

## המרחב ההבעתי של הרגולציה: האם המדינה צריכה לבייש?

שרון ידין\*

המאמר מצביע על תופעה שלטונית המכונה במסגרתו "ביוש רגולטורי", עומד על מאפייניה, ומבקש להעריכה מן הבחינה הנורמטיבית. ביוש רגולטורי מתייחס לכל פרסום מכוון של מידע על ידי רשויות מנהליות המיועד להעביר מסר ערכי שלילי על אודות גופים פרטיים לצורך מטרה רגולטורית. ביוש נדון עד כה בעיקר בהקשרים אזרחיים פרטיים, שבהם אזרחים מביישים אזרחים, וכן בהקשרים שלטוניים פלייליים, שבהם הרשות המבצעת או השופטת מביישת עבריינים (כולל תאגידיים) באמצעות פרסום דבר העברה לאחר מעשה. מאמר זה עוסק לראשונה בביוש בהקשר שלטוני רחב יותר, ובוחרן אותו ככלי אכיפה רגולטורי ברשות המבצעת שאינו מוגבל דווקא להליך הפליילי, אלא חל גם על פרסומים "מביישים" הקשורים לאחריותם המנהלית, האזרחית או המוסרית של תאגידיים.

לצד המגמה המסתמנת של שימוש ב"ביוש רגולטורי" ברשות המבצעת, נראה כי גורמים ברשות המחוקקת חוששים לאמצו, ואינם מבינים את משמעותו באופן מלא. במענה לחששות אלה, המאמר עומד על יתרונותיו הרבים, ומקדם תפיסה שלפיה הביוש הוא טקטיקה רגולטורית ראויה ליישום על ידי רשויות מנהליות. המאמר מציע שלוש הצדקות מרכזיות לביוש רגולטורי: ראשית, הביוש הרגולטורי הוא מכשיר יעיל להשגת יעדי הרגולציה באופן מהיר, פשוט וזול יחסית לחלופות אכיפה; שנית, הוא מקדם שיתוף פעולה, ערכים דמוקרטיים ויחסי אמון בין המדינה לבין אזרחים הנוטלים חלק פעיל בביוש, וזאת בעידן שבו האמון האזרחי

\* דוקטור למשפטים. עמיתת מחקר בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה. עיקרי המאמר הוצגו בכנס האגודה הישראלית למשפט וחברה (2017), בכנס האגודה הישראלית לתקשורת (2018) ובכנס ביוש (שיימינג) של כתב העת **משפט ועסקים** בבית ספר הארי רדינר למשפטים, הבינתחומי הרצליה. אני מודה למשתתפי הכנסים על הערותיהם. כן תודה לגיא זיידמן, רות פלאט-שנער, אלון הראל, ציפי איסר-איציק, אמנון רייכמן, אריאל בנדור, צבי רייך, עמית שכטר, רפי מן, זהר קמפף, אדם שנער, דורון שולצינר, אביב בר נוי, יזהר יצחקי, רועי קרייטנר ויובל רויטמן, וכן למערכת **משפט ועסקים** ולשופט האנונימי של המאמר, על הערותיהם המעולות.

בשלטון ובמערכי הבירוקרטיה והרגולציה, כמו גם בתאגידים עצמם, הולך ופוחת; ושלישית, הוא אינו פוגעני כלפי תאגידים הכפופים לרגולציה באותו אופן שביוש שלטוני פוגע במוכן הפסיכולוגי-הרגשי באזרחים בשר ודם, ועל כן הוא יכול לשמש כלי רך ומידתי בהשוואה לאסטרטגיות אכיפה חלופיות, דוגמת ההליך הפלילי או המנהלי.

מבוא

פרק א: ביוש על ידי אזרחים ועל ידי המדינה

1. ביוש על ידי פרטים
2. ביוש שלטוני
3. היבטים פסיכולוגיים ומוסריים של הביוש

פרק ב: ביוש רגולטורי

1. מהו ביוש רגולטורי?
- (א) הרגולטור המבייש והגופים המבווישים
- (ב) הסמכות לבייש
- (ג) צורות של ביוש
2. בין ביוש לגילוי
3. קבוצות ביוש רגולטורי ותהליך הביוש

פרק ג: הצדקות לביוש רגולטורי

1. ההצדקה הכלכלית: ביוש כמכשיר לאכיפה יעילה
  - (א) עלויות אכיפה
  - (ב) פירמידת האכיפה
  - (ג) הרתעה
2. ההצדקה הדמוקרטית: ביוש כמכשיר השתתפותי
3. ההצדקה הליברלית: תאגידים אינם "מרגישים"

סיכום

משפט ועסקים כג, תשפ"א      המרחב ההבעתי של הרגולציה: האם המדינה צריכה לבייש?

"לאחר שהאירוע נחקר ביסודיות, הנהלת המפעל סבורה כי היה עליה להפעיל שיקול דעת זהיר יותר ולדווח על רצף האירועים שגרמו לדליפת הכותניון במועד מוקדם יותר, ובכך להקטין את הסיכון שהאדם והסביבה עלולים היו להיחשף אליו."  
נוסח מוסכם של מודעה שפרסמה מכתשים  
אגן בעיתון מקומי (2010)<sup>1</sup>

## מבוא

הדבר הראשון שחושבים עליו כאשר שומעים כיום את המילה "שיימינג" (בעברית – "ביוש")<sup>2</sup> הוא חשיפה של מעשיו הפסולים של אדם, תוך זיהויו בשמו ואולי גם בתמונתו, על ידי אדם אחר, בדרך כלל ברשתות חברתיות. אינטואיטיבי פחות הוא הביוש השלטוני, הנעשה על ידי המדינה, ולא על ידי אדם פרטי. במאמר זה אעסוק בסוג מיוחד של ביוש שלטוני, שאכנה "ביוש רגולטורי".

מבין ההגדרות השונות לשיימינג, המאמר נסמך על המובן הרחב יחסית שהקנה לו הקרימינולוג הנודע ג'ון ברייתווייט (John Braithwaite) – מתן ביטוי למורת רוח בכוונה לגרום להוקעה על ידי אחרים.<sup>3</sup> ההגדרה של ביוש רגולטורי תידון ביתר פירוט בהמשך המאמר,<sup>4</sup> אך בשלב זה ניתן לומר כי ביוש רגולטורי הוא כל פרסום מכוון של מידע על ידי רשויות מנהליות המיועד להעביר מסר ערכי שלילי על אודות גופים פרטיים לצורך מטרה רגולטורית. המאמר מבקש לדון בשאלה אם המדינה המנהלית המודרנית צריכה לבייש גופים פרטיים כחלק מתפקידיה הרגולטוריים, ובמסגרת זו לבחון אם מעשה כזה הוא יעיל וראוי, ובאילו מצבים.

הביוש הרגולטורי מסתמן כמגמה מעניינת וראויה לתשומת לב ברשות המבצעת. כך, למשל, משרד הבריאות העלה קמפיין טלוויזיוני שהתמקד בהעברת מסר נגד צריכת

1 ראו יעל דראל "העונש על דליפת רעל מסוכן: התנצלות בעיתון" *ynet* 27.7.2010 [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3925749,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3925749,00.html). ראו גם פרוטוקול ישיבה מס' 08/2010 של מליאת המועצה המקומית התעשייתית רמת חובב מיום 29.8.2010 (5.9.2010) [neot-hovav.org.il/pdf/mlia\\_archive/29.8.10.pdf](http://neot-hovav.org.il/pdf/mlia_archive/29.8.10.pdf).

2 מילון רב-מילים מגדיר "ביוש" כ"גרימת בושה, הפעולה של מי שמבייש משהו אחר, הכלמה, ביוז".

3 ראו JOHN BRAITHWAITE, CRIME, SHAME AND REINTEGRATION 100 (1989): "Shaming means all social processes of expressing disapproval which have the intention or effect of invoking remorse in the person being shamed and/or *condemnation by others who become aware of the shaming*". (ההדרגשה הוספה).

4 ראו להלן פרק ב.

חטיפים מלוחים מזיקים.<sup>5</sup> הסרטון אומנם לא ציין את שמותיהם של התאגידים שמייצרים את החטיפים, אך הציג מוצרים מוכרים, כגון בייגלה, ביסלי, במבה ותפוצ'פס.<sup>6</sup> בתוך יום אחד משידור הקמפיין הסכימו תאגידי המזון להציג את הערכים התזונתיים המזיקים לבריאות (שומנים, נתרן, סוכר) באופן בולט בקדמת האריזות, בתמורה להסרה מיידית של הקמפיין.<sup>7</sup>

לאחרונה החלו רגולטורים מתחומים שונים לפרסם את שמות החברות האיטיות ביותר במענה טלפוני ללקוחות;<sup>8</sup> דירוגים של בתי חולים לפי רמות הזיהום השוררות בהם, זמני ההמתנה ושביעות הרצון של מטופלים;<sup>9</sup> וכן סרטונים של פעולות ביקורת ואכיפה הננקטות כלפי מסעדות שקיים לגביהן חשש לסיכון תברואתי.<sup>10</sup> משרדי ממשלה דורשים כעת מחברות לסמן את מוצריהן בסימונים הכוללים מידע צרכני מרתיע ושלילי, כגון מדבקות אדומות המעידות על ערכי מזון בעייתיים, סימונים של כפיות סוכר<sup>11</sup> וכן המחיר הממוצע של המוצר במדינות נבחרות בעולם לצד סימון המחיר בישראל.<sup>12</sup> נוסף

- 5 סרטון זה זמין עדיין באתר משרד הבריאות. ראו משרד הבריאות "מפחיתים את צריכת המלח ושומרים על הבריאות" **YouTube** 31.5.2016 [www.youtube.com/watch?v=TfJXCexYK4](http://www.youtube.com/watch?v=TfJXCexYK4)
- 6 ראו שם. לנתונים הכוללים את ערכי הנתרן והשומן בחטיפים אלה ראו שם.
- 7 ראו שאול אמסטרדמסקי "מתוק זה לא יהיה" **כלכליסט** 9.4.2016 [www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3685457,00.html](http://www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3685457,00.html); נורית קרוש "מנכ"ל משרד הבריאות מודה: 'קמפיין החטיפים המלוחים ירד לפני הזמן'" **כלכליסט** 27.6.2016 [www.calcalist.co.il/marketing/articles/0,7340,L-3691625,00.html](http://www.calcalist.co.il/marketing/articles/0,7340,L-3691625,00.html)
- 8 ראו, למשל, רשות שוק ההון, ביטוח וחיסכון "מדד זמני מענה טלפוני" **אתר משרד האוצר** [mof.gov.il/hon/Consumer-Information/ServiceIndexPensionSaving/Pages/CallsAnswer.Index.aspx](http://mof.gov.il/hon/Consumer-Information/ServiceIndexPensionSaving/Pages/CallsAnswer.Index.aspx)
- 9 ראו "מדדי איכות – מערכת נתונים" **אתר משרד הבריאות** [www.health.gov.il/Subjects/Patient\\_Safety/hospitals/National\\_plan\\_dimensions\\_of\\_quality/Pages/Quality\\_indicators\\_in\\_Israeli\\_hospitals.aspx](http://www.health.gov.il/Subjects/Patient_Safety/hospitals/National_plan_dimensions_of_quality/Pages/Quality_indicators_in_Israeli_hospitals.aspx); "סקרי חוויית המטופל" **אתר משרד הבריאות** [www.health.gov.il/UnitsOffice/HD/HQD/publicComplains/Quality\\_Service/surveys/Pages/default.aspx](http://www.health.gov.il/UnitsOffice/HD/HQD/publicComplains/Quality_Service/surveys/Pages/default.aspx)
- 10 ראו לי אברמוביץ' "משרד הבריאות: ליקויים במסעדת 'המוציא' של השף אבי לוי" **mako** 30.12.2015 [www.mako.co.il/news-israel/health-q4\\_2015/Article-714222c6400f151004.htm](http://www.mako.co.il/news-israel/health-q4_2015/Article-714222c6400f151004.htm)
- 11 בהקשר קרוב ראו "בקרוב: משרד הבריאות ידרג רמת הניקיון במסעדות" **ynet** 25.7.2016 [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4832830,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4832830,00.html)
- 12 ראו משרד הבריאות **דו"ח ועדת האסדרה לתזונה בריאה** (2016) [www.health.gov.il/publicationsfiles/healthydietcommittee\\_recommendation.pdf](http://www.health.gov.il/publicationsfiles/healthydietcommittee_recommendation.pdf); "דברי הסבר – טיוטת תקנות הגנה על בריאות הציבור (מזון) (סימון תזונתי), התשע"ז-2017" [www.health.gov.il/newsandevents/spokemanmessages/documents/03042017\\_2.pdf](http://www.health.gov.il/newsandevents/spokemanmessages/documents/03042017_2.pdf); תקנות הגנה על בריאות הציבור (מזון) (סימון תזונתי), התשע"ח-2017, ק"ת 376 (להלן: תקנות סימון תזונתי) (מוצרי מזון בעלי תכולה גבוהה של סוכר, נתרן ושומן יסומנו באמצעות מדבקה אדומה, ונוסף על כך יופיעו בחזית האריזה כפיות סוכר או חצאי כפיות סוכר בהתאם לכמות הסוכר).
- 12 ראו הצעת חוק קידום התחרות בענף המזון (תיקון – החלת שקיפות מחירים על רשתות הפארם), התשע"ז-2016, פ/3431/20; צו הגנת הצרכן (סימון טובין) (סימון טובין במחיריהם הממוצע במדינות מחוץ לישראל) (הוראת שעה), התשע"ז-2017, ק"ת 1703.

משפט ועסקים כג, תשפ"א המרחב ההבעתי של הרגולציה: האם המדינה צריכה לבייש?

על כך רגולטורים תובעים כיום מתאגידים לפרסם מודעות התנצלות בעיתון על אודות התנהגות אסורה, ומפרסמים בעצמם הודעות על גופים שהוטלה עליהם סנקציה רגולטורית משמעותית.<sup>13</sup>

פרקטיקות אלה ואחרות, המאמצות כעת על ידי רגולטורים במדינות שונות בעולם,<sup>14</sup> קוראות לבחינה משפטית. המאמר מבקש למלא חסר הקיים בספרות הביוש ובספרות הרגולציה, להפגיש ביניהן, ולבחון את תופעת הביוש מנקודת מבט חדשנית ככלי אכיפה רגולטורית. הפרקטיקה של ביוש נדונה עד כה בעיקר בהקשרים אזוריים

13 לפרסום הודעות התנצלות בעיתון ראו לעיל ה"ש 1 והטקסט שליטה, ולהלן ה"ש 37-38 והטקסט שלידין. לפרסום על אודות חברות מפרות ראו, למשל, "רשימת צווי בטיחות" אתר משרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים [employment.molsa.gov.il/Employment/SafetyAndHealth/Enforcement/Pages/SafetyOrdersList.aspx?WPID=WPQ6&PN=3](http://employment.molsa.gov.il/Employment/SafetyAndHealth/Enforcement/Pages/SafetyOrdersList.aspx?WPID=WPQ6&PN=3) (ראו על כך להלן בה"ש 133); הרשות להגנת הפרטיות "אכיפה מנהלית" אתר השירותים והמידע הממשלתי [www.gov.il/he/Departments/Guides/enforcementact](http://www.gov.il/he/Departments/Guides/enforcementact).

14 כך, למשל, בארצות הברית הנחה משרד העבודה האמריקני את הסוכנות האמריקנית לבטיחות בעבודה OSHA "לבייש" גופים שהוטלו עליהם קנסות בגין הפרות בטיחות על ידי פרסום הודעות לעיתונות. ראו David Michaels, Assistant Secretary, Occupational Safety and Health Administration, United States Department of Labor, *OSHA at Forty: New Challenges and New Directions* (19.7.2010), [www.thepumphandle.org/wp-content/uploads/2012/04/54652-OSHA\\_at\\_Forty-1.pdf](http://www.thepumphandle.org/wp-content/uploads/2012/04/54652-OSHA_at_Forty-1.pdf). באנגליה עיריית לונדון מפרסמת מאגר מידע מקוון על אודות סוכני נדל"ן שהועמדו לדין פלילי, מנהלי או אורחי, בגין הפרת רגולציה של דיור. ראו "ראש העיר לונדון עושה שיימינג לבעלי בתים וסוכני תיווך נכלוליים" עלונדון 19.12.2017 [alondon.net](http://alondon.net). באוסטרליה הוצע לחוקק חוק שיחייב בנקים לפרסם לציבור דוח מפורט בדבר הפרות של רגולציה בנקאית בתוך חמישה ימי עסקים ממועד ההפרה. ראו *Naming and Shaming Bankers May Be Satisfying, But Could Backfire*, CONVERSATION (Mar. 16, 2017), [theconversation.com/naming-and-shaming-bankers-may-Tom Hunt & Rachel Thomas, Law](http://theconversation.com/naming-and-shaming-bankers-may-Tom Hunt & Rachel Thomas, Law) בניו זילנד ראו *be-satisfying-but-could-backfire-74307 Society Warns It Can Name and Shame Bad Lawyers*, DOMINION POST (Mar. 28, 2018), [www.stuff.co.nz/dominion-post/news/102657318/law-society-warns-it-can-name-and-shame-bad-lawyers](http://www.stuff.co.nz/dominion-post/news/102657318/law-society-warns-it-can-name-and-shame-bad-lawyers). באיחוד האירופי הוצע להקים מרשם אירופי של עסקים בתחום המזון שהורשעו בעברות. ראו ס' 67 ל- European Parliament Resolution on the Food Crisis, Fraud in the Food Chain and the Control Thereof, EUR. PARL. DOC. 2013/2091(INI) (2014), [eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C\\_.2016.482.01.0022.01.ENG&toc=OJ:C:2016:482:TOC](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2016.482.01.0022.01.ENG&toc=OJ:C:2016:482:TOC). בהודו מחלקת החשמל מפרסמת את שמותיהם של תאגידים שלא שילמו את חובותיהם. ראו Harpreet Bajwa, *Chandigarh Diary: Rose Festival, Naming and Shaming Power Defaulters*, Online System for RLA, NEW INDIAN EXPRESS (Feb. 7, 2018), [www.newindianexpress.com/nation/2018/feb/07/chandigarh-diary-rose-festival-naming-and-shaming-power-defaulters-online-system-for-rla-1769583.html](http://www.newindianexpress.com/nation/2018/feb/07/chandigarh-diary-rose-festival-naming-and-shaming-power-defaulters-online-system-for-rla-1769583.html). במלזיה הודיע ראש הממשלה על כוונה לבייש תאגידים שהדירקטורים שלהם הם גברים בלבד (אין חובה במדינה למנות נשים לדירקטוריונים). ראו Errol Oh, *The Name-and-Shame Game*, STAR (July 29, 2017), [www.thestar.com.my/business/business-news/2017/07/29/the-nameandshame-game/](http://www.thestar.com.my/business/business-news/2017/07/29/the-nameandshame-game/).

פריטיים, שבהם אזרחים מביישים אזרחים,<sup>15</sup> וכן בהקשרים שלטוניים פליליים, שבהם הרשות המבצעת או השופטת מביישת עבריינים באמצעות דרכים שונות של פרסום דבר העברה לאחר מעשה.<sup>16</sup> מחקרים שבחנו ביוש של תאגידים נטו להתמקד בו כסנקציה המוטלת על ידי אמצעי התקשורת ועל ידי ארגוני החברה האזרחית, ואילו בהקשרים שלטוניים הם עסקו בעיקר בהליך הפלילי לאחר שנעברה עברה.<sup>17</sup>

מאמר זה עוסק בביוש בהקשר שלטוני רחב יותר – ההקשר הרגולטורי, קרי, האסדרה הנעשית על ידי רשויות מנהליות כלפי גופים פריטיים המספקים שירותים ומוצרים לציבור, באמצעות קביעת כללים, פיקוח על הציות להם ואכיפה. המאמר בוחן את הביוש ככלי אכיפה רגולטורי ברשות המבצעת, שאינו מוגבל דווקא להליך הפלילי, אלא חל גם על מצבים הקשורים לאחריותם המנהלית, האזרחית או המוסרית של תאגידים.

בעוד רגולטורים רבים ברשות המבצעת מאמצים את הביוש, הרשות המחוקקת מפולגת בעניין. לצד חברי כנסת הקוראים לאכיפת הרגולציה באמצעות ביוש,<sup>18</sup> אחרים

15 ראו, למשל, הודעות הכנסת "השר לביטחון פנים: שיימינג הוא אחד משלושת הנושאים שהכי מטרידים את אזרחי המדינה" **אתר הכנסת** (1.8.2016) [main.knesset.gov.il/News/PressReleases/Pages/press010816-0nw5ss.aspx](http://main.knesset.gov.il/News/PressReleases/Pages/press010816-0nw5ss.aspx). ראו על ביוש אזרחים על ידי אזרחים להלן בחלק א1.

16 ראו על כך להלן בחלק א2. גם בזירה הבינ-לאומית מוכרת פרקטיקה של ביוש מדינות שאינן מקפידות על קיום זכויות אדם. ראו, למשל, Sandeep Gopalan & Roslyn Fuller, *Enforcing International Law: States, IOs, and Courts as Shaming Reference Groups*, 39 BROOK. J. INT'L L. 73, 74-75 (2014). לביוש מדינות המשמשות מקלט מס, באמצעות רשימות המתפרסמות מטעם ה-OECD, ראו Lorraine Eden & Robert T. Kudrle, *Tax Havens: Renegade States in the International Tax Regime?*, 27 LAW & POL'Y 100 (2005). הקשר חשוב נוסף של ביוש הוא מערכת הנורמות המקובלות בקרב קהילות דתיות. כך, למשל, בהלכה מקובלות סנקציות של נידוי, הרחקה מהחיים החברתיים של הקהילה וחרם, כגון אי-צירוף למניין, איסור משא ומתן ואירוח ואי-העלאה לתורה. ראו בג"ץ 5185/13 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פס' כט-לה לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם בנבו, 28.2.2017). בעניין זה קבע בית המשפט כי בית הדין מוסמך להמליץ על הרחקות של אדם שעיגן את אשתו, אך לא על מגבלות בנוגע לקבורתו. ראו על כך להלן בחלקים א1 ו-א2.

17 ראו, למשל, הודעות הכנסת "ח"כ אורן חזן על פערי קליטת סלולר באיו"ש: אם המצב ימשך, לא תהיה ברירה אלא לעשות שיימינג לחברות הסלולר" **אתר הכנסת** (15.2.2016) [main.knesset.gov.il/News/PressReleases/Pages/press150216c2.aspx](http://main.knesset.gov.il/News/PressReleases/Pages/press150216c2.aspx); דינאן בסול "הצעת חוק: במבנים שבהם נהרג עובד בנייה – תוצב לוחית הנצחה במקום בולט" **TheMarker** 26.1.2016 [www.themarker.com/career/1.2831370](http://www.themarker.com/career/1.2831370) (חברת הכנסת שלי יחימוביץ': "יש בזה גם אלמנט של שיימינג במוכנו הטוב. אני עצמי נמנעתי בשעתו מלרכוש דירה ברחוב יוסף הנשיא בתל אביב, למרות שהתאימה לי, משום שנודע לי שבעת הבניה נהרג פועל, והיה לי קשה לגור בבניין שנשפך עליו דם. אני משוכנעת שיש רבים כמוני, אלא שהם פשוט לא יודעים. אז כעת הם יידעו – ואין לי ספק שיחד עם מתן כבוד להרוגים, גם הקבלנים ירתעו מרעיון השלט וידאגו יותר לביטחות עובדיהם").

משפט ועסקים כג, תשפ"א המרחב ההבדלי של הרגולציה: האם המדינה צריכה לבייש?

מביעים התנגדות עזה לשימוש בו.<sup>19</sup> הדיון במכשיר זה ברשות המחוקקת, ולעיתים אף ברשות המבצעת, נראה בלתי מיועד וחסר מבחינת התשתית העובדתית והנורמטיבית הדרושה להפעלתו, בין היתר משום שכלי זה לא נלמד ולא נחקר מספיק. נראה על כן כי הביוש הרגולטורי נמצא כעת בצומת קריטי להתפתחותו, וכי נדרשת הכרעה נורמטיבית בעניין, לאחר בחינתה של הפרקטיקה על היבטיה השונים.

הטענה המרכזית במאמר היא כי ביוש הוא טקטיקה רגולטורית ראויה ליישום על ידי רשויות מנהליות, וזאת משלוש סיבות מרכזיות: ראשית, משום ההבטחה הגלומה בו ליעילות בהשגת יעדי הרגולציה באופן מהיר, פשוט וזול יחסית לחלופות אכיפה; שנית, משום שהוא מקדם שיתוף פעולה, ערכים דמוקרטיים ויחסי אמון בין המדינה לבין האזרחים הנוטלים חלק פעיל בביוש, וזאת בעידן שבו האמון שלהם בשלטון ובמערכי הביורוקרטיה והרגולציה, כמו גם בתאגידים עצמם, הולך ופוחת; ושלישית, משום שהוא אינו פוגעני כלפי תאגידים הכפופים לרגולציה באותו אופן שביוש שלטוני פוגע במובן הפסיכולוגי-הרגשי באזרחים בשר ודם, ועל כן הוא יכול לשמש כלי רך ומידתי בהשוואה לאסטרטגיות אכיפה חלופיות, דוגמת ההליך הפלילי או המנהלי.

