

סקירה משפטית פברואר 2024

סדקים של זהב | דבר המערכת

"מה נשאר? מה נשאר? רק האהבה רק האהבה", איה כורם.

אלה הם ימים קשים של מועקה. אבל כבוד בארצנו. על המתות והמתים. על החטופות והחטופים. על החיילים ההרוגים ועל החיילים הפצועים. שמיכה כבדה נפלה עלינו היא מכסה את האור. יש בה מעט סדקים.



ואנחנו נצוץ ונעלה מבעד לסדקים. בזהב נצבע את השבור, כמו בקינצוגי, האומנות היפנית המפורסמת שידועת כי החיים הם שבורים, שבורים! ומתוך השברים יצמחו שבילים של יצירה ואהבה, שבילים של זהב וחיים.

הסקירה המשפטית שלפניכם היא פרי עבודה מאומצת ורבת התכוונות של סטודנטיות וסטודנטים צעירים שרוצים ללמוד, להבין, לכתוב. הן והם יושבים וקוראים וחושבים ומנתחים, וחשוב להם להכיר את העולם, לפענח, לתת בו סימנים, שיהיה במה להאחז. ואני איתם בזה.

וזו לא טפל. זה עיקר. כי אנחנו בוחרות ובחרים בחיים. לעשות את הטוב. כל אחד בעולמו.

כל הכבוד ותודה לעמיתי המחקר הצעירים: אופאל מלכה, ירין דרעי, שקד שמש, יהאלי קלפנר, דניאל פינטו ומעין שמאי; לחברות מערכת כתב העת מחקרי רגולציה: נועה שמש, שקד מגדל, הילה שוורצברד ואבישג שגב, ותודה גם לענבל מור, המנהלת האדמיניסטרטיבית של מרכז חת, על שילוב התמונות והבאת הסקירה לאור.

השופטת בדימוס ד"ר איריס סורוקר
ראשת מרכז חת לחקר התחרות והרגולציה

אפיק גיימס נגד גוגל

חב' אפיק גיימס זכתה בתביעה שהגישה נגד גוגל: בדצמבר 2023 פסק בית המשפט הפדרלי בקליפורניה (באמצעות חבר מושבעים) כי גוגל ניצלה לרעה את מעמדה כמונופול בכך שהגבילה את השיווק של המשחק "פורטנייט" מתוצרת אפיק-גיימס בחנות הדיגיטלית של גוגל – גוגל פליי.

התובעת, אפיק-גיימס, היא חברה אמריקאית פרטית לפיתוח משחקים מקוונים. הנתבעת, גוגל, היא חברת טכנולוגיה אמריקאית רב-לאומית וציבורית, האוחזת בנתח שוק דומיננטי בענף מנועי החיפוש באינטרנט. בכתב התביעה, אפיק-גיימס טענה לפגיעה בתחרות מצד גוגל. נטען שגוגל שולטת בשני שווקים אינטרנטיים גדולים: שוק הפצת אפליקציות ושוק גביית תשלומים, וכי שליטה זו נוצלה על ידה לרעה כדי לנסות ולדחוק את אפיק-גיימס מזירת שיווק האפליקציות. לפי כתב התביעה, גוגל סירבה לבוא בדברים עם אפיק-גיימס כדי לפתור את הסכסוך ארוך השנים. כך, באוגוסט 2020, אפיק-גיימס הציעה לציבור חלופת תשלום עצמאית עבור משחקה דרך אתר האינטרנט שלה, ולא דרך החנות הדיגיטלית של גוגל. נטען כי כנקמה על פעולה זו, גוגל הורידה את המשחק המצליח "פורטנייט" מהחנות הדיגיטלית שלה, ובכך פגעה משמעותית בהפצת המשחק וברווחיה של אפיק-גיימס.

אפיק-גיימס הגישה תביעה לסעד מניעתי שיאסור על גוגל למנוע ממפתחי משחקים, כמו אפיק-גיימס, להפעיל חנויות עצמאיות לאפליקציות מתחרות על גבי מכשירים מבוססי מערכת אנדרואיד – זו תוכנת ההפעלה של סמארטפונים שעליה גוגל מתקינה את האפליקציות שלה (וביניהן חנות המשחקים: גוגל-פליי). אפיק-גיימס הוסיפה ודרשה להורות לגוגל לחדול מהסכמי הבלעדיות שהיא מכתיבה ליצרני הציוד וכן למפתחי המשחקים, המבטיחים לגוגל לגוגל בלעדיות בהפצת האפליקציות ובגביית התשלומים, במטרה לשימור המעמד המונופוליסטי. התביעה התבססה על חוקי התחרות בקליפורניה ועל סעיפים 1-2 לחוק שרמן הפדרלי משנת 1890, האוסר על מונופוליזציה הפוגעת בתחרות ובמסחר.

במישור כח-השוק, נטען כי גוגל שולטת בשוק מערכות ההפעלה הסולריות מבוססות אנדרואיד. תואר כי אנדרואיד היא מערכת הפעלה חנימית בקוד פתוח, המאפשר לאחרים להשתמש בה כדי לפתח מערכות נוספות. גוגל הכתיבה, כי מערכת ההפעלה המובנית במכשירים מבוססי אנדרואיד תהיה המערכת הקניינית של גוגל. צוין כי לפי חקירת הנציבות האירופית משנת 2020, מערכות גוגל מותקנות בכ-95% מהמכשירים הניידים מבוססי אנדרואיד. כיוצא משליטת גוגל בשוק זה, גוגל מחזיקה במונופול גם בשוק הפצת האפליקציות במכשירים הניידים מבוססי אנדרואיד. בתוך כך, במכשירי אנדרואיד מותקנת החנות הדיגיטלית של גוגל הנקראת 'גוגל פליי'. הנציבות האירופאית קבעה בהחלטה משנת 2020, כי יותר מ-90% מהורדות האפליקציות במכשירי אנדרואיד מתבצעות דרך חנות המשחקים של גוגל.

במישור ההתנהלות המונופוליסטית, נטען שגוגל ביצעה סדרה של פעולות אנטי-תחרותיות בכדי לשמר את מעמדה המונופוליסטי בשוק הפצת האפליקציות. כך, גוגל התנתה את הרישוי לחנות גוגל-פליי וכן שירותים חיוניים אחרים בהסכמים למתן יחס מועדף לחנות גוגל בהשוואה לכל חנות אפליקציות מתחרה. בכדי לגשת לחנות גוגל, יצרני ציוד חתמו על הסכם הפצת יישומים ניידיים עם גוגל הנקרא "MADA". לפי כתב התביעה, הסכם זה העניק רישיון לחבילות מוצרים של גוגל, כולל אפליקציות מובנות ושירותים שסופקו על ידי גוגל. לפי ההסכם, יצרני הציוד חייבים להתקין מראש עד 30 אפליקציות חובה של גוגל. דרישות אלה מבטיחות שחנות גוגל-פליי תהיה הבולטת ביותר שהשתמשים נתקלים בה.

בנוסף, גוגל מטילה מגבלות אנטי-תחרותיות על מפיצים ומפתחים מתחרים של אפליקציות בכך שהחנות הדיגיטלית שלה אוסרת על הפצת המשחק בקישור חיצוני, מבלי שנמצאה לכך הצדקה טכנולוגית או אחרת. גוגל הבטיחה את ההגבלה בהסכם הפצה למפתחים הנקרא "DDA". ההסכם קובע כי מפתחים אינם רשאים להשתמש



בדצמבר 2023 פסק בית המשפט הפדרלי בקליפורניה כי גוגל ניצלה לרעה את מעמדה כמונופול בכך שהגבילה את השיווק של המשחק "פורטנייט" מתוצרת אפיק-גיימס בחנות הדיגיטלית של גוגל

גוגל מטילה מגבלות אנטי-תחרותיות על מפיצים ומפתחים מתחרים של אפליקציות בכך שהחנות הדיגיטלית שלה אוסרת על הפצת המשחק בקישור חיצוני



בחנות גוגל כדי להפיץ כל קישור חיצוני שלא ניתן להורדה בחנות הדיגיטלית של גוגל. הסכם זה אינו נתון למשא ומתן ומפתחים המבקשים גישה למשתמשי אנדרואיד חייבים לחתום עליו. דבר זה פוגע באפשרות של מפתחים להציע לצרכנים מודלים חדשניים של חנות אפליקציות, למשל חנות מותאמת לתחומי עניין נושאים. דוגמה מעשית לכך היא ניסיונה של אפיק-גיימס לבצע הסכם עם יצרנית ציוד בשם וואן פלאס: מטרת ההסכם הייתה לפי הנטען לספק חווית משחק טובה עבור משתמשי פורטנייט. ואולם גוגל דרשה שוואן פלאס לא תיישם את ההסכם עם אפיק-גיימס (למעט בהודו).

בכתב התביעה נטען עוד, כי גוגל מתנה את היכולת של מפתחים לפרסם אפליקציות במכשירי אנדרואיד בכך שירשמו את האפליקציה בחנות של גוגל. התנהגות זו מבססת את המונופול ומגבילה את האופן בו צרכנים יכולים להישקף לאפליקציות ולהוריד אותן. גוגל מערימה קשיים על הורדת אפליקציה שלא דרך החנות שלה גם באמצעות מכשולים טכנולוגיים. כך, בכדי להוריד את משחק פורטנייט דרך הפלטפורמה של אפיק-גיימס, על המשתמש לעבור 16 שלבים מסורבלים להתקנה. בנוסף, גוגל מפרסמת אזהרות המאיימות על סכנה לכאורה להורדת אפליקציה שלא דרך החנות של גוגל.

נטען כי ההתנהגות האנטי-תחרותית של גוגל פוגעת בצרכן, השבוי במערכת ההפעלה של גוגל מבלי יכולת מעשית להחליפה. הצרכן לא מסוגל להגיב להתנהלות האנטי תחרותית של גוגל שכן אין לו חלופה. השבי הצרכני עוזר לגוגל לשמר את מעמדה המונופוליסטי. בדרך זו, גוגל פוגעת גם במפתחי האפליקציות וגם ביצרני הציוד השבויים בהתנהלותה הכובלת.

בעניין גביית התשלומים באפליקציות, נטען כי גוגל משתמשת בחוזים שכופים על מפתחי האפליקציות להשתמש בעיבוד התשלומים בחנות גוגל. דוגמה להתנהגות האנטי-תחרותית של גוגל היא בגביית עמלה של 30% עבור שימוש בחנות גוגל. נטען שתעריף זה משקף את כוח השוק של גוגל המאפשר לה לגבות מחירים לא-תחרותיים לעיבוד תשלומים. בפועלה, גוגל קושרת את ההפצה דרך חנות הגוגל בשימוש בלעדי של מפתחים במערכת עיבוד התשלומים של גוגל. כתוצאה מכך, מפתחים שמפיצים דרך חנות גוגל מנועים מלהציע למשתמשי אנדרואיד בחירה בין אפשרויות נוספות לעיבוד תשלומים. התוצאה היא שבכל עסקה בתוך האפליקציה מי שגובה את התשלום ונהנית מהעמלה בכל רכישה היא גוגל, ולא מפתחת האפליקציה. באמצעות כך, גוגל מכניסה את עצמה כמתווכת לכל עסקה באנדרואיד ובעצם אוספת מידע אישי של משתמשים בכדי להעניק לעצמה יתרון שיווקי.

אפיק טענה כי ההתנהלות האנטי תחרותית של גוגל פוגעת בה בכמה מישורים: כמפעילת אפליקציה, כמפתחת אפליקציה וכמתחרה פוטנציאלית בהפצת אפליקציות. כאמור, חבר המושבעים בביהמ"ש הפדרלי בקליפורניה קיבל עמדה זו וקבע כי גוגל היא מונופול בשוק הפצת האפליקציות ובשוק שירותי גביית תשלום באמצעים דיגיטליים. חבר המושבעים פסק כי אפיק-גיימס הוכיחה שגוגל התנהלה באופן בלתי תחרותי שעה שהגבילה את הכניסה לשווקים אלה ושימרה עלויות שימוש גבוהות ליצרנים ולמפתחים לטובת שמירת המונופול. כב' השופט ג'יימס דונאטו צפוי להחליט אילו מגבלות להטיל על גוגל בעקבות ההכרעה.

לכתב התביעה בעניין אפיק גיימס נ' גוגל ראו: Epic Games, Inc. v. Google LLC (3:20-cv-05671), District Court, N.D. California (<https://www.courtlistener.com/docket/17443962/1/epic-games-inc-v-google-llc/>).

גוגל מתנה את היכולת של מפתחים לפרסם אפליקציות במכשירי אנדרואיד בכך שירשמו את האפליקציה בחנות של גוגל



גוגל מחסלת תחרות

בינואר 2023 הגיש משרד המשפטים האמריקאי ושמונה מדינות נוספות בארצות-הברית תביעה נגד גוגל, בטענה שהחברה הפרה את חוקי התחרות האמריקאיים וניצלה לרעה את מעמדה המונופוליסטי בשוק מנועי החיפוש ובשוק הפרסום הדיגיטלי. בתביעה, שהוגשה לבית המשפט המחוזי של מדינת וירג'יניה, נטען כי גוגל נוקטת בטקטיקות אנטי-תחרותיות כדי למנוע ממתחרים להיכנס לשווקים אלה וכדי להעניק לעצמה יתרון תחרותי בלתי הוגן.

התביעה מבוססת על הפרת סעיפים 1 ו-2 לחוק שרמן משנת 1890 (חוק התחרות האמריקאי), לפיהם כל אדם או תאגיד הנוקט בפרקטיקות במטרה לפגוע בתחרות או מבצע מונופולזיציה לשם הפחתת התחרות, מבצע מעשה לא חוקי וחשוף לסנקציות. כתב התביעה מפרט כיצד במשך חמש עשרה השנים האחרונות, גוגל מתנהלת כדי לדחוק מתחרים, להפחית תחרות, להרחיק חדשנות ולפגוע בחילופי מידע ורעיונות במרחב האינטרנטי. בתחום הפרסום הדיגיטלי נטען כי גוגל ניצלה לרעה את כוחה וביססה באופן לא הוגן את עמדתה כמנוע חיפוש המוביל בעולם, זאת באמצעות הסכמים לא חוקיים המהווים הסדרים כובלים. נטען שגוגל משתמשת במניפולציות טכנולוגיות כדי לנטרל מתחרים, בין השאר באמצעות רכישות אינטנסיביות של חברות; ניצול הדומיננטיות שלה כדי לאלץ יותר מפרסמים להשתמש במוצריה; קשירה בין מוצריה וסיכול היכולת להשתמש במוצרים מתחרים ובכך לבטל כל איום על הדומיננטיות שלה בתחום הפרסום דיגיטלי.

לפי כתב התביעה, התוכנית של גוגל היא פשוטה אך יעילה: ראשית, לנטרל מתחרים בתחום הפרסום הדיגיטלי, ממשיים או פוטנציאליים, באמצעות סדרה של רכישות. שנית, להפעיל את הדומיננטיות שלה בשוקי הפרסום הדיגיטליים על מנת לאלץ יותר מפרסמים להשתמש במוצריה. בכל פעם שהלקוחות והמתחרים של גוגל הגיבו בחדשנות שאימה על אחיזתה של גוגל בכל אחד מטכנולוגיית הפרסום, התגובה האנטי-תחרותית של גוגל הייתה מהירה; גוגל השתמשה בכוח השוק שלה באחד או יותר מכלי הפרסום הדיגיטלי לחיסול האיום בשורה של פרקטיקות בלתי תחרותיות כגון מיזוגים והטלת מגבלות של בלעדיות בפרסום. התוצאה: התוכנית של גוגל לדומיננטיות יציבה בתעשייה כולה הצליחה. ראיה לכך ניתן לראות בכך שנתח השוק של Google Ads בארה"ב ובעולם בשוק הפרסום ברשת פתוחה לא ירד מתחת ל-70% מאז שנת 2015 (נמדד לפי כמות חשיפות). כתב התביעה מפרט:

בשנת 2007 רכשה גוגל את דאבל-קליק, חברה שהציעה שירותי פרסום. דאבל-קליק החזיקה נתח שוק משמעותי של 60% בשוק שרתי המודעות לבעלי אתרים, ופיתחה בורסת פרסומות. בורסת המודעות של דאבל-קליק (DoubleClick Ad For Exchange), המכונה גם ("AdX") היא פלטפורמה למסחר במודעות דיגיטליות. הבורסה מאפשרת למפרסמים להציע מודעות לבעלי אתרים ואפליקציות. הרכישה אפשרה לגוגל להרחיב את עסקי הפרסום שלה ולהפוך למובילה בתחום. רכישת דאבל-קליק הייתה צעד חשוב בהתבססות מעמדה המונופוליסטי של גוגל בשוק הפרסום הדיגיטלי. לאחר הרכישה, גוגל הגבילה את רכישת שטחי הפרסום על ידי Google Ads למקורות שבשליטתה, כגון יוטיוב ואפליקציות גוגל השונות. המטרה של גוגל הייתה לנעול בעלי אתרים בבורסת המודעות שלה, ולחסום בורסות מודעות מתחרות. הגבלה זו פגעה ביכולתם של מפרסמים ובעלי אתרים לעבוד עם ספקים אחרים ובכך, לפי הנטען, חנקה את התחרות בשוק הפרסום הדיגיטלי.

זאת ועוד: בשנת 2011 רכשה גוגל את AdMeld אשר פיתחה טכנולוגיה המספקת "ניהול תשואה" לבעלי אתרים. החברה עזרה לבעלי אתרים לנהל את המלאי ולמקסם את ההכנסות על ידי השוואת הצעות ממקורות מרובים של מפרסמים בו זמנית תוך מדידת ביצועים, בחינת יעילות ומיקוד לקהל הרלוונטי. טכנולוגיה זו הקלה על בורסות פרסום חדשות ומקורות ביקוש של מפרסמים כיוון שהעניקה את היכולת לעבור בין נותני השירות בתמורה למחיר ושירות טוב יותר. כל אלו יצרו מצב של שליטה מוחלטת של גוגל בשירותי פרסום דיגיטלי והלכה למעשה קשירה בין

התוכנית של גוגל היא פשוטה אך יעילה: ראשית, לנטרל מתחרים בתחום הפרסום הדיגיטלי, ממשיים או פוטנציאליים, באמצעות סדרה של רכישות. שנית, להפעיל את הדומיננטיות שלה בשוקי הפרסום הדיגיטליים על מנת לאלץ יותר מפרסמים להשתמש במוצריה

בשנת 2007 רכשה גוגל את דאבל-קליק, חברה שהציעה שירותי פרסום. המטרה של גוגל הייתה לנעול בעלי אתרים בבורסת המודעות שלה, ולחסום בורסות מודעות מתחרות. הגבלה זו פגעה ביכולתם של מפרסמים ובעלי אתרים לעבוד עם ספקים אחרים



החברות והגבלת משתמשי גוגל באופן שאינו מאפשר להם לצרוך שירות במקביל מחברה שאינה בבעלות גוגל.

הסעד שמבקשת התביעה הוא לקבוע כי גוגל פעלה באופן אסטרטגי על מנת להפוך למונופול ולשמור על מעמד זה, וזאת בשלושה שווקים: שוק שרתי המודעות לבעלי אתרים, שוק חילופי המודעות ושוק רשתות המודעות למפרסמים. נדרש סעד של פיצוי המפרסמים בגין הנזקים שנגרמו להם כתוצאה מהתנהלותה המונופוליסטית של גוגל. נדרש לחייב את גוגל לפצל את חבילת Google Ad Manager הכוללת את שרת המודעות לבעלי אתרים של גוגל ואת בורסת הפרסומות שלה, AdX. נתבע למנוע מגוגל להמשיך לעסוק בפרקטיקות האנטי-תחרותיות המתוארות ובכל פרקטיקה אחרת למטרת פגיעה בתחרות; וכן לקבוע כל סעד אחר הדרוש להשבת התנאים התחרותיים בשווקים המושפעים מהתנהלותה הבלתי חוקית של גוגל.

