



נייר עמדה

טיפול בבנקים באמצעות דיני הגבלים עסקיים כקבוצת ריכוז וכמונופולין

לקראת הופעת הממונה על הגבלים עסקיים בפני ועדת החקירה הפרלמנטרית
להתנהלות המערכת הפיננסית בהסדרי אשראי ללווים עסקיים גדולים

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel



מסמך זה פורש רקע פוזיטיבי ונורמטיבי לקראת הופעת הממונה על ההגבלים העסקיים (להלן: "הממונה") בפני ועדת החקירה. מטרתו להציג בקצרה מהו **שוק אוליגופולי**; מהי בעיית ההתאמה האוליגופוליסטית; מהן **הגישות המרכזיות** בדיני התחרות להתמודדות עמה; כיצד היא מטופלת באירופה וכיצד טופלה בישראל **בהווה ובעבר**; מדוע **שוק הבנקאות** הינו שוק אוליגופולי; כיצד ביקשה לטפל בו "רפורמת שטרומ" ; כיצד ניתן לטפל בו בחוק כיום; ומהי **ההזדמנות** החדשה הצומחת בהקשר זה **מהרפורמה בדיני ההגבלים** העסקיים הנדונה בימים אלו בוועדת הכלכלה.

א. מהו שוק אוליגופולי ומהי בעיית 'ההתאמה' המאפיינת אותו?

1. אוליגופול הוא שוק בו פועלים מתחרים עסקיים מועטים בעלי נתח שוק זהה או דומה.¹ שוק זה מתאפיין לרוב ברמת תחרותיות נמוכה, מכיוון שכל אחד מהגופים העסקיים יכול לזהות ולחזות מראש את פעולות מתחריו, ואת האינטרס המשותף להם, וכך נוצרת תופעת **ההתאמה**.² במסגרתה, מתחרים מתאימים התנהגותם זה לזה מבלי שיש ביניהם הסדר מפורש (תיאום), וביחד יוצרים **כוח שוק משותף** הפוגע בצרכנים.

2. תופעה זו, המכונה **'התאמה** אוליגופוליסטית' (Oligopolistic Coordination), מאפיינת שווקים ריכוזיים רבים ופוגעת ברווחה החברתית.³ בשווקים אוליגופוליים צפוי להתגבש בין המתחרים מעין סטטוס-קוו על-תחרותי בעניין המחיר, הכמות, איכות המוצרים ועוד.⁴ כך למשל, פירמה המעוניינת להעלות מחירים יודעת שבפני פירמות מתחרות יעמדו שתי אפשרויות: האחת, לדבוק במחיר שהן גובות באותה עת, מה שיביא לכך שהפירמה שהעלתה מחיר תיאלץ לחזור בה ולשוב למחיר המקורי; השנייה, ללכת בעקבותיה ולהעלות גם הן את המחיר, וכך כולן תיהנינה מרווחים גבוהים יותר. באותו אופן, פירמה השוקלת להפחית מחיר צופה שגם מתחרותיה יפחיתו מחיר בעקבותיה, כך שבסופו של דבר, כולן תישארנה עם נתח שוק זהה למצב המקורי, אך במחיר נמוך יותר.⁵ במקרים אלו, כמובן שכלל הפירמות – שניתן להניח שהן שחקניות רציונאליות המבקשות למקסם את רווחיהן – יעדיפו לגבות את המחיר הגבוה יותר. כך יתייצב המחיר ברף הגבוה.

¹ בתרגום מלטינית, משמעות המונח "אוליגופול" היא מוכרים בודדים, בעוד ש"מונופול" משמעותו מוכר יחיד.
² לאימוץ ההגדרה "התאמה אוליגופוליסטית" בישראל ראו ע"פ 2560/08 **מדינת ישראל נ' וול פסי** קד לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (פורסם בנוב 9.2009) (להלן: "עניין וול"); להרחבה על התופעה ראו: RICHARD WHISH & DAVID BAILEY, **COMPETITION LAW** 594-600 (8th Edition, 2015); DENNIS W. CARLTON & JEFFREY M. PERLOFF, **MODERN INDUSTRIAL ORGANIZATION**, 157 (4th ed. 2005).
³ "פגיעת הרעה של התאמה אוליגופוליסטית בתחרות החופשית ובציבור הצרכנים הוכרה זה מכבר" (עניין וול, פסי קה); מיכל (שיצר) גל, מנחם פרלמן וטליה סלומון "הכרזה על קבוצת ריכוז – פיתרון חלקי לבעיית ההתאמה האוליגופוליסטית: "משפטים" לו 13, 40-47 (2006). (להלן: "גל, פרלמן וסלומון" **"הכרזה על קבוצת ריכוז"**); מיכל (שיצר) גל והילה נבו "אסדרה של קבוצת ריכוז" **דין ודברים** י 237, 251-252 (2017) (להלן: גל ונבו "אסדרה של קבוצת ריכוז").
⁴ Carl Shapiro, *Theories of Oligopoly Behavior*, in HANDBOOK OF INDUSTRIAL ORGANIZATION 600 (Richard Schmalensee and Robert D. willig eds., 1989); vol. I 329 (WHISH & BAILEY; בעמ' 600).
⁵ "ככלל, שוק אוליגופוליסטי מתאפיין בהעדר מוטיבציה של המתחרים המעטים השולטים בשוק להתחרות זה בזה. זאת משום שהפחתת מחיר על ידי אחד המתחרים תגרור אחריה הפחתת מחיר על ידי המתחרים האחרים, דבר שיביא להקטנת הרווח של כל המתחרים, בלא לשנות את חלקו בשוק של מי מהם" (ה"ע 469/98 **דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' תחנת דלק באר יעקב** 3010588 פסי 132 לפסק הדין (2001)).



התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

The Movement for Quality Government in Israel الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل

3. דוגמה מוחשית להתגבשות מחיר על-תחרותי במבנה אוליגופולי ניתן למצוא בפרשת תיאום עמלות הבנקים.⁶ מראשית שנות התשעים ועד לשנת 2004, חמשת הבנקים הגדולים בישראל ("לאומי"; "הפועלים"; "דיסקונט"; "המזרחי" ו"הבינלאומי") שיתפו ביניהם מידע בדבר תעריפי העמלות שהם גובים עבור פעולות בנקאיות, וכן "יישרו קו" ביניהם ועדכנו תעריפים פעם אחר פעם כדי להביא לייקור עמלות אלו.⁷ בדרך זו, ניצלו הבנקים כוח שוק משותף הנובע מפעילותם בשוק ריכוזי,⁸ כדי להעלות באופן אחיד תעריפי העמלות, תוך פגיעה ברווחת לקוחותיהם.

4. דוגמה נוספת, הממחישה את הפער בין שוק ריכוזי לשוק הפתוח לתחרות משוכללת ניתן למצוא בענף התקשורת הסלולרית. כזכור, עד שנת 2009 פעלו בישראל רק שלוש חברות סלולר מרכזיות: "סלקום", "פרטנר" ו"פלאפון", שהחזיקו 35%, 32% ו-29% מנתח שוק הסלולר, בהתאמה.⁹ במציאות דאז ניצלו חברות הסלולר את הריכוזיות בענף ואת חסמי הכניסה הגבוהים להעלאת מחירים תמידיים ואחידה. כך לדוגמה, בחודשים ינואר ופברואר 2006, העלתה כל אחת משלוש החברות, במקביל, מחירים בשיעור של 4%-6% בממוצע. "סלקום" (החברה הגדולה ביותר) העלתה מחירים ראשונה ב-1 בינואר; "פלאפון" הצטרפה אליה ב-2 בינואר, ו"פרטנר" יישרה קו והעלתה מחירים ב-1 בפברואר.¹⁰ זוהי דוגמה המעלה חשש כבד לכשל שוק אוליגופולי, להתאמה אוליגופוליסטית ולניצול כוח שוק משותף. **כך גם ניתן להסביר מדוע בזמנו למרות קיומן של שלוש חברות סלולר לכאורה מתחרות, המחיר נותר גבוה ודומה ש"על-תחרותי".**

5. והנה, בשנת 2011 הושלמה רפורמת הסלולר, במסגרתה נוספו שחקנים חדשים ומחוללי תחרות לענף, כמו גם הוקלה משמעותית יכולת הניוד בין החברות השונות. כיום פועלות בישראל כשמונה חברות סלולר המחזיקות בנתחי שוק שונים ומגוונים.¹¹ המבנה האוליגופולי נשבר, ובמקביל לשבירתו חלה ירידה דרסטית במחירים לצרכן וברמת הרווחיות של חברות הסלולר הוותיקות.¹² הטעם לכך מובן מאליו, שכן במצב הנוכחי חברות הסלולר יודעות שאם אחת מהן תעלה מחיר, לקוחותיה יבדקו מיד אצל החברות האחרות, וכשיגלו שהאחרות מציעות מחיר זול יותר – יעברו אליהן.¹³ מכך מסיקות חברות

⁶ אמנם בפרשת הבנקים התבצע תיאום בפועל (בשונה מהתאמה) על ידי העברת מידע בין הבנקים, שהביא לקביעה שנערך בין הבנקים הסדר כובל, אך ניתן להגיע לשינוי משקל זהה גם באמצעות צפייה והתאמה בשתיקה.

⁷ קביעה בעניין הסדרים כובלים בין בנק הפועלים, בנק לאומי, בנק דיסקונט, בנק המזרחי והבנק הבינלאומי, שעניינם העברת מידע הנוגע לעמלות הגבלים עסקיים 5001411 עמ' 30 (2009); בקביעה מתועד מזכר בכתב ידו של מנכ"ל בנק דיסקונט דאז, מר משה סופר, שכותרתו "הצעה לעדכון תעריפי עמלות". במסגרתו מציע סופר ל"יישר קו" עם בנק לאומי בתעריפי העמלות, ומתאר ש "נדע לו" שגם בנק הבינלאומי ובנק הפועלים מתכננים לבצע עדכון בקרוב.

⁸ עמי צדוק ויונתן ארליך **הריכוזיות והתחרותיות בשוק הבנקאות** (הכנסת, מרכז מחקר ומידע, 2007).

