

תפקיד המשפט בפיתוח ובעיצוב מערך אמצעי התשלום בישראל

בשנים האחרונות, בישראל כמו במדינות אחרות בעולם, אנו עדים למהפכה בתחום אמצעי התשלום בעקבות פיתוחים טכנולוגיים מואצים. מאמצעי תשלום מבוססי נייר, עולם התשלומים עובר להתבסס יותר ויותר על אמצעי תשלום דיגיטליים.

כדי לעודד את השימוש באמצעי התשלום המודרניים ולקדם את התפתחותם, יש ליצור מנגנונים משפטיים שינצלו את היתרונות הגלומים בהם אך במקביל גם יצמצמו את הסיכונים שהם יוצרים. בנוסף, נדרש איזון ראוי בין הגנה צרכנית על המשתמשים באמצעי התשלום החדשים לבין יעילות מסחרית. הדרך להשגת מטרות אלו היא באמצעות יצירת מסגרת משפטית מתאימה, ומכאן תפקידו המרכזי של המשפט בפיתוח ובעיצוב מערך אמצעי התשלום. המאמר בוחן כיצד המשפט מתמודד עם אתגרי החדשנות שאמצעי התשלום המתקדמים מציבים תוך התייחסות למגוון גישות אפשריות, ומנתח את שני תפקידיו של המשפט ביחס להתפתחויות האמורות: המשפט כמגיב לבעיות ולא אתגרים שטכנולוגיות חדשות מעוררות, והמשפט כמשפיע על עיצובה של הטכנולוגיה ועל אופן השימוש בה.

לשם המחשת תפקידיו האמורים של המשפט, המאמר מתמקד בחוק שירותי תשלום, תשע"ט-2019, ובמקרה הבוחן של סוגיית השימוש לרעה באמצעי תשלום דיגיטלי.

המאמר יטען כי, ככלל, המשפט הישראלי קבע מנגנונים ראויים להסדרת השימוש באמצעי התשלום המודרניים. עם זאת, הקביעה האם המשפט אכן הצליח להשיג את מטרתו – הן בהיבט של הגנת הצרכן והן בהיבט של עידוד ופיתוח הטכנולוגיה – מחייבת להמתין ולראות כיצד עקרונות החוק החדש ייושמו בשטח.

* פרופסור מן המניין, ראש המרכז לדיני בנקאות ורגולציה פיננסית, המכללה האקדמית נתניה. הכותבת מכהנת כיו"ר הוועדה המייעצת למפקח על נותני שירותים פיננסיים, סגנית יו"ר הוועדה המייעצת לממונה על שוק ההון, ביטוח וחיסכון, חברת הוועדה המייעצת לנגיד בנק ישראל בענייני בנקאות, וחברת ועדת הרישיונות של הפיקוח על הבנקים. הדעות המובאות במאמר הן דעותיה הפרטיות ואינן מייצגות גופים אלה. המחברת מבקשת להודות לחברות מערכת כתב העת, עפרי רוזנברג ושני בפמן, וכן לעורך המשנה, מטר בן ישי, על הערותיהם החשובות ועבודת עריכה מצוינת.

מבוא

"והנה על סמך הסכם כללי נעשה הכסף למעין נציגו של הצורך; ומטעם זה נקרא 'כסף' (נומיסמא'), כיון שאינו מן הטבע אלא קיים מכוח 'החוק' (נומוס)..."¹

כבר במאה הרביעית לפני הספירה הבין אריסטו שקיומו של הכסף נובע לא מכוח הטבע אלא מכוח המשפט. נדמה כי קביעה זו נכונה גם לימינו אנו ולאמצעי התשלום המודרניים שבהם אנו משתמשים.

מאמר זה חוקר את תפקידו של המשפט בפיתוח ובעיצוב מערך תשלומים ראוי במדינת ישראל, ובוחר כיצד המשפט מתמודד עם אתגרי החדשנות שאמצעי התשלום המתקדמים מציבים.²

בשנים האחרונות, בישראל כמו במדינות אחרות בעולם, אנו עדים למהפכה בתחום אמצעי התשלום בעקבות פיתוחים טכנולוגיים מואצים. ההתפתחות בתחום האינטרנט והטלפונים החכמים הביאה ליצירה ולפיתוח של מגוון אמצעי תשלום חדשניים המאפשרים לשלם מרחוק מבלי למסור או להציג אמצעי תשלום פיזי. העברת כספים בין גורמים שונים ולצרכים שונים ניתנת לביצוע באופן מידי באמצעות מגוון ערוצים ממוחשבים ופלטפורמות אלקטרוניות.³ פיתוחים חדשניים בתחום כוח המחשוב, דיגיטציה של נתונים, אחסון מידע ועיבוד אלגוריתמי של נתוני עתק (ביג דאטה), המכונים "המהפכה התעשייתית הרביעית",⁴ הוסיפו ממד חדש לעולם העברת הכספים ואפשרו לשכלל את מערך אמצעי התשלום הקיימים.⁵ הסקטור הפיננסי העולמי נחשב הרוכש העיקרי של טכנולוגיות מידע (IT), וחדשנות טכנולוגית פיננסית זוכה להתייחסות מיוחדת בהשוואה לשאר תחומי הפיתוח הטכנולוגי.⁶ החדשנות הפיננסית מבוססת על מוצרים ערטילאיים, להבדיל מאובייקטים פיזיים. דבר זה מאפשר לאמצעי התשלום להיות מהירים, מגוונים, ובעלי יכולת שינוי אינסופית. המוצרים הפיננסיים הללו משנים את השוקים שאליהם הם חודרים באופן הקשה לצפייה

- 1 אריסטו אטיקה: מהדורת ניקומאכוס 122 (יוסף ג' ליבס מתרגם 1985).
- 2 המאמר אינו עוסק במטבעות קריפטוגרפיים, אשר טרם הוכרו בארץ באופן רשמי כאמצעי תשלום או הילך חוקי, כפי שיוסבר בפרק 2 להלן. ההתייחסות למטבעות אלו בהקשרים מספר לאורך המאמר נועדה רק למתן תמונה מלאה של ההתפתחויות הקיימות בתחום הפיננסי.
- 3 Marc Rysman & Scott Schuh, *New Innovations in Payments*, 17 INNOVATION POLICY & ECONOMY 27 (2017).
- 4 Emiliios Avgouleas & William Blair, *The Concept of Money in the 4th Industrial Revolution - A Legal and Economic Analysis*, SINGAPORE JOURNAL OF LEGAL STUDIES 4, 5 (2020).
- 5 Moran Ofir & Ido Sadeh, *The Rise Of Fintech: Promises, Perils, And Challenges*, in LEADING LEGAL DISRUPTION 267 (D'Agostino Giuseppina, Piovesan Carole & Gaon Aviv eds., 2021).
- 6 Oscar Borgogno & Giuseppe Colangelo, *Regulating FinTech: From Legal Marketing to the Pro-Competitive Paradigm* (2020), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3563447

מראש. הטכנולוגיה הפיננסית חוצה את הגבולות המסורתיים שהורגלנו להם במשך שנים רבות בין "בנקאות" לבין שירותים חוץ-בנקאיים, ויוצרת עולם חדש של אמצעי תשלום שאפילו למומחים בתחום קשה לעקוב אחריו.⁷

הקשר בין חדשנות טכנולוגית לבין שירותי תשלום אינו חדש. הכספומט הראשון הוקם בניו יורק כבר בשנת 1939, אולם נראה שהוא הקדים את זמנו. בשל חדשנות ציבורית וחוסר שימוש הוא הוסר. רק אחרי עשרות שנים זכה כספומט שהותקן בלונדון ב-1967 על ידי בנק ברקליס להצלחה מקומית ועולמית והוביל לכספומטים שנמצאים בשימוש בימינו.⁸ חידוש טכנולוגי חשוב נוסף היה המצאת כרטיסי החיוב, עוד בשנות העשרים של המאה הקודמת, ככרטיסי תשלום דו-צדדיים שהנפיקו בתי עסק ללקוחותיהם. רק בשנות השבעים הפכה מערכת כרטיסי האשראי למערכת רב-צדדית אלקטרונית, במתכונת המוכרת לנו כיום.⁹ אולם ההתפתחות הטכנולוגית שאנו חווים בתחום אמצעי התשלום בימים אלה עולה בעוצמתה על ההתפתחויות האמורות: קצב ותדירות הפיתוחים החדשים; ההתפרשות על מגוון ערוצי תשלום במקביל; השימוש במנעד רחב של טכנולוגיות; המגוון הרחב של מוצרים ושירותים לקהלים שונים של לקוחות; קצב ההתפשטות הגלובלית – כל אלה מובילים לטרנספורמציה של ממש בעולם אמצעי התשלום.¹⁰

התפשטות הטכנולוגיות החדשות מושפעת גם מקצב האימוץ שלהן על ידי הציבור וממידת ההתרחבות של הבקיאות הטכנולוגית בקרב האוכלוסייה. גם בעניין זה ניכר הבדל מהותי בין החדשנות הפיננסית שאנו חווים כיום לבין ההתפתחויות שיצרו אמצעי התשלום

7 Cristie Ford, *A Regulatory Roadmap for Financial Innovation*, in ROUTLEDGE HANDBOOK OF FINANCIAL TECHNOLOGY AND LAW 62 (Iris H-Y Chiu & Gudula Deipenbrock eds., 2021).

8 Bernardo Batiz-Lazo & Robert J. K. Reid, *Evidence from the Patent Record on the Development of Cash Dispensing Technology 1*, in MUNICH PERSONAL REPEc ARCHIVE PAPER No. 9461 (2008), https://mpra.ub.uni-muenchen.de/9461/1/MPRA_paper_9461.pdf; James Shepherd-Barron, *Meet the True Star of Financial Innovation - the Humble ATM*, FINANCIAL TIMES, June 22nd, 2017, <https://www.ft.com/content/052f9310-5738-11e7-80b6-9bfa4c1f83d2>; Aurelio Gurrea-Martinez & Nydia Remolina, *Global Challenges and Regulatory Strategies to Fintech*, 36 BFLR 39, 42–43 (2021).

9 דין וחשבון הוועדה לבריאת הבעיות המשפטיות של כרטיסי אשראי 5 (1982) (להלן: דו"ח ועדת ברק); אפרים ברק ועמיר פרידמן כרטיסי חיוב: היבטים משפטיים ומעשיים של כרטיסי אשראי ובנק 29–23 (1997). יש הסוברים שמהלך זה הבשיל בשנות השישים. ראו למשל גיל בריצמן אמצעי תשלום: כרטיסי חיוב וכרטיסי אשראי 12 (1998); Rysman & Schuh, לעיל ה"ש 3, בעמ' 28.

10 לסקירת התפתחות עולם הפינטק והקשר בין טכנולוגיה ופיננסים לאורך שנים ראו Douglas W. Arner, Janos N. Barberis & Ross P. Buckley, *The Evolution of FinTech: A New Post-Crisis Paradigm?* 47 Geo J. Int'l L. 1271, 1284, 1307 (2016).

בעבר. בעוד שאימוץ הכספומטים וכרטיסי התשלום נמשך עשורים מספר, חדירת הבנקאות האינטרנטית והסלולרית הייתה מהירה בהרבה.¹¹ שינוי נוסף נוגע לזהות השחקנים הפעילים בתחום ולמודל העסקי שעליו הם נסמכים. אם עד עכשיו נשלט שוק אמצעי התשלום על ידי הבנקים וחברות כרטיסי האשראי,¹² בשנים האחרונות החלו להיכנס לתחום שחקנים חדשים כגון חברות פינטק וסטארט-אפ, ואף חברות הביג-טק הבינלאומיות,¹³ מהלך המהווה איום ממשי על ההגמוניה הבנקאית בתחום.¹⁴ לאמצעי התשלום המודרניים יתרונות רבים: נוחות וזמינות ללקוח, הפחתת עלויות עסקה, הגברת התחרות על ידי כניסה של שחקנים חדשים לתחום, צמצום הכלכלה השחורה והלבנות ההון בשל יכולת המעקב אחר התשלומים. מצד שני, השימוש באמצעי התשלום המתקדמים אינו חף מבעיות, כגון קשיי הסתגלות של אוכלוסיות נעדרות אוריינות טכנולוגית – ובכלל זה אוכלוסיית הקשישים – לשימוש באפיקים המתקדמים.¹⁵ בעיה נוספת היא הדרת השירותים האלקטרוניים מאוכלוסיות מוחלשות כלכלית שאינן בעלות מחשב או טלפון חכם המאפשר ביצוע תשלומים באופן ממוחשב. השימוש באמצעי התשלום המודרניים כרוך גם בסיכונים. למרות מאמצי האבטחה של פעולות התשלום והמידע הכרוך בהן, הללו חשופים להתקפות סייבר ואירועי דלף

- Basel Committee on Banking Supervision, *Sound Practices: Implications of Fintech Developments for Banks and Bank Supervisors*, 13–14 (2018), <https://www.bis.org/bcbs/publ/d431.pdf> 11
- Dan Awrey, *Unbundling Banking, Money, and Payments* (ECGI למשל Law, Working Paper No. 565/2021, 2021), https://ecgi.global/sites/default/files/working_papers/documents/awreyfinal_1.pdf 12
- Google, Apple, Facebook and Amazon האמריקניות (GAFAM) והסיניות (BAXT) Baidu, Alibaba, Xiaomi and Tencent. תופעה זו ניכרת גם בישראל. ראו למשל מיכאל רוכוורגר ושגיא כהן "מהפכת התשלומים כבר כאן: גוגל פיי נכנסת לישראל", *TheMarker* 3.2.2019, (3.2.2019), <https://www.themarker.com/technation/.premium-1.6900773>, עיריית אבישר "כניסה סוערת לשוק התשלומים: אפל פיי דורשת עמלה גבוהה בישראל" *כלכליסט* 4.2.2020, (4.2.2020), <https://www.calcalist.co.il/money/articles/0,7340,L-3787893,00.html> 13
- Juan Carlos Crisanto, Johannes Ehrentraud & Marcos Fabian, *Big Techs in Finance: Regulatory Approaches and Policy Options* (FSI Briefs No. 12, 2021), <https://www.bis.org/fsi/fsibriefs12.pdf>; Financial Stability Board, *FinTech and Market Structure in Financial Services: Market Developments and Potential Financial Stability Implications* 12-16 (2019), <https://www.fsb.org/2019/02/fintech-and-market-structure-in-financial-services-market-developments-and-potential-financial-stability-implications> 14
- בהקשר זה ראו בנק ישראל "הודעה משותפת לעיתונות: השרה לשוויון חברתי וגמלאים, המפקח על הבנקים, מנכ"ל איגוד הבנקים, ובכירי המערכת הבנקאית, דנו על יצירת סטנדרט אחיד למערכת הבנקאית בטיפול באוכלוסיית המבוגרים" (הודעה לעיתונות 6.8.2020), <https://www.boi.org.il/he/NewsAndPublications/PressReleases/Pages/6-8-2020.aspx> 15

מידע.¹⁶ הנגישות וקלות השימוש עלולות לחשוף את הלקוח לשימוש לרעה ולהונאות. קיים גם חשש לפגיעה בפרטיות ובשליטה על המידע האישי, לאור העובדה שנותני שירותי התשלום מחזיקים במידע רב על אודות הלקוחות המשתמשים בשירותיהם ועלולים לנצל למטרות ושימושים אחרים.¹⁷

כדי לעודד את השימוש באמצעי התשלום המודרניים ולקדם את התפתחותם, יש ליצור מנגנונים משפטיים שינצלו את היתרונות הגלומים בהם אך במקביל גם יצמצמו את הסיכונים שהם יוצרים. במיוחד, נדרש איזון ראוי בין הגנה צרכנית לכין יעילות מסחרית, באופן שיעודד את הציבור להשתמש באמצעי התשלום המתקדמים מחד גיסא, ויגן על האינטרסים המסחריים של נותני שירותי התשלום מאידך גיסא. הדרך להשגת מטרות אלו היא באמצעות יצירת מסגרת משפטית מתאימה, ומכאן תפקידו המרכזי של המשפט בפיתוח ובעיצוב מערך אמצעי התשלום. אקדים ואומר כי בשל היקפו המוגבל של המאמר לא אוכל להתייחס במסגרתו לכלל הקשיים והסיכונים שהוזכרו לעיל. המאמר יתמקד בהגנה הצרכנית הניתנת למשתמשים באמצעי התשלום המתקדמים.

היחס בין המשפט לטכנולוגיה מתואר לא אחת בממד כרונולוגי, תוך התייחסות לפיגור של המשפט אחר הטכנולוגיה ("the pacing problem").¹⁸ בעוד שהטכנולוגיה מתפתחת במהירות, המשפט אינו מתעדכן בקצב דומה ולכן נשרך אחריה.¹⁹ שיטת המשפט כוללת

16 אירועים כאלה קרו כבר פעמים מספר בישראל. ראו למשל עידו קינן, אהוד קינן ויהונתן זילבר "עשרות אלפי ישראלים מבוהלים: האשראי דלף?" *Ynet* (3.1.12), <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4170453,00.html>; זוהר שחר לוי "ציוגית נגד ישראלרב ב" 373 מיליון שקלים" *nrg* (20.5.2012), <https://www.makorishon.co.il/nrg/online/16/ART2/369/979.html>; בנק ישראל "תגובת בנק ישראל לאירוע דלף המידע באפליקציית התשלומים פייבוקס" (הודעה לעיתונות 29.1.2020), <https://www.boi.org.il/he/NewsAndPublications/PressReleases/Pages/29-1-20.aspx> (להלן: **הודעה לעיתונות מיום 29.1.2020**).

17 ראו לדוגמה מהלך של אפליקציית התשלומים ביט, להציע באופן יזום הלוואות למשתמשים בשירותיה. מיכאל רוכוורגר וג'ניה וולינסקי "ביט מנצלת את שליטתה בשוק אפליקציות התשלומים – לטובת מתן הלוואות" *TheMarker* (23.8.21), <https://www.themarker.com/markets/premium-1.10141197>.

18 Gary E. Marchant, *The Growing Gap Between Emerging Technologies and the Law*, in *THE GROWING GAP BETWEEN EMERGING TECHNOLOGIES AND LEGAL-ETHICAL OVERSIGHT: THE PACING PROBLEM* 19 (Gary E. Marchant, Braden R. Allenby & Joseph R. Herkert eds., 2011); Wulf Kaal, *What Happens When Technology Is Faster Than the Law?*, CLS BLUE SKY BLOG (Sep. 22, 2016), <https://clsbluesky.law.columbia.edu/2016/09/22/what-happens-when-technology-is-faster-than-the-law/>; Anna Butenko & Pierre Larouche, *Regulation for Innovativeness or Regulation of Innovation?*, 7 *LAW, INN. & TECH.* 52, 66 (2015).

19 Lyria Bennett Moses, *Recurring Dilemmas: The Law's Race to Keep up with Technological Change*, *J. OF LAW, TECH. & PRIVACY* 239 (2007); Carla L. Reyes, *Moving Beyond Bitcoin to an Endogenous Theory of Decentralized Ledger Technology Regulation: An Initial Proposal*, 61 *VILL. L. REV.* 191, 202 (2016) (בהתייחס לפיגור המשפטי ביחס לטכנולוגיית ה-DLT שעליה מושתתים המטבעות הווירטואליים). בדומה התפתח המונח Reg-Lag המתייחס

אומנם מנגנונים של שינוי והתאמה, באמצעות מושגי סתום ועקרונות משפטיים הנתונים לפרשנות. אולם טכניקה זו היא מוגבלת ולא תמיד יכולה לפתור את הפער שנוצר ולספק פתרונות ראויים. כך התפתח המונח "law lag" (הפיגור של המשפט), המשמש לתיאור מצבים שבהם הוראות הדין הקיים אינן מתאימות לטיפול בקונטקסט החברתי, התרבותי או המסחרי שנוצר על ידי ההתפתחויות המהירות בתחום הטכנולוגי.²⁰ גם בתי המשפט בארצות הברית הביעו את דעתם כי "Law lags science; it does not lead it".²¹

תפיסה זו של היחס בין משפט לטכנולוגיה מתייחסת לתפקידו של המשפט כמגיב לבעיות ולאגרים שמעוררות טכנולוגיות חדשות. ההתפתחויות הטכנולוגיות יוצרות נסיבות חדשות שהחוק הקיים לא צפה ולכן אינו מתייחס אליהן, והן מאלצות את מערכת המשפט לבחון את התאמתם של הכלים המשפטיים הקיימים למציאות החדשה שנוצרה. יותר מכך, השינוי שטכנולוגיות המידע מחוללות איננו אירוע חד-פעמי שיכול להיות מוסדר באמצעות תגובה משפטית נקודתית. מדובר בתהליך שינוי דינמי המתרחש בקצב ובעוצמה שלא היו כמותם בדורות הקודמים, ואשר קצב ההתפתחות הטבעית של המשפט אינו מותאם לו. לאור מציאות זו מתעורר הצורך לפתח כלים משפטיים המבוססים על הבנה של הקשר הדינמי והמורכב בין המשפט לבין הטכנולוגיה, ואשר יוכלו לספק מענה משפטי ראוי לאורך זמן.²² אולם, היחס בין המשפט לטכנולוגיה מורכב יותר. המשפט אינו רק מגיב לטכנולוגיה אלא במקרים רבים משפיע על עיצובה ועל אופן השימוש בה, בין במישרין ובין בעקיפין. התערבות משפטית עשויה להשפיע על סוג הטכנולוגיות המותרות בשימוש, על אופן יישומן, על עלות הפעלתן ועל היתכנותן של טכנולוגיות חלופיות. דרכי ההשפעה האפשריות של המשפט על התפתחות הטכנולוגיה רחבות מאוד, וכוללות מגוון של אמצעים כגון הטלת מגבלות על פיתוח מסוים, מתן תמריצים לעידוד פיתוחים אחרים, ועוד. בניגוד לגישה הדטרמיניסטית, המניחה שהטכנולוגיה מתפתחת מאליה ללא השפעות חיצוניות, גישה זו מכירה במרחב הבחירה הקיים בפיתוח הטכנולוגי ובהשפעתו של המשפט עליו.²³ מטרתו של מאמר זה היא, כאמור, לבחון את תפקידו של המשפט בפיתוח ובעיצוב מערך אמצעי השלום המודרניים במדינת ישראל. לשם כך, המאמר יבחן את המסגרת הקונספטואלית שיוצר החוק החדש המסדיר את השימוש באמצעי השלום המודרניים –

לפיגור של הרגולציה אחרי ההתפתחות הטכנולוגית. ראו למשל John W. Bagby & Nizan Geslevich Packin, *RegTech and Predictive Lawmaking: Closing the RegLag between Prospective Regulated Activity and Regulation*, 10 Mich. Bus. & Entrepreneurial L. Rev. 127 (2021).

