק. יש לזכור שמדובר במקום העבודה של הלקוח, ועובדים נוהגים, כדבר שבשגרה, להותיר במשך יום העבודה, חפצים ללא השגחה במקום עבודתם, ולבטח במקום מוגן יחסית כארונות. משנאמר שפעולה מסוג זה אינה מוגנת על ידי החוק שכן כמוה כמסירת הכרטיס לאחר, הרי שבהכרח נאמר גם שבכל פעם שלקוח מותיר, למשל, תיק שכתוכו ארנק המכיל את כרטיס החיוב לרגע במשרדו, ויוצא לשוחח עם עמיתו לעבודה בחדר השכן או יוצא מחדרו לביצוע פעילותו המשרדית השוטפת, הרי יש בכך משום מסירת הכרטיס לאחר. מכאן לא יקשה להגיע למסקנה, שתליית תיק שכתוכו ארנק המכיל את כרטיס החיוב על כסא באירוע, שמירת הארנק בכיס האחורי בתיק גב וכיוצא באלה פעולות שגרתיות, שקולות, למעשה, למסירת הכרטיס לאחר. פרט לכך שפירכתה של סברה זו עולה מתוכה, הרי מדובר בסופו של הסדר האחיות המבקש להטיל ברוב המקרים את האחריות על המנפיק.

יודגש כי גם אילו לא היה קיים הסדר חלוקת האחריות המיוחד שבחוק כרטיסי חיוב, וחלוקת האחריות הייתה נעשית בהתאם ליסודות עולת הרשלנות, ספק בעניינו אם התנהגויות מהסוג שפורט כאן משקפות התרשלות של הלקוח. כך, ספק בעניינו אם שמירת תיק לפרק זמן קצוב וקצר בארונות האישית במקום העבודה,

69 שם, בע' 8. נסיבות המקרה שם היו כאלה שהכרטיס בוטל על ידי המנפיק ולאחר מכן הושאר ברכב (או בחצר — עניין שלא הוברר עד תום), כך שהדיון העיקרי בפסק דין זה ייעשה להלן תוך הדיון על התרשלות הלקוח בהחזרת הכרטיס למנפיק.

70 ראו הדיון בפרק א' לעיל. כן ראו בן אוליאל, לעיל הערה 20, בע' 406.

הגם שהיא לא נעולה, היא סטייה מסטנדרט הזהירות של הלקוח הסביר כלפי המנפיק.⁷¹ דומה שיש קושי גדול עוד יותר לומר שמקרים קרובים אחרים, כגון אלה שפורטו לעיל, מהווים סטייה מסטנדרט הזהירות של הלקוח הסביר. לדעתנו, דווקא ההפך הוא הנכון. קשה לצפות מהלקוח שישמור את הכרטיס על גופו בכל עת. זהו איננו בהכרח סטנדרט הזהירות של הלקוח הסביר, אלא סטנדרט זהירות גבוה ממנו. פן נוסף של אותו נושא הוא ההתנהגות הסבירה של הלקוח לעניין אופן שמירת הקוד הסודי. עניין יוספי ועניין פישנזון עסקו במסכת עובדות דומה — משיכות כספים ממכשיר אוטומטי בחו"ל, שנטען לגביהן שנעשו תוך שימוש לרעה בכרטיס. בית המשפט השתכנע בשני המקרים שהלקוחות לכל הפחות ידעו על השימוש שנעשה בכרטיס, ולכן הם נכנסים לחריגים שבסעיף 5 לחוק. עם זאת, בית המשפט דן בשמירת הקוד הסודי, מבלי לנמק את הדברים ומבלי להרחיב, שכן הדבר לא היה דרוש לצורך ההכרעה. בפרשת יוספי ציין בית המשפט, כי העובדה שהלקוח החזיק בארנקו את כרטיס הביקור של הבנק שבו הופיע הקוד הסודי באופן מוסווה, מובילה למסקנה כי הלקוח התרשל בשמירה על הקוד הסודי, ואף הפר את החוזה שבינו לבין המנפיק, המחייב אותו לשמור על הקוד הסודי.⁷² בעניין פישנזון הסתפק בית המשפט בציון העובדה כי הלקוח הפר את החוזה שבינו לבין המנפיק, בכך שהחזיק את הקוד הסודי, הגם שבאופן מוצפן, בתוך הנרתק שבו מצוי היה כרטיס החיוב.^{73, 74} והסיק מכך מסקנות לרעת הלקוח.⁷⁵ כאופן שמירת הכרטיס עצמו גם אופן שמירת הקוד הסודי איננו רלוונטי לשאלת האחריות על פי חוק כרטיסי חיוב, שכן הוא אינו מצוי באחד החריגים שבחוק. יתרה מכך, גם כתיבת הקוד הסודי על גבי הכרטיס איננה מביאה, על פי חוק כרטיסי חיוב, להטלת האחריות על הלקוח.⁷⁶ גם כאן אין למחר ולחסיק מסקנות לעניין התנהגות הלקוח אפילו נבחן את העניין מנקודת הראות של עוולת הרשלנות. הגם שהקוד הסודי, בדומה לכרטיס החיוב, הוא אישי, הרי השאלה מה אנו מצפים

71 דומה שאין מחלוקת לגבי קיומה של חובת זהירות מושגית של הלקוח כלפי המנפיק. חובת הזהירות מושגית של לקוח כלפי בנק הוכרה בפסיקה זה מכבר (ראו למשל דנ"א 1740/91 בנק ביקלים דיסקונט בע"מ נ' קוסטמן, פ"ד מז(5) 31, 65). איננו רואים כל סיבה לסבור אחרת לעניין יחסי מנפיק-לקוח, בפרט שבמקרים רבים, המנפיק הוא בנק.

72 עניין יוספי, לעיל הערה 55, בע' 7 לפסק הדין.

73 עניין פישנזון, לעיל הערה 56, בע' 10 לפסק הדין.

74 בניגוד לפסקי הדין בעניין טל, בעניין יוספי ובעניין פישנזון יש לציין את עניין זליקוביץ, לעיל הערה 66, בפסקה 10 לפסק הדין, שם קבע בית המשפט בהתאם לחוק כרטיסי חיוב: "גם אם הייתי מוכן להניח כי בניגוד לעדותה של התובעת, הקוד הסודי של הכרטיס אכן היה מצוי בצמוד לכרטיס, מה שאפשר לגנוב למשך כספים באמצעות הכרטיס, אין בכך כדי להועיל לנתבעת, שכן גם רשלנות של הלקוח הבאה לידי ביטוי בהשארת הקוד הסודי בצמוד לכרטיס, אין בה כדי למנוע את תחולת הכלל לפיו הלקוח זכאי להחזרת הכספים בהם חויב עקב שימוש לרעה בכרטיס".

75 שאלת הפרת החוזה תידון להלן בהמשך פרק זה.

76 ראו לעיל הטקסט הנלווה להערה 74, ולהלן הטקסט הנלווה להערה 103.

מהלקוח הסביר איננה פשוטה כלל ועיקר. בחיי היומיום בעידן המודרני נזקק הלקוח הממוצע לזכור פריטים רבים הנוגעים לתחומי חייו. כך, למשל, הלקוח נזקק לזכור מספרי טלפון שונים, מספרי חשבוניות בנק, קוד סודי לקבלת שירותי בנקאות בטלפון, שם משתמש וקוד סודי לגישה לחשבון הבנק באמצעות האינטרנט, וכיוצא בזה מספרים ופריטי מידע, והכול נוסף לקוד הסודי השייך לכרטיס החיוב, מה גם שיש לזכור שלקוחות מחזיקים לעתים ביותר מכרטיס חיוב אחד. אך טבעי הוא שהלקוח יעלה את המספרים הללו על הכתב, שכן אחרת ישכח אותם. יש להדגיש, כי לא זו בלבד שהמספרים האמורים אינם מספרים פשוטים לשם אחסונם בזיכרון, אלא שבכל הנוגע לקוד סודי לצורך שימוש בכרטיס חיוב או לקוד סודי לצורך כניסה מרחוק לחשבון בנק, הרי מחד גיסא מוסרים ללקוח קוד סודי שאינו סדרת מספרים פשוטה, ומאידך גיסא, משעושה הלקוח את המעשה הטבעי של העלאת הקוד הסודי על הכתב, מבקשים להטיל עליו את האחריות לתוצאה אפשרית של מעשה זה כאילו אין הוא סביר.

אין לראות אפוא בהעלאת הקוד הסודי על הכתב מעשה רשלני, שכן אין לצפות מהלקוח ללמוד בעל פה ולזכור מספרים כה רבים. יתרה מכך, אין זה סביר לצפות מהלקוח שיעלה את הקוד הסודי על הכתב, אולם ישמור אותו במרחק רב מהכרטיס. פרט לעובדה שקביעה מסוג זה יוצרת קשיים עיוניים, הרי שמוכן ששמירת הקוד הסודי במקום שאינו בהישג ידו של הלקוח בסמוך לשימוש בכרטיס החיוב איננה מועילה ללקוח כלל ועיקר, מה גם שהיא פחות מתקבלת על הדעת עבור לקוחות קשישים, מוגבלים וכדומה, המתקשים לזכור את הקוד הסודי. מן הבחינה העיונית לא ברור מה הגבול של קרבתו של הקוד לכרטיס. האם שמירת הקוד הסודי באותו רכב שבו הושאר תיק יד עם הכרטיס היא סטייה מסטנדרט הזהירות של הלקוח הסביר? האם שמירת הקוד הסודי ביומן האישי, במחשב האישי או במסמך כלשהו המצוי בקרבת הכרטיס בעת גנבתו גם היא סטייה מסטנדרט הזהירות האמור?

