

רגולציה בתנאים של ביזור: בין התנגשות לסינרגיה ומבט למציאות הרגולטורית בישראל

לרגולציה בישראל פנים רבות, ורגולטורים רבים. כאשר רגולטורים שונים מאסדרים את אותה תופעה, מתקיים ביזור רגולטורי, שלו יתרונות וחסרונות גם-יחד. מאמר זה סוקר את הביזור הרגולטורי ונותן בו סימנים לפי סיווג הרגולטורים המעורבים מבחינת מבנה הסמכות, הערכים המוגנים, והמאפיינים המוסדיים הרלוונטיים. כאשר מתקיימת חפיפה בין רגולטורים שונים, עולה שאלת ההסדרה המערכתית הרצויה, שתמנע כפילויות וחיכוכים מיותרים, ותאפשר לכל רגולטור לתרום לאסדרה האופטימאלית.

המאמר סוקר שני מקרי-מבחן של ביזור רגולטורי בישראל: היחס בין תחרות לבין הגנת הסביבה בהקשר של השוק הסלולארי, והיחס בין הגנה על בריאות לבין עידוד הסחר החופשי בהקשר של יבוא מזון תינוקות, והכשל הרגולטורי הכרוך במקרה רמדיה. מקרי-המבחן מאפשרים לנו לגזור מסקנות לגבי ביזור רגולטורי כיתרון המאפשר משילות ראויה, למשל במניעת שרירות רגולטורית ושבי הרגולטור, התמקצעות, וסינרגיה של הגופים המעורבים. גם החסרונות הכרוכים בביזור רגולטורי נבחנים, החל בקונפליקטים מיותרים, דרך קיבעון מחשבת ומוסדי, יתר-בירוקרטיה ועלויות רגולטוריות, והיעדר קוהרנטיות של הממשל כלפי הפרטים המוסדרים.

לאור כל אלה, המאמר סוקר את הדרכים להתמודד עם ביזור רגולטורי, וכיצד אלו יכולים להשיא את היתרונות ולמזער את החסרונות, כדי ליצור רגולציה אופטימאלית.

מבוא

ביזור רגולטורי קיים בכל מקום שבו פעילות אחת מוסדרת בו זמנית על ידי כמה רגולטורים. תופעה זו מתרחשת הן בשל הוראות כלליות (כגון הוראות בדבר ההגנה על התחרות בשוק)¹ החלות גם על תחומים המוסדרים על ידי רגולטורים סקטוריאליים (כגון משק החשמל המוסדר על ידי הרשות לשירותים ציבוריים חשמל), והן בשל הקיום של רגולטורים כלליים שתחומי סמכותם חופפים חלקית (כגון רשות הגבלים עסקיים והמשרד להגנת הסביבה). תהליכים כלכליים של גלובליזציה והפרטה, נוסף על תהליכים

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. הערות והארות יתקבלו בכרכה:
oren.perez@biu.ac.il, tzipi2408@gmail.com, Adi.Ayal@biu.ac.il

1 הוראות המוצאות ביטוי בחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 ס"ח 128 ובהן איסור הסדר כובל (סעיפים 4-6), אסדרה של מיוזגי חברות (סעיפים 19-21), אסדרת מונופולין (סעיפים 26-27) ואסדרה של קבוצות ריכוז (סעיפים 31א-31ב).

ספציפיים הקשורים להצטרפות של ישראל לאחרונה לארגון OECD,² הביאו למקרים רבים של חפיפה כזו. דומה כי תופעת הביזור הרגולטורי קיימת במרבית תחומי הפעילות והיא חלק מעולם הרגולציה של ימינו. במקרים רבים נוצר ביזור רגולטורי ללא מחשבה סדורה, ללא התייחסות לחפיפה בין כמה גורמי אסדרה וכלי שניתנה הדעת לעובדה שיש הבדלים מהותיים בין סמכויותיהם, בין עקרונות-העל המנחים אותם, בין האתוסים המוסדיים המשפיעים על אופן פעולתם ובין כללי המנהל שהם כפופים להם. מצבים אלה מדגישים את חסרונות הביזור הרגולטורי ואת הקשיים שעמם גורמים מוסדרים נאלצים להתמודד. מנגד, לעתים החפיפה בין כמה גורמי אסדרה יוצרת סינרגיה בין גורמים המתמחים בתחומים שונים זה מזה, כך שהשלם גדול מסך חלקיו.

הפרק הראשון במאמר מתאר ותוחם את גבולות הדיון בתופעות הביזור הרגולטורי והחפיפה הרגולטורית הנוצרת בעקבותיו, ומסביר את הרקע להיווצרותם. הפרק השני מציג שני מקרי מבחן המאירים סוגים שונים של חפיפה בין סוגים שונים של רגולטורים: תהליך האסדרה והרישוי של אנטנות סלולריות זעירות המוצבות בתוך שכונות מגורים וייבוא של תחליף חלב לתינוקות שבדיעבד התברר כבעל השפעות בריאותיות קשות. הפרקים השלישי והרביעי סוקרים את היתרונות והחסרונות (בהתאמה) של הביזור הרגולטורי, כשהדיון התאורטי נסמך על תוכנות העולות ממקרי המבחן שנסקרו. הפרק החמישי בוחן מנגנונים מוסדיים לשיפור התיאום בין גורמי אסדרה, בין כאלו הקיימים ובין כאלו שראוי לאמץ. פרק הסיכום קורא להתמודדות אופרטיבית עם המצב הנוכחי בשל הכשלים שהוא טומן בחובו.

א. ביזור רגולטורי, חפיפה רגולטורית ומה שביניהם

1. הגדרת מושגים ותיחום הדיון

בפתח הדברים נפנה להבחנה מושגית בין רגולציה כללית לרגולציה סקטוריאלית (המכונה לעתים "רגולציה ספציפית") ובין רגולטור כללי לרגולטור סקטוריאלי (המכונה לעתים "רגולטור ספציפי"). רגולציה כללית היא מערכת נורמות החלה על כל המגזרים או על כל השווקים במשק באופן כללי, והרגולטור האמון עליה הוא רגולטור כללי (כגון רשות הגבלים עסקיים). רגולציה סקטוריאלית היא מערכת נורמות החלה על שוק ספציפי או על תחום פעילות ספציפי ומבוססת על מומחיות ספציפית באותו שוק או באותה טכנולוגיה, והרגולטור האמון עליה הוא רגולטור סקטוריאלי (כגון הרשות לשירותים ציבוריים-חשמל). יצוין כי הסיווג של רגולטור כלשהו ככללי או כספציפי תלוי בהקשר ובמאפיינים של המגזר ושל תחום הפעילות הנבחן; דהיינו: אותו רגולטור עשוי להיחשב כללי בהקשר אחד וספציפי בהקשר אחר. כך, למשל, המשרד להגנת הסביבה יכול להיחשב רגולטור

2 הארגון לשיתוף פעולה ולפיתוח כלכלי (The Organization for Economic Co-operation and Development; OECD) הוא ארגון בינלאומי של המדינות המפותחות החולקות ערכים משותפים של דמוקרטיה וכלכלת שוק חופשי, ומשתפות פעולה אל מול האתגרים הגלובליים – כלכליים, חברתיים וסביבתיים. בסוף 2010 היו חברות בארגון 34 מדינות.

ספציפי בהקשר של משק מחזור הפסולת בישראל, ורגולטור כללי בהקשר של משק החשמל בישראל.

תופעת הביזור הרגולטורי נוצרת כשסמכויות לקביעת הרגולציה ולפיקוח על יישומה בתחום מסוים מחולקות בין כמה גורמים הפועלים בד בבד, לעתים תוך חפיפה מלאה או חלקית. מצב זה יכול שיהיה מתוכנן, כמהלך יזום של פיצול סמכויות, ויכול שיהיה תוצאה של כללי רגולציה שנקבעו בד בבד בתחומים נפרדים והמציאות המורכבת הצמיחה חפיפה ביניהם. הסוג הראשון מאפיין שיטות של "איוונים ובלמים" שתוכננו כדי שגורמי הרגולציה יצטרכו לשתף פעולה זה עם זה באופן שיאפשר פיקוח הדדי ויביא למימוש טוב יותר של התכליות שעליהן הם אחראים; הסוג השני מאפיין במיוחד תעשיות מאוסדרות, הפועלת תחת אסדרה של רגולטור סקטוריאלי ובו בזמן כפופות לרגולציה כללית של רגולטור כללי. מעבר לכך, גם ללא רגולציה ספציפית לסקטור מסוים, פעילויות רבות נופלות תחת הסמכות של כמה רגולטורים כלליים שכל אחד מהם ממוקד בהיבטים אחרים של הפעילות.

הביזור הרגולטורי שבו נתמקד במאמר זה מתאפיין בחפיפה רגולטורית מלאה או חלקית, שיכולה ליצור הגבלות על הפעלת הסמכויות הרגולטוריות או על הפעילות המוסדרת תחת פיקוח של כמה רגולטורים. דוגמה לחפיפה מלאה היא מתן אישור מקדמי להפעלה של תאגיד האיסוף והמחזור לפי החוק להסדרת הטיפול בארזיות.³ במקרה זה הוקנו סמכויות הן למשרד להגנת הסביבה – למתן הכרה בתאגיד כגוף מוכר לפי החוק האמור, והן לממונה על הגבלים עסקיים – למתן פטור מאישור הסדר כובל לפי חוק ההגבלים העסקיים, נוכח העובדה שהתאגיד בבעלות חברות יצרניות המתחרות זו בזו במגוון תחומי פעילות ושוקים. דוגמה לחפיפה חלקית היא הפיקוח על התחבורה הציבורית, שבו מוקנות סמכויות למשרד התחבורה על פי פקודת התעבורה בנוגע לרישוי ולתפעול של כלי הרכב,⁴ לשר התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים לפי חוק הפעלת כלי רכב (מנועים ודלק),⁵ בנוגע לאיכות הדלקים לתחבורה,⁶ ולשר להגנת הסביבה לפי חוק אוויר נקי, בנוגע להיבטים של פליטת מזהמים לאוויר שמקורם בתחבורה.⁶

במסגרת הדיון בתופעת החפיפה, נתייחס לחקיקה ראשית, ככל שיש בה כדי ליצור תשתית לתחרות או לחפיפה בין סמכויות של רגולטורים באסדרה של תחום פעילות או של ענף משקי מסוים. נוסף על כך נבחן את האופן שבו חפיפה כזו באה לידי ביטוי בהפעלת הסמכות הרגולטורית, בין על ידי משרדי הממשלה ובין על ידי רשויות רגולטוריות עצמאיות.⁷ השאלה המרכזית שמתעוררת במקרים של חפיפה בין תחומי הפעילות של

3 חוק להסדרת הטיפול בארזיות, התשע"א-2011 ס"ח 278.

4 פקודת התעבורה [נוסח חדש], נ"ח 173.

5 חוק הפעלת רכב (מנועים ודלק), התשכ"א-1960 ס"ח 12.

6 חוק אוויר נקי, התשס"ח-2008 ס"ח 752.

7 יש הסוברים כי ראוי לפרש את המונח "רגולציה" כחל על רשויות מסדירות, ולהחריג ממנו את הרשות המחוקקת. לענייננו, דווקא אסדרה שמקורה בחקיקה ראשית היא משמעותית, שכן יש בה תרומה משמעותית לביזור הרגולטורי שבו נעסוק. לדיון בסוגי רגולציה ולשאלת החקיקה כסוג של אסדרה ראו ROBERT BALDWIN, MARTIN CAVE & MARTIN LODGE, UNDERSTANDING HANDBOOK ON THE POLITICS OF ;REGULATION: THEORY, STRATEGY, AND PRACTICE (2012)

כמה רגולטורים היא איך אפשר להסדיר את הממשק ביניהם באופן שימנע קונפליקטים או השתלטות (לא מוצדקת בראייה ציבורית) של תחום מסוים על תחום אחר, ויאפשר שיתוף פעולה סינרגטי – שילוב בין עולמות התוכן של הגורמים המעורבים בדרך שתבטיח איזון ראוי בין התכליות הרגולטוריות שעליהן הם ממונים. המענה לשאלה זו טמון במערכת המוסדית שקובעת כיצד לפתור מקרים של קונפליקט בין רשויות (ובמשתמע בין הערכים שהן מייצגות). הדבר יכול שיעשה באמצעות גוף שלישי שתכליתו ליצור קואורדינציה בין הרגולטורים הרלוונטיים, אך גם יכול שיעשה על ידי הענקת עדיפות לאחד מהרגולטורים הנרונים או באמצעות החלה מראש של כללי קואורדינציה הדדיים בין הרגולטורים לכין עצמם.

(א) הרקע להיווצרות החפיפה הרגולטורית

המדינה המודרנית כוללת גורמי אסדרה רבים שלכל אחד מהם הצדקה עצמאית, אך הממשק ביניהם עשוי ליצור קונפליקטים בעייתיים. בישראל נוסף ממד היסטורי, שכן פעילות כלכלית רבה החלה את דרכה בתמיכה של הממשלה או בביצועה, וכשפעילות זו הופרטה נוצר צורך בפיקוח על הגורמים הפרטיים שתפסו את מקום הממשלה שחדלה לספק את המוצר או את השירות. בראשית דרכה של המדינה רוכזו מאמצי הממשלה בעידוד הצמיחה ובפיתוח של תעשיות, תשתיות ומוקדי תעסוקה, במטרה לשרת את השוק המקומי על רקע מצבה של המדינה הקטנה והמתפתחת שהייתה מוקפת איומים אסטרטגיים והתקשתה לגייס הון זר. לשם כך עסקה הממשלה ישירות בפעילות כלכלית של ייצור מוצרים ואספקת שירותים, החזיקה בנכסים ובמשאבים העיקריים בשוק המקומי ונקטה מדיניות ריכוזית ופטרנליסטית. הליכי ההפרטה, שהואצו בשנות השמונים של המאה הקודמת, הגבירו את החשיבות של התחרות ושל הפיקוח המדינתי על הפעלה של אמצעי ייצור ונכסים שהיו ציבוריים בעבר.⁸ כתוצאה מכך הלכה והתרחבה הרגולציה בישראל בתהליך ההדרגתי המתואר של העברת הזכות לאספקת מוצרים או שירותים מהמגזר הציבורי אל המגזר הפרטי.⁹ מהלך התפתחות זה מסביר את העובדה שאי־אפשר להצביע בישראל על עיצוב מראש של מדיניות רגולטורית סדורה ועקבית, להבדיל מדפוס התפתחות אחר של רגולציה (בארצות־הברית לדוגמה) כשיטה פוליטית ומנהלית מגובשת להסדרה של פעולת

REGULATION (David Levi-Faur ed., 2012); דוד לוי־פאור, נועם גרון וסמדר מושל "הגרעון הרגולטורי של עידן ההפרטה" (Jerusalem papers in Reg. & Governance, working paper) regulation.huji.ac.il/papers/jp%2056.pdf (No. 56, 2013). אורי ארבל־גנץ, רגולציה – הרשות המפקחת 14 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2003) (להלן: ארבל גנץ).

8 יאיר אהרוני ריכוזיות, קבוצות בעלות וקשרי גומלין במשק הישראלי 1966–1948 2–31 (1970); שלמה אקשטיין, בן ציון זילברפרב ושמעון רוביץ הפרטת חברות בישראל ובעולם 156–164 (1988); דפנה ברק־ארו "המשפט הציבורי של ההפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" עיוני משפט 3 (3) 461 (2008) (להלן: ברק־ארו "המשפט הציבורי של ההפרטה").

9 על הצורך בפיתוח של מנגנוני רגולציה עם הפחתת הבעלות הממשלתית באספקת סחורות ושירותים ראו ברק־ארו "המשפט הציבורי של ההפרטה", שם.

השוק ויחסי מדינה-כלכלה, כחלק ממודל המדינה הרגולטורית המודרנית המבוסס על פעולה של סוכנויות רגולטוריות מקצועיות עצמאיות.¹⁰ כתוצאה מכך אפשר להבחין בישראל במגוון של רגולטורים – שרי ממשלה שקיבלו סמכויות פיקוח, רשויות ציבוריות הכפופות לשר בממשלה,¹¹ רשות עצמאית שהקמתה מעוגנת בחוק ואינה כפופה לשר (כגון הרשות לשירותים ציבוריים-חשמל שהוקמה בחוק משק החשמל, כרשות עצמאית,¹² או רשות ההגבלים העסקיים שהוקמה בחוק ההגבלים העסקיים¹³). שורשי הביזור הרגולטורי בישראל נעוצים, בין היתר, בטיפול נפרד על ידי שרים שונים ובתקופות שונות של ההתפתחות הכלכלית של המדינה, בתחומי פעילות או במגזרים משקיים מסוימים. הטיפול הנפרד הוביל לשילוב בין כמה סוגים של רגולטורים ולביזור של סמכויות בתחומי פעילות משותפים. כך, למשל, הפעילות של יצרני חשמל פרטיים (בגז טבעי או באנרגיה סולארית) מפוקחת הן על ידי הרשות לשירותים ציבוריים-חשמל (שהיא בעלת הסמכות לקבוע את תעריפי החשמל), הן על ידי שר התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים (בעל הסמכות המיניסטריאלית על משק החשמל), והן על ידי רשות הגבלים עסקיים (בהיבטים הנוגעים לתחרות בשוק). חלקם מפוקחים גם על ידי רשות הגז הטבעי במשרד התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים (הפועלת מכוח חוק משק הגז הטבעי).¹⁴

בד בבד עם תהליכי ההפרטה שתוארו לעיל, תהליכי גלובליזציה שהשפיעו על ישראל בזירה הבינלאומית הם מקור נוסף ומרכזי ליצירה של ביזור רגולטורי. ההשתלבות של מדינת ישראל במסחר העולמי הובילה לכך שתחומי פעילות רבים נהפכו כפופים לנומרות מהזירה הבינלאומית ולהשפעה של גופים בינלאומיים על הפעילות של רשויות רגולטוריות במשפט הישראלי המקומי.¹⁵ ההצטרפות של מדינת ישראל לאמנות בינלאומיות בתחומי פעילות כמו סחר, הגנת הסביבה, קניין רוחני ועוד, נוסף על הצטרפותה לגופים בינלאומיים כמו ארגון הסחר העולמי (WTO), הארגון לשיתוף פעולה ופיתוח כלכלי (OECD) ופעילותה באמצעות מכון התקנים בארגון הסטנדרטים הבינלאומיים (ISO) ועוד, הטילו עליה את החובה לקבוע מנגנוני פיקוח על קיום הנורמות הבינלאומיות בתחומה.

10 כך, למשל, לעניין ההתפתחות של הרגולציה בארצות-הברית ראו JAMES W. MacKIE, THE ENDS AND MEANS OF REGULATION (1974); MICHAEL D. REAGAN, REGULATION: THE POLITICS OF POLICY (1987). לעניין התפתחות הרגולציה באירופה, ובעיקר בבריטניה ראו: Giandomenico Majone, *The Rise of the Regulatory State in Europe*, 17 W. EUR. POL. 77 (1994); REGULATION THEORY: STATE OF THE ART (Robert Boyer & Yves Saillard eds., 2001).

11 כגון רשות הנמלים והרכבות הכפופה לשר התחבורה, או רשות מקרקעי ישראל הכפופה לשר הבינוי והשיכון.

12 ס' 22 לחוק משק החשמל, התשנ"ו-1996 ס"ח 208.

13 ס' 41 לחוק ההגבלים העסקיים.

14 פרק ו' לחוק משק הגז הטבעי, התשס"ב-2002 ס"ח 55.

15 לסקירת האתגר הניצב לפני המשפט המנהלי נוכח אתגרי הגלובליזציה, ולניתוח ההשפעות של המשפט הבינלאומי על הרגולציה המדינתית, ראו דפנה ברק-ארוז ואורן פרז "המשפט המנהלי בישראל והאתגר הגלובלי" עיוני משפט לד 93 (2011) (להלן: ברק-ארוז ופרז).

תהליכי הגלובליזציה תרמו במיוחד לביוזר הרגולטורי, מאחר שהמבנה השלטוני בישראל גרם לכך שכמה גורמים היו אחראים להטמעת הנורמות הבינלאומיות במשפט הישראלי. כך, למשל, מונה משרד האוצר לשמש רשות רגולטורית לאומית האמונה על ההצטרפות לארגון OECD, שהצריכה התייחסות לנושאים סביבתיים הנתונים לפיקוח של המשרד להגנת הסביבה. בד בבד נגעה ההצטרפות לארגון גם למניעה של הלכנת הון, נושא הנמצא בתחום הסמכות הרגולטורית של משרד המשפטים. תהליכי הגלובליזציה יצרו ביוזר רגולטורי לא רק בהקשר הפנים-ישראלי אלא אף הביאו להכפפה של רשויות רגולטוריות לנורמות שמקורן בזירה הבינלאומית ולגופים בינלאומיים שקשורים להן, בצד הנורמות הלאומיות המיושמות על ידן.¹⁶ כך, למשל, ההצטרפות לארגון הסחר העולמי כובלת את ישראל למערכת מסועפת של הסכמים שהשפעתם הנורמטיבית רבת רבדים ואינה מוגבלת לתחום כלכלי צר.¹⁷ בפרט החברות בארגון הסחר העולמי חשפה את המשפט הפנימי הישראלי למשטר נורמטיבי שיש לו פוטנציאל התערבות גדול בתהליכי קבלת החלטות בתחומים הנופלים בגדרו של משטר זה.

אם כן, תופעת הביוזר הרגולטורי בישראל נובעת מתהליכים פנימיים וחיצוניים גם יחד, חלקם דומים לתהליכים העוברים על מדינות אחרות בעולם וחלקם ייחודיים לנוף הישראלי. בהקשר זה ראוי לציין את סמיכות הזמנים בין גורמי ההשפעה על התפתחות הרגולציה בישראל, דהיינו: את ההתפתחות המהירה של ישראל ממדינה חדשה המוקמת על אדנים קולקטיביים למדינה שכלכלתה מבוססת על שוק חופשי (גם אם מפוקח); ממדינה המפעילה רגולציה עצמאית למדינה-החברה בארגונים בינלאומיים בעלי נורמות מחייבות. סמיכות זמנים זו הוסיפה ממד של שינוי מהיר יחסית בהתפתחות הרגולציה הישראלית בהשוואה למדינות אחרות בעולם, שבהן בדרך כלל התמשכו התהליכים על פני תקופות ארוכות בהרבה.

