

רגולציה מגוף ראשון: אסדרת אינטרסים חיוניים בתהליכי הפרטה

דוידה לחמן מסר ונגה רובינשטיין*

ישראל נמצאת זה עשרים שנה בעיצומם של הליכי הפרטה, ובה בעת ביצירת רגולציה מקיפה שחלק ניכר ממנה עוסק בתחומים שבהם ההפרטה מתבצעת. בד בבד, שווקים נפתחים לתחרות, שינויים מבניים נערכים והסדרה פרטנית מתבצעת בתחומים מתחומים שונים. העת הזו היא נקודת זמן מתאימה לבחון את שנעשה. ברשימה זו נתמקד באסדרת האינטרסים החיוניים של המדינה בחברות ממשלתיות המיועדות להפרטה.¹

לתהליכי הפרטה יש היבטים רבים ומגוונים, חלקם משפטיים וחלקם נושקים לתחומים אחרים. ככלל, הדיון הציבורי בשנים האחרונות מתמקד בשאלה של גבולות ההפרטה ובבעייתיות הכרוכה בהיבטים מסוימים בה הנוגעים לצדק חלוקתי, להתפרקות המדינה מנכסיה, להפרטת משאבי טבע ולשירותים חברתיים מסוימים.² דיון אחר מתמקד בתפקיד המדינה בפיקוח שלאחר ההפרטה.

אנו מבקשות להוסיף ממד לשיח ולהתמקד בסוגיה אחת שנקרתה בדרכנו המקצועית – האסדרה שנקבעה לשמירת האינטרסים החיוניים של המדינה.³ בצד ההפרטה של חברות ממשלתיות התפתחה בהדרגה ההכרה שיש למדינה אינטרסים חיוניים, שראוי לשמור עליהם גם אחרי הפרטת החברה והעברת השליטה בה לגורם פרטי. אסדרת האינטרסים החיוניים של המדינה היא צומת

* דוידה לחמן-מסר הייתה משנה ליועץ המשפטי לממשלה לעניינים כלכליים-פיסקליים וכיום עוסקת בייעוץ משפטי במגזר הפרטי. נגה רובינשטיין הייתה עו"ד במחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים, היועצת המשפטית של משרד התקשורת וכיום מנהלת תחום רגולציה ותחרות במשרד גולדפרב-זליגמן.

1 ברשימה זו אנו משתמשות במונח אסדרה בהתייחסות לתוצר המשפטי של פעולה רגולטורית בעוד שרגולציה היא כלל הפעולה של רגולטור המסדיר תחום. כלומר, אסדרה של תחום מתמקדת בפעילות החקיקתית (ראשית ומשנית) ולא בפעילות הפיקוח והאכיפה שמבצע הרגולטור.

2 ראו, למשל, דוחות של מרכז חזן לצדק חברתי www.vanleer.org.il/he/content וכן דוח של מרכז אדווה: יעל חסון **שלושה עשורים של הפרטה** (2006) www.adva.org/uploaded/privatization.pdf.

3 ככלל, הפרטת חברות ממשלתיות נמצאת באחריות של רשות החברות הממשלתיות. במסגרת תפקידנו במחלקה הכלכלית פסקלית במשרד המשפטים היינו מופקדות מטעם שר המשפטים והיועץ המשפטי לממשלה, על הליווי של הליכי ההפרטה שהובילה רשות החברות הממשלתיות. כמו כן המחלקה הכלכלית-פיסקלית במשרד המשפטים מופקדת על ליווי הרגולציה בתחומי משק שונים, לרבות הרגולציה הנוגעת לתחומים שבהם פעלו חברות ממשלתיות שיועדו להפרטה. במשך השנים התעוררו סוגיות רבות הנוגעות להפרטת חברות ממשלתיות ואנו בחרנו, כאמור, להתמקד באחת מהן.

חשוב; הסוגיות המתעוררות בו מאתגרות את קביעת הכללים המשפטיים בצד השאלות הערכיות. להלן נסקור הסוגיה זו כפי שהתעוררה בכמה מקרים.

הסוגיה התעוררה לראשונה לקראת ההפרטה של חברת כימיקלים לישראל בע"מ (להלן: כ"ל); פעם נוספת התעוררה הסוגיה בעת ההפרטה של "בזק", החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (להלן: בזק) ובהמשך – בחברות נוספות שעברו תהליכי הפרטה.⁴ בחרנו להתמקד בנושא זה בעיקר משום שהיינו שותפות לתהליכי ההפרטה של חברות אלו, ובמהלכם התמודדנו עם גיבוש ההסדרים המשפטיים הנדרשים בהליך ההפרטה וטרם בחירת הרוכש החדש, כמו גם עם המפגש בין ההסדרים שנקבעו לבין המציאות לאחר שנבחר הרוכש החדש.

תחילה, ולשם מיקום הסוגיה בתהליך ההפרטה, נסקור בתמצית ובאופן כללי את תהליכי ההפרטה של חברות ממשלתיות בישראל.

מבט מהיר על תהליכי ההפרטה בישראל

הליכי ההפרטה של חברות ממשלתיות התעצמו מאז תחילת שנות התשעים.⁵ מאותה עת ואילך, כל הממשלות – ללא שיוך פוליטי – ראו בהפרטה דגל מרכזי במדיניותן הכלכלית.⁶ מבט לאחור ניכר כי לכל הפרטה של חברה ממשלתית סיפור מרתק ונסיבות מיוחדות שאפפו אותה, ובהתאם עוצבו דרכי אסדרה שונות: הפרטת כ"ל יכולה לשמש ציון דרך מרכזי הן בשל גודל החברה והמבנה המיוחד שלה, היינו: קונצרן של מספר רב של חברות בנות, והן בשל שליטתה במשאבי טבע חשובים של מדינת ישראל, היינו, זיכיון הכרייה בים המלח שהוענק לחברת הבת שלה, חברת מפעלי ים המלח בע"מ.