הרגלי שמירת הקוד הסודי בבריטניה, למשל, נבדקו לאחרונה בהקשר של שירותי בנקאות באינטרנט, אשר לשם קבלתם זקוק הלקוח לקוד סודי ולשם משתמש. ממחקר שביצעה רשות הפיקוח הבריטית עלה כי 50% מהמשתמשים בשירותי הבנקאות באינטרנט בבריטניה שומרים את סמטת הגישה לחשבונותיהם על המחשב, בעבודה או בבית, כך שהם אינם צריכים להקליד את הססמה בכל פעם מחדש כשהם מבקשים להיכנס לחשבון הבנק שלהם. כמו כן, יותר מ-80% מהמשתמשים מעלים את הססמה על הכתב באופן כלשהו ולא מסתפקים בשמירתה בזיכרונם.⁷⁷ מובן שדוגמה זו היא דוגמה ממחישה בלבד. מכל מקום, קשה להניח

77 The FSA approach to the regulation of e-commerce, June 2001, p. 47 פורסם באתר האינטרנט של ה-FSA [www.fsa.gov.uk/pages/library/policy/dp/2001/index.shtml] (last visited on 10.6.07).

שהרגלי הלקוחות בבריטניה בהקשר זה שונים מאלה של הלקוחות הישראלים באופן מהותי.

בעניין יוספי דילג בית המשפט על בחינת ההתנהגות האמורה על רקע המציאות בארץ ובעולם וקבע ששמירת הקוד הסודי באופן מוצפן באותו נרתיק שבו מצוי כרטיס החיוב, גם היא סטייה מסטנדרט הזהירות של הלקוח הסביר. קרי: עמדת בית המשפט היא שהצפנת הקוד הסודי איננה מספקת על מנת לבסס התנהגות סבירה מצד הלקוח. נדמה לנו שבית המשפט הרחיק לכת וביקש לאסור התנהגות שדומה שהיא זהירה לאור הנסיבות. עם זאת, בית המשפט חש, ככל הנראה, בקושי שבכך, ועל כן ראה לנכון להדגיש, כי הלקוח הפר כלפי המנפיק חיוב חוזי המחייב אותו לשמור על הקוד הסודי⁷⁸.

1.2 התרשלות הלקוח בבדיקת דפי המידע הנשלחים אליו, בבדיקת מצב חשבונו בבנק ובמתן הודעה למנפיק על השימוש לרעה שנעשה בכרטיס כאן מדובר בהתנהגות שיש בה כדי למנוע מהמנפיק מידע בשלב מוקדם של השימוש לרעה שנעשה בכרטיס, דבר שיש לו השפעה על יכולת המנפיק למנוע את השימוש לרעה ולהקטין את נזקו. בעניין רום נגבב ללקוחה כרטיס אשראי. במשך חמישה חודשים נמשכו מחשבון הלקוחה, באמצעות הכרטיס, כ-30,000 ש"ח במצטבר. כל משיכה בוצעה בסכומים קטנים. הלקוחה טענה כי לא בדקה את דפי החשבון וסמכה על יושרו של הבנק, ולכן לא הבחינה במשיכות, אלא כאשר הן הצטברו לסכום גבוה. בית המשפט קיבל את גרסת הלקוחה בעניין זה במלואה, וקבע כי אכן נעשה שימוש לרעה בכרטיס וכי לא התקיים חריג מהחריגים שבסעיף 5(ד) לחוק כרטיסי חיוב⁷⁹. עם זאת, בית המשפט ראה לנכון להפחית מאחריותו של המנפיק, מהטעם שהלקוחה התרשלה כלפי המנפיק, בכך שלא בדקה כראוי את מצב חשבון הבנק שלה, דבר שהוביל לגילוי המשיכות שבוצעו בכרטיס רק לאחר חמישה חודשים מתחילתן. בשל התרשלות זו הטיל בית המשפט על הלקוחה אחריות לחמישה עשר אחוזים מסכום המשיכות האמורות⁸⁰. כפי שפורט לעיל, גם בהנחה שיש חובה נזיקית כללית לעקוב אחר מצב החשבון או דפי המידע ולהודיע למנפיק על חיובים שהלקוח סבור שלא הוא זה שביצע אותם⁸¹, אין בכך כדי להסביר מדוע יש לעניין זה השפעה על הסדר חלוקת האחריות, אשר מהווה כאמור הסדר מיוחד, החורג מדיני הנזיקין הכלליים. דומה שדווקא במקרה מסוג זה מצב הדברים בהיר אף יותר מהמקרים האחרים הנדונים ברשימה זו.

78 ראו לעניין זה סעיף 1.3 בפרק זה להלן.

79 עניין רום, לעיל הערה 58, בע' 3–4 לפסק הדין.

80 שם.

81 דומה שאין היום מחלוקת לגבי קיומה של חובה כאמור. ראו לעניין זה ע"ש 195/97 הי"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"מ תשס"ג(1) 481, 548–559, ופסקי הדין המוזכרים שם.

הסדר חלוקת האחריות עצמו כולל התייחסות מפורטת לעניין עיכוב במתן הודעה למנפיק. השתהות חלוקת בפנייה למנפיק מסיבות כאלה ואחרות, לרבות בשל אי-בדיקת דפי המידע או מצב חשבון הכנס כראוי, הובאה בחשבון בהסדר חלוקת האחריות וזכתה לדיון מיוחד. סעיף 5(ג) לחוק קובע במפורש מחיר קבוע ומסוים להשתהות מצד חלוקת במסירת ההודעה למנפיק. כך, בגין כל יום של השתהות מאז שנודע בפועל לחלוקת על גנבת הכרטיס, על אבדנו או על שימוש לרעה שנעשה בו ועד למסירת הודעה על כך למנפיק, נושא חלוקת בנוזק בסך של 30 ש"ח. במקרה שהחלוקת מסר הודעה למנפיק תוך 30 יום מיום שנעשה לראשונה שימוש לרעה בכרטיס מוגבל סכום הנזק שבו נושא חלוקת לסכום כולל של 450 ש"ח. הסכומים המוגבלים האמורים נקבעו בחוק מתוך מחשבה מכוונת, כך שמחד גיסא, הם יהיו סבירים לאור הגישה הכללית שאומצה בחוק כרטיסי חיוב, שלפיה בעיקר הנזק נושא המנפיק שכן יש למנוע חשיפת לקוחות לסיכונים בסכומים גבוהים⁸², ומאידך גיסא, הם יהיו תמריץ לחלוקת לשמירת הכרטיס ולמתן הודעה מהירה למנפיק בעת היעלמו של הכרטיס או בעת שימוש לרעה שגילה חלוקת⁸³. יתרה מכך, בעת קביעת הסדר חלוקת האחריות עלתה שאלת התרשלותו של חלוקת במסירת הודעה למנפיק, אולם הוחלט שלא לכלול אותה בהסדר⁸⁴. יש לשים לב לכך שההסדר המפורט בסעיף 5(ג) לחוק מטיל על חלוקת אחריות לנזק מוגבל של עד 30 ש"ח ליום אך ורק לאחר שנודע לחלוקת בפועל על גנבת הכרטיס, על אבדנו או על שימוש לרעה שנעשה בו. בכל מקרה שבו חלוקת לא ידע על האמור, לרבות במקרים שבהם אפשר לייחס לחלוקת ידיעה בכוח, חלוקת אינו נושא בנוזק כלל למעט סכום קבוע של 75 ש"ח. עולה אפוא שאין, על פי חוק כרטיסי חיוב, מקום להתייחסות להתרשלות חלוקת במסירת הודעה למנפיק או בייחוס ידיעה בכוח של חלוקת על גנבה, על אבדן או על שימוש לרעה בכרטיס, אלא במסגרת הסכומים המוגבלים שבסעיף 5(ג) לחוק. דומה שגם כאן מן הראוי לחזור ולהזכיר את סעיף 5(ו) לחוק כרטיסי חיוב, אשר קובע כי אין להטיל על חלוקת אחריות גדולה יותר, בגין שימוש לרעה שנעשה בכרטיס, ממה שמטיל עליו חוק כרטיסי חיוב עצמו.

בעניין רייטנר הרחיק בית המשפט לכת עוד יותר וביסס את ידיעת חלוקת על אודות השימוש לרעה על התרשלותו בבדיקת דפי המידע שנשלחו אליו. שם בוטל כרטיס האשראי של חלוקת על ידי המנפיק. חרף ביטול הכרטיס נעשו בכרטיס עסקאות, שהחלוקת טען לגביהן שהן נעשו תוך שימוש לרעה בכרטיס. כל העסקאות שלגביהן טען חלוקת כי נעשו תוך שימוש לרעה בכרטיס היו קשורות לבני משפחתו של חלוקת. בית המשפט קבע כי מאחר שבמקרה שבו מודיע המנפיק על סיום חוזה כרטיס החיוב מסתיים החוזה בעת מסירת ההודעה

82 א' ברק וע' פרידמן כרטיסי חיוב – היבטים משפטיים ומעשיים של כרטיסי אשראי ובנק (1997) 317.

83 ראו הדיון בפרק א' לעיל.

84 דו"ח ועדת ברק, לעיל הערה 7, בע' 29.

