

בבית המשפט המחוזי בירושלים  
בשבתו כבית דין להגבלים עסקיים

ה"ע 1393/96

**בפני:**

כבוד השופט יהונתן עדיאל - המשנה לאב"ד

פרופ' אמיר ברנע - חבר

ד"ר דוד תדמור - חבר

**בעניין:** בקשה לאישור הסדר כובל לפי סעיף 7 לחוק

**המבקשים:**

1. הממונה על הגבלים עסקיים
2. בנק אדנים למשכנתאות בע"מ
3. תאגידים בנקאיים נוספים ואיגוד הבנקים בישראל

**ע"י ב"כ:**

1. עו"ד ניב זקלר ותמר תורג'מן
- 2-3. עו"ד ישראל קנטור ואח'

**נגד**

**המתנגדים:**

1. המועצה הישראלית לצרכנות
2. עו"ד בן ציון באייער
3. לשכת המסחר והתעשייה חיפה והצפון

**ע"י ב"כ:**

1. אדלר-שלום, עורכי דין
3. עו"ד ד"ר א. רפאל ואח'

**פסק דין**

**הבקשה**

1. בפנינו בקשה של 26 תאגידים בנקאיים (להלן: "הבנקים"), המהווים רוב מנין ובנין של המערכת הבנקאית בישראל, לאשר הסדר כובל שנערך ביניהם שבמרכזו החלטתם המשותפת לסגור את סניפיהם ביום ו' בשבוע, ובכך לקצר את שבוע השירות לציבור ולהעמידו על 5 ימי שירות.

לצד הכבילה המרכזית האמורה, כולל ההסדר כבילות נוספות שעניינן בהסדר הפעילות של המערכת הבנקאית בשבוע השירות המקוצר, אם יאושר.

## ואלה עיקרי ההסדר

1.1. במרכז ההסדר עומדת הכבילה של סגירת הסניפים, על שתי פניה:

### 1.1.1. סגירה מתואמת של סניפי הבנקים ביום ו'

הפן האחד של הכבילה היא הסגירה המתואמת, על פיה יסגרו המבקשים את סניפיהם ביום ו' בצוותא חדא, ולא יתנו לציבור שירות בנקאי ביום זה.

### 1.1.2. הסכם להימנע מתחרות על פתיחת סניפי הבנקים

בהמשך להסכמה על סגירת הסניפים, מבקשים התאגידים הבנקאיים לאשר הסכמה נוספת, על פיה, לאחר הסגירה המתואמת, יימנע כל בנק שהוא צד להסדר מלפתוח את שעריו לציבור בימי ו' למשך פרק זמן נתון. תחילה התבקשנו לאשר פן זה שבהסדר לתקופה של 6 שנים. בהמשך, העמידו המבקשים את התקופה המבוקשת על שנה אחת, או אף על תקופה קצרה יותר, ובלבד שבנק שיבקש לפרוש מן ההסדר ייתן על כך הודעה מוקדמת של מחצית השנה מראש.

## 1.2. ימי שירות

סניפי הבנקים יהיו פתוחים לציבור הלקוחות, כאמור, בימים א'-ה' ויהיו סגורים בימי ו', למעט דלפקי הבנקים בנמלים ובמעברי הגבול שיהיו פתוחים גם בימי ו'. הסניפים במגזר הערבי (מוסלמי ונוצרי) יהיו סגורים ביום ו' או ביום א', אך יהיו פתוחים בשבת, כפי שנהוג גם כיום.

## 1.3. שעות שירות

ההסדר המבוקש איננו כרוך בקיצור שעות השירות השבועיות לציבור וגם לא בקיצור שעות העבודה השבועיות של העובדים. לפיכך, תיווספנה עקב ההסדר שעות שירות במהלך שאר ימי השבוע, ובפרט ביום ה'.

בבקשה המקורית לא פורט מספר שעות השירות שתיוספנה לציבור במהלך שבוע השירות (המקוצר), אך במהלך הדיון הובהר על-ידי נציגות הבנקים, עוה"ד דליה טל וחגית אברהמי, כי מספרן ישווה למספר שעות השירות הניתן כיום לציבור בימי ו'. ההסדר אף לא התייחס לאופן פיזורן של שעות אלה על פני השבוע, פרט לכך כי חלקו של יום ה' בשעות אלה יהא גדול מחלקם של שאר הימים.

יצוין, כי הממונה על ההגבלים העסקיים (להלן - "הממונה") והמפקח על הבנקים (להלן - "המפקח") מתנים את תמיכתם בהסדר בכך ששעות הפתיחה של הסניפים בימי ה' תתמשכנה עד לשעה: 20:00. לדרישה זו מתנגדים בכל תוקף נציגי העובדים. הדרישה איננה מקובלת גם על הבנקים, אך אלה הודיעו כי אם יעמוד בית הדין על תנאי זה, יהיו הבנקים מוכנים, בדלית ברירה, לקבלו.

#### 1.4. פעולות בנקאיות המתבצעות בימי ו'

על-פי ההסדר המוצע, יקבל הציבור ביום ו' גם להבא את כל שירותי הבנקאות הניתנים בכל מערך השירות הלא פרונטלי, בכלל זאת, שירותי מידע ופעילות ללקוחות בערוצי השידור הישיר והעצמי, כגון בנקטים/כספומטים, תיבות שירות, שירותי בנקאות באמצעות מוקד טלפוני ושירותי בנקאות בתקשורת ישירה.

ביום ו' תפרענה הלוואות ויסתיימו פיקדונות. הלקוחות יוכלו לתת הוראות בקשר להלוואות ופיקדונות כאלה עד לשעת סגירת הסניפים ביום ה'. פעולות מחשב יזומות מראש ליום ו', כגון הרשאות לחיוב חשבון, הוראות קבע, חיובים וזיכויים של ריבית וכיוצא באלה, תתבצענה ותירשמנה בספרים ביום ה' בערב.

ביום ו' אף ניתן יהיה, על-פי ההסדר המוצע, להפקיד מזומנים ושיקים באמצעות המכשירים הבנקאיים הלא פרונטליים (תיבות בנקט, כספומטים או תיבות שירות). כן יבחנו הבנקים אפשרויות לביצוע הפקדות מסיביות יותר, שכיום אינן ניתנות לביצוע בשירות עצמי, באמצעים אחרים, דוגמת התקנת כספות הפקדה מיוחדות, או ביצוע הפקדות באמצעות שירות בנק הדואר. במקביל יבחנו הבנקים גם אמצעים שיאפשרו משיכה מסיבית של מזומנים.

#### 1.5. מט"ח

להסדר המוצע מספר מרכיבים בתחום המט"ח:

1.5.1. ניתן יהא לקשור ולבצע עסקות חליפין ביום ה' אחה"צ, ואלה תרשמנה ביום ו', כמקובל היום (כולל פעולות. same day)

1.5.2. ביום ו' עצמו יהיו חדרי העסקות של הבנקים פתוחים וניתן יהיה לבצע עסקות, אך זאת רק באמצעות התקשרות טלפונית ישירה לחדרי העסקות. התקשרות זו תוכל להיעשות רק על-פי הרשאה מוקדמת של סניף הלקוח (בהתאם להסדרים קבועים או מזדמנים), והיא תוגבל ללקוחות שאושר להם קו אשראי של \$100,000 או יותר. בסיכומיהן הודיעו נציגות המבקשים כי הבנקים אף יהיו מוכנים להנמיך רף כניסה זה.

1.5.3. עסקות שתקשרנה ביום ו' "תתפוסנה" את השער שייקבע על-ידי בנק ישראל (שגם חדר העסקות שלו יהיה פתוח), ביום ו', אך תרשמנה בספרי הבנק ביום ב'. עם זאת, יש לציין שרוב העסקות במט"ח מתבצעות ממילא ב, "Spot"-דהיינו, מתבצעות על-פי השער של יום העסקה, אך נרשמות לביצוע בחשבונות הלקוחות יומיים לאחר מכן.

## 1.6. יום עסקים ויום ערד

"יום עסקים" מוגדר כיום שבו נרשמות עסקות בספרי הבנק והחל מאותו יום מוקנה להם תוקף משפטי.

על-פי הוראות הבנקאות (שירות ללקוח) (מועד זיכוי וחיוב בשיקים), התשנ"ב, 1992 - שהותקנו על-ידי נגיד בנק ישראל מכח סמכותו לפי סעיף 8 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981: "יום עסקים בנקאיים" - (הנו) יום שבו פועלים רוב סניפי הבנקים ואשר לגביו נערכת סליקה של ממסרים."

על-פי הוראות נוהל בנקאי תקין 8/91 שהוצאו על-ידי המפקח, ושעניינן ימי הפתיחה של תאגידים בנקאיים: "החוזה שבין תאגיד בנקאי לבין לקוחו כולל תנאי מכללא, על פיו משרדי התאגיד יהיו פתוחים בכל הימים למעט בחגים, מועדים רשמיים וימים אחרים שקיים לגביהם נוהג לסגור את משרדי התאגידים הבנקאיים"

עוד קבע המפקח על-פי אותו נוהל כי "תאגיד בנקאי הסוגר משרדיו בימים שאינם ימי חג ומועד רשמיים ושלא בימים בהם קיים נוהג בנקאי של סגירה ... , מסתכן בהפרת חוזה עם לקוחותיו."

מכאן, שלפי שיטתו של המפקח, אין בנק רשאי להימנע ממתן שירותים לציבור ביום עסקים.

"יום ערך" הוא מונח המייצג מועד בר-תוקף לעניין חישובי ריבית. מי שחשבונו זוכה או חויב בסכום מסוים ליום ערך אלמוני, יהא זכאי או חייב בריבית מיום זה.

כאמור, לשיטתו של המפקח, כל בנק חייב לפתוח את שערי לקהל לקוחותיו בכל יום עסקים (אם כי מותר לו בתחום זה לצמצם את שעות הפתיחה באופן סביר או להרחיבן כרצונו). בנושא הערך, לעומת זאת, יש לבנק חירות רחבה יותר, והוא רשאי לקבוע ימי ערך כרצונו.

### יום עסקים

לפי המצב דהיום, כל ימות השבוע, לרבות יום ו', הם "ימי עסקים". בימים א' - ה' מסתיימים ימי העסקים בשעה 15:00, וביום ו' – בשעה 12:30.

על-פי ההסדר המוצע, יסתיים יום העסקים של יום ה', כפי שהוא מסתיים כיום, בשעה 15:00, ואילו יום העסקים של יום ו', "יועתק" ליום ה'. הוא יחל בשעה 15:00 ויסתיים באותו יום עצמו (יום ה') בשעה 21:30. כל הפעולות הבנקאיות שתבוצענה על-ידי הלקוחות בימי ה' החל מהשעה 15:00, ועד לשעת סגירת הסניפים, תרשמנה בספרי הבנק ביום העסקים של יום ו'.

פעולות במסגרת השירות הבלתי מאויש שאינו צמוד לסניף (כמו שירותי הבנקאות הישירה המתבצעים באמצעות הטלפון או המחשב) תרשמנה בספרי הבנק של יום ו', גם אם תבוצענה לאחר סגירת הסניפים, אך לא יאוחר מתום יום העסקים, היינו ביום ה' בשעה 21:30.

כן תרשמנה ביום העסקים של יום ו', פעולות יזומות מחשב מראש, כגון הרשאות לחיוב חשבון, הוראות קבע, חיובים וזיכויים של ריבית, פירעון הלוואות וסיום פיקדונות.

פעולות שתבוצענה ביום ה' לאחר השעות האמורות, תרשמנה בחשבונות הלקוחות ביום העסקים של יום א'.

## יום ערך

בבקשה עצמה נקבע כי כל הפעולות שתבוצענה לאחר סגירת הסניפים ביום ה', או, לפי הענין, לאחר תום יום העסקים של יום ו', תקבלנה ערך יום א', היינו, מועד רישום הפעולה בספרי הבנק יהא גם מועד הערך. אולם, במהלך הדיונים הבהירו נציגות הבנקים כי ההסדר הכובל איננו מתייחס לימי ערך אלא רק לימי עסקים. מכאן, שההסדר איננו שולל מהבנקים את הזכות לקבוע ימי ערך כרצונם. לפיכך, לא תהא מניעה (אך לפי ההסדר המוצע, גם לא חיוב) שבנק אשר ירצה בכך יעניק ללקוחותיו ריבית החל מיום ו', גם בגין פעולות שתרשמה בספרי הבנק רק ביום העסקים של יום א'. עם זאת, יש לציין כי הבנקים מתנגדים לזיכוי בריבית בגין הפקדות שתבוצענה בימים בהם הסניפים סגורים. לטענתם, זיכוי כזה יביא לשינוי חד-צדדי בהתחייבויותיהם בלא שיוכלו להגיב על כך. מאידך, טוענים הבנקים כי קיימת בעניין זה הדדיות, שכן, כשם שהפקדות שתבוצענה ביום ו' תזוכינה בריבית החל מיום א', כך גם משיכות שתבוצענה ביום ו', לא תחויבנה בריבית אלא החל מיום א'.

### 1.7. תקופת ההסדר

תקופת ההסדר לפי הבקשה המקורית היתה בלתי-מוגבלת, או כפי שייקבע בידי בית המשפט. בסיכומיהם הודיעו באי-כוח המבקשים כי הם נכונים להגביל את תקופת ההסדר לשנה אחת, או אף לתקופה קצרה יותר, ובלבד שתיתן הודעה לפחות חצי שנה מראש מאת בנק שיבקש לפרוש מההסדר.

## עמדתם של הממונה על ההגבלים העסקיים והמפקח על הבנקים

2. במהלך הדיונים הובאו בפנינו המלצותיהם של הממונה על ההגבלים העסקיים, שיוצג בהליך זה על-ידי סגן הממונה - עו"ד זקלר ועל-ידי עו"ד תמר תורג'מן, והמפקח על הבנקים. שני אלה, ממונים על-פי החוק, כל אחד בתחומו, על העניינים נשוא ההסדר: רשות ההגבלים העסקיים והפיקוח על הבנקים. שניהם הקדישו מאמציהם רבים לגיבוש ההסדר, ועל יסוד הנתונים והעובדות שהועמדו בפניהם בטרם ההליך, הביאו בפנינו את המלצותיהם בעניין זה, על הנימוקים שביסודם, בצורה מלאה וממצה ואנו מודים להם על העזרה שהושיטו לנו בגיבוש מסקנותינו בהליך קשה ובלתי שגרתי זה.

### 2.1. הממונה והמפקח ממליצים שניהם על אישור ההסדר, בכפוף לשני תנאים:

2.1.1. סניפי הבנקים העובדים באופן מפוצל יהיו פתוחים לציבור ביום ה' עד לשעה 20:00 והסניפים האחרים שאינם עובדים במפוצל יהיו פתוחים לקהל לפחות שעה אחת ביום העסקים של יום ו'.

2.1.2. התאגידים הבנקאיים שהם צד להסדר, יתקשרו בתוך זמן סביר שייקבע ע"י בית הדין, עם בנק הדואר בהסדרים אשר יאפשרו ללקוחותיהם להפקיד ולמשוך מזומנים ושיקים בימי ו' בסניפי בנק הדואר.

2.2. לידם של הממונה והמפקח, התועלות העיקריות שבהסדר הינן בחסכון בעלויות הבנקים, בתרומתו לרווחתם ואיכות חייהם של עובדי הבנקים, במניעת פגיעה במערכת הסליקה הבין-בנקאית ובהאצת התהליך של המעבר לשירותים אוטומטיים, אשר במרוצת הזמן יביאו לשיפור השירות הבנקאי.

2.3. עם זאת, לגישתם של הממונה והמפקח, אין לאשר את ההסדר בלא שיקוימו שני התנאים האמורים, שכן, במקרה כזה, לשיטתם, נזקו של ההסדר יעלה על התועלות הגלומות בו.

הן הממונה והן המפקח מסכימים כי מבין שני התנאים האמורים, התנאי היותר חיוני הוא התנאי של פתיחת הסניפים בימי ה' עד לשעה 20:00.

2.4. הבנקים מתנגדים לשני התנאים. עם זאת, כאמור לעיל, הודיעו הבנקים כי אם בית הדין יתנה את האישור בהארכת שעות השירות ביום ה', הם יהיו מוכנים, בדלית ברירה, לקבל תנאי זה (על אף התנגדות העובדים). אולם, הם נותרו איתנים בהתנגדותם לתנאי השני, של החיוב בהתקשרות עם בנק הדואר.

2.5. המפקח על הבנקים, מר זאב אבלס, סבור שיש לאשר את הסדר בתנאים שהציב. לשיטתו של מר אבלס עיקר פעילות המגזר העסקי והביתי בימי ו' יקבל ביטוי, הן "ביום העסקים" החדש שהוסף ביום ה' אחר הצהריים, במיוחד בשעות השירות שתיוספנה ביום זה, והן בשירותים התחליפיים העומדים לרשות הלקוחות. כן יוכלו הלקוחות להסתייע בשירותי הבנק האוטומטיים, בשירותי הבנקאות הישירה, בסניפי בנקים בשדות התעופה ובשירותי חלפנות פרטיים מורשים. לקוחות עסקיים גדולים יוכלו לעשות שימוש גם בשירותים של חדרי העסקות, ובשירותים אחרים אשר יועמדו לרשותם, חרף סגירת הסניפים.

בדומה לדעת הבנקים, כמפורט להלן, סבור גם המפקח, כי בהעדר הסדר הדדי מתואם לא יסגרו הבנקים את הסניפים מיוזמתם. לשיטתו, לאור החשש לאיבוד לקוחות, אין לצפות שבנק יסגור את סניפיו בלא שידע לבטח מה יעשה מתחרהו. לפיכך, בהעדר הסדר מתואם תהא התוצאה ששבוע העבודה יקוצר ויועמד על חמשה ימים, בעוד שבשבוע השירות ימשיך להשתרע על פני ששה ימים. לכך נודעת לדעתו נפקות

מרחיקת לכת על עלויות התפעול של הבנקים, ולפיכך סבור המפקח כי יש לאשר את ההסדר. המפקח צופה כי אם לא יאושר ההסדר יביא הדבר להגדלת עלויות התפעול של המערכת הבנקאית בסכום של כ - 420 מ' מיליון ש"ח לשנה. בשל קשיחות הביקוש לשירותים בנקאיים תגולגל, לדברי המפקח, שני שלישים מתוספת העלות על כתפי הלקוחות בצורה של הגדלת העמלות ורק שליש ייספג על-ידי הבנקים. הוצאה נוספת זו הינה, לדעת המפקח, הוצאה בלתי רצויה שאין בצידה תוספת תפוקה.

המפקח הסביר בעדותו כי הפיקוח על הבנקים מעודד בשנים האחרונות את הרחבת השימוש של הלקוחות בשירותי בנקאות לא פרונטליים. כיום בנק אינו זקוק עוד להיתר לשם הצבת מכשירי בנקאות אוטומטיים, והפעולות הבנקאיות שניתן לבצע מחוץ לכותלי סניף, כולל השימוש במכשירים אוטומטיים, בטלפון ובמחשב, התרבו. לדעת המפקח, חשיבות הסניף כמקום ביצוע עסקים תלך עם הזמן ותקטן ויחד עמה תפחת החשיבות שבפתיחת הסניפים בימי ו'. עם זאת, מוסכם עליו כי מדובר בתהליך שהשלמתו תארך עוד שנים.

המפקח על הבנקים ציין כי לדעתו, "מותר" הבנקים ממגזרים אחרים, לעניין אישורו של הסדר כובל מסוג זה, בהעדר גמישות בכוח העבודה העומד לרשות הבנקים, ובמאפיינים נוספים דוגמת מחסומי כניסה למערכת הבנקאית, הרגולציה במערכת, קשיחות הביקוש לשירותים בנקאיים, וקיומם של תחליפים לשירותי הבנקאות הפרונטלית. נוכח אלה, סבור המפקח, כי הסדר כובל במערכת הבנקאית שונה מהסדרים כובלים מסוג זה בענפי משק אחרים, וניתן לאשרו בלא שתהא לכך השלכה שלילית על ענפי משק אחרים.

בשונה מדעת הבנקים, סבור המפקח כי אין בסמכותו לאסור על הבנקים לפתוח את שעריהם ביום מסוים, ומכאן, להשקפתו, שעל הבנקים לקבל על כך את אישורו של בית הדין.

### **מהות הכבילה**

3. בפתח הדיון חשוב להדגיש כי מהותה של הכבילה נשוא ההסדר שבפנינו, אינה נעוצה בעצם סגירת הסניפים לשירות הלקוחות ביום ו'. אכן, סגירת סניפיו של בנק מסוים, או מספר בנקים, קל וחומר של כל הבנקים במדינה ביום ו', הנה בעלת משמעות משקית - כלכלית מרובה, ויש בה כדי להשפיע על רווחתו של קהל הלקוחות. אלא שאילמלא הייתה הסגירה מתבצעת בדרך של תיאום הדדי, לא הייתה מניעה מלבצעה, ככל שמדובר בדיני ההגבלים העסקיים. במקרה כזה, היה זה מעניינם של המופקדים על תחום הבנקאות, ושלם בלבד, לבחון את השפעת הסגירה על טובת הלקוחות, להסדיר את הסגירה ולפקח עליה, עד כמה



שהדין מעניק להם סמכויות בעניין זה. אילו כך היה מתבצע התהליך, לא הייתה בקשה זו באה בפני בית הדין.

הכבילה שבהסדר מתבטאת בכך שהדבר נעשה על-ידי כל הבנקים/המבקשים במתואם. משמע, בפנינו הסדר על פיו מתאמים הבנקים, בינם לבין עצמם, לסגור את סניפיהם בימי ו', ומתחייבים שלא להתחרות ביניהם במתן שירותים לציבור תוך פתיחת הסניפים ביום זה.

לכבילה המרכזית שבהסדר איפוא שתי פנים, ששתיהן מעוגנות בהתחייבויות הדדיות: הפן האחד הוא הסכמת הבנקים לסגור במשותף את סניפיהם ביום ו'. הפן האחר הוא ההסכמה לחייב זה את זה שלא לפתוח את הסניפים ביום ו' גם להבא, במשך תקופת ההסדר.

מהות הכבילה המתוארת לעיל מקילה עלינו בהגדרת תפקידו של בית הדין בפרשה זו. תפקידו המרכזי של בית הדין בהגנה על התחרות, ולא בהסדרת פעילותה של המערכת הבנקאית. השאלה העיקרית העומדת בפנינו, כבית הדין להגבלים עסקיים, היא האם ההסדר הכובל - משמע, הסגירה המתואמת של סניפי בנקים שונים, תוך דיכוי התחרות בין הבנקים לבין עצמם - הוא לטובת הציבור.

טענתם המרכזית של הבנקים היא, כי כל אחד מהם רוצה לסגור את סניפיו ביום ו', אך זאת רק בתנאי ששום בנק אחר לא יהא רשאי לפתוח את סניפיו לציבור ביום זה, יהא הביקוש לשירותים בנקאיים ביום ו' גדול ככל שיהא. לטענת הבנקים, התחרות שביניהם הינה כה קשה עד שבהעדר הסכמה הדדית מחייבת, היינו, במצב של אי-וודאות בכך שכל הבנקים אכן יסגרו את סניפיהם, וכל עוד קיים חשש שיימצא בנק - פורץ גדר אשר יפתח את סניפיו ביום ו', לא יוכל אף בנק להרשות לעצמו לבצע את הסגירה, וכל הבנקים יאלצו להמשיך ולפתוח את סניפיהם בימי ו' גם להבא. לשון אחר, התחרות בין הבנקים הינה כה קשה, עד כי אין מנוס מהסדרת הסגירה באמצעים לא תחרותיים.

המטרה הסופית של הבנקים היא סגירת הסניפים ביום ו', אך השגתה של מטרה זו מחייבת, על-פי שיטתם, קודם לכול, לדכא את התחרות, אשר היא שתביא אותם, בניגוד לרצונם - ולשיטתם, גם בניגוד לטובת הציבור - לשפר את שירותיהם ולאפשר לציבור ליהנות משירותים בנקאיים מלאים ביום ו'.

ההתערבות במנגנון התחרות החופשית נועדה במקרה זה לאפשר לבנקים קרטליזציה שיעדה משולש: לצמצם את השירות הבנקאי הניתן לציבור (סגירה של בנקים שונים ביום ו'), לפטור עצמם מהסיכון הכרוך במהלך כזה במשק תחרותי, היינו, למנוע מהציבור מלהגיב על המהלך על-ידי העתקת עסקיו לבנקים שישאירו את סניפיהם פתוחים ביום ו' (תיאום הסגירה בין הבנקים, באופן שיקיף הלכה למעשה כמעט את כל הבנקים במדינה), ולמנוע

מבנק שירצה בכך בעתיד לשוב ולספק שירות בנקאי ביום ו' (איסור על בנק "לפרוש מההסדר", בתוך שנה, או ללא הודעה בת חצי-שנה מראש).

#### הפגיעה בתחרות עקב צמצום ימי השירות

4. המבקשים טוענים כי הכבילה של צמצום ימי השירות לציבור, איננה כבילה חמורה ופגיעתה בטובת הציבור אינה כה קשה, כמו, למשל, הסדרים המתייחסים לתיאום מחירים, לחלוקת השוק בין הצדדים להסדר או להסדרים אחרים המנויים בסעיף 2(ב) לחוק.

טענה זו איננה מקובלת עלינו.

לדעתנו, פגיעתו של הסדר מעין זה בתחרות הנה פגיעה קשה. לעניין זה מקובלת עלינו גישתו של סגן הממונה, כי הסדר המצמצם את ימי השירות, יכול שיפגע בתחרות לא פחות מהסדר המביא להעלאת מחירו של השירות. מסקנה זו מושתתת על ההנחה כי נוחות, מבחינתו של הצרכן, הינה מצרך בעל ערך כלכלי. משמע, פגיעה בנוחותו של הצרכן על-ידי צמצום ימי השירות, היא שוות ערך לפגיעה כספית, וככזו אין היא שונה, בעקרון, מהעלאת המחיר.

היטיב להסביר עניין זה השופט H. Robert Bork (בספרו) The Antitrust Paradox (1978): בעמ' 85):

Leisure and money are merely different forms of income for producers and different forms of payment by consumers. When they are obtained by agreed restrictions of output there is no valid means of distinguishing between them. An example may make the point clear. It is, presumably, more likely that a judge in the Brandeis tradition would uphold an agreement by automobile dealers to close on Sundays than an agreement by the same dealers to add 200\$ to the price of each car. Yet there is no difference between the cases. Both are limitations upon competition whose sole purpose is to increase the dealers' income by restricting output. The output in one case is the number of cars sold (which will

decrease with the raised price); the output in the other case is the pof convenience of shopping to consumers (which will decrease with the Sunday closing)".

ובהמשך בעמ' 86:

From the consumer's point of view such" agreements are also indistinguishable. Consumers who lose the convenience of shopping on Sunday are deprived of something that is as much an economic good as is money. There is no acceptable way for a judge to decide that a restriction in the offering of a convenience is any less objectionable than a restriction in the number of automobiles sold".

(ההדגשה הוספה)

v. Federal Trade Detroit Auto Dealers Association כן גם הוסבר בעניין  
477 955 F. 2d 457, Commission,:

We presume that consumers allocate their time in" the manner they think is most efficient or beneficial to them. By completely eliminating certain shopping hours, the respondents' agreement forces consumers to shift their car shopping to hours they otherwise would not have chosen for that activity".

וראה לעניין זה גם החלטתו של ה of The European Communities Commission - בעניין (OJ  
(1986 L295/28) Irish Banks (בסעיף 16.1):

The commission considers that the time period" within which services are made available to consumers an aspect of competition between undertaking providing actually or potentially competing services".

זוהי גם דעתה של כב' השופטת מזרחי במאמרה "מיזם משותף כהסדר כובל", "משפטים כ"ג 213,

217 :

"ההסדר בין סוחרים או נותני שירותים להגבלת שעות הפתיחה של עסקיהם כמוהו, מבחינת כלכלית, כהסדר בין יצרנים להגבלת התפוקה על כל המשתמע מכך לגבי יעילות המשק ורווחת הצרכן. הסדר בין עוסקים הנוגע לסגירת עסקיהם ביום מסוים אחר-הצהרים כמוהו כהסדר בין יצרנים לצמצום התפוקה בכ- 6%-7%".

העולה מן האמור הוא, כי הפגיעה בתחרות של הסדר מסוגו של ההסדר שבפנינו הנה קשה. היא קשה במיוחד נוכח היקפו, חובק-הכל, של ההסדר, שהרי זה נועד להקיף ענף כלכלי שלם, שעל חיוניותו למשק המדינה אין צורך להרבות במילים, והוא נוגע לפעילותם המשקית והכלכלית של כל אזרחי המדינה.

#### **בחינת ההסדר על רקע תחרות בלתי משוכללת וכשלי שוק במערכת הבנקאית**

5. התחרות הנה ערך מוגן ששיטת המשפט שלנו שמה לה למטרה לשמרו. תכליתו של חוק ההגבלים העסקיים היא להסיר מכשולים הנערמים על דרכה של תחרות חופשית. מטרה זו תואמת את התיאוריה הכלכלית כמו גם את הניסיון האמפירי, המלמדים כי תחרות חופשית מהווה בסיס הכרחי לקידום הרווחה הכלכלית המצרפית לאורך זמן. החוק בא לשמר את התחרות החופשית ולבצרה, ובמקרים נאותים ליתן מענה לריכוזי עוצמה כלכלית או למנוע את היווצרותם מבעוד מועד. תכלית זו, היא אשר מנחה את בית הדין בבואו לפרש וליישם את הוראות החוק על נסיבות המקרה המובא בפניו.

הדברים אושרו, וחזרו וקיבלו אישור במספר רב של פסקי דין. נסתפק לצורך כך בציטוט דבריו של כב' השופט דב לוין בבג"צ 588/84 ק.ש.ר. סחר אזבסט בע"מ נ' יו"ר המועצה לפקוח על הגבלים עסקיים ואח, פ"ד (מ1), 29, שם נקבע:

"תחרות בריאה וחופשית בין יצרנים מבטיחה לצרכנים את המוצר בעל האיכות הטובה ביותר במחיר הסביר ביותר, המשקף בצורה המדויקת ביותר את הביקוש שלו. כמו כן תחרות מהווה תמריץ ליעול, לפתוח ולחדשנות, דבר שיביא לירידה בהוצאות הייצור ולעליה באיכות המוצר. התארגנות חברות לקרטל או למונופול נותנת להם כוח כלכלי רב ושוללת את היתרון שצומח לו, לצרכן מתחרות חופשית שכן הכוח יכול להיות מנוצל לרעה לקביעת מחירים כרצונם של הנהנים מההסדר, להימנעות מנקיטת אמצעים להתייעלות וקידום, ולאי הקפדה על איכותו של המוצר".

גישתו של המחוקק לגבי חשיבותה של התחרות תואמת את התיאוריה הכלכלית הליברלית, אשר מאז ימיו של אדם סמית, הכירה בכך שמנגנון השוק התחרותי, כשהוא חופשי ככל הניתן מהתערבות חיצונית, יביא לתוצאות טובות מאשר שיטות כלכליות חלופיות. הטענה הכלכלית הקלאסית היא כי שוק חופשי הוא הכלי היעיל ביותר להקצאת משאבים שהם, מטבעם, מוגבלים. מנגנון קביעת המחירים בשוק החופשי גם מאפשר לפרטים להביא לכל ביטוי את העדפותיהם הצרכניות, וליתן תמריץ הולם ליצרנים ליצר מוצרים המתאימים להעדפות אלה. במובן זה, יש בקידום האינטרס של הפרט כדי להשיג לאורך זמן תוצאות מצרפיות טובות יותר - במונחי יעילות - מאשר פעולה קולקטיבית. זו היא מורשת תורת "היד הנעלמה" של אדם סמית.

עמד על כך פרופ' לבהרי בחוות דעתו שהגיש בפנינו מטעם המועצה לצרכנות:

"התחרות החופשית מביאה לרווחה המקסימלית במשק תוך הבאה בחשבון של רצון הצרכנים להביא תועלתם למקסימום ורצונם של הצרכנים והספקים להביא את רווחיהם למקסימום.....