אמנם עיקר הדיון להלן יתמקד בתופעה של כפילות הסמכויות בין גורמי רגולציה – בין גורמים שנוצרו בלחץ זמן ובין גורמים שנוצרו בתהליכים אטיים יותר; מכל מקום הרקע ההיסטורי והמוסדי מאפשרים הבנה מעמיקה יותר של הבעיות הספציפיות שעמן מתמודדת הרגולציה בישראל. בפרק הבא נביא דוגמאות מספר שתמשנה מקרי מבחן לליבון הבעיות הקשורות בתחרות בין סמכויות הנובעת מביוזר רגולטורי. נתמקד בשני מקרי מבחן עיקריים: המתח בין עידוד התחרות להגנה על בריאות הציבור ועל הסביבה בהקשר של השוק הסלולרי, והמתח בין אינטרס הסחר החופשי לפיקוח על מוצרי מזון כפי שעלה בפרשת "רמדיה", שבה יובא מזון תינוקות שגרם לכשלים בריאותיים חמורים. במקרה הראשון נראה אינטראקציה בין פיקוח של רגולטור סקטוריאלי לרגולטורים כלליים, ובמקרה השני נראה כיצד רגולטורים כלליים מתנגשים ביניהם גם בתעשיות שלא להן הוקצה רגולטור סקטוריאלי.

16 היבט זה של ביוזר רגולטורי לא ינותח במאמרנו, מקוצר היריעה. אנו נתמקד בתופעת הביוזר המתרחשת כששני רגולטורים או יותר נמצאים בסמיכות תפקודית. ראו בהקשר זה ברק-ארוז ופרז, שם.

17 Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Apr. 15, 1994, 1867 U.N.T.S. 154.

יודגש כי התופעה שבה תחום פעילות אחד כפוף לכמה גורמים רגולטוריים נפוצה ואולי אף מהווה את הכלל ולא את החריג. עדיין, הביזור הרגולטורי שבו עוסק מאמר זה חורג מתופעה כללית זו ומאפיין מצבים שבהם אותה פעילות ממש כפופה בעת ובעונה אחת לכמה סוגי רגולציה. כפי שנראה בהמשך, כאשר רגולטורים שונים פועלים בו זמנית **ביחס לאותה פעילות ממש**, נוצרת אי-יודאות – ולעתים אף סתירה – באשר לסטנדרטים החלים ובאשר למטרות הרגולטוריות והכלים שנעשה בהם שימוש. לאחר היכרות מעמיקה יותר עם דוגמאות שמקורן במציאות הרגולטורית בישראל, נשוב לדיון הכללי ולסיווג היתרונות והחסרונות, תוך בחינה של פתרונות מוסדיים לחפיפה הנורמטיבית.

(ב) טיפוסים רגולטורים: סיווג ראשוני

הדרך להסדיר את הקונפליקט הטבוע בכיזור רגולטורי רצופה באתגרים הנעוצים במאפיינים של הרגולטורים ושל הרגולציה הרלוונטית, ובאינטראקציה בין הרגולטורים לבין בעלי העניין. אפשר לאפיין את הממשק (או הקונפליקט הפוטנציאלי) בין רגולטורים לפי פרמטרים הנוגעים לאופיים ולטיב הקונפליקט שביניהם:¹⁸

- א. מבנה הסמכות: מידת העצמאות של הרגולטור (כפיפות, אופן המינוי ומשכו, מידת ההפרדה בין הרשויות השלטוניות ובין הרגולטורים הנדונים).
- ב. מאפיינים ערכיים: הערכים המוגנים על ידי כל רגולטור.
- ג. מאפיינים מוסדיים: התרבות והאתוס המוסדיים, השפה והכלים של כל אחד מהרגולטורים.
- ד. מאפיינים מערכתיים: מבנה ההסדרה הפורמלי של יחסי הגומלין בין הרגולטורים ומנגנוני תיאום לא פורמליים בין הרגולטורים.

כפי שנראה להלן, קונפליקט בין רגולטורים יכול לשקף הן מאבקי כוח והן מאבקים ערכיים.

ראשית, מבחינה מבנה הסמכות, יש בישראל כמה סוגים של רגולטורים ואפשר להבחין ביניהם לפי פרמטרים מוסדיים: השיוך המוסדי של הרגולטור (למשל: רגולטור משרדי, יחידת סמך משרדית או עצמאית, רשות עצמאית או מועצה מקצועית), דרך המינוי של הרגולטור (למשל: על ידי שר בממשלה, על ידי שר בהתייעצות עם ועדת כנסת, על ידי מליאת הממשלה או על ידי נשיא המדינה), מידת העצמאות שלו (ההפרדה בין הרגולטור לבין הדרג הפוליטי כפי שהיא מתבטאת באופן האישור של התקציב, באופן המינוי של עובדים ובעלי תפקידים, אפיקי הבקרה וכיוצא באלה), מהות הסמכויות הנתונות לו (תוך הבחנה בין סמכויות לתקינה, לביצוע ולשיפוט). המאפיינים המוסדיים של הרגולטור הם בעלי השלכה ישירה על האופן שבו הוא יתנהל ויגבש את עמדותיו, וכפועל יוצא מכך הם גם מרכזיים להבנה של מוקדי החיכוך האפשריים בינו לבין רגולטורים אחרים. הנחת מוצא מקובלת היא שככל שהרגולטור עצמאי יותר, כך תהא מחויבותו למטרת הרגולציה שעליה הופקד רבה יותר, וככל שהוא תלוי יותר בדרג הפוליטי שמינה אותו, כך יקשה עליו להתעלם משיקולים פוליטיים של הדרג הממנה לטובת האינטרס הציבורי הרחב. נוסף על

18 ראו הצעות למיון נורמטיבי ופוזיטיבי של רגולציה ורגולטורים בארבל גנץ, לעיל ה"ש 7, בעמ' 83-123.

כך, ככל שהופקדו בידי הרגולטור סמכויות מקיפות ומשמעותיות יותר עולה ביתר שאת שאלת הבקרה הציבורית על התנהלותו ועולה גם פוטנציאל החיכוך עם רגולטורים אחרים. שנית, מבחינה ערכית, רשויות רגולטוריות מתמנות לצורך הגנה על אינטרס ציבורי קונקרטי. האינטרסים הללו מאפשרים להבחין בין רגולציה כלכלית לרגולציה חברתית. רגולציה כלכלית מכוונת לטפל בכשלי שוק במקרים כגון תמחור של מוצרי יסוד, כשלים בתחרות, חסמי כניסה וחסמי יציאה. מטרתה היא להשיא את היעילות הכלכלית על ידי הפחתת מכשולים לתחרות ולחדשנות, תוך שימוש בתמריצים כלכליים. הרגולציה הכלכלית יכולה להיות כללית או סקטוריאלית. ככל שהרגולציה הכלכלית היא כללית – קרי: רחבה ורוחבית במהותה – גדל תחום החיכוך הפוטנציאלי בינה לבין רגולציה סקטוריאלית החלה בד בבד עמה.

סוג אחר של ערכים מוגן על ידי רגולציה חברתית, היכולה לנבוע מערכים שאינם בהכרח כלכליים כגון בריאות, בטיחות, הגנת הסביבה ושוויון. ערכים אלה אינם משקפים בהכרח תפיסה פילוסופית הומוגנית וגם ביניהם ייתכנו קונפליקטים (כך, למשל, הערך של צדק חלוקתי אינו מתיישב בהכרח עם תפיסות של אקולוגיה מעמיקה: אם רגולציה סביבתית קובעת תכלית של הסרת מזהם מסוים מהסביבה, ללא קשר לעלות ההסרה, אי-אפשר להצדיקה במונחים של עלות-תועלת. לעתים הרגולציה קובעת מנגנונים לפתרון דילמות מסוג זה (כגון הוראה האוסרת על הזרמת שפכים לים אך קובעת חריג למקרים שבהם אין טיפול יבשתי כלכלי ישים).¹⁹ במרבית המקרים רגולציה חברתית היא סקטוריאלית במהותה (כגון בנושאי בריאות וחינוך), אולם לעתים היא טומנת בחובה השלכות על תחומי פעילות משקיים רבים כגון רגולציה סביבתית בנושאי איכות האוויר, ואז היא מקבלת ממד של רגולציה כללית בעלת פוטנציאל חיכוך עם רגולטורים סקטוריאליים אחרים (כגון בתחום התחבורה או ייצור החשמל). בישראל, ככל שמדובר בקונפליקטים בין רגולטורים, יש עדיפות לרגולטורים הכלכליים – הן בשל העדיפות המוסדית המוקנית להם בשל מבנה הממשל בישראל, הן בשל הלכידות הרעיונית שבבסיס המתודה הכלכלית (בניגוד לתפיסות פלורליסטיות-ערכיות שמאפיינות רגולטורים אחרים, למשל בתחום הסביבה והבריאות), והן בשל העדיפות של האתוס הקפיטליסטי בחברה המודרנית.²⁰

שלישית, מבחינה מוסדית, לרגולטורים שונים יש תרבות ואתוס מוסדי שונה, שמתבטאים בדפוסי שיה וכלים ייחודיים. הדוגמה הבולטת היא השפה והכלים הכלכליים של רגולטורים כלכליים. הכלים והשפה המוסדית נגזרים גם מעצם ההגדרה של הרשויות הרגולטוריות (להבדיל מהדרג הפוליטי) כרשויות מקצועיות בעלות מומחיות בתחומן. מובן כי השימוש בשפה ובכלים המשמשים את הסקטור או התחום המקצועי של הרשות

19 ס' 16(1) לתקנות מניעת זיהום הים ממקורות יבשתיים, התש"ן-1990 ק"ת 250.

20 כך, למשל, הממונה על הגבלים עסקיים רשאי למנוע מהתאגדות של יצרני המשקאות הקלים להתאגר לצורך איסוף ומחזור מכלי המשקה הריקים שלהם, גם אם ההתאגדות נוצרה למטרה סביבתית מובהקת וזכתה להכרה של השר להגנת הסביבה לפי סמכותו דאז בחוק הפיקדון על מכלי משקה, התשנ"ט-1999 ס"ח 170 – וזאת בטענה של הפרת האיסור על הסדר כובל. ראו ה"ע (הגבלים עסקיים) 508/04 תאגיד איסוף מיכלי משקה בע"מ נ' אדם טבע ודין אגודה ישראלית להגנת הסביבה (פורסם בנבו, 13.9.2005).

הרגולטורית מעלה את האפקטיביות והלגיטימיות הציבורית שלה;²¹ אולם מנגד, ככל שהרשות הרגולטורית מקפידה על שימוש בשפה ובכלים ייחודיים לה, היא אמנם לא נכנסת לתחום השפה והכלים של רשות אחרת, אולם אז גדלים פערי התקשורת והיכולת לשיתוף פעולה בין-מוסדי עם רשויות רגולטוריות סמוכות. כך, באינטראקציה שבין רגולטור הנשען על מתודולוגיה כלכלית ומבסס את החלטותיו על כלים כלכליים, לבין רגולטור שהחלטותיו מבוססות על הכרעה בין ערכים מתנגשים בתחום סמוכותו, עלול להיווצר "קצר בתקשורת" בין הרגולטורים, הנובע מהיעדר ביטוי כלכלי הולם ומוסכם לערכים שבמחלוקת.

רביעית, מבחינה ההסדרה מערכתית, מערכות היחסים בין הרגולטורים מוסדרות על ידי כללים שונים ליישוב סכסוכים.²² על אלה נוספים גם מערכות של יחסי גומלין בין הרגולטורים לבעלי העניין, שיש להם השפעה על עיצוב המדיניות של הרגולטורים ועל מהות התנהלותם, ומכך שגם על פוטנציאל החיכוך מול רגולטורים אחרים. הזיקה בין הרגולטור לשחקנים בשדה פעילותו קיבלה התייחסות נרחבת בתחום מדע המדינה בתחום המוכר כ"ניתוח רשתות מדיניות" (Policy Network Analysis).²³ ניתוח זה בוחן פרמטרים כגון מספר בעלי העניין ברשת, זהותם (ממשלתיים וחוקי-ממשלתיים), פתיחות הרשת לשחקנים נוספים, בסיס ההשתתפות ברשת (וולונטרית או מחויבת החוק או המציאות), חלוקת הכוח ברשת בין הגורמים ועוד. ככל שמדובר ברגולטור בעל רשת מדיניות רחבה יותר, מרובת בעלי עניין ומגוונת, אפשר להעריך שמדיניותו תהא בעלת אפקטיביות ולגיטימיות גבוהות יותר. כך גם יוכל אותו רגולטור לזכות לעדיפות על רגולטור בעל רשת מדיניות צרה או כזו שבויבה בידי מספר מצומצם של בעלי עניין. מאפיינים אלה עשויים לשמש כלים לניתוח של יחסי הגומלין בין הרגולטורים ולהבנה של מצבי קונפליקט המתגלעים ביניהם, כפי שיובאו בהמשך.

21 ראו, למשל, דיון בגישה הטכנוקרטית של דיני ההגבלים העסקיים תוך שימוש בכלים כלכליים ארימטיים, והשלכותיה על תפיסת המומחיות של הרגולטור בתחום התחרות: Daniel A. Crane, *Technocracy and Antitrust*, 86 Tex. L. Rev. 1159 (2008).

22 ראו, בעניין זה, הטיפול במחלוקות בין משרדיות מתמשכות, במבקר המדינה דו"ח שנתי 61 לשנת 2010 3-26 (2011) (להלן: דוח מבקר המדינה). כפי שמצוין בדוח, ההסדר הפורמלי ליישוב מחלוקות בדיון הישראלי הוא שבמקרה של מחלוקת משפטית בין רשויות המדינה יכריע היועץ המשפטי לממשלה. במקרה של מחלוקת בין משרדי ממשלה נקבע בתקנון לעבודת הממשלה: "סמכות על-פי דין הנתונה בידי שני שרים או יותר ואין הסכמה ביניהם להפעלת הסמכות, השר שביקש מעמיתו להפעיל סמכות משותפת ולא נענה בתוך 30 יום – יביא את המחלוקת בפני ראש הממשלה" החלטה תמ/78 של הממשלה ה-25 (28.4.1993), בעמ' 5. עם זאת, דוח מבקר המדינה מצביע על מקרים רבים של מחלוקות מתמשכות, עובדה המרמזת על כך שהמנגנונים הנ"ל לא הצליחו במשימתם.

23 William D. Coleman & Grace D. Skogstad, *Policy Communities and Policy Networks: a Structural Approach*, POLICY COMMUNITIES AND PUBLIC POLICY IN CANADA: A STRUCTURAL APPROACH 14 (1990); DAVID MARSH & RODERICK A. W. RHODES, POLICY NETWORKS IN BRITISH GOVERNMENT (1992).

ב. מבט על המציאות הרגולטורית בישראל

1. מקרה מבחן ראשון: תחרות וסביבה בשוק הסלולר הישראלי

ענף התקשורת נחשב לאחד הדינמיים שבענפי המשק. דינמיות זו נובעת מפיתוח טכנולוגי מתמשך ומתבטאת בקצב ההקמה והשדרוג של תשתיות, במגוון השירותים המוצע ובשינויים באופי ובהרכב של הביקושים מהציבור. מדובר בתופעה בולטת בהתחשב בעבר המונופוליסטי של הענף ובשליטה ממשלתית בו עד לפני זמן לא רב. השינויים הדרמטיים שחלו בענף כרוכים גם ברפורמות מבניות שהובילו לפתיחת הענף לתחרות בשנים האחרונות.²⁴

בשנות קיומו עבר משרד התקשורת שינוי מהותי בהתנהלותו כשנהפך מספק בלעדי של שירותי תקשורת (בעיקר דואר וטלפון) לרשות פיקוח העוסקת בעיקר בפיקוח על הספקים של שירותים אלה מהמגזר העסקי. דוגמה מובהקת לכך היא תחום התקשורת הסלולרית, שבו חברות מסחריות פיתחו את התשתית הנדרשת תחת פיקוח המדינה, דרך משרד התקשורת שהיה אחראי למתן רישיונות ולהקצאת תדרים.

הבסיס הסטטוטורי לפיקוח בתחום הסלולרי מעוגן בכמה חוקים, ולענייננו רלוונטיים שלושה חוקים מרכזיים. ראשית, ביצוע פעולות בזק ומתן שירותי בזק מחויבים, פרט לכמה חריגים,²⁵ לקבל רישיון משרד התקשורת²⁶ ואין לעסוק בתחום בלא רישיון כאמור (סעיף 2(ב) לחוק הבזק). השיקולים שאמורים להנחות את שר התקשורת בהפעילו את סמכותו המרכזית – ליתן רישיון למפעיל לפי חוק זה – כוללים כמה היבטים: ביצוע של מדיניות הממשלה בתחום הבזק, שיקולים של טובת הציבור ותרומת הרישיון לתחרות בשוק ולרמת השירותים בו.²⁷ החוק אף מפרט שורה של סמכויות הנתונות לשר התקשורת לאסדרת הענף במטרה לקדם את התחרות לרווחת הצרכן.²⁸ שנית, כאשר אספקת השירותים כרוכה

24 לסקירה של ענף התקשורת ראו דוח ועדת גרונאו ששימש בסיס לרפורמות: הוועדה לגיבוש המלצות מפורטות בדבר מדיניות וכללי התחרות בתחום התקשורת בישראל דין וחשבון הוועדה לגיבוש המלצות מפורטות בדבר מדיניות וכללי התחרות בתחום התקשורת בישראל (2008) www.moc.gov.il/new/documents/gronau2008/gronau1.pdf.

25 המונח "בזק" מוגדר בס' 1 לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 (להלן: חוק הבזק) כדלקמן: "שידור, העברה או קליטה של סימנים, אותות, כתב, צורות חזותיות, קולות או מידע, באמצעות תיל, אלחוט, מערכת אופטית או מערכות אלקטרומגנטיות אחרות".

26 לפי ס' 4(א) לחוק הבזק "רישיון יכול שיהיה רישיון כללי או רישיון מיוחד". רישיון כללי הוא רישיון להקמה, לקיום או להפעלה של רשת בזק ציבורית, ולביצוע פעולות בזק ומתן שירותים פנים-ארציים או בינלאומיים באמצעותה. רישיון מיוחד הוא רישיון המוגבל לסוג מסוים של פעולות בזק או של שירותי בזק.

27 ראו ס' 4 לחוק הבזק.

28 עם ההקמה של תשתיות תקשורת של מפעילים שונים נוצר צורך לקבוע הסדרין לקישורי גומלין בין הרשתות. סמכות זו מעוגנת בסעיף 5 לחוק הבזק ומשמשת כלי מרכזי במדיניות משרד התקשורת בהרחבת התחרות. ההיבט הטכנולוגי והרחבת ההיצע לציבור מחייבים שימוש של בעל רישיון אחד במתקניו של אחר, ואילו היבטים תחרותיים מחייבים פיקוח על המחיר הנגבה תמורת השימוש, שכן עלות גבוהה מדי עלולה להוות חסם כניסה לפני

בשימוש בתדרים אלקטרו-מגנטיים כמו בטלפוניה הסלולרית, שר התקשורת מוסמך ליתן רישיון הקמה והפעלה לפי פקודת הטלגרף האלחוטי.²⁹

לבסוף, נוסף על שני החוקים האמורים, ולנוכח העלייה במודעות להשפעות הקרינה הבלתי-מייננת, נחקק בשנת 2006 חוק הקרינה הבלתי מייננת (להלן: "חוק הקרינה"), שקבע מסגרת רגולטורית לפיקוח על פעילות הכרוכה בפליטת קרינה בלתי-מייננת ובכלל זה התקשורת הסלולרית.³⁰ השר הממונה על יישום החוק הוא השר להגנת הסביבה. המטרות העיקריות של החוק הן להגן על הציבור ועל הסביבה מפני השפעות של חשיפה לקרינה בלתי-מייננת ולהסדיר את העיסוק במקורות קרינה, בהקמתם ובהפעלתם, וכן במתן שירות למדידת קרינה בהתאם לעקרון הזהירות המונעת.³¹ לשם כך, בין היתר, נקבע שאין להקים מקור קרינה,³² להפעילו או ליתן שירות למדידת קרינה ללא היתר להקמה, להפעלה או למתן שירות כאמור מטעם השר להגנת הסביבה.³³ עם זאת, המקום של שר התקשורת לא נפקד גם מהוראות חוק הקרינה: שורה של סמכויות ביצוע מהותיות – כמו התקנת תקנות למניעת חשיפה לקרינה בתחום תדרי רדיו לפי פקודת הטלגרף, או קביעה של מרחקי בטיחות ממתקן שידור לתקשורת – מותנות בהתייעצות של השר להגנת הסביבה עם שר התקשורת, ובמקרים מסוימים, לפי הודעה של שר התקשורת, הן מותנות בהסכמתו.³⁴

הנה כי כן, בתחום התקשורת הסלולרית פועלים לפי החוקים המפורטים בעת ובעונה אחת שני רגולטורים. שר התקשורת, שהוא הרגולטור הסקטוריאלי, אמון על האינטרס הציבורי של ביצוע מדיניות הממשלה בתחום התקשורת ועל הגנת התחרות ורמת השירותים בשוק זה; השר להגנת הסביבה, שהוא רגולטור כללי במקרה זה, אמון על שמירת האינטרס של בריאות הציבור ועל הגנתו מפני חשיפה לקרינה, שהיא חלק הכרחי ממשותפת התקשורת.³⁵ הביזור הרגולטורי המתואר בשוק התקשורת הסלולרית גרם לא פעם

מפעילים חדשים וליתן למפעילים גדולים יתרון גדול על מפעילים קטנים. לדיון בדמי הקישוריות ובניסיון לרגולציה הממוקדת בהם ראו עדי אייל "המעגל לעולם חוזר: האם הכלכלה החדשה תדרוש פתרונות ישנים בפיקוח על התקשורת הסלולרית?" מחקרי משפט כג(3) 629 (2007).

29 המונח "טלגרף אלחוטי" מוגדר בס' 1 לפקודת הטלגרף האלחוטי [נוסח חדש], התשל"ב-1972 כדלקמן: "שיטה של תקשורת באמצעות מכשירים לשידור או לקליטה של ידיעות או תקשורת אחרות על ידי אותות חשמל, שלא בעזרת תיל המחבר את נקודות השידור והקליטה"; (ס' 5 לפקודה עניינו רישיון הקמה והפעלה ל מתקן טלגרף אלחוטי).

30 חוק הקרינה הבלתי מייננת, התשס"ו-2006.

31 ראו ס' 1 לחוק הקרינה.

32 המונח "מקור קרינה" מוגדר בס' 2 לחוק הקרינה כדלקמן: "מכשיר, מיתקן או מערכת טכנולוגית, שבמהלך הפעלתם נוצרת או עלולה להיווצר, קרינה בלתי מייננת, למעט קרינה לשימוש רפואי".

33 ס' 3(א) לחוק הקרינה.

34 ראו ס' 25 לחוק הקרינה.

