

על הסכמים בעניין העמלות הבנקאיות, הגבלים עסקיים ופיקוח על שוק הבנקאות

אייל חסקל*, עומר בכמן, ענבל רובינוביץ' וליאור אבו**

א. מבוא

ב. על ענף הבנקאות, על הלקוחות, על העמלות ועל מה שביניהם

1. כללי
2. על פערי המידע הקיימים בין הבנקים לבין הלקוחות
3. על ריכוזיות ענף הבנקאות ותופעת ההתאמה האוליגופוליסטית
4. על חשיבותה של יציבות בענף הבנקאות
5. עמלות בנקאיות

ג. ההסכם בראי הדין הקיים

1. הממונה על ההגבלים העסקיים וסמכויותיו
2. סיווג המשפטי של פעולת הרשות – כללי
- א. התחייבות הממונה על ההגבלים העסקיים כהבטחה שלטונית
- ב. התחייבות הממונה על ההגבלים העסקיים כחוזה שלטוני
3. ההסכם כקוד אתי

ד. מדיניות ציבורית ראויה: ביקורת על תוכן ההסכם וניתוח השלכותיו

1. יתרונותיו וחסרונותיו של ההסכם
2. על קביעותה של זמניות – האומנם לשנה בלבד?

ה. סיכום

א. מבוא

במהלך שנת 2005 נעשה ניסיון מעניין להוריד את שיעור העמלות הבנקאיות באמצעות משא ומתן עם נציגי הבנקים בישראל. ועדת הכלכלה של הכנסת יזמה את הניסיון ובשיתוף מלא של הממונה על ההגבלים העסקיים אז, דרור שטרום, והמפקח על הבנקים, יואב להמן, היא החלה להידבר עם הבנקים. בסופה של ההידברות הגיעו הצדדים לכלל ההסכמה הזו:¹ הבנקים יאפשרו ללקוחות פרטיים ולמשקי בית לבצע עד 10 פעולות מכל סוג שהוא בחשבוניתיהם, תמורת 10 ש"ח במקום 18 ש"ח ומהפעולה ה-11 ואילך יעברו לסל העמלות שמחירו 18 ש"ח. בנוסף, תוענק לציבור הזכות לקבל מידע על היסטוריית האשראי ופעולותיו בשנה האחרונה ויופחתו החסמים במעבר לקוחות בין בנקים. בתמורה, התחייב הממונה על ההגבלים העסקיים להקפיא את פעילותו בעניין ההכרזה על הבנקים כעל קבוצת ריכוז ובעניין הקביעה כי ייראו כמונופול לעניין חוק ההגבלים העסקיים²

* אייל חסקל, חבר מערכת כתב העת **הארץ דין** בשנת הלימודים תשס"ו.

** עומר בכמן, ענבל רובינוביץ' וליאור אבו, חברי מערכת כתב העת **הארץ דין** בשנת הלימודים תשס"ה.

¹ מעתה ואילך נכנה הסכמה זו "ההסכם".

² חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, ס"ח 128.

וסמכויותיו למשך שנה.³ חברי ועדת הכלכלה של הכנסת הצהירו מצדם שלא יקדמו חקיקה פרטית בעניין העמלות הבנקאיות במשך תקופת ההסכם (שנה אחת כאמור).⁴ במהלך כתיבת שורות אלו נכנסה לתוקף "עסקת החבילה" שתוארה לעיל לפי הנוסחה האמורה.⁵

רשימה זו מבקשת להתמקד בשלושה נושאים. ראשית נבחן אם הממונה על ההגבלים העסקיים מוסמך לכבול את שיקול דעתו באשר להכרזה על קבוצת ריכוז באמצעות הסכם, ואם הוא אכן מוסמך לכך, נבחן את השיקולים הרלוונטיים להפעלת סמכות זו. שנית נבחן דרכים שונות להגדרת ההסכם שהושג (הבטחה מנהלית, חוזה רשות או קוד אתי), ובהמשך אף נעמוד על המשמעויות הנובעות מסיווג המשפטי. על רקע שתי השאלות האחרונות נבקש להבין אם הקפאת פעילות הממונה בכל הנוגע לשימור התחרות בענף הבנקאות, ולו לשנה אחת, היא ראויה. שאלות אלה תיבחנה כמובן בשים לב לסמכותו של הממונה על ההגבלים העסקיים להשיג את אותן "הטבות", אשר מקנה ההסכם ללקוחות הבנקים ממגזר משקי הבית, באמצעות הכרזה עצמאית על הבנקים כעל קבוצת ריכוז העושה שימוש בכוח מונופוליסטי לרעה.

נפתח הארה זו בהצגת ענף הבנקאות הישראלי למאפייניו, צרכיו ובעיותיו, ובייחוד נדגיש את מערכת היחסים שבין הבנקים לבין מגזר משקי הבית. בפרק ג.1. נפנה לשאלה הראשונה ונבחן את התנהלותו של הממונה על ההגבלים העסקיים בכל הקשור ליצירת ההסכם, לפי דיני ההגבלים העסקיים ודיני המשפט המנהלי. בפרקים ג.2 ו-ג.3. נפנה לדון בשאלה השנייה; ננסה לסווג בצורות שונות את ההסכם ולהבין את המשמעויות המשפטיות העולות מסיווג זה או אחר. במיוחד נתמקד בסיווגו כ"קוד אתי". נסיים בבחינתו של ההסכם לעומת המצב הרצוי לדידנו בשוק הבנקאות הישראלי בכל הנוגע לעמלות.

ב. על ענף הבנקאות, על הלקוחות, על העמלות ועל מה שביניהם

1. כללי

הצורך בפיקוח ציבורי נקבע לפי טיבם של המוצרים ולפי מבנה הענף שבו פועלות הפירמות המייצרות.⁶ פיקוח ציבורי מופעל בדרך כלל על מוצרים ציבוריים, מוצרים חיוניים ומוצרים עממיים, בענפים שבהם המחירים אינם נקבעים בתנאים של תחרות.⁷

בפרק זה נבקש להציג את מאפייניו ואת צרכיו של ענף הבנקאות בישראל. נראה שבחינת מאפייניו מלמדת כי התחרות בענף זה רחוקה מאוד מן התחרות המאפיינת שווקים משוכללים⁸ והוא

³ פרוטוקול ישיבה מס' 340 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-16 (3.1.2005). (ניתן לצפייה בתוך www.knesset.gov.il/protocols/data/html/kalkala/2005-01-03-02.html) (נצפה באחרונה ביום 6.10.2006).

⁴ שם.

⁵ ההסכם תקף מיום 1.12.2005 ואילך. בשלב זה נבקש להאיר, כי במועד כתיבת הארה זו טרם חלפה שנה מיום כריתת ההסכם. הנתונים שנאספו לאחר כריתת הסכם ומובאים בהארה זו, מתייחסים לשנת 2005 בלבד.

⁶ ציפורה סמט "מדיניות הפיקוח על הבנקים" **רבעון לבנקאות** כט(116) 23, 26 (תשנ"א-1991).

⁷ שם.

מחייב פיקוח ציבורי לטובת האזרח הקטן.⁹ להלן כמה מאפיינים ותופעות, הקשורים בענף הבנקאות, המאשרים מסקנה זו והשופכים אור על ההסכם.

כבר עתה נבקש להדגיש שכמה מן השירותים שענף הבנקאות הישראלי מספק הם שירותים חיוניים לענפי משק אחרים ולציבור הרחב. מדובר בעיקר בשירותי ניהול מערך התשלומים במשק ובביצוע עסקאות במטבע חוץ.¹⁰ על כן נבדוק אם מתקיימים שאר התנאים המצריכים פיקוח ציבורי על שוק הבנקאות.

2. על פערי המידע הקיימים בין הבנקים לבין הלקוחות

חלק ניכר מהאנשים ברחוב, אשר יישאלו כמה עמלות בנקאיות הם משלמים בשנה נתונה, בוודאי יגיבו בקימוט המצח ויודו כי אין להם שמץ של מושג.¹¹ על חוסר יכולתו של הציבור לבחון את כדאיות עסקאותיו עם הבנקים, שבשירותיהם הוא משתמש, נאמר רבות ובקליפת אגוז נציין עתה כי הלקוח מוגבל בהערכת כדאיות העסקה עם הבנק בשני רבדים.

ראשית, בין הלקוח לבין הבנק קיימים פערי מידע ופערי כוחות. מורכבותם של מסלולי תשלום העמלות הקיימים, כמות העמלות המשולמות, והצפת המידע שמאפינת את השיווק העכשווי, יוצרים מציאות שבה הלקוח מתקשה להבין מהו הסכום שאותו הוא משלם לבנק עבור שירותיו. לא זו בלבד, אלא שהלקוח גם כמעט אינו מסוגל לנהל משא ומתן על שיעורו של סכום זה. גופים מסחריים מודרניים נוטים להציע ללקוחותיהם תוכניות תשלום מורכבות, המשווקות באגרסיביות וגורמות ללקוח להיכנס לעסקה בלי מנגנוני ההתנגדות שלו ובלי שיוכל לבדוק את כלל

⁸ שוק תחרותי או שוק של תחרות משוכללת הינו מונח כלכלי המתאר מצב תיאורטי שבו מתקיימים בשוק נתון, בין היתר, המאפיינים האלה: (א) ריבוי מוכרים וקונים; (ב) מידע זמין וחופשי לכל השחקנים בשוק; (ג) המוצר בשוק הינו הומוגני; (ד) גישה חופשית לשוק; (ה) רציונליות של השחקנים בשוק. בהתקיים התנאים הללו, ייקבעו המחירים לפי מפגש עקומות הביקוש וההיצע הקיימים בשוק, באופן שהכמות המבוקשת תהא שווה לכמות המוצעת (מצב זה מכונה "שיווי משקל משוכלל"). להרחבה ראו: KARL E. CASE & RAY C. FAIR, PRINCIPLES OF ECONOMICS (1999).

ברצוננו להבהיר כי שוק משוכלל הינו רעיון תיאורטי ואין לו קיום במציאות הכלכלית. על רקע זה מובן כי אי קיומה של תחרות משוכללת בשוק מסוים אינה עילה להתערבות בהתנהלותו. לכן, בבואנו לשקול התערבות זו או אחרת בשוק נתון נבחן את מידת ריחוקנו ממצב של תחרות משוכללת. ככל שמידת ריחוקנו גדולה יותר, כך מוצדקת יותר התערבות בשוק זה.

⁹ בפרק זה נתמקד בשוק הבנקאי וביחסי בנקים-לקוחות בכל הנוגע ללקוחות ממגזר משקי הבית (להבדיל מן המגזר העסקי).

¹⁰ סמט, לעיל הערה 6, בעמ' 27. ראוי לציין כי תפיסה זו משתקפת גם בחוק הבנקאות (שירות ללקוח), המחייב בנקים לספק שירותים מסוימים ללקוח (למשל: קבלת פיקדון כספי במטבע ישראלי או במטבע חוץ, פתיחת חשבון עובר ושב). חוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981, ס"ח 258.

¹¹ נבקש להעיר כי לא במקרה ציינו שמדובר ב"חלק ניכר" מהאנשים ברחוב ולא ב"כל אדם מהרחוב". סקר דעת קהל הבוחן את יחסי בנק לקוח – משקי בית מלמד כי 61% מהלקוחות אינם יודעים מה מחיר העמלות הבנקאיות. ראו: אלה הלר "יחסי בנק לקוח – משקי בית, סקר דעת קהל – ממצאים עיקריים" (ניתן לצפייה בתוך www.knesset.gov.il/mmm/doc.asp?doc=m01233&type=pdf) (נצפה באחרונה ביום 6.10.2006). ברצוננו להוסיף כי קיימות אוכלוסיות אשר אינן משלמות עמלות או פטורות מהן במידה זו או אחרת (למשל: סטודנטים, חיילים, לקוחות עסקיים מסוימים). להערכתנו סביר להניח כי אוכלוסיות אלה מכירות את "ההנחה בעמלות" שלהן זוכות. יתרה מזו, בשנים האחרונות אנו עדים לתחרות פרסומית בין הבנקים באמצעי התקשורת השונים. הבנקים נוטים להזכיר בפרסומות הנ"ל את נושא העמלות ובכך חושפים אוכלוסיות נוספות לסוגיה. יתר על כן, אמצעי התקשורת נוהגים באחרונה לדון בסוגיית העמלות הבנקאיות.

העלויות של כל העסקה.¹² לפיכך, יכולתו של הלקוח לגרום לבנק להציע לו שירות בנקאי במחיר (עמלה) אטרקטיבי היא מוגבלת.

שנית, ניתן להניח שמרבית הלקוחות מקרב משקי הבית אינם בקיאים בענייני בנקאות, ובכלל זה במחירי השירות הבנקאי. על רקע זה, לא מן הנמנע שלקוחות לא מעטים מבצעים בחירות בלתי מושכלות בשירותים בנקאיים. התוצאה היא תשלום "עמלות יתר" שמחירן אף גבוה מן המחיר הגבוה ממילא הנובע מעצם קיומו של פער כוחות המאפיין את ענף הבנקאות.