תחרותיות מביאה להקצאת המקורות האופטימלית במשק, "היד הנעלמת" של התחרות החופשית תביא להקצאה הטובה ביותר של המקורות"

אף-על-פי כן, סבורים המבקשים כי ההסדר המוצע, שעל פגיעתו בתחרות אין חולק, הנו לטובת הציבור. משמע, על-פי טענה זו, "היד הנעלמה" של התחרות, האמורה להביא את רווחת הציבור לרמה האופטימלית, תיכשל במקרה זה בהשגת יעדיה, ועל כן יש להעדיף על פניה הסדר הפוגע בתחרות.

אכן, גם תומכיו האדוקים ביותר של עקרון השוק היעיל מכירים בכך כי בהתקיים נסיבות שונות שומה על הממשלה להתערב בפעילות השוק. נסיבות אלה, ניתן לחלקן לשתי קטגוריות עיקריות: האחת - פגמי שוק (market imperfections) שעניין לה בפגמים בהנחות היסוד לתיאורית השוק המשוכלל ובהשלכותיהם; והשניה - כשלי שוק (market failures), שעניין לה בפגמים בפעולתו של שוק למרות שמתקיימות לגביו כל הנחות השוק החופשי.

מבלי להיכנס לעומקה של האבחנה בין קטיגוריות אלה, טענת המבקשים, הנסמכת על עדותם של המפקח על הבנקים ופרופ' גבעולי, היא שבמערכת הבנקאית בישראל קיימים פגמי שוק או כשלי שוק, ועל כל פנים המערכת איננה נתונה במצב של תחרות משוכללת. פגמי שוק או כשלי שוק אלה מתבטאים, לדעתם, בעיקר בקשיחות היצע כח העבודה, המונע מהבנקים כל אפשרות להתאים את כח העבודה לצרכים המשתנים של שעות השרות ללקוחות על מנת לחסוך בעלויות, עקב קיצור שבוע העבודה. כשלי שוק או פגמי שוק נוספים הנם, לדעתם, מחסומי הכניסה למערכת, מהותו של השרות הבנקאי המחייב קשר רב-מערכתי בין כל הבנקים כפי שזה משתקף במערכת הסליקה, וקפיצת המדרגה המתחייבת בהוצאות הבנקים עקב המעבר לשבוע עבודה מקוצר.

לטענת המבקשים, במצב זה של העדר תחרות משוכללת, אין בהסדר, על אף פגיעתו בתחרות, כדי לפגוע ברווחת הציבור, ולהפך, בנסיבות אלה דווקא ההסדר הכובל הוא שיביא את רווחת הציבור לרמה האופטימלית. לטענה זו נתייחס בהמשך.

לטענת המועצה הישראלית לצרכנות (להלן - "המועצה"), גם במצב של העדר תחרות משוכללת עדיף, מבחינת הקצאת המקורות ורווחת הצרכנים, המצב היותר קרוב לתחרות משוכללת, על פני הסדר המפחית את התחרות. לפיכך, לדעת המועצה, בהעדר כשלי שוק (והפגמים שמנו המפקח ופרופ' לבהרי, לדעתה, אינם בגדר כשלי שוק), יש לדחות את ההסדר המפחית את התחרות גם כאשר המערכת איננה נתונה בתחרות משוכללת. המועצה מבססת טענה זו על חוות דעתו של פרופ' לבהרי, שקבע:

"הסיבה היחידה לכישלון של תחרות חופשית נובעת מ"כשל שוק", כלומר מהימצאותן של השפעות חיצוניות שליליות, כגון: זיהום אוויר, זיהום מים, רעשים, הפרעה ליצרנים אחרים, פגיעה במקורות של אחרים ועוד". התיאוריה הכלכלית מראה כי כל מניעה של תחרותיות וכל הסדר המגביל אפשרויות סחר ומתן שירותים פוגעים ברמת הרווחה של המשק.

אולם, בהעדר הגבלות על התחרות ובהעדר "כשל שוק" אחר כלשהו, התחרות החופשית מביאה להקצאה אופטימלית של המקורות ולרווחה המקסימלית במשק. תוך הבאה בחשבון של רצון הצרכנים."

בחקירתו בבית הדין הוסיף פרופ' לבהרי והסביר כי:

"שוק חופשי טוב יותר משוק פחות חופשי. שניים יותר טוב מאחד, שלושה יותר טוב משניים."

אין בידנו לקבל טענה זו של המועצה. יש לנו ספק באשר לנכונותה מהבחינה הכלכלית, אך בכל מקרה טענה זו אינה יכולה להתקבל מהבחינה המשפטית. אילו ניתן היה לקבוע שבהעדר כשל שוק (במשמעות המצומצמת המיוחסת לו בתיאוריה הכלכלית), הפגיעה בתחרות, היא כשלעצמה, היה בה בכל מקרה כדי להקטין את הרווחה הכוללת במשק, כי אז היינו פטורים מלעשות את המאזן הסבוך של הרווח וההפסד לציבור הנובע מאישור ההסדר, שכן ה"יד הנעלמה" של התחרות היא זו שהייתה עושה זאת עבורנו.

הנחת המוצא של החוק הנה אמנם שמצב של יותר תחרות עדיף על מצב של פחות תחרות, זאת, גם כאשר השוק מצוי במצב של העדר תחרות משוכללת. אך הנחה זו ניתנת לסתירה. מכאן, שמחד, מי שמבקש לפגוע בתחרות, גם תחרות בלתי משוכללת, ובמצאות, כידוע, תחרות משוכללת איננה בנמצא, עליו נטל הראיה כי לפגיעה זו טעמים ראויים, וכי יש בה כדי להוסיף באופן ממשי לרווחת הציבור. מאידך, הניסיון להרים נטל הוכחה זה, איננו יכול להידחות אך בשל כך שמדובר בהסדר הפוגע בתחרות.

### מבחנים לאישור הסדר כובל

6. חוזרת אפוא השאלה האם הוכח במקרה זה כי אישור ההסדר נשוא הבקשה יתרום באופן ממשי לטובת הציבור .

המחוקק הציב בעניין זה מבחן כללי הקבוע בסעיף 9 לחוק, לפיו: "בית הדין יחליט לאשר הסדר כובל, כולו או חלקו, אם הוא סבור כי הדבר לטובת הציבור, ורשאי הוא להתנות את אישורו בתנאים."

לצדו של מבחן כללי זה הציב המחוקק, בסעיף 10 לחוק, שבעה מבחני משנה והורה כי "בעת שיבחן את טובת הציבור .... יסקול בית הדין, בין השאר, את תרומת ההסדר לעניינים (אלה)." )

המשותף לכל המבחנים, הן המבחן הכללי והן המבחנים הפרטניים, הוא בכך שהם מבחנים תוצאתיים, הבוחנים את ההסדר על-פי השלכותיו על טובת הציבור, ולא על-פי מאפייני ההסדר כשלעצמם.

שיטה זו מחייבת לערוך, לגבי כל הסדר בנפרד, את מאזן התועלות והנזקים הכרוכים באישורו.

עם זאת, יש לציין כי המבחנים הקבועים בחוק אינם מהווים רשימה סגורה, ובית הדין רשאי להביא במניין שיקוליו שיקולים נוספים, ככל הנדרש, לצורך בחינת תרומתו של ההסדר לטובת הציבור.

בהמשך הדברים נתייחס למבחנים ולשיקולים שהוצעו על-ידי הצדדים לבחינת השלכותיו של ההסדר שבפנינו על טובת הציבור. לצורך כך נפריד בין הבחינה העקרונית של אותם מבחנים, לבין הבחינה הכמותית כפי שהיא באה לידי ביטוי במאזן התועלות והנזקים הכרוכים באישור הסדר.

## **7. הסדרים אסורים כשלעצמם Per Se -**

7.1. על רקע המבחנים התוצאתיים שנקבעו על-ידי המחוקק לאישור הסדרים כובלים, נבקש להתייחס תחילה לאבחנה שונה - לא תוצאתית - שביקשו ב"כ המבקשים להציב, בין הסדר שהינו הסדר האסור מטבעו ("Per Se") שנטיית בית הדין תהא לשיטתם לדחותו, לבין הסדרים אחרים, שאינם אסורים מטבעם, שאותם יטה לשיטתם בית הדין לאשר.

ההסדר נשוא הבקשה נמנה, לטענת המבקשים, על ההסדרים מהסוג השני. לפיכך, מוסיפים המבקשים וטוענים, כי הגישה הבסיסית להסדר זה צריכה להיות גישה מקילה, התומכת באישורו.

האבחנה מושתתת לדעת ב"כ המבקשים על שלושה טעמים: הטעם הראשון מבוסס על האבחנה הסטטוטורית בין ההסדרים הכובלים הנזכרים בסעיף 2(א) לחוק, לבין ההסדרים הנזכרים בסעיף 2(ב) לחוק. הטעם השני נסמך על המשפט האמריקאי, שם מקורה של האבחנה. הטעם השלישי מקורו בהשקפה כי היקף הפגיעה של הסדרים מסוג זה בתחרות הנו קטן. לטעם האחרון כבר התייחסנו לעיל, ואותו דחינו (סעיף 4 לפסק הדין). נדון בשני הטעמים האחרים.



## 7.2. סיווג ההסדר במסגרת סעיף 2 לחוק

על-פי לשונו של חוק ההגבלים העסקיים, מציינים ב"כ המבקשים, יש להבחין בין הסדרים כובלים הנופלים בגדרו של סעיף 2(א) לחוק, לבין אלה הבאים בגדרו של סעיף 2(ב) לחוק.

סעיף 2(א) לחוק מציב מבחן כללי-תוצאתי, על פיו הסדר הוא הסדר כובל אם יש בו כדי להגביל את אחד הצדדים להסדר באופן העלול למנוע או להגביל את התחרות בעסקים.

ההסדרים המנויים בסעיף 2(ב) לחוק הנם, לעומת זאת, הסדרים ספציפיים המוגדרים על-פי מאפייניהם והנוגעים למחיר שיידרש, לריווח שיופק, לחלוקת השוק בין הצדדים להסדר, ולכמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם. לטענת המבקשים, הואיל וההגדרה של הסדרים אלה נעדרת את מרכיב הפגיעה בתחרות, והואיל והסדרים אלה מוחזקים על-ידי המחוקק כפוגעים בתחרות מעצם טבעם, עולה, כי מדובר בהסדרים האסורים כשלעצמם. (Per Se) אולם, ההסדר נשוא הדיון אינו נופל, לטענת המבקשים, במסגרת סעיף 2(ב) לחוק, משמע, הוא אינו נחשב, לגישתם, כהסדר כובל, "Se Per" ועל כן מן הראוי, לשיטתם, "כי בית הדין יטה לכיוון אישור ההסדר, או למצער, אישורו בתנאים". שונה הדין, לטענתם, לגבי הסדר הנמנה על ההסדרים המפורטים בסעיף 2(ב) לחוק, אותו לא ייטה בית הדין לאשר.

גישתם של המבקשים, על שני היבטים, איננה מקובלת עלינו.

## 7.3. ההסדר נופל בגדרו של סעיף 2(ב) לחוק

תיארנו בתחילת הדברים את שתי הכבילות העיקריות שבהסדר המוצע: האחת, כוונת הבנקים לסגור במתואם את סניפיהם בימי ו', והשניה, כוונת הבנקים למנוע את פתיחת הסניפים בימי ו' או לפחות להתנות פתיחה כזאת בהודעה מוקדמת בת מחצית השנה. כבילות אלה, עניינן ב"כמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם", שהרי אין דומה שירות בנקאי הניתן 6 ימים בשבוע לזה הניתן 5 ימים בשבוע. השירות הראשון, הניתן 6 ימים בשבוע, עולה על השירות הניתן 5 ימים בשבוע, הן בכמותו והן באיכותו.

מכאן, שהסדר המגביל את ימי הפתיחה של עסקים עונה על המבחן הקבוע בסעיף 2(ב)(4) לחוק, בהגבילו את "כמות השירותים שבעסק, איכותם או סוגם".

ראה לעניין זה גם את מאמרה של כב' השופטת מזרחי "מיזם משותף כהסדר כובל" הנזכר לעיל .

מסקנה זו, המביאה את ההסדר תחת כנפיו של סעיף 2(ב) לחוק, היה בה כשלעצמה, על-פי שיטתם של המבקשים, כדי להביא לפסילתו של ההסדר בהיותו, לדידם, בגדר הסדר האסור "Per Se" אולם, אנו לא "נתפוס" את המבקשים בטיעונם זה, ונבדוק את התרומה של ההסדר לטובת הציבור, לגופה.

#### 7.4. היחס בין סעיף 2(א) לסעיף 2(ב) לחוק ונפקותו לעניין אישור ההסדר

איננו מוכנים, כמו כן, לקבל את האבחנה אותה מנסים המבקשים להציב בין הסדרים הנופלים בגדרו של סעיף 2(ב) לחוק, העוסק, לגישתם, בהסדרים האסורים כשלעצמם, שאותם ייטה בית הדין לפסול, לבין הסדרים הנופלים בגדרו של סעיף 2(א) לחוק, שאינם אסורים מטבעם, ואשר אותם ייטה בית הדין, לטענתם, לקבל.

כאמור, המחוקק אכן הציב בסעיף 2(א) לחוק מבחן כללי, בעוד שסעיף 2(ב) מתייחס להסדרים ספציפיים. הסדר הנופל בגדרו של סעיף 2(ב) לחוק, חזקה חלוטה היא כי הוא הסדר כובל, ואין צורך להוכיח את פגיעתו בתחרות כדי להחיל עליו את הוראות החוק. הסדרים אחרים שאינם באים בגדרו של סעיף 2(ב) לחוק, אינם נחשבים כהסדרים כובלים כל עוד לא הוכחה פגיעתם בתחרות .

אולם, האבחנה בין סעיף 2(א) לסעיף 2(ב) לחוק יפה רק ככל שמדובר בשאלה האם בפנינו הסדר כובל, ולכך אין נגיעה לעניין אישורו של ההסדר. נושא זה - אישור ההסדר - נדון על-פי מאזן התועלות והיתרונות הצומחים מן ההסדר לציבור, ולכך אין קשר לשאלת סיווגו של ההסדר על-פי סעיפי המשנה של סעיף 2 לחוק .

מעת שההסדר בא בשערי החוק כהסדר כובל, בין אם הגיע בנתיב של סעיף 2(א) ובין אם הגיע בנתיב של סעיף 2(ב), תבחן בבית הדין להגבלים עסקיים שאלת אישורו על-פי התועלות והנזקים הכרוכים באישורו לציבור. יכול שפגיעתו של הסדר בתחרות תהא קלה למרות שהוא נמנה על ההסדרים הנזכרים בסעיף 2(ב) לחוק. מאידך, יכולה פגיעתו של הסדר בתחרות להיות קשה, גם אם הוא נופל רק במסגרת סעיף 2(א) לחוק. ההקשר היחיד בו מבחין המחוקק בין הסדרים כובלים על-פי מידת פגיעתם בתחרות, הוא סעיף 14 לחוק, המאפשר לממונה לפטור את הצדדים להסדר מלקבל את אישור בית הדין מקום בו שוכנע "שההסדר מגביל באופן לא משמעותי את התחרות". למותר לציין כי אין בסיס לטענה כי הממונה איננו רשאי לתת פטור מכח סעיף 14 לחוק לגבי הסדרים המנויים בסעיף 2(ב) לחוק.

## כללי ה Rule of Reason - זה Per Se Rule - במשפט האמריקאי

7.5. המבקשים תומכים את האבחנה האמורה בין סעיף 2(א) לסעיף 2(ב) גם בפסיקה אמריקאית שעל פיה, לטענתם, אין הסדרים לתיאום שעות פתיחה של עסקים נחשבים להסדרים שעל פניהם (Se Per) הינם הסדרים בלתי חוקיים. בהסדרים כאלה, חרף יסוד הכבילה שבהם, על בית המשפט לבחון כל הסדר במסגרת "הסבירות ולפי נסיבותיו". הוא הדין, לטענת ב"כ המבקשים, בסעיף 85(1) לאמנת רומא המכיר אף הוא בהסדרים הנחשבים כהסדרים כובלים על פניהם, והם הסדרים לתיאום מחירים, הגבלת היצע, חלוקת השוק או מקורות אספקה, אפליה בין צרכנים והתניית תנאים הנוגדים תנאי מסחר מקובלים. גם על-פי אמנת רומא, טוענים המבקשים, הסדר לתיאום שעות או ימי פתיחה של עסקים "איננו מסוג ההסדרים המצוי ב"קו החזית" מבחינת דיני ההגבלים העסקיים ואיננו הסדר שיחשב מניה וביה לכובל."

הפסיקה האמריקאית אשר קבעה את כללי ה Rule of Reason - זה Per Se Rule - אינה מסייעת למבקשים - אפילו היה ההסדר בא, כטענתם, בגדרו של סעיף 2(א) בלבד, בלא שיחול עליו סעיף 2(ב). הפסיקה האמריקאית אכן הכירה בהסדרים מסוימים כהסדרים שהם אסורים. "Se Per" אולם הסדרים אלה אסורים על-פי הפסיקה בארצות הברית לחלוטין, ואין בית המשפט יכול כלל לשקול את השאלה האם טובת הציבור מצדיקה את אישורם. שונה המצב בדין המקומי, על פיו כל הסדר כובל, בין שהוא בא בגדרו של סעיף 2(ב) לחוק, ובין שכבילתו נובעת מסעיף 2(א) לחוק, רשאי בית הדין, ואף חייב, לשקול את אישורו על-פי המבחנים הקבועים בחוק. משמע, הסדר האסור כשלעצמו במשמעות המיוחדת למושג זה במשפט האמריקאי, כלל אינו קיים במשפט המקומי, וממילא אין לאבחנה שנעשתה לעניין זה בדין האמריקאי כל נפקות לעניינו.

## ייעול

8. שיקול מרכזי באישור הסדר כובל הוא, כלשון המחוקק בסעיף 10(1) לחוק, השיקול בדבר תרומתו של ההסדר ל"ייעול הייצור והשיווק של נכסים ושירותים."

כפי שמציינים Kattan and Arqut במאמרם "Efficiency considerations and Horizontal Restraints",  
- Collaborations Among Competitions, Antitrust Policy And Economics, בעמוד 809:

A concern with efficiency is at the core of"  
contemporary antitrust analysis of horizontal  
restraints".

גם פרופ' לבהרי הסכים כי ניתן לאשר הסדר כובל במקום שבו מקנה ההסדר יתרונות לגודל, משמע, מביא לידי ייעול הייצור, הגם שלשיטתו מדובר במקרה נדיר.

נימוק הייעול כשיקול לאישור ההסדר הועלה בפנינו לגבי שני נושאים: יתרונות לרשת, במיוחד מערכת הסליקה הבין-בנקאית, והשירותים העצמיים.

9. בענף הבנקאות קיימים יתרונות (inter-bank externalities) לרשת בין-בנקאית, שכן שירותים רבים הניתנים על-ידי בנק ללקוחותיו מותנים בפתיחתם של סניפי הבנקים האחרים. מכאן, שהקשר הבין-בנקאי, וקיום מידה מסוימת של תיאום בין הבנקים, מביאים תועלת ללקוחות כל הבנקים. הפעילות בשוק ההון ובשוק המט"ח, לדוגמא, אפשרית כאשר הבנקים פועלים בתיאום בינם לבין עצמם, שכן קביעת מחירים בשווקים אלו נעשית תכופות בנקודה בה הביקושים המצרפיים נפגשים עם ההיצעים המצרפיים של הבנקים השונים. גם פעילות מערכת הסליקה מחייבת תיאום בין הבנקים. נוסף על אלו, קיים צורך בתשתית תקשורתית ותפעולית, אשר חייבת להתקיים ב"זמן אמת". מכל אלה עולה הצורך לקיים בין הבנקים לבין עצמם מערכת תקשורת אקטיבית, בעלת סטנדרטים אחידים, שתאפשר פעילות בין-בנקאית מהסוג האמור, בעלות נמוכה ככל הניתן.

בנקאות מודרנית אכן מבוססת על קשר בין הבנקים לבין עצמם. במובן זה, בנקאות היא "תעשיית רשת - network industry - "שכמותה הולכות ומתרבות בסביבה העסקית המודרנית. תעשיות רשת מעוררות בעיות שונות בתחומי ההגבלים העסקיים, בעיקר נוכח הצורך לתיאום בין הפירמות המחוברות לרשת בכדי לאפשר את קיומה, ונוכח הנטייה לריכוזיות במערכות אלה, המתאפיינות פעמים רבות במספר קטן יחסית של פירמות דומיננטיות. ראה:

D.S. Evans and R. Schmalensee, *A Guide to the Antitrust economics of Networks*, 10(2)  
Antitrust, 36 Spring 1996 p. 36:

"A number of the most important industries that involve networks in this broad sense... share an interesting property: consumers of their outputs benefit the more there are other consumers who also use these products... Network industries attract particular antitrust

attention mainly because they tend to have only a few large players. There are also often opportunities for firms in network industries to collaborate in ways that can increase the value of a network product or service they jointly provide... network industries also attract antitrust attention because firms often must engage in fairly complex business strategies simply to survive.”

רשתות מהסוג האמור מקנות למשתמשים בהם יתרונות כלכליים ניכרים, ואלה גדלים, ככל שגדל מספר המשמשים ברשת. זו הנה "עלות מוחצנת חיובית" (positive externality), "שיתרון כלכלי בצדה:

“[t]here is a network externality when the value existing network users get from a network increases when another user joins the network... that effect can arise directly from increasing the size of the network... [or] arise indirectly... when additional network users spur the demand for complementary products... Network externalities result in increasing returns in consumption”.

ואולם, מבחינת דיני ההגבלים העסקיים מעלה מערך מסוג זה של הבנקים גם חשש, שמא שיתוף פעולה "מרושת" כזה בין המתחרים יקטין את מידת התחרות בינם לבין עצמם, מבלי להביא לשיפור מקביל ביעילות המערכת. כאן, מצד אחד, גדלים היתרונות הפוטנציאליים לשיתוף פעולה בין מתחרים, שנועד להשיג את היתרונות הטמונים ברשת. מאידך, אותו שיתוף פעולה בדיוק מגדיל את החשש לפגיעה בתחרות בין הפירמות המחוברות לרשת.

10. אכן, מערכת התיאום הבין בנקאי - סליקה, מט"ח, מידע, וכיו"ב - היא "רשת". הרצון לפתח אותה רשת ולקדמה, או למנוע פגיעה בה, מהווה שיקול לגיטימי בבחינת מאזן התועלות בהסדר כובל. במובן זה, מקובל עלינו כי אילו היה בהסדר המוצע כדי לפתח את מערכת הסליקה הבין-בנקאית באופן המרחיב את ניצולה ויעילותה לטובת כלל הלקוחות, או אילו היה בהסדר כדי למנוע פגיעה במערכת זו, היה בכך, ללא ספק, משום שיקול חשוב התומך באישור ההסדר.

איננו חולקים גם על עמדתו של המפקח כי פעילות תקינה של המסלקה לטובת כלל הבנקים והלקוחות איננה מאפשרת מצב שבו כל בנק יסגור את סניפיו ביום אחר. סגירה לא מתואמת כזו הייתה גורמת לפגיעה ביעילותה של מערכת הסליקה, שכן שיקים הנמשכים על בנק סגור אינם יכולים לקבל ביום הסגירה אישור במסלקה. כאשר הבנק המושך והבנק

הנמשך סגורים בימים שונים, עלול תהליך הסליקה להתארך עד 3 ימים. תוצאה כזו הייתה פוגעת בתפקודה של המערכת הבנקאית כולה וביעילותה. לאור כך מקובלת עלינו גם השקפתו של המפקח, כי רשת כזו חייבת לפעול או לדמום בו-זמנית.

11. דה-עקא, איננו רואים את הקשר שבין ההסדר לבין מערכת הסליקה. קשר כזה יכול היה להתקיים אילו היה ההסדר הכרחי למניעת מצב בו יסגור כל בנק את שעריו ביום אחר, מה שהיה משבש, כאמור, את פעילותה של מערכת הסליקה.

אולם, סגירה "פיראטית" כזו שיש בה, אילו בוצעה, כדי לפגוע במערכת הבנקאות, צריך שתמנע מכוח דיני הבנקאות או מכוח המשפט הפרטי, ובפועל היא אכן נמנעת מכוח דינים אלה. על-פי הוראות נוהל בנקאי תקין 8/91 הנזכרות לעיל, תאגיד בנקאי הסוגר את משרדיו בימי עסקים מסתכן בהפרת חוזה עם לקוחותיו. המפקח אף הבהיר בעדותו, כי מדיניותו היא שלא להתיר לבנק לסגור את סניפיו ביום עסקים, כאשר יום עסקים מוגדר, כזכור, כיום שבו פועלים רוב סניפי הבנקים ונערכת בו סליקה.

מעבר לכך, ההסדר הכובל, להזכיר, נועד לחייב את הבנקים לסגור את סניפיהם בימי ו', אך הוא לא נועד לחייב אותם לפתוח את סניפיהם בימים אחרים. ההסדר אותו מבקשים מאתנו הבנקים לאשר, אינו מיועד להביא ליתר תיאום במערכת הבנקאית בכדי לאפשר פעולה יעילה יותר של הבנקים, על בסיס פיתוח הרשת הבין-בנקאית. נהפוך הוא. התיאום שנתבקשנו לאשר בא לגרוע מהיקף פעילות הבנקים, ולא להוסיף עליה או לשכלל אותה. זהו הסדר לצמצום פעילות הבנקים, תוך מניעת תחרות בינם לבין עצמם. רב הפער בין צמצום כזה, לבין טענות הבנקים בדבר הצורך לאשר הסדר כובל על רקע יתרונות המערכת הבין-בנקאית.

ניתן היה לטעון, כי גם אם אין בהסדר כדי לחייב את הבנקים לפתוח את סניפיהם בכל ימות השבוע (למעט יום ו'), הרי שזו היא התוצאה המסתברת מקביעת יום סגירה אחיד. הטענה היא, כי במצב זה שבו עוברים עובדי הבנקים לשבוע עבודה מקוצר, הקביעה של יום סגירה אחיד, נדרשת כדי למנוע אותו מצב שבו יסגור כל בנק את סניפיו ביום אחר.

אולם, ההסדר אינו מוגבל והוא גם לא נועד לקבוע יום סגירה אחיד. אילו זו היתה מטרתו של ההסדר, כי אז, די היה בקביעה כי כל בנק הרוצה לסגור את סניפיו במהלך השבוע, יהא חייב לעשות זאת ביום סגירה אחיד לכל המערכת, למשל, ביום ו'. קביעה כזאת עשויה להתחייב מאופייה של המערכת הבנקאית. אלא שכאמור, לא זו היא מטרתו של ההסדר. ההסדר לא נועד לאפשר לבנק הרוצה בכך באופן עצמאי לסגור את סניפיו ביום מתואם, אלא לחייב אותו לעשות כן. ההסדר לא נועד להבטיח את יעילותה של המערכת על-ידי מניעת סגירה לא מתואמת, אלא למנוע תחרות העלולה להביא לכך שחלק מהבנקים (או כולם) יפתחו את סניפיהם ביום בו הסגירה מותרת. לכך אין כל קשר למערכת הסליקה.

מתן חסות תחת אצטלה של שיקולי יעילות להסדר שנועד להגביל את התחרות איננו מקובל עלינו.

ניתן לבחון את תרומתו של ההסדר ליעילותה של מערכת הסליקה, כמו גם את יתרונותיו הנטענים האחרים של ההסדר, על דרך ההשוואה של ההסדר לתרחיש הצפוי אם לא יאושר ההסדר. בעניין זה העלו הצדדים מספר אפשרויות: על-פי התרחיש המקורי, כפי שהוצג בבקשה, דחיית הבקשה ואי-אישור ההסדר יביאו לכך שכל סניפי הבנקים יהיו פתוחים משך כל ימות השבוע. בכך, ודאי שלא יהא כדי לפגוע במערכת הסליקה. גם אם נניח שבעקבות דחיית הבקשה יסגרו רק חלק מהבנקים את סניפיהם בימי ו', מצב שבו, לשיטת המפקח, יש להשבית את מערכת הסליקה כולה, גם אז אין מצב זה נחות מהמצב שיווצר בעקבות אישור ההסדר, שבו ממילא תושבת כל המערכת בימי ו'. במקרה כזה אמנם מערכת הסליקה לא תפעל, אך ציבור הלקוחות עדיין יוכל לקבל שירותים בנקאיים גם ביום זה.

המסקנה הנה, איפוא, כי בחישוב מאזן התועלות לאישורו של ההסדר הכובל, לא נוכל להביא בכלל חשבון את היתרונות הרבים שיש לתיאום בין-בנקאי, או את הצורך לאפשר תיאום כזה לפעילותה התקינה של המערכת הבנקאית, שכן ההסדר שבפנינו עניינו בצמצום השירות הבנקאי ולא בהרחבתו, וממילא יתרונות הרשת אינם ממין העניין, לגבי הסדר זה.

12. טענת ייעול בתחום אחר הנטענת על-ידי המבקשים (לטיעון זה לא הצטרף הממונה בסיכומיו, אם כי הוא הזכיר אותו בתגובתו לבקשה), היא שסגירת הסניפים ביום ו' תעודד את השימוש באמצעי הבנקאות התחליפית - הלא פרונטלית, כמו תיבות הפקדה (אל תור), בנקומטים, שירותים טלפוניים (לאומי ישיר ואחרים) ועוד. מדובר, על-פי הנטען, בשירותים היכולים להחליף כ-88% - או כ-84% כשיטתו של מר בר אילן, נציג בנק הפועלים, מכלל שירותי הבנקאות הניתנים לציבור, וקידומם של אלה יביא, בסופו של דבר, לייעול המערכת כולה.

גם שיקול זה מעורר קושי, שכן מדובר בייעול שיושג על-ידי התערבות בטעמי הצרכנים וכפייתם, באמצעות סגירת הסניפים, ל"העדיף" שירותי בנקאות לא ישירה. הנחת היסוד במדידת רווחת הצרכנים היא כי רווחה זו נקבעת על-ידי הצרכנים עצמם, וזו איננה עולה בקנה אחד עם ההתערבות בטעמי הצרכנים על-ידי כפייתם לאמץ שירותים שאינם מקובלים עליהם. כפי שצינו בצדק באי-כוח המועצה לצרכנות, עוה"ד רן שלום ושי אדלר, במצב הרצוי מעניקים הבנקים שירותים לצרכנים בימים ובשעות בהם מעוניינים הצרכנים לקבל את השירותים - ולא בימים או בשעות אחרים, הנכפים עליהם הר כגיגית. שהרי אילו מצאו הצרכנים את הבנקאות האוטומטית חלופית לזו הפרונטלית, לא היתה חשיבות השירות ביום ו' כה גדולה, ולא היה כה גדול חששם של הבנקים מאבדן לקוחות בגין סגירת הבנקים ביום ו'. מניעת שירות שיש לו דרישה, ואילו צו של הציבור להשתמש בתחליפים אותם הוא

רואה כעדיפים פחות, יש בהם משום פגיעה קשה באיכות השירות הניתן לציבור הלקוחות, וודאי שאין ליתן לכך הכשר באמצעות אישור הסדר כובל.

אין משמעות הדבר, כמובן, שהבנקים אינם רשאים לשלב בשירות הבנקאי מערכות אוטומטיות ולנסות ולפתות את הצרכנים להעדיף את השימוש באלה, וכך להרחיב בהדרגה את השימוש בבנקאות הלא פרונטלית. אין גם כל מניעה לכך שבנק יסגור את סניפיו ביום ו' תוך שכנוע לקוחותיו שהתחליפים לבנקאות הלא פרונטלית המוצעים על ידו עדיפים, ועל כל פנים אינם פוגעים בהם. אולם, מי שעושה כן אינו יכול להבטיח את הצלחת מאמצי השכנוע באמצעות מניעה של כל חלופה אחרת מהלקוחות שלא ישתכנעו. הדרך לשנות דפוסי צרכנות קיימים אינה באמצעות הסדרים כובלים, אלא בעבודת שיווק מתמשכת, באינטראקציה בין ספק השירות למקבלו או בין היצרן ללקוח, עד שיבשיל השירות או המוצר החדש. בהקשר זה, המושג "ייעול" משמעו סיפוק העדפותיהם האמיתיות של הלקוחות, בצורה הטובה ביותר ובמחיר הזול ביותר, ולא כפיית העדפות צרכניות, מהטעם שעלות אספקתן נמוכה יותר.