35 למעשה נותרו בידי שר התקשורת חלק מהסמכויות בתחום הקרינה – ככל שהדבר קשור לקרינה הנובעת ממכשירי טלפון ניידים. ס' 1 לצו התקשורת (בזק ושידורים) (פטור מאישור סוג ופטור מרישיון סחר), התשע"ב-2012 מורה כי שר התקשורת הוא המוסמך להתיר ייבוא

לקונפליקט בין שני הרגולטורים, והדבר לא פעל לטובת הציבור. כך, למשל, היה בסוגיית הפיקוח על מתקני גישה אלחוטיים, המוכרים כאנטנות הזעירות המוצבות על גגות של בנייני מגורים. בסוגיה זו הייתה גם מעורבות של רגולטור שלישי – שר הפנים, הואיל והתקנה של מתקן תקשורת על גג בית כפופה לחובה הכללית לקבל היתר בנייה לפי חוק התכנון והבניה, שבסמכות שר הפנים.³⁶ השתלשלות הדברים נעוצה בסעיף 27ב(ב) לחוק הבזק, הקובע כי התקנה של מתקן לגלישה אלחוטית ושל מתקן העגינה הנושא אותו על גג בניין, הנעשית לפי סעיף 266ג לחוק התכנון והבניה, פטורה מהחובה לקבל היתר בנייה מכוח פרק ה' באותו חוק.³⁷ ההגדרה של "מתקן גישה אלחוטית", שמלכתחילה נועדה לכולל רק מתקנים פנים-רשתיים של חברת בזק הממשלתית (שהקימה ותחזקה רשת קווית לטלפונים), הורחבה כשהתקין שר התקשורת את תקנות התקשורת (בזק ושידורים) תדרים למתקני גישה אלחוטית – וכלל בהגדרה של מונח זה גם את תחומי התדרים של המפעילים הסלולריים.³⁸ בדרך זו, מתקני הגישה האלחוטית של המפעילים הסלולריים זכו בפטור מהיתר בנייה. בפועל, המשמעות של הפטור האמור מהיתר בנייה הייתה גם פטור מהליך ההתנגדות הקבוע בחוק התכנון והבניה כחלק מהדיון בבקשה להיתר, ופגיעה ביידוע ובשיתוף הציבור שעלול להיפגע מהמתקן האלחוטי באשר לפרטיו, למיקומו ולהשפעותיו הסביבתיות. הפטור מהיתר בנייה פגע בפיקוח הרגולטורי של המשרד להגנת הסביבה ושל משרד הפנים (באמצעות מוסדות התכנון) בתחום זה, שכן בהיעדר חובת היתר וללא ההליכים למתן היתר בנייה, נפגעה היכולת למזער את ההשפעות הסביבתיות מהמתקנים ולבצע בקרה עם הקמתם על ידי הוועדות המקומיות לתכנון ולבניה.

באופן ברור, הפטור יצר תמריץ אצל חברות התקשורת להתקנה מהירה של אנטנות זעירות על גגות של בנייני מגורים. במציאות שנוצרה, החלק היחסי של מתקני גישה אלחוטית מתוך סך מתקני השידור ברשת הסלולרית עלה משנה לשנה, ובשלב מסוים אף עלה מספרם על מספר האנטנות המסורתיות שלהקמתן נדרש היתר בנייה. הפטור מהיתר בנייה הקל על המפעילים הסלולריים לפרוש את רשתות התקשורת שלהם ואפשר הרכבה מהירה של אנטנות קצרות-טווח, קרוב לדירות מאוכלסות ועל גגות של בניינים קיימים, כך שנוצר מרחק אופקי קצר יחסית בין מתקני השידור לדירות מגורים. נתוני המשרד להגנת הסביבה הצביעו על עלייה ברמת החשיפה של האוכלוסייה לקרינה, כשתרומתם של המתקנים הפטורים מהיתר בנייה הייתה גדולה יותר מתרומתם של המתקנים שהקמתם הייתה טעונה היתר.³⁹

של מכשירים סלולריים למדינת ישראל; באפשרותו להאציל את סמכותו זו ל"מנהל אגף בכיר ניהול ספקטרום ורישוי תדרים במשרד התקשורת או עובד משרד התקשורת שהשר הסמיכו".

36 חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965.

37 ס' 27ב(ב) לחוק הבזק.

38 תקנות התקשורת (בזק ושידורים) תדרים למתקני גישה אלחוטית, תשס"ב-2002. התקנות הותקנו ב-23.6.2002 מכוח סעיף 27א(א) לחוק הבזק.

39 צוות בין-משרדי בנושא מתקן גישה אלחוטית דו"ח מסכם 11 (2009) [storage/FILES/4/1724.pdf](http://moc.gov.il/sip_storage/FILES/4/1724.pdf) (להלן: דוח הצוות הבין-משרדי). "מהנתונים שיש בידי המשרד להגנת הסביבה עולה שכ-86% ממתקני השידור שהתווספו לרשת בשנים 2007 ו-2008 היו מסוג מתקן גישה אלחוטית, זאת כאשר בשנת 2004 7% בלבד מסך המתקנים שהתווספו לרשת

נסיבות אלה הובילו להתנגדות משותפת של המשרד להגנת הסביבה ושל משרד הפנים למתן פטור מהיתר בנייה למתקני גישה האלחוטית, בטענה שהשימוש שעשה שר התקשורת בסעיף 2ב27(ב) לחוק הבזק היה לא ראוי. לטענתם, סעיף הפטור כוון מלכתחילה למתקני תקשורת קווית בלבד, והורחב בלי שנשקלו הנסיבות המיוחדות המאפיינות רשתות סלולריות רוויות. עוד הם הצביעו על כך שהעיקרון בדבר שיתוף הציבור נפגע מהותית,⁴⁰ הגם שזכה למעמד של עיקרון מרכזי על ידי המועצה הארצית לתכנון ולבנייה במסגרת תכנית המתאר הארצית לתקשורת (תמ"א 36), והיה בכך כדי לסכן את בריאות הציבור. קונפליקט זה הוביל לשורה של הליכים משפטיים שבגינם מינתה הממשלה צוות בין-משרדי בנושא מתקני גישה אלחוטית. הצוות הגיש את ממצאיו ליועץ המשפטי לממשלה ברוח מסכם ביוני 2009.⁴¹ הצוות הצביע על כך ששלושת הרגולטורים הסכימו שחשוב לעודד הקמה של מתקני שידור בעלי טווח בטיחות מצומצם יחסית ונוכחות פיזית מינימלית, מאחר שהדבר יוביל להפחתה ברמת הקרינה בשטח העירוני, יצמצם את החשיפה מהמכשירים הניידים, יביא למזעור הפגיעה בנוף וליישום של עקרון הצדק החלוקתי.⁴² לעניין האמצעים להשגה של מטרות אלה לא הייתה הסכמה בין הרגולטורים.

משרד התקשורת התמקד בקשיים שנערמו לפני קבלה של היתרי בנייה להקמה של מתקני שידור, בפרט באזורים עירוניים. המשרד, שייחס חשיבות לעידוד של פרישת רשתות התקשורת והחדשנות הטכנולוגית בתחום הסלולר, ביקש לקבוע נקודת בדיקה להמשך התחולה של הפטור מהיתר בנייה לא פחות משנה ולא יאוחר משנתיים לאחר שנכנסה לתוקף תמ"א 1א36. עד אותו מועד, ובכפוף למסקנות הבדיקה, סבר משרד התקשורת כי הסדר הפטור מהיתר בנייה למתקני גישה אלחוטית צריך להמשיך לחול, כדי לאפשר לחברות התקשורת הסלולרית לעמוד בחובות המוטלות עליהן לפי רישיונותיהן, לספק את השירותים למנוייהן באורח תקין וסדיר ובאיכות שירות שלא תפחת מהאמור במדדים לטיב השירותים המפורטים ברישיונותיהן.⁴³

לעומת זאת, משרד הפנים והמשרד להגנת הסביבה סברו כי אין הצדקה להמשך התחולה של הסדר הפטור על מתקני תקשורת סלולרית. הם הצביעו על כך שהנתונים שהוצגו לפני הצוות מוכיחים שאין כל יתרון למתקני גישה אלחוטית בהשוואה למתקנים

היו מסוג זה". נוסף על כך, לפי נתוני המשרד, בשל אילוץ הגודל של מתקני גישה אלחוטית, המאפשר הרכבת אנטנות קצרות בלבד, ובשל המיקום של רוב מתקני הגישה בגובה של דירות מאוכלסות ובמרחק אופקי קצר יחסית מדירות מאוכלסות, חשיפת האוכלוסייה לקרינה סביב מתקני הגישה האלחוטית גבוהה יותר מחשיפת האוכלוסייה לקרינה סביב המתקנים שהוקמו בהיתר בנייה. הנתונים בעניין זה מופיעים בדוח הצוות הבין-משרדי, בעמ' 11, 16-17.

40 שם. שיתוף הציבור הוא תהליך שבו אנשים שאינם נבחרים ציבור או פקידים לוקחים חלק בקבלת החלטות ביחס לנושאים הנוגעים לחייהם. אחד התנאים המוקדמים לתקינות התהליך הוא הצגת המידע המלא למשתתפי התהליך לצורך גיבוש עמדותיהם. העיקרון בדבר שיתוף הציבור זוכה להכרה גוברת כערך דמוקרטי עצמאי מצד גופים בארץ ובעולם; לעניין זה ראו ארוה צ'רצ'מן וואלישבע סדן השתתפות: הדרך שלך להשפיע (2003).

41 הממצאים מופיעים בדוח הצוות הבין-משרדי, לעיל ה"ש 39.

42 שם, בעמ' 24.

43 שם, בעמ' 24-26.

המחויבים בהיתר בנייה, הן מבחינה כלכלית והן מבחינת היכולות לספק כסוי וקיבולת. העמדה המשותפת של משרד הפנים והמשרד להגנת הסביבה הייתה שהותרת הפטור על כנו תגרום להמשך הקמה של מתקני גישה אלחוטית בהיקף ניכר, וזאת היתרון המובהק הטמון בהקמה של מתקני שידור רגילים (מתקנים בהיתר). במילים אחרות, לתפיסתם, ההבחנה הרגולטורית לעניין היתר בנייה בין אנטנות מסורתיות לבין מתקני גישה אלחוטיים ברשת התקשורת הקווית – שנוצרה לפני שנים רבות בעת שלא נצפו כלל הרשתות הסלולריות – הובילה לעיוות בעידן הסלולר, שכן פטור שהתאים לעבר ולטכנולוגיה מסוימת שעשתה בו אז שימוש מועט נהפך כיום למחסה לפעילות טכנולוגית חדשה ומסוג שונה לגמרי. לעניין הטענה בדבר הצורך בעידוד התחרות בתחום התקשורת, לטעמם אין באינטרס זה כדי לגבור על אינטרסים המגולמים בהליך הרישוי הקונבנציונלי. את עידוד התחרות יש להשיג באמצעים "רגילים", בהתאם לדרישות הדין, מתוך בחינת אלטרנטיבות שהשפעתן השלילית הפוטנציאלית על בריאות הציבור פחותה, מטעמי זהירות מונעת.⁴⁴

יצוין כי למשרד להגנת הסביבה אמנם נתונה סמכות לאשר או למנוע הקמה של מתקני גישה אלחוטית באמצעות כלי רגולטורי של היתר הקמה על פי חוק הקרינה; אולם סמכות עצמאית זו, המעוגנת בחוק הקרינה, לא הועילה למניעת ההקמה המואצת של מתקני הגישה האלחוטית. לטענת המשרד להגנת הסביבה, ההקמה של מתקנים אלה לא נבלמה על ידו מכיוון שסמכותו ליתן היתרים לפי חוק הקרינה הופעלה לפי קריטריונים בטיחותיים צרים שנבחנו לפי בסיס הנתונים המצומצם שהובא לפניו. כך, הואיל והפטור מהיתר בנייה שלל את היסוד המהותי של יידוע הציבור, נמנעה גם הצגה של מידע נוסף ורלוונטי באשר להשלכות על הסביבה ועל הציבור שעתידי להיחשף למתקני הגישה. במידע כזה, ובדיון פומבי בו, היה כדי לבסס הפעלה מושכלת של סמכויות המשרד להגנת הסביבה בעניין הקמה של מתקני גישה אלחוטית. גם מבחינת שר התקשורת, האמון על הפיתוח של שוק התקשורת הסלולרית, המצב המתואר רחוק מלהיות אידאלי. העובדה המתוארת בדוח הצוות הבין-משרדי היא שמתקני השידור שהוקמו ללא היתר בשנים 2004-2008 – שנתוניהן נבחנו על ידי הצוות בהיקף העולה על זה של מתקנים בהיתר – לא היו כלל בעלי עדיפות כלכלית או טכנולוגית אלא בעלי יתרון ביורוקרטי בלבד.⁴⁵ במילים אחרות, שר התקשורת לא העניק את העדיפות הרגולטורית למתקנים שהיו המתקדמים ביותר מבחינה טכנולוגית או בעלי העלות הנמוכה ביותר מבחינה כלכלית, אלא בחר במופגן בדרך שבה נחסך התהליך הביורוקרטי, גם אם כפועל יוצא מכך נחסם מידע חשוב ורלוונטי להחלטה מושכלת בנושא, הואיל והאינטרס הציבורי בחשיפת המידע ובהשלכותיו לא היה בתחום סמכותו.

בהקשר שלנו, בדיון בחפיפה בין סמכויות של רגולטורים הממוקדים במטרות שונות, השאלה המשמעותית היא באיזו מידה חפיפה זו מאפשרת מימוש של התכליות שעומדות ביסוד שתי הסמכויות תוך שיפור מיטבי של רווחת הציבור. כך, למשל, במקרה המתואר, שימוש בסמכות רגולטורית בתחום אחד, שנועד לעקוף הליכי בדיקה בתחום אחר, היה בו כדי לחתור תחת התכלית של סמכות רגולטורית אחרת וכדי למנוע את מימושה. בענייננו,

44 שם, בעמ' 27-29.

45 שם.

הרגולטור הסקטוריאלי בתחום התקשורת השתמש בסמכותו לקבוע תחומי תדרים שחל עליהם פטור מסורתי שנוצר בהקשר אחר ולצורך טכנולוגיה אחרת, באופן שפטור את הגורמים המפוקחים מלקבל את אישור הרגולטורים הכלליים האמונים על שיקולי תכנון, בריאות וסביבה הרלוונטיים לתחום התקשורת. היכולת של הראשון לעשות כן אינה תוצאה של תהליך מושכל המאזן בין השיקולים אלא העדפה חד-צדדית של אינטרסים שבהם משרדו ממוקד והתעלמות מאינטרסים שאינם בתחום סמכותו. אם כן, הבעיה נובעת מכך שבמקרה זה הקנה הביזור הרגולטורי לאחד הרגולטורים זכות וטו דה פקטו על שיקול הדעת של האחר – בלי לחייב אותו לתת את הדעת על התכליות של החקיקה הכללית המתחרה. מצב דברים זה עלול להוביל לתוצאה שאינה משרתת את הרווחה הקולקטיבית. דוגמה זו מצביעה על הצורך בתיאום בין רגולטורים באופן שיבטיח איזון בין הערכים המוגנים בשדות הרגולטוריים השונים. כמו כן, יש בכך כדי להצביע על הצורך ביצירת מנגנונים מוסדיים שיאפשרו תיאום בין הרגולטורים ואף ייצרו מנגנון הכרעה במקרה של אי-הסכמה ביניהם.

להשלמת התמונה יצוין כי הצוות הבין-משרדי לא הצליח לגבש מסקנות מוסכמות. על רקע הקונפליקט המתואר הוגשו נגד שלושת הרגולטורים כמה עתירות לבג"ץ ואלה אוחדו לדיון משותף.⁴⁶ בעקבות אי-ההסכמה הוציא בית המשפט העליון בספטמבר 2010, בהסכמת הצדדים, צו ארעי האוסר על הקמה של מתקני גישה אלחוטיים לתקשורת סלולרית בפטור מהיתר בנייה. לפי ההחלטה שניתנה יעמוד הצו בתוקפו עד הכניסה לתוקף של ההסדר הקבוע בטיטת התקנות או עד להחלטה אחרת. הטיוטה של תקנות התכנון והבניה (התקנת מיתקן גישה אלחוטית לתקשורת בשיטה התאית), התש"ע-2010 הונחה על השולחן של ועדת הכלכלה, אך טרם אושרה עקב הכישלון להגיע להסכמה בין שלושת הרגולטורים על נוסחן. כתוצאה מכך, נותרו העתירות תלויות ועומדות בפני בג"ץ עד מועד הכתיבה של שורות אלה. עם זאת, בשלהי 2013 הודיע היועץ המשפטי לממשלה לבג"ץ, בצעד חריג, כי הוא סבור שיש מקום לקבל את העתירות שהוגשו נגד הקמה של מתקני גישה אלחוטית בפטור מהיתר בנייה. נוסף על כך ציין היועץ המשפטי לממשלה כי הוא סבור שיש מקום לתת צו מוחלט בעתירות, שיאסור על חמש המפעילות הסלולריות להקים מתקני גישה אלחוטית נוספים בפטור מהיתר בנייה, וזאת כל עוד לא הותקנו תקנות "מאזנות" לפי חוק התכנון והבניה, שיתנו משקל מתאים לשיקולים של הגנת הציבור מפני קרינה ולאינטרסים המגולמים בהליכי התכנון והבניה.⁴⁷

לסיכום, במקרה המתואר מצטיירת תמונה עגומה של חוסר תיאום ואי-הסכמה בין הרגולטורים הרלוונטיים, ושל היעדר מנגנון מוסדי הולם שיאפשר הכרעה במקרה של אי-הסכמה. כתוצאה מכך קצרה הדרך להעברת ההכרעה בקונפליקט הרגולטורי לבג"ץ. עוד עולה כי הביזור הרגולטורי יצר במקרה זה ראייה חלקית של בסיס הנתונים על ידי כל אחד מהרגולטורים, הנובעת מהתמקדות בתחום הרגולטורי שבסמכותו והתעלמות מהיבטים

46 בג"צ 6477/08 מרכז השלטון המקומי והפורום לסלולריות שפויה נ' היועמ"ש (טרם פורסם).

47 ראו, לדוגמה, אמיתי זיו "היועמ"ש: לעצור התקנת אנטנות זעירות של כל חברות הסלולר" www.themarker.com/technation/1.2192958 17.12.2013

שמעבר לו. כך, בהיעדר תיאום הדדי מוקדם, נמנע המימוש של כל המטרות שלשמן נועדו הרגולטורים.

2. מקרה מבחן שני: סחר חופשי ובריאות הציבור בפרשת רמדיה

מקרה המבחן השני – פרשת רמדיה – מציג פן אחר של הביזור הרגולטורי, שבו כמה רגולטורים כלליים מעורבים בפיקוח על ייבוא של מוצרי מזון; על כך נוספת מעורבות של רגולציה שמקורה מחוץ לישראל.⁴⁸ בניגוד למקרה המבחן הקודם, שבו דנו באינטראקציה בין רגולטור סקטוריאלי לרגולטורים כלליים הפועלים בעת ובעונה אחת, כאן מתגלית חפיפה בין שני רגולטורים כלליים מקומיים – משרד הבריאות ומשרד הכלכלה (לשעבר משרד התמ"ת) (ובמיוחד מנהל סחר חוץ, האחראי על מדיניות הסחר של ישראל). החפיפה נובעת מתהליך הליברליזציה במדיניות הסחר של ישראל, המשקף את חברותה של ישראל בארגון הסחר העולמי WTO. בין היתר הביאה מדיניות זו לאימוץ של מדיניות המקדמת הסתמכות על תקנים זרים ועל בדיקות מעבדה שבוצעו בחוץ לארץ כחלק מהניסיון להסיר מגבלות הפוגעות בסחר בינלאומי (מדיניות זו אף היא נגזרת מהמערכת ההסכמית של WTO). בפרשת רמדיה נחשפה מציאות קשה של שיווק מזון לתינוקות שלא כלל את כל רכיבי המזון הנדרשים להתפתחותם התקינה, באופן שגרם לתינוקות שצרכו מזון זה נזקים בריאותיים קשים, חלקם בלתי־הפיכים.⁴⁹ מזון התינוקות האמור, ששווק על ידי חברת רמדיה הישראלית, יוצר על ידי החברה הגרמנית הומנה.⁵⁰ כתב האישום, שהוגש נגד המנהלים של חברת רמדיה ונגד מי שמילאו תפקידי פיקוח על ייבוא מזון במשרד הבריאות, חושף מערך מורכב של פיקוח הנשען בעיקר על שיתופי פעולה עם גורמים זרים, ומתאר מציאות שהתפתחה בצל החתירה לקידום מערכת יעילה של סחר בינלאומי. לאחר שנחשפה הפרשה בסוף שנת 2003 התברר כי הסיבה לנזקים הבריאותיים הקשים שנגרמו לפעוטות שצרכו את מזון התינוקות של רמדיה הייתה חסר ברכיב תזונה חיוני (ויטמין B₁ – תיאמין). החסר נבע מטעויות ומכשלים אצל היצרן הגרמני ואצל המעבדה הגרמנית שבדקה את המוצר. חברת הומנה לא הייתה ערה לטעויות אלה בעת התרחשותן, והמסמכים והאישורים שצורפו למשלוחים שהגיעו לישראל העידו כי המוצרים מכילים את הערכים התזונתיים הנדרשים, לרבות תיאמין. לאחר חשיפת הפרשה וחקירתה הוגש כתב אישום נגד המנהלים של חברת רמדיה וכן נגד ממלאי תפקידים בשירות המזון של משרד הבריאות. כתב האישום ייחס לכל אלה רשלנויות שהובילו להספקת מזון מסוכן לצרכנים

48 ת"פ (שלום פ"ת) 2613/08 מדינת ישראל נ' בלק (פורסם בנבו, 13.2.2013) (להלן: הכרעת הדין – פרשת רמדיה). מקרה זה והטיפול המשפטי בו מכונה במאמר זה "פרשת רמדיה", ככינויו בדיון הציבורי.

49 שני ילדים נפטרו כתוצאה מצריכת המזון המדובר, ואצל מספר רב של ילדים אירעה פגיעה במערכת העצבית. לתיאור מפורט של הבעיות הרפואיות שהתגלו אצל התינוקות שאושפזו עקב האירועים ראו ס' 88-89 לכתב האישום בת"פ (שלום פ"ת) 2613/08 מדינת ישראל נ' בלק (להלן: כתב האישום).

50 הפורמולה מושא הפרשה הייתה פורמולה צמחית חדשה שהתבססה על סויה (ונקראה "רמדיה סופר פורמולה צמחית"). ראו פרוטוקול ישיבה מס' 65 של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות, הכנסת ה-16 (11.11.2003) (להלן: פרוטוקול הישיבה).

ישראלים. כתב האישום התמקד הן בהימנעות של אנשי רמדיה מייזום בדיקה עצמאית של מוצרי המזון המיובאים והן בכשלים בעריכת בדיקות על ידי הגורמים המפקחים מטעם משרד הבריאות.