דיונים מקדמיים בתיק התקיימו באוקטובר 2023 והוא צפוי להמשיך ולהתברר (ראו: <https://www.courtlistener.com>).

לכתב התביעה בעניין גוגל, ראו: [U.S. and Plaintiff States v. Google LLC](#).

נציין כי גוגל היא מושא לחקירות גם באירופה. ביוני 2023 פרסמה הנציבות האירופית הצהרת התנגדות (Statement of Objections) על שיטות העבודה של גוגל בתחום הפרסום המקוון, בזהה למתואר בכתב התביעה שהגיש משרד המשפטים האמריקאי. הנציבות הודיעה לגוגל על עמדתה הראשונית, כי החברה הפרה את חוקי התחרות האירופאיים בתעשיית הפרסום הדיגיטלי ("Adtech"). הנציבות סבורה שגוגל מנצלת את כוחה לקדם את שירותי טכנולוגיית הפרסום המקוון שלה על חשבון ספקים מתחרים של שירותי פרסום מקוונים.

לפי הצהרת ההתנגדות, הנציבות מוצאת כי גוגל דומיננטית בשווקים הכלכליים ברחבי האיחוד האירופי: עבור שרתי מודעות של בעלי אתרים עם השירות שלה 'DFP'; ועבור קניית כלי מודעות פרוגרמטיים לאינטרנט הפתוח עם השירותים שלה "Google Ads". אם הנציבות תגיע למסקנה, לאחר שהחברה מימשה את זכויות ההגנה שלה, כי קיימת הפרה של סעיף 101 או של סעיף 102 של אמנת האיחוד האירופי, היא עשויה להוציא צו לאיסור ההתנהגות הפסולה, להטיל סנקציות כספיות וכן להורות על סעדים מבניים. [ראו: [Commission sends Statement of Objections to Google over abusive practices in online advertising technology](#)].

נשים דתיות ונשים לוחמות

בנובמבר האחרון, בג"ץ נדרש פעם נוספת להכריע בסוגיה של מתן פטור משירות צבאי לנשים מטעמים של אמונה דתית. כידוע, חובת השירות הצבאי מוטלת על כל אזרחית במדינת ישראל המגיעה לגיל 18 מכח חוק שירות ביטחון [נוסח משולב], תשמ"ו-1986, למעט חריגים. אחד מהם הוא פטור מטעמי הכרה דתית לפי סעיף 40. היקפו של פטור זה עמד במרכז של פרשת **זלמנוביץ'** (בג"ץ 2772/23 **מיכל זלמנוביץ' נ' מפקד יחידת מיטב**, מיום 9.11.2023 <https://did.li/03yaa>). מדובר במלש"בית ילדת שנת 2004, שעלתה ארצה מלטביה עם משפחתה בגיל 15. מועד גיוסה נקבע ליולי 2022 אך נדחה מספר פעמים. בסמוך לגיוס, זלמנוביץ' הגישה תצהיר ליחידת מיטב, בו ציינה כי מטעמים של הכרה דתית אין היא יכולה לשרת בשירות ביטחון. התצהיר הוגש באיחור והמלש"בית אף נמנעה מלהתייצב לראיונות להם זומנה. משום כך, סגן מפקד לשכת הגיוס דחה את בקשתה לפטור, בנימוק שלא הוצגו טעמים מיוחדים המצדיקים לקבל את התצהיר באיחור.

זלמנוביץ' פנתה לרשויות הגיוס בבקשה חדשה למתן פטור מטעמי מצפון או מטעמים שבהווי משפחתי דתי, מכח סעיף 39(ג) לחוק: "אישה, שהוכיחה באופן שנקבע בתקנות לרשות שנקבעה על פיה, כי טעמים שבמצפון או טעמים שבהווי משפחתי דתי מונעים

בשנת 2011 רכשה גוגל את AdMeld אשר פיתחה טכנולוגיה המספקת "ניהול תשואה" לבעלי אתרים

הסעד שמבקשת התביעה הוא לקבוע כי גוגל פעלה באופן אסטרטגי על מנת להפוך למונופול ולשמור על מעמד זה, וזאת בשלושה שווקים: שוק שרתי המודעות לבעלי אתרים, שוק חילופי המודעות ושוק רשתות המודעות למפרסמים



אותה מלשרת בשירות בטחון, כטורה מחובת אותו שירות". התצהיר הועבר לבחינת ועדת הפטור, על אף שהוגש באיחור. בוועדת הפטור עלו פרטי מידע שלא התיישבו עם אורח חיים דתי, והבקשה נדחתה. זלמנוביץ' הגישה ערר אך וועדת הערר קבעה שלא התרשמה שטעמים של מצפון דתי או הווי משפחתי דתי מונעים ממנה לשרת.

זלמנוביץ' עתרה לבג"צ. בג"צ דחה את העתירה בנימוק שלא מצא מקום להתערב בהחלטת רשויות הגיוס לסרב ליתן לעותרת פטור משירות. נפסק כי סעיף 40 לחוק שירות ביטחון קובע שלושה תנאים מצטברים ונפרדים לפטור אישה משירות מטעמים שבהכרה דתית: 1. דתיותה מונעת ממנה מלשרת בשירות בטחון; 2. שמירת כשרות; 3. אי נסיעה בשבת. סגן מפקד לשכת הגיוס דן בבקשת הפטור ומצא כי העותרת לא עמדה בתנאים המנויים בסעיף. העובדה שהעותרת שומרת שבת אינה מספיקה כשלעצמה, והחלטת רשויות הגיוס התקבלה על סמך מכלול הנסיבות, בין היתר תוך התחשבות בכך שלמדה בבית ספר חילוני. העותרת הלינה על כך שלא התקיים בעניינה ראיון פרונטלי, שהיה לדעתה מאפשר להתרשם שמדובר בנערה דתייה שומרת מצוות. אך טענה זו נדחתה, משום שהעותרת עצמה נמנעה מלהתייצב מספר פעמים לראיונות דת שנקבעו לה. בנוסף, בית המשפט ציין כי על מנת להצדיק את מתן הפטור נדרש להוכיח אורח חיים דתי משמעותי לאורך זמן, ולא התחזקות רגעית או חזרה פתאומית לדת, סמוך למועד הגיוס. הוא הדין בבקשת העותרת לקבל פטור לפי סעיף 39(ג) לחוק: מהראיות שהוצגו בפני וועדות הפטור עלה כי העותרת למדה בבית ספר חילוני; מתגוררת אצל אביה החילוני; וכי אחיה ואחותה שירתו בצבא. בנסיבות אלה, העותרת לא הוכיחה אורח חיים דתי כנדרש והיא אינה נכנסת בגדרו של הפטור. אשר על כן, נפסק שלא נפל פגם בהתנהלות רשויות הגיוס שלא לפטור את העותרת משירות צבאי.

כידוע, שירות נשים בצבא, ואופיו של שירות זה, מעוררים שיח ציבורי נוקב. לפי נתוני דו"ח מבקר המדינה ממרס 2023, שיעור אי-גיוסן של נשים לצה"ל במחזור 2021 עמד על 44.9%. מכלל המלש"ביות היהודיות. מתוך כלל המועמדות לשירות חובה, שיעור אי גיוס על רקע דת עמד על 36.8%. במחזור 2020 אי גיוסן של נשים עמד על 44.3% ומתוך כלל המלש"ביות, אחוז אי גיוס על רקע דת עמד על 36.4%. במחזור 2019, אי גיוסן של נשים עמד על 44.1% ומתוך כלל המלש"ביות, 35.7% לא התגייסו מטעמי דת. הנתונים מלמדים שקיימת יציבות ואף מגמה קלה של עליה בשיעור אי המתגייסות על רקע דתי (מבקר המדינה המיון והגיוס לצה"ל – ביקורת מעקב מורחבת (2023) (<https://tinyurl.com/mekdr385>)). כידוע, יש המתנגדים לשירות נשים, למשל "ארגון חותם – יהדות על סדר היום". ארגון זה הוקם בשנת 2013 כגוף המאגד מכונים תורניים בציונות הדתית. באתר הארגון מופיע שמדובר בארגון אקטיביסטי הפועל לשימור וטיפוח צביונה היהודי של מדינת ישראל. הארגון מפרסם מאמרים וטורי דעה נגד גיוס נשים לצה"ל. לטענתו, לשירות יש השלכות על הגוף והנפש, על המשרתת ועל העם כולו, וכי שירות קרבי פוגע בבריאות האישה ומבחינה היסטורית הצבא הוקם לגברים ואינו מתאים לחיי האישה ולטבעה (אתר חותם – (<https://chotam.org.il>)).

ואולם כיום אנו נחשפים למגמה נגדית, בה נשים בעלות מוטיבציה גבוהה מבקשות לשרת שירות בעל אופי קרבי. בפני בג"צ תלויה ועומדת עתירה של ארבע מלש"ביות המבקשות להתגייס למערך השריון (בג"ץ 3227/20 מיקה קליגר נ' שר הביטחון, דיון קבוע למרץ 2024). העותרות דורשות לאפשר להן שוויון הזדמנויות מלא בתפקידי הלוחמה, ומתבססות על זכותן החוקתית לשוויון, בין השאר מכח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. דומה כי יכולתן של נשים לשרת בשריון הוכח ממש בימי מלחמה אלה, בהם נשים בתפקידי לחימה שונים תפקדו ברמה גבוהה. נזכיר כאן את קבוצת לוחמות השריון שלחמו בשבת של שביעי לאוקטובר; אלה הן טנקיסטיות בחטיבת פארן המשרתות בגבול מצרים בבסיס ניצנה. לפי תחקיר ששוודר בערוץ 12, שעה שהתברר כי מחבלים פרצו את הגבול מעזה לישראל, קבוצת טנקיסטיות החלה לנוע צפונה להגנת יישובי עוטף עזה, בהוראת מפקדת הפלוגה בדרגת סרן. ליד מוצב סופה הן נתקלו בעשרות מחבלים ויכלו להן. טנק אחד השאירו לשמור בפתח הגדר, כדי למנוע מעבר של מחבלים נוספים. הלוחמות פעלו בקיבוץ חולית ובקיבוץ סופה במשך 17 שעות, ומנעו התפשטות של הלחימה דרומה (ראו כתבה מיום 25.11.2023: "פשוט דורסת את המחבלים וממשיכה הלאה" (<https://tinyurl.com/kx63rp7f>)).

סעיף 40 לחוק שירות ביטחון קובע שלושה תנאים מצטברים ונפרדים לפטור אישה משירות מטעמים שבהכרה דתית: 1. דתיותה מונעת ממנה מלשרת בשירות בטחון; 2. שמירת כשרות; 3. אי נסיעה בשבת

לפי נתוני דו"ח מבקר המדינה ממרס 2023, שיעור אי-גיוסן של נשים לצה"ל

במחזור 2021 עמד על 44.9% מכלל

המלש"ביות היהודיות. מתוך כלל

המועמדות לשירות חובה, שיעור אי

גיוס על רקע דת עמד על 36.8%

לפי תחקיר ששוודר בערוץ 12, שעה

שהתברר כי מחבלים פרצו את הגבול

מעזה לישראל, קבוצת טנקיסטיות

החלה לנוע צפונה להגנת יישובי עוטף

עזה, בהוראת מפקדת הפלוגה בדרגת

סרן. ליד מוצב סופה הן נתקלו בעשרות

מחבלים ויכלו להן



הרשות לאיסור הלבנת הון תחת ביקורת

בפברואר 2023 פורסם הדו"ח השנתי של מבקר המדינה העוסק בביקורת על משרדי הממשלה, מוסדות המדינה, חברות ממשלתיות ותאגידים. הדו"ח עסק בין השאר ברשות לאיסור הלבנת הון ומימון טרור. כידוע, הרשות הוקמה בינואר 2002 מכוח חוק איסור הלבנת הון, תש"ס-2000, ובמסגרת הצטרפותה של מדינת ישראל למאבק הבינלאומי בהלבנת הון ומימון טרור. הדו"ח מציין כי מטרת הרשות היא לסייע לרשויות אכיפת החוק וגופי הביטחון בישראל במניעה ובחקירה של עבירות הלבנת הון, מימון טרור, ופעילות שעניינה פגיעה בביטחון המדינה. בדו"ח נבחנה האפקטיביות של פעילות הרשות בהתאם לחובותיה לפי חוק איסור הלבנת הון. הפעילות נבחנה בהיבטים של קליטת דיווחים מהגופים המדווחים, הזנתם למאגר המידע והעברת מידע ללקוחות המידע. הביקורת חושפת שורה ארוכה של ליקויים בתפקוד הרשות באופן העלול, לפי הביקורת, לפגוע ביכולתה לסייע לרשויות האכיפה והביטחון במילוי תפקידן. האחריות לפעולתה התקינה של הרשות מוטלת על שר המשפטים (יריב לוין), מנכ"ל משרד המשפטים (איתמר דוננפלד) וראשת הרשות לאיסור הלבנת הון (עילית אוסטרביץ'-לוי).



הביקורת חושפת שורה ארוכה של ליקויים בתפקוד הרשות באופן העלול לפגוע ביכולתה לסייע לרשויות האכיפה והביטחון במילוי תפקידיהן

סעיף 3 לחוק איסור הלבנת הון קובע כי הלבנת הון היא פעולה שמטרתה להטמיע רכוש שקשור לפעילות עבריינית ברכוש בעל אופי חוקי תמים, באופן שלא ניתן יהיה להתחקות אחר מקורו הבלתי חוקי. תפקיד הרשות הוא לקבל דיווחים מגופים המחויבים בכך לפי החוק, לרבות גופים פיננסיים, כגון: בנקים, חברות ביטוח ונותני שירותי מטבע; סוחרים באבנים יקרות וכן נותני שירות עסקי כמו עורכי דין ורואי חשבון. על הרשות להזין את הדיווחים למאגר המידע שבאחריותה, לנתחם ולהעביר מודיעין פיננסי ללקוחות המידע ובכללם רשויות אכיפה וביטחון, המשטרה, רשות המיסים, הפרקליטות ורשות ניירות ערך. הדיווחים המתקבלים ברשות לאיסור הלבנת הון מחולקים לשניים: דיווחים רגילים – מדובר בדיווחים אוטומטיים שאינם נמצאים בשיקול דעת של הפקיד בתאגיד המדווח, כגון משיכת מזומנים בסכום של 50,000 ₪ ומעלה; דיווחים בלתי רגילים – מדובר בפעילות בלתי רגילה שלאור המידע המצוי בתאגיד המדווח, מעורר חשש לפעילות אסורה לפי חוק איסור הלבנת הון ומימון טרור. על הגופים המדווחים להפעיל שיקול דעת בכל מקרה לגופו. אין מניעה שפעולה שמדווחת באופן אוטומטי לא תדווח ע"י הפקיד המדווח גם כפעולה בלתי רגילה.

מהדו"ח עולים ליקויים באיסוף הדיווחים ע"י הרשות לאיסור הלבנת הון וקליטתם במאגר המידע. צוין כי בשנים 2017 – 2022 הצטברו ברשות עשרות אלפי דיווחים בלתי רגילים שלא הוזנו למאגר המידע. ליקויים נוספים קשורים לאופן בו מפיקה הרשות דו"חות ממאגר הדיווחים עבור גופי האכיפה והביטחון. כמו כן, נמצאו ליקויים בבקרה מצד משרד המשפטים על תפקודה של הרשות. בדו"ח צוין כי קיימת חשיבות בשמירה על עצמאות הרשות, ועם זאת משרד המשפטים לא מבצע תהליכי בקרה סדורים על פעילותה הליבתית, שאינה נוגעת לעצמאות שיקול הדעת בהחלטות של ראש הרשות על ניתוח והעברת מודיעין. בנוסף, מבקר המדינה מצביע על מחדל בהפניית המידע למספר גופי אכיפה רלוונטיים. המחקר מצביע על כך שאין אסדרה לגבי אופן הפצת הדיווחים במקביל למספר גופים, והרשות מחליטה, ללא תיאום עם כלל הרשויות, מי מלקוחותיה יקבל את המידע ומי לא. לקוחות המידע, ביניהם המשטרה, רשות המיסים והפרקליטות, הביעו חוסר שביעות רצון מהתנהלות הרשות. הפרקליטות התלוננה על כך שהרשות לא תורמת למלחמה הכלכלית בפשיעה. סקר שביצע משרד מבקר המדינה בפרקליטות המדינה מצא כי 26 תיקים שטופלו בפרקליטות בנושא מימון טרור ולוו בתפיסות נכסיהם, לא כללו שום דו"ח שהפיקה הרשות, ולפיכך יש בסיס בתלונת הפרקליטות. רשות המיסים התלוננה גם היא על התנהלות לקויה: רשות המיסים ציינה כי הפקת דו"חות במהירות תורמת לאפקטיביות של החקירה ושל תפיסת הנכסים, אך כ-30% מדוחות הרשות לאיסור הלבנת הון בשנים 2017 – 2022 הופקו בפרק זמן העולה על חודש ימים ממועד קליטת המידע. רשות המיסים מסרה כי בשל איחור זה לא מתאפשר לה שימוש אפקטיבי במידע. המשטרה ציינה כי לפחות 67% מהדיווחים של הרשות

מהדו"ח עולים ליקויים באיסוף הדיווחים ע"י הרשות לאיסור הלבנת הון וקליטתם במאגר המידע



לאיסור הלבנת הון לא סיפקו למשטרה מידע על נכסים, עבירות ודפוסי הלבנת הון, ולפיכך לא כללו מידע רלוונטי לפתיחת חקירה. מעמדות המשטרה, הפרקליטות ורשות המיסים עולה כי אין התאמה בין צרכיהם כלקוחות מידע לבין הדיווחים שמעבירה הרשות לאיסור הלבנת הון.

לשיפור הליקויים, מבקר המדינה ממליץ כי הרגולטורים, ביניהם המפקח על הבנקים, רשות שוק ההון, משרד התקשורת ורשות ניירות ערך, בשילוב עם הרשות לאיסור הלבנת הון, יבחנו כל אחד בתחום סמכותו, את תהליכי הדיווח לרשות והיקפם. על המפקחים לדאוג שדיווחים בלתי רגילים ידווחו לרשות לאיסור הלבנת הון באופן מקיף ומלא ובפרק זמן מינימלי שיאפשר לרשות לייעל את הליכי העבודה מול גורמי האכיפה. הומלץ להתמקד במגזרים מהם נשקף סיכון רב יותר, בהתבסס על סקר הסיכונים הלאומי, כגון מגזר נותני שירותים פיננסיים. בנוסף הוצע כי מנכ"ל משרד המשפטים יקבע מתווה פעולה לתיקון הליקויים שהועלו בדו"ח באופן שיבטיח הזנה מלאה של דיווחים בלוח זמנים קבוע. המבקר המליץ כי בכל הנוגע להחלטות בעלות השלכות על לקוחות המידע, כגון הפצת מידע ללקוח יחיד בעוד שיש רלוונטיות לעוד מספר לקוחות, הרשות תפעל לאחר היוועצות עימם. מוצע כי הרשות תקבע משכי זמן מרביים לטיפול במענה ללקוחות המידע, בין היתר בהתאם למידת מורכבותן ודחיפותן של הבקשות, ותיישם מנגנוני בקרה על מנת לנטר את פעילותה ולזהות פיגורים מבעוד מועד. בנוסף מומלץ כי הרשות תגבש בשיתוף לקוחות המידע מתכונת לשיתוף מידע הרלוונטי ליותר מלקוח אחד.

