

6 בדצמבר, 2016

לכבוד

ח"כ אלי כהן

יו"ר הוועדה המיוחדת לדיון בהצעת החוק להגברת התחרות
ולצמצום הריכוזיות בשוק הבנקאות בישראל (תיקוני חקיקה), התשע"ו-2016
הכנסת, ירושלים

בדואר אלקטרוני

נכבדי, שלום רב,

**הנדון: עיגון חובת מכירת שירותי מחשוב והשכרת מקרקעין בחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-
1981 במסגרת הצעת החוק להגברת התחרות ולצמצום הריכוזיות בשוק הבנקאות בישראל (תיקוני
חקיקה), התשע"ו-2016**

1. מזה מספר שבועות דנה הוועדה המיוחדת של הכנסת בראשותך ("הוועדה") בהצעת החוק להגברת התחרות ולצמצום הריכוזיות בשוק הבנקאות בישראל (תיקוני חקיקה), התשע"ו-2016 ("הצעת החוק"). הצעת החוק נועדה ליישם את המלצות הוועדה להגברת התחרותיות בשירותים הבנקאיים והפיננסיים הנפוצים בישראל בראשות עו"ד דרור שטרם ("ועדת שטרם"). מחר עתידה הוועדה להתחיל בהצבעות לאישור החוק לקריאה שניה ושלישית.
2. בישיבת הוועדה האחרונה שהתקיימה ביום 30 בנובמבר 2016, ביקשת מנציגי הממשלה ובנק ישראל ומהייעוץ המשפטי לכנסת, להציע נוסח לסעיף אשר יטיל חובה על הבנקים הגדולים (ועליהם בלבד) למכור שירותי מחשוב ותפעול ולהשכיר מקרקעין המשמשים לצורכי מחשוב ותפעול לבנקים קטנים. **מדובר בנושא חדש שלא נדון בהרחבה במהלך הדיונים בהצעת החוק שקיימה הוועדה בשבועות האחרונים.**
3. רק אתמול בשעות הצהריים פרסם הייעוץ המשפטי לכנסת נוסח מוצע לסעיף חדש – סעיף 11ג לחוק הבנקאות (רישוי), התשמ"א-1981 – המסמיך את שר האוצר לקבוע, בתום שישה חודשים ממועד התחילה של החוק, כי בנק בעל היקף פעילות רחב יהיה חייב למכור ולתפעל שירותי מחשוב המשמשים בעיקרם את הבנק, או להשכיר מקרקעין המשמשים את הבנק לצורכי שירותי מחשוב ותפעול לבנק אחר, וזאת אם נוכח כי טרם התפתחה תחרות בשוק האשראי. עוד מוצע, כי אם לא יגיעו הצדדים להסכמה לגבי המכירה או ההשכרה בתוך שישה חודשים מהיום שבו בנק אחר פנה לבנק בעל היקף פעילות רחב, שר האוצר יהיה רשאי לקבוע הוראות לעניין תנאי המכירה או ההשכרה, ובכלל זה לעניין תקופת ההתקשרות והתשלומים בעד המכירה או ההשכרה ("ההסדר המוצע").
4. **ההסדר המוצע מרחיק לכת. הוא אינו נשען על כל תשתית עובדתית התומכת במסקנה כי הדרך המתאימה להקלת חסמי הכניסה לתחום הבנקאות היא באמצעות הטלת חובות חריגות וקיצוניות על בנקים בעלי היקף פעילות רחב; הוא נעדר בחינה מקצועית ומקיפה בדבר השלכותיו הצפויות על התחרות העתידית בין הבנקים; אין ולא יכול להיות כל הסבר להפליה שהוא יוצר בין הבנקים הגדולים ליתר הבנקים; והוא סוטה בהקשר זה מהמלצות ועדת שטרם.** כעולה מהמלצות ועדת שטרם, אשר דנה בנושא התשתיות הטכנולוגיות, על המדינה לפעול לסייע לבנקים חדשים במימון שירותי מחשוב שירכשו מיזם טכנולוגי, ואם לא יקום יזם טכנולוגי אשר יציע לבנקים חדשים אספקת

שירותי מחשוב מלאים – תקים המדינה לשכת שירות למערכות מחשוב למתן שירותים בנקאיים ופיננסיים. מסיבה שאינה ברורה לבנק לאומי נזנחה המלצה זו ולא נכללה בהצעת החוק.

