

סימפוזיון: אתגרי הרגולציה במשק הישראלי – הכנס המשפטי השנתי הראשון של בית-ספר רדזינר למשפטים (מאי 2004)

ליאור דוידאי, * נעם שר**

"החירות היא הזכות לעשות כל מה שהחוקים מרשים." (הברון דה־מונטסקיה)¹

פרטי הכנס

יושב־ראש הכנס: פרופ' אמנון רובינשטיין, משנה לנשיא לעניינים אקדמיים ודקן
בית־ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה

* בית־ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה; מרצה מן החוץ, האוניברסיטה
העברית בירושלים.

** מרצה, בית־ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. המחברים מבקשים להודות
לפרופסור אמנון רובינשטיין, משנה לנשיא לעניינים אקדמיים ודקן בית־ספר רדזינר
למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה, על עזרתו הרבה בארגון כנס המשפט השנתי
הראשון של בית־ספר רדזינר למשפטים, שרשימה זו מתארת אותו. כן מבקשים המחברים
להודות ליושבי־הראש של המושבים בכנס ולחברי המושבים, שתרמו תרומה נכבדה לדיון
האקדמי. עוד מבקשים המחברים להודות לחברי הסגל של בית־ספר רדזינר למשפטים
ולמערכת הארגונית של המרכז הבינתחומי, ובמיוחד לעו"ד שרית קוטלובסקי, על סיועם
בארגון הכנס. תודה גם לעו"ד אלונה חגאי־פריי על סיועה במחקר ובעריכה, וכן לחברי
מערכת כתב־העת משפט ועסקים על עזרתם הרבה בארגון הכנס. תודה מיוחדת לחברנו
ד"ר גיא זיידמן על עזרתו הרבה בהכנת רשימה זו, ולחברינו ד"ר אמנון להבי, פרופסור
אוריאל פרוקצ'יה, ד"ר שרון רבין־מרגליות, ד"ר עלי בוקשפן, עו"ד ארו שחם, אורי
ארבל־גנץ, עו"ד ערן רוזמן והסטודנטים אלעד שרף, ליאור צ'רצי ותומר כהן על עזרתם
בעריכת הרשימה.

1 ראו הברון דה־מונטסקיה על רוח החוקים (הוצאת מאגנס, 1998) 146.

מארגני הכנס:

ד"ר נעם שר, בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה
עו"ד ליאור דוידאי, בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה
עו"ד שרית קוטלובסקי, בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה

(א) מושב פתיחה - הרגולציה בישראל:

פרופ' אמנון רובינשטיין, משנה לנשיא לעניינים אקדמיים ודקן בית-ספר רדזינר
למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה (יושב-ראש המושב)
פרופ' יצחק זמיר, שופט בית-המשפט העליון בדימוס
בנימין נתניהו, שר האוצר
יוסף פריצקי, שר התשתיות
עו"ד דוידה לחמן-מסר, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי-פיסקלי)
עו"ד דרור שטרומ, הממונה על ההגבלים העסקיים

(ב) מושב שני - חופש ההתאגדות וזכות השביתה:

ד"ר שרון רבין-מרגליות, בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה
(יושב-ראש המושב)
ד"ר גיא דוידוב, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה
ד"ר גיא מונדלק, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב

(ג) מושב שלישי - קודים אתיים בחברות עסקיות:

ד"ר עלי בוקשפן, בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה (יושב-ראש
המושב)
פרופ' אסא כשר, אוניברסיטת תל-אביב
ד"ר אייל סולגניק, בית-ספר אריסון למנהל עסקים, המרכז הבינתחומי הרצליה
דן פרופר, מנכ"ל חברת אסם
נגה קינן, יו"ר פורום מנהלי כספים ראשיים (CFO)

(ד) מושב רביעי - בורות וגישור:

פרופ' משה בר-ניב, בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה (יושב-ראש
המושב)
פרופ' רן לחמן, הפקולטה לניהול, אוניברסיטת תל-אביב
ד"ר אלון קלמנט, בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה
מיכל רובינשטיין, שופטת בית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו
עו"ד יורם אלרואי, מרצה מן החוץ, בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי
הרצליה

(ה) מושב חמישי - שיקום חברות והבראתן:
פרופ' אוריאל פרוקצ'יה, בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה (יושב-ראש המושב)

ד"ר אירית חביב-סגל, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב
עו"ד דוידה לחמן-מסר, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי-פיסקלי)

(ו) מושב שישי - תכנון ובנייה ושלטון מקומי:
ד"ר אמנון להבי, בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה (יושב-ראש המושב)

פרופ' רחל אלטרמן, הפקולטה לארכיטקטורה ובינוי ערים, הטכניון
אדריכלית בינת שוורץ, מתכנתת מחוז ירושלים, משרד הפנים
ד"ר ישי בלנק, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב

(ז) מושב שביעי - הרפורמה בתחום החיתום:
ד"ר נעם שר, בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה (יושב-ראש המושב)
פרופ' רוני מיכאלי, בית-ספר אריסון למנהל עסקים, המרכז הבינתחומי הרצליה
עו"ד לייזה חיימוביץ, יועצת בכירה ליושב-ראש רשות ניירות-ערך

(ח) מושב שמיני - חינוך משפטי קליני:
Prof. David Chavkin, Washington College of Law, American University (יושב-ראש המושב)

ד"ר גבריאל קלינג, סגן נשיא בית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (בדימוס)
עו"ד חלי בן-ארי, יושב-ראש ועד מחוז חיפה, לשכת עורכי הדין
עו"ד איריס אילוטוביץ-סגל, קליניקה משפטית, בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה

(ט) מושב תשיעי - תקשורת ודמוקרטיה:
ד"ר יובל קרניאל, בית-הספר לתקשורת ובית-הספר למשפטים, המסלול האקדמי, המכללה למינהל (יושב-ראש המושב)

אברהם פורז, שר הפנים
אורי אולניק, מנכ"ל משרד התקשורת
יורם מוקדי, יושב-ראש המועצה לשידורי כבלים ולווין
מרדכי שקלאר, מנכ"ל מועצת הרשות השנייה

(י) מושב עשירי - רגולציה בתחום תשתית האנרגיה:
עו"ד משה שחל, לשעבר שר האנרגיה (יושב-ראש המושב)
עו"ד עדנה הראל, ממונה בכירה (בפועל) ייעוץ וחקיקה, משרד המשפטים
עו"ד אורית פרקש-הכהן, הרשות לשירותים ציבוריים - חשמל

מבוא

1. פתח־דבר

בשנת העשור לקיומו של המרכז הבינתחומי הרצליה קיבלנו על עצמנו לארגן את כנס המשפט השנתי הראשון של בית־ספר רדזינר למשפטים. הנושא לדיון שבו בחרנו הינו אתגרי רגולציה במשק הישראלי, והוא כולל בחובו הן דיון ברגולציה כמושג העומד בבסיס המדינה המודרנית והן דיון בווריאציות השונות של רגולציה בשווקים השונים.

נקודת־המוצא היא התמורה העצומה שחלה בתפקידי המדינה למן ראשית המאה העשרים. ההיסטוריון האנגלי Taylor טען כי עד לפרוץ מלחמת־העולם הראשונה, בשנת 1914, היה כל אזרח אנגלי שומר־חוק ומהוגן יכול לחיות את חייו כמעט מבלי להבחין בקיומה של המדינה – מעבר לבית־הדואר ולמשטרה. היה בידו, על־פי Taylor, לחיות את חייו בכל מקום ובכל אופן שבו חפץ. הוא לא נשא תעודה או מספר מזהה רשמי; הוא היה יכול לצאת ממדינתו לחוץ־לארץ ללא דרכון או היתר רשמי ולהחליף את כספו ללא מגבלות כלשהן.² הדברים אינם מדויקים, השיב לו המשפטן האנגלי Wade. בשנת 1914 כבר ניכרו זה שנים סימנים רבים לשינוי העמוק בתפיסת הממשל שעמדה להתרחש במאה העשרים: המורה עובד המדינה, פקיד הביטוח הלאומי, ירידי תעסוקה, פקחי תברואה – וכמובן עמיתם גובה־המס, כל אלה היו בין הסימנים הגלויים של השינוי המתחולל.³

יהא המועד המדויק אשר יהא, מושא הדיון הוא הן השינוי הדרמטי בפונקציות המבוצעות על־ידי הממשל המודרני והן ההשלכות המשפטיות והתורת־משפטיות של שינויים אלה. במהלך המאה העשרים נהפכה מדינת־הלאום המערבית ממדינה מתירנית, שבה השלטון מאפשר לפרט חירות מרבית בניהול ענייניו האישיים (Laissez Faire),⁴ לריבון המאמץ לתחמו את רוב פונקציות הייצור וההספקה של כלל המוצרים והשירותים

2 ראו לתיאור זה: Alan John Percivale Taylor *English History 1914–1915* (The Oxford History of England, 1965, Vol. 15) 1.

3 ראו: William Wade & Christopher Forsyth *Administrative Law* (9th ed., 2004) 3.

4 לדיון ב"מדינה המתירנית" ראו חיים ברקאי אדם סמית באספקלריה של ימינו (תשנ"ה) 64–17. עניין *Lochner* האמריקאי (*Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905)) והביקורת עליו מגלמים את השינוי המשפטי בארצות־הברית. לדיון ראו לאחרונה: Trevor W. Morrison "Book Review & Reply: Lamenting Lochner's Loss: Randy Barnett's Case for A Libertarian Constitution" 90 *Cornell L. Rev.* (2005) 839.

לחברה, תוך יצירת מדינת-הרווחה.⁵ לקראת סוף המאה החלה המדינה לנסות לשלב ולאזן בין השניים על-ידי הפרטה ופיקוח על שווקים שונים.⁶

בכל אחת מתצורותיה אלה הצרה המדינה את זכויותיו של הפרט בהגבילה את המתחם הנתון לו להגשים את זכויותיו. המעבר מאידיאולוגיה אחת לרעותה – מהמדינה המתירנית למדינת-הרווחה – משקף את החיפוש התמידי של הפרט ושל הכלל אחר יחסי מדינה-חברה שיש בהם כדי להביא לידי רווחה מרבית לרוב האוכלוסייה וביעילות גדולה יותר.⁷ כל זאת, מתוך ידיעה כי בכל מקום שמתבצעת בו הפרטה תהא בז'זמנית גם נסיגה משמעותית ממדיניות קיימת של מדינת-הרווחה.⁸

ריבונות האזרחים עצמם על מדינתם באמצעות הנציגים הנבחרים היא שעומדת בבסיס הנורמטיבי של התערבות המדינה הדמוקרטית בחיי אזרחיה. אשר על-כך, השלטון מוסמך לפעול אך לטובת הציבור שהסמיכו ואשר עליו הוא מופקד. החקיקה אמורה לבטא את טובת הציבור. אין בידיו כוח וסמכות אלא כדי להגשים את האינטרס הציבורי. על-פי דוקטרינת הפרדת הרשויות – בין זו המחוקקת ובין זו המבצעת וזו השופטת – נהוג להכליל ולומר כי המדיניות הציבורית מתוכננת ונקבעת בקרב מקבלי ההחלטות הנבחרים, אבל מיושמת על-ידי אנשי המינהל הציבורי. צידם הביצועי של הצווים והפעולות של המינהל הציבורי משמעו "כרסום" בזכויות הפרט, והם הם הרגולציה המנהלית שבה מתמקד עיקר הדיון בכנס.⁹

מכאן מובן השיח האמריקאי המקביל שעניינו החוקתיות של המדינה המנהלית. משפטנים ליברטריאניים עדיין נלחמים מלחמת מאסף, הסבורה – ואולי בדין – כי "המדינה המנהלית" שנוצרה במאה העשרים הינה בלתי-חוקתית, הואיל והיא מותירה בצל את התוויית הסמכויות הברורה בין שלוש זרועות הממשל הקלסיות, כפי שנקבעה בחוקה הפדרלית האמריקאית משנת 1789.¹⁰

שיח הרגולציה אינו נסב כיום אפוא על עצם השאלה אם על המדינה לקיים מנהל ציבורי ואם עליה לקיים רגולציה על פעילויות מתחום המשפט הפרטי. לאמיתו של דבר, גם בארצות-הברית אין עוד מחלוקת על חיוניות המנהל הציבורי למשטר המודרני ועל הצורך להמשיך לקיימו בהיקף משמעותי, אם כי נטוש ויכוח פוליטי-אידיאולוגי בשאלת

5 אברהם דורון מדינת הרווחה בעידן של תמורות (1992); אברהם דורון "מדינת הרווחה בישראל – התפתחויות בשנות ה-80 וה-90" המדיניות הציבורית בישראל (דוד נחמיאס וגילה מנחם עורכים, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 1999) 437-474.

6 ראו: אורי ארבל-גנץ "רגולציה – הרשות המפקחת" (המכון הישראלי לדמוקרטיה, נייר-עמדה 37, תשס"ג); יצחק זמיר הסמכות המינהלית א (תשנ"ו) 32, 34.

7 ראו ארבל-גנץ, שם.

8 יצחק כ"ץ הפרטה בישראל ובעולם (1997) 21.

9 ראו ארבל-גנץ, לעיל הערה 6, בעמ' 13.

10 לדוגמה מובילה ראו: Gary Lawson "Symposium: Changing Images of the State: The Rise and Rise of the Administrative State" 107 *Harv. L. Rev.* (1994) 1231, 1231 ("The post-New Deal administrative state is unconstitutional").

האפשרות להקטין את היקף הממשל הפדרלי.¹¹ השאלה המרכזית הינה מהותית: כיצד יש לבצע רגולציה? מהי המידה האופטימלית של פעילות המשק הציבורי ופיקוח ובקרה ממלכתיים על המשק הפרטי? בהינתן הגיוון העצום של הפעילויות במשק המודרני, כאשר לחלקיו מבנה ועלויות פעילות שונים, ניתן לעצב את פעולתם באופן המיטבי. כיצד ראוי לפקח על גופים דומיננטיים במשק – לרבות מונופולים טבעיים, ובאיזה אופן, במקומות שטמון בהם פוטנציאל תחרות, יש להבטיח את המשכיותה?¹²

אף בישראל ניכרות מגמות אלה: ההרחבה של תפקידי המדינה, הגידול במנגנון המנהל הציבורי ובהיקף סמכויותיו, ובשנים האחרונות גם מגמת ההפרטה, תוך הדגשת תפקידי הפיקוח הממשלתי. עמדו על כך הפרופסורים ברכה, זמיר וברק-ארוז. "המשפט המינהלי במשמעותו המודרנית", כתב פרופסור ברכה כבר בשנת 1986, "מבוסס על תפיסת עולם חדשה ועל יחסי גומלין חדשים בין המדינה לפרט. בעיקרו אמור הוא לעצב לבוש משפטי לכוח השקול שבין שני מרכיבי יסוד בתורת הרעיון המדיני כיום המושכים לא פעם לכיוונים נוגדים: מצד אחד – הכורח ליתן סמכויות רחבות לרשויות המדינה כדי להסדיר את חיי הכלכלה, החינוך, הבריאות, הרווחה ועוד של תושביה; ומצד אחר – הצורך, במדינות דמוקרטיות, להגביל את כוחן של רשויות אלה אך לאותם תחומים הנחוצים לניהולה התקין של המדינה, תוך מניעת שימוש לרעה בסמכויותיהן ופגיעה שלא כדין בפרט."¹³ כמעט על כל פעולה שאדם עושה, הסביר פרופסור זמיר בשנת 1992, "טבוע תו של המינהל הציבורי: הוא המספק אותן, או מפקח על ייצורן, או קובע את מחירו, או מחייב אותן ברישיון, או מטיל עליו מס, או מסדיר אותו בדרך אחרת."¹⁴ בשנת 2001 הכריזה פרופסור ברק-ארוז כי "מדיניות ההפרטה צפויה להמשיך ולשלוט בכיפת החיים הציבוריים בישראל במהלך התקופה הנראית לעין... יש לבצע הגדרה מחדש של המושגים 'פרטי' ו'ציבורי' כדי להבטיח את ההגנה על זכויות האדם גם בעידן של הפרטה."¹⁵

11 חרף המחלוקת הפוליטית האידיאולוגית בארצות-הברית, גם הממשלים הרפובליקאיים, הדוגלים בהקטנת הממשל הפדרלי וצמצום סמכויותיו, הגדילו דווקא את היקפו וסמכויותיו של הממשל המרכזי. גם הוויכוח החוקתי בדבר הלגיטימיות של ממשל באמצעות רשויות מנהליות נעלם כמעט. ראו, לדוגמה, לאחרונה: Matthew D. Adler "Justification, Legitimacy, and Administrative Governance" 3 *Issues in Legal Scholarship* (The Reformation of American Administrative Law) (2005) article 3, available at <http://www.bepress.com/ils/iss6/art3>

12 ראו: Michael E. Beesley (ed.) *Regulating Utilities: Understanding the Issues* 4 (Institute of Economic Affairs – London Business School, 1998)

13 לדיון ראשוני ראו ברוך ברכה משפט מינהלי (1986, כרך ראשון) 9-10.

14 יצחק זמיר "הסמכות המינהלית" משפט וממשל א (תשנ"ב) 81, 132.

15 דפנה ברק-ארוז "זכויות האדם בעידן של הפרטה" עבודה, חברה ומשפט – (2001) 209, 221.

הרגולציה מעלה אם-כן שאלות ביחס לטיבה, ביחס לאופן שבו יש להשתמש בה בכל שוק, ביחס למידת הפגיעה שיש בה בזכויותיו של הפרט וביחס לדרך יישומה בידי אנשי המנהל הציבורי. נדון עתה בקצרה בשאלת-היסוד: מהי רגולציה? ואחריה בשאלת ההצדקות לביצוע רגולציה.

2. מהי רגולציה?

רגולציה במובנה הרחב היא כל הסדר משפטי בכל אחד מהשווקים במשק. כאמור, עיקר הדיון בכנס מתרכז ברגולציה בהקשר הממשלי, ובהקשר זה המונח מתאר אקטיביזם של ויסות, הסדרה, פיקוח או תקינה – דהיינו פעולה של השלטון המסדירה את הפעילות הנעשית בתחום סמכותו ומרותו. הגדרה אפשרית לרגולציה בתחום הממשלי היא הסדרת יחסי חליפין של ערכים בחברה על-ידי סמכות שלטונית ביצועית, שבאמצעות תקנות, הנחיות, הוראות או צווים מנהליים דורשת מאשרת, מונעת או אוסרת פעילות או התנהגות של הפרט ושל ארגונים בחברה.¹⁶ פרופסור זמיר מתאר את הרגולציה בדבריו בכנס ובמאמרו כפיקוח ציבורי על פעילות פרטית.¹⁷

3. הצדקות הרגולציה

(א) רגולציה – ההצדקה הכלכלית

תפקיד כלכלי מרכזי של הרגולציה הוא הגדלת הרווחה החברתית באמצעות מזעור עלויות עסקה, לרבות תיקון כשלי-שוק.¹⁸ זו ההבנה שהתפתחה בתחום הניתוח הכלכלי של המשפט בעקבות התיאורמה של Coase,¹⁹ שמהווה את אבן-הבסיס של שיטת ניתוח זו.

16 להגדרות האפשריות לרגולציה בהקשר הממשלי ראו ארבל-גנץ, לעיל הערה 6, בעמ' 13-14.

17 ראו להלן דבריו של יצחק זמיר בפרק א, וביתר פירוט במאמרו: יצחק זמיר "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית" משפט ועסקים ב (תשס"ה) 67.

18 על הצורך ברגולציה לתיקון הבעיות הנובעות מכשלי-שוק ראו: Stephen Breyer, *Regulation and Its Reform* (Harvard University Press, 1982) 15-35.

19 במאמרו הקלסי, Roland H. Coase "The Problem of Social Cost" 3 *J. of L. & Econ.*, 1 (1960), 2-15, ביקש Coase להראות את חשיבות העלויות החברתיות כמושא הניתוח הכלכלי, וטען כי מטרתו של הדין היא לקבוע הסדרים משפטיים שימזערו אותן הוצאות וישיאו את היעילות הכלכלית. Coase הראה באמצעות דוגמות אחדות שכאשר הדין מקצה זכויות לצדדים וכאשר קיים מנגנון מיקוח ללא עלויות, הפרטים יקבעו ביניהם הסדר שיקצה את המקורות באופן יעיל. הפרטים יעשו זאת ללא תלות בסוג ההסדר המשפטי. לדין בשאלה מה הן אותן עלויות חברתיות – ראו להלן הערה 21. Coase עצמו הסביר כי

התיאורמה שינתה את ההתייחסות המסורתית לתיאור הבעיה החברתית. לתיאורמה של Coase, שזכתה בניסוחים רבים, ביישומים שונים ואף בביקורות רבות,²⁰ כמה השלכות חשובות. אחת מהן היא יכולתה להצביע על הרלוונטיות של המשפט. הכללים המשפטיים הינם רלוונטיים כאשר יש עלויות עסקה. לכן, הדגש בשאלה מהו הסדר משפטי ראוי הועתק לזיהוי עלויות העסקה השונות וניסוח מחדש של הבעיה החברתית כך שהשגת יעילות רבה יותר שקולה להפחתת אותן עלויות. במובן זה, הספרות הכלכלית לא הצטמצמה לדיון בעלויות עסקה במובן הצר – אלה הן עלויות הנוצרות במסגרת עסקת מכר (עלויות חיפוש מידע ורכישתו, עלויות המשא-ומתן ועלויות עריכת ההסכם) ועלויות אכיפתו של ההסכם. מצד אחד, הספרות הכלכלית החלה לדון בכשלי-השוק המוכרים – תחרות לא-משוכללת, השפעות חיצוניות, מוצרים ציבוריים וכשלי מידע, כחלק מתפיסה כללית של זיהויים כעלויות עסקה והצבת המטרה הנורמטיבית של הפחתתם. תיאוריות חדשות יחסית, כגון שיווי-משקל לא-יעילים בשל התנהגות אסטרטגית של שחקנים במודלים של תורת-המשחקים, נתפסו אף הן כמתארות עלויות עסקה, במקרה זה עלויות של התנהגות אסטרטגית. מן הצד האחר, הדיון בעלויות העסקה הורחב גם למצבים שלא קיים בהם שוק למוצר.²¹

טענתו הוגדרה לראשונה כתיאורמה על-ידי Stigler, שהציג אותה בניסוח הבא: "The Coase Theorem asserts that under perfect competition private and social cost will be equal". ניסוח זה מציג את התיאורמה בגרסה החלקית שלה (ראו להלן הערות 20–21 והטקסט שהן נלוות אליו); ראו גם: Ronald H. Coase *The Firm, the Market, and the Law* (1988) 157–158; George J. Stigler *The Theory of Price* (New York, 3rd ed., 1966) 113.

20 לדיון בניסוחים הרבים וביישומים השונים של התיאורמה של Coase וכן בביקורות עליה, בתשובות אפשריות לביקורות ובמחקרים אמפיריים המתייחסים אליה, ראו: Michael I. Swygert & Katherine E. Yanes "A Primer on the Coase Theorem: Making Law in a World of Zero Transaction Costs" 11 *DePaul Busin. L. J.* (1998) 1; Steven G. Medema & Richard O. Zerbe, Jr. "The Coase Theorem" *Encyclopedia of Law and Economic* (B. Bouckaert & G. De-Geest eds.) available at <http://users.ugent.be/~gdegeest/0730book.pdf>. המאמר כולל רשימה של מאות מאמרים בנושא התיאורמה של Coase (שב, בעמ' 35–53). להצגה תמציתית של התיאוריה ראו: Robert Cooter & Thomas Ulen *Law and Economics* (3rd ed., 2000) 82–87; ישראל גלעד "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני נזיקין" משפטים כב (תשנ"ג) 421, 442–446.

21 השאלה מה הן אותן עלויות עסקה זכתה בדיונים נרחבים בספרות. לסקירה מקיפה של הגישות השונות לנושא, נסיונות להגדרת המושג והבעיות הרבות הכרוכות בכך, ראו: Douglas W. Allen "Transaction Costs" *Encyclopedia of Law and Economic* (B. Bouckaert & G. De-Geest eds.) available at <http://users.ugent.be/~gdegeest/0740book.pdf> (המאמר כולל רשימה ארוכה של מאות מאמרים בנושא עלויות עסקה). להצגה תמציתית של הנושא ראו: Swygert & Cooter, *ibid*, at pp. 87–93;

(ב) צדק חלוקתי

על-פי גישה קיימת, שמירת ערכים כגון צדק, מוסר או רווחה היא מימד נטול יסוד כלכלי, אך יש בה כדי להצדיק רגולציה.²² יתר על כן, יש מקומות שבהם הרשויות מעמידות בספק את הרציונליות בשיקול-דעתו של הפרט, ומחייבות אותו לציית לרציונליות המנהלית (רגולציה "פטרנליסטית"). לפי אותה גישה, ההצדקה הנורמטיבית לכך אינה נשענת על טעמים כלכליים, אלא נועדה לשמור על "האינטרס הציבורי" במצבים שבהם היחיד אינו נוהג ברציונליות (עד כמה שזו יכולה להיות אובייקטיבית), בין מטעמים של חוסר מידע ובין מטעמים סובייקטיביים (ולא בהכרח מוסברים) אחרים.²³ הזרם המרכזי של הניתוח הכלכלי של המשפט מציג גישה אחרת. לפי גישה זו, בעת קביעת כל הסדר משפטי יש לתת את הדעת גם על השפעות ההסדר המשפטי על הצדק החלוקתי.²⁴ צדק חלוקתי אינו אם-כן מטרה השמורה לגישות לא-כלכליות.

(ג) רגולציה, יעילות כלכלית, צדק חלוקתי והפרטה

תכליתן של מטרות היעילות והצדק החלוקתי היא להביא לידי השאת רווחתו של הפרט. בעוד שאין ויכוח על חשיבותן של מטרות אלה, השאלה כיצד להשיג אותן שנויה במחלוקת. זאת ועוד: השאיפה להשיג שתי מטרות אלה בו-זמנית מעוררת קושי נוסף, הנובע מן העובדה שקיים לעיתים מתח ביניהן. כך, למשל, ניתן לאמץ כלל משפטי אחד שיגדיל את הרווחה הכוללת בחברה, אולם ישפיע לרעה על התפלגות ההכנסות של הפרטים, או לבחור בכלל אחר שיגדיל פחות את הרווחה הכוללת, אך יגרום לחלוקת הכנסות צודקת יותר בין הפרטים: בדרך-כלל, כדי להשיג חלוקה צודקת יותר של ההכנסות בין הפרטים יש צורך בויתור במונחי יעילות.²⁵ במחצית השנייה של המאה העשרים מסתמנת במדינות דמוקרטיות מגמה של מעבר ממדיניות רווחה קלאסית, תפיסה שבה המדינה היא הבעלים של כלל שירותי הרווחה והיא היצרנית והספקית הבלעדית שלהם, למדיניות רווחה שוקית, תפיסה שבה המדינה אחראית לספק את כלל שירותי הרווחה, ובמסגרת תפקידה זה היא מפקחת על כל היצרנים והספקים של שירותי הרווחה. ההבחנה בין שני טיפוסים המדינה מבדילה בדרך-כלל בין משק "מולאם" יחסית לבין משק

¹⁹–20; Medema & Zerbe, *ibid*, at pp. 17–19; Yanes, *ibid*, at pp. 20–22; גלעד, שם, בעמ' 446–445.

