

**התנהגות רגולטורית בסיטואציות של פגיעת זיכיון
בראי תיאורית הרגולטור השבוי –
פרשות בתי הזיקוק והכבלים**

**ליאורה סידי
אוגוסט 2007**

אודות בית הספר ע"ש פדרמן למדיניות ציבורית וממשל

בית הספר ע"ש פדרמן למדיניות ציבורית וממשל הוקם בעקבות ההחלטה של האוניברסיטה העברית בירושלים להעמיד בראש סדר הקדימויות שלה בעשור הבא את פיתוחה של תכנית עילית שתכשיר את עתודת המנהיגות המקצועית של המגזר הציבורי ותתרום לטיפוחה כאליטה חברתית רחבת אופקים, אחראית ויוצרת. חוסנה של החברה הישראלית, עתידה הכלכלי ואופייה הדמוקרטי תלויים במידה רבה באיכות המקצועית וברמה המוסרית של הנבחרת המקצועית המופקדת על ניהול המגזר הציבורי.

ספינת הדגל של בית הספר ע"ש פדרמן למדיניות ציבורית וממשל להגשמת יעד זה היא תכנית המצטיינים לתואר "מוסמך במדיניות ציבורית". מטרת בית הספר היא לתרום להכשרה מקצועית של הסגל הבכיר במגזר הציבורי ולהעשרת הדיון הציבורי בממצאי מחקר, בתובנות וברעיונות לחידושי מדיניות.

סדרת המאמרים לדיון תהיה במה להצגת פרי עבודתם של חוקרי בית הספר, תלמידיו ובוגריו. המאמרים בסדרה יופצו לעיון חברי הקהילה האקדמית ולשותפים בעיצוב מדיניות ציבורית בישראל.

הסדרה הכתומה הנה במה לפרסום מאמרים של מוסמכי בית הספר ומלווה אותם בראשית דרכם כחוקרים. פרסומי הסדרה מאפשרים לציבור להתרשם ממגוון התחומים הנלמדים ונחקרים בבית הספר למדיניות ציבורית.

The Federmann School of Public Policy & Government

The Hebrew University of Jerusalem
The Faculty of Social Sciences
Mount Scopus, Jerusalem 91905
Tel: 972-2-5880048
Fax: 972-2-588047

Email: ofrac@savion.huji.ac.il

Homepage: <http://public-policy.huji.ac.il>

בית הספר ע"ש פדרמן למדיניות ציבורית וממשל

האוניברסיטה העברית בירושלים
הפקולטה למדעי החברה
הר הצופים, ירושלים 91905
טלפון – 02-5880048, 02-5881193
פקס – 02-5880047

דוא"ל: ofrac@savion.huji.ac.il

אינטרנט: <http://public-policy.huji.ac.il>

תודות

לד"ר תהילה שוורץ אלטשולר, על ההנחיה, ההכוונה והחוויה האינטלקטואלית.

על המחברת

ליאורה סידי סיימה את לימודי המוסמך בתוכנית המצטיינים של בית הספר למדיניות ציבורית בשנת 2006. במהלך לימודיה זכתה בשני פרסי הצטיינות בית-ספריים. היא בעלת תואר ראשון במשפטים. כיום מועסקת ליאורה כעורכת דין בלשכה המשפטית באגף השכר והסכמי עבודה במשרד האוצר. עבודת התיזה נכתבה במהלך שנת 2005 והוגשה במרץ 2006.

תקציר

רגולציה היא ההסדרה של יחסי החליפין של ערכי החברה על ידי סמכות שלטונית ביצועית. המחקר בתחום הרגולציה מצביע, בין היתר, על הצדקות שונות לבחירה ברגולציה. אחת ההצדקות או ההסברים לבחירה ברגולציה היא תיאורית הרגולטור השבוי. לפי תיאוריה זו, המוסדות הרגולטורים אינם פועלים לשרת את אינטרס הציבור אלא הם "שבויים" בידי הפירמות שעל הסדרתן הם אמונים. הרגולטור יבטא ברגולציה את מרב התועלת הרצויה לפירמה פלמונית או לענף אלמוני.

מטרת חיבור זה היא לבחון כיצד פועלת המדינה, בכובעה כרגולטור, בסיטואציות של פקיעת זיכיון, וזאת בראי תיאורית הרגולטור השבוי. לשם כך, החיבור מתמקד בשני מקרי בוחן והם: פרשת בתי הזיקוק ופרשת הכבלים, ומנתח אותם באמצעות מסמכים שונים: הסכמים, חוות דעת, חקיקה, דיונים בוועדות של הכנסת, פניות לבתי המשפט ופסיקות של בתי המשפט.

שני מקרי הבוחן נבחנו באמצעות הפרמטרים הבאים: מעמד הנכסים שבהם השתמש בעל הזיכיון בעת פקיעת הזיכיון, הארכה דה פקטו של הזכות הבלעדית למתן השירות או המוצר וכן גובה התמורה בעבור ההטבה הגלומה בהמשך תפעול הנכסים. בשני מקרי הבוחן נמצאה בחלק מן הפרמטרים התנהגות רגולטורית שבויה. חיבור זה מצביע על המשתנים השונים אשר גרמו להתנהגות האמורה ובמסגרת זו נבחן המבנה המוסדי של הרגולציה בישראל.

About the Author

Leora Sidi completed her Masters studies at the Hebrew University's Public School Program of Excellence in 2006. During her studies she was twice awarded honor prizes. She has a first degree in Law. Today Leora works as a lawyer in the legal advisor office of the Wages and Labor Agreements Department at the Ministry of Finance of Israel. Her thesis was written during 2005 and submitted in March 2006.

Summary

Regulation is the organization of the trade in society's values by the executive authority. The research in the area of regulation has focused, inter alia, on the rationales for choosing regulation. One of the rationales, or explanations, for choosing regulation is the capture theory. According to this theory, the regulatory bodies do not operate for the public good. Instead, they are captured by the firms that they are supposed to regulate, and they operate primarily for the benefit of a certain firm or a certain industry.

The purpose of this study is to examine – in light of the capture theory – how the State of Israel acts as a regulator in situations of franchise expiration. The examination focuses on two case studies: the oil refineries case and the cables case, and analyzes these cases through different materials: contracts, memorandums, legislation, parliamentary committee debates, court proceedings and court decisions.

The examination of the two cases is based on the following parameters: the legal status of the facilities and land that the franchisee used at the expiration date of the franchise, the de facto extension of the sole right to supply the service or commodity, and the price paid for the right to continue using the facilities. In both cases, regulatory capture behavior was found in some of the parameters. This study articulates the different factors that caused regulatory capture behavior and in this context focuses on the institutional structure of regulation in Israel.

