

בתי המשפט

8010/02 ח"א		בית הדין לחוזים אחידים ירושלים	
09/02/2006		מ' שידלובסקי-אור, אב"ד ר' צנטלר, חבר א' זיסבלט, חבר	בפני:

בעניין: המפקח על הבנקים - בנק ישראל
ע"י ב"כ עוה"ד ורדה לוסטהויז ואמיר בכר

המבקש

- נ ג ד -

בנק הפועלים בע"מ
ע"י ב"כ עוה"ד ב. לוינבוק ושות'

המשיב

פ ס ק - ד י ן

1. המפקח על הבנקים (להלן: "המבקש") סבור, כי בהסכם ההתקשרות של בנק הפועלים בע"מ (להלן: "המשיב" או "הבנק") עם לקוחותיו קיימים מספר תנאים מקפחים, ובקשתו היא לבטלם או לשנותם. הסכם ההתקשרות, המהווה חוזה אחיד כמשמעו בחוק החוזים האחידים, התשמ"ג - 1982 (להלן: "החוק"), מסדיר את מתן השירותים הבנקאיים באמצעות רשת האינטרנט והטלפון הסלולרי. בסוגיה זו עוסק פסק הדין.

רקע כללי

2. בעשורים האחרונים אנו עדים לשינויים טכנולוגיים בדמות יכולת אגירה ואחזור של נתונים, כמו גם יכולת לעשות שימוש מהיר וזמין במידע ובתקשורת נתונים. שינויים אלו השפיעו רבות על כל תחומי החיים, זאת במיוחד הודות לרשת האינטרנט, אשר מאפשרת העברת מידע אלקטרוני במהירות, ביעילות ובדייקנות על פני מרחב גיאוגרפי בלתי מוגבל (י' בר-שדה האינטרנט והמשפט המסחרי המקוון (תשנ"ט - 1998) 1-2 – להלן: "בר-שדה").

כחלק ממהפכת מידע זו, מתן שירותים בנקאיים באמצעות רשת האינטרנט הפך חזון נפרץ בשנים האחרונות במקומותינו, כמו גם ברחבי העולם כולו. ל"בנקאות המקוונת" (on-line banking) או ה"בנקאות הביתית" (home banking) נודעים יתרונות רבים עבור הבנק והלקוח כאחד. הבנק מצדו, חוסך במשאבים כגון כוח אדם, משפר את יעילות השירות (מהירות ודייקנות) וכן מעלה את קרנו כבנק מתקדם. הלקוח מצדו חוסך זמן וטרחה בבצעו את הפעולות הבנקאיות בלחיצת כפתור, בכל עת ומכל אתר ואתר בו עומד לרשותו מחשב המחובר לרשת האינטרנט.

3. בשנת 1997 פרסמה ועדת המשנה לתקשוב ומידע של הכנסת (תת-ועדה של ועדת הכלכלה) טיוטת דו"ח, שעניינה היערכותה הלאומית של ישראל לעידן המידע (טיוטת הדו"ח ניתנת לאיתור באתר הכנסת - www.knesset.gov.il). במסגרת פעילותה של ועדת משנה זו, עסקו מספר צוותי משימה בגיבוש מסקנות והמלצות במספר נושאים הקשורים לעניין. כך למשל, צוות חוק ומשפט מצא כי יש לבצע שינויי חקיקה, על-מנת להתאים את המשפט הישראלי לסביבה הטכנולוגית החדשה ולאופי הפעילות הכלל עולמית הדינאמית והחדשנית המתרחשת בה. תחום הבנקאות מוזכר בדו"ח כאחד התחומים לגביו נדרשת התאמה של הדין הקיים, כאשר מטרת השינוי היא הגנה על הלקוח.

צוות המשימה אשר בחן את נושא מיצוב ישראל וכלכלתה בעידן המידע ציין, כי השימוש המסחרי-עסקי ברשת האינטרנט יחשב עד לשנת 2000 לצורך אסטרטגי בסיסי בעולם בו החיבור העסקי לרשת האינטרנט הוא תופעה שכיחה ומובנת מאליה. הצוות חוזה כי רשת האינטרנט עתידה לחולל מהפכה בחיי היומיום של האזרח, בין השאר בתחום הבנקאות הביתית, אשר יחד עם המעבר לכסף דיגיטאלי (E-cash), יש בכוחם להקטין את תלות האזרח במערכת הבנקאית ולהוזיל באופן משמעותי את גובה העמלות המשולמות עבור שימוש בכסף.

4. כיום, רשת האינטרנט ומערכת הטלפון הנייד מהוות אמצעי למתן שירותי בנקאות שונים, בכלל זאת שירותים כגון מתן מידע על חשבון הבנק וביצוע פעולות בסיסיות בו. אמצעים אלו נגישים כמעט לכל. במשך השנים עלה מספר הלקוחות המשתמשים בשירותי בנקאות באמצעות רשת האינטרנט. בשנת 2001 עמד מספר המשתמשים בשירותי בנקאות באינטרנט על כחצי מיליון לקוחות (ראו סקירה שנתית של מערכת הבנקאות בישראל לשנת 2001 בעמ' 202 - נספח א' לסיכומי המבקש),

ואילו בשנת 2002 עמד הוא על כ-679 אלף לקוחות (ראו סקירה שנתית של מערכת הבנקאות בישראל לשנת 2002, בעמ' 206). אין תימה, כי המגמה המסתמנת היא של עלייה בשימוש באינטרנט לצורך קבלת מידע בנקאי וביצוע פעולות בנקאיות, בהיות השירותים המקוונים חלק בלתי נפרד ונוח ביותר מאורח החיים בעידן המחשוב ו"אוטוסטראדת המידע".

הבנקים עצמם מעודדים את לקוחותיהם לעשות שימוש באמצעי תקשורת מתקדמים, חלף ביצוע פעולות בנקאיות באמצעות פקיד בנק. עידוד זה נעשה, בין השאר, באמצעות הנחות שונות בעמלות אותן הם גובים. שימוש בטכנולוגיות מתקדמות מאפשר לבנק לשכלל את השירותים הפיננסיים הניתנים על-ידו, בעיקר בהיבט סינכרון המידע שבידי הבנק והלקוח והגדלת מגוון הפעולות אותן יכול הלקוח לבצע בעצמו בזמן אמת. מתן שירותי מידע בנקאיים באמצעות הטלפון הנייד מצוי אמנם בשלבי פיתוח התחלתיים, אך על רקע שכיחות השימוש בטלפונים ניידים בישראל, נקל לשער כי לא רחוק היום בו שירות זה יהפוך לנפוץ.

5. עולה אפוא, כי כיום, בתחילת המאה ה-21, בעידן של טכנולוגיית מידע מתקדמת, ערוץ "בנקאות ביתית" מקוונת הנו למעשה שירות בסיסי, אשר הבנקים מעוניינים לספקו מן הצד האחד, ולקוחותיהם מעוניינים לקבלו מן הצד השני.

החווה האחיד

6. החווה האחיד נשוא הבקשה (להלן: "החווה") מסדיר את שירות מתן המידע ללקוחות הבנק אודות מצב חשבונותיהם, כמו גם את האפשרות לבצע פעולות שונות בחשבונות אלו. שירותים אלו ניתנים באמצעות רשת האינטרנט. שירותי המידע ניתנים בנוסף גם באמצעות הודעות טקסט (SMS) הנשלחות אל מכשיר הטלפון הנייד של הלקוח (שירות "פועלים ישיר בסלולארי").

לית מאן דפליג, כי עניין לנו בתנאים הקבועים בחווה אחיד וכי הבנק הנו "ספק" כהגדרתו בחוק, וכי כל אחד הנמנה על חוג לקוחותיו או המעוניין להתקשר עמו לשם קבלת אחד מהשירותים נשוא הבקשה, נופל להגדרת "לקוח" הקבועה בסעיף 2 לחוק.

נוסף להוראות הקבועות בחוזה גופו, סעיפים 1.11 ו-2.11 לו מחילים על השירותים נשוא החוזה גם את התנאים וההוראות הקבועים בהסכמים ובטפסים אחרים, שנחתמו ו/או יחתמו בין הלקוח ובין הבנק. בין ההוראות המאוזכרות על דרך הפניה מצוי פרק 12 לחוזה התנאים הכלליים לניהול חשבון (להלן: "חוזה העו"ש"), הוא חוזה ההתקשרות הבסיסי שבין הבנק והלקוח, הנחתם עם פתיחת חשבון הבנק. הצדדים הסכימו, כי יש לבטל את סעיפים 1.11 ו-2.11 לחוזה, המהווים צינור תחולה להוראות פרק 12 לחוזה העו"ש. משכך, התנאים וההוראות בחוזה העו"ש אינם עוד חלק מהחוזה האחד העומד במרכזה של בקשה זו, ועל-כן אין מקום להידרש לבחינתם במסגרת פסק-דין זה.

7. כותרתו של החוזה היא "כתב תיקון לבקשה לפתיחת חשבון ותנאים כלליים לניהול חשבון". החוזה מורכב משלושה פרקים כדלקמן: (1) קבלת שירותי מידע וביצוע פעולות בחשבון באמצעות אינטרנט; (2) קבלת שירות "פועלים ישיר בסלולרי"; (3) הוראות קבע - תנאים כלליים. בין הצדדים התנהל משא ומתן ממושך באשר לנוסח סעיפי החוזה (ראו התכתובת הענפה - נספחים א'-י' לתשובת המשיב), אך בסופו של יום לא הגיעו לעמק השווה, כך שעדיין הם נותרו חלוקים בנוגע למספר סעיפים, אותם נבחן להלן, וכן בנוגע לצורתו של החוזה. טרם נפנה לבחינת סעיפי החוזה וצורתו, נעמוד על מערכת היחסים שבין בנק ולקוח.

מערכת יחסי בנק-לקוח

8. בחינת תנאים מקפחים בחוזה אחד תיעשה, בלשון סעיף 3 לחוק, "בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות", ובעיקר בשים לב ליחסי הכוחות בין הצדדים לחוזה (ו' לוסטהויז וט' שפניץ חוזים אחידים (תשנ"ד) בעמ' 67-76 והאסמכתאות המובאות שם – להלן: "לוסטהויז-שפניץ").