על פי רוב, הפרטה של חברה ממשלתית משמעותית מבחינת היקף פעילותה ושווייה אינה מתבצעת באכחה אחת אלא בהדרגה,⁷ ובמיוחד כשמדובר בחברות בעלות היקף פעילות כמו של כ"ל או של בזק. הטעמים לכך מגוונים ונעוצים הן בשיקולים כלכליים והן בשיקולים מבניים-משקיים. אפשר לתמצת אותם בכך שכאשר מדובר בחברות גדולות כאמור, הליך הדרגתי נחשב עדיף ממכירה במקשה אחת. אם כן, במקרים רבים ההפרטה תבצע בשלבים: ראשית תיהפך החברה הממשלתית לחברה ציבורית ומניוניה בדרך

4 הסדרים מיוחדים לשמירת האינטרסים החיוניים של המדינה נקבעו גם במקרים של אל-על, צים, בז"ן ועוד.

5 חשוב לציין שגם לפני שנות התשעים הופרטו חברות ממשלתיות, אך מאמצע שנות השמונים כללה מדיניות הממשלות במפורש התמקדות בהפרטות. להפרטת כ"ל ובזק קדמו הפרטות של חברות בסדרי גודל קטנים יחסית, שבהן לא היינו מעורבות.

6 לפני שנות ה-90 אף לא נקבעה פרוצדורה ברורה להפרטה. בעקבות ביקורת של מבקר המדינה דאז, על הליכי ההפרטה שנעשו, נקבע הסדר מיוחד בתקנון הממשלה אך רק בשנת 1993, תוקן חוק החברות הממשלתיות (בתיקון מס' 7) ונקבע בו הסדר מיוחד ומורכב, שנועד לתת מענה לצרכי ההפרטה הרבים. ראו חוק החברות הממשלתיות (תיקון מס' 7), התשנ"ג-1993, ס"ח 1433.

7 היו גם חברות שנמכרו במקשה אחת – בהליך אחד למכירה מלאה של כל מניות המדינה; כך היה, למשל, עם חברת אפרידר.

כלל יוצעו לציבור בשיעורים נמוכים (20%-25%). המטרה של מהלך זה היא להחיל על החברה את הנורמות החלות על חברה ציבורית⁸ אגב הותרת גרעין שליטה משמעותי בידי הממשלה. בעתיד אפשר יהיה למכור את גרעין השליטה תוך מקסום פרמיית השליטה שבידי הממשלה, שאף היא נכס ציבורי שיש להבטיח כי יימכר במחיר מרבי. כך היה גם בהפרטות של כ"ל ובזק.

להליכי ההפרטה של חברה ממשלתית משמעותית קודמים הליכים רבים, רגולטוריים וכלכליים, הצופים פני עתיד. יש לבחון את מאפייני התחום שבו החברה הממשלתית פועלת בראי שלב ההפרטה הסופי, כלומר: במצב שבו השליטה עוברת לגורם הפרטי. במסגרת זו נבחנת האסדרה המתאימה לשמירת האינטרסים החיוניים של המדינה, ככל שאסדרה כזו נדרשת. זו אינה בהכרח האסדרה היחידה או העיקרית; לעתים קרובות נדרשת אסדרה גם בתחום המשקי שבו החברה הממשלתית פועלת, כך ששחקנים נוספים יוכלו להיכנס אליו. נרחיב קמעא.

כידוע, חברה ממשלתית מופקדת על פעולות או שירותים בתחום משקי מסוים ולעתים היא פועלת בו כחברה יחידה – כמונופול. לפיכך, כאשר נשקלת האפשרות להעביר את השליטה בה לידיים פרטיות, או אף להציע מקצת ממניותיה למסחר בבורסה, יש לפתוח את השוק לתחרות כדי למנוע ככל האפשר מצב שבו השליטה במונופול ציבורי עוברת לגורם פרטי. משמעות הדבר היא שיש לנקוט הליכי אסדרה מקיפים עוד לפני השלב הראשון בהפרטה. המטרה העיקרית של הליכים אלה היא לפתוח את התחום שבו החברה הממשלתית המיועדת להפרטה פועלת לתחרות אמיתית ואפקטיבית, כדי להבטיח שבנקודת הזמן שבה תועבר השליטה לגורם פרטי תתאפשר תחרות לא רק להלכה אלא אף למעשה. אכן, בראשית שנות התשעים המטרה העיקרית של האסדרה הייתה למנוע ככל מחיר מצב שבו השליטה במונופול ממשלתי תעבור לגורם פרטי טרם פתיחת השוק הרלוונטי לתחרות.⁹ החשש ממונופול פרטי גדול בהרבה מהחשש ממונופול ממשלתי, לרבות בשל יכולתו של בעל השליטה הפרטי לשמר בידיו את כוחו המונופוליסטי ולהשפיע על הרגולטור לכל יפתח את התחום לתחרות – בין היתר, תוך שימוש בנימוקים משפטיים באשר לשינוי מצב בדיעבד, שיש בו כדי לפגוע בזכויותיו הקנייניות כרוכש. לפיכך, ועל יסוד הניסיון שנרכש, הלכה והתגבשה גישה מקצועית שלפיה תחילה יש לבצע רפורמות ושינויים מבניים כדי לפתוח את התחום הרלוונטי לתחרות כל עוד החברה השולטת בשוק היא ממשלתית. במצב זה אין חשש מטענות כנגד המדינה בדבר פגיעה בקניין או באינטרס ההסתמכות של הרוכשים, שכן כבר בעת הצעת המניות לציבור – לא כל שכן בעת העברת השליטה – השינויים בשוק כבר ידועים¹⁰. דברים אלה נכונים ככלל לאסדרה בתחום שבו

8 כלומר: את חוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 ואת חוק החברות, התשנ"ט-1999, החלים על חברה ציבורית.