⁹ תמיר אגמון **ניתוח שוק הסלולר בישראל** עמ' 1 (הכנסת, מרכז מחקר ומידע, 2009); בנוסף, פעלה גם חברת "מירס", שהחזיקה ב-4.5% מנתח השוק, רוב לקוחותיה היו אנשי כוחות הביטחון.

¹⁰ רון תקוה **העלאת תעריפי השירותים בחברות הסלולר וריבוי מסלולי החיוב שהן מציעות** עמ' 2 (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2006).

¹¹ "פלאפון"; "סלקום"; "פרטנר"; "גולן טלקום"; "רמי לוי"; "הוט מובייל"; "וואלה! מובייל" ו-"012 מובייל".

¹² הכנסות החברות הוותיקות ירדו לאחר הרפורמה בשיעור של 9%-20%; ראו נתונים בהרחבה אצל ארז כהן "התערבות או מעורבות: תהליכי רגולציה בענף התקשורת הסלולרית בישראל" **מסגרות מדיה** 11, 79, 90, 96-103 (2013).

¹³ בהנחה שהדבר אינו דורש השקעה רבה, ובהנחה שהלקוחות אף הם שחקנים רציונאליים המבקשים לשלם כמה שפחות עבור שירותי סלולר זהים.

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel



הסלולר שהעלאת מחירים לא תהיה כדאית, ולהיפך, ממשיות להפחית מחירים עוד ועוד, כאשר השירות הולך ומשתפר. חלום התחרות בהתגשמותו!

ב. כיצד דיני התחרות יכולים לטפל בשוק אוליגופולי?

1. תופעת ההתאמה האוליגופוליסטית מכונה "עקב אכילס" של חוק ההגבלים העסקיים. כינוי זה דבק בה מאחר שהיא איננה מטופלת באופן ישיר על ידי פרק המונופולין מחד (כל אחד מהמתחרים מחזיק פחות מ-50% ולכן אינו נכנס בכנפי הגדרת המונופולין כיום); ואיננה נכללת בגדר המונח "הסדר" האסור מכוח פרק ההסדרים הכובלים מאידך (מכיוון שלרוב לא נעשה הסכם מפורש).¹⁴ זאת, בעוד שכוח השוק המוחזק על ידי המתחרים המועטים בשוק האוליגופולי הינו ממש, ולעיתים אינו נופל מכוח השוק שהיה יכול להשיג מונופול בודד.¹⁵ מסיבה זו, שיטת הטיפול בהתאמה אוליגופוליסטית שנויה במחלוקת עזה בספרות המקצועית, בין שתי גישות מרכזיות: המבנית וההתנהגותית.¹⁶

2. **הגישה המבנית** ("אסכולת הרווארד"),¹⁷ רואה במבנה השוק האוליגופולי את הסיבה להיווצרות תנאים על-תחרותיים. לשיטתה, מעת שנוצר מבנה שוק אוליגופולי אין לצפות שתתקיים בתוכו תחרות, מפני שהעלאת מחירים למשל היא צעד רציונלי של המתחרים המבקשים למקסם רווחיהם, מבלי לקיים ביניהם שיתוף פעולה אסור. לכן, גישה זו מציעה להשתמש בכלים מבניים לנטרול האפקט האוליגופולי מלכתחילה, ובכללם: מניעת מיזוגים בשווקים ריכוזיים, וכן **הענקת סמכות לרגולטור להורות על פירוקן של פירמות שולטות בשוק ריכוזי, וביזור אחזקותיהן בחלקים קטנים בענף.**

3. מנגד, **הגישה ההתנהגותית** (אסכולת שיקגו),¹⁸ רואה בהתנהגות השחקנים במבנה שוק אוליגופולי את הבעיה מרכזית. לשיטתה, התנאים העל-תחרותיים נובעים ממנגנון שיתוף פעולה נסתר והסכמה שבשתיקה. לכן, גישה זו מציעה לטפל בהתאמה **כהסדר כובל** או **כניצול כוח מונופוליסטי משותף**. באמצעות האיסורים המקובלים בתחומים אלו, ניתן להשית קנסות על הפירמות, שיביאו לכך שהרווחיות המושגת באמצעות התאמה לא תהא משתלמת מלכתחילה. לשם הוכחת ההתאמה, מציעה גישה זו להשתמש במאפייני השוק, ובכך שהמחירים בפועל על-תחרותיים, כראייה לכך שהייתה התאמה.

ג. כיצד טופל בעבר ומטופל בהווה שוק אוליגופולי באמצעות דיני ההגבלים העסקיים בישראל?

1. המחוקק הישראלי זיהה את בעיית ההתאמה כבר בשנת 1988, והכיר בעבר באפשרות להחיל את פרק המונופולין על שווקים מעוטי-מתחרים (בלשון החוק – "ריכוז"). משנת

¹⁴ לדין מורחב בסוגיית היחס שבין הסדר כובל להתאמה ראו: ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ' נט (6) 776; מיכל (שיצר) גל "מהו הסדר? קו הגבול בין תיאום לבין התאמה בתוך ההגבלים העסקיים" עיוני משפט כט 591 (2006).