המאמר בנוי באופן הבא: פרק א יבחין בין שני סוגים של ביוש – ביוש אזרחי וביוש שלטוני, ידון במאפייניהם העיקריים, בהצדקות להם ובהתנגדות להם, ובסופו יידרש להיבטים הפסיכולוגיים והמוסריים של הביוש. פרק ב ישרטט את המאפיינים העיקריים של ביוש רגולטורי, ימנה את השחקנים המשתתפים בו, יתאר את תהליך הביוש והיבטים הקשורים לסמכות לבייש, ויבחין את הביוש הרגולטורי מרגולציה באמצעות כללי גילוי. פרק ג יציע שלוש הצדקות לביוש רגולטורי ויתמודד עם שיקולי נגד. הפרק האחרון יסכם.

## פרק א: ביוש על ידי אזרחים ועל ידי המדינה

### 1. ביוש על ידי פרטים

הביוש האזרחי עבר אבולוציה בעידן האינטרנט. בשנים עברו התמקד הדיון בביוש האזרחי באמירה או פעולה שמטרתה לבזות אדם או תאגיד ואשר נעשית לפני קהל שומעים של לפחות אדם אחד שאינו מושא הביזוי.<sup>20</sup> צורה זו של ביוש, אשר ההגנה מפניה עוצבה לראשונה בחוק איסור לשון הרע, בשנת 1965,<sup>21</sup> כבר מזמן אינה הזירה

19 ראו, למשל, פרוטוקול ישיבה מס' 23 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-20, 28–30 (7.7.2015) (ח"כ איתן כבל מתנגד ליוזמה להתקין תקנה המורה לפרסם את שמותיהן של חברות הרכבת המפרות רגולציה, כגון סיטיפס ורכבת ישראל).

20 ראו ס' 1 ו-2 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965.

21 ולאחר מכן גם בחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981. כך, למשל, ס' 2(4) לחוק קובע כי פגיעה

המרכזית של תופעת הביוש. התפשטותן של הרשתות החברתיות גרמה להגברת הפגיעה באופן המאפשר להגיע במהירות לקהל רחב של שומעים, ובכך להעצים את הביוש עד לממדים שעלולים לגרום נזקים חמורים למבויש ולסביבתו,<sup>22</sup> ואף לאובדן חיי אדם.<sup>23</sup> ביוש זה תואר כגלגול הטכנולוגי העדכני של הצבת אדם בכיכר העיר וסקילתו באבנים.<sup>24</sup> במסגרת גישה זו הביושים האזרחיים אינם בהכרח מוסריים, דמוקרטיים או מידתיים.<sup>25</sup>

ביושים אזרחיים לרוב אינם חלק מהליך משפטי פורמלי, אלא ביטוי לסוג של צדק עממי, כלי "ענישה" כלפי אדם שנהג באופן בלתי מוסרי או בלתי חוקי, לפחות בעיני המבייש.<sup>26</sup> אולם אף שהביוש נתפס על ידי רבים כתופעה שלילית במהותה, שיש לפעול כדי למגרה,<sup>27</sup> אחרים סבורים כי הביוש בזירה הפרטית הוא כלי יעיל וחיובי בעיקרו של "ענישה" אזרחית, שיש ביכולתו לשרת מטרות ראויות ולהשיג סדר ושליטה.<sup>28</sup> בעיני אלה, הביוש האזרחי הוא דמוקרטי, מופע תמים של הזכות לחופש הביטוי, ומעקף אזרחי יעיל של בירוקרטיה שלטונית שבה טחנות הצדק טחנות לאט.<sup>29</sup>

בפרטיות היא "פרסום תצלומו של אדם ברבים בנסיבות שבהן עלול הפרסום להשפילו או לבזותו".

22 ראו, למשל, DANIEL J. SOLOVE, THE FUTURE OF REPUTATION: GOSSIP, RUMOR, AND PRIVACY ON THE INTERNET 78 (2007); JON RONSON, SO YOU'VE BEEN PUBLICLY SHAMED (2015).

23 ראו עניין בית הדין הרבני הגדול בירושלים, לעיל ה"ש 16, פס' מ לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

24 ראו, למשל, Emily Chiang, *Institutional Reform Shaming*, 120 PENN ST. L. REV. 53, 84 (2015).

25 ראו שם, בעמ' 84; SOLOVE, לעיל ה"ש 22, בעמ' 96.

26 לצד ביוש זה מוכרת גם תופעה אחרת, שבמסגרתה נעשה "ביוש" שקרי, קרי, פרסום מידע מכוון שאינו אמת במטרה לבייש את מושא המידע. במסגרת דיני לשון הרע, למשל, הפרסום עשוי להיות אמיתי או שקרי, ואין בהעדר האמת שבפרסום כדי לגרוע מהעוולה או מהעבירה שהיא לשון הרע, אלא להפך. להגנת ה"אמת דיברתי" בלשון הרע ראו, למשל, ס' 14 ו-16(ב)(1)–(2) לחוק איסור לשון הרע. להרחבה ראו בועז שנור "אמת, שקר ומה שביניהם – התפתחויות בדיני לשון הרע בשנת תשע"ב" *דין ודברים* ח 197 (2014).

27 ראו, למשל, MARTHA C. NUSSBAUM, HIDING FROM HUMANITY: DISGUST, SHAME, AND THE LAW 231, 321 (2004) (המנתחת את הבושה והגועל כרגשות שהמשפט צריך להתייחס אליהם באופן מצמצם ומדכא, במסגרת תפיסה של ליברליזם פוליטי המדגישה את כבוד האדם).

28 ראו, למשל, AMITAI ETZIONI, THE MONOCHROME SOCIETY 42 (2003). דוגמה לענישה אזרחית כזו מצויה בביוש שקהילות של סוחרי גראס נוקטים כלפי מי שהפר את הקוד הפנימי של המסחר ביניהם. ראו מגזין קנאביס "משטרת הדילרים: בזכות השיימינג – השודר החזיר לסוחר גראס בשווי 10,500 שקלים" *וואלה* 30.7.2017 tech.walla.co.il/item/3084848. דוגמה נוספת היא סרטונים שאזרחים מעלים לאינטרנט ובהם תיעוד של נהגים העוברים עברות תנועה, כולל פניהם ומספר הרכב שלהם. ראו "זכות קדימה זו רק המלצה: שיימר – פינת הנהגים הגרועים בישראל" *וואלה* 2.7.2017 cars.walla.co.il/item/3077403.

29 ראו, למשל, ETZIONI, לעיל ה"ש 28, בעמ' 42.



## 2. ביוש שלטוני

סוג אחר של ביוש הוא זה הנעשה על ידי גורמים מוסמכים במדינה. ביוש שלטוני בהקשר המסורתי נדון במצבים הקשורים להליך הפלילי כחלופה לסנקציות מקובלות, דוגמת מאסר.<sup>30</sup> הליך זה נעשה ביוזמת המדינה כחלק מתורת הענישה שלה. למעשה, הביוש המשפטי החל את דרכו על רקע פלילי, כאשר הוטלו עונשי קלון, כגון מלקות פומביות, במטרה לפרסם את דבר העברה ברבים לצורך הוקעה מוסרית.<sup>31</sup> ביוש כזה הוגדר כהליך שבו מפנים תשומת לב פומבית מכוונת למעשיו של עבריין ככלי ענישה.<sup>32</sup> מטרתו לחזק את הנורמות החברתיות השולטות ואת תרבות הציות לחוק, ולגנות את התנהגותו של הפרט המבויש ברמה המוסרית.<sup>33</sup>

בעבר נעשה הביוש הפלילי על ידי אמצעים פשוטים מבחינה טכנולוגית, כגון אות קין שנהגו לצרוב על מצחו של העבריין וכן עמודי קלון.<sup>34</sup> כיום נזנחו עונשים אלה לטובת עונשים אחרים. אמצעים מודרניים לביוש במסגרת ההליך הפלילי ננקטים בחסות בית המשפט כחלק מעסקת טיעון עם נאשמים, הנדרשים לפרסם מודעת התנצלות בעיתון על מעשיהם, ללבוש חולצת טי ובה כיתוב המודיע לציבור על העברה שעברו, לציין על גבי לוחית הרישוי של רכבם כי נהגו בשכרות, לתלות מודעה על דלת ביתם הפרטי ואף לשאת שילוט רחוב ובו פרטי העברה שעברו.<sup>35</sup> כך, לדוגמה, הורה בית משפט בפנסילוניה כי נשים שהורשעו בגנבה לא יישלחו למאסר, אלא יישאו שלט מול בית המשפט, לעיני העוברים ושבים, ועליו הכיתוב "I stole from a 9-year-old girl on her birthday! Don't steal or this could happen to you!"<sup>36</sup> במקרה אחר הורה שופט פדרלי בסן פרנסיסקו ל-Pacific Gas & Electric Company (PG&E) לשרד קמפיין

30 ראו Dan M. Kahan, *What Do Alternative Sanctions Mean?*, 63 U. CHI. L. REV. 591, 591–593 (1996) (להלן: Kahan 1996).

31 ראו, למשל, Lauren M. Goldman, *Trending Now: The Use of Social Media Websites in Public Shaming Punishments*, 52 AM. CRIM. L. REV. 415, 418–420 (2015); Toni M. Massaro, *Shame, Culture, and American Criminal Law*, 89 MICH. L. REV. 1880, 1912–1915 (1991). המעבר מעונשי קלון לעונשי מאסר התרחש בארצות הברית ובאירופה במהלך המאה התשע־עשרה. ראו שם, בעמ' 1929.

32 ראו Dan M. Kahan & Eric A. Posner, *Shaming White-Collar Criminals: A Proposal for Reform of the Federal Sentencing Guidelines*, 42 J.L. & ECON. 365, 368 (1999).

33 ראו Kahan 1996, לעיל ה"ש 30, בעמ' 597–598.

34 ראו לעיל ה"ש 31.

35 לדוגמאות אלה ואחרות ראו, למשל, Nussbaum, לעיל ה"ש 27, בעמ' 1; Goldman, לעיל ה"ש 31, בעמ' 446–415; Stephen P. Garvey, *Can Shaming Punishments Educate?*, 65 U. CHI. L. REV. 733, 734–737, 743 (1998); David A. Skeel, Jr., *Shaming in Corporate Law*, 149 U. PA. L. REV. 1811, 1823 (2001).

36 ראו *Public Shaming Instead of Incarceration in Pennsylvania Theft Case*, SENTENCING L. & POL'Y (Nov. 4, 2009), [sentencing.typepad.com/sentencing\\_law\\_and\\_policy/2009/11/public-shaming-instead-of-incarceration-in-pennsylvania-theft-case.html](http://sentencing.typepad.com/sentencing_law_and_policy/2009/11/public-shaming-instead-of-incarceration-in-pennsylvania-theft-case.html).

בטלוויזיה ובעיתונות המודיע לציבור שהיא נמצאה אשמה בהפרת סטנדרטים של בטיחות שהובילה לפיצוץ צינור גז שגרם למותם של שמונה בני אדם.<sup>37</sup> חברה אחרת נאלצה לפרסם מודעת עמוד שלם בעיתונים ארציים מובילים בזו הלשון: "Warning. The illegal disposal of toxic wastes will result in jail. We should know. We got caught!"<sup>38</sup> עם זאת, יש המתייחסים למקרים אלה כאל תופעה נקודתית וחולפת המבטאת יוזמות לא מייצגות של שופטים יצירתיים במיוחד המכהנים בעיקר בערכאות נמוכות.<sup>39</sup> הספרות נחלקת בין אלה המצדדים בכיבוש ככלי שלטוני לבין אלה השוללים אותו, ולעיתים היא כוללת עמדות משתנות הנעות בין שני קצוות אלה אצל אותו חוקר. דן קהן, למשל, כתב בשנת 1996 מאמר מכונן שבו הביע את עמדתו האוהדת ביחס לעונשי ביוש.<sup>40</sup> הוא טען כי הכיבוש בהקשר הפלילי הוא חלופה זולה וראויה לעונשים הקלסיים, משום שהוא מכיל מימד מרכזי של גינוי והוקעה אשר חסר בסנקציות פליליות רבות, כגון קנס או עבודות שירות.<sup>41</sup> אולם כעשור לאחר מכן הוא שינה את דעתו וגרס כי עונשי ביוש אינם יכולים ליהנות מלגיטימציה פוליטית באותה מידה כמו מכשירי ענישה אחרים, משום שהם אינם מקובלים על קהילות מסוימות הדוגלות בערכים של אינדיבידואליזם ושוויוניות, ולא של היררכייה וקהילתניות, ולכן אינם יעילים.<sup>42</sup> מרתה נוסבאום וטוני מקרו גרסו אף הם כי אין לרתום את הכיבוש ככלי משפטי בהליך הענישה, אך התמקדו בנימוקים ליברליים בדבר פגיעה חמורה מדי בכבודו של האדם.<sup>43</sup> לעומתם, כותבים דוגמת אמיתי עציוני, אריק פוזנר, ג'יימס ויטמן וג'ון

37 בשנת 2010 גרמה התנהלות החברה לפיצוץ צינור גז בשכונת מגורים שבמסגרתו גם נפצעו עשרות אנשים ונשרפו כליל 38 בתים. על החברה הוטל קנס בגובה 3 מיליון דולר וכן נגזרו עליה אלפי שעות עבודות שירות. כמו כן היא נקנסה ב-1.6 מיליארד דולר על ידי הרגולטורים המדינתיים, ושלמה יותר מ-550 מיליון דולר בתביעות אזרחיות. בצד כל זה הורה בית המשפט לחברה לפרסם מודעות עמוד שלם בעיתונים שבהן תתאר את העברות שעברה ותסביר את הפעולות שתנקוט למניעת הישנותן, וכן הטיל עליה לממן תשדירים בטלוויזיה בהיקף של 3 מיליון דולר. ראו William Pentland, *PG&E Sentenced to Public Shaming, Community Service for San Bruno Explosion*, FORBES (Jan. 26, 2017), [www.forbes.com/forbes/welcome/?toURL=https://www.forbes.com/sites/williampentland/2017/01/26/pge-sentenced-to-public-shaming-community-service-for-san-bruno-explosion/&refURL=&referrer=#6cfe35737698](http://www.forbes.com/forbes/welcome/?toURL=https://www.forbes.com/sites/williampentland/2017/01/26/pge-sentenced-to-public-shaming-community-service-for-san-bruno-explosion/&refURL=&referrer=#6cfe35737698).

38 ראו JAMES GOBERT & MAURICE PUNCH, *RETHINKING CORPORATE CRIME* 237 (2003). דוגמה נוספת מסוג זה ראו אצל Kahan & Posner, לעיל ה"ש 32, בעמ' 385.

39 ראו, למשל, Garvey, לעיל ה"ש 35, בעמ' 739.

40 ראו Kahan 1996, לעיל ה"ש 30.

41 ראו שם, בעמ' 591–593.

42 תורת הענישה מורה כי אמצעי הענישה צריך להיות מקובל על הקהילה כדי להיות יעיל. ראו Dan M. Kahan, *What's Really Wrong with Shaming Sanctions*, 84 TEX. L. REV. 2075, 2086–2087 (2006) (להלן: Kahan 2006). לעמדה שונה, הדוגלת בקהילתניות, ולא באינדיבידואליזם, ראו BRAITHWAITE, *CRIME, SHAME AND REINTEGRATION*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 168–174.

43 ראו NUSSBAUM, לעיל ה"ש 27; Massaro, לעיל ה"ש 31, בעמ' 1942–1943.

משפט ועסקים כג, תשפ"א המרחב ההבעתי של הרגולציה: האם המדינה צריכה לבייש?

ברייתווייט הדגישו את המעלות שבכיוש כסנקציה פלילית – למשל, שהוא דמוקרטי, יעיל ומחזק את הנורמות החברתיות השולטות.<sup>44</sup> בדיון בכיוש שלטוני ניתן להבחין בין כיוש שלטוני ישיר לכיוש שלטוני עקיף.<sup>45</sup> בסין, למשל, הממשלה מנסה להילחם בתופעה של חציית כבישים ברמזור אדום באמצעות מסכי וידיאו ענקיים התלויים בחוצות הרחוב ומשדרים את פניהם של הולכי הרגל החוצים באופן אסור,<sup>46</sup> ובערים שונות בעולם עיריות חושפות את פניהם של אלה שהטילו את מימיהם ברחובות העיר.<sup>47</sup> אלה דוגמאות לכיוש שלטוני ישיר. בעוד הכיוש השלטוני הישיר מתבסס על הטלת סנקציה ישירה מתחום הכיוש, כגון הודעה ברבים על דבר העברה, הכיוש השלטוני העקיף מתייחס לקביעה של נורמה מדינתית כללית שהפרתה תיחשב לא רק בלתי חוקית, אלא גם תבייש את המפר.<sup>48</sup> ווברט אליקסון מגדיר נורמה ככלל הנתמך על ידי סנקציות לא פורמליות.<sup>49</sup> סנקציות אלה עשויות לבוא לידי ביטוי כסוג של הוקעה חברתית, כגון כיוש.<sup>50</sup> כך, חוק שאוסר לספר בדיחות בעלות אופי מיני במקום העבודה עשוי להיאכף לא רק על ידי מנגנונים פליליים פורמליים, אלא גם על ידי הוקעה חברתית של מעבידים ועובדים שמספרים בדיחות כאלה.<sup>51</sup> החוק מעניק למעשה לחברה ולעובדים בה לגיטימציה גדולה יותר להפעיל סנקציות של כיוש כלפי מי שעובר עליו, ובכך מסייע בהפנמת הנורמה ובשינוי ההתנהגות.<sup>52</sup> זהו כיוש שלטוני עקיף.

- 44 ראו ETZIONI, לעיל ה"ש 28; Kahan & Posner, לעיל ה"ש 32; BRAITHWAITE, CRIME, SHAME AND REINTEGRATION, לעיל ה"ש 3; James Q. Whitman, *What Is Wrong with Inflicting Shame Sanctions?*, 107 YALE L.J. 1055, 1058 (1998).
- 45 כפי שיובהר להלן בפרק ב, הכיוש הרגולטורי, העומד במרכזו של מאמר זה, מתייחס בעיקר לכיוש שלטוני ישיר.
- 46 ראו, למשל, Liza Lin, *China Is Using Facial Recognition to Nab Jaywalkers; Investors Get Interested*, WALL STREET J. (July 11, 2017), [www.wsj.com/articles/saving-face-investment-in-recognition-technology-heats-up-in-china-1499763603](http://www.wsj.com/articles/saving-face-investment-in-recognition-technology-heats-up-in-china-1499763603).
- 47 לתופעה בנוי ג'רזי, ארצות הברית, ראו Kahan & Posner, לעיל ה"ש 32, בעמ' 365; ובחל אביב ראו "כיוש" ויקיפדיה (4.3.2018) [he.wikipedia.org/wiki/כיוש](http://he.wikipedia.org/wiki/כיוש) – "שלט ברחוב אבן גבירול המאיים לבייש את מי שיטיל מימיו ברחוב באמצעות העלאת סרטון המתעד את מעשהו לאתר YouTube".
- 48 סוג אחר של כיוש שלטוני עקיף ניתן לייחס לפעולות של בית משפט או בית דין אשר ממליץ – להבדיל ממורה – על הטלת סנקציות של כיוש על ידי רשות מנהלית (כגון שירות בתי הסוהר) או על ידי קהילות דתיות. ראו, למשל, עניין **בית הדין הרבני הגדול בירושלים**, לעיל ה"ש 16.
- 49 ראו ROBERT C. ELLICKSON, *ORDER WITHOUT LAW: HOW NEIGHBORS SETTLE DISPUTES* 124–126 (1991).
- 50 ראו Alex Geisinger, *Reconceiving the Internal and Social Enforcement Effects of Expressive Regulation*, 58 WM. & MARY L. REV. ONLINE 1, 8–9 (2016).
- 51 להסבר על מנגנון זה ראו שם, בעמ' 10.
- 52 להסבר כללי על התופעה ולהדגמתה באמצעות חוקים האוסרים עישון במקומות ציבוריים ראו שם. כן ראו Kenworthy Bilz & Janice Nadler, *Law, Moral Attitudes, and Behavioral Change*, in THE OXFORD HANDBOOK OF BEHAVIORAL ECONOMICS AND THE LAW 241, 250–251

ניתן לתפוס את הביוש השלטוני במובנים מסוימים כחמור יותר מן הביוש האזרחי, ובמובנים אחרים כפוגעני פחות. למשל, בעוד הביוש האזרחי עשוי להיות דבר אמת או דבר שקר, והשאלה אם הדברים דברי אמת אינה ממלאת תמיד תפקיד חשוב בהצלחת הביוש,<sup>53</sup> ניתן להניח כי הביוש השלטוני נתפס בדרך כלל כדבר אמת, במיוחד כאשר הוא מגיע מפיהם של רגולטורים מקצועיים ברשות המבצעת או משופטים (ובמידה פחותה כאשר הוא מגיע מפיהם של פוליטיקאים).<sup>54</sup> במובן זה נדמה שביוש מדינתי מבייש יותר מביוש אזרחי, אשר רבים מטילים ספק באמינותו כבררת מחדל.<sup>55</sup> אולם למעשה התמונה מורכבת יותר. ככל שהמידע שהמדינה מדווחת עובר קודם עיבוד על ידיה,<sup>56</sup> שאלת האמת והשקר נעשית מסובכת יותר וקשה יותר לבידור. אין הכוונה למצבים שבהם המדינה משקרת או אינה דוברת אמת בהקשרים של ביוש רגולטורי, אלא שהשאלה אם התאגיד שזיהם את הנחל ראוי לתווית המדינתית "מקום ראשון ברשימת המזהמים האדומה של המשרד להגנת הסביבה" מורכבת יותר משאלת ה"אמת דיברתי" הסטנדרטית.<sup>57</sup> צביעת המידע הופכת את הביוש השלטוני לחמור יותר לכאורה מביוש שלטוני עובדתי גרידא, משום שכעת נלווה למידע קלון ברור, אך כנגד זה ניתן לסבור כי דווקא משום שמדובר ב"מידע רך", ולא ב"מידע קשה", הפגיעה השלטונית רכה ומרומזת יותר.<sup>58</sup>

(Eyal Zamir & Doron Teichman eds., 2014); Lawrence Lessig, *The Regulation of Social Meaning*, 62 U. CHI. L. REV. 943, 949–962 (1995). דוגמה לחוק כזה עשויה להיות החוק המכונה "חוק הפוטושופ" (או "חוק הדוגמניות"), אשר מחייב לציין בפרסומת כאשר נעשה שימוש בעיבוד מחשב לצורך הצרת היקפים של דוגמנים, וכן אוסר העסקה של דוגמנים בתת-משקל. ראו חוק הגבלת משקל בתעשיית הדוגמנות, התשע"ב-2012.

53 ראו, למשל, SOLOVE, לעיל ה"ש 22, בעמ' 77–78.

54 למידת האמון הפחותה באופן כללי של האזרחים בפוליטיקאים, לעומת אמון בממשלה ובבתי המשפט, ראו תמר הרמן ואח' **מדד הדמוקרטיה הישראלית 2017** (2017). למידת האמון הגבוהה באופן כללי של האזרחים במערכת המשפט וברגולטורים מקצועיים, דוגמת בנק ישראל, יחסית לאמון בכנסת ובמפלגות, ראו ערן ויגודה-גדות, ניסים כהן ושלמה מזרחי **ביצועי המגזר הציבורי בישראל: ניתוח עמדות אזרחים והערכת מצב לאומית (2016)**, 35, 51 (נייר עבודה מס' 15, המחלקה למנהל ומדיניות ציבורית והמרכז לניהול ומדיניות ציבורית בבית הספר למדעי המדינה, אוניברסיטת חיפה, בשיתוף עם המחלקה למנהל ומדיניות ציבורית בפקולטה לניהול, אוניברסיטת בן-גוריון בנגב, 2016) [pmpc.hevra.haifa.ac.il/images/NAPPA-01122016.pdf](http://pmpc.hevra.haifa.ac.il/images/NAPPA-01122016.pdf).

55 אם כי אנשים נוטים להאמין למידע שמופץ באינטרנט בהיקף נרחב ואשר הם נתקלים בו פעמים רבות. ראו על כך, למשל, בהקשר של "חדשות מזויפות", אצל Gordon Pennycook, Tyrone D. Cannon & David G. Rand, *Prior Exposure Increases Perceived Accuracy of Fake News*, 147 J. EXPERIMENTAL PSYCHOL. 1865 (2018).

56 ראו על כך להלן בפרק ב.

57 על הגנת "אמת דיברתי" ראו לעיל ה"ש 26.

58 לדין בתצורות השונות של הביוש הרגולטורי ראו להלן פרק ב.

משפט ועסקים כג, תשפ"א      המרחב ההבעתי של הרגולציה : האם המדינה צריכה לבייש?