ללקוח⁸⁵, הרי שהסיכון לשימוש לרעה שנעשה בכרטיס לאחר מועד ההודעה כאמור מוטל על המנפיק. אולם בכך לא סיים בית המשפט, אשר בסופו של דבר חייב את הלקוח בעסקאות שנעשו בכרטיס, שכן הגיע למסקנה כי הלקוח מסר את הכרטיס לבני משפחתו שעשו בו שימוש, או לחלופין ידע על השימוש שנעשה בכרטיס, ובכך נכנס לחריגים שבחוק⁸⁶. את הממצא בדבר ידיעת הלקוח על השימוש בכרטיס ביסס בית המשפט בין היתר על כך שהלקוח קיבל מדי חודש במשך תשעה חודשים דפי מידע מאת המנפיק, שבהם פורטו אותן עסקאות שלגביהן טען הלקוח כי נעשו תוך שימוש לרעה. בית המשפט קבע כי קשה להניח שבנסיבות אלה לא ידע הלקוח על השימוש בכרטיס⁸⁷.

הקביעה כי קבלת דפי המידע על ידי הלקוח משולה לידיעה בפועל של הלקוח על השימוש בכרטיס היא קביעה קשה מבחינה עיונית. מששוכנע בית המשפט כי הלקוח מסר את הכרטיס לקרוביו תוך כוונה שיעשו בו שימוש די היה בכך כדי לדחות את תביעת הלקוח. העובדה שהלקוח קיבל דפי מידע אינה יכולה לתמוך בכך שהלקוח ידע על השימוש בכרטיס. גם כאן, כמו בעניין טל ובעניין פרי, הוריד בית המשפט את רמת הידיעה הנדרשת לרמה של ידיעה בכוח, ובכך קבע, למעשה, כי התרשלות הלקוח בבדיקת דפי המידע מספיקה על מנת להטיל עליו אחריות לשימוש לרעה. זאת, בניגוד להסדר חלוקת האחריות ולתכליתו.

נציין בהקשר זה, כי בשיקולי ועדת ברק אפשר למצוא עדות לכך שהדרישה לידיעה בפועל מצד הלקוח על אודות השימוש בכרטיס עולה בקנה אחד עם תכלית הסדר חלוקת האחריות. הוועדה שקלה שלוש חלופות שעמדו בפניה: לקבוע כי לקוח שהתרשל במתן הודעה אחראי לנזק שנגרם ובלבד שצריך היה לדעת על האבדן או על הגנבה והיה בידו להודיע על כך; לקבוע כי אחריות כאמור תחול במקרה של רשלנות חמורה; לקבוע כי אחריות כאמור תחול רק במקרה של ידיעה בפועל. מתוך התכלית להקל עם הלקוח ולהטיל את עיקר האחריות על המנפיק, נבחרה האפשרות השלישית⁸⁸.

עניין רום ובעיקר עניין רייטנר מעלים את שאלת תחולתה של דוקטרינת המניעות על הסיטואציה שבה לקוח לא מגלה מתוך דפי החשבון שנשלחו לו על החיובים בגין השימוש לרעה שנעשה בכרטיס, ולא מעמיד את המנפיק על כך. דוקטרינת המניעות דורשת מצג כלפי צד שלישי, הסתמכות של הצד השלישי על המצג ושינוי מצב לרעה, שאז מנוע מציג המצג מלטעון אי קיומה של עובדה

85 ס' 4(ג) לחוק כרטיסי חיוב.

86 עניין רייטנר, לעיל הערה 57, בע' 5 לפסק הדין.

87 שם, בע' 4 לפסק הדין מציין בית המשפט כי: "מאזן הסבירות נוטה לכך שהתובע ידע אודות הרכישות שבוצעו בכרטיס האשראי וזאת מן הטעמים הבאים: א. התובע קיבל את דפי המידע כסדרם, וקשה להלום כי משך כתשעה חודשים לאחר המועד בו נדרש להחזיר את כרטיסו, לא הרגיש כי נעשה שימוש לרעה".

88 דו"ח ועדת ברק, לעיל הערה 7, בע' 30.

מסוימת. במקרה שבו מוטלת חובה לפעול נוצר המצג בשל הפרת אותה חובה. בענייננו, הטענה יכולה להיות שהלקוח הפר את חובתו לעיין בדפי החשבון שנשלחו אליו, ומחדל זה הוא שגרם את הנזק למנפיק. הנזק למנפיק יכול להיות רק בגין השימוש לרעה שנעשה מרגע שהופרה החובה, או גם בגין השימוש לרעה שנעשה קודם לכן, אם וככל שניתן להראות כי בשל הפרת החובה מצד הלקוח אבדה, למשל, למנפיק זכות תביעה אפשרית שלו נגד הגנב⁸⁹. בניגוד לייחוס רשלנות ללקוח בגין הפרת החובה האמורה, אשר מאפשרת את חלוקת הנזק בין הצדדים, הרי קבלת טענת המניעות מביאה להטלת מלוא הנזק הנובע מהסתמכות המנפיק כאמור על הלקוח.

החלתה של דוקטרינת המניעות ביחסי בנק-לקוח זכתה להתייחסות פעמים רבות בפסיקה, בעיקר בהקשר של זיוף שיקים. אין זה המקום להרחיב בעניין זה, אולם נאמר כי אמנם הדוקטרינה הוחלה בעבר על ידי בית המשפט העליון⁹⁰, אולם כיום דומה שההלכה השתנתה, ובית המשפט יימנע מלקבל טענת מניעות של בנק כלפי לקוח, ויבחן את העובדות על פי עוללת הרשלנות, מתוך הנחה שקיימת חובה לגיטימית, המעוגנת בחוזה שבין הבנק ללקוח, לבדוק את דפי החשבון ולהודיע לבנק על פעולות לא מורשות המופיעות בהם⁹¹.

בית המשפט, הן בעניין רום והן בעניין רייטנר, נמנע מלהחיל את דוקטרינת המניעות על נסיבות המקרה, ובחר בדרך של בחינת התרשלנות הלקוח בבדיקת דפי החשבון — בעניין רום, ובדרך של החלת חריג הידיעה שבסעיף 5(ד)(2) לחוק וכן בדרך של היצמדות לסעיף מניעות חוזי (להבדיל מאימוץ הדוקטרינה באופן עצמאי) — בעניין רייטנר⁹². בחלק זה הצבענו על הליקויים שבהחלת שתי הדרכים. פרט לעובדה שכפי שראינו, ספק רב אם דוקטרינת המניעות היא בת החלה היום במשפט הישראלי בהקשר של יחסי בנק-לקוח, הרי דומה שהחלתה אינה עולה בקנה אחד עם הסדר חלוקת האחריות. הטעמים לכך דומים לאלה שהובאו לעיל בסעיף זה — ההסדר המיוחד שבסעיף 5(ג)(1) לחוק, המסדיר באופן

89 ראו ברק, לעיל הערה 9, בע' 140.

90 ע"א 550/66 א' שטאובר בע"מ נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, פ"ד (1) 240, שם קיבל בית המשפט טענת מניעות של בנק כלפי לקוח שבמשך 15 חודשים נמשכו מחשבונו 122 שיקים מזויפים; ע"א 618/75 עזבון המנוחה טננבאום נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד לא(3) 141, שם התקבלה טענת מניעות של בנק כלפי לקוח שנמשכו מחשבונו 29 שיקים מזויפים במשך שנה וחצי; ע"א 424/86 נאות מרינה בתיים בע"מ נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ, פ"ד מג(2) 355, שם קיבל בית המשפט טענת מניעות של בנק כלפי לקוח שנמשכו מחשבונו כמה פעמים סכומים גבוהים של מאות אלפי שקלים.

91 ע"א 431/88 ישיבת ישמח משה עיה"ק ירושלים נ' בנק צפון אמריקה בע"מ, פ"ד מד(4) 177, שם נדחתה טענת המניעות במקרה שבו מנהל סניף הבנק משך במרמה כספים מחשבון לקוח, וזאת חרף העובדה שנקבע כי הלקוח התרשל בבדיקת דפי החשבון; ע"א 748/88 בנק צפון אמריקה בע"מ נ' רכטשפר, פ"ד מה(4) 696, שם נדחתה טענת המניעות בנסיבות דומות. ר' לעניין זה גם ע"ש 195/97 לעיל הערה 81, בע' 557.

92 עניין הסעיף החוזי יידון להלן בס' 2 לפרק זה.

מיוחד את הסיטואציה שבה לקוח משתתף במתן הודעה למנפיק על השימוש לרעה, וקיומו של סעיף 5(ו) לחוק, הקובע שאין להטיל על הבנק אחריות גרולה יותר ממה שמטיל עליו החוק.

