

מלכיאל בלס, עורך דין
רח' החייל 31/6, ירושלים

דוא"ל: blasmike@hotmail.com פקס: 02-5817263 טל': 0506-217700

תאריך: 5.2.2016

הנדון: חוות דעת בענין ההצעות להטלת מגבלות וחובות על הבנקים בענין הנפקת והפצת כרטיסי

אשראי

1. התבקשתי על ידי איגוד הבנקים בישראל (ע"ר) לחוות דעתי בענין ההיבטים המשפטיים הנובעים מהצעת הוועדה להגברת התחרותיות בשירותים הבנקאיים והפיננסיים הנפוצים בישראל (להלן – הוועדה), לפיה יחדלו הבנקים הגדולים להנפיק כרטיסי אשראי לתקופה שאינה ברורה אך לפחות של ארבע שנים, ובמקביל יחויבו בנקים להפיץ את כל כרטיסי האשראי, ועניינים הקשורים בכך. להלן חוות דעתי.

2. **תמצית חוות דעתי** היא כדלקמן:

א. ההמלצה לאסור על בנקים שימכרו את חברות כרטיסי האשראי שלהם להנפיק ללקוחותיהם כרטיסי אשראי – פוגעת בזכויות יסוד מוגנות הן של הבנקים, חופש העיסוק וזכות הקנין, כמו גם בזכות לשוויון, והן בכבוד האדם ובזכות הקנין של הלקוחות.

פגיעה זו היתה יכולה להיות מוצדקת אם היתה מקיימת את תנאי פסקת ההגבלה, אך היא אינה עומדת בהם. ההמלצה אינה לתכלית ראויה לדעת המומחים של בנק ישראל ומרכז המחקר והמידע של הכנסת והיא שנויה במחלוקת בוועדה. בהיעדר תשתית עובדתית ממוקדת והסכמה בין המומחים של רשויות המדינה יש ספק בדבר התקיימותה של התכלית הראויה, וההסתברות שתכלית ראויה אכן תושג.

ההמלצה גם אינה מידתית, שכן יש חלופות פחות פוגעניות ממנה שיכולות להשיג את המטרה של גשוג חברות האשראי לאחר הפרדתן מהבנקים. אף אם ימצא שאין חלופות מעשיות כאלה, יש חשש לא מבוטל שהנזק מן האמצעי יעלה על התועלת שלו.

ב. ההמלצה הנוספת, לחייב את הבנקים להפיץ את כל כרטיסי האשראי, פוגעת בזכויות יסוד של הבנקים, חופש העיסוק וזכות הקנין, כמו גם בזכות לשוויון, והיא אינה מידתית, שכן לגביה יש חלופות פחות פוגעניות ושתועלתן תעלה על נזקן.

בנוסף ייאמר, שההמלצה לאסור על הבנקים וגופים פיננסיים אחרים להרע תנאים מסחריים של לקוח שצרך או מבקש לצרוך שירות ממתחרה, או להציב מכשלות בפני לקוח כזה, או להפלותו בקשר לצריכת שירותים ממוסדות מתחרים – מנוסחת באופן עמום המכביד על קיום פעילות עסקית לגיטימית, היינו - בניסוח שאינו עולה בקנה אחד עם עקרון החוקיות.

המלצות הביניים של הוועדה

3. ביום 3.6.15 מינה שר האוצר את הוועדה, שהוסמכה להמליץ בפניו בנושאים הבאים:

”א. הכנסת שחקנים חדשים לתחרות באספקת שירותים בנקאיים ופיננסיים נפוצים, לרבות

באמצעות הפרדת הבעלות בחברות כרטיסי האשראי מן הבנקים.

ב. צעדים משלימים הנדרשים והסרת חסמים לקידום התחרות כאמור לעיל.”

4. הוועדה התבקשה להגיש את מסקנותיה בתוך 100 ימים. הוועדה הזמינה את הציבור להגיש עמדותיו בפניה. איגוד הבנקים הגיש עמדתו בכתב לוועדה והופיע בפניה.
5. ביום 14.12.15 פורסם דוח ביניים של הוועדה. בדוח זה פרסמה הוועדה את החזון שלה, ונכללו בו המלצות רבות לשינויים במערכת הבנקאות בישראל. דוח הביניים פורסם להערות הציבור, וחוות דעתי תתייחס לנגזרת מסוימת של המלצות.
6. עיקר המלצות הוועדה בנוגע לכרטיסי האשראי והבנקים הן:
 - א. הפרדת השליטה בחברות כרטיסי האשראי של הבנקים הגדולים (בנק הפועלים ובנק לאומי)
 - ב. הגברת התחרות בתחום הסליקה
 - ג. מגבלות לענין רכישת חברות כרטיסי האשראי
 - ד. שינוי מבנה הבעלות והפרדת תשתיות בחברת שבי"א
 - ה. הצגת פעילות כרטיס האשראי בחשבון העו"ש
- ו. **חיוב הבנקים להפיץ ללקוחותיהם את כל כרטיסי האשראי בתנאים שווים**
- ז. **בנקים יחדלו להנפיק כרטיסי אשראי משלהם, וכל כרטיס אשראי חדש שיפיצו יהיה עם מסגרת אשראי חוץ בנקאית** (למעט כרטיסי דביט וכרטיסים עם מסגרת אשראי חוץ-בנקאית)
- ח. בנק ישראל יפקח על חברות כרטיסי האשראי.
7. בנוסף כולל דוח הביניים המלצות נוספות: בענין פעילות אשראי קמעונאי של גופים מוסדיים וגופים קשורים להם במטרה לעודד גופים אלה להציע לציבור אשראי; הכנסת חברות מימון חוץ בנקאיות לתחרות והפיקוח עליהן; העצמת התחרות בין הבנקים הקיימים בתחומי המיחשוב; אופק והקלות למתחרים חדשים, כגון אגודות אשראי; הגדלת יכולתם של עסקים קטנים ובינוניים לגוון מקורות אשראי; ביטוח פקדונות; ביטוח נכסי לקוחות; אסדרת שירותי תשלום; שינויים בתנאי גישה למערכות התשלומים המבוקרות; שינויים בשירותי מידע ויזום פעולות; העצמת יכולת התיחור של צרכנים פיננסיים; מתן יכולת לצרכן לחיפוש והשוואת עלויות דיגיטלית; מתן הרשאה לגורם מפוקח לבצע Shopping פיננסי עבור הלקוח.
8. בנוסף הוצע לקבוע שהבנקים וגופים פיננסיים אחרים לא ירעו תנאים מסחריים של לקוח שצרך שירות או שגילה דעתו לצרוך שירות – ממתחרה, ולא יציבו מכשלות בפני צריכה כאמור, ופורטו מספר פעולות שאין לנקוט בנסיבות שכאלה. גם לענין זה אתייחס בהמשך הדברים.
9. בראשית חודש ינואר 2016 פורסם מסמך שכותרתו "סקירת רקע להמלצות הביניים: מצב התחרות במגזרי היעד והצעדים הנדרשים", שהוא רקע עובדתי כשתנית להמלצות הוועדה, וכולל בתוכו את המלצות הביניים שפורטו לעיל. מסקירת הרקע עולה, שבפני הוועדה הונחו נתונים המצביעים לשיטתה, בין היתר, על כך שהמערכת הבנקאית מאופיינת בריכוזיות (שני בנקים גדולים וחמישה בנקים בסך הכל השולטים על מרבית השוק), בחוסר תחרותיות המביא לכך שאין כניסה של גופים חדשים לתחומי הבנקאות ומתן אשראי למשקי בית ועסקים קטנים, בחוסר יעילות, ברווחים גדולים יחסית בתחום מתן אשראי לעסקים קטנים ומשקי בית. בעשר השנים האחרונות דנו ועדות שונות בנושאי בנקאות ואשראי, ולמרות המלצות שונות שהתקבלו, ובחלקן אף בוצעו, לא חל שינוי ממשי בתחומים שפורטו לעיל.
10. חוות דעתי שלהלן תתייחס, בין היתר, להמלצות לפיהן הבנקים יחדלו להנפיק כרטיסי אשראי משלהם וכל כרטיס אשראי חדש שיפיצו יהיה עם מסגרת אשראי חוץ בנקאית. לגבי המלצות אלה נאמר בדוח הביניים (עמ' 5; המלצה זו נכללה במסמך הרקע בעמ' 30):

"הפצת והנפקת כרטיסי אשראי על ידי בנקים – כל הבנקים יפיצו ללקוחותיהם את כל כרטיסי האשראי בתנאים שווים וללא אפליה, תוך הצעת מלוא מגוון הכרטיסים ללקוח.

החל ממועד העברת השליטה בפועל בחברת כרטיסי אשראי לגורם חוץ בנקאי – יחדלו הבנקים להנפיק כרטיסי אשראי משלהם וכל כרטיס אשראי חדש שיפיצו יהיה עם מסגרת אשראי חוץ בנקאית. אין באמור כדי למנוע: (1) הנפקת כרטיסי Debit על ידי הבנק; (2) הפצת כרטיסי אשראי ללקוח על ידי הבנק כל עוד מסגרת האשראי מונפקת על ידי חברת כרטיסי האשראי בה בחר הלקוח.

הגבלה זו תחול על הבנקים הגדולים לתקופה של ארבע שנים מהמועד בו לא יהיו להם עוד מסגרות אשראי לכרטיסי אשראי ולקראת תום תקופה זו תבדוק ועדת היישום, בשים לב להתפתחות התחרות, את האפשרות לביטול מגבלה זו. יותר לחברות כרטיסי האשראי המופרדות לשתף פעולה עם גופים פיננסיים, לרבות בנקים אשר לא הופרדה מהם חכ"א, לצורך הנפקה משותפת של כרטיס אשראי וזאת עד לשיעור מוגבל אשר לא יעלה על 25% מסך מסגרות האשראי המונפקות של חברת כרטיסי אשראי.