לסיכום, פערי המידע והכוחות בין הבנקים לבין לקוחותיהם, וחוסר מומחיותו "הטבעי" של משק הבית הממוצע, מונעים קביעת מחיר שירות (עמלה) יעילה.¹³ עדיפות המידע הנתונה לבנקים מקנה לאחרונים יכולת להפיק רווחי יתר על חשבון הצרכנים. על כן נדרשת התערבות רגולטורית בקביעת מחירי העמלות ובפיקוח על התנהגות הבנקים.¹⁴

3. על ריכוזיות ענף הבנקאות ותופעת ההתאמה האוליגופוליסטית

בעיה נוספת קשורה לריכוזיות בענף הבנקאות.¹⁵ מדד "הריכוזיות" הוא קריטריון מרכזי לסיווג מבני השוק הקיימים במשק הישראלי והעולמי.¹⁶ הריכוזיות באה לידי ביטוי בהשתתפות של מעט גופים

¹² להמחשת הנושא ראו עידן גרינבאום "מסלול תחתים" (ניתן לצפייה בתוך www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2907626,00.html) (נצפה באחרונה ביום 6.10.2006). ראו גם: בן-ציון ציטרין "הציבור מטומטם הציבור ישלם" **משקי הון** 67, 12 (תשנ"ה-1995).

נבקש לסייג במידת מה את טענותינו האחרונות. איננו סוברים שכל משקי הבית הפרטיים הינם לקוחות זהים. אנו מודעים לכך שאוכלוסיית משקי הבית אינה אוכלוסייה הומוגנית בכל הקשור למידת יכולתה להעריך את כדאיות העסקאות עם הבנקים. ברם לתחושתנו, מרבית משקי הבית, ובוודאי משק הבית הממוצע, מתקשים לבחון את עסקאותיהם עם הבנקים.

¹³ כזכור, מידע מלא וזמין לכל השחקנים בשוק (לרבות הצרכנים הסופיים) הינו תנאי לקיומו של שוק משוכלל.

¹⁴ מנגד טוענים הנמנים עם "אסכולת שיקאגו" כי אין לפתור בעיות בשוק, לרבות בעיית פערי מידע בין יצרנים לבין צרכנים, באמצעות התערבות ממשלתית-רגולטורית. להרחבה ראו למשל: עלי זלצברגר "על הפן הנורמטיבי של הגישה הכלכלית למשפט" **משפטים** כב(2) 261, 269 (1993).

¹⁵ אף שאנו מתייחסים לריכוזיות כאל "בעיה" במהלך פרק זה, נבקש לציין כבר עתה כי יש הסוברים כי לריכוזיות יתרונות, ובמיוחד במשקים קטנים כגון המשק הישראלי. להרחבה ראו: ע"א 95/2247 **הממונה על הגבלים העסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק חקלאות בישראל בע"מ**, פ"ד נב(5) 213 (1998). בפרשה זו נאמר כי "שומה על הרשויות המפקחות על נושא ההגבלים העסקיים לנהוג בגמישות יחסית באשר לקביעת אותה ריכוזיות, שתהא "אסורה" ותביא לפסילתם של מיזוגים מוצעים. כך הדבר, בשל היתרון הכרוך בגודל הפירמה (לאחר המיזוג) ובעובדה, שקוטנו היחסי של המשק הישראלי מצדיק – ומאפשר, ריכוזיות גבוהה יחסית למדינות אחרות, בין היתר, על מנת להגביר את יכולתו וסיכוייו של המשק הישראלי ופירמות הפועלות בו, להתחרות בשווקים בינלאומיים." להרחבה בעניין שווקים ריכוזיים במשקים קטנים ראו גם: MICHAL S. GAL, COMPETITION FOR SMALL MARKET ECONOMIES 46-57, 154-193 (Harvard University Press, 2003).

¹⁶ יצחק יגור **דיני הגבלים עסקיים** 462 (מהדורה שנייה, כרמל – ספרות משפטית, תש"ס-2000).

בשלב זה נבקש להאיר בקצרה את תופעת ניגודי העניינים המובנים בפעילותם של הבנקים ואת קשרי הגומלין בין תופעת ניגוד העניינים שצוינה לעיל לבין תופעת הריכוזיות בשוק הבנקאי. תופעת ניגוד העניינים נובעת מריבוי עיסוקיהם של הבנקים. הבנקים מנהלים את חשבונות העובר ושב, הם נותני האשראי, הם הבעלים ומנהלי חברות כרטיסי האשראי, הם מנהלי ההשקעות (תיקי ניירות ערך, פיקדונות, תוכניות חיסכון), הם המייעצים, הם בעלי הקופות והקרנות, הם הנותנים לקופות ולקרנות שירותים ללווים, והם העוסקים בחיתום. פעולותיהם אלו יוצרות אפוא תלות גבוהה בהם. בנוסף, ייתכנו ניגודי עניינים בין כובעיהם השונים של הבנקים. לדוגמה, כאשר בנק ממליץ ללקוחותיו על השקעות, ומשווק בה בעת קרנות נאמנות, המלצתו להשקיע בקרן נאמנות, שאותה הוא משווק, מוטלת בספק.

חשוב לציין כי תופעת ריכוזיות השליטה במערכת הבנקאית מעצימה את ניגודי העניינים מחד גיסא, ומאידך גיסא תופעת ניגוד העניינים מעצימה את תופעת ריכוזיות השליטה. להרחבה בנושא בכל הקשור לשוק ההון ולבנקים

(בנקים) בפעילות הבנקאית בישראל.¹⁷ בהשוואה בין לאומית רמת הריכוזיות של המערכת הבנקאית הישראלית היא מהגבוהות בעולם.¹⁸ רמת ריכוזיות המערכת אף עולה ככל שמדובר בפעילות המערכת הבנקאית מול מגזר משקי הבית.¹⁹

על בסיס קריטריון הריכוזיות נהוג לכנות שוק כ"שוק אוליגופוליסטי" כאשר הוא נשלט על ידי מספר מצומצם של פירמות. ביסודה של השליטה בשוק זה לא בהכרח עומדת הסכמה מראש של הפירמות על אודות מאפייני ההתנהגות העסקית (מחיר או איכות המוצר/שירות, למשל), בדומה להסכם קרטליסטי, אלא התאמות שהפירמות מבצעות לפי התנהלותן של הפירמות האחרות.²⁰

בפשטות נאמר כי ככל שהשוק אוליגופוליסטי יותר, דומה הוא יותר לשוק מונופוליסטי, נטול תחרות, הנוטה לניצול לא יעיל של משאבים כלכליים.²¹ ככל שהשוק אוליגופוליסטי יותר, גדל כוחן של הפירמות השולטות בו ("התאמה אוליגופוליסטית") להעלות מחירים (מעל למחיר בשוק תחרותי),²² לגרום להקצאת משאבים בלתי יעילה, למנוע התייעלות ופיתוח במשק (אין לבעלי השליטה בשוק זה תמריצים הקיימים במצב של תחרות). מנגד, נפגעת רווחתם של הצרכנים. לכן מקובל לומר כי בשוק אוליגופוליסטי (לעומת שווקים תחרותיים) גבוהה ההסתברות לאובדן רווחה חברתית.²³

אולם מחקרים מלמדים כי מידת הריכוזיות איננה פרמטר יחיד, הקובע את דרגת התחרות בשוק.²⁴ מלבד מידת הריכוזיות במשק פלוני, מותנה קיומה של התאמה אוליגופוליסטית בשלושה גורמים: הגורם הראשון, הגעת פירמות לתנאי תיאום ברורים של מחיר או טיב שירות אחיד, במרומוז ולא במפורש. הגורם השני, יכולת זיהוי של סטיית מתחרים מההסכמה. הגורם השלישי, יכולת

(כ"מתווכים פיננסיים" בשוק זה) ראו: "דו"ח הצוות הבין-משרדי לעניין רפורמה בשוק ההון" (ירושלים, 2004) (ניתן לצפייה בתוך www.mof.gov.il/bachar/pdf/bacharFullReport.pdf) (נצפה באחרונה ביום 6.10.2006). (להלן: דו"ח ועדת בכר).

17 לתחושתנו בעיה זו חריפה יותר מאשר נדמה במבט ראשון. זאת משום שלהערכתנו במשק קטן כמו המשק הישראלי, השחקנים בשוק הבנקאות – הן הבנקאים והן הרגולטורים בשוק זה – הינם חלק מ"רשת חברתית" מצומצמת. דומה שאותם שחקנים "בנקאיים" שמספרם מצומצם – המכירים זה את זה היטב – קובעים הלכה למעשה את המדיניות בענף הבנקאות. יתרה מזו, נראה כי המוביליות המוגבלת בענף הבנקאות הישראלי ובענפים קרובים לו מסייעת למעשה לשימור אותה קבוצת שחקנים מצומצמת, שכן לחבריה אין אפשרויות תעסוקה רבות אחרות ההולמות את כישוריהם בענפים אחרים.

18 דוד גרנות "התחרות במערכת הבנקאות והמחרת עמלות וריביות" **רבעון לבנקאות** לט(154) 91 (2004).

19 שם, בעמ' 91-93.

20 מיכל (שיצר) גל, מנחם פרלמן וטליה סולומון "הכרזה על קבוצת ריכוז – פיתרון חלקי לבעיית ההתאמה האוליגופוליסטית?" **משפטים** לו(1) 13, 30-33 (תשס"ז-2006).

21 שם. ראו גם: Karl E. Case & Ray C. Fair, Principles of Economics 311-315, 333-343 (1993).

22 גם בלא כל הידברות בין המתחרים סביר שתוך זמן קצר יתייצב השוק על מחיר הגבוה מהמחיר שהיה נקבע בשוק משוכלל. ברם דומה כי מחיר גבוה זה יהיה נמוך, בדרך כלל, מהמחיר שישרור במקרה של בעל מונופולין בשל מגבלות ההתאמה. ראו: גל, פרלמן וסולומון, לעיל הערה 20, בעמ' 25.

23 שם. להרחבה בעניין שוק מונופוליסטי (מאפיינים והסדרים משפטיים החלים עליו) ראו יגור, לעיל הערה 16, בעמ' 463-535.

24 להרחבה בנושא ראו סמט, לעיל הערה 6, בעמ' 27-28.

ענישה בגין סטייה כזו, על ידי שאר הפירמות.²⁵ נרבה למצוא את שלושת הגורמים הללו כשמדובר ב"שחקנים לטווח ארוך" היכולים לבקר זה את התנהגותו של זה ולכן לא ימהרו "לבגוד" זה בזה כדי להשיג יתרון בטווח הקצר. אף שמבחינה אינטואיטיבית נראה כי בשוק הבנקאות מתקיימים גורמים אלו, אנו נבקש לבחון את קיומם באמצעות הצגת כמה ממאפייני ענף הבנקאות המקדמים התאמה אוליגופוליסטית.²⁶

הומוגניות של הפירמות והמוצרים: תכונה זו מקלה את התיאום ואת ההשוואה בין מוצרי החברות וכמובן את הבקרה על קיום ההסכמה. ניתן לטעון, שהשירותים הבנקאיים השונים הם מוצרים די הומוגניים, אם כי לא במובנם הקלאסי. אף שהבנקאים מציעים קשת רחבה של שירותים, סל השירותים שמציע כל בנק דומה מאוד לזה של מתחריו. דמיון זה מאפשר הלכה למעשה התאמה של מחירי השירותים ושל העמלות הבנקאיות.

חסמי כניסה לשוק: בלא חסמי כניסה משמעותיים, התאמה אוליגופוליסטית אינה בת ביצוע. העלאת מחירים על ידי הגופים המרכיבים את השוק בזמן נתון תגרום לכניסתם של גורמים חדשים ש"ישברו את השוק". בעולם הבנקאות ישנו חסם כניסה משמעותי בדמותו של נגיד בנק ישראל. כדי לשמור על יציבות השוק, מבקר הנגיד את הכניסה אליו, ולכן ישנו מספר קטן למדי של בנקים בישראל והכניסה לשוק הבנקאי הינה אטית ומוגבלת.²⁷

שקיפות העסקאות בשוק: שקיפות מקלה את הפיקוח ההדדי של מתחרים ואת "אכיפת" ההתאמה האוליגופוליסטית. השוק הפיננסי מתאפיין בשקיפות הדדית ככל שמדובר במערכת היחסים שבקרב הבנקים עצמם ולא במערכת היחסים שבין כל בנק לבין לקוחותיו. הבנקים מיומנים בנייתו תנאי השירות שכל אחד מהם מציע ללקוחותיו ומלבד זאת המפקח על הבנקים מקל עליהם מלאכה זו, באמצעות התוויית נוהלי עבודה אחידים לכל הבנקים בישראל.²⁸

עסקאות קטנות וחוזרות: ככל ששוק מבוסס על מספר רב של עסקאות קטנות, הנוטות לחזור שוב ושוב, קל לבצע התאמה אוליגופוליסטית, מכיוון שגוברת יכולת הפיקוח ההדדי ולמידת המהלכים בשוק. השוק הבנקאי מקיים תנאי זה בצורה מיטבית – כל בנק מבצע מספר רב של עסקאות קטנות מדי יום, עסקאות אלו (כגון משיכת מזומנים מכספומט והפקדת המחאות) מחויבות בעמלות והן חוזרות מספר רב של פעמים.