מבקר המדינה ציין כי במסגרת שיתוף הפעולה בין הרשות לאיסור הלבנת הון לבין לקוחות המידע יש לתת דגש לפעילות עבריינית ותחומים בסיכון גבוה, כמו נותני שירותי מטבע וגופים שעוסקים במטבעות קריפטוגרפים. עוד הוצע כי הרשות תבהיר את אופן עיבוד הנתונים, לרבות אופן עיבוד המידע המגיע מהגוף המדווח והעברתו בצורה אפקטיבית, על מנת שישקפו במדויק את טיבה וסוגה של הפעילות שביצעה. מוצע כי היועצת המשפטית לממשלה תניע מהלך לבחינת תרומת הדיווחים למערך האכיפה הכלכלית. מומלץ לבחון אילו פעולות יש לנקוט על מנת לשפר את איכות תרומת המידע שמעבירה הרשות לאיסור הלבנת הון לגופי האכיפה והביטחון.

בדצמבר 2023 פורסם באתר משרד המשפטים מדריך להעברת דיווח בלתי רגיל לרשות לאיסור הלבנת הון. המסמך, חתום על ידי עו"ד עילית אוסטרוביץ'-לוי ראשת הרשות לאיסור הלבנת הון ומימון טרור, מופנה לגופים המדווחים לרשות ועיקרו בנושא דיווח על פעילות בלתי רגילה. מצוין בו כי הרשות מפרסמת הבהרות אלה לאור ההבנה שכל שהדיווח ייעשה באופן ברור יותר, כך תגדל איכותו והמאבק בפשיעה הכלכלית ובמימון הטרור יהיה אפקטיבי יותר. הרשות תיארה במסמך את אופן עיבוד המידע המגיע אליה, לרבות אופן בניית דו"ח ללקוחות המידע על בסיס המידע המדווח. הרשות הציגה דוגמאות לתיקי חקירה שנפתחו בזכות מידע שדווח לה, לרבות תיקי סחיטה על ידי ארגון פשיעה, הימורים בלתי חוקיים באינטרנט והלבנת הון מקצועית. הרשות פירטה כיצד יש להעביר לידיה דיווח, לרבות דרישה לפרטים שלמים ומלאים אודות האדם נשוא הדיווח, אודות צדדים שלישיים, מועד ביצוע הפעולה המדויק, והכל באופן קריא וברור. הרשות הוסיפה את חשיבות העברת הדיווח בזמן. הודגש כי דיווח שמדווח בסמוך לביצוע הפעולה, מגדיל את הסיכוי להעמיד לדין את מבצע העבירה, ולתפוס כספים ונכסים בטרם יבוצע בהם שימוש נוסף.

ראו: הרשות לאיסור הלבנת הון ומימון טרור – הטיפול במידע המגלם חשש להלבנת הון ומימון טרור, **משרד מבקר המדינה** (2023) <http://tinyurl.com/z79vjm63>

ראו: "דגשים לדיווח בלתי רגיל אפקטיבי לרשות לאיסור הלבנת הון ומימון טרור", **משרד המשפטים**, (19.12.2023) <http://tinyurl.com/2sv6sjj>

לשיפור הליקויים, מבקר המדינה ממליץ כי הרגולטורים, ביניהם המפקח על הבנקים, רשות שוק ההון, משרד התקשורת ורשות ניירות ערך, בשילוב עם הרשות לאיסור הלבנת הון, יבחנו כל אחד בתחום סמכותו, את תהליכי הדיווח לרשות והיקפם



תקלה מעורבת במקרקעין

ביהמ"ש העליון נדרש לאחרונה לסכסוך זכויות במקרקעין, והכריע לטובת בעלים תם-לב של המקרקעין וכנגד רוכש תם-לב, שרכש את זכויותיו ממתחזה (ע"א 3391/22 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' דוד קונפינו, 3.12.2023). מעשה שהיה כך היה:

1. דובר במקרקעין ביישוב איריס הרשומים בבעלות הנרי קונפינו. בנובמבר 2011 הגיע מתחזה למשרדה של עו"ד לוי, והציג עצמו כדוד קונפינו, כביכול בנו יורשו היחיד של הנרי הנ"ל. המתחזה ביקש מעורכת-הדין לאתר קונה פוטנציאלי למקרקעין והאחרונה קישרה בין המתחזה לבין מתווך מקרקעין. המתווך איתר את אורי נצר שביקש מעו"ד שמחיוף לנהל מגעים לרכישת המקרקעין. במהלך המשא ומתן התברר לעו"ד שמחיוף שהעסקה נעשית עם יורש שאינו רשום כבעל המקרקעין, והוא דרש שדוד קונפינו יירשם כבעל הזכויות.

2. עו"ד לוי קיבלה מהמתחזה מסמך שנחזה להיות צו ירושה. עו"ד לוי הגישה למרשם המקרקעין בקשה לרשום את לקוחה כבעלים והגישה את צו הירושה המזויף, בהאמינה שמדובר בצו אמיתי. הבעלות במקרקעין הועברה על שם דוד קונפינו בהסתמך על הצו.

3. בהמשך הצדדים נפגשו לחתימה על חוזה מכר. ב"כ הקונה עמד על כך שתוצג תעודת זהות של מוכר המקרקעין. המתחזה הציג תעודת זהות שנחזתה להיות מקורית.

4. כדי לממן את הרכישה, נצר ואשתו נטלו משכנתא מבנק לאומי והורו על העברת כספי ההלוואה לחשבון הנאמנות של עו"ד לוי. הבנק ביקש לברר מדוע אין מתבקשת העברה ישירות לחשבון המוכר. נציגת הבנק שוחחה עם המתחזה, ושמעה ממנו שהוא תושב חוץ ואין לו חשבון בנק בישראל, ותשובה זו הניחה את דעתה. עסקת המשכנתא הושלמה.

5. לאחר תשלום התמורה, הזכויות במקרקעין העברו על שם נצר ונרשמה משכנתא לטובת בנק לאומי.

6. בשנת 2016, הנרי קונפינו, הבעלים האמיתי של המקרקעין, הלך לעולמו. בהתאם לצו קיום צוואה, דוד קונפינו האמיתי, בנו של הנרי, הוא יורשו היחיד. במהלך השנים, עו"ד מנחם מושונוב, טיפל במקרקעין עבור הנרי. בשנת 2019, הוציא עו"ד מושונוב נסח רישום המקרקעין, וגילה את השינוי ברישום הבעלות מהנרי לנצר. בדרך זו נודע לדוד קונפינו האמיתי על מעשה התרמית.

דוד קונפינו האמיתי הגיש תביעה לביהמ"ש המחוזי, בגדרה תבע את נצר הרוכש, את בנק לאומי מעניק המשכנתא, ואת לשכת רישום המקרקעין. נדרשו סעדים הצהרתיים לביטול חוזה המכר וההתחייבות לבנק לאומי, ולביטול הרישומים במקרקעין מכוח המכר המזויף. כן נדרש צו עשה לרישום המקרקעין על שם הבעלים המקורי. נצר, הנתבע, הגיש מצידו הודעות לצדדים שלישיים; לטענתו, ככל שהמכר יבוטל, זכותו להיפרע את נזקיו מעו"ד לוי ב"כ המוכר, מעו"ד שמחיוף שייצג אותו, וכן מלשכת רישום המקרקעין. הרוכש טען שגם התובע אחראי כלפיו משום שלא פעל למימוש זכותו במקרקעין בהקדם מעת שאביו נפטר.

ביהמ"ש המחוזי פיצל את הדיון להיבט קניני ולהיבט נזיקי. בהיבט הקנייני, נפסק כי זכותו של הבעלים האמיתי, הנרי קונפינו ז"ל, היא על העליונה וכי נצר ובנק לאומי אינם זכאים להגנה של תקנת השוק.

תקנת השוק מעוגנת בסעיף 10 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 וקובעת לאמור: "מי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים בתמורה ובהסתמך בתום-לב על הרישום, יאה כוחה של זכותו יפה אף אם הרישום לא היה נכון." לפי הוראה זו, תקנת השוק תחול רק



תקנת השוק תחול רק כאשר אדם רוכש זכות במקרקעין (בתמורה ובתום-לב), מבעליה הרשום של הזכות, וממנו בלבד. בית המשפט קבע כי נפל פגם כפול; פגם ברישום הבעלות: הרישום על שם המתחזה היה שגוי ולא שיקף את מצב הזכויות האמיתי; ופגם בזיהוי: הרוכש לא זיהה נכונה את המוכר שעה שפעל מול מתחזה. במקרה כזה לא תחול תקנת השוק וזכויות הרוכש יידחו מפני זכות הבעלים המקורי



כאשר אדם רוכש זכות במקרקעין (בתמורה ובתום-לב), מבעליה הרשום של הזכות, וממנו בלבד. בית המשפט קבע כי נפל פגם כפול; פגם ברישום הבעלות: הרישום על שם דוד קונפינו המתחזה היה שגוי ולא שיקף את מצב הזכויות האמיתי; וכפגם בזיהוי: הרוכש לא זיהה נכונה את המוכר שעה שפעל מול מתחזה. במקרה כזה לא תחול תקנת השוק וזכויות הרוכש יידחו מפני זכות הבעלים המקורי. במקרה שלנו, נצר והבנק אינם עומדים בתנאי תקנת השוק, משום שמקור הפגם אינו המרשם לבדו אלא בהתחזות המוכר, שהיא חיצונית למרשם. לכן, נפסק שחזרה המכר בין רוכש המקרקעין לבין המתחזה – בטל מעיקרו, אף שהרוכש פעל בתום לב ובתמורה. בית המשפט הורה כי הבעלים האמיתי, הנרי קונפינו ז"ל, ישוב ויירשם כבעלים.

משהתקבלה התביעה הקניינית, עבר ביהמ"ש המחוזי למישור הנזיקי. ביהמ"ש המחוזי העמיד את נזקי הרוכש המרומה על סך 1,681,539 ₪: המשאבים הרבים שבזבז (תשלום התמורה, שכ"ט עו"ד, דמי תיווך) ואובדן הזכות בנכס. ביהמ"ש חילק את האחריות בין המעוולים לפי מידת מעורבותם היחסית:

עו"ד לוי, ב"כ המתחזה: נקבע שהתרשלה בכך שלא זיהתה שצו הירושה שהגישה ללשכת רישום המקרקעין היה מזויף. בצו נפל פגם צורני בחותמת: בין המילים "העתק זה" למילה "ומתאים", אמורה להופיע המילה "נכון" או "נאמן", אך המקום היה מחוק. המחיקה אמורה לעורר סימני שאלה אצל עורכת דין המטפלת ברישום במקרקעין. על עו"ד לוי הוטלה אחריות בשיעור 60%.

לשכת רישום המקרקעין: כאשר עסקת מקרקעין נעשית באמצעות עורך-דין, אין ללשכה אחריות לזהות את הצדדים לעסקה. ואולם בענייננו, הלשכה התרשלה בכך שלא זיהתה את הפגם בחותמת צו הירושה המזויף, ובכך שלא ביקשה מעו"ד לוי הבהרות. על לשכת רישום המקרקעין הוטלה אחריות בשיעור 30%.

עו"ד שמחיוף ב"כ הרוכש: נקבע שהתרשל בכך שלא ביקש לבדוק בעצמו את צו הירושה. נקבע כי תרומתו לנזקי הרוכש הייתה זניחה יחסית והוטלה עליו אחריות בשיעור 10% בלבד.

דוד קונפינו: נקבע כי התובע אינו נושא באחריות להתגבשות נזקי הרוכש. בית משפט לא התעלם מכך שהתובע המתין שלוש שנים עד שהחל להסדיר את זכויותיו. אולם, אין חובה משפטית המחייבת יורשים להסדיר את זכויותיהם בהקדם, מה גם שמעשה התרמית של המתחזה נעשה לפני מות הבעלים.

אשר לבנק לאומי, ביהמ"ש ציין כי הוא ניזוק בהפסידו את הבטוחה הקניינית בדמות המשכנתא להבטחת החזר ההלוואה. אולם, ביהמ"ש לא נדרש לדון בכך מאחר שהבנק הודיע שהוא מסתפק בהתחייבות הרוכש להחזיר לו את ההלוואה שקיבל.

על פסד-הדין הוגש ערעור לביהמ"ש העליון. כב' השופטים י' אלרון, א' שטיין ור' רונן חזרו ופסקו שתקנת השוק תחול רק כאשר אדם רוכש זכות במקרקעין, בתמורה ובתום-לב, מבעליה הרשום של הזכות. המדינה אינה ערבה להתחזותם של מוכרי הזכויות ואינה מבטיחה הגנה למי שרוכש זכות מידי מתחזה, מאחר וזו טעות חיצונית למרשם. ביהמ"ש סיווג את המקרה דנא כתקלה מעורבת, שהיא שילוב של פגם ברישום הבעלות (תקלה פנימית למרשם) וכפגם בזיהוי המוכר (תקלה חיצונית למרשם). בהתרחש תקלה מעורבת, דינה כתקלה חיצונית למרשם, ורוכש הזכויות לא ייהנה מתקנת השוק.

בהיבט הנזיקי, בית המשפט קיבל את ערעורו של עו"ד שמחיוף וקבע שלא התרשל כלפי לקוחו. עו"ד שמחיוף התנה את ביצוע העסקה ברישום המוכר כבעלים ולא היה אמור לחשוך שמדובר בהתחזות. בניגוד לכך, עו"ד לוי הייתה צריכה לדעת שעו"ד שמחיוף וכן לשכת המקרקעין יסתמכו על המצגים שהציגה: שהמתחזה הזדהה בפניה ושבדקה את צו הירושה. בית המשפט העליון פסק כי 10% שהוטלו על עו"ד שמחיוף יועברו לעו"ד לוי ובכך שיעור אחריותה יעלה ל-70%.

המדינה אינה ערבה להתחזותם של מוכרי הזכויות ואינה מבטיחה הגנה למי שרוכש זכות מידי מתחזה, מאחר וזו טעות חיצונית למרשם



פסק-הדין מדגים את מוגבלותה של תקנת השוק במקרקעין. פרופ' חנוך דגן דן ברציונל של תקנת השוק ובשוני המהותי בין פגם בזיהוי המוכר לבין פגם בזכות הרשומה במרשם ("תקנת השוק כביטוח", מחקרי משפט לכבודו של יהושע ויסמן (שלום לרנר ודפנה לוינסון-זמיר עורכים, 2002), ע' 15). תקנת השוק מהווה מעין ביטוח שהמדינה נותנת לציבור, כאשר מי מהציבור קונה זכויות בהסתמך על הרשום במרשם. תקנת השוק מכירה בכך שיכול ליפול פגם ברישום המקרקעין, ובמקרה כזה נאפשר הגנה למי שרכש מתוך הסתמכות על הרישום גם אם היה שגוי, ובלבד שפעל בתום-לב ובתמורה. ואולם, כאשר מדובר בפגם בזיהוי המוכר המתחזה לבעלים הרשום, מקור התקלה אינו במרשם המקרקעין ותקנת השוק לא תחול.

הסכם למראית עין בין שותפים

המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב קיבלה לאחרונה תביעה של איש העסקים גבריאל כנגד שותפו לשעבר, גולן ביטון (ת"א (כלכלית) 29159-08-20 גבריאל גבריאל נ' גולן ביטון מיום 5.11.2023). בית המשפט נדרש לשאלה כיצד ניתן לאבחן האם הסכם משפטי הוא חוזה למראית עין.



ביטון וגבריאל הכירו בשנת 2008, ונותרו מיודדים. בהמשך, גבריאל הציע לביטון להקים חברה שתפעל בתחום הקנאביס הרפואי, ובשנת 2016 השניים חתמו על הסכם שיתוף פעולה להקמת העסק. כדי לקבל רישיון לעסוק בתחום הקנאביס, יש לקבל המלצת קצין משטרה. לפי ס' 25ג(ב) לפקודת הסמים המסוכנים (נוסח חדש), תשל"ג-1973, קצין משטרה לא יתן המלצה לרישיון לעסוק בקנאביס לחברה שבעל עניין בה הוא בעל עבר פלילי. בעל עניין הוא אדם שמחזיק למעלה מ-5% מהון המניות בחברה. גבריאל, בעל עבר פלילי בתחום הסמים. כדי לאפשר לחברה לפעול, בסעיף 3 להסכם, נקבע כי "כל מניות החברה יירשמו בשלב זה על ביטון". הדבר ישאר כך עד שגבריאל יממש אופציה לרכישת 50% מהמניות בתמורה לסך של 300,000 ש"ח שישולמו לביטון.

לאחר חתימת ההסכם הוקמה חב' "מדיסין", וביטון נרשם כבעל המניות היחיד. בסמוך, לשם מימוש האופציה, גבריאל העביר לביטון שיק על סך 150,000 ש"ח ואת יתרת הסכום שילם באמצעות רכישת רכב לביטון. לפי קביעת בית המשפט, התובע מימש את האופציה והפך לבעל חצי ממניות חב' "מדיסין". עם זאת, גבריאל מעולם לא נרשם כבעל מניות בחב' "מדיסין" כדי שלא תפגע יכולת החברה לפעול בתחום הקנאביס רפואי. במרץ 2018 נחתם מזכר הבנות בין חב' "מדיסין" לחב' "יוניבו", חברה ציבורית בתחום הקנאביס. ההשקעה של חב' "יוניבו" בחב' "מדיסין" תוכננה להתבצע בדרך של מיזוג: חב' "יוניבו" תהפוך לבעלת 100% ממניות חב' "מדיסין", ולבעלי המניות בחב' "מדיסין" יוקצו מניות בחב' "יוניבו".

באפריל 2018, נחתם בין ביטון וגבריאל הסכם ללא כותרת, והוא המצוי בלב המחלוקת. בסעיף 1 להסכם זה הוסכם על "סילוק סופי ומוחלט של מלוא טענות הצדדים, כשביטון מתחייב לשלם לגבריאל, סך של 559,500 ש"ח ולהחזיר לו את הרכב שרכש". לפי סעיף 6 להסכם, "ההסכם משקף את מלוא המוסכם בין הצדדים. אין כל מצגים, ערובות, הבטחות, התחייבויות או הסכמים זולת האמור בהסכם זה". בסעיף 8 להסכם נכתב שהצדדים יוצגו על ידי עו"ד זריהן ועו"ד ידגורב שהבהירו את המשמעויות המשפטיות של ההסכם. ביום המיזוג, הוקצו לביטון מניות חב' "יוניבו" כפי שנקבע בהסכם המיזוג. בה בעת, גבריאל דרש לקבל מביטון מחצית מהמניות שהוקצו לו בטענה שהסכם השותפות משנת 2016 תקף ולפיכך הצדדים זכאים למניות בחלקים שווים. ואולם ביטון טען שלאור "הסכם 2018", השותפות בין הצדדים הסתיימה.

גבריאל עתר בבקשה למתן צו הצהרתי שלפיו ההסכם משנת 2018 בטל אינו אלא למראית עין. הוא ביקש לקבל הצהרה שהוא זכאי לקבל מחצית מהמניות שהוקצו לביטון בחב' "יוניבו", ודרש צו עשה שיחייב את ביטון להעביר לו את חלקו בעסקת



המיזוג. לטענת גבריאלי, לקראת המיזוג עם חב' "יוניבו", ביטון הבהיר לו שמדובר בחברה ציבורית שנבחרת ביתר שאת. ביטון הסביר שחב' "יוניבו" לא מעוניינת לעשות עסקים עם גבריאלי, בגלל עברו הפלילי, ולכן ביקש ממנו להסתיר את מעורבותו ובשל כך נחתם "הסכם 2018". לפי הנטען, ביטון הבטיח שהסכם זה לא יפגע בזכויות של גבריאלי כשותפו. גבריאלי טען שביטון ניצל את יחסיהם הקרובים, ואת מצבו הכלכלי, כדי ללחוץ עליו לחתום על ההסכם הנ"ל. הוא העיד שבמהלך הפגישה לחתימת ההסכם, ביטון צעק ודרש את חתימתו כדי לקדם את המיזוג. ביטון מצידו השיב שהסכם 2018 מחייב, משום שהוא משקף את רצון הצדדים ונחתם לאחר משא ומתן. ביטון רתם לטובתו את התנהגות הצדדים לאחר חתימת ההסכם: גבריאלי קיבל חזרה את הרכב שרכש למימוש האופציה וסכום כסף מוסכם. ביטון ניסה לשכנע שגבריאלי הסכים לצאת מהשותפות בחב' "מדיסין" וממילא אין לו זכות לקבל חלק מהמניות בחב' "יוניבו".