11. בכדי לבחון את משמעותן המשפטית של המלצות אלו על הבנקים ועל הציבור אסקור תחילה את הוראות החוק הנוגעות לענין, אשר אם ההמלצות תתקבלנה - יהיה הכרח לשנותן.

המסגרת המשפטית של פעילות הנפקת כרטיסי אשראי בידי הבנקים

12. תחומי הפעולה המותרים לתאגידי הבנקאיים מוסדרים בפרק ג' לחוק הבנקאות (רישוי), התשמ"א-1981 (להלן - "חוק הבנקאות"). סעיף 10 לחוק הבנקאות קובע מהם תחומי הפעולה המותרים לבנק בישראל (ההדגשות הוספו):

"לא יעסוק בנק אלא בעיסוקים אלה:

- (1) קבלת פקדונות כספיים בחשבונות עובר ושב על מנת לשלם מהם בשיק לפי דרישה;
- (2) קבלת פקדונות כספיים אחרים;
- (3) הנפקת ניירות ערך;
- (4) ניהול מערכת תשלומים, לרבות גביית כספים, העברתם והמתם;
- (א4) קניה ומכירה של מטבע חוץ;
- (5) מתן אשראי;
- (6) ...".¹

¹ יתר תחומי הפעולה המותרים לבנק בהתאם לסעיף 10 לחוק הבנקאות הם:

"(6) השקעה בניירות ערך או בזהב המיועד לצרכים מוניטריים;
 (7) שמירה וניהול של מסמכים סחירים, ניירות ערך, זכויות ונכסים אחרים למען הזולת, כשלוט, כשומר, כסוכן או כנאמן, ובלבד שלא ינהל במסגרת עיסוקו כאמור מפעל עסקי, ולמעט מתן התחייבות חיתומית, ניהול קופת גמל, ניהול קרן להשקעות משותפות בנאמנות וניהול תיקי השקעות;
 (8) השכרת כספות;
 (9) קניה ומכירה של ניירות ערך כסוחר או כסוכן;
 (10) ייעוץ כספי וכלכלי בתחום עיסוקיו;
 (11) תיווך בעסקאות כספיות וכלכליות בתחום עיסוקיו, למעט תיווך בעסקאות של קניה או מכירה של סחורות או מקרקעין;
 (א11) ייעוץ פנסיוני, וכן ביצוע עסקה בעבור לקוח, כהגדרתם בחוק הייעוץ והשיווק הפנסיוני, כחלק מהייעוץ הפנסיוני ובהמשך לו, בכפוף להוראות סעיפים 11 ו-52(ב) ו-1(ג) לחוק הייעוץ והשיווק הפנסיוני;
 (א11ב) ייעוץ השקעות, בכפוף להוראות סעיף 9(ב) לחוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות;

13. במשך השנים נקבעו מגבלות מפורשות נוספות על תחומי פעולה של בנקים, וזאת בעקבות רפורמות שנעשו בשוק ההון בישראל. בעקבות ועדת בכר והחקיקה שבאה בעקבותיה, נאסר על בנקים לעסוק בתחום של שיווק פיננסי² ובתחום של שיווק פנסיוני³, וזאת להבדיל מתחומי העיסוק של ייעוץ פיננסי⁴ וייעוץ פנסיוני⁵, תחומים בהם הותר לבנקים לעסוק במפורש. תחומי עיסוק אלו נקבעו מתוך כוונה לאפשר לציבור הרחב לקבל מהבנקים שירותי ייעוץ אובייקטיבי, נטול ניגוד עניינים, הן בתחום ההשקעות והן בתחום החיסכון הפנסיוני.
14. עוד נקבעו בעקבות ועדת בכר איסורים ומגבלות על בנקים להחזיק בקופות גמל, קרנות נאמנות וחברות לניהול תיקים (הכוללים נכסי קרנות נאמנות, קופות גמל או נכסי מבטח הנזקפים לזכות מבוטחיו)⁶. איסורים אלו נקבעו על מנת שהבנקים, כיועצים אובייקטיביים לציבור הרחב בתחום ההשקעות ובתחום החיסכון הפנסיוני, לא יימצאו בניגודי עניינים מכוח החזקה במוצרים לגביהם ניתן הייעוץ.
15. בנוסף, בחוק הבנקאות נקבעו גם מגבלות על החזקת בנקים בתאגידים ריאליים. תאגידים ריאליים הם תאגידים העוסקים בתחומי פעולה האסורים לבנק (כגון: חברות החזקה, חברות נדל"ן, חברות ביטוח, חברות תקשורת, חברות טכנולוגיה וכו'). אסור לבנק לשלוט בתאגיד ריאלי והוא רשאי להחזיק בתאגיד ריאלי בשיעור של עד 20% בלבד, בכפוף למגבלות הקבועות בסעיף 223 לחוק הבנקאות.
16. על אף האמור לעיל, במסגרת רפורמת "חוק הריכוזיות"⁷, נקבעו מגבלות נוספות וייחודיות לעניין החזקת בנק ב"תאגיד ריאלי משמעותי"⁸. תחת מגבלות אלו בנק רשאי להחזיק בתאגיד ריאלי משמעותי כמו גם במבטח שהוא גוף פיננסי משמעותי בשיעור של עד אחוז אחד (1%) בלבד מאמצעי השליטה בתאגיד הריאלי המשמעותי או בגוף הפיננסי המשמעותי, למעט חריג אחד: מותר לבנק להחזיק בתאגיד ריאלי משמעותי אחד בלבד וכן במבטח שהוא גוף פיננסי משמעותי אחד בלבד - בשיעור העולה על 1% ועד 10%⁹.
17. על אף האיסורים לעניין החזקה בתאגידים ריאליים, ועל מנת לאפשר לבנק להמשיך בעיסוקיו למתן אשראי, נקבע שבנק רשאי להחזיק באמצעי שליטה של תאגיד ריאלי כאשר החזקה זו נועדה בתום לב לשמש כערובה לחיוב¹⁰. בנוסף נקבעו בחקיקה מגבלות לעניין החזקה של בנקים בבנקים אחרים¹¹.

(ג1) שיווק השקעות בהתאם להוראות סעיף 9(ג) לחוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות; (ד1) ניהול מערכת החשבונות של קופות גמל בעבור החברה המנהלת, לרבות ניהול חשבונות העמיתים בעבור הקופה, עריכת המידע הנמסר לעמית ומסירתו לו; (12) עיסוק שהותר במפורש לבנק לפי חוק; (13) פעולה אחרת הנלווית לעיסוק שמותר לבנק.² סעיף 7(2) לחוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות, בשיווק השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה-1995.³ סעיף 6 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ייעוץ, שיווק ומערכת סליקה פנסיוניים), תשס"ה-2005.⁴ סעיף 10(ב11) לחוק הבנקאות.⁵ סעיף 10(א11) לחוק הבנקאות.⁶ ראו פרק 21 לחוק הבנקאות.⁷ חוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ד-2013, שהוסיף את סעיף 335 לחוק הבנקאות.⁸ לעניין הגדרת תאגיד ריאלי משמעותי ראו סעיף 335 לחוק הבנקאות.⁹ סעיף 24 שהוסף ב"חוק הריכוזיות".¹⁰ סעיף 26 לחוק הבנקאות,¹¹ סעיף 20 לחוק הבנקאות

על החזקת הבנקים בחברות כרטיסי אשראי

18. סעיף 11(א) לחוק הבנקאות, העוסק בנושא "שליטה והחזקת אמצעי שליטה בידי בנק", קובע באילו תאגידים רשאי בנק לשלוט או להיות בעל עניין¹², וסעיף קטן (ב) מוסיף וקובע: " (ב) נוסף על הוראות סעיף קטן (א), רשאי בנק לשלוט גם בתאגיד שהוא אחד מאלה: (1) תאגיד עזר, ובלבד שהבנק שולט בו לבדו ונתקבל לכך אישור מאת המפקח, מראש ובכתב, המאשר בין השאר את תחומי עיסוקו של תאגיד העזר; ואולם רשאי המפקח לאחר התייעצות עם ועדת הרישיונות, להתיר לבנק לשלוט בתאגיד העזר יחד עם אחרים;"
19. חברות כרטיסי אשראי הן "תאגיד עזר" המוחזק על ידי הבנק מכוח ס' 11(ב)(1) לחוק הבנקאות¹³.
20. ככלל, תחומי הפעולה של חברות כרטיסי האשראי הם:
- הנפקת כרטיסי חיוב – מכוח סעיף 10(4) ו-10(5) לחוק הבנקאות.
 - סליקת עסקאות בכרטיסי חיוב¹⁴.
 - מתן אשראי – מכוח סעיף 10(5) לחוק הבנקאות.

חוק כרטיסי חיוב, תשמ"ו-1986

21. נושא כרטיסי האשראי מוסדר גם בחוק כרטיסי חיוב, תשמ"ו-1986. חוק זה מגדיר את סוגי הכרטיסים השונים שהלקוח רשאי לרכוש זכות שימוש בהם, ולהנות מההגנות שבחוק, למשל בעניין שימוש לרעה בכרטיס לאחר שנמסרה הודעה על אובדן, גניבה או שימוש לרעה. החוק לא מגדיר מי רשאי להיות מנפיק של כרטיסי אשראי¹⁵.
22. החוק מגדיר סוגי כרטיסים כדלקמן:
- "כרטיס חיוב" – כרטיס אשראי, כרטיס בנק, כרטיס תשלום או לוחית או חפצים אחרים המיועדים לרכישת נכסים, כפי שיקבע שר המשפטים בהתייעצות עם נגיד בנק ישראל ובאישור ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת;
 - "כרטיס אשראי" – לוחית או חפץ אחר לשימוש חוזר המיועדים לרכישת נכסים מאת ספק ללא תשלום מיידי של התמורה;
 - "כרטיס בנק" – לוחית או חפץ אחר לשימוש חוזר, המיועדים למשיכת כסף באמצעות מכשירי בנק ממוכנים או לרכישת נכסים בדרך של חיוב חשבונו של לקוח בתאגיד בנקאי וזיכוי אדם אחר על ידי שימוש בכרטיס במכשיר המיועד לכך במקום עסקו של הספק.
23. החוק קובע מהו "חוזה כרטיס אשראי": "... חוזה בין לקוח לבין מנפיק, שלפיו מתחייב הלקוח לשלם למנפיק את תמורת הנכסים שנרכשו באמצעות כרטיס האשראי, והמנפיק מתחייב כלפי הלקוח לשלם את התמורה לספק; התשלום של הלקוח למנפיק יכול שיהיה בדרך של חיוב חשבונו של הלקוח בתאגיד בנקאי או בכל דרך אחרת."¹⁶

¹² בעל עניין – כהגדרתו בסעיף 1 לחוק הבנקאות - מי שמחזיק יותר מעשרים אחוזים מסוג מסויים של אמצעי שליטה.