פעילות בכמה שווקים בעת ובעונה אחת: תכונה זו מגבירה את יכולתם של המתחרים "להעניש" זה את זה לאחר סטייה מההתאמה, והם יכולים לבחור להעניש את הסוטה בשוק שבו הוא

²⁵ גל, פרלמן וסולומון, לעיל הערה 20, בעמ' 27. האחרונים מסתמכים על מחקרו של פרופ' סטיגלר. ראו: George J. Stigler, *A Theory of Oligopoly*, 44 J. POL. ECON. 72 (1964).

²⁶ לפי המאפיינים שעליהם עומדים גל, פרלמן וסולומון במאמרם. שם.

²⁷ ראו גם חוק הבנקאות (רישוי), התשמ"א-1981, ס"ח 232. החוק מקנה לנגיד בנק ישראל את הסמכות להעניק רישיון בנק. החוק מונה את השיקולים ואת התנאים הרלוונטיים להענקת הרישיון האמור. תנאים אלה (למשל: הון מניות מונפק ונפרע מינימלי של תאגיד ציבורי) מהווים כמובן חסם בעבור תאגידים המבקשים לזכות ברישיון בנק.

²⁸ הבעיה נעשית רדיקלית יותר דווקא ככל שהרגולטורים פועלים לכאורה למען טובת הלקוחות. כאשר הרגולטורים פועלים להעברת מידע מבנק מסוים אל לקוחותיו, כך הם מקלים למעשה על הבנקים האחרים להתאים את פעילותם לפעילותו של הבנק הנ"ל.

הכי פגיע. גם תנאי זה מתקיים בשוק הבנקאי מכיוון שהבנקים מתחרים זה בזה במגוון תת שווקים כמו שוק הפעולות הבנקאיות "הרגילות", שוק המשכנתאות, שוק הלקוחות העסקיים, שוק ההלוואות, שוק הפיקדונות ושוק קופות הגמל.²⁹

הנה כי כן שוק הבנקאות הישראלי הינו זירה אוליגופוליסטית אידיאלית למדי. גם בשל כך נדרש פיקוח ציבורי על שוק זה.

4. על חשיבותה של יציבות בענף הבנקאות

לאחר שסקרנו כמה בעיות בשוק הבנקאות בישראל, מן הראוי לדון בחשיבות היציבות הפיננסית. מקובל לתאר מצב שבו המשק יציב מבחינה פיננסית כמצב שבו ניתן למצות את פוטנציאל הצמיחה של המשק, המוסדות הפיננסיים מסוגלים בהסתברות גבוהה לעמוד בהתחייבויותיהם החוזיות בלא סיוע חיצוני (מן המדינה, למשל), מחירי הסחר בשוק הפיננסי משקפים בצורה ריאלית את התנאים במשק ומערך התשלומים והסליקה פועל ברציפות וביעילות.³⁰ מידת יציבותה של המערכת הפיננסית נקבעת על ידי שני גורמים: הגורם האחד, איומים מהסביבה המקומית והעולמית; הגורם השני, עמידות המערכת.³¹ עמידותה של המערכת מושפעת בין היתר מאופי הסדרתה, מהפיקוח עליה וממבנה התמריצים לשחקנים במערכת.³²

לעתים מתנגשת השאיפה לבזר ריכוזיות (אוליגופוליסטיות) בשוק (כדי לעודד תחרות) בשאיפה ליצור ואף לשמר יציבות כלכלית. הדברים נכונים שבעתים ככל שמדובר במשקים קטנים כגון המשק הישראלי. בישראל (כמו גם במשקים דומים בעולם) הרצון לשמור על יציבות פיננסית במשק בכלל ובשוק הבנקאי בפרט מצמצם את פעולות הרגולטורים לעידוד התחרות.³³ מאידך גיסא, עלינו לזכור כי לא כל פגיעה ברווחי הבנקים עקב פתיחת השוק הבנקאי לתחרות, פוגעת במישרין ביציבותם,³⁴ כלומר טענת היציבות אינה טענה מוחלטת כנגד רגולציה המעודדת תחרות בשוק.

²⁹ בהקשר זה יש להזכיר כי משרד האוצר פועל בשנים האחרונות למען פתיחת שוק קופות הגמל לגורמים שאינם בנקים. צעד זה אמור להוריד את המחירים ולשפר את השירות וכנראה הוא לא יפגע ביציבות השוק הפיננסי. הבנקים מנגד טוענים כי המהלך עשוי לפגוע ביציבותם הפיננסית. להרחבה בעניין ראו: חוק להגברת התחרות ולצמצום הריכוזיות וניגודי העניינים בשוק ההון בישראל (תיקוני חקיקה), התשס"ה-2005, ס"ח 232 (ניתן גם לצפייה בתוך www.knesset.gov.il/privatelaw/data/16/3/175_3_3.rtf) (נצפה באחרונה ביום 6.10.2006). ראו גם: תזכיר חוק הגברת התחרות וצמצום הריכוזיות וניגודי העניינים בשוק ההון בישראל, התשס"ה-2005 (ניתן לצפייה בתוך www.mof.gov.il/bachar/pdf/tazkir2.pdf) (נצפה באחרונה ביום 6.10.2006).

³⁰ דו"ח יציבות פיננסית לשנת 2004 (בנק ישראל, 2005) פרק א, בעמ' 4. (ניתן לצפייה בתוך www.bankisrael.gov.il/deptdata/stability/2004/cha1.pdf) (נצפה באחרונה ביום 6.10.2006).

³¹ קצרה הארה זו מלהכיל הסברים מפורטים באשר למונח "יציבות פיננסית". נסתפק בהצגה התמציתית שצוינה לעיל. להרחבה: שם.

³² שם.

³³ מאיר חת "מי מופקד על קידום מדיניות של תחרות בשוק הפיננסיים" **המשפט** ו 9, 11 (תשס"א-2001).

³⁴ פסיקת בית הדין להגבלים עסקיים מראה כי ישנם תחומים שבהם ניתן לקיים תחרות סבירה בין הבנקים לרווחת הציבור ולפי העדפותיו בלי לפגוע ביציבות הבנקים. ראו למשל: הי"ע (הגבלים עסקיים) 93/13 **הממונה על הגבלים עסקיים נ' המועצה הישראלית לצרכנות** (לא פורסם, 27.1.1997) העוסק בפעילות הבנקים בימי ו.

5. עמלות בנקאיות

ניתוח מבנה ענף הבנקאות שבוצע לעיל מלמד כי מדובר בשוק כושל בהיבט התחרותיות בכל הנוגע למגזר משקי הבית.³⁵ רמת הריכוזיות הגבוהה הכשירה את הענף הבנקאי לשמש כר פורה להתאמה אוליגופוליסטית. תוצאותיה של התאמה אוליגופוליסטית זו במישור העמלות הנגבות ממשקי הבית הפרטיים ברורות. בהיעדר תחרות (אמיתית) הבנקים גובים באופן אחיד (התיאום מתאפשר הודות לשוק האוליגופוליסטי) עמלות גבוהות רבות³⁶ וייחודיות (למשל: "עמלת שורה").³⁷ פערי המידע הגדולים הקיימים בין משקי הבית לבנקים, ריבוי מספר העמלות הנגבות, הצפת המידע שנוקטים הבנקים וקשיי המעבר מבנק לבנק,³⁸ גם הם מונעים ממשקי הבית לנהל משא ומתן אמיתי באשר להורדת מחירי העמלות. במצב הנתון משקי הבית נוקטים "אדישות רציונלית"³⁹ ואינם מספקים לבנקים תמריץ אשר יפגע בהתאמה האוליגופוליסטית.⁴⁰ טענת הבנקים היא שאחת הסיבות להיעדר תחרות בתחום היא חוסר הרווחיות שבמתן שירותים ללקוחות הפרטיים הקטנים, הנתפסים כנטל המוטל על הבנק וגורם לו לספוג הפסדים.⁴¹ מסיבה זו, מעדיפים הבנקים שלא להשקיע מאמץ ביצירת תחרות במגזר משקי הבית, העשויה לטענתם לפגוע ביציבותם הפיננסית.⁴²

35 לדעה דומה ראו: דו"ח ועדת בכר, לעיל הערה 16. ראו גם: דפנה צוקר "הדור הבא של הרגולטורים" גלובס 15.16.3.2004.

36 לפי נתוני בנק ישראל מספר העמלות בישראל גבוה בדרך כלל ממספרם בחו"ל. "השוואה בינלאומית של עמלות בנקים" (בנק ישראל, 2004) (ניתן לצפייה בתוך www.bankisrael.gov.il/press/msgs/977829544/001226a.htm (נצפה באחרונה ביום 6.1.2006)).

37 כל פעולה המתבצעת בחשבון נרשמת בדפי החשבון של הבנק. פעולות שיוזם הלקוח בחשבון, למעט פעולות בודדות, מחייבות בעמלת שורה. על פי מחקר שנערך במרכז מחקר ומידע של הכנסת אין בעולם עמלה מקבילה ל"עמלת השורה" הישראלית. ראו: שירלי אברהמי, דן להב, גיל לאופר ויהודית גלילי "דוח הצוות לבחינת סוגיות במערכת הבנקאית – המלצות בעניין התחרות הבנקאית במקטע משקי הבית" הכנסת – (מרכז מחקר ומידע, תשס"ד-2004), בעמ' 8 (ניתן לצפייה בתוך www.knesset.gov.il/mmm/doc.asp?doc=m00863&type=pdf) (נצפה באחרונה ביום 6.10.2006).

38 ככל שמדובר במשקי הבית, עלויות מעבר מבנק מסוים לבנק מתחרה הן גבוהות. הבנקים מספקים מגוון רחב של שירותים (הוראות קבע, חשבונות עובר ושב, ניהול תיקי השקעות, תוכניות חיסכון, שירותי אשראי ועוד). העברת כל שירות ושירות מבנק לבנק כרוכה בעמלה ספציפית. יתר על כן, ככל שמדובר במשקי בית, יש להביא בחשבון כעלויות נוספות את הזמן, הטרחה וחוסר הנוחות (מרבית משקי הבית מעדיפים את הנוחות של סניף בנק קרוב לבית או פקיד מוכר זה שנים) הכרוכים במעבר האמור. להרחבה בנושא ראו: "השתוללות מחירי עמלות הבנקים" (המועצה הישראלית לצרכנות, 2004) (ניתן לצפייה בתוך www.consumers.org.il/show_item.asp?itemId=453&levelId=47639) (נצפה באחרונה ביום 6.10.2006).

לשם המחשת הקשיים במעבר נציין כי על פי סקר דעת קהל שנערך על ידי מחקר מרכז ומידע של הכנסת עולה כי רק 14.5% מלקוחות הבנקים השייכים למגזר משקי הבית הפרטיים ביצעו מעבר מבנק אחד לבנק אחר בחמש השנים האחרונות (לשם השוואה מדובר כמעט במחצית משיעור מחליפי חברה סלולרית בישראל). לצפייה בתוצאות סקר זה ראו: אברהמי, להב, לאופר וגלילי, שם, בעמ' 8.

39 הבנקים גובים מחירי עמלות גבוהים אך כמעט שווים. פערי המידע בין הבנקים לבין משקי הבית ועלויות המעבר מבנק לבנק מעודדים את משקי הבית להשלים עם המצב הקיים (אין נכונות להשקיע זמן ומאמץ במאבק על מחירי העמלות).

40 אברהמי, להב, לאופר וגלילי, לעיל הערה 37, בעמ' 8.

41 בכנס תל-אביב לבנקאות בראשית יוני 2004, ציין מנכ"ל בנק הפועלים, מר צבי זיו, שעל פי נתוני הבנק כ-40% מהלקוחות הפרטיים הם לקוחות מסבי הפסדים. ראו: "דוח הצוות לבחינת סוגיות במערכת הבנקאית – המלצות בעניין התחרות הבנקאית במקטע משקי הבית" הכנסת – (מרכז מחקר ומידע, תשס"ד-2004), בעמ' 6 (ניתן לצפייה בתוך www.knesset.gov.il/mmm/doc.asp?doc=m00863&type=pdf) (נצפה באחרונה ביום 6.10.2006). ראו לציין כי גם לפי נתונים אלה, מרבית הלקוחות הפרטיים (60%) הינם לקוחות רווחיים מאוד כפי שיובהר בהמשך ההארה.

42 על חשיבות היציבות הפיננסית ראו פרק ב.3. לעיל.