מטרתו של חוק החוזים האחידים, כמוצג בסעיף 1 לו, היא להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזה אחד. הגנה זו נועדת כדי לאזן את פערי הכוחות בין הספק ללקוח, שכן הספק, בדרך כלל, הנו בעל משאבים כלכליים, מקצועיים ומשפטיים עדיפים על-פני הלקוח, ומכאן כי הוא בעל יכולת מיקוח עדיפה. כך גם יחסי הכוחות בין הבנק ובין כלל לקוחותיו, אשר אינם מאופיינים בשוויון כוחות:

"הבנק נהנה מעדיפות ברורה על-פני הלקוחות. זאת, הן מבחינת הכוח הנתון בידיו לכפות על הלקוח תנאים חוזיים, הן מבחינת המידע העומד לרשות הבנק, שפעמים רבות אינו

עומד לרשות הלקוח, והן מבחינת נגישותו של הבנק לאמצעים רבים ויעילים בעזרתם הוא יכול להפחית מרמת הסיכון העסקי לה הוא חשוף במהלך עסקיו, אשר אינם עומדים, בד"כ, לרשות לקוחותיו (ע"ש (י-ם) 195/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פס"מ תשס"ג(1) 496,481 – להלן: "עניין בנק לאומי").

יחסי בנק-לקוח הם יחסים מיוחדים, החורגים באופיים מחוזה מסחרי רגיל. הלקוח תלוי בבנק, אשר מצדו נדרש לאזן בין אינטרס הלקוח לאינטרס הרווחיות שלו. איזון זה מצריך טוהר מידות יושר והגינות מצד הבנק. הפרט מצדו רוחש לבנק אמון מיוחד בכישוריו ובאמצעיו הטכניים, ורואה בו גוף מעין ציבורי (ג' נרקיס ומ' מור חובות החלות על הבנקים (כרך א' - 2002) 7-8).

9. מערכת היחסים בין הבנק ללקוחו מסווגת בפסיקה כמערכת חוזית של לווה ומלווה. כאשר חשבון הבנק של הלקוח מצוי ביתרת זכות הלקוח הוא המלווה, ואילו כאשר הוא מצוי ביתרת חובה, הבנק הוא המלווה (ד"נ 32/84 עזבון ולטר נתן וויליאמס נ' Isreal British Bank (London) (In Liquidation), פ"ד מד(2) 265, 272-273; ע"א 7085/98 טריגי ציביאק בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד נו(6) 493, 515).

לבנק חובות נאמנות וזהירות מיוחדות כלפי לקוחותיו, כפי שנעמוד עליהן בהמשך, ולא ניתן לומר כי הוא פועל משיקולים עסקיים טהורים גרידא. חובות אלו נגזרות מכוחו העדיף של הבנק ביחס ללקוח, כמו גם מהעובדה כי לבנקים מונופול סטטוטורי על מתן שירותים מסוימים החיוניים לציבור (ראו ע"א 5893/91 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' צבאח ואח', פ"ד מח(2) 573, 594 - להלן: "פרשת צבאח"; ע"א 7424/96 בנק המזרחי בע"מ נ' חברת אליהו גרציאני (1988) בע"מ ואח', פ"ד נד(2) 145, 161-162). חובות אלו הן, בנוסף, פועל יוצא של יסוד השליחות הטמון במערכת יחסי בנק-לקוח (ראו ע"א 195/85 בנק איגוד לישראל נ' סוראקי, פ"ד מב(4) 811, 821-822). יסוד השליחות הוא יסוד הכרחי לקיום יחסי בנק-לקוח, והוא בא לידי ביטוי בהסתמכות הלקוח על מהימנות ואמינות הבנק, כמו גם על יציבות המערכת הבנקאית, בידיה הוא מפקיד את כספו והונו.

חוסר השוויון בין הבנק ללקוח הביא ליצירתו של מערך חקיקה נרחב, אשר נועד להגן על הלקוחות. כך למשל, חוקי בנקאות שבמרכזם פקודת הבנקאות, 1941 וחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א - 1981; חוקים מיוחדים להגנת לקוח בנקאי

כגון חוק הריבית, תשי"ז-1957 ועוד. חרף מערך חקיקה זה, עדיין ישנו חוסר נחת מהיקף ומטיב הגנת הצרכן הבנקאי (ע"א 1570/92 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ציגלר, פ"ד מט(1) 369, 381; ס' דויטש "הגנת הצרכן הבנקאי: מכח חוק או מכח קודים אתיים - מה עדיף? הפרקליט מו(תשס"ג) 241, 247-241).

צורת החוזה

10. כאמור, החוזה האחיד נשוא הבקשה, כולל בתוכו התייחסות לשלושה שירותים שונים: שירותי בנקאות באינטרנט; שירותי מידע בטלפון הנייד; הוראות קבע.

לשיטתו של המבקש, הכללתם של שלושה שירותים שונים במסגרתו של חוזה אחד, עלולה להטעות את לקוחות הבנק, ומשום כך יש בה כדי להוות יתרון בלתי הוגן ואף קיפוח של ממש. לדידו, יש להפריד בין השירותים השונים, באופן בו הלקוח יוכל לבחור רק את השירות בו הוא חפץ, מבלי שיאלץ להתחייב על קבלת שירות לו אינו זקוק. חיוב כאמור הנו מקפח וחלה עליו חזקת קיפוח הקבועה בסעיף 4(5) לחוק.

לדברי המשיב, הלקוח זכאי להצטרף לכל אחד מן השירותים המופיעים בחוזה על-פי בחירתו, מבלי להתחייב על קבלת שאר השירותים, זאת על-ידי סימון השירות המבוקש בנספח לחוזה (נספח יא' לכתב התשובה). אשר על כן, אין החוזה מקפח במובן זה, ולא חלה חזקת הקיפוח הקבועה בסעיף 4(5) לחוק.

11. המבקש מקבל את הפתרון שמעלה המשיב בכתב תשובתו, לפיו לקוחות חדשים הפותחים חשבון עו"ש בבנק יחתמו על חוזה בו יוכלו לבחור אילו שירותים ברצונם לקבל, אך קובל על כך שהסדר זה לא מקיף לקוחות קיימים (ראו עמ' 7 לסיכומי המבקש). המבקש מוסיף, כי הפתרון שהציע המשיב בישיבת הדיון המקדמי מיום 12.3.2003, לפיו לקוחות קיימים יחתמו על נוסח חדש של חוזה עו"ש בו מצויים פרקים נפרדים, אף הוא מקפח, שכן ההצטרפות לשירותים אלו כרוכה, למיטב ידיעתו, בשינוי תוכן חוזה העו"ש על-פיו פועלים הלקוחות הקיימים. עולה אפוא, כי שורש הבעיה נעוץ בהצטרפותם של לקוחות קיימים לשירותים הניתנים באמצעות האינטרנט והטלפון הנייד.

המשיב הבהיר בסיכומיו, כי לקוחות קיימים חותמים על חוזה עו"ש חדש "בו מופיעים, יחד עם הפרקים הישנים, גם הפרקים הכוללים את השירותים החדשים".

דהיינו, השינוי הוא הוספת האפשרות לבחור את קבלתו של אחד השירותים המתקדמים (ראו עמ' 16 לסיכומי המשיב).

במצב דברים זה, מסקנתנו היא, כי לא מתקיימת חזקת הקיפוח הקבועה בסעיף 4(5) לחוק לפיה תנאי שיחשב כמקפח הוא:

”תנאי המחייב את הלקוח באופן בלתי סביר להיזקק לספק או לאדם אחר, או המגביל בדרך אחרת את חופש הלקוח להתקשר או לא להתקשר עם אדם אחר”

חופש ההתקשרות של לקוח, אשר יכול לבחור שירות ספציפי מבין אלו המוצעים לו, אינו נפגע. בנוסף, לקוחות קיימים לא נאלצים לשנות את תוכן חוזה העו”ש על-פיו הם פועלים. כמו-כן, אין כאן משום התניית שירות בשירות, כמובנה בסעיף 7(א) לחוק הבנקאות (שירות ללקוח) התשמ”א - 1981. במצב דברים בו לא מוגבל חופש ההתקשרות של הלקוח, בין במישרין ובין בעקיפין, לא קמה החזקה הנ”ל (השוו “עניין בנק לאומי” בעמ’ 503-505; “לוסט-הויז-שפניץ” בעמ’ 91-92). מטעם זה לא ניתן לומר כי צורת ההתקשרות אינה הוגנת.

מן האמור עולה, כי ככל שהצהרת המשיב באשר לצורת החוזה נכונה מהבחינה העובדתית, טענת המבקש בנקודה זו נדחית.

סעיף 1.5

12. סעיף 1.5 לחוזה הוא סלע המחלוקת העיקרי בין הצדדים. סעיף זה מתייחס לשירותי הבנקאות הניתנים באמצעות רשת האינטרנט בלבד. על-פי הסעיף, מקום בו נגרם נזק ללקוח או לבנק כתוצאה משימוש לרעה בסיסמה ו/או בקוד הייחודי על-ידי צד שלישי, אזי הלקוח ישא באחריות לנזק כאמור, למעט נזק שנגרם עקב רשלנות הבנק, ובלשונו של הסעיף:

”לצורך קבלת השירותים אקבל סיסמה בלעדית (PASSWORD) (להלן - הסיסמה) וקוד (להלן - הקוד הייחודי), הסיסמה והקוד הייחודי יאפשרו לי גישה למערכת. אני מתחייב לנקוט בכל האמצעים לשמירת הסיסמה והקוד הייחודי בסוד ומתחייב לשאת בכל נזק שיגרם לי או לבנק עקב השימוש בסיסמה ו/או הקוד הייחודי על ידי צד שלישי כלשהו למעט נזק שנגרם עקב רשלנות הבנק.”