9 חריגה לכך חברת כ"ל, שהוחלט להפריטה אף שלמעשה הייתה חברה השולטת בחברת מפעלי ים המלח, שהיא מונופול טבעי בתחום כריית הא שלג. בהתחשב במהות הזיכיון שניתן לחברת מפעלי ים המלח ובייחודו של ים המלח, אי-אפשר לפתוח מונופול כזה לתחרות ואי-אפשר להוסיף לתחום המשקי שלו שחקנים חדשים.

10 כך, לדוגמה, במשך שנים רבות התנגדו הדרגים המקצועיים למכירה של חלק מהמניות של חברת החשמל או חברת מקורות לציבור בבורסה בטרם יוסדר התחום ויפתח לתחרות.

פועלת החברה הממשלתית המיועדת להפרטה, ויש להם רלוונטיות מיוחדת כשצפוי שהחברה תישאר גורם דומיננטי בתחום גם לאחר הפרטתה.

אם כן, התפיסה שגיבשו גורמי הממשלה המקצועיים שעסקו בהפרטת חברות ממשלתיות ניתנת לתמצות במשפט "קודם מסדירים ואחר כך מפריטים". תפיסות אלה, הנראות מובנות מאליהן עתה, לא היו מקובלות בתחילת שנות התשעים כשרק החלו הליכי ההפרטה המואצים, ובעיקר במקרים של כ"ל ותחילת הליכי ההפרטה של בזק. גם הדיון בשמירת האינטרסים החיוניים של המדינה והדרכים המתאימות לכך טרם התפתח בעת ההיא. הרצון של הדרג המדיני להפריט – ומהר – היה עז בשנים אלו במיוחד, בשל לחצים כלכליים פנימיים או בין-לאומיים רלוונטיים ששררו באותה תקופה. העלאה של סוגיות הדורשות לכחון את האינטרסים החיוניים של המדינה ולקבוע הסדרים או דרכים לשמרם לאחר ההפרטה לא זכתה תמיד לתגובה אוהדת של הדרג המדיני. לפיכך, אין להתפלא על כך ש-24% ממניות הממשלה בחברת בזק הוצעו לראשונה לציבור בשנת 1991 בלי שנקבעו כל אינטרסים חיוניים שיש לשמר בחברה לאחר ההפרטה. כך גם אפשר להסביר מדוע סוגיות נוספות הזוכות כיום לדיון ציבורי – כגון סוגיית התמלוגים שיש לשלם למדינה – לא זכו אז לתשומת הלב שהן מקבלות כיום. באותן שנים ראשונות, נקודת המבט על ההפרטה הייתה שונה והתמקדה בגישה שלפיה ההפרטה של חברות ממשלתיות חיונית כדי לייעל את דרכי פעולתן, תוך מתן דגש גם לקבלת התמורה המרבית ממכירת המניות בהיותן נכס ציבורי.¹¹ כאמור, עם הזמן חלו שינויים בגישה הממשלתית בעת הפרטת חברות ממשלתיות; נרחיב על כך בהמשך.

הבטחת אינטרסים חיוניים

אסדרת האינטרסים החיוניים של המדינה בחברה ממשלתית העומדת לפני הפרטה משמעותה יצירת מנגנונים משפטיים שיאפשרו שמירה על אותם אינטרסים חיוניים, בדרך של הקניית סמכות פעולה למדינה¹² לפעול בנושאים שנקבעו כחיוניים, אחרי העברת השליטה לגורמים הפרטיים.

אסדרת אינטרסים חיוניים היא סוגיה מרתקת בכמה רבדים: המשפטי, ההיסטורי, המדיני והחברתי. כך, למשל, מעניינת נקודת הזמן שבה החל הדיון בהגדרת האינטרסים החיוניים ובצורך לשמרם. כפי שיתואר להלן, הדיון החל לראשונה לקראת הנפקת כ"ל; במבט לאחור אפשר לראות את האסדרה שהתבצעה בחברת כ"ל כנקודת המפנה. מעת שהתקבלה לראשונה העמדה שיש לעגן את האינטרסים החיוניים של המדינה בהפרטה של חברה ממשלתית (במקרה כ"ל) חזרה ועלתה הסוגיה כמעט בכל ההפרטות הבאות. שאלות מעניינות הנגזרות מכך הן, בראש ובראשונה, מה הם האינטרסים החיוניים? מי הגורמים הקובעים אותם? מי הגורמים הנוספים הנוטלים חלק בתהליך ואיזה גורמים מודרים ממנו? באיזה אופן נקבעו אינטרסים אלה? באיזה כלי משפטי נעשה שימוש כדי להבטיחם? מה היקף ההגנה והאמצעים שישמשו לאכיפת השמירה עליהם? אלה הן השאלות העיקריות

11 גישה זו באשר לחשיבות של מקסום התמורה התגבשה אף היא בעקבות ביקורת ציבורית ודוחות ביקורת על הפרטות קודמות שנעשו ללא הליך תחרותי מתאים.

