

בתי המשפט

ה"ע 610/06	בית הדין להגבלים עסקיים בבית המשפט המחוזי בירושלים
11/11/2007	לפני: כב' השופטת מ' מזרחי פרופ' ר' חורש, חבר מר ש' קוברנסקי, חבר

בעניין: 1. בנק לאומי לישראל בע"מ

2. בנק דיסקונט לישראל בע"מ

3. הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ

4. לאומי קראד בע"מ

5. כרטיסי אשראי לישראל בע"מ

6. ישראלכרט בע"מ

7. בנק הפועלים בע"מ

המבקשות

ובעניין: הממונה על הגבלים עסקיים

ובעניין: 1. אייס רשתות שיווק מוצרי צריכה בע"מ

2. סופר-פארם (ישראל) בע"מ

3. סלקום ישראל בע"מ

4. סלקום תקשורת קווית שותפות מוגבלת

5. חברת פרטנר תקשורת בע"מ

6. שירותי בריאות כללית

7. מאסטר קארד אינטרנשיונל

המתנגדות

החלטה

1. החלטה זו ניתנת לאחר שהודענו בישיבת הקד"מ הראשונה שיש מקום לבדוק באמצעות

מומחה את עמלת המנפיק שביסוד ההסדר בין המבקשות שהובא לאישורנו (להלן:

ההסדר), ונשמעו טענות באי-כח הצדדים לגבי גישה זו.

2. עמלת המנפיק, דהיינו – עמלת הסליקה הצולבת, שאישורה מתבקש בגדר הבקשה

המונחת לפנינו, היא עמלה מתואמת בין מתחרים והיא הטעם העיקרי שבגינינו על

המבקשות לקבל אישור בית הדין להסדר. מדובר בהסדר בין חברות כרטיסי האשראי

3. ההסדר הובא לבית הדין בתמיכתה של הממונה על ההגבלים העסקיים, אשר במו"מ עם חברות האשראי, אף הביאה להפחתת עמלת המנפיק ביחס לשיעורים קודמים, להסכמה על הפחתה הדרגתית נוספת במהלך תקופת ההסדר - מעמלה ממוצעת של 1.2% מהעסקה לעמלה בשיעור ממוצע של 0.875% - וכן להסכמה על ביטול הדרגתי של קטגוריות לפי סוג הלקוח. הממונה גם העמידה תנאים נוספים המעצימים את התועלת שבהסדר לציבור המקובלים על המבקשות.

המבקשות אף הסכימו לתנאי שהוצע ע"י בית הדין בהחלטה בכתב עוד קודם לדיון, והוא – הסכמה לקבל לגדר הסליקה ההדדית גופים נוספים שיכנסו לשוק הסליקה, בתנאים הולמים. תנאי זה יש בו כדי להפיג סכנת מחסומי כניסה למתחרים, ואנו מייחסים לו חשיבות רבה.

4. על השאלה העומדת לדיון משליך דיון קודם שהתנהל בבית הדין. להסדר האמור קדם הסדר סליקה צולבת בין חברות הויזה, אשר נבחן ע"י בית הדין (כב' השופטת שידלובסקי-אור ופרופ' חורש) ב-ה"ע 4630/01 **בנק לאומי לישראל ואח' נ' הממונה ואח'**. בגדר הדיון שם ניתנה החלטה בעניין המתודולוגיה הראויה לחישוב העמלה הצולבת (להלן: ההחלטה בעניין המתודולוגיה). בהחלטה זו נתקבלה למעשה עמדת הממונה וחלק מהמתנגדות דאז, לגבי הרכיבים הראויים להילקח בחשבון בקביעת עמלת המנפיק. על-פי ההחלטה, רכיבים אלו הם: עלות אישור העסקה, עלות הבטחת התשלום ועלות האשראי. כן התקבלה דעת הממונה והמתנגדות דאז לבטל את הקטגוריות שמכוחן עומדים בפני לקוחות שונים מחירים שונים. בית הדין עמד שם, בין השאר, על תרומתו של הסדר סליקה הדדי של חברות אשראי לטובת הציבור.