¹³ ראו גם - סעיף 1 בהוראת ניהול בנקאי תקין 470 - "כרטיסי חיוב".

¹⁴ ראו לעניין זה את פרק 2ד לחוק הבנקאות המחייב, בין היתר, קבלת רישיון למי שעוסק בסליקה. בעת תיקון חוק הבנקאות והוספת פרק זה לחוק, נקבעה הוראת מעבר לעניין תאגידים שעסקו בסליקה במשך תקופה של 3 שנים.

¹⁵ ראו גם - הוראת ניהול בנקאי תקין מספר 470 דלעיל, וטיטוט חוזר בנק ישראל בעניין "סולקים וסליקת עסקאות בכרטיסי חיוב" מיום 20.12.15.

¹⁶ סעיף 7 לחוק כרטיסי חיוב.

יישום ההמלצות מחייב שינויי חקיקה

24. אם יוחלט ליישם את ההמלצה לאסור על בנקים מסוימים לשלוט בחברות כרטיסי אשראי יחייב הדבר את תיקון חוק הבנקאות, כך שבנק לא יהיה רשאי לשלוט בתאגיד עזר העוסק בהנפקת כרטיסי אשראי, או לחילופין לתקן את הגדרת "תאגיד עזר" בחוק הבנקאות כך שתאגיד עזר לא יהיה רשאי לעסוק בתחומי העיסוק האמורים בסעיף 4(10) לחוק הבנקאות. יש להבהיר שחוות דעתי אינה עוסקת בהיבט זה של ההמלצות.
25. אם תאומץ ההמלצה לאסור על הבנקים להנפיק כרטיסי אשראי, יחייב הדבר את תיקון חוק הבנקאות ולקבוע בו איסור על הנפקת כרטיסי אשראי, על אף העיסוק המותר לבנק לקיים מערכת תשלומים ומתן אשראי שבס' 4(10) ו-5(10) לחוק הבנקאות. ההמלצות הנוספות בענין חיוב הפצה של כל מגוון כרטיסי האשראי ואיסור הרעת תנאים מסחריים, ככל הנראה, יחייבו חקיקה חדשה.
26. בהנחה שההמלצות יעוגנו בחקיקה, הרי שחקיקה זו תעמוד בפני בחינה חוקתית, במסגרתה יישאלו שתי שאלות עקרוניות: האחת - **האם ההמלצות פוגעות בזכות חוקתית מוגנת**; השניה - אם כן, **האם הפגיעה היא כדין**. להלן אבחן את השאלות לפי סדרן.

על זכויות היסוד לחופש העיסוק, הקנין והשוויון של הבנקים והפגיעה בהן

27. חוק יסוד: חופש העיסוק, קובע בסעיף 3:
- "כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד."
- חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, קובע בסעיף 3:
- "אין פוגעים בקנינו של אדם."
28. זכויות היסוד לחופש העיסוק והקנין, הן זכויות המוקנות לא רק לבני אדם, אלא גם לתאגידים¹⁷:
- "עיסוק יכול שיהיה של פרט ויכול שיהיה של תאגיד, וכשם שיש להגן על זכות היסוד של האדם, כפרט, לחופש העיסוק שלו, כך יש להגן על זכות היסוד לעיסוק של התאגיד, שהוא אישיות משפטית העומדת בפני עצמה."
29. כפי שיפורט להלן, הדין בישראל מתיר גם לפגוע בזכויות יסוד, ובלבד שפגיעה זו תעמוד בדרישות פסקת ההגבלה. לגבי חופש העיסוק, פגיעה בזכות זו היא למשל, כאשר מוטלת מגבלה על עצם אפשרות הכניסה לתחום עיסוק מסוים (כגון דרישה לרישיון כתנאי מוקדם לעיסוק במקצוע), או מגבלה על עצם העיסוק בנגזרת מסוימת של עיסוק. יחד עם זאת, פגיעה יכולה לכלול גם הגבלות על אופן ביצוע העיסוק, כגון דרישות רגולטוריות לימים ושעות עבודה, ביצוע סוגי פעולות מסוימות כתנאי למימוש הזכות וכדומה.
30. בענייננו, שתי המלצות בדוח הביניים בחלק הנוגע לכרטיסי האשראי, מהוות פגיעה בזכות היסוד לחופש העיסוק:
- א. ההמלצה לאסור הנפקה של כרטיסי אשראי על ידי בנקים לאחר מועד העברת השליטה בפועל בחברות כרטיסי האשראי;
- ב. ההמלצה לחייב את הבנקים להפיץ ללקוחותיהם את כל כרטיסי האשראי בתנאים שווים וללא הפליה, תוך הצעת מלוא מגוון הכרטיסים ללקוח.

¹⁷ בג' 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח (5) 441, 471; ראו גם - ע"א 6821/93 בנק המזרחי נ' מגדל, פ"ד מט (4) 221, בעמ' 334 - חוק שמחק חובות לנושים שהם תאגידים - פגע בקניינם.

31. ההמלצה הראשונה, לאסור הנפקת כרטיסי אשראי, אוסרת על פעילות שהיא פעילות ליבה המותרת כיום לפי חוק, ואילו ההמלצה השנייה מחייבת לבצע פעילות חדשה, שאולי אין לבנק כל ענין בה ובכך מתערבת באופן ביצוע הפעילות הבנקאית, משפיעה על חופש העיסוק, וגורמת לעלויות ולשינויים בדפוסי העבודה של הבנקים.
32. שתי ההמלצות האמורות פוגעות גם בזכות היסוד לקנין של הבנקים. חוסר האפשרות להפיק רווח בתחום כרטיסי האשראי, כמו גם החובה להשקיע משאבים וכוח אדם לקידום עסקם של אחרים, מהווים פגיעה בזכות הקנין.
33. שתי ההמלצות של הוועדה פוגעות גם בזכות לשוויון, שהיא זכות יסוד המהווה חלק מכבוד האדם, בכך שהן מציעות הגבלה של איסור הנפקה רק לבנקים (אותם בנקים מהם מבקשים להפריד את חברות כרטיסי האשראי), וכן מציעות לחייב רק את הבנקים, מכל הגופים העסקיים במדינה, להפיץ את כל כרטיסי האשראי שיהיו במשק. בניתוח שלהלן אתרכו בעיקר בפגיעות בזכויות לחופש העיסוק והקנין, מתוך הנחה שאותן טענות רלבנטיות גם לפגיעה בזכות לשוויון.

על זכויות היסוד לכבוד האדם והקנין של הלקוח והפגיעה בהן

34. ההמלצות האמורות לעיל לא פוגעות רק בחופש העיסוק ובזכות הקנין של הבנקים. הן פוגעות גם באוטונומיה של כל אדם להחליט בעצמו עם מי הוא רוצה להתקשר בחוזה. הם מבקשות לבטל זכויות המוקנות כיום בחקיקה, שנעשה בהן שימוש במשך שנים רבות בידי אזרחי המדינה המורגלים להשתמש בכרטיסי אשראי שהונפקו בידי הבנקים. ההמלצות מבקשות לחייב אזרחים להתקשר עם חברות כרטיסי אשראי שיהיו בידי בעלים חדשים. הן מבקשות לכפות על אזרחים להתקשר עם חברות אשראי חוץ-בנקאי, גם אם הבנקים אולי היו מציעים לאזרחים אשראי במחיר נמוך יותר כחלק מן התחרות שתפתח בתחום.
35. בגישה זו יש מימד פטרנליסטי, הקובע לאדם עם איזו חברה עליו להפסיק את התקשרותו המסחרית ועם איזה סוג חברה להתקשר, מתוך הערכת חלק מרשויות השלטון שבסופו של יום כך יהיה לו יותר טוב.
36. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, קובע בסעיף 2:
- "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם."
37. השאלה מה כולל בחובו המושג הרחב "כבוד האדם" היא שאלה מורכבת. לענייננו הנושא כבר הוכרע בפסיקת בית המשפט העליון שקבע שחופש החוזים והאוטונומיה של הפרט הם חלק מכבוד האדם וקניינו¹⁸:

"חופש החוזים, מקביל לעניין זה לחופש ההתאגדות, ואף הוא נשען על רצונו החופשי של אדם ועל בחירתו. בספרו "פרשנות במשפט" אומר פרופ' א' ברק:

"ביסוד החוזה מונחת האוטונומיה של הרצון הפרטי. אוטונומיה זו כוללת, בין השאר, את החופש להתקשר או שלא להתקשר בחוזה... חופש זה על היבטיו השונים הוא זכות חוקתית... בישראל נגזר אופיו החוקתי של חופש החוזים מזכות היסוד בדבר כבוד האדם והקניין" (פרשנות במשפט כרך ד' – עמ' 78).