12 ככלל – באמצעות הסמכת השרים הרלוונטיים.

וכל אחת מהן יכולה לשמש כר לדיון נרחב; אנו נתמקד בהיבטים המשפטיים של אסדרת השמירה על אינטרסים חיוניים של המדינה.

הכלי המשפטי הראשון ששימש להבטחת האינטרסים החיוניים של המדינה היה הכלי התאגידי – מניית מדינה מיוחדת, שעל קביעתה נפרט להלן. לאחר מכן פותח מנגנון נוסף – הסדר חקיקתי-מנהלי שנחקק בשנת 2003 ומוסדר כיום בפרק מיוחד בחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975.¹³ בתמצית נציין כי לחקיקתו קדמו דיונים רבים, בעיקר בשאלת הזהות של הגורם הקובע ומגבש את האינטרסים הללו: האם יהיה זה המשרד הממשלתי שבראשו עומד השר האחראי על החברה או שמא תהא זו רשות החברות הממשלתיות המופקדת על ההפרטה? מאחר שרשות החברות הממשלתיות היא המובילה את תהליך ההפרטה, נקבע שהיא תופקד על גיבוש ההסדר להבטחת האינטרסים החיוניים של המדינה.¹⁴ חשוב לציין כי "הכללתו של פרק זה בחוק החברות הממשלתיות משקפת" גם את המסקנה המשפטית שאליה הגענו לאחר הפרטת כ"ל ובזק: למניית מדינה מיוחדת – קרי: למניית זהב – יכול שיהיו חסרונות בשל היותה כלי תאגידי ולא כלי מתחום המשפט המנהלי, שהוא המגרש שבו המדינה פועלת בהפעלת סמכויותיה. זאת ועוד: שילוב של שיקולים ציבוריים במסגרת התאגידית יכול לעורר סוגיות משפטיות, למשל באשר לדינים החלים בהפעלת כוח ההצבעה בחברה לשם הבטחת שיקולים אחרים, שאפשר לטעון שהם חיצוניים לפעילות החברה.¹⁵

כידוע, הפרטות רבות בוצעו לפני חקיקת הפרק הייעודי האמור. האתגר שעמד לפנינו בהפרטות קודמות אלה היה לתור אחר דרכים חדשניות שיתנו מענה לצורך בהגנה על אינטרסים חיוניים. המענה שמצאנו כלל אימוץ של כלים מהמשפט המנהלי שהותאמו להתמודד עם סוגיות מדיניות התאגידיים. אמנם המלאכה נשלמה רק בשנת 2003, אך המודל החקיקתי עצמו עוצב קודם לכן, במסגרת החקיקה המיוחדת שנקבעה בחוק הבזק לקראת ההפרטה של בזק.¹⁶ עתה נפנה להתפתחות האסדרה בסוגיית האינטרסים החיוניים – מתחילתה.

התפתחות האסדרה בסוגיית האינטרסים החיוניים

1. הפרטת כ"ל וקביעה ראשונה של מניית מדינה מיוחדת

מבחינה היסטורית, הליך ההפרטה של חברת כ"ל עבר לשלב מואץ לאחר שהסתיימה הצעת המכר של 24% ממניות המדינה בחברת בזק בשנת 1991. החלטת הממשלה על

13 פרק ח'2: הגנה על אינטרסים חיוניים של המדינה, חוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975, ס"ח התשל"ה 770.

14 משמעות הדבר היא שהכוח בידי הרשות, שהיא גם הגורם המעוניין בהפרטה; יש מקום לתהות על הכוח הנובע מכך.

15 עם זאת לא נזנח הכלי של מניית מדינה מיוחדת, והוא נקבע בחברות ממשלתיות כגון אל-על וצים.

16 כוונתנו לחוק התקשורת (בזק ושירותים) (תיקון מס' 12) ס"ח התשנ"ו 1586, וסעיף 27 לחוק התכנית להבראת כלכלת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2003 ו-2004), התשס"ג-2003, ס"ח התשס"ג 1892.

מכירת 24.9% ממניות חברת כ"ל התקבלה בשנת 1992. להחלטת ההפרטה של הממשלה קדמו תהליכי הכנה מורכבים בשל גודל החברה, שהייתה למעשה חברת אחזקות ששלטה באשכול חברות: היה זה קונצרן תעשייתי שנבנה, רובו ככולו, על זיכיון בלעדי לכריית אשלג וחומרים נוספים מים המלח ולעיבודם, שניתן לחברת מפעלי ים המלח בע"מ (להלן: מפעלי ים המלח).¹⁷ הפרטה זו חשובה לענייננו משום שבמהלכה התעוררה לראשונה סוגיית האינטרסים החיוניים של המדינה והדרכים לשומרם ולהבטיח את קיומם לאחר שהשליטה בחברה תועבר לגורם פרטי.

חשוב לציין כי באותה עת, מדיניות הממשלה ככלל הייתה לקדם את תהליכי ההפרטה במהירות כדי לעמוד ביעדי ההפרטה שהממשלה הציבה לעצמה, ולהשיג את התמורה המרבית עבור מניות המדינה בכל חברה ממשלתית. גם ביחס לכ"ל החליט הדרג המדיני כי יש להפריט את חברת האחזקות על חברות הבנות, כלומר: את הקונצרן בכללותו, על מפעלי ים המלח – בעלת הזיכיון. כחלק מהצוות המקצועי הבין-משרדי שבראשו עמדה רשות החברות, היה עלינו לקדם את ההפרטה ולסייע בגיבוש ההסדרים הנדרשים להפרטה מהירה שבה תושג תמורה מרבית למדינה.¹⁸ באותם ימים, העלאת סוגיות שתוצאתן הייתה הטלת מגבלות על הקונה הפוטנציאלי נתפסה לעתים בעיני הדרג המדיני כהצבת מכשולים על ידי הגורמים המקצועיים. ואכן, במהלך העבודה של הצוות המקצועי התעוררה שאלת האינטרסים המיוחדים של המדינה בחברה והצורך למצוא את ההסדרים הנדרשים כדי לשומרם.