בניגוד לטענת הבנקים כי הלקוחות הפרטיים מסבים להם הפסדים, בחינת רווחי הבנקים מלמדת כי הרווחים מהעמלות של משקי הבית הינם חלק ניכר מרווחי הבנקים. נתוני בנק ישראל מלמדים כי הרווח הנקי שאותו צברו חמשת הבנקים המובילים בישראל⁴³ בקרב מגזר משקי הבית בשלושת החודשים הראשונים של שנת 2006 הוא 156 מיליון ש"ח (כ-6.25% מסך הרווח הנקי של הבנקים לתקופה שצוינה לעיל).⁴⁴ לגופו של עניין לא מצאנו ראיות משכנעות לטענה, שהתחרות בין הבנקים בכל הנוגע לעמלות תפגע ביציבותם הפיננסית של הבנקים. יש לזכור שהמשברים הגדולים אשר פגעו ביציבות הבנקים נבעו ממסחר של הבנקים במניות שלהם, ממתן הלוואות בלא בטחונות מתאימים לאנשי עסקים ומפעולות הונאה אשר בוצעו על ידי עובדי הבנקים.⁴⁵ לא מפתיע אפוא שכלכלנים שפיתחו "מדד ישראלי" לבדיקת חוסנם של הבנקים⁴⁶ בחרו שלא לשכלל את רווחי העמלות שצוברים הבנק כפרמטר לבחינת יציבותו הפיננסית של בנק זה או אחר. לשיטתנו, הדבר מלמד כי העמלות הבנקאיות ממשקי הבית אינן גורם בעל השפעה של ממש על יציבותם של הבנקים, כפי שטוענים הבנקים.⁴⁷ על כן, אין לדידנו סכנה של ממש בניסיון מושכל לפתוח לתחרות את שוק העמלות המוטלות על משקי הבית הפרטיים.

ג. ההסכם בראי הדין הקיים

1. הממונה על ההגבלים העסקיים וסמכויותיו

השאיפה לקדם יעילות וצמיחה, לשמור על יציבות ולהגן על הצרכן בעולם הבנקאי, כמו גם הכמיהה ליצור תחרות בנקאית אמיתית (להבדיל מהיווצרות מוקדי כוח כלכליים) והרצון לקבוע "כללי משחק" הוגנים, הם העומדים ביסודם של דיני ההגבלים העסקיים בכלל ושל מינוי הרגולטורים בשוק הפיננסי הישראלי בפרט.⁴⁸

⁴³ הבנקים שנסקרו הם בנק לאומי, דיסקונט, הפועלים, המזרחי והבינלאומי.

⁴⁴ "השוואת חמש הקבוצות הבנקאיות (מאוחד) – מרץ 2006" (בנק ישראל, 2006) 4 (ניתן לצפייה בתוך www.bankisrael.gov.il/deptdata/pikuah/nat_bank/20060331/graph12.pdf) (נצפה באחרונה ביום 6.10.2006).

מן הנתונים שמציג בנק ישראל עולה כי בשנת 2005 שיעור הרווח הנקי שאותו צברו חמשת הבנקים שצוינו לעיל ממגזר משקי הבית (מסך הרווח הנקי לאותה שנה) הוא 20.6%. ראו: "השוואת חמש הקבוצות הבנקאיות (מאוחד) – דצמבר 2005" (בנק ישראל, 2005) 1 (ניתן לצפייה בתוך www.bankisrael.gov.il/deptdata/pikuah/nat_bank/20051231/graph12.pdf) (נצפה באחרונה ביום 6.10.2006).

⁴⁵ להרחבה בנושא ראו: ועדת החקירה הממלכתית לענין ויסות מניות הבנקים **דו"ח הוועדה** (1986).

⁴⁶ ירון פישמן ודוד רוטנברג "חוסן" מדד לבחינת איתנותם וחוסנם של בנקים בישראל " **סוגיות בבנקאות** 17 (בנק ישראל, תשס"ו-2005) (ניתן לצפייה ב- www.bankisrael.gov.il/deptdata/pikuah/issue17/sug17_3.pdf) (נצפה באחרונה ביום 6.10.2006).

⁴⁷ שם.

⁴⁸ להרחבה אודות מטרות דיני ההגבלים העסקיים, ראו: יצחק יגור **דיני הגבלים עסקיים** (מהדורה שניה, כרמל – ספרות משפטית, תש"ס-2000) 45-54. נציין בשלב זה כי המטרות שהוצגו לעיל הינן מטרות המכוונות מטרות "פנימיות" לדיני ההגבלים העסקיים אשר קשורות בשאיפה לקדם ואף לפתח תחרות במשק. דיני ההגבלים העסקיים מבקשים להשיג גם מטרות "משניות-חיזוניות" אשר קשורות בשיקולים פוליטיים סוציאליים (למשל: מניעת אבטלה).

סמכותו של הממונה בתחום המונופולין חלה ברוב המקרים על מי שברשותו יותר ממחצית הנכסים או השירותים בשוק מסוים.⁵⁷ כן רשאי הממונה על ההגבלים העסקיים לקבוע כי שני גופים או יותר ייקראו קבוצת ריכוז וייתפסו כמונופול אם אין ביניהם תחרות משמעותית.⁵⁸ סמכותו של הממונה להכריז כי קבוצת ריכוז היא מונופולין היא סמכות שברשות.⁵⁹

בפסיקת בית המשפט העליון נקבע כי חוק ההגבלים העסקיים מבחין בין התאמה אוליגופוליסטית לבין תיאום בין מתחרים.⁶⁰ התאמה אוליגופוליסטית בין מתחרים מותרת, ואילו תיאום בין מתחרים הוא אסור. התרתה של התאמה אוליגופוליסטית מנומקת בכך שקשה להפריד בינה לבין התנהגות עסקית לגיטימית לחלוטין המגיבה על שינויים המתרחשים בשוק. הואיל ושוק הבנקאות הוא שוק ריכוזי, עשוי כל מתחרה-בנק (בהתאמה האוליגופוליסטית) לנהוג כאיש עסקים ממולח ולהתאים את התנהגותו לשינויים המתרחשים בשוק כדי שתיווצר אחידות במחירים וברמת השירות ו/או באיכות המוצרים בשוק בלי "להיפגע". מכיוון שתוצאותיה של התאמה אוליגופוליסטית שוות לתוצאותיו של הסדר כובל (שחוק ההגבלים אוסר) יש הטוענים כי הפתרון לנזקי ההתאמה האוליגופוליסטית טמון בסמכות הממונה להכריז על קבוצת ריכוז.⁶¹

ראוי לציין כי הכרזתו של הממונה על ההגבלים העסקיים על קבוצת ריכוז הינה הכרזה קונסטטיטויבית, כלומר בלא ההכרזה האמורה אין לראות בקבוצת הריכוז מונופול,⁶² ואין להחיל עליה את ההוראות הרלוונטיות בחוק ההגבלים העסקיים. לכאורה, נראה כי מכיוון שמדובר בסמכות שברשות, הרי אין מניעה שהממונה יתחייב שלא להפעיל סמכותו, כפי שאכן התחייב בהסכם הנידון בהארה זו. על פי גישה אחרת ניתן לטעון שהמשפט הציבורי אינו מתיר כבילת שיקול דעת שכזו. נמנה כמה טעמים המחזקים את הטענה האחרונה: ראשית, התחייבות שלא להפעיל סמכות שבשיקול דעת איננה שווה להחלטה מושכלת שלא להפעילה באירוע נקודתי. התחייבות זו משמעה ויתור מראש על הפעלת שיקול הדעת, בשונה ממצב שבו הרשות מפעילה את שיקול דעתה ומחליטה שלא להפעיל את סמכותה.⁶³ שנית, על הממונה לשקול את מכלול השיקולים הרלוונטיים בעניינו, כלומר עליו לקבל

57 סעיף 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים. לעומת הממונה על ההגבלים העסקיים, רשאי שר האוצר, לפי המלצת הממונה, לקבוע כי בשוק ספציפי מתחרה מסוים הוא מונופול אף שאחזקותיו פחותות ממחצית השוק, ובלבד שהמתחרה בעל השפעה מכרעת באותו שוק. ראו: סעיף 26(ג) לחוק ההגבלים העסקיים.

58 סעיף 26(ד) לחוק ההגבלים העסקיים. סעיף זה קובע כאמור חלופה נוספת להגדרת "מונופולין": "היה הריכוז ... נתון בידי שני בני אדם או יותר שאין ביניהם תחרות או קיימת ביניהם תחרות מועטה בלבד (להלן – קבוצת ריכוז), יראו את הריכוז כמונופולין ואת קבוצת הריכוז כבעל המונופולין, אם הממונה קבע זאת לפי סעיף 43(א)(4)". חלופת "קבוצת הריכוז" שצוינה לעיל מאפשרת התמודדות עם תחרות מצומצמת בשוק ריכוזי הנשלט על ידי קבוצת מתחרים מתואמת המחזיקה ביותר ממחצית מהשוק.

59 סעיף 43(א)(4) לחוק ההגבלים העסקיים.

60 ע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ** (לא פורסם, 31.3.2005).

61 גל, פרלמן וסולומון, לעיל הערה 20, בעמ' 16.

62 להגדרת "קבוצת ריכוז" ראו לעיל הערה 58.

63 בית המשפט העליון הבהיר שאין הבדל בין כללי המשפט המנהלי החלים כשהרשות הפעילה סמכות שבשיקול דעת לבין כללי המשפט המנהלי החלים כשהרשות נמנעה מלהפעיל סמכות שבשיקול דעת. להרחבה ראו: בג"ץ 3094/93 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מו(5) 404, 418-421 (1993).

החלטה כזו או אחרת בעניין הבנקים רק לאחר ששקל את כל השיקולים הרלוונטיים.⁶⁴ יתרה מזו, ההחלטה שיקבל צריכה לשקף בפועל את כל אותם שיקולים רלוונטיים. שקילת שיקולים זרים על ידי הממונה אסורה כמובן.⁶⁵ ראוי לציין כי על פי הדין הקיים, כאשר מתקיימים התנאים העובדתיים הקבועים בסעיף 26 לחוק ההגבלים העסקיים, מצטמצם מתחם השיקולים הרלוונטיים מבחינת הממונה לעניין ההכרזה על "בעל מונופולין" (או על "קבוצת ריכוז").⁶⁶ בית הדין להגבלים עסקיים קבע כי בהתקיים התנאים העובדתיים הקבועים בסעיף 26 לחוק ההגבלים העסקיים, רשאי הממונה להימנע מהכרזה על "בעל מונופולין" רק כאשר ההכרזה האמורה לא תקדם את מטרות חוק הגבלים העסקיים. לפיכך, אם מתקיימים בעניינם של הבנקים דרישותיו העובדתיות של סעיף 26 לחוק ההגבלים העסקיים, הרי שעל הממונה להראות כי הרציונל בבסיסו של ההסכם, שלפיו יקפא את פעילותו באשר להכרזה על הבנקים כקבוצת ריכוז, הינו מניעת פגיעה בתכלית חוק ההגבלים העסקיים, שאם לא כן, הפעיל הממונה שיקול דעתו באופן לא תקין. שלישית, גם אם שקל הממונה את מכלול השיקולים הענייניים (בלא לשקול שיקולים זרים, כמובן) ואף אם ההחלטה מבטאת את מכלול השיקולים הענייניים, עליו להוכיח שנתן משקל סביר בהחלטתו לשיקולים שאותם שקל, כלומר הפעיל את שיקול דעתו באופן סביר ומידתי.⁶⁷

כריתת ההסכם מעידה לשיטתנו כי לפחות לדעת הצדדים לו, הבנקים מילאו את תנאי הגדרת "קבוצת הריכוז" הקבועה בסעיף 26(ד) לחוק ההגבלים העסקיים (שאם לא כן לא היו מסכימים לכרות הסכם עם הממונה ולהזיל את העמלות הבנקאיות תמורת מניעת הכרזת הממונה).⁶⁸ מסקנה זו עולה בקנה אחד עם הגדרת "קבוצת ריכוז" בסעיף 26(ד) לחוק ההגבלים העסקיים, המציבה כאמור שתי דרישות: הראשונה, מחצית או יותר מכלל אספקת הנכסים או מכלל רכישתם מרוכזת בידי שני בני אדם (בכלל זה תאגיד) או יותר. דרישה זו מתקיימת בלא ספק מכיוון שבנק הפועלים ובנק לאומי מחזיקים יחדיו כ-70% מהשוק הפיננסי בישראל.⁶⁹ השנייה, בין אותם בני אדם אין תחרות או שקיימת ביניהם תחרות מועטה בלבד. לפי מסקנתנו בפרק ב, הבנקים פועלים בהתאמה אוליגופוליסטית. לפיכך, לפחות לכאורה נראה כי הנטל על המפקח להראות מדוע בכל זאת החליט שלא להפעיל את סמכותו, ואף הוסיף והתחייב שלא יפעילה לפרק הזמן הנקוב.

⁶⁴ לשיטתו של הנשיא (בדימוס) שמגר, מחובתה של רשות מנהלית לקבל החלטה בעניין מסוים המצוי בתחום סמכותה, לפי שלבי תהליך זה: ראשית, על הרשות לאסוף את כל הנתונים הרלוונטיים להחלטה. שנית, על הרשות לבחון את משמעות הנתונים שאספה. שלישית, על הרשות לקבל החלטה ולנמקה לפי הנתונים שנאספו ומשמעותם. להבנתו של הנשיא שמגר, הליך כגון זה מבטיח כי הרשות תקבל החלטה תוך שקילת כלל השיקולים הרלוונטיים. להרחבה בנושא ראו: בג"ץ 297/82 **ברגר נ' שר הפנים**, פ"ד לז(3) 29, 49 (1983).