תוכן עניינים

| | |
|----|---|
| 7 | 1. מבוא..... |
| 8 | 2. רגולציה..... |
| 8 | 3. כיווני מחקר בתחום הרגולציה..... |
| 8 | 3.1 ההצדקות לבחירה ברגולציה..... |
| 8 | 3.1.1 תיאורית האינטרס הציבורי – ההצדקה הכלכלית וההצדקה החברתית..... |
| 9 | 3.1.2 תיאורית קבוצת אינטרסים – הרגולטור השבוי..... |
| 11 | 3.2 ההיבט המוסדי של הרגולציה..... |
| 12 | 4. סוג הרגולציה – זיכיון..... |
| 13 | 5. מטרת החיבור והשערות המחקר..... |
| 13 | 5.1 מטרת החיבור..... |
| 13 | 5.2 השערות המחקר..... |
| 13 | 5.3 מתודולוגיה..... |
| 15 | 6. פרשת בתי הזיקוק..... |
| 15 | 6.1 רקע סטטוטורי..... |
| 15 | 6.2 רקע היסטורי..... |
| 15 | 6.2.1 החברה לישראל..... |
| 15 | 6.2.2 הכרזה על בז"ן כמונופול..... |
| 16 | 6.2.3 מסמך פוגל-ארד..... |
| 16 | 6.2.4 החלטת ממשלה..... |
| 16 | 6.2.5 הסכם גלעד..... |
| 16 | 6.2.5.1 עיקרי הסכם גלעד..... |
| 17 | 6.2.5.2 נספח ג' להסכם גלעד..... |
| 18 | 6.3 מעמד הנכסים שבהם השתמש בעל הזיכיון בעת פקיעת הזיכיון..... |
| 19 | 6.4 הארכה דה פקטו של הזכות הבלעדית למתן שירות או מוצר..... |
| 20 | 6.5 גובה התמורה בעבור ההטבה הגלומה בהמשך תפעול הנכסים..... |
| 21 | 7. פרשת הכבלים..... |
| 21 | 7.1 רקע סטטוטורי..... |
| 21 | 7.2 רקע היסטורי..... |
| 21 | 7.2.1 בלעדיות בהולכת שידורי הכבלים..... |
| 21 | 7.2.2 בעלות על תשתית ותוכן גם יחד..... |
| 22 | 7.2.3 כניסת מתחרה חדש - הלווין..... |
| 22 | 7.2.4 התפתחויות טכנולוגיות..... |
| 23 | 7.2.5 תיקון לחוק הבזק..... |
| 23 | 7.3 מעמד הנכסים שבהם השתמש בעל הזיכיון בעת פקיעת הזיכיון..... |
| 24 | 7.4 הארכה דה פקטו של הזכות הבלעדית למתן שירות או מוצר..... |
| 25 | 7.5 גובה התמורה בעבור ההטבה הגלומה בהמשך תפעול הנכסים..... |
| 27 | 8. ניתוח מקרי הבוחן..... |
| 27 | 8.1 מבוא לניתוח השוואתי..... |
| 28 | 8.2 מעמד הנכסים שבהם השתמש בעל הזיכיון בעת פקיעת הזיכיון..... |
| 28 | 8.2.1 פרשת בתי הזיקוק..... |
| 28 | 8.2.2 פרשת הכבלים..... |

| | |
|----|--|
| 28 | 8.2.3 ניתוח |
| 30 | 8.3 הארכה דה פקטו של הזכות הבלעדית למתן שירות או מוצר |
| 30 | 8.3.1 פרשת בתי הזיקוק |
| 30 | 8.3.2 פרשת הכבלים |
| 30 | 8.3.3 ניתוח |
| 31 | 8.4 גובה התמורה בעבור ההטבה הגלומה בהמשך תפעול הנכסים |
| 31 | 8.4.1 פרשת בתי הזיקוק |
| 32 | 8.4.2 פרשת הכבלים |
| 32 | 8.4.3 ניתוח |
| 33 | 9. רגולטור שבוי – האמנם? |
| 34 | 10. המבנה המוסדי של הרגולציה בישראל |
| 34 | 10.1 יחסי הגומלין בין הרשות המבצעת לבין הרשות המחוקקת |
| 35 | 10.2 יחסי הגומלין בין הרשות המבצעת לבין הרשות השופטת |
| 35 | 10.2.1 היקף הפניות לבתי המשפט |
| 36 | 10.2.2 אקטיביזם שיפוטי |
| 37 | 10.3 המוסדות הרגולטורים פנימה |
| 37 | 10.3.1 שני כובעים |
| 37 | 10.3.2 הדרג הפוליטי והדרג המקצועי בתוך המוסד הרגולטורי |
| 37 | 10.3.3 הדרג המקצועי במוסדות הרגולטורים |
| 39 | 11. סיכום צופה פני עתיד |
| 40 | 12. ביבליוגרפיה |

1. מבוא

ככלל, המוסדות הרגולטורים בישראל קובעים את כללי המשחק בענפים הכלכליים השונים. מוסדות אלו אמורים להסדיר את פעילותם של השחקנים השונים בענף מסוים וזאת במטרה לשרת את אינטרס הציבור. ואולם, לפי תיאורית הרגולטור השבוי במקרים מסוימים המוסדות הרגולטורים אינם פועלים לשרת את אינטרס הציבור אלא הם "שבויים" בידי הפירמות שעל הסדרתן הם אמונים. במסגרת חיבור זה אבחן את התנהגות המוסדות הרגולטורים בישראל בסיטואציות של פקיעת זיכיון, וזאת בראי תיאורית הרגולטור השבוי. בחינת ההתנהגות האמורה תיעשה באמצעות הפרמטרים הבאים: מעמד הנכסים שבהם השתמש בעל הזיכיון בעת פקיעת הזיכיון, הארכה דה פקטו של הזכות הבלעדית למתן השירות או המוצר וכן גובה התמורה בעבור ההטבה הגלומה בהמשך תפעול הנכסים. לשם כך, אתמקד בשני מקרי בוחן והם: פרשת בתי הזיקוק ופרשת הכבלים, ואנתח אותם בהתבסס על מסמכים שונים: הסכמים, חוות דעת, חקיקה, דיונים בוועדות של הכנסת, פניות לבתי המשפט ופסיקות של בתי המשפט. יודגש כי הניתוח האמור הוא של מסמכים ואירועים שהיו קיימים או שהתרחשו עד לתחילת שנת 2006.

לאחר ניתוח זה, אנסה להצביע על המשתנים השונים אשר גורמים להתנהגות רגולטורית שבויה בסיטואציות של פקיעת זיכיון. במסגרת זו, אבחן את המבנה המוסדי של הרגולציה בישראל, כלומר את מבנה המוסדות הרגולטורים וכן את יחסי הגומלין ביניהם לבין יתר רשויות השלטון – הרשות המחוקקת והרשות השופטת.

2. רגולציה

בתקופות הקודמות לשנות השמונים של המאה העשרים, בישראל ורוב מדינות אירופה, התפיסה השלטונית השלטת הייתה כי השלטון יכול לספק ולשלוט בחלקים נכבדים מן המגזרים המשקיים החשובים, מעיצוב המדיניות ועד אספקת השירות. בעשור וחצי האחרונים ניכר שינוי שהתבטא בתהליכי ההפרטה וויתור שלטוני על אספקת מוצרים ושירותים רבים לטובת גופים פרטיים. עם שינוי זה המדינה אינה עוד מתפקדת כמעסיקה גדולה וכבעלים של מפעלים חיוניים נוסף לתפקידיה הנוגעים בהסדרה ובפיקוח על הפעילות הכלכלית בענפים שונים. אך משמעות השינוי אינה פעולה חד-פעמית על משקל ייפוי כוח לא חוזר. גם כוחות השוק המקבלים למשמרתם את הבעלות על השירות או על המוצר החדש צריכים לפעול לפי חוקים או תקנות כדי להסדיר את מאבק הכוחות שביניהם. ההסדרה של תנאי הייצור והאספקה החדשים היא הרגולציה של "המדינה הרגולטורית" על כוחות השוק. ניתן להגדיר רגולציה כהסדרה של יחסי חליפין של ערכי החברה על ידי סמכות שלטונית ביצועית; שבאמצעות תקנות, הנחיות, הוראות או צווים מנהליים; דרשת, מאשרת, מונעת או אוסרת פעילות או התנהגות של הפרט ו/או של ארגונים בחברה (ארבל-גנץ, 2003).