²² מנחם מאוטנר צדק חלוקתי בישראל (2000) 30–48.

²³ ראו: Robert Baldwin & Martin Cave *Understanding Regulation* (1999) 14–15.

²⁴ ראו, למשל: Richard A. Posner *Economic Analysis of Law* (5th ed., 1998) 495–562 (Part V: Law and the Distribution of Income and Wealth).

²⁵ ראו, למשל: Joseph Stiglitz *Economics of Public Sectors* (Norton, 2nd ed., 1988) 90–102 (Ch. 4: Welfare Economics: Efficiency versus Equity).

תחרותי יחסית או "מופרט". רוצה לומר, באחרון מתבצעת הפרטה שמשמעותה היא העברת הבעלות על השירותים והמוצרים השונים לידי יצרנים וספקים פרטיים.²⁶

(ד) ההצדקה הנורמטיבית לרגולציה, חירויות הפרט ורגולציה בהקשר הממשלי

גיבוש המדיניות הציבורית על-ידי רשויות השלטון אינה עוד עניין-של-מה-בכך. המנהל הציבורי של אוכלוסייה בת מיליוני אזרחים מחייב שליטה באמצעות מערכת מיומנת של בעלי תפקידים המצוידים בסמכויות מתאימות. הביטחון האישי והחשש מפני תוקף זר היוו את העילה הראשונית להתארגנות אנשים במסגרת מדינית, אבל ההתפתחויות במאה התשע-עשרה, ובעיקר במאה העשרים, יצקו תוכן חדש לעילה זו. לא רק צבא פולש עשוי לסכן את חירויות הפרט; גם כאשר פלוני חומד את רכוש זולתו עלול הדבר לסכן את חירותו של אדם – ואפילו פעילותו או אי-פעילותו של אותו פלוני נעדרת כוונת זדון, יש בה כדי לגזול מפרטיותו של אדם. אש הנוערת בחצרו של אדם עלולה להתפשט לבית שכנו; נהיגה פרועה של אדם מסכנת את כל המשתמשים בדרך.²⁷ דרושה על-כן הסדרה נורמטיבית של המותר ושל האסור בחברה על-מנת לאפשר קיום משותף, מתואם והרמוני ככל האפשר של כל בני החברה.

הצדקות נורמטיביות נוספות לרגולציה מתמקדות בתפקידה החינוכי. גם כאן, ראוי שהחברה תשקול היטב את יתרונות הדאגה לעתיד באמצעות השקעה בהון אנושי למרות הוויתור הנדרש לעיתים בהשגה מהירה יותר של יעדי הרגולציה האחרים.

4. אתגרי רגולציה במשק הישראלי

יסודות הרגולציה בישראל נבנו טלאי על גבי טלאי. בניגוד להתפתחות הרגולציה בארצות הברית ובבריטניה, שבהן עוצבה מדיניות רגולטורית כוללת, בישראל לא עוצב מבנה רגולטורי אחיד ועקבי. ייתכן שזו הסיבה לגיוון הרב בין הפונקציות המנהליות המחזיקות בסמכויות הרגולציה בישראל. יש שמחזיק בהן שר ויש שהן מצויות בסמכותה של רשות משרדית כפופה לשר, לפעמים תהיה זו רשות מעין-עצמאית (כפופה חלקית לשר) ופעמים אחרות תהיה זו רשות עצמאית שאינה כפופה לשר כלל.²⁸

26 ארבל-גנץ, לעיל הערה 6, בעמ' 33. יש לציין כי מקובל לראות ב"העברת-בעלות" סוג אחד של הפרטה, אך לא כזה שאין בלתו. במעבר ממדינת-רווחה מולאמת למדינה שמתקיימת בה תחרות פרטית יכולות להינקט דרגות שונות של הפרטה, ורק האחרונה שבהן היא העברת הבעלות מהרשות המדינית הרלוונטית לגורם עסקי כלשהו (לדוגמה: מתן זיכיון; הפסקת פעילות של המדינה בתחום מסוים מבלי להעביר בו את הבעלות באופן פעיל). לעניין המשמעות של המושג "הפרטה" ושיטות ההפרטה הקיימות ראו כ"ץ, לעיל הערה 8, בעמ' 23-30, 80-117.

27 ארבל-גנץ, שם, בעמ' 24-25.

28 שם, בעמ' 69.

מעורבות הממשלה במשק, עם הקמת המדינה, הייתה שילוב של אידיאולוגיה עם כוונה המציאות, שכן רק מוסדות המדינה יכלו להתמודד עם האתגרים המשולבים של הגנה, עלייה ופיתוח כלכלי.²⁹ למנהל הציבורי בישראל ניתן תפקיד של ריבון-על, המעורב בחיי היומיום של האזרח כמעט בכל אשר יפנה. הפיקוח והוויסות היו תוצר של הלאמה, ולא אמצעי להסדרה של כוחות השוק החופשי. רק בשנים אחרונות החלה מגמה של הפרטה, ובד בבד שינתה הרגולציה את פניה למכשיר של הסדרה ופיקוח ולכלי ויסות. אלא שהשינוי לא עוצב ברפורמה אחידה ומובנת. התפתחות זו יצרה שונות גדולה בין הרגולטורים הציבוריים בהיקף סמכויותיהם ובכפיפותם הארגונית.³⁰

על רקע דברים אלה יובן מדוע אנו רואים צורך בקיום דיון ציבורי נרחב הן בשאלות הבסיס הנוגעות ברגולציה באופן כללי והן בשאלות של רגולציה פרטנית בתחומי המשפט השונים. הכנס שרשימה זו מתארת, על עשרת המושבים שהתקיימו בו, מיועד להציע נקודת-מוצא לדיון הציבורי. שתי השאלות הבסיסיות שענין התמודדו מושבי הכנס היו אלה: לאור הידע התיאורטי הקיים בנושא הרגולציה – מהי מידת ההתערבות הראויה בכל אחד מהתחומים הספציפיים שנידונו בכנס? מה הם הפגמים בשיטה הרגולטיבית הנוהגת בישראל בתחומים האמורים, ומה הם השינויים שראוי לעשות כדין בישראל. ביתר פירוט: מושב הפתיחה (המתואר בפרק א לרשימה זו) עסק בשאלות-היסוד שהוצגו לעיל, לרבות בשאלה כיצד ראוי ליצור בישראל רגולציה המתערבת במידה האופטימלית בזכויות האדם ובפעולת המשק, מאזנת בצורה נאותה בין יעילות ובין צדק חלוקתי ומסדירה את דרכי פעולתו של הרגולטור בצורה הטובה ביותר. בפרקים הנוספים של רשימה זו מתוארים המושבים האחרים של הכנס, העוסקים ביישום השאלות הבסיסיות בכמה תחומים מרכזיים: בפרק ב מתואר המושב השני, העוסק בחופש ההתאגדות וזכות השביתה; בפרק ג מתואר המושב השלישי, שעניינו בקודים אתיים בחברות עסקיות; בפרק ד מתואר המושב הרביעי, שדן בהליכים להסדרת סכסוכים מחוץ לבתי-המשפט, כגון בוררות וגישור; בפרק ה מתואר המושב החמישי, העוסק בשיקום חברות והבראתן; בפרק ו מתואר המושב השישי, שעניינו תכנון ובנייה ושלטון מקומי; בפרק ז מתואר המושב השביעי, שעניינו ברפורמה בתחום החיתום; בפרק ח – מתואר המושב השמיני, שדן בחינוך משפטי קליני; בפרק ט מתואר המושב התשיעי, העוסק בתקשורת ודמוקרטיה; ובפרק י מתואר המושב העשירי, שעניינו רגולציה בתחום תשתית האנרגיה.

29 יורם בן פורת המשק הישראלי בחבלי הצמיחה (יורם בן פורת עורך, תש"ן) 18.

30 ארבל-גנץ, לעיל הערה 6, בעמ' 67-71.

פרק א: מושב פתיחה – הרגולציה בישראל

יושב-ראש המושב: פרופסור אמנון רובינשטיין
 משתתפי המושב: פרופסור יצחק זמיר, השר בנימין נתניהו, השר יוסף פריצקי, עו"ד
 דוידה לחמן-מסר, עו"ד דרור שטרם

1. פתח-דבר

מושב הפתיחה של הכנס נועד לדון בשאלות המקדמיות: באילו מקרים מוצדק ליצור רגולציה ובאילו מקרים ראוי להימנע מכך? וביתר דיוק: מה הם העקרונות ליצירת רגולציה נורמטיבית וכיצד יש ליישם עקרונות אלה בתחומי המשפט השונים? במושב נידונו גם שאלות נלוות, כגון: מיהו הרגולטור? מהו תחום התערבותו הנכון של הרגולטור? ומהי רמת האכיפה הנכונה של הרגולציה?
 בכרך זה של כתב-העת מופיע מאמרו של פרופסור יצחק זמיר, "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית"³¹ שנכתב לקראת מושב זה והוצג במסגרתו. המאמר מציג את הדפוסים המקובלים של פיקוח ציבורי על פעילות פרטית מבחינה נורמטיבית ומבחינה פרקטית: הסדרי פיקוח, מקורות משפטיים של פיקוח, סוגים עיקריים של מנגנוני פיקוח, ובכלל זה פיקוח באמצעות גופים פרטיים, וסמכויות המוקנות למנגנונים אלה לצורך הרתעה, מניעה או ענישה.

2. תמצית דברי המשתתפים במושב

הדובר הראשון היה שופט בית-המשפט העליון בדימוס, פרופסור יצחק זמיר. פרופסור זמיר הסביר כי רגולציה – שהוא מגדיר כפיקוח הציבורי על פעילות פרטית – היא אחד התפקידים העיקריים של כל מדינה. לרגולציה שני חלקים: הסדרה של פעילות פרטית בתחומים שונים באמצעות כללים הנקבעים בחוק, בתקנות ובהוראות מנהל; ואכיפה של הכללים באמצעות מנגנונים שונים – הן אלה המשמשים בדרך-כלל לאכיפת החוק (בעיקר המערכת לאכיפת החוק הפלילי) והן מנגנונים מיוחדים שהוקמו והוסמכו לצורך אכיפה של כללי הפיקוח.

בישראל, הסביר פרופסור זמיר, הפיקוח הציבורי מפותח מאוד, ואין כמעט תחום של פעילות כלכלית או חברתית שאינו נתון לפיקוח ציבורי. הפיקוח תופס את חלק-הארי של ספר החוקים ומהווה חלק מרכזי מהפעילות השלטונית. אף-על-פי-כן, נושא הרגולציה הוזנח מאוד בישראל, הן במחקר והן בפסיקה של בית-המשפט.

31 זמיר, לעיל הערה 17.

את הדילמה המרכזית בנושא הרגולציה הגדיר פרופסור זמיר כך: מחד גיסא, יש צורך בפיקוח ציבורי למניעת שימוש לרעה בכוח פרטי, לתקן כשל-שוק, להסדיר שימוש במשאבים מוגבלים ולהבטיח רמה ראויה של מצרכים ושירותים. צורך זה קיים גם במסגרת מדיניות של הפרטת שירותים ציבוריים; ומאידך גיסא, הפיקוח פוגע בזכויות האדם, ובעיקר בחופש העיסוק ובזכות הקניין, שהן זכויות חוקתיות. יתר על כן, בפועל קיימת נטייה שלטונית להטיל פיקוח גם כאשר אין בו צורך ממשי ולהעניק למנגנון הפיקוח סמכויות מפליגות. מתעוררת לפיכך השאלה אם הפגיעה בזכויות עומדת במבחן החוקיות המשפטית. לפיקוח עשויות להיות תוצאות שליליות גם מבחינה כלכלית וחברתית, למשל בשל הפגיעה בתחרות החופשית ובתרבות החופש. חשוב איפוא, הדגיש פרופסור זמיר, למצוא את האיזון הראוי בכל תחום בהתאם לנסיבותיו המיוחדות, כדי לאפשר פיקוח יעיל מקום שהוא נדרש לטובת הציבור ולמנוע פיקוח מיותר או עודף שיש בו כדי להזיק למשק הלאומי ולמרקם החברתי.

הדובר השני היה שר האוצר בנימין נתניהו. השר נתניהו הציג את גישתו שלפיה בתחום הכלכלי, ברוב המקרים, הרגולטור הטוב ביותר הוא השוק החופשי. ככל שהשוק תחרותי יותר, כן הוא יניב את התמורות הדרושות, ואילו רגולציה לעולם לא תיתן את התוצאה הטובה ביותר. לשיטתו, השוק החופשי יוביל לתוצאה הצודקת, המעניקה את המיטב למירב.

עם זאת, שר האוצר מודע למגבלות השוק החופשי – למשל במקום שיש בו מונופול טבעי, כמו בשוק החשמל. גם אם תהא תחרות בייצור חשמל, חברה אחת תשלוט תמיד בקו החשמל, ועל-כן אנו נאלצים לבצע רגולציה. לשיטתו, יש לבחון בנפרד כל תחום במשק, ולשאול: האם מוצדק שהרגולטור יאמר את דברו?

אם אנו מעריכים שקיימת תחרות, הרגולטור רק יפריע לפעולת השוק. יתר על כן, יש לזכור כי הרגולטור – בין שמדובר בוועדה של מומחים ובין באדם המוכשר ביותר – עשוי לטעות, ועשויות להיות לכך השלכות שליליות. גם כאשר אנו מוצאים שיש הצדק לקיים רגולציה בתחום מסוים, יש לדעת לאזן או לצמצם את ההתערבות, ובד בבד להנחות את עצמנו להקפיד שפעולת הרגולציה תיעשה בוהירות.

שר האוצר הוסיף כי בעוד שיש לצמצם את היקף הרגולציה, יש לקיים מערכת אכיפה חזקה, אשר תצדיק את הרגולציה. השר הסביר כי יש להבחין בין שני צירים בדיון על רגולציה: האחד עניינו בכלכלה חופשית והאחר עניינו בעוצמת האכיפה של החוק. בארצות הברית, למשל, יש היקף שליטה ציבורי מזערי בכלכלה, אולם רמת האכיפה גבוהה. ישנן מדינות אחרות, כגון רוסיה, שבה דרגת השליטה הציבורית גבוהה מאוד, אך האכיפה מזערית – אין אכיפה, חוק ומשפט. אשר למדינת-ישראל – שר האוצר העריך כי בתקופה האחרונה אנו מצויים ברמת שליטה גבוהה הן בכלכלה והן ברמת האכיפה, וכי המגמה העתידית היא לצמצם את רמת השליטה.

שר האוצר הדגיש שיש לנקוט פעולות להגברת התחרות, שכן העדר תחרות גורם להעלאת מחירים ולצמצום השירותים לשכבות חלשות. פתיחת השוק לתחרות מייצרת "רגולציה טבעית" בשוק המחירים ובטיב השירות, ועוזרת, בראש ובראשונה, לשכבות

החלשות. לכן, לדעתו, הטענה שרגולציה מסייעת לאזרח הקטן אינה נכונה. השר ציין כי בכוונתו להמשיך בהפחתת מיסים, הפחתה של הוצאות ממשלה, פתיחת המשק למונופולים שונים, פתיחת הנמלים לתחרות, פתיחת שוק ההון לתחרות גדולה יותר ופתיחת שוק הנדל"ן.

הדובר השלישי היה שר התשתיות יוסף פריצקי. השר פריצקי הדגיש כי לתחום הרגולציה שני קצוות: משק חופשי, העלול להביא לידי החלשת השוק וצמצום התחרות, ועודף רגולציה וסבך בירוקרטי, המונע התנהלות נכונה ועשוי לגרום לקיפאון במשק. לדברי השר, הרגולציה בישראל משמשת ככלי פוליטי לקביעת מדיניות, כאשר הכלי הרגולטיבי החשוב ביותר לקביעת מדיניות מצוי בתחום של קביעת התעריפים. בישראל יש שני גופים רגולטוריים המופקדים על קביעת התעריפים: הרשות לשירותים ציבוריים חשמל והרשות לגז טבעי. לדעת השר, קיימת בעיה בחשיבה הפוליטית הישראלית כאשר הציבור מבקש לבחור הנהגה, אבל גם מבקש לכבול ולהגביל את סמכותה. לדבריו, יש לתת להנהגה לנהל ולשלוט. יש לתת אמון בהנהגה, ואם שר טועה – הבוחר יכול לשלוח אותו הביתה בבוא העת.

זאת ועוד: ישנם שרים שיש להם אחריות, אך אין מוענקות להם הסמכויות המתאימות המצויות בידי גופים רגולטוריים או משרדי ממשלה אחרים. כך, למשל, בנושא משק המים מטפלים משרדים רבים – משרדי החקלאות, התשתיות, איכות הסביבה, הפנים והבריאות. הארגון והתיאום הלוגיסטי בין כל המשרדים גוזל כוח־אדם, זמן ומשאבים.

לבסוף ציין השר כי הקמת תאגידים ממשלתיים ומינוי דירקטורים המחויבים לטובת החברה יוצרים בעיות קשות. כך, למשל, הסביר השר פריצקי, כאשר הוחלט לעשות שינוי מבני בחברת החשמל, היו דירקטורים שאמרו כי יעשו הכל על־מנת שהתוכנית לא תצא אל הפועל, זאת כדי שחברת החשמל תמשיך להיות מונופול. לגישתו של השר, שינוי מבני צריך להיעשות בסיוע החברות עצמן והדירקטוריונים שלהן.

סיכמו של דבר, השר סבור כי יש לשחרר את מנגנוני הרגולציה לפוליטיקאים. יש להניח לפוליטיקאים לנהל משרד כפי שהתחייבו לבוחר, ולא לפי האינטרסים והשאיפות של גופים אחרים.

הדוברת הרביעית הייתה עו"ד דוידה לחמן־מסר, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי-פיסקלי). בהנחה שהרגולציה מוצדקת, פתחה עו"ד לחמן־מסר את דבריה, נשאלת השאלה: מי הם הרגולטורים? האם הם הפוליטיקאים או הפקידים? ומהו היחס בין הפוליטיקאים לבין הפקידים?

לדברי עו"ד לחמן־מסר, קיימים במדינת־ישראל כמה סוגים של רגולטורים: הכנסת היא הלכה למעשה הרגולטור הגדול ביותר ברמה של חקיקה ראשית ומשנית; הממשלה ומשרדיה השונים משמשים כרגולטור מרכזי, ורגולציה מבוצעת גם על־ידי הרשויות המקומיות.

עו"ד לחמן־מסר טענה כי הרגולציה צריכה לעבור מידי הפוליטיקאים לידי גופים מתמחים, וזאת משלושה טעמים: הראשון, להרחיק את הרגולציה היומיומית מהפוליטיקה המפלגתית, דבר שיבטיח רצף תכנוני, המשכיות ושקיפות; השני, פיתוח מומחיות

ומיומנות; והשלישי, קיום אחריות לאורך זמן: פיקוח על-ידי גורם בלתי-תלוי במנדט הבוחר. לדברי עו"ד לחמן-מסר, מדינות רבות העבירו את הרגולציה לגופים מקצועיים מתמחים, בעוד גופי הממשלה והשרים מתמקדים בהכוונה ופיקוח. כדוגמה בישראל היא ציינה את הקמת הרשות לשירותים ציבוריים חשמל, שנועדה להבטיח שהפיקוח על מחירי החשמל ייעשה על-ידי גורם בלתי-תלוי.

לגישתה של עו"ד לחמן-מסר, המחלוקת בין שרי האוצר והתשתיות היא בשאלה איך "בונים" רגולטור. שר התשתיות קרא לתת סמכויות לכל רשות בתחומה, אולם המצב הנוהג, שלפיו בכל רשות ממשלתית יש נציג של משרד האוצר בשל ההשלכות המקרו כלכליות על המשק, הינו חיובי, וניתן לראות שהתועלת עולה על הנוק כשיש התערבות כזו של שר האוצר. יש פתרונות לבעיית הייצוגיות, והפקידים והפוליטיקאים יכולים לשבת יחד; הם רק צריכים לרצות לשתף פעולה.

עו"ד לחמן-מסר סבורה כי רצוי שהרגולטור יהיה מפקח. כדי שרגולציה תהיה טובה, עליה להיות ממוקדת, צפויה, ברורה ומידתית. על האכיפה להיות יעילה ואפקטיבית. יש לנטוש את האכיפה הפלילית, ולחפש חלופות בדמות צווים אזרחיים מוסכמים והליכי משפט אפקטיביים, וכל זאת על-מנת למנוע את ההמתנה לדיון הפלילי. היא מצטרפת לדעתו של שר האוצר כי האכיפה חשובה עד מאוד, הואיל והיא מבטיחה את העקרונות החשובים של בקרה, שקיפות, עקביות והוגנות.

הדובר החמישי היה עו"ד דרור שטרומ, הממונה על ההגבלים העסקיים. עו"ד שטרומ תיאר כ"מצעד האיזולת" את המצב המתקיים בישראל, שבמסגרתו מכניסים תחרות לשווקים ובה-בעת משאירים את הרגולציה. כתוצאה מכך, בשווקים תחרותיים, שבהם השוק יכול לקבוע דברים לבד, קיימת מעמסה כבדה שאין בה צורך. לשיטתו, הרגולציה צריכה לחלוף מהעולם הואיל ואין היא מגינה על שום אינטרס ישראלי. יתר על כן, פעמים רבות יש היפוך תפקידים, למשל, הגורם שאמור לפקח על המונופול מגן דווקא על המונופול ומקבע את המחיר המופקע שהוא גובה.

עו"ד שטרומ מציינ כי המגמה בעולם היא בכיוון של הסרת התערבותם של פקידי הממשלה: הפקיד אינו מנהל עסקים. עם זאת, בעוד הוא מתנגד ל"רגולציה הישנה", החובקת-כל, שאינה מועילה לצרכן, הוא תומך ב"רגולציה החדשה", שהיא טובה לשוק. אין ספק שיש צורך בפיקוח ציבורי, ואין ספק שהפיקוח נמצא בניגוד עניינים מובנה בין הדאגה לציבור לבין הדאגה לתחרות. לשם כך נוצר המודל החדש של הרגולציה: יצירת תנאי תחרות ברורים תחת רגולציה לא-פולשנית ואגרסיבית, המשחררת את השוק לתחרות חופשית.

פרק ב: מושב שני – חופש ההתאגדות וזכות השביתה

יושב-ראש המושב: ד"ר שרון רבין-מרגליות
משתתפי המושב: ד"ר גיא דוידוב, ד"ר גיא מונדלק

1. פתח-דבר

המושב השני עסק בהשפעת הרגולציה בתחום דיני העבודה על זכויותיהם של עובדים. ביתר פירוט, המושב עסק בתמורות הצפויות בכוח המיקוח של עובדים מול מעבידים כתוצאה מהליכי חקיקת חוק יישוב סכסוכי עבודה, וכן בתפקיד הרגולציה בתופעה הנצפית של "משפוט" שוק העבודה.

2. תמצית דברי המשתתפים במושב

יושבת-ראש המושב הייתה ד"ר שרון רבין-מרגליות מבית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. ד"ר רבין-מרגליות הסבירה כי זכות השביתה נובעת מחופש ההתאגדות של העובדים. לדבריה, מטרת מושב זה היא לבחון את השפעתה של הרגולציה בתחום דיני העבודה על זכויותיהם של עובדים ועל יכולתם הנגזרת להגן על האינטרסים שלהם. הרגולציה בתחום דיני העבודה הינה דווקא פרוצדורלית, ולא מהותית. כאשר מדובר במתח הנוצר במערכת היחסים בין עובד למעביד, הרגולציה קובעת את כללי המשחק ואת הזכויות בזירת המשא-ומתן. במסגרת זו ידון ד"ר גיא דוידוב בתמורות העלויות לחול בכוח המיקוח של עובדים מול מעבידים כתוצאה מחקיקת הצעת-חוק יישוב סכסוכי עבודה. ד"ר גיא מונדלק ידון בתופעת ה"משפוט" של שוק העבודה ובתרומתה של הרגולציה להגברת תופעה זו.

הדובר הראשון היה ד"ר גיא דוידוב מהפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה. ד"ר דוידוב השמיע ביקורת על תזכיר ההצעה לתיקון חוק יישוב סכסוכי עבודה, שנועד להגביל את זכות השביתה. לדבריו, הצעת-החוק, המתמקדת בשירות הציבורי, מבוססת על כמה הנחות מופרזות או מוטעות, ויתר על כן, היא סותרת את התכליות שבבסיסה של זכות השביתה.

ראשית, ההנחה שיש פגיעה כלכלית במשק (בגין אובדן ימי עבודה) כתוצאה משביתות אינה מוטעית, אך היא מופרזת. על-פי נתוני משרד האוצר, ישראל עולה על מדינות אחרות בהיקף האובדן של ימי עבודה, אולם לדברי ד"ר דוידוב, הנתונים אינם מדויקים. שנית, הטענה שבשירות הציבורי אין "מחיר" לשביתה מבחינתם של העובדים, ולכן ההחלטה לשבות מתקבלת בקלות-ידעת, מנותקת מהמציאות. העובדים השובתים אינם

מקבלים שכר מלא בגין תקופת השביתה, ועל־כן הם נושאים לפחות בחלק מנטל העלות הכלכלית של שביתתם. שלישית, ההנחה כי מספר משמעותי של שביתות נערכות בניגוד לרצון העובדים אף היא אינה מבוססת. רביעית, ריבוי שביתות, אומר ד"ר דוידוב, אינו מעיד בהכרח על אשמם של העובדים או על שימוש מופרז בכוח השביתה. לעיתים אכן שביתה פורצת על רקע דרישות מופרזות מצד העובדים, אך לא פחות מכך – ובוודאי בשנים האחרונות – שביתות פורצות בלי־בררה, בעקבות ניסיון מצד המעביד או המדינה לפגוע בזכויות העובדים.

ד"ר דוידוב ציין כי אכן קיים צורך להסדיר את תחום השביתות, אך זאת בעיקר כדי להגביל את האפשרות לשביתות שאינן מוצדקות מצד עובדים במונחפולים ציבוריים ובשירותים החיוניים. בכך אין הצעת־החוק מטפלת כלל.