¹⁵ גל, פרלמן וסלומון "הכרזה על קבוצות ריכוז", עמ' 15.
¹⁶ לסקירת הגישות המרכזיות לטיפול בהתאמה ראו: Sigrid Stroux, US and EC Oligopoly Control, 10-12 (2004); **WHISH & BAILEY**, בעמ' 600-602. (להלן: "Stroux, Oligopoly Control"); וכן אצל **Stroux**, "The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal", in *Harvard law review* 75 (1962), 655; **Stroux**, Oligopoly Control, 38-39, 58-61.

¹⁷ Turner, Donald F., 'The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal', in *Harvard law review* 75 (1962), 655; **Stroux**, Oligopoly Control, 38-39, 58-61.
¹⁸ Posner, R.A., "oligopoly and Antitrust Laws – A Suggested Approach", in *stanford Law Review* (1969), 1562, 1569; **Stroux**, Oligopoly Control, 40-45, 61-62.



התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel

1988 ועד לשנת 2011 הייתה מעוגנת בחוק סמכות הממונה להכריז ש"קבוצת ריכוז" היא מונופולין, על בסיס בדיקה שנתח השוק המשותף של המתחרים עובר ביחד את רף החמישים אחוזים הדרוש להגדרת מונופול.¹⁹ כתוצאה מההכרזה, הייתה מוכפפת קבוצת הריכוז המוכרזת להוראות פרק המונופולין. בכך למעשה ננקטה בישראל במשך שנים רבות שיטה שניתן לשייכה לגישה ההתנהגותית ("אסכולת שיקגו"), אך ללא הצלחה ניכרת. שכן בסעיף זה נעשה שימוש רק פעם אחת ויחידה,²⁰ והוא בוטל בשנת 2011.

2. במקביל לביטול הסמכות להכריז על קבוצות ריכוז כמונופולין, התקבל **תיקון חקיקה שהוסיף את פרק 1ד לחוק, שכותרתו "קבוצת ריכוז"**.²¹ פרק זה שקובע כללים ייעודיים לשוק אוליגופולי הולך בדרך הגישה המבנית ("אסכולת הרווארד"). עם זאת, קשה לומר שהפרק החדש נוחל הצלחה, שכן מאז הוספתו בשנת 2011 ועד היום, הוכרזה וטופלה קבוצת ריכוז אחת ויחידה, בעניין נמלי הים באשדוד ובחיפה.²² פעמיים נוספות הובעה כוונת הממונה להכריז על קבוצת ריכוז: בשוק תרכובות המזון לתינוקות ובשוק פריקת המטענים בנתב"ג,²³ אך לאחר שימוע הוחלט שלא להכריז על קבוצת ריכוז במקרים אלה.

3. זאת, בעוד שהיה צורך קריטי בטיפול בקבוצות ריכוז, ולראיה: מדד התחרות העולמי (WEF) מדרג את כלכלת ישראל במקום ה-65 בעוצמת התחרות בשווקים, ובמקום ה-83 ברמת השליטה של גופים עסקיים בשווקים, מתוך 138 כלכלות.²⁴ (ישראל מדורגת בפרמטרים אלה נמוך ממדינות כמו צ'ילה, ג'מייקה, ירדן ולבנון); דו"ח ה-OECD משנת 2016 משקף תמונה עגומה לפיה ישראל סובלת מריכוזיות קשה, משווקים מונופוליסטיים ומבעיה מתועדת של יוקר מחיה גבוה בתחום המזון והדיוור;²⁵ ועדת טרכטנברג, שהוקמה בעקבות המחאה החברתית בקיץ 2011, המליצה לטפל ביוקר המחיה בישראל בין היתר באמצעות פיקוח על "כוחן של פירמות דומיננטיות בשווקים",²⁶ ועוד.

ד. שוק הבנקאות כ"קבוצת ריכוז" – רקע:

1. ביום 27.12.2006 שלחה התנועה לאיכות השלטון מכתב לממונה על ההגבלים העסקיים. במסגרתו, ביקשה התנועה מהממונה דאז להשתמש בסמכותו להכריז על הבנקים כקבוצת

¹⁹ סעיף 43(א)4 (בוטל) עיגן את סמכות הממונה לקבוע כי "קבוצת ריכוז היא בעל מונופולין"; סעיף 26(ד) לחוק (בוטל) קבע כי כאשר מחצית או יותר מכלל אספקת נכסים או מכלל רכישתם "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".

²⁰ קביעה לפיה קבוצת ריכוז הינה בעל מונופולין – רשת קלאב הוטל 3014757 (1996).

²¹ חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 12), התשע"א – 2011, לפי דברי ההסבר: "החוק המוצע נועד להתמודד עם כשל תחרותי המכונה "כוח שוק" (Market Power) אשר נגרם בענפי משק רבים שבהם פועלות קבוצות ריכוז (אוליגופולים) בשל מיעוט המתחרים וחסמי הכניסה הגבוהים לענף, ושכתוצאה ממנו נפגעים הצרכנים ונפגע המשק כוח שוק מתבטא ביכולתו של עסק או של קבוצת עסקים לסטות מתנאי אספקה או רכישה, אשר היו נקבעים בשוק שמתקיימת בו תחרות אפקטיבית" (דברי ההסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 11), התשע"א-2010, ה"ח 543, בעמ' 264 (עד השלמת הליכי החקיקה, הפך תיקון זה להיות תיקון מס' 12)).