לכן, ההמלצה למנוע הנפקת כרטיסי אשראי על ידי הבנקים הגדולים, פוגעת בחופש החוזים והקנין של הלקוחות, שהן זכויות יסוד שלהם.

¹⁸ עא 11771/04 לשכת עורכי הדין בישראל נ' הארגון הבינלאומי של עורכי דין ומשפטנים, בסי' 27 לפסה"ד.

המבחנים לפגיעה כדין בזכות יסוד

38. לאחר שמצאנו כי שתי ההמלצות דגן פוגעות בזכויות יסוד, חופש העיסוק, הקנין והשוויון של הבנקים, וכבוד האדם והקנין של הלקוחות, יש לבחון האם הפגיעות הללו הן כדין.

39. זכויות היסוד כולן, לרבות חופש העיסוק, הקנין, השוויון וכבוד האדם אינן זכויות מוחלטות. בחברה דמוקרטית ניתן, ולעיתים הכרחי, להטיל עליהן מגבלות, אולם זאת רק אם הן עומדות בדרישות חוקיות שנקבעו בדין.

40. חוק יסוד: חופש העיסוק קובע בסעיף 4, המכונה "פסקת ההגבלה", את הדרך החוקית לפגיעה בזכות יסוד זו:

"אין פוגעים בחופש העיסוק אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו."

הוראה דומה קבועה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בסעיף 8, והיא רלבנטית לפגיעות בזכויות היסוד של כבוד האדם, הקנין והשוויון.

41. בכדי שפגיעה בזכות יסוד תחשב לפגיעה כדין, בהתאם לפסקות ההגבלה שבחוק יסוד: חופש העיסוק ובחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, עליה לעמוד בארבעה תנאים מצטברים:

- עליה להיעשות בחוק או לפי חוק מכוח הוראה מפורשת בו;
- עליה להלוּם את ערכיה של מדינת ישראל;
- להיות לתכלית ראויה;
- ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

42. לאור העובדה ששתי ההמלצות, איסור ההנפקה וחייב ההפצה, פוגעות בחופש העיסוק, בזכות הקנין, בשוויון ובכבוד האדם יש לבחון האם הפגיעות הן כדין. לצורך הבחינה אניח שהפגיעות ייעשו בחקיקה ראשית, ואבחן האם חקיקה זו היא חוקתית, היינו – עומדת בדרישות פסקת ההגבלה. בהנחה שכך ייעשה יתקיים התנאי הראשון שבפסקת ההגבלה המאפשר פגיעה חוקתית בזכויות יסוד.

האם הפגיעות הולמות את ערכיה של מדינת ישראל

43. התנאי השני הנדרש בכדי שפגיעה בחופש העיסוק והקנין תהא כדין, הוא שהפגיעה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. ערכים אלה כוללים את חופש העיסוק, זכות הקנין והאוטונומיה של האדם. הם גם מכירים בזכותה של המדינה להטיל מגבלות על זכויות אלה להבטחת קידום של אינטרסים ציבוריים שונים. לכן, אניח שמתקיימות דרישותיו של תנאי זה שבפסקת ההגבלה.

האם הפגיעות הן לתכלית ראויה

44. התנאי השלישי הוא שהפגיעות בחופש העיסוק יהיו ל"תכלית ראויה". ההלכה הפסוקה קבעה שהתכלית ראויה אם היא:

"נועדה להגן על זכויות האדם, לרבות על ידי קביעת איזון סביר והוגן בין זכויות של פרטים בעלי אינטרסים מנוגדים באופן המוביל לפשרה סבירה בתחום הענקת הזכויות האופטימליות לכל פרט ופרט. זאת ועוד, תכלית תימצא ראויה אם היא משרתת מטרות

ציבוריות חשובות למדינה ולחברה במטרה לקיים תשתית לחיים בצוותא ולמסגרת חברתית המבקשת להגן על זכויות אדם ולקדמן¹⁹.

45. בהמשך לכתב המינוי של הוועדה, ולפי האמור בדוח הביניים מטרת הוועדה היא:

"ליצור שוק יעיל יותר, לצמצם עלויות למשק, לפשט את התחרות עבור הצרכן הישראלי ולגוון את מקורות האשראי והשירותים הפיננסיים המוצעים לצרכן, באופן שיוכל להפחית את עלויותיו."

מטרות אלה הן בגדר תכלית ראויה.

46. בכדי שתכלית תחשב לראויה היא צריכה להישען על תשתית עובדתית המבססת אותה. בסקירת הרקע מינואר 2016, בחלקה הכללי, פורטה תשתית עובדתית המצביעה על בעיות שונות בתחום הבנקאות והאשראי, אך לא צוינה **תשתית עובדתית ממוקדת** העוסקת בהמלצה לאסור על הבנקים, שימכרו את חברות כרטיסי האשראי, להנפיק כרטיסי אשראי או לחייב את כלל הבנקים להפיץ את כל כרטיסי האשראי של החברות שיפעלו בשוק.

47. מעיון בפרוטוקולים של דיוני הוועדה שפורסמו באתר האינטרנט של משרד האוצר עולה שנושא איסור ההנפקה נדון בכשמונה ישיבות של הוועדה, ועלו בהן נימוקים בעד ונגד האיסור. בפרוטוקולים אלה לא נמצאה תשתית עובדתית המוכיחה את החיוניות בנקיטת צעד שכזה. כמו כן לא נמצא בפרוטוקולים ניתוח משפטי המצדיק את נקיטת הצעד הזה.

48. על רקע טענות הוועדה לממצאים כלליים בדבר הריכוזיות, חוסר התחרותיות, עודף הרווחיות בתחום האשראי לעסקים קטנים ומשקי הבית ועוד המפורטים בסקירת הרקע, צריך להניח שהכוונה היא ששתי ההמלצות אלה יביאו בסופו של יום להוזלת האשראי בעיקר למשקי הבית ולעסקים הקטנים, לפי ההערכה של חלק מחברי הוועדה.

49. דברים המסבירים את השיקולים שמאחורי המלצה זו השמיעו שלושה מחברי הוועדה (רשות ההגבלים העסקיים, משרד האוצר ופרופ' בן-בסט) בדעה נפרדת שצרכו למסמך הרקע, בה ציינו ששתי המלצות אלה הן המינימום הנדרש:

"על מנת למנוע מבנק האם לנצל את כוחו בהפצה מול לקוחותיו ולהעבירם בחזרה אליו מיד לאחר ההפרדה, ובכך להותיר את החברה המופרדת להתחרות על לקוחות חוץ בנקאיים בלבד, ועל מנת להתמודד עם ניגוד העניינים הנובע מתפעול משותף של כרטיסים (וחלוקה ברווח) בין בנק האם והחברה המופרדת, הוחלט לאסור הנפקת מסגרת אשראי על גבי כרטיס על ידי הבנקים שמהן הופרדו חברות כרטיסי האשראי למשך תקופת זמן." (עמ' 4 להערות רשות ההגבלים העסקיים, משרד האוצר ופרופ' אבי בן בסט להמלצות הביניים)

50. התכלית לאפשר לחברות כרטיסי האשראי שיופרדו להתקיים ולהגדיל את התחרות בשוק האשראי נראית לכאורה תכלית ראויה; יחד עם זאת, כפי שצוין בדברי התומכים בשתי המגבלות דנן, יש הסבורים שמגבלות אלה יגרמו להשלכות שליליות על מתן האשראי לציבור באמצעות כרטיסי האשראי. כך נאמר בהערות שלושת הגורמים האמורים לעיל:

"בהקשר זה, הועלו בפני הוועדה חששות כי לחברות המופרדות לא תהיה יכולת להתמודד ביעילות עם היקפי הלקוחות והאשראי של הכרטיסים הבנקאיים: בין השאר נטען כי הן

¹⁹ בג' 4769/95 רון מנחם ואח' נ' שר התחבורה, נו (1) 235, 264; ע"א 6821/93 בנק המזרחי נ' מגדל, פ"ד מט (4) 221, בעמ' 342, 434.

לא תוכלנה להעמיד את מסגרות האשראי ללא גידול משמעותי בעלות ההון, כי לא תהיה להן יכולת לחתם ולנהל את סיכוני האשראי, וכי המערך התפעולי שלהן לא ערוך לגידול בשיעור המדובר תוך פרק זמן קצר." (שם, שם)

- 51. עמדה מפורטת יותר המתנגדת להמלצה בדבר איסור הנפקת כרטיסי אשראי נכללה בהתייחסות בנק ישראל שצורפה לסקירת הרקע:

"התנגדות בנק ישראל לסעיף האוסר הנפקה של כרטיסי אשראי על ידי הבנקים לתקופה של ארבע שנים

עמדת בנק ישראל היא כי איסור הנפקת כרטיסי אשראי על ידי הבנקים עלול לפגוע בראש ובראשונה בצרכנים הן במחיר האשראי שיעמוד בפניהם והן מבחינת זמינותו. מתן הגנה לחברות כרטיסי האשראי מפני התחרות של הבנקים ייתן לשלוש חברות כרטיסי האשראי מעמד אוליגופולי המוגן באופן מלאכותי מתחרות מצד הבנקים למשך התקופה המוצעת. מכיוון שלא מדובר במתן הגנה למספר רב של חברות הפועלות בשוק תחרותי אלא במתן הגנה למספר קטן מאד של חברות, סביר להניח שמחיר האשראי לצרכנים יעלה ביחס למצב השורר היום.