מכאן פנה ד"ר דוידוב לבחינת ההצעה לגופה אל מול התכליות שבבסיסה של זכות השביתה. לדבריו, זכות השביתה נגזרת – יחד עם הזכות לנהל משא־ומתן קיבוצי – מחירות ההתארגנות. ללא הזכות לשבות והכוח שהיא נותנת לעובדים, אין משמעות לזכות לנהל משא־ומתן קיבוצי. לזכות השביתה ולזכות לנהל משא־ומתן קיבוצי יש שלוש תכליות עיקריות: ראשית, דמוקרטיזציה של מקום העבודה, המושגת הן מעצם המשא־ומתן הקיבוצי והן באמצעות ה"תוצר" שלו, ההסכם הקיבוצי, המגביל את שרירות המנהלים; שנית, צדק חלוקתי באמצעות חלוקה מחדש של משאבים לטובת העובדים; שלישית, השגת יעילות כלכלית, בעיקר באמצעות פתרון כשלי־שוק, חיסכון בעלויות עסקה ופרודוקטיביות גבוהה יותר.

לדברי ד"ר דוידוב, כמה מרכיבים בהצעת־החוק מאיימים לפגוע בתכליות אלה. ראשית, ההצעה לאסור תשלום שכר לעובדים בגין השביתה גם במסגרת הסכם בדיעבד. הנפקות של הוראה זו היא נטרול הלכה למעשה של זכות השביתה. ללא יכולת לקבל ולו חלק מהשכר במסגרת הסכם המסיים את השביתה, קרנות שביתה המעניקות הלוואות־גישור לעובדים לא יוכלו לפעול, והעובדים לא יוכלו לעמוד בנטל הכלכלי לתקופה של מעבר לימים ספורים. שנית, ההצעה מבקשת להאריך את "תקופת הצינון" קודם לתחילת שביתה מחמישה־עשר ימים לתקופה מזערית של שלושים ימים, ולעיתים אף שישים ימים. לדעת ד"ר דוידוב, אין כל הצדקה לתקופת צינון כה ממושכת, אשר תבטל במידה רבה את האפקטיביות של השביתה. שלישית, ההצעה מבקשת לחייב הצבעה בקרב כלל העובדים קודם לקבלת החלטה על שביתה. רעיון זה, המבקש למעשה לחייב את ארגוני העובדים לפעול לפי מודל של דמוקרטיה ישירה, אינו מעשי כאשר מדובר בשביתות כלליות, והוא ימנע הלכה למעשה את האפשרות לקיום שביתות כאלה.

המסקנה היא, לדעת ד"ר דוידוב, שלא ניתן להצדיק את הצעת־החוק על בסיס התכליות של זכות השביתה, המהוות חלק בלתי־נפרד מדיני העבודה הקיבוציים. הוראות ההצעה פוגעות ביכולתם של העובדים לשבות שביתות לגיטימיות; דומה שהתכלית האמיתית של ההצעה אינה אלא לפגוע בארגוני העובדים וביכולתם לנהל משא־ומתן קיבוצי. תכלית זו תואמת אולי את האידיאולוגיה של הממשלה הנוכחית, אולם מאחר שהיא מנוגדת באופן קיצוני לדיני העבודה הקיימים, היה מקום לכל־הפחות להצהיר עליה במפורש.

הדובר השני היה ד"ר גיא מונדלק מהפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב. ד"ר מונדלק הסביר כי הרגולציה בשוק העבודה הישראלי החלה מייד לאחר קום המדינה. בשנות השישים לא הייתה התפתחות של חקיקה בנושאים של דיני העבודה. במסגרת גל החקיקה הראשון הוקם בית-הדין לעבודה, בשנת 1969,³² והוא ייסד את מוסד צווי-המניעה. גל החקיקה השני החל בשנת 1987, ופתח בקביעת שכר מינימום.³³ משנת 1996 התפתחו חקיקה ופסיקה שעסקו בזכויות קיבוציות. לעומת זה, בשנותיים האחרונות קיימת חקיקה רבה לצמצום הזכויות שהורחבו בשבע עשרה השנים האחרונות.

לדברי ד"ר מונדלק האינפלציה הרגולטיבית שחוה המשק נובעת מתמורות במשפט, ובעיקר מתמורות במערכת יחסי העבודה. ניתן לדמות תמורות אלה ל"שעון-חול": עלייה בהיקף ההסדרה הציבורית גוררת ירידה בהיקף ההסדרה הקיבוצית, היוצרת מצידה עלייה בהיקף ההסדרה הפרטית. ניתן לתאר את שוק העבודה ככזה העובר תהליך הפרטה והלאמה הפועלות באופן משלים: ההפרטה מאפשרת למעשה הלאמה של המונופולים שנוצרים על-ידי רגולציה מקיפה שחלה עליהם (לדוגמה, קופות-החולים). זה למעשה "משפוט" של שוק העבודה.

הפנייה למשפט, שימלא את החלל שנוצר כאשר הלגיטימציה אובדת למערכות חברתיות וכלכליות, מלווה חשש שהמשפט יאכזב. יכולתו של המשפט למלא את החלל האמור מוגבלת על-ידי בעיית האכיפה, עמימותן של הנורמות הערכיות של הגנה, עקיפת ההסדרים הקיימים ויצירה של סביבת עבודה עם רגולציות-יתר. כך, הסביר ד"ר מונדלק, החקיקה שמגדירה את דיני השביתה כפופה להבחנות בלתי-אפשריות ולשימוש בכלים בלתי-שימושיים (למשל, בשביתה בלתי-מוגנת ניתן לתבוע את העובדים בפיצויים, אך בפועל, רוב השביתות אינן מוגנות ואין שימוש בכלי התביעה נגד העובדים) ותרגום סכסוכים כלכליים למונחים משפטיים.

לסיכום, אמר ד"ר מונדלק, בתחום דיני העבודה אנו תולים ציפיות רבות מדי במשפט, אך אין ביכולתו לספק את הנדרש ממנו.

פרק ג: מושב שלישי – קודים אתיים בחברות עסקיות

יושב-ראש המושב: ד"ר עלי בוקשפן
 משתתפי המושב: פרופסור אסא כשר, ד"ר אייל סולגניק, מר דן פרופר, גבי' נגה קינן

32 ראו חוק בית הדין לעבודה, תשכ"ט-1969, ס"ח 70.

33 ראו חוק שכר מינימום, תשמ"ז-1987, ס"ח 68.

1. פתח דבר

קיומם של קודים אתיים בחברות עסקיות נהפך בעשור האחרון לפרקטיקה עסקית ומשפטית מקובלת בארצות הברית, עד כדי כך שהרוב המכריע של החברות הענקיות שם אימצו כיום קודים כאלה: 90% מהחברות המופיעות ברשימת ה"פורצ'ן 500" (Fortune 500) ובערך מחצית מכלל החברות כולן אימצו סוג כלשהו של קודים אתיים. תופעה זו התפשטה לא במעט בזכות הנחיות השפיטה הפדרליות משנת 1991, העוסקות בגורדין.³⁴ הנחיות אלה קובעות כי ביכולתם של תאגידים לזכות ב"הטבות" ענישתיות כאשר יורשעו בדין פלילי אם יאמצו תוכנית אתיקה פנימית הכוללת בחובה גם קוד אתי וגם תוכנית הטמעה אפקטיבית, תוך הבנה שיש בכך כדי לעודד התנהגות חוקית וראויה יותר אף אם בכל זאת, לבסוף הועמד התאגיד לדין. הסדר זה, המבוסס על תמריץ הנעוץ בתחומם של דיני העונשין, הורחב גם לחובות האזרחיות של נושאי המשרה בפסק הדין הידוע בעניין *Caremark*, שניתן בשנת 1996 על ידי בית המשפט במדינת דלוור, וקיבל דחיפה נוספת באמצעות חוק Sarbanes-Oxley משנת 2002.³⁵ חוק זה חוקק בעקבות השערוריות התאגידיות האחרונות שבהן נחשפו נורמות תאגידיות וחשבונאיות פגומות בחברות ענקיות אמריקאיות, אשר הידועה בהן היא חברת Enron. מטרתו של מושב זה היא לדון בחשיבות הטמעתן של תוכניות אתיקה בחברות עסקיות, בדרכים לעודד חברות לעשות כן ובשאלה אם קיים מקום לחייב חברות לעשות כן. במושב נבחנה ההשפעה הצפויה של קודים אתיים על הפעילות העסקית, וזאת בהתאם להצעת חקיקה חדשה בנוגע לניסוח קודים אתיים.³⁶ באופן ספציפי יותר נבחנו השאלות הבאות: האם קודים אתיים מתאימים לישראל? והאם ראוי לקדם אימוץ קודים אתיים בחקיקה?

בכרך זה של כתב העת מופיע מאמרם של ד"ר עלי בוקשפן ופרופסור אסא כשר, שנכתב לקראת המושב הנידון, ועניינו ב"אתיקה בחברות עסקיות: שיקולים משפטיים ומוסריים".³⁷

34 מדובר בהנחיות השפיטה הפדרליות ("Federal Sentencing Guidelines") המאפשרות הקלה בעונשן של חברות שנמצאו אשמות בהתנהגות פלילית אם קיימו תוכנית אתיקה פנימית אפקטיבית. ראו עלי בוקשפן ואסא כשר "אתיקה וחברות עסקיות: שיקולים משפטיים ומוסריים" משפט ועסקים ב 159.

35 ראו: Sarbanes-Oxley Act of 2002, Pub. L. No. 107-204, 116 Stat. 745 (HR 3763).

36 הצעת חוק פרטית (פ/2649), הצעת חוק לטיפול אתיקה בארגונים, התשס"ד-2004, הונחה על שולחן הכנסת על ידי חברי הכנסת אתי לבני, חמי דורון, יגאל יאסינוב, אילן ליבוביץ ומלי פולישוק בלוך, ב-4 באוגוסט 2004, נגיש ב-http://www.ti-israel.org/Uploads/18Law_suggestion_2004.pdf. הצעה זו, בתיקונים קלים, מבוססת על עלי בוקשפן, דב יורעאלי, אסא כשר ואחרים טיפוח אתיקה בארגונים – הצעה לחקיקה חדשה (הוצאת שבי"ל ישראל, 2003).

37 ראו בוקשפן וכשר, לעיל הערה 34.

2. תמצית דברי המשתתפים במושב

הדובר הראשון היה ד"ר עלי בוקשפן מבית-ספר רדזינר למשפטים במרכז הבינתחומי, הרצליה ואחד ממנסחי הצעת-החוק לטיפול אתיקה בארגונים. לדברי ד"ר בוקשפן, לרבות מהחברות העסקיות המודרניות יש חשיפה חברתית וחשיבות חברתית-כלכלית משמעותית. הדבר מעודד - מבחינה חברתית וציבורית - לראות בהן את חודה-החנית לקיומה של אחריות חברתית, שתתוגמל ממילא בסופו של דבר על-ידי הציבור לרווחתה של החברה העסקית עצמה.

ניתן לראות בקודים האתיים של חברות עסקיות, הסביר ד"ר בוקשפן, קודים פנימיים-עצמיים הכוללים כללי התנהגות מוסרית, לאו דווקא נורמות של התנהגות משפטית וכלכלית. כללים אלה, המנוסחים ומוטמעים על-ידי החברות עצמן בהתאם לאופיין ויעדיהן עשויים להביא בשורה של ממש לתרבות העסקית והחברתית שהחברה העסקית פועלת בקרבה, לבטא את ההכרה העצמית של החברה העסקית במקומה ובאחריותה המקצועית ולהוות נקודת מפגש וגיבור בין יעדיה העסקיים ויעדיה החברתיים. בדומה לחידוש חקיקתי שנעשה לאחרונה בארצות-הברית, נבחנת כיום בישראל על-ידי רשות ניירות-ערך, טיוטת תקנות המטילות על תאגידים חובה לדווח אם אימץ התאגיד קוד אתי, ואם לא - מדוע לא עשה כן.³⁸ נוסף על כך, לאחרונה פורסמה הצעת-חוק פרטית לטיפול אתיקה בארגונים. החוק המוצע אינו מחייב אימוץ קוד אתי, אולם אם יתברר כי תאגיד אימץ והטמיע קוד אתי, עשויות לחול הקלות במסגרת אחריותם הפלילית והאזרחית של הארגון והפועלים מטעמו, להקטין כך את החשיפה והסיכון לתביעות נגד התאגיד ונושאי-המשרה שלו, וכל זאת מתוך אמונה שיש בכך כדי לשפר ממילא את השמירה על נורמות מוסריות וחוקיות ולעודד את הארגון והפועלים מטעמו לאמץ מנגנוני הטמעה פנימיים ואפקטיביים.

הדובר השני היה פרופסור אסא כשר, מופקד הקתדרה לאתיקה מקצועית ולפילוסופיה של הפרקטיקה על-שם לאורה שוורץ-קיפ, פרופסור-אמריטוס לפילוסופיה באוניברסיטת תל-אביב, יועץ אקדמי במכללה לביטחון לאומי וכן חתן פרס ישראל לפילוסופיה כללית, 2000. פרופסור כשר הוא אחד ממנסחי הצעת חוק טיפוח אתיקה בארגונים. בדבריו הבחין פרופסור כשר בין אתיקה לבין מוסר, חוק, משפט ומסמכי אתיקה. לדבריו, המוסר עוסק ביחסים "דקים" בין אדם לחברו באשר הוא אדם. האתיקה עוסקת ביחסים "עבים" בין בני-אדם כאשר לפחות חלק מהם אנשי-מקצוע, ארגון או תפקיד מסוימים. המשפט עוסק בסף ההתנהגות הנסבלת מבחינת המוסר והסדר המעשי, בעוד האתיקה עוסקת ברף ההתנהגות הראויה מבחינה מקצועית, ארגונית, תפקודית וכדומה. תפיסה של התנהגות ראויה עומדת על תפיסה של זהות, ולכן העיסוק באתיקה מתחיל לא בכללי עשה ולא-תעשה, אלא בבירור הזהות המקצועית, הארגונית או

38 טיוטת תקנות ניירות ערך (דוחות תקופתיים ומידיים) (תיקון), התשס"ד-2004, נגיט ב"ר http://www.isa.gov.il/download/hokim/a230_code_of_ethics.pdf

התפקודית ובהבנת הדרישות החיצונית של היות איש-מקצוע או איש ארגון או בעל תפקיד, מצד אחד, והיות אורח במדינה דמוקרטית, מצד אחר.

הדובר השלישי היה ד"ר אייל סולגניק, מבית-ספר אריסון למנהל עסקים, המרכז הבינתחומי הרצליה. ד"ר סולגניק, המשמש גם כמנהל מחלקת התאגידים ברשות ניירות-ערך, רואה ביצירת קודים אתיים אסטרטגיה חשובה מאוד בחברה העסקית. לדעתו, התופעה של קודים גנריים, המורדים לשימוש החברה מעל "מדף הקודים", הינה מדאיגה ומהווה את ההיפך הגמור לרעיון האתיקה. לדעת ד"ר סולגניק, קוד אתי צריך לסמל הסכמה רחבה מתוך חשיבה עמוקה וליתן פתרונות לבעיות האופייניות לחברה הספציפית. הקוד חייב לעסוק בהתייחסויות-הגומלין הפנימיות והחיצוניות שהפירמה מרכזת, שכן הוא תלוי-סביבה. על-כן, הקוד האתי חייב להיות מקובל על כלל השחקנים במשחק, תוצאה של חשיבה עמוקה ומשותפת בתוך הפירמה עצמה. לדעתו, ארגון נמדד לפי החוליה החלשה שבו. על-כן הכוונה בקוד האתי היא להוסיף במקום שבו החוק לא קיים או במקום שבו החוק אינו אומר מה לעשות. ד"ר סולגניק הדגיש כי הנושא של קודים אתיים הינו בעל חשיבות מיוחדת לבעלי מקצוע, והדבר נכון במיוחד בעולם של ימינו שבו האינטגרציה בין המקצועות השונים ותופעת הרב-תחומיות הינן משמעותיות. לחיזוק עמדתו הוא הציג את הדוגמה הידועה והעצובה של חללית הצ'לנג'ר, שם נדרש המהנדס "לחשוב כמנהל", ועל-כן הפסיק "לחשוב כמהנדס".

הדובר הרביעי היה מר דן פרופר, מנכ"ל אסם, לשעבר נשיא התאחדות התעשיינים ויושב ראש לשכת התיאום של הארגונים הכלכליים. לדברי מר פרופר, מנקודת-מבטו של מנכ"ל החברה, יש לקיומו של קוד אתי השלכות עסקיות. אולם הוא הזהיר כי דווקא לאותם אנשים שהאתיקה רחוקה מהם קל לחתום על קוד אתי. לעומת זה, מי שמתייחסת למשימה של ניסוח הקוד האתי בכובד-ראש היא דווקא חברה שקשה לה לחתום עליו. לגישתו, ניתן לראות בקוד האתי את מכלול הערכים שהם נר לרגלי החברה, דהיינו עמידה בכללי יושר וצדק, נאמנות העובד לחברה, נאמנות החברה לעובד, תרבות החברה וכיוצא באלה.

לדעתו, כאשר ישנם מכשולים ופיתויים בניהול החברה, ניתן להתגבר עליהם לא בזכות ענישה וקיום קוד אתי, אלא בזכות הטמעה של תרבות שהיא מעבר לאתיקה. מר פרופר הביא דוגמות המחזקות את עמדתו. כך, למשל, האם העיתונות נעשתה טובה יותר בשל קיומו של קוד אתי מקצועי לעיתונאים? האם הקוד האתי של צה"ל הועיל לנוכח המציאות היומיומית הקיימת? נראה כי הפתרון אינו יכול לנבוע מן "האות היבשה", שכן אם אין אתיקה למנהיגות – לא תהיה אתיקה לעם. על-כן סבור מר פרופר כי אין לתת אמתלה למנהלי החברה בצורת כיוסיו של כתב אתיקה שעליו חתמו, אלא יש להקשות עליהם כדי שיבחנו את מעשיהם בכל יום ולא יסתמכו על האמתלה ביום הדין.

נוסף על כך העלה מר פרופר השגות על הרעיון של קידום יעדים אתיים באמצעות חקיקה דווקא. לדעתו, קיימת נטייה לרגולציות-יתר בחברות ציבוריות. לשיטתו, הדבר הטוב ביותר למשק הישראלי, מבחינת הציבור והכלכלה הישראלית וכן מבחינתם של החרדים לאיכות האתית של הציבור העסקי, הוא שיהיו כמה שיותר חברות ציבוריות

הרשומות בבורסה. חברות ציבוריות אמורות להיות נקיות יותר מחברות פרטיות הואיל והן מוסרות דו"ח כל רבעון, בבחינת "אור השמש מחטא". עודף רגולציה מקשה ומכביד, אם כי קיימת רגולציה מועילה, כגון הוראות המחייבות תאגידים לגלות ולדווח על עמידה של בעלי תפקידים ברמת מיומנות נאותה.

הדוברת החמישית הייתה גב' נגה קינן, יושבת־ראש פורום מנהלי כספים ראשיים (CFO). פורום CFO מאגד את סמנכ"לי הכספים של חברות התעשייה והיה שותף לרשות ניירות־ערך בגיבוש טיוטת התקנות בנוגע לקודים אתיים. גב' קינן הדגישה את התועלת הפרקטית, ולא דווקא התיאורטית, שבהתקנת קוד אתי. בעבר נעשו עסקים כאשר הייתה כדאיות עסקית, והחוק קבע מגבלות ואיסורים מסוימים. כיום מטילים הן החוק והן האתיקה הגבלות על הפעילות הכלכלית. הקוד האתי הוא מגבלה שמנהלים ועובדים נוטלים על עצמם כדי לשרת את מטרות הארגון. גב' קינן רואה את הקוד האתי כמונע שוחד וניגוד עניינים, כאוסר ניצול הזדמנויות של התאגיד, כמבטיח סודיות מידע, כמגן על נכסי התאגיד, כמבטיח קיום הוראת כל דין וכמקדם התנהגות אתית על־ידי הכשרות ועידוד עובדים להיוועץ ולדווח.

גב' קינן הציגה כתימוכין לדבריה סקר המייצג את רוב החברות בישראל, שעל־פיו ל־35% מהחברות יש קוד אתי עוד בטרם הועלתה הדרישה על־ידי רשות ניירות־ערך; 7% מהחברות סיימו כעת את העבודה על קוד, ו־13% מהן נמצאות בתהליך ההתקנה של הקוד. כ־45% מהחברות אינן מטפלות כלל בנושא. גב' קינן הדגישה כי רוב החברות שיש להן כיום קוד אתי הן חברות זרות בעלות נציגות בארץ, ובהן הדרישה לכך מקורה מחוץ לישראל, או חברות ישראליות רב־לאומיות הפועלות בחוץ־לארץ ונדרשות לקוד אתי במקומות פעילותן האחרים. במקרים רבים נדרש קוד אתי גם מגופי ממשל שונים, דוגמת רשות ניירות־ערך, נציבות מס הכנסה ומנהל מס ערך מוסף.

פרק ד: מושב רביעי – בוררות וגישור

יושב־ראש המושב: פרופסור משה בר־ניב

משתתפי המושב: פרופסור רן לחמן, ד"ר אלון קלמנט, השופטת מיכל רובינשטיין, עו"ד יורם אלרואי

1. פתח־דבר

מערכת בתי־המשפט מתמודדת בעשורים האחרונים עם עומסים כבדים, דבר המעורר חשש לפגיעה קשה בתפקודה וירידה באמון הציבור בה. הדיון במושב זה התמקד ברגולציה של

דרכים חלופיות לפתרון סכסוכים העשויות להקל על העומס הרובץ על בתי המשפט, ובמיוחד בורות וגישור.

בכרך זה של כתבי-העת מופיע מאמרם של פרופסור משה בר-ניב ופרופסור רן לחמן, שנכתב לקראת המושב הנידון, ועניינו בבחינת הנטייה לחלופות פתרון סכסוכים (ADR) במרחב זמן ורגולציה.³⁹ מאמרם של פרופסור בר-ניב ופרופסור לחמן מציג ממצאים אמפיריים המטילים ספק ביעילותה של הרגולציה ככל שהדברים נוגעים בעידוד השימוש בגישור בבתי-המשפט. גישתם האמפירית ראוי שתובא בחשבון על-ידי מערכת בתי-המשפט כאשר תבחן רפורמות נוספות בהליך המשפטי. הרפורמות העיקריות בבדיקה ובאמצעות-הברית נסמכו שתיהן על בחינה אמפירית מקדימה, על ניסוי-פיילוט ועל מעקב מתמשך אחר הרפורמות והשפעותיהן על זמני ההמתנה, על העלויות ועל שביעות-הרצון מן ההליך המשפטי. במקביל יש להתייחס באופן אנליטי לסיבות לרמת ההתדיינות המשפטית ולבחון אילו מבין הסיבות הללו ניתנות לפתרון ובאילו אמצעים.

2. תמצית דברי המשתתפים במושב

יושב-ראש המושב פרופסור משה בר-ניב מבית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה, ציין בדברי הפתיחה שלו כי הגישור הוא פתרון המוכר וקיים זה אלפי שנים, והוא מופעל בישראל בעשור האחרון. הסיבות ליצירת המנגנון הזה הן בעיקרן שתיים: ראשית, העובדה שמערכת בתי-המשפט אינה נותנת פתרונות של ממש, דבר שחייב הקמת מערכת חלופית, יעילה יותר, הנותנת פתרון לבעיות; שנית, קיימת מטרה חברתית, ועיקרה שכנוע הציבור שניתן לפתור בעיות ללא התנצחויות, אלא תוך שיתוף-פעולה.

הדובר הראשון – פרופסור רן לחמן מהפקולטה לניהול, אוניברסיטת תל-אביב – ציין בדבריו כי מנתונים סטטיסטיים רבים שנאספו בשנים האחרונות עולה מגמה להפניית סכסוכים לפתרונות במסגרת חוץ-שיפוטית כמסגרת משלימה ואף חלופית לבתי-המשפט. הדבר מעלה את השאלות הבאות: האם ההסדרה הרגולטיבית של דרכים חלופיות לפתרון סכסוכים תביא לידי שימוש גובר בחלופות לפתרון סכסוכים? והאם אמצעי זה תואם את רצון הציבור?

פרופסור לחמן ציין כי ניתן להבחין בירידה חדה בפנייה לחלופות של פתרון סכסוכים על-פני העשור האחרון שנבדק (השנים 1989–1999). במקביל, קיימת עלייה ניכרת בפנייה לערכאות המשפטיות – נטייה שכמעט הכפילה את עצמה בעשור שנבדק. מנתונים אלה נלמד כי על-אף הכללה של מתכונות ADR בחקיקה ולמרות המדיניות השיפוטית לעידוד ADR, לא הושגה רמה גבוהה יותר של נכונות לשימוש בחלופות

39 משה בר-ניב, רן לחמן "בחינת הנטייה לפנות לחלופות ליישוב סכסוכים (חי"ס) בהיבטים של זמן והסדרה" משפט ועסקים ב תשס"ה 209.

חוקי-משפטיות לפתרון סכסוכים. תובעים ונתבעים כאחד אינם נוטים לפנות לבוררות, ובכך אין הבדל על-פני זמן. 55% מוכנים להכניס חלופות לפתרון סכסוכים לחוזה בעת כריתתו, ולעומתם 93% אינם מעוניינים להכניס גישור כמנגנון חלופי בעת כריתת החוזה. הדובר השני היה ד"ר אלון קלמנט מבית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. ד"ר קלמנט סבור שהדיון ברגולציה של דרכים חלופיות לפתרון סכסוכים, ובפרט בשתי הדרכים החלופיות העיקריות של בוררות וגישור, נוטה לדלג על שתי תחנות-ביניים שהיה עליו לעבור בהן. ראשית, הואיל וההליך המשפטי יקר ומטיל עלויות על הצדדים, נשאלת השאלה: מדוע אין הצדדים פונים מיוזמתם לדרכים חלופיות וזולות יותר, ובפרט מדוע אינם מתפשרים? שנית, בהינתן המחסומים בפני פשרה, יש לבחון אם יש דרכים לרגולציה של המשא-ומתן לפשרה, זאת במקביל לבחינתן של דרכים מורכבות יותר הדורשות מעורבות צד שלישי, או אף לפני-כן.