1.3 התרשלות הלקוח בהחזרת הכרטיס למנפיק לאחר סיום חוזה כרטיס החיוב ביזמת המנפיק

בעניין עטיה ביטל המנפיק את כרטיס האשראי של הלקוחה. הלקוחה התבקשה להחזיר את הכרטיס למנפיק, אולם לא עשתה כן. כעבור חודשים מספר בוצעו באמצעות הכרטיס עסקאות על ידי בן זוגה של הלקוחה, אשר נטל את הכרטיס מארנקה, ללא הרשאה, ולאחר ביצוע העסקאות החזירו לארנק⁹³. בית המשפט קבע כי הלקוחה התרשלה בכך שלא החזירה לבנק את הכרטיס, ובכך אפשרה לבן זוגה, במישרין או בעקיפין, לעשות שימוש בכרטיס⁹⁴. גם בעניין קלינג הודיע המנפיק ללקוח על סיום חוזה כרטיס האשראי. הלקוח, אשר סבר כי לא ניתן לעשות שימוש בכרטיס מרגע סיום החוזה (ביטול הכרטיס), זרק את הכרטיס לפח אשפה. בפועל, בוצעו בכרטיס, לאחר מועד הודעת המנפיק על סיום החוזה, עסקאות רבות בסך כולל של כ-13,000 ש"ח, שהלקוח טען כי נעשו תוך שימוש לרעה בכרטיס. בית המשפט האמין לגרסת הלקוח במלואה, וקבע שאכן נעשה בכרטיס שימוש לרעה, וכי לא התקיים אחד החריגים שבחוק להגבלת אחריותו. עם זאת, קבע בית המשפט כי הלקוח התרשל כלפי המנפיק, בכך שלא החזיר לו את הכרטיס בהקדם האפשרי, כמתחייב בחוזה שבינו לבין המנפיק, ולא השמיד את הכרטיס⁹⁵. בשל התרשלות זו הטיל בית המשפט על הלקוח אחריות לעשרים אחוזים מסכום העסקאות שנעשו בכרטיס האשראי. מקרה דומה בעיקרו אירע בעניין פרי. שם, לאחר סיום החוזה ביזמת המנפיק נתנו הלקוחות את הכרטיס לילדיהם למשחק. עובד שעבד בשירות הלקוחות מצא את הכרטיסים בחצר ביתם או ברכבם של הלקוחות והשתמש בהם. גם כאן קבע בית המשפט, בין היתר, כי הלקוחות התרשלו בהחזרת הכרטיס והטיל עליהם אחריות לחמישים אחוז מהנזק⁹⁶.

כמו ביתר המקרים שנדונו לעיל, גם כאן לא מצאנו הצדקה עקרונית לסטייה מהסדר חלוקת האחריות הקבוע בחוק. התרשלות בהחזרת הכרטיס, ככל שקיימת, אינה צריכה להשפיע על העקרונות המותווים בחוק לעניין חלוקת האחריות. השאלות שצריכות להישאל הן: האם נעשה שימוש לרעה בכרטיס והאם מתקיים אחד החריגים להגבלת אחריות הלקוח. פרט לשיקולים הבסיסיים לעניין אי-הרלוונטיות של התרשלות הלקוח להסדר חלוקת האחריות שהוזכרו בפרק זה עד

93 עניין עטיה, לעיל הערה 48, בפסקאות 8–9 לפסק הדין.

94 שם, בפסקה 35 לפסק הדין.

95 עניין קלינג, לעיל הערה 59, בפסקה 9 לפסק הדין.

96 עניין פרי, לעיל הערה 51, בע' 10 לפסק הדין. כאמור, השאלה העובדתית היכן נמצא הכרטיס לא הוכרעה.

כה, הרי דומה שחוק כרטיסי חיוב הקצה את הסיכונים בין הצדדים גם מתוך ההסדר העוסק בסוגיית סיום חוזה כרטיס החיוב.

סעיף 4 לחוק יוצר הבחנה בין המועדים לסיום החוזה בין המנפיק ללקוח בהתאם למיחות יוזם הביטול ובהתאם לנסיבות הביטול. ביטול החוזה ביזמת הלקוח נכנס לתוקפו בעת החזרת הכרטיס למנפיק⁹⁷, ולעומתו ביטול החוזה ביזמת המנפיק נכנס לתוקפו עם מסירת ההודעה על כך ללקוח⁹⁸. כפי שניתן לראות, החוק אינו מחייב את הלקוח למסור את הכרטיס למנפיק כתנאי לסיום החוזה שעה שהמנפיק הוא זה שיוזם את סיומו. גישה זו משקפת את מערכת הציפיות מהצדדים לחוזה ואת הקצאת הסיכונים הראויה לדעת המחוקק. הגורם המבטל את החוזה הוא זה שמצופה ממנו לבצע את הצעדים האופרטיביים הנדרשים לשם הביטול. כשהלקוח יוזם את הביטול מצופה ממנו לפעול על מנת להגשים את הביטול באמצעות החזרת הכרטיס למנפיק. עד שלא מוחזר הכרטיס החוזה אינו מסתיים. כשהמנפיק הוא זה שיוזם את הביטול מצופה ממנו לפעול על מנת להגשים את הביטול בדרכו, כגון חסימת הכרטיס ונקיטת אמצעי ההגנה המתבקשים מהאפשרות שלאחר מכן מאן דהוא יעשה שימוש בכרטיס. החוק אינו מצפה מהלקוח לנקוט פעולה כלשהי במקרה זה, לרבות החזרת הכרטיס.

על מנת להתגונן מפני שימוש בכרטיס לאחר סיום החוזה על המנפיק לדאוג לכך שהספקים שהוא עובד עמם לא יקבלו יותר תשלום באמצעות הכרטיס. בפועל, מנפיקים מעבירים לספקים מידע ממוחשב על אודות כרטיסים שהסתיים לגביהם חוזה כרטיס החיוב, אלא שקיכולת המידע במכשירים האלקטרוניים המצויים אצל הספקים קטנה יחסית, כך שהעברת המידע בדרך זו אינה אפקטיבית לגבי מקרים רבים⁹⁹. מובן שהמנפיק, בהיותו גוף גדול, צריך לשפר את יכולת העברת המידע לספקים¹⁰⁰ ואף יכול לעשות זאת. הנובע מהאמור הוא שמנפיק המבטל את החוזה ואינו מתגונן באמצעות חסימת הכרטיס מתרשל כלפי הלקוח. מנגד, לקוח שאינו מחזיר את כרטיס החיוב למנפיק לאחר שהמנפיק ביטל את החוזה אינו סוטה מהוראות החוק ואינו סוטה מסטנדרט הזהירות של הלקוח הסביר כפי שניתן לגזור אותו מהשקפת החוק, בפרט לאור האמצעים העומדים לרשות המנפיק להגן על עצמו. דומה אפוא שהתנהגות כפי שנהג הלקוח בעניין קלינג, למשל, היא התנהגות

97 ס' 4(ב) לחוק.

98 ס' 4(ג) לחוק. 'ציון כי ס' 4(ב) גם קובע, כי ביטול החוזה בעקבות אבדן, גנבה או שימוש לרעה נכנס לתוקפו עם מסירת ההודעה למנפיק.

99 בעסקאות גדולות, מעל לסכום מסוים מחויב הספק לקבל את אישור המנפיק מראש. במקרים אלה לא נוצרת בעיה דומה, שכן הספק ממילא לא יקבל את אישור המנפיק לעסקה מהטעם שהכרטיס מבוטל.

100 מנפיקים כוללים בחוזהם עם הלקוחות חובה למסור להם את הכרטיס גם לאחר שהם אלה שיזמו את סיום החוזה. מובן מאליהם שכל שיש בחובה חזרת זו כדי לגרוע מזכויות הלקוח ביחס לאלה הנתונות לו בחוק כרטיסי חיוב, הרי שאין לה תוקף על פי ס' 14 לחוק כרטיסי חיוב.

העומדת בסטנדרט הזהירות של הלקוח הסביר. הלקוח רואה במנפיק בעל יכולת ובעל מניע למנוע ביצוע עסקאות בכרטיס כשזה מבוטל ביזמתו של המנפיק ומתוך האינטרסים הכלכליים שלו. משכך, ניתן לומר שסטנדרט הזהירות הסביר איננו החזרת הכרטיס למנפיק. יתרה מכך, דומה שדווקא יהא נכון יותר לומר שהמנפיק הוא זה שמתרשל כלפי הלקוח בכך שהוא אינו נוקט אמצעים סבירים על מנת לחסום את הכרטיס¹⁰¹. מהאמור עולה, שגם לו הייתה רלוונטיות לדיני הרשלנות במסגרת הסדר חלוקת האחריות, לא היו אלה מביאים בהכרח להטלת אחריות על הלקוח במקרים דוגמת אלה שפורטו לעיל¹⁰².

1.4 התרשלות ככלי עיוני לחלוקת האחריות בין המנפיק ללקוח
כאמור, החלת דיני הנזיקין הכלליים על הסדר חלוקת האחריות קנתה לה שביטה עד כדי כך שישנם מקרים שבהם בית המשפט ראה לנכון לציין אותה כחלה, גם כאשר עובדות המקרה לא הצריכו התייחסות מיוחדת לאשמת הלקוח, פרט לזו השייכת במישרין לחריגים שבחוק. גם במקרים שבהם ניסה עד כה בית המשפט להתמודד באופן עיוני עם שאלת אשמת הלקוח אל מול ההסדר שבחוק שגה בית המשפט באופן הניתוח העיוני, ובכך העצים עוד יותר את הלגיטימיות ההולכת ומתרחבת של הכנסת עקרון האשמה לתוך הסדר האחריות שבחוק. כך, למשל, בעניין עטיה, בעניין הזמי¹⁰³ ובעניין בן עובד נקט בית המשפט גישה עקרונית

101 לגישה שלפיה גם במקרה שבו הלקוח מסיים את החוזה מיזמתו מוטלת על המנפיק החובה לחסום מיידית את הכרטיס ראו ת"א (שלום ת"א) 28655/03 משתלת הדס בע"מ נ' ישראל כרטיס בע"מ (טרם פורסם), בע' 4 לפסק הדין.