המחלוקת שהובאה לפתחו של בית המשפט נגעה לשאלה אם הסכם 2018 תקף או שמדובר בחוזה למראית עין בלבד. בית המשפט המחוזי-כלכלי בתל-אביב (כב' השופט י' שרביט) מצא שההסכם הוא למראית עין ואף מהווה הסכם בלתי חוקי. לכן, בית המשפט הורה על בטלותו:

ראשית, כדי להכריע בשאלה אם מדובר בחוזה למראית עין, צריך להתחקות אחר כוונת הצדדים. בית המשפט מצא שבהסכם קיימת אי ההתאמה בין לשון ההסכם לבין רצון הצדדים. כך, לפי סעיף 2 להסכם, ברצון הצדדים להסדיר את סיום יחסיהם תוך הסכמה שבפשרה. אך משיחות שנערכו בין השניים ניתן ללמוד שהצדדים התכוונו להמשיך כשותפים. כך, בשיחה בין הצדדים יום לפני החתימה על מזכר ההבנות בין חב' "מדיסין" לחב' "יוניבו", ביטון ביקש אישור מגבריאלי לחתום על מזכר ההבנות. בד בבד, ביטון הבהיר לגבריאלי שעל אף שלא ירשם כבעל מניות בחברה הממוזגת, הוא יקבל את חלקו מתוך התמורה שתתקבל: "זו חברה בורסאית, עושים לך בדיקות. אין שלדים בארון. מה שעובר לחשבון שלי, נפריש לך פה ושם, בכסף הביתה. אל תדאג".

שנית, בית המשפט התייחס למניע שהוביל לחתימה על ההסכם משנת 2018. גבריאלי מעולם לא נרשם כבעל מניות בחברת "מדיסין" כדי שלא להקשות על קבלת רישיון לעסוק בקנאביס. גם לקראת חתימת מזכר ההבנות עם חב' "יוניבו", ביטון ביקש להסתיר את המעורבות של גבריאלי בפרויקט. לצד זאת, ביטון דאג להבהיר לגבריאלי שההסכם שעליו חתמו בשנת 2018 לא יפגע בזכויותיו. על הרקע הזה, בית המשפט מצא שהמניע להסכם היה ניסיון ליצור מצג שווא הן כלפי הרגולטור והן כלפי חב' "יוניבו", שגבריאלי אינו מעורב בחב' "מדיסין". אמנם, לאחר חתימת הסכם 2018, הועברו לגבריאלי סכומי כסף והוחזרו לו הרכב שקנה. אך השופט קבע שמהלך זה מצביע על כך שהצדדים חיפשו דרך להתחלק בכספים שחב' "מדיסין" קיבלה מחב' "יוניבו" במסגרת עסקת המיזוג.

בהתאם לנימוקים אלה, נפסק שההסכם משנת 2018 נכרת למראית עין ולכן בטל, מכח סעיף 13 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973. השופט קבע שגם הסכם שיתוף הפעולה שנחתם בשנת 2016 נועד להסתיר מפני הרגולטור את מעורבותו של גבריאלי בחב' "מדיסין". על כן, הסכם זה הוא בלתי חוקי ובטל אף הוא, לפי סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי). האם בנסיבות אלה ביטון פטור מהעברת המניות לגבריאלי? התשובה שניתנה לכך היא שלילית. כב' השופט סבר שמתן פטור לביטון מהעברת מחצית מהמניות לגבריאלי יוביל למצב לא צודק. כידוע, לפי סעיף 31 לחוק החוזים, אם צד לחוזה ביצע את חיובו, יש לבית המשפט סמכות להורות לצד שכנגד על קיום החוזה משיקולי צדק. בנסיבות המקרה נמצא שאין הצדקה לפטור את ביטון מהעברת המניות וניתן צו עשה המורה לו לנקוט בפעולות הדרושות להעברתן.

פסק הדין מדגים גישה שיפוטית אקטיבית המתבוננת ביחסים החוזיים במבט ראייתי רחב, תוך נכונות לעיין בדברים שהוחלפו על-פה, ומבלי להסס להתערב בחוזה כתוב. כידוע, ההלכה המקובלת בפרשנות חוזים היא שחוזה יפורש מתוך משקל עילאי

כדי להכריע בשאלה אם מדובר בחוזה למראית עין, צריך להתחקות אחר כוונת הצדדים. בית המשפט מצא שבהסכם קיימת אי ההתאמה בין לשון ההסכם לבין רצון הצדדים

פסק הדין מדגים גישה שיפוטית אקטיבית המתבוננת ביחסים החוזיים במבט ראייתי רחב, תוך נכונות לעיין בדברים שהוחלפו על-פה, ומבלי להסס להתערב בחוזה כתוב



ללשונו, במיוחד מקום בו מדובר בחוזה מסחרי בין אנשי עסקים מנוסים (למשל: ע"א 7649/18 ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ, מיום 20.11.2019).
בענין גבריאלי נ' ביטון, בית המשפט הכלכלי הרים את המסך מעל המילים הכתובות והעדיף את האמת הבלתי כתובה, על מנת לכוון צדק בין הצדדים.

לפסק הדין ראו: ת"א (כלכלית) 29159-08-20 גבריאלי גבריאלי נ' גולן ביטון
(5.11.2023) <http://tinyurl.com/2v56j3fp>

הפרטת דואר ישראל

באוקטובר 2023 פרסמה הוועדה לצמצום הריכוזיות את חוות דעתה בעניין השתתפות גורמים ריכוזיים בהליך מכירת דואר ישראל. זאת, בהמשך להחלטות ועדת השרים לענייני הפרטה להפריט את אחזקות מדינת ישראל בחברת הדואר, באמצעות הזמנה להציע הצעות (האחרונה היא החלטה של ועדת השרים לענייני הפרטה מח/1 מיום 12.4.2022).

בספטמבר 2023 פנתה רשות החברות לוועדה לצמצום הריכוזיות, מכוח סעיף 8(ב) וסעיף 5(ב) לחוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ד-2013, להתייעצות בנוגע להשתתפות "גורמים ריכוזיים" בהליכי מכירתה של חברת דואר ישראל. המהלך התחייב על רקע הגשת הצעות בהליך הרכישה. בהליך לקחו חלק אחת-עשרה קבוצות; בשלוש מהקבוצות השתתפו גורמים הנחשבים ל"ריכוזיים": ניאופרם וחברות שבשליטת בנק דיסקונט, בנק מזרחי טפחות, בנק לאומי והפניקס. שלושה גורמים אלה הוכרזו כ"גופים פיננסיים משמעותיים" לפי החוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות. בנסיבות אלה, נדרשה חוות דעתה של וועדת הריכוזיות בשאלה, אם הגורמים הריכוזיים שהציעו הצעה לרכישת חברת הדואר, יכולים להשתתף בהליך המכירה. בהתאם לקבוע בסעיף 5(ב) לחוק לצמצום הריכוזיות, "מאסדר המבקש להקצות זכות לגורם ריכוזי לא יעשה כן, ובכלל זה לא יאפשר לגורם ריכוזי להשתתף בהליך ההקצאה של זכות כאמור ולא יקבע תנאים המאפשרים את הקצאת הזכות לגורם ריכוזי, אלא לאחר ששקל שיקולי ריכוזיות כלל-משקית, בהתייעצות עם הוועדה לצמצום הריכוזיות". לצורך גיבוש חוות דעתה, הוועדה בחנה את מאפייני ענף הדואר, טיב שירותי הדואר וסקרה את המתמודדים הריכוזיים שהציעו הצעות. הוועדה המליצה פה אחד שלא לאפשר לבנקים להתמודד בהליך למכירת הדואר משיקולים של ריכוזיות כלל-משקית. ביחס לחב' הפניקס, חברי הוועדה סברו שאין למנוע את השתתפותה. לגבי ניאופרם התעוררו חילוקי דעות והוועדה המליצה ברוב קולות לאפשר את התמודדותה כרוכשת.

חוות הדעת פותחת בכך שחברת הדואר היא חברה ממשלתית בבעלות מלאה של המדינה, המספקת שירותי דואר אוניברסליים לכלל הציבור, וזאת לצד שירותי בנקאות במסגרת בנק הדואר הפועל כחברה-בת. חברת הדואר אוזרת רישיון לעסוק במתן שירותי דואר ושירותי הפצת מידע מכוח סעיף 5א לחוק הדואר, תשמ"ו-1986. אחד המאפיינים הדומיננטיים של שירותי דואר הוא שהם מהווים "שירותים חיוניים" לציבור בהתאם לסעיף 2 לתוספת לחוק לצמצום הריכוזיות. חברת הדואר היא החברה היחידה במשק שלה הוענק רישיון כללי לעיסוק בשירותי דואר, ולכן כל בעל שליטה בה ייחשב "גורם ריכוזי" מכוח שליטתו בתשתית חיונית. חברת הדואר מחזיקה בנתחי השוק המשמעותיים ביותר בכל סוגי שירותי הדואר שאותן היא מעניקה.

וועדת הריכוזיות ציינה שחברת הדואר פועלת בממשקים רגולטורים מרובים ותכופים מול משרד התקשורת ורשות החברות הממשלתיות. על פי המתודולוגיה של וועדת הריכוזיות לבחינת ריכוזיות כלל-משקית, מערכת יחסים קבועה ומתמשכת בין הגורם הריכוזי לבין מקבל ההחלטות בממשלה עלולה לגרום למצב של שבי רגולטורי (ראו: מתודולוגיה לבחינת ריכוזיות כלל-משקית). ככל שהמשק בין הגורם לבין הרגולטור הדוק ונמשך לאורך שנים, כך יגדל החשש להיווצרות יתרון יחסי של המפוקח ולשבי רגולטורי של הרגולטור. אמנם, עקב תיקוני רגולציה בשנים האחרונות,



אחד המאפיינים הדומיננטיים של שירותי דואר הוא שהם מהווים "שירותים חיוניים" לציבור. חברת הדואר היא החברה היחידה במשק שלה הוענק רישיון כללי לעיסוק בשירותי דואר, ולכן כל בעל שליטה בה ייחשב "גורם ריכוזי" מכוח שליטתו בתשתית חיונית



התאפשרה כניסת שחקנים חדשים לענף הדואר, ובפברואר 2023 פורסמו הוראות הקבועות שדואר ישראל מחויב להנגיש את מרכזי החלוקה למתחרים במחיר קבוע מראש. למרות זאת, דואר ישראל ממשיכה להיות השחקן הדומיננטי במקטע.

אשר למתמודדים בהליך המכירה: בחוות הדעת צוין כי בנק לאומי, בנק דיסקונט ובנק מזרחי טפחות הם פירמות פיננסיות בעלות השפעה רבה על המערכת הכלכלית בישראל ומקיימות ממשק רגולטורי אינטנסיבי ביותר מול הממשלה ובנק ישראל. בנק מזרחי טפחות הוא חברה ציבורית הנשלטת על ידי קבוצת ורטהיים. הקבוצה היא גורם ריכוזי מכוח שתי חלופות בחוק: שליטה בגוף פיננסי משמעותי וכן חלק מגרעין השליטה בגורם בעל השפעה בתחום השידורים, בשל שליטתה בחברת התקשורת שידורי קשת. לפי החוק לצמצום הריכוזיות, גורם בעל השפעה בתחום השידורים וכל גורם שמשתייך לקבוצת המחזיקים בגורם כאמור נחשב ריכוזי. מחקרים מתחום הכלכלה הפוליטית מוצאים כי מתקיימות השפעות הדדיות בין הנושאים שהתקשורת מסקרת לבין הנושאים הנמצאים על שולחן מקבלי ההחלטות; שכן, הם הגורם העיקרי שמנגיש לציבור מידע על החלטות מדיניות. משכך, חיזוק מעמדם הריכוזי של הבנקים המובילים באמצעות הענקת שליטה בתשתית חיונית ייחודית, אינה תואמת את מטרות החוק לצמצום הריכוזיות. הקצאת מלוא מניות החברה לקבוצת אלו צפויה להגדיל את הריכוזיות הכלל-משקית ולחזק את כוח המיקוח שלהן. לכן, הוועדה המליצה שלא לאפשר התמודדות של בנק לאומי, בנק דיסקונט ובנק מזרחי טפחות בהליך למכירת דואר ישראל.

אשר לחב' הפניקס: הוועדה ציינה כי הפניקס היא גורם ריכוזי מכוח אחזקותיה בגופים פיננסיים משמעותיים. ואולם, הפניקס אינה שולטת בתחומי תשתית חיונית ואינה תאגיד ריאלי משמעותי ולכן כל חברי הוועדה סברו כי הגידול בריכוזיות כתוצאה מזכייה של קבוצה הכוללת את הפניקס אינו מצדיק את פסילת השתתפותה.

חוות הדעת בחנה גם את השתתפותה של חב' ניאופרם ברכישה. ניאופרם היא גורם ריכוזי מכוח שלוש חלופות בחוק לצמצום הריכוזיות, בין היתר בשל שליטתה בבזק. בזק היא ספק מרכזי של שירותי תקשורת במדינת ישראל והחברה היחידה שמחזיקה ברשיון לפי סעיף 4 לחוק התקשורת (בזק ושידורים), תשמ"ב-1982. זכייה בהקצאה להפעלת כוח מיקוח והשפעה מול הממשלה בתחום תשתית חיונית במתכונתה הנוכחית תעניק לניאופרם שליטה מלאה בדואר לצד השליטה בבזק. בהיותה החברה היחידה בעלת רישיון לשירותי בזק, בזק מקיימת ממשקים תכופים והדוקים מול קובעי המדיניות ובעיקר מול משרד התקשורת. הדומיננטיות של בזק והדואר בתחומי פעילותן, שהם תחומי תשתית מורכבים המתאפיינים בפערי מידע, מביאה לכך שקובעי המדיניות נסמכים על המידע המועבר מהן ויוצרת תלות בהן.

ביחס לניופרם נחלקו הדעות: פרופ' אבי שמחון יו"ר המועצה הלאומית לכלכלה ועו"ד שלומי הייזלר, מנכ"ל משרד האוצר, סברו שיש לאשר את התמודדותה בהליך הפרטת הדואר. למרות הריכוזיות יוצאת הדופן של קבוצת בזק, השינויים הרגולטוריים שמאפשרים תחרות בענף הדואר, לצד התועלות הצרכניות האפשריות מזכיייתה של ניאופרם לאור ניסיונה בתחומי הלוגיסטיקה, הביאו את רוב חברי הוועדה למסקנה שהחשש מגידול בריכוזיות אינו מצדיק את פסילתה. לכן, המלצת הוועדה (ברוב דעות) היא לאפשר לניאופרם להתמודד בהליך התחרותי על הפרטת הדואר. עו"ד מיכל כהן, יו"ר הוועדה והממונה על התחרות, סברה בדעת מיעוט כי שליטתם של דוד ומיכל פורר בחברת בזק, יחד עם שליטתם בחברת הדואר ובבנק הדואר, שהן חברות בעלות פעילות משמעותית בתשתיות חיוניות וייחודיות, עלולות ליצור לקבוצה כוח מיקוח והשפעה חריגים מול קובעי המדיניות וריכוזיות כלל-משקית גבוהה שאינה רצויה.

נציין כי ממש בימים אלו, דפוס בארי, הממוקם בקיבוץ בארי ביישובי עוטף עזה, הגיש בקשה לרשות החברות לדחות את מועד המכרז למכירת הדואר בשל מלחמת עזה. ההשתתפות של דפוס בארי במכרז עומדת לדיון ברשות התחרות, משום שבבעלותה

**בנק לאומי, בנק דיסקונט ובנק
מזרחי טפחות הם פירמות פיננסיות
בעלות השפעה רבה על המערכת
הכלכלית בישראל ומקיימות ממשק
רגולטורי אינטנסיבי ביותר מול
הממשלה ובנק ישראל**

**הוועדה ציינה כי הפניקס היא גורם
ריכוזי מכוח אחזקותיה בגופים
פיננסיים משמעותיים. ואולם, הפניקס
אינה שולטת בתחומי תשתית חיונית
ואינה תאגיד ריאלי משמעותי ולכן
כל חברי הוועדה סברו כי הגידול
בריכוזיות כתוצאה מזכייה של קבוצה
הכוללת את הפניקס אינו מצדיק את
פסילת השתתפותה**

**המלצת הוועדה (ברוב דעות) היא
לאפשר לניאופרם להתמודד בהליך
התחרותי על הפרטת הדואר. עו"ד מיכל
כהן, יו"ר הוועדה והממונה על התחרות,
סברה בדעת מיעוט כי שליטתם של
דוד ומיכל פורר בחברת בזק, יחד עם
שליטתם בחברת הדואר ובבנק הדואר,
שהן חברות בעלות פעילות משמעותית
בתשתיות חיוניות וייחודיות, עלולות
ליצור לקבוצה כוח מיקוח והשפעה
חריגים מול קובעי המדיניות וריכוזיות
כלל-משקית גבוהה שאינה רצויה**



גם חברות נוספות שמפיצות חבילות ומתחרות בדואר ישראל. ביום 20 בנובמבר 2023 התקיים דיון בוועדת הכלכלה של הכנסת בנושא השפעת המלחמה על ההליכים להפרטת דואר ישראל. הישיבה סוכמה בפנייה לרשות התחרות, בבקשה שתעביר החלטה סופית לגבי השתתפות דפוס בארי במכרז. דיון המשך יתקיים בהתקבל חוות דעתה של הרשות לתחרות (ראו, [פרוטוקול ועדת הכלכלה](#)).

לחוות דעת הוועדה לצמצום הריכוזיות מיום 26 באוקטובר 2023, ראו: https://www.gov.il/BlobFolder/unit/centralization_decrease_committee/he/Vaadot_ahchud_CentralizationDecreaseCommittee_Opinion-2023-israel-post-sale.pdf

להט"בים זכאים לתמיכה עירונית?

באוקטובר 2023 הכריע בית המשפט העליון במחלוקת בין עיריית ירושלים לבית עמותת "הבית הפתוח בירושלים לגאווה ולסובלנות", בקשר עם תקצוב העמותה על ידי העירייה. העמותה טענה כי העירייה לא התבססה על תשתית עובדתית הולמת שעה שהחליטה על היקף התקצוב, וכתוצאה מכך הפלתה אותה לרעה. המחלוקת עוררה שאלה בעניין אמות המידה לתמיכה של רשויות מקומיות במוסדות ציבוריים.

הבית הפתוח בירושלים לגאווה ולסובלנות פועל במסגרת עמותה לשינוי חברתי, ומהווה מרכז חינוכי וטיפולי רב תחומי עבור הקהילה הגאה. כמצוין בתקנון, העמותה הוקמה בשנת 1997 על ידי פעילים ופעילות ירושלמים במטרה "לבנות חברת מופת ישראלית ליברלית ופולורליסטית, ולקיים שוויון זכויות מלא למיעוטים מיניים ומגדריים". העמותה מעניקה סל שירותים הוליסטי, ביניהם מערך פסיכולוגי-סוציאלי; הפעלת מרכז לבדיקת מחלות מין; תכנון והפקה של אירועים, הרצאות, טיולים, סדנאות, סיוע במיצוי זכויות ועוד. ההפעלה וניהול הפעילויות על ידי העמותה מחייבים השקעת משאבים רבים. לאורך השנים פנתה העמותה לעירייה על מנת לקבל סיוע במימון פעילותה, אך לרוב פניות אלו נדחו וכתוצאה מכך נקטה העמותה בהליכים משפטיים.