Jeremy Pitt & Ada Diaconescu, *The Algorithmic Governance of Common-Pool Resources*, 20 in FROM BITCOIN TO BURNING MAN AND BEYOND: THE QUEST FOR IDENTITY AND AUTONOMY .IN A DIGITAL SOCIETY 130, 137-138 (John H. Clippinger & David Bollier eds., 2014)

ראו למשל *Rosen v. Ciba-Geigy Corp.*, 78 F.3d 316, 319 (7th Cir. 1996); *Sanderson v. Int'l Flavors & Fragrances Inc.*, 950 F. Supp. 981, 1003 (C.D. Cal. 1996)

ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק "הקדמה: משפט וטכנולוגיות מידע" רשת משפטית: משפט וטכנולוגית מידע 11, 15-13 (ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק עורכים) (2011).

שם, בעמ' 15-17.

חוק שירותי תשלום, התשע"ט-2019.²⁴ לשם המחשת הדברים המאמר ינתח, כמקרה בוחן, סוגיה מרכזית הכלולה בחוק האמור – סוגיית השימוש לרעה באמצעי התשלום הדיגיטליים. המאמר יבקש לטעון כי המסגרת המשפטית שיצר החוק הישראלי לשם הסדרת השימוש באמצעי התשלום המתקדמים עשויה להתמודד בהצלחה עם אתגרי החדשנות שמציבים אמצעי התשלום המודרניים, ובכך לסייע בפיתוח ובעיצוב מערך אמצעי התשלום במדינה. עם זאת, הקביעה האם המשפט אכן הצליח להשיג את מטרתו – הן בהיבט של הגנת הצרכן והן בהיבט של עידוד ופיתוח הטכנולוגיה המשמשת בתחום – מחייבת להמתין ולראות כיצד עקרונות החוק ייושמו בשטח. מבנה המאמר יהיה כלהלן:

פרק א יעסוק ביחס בין המשפט לבין ההתפתחויות הטכנולוגיות בתחום הפיננסי תוך סקירת חמש גישות אפשריות של המשפט להתפתחויות אלה: גישת האיסור, הגישה הפסיבית, גישת ההרשאה הספציפית, הגישה האינטראקטיבית והגישה האקטיבית. הפרק יבחן את הגישות השונות ואת מידת יישומן בשיטת המשפט הישראלית.

פרק ב יתמקד בחוק שירותי תשלום. חוק זה מיישם את הגישה האקטיבית של המשפט, ובהיותו חוק חדש הוא מאפשר להתחקות אחר גישת המשפט הישראלי המודרני בתחום אמצעי התשלום. הפרק יפתח בסקירה היסטורית של הדין שחל על אמצעי התשלום השונים בישראל, ויצביע על חוסר מדיניות ברורה בתחום לאורך שנים עד לחקיקתו של חוק שירותי תשלום. בהמשך, הפרק יתייחס לחוק שירותי תשלום עצמו ויזהה ארבעה עקרונות המאפיינים אותו: ניטרליות טכנולוגית, הגשמת מדיניות צרכנית, הסדרה מתכללת ואחידה, וקביעת כללי אחריות ברורים. הפרק יבחן כיצד עקרונות אלה משרטים את המשפט בהתמודדות עם האתגרים שעולם התשלומים המודרני מציב לו.

פרק ג יעסוק במקרה הבוחן: שימוש לרעה באמצעי תשלום. עם התרחבות השימוש באמצעי התשלום המתקדמים הולכת ומתרחבת גם התופעה של שימוש לרעה באמצעי תשלום, ועימה גם גדל הסיכון הטמון בהם מבחינת הלקוחות. לאור מטרת החוק לעודד את השימוש באמצעי התשלום המתקדמים נדרש מנגנון שיספק הגנה הולמת ללקוחות במקרים של שימוש לרעה. הפרק יבחן האם המנגנון הקבוע בחוק אכן משרת את מטרתו האמורה של החוק, וכיצד הוא משמש את המשפט בהתמודדות עם האתגרים שמציבים אמצעי התשלום המודרניים.

פרק ד יסכם את המאמר ואת תרומתו המרכזית של המשפט לפיתוח ולעיצוב מערך התשלומים בישראל.

א. גישת המשפט להתפתחויות הטכנולוגיות בתחום הפיננסי

בשנים האחרונות אנו עדים להתפתחות טכנולוגית מהירה בתחום הפיננסים בכלל, וביחס לאמצעי התשלום בפרט. אם בעבר נהגנו לנהל את חשבון הבנק שלנו באמצעות ביקורים בסניף, שיחות טלפון ואישור עסקאות בפקס, בשנים האחרונות הפכה הבנקאות לאלקטרונית, כשאת השירותים הבנקאיים השוטפים ניתן לקבל דרך המחשב ויישומונים (אפליקציות)

²⁴ חוק שירותי תשלום, התשע"ט-2019, ס"ח 201 (להלן: חוק שירותי תשלום).

סלולריים.²⁵ השימוש בכרטיסי חיוב (הן באופן עצמאי והן באמצעות יישומנים הקשורים אליהם) עלה במידה ניכרת לאורך השנים, הן במספר העסקאות המבוצעות באמצעים אלו והן בהיקפן.²⁶ במקום רכישות בבתי עסק באמצעות חתימה על שובר עסקה דיני, כיום שוברי העסקה מונפקים בצורה ממוחשבת על ידי קופת בית העסק. לאחרונה אף נכנסה לארץ שיטת התשלום ללא מגע (contactless) המאפשרת להסתפק בקירוב של כרטיס האשראי או הטלפון הסלולרי למסוף הקופה וביצוע התשלום תוך שניות בודדות.²⁷

השימוש באמצעי התשלום המתקדמים התרחב במידה רבה בתקופת מגפת הקורונה. הסגר שהוטל על האוכלוסייה הוביל לעלייה ניכרת בביצוע רכישות מקוונות שהתשלום בגינן נעשה מרחוק. סגירת סניפי הבנקים אילצה לקוחות להשתמש בשירותי בנקאות דיגיטלית לצורך העברת כספים וביצוע תשלומים. החשש מפני הידבקות בשל מגע במשטחים נגועים הוביל רבים להימנע משימוש בכסף מזומן ולהעדיף במקומו אמצעי תשלום אחרים, שאינם כרוכים בהעברה מיד ליד.²⁸ מומחים מעריכים כי מגמה זו תימשך גם בעידן הפוסט-קורונה, וכי בעניין זה אין כבר דרך חזרה: עולם התשלומים הופך להיות דיגיטלי.²⁹

בצד אמצעי התשלום האמורים, עולם המטבעות הקריפטוגרפיים תופס תאוצה. "מטבעות" אלה הם למעשה נכסים דיגיטליים הנוצרים באמצעות מערכות מחשוב מתוחכמות העושות שימוש בהצפנה לשם אבטוח העסקאות, ומכאן הכינוי "קריפטוגרפיים" ("קריפטו" – מוצפן).³⁰ היוזמה הראשונה בתחום הייתה השקת הביטקוין בשנת 2009 – מטבע שאינו

25 בנק ישראל מעודד מגמה זו. ראו למשל בנק ישראל "בנק ישראל הגדיל את מגבלת סכום הפקדת שיק בודד בסלולר מ-20,000 ש"ח ל-50,000 ש"ח" הודעות לתקשורת (26.3.2020), <https://www.boi.org.il/he/NewsAndPublications/PressReleases/Pages/26-3-20.aspx>.

26 "מידע שוטף על התאגידים הבנקאיים – כרטיסי אשראי" בנק ישראל (1.9.2021), <https://www.boi.org.il/he/BankingSupervision/Data/Pages/Tables.aspx?ChapterId=9>; "מערכות התשלומים והסליקה בישראל – הספר האדום לשנים 2016-2017" בנק ישראל (26.7.2018), <https://www.boi.org.il/he/NewsAndPublications/RegularPublications/Pages/redb2017.aspx> (להלן: **הספר האדום לשנים 2016-2017**).

27 בנק ישראל "מקדמים עסקאות ללא מגע בבתי עסק שהוסבו ל-EMV: בנק ישראל מעלה את תקרת ביצוע עסקאות ללא מגע ל-300 ש"ח" (הודעה לעיתונות 11.5.2020), <https://www.boi.org.il/he/NewsAndPublications/PressReleases/Pages/11-5-2020.aspx> (להלן: **הודעה לעיתונות 11.5.2020**).

28 Gary Cohn, *Coronavirus is Speeding Up the Disappearance of Cash*, FINANCIAL TIMES, Apr. 29, 2020, <https://www.ft.com/content/153778ba-862c-11ea-b6e9-a94cfd1d9bf>; World Bank and CCAF, *The Global Covid-19 FinTech Regulatory Rapid Assessment Study* 11 (2020), <https://www.jbs.cam.ac.uk/faculty-research/centres/alternative-finance/publications/2020-global-covid-19-fintech-regulatory-rapid-assessment-study/>.

29 Douglas W. Arner, Ross P. Buckley, Dirk A. Zetsche and Anton Didenko, *After Libra, Digital Yuan and COVID-19: Central Bank Digital Currencies and the New World of Money and Payment Systems*, European Banking Institute Working Paper No. 65/2020 (2020), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3622311.

30 ראו ההגדרה למונח "cryptography" במילון Merriam-Webster <https://www.merriam-webster.com/dictionary/cryptography>.

בעל ערך קבוע וששוויו אינו נקבע על ידי גוף מרכזי אחד אלא על בסיס הסכמה של רשת המשתמשים בו. מטבע זה החל לצבור תאוצה במהירות, לאו דווקא כאמצעי תשלום אלא בעיקר כאמצעי השקעה.³¹ בהמשך צצו מטבעות קריפטוגרפיים נוספים, תוך פיתוח מודלים ומאפיינים שונים, לרבות הצמדה של ה"מטבעות" לשווי של מטבעות המהווים הילך חוקי, כגון הדולר האמריקני, במטרה לשמור על יציבות ערכם.³² המטבעות הקריפטוגרפיים נוצרים ופועלים באמצעות רשת המחשבים המבוזרת של המשתמשים בהם, בטכנולוגיה שנקראת "רישום מבוזר" (Distributed Ledger Technology – DLT).³³ לאור העניין הרב שהמטבעות הקריפטוגרפיים מעוררים, החלו גם גופים גדולים לשקול הנפקה של מטבעות כאלה, דוגמת דיאם (Diem) של פייסבוק.³⁴ בנוסף, מדינות רבות בוחנות הנפקת מטבעות קריפטוגרפיים באמצעות הבנק המרכזי שלהן, במטרה שאלה ישמשו הילך חוקי חלופי (Central Bank Digital Currency – CBDC).³⁵

התפתחויות אלה ודומותיהן לא תמיד מגובות בהסדר משפטי ראוי, בשל הקושי של המשפט לעקוב אחר הפיתוחים החדשים הצצים השכם והערב, ולספק להם הסדרה מתאימה.

- 31 רשות ניירות ערך הדו"ח הסופי של הוועדה לבחינת אסדרה של הנפקת מטבעות קריפטוגרפיים מבוזרים לציבור 11-13 (2019) (להלן: דו"ח הוועדה לבחינת אסדרה); Dirk Baur, KiHoon Hong & Adian Lee, *Bitcoin: Medium of Exchange or Speculative Assets?* 54 J. INT. FIN. MARK., 177 (2018).
- 32 מכאן הכינוי של מטבעות אלה "מטבעות יציבים" (stablecoins). להרחבה בנושא ראו Douglas Arner, Raphael Auer and Jon Frost, *Stablecoins: Risks, Potential and Regulation*, 39 FIN. STABILITY REV. 93 (2020).
- 33 להרחבה על כך ראו Dirk Zetsche, Ross Buckley & Douglas Arner, *The Distributed Liability of Distributed Ledgers: Legal Risks of Blockchain*, 4 U. ILL. L. REV. 1361 (2018).
- 34 Diem Association White Paper v2.0 Cover Letter (2020), <https://www.diem.com/en-us/white-paper/#cover-letter>; Dirk A. Zetsche, Ross P. Buckley & Douglas W. Arner, *Regulating LIBRA: The Transformative Potential of Facebook's Cryptocurrency and Possible Regulatory Responses*, 41 OXFORD J. OF LEGAL STUDIES 80 (2021).
- 35 Arner, Buckley, Zetsche & Didenko, לעיל ה"ש 29, בעמ' 29-37. מדינות אחדות כבר החלו בהנפקה ניסיונית של מטבעות אלו, כשהחלוצה בתחום היא סין. ביולי 2021 יצא גם בנק ישראל ביוזמה לבחינת הנפקה של שקל דיגיטלי. להרחבה בנושא ראו בנק ישראל "ועדת ההיגוי של בנק ישראל להנפקה אפשרית של שקל דיגיטלי מפרסמת דוח לציבור" (הודעה לעיתונות 11.5.2021), <https://www.boi.org.il/he/NewsAndPublications/PressReleases/Pages/11-5-21.aspx>.

1. הגישות השונות של המשפט להתפתחויות הטכנולוגיות בתחום הפיננסי ניתן להצביע על גישות אחדות לתגובה או להתמודדות של המשפט עם ההתפתחות הטכנולוגית המהירה, כמפורט להלן.³⁶

(א) גישת האיסור

הגישה השמרנית ביותר היא גישת האיסור. על פי גישה זו, המשפט אוסר במפורש על פעילות פיננסית מסוימת או שימוש באמצעי תשלום מסוים (כגון מטבעות וירטואליים). קובעי המדיניות עשויים לבחור בגישת האיסור בשני מצבים שונים. המצב הראשון הוא איסור על פעילות פיננסית או אמצעי תשלום עוד לפני שאלה הגיעו למדינה כלל ועיקר או התבססו בה בצורה רחבה. המצב השני הוא איסור על פעילות פיננסית או אמצעי מסוים דווקא משום שאלה התבססו במדינה. בהתבסס על ניסיון עבר לא מוצלח, חשש מהחמרתו של סיכון שהתעורר, היקף פעילות גדול שעלול להחמיר את הבעיה וכו', קובעי המדיניות מחליטים להתערב ולאסור את הפעילות או את השימוש באמצעי הזה.³⁷

האיסור יכול להתייחס לאמצעי תשלום מסוים (כגון איסור על מטבעות וירטואליים אך היתר להשתמש באמצעי תשלום אחרים); לפעילות מסוימת הקשורה לאמצעי תשלום (כגון איסור הנפקה של מטבעות וירטואליים בעוד שהמסחר בהם מותר); או לשחקנים מסוימים (כגון איסור שחל על גופים חוץ-בנקאיים בעוד שגופים בנקאיים כן רשאים לפעול).³⁸

לגישת האיסור יתרונות מספר: ראשית מדובר בגישה בטוחה המונעת סיכונים, בעיקר כשקובעי המדיניות אינם יכולים להעריך מראש את הסיכונים או חוששים שלא יוכלו להתמודד עימם. במקביל, היא מאפשרת לקובעי המדיניות להמתין ולראות כיצד הרברים מתפתחים במדינות אחרות, מקנה להם זמן ללמוד את התחום, ואם יחליטו לבסוף להתיר את הפעילות – לנקוט את הפתרון המשפטי המיטבי.

36 לסקירה מפורטת של גישות אלו ראו Gurrea-Martinez & Remolina, לעיל ה"ש 8, בעמ' 46-66; Dirk A. Zetzsche, Ross P. Buckley, Janos N. Barberis & Douglas W. Arner, *Regulating a Revolution: From Regulatory Sandboxes to Smart Regulation*, 23 *FORDHAM J. OF CORP. & FIN. L.* 31, 43-47 (2017); Bank of International Settlements, *FSI Insights on Policy Implementation no. 23, Policy Responses to Fintech: A Cross-Country Overview* 11 (2020), <https://www.bis.org/fsi/publ/insights23.html>; אגף תקציבים רוח הצוות הבין-משרדי לבחינת הקמתה של סביבת ניסוי לחברות טכנולוגיה פיננסיות 16 (2019) (להלן: דו"ח סביבת ניסוי).

37 לדוגמאות של אירועים כאלו ראו Gurrea-Martinez & Remolina, לעיל ה"ש 8, בעמ' 48-50.

38 כך למשל באנגליה הוצע להחיל את האיסור על מסחר במטבעות וירטואליים רק על לקוחות צרכניים. זאת בשל בעיית אסימטריית המידע המאפיינת לקוחות אלה, מורכבות העסקאות, רמת התנודתיות הגבוהה של המטבעות והסיכון הרב הכרוך בהם. להרחבה בנושא ראו Financial Conduct Authority, *Restricting the Sale to Retail Clients of Investment Products that Reference Cryptoassets* (2019), <https://www.fca.org.uk/publications/consultation-papers/cp19-22-restricting-sale-retail-clients-investment-products-reference-cryptoassets>

מצד שני, לגישת האיסור יש גם חסרונות. גישה זו מונעת או מעכבת חדשנות. היא שוללת מצרכנים את היתרונות שבפיתוחים החדשים, ומפחיתה את רמת התחרות בשוק. היא עלולה להוביל לסטגנציה של הפיקוח הפיננסי ולמנוע מהרגולטורים לשפר את עבודתם באמצעות אימוץ כלים טכנולוגיים. בנוסף, היא עלולה לגרום לנותני שירותים פיננסיים להעתיק את הפעילות שלהם למדינה אחרת שכן מאפשרת את הפעילות המבוקשת, ובכך להפחית את רמת החדשנות והתחרות במדינת האם.³⁹

(ב) הגישה הפסיבית

על פי גישה זו, קובעי המדיניות מסתפקים במשפט וברגולציה הקיימים ואינם נוקטים כל גישה אקטיבית ביחס לאמצעי התשלום החדשים – לא הטלת איסורים ולא מתן היתרים.⁴⁰ רגולטורים רבים בוחרים בגישה זו כדי להימנע מביקורת שעלולה להיווצר על מהלכים אקטיביים.⁴¹ אחרים אינם רואים צורך בהתערבות בנוגע לפריצות דרך שעדיין אינן נרחבות מספיק ואינן מעוררות סיכונים מערכתיים.⁴²

הגישה הפסיבית עשויה לחול על רקע שני מצבים שונים.⁴³ מצב אחד הוא לקונה משפטית, היינו במדינה לא קיימת כל התייחסות משפטית או רגולטורית המתאימה לפעילות הפיננסית המדוברת, אף על פי שפעילות כזו אכן קיימת בשוק. התוצאה היא מצב של אי התערבות (laissez-faire) המאפשר לשחקנים בתחום לפעול באין מפריע (הגישה המתירה). מצב אחר הוא כאשר קיימת התייחסות משפטית לתחום הפיננסי הרלוונטי, אולם היא לא הותאמה להתפתחויות המודרניות שחלו בתחום. דוגמה לכך היא הנפקה של מטבעות וירטואליים (Initial Coin Offering – ICO), שהן בעלות קווי דמיון – אך גם קווי שוני רבים – בהשוואה להנפקה של ניירות ערך.⁴⁴ התוצאה במצב כזה היא הכפפת הפיתוחים החדשים להגבלות הקיימות (הגישה המגבילה).