פן אחר של השוואה בין סוגי הביוש, האזרחי והשלטוני, מבחינת חומרתם קשור לזהות המבייש. לכאורה, ביוש שלטוני הוא מעשה חמור יותר כלפי האזרח מאשר ביוש אזרחי הנעשה כלפיו, משום שמדובר במעשה של נציגי החוק ובצורת ביטוי פוגענית מצד מוסדות האכיפה הרשמיים במדינה. אולם ספרות הקרימינולוגיה מציעה כי דווקא לסנקציות המוטלות על ידי קרובי משפחה וחברים, כפי שנעשה במסגרת הביוש האזרחי, יש השפעה רבה יותר על ההתנהגות הפלילית מאשר סנקציות המוטלות על ידי דמות מרוחקת של אכיפת חוק.<sup>59</sup>

היבט אחר של הדיון קשור לפיקוח על המבייש. בעוד הביוש השלטוני כפוף לכללי פעילות שהמדינה מחויבת לפעול לפיהם, אזרחים אינם מחויבים לנומרות אלה. כך, המשפט הציבורי מורה כי רשויות המדינה חייבות לנהוג בסבירות, במידתיות,<sup>60</sup> בהגיות, בתום לב, ללא משוא פנים ובענייניות. הן חייבות גם לפעול בסמכות, לפי חוק ולפי כללי הצדק הטבעי, ולהימנע מפגיעה אסורה בזכויות אדם. אזרחים כפופים אומנם אף הם לנומרות משפטיות במסגרת הביטוי המבייש, כגון אלה הקבועות בחוק איסור לשון הרע, אולם הביוש האזרחי נעשה לעיתים קרובות באופן אנונימי, בין היתר מכיוון שהטכנולוגיה מאפשרת זאת, ובמידה רבה גם הדין, ועל כן קשה לשלוט בממדי הביוש ובנזקיו.<sup>61</sup> הביוש השלטוני, לעומתו, מזוהה באופן פורמלי עם המדינה, וזו אינה רשאית להתחבא במסגרת זו מאחורי מסך (או מקלדת). לפיכך היא שקופה יותר וחשופה יותר לביקורת, ועל כן מרוסנת יותר.<sup>62</sup>

### 3. היבטים פסיכולוגיים ומוסריים של הביוש

כפי שצוין במבוא, לביוש הגדרות שונות. יש הגורסים כי הביוש ממוקד במעשה החיצוני של המבייש, ולצידם יש הסבורים כי הוא מתאר תופעה פנימית הקשורה בעיקר לנפשו של האדם.<sup>63</sup> לפי גישה אחרונה זו, ללא רגש הבושה הפנימי לא יוכל להתקיים ביוש,

59 ראו סקירה אצל BRAITHWAITE, CRIME, SHAME AND REINTEGRATION, לעיל ה"ש 3, בעמ' 69.

60 ראו על כך גם בעניין בית הדין הרבני הגדול בירושלים, לעיל ה"ש 16, פס' מג לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

61 ראו רע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי. [1995] החברה לשרותי בוק בינלאומיים בע"מ, פ"ד סג(3) 664 (2010).

62 בהמשך לכך ניתן לטעון כי הביוש השלטוני הוא ביטוי לשקיפות השלטונית שהמדינה מחויבת בה כלפי הציבור בכללותו. בנושא השקיפות ויחסה לביוש ראו להלן חלקים ב-2 ו-2ג.

63 להדגשת הפן הפנימי של המבוש ראו, למשל, Massaro, לעיל ה"ש 31, בעמ' 1902, הערה 100. להגדרה דואלית ראו לעיל ה"ש 3, שם מופיעה הגדרתו של ברייתוויט. יש המגדירים את רגש הבושה כהערכה שלילית של המבוש כלפי עצמו, המלווה מודעות עצמית לאופן שבו אישיותו הפגומה עשויה להשתקף לאחרים. ראו June Price Tangney, Susan A. Burggraf & Patricia E. Wagner, *Shame-Proneness, Guilt-Proneness, and Psychological Symptoms, in SELF-CONSCIOUS EMOTIONS: THE PSYCHOLOGY OF SHAME, GUILT, EMBARRASSMENT, AND PRIDE* 343, 344 (June Price Tangney & Kurt W. Fischer eds., 1995).

וזאת ללא תלות ברגשותיו או במעשיו של הזולת כלפי אותו אדם.<sup>64</sup> מסגרת זו מדגישה את השפלתו של האדם, את הפגיעה בעצם אנושיותו,<sup>65</sup> ואת הנזק שנצרב בנפשו של אדם ולעיתים אינו נמחה לעולם.<sup>66</sup> בהקשר זה ידועה אמרת חז"ל כי כל המלבין פני חברו ברבים כאילו שופך דמים.<sup>67</sup>

גישה אחרת לביוש מדגישה את הפן המוסרי-החיצוני שבו. גישה זו מתמקדת בכך שבביוש השלטוני,<sup>68</sup> כמו בביוש האזרחי,<sup>69</sup> נדרשת "אכיפה פרטית", במובן זה שהביוש אינו פועל ללא שיתוף הפעולה של האזרחים בהטלת הסנקציה.<sup>70</sup> כלומר, ללא התגובה המוסרית השלילית על מעשיו של המבויש, שנלווית אליה פעולה כגון חרם, הוקעה, נידוי, מגיעת הערכה, חוסר כבוד או גינוי, הביוש לא "יעבוד".<sup>71</sup> יש אף המתארים את המבויש כמי שנתפס על ידי הקהילה המבזה כאדם נחות מבחינה מוסרית, אשר עקב פעולותיו נהפך לבלתי ראוי להמשיך ליטול חלק, כשווה בין שווים, בקהילה שאליה השתייך קודם לכן.<sup>72</sup>

בהמשך לכך, חלק מן החוקרים סבורים כי תהליך הביוש משמעו שפעולותיו של אדם צובעות את אישיותו ומעידות על אופיו הרע, ולכן ההשתחררות מן הכתם המוסרי שדבק באדם המבויש היא קשה וסיזיפית.<sup>73</sup> חוקרים אלה מדמים את סנקציית הביוש ל"מאסר הבעתי", אשר כולא את המבויש במבטי הקהילה המביישת ואינו מאפשר לו לברוח מהם.<sup>74</sup> לעומת זאת, יש חוקרים התופסים את הביוש כמעשה המוקיע את ההתנהגות בלבד, ולא את האדם, שנשאר עדיין טוב על אף מעשיו הרעים, ובהתאם לכך מדגישים את החשיבות שבסליחה, בשיקום ובשילוב מחדש בקהילה.<sup>75</sup> חוקרים אלה

64 ראו, למשל, EXPLAINING COMPLIANCE: BUSINESS RESPONSES TO REGULATION 333 (Christine Parker & Vibeke Lehmann Nielsen eds., 2011).

65 ראו לעיל ליד ה"ש 43 ולהלן ליד ה"ש 71 וההפניות שם. יש אף המשווים את ההוקעה החברתית לכאב פיזי. ראו Kipling D. Williams, *Ostracism: The Kiss of Social Death*, 1 SOC. & PERSONALITY PSYCHOL. COMPASS 236, 236–237 (2007).

66 ראו, למשל, Kahan & Posner, לעיל ה"ש 32, בעמ' 370.  
67 בבלי, בבא מציעא נח, ע"ב. אם כי יש הסבורים כי האיסור לבייש את הזולת אינו חל כשאדם רשאי לתבוע זכות שבדין. ראו אביעד הכהן "הוציאו כל איש מעלי!" – האיסור לבייש אדם וחובת השמירה על כבודו" **פרשת השבוע ברוח המשפט – פרשת ויגש** 1, 273 (התשס"ז).

68 על ביוש שלטוני ראו לעיל בחלק 2.  
69 על ביוש אזרחי ראו לעיל בחלק 1א.

70 ראו ERIC A. POSNER, LAW AND SOCIAL NORMS 94 (2000).  
71 ראו, למשל, Massaro, לעיל ה"ש 31, בעמ' 1903.

72 ראו שם, בעמ' 1902–1901; Kahan 1996; לעיל ה"ש 30, בעמ' 636–637. לתלות בין קהילתניות לבין יעילות הביוש ראו, למשל, BRAITHWAITE, CRIME, SHAME AND REINTEGRATION, לעיל ה"ש 3, בעמ' 103.

73 על נזקיו הקשים של הביוש ראו, למשל, Massaro, לעיל ה"ש 31, בעמ' 1937–1938.  
74 ראו, למשל, *Shame, Stigma, and Crime: Evaluating the Efficacy of Shaming Sanctions in Criminal Law*, 116 HARV. L. REV. 2186, 2205 (2003).

75 ראו, למשל, BRAITHWAITE, CRIME, SHAME AND REINTEGRATION, לעיל ה"ש 3, בעמ' 101.

משפט ועסקים כג, תשפ"א המרחב ההבעתי של הרגולציה: האם המדינה צריכה לבייש?

מתמקדים בהיבט ההבעתי-החינוכי של הביוש, המבקש להעביר מסר מתחום המוסר<sup>76</sup> שלפיו הפסול במעשיו של המבויש אינו יכול להירפא באמצעות תשלום קנס בלבד.<sup>77</sup> כך או כך, מובן זה של הביוש מכוון לפרסום, למתן פומבי, להשמעת דבר מה בקרב קהל, גדול או קטן, בעל תהודה גדולה או ממוקדת, כסנקציה הפועלת במישור המוסרי-החיצוני. מסגרת זו מדגישה כי הביוש אינו יכול להיות סודי או פרטי, שכן ביוש כזה לא יפעל.<sup>78</sup>

## פרק ב: ביוש רגולטורי

### 1. מהו ביוש רגולטורי?

#### (א) הרגולטור המבייש והגופים המבוישים

ביוש רגולטורי במובן הנדון במאמר זה הוא בעיקרו פעילות מנהלית של רגולטורים ברשות המבצעת שעניינה מתן פומבי למידע שלילי,<sup>79</sup> ישיר או עקיף, מפורט או תמציתי, גולמי או מעובד, טכני או מהותי, על אודות גופים פרטיים המספקים שירותים או מוצרים לציבור.<sup>80</sup> הדגש במסגרתו של ביוש רגולטורי הוא שיפוט מוסרי חיצוני ביחס לפעילותם של תאגידים אלה, והוקעתם על ידי צדדים שלישיים, יותר מאשר גרימת רגש בושה פנימי.<sup>81</sup>

הביוש הרגולטורי נועד לשרת אינטרס ציבורי חברתי או כלכלי, כגון שמירה על זכויותיהם של עובדים, של מוגבלים, של נשים, של קשישים או של ילדים; מניעת הטעיה של צרכנים ושמירה על בנקאות הוגנת; או הגנה על בריאותם ובטיחותם של

76 ראו, למשל, Garvey, לעיל ה"ש 35.

77 ראו, למשל, Kahan 1996, לעיל ה"ש 30, בעמ' 593.

78 ראו, למשל, Kahan & Posner, לעיל ה"ש 32, בעמ' 369. אך השוו Garvey, לעיל ה"ש 35, בעמ' 738-739, המתאר גם תופעות של ביוש "פרטי" (אם כי הוא מתאר אותן יותר כמעשים של חינוך באמצעות סגנון ענישתי של "עין תחת עין").

79 לעיתים המידע המבייש עשוי להיות בעל אופי חיובי, באמצעות הוקרה של תאגידים מתחרים. ראו על כך להלן בה"ש 117 ובטקסט שלידה.

80 ניתן לכלול במסגרת זו גם גופים בעלי אופי פרטי-ציבורי מעורב, הכפופים לפיקוח המדינה, כגון חברות ממשלתיות, חברות מעורבות (חברות שהחזקת המדינה בהן היא חמישים אחוזים ומטה) וגופים דרמהותיים. לטיבם של גופים דרמהותיים ראו אסף הראל **גופים דרמהותיים – גופים פרטיים במשפט המינהלי** (2008). להגדרות של חברה ממשלתית וחברה מעורבת ראו ס' 1 לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975.

81 ראו על כך גם לעיל במבוא למאמר, המאמץ את הגדרתו הרחבה של ברייתווייט לביוש (BRAITHWAITE, CRIME, SHAME AND REINTEGRATION, לעיל ה"ש 3). להבחנות אלה ביתר פירוט ראו לעיל חלק א3.

האזרחים. ככל כלי רגולציה, הוא מיועד לתקן כשלי שוק, כגון ריכוזיות משקית, פערי מידע והחצנות שליליות, או לקדם מטרה חברתית ראויה.<sup>82</sup> המסר הנישא מן המידע משקף הכרעה ערכית שלילית מטעמו של הרגולטור בנוגע למבויש או לפעילותו. המסר מזמין את הקהילות הרלוונטיות להפעיל לחץ על הגוף המבויש, לשנות את השיח או החשיבה עליו או את הרגלי ההתנהגות ביחס אליו, ובמקרים המתאימים אף להוקיעו, לגנותו או להחרים. כך, למשל, עובדיו של המבויש עשויים להתפטור; בעלי מניותיו עשויים למשוך את השקעותיהם; גופים מתחרים עשויים להוקיע אותו מאיגוד עסקי ומשיתופי פעולה אחרים, דוגמת כנסים מקצועיים, או להימנע מעסקות רכש ומיזוג עימו; פוליטיקאים עשויים לסרב לקבל תמיכה ממנו ולהימנע מלסייע לו; צרכנים עשויים להחרים את מוצריו או להגיש נגדו תובענה ייצוגית; אמצעי תקשורת עשויים לסקר אותו באופן שלילי ולסרב לפרסם אותו; תושבי הסביבה עשויים להפגין נגדו ולשבש את פעילותו; עמותות עשויות לעתור נגדו לבית המשפט; ורגולטורים אחרים עשויים לשים לב באופן מיוחד לפעילותו ולרכז אמצעי אכיפה כלפיו.<sup>83</sup>

תוצאה אפשרית של הביוש היא פגיעה ביכולת של התאגיד לשמש שחקן מוערך בקהילה. נחשוב לדוגמה על חברה המבקשת להתפאר בכך שהיא בונה בבנייה ירוקה המתחשבת בסביבה, או על חברה טכנולוגיה ידועה המבקשת להיתפס כמקדמת את האנושות באמצעות המכשירים שהיא מפתחת ומשווקת, או על חברה נעלי ספורט המבקשת להכריז כי היא מקדמת ספורט נשים באמצעות חסויות ומלגות. אלה מהלכים עסקיים שיווקיים חיוביים המבססים את מעמדה של החברה בקהילה. כעת נשקול הצהרות אלה של החברות על רקע ביוש תקשורתי, רגולטורי או אזרחי (מטעם המגזר השלישי או ארגוני צרכנים) שנעשה להן בהקשר אחר או דומה – למשל, כאשר נודע שחברת נעלי ספורט מעבירה ילדים במדינות עולם שלישי באופן בלתי חוקי,<sup>84</sup> כאשר חברה הבנייה מדורגת במקום האחרון בדירוגי בטיחות רגולטוריים, או כאשר מתברר כי בחברת הטכנולוגיה החדשנית יש שיעור גבוה של התאבדויות עובדים עקב שעות עבודה מרובות.<sup>85</sup> במקרה כזה הפירמה מאבדת את ה־social standing שלה. הביוש מונע אותה מלהציג את עצמה בחוגים שונים כתאגיד בעל ערך חברתי כלשהו.

82 על כשלי שוק המצדיקים רגולציה ראו, למשל, ROBERT BALDWIN, MARTIN CAVE & MARTIN LODGE, UNDERSTANDING REGULATION: THEORY, STRATEGY, AND PRACTICE 15–23 (2nd ed. 2012) (להלן: UNDERSTANDING REGULATION).

83 על קבוצות הביוש הרגולטורי ועל תהליך הביוש הרגולטורי ראו בהרחבה להלן בחלק ב.3.

84 בהקשר זה מוכר המקרה של חברת נייקי, אשר בוישה על ידי פעילי זכויות אדם בגין העסקה של ילדים בדרום מזרח אסיה. ראו Leah Chan Grinvald, *Shaming Trademark Bullies*, 2011 Wis. L. REV. 625, 665–666; Ryan P. Toftoy, *Now Playing: Corporate Codes of Conduct in the Global Theater. Is Nike Just Doing It?*, 15 ARIZ. J. INT'L & COMP. L. 905 (1998).

85 דוגמה מוכרת בהקשר זה היא של מפעלים בסין המייצרים מוצרים לחברת אפל. ראו Larry Catá Backer, *Transnational Corporations' Outward Expression of Inward Self-Constitution: The*



משפט ועסקים כג, תשפ"א המרחב ההבעתי של הרגולציה: האם המדינה צריכה לבייש?

ביוש של תאגידים עשוי להתרחש ביוזמה של "רגולטורים" אזרחיים, כגון גורמי החברה האזרחית<sup>86</sup> או שחקנים עסקיים,<sup>87</sup> אך מאמר זה ממוקד בפעילות הרגולטורית השלטונית.<sup>88</sup> כוונתי לגוף ברשות המבצעת שהוא רשות מנהלית מאסדרת, דוגמת רשות, שר, ממונה, מפקח או גורם אחר במשרד ממשלתי וברשויות עצמאיות או עצמאיות למחצה.<sup>89</sup> במאמר זה אתייחס לרגולציה כאל פעילות שיטתית של רשויות מנהליות במדינה להכוונת שווקים לשם הגנה על אינטרס ציבורי, באמצעות נורמות משפטיות כופות או רצוניות, מערכי פיקוח וכלי אכיפה המופנים לעסקים, לעוסקים ולתאגידים.<sup>90</sup> הביוש הרגולטורי מכוון לגורמים עסקיים במהותם, קרי, ארגונים דוגמת תאגידים, עסקים ומגזורים בתעשייה אשר כפופים לפיקוח מדינתי או עתידי להיות כפופים לו. ניתן לחשוב על ביוש גם במצבים שבהם הרגולטור אינו מחזיק בסמכות פורמלית לכפות כללי התנהגות על פעילות מסוימת משום שהיא טרם הוסדרה על ידי המחוקק. מצב כזה

---

*Enforcement of Human Rights by Apple, Inc.*, 20 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 805, 841–843 (2013).

86 לביוש תאגידים על ידי ארגוני החברה האזרחית ועל ידי גופי תקשורת ראו, למשל, Skel, לעיל ה"ש 35. סוג זה של פעילות לא שלטונית עשוי להיחשב אף הוא רגולציה, לפי הגדרות רחבות של רגולציה. למובניה השונים של רגולציה ראו, למשל, Christel Koop & Martin Lodge, *What Is Regulation? An Interdisciplinary Concept Analysis*, 11 REG. & GOVERNANCE 95 (2017). אחת הדוגמאות המוכרות בישראל לביוש בתקשורת של עסקים וחברות מתקיימת במסגרת תוכנית הטלוויזיה של חיים הכט "יצאת צדיק" (קשת). הכט נוהג לצלם בסתר נותני שירותים המרמים לקוחות במקרים שמבוימים על ידי התוכנית, ואז לחשוף את תמונתם, שמם ומספר הטלפון שלהם בתוכנית פריים-טיים בטלוויזיה. פרטיהם של ה"רמאים" מופיעים גם באתר התוכנית, לצד בעלי מקצוע שירים, המכונים "צדיקים", במנגנון המשלב הוקעה והוקרה (רשימה מסודרת יש רק לגבי "צדיקים"). ראו [www.mako.co.il/tv-yetzata-tzadik](http://www.mako.co.il/tv-yetzata-tzadik).

87 כך, למשל, שדה התעופה היתרו החל לפרסם את ה-Fly Quiet and Clean League Table, המדרג מדי רבעון את חברות התעופה הפועלות בשטחו לפי מידת הויהום והרעש שהן מייצרות. ראו [www.heathrow.com/noise/latest-news/fly-quiet-and-clean-league-table](http://www.heathrow.com/noise/latest-news/fly-quiet-and-clean-league-table). בדירוג מהרבעון הראשון של שנת 2018 דורגה Scandinavian Airlines System ראשונה, בעוד שאל-על דורגה במקום ה-47 (מתוך 50). ראו גם רפאל קאהאן "מצעד הבושה: גוגל תעשה שיימינג לחברות שלא מערכנות את אנדרואיד בזמן" **כלכליסט** 26.5.2016 [www.calcalist.co.il/internet/articles/0.7340,L-3689132,00.html](http://www.calcalist.co.il/internet/articles/0.7340,L-3689132,00.html).

88 לביוש השלטוני באופן כללי ראו לעיל חלק א2.  
89 למיפוי הרגולטורים בישראל ראו משרד ראש הממשלה, אגף ממשל וחברה **ספר הרגולטורים הממשלתי** (2015) [www.pmo.gov.il/policyplanning/Regulation/Documents/V36.pdf](http://www.pmo.gov.il/policyplanning/Regulation/Documents/V36.pdf). יש לציין שגם שופטים ומחוקקים נוטלים חלק בפעילות הביוש הרגולטורי: הרשות המחוקקת עשויה לחוקק ולהגביל סמכויות ופרוצדורה מתאימים לביוש, והרשות השופטת עשויה לבקר או לאשר את פעולות הביוש.

90 להגדרה זו ראו גם שרון ידן "מהי רגולציה? הצעה להגדרה בעקבות מופעים ראשונים של המונח בחקיקה הישראלית" **חוקים בקצרה** 6, 1, 9 (2014). מובן שרגולציה במובנה הרחב יכולה להיעשות גם על ידי אזרחים המנטרים את פעילותם של תאגידים, על ידי תאגידים כלפי תאגידים אחרים וכלפי עצמם, ועל ידי ארגוני החברה האזרחית, כגון מוסדות ללא כוונת רווח. ראו על כך גם לעיל ה"ש 86.

נוצר, למשל, במקרה של התקדמות טכנולוגית, כלכלית או חברתית, כגון כלכלה שיתופית, המודגמת בפעילותן של חברות המתווכות, למשל, בשיתוף בתים או מכוניות בין בני אדם שאינם עוסקים במלונאות או בתחבורה, בהתאמה.

### (ב) הסמכות לבייש

הביוש מעורר אתגרים מתחום המשפט המנהלי והחוקתי הקשורים לסמכות ולהסמכה לפעולת הרגולטור. בעוד סמכויות ספציפיות להפעיל רגולציה כופה נתונות לרגולטורים רבים בישראל, רק לעיתים רחוקות נתונה להם סמכות מפורשת להפעיל כלי רגולציה רכי. כך, מוכרת הסמכה מפורשת במסגרת דברי חקיקה שונים לפעולות רגולטוריות כגון הטלת סנקציה פלילית או מנהלית, שליחת פקחים לביקורות, דרישת דיווחים מן המפוקחים על ביצוע וציות, וקביעת כללי התנהגות, אך לעומת זאת אין סעיפי חקיקה רבים המסמיכים רגולטורים באופן ברור ומפורש לנקוט רגולציה הסכמית,<sup>91</sup> רגולציה עצמית, רגולציה וולונטרית וכיוצא באלה סגנונות רגולטוריים רכי. בהתאמה, רק בחלק קטן מן המקרים רגולטורים בישראל "מביישים" מכוח סמכות חקיקתית ספציפית. כאשר סמכות זו מפורשת בחוקים שונים, היא ממוקדת באופן טיפוסי בפרסום מידע על אודות סנקציות – כגון עיצומים כספיים – שהוטלו על מפוקחים בגין הפרות רגולציה שונות בהקשר הסביבתי, בהקשר הצרכני או בהקשר הפיננסי.<sup>92</sup>

האם רגולטורים רשאים "לבייש" ארגונים פרטיים אך ורק מכוח הסמכה חקיקתית מפורשת או שמא ניתן להסתפק גם בהסמכה כללית יותר לפעולה? חוקים רגולטוריים רבים כוללים סעיף מטרות כללי אשר מגדיר את יעדיו הרגולטוריים של המאסדר. לדוגמה, סעיף 5 לחוק הרשות השנייה קובע כי "תפקידה של הרשות הוא פיקוח על שידורים לפי חוק זה", וכי "במילוי תפקידה האמור תפעל הרשות במגמה – (1) להבטיח השקעה בהפקות מקומיות".<sup>93</sup> האם מכאן ניתן לגזור סמכות משתמעת של הרשות השנייה לנהל משא ומתן לקראת חוזה רגולטורי שימשש הסדר מיוחד בין הרגולטור למפוקח ספציפי, במתכונת של רגולציה הסכמית, בכל הקשור להשקעה בהפקות מקומיות?<sup>94</sup> האם ניתן להסיק מסעיף זה סמכות משתמעת של הרשות השנייה לפרסם

91 יוצאי דופן בולטים הם מנגנון הצו המוסכם ברשות ההגבלים העסקיים ומנגנון ההימנעות מנקיטת הליכים ברשות ניירות ערך, המעוגנים בחוק. ראו ס' 50 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988; פרק ט לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, בהתאמה.

92 בין הדוגמאות העיקריות להסדרה חקיקתית של ביוש רגולטורי ניתן לציין את ס' 14 לפקודת הבנקאות, 1941; ס' 12(א)(4) לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981; ס' 15(ב) ו-60 לחוק אוויר נקי, התשס"ח-2008; ס' 69 לחוק בנק ישראל, התש"ע-2010; ס' 52כז, 52מב, 52ו-54 לחוק ניירות ערך; ס' 22כא לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981; ס' 30(ה), 31(ג), 43(ב), 44א(ב) ו-50 לחוק ההגבלים העסקיים; ס' 16א37 לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982.

93 ראו ס' 5 לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990.

94 לדין בהסדרי רגולציה הסכמית של הרשות השנייה עם זכיי ערוץ עשר ראו שרון ידין "קצר בתקשורת: בין אינטרס ציבורי לאינטרס פרטי ברגולציה של ערוץ עשר" **דין ודברים** ח 391 (2015)

משפט ועסקים כג, תשפ"א המרחב ההבעתי של הרגולציה: האם המדינה צריכה לבייש?