פרשה זו חושפת שאלה קשה הנוגעת לתחום של התוויית מדיניות (מעבר לכשלים הספציפיים בביצוע): האם בעולם של יחסי סחר חופשי ושיתופי פעולה בין מדינות, על ישראל לגבש לעצמה מדיניות של בדיקות פרטניות ועצמאיות של מזון מיובא – או שמא היא יכולה להסתמך על מערכת הבדיקות ועל התקינה במדינות שעמן היא מקיימת קשרי מסחר? לדיון בשאלה זו יש למעשה שני מישורים: מישור התקינה, שבו נבחנת השאלה אם אפשר להסתפק בעמידה בתקן זר, ומישור הבדיקה, שבו נבחנת השאלה אם אפשר להתבסס על בדיקות שנעשו בחוץ לארץ על ידי היצרן הזר ולהימנע מבדיקה מקומית נוספת. בכל הנוגע בנאשמי רמדיה עצמם, כתב האישום ייחס להם רשלנות, בין היתר בשל כך שנקטו "מדיניות של הסתמכות מוחלטת ועיוורת על הומנה בכל הקשור לבטיחות המוצרים, כאשר מוצרי הומנה לא רק שאינם נבדקים ברמדיה שיווק אלא שהומנה אף לא מתבקשת לשלוח לרמדיה שיווק תוצאות אנליזות למוצרים אותם הזמינה רמדיה שיווק".⁵¹ בכל הנוגע למנהלת שירות המזון הארצי התייחס כתב האישום, בין היתר, לכך שהיא "הביאה לצמצום היקף הבדיקות שנערכו על ידי המפקחים בתחנות ההסגר למוצרי מזון מיובאים" ו"גרמה ליצירת אווירה בתחנות ההסגר שבמסגרתה נערכו בדיקות מינימליות, אם בכלל, למוצרי מזון מיובאים".⁵² התפיסה שעלתה מכתב האישום היא שהגורמים הפועלים בישראל, ובכלל זה רשויות מנהליות, אינם רשאים להסתמך על תקינה ובדיקה המתקיימות במדינות אחרות אלא הם אמורים לפעול עצמאית. תפיסה זו נתונה במתח עם האתוס של הסכם ההצטרפות לארגון הסחר העולמי (World Trade Organization; Agreement on the Technical Barriers to Trade Agreement) (WTO) בכלל, ועם הסכמי Application of Sanitary and Phytosanitary Measures בפרט, המבקשים להסיר הגבלות מלאכותיות ממערכת הסחר הבינלאומית, ולעודד הכרה הדדית בתקינה ובהערכת תואמות (conformity assessment).⁵³ הנהלים של שירות המזון הארצי מבטאים מתח זה, והגדרת

51 ראו ס' 105) לכתב האישום, לעיל ה"ש 49.

52 ראו ס' 112) לכתב האישום, לעיל ה"ש 49 (בהתייחס לנאשמת 8 – ס"ק (ה) ו"ט), בהתאמה).

53 ההקמה של WTO בשנת 1995 (שהחליף את GATT) הייתה מהפכה בתחום הסחר. אמנת WTO היא הסכם מסגרת הכולל "חבילה" של אמנות בתחומים שונים הקשורים לסחר הבינלאומי, ובכלל זה גם סחר בשירותים והיבטים הנוגעים לקניין רוחני. האמנות מכוונות כולן להסרת מחסומים המגבילים את הסחר הבינלאומי, מתוך אימוץ הרעיון הבסיסי של איסור הפליה בין מתחרים על רקע לאומי. הסכמים נוספים מצורפים כנספחים להסכם שהקים את הארגון, בהם: Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes art. 1, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 2, 1869 U.N.T.S. 401, http://www.wto.org/english/res_e/Multilateral Agreements on Trade in Goods, Apr.;booksp_e/agrmtseries1_wto_e.pdf 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1A, 1869 U.N.T.S. 401, http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/05-anx1a.pdf

הייעוד שלו כוללת התייחסות לכך שהשירות ימלא את תפקידיו בתחום בריאות המזון וצמצום התחלואה העלולה להיגרם על ידי מזון "תוך קיום עקרונות של סחר הוגן".⁵⁴ המתח העולה במקרה זה בין האינטרס של בריאות הציבור לבין האינטרס של עידוד הסחר החופשי קיבל התייחסות מפורשת בדוח הוועדה לשינוי חברתי-כלכלי משנת 2011 (דוח טרכטנברג), שהציע העדפה לאינטרס הסחר החופשי ומתן הקלות בנוגע למנגנוני התקינה הלאומית. לפי האמור בדוח טרכטנברג, המערך של בדיקות התקינה מהווה חסם הפוגע ברווחת העוסקים והצרכנים במשק, בעיקר עקב עיכוב בשיווק של סחורות עד לקבלת אישור על עמידה בדרישות התקן. דרישות הבדיקה הייחודיות לישראל חלות לעתים גם על מוצרים המיוצרים ומשווקים במדינות שיש בהן תקינה רלוונטית ומחמירה לא פחות. עד שנת 2007 היו רוב התקנים הרשמיים והמחייבים תקנים ישראליים מקוריים; כך נוצר חסם שהגביל ייבוא של סחורות שעמדו בתקנים בינלאומיים אך לא עמדו בדרישות הייחודיות של התקן הישראלי. מאז שנת 2007 מכון התקנים מבצע, בהתאם להוראת חוק שנחקקה בעניין זה ובהנחיה של משרדי הממשלה, תהליך של החלפת תקנים רשמיים מקוריים בתקנים בינלאומיים מאומצים. עם זאת, תקנים רשמיים ומחייבים רבים – ובכללם רוב התקנים בתחום המזון – הם עדיין תקנים ישראליים מקוריים. דוח טרכטנברג ציין עוד כי אמנם מכון התקנים הוא הגורם היחיד הרשאי לתת אישור עמידה בתקן למוצרים מיובאים, אך הגורם הקובע את מפרטי התקנים שהוכרזו כרשמיים בתחום המזון, ובודק את העמידה בהם, הוא שירות המזון במשרד הבריאות. זאת, נוסף על הפנייה למפרטים טכניים מחייבים של רגולטורים, בהתאם לסמכותם לפי דין בתחומים שונים תקשורת, תחבורה, תשתיות, איכות סביבה ותחבורה.⁵⁵

לאור דברים אלו המליצה הוועדה להאיץ ולייעל את תהליך ההחלפה של התקנים הישראליים בתקנים הבינלאומיים, בתהליך שקיבל את הכינוי "יישור קו". המשמעות היא למעשה ביטול סמכויות הרגולטורים בצד מכון התקנים בכל הנוגע לאישור עמידה בתקן של מוצרים מיובאים, וצמצום הסמכות של מכון התקנים לבדיקת עמידה בתקינה בינלאומית. עוד הדגישה הוועדה את אינטרס היבואן, והעדיפה חד-משמעית הסתמכות על תקינה זרה – למעט מקרים שבהם "הובהר מעבר לכל ספק סביר כי אין תקן בינ"ל שניתן לאמץ במקומו". דוח הוועדה מדגיש באופן שאינו משתמע לשני פנים עד כמה האינטרס של חשיפת המשק הישראלי לייבוא חופשי גובר על אינטרס הבדיקה המקומית.⁵⁶ דילמות אלה עלו במפורש בדיון בפרשת רמדיה במישור הציבורי אף טרם ההליך המשפטי. כך, למשל, במסגרת דיון שנערך בוועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת כבר בשנת 2003 ציין מנכ"ל משרד הבריאות, פרופ' בועז לב, כי בישראל – כמו בכל

הטקסט המלא של כל ההסכמים מופיע באתר www.wto.org/english/docs_e/legal_e/final_e.htm

54 "נוהל הנהלים" מערכת נהלי העבודה של שירות המזון הארצי 001-01, 10 (1998).

55 הוועדה לשינוי חברתי כלכלי דו"ח הוועדה 180-179 (2011) hidavrut.gov.il/sites/default/files/%20%D7%A1%D7%95%D7%A4%D7%99.pdf?bcsi_scan_99FE300B8A2E1F36=1 (להלן: דוח טרכטנברג).

56 שם, בעמ' 180.

העולם – מקובל להסתמך על תעודות אנליזה המבוצעת במעבדה מוכרת בארץ המוצא של המזון כבסיס להתרת שיווק בארץ, ואין מבצעים בדיקה מחדש של רכיביו בפועל:

כפי שאנחנו לא בודקים לצורך העניין, כאשר מגיעה לכאן "מרצדס", האם הבלמים של אותה "מרצדס" אכן עוצרים. לא בודקים את זה. יודעים שחברת "מרצדס" היא חברה עם תו איכות וכשמגיעה לכאן מכונית, יש לה את הבלמים ויש לה את הגיר, ויש גם תקלות ב"מרצדסים" [...] ⁵⁷

כאשר אנחנו מדברים על מזון לתינוקות ותוספי תזונה, שהם הדברים היותר רגישים לכאורה, אז היצרן צריך להיות בעל GMP – good manufacturing practice במדינת הייצור. GMP זה לא משהו שאנחנו המצאנו. זה איזה שהוא סטנדרט עולמי. אנחנו לא חורגים מאיזה שהוא סטנדרט עולמי אחר, אנחנו אומרים שיהיו בעלי GMP, שיהיו בעלי תו איכות שהוא על פי נהלים מאוד מקפידים ומחמירים בעולם. חוץ מזה, אנחנו צריכים מסמך שנקרא – certificate of free sale, שהמוצרים שמוצרים במפעל הזה מותרים לשיווק ללא הגבלה, גם בארץ המוצא. כך שאם רוצים לקחת את הליין הזה שמיוצא לישראל, אין להם שום בעיה לשווק את זה בכל מקום ואף בארץ המוצא שלהם, משום שאין מגבלה על כך [...] ⁵⁸

כתב האישום שהוגש בפרשה לא התחשב לכאורה בגישה זו. יותר מכול הוא חושף את החשיבה הבלתי-מספקת, בלשון המעטה, על הזיקה ההולכת וגדלה בין הסמכויות של רשויות המנהל לבין הזירה הנורמטיבית הבינלאומית. השאלה בדבר מידת ההסתמכות על בדיקות הנעשות בחוץ לארץ לא קיבלה התייחסות ציבורית עד להתפרצות הפרשה, ולמעשה גם אחריה ניכר חסרונו של דיון זה. כתב האישום מבטא בלי כל התלבטות גישה המחייבת בדיקות מקומיות, ללא הכרה בכך שההסדרים בתחום היבוא נשלטים גם על ידי נורמות בינלאומיות ואמנות. ⁵⁹ בכך, כתב האישום גורס שהיבואנים כפופים לדרישות שהרשויות המנהליות עצמן נמנעו מלהטיל עליהם במפורש, דרישות המוגדרות במוצהר כלא מחייבות את היבואנים בשל אינטרס הסחר החופשי והרצון לייעל את הליכי היבוא. כך, אין כל הוראת חוק או תקנה המתייחסת לחובה לקיים בדיקות עצמאיות של מוצרים מיובאים שנבדקו בחוץ לארץ כשאלה עברו בהצלחה את דרישות התקינה הזרה. ⁶⁰ אדרבה,

57 פרוטוקול הישיבה, לעיל ה"ש 50, בעמ' 5.

58 שם.

59 גישת הפרקליטות, המתאפיינת בניתוק של פרשת רמדיה מהזירה הבינלאומית, באה לידי ביטוי גם בניסוח של כתב האישום. ס' 31 לכתב האישום, לעיל ה"ש 49, מציין באופן סתמי כי "בסוף שנת 2002 או בסמוך לכך הוחלט בהומנה, בנסיבות שאינן ידועות למאשימה, שלא לכלול תיאמין בתערובת הוויטמינים המוכנה מראש של הפורמולות הצמחיות החדשות של רמדיה". זאת, חרף העובדה שצוות של המשטרה יצא לגרמניה ונחשף לחקירה שהתקיימה שם. בהתאם לכך, ובניגוד לעמדת הפרקליטות, נעתר בית המשפט לבקשה לאפשר עיון של הנאשמים בפרשה בחומר חקירה מגרמניה. ראו ת"פ (שלום פ"ת) 2613/08 חורי נ' מ.י. פרקליטות מחוז מרכז (פורסם בנבו, 17.2.2009).

60 בדיקות כאלה אינן מובנות מאליהן במקרים שבהם ההובלה לישראל אינה אמורה להשפיע על איכות המוצר, כפי שקורה לעתים בייבוא של מזון טרי, למשל. באופן כללי יותר אפשר

גורמי משרד הבריאות מוסמכים ליטול דגימות ולערוך בדיקות של מוצרי מזון מיובאים ביוזמתם ועל חשבון היבואן.⁶¹ חרף זאת, כתב האישום ייחס למנהלים של חברת רמדיה רשלנות בכך שלא יזמו בדיקות כאלה בעצמם. אכן, טענה מרכזית שנטענה בשם מנכ"ל רמדיה לשעבר הייתה שאין הצדקה להטיל על יבואנים את הנטל של גיבוש מדיניות בנוגע לבדיקות של מוצרים מיובאים הכשירים לשיווק בארצות מוצאם, בנסיבות שבהן הרשויות המנהליות המופקדות על כך בארץ נמנעו מקביעת מדיניות כזו. זאת, בה בשעה שהמדינה ממשיכה לקדם מדיניות התומכת בהכרה הדדית בתקנים ובהערכת תואמות הן במסגרת WTO והן בהקשרים אחרים, מתוך הכרה בצורך הבלתי־נמנע לקדם מדיניות כזו בתנאים של אינטגרציה כלכלית גלובלית.⁶²

אם כן, נראה כי בעיית הביזור הרגולטורי רלוונטית כאן לא רק במישור שבין שני הרגולטורים הישראליים – משרד הכלכלה ומשרד הבריאות – שבא לידי ביטוי במתח שנותר בלתי־פתיר בין האתוס של סחר חופשי לאינטרס בקיומו של פיקוח בריאותי על מוצרי מזון. במישור זה, מזון לתינוקות מעורר רגישות מיוחדת, אולם ברור שמדיניות שמעבירה את האחריות לפיקוח על סיכונים בריאותיים לשחקנים מחוץ לישראל חושפת את האזרחים כולם לסיכונים מסוימים. אולם, בהסתכלות רחבה יותר, פרשת רמדיה מדגימה את הביזור הרגולטורי גם במישור נוסף – זה שבין רשויות מנהל (קרי: משרדי הממשלה הרלוונטיים – משרד הבריאות ומשרד הכלכלה) לבין רשויות אכיפה (הפרקליטות והמטרה). רשויות המנהל הגיעו למתווה שקבע תנאים לייבוא שהתיימרו לשקף לכאורה איזון בין סחר חופשי לשיקולים בריאותיים. איזון זה לא שיקף דיאלוג מהותי בין הצדדים אלא תהליך אבולוציוני, המבטא יותר מכול את העוצמה של תהליכי האינטגרציה של המשק הישראלי עם השוק הגלובלי, כפי שבאו לידי ביטוי פורמלי גם בהסכמי סחר שחתמה ישראל – הן במסגרת ארגון הסחר הבינלאומי והן במסגרת בילטרלית. העוצמה של תהליכים אלה הביאה לכך שהאינטרס הבריאותי נדחק, אולי גם בשל חולשתו הפוליטית והרגולטורית של משרד הבריאות.⁶³ השתנות התנאים חייבה חשיבה מסודרת

להוסיף שרבים מהנהלים הנוגעים בייבוא של מוצרי מזון לישראל מבוססים על הנחיות מנהליות.

61 ראו ס' 8 לפקודת בריאות הציבור (מזון) [נוסח חדש], התשמ"ג-1983, ותקנות בריאות העם (בדיקת מזון מיובא), התשל"ח-1978.

62 שתי דוגמאות בולטות הן המשא ומתן המתקדם בין ישראל לבין האיחוד האירופי על הסכם בעניין Conformity Assessment and Acceptance of Industrial Product של ישראל בשנת 2008 ל־Pharmaceutical Inspection Co-operation Scheme (PIC/S). במסגרת התכנית יכירו חברות הארגון (באופן וולונטרי) בבדיקות הנערכות במכון לביקורת ותקנים של חומרי רפואה במשרד הבריאות, ובד בבד תכיר ישראל בבדיקות שנערכות במדינות אחרות. להצטרפות זו יש ערך רב לתעשיית התרופות הישראלית, אולם יש בה כמובן גם משום "הפרטה" של סמכויות הפיקוח של הרגולטור הישראלי באשר לתרופות הנמכרות בישראל. לרשימת החברות בתכנית ראו *Members, The Pharmaceutical Inspection Co-operation Scheme* www.picscheme.org/members.php.

63 על החולשה הפוליטית של משרד הבריאות אל מול משרד האוצר ראו גבי בן־נון "עשור לכנסי ים המלח – מעקב אחר המלצות כנסי ים המלח – 2000-2009" 28, 37 *כנס ים המלח*

על אופנים חדשים לפיקוח על סיכונים בריאותיים, בין על ידי ייחוד של סוגי מזון מסוימים שעליהם יימשך פיקוח הדוק יותר, בין על ידי יצירת קשרי עבודה עם גורמים זרים ובין על ידי ניהול עבודה חדשים שישקפו כי חלק מעבודת הפיקוח החדשה תושבת על בקרה של מסמכים ולא על בדיקת המוצרים. רשויות האכיפה קבעו (בדיעבד!) שלא היה די בתנאים שקבע משרד הבריאות, ושלא די בהסתמכות על הוראות שירות המזון הארצי כדי לפטור מנהלי חברה מסחרית מאחריותם בפלילים (ובהשלכה: מאכיפה פרטית דרך תביעות נזיקין). ההוראות הרגולטוריות ה"סטנדרטיות" מוגדרות, על פי רוב, במידה רבה של פירוט והן ידועות לחברה המסחרית מלכתחילה, ואילו ההוראות הרגולטוריות הנובעות מהליכי אכיפה מתבררות רק בדיעבד, והחברה המסחרית יכולה אך לנחשן מלכתחילה.⁶⁴ שאלות מדיניות אלה שעוררה פרשת רמדיה משתקפות חלקית בהסדר הטיעון שהושג בין התביעה לבין הנאשמים ממערכת הבריאות, שהוביל להגשה של כתב אישום מתוקן בכל הנוגע לנאשמים אלה. הסדר הטיעון הושתת על טענות רשלנות מצומצמות יותר בהיקפן בכל הנוגע לציפיות לתהליכי בדיקה מקיפים בהליכי היבוא של מוצרי מזון.⁶⁵ לסיכום, שתי בעיות עיקריות מתעוררות בעניין זה: ראשית, הבעיה הנובעת מההעברה של חלק מסמכויות האסדרה דה פקטו לגורמים מחוץ לישראל – הן במישור של קביעת התקנים והן במישור של אכיפתם (באמצעות בדיקות מעבדה בחו"ל). זאת, בלי להסדיר במפורש את חלוקת האחריות בין משרד הבריאות (וגורמי פיקוח אחרים בישראל),

העשירי (2009) www.israelhpr.org.il/1057/389.htm. בן-נן ציין את המשקל הדומיננטי של משרד האוצר בקבלת ההחלטות של מערכת הבריאות כאחד החסמים מפני רפורמה במערכת הבריאות. לדבריו, הגישה של משרד האוצר היא ש"כל רפורמה מוצעת במערכת הבריאות היא הזדמנות לבצע קיצוץ – בגישה זו נועדה כמעט כל רפורמה ארגונית לכישלון מראש".

64 בכך מקרה זה נופל בקטגוריה רחבה מאוד של התנגשות בין נורמות הידועות ex ante לבין אלה המוטלות ex post אך השפעתן גדולה על מקרים עתידיים. הבעיות המתעוררות נדונות בספרות הכללית בסוגיה, ומעבר לשאלת הנורמה הספציפית שיישמו הגורמים המוסדרים עולה בעיה של נטילת הסיכון להחלה רטרואקטיבית של נורמה משפטית כמו גם בעיה של אי-ודאות המשפיעה ככלל על קבלת ההחלטות של הגורמים המוסדרים. מידה משמעותית של אי-ודאות תוביל לא רק לקביעת נורמות התנהגות תת-אופטימליות אלא גם לפגיעה בעצם המוכנות להשקיע בתחום הנדון; במילים אחרות: אי-ודאות כאמור עלולה להוביל ל"בריחה" מסיכון, וזו מצדה תפגע באינטרסים הלאומיים בייבוא מוצרים מועילים לאוכלוסייה וביצירת תחרות ליצרנים המקומיים.

65 כתב האישום המתוקן בפרשת רמדיה הוגש בתאריך 27 בפברואר 2011 (להלן: כתב האישום המתוקן). ס' 112 לכתב האישום המתוקן ייחס למנהלת שירות המזון הארצי את החריגות הבאות: "לא הוציאה למפקחים בתחנות ההסגר הוראות פיקוח שמנעו בפועל סטייה מנהלי שירות המזון הארצי"; "לא הדגישה בנהלי היבוא (שלא הבחינו בין מזון רגיל לרגיש, ותמ"ל בכללו) את הרגישות הרבה הנדרשת בפיקוח על יבוא תמ"ל המשמש כמזון כולי"; "בהוראות בכתב שנתנה הורתה על צמצום בדיקות המעבדה שנערכו בתחנות ההסגר למוצרי מזון מיובאים ולצמצום שיקול הדעת של המפקחים בעריכת בדיקות מעבדה". רמת ההחמרה המופחתת של כתב האישום המתוקן השתקפה גם בעונש שביקשה התביעה – 500 שעות עבודות שירות לתועלת הציבור, ללא הרשעה. הכרעת בית המשפט בעניין טרם ניתנה.

שמרגע שאומצה התקינה הזרה איבד סמכויות אסדרה בנוגע למוצרים מיובאים – והותר אותן לכאורה בידי גורמים זרים, שהפעלת סמכויותיהם בחוץ לארץ קיבלה תוקף מחייב בישראל. נראה כי משרד הכלכלה ומשרד האוצר, שהובילו את מדיניות החשיפה, לא הקדישו לדילמה זו תשומת לב מערכתית. שנית, בעיית האחידות לאורך זמן, הנגרמת כשמידת הפיקוח ex ante שרגולטור אחד (משרד הבריאות) מפעיל כפועל יוצא של מערך האיזונים עם מדיניות הסחר המתהווה של ישראל, נתונה לפיקוח שיפוטי ex post (הן במישור המנהלי והן במישור הפלילי). במצב זה, כפי שאירע בפרשת רמדיה, הסתמכות על בדיקות של מעבדות זרות בעת ייבוא מוצרים אינה מבטיחה חסינות מפני העמדה לדין כשמתרחשת תקלה. סיכון זה, הנובע מביזור רגולטורי של רגולציה בארץ ובחול, יוצר חוסר ודאות אצל הגורמים המפוקחים ולכן עלול להשפיע על התמריץ לייבא מלכתחילה, ולגרום לנקיטת אמצעי הגנה מוגברים שהם לעתים פחות יעילים ומשיתים עלויות מוגזמות המגולגלות על הצרכנים. הרתעת-יתר יכולה להיות פוגענית לאינטרס הציבורי לא פחות מהרתעת-חסר, אך יותר מכך: היעדר ודאות יוצר בעיה תכנונית מערכתית ועלול למנוע פעילות ראויה דוגמת ייבוא של מזון תינוקות. אמנם מפתה לראות בתקינה קפדנית מפתח להגנה על הציבור, אך במצב של כפילות רגולטורית, בהיעדר גורם המאזן בין הערכים המוגנים ובהיעדר יישום מושכל לנסיבות המקרה, אינטרס הציבור נפגע.