### שירותים תחליפיים

13. פן נוסף של הטיעון האחרון הוא, שהמערכת הבנקאית מציעה כיום מגוון של שירותים תחליפיים לשירות הפרונטלי. לטענת המבקשים "לרוב רובם של השירותים הבנקאיים המוענקים כיום בסניפי הבנק בימי שישי, קיימים תחליפים מושלמים כמעט באמצעות מכשירים אוטומטיים ואמצעים קוויים."

כבר כיום מקבלים הלקוחות, על-פי טענות המבקשים, כ 60% - מכלל השירותים הבנקאיים במערכות השירות העצמי או האוטומטי, ובפועל, כבר כיום ניתן לספק באמצעות השירותים העצמיים האמורים כ 84% - ואף יותר מהשירותים הבנקאיים להם נזקק הציבור.

מגמה זו, של המרת השירות הבנקאי האישי-המסורתי, המתבצע פנים אל פנים אל מול פקיד הבנק, בשירות העצמי, אמורה להתרחב בעתיד. כך, למשל, מתכננים הבנקים, לדבריהם, כספות מיוחדות אשר תאפשרנה הפקדות של סכומי כסף גדולים אותם לא ניתן להפקיד כיום באמצעים התחליפיים. שירות זה עשוי יהיה לפתור את בעית המגזר העסקי המבקש להפקיד את פדיונות המכירה בימי ו'.

קיומם של אמצעים תחליפיים אלה מבטיח, לטענת המבקשים, כי הפגיעה בציבור הלקוחות עקב סגירת הסניפים תהא מינימלית, וכאמור לעיל, אף תישא ברכה בכך שתחיש את המעבר לשימוש באמצעים התחליפיים, תהליך שיביא לשיפור השירותים הבנקאיים וייעולם.



ראוי לציין בהקשר זה כי לטענת התחליפים שתי פנים שאינן עולות זו עם זו בקנה אחד - ולסוגיה זו נשוב בהמשך. ככל שמתחזקת הטענה בדבר קיומם של תחליפים ראויים ומספקים לשירות הפרונטלי, כך נחלשת הטענה בדבר החשש לעזיבת לקוחות בשל סגירת הסניפים בימי ו'. אם אין בסגירת הסניפים כדי לפגוע פגיעה משמעותית בלקוחות, ואם הלקוחות יוכלו לקבל את כל, או כמעט את כל, השירותים הדרושים באמצעות שירותים תחליפיים שהם - לפי הנטען - שירותים טובים, יעילים וזולים יותר, כי אז, לא ברור מקורו של החשש לנטישה המונית של הלקוחות מבנקים שסגרו שעריהם ביום ו', לטובתם של אותם בנקים שיבחרו להשאיר את סניפיהם פתוחים. והרי חשש זה הוא המצדיק, לטענת המבקשים, את אישור ההסדר.

מעבר לאמור, טיעון זה מעורר קושי דומה לזה שבטיעון הייעול (ככל שהוא נסמך על טענת התחליפים). ערוצי השירות העצמי והאוטומטי קיימים גם היום, בעת שסניפי הבנקים פתוחים בימים א' - ו', והם אינם מונעים שימוש מאסיבי בסניפי הבנקים בכל ימות השבוע, לרבות יום ו'. מכאן, שהשירותים הישירים והאוטומטיים אינם נתפסים בעיני הציבור כתחליף מושלם לשירותים הפרונטליים, או כדרך שהיא בהכרח עדיפה לקבלת שירותים בנקאיים.

גם על-פי טענות הבנקים, לחלק מהפעולות הבנקאיות אין כיום תחליף. כך, על-פי תצהירו של מר בר אילן, נציג בנק הפועלים, חלקן של הפעולות הבנקאיות שאין להם תחליף אוטומטי עומד על כ - 16% מכלל הפעולות הבנקאיות. אלה כוללות פעולות כגון: פתיחת חשבונות ושינוי הרשאות, לקיחת אשראי עסקי ופרטי, משכנתאות, פעולות שונות בתחום ההשקעות והמט"ח, חתימה על ערבויות ומסמכים אחרים, ועוד פעולות רבות שמשך הזמן הנדרש לביצוען ארוך בהרבה מהפעולות הניתנות לביצוע באמצעים תחליפיים - ועל כן בהחלט יתכן כי חלק מהלקוחות יבחרו לבצען דווקא ביום הפנוי מבחינתם שהוא, ברוב המקרים, יום ו'. אין גם להתעלם מקיומה של קבוצה לא מבוטלת בקרב אוכלוסיית לקוחות הבנקים המונה, לדברי מר בר אילן, כ - 16% מלקוחות הבנקים, אשר אין ברשותה (ולו מבחירתה) כרטיסים מגנטיים כלל, וממילא גם לא גישה מיידית לשירותים האוטומטיים.

מר בר אילן גם הודה בעדותו כי "בשלב הזה עובדה היא שהלקוחות מגיעים - לא בשיעורים מבהילים כמו שהצד שכנגד טוען, אבל מגיעים. ואני לא רואה שום סיבה שלקוח יחליט לוותר על הביקור הזה ביום שישי בסניף ואני לא רוצה לשים עצמי פטרון ולהגיד לו תשמע, אל תגיע לסניף כיוון שיש לך שירות אוטומטי."

אולם, זו בדיוק תהא תוצאתו של ההסדר. סגירה מתואמת של כל סניפי הבנקים בימי ו' תכפה על הלקוחות בהכרח את אותה פטרונות שמר בר אילן איננו רוצה לכפות עליהם, ותאלץ אותם

לוותר על הביקור בסניף ביום זה ולהסתפק בשירותים האוטומטיים, עד כמה שאלה מהווים תחליפים לשירותי הבנקאות הפרונטלית.

באמור לעיל אין משום קביעה, שקיומם של תחליפים לשירות הפרונטלי איננו רלבנטי כלל לדיון במאזן התועלות הכרוך בהסדר. אולם הרלבנטיות של שיקול זה מוגבלת לכך, כי אילמלא היו שירותים בנקאיים תחליפיים כאלה, כי אז הייתה פגיעתו של ההסדר קשה יותר. אולם, גם בהתחשב בקיומם של אותם שירותים תחליפיים, יש להביא בחשבון את הנזק הכרוך בחוסר האפשרות לקבל את אותם השירותים שאין להם תחליף, בצירוף לחוסר הנוחות הנגרם לאותו ציבור המעדיף כיום להשתמש בשירותים הפרונטליים, ואשר יאולץ להשתמש בשירותים העצמיים, עד כמה שהוא יכול לעשות כן, או לדחות את קבלת השירותים ליום אחר.

#### 14. חסכון בהוצאות והפחתת העמלות

הנימוק שעמד במרכז הבקשה, לפחות בעת הגשתה, בוסס על הטענה שאישורו של ההסדר יביא לחסכון בעלויות בסכומי עתק הנעים בין 420 מיליון שקל לשנה, על-פי הערכת מחלקת המחקר בבנק ישראל, לכ 720 - מיליון שקל, על-פי הערכת הבנקים, הנתמכת בחוות דעתו של פרופ' גבעולי. המועצה לצרכנות טענה לסכומים נמוכים בהרבה.

טיעון זה מושתת על ההנחה שבלא הסדר ייאלצו כל הבנקים להמשיך ולפתוח את סניפיהם בימי ו', זאת כאשר העובדים יעברו לשבוע עבודה מקוצר. משמעות הדבר הינה, לטענת המבקשים, שהבנקים ייאלצו לאייש את הסניפים בימי ו' בכוח אדם נוסף שעלותו יקרה

ביותר.

פועל יוצא מהגדלת העלויות יהא, לטענת הבנקים, הנתמכת על-ידי המפקח, בהעלאת דמי העמלה שגובים הבנקים מהציבור. להערכת המפקח, לאור קשיחות הביקוש לשירותים בנקאיים, תגולגל בסופו של דבר כ - 2/3 מעלות פתיחת הסניפים על הציבור. לטענת הבנקים, העלאת דמי העמלה (ככל הנראה בהנחה כי מלוא העלות תגולגל על הציבור) תגיע לכ - 20%. להערכת המפקח מדובר בהעלאה של כ - 10% אחוזים.

בהמשך הדברים נתייחס לתקפותה של ההנחה שביסוד הטיעון, אשר על פיה, בלא הסדר, ייאלצו כל הבנקים לפתוח את סניפיהם בימי ו'. כן נתייחס לתחשיבי העלויות עצמם. בשלב זה נצא מההנחה כי טיעונים אלה תקפים, ונתייחס לצד העקרוני של הטענה.

אכן, הורדת מחירים לצרכן - ולעניין זה אנו מוכנים להניח כאילו היה דין מניעת העלאת מחירים כדין הורדתם - הנו שיקול לגיטימי במסגרת סעיף 10(1) לחוק, שעניינו ב: "ייעול הייצור והשיווק של נכסים או שירותים, הבטחת איכותם או הורדת מחיריהם לצרכן".

אולם, הקושי במקרה שבפנינו נעוץ בכך שמניעת העלאתו של מחיר השירות, תושג כתוצאה מהפגיעה באיכותו ובכמותו של השירות הבנקאי. הדעת נותנת שכאשר דיבר המחוקק על "הבטחת איכותם או הורדת מחיריהם לצרכן" (של מוצרים או שירותים), הוא כיוון, בעיקרו של דבר, לחלופות שאינן באות זו על חשבון זו. כאשר מדובר בייעול, יש אכן לצפות כי זה יביא בעקבותיו להעלאת האיכות של המוצרים, או להורדת מחיריהם (או לשתי התוצאות כאחד). אולם, מה הרבותא בהפחתת מחיר שאינה מושגת עקב ייעול הייצור, אלא כתוצאה מפגיעה באיכותו של המוצר? הפחתה כזו במחיר ניתן הרי "להשיג" בכל מקרה של פגיעה באיכות המוצר, שכן כמעט כל פגיעה באיכות, גוררת אחריה, מטבע הדברים, הפחתה בעלויות הייצור. כאשר עקומת הביקוש איננה קשיחה לחלוטין, שזה המצב הקיים ברוב המקרים, תביא הפחתה בעלויות הייצור, בכל מקרה, להורדת המחיר לצרכן. כך, יכולים הבנקים, על יסוד אותם טיעונים, להסכים ביניהם על הפחתה נוספת של ימי השירות או שעות השירות, שכן גם זו לא תביא לשינוי משמעותי בהיקף השירותים הבנקאיים בשל קשיחות עקומת הביקוש, ומאידך תביא לחסכון בעלויות הבנקים.

בדומה, יכולים ספקי מוצרים ושירותים אחרים, כמו למשל המרכולים, להסכים ביניהם על קיצור שעות הפתיחה, למשל בשעות הלילה המאוחרות, ובכך לחסוך בהוצאות, ואפילו לשתף את הצרכן בחלק מהחסכון. חברות התעופה יכולות להסכים על ביטול הנוהג של הגשת ארוחות בעת הטיסות, מה שיביא אף הוא להוזלת מחירי הטיסות, וכן הלאה. טיעון כזה, לו היה מתקבל, היה מאפשר קרטליזציה בלתי מוגבלת של כל שוק כמעט, שהרי אין כמעט מוצר במשק, שהפחתה באיכותו לא תאפשר ליצרן להוזיל את מחירו.

כאשר מחליט יצרן בודד, שאינו בעל מונופול, לפגוע באיכות המוצר כדי להוזיל את מחירו, אין בהחלטתו כל רע. נהפוך הוא, ניתן להניח כי זו משקפת שינוי בהעדפות הצרכנים, או ניסיון חדירה לגומחת שוק שלדעת אותו יצרן אינה מנוצלת. במקרה כזה פועל היצרן על סיכונו, תוך שהוא משאיר ללקוחות את זכות התגובה והבחירה החופשית בין המוצרים הנחותים והזולים יותר, למוצרים היותר טובים שאיכותם לא נפגעה, גם לא במחיר הפחתת העלויות. הבעיה, מבחינת דיני התחרות, היא כאשר הדבר נעשה על-ידי קרטל הפוגע באיכות המוצר תחת מטריית ההסדר הכובל, המקנה לחבריו חסינות כנגד התוצאות הנלוות בדרך כלל להפחתה באיכות המוצר, ומונע מהצרכנים המעוניינים בכך להגיב על הירידה באיכות השירות על-ידי אימוץ שירותים או מוצרים טובים יותר.

חזרנו והעלינו קושי מושגי זה במהלך הדיונים, ולא קבלנו תשובות מספקות שתנחנה את דעתנו לגבי הקושי התקדימי והעקרוני שבאישור הסדרים כובלים מסוג זה.

קושי נוסף הקשור בשיקול זה של הפחתת העלויות הוא שקשה מאד יהיה להציב מבחן ברור המבחין בין קרטל לקרטל ובין פגיעה לפגיעה. מבחן כמותי, למשל, יחייב להבחין בין חסכון בעלויות על-פי היקף החסכון, מצד אחד, אל מול היקף הפגיעה באיכות, מצד שני. השוואה כזו קשה ביותר לביצוע, ולא לשוא גורסת הכלכלה המודרנית שיש להשאיר לשיקולם של הלקוחות, ולא לכוונה מגבוה באמצעות אישור ההסדר הכובל.

### **השפעת ההסדר על תפוקת השירותים הבנקאיים**

15. טיעון נוסף בזכות ההסדר היה כי אם יפתחו הבנקים את סניפיהם בימי ו', שעה שהעובדים יעברו לשבוע עבודה של 5 ימים, יביא הדבר לעליה ניכרת בעלויות, בלא שתתלווה לכך עליה מקבילה בתפוקה, שכן הציבור ימשיך לצרוך את אותם שירותים בנקאיים, אלא שהדבר יעשה ב - 5 ימים במקום ב - 6. למעשה, העובדה שעקומת הביקוש לשירותים בנקאיים איננה קשיחה לחלוטין תביא אף לירידה מסוימת בהיקף השירותים. גם טיעון זה איננו מקובל עלינו. הטיעון מתייחס להיקף השירותים הבנקאיים מהבחינה הפיזית - כמותית. אולם, התפוקה של השירותים הבנקאיים, או תרומתו של ענף הבנקאות לתל"ג, איננה נמדדת ביחידות תפוקה פיזיות, אלא במונחים כספיים. מוצר טוב יותר, עלותו גבוהה יותר, וכך גם תרומתו לתפוקה הכוללת של המשק, גם אם מבחינת הפונקציות הבסיסיות שלהן המוצר משמש, הוא דומה למוצר זול יותר. כך, למשל, גם מכוניות מסוגים שונים, שבעיקר גיוונם לא היה טעם רב אילו היתה מכונית נמדדת רק ביכולתה לשנע נוסעים ממקום אחד לאחר. המבחן לחישוב תרומתו של המוצר או השירות לתפוקה הכוללת של המשק הוא מבחן כלכלי, המבוסס על תרומתו של המוצר לרווחת הציבור, ותרומה זו יודעת הכלכלה למדוד רק במונחים כספיים המשקפים את המחיר שמוכנים הצרכנים לשלם עבורו, מחיר השווה בשוק תחרותי לעלות השולית לייצורו.

הטיעון האמור אף מתעלם ממחירה או משוויה הכלכלי של נוחות הציבור. כפי שציין השופט Bork בספרו הנזכר לעיל, לנוחות הציבור, המתבטאת במקרה שבפנינו באפשרות לפרוש את צריכת השירותים הבנקאיים על פני 6 ימים בשבוע במקום על פני 5 ימים, במיוחד כאשר היום השישי הוא היום החופשי, יש ערך כלכלי. הטיעון כי צמצום ימי השירות אינו משנה את התפוקה הכוללת של השירותים בנקאיים מתעלם מערך זה.

### **ההסדר ויחסי העבודה**

#### **16. התנאת השיפור ברווחת העובדים בהקניית יתרונות קרטליסטיים למעביד**

בהמשך הדיון נתייחס למעמדם ועניינם של עובדי הבנקים בהסדר, כמו גם לקשר שבין ההסדר ליחסי העבודה.

ואולם בשלב זה נבקש לעמוד, מהבחינה העקרונית, על עצם הניסיון לקשור בין רווחת העובדים ליתרונות הקרטליסטיים שמבקש לקנות לעצמו המעביד.

מבחינה זו, חשוב לציין כי מעבר עובדי הבנקים לשבוע עבודה מקוצר ואף לשבוע שירות מקוצר, איננו מותנה מעצם טבעו בקיום תיאום והדדיות בין הבנקים. כפי שכבר נאמר, בעקרון, אין כל מניעה לכך שבנק ישפר את רווחתם של עובדיו על ידי סגירת סניפיו בימי ו', כל עוד הדבר איננו נעשה במתואם עם בנקים אחרים.

מכאן, שהטעון כי הבנקים אינם יכולים לסגור את סניפיהם בלא לעשות הסדר כובל, היינו, בלא לתאם את הסגירה באופן הדדי בינם לבין עצמם, איננו נכון.

המירב שיכולים הבנקים לטעון בענין זה הוא, כי סגירה כזו, ללא תיאום הדדי, היא צעד עסקי יקר עבורם, שכן אם יימצאו בנקים אחרים שלא יסגרו את סניפיהם, כי אז יגרור הדבר לבנק שיסגור את סניפיו להפסדים עקב מעבר לקוחות לבנקים הפתוחים.

לפיכך, אין מדובר באי-יכולת לשפר את רווחת העובדים, אלא בעלותו של שיפור זה לבנקים. מה שטוענים הבנקים, אם נפשט את הטיעון, הוא, כי עלותו של שיפור זה ברווחת העובדים הנו גבוה מדי עבורם, וגם עבור הציבור האמור, לגישתם, לשלם עבור כך (אם יפתחו הבנקים את סניפיהם כנגד הגדלת העלויות).

לשון אחר, לשיטתם, כדי לשפר את רווחת העובדים זקוקים הבנקים למקור הכנסה (או מקור להפחתת הוצאה). מקור זה מבקשים הבנקים להשיג באמצעות הקניית יתרונות קרטליסטיים. יתרונותאלה יאפשרו להם להגדיל את רווחת העובדים בלא לשאת בעלות המתחייבת מכך כפי שתוארה לעיל.

מבחינה זו, אין ההסדר הנוכחי שונה בעקרון מאפשרויות מימון אחרות שמקורן בהגבלה על התחרות, שבהם יכולים היו הבנקים להשתמש לשם הגדלת רווחת העובדים או לשם כל מטרה אחרת, לרבות הגדלת רווחת הלקוחות. כך, למשל, יכולים היו הבנקים לבקש ליתן להם יתרונות קרטליסטיים לשם הגדלת שכרם של העובדים, למשל, בדרך של תיאום שערי ריבית או שערי עמלות, או אפילו בדרך הנוכחית של צמצום שעות השירות במהלך השבוע, מה שהיה חוסך בכוח עבודה ומאפשר להעלות את השכר לכוח העבודה המצומצם הנותר.

מה שחשוב לציין בהקשר זה הוא, כי הצגת ההסדר, ככזה שאישורו הכרחי לשם קידום רווחת העובדים, הנה הצגה לא נכונה. הטעות נובעת מכך שנוצר הרושם המוטעה כי הבנקים מבקשים לאפשר להם לסגור את הסניפים כדי לאפשר לעובדיהם שלא לעבוד ביום ו'. אך זו איננה הבקשה שבפנינו. אנו איננו מבקשים לאפשר לבנק זה או אחר לסגור את סניפיו.

לשם כך הוא לא היה זקוק, בעקרון, לאישור רשויות ההגבלים העסקיים. מה שאנו מתבקשים הוא לאפשר לכל בנק לדרוש כי בתמורה להגדלת רווחת עובדיו על-ידי סגירת סניפיו ביום ו', הוא יקבל הבטחה כי גם הבנקים האחרים יעשו כן ולא יתחרו עמו. מבחינה כלכלית, הקשר בין דרישה כזו לבין סגירת סניפים איננו שונה מכל הסדר כובל המיועד להגדיל את רווחי הבנק או להקטין את הוצאותיו כדי לקדם את רווחת עובדיו על חשבון הפגיעה בתחרות.

#### 17. הרקע העובדתי

השתלשלות הדברים, ככל שמדובר במישור יחסי העבודה, החלה בשנת 1988, אז (ביום 4.8.1988) נחתם הסכם עבודה קיבוצי בין ההסתדרות הכללית לבין לשכת התיאום של הארגונים הכלכליים, שבו סוכם על מעבר המשק לשבוע עבודה מקוצר של 5 ימי עבודה. עם זאת, חשוב לציין, כי באותו הסכם לא נקבע כי היום החופשי הנוסף יהיה יום ו' דווקא. קל וחומר שלא הוסכם כי המעבידים יסגרו את שערי מפעליהם בימי ו', או בכל יום מנוחה אחר.

כך נקבע לעניין זה בסעיף 4 בהסכם:

" מוסכם בין הצדדים כי אין במעבר ל - 5 ימי עבודה כדי להביא לקיצור ימי עבודתו של המפעל במשך השבוע והמפעל יוכל עפ"י שיקול ההנהלה לעבוד אותם ימי עבודה כפי שעבד ערב חתימת הסכם זה .

" נוכח האמור בס"ק א' מוסכם בין הצדדים כי 5 הימים בהם עובד כל עובד במשך השבוע יקבעו עפ"י סדור העבודה ועפ"י המקובל במפעל ומוסכם שלעובד או לקבוצת עובדים במפעל לא תהיה זכות ליום מסוים כיום פנוי במשך השבוע .

" כאשר צרכי העבודה מחייבים זאת רשאית ההנהלה לשנות את סידור העבודה או את המועד שנקבע כיום הפנוי לעובד ועל העובד להיענות לדרישת ההנהלה ולעבוד ביום שנקבע לו כיום הפנוי ובלבד שלאותו עובד יינתן יום פנוי אחר במידת האפשר באותו שבוע או בשבוע שלאחר מכן".

הצדדים חלוקים ביניהם בשאלה האם הסכם קיבוצי זה חל על עובדי הבנקים. לטענת הבנקים, וכפי שאנו מבינים גם לטענת העובדים, ההסכם האמור אינו חל על עובדי הבנקים. לעומתם סבור הממונה, שלאור העובדה שאיגוד הבנקים בישראל חבר בלשכת התיאום של הארגונים הכלכליים, ולאור הוראותיו של סעיף 6(1) לחוק ההסכמים הקיבוציים תשי"ז-1957, חל ההסכם הקיבוצי האמור גם על עובדי הבנקים.

בכל מקרה, אותו הסכם קיבוצי לא הוחל אותה עת על מערכת הבנקאות, והצדדים הסכימו ביניהם, כעולה ממכתב לוואי שצורף להסכם, כי "לגבי איגוד הבנקים כפוף (ההסכם) לאישור בנק ישראל בעניין ימי פתיחת הבנקים".

במהלך השנים שחלפו מאז נחתם אותו הסכם ניהלו העובדים והבנקים משא ומתן לשם הסדרת המעבר של עובדי הבנקים לשבוע עבודה מקוצר. משא ומתן זה התמשך על פני שנים ארוכות, היה שזור בהפסקות ממושכות, ולסיומו (כפוף לאישור בית הדין) לא הגיע אלא לאחרונה, וגם זאת, לא לגבי הבנקים כולם.

לא נכנס כאן לפרטי אותו המו"מ, אך נציין כי העובדים היו חלוקים ביניהם באשר ליום הסגירה הרצוי, כאשר עובדי בנק לאומי רצו לבחור ביום א' כיום החופשי, עובדי בנק הפועלים עמדו על כך שהיום החופשי יהיה יום ו', ואילו עובדי בנק דיסקונט נחלקו בדעותיהם בין יום א' ליום ו'.

בהעדר יכולת להגיע להסכמה על יום סגירה אחיד, החליטו ועדי העובדים כי כל ועד יכנס למו"מ עם הנהלתו, כאשר היום הפנוי יהיה היום אשר יוסכם בין ועד העובדים לבין הנהלה. אולם, מסתבר כי גם הנהלות הבנקים היו חלוקות בדעותיהן בעניין זה.

בסופו של דבר פנו הנהלות הבנקים, על דעת ההסתדרות, למפקח על הבנקים, על מנת שזה יכריע ביניהם על יום הסגירה הראוי. המפקח - מר אבלס - לא היה מוכן לחוות את דעתו באשר לעצם קיצור שבוע השירות, נושא המצוי להשקפתו בתחום יחסי העבודה שבין הבנקים לעובדיהם, אך הוא הסכים לתת חוות דעת מקצועית באשר לשאלה, באיזה יום מהימים, א' או ו', ראוי מבחינה מקצועית לבחור כיום הפנוי.

בחודש אפריל 1995 הודיע מר אבלס כי הוא סבור שהיום העדיף הוא יום ו'. לאור כך ביקשה ההסתדרות מהנהלות הבנקים לזרז את גיבוש הסכמי עבודה הקיבוציים המיוחדים בין כל בנק לעובדיו ולהשלימם עד לחודש נובמבר 1995.

עד לאותו מועד (11/95) חתם רק בנק אחד - בנק הפועלים - על הסכם קיבוצי שבו הוסכם על מעבר "יחידות ההנהלה הראשית והסניפים של הבנק לשבוע עבודה בן 5 ימים - בימים א'-ה' בשבוע" (סעיף 2 להסכם). עם זאת, בסעיף 5 להסכם נקבע כי "למרות האמור לעיל יהיה הבנק רשאי לקבוע ולהתאים מועדים אחרים לשעות פתיחת הסניפים לקהל לפי צרכיו, כפי שיהיו מעת לעת."

אולם, העוקץ שבהסכם, ככל שהדברים נוגעים לענייננו, מצוי בסעיף 17 להסכם על פיו הותנה המעבר "במפורש בסגירתם של כל הבנקים בימי ו'". עוד נקבע בסעיף זה, כי "הבנק יהא רשאי להביא לביטולו של הסכם זה בשל אירוע מהותי שלפי שיקול דעתו של הבנק יחייב זאת לעבודה בכל ימות השבוע, כגון מעבר אחד הבנקים באופן חד-צדדי, או כגון במקרה שבנק ישראל או משרד האוצר ביקש זאת מהבנק. במקרה כזה, יחזרו העובדים לעבודה בכל ימות השבוע ותנאי העסקתם יהיו כפי שהנם ערב חתימת הצדדים על הסכם זה". בהמשך עוד נעיר על טיבה של הוראה-התנאה זו.

בחודש אפריל '96 נחתם הסכם על המעבר לשבוע עבודה מקוצר ושבוע שירות מקוצר דומה בין בנק דיסקונט לעובדיו, ובחודש ספטמבר '96 לאחר הגשת הבקשה הנוכחית, נעשה הסכם כזה גם בבנק לאומי.

שני ההסכמים האחרונים דומים להסכם של בנק הפועלים, וגם במרכזם עומדת ההסכמה על קיצור שבוע העבודה ושבוע השירות לציבור, כאשר היום הפנוי יהא יום ו' שבו יסגרו הבנקים את סניפיהם. גם בהסכמים אלה שמרו לעצמן הנהלות הבנקים שיקול דעת להפעיל ביום ו' חלק מהמחלקות או חלק מהסניפים. שני ההסכמים מותנים בכך שהמעבר לשבוע שירות מקוצר יאושר על-ידי בית הדין להגבלים עסקיים.

שמונה בנקים נוספים הודיעו לנו כי בדעתם לאמץ את אחד ההסכמים הנוהגים בבנקים הגדולים. ארבעה-עשר בנקים אחרים הודיעו כי טרם הגיעו בעניין זה לידי הסכם עם העובדים ובנק אחד (איגוד) הודיע כי אצלו נהוגה מערכת חוזים אישיים עם העובדים.

נכון להיום הוסדר, איפוא, המעבר לשבוע שירות מקוצר על-פי הסכמים בני תוקף, החלים על חלקה הגדול של המערכת הבנקאית, תוך הסכמה על קיצור מקביל של שבוע השירות וסגירת סניפי הבנקים ביום ו'.

עם זאת, הנהלות הבנקים לא הסכימו בשום מקרה לקצר את שבוע השירות באופן עצמאי ובלתי תלוי בבנקים האחרים, וכל בנק תלה את תוקפו של ההסכם בכך שהדבר יעשה גם על-ידי הבנקים האחרים. הואיל ותיאום כזה, בהיותו הסדר כובל, אסור בלא לקבל על כך את אישור בית הדין, הותנה תוקף ההסכמים בקבלת האישור.



## רווחת העובדים כשיקול לאישור ההסדר

18. הנה כי כן, הגענו לנקודת המפגש, או לקו התפר שבין דיני ההגבלים העסקיים ויחסי עבודה. לכאורה, ועל-פי דרך הפעולה בה נקטו הנהלות הבנקים, אמורים יחסי העבודה לכפוף עצמם בפני דיני ההגבלים העסקיים, והבנקים לא יוכלו, על-אף ההסכמה העקרונית הקיימת ביניהם לבין העובדים, לבצע את המעבר לשבוע שירות מקוצר, בלא להכשיר מהלך זה בהתאם לחוק ההגבלים העסקיים.

אולם, מבחינה מהותית, טוענים המבקשים ותומך בהם הממונה, העובדה כי הרקע והעילה לעריכת ההסדר מקורם ביחסי העבודה וברווחת העובדים, צריך שתשמש שיקול מכריע התומך באישור ההסדר.

טיעון זה מבססים המבקשים והממונה על שלושה ראשים:

הראש האחד, מקורו בהוראות החוק עצמו. טענתם היא כי "הואיל והגישה הנהוגה בדיני התחרות היא בחינת מהותה הכלכלית של העסקה להבדיל מאדרתה המשפטית... (לפיכך) בבואנו לבחון האם ההסדר שלפנינו ראוי לאישור, אם לאו, עלינו להיות ערים למעמד המיוחד שהקנה חוק ההגבלים לארגוני עובדים ומעבידים בכך שהתיר לאותם ארגונים להיות צדדים להסדרים כובלים ובלבד שכל הכבילות המפורטות באותם הסדרים נוגעות להעסקתם של עובדים ולתנאי העבודה."

הראש השני מתייחס לתרומתו של ההסדר לטובת הציבור, בענייננו, ציבור עובדי הבנקים.

הראש השלישי של הטענה נוגע לתגובתם הצפויה של העובדים לסירוב בית הדין לאשר את ההסדר, ולחשש כי אלה עלולים להשבית את המערכת הבנקאית כולה תוך גרימת נזקים כבדים למערכת וללקוחות כאחד.

19. ראוי לציין בהקשר זה כי התייחסותם של המבקשים והממונה להיבטים הקשורים במעמדם ועמדתם של עובדי הבנקים כלפי ההסדר והנפקות הנובעת לה על הבקשה, עברה במהלך הדיונים מהפך של ממש. הנושא אמנם נזכר בבקשה, כמו גם בתגובתו של הממונה, אלא שאז, כל שנטען בעניין זה היה כי אחת התועלות הכרוכות בהסדר לציבור היא בתרומתו לרווחתם של עובדי הבנקים.

מאז עלה משקלו של טיעון זה, גם לבושו המשפטי שונה, עד כי הפך לנימוק המרכזי שעליו מבוססת הבקשה. מנימוק "תועלת" המשמש כחלק משיקולי טובת הציבור, עלה משקלו

ומעמדו, עד שהוכנס על-ידי מבקשים תחת כנפיו של סעיף 10(5) לחוק שעניינו באישור הסדר לשם "מניעת פגיעה חמורה בענף החשוב למשק המדינה".

ודוק, הפגיעה, הנטענת בהקשר זה, איננה קשורה לעלותו של ההסדר למשק, אלא, כדברי המבקשים, בכך ש"ארגון העובדים הודיע במפורש ובפומבי כי הוא מחזיק בידיו "פצצה מתקתקת", וכי אם ההסדר לא יאושר, הוא יפעיל את הזכויות המוקנות לו לטענתו, כדון, המערכת הבנקאית תושבת, ובענף תתחולל רעידת אדמה. לא כאן המקום להעריך את הנזק שעלול להיגרם מכך לציבור ולאוצר המדינה."