הסוגיה התעוררה לראשונה עקב פנייה של החברה, באמצעות גורם בכיר בה, למשרד המשפטים. אותו גורם מטעם החברה הביע בפנינו את החשש שהרוכש הפוטנציאלי – שיכול להיות גורם זר, לרבות מתחרה של החברה¹⁹ – עלול לפעול, כתוצאה מאינטרסים כלכליים אחרים ואולי נוגדים, לפירוק הקונצרן ומכירת חברות מסוימות שלו או לפגיעה אחרת בכושר הייצור והכרייה של החברה מים המלח. אותו גורם ביקש שנתור אחר אמצעים משפטיים שימנעו את רכישת הקונצרן על ידי גורם מתחרה שיוכל לפרקו לאחר ההפרטה. בעקבות פנייתו, ולאחר דיונים רבים של הצוות המקצועי, נוצרה תמימות דעים מקצועית שלפיה יש בחברת כ"ל אינטרס חיוני שיש להגן עליו. האינטרס החיוני שסוכם עליו הוא הצורך להבטיח את המשך קיומו של הקונצרן שבבעלות חברת כ"ל כדי שימשיך לפעול באופן משולב וסינרגטי, לרבות למימוש הזיכיון שניתן לחברת מפעלי ים המלח, כלומר: לכרייה ועיבוד של מחצבים מים המלח. הדרג המדיני קיבל את עמדת הדרג המקצועי בהחלטת הממשלה על הפרטת החברה משנת 1992. בהחלטה יש ביטוי מלא לעמדה

17 ראו חוק זיכיון ים המלח, התשכ"א-1961.

18 במסגרת זו גם הוארך הזיכיון שניתן לחברת מפעלי ים המלח, כך שבידי הרוכש העתידי יהיה זיכיון לשנים רבות.

19 באותה תקופה הביעה "פוטאש" – חברה קנדית הפועלת אף היא בתחומי האשלג – התעניינות ברכישת השליטה בכ"ל. כיום חברת פוטאש מחזיקה ב-13.8% ממניות כ"ל. נמנעה ממנה האפשרות לרכוש מניות נוספות וכן להתמזג עם כ"ל – מיוזם שהיה דורש שימוש בסמכות שבידי שר האוצר על פי הקבוע במגילת המדינה המיוחדת לאור הצהרת שר האוצר. ראו עמי אטינגר "השר לפיד מתנגד בתוקף למכירת כ"ל לחברת פוטאש" מגפון megafon-news.co.il/asys/archives/139483 10.4.2013.

שלפיה אכן יש לעגן בדרכים משפטיות את האינטרסים החיוניים שיש למדינה בהמשך הפעולה של כ"ל כאשכול חברות, הפועל סינרגטית כדי להבטיח את המשך פעולתה, לרבות תשלום התמלוגים המגיעים למדינה מכוח הזיכיון ומטרות נוספות. לצורך הבטחת האינטרסים הללו של המדינה קבעה הממשלה בהחלטתה כי יש להותיר בידה מניית מדינה מיוחדת, שבכוחה למנוע השתלטות של גורם מתחרה העלול לפגוע בחברה ובנוסף לכך קבעה המדינה כי יש להבטיח את עיגון התפיסה הקונצרנית. מכוח החלטות אלה נקבעו הסדרים מיוחדים בתקנון כ"ל ובתקנון החברות הבנות בקונצרן.²⁰ מטרתם הייתה לעגן את מניית המדינה המיוחדת ולהקנות לה כוחות וסמכויות למנוע רכישות או העברות של מניות לגורם כלשהו ללא אישור המדינה; לשמירת החברה כחברה ישראלית – בין היתר כדי שהדינים הישראליים יחולו עליה; למנוע את העברת השליטה בה לגורם שיש חשש כי יפגע בחברה; כן נקבעו אמצעים נלווים לכוחות ולסמכויות אלה.²¹ בהקשר זה חשוב לציין כי האפשרות לקבוע מניית מדינה מיוחדת בחברה שניירות הערך שלה מוצעים לציבור לראשונה נקבעה בחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, בתיקון משנת 1990,²² כחריג לעקרון השוויון בזכויות ההצבעה. מניית מדינה מיוחדת ידועה גם בכינוי "מניית זהב". עד להפרטה של חברת כ"ל לא נעשה שימוש בכלי משפטי זה.