ציון כי בעקבות ההמלצות של ועדת טרכטנברג קיבלה ממשלת ישראל בינואר 2012 החלטה ליישם מדיניות תקינה להסרת חסמים בתחום של ייבוא טובין. לפיה ההחלטה הוסמכו שר הכלכלה ושר האוצר לפעול לתיקון חוק התקנים ופקודת הייבוא והייצוא.⁶⁶ ביוני 2012 פרסמה הממשלה הצעה לתיקון חוק התקנים ופקודת הייבוא, המשלימה את המגמה לאימוץ התקינה הבינלאומית ואת צמצום הדרישות המגבילות את שחרור הטובין המיובאים מהמכס כך שדי יהיה בהצהרת היבואן.⁶⁷ בדברי ההסבר להצעה פורטו, בין היתר, כמה עקרונות: "צמצום הגבלות הסחר הנובעות מקבלת תקינה ישראלית חדשה שאינה תואמת את התקינה במשקים הגדולים",⁶⁸ כך שאי-אפשר יהיה לקבוע שתקן מקורי יהיה תקן רשמי – אלא לאחר שהובהר מעבר לכל ספק סביר כי אין תקן בינלאומי שאפשר לאמץ במקום התקן המקורי; "צמצום עיכובים ועלויות בתהליך הייבוא והגברת האכיפה בשלב השיווק"⁶⁹ – באמצעות בדיקות מדגמיות ומזדמנות במשלוחים של טובין המיובאים לישראל על ידי כוח אדם במנהל הממונה על התקינה במשרד הכלכלה, שיוסמך על ידי הממונה על התקינה, וחיזוק כלי האכיפה בתחום התקינה הנתונים לממונה על התקינה בחוק התקנים; "עדכון מדיניות הפיקוח ביבוא"⁷⁰ באופן שיוביל להפחתה בעלויות של ייבוא מצרכים לישראל, באמצעות השוואת המדיניות של בדיקות התקינה לזו הנוהגת בשווקים בינלאומיים ובאמצעות עדכון של מדיניות הפיקוח בייבוא על עמידה בתקן

66 החלטה 4191 של הממשלה ה-32 "הגברת התחרותיות והפחתת יוקר המחיה" (29.1.2012).

חוק התקנים, התשי"ג-1953; פקודת הייבוא והייצוא [נוסח חדש], התשל"ט-1979.

67 תזכיר חוק חוק התקנים, התשע"ב-2012.

68 שם, בסעיף ד.1.

69 שם, בסעיף ד.3.

70 שם, בסעיף ד.4.

רשמי, הנוהגת מכוח פקודת הייבוא והייצוא. ההצעה אושרה בכנסת ופורסמה ברשומות כחוק התקנים (תיקון מס' 10).⁷¹ החוק משקף ניסיון לאזן בין האינטרסים המתנגשים שבאו לידי ביטוי גם בפרשת רמדיה, ונותן עדיפות לאינטרס הסחר. עם זאת, ספק אם הוא יכול להיות פתרון מלא לקונפליקט הרגולטורי שבמרכז הפרשה.

ג. הביזור הרגולטורי כערובה למשילות ראויה

הניסיון המצטבר ביישום רגולציה מצביע על כך שיש קשיים הנלווים לכל אסדרה של פעילות פרטית על ידי גורם ממשלתי, לא כל שכן באסדרה רגולטורית מבוזרת. תופעות כמו רגולטור שבו (regulatory capture),⁷² שרירותיות שלטונית בעקבות ריכוז כוח ועוד, הופכים את הרגולציה לפתרון לא מושלם לבעיות הנלוות לעולם מורכב. ביזור רגולטורי, בין שנוצר ככוונת מכוון ובין שנוצר בתהליך אבולוציוני, כחלק ממנגנוני ההפרטה והגלובליזציה, יכול לתת מענה חלקי לבעיות אלו. בסעיף זה נדון ביתרונות הצומחים מחפיפה תפקודית בין כמה רגולטורים, ובפרק הבא ניחד את הדיון לחסרונות הנובעים מכך. בשני המקרים ברור שאין מדובר בפתרון מושלם או בכשל מלא אלא בהשפעות מצטברות (שלעתים מבטלות זו את זו) ובחלק ממכלול שיקולים רחב יותר. לאחר מכן (בפרק החמישי) נדון במנגנוני קואורדינציה שאפשר להציע במקרים שבהם יש סמכות חופפת, בין מרצון ומבחירה ובין מתוך הכרח, הנובע מהמורכבות המאפיינת את המדינה המודרנית וממקומה בכפר הגלובלי.

1. ביזור רגולטורי כהפרדת רשויות: מניעת שרירות שלטונית והתמודדות עם תופעת הרגולטור השבוי

ביזור סמכויות הוא אמצעי מוכר להגבלה של כוח שלטוני ושל השרירותיות העלולה לנבוע ממנו. הפרדת רשויות, הן ברמה הכלל-מדינתית (הפרדה בין חקיקה לביצוע ובין שניהם לבין אכיפה ושיפוט) והן ברמה התוך-מוסדית, מכוונים במידה רבה להקטין עד כמה שאפשר את הסכנות שבריכוז סמכות וכוח בידי מספר מצומצם של בעלי כוח שלטוני, מהטעמים הידועים שלפיהם "כוח משחית, וכוח מוחלט משחית בצורה מוחלטת". הקיום של כמה רגולטורים בעלי סמכות חופפת בנוגע לפעילות מסוימת מביא לכך שכל רשות כפופה לפיקוח עקיף של השנייה, לפחות במובן זה שהחלטות רגולטוריות נבחנות לא רק על ידי הכפופים להן אלא גם על ידי רשויות שלטון אחרות. אמנם עקרונית אפשר להסתמך על הפיקוח השיפוטי, אולם במקרים רבים הדבר כרוך בהשקעת משאבים ומצריך זמן רב עד לקבלת החלטה מעשית. מעבר לכך, פנייה לרשות שיפוטית דורשת יוזמה של הגורם המפוקח וזה עלול לחשוש מפגיעה ביחסיו עם הרגולטור, שהם יחסים מתמשכים ובעלי חשיבות. במילים פשוטות: פניית גוף מוסדר להפעלת פיקוח שיפוטי על הרגולטור הרלוונטי עלולה להעלות חשש לנקמה עתידית (ולו רק במניעת התחשבות ובעמידה על כל פרט). זאת, בעוד שפיקוח עקיף על ידי רגולטור אחר מבטיחה שהמידע בדבר החלטות

71 חוק התקנים (תיקון מס' 10), התשע"ד-2013, ס"ח 2410.

72 מושג זה יובהר בפסקה 3.1 בהמשך, כמו גם הפניה לספרות העוסקת בו.

שהתקבלו יעבור ויבוקר גם ללא פנייה יזומה של הגוף המוסדר. עצם הקיום של הפיקוח העקיף הוא תמריץ *ex ante* לרגולטורים המעורבים להיזהר בהפעלת סמכותם. בצד החשש משרירות שלטונית – קרי: התעמרות של הרשות החזקה בגוף המוסדר החלש – הספרות בתחום מצביעה על חשש הפוך ובעייתי לא פחות – תופעת הרגולטור השבוי (regulatory capture). תאוריות בתחום Public Choice מסבירות לא רק את התנהגות הרגולטורים אלא לפעמים אף את עצם יצירת הרגולציה כתוצאה של אינטרסים פרטיים של גופים מוסדרים.⁷³ גישה זו מצביעה על שני שלבים מובחנים ברגולציה: שלב יצירתה ושלב הפעלתה. בעיות הקשורות לשלב היצירה של הרגולציה חריפות במיוחד במקרים של רגולטורים ספציפיים לענף (שבהם גורמים בענף מעורבים בעיצוב הרגולציה שתחול עליו), ואילו בעיות הקשורות לשלב השני, של הפעלת הרגולציה, מתעוררות במקרים של רגולטורים ספציפיים וכלליים כאחד. לתופעת הרגולטור השבוי פוטנציאל התרחשות מובהק באינטראקציה שבין רגולטור סקטוריאלי לגופים העסקיים המפוקחים על ידו באותו סקטור, אם כי יש לה ביטוי מסוים גם באינטראקציה בין גורמים עסקיים מבוזרים המוצאים את עצמם תחת אסדרה של רגולטור כללי, כפי שיוסבר להלן. בשלב הראשון – יצירת הרגולציה – גורמים חזקים בתעשייה הרלוונטית עשויים להשתמש באסדרה ממשלתית כדרך למנוע כניסה של גורמים חדשים לענף, או כדרך לעגן התנהגות מתואמת ביניהם – מעין קרטל ברשות החוק. הדבר נעוץ בניסיון הנצבר לגבי דרישות מחמירות באסדרה חדשה, שיהיה קשה לעמוד בהן ללא תשתית ארגונית מתאימה, ולכן צפוי שדרישות אלה תיושגנה בהצלחה רק על ידי חברות בסדר גודל מסוים ומעלה. בשוק שבו יש יתרונות משמעותיים לגודל ולטווח זמן, החברות הראשונות לעמוד בסטנדרטים הנדרשים נהנות מיתרון ניכר, ונוצר חסם כניסה גבוה במיוחד שהרגולציה משמרת לאורך זמן. אם כן, יצירת הרגולציה עשויה להיטיב עם חלק מהשחקנים במגזר הפרטי על חשבון אחרים, בעיקר עם שחקנים המעורבים בשוק בשלבים מוקדמים על חשבון שחקנים עתידיים שירצו להיכנס לשוק בשלבים מאוחרים. פער הזמנים פועל לטובת הראשונים, שכן בעת יצירת הרגולציה הם אלה שהמחוקק והרגולטור הממונה רואים לנגד עיניהם, והם (השחקנים הראשונים) אלה המסוגלים להשפיע על התפישות של הציבור ושל השלטון ולעצב את הרגולציה המתהווה. התוצאה עלולה להיות רגולציה הנובעת מאינטרסים פרטיים יותר מאשר ציבוריים, כמו גם תופעה של *path dependence*, שלפיה גורמים בעלי יתרון קל בתחילת הדרך זוכים לעיגון ולחיזוק של יתרון זה. השלב השני בתאוריית הרגולטור השבוי מאפיין תהליכים המתרחשים כאשר הרגולציה מופעלת לאורך זמן. בעת הפעלה של רגולציה נוצרת אינטראקציה מתמשכת בין הגוף המוסדר לרשות המסדירה. יחסים מתמשכים אלו יוצרים כר פורה לשיתוף פעולה ולהסבת הרגולטור – שמונה כמפקח על גוף מסוים – לשותף ולעתים אף לכפוף דה פקטו לגוף זה. הדוגמה הקיצונית המוכרת היא תופעת *turnstiles* או *revolving doors*, שלפיה אנשי

George J. Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, 2 BELL J. ECON. & MGMT. SCI. 73 (1971); Richard A. Posner, *Theories of Economic Regulation*, 5 BELL J. ECON. & MGMT. SCI. 335 (1974); Sam Peltzman, *Toward a More General Theory of Regulation*, 19 J.L. & ECON. 211 (1976).

מפתח ברשויות רגולטוריות מועסקים מיד לאחר סיום תפקידם בגופים שעליהם פיקחו.⁷⁴ הבעייתיות הגלומה בכך ברורה ואף הולידה דרישות לתקופות צינון, אך עדיין אין ספק שרגולטור הצופה אפשרות שיחזור על פתחי הפירמות הגדולות בחיפוש אחר תעסוקה עתידית, ייזהר בעת הפעלת סמכותו כבר בעת כהונתו. גם בלי להיזקק לדוגמה קיצונית מוכרים מקרים שבהם רגולטור נסמך על הגופים המפוקחים כדי לקבל מידע הנחוץ לרגולציה עצמה. אף אם יש עצמאות מוסדית ונעדרים אינטרסים אישיים-תעסוקתיים, עדיין יש לגופים המפוקחים נגישות גבוהה למידע ואינטרס משמעותי להטייתו כך שישום האסדרה יהיה להם נוח יותר. אם נוסף על כך את ריכוזיות הגופים המוסדרים לעומת ביזור האזרחים הנהנים מאסדרה מיטבית, ברורים חוסר האיזון בין הצדדים והחשש מהטיות במידע שעליו מתבססים.⁷⁵

מעבר לכך קיים גם הרכיב האנושי במציאות שבה הרגולטור ואנשי הענף המפוקח עובדים בצמידות. עם הזמן נוצרים ביניהם קשרי עבודה אישיים והזדהות הדדית, עד שהרגולטור לעתים עלול לפעול מתוך רצון להימנע מלפגוע באינטרסים של אנשי הענף. כך גם במקרים אחרים שבהם הצורך בידע מקצועי לשם קביעה וביצוע של רגולציה מיטבית מוביל לכך שהרגולטור על ענף מסוים מתמנה מתוך אנשי הענף עצמו.⁷⁶ במקרים אלה, דווקא בשל ההיכרות של הרגולטור עם הענף ועם הגורמים הפועלים בו, עלול להיווצר מצב שבו יעדיף הרגולטור להתרחק מעימותים הכרוכים בפיקוח הרגולטורי, ויחפש דרכי נועם מוסכמות שבהן יישמרו היחסים הטובים, המקצועיים והאישיים, שהתרגל אליהם.

ביזור רגולטורי עשוי לתת מענה מסוים לחשש מפני שרירות שלטונית ורגולטור שבו. המחקר בתחום מדע המדינה מכיר כבר שנים רבות בחשיבות של חוסר הוודאות הפוליטי ("political uncertainty")⁷⁷ שנוצר כתוצאה מביזור רגולטורי: מדובר בגורם היכול להשפיע באופן חיובי על החלטות שרגולטורים מקבלים במגרש הפוליטי כשיש להם סמכות לעשות כן כד בבד עם רגולטורים אחרים. חלק מההשפעה האמורה נובע מחשש של רגולטורים מביקורת של רגולטורים אחרים: מדובר ביצירת פיקוח הדדי המופעל על ידי גופים בעלי

Yeon-Koo Che, *Revolving Doors and the Optimal Tolerance for Agency Collusion*, 26 RAND J. ECON. 378 (1995); David J. Salant, *Behind the Revolving Door: a New View of Public Utility Regulation*, 26 RAND J. ECON. 362 (1995)

Posner, לעיל ה"ש 73; Stigler, לעיל ה"ש 73.

Randall L. Calvert, *The Value of Biased Information: a Rational Choice Model of Political Advice*, 47 J. POL. 530 (1985); David Austen-Smith & John R. Wright, *Competitive Lobbying for a Legislator's Vote*, 9 SOC. CHOICE & WELFARE 229 (1992); David Austen-Smith, *Information and Influence: Lobbying for Agendas and Votes*, 37 AM. J. POL. SCI. 799 (1993); Susanne Lohmann, *Information, Access and Contributions: a Signaling Model of Lobbying*, 85 PUB. CHOICE 267 (1995); Morten B. Bennesen & Sven E. Feldman, *Lobbying Legislatures*, 110 J. POL. ECON. 919 (2002)

JAMES Q. WILSON, *THE POLITICS OF REGULATION* (1980); Terry M. Moe, *The Politics of Structural Choice: Toward a Theory of Public Bureaucracy*, in ORGANIZATION THEORY: FROM CHESTER BARNARD TO THE PRESENT AND BEYOND 116 (Oliver E. Williamson Ed., DENNIS C. MUELLER, CONSTITUTIONAL DEMOCRACY (1996); 1990)

מעמד נורמטיבי דומה, שבניגוד לתעשיות המוסדרות אינם חוששים להביע את ביקורתם. גורם משמעותי מתוסף במצב שבו רגולטורים נשבים בידי הגורמים המפוקחים ומייצגים תעשיות שונות: גוף מפוקח בעל השפעה על הרגולטור "שלו" עשוי לחשוש משימוש מוגזם בכוחו בשל האפשרות שגורם, אחר המסוגל להשפיע על הרגולטור המקביל, יפעל לאיין כל יתרון שהשיג הראשון. התחרות בין הגורמים המוסדרים מחלחלת לתחרות על השפעה רגולטורית באופן המונע שימוש בכוח לרעה מלכתחילה, ואולי אף מקטין את התמריץ להשיג כוח כזה (שכן בהיעדר אפשרות להפעילו למטרות רווח, מדוע יושקעו המשאבים הנדרשים להשגתו ולשימורו?).

במילים אחרות: קבוצת אינטרסים המתמודדת עם מצב של ביזור רגולטורי עושה לעצמה את האיזון בין רצונה להגיע לתוצאה המיטיבה עמה בזמן הנוכחי, לבין הצורך בעמידה מול קונפליקט פוליטי עתידי שתיצור קבוצת אינטרסים מתחרה המיוצגת על ידי (או יכולה להשפיע על) רגולטור אחר. יש במצב זה כדי להוביל לחתירה למצב של הפרדת הפוליטיקה מהאדמיניסטרציה על ידי כל אחת מקבוצות האינטרסים – לא מפני שכל אחת אינה חפצה בהשגת האינטרס שלה באופן מידי ומלא אלא מפני שכל אחת חוששת שידו של הרגולטור המייצג אותה תהיה על התחננה בתחרות מול הרגולטור האחר. מכאן ברורה, אם כן, חשיבות הקיום של כמה רגולטורים; יתרה מזו: ברורה החשיבות של הימנעות ממצב שבו רגולטור אחד גובר במובהק על האחרים וברור יתרון השימוש המושכל בחפיפה ובתלות הדדית בין כמה גורמי רגולציה.

דרך נוספת להבין כיצד הביזור הרגולטורי מסייע בהקטנת החשש מתופעת הרגולטור השבוי מתמקדת לא בגורמים המוסדרים (המנסים לשכות את הרגולטור) אלא דווקא ברגולטור עצמו, ובהנחה שהוא מעוניין "להישבות" כדי ליהנות מתמריצים כלכליים ואחרים.⁷⁸ כאשר רגולטור מעוניין לגבות מהגורמים המוסדרים "פרמיה", בין בדמות שוחד ישיר ובין בדמות יתרון עקיף, נחוץ לו מידע בדבר הזדמנויות קיימות ובדבר גודל העוגה העומדת לחלוקה.⁷⁹ כאשר כמה רגולטורים פועלים בו זמנית קשה לכל אחד בנפרד להגיע למידע הדרוש, לא כל שכן לצבור כוח הנובע מהשגתו ולפעול בלי שמטרתו האסורה נתגלה. הביזור הרגולטורי משאיר כל רגולטור בנפרד במצב שבו חסר לו מידע ולכן קטנה יכולתו לנצל לרעה את כוחו.⁸⁰

Pablo T. Spiller, *Politicians, Interest Groups, and Regulators: a Multiple-Principals* 78

Agency Theory of Regulation, or "Let Them Be Bribed", 33 J. L. & ECON. 65 (1990);

James M. Snyder Jr., *On Buying Legislators*, 3 ECON. & POL. 93 (1991); Thomas

Stratmann, *Are Contributors Rational? Untangling Strategies of Political Action*

Committees, 100 J. POL. ECON. 647 (1992); Tim Groseclose & James M. Snyder Jr.,

Buying Supermajorities, 90 AM. POL. SCI. REV. 303 (1996)

Timothy Besley & John McLaren, *Taxes and Bribery: The Role of Wage Incentives*, 79

103 ECON. J. 119 (1993); Alberto Ades & Rafael Di Tella, *National Champions and*

Corruption: Some Unpleasant Interventionist Arithmetic, 107 ECON. J. 1023 (1997)

Jean-Jacques Laffont & David Martimort, *Separation of Regulators against Collusive* 80

Behavior, 30 RAND J. ECON. 232 (1999)

2. התמצעות והתמחות

אחת ההשלכות הטיפוסיות של המעבר לממשל המבוסס על רגולציה היא ההתחזקות של גופים ומוסדות רגולטוריים בעלי מומחיות והתמצעות בתחום פעילותם, ועקב כך חיזוק של אמון הציבור בהם.⁸¹ הנה כי כן, רבות מהסוכנויות הרגולטוריות פועלות בתחומים שבהם נדרשים אמצעי פיקוח משוכללים ומתוחכמים על השחקנים המפוקחים במגזר הפרטי: במשק הגז והאנרגיה, בתחום התקשורת, בתחום התשתיות, בשדה הפיננסים וכיוצא באלה. בתחומים שבהם הוקמו גופים רגולטוריים עצמאיים הם נהנים בדרך כלל מתדמית טובה של מקצועיות ומחויבות בלעדית למטרת הקמתם, המתבטאת לכאורה ביכולת לספק טיפול מעמיק, מהיר, יעיל ובלתי־תלוי בשיקולים פוליטיים. יתרה מזו: יש הטוענים כי הצמיחה של סוכנויות רגולטוריות עצמאיות ככלי משילות נפוץ בתחומי פעילות כלכליים וחברתיים, נבעה מכשל של המחוקקים ושל בתי המשפט לספק את הצורך הציבורי בתפקוד מקצועי וחיוני בתחומים אלה.⁸²

אף מדיוני ארגון OECD עולה כי התפתחות המשילות באמצעות סוכנויות רגולטוריות עצמאיות נבעה מכך שהתחייבויות של נבחרי ציבור בשנות השמונים לא הצליחו להבטיח לכלל ביצוע עד שנות התשעים; ציפיות הציבור בנוגע למצב הכלכלי במדינות הארגון נכזבו ואז נדרש שינוי מהותי בהתנהלות המוסדית ובתרבות השלטונית. מה שנדמה היה בשנות השמונים כרפורמה פשוטה לביצוע התברר כמורכב וקשה מדי ליכולת השלטונית של הגורמים הפוליטיים. אזרחים שדרשו רמת שירותים טובה יותר, אימוץ של טכנולוגיות חדשות שפותחו באותה תקופה וזעזועים במשק שחשפו קיבעון כלכלי – כל אלה הובילו לחוסר אמון ציבורי במוסדות השלטוניים הפוליטיים, והפעילו לחץ לעבור לשיטת משילות מקצועית יותר שתזכה לאמון הציבור.⁸³ אם כן, הסמכה של סוכנויות רגולטוריות עצמאיות ומקצועיות היא תגובה למציאות שעמדה ברקע צמיחתן; לפיכך, עקרון ההתמחות וההתמצעות הוא לא רק יתרון משמעותי אלא גם חלק מהבסיס הערכי להצדקת הקיום של סוכנויות אלה.