102 דומה שהנושא מקבל כיום מענה לאור ס' 10(א) להוראת ניהול בנקאי תקין מס' 470, שהוציא המפקח על הבנקים בעניין כרטיסי חיוב (ניתן לפצוא את ההוראה באתר האינטרנט של בנק ישראל: http://www.bankisrael.gov.il/deptdata/pikuah/nihul_takin/h470.pdf) (last visited on 10.6.07).

ההוראה קובעת כי: "מנפיק לא יחייב חשבון לקוח בגין עסקאות שברצו לאחר סיום חוזה כרטיס החיוב, כאמור בסעיף 4 לחוק כרטיסי חיוב. עם זאת, לעניין שימוש לרעה בכרטיס חיוב יפעל המנפיק כאמור בסעיפים 5 ו-6 לחוק כרטיסי חיוב". כוונתו של המפקח על הבנקים הייתה למנוע מקרים שאירעו, שבהם חייבו מנפיקים לקוחות בגין עסקאות שברצו בכרטיס לאחר שהכרטיס בוטל. בעיקר היה מדובר על ספקים שהיה ברשותם מספר כרטיס החיוב של הלקוח לאחר שזה ביצע עסקה עם אותם ספקים בעבר, ואלה ראו לנכון לחייב את הלקוחות לפתע על סמך אותו כרטיס, שבינתיים כבר בוטל. כוונתו של המפקח על הבנקים הייתה אמנם למנוע מצבים כאמור, אולם הוראתו תסייע גם בעניין הנדון כאן, שכן נאסר על מנפיק לחייב חשבון של לקוח לאחר שחוזה כרטיס החיוב בוטל על או על ידי הלקוח (בניגוד למקרה שבו בוטל כרטיס החיוב בגין הודעה של הלקוח למנפיק על אבדן או על גנבה של הכרטיס).

103 עניין בן עובד עסק בלקוחה שביקרה בספינת הימורים ומסרה את הכרטיס לצוות הספינה. זמן מה לאחר מכן היא גילתה כי נמשכו כספים מחשבונה. העובדות מלמדות כי מדובר במקרה פשוט לכאורה. הלקוחה מסרה את הכרטיס לאדם אחר שלא בנסיבות סבירות למטרת שמירה בלבד, מה שמכניס אותה לגדר החריג שבס' 5(ד)(1) לחוק כרטיסי חיוב, ושולל ממנה את ההגנה מפני אחריות לשימוש לרעה בכרטיס. עם זאת, בית המשפט ראה

הגורסת שרשלנות חמורה מצד הלקוח מטילה עליו אחריות לשימוש לרעה¹⁰⁴. בעניין פרי גרס בית המשפט שדי ברשלנות רגילה על מנת להטיל על הלקוח אחריות כאמור. מסקנות אלה באו לאחר שבית המשפט ניתח את הסדר חלוקת האחריות באופן עקרוני. עם זאת, כמבואר לאורך רשימה זו, הניתוח העקרוני שעשה בית המשפט על מנת לבחון מהו האיוון הנכון בין עקרון פיזור הנזק לבין עקרון האשמה איננו רלוונטי כלל ועיקר לזמן שאחרי חקיקת חוק כרטיסי חיוב. כפי שפורט לעיל, שאלות מסוג זה נבחנו בשעתו לעומקן על ידי ועדת ברק טרם חקיקת החוק. הוועדה שללה במפורש את העיקרון של חלוקת האחריות על פי מידת התרשלנות של הלקוח, בין רגילה ובין חמורה¹⁰⁵, וכך נקבע גם בחוק כרטיסי חיוב. הסדר חלוקת האחריות הוא הסדר ספציפי הגובר על כל הסדר כללי אחר, ובפרט על דיני הנזיקין הכלליים. הסדר חלוקת האחריות הוא מעשה חקיקה שלם, ואין בו חסר כזה או אחר שעל בית המשפט למלאו באמצעות פרשנות. מכל מקום, גם לו היה מקום לפרשנות, הרי מעצם העובדה שמדובר בהסדר הנסמך על עקרון פיזור הנזק ועל רעיון ביטוחי, והרואה במנפיק את הגורם שצריך לשאת בעיקר האחריות מתוך מטרה למנוע מהלקוח לשאת בנזקים בלתי סבירים, אפשר להסיק, כי פרשנות המכניסה לתוך ההסדר התנהגות רשלנית מצד הלקוח עומדת בניגוד לתכלית החוק.

כאן המקום להעיר, כי לכאורה ניתן היה, מבחינה עיונית גרידא, להעניק חשיבות להתרשלנות הניזוק, לעניין הפחתת הפיצויים המגיעים לו, גם מקום שבו אחריות המזיק היא ללא אשמה כלל. קרי: מבחינה עיונית ייתכן שעקרון

לנכון לחזור על הדברים שאמר בפרשת עטיה, ובחן את מידת ההתרשלנות של הלקוחה. משמץא כי הלקוחה התרשלה התרשלנות חמורה פסק כי הגבלת האחריות אינה חלה עליה. בעניין בן עובד דובר בעסקאות שבוצעו בכרטיסו של לקוח ששהה אותה שעה במעצר בית. בית המשפט שוכנע שנעשה בכרטיס שימוש לרעה, אולם המנפיק לא עמד בנטל להוכיח שהתקיים אחד החריגים שבחוק להגבלת אחריות הלקוח "ולא הוכחה רשלנות של התובע בכלל, ובפרט רשלנות בקשר לשמירה על הכרטיס" עניין בן עובד, לעיל הערה 50, בפסקה 11 לפסק הדין.

104 מן הראוי לציין, כי בעניין עטיה נסמך בית המשפט בקביעתו על ספרם של המלומדים ברק ופרידמן, ואף ציטט מספרם את המלצתם על גישה מאוזנת, שהיא חלוקת אחריות על פי קריטריון של רשלנות חמורה. עניין עטיה, לעיל הערה 48, בפסקה 27. דא עקא, שהוכתבם עצמם מציינים כי אין לקבל את הקריטריון של רשלנות חמורה כאבן הבוחן לחלוקת האחריות בין המנפיק ללקוח במקרה של שימוש לרעה, שכן אימוץ קריטריון זה עלול לסבך את הסדר חלוקת האחריות, אשר חייב להיות ברור וחד-משמעי. ברק ופרידמן, לעיל הערה 82, בע' 307. יתרה מכך, הכותבים מציינים במפורש כי על פי ההסדר שאומץ בפועל על ידי חוק כרטיסי חיוב, אחריותו של הלקוח מוגבלת גם אם נהג ברשלנות חמורה, אפילו כזאת המגעת כדי הדבקת הקוד הסודי או כתיבתו על גבי הכרטיס: "חשוב לציין כי גניבת הכרטיס עם הצופן מהלקוח עצמו, אינה מעלה ואינה מורידה לעניין הגבלת האחריות, וזאת אף אם הלקוח נהג ברשלנות רבתי. כמו, למשל, הדבקת הצופן או כתיבתו על הכרטיס". שם, בע' 312.

105 ראו פרק א' לעיל.

ההתרשלות התורמת (אשם תורם) המצוי בפקודת הנזיקין יחול גם מקום שבו חלוקת האחריות נסמכת על עיקרון של אחריות מוחלטת או אחריות חמורה, כזו המצויה בחוק כרטיסי חיוב. רעיון זה של החלת העיקרון הנזיקי הכללי של התרשלות תורמת גם על הסדרים מיוחדים הקובעים אחריות ללא אשם הוחל זה מכבר הן בחקיקה והן בפסיקה. דוגמה לכך בחקיקה היא חוק האחריות למוצרים פגומים, תש"ם–1980, המטיל אחריות ללא אשם על היצרן¹⁰⁶. בד בבד, נקבע במפורש בחוק, כי התרשלות חמורה של הלקוח היא עילה להפחתת הפיצויים המגיעים לו, בהתאם למידת התרשלותו¹⁰⁷. דוגמה לכך בפסיקה היא פקודת הנזיקין הנגרמים על ידי ספינות בניווט 1939, אשר קובעת אחריות ללא אשם של בעלי ספינה או רכ החובל שלה לכל נזק שנגרם בעת שהספינה מצויה בניווט. חרף קביעה זו בחוק החיל בית המשפט העליון על המקרים שבהם עוסק החוק את עקרון ההתרשלות התורמת. בית המשפט קבע שהסדר חלוקת אחריות ללא אשם בחוק ספציפי אינו מונע, כשלעצמו, את החלת העיקרון הכללי של ההתרשלות התורמת על המקרים שבהם עוסק אותו חוק¹⁰⁸.