3. כיווני מחקר בתחום הרגולציה

ווילסון הצביע על ארבעה כיווני מחקר בתחום הרגולציה: הראשון, בחינת ההקשרים וההצדקות לבחירה ברגולציה; השני, הערכת אפקט של רגולציה; השלישי, ניתוח הבחירה בין טכניקות שונות של רגולציה; והרביעי, בחינת מסגרות ארגוניות ופרוצדורליות שונות ליישומה (Wilson, 1985). במסגרת חיבור זה אבחן שניים מכיווני המחקר הללו: האחד, בחינת ההקשרים וההצדקות לבחירה ברגולציה והשני, בחינת מסגרות ארגוניות ופרוצדורליות שונות ליישומה של הרגולציה.

3.1 ההצדקות לבחירה ברגולציה

הספרות שהתמקדה בכיוון המחקר הראשון של ווילסון בחנה את ההצדקות השונות לבחירה ברגולציה. תיאוריות שונות ניסו לתאר את האינטרס העומד בבסיס הרגולציה (Baldwin and Cave, 1999). תיאורית "אינטרס הציבור" גורסת כי הרגולציה נועדה לשרת את אינטרס הציבור. לפי התיאוריה של "קבוצות אינטרסים" הרגולציה משקפת את התוצר של יחסי הגומלין בין קבוצות בחברה ובין אשיות השלטון. אם יושמה רגולציה, משמע קבוצת אינטרס הצליחה לנצל את כוחה היחסי אל מול רשות השלטון במקום ובזמן נתונים כדי לקדם את האינטרס שלה עצמה. לעומת זאת, תיאוריית "האינטרס הפרטי" בוחנת את המידה שבה התערבויות רגולטוריות מונעות על ידי אינטרסים פרטיים, להבדיל מאינטרסים ציבוריים או של קבוצות אינטרס מסוימות.

3.1.1 תיאורית האינטרס הציבורי – ההצדקה הכלכלית וההצדקה החברתית

במסגרת תיאורית "האינטרס הציבורי" התפתחו שני זרמים: ההצדקה הכלכלית וההצדקה החברתית להתערבות רגולטורית. ההצדקה הכלכלית להתערבות רגולטורית של המדינה נעוצה בקיום של כשלי שוק – המצבים שבהם כוחות השוק אינם מביאים לידי אופטימיזציה את פוטנציאל העבודה בחברה ואת פוטנציאל העסקה והייצור בחברה (ארבל-גנץ, 2003). אלה מצבים שהאיזון בין חירותו של החלש ובין יכולת השתלטותו של החזק מופר בהם. כשלי השוק מונעים מלמצות את פוטנציאל המשאבים בחברה ומביאים לידי ניצולם הלא יעיל. אם אין סמכות על תחרותית שאינה שחקן מן המניין (היצרנים והספקים מזה והלקוחות והצרכנים מזה), יימשך שיווי משקל תחרותי ולא יביא למרב התועלות בחברה. התערבותה של הרגולציה המנהלית בתחרות כופה "חוקי משחק" המגבילים את כוחם של השחקנים ומונעים מהם שליטה בלעדית בתחרות. כשלי השוק העיקריים שבשלם נדרשת התערבות רגולטורית הם: מונופולים, א-סימטריה במידע, מוצרים ציבוריים, וכן השפעות חיצוניות.

הצדקה אחרת להתערבות רגולטורית היא הצדקה חברתית. לפי גישה זו, שמירתם של ערכים כגון צדק, מוסר, אושר, חירות ורווחה הוא ממד שאין בו יסוד למטרות כלכליות, אך יש בו כדי להצדיק את ההתערבות הרגולטורית (ארבל-גנץ, 2003).

3.1.2 תיאורית קבוצת אינטרסים – הרגולטור השבוי

מתוך התיאוריה של "קבוצות אינטרסים" צמחה תיאורית הרגולטור השבוי. לפי תיאורית הרגולטור השבוי, הרגולטור אינו פועל לשרת את האינטרס הציבורי אלא הוא "שבוי" (captured) בידי הפירמות שעל הסדרתן הוא אמון. הרגולטור יבטא ברגולציה את מרב התועלת הרצויה לפירמה פלמונית או לענף אלמוני. אמנם תפקידו של הרגולטור להסדיר את פעילותם של הפירמות השונות, אבל יוצא שפעילותם היא המסדירה את פעילותו.

עבודתו של סטיגלר מהווה את הבסיס התיאורטי לתיאורית "הרגולטור השבוי". סטיגלר גרס כי תיאוריה כלכלית של רגולציה צריכה לנבא: מי יקבל את ההטבות ומי ישא בעלות הרגולציה; מבנה המעורבות הממשלתית; השפעות רגולציה על חלוקת המשאבים בחברה (Stigler, 1971). התיזה המרכזית של סטיגלר היא כי החלטה בדבר רגולציה מתקבלת כתגובה לביקושם של קבוצות אינטרס בתעשייה, וכי הרגולציה מתוכננת ומופעלת בעיקר לתועלתם (Stigler, 1971).

סטיגלר מגדיר רגולציה כשימוש בכוח הכפייה על ידי המדינה במטרה להגביל החלטות של גורמים כלכליים שונים, בכל הקשור למחיר, כמות וקיום של תחרות. קבוצת אינטרס אשר מסוגלת לשכנע את המדינה להשתמש בכוח הכפייה שלה לתועלתה יכולה לשפר את מצבה ועושרה. לדבריו של סטיגלר, חברה תעשייתית תנסה להשפיע על הרגולטור בארבעה תחומים: סובסידיות כספיות ישירות; הגבלות על מוצרים חליפיים או על סובסידיות למוצרים משלימים; קביעת מחירים או שליטה בהם; מניעת כניסה של תחרות של חברות חדשות (Stigler, 1971).

בהתאם לגישתם של סטיגלר ופלצמן, יצרנים נוטים להשפיע במידה רבה יותר על עיצוב חקיקה רגולטורית מאשר צרכנים (Stigler, 1971, Peltzman, 1976). צרכנים, בשל היותם קבוצה גדולה, סובלים מהעלויות הגבוהות של ארגון האינטרס שלהם, מפזוזר העלויות ומבעיית האינפורמציה. בניגוד לצרכנים, תעשיינים המוסדרים על ידי רגולטור, במקרים רבים מאורגנים היטב והם בעלי תמריצים חזקים להתגבר על בעיות אינפורמציה ולהשפיע על רגולציה באמצעים שונים. עם זאת, פלצמן מדגיש כי רגולציה אשר מיטיבה לחלוטין עם היצרנים לא תוביל לשווי משקל פוליטי (Peltzman, 1976). הוא מדגים זאת בכך שמחיר אשר נקבע על ידי הרגולטור הנו נמוך יותר מהמחיר שיקבע על ידי מונופול. הפוליטיקאי הפועל כרגולטור יבחר את המבנה ואת עוצמת הרגולציה אשר יביאו לשיווי משקל בין ההפסד השולי של בוחרים כתוצאה מפגיעה בצרכנים לבין התועלת השולית של בוחרים כתוצאה מהענקת הטבות ליצרנים (Peltzman, 1976).