5. ההסדר שלפנינו רחב יותר מזה שנבחן בה"ע 4630/01 (מאחר שהוא כולל חברת כרטיסי אשראי נוספת), ועמדת הממונה היא כי הוא נושא עמו "בשורה תחרותית משמעותית" לציבור.

ואולם, אף כי אנו מכירים בכך שמעלותיו של ההסדר רבות, לא נוכל לאשרו מבלי שהעמלה המתואמת תיבדק כדבעי. מבקשות האישור לא תמכו את הבקשה בחוות דעת כלכלית מתאימה לעניין סבירות העמלה המתואמת, וגם לא טענו כי היא נקבעה על פי הקריטריונים שנקבעו בהחלטה. ההסדר שהביאו לאישור קובע כי ימונה מומחה לבדיקת העמלה, על-ידי בית הדין, שנה וחצי לפני תום תקופת ההסדר, האמורה להסתיים ביום 1.7.2013.

גם הממונה על ההגבלים העסקיים הבהירה כי היא לא בדקה את העמלה, ובתצהיר מנהלת המחלקה הכלכלית ברשות, הגב' מ' בארי, בצד ציון עובדת אי-הבדיקה, הוסיפה המצהירה כי היא אינה פוסלת אפשרות שהעמלות הראויות להתקיים על פי ההחלטה בעניין המתודולוגיה הן נמוכות מאלו המופיעות בהסכם (סעיף 72 לתצהיר).

6. כידוע, העמדת מחיר מתואם ע"י מתחרים פוגעת במישרין בתכלית חוק ההגבלים העסקיים, הבא להבטיח שהמחיר ייקבע בדרך תחרותית. יתר על כן, עמדתה הנחרצת של הממונה, כפי שמצאה ביטוי בסיכומיה לפני בית הדין בהליך הקודם, הבהירה שעמלת מנפיק גבוהה ובלתי מבוססת תביא לפגיעה בבתי העסק, לפגיעה בכלל לקוחותיהם - אף כאלו שאינם משתמשים בכרטיסי האשראי - וכן לסבסוד מחזיקי הכרטיסים ולשימוש יתר בכרטיסים. באופן כללי, נטען על ידי הממונה באותו הליך כי עמלה גבוהה כאמור תביא לעיוות בהקצאת המקורות במשק. גם ביסוד החלטת בית הדין בהליך הקודם עמד הקשר בין שיעור העמלה הראוי וטובת הציבור והצורך הנובע מקשר זה בבחינת התאמת שיעור העמלה לקריטריונים הנכונים.

7. בנסיבות אלו, כאשר המבקשות לא תמכו בקשתן בחוות דעת כלשהי - אפילו זו שאינה נזקקת למתודולוגיה שנקבעה בהחלטה - לא יהא בידינו לקבוע כי ההסדר עולה בקנה אחד עם טובת הציבור. כיצד נמדוד את נזקיו של ההסדר לציבור מול מעלותיו, ללא

8. לשיטתנו, הצורך בחוות דעת מומחה להערכת ההשלכה התחרותית של שיעור העמלה הצולבת אינו מחייב מעורבות ישירה של בית הדין בבחירת המומחה ובפיקוח על עבודתו. אנו מעריכים כי די בפיקוח ישיר של הממונה על ההגבלים העסקיים על עבודת המומחה ועל שיתוף הפעולה הנדרש ממבקשות האישור במסירת הנתונים הדרושים למומחה. יתר על כן, אנו סבורים שהרשות להגבלים העסקיים היא הגוף המתאים לבחירת המומחה ולפיקוח על עבודתו. מדובר בשאלה כלכלית בעיקרה, שבחינתה המיטבית תעשה ע"י גוף מקצועי ואובייקטיבי, שתפקידו על פי החוק לסייע בהגנה על התחרות ולשמירה על טובת הציבור.