לציבור מידע על אודות הפרות רגולציה של הזכייין? האם יש לרשות סמכות להוקיע אותו בשל כך? ומה באשר לרגולטורים אשר אין במערך החקיקה הרלוונטי שהם פועלים לפיו סעיף הסמכה כללי כזה? שאלות אלה מתחדדות לנוכח פגיעה אפשרית שמתקיימת לכאורה במסגרת הביוש הרגולטורי בזכויות יסוד של הגורם המבויש – למשל, לכבוד, לקניין ולעיסוק.<sup>95</sup>

השופט זמיר מסביר בספרו **הסמכות המינהלית** כי דרישת הסמכות המפורשת במשפט המנהלי אינה כלל מהותי, אלא חזקה פרשנית, המשמשת בעיקר במצבים של פגיעה בזכויות ובערכי יסוד אחרים,<sup>96</sup> וכי ניתן לגזור סמכות של הרשות לפעול גם במצבים שבהם הסמכות אך משתמעת מלשון החוק.<sup>97</sup> כלומר, השאלה אם חוק מקנה סמכות לרשות מנהלית כאשר הסמכות אינה מוקנית במפורש היא שאלה של פירוש החוק.<sup>98</sup>

עמדתי העקרונית החיובית ביחס לסמכות להפעיל כלים של רגולציה רכה, אף כאשר אלה אינם מצוינים מפורשות בחוק מסמך, נדונה בעבודות קודמות,<sup>99</sup> והיא חלה אף בנוגע לרגולציה באמצעות ביוש. כלומר, במצבים שבהם הרגולציה מבקשת לאכוף סטנדרט הקבוע בחוק אך אמצעי האכיפה שהיא בוחרת אינו מצוין במפורש בחוק, יש לקרוא את סמכותה לנקוט אמצעי זה כנובעת מסמכותה הכללית של הרשות לאסדר שוק מסוים.<sup>100</sup> בחירתו של רגולטור בכלי הרגולטורי המתאים לשימוש במקרה ספציפי היא חלק מהפעלת שיקול דעתו הכללי.<sup>101</sup>

פרשנות זו מוצדקת בעיניי אף במצבים של פגיעה אפשרית בזכויות חוקתיות, כאשר ניתן להצביע על אינטרס ציבורי חשוב המקודם באמצעות הרגולציה. גישה זו מבוססת על מומחיותה של הרשות המאסדרת ועל יכולתה לפעול באופן גמיש ולהגיב במהירות יחסית על כשלי שוק ועל הפרות רגולטוריות באמצעים רגולטוריים מנהליים, ובפרט

---

(להלן: ידין "קצר בתקשורת"). לדיון נרחב בסוגיה המשפטית העקרונית של הסמכה משתמעת לרגולטור, בפרט במצבים של רגולציה הסכמית, ראו שרון ידין **רגולציה חדשה: מהפכה במשפט הציבורי** פרקים 3–4 (2018) (להלן: ידין **רגולציה חדשה**).

95 על פגיעה חוקתית כזו ראו להלן בחלק ג.

96 ראו יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך א – המינהל הציבורי 345 (מהדורה שנייה מורחבת, 2010).

97 ראו שם.

98 ראו שם, בעמ' 346.

99 ראו, למשל, שרון ידין **רגולציה – המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים** פרק 4.4 (2016); ידין **רגולציה חדשה**, לעיל ה"ש 94, פרקים 3–4.

100 ראו על כך שם. עמדה זו אומצה עקרונית בבג"ץ 4374/15 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל** (פורסם בנבו, 27.3.2016) (להלן: בג"ץ **מתווה הגז**), לפחות בכל הנוגע לרגולציה הסכמית. ראו שרון ידין "בג"ץ מתווה הגז הטבעי והחזרה הרגולטורית: שינוי פרדיגמה במנהל ובמשפט הציבורי" **משפט וממשל** יט 565 (2018) (להלן: ידין "בג"ץ מתווה הגז והחזרה הרגולטורית").

101 ניתן לראות בכך אף הפעלה של "סמכות רשות" של הרגולטור או של סמכות "משנית" או "משתמעת". למושגים אלה ראו זמיר, לעיל ה"ש 96, פרק 10.

באמצעים רכים כביוש, שאינם נסמכים על כוחה של המדינה לכפות. עמדה זו נשענת גם על מוגבלותה של החקיקה בצפיית המצבים השונים שיצריכו כלים רגולטוריים מובחנים, ובכלל זה כלים רגולטוריים חדשים כביוש, ובעריכת האיזונים המתאימים בכל מקרה ומקרה בין הזכות או האינטרס הנפגע בעקבות הפעלת כלי הרגולציה לבין האינטרס הציבורי שניתן להשיג באמצעותו. מאחר שקיימות מתכונות רבות של ביוש מנהלי אפשרי,<sup>102</sup> דומה כי ניסיון לתפוס את כולן במסגרת חקיקה כללית, שתיצור תשתית משפטית ארוכת טווח לפעולתו של הרגולטור, יהיה עקר.

לצד זאת יש להכיר בכך שבמצבים רבים החקיקה המסמיכה את הרשות המנהלית אינה מותאמת לעידן הרגולטורי, ואינה כוללת אפילו סעיפי הסמכה כלליים לאסדרה בשוק המפרטים את האינטרס הציבורי שעל הרגולטור להגן עליו. כמו כן יש מצבים שבהם הרגולטור מבקש לעודד ציות בסטנדרט גבוה מזה הקבוע בדין, בסטנדרט חוץ-סטטוטורי (שאינו נזכר כלל בחוק) או בסטנדרט מוסרי, או לפעול כלפי גופים שאינם כפופים לרגולציה הקיימת מסיבות שונות. במצבים כאלה ייתכן שדרך המלך תהיה ליזום מהלך חקיקתי לעיגון הביוש הרגולטורי במסגרת של חוק ראשי או למצער במסגרת של תקנות.

אולם ככל שהנתיב החקיקתי אינו אפשרי, מעשי או מתאים, מומלץ לרגולטור לשקול בהקשר זה לבסס את הפרסום המוקיע על שני מקורות אחרים. האפשרות האחת היא הסכמה רגולטורית עם המפוקח. במסגרת זו הרגולטור יכול להסכים עם המפוקח על חוזה רגולטורי שיכלול, בין היתר, פרסום מוקיע מוסכם.<sup>103</sup> האפשרות האחרת היא פרסום קוד אתי על ידי הרגולטור, שיפרט את העקרונות והערכים הכלליים שהרגולטור פועל לאורם, כשלב מקדים לביוש. מהלכים רגולטוריים אלה יוכלו לספק בסיס מסוים, אם הסכמי ואם של משפט רך, אשר יקנה לגיטימציה לפעולת הביוש ויגביר את הוודאות אצל המפוקח.<sup>104</sup>

המשפט הרך מספק זירה מתאימה להפעלת נורמות שביכולתן להשפיע על התנהגותם של שחקנים אף שאין להן כוח משפטי מחייב.<sup>105</sup> המשפט הרך יכול לבוא לידי ביטוי הן כבסיס נורמטיבי להוקעה, כגון מדריך אתיקה, והן בהוקעה עצמה, קרי, בפרסום המבייש גופו. המשמעות של ביוש כמופע של משפט רך היא שאף על פי שתאגיד מסוים הוקע על ידי הרגולטור כמי שמוכר מזון שאינו בריא במיוחד, למשל, אין בפרסום משום הטלת חובה על התאגיד לשנות את הרכב המזון הנמכר, והוא אף אינו מתייחס לחובה כזו הקיימת בדין.

התופעה של חוק רך (או משפט רך) מוכרת יותר מכל במשפט הבין-לאומי, שבו הצהרות בלתי מחייבות, דוגמת ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, משפיעות

102 ראו על כך בסעיף הבא, העוסק בצורות של ביוש.

103 דיון נרחב בחוזה רגולטורי הכולל רכיב של הוקעה יופיע בסעיף הבא.

104 ראו על כך גם להלן בחלק ג.

105 ראו, למשל, Jacob E. Gersen & Eric A. Posner, *Soft Law: Lessons from Congressional Practice*, 61 STAN. L. REV. 573, 574 (2008).

משפט ועסקים כג, תשפ"א      המרחב ההבעתי של הרגולציה: האם המדינה צריכה לבייש?

על השחקנים בזירה הבין-לאומית לצד כלי המשפט הקשה (בהקשר הבין-לאומי המשפט הקשה מעוגן באמנות או בהחלטות שיפוטיות).<sup>106</sup> אולם חוק רך משמש גם בזירה המדינתית והרגולטורית. כך, למשל, לאחרונה הסבו חוקרים את תשומת הלב לכך שגם הצהרות של נשיא ארצות הברית הנלוות לחתימתו על חוקים הן סוג של חוק רך המוסיף להן פרשנות חשובה אף שהוא אינו בגדר דין מחייב.<sup>107</sup> באופן דומה, גם רגולטורים וקובעי מדיניות אחרים עשויים להצהיר הצהרות שייתפסו בקרב שחקנים רלוונטיים כאיתות חשוב בנוגע למדיניות עתידית של חקיקה, פיקוח או אכיפה, ובכך ישמשו סוג של נורמה רכה.<sup>108</sup> במסגרת זו ניתן לכלול הצהרות "best practices" של רגולטורים, מדריכים רגולטוריים וקודים אתיים שרגולטורים נוהגים לפרסם,<sup>109</sup> אך גם הצהרות "מביישות" ופרסומים רגולטוריים מוקיעים מסוגים שונים (דירוגים, סרטונים, קמפיילים),<sup>110</sup> המיועדים לדחוק קלות (nudge) בתעשייה להתנהג בצורה שנתפסת כרצויה בעיני הרגולטור.

כאשר הביוש ננקט כרגולציה רכה המבוססת על "משפט רך", ולא נלווית לו חובה משפטית "קשה" שבגין הפרתה התאגיד מוקע, ניתן לטעון כי הפגיעה בתאגיד קטנה יותר מאשר במצבים אחרים של ביוש. לכאורה היה אפשר לראות בכך ביטוי להעמקת הנטל הרגולטורי המוטל על עסקים ועל תאגידים, אולם למעשה הדבר תלוי בשאלה אם אכיפה זו משמשת תחליף לרגולציה קשה שתעוגן בחקיקה. כלומר, ביוש המופיע כחוק רך עשוי דווקא להוביל בסופו של דבר להפחתת הנטל הרגולטורי.

עם זאת, אין לחדד כי להוקעה המבוססת על חוק רך יש השלכות עצומות על תאגידים מבחינת הוודאות והיציבות הרגולטורית והמשפטית, משום שהחוק הקשה נהפך רק לנקודת המוצא מבחינת מחויבותיהם, והם מוצאים את עצמם כפופים במובן מסוים, גם אם חלש יותר, לנורמות החורגות מספר החוקים הכתוב.<sup>111</sup> לפיכך, ככל שהרגולטור יודיע מראש למפוקח ספציפי או לכלל המפוקחים על תפיסת עולמו הרגולטורית – ובכלל זה על נכונותו העקרונית לבייש, על מערך הערכים שלאורם הוא פועל כמאסדר של השוק, ועל התנהגות של מפוקחים שנראית בעיניו בלתי ראויה – כן תגבר הנטייה לראות בביוש הרגולטורי מעשה חוקי, במיוחד במצבים שבהם יש חסר חקיקתי.

106 ראו שם.

107 ראו שם.

108 ראו שם.

109 ראו שם, בעמ' 576; Louise G. Trubek, *New Governance and Soft Law in Health Care Reform*, 3 IND. HEALTH L. REV. 139 (2006); Robert A. Anthony, *Interpretive Rules, Policy Statements, Guidances, Manuals, and the Like – Should Federal Agencies Use Them to Bind the Public?*, 41 DUKE L.J. 1311 (1992). לדוגמאות בישראל ראו ידן "קצר בתקשורת", לעיל ה"ש 94, בעמ' 409–413 (דיון בדוגמאות כגון קוד אתי לתוכניות ריאליטי ותו אתי למפרסמים – שניהם מטעם הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו).

110 ראו דוגמאות להצהרות מביישות להלן בה"ש 203–204.

111 ראו דיון בכך גם להלן בחלק ג.

**(ג) צורות של ביוש**

הביוש הרגולטורי אינו עשוי מקשה אחת. ניתן להבחין בין פעולות מביישות שונות על בסיס רמת הפורמליות שלהן,<sup>112</sup> צורתן<sup>113</sup> ועיתוין. כך, לפעמים ביוש רגולטורי נעשה רק לאחר הפרה, אולם לעיתים קרובות הוא נעשה ביחס לפעילות שוטפת של ארגונים ותאגידים, כולל פעילות שאינה מהווה הפרה של הוראה רגולטורית כלשהי.<sup>114</sup> צורות שונות של ביוש רגולטורי כוללות פרסום מודעות והעלאת קמפינים, הצהרות מדיניות של רגולטורים בכירים, רשימות דירוג ופרסום פרטים לאחר הפרות באתר הרגולטור ובעיתונות.<sup>115</sup>

נוסף על כך, הביוש הרגולטורי יכול להיעשות על בסיס מידע שנמסר מטעם המפוקח או על בסיס איסוף נתונים חד-צדדי על ידי הרגולטור (או על בסיס שילוב שלהם). חלק מהמידע המועבר כסוג של ביוש רגולטורי הוא מידע ישיר שנאסף על ידי הרגולטור או נמסר לו, וחלק אחר מוסיף עיבוד וניתוח רגולטוריים המייצרים מידע חדש.<sup>116</sup> כמו כן, המידע עשוי להיות מובנה באופן שלילי או לחלופין באופן חיובי במתכונת של הוקעה על דרך ההוקרה.<sup>117</sup>

נקיטת אסטרטגיה של ביוש רגולטורי עשויה להתלוות לרגולציה של ציווי ושליטה או לחלופין להיות "משודכת" עם רגולציה רכה. כלים קלסיים של רגולציה מכונים כלי "ציווי ושליטה" (command & control), והם משמשים לפיקוח ולאכיפת הנורמות המעוגנות בחיקוקים ובהוראות המנהל באמצעות מנגנונים פליליים ומנהליים ענישתיים.<sup>118</sup> לצד שיטה זו נהגות שיטות רכות יותר, כגון רגולציה עצמית, רגולציה הסכמית, רגולציה וולונטרית ורגולציה באמצעות כללי גילוי. כך, למשל, רגולטורים

112 ראו בסעיף הקודם, המבחין בין חוק רך לחוק קשה וכן בין רמות שונות של הסמכה לבייש.

113 ראו דוגמאות לצורות שונות של ביוש לעיל במבוא למאמר.

114 כך, למשל, בראש רשימת המזהמים הגדולים ביותר במדינה מופיעים תאגידים שלא פעלו בהכרח באופן שמפר את החוק. ראו את הרשימה האדומה של המשרד להגנת הסביבה "מדד ההשפעה הסביבתי – דרוג חברות התעשייה הציבוריות והממשלתיות בישראל" (2017) [www.sviva.gov.il/subjectsEnv/BusinessLicensingIndustry/EnvironmentalRatingPublicCompanies/Documents/index2016/index-2016.pdf](http://www.sviva.gov.il/subjectsEnv/BusinessLicensingIndustry/EnvironmentalRatingPublicCompanies/Documents/index2016/index-2016.pdf) (להלן: "מדד ההשפעה הסביבתי"). ראו דוגמאות נוספות לעיל בה"ש 8–9 ולהלן בה"ש 204. ראו גם תק' 6 לטיטות תקנות אוויר נקי (זיהום אוויר מכלי רכב) (תיקון – דירוג וסימון רכב מנועי), התשע"ז-2017 (נגיש בכתובת [www.tazkirim.gov.il/Tazkirim\\_Attachments/43359\\_x\\_AttachFile.docx](http://www.tazkirim.gov.il/Tazkirim_Attachments/43359_x_AttachFile.docx)), המורה למכון רישוי לסמן רכב כמזהם באמצעות הדבקת תווית (לפי דוגמה שעליה יורה הממונה) על שמשת הרכב הקדמית, אשר לא תוסר ממנה כל עוד לא הותקן ברכב מסנן חלקיקים.

115 ראו דוגמאות לעיל במבוא למאמר.

116 ראו, למשל, "מדד ההשפעה הסביבתי", לעיל ה"ש 114, וכן לעיל ליד ה"ש 58.

117 בחלוקה של אותות הצטיינות, אותות הוקרה או סימונים חיוביים לחברות העומדות בסטנדרט הרגולטורי המבוקש, למשל, גלומה "הוקעה חלשה" של אלה שלא קיבלו מהרגולטור את הציון לשבח או את האיתות החיובי.

118 ראו, למשל, KEITH HAWKINS, LAW AS LAST RESORT: PROSECUTION DECISION-MAKING IN A REGULATORY AGENCY 13–14 (2002).

משפט ועסקים כג, תשפ"א המרחב ההבעתי של הרגולציה: האם המדינה צריכה לבייש?

נוהגים לפרסם תוכניות אתיות אשר ההצטרפות של התאגידים אליהן היא וולונטרית. אלה עשויות להיות בתחומים כגון הגנת הסביבה, פרסום הוגן או העסקת נשים, וההצטרפות אליהן נעשית בתמורה למוניטין חיובי – למשל, בדמות תו אתי שהתאגיד מקבל.<sup>119</sup>

רגולטורים עשויים לפרסם רשימות של תאגידים שנטלו חלק בתוכנית אתית ובכך לבייש את אלה שלא קיבלו על עצמם את עקרונותיה.<sup>120</sup> רגולטורים יכולים גם לפרסם מידע על אודות ארגונים מצטיינים בתחום הרגולציה העצמית או לחלופין מידע על ארגונים שכשלו בהפעלת מנגנוני רגולציה עצמית ואשר אולי אף נשללה מהם עקב כך היכולת לקיימה.<sup>121</sup> אפקט דומה עשוי להיווצר על ידי פרסום שמותיהם של תאגידים שכשלו בעמידה בכללי הגילוי שהוטלו עליהם.<sup>122</sup> גם תאגיד שסירב ל"חווה רגולטורית"<sup>123</sup> עשוי להיות מבויש בשל כך על ידי הרגולטור. באופן כללי, חוזה רגולטורי הוא הסכמה הנערכת בין רגולטור לבין מפוקח ספציפי להסדרת נושא רגולטורי פרטני.<sup>124</sup> במסגרת החוזה הרגולטורי הרגולטור מעניק הקלה מסוימת למפוקח בתמורה לנטילת מחויבויות וולונטריות על ידי המפוקח, באופן שאמור להוביל לתוצאה טובה יותר לאינטרס הציבורי מאשר שימוש באסטרטגיות מתחרות של רגולציה

---

119 ראו, למשל, Cary Coglianese & Jennifer Nash, *Performance Track's Postmortem: Lessons from the Rise and Fall of EPA's "Flagship" Voluntary Program*, 38 HARV. ENVTL. L. REV. 1 (2014).

120 שיטה זו של ביוש באמצעות פרסומים חיוביים של תאגידים על מנת להדגיש את אלה שאינם נמצאים בה היא סוג של הוקעה באמצעות הוקרה. דיון נוסף בקודים אתיים של רגולציה ראו בסעיף הקודם, העוסק בסמכות לבייש.

121 ראו, למשל, "התייחסות משרד הבריאות לארוע הקורנפלקס של תלמה" אתר משרד הבריאות [www.health.gov.il/NewsAndEvents/SpokemanMessages/Pages/05082016\\_1.aspx](http://www.health.gov.il/NewsAndEvents/SpokemanMessages/Pages/05082016_1.aspx) (5.8.2016) ("אנו שוקלים לנקוט בכלים המשפטיים העומדים לרשות המשרד, לרבות ביטול היתר GMP לחברה"; (Good Manufacturing Practice) GMP) הוא סמל שיצרני מזון רשאים לסמן בו את מוצריהם אם קיבלו היתר לכך ממשרד הבריאות).

122 כגון במקרים של אי-גילוי מידע באמצעות סימון נדרש של אריזות מזון או תרופות. ראו, למשל, UNDERSTANDING REGULATION, לעיל ה"ש 82, בעמ' 119, שם מתואר ביוש שנעשה על ידי שר החקלאות הבריטי ליצרני בשר שלא ציינו כמה מים הוסיפו למוצר. ראו עוד על כללי גילוי להלן בחלק ב2.

123 על חוזה רגולטורי ראו מייד.

124 ראו Jody Freeman, *The Contracting State*, 28 FLA. ST. U. L. REV. 155, 191–192, 194 (2000); David Dana & Susan P. Koniak, *Bargaining in the Shadow of Democracy*, 148 U. PA. L. REV. 473 (1999); ANDREW P. MORRIS, BRUCE YANDLE & ANDREW DORCHAK, REGULATION BY LITIGATION (2009); ידין רגולציה חרשה, לעיל ה"ש 94; ידין רגולציה – המשפט המנהלי בעידן החוים הרגולטוריים, לעיל ה"ש 99; ידין "בג"ץ מתווה הגז והחווה הרגולטורית", לעיל ה"ש 100.

(כגון ציווי ושליטה).<sup>125</sup> יש המתנגדים לחוזה הרגולטורי, ויש המהללים אותו ככלי מתקדם ליצירת מדיניות ציבורית משוכללת. מכל מקום, אין ספק שהוא נהפך למכשיר רגולטורי חשוב ונוכח במשטרי רגולציה שונים בעולם במגוון של תחומים מוסדרים.<sup>126</sup> במסגרת חוזים רגולטוריים מוחלפות תמורות מגוונות, ביניהן הבטחה מצד הגורם הפרטי לתשלום לאוצר המדינה, לשינויים במינויים של נושאי משרה בכירים בארגון, לציות לסטנדרטים גבוהים מן הכתוב בחוק, להפסקה מיידית של ההפרה, להקמת מנגנוני ציות שימנעו הפרות עתידיות, להצטרפות להדרכות ולהקמת תוכניות חינוכיות מיוחדות, וכן לתרומה לקרנות ולקהילה.<sup>127</sup> תמורה אפשרית נוספת מצידו של הגורם הפרטי במסגרת חוזה רגולטורי היא הסכמה לפרסם מידע שלילי לציבור לגביו, כסוג של ביוש. כך, למשל, פרסמה מכתשים אגן בעיתון את המודעה המופיעה בפתח המאמר<sup>128</sup> כחלק מהסדר הסכמי שערכה עם המועצה התעשייתית רמת חובב, בתמורה לפטור מהליך פלילי תאגידי ופרסונלי בגין פליטת חומרים רעילים.<sup>129</sup> ניתן להבחין בין סוגים שונים של ביוש גם באמצעות תוכני הביוש (טיב המסר), יוזם הביוש (הרגולטור; המפוקח; אחר), הקהילה המביישת,<sup>130</sup> זהות המבייש (סוגי רגולטורים), זהות המבוש (למשל, סוגים שונים של תאגידים)<sup>131</sup> וכן רמת הביוש

125 ראו ההפניות לעיל בה"ש 124. ראו גם Eric W. Orts & Kurt Deketelaere, *Introduction: Environmental Contracts and Regulatory Innovation*, in ENVIRONMENTAL CONTRACTS: COMPARATIVE APPROACHES TO REGULATORY INNOVATION IN THE UNITED STATES AND EUROPE 1, 6-8 (Eric W. Orts & Kurt Deketelaere eds., 2001); David A. Dana, *The New "Contractarian" Paradigm in Environmental Regulation*, 2000 U. ILL. L. REV. 35, 35.

126 ראו לעיל ההפניות בה"ש 124-125. כן ראו בג"ץ **מתווה הגז**, לעיל ה"ש 100 (בעניין חוקיותו של מתווה הגז הטבעי ומעמדו כחוזה רגולטורי). ראו במיוחד שם, פסק דינה של השופטת חיות ופסק דינו של השופט סולברג.

127 לתמורות השונות בחוזים רגולטוריים ביתר הרחבה ראו שרון ידין "כריש, תנין ולוויתן: על הבטחות מנהליות, חוזים רגולטוריים וחיות אחרות במתווה הגז הטבעי" **מחקרי משפט** לב 250, 213 (2019).

128 ראו לעיל ה"ש 1 והטקסט שלידה.

129 כן התחייב התאגיד לממן יום עיון בנושא ולהקים קרן חינוכית בהשקעה של 700,000 ש"ח. ראו שם. באופן דומה, גם במסגרת ההליך הפלילי בבתי המשפט אפשר שתוטל על המורשע, בהסכמתו, סנקציה של ביוש, כחלק מעסקת טיעון שבמסגרתה הוא יקבל הקלה בעונש. ראו, למשל, Plea Agreement, *United States v. Rockmore Co., Inc.* No. 1:10-cr-10003-JLT (D. Mass. Jan. 7, 2010), שם הפרה החברה את דיני הגנת הסביבה כאשר זיהמה את מקורות המים באזור מסצ'וסטס ונדרשה לשלם קנס ולפרסם מודעה בעיתון בוזו הלשון: "We, the Rockmore Company, sincerely apologize for contaminating the coastal waterways of Massachusetts... Our company has discharged human waste directly into coastal Massachusetts waters. For these actions, we have paid a steep fine and have pleaded guilty to criminal charges. We are sorry". דוגמאות נוספות לכך לעיל בחלק א.

130 ראו על כך בהרחבה להלן בחלק ב.

131 ראו על כך להלן בחלק ג.



משפט ועסקים כג, תשפ"א      המרחב ההבעתי של הרגולציה : האם המדינה צריכה לבייש?

הגלומה במסר. למשל, כפי שיראה החלק הבא, בחלק מהמתכונות עצם הביוש ניכר כעניין מרכזי בפעולה הרגולטורית, בעוד בחלק אחר הביוש הוא רק תוצר לוואי של המטרה העיקרית של הפעולה הרגולטורית, שעשויה להיות יידוע, חינוך הציבור, אזהרה או שקיפות. האופן שבו הביוש מובנה עשוי למלא תפקיד חשוב במידת הלגיטימציה שבה הוא יזכה וביעילותו ככלי אכיפה רגולטורי.<sup>132</sup>

## 2. בין ביוש לגילוי

חלק זה שם לו למטרה להבחין בין ביוש לבין סוגים אחרים של העברת מידע רגולטורי, וזאת משתי סיבות. ראשית, לא אחת אפקט של ביוש מתחבא מאחורי רגולציה הנחזית כמקדמת שקיפות רגולטורית גרידא. כך משתקף, למשל, מדברי הסבר להצעות חוק ומהצהרות של רגולטורים ברשות המבצעת, אשר ממוקדים בפן השקיפות המקודם באמצעות העברת המידע, ומתעלמים מפן הביוש.<sup>133</sup> שנית, לגבי פעולות רגולטוריות רבות המסווגות במאמר זה כביוש ניתן לטעון כי למעשה אין הן ביוש, אלא דבר אחר. כאשר עוסקים בתופעה רגולטורית בעלת חשיבות במדיניות הציבורית, עלינו להגדיר את גבולות הגזרה ולהבחין אותה מתופעות אחרות המשיקות לה. רק כך נוכל להתקדם בנייתוח הפרקטיקה ובהבנתה לצורך הכרעה נורמטיבית ולצורך שכלול השימוש בה. לפיכך חלק זה יבהיר מה ההבדל בין רכיבים שונים הנמצאים במסרים רגולטוריים המועברים לציבור על ידי רשויות מאסדרות, כגון יידוע, אזהרה, גילוי, שקיפות ובייש. כלל התופעות הללו מתרחשות במרחב ההבעתי (האקספרסיבי) של הרגולציה.<sup>134</sup> הן קשורות לאופן שבו הרגולציה עושה שימוש בביטוי, בדיבור, ולאופן שבו היא מתקשרת עם החברה (society). מטבע הדברים, הניתוח בחלק זה אינו מבקש לחתור להכרעות מוחלטות, אלא להציע קווים מנחים שיסייעו למקד את הדיון בביוש ולהבחינו מסוגים אחרים של פעילות רגולציה הנעשית במרחב ההבעתי.