בנוסף, קיים חשש ממשי כי לחברות כרטיסי האשראי המופרדות אין די הון, מקורות מימון על מנת להגדיל בצורה חדה כל-כך את היקף המסגרות והאשראי שהן מעניקות על מנת ליצור תחליף משמעותי למצב השורר כיום. על כן, הקף הפעילות המצומצם יחסית של חברות אלו בתחילת דרכן עלול להביא לכך שהן יעדיפו להקצות אשראי ללקוחות חזקים מבחינה כלכלית. בהעדר אלטרנטיבה בבנקים, עליהם תיאסר ההנפקה, ייפגעו הלקוחות החלשים: צעירים, חיילים, סטודנטים, אזרחים וותיקים, עולים חדשים והאוכלוסייה המשתייכת למגזרים החלשים בחברה – המגזר הערבי והחרדי. זאת ועוד, החלופה שתיוותר לאותם לקוחות חלשים היא שימוש בכרטיס הדביט ושימוש באוברדראפט בחשבון הבנק. עלות אשראי זה היא גבוהה ואף צפויה לעלות מכיוון שלקוחות אלו יהיו שבויים בידי הבנק – בהעדר יכולת לקבל אשראי מהחברות המופרדות. יתכן גם שהבנקים ינסו גם לפצות בדרך זו על אובדן הלקוחות הטובים וההכנסות מפעולות בכרטיסי אשראי.

כמו כן, לחברות כרטיסי האשראי אין את כל המידע שלבנק יש על הלקוח, ולכן ניתן לצפות שהן יקטינו לכל לקוח את מסגרת האשראי – משיקולים של ניהול סיכונים. עובדה זו צפויה גם היא להביא לייקור האשראי למשקי הבית.

לבסוף, בנק ישראל סבור כי מתן מונופול על סליקה ותפעול של כרטיסי אשראי כמוצע בהמלצות הוועדה נותן בידי החברות המופרדות הכנסה בטוחה שתאפשר להן בסיס כלכלי ובסיס מידע לתחרות בתחום האשראי ותמנע מהבנקים להפעיל כח שוק על מנת שלא לאפשר את פעילותן. על כן נראה שאין צורך במתן הגנה גורפת מתחרות, שמהשיקולים שנסקרו לעיל תפגע בצרכנים על ידי הקטנת זמינות האשראי וייקור מחירו - בניגוד גמור למטרות שהוועדה שמה לנגד עיניה. יצוין כי בנק ישראל הציע שורה של הגנות חלופיות

לחברות כרטיסי האשראי המופרדות, הנותנות מענה לחששות שהועלו. (התייחסות בנק ישראל באתר האינטרנט של הוועדה)

52. ככלל, כאשר יש מחלוקת מקצועית בין מומחים מטעם הרשות הציבורית לבין מומחים מטעם האזרח הנפגע, קיימת חזקה המעדיפה את עמדת המומחים מטעם הרשות, ונדרשות ראיות כבדות משקל בכדי לסתור חזקה זו²⁰. כאשר יש מחלוקת בין המומחים מטעם הרשויות הציבוריות השונות המופקדות על הנושא לבין עצמם – נסתרת החזקה בדבר העדפת עמדת המומחים של הרשות, ונוצר ספק האם התכלית הראויה.
53. במקרה דנן עולה מעיון בפרוטוקול הוועדה מיום 9.12.15, שהתמיכה באמצעי איסור ההנפקה נפלה על חודו של קול אחד. מצב דברים זה משקף מחלוקת ממשית בין המומחים בוועדה.
54. לעמדות אלה יש להוסיף דברים ברורים שנכתבו במסמך שהוכן על ידי מרכז המחקר והמידע של הכנסת, בשנת 2014²¹, שמסקנתו לגבי ההצעה לאיסור הנפקת כרטיסי אשראי על ידי הבנקים: "מהניתוח לעיל עולה כי החסרונות ... (ועל הנפקת כרטיסי אשראי על ידי בנקים גוברים על היתרונות."
55. לאור הדעה המקצועית הסותרת המושמעת על ידי בנק ישראל, הרי שאין הסכמה מקצועית בקרב הוועדה על עצם קיומה של תכלית ראויה למגבלה זו. בהעדר הסכמה בקרב המומחים המקצועיים בוועדה ועמדת הצוות הכלכלי במרכז המחקר והמידע של הכנסת – ספק רב אם מתקיים היסוד של תכלית ראויה להטלת המגבלה של איסור ההנפקה על ידי הבנקים הגדולים.

ההסתברות הנדרשת להצדקת הטלת המגבלות על חופש העיסוק וכבוד האדם

56. כאשר רשויות השלטון מבקשות להטיל מגבלות הפוגעות בזכויות אדם, וטוענות שקיימת תכלית ראויה המצדיקה זאת, הערכתן צופה מצב דברים שיתקיים בעתיד. הדבר מעורר את השאלה מהי ההסתברות הנדרשת כדי להצדיק נקיטת אמצעים המגבילים את חופש העיסוק או כבוד האדם, על מנת להגשים את האינטרסים הציבוריים אותם מבקשים להשיג.
57. כיוון שמדובר בפגיעה במספר זכויות יסוד מוגנות, חופש העיסוק, הקניין, השוויון וכבוד האדם, וכל זאת בכדי להשיג תועלות כלכליות-חברתיות (לא בכדי לקדם זכויות יסוד אחרות) – יש בסיס לטעון שנדרשת הסתברות ברמה גבוהה שתושג התכלית החברתית, והמבחן המקובל לענין זה הוא של **קרבה לוודאות**. גם אם נניח, שכאשר מדובר בפגיעות בזכויות יסוד שהן מן התחום הכלכלי, בכדי להשיג תועלת כלכלית לחברה, ניתן להסתפק במבחן הסתברותי ברמה נמוכה יותר, של **אפשרות סבירה או ממשית** שתושג התכלית הציבורית – הרי שבמקרה דנן ספק רב אם מתקיימת רמה הסתברותית מקלה זו.
58. כאשר יש מחלוקת בין מומחים בתוך הוועדה המקצועית האם יישום ההמלצות ישיג את התכלית הציבורית, **מוטל נטל כבד על התומכים בהמלצות לשכנע שיש אפשרות סבירה שהתכלית תושג**. נטל זה יכול להיות מושג אם היו מוצגים לציבור נתונים אמפיריים המוכיחים את ההצדקה לאמצעים המבוקשים. סוג אפשרי של נתונים אמפיריים הוא השוואה למצב הקיים במדינות אחרות בעולם בהן יושמו האמצעים ומה היתה תוצאת יישום זה. לדוגמה, בעתירה שדנה בחוקיות הפחתת

²⁰ בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, סעיף 108 לפסה"ד של דעת הרוב; בג"ץ 6274/11 דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' שר האוצר, סעיפים 11-12 לפסק דינו של השופט פוגלמן.
²¹ מרכז המחקר והמידע של הכנסת, איתמר מילרד ועמי צדיק "תיאור שוק כרטיסי האשראי וניתוח הממשקים בין חברות כרטיסי האשראי לבין הבנקים", עמ' 21, מיום 2.2.2014.

קצבת ילדים למי שלא קיבלו חיסון, ציין בית המשפט שהמדינה הצביעה על הסתברות גבוהה שהצלחת התכנית תושג כאשר הביאה נתונים על הצלחת תכניות דומות בעולם ועל תמיכת הבנק העולמי בתכנית²².

59. במקרה דנן, תשתית עובדתית מסוג זה לביסוס ההערכה לא הוצגה, ולא יכולה להיות מוצגת, שכן מבדיקה שנעשתה בקרב 24 מדינות מערביות לא נמצאה ולו מדינה אחת שיש בה הגבלה שכזו²³. לכן המציעים לא עומדים אפילו במבחן ההסתברותי של אפשרות סבירה שיישום ההמלצות ישיג את התכלית הכלכלית המבוקשת.

60. אם אין תכלית ראויה מוסכמת על המומחים, ואין הוכחה לאפשרות סבירה להשגת התכלית שהציעו התומכים בהגבלות, לכאורה מסתיימת הבחינה החוקתית, שכן לא מתמלא תנאי הכרחי להצדקת הפגיעה בזכויות היסוד. יחד עם זאת, אמשיך את הבדיקה החוקתית, מתוך הנחה שייקבע שקיימת תכלית ראויה ויש אפשרות סבירה להשגתה.

האם המגבלות הן במידה שאינה עולה על הנדרש - מידתיות

61. התנאי הרביעי לפגיעה בזכויות יסוד הוא שהפגיעה תהא במידה שאינה עולה על הנדרש. זהו תנאי המידתיות. תנאי זה מבוסס על כך ש"הקביעה כי תכלית החוק הפוגע הינה ראויה אין משמעה כי כל האמצעים להשגתה כשרים הם. המטרה אינה מקדשת לעולם את האמצעים"²⁴. בחינת התקיימות תנאי המידתיות נעשית על בסיס שלושה מבחני משנה:

א. קיומו של קשר רציונלי בין האמצעי הננקט לבין התכלית הראויה (המטרה) שמבקשים להשיג;

ב. היעדר קיומן של חלופות הפוגעות פחות בזכויות היסוד;

ג. האם התועלת שתיגרם מהאמצעים שיינקטו עולה על הפגיעה בזכות החוקתית (הנוק) שייגרם.

מבחן משנה ראשון - האם קיים קשר רציונלי בין האמצעים לבין המטרה שמבקשים להשיג

62. על פי מבחן המשנה הראשון השאלה היא האם איסור על בנקים להנפיק כרטיסי אשראי ללקוחות שיהיו מעוניינים בכך ישיג את המטרות שצוינו לעיל? התומכים באמצעי בוועדה סבורים שללא איסור זה חברות כרטיסי האשראי החדשות לא יוכלו להגשים את המטרה של תחרות גם על האשראי הבנקאי, שכן הבנקים יצליחו למשוך את לקוחותיהם להוסיף לקבל מהם כרטיסי אשראי, ותתקיים תחרות רק על האשראי החוץ-בנקאי. לכן לשיטתם יש קשר רציונלי בין האמצעי למטרה. גם ההמלצה לחייב את הבנקים להפיץ את כל כרטיסי האשראי של חברות כרטיסי האשראי מקדמת את המטרה שמבקשים להשיג התומכים בהמלצה זו.