גם מר זקלר, סגן הממונה, ציין בסיכומיו כי "ייחודיותו של ההסדר ... נובעת מכך שמקורו בדרישת העובדים לשפר את תנאי עבודתם של החברים בו. לשון אחר, ההסדר הכובל שלפנינו הוא פרי דרישתם של עובדים המנצלים כוחם לצורך מיכסוס רווחתם. להבדיל מקרטלים 'רגילים', ההסדר שלפנינו מקורו בתביעות העובדים ולא ביוזמה של הפירמות". בהתייחסו לחשש מפני השבתת הבנקים ציין סגן הממונה בסיכומיו כי עילתו של ההסדר אכן נעוצה בטובתם של העובדים, אך לא פחות מכך, גם בכוחם החזק של ועדי העובדים והחשש כי בהעדר אישור ישביתו העובדים את המערכת הבנקאית, ויכפו על המערכת שבוע שירות מקוצר, עם אישורו של בית הדין או בלעדיו.

סגן הממונה הוסיף וטען כי האלטרנטיבה לדחיית הבקשה היא: "... מעבר עצמאי וחד צדדי של העובדים לשבוע עבודה מקוצר, באמצעות השבתת המערכת הבנקאית בימי ו'. כמובן, שבמקרה כזה, לא מדובר במעבר מוסדר הכולל שירותים חלופיים לשירותי יום ו'. ... למותר לציין מה תהיינה השלכותיה של שביתה כזו על המשק בכלל ועל הצרכנים הנוזקים לשירותי הבנקים בפרט."

על רקע זה הודה סגן הממונה בסיכומיו כי העילה לתמיכת הממונה באישור ההסדר נעוצה במידה רבה, אם לא מכרעת, במעמדם ודרישותיהם של ועדי העובדים. כלשונו: "ניתן לומר באופן ברור כי לולא שני הבטים אלה של ההסדר המונח בפנינו (כוחם של ארגוני העובדים לנצל את כוחם המאוחד לגיבוש הסדרים כובלים והקשיחות של עקומת ההיצע בשוק העבודה של עובדי הבנקים) לא היה מקום לאשרו."

זו הייתה, למעשה, גם עמדתו של המפקח על הבנקים, אשר הזכיר אף הוא בעדותו את מעמדם הדומיננטי של ועדי העובדים כשיקול מרכזי בתמיכתו בהסדר: "... ומה עוד שבמערכת הבנקאות כל הנושא הזה של מערכת עבודה ומעמדם של העובדים וצר לי שזה המצב, צר לי שזה המצב."

### ההסדר וסעיף 3(9) לחוק ההגבלים העסקיים

20. כפי שצינו, הראש הראשון עליו משתיתים המבקשים והממונה את טענותיהם בזכות ההסדר, ככל שאלה מבוססות על יחסי העבודה, הוא הנימוק שמבחינה מהותית, להבדיל "מאדרתו המשפטית" של ההסדר, מדובר בהסדר שעניינו בהעסקת עובדים ובתנאי עבודתם, וככזה הוא נמנה על ההסדרים שהמחוקק חפץ ביקרם, ועל כן התירם.

סעיף 3(9) לחוק ההגבלים קובע כי:

"על אף האמור בסעיף 2, לא יחשבו כהסדרים כובלים

ההסדרים הבאים:

.....

הסדר שארגון עובדים או ארגון מעבידים צד לו וכל כבילותיו נוגעות להעסקתם של עובדים ולתנאי העסקתם".

אין בפנינו טענה כי ההסדר נופל בגדר הוראת הפטור הקבועה בסעיף 3(9) לחוק. נהפוך הוא, נוכח ההוראה בהסכמים המתנה תחולת ההסכמים בסגירת שערי הבנקים האחרים ביום ו', ברור שאין בפנינו הסדר "שכל כבילותיו נוגעות להעסקתם של עובדים ולתנאי העסקתם". ב"כ הממונה אף מודה כי "קיומה של דרך חילופית לערוך את אותו הסדר כובל באופן שעשוי היה ליפול בגדרו של סעיף 3(9), אינה הופכת את ההסדר להסדר שאיננו הסדר כובל". אולם, טענת המבקשים והממונה הנה, כאמור, שההגיון החקיקתי שעליו נסמך סעיף זה ראוי שיעמוד לימין ההסדר הכובל. לאור כך, ועל יסוד ההנחה שמדובר ב"אותו הסדר", שניתן היה לערוך באופן שיוצא מתחולת החוק, הם מבקשים כי בית הדין יבחן את ההסדר מאותה נקודת ראות "חיובית" בה התייחס אליו המחוקק, ועל כן יאשרו.

טענות אלה אינן מקובלות עלינו.

20.1. ראשית, הטענה שביסוד האנלוגיה לסעיף 3(9) לחוק, על פיה מדובר "בדרך חילופית לערוך את אותו הסדר" ... מחייבת להניח כי מדובר בהסדר "אשר כל כבילותיו נוגעות להעסקת עובדים ותנאי עבודתם". הסכם המשלב בין הוראותיו כבילות הנוגעות לעניינים אחרים נוספים, לא יזכה בפטור הקבוע בהוראת הסעיף.

המבקשים והממונה לא ציינו מה היא אותה דרך חלופית בה ניתן היה לערוך את אותו ההסדר בצורה אחרת. אולם, ככל שמדובר בהסכמי עבודה שבין כל אחד

מהתאגידים הבנקאיים לעובדיו, שהיא הדרך בה נקטו המבקשים, תיאום הדדי בין-בנקאי כזה של סגירת הסניפים איננו יכול לבוא בגדר הוראת הפטור.

לשון אחר, גם אם נניח כי הוראות בהסכם העבודה הקובעות את יום ו' כיום החופשי, ואגב כך מחייבות למעשה גם את סגירת הסניפים ביום זה, הנן בגדר הוראות ה"נוגעות להעסקתם של עובדים ותנאי העבודה" (ולכך נתייחס בהמשך), גם אז, דרישת ההדדיות, על פיה יסגרו גם הבנקים האחרים את סניפיהם ביום ו', אינה יכולה לחסות בצלו של סעיף 3(9). תנאי ההדדיות הנו תנאי שאין לו דבר עם העסקת העובדים או תנאי עבודתם, וכל עניינו בשיקולים מסחריים של המעביד. העובדה שהמעביד ראה להתנות תנאי מתנאי העסקתם של עובדיו בשיקול מסחרי הקשור בהתנהגות מתחריו, ואשר נועד להבטיח לו מעמד קרטליסטי, ודאי שאינה יכולה להביא תנאי זה תחת כנפיו של סעיף 3(9) לחוק.

כך, למשל, אסר בית המשפט (בג"צ 1074/93, **בזק נגד בית הדין הארצי לעבודה**, תקדין-עליון כרך 95 (2), עמ' 1425) על עובדי בזק לשבות במחאה על החלטת הממשלה לצמצם את המונופולין המסור לבזק בדרך של חקיקה על-ידי פתיחת נושאים שונים בתחום שירותי הבזק לתחרות. בית המשפט אסר על קיום השביתה בקובעו כי העובדים אינם יכולים להפעיל את זכות השביתה כדי להתערב בביצוע שינויים במדיניות הכלכלית, לרבות נטילת המונופול מגופים שנהנו ממונופול כזה בעבר.

כך לדעתנו הדין גם לגבי הניסיון לכלול בהסכמי העבודה הוראות הנוגעות ליחסים הבין-בנקאיים, שעניינם אינו ביחסי העבודה אלא בהבטחת יתרונות קרטליסטיים למעביד.

גם הוראות נוספות שבהסדר, שעניינן בימי עסקים במערכת הבנקאית, באפיונו החדש של יום עסקים של יום ו', בסוגיית המסחר במטבע חוץ ביום ו' ועוד, אינן יכולות לבוא בגדר "תנאי העסקה" של העובדים, ולחסות, ככאלה, תחת כנפי סעיף 3(9) האמור.

20.2. שנית, יכול שתעלה בהקשר זה השאלה האם ההוראה הקובעת את יום ו' כיום הפנוי הנוסף, ואגב כך מחייבת את הבנק/המעביד לסגור את סניפיו ביום זה, היא עצמה, גם ללא תיאום בין-בנקאי, נופלת בגדרו של סעיף 3(9) לחוק ההגבלים העסקיים. אין חולק על כך שמעבר עובדי הבנקים לשבוע עבודה מקוצר הינו עניין שבתחום תנאי העסקתם של העובדים. שאלה אחרת היא האם גם נושא סגירת הבנקים, היינו שבוע שירות מקוצר, נופל בתחום זה. האם רשאי עובד במסגרת תנאי העסקתו לדרוש ממעבידו לסגור את עסקו? האם ניתן לראות בדרישה כזו שמציב ועד עובדים בפני המעסיק, משום דרישה לגיטימית שעניינה "בתנאי העסקתם" של העובדים כמשמעו של מונח זה בסעיף 3(9) לחוק?

בסיכומיהם הזכירו הצדדים פסיקה שניתנה בעניין זה בארה"ב ובאנגליה, אשר מחד, הכירה בפטור הניתן להסכמים הנוגעים לתנאי עבודה מתחולת דיני ההגבלים העסקיים, אך מאידך, התנתה פטור זה בסבירותן של דרישות העובדים. זה הוא מבחן הסבירות.

המלומד **Whishd** מזכיר מבחן זה בספרו **Competition Law (3rd. Ed., Butterworths, 1993)** בעמודים 57-58:

The activities of trade associations, trade unions" and analogous bodies may be subjected to the test of reasonableness under the restraint of trade doctrine, and this is particularly important now that the courts are prepared in some circumstances to grant remedies to third parties".

על-פי מבחן זה צריך שפעילותם של האיגודים המקצועיים תהא סבירה כדי שתזכה לחסינות מדיני ההגבלים העסקיים.

בפסק הדין המנחה בעניין זה שניתן על-ידי בית המשפט העליון בארה"ב, בעניין **Meat Cutters v. Jewel Tea, 381 U.S. 676**, נקבע כי הסדר שנחתם בין ארגון השוחטים בשיקאגו ואיגוד סיטונאי המזון באותו אזור, בו נקבע כי שעות המכירה של בשר טרי לצרכנים יהיו בין הימים ב' עד שבת בלבד ובין השעות 09:00 עד 18:00 אינו נופל בגדר האיסור על פגיעה בתחרות על-פי ה **Act Sherman** -

אגב כך קבע השופט **White** כי גם הסדר המתייחס לשעות הפתיחה של העסק יכול שיחשב כהסדר שעניינו בתנאי העבודה:

The unions argue that since night operations" would be impossible without night employment of butchers, or an impairment of the butchers' jurisdiction, or a substantial effect on the butchers' workload, the marketing-hours restriction is either little different in effect from the valid working-

hours provision that work shall stop at 6 p.m. or is necessary to protect other concerns of the union members. If the unions' factual premises are true, we think the unions could impose a restriction on night operations without violation of the Sherman Act; for then operating hours, like working hours, would constitute a subject of immediate and legitimate concern for union to members". (p. 692)

מבחן אחר שנוכר בהקשר זה בפסיקה האמריקאית הוא מבחן תום הלב. כך, למשל, בעניין Detroit Auto Dealers Association הנוכר לעיל, נדחתה הטענה לפטור מתחולת דיני ההגבלים העסקיים של הסכם שעל פיו הגיעו המעבידים להסדר שנועד לצמצם את התחרות ביניהם, הואיל וההסכם לא נעשה בתום לב והוא לא נועד להגדיל את רווחת העובדים. המבחן, כך קבע בית המשפט באותו עניין, הנו :

Was this done by Detroit Car Dealers after or" through a process of bona fide, arm's length dealing with car sales persons and their representatives, as was found to be the situation in Jewel Tea? Or is the situation in our case like that described in Jewel Tea as "not exempt from the Sherman Act... an effort by the unions [or associations of dealers] to protect one group of employers from competition by another".

כך גם נקבע בעניין Macky v. National Football League, 543 F.2d, בעמוד 464:

Finally, the policy favoring collective bargaining" is furthered to the degree necessary to override the antitrust laws only where the agreement sought to be exempted is the product of bona fide arm's length bargaining". (p. 614)

דומה שאין קושי בהחלת מבחן תום הלב על סעיף 93(9) לחוק. הממונה תומך בסיכומיו גם בהחלת מבחן הסבירות על סעיף זה. ואולם, יישומו של מבחן זה מחייב הכרעה כמותית ומתיחת קווי-גבול, העלולים להתגלות כבעייתיים. הממונה עצמו נתקל בקושי זה בבואו לערוך הבחנה בין הדרישה לסגירת הסניפים בימי ו' שהיא, לשיטתו, דרישה העומדת במבחן הסבירות, על אף העובדה כי היא מביאה להשבתת כל המערכת הבנקאית ביום זה, לבין דרישה זו, כאשר מצטרפת אליה הדרישה הנוספת שלא להאריך את שעות השירות ביום ה', שאז היא חורגת לדעתו ממבחן הסבירות. ברור שאבחנה כזו קשה לביצוע.

בנסיבות העניין, בהתחשב בכך שאין חולק על כך שסעיף 93(9) ממילא אינו חל במקרה זה, איננו רואים צורך להכריע במסגרת זו בשאלת תחולתו של מבחן הסבירות על סעיף 93(9). לצורך הדיון הנוכחי, ומבלי להביע דעה בעניין זה, נצא איפוא מההנחה כי קביעתו של יום ו' כיום המנוחה השבועי, היא כשלעצמה, ובלא שוליות אליה התנית ההדדיות, יכולה הייתה ליפול בגדרו של סעיף 93(9).

20.3. שלישית, וזה אולי הטעם העיקרי בשלו אין לקבל את הטענות בדבר הזהות המהותית שבין ההסדר דכאן לבין הסדרים אחרים הפטורים מכוח סעיף 93(9) לחוק, מקורו בכך שדמיון כזה, אם הוא קיים (ואפילו נניח שיש בקיומו כדי להחיל על ההסדר את הרציונל של סעיף 93(9) למרות שאין הוא נופל בגדרו של סעיף זה, מסקנה שאינה מקובלת עלינו), מחייב לדעתנו דווקא את המסקנה ההפוכה - שאין לאשר (בכפוף למגבלות שזכרו לעיל) את ההסדר. מלשונן של סעיף 93(9) לחוק ההגבלים עולה כי המחוקק ביקש להוציא הסכמים, שכל עניינם בתנאי העסקה של עובדים, מתחולתו של חוק ההגבלים. המחוקק לא פירט את הטעמים שביסוד אותה קביעה, ויכול שהיו לכך טעמים רבים. יתכן שהמחוקק לא רצה לפגוע בזכות ההתאגדות והפעילות המשותפת של ארגוני עובדים ומעבידים, או לגרוע מכוחם. ייתכן גם, שהמחוקק היה סבור כי תחום מיוחד ורגיש זה של יחסי עבודה, אינו ראוי שיוסדר (ולו חלקית) על-ידי מערך הפיקוח על ההגבלים העסקיים.

אין אנו קובעים עמדה בעניין זה. ואולם, יהיו נימוקיו של המחוקק לשלילת תחולת החוק על הסכמי עבודה אשר יהיו, דבר אחד ברור: אישור ההסדר, אפילו היה כל ענינו של זה היה ב"תנאי העסקתם" של עובדי הבנקים, ואפילו היה בכך כדי להחיל עליו את הגיונו של סעיף 93(9) לחוק, היה משיג בדיוק את המטרה ההפוכה מזו שאליה כיוון המחוקק. אישור ההסדר, לא זו בלבד שלא היה מוציא את ההסדר מתחולתו של החוק, אלא שהיה מכפיף הסכם שבמהותו, על-פי טענת הממונה והמבקשים, אינו ראוי ליפול בגדרו, למערך ההגבלים העסקיים, תוצאה הסותרת את כוונת המחוקק. גם על רקע זה ניתן לאבחן את הפסיקה האמריקאית שהובאה בפנינו, שעל פיה טענו המבקשים כי בתי המשפט בארצות הברית פטרו הסכמי עבודה מתחולת חוקי

ההגבלים העסקיים. כאן, כאמור, אין אנו מתבקשים לפטור את ההסכם מתחולתו של החוק, אלא להחיל עליו את החוק תוך אישורו בתנאים.

20.4. רביעית, אותה "אדרת" משפטית שונה, כלשונו של הממונה, שבה היה ניתן להכניס את ההסדר תחת כנפי סעיף 3(9), אם קיימת כזו, ודאי שלא נעלמה מעיני המבקשים ויועציהם המשפטיים. אף-על-פי כן בחרו שלא להשתמש בה, מסיבות השמורות עימם.

תהיינה הסיבות לדבר אשר תהיינה, משבחרו המבקשים שלא לפסוע בנתיב שלטענתם סלל בפניהם המחוקק, איננו סבורים שעלינו להקנות להם יתרונות עליהם בחרו לוותר במודע, ומה גם שלא ניתן לנו כל הסבר מדוע לא ננקטה אותה דרך חלופית, שלטענת המבקשים והממונה יכולה הייתה אולי להביא את המבקשים למטרתם, בלא לבקש מאתנו לאשר הסדר כה בעייתי מבחינת דיני ההגבלים העסקיים.

20.5. חמישית, יש לזכור כי עניין לנו בחריג שנועד להסיר את תחולת החוק מעל הסדרים שבמהותם הנם הסדרים המגבילים את התחרות, וככאלה פוגעים בטובת הציבור. לפיכך, יש לפרש חריג זה בצמצום. מתן פירוש מרחיב להוראת סעיף 3(9), (קל וחומר החלתו כרוחו גם במקום שאין הוא חלו כלשונו, עלול לעודד את עקיפת החוק ולאפשר עשיית הסדרים כובלים במסווה של הסדרים בתחום יחסי העבודה, שהרי ניתן לתת להסדרים כובלים רבים מעטה של הסכם שעניינו ביחסי עובדים-מעבידים.

גם על רקע זה ניתן לאבחן את אותה פסיקה אמריקנית שהזכרנו לעיל, המבוססת בעיקרה על פטור לא סטטוטורי ("nonstatutory exemption") שנקבע על רקע תחולתו המצומצמת של הפטור שנקבע בסעיפים 6 ו-20 ל-Clayton Act. -בעניינו קיים פטור סטטוטורי מפורש, ואין אנו נזקקים, לשיטתנו, לאימוץ פטור נוסף יציר הפסיקה.

21. הראש השני שביסוד הטעון מתייחס לרווחתם של עובדי הבנקים. לנושא זה נתייחס בהמשך.

### הטענה בדבר החשש מהשבתת הבנקים כשיקול לאישור ההסדר

22. הראש השלישי, ובמידה רבה העיקרי, שביסוד הטעון לפיו יש להקנות משקל יתר לעניינם ועמדתם של עובדי הבנקים כלפי ההסדר, הוא החשש מהשבתת הבנקים ומהנזק שייגרם למערכת הבנקאית וציבור הלקוחות עקב כך. על-פי טענה זו, במקרה של דחיית הבקשה קיים חשש כי עובדי הבנקים ישביתו את סניפי הבנקים, ובדרך זו יכפו את סגירת הסניפים



בימי ו'. התוצאה, במקרה כזה, תהא לפי החשש זהה למצב שיווצר עקב הנהגת ההסדר, אלא שהמעבר לשבוע השירות המקוצר יבוצע בדרך זו בצורה בלתי מבוקרת, תוך גרימת נזקים כבדים למערכת הבנקאית ולציבור, וסופו שלא ישיג גם את אותם הישגים הכרוכים בהסדר, במיוחד הארכת השירות בימי ה'.

גם טיעון זה איננו מקובל עלינו.

22.1. לצורך הדיון אנו מניחים כי שביתה כזו, אם תפרוץ, תהא שביתה חוקית, שהרי אין להניח כי הממונה ממליץ לאשר הסדר כובל על יסוד החשש מביצוע עבירה. נעיר עם זאת, כי בנייר העמדה שהגיש לנו הממונה לאחר ההכרזה על השבתת סניפי הבנקים בימי ו', הוא טען כי השבתה כזו, יש בה משום עבירת סיוע לעשיית הסדר כובל. בכל מקרה, אנו לא נדון בכך, שכן נושא זה, בשלב זה, הנו נושא תיאורטי שאיננו עומד בפנינו. איש מהצדדים גם לא טען לעניין זה בסיכומיו.

22.2. בכל מקרה, גם אילו היינו מניחים כי מדובר בשביתה חוקית, ועם כל ההבנה לעניינם של העובדים, אין אנו מוכנים לקבל את איום ההשבתה כנימוק לאישור ההסדר הכובל. לא יעלה על הדעת שבית הדין יאשר הסדרים כובלים שאינם לתועלת הציבור, רק בשל החשש לתגובה מצדם של בעלי אינטרסים שונים, למקרה שההסדר לא יאושר. לא ייתכן גם שהשיקול לגבי אישור הסדרים כובלים שמעורבים בהם עובדים, ייגזר או יושפע בהתאם לחוזקו של ועד עובדים זה או אחר. שיקול זה אילו הובא בחשבון היה מתמקד בשיקולי תועלתיות לטווח הקצר, בסיטואציה נקודתית בלבד, וזאת על חשבון ההשפעה ההרסנית וארוכת הטווח אשר תהא לקבלת טיעון מסוג זה על נושא ההגנה על התחרות.

באמור לעיל אין משום זלזול או כפירה בעניינם של ועדי העובדים להבטיח את רווחתם של חבריהם, אך טובת העובדים תישקל לגופה, בלא שיינתן במסגרת זו משקל לאיזון השבתה כבסיס לאישור הבקשה או לדחייתה. נעיר בשולי הדברים, כי נציג העובדים מר שמע, העלה בפנינו את מצוקת עובדי הבנקים המבקשים לעבור לשבוע עבודה בן 5 ימים, מצוקה עמה אנו מסכימים בהחלט, אך נמנע מלנקוט בבית הדין בעמדות מסוג זה המיוחסות לעובדים בחלק מהטיעונים שהובאו בפנינו.

22.3. ואולם, השאלה העיקרית בהקשר זה איננה כרוכה בדרכים בהם ימצאו העובדים לנהל את המשך מאבקם למימוש המעבר לשבוע עבודה מקוצר, אלא בתוצאתו של מאבק זה. השאלה העניינית במקרה כזה הנה, מה יהא סופו של התהליך, והאם זה יצמיח תוצאה טובה יותר מזו לה ניתן לצפות בעקבות אישור ההסדר הכובל.

לענייננו, עולה השאלה - אותה אנו מעלים כהיפותזה בלבד, נוכח המרכזיות שקיבלה בסיכומי הבנקים והממונה - מה יקרה אם יסתבר כי עובדי בנק זה או אחר, יעמדו בסירובם לעבוד בימי ו' (בהנחה שסירוב כזה הינו סירוב לגיטימי מבחינת דיני העבודה ודיני ההגבלים העסקיים), ואם, לצורך היפותזה זו, לא יעלה בידי הבנק לשכנעם לעשות כן. אם ייווצר מצב דברים כזה, שבו יסרבו עובדי בנק זה או אחר לעבוד בימי ו', ולצורך העניין אנו מניחים כי מדובר יהיה בסירוב אמיתי המבוסס על שיקולי העובדים באותו הבנק, שלא ינבע מרצון לשרת את מטרות הנהלת אותו בנק, משמעות הדבר תהא כי אותו בנק יעמוד, לכאורה, במצב שבו אין ביכולתו לתת לקהל לקוחותיו את השירותים הבנקאיים בימי ו' כפי שעשה עד כה, אולי גם לא במחיר תוספת העלויות הכרוכה בכך, לטענת המבקשים. באשר למקרה כזה, המועלה כאן כאמור בבחינת היפותזה בלבד, טענת מצדדי ההסדר הנה, כאמור, שסופו של התהליך באותה תוצאה שנושא בכנפיו ההסדר, היינו, בסגירת סניפים בימי ו', אלא שלשיטתם הדרך שתוארה לעיל כהיפותזה לכאורה פחות רצויה, שכן אילו באה לעולם, היתה היא כרוכה בנזקים למערכת הבנקאות ולקהל הלקוחות, והיו מוחמצים אותם יתרונות שניתן להשיג באמצעות ההסדר, במיוחד הארכת שעות השירות בימי ה'.

איננו סבורים כי טיעון זה מצדיק את אישור ההסדר, וזאת מהטעמים הבאים :

22.3.1. ראשית, נציין כי תוצאה/טענה זו איננה עומדת בקנה אחד עם הנחת היסוד שבשלה התבקשנו לאשר את הסדר, הלוא היא ההנחה כי ללא הסדר לא יהא מנוס מלפני הבנקים אלא להמשיך ולפתוח את סניפיהם בימי ו', דבר שיהא כרוך בהוצאות גבוהות. על רקע זה, ההסדר שאישורו התבקש נועד לאפשר לבנקים להביא לסגירת הסניפים, סגירה שלא ניתן היה לבצעה, על-פי הנטען, בלעדיו. הטענה הנוכחית מבוססת על הנחה שונה מן היסוד. אילו היתה הנחת המוצא כי גם ללא הסדר היו נסגרים הסניפים, כי אז העילה העיקרית לאישור ההסדר, לפחות כפי שהוצגה בבקשה, לא היתה קיימת עוד. בנסיבות אלה לא היינו רואים כלל מה הצורך בהסדר. איננו סבורים כי יש לאשר הסדר כובל רק כדי להביא (אם כי בהוצאה פחותה) לאותו מצב שיווצר גם ללא הסדר. אפילו היינו סבורים כי התהליך יהא כרוך בשביתה, לא היה בכך כדי לשנות. שביתות המביאות לתוצאות בלתי רצויות למשק הן, למרבה הצער, חזון נפרץ, ואין כל הצדקה לאשר הסדר כובל שהוא שלילי מיסודו, רק כדי למנוע את תוצאה שהיתה מושגת ממילא גם ללא ההסדר הכובל.

22.3.2. שנית, התאגידים הבנקאיים לא טענו אף פעם, גם לא בסיכומיהם, כי לאור ההתנגדות הצפויה של העובדים לא יהא בכוחם ליתן לציבור את השירותים

הבנקאיים ביום ו', שהיא ההנחה העומדת ביסוד הטיעון הנוכחי. גם כיום אין הם מעלים טענה זו באופן מפורש בסיכומיהם. גם העובדים, ככל הידוע מההיסטוריה של המגעים שהתנהלו בין הצדדים במשך שנים ארוכות, נקטו עמדה אחראית - ומבורכת - בעניין, ולא הזדרזו להשבית את המערכת. זאת ועוד, העובדים גם אינם מאוחדים בדעתם בנושא זה. עובדה היא, כי מבין שלושת הבנקים הגדולים, רק עובדי בנק הפועלים בקשו לקבוע את יום ו' כיום החופשי, כאשר עובדי בנק לאומי העדיפו את יום א' ואילו עובדי בנק דיסקונט נחלקו בהעדפתם בין יום א' לבין יום ו'.

חשיבות רבה יש לייחס גם לכך שמצב כזה, שבו חלק מהעובדים, ככל הנראה רובם, עושים את היום החופשי הנוסף ביום ו', ואילו חלקם עובדים ביום זה ומקבלים יום חופשי אחר במהלך השבוע, אופייני למגזרים חיוניים רבים כמו מערכת ההוראה, מערכת השירותים הרפואיים, מערכת התחבורה, חברת החשמל ועוד. לא שמענו, גם לא ממר שמע שהעיד כי איננו מכיר את המצב בענפי משק אלה, כי אותם עובדים מתקשים להתמודד עם מצב זה, או שיש בו כדי לפגוע משמעותית ברווחתם.

בנוסף, עובדה היא כי הנהלות הבנקים דאגו לכלול במסגרת ההסכמים הוראות המאפשרות לבנקים גמישות רבה ביותר בכל הנוגע להעסקת העובדים בימי שישי, ואפילו, במידת הצורך, להחזיר את המצב לקדמותו, ועובדה היא כי העובדים השלימו עם הכללתם של סעיפים אלה בהסכמים.

כך למשל קובע סעיף 4.2.5. להסכם העבודה החדש של עובדי בנק לאומי:

"במידה והבנק יחליט כי הבנק, כולו או חלקו, לרבות סניפים מסוימים ו/או מחלקות מסוימות בסניפים מסוימים, יעבור לפעול במתכונת של ששה ימים בשבוע, יישאר שבוע העבודה בן חמישה ימים, אולם הבנק יקבע לעובדים, מתוך התחשבות, ככל הניתן, בנסיבותיו האישיות של כל עובד, ימים חופשיים שיתפרסו על פני כל אחד מימות השבוע, כך שכל עובד יעבוד חמישה ימים, אולם היום החופשי שלו לא יהיה דווקא ביום ו' או דווקא ביום א', וכך שהיחידה/סניף יוכלו לפעול ששה ימים בשבוע".

הוראות דומות מצאנו, כאמור, גם בהסכמי העבודה של בנק הפועלים ובנק דיסקונט. הסכמים אלה מותירים לבנקים מרחב גדול של גמישות תפעולית.

22.3.3. שלישית, המועצה לצרכנות טענה כי בעקבות דחיית ההסדר יש לצפות כי כל בנק ינהל מו"מ נפרד ועצמאי עם עובדיו, וינסה להגיע לפתרון המועדף בעיניו (כמובן בכפוף לכללים החלים במערכת הבנקאית).

בעיקרון, תרחיש זה אכן נראה כסביר. משמעות הדבר היא כי עובדי כל בנק והנהלתו יצטרכו לבוא בדברים לגיבוש הסכמים אחרים, שיסדירו לגבי כל בנק את המעבר לשבוע עבודה מקוצר. בשלב זה לא ידוע אם הסכמים אלה, אשר יתגבשו בעתיד, יכללו גם את התנאי של קיצור שבוע השירות. מכל מקום, גם אם ייכלל תנאי זה של קיצור שבוע השירות (להבדיל מקיצור שבוע העבודה) באותם הסכמים או חלקם, ברור שלא ניתן יהא עוד להתנות - במפורש, מכללא, בדרך אגב או בהסכמה שבשתיקה - את מימושו בהתנהגותם של בנקים אחרים, ועל כל בנק יהא לקבל בעניין זה החלטה עצמאית.

עם זאת, יש להעיר כי אפשרות כזו, של סגירה עצמאית נפרדת, המשוחררת מכל תיאום, עשויה לעורר כיום קושי, שהרי תיאום עמדות בין הבנקים - אמנם תיאום שניתן לו היתר - כבר נעשה.

אולם, עצם העובדה כי נעשה הסדר כובל על דרך של תיאום שלא עלה יפה, אין משמעה כי מכאן ואילך לא יוכל אף בנק שהיה צד לאותו תיאום, באף שלב ובשום נסיבות, לסגור את סניפיו בימי ו'. לפיכך, דחיית הבקשה אין משמעה בהכרח כי בנק שירצה בכך לא יוכל, בנסיבות מתאימות שתיווצרנה בעתיד, לקבל החלטה עצמאית שאיננה בגדר הסדר כובל, על המעבר לשבוע שירות מקוצר. גם המתנגדים אינם טוענים אחרת.

בנוסף, גם אם תאמר - כגישת הממונה, ואין אנו נוקטים כאן עמדה בעניין זה - כי אפילו החלטה עצמאית של בנק לסגור את סניפיו ביום ו' היא בבחינת הסדר כובל נוכח התיאום שהיה בין הבנקים, הרי גם אם לא יפוג טעמו של אותו תיאום, וגם אם תתקבל על-ידי בנק באופן נפרד ועצמאי החלטה לסגור את סניפיו (בכפוף להוראות דיני הבנקאות), גם אז אפשר כי כבילותיו של הסדר כזה תהיינה חמורות פחות ופגיעתו בתחרות קשה פחות מההסדר הנוכחי, מה שעשוי להצדיק את אישורו בידי בית הדין, או מתן פטור מאישור כזה על-ידי הממונה, הכל לפי הנסיבות שתסרורנה באותה עת.