²² קביעה בדבר קיומה של קבוצת ריכוז במתן שירותי פריקה וטעינה של מכולות מקומיות בקווי הובלה ימיים סדירים והוראות לחברי קבוצת ריכוז 500512 (2013).

²³ שימוע לפני הכרזה על שוק תרכובות מזון לתינוקות כקבוצת ריכוז 500351 (2013) ובשוק פריקת המטענים האוויריים בנתב"ג; שימוע לפני הכרזה על שוק פריקת המטענים בנתב"ג כקבוצת ריכוז 500446 (2013).

²⁴ World Economic Forum the Global Competitiveness Report 2016-2017, 210-211; OECD Israel Economic Surveys (January 2016), בעמ': 3, 21-28, ו-32-34;

²⁵ הוועדה לשינוי כלכלי חברתי, פרק "יוקר המחיה והתחרותיות עיקרי המלצות" לדו"ח מסכם, עמ' 57 (2011): <http://www.pmo.gov.il/MediaCenter/SecretaryAnnouncements/Documents/shinuy011211.pdf>



התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel

ריכוז בהתקיים התנאים לכך. בתגובה, ביום 21.1.2007 השיבה רשות הגבלים עסקיים, כי לאחר בחינה שנערכה בעניין היא אינה רואה תועלת מספיקה להכרזה שכזו.

2. בנוסף, במהלך השנים 2005-2006 עסק רוי"ח בועז יפעת, פעיל חברתי, בניסיונות לקדם הכרזה על הבנקים כקבוצת ריכוז. במסגרת זו, שלח רוי"ח יפעת בעצמו ובאמצעות בא-כוחו מכתבים לרשות הגבלים עסקיים, ליועץ המשפטי לממשלה ולבנקים עצמם (בנק הפועלים ובנק לאומי), בשאלה מדוע לא הוכרז על הבנקים הגדולים כקבוצת ריכוז. כמו כן, פרסם רוי"ח יפעת מאמר דעה בו קרא להכרזה שכזו.²⁷ גם כלפיו, טענו הרשויות כי אין טעם בהכרזה או שהטעם בה אינו מייצר תועלת העולה על ההשקעה הכרוכה בה.

ה. שוק הבנקאות כ"קבוצת ריכוז" – ניתוח:

1. כיום, החוק קובע בס' 31 שלושה תנאים להכרזה על קבוצת ריכוז: **הראשון**, הוא שחברי קבוצת הריכוז המוכרזת מחזיקים יותר מ-50% מנתח השוק; **השני**, הוא שקיימת תחרות מועטה או מתקיימים התנאים לתחרות מועטה. תנאי זה פורש בס' 31ב(2) כדרישה לקיומו של חסם כניסה לענף ושניים מבין ששת התנאים הבאים: חסם מעבר; אחזקות צולבות; נתחי שוק דומים; מוצרים דומים; מספר רב של לקוחות; מידע מלא (אפשרות לדעת את עיקר תנאי ההתקשרות); **השלישי**, הוא שנקיטת צעדים שבסמכות הממונה לנקוט מכוח ס' 31 תמנע פגיעה בתחרות בענף או תגביר את התחרות בענף.

2. שני התנאים הראשונים מתקיימים במובהק בשוק הבנקאות, ובפרט ביחס לבנק לאומי ובנק הפועלים (המחזיקים כל אחד בכ-30% מנתח השוק): שוק הבנקאות מתאפיין במיעוט מתחרים, כאשר שני הבנקים הגדולים מחזיקים לבדם יותר מ-50% מהשוק; בשוק הבנקאות קיים **חסם כניסה** גבוה מאוד בדמות רישיון רגולטורי; יש **חסמי מעבר** בדמות היסטוריה בנקאית ותוכניות שונות בין הבנקים; יש **נתחי שוק דומים** (בפרט ביחס לבנק לאומי ובנק הפועלים המחזיקים שניהם כ-30% מנתח השוק לכל אחד); יש **מספר רב של לקוחות**; **המוצרים המוצעים דומים** עד כדי זהים; **והמידע ככלל גלוי**.

1. שוק הבנקאות כ"קבוצת ריכוז" – משמעויות:

1. במהלך השנים בהן הכרזה כקבוצת ריכוז הייתה מכפיפה את חברי קבוצת הריכוז להוראות פרק המונופולין (בשנים 2003-2011), **עמדה בפני הממונה היכולת להכריז על הבנקים כקבוצת ריכוז ולהכפיפם לס' 29א(ב)(3)** לחוק האוסר על ניצול כוח מונופוליסטי לפגיעה בתחרות ובציבור באמצעות "קביעת תנאי התקשרות שונים לעסקות דומות אשר עשויים להעניק ללקוחות או לספקים מסויימים יתרון בלתי הוגן כלפי המתחרים בהם".