13. לשיטתו של המבקש תנאי זה מקפח את לקוחות הבנק. לטענתו, למשיב, בהיותו תאגיד בנקאי, ישנה יכולת לפזר את הנזק, שעלול להיגרם כתוצאה משימוש בלתי מורשה בקוד ובסיסמה של הלקוח, על-פני ציבור רחב. כמו כן, למשיב יכולת למנוע נזק כאמור באמצעים זולים יחסית. הטלת מלוא האחריות לנזק, הן של הלקוח והן של הבנק, על לקוח בודד, מקפחת את הלקוח ואף מהווה חזקת קיפוח כאמור בסעיף 4(1) לחוק. המבקש מפנה להסדר הקיים בחוק כרטיסי חיוב, התשמ"ו - 1986 (להלן: "חוק כרטיסי חיוב"), ומבקש ללמוד גזירה שווה וליישם הסדר דומה גם במקרה של שימוש בסיסמה או בקוד על ידי גורם לא מורשה, בהקשר של ביצוע פעולות בנקאיות באינטרנט. על-פי ההסדר הקבוע בחוק כרטיסי חיוב, לאחר שלקוח הודיע למנפיק על שימוש לרעה בכרטיס החיוב על-ידי צד שלישי, או על אובדן או גניבת הכרטיס, אין הוא נושא באחריות בגין השימוש לרעה בכרטיס. בתקופה שלפני מתן הודעה כאמור, נושא הלקוח ב"דמי השתתפות עצמית" מוגבלים בסכום, בכפוף למספר חריגים.

לשיטתו של הבנק, יש לנהוג על-פי ההסדר הנהוג בשירות "פועלים ישיר" בטלפון, אשר גם בו נדרש הלקוח להזדהות באמצעות סיסמה על מנת לקבל שירותי מידע ולבצע פעולות, בדומה לשירות הניתן באמצעות האינטרנט. על-פי הסדר זה, הלקוח לא יישא באחריות לנזק שיגרם לו, אם זה נובע כתוצאה מרשלנות הבנק. לשיטת הבנק, סעיף 1.5. בנוסחו דהיום אינו מקפח ואינו נופל לגדר חזקת הקיפוח בסעיף 4(1) לחוק, שכן אין הבנק מסיר מעצמו אחריות שהיתה מוטלת עליו על-פי דין, שהרי אין דין המטיל על הבנק אחריות לנזק במקרה שלקוח מסר או אפשר את מסירת הסיסמה לאחר או התרשל בשמירת הסיסמה. לדידו של המשיב, אם תוטל אחריות על הבנק גם במצב דברים זה, אזי הלקוחות יתרשלו בשמירת הסיסמה בידיעה כי הבנק ישא באחריות לנזק עתידי.

14. מהלך הדיון בסעיף 1.5 לחוזה יהיה באופן בו נציג תחילה את מערך הסיכונים בשימוש בשירותי בנקאות באמצעות רשת האינטרנט. לאחר מכן נדרש באופן כללי למבחן הקיפוח. בשלב הבא נעמוד על החובות המוטלים על הבנקים כלפי לקוחותיהם, תוך יישום הדברים לענייננו. לאחר נערוך השוואה להסדר הנוהג בעניין כרטיסי חיוב בנקאיים, וכן להסדרים הנוהגים במדינות הים. לבסוף נסכם.

מערך הסיכונים

15. הבנקאות הביטית חושפת את הלקוח לסיכונים בדמות גניבה או זיוף של אמצעי הזיהוי שלו (סיסמה וקוד משתמש), הדרושים לשם כניסה למערכת (להלן: "גניבת

זהות" - Identity Theft). גניבה או זיוף כאמור, המבוצעים על-ידי אדם שלישי, מאפשרים לאחרון "לחדור" לחשבונות הבנק של אותו לקוח, וכך לדלות מידע אודות חשבונות אלו ואף לבצע פעולות בחשבון, כך למשל העברות כספים מחשבון לחשבון. פעולות אלו עשויות להסב ללקוח נזק כספי כבד.

הדרכים ל"גניבת זהות" הן רבות ומגוונות: פיצוח סיסמאות וכניסה למערכת כמשתמש מורשה; יצירת אתר הזהה לאתר של הבנק, אליו נכנס הלקוח בטעות וחושף בכך את אמצעי הזיהוי שלו; גניבת סיסמאות מהלקוח עצמו; ציתות למערכת התקשורת והשגת אמצעי הזיהוי, ועוד. נוסף על כך, ישנו סיכון גדול של חדירה למערכת (Hacking), ללא שימוש באמצעי זיהוי (B. Geva Bank Collections and Payment Transactions (Oxford, 2001) 393-396; The FSA's approach to the regulation of e-commerce, June 2001, p.46 - נספח ז' לסיכומי המבקש).

בטיטת דו"ח ועדת המשנה לתקשוב ומידע של הכנסת, ציין צוות המשימה שבחן את נושא המסחר האלקטרוני, כי נדרשת ליברליזציה בכל הקשור לטכנולוגיות הצפנה, זאת על-מנת לאפשר את התפתחות המסחר האלקטרוני ברשת האינטרנט, הדורשת הגנות מפני מעשי מרמה ושיבושים מכוונים. אבטחת הנתונים באינטרנט חייבת להבטיח שאך ורק אנשים מורשים יהיו מעורבים בעסקה, שהתקשורת תהיה בטוחה מציתות חיצוני, ושלא תתאפשר לצדדים חיצוניים גישה לנתונים אלקטרוניים באופן בו הם יוכלו לשנות את המידע האלקטרוני (בר-שדה בעמ' 137-138, 191-192). מערכת אבטחה כזו תאפשר לבנק לוודא את אמיתות הוראות הלקוח. ללא מערכת אבטחה יעילה, משתמשים פוטנציאלים יירתעו משימוש ברשת האינטרנט.

16. שימוש לרעה על-ידי צד שלישי יכול להתאפשר הודות לפעולה רשלנית של אחד מעובדי הבנק. כאמור, אין חולק באשר לאחריות הבנק במקרה בו הוא או אחד מעובדיו פעל ברשלנות או במזיד, שכן בין חובותיו של הבנק מצויה חובת הפיקוח על עובדיו (ע"א 431/88 ישיבת ישמח משה עיה"ק ירושלים נ' בנק צפון אמריקה בע"מ ואח', פ"ד מד(4) 177; ע"א 748/88 בנק צפון אמריקה בע"מ (בפירוק) נ' רכטשפר, פ"ד מה(4) 696).

מנגד יתכן כי הלקוח עצמו פעל ברשלנות בבחירת או בשמירת אמצעי הזיהוי, באופן המקל על התממשות האפשרות כי צד שלישי יעשה שימוש לא מורשה באמצעי הזיהוי. כך למשל: שמירת סיסמת הגישה במחשב, על-מנת לחסוך את הקלדתה בכל

כניסה למערכת. באופן זה, כל בעל גישה למחשב יכול להשתמש בסיסמה; העלאת סיסמה על הכתב; בחירת סיסמה המורכבת מפרטים אישיים הניתנים לניחוש בקלות (תאריכי ימי הולדת, מספר רישוי וכיוב').

17. המשיב והמבקש, אשר מפנה להסדר האחריות הקבוע בחוק כרטיסי חיוב, טענו בעניין הסדר חלוקת האחריות הראוי בין הבנק ובין הלקוח, מקום בו נגרם ללקוח נזק כתוצאה משימוש לרעה על-ידי צד שלישי. אנו סבורים, ונבהיר זאת בהמשך דברינו, כי אין זה מתפקידו של בית-הדין לעצב את הסדר האחריות הראוי, אלא אך לבחון אם הסעיף בנוסחו הקיים הנו מקפח.

מבחן הקיפוח

18. על-פי סעיף 3 לחוק, תנאי מקפח בחוזה אחיד הנו תנאי שיש בו משום קיפוח בפועל או בכוח, דהיינו, יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות. על-פי הפסיקה, בחינת הקיפוח נעשית בשתי רמות: "ברמה האחת, נבחנים יחסי הצדדים והאינטרסים הטיפוסיים שלהם; ברמה השנייה נבחנת תפיסתה החברתית של שיטת המשפט באשר להוגן ולסביר בסוג יחסים מסוים. בשתי הרמות גם יחד, קביעת הקיפוח משקפת את האיזון הראוי אשר החברה הישראלית יוצרת בין שיקולים כלכליים, מוסריים וחברתיים" (רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עיזבון המנוחה מילגרומ הינדה ז"ל נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145, 165).

תנאי מקפח הוא תנאי אשר מגלם בתוכו הגנה יתירה על אינטרס של הספק לעומת הלקוח, תנאי אשר נגזר מחוסר השוויון שביחסי הכוחות בין הצדדים (ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 526-527). בעח"א 1/79 קשת, הדגיש השופט שמגר (כתוארו דאז), כי אף שברוב המקרים התחום במסגרתו נדרשת הפעלת חוק החוזים האחידים הוא כלכלי, עדיין "אמות המידה המיושמות לצורך הכרעה בטיב התנאים המגבילים הן מוסריות או חברתיות או שתיהם גם יחד. הגינותו או חוסר הגינותו של תנאי פלוני אינה נבחנת על-פי כלליה של תורה כלכלית בלתי מזוהה זו או אחרת, תוך בחירה בין השיטות הכלכליות החלופיות והמגוונות, אלא על-פי התפיסות המוסריות והחברתיות הנוהגות בחברה חופשית בעלת משטר חוקתי וחברתי כגון זה שלנו (עח"א 1/79 מפעלים לניקוי יבש קשת בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לד(3) 365, 374 – ההדגשה במקור).