2. הפרטת בזק והצורך בכלי מיוחד מותאם

לאחר התהליך שעברו כל גורמי הממשלה בהפרטה של חברת כ"ל התבססה ההכרה שבכל הפרטה של חברה ממשלתית נדרש לבחון אם יש למדינה אינטרסים מיוחדים שיש לשומרם גם לאחר ההפרטה. תהליך הבדיקה החל בדרג המקצועי ואם ועדת השרים קיבלה את המלצות הדרג המקצועי – הדברים קיבלו ביטוי בהחלטת ועדת השרים להפרטה. ככלל, הכלי המשפטי להבטחת האינטרסים היה יצירה של מניית מדינה מיוחדת (מניית זהב), שהמחזיק בה מטעם הממשלה מחזיק בזכויות ובסמכויות מיוחדות הקבועות בתקנון החברה המופרטת. בהפרטה של בזק היה מצב שונה.²³ מאז ההנפקה הראשונה של מניות בזק בבורסה בשנת 1990 ועד ההכנות להעברת השליטה חלפו מספר שנים.²⁴ בשנים אלה לא שקטו גורמי הממשלה על השמרים אלא הובילו מהלכים נרחבים וחקיקה מקיפה בשוק התקשורת, במטרה לפתוח את התחום לתחרות ולאפשר לגורמים נוספים על חברת בזק לפעול בתחומי התקשורת שבהם פעלה. בו זמנית בוצעו בחברה כמה שינויים מבניים כדי ליצור תנאים מתאימים כך שהגורמים החדשים שייכנסו כאמור יוכלו לפעול בכל התחומים שבהם פעלה חברת בזק כמונופול.

- 20 בגיבוש של מניית המדינה המיוחדת הייתה כ"ל שותפה מלאה לצוות הממשלתי.
- 21 ראו את תוכן מניית המדינה המיוחדת, כפי שנקבע בתקנון החברה המופיע באחד התשקיפים שלה: כימיקלים לישראל בע"מ תשקיף רישום למסחר בבורסה לניירות ערך בתל אביב בע"מ (2009) maya.tase.co.il/bursa/report.asp?report_cd=463346.
- 22 סעיף 46 בחוק ניירות ערך, שהוסף במסגרת תיקון מס' 11 שקבע את עקרון השוויון בקולות ההצבעה ביחס לערך הנקוב של המניות.
- 23 המחזיק במניה הוא בדרך כלל שר האוצר, המופקד על נכסי המדינה, ולעתים גם שר נוסף.
- 24 השליטה בחברת בזק הועברה בשנת 2005.

כעת, משהשתנה מבנה הפעילות של חברת בזק, היא נדרשה להקים חברות בנות ולהעביר אליהן מקטעי פעילות. מעתה כבר לא סופקו שירותי התקשורת רק על ידי חברה אחת (חברת בזק): כך, למשל, החברה האם (בזק) סיפקה שירותי תקשורת ניידים ושירותי תשתית לאינטרנט, והחברות הבנות (תחילה בזק בין-לאומי ובהמשך פלאפון ו-YES) סיפקו שירותי תקשורת אחרים – תקשורת בין-לאומית, אספקת אינטרנט, תקשורת סלולרית ושידורים.

במשך כעשור התמקדה העבודה של גורמי הממשלה – משרדי התקשורת, המשפטים והאוצר, רשות ההגבלים העסקיים ורשות החברות הממשלתיות – בכניית הנדבכים הבסיסיים לתחרות בתחומי התקשורת והשידורים. לעומת זאת, העיסוק בהפרטת בזק היה במעמד משני לרפורמות הרבות שנערכו. הגורמים המקצועיים והדרג המדיני סברו כי רק לאחר שייפתחו השווקים וייכנסו אליהם שחקנים חדשים אפשר יהיה להעביר לגורמים פרטיים את השליטה בחברה הפועלת כמונופול בתחומים מסוימים. ההנחה הייתה שרק כך אפשר יהיה להבטיח שאכן תתקיים תחרות בין כל הגורמים הפועלים בשוק התקשורת, הנמצאים כולם בבעלות פרטית.

עם התקדמות המהלכים לפתיחת שוק התקשורת לתחרות הוחלט לקדם את הפרטת חברת בזק. באותה עת כבר התגבשה ההכרה שיש למדינה אינטרסים חיוניים מסוימים בחברת בזק והתעוררה השאלה כיצד להסדירם. כאן נתקלנו בבעיה: ערב הצעת המכר הראשונה של מניות המדינה בבורסה בשנת 1990 לא נקבעה מניית מדינה מיוחדת²⁵ – ולכן התעוררה השאלה כיצד אפשר יהיה להבטיח בלעדית את האינטרסים החיוניים של המדינה בחברת בזק גם לאחר הפרטתה? הסוגיה התמקדה בחיפוש דרכים משפטיות אחרות שיבטיחו שמירה על האינטרסים החיוניים של המדינה לאחר העברת השליטה בחברה לגורמים פרטיים.

בשנת 1997 נקבעה לבסוף המתכונת להבטחת האינטרסים החיוניים של המדינה בחברת בזק. תיקון חוק הבזק, כשמו אז (בהמשך שונה שמו לחוק התקשורת), העניק לשרים הממונים סמכות מפורשת לקבוע צו מיוחד שיחול על חברת בזק – "צו אינטרסים חיוניים"²⁶. בצו נקבעו ההסדרים המשפטיים להבטחת השמירה על אותם אינטרסים. הסדר זה קדם בכמה שנים להסדר שנקבע בשנת 2003 בחוק החברות הממשלתיות בסוגיית השמירה על אינטרסים חיוניים של המדינה.²⁷

25 לפי הקבוע בסעיף 46 לחוק ניירות ערך אפשר לקבוע מניית מדינה מיוחדת רק ערב ההנפקה הראשונה של מניות המדינה לציבור. אמנם הייתה דעה שלפיה תיקון זה היה לאחר ההנפקה ולכן בכל זאת אפשר לכאורה לקבוע מניה כאמור לאחר ההנפקה, אך המסקנה המשפטית הייתה שיש לתור אחר דרכים משפטיות נוספות.

26 צו תקשורת (בזק ושידורים) (קביעת שירות חיוני שנותנת "בזק", החברה ישראלית לתקשורת בע"מ), התשנ"ז-1997.