לגישה הפסיבית יתרונות מספר: ראשית, בהיעדר הגבלות משפטיות ורגולטוריות נוצר כאמור מצב של laissez faire, המאפשר לשחקנים הפעילים בתחום לפעול ללא מפריע

39 Gurrea-Martinez & Remolina, לעיל ה"ש 8, בעמ' 51.

40 על הרתיעה של רגולטורים מלפעול באופן אקטיבי בתחום הפינטק ראו למשל, Saul Omarova, *Dealing with Disruption: Emerging Approaches to Fintech Regulation*, 61 WASH. UNI. J. L. & POLICY 25, 32–33 (2020).

41 Mark D. Fenwick, Wulf A. Kaal, Erik P.M. Vermeulen, *Regulation Tomorrow: What Happens When Technology Is Faster than the Law?*, 6 AM. U. BUS. L. REV. 561, 575 (2017).

42 Borgogno & Colangelo, לעיל ה"ש 6, בעמ' 8.

43 Gurrea-Martinez & Remolina, לעיל ה"ש 36, בעמ' 43–44; Zetzsche, Buckley, Barberis & Arner, לעיל ה"ש 8, בעמ' 52–55.

44 לאור זאת, מדינות שונות בחרו להוציא הנחיות ספציפיות בנדון. ראו למשל בשווייץ את ההבהרות של הרגולטור הפיננסי (FINMA), Swiss Financial Market Supervisory Authority, *Guidelines for Enquiries Regarding the Regulatory Framework for Initial Coin Offerings* (2018).

ולקדם את החדשנות בתחום.⁴⁵ שנית, הגישה הפסיבית אין פירושה שקובעי המדיניות יושבים בחוסר מעש. הם יכולים לנצל את הזמן לבחון את התפתחות התחום הלכה למעשה במטרה להעריך את הצורך בהתערבות או הסדרה, ואז לאמץ רגולציה מתאימה בהתאם לניסיון שהצטבר בשטח.⁴⁶

מאידך גיסא, לגישה הפסיבית יש גם חסרונות בולטים: ראשית, היעדר פיקוח והסדרה עלול לגרום נזק של ממש: היעדר רגולציה עלול להותיר צרכנים ומשתמשים ללא הגנה, ולפגוע באמון הציבור במערכת ובאמצעים המתקדמים. הוא עלול להוביל להתממשות סיכוני הלבנת הון, סיכוני סייבר ופגיעה בפרטיות.⁴⁷ יש לזכור שתהליכי החדשנות הפיננסית מבוצעים לא רק על ידי הגופים הפיננסיים המסורתיים כדוגמת בנקים, אלא גם על ידי שחקנים אחרים. בעוד שבנקים כפופים לרגולציה ופיקוח הדוקים בתחומי פעילותם השונים, שחקנים אחרים אינם כפופים לרגולציה דומה: דבר זה עלול להוביל לניצול לרעה של פערי הרגולציה על ידי הגופים הפיננסיים (ארביטראז' רגולטורי)⁴⁸ ולפגיעה בצרכני השירותים מאת אותם שחקנים.⁴⁹ יש לזכור כי היעדר מסגרת רגולטורית אינו מוביל בהכרח לחדשנות והתפתחות. הוא עלול דווקא לגרום לחוסר ודאות משפטית ורגולטורית, ולהרחיק שחקנים חדשים, משקיעים וצרכנים מהתחום.⁵⁰ ולבסוף, גישה פסיבית שתוצאתה היא גישה מגבילה עלולה אף היא למנוע חדשנות בשוק, בשל הכפפת הפיתוחים החדשים להגבלות קיימות אשר במקורן לא נועדו כלל לחול עליהם.⁵¹

(ג) גישת ההרשאה הספציפית

גישה אחרת בנויה על מתן הרשאות או רישיונות ספציפיים. הרגולטור בוחן מוצרים או פעילויות פיננסיות, וכן את הגוף העומד מאחוריהם, על בסיס פרטני. אם נותן שירותים

45 Arner, Barberis & Buckley, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1284, 1307.

46 Douglas W. Arner, Janos Nathan Barberis & Ross P. Buckley, *FinTech, RegTech and the Reconceptualization of Financial Regulation* (2016) 37 Nw. J. INT'L L & Bus. 371, 403.

47 Zetzsche, Buckley, Barberis & Arner, לעיל ה"ש 36, בעמ' 44, 50-51; Borgogno & Colangelo, לעיל ה"ש 6, בעמ' 8.

48 ארביטראז' רגולטורי הוא מצב שבו שחקנים בשוק ההון ובשוק הכספים, ובפרט חברות עסקיות גדולות, מפנים את פעילותם לסיבה הרגולטורית החלשה ביותר בין המפקחים לשם קידום ענייניהם הכלכליים על חשבון רווחת הציבור. הספרות הכלכלית מדגישה את מחיר תופעת הארביטראז' הרגולטורי, והיא גם מצביעה על הפוטנציאל הגלום בה להיווצרותם ולהצטברותם של סיכונים כלל-משקיים לא מבוקרים אשר בסופו של דבר עלולים לפגוע ביציבות המערכת הפיננסית. ראו: ועדת החקירה הפרלמנטרית להתנהלות המערכת הפיננסית בהסדרי אשראי ללווים עסקיים גדולים **דין וחשבון מסכם** (2019), <http://www.knesset.gov.il/committees/>; heb/docs/cc20.pdf (להלן: **ועדת החקירה 2019**).

49 Arner, Barberis & Buckley, לעיל ה"ש 46, בעמ' 403.

50 Gurrea-Martinez & Remolina, לעיל ה"ש 8, בעמ' 54.

51 Fenwick, Kaal & Vermeulen, לעיל ה"ש 41; שם.

פיננסיים מסוים יוכיח שהמוצר או השירות החדשני שלו ראוי, הוא עשוי לזכות באישור פעולה מצד הרגולטור, אישור הכרוך בדרך כלל גם בהקלות פיקוחיות.⁵² היתרונות של גישה זו הם מהירות הפעולה והעלויות הנמוכות הכרוכות בה. היא מאפשרת לרגולטורים לקדם חדשנות, לעודד יזמים המציעים מוצרים או שירותים חדשים, והכול מבלי להשקיע משאבים רבים מדי בתהליך מצד הרגולטור. מצד שני, לגישה זו יש גם חסרונות. ראשית, מדיניות של מתן אישורים פרטניים מעוררת קושי בנוגע לניסוח תנאי ההרשאה או הרישיון. תנאים מפורטים מדי עלולים להתגלות כנוקשים, למנוע בעתיד מהרגולטור לשנות את עמדתו, ולהכביד על נותן השירותים הפיננסי. מאידך גיסא, ניסוח כללי מדי עלול לסכל את מטרת הפיקוח.⁵³ שנית, מדיניות ההרשאות הספציפיות בדרך כלל אינה שקופה. היא עלולה להתגלות כבעייתית במיוחד במדינות שקיימת בהן רמה גבוהה של שחיתות שלטונית. שלישית, אי החלה של כללים זהים על שחקנים דומים איננה צודקת, ואף עלולה להוביל לארביטראז' רגולטורי. רביעית, ההצלחה והאמינות של גישה זו תלויות בקיומם של רגולטורים פיננסיים מתוחכמים ועצמאיים שידעו ליישם את מדיניות ההיתרים בצורה ראויה, ויעמדו בפני לחצים שיופעלו עליהם הן מצד גורמי השלטון והן מצד התעשייה⁵⁴ (דוגמת התופעה של שבי רגולטורי).⁵⁵

(ד) הגישה האינטראקטיבית

בעיה עיקרית שמשותפת לכל שלוש הגישות שהוצגו עד כה היא העובדה שהן אינן מאפשרות לרגולטור לעבוד יחד עם מפתחי המוצרים הפיננסיים החדשים וללמוד מהם. גם גישה ההרשאה הספציפית, שמחייבת את הרגולטור לבחון באופן פרטני את הפעילות של גוף מפוקח מסוים, אינה כוללת עבודה משותפת על הפיתוח החדש תוך כדי למידה הדדית של המפוקח והמפקח. הדבר עלול לא רק למנוע מהרגולטור לאמץ רגולציה חכמה בעתיד, אלא גם למנוע ממנו לפקח ביעילות על השוק המתפתח הכולל שחקנים ומוצרים משתנים. כדי לפתור בעיה זו, מדינות שונות בחרו לאמץ גישה אינטראקטיבית הכוללת שיתוף פעולה והחלפת ידע של הרגולטור עם היזמים. שתי האסטרטגיות הנפוצות בעולם בהקשר זה הן "ארגזי חול" (sandboxes) ומרכזי חדשנות (innovation hubs).

- 52 Zetsche, Buckley, Barberis & Arner, לעיל ה"ש 36, בעמ' 58-64; Omarova, לעיל ה"ש 40, בעמ' 41-48.
- 53 Chris Brummer & Yesha Yadav, *Fintech and the Innovation Trilemma*, 107 *Geo. L. J.* 235, 288-291 (2019); Omarova, שם, בעמ' 47.
- 54 Gurrea-Martinez & Remolina, לעיל ה"ש 8, בעמ' 56.
- 55 שבי רגולטורי הוא מצב שבו הגופים המפוקחים מצליחים "לשבות" את הרגולטור ולהשיג השפעה מהותית וממושכת עליו, כך שבמקום להעדיף את האינטרס הציבורי הרגולטור מקדם את האינטרסים של גופים אלה. ראו G. J. Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, BELL J. OF ECONOMICS AND MANAGEMENT SCIENCE 3 (1971). להסבר על התופעה בהקשר של שוק הבנקאות הישראלי, ראו ועדת החקירה 2019, לעיל ה"ש 48, בעמ' 31; Ruth Plato-Shinar, *The Bank Fees Regime in Israel - A Political Economy Perspective*, in *THE POLITICAL ECONOMY OF FINANCIAL REGULATION* 189, 210-216 (Emilios Avgouleas and David C. Donald, eds., 2019).

בעולמות הטכנולוגיה, המונח "ארגז חול" מתכוון לסביבת ניסוי מבודדת שאפשר לבחון בה תהליך או מוצר חדש. מונח זה הושאל לתחום הטכנולוגיות הפיננסיות, שם הכוונה לאסטרטגיה רגולטורית המאפשרת ליזמים סביבת ניסוי לפיתוח המוצר שלהם, תחת פיקוח של הרגולטור אך עם הקלות רגולטוריות ממשיות למשך תקופת הניסוי. ארגזי החול מאפשרים ליזמים לקדם את הפיתוח שלהם בסביבה רגולטורית נוחה וליהנות מהפחתת הנטלים והדרישות הפיקוחיות. במקביל, הם מאפשרים לרגולטור לאמוד את טיב ואת מידת הרגולציה הנדרשת תוך כדי שלבי פיתוח המוצר, ולהתאימה בהתאם לידע הנרכש. גישה זו מקדמת את ההתפתחות הטכנולוגית, מעוררת שחקנים חדשים להיכנס לתחום ועשויה להגביר את התחרות.⁵⁶ כיום, בלמעלה מחמישים מדינות קיימים ארגזי חול בתחום הרגולציה הפיננסית.⁵⁷

עם זאת, הניסיון שהחל להצטבר בהפעלת ארגזי החול מוכיח כי הם דורשים השקעה כלכלית ומקצועית עצומה מצד הרגולטורים.⁵⁸ במקביל, מספר החברות שהצטרפו לארגזי החול במדינות שונות נמוך מהמצופה, נתון שמעורר ספק האם ארגזי החול מסוגלים למלא את ייעודם כמקדמי חדשנות פיננסית.⁵⁹ כן הובע חשש שהיזמים ינצלו את ארגז החול לרעה רק כדי לקבל הקלות רגולטוריות, תופעה שעלולה להתפתח לכדי ארביטראז' רגולטורי, לקפח את השחקנים האחרים בענף, ואף לגרום לדה-רגולציה כללית בתחום.⁶⁰ מדינות רבות בוחרות ליישם את הגישה האינטראקטיבית באמצעות הקמת מרכזי חדשנות (innovation hubs).⁶¹ מרכזי חדשנות הם תוכניות שבהן נפגשים יזמי טכנולוגיות חדשניות, בין אם הם גופים מפוקחים ובין אם בלתי מפוקחים, יחד עם הרגולטורים הרלוונטיים לתחום הפעילות שלהם, במטרה לקבל הדרכה והנחיות בלתי מחייבות על התאמת המוצר, השירות החדשני או המודל העסקי שלהם להוראות הרגולציה שחלה בתחום.⁶² מרכזי

- Ruth Plato-Shinar, *Thinking Outside the Box: The New Regulatory Sandbox Regime* 56
in Israel, 36 BFLR 457 (2021)
- Ross P. Buckley, Douglas Arner, Robin Veidt & Dirk Zetsche, *Building Fintech* 57
Ecosystems: Regulatory Sandboxes, Innovation Hubs and Beyond, 61 WASH. UNI. J.
 OF L. & POLICY 55, Appendix A (2020)
- United Nations Secretary-General's Special Advocate for Inclusive Finance שם, בעמ' 58
 for Development - FinTech Working Group and CCAF, *Early Lessons on Regulatory*
Innovations to Enable Inclusive FinTech: Innovation Offices, Regulatory Sandboxes,
and RegTech 31 (2019), [https://www.unsgsa.org/publications/early-lessons-regulatory-](https://www.unsgsa.org/publications/early-lessons-regulatory-innovations-enable-inclusive-fintech-innovation-offices-regulatory-sandboxes-and-regtech)
[innovations-enable-inclusive-fintech-innovation-offices-regulatory-sandboxes-and-](https://www.unsgsa.org/publications/early-lessons-regulatory-innovations-enable-inclusive-fintech-innovation-offices-regulatory-sandboxes-and-regtech)
 regtech (להלן: UNSGSA).
- Buckley, Arner, Veidt & Zetsche שם, בעמ' 1, 26–27. 59
- Hilary J. Allen, *Sandbox Boundaries*, 22 VAND J. ENT. & TECH. L. 299, 306–307 (2020) 60
- Gurrea-Martinez & Remolina, לעיל ה"ש 8, בעמ' 58; UNSGSA, לעיל ה"ש 58, בעמ' 61
 20–19.
- European Supervisory Authorities, *Fintech: Regulatory Sandboxes and Innovation* 62
Hubs 7 (2018), [https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/](https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/2545547/154a7ccb-06de-4514-a1e3-0d063b5edb46/JC%20202018%20)
[documents/10180/2545547/154a7ccb-06de-4514-a1e3-0d063b5edb46/JC%20202018%20](https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/2545547/154a7ccb-06de-4514-a1e3-0d063b5edb46/JC%20202018%20)

החדשנות מאפשרים אף הם אינטראקציות בין היזמים לבין הרגולטורים לצורך למידה משותפת, ובהשוואה לארגזי החול הם צורכים פחות משאבים וקלים יותר לתפעול מבחינת הרגולטורים – לפחות בשל העובדה שלא נדרש מהם לשקול מתן הקלות רגולטוריות.⁶³ עם זאת, מרכזי החדשנות אינם מהווים מסגרת רגולטורית להסדרת התחום, אלא רק אמצעי זמני עד לגיבוש דעתו של הרגולטור בדבר דרך ההתנהלות הרצויה.

(ה) הגישה האקטיבית: הקמת מסגרת משפטית חדשה

הגישה האקטיבית מקימה מסגרת משפטית חדשה להסדרת הפעילות הפיננסית החדשנית.⁶⁴ גישה זו מאפשרת הסדרה אחידה כלפי כלל השחקנים בשוק, ומתן מענה מקיף לתחום המתפתח. הגישה האקטיבית מאפשרת לאמץ הסדר חדש שלא היה נהוג במדינה בעבר, ואף לבטל או לשנות לחלוטין את ההסדר הקיים. ההסדר המשפטי – בדרך של חקיקה או רגולציה מקיפה – הוא פומבי, גלוי ושקוף. הוא מאפשר לספק תגובה הולמת למצב הקיים בשטח. הוא אמור לקחת בחשבון את הצרכים של השחקנים השונים ולאזן בין האינטרסים שלהם, וכן לספק דרכי התמודדות עם הסיכונים העלולים לנבוע מההתפתחויות הטכנולוגיות החדשות.⁶⁵ אם ההסדרה החדשה נעשתה לאחר תקופת למידה (שבמהלכה אומצה גישת האיטור או הגישה הפסיבית), גדל הסיכוי לתוצר הסדרתי ראוי. הסדרה ייעודית מגדילה את הוודאות המשפטית ועשויה לעודד חברות להיכנס לתחום ולפתח אותו.⁶⁶ עם זאת, לגישה האקטיבית יש גם חסרונות. ראשית, אין ודאות שהמסגרת המשפטית החדשה אכן תתאים למצב בשטח ושאכן תשיג את המטרות המוצהרות. שנית, הניסיון שנצבר במדינה לא תמיד מספיק כדי להחליט בדבר המסגרת וההסדרים המתאימים. גם למידה מניסיון של מדינות אחרות אינה מתאימה תמיד, לאור ההבדלים המשפטיים, הכלכליים

74%20Joint%20Report%20on%20Regulatory%20Sandboxes%20and%20Innovation%20Hubs.pdf

Buckley, Arner, Veidt & Zetzsche, לעיל ה"ש 57, בעמ' 73. 63

להרחבה בנושא דוגמאות לאימוץ גישה זו במדינות השונות ראו למשל Zetzsche, Buckley, Barberis & Arner, לעיל ה"ש 36, בעמ' 53-58. 64

ראו בהקשר זה גישה הקוראת להתערבות פרואקטיבית, דינמית ותגובתית (responsive), Fenwick, Kaal & Vermeulen, לעיל ה"ש 41, בעמ' 584; *Dynamic Regulation of the Financial Services Industry*, 48 WAKE FOREST L. REV. 791, 818-820 (2014). 65

כאשר בוחנים את התפלגות הפעילות של חברות הפינטק בישראל, ניתן לראות כי רק עשרים ושבעה אחוזים מהן עוסקות בתחום התשלומים. לעומת זאת במדינות שנעשתה בהן הסדרה ייעודית בתחום, כמו במדינות אירופה, שיעור החברות העוסקות בתחום גבוה בהרבה. ראו דו"ח סביבת ניסוי, לעיל ה"ש 36, בעמ' 12. ההסדרה באירופה נעשתה באמצעות הדיריקטיבה השנייה על שירותי תשלום. and of the European Parliament and of the Council of 25 Nov. 2015 on Payment Services in the Internal Market, amending Directives 2002/65/EC, 2009/110/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010, and repealing Directive 2007/64/EC (להלן: **הדיריקטיבה האירופית**). 66

והמוסדיים בין המדינות והשווקים שלהן. ולבסוף, לאור ההתפתחויות הטכנולוגיות המהירות, המסגרת המשפטית החדשה עלולה להפוך במהירות למיושנת.⁶⁷

2. הגישה בישראל

השאלה איזו גישה יש לנקוט בהסדרת תחום אמצעי התשלום המתקדמים איננה שאלה פשוטה. לפני שבחרים גישה מסוימת יש לבחון את מטרות ההסדרה, מאפייני השוק, צורכי השחקנים השונים, הסיכונים הכרוכים בפעילות, בעיות וקשיים שהתעוררו בעבר, הפרקטיקה הפיננסית והעסקית הנהוגה בתחום, התרבות המשפטית והרגולטורית הקיימת, ועוד. בנוסף, יש לבדוק את קיומם ויעילותם של מנגנונים חלופיים. למשל, במדינות שקיים בהן שוק מתוחכם הסיכון של סנקציות שיובילו לפגיעה במוניטין יכול לתמרץ את מפעילי השירותים הפיננסיים לאמץ התנהגות ראויה, ועשוי לאפשר רגולציה מופחתת. בדומה, במדינות שהמכשיר של תביעות ייצוגיות מפותח בהן הוא עשוי למנוע התנהגות אופורטוניסטית מצד התעשייה הפיננסית ולהקטין אף הוא את הצורך בהתערבות מקיפה.⁶⁸

מדינה אינה חייבת לאמץ גישה אחידה ביחס לכל סוגי הפעילות הפיננסית בתחומה. ייתכן שישוּם גישה שונה כלפי מוצרים שונים או פעילויות פיננסיות מגוונות היא זו שתספק את הפתרון הרצוי. אכן, בדיקת ההתייחסות של המשפט הישראלי לאמצעי התשלום המתקדמים מצביעה על אימוץ גישה מעורבת המבוססת בעיקרה על הגישה האקטיבית, כמוסבר להלן. ביחס לאמצעי התשלום המתקדמים⁶⁹ אימץ המשפט הישראלי את הגישה האקטיבית, היינו הקמת תשתית משפטית חדשה המותאמת לתחום ומקדמת אותו. הדוגמה הבולטת לכך היא חוק שירותי תשלום. החוק נחקק בעקבות המלצותיה של הוועדה הבין-משרדית לקידום השימוש באמצעי תשלום מתקדמים.⁷⁰ הוועדה הצביעה על הצורך בהתאמת התשתית המשפטית לאמצעי התשלום המתקדמים, והמליצה על חקיקת חוק חדש ומודרני לאסדרת התחום.