בעולם המתואר בתיאורמה של Coase, גם אם חלוקת הזכויות הראשונית אינה יעילה, צדדים מגיעים לתוצאה היעילה באמצעות עסקה מתקנת. מאחר שהתדיינות משפטית מטילה על הצדדים עלויות כספיות ונפשיות ומונעת מהם המשך שיתוף-פעולה בעתיד, ברי כי ישנן עסקות רבות המביאות לידי חיסכון בעלויות אלה וניצול האפשרויות העתידיות, ואשר שני הצדדים מעדיפים אותן על המשפט. עם זאת, במקרים רבים אנו יודעים שהצדדים אינם מגיעים לעסקות יעילות אלה, או שהם מגיעים לעסקות פחות יעילות מאלה שהיו יכולים להגיע אליהן (עסקות שבהן היו שני הצדדים יכולים לשפר את מצבם), או שהם מגיעים לעסקות יעילות, אך מאוחר מכפי שהיו רוצים. השאלה שהעלה ד"ר קלמנט היא: מהם המחסומים המונעים את הצדדים מלהשיג תוצאות ששניהם היו מעדיפים אותן? או, בלשונו של Coase, מה הן עלויות העסקה שניתן להצביע עליהן? ד"ר קלמנט סבור שניתן לחלק מחסומים אלה לארבעה סוגים עיקריים:

הראשון, מחסומים אסטרטגיים – כל צד מעוניין שחלקו בעוגה יהיה הגדול ביותר. גם כאשר הצדדים יודעים שקיים תחום של פשרה, שכל הסכם בתוכו עדיף לשניהם על התדיינות משפטית, עדיין נותרת השאלה איזו מן הנקודות בתחום זה תיבחר. במאבק על השגת חלק גדול יותר הצדדים עלולים להשתמש בטקטיקות המעמידות בסיכון את ההסכם עצמו, סיכון העלול להתמש לעיתים. יתר על כן, כל צד עשוי להימנע ממשא-ומתן לפשרה כדי שלא ייתפס כחלש או כלא בטוח בצדקתו או בסיכויו באופן שעלול, לדעתו, להשפיע על מצבו לרעה.

השני, מחסומי מידע – כל אחד מהצדדים מחזיק במידע הידוע רק לו. חלק ממנו ניתן להגדרה כ"מידע קשה", הניתן לוידוא תוך השקעת עלויות ואשר יבוא לידי ביטוי במקרים רבים במשפט. כך, בתביעת נזיקין התובע יודע מה הנזק שנגרם לו ואם התנהג באופן שיש סיכוי שייחשב כבעל אשם-תורם, והנתבע יודע כיצד התנהג ומה היו מהדליו. חלק אחר של המידע הפרטי הוא "מידע רך", הנוגע, בין היתר, בהעדפותיהם של הצדדים, בשנאת-הסיכון שלהם וברגשותיהם.

השלישי, מחסומים פסיכולוגיים – עדיפותו של הסכם על התדיינות משפטית עשויה להיות ברורה למתדיינים רציונליים, כאלה המסוגלים להעריך את סיכוייהם על-פי

הנתונים שבידיהם ולפעול באופן שיביא אותם לתוצאה הטובה ביותר מבחינתם. אולם במקרים רבים הערכתם של המתדיינים מוטה; פרשנותם לנתונים המובאים לפנייהם תלויה בצד שבו הם מצויים, ויכולתם להבין את היתרונות שבהסכם מוגבלת.

הרביעי, מחסומים מוסדיים – ההליך המשפטי כולל מערכת כללים, הן בתחום המהותי והן בתחום הפרוצדורלי, שנועדו לשרת את המטרה של גילוי האמת. כללים אלה עלולים במקרים רבים לעכב ולהפריע לצדדים לנהל משאומתן חופשי שיאפשר להם לברר את האפשרויות החלופיות לניהול משפט. כך, למשל, צד למשפט יחשוש מהבעת אהדה לצד האחר או מבקשת סליחה ממנו פן ישמש הדבר נגדו במשפט (מובן שישנם כללי חיסיון על התקשרויות במשאומתן לפשרה, אולם קווי-הגבול המגדירים את החיסיון אינם ברורים תמיד). כך יימנע צד מלנהל משאומתן כאשר שאלות של התיישנות עלולות להיות מושפעות ממה שיאמר במהלך המשאומתן, העלול להתפרש כהודאה בזכות. סוג אחר של מחסומים מוסדיים קשור לצורך בעורכי-דין לניהול ההליך המשפטי. עורכי-הדין עלולים לחשוש מפשרה שתיתפס בעיני לקוחותיהם כנמוכה מדי ותוכיח את אי-נכונותו של עורך-הדין להילחם. עורכי-הדין מצויים לעיתים בניגוד אינטרסים עם לקוחותיהם עקב תמריציהם השונים. כך, כללי האתיקה מגבילים משאומתן של עורך-דין עם לקוח של צד שכנגד ומונעים תקשורת חופשית בין עורכי-דין. גם אופן החשיבה והמומחיות של עורכי-הדין עלולים לעמוד בדרכו של משאומתן לפשרה.

בהינתן המחסומים השונים בפני פשרה, ד"ר קלמנט שואל: מה הם הכלים היכולים לסייע להתגבר על מחסומים אלה? מעורבותו של צד שלישי יכולה לעשות זאת במקרים רבים. צד שלישי עשוי למתן את התנהגותם האסטרטגית של הצדדים, לגשר על פערי המידע באופן מחוכם, להציג את המציאות לפני הצדדים באופן ריאלי ואובייקטיבי, לייצר סביבה המנותקת מן ההליך המשפטי באופן שיפחית את המחסומים המוסדיים בפני פשרה ולמתן את המתח בין האינטרסים של עורכי-הדין ללקוחותיהם. אך לשימוש בצדדים שלישיים יש שתי בעיות עיקריות: ראשית, הצד השלישי מטיל על הצדדים להליך עלות נוספת שהינה גבוהה יותר ככל ששירותיו מועילים יותר. שנית, השימוש בהליכי צד שלישי מהווה חלופה לא רק להליך המשפטי, כי אם גם למשאומתן בין הצדדים. לפיכך, מן הראוי לבחון כיצד ניתן לעודד משאומתן בין הצדדים ללא התערבות צד שלישי באופן שיתמודד עם המחסומים שתוארו לעיל. שתי הדרכים שתוארו כאן בקצרה אומצו בכללי סדר-הדין החדשים באנגליה, ובחינה סטטיסטית מראה כי השפעתם על אחוז הפשרות ועל הנכונות לנהל משאומתן לפשרה הינה בלתי-מבוטלת.

בדין-וחשבון הסופי שלו, *Access to Justice*,⁴⁰ הציע לורד וולף שימוש בפרוטוקולים לפני תביעה, כלומר קביעת הליכים להחלפת דרישות וטענות, להחלפת מידע ולמשאומתן לפני הגשת התביעה. עם קבלת כללי סדר-הדין האזרחי החדשים בבריטניה, בתחילת שנת 1999, אומצו שני פרוטוקולים: לתביעות בגין נזקי גוף ולתביעות הנוגעות בקבלת טיפול רפואי. כיום נוספו פרוטוקולים נוספים בתחומים של תכנון ובנייה,

40 ראו: <http://www.dca.gov.uk/civil/final/>.

לשון-הרע, רשלנות מקצועית ודיור, ומספרם עומד על שמונה. לניסוחם של הפרוטוקולים היו שותפות אגודות מקצועיות שלהן אינטרס בתחומי החלים עליהן (דוגמת חברות ביטוח), ולמעשה קיימים פרוטוקולים רבים נוספים שלא אומצו בחקיקה. מטרתיהם של הפרוטוקולים, כפי שקבוע ב-General Practice Direction שלהם, הן עידוד החלפה מלאה של מידע בנוגע לתביעה אפשרית, עידוד משא-ומתן ופשרה לפני פתיחת הליך משפטי, ומתן אפשרות לניהול יעיל של המשפט מרגע הגשת התביעה במקרים שבהם לא הגיעו הצדדים לפשרה. הפרוטוקולים עושים זאת באמצעות סטנדרטיזציה של חילופי המסמכים והמידע ושל המשא-ומתן הכתוב לפני הגשת תביעה. לפרוטוקולים יש יתרון בכך שהם משנים את תרבות המשא-ומתן לפני משפט ומעודדים פעולה ברוח דומה גם בתחומים שבהם אינם חלים, ובכך שהם מעודדים ניסוח פרוטוקולים נוספים. חסרונם העיקרי הוא בכך שהם מקדימים הוצאות (למשל על מומחים וגילוי מסמכים שהיו עשויות להיחסך במקרים שבהם היו הצדדים מגיעים לפשרה מוקדמת ממילא). השפעתם של הפרוטוקולים דומה בכך להשפעתם של כללי גילוי והחלפת מסמכים מוקדמים בישראל.⁴¹

בפסיקת הוצאות משפט, ציין ד"ר קלמנט, נוהגים שני כללים עיקריים: האמריקאי, שלפיו אין הצד המפסיד משפה את הצד המנצח בגין הוצאות המשפט שלו; והאנגלי, שלפיו הצד המפסיד משפה את הצד המנצח. בישראל נהוג לכאורה הכלל האנגלי, אולם סכום ההוצאות הנמוך שבתיה המשפט פוסקים למעשה מציב את המשפט הנוהג בארץ בנקודת-ביניים בין שני הכללים. כללים אלה, מדגיש ד"ר קלמנט, כולם כללים לפסיקת הוצאות כפונקציה של תוצאת המשפט. מעבר לכך קיימים הן בארצות-הברית (Rule 68)⁴² והן באנגליה (Part 36)⁴³ כללים לפסיקת הוצאות כפונקציה הן של תוצאת המשפט והן של הצעות פשרה שהעלו הצדדים. הכלל האנגלי רחב יותר, והוא כולל הן הצעות מטעם הנתבע והן הצעות מטעם התובע. על-פי כלל זה, אם הציע הנתבע הצעת פשרה והתובע לא קיבל אותה, ופסק-הדין שבו זכה התובע נמוך מהצעת הפשרה, יישא התובע בהוצאותיו של הנתבע מן המועד האחרון שבו היה התובע יכול לקבל את הצעת הפשרה, אף-על-פי שניצח. אם הציע התובע הצעת פשרה והנתבע לא קיבל אותה, ופסק-הדין לטובת התובע גבוה מן הסכום שהציע כפשרה, יישא הנתבע בסכום שנפסק נגדו בתוספת ריבית היכולה להיות גבוהה עד 10% מן הריבית הרגילה הנפסקת, ואשר נצברת מהמועד האחרון שבו היה הנתבע יכול לקבל את הצעת הפשרה.

עוד העיר ד"ר קלמנט שגם כללי סדר-הדין הישראלי יכולים לאפשר פסיקת הוצאות כזו לפי תקנות 504-510 לתקנות סדר-הדין האזרחי, המאפשרות תשלום לקופת

41 פרק טו לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, ק"ת 2220.

42 ראו: Federal Rules of Civil Procedure, Rule 68. Offer of Judgment.

43 ראו: Civil Procedure Rules 1998, Part 36 – Offers to Settle and Payments into Court, available at http://www.dca.gov.uk/civil/procrules_fin/contents/parts/part36.htm.

בית המשפט (תשלום הקיים עדיין בכללים האנגליים), ובלבד שהפרשנות שתניתן לתקנות אלה תאפשר תשלום חלק מסכום התביעה.

ד"ר קלמנט ציין שקיימת ספרות ענפה, תיאורטית ואמפירית, העוסקת במידה שבה כללים מסוג זה מעודדים פשרות, אם בכלל. אף שאין בספרות זו מסקנות חד-משמעיות, נראה שכללי סדר-דין כאלה עשויים לעודד פשרה כאשר עיקר המחלוקת בין הצדדים הינה בנוגע לסכום הנתבע, ולא לעילה. כמו-כן, יש בעייתיות בכללים אלה במקרים שבהם אחד הצדדים מחזיק במידע פרטי שהינו רלוונטי לתוצאת המשפט (ואכן הכלל האנגלי מאפשר להתחשב בקיומו של מידע כזה אצל המציע לצורך הפחתת הסנקציה על הניצע). לבסוף הדגיש ד"ר קלמנט כי אין באמור עד כה כדי להצביע על יתרונה של הפשרה על-פני ההתדיינות המשפטית, והנחת-יסוד שלפיה יש לעודד פשרות ראויה לדין נורמטיבי מעמיק, שטרם נעשה עד כה בישראל.

הדוברת השלישית הייתה גב' מיכל רובינשטיין, שופטת בית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו. השופטת רובינשטיין הסבירה כי במגמה להרחיב את החלופות הפתוחות לפני המתדיינים, ראה המחוקק צורך לגוון ולהעשיר את החלופות הקיימות – מעבר לקיים בהתדיינות בבתי-המשפט – בשלוש צורות אפשריות: פשרה, בורות וגישור. הפשרה והבורות היו מוכרים לבתי-המשפט עוד לפני-כן. מוסד הגישור, המוכר בעולם, מתבטא בכך שהמגשר מביא את הצדדים לידי הסכמה. המגשר אינו יכול לכפות את דעתו על הצדדים, אלא יכול לפעול בדרך של שכנוע בלבד. כיום, הצדדים פונים למגשר מתוך הסכמה רצונית. אולם הפנייה החופשית המונחת בבסיס הגישור אינה פותרת את הבעיה של עומס התביעות הרובץ על בתי-המשפט. מאידך גיסא, הפיכתו של מוסד הגישור לחובה עומדת בניגוד לרציונל שבבסיסו של מוסד זה. השופטת סבורה שקיים שוני מהותי בין החיוב בגישור לבין החיוב בשיבה מנהלית והצדקת הפנייה לגישור. חיוב בהליך גישור אסור מבחינה חוקתית. המטרה היא לפעול במסגרת הסכמת הצדדים ללא יסוד של כפייה, שכן להסכמת הצדדים יש יתרון ביצירת שוויון ביניהם. הגישור חוסך זמן שיפוטי רב, והוא עשוי לפתור את הסכסוך במהירות ולעיתים אף בצורה טובה יותר.

מסקנת השופטת רובינשטיין היא שיש למצוא דרך למעבר מושכל של תיקים מבתי-המשפט אל המגשר. היא ציינה כי נעשים בבתי-המשפט מאמצים למיון התיקים וסיווגם מבלי לעבור תהליך משפטי מלא. המיון המוקדם שנעשה על-ידי המג"ת (מחלקה למיון תיקים)⁴⁴ נועד להביא את התיק לדיון מהיר בדרך של פשרה. המיון המוקדם הוכיח את עצמו, אף שיש לשכללו כדי להעביר אחוז גדול יותר של תיקים אל מחוץ לבתי-המשפט.

הדובר הרביעי היה עו"ד יורם אלרואי מבית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. עו"ד אלרועי רואה בהנחה שהגישור הוא הליך שאינו מחייב את הצדדים ושלמגשר אין כוח אמיתי מיתוס שהתקיים במשך שנים. לדעתו, יש למגשר כוח

44 שהוקמה על-פי תקנות בתי המשפט (מחלקה לניתוב תיקים בבתי המשפט ובבתי הדין לעבודה), תשס"ב-2002, ק"ת 1198.

רב למעשה, שכן הוא המכוון את הדברים. הגישור אינו תהליך פשוט, אך מקורו ברצון הצדדים. כחבר ב"ועדת גדות" מטעם הנהלת בתי-המשפט,⁴⁵ שתפקידה לבצע רגולציה במערכת המשפט, עו"ד אלרועי רואה את הישגי הוועדה ככישלון מוחלט. המציאות היא שמספר התיקים המועברים לגישור קטן, רמת המגשרים נמוכה ושביעות-הרצון מהגישור ירודה ביותר. על-כן, דימוי הגישור נמצא כיום בשפל המדרגה. עורכי-דין מורידים את רמת הציפיות שלהם, ודעתם על הגישור נעשית גרועה יותר בשל השירות שהם מקבלים. עו"ד אלרועי מציין מיתוס נוסף והוא שאין רואים את המגשר כבעל יכולת לגרום נזק. למעשה, הנזקים האפשריים עצומים. מצב שבו לא נגרם "אסון" אך ניתן למצוא פתרון טוב ויעיל מבחינתם של הצדדים הינו נזק בפני עצמו. גם מצב שבו ניתן להגיע להסכם מתקבל על הדעת ולא הגיעו אליו גורם נזק; הוצאות נוספות, עוגמת-נפש וכד'.

עו"ד אלרועי מציין כי הרגולציה בעניין הגישור עוסקת בהסדרה של איכות המגשרים ופיקוח עליהם, איכות ההליך ופיקוח על יעילות המנגנון. לדבריו, אין מחלוקת בדבר הצורך בהכשרה ראויה של מגשרים. מתעוררות איפוא שאלות כגון: איזו הכשרה נדרשת? מהן אמות-המידה הנדרשות בה? מי צריכים להיות המורים? אסור לקבוע את רמת המגשר על-פי תגובת הצרכנים, שכן הצרכנים עדיין אינם מבינים מה נדרש ממגשר. הדבר נדרש גם מהטעם שיש להימנע ממצב שבו המגשר מנסה לספק פתרון בלתי-ראוי כדי ש"יאהבו" אותו.

פרק ה: מושב חמישי – שיקום חברות והבראתן

יושב-ראש המושב: פרופסור אוריאל פרוקצ'יה
משתתפי המושב: ד"ר אירית חביב-סגל, עו"ד דוידה לחמן-מסר

1. פתח-דבר

המקור החוקי לשיקום חברות בארצות הברית הוא פרק 11 של ה-Bankruptcy Reform Act of 1978.⁴⁶ בישראל, לעומת זה, לא היה בעבר הסדר מקביל העוסק בהבראת חברות.

45 הוועדה המייעצת לגישור שליד הנהלת בתי-המשפט בראשות השופטת שרה גדות.
46 ראו: 92, 1978, Title I, Nov. 6, Pub. L. 95-598, Bankruptcy Reform Act of 1978, Stat. 2549; כפי שתוקן משמעותית בשנים 1986, 1988 ו-1990. החוק מכונה The Bankruptcy Code, והוא הוכנס לתוך המסגרת הכללית של החקיקה במסגרת 11 U.S.C. §§101-1330. עניינו של החוק הוא בפשיטות-רגל בכלל, ולא רק בשאלה של שיקום חברות בקשיים ופירוקן. הסוגיה של שיקום החברות מוסדרת בפרק 11, הנקרא Reorganization, ומכאן הכינוי Chapter 11.

בהעדר הליכי שיקום פורמליים, החלו בתי-המשפט להמציא טכניקות חדשות יש מאין. זאת תוך שימוש בכלים שהיו נתונים לבעלי תפקידים בפירוק או בכינוס נכסים על-מנת לשקם חברות, כגון על-ידי מינוי מפרק זמני בהליכי פירוק שסמכויותיו ומטרותיו הן להבריא את החברה.⁴⁷ לצורך זה נעזרו בתי-המשפט גם בסעיף 233 לפקודת החברות⁴⁸ – כיום סעיף 350 לחוק החברות⁴⁹ – המאפשר לאשר הסדרים בין בעלי מניות ובין נושים בפיקוח בית-המשפט.

אף שפתרון זה הוביל לעיתים להבראת חברות, אין חולק על כך שאין הוא פתרון טוב. זאת משום שהעקרונות של דיני פירוק חברות וכינוס נכסים בישראל הינם מיושנים ותכליתם אחת: מציאת הדרך היעילה ביותר להחזיר את החוב לנושים. מכאן ברי כי אינם מתאימים לשיקום החברה.

בשנת 1995 הוציא משרד המשפטים תזכיר חוק לתיקון פקודת החברות,⁵⁰ שהציע רפורמה מקיפה בתחום שיקום חברות שכוללת חקיקת מעין Chapter 11 ישראלי.⁵¹ באותה שנה יזם משרד המשפטים את תיקון סעיף 233 לפקודת החברות (כיום, כאמור, סעיף 350 לחוק החברות), והוסיף לתוכו מרכיב חיוני לקיום הליכים לשיקום חברות, הוא צו הקפאת ההליכים.

מושב זה נועד לדון בשאלה אם רצוי לאמץ בישראל רגולציה מקיפה בנושא שיקום חברות דוגמת Chapter 11 האמריקאי; או לחלופין, אם רצוי להותיר על כנו את המצב הקיים שלפיו קיים בחוק סעיף מסגרת (סעיף 350 לחוק החברות) המשמש את בתי-המשפט בשיקום חברות תוך פיתוח עקרונות וכללים ממקרה למקרה. שאלה זו נידונה במושב זה בשני היבטים מרכזיים:

היבט ראשון, שבו דנה ד"ר חביב-סגל, הינו ההיבט הכללי של השאלה: מה הן ההצדקות לקיומם של הליכי שיקום בכלל? שאלה זו נחשבת עדיין לתְצַרְף (פְּאֻל) שהתשובה עליו אינה ברורה מאליה, והיא כוללת שאלות-משנה שונות, כגון: מה מייחד את הליכי חדלות-הפירעון ומצדיק רגולציה בגדרם בעוד דיני החוזים הכלליים מתאפיינים ברגולציה מעטה? מדוע קיימות שתי חלופות לתוצאות של הליכי חדלות-הפירעון? ומה

47 ראו, למשל, ע"א 272/83 מעוף נתיבי אוויר בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל, משרד התחבורה, פ"ד לט(3) 561.

48 פקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983, נ"ח 37, 761.

49 חוק החברות, התשנ"ט-1999, ס"ח 189 (להלן: חוק החברות).

50 תזכיר חוק לתיקון פקודת החברות (שיקום חברות), התשנ"ה-1995 (להלן: תזכיר חוק השיקום).

51 תזכיר החוק התבסס על הצעתה של ועדה ציבורית בראשותו של שופט בית-המשפט העליון, שלמה לוין, שמונתה בחודש דצמבר 1986 לבדוק את נחיצותה של רפורמה בדיני פשיטת-רגל ופירוק חברות. ועדת לוין התמקדה בשיקום חברות, והגישה, בתודש ינואר 1990, דו"ח המציע הסדר מקיף חדש בתחום זה. הוועדה הציבורית לבדוק את נחיצותה של רפורמה בדיני פשיטת-רגל ופירוק חברות, דו"ח מס' 1: שיקום חברות (תש"ן-1990).

מבדיל כשל־שוק אחד ממשנהו באופן המביא חברה אחת לידי פירוק ואחרת לידי שיקום? לשון אחר, האם ובאיזו מידה יש לעשות שימוש ברגולציה בהקשר של פירוק חברות ושיקומן?

ד"ר חביב־סגל מתארת את הדיון המתקיים בספרות המדעית, ומציעה הסבר העשוי להוות הצדקה מרכזית לקיומם של הליכי שיקום ופירוק. מטרתם של הליכי הגבייה הקולקטיביים, קובעת ד"ר חביב־סגל, היא להביא לשחרור המאגר של נכסי החברה ממערך ההתחייבויות הקיים כנגדו, בין בדרך של שיקום ובין בדרך של פירוק, וזאת על־מנת להשיב את המאגר של נכסי החברה לפעילות עסקית רווחית. מכאן, למערך ההתחייבויות הקיים ימשיך להיות קיום משפטי אך ורק בהקשר של מערכת היחסים שבין המשקיעים לבין עצמם. החידוש בתיאוריה שהיא מציעה הוא בביסוס הצדקתה של פתיחה בהליכי גבייה קולקטיביים באמצעות גיבוש שלושה תנאים בלעדיהם־אין המצדיקים את שחרורו של מאגר נכסי החברה ממערך ההתחייבויות הקיימות נגדה במסגרת הליכים של חדלות־פירעון: הראשון, מערך ההתחייבויות הקיים גורר ניצול לא־יעיל של משאבי החברה; השני, העדר אפשרות לפתרון אי־היעילות בהסכמה; והשלישי, מצוקה פיננסית. בכך זה של כתב־העת מופיע מאמרה של ד"ר חביב־סגל, "המטרות של דיני הפירוק והשיקום: שחרור נכסי החברה מהתחייבויות לא־יעילות", שנכתב לקראת המושב הנידון.⁵²

היבט שני של השאלה, שעו"ד לחמץ־מסר דנה בו, הוא אם ראוי לשנות את ההסדר המשפטי הנוהג בישראל ולאמץ במקומו רגולציה מקיפה דוגמת Chapter 11 האמריקאי. עו"ד לחמץ־מסר מצדדת באופן עקרוני בשיטה הישראלית, המסדירה את הנושא על־ידי רגולציה מזערית, אך היא סבורה גם שיש מקום לחקיקה שתפתור כשלי־ שוק קיימים.

2. תמצית דברי המשתתפים במושב

יושב־ראש המושב פרופסור אוריאל פרוקצ'יה מבית־ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה, פתח את המושב בדברי הקדמה שהציעו אינטרפרטציה לשאלות העיקריות הראויות לדיון במושב זה. פרופסור פרוקצ'יה הדגיש את העיקרון הליברלי הקלסי שלפיו, בהעדר סיבה או נסיבות המצדיקות רגולציה, הדבר הטוב ביותר הוא להימנע ממנה, ולנקוט גישה של Laissez Faire. לדבריו, הכללים המוכרים לאכיפת החיובים נשלטים בעיקרם על־ידי כוחות השוק; אולם כאשר חייב מגיע למצב של חדלות־פירעון, יש חקיקה המתערבת ומסדירה את הנושא באופן קוגנטי. כזו היא החקיקה בנושא פירוק חברות ושיקומן, שבה המחוקק מתערב במערכת הכללים שהצדדים קבעו לעצמם. מצב דברים זה מעורר שתי שאלות: ראשית, מה מייחד את הליכי חדלות־הפירעון

52 אירית חביב־סגל "המטרות של דיני הפירוק והשיקום: שחרור נכסי החברה מהתחייבויות לא־יעילות" משפט ועסקים ב (תשס"ה) 249.

ומחייב את הרגולציה החלה בגדרם בעוד דיני החוזים הכללים מתאפיינים באי-רגולציה? שנית, מדוע קיימות שתי חלופות לתוצאה של חדלות-הפירעון? שהרי חברות מסוימות יפורקו, נכסיהן ימומשו ותמורתם תחולק בין הנושים, בעוד שחברות אחרות ימשיכו להתקיים תוך כדי שינוי מערך הזכויות והחובות החלות ביחס אליהן. במילים אחרות, מה מבדיל כשל-שוק אחד ממשנהו באופן שמצדיק את פירוקן של חברות אחדות אך את שיקומן של חברות אחרות?