63. לכן, לצורך הבחינה החוקתית, אניח שמתקיים קשר רציונלי בין האמצעים המוצעים לבין המטרה שמבקשים להשיג.

²² בג"ץ 7245/10 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' משרד הרווחה, פסק דינה של השופטת ארבל, בסעיף 60.

²³ מסמך שהוגש בידי איגוד הבנקים לוועדה, בעמ' 24.

²⁴ בג"ץ 7245/10 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' משרד הרווחה, פסק דינה של השופטת ארבל, בסעיף 59.

מבחן משנה שני - האם אין חלופות הפוגעות פחות בזכויות אדם

64. על פי מבחן המשנה השני השאלה היא האם ניתן להשיג את המטרות הציבוריות באמצעים שיפגעו פחות בזכויות היסוד של הבנקים ושל לקוחותיהם. כלומר, האם ניתן לאפשר לבנקים, בהנחה שיופרדו מהם חברות כרטיסי האשראי, להתחרות מול חברות כרטיסי האשראי בדרך של הנפקת כרטיסי אשראי.

65. התשובה לשאלה זו מורכבת מכמה רבדים. ברובד האחד יש להביא בחשבון שהמטרה הכוללת של הוועדה היא להביא להוזלה לציבור של עלויות השירותים הבנקאיים, לרבות בתחום כרטיסי האשראי. בהקשר זה יש לזכור שהוועדה ממליצה על 18 המלצות שונות, ממגוון תחומים הנוגעים לנושא האשראי וכרטיסי האשראי. גם אם לא ייושמו שתי ההמלצות הנדונות בחוות הדעת – אין בדוח הביניים או במסמך הרקע ראיות שהמטרה הסופית, או לכל הפחות עיקר המטרה, לא תושג.

ברובד השני, תכלית ההמלצה בדבר איסור הנפקת כרטיסי אשראי על ידי בנקים היא לתת "הגנת ינוקא" לחברות כרטיסי האשראי, על מנת שיוכלו להתבסס. מתן הגנה מסוג זה לגופים כלכליים יכול להיעשות במספר דרכים, שכולן פחות פוגעניות מהאיסור המוחלט המוצע. דוגמאות לדרכים בהן נהגה המדינה בעבר בתחומים שונים כאשר ביקשה להעניק הגנה לשחקנים חדשים מפורטות להלן, אך אף אחת מהגנות אלה לא היתה בעוצמת ההתערבות בפעילות ליבה קיימת, המאפיינת את ההמלצה דנן.

בנסיבות הענין, כאשר מוצע מגוון המלצות לעידוד התחרות ולהסרת חסמים, וכאשר מומחים בתחום מצביעים על סיכון אפשרי לצרכנים (ראו עמדת בנק ישראל בסעיף 51 לעיל לגבי ההמלצות בנוגע לאיסור הנפקה על ידי הבנקים), אין הצדקה או מידתיות בהגנת הינוקא העוצמתית המוצעת בענין איסור ההנפקה.

66. מן האמור לעיל עולה, שכיוון שיש מספר חלופות פחות פוגעניות מהמלצות הוועדה, שכל אחת מהן בנפרד או אף שילוב שלהן ביחד, יכולות להשיג את המטרה – אין הצדקה לנקוט בצעד הדרסטי של איסור הנפקת כרטיסי אשראי על ידי הבנקים.

67. קיומן של חלופות פחות פוגעניות מלמד שלא מתקיים מבחן המשנה השני של תנאי המידתיות, ובנסיבות אלה ההמלצה לאיסור הנפקת כרטיסי אשראי על ידי הבנקים אינה חוקתית.

68. לכאורה ניתן היה לעצור את הבחינה החוקתית של ההמלצות בשלב זה. אולם, כיוון שיתכן וייטען, ואף יוכח בעובדות שלא הוצגו עד כה, שכל החלופות דלעיל אין בהן בכדי להשיג את המטרה שבבסיס המלצות הוועדה, יש לראות אם ההמלצות עומדות גם במבחן המשנה השלישי של המידתיות.

מבחן משנה שלישי - האם התועלת מאיסור ההנפקה תעלה על הנזק הגלום בה

69. בפסיקות בית המשפט נקבע²⁵ כי –

"מבחן המשנה השלישי הוא מבחן המידתיות "במובן הצר". על-פיו האמצעי שנקט החוק והפוגע בזכות האדם, חייב לקיים יחס ראוי בין האמצעי למטרה. במסגרת מבחן זה "נשקלת התועלת שתצמח לציבור מן החקיקה הנדונה לעומת הפגיעה בזכות החוקתית של הפרט כתוצאה מהפעלת האמצעי שנבחר" ... זהו מבחן של איזון".

²⁵ בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, סעיף 67 לפסה"ד של דעת הרוב.

70. כפי שצוין לעיל, האיסור על הבנקים להנפיק כרטיסי אשראי משל עצמם, לאחר מכירת חברות האשראי, מטרתו להעניק "הגנת ינוקא" לחברות כרטיסי האשראי, על מנת שיוכלו לפתח את ה"איום התחרותי" מול הבנקים, ויוכלו לעמוד על רגליהן למול הגופים החזקים בשוק האשראי.

71. רציונל זה שובה את העין במבט ראשון, אך הוא טומן בחובו נזקים אפשריים שיש לתת עליהם את הדעת, כפי שהובהר במפורש בעמדה המקצועית של בנק ישראל (סעיף 51 לעיל), המציינת, בין היתר, שצפויה פגיעה בראש ובראשונה בצרכנים כיוון שמחיר האשראי יעלה ביחס למצב כיום, לחברות האשראי צפויים קשיים בגיוס הון ובמידע על לקוחות, וצרכנים הנמנים על מגזרים חלשים יתקשו בקבלת אשראי מחברות האשראי החדשות.

72. הגנת ינוקא היא אמצעי שהמדינה נוקטת בו לעיתים בכדי לאפשר כניסת שחקנים חדשים לשוק שיש בו שחקנים דומיננטיים ויש לו חשיבות כלכלית לציבור הרחב. מבחינה של מספר לא מועט של דוגמאות עבר לשימוש בהגנת ינוקא, לא מצאתי אף דוגמה של אמצעי שבו נשללה מעסק קיים האפשרות להוסיף ולעסוק באופן מלא בתחום ליבה קיים של פעילותו. ההגבלות עסקו בדרך כלל במניעת כניסה לתחום חדש, מניעת התמודדות במכרז על פלח מסוים של השוק, מתן הקלות למתחרים וכדומה, בכדי לאפשר כניסת מתחרים לשוק. כלומר, הגנות הינוקא היו מתונות הרבה יותר מן ההצעה להפסיק להנפיק כרטיסי אשראי ללקוחות הבנקים הגדולים.

73. בהקשר זה ניתן לטעון, לכאורה, כי בעקבות ועדת בכר נעשה מהלך דרסטי יותר על דרך של כפיית הבנקים להיפרד מקרנות הנאמנות וקופות הגמל. לענין זה ייאמר, כי שם לא היה מדובר בהגנת ינוקא אלא בהפרדה שנבעה מהצורך להימנע ממצב של ניגוד עניינים בין פעילויות שונות של הבנק, שאינו מתקיים בתחום מתן אשראי ללקוחות.

74. דוגמאות למקרים בהם העניקה המדינה בעבר הגנת ינוקא לצורך כניסת שחקנים חדשים לשוק שכזה, שאינו מגיעות לעוצמת החומרה הגלומה בהמלצה לאיסור הנפקת כרטיסי אשראי, הן:
א. בראשית שנות התשעים, כאשר חברת בזק היתה מונופול בתחומה, הוחלט להעניק לחברה רישיון חדש, ובין היתר נקבע בו כי "החברה רשאית לפעול בתחומי בזק חדשים בהתקיים מספר תנאים המנויים ברישיון המכפיפים אותה לבקש ולקבל רישיון מהשר." עתירה של בזק נגד המגבלות נדחתה, תוך שנקבע כי "שלילת זכותה להתחרות בעתיד בתחומים מסוימים מנוטרלת על-ידי הרשאה לעסוק בהם באמצעות חברות-בנות."²⁶

ב. מניעת אפשרות משלוש חברות הכבלים, שפעלו בעבר, לשנות את שיטת השיווק הקיימת שלהן לפיה שיווקו את כל הערוצים בחבילה אחת, ולעבור לשיטה של שיווק חבילות של ערוצים (Tiering), וזאת לפרק של זמן של 18-27 חודשים או עד שיגיע מספר מנויי חברת הלווין ל-250,000, בכדי לאפשר כניסה לשוק של חברת שידורי הלווין.²⁷

ג. מניעת אפשרות מחברות "אגד" ו"דן" להתמודד במכרז על קווים מסוימים בתחבורה הציבורית שהפעילו חברות אלה.²⁸ באותה תקופה הפעילה אגד כ-70% מקווי התחבורה הציבורית במדינה, השירות לא היה יעיל ושכר עובדיה נחשב גבוה.

ד. לצורך פתיחת שוק הטלביזיה המסחרית לתחרות על דרך הקמת ערוץ שלישי, נקבע בחקיקה איסור על בעלי זיכיונות קיימים ועל בעלי שליטה בהם להתמודד במכרז לזיכיונות בערוץ השלישי,

²⁶ בג"ץ 1255/94 "בזק", החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מט(3) 661, 690.

²⁷ בג"ץ 7852/98 ערוצי זהב ושות' נ' שרת התקשורת, פ"ד נב(5) 423.

²⁸ בג"ץ 3136/98 אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' שרת התחבורה, פ"ד נב(5) 705 – התקבלה עתירה נגד המכרז מאחר וחמדינה לא הציגה תכנית מפורטת וגלויה למדיניותה בתחום הפרטת הקווים.