בנפרד, יוכן חוק שיעסוק בהיבטי הרישוי והפיקוח על הגופים המספקים את שירותי התשלום המתקדמים.⁷¹ זאת בהתאם לגישה המאפיינת את החקיקה הפיננסית המודרנית המבדילה בין הרובד הפיקוחי לבין הרובד העוסק בשירותים הפיננסיים עצמם, ומייחדת לכל אחד מהם חוק נפרד.⁷²

67 Gurrea-Martinez & Remolina, לעיל ה"ש 8, בעמ' 64-65.

68 שם, בעמ' 54-55.

69 כזכור, המטבעות הקריפטוגרפיים אינם נכללים לעת עתה בקבוצה זו, ראו לעיל ה"ש 2.

70 הוועדה לקידום השימוש באמצעי תשלום מתקדמים בישראל דוח סופי (2017) (להלן: דו"ח הוועדה לאמצעי תשלום מתקדמים).

71 נכון למועד כתיבת שורות אלה, קיים רק תזכיר חוק בנושא. ראו תזכיר חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (שירותים פיננסיים מוסדרים) (תיקון מס'...) (מתן שירותי תשלום), התשע"ח-2018. חוק נוסף העוסק בהיבטי הרישוי והפיקוח הוא חוק מערכות תשלומים, התשס"ח-2008, המתמקד במפעילי מערכות התשלומים.

72 בתחום האשראי, שירות מתן האשראי מוסדר בחוק אשראי הוגן, התשל"ג-1993, ואילו הפיקוח על נותני שירות אשראי מוסדר בחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (שירותים מוסדרים), התשע"ו-2016. דוגמה נוספת היא ענף הביטוח; היבטים הקשורים לשירות הביטוח מוסדרים

חוק נוסף, חדש יחסית, העוסק באמצעי תשלום הוא החוק לצמצום השימוש במזומן, התשע"ח-2018.⁷³ מטרתו העיקרית של החוק היא לצמצם את תופעת הכלכלה השחורה בישראל.⁷⁴ אולם בעקבות ההגבלות שהוטלו בו על השימוש במזומן ובשיקים,⁷⁵ החוק צפוי להגביר את השימוש באמצעי תשלום מתקדמים ובכך לשכלל, גם הוא, את מערך אמצעי התשלום בישראל.⁷⁶ על פניו, החוק נוקט את גישת האיסור שכן הוא אוסר – או נכון יותר מצמצם – שימוש באמצעי תשלום. עם זאת, יש לשים לב שהצמצום חל ביחס לאמצעי התשלום המיושנים מבוססי הנייר, אשר השאיפה היא שברכות הימים יוחלפו על ידי אמצעי התשלום המתקדמים. מכאן שבכל הנוגע לאמצעי התשלום המתקדמים, יש בו כדי לתרום לגישה האקטיבית שנועדה להגביר את השימוש בהם.

הגישה האקטיבית ביחס לאמצעי התשלום המודרניים באה לידי ביטוי באספקט נוסף. על פי נתוני בנק ישראל, מתברר שבישראל שיקים הם עדיין אמצעי תשלום נפוץ ביותר, הן מבחינת מספר התשלומים הנעשים באמצעותם והן מבחינת היקף התשלומים הכולל.⁷⁷ לאור זאת, ובמטרה להתאים את הדין המיושן שחל על שיקים (פקודת השטרות המנדטורית) למציאות הטכנולוגית המשתנה, נחקק חוק סליקה אלקטרונית של שיקים, תשע"ו-2016.⁷⁸ חוק זה מאפשר להחליף את השיקים מבוססי הנייר בצילום סרוק שלהם, במטרה לשלב אותם בעולם הדיגיטלי.

החקיקה המתוארת לעיל מיישמת את הגישה האקטיבית, השואפת ליצור הסדר משפטי חדש המותאם להתפתחות הטכנולוגית בשטח.

בצד החקיקה האמורה המשקפת את הגישה האקטיבית, ראוי להסב את תשומת הלב להליך חקיקתי חדש המיישם את הגישה האינטראקטיבית: הצעת חוק לעידוד פיתוח טכנולוגיה פיננסית בישראל, התש"ף-2020.⁷⁹ הצעת החוק הוכנה בעקבות עבודת הצוות הבין-משרדי לבחינת הקמתה של סביבת ניסוי לחברות טכנולוגיה פיננסיות,⁸⁰ ומבססת

בחוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981. הפיקוח על העוסקים בביטוח מוסדר בחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1981.

73 החוק לצמצום השימוש במזומן, התשע"ח-2018, ס"ח 428 (להלן: **החוק לצמצום השימוש במזומן**).

74 הצעת חוק לצמצום השימוש במזומן, התשע"ה-2015, ה"ח 962 (להלן: **הצעת חוק לצמצום השימוש במזומן**).

75 פרק ב לחוק לצמצום השימוש במזומן, לעיל ה"ש 73.

76 דברי הסבר להצעת חוק לצמצום השימוש במזומן, לעיל ה"ש 74.

77 בנק ישראל דו"ח שנתי לוועדת מסלוקת הבנקים 2017 15 (2018)

<https://www.boi.org.il/he/NewsAndPublications/RegularPublications/Pages/mislakamrsip17.aspx>; הספר האדום לשנים 2016-2017, לעיל ה"ש 26, בעמ' 24. להסבר תופעה זו ראו מיכל עופר צפוני ורות פלאטו-שנער "על כשלון תמורה מלא, אחיזה כשורה ומה שביניהם: הזדמנות לתיקון אנכרוניזם משפטי בדיני השטרות" מאזני משפט יב 1, 3-5 (2019).

78 חוק סליקה אלקטרונית של שיקים, התשע"ו-2016, ס"ח 536.

79 הצעת חוק לעידוד פיתוח טכנולוגיה פיננסית בישראל, התש"ף-2020, ה"ח 204.

80 דו"ח סביבת ניסוי, לעיל ה"ש 36.

הקמת "ארגזי חול" כסביבת ניסוי לפינטק הישראלי.⁸¹ הגישה האינטראקטיבית משתקפת גם בהקמת מרכזי חדשנות בתחום הפינטק, כגון זה שהוקם על ידי הרשות לניירות ערך.⁸² לעומת זאת, בכל הנוגע למטבעות וירטואליים ניכרת הגישה הפסיבית המבטאת את היסוס המשפט הישראלי ביחס לשימוש בהם.⁸³ כבר בשנת 2014 פרסמו רגולטורים אחדים אזהרה משותפת לציבור בדבר הסיכונים הטמונים במטבעות האמורים, אם כי הם לא אסרו על פעילות בתחום.⁸⁴ שנים מספר לאחר מכן, ועם התרחבות הפעילות חרף האזהרה האמורה, הוכפפו הגופים המעניקים שירותים ביחס למטבעות וירטואליים לפיקוח של רשות שוק ההון, ביטוח וחסכון, ופעילותם מחייבת קבלת רישיון.⁸⁵ אולם בשל כמות הפניות הליך קבלת הרישיונות מתקדם באיטיות, ואף זכה להתייחסות של בית המשפט הגבוה לצדק.⁸⁶ בנוסף, רק בנובמבר 2021 ייכנס לתוקף צו איסור הלבנת הון שיחול על העוסקים בתחום – עניין רגיש וחשוב לאור טיב הפעילות במטבעות הווירטואליים.⁸⁷ לאור זאת, בנק ישראל והפיקוח על הבנקים נמנעים מלפרסם הוראות למערכת הבנקאית כיצד לפעול ביחס לפעילות של לקוחות

81 על פי הצעת החוק תוקם ועדה לעידוד הפעילות של חברות פיננסיות חדשניות. לוועדה ימונו נציגים ממשרד האוצר, בנק ישראל (הכולל את הפיקוח על הבנקים), רשות שוק ההון, ביטוח וחסכון, רשות ניירות ערך והרשות לאיסור הלבנת הון ומימון טרור. הוועדה תבחר את חברות הפינטק שתשתתפנה בתוכנית בהליך שוויוני, לפי אמות מידה הקבועות בהצעת חוק. פעילות החברות במסגרת התוכנית תהיה כפופה לפיקוח של הרגולטור המוסמך בתחום, והוא יהיה רשאי להעניק לחברות רישיון הכולל התאמות והקלות שונות. להרחבה בנושא ולניתוח הצעת החוק ראו Ruth Plato-Shinar, *Thinking Outside the Box: The New Regulatory Sandbox Regime* *in Israel*, 36 BFLR 457 (2021); רות פלאטור-שנער "פינטק בישראל: תוכנית 'ארגז החול' הרגולטורי" **ICON-S-IL Blog** (30.6.2021), <https://israeliconstitutionalism.wordpress.com/>.

82 "רשות ניירות ערך מקימה Innovation Hub לתחום הפינטק" **רשות ניירות ערך** (23.7.2018), <https://www.isa.gov.il/%D7%94%D7%95%D7%93%D7%A2%D7%95%D7%AA%20%D7%95%D7%A4%D7%A8%D7%A1%D7%95%D7%9E%D7%99%D7%9D/175/2018/Pages/Innovation-Hub.aspx>.

83 לשם השוואה, ראו את הגישות שננקטו במדינות השונות בתחום זה. Ehrentraud, Ocampo, Garzoni & Piccolo, לעיל ה"ש 36, בעמ' 26-30. דו"ח הוועדה לבחינת אסדרה, לעיל ה"ש 31, בעמ' 29-57; Douglas S. Eakeley, Yuliya Guseva, Leo Choi & Katarina Gonzalez, *Crypto-Enforcement Around the World*, 94 SOUTHERN CAL. L. REV. 99 (2021).

84 בנק ישראל "הודעה לציבור בדבר סיכונים אפשריים הטמונים במטבעות וירטואליים מבוחרים (דוגמת ביטקוין)" (הודעה לעיתונות 19.2.2014), <https://www.boi.org.il/he/NewsAndPublications/PressReleases/Pages/19-02-2014-Bitcoin.aspx>.

85 ראו הגדרת המונחים "נכס פיננסי" ו"שירות בנכס פיננסי" בס' 11 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (שירותים פיננסיים מוסדרים), התשע"ו-2016.

86 אבי וקסמן "בג"צ קצב זמנים לרשות שוק ההון – אך לא התערב בנוהל הרישוי לשירותים פיננסיים" **TheMarker** (22.6.2020), <https://www.themarker.com/news/macro/1.8938803>.

87 צו איסור הלבנת הון (חובות זיהוי, דיווח וניהול רישומים של נותני שירותי אשראי למניעת הלבנת הון ומימון טרור) (תיקון), התשפ"א-2021, ק"ת 2608.

במטבעות וירטואליים.⁸⁸ צוות בין-משרדי שהוקם בסוף שנת 2018 הזמין את הציבור להגיש לו "התייחסויות לסוגיות עליהן יש לתת את הדעת בעת הבחינה של אסדרה של השימוש בנכסים וירטואליים".⁸⁹ אולם מאז, ככל הידוע, לא חלה התקדמות ממשית בנושא. ועדה שהקימה רשות ניירות ערך לבחינת אסדרת הנפקות של מטבעות קריפטוגרפיים המליצה להימנע מהסדרה מפורטת וקשיחה באמצעות חקיקה חדשה, ולנקוט במקום זה פתרונות גמישים תוך שיתוף פעולה עם הגופים הפעילים בתחום.⁹⁰ מטבע הדברים, הרשות שפעלה במרץ להסדרה אקטיבית של התחום היא רשות המיסים, שפרסמה שני חוזרים המסדירים את היבטי המיסוי ביחס לעסקאות במטבעות אלה⁹¹ וביחס להנפקתם.⁹²

הסקירה דלעיל ממחישה את עירוב הגישות של המשפט הישראלי לאורך השנים כלפי אמצעי התשלום בישראל. נכון למועד כתיבת שורות אלה, הגישה הבולטת היא הגישה האקטיבית שמטרתה עידוד החדשנות הטכנולוגית. בצד זאת, יוזמות אחדות משקפות את הגישה האינטראקטיבית. בנוגע למטבעות וירטואליים, ניכרת גישה פסיבית המשקפת את החשש מפני מתן גושפנקא פורמלית לפעילות בתחום.

כדי לבחון את תרומת המשפט לפיתוח ועיצוב מערך אמצעי התשלום בישראל בחרתי להתמקד בחוק שירותי תשלום. חוק זה מיישם את הגישה האקטיבית של המשפט ובכך מאפשר לבחון את תרומת המשפט לפיתוח התחום. בנוסף, חוק שירותי תשלום הוא החוק המרכזי העוסק באמצעי התשלום המתקדמים בישראל, ובהיותו חוק חדש הוא מאפשר להתחקות אחר גישת המשפט הישראלי המודרני. בפרק הבא אנתח את העקרונות העומדים בבסיס החוק, ואבחן באמצעותם את האופן שבו בחר המשפט להסדיר את התחום המתפתח של אמצעי התשלום המתקדמים. לאחר מכן, בפרק ג, אבחן את אופן יישום העקרונות הללו בחוק באמצעות ניתוח פרטני של מקרה בוחן – סוגיית השימוש לרעה באמצעי התשלום.

88 "דברי המשנה לנגידת בנק ישראל בישיבת ועדת הכספים של הכנסת בנושא הפעילות והשימוש במטבעות וירטואליים" **בנק ישראל** (8.1.2018), <https://www.boi.org.il/he/NewsAndPublications/PressReleases/Pages/8-1-18-DeputyGove.aspx>.

89 הצוות מורכב מנציגים של רשות שוק ההון, ביטוח וחיסכון, רשות ניירות ערך, משרד האוצר, המועצה הלאומית לכלכלה, רשות המיסים, משרד המשפטים, הרשות לאיסור הלבנת הון ומימון טרור, מערך הסייבר הלאומי ובנק ישראל. ראו "בנק ישראל פרסם קול קורא לקבלת מידע עבור הצוות הבין משרדי לתיאום רגולטורי בנוגע לנכסים וירטואליים" **הרשות לאיסור הלבנת הון ומימון טרור** (27.12.2018), <https://www.justice.gov.il/Units/HalbantHon/News/Pages/BOIkk.aspx>.

90 ר"ח הוועדה לבחינת אסדרה, לעיל ה"ש 31.

91 חוזר מס הכנסה 05/2018 "מיסוי פעילות באמצעי תשלום מבוזר (המכונים: 'מטבעות וירטואליים')" (17.1.2018).

92 חוזר מס הכנסה 07/2018 "ICO – הנפקת 'אסימונים דיגיטליים' למתן שירותים ו/או מוצרים בפיתוח (Utility Tokens)" (13.3.2018).

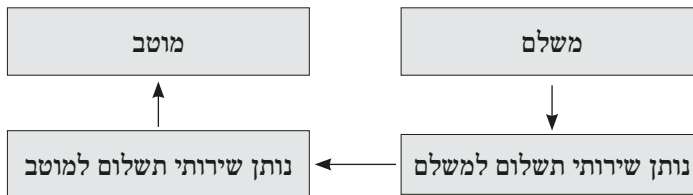
ב. חוק שירותי תשלום

1. הצדדים לעסקת התשלום

כדי לבחון את תפקיד המשפט בנוגע לאמצעי התשלום המתקדמים המוסדרים בחוק שירותי תשלום, חשוב להכיר קודם כול את הצדדים לפעולת התשלום ומערכות היחסים החוזיות שביניהם.

עסקת התשלום כוללת ארבעה צדדים עיקריים: הצד המשלם, המוטב מקבל התשלום (בית עסק או אדם פרטי), נותן שירותי התשלום למשלם (למשל חברת כרטיסי אשראי שהנפיקה למשלם כרטיס חיוב או חברה המפעילה אפליקציית תשלומים), ונותן שירותי התשלום למוטב (למשל חברת כרטיסי אשראי שסולקת את עסקת התשלום ומזכה את חשבון המוטב). בין המשלם למוטב קיימת עסקה חוזית ("עסקת היסוד") שבה המשלם מתחייב לשלם למוטב; למשלם ולמוטב יש הסכמים חוזיים עם נותני שירותי התשלום שלהם בדבר קבלת שירותי התשלום; ולבסוף, גם בין נותני שירותי התשלום קיימת מערכת חוזית המסדירה את העברות הכספיים – בדרך של חיובים, זיכויים וקיוזים – בינם לבין עצמם. המודל הבסיסי של עסקת התשלום פועל כך: כאשר המשלם מבקש לשלם למוטב, הוא מורה לנותן שירותי התשלום שלו – דרך אמצעי התשלום שבו הוא משתמש – לבצע את פעולת התשלום ולהעביר סכום כספי נקוב למוטב. אולם הכסף אינו מעובר למוטב ישירות: נותן שירותי התשלום מעביר את הכסף, באמצעות מסלוקה פיננסית, לנותן שירותי התשלום של המוטב, והאחרון מזכה את חשבון המוטב בסכום הכספי.

תרשים 1: הצדדים לעסקת התשלום



2. רקע משפטי היסטורי

כרטיס האשראי הראשון בישראל הושק בשנת 1975 על ידי בנק הפועלים באמצעות חברת ישראלכרט. השיטה נקלטה בארץ בהצלחה, ובתחילת שנות השמונים של המאה הקודמת כבר הופצו כרטיסי אשראי על ידי הבנקים השונים למאות אלפי לקוחות.⁹³ באותה עת, אמצעי התשלום הנפוץ בחיי המסחר היה השיק.⁹⁴ השיק היה (ועודנו) כפוף להסדר משפטי מפורט בפקודת השטרות [נוסח חדש].⁹⁵ לעומת זאת, השימוש בכרטיסי האשראי לא הוסדר בחקיקה מיוחדת. המקור הנורמטיבי היחיד להסדר המשפטי היה החוזים שנחתמו בין חברות כרטיסי

93 דו"ח ועדת ברק, לעיל ה"ש 9, בעמ' 6.

94 שם, בעמ' 10.

95 ראו בהקשר זה רות פלאטוֹ-שנער "לקראת מודל רציונלי של הגנות בדיני שטרות" המשפט 251 (תשס"ז).

האשראי לבין לקוחותיהם, אולם חוזים אלה לא סיפקו מענה לשלל השאלות שהתעוררו אגב השימוש בכרטיסי האשראי. לאור התרחבות השימוש בכרטיסי האשראי התעורר צורך לבחון את אופיו המשפטי של כרטיס האשראי ולקבוע את ההסדר המשפטי שיחול עליו.⁹⁶ לצורך כך מונתה הוועדה לבדיקת הבעיות המשפטיות של כרטיסי אשראי, בראשותו של שופט (כתוארו אז) בית המשפט העליון אהרן ברק.

הוועדה מצאה שכרטיס האשראי הוא "תופעה מיוחדת במינה (sui generis) אשר אינה ניתנת לשיוך ברור לאחת המשבצות הקיימות של המשפט הפרטי. לצרכים מסוימים ניתן לראות בו אספקטים חוזיים, לצרכים אחרים יש בו אספקטים קנייניים. יש וכולט בו יסוד של המחאה, יש ומתבקש ממנו יסוד של קשר משפטי ישיר".⁹⁷ הוועדה המליצה לקבוע הסדרים חדשים או לשנות את ההסדרים הקיימים, וזאת בשלושה תחומים. ראשית, במישור האזרחי, הוועדה המליצה להסדיר היבטים שונים הקשורים לשימוש בכרטיס אשראי, תוך התייחסות למערכות היחסים של חברות כרטיסי האשראי הן עם המשלמים בכרטיסי האשראי והן עם בתי העסק המוטבים. שנית, במישור הפלילי, הוועדה המליצה לקבוע עבירות פליליות הקשורות לכרטיס האשראי. שלישית, במישור המנהלי, הוועדה המליצה להטיל פיקוח על חברות כרטיסי האשראי. באשר לאופן ביצוע ההמלצות: את חלקן הוועדה המליצה להסדיר בחקיקה, ואת חלקן האחר להשאיר כהסדרים חוזיים תוך מתן אמצעי בקרה ופיקוח לרשויות המפקחות, הסמכה המצריכה חקיקה ראשית אף היא.⁹⁸

כאשר פורסם דו"ח הוועדה בשנת 1982, סברו תחילה במשרד המשפטים שניתן יהיה ליישם את מסקנותיו והמלצותיו ללא חקיקה ייעודית. המחשבה הייתה שחלקו האזרחי של הדו"ח יוסדר בחוזים האחידים הנכרתים בין חברות כרטיסי האשראי לבין לקוחותיהן, ומאוחר יותר בקודיפיקציה של המשפט האזרחי; בעוד שהחלק הפלילי בהמלצות (קביעת עבירות בנוגע לכרטיסי אשראי) ישובץ בפרק החדש שתוכנן אז בחוק העונשין בעניין עבירות הרכוש; ואילו הפיקוח המנהלי על החברות יוסדר בחוקי הבנקאות.⁹⁹ אולם בחינת המצב בפועל הראתה שהחוזים האחידים בין חברות כרטיסי האשראי לבין לקוחותיהן לא פתרו את הבעיות השונות שעליהן הצביעה הוועדה. המשטרה מצידה, אשר התקשתה בהתמודדות עם ריבוי השימושים העברייניים בכרטיסי החיוב, ביקשה להקדים את קביעת העבירות הפליליות בחקיקה ולא להמתין עד לחקיקת הפרק החדש בחוק העונשין. לאור זאת הוחלט במשרד המשפטים לחוקק חוק מיוחד שיתיחס להיבטים האזרחיים והפליליים של כרטיס החיוב, בהתבסס על המלצות הוועדה.¹⁰⁰ כך חוקק חוק כרטיסי חיוב, תשמ"ו-1986.¹⁰¹

96 דו"ח ועדת ברק, לעיל ה"ש 9, בעמ' 13-14.