2. נדמה שבדיוק **לסוגיות בהן דנה הוועדה מכוון הסעיף** – ניצול כוח השוק בידי המונופולין (במקרה זה הבנקים היו עשויים להיחשב כמונופולין בשל ההכרזה עליהם כקבוצת ריכוז) לצורך **הפליית אשראי בין לקוחות** בדרך שמקימה להם יתרון בלתי הוגן מול מתחריהם.

²⁷ ראו לדוגמה, בועז יפעת "להכריז על הפועלים ולאומי קבוצת ריכוז" **דה-מארקר** (21.9.2006), www.themarket.com/markets/1.380116



התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

The Movement for Quality Government in Israel الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل

3. כיום, הכרזה על הבנקים כקבוצת ריכוז הייתה מאפשרת לממונה לתת הוראות מכוח סי 31 בנוגע להסרה או צמצום של חסמי מעבר (שהם תוצאה של מעשה/מחדל של אחד מחברי קבוצת הריכוז); בנוגע להפסקת פעילות המקלה על התאמה; ובנוגע לאיסור על העברת מידע או פרסומו כשהוא מקל על ההתאמה.
4. בנוסף, הכרזה על הבנקים כקבוצת ריכוז הייתה מאפשרת לממונה לפנות לבית הדין להגבלים עסקיים ולבקש ממנו להורות על מכירת נכס כזה או אחר (לרבות מניות בחברות) של הבנקים שחברים בקבוצת הריכוז כדי לצמצם את הריכוזיות בשוק הבנקאות.
2. במקביל, חלה התדרדרות ברמת התחרות בשוק הבנקאות:

1. בשנת 2016 פורסם הדו"ח המסכם של הוועדה להגברת תחרות בשירותים בנקאיים ופיננסיים נפוצים, בראשות מר דרור שטרם, מן הדו"ח משתקפת תמונה לפיה: "ריכוזיות המערכת בישראל עולה על הממוצע במדינות האיחוד האירופי ו[...]. ישראל הינה בין חמש המדינות בעלות המערכות הבנקאיות הריכוזיות ביותר."²⁸
2. מסיבה זו, המליצה ועדת שטרם על קידום התחרות בענף הבנקאות, בין היתר, באמצעות הפרדת השליטה בחברות כרטיסי האשראי,²⁹ וכן עידוד כניסת בנקים חדשים למערכת הפיננסית.³⁰ לצד המלצתה וכחלק בלתי נפרד מרפורמת שטרם, החליט הפיקוח על הבנקים בבנק ישראל על שורה של הקלות רגולטוריות לכניסת בנקים חדשים.³¹
3. לצערנו, המצב בשוק הבנקאות כיום אינו תחרותי, ואת פירות רפורמת שטרם איננו רואים בשטח.³² כמי שעוקבים באופן הדוק אחרי יישום הרפורמה בבנקאות, אנו מזהים כי ישנם רכיבים מרכזיים של הרפורמה אשר מופיעים במפורש בחוק³³ אך אינם מתבצעים בפועל, מתעכבים ונדחים שוב ושוב. בעניין זה שלחה התנועה יחד עם קואליציית הארגונים החברתיים מספר מכתבים ולא זכתה למענה מספק.
4. לא זו אף זו, בתקופה האחרונה לא נבלמה הקמת שלוחות דיגיטליות לבנקים הגדולים. אמנם, בין המלצותיה של ועדת שטרם, הוצע לעודד הקמת בנקים דיגיטליים כדי להגביר את התחרות. אך כוונת הדברים הייתה שיוקמו בנקים חדשים, ולא להקמת "סניף דיגיטלי" של הבנקים הגדולים. לכן, היה צורך להגביל את ניהולו של בנק "פפר" (Pepper) בשליטת בנק לאומי ואת אפליקציית העברת הכסף "ביט" (Bit) בשליטת בנק הפועלים. על הבעייתיות בצעד זה, כבר התבטא המפקח על הבנקים לשעבר, מר דודו זקן, כשאמר כי: "בנק אינטרנטי של הפועלים ולאומי הוא מקל בגלגלי התחרות".³⁴

²⁸ הוועדה להגברת תחרות בשירותים בנקאיים ופיננסיים נפוצים דוח מסכם 13-14 (2016) (להלן "דו"ח שטרם").

²⁹ דו"ח שטרם, בעמ' 62.

³⁰ דו"ח שטרם, בעמ' 54-55, 67.

³¹ ראו טיוטת "מתווה להקמת בנק חדש בישראל: מדיניות חדשה של הפיקוח על הבנקים להסרת חסמי כניסה", שצורפה כנספח א' לדו"ח ועדת שטרם.

³² עיריית אבישר "יישום רפורמת שטרם מתקדם בעצלתים, כמו נושאת מטוסים" גלובס (10.7.2017) <http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001196481>

³³ חוק להגברת התחרות ולצמצום הריכוזיות בשוק הבנקאות בישראל (תיקוני חקיקה), תשע"ז-2017 ("החוק").