כאשר מדובר בחוזה אחיד בו אחד הצדדים מכתוב את תנאי החוזה, חופש ההתקשרות קיים רק ברמתו הפורמאלית. שיקול ההגנה על הערך החוקתי של חופש ההתקשרות אינו מתקיים בהקשר זה, ואינו חוסם בדיקה משוחררת של הגינות החוזה. מבחן הקיפוח הוא מבחן נזיל, ובמסגרתו ייתכן ובית-המשפט יידרש להחלת שיקולי מדיניות ומערכת איזונים נרחבת, לרבות מגמות שבדיני הצרכנות (א' דויטש מעמד הצרכן במשפט (תשס"ג - 2002) 457). המלומד א' פורת סיכם את הגדרת מבחן הקיפוח במאמרו "שיקולי צדק בין הצדדים לחוזה ושיקולים של הכוונת התנהגויות בדיני החוזים של ישראל", אשר פורסם בכתב-העת עיוני משפט כב (1999) 647, בעמ' 668-669:

"על-פי הגישה החדשה, שהחליפה בסופו של דבר את הגישה השמרנית, מטרתו של חוק החוזים האחידים הינה כלכלית, ואין הוא מכוון לפסילת תנאים שהיו נפסלים ממילא לפי דיני החוזים הכלליים. המבחן להגדרתו של תנאי בחוזה אחיד כמקפח על-פי הגישה החדשה הינו מבחן ההגינות והסבירות. לשם הגדרתו של תנאי כמקפח, אין כל הכרח שיהא מדובר במונופול דווקא, בתלות מיוחדת של הלקוח בספק, בשירות חיוני או בנזקי גוף. בעידן בו חוזים אחידים שולטים בכיפה, אין ללקוח יכולת מיקוח אף כאשר תנאים אלה אינם מתקיימים. מטרתו של חוק החוזים האחידים על-פי הגישה החדשה היא למנוע את הספק מלנצל את כוח המיקוח החזק שיש לו ואת עדיפותו במידע על פני הלקוח. לפיכך, השאלה הנשאלת על-פי מבחן ההגינות והסבירות היא: האם התנאי המגביל את אחריותו של הספק, או השולל זכויות מן הלקוח, מגן על אינטרס לגיטימי של הספק, או שמא אך מנצל את מעמדו העדיף? במקרה הראשון יותר התנאי בתוקפו ואילו במקרה השני - יבוטל."

19. סעיף 4 לחוק מונה עשרה סוגים של תנאים בחוזים אחידים, המקימים חזקת קיפוח. תנאי הנופל לגדר אחת מן החזקות הנו מקפח לכאורה. קביעה זו מעבירה את נטל הראיה מן הטוען נגד התנאי, אל הספק הטוען לכשרותו. על הספק להראות, כי סעיף החוזה אינו מקפח, בין היתר על-ידי חשיפת השיקולים שהנחו אותו בקביעת התנאים בחוזה:

"את סעיף 4 יש לקרוא על רקע הוראתו החולשת של סעיף 3. לשון אחר: גם תנאי מקפח לכאורה ייבחן 'בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות', כהנחיית סעיף 3. ספק החפץ לשכנע את בית-המשפט או את בית-הדין בסבירות התנאי והגינותו חרף חזקת הקיפוח, יעשה זאת על-ידי הפניה למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות המצדיקות את הכללת

התנאי בחוזה האחיד" (ג' שלו דיני חוזים (מהדורה שניה -
תשנ"ה) עמ' 632).

ראו גם אצל "לוסטהויז-שפניץ בעמ' 81-82.

חזקות הקיפוח בסעיף 4 לחוק אינן אלא תחילת דרך הבדיקה ביחס לקיומו של קיפוח. ההכרעה הסופית היא פרי שקלול גורמים שונים ואיזון ביניהם. השאלה היא, האם התנאי הנדון הוא הוגן בהתחשב בכוחו העדיף של הספק ובשיקולים חברתיים וערכיים, או שמא יש בו משום הגנה מופרזת על האינטרסים של העוסק (ע"א 294/91 הנ"ל בעמ' 526-527).

החובות המוטלות על הבנק

20. היקף חובות הנאמנות והזהירות של הבנק כלפי לקוחותיו, יקבע לאור שיקולי המדיניות המשפטית הניצבת ביסוד מערכת היחסים ביניהם, עליה עמדנו לעיל. למערכת היחסים של הבנקים עם לקוחותיהם ישנם מספר מאפיינים, המצדיקים קביעת כללים מיוחדים להסדרת אחריותם המקצועית של הבנקים, כמי שמצויים בעמדה עדיפה על-פני הלקוחות: לבנקים נגישות למידע החיוני ללקוח; בידי הבנקים כישורים ואמצעי בקרה ופיקוח על ענייני הלקוחות; הציבור בכלל והלקוחות בפרט נוהגים לתת אמון מיוחד בבנקאי עמו הם באים במגע. הבנקים הם בעלי "כיס עמוק" ובעלי יכולת לפזר את הנזק, ולכן מוצדק לעיתים להרחיב את גבולות אחריותם הנזיקית. הרחבה כזו תגולגל אמנם על כלל ציבור הלקוחות, על-ידי העלאת מחירי השירותים והעמלות, אך בסופו של דבר עדיף שהנזק יגולגל על ציבור שלם ולא על לקוח בודד (ראו א' פורת "דיני הנזיקין" ספר השנה של המשפט בישראל (תשנ"ב-תשנ"ג) 324, 325-324, 343 – להלן: "פורת"). דברים אלו אומצו בפסיקה:

"מערכת היחסים שבין לקוח (ולדידי, אף מי שאינו לקוח) לבין בנק היא מערכת יחסים מיוחדת, הנובעת מהאמון שרוחש הציבור הרחב כלפי מוסד זה. הבנק ופקידי הבנק נתפשים בעיני הציבור כסמכות מקצועית, בין היתר בשל כך שברשות הבנק לא אחת מידע אשר אינו נגיש לציבור הרחב; הבנק כמוסד כספי הוא גם בעל כישורים מיוחדים ואמצעים טכניים שאינם נחלתו של הפרט. כל אלה עשויים לאפשר לבנק למנוע נזקים מלקוחותיו, בעוד שלנפגע הפוטנציאלי אין יכולת דומה. מאחר שהפרט רוחש במקרים רבים אמון מיוחד לבנק, מאמין בכישוריו ובאמצעיו הטכניים, ורואה בו גוף מעין ציבורי, נוטה הוא לעיתים שלא לנקוט אמצעי זהירות מצידו להקדים פני נזק אפשרי, אפילו יש בכוחו לעשות כן... מכוח מערכת יחסים מיוחדת זו מוטלות על הבנק חובות מיוחדות

- שאינן מוטלות על צדדים לחוזה רגיל. " (פרשת צבאח", בעמ' 585).

לעניין ההגנה על צרכן ולקוח הניצב מול מוסד בנקאי באמצעות העצמת רמת הזהירות המוטלת על הבנק והטלת חובות אמון מיוחדות, ראו מאמרם של מ' רובינשטיין וב' אוקון "הבנק כ'סוכנות חברתית" ספר שמגר (מאמרים חלק ג', תשס"ג - 2003) 819.

21. על הבנק מוטלת חובה לנהוג בכספי הלקוח המופקדים אצלו במיומנות ובזהירות, ולמלא אחר הוראות הלקוח. חובה זו היא פועל יוצא של ההתקשרות החוזית ביניהם, התקשרות הנעשית מתוך רצון ובחירה חופשיים (ע"א 636/89 כחולי נ' בנק ברקליס דיסקונט בע"מ, פ"ד מה (3) 265, 274). כמו-כן על הבנק מוטלות דרישות מוגברות של תום-לב וגילוי נאות כלפי לקוחותיו (ע"א 7825/01 דאטא סיסטמס אנד סופטוור אינק. נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, פ"ד נח (5) 348, 356). חובת הזהירות המוטלת על הבנק מכוח חוזה ההתקשרות או מכוח הדין, עשויה להתנגש בחובתו של הבנק לספק ללקוח שירות יעיל וזמין (ראו דנ"א 1740/91 בנק ברקליס דיסקונט בע"מ נ' שרגא פרוסט קוסטמן ואח', פ"ד מז (5) 31, 55 – להלן: "עניין קוסטמן").

במקרה של שימוש לא מורשה בידי צד שלישי, אשר גורם נזק ללקוח, ניתן לראות בבנק כמפר את החוזה בינו ובין הלקוח, שכן לא וידא את זהות הלקוח, ולכן לא היה רשאי לבצע את הפעולות בחשבוננו של האחרון. המבחן לאחריותו של הבנק הוא, האם היה עליו, כבנק סביר, לחשוד בשימוש לא מורשה מצדו של צד שלישי ("עניין קוסטמן" בעמ' 57-58; ע"א 6750/99 כלל אינבסטמנט האוס בע"מ נ' בנק מרכנתיל בע"מ ואח', דינים עליון, כרך סא 687, סעיף 11 לפסק דינו של כב' השופט לוי; פורת בעמ' 335-336 R.Cranston *Principles of Banking Law* (Oxford - 2nd Ed. ; 335-336 בעמ' 141-143 pp. (2002).

22. בעבר נטתה הפסיקה להטיל על שכמו של הלקוח את הסיכון להתרחשות נזק כתוצאה מפעולת צד שלישי לא מורשה. הסיכון הוטל על הלקוח, אף במקרה בו הן הלקוח והן הבנק התרשלו, או במקרה בו איש מהם לא התרשל. פסיקה זו עסקה במשיכת שיקים מזויפים, והטלת הסיכון על הלקוח נעשתה בעיקר מכוח טענת השתק ביחס לאי-תגובת הלקוח לחשבונות הבנק (ע"א 550/66 שטאובר בע"מ נ' בנק המזרחי בע"מ, פ"ד כב (1) 240; ע"א 618/75 עזבון המנוחה פנינה טונבאום נ' בנק לאומי לישראל בע"מ ואח', פ"ד לא (3) 141). פסקי דין אלו לא הביאו בחשבון את מהות יחסי ספק-לקוח, וראו בבנק ובלקוח שני צדדים המצויים בעמדה שווה. כמו-כן, לא

נערכה בחינה של שיקולי מניעה יעילה ופיזור הנזק (פורת בעמ' 332-333; ד' פרידמן "סוגיות בתחום החוזים האחידים" עיוני משפט ו' (תשל"ט) 490, 505-503).