97 שם, בעמ' 14.

98 שם, בפרק ד.

99 ברק ופרידמן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 41.

100 שם.

101 חוק כרטיסי חיוב, התשמ"ו-1986, ס"ח 187 (להלן: חוק כרטיסי חיוב). כפי שיוסבר מייד בהמשך, חוק כרטיסי חיוב מתייחס לסוגים שונים של כרטיסי חיוב, כאשר כרטיס האשראי הוא רק אחד מהם. הדיון להלן ישתמש במונח הכולל "כרטיס חיוב".

חוק כרטיסי חיוב נחקק כעשור שנים לאחר מועד כניסתם של כרטיסי החיוב לשוק הישראלי, כשכבר היה שימוש ניכר באמצעי תשלום אלה ברחבי המדינה.¹⁰² בעוד שהתקופה שקדמה לחקיקת החוק שיקפה את הגישה הפסיבית של המשפט – היעדר התייחסות לפעילות הפיננסית שנחשבה חדישה באותם ימים – החוק יישם את הגישה האקטיבית של המשפט, שכן הוא יצר מסגרת משפטית חדשה לאותה פעילות מתוך רצון לקדם אותה. הבחירה בדרך של חקיקה ייעודית נסמכה על קביעת הוועדה שהסדר התשלום בכרטיס חיוב הינו מוסד מיוחד המחייב מסגרת משפטית עצמאית משל עצמו. תפיסה כזו מחייבת את המחוקק לחבר חוק מקיף אשר יתווה את דרך הפעלת ההסדר על כל היבטיה, ובכל היבט כזה יקבע את הפתרון החוקי המתאים.¹⁰³ אולם חוק כרטיסי חיוב מראש לא התיימר לעשות כך. מטרתו העיקרית של החוק הייתה להסדיר את מערכת היחסים בין המשלם¹⁰⁴ לבין נותן שירותי התשלום שלו (החברה שהנפיקה לו את כרטיס החיוב), לאור פערי הכוחות שבין הצדדים והצורך לספק למשלם הגנה צרכנית.¹⁰⁵ המחוקק היה ער לכך שהסדר התשלום בכרטיס החיוב מערב מערכת יחסים נוספת, בין בית העסק המוטב לבין נותן שירותי התשלום למוטב (חברת כרטיסי האשראי המבצעת את סליקת התשלום). אולם המחוקק נמנע במכוון מלהתייחס למערכת זו, מתוך מחשבה שבית עסק הוא גורם עסקי המתמצא בנושאים כספיים ומשכך אינו זקוק להגנה מיוחדת בחוק.¹⁰⁶ לאור זאת, עיקר החוק עסק בהגנת המשלם מפני נותן שירותי התשלום שלו.¹⁰⁷ על גישה זו נמתחה ביקורת, ובצדק: להסכם בין בית העסק המוטב לבין נותן שירותי התשלום שלו יש השלכות ישירות על אופיו של ההסדר המשפטי של כרטיס החיוב, וקשר ישיר לזכויותיו והגנותיו של המשלם.¹⁰⁸

חוק כרטיסי חיוב חל במקורו רק על שני סוגים של כרטיסי חיוב: כרטיס אשראי¹⁰⁹ וכרטיס בנק.¹¹⁰ עם כניסתו לשוק של כרטיס התשלום הנטען (pre-paid) נעשה תיקון בחוק והוא

- 102 שם; ברק ופרידמן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 41.
- 103 בריצמן קרא לעריכת קודיפיקציה לאמצעי התשלום בכללותם. בריצמן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 174-173.
- 104 המונחים בחוק כרטיסי חיוב שונים מאלה של חוק שירותי תשלום. בחוק כרטיס חיוב המשלם נקרא "לקוח", נותן שירותי התשלום למשלם נקרא "מנפיק", והמוטב נקרא "ספק". ראו הגדרת המונח "לקוח" בס' 1 לחוק כרטיסי חיוב, ההתייחסות למנפיק למשל בס' 2 לחוק כרטיסי חיוב, וההתייחסות לספק למשל בס' 9 לחוק כרטיסי חיוב.
- 105 דברי הסבר להצעת חוק כרטיסי חיוב, התשמ"ו-1986, ה"ח 124, 124 (להלן: הצעת חוק כרטיסי חיוב).
- 106 שם.
- 107 פרק א לחוק כרטיסי חיוב, לעיל ה"ש 101.
- 108 בריצמן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 155.
- 109 "כרטיס אשראי" הוגדר בס' 1 לחוק כרטיסי חיוב: "לוחית או חפץ אחר לשימוש חוזר המיועדים לרכישת נכסים מאת ספק ללא תשלום מידי של התמורה". חוק כרטיסי חיוב, לעיל ה"ש 101.
- 110 "כרטיסי בנק" הוגדרו בס' 1 לחוק כרטיסי חיוב: "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". שם.

הוחל גם על חלק מכרטיסים אלה.¹¹¹ החוק צפה פני עתיד ולכן הגדיר "כרטיס חיוב" בצורה הבאה: "כרטיס אשראי, כרטיס בנק או לוחית או חפצים אחרים המיועדים לרכישת נכסים, כפי שיקבע שר המשפטים בהתייעצות עם נגיד בנק ישראל ובאישור ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת".¹¹² אולם שר המשפטים מעולם לא קבע כאמור וכך נתחם היקפו של החוק. יתרה מזו, התמקדות החוק ב"כרטיסי הפלסטיק" לא נתנה מענה לשימוש באמצעי תשלום אחרים שהיו נהוגים בשוק, כגון ההעברה הבנקאית. לאור היעדרם של כללים משפטיים ייעודיים לעניין העברות בנקאיות נאמר, בצדק, כי "קביעת ההסדר המשפטי של שיטת ההעברה הבנקאית היא סוגיה לא קלה כלל ועיקר".¹¹³

למעשה, במשך שנים, נעדרה מדינת ישראל מדיניות מוצהרת כוללת באשר לשימוש באמצעי התשלום השונים. למצב זה היו השלכות כלכליות, חברתיות ומערכתיות ניכרות על המשק הישראלי כגון פגיעה ביעילות הכלכלית, רמת תחרותיות נמוכה במערכת הבנקאית, פגיעה באוכלוסיות מוחלשות, קשיים ביישום משטר איסור הלבנת הון, ופגיעה באמון הציבור במערכת הבנקאית.¹¹⁴

היעדר מדיניות כוללת ומעורבות בתחום אמצעי התשלום אפשרה גם את המשך השימוש המסיבי באמצעי התשלום מבוססי הנייר. אמצעי תשלום אלה נחשבים פחות יעילים, יקרים מבחינה כלל-משקית, מעורדים פגיעה, מאפשרים העלמות מיסים והלבנת הון, ומגבירים הדרה כלכלית וחברתית בשל קשיי נגישות למוצרים פיננסיים מתקדמים, ולשירותים הניתנים רק באמצעים אלקטרוניים.¹¹⁵ כך, הגישה האקטיבית שיושמה עם חקיקת חוק כרטיסי חיוב הפכה במרוצת השנים לגישה פסיבית.

ההיקף הנרחב של הכלכלה השחורה בישראל, וההבנה כי השימוש הנפוץ בכסף מזומן הוא שמאפשר אותה, הוביל להקמת הוועדה לצמצום השימוש במזומן במשק הישראלי. הוועדה פרסמה את המלצותיה בשנת 2014.¹¹⁶ היא המליצה לא לבטל לחלוטין את השימוש במזומן, מתוך הכרה בתפקידו החשוב של המזומן כאמצעי תשלום בסיסי ומקובל בידי אוכלוסיות שומרות חוק, שהן החלק הארי של הציבור. במקום זאת המליצה הוועדה על

111 חוק כרטיסי חיוב (תיקון מס' 3), התשנ"ח-1998, ס"ח 328. כרטיס תשלום הוגדר בסעיף 1 לחוק כרטיסי חיוב כך: "לוחית או חפץ אחר לשימוש חוזר, המיועדים לרכישת נכסים מאת הספק, שניתן לצבור בהם ערך כספי בדרך של טעינה חוזרת, למעט לוחית או חפץ כאמור הניתנים לטעינה בכסף מזומן בלבד כאשר לא ניתן באמצעותם לחייב את חשבון הלקוח". לביקורת על ההסדר שבחוק ביחס לכרטיס התשלום ראו לירן חיים "משתלם לשלם? כרטיסים צוברי ערך ומקומם בעיצוב מדיניות תשלומים" מחקרי משפט ל 765, 813-833 (2016).

112 ס' 1 לחוק כרטיסי חיוב, שם.

113 ריקרדו בן אוליאל דיני בנקאות: חלק כללי 420 (1996).

114 חיים, לעיל ה"ש 111, בעמ' 767, 810.

115 שם, בעמ' 773-786.

116 הוועדה לבחינת צמצום השימוש במזומן במשק הישראלי, דו"ח הוועדה 30-32, 39-40 (2014.7.17) (להלן: דו"ח הוועדה לצמצום מזומן); "מידע שוטף על התאגידים הבנקאיים" בנק ישראל פרק יא, לוח יא-1 התנועה במסלוקה, <https://www.boi.org.il/he/BankingSupervision/Data/Pages/Tables.aspx?ChapterId=10>.

צמצום השימוש במזומן והציעה שורה של מגבלות על שימוש זה.¹¹⁷ בדומה, הוצע להטיל מגבלות גם על השימוש בשיקים סחירים, המאפשרים אף הם התחמקות מדיווח והרחבת הכלכלה השחורה.¹¹⁸ במקביל לצמצום השימוש במזומן ובשיקים קראה הוועדה לממשלה לפעול לקידום השימוש באמצעי התשלום האלקטרוניים המתקדמים באמצעות שורה של צעדים מומלצים,¹¹⁹ ואף הציעה להקים צוות ייעודי לבחינת הנושא.¹²⁰

בהמשך להמלצות הוועדה נחקק החוק לצמצום השימוש במזומן. חוק זה אומנם משקף גישה ברורה של המחוקק וקובעי המדיניות בנוגע לאמצעי התשלום מבוססי הנייר, אך עדיין אין בו כדי להוות מדיניות כוללת וברורה ביחס למערך התשלומים הכולל במדינת ישראל. יתרה מזו, החוק אינו שואף להעלים לגמרי את השימוש במזומן ובשיקים, לאור העובדה שחלקים רבים בקרב הציבור ממשיכים להשתמש בהם.¹²¹ במקום זאת הוחלט לאמץ צעדים חקיקתיים מבוססי שוק שייצרו עבור הלקוחות את התמריצים לעבור לאמצעי התשלום המודרניים, בהתבסס על אימוץ מדיניות מקיפה בשוק אמצעי התשלום במדינה. דבר זה נעשה באמצעות חקיקת חוק שירותי תשלום. עם חקיקתו בוטל חוק כרטיסי חיוב.¹²²

חוק שירותי תשלום נחקק, כאמור, בעקבות המלצותיה של ועדה בין-משרדית לקידום השימוש באמצעי התשלום המתקדמים.¹²³ הוועדה הוקמה במטרה להסדיר את תחום אמצעי התשלום המתקדמים בהיבטים של אבטחת מידע, הלבנת הון ומימון טרור, המשכיות עסקית, תחרות, יציבות ויעילות, וזאת באופן שיעודד את הציבור בישראל להרחיב את השימוש באמצעי התשלום המתקדמים.¹²⁴ הוועדה המליצה לקדם את השימוש באמצעי התשלום המודרניים באמצעות מהלך משולב שיכלול אסדרה של התשתית הטכנולוגית, המשפטית והצרכנית.¹²⁵ במסגרת האסדרה המשפטית הוצע לגבש תזכיר חוק שיעסוק בהיבטי הפיקוח והרישוי של נותני שירותי התשלום, וכן להתאים את התשתית המשפטית הקיימת בנוגע לאמצעי תשלום, להתפתחויות הטכנולוגיות ולאמצעי התשלום המתקדמים.¹²⁶ התוצר של ההמלצה האחרונה הוא, כאמור, חוק שירותי תשלום.

117 דו"ח הוועדה לצמצום מזומן, שם, בעמ' 8, 13-15.

118 שם, בעמ' 9, 15-17.

119 שם, בעמ' 10-11, 17-20.

120 שם, בעמ' 21.

121 ראו על כך גם בנק ישראל מחלקת המטבע סקירה שנתית 2019-20 (2020)

<https://www.boi.org.il/he/NewsAndPublications/RegularPublications/Pages/skira2019.aspx>

aspix; על השימוש הנפוץ בשיקים בישראל ראו שלום לרנר דיני שטרות (2007).

122 ס' 55 לחוק שירותי תשלום, לעיל ה"ש 24.

123 דו"ח הוועדה לאמצעי תשלום מתקדמים, לעיל ה"ש 70.

124 שם, בעמ' 2.

125 שם, בעמ' 32.

126 שם, בעמ' 32-35.

3. חוק שירותי תשלום – עקרונות יסוד

כאמור, חוק שירותי תשלום מיישם את הגישה האקטיבית של המשפט ביוצרו הסדרה חדשה ומקיפה לכלל אמצעי התשלום המודרניים. החוק מתאפיין בכמה עקרונות יסוד אשר כל אחד מהם עונה על קושי מסוים שאמצעי התשלום המודרניים יוצרים. נפרט עקרונות אלה להלן.

(א) ניטרליות טכנולוגית

ראינו כי הקושי העיקרי שהמשפט צריך להתמודד עימו הוא ההתפתחויות הטכנולוגיות המהירות בתחום אמצעי התשלום. על ההסדר המשפטי לצפות פני עתיד ולהבטיח את התאמתו גם לאמצעים טכנולוגיים שכיום איננו מעלים על דעתנו, תכונה שכונתה "חסינות עתיד" ("future proof").¹²⁷ יותר מכך, ההסדר המשפטי נדרש לא רק לספק מסגרת שתאיים להתפתחויות בתחום ותמנע היווצרות של ריק משפטי, אלא גם לעודד ולאפשר התפתחויות עתידיות. הפתרון לכך הוא באמצעות שמירה על ניטרליות טכנולוגית.¹²⁸ חוק שירותי תשלום מצליח לעשות זאת באמצעות הגדרת המונח "אמצעי תשלום" באופן הבא:

רצף פעולות שעל משלם לבצע לשם מתן הוראת תשלום, בין שהוא כולל שימוש בחפץ או בפרט אימות ובין שאינו כולל שימוש כאמור.¹²⁹

ההגדרה האמורה מתנתקת מהממד הפיזי של אמצעי התשלום כרכיב הכרחי. היא אינה מחייבת שימוש בחפץ, כרטיס וכו'. במקום זאת, ההגדרה מתייחסת לרצף של פעולות שעל המשלם לבצע לשם מתן הוראת תשלום, בין שהוא כולל שימוש בחפץ (כמו כרטיס תשלום) או בפרט אימות (כגון סיסמה, קוד אישי, פרט ביומטרי, או רצף של תווים), ובין שאינו כולל שימוש כאמור. רצף פעולות זה כולל פעולות אשר במהותן אינן ייחודיות למשלם, כמו התקנת אפליקציה במכשיר הטלפון הנייד, אך גם פעולות שבמהותן הן ייחודיות למשלם ומבוססות על שימוש בפרט אימות כאמור.¹³⁰

127 Ford, לעיל ה"ש 7, בעמ' 1. להרחבה בנושא ראו Sofia Ranchordás & Mattis van't Schip, *Future-Proofing Legislation for the Digital Age*, in TIME, LAW, AND CHANGE (Sofia Ranchordás & Yaniv Roznai eds., 2020).

128 ראו על כך Gurrea-Martínez & Remolina, לעיל ה"ש 8, בעמ' 65; Aurelio Gurrea-Martínez & Nydia Remolina, *The Law and Finance of Initial Coin Offerings*, in CRYPTOASSETS: LEGAL, REGULATORY, AND MONETARY PERSPECTIVES 117, 130–135 (Chris Brummer ed., 2019). על הקושי ליצור חקיקה ניטרלית מבחינה טכנולוגית ראו Michael Birnhack, *Reverse Engineering Informational Privacy Law*, 15 YALE J.L. & TECH (2013).

129 ס' 1 לחוק שירותי תשלום, לעיל ה"ש 24. השוו להגדרה דומה בסעיף 4(14) לדירקטיבה האירופית: "payment instrument" means a personalised device(s) and/or set of procedures agreed between the payment service user and the payment service provider and used in order to initiate a payment order". סעיף 4(14) לדירקטיבה האירופית, לעיל ה"ש 66.

130 הצעת חוק שירותי תשלום, התשע"ח-2018, ה"ח 1154, 1162 (להלן: הצעת חוק שירותי תשלום).

מכוח ההגדרה האמורה, חוק שירותי תשלום חל על כל אמצעי התשלום המתקדמים: כרטיסי תשלום אלקטרוניים (כגון כרטיסי אשראי וכרטיסי חיוב מידי), העברות בנקאיות, תשלום באמצעות אפליקציות סלולריות ("ארנקים אלקטרוניים") ועוד. בנוסף, ההגדרה האמורה תאפשר את החלת החוק גם על אמצעי תשלום הנמצאים כעת בפיתוח, וכנראה גם על אמצעי תשלום שאנו לא מסוגלים לדמיין כעת.

ההגדרה האמורה של המונח "אמצעי תשלום" מדגימה את שני תפקידי המשפט. מחד גיסא, המשפט כמגיב להתפתחויות הטכנולוגיות ולאמצעי התשלום המתקדמים שכבר פועלים בשוק (המשפט כמגיב), ובמקביל, המשפט כמאפשר התפתחויות טכנולוגיות בתחום אמצעי התשלום וככזה שעשוי להשפיע על עיצובן (המשפט כמעצב). כך למשל, ההתייחסות ל"רצף פעולות" מאפשרת את השימוש בטכנולוגיית "ללא מגע" (NFC – Near Field Communication) המאפשרת קירוב של כרטיס חיוב או טלפון נייד שמתקנת בו אפליקציית תשלומים מתאימה למסוף הממוחשב של בית העסק לשם שידור פרטי אמצעי התשלום וביצוע התשלום תוך שניות.¹³¹ טכנולוגיה אחרת היא סריקת קוד QR הכולל את פרטי חשבון המוטב והמאפשר לבצע את התשלום בלחיצת כפתור.¹³² טכנולוגיה נוספת המתאפשרת במסגרת ההגדרה הרחבה של החוק היא טוקניזציה, שבה מוטמעת יחידת מידע דיגיטלית (טוקן token) בגאדג'טים שונים ואמצעים לבישים כגון שעונים חכמים, ומאפשרת ביצוע תשלומים באמצעותם.¹³³ בזכות ההגדרה הרחבה שבחוק, עולם חדש של אמצעי תשלום המבוססים על מגוון רחב של טכנולוגיות מודרניות יוכל לזכות בהסדרה.

(ב) הגשמת מדיניות צרכנית

ראינו בפרק א' כי אחת הבעיות שאפיינו את מערך אמצעי התשלום בישראל במשך שנים רבות הייתה היעדר מדיניות ברורה בתחום. מצב זה השתנה עם חקיקת חוק שירותי תשלום. מדיניותו המוצהרת של החוק היא הגברת אמון הציבור באמצעי התשלום המתקדמים במטרה להגביר את השימוש בהם, כשהמנגנון שנקבע לשם כך הוא מתן הגנה נרחבת ללקוחות העושים שימוש באמצעים אלה.¹³⁴

131 הודעה לעיתונות 11.5.2020, לעיל ה"ש 27. "הקידמה משתלמת: איך ולמה תשלום באמצעות NFC בטאצ' הוא העתיד" **קבוצת ישראלכרט** (2.8.2020) <https://digital.isracard.co.il/Magazine/articles/Pay-Touch-NFC>.