⁶⁵ להרחבה בעניין חובת הרשות המנהלית להימנע מלשקול שיקולים זרים ראו: יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ב 747-744 (נבו הוצאה לאור בע"מ, תשנ"ו-1996).

⁶⁶ ער"ר (הגבלים עסקיים) 7/95 "**בזק**", **החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים**, תק-על 5 (2) 1997.

⁶⁷ זמיר, לעיל הערה 65, בעמ' 763-768.

⁶⁸ גל, פרלמן וסולומון, לעיל הערה 20, בעמ' 17-22.

⁶⁹ לנתונים על התפלגות השוק הפיננסי בישראל ראו: (נצפה באחרונה ביום 6.10.2006) www.bankisrael.gov.il/deptdata/pikuah/nat_bank/20050630/nb050630.htm

ניתן לנסות ולהצדיק את החלטתו של המפקח באמצעות הטיעון, שגם כשתנאי השוק מראים על קיומה של התאמה אוליגופוליסטית, אין להכריז על הגופים המתואמים כעל קבוצת ריכוז.⁷⁰ טיעון זה נשען על הנימוקים האלה:

ראשית, להערכתנו מציאות עסקית היא דינמית. על רקע זה, ספק אם רשויות רגולטוריות זריזות דיין כדי לעקוב אחריה. לאחר הכרזת הממונה יכול להשתנות המצב בשוק באופן שקבוצת הריכוז תחדל להתקיים והגבלות הממונה עליה ייוותרו בתוקף. לדעתנו, נימוק זה אינו מהווה שיקול משמעותי בענייננו. כפי שפורט קודם לכן, השוק הפיננסי הוא שוק יציב למדי, הנתון לפיקוח מתמיד ואין בו שינויים מהירים ומהפכניים. שינוי דרמטי במציאות העסקית, שיהפוך את הכרזת הממונה להוראה סטטוטורית שאבד עליה הכלח, אינו נראה סביר.

שנית, חלק מההגבלות החלות על מונופול מכוח חוק ההגבלים העסקיים עלולות דווקא לפגוע בתחרות כשהן מוטלות על קבוצת ריכוז.⁷¹ סעיף 29א(ב) לחוק ההגבלים פורש כמחיל חזקות חלוטות לניצול לרעה של כוח מונופוליסטי.⁷² בין השאר קובע סעיף 29א(ב)(3) חזקה חלוטה שלפיה הפליית מונופולין (או קבוצת ריכוז) בין לקוחותיו הינה ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי. אם נאסור על קבוצת ריכוז כקבוצה, להפלות בין לקוחותיה במחירי העמלות, נשבש למעשה את האפשרות לבטל את התאמת המחירים האוליגופוליסטית האנטי-תחרותית.⁷³

החלת הוראות אלו על מונופול ביחסיו עם שאר השוק היא הגיונית וחיובית אך הטלתן על קבוצת הריכוז תאכזף למעשה את התיאום שבין חברי הקבוצה כיוון שאיש מהם לא יוכל לסטות במידה משמעותית מהמחיר המוסכם או לצאת במבצעים ללקוחותיו בלא שיחשוף את עצמו לתביעה בגין ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי.⁷⁴ הנימוק האחרון רלוונטי לכל שוק מוצר או שירות. מידת השפעתו ועוצמתו תלויה בבתי המשפט וליתר דיוק, בבית הדין להגבלים עסקיים.

משנמצא כי הכרזה על הבנקים כעל קבוצת ריכוז הינה אפשרית – אם לא מתבקשת – נפנה לבחון מהי מעמדה המשפטי של ההתחייבות שקיבלו עליהן הרשויות תמורת הוזלת העמלות.

⁷⁰ ראו גל, פרלמן וסולומון, לעיל הערה 20, בעמ' 39.

⁷¹ גל, פרלמן וסולומון, לעיל הערה 20, בעמ' 40-41.

⁷² הי"ע (הגבלים עסקיים) 2/96 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ, (לא פורסם, 4.11.1999).

⁷³ ראוי לציין כי התומכים בפתרון בעיית ההתאמה האוליגופוליסטית באמצעות שימוש בסמכות הממונה להכריז על המתחרים הקשורים להתאמה כקבוצת ריכוז, סוברים כי יש לסייג בחוק ההגבלים העסקיים את האיסורים המוטלים על המונופולין לפי מאפייניה של בעיית ההתאמה האוליגופוליסטית. ראו: גל, פרלמן וסולומון, לעיל הערה 20, בעמ' 25.

⁷⁴ ש.ס. כן ראו: MICHAL S. GAL, COMPETITION POLICY FOR SMALL MARKET ECONOMIES 101-103 (Harvard University Press, 2003).

ראוי לציין כי פרשנות החזקות שבחוק ההגבלים העסקיים היא נושא מרכזי בפסיקת בית הדין ובית המשפט העליון בתחום ההגבלים העסקיים. החזקות (הן אלו שבסעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים והן אלו שבסעיף 29א) פורשו כחלוטות אף שיש הסבורים כי ראוי לקבוע שמדובר בחזקות הניתנות לסתירה או לפרשן בצמצום. להרחבה בעניין ראו: גל, פרלמן וסולומון, לעיל הערה 20. גם בלא שינוי מהותי בדין החזקות הקיים, ניתן לפרשן פירוש תכליתי כדי שלא יחולו על מרכיבי קבוצת ריכוז באופן הפוגע בתחרות. החזקות שבסעיף 29א מכילות מושגי שסתום רבים כגון "רמת מחירי קנייה או מכירה בלתי הוגנים", פעילות "שלא במסגרת פעילות תחרותית הוגנת" והפליית מחירים המספקת ללקוח או ספק "יתרון בלתי הוגן" ועל כן כר הפרשנות שלהן רחב.

2. סיווג המשפטי של פעולת הרשות – כללי

התחייבויותיהם של הממונה על ההגבלים העסקיים, המפקח על הבנקים וועדת הכלכלה, הכלולות בהסכם, מעוררות שאלות שונות כגון: האם מדובר בכלל במסמך בר תוקף משפטי הניתן לאכיפה? מהו הדין החל על הסכם כזה? האם ניתן וראוי להשתחרר מהסכם כזה? ועוד. המענה על שאלות אלו תלוי בסיווג פעולת הרשות. אך בטרם נפנה לדון בשאלה זו, ברצוננו להצביע על מאפיין ייחודי של ההסכם דן: הצדדים לו אינם אך גופי המנהל, אלא גם ועדה מוועדות הכנסת. דיני ההתחייבות השלטונית – בין שהם יוצרים השתק, הבטחה או חוזה – אינם מתייחסים להתחייבות של הכנסת או של ועדת הכנסת לקדם או שלא לקדם חקיקה מסוימת.⁷⁵ ההסכם שלפנינו מערב, אם כן, הסכם פוליטי הנערך בין מפלגות, שבו בדרך כלל כלולות התחייבויות מתחום החקיקה, והסכם שלטוני הנערך בדרך כלל בין רשות מנהלית לגוף פרטי, בדבר אופן הפעלת שיקול הדעת המנהלי תמורת התחייבות מצד הגורם הפרטי. ספק רב אם להבטחה שניתנה מטעם ועדה של הכנסת לגוף פרטי, שלא לקדם חקיקה, יש תוקף משפטי ודומה כי היא אינה מולידה עילת תביעה או סעד של אכיפה. עם זה, במהלך הדיון בוועדת הכלכלה של הכנסת עלתה סוגיית תגובתה של הוועדה על הצעת חוק פרטית שתסתור את ההסכם.⁷⁶ חברת הכנסת מלי פולישוק-בלוך הציעה כי ועדת הכלכלה תתאים כל הצעת חוק להסכם, ומרוח הדברים ניתן להסיק כי הוועדה ראתה עצמה קשורה בו. לדעתנו, התחייבות מעין זו, שמקבלת עליה ועדה מוועדות הכנסת, מעוררת בעיות קשות, בלא קשר להתחייבויות ההדדיות שקיבלו עליהם הבנקים, הממונה והמפקח.

נפנה עתה לשאלת סיווג פעולת הרשות: האם ניתן לראות בהסכם משום הבטחה מנהלית, חוזה שלטוני, ניסוי ("פיילוט") שיביא לידי חקיקה מאוחרת אם יצלח, או שמא קוד אתי למסחר הוגן (מושג שיוסבר מיד)?

א. התחייבות הממונה על ההגבלים העסקיים כהבטחה שלטונית

בתמצית, הבטחה שלטונית היא התחייבות של הרשות שלא גובשה בחוזה. התחייבות מנהלית עשויה לחייב מבחינה משפטית, בהתקיים כמה תנאים. משהתגבשו, הרשות עשויה להיות כבולה להתחייבות אף שלא מדובר לכאורה בחוזה מחייב. ארבעת התנאים לחיובה של רשות על פי הבטחתה הם: הראשון, הרשות המבטיחה היא בעלת סמכות לתת את ההבטחה האמורה. השני, לרשות הייתה כוונה להקנות להבטחה תוקף משפטי. השלישי, הרשות בעלת יכולת למלא את ההבטחה. הרביעי, אין

⁷⁵ כפי שמציינת פרופ' שלו בספרה, "חוזי הרשות הם אפוא חוזי המדינה, על זרועותיה השלטוניות השונות (ממשלת ישראל, מחלקותיה ומשרדיה והשרים המוסמכים). חוזי הרשות הציבורית כוללים גם חוזים של גופים ציבוריים מוסמכים אחרים, במינהל המרכזי או המקומי, של תאגידים סטטוטוריים, של חברות ממשלתיות ואף של גופים דו-מהותיים". ראו: גבריאלה שלו **חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית** (דן, תש"ס-1999) 13. היא אינה מזכירה, ולא בכדי, את הכנסת. גם רענן הר זהב עורך בספרו דיון ממצה בנושא ההבטחה המנהלית, ואין בו כל התייחסות להתחייבויות של גוף פרלמנטרי כלשהו. ראו רונן הר-זהב, **המשפט המינהלי הישראלי** (הוצאת שנהב, תשנ"ז-1996) 513.

⁷⁶ ראו דברי חבר הכנסת דוד טל בישיבת ועדת הכלכלה. פרוטוקול ישיבה מס' 340 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-16 (3.1.2005). (ניתן לצפייה בתוך www.knesset.gov.il/protocols/data/html/kalkala/2005-01-03-02.html) (נצפה באחרונה ביום 6.10.2006).

צידוק חוקי לשנות את ההבטחה או לבטלה.⁷⁷ בפסיקה נקבע כי נדרשים נימוקים כבדי משקל מבחינת תועלת הציבור כדי להשתחרר מהבטחה שלטונית קונקרטיית. לעומת זאת כאשר מדובר בהסתמכות על מדיניות כללית, ניתן שלא להמשיך בה.⁷⁸

בענייננו, ניתן לראות בכבילת שיקול דעתו של הממונה על ההגבלים העסקיים בכל הנוגע להכרזה על הבנקים כקבוצת ריכוז, הבטחה שלטונית של המנהל, וככזו חל עליה המשפט המנהלי. נעיר כבר עתה כי מכיוון שבענייננו מדובר בהסכם לזמן מוגבל בלבד, ספק רב אם השתחררות מהבטחה מנהלית תותר, אלא אם כן יראה הממונה כי אינטרס ציבורי חשוב מחייב השתחררות מיידית, וזאת בהנחה שלבנקים קם אינטרס הסתמכות לגיטימי (מכיוון שקיבלו עליהם להפחית את שיעור העמלות).⁷⁹

ב. התחייבות הממונה על ההגבלים העסקיים כחוזה שלטוני

חוזה שלטוני (או חוזה רשות) מוגדר כהסכם הנערך בין רשות ציבורית לבין פרט יחיד או תאגיד פרטי.⁸⁰ בחוזה הרשות המדינה מתחייבת לעשות שימוש בכוחה הריבוני מחד גיסא, ומאידך גיסא מתחייב הגוף הפרטי לספק את צרכיה היומיומיים של הרשות ולחלופין לסייע לרשות בהשגת יעדיה.⁸¹ על חוזי הרשות חלות בד בבד שתי מערכות דינים: דיני החוזים ודיני המשפט המנהלי. מעמדה המיוחד של הרשות כנאמן הציבור מחייבה לעתים שלא לקיים חוזה שערכה אלא להשתחרר ממנו. "הלכת ההשתחררות" קובעת כי כל אימת שצרכיה החיוניים של הרשות מחייבים את ביטול החוזה, רשאית הרשות להשתחרר מן החוזה שאותו כרתה. באותן נסיבות שבהן קיימים צרכי ציבור חיוניים שאינם מתיישבים עם המשך קיום חוזה או תוצאותיו, תוכל הרשות השלטונית להשתחרר מן החוזה. יודגש כי הלכה זו חלה על כל חוזי הרשות, לסוגיהם השונים.⁸² במקרה שבו השתחררה הרשות מן החוזה, בדרך כלל תקום לצד האחר תביעה לפיצויים על נזקיו, ואפשר שאף על אובדן רווח או עסקות אחרות.⁸³

עם זה, לא ברור אם סמכות הממונה היא עניין ראוי לחוזה שלטוני. ניתן לטעון כי בכך מתפרקת המדינה מסמכותה לפקח על השוק, סמכות שאינה רשאית לכבול באמצעות כלי מסחרי.