בהקשר זה נפנה לדברים שכתב בית המשפט העליון בפרשת **הרשות להגבלים עסקיים נ' דור-אלון אנרגיה בישראל (1988) בע"מ (ע"א 3398/06, 4364/06)**:

"החלטת הגורם המוסמך העומדת לביקורת ערר בפני בית הדין ראוי שתיבחן מתוך הנחה כי היא נערכה על-פי מיטב שיקול הדעת המקצועי, וכי חלה עליה חזקת התקינות. במיוחד כך הדבר כאשר מדובר בממונה על ההגבלים העסקיים, המהווה גורם מקצועי מובהק, המתמנה לתפקידו בידי הממשלה, ולרשותו צוות נרחב של עובדים מקצועיים ברמה גבוהה ביותר בתחומים רלבנטיים שונים, ובכלל זה בתחומי הכלכלה והמשפט. לרשות מוסמכת זו עומדים הן ידע תיאורטי נרחב ומעמיק בתחומי ההגבלים העסקיים על גווניהם השונים, וכן ניסיון מצטבר רב שנים הנצמח מפעילות פיקוח ענפה בשטח. סמכויותיו של הממונה הן נרחבות ביותר, והידע והמומחיות העומדים לו בתחום פעולתו הם בעלי משקל מיוחד".

נוסיף כי ליווי עבודת המומחה ישירות על ידי בית הדין יש בו כדי לצרוך זמן שיפוטי רב, מבלי להבטיח תוצאה טובה יותר.

9. משמעות גישה זו היא גם הרחקת המתנגדות מנטילת חלק פעיל בתהליך הבדיקה. מעורבותן של אלו בתהליך זה תכביד עליו שלא לצורך, לפי שמעורבות כזו היתה מביאה לדרישת הצגת נתוני הכספיים של המבקשות לפני המתנגדות לצורך בדיקת החישובים הכרוכים בבחינת שיעור העמלה. דרישה כזו, מעצם טיבה, מעוררת חשש פגיעה בסודות ובאינטרסים מסחריים. מעורבות כזו גם אינה נחוצה: המתנגדות תרמו תרומה של ממש בהליך שעסק במתודולוגיה המתאימה, ועתה מדובר בשלב של יישום המסקנות של אותו הליך בלבד, דהיינו – נושא שאיש מקצוע מיטיב להתמודד עמו.

10. עם זאת, אנו רואים לנכון לאפשר למתנגדות להיות מעורבות בתהליך ההשלמה של תכנית העבודה המתודולוגית. הצורך בהשלמה כזו עלה מתגובת הממונה לשאלתנו אם תאות לבצע את בדיקת שיעור העמלה. על פי תגובה זו יש מקום להוסיף ולבחון שאלת סיווג נתונים מסוימים באופן עקרוני קודם ליישום האמור.

11. לאור האמור, אנו סבורים כי ראוי שהמומחה יציג לבית הדין ולכל הצדדים בתיק את דרכו המתודולוגית המפורטת ביישום החלטת בית הדין בעניין המתודולוגיה, אותה ייקבע לאחר התייעצות עם הממונה וצוותה, ויחקר על הגישה העקרונית הנ"ל – אם יידרש לחקירה ע"י מי מהצדדים או ע"י בית הדין – בישיבת בית הדין שתיקבע בהגיע הדרישה. לאחר מכן, ועל יסוד החלטתנו בשאלות שיועמדו במחלוקת הנוגעת לפירוט האמור, ימשיך המומחה בעבודת היישום של המתודולוגיה עד שישלים חוות דעתו.

12. בתגובה להודעתנו על הכוונה להביא לבדיקת שיעור העמלה ע"י מומחה בחסות הממונה, הביעו המבקשות התנגדות. בדברי נציגיהן שבו והופיעו הטענות הבאות:

א. הבדיקה בלתי נחוצה, מאחר שיש ביד בית הדין להעריך בלעדית כי התועלת לציבור הגלומה בהסדר רבה מנזקו.