23. המגמה כיום, היא להרחיב את אחריותם של הבנקים, אשר נתפסים כצד "חזק" שבידיו כלים מתאימים להגן על עצמו, ולשחרר את הלקוח ממטלות שאין הציבור יכול לעמוד בהן (ראו ע"א 422/85 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' החברה הישראלית לביטוח משנה בע"מ ואח', פ"ד מה(5) 32, 47). אין סיבה להעדיף את הבנק ולהטיל את מלוא האחריות על שכמו של הלקוח במקרה בו איש מהם לא התרשל. בנוסף, יתכן ויש מקום לחלוקת האחריות במקרה בו הן הבנק והן הלקוח היו רשלנים (פורת בעמ' 337-339; השוו א' ברק "זיוף במשיכת שיק: מטרה ואמצעים בחלוקת הסיכון בין הבנק ללקוחו" משפטים א' (תשכ"ט) 134; "עניין בנק לאומי" בעמ' 528 ואילך). בצד הרחבת אחריותם של הבנקים, יש לזכור, כי אין לדרוש מן הבנק לנקוט אמצעי זהירות באופן אשר יכביד על מתן השירותים הניתנים על-ידו, עד כדי אבדן יתרונותיהם ("עניין קוסטמן" בעמ' 57; "עניין בנק לאומי" בעמ' 498-499 לפסק-הדין).

24. סעיף 1.5 לחוזה קובע, כאמור, תנאי לפיו אין הבנק אחראי לנזק אשר נגרם על-ידי צד שלישי, אלא במידה והוא נהג ברשלנות. לאור האמור לעיל, נראה כי שיקולי המדיניות בחלוקת הסיכון בין הבנק ללקוח, במקרה שלא דבק אשם באיש מהם, אינם מוליכים בהכרח למסקנה זו. ייתכנו הסדרים שונים לחלוקת הסיכון בין הלקוח ובין הבנק. כך לדוגמא, הבנק יכול לבטח עצמו, ולגלגל את עלות הביטוח על כלל הלקוחות, וכך לפזר את הסיכון על כלל לקוחות הבנק. ייקור עלות השירות עדיפה על-פני קריסה כלכלית של לקוח בודד, קריסה אשר עשויה להוות את תחילתו של "אפקט דומינו" ולהביא לפגיעה באנשים וגופים הקשורים לאותו לקוח (השוו א' ברק במאמרו הנ"ל בעמ' 134-136). בידי הבנק מצוי המידע והכוח לאבטח את השירות, כלומר למנוע את הנזק. הבנק הוא אשר מתקשר עם החברות לאבטחת מידע, ובידיו מצויה היכולת לפקח על פעילות המערכת, בניגוד ללקוח הבודד (השוו לדיון בעניין פטור מאחריות בגין הוראות מזויפות שניתנו בפקסימיליה, בעמ' 576-580 לפסק-הדין ב"עניין בנק לאומי").

כרטיסי חיוב בנקאיים

25. המבקש מפנה, כאמור, להסדר האחריות הנוהג ביחס לשימוש בכרטיסי חיוב, ומבקש לאמצו לעניין השימוש בשירותי בנקאות באינטרנט. חלוקת האחריות הנוגעת לשימוש לרעה בכרטיסי חיוב, מעוגנת בסעיפים 5-6 לחוק כרטיסי חיוב, והיא פועל

יוצא של מדיניות משפטית, לפיה יש להטיל את האחריות על המנפיק, זאת מתוך מטרה למנוע נזק בלתי סביר ללקוח, על-ידי פיזורו בין כלל המשתמשים בכרטיסי אשראי.

הנחת העבודה של הועדה, שהמלצותיה אומצו ועוגנו בחוק, הייתה כי יש לקבל את עובדת קיומו של כרטיס האשראי כנתון (ראו דין וחשבון הועדה לבדיקת הבעיות המשפטיות של כרטיסי אשראי (התשמ"ב - 1982), 15, 31-23). על-פי הסדר האחריות, הלקוח לא יהיה אחראי ל"שימוש לרעה" (שימוש בכרטיס חיוב בידי מי שאינו זכאי לכך בדרך של רכישת נכסים או משיכת כסף) לאחר שהודיע למנפיק על השימוש לרעה. בתקופה שלפני הודעה כאמור, ישא הלקוח ב"דמי השתתפות עצמית" המוגבלים בסכום. הגבלת האחריות לא תחול בהתקיים אחד מאלה: (1) הלקוח מסר את כרטיס החיוב לאדם אחר, למעט מסירה בנסיבות סבירות למטרת שמירה בלבד. לעניין זה, מסירת כרטיס החיוב יחד עם הצופן לא תיחשב כמסירה בנסיבות סבירות; (2) השימוש בכרטיס החיוב נעשה בידיעת הלקוח; (3) הלקוח פעל בכוונת מרמה.

26. הסדר זה הוא פרי עבודה של ועדה מיוחדת, שהמלצותיה אומצו על-ידי המחוקק. אין לאמץ הסדר זה לענייננו מבלי לערוך בחינה כוללת של השלכות ההסדר על שירותי הבנקאות נשוא החוזה. כמו-כן, כפי שעוד יבואר בהמשך, אין זה מתפקידו של בית-דין זה לקבוע את פרטי ההסדר עבור הצדדים.

משפט משווה

27. המבקש מפנה למספר הסדרים במדינות העולם, העוסקים בסוגיית האחריות לשימוש לא מורשה בבנקאות באינטרנט. לא ניתן להתעלם מהסדרים אלו, כמו שלא ניתן לאמצם ככתבם וכלשונם אל מערכת המשפט הישראלית, ללא בחינה מדוקדקת והתאמה לתנאי השוק בישראל בכלל ולענף הבנקאות בפרט, כמו גם לדפוס ההתנהגות של הלקוחות בישראל (השוו בג"צ 4128/02 אדס טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש-ממשלת ישראל ואח', פ"ד נח(3) 503, 516-515). עם זאת, לאור אופיו הגלובלי של האינטרנט, והשימוש ההולך וגובר בבנקאות באמצעות רשת האינטרנט גם לשם ביצוע עסקאות בינלאומיות, מן הראוי להציג בקצרה את ההסדרים שהתגבשו במספר מדינות.

28. בארה"ב, ה- Electronic Funds Transfer Act 15 U.S.C. 1693, מסדיר את נושא העברות כספים באמצעות מערכות אלקטרוניות, לרבות באמצעות מחשב, מתוך הכרה ביתרונות הגלומים באמצעי זה עבור הצרכנים. סעיף 1693a(11) מגדיר

"העברת כספים לא מורשית" כהעברת כספים מחשבון הלקוח, אותה יזם אדם שאינו הלקוח, ללא הרשאה מאת הלקוח ומבלי שהלקוח קיבל טובת הנאה. הגדרה זו אינה כוללת: העברת כספים שבוצעה על-ידי אדם, אשר קיבל מאת הלקוח את אמצעי הגישה לחשבון; העברה כאמור, אשר בוצעה בכוונת מרמה של הלקוח או של מי שפועל בתיאום עמו; העברה שבוצעה כתוצאה מטעות של הבנק.

סעיף 1693g קובע, כי הלקוח אחראי להעברה בלתי מורשית כאמור, רק מקום בו נוסף לאמצעי הגישה (קוד, סיסמה וכיוב'), קיים אמצעי לזיהוי הלקוח (חתימה, תמונה, טביעת אצבע וכיוב'). בכל מקרה אחר, אחריותו של הלקוח מוגבלת בסכומים. הנטל להוכיח כי ההעברה הייתה מורשית מוטל על הבנק. לא ניתן להתנות על ההסדר (ראו גם Regulation E סעיף 205.6 - נספח יב' לסיכומי המבקש).

29. באירופה, המלצה מספר EC/97/489 של ה- Commission of the European Communities (נספח יד' לסיכומי המבקש – להלן: "ההמלצה") מכירה בחשיבות השימוש באמצעי תשלום אלקטרוניים, לרבות בנקאות באמצעות האינטרנט (home-banking). סעיף 5 להמלצה קובע, בין השאר, כי על הלקוח לנקוט בצעדים סבירים לשמירת אמצעי הגישה לחשבון הבנק באמצעות האינטרנט. הלקוח נדרש לא לשמור את אמצעי הגישה באופן אשר קל יהיה לזהותו. כמו-כן, על הלקוח להודיע ללא דיחוי על אובדן או גניבה של אמצעי הגישה, או על העברה לא מורשית של כספים מחשבוננו.

סעיף 6 להמלצה קובע את גבולות אחריות הלקוח: עד מועד הודעה כאמור לבנק, הלקוח יישא באחריות לנזק שנגרם כתוצאה מאובדן או גניבה של האמצעי האלקטרוני עד לסכום תקרה של 150 אירו, אלא אם הלקוח פעל במרמה או ברשלנות חמורה. הלקוח לא יהא אחראי לנזק שנגרם לאחר מתן ההודעה, אלא אם הוא פעל במרמה. הלקוח לא יהא אחראי לנזק שנגרם מבלי שנעשה שימוש באמצעי גישה או הזיהוי. נטל ההוכחה מוטל על הבנק.

30. באוסטרליה הנושא מוסדר בקוד שהוצא על-ידי ה- Australian Securities & Investment Commission, הוא הגוף המפקח על שוק ההון באוסטרליה. הקוד נקרא Electronic Funds Transfer Code of Conduct (נספח יז' לסיכומי המשיב), וההצטרפות אליו נעשית על בסיס וולונטרי. סעיף 5 לקוד עוסק באחריות במקרה של עסקאות לא מורשות (עסקאות שאינן בדיעה ובהסכמה של הלקוח):

סעיף 5.2 קובע כי הלקוח אינו נושא כלל באחריות במקרים הבאים: נזק שנגרם בשל מרמה או רשלנות של עובד או סוכן של הבנק או של החברה האמונה על רשת התקשורת; נזק שקשור לאמצעי גישה לא תקין או לא תקף שנמסר ללקוח; נזק שנגרם לפני מסירת אמצעי הגישה ללקוח; נזק שנגרם בשל חיוב מוטעה של חשבון הלקוח בגין אתה עסקה.

סעיף 5.3 קובע, כי הלקוח אינו נושא כלל באחריות לאחר שהודיע לבנק על גניבה או אובדן של אמצעי הגישה. סעיף 5.4 קובע כי הלקוח אינו נושא כלל באחריות מקום בו ברור כי לא תרם לנזק.