⁷⁷ להרחבה ראו: בג"ץ 135/75 סאיטקס נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד לו(1) 673, 676 (1975). ראו גם: שלו, לעיל הערה 76, בעמ' 118-124. ראו גם: רונן הר-זהב, **המשפט המינהלי הישראלי** (הוצאת שנהב, תשנ"ז-1996) 513-542.

⁷⁸ בג"ץ 3541/03 א.דורי חברה לעבודות הנדסיות בע"מ נ' ממשלת ישראל (לא פורסם, 17.5.2004).

⁷⁹ לפי התנאי הרביעי הדרוש להתגבשותה של הבטחה מנהלית מחייבת.

⁸⁰ שלו, לעיל הערה 75, בעמ' 13.

⁸¹ יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך א 210-213 (נבו הוצאה לאור בע"מ, תשנ"ו-1996).

⁸² להרחבה בעניין ראו: בג"ץ 311/60 מילר נ' שר התחבורה, פ"ד טו 1989 (1960). ראו גם: שלו, לעיל הערה 75, בעמ' 113-118. ראו גם: יצחק זמיר "גבריאלה שלו: חוזי רשות בישראל" **משפטים** טז 543, 549 (תשמ"ו).

⁸³ בית המשפט העליון הבחין בין שלושה סוגים של פיצויים העשויים להינתן לצד פרטי לחוזה רשות. הראשון, פיצויים מנהליים. מדובר בפיצויים הנתונים לשיקול דעתו (המוחלט) של בית המשפט המעניק אותם. ראו: ע"א 700/89 **חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ**, פ"ד מז(1) 667, 686-687 (1993). השני, פיצויי הסתמכות, שלהם יזכה הצד הפרטי שעה שהרשות המנהלית השתחררה מן החוזה לפי "הלכת ההשתחררות". ראו: ת"א (ת"א) 2225/90 **רגב נ' מדינת ישראל** (לא פורסם, 8.9.1997). השלישי, פיצויי קיום בגין הפרת חוזה שביצעה הרשות. פיצויים אלה ייפסקו לפי הוראות חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, ס"ח 16.

אייל חסקל, עומר בכמן, ענבל רובינוביץ' וליאור אבו "על הסכמים בעניין העמלות הבנקאיות, הגבלים עסקיים ופיקוח על שוק הבנקאות" **הארץ דין** ג(2) 173 (התשס"ו)

בנוסף, ניתן לטעון ש"רכישת" הסכמת המפקח תמורת "תשלום" באמצעות הורדת עמלות מעידה על מידת התיאום הגבוהה הקיימת בשוק – מידת תיאום שאותה המפקח רק מחזק באמצעות ההסכם. זאת ועוד, הסכמתם של הבנקים "למכור" למפקח הורדת עמלות מעידה על כך שהורדה זו עדיין רווחית מבחינתם. בהנחה שגם אחרי ההורדה נותר בידי הבנקים רווח גבוה מזה שהיה נותר בידם לו הממונה היה עושה שימוש בסמכותו – שאם לא כן מדוע יסכימו הבנקים להסכם? – עולה במלוא חריפותה שאלת חוקיות השימוש בכלי ההסכמי על ידי המפקח.

מכל מקום, אם ייקבע כי לפנינו התחייבויות תקפות מצד הממונה, המפקח והבנקים, ייתכן שניתן לראות בהן חוזה רשות רב צדדי. במקרה זה תהיינה הרשויות רשאיות "להשתחרר" ממנו רק אם יתעורר צורך ציבורי חיוני שהשגתו תימנע בשל אכיפת החוזה.

3. ההסכם כקוד אתי

על הבנקים חלים דינים רבים.⁸⁴ מגוון רשויות מפקחות עליהם, אולם גם במצב זה קיים קושי משמעותי לפקח על היחסים שבין הבנקים לבין לקוחותיהם. יש המבקשים לפתור קושי זה באמצעות הוספת "כלים חדשים" למערכת הדינים הקיימת בדמותן של אמנות למסחר הוגן⁸⁵ או קודים אתיים-מסחריים.⁸⁶

לשיטתנו, ניתן לסווג את ההסכם לא רק כהתחייבות שלטונית מחייבת או כחוזה רשות אלא גם כקוד אתי. קודים אתיים או אמנות למסחר הוגן מכילים נורמות המנוסחות בשיתוף חברי הענף שעליו הן חלות, בהנחה שאם נורמות אלו ינוסחו, יאומצו ויאכפו גם על ידי החברים עצמם, יהיה סיכוי גדול יותר לממשן.⁸⁷ בבסיסו של רעיון הקוד האתי עומדת תיאוריית ה-Cooperative Regulation, מתחום הרגולציה והמנהל הציבורי, הגורסת כי מדיניות המנהל צריכה להיקבע לא על ידי חקיקה המבוססת על תכנונם של בירוקרטים בלבד, אלא על למידה מניסיונם של הגופים שהחקיקה תחול עליהם.⁸⁸ תכלית זו ניתנת להשגה באמצעות תביעות שיגישו אותם גופים נגד רשויות

⁸⁴ על הבנקים חלים דיני החיובים הכלליים (דיני חוזים, דיני נזיקין ודיני עשיית עושר ולא במשפט), חוקי החוזים המיוחדים (כגון: חוק החוזים האחדים, התשמ"ג-1982, ס"ח 8, חוק הערבות, התשכ"ז-1976, ס"ח 46, חוק המשכון, התשכ"ז-1967, ס"ח 48 וחוק השליחות, התשכ"ה-1965, ס"ח 220), חוקי הבנקאות (כגון: פקודת הבנקאות, חוק הבנקאות (שירות ללקוח), וחוקים מיוחדים להגנת הלקוח הבנקאי (כגון חוק הריבית, התשי"ז-1957, ס"ח 50, חוק כרטיסי חיוב, התשמ"ו-1986, ס"ח 187, חוק הערבות (תיקון), התשנ"ב-1992, ס"ח 144 וחוק הערבות (תיקון מס' 2), התשנ"ח-1997, ס"ח 144).

לסקירה מורחבת של המקורות המשפטיים החלים על הבנקים בישראל ראו גם: ריקרדו בן-אוליאל **דיני בנקאות** חלק כללי 27-36 (תשנ"ו-1996).

⁸⁵ סיני דויטש "הגנת הצרכן הבנקאי: מכוח חוק או מכוח קודים אתיים – מה עדיף?" **הפרקליט** מו(2) 241, 246-241 (תשס"ג).

⁸⁶ חשוב לציין שבמונח "קוד אתי" אין הכוונה לקוד אתי הדומה לזה של פסיכולוגים או בעלי מקצוע אחרים, האמור להבטיח התנהגות מוסרית הולמת של חברי המקצוע שעליו הוא חל. הכוונה היא לנורמות בעניין מחירים, איכות שירות ופרמטרים מסחריים נוספים הנקבעות בשיתוף השחקנים בשוק המסחרי, כפי שיוסבר בהמשך. ייתכן שהמונח "קוד אתי" מטעה, אך מכיוון שזהו המונח שבו בחר להשתמש פרופ' דויטש, נשתמש בו גם אנחנו משיקולי עקיבות ונאמנות למקור. ראו דויטש, שם.

⁸⁷ דויטש, לעיל הערה 85.

⁸⁸ Robert Kagan, *Should Europe Worry about Adversarial Legalism*, 17 OXFORD J.L. STUD, 165(1997).
ראו גם: ROBERT KAGAN, *ADVERSARIAL LEGALISM: THE AMERICAN WAY OF LAW* (2001).

המנהל בבתי המשפט (גישה אדוורסרית) או באמצעות שילובם בתהליך החקיקה או ביצירת קוד וולונטרי (גישה קואופרטיבית, כנהוג בבריטניה).⁸⁹ לדידו של פרופ' דויטש, קוד אתי מתאפיין בשלושה קריטריונים מרכזיים: הראשון, הוא מיועד לתפקד בדומה לנורמות משפטיות. השני, הוא נערך על בסיס הוראות בחוק או בשיתוף עם גורמים מפקחים מטעם הרשויות. השלישי, הגופים המושפעים בשוק (ולענייננו הבנקים והלקוחות) משתתפים בניסוחו ובפיקוח על כלליו.⁹⁰

לעומת חקיקה מחייבת, לקוד האתי כמה יתרונות מרכזיים. ראשית, קוד אתי הוא גמיש בהרבה מדבר חקיקה וקל להתאים אותו לצורכי השוק העכשוויים.⁹¹ שנית, קוד זה גם קל יותר לאכיפה מחוק מכיוון שהגורמים המסחריים בודקים את עצמם ומוכנים לשתף פעולה.⁹² שלישית, הקוד האתי מציע גיוון. לאמור, יצירתו של קוד אתי בשיתוף הגורמים המושפעים מספקת טווח רחב יותר של פתרונות.⁹³ רביעית, ההנחה היא כי גופים מסחריים מבכרים להרחיק לכת בכיבוד הכללים שבקוד אתי ולא להיות כפופים לחקיקה.⁹⁴

מובן כי לקוד אתי גם חסרונות לעומת חקיקה מחייבת. נעמוד על החסרונות המרכזיים להלן. חסרונו הראשון והעיקרי של הקוד אתי טמון בצורך בהשגת הסכמתם של גופים מסחריים להשתתף ביצירתו.⁹⁵ חופש החוזים מקנה לגופים מסחריים את החופש שלא להשתתף באמנה או בהסכם ושלא לקבל עליהם את הקוד. חיסרון נוסף של קוד אתי טמון בשאלת אכיפתו – לא ברור כלל מי יפקח על ביצועו.⁹⁶ חיסרון נוסף טמון בספקות בנוגע ללגיטימיות של הקוד האתי (להבדיל מן

⁸⁹ להרחבה בעניין קודים אתיים באנגליה והגישה הקואופרטיבית ראו: C.J MILLER, B.W HARVEY & D.L. PARRY, CONSUMER AND TRADING LAW (1998).

⁹⁰ באנגליה הצטבר במרוצת השנים ניסיון עשיר באשר לקודים אתיים ואמנות למסחר הוגן. התפיסה היא שהקוד האתי הוא תוסף לחקיקה ולא תחליף לה. בתחום הבנקאות נערך קוד אתי המכונה "The Banking Code" (ניתן לצפייה בתוך www.bankingcode.org.uk/pdfdocs/BANKING%20CODE.pdf) (נצפה באחרונה ביום 6.10.2006).

⁹¹ דויטש, לעיל הערה 85, בעמ' 253.

⁹² שם. נבקש להעיר כי יש הסוברים כי בישראל תהליך החקיקה הוא גמיש ומהיר למדי באופן המאפשר את התאמת החקיקה לצורכי השוק. ראו למשל: בג"ץ 6971/98 פריצקי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(1) 763, 799-804 (1999).

⁹³ שם. קלות האכיפה נובעת, בין השאר, משיתוף המתחרים בשוק בניסוחו של הקוד. המתחרים משתתפים בהתנדבות בניסוח הקוד כדי להימנע מחקיקה חדשה בעניינם או משימוש בכוח מנהלי כופה. **ראויה לציין** האמנה שנכרתה עם חברת חשמל, שבה התחייבה האחרונה לפצות צרכנים בגין כל אי עמידה בלוחות הזמנים. במבחן הניסיון עמדה חברת החשמל בהתחייבותיה. לצפייה באמנת חברת החשמל ובעמידת חברת החשמל ביעדיה ראו: אמנת חברת החשמל (www.israel-electric.co.il/bin/en.jsp?enDispWhat=Zone&enZone=Amana&enDispWho=Amana&enPage=IP&enDisplay=view) (נצפה באחרונה ביום 6.10.2006); עמידה ביעדי האמנה (www.israel-electric.co.il/bin/en.jsp?enDispWhat=Zone&enZone=AmanaGoals&enDispWho=AmanaGoals&enPage=WidePage&enDisplay=view) (נצפה באחרונה ביום 6.10.2006).

⁹⁴ דויטש, לעיל הערה 85, בעמ' 253.

⁹⁵ שם.

⁹⁶ שם. פרופ' דויטש מצייין כי חיסרון זה הוא למעשה הסיבה לכך שכמעט אין קודים אתיים בישראל. עם זה מצייין פרופ' דויטש כי עשויים להיות לארגוני המסחר (לרבות הבנקים) בישראל כמה תמריצים לשיתוף פעולה ליצירת קוד אתי. בין היתר מונה דויטש את הרצון לשפר תדמית, החשש שאי קבלת קוד יטיל על הענף הגבלות מכוח חקיקה, הלחץ תקשורתי התומך ביצירת קוד אתי ומחקרים המוכיחים כי ניתן לפתור ביעילות קשיים של ממש בשוק מסוים באמצעות קודים אתיים.