132 ראו דיון בכך להלן בפרק ג.

133 ראו, למשל, הצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 33), התשע"ב-2011, ה"ח הממשלה 2, 19 ("מוצע לחייב את הממונה לפרסם את החלטותיו בדבר הטלת עיצום כספי. פרסום זה הוא כלי שתכליתו היא הבטחת שקיפות ביחס להפעלת שיקול הדעת של הממונה, אשר בידי מסור כלי רב עוצמה. לפיכך, וכדי להבטיח כי השימוש בכלי של העיצום הכספי ייעשה באופן שוויוני וענייני, מוצע לחייבו לפרסם את החלטותיו בדבר הטלת העיצומים הכספיים, סכומיהם, ושיעורי ההפחתה, אם ניתנו"); דבריו של שר העבודה והרווחה חיים כץ בעניין פרסום רשימת החברות הקבלניות המובילות בהפרות ובעברות בטיחות באתרי בנייה ("רשימת צווי בטיחות", לעיל ה"ש 13), המופיעים אצל בילי פרנקל "הקבלנים המובילים בעבירות בטיחות – הרשימה נחשפת" [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5148182,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5148182,00.html) ("המהלך להגברת השקיפות מצטרף לשורה של מהלכים שעשינו בשנה האחרונה למאבק במכת תאונות העבודה בענף הבנייה בישראל").

134 ראו Geisinger, לעיל ה"ש 50, בעמ' 5 ("Expressive (or 'normative') regulation changes community norms, or informs the community of existing norms, and capitalizes on social (or internal enforcement of the norm as the means for changing behavior").

הרגולטור המודרני פועל באמצעות מגוון כלים, החל ברגולציה מסורתית כופה והמשך ברגולציה עצמית, בתמריצים כלכליים, ברגולציה וולונטרית, ברגולציה הסכמית ועוד.<sup>135</sup> מעבר בין אסטרטגיות שונות של רגולציה מתחייב לעיתים כאשר הרגולטור מזהה שינוי נסיבות,<sup>136</sup> ושילוב של אסטרטגיות יהיה עדיף בדרך כלל על שימוש באסטרטגיה יחידה.<sup>137</sup> אחת מקבוצות הכלים הידועות בהקשר זה היא האסטרטגיה של רגולציה באמצעות כללי גילוי (mandatory disclosure).<sup>138</sup> בשיטה זו המדינה אינה מתערבת באופן עמוק בפעילות המפוקחת באמצעות כלים כגון מגבלת מחיר או איסור מכירה של מוצר מסוים, המזוהים עם רגולציה כופה. במקום זאת, כללי גילוי מורים למפוקח, במסגרת פעילותו המותרת, למסור לציבור הרלוונטי את המידע אשר לדעת הרגולטור דרוש לאותו ציבור לצורך קבלת החלטות טובה יותר. מידע זה עשוי להיות, למשל, גיל הצפייה המומלץ בתוכניות טלוויזיה, פירוט של רמות הנתרן, הסוכר והשומן במזון שאנו אוכלים, או רמת הזיהום ברכב שאנו שוקלים לקנות.

שני רכיבי מפתח קיימים ברגולציה המופעלת באמצעות כללי גילוי: מתן מידע ומתן כלים לקבלת החלטה. בשיטה של כללי גילוי הרגולטור מורה לרוב למפוקחים לא רק לגלות את המידע, אלא גם באיזה אופן עליהם לעשות זאת. גילוי זה נעשה ככלל בפיקוח הרגולטור, והפרת הכללים עלולה לגרור סנקציות רגולטוריות. המטרה של העברת המידע היא להרחיב את בסיס הידע של הלקוחות בבואם להחליט אם להשתמש במוצר או בשירות מסוים, ואם כן – באיזה אופן, עיתוי או היקף.

הביוש הרגולטורי, לעומת זאת, מציע דגשים אחרים. אומנם גם בביוש רגולטורי המידע משמש רכיב מפתח ביצירת הביוש, והוא מתקיים במרחב ההבעתי של הרגולציה, אולם בביוש למידע המועבר מתלווה מימד ערכי ושיפוטי שלילי. למשל, על פי הרגולציה המקובלת במדינות מפותחות, על סוכני הפנסיה ליידע את לקוחותיהם גם בדבר מסלולי השקעות שמרניים לצד אלה המסוכנים, אולם אין בכך משום הכרעה ערכית שלילית של הרגולטור בנוגע למסלולים מנייתיים, הנחשבים מסוכנים יותר. פעולת היידוע מבקשת להוביל להחלטה מיודעת של הלקוח על בסיס תשתית עובדתית רחבה, ולמנוע פערי מידע והטעיה. לעומת זאת, דירוג רגולטורי של סוכנויות פנסיוניות על פי מידת הגילוי שהן נוקטות מול לקוחות או על פי מידת אדיבותן כלפי קשישים מגלם הוקעה.

הבדלים בין ביוש לגילוי קיימים גם במטרתה של האסטרטגיה הרגולטורית. אומנם בשני המקרים הרגולטור מעוניין להשפיע על החלטות הצרכנים באופן רך יחסית, ולא

135 לדין בכלים רגולטוריים ראו לעיל חלק ב1(ג) ולהלן חלק ג1.

136 ראו Robert Baldwin & Julia Black, *Really Responsive Regulation*, 71 MODERN L. REV. 59 (2008).

137 ראו NEIL GUNNINGHAM & PETER GRABOSKY, SMART REGULATION: DESIGNING ENVIRONMENTAL POLICY 376, 388 (1998) (להלן: SMART REGULATION).

138 לשיטה זו בהרחבה ראו OMRI BEN-SHAHAR & CARL E. SCHNEIDER, MORE THAN YOU WANTED TO KNOW: THE FAILURE OF MANDATED DISCLOSURE (2014).

משפט ועסקים כג, תשפ"א      המרחב ההבעתי של הרגולציה: האם המדינה צריכה לבייש?

להפעיל פטרנליזם קשה, אולם בעוד ברגולציה של גילוי הרגולטור נותר סביל יחסית בקביעת עמדתו הערכית ביחס למוצר או לשירות, ורק עומד על מסירת מידע מפורט לצורך תהליך היידוע, בביוש הרגולטור מבקש להעביר מסר שיש בו יותר מאשר מידע, מסר שיש בו שיפוט שלילי מבקר, נוזף או אף מגנה. המסר מצביע על התנהגותו של תאגיד מסוים, על אופיו או על מערך הערכים והאמונות שהוא מחזיק בו, אשר הרגולטור אינו רואה בעין יפה ומבקש להבהיר זאת לציבור הרלוונטי – למשל, באמצעות הודעה בנוסח "חברת הפנסיה שמעון את לוי מפרה באופן קבוע את חובתה ליידע צרכנים על מסלולי הפנסיה השונים". באמצעות הביוש הרגולטור אינו מבקש לתרום לבסיס קבלת ההחלטות של הצרכן במובן האינפורמטיבי (אם כדאי לבחור היום חטיף בריא יותר או פחות, אם התרופה הזו תגרום לי בחילה), אלא לייצר אפקט מוסרי שלילי של קהלים רלוונטיים כלפי ארגון מבוש ספציפי. בעקבות המסר הרגולטורי המבייש הצרכן עשוי להרגיש רגשות שליליים כלפי "שמעון את לוי", ואף להחרימם. לעומת זאת, בעקבות מסרים מיידעים שאינם שיפוטיים צרכנים עשויים להימנע מצריכת שירות מסוים, אך ללא רגש שלילי כלפי נותן השירותים (אלא אולי דווקא להפך, משום שהיידוע שהחברה נוקטת עשוי להעיד על שקיפות והוגנות מצידה, אף כאשר היידוע מתחייב רגולטורית).

בעיניי, שאלת המפתח בהבחנה בין הכלים הרגולטוריים – רגולציה באמצעות גילוי ורגולציה באמצעות ביוש – היא מה מידת המימד המוקיע הגלום בפעילות הרגולטורית. למשל, האם רגולטור אשר מדרג בתי חולים לפי מידת הזיהום הגלומה בהם, ומפרסם דירוגים אלה מדי שנה, מתכוון בכך למסור מידע לחולים פוטנציאליים שיסייע להם בבחירת בית חולים בקרות אירוע רפואי, או שמא הדגש בפרסום הרשימה הוא השפעה על המוניטין של בתי החולים הגרועים ברשימה ומיתוגם כבתי חולים שאינם עושים די למיגור זיהומים בלתי רצויים בשטחם? ברור כי במקרים רבים הרגולטור משתמש במרחב ההבעתי שלו למטרות מגוונות, העשויות לכלול תמהיל של ביוש וגילוי. מלאכת הסיווג לשיטות השונות אינה קלה בהכרח ואינה מובילה תמיד לתוצאה חד-משמעית. עם זאת, זיהוי המימד המוקיע הגלום במסר הוא חשוב לצורך גיבוש מדיניות רגולציה מתאימה למצבים השונים.

מאפיינים נוספים שעשויים לסייע לנו בהבחנה האמורה הם המסגור של המידע המועבר וצורת העברתו. במסגרת זו נשאל אם המידע המועבר "נצבע" בצבעים בלתי מחמיאים, ובאיזו מידה. לדוגמה, במדינות מסוימות מתפתחת רגולציה הדורשת ממשווקי מזון לסמן את המוצרים במדבקות אדומות המתריעות כי מדובר במוצר מזיק לבריאות.<sup>139</sup> בכך טמון אומנם פן של גילוי מידע, אך ניתן לטעון כי מובנה בכך גם מימד מסוים של ביוש. אלה פני הדברים גם במצבים שבהם מדינות מרכיבות רשימות "אדומות" של המפעלים המזהמים ביותר ומסמנות כל מפעל בצבע מסוים או מעניקות לו ציון מסוים בהתאם למידת הזיהום שהוא גורם.<sup>140</sup> כלומר, יש חשיבות לאופן ולמידה

139 ראו, למשל, בישראל, תקנות סימון תזונתי. לשיטה דומה הנהוגה במדינות בדרום אמריקה, כגון צ'ילה ואקוודור, ראו משרד הבריאות דו"ח ועדת האסדרה לתזונה בריאה, לעיל ה"ש 11, בעמ' 41.

140 ראו על כך לעיל ה"ש 114.

שבהם המידע מעובד על ידי הרגולטור לפני שהוא נמסר לציבור.<sup>141</sup> באופן כללי ניתן לומר כי ככל שהמידע כולל פרשנות ושיפוט שלילי של הרגולטור, להבדיל מהעברת מידע גולמי בצורה שאינה שיפוטית בהכרח, הוא מגלם מידה רבה יותר של ביוש והוקעה.<sup>142</sup>

במצבים אחרים ידוע שמיועד להתריע עשוי לשמש מטרה מרכזית במסר הרגולטורי, לצד מסר משני של ביוש. כך, למשל, מדינות רבות נוהגות לחייב את יצרני הסיגריות לא רק להטביע אזהרה "יבשה" על אודות הסכנות הבריאותיות הטמונות בעישון, אלא גם להוסיף על גבי החפיסה תמונות מזעזעות הממחישות את הנזקים לריאות, לעיניים ולשיניים.<sup>143</sup> במקרה זה, כמו גם במקרים אחרים שבהם יצרנים נדרשים לפרסם אזהרות מפני הנזקים וההשלכות הנובעים מהשימוש במוצר או בשירות שהם מספקים, אנו עשויים להיווכח כי המטרה העיקרית של המידע המועבר אינה הוקעת היצרנים, אלא אזהרה ממשית, מעשית וחשובה המועברת למשתמשי הקצה. באקלים פוליטי שאינו מאפשר לרגולטור לאסור לחלוטין את הפעילות הוא יעדיף, למצער, להשתמש בכלי של גילוי לצרכנים באמצעות אזהרות חובה.

לעומת זאת, כאשר OSHA מפרסמת את שמות מקומות העבודה שבהם התרחשו הפרות הבטיחות החמורות ביותר,<sup>144</sup> היא אינה מתכוונת, כמטרה עיקרית, להזהיר את

141 לחשיבותן של שיטות סימון ברגולציה באופן כללי ראו טלי תאני-הררי ושרון ידין "המארג הרגולטורי-חינוכי: סימון תכניות טלוויזיה בסביבה התקשורתית החדשה" **מסגרות מדיה** 13, 20 (2014).

142 יסוד תומך נוסף לסיווג של ביוש עשוי להימצא במינוח המשמש את הרגולטור בהתייחסו לפעולה או לשיטה הנקטות. ראו, למשל, את המינוח שבחר משרד הכלכלה והתעשייה בהתייחסו לשיטת הרגולציה הגלומה בתקנות סימון תזונתי, הכוללת את המונחים "סימול שלילי (אדום)" ו"תיווי חיובי (ירוק)", המוגדרים שניהם "תיווי שיפוטי". ראו משרד הכלכלה והתעשייה "קול קורא לקבלת התייחסות מן הציבור לבחינת השפעות הנובעות מיישום מיידי של תקנות ההגנה על בריאות הציבור, בדבר תיווי שיפוטי של מוצרי מזון" **אתר השירותים והמידע הממשלתי** (14.12.2017) [www.gov.il/he/Departments/publications/Call\\_for\\_bids/judgmental\\_labeling\\_food\\_products](http://www.gov.il/he/Departments/publications/Call_for_bids/judgmental_labeling_food_products) ראו גם את התבטאותו של משרד הכלכלה ביחס לרגולציה בעניין סימון מחירים של מוצרי טואלטיקה, המופיעה אצל מורן רגב "הקנס לרשתות השיווק בגין אי הצגת המחיר בחו"ל: 22 אלף שקל" **ynet** 8.2.2018 [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5100315,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5100315,00.html) ("הלחץ הזה, ש'נכון שהוא מעין שיימינג', יוביל גם ללחצים בחלקים אחרים בשרשרת: קמעונאים, יבואנים ויצרנים בינלאומיים").

143 ראו, למשל, בארצות הברית: *FDA Unveils New Cigarette Health Warnings*, U.S. FOOD & DRUG ADMIN. (Mar. 24, 2017), [wayback.archive-it.org/7993/20170722060842/https://www.fda.gov/ForConsumers/ConsumerUpdates/ucm259624.htm](https://wayback.archive-it.org/7993/20170722060842/https://www.fda.gov/ForConsumers/ConsumerUpdates/ucm259624.htm); ובאיחוד האירופי: Directive 2014/40/EU of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014, 2014 O.J. (L 127) 1. בישראל אין עדיין חובה להטביע תמונות על גבי חפיסות סיגריות, אלא נדרשות אזהרות טקסט בלבד.

144 ראו לעיל ה"ש 14, וכן OSHA National News Release, OSHA's final rule to 'nudge'

משפט ועסקים כג, תשפ"א המרחב ההבעתי של הרגולציה: האם המדינה צריכה לבייש?

ציבור המועסקים במקום או את המועסקים הפוטנציאליים. למעשה, היא מתכוונת לפנות לקהל אחר לגמרי – למשל, למשקיעים בארגון זה, לתורמים שלו, לציבור הלקוחות שלו, ואולי אף לשכנים של הבעלים שלו. על כן מימד הביוש בדוגמה זו חזק יותר ממימד האזהרה.

אם כן, לא רק אופי המידע המועבר עשוי לסייע בהבחנה בין ביוש, אזהרה ויידוע, אלא גם הקהלים שהוא מועבר אליהם. בעוד אזהרות ומסרי יידוע מועברים ללקוחות וללקוחות פוטנציאליים של ארגון המספק מוצר או שירות, ביוש רגולטורי מופנה לקבוצות ביוש רחבות בהרבה מחוג הלקוחות. בקבוצות ביוש כוונתי לקהלים שהרגולטור תופס כרלוונטיים לפגיעה אפשרית במוניטין של התאגיד או להפעלת לחץ על התאגיד לשם תיקון התנהגותו. למשל, הרגולטור עשוי לפרסם הודעות לתקשורת, ובכך לפנות לקהל הרחב, והוא עשוי לפרסם דירוגים מקצועיים באתר האינטרנט שלו, שאותו קוראים בדרך כלל קהלים מקצועיים (אשר לעיתים קרובות מנויים על קבלת הודעות שוטפות). קהלים אלה עשויים לכלול באופן טיפוסי מתחרים ועמיתים מתוך התעשייה.

סוג נוסף של רגולציה הבעתית מתקיים במסגרת הודעות של בקשת סליחה ומחילה שהארגון מפרסם לפי דרישה רגולטורית.<sup>145</sup> אלה משתייכות למשפחת הכלים של ביוש רגולטורי. הכוונה העיקרית במעשים אלה היא לתייג את הארגון, למשל בהקשר של בטיחות בעבודה, כמקום אשר אינו דואג לעובדים שלו ואינו מוכן להשקיע מספיק כסף כדי למנוע פגיעה גופנית מהפוקדים את שעריו מדי בוקר. באמצעות דרישה לפרסום מודעות התנצלות הרגולטור מבקש להעביר לציבור מסר: המעסיק הזה אינו מציית לערכים שאנו ואתם מאמינים בהם וחיים לפיהם. זה אינו מוסרי. הבה נפעיל עליו לחץ על מנת שישנה את דרכיו. שימוש בכלי של הודעות התנצלות במסגרת אסטרטגיה של ביוש עשוי להיות מועיל במיוחד לרגולטור המבקש לנקוט גישה של רה-אינטגרציה לאחר הביוש.<sup>146</sup>

### 3. קבוצות ביוש רגולטורי ותהליך הביוש

ניתן לתאר את הביוש כתהליך שפועל כך (כאשר הוא מצליח): בשלב הראשון הרגולטור מעביר מידע שלילי מסוים לקהלים של המפוקח. בשלב השני, שחייב להתקיים כדי שהביוש יוביל לתוצאה המבוקשת, קהילת הנמענים צריכה לקלוט את המסר, להסכים עימו, ולהפעיל את הסנקציה. כלומר, ראשית המסר צריך להגיע ליעדו בקרב הקהילה

employers to prevent workplace injuries, illnesses (May 11, 2016), [www.osha.gov/news/newsreleases/national/05112016](http://www.osha.gov/news/newsreleases/national/05112016)

145 ראו דוגמאות לעיל בה"ש 1, 37–38 ו-129 ובטקסט שלידן.

146 רה-אינטגרציה היא גישה בספרות הענישה העוסקת באופן שבו המבוש יכול לחזור לקהילה כשווה בין שווים לאחר שתיקן את דרכיו. ראו BRAITHWAITE, CRIME, SHAME AND REINTEGRATION, לעיל ה"ש 3, בעמ' 101.

הרלוונטיות. יכול מאוד להיות שהביוש לא יצליח אם הרגולטור כשל בהעברת המסר לקהילה המתאימה, מסיבות טכניות הקשורות להעברת המסר (כגון שימוש באמצעי תקשורת לא מתאים) או מסיבה הקשורה לזיהוי שגוי של הקבוצה המביישת (כגון עובדי המפעל במקום עמותות סביבתיות). שנית, הקהילה הנמענת צריכה להסכים עם מערך הערכים של הרגולטור ועם המסר השלילי. כך, למשל, אם עובדי המפעל סבורים שאין פסול במעשיו של המעסיק, הם לא ישלימו את תהליך הביוש, והוא ייכשל. אם הקהילה מסכימה עם המסר המבייש, ונכונה לפעול על פיו, בשלב הבא היא צריכה לעשות מעשה שיבטא את קליטת המסר השלילי ואת ההסכמה עימו, כגון חרם, הוקעה, נידוי, מניעת הערכה, חוסר כבוד או גינוי. המעשה מוצלח ויעיל כאשר הוא גורם נזקי מוניטין לתאגיד<sup>147</sup> ומניע אותו לשנות את התנהגותו.

קהילות מקצועיות, למשל, עשויות להוקיע ארגון במגוון דרכים: הן עשויות להדיר אותו מכנסים מקצועיים חשובים ומשיתופי פעולה, אשר נפוצים בעולם העסקי בין ארגונים העוסקים בתחומים קרובים או משיקים; הן עשויות לדחות על הסף הצעות עסקיות מהארגון המבויש – הן הצעות לשיתופי פעולה והן הצעות לעסקאות גדולות יותר, כגון רכישה או מיזוג; וחברות מסוימות עשויות אף להשקיע מאמצים פעילים על מנת לבדל את עצמן מהחברה המבוישת שהמוניטין שלה נפגע, באמצעות קמפיינים שיווקיים ללקוחות המדגישים את ההיבט המוסרי החיובי של החברה לעומת זו שכשלה. בכך סנקציית הביוש שהטיל הרגולטור באמצעות הפרסום השלילי המקורי ממשיכה "להשתכפל" באמצעות מעשים הבעתיים מביישים נוספים (הנעשים במקרה זה על ידי התעשייה שבה פועלת החברה). חברות מתחרות עשויות אף להשקיע מאמצים במטרה להבהיר לרגולטור שהן אינן "מתרועעות" עם החברה המבוישת, וזאת על מנת לשאת חן בעיניו ולהימנע מחיכוכים רגולטוריים. כך הן מאותתות לרגולטור כי הן משתפות פעולה עם אסטרטגיית הביוש הרגולטורי ומוקיעות את החברה המבוישת, במטרה לבסס יחסי עבודה טובים עם הרגולטור.

גם עובדים, ובמיוחד עובדים מאורגנים, מסוגלים לבייש את המעסיק. הם יכולים להפעיל עליו לחץ לשנות את התנהלותו – למשל, להפחית את חשיפתם של תושבי הסביבה לזיהום, לשפר את רמת הבטיחות בעבודה או להפסיק ניסויים בבעלי חיים – וזאת במגוון דרכים. למשל, הם יכולים להפגין מול משרדי המעסיק, הם יכולים לשבש את תפוקת העבודה, והם יכולים אפילו לשבות. גם כאן נזק הביוש משוכפל באמצעות מעשי העובדים, ועשוי להגיע לקהילות רחבות יותר, כגון כלל תושבי העיר, כלל תושבי המדינה, ואפילו קהל הלקוחות הבין-לאומי של החברה. כאשר קהלים ישמעו שעובדי החברה עצמה אינם מזוהים עוד עם ערכיה, הדבר עשוי להוביל לפגיעה במוניטין של התאגיד.

גם משקיעים בתאגידים שונים עשויים לשמש קהל יעד יעיל ביצירת הביוש. רבים אינם מוכנים להשקיע בתאגידים שהם אינם מזדהים עם מטרותיהם או פעולותיהם, או

147 לדין במהותו ובחשיבותו של המוניטין התאגידי ראו Roy Shapira, *A Reputational Theory of* *Corporate Law*, 26 STAN. L. & POL'Y REV. 1, 7 (2015).

משפט ועסקים כג, תשפ"א המרחב ההבעתי של הרגולציה: האם המדינה צריכה לבייש?

שהם תופסים אותן כפסולות מבחינה מוסרית.<sup>148</sup> בעיה זו מוכרת, למשל, לגבי חברות מתחומי הטבק, האלכוהול והציוד הצבאי.<sup>149</sup> משקיעים אלה אף חוששים מפני ביוש אישי שלהם על ידי אחרים בעקבות השקעה בחברות כאלה, שנחשבת בעיני רבים לא אתית.<sup>150</sup> תחום זה מתקשר לאחריות החברתית של תאגידים, אשר מהווה כיום חלק נכבד משיקולי המשקיעים.<sup>151</sup> אחריות חברתית של תאגידים מסמנת את השאיפה להשקיף על התאגיד באמצעות מודל של קהילתניות, המתמקד בהיבטים סוציולוגיים ומוסריים של פעילותו בקהילה, ולא בהיבטים אינדיווידואליסטיים שלו, שאינם תלויים באחרים.<sup>152</sup> במסגרת זו מתפתח מודל של בעלי עניין (stakeholders model), שבו בעלי המניות הם רק קבוצה אחת מתוך בעלי עניין רבים בפעילות התאגיד שכלפיהם הוא אחראי, ביניהם עובדים, צרכנים וקהילות מקומיות.<sup>153</sup> אלה היבטים חשובים שהרגולטור יכול לרתום במסגרת פעולת הביוש.

בפרק הבא ייבחנו שלושה סוגי הצדקות מרכזיים לביוש רגולטורי: הצדקה כלכלית, הצדקה דמוקרטית והצדקה ליברלית. מסקנתו של המאמר תהיה כי הביוש הרגולטורי הוא כלי חשוב שיש לאמץ במסגרת מלאכת הרגולציה השלטונית ולפתח מן הבחינה המשפטית.