תיאורית הרגולטור השבוי נבחנה בתחומים שונים ומגוונים: בתחום התעופה (Olson and Trapani, 1981), בתחום הבנקאות (Heinemann and Schuler, 2004), בתחום איכות הסביבה (Boyer and Porrhini, 2004), בתחום הדיג (Berck and Costello, 2001), בתחום השיטור (Prenzler, 2000), בתחום השיכון (Mullins, 1997) ועוד. אף על פי שתיאורית הרגולטור השבוי, צמחה מתוך תיאוריות כלכליות פוליטיות היא יושמה גם בתחומי המשפט ובתחום המדיניות הציבורית. בתחום המדיניות הציבורית הוצעו דרכים שונות שנועדו להתמודד עם בעיית הרגולטור השבוי. מחקרו של ג'רוסקי התמקד במבנה המוסדי של המוסדות הרגולטורים והשלכתו על בעיית הרגולטור השבוי (Geroski, 2004). בבריטניה קיימים מוסדות רגולטורים סקטוריאליים (כל רגולטור מפקח על סקטור מסוים) וכן

מוסד רגולטורי עליון שנועד לפקח על המוסדות הרגולטורים הסקטוריאליים. במידה ובעניין מסוים רגולטור סקטוריאלי והחברות המפוקחות על ידו נחלקים בדעותיהם, העניין מועבר למוסד הרגולטורי העליון. המוסד העליון אינו מתפקד כערכאת ערעור, אלא הוא מחליף בענין שבמחלוקת את הרגולטור הסקטוריאלי. מצד אחד, מבנה זה מאפשר פיקוח על המוסדות הרגולטורים הסקטוריאליים וריסון של התנהגות רגולטורית שבויה על ידיהם. מאידך, מבנה זה אינו מונע התנהגות רגולטורית שבויה, שכן רק סכסוכים בין הרגולטור הסקטוריאלי לבין החברה המפוקחות מועברות למוסד העליון. בהתנהגות רגולטורית שבויה קלאסית, אין סכסוך בין רגולטור שבויה לבין חברה מפוקחת, כיוון שהרגולטור מקבל החלטות שתואמות את אינטרס החברה המפוקחת.

לעומת זאת, לפונט ומרטימורט הציעו להתמודד עם בעיית הרגולטור השבויה באמצעות מנגנון מעין שוקי (Laffont and Martimort, 1999). הם סברו כי יצירת תחרות בין רגולטורים שונים על ידי חלוקת משימות רגולטוריות בין רגולטורים שונים מקטינה את בעיית הרגולטור השבויה. בהמשך לזאת, ווילנבורג הראה כי ככל שמפקחים מספר רב יותר של רגולטורים על חברות ביטוח, כך עולה ההסתברות לפעולות רגולטוריות כנגד החברות המפוקחות (Willenborg, 2000).

בויאר ופירוני סברו כי במקרים מסוימים יש להתמודד עם בעיית הרגולטור השבויה בתחום איכות הסביבה על ידי החלפת משטר רגולטורי במשטר נזיקי (Boyer and Porrini, 2004). במשטר רגולטורי הרגולטור קובע מלכתחילה סטנדרטים ותמריצים רגולטורים. לעומת זאת, במשטר נזיקי בית המשפט מפרש חוקים ומטיל אחריות לגרימת נזק בדיעבד. בויאר ופירוני גרסו כי הבחירה בין שני משטרים אלה תלויה במספר מדדים: הערך החברתי של פעילויות שיש בהם סיכון, העלות החברתית במניעת סיכון זה, א-סימטריות במידע בין הרגולטור לבין הפירמות השונות, הסתברות הסיכון וחומרתו, אפקטיביות שוק ההון וכן ההסתברות להתנהגות שבויה על ידי הרגולטור (Boyer and Porrini, 2004). יודגש כי ההסתברות להתנהגות שבויה על ידי הרגולטור גדולה יותר במשטר רגולטורי מאשר במשטר נזיקי.

בספרות המשפטית נדונה האפשרות כי בית המשפט העליון האמריקאי יעשה שימוש בעקרונות תיאורית הרגולטור השבויה בבואו להפעיל ביקורת שיפוטית (Wiley, 1986). לפי גישתו של ווילי, על בית המשפט העליון לפסול רגולציה המתקבלת ברמה המדינתית בשל היותה נוגדת חקיקה ברמה הפדרלית בהתקיים כל התנאים הבאים: 1. הרגולציה מגבילה תחרות חופשית 2. הרגולציה אינה בגדר אחד החריגים הקבועים בחקיקה הפדרלית 3. הרגולציה אינה מענה ישיר לכשל שוק משמעותי 4. הרגולציה התקבלה כתגובה לביקושם של קבוצות אינטרס בתעשייה (היצרנים). המבחן הרביעי לפסילת רגולציה ברמה מדינתית עוסק בשאלת קיומה של התנהגות רגולטורית שבויה.

גישה זו זכתה לביקורת רבה. ספיצר שלל את ההנחה העומדת בבסיס גישתו של ווילי, לפיה התנהגות רגולטורית שבויה בידי היצרנים היא בלתי לגיטימית יותר מאשר התנהגות רגולטורית אחרת אשר מגבילה תחרות חופשית (Spitzer, 1988). לדידו של ספיצר, אין להתייחס בצורה שונה לרגולציה שהתקבלה כתגובה לביקושם של קבוצות אינטרס אחת (יצרנים) מאשר רגולציה שהתקבלה כתגובה לביקושם של קבוצות אינטרס אחרת. לכן, אין מקום להשתמש בתיאורית הרגולטור השבויה בביקורת שיפוטית. עוד נטען כי תיאורית הרגולטור השבויה נועדה לתאר ולהסביר את המציאות בלבד וכי השימוש בה לצורך עיצוב החלטות קולקטיביות באמצעות הרשות השופטת אינו ראוי (Elhauge, 1991).

מריל עשה שימוש בתיאורית הרגולטור השבויה על מנת להסביר את התנהגותו של בית המשפט ורמת התערבותו בהליכים מנהלים במשך השנים (Merrill, 1997). בין השנים 1946-1967 ההשקפה השיפוטית והציבורית התאפיינה באמונה בתיאורית אינטרס הציבורי. לפי תיאוריה זו, המוסדות הרגולטורים, שהם המוסדות המתאימים ביותר לטיפול בבעיות רגולטוריות מורכבות, פועלים לטובת האינטרס הציבורי. בהתאם לזאת, רמת ההתערבות בהחלטות רגולטוריות בתקופה זו היתה נמוכה ביותר. בין השנים 1967-

1983 התחולל שינוי תפיסתי באקדמיה ובציבור בכלל. המודעות לבעיות רגולטוריות גברה, ובפרט לבעיית הרגולטור השבוי. שינוי זה הביא למעורבות מוגברת של הרשות השופטת ולביקורת שיפוטית אקטיביסטית יותר על המוסדות הרגולטורים. שינוי תפיסה נוסף התרחש החל משנת 1983. השינוי המתאפיין בחוסר נחת מתפקודן של שלושת הרשויות גם יחד – המבצעת, השופטת והמחוקקת – ובמקום זאת נוצרה העדפה לפעולתו של השוק החופשי. שינוי זה יכול להסביר את הירידה בביקורת השיפוטית של הרשות השופטת על המוסדות הרגולטורים, שכן החלטותיה של זו אינן עדיפות על החלטות של המוסדות הרגולטורים.