27 הסדר זה היה המקור להשראה לתיקון בחוק החברות הממשלתיות, בשינוי בולט: הצו נקבע מכוח החוק הכללי החל על החברה הממשלתית בהפרטה הוא חוק החברות הממשלתיות, ולא מכוח החוק הספציפי. בדרך זו אפשר להתגבר לגבור על השר הספציפי הממונה על ענייני החברה.

3. קביעת צו אינטרסים חיוניים החל על חברת בזק

לכאורה נבחר פתרון פשוט – הסדרה מפורשת בחקיקה ראשית; בפועל החקיקה מתאפיינת בניסוח מורכב מאחר שבעידן של חוקי יסוד יש לציין בחקיקה הראשית במפורש את כל הנושאים שבהם מוצע להסמיך שר לקבוע הסדרים משניים בחקיקת-משנה – בצו ספציפי. המטרה הייתה להבטיח שהשר יוכל להשתמש בכוחות ובסמכויות מתחום המשפט המנהלי במסגרת דיני התאגידים ככלל ובחברת בזק בפרט, ושהסדרים שייקבעו יהיו אפקטיביים; לשם כך היה צורך לקבוע בחוק הסמכה פרטנית.²⁸ תכלית התיקון הייתה לאפשר לשרים לקבוע הסדרים מפורטים תוך עיגון הנושאים המהותיים שבהם יוכלו לפעול כדי להבטיח את האינטרסים החיוניים שנקבעו. לשם כך נחקקו תיקון מס' 12 ותיקון מס' 28 לחוק התקשורת.

העיקר של תיקון החקיקה גלום בשתי אמירות בו: האחת היא קביעה מפורשת שלפיה יש למדינה אינטרסים חיוניים בחברת בזק שיש להגן עליהם; האחרת²⁹ היא קביעה מפורשת שלפיה הדרך המתאימה לפעול להבטחת האינטרסים האלה, הלכה למעשה, היא צו מיוחד שייקבע לגבי חברת בזק ויכלול הסדרים מנהליים. נקבע כי הסדרים אלה יכללו קבלת אישורים מראש הממשלה ומשר התקשורת טרם רכישה של אמצעי שליטה בחברה ובמהלך החזקתם, מנגנוני פיקוח ואכיפה על ידי ראש הממשלה ושר התקשורת על קיומם של אישורים אלה, והוראות שלפיהן צו יוכל להסדיר את הרציפות במתן שירותי תקשורת בכל רחבי המדינה.

האמצעים שנבחרו בצו הבזק לשמירה על האינטרסים החיוניים נבעו, רובם ככולם, מהתהליך המרתק שביצענו עם אנשי המקצוע הרלוונטיים ממשרדי ממשלה שונים. התהליך התמקד בניסיון לצפות תרחישים של פגיעה אפשרית באינטרסים החיוניים הקשורים בפעילות של חברת בזק, כפי שהוגדרו, ולבחון איזה כלים משפטיים יאפשרו למנוע מצבים אלה או לצמצם את הנזק העלול לנבוע מהתממשותם. בשלב הבא תורגמו תרחישים אלה – והמנגנונים שמצאנו כמתאימים ביותר להתמודד עמם – לכלים משפטיים המופעלים באמצעות המשפט המנהלי על המישור התאגידי, דהיינו: על חברת בזק.

התוצאה מכל אלה הייתה קביעה בצו של מנגנונים המופעלים על חברת בזק, על גופיה ומוסדותיה, במסגרת תפיסה של ממשל תאגידי מיוחד ובאופן שיאפשר התערבות למניעת פגיעה של החברה באינטרס חיוני של המדינה.

ניקח לדוגמה את הסוגיה הפשוטה לכאורה בדבר אישור הזרות של בעל השליטה בחברה – מניעה של העברת השליטה לאחר בלא אישור מוקדם על ידי המדינה. כיום,

28 חוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982.

29 סעיף 4ד(א)(1) לחוק התקשורת קובע: ראש הממשלה והשר, מיזמתם וכן לבקשת שר הביטחון, באישור הממשלה, רשאים לקבוע בצו כי שירות בזק המפורט בו הוא שירות חיוני (להלן – שירות חיוני) אם ראו אחד מאלה:

(א) כי הפסקה, צמצום או פגיעה אחרת בו, לרבות בסדירות אספקתו, עלולה לפגוע בבטחון המדינה או באספקה נאותה של שירותים לציבור;

(ב) כי רכישת שליטה או אמצעי שליטה או החזקתם בנותן השירות החיוני עלולים לפגוע במדיניות הממשלה בתחום הבזק ובכלל זה בתחרות בתחום זה.

הליך האישור של בעל השליטה בחברה המקבלת זיכיון או רישיון מהמדינה הוא הליך מוכר, אולם על פי צו התקשורת אישור בעל השליטה בתאגיד אינו נוגע רק לתאגיד המחזיק בפועל במניות החברה המופרטת, אלא מגיע לבחינה של "האדם שהוא בשר ודם" שבקצה השרשרת של התאגידים המחזיקים במניות החברה המופרטת. כיום בדיקה זו מקובלת בכמה מקרים שבהם המדינה בוחנת שליטה, אך בעת שנקבע צו האינטרסים החיוניים לא היה זה מובן מאליו כלל ועיקר³⁰. בעולם שבו אין בהכרח אדם אחד השולט בחברה, ויש דבוקת שליטה המוחזקת על ידי כמה קבוצות, הדרישה לאשר את היחידים בכל הקבוצה מובילה לבחינה של מבנים מורכבים ושותפויות בין כמה קבוצות ברמה המקומית והגלובלית, שאת כולן יש לבדוק ולאשר כדי להגיע לזהות המדויקת של בני האדם – הפרטים בשר ודם – שהם בעלי השליטה. לעתים, כשהבעלות בחברה הרוכשת את השליטה או בחברה המשתתפת בקבוצת השליטה מבוזרת, מי שמחזיק בשיעור של 5% בחברה טעון אישור, ואם לא ניתן האישור לא תאושר ההחזקה בחברת בזק.