ונקבעו הקלות לגבי תכני השידורים למי שיזכה במכרז. האיסור נועד למנוע ריכוז שליטה באמצעי התקשורת ובעלויות צולבות בהם.²⁹

ה. שר התקשורת החליט שלא להעניק לבזק ולחברות הבת שלה רישיון מפעיל פנים ארצי ייחודי להפעלת שירותי טלפוניה פנים ארצית נייחת באמצעות גישה רחבת פס בטכנולוגיית Voice Over Broadband, כל עוד לא פחת נתחה של בזק בשוק הטלפוניה הפנים ארצית הנייחת אל מתחת ל-85%. המדיניות נועדה לאפשר את התפתחות רשת הטלפוניה הנייחת של הוט.³⁰

ו. המדינה העניקה שיעור אגרות תדרים מופחתות למשך 4 שנים לחברות סלקום ופרטנר לצורך כניסתן לשוק הסלולרי, בו היתה בתחילה חברת פלאפון הספק הבלעדי.³¹

75. השימוש באמצעי של הגנת ינוקא מהווה התערבות של המדינה בכוחות השוק. הגנה זו כורכת בחובה אי-ודאות רבה באשר ליכולת ההערכה של רשויות המדינה מה נדרש באמת בכדי לאפשר לשחקנים החדשים בשוק להצליח. בהקשר זה ראוי להפנות למאמר המותח ביקורת על השימוש באמצעי של הגנת ינוקא בכדי להשיג תוצאות כלכליות, באמצעות הגנות שנועדו להגביל את יכולתם של היצרנים הדומיננטיים להפעיל את מלוא כושר התחרות שלהם למול היצרנים החדשים במועד כניסתם של החדשים לשוק, וכן בפרק הזמן שלאחר הכניסה הנחוץ לשם התבססות בשוק – דר' גיא שגיא, **הגנת הינוקא המגבילה את יכולת התחרות של יצרנים דומיננטיים – האם לעולל הזה פיללנו?**³²

76. מסקנתו של שגיא היא כי "במקום שבו השיקול הכלכלי הוא הבלעדי, או לכל הפחות העיקרי לשאלת יישום ההגנה, הרי שככלל הניתוח הכלכלי שיוצג להלן מעיד שבמרבית התרחישים האפשריים יש להימנע מכלל יישום זה"³³. המחבר עורך ניתוח כלכלי של הגנת הינוקא, מצביע על פגיעות אפשריות בלקוחות של היצרנים הקיימים, שיש לקחת בחשבון, ושהיצרן החדש לא בהכרח יתן מוצר יותר טוב או במחיר יותר זול³⁴. לדעת שגיא, הפגיעה "החמורה מכולן, עלולה להתרחש אם יישום הגנת הינוקא יוביל לכניסתו לשוק של יצרן יעיל פחות במקום כניסתו של היצרן הפוטנציאלי היעיל"³⁵.

77. המלצת שגיא היא שלפני יישום הגנת ינוקא משיקולים כלכליים יהיו בפני הרשויות ראיות ברורות שיצדיקו את האמצעי, וכן ניתוח כמותי אמין של תוחלת הנזק מול התועלת.³⁶

78. מן הנתונים שפורסמו במסגרת סקירת הרקע של הוועדה עולה שחסרות ראיות ברורות להצדקת נקיטת האמצעי של איסור הנפקת כרטיסי אשראי דווקא, וניתוח כמותי אמין של הנזקים הצפויים לעומת התועלת הצפויה. עמדה זו מתחזקת, כמובן, לאור עמדת בנק ישראל ומרכז המחקר והמידע של הכנסת בסוגיה.

79. מכל האמור לעיל עולה, שקיים חשש לא מבוטל שהנזק הצפוי מן האמצעי של איסור הנפקת כרטיסי אשראי בידי הבנקים יעלה על התועלת לציבור הצפויה מאמצעי זה. על כן, ההמלצה אינה מקיימת את מבחן המשנה השלישי של המידתיות.

²⁹ בג"ץ 4915/00 רשת חברת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד (5) 451 – נדחתה עתירה שטענה כי הסדרים אלה פגעו בזכויות חוקתיות של בעלי הערוץ השני.

³⁰ בג"ץ 1139/07 בזק בינלאומי נ' שר התקשורת – עתירה נגד המדיניות נדחתה, לאחר שבית המשפט שוכנע שהמדיניות התבססה על חוות דעת מקצועיות, ובהן זו של ראש תחום התקשורת ברשות להגבלים עסקיים, של אגף התקציבים במשרד האוצר, ושל אגף הכלכלה והתקציב במשרד התקשורת.

³¹ בג"ץ 6884/05 סלקום ישראל בע"מ נ' משרד התקשורת-מדינת ישראל – התקבלה עתירה בנוגע לפרשנות תקנות אגרות בנוגע למועד תחילת החיוב באגרות המופחתות, באופן המיטיב עם סלקום ופרטנר.

³² משפטים מ"ב (תשע"ב), 521

³³ שם, בעמ' 537

³⁴ שם, בעמ' 548

³⁵ שם, בעמ' 561

³⁶ שם, בעמ' 585

סיכום הבחינה החוקתית לגבי ההמלצה לאסור על הבנקים הגדולים להנפיק כרטיסי אשראי

80. מן האמור לעיל עולה –

- א. ההמלצה לאסור על הבנקים הגדולים שימכרו את חברות כרטיסי האשראי שלהם להנפיק ללקוחותיהם כרטיסי אשראי – פוגעת בזכויות יסוד מוגנות הן של הבנקים והן של הלקוחות.
- ב. פגיעה זו היתה יכולה להיות מוצדקת אם היתה מקיימת את תנאי פסקת ההגבלה, אך היא אינה עומדת בהם. ההמלצה אינה לתכלית ראויה לדעת המומחים של בנק ישראל ומרכז המחקר והמידע של הכנסת. בהיעדר תשתית עובדתית ממוקדת ובהיעדר הסכמה בין המומחים של רשויות המדינה - יש ספק בדבר התקיימותה של התכלית הראויה, וההסתברות שאכן תושג.
- ג. ההמלצה אינה מידתית, שכן יש חלופות פחות פוגעניות ממנה שיכולות להשיג את המטרה של שגשוג חברות האשראי לאחר הפרדתן מהבנקים.
- ד. גם אם יימצא שאין חלופות מעשיות כאלה, יש חשש לא מבוטל שהנזק מן האמצעי יעלה על התועלת שלו.

עמימות לגבי פרק הזמן שמוצע להחיל בו את הגנת הינוקא של איסור הנפקה

81. בדוח הביניים נאמר לגבי איסור הנפקת כרטיסי האשראי – "הגבלה זו תחול על הבנקים הגדולים לתקופה של ארבע שנים מהמועד בו לא יהיו להם עוד מסגרות אשראי לכרטיסי אשראי ולקראת תום תקופה זו תבדוק ועדת היישום, בשים לב להתפתחות התחרות, את האפשרות לביטול מגבלה זו".

- 82. המלצה זו מעוררת מספר שאלות שאין להן מענה בחומר שבפנינו –
 - א. על סמך אילו נתונים נקבעה התקופה של ארבע שנים?
 - ב. האם הכוונה היא שההגבלה תיקבע מראש בחקיקה למשך ארבע שנים בלבד, ובסופן תפקע, אלא אם הכנסת תאריך אותה בחקיקה חדשה?
 - ג. האם המגבלה תקבע בחקיקה ללא מגבלת זמן, אך ועדת היישום שתיקבע תוכל להחליט על סיום המגבלה?
 - ד. אם החקיקה לא תקבע מגבלת זמן לאיסור, מה יהיו אמות המידה להתפתחות התחרות והאם הן ייקבעו מראש בחקיקה?
 - ה. מהו המועד בו לא יהיו עוד מסגרות אשראי לכרטיסי אשראי?
 - ו. מהמלצה זו עולה כי פרק הזמן הוא לפחות ארבע שנים, ולא ברור מתי יסתיים.
- 83. עמימות זו שבניסוח ההמלצה מעצימה את הפגיעה החוקתית הגלומה במגבלה המוצעת בענין איסור ההנפקה על ידי הבנקים. למעשה קיימת אפשרות לפיה ההמלצה לא קובעת הגנת ינוקא, אלא יצירת איסור קבוע על הנפקת כרטיסי אשראי בידי הבנקים אם צוות היישום יטבור שלא התפתחה מספיק תחרות (גם אם הסיבות לכך לא יהיו קשורות כלל לבנקים).

קשיים נוספים שמעוררות ההמלצות נושא חוות הדעת

פגיעות חוקתיות בחיוב הבנקים להפיץ בתנאים שווים כרטיסים של כל חברות כרטיסי האשראי

- 84. כאמור, אחת ההמלצות בדוח הביניים היא – "כל הבנקים יפיצו ללקוחותיהם את כל כרטיסי האשראי בתנאים שווים וללא אפליה, תוך הצעת מלוא מגוון הכרטיסים ללקוח".
- 85. המלצה זו פוגעת בחופש העיסוק, בזכות הקניין של הבנקים ובזכות לשוויון, בכך שהיא מחייבת אותם בלבד לבצע פעילות עסקית מסוימת, בין אם הם חפצים בה ובין אם לאו. בין אם היא כדאית

להם כלכלית ובין אם לאו. בין אם היא מייצרת ניגוד עניינים מול פעילות עסקית אחרת שלהם בנוגע למתן אשראי או ביצוע תשלומים ובין אם לאו. קביעת חובה לנהוג בשוויון עם כל חברות כרטיסי אשראי, שניתן להניח שיהיו ביניהן הבדלים מבחינת איכות השירות, יחס ללקוחות, כמות הלקוחות וכדומה, היא התערבות קשה ביכולת ניהול העסקים של הבנקים. החיוב לנהוג בשוויון עם החברות מחייב לקבוע גם מהן הנסיבות שבהן ניתן לסטות מן השוויון (האם ניתן יהיה לסטות מעקרון השוויון לגבי חברת כרטיסי שיגיעו לבנק תלונות של לקוחות על יחסה אליהן או על טיב השירות שלה?).