⁹⁷ שם.

הלגיטימיות שלהם זוכים חוקים ותקנות).⁹⁷ חוק זוכה ללגיטימיות רבה יותר מהסכם או מקוד אתי, הוא מפורסם ברשומות וחודר לתודעה הציבורית ובכך גם מתעצם הסיכוי שייאכף. יתרה מזו, חוקים מעוררים דיון ציבורי ומעצימים את השיח בנושא שעליו הם חלים.⁹⁸

לדידו של פרופ' דויטש, בשל חסרונות אלה, קודים אתיים כשלעצמם אינם משיגים תוצאות משמעותיות בהגנה על הצרכן. אולם ייתכן שתמהיל נכון, המשלב קודים אתיים וחקיקה רגולטורית, ישיגו תוצאה מיטבית בהגנה על הצרכנים.⁹⁹

לשיטתנו בהחלט ניתן לראות בהסכם בענייננו קוד אתי. תניותיו של ההסכם דומות מאוד לנורמות משפטיות קיימות, שכן הן מבקשות להסדיר את שוק העמלות הבנקאיות ונקבעת בהן בצורה מדויקת וברורה ההתנהגות הנדרשת מן הבנקים.¹⁰⁰

עם זה, הגם שההסכם נערך בשיתוף כל הגורמים המפקחים על הבנקים ובשיתוף כל הבנקים,¹⁰¹ אין בו (ואף לא הייתה במשא ומתן שקדם לו) כל הידברות עם ארגוני צרכנים¹⁰² המייצגים את הלקוחות עצמם.¹⁰³ כאמור, הרגולציה בשוק הפיננסי (ובכלל זה בענף הבנקאות) נובעת מחוסר יכולתו של הצרכן לפקח על הבנקים ולנהל איתם משא ומתן הוגן. למיטב הבנתנו, הציבור מיוצג בכל הקשור להסכם זה על ידי הממונה על ההגבלים העסקיים והמפקח על הבנקים. אמנם השתתפותם של רגולטורים אלה בתהליך יצירת ההסכם מפחיתה במידה רבה את הצורך בהשתתפותם של ארגוני צרכנים,¹⁰⁴ אך עדיין קיימת שאלה אתית הנוגעת להיעדרם של האחרונים. בהקשר זה תוזכר שוב השתתפותם של ועדת הכנסת בתהליך גיבוש ההסכם. כזכור, הכנסת היא נציגו הנבחר של הציבור, והעובדה שהיא מארחת את הצדדים להסכם במשכנה ומהווה צד לו, מספקת להסכם ולהליך כולו שקיפות והופכת אותם לנגישים לציבור. אמנם ועדות הכנסת הן גוף פרלמנטרי (והבחירה אליהן אינה ישירה) ובנוסף, דיוני הוועדות אינם טעונים פרסום,¹⁰⁵ אך פגמים אלו אינם מונעים מוועדת הכנסת לייצג את הציבור ולחתור להגברת רווחתו, לא כל שכן לאור נוכחותה המוגברת של התקשורת.

97 ש.ס.

98 דוגמה מעניינת לכך היא תגובת הקהילה העסקית בישראל לחקיקת חוק החברות החדש: גם בסוגיות בדיני החברות, שבהן לא השתנה הדין כלל בעקבות החוק, עלה מספר התביעות במידה ניכרת, בעקבות תרומתה של החקיקה להגברת מודעות הציבור. להרחבה ראו: אירית חביב-סגל **דיני חברות לאחר חוק החברות החדש** (אל-טק הפקות בע"מ, תשנ"ט-תשס"ד – 1999-2004) 1-23.

99 דויטש, לעיל הערה 85, בעמ' 255-256.

100 לפי המאפיין הראשון של קוד אתי שהוצג לעיל ליד הערת שוליים 90 להארה זו.

101 לפי המאפיין השני של קוד אתי שהוצג לעיל ליד הערת שוליים 90 להארה זו.

102 ייתכן שהסיבה העיקרית לחוסר מעורבותם של ארגוני צרכנים היא הכמות המצומצמת של ארגוני צרכנים קטנים בישראל, המטפלים בנושאים רבים. בנוסף, ספק רב אם היו גופים אלה (לו היו משתתפים בעיצוב ההסכם) ערוכים לייצג בצורה ראויה את ציבור לקוחות משקי הבית מול הבנקים, המנהלים משא ומתן ממולח ומומשך עם הרשויות.

103 כלומר בכך לכאורה לא מתמלא המאפיין השלישי של הקודים האתיים – השתתפות הלקוחות (הצרכנים) בניסוחו. ראו לעיל הדיון ליד הערת שוליים 90 להארה זו.

104 עם זה, טוב יהיה לדעתנו אם תפקודם הייצוגי של הממונה ושל המפקח יבוקר על ידי גורמים חיצוניים. השתתפות ארגוני צרכנים בניסוח קוד אתי או לפחות ביקורת חיצונית על תפקודם של הרגולטורים עשויות למנוע "עסקאות של חדר אפוף עשן" בין הגופים המפקחים לבנקים, שבהן האינטרס הצרכני עלול להיזנח לטובת אינטרסים אחרים.

105 על אף קיומה של הגישה המכוונת, פעילות רוב הוועדות אינה זוכה לדיון ציבורי או לסיקור תקשורתי של ממש.

לאור האמור לעיל, ניתן לדעתנו לראות בהסכם קוד אתי או אמנה למסחר הוגן בשוק הפיננסי לפי שלושת מאפייני הקוד שהוצגו לעיל (הגם שלדעתנו ראוי היה לשלב במלאכת ניסוחו גם ארגוני צרכנים). כאמור לעיל, לקוד אתי כמה יתרונות לעומת חקיקה.¹⁰⁶ לכך ניתן לצרף את ההערכה כי אין בהסכם האמור כדי להגביל את בית הדין להגבלים עסקיים ואת בית הדין לחוזים אחידים. זאת ועוד, פעילות הרגולטורים האחראים לענף הבנקאי עשויה לצאת נשכרת, בסופו של יום, אם באמתחתם כלי עזר נוסף – קוד אתי – העשוי לסייע בידם בבואם לפקח על הבנקים. עם זה, אין להתעלם מן הטענה שקוד אתי, גם אם נועד להגשים מטרות ציבוריות, ואף מביא אותן לידי ביטוי בנוסח המזכיר חקיקה, עשוי לשמש את הציבור כ"גלולת שינה" מרדימה. זאת ועוד, הפרתו של הקוד האתי עשויה שלא לעורר את אותו שיח ציבורי שהיה עשוי להתעורר אם הייתה מופרת חקיקה דומה. מאידך גיסא, גיבוש הקוד האתי עשוי לדעתנו לתרום לגיבוש חקיקה טובה יותר בעתיד, המותאמת לצרכי הגורמים המושפעים ממנה. אם ימצא כי הקוד האתי אינו מיושם בשל חוסר נכונות של מי מהצדדים לו לקיימו או אינו נאכף בגלל החסרונות שתוארו קודם לכן, רשאי המחוקק להגיב באמצעות אימוצו – תוך שיפורים שילמדו מחיי המעשה – בדן. כך ניתן ליהנות מגמישות ומיתרונותיו של הקוד האתי, ואם הוא אינו מועיל כל צורכו, הוא נהפך לתשתית לחקיקה עתידית. העתיד הקרוב ילמד אם יתרונות אלה, ובמיוחד גמישותו (היינו התאמתו לתנאי השוק הקיימים) אכיפותו ונכונותם של הבנקים לקיימו, יבואו לידי ביטוי.

ד. מדיניות ציבורית ראויה: ביקורת על תוכן ההסכם וניתוח השלכותיו

1. יתרונותיו וחסרונותיו של ההסכם

סקירת הדין הקיים מראה כי הממונה על ההגבלים העסקיים מסוגל להשיג את ההטבות, שאותן מקנה ההסכם לציבור, היינו קביעת מחירי העמלות הבנקאיות באמצעות ההכרזה על הבנקים כעל קבוצת ריכוז המנצלת את כוחה המונופוליסטי לרעה, שדינה כדן מונופול העושה שימוש דומה בכוחו, וזאת בלא צורך להגיע לכלל הסכמה עם הבנקים.¹⁰⁷ אם כך נשאלת השאלה, מדוע בחר הממונה להימנע מכך ולאמץ את ההסכם. לדעתנו, ההסכם מצמיח מבחינת הממונה על ההגבלים העסקיים שני יתרונות מרכזיים: ראשית, ההסכם חוסך את עלויות ההתדיינות המשפטיות בנושא ההכרזה על הבנקים כעל קבוצת ריכוז ואת זמן ההמתנה עד סיום הליכי הערר בבית הדין להגבלים עסקיים או אפילו בבית המשפט העליון. שנית, הכרזה על הבנקים כעל קבוצת ריכוז והתערבות במחירי שירותיהם תפגע בניסיונותיה של המדינה להעביר את הבנקים לידיים פרטיות. ברם, ספק אם שיקולים אלו הינם שיקולי תחרות,¹⁰⁸ שיקולי טובת הציבור או שיקולים אחרים הקשורים

¹⁰⁶ ראו לעיל הדיון סביב הערות שוליים 91.

¹⁰⁷ כאשר הממונה סבור כי הציבור נפגע בכל הקשור למחיר מוצר או לשירות עקב ניצול כוח מונופוליסטי לרעה, בין על ידי מונופולין ובין על ידי קבוצת ריכוז, הוא רשאי לתת למונופולין הוראות כדי למנוע את הפעלת הכוח לרעה. סעיף 30 לחוק ההגבלים העסקיים.

¹⁰⁸ מנגד, ניתן לטעון שרגולציה מופרזת או הפרטה עשויות לפגוע בתחרות. אולם בכל הקשור להפרטה, יש לזכור כי היא אינה בהכרח פעולה מחוללת תחרות, והיא עלולה להעביר גוף מונופוליסטי לידיים פרטיות בלא כל השפעה חיובית על השוק. להרחבה בעניין ראו: טים ג'ניקנסון וקולין מאייר "הפרטה ומבנה השוק: לקחי הנסיון האירופי"

לתכלית חוק ההגבלים העסקיים, ולכן לפי דיני הפעלת שיקול הדעת של המשפט המנהלי, שיקולים אלה הם מחוץ למתחם שיקול דעתו של הממונה. עם זה, קיימת האפשרות לאשר את ההסכם בבית הדין להגבלים עסקיים לפי שיקולים אלו.

הכנסת נמנעה עד כה מלחוקק חקיקה בנושא העמלות הבנקאיות. נראה כי אף היא העדיפה את ההסכם. לדעתנו ניתן למצוא לעמדה זו של הכנסת כמה נימוקים: ראשית, חסרה לכנסת המומחיות הנדרשת, ועל כן תתקשה לקבוע בחוק את שיעור העמלות היעיל וההוגן. אף שהליך החקיקה כרוך בהיוועצות בגורמים מקצועיים, אין הוא שקול לדעתנו לתהליך יצירת הסכם שבו משתתפים מתחילתו ועד סופו נציגי כל הבנקים והרגולטורים הרלוונטיים. שנית, מלאכת החקיקה היא ממושכת ולעתים (אם כי לא נראה שמדובר בפעמים תכופות) משכנס חוק לתוקף, הסיבות לחקיקתו השתנו, והוא כבר אינו מותאם לצורכי המציאות. הסכם כגון ההסכם בענייננו, נותן מענה מידי לצרכיו של הציבור בגבולות יכולתם של הבנקים והוא אינו נוקשה ומסורבל כמו חקיקה.¹⁰⁹ זאת ועוד, ייתכן שסיבה האמיתית לעמדתה הנוכחית של הכנסת היא חוסר יכולתם של חברי הכנסת לאשר חקיקה המפחיתה את העמלות הבנקאיות, עקב כוחם הרב של הבנקים והלובי החזק שיש להם בכנסת.¹¹⁰ כך או כך, ההסכם ממלא את מקומה של חקיקה שאינה מתאפשרת, בין מסיבות ניטרליות ובין מסיבות הנטועות במערך הכוחות הכלכלי והפוליטי בישראל.

על אף יתרונותיו הרבים של ההסכם, יש לו כמה השפעות שליליות שבהן יש להתחשב: ראשית, ההסכם אינו נותן פתרון של ממש למבנהו הריכוזי של שוק ההון והוא אינו מציע פתרון ארוך טווח גם בנושא העמלות הבנקאיות. שנית, ההסכם מעלה שאלות מדאיגות בעניין התנהלותה של הכנסת והתנהלות ועדותיה מבחינה דמוקרטית ומנהלית. להשקפתנו, התחייבות ועדת הכלכלה של הכנסת למנוע דיון בחקיקה בנושא העמלות הבנקאיות נראית כמנוגדת לחובת האמונים שאותה חייבים חברי הכנסת המכהנים בה כלפי הציבור הישראלי.¹¹¹ חברי הכנסת כמחוקקים אמורים לפעול לקידום האינטרס הציבורי, בין היתר באמצעות תהליך החקיקה. מנגד, תוקפו של ההסכם הוגבל לשנה, וסביר כי כל הצעת חוק שתועלה, תזכה להתייחסות הוועדה בתום תקופת תחולתו של ההסכם, ולכן אין פגיעה של ממש בתפקודה הדמוקרטי של הכנסת. שלישי, בלא פתרון מערכתי יוכלו הבנקים לגבות מלקוחותיהם כספים שלא באמצעות עמלות ובכך ליצור "דרכים עוקפות", אשר ההסדר לא יחול עליהן. כבר בתחילת תוקפו נאמר כי עמלת השורה פינתה את מקומה לעמלת

רבעון לכלכלה 43(4) 579, 584-587 (1996). ראו גם: ויליאם גיי. באומל "על סכנות הפרטה" **רבעון לכלכלה** 44(3) 390, 394-395 (1997).