משכן, באופן כללי האפשרות להחיל על הסדר חלוקת האחריות את עקרון ההתרשלות התורמת יכולה הייתה להיות אפשרית. עם זאת, החלת העיקרון איננה גורפת, אלא היא נעשית רק מקום שבו היא אינה מנוגדת לתכלית החוק. יש לבדוק כל הסדר חלוקת אחריות לגופו ולהבין את מהותו. כך, הסדר שמטרתו לבטח סיכון מסוים, תוך נכונות להעניק לניזוק פיצוי מלא גם אם התרשל כלפי עצמו, אינו יכול לדור בכפיפה אחת עם רעיון ההתרשלות התורמת¹⁰⁹. דוגמה לחוק מסוג זה היא חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה–1975 (להלן: "חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים"), הקובע אחריות שבבסיסה עומד הרעיון של ביטוח, וההתרשלות התורמת אינה עולה בקנה אחד עם תכליתו הביטוחית¹¹⁰. אולם במקרה של חוק זה אין אנו נדרשים לעמידה על תכלית החוק על מנת לשלול את עקרון ההתרשלות התורמת, שכן הדבר נקבע במפורש בחוק עצמו¹¹¹. בדומה לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, גם הרעיון העומד מאחורי הסדר האחריות

106 ראו "גלעד" אחריות חמורה למוצרים: חוק האחריות למוצרים פגומים תש"ם–1980 מחקרי משפט ח (תש"ן) 179, העוסק בהעברת נקודת הכובד שבחוק מאשם לפגם במוצר. למעשה מדובר במשטר של אחריות מוגברת המעביר נטל ליצרן לשלול את התרשלותו לעניין פגם שנפל במוצר, כלומר, אין צורך באשם ישיר של היצרן על מנת שיהא אחראי על פי החוק, אולם יש צורך בקיומו של פגם במוצר על מנת שתוטל אחריות כאמור.

107 ס' 4(ב) לחוק.

108 ע"א 804/80 Sidaar Tanker Corporation נ' חברת קו צינור אילת אשקלון בע"מ, פ"ד לט' (1) 393.

109 שם, כע' 434.

110 אנגלרד פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (מהדורה שנייה, 1990) 4.

111 ס' 2(ג) לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים קובע: "האחריות היא מוחלטת ומלאה, ואין נפקה מינה אם היה או לא היה אשם מצד הנוהג ואם היה או לא היה אשם או אשם תורם של אחרים".

שבחוק כרטיסי חיוב הוא רעיון ביטוחי שבא להגן על הניזוק גם מפני התנהגויות שלו עצמו. לא נחזור על שלל הנימוקים לתכלית הביטוחית שבבסיס הסדר חלוקת האחריות אשר פורטו בהרחבה לעיל¹¹², אולם בחינתם מעלה כי הכנסת ההתרשלות התורמת אינה עולה בקנה אחד עם ועם תכליתו הצרכנית של החוק, ובפועל היא עלולה להביא לחלוקת אחריות באופן שונה ממה שהתכוון אליו החוק ולהכביד על הצרכן יותר מכפי שרצה המחוקק. זאת, תוך הטלת אחריות על הצרכן בגין התנהגויות כגון אל שפורטו בפרק זה, אשר גם מפניהן חפץ המחוקק להעניק לצרכן הגנה. דוגמאות לכך ניתן למצוא בעובדות המקרים שהובאו בפני בית המשפט ואשר פורטו ברשימה זו.

בפרט ומעל הכול, הכנסת ההתרשלות התורמת אינה עולה בקנה אחד עם סעיף 5(ו) לחוק, אשר קובע במפורש כי לא תחול על חלוקת אחריות לשימוש לרעה שנעשה בכרטיס החיוב, להוציא האחריות המפורטת בחוק עצמו. משפורש בחוק עצמו, בדומה לחוק כרטיסי חיוב ולחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, כי אין להעמיס על כתפי חלוקת אחריות מעבר לזו המפורטת בחוק, דומה שהמחוקק לא השתית דבריו לריק, והדברים אמורים גם לעניין הטלת אחריות על חלוקת בגין התרשלות תורמת שלו.

2. הפרת חיוב חוזי כדרך להרחבת אחריות חלוקת לשימוש לרעה בכרטיס החיוב התבססות על האחריות החוזית כמקור להטלת אחריות על חלוקת היא אפשרית מבחינת ניתוח משפטי כללי, אולם דומה שהיא לא נכונה במקרה של ניתוח על פי הסדר חלוקת האחריות המיוחד שבחוק כרטיסי חיוב. הטעם לכך נעוץ בסעיף איסור ההתנאה המצוי בחוק. מאחר שאי-אפשר להתנות על הסדר חלוקת האחריות הקבוע בחוק שלא לטובת חלוקת, ומאחר שאי-אפשר להגדיל את אחריות חלוקת מעבר למה שפורש בחוק, הרי יש לבחון את האמור בתווה לאור הסדר האחריות ובכפוף לו. יש לשים לב בהקשר זה, כי הוראה חוזית עשויה להתנות על הסדר האחריות שבחוק כרטיסי חיוב לא רק אם היא מתייחסת במפורש להסדר האחריות שיחול על הצדדים אלא גם אם היא מטילה על חלוקת חיובים, אשר המשמעות המשפטית של הפרתם עשויה להיות כזו המשנה מחלוקת האחריות על פי החוק. מכאן שחיוב חוזי לשמור על כרטיס החיוב או על הקוד הסודי, כפי שנדון בעניין יוספי ובעניין פישנזון, וחיוב חוזי להודיע למנפיק על אבדן, על גנבה או על שימוש לרעה תוך פרק זמן קצוב, כפי שנדון בעניין רייטנר, סותרים את העקרונות לחלוקת האחריות המפורטים בחוק כרטיסי חיוב, ועל כן הם אסורים על פיו. בתקופה שבה חויבו מנפיקים להביא את חזויהם לאישור בית הדין לחוזים אחידים¹¹³ עסק בית הדין בשאלה אם סעיף המטיל על חלוקת חיובים חוזיים

112 ראו הדין בתחילת סעיף זה וכן פרק א' לעיל.

113 ס' 20 לחוק כרטיסי חיוב קובע ששר המשפטים רשאי לדרוש ממנפיק המתקשר או מתכוון להתקשר עם לקוחות על פי חוזה אחיד, להגיש בקשה לאישור החוזה, כתנאי להתקשרות

שמשמעות הפרתם או אכיפתם היא הטלת אחריות על הלקוח הוא בגדר תנאי מקפח בחוזה אחיד. בחוזה האחיד של חברת ישראלכרט, אשר הובא לאישורו של בית הדין לחוזים אחידים¹¹⁴, נכלל סעיף אשר קבע כי הלקוח מתחייב לשמור על הכרטיס שמירה ראויה וטובה, כמתחייב מהאפשרות ששימוש בו על ידי מי שאינו מוסמך לכך עלול לגרום נזק ללקוח, לישראלכרט ולאחרים¹¹⁵. תוך כדי ההליכים שהתנהלו בפני בית הדין שונה סעיף זה, ובמקומו נכתב כי הלקוח מאשר כי ידוע לו שאבדן הכרטיס עלול לגרום נזק ללקוח, לישראלכרט ולאחרים ויפעל בהתאם לכך באשר לשמירתו. קרי: נשמטה ההתחייבות לשמור על הכרטיס, ובמקומה בא אישור מצד הלקוח על כך שאבדן הכרטיס עלול לגרום נזק. הטעם לשינוי הסעיף הוא לא אחר מאשר החשש שהטלת חובת שמירה על הלקוח תטיל עליו אחריות שונה מזו האמורה בחוק כרטיסי חיוב במקרה של הפרתה של החובה¹¹⁶.

בית הדין לחוזים אחידים הזכיר עניין זה אגב דיון בסעיף בחוזה חשבון עובר ושב של אחד הבנקים, אשר הטיל על הלקוח חובת שמירה על פנקסי שיקים¹¹⁷. באותו פסק דין קבע בית הדין כי הוראה חוזית המטילה חובה על הלקוח לשמור את פנקסי השיקים שמסר לו הבנק אינה מתנה על הדין הקיים, שכן חובה חוזית זו תואמת את החובה המוטלת על הלקוח על פי דיני הנזיקין. עם זאת, בית הדין ראה לנכון להדגיש, כי המקרה של פנקסי שיקים שונה מזה של כרטיסי חיוב, שם לא אושר הסעיף המטיל חובת שמירה על הלקוח, שכן בניגוד למקרה של פנקסי שיקים, הוא אינו תואם את החובה המוטלת על הלקוח על פי הדין המיוחד, קרי: חוק כרטיסי חיוב, ושעומד בסתירה לו¹¹⁸.

הנה כי כן, שמירה על הכרטיס באופן כזה או אחר, ולצורך העניין גם על הקוד הסודי, איננה רלוונטית לעניין חלוקת האחריות על פי חוק כרטיסי חיוב. חובת

עם לקוחות על פי אותו חוזה. בסמוך לאחר חקיקת החוק הורה שר המשפטים על אישור החוזה שעל פיו ביקשו להתקשר המנפיקים שפעלו אז בשוק עם לקוחותיהם. המנפיקים פנו בעקבות הוראת שר המשפטים לבית הדין לחוזים אחידים ואישרו את חוזיהם. ראו למשל תח"א 11/87 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' הי"מ (לא פורסם) (עותק שמור במערכת); תח"א 15/87 ישראלכרט נ' הי"מ (לא פורסם) (עותק שמור במערכת); תח"א 16/87 בנק הפועלים בע"מ נ' הי"מ (לא פורסם) (עותק שמור במערכת); תח"א 18/87 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' הי"מ (לא פורסם) (עותק שמור במערכת). דא עקא, שעל פי ס' 14 לחוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982, תוקפו של אישור כאמור הוא חמש שנים. כך יצא שהיום, לאחר שחלפו שנים מאז פג תוקפו של האישור לחוזה האחיד שניתן בשעתו על ידי בית הדין לחוזים אחידים, שינו המנפיקים את החוזה באופן ניכר לרעת הלקוחות, והחוזים היום כוללים תנאים רבים שהם לכאורה מקפחים.