³⁴ תומר ורון "זקן: בנק אינטרנטי של הפועלים ולאומי הוא מקל בגלגלי התחרות" כלכליסט (מיום 11.3.15).

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel



ח. ההזדמנות שבהוספת מבחן כוח שוק להגדרת מונופולין לטיפול בריכוזיות הבנקאית:

1. בימים אלו נדונה בוועדת הכלכלה הרפורמה בהגבלים עסקיים (הצעת חוק). במסגרתה, מוצע להרחיב את הגדרת מונופולין ולהוסיף לה מבחן המגדיר מונופולין לפי כוח שוק.
2. הוספת מבחן זה לחוק תאפשר לפקח על שתי קבוצות נוספות שעלולות לפגוע בתחרות:
 - א) גוף בעל **נתח שוק הקטן מ-50%** יוכל להיות מוגדר כמונופולין במקרה שהוא מפגין כוח שוק, כגון שמפלה בין לקוחות או גובה מחיר גבוה מהמחיר התחרותי. לדוגמה, גופים שעשויים להיות מטופלים במנגנון זה: "ויסוצקיי" (בתה) ו"עלית" (בקפה).
 - ב) שוק בו פועלים מעט מתחרים בעלי נתח שוק דומה (אוליגופול), יוכל להיות מטופל כמונופולין, ככל שיחזיקו **בכוח שוק משותף** וינצלוהו להתנהגות אנטי-תחרותית.³⁵ לדוגמה, גופים שעשויים להיות מטופלים במנגנון זה הם **הבנקים** וחברות הסלולר.
3. לאור ההבנה שפרק קבוצות הריכוז אינו יעיל בכלל (כאמור, הכרזה אחת מאז שנחקק) וביחס לבנקים בפרט, **אנו מציעים לכלול "כוח שוק משותף" של פירמות במסגרת מבחן כוח שוק החדש שעתיד להתווסף לחוק ברפורמה בהגבלים העסקיים.**
4. כוח שוק הוא למעשה "היכולת לגבות באופן רווחי מחיר מעל המחיר התחרותי", או "היכולת לשלוט בתנאי הסחר בלי חשש משמעותי מרסנים תחרותיים". במילים אחרות, כוח שוק מוחזק בידי פירמה, מקום בו היא יכולה לפעול באופן עצמאי ללא התחשבות בשיקולי תחרות ולקבוע בשוק תנאים אנטי-תחרותיים (כגון העלאת מחיר משמעותית), מבלי לחשוש שבעקבות התנהגות זו תיפגע רווחיותה (עקב נטישת לקוחות).³⁶ לכן, ככל שמתגבר כוח השוק המוחזק בידי פירמות, כך מצטמצמת האפשרות לתחרות חופשית.
5. כוח שוק זה, יכול שיוחזק על ידי פירמה אחת, שיכולה לבדה ובאופן חד-צדדי להעלות את המחיר או לקבוע תנאים על-תחרותיים בשוק, ואז ייחשב כ"כוח שוק חד-צדדי" (Unitarian Market Power); לחלופין, יכול שיצטבר באמצעות שיתוף פעולה נסתר בין מספר פירמות בשוק, המתאימות את התנהגותן זו לזו, ואז ייחשב כ"כוח שוק משותף" (Collective Market Power). בשני המצבים התוצאה דומה – נפגעת התחרות החופשית.
6. אם נתמקד בבנקים ובסיטואציה של מתן האשראי, הרי בסופו של דבר סביר להניח כי בידי **הבנקים מצוי כוח שוק משותף הנובע מיכולתם להגיע להתאמה בשוק אוליגופולי העשוי לאפשר להם להפלות בין לווה גדול לווה קטן. אלמלא היה לבנקים כוח שוק, לווה קטן**

³⁵ בכך תינתן מעטפת להתמודדות עם כשל שוק חמור ונפוץ בישראל, המטופל כיום דרך מנגנון "קבוצות הריכוז", שאינו נוהל הצלחה, שכן מאז הוספת מנגנון קבוצת הריכוז בפרק 11 לחוק בשנת 2011 הוכרזה וטופלה קבוצת ריכוז אחת ויחידה בעניין **נמלי הים** (הגבלים עסקיים 500512 (27.11.2013)).

³⁶ ראו תיאור דומה בארצות הברית: *Monopoly power is the power to control prices or exclude competition*, **United States v. E. I. Du Pont de Nemours & Co.**, 351 U.S. 377, p. 391. הגדרה דומה לכוח שוק ניתן למצוא גם באירופה: "...a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to hinder the maintenance of effective competition on the relevant market by allowing it to behave to an appreciable extent independently of its competitors and customers and ultimately of consumers." (Case 322/81 **Michelin V. Commission** [1983] ECR 3461, 3503. [1985] 1 CMLR 282, 321).



התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel

- שהיה חש מופלה לעומת לווה גדול, היה יכול לעזור את בנק א' ולעבור לבנק ב'. ואולם, מכיוון שכוח השוק של הבנקים אינו חד-צדדי, כיום הם לא נכנסים לפרק המונופולין.
7. והנה, הוספת מבחן כוח שוק החדש לחוק יכולה לאפשר טיפול בבנקים כמונופולין ובפרט הכפתם לאיסור על אפליית לקוחות (ס'29א(ב)(3)), באמצעות זיהוי כוח השוק המשותף של הבנקים הנובע מיכולתם להתאים התנהגותם בשוק אוליגופולי. אך לשם כך יש צורך להכיר בכוח שוק משותף ככלל במונח "כוח שוק" שנוסף לחוק.
8. הלכה למעשה, דיני התחרות של האיחוד האירופי הלכו בדרך זו, כשאמצו הגדרה רחבה בסעיף האוסר על ניצול מעמד דומיננטי בשוק (המקביל לפרק המונופולין בחוק הישראלי), שמאפשרת לכלול בסעיף גם שליטה משותפת (collective dominance).³⁷ בית הדין האירופי אישר פרשנות מרחיבה ברוח זו בעניין *Italian flat glass*.³⁸ בהמשך, הכיר בעניין *Compagnie Maritime Belge*³⁹ באפשרות שכוח שוק משותף יתגבש גם ללא קשר ישיר או הסכם מפורש בין פירמות, אלא כתוצאה מהתאמה אוליגופוליסטית.
9. עוד יצוין, כי אין לחשוש מכך שהתאמה אוליגופוליסטית תוכל להיכנס לגדרי שני הפרקים – פרק המונופולין ופרק קבוצות הריכוז – מכיוון שמצב בו חלים שני הסדרים נפרדים על עניין אחד אינו מוגבל או בלתי-שכיח בחוק ההגבלים העסקיים.⁴⁰ יתר על כן, הפרקים אמנם משיקים, אך הם אינם חופפים. פרק קבוצות ריכוז הולך בדרך הגישה המבנית ועוסק בהסדרה צופה פני עתיד (ex-ante).⁴¹ הסדרה זו נעדרת הרתעה למול שחקנים באוליגופול שטרם הוכרו עליהם ופועלים באופן אנטי-תחרותי. לעומת זאת, פרק המונופולין הולך בדרך הגישה ההתנהגותית, ומעניק כלים לטיפול מרתיע בדיעבד (ex-post) וגם בהיעדר הכרזה,⁴² באמצעות האיסורים על ניצול כוח מונופוליסטי והסנקציות שלצדם. לפיכך, שילוב הוראות הפרקים יאפשר הסדרה נכונה מראש וטיפול בדיעבד.

מסמך זה חובר על ידי עו"ד נילי אבן-חן, מנהלת מחלקת כלכלה ומחקר בתנועה למען איכות השלטון, ויוסף גדליהו, רכז המחלקה.

³⁷ סעיף 102 ל-Treaty for the Functioning of the European Union (TFEU) קובע כי: "Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the internal market or in a substantial part of it shall be prohibited (ההדגשות אינן במקור) ראו דיון בעמדה הפרשנית המצמצמת לסעיף (שנדחתה) ובעמדה הפרשנית המרחיבה לסעיף (שאומצה בפסיקה) אצל WHISH & BAILEY, בעמ' 607-610.

³⁸ Cases T-68/89 Societa Italiana Vetro SpA v. Commission, [1992] ECR II-1403, para 358.

³⁹ Case C-396/96 P Compagnie Maritime Belge v. Commission, [2000] ECR I-1365, paras 42-45.

⁴⁰ כך למשל, ניתן לחשוב על מצב בו מונופול היה צד להסדר כובל, מקרה כזה מאפשר טיפול במונופול באמצעות פרק המונופולין ו/או באמצעות פרק ההסדרים הכובלים. בדרך זו, הממונה והרשות מחזיקים ב"ארגו כלים" רחב שמעניק להם החוק, והם יוכלו להשתמש בו בהתאם לצורכי העניין והשעה.

⁴¹ סעיף 131(ב); כתנאי לתחולת הפרק נדרשת הכרזה הממונה על קיום קבוצת ריכוז; והכלים העיקריים המנויים בו, הם סמכות ליתן הוראות לחברי קבוצת הריכוז "בדבר צעדים שעליהם לנקוט", או הסמכות לבקש מבית הדין להחיל סעדים מבניים כגון מכירת החזקות של חברי קבוצת ריכוז. במובן זה, רשות ההגבלים העסקיים משמשת יותר כזרוע רגולטיבית ופחות כזרוע אכיפה (גל ונבו) "אסדרה של קבוצת ריכוז, עמ' 271-217).

⁴² סמכות הממונה להכריז על קיום מונופול העומד במבחן נתח השוק קבועה בסיפא לסעיף 26(א). עם זאת, להכרזה מעמד דקלרטיבי בלבד ובהתקיים תנאי החזקה במחצית מנתח השוק, יחולו על גוף עסקי הוראות פרק המונופולין גם מבלי שהוכרז על ידי הממונה (ערר (י-ס) 7/95 בזק נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, דינים הגבלים עסקיים לב (1) פס' 7-6 לפסק הדין (1997); ראו דיון מקיף בהכרזה אצל מיכל (שיצר) גל ואמיר ישראלי "פעמון סביב צוואר החתול: הכרזה על קיומו של מונופול" משפט ועסקים ז 139 (התשס"ז).