## פרק ג: הצדקות לביוש רגולטורי

את המונח "ביוש" מלן לא פעם אסוציאציה שלילית, הנקשרת לפעילות המביישת עצמה וגורמת לתפיסתה כלא לגיטימית.<sup>154</sup> על כן שאלת מפתח בדיון בביוש הרגולטורי היא אם זו פעולה ראויה ומוסרית של המדינה. בהקשר הרגולטורי תפיסות של העדר לגיטימיות של הביוש באות לידי ביטוי בסירובו של המחוקק הישראלי לתת מענה<sup>155</sup>

---

148 ראו, למשל, Douglas M. Branson, *Corporate Social Responsibility Redux*, 76 TUL. L. REV. 1207, 1219 (2002).

149 ראו שם.

150 ראו שם.

151 ראו שם.

152 ראו שם, בעמ' 1217.

153 ראו שם.

154 ראו, למשל, Whitman, לעיל ה"ש 44, בעמ' 1055–1056.

155 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 23 של ועדת הכלכלה, לעיל ה"ש 19, בעמ' 29–30 (דבריו של יושב ראש הוועדה איתן כבל: "למה נדרש השיימינג? אתם צריכים להפעיל את הסמכות שלכם... אני לא רוצה שיימינג, אני רוצה טיפול. טיפול מבחינתי זה קנסות"); שם, בעמ' 29 (דבריו של יעקב פרי: "זה להלבין את פניו ברבים. יכול להיות שהייתה לו הפרה או שתיים. אתה גורם לו נזק אישי. תפטר אותו אם הוא מפר").

לצורך של הרגולטור ברשות המבצעת לנקוט סנקציות של "ביוש"<sup>156</sup> הסתייגות של הרשות המחוקקת מן הפרקטיקה, בשילוב חוסר מודעות לגבי היתרונות הגלומים בה, ניכרים הן בדיוניה של הרשות המחוקקת סביב יוזמות חקיקה כאלה והן במיעוט החיקוקים הקיימים המסמיכים את הרגולטור מפורשות לבייש.<sup>157</sup> התוצאה היא ששורת אי-ודאות בקרב רגולטורים ותאגידים בנוגע למעמדו המשפטי של ביוש רגולטורי.<sup>158</sup> מאמר זה מבקש לתת מענה לקשיים אלה ולבסס את מעמדו של הביוש הרגולטורי במשפט ככלי מדיניות יעיל, דמוקרטי וליברלי.

ההצדקות לביוש רגולטורי שונות מן ההצדקות לביוש במשפט הפלילי, אשר נדונו בספרות.<sup>159</sup> אלה האחרונות נובעות מארבע מטרות קלסיות של מכשירי ענישה: גמול, שיקום, הרתעה ומניעה.<sup>160</sup> הביוש הרגולטורי, לעומת זאת, אינו מבקש בהכרח להעניש; מטרתו רחבת הרבה יותר, ולכן נטועות בהצדקות נבדלות. מקובל לסבור כי רגולציה מתקיימת במטרה לתקן כשלי שוק או כדי לקדם מטרה חברתית מסוימת.<sup>161</sup> יש המחלקים על בסיס הבחנה זו את מטרות הרגולציה למטרות כלכליות ולמטרות חברתיות.<sup>162</sup> המשותף לכל מטרות הרגולציה הוא עקרון-העל המאגד אותן, והוא הגשמת האינטרס הציבורי – למשל, שמירה על האינטרס של ציבור המשקיעים או הגנה על הסביבה – בצורה הטובה ביותר.<sup>163</sup> פרק זה יציע שלוש הצדקות מרכזיות לביוש רגולטורי, הנובעות מהתפיסה שאכיפת הרגולציה צריכה להיות יעילה, דמוקרטית וליברלית כדי לזכות בלגיטימציה, ויתמודד עם טיעוני נגד. מסקנתו המעשית של המאמר

156 לצורך של הרגולטור המנהלי "לבייש" תאגידים ראו גם פרוטוקול ישיבה מס' 822 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-18, 22–24 (2.4.2012) (דבריו של היועץ המשפטי ברשות ההגבלים העסקיים אורי שוורץ: "מבחינתי תהיה לזה בדרך כלל השלכה על המפר, וטוב שתהיה לזה השלכה על המפר, וצריך שתהיה לזה השלכה על המפר. אדם שהפר את הוראות החוק – שכולם ידעו שהוא הפר את הוראות החוק"). כן ראו פרוטוקול ישיבה מס' 23 של ועדת הכלכלה, לעיל ה"ש 19, בעמ' 29 (דבריו של נציג משרד המשפטים זמר בלונדהיים: "הרעיון הוא לייצר אלמנט ציבורי שהמפעיל יודע שמפורסמות הפרות שלו... הרעיון הוא שבשוק של תחרות, כשאתה מפרסם אלמנטים של ביצועים יש לכך השפעה על השוק הצרכני").

157 ראו לעיל ה"ש 92, 155 ו-156.

158 ראו, למשל, בג"ץ 4099/15 **חברת גינדי החזקות בע"מ נ' הרשות להגנת הצרכן וסחר ההוגן** (פורסם בנבו, 9.7.2015), שם עתרה חברת גינדי החזקות נגד הרשות בגין העובדה שהיועצת המשפטית של הרשות התראיינה בתוכנית הטלוויזיה "לילה כלכלי" וחשפה את דבר הטלתם של עיצומים כספיים על החברה. לגופו של דבר נדחתה העתירה מפאת היותה מוקדמת (להלן: עניין **גינדי**).

159 לביוש השלטוני במשפט הפלילי ראו לעיל חלק א.

160 ראו, למשל, Massaro, לעיל ה"ש 31, בעמ' 1890 ו-1900.

161 ראו, למשל, UNDERSTANDING REGULATION, לעיל ה"ש 82, בעמ' 15–23; BRONWEN MORGAN & KAREN YEUNG, AN INTRODUCTION TO LAW AND REGULATION: TEXT AND MATERIALS 26–36 (2007).

162 ראו שם.

163 ראו UNDERSTANDING REGULATION, לעיל ה"ש 82, בעמ' 40–41.



משפט ועסקים כג, תשפ"א      המרחב ההבעתי של הרגולציה : האם המדינה צריכה לבייש?

תהיה שעל רשויות המדינה – מחוקקים, רגולטורים ושופטים<sup>164</sup> – להכיר בכיוש הרגולטורי מן הבחינה המשפטית.

### 1. ההצדקה הכלכלית: ביוש כמכשיר לאכיפה יעילה

התהליך הרגולטורי מורכב בדרך כלל משלושה שלבים מרכזיים – חקיקה, פיקוח ואכיפה. שלושת הרבדים שזורים זה בזה ומשפיעים זה על זה. שלב החקיקה מתייחס למצב שבו הרשות המנהלית משמשת מעין מחוקק זוטא המנסח נורמות לתעשייה המפוקחת באמצעות תקנות, צווים, כללים, הנחיות, הבהרות, החלטות, ניירות עמדה, גילויי דעת וכיוצא בהם. חקיקה רגולטורית עשויה להתקיים גם ברשות המחוקקת ברמה של חוק ראשי. בשלב הפיקוח והבקרה הרשות המנהלית משמשת מעין "שוטר" מפקח שתפקידו לוודא שהמפוקחים מצייתים לכללים המסדירים באופן עקבי ומשביע רצון. בשלב האכיפה הרשות המנהלית מפעילה אמצעים שונים כלפי הגורם המפוקח, שחלקם פורמליים, דוגמת כלים מתחום האכיפה המנהלית והפלילית, וחלקם לא פורמליים, דוגמת חינוך, ייעוץ, שכנוע ומשא ומתן.<sup>165</sup> מבין שלושת השלבים, הביוש הרגולטורי משתייך באופן המובהק ביותר לשלב האכיפה הרגולטורית.<sup>166</sup>

בחלק זה אתאר את הביוש הרגולטורי מהפריזמה של ספרות האכיפה ברגולציה. אטען כי בהתבסס על גישות לאסטרטגיות אכיפה המוכרות מספרות הרגולציה, וכן על מחקרים אמפיריים שנעשו בנושא, הביוש מסתמן ככלי רגולטורי יעיל שכדאי לשקלו ברצינות בעת תכנון של משטרי רגולציה. הוא זול, הוא מאפשר הוספת רובד חשוב בפירמידת האכיפה הרגולטורית, הוא מגביר ציות, והוא יוצר אפקט של הרתעה ישירה וכללית בשוק. חלק זה אינו מבקש לקיים ניתוח כלכלי מלא של תופעת הביוש הרגולטורי, אלא להציע קווי דיון ראשוניים בלבד בעניין, תוך הדגשת זווית הניתוח של תורת האכיפה הרגולטורית.

#### (א) עלויות אכיפה

אחד המשאבים הבולטים בחסרונם אצל הרגולטור המודרני הוא כלי אכיפה יעילים.<sup>167</sup> המכשיר המרכזי העומד לרשותם של רגולטורים רבים הוא האכיפה הפלילית או המנהלית.<sup>168</sup> הכלים המנהליים הם הדור החדש של אמצעי האכיפה, שהתפתח לאחר ההתפכחות המסוימת שחלה מהשימוש בכלי אכיפה פליליים בהקשר הרגולטורי.<sup>169</sup>

164 להתייחסות השיפוטית לתופעת הביוש ראו, למשל, עניין גינדי, לעיל ה"ש 158.  
165 ראו BRIDGET M. HUTTER, COMPLIANCE: REGULATION AND ENVIRONMENT 12–14 (1997).  
166 לדיון בנורמות מביישות ראו לעיל ליד ה"ש 48–52.  
167 ראו, למשל, SMART REGULATION, לעיל ה"ש 137, בעמ' 7–10; Geisinger, לעיל ה"ש 50, בעמ' 4.

168 על מכשירים אלה ראו UNDERSTANDING REGULATION, לעיל ה"ש 82, בעמ' 249–250.  
169 ראו, למשל, Keith Hawkins, *Law as Last Resort*, in A READER ON REGULATION 288, 288 (Robert Baldwin, Colin Scott & Christopher Hood eds., 1998); Eithan Y. Kidron, *Systemic*

אלה התגלו כקשים מדי, כיקרים מדי וכבלתי יעילים, ולכן הם לא התאימו לכל סוגי ההפרות ולכל המצבים.<sup>170</sup> על רקע זה התפתחו כלים קלים ורכים יותר, שאינם דורשים בהכרח הוכחה של כוונה פלילית או ניהול הליך ממושך שסופו הרשעה פלילית.<sup>171</sup> העיצומים הכספיים, למשל, הם אחד הכלים המוכרים ביותר של האכיפה המנהלית.<sup>172</sup> עם זאת, גם האכיפה המנהלית במתכונת זו דורשת משאבים לא מבוטלים מן הרגולטור.<sup>173</sup> בשני סוגי האכיפה המקובלים – הפלילית והמנהלית – נדרשים בדרך כלל תשתית ראייתית, שהיא תוצר של חקירה רגולטורית מאומצת, קיום שימוע למפוקח, ניהול הליכים שיפוטיים ועוד. יתר על כן, סופו של הליך כזה, אשר עשוי לכלול דיונים בוועדות אכיפה מנהליות, בבתי משפט פליליים ועוד, עשוי להיות זיכוי או ביטול הסנקציות. אף כאשר ההחלטה הסופית היא להטיל עיצום כספי או קנס על תאגיד, שיעוריהם לעיתים קרובות נמוכים, ואינם מצדיקים בהכרח את השקעת המשאבים הרגולטורית.<sup>174</sup> כמו כן נטען נגד העונשים הכספיים הישירים המוטלים על תאגידים כי הם אינם מעידים על הוקעה ואינם כרוכים בקלון, משום שהם מאפשרים למפרי הרגולציה לשלם תג מחיר בגין ההתנהגות שנקבעה כבלתי רצויה.<sup>175</sup> בהקשר זה יש לזכור כי אי־אפשר לאסור תאגידים מורשעים, ועל כן נותרו הסנקציות המוניטריות, כגון הטלת קנסות או עיצומים כספיים, כלי מרכזי באכיפה.<sup>176</sup> לפיכך אחת המשימות המרכזיות כיום בזירת האכיפה הרגולטורית היא חיפוש דרכים יצירתיות וחדשות להגברת הציות.

יעילות היא רכיב מפתח במשימה זו. בכל המדינות המפותחות מקובל כיום להעריך את הרגולציה המופעלת על התעשייה באמצעות הליכים של הערכת עלות-תועלת

*Forum Selection Ambiguity in Financial Regulation Enforcement*, 53 AM. CRIM. L. REV.

.693, 693–694 (2016)

170 ראו SMART REGULATION, לעיל ה"ש 137, בעמ' 7.

171 ראו Anthony Ogus, *Better Regulation – Better Enforcement*, in BETTER REGULATION 107, (Stephen Weatherill ed., 2007) 113. לקשיים באכיפה פלילית נגד חברות ראו להלן בחלק 3 וכן

UNDERSTANDING REGULATION, לעיל ה"ש 82, בעמ' 251–254.

172 על עיצומים כספיים ראו אצל Ogus, לעיל ה"ש 171, בעמ' 113–114 ו־116–117. על כך מיתוספים כלים כגון שלילה או השעיה של רישיון או היתר אחר לפעילות.

173 ראו UNDERSTANDING REGULATION, לעיל ה"ש 82, בעמ' 110; SMART REGULATION, לעיל ה"ש 137, בעמ' 46.

174 למצב בישראל ראו, למשל, שרון ידין "הרגולציה השקטה: הסדרי אכיפה בלתי פורמליים של רשות ניירות ערך ומקרה אייפקס-פסגות" **מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות** 169, 180, 195, 200 (ישי בלנק, דוד לוי־פאור ורועי קרייטנר עורכים, 2016). אך השוו למצב בארצות הברית כפי שהוא מתואר אצל Assaf Hamdani & Alon Klement, *Corporate Crime and Deterrence*, 61 STAN. L. REV. 271, 278 (2008).

175 ראו, למשל, Kahan 1996, לעיל ה"ש 30, בעמ' 621.

176 ראו Elizabeth K. Ainslie, *Indicting Corporations Revisited: Lessons of the Arthur Andersen Prosecution*, 43 AM. CRIM. L. REV. 107, 112–114 (2006).

משפט ועסקים כג, תשפ"א המרחב ההבעתי של הרגולציה: האם המדינה צריכה לבייש?

רגולטורית (RIA – Regulatory Impact Assessment).<sup>177</sup> הליכים אלה מחייבים את המדינות לבחון בעת בחירתה של אסטרטגיה רגולטורית את התשתית העובדתית הרלוונטית, ולנתח אם היא מצדיקה רגולציה, ואם כן – מאיזה סוג.<sup>178</sup> הכלי הרגולטורי הנבחר צריך לספק מענה לכשל הרגולטורי שזוהה ולמטרות הרגולציה.<sup>179</sup> רגולציה שננקטה צריכה לייצר תועלת שעולה על עלותה.<sup>180</sup> עלות זו כוללת גם את עלויותיהם של כלי האכיפה הנבחרים, שיש לשאוף למזערן.<sup>181</sup> רגולציה שעלות אכיפתה עולה על התועלת הגלומה בה לאינטרס הציבורי הכללי תיחשב בלתי יעילה, ולא תעמוד במבחני ה-RIA.<sup>182</sup>

על רקע דברים אלה ניתן להתפלא כיצד הודר עד היום הביוש באופן יחסי מן השיח האקדמי והמקצועי על אכיפה רגולטורית (למעט בהקשר הפלילי).<sup>183</sup> ביוש הוא כלי זול. הוא אינו כרוך אלא בדיבור, בביטוי. פרסומים באינטרנט, כגון באתר של הרגולטור, והודעות לעיתונות נעשים כיום בעלות אפסית. יתר על כן, לעיתים עלות הפרסום מושגת על התאגיד עצמו.<sup>184</sup> אומנם, לעיתים הכנת המידע המבייש – למשל, הרכבת רשימות דירוג וטבלות השוואה או סיכום של נתוני הפרות בענף – כרוכה בהשקעת משאבים מסוימת, אך זו אינה גבוהה. אכן, ככל כלי רגולציה אחר שמופעל, גם הביוש חשוף לתקיפה שיפוטית הכרוכה בעלויות למדינה, אך בכך אין הוא שונה מכל כלי אחר שרשות מנהלית מפעילה.

#### (ב) פירמידת האכיפה

מודל פירמידת האכיפה מצביע על יתרונות ברורים של הביוש הרגולטורי. מודל זה נובע מאחת הגישות המרכזיות בספרות האכיפה, המכונה "רגולציה תגובתית".<sup>185</sup> על פי אירס וברייתוויט, לרשות כל רגולטור צריכה לעמוד פירמידה של כלי אכיפה אשר

177 ראו באופן כללי REGULATORY IMPACT ASSESSMENT: TOWARDS BETTER REGULATION? (Colin Kirkpatrick & David Parker eds., 2007).

178 ראו שם, בעמ' 1.

179 ראו שם, בעמ' 3.

180 ראו שם, בעמ' 1-3.

181 ראו שם, בעמ' 230; Ogus, לעיל ה"ש 171, בעמ' 109; OECD, *Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA)* (Oct. 2008), [www.oecd.org/gov/regulatory-policy/44789472.pdf](http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/44789472.pdf).

182 ראו OECD, שם, בעמ' 10.

183 אך ראו דיון קצר בכך אצל Ogus, לעיל ה"ש 171, בעמ' 117. אוגוס סבור כי סנקציות הקשורות לפרסום שפוגע במוניטין של המפוקח, דוגמת "naming and shaming", עשויות להיות יעילות יותר מעיצומים כספיים, שקשה לגבותם ואשר עלולים לפגוע ביציבות הפיננסית של המפוקח.

184 ראו, למשל, צו הגנת הצרכן (סימון טובין) (סימון טובין במחיריהם הממוצע במדינות מחוץ לישראל), המטיל את חובות הסימון על רשתות השיווק.

185 IAN AYRES & JOHN BRAITHWAITE, *RESPONSIVE REGULATION: TRANSCENDING THE DEREGULATION DEBATE* (1992).

תשמש אותו לצורכי הרתעה ותתמרץ את המפוקחים לשתף פעולה ולציית לכללי הרגולציה.<sup>186</sup> הפירמידה צריכה לכלול מגוון של סנקציות רגולטוריות המדורגות לפי חומרתן, מן הקלה עד לחמורה, במטרה להשתמש במתכונת ההתערבות הקלה לעיתים קרובות ככל האפשר, ובסנקציות החמורות לעיתים רחוקות בלבד.<sup>187</sup> הדגש במסגרת הפירמידה צריך להיות בפיתוח מגוון של סנקציות קלות ובשימוש בהן.<sup>188</sup> לפי התורה, משטר רגולטורי הממעט לגוון בסנקציות מעודד אי־ציות, מכיוון שכאשר אין אפשרויות אמצע, החברה המפוקחת מעריכה שהרגולטור יבחר סנקציה קלה או אי־אכיפה, ולא סנקציה חמורה, ועל כן היא תוכל להתחמק מאכיפה.<sup>189</sup> על כן פירמידת אכיפה הנחשבת טובה היא כזו שיש בה מגוון של סנקציות, כולל סנקציות קלות ורכות. ככל שיש שלבים רבים יותר בפירמידה כן צפויה להתקבל מידת ציות גבוהה יותר.<sup>190</sup>

נוסף על כך, הרגולציה התגובתית מורה כי הבחירה בכלי הרגולטורי צריכה להיעשות בתגובה על התנהגותו של המפוקח ביחס לחובות המוטלות עליו ("tit-for-tat", מעין "מקל וגזר") ובהתאם למידת התממשותה של המטרה הרגולטורית.<sup>191</sup> כך, כאשר נצפה העדר ציות מצד המפוקח, יש לנוע במעלה הפירמידה אל עבר כלים ענישתיים יותר; ואילו כאשר נראה שחל שינוי לטובה ברמת הציות של המפוקח, יש לנוע מגישת ההרתעה בחזרה למטה, אל עבר כלים המשויכים לגישת הציות.<sup>192</sup> הרגולציה התגובתית מותאמת במיוחד למצבים שבהם הרגולטור והמפוקח מקיימים ביניהם מפגשים חוזרים ונשנים,<sup>193</sup> ואינה מתאימה למצבים של סכנה קטסטרופלית.<sup>194</sup> המודל מבקש להציע פתרון לשאלה שהטרידה רבים העוסקים ברגולציה: "To Punish or Persuade?". כלומר, כיצד יש לבחור את הכלי הרגולטורי המתאים – מתי יש להעניש את המפוקח, ומתי יש לשכנעו לציית לרגולציה בדרכים שאינן ענישתיות?<sup>195</sup>

186 ראו שם, בעמ' 35–40. פירמידת האכיפה הוצגה לראשונה בספר JOHN BRAITHWAITE, TO PUNISH OR PERSUADE: ENFORCEMENT OF COAL MINE SAFETY (1985) (להלן: BRAITHWAITE, TO PUNISH OR PERSUADE). ראו מחקרי המשך אצל Baldwin & Black, לעיל ה"ש 136, בעמ' 59; SMART REGULATION; לעיל ה"ש 137.

187 ראו Ayres & Braithwaite, לעיל ה"ש 185, בעמ' 35–40.

188 ראו שם, בעמ' 19.

189 בסגנון תורת המשחקים. ראו שם, בעמ' 36.

190 ראו שם, בעמ' 6.

191 ראו שם, בעמ' 19–35.

192 JOHN BRAITHWAITE, REGULATORY CAPITALISM: HOW IT WORKS, IDEAS FOR MAKING IT WORK BETTER 87–94 (2008).

193 John Braithwaite & Seung-Hun Hong, *The Iteration Deficit in Responsive Regulation: Are Regulatory Ambassadors an Answer?*, 9 REG. & GOVERNANCE 16 (2015).

194 Neil Gunningham, *Enforcement and Compliance Strategies*, in THE OXFORD HANDBOOK OF REGULATION 120 (Robert Baldwin, Martin Cave & Martin Lodge eds., 2010).

195 ראו Braithwaite, TO PUNISH OR PERSUADE, לעיל ה"ש 186.

משפט ועסקים כג, תשפ"א      המרחב ההבעתי של הרגולציה: האם המדינה צריכה לבייש?

בפירמידת האכיפה של איירס וברייתווייט, שמלאו לה כבר עשרים וחמש שנים, הופיעו במקור סנקציות כגון שלילת רישיון, השעיית רישיון, קנס פלילי, עיצום כספי, מכתבי אזהרה ושכנוע (בסדר הזה).<sup>196</sup> כיום ניתן לצרף לכך כלי אכיפה נוספים, דוגמת חוזים רגולטוריים<sup>197</sup> וביוש רגולטורי. ביוש רגולטורי יוכל לשמש שלב נוסף בפירמידת האכיפה שכל רגולטור מגבש לצורך פיקוח על השוק שהוא מופקד עליו, להגדיל את מגוון הכלים ובכך לייעל את משטר האכיפה.

שאלה חשובה הנגזרת מהדיון בפירמידה היא היכן נכון למקם את הביוש הרגולטורי – בבסיסה או בראשה. איירס וברייתווייט סברו כי יש להפעיל ראשית כלים רכים ולנסות להשתמש בהם לעיתים קרובות ככל האפשר, בזמן ש"נשק יום הדין", דוגמת שלילת רישיון, יישמר כאיום בלבד, ובאופן אידיאלי לא יופעל לעולם. השאלה בהקשר זה היא אם ביוש רגולטורי הוא כלי אכיפה שאמור להיחשב קל או קשה.<sup>198</sup>

קשה להכריע אם יש לסווג את הביוש הרגולטורי לכלי האכיפה ה"קשים" או לאלה ה"רכים". יש שיתפסו את הביוש כסנקציה קשה יותר ממאסר, ויש שיראו בו התחמקות כמעט מוחלטת מסנקציה, ויזהו אותו עם מחדל רגולטורי ואולי אף עם שבי רגולטורי.<sup>199</sup> אני סבורה כי יש לתפוס את הביוש כסנקציה רגולטורית רכה בהשוואה לסנקציות אחרות, ומהבנה זו לגזור את עקרונות השימוש בו.<sup>200</sup> אולם בין שהביוש ישובץ בראשה של פירמידת האכיפה ובין שהוא ישובץ בבסיסה, התוצאה לצורך הדיון הנוכחי זהה – ביוש רגולטורי הוא כלי אכיפה שיש בכוחו לגוון את פירמידת האכיפה של כל רגולטור. כלומר, עצם ההוספה של כלי הביוש (בין שייעשה בו שימוש נרחב או מועט) מייעלת את משטר האכיפה.

נוסף על כך, הביוש יכול לשמש סנקציה המתלווה לסנקציה אחרת, עונשית או מנהלית, שהוטלה לאחר הפרה, ובכך להפחית את חומרת הסנקציות העיקריות שיש להטיל על המפרים. למשל, ניתן לפרסם את שמות התאגידים שהפרו את דיני ניירות ערך באופן החמור ביותר בשנה מסוימת, ואף ליצור דירוג חברות פומבי על בסיס הנתונים. במקרה כזה תצטרף סנקציית הביוש לסנקציה המנהלית או הפלילית הראשית שהוטלה

196 ראו Ayres & Braithwaite, לעיל ה"ש 185, בעמ' 35.

197 לחוזים רגולטוריים ראו לעיל ליד ה"ש 123–126.

198 להתלבטות באשר לסיווג סנקציות לפי חומרה ולבניית פירמידת אכיפה בהתאם לכך ראו גם UNDERSTANDING REGULATION, לעיל ה"ש 82, בעמ' 275.