מובן שאין בדעתנו להיכנס בהליך זה לשאלה באילו נסיבות ישוחרר הסדר חדש כזה, אם ייעשה, מ"כבילותו" של ההסדר הנוכחי עד שיוכל להיחשב כהסדר שאינו

הסדר כובל, או באילו נסיבות ניתן יהא לאשר הסדר כזה, גם אם הוא יוסיף ויחשב כהסדר כובל.

### מאזן התועלות והנזקים - כללי

23. הגענו לכלל מסקנה כי טיעוני הבנקים בתימוכין לבקשתם לוקים בקשיים עקרוניים רבים, ואפשר שדי היה באלה כדי להביא לדחיית הבקשה. עם זאת, לא נפטור עצמנו מלבחון, בנסיבות העניין, גם את הפן הכמותי של מאזן התועלות והנזקים הכרוך באישורו של ההסדר הכובל או בדחייתו, כמתחייב מהוראת סעיפים 9 ו-10 לחוק.

המבקשים והממונה מונים בהסדר בעיקר את התועלות הבאות:

- א. רווחת עובדי הבנקים
  - ב. חשש מתגובת עובדי הבנקים שתגרום לפגיעה במערכת הבנקאית ובציבור הלקוחות.
  - ג. חסכון בעלויות.
  - ד. ייעול - באמצעות מניעת פגיעה במערכת הסליקה והרחבת השימוש בתחליפים לשירות הפרונטלי.
- הנזקים הכרוכים בהסדר מתמצים בפגיעה האפשרית בציבור הלקוחות, במובנה הרחב.

לחשש מפני תגובת עובדי הבנקים, לנושא הייעול, ובאופן חלקי גם לנושא החסכון בהוצאות התייחסנו כבר לעיל. נדון עתה בשאר פריטי מאזן התועלות והנזקים הכרוך באישור ההסדר.

### הנחת המוצא לבחינת מאזן התועלות - פתיחת סניפי הבנקים בימי ו' או סגירתם, ו-"דילמת האסיר"

24. בחינת התועלת שבהסדר אל מול הנזק הכרוך בו צריך שתיעשה על בסיס השוואה בין שני מצבים: המצב הקיים או שיתקיים בלא הסדר, אל מול המצב שייווצר בעקבות הפעלת ההסדר.

בדרך כלל הבעיה בהשוואה כזו היא לצפות את המצב שייווצר בעקבות הנהגת ההסדר, שכן ההנחה היא שבהעדר הסדר יישאר המצב הנוכחי על כנו. לא כן המצב במקרה שלפנינו. כאן, לאור העובדה כי יש להניח שעובדי הבנקים יעברו לשבוע עבודה מקוצר של חמישה ימי עבודה, וכי למעבר זה תהא השלכה על המערכת הבנקאית, ברור כי המצב שהיה איננו המצב שיהיה. לאור כך, הבעיה במקרה זה היא אי-הוודאות הכפולה, המחייבת לצפות הן את המצב שייווצר בעקבות אישור ההסדר והן את המצב שייווצר בהעדרו.

25. לכאורה, היינו סבורים כי ראוי היה שהמערכת הבנקאית תתאים את עצמה למעבר לשבוע עבודה מקוצר, ככל האפשר ללא התערבות חיצונית (מעבר לזו המתחייבת מכוח דיני הבנקאות), ואף ללא הסדר מתואם כדוגמת זה המובא לאישורנו.

המעבר מששה ימי עבודה לחמשה ימי עבודה הוא שינוי חברתי-כלכלי, שהמשק הישראלי חווה בהדרגה. המעבר לשבוע עבודה בן חמשה ימים, להבדיל ממספר הימים בו פתוחה המערכת לשירות הציבור, הוא נתון שיש בו כדי להשפיע על מבנה עלויות ייצור מוצרים ומתן שירותים בכל מגזר ומגזר. קשת נרחבת מאד של שינויים - במובן החברתי, הטכנולוגי, הפוליטי או כל מובן אחר - משפיעה כל העת על הסביבה העסקית, ומשנה אותה. טיבו של שוק תחרותי, שהפירמות הפועלות בו מתאימות עצמן לשינויים אלה, ופועלות להשאת יעילותן נכחם. התאמה כזאת, יכול שתאריך פרק זמן, ויכול אף שתהא כרוכה בעלויות, אך היא תבוא. בהעדר נסיבות חריגות - דוגמת כשל שוק מתמשך - השינוי שיבוא מאליו יהיה, ככלל, טוב יותר ויעיל יותר, ומותאם יותר לנסיבות הזמן והמקום, מכל התערבות א-פריורי של רשות רגולטורית או שיפוטית, ומכל הסדר כובל מתואם הפוגע בתחרות כדוגמת ההסדר שלפנינו.

26. אמנם, אין חולק כי המעבר לשבוע עבודה מקוצר אינו פשוט, והוא כרוך בעלויות שונות, בפרט עלות העסקת העובדים במערכת שתפתח, אולי, באופן מלא או חלקי, את שעריה 6 ימים בשבוע על אף העובדה ששבוע העבודה של עובדיה יעמוד על 5 ימים. חלק מעלויות אלה הכרחי, אם קם הרצון להמשיך ולספק שירות גם ביום ו', שקודם לכן היה יום עסקים והפך ליום של מנוחה. על פני הדברים אין מצבם של הבנקים שונה בעניין זה ממצבם של ספקי שירות אחרים הנחשפים לאותו שינוי חברתי-כלכלי שהבנקים חווים עתה. לכאורה, כך ניתן היה לחשוב, יעברו העובדים לשבוע עבודה בין 5 ימים, בכל בנק בהסדר בינם לבין הנהלת הבנק, אשר תשקול שיקולים מסחריים בתנאי תחרות ותגיע למסקנה שהיא, לשיטתה, הטובה ביותר. ואולם, השקפה זו איננה מקובלת על הבנקים-המבקשים, הסבורים כי בהעדר הסדר חייבים יהיו כל הבנקים להשאיר את סניפיהם פתוחים בימי ו'. בנסיבות אלה, לשיטתם, משמעות אי-אישור ההסדר תהא, בהכרח, הנצחת מצב בו כל הבנקים פותחים את שערי כל סניפיהם, ומכאן תצמחנה, לשיטתם, העלויות הגבוהות, העשויות להיחסך למערכת ולציבור אם יאושר ההסדר.

27. את הבסיס הכלכלי-תיאורטי לטעון זה השתיתו הבנקים על חוות דעתו של פרופ' דן גבעולי.

לשיטתו של פרופ' גבעולי, אם יידחה ההסדר הכובל יגיע כל בנק, בנסיבות שיווצרו ובאופן עצמאי, לכלל החלטה להשאיר את כל סניפיו פתוחים, חרף העלות הניכרת הכרוכה בכך - והכל לא בשל הצורך בשירותי בנקאות ביום זה, גם לא בגין חשיבותו ללקוחות, אלא בשל תיזה

המבוססת על עקרון "דילמת אסיר" - מצב המשקף כשל בקבלת החלטות, שבו כל בנק פועל בנפרד באופן רציונלי, אך התוצאה הכוללת של ההחלטות האינדיווידואליות אינה אופטימלית.

מהי "דילמת אסיר"? זהו מונח השאול מתורת המשחקים, ואשר בא, בהקשר שלנו, לשקף מצב כלכלי חריג ולא רצוי. ככלל, בשוק משוכלל, מביאה פעולה רציונלית של פרטים לתוצאה מצרפית יעילה. כל פרט מחליט עבור עצמו, באופן רציונלי, והתוצאה המצרפית הכללית נחשבת "יעילה". לא כך, לטענת המבקשים, בהתקיים נסיבותיה של "דילמת אסיר", שאז החלטה רציונלית של פרטים (בענייננו - כל בנק בנפרד) מביאה לתוצאה מצרפית שאינה היעילה ביותר. כך, במקרה כזה, למרות שכל פרט מקבל החלטה הגיונית ונכונה מבחינתו, התוצאה לפרטים כולם אינה אופטימלית. בהתקיים מצב כזה, ניתן לטענתו של פרופ' גבעולי, בנסיבות מסוימות, להצדיק נכחו התערבות בפעילותו של השוק כדי למנוע את התוצאה הבלתי יעילה של פעולתו.

יישום התיזה של דילמת האסיר מבוססת, במקרה זה שבפנינו, על מספר הנחות:

הנחת היסוד הנה כי המצב הבסיסי בו מקבלים הבנקים את החלטותיהם אם לפתוח את סניפיהם אם לאו, הוא מצב של העדר וודאות, שבו אף בנק אינו יודע אל נכון כיצד יגיב הבנק המתחרה למהלכים שייעשו על ידו, בכלל זה המהלך של סגירת הסניפים בימי ו'.

הנחה נוספת עליה מבוסס המודל היא שסגירת הסניפים תביא לידי כך שכ - 24% מהלקוחות ינטשו כל בנק אשר יסגור סניפיו בימי ו', ויעבירו את עסקיהם לבנקים אחרים שישאירו את סניפיהם פתוחים באותו היום. הנחה זו מבוססת על סקר שנערך על-ידי המועצה לצרכנות. למידת תקפותו של סקר זה נתייחס בהמשך.

עוד מבוסס הניתוח האמור על מסקנות חוות הדעת של פרופ' גבעולי, על פיהן אם יקוצר שבוע העבודה, אך שבוע השירות ימשיך לעמוד על 6 ימים בשבוע, יביא הדבר להגדלת הוצאות התפעול של הבנקים בסכום של כ - 700 מיליון ש"ח למערכת כולה. נעיר, כי על-פי חישוב שנעשה על-ידי מחלקת המחקר של בנק ישראל עומד הגידול בעלויות במצב זה על סכום של כ - 420 מיליון ש"ח לשנה "בלבד". לשיטת המועצה לצרכנות הסכומים הרלוונטיים נמוכים בהרבה.

גידול זה של 700 מיליון שקל, משמעו, על-פי חוות הדעת, העלאה של כ 20% בהוצאות התפעול של הבנקים. תוספת עלות זו שקולה, להערכת פרופ' גבעולי, לריווח הנובע מכ - 9.5% ממחזור העסקים של הבנקים.

וזה מהלך קבלת ההחלטות, על-פי אותו מודל: כאשר בנק עומד בפני השאלה האם לסגור את סניפיו ביום ו', טוען פרופ' גבעולי, הוא ניצב בפני השאלה הבאה: האם התועלת שתגרום לבנק מסגירת שעריו ביום ו' (מניעת גידול בהוצאות בשיעור נתון), תעלה על הנזק שייגרם לבנק אם שעריו ייסגרו ביום ו' בעת ששעריו של בנק אחר יוותרו באותו יום פתוחים לקהל (אבדן הכנסות לטובת הבנק הפותח שעריו ביום ו', בגין מעבר לקוחות בין הבנקים, ועל רקע הקושי לרכוש לקוחות חדשים במערכת הבנקאית).

ההנחה שביסוד הניתוח היא כי כל בנק, שעה שהוא בא לקבל החלטתו האם לסגור סניפיו או להשאירם פתוחים, יודע כי פתיחת הסניפים ביום ו' תביא לגידול בהוצאותיו בשיעור הנזכר לעיל של כ - 20%. עלות זו שקולה, כאמור, וגם זה ידוע לבנק, לרווח הנובע מכ-9.5% ממחזור העסקים של הבנק.

בהנחה כי בשוק פועלים שני בנקים שאינם מתאמים את מהלכיהם, קיימות שלוש אפשרויות: שני הבנקים יסגרו את שעריהם, שני הבנקים יישארו פתוחים, ובנק אחד ייסגר והשני ייפתח. התוצאה הרצויה, מבחינת הבנקים, היא ששני הבנקים יסגרו את סניפיהם. במצב זה חוסכים שני הבנקים בעלויות ניכרות, בלא לאבד לקוחות. התוצאה הגרועה ביותר מבחינת הבנקים היא כי שניהם יותירו את שעריהם פתוחים. במצב כזה שני הבנקים נחשפים לעלויות ניכרות בלא שיתלווה להם, לפי גישה זו, שיפור עסקי. תוצאת ביניים היא שבנק אחד יפתח שעריו והשני יסגור אותם, שאז בנק אחד ייחשף לעלויות, אולם ייחנה ממעבר לקוחות לשורותיו מבין לקוחותיו המאוכזבים של הבנק האחר. הבנק האחר - שיסגור את שעריו - יסבול מאובדן לקוחות אך יחסוך בהוצאות.

במצב של חוסר ודאות לגבי מהלכיו של הבנק המתחרה, על הבנק השוקל את צעדיו (נכנה אותו "בנק פלוני") לקבל את החלטתו בהתחשב בקשת האפשרויות הקיימת לגבי התנהגותו הצפויה של הבנק המתחרה. במקרה זה קיימות שתי אפשרויות: האפשרות האחת היא שהבנק המתחרה יפתח את שעריו ביום ו', והשניה - כי הבנק המתחרה יסגור את סניפיו ביום זה. במקרה הראשון, המבוסס על ההנחה כי הבנק המתחרה יפתח את סניפיו, יודע בנק פלוני כי אם יסגור את סניפיו ביום ו', והבנק האחר יותיר את סניפיו פתוחים באותו יום, יחסוך אמנם בנק פלוני בהוצאות ניכרות (בהימנעו מהגדלת הוצאותיו בשיעור של 20% עקב הותרת הסניפים פתוחים), אולם הוא יאבד עקב כך כ-24% מלקוחותיו, לטובת הבנק האחר שהותיר את סניפיו פתוחים. משמע, היקף עסקיו של הבנק הסוגר את סניפיו יקטן ב - 24%, בהנחה כי הלקוחות הנוטשים משקפים שיעור כזה בהיקף עסקי הבנק. כזכור, ההנחה היא כי עלות פתיחת הסניפים שקולה לרווח הנובע ממחזור עסקים של 9.5% בלבד. משמע, לפי הטענה, הנזק הכרוך בסגירה עולה על החסכון הנגזר מכך. הבנק יחליט לכן, שלא לסגור את שעריו לציבור ביום ו'.



אם הבנק המתחרה יסגור את סניפיו ביום ו', הותרת הסניפים פתוחים תגרום לבנק פלוני אמנם להוצאה נוספת של כ - 20%, אך הוא יפוצה על כך (ויותר) עקב מעבר הלקוחות מהבנק המתחרה שסגר את שעריו (אגב, שיקול זה נכון רק בהתקיים יחס מסוים בין מאפייני הפעילות המסחרית של אותם בנקים). הואיל ושיקול הרווח וההפסד ייעשה בידי כל בנק בנפרד, יביא הדבר לכך שכל הבנקים, אם ייאלצו לקבל את החלטתם ללא תיאום, יחליטו להשאיר את סניפיהם פתוחים.

התוצאה הסופית תהא שכל הבנקים יישארו פתוחים, למרות שבאופן מצרפי זו האסטרטגיה הגרועה ביותר - היינו היקרה ביותר - עבור כל הבנקים. כך, לשיטתו של פרופ' גבעולי, כל בנק יפעל באופן רציונלי ויחליט להותיר את שעריו פתוחים ביום ו', אך התוצאה המצרפית לבנקים כולם אינה יעילה.

28. על בסיס הנחת מוצא זו, ממשיך פרופ' גבעולי ומנתח את התוצאות הכלכליות, הן לציבור והן לבנקים, שתצמחנה מהתרחיש האמור. התוצאה האמורה של הותרת כל סניפי הבנקים פתוחים בימי ו' היא, לדעת פרופ' גבעולי, התוצאה הגרועה ביותר, הן עבור הבנקים והן עבור ציבור הלקוחות. במקרה כזה יתייקר השירות הבנקאי באופן משמעותי. הייקור יהיה גדול עוד יותר נוכח העדר הגמישות בשוק העבודה בענף הבנקאות, אשר יביא לגידול בעלות העבודה והטלת מגבלות על שכירת עובדים, פיטוריהם וניודם. התוצאה: לקוחות הבנקים ישלמו, לשיטתו, סכום גבוה מדי בגין פתיחת הסניפים בימי ו'. זאת ועוד, לקוחות הבנקים גם ישלמו, במקרה כזה, עבור מוצר שאין בו חפץ: אין צורך ממשי בפתיחת סניפי הבנקים בימי ו', נוכח קיום תחליפים, בשירות עצמי ואוטומטי, לשירותים בנקאיים פרונטליים. פרופ' גבעולי מציין כי בעלות האמורה יישאו כלל צרכני השירות הבנקאי - כלל ציבור לקוחות הבנקים - ולא רק לקוחות יום ו', משום שלא ניתן בפועל להטיל את עלות פתיחת הבנקים ביום ו' על לקוחות אותו היום.

התוצאה הכוללת, לדעת פרופ' גבעולי, מגיעה כדי עודף באספקת שירות בנקאי פרונטלי בימי ו', במחיר גבוה מדי, שאין בו מלכתחילה צורך נוכח קיומם של תחליפים לשירות הבנקאי הפרונטלי. התוצאה הנגזרת היא הקצאת משאבים שאינה אופטימלית: כלל ציבור לקוחות הבנקים ישלם כסף רב מדי, עבור פתיחת הבנקים בימי ו', שבה חלק ממנו אולי אינו מעוניין.

29. בשלב זה נתייחס רק להנחת המוצא שביסוד הניתוח הכלכלי דלעיל, הגורסת שבהעדר הסדר יישארו כל סניפי הבנקים פתוחים. מכמה טעמים אין בידינו לקבל טיעון זה שהעלה פרופ' גבעולי.

29.1. ראשית, למסקנה אליה הגיע פרופ' גבעולי לא הוצבה תשתית ראייתית מספקת. בתמצית, הבסיס העובדתי לחוות הדעת, עד כמה שמדובר בסקר המועצה לצרכנות, מחד, ובחישובי התמחיר שערך פרופ' גבעולי, מאידך, אינו מאפשר להתבסס על חוות דעתו לשם הסקת מסקנות בעניין שלפנינו. כך משני צדי המשוואה: הן מצד עלות הפעלת הבנקים בימי ו' (היינו "החיסכון" שייגרם לכאורה למערכת אם יאושר ההסדר הכובל), והן מצד הנזקים שייגרמו לבנקים כתוצאה מסגירה לא אחידה של הבנקים בימי ו', היינו אובדן הלקוחות הצפוי.

לצד החסכון, היינו, לתוספת ההוצאה שתתחייב עקב פתיחת הסניפים, נתייחס בהמשך.

אשר לנזק הצפוי לבנק מסגירת שעריו ביום ו', בתנאים בהם בנק אחר יישאר פתוח: נזק זה העריך פרופ' גבעולי במידה רבה על-סמך הסקר שערכה המועצה לצרכנות, ולפיו 24% מלקוחות הבנקים יעבירו את חשבונותיהם לבנק אחר אם הבנק "שלהם" יפסיק לתת שירות ביום ו', ואילו בנק אחר יספק שירות כזה לקהל. המועצה לצרכנות ערכה סקר זה כדי להראות עד כמה חשוב יום ו' ללקוחות הבנקים, ופרופ' גבעולי - מטעם הבנקים - עשה בו שימוש לחישוב נזקי הבנקים. סקר זה, מידת אמינותו וביסוסו אינה ברורה לנו, ומטבע הדברים גם לא הוצגה בפנינו באופן רחב, ולא נוכל לקבלו כבסיס עובדתי מספיק להוכחת טענת הבנקים.

יתר על כן, המטרה שביסוד עריכת הסקר על-ידי המועצה היתה לאתר את מגמת ההעדפות של הלקוחות באשר לקבלת שירות בנקאי בימי ו', בעוד שפרופ' גבעולי עושה בסקר שימוש אקונומטרי למדידת היקף הנזקים הכספיים שיסבלו הבנקים הסוגרים את סניפיהם בימי ו'. שוני זה גורע מחשיבות הסקר בהקשר שעושה בו פרופ' גבעולי שימוש. כך, למשל, לא הוכח בפנינו כלל הקשר בין שיעור הלקוחות שיעזבו את הבנקים הסוגרים את סניפיהם, לבין שיעור הפגיעה בעסקי הבנקים עקב כך. ההנחה שביסוד חישוביו של פרופ' גבעולי, על פיה כל לקוח מייצג שיעור זהה בהיקף עסקי הבנק, ודאי רחוקה היא מהמציאות. לדוגמא, יש להניח כי חשיבותו של לקוח עסקי, שנפח פעילותו ניכר, גדולה לבנק מחשיבות לקוח פרטי רגיל. לקוחות עסקיים קשורים לבנקים איתם הם עובדים בקשרי עבודה וקשרים כלכליים, העשויים להיות הדוקים הרבה יותר מלקוחות פרטיים, ומבחינתם נטישת בנק, בהרבה מקרים, הנה בעייתית הרבה יותר מאשר לגבי לקוח פרטי. יש להניח כי ככל שמדובר בלקוחות עסקיים, יהיו הבנקים אף מוכנים לעשות, לפחות בחלק מהמקרים, הסדרים נקודתיים פרטניים שיענו על צורכיהם של אותם לקוחות וימנעו את עזיבתם. במקביל, ייתכן כי השפעת סגירת סניפי הבנקים ביום ו' על לקוחות עסקיים גדולים תהא פחותה מההשפעה על לקוחות פרטיים, וגם במובן זה לוקה הנחת המוצא של פרופ' גבעולי. מובן כי אלה הן רק דוגמאות הממחישות את הבעיה הכללית שתוארה לעיל.

נציין, כי בקשנו במהלך הדיון לקבל מהבנקים נתונים מדויקים יותר, לגבי מספר נקודות שנראו לנו חשובות, גם בהקשר זה וגם בהקשרים אחרים הנדונים כאן, כגון: מהו הרכב הלקוחות בימי ו' לעומת הלקוחות בשאר ימי השבוע, בהתפלגויות שונות; איזה אחוז מבין הפעולות שאין להן תחליף בשירות אוטומטי מתבצע בימי ו'; וכיצד ניתן להסביר את המתח הפנימי הניכר בין טענת הבנקים לנטישה המונית של לקוחות הצפויה לבנק בגין סגירת סניפים בימי ו' אם בנק אחר משאיר סניפיו פתוחים באותו היום, מחד, ובין טענתם כי מסגירה כזאת ייגרם לכאורה רק נזק מינימלי ללקוחותיהם באופן המטה את מאזן התועלות לכיוון אישור ההסדר הכובל, מאידך. לא קיבלנו נתונים אלה, שכן לדברי נציגות הבנקים אין הם מצויים בידם.

הסקר שערכה המועצה לוקה, בהקשר השימוש שעשה בו פרופ' גבעולי, גם מבחינת תוכן השאלות שהוצגו בו. בסקר נשאלו לקוחות בנקים, מי מהם יעבור מהבנק "שלו" לבנק אחר, אם הבנק "שלו" יסגור שעריו בימי ו'. שאלה זו מעמידה בפני הלקוחות שתי אופציות: להישאר לקוחותיו של הבנק "שלהם" למרות שזה סגר את שעריו ביום ו', או להפוך ללקוחותיו של בנק אחר שהותיר דלתותיו פתוחות ביום זה. שאלה זו אינה נראית לנו כמייצגת את הברירות שתעמודנה בפועל בפני לקוחות הבנקים, ולכן גם לא ניתן להסיק ממנה את המסקנה, שביקשו הבנקים להסיק בטיעונם.

הנתונים שהביאו בפנינו הבנקים מלמדים כי, לשיטתם, פתיחת סניפי הבנקים בימי ו', בנסיבות בהן שבוע העבודה נקבע להיות בן חמישה ימים, כרוכה בעלות גדולה מאד, שחלק ניכר ממנה יגולגל על ציבור לקוחות הבנקים. המסקנה המתבקשת היא זו, שנוכח הנחות יסוד אלה, ומבלי לנקוט בהקשר זה דעה לגבי נכונותן, בנק אשר יפתח שעריו לקהל ביום ו', יאלץ לייקר שירותיו משך כל השבוע באופן ניכר. הואיל ובנקאות פרונטלית ביום ו' היא מוצר רצוי לפחות בעיני חלק מהלקוחות, הרי שאם, כעולה מהשאלה, יפתחו חלק מהבנקים את סניפיהם ביום זה, כי אז ייווצר מצב שבו חלק מהבנקים יספקו שירות טוב יותר (בנקאות פרונטלית בת 6 ימים בשבוע) במחיר יקר יותר, ואילו בנקים אחרים יספקו שירות פחות טוב (בנקאות פרונטלית בת 5 ימים בשבוע) במחיר זול יותר.

מכאן, שאלה רלוונטית, שניתן היה לשאול את לקוחות הבנקים, הייתה זו: "האם תנטשו את הבנק בו אתם לקוחות, בנסיבות בהן שערי נסגרים ביום ו' אך מחיר שירותיו יישאר ברמתו הנוכחית, לטובת בנק שיפתח את שעריו ביום ו' גם בעתיד, אך מחיר שירותיו יתייקר באופן משמעותי". איננו יודעים מה הייתה תשובת הלקוחות לשאלה כגון דא, שכן זו לא נשאלה. אולם, ברור לנו כי שאלה הבוחנת העדפות צרכניות תוך הצגת שתי אלטרנטיבות (מוצר טוב יותר ומוצר טוב פחות), מבלי להציג את הפרשי המחיר המתחייבים מעלות ייצורו של כל אחד מהמוצרים נוכח הפער באיכותם, אינה יכולה להוות בסיס לטיעון מהסוג שהובא בפנינו. בנסיבות אלה אין באפשרותנו לחזות מה תהיה תגובת הלקוחות, לסוגיהם, לסיטואציה

שתוארה כאן, וממילא לא נוכל גם לצפות מה יחליט כל בנק לגבי פתיחת סניפיו ביום ו', מעת שיעברו עובדיו לשבוע עבודה בין חמישה ימים .

בסיכומי התשובה מתייחסים הבנקים לסוגיה זו, של העדר מרכיב המחיר במודל שהציגו בפנינו. שם הם מעלים אפשרות כי שאלת המחיר אינה רלוונטית, מהטעם שכל בנק אכן יפתח שערו ביום ו', אך במקביל יימנע מייקור העמלות המתבקשת מהגידול בעלות השירות, בכדי שלא לאבד לקוחות לטובת בנק אחר. טיעון זה מפתיע, שהרי ממה נפשך: אם אמת בצדו, כי אז ציבור הלקוחות לא ייזק מפתיחת הסניפים בימי ו' שכן מחיר השירות לא יתייקר, מה ששומט את הבסיס העיקרי לבקשה לאישור ההסדר; ואם אין אמת בצדו, נותר הקושי שבטיעונו של פרופ' גבעולי בעינו .

לאור אלה, לא ניתן לדעתנו לעשות שימוש בסקר המועצה כתחליף למדידה אקונומטרית, ואין בנתוניו כדי להוות בסיס לחישוב נכחו נקבע את טובת הציבור, בבואנו לשקול האם לאשר את ההסדר הכובל המתבקש כאן.

נוכח האמור לעיל, אנו סבורים כי לא הונחה תשתית עובדתית ראויה לטיעון שהובא ביסוד חוות דעתו של פרופ' גבעולי .

29.2. שנית, מחוות דעתו של פרופ' לבהרי, כמו גם מהעדויות שהושמעו בפנינו, אנו למדים כי קיים ספק ניכר לגבי הנחתו של פרופ' גבעולי, באשר לדפוס ההחלטה החזוי של כל בנק ובנק בנסיבות העניין.

פרופ' גבעולי בנה את המודל שהביא בפנינו על בסיס "משחק", בו משתתפים שני שחקנים בסיבוב אחד של קבלת החלטות. כנגד הגבלת "המשחק" לנסיבות אלה יצא פרופ' לבהרי, הסבור כי בסיטואציה של ריבוי משתתפים, המקבלים החלטותיהם לאורך זמן ונוכח פני נסיבות משתנות, אין כל סיבה להניח כי פתיחת הסניפים אכן תשקף מצב של שיווי משקל שיווצר לאורך זמן. המחלוקת האמורה לובנה היטב במהלך עדויות הפרופסורים הנכבדים בפנינו, ואף הקשינו אנו קושיות שונות בהקשרה. אנו מודעים לכך כי הכרעה במחלוקות כגון דא מוצאת ביטוייה דרך כלל במאמרים אקדמיים ובהוכחות מתמטיות, ולא בקביעה שיפוטית; אולם ככל שנדרש מאתנו לגבש עמדה בסוגיה זו, אנו מוצאים את עמדתו של פרופ' לבהרי, בנסיבות הרלוונטיות, משכנעת יותר, ואנו מעדיפים לענין זה את הנחתו, שבסיטואציה רב-שלבית מרובת משתתפים, אין הכרח להניח כי תוצאת אי-אישור ההסדר הכובל תהיה בכל מקרה פתיחת סניפי כל הבנקים ביום ו' לאורך זמן .

טול לדוגמא את נושא ריבוי השלבים. כל עוד נערך המשחק בשלב אחד, יכול היה בנק פלוני להניח כי אם יפתח את שערו ביום ו' בעוד שהבנק המתחרה יסגור את סניפיו באותו

היום, יביא הדבר לבנק פלוני לתוספת לקוחות מקרב אלה שינטשו את הבנק המתחרה, מה שעשוי אף למנוע, באופן חלקי או מלא, את הצורך בהעלאת עמלותיו של בנק פלוני לשם כיסוי תוספת העלויות שתגרם לו עקב פתיחת הסניפים. אולם הנחה זו איננה יכולה לעמוד במשחק רב שלבי, שכן בשלב השני, לאחר שהבנק המתחרה ייווכח לדעת כי עקב הסגירה נטשו אותו רבע(!) מלקוחותיו, הוא יאלץ לפתוח את סניפיו מחדש. אין ספק בכך שעל בנק פלוני להביא מהלך כזה בחשבון מלכתחילה. אם כך הדבר, אין בנק פלוני יכול להניח כי יוכל לאורך ימים להחזיק בתוספת הלקוחות שנטשו את הבנק המתחרה. בנסיבות אלה עשויה פתיחת הסניפים להתגלות כשיקול מוטעה, שיתרונו מוגבל לטווח הקצר בלבד, בעוד שלטווח הארוך הוא צופן בחובו עלויות כבדות, שאינן כרוכות בהכרח בתוספת עסקים - מה גם שתשתית עובדתית שתאפשר בחינת היקפה של תוספת עסקים זו, לרבות הרווחיות הגלומה בה לעומת ההוצאות שבצידה, לא הוצבה בפנינו.

מעבר לכך, להערכתנו, בנסיבות של אי-וודאות לגבי התנהגות המתחרים, סביר להניח כי לא יהא מדובר בכל מקרה ב"משחק" בשלבים, במובן זה שכל שלב מייצג מהלך כולל של פתיחה או סגירה של כל הסניפים. מדובר, כך יש להניח, בהתפתחות דינמית שתהא מורכבת מפעילות רב-שלבית מדורגת שתתפרש על פני תקופה ממושכת באזורים גיאוגרפים שונים, תוך בחינה הדדית זהירה של מהלכיהם ותגובותיהם של ציבור הלקוחות, כמו גם של המתחרים, עד שהמערכת תגיע סימולטנית למצב של שיווי משקל. "משחק" מורכב כזה שונה בכלליו מהמודל הפשטני שהוצג על-ידי פרופ' גבעולי, ואיננו מחייב את המסקנה של קפיאת כל המערכת במצב הנוכחי הנתון, בלא יכולת לנקוט בשום מהלך שיש בו משום סיכון לאובדן לקוחות.

הוא הדבר כאשר הפרמטר של מספר המשתתפים גדול משניים. כל עוד מדובר בבנק אחד, ובהנחה שסגירת הסניפים אכן תגרום לנטישה מסיבית של לקוחות, ניתן היה לפי הנתען להניח כי לקוחותיו של הבנק שישגור את שעריהם יעברו לבנק הפתוח ובכך יפצו אותו בגין הגידול בעלויות עקב פתיחת הסניפים. אולם מה יהא המצב כאשר קיימים מתחרים רבים?

כאן קיים מגוון רחב של אפשרויות. טול לדוגמא את האפשרות שבה רק בנק אחד ייסגר וכל הבנקים האחרים יותירו את סניפיהם פתוחים. במצב כזה ברור שכל הבנקים (למעט אחד) הנם מועמדים לקליטת הלקוחות הנוטשים את הבנק הסגור. אולם, האם במצב כזה, כאשר מדובר בתוספת עסקים המתפזרת בין בנקים רבים, עדיין סביר להניח כי הרווח הגלום בתוספת הלקוחות הצפויה יעלה על הגידול בעלויות שתגרם עקב פתיחת הסניפים?