ב. ההסדר כפי שהוצג הוא "עסקת חבילה" ששינוי במרכיביה יביא לכך שמבקשות האישור יסוגו מהכוונה לבסס סליקה הדדית וישובו לשיטת ה-SPLIT, שבגדרה

13. אשר לטענה הראשונה, נבהיר שוב כי ללא בחינת המחיר אין בידינו לערוך את מאזן התועלת והנזק שבהסדר בשל קיומו של "נעלם" מרכזי, שמשמעותו לא התחוויה. אין ביד בית הדין המופקד על התחרות לשחרר עצמו מבחינת היבטי ההסדר בעת שהוא מאשר אותו.

14. אשר לטענה השנייה - טענה כזו אין בה כדי להרתיענו מלבצע את התפקיד המוטל עלינו, על פי החוק. לא נכחיש כי יצערנו מצב שבו בסופו של דבר יחזרו בהם הצדדים להסדר מכוונתם לבצע את ההסדר בשל חפצו של בית הדין לבדקו. מצב כזה יעיד על רצון חברות האשראי לבצעו על חשבון רווחת הציבור. מכל מקום, אם אמנם יתברר כי הציבור לא יזכה בתועלת שבהסדר מאחר שחברות האשראי אינן מוכנות להפעיל סליקה צולבת אלא בעמלות שיש בהן משום פגיעה בציבור, הדעת נותנת כי יהא צורך לטפל בהסדרת שוק הסליקה ההדדית של כרטיסי אשראי בדרך אחרת, ולו באמצעות חקיקה. על פי ידיעות בתקשורת, נושא זה כבר מעסיק את משרד המשפטים ואת משרד האוצר. אנו נוכל להוסיף את קריאת בית הדין לכך שפעילות זו תניב הצעת חוק מתאימה בהקדם. כמו-כן, להערכתנו, לממונה על ההגבלים העסקיים יש יכולת לטפל בשוקי הסליקה באמצעים נוספים.

15. טענה נוספת שהועלתה כנגד הודעתנו בדבר הכוונה להביא למינוי מומחה היא טענת באת-כח חברת ישראלכרט, לפיה מאחר שישראלכרט לא היתה צד להליך הקודם אין היא מחויבת כלל למתודולוגיה שנקבעה בו. לשיטת באת-כח ישראלכרט, ההחלטה בעניין המתודולוגיה מוטעית וזכותה לטעון נגדה בהליך דנן. על כן, לדבריה, אין טעם במינוי מומחה בשלב זה לבדיקת העמלה על-פי החלטה זו.

אנו סבורים כי אין בטענה זו כדי למנוע את הבדיקה באמצעות מומחה על-פי המתודולוגיה שנקבעה. ישראלכרט היא צד להסדר שבו נוטלות חלק גם שתי חברות הויזה. לאלה ניתנה הזדמנות מלאה בהליך הקודם להשמיע טענותיהן בעניין

נוסיף כי אין אנו רואים קושי לקבוע כבר עתה כי ההחלטה בעניין המתודולוגיה ראויה לבסס את הבחינה גם בתיק זה, מאחר שבית הדין הגיע אליה בהליך הקודם, לאחר בחינה ושקילה יסודיים של הנושא, תוך הסתייעות במומחים, וכאשר לכך מצטרפת עובדת בהעדר הנחת תשתית ראייתית בתיק שלפנינו למתודולוגיה אחרת.