יש להדגיש כי תיאורית הרגולטור השבוי אינה נקייה מביקורת. לדברי נילס, אחד הקשיים בתיאוריה זו הוא הקושי להגדיר מהם "אינטרס הפירמות" ו"אינטרס הציבור" ולהבחין ביניהם (Niles, 2002). אף על פי שרגולציה מסוימת מסייעת לקבוצת אינטרס בתעשייה, יתכן והוחלט עליה משום שהיא משרתת בעיקר את אינטרס הציבור הכללי. על כן, יש צורך בחיפוש אחר המוטיבציה שעמדה בבסיס קביעת הרגולציה (Page, 1988). קביעת המוטיבציה האמורה אינה עניין פשוט וחד משמעי.

פרוסר ביקר את העובדה כי התיאוריה האמורה מתמקדת בציר דו ממדי שבין הרגולטור לבין החברה המפוקחת המרכזית או קבוצה קטנה של חברות מפוקחת דומות (Prosser, 1999). לדידו, הרגולטור נמצא בסבך יחסי גומלין בין גורמים שונים.

פעמים רבות בין גורמים בתוך קבוצת אינטרס מתקיימים בד בבד אינטרסים סותרים (Prosser, 1999). הינמן ושולר בדקו את שאלת האינטרסים המנוגדים הקיימים בעת ובעונה אחת בתוך קבוצת אינטרס של התעשיינים. הם הצביעו על שני האינטרסים המנוגדים הבאים ובדקו איזה מביניהם הוא האינטרס השולט בתחום הבנקאות: העדפת רגולציה נוקשה שתמנע כניסה לשוק של מתחרים; העדפת רגולציה רכה, שתאפשר פעילות באין מפריע וללא התערבות של גוף מפקח (Heinemann and Schuler, 2004). ממצאיהם האמפיריים הראו כי קבוצות אינטרסים בתעשייה בתחום הבנקאות העדיפו רגולציה רכה על פני רגולציה נוקשה (Heinemann and Schuler, 2004).

פרוסר עוד הדגיש כי פעמים רבות מתקיימים בו זמנית רצונות סותרים בין קבוצות אינטרסים שונות – כאשר לאף אחד מהם אין עדיפות מובהקת (Prosser, 1999). מחד, ניתן להסיק מכך כי בסופו של יום המערכת תגיע לאיזון כלל האינטרסים ואינטרס הציבור יתממש. מאידך, מסקנה אחרת יכולה להיות שהרגולטור יכול להיות שבוי לא רק בידי החברות התעשייתיות אלא בידי קבוצות אינטרס אחרות (למשל קבוצת צרכנים), כך שהתוצאה הסופית לא תשרת את אינטרס הציבור (Prosser, 1999).

3.2 ההיבט המוסדי של הרגולציה

הספרות שהתמקדה בכיוון המחקר הרביעי של ווילסון, דנה בהיבט המוסדי של הרגולציה והשפעתו על תפקוד הרגולטור (Levy and Spiller, 1996, Jordana and Sancho, 2004, March and Olsen, 1984, Black, 1997). מרץ ואולסון הדגישו כי ההליך הפוליטי תלוי לא רק בתנאים כלכליים וחברתיים אלא גם במבנה המוסדות הפוליטיים השונים (March and Olsen, 1984). על כן, יש לבחון כל מוסד וארגון רגולטורי פנימה – את כלליו, את תרבותו הארגונית ואת תוצרי המדיניות שלו. המבנה והנהלים של המוסד הרגולטורי לא רק משקפים אינטרסים מסוימים, אלא הם גם משפיעים על ההליך הפוליטי (Black, 1997). מחד, מוסדות רגולטורים מתוכננים ומיוצרים על ידי ההליך הפוליטי. מאידך, הם מבנים ומשפיעים על קבלת החלטות שנעשית לאחר מכן על ידי השחקנים הפוליטיים השונים ולכן הם מהווים לכשעצמם שחקנים פוליטיים.

חשובה גם חלוקת האחריות בין המוסדות השונים ויחסי הגומלין ביניהם. אופי המוסדות הציבוריים אשר מעורבים בגיבוש החלטות רגולטוריות הנו מגוון: משרדים ממשלתיים, גופים רגולטורים (שדרגת עצמאותם

מהמשרד הממשלתי משתנה), פרלמנטים, בתי משפט ועוד (Jordana and Sancho, 2004). ניתן לתאר את חלוקת האחריות בין המוסדות השונים באמצעות מודל תלת שכבתי (שוורץ אלטשולר, 2005):

- השכבה הראשונה היא שכבת עיצוב המדיניות המתבצעת באמצעות חקיקה ראשית וחקיקת משנה.
- השכבה השנייה היא שכבת הרגולציה, שמשמעה הגשמת מטרות המדיניות בצורה פרטנית.
- השכבה השלישית היא הניהול המבצעי ואספקת השירות אל הצרכן – האזרח.

באופן כללי, האחריות בין המוסדות השונים מתחלקת בצורה הבאה: משרדים ממשלתיים והפרלמנט אחראים על עיצוב המדיניות; סוכנויות רגולטוריות אחראיות על ביצוע המדיניות בצורה פרטנית; וגופים פרטיים הם אלה שמייצרים ומספקים את המוצרים והשירותים השונים.

ואולם, חלוקה גסה זו אינה מיטיבה לתאר את המציאות כראוי, שכן לעתים נוצר טשטוש בתחומי האחריות השונים. המבנה התלת שכבתי האמור מופעל במדינות שונות בצורות שונות בשל שונות במאפיינים פוליטיים, טכנולוגיים, משפטיים ומוסדיים. כך, ניתן להצביע על גופים רגולטורים עצמאיים, אוטונומיים, מעין שיפוטניים; סמי אוטונומיים וחוף משרדיים; תוך משרדיים. גם טווח סמכויות הגופים הרגולטורים משתנה בשיטות שונות. ניתן למצוא רגולטור ספציפי לתעשייה מסוימת, רגולטור סקטוריאלי, או רגולטור מולטי סקטוריאלי – רגולטור האחראי על כלל תעשיית הטובין הציבוריים. כמו כן, קיימת גם חשיבות ליחסי הכוחות בין המוסדות השונים. יחסים אלו משליכים על מידת המגבלות שיוטלו על המוסדות השונים בהפעלת סמכויותיהם – ובפרט על המוסדות הרגולטורים, הן על ידי מנגנונים משפטיים והן על ידי מנגנונים חברתיים (Levy and Spiller, 1996).