בנסיבות אלה סביר להניח כי הבנקים שיתמידו בפתיחת סניפיהם בימי ו', יהיו חייבים להעלות את עמלותיהם, דבר שיאפשר לבנק הסגור להתחרות עם הבנקים הפתוחים על שיעור העמלות, מה שמעמיד בסימן שאלה גדול עוד יותר את הציפייה לזכות בנתח שוק נוסף בגין פתיחת הסניפים בימי ו'.

מקובלת עלינו בהקשר זה גם טענתו של פרופ' לבהרי, כי במודל של ריבוי משתתפים אין הוכחה תיאורטית המאמתת את התוצאה שתתקבל.

בנסיבות האמורות, קשה מאד לנבא מה יהא שיווי המשקל שבו תימצא המערכת הבנקאית בסופו של התהליך. גם אם התגובה הראשונית של המערכת הבנקאית תהא כפי שצופה פרופ' גבעולי, משמע כל סניפי הבנקים יישארו פתוחים ביום ו', גם אז, אין כל בטחון בכך שזה אף יהא שיווי המשקל הסופי של המערכת.

אפשר כי לאור תוצאותיו של הליך זה יעדיפו בנקים שונים להישאר פתוחים ביום ו', לא כאילוץ, אלא מתוך הכרה בערכו המסחרי של יום זה עבורם, בתנאים בהם התחרות הבין-בנקאית אינה נמנעת מכוחו של צו שיפוטי. יתכן, מאידך, שתועמד בפני הבנקים אופציה אחרת, דוגמת אפשרות הבחירה בין פתיחה ביום ה' אחר הצהריים ליום ו' בבוקר, וכמובן תתכנה אפשרויות נוספות, בהתאם למהלך הדברים מעת מתן פסק הדין - למשל פתיחה חלקית של סניפים או מתן שירותים חלקיים בסניפים שייפתחו. בכל מקרה, אין כל סיבה להניח בנסיבות אלה, כי לא יימצא ולו בנק אחד, אשר ישקוד על שכנוע קהל לקוחותיו לאמץ אלטרנטיבות ישירות ואוטומטיות, למשל כנגד הוזלה במחיר השירות, ולו לגבי חלק מסניפיו. אפשרות אחרת היא כי הבנקים או חלקם עשויים להיווכח כי הנחתם בדבר חשיבות יום ו' ללקוחותיהם, אם בכלל ואם במגזרים ספציפיים או באזורים אלה או אחרים, היתה מוטעית; שהרי הבסיס להנחה זו הוא סקר המועצה, שבוודאי אינו יכול להוות עבורם בסיס סביר לגיבוש אסטרטגיה עסקית.

29.3. שלישית, הסתמכות על "דילמת אסיר" מהסוג שהובא בפנינו, כבסיס לאישורו של הסדר כובל, אינה נקיה מקשיים גם מצדה העקרוני. ניתוח כזה, המעוגן בתורת המשחקים, יש בו קסם לוגי ניכר, אך קשה לבסס עליו טיעון משפטי, שיש בו כדי להרים נטל ראיה מהסוג הנדרש כאן. ניתוח כזה מחייב לנבא מה תהיה תגובתו של "שחקן" רציונלי למערכת נתונה של נסיבות. ניבוי כזה אינו קל "בתנאי מעבדה", והוא קשה במיוחד בהקשר כגון זה שבפנינו. בהקשרנו, מי שבא לחזות כיצד יחליט בעתיד בנק פלוני בשאלה שתעמוד בפניו אותה עת, צריך להתלבט במספר ניכר של הנחות, שבסיסן רופף. כיצד מחליט "בנק רציונלי"? האם ניתן להניח כי לקוחות כל הבנקים יגיבו באותה צורה להחלטת כל בנק? מה יהיו כל הנסיבות הרלוונטיות בעת קבלת ההחלטה? כיצד ישפיעו הבדלים בעלויות יצור (הבדלי יעילות), הקיימים בין

הבנקים, על החלטת כל אחד מהם? האם התפלגות צריכת השירותים ביום ו' לעומת שאר ימי השבוע, בבנקים השונים, זהה? האם ההשפעה על כל סניפי הבנקים אחידה, והאם יש בין הבנקים, ובין הסניפים בתוך כל בנק, הבדלים בהקשר זה? וכל כיוצא באלה שאלות. בקצרה, כדי לקבל החלטה שיפוטית על סמך מודל תיאורטי מהסוג שהובא בפנינו, צריך בית הדין להשתכנע לא רק בהגיון הטענה על רקע נסיבות הצגתה, אלא גם להשתכנע כי כל הנסיבות הרלוונטיות תוארו, כי כל ההנחות הרלוונטיות הצריכות להוכחה הונחו, וכי כל הנסיבות וההנחות בוססו והוכחו במידה הנדרשת. זהו נטל שלא קל להרימו, ומכל מקום, נטל שלא הורם במקרה דנן.

29.4. יש אף להביא בחשבון כי שוק העבודה המספק את גורם הייצור האנושי הנו שוק קשיח וקשה להתאמה. משמע, לאחר שהבנקים יגייסו את כוח האדם הנדרש לאיוש הסניפים בימי ו', לא יהא צמצומו עניין של מה בכך (אלא אם נניח כי כוח אדם זה יגויס כולו מבין עובדי הבנקים הקיימים בדרך של עבודת שעות נוספות), אם לאחר מעשה יוברר כי המהלך של פתיחת הסניפים היה מהלך שגוי.

אולם, שיקול זה יכול להביא דווקא למסקנה ההפוכה. לשון אחר, דווקא אם הותרת הסניפים פתוחים גם לאחר המעבר לשבוע עבודה מקוצר תחייב, כטענת הבנקים, גיוס כוח אדם חיצוני בהיקף רחב, ובהתחשב בכך שמדובר בשינוי שיקשה לחזור ממנו אם יתברר בהמשך התהליך כי צעד זה איננו מוצדק כלכלית, הדעת נותנת כי בנסיבות אלה לא ייעשו הבנקים שינויים מרחיקי לכת במצבת כוח האדם המועסק על ידם, לפחות בשלב הראשון של התהליך, כל עוד לא הוברר כי המערכת הגיעה לשיווי המשקל הסופי שלה. משמע, בהתחשב בשלבים הנוספים הצפויים בתהליך, בתגובות של הבנקים המתחרים ובעובדה כי הותרת הסניפים פתוחים היא צעד שהחזרה ממנו פשוטה, ספק רב בעינינו אם לאור כל אלה, צריך להניח כפי שנטען בפנינו כי כל הבנקים אכן יבצעו מהלך פשטני, חד-שלבי ומקיף כזה, קבוע לאורך זמן במהותו, של הותרת כל סניפיהם פתוחים בימי ו', תוך קיצור שבוע העבודה.

29.5. ואולם, השיקול המכריע לדעתנו לדחיית טענת הבנקים כפי שהוצגה לעיל הוא, כי גם אילו צדק פרופ' גבעולי לגבי הנחת המוצא שביסוד הניתוח האמור, לא היה בכך כדי לבסס את הטענה שהעלו הבנקים בפנינו, ואף לא כדי לשנות את המסקנה הסופית המתחייבת מניתוח כולל של השיקולים הנוגעים לענין.

על-פי הניתוח הכלכלי של פרופ' גבעולי, ובהסתמך על הנחת היסוד האמורה, על פיה יישארו כל סניפי הבנקים פתוחים אלמלא ההסדר, התועלת שבפתיחת הסניפים איננה שקולה כנגד עלותה, זאת, משום שפתיחת הסניפים איננה תורמת משמעותית לרווחת הלקוחות ואיננה שקולה כנגד ההוצאות הכרוכות בכך.

פתיחת הסניפים הנה איפוא, על-פי תפיסה זו, פועל יוצא של עיוות השוק הנוצר בגין אותה דילמת אסיר, ואיננו תוצאה של ביקוש המשקף צורך צרכני אמיתי.

על חלק מהקושי הגלום בטענה זו כבר עמדנו לעיל. הבהרנו כי ההנחה על-פיה פתיחת סניפי הבנקים בימי ו' אינה משקפת תועלת צרכנית ממשית, גם לנוכח רמת האוטומציה בשירותים בנקאיים, אינה מקובלת עלינו.

ואולם בנוסף לכך, מסקנתו של פרופ' גבעולי בדבר העדר חשיבות השירות ביום ו' ללקוחות הבנקים אינה עולה בקנה אחד עם ההנחה שבבסיס חוות דעתו. פרופ' גבעולי יצא מנקודת הנחה, לפיה כל בנק סבור כי אם יסגור סניפיו ביום ו' בעוד שאחר יותיר את סניפיו שלו פתוחים, יביא הדבר לנדידת לקוחות המונית מהבנק האחד לבנק האחר. דא עקא, הנחת מוצא זו אינה עולה בקנה אחד עם המסקנה הסופית שלהניתוח הכלכלי, שנעשה על ידו בהתבסס על אותה הנחה, ושעל פיו פתיחת הסניפים לא תתרום משמעותית לרווחות הלקוחות.

מכאן, אם צודק פרופ' גבעולי בהנחת המוצא שלו, על פיה דחיית הבקשה ואי-ביצוע ההסדר יביאו לפתיחת כל סניפי הבנקים בימי ו', הרי שתופעה זו, אם תתרחש, יכול שתוסבר אך ורק בכך שהחשיבות שמייחסים הלקוחות ליום שירות זה הנה משמעותית ביותר. לקוח שהורגל לעבוד עם בנק מסוים, מכיר את סגל עובדי הבנק, ומרוצה מהשירות שהוא מקבל בו, לא ינטוש את הבנק שלו ולא ישנה את הרגלי הצריכה של השירותים הבנקאיים שפיתח, הצמודים במידה רבה לסניף הבנק בו הוא מקבל את השירותים, בשל שינוי שהוא בלתי משמעותי לגביו. ואולם, הוא יעשה כן, על-אף האמור, אם סגירת סניף הבנק שלו תפגע באופן משמעותי ברווחתו. כפי שצוין, מסקנה זו יפה אף ביתר תוקף לגבי לקוחות עסקיים.

מכאן עולות שתי אפשרויות, שאינן דרות זו בכפיפתה של זו: האחת, שיום שירות זה נעדר חשיבות משמעותית ללקוחות, שאז אין סיבה לחשש מפני נטישת לקוחות בהיקף כזה שיביא להפסדים העולים על 20% מההוצאות. במצב כזה נשללת הנחת המוצא שביסוד הניתוח הכלכלי, על פיה בהעדר הסדר יישארו כל סניפי הבנקים פתוחים. השניה, שחשיבותו הצרכנית של יום שירות זה גבוהה, שאז יש טעם בחשש מנטישת לקוחות ויש סבירות בהשאת הסניפים פתוחים, אלא שהנחה זו שוללת את מסקנתו של הניתוח על פיה פתיחת הסניפים איננה שווה מבחינת רווחת הלקוחות את ההשקעה הכרוכה בכך.

מסקנה זו פוטרת אותנו מהצורך להגיע לכלל מסקנה חד-משמעית בדבר גורלו של התהליך הצפוי בהעדר הסדר, והיא מייתרת במידה רבה את הצורך בחיזוי המהלכים



הצפויים של הבנקים, ככל שמדובר בהחלטותיהם לגבי פתיחת הסניפים ביום ו' בהעדר הסדר .

29.6. מעבר לכל אלה, ראוי לציין כי דילמת האסיר בהקשר הנוכחי איננה מייצגת יותר ממצב שבו, בהעדר שיתוף פעולה, עשויים שני הבנקים להגיע לתוצאה שאיננה התוצאה האופטימלית מבחינתם. אך זו הנה בדיוק מטרתה של התחרות. אכן, אין ספק כי במצב של הסדר כובל המתבטא בתיאום ההתנהגות העסקית בין הפירמות המתחרות, עשויות אלה להגיע לתוצאה כלכלית טובה יותר מבחינתן. אולם, אסור לשכוח כי מטרת התחרות אינה להבטיח תוצאות עסקיות טובות יותר לבנקים, אלא למשק כולו, לרבות ציבור הלקוחות.

מכאן שהשימוש בטיעון של דילמת האסיר, כדי להצדיק התארגנות קרטליסטית שייעודה השאת רווחי הפירמות הנוטלות חלק בקרטל ומבלי לבסס כשל בפעולת השוק, נוגד מלכתחילה את הרציונל שביסוד התחרות החופשית, שמטרתו דווקא להותיר את הפירמות במצב של תחרות ואי-תיאום, באופן שיקטין את רווחיהן אך יגדיל את רווחת הלקוחות. מבחינה זו, מקובלת עלינו טענת ב"כ המועצה כי על טיעון כזה, ככל שהוא נועד להצדיק את אישור ההסדר, נאמר (אם כי בהקשר שונה) כי הוא בגדר:

"Nothing less than a frontal assault on the basic"  
policy of the Sherman Act (National Soc. of  
Professional Engineers v. U.S., 435 U.S. 679)".

30. לסיכומו של נושא זה, לא שוכנענו כי המצב שיווצר בהעדר הסדר יחייב את כל הבנקים להותיר את סניפיהם פתוחים, באופן קבוע ולאורך זמן. כאמור, נטל השכנוע המוטל על המבקשים בנסיבות העניין הנו כבד. נטל זה לא עלה בידם להרים .

בכל מקרה, אפילו היינו משתכנעים בטיעון זה של "הכורח" בסגירה, הרי שמסקנה זו היתה מתבססת בהכרח על חשיבותו הצרכנית הגדולה של יום זה ללקוחות הבנקים, מסקנה שדי היה בה כשלעצמה כדי להביא לדחיית הבקשה.

#### מאזן התועלות - חסכון בעלויות

31. התייחסנו לעיל לטענת החסכון בהוצאות או הפחתת המחיר מהפן העקרוני שלה, היינו לכך שהחסכון בו מדובר נובע מהפגיעה באיכות השירותים הבנקאיים וכמותם, ולא מייעול

השירותים לציבור. עתה נפנה לפן הכמותי של הטענה, ונבחן את היקף החסכון תוך השוואתו אל מול הנזקים שייגרמו לציבור עקב אישור ההסדר.

32. כפי שהוסבר לעיל, הטענה היא שאישורו של ההסדר יביא לחסכון בעלויות, בסכומים הנעים בין 420 מליון שקל לשנה, על-פי הערכת מחלקת המחקר של בנק ישראל, ל כ - 720 מליון שקל בשנה, על-פי הערכת הבנקים הנתמכת בחוות דעתו של פרופ' גבעולי. ברמת קשיחות ביקוש של 0.5 - היא הערכת בנק ישראל - יגולגל על הציבור חלק נכבד מסכומים אלה. המועצה לצרכנות, מצדה, טענה לסכומים נמוכים מאלה בהרבה.

לטענת הבנקים בדבר החסכון בעלויות מספר רבדים. ראשית, כי ביום ו' יהיה עליהם, אם יהיו שעריהם פתוחים לקהל, לפתוח את ב סניפיהם ולא רק את חלקם, בעיקר בגין חוסר האפשרות לנייד לקוחות מסניף לסניף. שנית, כי מבנה ניהולו של סניף בנק מחייב רמת איוש מלאה בכל שעות פתיחתו, וזאת בגין הגיוון בפונקציות השירות שמספק כל סניף בנק לציבור, ומבנה מערכת קבלת ההחלטות הקיימת בו. שלישית, כי שוק העבודה בענף הבנקאות אינו משוכלל נוכח אופיו המאוגד, ומכאן נגזרת עלות העבודה הגבוהה בבנקים בכלל, ועלות פתיחת הסניפים בימי ו' בפרט. רביעית, כי אין אפשרות טכנית להטיל את עלות מתן השירות בימי ו' על לקוחות ימי ו', ולכן יישאו באותה עלות כל לקוחות הבנקים, הן אלה העושים שימוש בשירותים בנקאיים ביום ו', והן אלה שאינם חפצים בשירותים אלה ביום זה.

כפי שכבר צוין, אין חולק על כך שהותרת שבוע השירות כפי שהוא כיום על פני 6 ימים, בעוד ששבוע העבודה יקוצר ויועמד על 5 ימים, תביא בהכרח להעלאת הוצאות התפעול של הבנקים. אולם, לא שוכנענו בהיקף ההוצאה שתידרש לצורך כך כנטען על-ידי המבקשים, ממספר טעמים:

32.1. הטעם הראשון לכך, כפי שכבר הזכרנו לעיל, הוא כי לא שוכנענו בתקפותה של הנחת המוצא של המבקשים על פיה, בהעדר הסדר, לא יהא מנוס מלפניהם אלא לפתוח את סניפיהם 6 ימים בשבוע.

32.2. אולם, אפילו נניח כי בהעדר הסדר שומה יהא על כל הבנקים לפתוח את סניפיהם בימי ו', גם אז אין פירוש הדבר כי שומה עליהם להעניק ביום זה שירות באותה מתכונת שהייתה נוהגת עד היום. בהנחה שיום ו' אינו יום עסקים, אין - גם לשיטת הפיקוח על הבנקים - כל חובה לפתוח את כל סניפי הבנקים באותו היום, וגם אין טעם הגיוני להניח כי כל סניף אכן ייפתח.

תחשיבי הבנקים בוססו על ההנחה כי כל הסניפים למעט ההנהלות הראשיות יאוישו במתכונת מלאה. גם המפקח הניח בחישוביו פתיחה של כל הסניפים. את רמת האיוש הכוללת העריך המפקח ב 70% בלבד, אך בהתחשב בכך שההנהלות הראשיות וגם האזוריות לא תאלצנה לעבוד בימים אלה (למעט יחידת המחשב ותורנויות), ובהתחשב בכך ששיעור עובדי ההנהלה, בבנק לאומי למשל, הוא כ - 25% מתוך כלל עובדי הבנק, נראה כי גם תחשיב המפקח מניח, למעשה, רמת איוש (של הסניפים) של כ - 100%.

הנחות אלה, בדבר ההכרח באיוש ותפקוד מלא של הסניפים בימי ו', אינן עולות בקנה אחד עם ההנחה, הסבירה לדעתנו, כי הבנקים יתאימו את דפוסי פעולתם לעלות החדשה, ויפעלו לצמצומה. ההנחות האמורות גם אינן לוקחות בחשבון הבדלים בהתייעלות בין הבנקים לבין עצמם, לא שוכנענו כי רמת איוש כזו הנה הכרחית.

ראשית, אין לדעתנו הכרח בכך שכל סניפי הבנקים יהיו פתוחים. כדוגמא, סניפים המשרתים בעיקר לקוחות מסחריים גדולים, שאינם פועלים ממילא ביום ו', לא בהכרח יפתחו את שעריהם באותו היום.

שנית, גם אותם סניפים שייפתחו, אין זה הכרח להניח כי יפעלו במתכונת מלאה כפי שהדבר נעשה עד כה. חרף טיעוני הבנקים שהובאו בפנינו, לא השתכנענו כי כל בנק ייתן בהכרח את כל שירותי הבנקאות ביום ו', או שמצבת איוש הסניפים באותו היום תהא בהכרח מלאה. כך, למשל, ניתן לכאורה - אף לשיטת הבנקים עצמם - לצמצם באיוש השירותים הפרונטליים שיש להם תחליפים אוטומטיים, ולהפנות לקוחות לשירות האוטומאטי, תוך מתן הדרכה ללקוחות המתקשים בכך, ומתן שירות פרונטלי ללקוחות שאינם מסוגלים או אינם רוצים להחליף את השירות הפרונטלי בשירות האוטומאטי, אולי אף כנגד עמלה מוגדלת.

אכן, המצב האופטימלי הוא שהסניף מתפקד באופן מלא, אולם לא השתכנענו כי מצב זה הנו הכרחי. אפילו נניח כי בהעדר איוש מלא תפגענה חלק מהפונקציות אותן ממלא הסניף, או שהשירות יהיה איטי יותר ויצריך זמן ארוך יותר, גם אז, ייתכן שמצב זה עדיף על סגירה מלאה. קיימות מערכות חיוניות רבות, כמו בתי חולים למשל, המספקות בימי שישי שירותי תורנות או שירותי חירום. איננו רואים כל סיבה מדוע לא יוכלו גם הבנקים להעניק ביום זה שירותים מצומצמים יותר, במיוחד לאור טענתם כי למעשה אין ללקוחות אינטרס משמעותי בקבלת השירות הבנקאי ביום ו' דווקא.

ייתכן מאוד שבמהלך התקופה שתבוא יגיעו הבנקים או חלקם, כל אחד לעצמו, למסקנה שהביקוש איננו מצדיק לקיים את השירותים גם בהיקף המצומצם בו הם ניתנים, או שניתן לצמצם את השירותים עוד יותר בלא להסתכן בנטישה מסיבית של לקוחות. כך עשוי להתפתח תהליך של צמצום הדרגתי בהיקפי השירותים הבנקאיים הניתנים לציבור ביום ו', תוך שימת "יד על הדופק", ומעקב מתמיד אחר תגובות הלקוחות, כמו גם אחר תגובת המתחרים. בעקבות אלה עשוי השוק להגיע בסופו של דבר, לאחר תהליך הדרגתי, לשיווי משקל, וכפי שכבר נאמר, אין כל בטחון בכך ששיווי משקל זה יושג דווקא בנקודת הפתיחה המלאה והאיוש המלא של כל הסניפים.

לאור כך, אין כל מניעה לכך שבשיווי המשקל שיתייצב בסופו של התהליך ייווצר מצב שבו בנק המבקש לפתוח שערי סניפיו לציבור ביום ו' יעשה כן, והשירות שייתן אותו בנק יהיה טוב יותר, אך גם עלותו תהא יקרה יחסית. בנק אחר יבחר שלא לפתוח שעריו ביום ו', השירות שייתן יהיה - במובן זה - טוב פחות, אך גם עלות קבלת השירות באותו הבנק תהא נמוכה יותר. בנסיבות אלה תיווצר, אולי, בחירה טבעית (sorting) בין שני סוגי בנקים: אלה המשרתים לקוחות שיום ו' חשוב להם, ואלה המשרתים לקוחות שיום ו' אינו חשוב להם באותה המידה. אך אין זו אלא אפשרות אחת מני רבות. כך, ייתכן שתתפתח במידה רבה יותר מהמקובל כיום פרקטיקה של שימוש בשני בנקים במקביל. יתכן שיהיו בנקים אשר יעדיפו לפתוח שעריהם באופן סלקטיבי, או בנקים אחרים אשר ישאירו סניפיהם פתוחים תוך צמצום מגוון השירותים שהם מעניקים לציבור באותו יום. ייתכן גם כי הגיוון בשירותי הבנקאות יגדל בנסיבות העניין עוד יותר, ויכלול גיוון בפתיחת הסניפים וכן במתן השירותים ביום ו'.

תוצאות אלה, כאחרות, אפשריות. אין אנו רואים צורך לנסות ולנבא מה תהא התוצאה בטווחי הזמן השונים, ובוודאי שאין בדעתנו להכין לבנקים תכניות עבודה ליום ו'. שוק תחרותי יסדיר את פעולתו גם בנקודה זו.

בכך לא אמרנו כי הנחת הבנקים, שבהעדר הסדר ייאלצו כל הבנקים לפתוח את סניפיהם בימי ו' בהיקף מלא ובאיוש מלא, איננה אפשרית. ואולם, לא שוכנענו בהסתברותה ברמה כזו המצדיקה אישור ההסדר המבוקש (זאת, ללא קשר לקשיים האחרים שמעורר טיעון זה, בהם דנו לעיל). בכל מקרה, איננו מקבלים את הטענה כי הכשל במערכת הנו כה גדול, עד כי נגזר על הבנקים להוציא סכומים של מאות מיליוני שקלים עבור שירותים שלאיש אין חפץ בהם, או שמידת נחיצותם קטנה.

33. הסתייגות נוספת שיש לנו, לגבי תחשיבי המפקח והבנקים גם יחד, היא שתחשיבים אלה מניחים קשיחות מוחלטת של כוח העבודה עד כדי מניעת כל אפשרות לניוד כוח העבודה שיתפנה מעבודתו בימי ו' עקב קיצור שבוע השירות, או לשימוש בכוח אדם זה.

יש לזכור בהקשר זה כי קיצור שבוע העבודה אין משמעו הפחתה במספר השבועי הכולל של שעות העבודה של עובדי הבנקים. לפיכך, שעות העבודה של יום ו' תועברנה לימים א' - ה'. ימי עבודה אלה יתארכו וכוח העבודה שיעמוד לרשות הבנקים בימים אלה יעלה לכאורה על הנדרש. קשה לקבל הנחה לפיה לא ניתן לעשות כל שימוש בעודף כוח אדם זה, שיווצר בימי א' - ה'.

טול את הדוגמא שהובאה בפנינו על-ידי מר זאב בן אשר, המשנה למנכ"ל בנק הפועלים, המתייחסת לסניף המונה 20 עובדים. כפי שציין מר בן אשר, בשבוע עבודה ושירות של 5 ימים תעמוד תשומת העבודה הכוללת של סניף זה על 100 ימי עבודה (20 עמדות מאוישות 5 ימים על-ידי 20 עובדים). בשבוע שירות של 6 ימים לקהל ו - 5 ימי עבודה לעובדים, 20 עמדות צריכות להיות מאוישות 6 ימים ולכך נדרשת תשומה של 120 ימי עבודה. אולם 20 העובדים הקיימים מספקים תשומת עבודה של 100 ימי עבודה בלבד. מכאן נדרשת לסניף, לפי הטענה, תוספת של 20 ימי עבודה, קרי 20% מכוח העבודה .

אולם דרך זו של הצגת הדברים מתעלמת מכך שיום עבודה כיום איננו אותו יום עבודה שהיה נוהג בעבר, שכן ימי העבודה, לאחר קיצור שבוע העבודה, התארכו באופן ש-5 ימי עבודה כיום כוללים עתה את אותו מספר שעות העבודה שהתפרשו בעבר על פני 6 ימי עבודה. משמע, במהלך הימים א' - ה' יתווספו על-פי שיטה זו אותם 20 ימי עבודה (כהיקפם קודם למעבר) שבוצעו עד כה ביום ו'. משמעות הדבר הנה שאם נזקק הסניף עד כה במהלך הימים א' - ה' ל - 100 ימי עבודה, יעמדו עתה לרשותו במשך אותם ימים 120 ימי עבודה (ישנים). בהנחה הסבירה כי הסניף איננו זקוק לתוספת כוח אדם מעבר לזו בה עשה שימוש בעבר, משמעות הדבר היא כי ייווצר בסניף עודף כוח אדם בהיקף של 20 ימי עבודה שבועיים. אילו ניתן היה לעשות בעודף כוח האדם העומד לרשות הסניף בימים א' - ה' שימוש לתפעול הסניף ביום ו', הרי שבכך ניתן היה לחסוך לחלוטין בתוספת כוח האדם הנדרשת ביום ו'.

מקובל עלינו אמנם שהיצע כוח העבודה העומד לרשות הבנקים איננו גמיש. מקובל עלינו גם שתוספת השעות לימי העבודה בימים א' - ה' אינה ניתנת להעתקה חופשית או נטולת עלות ליום ו', ואף שלא ניתן כנגד תוספת זו בכוח אדם לחסוך באופן מלא בעלויות אחרות. מאידך אין מקובל עלינו שקשיחות היצע כוח העבודה במובן זה הנה מוחלטת, כי לא ניתן לעשות כל שימוש למתן שירות ביום ו' בכוח העבודה שנוסף לסניפים, לכאורה מעבר לדרוש להם עקב הארכת שעות העבודה בימים א'- ה', או שלא ניתן להביא נוכח התוספת בכוח העבודה במהלך השבוע לשום חסכון בעלויות תפעול הבנקים. מדובר בתוספת שעות עבודה העומדת לגבי המערכת כולה על כ-100,000 שעות בשבוע או קרוב לכך, וההנחה כי לא ניתן לעשות בה שימוש, ולו חלקי, רק בשל קשיחות ההיצע של כוח העבודה בבנקים, הנה לדעתנו הנחה קיצונית שאין לה הצדקה .

33.1. יש גם טעם בטענת המועצה כי אם יום ו' לא יוגדר עוד כיום עסקים, גם אם ההסדר לא יאושר, תיחסך ביום זה "סגירת הספרים" בסניפי הבנקים, האורכת כשלעצמה כ-3/4 שעה.

33.2. הממונה וגם המפקח התנו את המלצתם להסדר בהארכת שעות השירות לציבור ביום ה' אחר הצהריים, שיהפוך למעין "יום ו' וירטואלי" במקום פתיחת הסניפים ביום ששי עצמו; להשקפת המפקח, תנאי זה הנו "בנשמת אפו של ההסדר". עובדי הבנקים מתנגדים לתנאי זה נחרצות. הבנקים מתנגדים אף הם לתנאי זה, אך מוכנים בדלית ברירה לקבלו.

לאור התוצאה הסופית שבפסק הדין, איננו נדרשים לשאלה האם תוספת שעות זו צריך שתהווה תנאי לאישור ההסדר, ונסתפק לעניין זה בשתי הערות. ראשית, מבחינת הפגמים העקרוניים בהם לוקה ההסדר ושאותם מנינו לעיל, אין בתנאי זה כדי לשנות דבר. שנית, אשר לפן הכמותי של היקף הפגיעה ברווחת הלקוחות, ניתן לשער כי מימושו של תנאי זה יקטן את היקף הפגיעה בלקוחות עקב ההסדר. עם זאת, המפקח הניח כי לפתיחת הסניפים ביום ה' אחר הצהריים לא תתלווה עלות נוספת מבחינת הבנקים. ואולם, נוכח עמדת העובדים המתנגדים בכל תוקף להארכה כזו של שעות השירות בימי ה', הנחה זו אינה נראית סבירה, והיא גם לא בוססה בראיות. מכאן, לבנקים תיגרם הוצאה (שאת היקפה אין אנו יודעים, אך יש להניח כי זו אינה זניחה) מהצורך לעמוד בתנאי שהציבו הממונה והמפקח לאישור ההסדר. הוצאה זו יש לקזז מהחסכון שנטען בפנינו כי ייגרם כתוצאה מקיצור שבוע השירות. ברור איפוא שהארכת שעות השירות ביום ה', או כל הסדר מקביל, תעלה בממון רב, וממילא יקטן בכך החסכון, שהבנקים והמפקח טוענים כי יושג עקב אישור ההסדר.

33.3. עוד טוענים הבנקים כי פגם יהא בכך שעלות פתיחת סניפיהם בימי ו' תתחלק על כלל ציבור הלקוחות, ולא רק על לקוחות יום ו'. כתוצאה מכך, טוענים הבנקים, יסבסדו כלל לקוחות הבנקים את צרכני יום ו', ואף בכך יש כדי להעיד על הצורך באישור ההסדר. אף טענה זו אינה נראית לנו. בנסיבות מגוונות משתנה עלות תפעולו של עסק כלכלי לאורך שעות היום, או בין ימים או תקופות, מבלי שיהיה לכך בהכרח ביטוי בהפרשי מחיר לצרכן, אך בכך אין כדי להצדיק אישור הסדר כובל. אם, דרך משל, נושא מרכול בהוצאה מוגברת לפתיחת שעריה בשעות הלילה המאוחרות, כאשר כמות הלקוחות הפוקדים את המרכול נמוכה יחסית ועלות העבודה גבוהה יותר, ואם אין המרכול יכול, באופן מעשי, להעמיס את עלות תפעול הלילה על לקוחות הלילה בלבד, אין עולה מכאן שיש לאשר לכל המרכולים הסדר כובל לסגירת שעריהם בשעות הלילה המאוחרות, מהטעם שציבור הקונים של שעות הבוקר מסבסד את ציבור הקונים של שעות הלילה.

34. אין חולק כי העובדים במערכת הבנקאית בישראל זכאים לעבור לשבוע עבודה בן חמישה ימים. המשק כולו מצוי בשנים האחרונות בתהליך מעבר לשבוע עבודה מקוצר, ואין כל הצדקה כי מצבם של עובדי הבנקים יהיה שונה ממצבם של העובדים במגזרי המשק השונים.