114 תח"א 15/87, לעיל הערה 113.

115 ס' 11(א) לחוזה.

116 בפועל, לא ניתנה החלטה על ידי בית הדין, שכן הצדדים הגיעו להסכמה, אשר קיבלה תוקף של פסק דין. מכאן, שאין בנמצא החלטה שממנה אפשר ללמוד על עמדת בית הדין, אלא יש ללמוד זאת מתוך בחינת התיק עצמו וההליכים שנוהלו בו, כפי שאכן נעשה על ידנו.

117 ע"ש 195/97, לעיל הערה 81.

118 שם, בע' 537.

שמירה איננה קיימת על פי חוק כרטיסי חיוב והכנסתה על דרך של הטלת חובה חוזית על הלקוח איננה אפשרית באשר היא לכל הפחות נוגדת את הסדר חלוקת האחריות המיוחד שבחוק.

הרעיון דומה גם במקרה של סעיף בחוזה שמשמעות אכיפתו היא סטייה מכללי חלוקת האחריות שבחוק. בעניין רייטנר הסתמך בית המשפט על סעיף סטנדרטי בחוזה כרטיס החיוב הקובע שהלקוח יושתק מלטעון ללא ראיות בכתב כי לא ביצע עסקאות מסוימות בכרטיס כל עוד לא יודיע למנפיק תוך 90 יום מיום שקיבל מהמנפיק את דף הפירוט החודשי, על כל השגה שיש לו לגבי העסקאות המפורטות בדף הפירוט האמור¹¹⁹. בקבעו כן הסתמך בית המשפט על כך שהסעיף האמור בחוזה אושר על ידי בית הדין לחוזים אחרים, דבר הנכון כשלעצמו. עם זאת, בית המשפט החסיר מציטוט הסעיף בפסק דינו את ציטוטן של שתי השורות האחרונות שהוספו לסעיף תוך כדי ההליך בבית הדין לחוזים אחרים וכתנאי שהעמיד היועץ המשפטי לממשלה להסכמתו לאישור הסעיף. שורות אלה קובעות במפורש כי אין באמור בסעיף כדי לפגוע בהסדר חלוקת האחריות. בכך נמנע בית המשפט מלהתעמת עם השאלה המעניינת מה משמעות הסעיף בחוזה לאור האמור בסופו, שכן מניעת הלקוח מלהוכיח שימוש לרעה בכרטיס החיוב ללא שיהיו בידיו ראיות בכתב מתנה מניה וביה על האמור בחוק כרטיסי חיוב. הנטל להוכיח את עצם השימוש לרעה מוטל אמנם על הלקוח ממילא, אולם אין חולק שראיות בכתב הן נטל החורג מהאמור בחוק כרטיסי חיוב ואשר בפועל מונע מהלקוח ליהנות מהגבלת האחריות במקרים שבהם החוק לא מונע ולא התכוון למנוע זאת. לא זו אף זו, כפי שפורט לעיל¹²⁰, חוק כרטיסי חיוב קובע הסדר מיוחד למקרה של אי-הודעה מטעם הלקוח על שימוש לרעה. משכך, לנוכח העובדה שהסעיף החוזי מתנה, לרעת הלקוח, על האמור בחוק כרטיסי חיוב, ולנוכח סיפת הסעיף עצמו, הרי שלסעיף החוזי אין כל נפקות, ואין הוא יכול לשמש בסיס לדחיית תביעת הלקוח או להגבלת אחריות המנפיק¹²¹.

3. מתן עדיפות ראייתית למנפיק

הטענה הרווחת בפי מנפיקים, שלפיה משיכת כספים ממכשיר אוטומטי באמצעות הכרטיס המקורי ובאמצעות הקוד הסודי המקורי מובילה למסקנה שהלקוח מסר את הכרטיס לשימושו של אחר או עשה את השימוש בעצמו, לוקה בכשל משמעותי. בפועל, הטענה האמורה אינה עומדת במבחן המציאות. הניסיון מלמד כי הקוד הסודי ניתן להשגה על ידי גנבתו מהלקוח, על ידי התקנת מצלמה מעל המכשיר האוטומטי, על ידי עמידה מאחורי הלקוח בעת שימוש בכרטיס במכשיר

119 לפירוט נוסף של עובדות המקרה ראו סעיף 2 לפרק ג' לעיל.

120 ראו ס' ב' בפרק זה לעיל.

121 ראו דיון ספציפי לעניין אי-תקפותה של טענת המניעות בהקשר של הסדר האחריות על פי חוק כרטיסי חיוב בס' 1.2 לפרק ד' לעיל.

האוטומטי וכיוצא באלה מקרים שאירעו לא פעם. יתרה מכך, ניתן להשיג את הקוד הסודי גם באמצעות גנבת המסמך שעליו הוא נכתב, במקרה שהלקוח אכן העלה אותו על הכתב¹²². עובדות אלה מלמדות שלטענה האמורה אין בסיס, ועל כן יש לבחון את יתר הנסיבות האופפות את המקרה המובא בפני בית המשפט¹²³. עם זאת, בית המשפט רואה לנכון לא פעם לקבל טענה זו¹²⁴.

פוטנציאל הנזק שבקבלת טענה מסוג זה אינו מצוי רק בעדיפות הראייתית הגלומה בקבלת הטענה, אלא גם בדרך הפעולה של המנפיקים באופן שוטף. מאחר שזיכוי חשבון הלקוח בסכום המשיכה, שנשען לגביה שבוצעה תוך שימוש לרעה בכרטיס, נתון לשליטת המנפיק, גם כאן, כמו ביתר המקרים שפורטו לעיל, עלול המנפיק לסרב לזכות את חשבון הלקוח כל עוד על פי הנתונים שבידו המשיכה בוצעה באמצעות הכרטיס והקוד המקוריים.

מן הראוי לציין כי ניתן לערער לא רק על תקפות הטענה האמורה בכללותה אלא גם על אבני הבניין שעליה היא נסמכת. כך, למשל, איננו סבורים שהטענה כי משיכת הכספים בוצעה באמצעות הכרטיס המקורי היא טענה שאינה טעונה הוכחה כשלעצמה. הטעם לכך הוא שלא זו בלבד שלא הוכח עד כה שלא ניתן לזייף את הכרטיס המקורי, לרבות סימני הזיהוי המגנטיים שהוא מכיל, אלא קרו מקרים המוכיחים את ההפך¹²⁵. נוסף לכך, עד כה לא הוכח שאי-אפשר לפצח את הקוד הסודי, אולם נטען, כדבר שבשגרה, כי הדבר לא נעשה מעולם.

מהאמור עולה שטוב יעשה בית המשפט, לדעתנו, אם יתייחס לטענות מסוג זה כטענות הצריכות הוכחה ולא כראיה בפני עצמה. יתרה מכך, יש לזכור שבמקרה שבו טענת המנפיק היא התקיימות החריג העוסק בכוונת מרמה של הלקוח, רמת ההוכחה הנדרשת מהמנפיק עשויה לעלות על זו של מאזן ההסתברויות, שכן המדובר הוא בטענה שמייחסת ללקוח מעשה שיש בו משום עברה פלילית. כבר נפסק כי על הטוען לכך להוכיח את טענתו ברמת הוכחה חמורה יותר העולה על מאזן ההסתברויות

122 כפי שפורט לעיל, החוק אינו מתיר הטלת אחריות על הלקוח במקרים כאלה. ראו הטקסט הנלווה להערה 74 לעיל.

123 בת"ק (תביעות קטנות ת"א) 1507/03 נבו נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (לא פורסם) לא טען, משום מה, המנפיק את הטענה האמורה. מכל מקום, בית המשפט סירב לקבל ראיות נסיבתיות מסוג אחר כפי שהועלו בפניו באותו מקרה; בהקשר של נטל הראיה יצוין פסק הדין של בית המשפט המחוזי בבאר שבע בע"א (מחוזי ב"ש) 1203/01 בן חמו נ' ישראלכרט בע"מ (לא פורסם), תקדין מחוזי, 2002(2) 4463, שם קיבל בית המשפט את הערעור שהוגש לו, ומתח ביקורת על קבלת עמדת המנפיק על ידי בית המשפט קמא לעניין נסיבות מחשידות לכאורה, אך שאינן בהכרח מלמדות על היעדר שימוש לרעה, כגון: העובדה שהשימוש לרעה נפסק מיד לאחר מתן ההודעה למנפיק; התנהגות עצבנית ובוטה של הלקוח וכיו"ב.

124 ראו הערה 63 לעיל.

125 ראו למשל ע"פ (שלום ת"א) 10938/01 מ"י נ' יטח (לא פורסם), תקדין שלום 2004(4) 1853, שם הורשעו נאשמים בכך שזייפו כרטיסי אשראי.

הנדרש במשפט אזרחי אך פחותה מרמת ההוכחה הנדרשת במשפט פלילי¹²⁶. הגם שקיומה של רמת הוכחה חמורה כאמור שנוי במחלוקת¹²⁷, הרי גם החולקים סבורים שבמקרה של טענה שיש בה משום הטלת רכב פלילי באדם, יש לדרוש ראיות בעלות משקל רב יותר או בעצמה גבוהה יותר¹²⁸. בעניין שימוש לרעה בכרטיס חיוב דומה שהקפדה על דיני הראיות ושקילת הראיות באופן מאוזן חשובה לא פחות מהסדר האחריות עצמו, שכן אי-הקפדה כאמור עלולה לאיין חלק ניכר מהסדר האחריות, כפי שאכן קורה.