4. סוג הרגולציה – זיכיון

עם הקמתה של מדינת ישראל, ממשלת ישראל נדרשה לפתח תחומים כלכליים שונים ומגוונים, וזאת כדי לקדם את התועלת החברתית הכוללת. בענפים מסוימים התחלת הייצור או אספקת השירותים כרוכה בהשקעה משמעותית ביצירת תשתית, בעוד שההוצאה השולית לייצור כל יחידה נוספת נמוכה (אזרחי, גושן וקומנשטר, 2001). בענפים אלה – המוגדרים כמונופולים טבעיים – ייצור או אספקת המוצר או השירות נעשה בדרך היעילה ביותר באמצעות חברה אחת בלבד (Means and Cohn, 1985). זאת מאחר ובענפים אלה יש תועלת בהקמת תשתית אחת (שעלותה גבוהה) שתספק את כלל המשק, אך אין כל תועלת למשק מהשקעות גדולות בהקמת מספר תשתיות (Church and Ware, 2000). ענפים אשר נחשבים מונופולים טבעיים הם ענפי התחבורה, התקשורת והאנרגיה (Parzych, 1993).

כדי שענפים אלה יפותחו באופן יעיל, מדינת ישראל החליטה כי יחול על ענפים אלה משטר של זיכיונות. במשטר של זיכיונות נמסרת הזכות לייצור ולאספקת מוצר או שירות מסוים לחברה אחת בלבד וזאת לתקופה קצובה. בתמורה לזכות האמורה, נדרשת החברה שקיבלה הזיכיון להקים תשתית שתאפשר פעילות בתחום. מנקודת מבט של החברה, הזכות להיות מונופול לתקופה קצובה נועדה להחזיר לה את השקעתה בתשתית במרוצת תקופת הזיכיון ובתוספת רווחים.

על מנת להתמודד עם תוצאות הלוואי של מונופול בתחום מסוים, נערך מכרז על הזכות להיות מונופול (Church and Ware, 2000). רעיון זה מבוסס על ההגיון הבא: מונופול מתמחר באופן מונופוליסטי (מחיר גבוה ליחידת איכות); בעל הזיכיון שיקים את התשתית ייהנה ממעמד של מונופול ולכן הוא עתיד לתמחר את שירותיו באופן מונופוליסטי; אם ייערך מכרז (תחרות) שתוצאתו הענקת הזכות להיות מונופול לחברה שתתחייב להציע את שירותיה במחיר תחרותי (מחיר נמוך ליחידת איכות) כי אז התנאים שיוצרו במכרז ישמשו כלי פיקוח על המונופול (אזרחי, גושן וקומנשטר, 2001). ההנחה היא שהתחרות בשלב המכרז, על איכות השירות ומחירו, יגבילו את כוחה המונופוליסטי של החברה הזוכה בתקופת פעילותה כמונופול (Church and Ware, 2000).

כמפורט לעיל, הזיכיון ניתן לתקופה קצובה. מתן תקופת זיכיון נוספת אינו אמור להיות הליך טבעי ומובן מאליו וזאת משום שזיכיון נתפס כאישור לשימוש במשאב ציבורי שכל שימוש בו על ידי גוף מסוים מונע מגורם אחר להשתמש בו (קרניאל, 2003). בעת קבלת ההחלטה על מתן תקופת זיכיון נוספת, מעניק הזיכיון חייב לבחון מחדש, האם כעת ראוי להעניק זיכיון לגורם המבקש, האם הוא הגורם המתאים ביותר והאם הארכת הזיכיון תשרת באופן הטוב ביותר את האינטרס הציבורי ואת המטרות של השירות (קרניאל, 2003).

5. מטרת החיבור והשערות המחקר

5.1 מטרת החיבור

מטרת חיבור זה לבחון כיצד פועלת המדינה, בכובעה כרגולטור, בסיטואציות של פקיעת זיכיון, וזאת בראי תיאורית הרגולטור השבוי. לשם בדיקת שאלת המחקר, אבחן שני מקרי בוחן – פרשת בתי הזיקוק ופרשת הכבלים - באמצעות הפרמטרים הבאים:

- א. מעמד הנכסים שבהם השתמש בעל הזיכיון בעת פקיעת הזיכיון;
- ב. הארכה דה פקטו של הזכות הבלעדית למתן השירות או המוצר;
- ג. גובה התמורה בעבור ההטבה הגלומה בהמשך תפעול הנכסים.

5.2 השערות המחקר

בהתאם לתיאוריית הרגולטור השבוי, תפעל המדינה במועד פקיעת זיכיון באחת או יותר משלוש הדרכים שלהלן:

- א. המדינה תעניק לבעל הזיכיון מעין מתנה בדמות הנכסים שבהם הוא משתמש בתקופת הזיכיון;
- ב. המדינה תורה על הארכה דה פקטו של הזכות הבלעדית למתן שירות או מוצר;
- ג. התמורה שתקבל המדינה בעבור ההטבה הגלומה בהמשך תפעול הנכסים לא תשקף את ערכה האמיתי.

5.3 מתודולוגיה

שיטת המחקר שנבחרה היא ניתוח שני מקרי בוחן. שיטה זו מאפשרת היכרות מעמיקה עם שני מקרים בעלי מאפיינים דומים. היכרות מסוג זו הכרחית על מנת להסיק מסקנות ממשיות, הן לגבי מקרי הבוחן עצמם והן לגבי מקרים דומים אחרים.

אף על פי שמקרי הבוחן עוסקים בשווקים שונים – שוק האנרגיה ושוק התקשורת, קיימים מאפיינים דומים בשניהם. כל אחד משווקים אלו הנו מונופול טבעי. בשני השווקים, התחלת הייצור או אספקת השירותים הייתה כרוכה בהשקעה משמעותית ביצירת תשתית, ומכאן שהייתה תועלת בהקמת תשתית אחת בלבד שתספק את הציבור כולו. לכן, הוחלט בשני ענפים אלה על משטר זיכיונות, כלומר הוחלט על מתן זיכיון לחברה אחת (באזור מוגדר) לתקופה קצובה. בתמורה להענקת הבלעדיות, נדרשה החברה שקיבלה את הזיכיון להקים תשתית שתאפשר את אספקת המוצר או השירות.

מטרת חיבור זה הנה לבחון את ההתנהגות הרגולטורית בשני מקרי הבוחן בתום תקופת הזיכיון ולכן חשוב הדמיון בין שני מקרי הבוחן במועד תום תקופת הזיכיון. בשני מקרי הבוחן, מסגרת הכללים אשר חלה בתום תקופת הזיכיון הנה דומה. כאמור לעיל, תקופת הזיכיון קצובה וחדודש או הארכת תקופה זו אינו תהליך אוטומטי. בשני מקרי הבוחן, התשתיות שאותם הקים בעל הזיכיון אינם אמורים להישאר בידי בעל הזיכיון בתום מועד הזיכיון. כלומר, הבעלות על התשתית מותנית בקיום הזיכיון. חשוב להדגיש כי בשני מקרי הבוחן, הוחלט על סיום משטר הזיכיונות וזאת לאור ההחלטה על פתיחת שווקים אלו לתחרות. עם זאת, בשני המקרים הוענקה לבעל הזיכיון המקורי הזכות להמשיך להפעיל את הנכסים, וזאת בתמורה לתשלום מסוים למדינה.