על-פי סעיף 5.5, הלקוח יישא באחריות באם הבנק הוכיח כי הראשון תרם לנזק על-ידי מרמה או הפרת הוראות הבטיחות, הנוגעות לבחירה שימוש ושמירת הסיסמא ו/או הקוד המשמשים לגישה למערכת, או השתתה במסירת הודעה. אף במקרים אלו, עדיין גובה האחריות מוגבל בסכומי תקרה.

31. סקירת המשפט המשווה מלמדתנו אפוא, כי קיימים הסדרים לפיהם הלקוח ישא באחריות לנזק שנגרם כתוצאה משימוש לא מורשה של צד שלישי בשירותי בנקאות באינטרנט, רק מקום בו הבנק הוכיח כי הלקוח פעל במרמה או ברשלנות חמורה. בכל מקרה אחר הלקוח לא יהא אחראי לנזק כאמור, או שאחריותו תוגבל בסכום מסוים.

מהתם להכא – סעיף 1.5 לחוזה האחיד

32. ראינו לעיל, כי בבחינת קיומו של תנאי מקפח יש לבדוק אם הספק, במקרה זה הבנק, ניצל את פערי הכוחות בינו ובין הלקוח וכלל בחוזה האחיד תנאי שיש בו משום יתרון בלתי הוגן, או שמא עניין לנו בתנאי אשר מגן, באורח סביר והוגן, על אינטרס לגיטימי של הבנק (ר' בן-אוליאל דיני בנקאות - חלק כללי (תשנ"ו - 1996) 74-75 – להלן: "בן-אוליאל").

במקרה דנן, הבנק לא הראה, כי סעיף 1.5 מגן על אינטרס לגיטימי שלו באורח הוגן וסביר. עיקר חששו של הבנק נעוץ בגלגול האחריות אל פתחו במקרה שהלקוח היה רשלן. כפי שהובהר לעיל, קיים סיכון לא מבוטל לשימוש לא מורשה על-ידי צד שלישי, שעה שאף לא איש, הבנק או הלקוח, היה רשלן. סעיף 1.5 בנוסחו כיום, מטיל את האחריות במקרה זה על הלקוח. סקירת יחסי בנק-לקוח והחובות המוטלות על הבנקים, יחד עם המטרות והמגמות שביסוד חוק החוזים האחידים, ובחינת הנעשה

במדינות הים, מוליכה למסקנה, כי הסדר האחריות הקבוע בסעיף 1.5 אינו מגן באורח הוגן על אינטרס לגיטימי של הבנק, וייתכן ויש מקום להסדר אחריות שונה, ומכאן כי תנאי זה מקפח.

33. ועוד. הנטל להוכיח כי הבנק אכן התרשל בנקיטת אמצעי האבטחה, המוטל על הלקוח לפי סעיף 1.5, משמעו הלכה למעשה, הטלת אחריות על הלקוח גם במקרים של התרשלות מצד הבנק. ונבהיר. הוכחת עצם רשלנותו של הבנק עלולה לעורר קשיים לא מבוטלים. על הלקוח, אשר מצוי בנחיתות ראייתית בהשוואה לבנק, להראות כי הבנק התרשל במתן שירות, אשר כרוך בתקלות ובסיכונים מסוימים, שאף מידה גבוהה של זהירות לא יכולה למונעם. על בית משפט להעריך את מידת הסבירות שבהתנהגות הבנק, בהתחשב בדרך המקובלת בנסיבות דומות, ורק לאחר התדיינות משפטית ניתן יהיה לדעת האם הבנק אכן הפר את חובת הזהירות (*M.Hapgood Paget's Law Of Banking* (11th Ed. 1996) at p.113). מדובר אפוא בנטל הוכחה כבד. לא זו אף זו, במקרים רבים, בהם הנזק ללקוח אינו גדול, הוא עשוי לוותר מראש על ההתדיינות המשפטית הממושכת, אשר כרוכה מטבע הדברים בהוצאות כספיות.

34. אנו סבורים, כי אין המדובר בעסקה כלכלית טהורה, אשר לגביה קטנה הנטייה להתערב (ע"א 465/89 בן צבי נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, פ"ד מה(1) 66, 74). עניין לנו בשירות תקשורת ומידע אותו מספק הבנק, המהווה פלטפורמה לביצוע עסקאות כלכליות כאלו או אחרות.

כאמור, פיתוח שירותי הבנקאות ובכלל זאת שירותים מתקדמים, בהם כרוך מטבע הדברים סיכון לשימוש לא מורשה על-ידי צד שלישי, יש בו כדי לתרום לפיתוח חיי המסחר והכלכלה. בד בבד, יש לקבוע כללי אחריות, אשר מן הצד האחד לא ירתיעו משתמשים פוטנציאליים מלעשות שימוש בשירותים מתקדמים אלו, ומן הצד השני לא יטילו נטל כה כבד על הבנק, אשר יביא לייקור השירות במידה משמעותית או אף להפסקתו. כמובן שיש לזכור, כי לבנק אינטרס ממשי בקיומם של שירותים אלו, אשר כאמור מביאים לחסכון בעלויות משאבים וכוח אדם, ומעל לכל הנם חלק בלתי נפרד מהמציאות הטכנולוגית של ראשית המאה העשרים ואחת. יש לקבוע הסדר אחריות, אשר יביא בחשבון את כל ההיבטים הכרוכים בפעילות הבנקאית באינטרנט, ולא יטיל את מלוא האחריות להתממשות הסיכונים העיקריים הכרוכים בפעילות זו על כתפי הלקוח, כפי שסעיף 1.5 לחוזה בנוסחו הנוכחי קובע.

35. אין אנו מקבלים טענת הבנק, כי לקוח אשר עושה שימוש ברשת האינטרנט הנו לקוח מתוחכם, אשר בחר מרצונו החופשי לשאת בסיכוני השימוש ברשת, ובכל מקרה פתוחה בפניו האפשרות לסור לסניף ולבצע את הפעולות באופן "בטוח". נקודת המוצא היא, כי שירותי הבנקאות באינטרנט הם שירותים בסיסיים וחיוניים. כאמור, היקף השימוש בבנקאות המקוונת הלך וגדל משך השנים האחרונות. המחשוב ומערכת האינטרנט זמינים יותר מתמיד. יתרונות השימוש במערכת הם רבים, ומפאת קוצר הזמן לא תמיד עומדת האפשרות של פנייה לסניף (השווה ת"א (י-ם) 13500/95 עובד אהרון נ' בנק המזרחי המאוחד, דינים שלום, כרך ט', 63). לאור חיוניות שירותים אלו, במיוחד בעידן הטכנולוגי של ימינו, אין להגביל את אפשרויות השימוש בהם, כגון הגבלת סכומי הפעולות, אלא אם ביקש זאת הלקוח.

אין להסיק מהעובדה, כי לקוח ער לסכנת איבוד הונו האישי כתוצאה משימוש בשירותי בנקאות באמצעות רשת האינטרנט, כי הוא בוחר לשאת באחריות במקרה של התממשות סיכון זה בעשותו שימוש באינטרנט. הלקוח תופס את מערכת האבטחה של הבנק כאמינה, ומכאן את ההסתברות להתממשות הסיכון כנמוכה. בהקשר זה, מן הראוי כי דרכי אבטחת אמצעי הגישה למערכת יפורטו ויוצגו בפני הלקוחות. על הלקוח לדעת מראש את מסגרת הסיכונים להם הוא צפוי בעשותו שימוש ברשת האינטרנט לצורך קבלת שירותי בנקאות, דבר אשר יאפשר לו שימוש מושכל בשירותים אלו. פירוט כאמור ישמש אבן בוחן לבחינת התנהלות הבנק (ראו הדיון להלן בסעיפים 1.8 ו-2.8 לחוזה).

סעיף 1.5 – סיכום

36. משנמצא כי סעיף 1.5 לחוזה הוא סעיף מקפח בחוזה אחיד, יש לבטלו. במקרה זה אין מקום לשינויו של הסעיף על-ידי בית-דין, שכן נדרשת בחינה כוללת של הסדר חלוקת האחריות הראוי בין הבנק ללקוח. בית הדין לא ינסח את החוזה עבור הצדדים (ראו סעיף 17 לחוק, לפיו בית המשפט יבטל או ישנה את התנאי במידה הנדרשת לבטל את הקיפוח; דברי ההסבר לחוק שפורסמו על-ידי משרד המשפטים בעמ' 62 - נספח 6 לסיכומי המשיב; ע"א 449/85 היועץ המשפטי לממשלה נ' גד חברה לבניין בע"מ ואח', פ"ד מג(1) 183, 204; "לוסטרויז-שפניץ" בעמ' 175-174).

הבנקאות הביתית מהווה חלק מהשינויים הטכנולוגיים המהפכניים שהתחוללו בשני העשורים האחרונים, ומשפיעים על אפיקי החיים. בישראל, כמו ברוב מדינות העולם, אין מערכת חקיקתית כוללת המתמודדת עם הסוגיות המשפטיות המורכבות

העולות מן ההתפתחות האמורה (ראו א' טננבוים "השלכות רשת האינטרנט על המשפט המהותי" שערי משפט א' (2) (תשנ"ח) 133). מן הראוי כי עניין זה יוסדר על-ידי המחוקק.

סעיפים 1.7, 2.7

37. סעיפים 1.7 ו-2.7 קובעים תניות פטור, לפיהן הבנק פטור מאחריות לנזק שנגרם כתוצאה משיבוש בשליחה ובקבלת הנתונים המועברים במסגרת השירותים נשוא החוזה, באם שיבוש זה מקורו בתקלות שונות במערכות התקשורת, שאינן בשליטתו של הבנק.

סעיף 1.7 המתייחס לשירותי מידע וביצוע פעולות בחשבון באמצעות האינטרנט קובע כלהלן:

"הבנק יהיה פטור מכל אחריות לכל נזק, הפסד או הוצאה כלשהם העלולים להיגרם לי במישרין או בעקיפין כתוצאה משיבוש במידע, בנתונים בהעברת או בקליטת הוראות הביצוע שלי כתוצאה מתקלות הנובעות מקווי תקשורת או מתקלות אחרות, שאינן בשליטת הבנק."