הדוברת הראשונה הייתה ד"ר אירית חביב-סגל מן הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. ד"ר חביב-סגל ציינה כי בשנים האחרונות גבר באופן משמעותי היקף הפסיקה בנושא של פירוק והקפאת הליכים של חברות. דיני חדלות-הפירעון, הסבירה ד"ר חביב-סגל, מעבירים את השליטה בחברה מנציג בעלי המניות לנציג הנושים, ובה-בעת מקפיאים את חובותיה והתחייבויותיה של החברה כלפי צדדים שלישיים. לנציג הנושים, שהוא בעל השליטה החדש בחברה, יש שתי אפשרויות כלליות: פירוק ושיקום. בעיקרו של דבר, ההליך מעורר שתי שאלות: ראשית, מדוע יש צורך לפגוע בזכויות מוקנות תוך מעבר להליכים של חדלות-הפירעון? שנית, כיצד לבחור בין הליך של פירוק להליך של הקפאת הליכים ושיקום?

השאלה הראשונה מעוררת את שאלת התכליות של דיני חדלות-הפירעון. לדברי ד"ר חביב-סגל, נטוש בארצות-הברית ויכוח גדול על עצם שאלת-יסוד זו בדבר תכליתם של דיני חדלות-הפירעון. הטעם לכך הוא שמדובר בפעולה יוצאת-דופן של המערכת המשפטית, המקדשת, עד להתחלת ההליכים של פשיטת-הרגל, את הזכויות המוקנות על-ידי חוזים בין הפרטים.

הדיון בתכליות של דיני חדלות-הפירעון, הסבירה ד"ר חביב-סגל, מתמצה בכמה דילמות מעשיות. אלה נראות על-פניהן שונות ונפרדות, אך למעשה כולן עוסקות בסוגיה אחת, והיא מידת התערבותה של המערכת המשפטית במערך הזכויות המוקנות כפי שהתגבשו בעקבות הסכמת הצדדים.

הדילמה המעשית הראשונה היא אם מטרת ההתערבות של מערכת המשפט היא מטרה חברתית או מטרה כלכלית. אין תשובה מוחלטת לדילמה זו, אך יש לשוב ולציין שמדובר בדילמה מעשית המוצבת בסכסוכים קונקרטיים המובאים לפני בית-המשפט.

דילמה שנייה עוסקת באופיים של הדינים. יש הטוענים, הסבירה ד"ר חביב-סגל, כי הליך חדלות-הפירעון הוא למעשה הליך גבייה. אחרים סבורים כי לדין מטרות מהותיות, כגון קידוש זכויות חברתיות.

דילמה שלישית עניינה שאלת המטרה המיקרו-כלכלית או המיקרו-כלכלית של הליך חדלות-הפירעון. דילמה זו אינה זוכה בביטוי בתיאוריה, אך קיימת התייחסות אליה בפסיקה. בישראל, הדילמה מתעוררת בתקופות של משבר מיקרו-כלכלי: קיימת תמימות-דעים כי לשיקום של חברה יש השפעות מיקרו-כלכליות עדיפות על פירוק של חברה, וכי בעת משבר כלכלי גורף במשק יש להעדיף את הגישה המיקרו-כלכלית על ההתמקדות בגורמים המיקרו-כלכליים הקשורים לחברה.

זאת ועוד: מהפסיקה והחקיקה העוסקות בדיני פירוק חברות ושיקומן עולה כי דינים

אלה נוטים להעדיף יעילות בדיעבד על יעילות מראש. דיני חדלות-הפירעון מנסים להשיא את היעילות לאחר יצירת כשל-השוק גם במחיר של ביטול חוזים קיימים ופגיעה בזכויות מוקנות. לגישה זו יש מתנגדים רבים. כך, Baird ו-Rasmussen טוענים כי דיני השיקום מיותרים, וכאשר חברה כושלת, יש לממש את נכסיה. סיבה מרכזית לכך היא שההצדקות שהיו קיימות בעבר לשיקומה של חברה אינן קיימות עוד, ובראשן ההצדקה כי יש נכסים שלא ניתן לממשם במחיר מלא. לגרסת Baird ו-Rasmussen, בשוק מפותח ויעיל ניתן לממש כל נכס.⁵³ הדרך להיחלץ ממערך ההתחייבויות הבלתי-יעיל שנוצר במצב של קשיים כלכליים היא איפוא לפנות לצד האחר לעסקה ולנסות לשכנע אותו לשנות את תנאיה.

מאמרם של Baird ו-Rasmussen, מסבירה ד"ר חביב-סגל, מסתמך על ההנחה כי ניתן לפתור את מצבי אי-היעילות בהסכמה, ואין צורך בהתערבות המערכת המשפטית. אולם אי-היעילות מביאה את החברה במקרים רבים למצב של מצוקה פיננסית שלא תבוא על פתרונה באמצעות הסכמה. לטענתה של ד"ר חביב-סגל, במקרים אלה יש לשחרר את הנכסים ממערך ההתחייבויות הקיים. על המערכת המשפטית להתערב ולשנות את מערך ההתחייבויות הקיים באופן שיפתור את אי-היעילות. היא מסבירה: הליכי חדלות-הפירעון, כפי שהם מיושמים על-ידי בית-המשפט, מאפשרים לבעל השליטה בנכסים לעשות בהם כל פעולה שיראה לנכון כל עוד אין פעולותיו פוגעות במערך הזכויות הקיים ככל שהוא נוגע בנכסים עצמם. לעומת זה, לעניין מערך הזכויות בין הצדדים לבין עצמם (נושים ובעלי מניות), המערכת המשפטית נוטה לשמור על המערך הקיים בהתאם לדיני הקדימות.

שחרור הנכסים ממערך ההתחייבויות הקיים יכול להיעשות באחת משלוש דרכים: הדרך הראשונה היא שינוי מבנה השליטה בנכסים, כלומר העברת הנכסים לשליטת נציג של הנושים, ובהמשך החזרת הנכסים לידי נציג של בעלים חדשים בהנחה שניהולו יהיה יעיל יותר. הדרך השנייה היא מימוש המלא וחלוקת תמורתם על-פי דיני הקדימות. זו הדרך הדרסטית ביותר. הדרך השלישית היא שינוי מערך התביעות במהלך הפירוק או השיקום.

בשיקום יש אפשרות להפוך את בעלי החוב לבעלי מניות, וכך ליצור Feasible Capital Structure. מכיוון ששינויו של מערך התביעות הקיים יוצר פגיעה בזכויות מוקנות, יש לעשות זאת רק ככל שהדבר חיוני להליך השיקום.

ההבחנה בין פגיעה חיונית בזכויות מוקנות לבין פגיעה שאינה חיונית, מסבירה ד"ר חביב-סגל, תוכתב כפועל יוצא של בחינת המקור לכשלון החברה. כאשר המקור לכישלון הינו פנימי, כגון מחסור בתזרים מזומנים או שימוש לא-יעיל בנכסים, ניתן לתקן את המצב מבלי להיזדקק לפירוק החברה. כאשר המקור לכישלון הינו חיצוני, כגון הלוואות שנלקחו בריבית גבוהה ביחס לריבית הנוכחית במשק, אין מנוס מלפרק את החברה. זיהוי המקור לכישלון אינו מובנה בדין בצורה כלשהי, ועל-כן אין מדובר בהליך

53 ראו: Douglas G. Baird & Robert K. Rasmussen "The End of Bankruptcy" 55 *Stan. L. Rev.* (2002) 751.

שמתרחש בצורה מכוונת לחוק החברות, אלא רק דה־פקטו. במהלך תשעת החודשים של הקפאת ההליכים הקבועים בסעיף 350(ב), נציגם של הנושים, שהוא בעל השליטה בחברה בשלב זה, מזהה את המקור לכשלון החברה כחלק מפעילותו.

אין להסתפק במצב הקיים, שבו זיהוי המקור לכשלונה של החברה נעשה באופן אגבי. טענה זו מסתמכת על הניסיון המראה כי חברות רבות מדי פונות להליך שיקום, אך חוזרות לאחר תקופה מסוימת למצב של חדלות־פירעון. תופעה זו נזקפת במידה רבה לחובת העובדה שבמערכת השיקולים המביאה לידי ההחלטה לשקם את החברה לא נכלל המקור לכשלונה.

הדוברת השנייה הייתה עו"ד דוידה לחמן־מסר, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי־פיסקלי). עו"ד לחמן־מסר דנה בשאלה אם ובאיזו מידה יש לעשות שימוש ברגולציה בהקשר של פירוק חברות ושיקומן. שאלה זו מעוררת כמה שאלות־משנה: מדוע יש צורך בהתערבות חקיקתית בדיני פשיטת־רגל? מהם כשלי־השוק המצדיקים את התערבות המחוקק? האם נכון, יעיל וצודק להתערב חקיקתית במערכת הסכמים עקב אירוע של חדלות־פירעון כאשר קיימות החלופות של פירוק וקיום ההתחייבויות? האם יש כשל־שוק בנושא שיקום חברות המחייב התערבות של המחוקק?

כפי שהסבירה עו"ד לחמן־מסר, נקודת־המוצא היא שפירוק החברה הוא העונש הראוי למי שאינו מקיים התחייבויות. אלא שיש מקרים שבהם החברה חדלת־הפירעון מבקשת מהמחוקק הגנה מפני נושיה. סעיף 350 לחוק החברות משקף עמדה של התערבות רגולטיבית מזערית, המיועדת לספק למשתתפים כלים שיאפשרו לערוך משא־ומתן מחדש על ההסכמים הקיימים ביניהם לנוכח חדלות־הפירעון. הכלי שסיפק המחוקק הוא הקפאת הליכים. זו מאפשרת לשחקנים לבחון את המצב הקיים ביחס לציפיות המוקדמות שלהם ולהכריע בין הליך פירוק לבין הליך שיקום.

דיני ההבראה יוצרים "כללי־משחק" למשתתפים, המיועדים לאפשר לחברה להמשיך לפעול. ההנחות שברקע הדברים הן שהמשך פעילותו של התאגיד עדיף (מבחינה חברתית) ויעיל (מבחינה כלכלית), וכי בהינתן האפשרות (עם הקפאת ההליכים), יבחר השחקן לבחון מחדש את עמדותיו בנוגע להסכמים הקיימים לנוכח אי־הוודאות והסיכון הקיימים. תפקידו של המשפטן הוא לבדוק אם דיני ההבראה יעילים, ומתי ואיך צריך להתערב ובאמצעות אילו כללים על־מנת לאזן בין האינטרסים השונים או על־מנת להגיע לפתרון יעיל יותר כתוצאה מהכניסה להליך ההבראה.

הדילמה של הרגולטור בהקשר זה, הסבירה עו"ד לחמן־מסר, היא התלבטות בין שמירה על גמישות וקביעת כללים נוקשים. אילו ניתן לקבוע כלל אחד, יעיל וצודק הניתן להחלה ברוב המקרים, היה ניתן לחוקק אותו, ולא היה צורך ברגולציה פרטנית. מצד אחר, אם המחוקק נמנע מלקבוע הוראה חוקית בנושא שיקום חברות והותיר את הנושא להתדיינות הצדדים, אזי יש לצפות כי העלות של המשא־ומתן בין הצדדים תהיה משמעותית, ורגולציה בנושא תסייע בידי הצדדים להגיע לתוצאה הצודקת והיעילה, תצמצם עלויות עסקה ותשיג מידה מסוימת של ודאות ואחידות.

הפתרון, הסבירה עו"ד לחמן־מסר, הוא הסדרה חקיקתית של סוגיות מיוחדות

שקיימת לגביהן אי־ודאות משפטית שעלותה עשויה לעלות על התועלת הנובעת מהגמישות שבהעדר רגולציה. הקושי הוא שזיהוין של סוגיות אלה אינו פשוט. השאלה היא: מהו כשל־השוק הקיים בעת הקפאת הליכים המחייב ומצדיק התערבות רגולטיבית הממסדת הסדרים קוגנטיים במקום הסדרים דיספוזיטיביים שהצדדים היו יכולים להגיע אליהם ללא התערבות?

החקיקה הקיימת בנושא שיקום והבראה של חברות מספקת התערבות רגולטיבית מזערית וחיונית בלבד. רוב הנטל של ניסוח הכללים המשפטיים בנושא זה נישא על כתפי בית־המשפט, וכללים אלה מגבירים את הרגולציה ויוצרים אחידות מסוימת בדין. לשיטתה של עו"ד לחמן־מסר, חלקם של כללים אלה ראוי לעיגון חקיקתי שיצמצם את העלויות של התדיינויות עתידיות.

מטרת התזכיר לתיקון חוק החברות (שיקום חברות) היא לעגן בחוק נושאים אחדים העולים מהפסיקה, וכן לקבוע הסדרים מסוימים המקובלים בדין האמריקאי. באמצעות תיקון הדין בנושאים חיוניים בלבד יינתן מענה למקרי הקיצון שעלותם הגבוהה מצדיקה את הגברת הרגולציה.

נציג כמה דוגמות: כיום יש צורך באישור בית־המשפט לקבלת אשראי חדש מהנושה. הצורך באישור בית־המשפט נובע מהעובדה כי יש לתת מעמד עדיף לאשראי החדש. אם יסכים הנושה הקיים להעניק אשראי נוסף מבלי לקבל דרגת עדיפות גבוהה יותר בכל הנוגע לשעבוד הצף, אזי אין צורך בהתערבות רגולטיבית. התערבותו של בית־המשפט מאפשרת לצד שלישי להיכנס למשחק בשלב של הקפאת ההליכים כנושה בעל מעמד עדיף. התגבשותו של השעבוד הצף יוצרת כשל־שוק בכל הנוגע לניהול הפירמה על־ידי הנאמן. השעבוד הצף נהפך לשעבוד קבוע, וידין של הנאמן כבולות מלפעול לטובת הפירמה על־ידי מימוש הנכסים שהשיעבוד חל עליהם. לנוכח כשל־השוק המתואר, יש צורך בהתערבות רגולטיבית בזכות החוזית והקניינית של הנושה בעל השעבוד הצף לעניין גיבוש השעבוד ומכירת הנכסים אם השעבוד התגבש.

זאת ועוד. הכלל המשפטי הראוי, כפי שהוא בא לידי ביטוי בתזכיר חוק השיקום וב־Chapter 11 בחוק האמריקאי, מאפשר לנאמן להשתחרר מחוזים שאינם תורמים להליכי ההבראה של החברה. כלל משפטי זה גם יתערב בחופש החוזים וינטרל תניות הפוטרות את המתקשר עם החברה מהתחייבויותיו בעת הקפאת ההליכים. על־פי תזכיר החוק, המתקשר עם החברה המוכן לשנות את תנאי החוזה בהתאם לדרישת הנאמן יקבל מעמד מועדף ביחס לנושים אחרים. מדובר למעשה בהתערבות שיפוטית היוצרת תמריץ למתקשר לשנות את תנאי החוזה.

הדילמה המעניינת ביותר היא אם יש בסמכות בית־המשפט לכפות הסדר נושים. סמכות זו קיימת בארצות־הברית, אולם השימוש האמיתי בה הוא כאמצעי הרתעה. העלויות הכרוכות בעריכת הסכם הנושים על־ידי בית־המשפט, המחויב לספק תוצאה יעילה, צודקת והוגנת, מתמרצות את השחקנים להגיע לכלל הסכמה. גישה זו של הוראה חקיקתית המעודדת פתרון סכסוכים מחוץ לכותלי בית־המשפט מאפיינת מאוד את דיני פשיטת־הרגל בארצות־הברית. תזכיר החוק מאמץ את הגישה האמריקאית לכפיית הסדר

נושים תוך שמירה מסוימת של דיני הקדימות. מדובר ברגולציה מסוג חדש: הסדר חקיקתי המספק את הפתרון הצודק וההוגן ביותר, אך בעל הסתברות נמוכה ביותר להתממשותו בשל העלויות הכרוכות בו.

סיכומו של דבר, הסבירה עו"ד לחמן-מסר, החקיקה בדיני שיקום והבראת חברות נראית על-פניה חסרה, אולם לא כל נושא צריך להיות מוסדר בחוק. חקיקה צריכה להתערב רק כאשר יש צורך בהוראה קוגנטית או כדי למנוע כשל-שוק. לדעתה, יש כיום מקום לחקיקה בנושא שיקום והבראה של חברות. חקיקה זו תעגן כללים שגובשו בפסיקה ואשר מטרתם היא צמצום עלויות התדיינות מיותרות.

פרק ו: מושב שישי – תכנון ובנייה ושלטון מקומי

יושב-ראש המושב: ד"ר אמנון להבי
משתתפי המושב: פרופסור רחל אלטרמן, גב' בינת שורץ, ד"ר ישי בלנק

1. פתח-דבר

מושב זה של הכנס דן לא רק בשאלה אילו פעילויות פרטיות דורשות רגולציה והסדרה מצד הרשות הציבורית ובאיזו מידה, אלא גם מיהו הדרג השלטוני המתאים והראוי לעסוק בכך. האם, כאשר מדובר בסוגיות כגון חינוך, תכנון ובנייה, הסדרת פעילות עסקית, וכדומה, השלטון המקומי הוא זה שצריך לקבוע את כללי המשחק, או שמא השלטון המרכזי? הדילמות הללו של תיחום הסמכויות בין השלטון המקומי לשלטון המרכזי עולות באופן מובהק בנושא התכנון והבנייה. אנו עדים בשנים האחרונות להתפתחויות אחדות בנושא זה שאינן נעות בהכרח בכיוון מוגדר. מחד גיסא, הוספת סעיף 62 לחוק התכנון והבניה⁵⁴ במסגרת תיקון מספר 43 לחוק,⁵⁵ בשנת 1995, העבירה סמכויות תכנוניות מסוימות אל הועדות המקומיות לתכנון ולבנייה, והניעה את שיווי-המשקל לכיוון גופי השלטון המקומי. מאידך גיסא, הקמת הוועדה הארצית לתכנון ולבנייה של תשתיות לאומיות,⁵⁶ בשנת 2002, נתפסת כמחזקת את סמכות הרגולציה התכנונית של השלטון

54 ראו חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965, ס"ח 307 (להלן: חוק התכנון והבניה).

55 ראו חוק התכנון והבניה (תיקון מס' 43), תשנ"ה-1995, ס"ח 450.

56 ראו סימן א' לחוק התכנון והבניה, שהוסף כתיקון 60 לחוק התכנון והבניה, בפרק ו' לחוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2002), התשס"ב-2002, ס"ח, 146.

המרכזי תוך עקיפת הגופים המקומיים והמחוזיים. הדוברים השונים במושב דנו ביחסים המורכבים שבין מרכזו וביזור, בין לאומיות ומקומיות ובין הפרט לקהילה ולציבור בהקשרים אלה על רקע המציאות הישראלית המשתנה.

2. תמצית דברי המשתתפים במושב

הדוברת הראשונה הייתה פרופסור רחל אלתרמן מהפקולטה לארכיטקטורה ובינוי ערים בטכניון. פרופסור אלתרמן סבורה כי אין לצפות לשינוי מהותי של חוק התכנון והבניה בקרוב, שכן הנושא אינו נמצא בראש סדר-היום החקיקתי. גם כאשר נקט המחוקק צעדים חקיקתיים – ובמהלך ארבעים השנים מאז נחקק חוק התכנון והבניה נעשו בו עשרות תיקונים – הוא התייחס בעיקר לבעיות אי-היעילות הנובעות מהפעלת החוק כמות שהוא, כגון משכי הזמן של התכנון. אולם המחוקק התעלם מהיבטים מהותיים, כגון עדכון החוק משיקולי צדק חברתי, היחסים בין גורמי השלטון השונים, שיתוף הציבור, מטרות כלכליות-חברתיות, ובראש ובראשונה מציאת פתרון לבעיה המרכזית הנובעת מן העובדה שאין בישראל די תוכניות מפורטות.

בתיקון 43 לחוק התכנון והבניה נעשה ניסיון לביזור סמכויות בין השלטון המרכזי והמקומי, כפי שנעשה בעולם. אולם אף-על-פי שהוצע כי יהיו תוכניות כלליות ללא קביעת זכויות בנייה, אשר ימצאו בסמכות הוועדה המקומית, ולא המחוזית, בפועל נמסרו לשלטון המקומי רק תוכניות שחסרים בהן פרטים קטנים, והמבנה נשאר ממורכז. יוצא אפוא, הסבירה פרופסור אלתרמן, שמתחם שיקול-הדעת המהותי שנותר לגורמי הרשויות המקומיות צר מאוד, באופן שאינו תואם את קצב השינוי של אורחות החיים והכלכלה הדינמית במדינה, ובכלל זה את התאמת התוכניות לאפיונים המיוחדים של כל מחוז. מרכזו זה גורם להיזקקות תכופה להקלות ולשינויים בהוראות התוכניות הסטטוטוריות. נוסף על כך, תופעה זו גוררת אי-ציות לחוקי הבנייה חדשות לבקרים, ולכך מתלווה מערכת אכיפה מנוטרלת ובעייתית בשל הקשר הרופף בין רישוי ותכנון.

הדוברת השנייה הייתה גב' בינת שוורץ. לדבריה, קיימות כיום עשרים ושש תוכניות מתאר ארציות מאושרות, הכוללות מאה שינויים וחמש מאות הקלות, מהן מאתיים וחמישים הקלות בתחום של מגבלות בנייה בדרך ומאתיים וחמישים הקלות בתוכנית המתאר המתייחסת ליער ויעור. לדברי גב' שוורץ נדרש תכנון שיעניק חזון ויעגן בתוכו ערכי-יסוד. במסגרת זו יש לקבוע מערך מטרופוליני, ולא לכלול תכנון נקודתי. על ההנחות לכלול אמות-מידה שיהוו כלים לקבלת החלטה, ולא יקבעו החלטה מראש. גם כאן יש להשאיר פתח לעדכון ולגמישות. מבט מרחבי אמיץ יוליך למסקנה כי הדמוקרטיזציה מביאה לידי פתיחות ושיפור, אך יש להיזהר מעיכוב ומעיוות שייגרם מעודף רגולציה. לגישה, יהיה נכון לחזור לתכנון מנחה שהיה נהוג בשנות השישים, אשר יהווה את הבסיס של פירמידת התכנון. במרכז הפירמידה תהיה רגולציה מכוונת, ורק בראשה תהיה התייחסות למקרים קיצונים שיחייבו פנייה לרגולציה קפדנית. אתגרי

הרגולציה שיש לעסוק בהם בקרוב הם קיצור זמנים לתשתיות לאומיות, איחוד תוכניות ופישוט הכללים, התוויית מדיניות מנחה וחיזוק הסמכות והמנהיגות בתהליכי דמוקרטיזציה.

הדובר השלישי היה ד"ר ישי בלנק מהפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב. ד"ר בלנק הסביר כי הרשות המקומית רואה בנושא התכנון והבנייה מקור הכנסה לא-מבוטל זאת לנוכח העובדה שהלכה למעשה, מרכז הכובד של מימון פעילותו של השלטון המקומי הועבר מהמישור הארצי אל המישור המקומי. מצב זה גרם דיפרנציאציה בתוך השלטון המקומי, שכן לחלק מהערים יש משאבים רבים - ביניהם קרקע, ארנונה מעסקים ואוכלוסייה חזקה - והן יכולות לקבל החלטות לפיתוחן; אך לרשויות אחרות אין משאבים כאלה. מציאות זו הופכת בהכרח חלק מן הערים למוחלשות יותר ותלויות יותר במימון המדינתי המוגבל. התחרות הבין-מקומית על שימושי קרקע מניבים ואוכלוסיות חזקות גררה עימה גם מספר גדול של סכסוכי גבולות בין רשויות מקומיות.

בניגוד למחשבה המקובלת, לשלטון המקומי נתונות סמכויות רבות בתחומים בעלי השפעה רבה, כגון רישוי עסקים, פתיחת עסקים בשבת, מכירת אוכל לא-כשר, אזורי רישום בחינוך ועוד. לכל אלה יש השפעה ניכרת גם על תחומי חיים אחרים. האתגר של המחוקק ושל בתי-המשפט הוא לאזן בין סמכויות השלטון ברמה המקומית וברמה הארצית, תוך הידרשות למלוא ההשלכות העקרוניות והמעשיות שיש לחלוקת סמכויות כזו.

יושב-ראש המושב, ד"ר אמנון להבי מבית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה, הוסיף בדברי סיום כי לצד השלטון המרכזי והשלטון המקומי, אנו עדים בשנים האחרונות להתעצמות תופעה של כינון רובד שליטה קולקטיבי, תת-מקומי, של קבוצות תושבים הן באיזורים עירוניים והן באיזורים כפריים ופרבריים. תופעה זו מעוררת סוגיות אחדות, ובכללן יכולתה של קבוצת התושבים לשלוט בזהות המצטרפים אליה בדרכים ישירות ועקיפות, כפי שעולה בנוגע לפעילות של ועדות הקבלה מטעם אגודות שיתופיות ביישובים קהילתיים ובהרחבות של יישובים חקלאיים. שאלה נוספת הינה מהו היקף הטובין והשירותים המשותפים שיש לאפשר לקהילות כאלה לספק לתושביהן, ואם יש לזכות את חברי הקהילה בהקלות מנטל המיסים הציבוריים בעקבות הספקה "פרטית" כזו. כן עולה השאלה אם להאציל לקבוצות התושבים סמכויות מסוימות בתחום התכנון והבנייה באופן שיאפשר להן ליצור עיצוב ייחודי של המרחב הקהילתי. תופעה זו מחייבת אותנו גם להידרש מחדש להבנת תפקידו של השלטון המקומי כמי שאמור לאזן בין היענות לרצונותיהם הייחודיים של תושביו לבין חובתו להביא בחשבון את מכלול ההשפעות החיוביות והשליליות שיש לקבלת החלטותיו על המרחבים שמחוץ לו.