בהליך זה נדרשה הסדרה מאוזנת המביאה בחשבון את העובדה שבזק היא חברה בבעלות פרטית הפועלת בתחום דינמי ונדרשת לגמישות בפעילותה העסקית. בהפרטת בזק הכירו גורמי הממשלה, בכל הדרגים במשותף, בכך שיש למדינה אינטרסים נוספים על עצם ההפרטה. כך, לראשונה באופן סדור, במסגרת המשפט המנהלי ובמתכונת של צו הנקבע על ידי ראש הממשלה ושר התקשורת, נקבעו האינטרסים החיוניים (בעניין בזק – ביטחון, אספקה של שירותי תקשורת מסוימים בכל רחבי המדינה) וכן הגורמים שצריכים לשאת בנטל האכיפה והפיקוח על האינטרס הציבורי לאחר ההפרטה. בד בבד נקבעו גם הסנקציות שאפשר לנקוט אם לא יעמדו חברת בזק ובעלי המניות שלה בהוראות הצו.

צו האינטרסים החיוניים בהפרטת בזק היה הסנונית ראשונה באסדרת האינטרסים החיוניים של המדינה בהפרטת חברה ממשלתית תוך שימוש בכלים מנהליים – שאינם מניית מדינה מיוחדת – כדי להבטיח כי יחולו במישור התאגידי המנגנונים שייקבעו מתחום המשפט המנהלי.

כאמור, בעקבות הצו הוסף פרק חדש ודומה במהותו לחוק החברות הממשלתיות. הפרק החדש מקנה סמכות לקביעת צו אינטרסים חיוניים בכל חברה ממשלתית העומדת לפני הפרטה.

4. חוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות

ההתפתחות האחרונה בסוגיה היא החוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, תשע"ד-2013.³¹ חוק זה, ברובו, הוא פרי של עבודת הוועדה הממשלתית להגברת התחרותיות ולצמצום הריכוזיות.³² ההסדר שנקבע בפרק ב' לחוק, תחת הכותרת "שקילת שיקולי ריכוזיות כלל-משקית ושיקולי תחרותיות ענפית בהקצאת זכויות", עוסק בשמירה

30 למעט בתחומי הבנקאות.

31 ס"ח התשע"ד עמ' 92.

32 www.mof.gov.il/Committees/PreviouslyCommittees/Pages/CompetitivenessCommittee.aspx

ובהבטחה של אינטרסים חיוניים מסוימים של המדינה בכלל והקצאת הזכויות – מניעת ריכוזיות וקידום תחרות. על פי ההסדר, בכל המקרים המנויים בפרק האמור, שבהם נדונה הפרטה של חברה ממשלתית או הקצאה של זכויות מזכויות המדינה בתחומים מסוימים בעלי משמעות משקית – במקרים אלה יחולו תהליכים מובנים של גורמי ממשלה שנקבעו לשם כך, במטרה להבטיח כי במהלך ההפרטה יובאו בחשבון שיקולים של מניעת ריכוזיות וקידום תחרות. החוק מגדיר מיהו גורם ריכוזי ומה הן תשתיות חיוניות וכן הוקמה ועדת ריכוזיות. על פי 5(ד) לחוק האמור יש לשקול – נוסף על כל שיקול אחר הקבוע בדין – "שיקולים של מניעת הרחבת הפעילות של גורם ריכוזי, בשים לב לתחומי הפעילות הנוגעים לעניין ובהתחשב בזיקה ביניהם".

סיכום

לאחר שני עשורים של עיסוק של גורמי הממשלה בסוגיית האינטרסים המיוחדים של המדינה, כעשר שנים לאחר השלמת צו האינטרסים חיוניים החל על חברת בזק וחקיקת הפרק המיוחד בחוק החברות הממשלתיות, נקבעו בחקיקה במפורש ובמפורט עקרונות המשקפים אינטרסים חיוניים משקיים שיש לשמור עליהם באופן רחב ומקיף. כך נוסף לחקיקה הישראלית הסדר מיוחד וחדש בתחומי ההפרטה במובנה הרחב, על כל צורותיה.³³ אפשר לראות בכך השלמה של תהליך ארוך שהחל כבר בשנות התשעים.³⁴ בעיקר חשוב לראות את ההסדר הכולל ואת התהליך הארוך שקדם לו, כהכרה בעיקרון שהעברת נכסים של המדינה לגורמים פרטיים ומתן רישיונות בתחומים שבהם יש למדינה ולציבור אינטרסים חשובים – מחייבת חשיבה מיוחדת ואסדרה מתאימה שתכליתה לשמור על אינטרסים רחבים החיוניים למדינה ולציבור.

33 ראו את הגדרה של הקצאת זכות בסעיף 1 לחוק להגברת התחרותיות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ד-2013, פרק א'.

34 הסדרים אלה, שנקבעו לאחר תקופתנו, מעגנים את העיקרון החשוב שלפיו לא רק אינטרסים ספציפיים הנוגעים למהות ולפעולה של החברה הממשלתית המופרטת הם אינטרסים חיוניים שיש להבטיחם בעת הפרטה אלא גם אינטרסים משקיים רחבים.