סעיף 2.7 המתייחס לשירות "פועלים ישיר בסלולרי" קובע:

"הבנק יהיה פטור מכל אחריות לכל נזק, הפסד או הוצאה כלשהם העלולים להיגרם לי במישרין או בעקיפין כתוצאה משיבוש במידע ובנתונים כתוצאה מתקלות הנובעות מקווי תקשורת או מתקלות אחרות, שאינן בשליטת הבנק."

38. המבקש אינו מתנגד להכללת תנאי בחוזה, הפוטר את הבנק מאחריות לנזק, אשר נגרם כתוצאה מתקלות בקווי התקשורת הנגרמות על-ידי צד שלישי, ושאין בשליטתו של הבנק, זאת כל עוד הבנק עשה מאמץ סביר למנוע את התקלות. לדידו של המבקש, כל הסדר אחריות אחר הוא גורף ומקפח.

הבנק מצדו קובל על כך, כי אינו יכול להיות אחראי לתקלות הנובעות מכוח עליון או מגורמים שאין לו שליטה עליהם ו/או יכולת למונעם, אף במאמץ סביר.

39. על-פי חזקת הקיפוח הקבועה בסעיף 4(1) לחוק, תנאי המסייג באופן בלתי סביר את האחריות שהיתה מוטלת, אלמלא אותו תנאי, על ספק מכוח חוזה, הוא

לכאורה תנאי מקפת. על הבנק מוטלת חובה, מכוח החוזה בינו ובין הלקוח, לספק את השירותים נשוא החוזה. על הבנק להעביר ללקוח מידע אמין ומדויק אודות חשבונותיו, וכן לאפשר לו לבצע פעולות בנקאיות באמצעות רשת האינטרנט.

אין לומר כי סעיפים 1.7 ו-2.7 מסייגים באופן לא סביר את האחריות שהייתה מוטלת על הבנק מכוח החוזה, ולכן נופלים המה לחזקת הקיפוח הנ"ל, זאת כמובן באם התקלה לא הייתה בשליטת הבנק ו/או הוא לא היה יכול למנעה במאמץ סביר (השוו ו"ע (י-ם) 2030/01 איתוראן איתור ושליטה בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' , דינים מחוזי, כרך לד(3) 244, סעיפים 55-64 לפסק-הדין; עניין "בנק לאומי" בעמ' 595-596).

מן האמור עולה, כי יש להוסיף בסיפא לסעיפים אלו את התוספת "ושהוא לא יכול היה למנען במאמץ סביר".

סעיפים 1.8, 2.8

40. בסעיפים 1.8 ו-2.8, הלקוח "מצהיר", כי הובא לידיעתו כי קיימת אפשרות של "חדירה" למאגרי המידע של הבנק, כמו גם אפשרות לביצוע פעולות שונות בחשבונותיו על-ידי גורם שאינו מורשה, להלן נוסח הסעיפים:

סעיף 1.8

"הבנק הביא לידיעתי כי קיים סיכון של חדירה למאגרי המידע שבהם מצוי המידע אודותי ואודות חשבונותי, לרבות ביצוע פעולות שונות בחשבונותי ללא הסכמתי ו/או על ידי מי שלא הורשה על ידי."

סעיף 2.8

"ידוע לי שלמרות שהבנק נוקט בכל אמצעי סביר לאבטחת המידע אודות חשבונותי, קיים סיכון של חדירה למאגרי המידע שבהם מצויי המידע אודותי ואודות חשבונותי."

41. לשיטתו של המבקש, סעיפים אלו מקפחים ויש בהם משום יתרון לא הוגן לבנק, שכן ההצהרה הגלומה בהם נועדה להסיר כל אחריות מהבנק לנזק שייגרם ללקוח. לטענת המבקש, משבחר הבנק להעניק שירותי בנקאות באמצעות רשת האינטרנט והטלפון הנייד, מוטלת עליו החובה לדאוג להתקנתם של אמצעי אבטחת מידע באיכות הטובה ביותר, ואין בכוחה של הצהרת הלקוח כדי לפטור אותו מחובה

לטענת המשיב, בהפנותו לנספחים ח' ו-ט' לכתב התשובה, בין הצדדים סוכם על מחיקתו של סעיף 1.8. באשר לסעיף 2.8 לחוזה, לשיטת המשיב, מדובר בסעיף אינפורמטיבי גרידא, אשר אין בו כדי להטיל אחריות על מי מן הצדדים. המשיב מוסיף וטוען, כי יחסי בנק-לקוח מחייבים גילוי נאות של כל הסיכונים הכרוכים בשימוש בשירות מסוים, ולכן סעיף זה נכלל בחוזה.

42. אכן, כפי שציינו לעיל, מן הראוי כי הבנק יפרוש בפני הלקוח את מכלול הסיכונים הכרוכים בקבלת השירות וכן את מסגרת אחריותו וחובותיו, זאת במסגרת חובת הגילוי הנאות המוטלת עליו (ראו לדוגמא כללי הבנקאות (שירות ללקוח) (גילוי נאות ומסירת מסמכים) התשנ"ב - 1992; תקנות 8 ו-8א' לתקנות כרטיסי חיוב, התשמ"ו-1986). המבקש מביע את חששו, כי הבנק יעשה ישתמש "בהצהרה" זו לשם הטלת מלוא האחריות על הלקוח, במקרה של נזק כתוצאה מ"חדירה" למאגר המידע של הבנק וביצוע פעולות בחשבון הבנק על-ידי גורם לא מורשה. הבנק לא חולק על כך, כי הוראות סעיפים אלו נועדו להסב את תשומת לב הלקוח לסיכונים הכרוכים בקבלת השירות, אך לא לפטור את הבנק מאחריות כלשהי (ראו עמ' 46 לסיכומי הבנק; עמ' 18 לסיכומי התשובה).

לאור זאת, אנו סבורים כי יש לבטל את סעיפים 1.8, 2.8, וחלף זאת אנו מטילים חובה על הבנק לספק ללקוח, עוד טרם החתימה על החוזה, מסמך נפרד בו יפורטו באופן ברור ובולט הסיכונים הכרוכים בקבלת שירותי בנקאות באמצעות האינטרנט והטלפון הנייד.

סעיפים 1.9, 2.10

43. סעיפים 1.9 ו-2.10 לחוזה מטילים על הלקוח אחריות לשפות את הבנק, בגין כל הפסד או הוצאה שייגרמו לו בשל תביעת צד שלישי, אשר באה בעקבות פעולת הלקוח על-פי החוזה, או תוך כדי הפרת התחייבות כלשהי של הלקוח כלפי הבנק:

"אני אחראי כלפי הבנק לכל נזק, הפסד או הוצאה שייגרמו לו כתוצאה מדרישת או תביעת צד שלישי כלשהו כלפי הבנק, כתוצאה מפעולה שתעשה על ידי על פי כתב זה או תוך כדי הפרת התחייבות כלשהי שלי כלפי הבנק, על פי הבקשה וכתב זה."

44. סעיף בעל נוסח דומה נדון בפסק-דינו של בית-הדין ב"עניין בנק לאומי" (ע"ש (י-ם) 195/97). בין הצדדים הוסכם, כי התוצאה בפסק-הדין ב"עניין בנק לאומי", ככל שהיא מתייחסת לתנאי הדומה לתנאים הקבועים בסעיפים 1.9 ו-2.10 לחוזה, תחייב אותם גם במסגרת ההליך דנן.

45. בפסק-הדין ב"עניין בנק לאומי" נדון סעיף הקובע, כי הלקוח ישפה ויפצה את הבנק על הוצאות סבירות שיגרמו לו בשל הליך משפטי שיפתח נגדו צד שלישי בקשר לחשבון הלקוח, או בשל דרישה שתוגש לו בקשר לכך (ראו את הדיון בעמ' 637-639 לפסק-הדין). בית-הדין קבע, כי "הסעיף מקפח, ככל שהוא מתייחס להוצאות התדיינות, אך אין בו כדי לקפח את הלקוח בהתייחס להוצאות אחרות."

ככל שמדובר בהוצאות שאינן הוצאות התדיינות, גם אם מקורן בטיפול או בדרישה של צד שלישי וגם אם הדבר קשור להתדיינות בין הלקוח ובין אותו צד שלישי (לדוגמא הוצאות אדמיניסטרטיביות בגין מתן הודעות ואישורים אודות חשבון הלקוח), אין מניעה כי הבנק יחייב את הלקוח בהוצאות שנגרמו לו עקב הטיפול בעניינו.

אשר להוצאות התדיינות, הרי שאם לבנק אין אינטרס עצמאי משלו בהתדיינות, יכול הוא להסתפק במתן הודעה כי אין לו עניין בסכסוך שבין הלקוח ובין צד שלישי וכי הוא יכבד כל החלטה שתניתן על-ידי בית-המשפט. ההוצאות בגין משלוח הודעה כאמור אינן בגדר הוצאות התדיינות והוא ישופה עליהן. לעומת זאת, באם לבנק סיבה מיוחדת להתערב בהליך המשפטי באופן פעיל, כנראה מתוך אינטרס עצמאי, אין סיבה להטיל על הלקוח מראש את הוצאות ההתדיינות של הבנק, ולחרוג מהכלל לפיו הוצאות אלו נקבעות על-ידי בית-המשפט. תניה כאמור מטילה את מרב הסיכונים על הלקוח, ומתעלמת מהעניין שיש לבנק בהתדיינות זו.

לאור הסכמת הצדדים כאמור, קביעה זו תקפה גם ביחס לסעיפים 1.9 ו-2.10 לחוזה נשוא פסק-דין זה.

סעיף 2.9

46. עניינו של סעיף 2.9 לחוזה, הוא נושא העברת מידע לחברת הטלפון הסלולארי אודות חשבונות הבנק של הלקוח והיקף פעילותו, במסגרת שירות "פועלים ישיר בסלולארי". וזהו נוסח הסעיף:

"ידוע לי שתנאי מהותי למתן השירות הוא, מסירת נתונים שונים אודות חשבונותיי בבנק והיקף פעילותי שם, המצויים במאגרי המידע של הבנק (להלן - המידע) לחברה (חברת הטלפון הסלולארי – תוספת שלנו).
בחתימתי על הסכם זה אני מרשה לבנק ולחברה לעשות שימוש במידע לצרכי הסכם זה ומשחרר את הבנק ואת החברה מכל אחריות כלפי עקב השימוש במידע. אני מוותר בזאת על כל טענה שעשויה לעמוד לי כלפי הבנק או החברה מכוח הדין, הסכם, נוהג או כל מקור אחר, עקב השימוש שנעשה במידע על ידי מי מהם לצרכי הסכם זה."