פרק ז: מושב שביעי – הרפורמה בתחום החיתום

יושב-ראש המושב: ד"ר נעם שר
 משתתפי המושב: פרופסור רוני מיכאלי, עו"ד לייזה חיימוביץ'

1. פתח-דבר

הרפורמה בתחום חיתום ניירות-ערך, שאומצה בתיקון לחוק ניירות-ערך בשנת 2004,⁵⁷ שינתה את מאפייניה של הרגולציה הנוהגת בשוק ההנפקות בישראל. בשווקים הראשוניים בעולם נהוגות שתי קבוצות עיקריות של מנגנונים למכירת ניירות-ערך: הקבוצה הראשונה כוללת הנפקות שיש בהן כללים של שוויוניות, בדרגה מסוימת, לקבלת ההזמנות מהציבור ולחלוקתן בין המזמינים. בקבוצה זו ניתן לכלול גם את שיטת המכרז שנהגה בישראל באופן בלבדי עובר לחקיקת חוק החיתום. כך, עד לחקיקת החוק כפתה הרגולציה בישראל שיטה אחת להנפקה ראשונה של ניירות-ערך לציבור (IPO- Initial Public Offering), כלומר הייתה חובה למכור את ניירות-הערך המוצעים בדרך ובתנאים השווים לכל, דהיינו – במכרז. הקבוצה השנייה של מנגנונים למכירת ניירות-ערך כוללת שיטת פעולה המעניקה למנהל של קונסורציום חתמים שיקול-דעת (כפוף לכללים שונים הקבועים בדין ובנוהג) בבחירת המשקיעים שישתתפו בהנפקה. השיטה מכונה "בניית ספר-הזמנות" (Bookbuilding Method). רוב ההנפקות הראשונות בארצות-הברית מבוצעות בשיטה זו, ובשוקי ההנפקות בעולם קיימת מגמה של הגברת השימוש בה. לשיטה זו יש מרכיבים נוספים, כגון רכישת ניירות-הערך על-ידי החתמים לצורך שיווקם לציבור המשקיעים. חוק החיתום מאפשר למנהל של קונסורציום חתמים, בהנפקות גדולות המובטחות במלואן בחיתום, להקצות למשקיעים שיבחר את ניירות-הערך המוצעים, כמו בשיטה הרווחת בארצות-הברית, אם כי הליך החקיקה שיאפשר את הפעלתה של שיטת ההנפקה האמריקאית טרם הושלם.⁵⁸ מחיר המכירה יהיה אחיד לכל

57 רפורמה זו אומצה בחוק ניירות ערך (תיקון מס' 24), תשס"ד-2004, ס"ח 492 (להלן: חוק החיתום), שנחקק באוגוסט 2004. קדמה לחוק הצעת חוק ניירות ערך (תיקון מס' 25), התשס"ד-2004, ה"ח הממשלה 440.

58 מרכיב זה של הרפורמה בתחום החיתום, שלפיו תותר הנפקה בשיטה לא-אחידה (אם כי המחיר חייב להיות אחיד), אומץ במסגרת חוק החיתום. ראו סעיף 8 לחוק, המוסיף, בין היתר, את סעיף 17 לחוק ניירות-ערך, התשכ"ח-1968, ס"ח 234 (להלן: חוק ניירות-ערך). אולם התקנות המחילות את השיטה הלא-אחידה (הצעת תקנות ניירות ערך (אופן הצעת ניירות ערך לציבור והוראת שעה), התשס"ד-2004, נגיש גם ב-http://www.isa.gov.il/download/hokim/a245_underwriting_reg.pdf; טרם אושרו על-ידי שר האוצר ועל-ידי

הרוכשים, כנהוג בארצות-הברית. בהנפקות קטנות או בהנפקות שאינן מובטחות במלואן בחיתום תיוותר בעינה השיטה המחייבת מכרז. נוסף על כך, על-מנת לאפשר למנהל של קונסורציום חתמים לנהל את ההנפקה בשיטה המקובלת בארצות-הברית, התיר חוק החיתום שיווק ניירות-ערך לפי טיוטת תשקיף קודם לקבלת היתר לפרסום התשקיף מרשות ניירות-ערך.

השאלות הבסיסיות העולות בנושאי הרגולציה מקבלות במושב זה גוון מיוחד: כאשר אנו בוחנים מהי מידת ההתערבות הראויה בנושא החיתום, עולה השאלה: האם ראוי לעשות דה-רגולציה שמוותרת על חובת מכרז (האוכף שוויוניות) כדי לאפשר את פעולתו של מנגנון הנפקה לא-שוויוני, אך פופולרי בקרב השחקנים המובילים בשוקי ההון בעולם? נוסף על כך עלתה במושב זה השאלה: האם ראוי לאפשר שיפוי חתמים בהנפקה ראשונה לציבור, כפי שחוק החיתום מאפשר? כדי לענות על השאלה האחרונה יש צורך להציג את הטעמים להטלת אחריות על חתמים בהנפקה ראשונה לציבור, ובכך עוסק מאמרו של ד"ר נעם שר, "אחריותם האזרחית של חתמים בהצעה ראשונה של ניירות-ערך לציבור", שמוצג בכרך זה של כתב-העת.⁵⁹

2. תמצית דברי המשתתפים במושב

יושב-ראש המושב, ד"ר נעם שר מבית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה, פתח והסביר כי מושב זה דן בחידושים של חוק החיתום, והשאלה הנשאלת היא אם הוא ייטיב עם שוק ההון הישראלי. אחד החידושים העיקריים שמביא עימו החוק החדש הוא שיהיה ניתן להנפיק בישראל ניירות-ערך בשיטה האמריקאית של "בניית ספר-הזמנות" (Bookbuilding Method). לשיטה זו יתרונות וחסרונות, ובכתיבה המדעית יש מחלוקת בשאלה האם היא עדיפה על שיטות שקיימים בהן כללים של שוויוניות.

פרופסור רוני מיכאלי פתח בדיון על יתרונותיה וחסרונותיה של השיטה האמריקאית והציג את התנגדותו לאימוצה של שיטת ההנפקה האמריקאית בישראל. לאחר-מכן הציג עו"ד לייזה חיימוביץ את נקודת-המבט של רשות ניירות-ערך ואת המדיניות שעמדה מאחורי הרפורמה. בדבריו במושב זה – שמתבססים על ההצדקות להטלת אחריות על חתמים בהנפקה ראשונה של ניירות-ערך, שמוצגות במאמר המופיע בכרך זה של כתב-העת – בחן ד"ר שר כמה השלכות של חידושי חוק החיתום, ובעיקר שיפוי חתמים על-ידי החברה המנפיקה במקרה שבו הם נושאים בהפסדים כתוצאה מכך שהיו פרטים

ועדת הכספים של הכנסת. לכן, למעשה, לא ניתן עדיין להנפיק בישראל ניירות-ערך בשיטה הלא-אחידה ולהחיל בדרך זו את שיטת ההנפקה המקובלת בארצות-הברית. על-פי הצעת התקנות, תוקפה של האפשרות להנפיק בשיטה לא-אחידה יהיה חמש שנים (כדי לבחון את הצלחת השיטה החדשה).

59 נעם שר "אחריותם האזרחית של חתמים בהצעה ראשונה של ניירות-ערך לציבור" משפט ועסקים ב (תשס"ה) 301.

מטעים בתשקיף ההנפקה והם נתבעו לפצות את הניזוקים. ד"ר שר בחן את השאלה אם המנגנון שמוצע בתחום השיפוי הינו ראוי.

הדובר הראשון, פרופסור רוני מיכאלי מבית-ספר אריסון למנהל עסקים, המרכז הבינתחומי הרצליה, הסביר כי הרפורמה שאומצה מתבססת על אימוצה של שיטת ההנפקה האמריקאית – אולם זו שיטה גרועה, שאינה מצליחה שם, וקל וחומר שלא תצליח בישראל.

על-מנת לבחון אם השיטה "עובדת", התמקד פרופסור מיכאלי בארבע שאלות עיקריות: האם זה טוב לחברות המנפיקות? האם זה טוב לציבור הרחב? האם זה טוב למקורבים? והאם זה טוב לחתמים?

פרופסור מיכאלי הסביר כי תהליך ההנפקה לציבור בפעם הראשונה הוא בן כמה שלבים: (1) בחירת החתם המוביל; (2) בדיקת נאותות (Due Diligence): תהליך ארוך, שבו החתם בודק את החברה ומכין הערכה מקיפה, בין היתר על-ידי שיחות עם גורמים כגון ספקים ולקוחות, ועיבוד הנתונים בסיוע אנליסטים; (3) הגשה של טיוטת התשקיף הראשונה – מסמך מפורט המוגש לרשות ניירות-ערך. הטיוטה כוללת גילויים על סיכונים הכרוכים בהנפקה, ולעיתים גם הערכה של טווח המחירים להנפקה ועוד; (4) שלב ההרצה (Road Show) – תהליך של כמה חודשים שבו מציגים את המניה לפני המשקיעים הגדולים, לרוב המוסדיים. מטרתו של התהליך היא לקבל אומדן על הביקושים וליצור כאלה מראש, לפני היציאה ה"רשמית" לציבור. באופן כללי, החתמים מנסים ליצור ביקוש ברמה של פי שניים עד פי שלושה מן ההיצע; (5) תמחור: בדרך-כלל, התמחור מתבצע סופית רק בלילה שלפני ההנפקה (עד שלא יוצאת ההכרזה האחרונה אין המחירים הקודמים מחייבים). המדובר בתהליך ארוך ומורכב של הקצאה (Allocation), במיוחד בהנפקות ה"חמות", שמחירן יעלה ב-50% או 60%, שאותן "ישמרו" החתמים, בדרך-כלל, לחברות המקורבות להם. בפשטות, מסביר פרופסור מיכאלי, השיטה יוצרת תמריץ "לגנוב סוסים"; (6) הפעילות בשוק שלאחר ההנפקה מתמקדת במקרים רבים בדאגה לכך שאלה שיפסידו כסף לא יהיו ה"מקורבים". החוק האמריקאי קובע שהמקום היחיד שבו מותר לתמוך במחיר באופן רשמי הוא בהנפקה הראשונה לציבור (IPO). אין קוראים לזה "מניפולציית מחיר", הסביר פרופסור מיכאלי, אלא משתמשים ברטוריקה מקילה של "תמיכה במחיר". זאת ועוד, אין נשקפים כלל לחתמים סיכונים בזמן עשיית המניפולציה.

האם השיטה עובדת? האם שיטה זו טובה לחברות המנפיקות? פרופסור מיכאלי משיב בשלילה. נתונים אמפיריים מראים תמחור-חסר עקבי בשני העשורים האחרונים.⁶⁰ "תרגום" הנתונים הנ"ל למונחי-כסף מצביע על הבעייתיות מבחינת החברות (ככל שה-*float* גדול

60 עד השנים 2001-2003 נראה כי רוכשים ב-IPO מפיקים מן המניה רווח עצום ביום הראשון. בשנות השמונים הנתונים סובבים סביב כ-7% רווח ביום הראשון, ותמחור-החסר עולה בעקביות, עד לנתונים מדהימים בשנים 1999-2000 – 65%; בשנת 2001 ירד נתון זה ל-14%-18%. ראו: Jay R. Ritter & Ivo Welch "A Review of IPO Activity, Pricing, and Allocations" 57 *J. of Fin.* (2002) 1795, 1797.

יותר): חישוב הרווח המופק בעשר שניות של החזקת המניה על-ידי החברות הרוכשות ב-IPO מראה מיליוני דולרים שאותם הפסידה למעשה החברה המנפיקה. השיטה האמריקאית היא זו המאפשרת פערים אלה.⁶¹ מנגד, גם בזמנים שבהם השוק יורד, ניתן לגייס רוכשים. גם אז מגיעים ה"מקורבים", ומתקיימות הנפקות היוצרות להם רווח.

האם שיטה זו טובה לציבור? על כך משיב פרופסור מיכאלי בשלילה: בדרך-כלל, לא הציבור הרחב הוא המקבל את המניות שב-IPO. הציבור יכול לקנות אותן "רק" ביום המסחר הראשון – מהמשקיעים המוסדיים.⁶² מחקרים אמפיריים מראים כי בכל שנת-מסחר ראשונה לאחר IPO, תשואת המניות שיצאו ל-IPO נמוכה מתשואת השוק. בפשטות, דרך בטוחה להפסיד כסף היא להשקיע במניות שיצאו ל-IPO.

האם שיטה זו טובה לחתמים ול"מקורבים לצלחת"? לחתם יש שיקול-דעת מוחלט לגבי השאלה למי "ילכו" המניות. הדבר יוצר כמה בעיות: המניות מחליפות ידיים ("Flipping"); בנק ההשקעות, הוא החתם המוביל, נותן את המניות לגורם שיש לו איתו פוטנציאל לעסקים בעתיד ("Spinning"); סוגרים, יחד עם חלוקת המניות להנפקה, עסקות מינוף עתידיות: אני נותן לך X מניות בהנפקה, ואתה מבטיח לקנות Y ביום הראשון להנפקה ("Laddering"). בשיטה הקיימת, הסביר פרופסור מיכאלי, בנק ההשקעות מבצע תמיכה "אחרי ההנפקה". בכובעו כחתם, הבנק מצהיר כי המניה טובה, ומרוויח כסף ("טוב לחתמים"). בכובעו כאנליסט, אין לו אינטרס לומר את כל האמת על ערכה האמיתי של המניה. הוכח אמפירית כי אנליסטים ששימשו גם כחתמים מספקים הערכת-יתר על ערך המניה. גם טיעון התחרות החופשית בין החתמים לא נתמך בנתונים אמפיריים: נראה כי עמלת החיתום מתייצבת על 7%, בלי כל קשר לגודל ההנפקה.

סיכום פרופסור מיכאלי: שיטת ההנפקה שאנו עוברים אליה בישראל אינה טובה לציבור הכללי או לחברות המנפיקות. מאידך גיסא, היא בהחלט טובה לחתמים ולמקורבים לצלחת. השיטה אינה הוגנת, אינה יעילה, ומהווה העתק לא-מוצלח של שיטה אמריקאית לא-מוצלחת. אנו מעתיקים "משהו מהעבר", במקום "משהו מהעתיד".

הדוברת השנייה הייתה עו"ד לייזה חיימוביץ', יועצת בכירה ליושב-ראש רשות ניירות-ערך. עו"ד חיימוביץ' הדגישה כי הרפורמה בשיטת החיתום אינה מתמצה בשינוי שיטת ההצעה. הרפורמה היא חוליה בשרשרת פעולות של רשות ניירות-ערך כחלק מהחזון הכולל של הרשות לגבי שוק ההון. לשיטתה, בחינת הרפורמה מחייבת מבט מזווית-ראייה רחבה, כזו הרואה אותה כחלק מהחזון הרגולטיבי הכולל שבבסיסה. מטרותיו של חזון זה הן לאפשר הקצאת מקורות מלאה, להוות זרו לצמיחת המשק וכן להיות חלופה למימון

61 מסקנה זו נתמכת במחקר משווה שנערך בשווקים עם שיטת מחיר קבוע ומכרז – בצרפת, יפן וטייוון. לעניין צרפת ראו: Francois Degeorge, Francois Derrien & Kent Womack "Quid Pro Quo in IPOs: Why Book-Building is Dominating Auctions" (2005) available at <http://ssrn.com/abstract=582963>.

62 בהנפקות הללו יותר מ-100% מהמניות מחליפות ידיים ביום הראשון. ראו: Tim Loughran & Jay R. Ritter "The New Issues Puzzle" 50 *J. of Fin.* (1995) 23–51.

הבנקאי. מטרת אלה הותוו כפועל יוצא של מצב המשק בישראל, המפגר יחסית לשווקים בעולם ברוב הפרמטרים – תרומה לצמיחה, נזילות, ניהול ועוד.

האסטרטגיה של רשות ניירות-ערך נחלקת לשניים: היעד הראשון הוא הסרת חסמים המעכבים את התפתחות הפעילות בשוק ההון. זה הפן הפוזיטיבי של האסטרטגיה, ובבסיסו השאת רווחים. היעד השני הוא חיזוק הגורמים המבקרים ו"השומרים" על הארגון כדי לעמוד בתנאי הבסיסי להתפתחות שוק ההון – רכישת אמון הציבור. יעד זה מיישם את הפן הנגטיבי – מזעור בעיית הנציג.

החיתום שייך ליעד הראשון של הסרת חסמים, יעד הנחלק לשלושה תחומים עיקריים: הראשון, הגדלת ההיצע של מכשירי ההשקעה – בפשטות, כמות גדולה יותר של מניות סחירות. השני, הרחבת מגוון השחקנים הפעילים – לדוגמה, כניסת קרנות הפנסיה. השלישי, שיכלול את תשתיות ההשקעות – חיזוק אפשרויות ה"חיבור" בין שני הגורמים לעיל – מכשירי ההשקעה והשחקנים. מבין שלושה התחומים האלה, החיתום נוגע בתחום השלישי קרי, שינוי שיטת החיתום מכוונת להשגת היעד של הסרת החסמים על דרך של שכלול תשתיות ההשקעות בשוק ההון.

דרישות הכשירות, כפי שהן באות לידי ביטוי בחוק החיתום, כוללות: (1) מיסודו של מרשם החתמים בארץ שבאמצעותו ינוהל הפיקוח על הדרישות לרישיון לעיסוק בתחום וידע מקצועי מוערי (דרישת ידע מקצועי משליש מחברי הדירקטוריון של החתם ומכל נושאי-המשרה); (2) ביטול הדרישה הקיימת להון עצמי מוערי אך במקביל הגברת הדרישה לביטוח חתמים לתקופה מוערית של שבע שנים; (3) דרישה להשקעת סכום מוערי מהפיקדון הכספי – 2.5 מיליון ש"ח – באגרות-חוב ממשלתיות או בפקדונות בנקאיים (קודם לחוק לא הייתה מגבלה על הדרכים להשקעת הפיקדון); (4) מיסוד דרישות המחייבות חתם בהגשת דין-וחשבון שנתי, המאפשר דירוג חתמים ואיסוף מידע עליהם; (5) קביעת תנאי כשירות לכניסת חתמים זרים; (6) הבחנה בין סוגי חתמים, שתכלול דרישות כשירות שונות לחתם המתמחר (מוגברות) ולמפיץ (מופחתות).

לפי המצב עובר לקבלת חוק החיתום, הצעת ניירות-ערך אסורה כל עוד לא ניתן היתר של רשות ניירות-ערך. זאת, פרט להצעת ניירות-ערך למשקיעים מוסדיים. החוק החדש מאפשר הצעת ניירות-ערך לאחר הגשת הטיוטה הראשונה של התשקיף. ההתחייבות הסופית להקצאה תתבצע רק לאחר קבלת היתר. החברה המבקשת להנפיק לא תוכל לבצע זאת עצמאית, אלא רק החתם המתמחר, אשר ייטול על עצמו את האחריות הכרוכה בהליך.

שינויים נוספים שנקבעו בחוק כוללים את הסרת החובה לציין את המחיר והכמות בתשקיף הסופי. מדובר בביטולה של חובה המהווה כיום חסם משמעותי בשוק, במיוחד כלפי משקיעים זרים. כתחליף, יותר לציין טווח מחירים וכמויות, והנתונים הסופיים יפורסמו בהודעה משלימה עד עשרים וארבע שעות לפני ההקצאה.

עד לתיקון החוק, הדרישה לשוויוניות התנאים הובילה להקצאה בשיטת המכרז. כמו-כן לא היו מגבלות על הצעה לגופים שקשורים לחתם. ברם, שיטת המכרז לא הצליחה למנוע "דחיפה" של "הנפקות חמות" לגופים המקורבים לחתם. לכן, הדיון על האופטימום

האפשרי מיותר לנוכח המציאות בשטח. מכאן שיש צורך לפעול בשיטה של ניסוי וטעייה, ולכן, בכל הנוגע לאימוצה של שיטת ההנפקה החדשה, החוק הינו הוראת-שעה לתקופה מוגבלת - חמש שנים.⁶³

חוק החיתום מעמיד לפני החברה המונפקת את כל הדרכים השונות להנפקה: הנפקה בשיטת מכרז; הנפקה לפי השיטה האמריקאית, בשינויים המחויבים שהוכנסו בהתאמת השיטה לארץ; וחלוקת מניות לפי שיקול-דעת החתם, אשר תהיה מותרת רק למשקיעים מוסדיים. מגבלות יוטלו על הקצאה לגופים הקשורים לחתם (עד 3%), וכן יוטל איסור על Parking - ייצוב שערים בתקופת ההנפקות.

בסיום המושב הרצה היושב-ראש ד"ר נעם שר על כמה עניינים שעדיין טעונים הסדרה, לדעתו, יחד עם אימוצה של שיטת ההנפקה האמריקאית בחוק החיתום, והביע את הדעה שיש למנוע מחתמים את אפשרות השיפוי, אפשרות שעוגנה בחוק החיתום.⁶⁴

ד"ר שר ציין את הבעיות הבאות בשיטת הרגולציה של חוק החיתום:
ראשית, בעיני ד"ר שר, נקודת-המוצא הטבעית לתחילת הדיון היא דווקא זו האמריקאית, שמאפשרת כמעט לכל שיטת הנפקה להתפתח. הרגולטור האמריקאי אינו שואל את עצמו איזו שיטת הנפקה לאמץ בחוק, אלא מאפשר למנגנוני-שוק להתפתח באופן טבעי, ואם הוא מזהה בהם כשל או עלויות גבוהות, הוא מתערב באותו כשל או עלות. שנית, הנטל לבחון את האפשרות של תיקון כשלים ספציפיים או מזעור עלויות העסקה הגבוהות של המנגנון חל על הרגולטור גם כאשר הוא מבקש לעגן בחוק מנגנון מסוים, כאן - את המנגנון של "בניית ספר-הזמנות". בנושא שיטת ההנפקה של "בניית ספר-הזמנות" קיימים, לדעת ד"ר שר, כמה כשלים או עלויות שטרם הוסדרו:

(1) בארצות-הברית קיימת הפרדה בין בנקאות מסחרית לבין בנקאות השקעות, הפרדה שאינה קיימת בישראל, ולכך יש השלכות שונות; (2) לאחרונה מתנהלת בארצות-הברית חקירה נגד בתי ההשקעות הגדולים והאנליסטים שפועלים במסגרתם בהתייחס לגל הנפקות ההייטק משנת 1999 ועד ראשית שנת 2001. בין החשדות שנחקרים נחקר גם החשד שהאנליסטים של מחלקות המחקר של בתי ההשקעות היטו דו"חות, וכי בתי ההשקעות הגדולים הקצו ניירות-ערך למקורבים ב"הנפקות חמות". זאת, תוך כדי ביצוע פעולות אסורות לפי הכללים בתחום זה, למשל התניית ההקצאה ברכישה של ניירות-ערך אחרים, או התניית ההקצאה בהתחייבות של המשקיע לרכוש ניירות-ערך נוספים בשוק לאחר ההנפקה, הכל לפי הוראותיהם של בתי-ההשקעות (כדי לתמוך במחיר ניירות-הערך). רשות ניירות-ערך האמריקאית (SEC - The Securities and Exchange Commission) פועלת להסדרת הנושא באמצעות רגולציה שבין היתר תפריד את הפעילות של מחלקות המחקר מפעילות ההשקעות. במסגרת זו הוצעו תקנות שיסדירו את פעילותם של האנליסטים בתחומים של מבנה פעילותם וכללי האתיקה שיחולו עליהם.

63 מרכיב זה של הרפורמה בתחום החיתום, שלפיו תותר הנפקה בשיטה לא-אחידה, בשלב ראשון למשך חמש שנים, טרם אומץ בחקיקה. ראו לעיל הערה 58.

64 ראו סעיף 19 לחוק החיתום (המוסיף את סעיף 34 לחוק ניירות-ערך).

בנושא ההקצאה למקורבים ב"הנפקות חמות", ה־SEC שואפת להפריד את עסקי ההקצאה של ניירות־הערך, שנוהלו עד עתה במחלקות ההנפקות, מהפעילות של בנקאות ההשקעות. נוסף על כך נשקלת הצבת דרישה למנהלי החברות לדווח על הקצאות בהנפקות שקיבלו מידי בתי־ההשקעות. יצוין כי ספק אם פעולות אלה מהוות את ההסדר הראוי של נושא "ההנפקות החמות". נראה כי ה־SEC מודעת היטב לעובדה שהסדר משפטי ראוי בנושא זה טרם נמצא, והיא פועלת להשגתו. בין היתר, ה־SEC ביקשה מהבורסה של ניו־יורק (NYSE – The New York Stock Exchange) ומארגון סוחרי ניירות־הערך בארצות־הברית (NASD – The National Association of Securities Dealers), כגופים בעלי סמכות של רגולציה עצמית, להקים ועדה שתכלול אנשי עסקים ואקדמיה מובילים וכן את נציגי המשתתפים השונים בשוק ההנפקות. הוועדה תבחן את הליכי ההנפקות הראשונות, כולל את הפרקטיקה של הקצאת ניירות־ערך ואת תפקידם של מנפיקים וחתמים בקביעת המחיר ובהליכי ההצעה.

השורה התחתונה היא, הסביר ד"ר שר, שהסדרים בתחומים אלה חסרים בחלקם בישראל: אין הפרדה בין בנקאות מסחרית לבין בנקאות השקעות; אין הפרדה של האנליסטים מבתי־ההשקעות; אין כמעט רגולציה משלימה בתחום "ההנפקות החמות" או בתחום הפעילות בשוק שלאחר ההנפקה.

שלישית, ד"ר שר מציין כי הוא מוטרד מהכוונה להנהיג בישראל שיטה שונה מזו האמריקאית בנושאים שונים שקשורים לאופן ההנפקה. כך, בטיוטת תקנות ניירות ערך (אופן הצעת ניירות ערך לציבור והוראת שעה), התשס"ד־2004, נקבע כי משקיעים מסווגים חייבים להודיע על מחיר מזערי בהזמנה; כן נקבע כי הם זכאים לקבל עמלה. לדעתו, שיטה זו עלולה לפגוע ביעילות של מנגנון ההנפקה הישראלי החדש וגם במידת הצדק החלוקתי שהוא מפגין.

האם ראוי לאפשר את שיפוי החתמים בהנפקות ראשונות?

בהנפקות ראשונות בארצות־הברית, נוכחים דרך קבע, בהסכמי חיתום בין חברה מנפיקה לבין חתמים, סעיפי שיפוי סטנדרטיים. אלה כוללים שני מרכיבים מרכזיים: האחד, חובת החברה (או בעל המניות המוכר במקרה של הצעת מכר) לשפות את החתמים, אם ישאו בהפסדים או בהוצאות, בגין הימצאות פרטים מטעים במסמכי הרישום; האחר, פטור לחברה (או לבעל המניות המוכר) מן ההתחייבות לשיפוי במקרה שהפרט המטעה נכלל במסמכי הרישום בהסתמך על מידע בכתב שמסרו החתמים לחברה.

האם הסכמים אלה ניתנים לביצוע על־פי הדין החל בארצות־הברית? הפסיקה והספרות בנושא זה, מסביר ד"ר שר, אינם מספקים תשובה ברורה. בהנפקות ראשונות בישראל, בהסכמי חיתום בין חברה מנפיקה לבין חתמים, נוכחים דרך קבע סעיפי שיפוי סטנדרטיים בנוסח זהה לנוסח המקובל בארצות־הברית. גם בדין הישראלי לא הייתה, עובר לחקיקת חוק החיתום, תשובה ברורה לשאלה אם הסכמים אלה ניתנים לביצוע. לעומת זה, חוק החיתום קבע הסדר שיתיר את שיפוי החתמים בתנאים מסוימים הדומים במהותם לאלה הנהוגים לגבי אחריות נושאי־משרה בחברה (שקבועים בחוק החברות). ההסדר החדש כולל למעשה הכרה של החוק באפשרות השיפוי

החזית הגורפת שכלולה בהסכמי החיתום הסטנדרטיים שנוהגים בישראל, בשינויים קלים.