3. סינרגיה והגנה מיטבית על אינטרסים ציבוריים מרכזיים

הסמכה של רשויות רגולטוריות בעלות מומחיות ומוניטין מקצועי היא רק פן אחד ביצירת אמינות שלטונית. הפן האחר מתמצה בתיחום פעילותן בצורה ברורה ובהגבלתה לענף אחד או לאספקט אחד במשק, תוך הבלטת האינטרס הציבורי שהוא העילה לפעילותן ושעל שמירתו הן אמונות. במצב דברים זה הביזור הרגולטורי מקבל משמעות המתמצה בהפקדת

81 Giandomenico Majone, *From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance*, 17 J. PUB. POL'Y 139 (1997)

82 שם, בעמ' 152-153; Merle Fainsod, *Some Reflections on the Nature of the Regulatory Process*, in PUBLIC POLICY 297 (C. J. Friedrich and Edward S. Mason eds., 1940); JAMES MCCAULEY LANDIS, *THE ADMINISTRATIVE PROCESS* (1974)

83 OECD, *REGULATORY POLICIES IN OECD COUNTRIES: FROM INTERVENTIONISM TO REGULATORY GOVERNANCE* (2002), http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/regulatory-policies-in-oecd-countries_9789264177437-en#page19

האינטרסים הציבוריים בידי רגולטורים נפרדים, שכל אחד מהם פועל כמיטב יכולתו המקצועית בתחום סמכותו כדי לספק הגנה מרבית לאינטרס הבלבדי שעליו הופקד. מטבע הדברים, המציאות המורכבת והכלכלה המודרנית עלולות ליצור מתח בין האינטרסים הציבוריים ולעתים – כפי שראינו לעיל במקרי המבחן – אף לגרום לקונפליקט חזיתי. במצב דברים זה, הביזור הרגולטורי יכול להיתפס כיתרון מסוים מבחינת האפקטיביות של ההגנה המוענקת לכל אחד מהאינטרסים הנוגדים, שכן כל אחד מהאינטרסים הציבוריים שבקונפליקט מיוצג על ידי רגולטור שהופקד על שמירתו. מסיבה זו נמתחה בספרות ביקורת על הטענה שיש לתמרץ את הסוכנויות הרגולטוריות לשקול שיקולים ציבוריים רחבים יותר מהאינטרס הציבורי המרכזי שלהן (כגון הגנת הסביבה או הגנה על תחרותיות של פירמות קטנות).⁸⁴ לפי הביקורת, האצלת סמכויות רגולטוריות לסוכנויות עצמאיות היא מוצדקת ולגיטימית נוכח המומחיות שלהן בתחום מקצועי צר למדי ומתוחם. מכאן נובע שדרישה פרודורלית מסוכנויות רגולטוריות עצמאיות לשקול ולאזן שיקולים נוגדים כאמור לעיל, אינה מוצדקת ככל שיש בה כדי לחרוג מתחום הסמכות הפורמלית של אותה סוכנות. איזון כזה נמצא באחריות הדרג הפוליטי, ואל לה לסוכנות רגולטורית מקצועית לחרוג לשדה זה. גישה זו מתבססת בעצם על העדפה של תחרות בין רגולטורים על פני הסמכה של "רגולטור-על" שישקול את כלל השיקולים הרלוונטיים. במסגרת גישה זו אפשר עדיין להבדיל בין העדפת המחוקק (או רשות פוליטית אחרת כגון הממשלה), כגוף שתפקידו לשקול ולאזן בין האינטרסים הנוגדים, לבין יצירת מערך איזונים מוסדי שבו אין גוף בר-סמכא המכריע בין הרגולטורים המקצועיים, ויש מערכת של איזונים ובלמים שבמסגרתה יצטרפו הגורמים להגיע לפשרה ולמצוא פתרון המשביע את רצון כולם ומשקלל את מגוון האינטרסים. אם כן, נוצר צורך להכריע בין מודל של תחרות רגולטורית לבין מודל של "שליט נאור", הנסמך על המלצות מקצועיות מצד הרגולטורים ומכריע ביניהם. להלן, בפרק השישי, נדון באפשרויות המוסדיות ובפרמטרים להעדפה של כל אחת מהן.

ד. הביזור הרגולטורי ככרוניקה של משילות כושלת

הצד השני של הדברים, כפי שיובא בפרק זה, מבטא תופעות שליליות וכשלים הנוצרים עקב הביזור הרגולטורי: להלן נתייחס לחסרונות המיוחדים לתופעה הנדונה.

1. קונפליקט בין רגולטורים

המציאות שבה הביזור הרגולטורי פועל היא מציאות פוליטית, חברתית וכלכלית מורכבת, והסביבה המנהלית כרוכה בעלויות ובסיכונים ניכרים ודורשת לא מעט פשרות פוליטיות. אחד האתגרים העיקריים בעיצוב של מדיניות קוהרנטית למשילות הרגולטורית הוא

Giandomenico Majone, *Strategy and Structure the Political Economy of Agency Independence and Accountability*, in *DESIGNING INDEPENDENT AND ACCOUNTABLE REGULATORY AGENCIES FOR HIGH QUALITY REGULATION 126* (OECD Working Party on Regulatory Management and Reform, 2005) (להלן: Majone).

התמודדות עם הקונפליקטים המתעוררים בין אינטרסים ציבוריים.⁸⁵ קונפליקט בין שתי רשויות רגולטוריות או יותר, המייצגות אינטרסים ציבוריים שונים, והיעדר תיאום ביניהן עלול להוביל לתוצאות רגולטוריות מנוגדות שמקורן ברשויות השונות, ותוצאות אלה עלולות לפגום בהישגי הממשל הרגולטורי. למותר לציין כי מבחינת הגורמים המפוקחים בענף המשקי הרלוונטי, המכלכלים את צעדיהם על פי הרגולציה המושתת עליהם, סיטואציה שבה מגמות מנוגדות מותוות מצד רגולטורים הפועלים באותו תחום היא סיטואציה בעייתית הכרוכה בעלויות ניכרות ובפגיעה ביכולתם לכלכל את צעדיהם ביציבות לטווח הארוך. כך, למשל, מקרה המבחן של מתקני גישה האלחוטיים ממחיש קונפליקט שנוצר עקב ביזור רגולטורי בין שר התקשורת מחד גיסא לשר הפנים ולשר להגנת הסביבה מאידך גיסא, באשר להצדקה של פטור מהיתר בנייה למתקנים אלה. השלכות הקונפליקט התבטאו בריבוי של מתקני גישה אלחוטיים הפטורים מהיתר בנייה בשיעור העולה על מתקני שידור בהיתר, וחשיפה גבוהה יותר של האוכלוסייה לקרינה מהמתקנים חרף העובדה שאין להם יתרון כלשהו ברמה הטכנולוגית או הכלכלית.

2. קיבעון נורמטיבי/ סטגנציה

חיסרון נוסף שעלול להתגלות כתוצאה מביזור רגולטורי הוא קיבעון נורמטיבי (Lock-In) בנוגע לתוכן ולמידת היעילות של הרגולציה המוחלת על הגופים הכפופים לה.⁸⁶ תופעת הקיבעון הנורמטיבי נוצרת כשכלל רגולטורי רווח – שאומץ במציאות של ביזור רגולטורי, על דעתם של כלל הרגולטורים האמונים על גיבושו – נהפך לבלתי־מתאים או לבלתי־ערכני (בהיותו הכלל הרגולטורי הראשון שאומץ בשוק או משום שהוא נשען על בסיס נתונים שכבר אינו רלוונטי); אולם, הואיל ויצירה של כלל רגולטורי חדש מצריך משא ומתן מורכב וגיבוש הסכמה בין כמה רגולטורים בתהליך ארוך ומורכב, נוצר אצל כל אחד מהרגולטורים תמריץ שלילי – להימנע משינוי הכלל הקיים. זאת, כדי שאף רגולטור לא ייאלץ לספוג כישלון או לבזבז משאבים רבים הכרוכים בתהליך השינוי של הכלל הרגולטורי במצב של חוסר־ודאות באשר לסיכויי ההצלחה של מהלך כזה. במצב המתואר, רגולטורים בעלי סמכויות חופפות עלולים להימנע ממעבר למשטרים רגולטוריים חדישים ומועדפים, משום שפעולה זו כרוכה בתיאום בלתי־אפשרי או מסורבל ובוויתור על הנוחות הכרוכה בעצם השמירה על הסטטוס־קו שנוצר בעת הגיבוש של המשטר הרגולטורי הקיים.⁸⁷ ביטוי רדיקלי לתופעה זו הוא כששינוי חברתי מחייב ביטול או מיזוג של רשות רגולטורית מסוימת, הכרוך כמובן באבדן של מוקדי כוח ומקומות עבודה. תופעה זו – היצמדות לא יעילה להחלטות העבר – נחקרה רבות בשיח שמקורו בדיסציפלינות של מנהל ציבורי. ההתייחסות לתופעה זו היא כאל אילוץ המכונה "עלות

OECD, THE OECD REPORT ON REGULATORY REFORM: SYNTHESIS (1997), <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/2391768.pdf> (להלן: THE OECD REPORT). 85

Cass R. Sunstein, *Social Norms and Social Rules*, 96 COLUM. L. REV. 903 (1996); Clayton P. Gillette, *Lock-in Effects in Law and Norms*, 78 B. U. L. REV. 813 (1998). 86

ראו גם ניתוח של תופעת Lock In בהקשר של הפרטת המשפט: טליה פישר "הפרטת המשפט" עיוני משפט ל 517, 551-557 (2008). 87

שקועה" (sunk cost), שיש להיות מודעים לקיומו בתהליכי קבלת החלטות הצופות פני עתיד.⁸⁸ עלות שקועה כוללת את המשאבים (כספיים ולא כספיים) שהוצאו בעבר ואי-אפשר להשיבם בזמן שהחלטה הנוכחית מתקבלת. על פי רוב, קיום של עלות שקועה עלול להוביל לנטייה של מקבלי ההחלטות להיצמד לדפוס הפעולה שנקט בעבר. ההסבר לכך נעוץ בעובדה שבמצבים שבהם יש למקבלי ההחלטות ספק אם לנקוט דפוס פעולה כלשהו, העובדה שהושקעו זמן, ומשאבים בגיבוש דפוס פעולה קיים מעודד אותם להמשיך באותה דרך ולהימנע מלשנותה. אפשר להבין השפעה זו בשתי דרכים: הראשונה – כהשפעה מוסדית-פסיכולוגית המאפיינת בני אדם בקבלת החלטותיהם, גם אם אין להימנעות זו בסיס רציונלי; השנייה – כמאפיינת שיקול רציונלי המתחשב בעובדה שאין עלות מיוחדת להמשכיות השימוש בכלל הקודם, אך שינויו כעת אפשרי רק תוך הקצאת משאבים משמעותיים.⁸⁹ בין כך ובין כך, במערכת תמרוץ שלילית זו יש כדי להוביל לסטגנציה משפטית המתמזה בהיצמדות למשטר משפטי נחות ולחסימה של מעבר מושכל למשטר רגולטורי יעיל וטוב יותר מהסטטוס-קוו.

3. נטל ביורוקרטי על השוק

היבט שלילי נוסף מתבטא בנטל הביורוקרטי הכבד ובחוסר היעילות במצבים של ביזור רגולטורי, שנהפכו למושא תלונותיהם של שחקנים עסקיים רבים בשווקים הכפופים לפיקוח רגולטורי. נושא זה קיבל התייחסות מיוחדת של ארגון OECD בדיוני שולחן עגול שהתקיימו בישראל, ואף הבנק העולמי פרסם דוח המתעד את כשלי הביזור הרגולטורי כפי שהם באים לידי ביטוי במדינות שונות בעולם.⁹⁰ לפי מקורות אלה, במקרים שבהם

88 לדיון בתופעת העלות השקועה בהקשר של ניתוח שיטת התקדים המחייב בישראל וסקירת הספרות המובאת שם ראו מיכל טמיר "עלותו השקועה של התקדים" דין ודברים כרך א 211 (2008). לדיון בתופעה בספרות העוסקת בתורה של קבלת ההחלטות במדע המדינה ראו, למשל, HERBERT A. SIMON, ADMINISTRATIVE BEHAVIOR (1957); גרעון דורון ורפי קינן להחליט ולבצע – פרקים במדיניות ציבורית 81-51 (1986); אירוונג לטטר ג'ניס ולאון מן תהליך קבלת החלטות: ניתוח פסיכולוגי של קונפליקט, בחירה ומחויבות 19-37 (1980).

89 McAfee, R. Preston, Hugo M. Mialon & Sue H. Mialon, *Do Sunk Costs Matter?*, 48 *ECON. INQUIRY* 323 (2009).

90 תיאור של מסגרת הדיון בסדנה מופיע באתר האינטרנט של OECD: OECD Workshop on Regulatory Enforcement and Inspections, Agenda (Oct. 29-30, 2012) www.oecd.org/gov/regulatorypolicy/Workshop%20Agenda_Jerusalem.pdf; מצגת של OECD שהוצגה בדיוני השולחן העגול מופיעה בקישור: Florentin Blanc, OECD Workshop - *How to Reform Business Inspections Reforms - Why, How, What Results? Review of experience in inspections and enforcement of business regulation and their reform* (Oct. 29, 2012), http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/S0_Overall%20report%20presentation_FLORENTIN BLANC & MARIELLE LESEURE, How to Reform Business Inspections Design, Implementation, Challenges (2011), <https://www.wbginvestmentclimate.org/uploads/How%20to%20Reform%20Business%20Inspections%20WEB.pdf> (להלן: דוח הבנק העולמי).

נתון לגורמים השלטוניים העוסקים בפיקוח שיקול דעת, או במקרים שבהם הרגולציה הנאכפת אינה מנוסחת בבחירות מספקת, הסיכויים להגדלת העומס הביורוקרטי על המפוקחים – מתרבים. לפיכך, אחת מתוצאות הלוואי של הפיקוח הרגולטורי המבוזר היא העלויות האדמיניסטרטיביות המוגזמות המושתות על עסקים בשל הצורך להתמודד עם ריבוי הגורמים העוסקים בפיקוח רגולטורי, ובכלל זה: עלויות של העסקת עובדים, עלויות של קנסות המוטלים עקב הפיקוח, תשלומים וטובות הנאה לא רשמיים לפקידים מממשל, תשלומים ללוביסטים שייצגו את העסקים במסדרונות השלטון, אבדן רווחים כתוצאה מהעיסוק המוגבר בהליכי הפיקוח ועוד.

כמו כן, הטיעונים הנשמעים באשר לנטל הביורוקרטי שנוצר במשטר הרגולטורי המבוזר מתייחסים לא רק לאיכות הרגולציה אלא גם להיקפה. ריבוי הרגולטורים בשוק ספציפי מוביל לעתים לריבוי מופרז בכללי רגולציה על השוק ולתופעה של *hyper lexis*.⁹¹ תופעה זו מקשה מאוד על האדם הממוצע להתמצא בעולם הרגולטורי ומאיינת את היכולת האפקטיבית להתנהל על פי הדין.

4. היעדר קוהרנטיות

שיקול הדעת המנהלי המוקנה במקרים רבים לרשויות פיקוח רגולטוריות, בשילוב עם ניסוח מעורפל של מקורות רגולציה נטולי קואורדינציה, עשוי לשמש יתרון כמתואר לעיל בפסקה 3.1 בשל מניעת ריכוז של כוח שלטוני, אך גם עלול להוביל להיעדר קוהרנטיות במדיניות הפיקוח. היעדר הקוהרנטיות עשוי לנבוע מעצם הקיום של כמה מערכות רגולטוריות חופפות (שמתקשות לשתף פעולה ואף מונעות מערכים סותרים).⁹² אולם, לעתים היעדר קוהרנטיות עלול להיות תוצאה של התנהגות אסטרטגית, בין מצד הרשויות ובין מצד העסקים. מצד הרשויות, חוסר הקוהרנטיות יכול לשקף מאבק פוליטי על עוצמה וסמכות; מצד החברות המפקחות, חוסר הקוהרנטיות יכול לשקף ניצול אסטרטגי של הביזור לצורך מטרות עסקיות (למשל, על ידי מתן מידע מוטעה וחלקי). במציאות הרגולטורית המבוזרת, היכולת לעשות מניפולציות בהעברת המידע מהשחקנים בשוק לרגולטור קלה יותר בהשוואה למציאות שבה רגולטור אחד מרכז ברשותו את כל המידע בשוק המפוקח על ידו.⁹³

JEROLD S. AUERBACH, JUSTICE WITHOUT LAW? 9 (1984); ROBERT C. ELLICKSON, ORDER 91 WITHOUT LAW: HOW NEIGHBORS SETTLE DISPUTES (1991); Jonathan R. Macey, *Public and Private Ordering and the Production of Legitimate and Illegitimate Legal Rules*, 82 CORNELL L. REV. 1123 (1997).

To Form a More Perfect Union?: Federalism and Informal Interstate Cooperation, 92 102 HARV. L. REV. 842, 844-846 (1989).

דוגמה לכך מאוקראינה מובאת בעמ' 6-7 בדוח הבנק העולמי, לעיל ה"ש 90.

ה. בין המצוי לרצוי: עקרונות למתן סמכות ההכרעה הרגולטורית במקרי התנגשות

במצביאות של ביזור רגולטורי, קואורדינציה בין סוכנויות רגולטוריות בעלות סמיכות תפקודית מסתמנת כאחד האתגרים החשובים של המדינה הרגולטורית. ארגון OECD הכיר בחשיבות של אתגר זה ופרסם המלצות אופרטיביות נוכח הניסיון שנצבר במדינות החברות בו. בין היתר הדגישו ההמלצות את החובה המוטלת על המדינות ליצור בתוך הממשל ומחוצה לו מנגנונים אפקטיביים ואמינים, שמטרתם לנהל ולתאם בין רגולטורים ורגולציה מסוגים שונים. המלצה נוספת הייתה להימנע ככל האפשר ממתן סמכויות חופפות או זהות לרשויות רגולטוריות שונות או לגורמי ממשל בדרגות שונות.⁹⁴ ההמלצות, הנשענות על הניסיון של מדינות, OECD מצביעות על כך שהקואורדינציה בין הרשויות הרגולטוריות צריכה לחצות תחומים שונים (דהיינו: סקטורים משקיים ותחומי רגולציה שונים) כדי להיות אפקטיבית; בכמה מדינות אכן הוקמו גופים או הוטלו על גופים קיימים חובות חדשות במטרה ליצור קואורדינציה. נוסף על כך, ולצורך הצלחת ייעודם, מנגנוני תיאום נזקקים אלה לתמיכה נוספת מגופי תיאום קיימים כמו משרדי ממשלה או רשויות רוחביות אחרות כגון רשות הגבלים עסקיים או רשות הסחר החופשי. בכמה מדינות יש גופים מהמגזר הפרטי (כגון מועצות מייעצות או סוגי התארגנויות פרטיות) היכולים לסייע בהצלחת הקואורדינציה וליצור תמריצים לתיאום, ואף מיזמים בינלאומיים או אזוריים בנושאי סחר או השקעות משותפות יכולים להיות בעלי השפעה חיובית על קידום קואורדינציה.

במבט ראשון, התיאום הרגולטורי עומד בניגוד מושלם לביזור הרגולטורי שבו עוסק מאמר זה. לכאורה, המטרה (או התוצאה) של ביזור היא להקשות על פעולה משותפת, בין היתר מהסוג המאפיינ תיאום ובמקרה קיצוני – האחדה. עדיין, תיאום בין רגולטורים אינו זהה לאיחודם במערכת קוהרנטית אחת. תיאום בין רגולטורים מאפשר לכל אחד מהם לקדם את האידאולוגיה המוסרית שעליה הוא אמון, כמו גם לתת במה לכלים הרגולטוריים הייחודיים לו. במובן זה, תיאום בין רגולטורים מכוזרים מאפשר לכל אחד מהם להמשיך במגמת ההתמחות המתודולוגית ולקדם את המטרות העיקריות בתחום עיסוקו. אם כן, תיאום שאינו מגיע לכדי האחדה מאפשר מזעור של עלויות הביזור בלי לוותר על יתרונותיו. אם כן, בצמצום של חוסר הוודאות של הגורמים הכפופים לרגולטורים יש יתרון וחסרון השלובים זה בזה, אך ברוב המקרים נראה שהיתרונות הנובעים מהקוהרנטיות הרגולטורית גדולים יותר מהחסרונות הכרוכים בה.

מנגנוני הקואורדינציה חשובים ליצירת אפקטיביות ויעילות במערכת הרגולציה בכלל, ויש להם משנה-חשיבות במקרים שבהם נוצרת התנגשות רגולטורית. במקרים אלה מנגנוני הקואורדינציה הם למעשה מנגנוני הכרעה ex-ante בקונפליקטים שבין שתי רשויות רגולטוריות או יותר. מהותית אפשר להבחין בין מנגנוני הכרעה משלושה סוגים פוטנציאליים: הראשון הוא הסמכה של גוף שלישי – שאינו אחת מהרשויות הרגולטוריות – להכריע במקרים של סמיכות תפקודית. סוג שני הוא הענקת סמכות הכרעה עודפת

94 ראו The OECD Report, לעיל ה"ש 85, 27-31.

לאחת הרשויות הרגולטוריות במקרים של קונפליקט; סוג שלישי הוא יצירת מערכת של כללי ברירת דין או עיגון עיקרון על מנחה שלפיהם יוכרע הקונפליקט.

1. הכרעה על ידי צד שלישי

כמה מדינות בחרו להקים גופים מיוחדים ליצירת הקואורדינציה: אוסטרליה, קנדה, הולנד, בריטניה וארצות-הברית.⁹⁵ כל הגופים הללו מאפשרים בקרה מטעם המדינה על הליכי הרגולציה של הרשויות הרגולטוריות העצמאיות.