לאחר מספר הליכים קודמים, העירייה אפשרה לפנות אליה לקבלת תמיכה בשני ערוצים עיקריים: האחד, תמיכה למרכז קהילתי או מינהל קהילתי שכונתי; השני, מרכז קהילתי לאוכלוסייה ייחודית בפריסה כלל עירונית. התמיכה ניתנת בשני רכיבים עיקריים: האחד, רכיב כספי כללי; השני, רכיב ספציפי המתחלק לשלוש תמיכות: תמיכה בשכר דירה, תמיכה בגין תשלום ארנונה ותמיכה למטרות שיפוצים. בדו"ח תבחיני התמיכה של עיריית ירושלים לשנת 2022 צוין כי מינהלים ומרכזים קהילתיים מנגישים את שירותי העירייה בתחום החברה והקהילה על בסיס שכונתי-גאוגרפי. לעומת זאת, מרכז קהילתי לאוכלוסייה ייחודית מספק שירותים ומייצג אוכלוסייה בעלת צרכים ייחודיים בפריסה כלל עירונית שאינה יכולה לקבל מענה ברמת השכונה. הלכה למעשה, על פי מאפייניה, עמותת הבית הפתוח מהווה את המרכז הקהילתי היחיד בירושלים שמייצג אוכלוסייה בעלת צרכים ייחודיים שנמצאת בפריסה כלל עירונית.

לחשוב הרכיב הכללי במינהלים ומרכזים קהילתיים שכונתיים, העירייה מפעילה חמישה תבחינים: תמיכה בסיסית זהה לכל מינהל ומרכז קהילתי שכונתי; לאחריו תקציב משתנה לפי מספר התושבים בשכונה על-פי הקיים במאגרי עיריית ירושלים; מדד סוציו-אקונומי כלכלי של תושבי השכונה; היקף מחזור פעילות; וציון חוות דעת הוועדה המקצועית באגף עבור מבקש התמיכה. בניגוד לתמיכה פרטנית שמקבל כל מינהל ומרכז קהילתי שכונתי לפי התבחינים לעיל, העירייה קבעה כי גובה הרכיב הכללי שניתן למרכז קהילתי לאוכלוסייה ייחודית בפריסה כלל עירונית יחושב לפי ממוצע התמיכות הכלליות בכלל המינהלים והמרכזים הקהילתיים השכונתיים.



הבית הפתוח בירושלים לגאווה

ולסובלנות פועל במסגרת עמותה לשינוי חברתי, ומהווה מרכז חינוכי וטיפולי רב תחומי עבור הקהילה הגאה. כמצוין בתקנון, העמותה הוקמה בשנת 1997 על ידי פעילים ופעילות ירושלמים במטרה "לבנות חברת מופת ישראלית ליברלית ופולורליסטית, ולקיים שוויון זכויות מלא למיעוטים מיניים ומגדריים".



בשנת 2022 עתרה העמותה לבית המשפט המחוזי בירושלים כנגד העירייה בטענה שאין זה סביר שיחולו עליה תבחינים שונים מאלה החלים על המינהלים והמרכזים הקהילתיים השכונתיים. לטענת העמותה, זהו חישוב מפלה שאינו מתחשב בצרכי המרכז, ואשר מוביל למימון בלתי מספק. נטען כי זו פרקטיקה שאינה מתיישבת עם חובת העירייה הקבועה בחוזר מנכ"ל משרד הפנים מס' 4/2006, המעגן נוהל לתמיכות במוסדות ציבור ע"י רשויות מקומיות. הנוהל מטיל על הרשויות חובה לפעול בשוויון, ענייניות ושקיפות בבואן לתקצב מוסדות ציבור.



לטענת העמותה, החישוב שמבצעת העירייה הוא חישוב מפלה שאינו מתחשב בצרכי המרכז, ואשר מוביל למימון בלתי מספק

עיריית ירושלים טענה כי לא בנקל יתערב בית המשפט במבחני תמיכה שגובשו ע"י רשות מנהלית. לגוף העניין טענה כי בעוד שהפרמטרים לתמיכה במינהלים ובמרכזים קהילתיים שכונתיים מתחשבים במאפיינים שונים של השכונות, כמו מצב סוציו-אקונומי, אין אפשרות מדידה כזו לגבי עמותת "הבית הפתוח". העירייה המשיכה וטענה כי צריך לקחת לתשומת הלב ש"הבית הפתוח" אינו החזות הבלעדית של הקהילה הגאה, ולמעשה ישנן דרכי סיוע מקבילות אשר נועדו לאותה קהילה מטעם אגף הרווחה ומינהל החינוך בעיר. יש להביא זאת בחשבון בעת חישוב התמיכה בעמותה. בערכאה הראשונה, בית המשפט המחוזי דחה את עתירת העמותה. נקבע שקיים שוני בין האופן שבו מחושב רכיב התמיכה הכללית במינהלים ובמרכזים קהילתיים שכונתיים לבין האופן בו מחושב אותו רכיב בעמותת הבית הפתוח, אך מדובר בשוני רלוונטי ומוצדק. זאת משום שחברי הקהילה הגאה עושים שימוש גם בשירותים המוצעים ע"י המינהלים והמרכזים הקהילתיים בשכונתם. לכן, החלת דרך חישוב זהה תוביל לתוצאה בה חברי הקהילה הגאה נהנים מתקציב בכפל. בית המשפט קמא סבר כי האופן בו הפעילה העירייה את שיקול דעתה הוא סביר ואין מקום להתערב בו.

על פסק הדין הוגש ערעור לבית המשפט העליון. העמותה טענה כי שעה שהרשות מעניקה תמיכה, עליה לעשות זאת בהסתמך על תשתית עובדתית מתאימה ותוך התייחסות למכלול המאפיינים והצרכים הרלוונטיים של המוסד הציבורי. לגישתה, העובדה שרכיב התמיכה הכללית בעמותה מתבסס רק על ממוצע אריתמטי של התמיכות במינהלים ובמרכזים השכונתיים מלמדת על התעלמות מהצרכים הייחודיים של הקהילה הגאה בירושלים בכלל, ושל עמותת "הבית הפתוח" בפרט. העמותה טענה כי היא מקבלת מימון נמוך מזה שהייתה מקבלת אילו הייתה נבחנת על פי אותם תבחינים המיועדים למינהלים ומרכזים קהילתיים שכונתיים.

העירייה השיבה שלא ניתן לעשות שימוש בתבחינים זהים, מאחר ולעירייה יש קושי לקבוע את גודל הקהילה הגאה בירושלים ואת המדד הסוציו-אקונומי של חבריה. לאור זאת, הוחלט כי התמיכה בעמותה תהיה בגובה ממוצע התמיכות ברכיב הכללי של המינהלים והמרכזים השכונתיים. העירייה בטענתה צידדה בקביעתו של בית המשפט המחוזי באשר לשוני רלוונטי בין עמותת "הבית הפתוח" כמרכז קהילתי המייצג אוכלוסייה ייחודית בפריסה כלל עירונית, ובין המינהלים והמרכזים הקהילתיים השכונתיים. לטענתה, מבחני התמיכה שקבעה עולים בקנה אחד עם דיני התמיכות לפיהם אין מקום ל"כפל תמיכה", וזאת מתוך מטרה למנוע מצב בו פעילות מסוימת ממומנת בה בעת משתי תקנות תקציביות שונות. צוין שהקהילה הגאה עושה שימוש גם בשירותי המינהלים והמרכזים הקהילתיים בשכונות השונות.

בית המשפט העליון, מפי כב' השופט ע' גרוסקופף ובהסכמת כב' השופטים ע' פוגלמן ונ' סולברג, סבר כי דין העתירה להתקבל. נפסק כי עצם גיבושם של מבחני תמיכה נפרדים אמנם אינו מהווה הפליה פסולה, וזאת בשים לב למאפיינים הייחודיים של עמותת "הבית הפתוח", העשויים להצדיק שימוש במנגנוני הקצאה נפרדים. עם זאת, העירייה לא עמדה בחובתה לקבוע את מבחני התמיכה בעמותה לפי שיקולים ענייניים ועל סמך תשתית עובדתית הולמת המבוססת על צרכיה הפרטניים כמרכז קהילתי המייצג אוכלוסייה ייחודית בפריסה כלל עירונית. חישוב על סמך ממוצע פשוט של התמיכה במינהלים והמרכזים השכונתיים מהווה קביעה



**עצם גיבושם של מבחני תמיכה
נפרדים אמנם אינו מהווה הפליה
פסולה, וזאת בשים לב למאפיינים
הייחודיים של עמותת "הבית הפתוח",
העשויים להצדיק שימוש במנגנוני
הקצאה נפרדים. עם זאת, העירייה
לא עמדה בחובתה לקבוע את מבחני
התמיכה בעמותה לפי שיקולים
ענייניים ועל סמך תשתית עובדתית
הולמת המבוססת על צרכיה הפרטניים
מרכז קהילתי המייצג אוכלוסייה
ייחודית בפריסה כלל עירונית**

שרירותית, שאינה עולה בקנה אחד עם חובת העירייה להקצות כספי תמיכה תוך התייחסות למאפיינים ייחודיים. כאן, החלטת העירייה התקבלה מבלי שנאסף מידע נחוץ הנדרש על מנת לבססה, כגון: עלות סל השירותים ההוליסטי אותו מציעה העמותה לחברי הקהילה הגאה, עלות ההפעלה והניהול של העמותה, מחזור פעילותה ומצבם הכלכלי של חברי הקהילה הגאה הנעזרים בה. משלא עשתה זאת, ההחלטה נגועה בשרירותיות ובהיעדר תשתית עובדתית נחוצה, ואינה יכולה לעמוד. לאור אישור התקציב השנתי עובר לקבלת העתירה, בית המשפט הורה לעירייה לגבש מבחני תמיכה חדשים שיחולו משנת 2024 ואילך. בית המשפט הצביע על כך שישנה אפשרות שבסופו של תהליך גיבוש מבחני תמיכה ראויים יתברר כי היקף התמיכה שקיבלה העמותה בעבר עולה על היקף התמיכה הראוי, ולכן בשלב זה אין מקום להשלמה רטרואקטיבית.

פסק הדין מדגים ביקורת שיפוטית על החלטה מנהלית העוסקת בתמיכה כספית למוסדות ציבור. חשיבות השאלה נעוצה בעקרון השוויון אשר מימשו תלוי בתקציב. חשש עיקרי הוא להטיית תקציבים לפי שיקולים פוליטיים. שאלה זו הונחה לפתחו של בית המשפט העליון כבר בשנות השמונים בבג"ץ 59/88 **צבן נ' שר האוצר** מיום 12.2.1989. בג"צ פסק שלא ניתן לחלק כספי ציבור ללא אמות מידה מדויקות שמגדירות את הזכאות. לצורך כך, יש להפעיל קריטריונים שוויוניים ואחידים. בעקבות הלכה זו הוסף סעיף 3א' לחוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985: "הסכום שנקבע בסעיף תקציב לסוג של מוסדות ציבור יחולק בין מוסדות ציבור הנמנים עם אותו סוג לפי מבחנים שוויוניים". התיקון מחייב את הרשות להידרש להצדקה עניינית לחלוקת הכספים, על מנת להימנע מהפליה אסורה.

סוגית התמיכה העירונית במוסדות ציבוריים עלתה לאחרונה גם בעניין עת"מ-30823-23 **מכבי צעירי כפר סבא כדורסל נ' עיריית כפר סבא** מיום 26.9.2023. העותרת במקרה זה היתה עמותת ספורט שמטרתה הפעלת פעילות כדורסל ברחבי העיר כפר סבא. העמותה פנתה לעירייה בבקשה להקצות לה אולמות ספורט ומתקנים המשמשים לפעילותה. העירייה השיבה כי על העמותה להירשם באיגוד הכדורסל בישראל על מנת לקבל תמיכה. העמותה התנגדה לדרישה זו בטענה שהעירייה מקצה משאבים גם לגופים פרטיים בענפי ספורט שונים למרות שאינם רשומים באיגוד ספורט רשמי. במקרה זה, בית המשפט דחה את העתירה משום שבקשת העותרת הוגשה בשיהוי, וכן משום שטענת העותרת בדבר שיקולים פוליטיים זרים לא נתמכה בתשתית עובדתית מספקת, העשויה לסתור את חזקת תקינות המנהל. חרף דחיית העתירה, בית המשפט חזר על ההלכה החשובה לפיה בקשות לתמיכה עירונית במוסדות ציבור תידונה לפי תבחינים שוויוניים, שייקבעו מראש ובהתחשב בצרכי האוכלוסייה לגופו של עניין.

עת"מ 1930/22 **הבית הפתוח לגאווה ולסובלנות נ' עיריית ירושלים** (נבו 11.10.2023).

בג"ץ 59/88 **צבן נ' שר האוצר** (נבו 12.2.1989).

עת"מ 30823-06-23 **מכבי צעירי כפר סבא כדורסל נ' עיריית כפר סבא** (נבו 26.9.2023).



חוק הבנקאות מתיר לבנקים לעסוק במסחר במטבעות דיגיטליים

באוקטובר 2023 בג"צ פסק כי הבנקים בישראל מוסמכים לעסוק בשירותי מסחר במטבעות דיגיטליים, לפי סעיף 10(7) לחוק הבנקאות (רישוי), התשמ"א-1981. העתירה בענין זה הוגשה נגד בנק ישראל ובנק לאומי על-ידי ביטס אוף גולד – חברה פרטית העוסקת במסחר במטבעות דיגיטליים, ואיגוד הביטקוין הישראלי – עמותה ללא מטרת רווח הפועלת לקידום סחר במטבעות דיגיטליים. בעתירה התבקש צו שיאסור על בנק לאומי לספק ללקוחותיו שירותי מסחר במטבעות דיגיטליים.

הרקע לעתירה הוא מסחר במטבעות דיגיטליים המתבצע על-ידי בנק לאומי. באוקטובר 2022, בנק לאומי הודיע שקיבל אישור מבנק ישראל להציע ללקוחותיו שירותי מסחר במטבעות דיגיטליים. במסמך "עיקרי מדיניות לאומי לעניין מתן שירותי תשלום אגב פעילות במטבעות וירטואליים" הציג הבנק אפשרות לקנייה ומכירה של מטבעות וירטואליים מסוג ביטקוין או איתריום לצרכי תשלום עסקאות או השקעה ובהתאם לקריטריונים הקבועים בנהלי הבנק.

לטענת העותרים, בנק ישראל לא הוסמך לתת אישור לתאגידים בנקאיים לעסוק באופן ישיר במסחר במטבעות דיגיטליים, היות וסעיף 10 לחוק הבנקאות (רישוי) קובע רשימה סגורה של עיסוקים המותרים לתאגיד בנקאי ואינו מונה מטבעות דיגיטליים; זאת למרות שבמהלך השנים תוקנה הוראת חוק זו כדי להתאימה לזמנים המשתנים. העותרים טענו שכניסת הבנקים לתחום המטבעות הדיגיטליים תיפגע בתחרות בשל הפגיעה הצפויה בעסקים קטנים הפועלים בתחום זה. נטען כי חוק הבנקאות (רישוי) גודר את תחומי העיסוק המותרים לבנקים משיקולים של תחרות הוגנת ומניעת ריכוז כוח כלכלי עודף.

בג"צ נדרש לשאלה, אם חוק הבנקאות (רישוי) מסמך את הבנקים בישראל לבצע פעולות של קנייה ומכירה של מטבעות דיגיטליים. נקודת המוצא לדיון מצויה בלשונו של סעיף 10 לחוק הבנקאות (רישוי) הקובע רשימה סגורה של תחומים בהם בנקים רשאים לעסוק. סעיף קטן 7 כולל: "שמירה וניהול של מסמכים סחירים, ניירות ערך, זכויות ונכסים אחרים למען הזולת, כשלוט, כשומר, כסוכן או כנאמן, ובלבד שלא ינהל במסגרת עיסוקו כאמור מפעל עסקי, ולמעט מתן התחייבות חיתומית, ניהול קופת גמל, ניהול קרן להשקעות משותפות בנאמנות וניהול תיקי השקעות."

בג"צ, מפי כב' השופטת ד' ברק-ארז ובהסכמת כב' השופטים נ' סולברג ו' וילנר, הציג שלוש שאלות משנה: האחת – האם בנק המספק שירותים במטבעות דיגיטליים מבצע "ניהול" לפי סעיף 10(7) לחוק הבנקאות (רישוי)? השנייה – האם "נכסים אחרים" לפי הוראת חוק זו כוללים מטבעות דיגיטליים? השלישית – האם בנק המספק שירותים אלה עושה זאת "כשלוט", כמשמעות הביטוי בסעיף 7(א) הנ"ל?

בית-המשפט פסק כי במסגרת פעילות מסחר במטבעות דיגיטליים, המטבעות נשארים בבעלות לקוחות הבנק ומוחזקים בעבורם על-ידי הבנק. על כן, המילה "ניהול" שבסעיף 10(7) לחוק הבנקאות (רישוי) עשויה לכלול גם פעולות של קנייה ומכירה של הבנק כשלוט עבור הלקוח. אשר לשאלת המשנה השנייה, בית-המשפט הביע עמדתו לפיה המונח "נכסים אחרים" כולל גם מטבעות דיגיטליים. צוין כי למרות שחוק הבנקאות (רישוי) אינו מגדיר את המילה "נכסים", ראוי ליישב את הפירוש הניתן למונח זה עם סעיף 1 לחוק שירותי תשלום, התשע"ט-2019 בו "נכסים" מוגדרים ככולל "מיטלטלין, מקרקעין או זכויות"; לפיכך, המונח "נכסים" כולל סוגים שונים של קניין בעל ערך חומרי באופן רחב. על הרקע הזה נפסק, כי המונח "נכסים אחרים" הוא בעל משמעות רחבה וכללית הכוללת גם מטבעות דיגיטליים. אשר לשאלת המשנה השלישית והאחרונה, כב' הש' ברק-ארז פירשה את המונח "שלוט" לפי סעיף 1(א) לחוק השליחות, התשכ"ה-1965: "שליחות היא ייפוי כוחו של שלוח לעשות בשמו או במקומו של שולח פעולה משפטית כלפי צד שלישי". נפסק כי בנק לאומי פועל כשלוט של הלקוח, עקב כך שהשירות המוצע על-ידי הבנק מותיר את שיקול הדעת אצל הלקוח, בעוד הבנק מספק את הפלטפורמה לביצוע פעולות המסחר המבוקש.



בג"צ פסק כי הבנקים בישראל מוסמכים לעסוק בשירותי מסחר במטבעות דיגיטליים, לפי סעיף 10(7) לחוק הבנקאות (רישוי), התשמ"א-1981

הרקע לעתירה הוא מסחר במטבעות דיגיטליים המתבצע על-ידי בנק לאומי. בנק לאומי הודיע שקיבל אישור מבנק ישראל להציע ללקוחותיו שירותי מסחר במטבעות דיגיטליים



חוק הבנקאות (רישוי) נועד להגדיר את הפעילות המותרת לבנקים באופן התואם את הצרכים השוטפים והעדכניים של המערכת הבנקאית. סעיף 10 נועד לתת מסגרת "נושמת" לפעילויות שמטבע הדברים משקפות את הפרקטיקות הכלכליות המתפתחות

בית־המשפט פסק כי פרשנות המתירה לבנקים לעסוק בפעילות הקשורה במטבעות דיגיטליים עולה בקנה אחד עם הלשון ומתיישבת על תכליתו של סעיף 10 לחוק הבנקאות (רישוי)

כב' הש' ברק־ארז ציינה כי פרשנות מצמצמת של סעיף 10 לחוק הבנקאות (רישוי) חוטאת למטרתו. לפי דברי ההסבר להצעת החוק, החוק נועד להגדיר את הפעילות המותרת לבנקים באופן התואם את הצרכים השוטפים והעדכניים של המערכת הבנקאית. סעיף 10 נועד לתת מסגרת "נושמת" לפעילויות שמטבע הדברים משקפות את הפרקטיקות הכלכליות המתפתחות. בהתייחסות לסעיף 10 נכתב כי "הצעת החוק תואמת את המציאות בישראל שבה הבנק המסחרי נותן ללקוחותיו שירותים כספיים מגוונים ביותר". דברים אלו מדגישים כי סעיף 10 נועד לאפשר עיסוק מגוון בתחומים כספיים בהתאם למציאות הנוהגת. לכן, כוונת המחוקק מאפשרת לכלול נכסים מסוג מטבעות דיגיטליים בתחומי פעילותם של הבנקים, בהיותם נכס פיננסי.