86. בסקירת הרקע לא ניתנה כל התייחסות לעלויות הצפויות של אימוץ המלצה זו, או לאופן יישום ההמלצה. כפיית פעילות עסקית מסוג זה היא ענין שצפוי לעורר בעיות ותלונות לגבי אופן ביצועה, להכביד על ניהול עסקי הבנק, ואף היא אינה עומדת במבחן החוקתיות.

87. גם אם נניח שתכלית ההצעה ראויה, לעשות שימוש בפיזור הסניפים של הבנקים בכדי להגיע ללקוחות, הרי שהצעה זו אינה מידתית במספר היבטים –

א. לגבי מבחן המשנה השני של המידתיות – **קיימות חלופות פחות פוגעניות מאשר חיוב הבנקים לבצע פעילות זו (אם לא ירצו בכך)**. פריסה ארצית רחבה יש גם לגופים כמו חברת דואר ישראל, לסניפים של רשתות מזון גדולות, בקניונים וכדומה, ובמקומות אלה נעשית כבר כיום פעילות לא מבוטלת של הנפקת כרטיסי אשראי. כיוון שחברות כרטיסי האשראי יוכלו להתקשר עם גופים מסחריים שונים לביצוע הנפקת כרטיסי אשראי, אין עילה לחייב את הבנקים דווקא להפיץ את כל מגוון כרטיסי האשראי שיהיו בשוק. חיוב זה פוגע בשוויון בין הבנקים לבין עסקים אחרים שלא יחויבו לבצע משימה זו, ויקלע את הבנקים למצבים בעייתיים עם חברות כרטיסי האשראי, כאשר מערכת היחסים העסקיים ביניהם תעלה על שרטון.

ב. **נזקה של המלצה זו צפוי להיות גדול מתועלתה**. האם יש ציפיה שהבנק יסביר ללקוח איזה כרטיס אשראי עדיף לו כאשר לבנק אין כל אינטרס בשאלה איזה כרטיס אשראי יבחר הלקוח? חיוב בנק לבצע פעולה שאין לו אינטרס כלכלי בה לא צפוי להביא תועלת רבה ללקוח, אך כן עלול להביא את הלקוח להתלונן נגד הבנק ש"מכר" לו את כרטיס האשראי של חברה פלונית כאשר תתעורר בעיה עם כרטיס האשראי. הלקוח צפוי לראות בבנק את האחראי לבעיות שלו מול חברת כרטיסי האשראי, בדומה למערכת היחסים המורכבת שבין סוכן נסיעות לבין חברות תעופה במקרה שבו חופשה משתבשת.

הדרישה מבנק להפיץ כרטיסי אשראי של חברה שיש לו עימה סכסוך עסקי, שהוא מקבל תלונות עליה או שאין לה כמעט ביקוש, משבשת את יכולתו לנהל את עסקיו באופן אופטימלי, ומטילה עליו עלויות שלא הובאו כלל בחשבון.

ג. בהנחה שההמלצה לאסור על הבנקים להנפיק כרטיסי אשראי לא תתקבל, והם יוכלו להוסיף ולהנפיק כרטיסי אשראי משל עצמם, הרי שאין לחייב את הבנקים להפיץ במקביל את מגוון כרטיסי האשראי שבשוק, שכן מצב דברים זה יקלע אותם לניגוד עניינים בלתי אפשרי בין הרצון לשווק את כרטיס האשראי שלהם לבין החובה לשווק את כל כרטיסי האשראי. על כן, ההמלצה לחייב את הבנקים להפיץ את כל כרטיסי האשראי פוגעת בזכויות יסוד של הבנקים, ואף היא אינה מידתית, שכן לגביה יש חלופות פחות פוגעניות ושתועלתן תעלה על נזקן.

88. זאת ועוד. המלצה זו פוגעת בזכות לחופש ההתקשרות הן של הבנקים והן של הצרכנים: בהמשך לעמדה הכלכלית לפיה חשוב לשמר את יכולתם של הבנקים לנהל מו"מ מול חברות כרטיסי האשראי, למשל, על מנת לקבל הטבות והנחות ללקוחותיהם במרוכז (ולהציג כמובן את ההטבות

הללו בפני לקוחות הבנק) ועל בסיס הזכות המשפטית של הבנקים ושל הצרכנים להתקשר באופן חופשי ובמסגרות שונות, יש לעמוד על הותרת חופש ההתקשרות של הצדדים (הן הבנקים והן הלקוחות). חיובם של הבנקים בהפצה שווה ביחס לכל כרטיסי האשראי לא יאפשר לממש זכות זו.

האיסורים על בנקים וגופים פיננסיים אחרים להרע תנאים מסחריים של לקוח שצרך או מבקש לצרוך שירות ממתחרה, ולבצע פעולות מול לקוחות וגופים אחרים שיש בהן להכשיל את הרפורמה

89. בסעיף ט"ו להמלצות דוח הביניים נאמר, בין היתר, כדלקמן:

"הבנקים וגופים פיננסיים אחרים לא ירעו תנאים מסחריים של לקוח שצרך שירות ממוסד מתחרה או שגילה דעתו לצרוך שירות כאמור ולא יציבו מכשלות כלשהן בפני צריכה כאמור. הבנקים וגופים פיננסיים אחרים לא יפלו בין לקוחות בקשר לצריכת שירותים ממוסדות מתחרים."

בסעיף כ' להמלצות נאמר:

"מוסדות פיננסיים, לרבות בנקים, לא יבצעו כל פעולה מול לקוחותיהם, מול מוסדות פיננסיים אחרים פעולה שיש בה להכשיל, לעכב או לסרב את ביצוע ההמלצות המפורטות בדוח זה."

90. ההמלצה בסעיף ט"ו מנוסחת באופן כללי ועמום, אשר עלול לכלול מרחב גדול של פעולות לגיטימיות בעולם של שוק חופשי. כך, למשל, קיים חשש שפעולות תחרותיות מטבען, כמו למשל, מתן הצעת ערך משופרת ללקוח מסוים או מהלך לשימור לקוח מסוים ולא לקוח אחר – עלולות להחשב כפעולות מפלות. יש חשש שאפילו פרסום מבצע שיווקי ללקוחות מסוימים, עלול להיתפס כפעולה "אסורה" המפלה בין לקוחות או מרעה תנאים מסחריים יחסית ללקוחות אחרים. כמו כן, מה יהא דינה של החלטת בנק שלא לתת אשראי ללקוח שנודע לבנק שהוא צורך אשראי מגורמים נוספים והבנק חושש שהלקוח לא יעמוד בחובותיו. האם מצב זה הוא הרעה של תנאים מסחריים או הגנה על אינטרס לגיטימי של הבנק?

91. אשר על כן אם תאומץ המלצה זו, ומתוך הנחה שהפרתה צפויה להיות מלווה בסנקציה כלשהי – היא חייבת לפרט באופן ברור ומדויק מהן הפעולות שאין לעשות, על מנת שכל הצדדים הנוגעים לענין ידעו להתנהג בהתאם. הגדרות המשתמשות במונחים עמומים כמו "איסור הפלייה" מחייבות להגדיר בצורה ברורה מהי התנהגות עסקית אסורה ומהי התנהגות עסקית לגיטימית, שאם לא כן ייפתח פתח נרחב לתחושות סובייקטיביות של הפלייה, ולהליכים משפטיים ארוכים ויקרים מצד מי שיחוש שנפגעו.

92. הנושא של איסור הפלייה בשירותים כבר מוסדר בחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000. איסור הפליה המרכזי קבוע בסעיף 3(א) לחוק: "מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי, לא יפלה בהספקת המוצר או השירות הציבורי, במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן שירות במקום הציבורי, מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטיה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, גיל, מעמד אישי או הורות." איסור הפלייה זה נשען על טעמים העולים בקנה אחד עם ערכי המדינה, והוא מובן מאליה. לעומתו, ההמלצה דן אינה מנוסחת בבירור שכוון, וחודרת לעולם השיקולים

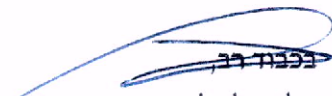
העסקיים הלגיטימיים, היינו – עם איזה לקוח לעשות עסקים ועם איזה לקוח לצמצם פעילות עסקית, כאשר קו הגבול בין שיקולים כלכליים לגיטימיים לפסולים – אינו ברור.

93. הוא הדין גם לגבי ההמלצה בסעיף כ' (איסור על פעולות מול לקוחות וגופים אחרים שיש בהן להכשיל את הרפורמה). ככל שיש כוונה לעגנה המלצה זו בחקיקה, הרי שחקיקה זו צריכה להגדיר במדויק מהן הפעולות האסורות, ברמת דיוק ההולמת חקיקה המטילה איסורים, ולהימנע בניסוח משימוש במילים כלליות ועמומות שאינן עולות בקנה אחד עם עקרון החוקיות.

סיכום

94. מן האמור לעיל עולה שההמלצות בענין איסור הנפקה וחיוב הפצה פוגעות בזכויות חוקתיות של הבנקים, ובזכויות חוקתיות של הלקוחות, וזאת באופן שאינו עולה בקנה אחד עם דרישות פסקאות ההגבלה שבחוק יסוד: חופש העיסוק וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

95. בנוסף, ההמלצות לאסור על הבנקים וגופים פיננסיים אחרים להרעתנאים מסחריים של לקוח שצרך או מבקש לצרוך שירות ממתחרה, ולבצע פעולות מול לקוחות וגופים אחרים שיש בהן להכשיל את הרפורמה – מנוסחות באופן עמום המכביד על קיום פעילות עסקית לגיטימית ואינו עולה בקנה אחד עם עקרון החוקיות.


מלכיאל בלס, עו"ד