סיכום ומסקנות

המאפיין המרכזי של שחיקת הסדר חלוקת האחריות על ידי בית המשפט, בפסיקה שהובאה לעיל, הוא הכנסת אמת המידה של התרשלות הלקוח לתוך ההסדר. בבחינת שאלת האחריות עשה בית המשפט שימוש בדין הנזיקין הכללי ובפרט ביסודות עולות הרשלנות ובהתרשלות התורמת על מנת לגזור את חלוקת האחריות הראויה לדעתו. לעתים נסמכה הפסיקה על דיני הנזיקין בלבד ולעתים על צירוב בין ההסדר המיוחד שבחוק כרטיסי חיוב לדיני הנזיקין. בעשותו כן בחן בית המשפט את התנהגות הלקוח בין היתר לאור סטנדרט הזהירות הסביר שצריך היה, לדעתו, לנהוג לקוח על פיו. בכך התעלם בית המשפט מהעובדה שלדיני הנזיקין הכלליים אין תחולה בנסיבות של שימוש לרעה בכרטיס חיוב, שכן מדובר בהסדר חלוקת אחריות מיוחד, אשר מתנה, הן על פי לשונו והן על פי מטרתו, על דיני הנזיקין הכלליים. כפי שפורט לעיל, לא זו בלבד שמבחינת הרשלנות, הרגילה והחמורה, הוצאו במפורש מהסדר האחריות¹²⁹, אלא שלשונו של הסדר האחריות מצביעה על התנהגויות מסוימות, ועליהן בלבד, ככאלה שאינן ראויות להגנה. בכך הוצאה מההסדר גם ההתרשלות התורמת. כל יתר ההתנהגויות, לרבות אלה הנגועות ברשלנות חמורה, ראויות, על פי האמור בסעיף 5 לחוק כרטיסי חיוב, להגנה.

בדומה לכך, גם אכיפתן של הוראות חוזיות מסוימות שקבע המנפיק בחוזה האחיד עם הלקוח על ידי בית המשפט או מתן נפקות משפטית להפרתן של הוראות אלה, שוחקת את הסדר חלוקת האחריות. יתרה מכך, בעשותו כן נותן בית המשפט גושפנקה להתנאה על הוראות ההסדר חרף איסור ההתנאה על הוראות חוק כרטיסי חיוב שלא לטובת הלקוח. דרך זו אף אינה עולה בקנה אחד עם פסיקת בית הדין לחוזים אחידים בעבר. מתן עדיפות ראייתית למנפיקים במקרה של משיכת כספים ממכשיר אוטומטי פוגעת גם היא בהסדר חלוקת האחריות,

126 י" קדמי על הראיות (2003, כרך ג: הדין בראי הפסיקה) 1554–1555 והאסמכתאות המופיעות שם.

127 שם.

128 שם, 1555–1559.

129 ראו פרק א' לעיל.

שכן היא מובילה להחלטות שיפוטיות נגד הלקוח על סמך טענות שאינן מבוססות דיין.

יש לזכור שחוק כרטיסי חיוב הוא חוק צרכני שרוב סעיפיו נועדו להגן על הצרכן מפני הסיכונים הגלומים בשימוש באמצעי התשלום המיוחד המכונה כרטיס חיוב. לעניין השימוש לרעה ייאמר כי נזקיו עלולים להיות גדולים במיוחד בשל העובדה שהכרטיס מאפשר לחייב את חשבון הבנק של הלקוח. כחוק צרכני הקובע הגנות מיוחדות ללקוח מן הראוי שבית המשפט יפרשו באופן המגשים את תכליתו הצרכנית. דומה שלא המנפיקים, שהם גופים חזקים במיוחד¹³⁰, הם אלה הזקוקים להגנת בית המשפט, אלא דווקא הלקוחות, המצויים בעמדת נחיתות ביחס למנפיקים. זאת, לא רק בשל מעמדם הנחות ממילא כצרכנים אל מול גופים רבי-עצמה, אלא גם משום שבפועל הכוח לחייב ולזכות את החשבון מצוי בידי המנפיק. המנפיק הוא זה שבידו היכולת להימנע מלזכות את חשבון הלקוח או לחייב את חשבון הלקוח לאחר שזיכה אותו אם הוא סבור שמתקיים אחד החריגים להגבלת אחריות הלקוח. פירוש מצמצם של אחריות המנפיק סותר את המגמה להרחיב את אחריות הבנקים ביחס ללקוחותיהם¹³¹. הגם שאין זה מתפקידו של בית המשפט לשמש בהכרח כמגן הצרכן¹³², הרי אל לו לשמש כחבר נגד הצרכן ולמנוע ממנו זכויות שניתנו לו בחוק. פסיקה הולכת ומתרחבת של בית משפט השלום, המייתרת למעשה את הסדר האחריות ומכריעה בהחלטותיה בהתאם לכללים המרחיבים את אחריות הלקוח ביחס למותווה על ידי חוק כרטיסי חיוב, מהווה מעין חקיקה שיפוטית. איננו סבורים שחקיקה שיפוטית מסוג זה היא ראויה מקום שבו יש בנמצא חוק חרות ברור, שתכלית חקיקתו פורטה באופן נרחב על ידי ועדה, שעל בסיס הדו"ח שכתבה חוקק החוק, והיא משתמעת גם מאופיו של החוק ומלשונו. ברמה העיונית ניתן להעלות על הדעת הסדר חלוקת אחריות מסוג שונה באופן כזה או אחר מזה המצוי בחוק כרטיסי חיוב, לרבות הסדר המרחיב את אחריות הלקוח והמתחשב בהתרשלותו בשמירה על הכרטיס ועל הקוד הסודי או בבדיקת דפי המידע הנשלחים אליו. הסדרים מסוג זה אכן מצויים בחלק מהמדינות המפותחות בעולם, שם מוטלת על הלקוח האחריות בגין רשלנות חמורה מצדו¹³³. עם זאת, אין זה מן הראוי שבית המשפט יאמץ הסדר חלוקת אחריות החורג מזה שאומץ במפורש בחוק. התפקיד לעניין זה אינו שלו אלא של המחוקק. אנו סבורים שאין מקום לשינוי ההסדר גם על ידי המחוקק, אולם דיון בטעמים לכך חורג ממסגרת רשימה זו.

בהיעדר פסיקה של ערכאות גבוהות יותר, ובפרט של בית המשפט העליון,

130 יש לזכור שהמנפיקים כיום הם הבנקים השונים ושלוש חברות כרטיסי האשראי, שכולן מצויות בשליטת בנקים.

131 לפחות במקרים שבהם המנפיק הוא בנק.

132 למעט במקרים מיוחדים כגון בית הדין לחוזים אחידים.

133 ראו פרק א' לעיל.

מצב זה של ריבוי יחסי של פסיקה בבית משפט השלום, הגורעת מהגבלת אחריות הלקוח על פי חוק כרטיסי חיוב, יש לו משמעות רחבת היקף. מנפיקים עלולים לנצל את המצב ולקבל החלטות לגבי כל הלקוחות הפונים אליהם בטענה של שימוש לרעה בכרטיס החיוב, על פי אמות המידה שנקבעות על ידי בית משפט השלום. החשש גדול במיוחד מאחר שמדובר באמות מידה עמומות של רשלנות, שהמחוקק פעל בכוונה ברורה להימנע מחוסר הוודאות הטמונה בהן, שכן זו עלולה להיות מנוצלת לרעה¹³⁴. החשש מתעצם כי תיקון המצב באמצעות פסיקה של ערכאות גבוהות יותר יוכל להיעשות רק על ידי פסיקה כללית שתדון במהות הסדר האחריות, ולא תסתפק במקרה המסוים המונח לפני בית המשפט. שאלה גדולה היא מתי יארע הדבר ומה הנזק שייגרם לכלל הלקוחות עד אז.

בהקשר זה יש לזכור שהגם שהמנפיקים מפוקחים היום על ידי המפקח על הבנקים, זה אינו פועל כחלל ריק. המפקח על הבנקים כבר הביע, אמנם, את עמדתו בפני חלק מהמנפיקים כנגד הרחבת אחריות הלקוח על פי חוק כרטיסי חיוב, אולם המספר הגדל והולך של פסקי הדין המרחיבים את אחריות הלקוח, יוצר מציאות משפטית אחרת, המחייבת, כמובן, גם את המפקח על הבנקים.

הפתרון למצב זה יכול להימצא בהבאת העניין בפני בית המשפט העליון, על מנת שיעמיד דברים על דיוקם וישלול את האמור בפסקי הדין של בית משפט השלום או הבאת העניין פעמים מספר בפני בית המשפט המחוזי על מנת ליצור מסה קריטית של פסיקה הסותרת את המגמה הקיימת היום. ייתכן שזהו המקום להתערבותם של הגופים הצרכניים השונים, לעודד לקוחות לערער על פסקי הדין הניתנים נגדם על בסיס נימוקים שאינם מתיישבים עם החוק. פתרון אחר יכול להיות תיקון חוק כרטיסי חיוב באופן שבו יבוארו הדברים בבחירות יתרה. עם זאת, פתרון זה נראה לנו לא הכרחי לאור העובדה שהחוק ברור כבר היום. דומה אפוא שאין מנוס מלהמתין לתיקון המעוות בידי בית המשפט עצמו.

134 כפי שתואר בפרק ב' לעיל, החשש אכן התממש.