מה הם הטעמים לכך שהסדר זה אינו ראוי? ד"ר שר הציג לכך שני נימוקים מרכזיים: ראשית, ידיעת החברה, החתמים והמשקיעים כי הסדרי שיפוי חוזיים נאכפים תניע אותם לשנות את התנהגותם. כאשר ניתן לאכוף הסדרי שיפוי, יפחת הסיכוי שיתקיים בירור משפטי בשאלת אחריותם של החתמים. לאחר שמוגשת תביעה נגד חתמים, מטרותיהם העיקריות של האחרונים, במסגרת הקטנת הפסדיהם מן התביעה, הן הקטנת הפגיעה במוניטין שלהם והקטנת הסיכון הכרוך בתשלומי פיצויים והוצאות משפט. מאחר שהפסדיהם הצפויים של החתמים מכוסים על-ידי התחייבות השיפוי, תהיה מטרותם העיקרית של החתמים למזער את הנזק שעלול להיגרם לעסקיהם כתוצאה מהפגיעה במוניטין שלהם. מצד אחד, ניתן כמובן להגן על המוניטין באמצעות התגוננות מפני התביעה; אולם מן הצד האחר, ההליך המשפטי הושף את החתמים לסכנה של בירור העובדות ושל פגיעה במוניטין. לכן, ככל שהסיכוי להצליח בדחיית התביעה קטן יותר, כן התמריץ של החתמים לסיים את התביעה ללא התדיינות משפטית, דהיינו בפשרה, גדול יותר. לחתמים יש כוח עצום כלפי החברה באכיפת פשרה, שלא לטובתה של החברה המנפיקה. במצב דברים זה לא יוכל להתקיים הבירור המשפטי הנחוץ כדי ליצור מנגנון איום אמין על מנהל הקונסורציום, שיחייב אותו לבצע את בדיקות הנאותות (Due Diligence) של החברה המנפיקה ברמה האופטימלית.

שנית, הטלת אחריות על מנהל הקונסורציום יכולה להגדיל את יעילות פעולתו של מנגנון ההקצאה של ניירות-הערך בשיטה של "בניית ספר-הזמנות". זאת מאחר שהיא יכולה להקטין את עלויות החזקתה של מערכת הבדיקה והאימות של המידע על-ידי המשקיעים הקבועים וכן את העלות של עריכת הבדיקות, להביא לידי הקטנת אי-הוודאות הטמונה בהערכת מנהל הקונסורציום את עקומת הביקוש של השוק, וכן לאפשר, בתנאים מסוימים, את הקטנת העלויות העקיפות בשוק הראשוני הנובעות מתת-מתחור. הצלחת המנגנון של "בניית ספר-ההזמנות" תלויה ברמת הוודאות שהמשקיעים הקבועים מייחסים לאמיתות המצג של מנהל הקונסורציום כי נקט את רמת המאמץ האופטימלית. כלל שמאפשר שיפוי חוזי מקטין מאוד את רמת הוודאות האמורה, ולכן פוגם ביעילות של מנגנון ההקצאה באמצעות "בניית ספר-הזמנות".

פרק ח: מושב שמיני – חינוך משפטי קליני

יושב-ראש המושב: Prof. David F. Chavkin

משתתפי המושב: השופט (בדימ') ד"ר גבריאל קלינג, עו"ד חלי בן-ארי, עו"ד איריס אילוטוביץ'-סגל

1. פתח־דבר

בשנים האחרונות תופשות קליניקות משפטיות ומעורבות סטודנטים בהגשת עזרה משפטית מקום הולך וגדל במערכת המשפט. פעילות זו טרם הוסדרה באמצעות רגולציה המכירה בקליניקות המשפטיות: רגולציה המעניקה לסטודנטים סמכויות ייצוג והופעה בבתי־המשפט, מחד גיסא, ומטילה עליהם מגבלות אתיות ומשפטיות, מאידך גיסא. מושב זה נועד לדון בשאלות אלה. עיקר הדיון נסב על השאלה הבאה: מדוע לא לאפשר לסטודנטים לייצג לפני ערכאות שיפוטיות במסגרת היתר הדומה לזה הקיים בארצות־הברית? כן דן המושב בשאלות ספציפיות יותר הנגזרות מנושא הדיון, כגון: האם יש לקבוע כישורים מיוחדים של נותן השירות? מה הם הכללים שיש לקבוע לניהולה של קליניקה? מה הן סמכויותיו של הסטודנט למשפטים החבר בקליניקה?

בכרך זה של כתב־העת מופיע מאמרו של Prof. David F. Chavkin, שנכתב לקראת המושב הנידון, ועניינו "פיתוח ערכים אצל עורכי־הדין של המחר: לקחים פוטנציאליים מארצות הברית".⁶⁵ כן מופיע בכרך זה של כתב־העת מאמרם של עו"ד איריס אילוטוביץ'־סגל וד"ר עלי בוקשפן, שנכתב לקראת המושב הנידון ועניינו ייצוג משפטי על־ידי סטודנטים בקליניקות אקדמיות בראי זכות הגישה למשפט והחינוך לאחריות חברתית.⁶⁶

2. תמצית דברי המשתתפים במושב

הדובר הראשון במושב היה ד"ר גבריאל קלינג, סגן נשיא בית־המשפט המחוזי בתל־אביב-יפו בדימוס. ד"ר קלינג ציין כי נושא הקליניקות המשפטיות ומעורבות סטודנטים בהגשת עזרה משפטית הם נושאים חדשים יחסית בישראל, וכי הקהילה המשפטית בישראל ממעיטה לדון בסוגיה זו הן מבחינה מחקרית והן מבחינת הניסיון לפתור בעיות מעשיות. מושב זה מהווה איפוא הזדמנות חשובה לקידום הדיון המשפטי בתחום. לגישתו, יש לנסות למסד את הסוגיות העיקריות הקשורות לפעולת הקליניקות. ד"ר קלינג מציין כנקודת מוצא לדיון שהקליניקות מספקות יתרונות הן לסטודנטים והן לחברה שבה הן פועלות. מוסדות ההשכלה הגבוהה, ובמיוחד האוניברסיטות, הם בעלי נפש חצויה. מחד גיסא, הם רואים עצמם כנותני חינוך אקדמי, ומאידך גיסא, התעודה שהם מעניקים הינה כרטיס־כניסה ללשכת עורכי־הדין. לדעת ד"ר קלינג, בפועל, החינוך

65 דייוויד פ' חבקין "פיתוח ערכים אצל עורכי־הדין של המחר: לקחים אפשריים מארצות־הברית" משפט ועסקים ב (תשס"ה) 381.

66 ראו איריס אילוטוביץ'־סגל ועלי בוקשפן "ייצוג משפטי על־ידי סטודנטים בקליניקות אקדמיות בראי זכות הגישה למשפט והחינוך לאחריות חברתית" משפט ועסקים ב (תשס"ה) 427.

בפקולטות למשפטים צריך להעניק לסטודנטים את היכולת להתמודד עם מה שעומד מול עורך־הדין.

ד"ר קלינג ציין כי על־פי חוק לשכת עורכי הדין קיימת חובת התמחות, אולם ההתמחות קוצרה לשנה אחת בלבד,⁶⁷ וניתן לצלוח אותה מבלי לפגוש לקוחות ומבלי לעמוד מקרוב על הצרכים של מי שפונה למשרד עורכי־דין. בוגר פקולטה למשפטים שסיים את התמחותו אינו מחזיק באמתחתו בהכרח את הכלים שיהפכו אותו לעורך־דין ראוי. לדעת ד"ר קלינג, יש בהחלט חשיבות לקליניקה המשפטית החושפת את הסטודנט לפן המעשי של עבודת עורך־הדין עוד כאשר הוא נמצא בחממה האקדמית. יתר על כן: לשיטתו, רצוי וראוי שכל סטודנט למשפטים יהיה חייב לעבור את המסלול הזה.

עוד הסביר ד"ר קלינג כי לשכת עורכי־הדין היא אחד הרגולטורים הנתונים תחת התקפה תמידית, הן בתקשורת והן בבית־המשפט. אולם בית־המשפט נוטה לדחות התקפות אלה מתוך גישה כי בדומה לרפואה ומקצועות אחרים שאיכות חיינו תלויה בהם, הכניסה למקצוע עריכת־הדין מוסדרת על־ידי הצבת סף ופיקוח שנועדו להגן על הציבור ולאפשר לו לקבל שירות ראוי ואמין. כדי ליצור אמון במערכת המשפט יש צורך בעורכי־דין שעמדו בדרישות שהוצבו על־ידי גוף מפקח, ותפקידם לתווך בין הלכות למערכת המשפט. יפים לעניין זה דבריו של הנשיא ברק: "אכן, אין לו לשופט לא חרב ולא ארנק. כל שיש לו הוא אמון הציבור בו."⁶⁸ נורמות אלה לא נועדו להגן על עורכי־הדין הפועלים למניעת אנשים נוספים מלרכוב על "העגלה המצופה זהב", אלא על הציבור ואמונו במערכת המשפט.

ד"ר קלינג ציין כי הדין קובע מגבלות שונות על דרכי פעילותם של עורכי־דין, למשל מגבלות על יכולתם לייצג את שני הצדדים להליך, או הטלת סודיות וחיסיון על המידע והראיות המגיעות לידיהם. כללים אלה יצטרכו לחול, בשינויים המחויבים, על סטודנטים המייצגים לקוחות במסגרת קליניקה משפטית. יש מאמרים המעלים רעיונות יצירתיים בדבר האופן שבו ניתן להסדיר את נושא הקליניקות המשפטיות ללא חקיקה, אולם לדעת ד"ר קלינג, הדרך הראויה לעשות כן היא באמצעות חקיקה. לדעתו, על נציגי לשכת עורכי־הדין ומשרד המשפטים לגבש הצעת חקיקה בנושא. בין השאלות שעל גופים אלה לבחון: אילו כישורים יידרשו מנותן השירות? איך תנוהל הקליניקה? מה יהיו סמכויותיו של סטודנט בקליניקה? לדעת ד"ר קלינג, ניתן להסמיק סטודנט לפגוש עורכי־דין ולהכין חוות־דעת, וכן ללוות את עורך־הדין המנחה לבית־המשפט, אולם לא להופיע לבדו. ד"ר קלינג סבור כי יצירת מנגנון לפיקוח ציבורי על הקליניקות המשפטיות והסטודנטים המועסקים בהן לא תהיה אפקטיבית, ותהווה בזבוז זמן ומשאבים; לשיטתו, הפיקוח צריך להיות מזערי ולהימצא בכותלי המוסדות האקדמיים.

הדוברת השנייה במושב הייתה עו"ד רחל בן־ארי, יושבת ראש ועד מחוז חיפה, לשכת עורכי־הדין. עו"ד בן־ארי ציינה כי הדעה המקובלת כיום שתקופת הכשרתם של

67 ראו חוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961, ס"ח 178 (להלן: חוק לשכת עורכי הדין), ובמיוחד סעיף 35.

68 ראו אהרן ברק "בית־המשפט העליון ואמון הציבור" מבחר כתבים (כרך א, 2000), 965, 970.

עורכי־דין חדשים (התמחות) אינה מספקת. בין לימודי המשפטים האקדמיים לבין העיסוק במקצוע עריכת־הדין יש הבדל של עולם ומלואו. לדעתה, אין זה ראוי לצמצם את ייעודם של לימודי המשפטים להכשרת עורכי־דין גרידא, ויש להרחיבם גם לתחומים של פילוסופיה ומוסר. כן ראוי, לדעתה, לכלול במסגרת תוכנית הלימודים גם הכשרה מעשית. תקופת ההתמחות הקצרה היא, לשיטתה, מכשול רציני בדרך להכשרה ראויה, ודו"ח ועדת גרסטל, שכבר הונח על שולחנו של שר המשפטים הקודם, אמורה לפתור מכשול זה.

עו"ד בן־ארי ציינה כי ממאמרם של ד"ר בוקשפן ועו"ד איריס איליטוביץ' סגל עולים שלושה טעמים עיקריים לקיום קליניקות משפטיות: ראשית, קיימות אוכלוסיות שידן אינה משגת ייצוג משפטי הולם; קליניקות משפטיות הן אמצעי להקל את נגישותם של חסרי אמצעים למערכת המשפט; שנית, קליניקות מעצימות את התרומה המשפטית של הסטודנטים – קירוב ביניהם לעורכי־הדין; שלישית, קליניקות מקנות מיומנויות פרקטיות בדרך מעשית. לדעת עו"ד בן־ארי, לשני הטעמים הראשונים יש חשיבות מכרעת; הטיעון בדבר רכישת מיומנויות פרקטיות נראה לה שולי יחסית, הואיל ולכך מיועדת תקופת ההתמחות.

לדעת עו"ד בן־ארי, תרומת הסטודנטים בקליניקות הינה משמעותית במיוחד מבחינה חברתית: עריכת־דין אינה משלח־יד בלבד. הגישה שבבסיס חוק לשכת עורכי־הדין, המייחד עניינים מסוימים לעורך־דין,⁶⁹ מעניקה לעורכי־הדין סמכויות מיוחדות, אך לצידן היא מטילה על עורך־הדין חובה, חברתית ומוסרית, לתרום ולתת לקהילה. הכלים שיש לעורך־דין, ובמיוחד יתר מודעות לשוויון, למאבק על זכויות ולצמצום פערים, מעניקים לו יכולת גבוהה לתרום לחברה. ביטוי לכך הוא העובדה שרבים מחברי־הכנסת ונושאי תפקידים בכירים ומובילים בחברה הינם בעלי השכלה משפטית.

הקליניקה המשפטית היא מוסד מבורך המביא לידי יישום את הדברים האמורים. במסגרת הקליניקות המשפטיות פועלים משפטנים בעלי מחויבות חברתית גבוהה, המנחילים גישה זו גם לסטודנטים המשתתפים. קונספציה חברתית זו באה לידי ביטוי גם בפרקטיקה של הלשכה. כך, למשל, תוכנית "שכר מצווה" שקרמה עור וגידים לפני שנים מספר. מדובר בתוכנית ייעוץ וייצוג משפטיים "פרו־בוגו" של לשכת עורכי־הדין. הלשכה הקימה עשרים־ושתיים תחנות ייעוץ שבהן פועלים יותר מאלף עורכי־דין מתנדבים; לאלה מצטרפים משרדי עורכי־דין פרטיים המושיטים סיוע חינם במסגרות עצמאיות ופרטיות. כך, למשל, במרכז השופט חיים כהן להגנה משפטית על זכויות־אדם פועלים כמה משרדים פרטיים ומסחריים (המונים ביחד כמאה עורכי־דין) מהערים הגדולות בארץ, ומספקים ייעוץ

69 ראו סעיף 20 לחוק לשכת עורכי הדין, הקובע: "הפעולות המנויות להלן, לא יעשה אותן דרך עיסוק, או בתמורה אף שלא דרך עיסוק, אלא עורך דין; ואלה הפעולות: (1) ייצוג אדם אחר וכל טיעון ופעולה אחרת בשמו לפני בתי משפט, בתי דין, בוררים וגופים ואנשים בעלי סמכות שיפוטית, או מעין שיפוטית; (2) ייצוג אדם אחר וכל פעולה אחרת בשמו לפני... (3) עריכת מסמכים בעלי אופי משפטי בשביל אדם אחר, לרבות ייצוג אדם אחר במשא ומתן משפטי לקראת עריכת מסמך כזה; (4) ייעוץ וחינוך דעת משפטיים."

משפטי חינם לפי אמות-מידה של מהות ונוקקות. עם זאת, מסבירה עו"ד בן-ארי, מדובר בתופעה שאינה נדירה, ולמעשה, מתן שירותים משפטיים בהתנדבות היה קיים תמיד. החידוש במפעל של לשכת עורכי-הדין וביוזמות הפרטיות המתוארות הוא בהסדרת הנושא, דהיינו קביעת אמות-מידה, הקמת מנגנון מובנה, הקמת מאגר מתנדבים, פרסום הפעילות ומתן אשראי הכרתי לעושים במלאכה למען הרחבת התופעה והטמעת התפקיד החברתי של עורכי-דין בחברה.

בשאלה ההסדרה החוקית סבורה עו"ד בן-ארי כי אין להיחפז בחקיקה רגולטיבית. לימודי המשפטים אינם מכשירים אומנם את הסטודנט לעמוד מול שופט, אולם ישנם אמצעים נוספים לרכישת המיומנויות הדרושות, למשל פיקוח של עורכי-דין ותיקים על עורכי-דין זוטרים במשרדי עורכי-הדין. עו"ד בן-ארי מציינת כי לניסיון המעשי חשיבות ראשונה במעלה, במיוחד במקצוע עריכת-הדין.

הדוברת השלישית במושב זה הייתה עו"ד איריס אילוטוביץ'-סגל, מהקליניקה המשפטית, בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. עו"ד אילוטוביץ'-סגל הציגה את השאלה הבאה: מדוע לא לאפשר לסטודנטים המשתתפים בקליניקות לסווע משפטי במסגרת לימודיהם לייצג פונים מעוטי-אמצעים, שידם אינה משגת כדי תשלום לעורך-דין; זאת בדומה להיתר הניתן לסטודנטים למשפטים בארצות-הברית?

לדברי עו"ד אילוטוביץ'-סגל, מהעבודה ומהמחקר המעמיקים שערכה בשנתיים האחרונות עולה המסקנה כי יש מקום לרפורמה שתאפשר לסטודנטים בקליניקות משפטיות לקבל היתר לייצוג תחת פיקוח על-מנת שיוכלו לייצג חסרי אמצעים לפני ערכאות משפטיות. סטודנטים המסייעים בפועל רואים בפעילות מעין זו חלק בלתי-נפרד מכך, ואנו מקווים שכאשר הם יהיו עורכי-דין, הם יעסקו במלאכת "פרו-בנו". רק במאמץ משותף של כלל השחקנים במסגרת זו תוכל הרפורמה להתגבש.

עו"ד אילוטוביץ'-סגל ציינה כי המודל ה"אוטופי" של השתתפות סטודנטים בקליניקות משפטיות, ובכלל זה גם ייצוג בבית-משפט, פועל בארצות-הברית בהצלחה רבה כבר קרוב לשלושה עשורים. בכל המדינות בארצות-הברית ולפני בתי-המשפט הפדרליים קיימת חקיקה המכונה "student practice rules", ובגדרה של חקיקה זו מותר ייצוג על-ידי סטודנטים; כמובן, במגבלות של פיקוח והכשרה מוקדמת ובתנאים נוספים. לנוכח הפעלתם, התבדו החששות שהביעו המתנגדים להרחבת פעילותם של סטודנטים במסגרת הקליניקות המשפטיות.

לדברי עו"ד אילוטוביץ'-סגל, קיימים כמה צידוקים להטלת האחריות הנוספת של עבודה בקליניקה משפטית על הסטודנטים: ראשית, הצורך בהתנסות מעשית וחינוך קליני במסגרת הכשרתם של עורכי-הדין לעתיד, בליווי דיונים תיאורטיים ואתיים; שנית, הטמעת המחויבות לקהילה כחלק בלתי-נפרד מעריכת-דין; שלישית, קיומו של דגם קליני המתנהל בהצלחה בהיקף נרחב בארצות-הברית; רביעית, סיוע במימוש הזכות היסודית לנגישות אפקטיבית לערכאות ולייעוץ משפטי. המשמעות המעשית של המהפכה החוקתית ועוצמת הזכויות שהעניקה לפרט הינה אפסית כאשר אותו פרט אינו יכול להסתייע בייצוג משפטי למימושן. שיח הזכויות, שהעלה את זכות הגישה האפקטיבית לערכאות לרמה של

זכות חוקתית, ולפי דברי השופט חשין בעניין ארפל – אף לזכות על-חוקתית,⁷⁰ הדגישה עוד יותר את העדר יכולתם של רבים כל-כך לממש זכויות אלה ואת העובדה שליקוי זה זועק ביתר שאת לתיקון; חמישית, המציאות החברתית והכלכלית היא שקיימת אוכלוסייה שכלל אינה מודעת לזכויותיה. קרוב למחצית מהנאשמים בפלילים אינם מיוצגים, וכמותם גם עשרות אלפים מתדיינים לפני ערכאות אזרחיות; שישית, מספרם הגדול של הסטודנטים למשפטים המגלים עניין גובר בהעלאת תרומה לחברה; שביעית, פריחתן של הקליניקות המשפטיות בישראל ומגמת האחריות החברתית שניכרה בשנים האחרונות; שמינית, אקלים חברתי ומשפטי אוהד.

עו"ד אילוטוביץ'-סגל מציינת את המחויבות החברתית של הסטודנטים הרוצים לסייע לנזקקים – במיוחד בתקופת המיתון שהחמירה את מצבם של רבים. למעשה, מספרם של הסטודנטים הרוצים לתרום – ולרכוש מיומנויות – גדול ממספר המקומות בקליניקות. הסטודנט ער לכך שהשתתפותו בקליניקה המשפטית הופכת אותו לעורך-דין ומעניקה לו סטנדרטים גבוהים של אתיקה ומוסר. הפריחה העצומה בפעילות הקליניקות בישראל – כיום ישנן יותר משלושים קליניקות פעילות המשלבות מאות סטודנטים, עשרות אנשי אקדמיה ומתנדבים רבים נוספים ובאוניברסיטת בר-אילן נהפך הסיוע לחובה – היא הוכחה לכך שפעילות קליניקות בישראל אפשרית, חיונית וראויה.

לדעת עו"ד אילוטוביץ'-סגל, ראוי להתיר ייצוג על-ידי סטודנטים לפני בתי-המשפט. לפי הדין הקיים, היא מציינת,⁷¹ מתמחה יכול להופיע בבית-משפט שלום במחצית השנייה של שנת ההתמחות. יתר על כן, המתמחה בפרקליטות המדינה מופיע בבית-המשפט כבר מיומו הראשון באישור היועץ המשפטי לממשלה. לשיטתה, ראוי שדווקא קליניקה משפטית, היוצרת מסגרת של עבודה משפטית מונחה, היא שתסמיך סטודנט להופעה לפני בתי-משפט.

עוד מציינת עו"ד אילוטוביץ'-סגל כי הדין מאפשר ייצוג גם למי שאינו עורך-דין. תקנות סדר-הדין האזרחי מאפשרות ייצוג אדם או תאגיד על-ידי אדם שאינו עורך-דין,⁷²

70 ראו ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 629-630 (דברי השופט חשין).

71 ראו סעיף 37 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961: "בששת החדשים האחרונים לתקופת התמחותו רשאי מתמחה לייצג שולחי מאמנו בבית משפט השלום, ובלבד שהמאמן יהיה נוכח בבית המשפט או שבית המשפט הרשהו להמשיך בייצוג אף בהעדר המאמן". הסעיף חוקק בעידן שבו היה משך ההתמחות שנתיים.

72 הכוונה להוראות של תקנות 28(א), 30 ו-32(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, הקובעות: "מקום שיש מספר תובעים יכול שאחד או אחדים מהם יהיו מורשים בידי אחד או אחדים מן השאר להתייצב, לטעון או לפעול בכל הליך במקומם; הוא הדין לגבי הרשאת נתבע בידי נתבע אחר". (תקנה 28(א)); "בעל דין שהוא תאגיד, רשאי מנהל התאגיד או פקיד מפקידיו, שהורשו לכך כראוי, לעשות מטעם התאגיד כל מה שהתאגיד עצמו יכול היה לעשות אילו היה יחיד". (תקנה 30); פסול-דין רשאי לתבוע לדין על ידי אפטרופוס או ידיו הקרוב; כן רשאי הוא להתגונן בדין על ידי אפטרופוס (תקנה 32(א)).

ואף חוק לשכת עורכי הדין קובע חריגים בנושא הייצוג באמצעות עורך־דין.⁷³ עו"ד אילוטוביץ'־סגל העריכה כי הקושי המרכזי בדרכה של הרפורמה הוא הצורך בהסדר חקיקתי מפורט שבו יוסדרו נושאים רבים, כגון הפיקוח, החובה האתית, הביטוח וסוג העבודה של סטודנטים בקליניקות משפטיות.

פרק ט: מושב תשיעי – תקשורת ודמוקרטיה

יושב־ראש המושב: ד"ר יובל קרניאל
 משתתפי המושב: השר אברהם פורז, מר אורי אולניק, מר יורם מוקדי, מר מרדכי שקלאר

1. פתח־דבר

במושב זה קיבלו השאלות המרכזיות שנידונו בכנס כולו – מהות הרגולציה והשינויים הנדרשים במשק הישראלי – צביון מיוחד הנובע ממאפייניה הייחודיים של הרגולציה בתחום התקשורת בישראל. כך, למשל, תחום התקשורת בישראל מתאפיין בשוק ריכוזי ובקשר הדוק בין הון ושלטון, קשר שהינו בעייתי לנוכח חיוניותה של התקשורת לדמוקרטיה. במושב זה נידונו החשש שהרגולציה בתחום התקשורת מעוצבת על־ידי רגולטורים התלויים בתקשורת לצורך בחירתם והמשך כהונתם, הצורך בהקמת רשות תקשורת עצמאית, והשאלה כיצד ניתן להבטיח את אי־תלותו של רגולטור כזה.

יושב־ראש המושב, ד"ר יובל קרניאל מבית־הספר לתקשורת ובית־הספר למשפטים, המסלול האקדמי, המכללה למינהל, הדגיש בראשית דבריו כי הקשר בין הון לשלטון עומד בבסיס הרגולציה. לדבריו, הכוח שבידי בעלי ההון בחברה משפיע על מקבלי ההחלטות ועל דרך ניהול המדינה. לדעת ד"ר קרניאל, הקשר ביניהם ברור, שכן לא ניתן להיבחר מבלי מימון הולם, והרגולציה היא ההיוון החוזר – הניסיון של השלטון להגביל את כוח ההון למען אינטרסים ציבוריים. הדברים אמורים במיוחד בתחום התקשורת. אדם פוליטי זקוק לתקשורת לאחר שנבחר. למעשה, השלטון אינו יכול להתקיים בלי התקשורת. בעלי ההון הזקוקים לשלטון הבינו זאת, והם השולטים בתקשורת בעידן של

73 ראו סעיף 21 לחוק לשכת עורכי הדין הקובע, בין היתר, כי הוראות סעיף 20 אינן פוגעות בסמכויות היועץ המשפטי ונציגיו (סעיף־קטן 1); בייצוג לפני בתי־דין דתיים ובפני בתי־דין צבאיים (סעיף־קטן 2), בסמכויות סוכני פטנטים ורואי־חשבון למלא תפקידים שהותרו להם על־פי דין (סעיפים־קטנים 4-5); בייצוג של ארגון עובדים או מעבידים בבוררות בנושאי עבודה (סעיף־קטן 6) וכדומה.