עובדי הבנקים, בעמדה שהוצגה בפנינו, גם מעדיפים כי היום הפנוי הנוסף שלהם יהא יום ו', כמקובל לגבי רוב העובדים בישראל. על הנימוקים שביסוד דרישה זו כבר עמדנו לעיל. אכן, מקובל עלינו כי קביעת היום החופשי הנוסף ביום ו' תוסיף ככלל לרווחתם ולא יכוח חייהם של עובדי הבנקים, תאפשר להם לעשות את המנוחה השבועית יחד עם משפחותיהם, ותאריך את המנוחה השבועית באופן שזו תשתרע על פני יומיים רצופים (גם מקובלת עלינו דעת המפקח, לפיה בנק החפץ לסגור שערי יום נוסף בשבוע, צריך שיעשה כך ביום ו').

נציג עובדי הבנקים הציג בדיון שנערך בפנינו עמדה נוספת, לפיה לא זו בלבד שהיום החופשי הנוסף צריך להיות יום ו', אלא שלפי שיטתו שום עובד אינו צריך לעבוד ביום זה. מעמדה זו, כמובהר כאן, אין דעתנו נוחה.

התייחסנו לעיל לקושי העקרוני בקידום רווחת העובדים על-דרך מתן יתרונות קרטליסטיים למעבידיהם. עם זאת, לא השתכנענו בנסיבותיו של מקרה זה כי תרומת ההסדר לרווחת העובדים שקולה, בין לבדה ובין בהצטרפה לתועלות האחרות שמונים המבקשים בהסדר, כנגד הנזקים הכרוכים בהסדר. יתר על כן, אף לא השתכנענו כי ההסדר הוא הדרך הטובה והנכונה לקידום טובתם של עובדי הבנקים.

34.1. ראשית, מתעוררת גם בהקשר זה שאלת תקפותה של הנחת המוצא עליה מבססים הבנקים את טיעונם, על פיה בהעדר הסדר, שומה עליהם לפתוח לאורך זמן את כל סניפיהם בכל ימות השבוע. אם ההנחה איננה נכונה, ואנו כאמור איננו משוכנעים בנכונותה, כי אז נופל נימוק זה, כמו גם שאר הנימוקים שביסוד הבקשה.

34.2. שנית, כפי שכבר ציינו, אפילו "נגזר" על הבנקים, בהעדר הסדר, להותיר את סניפיהם פתוחים ביום ו', גם אז לא שוכנענו כי המצב שייווצר יחייב את הותרתם של כל הסניפים פתוחים וברמת שירות כפי שהיתה לפני המעבר לשבוע עבודה מקוצר. במצב עליו הצבענו לעיל, בו רק חלק מהסניפים יפתחו את שעריהם, תוך מתן שירותים חלקיים שאינם דורשים רמת איוש מלאה של הסניפים, יקטן ממילא גם מספרם של העובדים שיידרשו לעבוד בימי ו'.

34.3. שלישית, וגם זאת כבר ציינו, מצב כזה בו ניתנים השירותים משך כל ימות השבוע, כאשר העובדים עובדים משך 5 ימי עבודה בלבד ללא זכות ליום מנוחה מסוים, אופייני לשירותים חיוניים רבים ואינו מיוחד דווקא למערכת הבנקאית. כך גם קובע ההסכם הקיבוצי התקף לגבי כלל העובדים במשק. מבחינה זו, יש להתחשב בכך שדרישתם של עובדי הבנקים חורגת מהזכויות מהם נהנים עובדי מגזרים חיוניים רבים במשק.

34.4. רביעית, בעוד שמצאנו כי לעובדים אינטרס מובהק לעבור לשבוע עבודה בין חמישה ימים, לא מצאנו קיומו של אינטרס כזה בדרישה כי אף עובד לא יעבוד ביום ו'. דרישה כזאת, שהציג מר שמע בדיון לפנינו, אינה נראית לנו, לא מבחינת טובת הציבור בכללותו, ויש לנו אף ספק עד כמה היא תואמת את טובתם והעדפותיהם של עובדי הבנקים עצמם.

יש להזכיר בעניין זה שמלכתחילה לא היו עובדי הבנקים מאוחדים בדעתם באשר ליום הסגירה הרצוי להם. יש בהם שרצו ביום ו' כיום סגירה, ויש שרצו ביום א'. טובת ציבור העובדים, החלוק בהעדפותיו בין יום ו' לבין יום א', מחייבת לכאורה לאפשר גיוון שיענה על מכלול הצרכים וההעדפות, במובן זה שאף אם יום ו' יהא יום הסגירה היחיד, ניתן יהיה לאייש את סניפי הבנקים ביום ו' בעובדים המעדיפים לעשות את יום המנוחה הנוסף ביום א' או ביום אחר. גם לא שוכנענו גם כי הדרישה למנוע מעובדים המעוניינים בכך, ואין לנו ספק כי כאלה קיימים, ולא מעט, את האופציה לעבוד בימי ו' בתמורה לתוספת שכר, משרתת את טובתם של עובדים, שחלקם ודאי יהיו מעוניינים בהכנסה נוספת ויהיו מוכנים לעבוד בימי ו' לצורך כך. מבחינה זו, הפגיעה ברווחת העובדים, עד כמה שניתן להתייחס לאי-הענקת זכות שאינה מקובלת בשום מגזר חיוני אחר ושאינה עולה בקנה אחד גם עם הסכם העבודה הקיבוצי, כפגיעה, ניתנת לפיצוי כספי.

## נזקי ההסדר

35. על נושא זה הרחבנו את הדיבור בפרקים קודמים שבפסק דין זה, והסברנו את אופייה של ההתערבות במנגנון התחרות החופשית הנגרמת עקב ההסדר, ואת תוצאותיה. לפגיעתו הקשה של הסדר מסוגו של ההסדר שבפנינו התייחסנו בסעיף 4 לפסק הדין, שם הצבענו על תוצאתו של ההסדר, שתביא לצמצום בהיקף השירותים הבנקאיים ואיכותם, והסברנו כי נוחותו של הצרכן היא מצרך בעל ערך כלכלי. לפיכך, פגיעה בנוחותו של הצרכן על-ידי צמצום ימי השירות, היא שוות ערך לפגיעה כספית, וככזו אין היא שונה, בעקרון, מהעלאת מחיר.



נכון להיום פתוחים סניפי הבנקים ששה ימים בשבוע. ההסדר, אם יאושר, ישלול מציבור הלקוחות את האפשרות לקבל שירותים בנקאיים פרונטליים ביום ו'. כך יאולץ הציבור לשנות את המועד ואת אופן צריכת השירותים הבנקאיים. שינוי המנוגד להרגלי צרכנות משמעו נזק צרכני. אי-הנוחות הנגרמת לצרכני השירות ואילוצם לשנות את הרגלי הצריכה שלהם, יפגעו בהכרח ברווחתם של לקוחות הבנקים.

אכן קשה, אם לא בלתי אפשרי, לכמת את הנזק אשר יגרם לצרכנים מהפגיעה ברווחתם עקב שלילת האפשרות לקבל את מכלול השירותים הבנקאיים, במתכונתם הנוכחית, ביום ו', כדי לעמוד על הנזק שייגרם לציבור מביטול השירות הפרונטלי ביום זה, תוך התחשבות בתחליפי השירות העצמי העומדים לרשות הלקוחות. לצורך כך יש לבחון נתונים ברורים באשר לדפוסי השימוש בשירותים אלה באותו היום. אם, דרך משל, היינו רואים מגמה של ריכוז שירותים פרונטליים פרטיים ביום ו', קשה עוד יותר היה לנו לקבל את טענת הבנקים בדבר תחליפיות מלאה. מאידך, אילו היינו מקבלים נתונים הפוכים, מהם ניתן ללמוד כי יום ו' משמש בעיקר לשירותים בנקאיים שניתן לבצעם גם באופן עצמי או אוטומטי, בצירוף נתונים רלוונטיים נוספים, הייתה אולי מסקנתנו שונה (למרות שבכל מקרה לא היה בכך כדי לשנות מעיקרא את תוצאות ההליך הזה).

במהלך הדיון פנינו לנציגות הבנקים, עוה"ד דליה טל וחגית אברהמי, וביקשנו לקבל נתונים אשר יאפשרו לנו לבחון את טענת "תחליפיות השירות" לעומקה, על בסיס עובדות קונקרטיות. לצערנו, נתונים כאלה לא הומצאו, גם לאחר שהזכרנו שוב בקשתנו זו. הבנקים הביאו נתונים לפיהם יש הפחתה מסוימת במספר הפעולות המבוצעות בסניפים ביום ו' (4% לערך), ואף טענו לקשר בין מספר הפעולות לבין מספר המבקרים, והם הסיקו מכך כי מספר המבקרים בסניפים ביום ו' קטן יותר מאשר מספר המבקרים בסניפים בכל אחד מימי השבוע האחרים. מאידך, הבנקים לא הביאו כל נתון באשר לסוג הפעולות המתבצעות בסניפיהם בימי ו', לאחוז הפעולות המחייבות מגע פרונטלי המתבצעות בימי ו', לחתך הלקוחות העושה שימוש בשירותי הבנקים בימי ו', וכיוצא באלה. המועצה לצרכנות, מצדה, גרסה כי יום ו' מהווה דווקא יום מועדף לשירותים בנקאיים פרונטליים, וכן כי חלקם של הלקוחות הפרטיים ביום זה גדול (לעומת לקוחות עסקיים גדולים, שאינם נוטים לעשות שימוש בשירותים בנקאיים ביום ו'), אך לא הציגה לעניין זה נתונים סדורים. ואולם, נטל ההוכחה בבחינת מאזן התועלות בהקשר לאישורו של הסדר כובל, נופל בכל מקרה על כתפי מבקש האישור. כאן נדרשה, מטעם הבנקים, הוכחה עובדתית ברורה וישירה לכך, שהשירותים הישירים והאוטומטיים אכן מסוגלים להוות תחליף ראוי לשירות הבנקאי הפרונטלי הנצרך בפועל בימי ו'. הוכחה כזאת לא הובאה, על-אף שנתבקשה.

אולם, גם בהעדר נתונים מספקים למדידת היקף הפגיעה ברווחת הלקוחות עקב סגירת הסניפים ביום ו', ברור לנו כי מדובר בפגיעה קשה.

מסקנה זו מבוססת בראש ובראשונה על היקפו של ההסדר, המקיף ענף כלכלי שלם הנוגע לפעילותם המשקית של כל אזרחי המדינה, ומותיר את הלקוחות ללא כל אלטרנטיבה לקבלת שירותים בנקאיים פרונטליים ביום זה.

להיקפו של ההסדר נודעת מבחינה זו חשיבות מכרעת. עמד על כך פרופ' Sullivan 'בספרו Handbook of the Law of Antitrust (West Publishing 1977):

Consider again the issue of store closing hours." Suppose we were to conclude that a 6 P.M. closing rule imposed by a retail trade board which exacted the adherence of 95% of the retail merchants in a metropolitan area unreasonably restrained competition. It does not follow that we would on that account insist that a 6 P.M. closing agreement between the merchants on a single shopping block in a large city is also unreasonable. In the first instance the restrictive arrangement is market-wide; it affects the variety of alternatives that the process of competition would ordinarily yield. By diminishing competitive opportunities for sellers and subjecting buyers to a monolithic concerted judgment, it alters what a competitive economy would offer in terms of shopping convenience in a way which might be deemed significant. In the second instance, by contrast, consumers are affected only trivially. Anyone seeking the longer shopping hours which a free market afford need only walk a city block. In the first instance the group imposing the restriction, acting concertedly, has market power. In the second, it does not."

(pp. 189-190)

מבחינה זו, וכפי שעוד יפורט בהמשך, שונה הסדר הנוכחי גם מההסדר שנדון ואושר על-ידי הנציבות האירופאית בעניין , Irish Banks ואשר הביאו הבנקים לחיזוק טיעונם בפנינו.

מסקנה זו עולה גם מכך שיום ו' הוא היום החופשי הפנוי לגבי רוב העובדים במשק. מכאן יש להניח בסבירות גבוהה, כי לקוחות הבנקים אכן ירכזו ביום שירות זה את סידוריהם הבנקאיים, במיוחד אותם סידורים שאינם ניתנים לביצוע במערכות השירות העצמי, המצריכים מטבע הדברים זמן ממושך וטיפול אישי.

מסקנה זו מתחזקת גם מהחשיבות הרבה שמייחסים הבנקים עצמם ליום שירות זה, ועמדנו כבר על כך שאילמלא חשיבותו לא היו הבנקים רואים עצמם נאלצים להוציא סכומי עתק על מנת לשמר את התחרות בינם לבין עצמם על מתן שירותים ללקוחות ביום זה. נזכיר בהקשר זה כי במהלך הדיונים הקשינו על ב"כ המבקשים מדוע אין אותו הגיון, המחייב לדעת המבקשים בהעדר הסדר את פתיחת כל הסניפים בימי ו', מביא למשל לידי כך שבנקים נוספים יצטרפו למהלך של הבנק הבינלאומי, שהאריך את שעות הפתיחה של סניפיו פעמיים בשבוע בשעות אחה"צ. התשובה שקיבלנו היתה כי חשיבותן של שעות שירות אלה נופלת מיום השירות ביום ו'. תשובה דומה קיבלנו לשאלתנו מדוע אין אותו הגיון מביא לידי כך שהבנקים יפתחו את סניפיהם גם בימי ב' ו - ד' אחה"צ (זאת בהנחה, שאין אנו דנים בה כאן, שאין בעניין זה הסדר כובל בין הבנקים). גם כאן, היתה התשובה כי חשיבותן של שעות פתיחה אלה פחותה לעומת חשיבותו הצרכנית של יום ו'. דוגמאות אלה מצביעות גם הן על כך שהלקוחות והבנקים כאחד מייחסים חשיבות רבה ליום שירות זה.

לענין זה לא הבאנו בחשבון נזקים אחרים שמנו המתנגדים להסדר, ובהם הנזק שייגרם לטענתם עקב אילוצם של הלקוחות לבצע את פעולותיהם הבנקאיות על חשבון שעות העבודה, שכן, לא הונחה תשתית ראייתית מספקת התומכת בטענה זו.

גם הטענה בדבר אובדן ימי ערך לא הוכחה, זאת, הן משום שההסדר איננו מחייב את הבנקים שהם צדדים לו שלא ליתן יום ערך בגין הפקדות שבוצעו בימי ו', והן משום שבחלק מהמקרים מתקזז כנגד אובדן ימי הזכות, בחשבון הכולל, אובדן ימי החובה.

### **הטענות בדבר ייחודיות המערכת הבנקאית**

36. נתבקשנו בידי הבנקים לשקול את מאזן התועלות שבהסדר, בין היתר אגב בחינת גישתם של בתי משפט בחו"ל לסוגיות דומות. לטענת הבנקים, התחשבות בתנאים המיוחדים של ענף הבנקאות בולטת במיוחד בדיני התחרות בקהילייה האירופית: "במספר רב של החלטות, קבעה הנציבות האירופית, כי הסדרים כובלים בין מספר בנקים, הקשורים

ליחסים הפנימיים בין הבנקים לבין עצמם, נופלים מחוץ למסגרת של סעיף 85(1) לאמנת רומא, ולכן הם פטורים."

טענה זו משתלבת בקו טיעון אחר שהעלו הבנקים בפנינו, בדבר ייחודיות המערכת הבנקאית כבסיס להבחנה בינה לבין ענפי משק אחרים, בהקשר לחוק ההגבלים העסקיים. ייחודיות זו נטענה בשני הקשרים. ההקשר הראשון הוא הצורך בעצם אישור ההסדר, חרף פגיעתו בתחרות, מהטעם ששוק הבנקאות הוא בעל אופי שונה ומיוחד, ואין לבחון אותו לפי אמות המידה נכון נבחנים ענפי משק אחרים. וכך כותבים הבנקים בסיכומיהם:

"העדרם של התנאים הבסיסיים לקיומה של תחרות משוכללת משמיט את הבסיס מתחת לטענה לפיה דווקא תחרות חופשית בין הבנקים היא שתביא לפתרון היעיל, שכן טענה זו הינה נכונה רק בהתקיימן של שורת הנחות קריטיות, אשר כמתואר לעיל, אינן מתקיימות בעניין דנא. חוסר היכולת להסתמך על כוחות השוק שיפעלו את פעולתם בתחרות חופשית ויביאו בהכרח לפתרון היעיל, מצריכה עריכת השוואה בין המצב אשר ישרור בשוק כתוצאה מן ההסדר, לבין זה שיתהווה בהעדרו של הסדר".

ההקשר השני שהבנקים טוענים בו לאבחנה בינם לבין ענפי משק אחרים הוא החשש, אותו הביע בית הדין, כי אישורו של הסדר כובל לבנקים מהווה תקדים נכון ניתן יהיה להגיע לכלל קרטליזציה בלתי מוגבלת של תעשיות, ענפים ושווקים במשק. לשיטתם של הבנקים, מאפייניו הייחודיים, לכאורה, של ענף הבנקאות, צריכים להסיר חשש כזה מלבנו.

כדי לבסס את טענתם לייחודיות המערכת הבנקאית, העלו הבנקים טיעונים שונים. בין היתר הם טענו כי ענף הבנקאות מתאפיין במבנה עלויות קשיח כפונקציה של כמות שעות פתיחת הסניפים. מבנה עלויות זה נובע, על-פי הטענה, ממופע לקוחות בלתי ידוע מראש, מהצורך בהתמחות עובדים, מעלות הכשרה גבוהה של העובדים, מקושי לנייד עובדים, וממבנה הסמכויות הקשיח בסניפי הבנקים המחייב איוש מוגבר של הסניפים כל העת. לגבי שירותים רבים - אלה המחייבים היכרות מוקדמת עם הלקוחות - קיים בין הסניפים לבין עצמם תחלוף מוגבל בהיקפו. במקביל קיימת בין הסניפים לבין עצמם תלות מסוימת, כאשר סיפוק צרכי הלקוחות של הבנק עצמו מצריך כי כל סניפי הבנק יהיו, לפחות חלק מהזמן, פתוחים במקביל.

עוד טוענים הבנקים, כי השוק בו הם פועלים אינו מקיים את התנאים לתחרות משוכללת. התחרות בשוק מתנהלת בין מעטים, והוא אוליגופוליסטי וריכוזי. המערכת הבנקאית היא

מערכת מוסדרת ומבוקרת בידי הפיקוח על הבנקים. קיימים במערכת הבנקאית "חסמי כניסה" (לרבות רישוי קפדני והון ניכר). חלק מהמחירים במערכת הבנקאית נתונים לפיקוח רגולטורי. כמו כן יש במערכת מרכיב קשיח בהוצאות, הנובע מקיומם של ארגוני עובדים חזקים, המקשים על ניידות עובדים ועל שינויים בהיקף כוח העבודה, והמייקרים את עלות שכירתם של עובדים חדשים למערכת.

בנוסף מעלים הבנקים על נס את קיומם של אמצעים אלטרנטיביים למתן שירות בנקאי פרונטלי, כבסיס מרכזי לאבחנה בינם לבין ענפי משק אחרים, וכן מדגישים הם את אלמנט הקישור בין הבנקים, והצורך לקיים בינם לבין עצמם פעולה מתואמת להבטחת קיומן של מערכות בסיסיות, דוגמת סליקה או מסחר במט"ח. בסוגיות אלה כבר הרחבנו לעיל, ולא נוסיף.

עיינו היטב, ושבו ועיינו, בטיעוני הבנקים באשר לייחודיות המערכת הבנקאית כבסיס לאישור ההסדר הכובל, וכבסיס לאבחנה בין הבנקים לבין ענפים אחרים, ולא נחה דעתנו כי אבחנה כזאת אכן קיימת בהקשר להסדר הכובל המוצע. אכן, רבות מטענות הבנקים באשר למאפייני ענף הבנקאות מקובלות עלינו, אולם בין רובן המכריע לבין מאזן התועלות, שאנו בוחנים כאן, מועט הקשר. במלים אחרות, ככלל אין במאפייני ענף הבנקאות כדי להצביע על הצדקה לאישורו של ההסדר הכובל הספציפי שבפנינו.

מקובלת עלינו התיזה, כפי שכבר הבהרנו, כי אין במציאות שום מצב בו מתקיימים כל התנאים להיווצרותו של "שוק משוכלל", כהגדרתו התיאורטית. כך, סיטואציה של פגמים בהנחת יעילות השוק, שהבנקים מתארים בפנינו, אינה אופיינית דווקא להם. בשווקים רבים קיים בידי צרכנים מידע חלקי וחסר, שעלותו אינה חופשית. שווקים לוקים בעלויות עסקה גדולות. שווקים לוקים בחסמי כניסה בפני כניסת יצרנים חדשים לשוק (למשל בגין קיומן של זכויות פטנט או בלעדיות על טכנולוגיה). סיכונים גבוהים או תחזית רווח ארוכת טווח מרתיעים מפני כניסה לשוק. וכיוצא באלה.

עם זאת, גם בשווקים שאינם מושלמים, הנחת המוצא היא כי מצב של תחרות ראוי, רצוי, ועדיף - והטוען אחרת, עליו הראיה. ברי כי שוק הבנקאות רחוק מאד מתנאיו של שוק משוכלל תיאורטי, אך בעצם ציון פגמים בשכלול השוק לא שגיא, ויש להסביר מדוע אותם פגמים צריכים להביא להתערבות בפעולתו של השוק וכיצד יהיה בה, באותה התערבות, על רקע פגמים אלה, כדי להועיל. החזקה, הניתנת לסתירה, בדבר הרצון להימנע מהתערבות בפעילותו של השוק, נותרת על כנה גם כאשר השוק לוקה בפגמים. כדי לסתור חזקה זו, ולשכנע את בית הדין לאשר הסדר כובל הפוגע בתחרות יש לבסס, בין היתר, קשר ברור בין הפגמים בפעולת השוק, (או כשלים המופיעים בו), לבין ההסדר המבוקש.

קשר כזה לא בוסס בהליך שבפנינו. כבר הטעמנו כי הגיונו של חוק ההגבלים העסקיים וטעמיו אינם עוברים מן העולם רק משום שהשוק בו מדובר אינו "מושלם" או "משוכלל" באופן

מלא; אם כך היה הדבר, לא היה נותר מאומה מהחוק, שהרי בפועל שום שוק אינו "מושלים" או "משוכלל" באופן מלא. מיעוט תחרות בשוק נתון אינו, כשלעצמו, טעם להתערבות בפעולת השוק על דרך צמצום נוסף של התחרות הקיימת, באמצעות אישור הסדר כובל. חסמי כניסה לשוק, עלויות עבודה גבוהות או ריכוזיות אינם מצדיקים, כשלעצמם, אישורו של הסדר כובל, שתוצאתו הפחתה נוספת ברמת התחרות בין הבנקים, כשרמה זו - לפי עדות הבנקים עצמם - לוקה בחסר. יתרונות לרשת אינם טעם לאישור הסדר כובל, אם אין בהסדר עצמו כדי לקדם את פעילות אותה הרשת מלכתחילה. קיום תחליפים בנסיבותיו של הסדר כובל יכול שיהיה רלוונטי במכלול השיקולים לבחינת אישורו, אך הקשר בין התחליף לבין המקור צריך שיובהר בפירוט ויבוסס היטב, ובכל מקרה קיומו של תחליף אינו יכול להוות את הטעם העיקרי לאישור הסדר כובל, אלא רק שיקול נוסף שיש להביא בכלל חשבון בבחינת מאזן התועלות.

בקצרה, המאפיינים המיוחדים של ענף הבנקאות אינם תומכים באישורו של ההסדר הכובל. תוצאה זו עולה בקנה אחד עם הפסיקה האירופית שהובאה בפנינו, ושעניינה הסדרים כובלים בין-בנקאיים. הבנקים ביקשו להסתמך, לחיזוק טיעוניהם, על אותם מקרים בהם הוכרה באיחוד האירופי חוקיותם של הסדרים כובלים בין-בנקאיים. ואולם, בחינת נסיבות אותם מקרים אינה תומכת בתוצאה המבוקשת על-ידם.

עוד בשנת 1980 נדחתה בבית הדין של הקהילייה האירופית הטענה הכוללנית, כי בשל ייחודיות ענף הבנקאות, אין להחיל עליו את כללי התחרות הרגילים, הקבועים בהוראות אמנת רומא. כך נקבע בעניין, Zuchner V. Bayerische Vereinsbank [1982] 1 C.M.L.R 313, בעמודים 323-324:

Although the transfer of customer's funds from" one member-state to another normally performed by banks is an operation which falls within the special task of banks, particularly in connection with international movements of capital, that is not sufficient to make them undertakings within the meaning of Article 90(2) of the Treaty unless it can be established that in performing such transfers the banks are operating a service of general economic interest- with which they have been entrusted by a measure adopted by the public authorities.

As to Article 104 et seq. of the Treaty, those provisions in no way have the effect of exempting banks from the competition rules of the Treaty. They appear in Chapter 2 of Title II of the Treaty, which concerns 'Balance of payments', and are restricted to stipulating that there must be co-ordination between the member States on economic policy, and to that end they provide for collaboration between the appropriate national administrative departments and the central banks of the member-States in order to attain the objectives of the Treaty."

על פסק דין זה נכתב גם בספר: Butterworths Competition Law (London 1996):

The Commission has for many years maintained" the applicability of the competition rules to the banking sector. The majority of the EC national banking associations had contended otherwise and had, in particular, argued that... inter-bank agreements were excluded from the competition rules by virtue of Article 90(2) of the EEC Treaty... There matters lay until the ECJ came to decide *Zuchner v. Bayerische Vereinsbank*..."

(III/ בעמוד 889).

החלטה עליה ביקשו הבנקים להסתמך היא זו שבעניין *Irish Banks* (OJ 1986 L295/28). ההחלטה שם עסקה בהסדר - שאושר - בין מספר תאגידים בנקאיים באירלנד, לתיאום שעות פתיחה בימים ב' ו-ג'. באותו עניין פנו ארבעה בנקים אירים לאישור ההסדר הכובל ביניהם, ואף שתוכן ההסדר שם דמה לחלק מתוכנו של ההסדר הכובל המבוקש כאן (אלמנט הסגירה המשותפת), נסיבות העניין דשם שונות במידה משמעותית מאלה שבפנינו. עיון בהחלטת הנציבות שולל הסתמכות עליה כבסיס לאישור ההסדר הכובל; הלכה למעשה, יש בנסיבות אותה החלטה כדי להצביע על הקושי באישור ההסדר המבוקש כאן.

בעניין *Irish Bank* היו הצדדים להסדר ארבעה בנקים בלבד, אשר החזיקו כ - 40% מנפח השירותים הפיננסיים הלא-ממשלתיים באירלנד (סעיף 6 להחלטה), וחלקם בכלל השוק הרלוונטי היה אף נמוך יותר. במלים אחרות, הבנקים המבקשים לא היו את כלל המערכת

הבנקאית האירית, ואף לא את רובה. בקשתם הוגבלה לתיאום שעות פתיחה. לא נוסף לה אלמנט של מניעת תחרות בעתיד, ונציבות השוק לא נתבקשה להגן על הבנקים המבקשים מפני סיטואציה, בה יבקשו לקוחותיהם לקבל שירות מבנקים אחרים, נוכח הצמצום בשעות הסגירה כפי שהתבקש שם.

נסיבות הבקשה לאישור ההסדר שבפנינו שונות באופן ניכר ביותר. כאן מדובר בבקשה לסגירה מתואמת של המערכת הבנקאית כולה, מבלי להותיר ללקוחות החפצים בכך אפשרות לקבל שירותי בנקאות פרונטליים ביום ו' מבנקים שאינם צד להסדר, ותוך בקשה כי נעגן בפסק הדין את העדר התחרות גם בעתיד. אין דומה מצב בו כמה מבין הגופים הפועלים בשוק תחרותי מבקשים, מטעמים לגיטימיים, ותוך נשיאה בסיכון המתבקש, להגביל את שעות פעילותם, תוך שלקוחותיהם יכולים לקבל אותו שירות בדיוק ממתחרים שאינם צד לבקשה, ומבלי לנסות להגביל את התחרות נגד המבקשים - למצב בו מבקשים כל הגופים הפועלים בענף לגרוע מאיכות המוצר שהם מספקים, תוך חסכון בהוצאות המיטיב עמם במישרין, מבלי לשאת בסיכון המתבקש, מבלי לאפשר ללקוחות המבקשים זאת לקבל שירות ממתחרים, ותוך ניסיון לקבע בהסדר מחייב מצב של העדר תחרות ביניהם.

אכן, הנציבות האירופית הדגישה בהחלטתה את חשיבותם של שעות וימי הפעילות כמימד חשוב בתחרות שבין עסקים, ובבסיס החלטתה לאשר את ההסדר, ניצב דווקא כוח השוק המוגבל של הצדדים לו בענף השירותים הפיננסיים באירלנד, וכפועל יוצא מכך האפקט המצומצם שיש להסדר מסוג זה על הפגיעה בתחרות בין הגופים הפועלים באותו ענף:

The Commission considers that the time period”  
within which services are made available to  
consumers is an aspect of competition between  
undertakings providing actually or potentially  
competing services.

(i) However, with regard to the market on which the parties to the  
agreement in question are operating, given that:

(ii) Only some of the banking services provided by the parties are  
actually affected by this agreement; and Competition between the  
parties in these services is not otherwise affected by this  
agreement;...”



מבנה מערכת הבנקאות בישראל הוא מהריכוזיים בעולם המערבי. מסביר המפקח במאמר פרי עטו (זאב אבלס, "הבנקים במערכת השווקים הפיננסיים - איך הגיעו למעמדם הדומיננטי? היש מקום לפעול לשינוי המבנה?", רבעון לבנקאות, כרך ל"ג 3/95), כי על-פי מדד "הרפינדל", מצויה מדינת ישראל במקום השני בריכוזיות מערכת הבנקאות שלה, כאשר משווים אותה למערכות בנקאות במקומות אחרים בעולם. הריכוזיות מתבטאת בכך שחמשת התאגידים הבנקאיים הגדולים מחזיקים ב - 90% לערך מהפעילות הבנקאית במשק, ובבעלותם של אותם תאגידים כ - 95% מכלל הנכסים של המערכת הבנקאית. בנוסף לריכוזיות הבנקים בתחום המסורתי של הפעילות הבנקאית, דהיינו בתיווך פיננסי, מרכזים בידיהם חמשת התאגידים הבנקאיים הגדולים גם את החלק המכריע בתחומי הפעילות הפיננסית, שאינם קשורים בבנקאות המסורתית. על הרקע הזה, ונוכח העובדה שההסדר הכובל המבוקש אמור להקיף כמעט את כל המערכת הבנקאית, ואף למנוע תחרות בעתיד נגד הבנקים המבקשים, לא נוכל להסתמך על פסק הדין בעניין Irish Bank כאסמכתא לאישור ההסדר.

עוד הביאו הבנקים כתמיכה לטענותיהם את ההחלטה בעניין Dutch Banks (OJ 1989 L253/1). באותו עניין ביקשו בנקים הולנדים לקבוע בין היתר כי עמלות מסוימות, אשר ניגבו עד אותה העת מלקוחות, ייגבו בין הבנקים לבין עצמם תוך הותרת שיקול דעת לכל בנק באשר לגביית עמלה מלקוחותיו. המבקשים הציגו החלטה זאת בפנינו כבסיס לנטיית האיחוד האירופי להכיר באופיים המיוחד של בנקים, לעניין אישור הסדרים כובלים בינם לבין עצמם. באי-כוח המועצה לצרכנות, לעומתם, מבקשים לשכנע אותנו בסיכומיהם כי תוכן ההחלטה האמורה מוגבל לתיאום טכני-פרוצדורלי, שפגיעה בתחרות אולי אין בו, אך גם לא דמיון להסדר הכובל שמבקשים מאתנו הבנקים לאשר - ונראה כי הצדק אתם בנקודה זו.