16. בגישה זו תומך שיקול חשוב נוסף: כפי שנאמר לעיל, בהסכם בין המבקשות שהובא לאישורנו, לא זו בלבד שההסדר הוצג כבא בהמשך להחלטה ב-ה"ע 4630/01 ועולה בקנה אחד עם רוחה, אלא שנקבע בו (בסעיף 12 להסכם) כי כשנה וחצי לפני תום תקופת ההסדר ימנה בית הדין מומחה אשר יבחן את שיעור העמלה **על-פי המתודולוגיה שנקבעה ב-ה"ע 4630/01**. מכאן, שמתודולוגיה זו מקובלת גם על ישראלכרט, שהיא צד להסכם. למעשה, החלטתנו בעניין זה, שתפורט להלן, היא מעין הקדמת הביצוע של אותה הוראה בשינוי קל, ועל כן, תמוהה ההתנגדות **העקרונית** של ישראלכרט למומחה באיצטלה של אי-קבלת המתודולוגיה שנקבעה בהיותה שגויה.

17. לאור האמור, אנו קובעים כי הממונה תבחר מומחה מתאים ותודיע לצדדים בחירתה. אם תתעורר התנגדות למומחה המסוים, ידון בית הדין בנושא (אם תבוא בקשה הולמת).

18. המומחה יגבש את תכנית העבודה העקרונית, הכוללת סיווג נתונים מפורט, בהתייעצות עם הממונה. התכנית תועבר לצדדים ולבית הדין. אם תימסר הודעה לבית הדין כי בעל דין מעוניין לחקור את המומחה בעניין התכנית, יוזמנו הצדדים לדיון ובמחלוקת יכריע

חוות הדעת של המומחה תעסוק גם בנושא קטגוריות המחיר וגם בנושא קצב הורדת העמלה, דהיינו – במה שבעלי הדין מכנים "הדרגתיות".

עבודת המומחה תושלם בתוך שמונה חודשים ממועד מינויו, ולאחר השלמתה, אם תימסר הודעה ע"י מי מהצדדים על רצונו לחקרו, יוזמנו הצדדים לחקירת המומחה בישיבת בית הדין ולאחר מכן להשמעת סיכומים.

19. במימון פעולות המומחה ישאו המבקשות. קביעה זו נובעת מהערכתנו כי היה על המבקשות לתמוך בקשתן בהערכת מומחה, ולכן הנטל צריך להמשיך להיות מוטל עליהן, וגם מההשקפה שאין להטיל את ההוצאה על קופת המדינה, מה גם שהממונה הבהירה כי מדובר בהוצאה כבדה.

20. לאור מהות הנושאים שייבחנו בחוות הדעת, מתבקשת המסקנה כי אין כל מקום לדון עתה במחלוקת בעניין חוות הדעת של פרופ' פרשמן בעניין קצב הורדת העמלה, אשר טענת המתנגדות הוגשה באיחור. ניתן להעריך שזו תהא בסופו של דבר מיותרת, כי די יהיה בחוות דעתו של המומחה שימונה ע"י הממונה, כדי לברר גם את נושא קצב הורדת העמלה. מדובר בנושא שהוא שלוב בנושא סבירות העמלה, ועל כן, הדעת נותנת שהמסקנות לגביו יינתנו ע"י המומחה האובייקטיבי, אשר גם יבדוק את העמלה, והכל תוך התייחסות להדרגתיות ההפחתה. ממילא, אם יסתבר כי שיעור העמלה בהסדר עולה באופן משמעותי על זה המתקבל ע"י יישום החלטת המתודולוגיה, נתקשה לסמוך ידינו על ההדרגתיות שהוטמעה בהסכם, שהרי לא ניתן להשהות הורדת מחיר בלתי סביר. טענת הצורך הכלכלי של המבקשות בהחזקת מחיר שימנע התמוטטותן, אין בה כדי להצדיק עמלה בלתי סבירה. לכן, בקבלת חוות הדעת נדון בשלב אחר, אם יהא עוד צורך בדיון כזה.

ניתנה היום, א' בכסלו תשס"ח (11 בנובמבר 2007), בהעדר המזכירות תשלח ההחלטה לב"כ הצדדים.

חבר

חבר

שופטת