תקשורת מסחרית, זאת במידה רבה על־מנת להשפיע ולצבור כוח כלפי השלטון. מערכת יחסים זו יוצרת משולש הון – שלטון – תקשורת: הפוליטיקאי תלוי בתקשורת וזקוק לה; בעל ההון זקוק לשלטון כדי להמשיך לצבור הון ולקיים יחסים במסגרת הרגולציה המגבילה האחרת; לכן, הוא רוכש את התקשורת, שהשלטון אינו יכול בלתי. הרגולציה בתחום התקשורת נכנסת לתוך משולש היחסים המתואר. השלטון מפעיל רגולציה על התקשורת, אך למעשה הוא גם תלוי בה. הכוח של הרגולציה נעשה המטבע המרכזי שבו לכל פוליטיקאי היכולת להשפיע על היחסים במשולש, ועל־כן הרגולציה בתקשורת שונה מבכל תחום אחר.

בתחום הרגולציה של התקשורת, אומר ד"ר קרניאל, הפוליטיקאים נמצאים בניגוד־עניינים, שכן הסמכויות שלהם ברגולציה אינן יכולות להיות מנותקות מהתלות ומהצורך בתקשורת. פוליטיקאי צריך להיות קדוש כדי לא למנף את הכוח הרגולטיבי לשם קבלת גמול מהתקשורת. תפקיד התקשורת הוא לחשוף ולבקר את השלטון ואת הקשר בין ההון והשלטון המהווה את הסכנה לדמוקרטיה. תפקיד התקשורת הוא לשרת את אינטרס הציבור לדעת, ואנו האזרחים תלויים ביכולתה של התקשורת להיות עצמאית ובלתי־תלויה, דבר שאינו אפשרי, ולכן נוצר מה שד"ר קרניאל מכנה "משולש ברמודה". ההתלבטות בעניין רגולציה בתקשורת הינה מיוחדת, היות שנדרשת הגנה על האינטרסים של הציבור וריסון ההון בדומה לרגולציה רגילה, אך בנוסף על כך יש צורך למנוע מהפוליטיקאים שימוש בכוח הרגולציה לסירוס כוחה של התקשורת.

הפתרון האידיאלי הוא להרחיק את הפוליטיקאים מרגולציית התקשורת על־ידי הקמת רשות רביעית, שהיא ליבה של הדמוקרטיה. רשות התקשורת צריכה להיות רשות עצמאית בלתי־תלויה. הליך הבחירה צריך להיות דומה לזה של שופטי בית־המשפט העליון, כל זאת מתוך ההכרה שאסור לפוליטיקאים לעסוק ברגולציית התקשורת. נשאלת איפוא השאלה: כיצד ניתן להבטיח את עצמאותה ואי־תלותה של רשות תקשורת?

2. תמצית דברי המשתתפים במושב

הדובר הראשון היה שר הפנים, אברהם פורז. השר תיאר מציאות כלכלית עגומה שבה חברות הכבלים והלוויין מפסידות כ־600 מיליון דולר בשנה. השר הסביר כי המשק הישראלי, כמשק קטן, אין בו כמעט כוח ייצור. בתחום התוכן, הגורמים הישראליים מתחרים זה בזה, וערוץ 10 מחזיק טלוויזיה בתנאי הפסד. לדעתו, לא רצוי להשאיר את העבודה לכוחות־השוק, ונדרשת התערבות. כך, למשל, הפקות המקור אינן רווחיות, אך יש התערבות במנגנון השוק על־מנת שיהיו יצירות מקור. אך המטרה היא לייצר מקוריות, ולא להזויל את עלות הפרסום. לדעת השר, החברה הישראלית מחויבת לדאוג לקיום טלוויזיה שתגיע לרמת הכנסה שתאפשר תחרות.

הדובר השני היה מר אורי אולניק, מנכ"ל משרד התקשורת. מר אולניק עמד בראש ועדה שגיבשה את הבסיס להצעת־החוק להקמת רשות תקשורת חדשה. מר אולניק הסביר

כי משרד התקשורת עומד לפני דילמה קשה בשאלה אם להתערב בשוק באמצעות רגולציה, ואם כן, כיצד להתערב. כדוגמה ראשונה לדילמות אלה הוא מביא את שוק הסלולר. זה שוק תחרותי שצמח תחת פחות רגולציה מהתקשורת הנייחת. לחברות הסלולר ניתנו אישורים לקביעת המחירים, אולם במשך השנים לא גרמה התחרות לירידתם. הדילמה שעמדה לפני משרד התקשורת הייתה אם לפקח על המחירים. הפתרון נמצא בהתקנת תקנות חדשות שבהן נקבעו המחירים המורשים בין הרשות. עם זאת, מפעילי הסלולר ראו בכך התערבות יתר. דוגמה שנייה היא הדילמה הקלסית אם לאפשר פעילות של מפעילים בתחום התקשורת ללא הגבלה לאור העיקרון של חופש העיסוק. בתחום התקשורת הבין-לאומית היו שלושה מפעילים שהציעו תעריפים נמוכים לאורך השנים, אולם ישנם שחקנים הרוצים להצטרף לתחרות. עולה השאלה אם על משרד התקשורת להגן אך ורק על הציבור הרחב, או גם על המשקיעים בתשתיות ועל השקעותיהם.

בעיה נוספת שציינ מר אולניק היא כי בעוד שכיום, בפועל, תוכן ותשתית הולכים ומתמזגים לאותו שירות ואינם בני-הפרדה, הרגולטורים העוסקים בנושאים אלה נפרדים: משרד התקשורת, משרד המשפטים, רשות ההגבלים והאוצר. כאשר יש עימותים בין הרגולטורים, הרפורמות אינן מקודמות והציבור יוצא נפסד. המסקנה: הקמת רשות עצמאית חשובה לקידום תחום התקשורת בישראל.

הדובר השלישי היה מר יורם מוקדי, יושב ראש המועצה לשידורי כבלים ולוויין. מר מוקדי מודע לבעייתיות שבין הון ושלטון, כפי שהיא מתבטאת, למשל, בקשר שבין זכייה הערוצים הפרטיים והכנסת. אולם הוא סבור כי יש חשיבות רבה לשידורים באמצעות גורמים פרטיים. הוא תומך בדה-רגולציה הואיל והיא תפחית את התלות של התקשורת בפוליטיקה. עם זאת הוא תומך בקיום מידה מסוימת של רגולציה. לדעת מר מוקדי, הפלורליזם בטלוויזיה הרב-ערוצית, לעומת הטלוויזיה החד-ערוצית, הצליח בזכות המגבלות שהציבה המועצה. מר מוקדי הסביר כי יש תחומים שאין בהם תחרות מספקת, כגון התחום של הפקות המקור, ובהם תביא הרגולציה לידי קבלת תכנים רלוונטיים ומקוריים יותר מהקיימים. עוד הסביר מר מוקדי שהמועצה אינה פוסלת כיום תוכן של שידור אלא במקרים נדירים וכדי להגן על הצרכן – למשל לשם הגנה על הילדים בשעות שידור מסוימות. הרגולציה צריכה להיות מוגבלת הואיל וברוב המקרים הצרכן יכול לבחור לא לצפות בתכנים שאינם לרוחו.

הדובר הרביעי היה מר מרדכי שקלאר, מנכ"ל מועצת הרשות השנייה. מר שקלאר התייחס לדברי ד"ר קרניאל שלפיהם תפקידה העיקרי של התקשורת הוא ביקורת. לדעתו, הדברים אינם מדויקים: לשיטתו, הערך המוסף של התקשורת הוא חשיבה, עומק ומעורבות בקהילה; בלעדיהם אין החברה יכולה להיות ביקורתית. לדעתו, לא ניתן להותיר לכוחות-השוק להשפיע ולעצב את אופי החברה בישראל באמצעות שידורי התקשורת, ויש צורך ברגולציה על-מנת לוודא שמירה על ערכים במרכיב התוכן בשידורים כדי לקיים חברה ביקורתית וחושבת.

פרק י: מושב עשירי – רגולציה בתחום תשתית האנרגיה

יושב-ראש המושב: עו"ד משה שחל
משתתפי המושב: עו"ד עדנה הראל, עו"ד אורית פרקש-הכהן

1. פתח-דבר

מושב זה של הכנס נועד לדון בהיבטים המיוחדים של רגולציה בתחום של תשתית האנרגיה והספקתה. השאלה המרכזית המיוחדת לתחום זה נוגעת במאפיינים של מוצר ציבורי, הקיימים במוצרים אלה. מחד גיסא, התיאוריה והניסיון העולמי הבהירו כי למרות הריכוזיות המאפיינת את משק האנרגיה, ניתן לקיים חלקים משמעותיים ממנו בדרך יעילה באופן פרטי. מאידך גיסא, ישנם תחומים שבהם, לנוכח מחסור במשאבים כגון משאבי קרקע ומשיקולים של תכנון לאומי, איכות הסביבה וטובת הציבור, יש הצדקה להגביל את הקצאתם של המשאבים. הקושי בדה-רגולציה של משק האנרגיה הוא בהבחנה המדויקת בין השניים: בין המקטעים שימשיכו להיות מטופלים כמוצר ציבורי טהור, שעל המדינה לספקו, ובין אלה שיטופלו כמוצר פרטי שיסופק באמצעות השווקים. הפרדה זו כשלעצמה מעוררות שאלות שונות. כך, השאלה בדבר נוהל הפעילות בחירום הובאה לבית-המשפט על-ידי חברות הדלק והניבה תוצאה של קביעת הסדר זמני במסגרת חוק ההסדרים 2001.⁷⁴ מתעוררות סוגיות גם בתחום השיווק של גז הבישול והקושי של ספקים חדשים להיכנס לתחום ולהשתלב בתחרות. סוגיות אלה אינן כלולות כיום בהסדרה, והן ממתניות להסדרתן. השאלות העיקריות שנידונו במושב זה בחנו מה מייחד את הרגולציה במשק האנרגיה, איזה מודל של רגולציה מתאים במשק האנרגיה, וכן מה הם התיקונים הנדרשים בדיון הישראלי כדי להתאימו למודל הראוי בישראל.

2. תמצית דברי המשתתפים במושב

יושב-ראש המושב, עו"ד משה שחל, לשעבר שר האנרגיה, הסביר בדברי הפתיחה כי עוד מימי ראשית המדינה התערבה מערכת החוקים והתקנות בהתנהגות הפרט, התירה התנהגות אחת ושללה אחרת. הדבר נבע מהשפעת גורמים רבים, ביניהם אידיאולוגיה, דת, התפתחות מדעית ופילוסופית, מלחמות, טכנולוגיות וכלכלה. התוצאה הייתה שונות

74 ראו פרק ה – מלאי דלק – לחוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2001), התשס"א-2001, ס"ח 227.

רבה במדיניות ובהסדרים שבין המנגנון הממשלי - המחוקק, המבצע והשופט - לבין האזרחים הכפופים לו. כיום אין תחום החסין מהתערבות המדינה. רגולציה מצויה כיום במרכז העשייה השלטונית, בייצוב המדיניות הציבורית, ביישומה ובהערכתה. יתר על כן, המאבק הפוליטי על סדר-היום הציבורי בהקצאת המשאבים בחברה יוצר דינמיות תמידית בתחומי התערבותה של הרגולציה ובמידת ההתערבות.

השר לשעבר שחל הסביר כי בתחילה ראו ברגולציה מכשיר כלכלי בעיקרו. ישראל נמצאת עדיין בשלב זה. למעלה מחצי מאה חלפה בטרם התגבשה הרגולציה כמכשיר של מדיניות חברתית, מוסרית ואף אידיאולוגית. כך, לדוגמה, לפני 40 שנה לא היה נושא איכות הסביבה מעניינו של הרגולטור ולא ראו אותו כמשרת ערך כלכלי. כיום לא יעלה על הדעת שעניין זה יוסדר על-ידי פרטים - הוא מחייב את התערבות הרגולטור.

עוד הסביר השר לשעבר שחל שכיום נהוג להצדיק את הרגולציה מבחינה נורמטיבית בטענה שהיא מקדמת את האינטרס הציבורי על-ידי תיקון כשלי-שוק. מדובר הן ברגולציה כלכלית והבטחת צדק חלוקתי והן ברגולציה סוציאלית. יש להדגיש כי הרגולציה משנה את פניה ממדינה למדינה.

השר לשעבר שחל הדגיש את בעיית הפיקוח והבקרה על עבודת הרגולטור. הרגולטור הוא אלמוני כמעט, ומבחינת הביקורת השיפוטית די אם הוא דואג להוכיח כי הרגולציה לא חרגה ממתחם הסבירות, כי לא הפלתה באופן קיצוני קבוצה אחת על-פניה של אחרת וכי לא פגעה בזכויות הפרט או הארגון מעבר לנדרש ברמה טבעית. באחד הספרים שנכתבו בנושא, אמר השר לשעבר שחל, קראו לממשלה "הבריון השכונתי" מכיוון שלרגולטור יש את כוח, והוא מוגן כמעט לגמרי. הממשלה אינה הצד האשם היחיד; האזרח הישראלי תופס את השלטון במונח הדמוקרטי של המילה - "תן לי" - ואז נוצר מצב של "תפוס כפי יכולתך" בין קבוצות אזרחים.

באשר לתחום האנרגיה, הסביר השר לשעבר שחל, תשתית האנרגיה במדינת ישראל מהווה כ-7% מהתל"ג. זה ענף עתיר-ממון המשפיע מאוד על ענפי כלכלה רבים אחרים. תכנון משק האנרגיה, לרבות משק החשמל, חייב להיעשות לתקופה ארוכה. השר לשעבר שחל ציין תופעה חדשה של חוסר עקביות של הרגולטור, חוסר רצף במדיניותו ושינויים דרמטיים המחייבים השקעות ממוניות אדירות. התנהגות זו נובעת מסיבות אחדות: ראשית, חילופי שלטון ושרים - שרי אנרגיה רבים התחלפו משנת 1993 עד 2003. שנית, הפקידות אינה משוכנעת שיש טעם לבצע את מדיניות השר הנוכחי אם הוא צפוי להתחלף בקרוב; שלישית, אין עקביות בהחלטות הממשלה. כך, לדוגמה, הוא מציין כי אחת מהחלטות הממשלה לגבי משק האנרגיה הייתה להפריד בין תשתיות שהן מונופול טבעי לבין תשתיות שקיים בהן פוטנציאל להתפתחות תחרות. כאשר היה הוא השר, היה ברור שההולכה של גז ודלק תיוותר בידי הממשלה - דבר שהיה לו היגיון כלכלי ושנועד לשמור על האינטרסים של הציבור ולהבטיח פיקוח על השירות במסגרת רשות ציבורית. על בסיס כלל זה נחקקו חוק הבזק וחוק החשמל, שבאו להסדיר את הדברים. בא השר גונן שגב ושינה את החלטה. זו דוגמה, אומר השר לשעבר, שיד ימין אינה מכירה את יד שמאל. דוגמה נוספת הייתה החלטת הממשלה למכור את חברת הפחם, שהייתה חברה

ממשלתית, לאגף בחברת החשמל. הדבר היה הגיוני, כי חברת החשמל היא יבואן הפחם העיקרי (99%). אף שאותו היגיון היה אמור לפעול לגבי הגז, הוקמה במקביל חברה ממשלתית בתחום הגז.

סיכומו של דבר, אמר השר לשעבר שחל, הטעם לרגולציה ממשלתית הוא אחד: טובת הציבור. התערבות ממשלתית בדרך זו או אחרת של פיקוח, ויסות ותקינה חייבת לעמוד במבחן האינטרס הציבורי. אם יפנים הרגולטור הישראלי את הכלל הזה, יהיו חיינו טובים יותר.

הדוברת הראשונה הייתה עו"ד עדנה הראל, ממונה בכירה (בפועל) ייעוץ וחקיקה, משרד המשפטים. עו"ד הראל הדגישה כי סוגיית הרגולציה בתחום תשתית האנרגיה מצויה זה כחמש-עשרה עד עשרים שנה בתהליך של התפתחות ומימוש במדינות שונות בעולם, בלוויית דיון בספרות אקדמית וקיום פורומים במדינות שונות, לרבות במדינות אירופה ובמסגרת האיחוד האירופי.

ככלל, מטרת הרגולציה היא להסדיר את תחום המשק הרלוונטי על-מנת להשיג תחרות מרבית, שימוש יעיל במשאבים, הוזלת המחיר לצרכן ושיפור איכות המוצר והשירות. לצד כל אלה הרגולציה אמורה להבטיח מימוש אינטרסים ציבוריים שונים. לעיתים היא נדרשת לתקן כשל-שוק, מצב שבו לא תיתכן הסדרה מלאה באמצעות השוק. הרגולציה בתחום תשתיות האנרגיה מיועדת להסדיר תחומים שנמצאו ברבות מהמדינות, ולא רק בישראל, בשליטה מלאה של המדינה ועברו תהליכי הפרטה. כך נערך במשק החשמל האנגלי שינוי מבני שבו הופרדו הייצור, ההולכה והחלוקה זה מזה: בתחום הייצור והחלוקה עודדה התחרות, בעוד שההולכה וניהול הרשת נותרו כמונופול טבעי. זה מודל מקובל במדינות נוספות. מולו ניתן למצוא מודל הסדרה המבוסס על תחרות בין גורמים שמתאפשרת להם אינטגרציה אנכית בין תחומי הרגולציה הנמצאים באותו מישור. אולם מודל המבוסס על אינטגרציה אנכית בין מתחרים מבוססים וגדולים אינו מתאים בהכרח לכל תחום ולכל משק. יתר על כן, לדעת עו"ד הראל, מודל ההסדרה המבוסס על הבחנה והפרדה בין תחומי הפעולה השונים באותו משק הוא המודל הבסיסי שבו יש להשתמש ככלי גם מבחינת התאמתו של אותו משק לתחרות בין הגופים. מודל זה יהווה כלי לעיצוב דרישות הרגולטור מהגורמים המתחרים במסגרת האינטגרציה האנכית.

לרגולציה בתחום תשתיות האנרגיה יש מאפיינים מיוחדים הנובעים, בין היתר, מהיחסים החליפיים בין שוקי-המשנה הפעילים בהן, במקביל להשקעות ולחלקים המונופוליסטיים. במהלך העשור האחרון הוסדרו במדינת-ישראל משק החשמל ומשק הגז הטבעי באמצעות חקיקה שנועדה לאפשר את התחרות במקטעים רלוונטיים. אולם בהליך החקיקה גופא לא הושלמה הסדרה של אנרגיה, ועל הרגולטור שהוסמך עדיין מוטלת עבודה רבה.

בימים אלה נעשים צעדים שונים לקידום התנאים לכניסת יצרנים פרטיים לתחום ייצור החשמל במגמה להרחיב את קיומם של יצרניים פרטיים. לשם הקמת תשתיות אנרגיה יש צורך בהשקעות ראשוניות משמעותיות, השקעות שהתבצעו בעבר על-ידי הממשלה או בסיוע רב מטעמה. הניסיון להקים מבנה משק העונה על תפיסה של הפרדה בין

מקטעים באמצעות גופים פרטיים אינו קל תמיד לביצוע, ומציג לפני הרגולטור ויתר הגורמים המוסמכים שאלות ואתגרים רבים, שחלקם מביאים בסופו של דבר לידי הקמת חברה ממשלתית.

בתחום הדלק קיימים כמה הסדרים בחקיקה הנוכחית. כך חוק משק הדלק לקידום התחרות משנת 1994,⁷⁵ שנועד לקדם את התחרות בשיווק, וההסדר שנקבע בחוק ההסדרים למשק המדינה לשנת התקציב 1989, שמטרתו הייתה לקדם את התחרות בתחום השיווק בגז הבישול.⁷⁶

משרד התשתיות הלאומיות שוקד, בשיתוף-פעולה עם משרדי האוצר והמשפטים, רשות החברות הממשלתיות והממונה על הגבלים-עסקיים, על ניתוח המבנה של משק הדלק בגיבוש עקרונות ההסדרה של התחום בחקיקה. לעניין זה, הסבירה עו"ד הראל, אנו מנסים ללמוד מנסיוןן של מדינות אחרות הדומות לישראל בהיבטים מסוימים, כגון ניו-זילנד ואוסטרליה, שאין מדינות הסמוכות להן גיאוגרפית. בנסיבות המיוחדות של מדינת-ישראל, המצדיקות צמצום מיוחד של השימוש במשאבי קרקע ואינן מאפשרות הסתמכות על פיתוח תשתית משותפת בין מדינות האיזור, יש מקום לייחס חשיבה מיוחדת לסוגיית השימוש היעיל בתשתיות עתירות-קרקע והעמדתן לרשות השימוש השוויוני.

עו"ד הראל ציינה סוגיות אחדות הטעונות הסדרה: ראשית, נוהל הפעילות של משק הדלק בחירום, שצוין בפתח הדברים; שנית, סוגיות בתחום השיווק של גז הבישול והקושי של ספקים חדשים להיכנס לתחום ולהשתלב בתחרות. הנושא אינו כלול כיום בהסדרה. בית-הדין פנה ביוזמתו לבית-המשפט בבקשה לקבל הוראות איך לחלק את הגז שיש לו בין החברות השונות הדורשות אותו, לנוכח העובדה שהכמויות שהן דורשות עולות על הכמויות הקיימות.

לדעת עו"ד הראל, לנוכח ההפרטה הנידונה לאחרונה של תשתיות מרכזיות במשק הדלק מתחייבת הבהרה של מדיניות הממשלה באשר למבנה המשק. האם תותר במסגרת משק הדלק אינטגרציה אנכית ללא סייגים ומגבלות? באילו נסיבות יצדיקו אינטרסים של תכנון לאומי, איכות הסביבה וטובת הציבור צמצום בהקצאה של משאבים שקיים בהם מחסור, כגון משאבי קרקע? באילו מקטעים יש להבטיח בעלות וניהול נפרדים? עד כמה יש להגביל החזקות צולבות בין תחומים כגון חשמל, גז ודלק על-מנת להבטיח תחרות? ומה הם האינטרסים הציבוריים שיש להבטיח במסגרת רישוי העוסקים בתחום?

עו"ד הראל אינה מסכימה לאמירה כי הרגולטור הוא "הבריון השכונתי". לדעתה, ברבים מהתחומים הנידונים, דווקא הגורמים הנתונים לרגולציה – גופים מבוססים, שחלקם קיימים עוד מן הימים שלפני קום המדינה, גופים המכירים היטב את מסדרונות השלטון – הם "הבריון השכונתי" בישראל.

הדוברת השנייה הייתה עו"ד אורית פרקש-הכהן מהרשות לשירותים ציבוריים –

75 ראו חוק משק הדלק (קידום התחרות), תשנ"ד-1994, ס"ח 270.

76 ראו פרק ד – משק הגז – לחוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה), תשמ"ט-1989, ס"ח 28.

חשמל. חברת החשמל, פתחה עו"ד פרקש-הכהן, היא אחד המונופולים החזקים בישראל. הזיכיון ההיסטורי של חברת חשמל - משנת 1926 - קבע כי הזיכיון הוא בלעדי. עד לחקיקתו של חוק משק החשמל בשנת 1996,⁷⁷ הוסדרו בחקיקה סוגיות פרטניות-מקצועיות, כגון בטיחות. לא הייתה חקיקה שהציעה ראייה כלל-משקית או שינוי מבני בענף הנשלט על-ידי חברה אחת בכל מקטעי הפעילות. לקראת שנות התשעים החלה התעוררות: החלטות ממשלה הקימו ועדות שבדקו שאלות אלה והניחו תשתית ראשונית לרפורמה במשק החשמל.

עו"ד פרקש-הכהן הציגה את השינויים שחלו בעקבות חקיקתו של חוק משק החשמל: ראשית, יש בחוק מעבר ממשטר של זכיונות למשטר של רשיונות - לא עוד חברה אחת שממונה על הכל; שנית, יש בחוק ראייה ממלכתית ארוכת-טווח של המשק; שלישית, החוק מפרק את משק החשמל למקטעים - ייצור, הולכה, חלוקה והספקת חשמל; החוק מגדיר ספק שירות חיוני, שהוא הגוף שנכנס לפיקוח הדוק הואיל והוא הגוף שנשאר קיים לטווח ארוך במשק החשמל; רביעית, החוק יצר את הרשות לשירותים ציבוריים - חשמל (סעיף 21 לחוק), והפך אותה לגוף מפקח המוביל לדרך חדשה. המחוקק הבין שבתחום זה אין די ברגולציה רגילה - כגון פיקוח הממונה על הגבלים עסקיים - אלא יש צורך בגורם שיפקח על ניהול העסק ויקבע תעריף לחשמל. עו"ד פרקש-הכהן מתארת החלטה זו כמתערבת ודורסנית.

זאת ועוד: החל בשנת 2003 שכרה הממשלה חברה שסייעה בהכנת דו"ח ועדה מפורט אשר קבע כי יש להתחיל בשינוי מבני של חברת חשמל לפי מקטעים שונים. מונופול הייצור, ההולכה והחלוקה יישאר מונופול. הוועדה הייתה ערה למציאות הרגולטורית הישראלית, שבה גופים רבים עוסקים במקביל ברגולציה - לרבות משרד התשתיות, רשות הגז, רשות החברות הממשלתיות, משרד האוצר, משרד המשפטים, גופי תכנון ובנייה, המשרד לאיכות הסביבה, הממונה על הגבלים עסקיים ומשרד התעשייה, המסחר והתיירות. על-כן המליצה שהמהלך המורכב יבוצע על-ידי גוף רגולטורי אחד - רשות החשמל, וסמכויותיה יעובו לשם כך. להערכת הדוברת, יש קושי בביצוע שינוי מבני בישראל. קשה לראות כיצד תבוצע כאן רפורמה - כמו במדינות אחרות, שקיימת בהן הפרדה בין ניהול רשת ההולכה לבין ההולכה עצמה - שהרי מדובר כאן בניסיון "לשבור" מונופול עם כוח פוליטי רב, שקיים עשרות שנים, ולחלקו. מהלך מורכב כזה מחייב קיום גוף מנהלי מאוחד וחזק.

עם חקיקת חוק משק החשמל האריכו את הרישיון לחברת החשמל כמונופול למשך עשר שנים, כלומר עד שנת 2006. לדברי עו"ד פרקש-הכהן, אמות-המידה שינחו את השר בהענקת רשיונות בשנת 2006 הן: ראשית, אין להעניק רישיון לפי חוק משק החשמל ליותר ממקטע פעילות אחד, כפוף לחריגים הנובעים משיקולים מקצועיים; שנית, ייקבעו מגבלות במתן רישיון לבעלי אמצעי שליטה במקטעים שונים.

77 ראו: חוק משק החשמל, תשנ"ו-1996, ס"ח 208.