199 שבי רגולטורי מתייחס למצב שבו רגולטורים משרתים את האינטרס הפרטי של המפוקחים במקום את האינטרס הציבורי. לעבודה עדכנית בנושא ראו: SPECIAL INTEREST INFLUENCE AND HOW TO LIMIT IT (Daniel Carpenter & David A. Moss eds., 2014).

200 לתפיסת הביוש כסנקציה רכה ראו גם עניין בית הדין הרבני הגדול בירושלים, לעיל ה"ש 16, פס' 6 לפסק דינו של השופט עמית. כן ראו את עמדתו של משרד הכלכלה – המופיעה אצל רגב, לעיל ה"ש 142 – כי ביוש של חברות באמצעות חובת פרסום מחירים ממוצעים בחוץ לארץ, לצד מחיר המוצר בישראל, הוא אמצעי רך יותר מאשר פיקוח מחירים.

על החברות, באופן שיאפשר להפחית את גובה הסנקציה העיקרית או את מספר הביקורות (ובכך את עלויות האכיפה) ולשמור על תוחלת עונש רצויה. הוספת הסנקציה של ביוש לארגז הכלים הרגולטוריים חשובה גם מסיבה נוספת. לעיתים קרובות רגולטורים אינם מחזיקים בסמכויות אכיפה קשות, מתחום האכיפה הפלילית או המנהלית, מסיבות שונות – למשל, משום שהרגולטור אינו מסוגל לרתום את המחוקק להגדלת סמכויותיו; משום שאין קונסנזוס פוליטי או ציבורי לחקיקת סמכויות אכיפה קשות נגד פעילות מסוימת; או מסיבה היסטורית, מעשית או תרבותית. במצבים אחרים ייתכן שהסמכות קיימת אך הפעלתה אינה לגיטימית מבחינה פוליטית או ציבורית. בשלל מצבים אלה הביוש עשוי לשמש מוצא אכיפתי יעיל להכוונת השווקים.<sup>201</sup>

נוסף על כך, ביוש רגולטורי מתאים ליישום במצבים שבהם הרגולטור אינו מחזיק עדיין בסמכויות אכיפה מסורתיות אך מעוניין לבדוק אם ניתן להשליט סדר בשווקים ולרסן פעילות בלתי רצויה באמצעות כלים רכים יותר.<sup>202</sup> בכך עשוי להיחסך הליך חקיקה בירוקרטי ארוך ומייגע של סמכויות קשות, שתוצאותיו אינן מובטחות כלל. השימוש בביוש במצבים אלה יוכל להיעשות כניסוי לבדיקת תגובת השוק על עמדתו של הרגולטור, וזאת באמצעות איתות מילולי-הבעתי. אם השוק יקלוט בהצלחה את האיתות, ייתכן שמלאכת החקיקה תתייתר או תיהפך לפשוטה ולקלה יותר מבחינה פוליטית, ואם השוק יסרב לשתף פעולה, יבין הרגולטור כי עליו לחוקק או להפעיל סנקציות קשות. לאחר שסנקציות במדרג נמוך יותר כשלו, תגבר הלגיטימיות של השימוש בסנקציות קשות על ידי הרגולטור, משום שהדרגתיות בשימוש בסנקציות היא עדות טובה לפעולה מידתית וסבירה.

דוגמאות לאיתותים רגולטוריים במרחב ההבעתי כפעולה מקדימה לחקיקה מצויות בשפע. לאחרונה הצהיר רגולטור פיננסי בכנס כי הוא רואה באופציות בינריות התנהגות רעה ולא הוגנת כלפי הלקוחות, שיש לפעול למגרה,<sup>203</sup> ושר הבריאות הצהיר בכנס קרדיולוגים כי "מקדונלד'ס 'אאוט'. לא במדינתנו. לא צריך לאכול מקדונלד'ס".<sup>204</sup> אכן,

201 לשאלת הסמכות המנהלית הדרושה לביוש רגולטורי ראו לעיל את הדיון בחלק ב1 (ב).

202 להיבטי הסמכות לנקוט ביוש רגולטורי ראו שם.

203 ראו את דבריו של ראש רשות ניירות ערך שמואל האזור בוועידת שוק ההון של גלובס, כפי שפורסמו באתר הרשות: "האופציות הבינאריות בעיניי הן יהלומי דמים – אלה שבתהליך כרייתם באפריקה, אנשים רבים נוצלו ונפגעו. אנחנו חייבים להרחיב את הסמכויות שלנו בחוק כדי לאפשר לנו למגר את המסחר באופציות בינאריות. הטענה הרווחת אצל עשרות מדינות בעולם היא שהרשויות בישראל עוצמות עין ואינן רוצות לטפל בסוגיה. אני מאמין שהחקיקה תקודם ממש בקרוב." מדברי יושב ראש רשות ניירות ערך, פרופ' שמואל האזור, בוועידת שוק ההון של גלובס אתר רשות ניירות ערך (13.6.2017) [www.isa.gov.il/178/2017/Pages/globs.aspx](http://www.isa.gov.il/178/2017/Pages/globs.aspx).

204 ראו עידו אפרתי "שר הבריאות נגד מקדונלד'ס: 'לא במדינתנו'" הארץ 13.4.2016 [www.haaretz.co.il/news/health/premium-1.2913656](http://www.haaretz.co.il/news/health/premium-1.2913656). ראו גם נורית קדוש "ליצמן פותח חזית חדשה נגד מקדונלד'ס: 'אשלח את מוצריה לבדיקות מעבדה'" כלכליסט 1.11.2017 [www.calcalist.co.il/marketing/articles/0,7340,L-3724133,00.html](http://www.calcalist.co.il/marketing/articles/0,7340,L-3724133,00.html) ("אני שולח מישהו לקנות

משפט ועסקים כג, תשפ"א המרחב ההבדעי של הרגולציה: האם המדינה צריכה לבייש?

אופציות בינריות מצויות בדרך לאיסור כולל,<sup>205</sup> אך תקופה ארוכה נותרו הרגולטורים חסרי אונים מול הפעילות; ומזון לא בריא עובר תהליכי אסדרה בעולם כולו, אך הדרכים שבהן יש למשטר את צריכת המזון המהיר שנויות במחלוקת.<sup>206</sup> כאשר הרגולטורים אינם מחזיקים בסמכויות שמאפשרות להם לנקוט כלפי תאגידים צעדים משמעותיים, הם יכולים לפנות לביוש כאמצעי מתוחכם לניסוי כלים ולבדיקת התגובות בשוק ומחוץ לו.<sup>207</sup>

### (ג) הרתעה

אחת הביקורות המושמעות ביותר נגד כלי האכיפה של הרגולציה היא שהם אינם מרתיעים תאגידים במידה מספקת להשגת מטרותיה.<sup>208</sup> כך, לעיתים קרובות עיצומים כספיים וקנסות המוטלים על תאגידים אינם מותאמים ליכולתם הכלכלית, באופן שמעודד אותם להפר את הרגולציה גם במצבים שבהם המדינה הייתה מעדיפה למנוע את הפעילות המפירה לגמרי.<sup>209</sup> ככלל, נסיונותיו של הרגולטור המודרני להסדיר את פעילותם של תאגידים גדולים וחזקים, כמו גם של תאגידים שפעילותם טרם הוגבלה בחוק ושל תאגידים שפועלים באופן חוקי אך בלתי מוסרי, עולים לעיתים קרובות בתוהו. במצבים אלה הביוש עשוי לפעול ככלי עם עלויות מזעריות מבחינת האוכף<sup>210</sup> ועם עלויות גבוהות מספיק מבחינת התאגיד המפר על מנת שתתקיים אכיפה יעילה.<sup>211</sup> אומנם אין עדיין מחקרים שאומדים את השפעתו של הביוש על הציות של התאגיד המבוש (הרתעה ישירה), אולם מחקר שנערך לאחרונה באוניברסיטת דיוק, ואשר טרם

---

שם סנדוויץ ומעביר אותו ישר למעבדה לבדוק מה קורה שם ומפרסם למחרת בעיתון מה מצאנו. אם יהיה טוב – שיהיה טוב, אם לא יהיה טוב נפרסם שזה לא טוב. לא תהיה חסינות לביקורת על אוכל לאף אחד ואנחנו נלך עם זה עד הסוף, אמר שר הבריאות".

205 ראו, למשל, הצעת חוק ניירות ערך (תיקון מס' 64), התשע"ז-2017, ה"ח הממשלה 1136.  
206 ראו, למשל, Randolph Kline, Samantha Graff, Leslie Zellers & Marcie Ashe, *Beyond Advertising Controls: Influencing Junk-Food Marketing and Consumption with Policy Innovations Developed in Tobacco Control*, 39 LOY. L.A. L. REV. 603 (2006).

207 על הסמכות לבייש ראו גם לעיל בחלק ב(ב).

208 ראו, למשל, Keith Hawkins, *Bargain and Bluff: Compliance Strategy and Deterrence in the Enforcement of Regulation*, 5 LAW & POL'Y Q. 35, 48 (1983).

209 ראו שם. בהקשר הישראלי ראו, למשל, אביב גוטר ותומר גנון "משרד התקשורת מודה: לבזק היה כדאי להפר את יישום שירות הטלפוניה סיטונאית" **כלכליסט** 17.12.2017 [www.calcalist.co.il/articles/0,7340,L-3727503,00.html](http://www.calcalist.co.il/articles/0,7340,L-3727503,00.html) ("משרד התקשורת הודיע לפני כמה חודשים לבזק כי יקנס אותה בשל ההפרה, וצריך להודעה נספח שנחשף במסגרת תביעה ייצוגית נגד בזק; עפ"י משרד התקשורת, 'הרווח' עולה בעשרות מיליונים על הקנס בסך 11.3 מיליון שקל").

210 ראו לעיל את הדיון בעלויות בחלק ג(א).

211 ראו בהקשר זה מאמרו המכונן של בקר על אודות הניתוח הכלכלי של המשפט הפלילי: Gary S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 J. POL. ECON. 169 (1968). לניתוח כלכלי של אכיפה רגולטורית תוך התייחסות למוניטין של התאגיד ראו Ogus, לעיל ה"ש 171, בעמ' 109.

פורסם, מעלה כי פרסום שמותיהם של מעסיקים שהפרו הוראות בטיחות ובריאות בעבודה, באתר OSHA ובהודעות לתקשורת מטעמה, הרתיע מעסיקים מתחרים.<sup>212</sup> המחקר, שעוסק בהיבטים של הרתעה כללית,<sup>213</sup> מצא כי ההודעות הובילו להגברת הציות לרגולציה על ידי מפעלים הממוקמים בסמיכות למפעלים המבווישים, וכן להפחתת הפגיעות בהם.<sup>214</sup> עוד העלה המחקר כי השיפור בציות שהשיגה OSHA באמצעות פרסום מבייש אחד היה שווה ערך לתוצאה של 109 ביקורות מפקחים, ולכן שימוש בסנקציה של ביוש מאפשר באופן עקרוני להפחית את הביקורות היקרות.<sup>215</sup>

נוסף על כך, מנתונים של חברת נילסן, המתבססים על נתוני הקופות של רשתות מזון, סופרמרקטים, מינימרקטים ומכולות בישראל, עולה כי החלת החובה לפרסם על המדף את מחיריהם הממוצעים במדינות זרות של מוצרי טואלטיקה מסוימים הנמכרים בישראל<sup>216</sup> הובילה לירידה ממוצעת של 11% במחיריהם של מוצרים אלה בהשוואה לתקופה מקבילה בשנה שלפני החלת החובה.<sup>217</sup> לגבי שיטה זו של ביוש רגולטורי אף ציינו בכירים ברשתות השיווק, בראיונות שהעניקו לכלי התקשורת, כי המהלך הניע אותם להציע ללקוחות הנחות ומבצעים רבים יותר על המוצרים שעליהם הוחלה חובת הסימון האמורה.<sup>218</sup>

עם זאת, אחד החששות המרכזיים בביוש הרגולטורי הוא החשש מפני הרתעת יתר שתוביל לשיתוק הפעילות העסקית, לפגיעה קשה מדי בחברות המבווישות ולהדרת עסקים מן המדינה. כנגד זה עומד החשש מפני הרתעת חסר, ובאופן כללי הבעיה היא שאין יכולת לשלוט בעלויות הקלון, שכן היקפו ועוצמתו תלויים במידה רבה בקהילה

212 Matthew S. Johnson, *Regulation by Shaming: Deterrence Effects of Publicizing Violations of Workplace Safety and Health Laws* (working paper, 2018),

[drive.google.com/file/d/1HcKpGXZuFWNNLa1YTI0A4Hte1BiJabT/view](https://drive.google.com/file/d/1HcKpGXZuFWNNLa1YTI0A4Hte1BiJabT/view)

מחקרים אחרים בחנו את יעילותן של סנקציות הביוש בהקשרים שלטוניים המצומצמים להקשר הפלילי של עבריינים בשר ודם. ראו, למשל, NORVAL MORRIS & MICHAEL TONRY, BETWEEN PRISON AND PROBATION: INTERMEDIATE PUNISHMENTS IN A RATIONAL SENTENCING SYSTEM 90 (1990); Alon Harel & Alon Klement, *The Economics of Stigma: Why More Detection of Crime May Result in Less Stigmatization*, 36 J. LEGAL STUD. 355 (2007).

213 על חשיבותה של ההרתעה הכללית ברגולציה ראו Dorothy Thornton, Neil A. Gunningham & Robert A. Kagan, *General Deterrence and Corporate Environmental Behavior*, 27 LAW & POL'Y 262 (2005). לממצאים חלקיים על אודות הרתעה ספציפית של ביוש רגולטורי ראו Johnson, לעיל ה"ש 212, בעמ' 25.

214 ראו שם, בעמ' 3 ו-27.

215 ראו שם, בעמ' 3, 22 ו-32-33. המחקר הציג כסיבה לממצאים את חששם של מעסיקים מפני תגובות של ועדי עובדים על פרסום ההפרות. ראו שם, בעמ' 3.

216 ראו צו הגנת הצרכן (סימון טובין) (סימון טובין במחיריהם הממוצע במדינות מחוץ לישראל).

217 ראו עדי דברת-מזריץ והדר קנה "השיימינג עבד: כך ירדו מחירי הדאודורנטים ומשחות השיניים" **TheMarker** 29.3.2018 [www.themarker.com/consumer/1.5957679](http://www.themarker.com/consumer/1.5957679).

218 ראו שם.



משפט ועסקים כג, תשפ"א המרחב ההבעתי של הרגולציה: האם המדינה צריכה לבייש?

המביישת.<sup>219</sup> את החישובים הללו יצטרכו מתכנני המדיניות לערוך תוך התחשבות במאפייני הביוש הרגולטורי שנדונו במאמר, כגון צורת הרגולציה, עיתוי הרגולציה וזהות הקהילות המביישות.<sup>220</sup>

אחד ההיבטים שניתן להצביע עליהם ככיוון מחשבה ראשוני בהקשר זה הוא סוגי התאגידים שיש למען אליהם את הביוש. כך, נראה שיש מקום להבחין בין תאגידים גדולים לקטנים.<sup>221</sup> מצד אחד, ביוש של תאגידים גדולים, ובמיוחד של תאגידים בין-לאומיים, עשוי לקבל תהודה רחבה במיוחד משום שהוא יעניין קהילות גדולות יותר, וכך יוביל להרתעה של חברות רבות בשוק הנושאות את עיניהן אל אותה חברה בעלת פרופיל ציבורי גבוה, וגם יגדיל את עלויות הביוש של החברה הגדולה. מצד אחר, ייתכן שחברה גדולה יכולה "לספוג" את נזקי המוניטין מבחינה כלכלית, אף כאשר הם גבוהים, ולהגיב עליהם באמצעי התקשורת ובאמצעים משפטיים ואחרים. תאגידים גדולים יכולים אף להעסיק שדלנים שינהלו את עוצמת הפגיעה ויובילו לסיום מוצלח של המשבר, אולי על דרך הסכמה.<sup>222</sup> מהיבט זה הפגיעה בתאגיד קטן עלולה להיות אנושה ולכן בלתי מידתית ביחס להתנהגות שבגינה הם מבווישים. לכן נראה שתאגידים קטנים, המשתייכים לקהילות מקומיות קטנות, רגישים יותר לביוש.<sup>223</sup>

עניין זה ראוי כמובן לבדיקה אמפירית, שבמסגרתה תיבחן ההנחה שאמצעי אכיפה חלופיים רלוונטיים יותר לתאגידים קטנים שאינם מסוגלים לשלם את הסנקציות

219 לטיעון זה בהקשר הכללי של ביוש (לא הרגולטורי) ראו Kahan & Posner, לעיל ה"ש 32, בעמ' 384–385; POSNER, לעיל ה"ש 70, בעמ' 95.

220 ראו על כך בפרק הסיכום. בהקשר זה יש להביא בחשבון גם את עלויות ה"אכיפה" של הביוש על ידי הקהילה המביישת. ראו Harel & Klement, לעיל ה"ש 212, בעמ' 358.

221 לשאלת גודלו של התאגיד בהקשר של אכיפת הרגולציה ראו Fiona Haines, Corporate Regulation: Beyond 'Punish or Persuade' ch. 7 (1997).

222 ראו, למשל, את הדוגמה של הסרת הקמפיין של משרד הבריאות בנוגע למזון הבריא בלחצם של תאגידי המזון, כחלק ממתווה של רגולציה בהסכמה, המובאת לעיל בה"ש 7 ובטקסט שלידה. תאגידים גדולים אף מסוגלים להפעיל מנופי לחץ למניעה או לסיכול של רגולציה באמצעות ביוש. ראו, למשל, את נסיונותיה של חברת קולגייט למנוע מהלך של ביוש רגולטורי על דרך סימון מחיר המוצר הנמכר בחוץ לארץ לצד מחירו בישראל: שני מוסס "משרד הכלכלה בארה"ב: 'רפורמת הקולגייט' בישראל – שיימינג" גלובס 13.8.2017 [www.globes.co.il/news/article.aspx? did=1001200991](http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001200991) ("משרד הכלכלה האמריקאי מביע את התנגדותו לרפורמה שכונתה בישראל 'רפורמת הקולגייט'... לדברי משרד הכלכלה האמריקאי... יש 'חששות כבדים לגבי יישומן של יוזמות רגולטוריות היוצאות באופן פומבי נגד חברה אחת, ואנו מבקשים כי זה ייפסק באופן מיידי"). כן ראו שוקי שדה "כך משחקות חברות המזון בבריאות שלנו" TheMarker 3.11.2017 [www.themarker.com/markerweek/1.4566768](http://www.themarker.com/markerweek/1.4566768) ("ישראל נמצאת במקום הראשון באירופה בדירוג ההשמנה, ומשרד הבריאות יזם תוכנית לסימון מזון מזיק וצמצום כמויות הסוכר, הנתרן והשומן. אבל לחץ כבד שהפעילו מאחורי הקלעים חברות המזון הגדולות הביא לריכוך הרפורמה").

223 אם כי עמדה זו לגבי גודל הקהילה הנדרשת לביוש שנויה במחלוקת בספרות. ראו על כך, למשל, אצל Massaro, לעיל ה"ש 31, בעמ' 1883–1884; Geisinger, לעיל ה"ש 50.

המוניטריות המושגות עליהם. בהקשר זה יש אף לבחון בעתיד את יעילות הביוש של פירמות בינוניות, הנראות רגישות במידה הפחותה ביותר לביוש. בעוד פירמות קטנות ופירמות גדולות מאוד מזוהות במידה רבה עם נושאי המשרה שלהן או עם בעליהן, באופן שיכול ליצור אפקט ביוש גדול יותר, ייתכן שדווקא פירמות בינוניות אינן מתאפיינות ברגישות דומה.<sup>224</sup>

## 2. ההצדקה הדמוקרטית: ביוש כמכשיר השתתפותי

אזרחים בכל העולם חווים ירידה בשביעות הרצון ובאמון שהם נותנים בממשלות, במערכי הביורוקרטיה במדינה, בפוליטיקאים ובפקידי הממשל.<sup>225</sup> ברקע לכך עומדות תופעות כגון "שבי רגולטורי"<sup>226</sup> ו"דלת מסתובבת",<sup>227</sup> וכן פרשות שחיתות הקשורות לבעלי עמדות מפתח בשירות הציבורי.<sup>228</sup> הקשרים הנצפים בין הון לשלטון במדינה גורמים לכך שהציבור אינו מאמין שהרגולטורים פועלים למענו.<sup>229</sup> בכך נגרמת פגיעה

<sup>224</sup> עניין זה טעון מחקר נפרד.

<sup>225</sup> ראו, למשל, Public Management Committee, *Synthesis of Reform Experiences in Nine OECD Countries: Government Roles and Functions, and Public Management*, OECD PUMA/SGF(99)1 (Aug. 16, 1999), [www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=PUMA/SGF\(99\)1&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=PUMA/SGF(99)1&docLanguage=En); Lewis A. Grossman, *FDA and the Rise of the Empowered Consumer*, 66 ADMIN. L. REV. 627, 633–634 (2014). לירידת האמון הציבורי ברגולציה וברגולטורים בישראל ראו עדי אייל "המעגל לעולם חוזר: האם הכלכלה החדשה תדרוש פתרונות ישנים בפקוח על התקשורת הסלולרית?" **מחקרי משפט** כג 629, 659 (2007) ("קצב התגובה של הרשויות, הצורך להעריך התפתחויות מסחריות חדשות על סמך מודלים ישנים ונטיית גופים רגולטוריים להיות מושפעים יתר-על-המידה משיקולים פוליטיים ומלחצים של הגורמים המסחריים בשוק, הם אלה שהביאו אותנו למצב הנוכחי, שבו אמון הציבור בכלל ואנשי המקצוע בפרט ברגולציה אינו גבוה כשהיה פעם"); מירב ארלוזורוב "איך נהפכתי למושחתת" **TheMarker** 5.4.2017 [www.themarker.com/allnews/1.4000588](http://www.themarker.com/allnews/1.4000588) ("המשרד להגנת הסביבה נהפך למשוקץ לאחר שפירסם נתונים על שיפור בזיהום האוויר במפרץ חיפה; בשיח הציבורי שנוצר נפסלו הנתונים של המפקח ועקב כך גם המפקח עצמו; התוצאה היא חוסר אמון מוחלט במשרד, בנתונים שלו ובעיתונאים המפרסמים אותם; מכאן ועד 'חדשות מזויפות' המרחק קצר"). לירידה במידת שביעות הרצון של אזרחי ישראל משירותי המגזר הציבורי ראו ויגודה-גדות, כהן ומזרחי, לעיל ה"ש 54, בעמ' 13–25. לירידה ברמת האמון של אזרחי ישראל במערכת הפוליטית ראו שם, בעמ' 38.

<sup>226</sup> ראו לעיל ה"ש 199.

<sup>227</sup> ראו, למשל, Toni Makkai & John Braithwaite, *In and Out of the Revolving Door: Making Sense of Regulatory Capture*, 12 J. PUB. POL'Y 61 (1992).

<sup>228</sup> ראו, למשל, *Corruption Perceptions Index 2016*, TRANSPARENCY INT'L (Jan. 25, 2017), [www.transparency.org/news/feature/corruption\\_perceptions\\_index\\_2016](http://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016).

<sup>229</sup> לקשר בין שחיתות לרגולטורים ראו, למשל, SUSAN ROSE-ACKERMAN & BONNIE J. PALIFKA, *CORRUPTION AND GOVERNMENT: CAUSES, CONSEQUENCES, AND REFORM* 119, 195, 527 (2nd ed. 2016).

משפט ועסקים כג, תשפ"א המרחב ההבעתי של הרגולציה: האם המדינה צריכה לבייש?

עצומה באמון הציבור בשלטון החוק ובמנגנוני הדמוקרטיה,<sup>230</sup> גם אמנם של האזרחים בתאגידים ירד פלאים במהלך השנים.<sup>231</sup> תאגידים מסוימים, כגון גוגל ואפל, נהיו גדולים עד כדי כך שהמחזור שלהם עולה על התל"ג במדינות רבות בעולם,<sup>232</sup> אולם יכולתם של המשפט הפורמלי ושל מערכי הרגולציה לרסן את פעילותם היא מוגבלת.<sup>233</sup> על רקע זה תאגידים נוטים לנצל את פערי המידע ואת כוחם העודף בשוק אל מול צרכנים על מנת להשיג רווחים לא הוגנים.<sup>234</sup> תהליכים אלה עומדים בלב השינוי המתחולל במדינה הרגולטורית מהתערבות שלטונית ישירה לשם קיום פיקוח אל "רגולציה חכמה",<sup>235</sup> אשר רותמת שחקנים לא מדינתיים ליצירת ממשליות (governance).<sup>236</sup> במסגרת זו ארגונים חוץ-ממשלתיים – כגון קבוצות אינטרסים מאורגנות, עמותות, איגודים עסקיים וארגוני אסדרה עצמית – ואף אזרחים וקהילות אזרחיות נוטלים חלק משמעותי במאמץ הרגולטורי, בעוד הרגולטורים הממשלתיים "מנווטים את הסירה אך לא חותרים בה".<sup>237</sup> ממשליות

230 ראו *Corruption Perceptions Index 2016*, לעיל ה"ש 228.

231 ראו 2018 EDELMAN TRUST BAROMETER: GLOBAL REPORT (2018), cms.edelman.com/sites/default/files/2018-02/2018\_Edelman\_Trust\_Barometer\_Global\_Report\_FEB.pdf; Richard Edelman, *Beyond the Grand Illusion*, EDELMAN (Jan. 18, 2016), www.edelman.com/post/beyond-grand-illusion; Matthew Harrington, *Survey: People's Trust Has Declined in Business, Media, Government, and NGOs*, HARV. BUS. REV. (Jan. 16, 2017), hbr.org/2017/01/survey-peoples-trust-has-declined-in-business-media-government-and-ngos.