סוג התערבות אחד של גופי הקואורדינציה הוא התוויה של דפוסי התנהלות מחייבים, שלפיהם כל רגולציה חדשה בשלבי גיבוש מועברת לגוף הקואורדינטיבי המפקח, המתייעץ בכל הסוכנויות הרגולטוריות העצמאיות האחרות, ורק לאחר אישורו אפשר להמשיך בתהליך הרגולציה. הדבר מבטיח גילוי מוקדם של בעייתיות ברגולציה המוצעת, דבר המאפשר להעניק לה מענה ראוי בטרם תקבל תוקף מחייב. תהליך זה חושף קונפליקטים בין מוסדות רגולטוריים ומעגן מנגנוני הכרעה על ידי הגוף הקואורדינטיבי. כך, למשל, פועל OIRA האמריקני, שבמקרי קונפליקט רשאי להכריע באמצעות כלים כלכליים של עלות-תועלת. החולשה של המנגנון האמריקני נעוצה בעובדה שהוא מאפשר להציף קונפליקט בין-מוסדי רק במקרים שבהם מוצעת הצעת רגולציה חדשה. לכן, מעצם טבעו, אין ביכולתו לחשוף קונפליקטים קיימים כשאלה באים לידי ביטוי במחדל או בהיעדר יוזמה לרגולציה חדשה – מצבים בעלי השלכות פוטנציאליות שליליות על המשק, או כשהכשל מבוסס על הוראות רגולטוריות קיימות והבעייתיות נעוצה באופן יישומן.⁹⁶

מנגנון קואורדינטיבי מסוג אחר הוא מנגנון המבוסס על ההבחנה המתוחמת בין ההסמכה המקצועית של הרשות הרגולטורית לבין הממשל שהסמיך אותה, שהוא גוף פוליטי. לפי תפיסה זו, הסוכנויות הרגולטוריות הוסמכו למטרה ספציפית ותחום פעולתן מוגבל לתחום מומחיותן. הן חסרות את הממד הרוחבי המאפיין את שדה הראייה של הממשלה שהאצילה להן את הסמכות הרגולטורית. על כן, מנגנון הכרעה במקרי קונפליקט

95 אתר האינטרנט הרשמי של המשרד לרגולציה מיטבית (OBPR; Office of Best Practice Regulation), במסגרת משרד האוצר והדה-רגולציה האוסטרלי: *About the OBPR*, DEPARTMENT OF PRIME MINISTER AND CABINET, <https://www.dpmc.gov.au/office-best-practice-regulation/about>; אתר האינטרנט הרשמי של המועצה המייעצת (לבתי הנבחרים ולממשלה) בענייני רגולציה (ACTAL; Advisory Board on Regulatory Burden): *About ACTAL*, ACTAL, <http://www.actal.nl/english/about-actal/>; היחידה לאיכות רגולציה (Best Regulation Unit) במסגרת המשרד הממשלתי לעסקים, *Business regulation - Policy*, GOV.UK, <https://www.gov.uk/>; אתר האינטרנט הרשמי של המשרד למידע ולענייני רגולציה (OIRA; Office of Information and Regulatory Affairs) תחת משרד האוצר הפדרלי (OMB; Office of Management and Budget): *About OIRA*, THE WHITE HOUSE, <https://www.whitehouse.gov/omb/oira/about>

96 לדיון בהצעה להרחיב את פעילות OIRA גם למצבים של מחדלים בפעילות הסוכנויות הרגולטוריות העצמאיות ראו Michal A. Livermore & Richard L. Revesz, *Regulatory Review, Capture, and Agency Inaction*, 101 GEO. L.J. 1337 (2012)

בין סוכנויות רגולטוריות הנשען על תפיסה זו הוא מנגנון פוליטי מטבעו. כך, למשל, בגרמניה, כאשר הממשלה מעוניינת לבטל החלטה של הרגולטור הפדרלי להגבלים עסקיים (The Federal Cartel Office) במקרה שהוא מסרב לאשר מיזוג בשל יצירה או חיזוק של כוח שוק דומיננטי: במקרה כזה הפירמות המתמזגות רשאיות לפנות לשר האוצר כדי לקבל אישור. השר מוסמך לשקול את היתרונות והחסרונות של המיזוג, אולם הוא מחויב לקבל חוות דעת נוספת התומכת בעמדתו מרגולטור עצמאי נוסף – המועצה למונופולין (Monopoly Commission). לנוכח מגבלות פרוצדורליות כבדות אלה, החלטות הרגולטור הפדרלי להגבלים עסקיים מבוטלות לעתים רחוקות מאוד, מטעמים פוליטיים.⁹⁷

גישה דומה באה לידי ביטוי גם בהמלצות ארגון OECD משנת 2003, המנתחות את המערכת הרגולטורית של נורבגיה.⁹⁸ לפי עמדת הארגון, בתחומי פעילות בעלי חשיבות מיוחדת או כשמעורבים בהכרעה הנדונה שיקולים מהותיים – לא כל שכן כשנוצר קונפליקט בין שתי רשויות רגולטוריות – יש לאפשר לממשלה לשנות החלטה של סוכנויות רגולטוריות, פעולה הנתפסת כפעולה פוליטית במהותה. להמלצה זו מבוססת על כך שמבחינה תאורטית, סוכנויות רגולטוריות הן בעלות אופי טכני ולכן הן נטולות חזון רחב או לגיטימיות דמוקרטית המאפשרים להן לקחת על עצמן את האחריות לקבלת החלטות פוליטיות. אופציה זו יכולה להתאים למצב שבו שני רגולטורים בעלי סמיכות רגולטורית נתונים במצב של יריבות, שבו אי-אפשר להקנות לאחד מהם את יכולת ההכרעה נוכח פערי השפה והכלים ביניהם. דוגמה רווחת היא מקרה שבו רגולטור של מגזר ספציפי מונחה בפעילותו על ידי שיקולים שאינם כלכליים אל מול רגולטור המונחה משיקולים כלכליים מובהקים. חוסר היכולת לכמת שיקולים לא כלכליים, אל מול מתודת הכימות וההשוואה הרווחת במבחנים כלכליים, דורש מתן מקום לשני הרגולטורים בו זמנית – או ויתור מוחלט על אחד מסוגי השיקולים. כמו כן, במקרה שבו שני אינטרסים חברתיים המיוצגים על ידי רשויות רגולטוריות שונות עומדים משני עברי המתרס, לא ברור כי רגולטורים האמונים על אחד התחומים יוכלו לתת משקל מספיק לשיקולי התחום השני. במקרים מעין אלה, הפנייה להכרעה פוליטית נתפסת על פניה כמוצדקת.

ביטוי לגישה זו, אם כי במידה מוגבלת, אפשר לראות בחלוקת הסמכויות בארץ בין הממונה על הגבלים עסקיים לבית הדין להגבלים עסקיים בנושא אישור של הסדר כובל. הממונה על ההגבלים מוסמך לתת פטור מקבלת אישור להסדר כובל מטעמים מצומצמים של היעדר פגיעה בתחרות.⁹⁹ אולם, כאשר יש צורך באיזון בין ערכים – דהיינו: בין פגיעה בתחרות לבין שיקולים אחרים לטובת הציבור (שעשויים להיות מוגנים על ידי רגולטורים אחרים) – הסמכות לאשר את ההסדר הכובל מסורה לבית הדין, המורכב גם מנציגי ציבור ומומחים בתחום שאינם פקידי ממשל, הרשאים לשקול שיקולים נוספים על-תחרותיים.¹⁰⁰

97 דוגמא זו מובאת במאמר של Majone, לעיל ה"ש 84, בעמ' 151.

98 ELIZABETH RODERBURG, OECD, REGULATORY REFORM IN NORWAY (2003), <http://www.oecd.org/regreform/32682052.pdf>

99 ס' 14 לחוק ההגבלים העסקיים.

100 שם, בס' 10.

דרך אפשרית נוספת היא הכרעה באמצעות בתי המשפט. קואורדינציה רגולטורית בדרך זו עלולה להתברר כבעייתית ליישום במדינות שבהן בתי המשפט אינם בעלי מומחיות בתחומים ספציפיים ומטפלים במגוון רחב של נושאים. יתרה מזו: מסגרת הזמן שנדרשת בדרך כלל להכרעה שיפוטית היא רחבה מאוד בהשוואה למסגרת הזמן הנדרשת לצורך הכרעות רגולטוריות. גם פערי הזמן הללו עלולים להפוך אופציה זו לבלתי־ריאלית. חרף מגבלות אלה חשוב לציין כי יש מקום, גם אם מצומצם, לקואורדינציה באמצעות הכרעות שיפוטיות במצבים שבהם יש חשד לעברה פלילית חמורה והמשמעות האופרטיבית של ההכרעה עלולה להיות הרשעה בפלילים (דהיינו: שההכרעה בקונפליקט שבין הרגולטורים הופכת דפוס התנהלות מסוים המוסדר על ידם לעברה פלילית על פי חוק), או כשההכרעה דורשת קביעת ממצאים בשאלה של הפרת חוק.

התיאור האמור עד כה של מנגנוני ההכרעה באמצעות צד שלישי מצביע על כך שבמקרים רבים האיזון בין האינטרסים המתנגשים אינו מקצועי גרדא: הוא מושפע משיקולים ערכיים של העדפת אינטרס אחד על אחר או מהקניית משקל יחסי משתנה לכל אחד מהאינטרסים המתנגשים לפי הנסיבות. עובדה זו נותנת את ההצדקה לצורך בהכרעה על ידי צד שלישי החיצוני למעגל המקצועי – בין על ידי גורם שיפוטי (המורגל בהכרעה בקונפליקטים המושתתת על איזון אינטרסים ועל שיקולי סבירות) ובין על ידי גורם פוליטי (נבחר ציבור המייצג את ההעדפה האידאולוגית של הציבור ומוסמך מטעמו לבצע הכרעות ערכיות).

לפיכך, אפשר להבחין בין שלושה אפיקים של הכרעה בקונפליקטים רגולטוריים על ידי צד שלישי: הכרעה מקצועית (מוודאת שהשיקולים שנשקלו נכונים ועומדים בסטנדרטים מקצועיים מקובלים), הכרעה פוליטית (מאזנת במקרים של מאבקי כוחות ומשקפת את ערכי הציבור) והכרעה שיפוטית (מוודאת שהאיזון אינו מחסה לאינטרסים פרטיים ושהוא עומד במבחן הסבירות). כאשר נשוא הרגולציה מושפע מאסדרה של כמה תחומים מקצועיים – הביזור הרגולטורי מבטיח מקצועיות בכל נושא ותחרות בהשפעה על מנגנון ההכרעה הפוליטי (ככל שיש כזה). התחרות בין הרגולטורים פועלת בדומה לאדברסריות בהליך השיפוטי, ומוודאת שכל השיקולים הרלוונטיים מגיעים לשולחן הדיונים, ושיש הצדקה לכך שגורם שלישי – פוליטי – יכריע בתחרות הערכית ביניהם. לעומת זאת, בביזור רגולטורי בתוך תחום מקצועי אחד יש כדי לייצר בין הרגולטורים תחרות שאין בה התנגשות אידאולוגית בין אינטרסים מנוגדים. במקרה כזה נראה שמנגנון ההכרעה הראשוני צריך לשאת אופי מקצועי. מנגנון הכרעה פוליטי בנסיבות אלה עלול להיתפס כבלתי־ענייני משום שאין בו אלמנט ערכי קונפליקטואלי כלשהו, ומנגנון ההכרעה השיפוטי יכול להתאים רק ככל שיש בו כלים מקצועיים או מומחיות נדרשת להכרעה באותו קונפליקט – או במצבים שעולה בהם שאלת המהימנות של העמדות או התקינות של הליך קבלת ההחלטות, והצורך בקביעה שהן לא באות להסוות שיקולים אישיים או פסולים.

כפי שצוין לעיל, בישראל נקבעו בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה שני מנגנונים ליישוב מחלוקות בין רשויות ממשלתיות.¹⁰¹ במקרה של מחלוקת משפטית בין רשויות

המדינה יכריע היועץ המשפטי לממשלה ואילו במקרה של מחלוקת עניינית אחרת בין משרדי ממשלה ההכרעה נתונה לראש הממשלה.¹⁰² נוסף על כך אפשר לזהות במוסד מבקר המדינה בארץ מאפיינים של מנגנון קואורדינציה, באשר הוא מוסמך לבחון ולבדוק את התפקוד של רשויות שונות הנתונות לעתים בקונפליקט בינן לבין עצמן, ולהמליץ לפני הכנסת את המלצותיו. החיסרון העיקרי של מוסד זה כמנגנון לקואורדינציה מוסדית נעוץ בעובדה שבדיקתו נושאת אופי ex post. בחינה בדיעבד אינה יכולה לשמש כלי קואורדינציה המבטיח תפקוד רגולטורי יעיל באופן שוטף, לא כל שכן כשמדובר בענפי משק וכלכלה. יש במוסד מבקר המדינה כדי לספק פיקוח בדיעבד על אופן ההפעלה של סמכות רגולטורית, אך לאור מהותו, כאמור, הוא נטול השפעה על הפעלה של סמכות רגולטורית לגיטימית אך חד-צדדית בעת הפעלתה, גם אם היא לא מתואמת ואולי אף מנוגדת לסמכות רגולטורית אחרת.

לבסוף, המנגנון האחרון שיוצג בהקשר זה הוא המנגנון של שולחן עגול, המתאפיין בהשתתפות הנציגים של כל בעלי העניין הרלוונטיים. השולחן העגול הוא פורום רב-משתתפים במסגרת ארגונית מפורשת ומתמשכת, ומלבד נציגי הרגולטורים הרלוונטיים שותפים לו גם נציגים של בעלי עניין מהמגזר הפרטי והציבורי. מטרתו של המנגנון היא לקיים יחסי גומלין, תיאום ושיח בין-מגזרי לצורך קידום מטרות ציבוריות כחלק מתהליך של קבלת ההחלטות.¹⁰³ מנגנון שולחן עגול נוצר, למשל, בממשלת ישראל במסגרת החלטת ממשלה משנת 2008 ליצור שיח מתמשך בין ארגוני החברה האזרחית לגורמים עסקיים.¹⁰⁴ לצורך הפעלה של מנגנון השולחן העגולה קבעה החלטת הממשלה כי תוקם במשרד ראש הממשלה "יחידה מייצעת בנושא שיתופי פעולה", שתפעל במסגרת האגף לתכנון מדיניות ותעסוק בקידום של שיתופי פעולה ושל שיח מתמשך בין המגזר הציבורי, המגזר העסקי והמגזר השלישי, לפי העניין ועל פי שיקול דעת, במסגרת תהליכי תכנון וביצוע של מדיניות הממשלה. נוסף על כך, בהתאם להחלטת הממשלה האמורה, הוטל על משרדי הממשלה לפעול לקיום שיח שיאפשר מגוון דעות וכן יאפשר לגורמים המעוניינים לקחת בו חלק. כך, בד בבד עם השולחן העגול המשקי העוסק בסוגיות הנוגעות ליחסי מגזרים, הוחלט להפעיל שולחנות עגולים משרדיים שיעסקו בסוגיות שבתחום פועלם של משרד החינוך, משרד הרווחה והשירותים החברתיים והמשרד להגנת הסביבה ("השולחנות הנושאים"). אחד השולחנות העגולים שהוקמו ברוח החלטת הממשלה האמורה ובהתאם להחלטת ממשלה ספציפית הוא השולחן העגול לצמיחה ירוקה שהוקם ביוזמת המשרד להגנת הסביבה בשיתוף עם משרד התעסוקה, המסחר והתעשייה (תמ"ת) (כיום משרד

102 ראו שם, וכן פרוטוקול מס' 234 של הוועדה לענייני ביקורת המדינה, הכנסת ה-18 (25.7.2011), שבה נדון דוח המבקר האמור.

103 מנגנון השולחן העגול סווג כמנגנון של צד שלישי נוכח הכללתם של בעלי עניין שמחוץ לרשויות הרגולטוריות הרלוונטיות בשיח המתנהל בו. זאת, להבדיל מוועדות ממשלתיות בין-משרדיות שמצאו ביטוי בפרק 5.2.2.

104 החלטה 3190 של הממשלה ה-31 "יחסי הממשלה, החברה האזרחית והמגזר העסקי התורם להשגת מטרות ציבוריות" (24.02.2008) www.pmo.gov.il/Secretary/GovDecisions/2008/Pages/des3190.aspx

הכלכלה), בהשתתפות נציגים של המגזר הציבורי, המגזר העסקי וארגוני הסביבה.¹⁰⁵ לפי החלטת הממשלה, במטרות השולחן העגול נקבע כי הוא יציג עד מאי 2012 תכנית לאומית לצמיחה ירוקה הכוללת מדיניות וכלים שונים (כלכליים, רגולטוריים, ביצועיים ואינפורמטיביים) בשלושה תחומים מרכזיים: חדשנות ירוקה, ייצור ירוק וצריכה ירוקה. אכן, השולחן העגול הציע תכנית לאומית, וכבר במאי 2012 ניסח עבור הממשלה הצעת עקרונות להחלטת ממשלה בנושא.¹⁰⁶

עם זאת, מאז ועד למועד הכתיבה של שורות אלה טרם אישרה ממשלת ישראל תכנית לאומית כלשהי לצמיחה ירוקה בשל היעדר תקצוב מתאים על ידי משרד האוצר; כמו כן לא נכללו בתכנית המוצעת תחומי התחבורה והאנרגיה, בשל הסירוב של משרדים אלה להשתתף בדיוני השולחן העגול.¹⁰⁷ לפיכך, נכון למועד זה אי-אפשר להעריך את מידת ההצלחה של מנגנון השולחן העגול בישראל כמנגנון קואורדינציה.

2. הכרעה ללא התערבות צד שלישי

(א) הענקת עדיפות לאחד מהרגולטורים שסמכותם חופפת

אפשרות אחרת להכרעה במקרים של קונפליקט בין שתי רשויות רגולטוריות היא מתן עדיפות לעמדה של אחת מהן על פני האחרת. משמעות הדבר היא העדפת האינטרסים הציבוריים שבשם אותה רשות פועלת על פני האינטרסים הציבוריים של הרשות האחרת. הענקת עדיפות כאמור יכולה להיעשות בכמה דרגות ודרכים. כך, למשל, בראש ובראשונה אפשר להקנות לרגולטור אחד סמכויות מסוימות בתחום המומחיות של הרגולטור האחר ולשלול אותן מהאחרון. נוסף על כך אפשר להעניק זכות וטו לאחד הרגולטורים בנוגע להחלטות של הרגולטור האחר כדי לממש את העדיפות. אופציה דומה אחרת היא לאפשר לרגולטור בעל העדיפות הרגולטורית להוציא המלצות המחייבות את הרגולטור האחר. הענקת עדיפות בדרגה נמוכה יותר נעשית באמצעות חובת היוועצות ברגולטור העדיף. לבסוף, הענקת העדיפות החלשה ביותר מתבטאת בהטלה של חובת יידוע חדי-צדדית כלפי הרגולטור העדיף.

דוגמה לקואורדינציה מסוג זה בישראל הן הנחיות היועץ המשפטי לממשלה בישראל, שנותנות ביטוי לקושי בתיאום בין רשויות בעלות סמכות חופפת או משותפת להתקנת

105 החלטה 3768 של הממשלה ה-32 "תכנית לאומית לצמיחה ירוקה" (23.10.2011) www.pmo.gov.il/Secretary/GovDecisions/2011/Pages/des3768.aspx. פירוט על השולחן העגול לצמיחה ירוקה, סיכום ישיבותיו והחלטותיו ניתנים לעיון באתר האינטרנט של המשרד להגנת הסביבה: "שולחן עגול לצמיחה ירוקה" **המשרד להגנת הסביבה** 18.6.2013 www.sviva.gov.il/subjectsEnv/GreenGrowth/RoundTables/Pages/default.aspx.

106 בעקרונות הצמיחה הירוקה, כפי שגובשו על ידי השולחן העגול, אפשר לעיין באתר המשרד להגנת הסביבה, **מדיניות הממשלה לצמיחה ירוקה** (2012) www.agolyarok.gov.il/uploads/greengrowth/background3.pdf.

107 ראו, למשל, את הכתבה של איתי טרילניק המתארת את הקשיים בתוך הממשלה: איתי טרילניק "צמיחה ירוקה בישראל היא כבר לא מותרת אלא הכרח" **TheMarker** 12.6.2012 www.themarker.com/dynamo/1.1729361.

תקנות. כך, בהנחיה מס' 2.3100 שכותרתה "חקיקת משנה נוהל והנחיות", סעיף 5.4(ג) מציין:

לעתים, קובע החוק כי הסמכות להתקין תקנות לביצוע החוק מוקנית לשני שרים ביחד [...] הניסיון מלמד כי הסדר כזה עלול לגרום קשיים מרובים ולעתים אף לסכל ביצוע נאות של החוק. מטעם זה תוקן החוק למניעת מפגעים, התשכ"א-1691, שבעבר קבע שלשני שרים יחד יש סמכות להתקין תקנות לביצוע החוק (שר הבריאות ושר הפנים). כיום הסמכות לפי חוק זה מסורה לשר אחד בלבד, השר לאיכות הסביבה.
לפיכך, גם במקרים שנושא התקנות נוגע לשני משרדים, רצוי להפקיד את הסמכות להתקין תקנות בידי שר אחד, הוא השר שמרכז הכובד של התקנות מצוי בתחום משרד, אלא אם כן יש צורך ברור להעניק את הסמכות לשני השרים במשותף [...] ¹⁰⁸.

למען שלמות התמונה יצוין כי סמכויות שר הפנים הנזכרות בדברי היועץ המשפטי לממשלה לפי חוק מניעת מפגעים הנ"ל, היו בתחום פעילותו לפני שהוקם המשרד לאיכות הסביבה בשנת 1989.¹⁰⁹ לפיכך, העברת הסמכויות המתוארת בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה נעשתה בשלב הראשון לשר הפנים, שמרכז הכובד של התקנות היו בתחום משרדו. רק עם קום המשרד לאיכות הסביבה הועברו אליו ממשרד הפנים כל הסמכויות ועובדי צוות השירות לשמירת איכות הסביבה.

לכאורה, העדפת אינטרס ציבורי אחד המפוקח על ידי רגולטור מסוים על פני אינטרס ציבורי אחר המפוקח על ידי רגולטור אחר היא בחירה ערכית לגיטימית, ומדינה רשאית לאמץ אותה בסדר היום הציבורי שלה. הבעיה היא שלעתים העדיפות של רשות רגולטורית אחת על פני רעותה אינה תוצאה של החלטה מודעת, שקולה ודמוקרטית שקיבלה המדינה – למשל: במסגרת חקיקה ראשית קונבנציונלית – אלא תוצאה מההתנהלות השוטפת של הרשויות הרגולטוריות. תופעה זו מתרחשת כשרשויות רגולטוריות מקבלות החלטות בתחום פעילותן תוך השפעה על תחום פעילותן של רשויות רגולטוריות אחרות, ללא כל תאום ולעתים ללא הליכי יידוע בין-מוסדיים מוסדרים, ומתוך ניצול הכוח השלטוני שבידיהן והנסיבות הקונקרטיות כדי להשיג לעצמן עדיפות על פני רשויות אחרות. הבעייתיות גוברת במקרים שבהם טרם השגת העדיפות הרגולטורית דה פקטו כלל לא עמדו לפני מקבלי ההחלטות מלוא הנתונים בדבר ההשלכות של אותה עדיפות ולא נבחנו אלטרנטיבות לפתרון הקונפליקט.

במצב כזה, שבו לא נעשה מראש איזון אינטרסים מחושב, אפשר לטעון כי האיזון ייעשה אד הוק, תוך כדי ההתנהלות של הרשות הרגולטורית שרכשה לעצמה את העדיפות

108 "חקיקת משנה: נוהל והנחיות" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 2.3100, 11-10 (התשמ"ו) www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/5C816E7D-1BAC-4452-A696-34CBFA029A38/0/23100.pdf (להלן: הנחיית היועץ המשפטי לממשלה).

109 חוק למניעת מפגעים, התשכ"א-1961. לתיאור האבולוציה של המשרד לאיכות הסביבה ראו אלון טל הסביבה בישראל משאבי טבע, משברים מאבקים ומדיניות-מרשית הציונות ועד המאה ה-21 398-464 (2006).

דה פקטו וקיבלה החלטות בעלות השפעה על תחום הפעולה של רשות רגולטורית אחרת. ספק אם אלו פני הדברים במציאות. ברוב מקרי הקונפליקט כל רגולטור פועל בתחומי; הרגולטור שזוכה לעדיפות דה פקטו (ולא מתוך תכנון מוקדם) אינו פועל בהכרח מתוך מודעות לתחום פעולתו של רגולטור אחר, והכרעתו אינה תולדה של תיאום. יתרה מזו: לעתים נוצרת רגולציה שהיא אפילו אקט חד-צדדי שנוי במחלוקת בין שני רגולטורים, למשל כשיש לרגולטור סמכות למנוע פעולה מסוימת, שרגולטור האחר הפועל באותו שוק חפץ בביצועה אך אינו מוסמך להורות על כך. כזה הוא, למשל, מיזוג בשוק התקשורת: הממונה על הגבלים עסקיים יכול למנוע אותו מכוח סמכותו הכללית למרות ההעדפה של שר התקשורת למתן היתר למיזוג מטעמים של מדיניות משרדו ביחס לשוק הספציפי שבו מדובר.