¹⁰⁹ לדעה נוגדת הגורסת כי מלאכת החקיקה בישראל היא "זריזה" למדי ראו הערה 91. כמו כן עמדנו על כך שיש הטוענים כי שוק הבנקאות הוא יציב למדי. ראו לעיל הדיון ליד הערת שוליים 70 להארה זו.

¹¹⁰ טיעון זה עולה בקנה אחד עם "תיאוריית הלכידה". לפי תיאוריה זו, פוליטיקאים אינם פועלים להסדרת שוק מסוים לפי האינטרס הציבורי, אלא לפי אינטרסים של קבוצות מאורגנות בעלות משאבים כלכליים רבים, העשויות לסייע (בעזרת האמצעים העומדים לרשותן) להעצמת כוחם האלקטורלי של פוליטיקאים. להרחבה בעניין ראו: JOHN S. WILEY JR., "A Capture Theory of Antitrust Federalism", 99 HARV. L. REV. 713 (1986).

¹¹¹ להרחבה בעניין חובת האמונים של חברי הכנסת ראו: אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** כרך ב – רשויות השלטון ואזרחות (הוצאת שוקן, תשס"ה-2005) 659-663.

השירות הבסיסי, שאותה ישלם כל מי שחרג ממספר הפעולות שאותו מאפשר הסל שבו בחר.¹¹² דוגמה זו מבטאת את החשש כי הבנקים יחייבו את לקוחותיהם בעמלות שונות שיטרפדו כל ניסיון להסדיר את השוק. עמלת השירות הבסיסי היא הדוגמה הטובה ביותר מכיוון שככל שתגדל עמלה זו, לקוחות יחששו מחריגה מן הסל הבסיסי, ולכן יתפתו לרכוש סלי עמלות יקרים יותר שיוצעו להם על ידי הבנקים.¹¹³

2. על קביעתה של זמניות – האומנם לשנה בלבד?

טיעונים ודברי ביקורת רבים שעלו לאורך רשימה זו סויגו בשל פרק הזמן הקצר של תחולת ההסכם. לכאורה, זמניותו של ההסכם מצמצמת את הסיכוי לכך שהבעיות הצפויות ממנו ייהפכו לליקויים של ממש בתפקודם של הצדדים להסכם ולליקויים בענף הבנקאות ואף במשק כולו. אלא שהסכמים זמניים,¹¹⁴ ואף דברי חקיקה רבים העוטים עליהם את גלימת הזמניות, מעצבים את מבנה מדינת ישראל כבר שנים רבות.¹¹⁵ הכרזת מצב החירום במדינת ישראל מיום הקמתה ותקנות שעת החירום הזמניות החלות עד היום הן הדוגמה הבולטת ביותר לתופעה זו. חוקים רבים המשפיעים על חיינו ועל דמותה של מדינתנו במידה ניכרת עונים על התואר "הוראת שעה".¹¹⁶ מלבד נטרול התנגדויות פוטנציאליות להסכם בשם טענת "זמניותו", ואף מלבד הטיעון שההסכם הוא רק "פיילוט" ואחריו יותוו פתרון קבוע, יש בזמניותו כדי לרדד את בחינת נושא העמלות הבנקאיות ולמנוע פתרון מקיף ומעמיק לבעיית השירות והמחירים בשוק הפיננסי. מעטה של זמניות עלול גם להכשיר "פתרונות" פוגעניים ובלתי מידתיים אם יתחשב בית המשפט בתקופת תחולתם המצומצמת של דבר החקיקה או ההתחייבות המנהלית שאותם הוא בוחן. לדעתנו, הסיכון טמון בכך שפתרונות זמניים כביכול עשויים להנציח את עצמם. כן אנו חוששים שהרגולטורים ביקשו "לכבות שריפה" הקשורה בשוק הבנקאות באמצעות ההסכם, ולא לפעול על פי לוחות זמנים מסודרים ותכנון ארוך טווח.¹¹⁷

¹¹² ראו שלומי דונר "עמלת השורה מתה, תחי עמלת השירות הבסיסי" (ניתן לצפייה בתוך www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3174351,00.html) (נצפה באחרונה ביום 6.10.2006).

¹¹³ ש.ס.

¹¹⁴ דוגמה להסכמים "זמניים" אשר נהפכו להסכמים בני קיימא הם הסכמי עבודה קיבוציים. ככלל, ובהיעדר קביעה מפורשת בהסכם הקיבוצי, כאשר מסתיימת תקופת ההסכם הקיבוצי, שנכרת לתקופה מסוימת, ואף אחד מהצדדים להסכם זה לא הודיע לצד האחר על רצונו להביא את תחולת ההסכם לידי סיום, נותר ההסכם הקיבוצי תקף במישור היחסיים הקיבוציים לתקופה בלתי מסוימת. להרחבה בעניין ראו: סעיף 13 לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957, ס"ח 63.

¹¹⁵ כגון חוק ההסדרים. מדובר בחוק המובא על ידי הממשלה לאישור הכנסת לצד חוק התקציב. להרחבה בעניין ראו: חוק ההסדרים (מתוך לקסיקון מונחים של אתר כנסת ישראל) (ניתן לצפייה בתוך www.knesset.gov.il/lexicon/heb/hesderim.htm) (נצפה באחרונה ביום 6.10.2006). ראו גם: אמנון רייכמן "הגירעון הדמוקרטי וחוקתיות התוכנית הכלכלית" **עבודה חברה ומשפט** י 307, 318-319 (תשס"ד-2004).

¹¹⁶ לדוגמה, חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, ס"ח 544. חוק זה מגביל במידה ניכרת את יכולתם של אזרחי ישראל להינשא לתושבי השטחים ולהתאחד כמשפחה בשטח ישראל והכול תחת מעטה הזמניות ומצב החירום. לעיון מעמיק בנושא ראו גיא דוידוב, יונתן יובל, אילן סבן ואמנון רייכמן "מדינה או משפחה: חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) התשס"ג-2003" **הארץ דין** א(2) 62 (התשס"ד).

¹¹⁷ על רקע חששות "הזמניות" האמורים התעורר בדצמבר 2006 שוב דיון ציבורי בשאלת עמלות הבנקים. הכנסת אישרה בקריאה טרומית שתי הצעות חוק פרטיות שעניינן הגבלת העמלות הבנקאיות. ועדת הכלכלה, שהייתה צד להסכם, התכנסה לדיון בעניין הצעות החוק האמורות. המפקח על הבנקים, שהיה גם הוא צד להסכם, דחה את פניית נציגי הבנקים שדרשו ממנו לפעול למען עצירת הצעות החוק האמורות. בסוף חודש דצמבר 2006 הוסכם בין

ה. סיכום

בהארה זו בחנו את ההסכם שבין הממונה על ההגבלים העסקיים לבין הבנקים בתיווך ועדת הכלכלה של הכנסת. דנו בסמכויותיהם של הגורמים הרלוונטיים לפי דין הקיים וכן בהשפעות הצפויות מיישומו של ההסכם.

כדי להעריך את חוקיותו של ההסכם הצגנו תחילה את הרקע לחתימתו. עמדנו על פערי המידע בין הבנקים לבין לקוחותיהם ממגזר משקי הבית, ועל בעיית הריכוזיות בענף הבנקאות המהווה כר פורה לביסוס התאמה אוליגופוליסטית הפוגעת בתחרות בענף זה. מכאן פנינו לבחינת סמכויותיו של הממונה על ההגבלים העסקיים על פי חוק, וראינו כי ככל הנראה בלא ההסכם היה יכול הממונה להכריז על הבנקים כעל קבוצת ריכוז המנצלת כוחה לרעה. אלא שלדרך שנבחרה שני יתרונות מרכזיים: חיסכון בעלויות התדיינות משפטית, ומניעת הכשלת הפרטת הבנקים והעברתם לידיים פרטיות. מובן כי שיקולים אלה אינם שיקולי תחרות. על כן אם עמדו השיקולים הנזכרים לעיל ביסוד החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים להסדיר את עמלות הבנקים באמצעות הסכם, לא ברור אם הממונה מוסמך היה לשוקלם.

בהמשכה של ההארה בחנו דרכים שונות לסיווגו של ההסכם. הראינו כי אם ההסכם הוא הבטחה שלטונית או חוזה מנהלי, הרי לא ברור אם ההתחייבות אכן מותרת על פי דין. אם ייקבע שכן, הרי מדובר בהסכם בר אכיפה שהרשויות זכאיות "להיחלץ" ממנו רק מטעמים ציבוריים חיוניים ומהותיים שאינם מתיישבים עם אכיפתו. לנוכח הבעייתיות הכרוכה לדעתנו בחתימה על הסכם כאמור, הצענו לראות בו קוד אתי. עמדנו על היתרונות והחסרונות הטמונים בפיתוח כלי זה בהקשר הנדון.

לדעתנו, בין שההסכם מהווה הבטחה שלטונית, בין שהוא מהווה חוזה מנהלי השואב את הכוח לאוכפו מדיני החוזים הכלליים, ובין שהוא מהווה קוד אתי למסחר הוגן, היה ראוי כי הצדדים לו יקבעו במפורש את מעמדו ואת נפקותו. חשוב להזכיר כי ההסכם כמוהו כצעד בונה אמון בין המדינה לבין הבנקים. כאשר יוזמה ל"אמנה" כזו קורמת עור וגידים, ראוי שיהא נהיר יותר מה נפקותה, בין שתצלח ובין שלא.

בראי המדיניות הציבורית הראויה, נראה שלכאורה מדובר בהסכם שהתועלת הצפויה ממנו בטווח הקצר עולה לדעתנו על הנזק שהוא גורם. התועלת בהסכם נראית מנקודת מבטו של הצרכן הפשוט, שאינו נוטה להעמיק במקור החוקי לשינוי העמלות שאותן הוא משלם. יתרונו הגדול של

משרד האוצר, ועדת הכלכלה של הכנסת והמפקח על הבנקים, כי יוקפאו הליכי החקיקה של הצעות החוק האמורות למשך חודשיים, שבמהלכם יבחן בנק ישראל את נושא העמלות הבנקאיות.

להרחבה ראו: הצעת חוק הבנקאות (שירות ללקוח) (תיקון) – הסדרת הפיקוח על עמלות הבנקים והגבלתן, התשנ"ו-2006 (ניתן לצפייה בתוך www.knesset.gov.il/privatelaw/data/17/1443.rtf) (נצפה באחרונה ביום 17.12.2006).

הצעת חוק הבנקאות (שירות ללקוח) (תיקון – קידום התחרות), התשס"ו-2006 (ניתן לצפייה בתוך www.knesset.gov.il/privatelaw/data/17/1439.rtf) (נצפה באחרונה ביום 17.12.2006).

רם דגן "האם פישר יוצא למלחמה בבנקים? סירב לבקשתם לעצור החקיקה על פיקוח העמלות" **The Marker** Online 13.12.2006 (ניתן לצפייה בתוך

www.themarker.com/tmc/article.jhtml?ElementId=skira20061213_800440&origin=ibo&strToSearch=%F2%EE%EC%E5%FA%2C%E7%E5%F7) (נצפה באחרונה ביום 17.12.2006).

הסכם טמון בתוקפו המוגבל, המאפשר חקיקה או פעולות אחרות של הרגולטורים או הכנסת, במידת הצורך. עם זה כרוכות בהסכם כמה השפעות שליליות. ההסכם אינו נותן פיתרון ארוך טווח לבעיית חוסר התחרות בשוק הבנקאות בכלל, ובשוק העמלות הבנקאיות בפרט. "פתרון זמני" זה עשוי להנציח עצמו, להיחפך להסדר קבוע באופן שימנע טיפול מעמיק ושיטתי בבעיית העמלות ואולי אף בבעיית היעדר התחרות בענף הבנקאות הישראלית. בנוסף, נראה לנו שהתחייבות ועדת הכנסת להימנע מחקיקה הקשורה בעמלות בנקאיות, ולו למשך שנה אחת בלבד, מנוגדת לחובת האמונים שאותה חבים חברי הכנסת לציבור הישראלי. הדברים חמורים שבעתיים לנוכח יכולת הבנקים לגבות מלקוחותיהם את כספי העמלות "בדרכים עוקפות" שעליהן עמדנו לעיל.