232 John Cavanagh & Sarah Anderson, *Top 200: The Rise of Corporate Global Power*, INST. FOR POL'Y STUD. (Dec. 4, 2000), ips-dc.org/top\_200\_the\_rise\_of\_corporate\_global\_power; D. Steven White, *The Top 175 Global Economic Entities, 2011* (Aug. 11, 2012), .archive.is/pTc0R.

233 BENJAMIN R. BARBER, *JIHAD VS. MCWORLD: HOW GLOBALISM AND TRIBALISM ARE RESHAPING THE WORLD* (1995).

234 Ariel Ezrachi & David Gilo, *Are Excessive Prices Really Self-Correcting?*, 5 J. COMPETITION L. & ECON. 249, 249 (2009).

235 ראו SMART REGULATION, לעיל ה"ש 137, בעמ' 10.

236 Orly Lobel, *The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of* למשל, *Governance in Contemporary Legal Thought*, 89 MINN. L. REV. 342, 345 (2004); Robert F. Weber, *New Governance, Financial Regulation, and Challenges to Legitimacy: The Example of the Internal Models Approach to Capital Adequacy Regulation*, 62 ADMIN. L. REV. 783, 785 (2010) ("The central tenet of new governance literature posits that traditional command-and-control, top-down regulation has been supplanted, to varying degrees, by new forms of collaborative and polycentric governance, often involving dynamic cooperation between the public sector (formerly the 'governors') and the private sector (formerly the 'governed'), and often characterized by an increased participation in governance by third-party nonstate actors").

237 DAVID OSBORNE & TED GAEBLER, *REINVENTING GOVERNMENT: HOW THE* ראו

רגולטורית ורגולציה חכמה מאפשרות למדינה לא רק לחסוך במשאבים, אלא גם להגביר את הלגיטימיות של הרגולציה.<sup>238</sup> פעילות רגולציה הנעשית על ידי מעין-רגולטורים אזרחיים יכולה להתקבל כדמוקרטית יותר משום שהיא אינה נובעת מכוחה הכופה של המדינה.<sup>239</sup> התאגידים המבווישים יתקשו להביע עמדה נגד אכיפה שנעשית הלכה למעשה בשוק החופשי. אומנם הרגולטור מעורב ביצירת תנאי הרקע לביוש, באמצעות הפרסום המבייש ותכנונו, אולם בכך טמון רק "מגע קל", ולא התערבות ישירה. כפי שהודגם במאמר,<sup>240</sup> ביוש משלב רכיבים של שיתוף הציבור, של ממשליות ושל רגולציה חכמה, והוא מסוגל לשמש מענה עדכני למשבר האמון בממשלות ובתאגידים. הביוש הרגולטורי משאיר בידי קהילות, דוגמת עובדי המפעל או הצרכנים של רשת הכלבו, את ההחלטה אם המעשה של התאגיד הוא ראוי ומוסרי ואת הבחירה אם לנקוט נגדו פעולה ומאיזה סוג. הרגולטור רק מכין את תנאי הרקע לפעילות הרגולציה עצמה, אשר נעשית בפועל על ידי אזרחים – משקיעים, צרכנים או עובדים. על אף הקושי הברור שבמתן כוח לִצְבֵּר אזרחים שאינו כפוף לכללי המשפט הציבורי ואינו מרוסן כהלכה,<sup>241</sup> ביוש עשוי לטפל בפערי האמון שתוארו דווקא באמצעות הפקדתם של מנגנוני שליטה בידי אזרחים. הבחירה בכלי של ביוש מתאימה במיוחד למצבים שבהם הרגולטור אינו מעוניין להתערב ישירות בשוק – למשל, אם הוא כבר נכשל בניסיון להתמודד באמצעות כלי רגולציה אחרים או אם הוא אינו מעוניין להיראות כמי שנוקט יד קשה כלפי תאגיד מסוים. כך, רגולציה נגד זכיין טלוויזיה באמצעות שלילת רישיון עלולה להצטייר כהתערבות גסה בחופש הביטוי הפוליטי שלו בדרך של השתקה וצנזורה, בעוד פרסום בנוגע לכך שהזכיין לא עמד במכסות ההפקות המקומיות שלו עשוי לייצר תגובה והפעלת לחץ מצד עובדים מקומיים בתעשייה שפרנסתם קופחה בשל כך.

מאפייני הביוש כתחליף לאכיפה קשה, כפי שנדונו במאמר, הולכים יד ביד עם מגמות עולמיות בדבר דה־רגולציה והפחתת הנטל הרגולטורי.<sup>242</sup> בהקשר זה אחד

238 ENTREPRENEURIAL SPIRIT IS TRANSFORMING THE PUBLIC SECTOR 25 (1993). תפיסה זו

כונתה גם "governing at a distance". ראו SMART REGULATION, לעיל ה"ש 137, בעמ' 10.

239 אם כי יש הטוענים דווקא לפגיעה בלגיטימיות של הרגולציה כאשר היא נשענת על שחקנים לא מדינתיים. ראו, למשל, Weber, לעיל ה"ש 236, בעמ' 787.

240 ראו Lobel, לעיל ה"ש 236, בעמ' 466–467.

241 ראו בעיקר לעיל בפרק ב.

242 ראו על כך גם אצל POSNER, לעיל ה"ש 70, בעמ' 95.

243 ראו, למשל, *Presidential Executive Order on Reducing Regulation and Controlling Regulatory Costs*, WHITE HOUSE (Jan. 30, 2017), [www.whitehouse.gov/the-press-office/2017/01/30/presidential-executive-order-reducing-regulation-and-controlling](http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2017/01/30/presidential-executive-order-reducing-regulation-and-controlling) ("for every one new regulation issued, at least two prior regulations be identified for elimination"); THE BUSINESS IMPACT TARGET: CUTTING THE COST OF REGULATION 14 (report by the Comptroller and Auditor General, HC 236, National Audit Office (UK), 2016), [www.nao.org.uk/wp-content/uploads/2016/06/The-Business-Impact-Target-cutting-](http://www.nao.org.uk/wp-content/uploads/2016/06/The-Business-Impact-Target-cutting-)

משפט ועסקים כג, תשפ"א המרחב ההבעתי של הרגולציה: האם המדינה צריכה לבייש?

ההיבטים שממשלות במדינות מפותחות עוסקות בהם כיום הוא העדפת רגולציה רכה על רגולציה קשה, דוגמת הרגולציה הכופה. ביוש, כאשר הוא מתוכנן נכון, עשוי לשמש רגולציה קלה ורכה, בין היתר בזכות מאפייניו שנדונו לעיל, ובראשם זהותו של מפעיל הרגולציה (קבוצות ביוש ממוקדות) והעברת מוקד הכוח ברגולציה לידיים פרטיות.<sup>243</sup> החלק הבא ידון במאפיין רך נוסף של הביוש הרגולטורי, הנובע מפנייתו אל ישויות משפטיות מלאכותיות, שאינן מסוגלות "להרגיש".

### 3. ההצדקה הליברלית: תאגידי אינם "מרגישים"

כפי שראינו במאמר, רבים מבין המבקרים את הביוש טוענים כי הוא אינו הומני, כי הוא פוגע בכבודו של אדם ובאישיותו, וכי הוא אכזרי ובלתי מוסרי.<sup>244</sup> אולם להבדיל מהביוש האזרחי והשלטוני כלפי פרטים, הביוש הרגולטורי מכונן בעיקרו לתאגידיים. אומנם תאגידיים מחזיקים באישיות משפטית עצמאית, המאפשרת להם לשאת בזכויות ובחובות באופן נפרד מבעליהם,<sup>245</sup> וכפועל יוצא מכך הם כשירים לחתום על חוזים, לשכור מבנים וליטול הלוואות, אך זו אינה אישיות טבעית, בדומה לזו שיש לבני אדם. לתאגיד אין מרכז חשיבה עצמאי המאפשר לו לגבש כוונות (כגון כוונה פלילית או רשלנות), ואין לו יכולת פיזית לעשות פעולות המקימות לו אחריות משפטית (כגון להמית אנשים או להעלים מס). כלומר, התאגיד חסר את הישות הפסיכולוגית והפיזיולוגית המאפיינת אדם טבעי.

על אף מגבלות אלה, דיני התאגידיים מאפשרים לייחס לתאגיד כוונות ומחשבות באמצעות תורת האורגניזם.<sup>246</sup> זו מאפשרת להעתיק את מעשיהם ומחשבותיהם של אורגניזם בתאגיד, כגון המנכ"ל או הדירקטור, לחברה עצמה.<sup>247</sup> עם זאת, קיים קושי משמעותי לדבר על ביוש ועל בוש של תאגידיים במונחים מקבילים לאלה המיוחסים לאישיות משפטית בשר ודם. כפי שנדון במאמר,<sup>248</sup> ביוש בהקשר של אדם מתייחס

---

the-cost-of-regulation.pdf ("departments must introduce £3 of savings to business for every £1 of cost introduced by new legislation under the 'one-in, three-out' rule. The government sees regulation as a last resort...") למגמה זו בישראל ראו החלטה 2118 של הממשלה ה-33 "הפחתת הנטל הרגולטורי – דיון בהחלטת ועדת שרים לענייני חברה וכלכלה מס. חכ/39 מיום 14.9.2014" (22.10.2014) govdec2118 (www.gov.il/he/Departments/policies/2014\_

243 ראו על כך לעיל בחלק ב3.

244 ראו, למשל, Massaro, לעיל ה"ש 31, בעמ' 1936–1943. כן ראו לעיל ה"ש 43 והטקסט שלידה, ולעיל חלק א3.

245 ראו 33–PAUL L. DAVIES, GOWER AND DAVIES' PRINCIPLES OF MODERN COMPANY LAW 36 (8th ed. 2008). ראו באופן כללי על התפתחות הדוקטרינה בארצות הברית אצל Elizabeth Pollman, *Reconceiving Corporate Personhood*, 2011 UTAH L. REV. 1629.

246 ראו DAVIES, לעיל ה"ש 245, בעמ' 151–191.

247 שם.

248 ראו לעיל בחלק א3.

לגרימת אי-נוחות רגשית למבויש, הכוללת מבוכה ומעוררת את רצונו של המבויש להיעלם מעל פני האדמה.<sup>249</sup> תיאורים אלה אינם מתאימים לאופן שבו אנו רגילים לתפוס את האישיות המשפטית המלאכותית של תאגידים.

נראה לכן שכאשר אנו עוסקים בביוש תאגידים, אין מדובר בפגיעה ברגשותיו של התאגיד, אלא בהשפעה על היבטים הקשורים למעמדו וליוקרתו.<sup>250</sup> ביוש רגולטורי מבקש לדרבן את התאגיד הספציפי ותאגידים אחרים לפעולה (או להימנעות מפעולה) באופן המבוסס על שיקולים עסקיים של התאגיד, וזאת להבדיל מגרימת רגש של מבוכה או בושה כסוג של עונש.<sup>251</sup> לכן הביקורת על הביוש כעניין הפוגע בכבודו של המבויש אינה רלוונטית באותם אופנים להקשר הרגולטורי-התאגידי.<sup>252</sup>

בעוד הקלון במשפט הפלילי טומן בחובו השלכות כלכליות על פרטים, כגון אובדן הזדמנויות עסקיות, ולצידן השלכות חברתיות, כגון פגיעה באפשרות לאמץ ילדים או למצוא בן זוג, תאגידים סובלים מהשלכות כלכליות בלבד, הנובעות מהטלת סנקציות. ההשלכות החברתיות שהם עלולים לסבול מתורגמות בסופו של דבר למונחים של כסף.

כביקורת על טענה זו ניתן להתייחס לזכויות חוקתיות אחרות של תאגידים, דוגמת זכות הקניין וחופש העיסוק, בהינתן שהביוש פוגע בהכנסותיו של התאגיד ובהשקעות אפשריות בו. ביקורת אחרת עשויה להתייחס לכך שגם אם אין פגיעה ב"כבודו" של התאגיד, קיימת פגיעה אחרת, שאינה נובעת מרגשות אנושיים אך נובעת מ"פניו" הציבוריים של התאגיד.<sup>253</sup> נוסף על כך ניתן לטעון כי גם אם הביוש הרגולטורי אינו גורם בושה של ממש לתאגידים, אלא פגיעה מוניטיבית כלכלית בלבד, המעשה עצמו מבייש את המדינה ועל כן אינו ראוי.<sup>254</sup> לבסוף, ניתן לגרוס כי גם אם הפגיעה אינה נעשית כלפי התאגיד, היא מתקיימת כלפי נושאי המשרה הפועלים במסגרתו, כלפי בעלי השליטה בו, כלפי עובדיו וכלפי בעלי עניין אחרים.

בתשובה לביקורות אפשריות אלה ניתן לומר כי הביוש הוא אמצעי רגולטורי להשגת אינטרס ציבורי.<sup>255</sup> משכך, מוצדק לנקוט אותו אף במחיר של פגיעה מסוימת בקניינו ובשמו הטוב של התאגיד. למעשה, זו מטרתה של הפעולה הרגולטורית, והיא מוצדקת

249 ראו Tangney, Burggraf & Wagner, לעיל ה"ש 63, בעמ' 344.

250 גם המחוקק הישראלי נוהג להבחין בין תאגידים ליחידים בהטלת סנקציות של ביוש רגולטורי. ראו לעיל ההפניות בה"ש 92.

251 בהתאם לכך גם הוגדר הביוש הרגולטורי במאמר זה כתופעה המתייחסת להיבט המוסרי החיצוני – ההוקעה – יותר מאשר לגרימת רגש בושה פנימי. ראו על כך לעיל במבוא למאמר וכן בחלק א3.

252 אך ראו גישה המייחסת כבוד (dignity) לגופים כמו הממשלה או תאגידים אצל Konstantin Tretyakov, *Corporate Identity and Group Dignity*, 8 WASH. U. JUR. REV. 171, 205 (2016).

לגישות נוגדות השוללות הכרה בזכות לכבוד של קבוצות להבדיל מפרטים ראו שם, בעמ' 213.

253 על ה-social standing של התאגיד ראו לעיל ליד ה"ש 84–85.

254 ראו על כך גם לעיל ליד ה"ש 154–157.

255 ראו על כך לעיל ליד ה"ש 163.

משפט ועסקים כג, תשפ"א המרחב ההבעתי של הרגולציה: האם המדינה צריכה לבייש?

בשם האינטרס הציבורי המושג באמצעותה. אכן, על המבייש השלטוני להדגים באיזה אופן הביוש משיג את המטרה, ואם הוא האמצעי המתאים לכך.<sup>256</sup> במענה לגישות המבקשות לייחס תכונות מעין-אנושיות לתאגיד, אני סבורה כי אף שהתאגיד הוא ישות מלאכותית, אי-אפשר להתעלם מכך שהוא מבטא למעשה צָבָר של פרטים. תאגידים המזוהים באופן חזק עם בעליהם (רמי לוי שיווק השקמה; גולן טלקום) מדגימים רגישות זו באופן הבולט ביותר,<sup>257</sup> אך גם תאגידים אחרים עשויים להיות רגישים לפגיעות מוניטין אשר "זולגות" לבעלי המניות או לנושאי המשרה שלהם (ואפילו לעובדיהם) ופוגעות בשמם הטוב. זוהי נקודה חשובה שאין להתעלם ממנה בעת תכנון משטר האכיפה הרגולטורי, ויש להשתדל לבחור את הכלי הכי פחות פוגעני שיוכל להשיג את המטרה בצורה היעילה ביותר.

אני סבורה שמעשה הביוש אינו ראוי כשלעצמו לגורמי מדינה. כל עוד הוא נעשה בצורה מכובדת וסדורה, המעידה על שיטה ותכנון, אין בו בעיה מוסרית. אסור כמובן שהביוש הרגולטורי יושפע מרגשות נקם או ייעשה מתוך מטרה להשפיל או לרמוס. אלה ממילא שיקולים זרים ואסורים לכל רשות מנהלית, ויש לוודא – באמצעות ביקורת פנימית וביקורת חיצונית – שהרגולציה אינה גולשת למחוזות אלה.

יתרה מזו, אלה המבקשים לפעול באמצעות תאגידים ולספק שירותים ומוצרים לאזרחים מביאים בחשבון את עלויות החשיפה לרגולציה, ונוצרת אצלם ציפייה ל"פגיעות" רגולציה.<sup>258</sup> אחת מן העלויות האלה היא פגיעה אפשרית במוניטין – לא רק של התאגיד, אלא גם של הפרטים המרכיבים אותו. פגיעה זו היא סיכון צפוי במסגרת השוק החופשי מצידם של לקוחות מביישים, למשל. אין סיבה מיוחדת להגן על ציפיותיו של התאגיד למניעת "ביוש" על ידי המדינה אם הוא פעל בניגוד לאינטרס הציבורי. נוסף על כך, פגיעה שלטונית באמצעות ביוש היא אך מכשיר להפעלת אזרחים במצבים שבהם קיימים פערי מידע בין התאגיד לבין צדדים שלישיים.<sup>259</sup> את הפערים האלה מוצדק לתקן, בפרט לנוכח העובדה שהתאגיד גורם אותם במכוון על פי רוב.

256 על ההליך של הערכת עלות-תועלת רגולטורית ראו לעיל ליד ה"ש 177-182.

257 על זהות זו בין התאגיד לבין נושאי המשרה בו ובעלי מניותיו ראו גם לעיל ליד ה"ש 224.

258 לקריאה להטלת חובת פיצוי ממשלתית בגין נטל רגולטורי חריג על קבוצות במשק ראו רונן פוליאק "הקצאה הוגנת של נטלי רגולציה בראי רציונל הנטל החריג ועקרון השוויון בנטלים" משפט וממשל יח 279 (2017).

259 ראו על כך גם אצל POSNER, לעיל ה"ש 70, בעמ' 94.

## סיכום

מדינות ברחבי העולם החלו להשתמש בכלי של ביוש לא רק בהקשר הפלילי, אלא גם בהקשרים רגולטוריים רחבים יותר, ובכלל זה הפרות מנהליות, הפרות אזרחיות והתנהגות בלתי ראויה (שאינה אסורה בנורמה משפטית פורמלית).<sup>260</sup> אף שבמבט ראשון ביוש נראה כפעילות שאינה ראויה למבייש, בוודאי כאשר מדובר במדינה, ביוש תאגידים בהקשר הרגולטורי-השלטוני נושא עימו מאפיינים מיוחדים המצדיקים התייחסות רצינית ובחינה נורמטיבית ואמפירית מעמיקה.

הטענה המרכזית במאמר הייתה כי ביוש תאגידים על ידי רשויות מנהליות עשוי להיות מוצדק מנקודות המבט הכלכלית, הדמוקרטית והליברלית. עם זאת, אין לראות בדברים משום תמיכה גורפת ובלתי מסויגת בביוש רגולטורי. רגולטורים, ככל רשות מנהלית, צריכים לנקוט סנקציה של ביוש בסבירות ובמידתיות. עליהם לבדוק אם הכלי עשוי להתאים למטרה הרגולטורית, ולבחון אותו הן אל מול חלופות אכיפה (כולל אי-אכיפה) והן כאמצעי משלים לאכיפה מסוג אחר (כגון רגולציה כופה, עצמית או הסכמית). עליהם לבחון אם המידע המבייש מוצג בצורה הוגנת, ואם הוא מבוסס על תשתית עובדתית נאותה. כן יש להקפיד להימנע ממראית עין של הפליה או אכיפה בררנית, חוסר הגינות וחוסר תום לב, ואף שיקולים זרים, בהקשר של ביוש רגולטורי.

במסגרת ההחלטה אם וכיצד לבייש יש להתחשב בנקודות לדיון שהועלו במאמר בנוגע לגורם המבויש, לקהילה המביישת, לצורת הביוש, לפעילותו של מושא הביוש, להשלכות של הביוש על זכויותיו של המבויש ולמידת ההרתעה שהוא מייצר לו ולאחרים. כך, למשל, על רגולטורים השוקלים את כלי הביוש לבחון אם מדובר בתאגיד קטן, בינוני או גדול, ואת מידת רגישותו לביוש;<sup>261</sup> אם הרגולציה המבוקשת קרובה יותר להוקעה מוסרית, קרי לביוש בטהרתו, או שמא ליידוע או חינוך של צרכנים כחלק ממדיניות של שקיפות וצמצום פערי מידע;<sup>262</sup> איזו צורה ומתכונת של ביוש תצליח להשיג באופן מיטבי את התוצאה הרצויה;<sup>263</sup> באילו אמצעי פרסום כדאי להשתמש;<sup>264</sup> כיצד יש להבנות את המידע המתפרסם;<sup>265</sup> מהי התוצאה הרגולטורית הרצויה ואם יש כלים רגולטוריים חלופיים שיכולים להשיגה בצורה טובה יותר;<sup>266</sup> אם יש טעם לצנות את הביוש הרגולטורי לכלי נוסף, כגון חוזה רגולטורי;<sup>267</sup> מהי המסגרת הנורמטיבית

260 ראו לעיל ה"ש 14.

261 לשיקולים אלה ראו לעיל בסוף חלק ב3 וכן בסוף חלק ג1.

262 ראו התייחסות לכך לעיל בחלק ב2.

263 לצורות הביוש השונות ראו לעיל חלק ב1.

264 לסוגים השונים של הביוש ראו שם וכן לעיל חלק ב3.

265 לסוגים של הבניות מידע ראו לעיל חלק ב1.

266 לכלים הרגולטוריים השונים וליחסם לביוש ראו שם וכן לעיל חלק ג1. למטרות הביוש הרגולטורי

ראו לעיל במבוא לפרק ג.

267 ראו על כך לעיל חלק ב1.



משפט ועסקים כג, תשפ"א      המרחב ההבעתי של הרגולציה: האם המדינה צריכה לבייש?

המתאימה לביוש הרגולטורי – חקיקה, תקנות, קוד אתי, הסכם;<sup>268</sup> מהם הנזקים העלולים להיגרם כתוצאה מן הביוש הרגולטורי;<sup>269</sup> מה הסיכוי להפעלת ליטיגציה, לוביסטים וכלי תקשורת על ידי החברה המבושת בתגובה על הביוש;<sup>270</sup> מהי העלות הישירה של הביוש למבייש (למשל, העלות הכרוכה ביצירת מדדים, בפיתוח מאגר מידע מקוון, בפרסום מודעה בעיתון, בהעלאת קמפיין טלוויזיוני);<sup>271</sup> אם הביוש המתוכנן צפוי להגביר או להפחית את אמון הציבור בפירמה ואת אמונו ברגולטור;<sup>272</sup> אם הוא צפוי לייצר הרתעה, ומה צפוי להיות היקפה;<sup>273</sup> בקרב אילו קהילות יש להתמקד בהפעלת הסנקציה של ביוש;<sup>274</sup> מהי פירמידת האכיפה של הרגולטור הרלוונטי, וכיצד הביוש עשוי להשתלב במסגרתה;<sup>275</sup> מה טיבה של הפעילות מושא הביוש – הפרה אזרחית, פלילית, מנהלית, מוסרית;<sup>276</sup> אם כלי הביוש נוסה בעבר בזירה זו של פעילות, ואם הוא הוביל לתוצאה הרגולטורית המצופה;<sup>277</sup> אם נוסו כלים רגולטוריים אחרים לפני הביוש, ומה הייתה תוצאתם.<sup>278</sup>

נושאים אלה, שהוצגו במאמר בעיקר כנקודות לדיון, ראויים להמשך פיתוח מעשי בזירות השונות של המשפט. מטרתו העיקרית של המאמר הייתה להניח את היסודות התיאורטיים לתמיכה בביוש רגולטורי. על בסיס תשתית זו יוכלו רגולטורים המעוניינים בכך להרחיב ולפתח את כלי האכיפה העומדים לרשותם באמצעות אימוץ הביוש הרגולטורי, ולקבוע מתודולוגיה מתאימה להפעלתו בזירות תוכן שונות של פיקוח. מאמר זה שרטט בפעם הראשונה את המאפיינים של "ביוש רגולטורי", ועמד על היתרונות והאתגרים המרכזיים בהפעלתו. מטרתו הייתה להציג מופעים שונים ברגולציה הקשורים לביטוי, להבחין ביניהם, ולהמשיג את הביוש הרגולטורי על מנת לקדם הן את הדיון התיאורטי בו והן את השימוש בו ככלי מעשי. בסופו נקט המאמר עמדה אוהדת כלפי השימוש בביוש ככלי אכיפה, והציע לו הצדקות מקוריות שיהיה אפשר להמשיך לדון בהן באופן אקדמי ומעשי. מסקנתו המעשית של המאמר היא כי יש להביא בחשבון את הביוש הרגולטורי במסגרת כל תכנון של משטר אכיפה רגולטורי, וכי ראוי שהוא יזכה בהכרה מתאימה מסוכני המשפט השונים, ביניהם מחוקקים, רגולטורים ושופטים.

268 ראו על כך שם.

269 ראו דיון בכך, למשל, לעיל בחלק ג.1.

270 ראו התייחסות לכך שם.

271 לדיון בעלותו הישירה של הביוש ראו לעיל חלק ג.1.

272 אמון הציבור ברגולציה ובשלטון, והקשר בינו לבין ביוש רגולטורי, נדונו לעיל בחלק ג.2.

273 לדיון בנושא ההרתעה הגלומה בביוש רגולטורי ראו לעיל חלק ג.1.

274 לקבוצות ביוש שונות ראו לעיל חלקים ב2 ו-ב3.

275 ראו על כך לעיל בחלק ג.1.

276 ראו, למשל, לעיל חלקים ב1 ו-ג1.

277 ראו דיון בעילותו של הביוש הרגולטורי ובבחינת תוצאותיו לעיל בחלק ג.1.

278 ראו שם.