47. לשיטתו של המבקש, יש להגביל את היקף המידע המועבר לחברות הטלפון הסלולארי, באופן בו יועברו אך ורק הנתונים הרלוונטיים לצורך מתן שירות המידע. העברת מידע מעבר לדרוש לשם אספקת שירות "פועלים ישיר בסלולארי", אותו הלקוח מבקש ומסכים לקבל, פוגעות בזכותו של הלקוח לסודיות בנקאית ולפרטיות, ובכך קמה חזקת הקיפוח הקבועה בסעיף 4(6) לחוק. לדידו, יש להגדיר במפורש את המידע, לגביו ניתנת הרשאת הלקוח לצורך העברתו לצד שלישי, וכן את השימוש המדויק שיעשה במידע זה. כמו-כן, אין להתנות את מתן השירות בהסכמת הלקוח למסירת מידע לצד שלישי. המבקש מוסיף, כי חברת הטלפון הסלולארי לא רשאית לשמור את המידע ברשותה, דהיינו עליה למוחקו מיד עם תום הצגתו ללקוח. לטענתו, הן הבנק והן חברות הטלפון הסלולארי צריכות לעמוד בתנאי חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א - 1981 (להלן: "חוק הגנת הפרטיות") ביחס למידע הניתן במסגרת השירות. עצם העובדה, כי הלקוח נדרש לוותר באופן גורף על כל טענה שתהיה לו בקשר לנזק שייגרם לו עקב "השימוש במידע", היא מקפחת. לשיטת המבקש, הסעיף נופל אף לגדר חזקות הקיפוח הקבועות בסעיפים 4(1), 4(4), 4(6) ו-4(8) לחוק.

לטענת הבנק, מתן שירותי המידע ללקוח באמצעות הטלפון הנייד מחייבת תחילה את העברת המידע לחברת הטלפון הסלולארי. העברה כאמור נופלת להגדרת "שימוש", הקבועה בסעיף 3 לחוק הגנת הפרטיות. לא ניתן לספק את השירות ללא העברת המידע לחברת הטלפון הסלולארי, אשר מצדה אינה אוגרת את המידע ברשותה. על אף עובדה זו, עדיין יש לאשר ולרשום את חברות הטלפון הסלולארי כמאגר מידע בהתאם להוראות חוק הגנת הפרטיות, וזאת אכן נעשה לטענת הבנק (כך לדוגמא במקרה של חברת "סלקום" - נספח יב' לכתב התשובה). הבנק מוסיף, כי השימוש במידע נעשה אך ורק לצורך ביצוע ההסכם. הבנק מסכים, כי ללקוח תהיה שליטה מלאה על היקף הנתונים, אשר יועברו לחברת הטלפון הסלולארי. כמו-כן הוא מסכים,

כי המידע יועבר אך ורק לשם הצגתו ללקוח, וכי הוא יימחק ממאגרי המידע של החברות הסלולאריות מייד עם הצגתו. לדברי הבנק, הפטור הקבוע בסעיף מתייחס לעניין הסכמת הלקוח להעברת המידע במסגרת השירות, קרי ויתור על סודיות בנקאית ופרטיות.

48. על הבנק מוטלת חובת סודיות בכל הנוגע למידע אודות חשבונותיו של הלקוח, לרבות פעולותיו הכספיות ומצבו הכלכלי. מקורה של חובה זו נמצא בחוזה ההתקשרות שבין הבנק ללקוח, וכן בזכות לפרטיות שזכתה לעיגון חוקתי בסעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (רע"א 1917/92 סקולר ואח' נ' ג'רבי ואח', פ"ד מז(5) 764; "פרשת צבאח" בעמ' 595-598; ד' פלפל "הסודיות הבנקאית: היקפה וחריגיה" מחקרי משפט י"א (תשנ"ד) 125; בן-אוליאל בעמ' 108-109). סעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות קובע, כי "לא יפגע אדם בפרטיות של זולתו ללא הסכמתו", כאשר סעיף 2 לחוק מונה שורה של מצבים המהווים פגיעה בפרטיות. בין מצבים אלו ניתן למנות הפרה של חובת סודיות שנקבעה בדין לגבי ענייניו הפרטיים של אדם (סעיף 2(7)); הפרה של חובת סודיות לגבי ענייניו הפרטיים של אדם, שנקבעה בהסכם מפורש או משתמע (סעיף 2(8)); וכן שימוש בידיעה על ענייניו הפרטיים של אדם או מסירתה לאחר, שלא למטרה שלשמה נמסרה (סעיף 2(9)).

סעיף 2.9 מתייחס כאמור לשירות המידע הניתן באמצעות הטלפון הנייד. לשם אספקת שירות זה, נדרש כי הלקוח יוותר על זכותו לסודיות, זאת על-מנת שהבנק יוכל להעביר את המידע לחברת הטלפון הסלולארי, כדי שזו תציגו על-גבי צג מכשיר הטלפון הנייד של הלקוח. ואכן, אין קושי עקרוני בעובדה, כי אדם יסמיך את הבנק למסור מידע אודותיו (בן-אוליאל בעמ' 128). סעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות קובע כי "לא יפגע אדם בפרטיות של זולתו ללא הסכמתו". הסכמה יכול שתניתן במפורש או מכללא (סעיף 3 לחוק הגנת הפרטיות). יחד עם זאת, יש להגדיר במדויק מהו המידע המועבר, וכן את השימוש שיעשה בו במסגרת השירות.

49. הצדדים מסכימים, למעשה, כי סעיף 2.9 לחוזה נועד לאפשר את עצם מתן שירות המידע, אותו לא ניתן להעניק ללא הסכמת הלקוח להעברת המידע לחברת הטלפון הסלולארי. הסכמה זו נדרשת לאור חובת הסודיות של הבנק כאמור, ועל-מנת שהעברה כזו לא תהווה פגיעה בפרטיות, על-פי הגדרתה בחוק.

דא עקא, הסעיף בנוסחו הנוכחי אינו בא אך לאפשר את מתן השירות, והדברים אמורים ביחס לתניית הפטור המופיעה בסיפא לסעיף, לפיה הלקוח מותר על כל טענה שעשויה לעמוד לו כלפי הבנק או חברת הטלפון הסלולארי, עקב ה"שימוש" שנעשה במידע. זוהי תניית פטור גורפת, שכן הלקוח נדרש לוותר על כל טענה שעשויה לעמוד לו. כך ייתכן שהבנק יעביר מידע, לגביו הלקוח לא נתן את הסכמתו, או שבמידע, אשר לגביו ניתנה הסכמה, נעשה שימוש מעבר לדרוש לשם מתן השירות, באופן הפוגע בפרטיות הלקוח (סעיף 2(9) לחוק הגנת הפרטיות). תנאי זה נופל לגדר חזקת הקיפוח הקבועה בסעיף 4(1) לחוק, הקובעת כי "תנאי הפוטר את הספק, באופן מלא או חלקי, מאחריות שהייתה מוטלת עליו על פי דין אילולא אותו תנאי, או המסייג באופן בלתי סביר את האחריות שהייתה מוטלת עליו מכוח החוזה אילולא אותו תנאי", הוא לכאורה מקפח. כמו-כן התנאי נופל לגדר חזקת הקיפוח הקבועה בסעיף 4(6) לחוק, לפיה "תנאי השולל או המגביל זכות או תרופה העומדות ללקוח על פי דין, או המסייג באופן בלתי סביר זכות או תרופה העומדות לו מכוח החוזה", חזקה שהוא מקפח. הבנק לא סתר חזקות אלו. יש לנסח את הפטור, באופן בו הוא יפטור את הבנק ואת חברת הסלולאר, מאחריות בגין הפרת חובת הסודיות ו/או הזכות לפרטיות, ביחס למידע אשר הלקוח הסכים להעברתו, לצורך מתן שירות המידע בלבד.

מן האמור עולה, כי סעיף 2.9 סיפא, הפוטר את הבנק ואת חברת הטלפון הסלולארי מכל אחריות, הוא מקפח. מטעם זה יש לבטל את הסיפא לסעיף, המתחילה במילים "ומשחרר את הבנק ואת החברה מכל אחריות כלפי".

סוף דבר

כעולה מן המקובץ בקשתו של המבקש מתקבלת במובן הבא:

א. אנו מבטלים בזאת את סעיף 1.5 בכל החוזים האחידים דוגמת החוזה האחיד שצורף לבקשה.

ב. אנו משנים את סעיפים 1.7 ו-2.7 בכל החוזים האחידים דוגמת החוזה האחיד שצורף לבקשה, באופן בו בסיפא להם יוסף המשפט "ושהוא לא יכול היה למנען במאמץ סביר".

ג. אנו מבטלים את סעיפים 1.8 ו-2.8 בכל החוזים האחידים דוגמת החוזה האחיד שצורף לבקשה, כאמור בסעיף 42 לפסק-דין זה.

ד. סעיפים 1.9 ו-2.10 מקפחים ככל שהם מתייחסים להוצאות התדיינות, אך אין בהם כדי לקפח את הלקוח בהתייחס להוצאות אחרות.

ה. אנו מבטלים בזאת את סעיף 2.9 סיפא, כאמור בסעיף 49 לפסק דין זה.

אנו מחילים את הביטולים והשינויים גם על חוזים שנכרתו לפני מועד מתן פסק דין זה, ואשר טרם בוצעו במלואם, כאמור בסעיף 18(ב) לחוק.

ניתן היום, י"א בשבט תשס"ו (9 בפברואר 2006), בהעדר הצדדים.
המזכירות תמציא העתקים מאושרים של פסק-הדין לבאי-כוח הצדדים.

א' זיסבלט
חבר

ר' צנטלר
חבר

מ' שידלובסקי-אור, שופטת
אב בית-הדין