5. אימוץ ההסדר המוצע, אשר כלל לא נדון בידי הוועדה כנדרש על פי תקנון הכנסת, יביא לפגיעה חמורה בקניין של בנק לאומי ובזכותו לשוויון, להגבלת חופש העיסוק שלו, ולהפחתת התחרות בינו לבין בנקים אחרים. פגיעה זו, המתווספת להוראות פוגעניות אחרות בהצעת החוק, היא בלתי סבירה ואינה עומדת במבחני פסקת ההגבלה כנדרש על פי דין.

6. חמור אף יותר – בהתאם להסדר המוצע, היקף הפגיעה בזכויותיו החוקתיות של בנק לאומי ועוצמת הפגיעה בהן אינה נקבעת בחקיקה ראשית של הכנסת כמקובל במקרים מעין אלה, אלא נתונה לשיקול דעתו הבלעדי של שר האוצר, וזאת ללא כל פיקוח פרלמנטרי על אופן הפעלת הסמכות. זהו מהלך קיצוני ביותר, שאין לו כל מקבילה בדין הישראלי וגם אין לו כל הצדקה.

7. ההשוואה לתיקון מס' 28 בחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 ("חוק התקשורת"), המעגן את חובתו של בעל רישיון סלולרי קיים לאפשר לבעל רישיון חדש וירטואלי לעשות שימוש ברשת התקשורת שלו, כלל אינה רלוונטית בהקשר זה, ואף מטעה. גם תוכן ההסדר המוצע שונה בתכלית מזה הקיים בחוק התקשורת.

8. השימוש בתשתית תקשורת אינו מורכב והוא כולל היבטים פיזיים בלבד. החובה המוטלת על בעל רישיון קיים לאפשר שימוש בתשתית שלו לבעל רישיון חדש, אינה מצריכה ממנו כל היערכות מיוחדת לצורך מתן הגישה לתשתית, ואינה מגבילה או פוגעת בפעילותו השוטפת. לעומת זאת, החובה למכור ולתפעל שירותי מחשוב או להשכיר מקרקעין המשמשים את הבנק לצורכי שירותים אלה, מחייבת לצד הסדרה של היבטים עסקיים ופיזיים רבים, גם הסדרה של היבטים תחרותיים וסוגיות של אבטחת מידע והגנת הפרטיות, שאינן מתעררות בתחום תשתיות התקשורת.

9. להסדר המוצע עשויות להיות גם משמעויות מרחיקות לכת על המבנה העתידי של שוק הבנקאות ועל התחרות הצפויה בו. כלל ידוע הוא כי במצב תחרותי כל מתחרה נדרש לעצב באופן עצמאי את המדיניות העסקית שברצונו לאמץ בשוק ולהתחרות דרך מדיניות זו על ליבו של הצרכן. הסדר במסגרתו יחויבו הבנקים הגדולים לספק שירותי מחשוב ותפעול לבנקים אחרים, מקים חשש מהותי מפני מעבר מידע בין מתחרים, העלול לצמצם את חוסר הוודאות באשר לצעדיהם של המתחרים, לפגוע בהתפתחות הטכנולוגית של הפעילות הבנקאית ולהגביל את התחרות בין הבנקים. נוסף על כך, ההסדר המוצע מקים חשש ליצירת תלות של בנק הרוכש שירותי מחשוב ותפעול לבנק המוכר לו שירותים אלה. חששות תחרותיים כאמור נדונו בהרחבה בידי הממונה על הגבלים עסקיים במסגרת החלטותיו לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל להסכם בין בנק אגוד לישראל בע"מ לבין בנק לאומי למתן שירותי מחשוב ותפעול, אך מסיבה שאינה ברורה לא נלקחו כלל בחשבון בעת גיבוש ההסדר המוצע.