בית־המשפט פסק כי פרשנות המתירה לבנקים לעסוק בפעילות הקשורה במטבעות דיגיטליים עולה בקנה אחד עם הלשון ומתיישבת על תכליתו של סעיף 10 לחוק הבנקאות (רישוי). צוין כי בישראל טרם אומצה רגולציה משפטית כוללת של מטבעות קריפטוגרפיים. כב' הש' ברק־ארז ציינה כי האסדרה החקיקתית בנוגע למטבעות דיגיטליים נמצאת בשלבי התהוות. אחת השאלות העומדות על הפרק היא סיווגם של המטבעות הדיגיטליים כמטבע, נייר ערך או כנס ועדכון קונקרטי של החקיקה בתחום זה הוא רצוי.

בהקשר זה נזכיר כי בדצמבר 2020, הרשות לניירות ערך הביעה עמדתה לפיה מטבע קריפטו הוא נייר ערך ולפיכך כפוף לחוקי ניירות ערך הישראליים. עמדה זו גובשה אגב פניה של חברה העוסקת במסחר בבלוקצ'יין לקבלת הנחיה מקדמית. רשות ניירות ערך ציינה בהחלטתה מיום 21.12.2020 כי לא ניתן להימנע מפרשנות מרחיבה של חוקי ניירות הערך באופן שיחולו על מסחר קריפטוגרפי, זאת משום ששוק המטבעות הקריפטוגרפיים אינו מפוקח על־ידי מערכת רגולטורית חלופית שתספק הגנה ראויה לרוכשים (ראו: מענה לפנייה מקדמית בעניין חברת קירובו בע"מ, 21.12.2020, <https://tinyurl.com/4wk6bx8v>).

נזכיר כי בפברואר 2023, בנק ישראל הוציא מסמך עקרונות לפעילות מטבעות יציבים ובתוך כך המליץ לקדם חקיקה לפעילות מטבעות יציבים (ראו: מסמך עקרונות לפעילות מטבעות יציבים (2023) <https://tinyurl.com/b4ez5ypk>).

לפסק הדין ראו: בג"ץ 7364-22 ביטס אוף גולד נ' נגיד בנק ישראל (10.10.2023) <https://tinyurl.com/2p9b447d>

תכנון מס: לגיטימי?

בית המשפט המחוזי בתל אביב קיבל לאחרונה ערעור על שומת מס הכנסה בגין חלוקת דיווידנד שבוצעה במסגרת עסקה למכירת מניות (ע"מ (תל אביב-יפו) ב אבי טולדנו נ' פקיד שומה תל אביב 1 מיום 7.9.2023). הערעור הוגש על ידי אבי טולדנו, בעלים לשעבר של חב' נעמה נאות, כנגד פקיד שומה תל אביב. במסגרת הערעור נבחנה דרך המיסוי הראויה בעסקת מכירת מניות שלוותה בחלוקת דיווידנד למוכר. בית המשפט נדרש לשאלה, אם הדיווידנד שחולק נחשב חלק מתמורת המכר, ועל כן חייב במס רווח הון.

בשנת 2006 הקימו טולדנו ואחרים את חב' נעמה נאות בע"מ. החברה רכשה והחזיקה את חב' נעלי נאות אגודה שיתופית חקלאית לעסקים בע"מ, שבבעלותה מפעל לייצור נעלי המותג "טבע נאות". באופן כולל, טולדנו החזיק ב-38.46% ממניות נעמה נאות. מפעל הנעליים ממוקם בגליל העליון, ולכן הוא זכאי להטבות כ"מפעל מועדף" מכוח החוק לעידוד השקעות הון, התשי"ט-1959. בשלב מסוים החליטו בעלי המניות למכור את חב' נעמה נאות לחב' יאליט פוטוור. בעלי המניות חתמו על הסכמים למכירת מניותיהם כך שחב' יאליט פוטוור תרכוש 100% ממניות נעמה נאות. לפי סעיף 2 להסכם המכירה, סכום המכירה של כלל מניות נעמה נאות יעמוד על כ-70 מיליון דולר אמריקאי. מסכום זה יופחת "דיווידנד מיוחד" בסך 25 מיליון דולר אמריקאי, שיחולק לבעלי המניות המוכרים.



במרץ 2014 חתם טולדנו על הסכם למכירת מניותיו לחב' יאליט פוטוור תמורת 17.31 מיליון דולר אמריקאי. בתוך כך, דירקטוריון נעמה נאות ונציגי יאליט פוטוור אישרו חלוקת דייווידנד בסך 89 מיליון שקל. הדייווידנד חולק לאחר מכר המניות, ושולם על ידי חב' יאליט פוטוור, תוך שחב' יאליט פוטוור ערבה לתשלום.

טולדנו דיווח לפקיד השומה תל אביב שמכר את מניותיו בסכום של 36,742,753 ש"ח. על חלוקת הדייווידנד דיווח כהכנסה ממפעל מועדף שחייב במס בשיעור 20% בלבד. זאת משום שלפי החוק לעידוד השקעות הון, בעלי המניות בחב' נעמה-נאות זכאים לשיעור מס מופחת בעת חלוקת דייווידנד, נוכח סיווג המפעל כמועדף. ואולם פקיד השומה סבר כי הדייווידנד מהווה במקרה זה חלק מתמורת מכר המניות וחייב את טולדנו לשלם בגינו מס רווחי הון בשיעור 25%.

בערעור לבית המשפט המחוזי, טולדנו טען שהדייווידנד אינו מהווה חלק מהתמורה ששולמה לו עבור מכירת המניות. לדבריו, כאשר נמכרת חברה שצברה רווחים, המוכר רשאי לבחור באחת משתי אפשרויות: האחת, למכור את החברה עם הרווחים הצבורים; השנייה, לחלק את הרווחים הצבורים כדייווידנד ולמכור את החברה בלעדיהם. במקרה זה הוחלט למכור את המניה ללא שווי הרווחים הצבורים. לפיכך, במסגרת המכירה הוסכם על שווי המניות וממנו הופחתו הרווחים הראויים לחלוקה כדייווידנד. על כן, לעמדת טולדנו, על חלוקת הדייווידנד חל החוק לעידוד השקעות הון, לפיו ההכנסה מדייווידנד תמוסה בשיעור 20% בלבד. טולדנו טען שאף אם מדובר בתכנון מס, הרי שזהו תכנון מס לגיטימי. מנגד, פקיד השומה טען כי יש לסווג את הדייווידנד כחלק מתמורת המניות, בשל המהות הכלכלית האמיתית של העסקה. לשיטתו, יש לראות את חלוקת הדייווידנד כחלק מהעסקה למכירת מניות ולמסותה בהתאם לשיעורי מס רווחי הון בשיעור 25%.

כב' השופטת י' סרוסי נדרשה לענות על השאלה: כיצד יש לסווג את הדייווידנד שחולק – כחלק מתמורת המניות או כדייווידנד ממפעל מועדף? מדובר בסיווג משפטי-עובדתי שצריך להיעשות לפי הרציונל המסחרי. כאן, החלוקה שביצעה חב' נעמה נאות נעשתה מתוך רווחים שנצברו בקופת החברה בתקופה שבה המוכר החזיק מניות בחברה. הפרדת הדייווידנד מתמורת המכירה צוינה במפורש בהסכם המכירה, והמניות נמכרו לרוכש לפי שוויין ה"רזה", לאחר הפחתת סכום הדייווידנד. כלומר, הדייווידנד לא שולם על ידי חב' יאליט פוטוור. אמנם, החברה הרוכשת נטלה על עצמה לערוב לתשלום הדייווידנד; ואולם בית המשפט סבר שאין לראות בכך אקט של תשלום תמורה. למרות שהרוכשת ערבה לתשלום הדייווידנד, בפועל היא לא שילמה אותו, ולהיפך – אף קיבלה חלק ממנו. אשר על כן, ולמרות שחלוקת הדייווידנד בוצעה בעיתוי המכר, בית המשפט פסק שאין לראות בו תמורת מכר אלא חלוקת דייווידנד נקייה.

פסיקת בית המשפט בעניין טולדנו מעוררת שאלה בדבר תכנון מס אגב חלוקת דייווידנד, אשר מגיעה מעת לעת לדיון שיפוטי. בע"א 750/16 בן ציון סעדטמנד נ' פקיד שומה רחובות, (מיום 28.02.2019), ציין בית המשפט שפקיד השומה מוסמך להתחקות אחר המהות הכלכלית של העסקה כדי לשום אותה. באותו מקרה, בית המשפט אישר את קביעת פקיד השומה, לפיה חלוקת הדייווידנד לא היתה אלא השלב הראשון בעסקת מכר המניות: תחילה חולק דייווידנד לבעלי המניות ולאחר מכן הם מכרו מניותיהם לחברה הרוכשת. בפועל, דובר בחלוקת רווחים שלא היו אלא רווחי שערך בגין עלית ערך הקרקע שבבעלות החברה. מכיוון שלא דובר ברווחים ממשיים אלא ברווחי שערך, החברה נטלה הלוואה מהבנק כדי לחלק את הדייווידנד, והחברה הרוכשת הייתה זו שהחזירה את ההלוואה. בנסיבות אלה, מדובר במהלך משולב של מכר, והדייווידנד שימש כחלק מהתשלום.

לפסק הדין ראו: ע"מ (מחוזי תל אביב-יפו) 11758-01-21 אבי טולדנו נ' פקיד שומה תל אביב 1 (נבו 07.09.2023) <https://tinyurl.com/tyd3uvhh>

**כיצד יש לסווג את הדייווידנד
שחולק – כחלק מתמורת המניות
או כדייווידנד ממפעל מועדף? מדובר
בסיווג משפטי-עובדתי שצריך
להיעשות לפי הרציונל המסחרי**

**פקיד השומה מוסמך להתחקות
אחר המהות הכלכלית של העסקה
כדי לשום אותה. באותו מקרה, בית
המשפט אישר את קביעת פקיד
השומה, לפיה חלוקת הדייווידנד לא
היתה אלא השלב הראשון בעסקת
מכר המניות: תחילה חולק דייווידנד
לבעלי המניות ולאחר מכן הם מכרו
מניותיהם לחברה הרוכשת**



תפילה בכיכר דיזינגוף: ללא הפרדה מגדרית

בספטמבר האחרון, ביהמ"ש העליון אישר פסק-דין של בית המשפט המחוזי בתל-אביב, בשבתו כבית המשפט לעניינים מינהליים, וקבע שעירייה רשאית להתנות היתר לשימוש במרחב הציבורי לתפילה המונית בכך שלא תתבצע הפרדה מגדרית פיזית במהלך התפילה. העיקרון המנחה להחלטה זו הוא השוויון, המעוגן במגילת העצמאות ובמקורות נורמטיביים נוספים.

ברקע הדיון עמדה פניית עמותת ראש יהודי לקבל מעריית תל-אביב היתר לקיים תפילה המונית בכיכר דיזינגוף ביום כיפורים תשפ"ד. לפי המפורסם באתר העמותה, מטרתה היא הנכחה של הזהות היהודית בישראל והחזרה בתשובה. העירייה התנתה את התפילה באיסור הפרדה מגדרית פיזית. כנגד תנאי זה הגושה עתירה לבית המשפט לעניינים מינהליים בתל-אביב. העותרים הם עמותת פורום חירות וכבוד האדם בישראל ושלושה מתושבי העיר. העותרת מציגה עצמה כקהילה של משפטים ואחרים, המתעניינים במשפט ומדיניות בישראל. בית המשפט הכיר במעמדה כעותרת ציבורית. יוער כי עמותת ראש יהודי, שביקשה את היתר השימוש, ביקשה להצטרף להליך רק בשלב הערעור לבית המשפט העליון, אך נדחתה.

העותרת טענה שהאיסור להפריד באופן פיסי בין גברים לנשים הוטל בחוסר סמכות, והוא פוגע בזכות לחירות, כבוד, חופש הדת ושוויון, ומבטא החלטה שרירותית ובלתי סבירה באופן קיצוני המשנה את הסטטוס קוו. נטען שזהו איסור חדש וכי תפילות בהפרדה מתקיימות באופן שגרתי במרחב הציבורי בתל אביב בבתי כנסת. נטען כי תפילות כאלה התקיימו גם בחג פסח בשנה החולפת באישור העירייה. העירייה מציגה הטיבה כי סוגיית ההפרדה המגדרית קיבלה מענה כבר בשנת 2018 על רקע הליך משפטי קודם, בו התבקשה הפרדה מגדרית בתפילה בכיכר רבין (עת"מ 50491-06-18 האגודה למען הגאולה האמיתית והשלימה נ' מדינת ישראל, מיום 25.6.2018). שם, בית המשפט הכיר בסמכות העירייה למנוע הפרדה מגדרית במרחב הציבורי. אמנם, בנסיבות המקרה, משום שנוצרה הסתמכות מצד העותרת, התפילה בוצעה בהפרדה באופן חריג; לפיכך, העירייה יזמה את נוהל 869 שכותרתו "שימוש במרחב הציבורי", המחدد את עמדתה לפיה לא תותר הפרדה מגדרית באירועים ציבוריים בשטחה.

ובחזרה לכיכר דיזינגוף. בית המשפט המחוזי, מפי כב' השופטת ה' עובדיה, דן בהתנגשות בין חופש הדת והזכות לשוויון, לצד חופש התנועה. ביהמ"ש דחה את העתירה בנימוק לפיו המרחב הציבורי מופעל על בסיס שוויוני, בלי הבדלי דת גזע או מין. עיקרון השוויון מעוגן במגילת העצמאות ובשורות חוקים: חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ומקומות ציבוריים, תשס"א-2000; חוק שיווי זכויות האישה, תשי"א-1951; חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988. עיקרון השוויון גם מנחה את הפסיקה; למשל, בענין 3865/20 שוקרון נ' המועצה המקומית קרית ארבע (מיום 7.10.2020), נבחן שימוש מופרד בבריכה ציבורית. כב' השופט גרוסקופף קבע כי למרות החלטת המועצה המקומית לפתיחת הרחצה בהפרדה, הבריכה תיפתח גם לרחצה מעורבת בכל יום; בית המשפט חזר על נקודת המוצא לפיה שירות ציבורי מוענק בישראל על בסיס שוויוני, ללא הבדל דת, גזע או מין. בראי עיקרון מנחה זה, בית המשפט בענייננו הציג את המקורות הנורמטיביים מהם העירייה שואבת את הסמכות להחלטתה:

הנוהל העירוני עליו נסמכה העירייה הוצא מכח סעיף 235 לפקודת העיריות, הקובע: "בענין רחובות תעשה העירייה פעולות אלה: (1) תפקח על השיזור, הרום, הרחוב והבניה של כל רחוב; (2) תדאג לתיקונו, ניקויו, הזלפתו, תאורתו וניקוזו של רחוב שאינו רכוש הפרט; (3) תמנע ותסיר מכשולים והסגת גבול ברחוב". נוהל מס' 869 שכותרתו "שימוש במרחב הציבורי", דצמבר 2018, מפרט תנאים לקיום אירועים המוניים במרחב הציבורי. לפי סעיף 1 לנוהל: "העירייה היא הבעלים של המרחב הציבורי ומחזיקה בו כנאמן של הציבור". לפי סעיף 2 ו-7 לנוהל, מטרתו היא להתוות את שיקול דעת העירייה במתן אישורים לשימוש במרחב הציבורי. סעיף 6 לנוהל מונה ארבעה שיקולים והם:



ביהמ"ש העליון אישר פסק-דין של בית המשפט המחוזי בתל-אביב, בשבתו כבית המשפט לעניינים מינהליים, וקבע שעירייה רשאית להתנות היתר לשימוש במרחב הציבורי לתפילה המונית בכך שלא תתבצע הפרדה מגדרית פיזית במהלך התפילה. העיקרון המנחה להחלטה זו הוא השוויון, המעוגן במגילת העצמאות ובמקורות נורמטיביים נוספים



התאמת אופי האירוע בזמן ובמקום, זמינות המרחב, הבטחת מעבר חופשי באזור הציבורי, וכן לענייננו: "לא תתקיים כל הפרדה מגדרית באמצעים פיסיים" (סעיף 6(ד)). בית המשפט סבר כי עיריית תל-אביב רשאית כדון, מכח נוהל זה, להתנות היתרי שימוש במרחב הציבורי באיסור על הפרדה מגדרית. בית המשפט הזכיר גם את דו"ח הצוות המשרדי לבחינת תופעת הדרת נשים במרחב הציבורי (5.1.2012). הדו"ח, לפי המצוין בו, הוזמן ע"י היועמ"ש לממשלה וחובר לאחר שרבו הדיווחים על תופעות של הדרת השים מהמרחב הציבורי לעתים תוך הפעלת אלימות מילולית ופיזית. לפי הדו"ח, על כל רשות ציבורית לפעול ביעילות להפסקת ביטויי הפרדה. ניתנו המלצות בנושאים פרטניים כמו איסור הדרה בבתי עלמין במתן הספד, איסור הפרדה בטקסים ממלכתיים ואירועים הזוכים לחסות המדינה, בקווים מסוימים בתחבורה ציבורית ועוד.

ביהמ"ש התייחס לטענה בדבר קיום תפילות בהפרדה פיזית כשגרת חיים, וציין שקיים הבדל רב בין מחיצה בבית כנסת לבין מחיצה ברשות הרבים. בית כנסת הוא מקום סגור שהכניסה אליו היא בגדר בחירה, ואילו כיכר העיר היא מקום מעבר חשוף ובוולט לעין כל. כך גם אין להקיש מחריג התפילות בהפרדה בזמן הקורונה שהתאפיינה בחירום ובארעיות, להבדיל משגרת החיים השוטפת המחייבת להקפיד על שוויון בין המינים ואי-הדרה של נשים במרחבים הציבוריים. אשר על כן, בית המשפט פסק כי לא נמצאה עילה להתערב באופן שבו העירייה הפעילה את סמכותה. נקבע שלא רק שלא נפל פגם בהחלטת הרשות, אלא שהחלטה עולה בקנה אחד עם חופש התנועה והזכות לשוויון. לא זו אף זו, נקבע כי העירייה לא חרגה מסמכותה וכי פגיעה בשוויון בהפעלת הסמכות השלטונית היא אשר עלולה להוות חריגה מסמכות.

בית המשפט נימק את דחית העתירה גם בנימוקים דינוניים: שיהיו זכות עמידה. תקיפת החלטת העירייה סבלה משיהוי ניכר, חודשיים לאחר קבלת ההיתר ובסמוך למועד התפילה. עקב דוחק הזמנים סוכלה האפשרות להוסיף את עמותת ראש יהודי כמשיבה. בעניין זכות העמידה, אמנם העותרת נהנית ממעמד של עותרת ציבורית, אך ניתן משקל לכך שמבקשת ההיתר לא הצטרפה לעתירה. בית המשפט ציין כי די בטעמים אלה כדי לדחות את העתירה.