הניתוח בחיבור זה יהיה ניתוח איכותני של המסמכים הבאים : הסכמים, חוות דעת, חקיקה, דיונים בוועדות של הכנסת, פניות לבתי המשפט ופסיקות של בתי המשפט – וזאת בכדי ליצור סקירה מקיפה של הנושא ולעמוד על השתלשלות העניינים בכל מקרה. במסגרת הניתוח, אחשוף שיקולים ואינטרסים שונים של המוסדות הרגולטורים השונים, וזאת בכדי לבקר את התוצאה הסופית של כל מקרה.

6. פרשת בתי הזיקוק

6.1 רקע סטטוטורי

פקודת אמנות הנפט האנגלו-אירניות, 1938 נתנה תוקף לשתי אמנות שנחתמו בשנים 1933 ו-1938 בין הנציב העליון לבין חברת הנפט האנגלו-אירנית בע"מ (להלן – החברה הבריטית) והסדירו את הכרוך בזיקוק דלקים והעברתם דרך ארץ ישראל (להלן – הזיכיון). במסגרת אמנות אלו, נקבעו מספר הוראות החשובות לעניינו: במסגרת הזיכיון, לחברה הבריטית הוענקו זכות להעברת דלק בצינורות "דרך אדמת פלסטינה" וכן זכות להקמת, החזקת והפעלת בתי זיקוק, קווי צינור, תחנות שאיבה, משרדים, בתי מלאכה, מחסנים, מכלי אכסון לנפט ולמים, קווי נפט גז ומים ועוד.

תקופת הזיכיון נקבעה באמנה משנת 1933 ל-70 שנים, כך שתוקף הזיכיון היה אמור לפקוע באוקטובר 2003. על פי תנאי הזיכיון, יועברו במועד פקיעת הזיכיון כל נכסי דלא נידי של החברה וכל המחוברים להם שהם חלק מן המפעל לבעלות הנציב העליון (כיום הממשלה) ללא תשלום. הזיכיון כולל התחייבות של הנציב העליון (כיום הממשלה) לשקול באהדה את הארכת הזיכיון בתנאים שיסוכמו.

אשר לקרקעות, ניתנה לחברה זכות לחכור קרקעות מדינה בדמי חכירה נומינליים – לגבי קווי צינורות, תחנת שאיבה, חוות מכלים ובתי זיקוק, ובדמי חכירה לפי שווי – לגבי קרקעות אחרות. עוד נקבע כי קרקעות פרטיות יירכשו על ידי החברה במשא ומתן, ובהעדר הסכמה – יופקעו על חשבון החברה לטובת הנציב העליון (כיום – הממשלה), שתחכירם לחברה.

סעיפים אחרים בזיכיון שחררו את המפעל ממכס על טובין הנחוצים לו, ממסי רכוש, והקנה לחברה זכויות לבנות נמל, להשתמש ברכבות ובכבישים, לבנות מערכת תקשורת, לחפור בארות מים ועוד. עוד נקבע כי השטחים, המוחזקים על ידי החברה והנחוצים למטרות הזיקוק, לא יופקעו ולא יוכנסו לתחום עירייה או רשות אדמיניסטרטיבית או מקומית אחרת. במקום ארנונות, מסים והיטלים מקומיים תשלם החברה תשלום מסוים לנציב העליון (כיום – לממשלה) ובמקום תשלום בעד רשיונות בניה תשלום החברה סכום מסוים לנציב העליון (כיום – לממשלה).

6.2 רקע היסטורי

6.2.1 החברה לישראל

בשנת 1957 רכשה הממשלה את הבעלות על החברה הבריטית, ובאוגוסט 1959 יסדה במקומה את חברת בתי הזיקוק לנפט בע"מ (להלן – בז"ן), וזו פועלת כיום כחלופתה של החברה הבריטית. עד חודש מאי 1971 הייתה בז"ן בבעלותה המלאה של הממשלה, שכן באותה עת רכשה החברה לישראל בע"מ (להלן – החברה לישראל) מניות המקנות לה 26% מהבעלות על בז"ן וזכות סירוב ראשונה, בנוגע לכל המניות שהמדינה תבקש למכור לצד ג' (הקר, 1992). כמו כן, הובטח בהסכם לחברה לישראל דיבידנד בשיעור 9% לשנה בעוד הממשלה מקבלת אחריה 6.75% על מניותיה (הקר, 1992). הוסכם כי רווחים עודפים אחרי חלוקה זו יתחלקו שווה בשווה. המחיר ששילמה החברה לישראל עבור חלקה עמד על 12 מיליון דולרים, אשר יועדו להשקעה בבניית בית הזיקוק באשדוד (הקר, 1992).

6.2.2 הכרזה על בז"ן כמונופול

בשנת 1983, הוכרזה בז"ן כמונופול, בהיותה החברה היחידה העוסקת בזיקוק נפט גולמי. עם זאת, חשוב להדגיש שעמדת המדינה היא כי באופן תיאורטי אין לבז"ן בלעדיות, שכן גם לחברות אחרות עומדת האפשרות להקים בתי זיקוק משלהן ולהתחרות בבז"ן בתנאים שווים (בג"צ 2141/91).

6.2.3 מסמך פוגל-ארד

בתחילת דצמבר 1995 סיכמו מנכ"ל משרד האוצר, מר פוגל, ומנכ"ל משרד האנרגיה והתשתית, מר ארד, הסדר המוכר כמסמך "פוגל-ארד" (מבקר המדינה, 2000). במסמך זה נקבע כי לאחר תום הזיכיון תוותר הממשלה על קבלת נכסי בז"ן, ובז"ן תוותר על יתר הזכויות המוקנות לה במסגרת הזיכיון, למעט הזכות להקים ולהפעיל בתי זיקוק (מבקר המדינה, 2000). עוד נקבע כי בז"ן תשלם לממשלה תשלום שנתי בין 5.8 ל-8.12 מיליון דולרים, בהתאם לרווחיות החברה מפעילות הזיקוק בלבד לפני מס ולאחר ניכוי התשלום לממשלה (5.8 מיליון דולר כאשר הרווח נמוך מ-33 מיליון דולרים ו-8.12 מיליון דולרים כאשר הרווח גבוה מ-33 מיליון דולרים) (מבקר המדינה, 2000). בבסיס ההסכם הוערך שווי המפעל והמקרקעין בכ-278 מיליון דולרים, מתוך פשרה כי בהערכה זו תיכלל מחצית מבית הזיקוק באשדוד (מבקר המדינה, 2000). ההסדר האמור לעיל היה אמור לצאת לפועל לאחר שיאשרו אותו הממשלה ודירקטוריון בז"ן, רק "לאחר שיושג הסכם בין הממשלה לבין החברה לישראל בע"מ בקשר לזכויות המיוחדות שהוענקו לחברה במסגרת ההסכם משנת 1971" (מבקר המדינה, 2000). החברה לישראל לא הסכימה לוותר על זכות הסירוב הראשונה, ולפיכך לא אשרר דירקטוריון בז"ן את הסיכום בדבר המשך הזיכיון, והוא לא יצא לפועל (מבקר המדינה, 2000).