132 ראו בנק ישראל אגף מערכות תשלומים וסליקה **תשלום באמצעות קוד QR (קודר) בישראל** (6.9.2020).

133 ניב ליליאן "החל מפברואר: תשלום עם שעון חכם כאלפי עסקים בארץ" **ישראל היום** <https://www.israelhayom.co.il/article/726205> (22.1.2020).

134 הצעת חוק שירותי תשלום, לעיל ה"ש 130, בעמ' 1155, 1177.

בהתאם, חוק שירותי תשלום הוא חוק צרכני מובהק. החוק כולל שורה ארוכה של הגנות ללקוח.¹³⁵ החוק מבוסס בעיקרו על הדירקטיבה האירופית לשירותי תשלום,¹³⁶ המהווה חיקוק מודרני ומתקדם המעניק הגנה צרכנית רחבה למשתמשים באמצעי התשלום המתקדמים.¹³⁷ בנוסף, חוק שירותי תשלום משמר גם עקרונות צרכניים מסוימים של חוק כרטיסי חיוב שקדם לו ובוטל על ידו,¹³⁸ ובכך אף מרחיב, באותם עניינים, את ההגנה הצרכנית מעבר לזו הנכללת בדירקטיבה האירופית.¹³⁹

הפרישה הרחבה של ההגנה הצרכנית בחוק נעשית באמצעות ההגדרה הרחבה למונח "לקוח", וזאת בשני היבטים.¹⁴⁰

ראשית, המונח "לקוח" מוגדר בחוק ככולל הן את המשלם¹⁴¹ והן את המוטב.¹⁴² המוטב יכול להיות בית עסק המקבל תשלום מלקוח – למשל באמצעות כרטיס אשראי או אפליקציית תשלומים, אך גם אדם פרטי המקבל תשלום מאדם אחר – למשל באמצעות העברה בנקאית או אפליקציית תשלומים. לאור זאת החוק חל על שתי מערכות יחסים. מערכת יחסים אחת היא בין המשלם לבין נותן שירותי התשלום למשלם.¹⁴³ שירות התשלום שהמשלם עשוי לקבל מנותן שירותי התשלום שלו יכול להיות הנפקה של אמצעי תשלום לשימוש של המשלם (כגון כרטיס אשראי או אפליקציית תשלומים), או ניהול חשבון תשלום שממנו יוכל המשלם להעביר כספים (כגון חשבון עובר ושב בבנק, או פלטפורמה דיגיטלית הפועלת כחשבון המאפשר ביצוע תשלומים).¹⁴⁴ מערכת יחסים שנייה היא בין המוטב לבין נותן

135 לפירוט ההגנות ודיון באופיו הצרכני של החוק ראו רות פלאטור-שנער "חוק שירותי תשלום, התשע"ט-2019: הגנת הצרכן הפיננסי בעולם של שירותי תשלום דיגיטליים" המשפט כ 275 (2021) Ruth Plato-Shinar, *The New Israeli Law on Payment Services: Towards a New*; (2021) *World of Digital Payments*, 35 BFLR 351 (2020).

136 הדירקטיבה האירופית, לעיל ה"ש 66.

137 הדירקטיבה חלה על המדינות החברות באזור הכלכלי האירופי (European Economic Area – EEA) – לרבות האיחוד האירופי. מטרת הדירקטיבה הייתה ליצור שוק תשלומים מאוחד כלל-אירופי והרמוניזציה של הכללים החלים על השימוש באמצעי התשלום המודרניים. הדירקטיבה קובעת את הזכויות והחובות של נותני שירותי התשלום ושל המשתמשים בשירותים אלו, ומעניקה הגנה צרכנית רחבה לאחרונים. ראו Benny Geva, *Payment Transactions under the E.U. Second Payment Services Directive – An Outsider's View*, 54 TEXAS INT. L. J. 211 (2019); Mary Donnelly, *Payments in the Digital Market: Evaluating the Contribution of Payment Services Directive II*, 32 COMPUTER L. & SECURITY REV. 827 (2016).

138 הרוגמה הבולטת היא סוגיית השימוש לרעה באמצעי תשלום, אשר תידון להלן בפרק ג.

139 להשוואה בין הדין הישראלי לבין הדירקטיבה האירופית בסוגיית השימוש לרעה באמצעי תשלום, ראו Ruth Plato-Shinar, *Regulating Liability for Unauthorised Digital Payments: Insights for South Africa* ANNUAL BANKING LAW UPDATE 1 (2020).

140 ראו הגדרת המונח "לקוח" בס' 1 לחוק שירותי תשלום, לעיל ה"ש 24.

141 ראו הגדרת המונח "משלם" בס' 1 לחוק שירותי תשלום, שם.

142 ראו הגדרת המונח "מוטב" בס' 1 לחוק שירותי תשלום, שם.

143 המונח אינו מוגדר בחוק שירותי תשלום, אף שהחוק משתמש בו פעמים רבות.

144 ראו הגדרת המונח "שירותי תשלום למשלם" בס' 1 לחוק שירותי תשלום, לעיל ה"ש 24.

שירותי התשלום למוטב.¹⁴⁵ שירותי התשלום שהמוטב עשוי לקבל מנותן שירותי התשלום שלו הם סליקה של פעולת התשלום שבסופה אמור המוטב לקבל סכום כספי, או ניהול חשבון תשלום שאליו ניתן להעביר כספים לטובת המוטב.¹⁴⁶ חשבונות התשלום יכולים להתנהל בכנק, אך גם באמצעים אחרים כגון ארנק אלקטרוני.¹⁴⁷

הענקת הגנה גם למוטב משקפת חידוש חשוב של החוק בהשוואה לחוק כרטיסי החיוב שקדם לו, והעמקה ממשית של ההגנה הצרכנית. חוק כרטיסי חיוב, אשר חל רק על כרטיסי חיוב, התמקד בהגנה על המשלם בלבד, על סמך ההנחה שהמוטב הוא בית עסק מסחרי וכי על גוף מסחרי אין צורך להגן.¹⁴⁸ לעומת זאת, החוק החדש חל על כלל אמצעי התשלום ולא רק על כרטיסי חיוב, כשהתשלום עשוי להיות לטובת מוטב שהוא אדם פרטי. מוטבים פרטיים יתקשו להתמודד מול נותן שירותי תשלום שהינו גוף מקצועי מתוחכם וחזק, ומכאן הצורך להגן גם עליהם.¹⁴⁹

שנית, החוק מעניק הגנה זהה ללקוח (משלם או מוטב) בין אם הוא אדם פרטי ובין אם הוא תאגיד, כגון עסק או גוף מסחרי. בכך, חוק שירותי תשלום משקף תפיסה צרכנית רחבה אף יותר מזו של חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981, שם "צרכן" מוגדר: "מי שקונה נכס או מקבל שירות מעוסק במהלך עיסוקו לשימוש שעיקרו אישי, ביתי או משפחתי".¹⁵⁰ הגדרה זו מוציאה מגדר תחולתה עוסקים ותאגידים, גישה שנמתחה עליה ביקורת.¹⁵¹ לעומת זאת, התפיסה של חוק שירותי תשלום נסמכת על מהות פעולת התשלום, ולא על זהות הצדדים לפעולת התשלום, ומעניקה הגנה רחבה ל"לקוח" באשר הוא.

גישה צרכנית זו משקפת את מדיניות המחוקק. כדי לעודד את הציבור להשתמש באמצעי התשלום המתקדמים יש להבטיח למשתמשים בהם – משלמים ומוטבים כאחד – הגנה מרבית מול נותני שירותי התשלום שלהם. לעניין זה אחזור בהרחבה בפרק ג, במסגרת ניתוח ההסדר של שימוש לרעה באמצעי התשלום.

(ג) הסדרה מתכללת ואחידה

שוק אמצעי התשלום מאופיין, כאמור, בגיוון רב הן מבחינת המוצרים והשירותים הנכללים בו, והן מבחינת השחקנים המציעים מוצרים ושירותים אלה לציבור הרחב. קביעת כללים אחידים לכל אמצעי התשלום תאפשר הפנמה מהירה שלהם מצד השחקנים בשוק – לקוחות ונותני שירותי תשלום כאחד – ותגביר את הוודאות המשפטית. בנוסף נדרשת הסדרה אחידה גם ביחס לשחקנים הפעילים בתחום. כששירות תשלום יוצר סיכון מסוים או עלול לעורר

145 המונח אינו מוגדר בחוק שירותי תשלום, אף שהחוק משתמש בו פעמים רבות.

146 ראו הגדרת המונח "שירותי תשלום למוטב" בס' 1 לחוק שירותי תשלום, לעיל ה"ש 24.

147 ראו הגדרת המונח "חשבון תשלום" בס' 1 לחוק שירותי תשלום, שם. על חשבונות תשלום בעידן המתפתח ראו Awrey, לעיל ה"ש 12, בעמ' 48.

148 הצעת חוק כרטיסי חיוב, לעיל ה"ש 105, בעמ' 124.

149 הצעת חוק שירותי תשלום, לעיל ה"ש 130, בעמ' 1155, 1156.

150 ס' 1 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981.

151 סיני דויטש דיני הגנת הצרכן א 270 (2001); אורנה דויטש מעמד הצרכן במשפט 76-78 (2002).

בעיה קונקרטית, יש לקבוע לגביו הסדר אחיד ללא תלות בשאלה מי הגורם המסחרי שמציע אותו.¹⁵² קביעת כללי אחריות זהים לשחקנים השונים בשוק נדרשת כדי למנוע ארביטראז' רגולטורי, ליצור תחרות הוגנת, ולספק מענה ראוי לסיכונים דומים ברמה הכלל-מערכתית.¹⁵³ חוק שירותי תשלום יוצר הסדרה מתכללת ואחידה בשני מישורים אלה. הניסוח הכללי והגורף של המונח "אמצעי תשלום" כולל בחובו את כלל אמצעי התשלום המודרניים וכך יוצר אסדרה אחידה לכולם.¹⁵⁴ בנוסף, החוק אינו נוקט גישה מוסדית ואינו מפרט רשימה של נותני שירותי תשלום שיהיו כפופים לו. במקום זאת גישה החוק היא פונקציונלית: החוק חל על כל מי שמספק "שירותי תשלום" כהגדרתם בחוק,¹⁵⁵ יהיו גופים אלה אשר יהיו.

ד) קביעת כללי אחריות ברורים

שאלה לא פשוטה היא מהי דרך ההסדרה הראויה לתחום הפיננסי המתפתח: האם רגולציה מבוססת עקרונות או רגולציה מבוססת כללים. בעוד שרגולציה מבוססת עקרונות מקנה גמישות ומרחב שיקול דעת – הן לשחקנים בשוק והן לגופים המפקחים, רגולציה מבוססת כללים מספקת ודאות משפטית לשחקנים בשוק ומקילה את עבודת הפיקוח.¹⁵⁶ לאחרונה נשמעים קולות הקוראים לגישה מבוססת עקרונות כמתאימה יותר לתחום הפינטק, לאור הקושי של הרגולטורים לעקוב במהירות הנדרשת אחר התפתחויות השוק תוך כדי השארת מרחב מספיק לחדשנות.¹⁵⁷ כריס ברומר וישה ידב אף גורסים כי כאשר הרגולטור מנסה במקביל לקדם חדשנות, לשמור על הגינות הפעילות בשוק ולקבוע כללים ברורים, הוא יוכל לכל היותר להשיג שתיים מבין המטרות הללו אך לא את שלושתן (the "innovation trilemma").¹⁵⁸

152 "...regulation of the financial sector follows the principle of 'same activity creating the same risks should be regulated by the same rules'...". EUROPEAN COMMISSION, EXPERT GROUP ON REGULATORY OBSTACLES TO FINANCIAL INNOVATION (ROFIEG), 30 RECOMMENDATIONS ON REGULATION, INNOVATION AND FINANCE, FINAL REPORT 67–68 (2019)

153 Gurrea-Martinez & Remolina, לעיל ה"ש 8, בעמ' 69; Awrey, לעיל ה"ש 12. קורא להחיל כללים זהים על גופים פיננסיים מסורתיים ועל חברות הפינטק החדשות, העוסקים באותם תחומי פעילות.

154 עם זאת, לגבי הרשאה לחיוב חשבון (שמכונה בעגה הכללית "הוראת קבע") נקבע הסדר שונה בשל המאפיינים והסיכונים הייחודיים של אמצעי תשלום זה. ראו הצעת חוק שירותי תשלום, לעיל ה"ש 130, בעמ' 1156.

155 ס' 1 לחוק שירותי תשלום, לעיל ה"ש 24.

156 Arner, Barberis & Buckley, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1312; CHRIS BRUMMER & DANIEL GORFINE, FINTECH: BUILDING A 21ST-CENTURY REGULATOR'S TOOLKIT 7 (2014)

157 ראו למשל Gurrea-Martinez & Remolina, לעיל ה"ש 8, בעמ' 69; Fenwick, Kaal & Vermeulen, לעיל ה"ש 41, בעמ' 590.

158 Brummer & Yadav, לעיל ה"ש 53.

מנגד, מלומדים אחרים קוראים להחלת שיטה מעורבת המבוססת על שילוב של עקרונות יחד עם כללים מפורטים, בהתאם לפרמטרים שונים שהם מציעים,¹⁵⁹ ואילו אחרים מציינים כי ההצגה של שתי השיטות (שיטה מבוססת עקרונות מול שיטה מבוססת כללים) כשתי שיטות חלופיות היא מטעה, וכי בפועל קיימת קשת רחבה של מצבים כאשר שתי השיטות האמורות מייצגות את שני הקצוות שלה.¹⁶⁰ אכן, בפועל, במדינות רבות הגישה היא גישה מעורבת, כאשר המינון של העקרונות מול הכללים נקבע לפי המטרות הפיקוחיות, בשלות השוק, מאפייני השחקנים הפיננסיים, ומידת המקצועיות של הרגולטור.¹⁶¹

הדברים דלעיל מתייחסים להסדרה על ידי הרשויות הפיקוחיות. אנו, לעומת זאת, עוסקים ברמה נורמטיבית שונה של הסדרה – בקביעת הסדר חקיקתי. בעוד שחקיקת משנה והוראות של רשויות מאסדרות עשויות להידרש לפירוט ודיוק, חקיקה ראשית מתאפיינת בדרך כלל בקביעת עקרונות כלליים המותירים מרחב וגמישות ביישומם. עם זאת, גישת חוק שירותי תשלום שונה. החוק אינו מסתפק בקביעת עקרונות, ובסוגיות רבות קובע כללים מפורטים. הטעם לכך הוא הצורך להבטיח הגנה יעילה, ברורה ליישום ובת פיקוח ללקוחות. מטרתו של החוק היא, כפי שכבר הוסבר, לעודד את השימוש באמצעי התשלום המתקדמים באמצעות הגברת אמון הציבור באמצעי תשלום אלה, וזאת באמצעות הענקת הגנה רחבה ללקוחות כלפי נותני שירותי התשלום שלהם. לאור פער הכוחות בין הלקוח הממוצע לבין נותני שירותי התשלום, קיים חשש שנותני שירותי התשלום ינצלו לרעה את כוחם ויקבעו הסדרים הפוגעים בלקוח.¹⁶² הדרך להבטיח את מטרת המחוקק היא באמצעות קביעת כללי אחריות ברורים, מוטי־לקוח, ובעלי תוקף קוגנטי.

בענף אמצעי התשלום נודעת חשיבות מיוחדת לקביעת הסדרי אחריות ברורים בדרך של חקיקה. תחום זה מאופיין על ידי מיעוט פסיקה בנושא בכלל, ומיעוט הכרעות של בית המשפט העליון בפרט. במשך שלושים וחמש שנותיו של חוק כרטיסי חיוב, רק מקרים

159 להצעות מעורבות ראו למשל Arner, Barberis & Buckley, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1312. החוקרים קוראים להחיל את שיטת הכללים על סטארט־אפים וחברות פינטק בתחילת דרכן, ואת שיטת העקרונות על גופים פיננסיים בשלים ומנוסים יותר. גישה אחרת קוראת דווקא להחיל על המצאות חדשות את גישת העקרונות, וכשאלה מבשילות – לעבור לגישת הכללים.

Brunner & Gorfine, לעיל ה"ש 156, בעמ' 7.

160 Brummer & Gorfine, שם, בעמ' 7; Lawrence A. Cunningham, *A Prescription to Retire; the Rhetoric of 'Principles-Based Systems' in Corporate Law, Securities Regulation and Accounting*, 60 VAND. L. REV. 1411 (2007).

161 Gurrea-Martinez & Remolina, לעיל ה"ש 8, בעמ' 69.

162 חשש כזה התברר לא אחת כמבוסס בנוגע להתנהלות המערכת הבנקאית מול לקוחותיה. ראו רות פלאטורשנער "חוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981 – על היעדרה של חובת אמון בחוק" חוקים 179, 190-192 (2013). בעניין זה יפים דבריו של השופט (כתוארו אז) אהרן ברק בעניין קוסי: "...קיים חשש – ונסיון החיים מוכיח כי חשש זה מבוסס הוא – כי מי שבידו כוח ינצל אותו לרעה. הפיתוי לכך הוא רב. מכאן הצורך לגבש מערכת דינים, שיהא בה לרסן את הכוח, שכן 'כוח ללא אחריות משול להפקרות'..." ע"א 817/79 קוסי נ' בנק י. ל. פויטונוגר בע"מ, פ"ד לח(3) 253, 277 (נבו 1984.9.7) (להלן: עניין קוסי).

בודדים הגיעו לדיון בפני בית המשפט העליון בנוגע לפרשנות החוק או לאחריות המנפיקים. מרבית פסקי הדין שעסקו בכך ניתנו בבתי משפט השלום ובבתי המשפט לתביעות קטנות.¹⁶³ תופעה זו אינה מפתיעה. קשיים רבים עומדים בפני לקוח המבקש לנקוט הליכים משפטיים נגד מנפיקי כרטיסי אשראי או נותני שירותי תשלום אחרים. תביעה כזו דורשת יוזמה, השקעת משאבים כספיים, ידע ומומחיות משפטיים. לקוחות רבים מטילים ספק ביכולת מערכת המשפט לסייע, מעורבות בהליכים משפטיים נתפסת כחוויה לא נעימה, תוצאות ההליך המשפטי אינן ברורות וקיים חשש שהפסד יביא להוצאות נוספות. חלק מהחסמים הללו הופכים לקלים יותר בבית המשפט לתביעות קטנות, ואכן חלק גדול מהתביעות שמוגשות על ידי לקוחות נגד מנפיקים הוגשו לבית משפט זה.¹⁶⁴ אולם עדיין, התחום מאופיין במיעוט בולט של תביעות לקוחות.

קביעת הסדרי אחריות ברורים בחוק, אשר נותני שירותי התשלום יידרשו למלא ככתבם וכלשונם, עשויה לצמצם את הוויכוחים והסכסוכים בנושא ואת הפנייה לערכאות בעקבותיהם; להקל על צרכנים בהוכחת עילת התביעה שלהם במקרים שבהם בכל זאת יפנו לבית משפט, ולסייע להם בהשגת הסעד המשפטי המתאים.

קושי נוסף העומד בפני הלקוח הוא ריבוי נותני שירותי התשלום שעמם עליו להתמודד. בעולם התשלומים המודרני, מאחורי פעולת תשלום אחת עומדת שרשרת של נותני שירותי תשלום וגורמים נוספים הפועלים בתיאום לשם ביצועה. הלקוח מתקשר עם נותן שירותי התשלום שלו, אך תקלות ובעיות בנוגע לפעולת התשלום עלולות לקרות לאורך כל חוליות השרשרת, עקב אשמתו של כל אחד מהגורמים הפועלים בה.

בנוסף, יכולים להיות מצבים שבהם לקוח מתקשר עם כמה נותני שירותי תשלום ביחס לאותה פעולת תשלום. מצב כזה קורה למשל כאשר נותן שירותים אחד מנהל חשבון תשלום ללקוח ונותן שירותים שני מנפיק לו אמצעי תשלום המקושר לחשבון האמור. כך למעשה כאשר לקוח משתמש באפליקציית תשלום המאפשרת מתן הוראת תשלום באמצעות כרטיס אשראי, והחיובים בכרטיס האשראי נגבים מחשבון הבנק של הלקוח באמצעות הרשאה לחיוב כאמור לעיל. במצב זה הלקוח התקשר הן עם מפעיל אפליקציית התשלומים, הן עם חברת כרטיסי האשראי והן עם הבנק.