הקושי במצב זה נעוץ גם במומחיות ובידע מקצועי שהם תנאי להסמכה של רשות רגולטורית בתחום פעילותה הקונקרטי אך לא בתחום של הרשות האחרת. רשות רגולטורית הנדרשת להכריע בנושאים בעלי השפעה על נושא שאינו בתחום מומחיותה נתונה במצב בעייתי, העלול להוביל בוודאות די גבוהה להחלטה לא מאוזנת ומוטה לכיוון האינטרס והשוק המוכר לה. ההיקף של בעיה זו רחב במיוחד במקרים של קונפליקט בין רשות כללית כמו רשות הגבלים עסקיים לרשות סקטוריאלית דוגמת המשרד להגנת הסביבה או משרד הבריאות. קונפליקט זה זכה להתייחסות רחבה הן בדיונים בינלאומיים והן במחקר האקדמי.¹¹⁰ בדיונים אלה רווחת הרעה שהענקת עדיפות לרשות הסקטוריאלית להכריע בשאלות בעלות השפעה מהותית על התחרות היא בעייתית בשל היעדר ידע וניסיון בקידום התחרות. הבעייתיות מתחזקת במיוחד נוכח מבנה שוק ריכוזי המתאפיין בבעלויות צולבות כמו המשק הישראלי, וההשפעה ההדדית שיש להחלטה בשוק של סקטור אחד על מבנה השוק בסקטור אחר. זוהי אחרת לבעייתיות זו מתייחסת לתופעת הרגולטור השבוי, האופיינית יותר לרגולטורים סקטוריאליים המקיימים דיאלוג שוטף עם השחקנים העיקריים בשוק, ויש חשש שהחלטותיהם ייטו לשמור על היציבות של אותם שחקנים והאינטרסים שלהם על חשבון שיקולי התחרות.

עם זאת, ראוי לציין כי במצבים מסוימים יש לרגולטורים הסקטוריאליים יתרונות ברורים על פני הרגולטורים הכלליים: ראשית, הם בעלי ידע מצטבר נרחב באספקטים טכניים של מוצרים ושירותים בסקטור שלהם, ולכן הם מתאימים יותר לקבוע ולהתוות

OECD, ROUNDTABLE ON RELATIONSHIPS BETWEEN REGULATORS AND COMPETITION 110 AUTHORITIES (1999), <http://www.oecd.org/competition/sectors/1920556.pdf> (להלן: ANTI-TRUST ENFORCEMENT IN REGULATED SECTORS); (ROUNDTABLE ON RELATIONSHIPS WORKING GROUP OF THE ICN, SUBGROUP 2: INTERRELATION BETWEEN ANTI-TRUST AND REGULATORY AUTHORITIES (2004); The Fifth Global Forum on Competition, The Relationship Between Competition Authorities and Sectoral Regulations (Feb. 17-18, 2005); UNCTAD, BEST PRACTICES FOR DEFINING RESPECTIVE COMPETENCES AND SETTLING CASES WHICH INVOLVE JOINT ACTION OF COMPETITION AUTHORITIES AND REGULATORY BODIES (2005); SUZANNE ELIZABETH JOY KINGSTON, THE ROLE OF ENVIRONMENTAL PROTECTION IN EC COMPETITION LAW AND POLICY (2009); CHRISTOPHER TOWNLEY, ARTICLE 81 EC AND PUBLIC POLICY (2009).

רגולציה בעלת אופי טכני כמו בסקטור הטלקומוניקציה; שנית, יש להם יתרון בתחומים שבהם נדרש פיקוח מתמשך ושוטף והכרעות מהירות ומוחלטות אגב כך; נוסף על כך הם עדיפים בסקטורים ובמצבים שבהם אכיפה בדיעבד (המאפיינת רגולטורים כלליים) יוצרת חוסר ודאות חריגה בשל מאפייני הדינמיות באותו סקטור; כמו כן, במצבים שבהם אכיפה יעילה מצריכה התעמקות ובקיאיות בהתנהלות השוק והכרת השטח כדי להתמודד עם מורכבות התחום הספציפי, יש יתרון מובהק לרגולטור סקטוריאלי; לבסוף, כשמדובר בכשלים מבניים חוזרים ונשנים האופייניים לאותו סקטור יש עדיפות לרגולטור סקטוריאלי בעל ניסיון בקביעת כללים ברורים והולמים לענף.

לעומת זאת, לרשות כללית כמו רשות ההגבלים העסקיים יש עדיפות במצבים שבהם עדיין אין שוק מוגדר ונדרשת הגדרה שלו לצורכי רגולציה; נוסף על כך יש לה עדיפות כשאכיפה רגולטורית מראש (ex ante), האופיינית לרגולטורים סקטוריאליים, מובילה לעיוותים בביצועי השוק, לעצירת ההתפתחות של מוצרים חדשים ולכשלים בעלי השפעה כלכלית ניכרת; כמו כן, בשוקים שבהם לא נדרש פיקוח רגולטורי מתמשך וצמוד יש יתרון לרשות רגולטורית כללית; לבסוף, בשוק של מוצרים הנהנים מביקוש גבוה ועניין רב (products of interest), החשוף יותר למניפולציה אסטרטגית שאותה אי-אפשר לצפות ולמנוע באמצעות רגולציה סקטוריאלי מראש, יש עדיפות לרגולטור כללי כמו רשות הגבלים עסקיים.

(ב) החלה של כללי קואורדינציה הדדיים על הרגולטורים

המציאות מלמדת כי במקרים רבים מדינות מתקשות לגבש מדיניות סדורה שתקבע את כללי העדיפות של הרשויות הרגולטוריות. לפיכך, הן בוחרות דרך ביניים שאינה מגדירה מראש לאיזו רשות רגולטורית תינתן סמכות ההכרעה, אלא מאמצת מנגנונים שיבטיחו תיאום במצבים של סמיכות רגולטורית. אפשר להצביע על כמה מנגנונים וכללים הנמנים בפתרון זה. דוגמה ראשונה היא הטלת חובה על רשות רגולטורית המעוניינת ליזום רגולציה חדשה לבצע הערכה של ההשפעות הרגולטוריות (Regulatory impact assessment; RIA) לפני אישור הרגולציה המוצעת. המטרה של הערכת ההשפעות היא לוודא כי התועלת של הרגולציה המוצעת עולה על עלותה, וכי לחלופות אחרות לרגולציה המוצעת אין סיכוי הצלחה טובים יותר. במסגרת ההערכה של ההשפעות הרגולטוריות נדרשת בחינה של השפעות הרגולציה המוצעת על תחומים רגולטוריים אחרים. כלי זה מיושם בבריטניה, למשל, על ידי היחידה האמונה על השפעות רגולטוריות (Better Regulation Executive).¹¹¹

בישראל, בעקבות ההצטרפות לארגון OECD שבמהלכה התחייבה לפעול לאימוץ כללי מסגרת ליצירת רגולציה, פרסם משרד ראש הממשלה במרס 2013 טיוטת מדריך ממשלתי שכותרתו "תורת הערכת השפעת רגולציה".¹¹² לפי תפיסת הממשלה המובעת

111 *Better Regulation Executive*, GOV.UK, <https://www.gov.uk/government/groups/better-regulation-executive>

112 משרד ראש הממשלה *תורת הערכת השפעת רגולציה* (2013). המהדורה שפרסמה להערות מופיעה באתר האינטרנט של משרד ראש הממשלה www.pmo.gov.il/policyplanning/

במדריך, תורת ההערכה של השפעות הרגולציה מתפקדת כמסגרת חשיבה שנועדה למנוע מהרגולטורים לפעול אוטומטית, לפי אינטואיציות קבועות מראש, ולסייע להם לגבש עמדה רגולטורית באמצעות הליך מוסדר וכלים מובנים. המסמך מתיימר להתוות מערך שיקולים סדור ושקוף, המאפשר לרגולטור לעצב רגולציה מיטבית מתוך שקלול של השפעות ישירות וכלל־משקיות. המסגרת מציעה תהליך סטרוקטורלי ומכוונת ליצור שפה כלל־ממשלתית להערכה של השפעות הרגולציה. ההחלטה על הנושאים הראויים להערכה, ובחירת עומק תהליך ההערכה הנדרש, נמצאות במרחב שיקול הדעת של הרגולטור. ההחלטה תושפע מהמאפיינים הייחודיים של הנושא שעל הפרק בכל הנוגע לתוכן, לדחיפות הצורך, לאופי המדויק של הנטל הביורוקרטי המוטל, לערך הציבורי וכדומה. על הרגולטור מוטלת האחריות להחליט, במסגרת השיקולים, איזה תהליך הערכה נדרש לעיצוב הרגולציה הראויה.¹¹³ מדריך זה טרם אומץ על ידי הממשלה ועולות ממנו שאלות באשר לאופן יישומו. הדבר נכון בעיקר במקרים של קונפליקט והיעדר הסכמה בין רגולטורים, אולם יש בו כדי לבטא מודעות של ממשלת ישראל לבעייתיות שעליה מאמר זה מצביע – וכוונה להתמודד אתה בדרך שיש בה כדי להתניע תהליכי תיאום בין רגולטורים.

למותר לציין כי בהטלת החובה לבצע תהליך RIA רחב, הבוחן את ההשלכות של הרגולציה המוצעת מעבר לתחום הפעילות של הרגולטור שיוזם אותה, יש חשש שהוא יתמקד בהשפעות הרגולטוריות בתחומו. לכן, יש במינוי של רשות חיצונית הבודקת את RIA כדי להבטיח ככלל שתהליך הקואורדינציה יהא ראוי וממצה. רשות כזו היא אמנם צד שלישי, אך בהיותה זו שמאשרת את תקינות התהליך ולא את התוצאה, אין היא בבחינת צד שלישי מכריע כמפורט בחלק ה.1 לעיל.

דוגמה שנייה לאימוץ של כללי קואורדינציה הדדית בין רגולטורים היא החלפה של אנשי צוות בין רגולטורים, דהיינו: מינוי הדדי של נושא משרה מרשות רגולטורית אחת בגוף המנהל של רשות רגולטורית אחרת, בעלת סמיכות תפקודית. הדבר משמש כלי אפקטיבי להפנמת השיקולים של רשות אחת בהתנהלות של הרשות האחרת בזמן אמת. כך, למשל, הוועדה לתחרות ולצרונות באוסטרליה (ACC; Australian Competition and Consumer Commission) ממנה חברי ועדה מטעמה ברשות השידור האוסטרלית (Australian Broadcasting Authority) ולהפך.¹¹⁴ לפיכך, היתרון העיקרי של חילופי גברי כאמור היא היכולת למנוע קונפליקטים מבעוד מועד.

דוגמה שלישית היא שיתוף מידע בין־מוסדי. בין הגורמים הפוטנציאליים להיווצרות של עמדות סותרות ברשויות רגולטוריות שונות אפשר לציין את פערי המידע בנתונים המובאים לפני כל אחת מהרשויות. לרשויות שונות יש מקורות מידע שונים, ולכן נתונים ומידע שעשויים להגיע לרשות אחת יכולים להיות מלאים, ברורים ומדויקים יותר מאלו המגיעים לרשות האחרת. למותר לציין שקונפליקטים המתגלעים בשל פערי מידע אלה אינם תופעה רצויה מבחינה חברתית, בהיותם תולדה של כשלי מידע. האפשרות למנוע

.mimshal/Documents/hashpaotregulatzya.pdf

113 ש.ש.

114 ראו Roundtable on Relationships, לעיל ה"ש 110, בעמ' 107.

קונפליקטים כאלה באמצעות שיתוף מידע בין-מוסדי אינה רק מדיניות ראויה אלא אף פרקטיקה שיישומה אינו מורכב יחסית.¹¹⁵

דוגמה רביעית היא יצירת מסגרת פורמלית המעוגנת בכתב, בהסכמה בין הרשויות הרגולטוריות הרלוונטיות, הקובעת מסלולי קואורדינציה. מסמך הסכמה בין-מוסדי כזה הוא דרך טובה להבטיח שיתוף פעולה לאורך זמן ולקדם את קיומו. הסכם כזה הוא מסמך פורמלי המצהיר במפורט כיצד שתי הרשויות מסכימות לפעול ביניהן הדרת ובכלל זה להתייחס למגננוני יידוע ולחיסיון המידע המועבר ביניהן, להגדיר מוקדי פעילות הדורשים תיאום, מסלולי היועצות ועוד. הסכם מסוג זה מתווה את האופן שבו הרשויות מסכימות להסדר תחומי סמכות חופפים.¹¹⁶

בישראל, הנחיות היועץ המשפטי לממשלה מחייבות תיאום בין משרדי הממשלה לפני התקנה של תקנות חדשות.¹¹⁷ סעיף 11 להנחיית היועץ המשפטי לממשלה בנושא "חקיקת משנה: נוהל והנחיות" עוסק בטיוטת תקנות. סעיף 11.2, שכותרתו "תיאום בין-משרדי כדרישה של מנהל תקין", מציין את החשיבות הציבורית של תיאום בין רשויות בהתקנת תקנות באופן כללי:

גם בהעדר הוראה בחוק, המחייבת שיתוף בין-משרדי בהתקנת התקנות, דורש המנהל התקין כי יקוים תיאום בין-משרדי בעניין זה. עקרון יסוד במבנה החוקתי בישראל, המעוגן בסעיף 4 לחוק יסוד: הממשלה הוא כי הממשלה אחראית בפני הכנסת אחריות משותפת. משום כך, ומשום שהתקנת תקנות על-ידי משרד אחד עשויה להשפיע על עניינים המצויים בתחום אחריותו של משרד אחר, נדרש תיאום בין משרדי הממשלה. התקנת תקנות על-ידי משרד אחד ללא תיאום כזה עלולה לפגוע במשרדים אחרים ואף בציבור הרחב. הנוהל לתיאום בין-משרדי נועד למנוע תקלות מנהליות ופגיעה בטובת הציבור.¹¹⁸

אשר לאופן התיאום בין רשויות, סעיף 11.3 להנחיות האמורות קובע את תהליך התיאום הנדרש בין משרד ממשלתי המעוניין להתקין תקנות לבין כל משרד ממשלתי שיש לו "עניין ישיר בתקנות". התהליך כולל הפצת הטיוטה של התקנות, קבלת הערות לטיוטה, הסכמה על הטמעתן, ובהיעדר הסכמה – הפעלה של מגננון הכרעה בין-משרדי במחלוקת שהתגלעה.¹¹⁹

115 ברזיל מספקת דוגמה טובה להסדר של שיתוף מידע בין רשויות התחרות הרגולטור הסקטוריאלי בתחום האנרגיה (ANEEL); ראו OECD, COMPETITION LAW AND POLICY IN BRAZIL: A PEER REVIEW 88 (2005) <http://www.oecd.org/daf/competition/35445196.pdf>.

116 דוגמאות להסכמים מסוג זה אפשר למצוא בברזיל, באירלנד ובצרפת. בברזיל קיים הסדר לתיאום הרדי בין הרגולטור הסקטוריאלי בתחום התקשורת (ANACOM) לבין רשות התחרות; שם, בעמ' 86. באירלנד ראו, למשל, Co-Operation Agreement Between the Competition Authority and the Commission for Energy Regulation, Ir., Dec. 13, 2002, http://www.tca.ie/images/uploaded/documents/CA_CER_Agreement.pdf.

117 ראו הנחיית היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 108.

118 שם, בס' 11.2.

119 שם, בס' 11.3.

אפשר להצביע על מנגנון תיאום מקובל נוסף בין משרדי הממשלה – הקמה של ועדות בין-משרדיות לגיבוש מדיניות ממשלה מוסכמת במצבים שבהם יש לכמה משרדי ממשלה נגיעה לעניין הנדון. במצבים אלה הממשלה נוהגת למנות את מנכ"לי המשרדים הממשלתיים הרלוונטיים לוועדה הבין-משרדית שתדון בנושא, ולהטיל עליהם לגבש המלצות, לרבות טיוטת רגולציה מוצעת, תוך זמן קצוב. להבדיל ממנגנון השולחן העגול, הוועדה הבין-משרדית היא פורום המורכב מנציגי הרגולטורים הרלוונטיים. הפורום רשאי להזמין אליו גורמים בעלי עניין מתוך הממשלה ומחוצה לה, ככל שימצא לנכון, אולם בסיום התהליך נציגי המשרדים הרלוונטיים הם שצריכים לגבש בהסכמה מסקנות אופרטיביות לביצוע ולהציגן לפני הממשלה. הקושי לראות מנגנון זה כמנגנון קואורדינציה נעוץ באותם מקרים של קונפליקט שבהם נציגי הרגולטורים הרלוונטיים אינם מצליחים להגיע להסכמות, ובהיעדר יכולת הכרעה הוועדה הבין-משרדית מותירה את הקושי על כנו. כך היה, למשל, בדוגמה שהובאה בפרק השני בעניין הוועדה הבין-משרדית שהוקמה לצורך גיבוש של המלצות אופרטיביות לאסדרה של מתקני גישה אלחוטית של חברות התקשורת הסלולרית. באותו עניין הגיעו המשרד להגנת הסביבה ומשרד הפנים להסכמה על הצורך בביטול הפטור שניתן למתקנים אלו מהיתר בנייה, ואילו משרד התקשורת סבר שאין לשנות את המצב הסטטוטורי עד לאישור של תכנית מתאר ארצית בעניין. דוגמה נוספת המצביעה על חולשת הוועדה הבין-משרדית כמנגנון קואורדינציה היא הוועדה הבין-משרדית לבחינה של מדיניות הממשלה בנושא משק הגז הטבעי בישראל, בראשות מנכ"ל משרד התשתיות.¹²⁰ בין היתר קבעה הוועדה את היקף הגז הטבעי שיש להבטיח לטובת המשק המקומי (BCM 450), את ההיקף המרבי של גז טבעי לייצוא (BCM 500) ואת התנאים לייצוא – ללא הסכמה של המשרד להגנת הסביבה, שעמדתו המתנגדת לייצוא גז טבעי מישראל נותרה דעת מיעוט.¹²¹ הנה כי כן, לאחר דיונים ממושכים של נציגי כל הרגולטורים הרלוונטיים גובשו המלצות שלא היו מוסכמות על כל הנציגים. על רקע הדברים הללו דנה הממשלה בהמלצות ולבסוף אימצה אותן בשינויים מסוימים, שהעיקרי בהם הוא הקטנה של היקף הגז הטבעי המרבי לייצוא (כך שתעמוד לרשות המשק הישראלי כמות מינימלית של BCM 540).¹²² עתירה שהוגשה לבג"ץ נגד החלטת הממשלה נדחתה ברוב דעות.¹²³

הוועדה הבין-משרדית היא דוגמה למנגנוני קואורדינציה שאינם כופים ולכן אינם מכריעים בקונפליקט הרגולטורי, להבדיל ממנגנוני קואורדינציה כופים העשויים להיות מופעלים על ידי צד ג' (כמפורט בפרק ה.1 לעיל) – אך גם על ידי אחד הרגולטורים הרלוונטיים, כהכרעה חד-צדדית (כמפורט בפסקה ה.2(א)).

120 ועדת צמח מונתה על ידי הממשלה ב־2.11.2011 ופרסמה את המלצותיה ב־29.8.2012. ההמלצות מופיעות באתר של משרד האנרגיה והמים: ועדת צמח דו"ח הוועדה (2012). energy.gov.il/Subjects/NG/Documents/NGReportSep12.pdf

121 העמדה הנוגדת בעניין זה של המשרד להגנת הסביבה צורפה כנספח ד' לדוח הוועדה: דוח ועדת צמח, נספח ד' energy.gov.il/Subjects/NG/Documents/NGSviva.pdf

122 ראו החלטה 442 של הממשלה ה־33 "אימוץ עיקרי המלצות הוועדה לבחינת מדיניות הממשלה בנושא משק הגז הטבעי בישראל" (23.06.2013).

123 בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 2.7.2014).

המנגנון של חובת ההיוועצות הוא מנגנון קואורדינציה המוחל על אחד הרגולטורים המוסמכים ומותיר את ההכרעה לאחר הפעלתו בידי בעל הסמכות המועדף. הנחיות היועץ המשפטי לממשלה כוללות הוראות לעניין חובת היוועצות על פי חוק של שר אחד עם שר אחר לצורך הפעלת הסמכות להתקין תקנות במצבים שבהם יש חובה כאמור, או במצבים שבהם שר מעוניין להתייעץ עם גורמים נוגעים בדבר שלא על פי חובה שבחוק.¹²⁴ יש לציין כי הוראות אלה, כפי שעוגנו בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה, אינן נותנות מענה ראוי ומפורט למצבים שבהם אין בחוק חובת היוועצות או כשהסמכויות החופפות אינן סמכויות של התקנת תקנות אלא סמכויות מנהליות אחרות.

סיכום

תופעת הביזור הרגולטורי צומחת ומתרחבת בשנים האחרונות בישראל לנוכח מגמות של גלובליזציה, הפרטה וליברליזציה. תופעה זו יוצרת מתח ביחסי הגומלין בין רגולטורים הפועלים בחפיפה מלאה או חלקית בתחומים שונים. לעתים יש בתופעה זו כדי לסכל את ההשגה של מטרת-העל שבגינה מונו הרגולטורים מלכתחילה, לנוכח התנגשות בין הערכים והמטרות או לנוכח כשלים ביכולת התפקוד שלהם בתחום הפעילות המשותף. לעומת זאת, התמודדות עם התופעה, באמצעות הטמעה של מנגנוני קואורדינציה בין-מוסדית שאמצו במדינות שונות בעולם, יש בה כדי לתת מענה לכשלים ולפערים המתעוררים. למעשה, היתרונות הגלומים בביזור רגולטורי – מענה לכשלי רגולציה (ובראשם התופעה של Regulatory Capture) והתמקצעות של המנהל הציבורי – מחייבים חשיבה מערכתית בנוגע להגדרה של מנגנוני קואורדינציה בין-מוסדית לגבי הרגולטורים, כדי ליצור ביניהם סינרגיה ולהתמודד עם האתגרים שהמציאות המבוזרת מציבה. ההצטרפות של ישראל לארגון OECD והתהליכים שנקטו בעקבות זאת מצביעים על הכרה בחשיבות הנושא. יש לקוות כי הכרה זו תוביל לחשיבה מערכתית רחבה ולגיבוש של כללי התנהלות שיביאו לידי ביטוי את היתרונות הגלומים בביזור הרגולטורי וימנעו את כשליו.

124 "חובת התייעצות מכוח חוק" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.0001 (התשמ"ב). index.justice.gov.il/Units/YoezMespati/HanchayotNew/Seven/10002.pdf הוראות אלה מכוונות בעיקר להתייעצות עם גורמים חוץ-ממשלתיים מקרב הציבור, ולא עם משרדי ממשלה אחרים. בעניין זה ראו, למשל, הנחיית היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 108, בס' 13.2.