פורום חירות וכבוד האדם ערער לבית המשפט העליון. כב' השופט י' עמית דחה את העתירה על הסף ואישר את פסיקת ביהמ"ש קמא. נקבע כי די בשיהוי כדי לדחות את הערעור על הסף. בנוסף, ביהמ"ש הפנה לפסיקתו בדנג"ץ 3360/17 **התאגדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים** (מיום 26.10.2017), לפיה שיקול הדעת בעניין השימוש במרחב הציבורי נתון לרשות המקומית מכוח הסמכות המפורשת הרחבה שהעניקה לה בפקודת העיריות. הרציונל לכך מצוי בעובדה שהעירייה היא שמכירה באופן מיטבי את אופי האוכלוסייה והצביון המקומי.

בנושא קרוב לעניינינו, פרופ' נויה רימלט מתייחסת לשאלת ההפרדה המגדרית במרחב הציבורי ("הפרדה בין גברים לנשים ועריצות הקנאים" **פורום עיוני משפט** [תגובות משפט] מז, 3.1.2023), ובוחנת את הטענה לפיה מקור הנוהג הוא בהלכה. לדעתה, אין חובה מוחלטת או אחידה להפריד בין המינים, אלא שמדובר במנהגים המשתנים בין מסורות שונות. ואמנם, דומה שניתן להדגים זאת על-ידי החברה הדתית הרפורמית; לפי אתר התנועה, זו חברה יהודית הכוללת 50 קהילות בפריסה ארצית. חברה זו דוגלת ברעיון האינדיבידואל, תוך התחשבות במסורת ובקהילה. היא מקדמת ערכי שוויון ומאבק בהדרת נשים, והתפילה בבתי הכנסת שלה נערכת בישיבה משותפת וללא הפרדה.

עת"מ (ת"א) 38202-09-23 **פורום חירות וכבוד האדם בישראל נ' עיריית תל אביב יפו** (מיום 21.09.2023); (קישור אינטרנטי לפס"ד <https://www-nevo-co-il.ezproxy.colman.ac.il/search/Highlighter2.aspx?id=3f5511bb-d341-44bd-8bfa-b653f62d9ea2#0>).

עת"מ 7174/23 **פורום חירות וכבוד האדם בישראל נ' עיריית תל אביב** (מיום 22.09.2023); (קישור אינטרנטי לפס"ד <https://www-nevo-co-il.ezproxy.colman.ac.il/search/Highlighter2.aspx?id=892a0c55-56f6-42bb-802c-0cb157957be2#0>).

בית כנסת הוא מקום סגור שהכניסה אליו היא בגדר בחירה, ואילו כיכר העיר היא מקום מעבר חשוף ובוולט לעין כל. אין להקיש מחריג התפילות בהפרדה בזמן הקורונה שהתאפיינה בחירום ובארעיות, לשגרת החיים השוטפת המחייבת להקפיד על שוויון בין המינים ואי-הדרה של נשים במרחבים הציבוריים



עקרונות האסדרה

הערכת רגולציה בדיעבד: החולייה הנעלמת במחזור המדיניות הרגולטורית

כחלק מהרצון של מדינות העולם לספק מסגרת רגולטורית סדורה, מקיפה ומאוזנת, עולה הצורך לבחון האם רגולציה חדשה מתפקדת כראוי. לצורך כך, יש לבחון את השפעות הרגולציה מלכתחילה, כשלב מקדים לפני שהוסדרה הרגולציה, ולאחר מכן את השפעות הרגולציה בדיעבד, כשלב מתקדם לאחר שעבר פרק זמן מאסדרת הרגולציה החדשה. אולם, למרות שבכדי להעריך רגולציה חדשה בצורה נכונה ומדויקת, יש צורך להעריכה בעזרת שני השלבים האמורים, אפשר לראות שבמדינות מפותחות שונות ברחבי העולם, וביניהן גם בישראל, עולה עדיפות ברורה להעריך את הרגולציה בבחינה מקדימה מלכתחילה, על פני בחינה מתקדמת בדיעבד.

מאמרו של ד"ר לילך ליטור וד"ר אור קרסין מבקש להציג ולהתמודד עם הבעיה: למרות שהערכת הרגולציה נעשית בדיעבד, זהו שלב חשוב והכרחי בבחינת יישום הרגולציה וייעול מסלול החיים הרגולטורי, אשר נועד להעריך מהן ההשפעות של אימוץ הרגולציה החדשה ולבחון האם הרגולציה שנבחנה השיגה את היעדים והמטרות שלשמה אומצה מלכתחילה. שלב זה לא זכה לכבוד הראוי לו ולא מבוצע בהתאם למצופה. הכותבות סבורות שהסיבה המרכזית להיווצרות הפער בין סוגי ההערכות השונות גלום בעובדה שבעוד שהערכת רגולציה מלכתחילה מוסדרת לרוב בצורה מקיפה וברורה, הערכת רגולציה בדיעבד לא מוסדרת בצורה ברורה בחקיקה ועל כן נחשבת לעמומה ונתונה לפרשנות. זאת אומרת, בשל היעדר מתווה אסדרה ייעודי וברור בדבר הערכה בדיעבד וקיומו של מחסור מהותי בגישה מרכזית ליישום מתווה שכזה, עולה קושי מובהק לבחון וליישם הערכה שכזו.

מדינות רבות ברחבי העולם, מתקינות רגולציות, קובעות כללים ומתנהלות על פיהן, מבלי לבחון הלכה למעשה אם הרגולציות שנקבעו באמת מתפקדות ומיושמות כראוי. על כן, בכדי לשנות את פני הדברים ולשפר את היחס כלפי הערכה בדיעבד, הכותבות סבורות שיש צורך לגבש הנחיות מפורטות, שיכתיבו את השיטות לביצוע הערכה בדיעבד בצורה שתהיה מותאמת לשלב זה בהליך, בדרך ייחודית ושונה מזו המתאמת לבחינה מלכתחילה.

זאת ועוד, הכותבות מתארות שלאורך השנים בישראל, לא הייתה מסגרת סדורה להערכת רגולציה בדיעבד. חוק עקרונות האסדרה, התשפ"ב–2021, הניח לראשונה תשתית נורמטיבית לחובת הבחינה בדיעבד. אולם, לשיטתן, גם לאחר חקיקת חוק האסדרה, נותרה עמימות רבה ביחס לאופן בחינת הרגולציה בדיעבד. נוצר פער בין סוגי רגולציות, שעלול להוביל לקשיים ביישום הערכת הרגולציות ומוטרי מקום נרחב לפרשנות. כך, בעוד שרגולציה חדשה נבחנת על פי חוק האסדרה בבחינה מקדימה ולאחר פרק זמן מסוים בבחינה מאוחרת בדיעבד, ישנן רגולציות ישנות, שברובן לא עברו כל בחינה מלכתחילה, ולא נבחנות לאורך עשרות שנים ולא יבחנו כלל מרגע אימוצן. כמענה לצורך זה, כותבות המאמר מציעות לאמץ מתווה סדור להערכת רגולציה בדיעבד, שיכלול בתוכו כללים ברורים ודרך יעילה לאימוץ ויישום וכך יוכל להתגבר על החסמים והקשיים שכרוכים באימוץ מתווה שכזה.

לצורך אימוץ מתווה סדור שיותאם לישראל, כותבות המאמר ערכו השוואה בין הגישות הנהוגות במדינות שונות במספר מדינות בעולם: ארצות הברית, איטליה, אנגליה ואוסטרליה. במהלך השוואה זו, הכותבות בחנו את הגישות השונות, דרך בחינת השגת מטרות הרגולציה מבחינה פרוצדורלית ואפקטיבית, בחינת מידת היעילות של כל אחת מהגישות ובחינת תהליכי היישום והאכיפה בפועל במדינות השונות. הבחינה העלתה שרוב הפערים בין הגישות נובעים מהבדלים בדבר זהות הגוף האמון על ביצוע ההערכה, הדרך בה נבחרת רגולציה להערכה, אופן בחינת הרגולציה ורמת השקיפות והשיתוף לאורך הליך הפיקוח והבקרה. לנוכח תוצאות הניתוח ההשוואתי, מסקנתן של הכותבות הייתה שגם במדינות שנסקרו שלב ההערכה בדיעבד לא זכה לתשומת הלב המוענקת לשלב ההערכה מלכתחילה.



בעוד שהערכת רגולציה מלכתחילה מוסדרת לרוב בצורה מקיפה וברורה, הערכת רגולציה בדיעבד לא מוסדרת בצורה ברורה בחקיקה ועל כן נחשבת לעמומה ונתונה לפרשנות

פערים בין גישות רגולטוריות נובעים מהבדלים בדבר זהות הגוף האמון על ביצוע ההערכה, הדרך בה נבחרת רגולציה להערכה, אופן בחינת הרגולציה ורמת השקיפות והשיתוף לאורך הליך הפיקוח והבקרה



מדינות רבות מתקשות ובמקרים רבים אף נרתעות מיישמו. לשיטתן, ניתן להניח, שהסיבה המרכזית להסתייגותן של המדינות, נובעת מניסיונם של הרגולטורים להסיר מעליהם אחריות ממצבים בהם תוטל עליהם אשמה בשל היעדר אפקטיביות או היעדר יעילות שנחשפה כתוצאה בהערכה בדיעבד.

כותבות המאמר מסווגות את הגישות השונות לביצוע הערכה בדיעבד למספר דפוסים החולקים מאפיינים משותפים. הן משרטטות את קווי המתאר של דפוסים אלה ומדגימות אותם באמצעות היבטים של שיטות ההערכה של המדינות השונות. הגישה להערכה פרוצדורלית (פוסט-חקיקתית), מתמקדת בהליכים החקיקתיים ובוחנת את יישום הליך החקיקה מבחינה טכנית לא מבחינה מהותית. לעומתה, הגישה להערכת יעילות (עלות-תועלת), היא גישה כלכלית שמתמקדת בצמצום הנטל הרגולטורי ובחינת העלות של הרגולציה החדשה אל מול התועלת הציבורית שהופקה ממנה. על פי גישה זו, רגולציה תעבור באופן מוצלח את ההערכה בדיעבד ותחשב כיעילה אם היא הביאה ליישום מטרה ציבורית ראויה ונשאה תועלת בהשוואה לעלויות החברתיות שהיו כרוכות בישומה. הגישה להערכת האפקטיביות (המועילות), מתמקדת בבחינת השגת היעדים והמטרות שנקבעו בראשית דרכה. גישה זו מחייבת לנסח ולכמת את מטרות הרגולציה ולבחון את ההשפעות של הרגולציה הלכה למעשה על השגת המטרות הללו, ולנסות לבחון את הקשר בין היישום לבין השגת המטרות. על אף חשיבותה הרבה של גישה זו היא מיושמת לעיתים רחוקות בשל הקושי לבחון את הקשר בין תוצאות חברתיות שונות לבין אימוץ ויישום הרגולציה. אחרונה היא הגישה להערכה דמוקרטית (השתתפותית), שעוסקת בעיקר בהשפעת הרגולציה על הכפופים לחוק ועושה שימוש בתובנות של הכפופים לחוק ובעלי ענין כדי להעריך ולבקר את היישום והאכיפה של הרגולציה.

לסיכום, בכדי למלא את החלקים העמומים בחוק האסדרה, הנוגעים להליך ההערכה בדיעבד, הכותבות מציעות לעשות שימוש במודל משולב, ששוזר בתוכו בהרמוניה את הגישה הפרוצדורלית והגישה הכלכלית. כך, לשיטתן המודל המשולב יתקן את הפער שנוצר בין סוגי הרגולציות השונות וישווה בין מעמדן על דרך בחינת כל רגולציה באשר היא בדיעבד. בדרך הזו, ניתן יהיה לבחון מבחינה פרוצדורלית כל רגולציה, חדשה או קיימת, לאחר פרק זמן מסוים ולבדוק האם הבעיה הציבורית שעמדה ברקע אימוץ הרגולציה עדיין קיימת, האם הדרך שנעשה בה שימוש עוד רלוונטית ועומדת בסטנדרטים המקובלים והאם אין כללים והנחיות שהתיישנו או שאינם נאכפים עוד. לאחר מכן, יעשה שימוש בהערכה דמוקרטית בדיעבד. בדרך זו, תיפתח פלטפורמה נגישה שתאפשר לציבור הרחב ליידע את הרגולטורים באופן שוטף בדבר רגולציות שלא מתפקדות וליקויים שעולים ביישום ובאכיפת הרגולציה. כך, כאשר תזוהה רגולציה שכרוכה בעלויות ציות גבוהות, הרגולציה תעבור הערכה בהתייחס לעלויות הציות, עלויות אלטרנטיביות. לפיכך, היעילות תבחן את עלויות הציות ועלויות האכיפה לצד התועלת שהרגולציה מניבה. לבסוף, כאשר ימצא שרגולציה מסוימת היא בעלת השפעה משקית מהותית, אף שעברה את המבחנים הפרוצדורליים וההשתתפותיים תעבור גם בדיקת מועילות, בה יוגדרו יבחנו תוצאות הרגולציה והשפעות המשקית המכוונות והלא מכוונות. מודל זה של בחינה הדרגתית מאפשר לעשות שימוש יעיל במשאבים הציבוריים המוקצים להערכה בדיעבד ולהעביר רק את הרגולציות בעלות ההשפעה הרחבת ביותר בחינה מעמיקה, ככל שהדבר דרוש.

**הגישה להערכה פרוצדורלית,
מתמקדת בהליכים החקיקתיים
ובוחנת את יישום הליך החקיקה
מבחינה טכנית ולא מהותית. לעומתה,
הגישה להערכת יעילות, היא גישה
כלכלית שמתמקדת בצמצום הנטל
הרגולטורי ובחינת העלות של
הרגולציה החדשה אל מול התועלת
הציבורית שהופקה ממנה**

**בכדי למלא את החלקים העמומים
בחוק האסדרה, הנוגעים להליך
ההערכה בדיעבד, מוצע לעשות
שימוש במודל משולב, השוזר בתוכו
בהרמוניה את הגישה הפרוצדורלית
והגישה הכלכלית**



תהליך הערכת השפעות האסדרה במבחן הביקורת השיפוטית: בין עלות לתועלת

מחקר חדש של עו"ד לירון כהן-דניאלי ועו"ד אמיר וסרמן, שצפוי להתפרסם בכרך ט' של כתב העת "מחקרי רגולציה", עוסק במאפייני הביקורת השיפוטית לפי חוק עקרונות האסדרה, תשפ"ב-2021. במאמרם, הכותבים מנתחים את המשמעויות של ביקורת שיפוטית על תהליכי הערכת השפעות אסדרה באמצעות ניתוח של הוראות החוק, עמידה על היתרונות והחסרונות של ביקורת שיפוטית על תהליכי הערכת השפעות אסדרה והצגת מאפייני הביקורת השיפוטית על אסדרה.



כידוע, בשנת 2021 חוקק חוק עקרונות האסדרה, המעגן רפורמה לקידום תהליכי אסדרה בישראל. במסגרת החוק הוטלו חובות על משרדי ממשלה ורשויות רגולטוריות במטרה לקדם אסדרה מיטבית שנועדה להגשים זכות יסוד או אינטרס ציבורי שבתחומי אחרותם. נדבך עיקרי הוא החובה שהוטלה על מאסדרים לבצע "תהליך הערכת השפעת רגולציה" שעה שהם יוזמים רגולציה חדשה. תהליך זה יאפשר להעריך מהן ההשפעות החיוביות והשליליות של האסדרה, ולבחון אלטרנטיבות רגולטוריות ולא רגולטוריות.

סעיף 3 לחוק עקרונות האסדרה מגדיר את המושג "תהליך הערכת השפעות אסדרה כהליך הכולל, בין השאר: (1) בחינת מטרות האסדרה והצורך בה; (2) שקילת חלופות אחרות, ובכלל זה חלופות שאינן אסדרה; (3) שיתוף הציבור, ובכלל זה שקיפות על הליך זה; (4) הערכת תועלות האסדרה; (5) מדידת עלות הציות לאסדרה וכן הערכת השפעות אחרות של האסדרה." הכותבים מבקשים ללמוד על תהליך הערכת השפעות האסדרה ממקורות עיון בינלאומיים ומפנים אל דו"ח של ה-OECD משנת 2015 (ראו: Regulatory Policy in Perspective - a Reader's Companion to the OECD Regulatory Policy Outlook). השלב הראשון של ההליך הוא הגדרת הבעיה בשוק וסיווגה. על המאסדר לזהות מהי הבעיה ולסווגה לשתי קטגוריות: האחת היא כשל שוק, והשנייה היא קטגוריה של כשל רגולטורי, המתרחש כאשר הרגולציה לא מובילה לפתרון הרצוי. השלב השני כולל זיהוי חלופות רלוונטיות, כדי לתרגם את הצורך במעורבות הרגולטורית לכלים מעשיים, כאשר המטרה היא לבחון אמצעים רגולטוריים ולא רגולטוריים. השלב השלישי הוא איסוף מידע באמצעים שונים ומגוונים. השלב הרביעי הוא הערכת החלופות באמצעות מתודולוגיות כמותיות או איכותיות. לאחר מכן, שלב הזיהוי של החלופה המועדפת וקביעת יעדים לפתרון הרצוי לצורך מדידה ובקרה של האסדרה.

מטבע הדברים, חובות המוטלות על גופי המדינה ניתנות לאכיפה על ידי בית המשפט. נוכח היקפו של חוק עקרונות האסדרה, הביקורת השיפוטית בעניינו עשויה לחול בהיבטים מגוונים. בין היתר על עצם תחולת החוק; שיקולים רגולטוריים שהמאסדר לקח בחשבון כשקבע אסדרה; תהליך הערכת השפעות אסדרה; חובות כלליות החלות על מאסדרים לגבי האסדרה שתחת אחריותם. ולכן הכותבים התמודדו עם השאלה, מהי היקפה ומהו אופייה של ביקורת שיפוטית לפי חוק עקרונות האסדרה, ובפרט במסגרת תהליך השפעת האסדרה.

הכותבים מציינים שביקורת שיפוטית על הערכת השפעות האסדרה מגלמת יתרונות רבים, אך גם טומנת סיכונים משמעותיים. ביקורת שיפוטית עתידה לעודד את המאסדרים ליישם את הוראות החוק ולצמצם אסדרה שאינה אופטימלית או פוגעת בזכויות הפרט. מאידך, ביקורת שיפוטית רחבה מידי עלולה לגרום לתופעות שליליות, כמו "אפקט מצנן" בקביעת רגולציה, טרפוד אסדרה רצויה על ידי קבוצות כוח, והכרעות משפטיות בסוגייה שבית המשפט אינו צריך להתערב בה. משכך, קיים חשש כי ביקורת שיפוטית על חוק עקרונות האסדרה תהפוך תהליך שהמוקד שלו אינו משפטי לתהליך משפטי, באופן שיקשה מאוד על קידום אסדרה. האתגר המרכזי שעמו הכותבים מבקשים להתמודד הוא כיצד יש לקיים ביקורת שיפוטית במקרים נחוצים, וכיצד יש לצמצמה במקרים שבהם מעורבות מוגברת אינה הכרחית ואף עלולה להזיק.