כדי למנוע מצב שנותן שירות תשלום אחד יפנה את הלקוח לנותן שירות אחר בטענה שהוא הגורם האחראי, יש לקבוע בצורה ברורה מי נושא באחריות כלפי הלקוח במקרים השונים שעלולים להתעורר ואת היקף אחריותו.¹⁶⁵

לאור האמור לעיל, חוק שירותי תשלום נוסח כחוק מבוסס כללים הקובע את הסדרי האחריות החלים על נותני שירותי התשלום בצורה מפורשת ומפורטת. מאפיין זה של החוק בולט בכל אחת מהסוגיות שהחוק עוסק בהן. לדוגמה, בנוגע לאחריות לביצוע פעולת תשלום: החוק קובע במדויק את גבולות גזרת האחריות של כל אחד מנותני שירותי התשלום כלפי

163 מיכל עופר-צפוני "משטר חלוקת האחריות לשימוש לרעה באמצעי תשלום על פי חוק שירותי תשלום, התשע"ט-2019 – תיקון חלקי להסדר חסר" חוקים 7 (2021).

164 שמואל בכר ואבישי קליין "פרדוקס הייצוג בבית המשפט לתביעות קטנות? על תביעות ביטוח, פערי כוחות וכף גרלו של השופט" הפרקליט נ(2) 327, 331-334 (2009).

165 הצעת חוק שירותי תשלום, לעיל ה"ש 130, בעמ' 1174.

הלקוח שלו;¹⁶⁶ את האחריות של נותן שירותי התשלום למשלם כלפי המשלם במקרים שבהם פגם בביצוע פעולת התשלום נגרם כאשמתו, ובמקרים שבהם הפגם אירע באשמת נותן שירותים אחר;¹⁶⁷ את החבות בנפרד של כל אחד מנותני שירותי התשלום כלפי הלקוח שלו,¹⁶⁸ ועוד. מאפיין זה של קביעת כללי אחריות ברורים בא לידי ביטוי גם בסוגיית השימוש לרעה באמצעי תשלום, כפי שנראה בפרק ג.

לסיכום, ראינו כי חוק שירותי תשלום מתאפיין בעקרונות מספר: ניטרליות טכנולוגית, הגשמת מדיניות צרכנית, הסדרה מתכללת ואחידה, וקביעת כללי אחריות ברורים. לאחר הבנת עקרונות אלה, נעבור כעת לבחון כיצד החוק מתמודד עם האתגרים שאמצעי התשלום המודרניים מציבים, ומה תרומתו לפיתוח ולעיצוב מערך אמצעי התשלום המתקדמים במשק. הדיון יתמקד בסוגיית השימוש לרעה באמצעי תשלום כמקרה בוחן.

ג. שימוש לרעה באמצעי תשלום

אחת הסוגיות המרכזיות בחוק שירותי תשלום, המדגימה כיצד החוק פועל להשגת המטרה של עידוד השימוש באמצעי התשלום המודרניים, היא הסוגיה של שימוש לרעה באמצעי תשלום. סוגיה זו ממחישה כיצד מנגנון התמריצים שקבע החוק בנוגע לכל אחד מהצדדים המעורבים בפעולת התשלום פועל לצמצום מצבים של שימוש לרעה באמצעי תשלום, ובעיקר – מספק הגנה יעילה ללקוחות המשתמשים באמצעי התשלום המתקדמים.¹⁶⁹

1. תופעת השימוש לרעה

חוק שירותי תשלום מגדיר "שימוש לרעה":

שימוש באמצעי תשלום או ברכיב חיוני שלו בידי מי שאינו זכאי לכך לפי חוזה שירותי התשלום.¹⁷⁰

כזכור, "אמצעי תשלום" מוגדר בחוק:

רצף פעולות שעל משלם לבצע לשם מתן הוראת תשלום, בין שהוא כולל שימוש בחפץ או פרט אימות ובין שאינו כולל שימוש כאמור.¹⁷¹

ואילו "רכיב חיוני תשלום" מוגדר כך:

רכיב באמצעי התשלום, הייחודי למשלם, ובכלל זה החפץ או פרט האימות שנעשה בו שימוש כחלק מאמצעי התשלום, או צירוף של רכיבים כאמור, שבעל הגישה לרכיב או לצירוף הרכיבים כאמור יכול לתת באמצעותו הוראת

166 ס' 19(א)-(ג) לחוק שירותי תשלום, לעיל ה"ש 24.

167 ס' 19(ד)-(ו) לחוק שירותי תשלום, שם.

168 ס' 20 לחוק שירותי תשלום, שם.

169 לדיון רחב בנושא השימוש לרעה באמצעי התשלום הדיגיטליים ראו Plato-Shinar, לעיל ה"ש 139; פלאטורשנער, לעיל ה"ש 135, בפרק ה.

170 ס' 1 לחוק שירותי תשלום, לעיל ה"ש 24.

171 שם.

תשלום, ובלבד שהרכיב או צירוף הרכיבים פורט בחוזה שירותי התשלום בין
נותן שירותי התשלום למשלם ובין המשלם.¹⁷²

הרכיבים באמצעי התשלום יכולים להיות הן רכיבים פיזיים, כגון כרטיס פלסטיק, הן אמצעים
המשמשים לזיהוי, כגון קוד או אמצעי ביומטרי, והן צירוף של אלה.¹⁷³ אולם כדי שרכיב
כלשהו (או צירוף רכיבים) ייחשב "רכיב חיוני באמצעי התשלום" עליו לקיים מבחן כפול:
א. להיות ייחודי למשלם; ב. שניתן לתת באמצעותו את הוראת התשלום.

בדומה להגדרה של "אמצעי תשלום", גם הגדרת המונח "רכיב חיוני" שומרת על
ניטרליות טכנולוגית, המאפיין הראשון של החוק כמוסבר בפרק ב לעיל.

הניסיון בישראל, כמו במדינות אחרות, מראה כי שימוש לרעה הוא תופעה נפוצה אשר
השיטות לה רק הולכות ומשתכללות עם השנים, החל בגנבת כרטיס אשראי או שכפול שלו,
דרך גנבת קוד או סיסמה סודיים או פיצוח שלהם – לרבות באמצעות הוצאת הפרטים מבעל
הכרטיס במרמה ("פשינג" – "phishing"),¹⁷⁴ פריצות מתוחכמות למערכות ממוחשבות,
אירועי דלף מידע ועוד.¹⁷⁵ עם התפתחות המסחר המקוון וביצוע רכישות באתר אינטרנט
או אפליקציה ייעודית של המוטב, קיים גם חשש שהמוטב או מי מטעמו שנחשפו לאמצעי
התשלום של המשלם יעשו אף הם פעולות בלתי מורשות באמצעי התשלום.

ברוב מקרי השימוש לרעה לא ניתן לאתר את הרמאי ולהיפרע ממנו. לכן, כשהמשלם¹⁷⁶
מגלה את דבר השימוש לרעה הוא יפנה בדרך כלל לנותן שירותי התשלום שלו ויסרב לשאת
בסכום העסקה שנעשתה תוך השימוש לרעה. מכאן, שסוגיית השימוש לרעה מתעוררת
בשלב ראשון במערכת היחסים שבין המשלם לבין נותן שירותי התשלום שלו, ודורשת
את התערבות המשפט במערכת יחסים זו.¹⁷⁷ במרבית המקרים, מבין שני צדדים אלו, נותן
שירותי התשלום הוא זה שיישא בהפסד. אולם נותני שירותי התשלום אינם מוכנים לספוג
את הנזק ומנסים לגלגל אותו לכתפי המוטב, מכאן שבשלב השני נדרשת התערבות המשפט
במערכת היחסים בין המוטב לבין נותן שירותי התשלום שלו.¹⁷⁸

להלן נבחן את ההסדר שהחוק קובע לגבי כל אחת ממערכות יחסים אלה. כפי שניתן
יהיה לראות, ההסדר מדגים את כל מאפייני החוק: הוא חל בצורה אחידה על כל אמצעי

172 ש.ם.

173 על הדרישה לשימוש בקוד סודי כתנאי למתן הוראת התשלום, ראו את הכללים המופיעים באתר
חברת ויזה העולמית, Visa Pin Security Program Guide (2020), <https://usa.visa.com/dam/VCOM/download/security/documents/visa-pin-security-program-guide-public.pdf>.

174 להסבר על אודות תופעה זו המכונה גם "דיוג", ראו "הונאות מקוונות" משרד המשפטים, <https://web.archive.org/web/20180103193550/http://www.justice.gov.il/Units/StateAttorney/Criminal/Pages/OnlineFrauds.aspx>.

175 קינן, קינן וזילבר, לעיל ה"ש 16; שחר לוי, לעיל ה"ש 16; הודעה לעיתונות מיום 29.1.2020, לעיל ה"ש 16.

176 הכוונה היא לבעל אמצעי התשלום שבו נעשה השימוש לרעה. החוק מכנה אותו "המשלם",
אף שהמשלם בפועל הוא הגורם שביצע את השימוש לרעה.

177 בכך עוסק פרק 2ג להלן.

178 בכך עוסק פרק 4ג להלן.

התשלום המתקדמים,¹⁷⁹ ועל כלל נותני שירותי התשלום; הוא בנוי ממערך של כללי אחריות ברורים; הוא משקף את מדיניות המחוקק לעודד את השימוש באמצעי התשלום המתקדמים, והוא עושה זאת באמצעות הענקת הגנה רחבה ללקוח.

2. הסדרת היחסים בין נותן שירותי התשלום לבין המשלם – הסדר הגבלת האחריות

המטרה העיקרית של החוק היא, כאמור, הגברת אמון הציבור באמצעי התשלום המתקדמים כדי לעודד את השימוש בהם.¹⁸⁰ לשם השגת מטרה זו החוק קובע הסדר אחריות שמיטיב עם המשלם ומעניק לו הגנה רחבה. למעשה, החוק מאמץ את ההסדר שהיה קבוע בעניין זה בחוק כרטיסי חיוב: הסדר ביטוחי החורג מדיני הנזיקין הכלליים. החוק מטיל את עיקר האחריות על נותן שירותי התשלום בכפוף להשתתפות עצמית מסוימת מצד המשלם.

במרכז ההסדר עומדת ההודעה של המשלם לנותן שירותי התשלום למשלם על אודות הגנבה או האובדן של הרכיב החיוני באמצעי תשלום, או על כך שנעשה שימוש לרעה באמצעי התשלום (להלן: ההודעה).¹⁸¹ מבחינת נותן שירותי התשלום ההודעה היא קריטית, שכן רק ממועד קבלתה הוא יכול לפעול למניעת שימושים נוספים לרעה ולהקטנת הנזק. לאור זאת, שיטות משפט שונות בחרו להטיל על המשלם חובה למסור לנותן שירותי התשלום שלו הודעה כאמור, ואף התנו את הסדר הגבלת האחריות של המשלם במתן ההודעה.¹⁸²

לעומת זאת, החוק הישראלי נקט גישה מקילה יותר מבחינת המשלם, ואינו מחייב מתן הודעה. במקום זאת, החוק קובע מנגנון שמטרתו לתמרץ את המשלם למסור הודעה כזו לנותן שירותי התשלום שלו, ובהקדם האפשרי. החוק קובע כי מרגע שהמשלם מסר את ההודעה לנותן שירותי התשלום למשלם לא יישא המשלם באחריות כלשהי לשימוש לרעה באמצעי התשלום.¹⁸³ מי שיספוג את הנזק הוא אפוא נותן שירותי התשלום למשלם, אלא אם יצליח לגלגל את הנזק למוטב, כפי שיוסבר בהמשך.

לעומת זאת, לגבי שימוש לרעה שנעשה לפני שנמסרה הודעה, המשלם יישא באחריות, אם כי מוגבלת. המשלם יהיה אחראי לסכום ששולם במסגרת השימוש לרעה, ובתנאי שלא יעלה על תקרה שהחוק קובע – סכום קצוב ונמוך יחסית לנזק שעלול להיגרם עקב השימוש לרעה. מנגנון זה דומה במהותו לדמי השתתפות עצמית בביטוח, ונועד להעניק הגנה צרכנית למשלם. הסדר זה פטרנליסטי באופיו, שכן הוא אינו מותיר למשלם שיקול דעת או אפשרות בחירה במנגנון הביטוחי, אלא כופה אותו על המשלם כמכשיר המיועד להגנתו.

מעניין להתעכב על תקרת האחריות הקבועה בחוק. החוק אינו נוקב סכום קבוע אלא מפרט נוסחת חישוב, כך: סכום קבוע של 75 ש"ח בתוספת של 30 ש"ח לכל יום מהמועד

179 למעט על הרשאה לחיוב, שעליה חל הסדר נפרד. ראו ס' 39 לחוק שירותי תשלום, לעיל ה"ש 24.

180 הצעת חוק שירותי תשלום, לעיל ה"ש 130.

181 ס' 24(א) לחוק שירותי תשלום מגדיר את המונח "הודעה". חוק שירותי תשלום, לעיל ה"ש 24.

182 ראו למשל סעיפים 69(1)(b) ו-71 לדירקטיבה האירופית, לעיל ה"ש 66. דוגמה נוספת היא דרום אפריקה. להרחבה בנושא זה ראו Plato-Shinar, לעיל ה"ש 139, בפרק 3.2.

183 ס' 24(ב) לחוק שירותי תשלום, לעיל ה"ש 24.

שבו נודע למשלם על הגנבה או האובדן של הרכיב החיוני או על השימוש לרעה ועד למועד מסירת ההודעה. אולם, אם המשלם מסר את ההודעה תוך 30 ימים מיום שנעשה לראשונה שימוש לרעה, הוא לא יהיה אחראי לסכום העולה על 450 ש"ח.

נוסחה זו והסכומים הנקובים בה נקבעו במקור בחוק כרטיסי חיוב שנחקק, כזכור, בשנת 1986, והועתקו כפי שהם לחוק שירותי תשלום. מנסחי חוק כרטיסי חיוב הסבירו כי הסכום הקבוע מטרתו לתמרץ את המשלם לשמור על אמצעי התשלום והרכיב החיוני, משום שאם יתבצע שימוש לרעה יאלץ לשלם את הסכום האמור, ואילו הסכום היומי מטרתו לזרז את הלקוח למסור את ההודעה מוקדם ככל האפשר.¹⁸⁴ במילים אחרות, קביעות אלה אמורות להפחית את הסיכון המוסרי מצידו של המשלם. אולם בפועל, ספק אם משלמים מודעים לסעיף, ולכן ספק אם לתמריץ האמור תהיה השפעה מעשית עליהם. בעניין זה נדרש מהלך מקביל של חינוך פיננסי, והגברת המודעות הציבורית לחשיבות השמירה על אמצעי התשלום ולדיווח מידי על שימוש לרעה. ללא זאת, הרושם הוא שמדובר בנוסחה לחישוב חלוקת האחריות ולא בתמריץ מעשי שמכוון ללקוחות.

לשם השוואה, בדירקטיבה האירופית על אמצעי תשלום, ששימשה השראה לחוק אמצעי תשלום הישראלי, נקבע סכום קבוע של 50 אירו המהווה את סכום ההשתתפות העצמית, ללא תלות במועד מסירת ההודעה;¹⁸⁵ ואם אובדן אמצעי התשלום, גנבתו או השימוש שנעשה בו לרעה לא היו ניתנים לגילוי על ידי המשלם לפני ביצוע התשלום, יהיה המשלם פטור מתשלום כל סכום שהוא.¹⁸⁶

הנימוק בדבר מנגנון התמרוץ מעורר קושי גם לאור קביעה אחרת בחוק שירותי תשלום – הקביעה כי הסדר הגבלת האחריות המתואר לעיל יחול גם במקרים שבהם התרשל המשלם בשמירה על אמצעי התשלום או הרכיב החיוני.¹⁸⁷ במילים אחרות, גם אם המשלם התרשל, ואף התרשלות רבתי, אין בכך כדי להטיל עליו את האחריות לשימוש לרעה, מלבד סכום ההשתתפות העצמית כמוסבר לעיל.¹⁸⁸ הסדר זה מתמיה, שכן הוא עלול ליצור תמריץ להתנהגות רשלנית מצד הלקוחות. אולם הרציונל העומד מאחוריו הוא אחד העקרונות הראשיים בחוק – מתן הגנה צרכנית רחבה למשלם. אם נאפשר לנותני שירותי התשלום

184 טנה שפניץ, אלן זיסבלט וורדה לוסטרוויז "חוק כרטיסי חיוב – מגמות" הפרקליט לח 644, 650-649 (1987). לביקורת על המורכבות של הסדר זה ראו עופר-צפוני, לעיל ה"ש 163, פרק ב(2).

185 ס' 174(1) לדירקטיבה האירופית, לעיל ה"ש 66. המדינות הכפופות לדירקטיבה רשאיות להפחית את הסכום בהתחשב בטיב פרטי הזיהוי האישיים הננקטים לשם הבטחת המידע והנסיבות שבהן אמצעי השימוש אבד, נגנב או נוצל לרעה.

186 שם, בס' 74(1)(a). חריג זה יכול לחול למשל במקרים של פריצות על ידי האקרים למאגרי מידע שבהם מצויים הפרטים של אמצעי התשלום של לקוחות, ואולי גם במקרים מסוימים של פישונג. ראו Reinhard Steennot, *Reduced Payer's Liability for Unauthorised Payment Transactions under the Second Payment Services Directive (PSD2)*, 34 *COMPUTER L. & SECURITY REV.* 954, 955 (2018).

187 ס' 31 לחוק שירותי תשלום, לעיל ה"ש 24. להרחבה בנושא זה ראו פלאטו-שנער, לעיל ה"ש 135.

188 שפניץ, זיסבלט ולוסטרוויז, לעיל ה"ש 184, בעמ' 648.

להעלות טענת רשלנות נגד המשלם, הדבר עלול להיות מנוצל על ידם לרעה אף במקרים שאין מדובר בהם ברשלנות המשלם, מתוך ידיעה שמשלמים בדרך כלל נמנעים מלפנות לערכאות בשל היעדר אמצעים ליזום ולנהל תביעה משפטית נגד נותני שירותי התשלום.¹⁸⁹ הרצון לספק הגנה צרכנית רחבה למשלמים כדי לעודד אותם לעשות שימוש באמצעי התשלום המודרניים הוא שהוביל לקביעה האמורה חרף הבעייתיות שהיא עלולה לעורר כאמור. עם זאת, ההגנה הצרכנית שהחוק מעניק איננה מוחלטת, ובצדק. החוק קובע כי המשלם יישא באחריות מלאה לשימוש לרעה שנעשה לפני מסירת ההודעה במקרים שבהם "העמיד את הרכיב החיוני באמצעי התשלום לרשותו של אדם אחר".¹⁹⁰ התנהגות כזו יוצרת סיכון מוחשי לשימוש לרעה, ומכאן הקביעה האמורה. בנוסף, כמוכן, אם המשלם פעל בכוונת מרמה, הוא יישא באחריות מלאה למלוא הנזק שנגרם עקב השימוש לרעה.¹⁹¹

3. פעולת תשלום במסמך חסר

שימוש לרעה עלול להתרחש גם בהקשר של "פעולת תשלום במסמך חסר". בחוק כרטיסי חיוב הישן, "פעולת תשלום במסמך חסר" הוגדרה כפעולת תשלום שאין לגביה מסמך המעיד על פרטי התשלום והסכמת המשלם לביצועו.¹⁹² בתקופה שבה נחקק חוק כרטיסי חיוב מקובל היה להחתים את המשלם על שובר מנייר הכולל את כל פרטי התשלום. עסקאות שנעשו ללא חתימה על שובר כאמור נחשבו חריגות, ועוררו את הצורך לקבוע הסדר נפרד לגביהן. אולם כיום עסקאות רבות מתבצעות מרחוק באמצעות האינטרנט או אפליקציות סלולריות, מבלי להחתים את המשלם על שובר עסקה. במקום זאת, בתי העסק משתמשים בתוכנות המתעדות את פרטי התשלום והסכמת המשלם לביצועו. לאור מגמה זו, חוק שירותי תשלום מכיר בתחליף לדרישת החתימה על שובר העסקה. תחליף זה נועד להגשים אותה תכלית של שובר הנייר: הגברת הוודאות כי מי שנתן את הוראת התשלום הוא אכן המשלם, וכי הוא הסכים לפעולת התשלום.¹⁹³ ההכרה בתחליף משקפת את תפיסת המשפט כמגיב וכמתאים את עצמו להתפתחויות הטכנולוגיות. אולם כפי שנראה להלן, ההסדר שהחוק קובע פועל במקביל גם לעצב את דפוס הפעילות הטכנולוגית ולהשפיע עליה. החוק מגדיר "פעולת תשלום במסמך חסר" כפעולת תשלום שלא קיים לגביה אף אחד מהמסמכים הבאים:¹⁹⁴

(1) שובר של העסקה החתום ידנית על ידי המשלם וכולל את פרטי עסקת התשלום.