10. מתן גישה לשירותי המחשוב והתפעול של בנק טומן בחובו גם סכנה לחשיפת מידע רגיש, ולפגיעה ממשית בפרטיות הלקוחות. חשיפת מידע כאמור עלולה להביא להטלת אחריות על בנק לאומי מכוח הוראות חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, כבעל המידע. משכך, ההסדר המוצע אינו ניתן ליישום ללא קביעת הסדרים מפורטים מבעוד מועד ומבלי לקיים התייעצות עם כל הרשויות השונות והגורמים המקצועיים הרלוונטיים בהקשר זה.

11. גם לגופו של עניין, ההסדר המוצע פוגעני וקיצוני בהרבה מההסדר הקבוע בחוק התקשורת. חוק התקשורת קובע הליך הדרגתי, במסגרתו נדרש שר התקשורת לקבוע את התנאים למתן רישיון למפעיל וירטואלי חדש, ולהעניק רישיון רק למי שעומד בתנאים אלה. רק לאחר הענקת הרישיון, רשאי השר לחייב בעל רישיון קיים לאפשר לבעל רישיון חדש לעשות שימוש בתשתית שלו, וזאת בהתקיים שני תנאים מצטברים: התנאי הראשון הוא כי בעל הרישיון החדש פנה לבעל הרישיון הקיים בבקשה לעשות שימוש בתשתית שלו ולא הושגה ביניהם הסכמה בדבר תנאי השימוש בתוך שישה חודשים ממועד הפנייה; ואילו התנאי השני הוא כי שר התקשורת ושר האוצר נוכחו כי בעל הרישיון הקיים דרש תנאים שאינם סבירים לשימוש כאמור (סעיף 4(א2) לחוק התקשורת). הסדר זה, אשר אף הוא אינו חף מכשלים, משקף נוסחת איזון סבירה ומידתית בין הצורך להביא ליישום מהיר ככל האפשר של התכליות אותן נועד חוק התקשורת לקדם, לבין הגנה מהותית וממשית על זכויותיו החוקתיות של בעל רישיון קיים.

12. בשונה לחלוטין מההסדר הקבוע בחוק התקשורת, בעניינו כלל לא נעשה מאמץ למצוא את נקודות האיזון הראויה בין האינטרסים השונים, לרבות הצורך שלא לפגוע בזכויותיו החוקתיות של בנק לאומי: ההסדר המוצע מאפשר לשר האוצר לחייב בנק בעל היקף פעילות רחב למכור ולתפעל שירותי מחשוב ולהשכיר מקרקעין לבנק אחר (על אף שתשתיות מחשוב ותפעול כאמור קיימות בבנקים אחרים); עבור כל בנק (ללא תלות בהיקף הפעילות שלו); ואף מאפשר לו לקבוע הוראות לעניין תנאי המכירה והתשלום עבור השירותים אם בתוך פרק זמן קצר ביותר לא הגיעו הצדדים להסכמה לעניין התנאים כאמור (וזאת מכל סיבה שהיא); וכל זאת אם לא התפתחה תחרות בשוק האשראי תוך שישה חודשים בלבד ממועד תחילת החוק - פרק זמן קצר ביותר לבחינת שינויים בשוק הפיננסי.

13. נוכח כל האמור לעיל, דורש בנק לאומי כי ההסדר המוצע בדבר הוספת סעיף 11 לחוק הבנקאות (רישוי) לא יכלל במסגרת הצעת החוק שתועלה מחר להצבעה בוועדה.

בכבוד רב,



חנן פרידמן

היועץ המשפטי
בנק לאומי לישראל בע"מ

העתקים:

חברי הוועדה המיוחדת
עו"ד אתי בנדלר, היועצת המשפטית, הוועדה המיוחדת וועדת הכלכלה
עו"ד ברוך לוברט, המשנה ליועץ המשפטי, משרד האוצר
עו"ד אורנה ואגו, הלשכה המשפטית, בנק ישראל
עו"ד רוני טלמור, מחלקת ייעוץ וחקיקה (כלכלי-פיסקאלי), משרד המשפטים