חוק עקרונות האסדרה מעגן רפורמה לקידום הליכי אסדרה בישראל. במסגרת החוק הוטלו חובות על משרדי ממשלה ורשויות רגולטוריות במטרה לקדם אסדרה מיטבית שנועדה להגשים זכות יסוד או אינטרס ציבורי. נדבך עיקרי הוא החובה שהוטלה על מאסדרים לבצע "תהליך הערכת השפעת רגולציה" שעה שהם יוזמים רגולציה חדשה. תהליך זה יאפשר להעריך מהן ההשפעות החיוביות והשליליות של האסדרה, ולבחון אלטרנטיבות רגולטוריות ולא רגולטוריות



ביקורת שיפוטית עתידה לעודד את המאסדרים ליישם את הוראות החוק ולצמצם אסדרה שאינה אופטימלית או פוגעת בזכויות הפרט. מאידך, ביקורת שיפוטית רחבה מידי עלולה לגרום לתופעות שליליות, כמו "אפקט מצנן" בקביעת רגולציה, טרפוד אסדרה רצויה על ידי קבוצות כוח, והכרעות משפטיות בסוגייה שבית המשפט אינו צריך להתערב בה

ביקורת שיפוטית על הליך הערכת השפעת רגולציה היא כלי חשוב להבטחת קיום הוראות חוק עקרונות האסדרה החדש. חשוב שיישומה יהיה יעיל אך גם מצומצם כדי שלא לפגוע בשיקול הדעת של המאסדרים וביכולתם לבצע את תפקידם בצורה יעילה

הפתרון שמציעים הכותבים הוא להסתמך על שני עקרונות מרכזיים במקרה שביית המשפט מפעיל ביקורת שיפוטית ישירה על הליך הערכת השפעות אסדרה. ראשית, עקרון המבוסס על המשכיות ויישום מתמיד בין הביקורת השיפוטית הנוהגת כיום על פעולות אסדרה לבין זו שתחול החל מכניסתו של החוק לתוקף. לדידם, המשכיות זו נדרשת לאור ההנחה שההיסטוריה החקיקתית ולשון החוק אינן מעידות על רצון לשנות את כללי הביקורת השיפוטית או את מידתיות ההתערבות ביחס לכללי האסדרה. עוד סבורים הכותבים כי הביקורת השיפוטית הנוהגת כיום מבוססת על פסיקה ענפה שעיצבה את היבט המשפט המנהלי, אשר מתיישבת עם מטרות החוק. בהתאם לכך, המשכיות במתכונת הביקורת השיפוטית הנוהגת עובר לכניסת החוק לתוקף לצד ריסון בביקורת השיפוטית תוביל ליצירת רצף פרשני והרמוני עם חוק עקרונות האסדרה החדש.

העקרון השני הוא הענקת מרחב שיקול דעת למאסדרים בניהול תהליך הערכת השפעות האסדרה. חוק האסדרה מקנה למאסדרים שיקול דעת רחב בניהול הליך הערכת האסדרה, ובאופן מכוון לא הסדירו תהליך זה באופן מפורט טוענים הכותבים. מרחב שיקול דעת בא לידי ביטוי על רקע אופיים של תהליכי האסדרה, שמטבעם כלולים באילוצים רבים ומהותיים. כך לדוגמה, סעיף 21.א (א) לחוק האסדרה מחייב מאסדרים ממשלתיים להתייעץ עם רשות האסדרה לגבי תהליכי הערכת השפעות אסדרה. יחד עם זאת, החוק אינו מחייב את המאסדרים להיענות לחוות דעתה של רשות האסדרה.

לכן הכותבים מציעים כי שיקול הדעת הרחב ביחס לתהליכי הערכת אסדרה יבוא לידי ביטוי בביקורת שיפוטית מצומצמת אשר תתמקד בכמה היבטים. ראשית, בית המשפט לא יבחן את הליך הערכת השפעות האסדרה לפני שתיקבע האסדרה. שנית, בית המשפט יעניק למאסדרים שיקול דעת רחב ליישום החריגים לביצוע הליך זה, וכיר בשיקול הדעת הרחב של המאסדרים בניהול ההליך. למשל בבחירת החלופות לבחינה, עומק הבחינה, ומתכונת שיתוף הציבור בשלבים שונים של ההליך, שכן אלה משתנים ממקרה למקרה בהתאם לחשיבות האסדרה, רמת הידע של המאסדר וכיצא באלה.

סיכומו של דבר: ביקורת שיפוטית על הליך הערכת השפעת רגולציה היא כלי חשוב להבטחת קיום הוראות חוק עקרונות האסדרה החדש. חשוב שיישומה יהיה יעיל אך גם מצומצם כדי שלא לפגוע בשיקול הדעת של המאסדרים וביכולתם לבצע את תפקידם בצורה יעילה. לדעת הכותבים, במיוחד רצוי להימנע מביקורת שיפוטית העוסקת בהערכות כמותיות של תועלות ועלויות האסדרה, שכן אלה הן שאלות שבמומחיות המסורות לסמכות המאסדר.

הטוב והרע במאגר האסדרה

ד"ר שרון ידין היא משפטנית, מרצה בכירה וחוקרת בבית הספר למנהל ומדיניות ציבורית במכללה האקדמית עמק יזרעאל. כמו כן, היא מומחית לרגולציה ומשפט מנהלי, מחברת שלושה ספרים ומעל 30 מאמרים. במאמרה – "הטוב והרע במאגר האסדרה", סוקרת ד"ר ידין את האתגרים הקשורים בהקמה של מאגר האסדרה (רגולציה), אשר זכה, עד כה, להתייחסות מועטה יחסית בשיח הציבורי והמשפטי. מאגר האסדרה הוא מרשם פומבי מקוון של נהלים, חוזרים, הנחיות, תקנות וחוקים בעלי אופי אסדרתי שמייסד חוק עקרונות האסדרה, התשפ"ב-2021. הטענה המרכזית של כותבת המאמר היא שבניגוד לקונוונציה המקובלת, הקמת מאגר האסדרה לשם הגברת שקיפות אינה בהכרח מהלך מנהלי נקי מספקות, ובמצבים מסוימים, החסרונות עלולים אף לעלות על היתרונות.

ד"ר ידין ממקדת את השיח בארבע קבוצות עיקריות של כשלים אפשריים במאגר האסדרה: קשיים קונסטטואליים, קשיים דוקטרינריים, קשיים מהותיים וקשיים מעשיים. הקושי הראשון עוסק בהגדרה הרחבה למדי, ובהתאם – העמומה למדי, הקבועה בחוק ל"אסדרה". ביחס לקושי השני, ד"ר ידין מתארת סוגיות משפטיות חדשות שצפויות



מאגר האסדרה הוא מרשם פומבי מקוון של נהלים, חוזרים, הנחיות, תקנות וחוקים בעלי אופי אסדרתי

אין מדובר בנושא טכני שקשור רק להנגשת חקיקה ורגולציה ולפיתוח מנגנוני שקיפות, אלא למכשיר חשוב ומרכזי שיש בכוחו להשפיע על טיבה ואיכותה של האסדרה עצמה ועל יחסי הכוחות החברתיים והכלכליים במשק



בדומה לתל, גם המוסדות הרגולטוריים בנויים ברבדים האחד על גבי השני. במטאפורה זו, הרגולציה נדמית לפיר שנחצב לעומק התל. כל רובד משאיר בתורו חותם משמעותי על המבנה המוסדי ועל תפיסת העולם הבסיסית של השחקנים הרלוונטיים

להתעורר בעקבות הקמת המאגר ומצריכות התייחסות. בהמשך, היא מפרטת בנוגע לקושי המהותי, המתבטא בשינוי דפוסי החקיקה והאסדרה בישראל לרעה. לבסוף, ד"ר ידן מציינת קשיים מעשיים הקשורים לניהול השוטף ולשימוש במאגר עצמו.

ד"ר ידן מציעה במאמרה שורה של פתרונות אפשריים והצעות יעול לבעיות הנובעות מן המאגר, ובהם הגדרה של מטרת המאגר, שינוי מסוים בסוגי הנורמות שיכלול, נקיטת פעולות שונות להנגשת המאגר, ניהול בקרה על פרסום האסדרות, וניהול מעקב אחר שינויים בדפוסי האסדרה. כפי שציינה המחברת בסיכום, "עיצוב המאגר בכפוף לדגשים המוצעים עשוי להוביל לשיפור מהותי לא רק במימוש הערכים האינטרינזיים של השקיפות וההנגשה, כגון מימוש האוטונומיה של אלו המושפעים מן האסדרה, והגברת האמון בשלטון וביסודותיו הדמוקרטיים, אלא גם באסדרה עצמה." בהקשר זה המחברת מסבירה כי אין מדובר בנושא טכני שקשור רק להנגשת חקיקה ורגולציה ולפיתוח מנגנוני שקיפות, אלא למכשיר חשוב ומרכזי שיש בכוחו להשפיע על טיבה ואיכותה של האסדרה עצמה ועל יחסי הכוחות החברתיים והכלכליים במשק. יש לקוות כי המאמר יגיע לקובעי מדיניות ולגורמים האמונים על פיתוח מאגר האסדרה ועל יישום וניהול היבטיו המשפטיים, הטכנולוגיים והאחרים, וכי המלצותיו יזכו לאוזן קשבת. הוא מומלץ לקריאה לסטודנטים, חוקרים, אנשי הפרקטיקה הרגולטורית ומשפטנים המתעניינים באסדרה, שקיפות, חקיקה, מנהל דיגיטלי, ומאגרי מידע. טיוטת המאמר זמינה לקריאה כאן: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4659306 ולאחר סיום עבודת העריכה היא צפויה להתפרסם במחקרי רגולציה ט (2024).

כשהעבר נפגש עם ההווה: ארכיאולוגיה בעידן הרגולציה

חוק עקרונות האסדרה, התשפ"ב – 2021 מהווה קו פרשת מים משמעותי ביותר בפיתוחה של המדינה הרגולטורית הישראלית והבאתה משולי העשייה הממשלתית אל המרכז. רשות האסדרה המוקמת מכוח החוק, תשמש כנקודה מרכזית להערכת הרגולציה בישראל. אף על פי שסמכויותיה של הרשות רודדו במהלך ההליך הפוליטי שהביא להעברת החוק, לרשות נמסרו כלים משמעותיים לביצוע מעקב ובקרה אחר הרגולציה בישראל. כמו כן, הקמת הרשות מצביעה על התפקיד המרכזי של הרגולציה בארגז הכלים של קובעי המדיניות ועל חשיבותה של המדיניות הרגולטורית כחלק ממדיניות כלכלית ממשלתית. מאמרו של יאיר חקאק קורא לרשות האסדרה החדשה לשים דגש על רגולטורים לא פחות מאשר על רגולציה ואף מחייב את הרשות להבין את מסלולי הפיתוח הרגולטורים ההיסטוריים השונים והמגוונים שהביאו למצב הקיים ולהכיר בחשיבותם.

המאמר מתאר את ההתפתחות ההיסטורית של תהליכי יצירת הרגולציה בדרך מטאפורית של תל ארכיאולוגי. העיסוק בארכיאולוגיה נועד לא רק ללמד אותנו על אודות העולם החבוי מתחת לרגלינו, אלא גם להבין איך הגענו עד הלום ומה טומן בחובו עתידנו. בדומה לתל, גם המוסדות הרגולטוריים בנויים ברבדים האחד על גבי השני. במטאפורה זו, הרגולציה נדמית לפיר שנחצב לעומק התל. כל רובד משאיר בתורו חותם משמעותי על המבנה המוסדי ועל תפיסת העולם הבסיסית של השחקנים הרלוונטיים.

הרובד הראשון: כינונה של רגולציה אימפריאלית – קולוניאלית. תקופת השלטון של המנדט הבריטי משנת 1917 – 1948 מציינת את תחילתה של מדיניות "רגולטורית" במרחב שעתיד לכלול את מדינת ישראל. פעילות רגולטורית סיסטמטית היוותה מוקד מרכזי בפעילות המשטר הקולוניאלי הבריטי במהלך כל תקופת שלטונו בארץ ישראל. ניתן להסיק שהתקיימה מדינה רגולטורית בהתהוות, שהייתה שונה מאוד ממקבילתה העכשווית. ככל שמרחב התמרון של הפקידים המקומיים הצטמצם והוסרו חלופות פייסקליות, כך גבר השימוש של הפקידים במדיניות "רגולטורית" להשיג את מטרותיהם. התבוננות בשכבה זו דרך פריזמה של מוסדות סוציולוגית-היסטורית מגלה קורפוס רגולטורי מפותח ומדינה שבה קביעת הרגולציה הייתה מרכיב מרכזי לפעילותה.



שכבת מעבר: המשכיות מנהלית, קרע אידיאולוגי. המעבר מהממשל הקולוניאלי הבריטי להקמת מדינת ישראל הביא לקרע חברתי משמעותי ואלים, שהתרחש על רקע של המשכיות משפטית ומנהלית. החלטת השלטונות החדשים בישראל להשאיר על כנם את כל החוקים (פרט להגבלת הגירה יהודית) הביאה למצב שבו גם המוסדות המנהליים המשיכו להתקיים כבעבר. הממשל הצבאי, השולט בחלק מהאוכלוסייה הערבית, פעל מחוץ לתקנות הרגילות תוך הפרת זכויות יסוד. למרות שפקידים מנדטוריים לשעבר היו חשודים בעיני המדינה החדשה, ועמדות בכירות אוישו בעיקר על ידי בעלי תפקידים בכירים ממוסדות היישוב, מוסדות המדינה פעלו בתוך מסגרת שירשו מממשלת המנדט. המבנה המוסדי של משרדי הממשלה החדשה היה דומה להפליא למחלקות השונות בממשלה הקודמת.

הרובד השני – משטר קולוניאלי לסה־פר בשירות מדינת הפיתוח הישראלית. בקום המדינה התרחש מעבר אידיאולוגי לגישה של מדיניות פיתוח, סוציאליזם מדינתי ואטטיזם כלכלי. אידיאולוגיית הממלכתיות שהלכה והתהוותה הביאה לתכנון כלכלי מרכזי והתערבות רחבה ועמוקה בסקטורים שונים במשק. אולם, המסגרת הרגולטורית נותרה על כנה והמשיכה להיות מבוזרת וגמישה.

אלמנט חדש שחדר לאתוס הרגולטורי באותה תקופה הוא הקורפורטיזם: המעבר ממערכת של שליטים קולוניאליים ונתינים רגולטוריים ילידים למצב שבו רגולטורים ולמפוקחים יש מטרות לאומיות משותפות. אלמנטים רבים במבנה המנהלי מזכירים את "רגולציית המועדון" שתיאר במחקרו פרופ' מורן, חוקר התפתחות הרגולציה בבריטניה. זוהי מערכת המבוססת על אינטרס משותף של הצדדים בשימור הסטטוס קוו מול לחצי הדמוקרטיזציה. בניגוד לבריטניה שבה המועדון התבסס על קשרי מעמד, בישראל הבסיס היה מעמדה הייחודי של ההסתדרות כשחקן מרכזי הן במשק והן בשלטון. בשנות ה-70 וה-80 הכלכלה הישראלית חוותה משברים כלכליים, דבר שהוביל להתפוררות "המועדון". בשנת 1985 ביצעה הממשלה רפורמה הנחשבת אבן דרך משמעותית בהפיכתה של ישראל לכלכלה נאו-ליברלית, אולם מבחינה מוסדית לא בוצעה התאמה של המבנה הבירוקרטי והרגולטורי לשינוי זה.

שכבת מעבר 2 – תקנות לשעת חירום בשירות מהפכה נאו-ליברלית: 1985. בשנת 1985 אישרה ממשלת ישראל שורה של רפורמות כלכליות במטרה לרסן אינפלציה, לשפר את המצב הכלכלי ולהגדיל את יתרות המט"ח. הרפורמות כללו קיצוצים, הפחתת סובסידיות, פיחות המטבע ועצמאות גדולה יותר לבנק ישראל. הרפורמות עוגנו בתקנות חירום ובחוק ההסדרים, שאיפשרו לעקוף הליכים פרלמנטריים מקובלים. זו דוגמה בולטת לשימוש בסמכויות חירום כלכליות על מנת לקדם מדיניות נאו-ליברלית, תוך עקיפת התנגדויות אפשריות. יש הרואים בכך פרדוקס שכן התפיסה הנאו-ליברלית קוראת להפחתת התערבות ממשלתית. אך למרות המהפכניות הכלכלית, הרפורמות לא לוו בשינויים מוסדיים משמעותיים במבנה הממשל והרגולציה. זאת בניגוד למקרים דומים במדינות אחרות. ניתן לראות ברפורמה שכבה חדשה דקה ומהפכנית באופייה הכלכלי, אך ללא מורשת מוסדית משמעותית. המסקנה היא שלמרות הזעזוע הכלכלי, מבחינה מוסדית-רגולטורית מדובר בשינוי רדוד יחסית שלא לווה ברפורמות מבניות עמוקות.

הרובד השלישי – מדינת השוק הנאו-ליברלית בהתהוותה. התפשטותו של הקפיטליזם הרגולטורי העולמי לאחר 1985 וההשתקפות של התפשטות זו על הממסד הרגולטורי לא פסחו על ישראל, אם כי התהליך היה ונשאר קטוע ביותר. במקרים מסוימים, הדבר נעשה באופן נקודתי כשמשרדי ממשלה הוסבו לתפקידי פיקוח רגולטורי, לאחר שהספקת השירותים הציבוריים הופרטה או הועברה לארגונים המנוהלים במרחק מהפעילות הממשלתית הישירה. גם כאשר ההפרטה בישראל צברה תאוצה בסוף שנות ה-80 ובמהלך שנות ה-90 של המאה הקודמת, הדבר לא הביא לחדשנות ארגונית משמעותית. הנתבי הישראלי הייחודי לכלכלת שוק אולי לא התקדם מבחינת פיתוח מוסדי, אך קשה לטעון שלא מתקיימת בישראל, הלכה למעשה, כלכלת שוק נאו-ליברלית. במקום לראות בשונות המוסדות תופעה שלילית שיש למגר, על רשות הרגולציה לחקור את התהליכים שהביאו לתוצאה זו ולעשות בהם שימוש להשיג את מטרותיה.

בקום המדינה התרחש מעבר

אידיאולוגי לגישה של מדיניות פיתוח,

סוציאליזם מדינתי ואטטיזם כלכלי.

אידיאולוגיית הממלכתיות שהלכה

והתהוותה הביאה לתכנון כלכלי מרכזי

והתערבות רחבה ועמוקה בסקטורים

שונים במשק



שוק התקשורת כמשל: ממחלקת הטלגרף לרגולטור נאו-ליברלי. "ממסד רגולטורי" החולש על תחומים רבים בכלכלה ובחברה מושפע מהנעשה בענפים השונים. המאמר מספק דוגמה מתחום שוק התקשורת בישראל. החל משירותי הדואר העות'מאניים, דרך המונופול הממשלתי הבריטי והמשכו במדינת ישראל. שירותי הדואר והטלפון פעלו במתכונת אטטיסטית, כאשר ההכנסות משירותים שימשו מקור תקציבי כללי. משנות ה-80 החל תהליך הדרגתי של הפרטה ותחרותיות, אך המעבר לא הביא לשינויים מהותיים במבנה המוסדי ובחקיקה אשר נותרו בשילוב גישות של התערבות ממשלתית לבין שוק חופשי.

לסיכום, הכותב קורא לרשות האסדרה החדשה לשים דגש לא רק על הרגולציה עצמה אלא גם על הרגולטורים וההיסטוריה שלהם. על הרשות להבין לעומק את הרקע ההיסטורי להתפתחות הרגולטורים השונים ואת השפעתו על מאפייניהם כיום. יש להכיר בכך שקיימות גישות שונות בקרב הרגולטורים באשר לתפיסת התפקיד, בהתבסס על מסורות ארגוניות ייחודיות. בנוסף, על רשות האסדרה ליצר שיח משותף והרמוניזציה בין הגישות. זאת, במקביל לקידום יכולות ארגוניות ומקצועיות בקרב הרגולטורים עצמם. הבנת הרקע וההיסטוריה משמשת בסיס חיוני להתוויית מדיניות מושכלת ואפקטיבית יותר בהווה ובעתיד.