בספרם EC Banking law (London, 1994) מייחדים המחברים דיון בהחלטת הנציבות בעניין Dutch banks. לדבריהם:

In effect, the interest of the Dutch banks' decision" lies more in the numerous agreements and recommendations that were withdrawn by the parties making the notification, as a result of the Commission's initial statement of objections, than in the agreements - of a limited scope - that were maintained in force and that were either held not to come within the ambit of Article 85(1) (and were thus granted a negative clearance) or were

granted an exemption under Article 85(3). Its interest also lies in the fact that, for the first time, the commission considered, and opposed, discriminatory bank commissions."

בהחלטה עצמה בעניין Dutch Banks נקבע כי - (בפסקה 26):

However, the parties have not been able to "convince the Commission that such changes would meet the conditions for exemption under Article 85(3). They have not shown that such agreements... would actually be necessary for the successful implementation of certain forms of co-operation, positive in themselves, between a number of banks. The position of the Commission is that only in the exceptional cases, where such necessity is established, may agreements on inter-bank commissions be capable of obtaining an exemption under Article 85(3)."

לסיכום נקודה זו, בין ההסדר המבוקש מאתנו כאן, ובין ההסדרים שהם נושא פסקי הדין שהובאו לעיל, רב המרחק. בענייננו, מדובר בהסדר המקיף את כלל המערכת הבנקאית ולא רק חלקים ממנה, שבא למנוע בהווה ובעתיד תחרות בבנקים הסוגרים שעריהם ביום ו', והכל בעניין שאינו דומה כל עיקר לתיאום טכני או פרוצדורלי בין בנקים בהקשר הרשת במסגרתה הם פועלים. בבחינת מאזן התועלות, אין האמור לעיל תומך בבקשת הבנקים לאישורו של הסדר כובל.

### **ההסדר ודיני הבנקאות**

37. היחס בין ההסדר לבין דיני הבנקאות מחייב התייחסות נפרדת מכמה היבטים :

37.1. המפקח על הבנקים ליווה את הדיונים בעניין זה החל מראשיתם. המפקח הנוכחי - מר זאב אבלס, בשונה מהמפקח הקודם - ד"ר גולדשמידט, נמנע בתוקף מלהביע את

דעתו באשר לעצם המעבר לשבוע עבודה או שבוע שירות מקוצר. נושא זה, הוא היה סבור, הנו עניין שביחסי העבודה שבין הנהלות הבנקים לעובדיהם בו לא ראה עצמו מוסמך להתערב.

מאידך, המפקח לא נמנע מלהביע דעתו לגבי מאפייניו האחרים של ההסדר, אם יושג. דרישתו המרכזית בעניין זה הייתה כי יום הסגירה הנוסף, אם יקבע כזה, יהא יום אחיד למערכת כולה. הנימוקים שהנחו את המפקח בהשקפה זו ידועים, הם מקובלים גם עלינו, ולא נחזור עליהם כאן.

37.2. התאגידים הבנקאיים, וגם הממונה, ניסו להניע את המפקח ליטול את ההסדר תחת חסותו במסגרת התקנת "נוהל בנקאי תקין", אותו מוסמך המפקח להתקין מכוח דיני הבנקאות. אילו כך נעשה ותוחם כראוי, היה ההסדר לשיטתם בגדר הסדר שכל הוראותיו נקבעו על-פי דין, וככזה היה פטור מעולו של חוק ההגבלים העסקיים מכוח סעיף 13(1) לחוק. הממונה היה סבור שפתרון זה עדיף על פני עריכת הסדר כובל, וכך כתב למפקח במכתבו מיום 13.2.96:

"נטען עוד כי הסדר כאמור שבנדון יהיה בבחינת הסדר כובל הפטור על (פי) סעי' 13(1) לחוק אם אמנם יתקיים בו דבר היותו "הסדר שכל כבילותיו על פי דין". וכך הוא! אם אכן תצא מלפני הרשות המוסמכת, לענייננו, המפקח על הבנקים, הוראה בת פועל תחיקתי שתיתן כדין מכוח החקיקה הנוגעת לדבר, ואשר תסדיר באופן כולל את מעבר מערכת הבנקאות לשבוע עבודה מקוצר יהא הסדר זה פטור מעולו של חוק ההגבלים העסקיים. אכן, לכאורה ניתן במסגרת הוראות נוהל בנקאי תקין לקבוע כללים בדבר מעבר עובדי הבנקים לשבוע עבודה מקוצר, והן תוכלנה להבטיח כי מעבר זה ייעשה כדין ותוך שקילת כל האינטרסים הנוגעים בדבר.

קביעה כזו מתבקשת בנסיבות העניין כחלק טבעי ורצוף ממערך הפקוח על פעילות המערכת הבנקאית. קביעה כזו תהיה בבחינת נדבך נוסף במארג הוראות הפקוח על הבנקים, הן ייצאו מלפני הגורם המתמחה בתחום הפקוח על הבנקאות, הן תוכלנה להתייחס תוך פרק זמן קצר לסבך הבעיות המחייבות מענה, תוך שניתן יהיה בפשטות יחסית לשנותן בהתאם לתהפוכות שהזמן והניסיון יגרמו.

אכן עדיפה שבעתיים הדרך של מתן הוראות על פי דין להסדרת המעבר לשבוע עבודה מקוצר. אם ורק אם, לא יצעדו בדרך זו, יתעורר הכורח לצעוד במסלול של אישור הסדר כובל על ידי בית הדין להגבלים עסקיים." (הדגשה שלנו).

אולם, גישתו של המפקח, מסתבר, הייתה שונה. לדעתו, אישור ההסדר שמשמעותו כפיית סגירת הסניפים איננה בגדר סמכותו. כך עולה מתשובתו של המפקח לב"כ המבקשים:

"ההסדר המוצע העומד במוקד הדיון הנו בראש ובראשונה הסדר בו יתחייבו תאגידים בנקאיים, כל אחד כלפי יתר הצדדים להסכם, שלא לפתוח את סניפיהם ביום אחיד עליו יוחלט באותו הסכם.

הסכם לעניין זה, הוא אשר הנו לכאורה כבילה המכניסה אותו תחת כנפי הגדרת "הסכם כובל" שבחוק ההגבלים העסקיים.

מאחר שעמדתנו הנה כי איננו מוסמכים על פי הדין ליתן הוראה שתחייב את הבנקים לסגור את סניפיהם ואת עסקיהם ביום נוסף על יום המנוחה, ומשסבורים אנו כי הוראה שכזו היא העומדת במוקד ההסכם הנדון, אשר הנו לכאורה הסדר כובל, הרי לא ניתן להיעזר לעניין זה בסעיף המוציא מכלל ההסדרים הכובלים, הסדר שכל כבילותיו נקבעו על פי הדין", באשר כאמור, לא יכולה להיות כאן "קביעה על פי דין".

על עמדתנו זו חזר המפקח גם בעדותו. נציין, כי לשיטתו של המפקח הוא גם איננו מוסמך להורות לבנק לפתוח (ולא רק לסגור) את שעריו. יוצא מכלל זה הנו רק עניין פתיחת שערי הבנק ביום המוגדר כיום עסקים. לגבי יום כזה, המוגדר כיום עסקים, סבור המפקח, כי בנק איננו רשאי לסגור את עסקיו.

עמדה זו באה לידי ביטוי בנוהל בנקאי תקין שהוצא על-ידי המפקח כאמור לעיל, שבו נקבע:

"החוזה שבין תאגיד בנקאי לבין לקוחו כולל תנאי מכללא, שמשרדי התאגיד יהיו פתוחים בכל הימים למעט .... תאגיד בנקאי הסוגר את סניפיו בימים שאינם ימי חג

ומועד רשמיים ושלא בימים בהם קיים נוהג בנקאי של  
סגירה כאמור לעיל, מסתכן בהפרת חוזה עם לקוחותיו."

המפקח תמך קביעה זו גם בעדותו בפנינו :

"...אני חושב שלקוח זכאי לקבל ביום עסקים את כל  
השירותים. .. הוא יכול לשחק על שעות הפתיחה ביום  
העסקים, ... עמדתי במצב כזה היא, שבנק לא יכול לסגור  
את סניפיו כיוון שאני לא רואה מצב שבו יש יום עסקים,  
ולקוח בא לסניף ולא יכול לבצע פעולות עסקיות."

למען הדיוק, נציין כי המפקח הביע את דעתו המקצועית מההיבט של המדיניות הנקוטה על  
ידו מבחינת הפיקוח על הבנקים, תוך שהוא מסייג את דבריו באשר להיבט המשפטי  
של הסמכות:

"...מה שאני בא ואומר, זה מההיבט של טובת הלקוח אני  
לא אאפשר לבנק שוב, אני צריך לבדוק אם יש לי סמכות  
לזה או אם אין לי סמכות לזה, אני לא מעיד פה על הצד  
המשפטי של הענין, אבל מבחינת מדיניות פיקוחית אם יש  
לי סמכות לזה, אני לא אאפשר לבנק ביום עסקים לסגור  
את סניפיו, שלא יתאפשר ללקוחותיו לקבל שירותים."

הואיל והמפקח עצמו לא קבע מסמרות בעניין סמכותו המשפטית למנוע מבנק לסגור את  
סניפיו בימי עסקים, מה שמשליך גם על הסמכות להתיר סגירה כזאת, והואיל  
והשיקולים הצריכים לעניין לא הוצגו בפנינו על-ידי המפקח או הצדדים, לא ננקוט  
גם אנו עמדה בעניין זה.

37.3. ואולם המבקשים, בצאתם מן ההנחה כי בנק המבקש לסגור את סניפיו ביום עסקים  
אכן נזקק לקבלת היתר מהמפקח, מוסיפים וטוענים כי הפעלת סמכות זו של  
המפקח להתיר סגירת סניפי הבנקים בימי ו' מחייבת עריכת הסדר כובל. לצורך  
בחינתו של טיעון זה נצא אף אנו מההנחה כי בנק המבקש לסגור את סניפיו ביום  
עסקים, אכן נזקק, גם מהבחינה המשפטית, לקבלת היתר מהמפקח.

לטענת הצדדים דיני הבנקאות יוצרים בעניין זה קושי, שאינו ניתן לפתרון אלא בדרך של  
עריכת הסדר כובל. מקורו של אותו קושי נעוץ, לטענת המבקשים (הממונה לא

הצטרף לטענה זו), בהגדרת יום עסקים על-פי דיני הבנקאות. "יום עסקים בנקאי" מוגדר על-פי תקנות הוראות הבנקאות (שירות ללקוח) (מועד זיכוי וחיוב בשיקים), התשנ"ב-1992, כ"יום שבו פועלים רוב סניפי הבנקים ואשר לגביו מתקיימת סליקה של מסרים". משמע, הגדרת יום עסקים הנה הגדרה תוצאתית הנקבעת על-פי המצב בשטח, היינו, על-פי מספר סניפי הבנקים הפתוחים בפועל.

על רקע זה נוצר לטענת המבקשים "מעגל שוטה", זאת עקב כך שמחד, הגדרת יום עסקים הנה הגדרה תוצאתית הנגזרת מהמצב השורר בשטח בפועל, היינו, האם רוב הבנקים סוגרים את סניפיהם אם לאו. מאידך, אם בנק אינו יכול לסגור את סניפיו ביום עסקים, נוצר מעגל שוטה על פיו לעולם לא יתאפשר ביטול יום עסקים קיים, שכן כל עוד רוב הבנקים פתוחים, וכל עוד אין בנק יכול לסגור את סניפיו ביום עסקים, לא יוכל להשתנות אותו מצב עובדתי, על פיו רוב הבנקים פתוחים, מה שימנע הפיכתו של יום עסקים ליום שאיננו כזה.

שבירת אותו מעגל שוטה, סבורים הבנקים, והמפקח תומך בעמדתם, ניתנת לביצוע רק באמצעות ההסדר שעל פיו יחליטו רוב הבנקים לסגור את שעריהם ביום ו'. טעם זה, לאישור ההסדר הכובל, לא עלה בבקשה המקורית, ולדעתנו הוא אינו נדרש גם לגופו.

עצם העובדה כי המעבר מיום עסקים ליום שאיננו כזה מחייב סגירה של רוב סניפי הבנקים, עדיין איננה מחייבת כי הדבר יעשה במתואם. אילו היו באות בפני המפקח פניות עצמאיות ובלתי מתואמות מטעם רוב הבנקים לסגירת סניפיהם בימי ו', ואילו היו מוכח לשביעות רצונו של המפקח כי רוב הבנקים אכן מבקשים לסגור את סניפיהם ביום זה, לא הייתה כל מניעה, הן מבחינת דיני הבנקאות והן מבחינת דיני ההגבלים העסקיים, לאפשר סגירה כזו. במקרה כזה היה המפקח מודיע לבנקים, שביקשו לסגור את סניפיהם בימי ו', כי לאור העובדה שבקשה כזו מקובלת על רוב הבנקים, אין מניעה מלעשות כן. בכך הייתה מתאפשרת הסגירה, תוך שמירה על הכלל, שיום עסקים הוא יום שבו פתוחים רוב הבנקים מחד, ותוך הימנעות מתיאום האסור על-פי דיני ההגבלים העסקיים מאידך.

אשר לתחרות בין הבנקים לאחר הסגירה, זו וודאי אינה מחייבת, מבחינת דיני הבנקאות, כבילה האוסרת עליהם להתחרות זה בזה על פתיחת הסניפים בעתיד. על כן, אם לאחר שהחליטו רוב הבנקים - כל אחד לעצמו - על אותה סגירה, יחליטו חלק מאותם הבנקים לשוב ולפתוח את סניפיהם תוך תחרות עם הבנקים האחרים, לא ניתן ולא יהיה גם מקום למנוע את פתיחת הסניפים מחדש מכוח דיני הבנקאות. במקרה כזה, ובהנחה שההגדרה הנוכחית של יום עסקים תישאר על כנה, באותו

השלב בו יסתבר שרוב הבנקים החליטו לפתוח את סניפיהם, יחזור אותו יום להיות יום עסקים מכוח ההגדרה.

מכאן עולה, שאין כל הכרח בעשיית הסדר כובל רק כדי להתיר את אותו מעגל שוטה שנוצר על-פי הנטען בדיני הבנקאות.

37.4. נושא זה מעורר שאלה הנוספת: האם זקוקים המבקשים לאישורו של מערך ההגבלים העסקיים, לשם פניה מתואמת למפקח על הבנקים, לרבות ההידברות המתחייבת לביצועה של פניה כזו/כל זאת, כאמור, בהנחה שאישור המפקח אכן נדרש לסגירת סניפי הבנקים), קל וחומר לסגירת סניפיהם ביום ו'?

אין ספק כי תיאום הפניה עצמה נופל בגדר הסדר כובל כמשמעו בחוק. מאידך, תיאום שמבצעת הרשות המוסמכת ואשר נועד לקבוע הסדר "שכל כבילותיו הן על פי דין", לכאורה אינו כפוף לתחולת החוק, שכן אם ההסדר עצמו הוצא מחוץ לתחולת החוק, הדעת נותנת שגם כל מגע לתיאום או להשגת אותו הסדר שמבצעת הרשות המוסמכת צריך שיהא פטור מעולו של החוק.

חשוב להבהיר כי התיאום חייב להיעשות בידי הרשות המוסמכת, ולא בידי הבנקים לבין עצמם. טול לדוגמא קביעת מחיר למצרך הנתון תחת פיקוח ואשר קביעתו, למשל העלאתו, מחייבת אישור הרשות המוסמכת. ברור שעצם העובדה כי העלאת המחיר מותנית באישור, אינה מאפשרת תיאום בין היצרנים המיועד להביא לקביעת מחיר אחיד על-ידי כל היצרנים.

מאידך, כאשר הרשות המוסמכת משמשת כגורם מתאם בין גופים מפקחים, שונה המצב. משמע, אם הקביעה של יום סגירה נופלת בגדר סמכותו על-פי דין של המפקח, ואם זו מצריכה על-פי שיקול דעתו קביעת יום סגירה אחיד משותף לכל המערכת, כי אז, מגעים שהמפקח מבצע בין הבנקים שיהיו מכוונים להביא לתיאום שיאפשר הפעלת סמכותו הסטטוטורית של המפקח לקביעת יום סגירה אחיד, יהיו פטורים אף הם מעולו של חוק ההגבלים, שכן מגעים אלה שמבצע המפקח מתחייבים מעצם הפעלת הסמכות הסטטוטורית, שאותה לא רצה המחוקק לכפוף לדיני ההגבלים העסקיים. כך הדבר, למשל, בקביעת נהלים או אמות מידה משותפות להפעלת מערכת הסליקה. לא כן במקרה שבפנינו, שבו קביעת חובת הסגירה או האיסור על הפתיחה הנם נושאים שלשיטת המפקח אינם נופלים בגדר הסמכות הסטטוטורית, ועל כן גם אינם מצדיקים עריכת תיאומים שהם בגדר הסדרים כובלים.

מכאן עולה כי אילו מלכתחילה הייתה פניית הבנקים מוגבלת לאישור יום סגירה אחיד, ואילו נעשתה פניה כזאת על-ידי כל בנק באופן עצמאי ללא תיאום עם הבנקים

האחרים (למעט תיאום שהיה מתבצע באמצעות המפקח), כי אז לא היתה פניה כזאת - לרבות סגירת הסניפים שהיתה מתבצעת עקב אישורה - נחשבת כהסדר כובל.

שאלה אחרת היא מה יהא דינה של פניה כזאת כיום, לאחר שנעשה מה שנעשה, ותואם מה שתואם, והאם אין דינה של פניה כזאת היום (או בעתיד), לרבות סגירת הסניפים - אם תענה בחיוב - בגדר הסדר כובל, גם את תבוצע על-ידי כל בנק בנפרד.

שאלה זו, הינה בשלב זה שאלה תיאורטית. הצדדים לא התייחסו אליה ועל כן לא ננקוט בה עמדה גם אנו, מעבר למה שנאמר בהקשר זה לעיל (סעיף 22.3.2).

### **דחיית עמדתם של הממונה והמפקח**

38. משמעותו של פסק הדין הנה דחיית עמדתם של המפקח והממונה. נציין כי תוצאה זו גרמה לנו ללבטים רבים, שהרי מדובר בשני ממלאי תפקידים סטטוטוריים המופקדים, כל אחד בתחומו, על שני התחומים הרלבנטיים לבקשה זו: מישור הבנקאות ומישור ההגבלים העסקיים. לגבי הממונה כבר נקבע כי " ... ככלל יש ליתן משקל לעמדת הממונה על ההגבלים העסקיים בפני בית הדין." (הע. 445 אי.סי.פי. נגד הממונה על ההגבלים העסקיים).

בהקשר זה נראה לנו כי חשוב לציין כי תמיכתו של הממונה בהסדר, כפי שזו הוצגה בפנינו, היתה במובנים רבים מסויגת. תחילתה עוד בפנייתו למפקח על הבנקים אותה הזכרנו לעיל, כאשר ניסה להניע את המפקח להסדיר את הנושא מחוץ לכתליו של חוק ההגבלים העסקיים, בהיות דרך זו, כלשונו, "עדיפה שבעתיים". המשכה בהליך זה, כאשר סגן הממונה ציין לא אחת את מגרעותיו הרבות של ההסדר, שלהן הוא היה כמובן ער. כפי שהסתבר, תמיכתו של הממונה בהסדר הנה, במידה רבה, בגדר בחירה באופציה הפחות גרועה. מכאן, שכל שמדובר בממונה, תמיכתו בהסדר הייתה תמיכה מסויגת.

אין לנו ספק כי גם המפקח על הבנקים נקט בעמדה שנראתה לו כתואמת את טובת המערכת הבנקאית וציבור לקוחותיה. אנו ערים כמובן לכך, שגם בהתייחס לנושאים אלה לא קבלנו בכל נושא את עמדתו של המפקח.

עם זאת, לא למותר יהא לציין כי גם עמדתו המקורית של המפקח לא תאמה את ההסדר כפי שהוגש לפנינו. כך ציין המפקח, במכתבו מיום 20.2.1996 לממונה, בעת שהודיע כי הוא תומך בהסדר: "כמו כן הדגשתי, כי לדעתנו יש להבטיח מראש, שכל בנק שירצה לבטל את השתתפותו בהסדר זה, או לא להצטרף אליו מלכתחילה, יהיה חופשי לעשות זאת". אכן,



תנאים חשובים אלה, אותם דרש המפקח לכלול בהסדר, אינם נכללים בהסדר שהובא בפנינו.

## סוף דבר

39. הגיעה העת לסכם את מאזן התועלות, כפי שנבחן לאורך פסק הדין. סיכום זה יהא קצר, שהרי נכתבו הדברים, וברוחב יד.

מאזן התועלות מצביע ללא ספק על כך כי אין לאשר את ההסדר הכובל, על שני ראשיו. אישור כזה אין לו הצדקה, נזקו רב, ותועלתו - אם בכלל - מועטה היא.

מהות הכבילה שהובאה בפנינו היא תמצית הסוגיה: הפגיעה בתחרות היא מעיקרי הסדר זה, ומטרתו. הסדר זה בא לאפשר לתאגידים הבנקאיים להתמודד עם שינוי כלכלי-חברתי, של מעבר עובדים מששה לחמישה ימי עבודה. באופן רגיל, שינוי כזה בסביבה העסקית גורר אחריו, בכל עסק, ביצוע שורה ארוכה של פעולות, שעלותן בצידן כדי להתאים עצמו למציאות המשתנה. שינוי כזה גם סביר כי יביא, מטבע הדברים, לחידוד התחרות בין הגופים העסקיים הפועלים באותו תחום. שהרי כל גוף עסקי ינסה, בנסיבותיו של שינוי כזה, להיות יעיל יותר ומוצלח יותר ממתחריו, לעבור בשלום את מוראות השינוי, ובמידת האפשר להפכו ליתרון עסקי עבורו, על חשבון מתחריו.

לא כך התאגידים הבנקאיים, בבקשה שלפנינו. המבקשים באו לשכנע אותנו כי ראוי לאשר להם לעבור תקופה זו של שינויים בלתי נמנעים, בתנאים של העדר תחרות בינם לבין עצמם. כך, במקום שהשינוי בתנאי הסביבה העסקית ימריץ תחרות, נתבקשנו לאשר את דיכוי התחרות, כתנאי לאותו שינוי.

אכן, הפגיעה בתחרות שאנו מבקשים לאשר בהסדר זה, קשה היא. ההסדר נוגע לענף מרכזי במשק, שרבה חשיבותו לציבור הצרכנים ולפעילות המשקית בכלל. ההסדר כולל כמעט את כל ספקי השירות הזה, היינו כמעט את כל הבנקים הפועלים במשק הישראלי.

הבנקים מבקשים לסגור את סניפיהם ביום ו', בטענה כי פתיחת הסניפים ביום ו' אינה כדאית לציבור הצרכנים, למשק, ולהם עצמם. הבנקים מבקשים לעשות כן תוך שהם פוטרים עצמם מהסיכון הכרוך במהלך כזה במשק תחרותי, ומונעים מציבור הלקוחות להגיב על שינוי כזה בדרך של הסטת הצריכה מספק שירות אחד לאחר, ותוך שהם מבקשים לקבע מצב זה של העדר תחרות גם להבא.

לאורך הדיון כולו לוקה בקשת הבנקאים לאישור ההסדר הכובל בקושי יסודי. מחד, אנו מתבקשים לאשר את סגירתם המתואמת והקבועה של הבנקים בימי ששי, בטענה כי

מטעמים שונים פתיחת הבנקים בימי ששי אינה חשובה, או אינה צריכה להיות חשובה, ללקוחות הבנקים. מאידך, אנו שומעים כי שום בנק אינו מוכן לשאת בסיכון העסקי של סגירת שעריו לציבור ביום ו', זולת אם כל מתחריו כולם יסגרו אף הם שעריהם לציבור באותו היום, והכל נוכח החשיבות העצומה שמיחסים לקוחות בנקים לקבלת השירות ביום ו'. סתירה זו לא באה על פתרונה כל העת, ובבחינת מאזן התועלות היא משמשת אות וסימן לקושי האינהרנטי הגלום בבקשה שלפנינו. בבחינת מאזן התועלות ברור לנו כי אחד מהשניים חייב להתקיים: או שהשירות ביום ו' כה חשוב לציבור לקוחות הבנקים עד שאין לאשר את ההסדר שכן פגיעתו בלקוחות תהיה גדולה מאד, או שהשירות אינו כה חשוב ללקוחות הבנקים ולכן אין לאשר את ההסדר שכן בסגירת סניפיו של בנק ביום ו' לא גלום הנזק העסקי לו טענו הבנקים כבסיס לבקשת לאשר הסדר זה.

אף היתרונות הנטענים בידי הבנקים כבסיס לאישור ההסדר הכובל, לאו יתרונות הם.

ראשית, הבנקים טענו ליתרונות הכרוכים בתיאום בין-בנקאי כבסיס לאישור ההסדר. דא עקא, עיקרו של ההסדר צמצום השירות הבנקאי, ולא הרחבתו. בעוד שלהרחבת השירות הבנקאי נדרש בנסיבות שונות תיאום בין-בנקאי, הרי שלצמצומו אין יתרונות לציבור המשתמשים, ואין הוא יכול להוות בסיס לאישור ההסדר הכובל.

שנית, הבנקים טענו כי צמצום השירות ביום ו' יש בו יתרון של עידוד הבנקאות התחליפית - הישירה והאוטומטית - על פני הבנקאות הפרונטלית. אילו מצאו הצרכנים את הבנקאות התחליפית טובה דיה, היו מכוח עצמם עושים שימוש בה, שהיה מיתר את חששם של הבנקים מפני סגירת סניפיהם ביום ו'. הדרך לעידוד הבנקאות התחליפית אינה על-דרך אישורם של הסדרים כובלים, מכוחם יינטלו מלקוחות הבנקים האלטרנטיבות לשירות האמור, ובמאזן התועלות אין מקום לטיעון שעיקרו כפיית העדפות צרכניות מהטעם שעלות אספקתן נמוכה יותר.

שלישית, הבנקים טענו כי במאזן התועלות יש לקחת בחשבון את קיום השירותים התחליפיים לשירות הפרונטלי. מקובל עלינו כי קיומם של תחליפים יכול היה להפחית מהפגיעה שבסגירת סניפי הבנקים ביום ו', אילו באה כזאת, אולם בכך אין כדי להוות שיקול משמעותי בבחינת מאזן התועלות. קיומם של תחליפים מהווה שיקול כאשר קיים טעם אחר וראוי לאישורו של הסדר כובל, כבסיס להפחתת הפגיעה הכרוכה בהסדר. קיומם של תחליפים כאמור אינו מהווה, כשלעצמו, בסיס לאישורו של הסדר כובל. זאת ועוד, לא הוקמה תשתית עובדתית ראויה לטענת הבנקים בדבר קיום תחליפים כאמור לשירותים הנצרכים ביום ו'. שירותים שונים גם אין להם תחליף כלשהו, וצרכנים לא מעטים אין להם גישה לשירותים התחליפיים. מכאן, אגב בחינת מאזן התועלות, לא מצאנו את טענת הבנקים בנקודה זו משכנעת.

רביעית, הבנקים טענו כי אישור ההסדר מיטיב עם הציבור בגין אלמנט הפחתת העלויות הגלום בו. על כך אמרנו כי בעוד שהפחתת המחיר לצרכן, באופן כללי, מהווה שיקול לגיטימי במסגרת בחינת אישורו של הסדר כובל, הרי הפחתת המחיר לצרכן שמקורה בפגיעה באיכות המוצר או בכמותו, אין בה תועלת. גם לא מקובלת עלינו הדעה כי בפתיחת סניפי הבנקים ביום ו' יש משום ייקור עלויות ללא תועלת - שיפור איכות המוצר או כמותו, יש בו תועלת ממשית. בנוסף, לא הונחה בפנינו תשתית עובדתית מספקת גם בשאלה זו, של החסכון בעלויות שיביא ההסדר המוצע. כך באופן כללי, לא כל שכן מעת שנלקחת בחשבון עלות מימוש תנאי הממונה והמפקח ובעיקר עלות פתיחת סניפי הבנקים ביום ה' עד שעות הערב.

חמישית, הבנקים טענו כי אישור ההסדר בא לקדם את טובת עובדיהם, בכך שיתאפשר לעובדים שלא לעבוד בימי ו'. הסברנו כי לעובדים אינטרס לגיטימי לעבור לשבוע עבודה בין חמישה ימים. הבענו ספק באשר לדרישת העובדים לסגירת שערי הבנקים בימי ו', אך בכל מקרה סברנו כי קידומה של דרישה כזאת, אפילו היתה לגיטימית, אינה יכולה להיעשות על-דרך עריכתו של הסדר כובל, שכן בהעדר תיאום בין הבנקים לדיכוי התחרות, יכול כל בנק להגיע להסדר עם עובדיו באשר לתוצאות השינוי החברתי-כלכלי אותו חווה בהדרגה המשק. מכל מקום, תרומת ההסדר לרווחת העובדים איננה שקולה לדעתנו לנזקים הכרוכים בו לציבור הרחב, ובכל מקרה היא ניתנת לפיצוי כספי.

ששית, הבנקים ואף הממונה טענו כי בבחינת מאזן התועלות יש להביא את הנזק שייגרם אם ישביחו העובדים או חלק מהם את המערכת הבנקאית או חלקה באופן חד-צדדי. דחינו טענה זו מכל וכל כבסיס לבחינת מאזן התועלות בהקשרו של הסדר זה.

שביעית, הבנקים טענו בפנינו כי ייגרם נזק אם לא יאושר ההסדר, במובן זה שאי-אישורו יגרור אחריו את פתיחת כל סניפי כל הבנקים לאורך זמן, ללא קשר לדפוסי ביקוש והצע בשוק תחרותי, אלא כפועל יוצא של "דילמת אסיר" המביאה לתוצאה משקית שאינה אופטימלית. גם טענה זו דחינו, הן לגופה, והן לגבי נפקותה אפילו היתה נכונה.

לבסוף, בחישוב מאזן התועלות יש להביא בחשבון גם את נזקי ההסדר, כפי שפורטו לעיל.

התוצאה היא כי מאזן התועלות מלמד בבירור שאין כלל ועיקר הצדקה לאישורו של ההסדר הכובל שבפנינו, דהיינו, אישור ההסדר לא יהא לטובת הציבור.

40. עד כאן אמורים הדברים על דעת כל חברי מותב בית הדין.

בנושא אחד נחלקו דעות חברי המותב: פרופ' ברנע סבור כי ניתן לקבוע כבר כיום במסגרת פסק דין זה, כי אם יפנה בעתיד בנק מבין הבנקים שהיו צד לבקשה ויבקש לסגור את סניפיו

בימי ו' ואם ייעשה הדבר על ידי אותו בנק באופן עצמאי וללא תיאום עם בנקים אחרים, לא יהא בבקשה כזו או בסגירה כזו משום הסדר כובל. מסקנה זו עולה לדעת פרופ' ברנע מכך שהתאום שנעשה בעבר בין הבנקים נעשה בהיתר והוא נבע מצרכיה המיוחדים של המערכת הבנקאית המחייבת תאום לגבי שעות הפתיחה והסגירה של הסניפים (ראה סעיף 9 לפסק הדין).

השופט עדיאל וד"ר תדמור אינם רואים מקום לנקוט עמדה במסגרת פסק דין זה לגבי בקשה כזו שתוגש, אם תוגש, בעתיד, שכן ההחלטה בענין זה תהא פועל יוצא של הנסיבות כפי שיהיו אותה עת ואלה אינן ידועות כיום. בנוסף, נושא זה לא עלה לדיון במסגרת הליך זה, הצדדים לא התייחסו לאפשרות זו, ובשלב זה הוא תיאורטי בלבד.

לאור האמור אנו דוחים את הבקשה לאישור ההסדר הכובל.

**ניתן היום, י"ט בשבט התשנ"ז (27 בינואר 1997), בהעדר הצדדים.**

**המזכירות תמציא העתק מפסק הדין לב"כ הצדדים.**

<b>ד"ר דוד תדמור</b>	<b>פרופ' אמיר ברנע</b>	<b>י. עדיאל, שופט</b>
<b>חבר</b>	<b>חבר</b>	<b>משנה לאב"ד</b>