189 עופר-צפוני, לעיל ה"ש 163, בפרק ב(ג). להרחבה בנושא רשלנות המשלם ראו רות פלאטושנער, לעיל ה"ש 135.

190 ס' 24(ד) לחוק שירותי תשלום, לעיל ה"ש 24. אך ראו את החריגים המפורטים בסעיף שבהם המשלם בכל זאת ייהנה מהסדר הגבלת האחריות.

191 ס' 26 לחוק שירותי תשלום, שם.

192 ס' 29(א) לחוק שירותי תשלום, שם.

193 הצעת חוק שירותי תשלום, לעיל ה"ש 130, בעמ' 1181.

194 ס' 29(א) לחוק שירותי תשלום, לעיל ה"ש 24.

(2) רשומה מוסדית קבילה כמשמעותה בפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971,¹⁹⁵ המתעדת את אימות זהות המשלם באמצעות "פרט אימות מוגבר" ואת הסכמתו לביצוע פעולת התשלום.

"פרט אימות" הוא "פרט ייחודי למשלם שנועד לאמת את זהותו",¹⁹⁶ כגון פרט מידע (מספר תעודת זהות, מספר טלפון סלולרי), קוד, צופן, אמצעי ביומטרי, טוקן (token), או כל פרט אחר הייחודי למשלם,¹⁹⁷ ואילו "פרט אימות מוגבר" הוא "פרט אימות המאמת את זהותו של המשלם ברמת ודאות גבוהה".¹⁹⁸ "פרט אימות מוגבר" יכול להיות פרט בודד, כגון פרט ביומטרי, אך הוא יכול גם להיות צירוף של כמה פרטי אימות אשר כל אחד מהם בנפרד אינו מבטיח זיהוי ברמת ודאות גבוהה, אך צירופם יחד כן מבטיח זאת.¹⁹⁹

רשומה מוסדית המתעדת את אימות זהות המשלם באמצעות פרט אימות מוגבר ואת הסכמתו לביצוע פעולת התשלום מהווה תחליף לשובר הנגזר ידנית, ומתאימה לעולם הדיגיטלי המתפתח.

בכל הנוגע לעסקה במסמך חסר, לחוק מטרה כפולה: ראשית, להפחית את מספר העסקאות במסמך חסר בשל הסיכון הרב הכרוך בהן. שנית, לספק הגנה ללקוחות שעדיין מבצעים עסקאות במסמך חסר, ובשל הסיכון הרב שכרוך בהן זקוקים להגנה רחבה אף יותר מאשר בעסקאות רגילות. החוק פועל להשגת שתי המטרות האמורות באמצעות שחרור מוחלט של המשלם מאחריות לפעולת תשלום במסמך חסר שלא בוצעה על ידו, ובלבד שהודיע על כך לנותן שירותי התשלום שלו תוך 30 ימים מיום שנודע לו על החיוב.

ההסדר המשפטי האמור מדגים את תפקידו המורכב של המשפט:

מצד אחד המשפט מגיב לחידושים הטכנולוגיים – רשומות אלקטרוניות המחליפות שוברי נייר וקובע מה ההסדר שיחול לגבי השימוש בהן.

במקביל, המשפט מסייע לעיצוב הטכנולוגיה הנוהגת בתחום התשלומים: מכיוון שהוא מטיל את מלוא האחריות לפעולת התשלום במסמך חסר על נותן שירותי התשלום למשלם, הוא יוצר תמריץ ממשי לנותני שירותי התשלום לאמץ טכנולוגיות היוצרות רשומות מוסדיות ממוחשבות הכוללות פרט אימות מוגבר. תהליך זה, מצידו, מוביל לפיתוחים טכנולוגיים המיועדים לאפשר את ביצוע האימות המוגבר במהירות ובנוחות רבה יותר למשלם, אך גם בטיחותית יותר מבחינת כל הצדדים לעסקה. דוגמה לכך היא המעבר משימוש בפס מגנטי

195 ראו את הגדרת המונח "רשומה מוסדית" בס' 35 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות). לפי ס' 36 לפקודת הראיות, רשומה מוסדית תהיה קבילה להוכחת אמיתות תוכנה בכל הליך משפטי, אם נתקיימו לגביה כל אלה: (1) המוסד נוהג, במהלך ניהולו הרגיל, לערוך רישום של האירוע נושא הרשומה בסמוך להתרחשותו; (2) דרך איסוף הנתונים נושא הרשומה ודרך עריכת הרשומה יש בהן כדי להעיד על אמיתות תוכנה של הרשומה; (3) אם הרשומה היא פלט מחשב: הוכח כי דרך הפקת הרשומה יש בה כדי להעיד על אמיתותה וכי המוסד נוקט אמצעי הגנה סבירים מפני חדירה לחומר מחשב ומפני שיבוש בעבודת המחשב.

196 ראו הגדרת המונח "פרט אימות" בס' 1 לחוק שירותי תשלום, לעיל ה"ש 24.

197 הצעת חוק שירותי תשלום, לעיל ה"ש 130, בעמ' 1161.

198 ראו הגדרת המונח "פרט אימות מוגבר" בס' 1 לחוק שירותי תשלום, לעיל ה"ש 24.

199 הצעת חוק שירותי תשלום, לעיל ה"ש 130, בעמ' 1161.

המוטבע על כרטיס החיוב לשבב המבוסס על תקן EMV.²⁰⁰ תקן זה, שפותח בידי שלוש חברות האשראי הגדולות באירופה (Europay, Mastercard, Visa), נועד לאבטח רכישות בכרטיסי אשראי ולמנוע ככל הניתן הונאות וזיופים על ידי זיהוי כמעט ודאי של בעל הכרטיס. התקן כולל שבב חכם הנמצא בכרטיס החיוב במקומו של הפס המגנטי, ועליו מידע המיוחס אך ורק לכרטיס שעליו הוא מותקן. הסליקה מתבצעת על ידי קריאת השבב והזנת קוד סודי הייחודי לכרטיס המסוים.²⁰¹ מהלך זה של מעבר לתקן EMV הוביל להחלפת המסופים הישנים בבתי העסק לכאלו התומכים בטכנולוגיה החדשה, לשיפור ועדכון מערכות הסליקה של נותני שירותי התשלום, ולפיתוח אמצעים טכנולוגיים המאפשרים לבעלי כרטיסי חיוב להחליף את הקוד הסודי שלהם באופן דיגיטלי באתרי החברות של כרטיסי האשראי.²⁰² דוגמה אחרת היא המעבר לאמצעי זיהוי ביומטריים, כגון זיהוי פנים או טביעת אצבע, מהלך שאומץ לאחרונה על ידי חברת אפל (Apple) עם כניסתה לשוק התשלומים הישראלי והשקת הארנק האלקטרוני אפלפיי (ApplePay).²⁰³ אמצעי זיהוי מתקדמים אלה, המהווים "פרט אימות מוגבר" כמשמעו בחוק, מקטינים במידה רבה את הסיכון לשימוש לרעה לטובת כלל הצדדים המעורבים בעסקת התשלום.

עם זאת, אם למרות השימוש ברשומה מוסדית ובפרט אימות מוגבר ייעשה בכל זאת שימוש לרעה באמצעי התשלום, אזי מכיוון שלא מדובר בעסקה במסמך חסר יחול הסדר הגבלת האחריות הכללי שתואר בפרק 2 לעיל, הכולל אמנם השתתפות עצמית של הלקוח, אך עדיין מעניק לו הגנה טובה.

4. הגנת המוטב במקרה של שימוש לרעה

עד כה עסקנו במערכת היחסים בין המשלם לבין נותן שירותי התשלום למשלם, וראינו שמי שבדרך כלל יישא בנזק בגין השימוש לרעה הוא נותן שירותי התשלום למשלם. האם נותני שירותי התשלום יוכלו לגלגל את הנזק אל כתפי המוטב?

חוק כרטיסי חיוב הישן לא התייחס למוטב ולא העניק לו כל הגנה במקרה של שימוש לרעה. כתוצאה מכך, היחסים בין המוטב לבין נותן שירותי התשלום למוטב הוסדרו בחוזה

200 יוזמה זו קודמה נמרצות על ידי בנק ישראל והפכה להוראה המחייבת את חברות כרטיסי האשראי והסולקים ליישם בהדרגה את תקן EMV בכלל המשק, מהלך ששימש זרז מרכזי בהטמעת טכנולוגיה זו. ראו בנק ישראל "שלב נוסף בהטמעת תקן EMV במערך התשלומים בישראל" (הודעה לעיתונות 27.11.2019), <https://www.boi.org.il/he/NewsAndPublications/PressReleases/Pages/27-11-19.aspx>.

201 ראו הסבר לדוגמה באתר חברת רווחית <https://icredit.rivhit.co.il/emv>

202 ראו על כך בנק ישראל "לקראת המעבר לתשלומים באמצעי תשלום מתקדמים בתקן EMV – העלאת מודעות הציבור לאפשרות בחירת קוד סודי אישי לכרטיסי החיוב באופן עצמאי" (הודעה לעיתונות 20.7.2020), <https://www.boi.org.il/he/NewsAndPublications/PressReleases/Pages/20-7-20.aspx>.

203 אורי אליעז ורועי שפירי "אפל פיי בישראל: המדריך המלא", mako (5.5.2021), <https://www.mako.co.il/nexter-guide/Article-998cf9b5b19f871026.htm>

ביניהם; חוזה שהיה מוטב לטובת האחרון ותוצאתו הייתה בדרך כלל גלגול הנזק אל המוטב.²⁰⁴ תלונות לא מעטות הגיעו בעניין זה אל משרד המשפטים מאת עסקים קטנים ובינוניים.²⁰⁵ לאור זאת, אחד החידושים החשובים בחוק שירותי תשלום החדש הוא הגבלת האפשרות של נותני שירותי התשלום לחייב את המוטב בגין סכומים שהוחזרו למשלם במצבים של שימוש לרעה, כפי שיוסבר להלן.²⁰⁶

העיקרון שנקבע בחוק הוא מתן הגנה למוטב במקרים שבהם לא הייתה לו יכולת אוכייקטיבית למנוע את השימוש לרעה.²⁰⁷ ההסדר בחוק מתבסס בעיקרו על שימוש – או אי שימוש – בפרט אימות מוגבר²⁰⁸ בעת מתן הוראת התשלום. הנחת המחוקק היא שאם המוטב דאג לכך שיעשה שימוש בפרט אימות מוגבר, הוא פעל ככל יכולתו כדי לזהות את המשלם ולצמצם את הסיכון לשימוש באמצעי התשלום על ידי מי שאיננו המשלם. לכן, אם בכל זאת נעשה שימוש לרעה, למשל באמצעות גנבת פרט האימות המוגבר, נכון יהיה להטיל את הנזק על נותן שירותי התשלום.²⁰⁹

ההגנה למוטב חלה רק במקרים שבהם הוראת התשלום של המשלם ניתנה באמצעות המוטב, כגון באמצעות שימוש בכרטיס אשראי בבית העסק של המוטב או באתר המקוון שלו. כאשר הוראת התשלום ניתנת באמצעות המוטב, קיימת למוטב שליטה על אופן זיהוי המשלם וכן שליטה מסוימת על פרטי הוראת התשלום, והוא יכול לפעול לצמצום הסיכון לשימוש לרעה.²¹⁰

בהתאם, החוק מוסיף וקובע כי נותני שירותי התשלום לא יהיו רשאים לחייב את המוטב אם השימוש בפרט אימות מוגבר לשם מתן הוראת התשלום אינו אפשרי לגבי אותו סוג של אמצעי תשלום, וכן אם נותני שירותי התשלום לא אפשרו למוטב לדרוש שימוש בפרט אימות מוגבר לשם מתן הוראת התשלום. למשל, אם נותן שירותי התשלום סיפק למוטב מסוף ממוחשב שהוראת התשלום משודרת באמצעותו, כאשר השימוש בו אינו טעון זיהוי של המשלם לפי פרט אימות מוגבר.²¹¹

ההסדר המשפטי הנוגע לאחריות המוטב עשוי אף הוא להשפיע על הטכנולוגיה הנוהגת בתחום התשלומים. מכיוון שתנאי להגנת המוטב הוא שימוש בפרט אימות מוגבר, יש בהסדר זה כדי לתמרץ את המוטבים לאמץ את הטכנולוגיות המתקדמות המאפשרות את האימות המוגבר, ובראשן תקן EMV, במסופים הממוחשבים שלהם.²¹² אם בנובמבר 2019

204 ראו למשל רע"א 8501/04 ישרד המרהט חיפה בע"מ נ' כרטיסי אשראי לישראל בע"מ (נבו) (11.08.2005).

205 הצעת חוק שירותי תשלום, לעיל ה"ש 130, בעמ' 1183.

206 ס' 32 לחוק שירותי תשלום, לעיל ה"ש 24. סעיף 32(ב) מאפשר להתנות על הוראות הסעיף כשהמוטב הוא עסק גדול בעל מחזור מכירות שנתי העולה על שלושים מיליון ש"ח.

207 הצעת חוק שירותי תשלום, לעיל ה"ש 130, בעמ' 1156.

208 הגדרת המונח "פרט אימות מוגבר", לעיל ה"ש 198.

209 הצעת חוק שירותי תשלום, לעיל ה"ש 130, בעמ' 1183.

210 שם.

211 ס' 32(א) לחוק שירותי תשלום, לעיל ה"ש 24.

212 עוד לפני חקיקת חוק שירותי תשלום נקבע מנגנון הסטת אחריות בהוראת המפקחת על הבנקים. ההוראה קבעה כי במטרה לתמרץ את העסקים לאמץ את תקן EMV, במקרה של שימוש לרעה

היו למעלה מ-70 אחוזים ממסופי התשלום במשק מותאמים לתקן מבחינת החומרה אך רק כ-20 אחוזים היו מותאמים גם מבחינת התוכנה,²¹³ במהלך 2020 המשק כבר נמצא בעיצומו של תהליך כולל מואץ להטמעת תקן EMV בבתי העסק השונים.²¹⁴ עד קיץ 2022 יושלם המהלך גם בכל העסקים הקטנים ובכלל המשק.

לסיכום, סוגיית השימוש לרעה באמצעי תשלום מדגימה את העקרונות שחוק שירותי תשלום מושתת עליהם: ניטרליות טכנולוגית המאפשרת להחיל את החוק על כלל אמצעי התשלום הקיימים והעתידיים; מדיניות צרכנית המעניקה הגנה רחבה למשתמשים השונים באמצעי התשלום; הסדרה מתכללת ואחידה החלה על כלל המוצרים ועל כלל השחקנים בשוק; וקביעת כללי אחריות ברורים.

עקרונות אלה מסייעים למשפט למלא את תפקידו הכפול ביחס להתפתחות הטכנולוגית המהירה בתחום אמצעי התשלום: ראשית, המשפט מגיב להתפתחויות המהירות בתחום ומסדיר את השימוש באמצעי התשלום החדשים שאך זה נכנסו לשימוש. דוגמה בולטת לכך היא ההסדר בנושא "עסקה במסמך חסר", המתייחס למעבר מאמצעי תשלום מבוססי נייר לאמצעים אלקטרוניים. שנית, המשפט מאפשר התפתחויות נוספות בעתיד תוך עיצוב דפוסי האימוץ של טכנולוגיות אלה. תפקיד זה של המשפט בא לידי ביטוי בולט בהוראות המתייחסות לאימות זהותו של המשלם, לאור הפיתוחים הטכנולוגיים החדשים בתחום ספציפי זה.

הטכניקה העיקרית שהחוק משתמש בה לשם מילוי תפקידיו אלה היא מתן תמריצים לשחקנים השונים כדי לעודד אותם לפעול בדרך הנראית למחוקק כמתאימה ביותר להקטנת הסיכון לשימוש לרעה באמצעי התשלום ולצמצום הנזקים העלולים להיגרם עקב כך. הגם שחלק ממנגנוני התמרוץ ראויים לחשיבה מחודשת, נדמה כי עדיין מגמה זו היא מגמה נכונה העשויה לסייע למשפט למלא את תפקידיו האמורים ביחס לאמצעי התשלום המתקדמים.

סיכום

לאמצעי התשלום הטכנולוגיים המודרניים יתרונות רבים, אך הם גם טומנים בחובם סיכונים לא מעטים. כדי לעודד את השימוש באמצעי התשלום המודרניים ולקדם את התפתחותם יש ליצור מנגנונים שינצלו את היתרונות הגלומים בהם אך במקביל גם יצמצמו את הסיכונים שהם יוצרים. בפרט, נדרש איזון ראוי בין הגנה צרכנית לבין יעילות מסחרית, באופן שיעודד את הציבור להשתמש באמצעי התשלום המתקדמים מחד גיסא, ויגן על האינטרסים המסחריים של נותני שירותי התשלום מאידך גיסא. הדרך להשגת מטרות אלו היא באמצעות יצירת מסגרת משפטית מתאימה, ומכאן תפקידו המרכזי של המשפט בפיתוח ובעיצוב מערך אמצעי התשלום. למשפט יש תפקיד כפול בהקשר זה: הוא מגיב להתפתחויות הטכנולוגיות ומתאים את עצמו אליהן (המשפט כמגיב), ובה בעת הוא משפיע על אופן אימוץ הטכנולוגיות ומעצב את השימוש

בתשלום שנעשה לבית עסק שלא מותקן בו מסוף EMV, הסולק יהיה אחראי להשבת הסכום למשלם ולהשתת הנזק הכספי על בית העסק. ראו ס' 15 להוראת ניהול בנקאי תקין 472 "סליקת עסקאות בכרטיסי חיוב" (30.09.2021).

213 הודעה לעיתונות מיום 27.11.19, לעיל ה"ש 200.

214 בנק ישראל סקירת מערכת הבנקאות לשנת 2020, 167, 196 (2021).

בהן בהתאם למטרות שבכוונתו להשיג (המשפט כמעצב). המאמר בחן כיצד תפקידים אלה באים לידי ביטוי בחוק החדש החל על אמצעי התשלום המתקדמים – חוק שירותי תשלום. כדי להבין את המסגרת הקונספטואלית שחוק שירותי תשלום יוצר, המאמר זיהה ארבעה עקרונות מפתח בחוק המדגימים את הגישה האקטיבית של המשפט להתפתחויות הטכנולוגיות המואצות, ומשמשים רקע להבנת תפקידו המשולש ביחס לאמצעי התשלום המתקדמים: ניטרליות טכנולוגית המאפשרת להחיל את החוק על כלל אמצעי התשלום הקיימים והעתידיים, מדיניות צרכנית, הסדרה מתכללת ואחידה על כלל המוצרים וכלל השחקנים בשוק, וקביעת כללי אחריות ברורים.

כדי לבחון כיצד עקרונות אלה מיושמים בחוק הלכה למעשה ומסייעים למשפט למלא את תפקידו הכפול ביחס להתפתחויות הטכנולוגיות האמורות, המאמר התמקד בסוגיה של שימוש לרעה באמצעי תשלום דיגיטלי. ניתוח ההסדר הקבוע בחוק בסוגיית השימוש לרעה ממחיש את ההגנה הרחבה המוענקת למשתמשים השונים באמצעי התשלום, כמכשיר עיקרי לשם עידוד הציבור להשתמש באמצעים אלה על אף הסיכון לשימוש לרעה הטמון בהם. בה בעת, החוק מעניק תמריצים להתנהגויות מסוימות שמטרתן להקטין את הסיכון האמור. תמריצים אלו מתבססים על ההתפתחויות הטכנולוגיות שכבר נכנסו לשימוש ואשר לגביהן המשפט משמש כמגיב, אך גם משאירים מקום להתפתחויות טכנולוגיות עתידיות אשר עשויות להתעצב ברוח מגמות החוק.

ככלל, נדמה כי המשפט הישראלי קבע מנגנונים ראויים להסדרת השימוש באמצעי התשלום המודרניים. עם זאת, לאור העובדה שהחוק נכנס לתוקפו אחרי דחייה ממושכת רק באוקטובר 2020,²¹⁵ הקביעה האם המשפט אכן הצליח להשיג את מטרתו – הן בהיבט של הגנת הצרכן והן בהיבט של עידוד ופיתוח הטכנולוגיה – מחייבת להמתין ולראות כיצד ייושמו עקרונות החוק בשטח: האם נותני השירותים הפיננסיים יפעלו על פי הכוונת המחוקק, והאם בסופו של דבר תושג הסדרה טובה יותר של מערכת היחסים בין הלקוח, נותן שירותי התשלום והמוטב. יש לקוות שהמשפט אכן יצליח להשיג את מטרתו – הגברת אמון הציבור באמצעי התשלום המתקדמים והרחבת השימוש בהם, דבר שיביא לפיתוח שוק תשלומים מודרני בישראל והתאמתו לעולם התשלומים הגלובלי.

215 ס' 77 לחוק שירותי תשלום, לעיל ה"ש 24.