6.2.4 החלטת ממשלה

ב-22.8.99 החליטה הממשלה, "במטרה לקדם את התחרות בענף הזיקוק בישראל, יש לפעול ליצירת תחרות בין בית הזיקוק בחיפה לבית הזיקוק באשדוד, תוך הפרדת הבעלות עליהם" (החלטת ממשלה 126, 1999). ההחלטה מבוססת על דו"ח ועדת גרונאו משנת 1996 אשר בחן את מבנה משק הדלק והמליץ על פיצול בז"ן במטרה לייעל את המשק ולצמצם את פערי התיווך ועלויות הזיקוק. דו"ח זה העריך את אי היעילות המתקיימת במקטע הזיקוק בכ-200-150 מיליון שקלים חדשים בשנה. בעקבות החלטת הממשלה, ועדת השרים לענייני הפרטה החליטה עקרונית ביום 22.10.99 להפריט את חברת בז"ן בדרך של פיצול בין בתי הזיקוק כאמור.

6.2.5 הסכם גלעד

6.2.5.1 עיקרי הסכם גלעד

הקבינט הכלכלי החברתי אישר ביום 25 בנובמבר 2002 הסדר נכסים והפעלה לבז"ן לאחר תום הזיכיון באוקטובר 2003. ביום 2.12.02 חתמו הממשלה, החברה לישראל ובז"ן על ההסדר. עיקרי ההסדר (הסדר עקרוני, 2002):

- א. עמדת המדינה היא כי מכוח ההוראות המנויות בתוספת לפקודת אמנות השמן האנגלו אירניות מס' 34 משנת 1938 הרי בתום תקופת הזיכיון (18.10.03) יחזרו כל נכסי בז"ן לבעלות המדינה חינם. בז"ן והחברה לישראל חולקות על עמדה זו של המדינה וטוענות כי מכוח אותן ההוראות כל נכסי בז"ן אינם חוזרים לבעלות המדינה חינם. כדי למנוע התדיינות משפטית במחלוקת העלולה לפגוע בבז"ן ובפעולותיה השוטפות, ייכנס לתוקפו הסדר ולפיו: 1. בז"ן תהא רשאית להמשיך ולהחזיק בנכסים שהחזיקה ערב תום הזיכיון 2. בכפוף להתניות המפורטות בהסדר לא יבוצע שינוי כלשהו ברישום הנכסים 3. בז"ן תשלם דמי הרשאה כקבוע בהסדר זה למדינה.
- ב. תחולת ההסדר היא ל-25 שנים, מתום תקופת הזיכיון. לבז"ן יש אופציה להארכה ב-25 שנים נוספות.
- ג. הצדדים שומרים לעצמם את הזכות לפנות לבית המשפט לבירור המחלוקת בדבר העברת נכסי בז"ן למדינה, אולם כל הכרעה בעניין תיושם רק לאחר תקופת ההסדר, או על פי אופציית ההארכה שניתנה, בתום 25 שנים נוספות.

- ד. הצדדים הסכימו כי המדינה תרשום הערת אזהרה על תוכנו של הסדר זה על כל נכסי המקרקעין וכי המדינה רשאית למחוק את הערת האזהרה בכל עת.
- ה. במהלך תקופת ההסדר רשאית בז"ן לבצע פעולות בנכסים במהלך העסקים הרגיל וההכרעה לגבי המחלוקת בדבר מעמד הנכסים תחול גם על התמורות מפעולות כאמור וכן על נכסים שתרכוש בעתיד בז"ן. עסקה לגבי מקרקעין¹ לא תחשב עסקה במהלך העסקים הרגיל אלא באישור מראש ובכתב של החשב הכללי, אשר יפעל לעניין זה בהתאם להחלטת ממשלה מספר 2796 מיום 25.11.2002.
- ו. בז"ן מתחייבת להכין בתוך חודשיים מיום חתימת ההסכם בראשי תיבות רשימה של כלל הנכסים, כאשר היא תציין את הנכסים שלפי עמדתה היו אמורים לחזור למדינה בתום תקופת הזיכיון אלמלא הסדר זה ואשר יוחזרו בתום תקופת ההסדר.
- ז. בז"ן תשלם למדינה "דמי הרשאה" שנתיים להפעלת הנכסים בסכומים שבין 3 ל-11.6 מיליון דולרים בשנה, לפי הרווח השנתי שלה.
- ח. הזיכיון מסתיים לכל דבר ועניין באוקטובר 2003. עם תום תקופת הזיכיון יבוטלו כל זכויות בז"ן הנובעות מכוח הזיכיון.
- ט. ידוע לבז"ן ולחברה לישראל כי בכוונת הממשלה ליזום חקיקה להסדרת משק הדלק, לרבות גולציה אשר יכול ותשפיע על ההסכם.
- י. ההסדר כפוף לקבלת כל האישורים הנדרשים לפי הדין ובהתאם להנחיות היועץ המשפטי לממשלה, לרבות פטור ממכרז, אם וככל שיידרש, ואישורים של הדירקטוריונים של חברות בז"ן והחברה לישראל.

6.2.5.2 נספח ג' להסכם גלעד

נספח ג' להסכם גלעד הסדיר את היחסים בין המדינה לבין החברה לישראל. במסגרת נספח זה, החברה לישראל נתנה לממשלה הרשאה בלתי חוזרת לפעול בשמה למימוש הפיצול (בין בית הזיקוק בחיפה לבית הזיקוק באשדוד) כמחזיקה לכל דבר ועניין ב-26% ממניות בז"ן, לרבות שימוש בזכויות ההצבעה שמקנות המניות שבידי החברה לישראל באספות בעלי המניות בבז"ן שיכונסו למטרה זו. כמו כן, הסכימו הממשלה והחברה לישראל לפעול לעניין פיצול בז"ן, והחברה לישראל הסכימה שבמסגרת הפיצול תבוטל זכות הסירוב הראשונה שלה למכירת מניות הממשלה בבז"ן לצדדים שלישיים. בנוסף, ניתנה לחברה לישראל הזכות לבחור האם ברצונה למכור את מניותיה או לקבל לבעלותה את כל הון המניות המונפק של אותה חברה שתהיה הבעלים של אחד מבתי הזיקוק המפוצלים. החברה לישראל הודיעה כי ברצונה לממש את האופציה למכור את מניותיה לממשלה. בהתאם להערכות שווי שנעשו אחרי חתימת ההסכם ובהתאם לו, צפויה הייתה החברה לישראל לקבל מהמדינה 120 מיליון דולרים בצמוד למדד ובתוספת 6% ריבית שנתית. בתוך זמן קצר, עתרה התנועה לאיכות השלטון כנגד הסכם גלעד ובפרט כנגד נספח ג' והצטברה ביקורת ציבורית עזה כנגד ההסכם האמור (בג"צ 4999/03). בעקבות זאת, קיבלה ועדת שרים לענייני חברה וכלכלה ביום 29.7.04 את ההחלטה חכ/107 "פיצול חברת בתי הזיקוק בע"מ והפרטה", ובמסגרתה הוטל על החשב הכללי לתקן את נספח ג', המסדיר את היחסים בין המדינה לבין החברה לישראל. החלטה כזו הייתה אפשרית שכן, כניסתו לתוקף של הסכם גלעד היה כפוף לקבלת פטור ממכרז, שטרם נתקבל. הצדדים סיכמו ביניהם נוסח מתוקן של נספח ג', אך בטרם חתימה על נוסח זה התגלעה מחלוקת נוספת בין הצדדים בכל, שסיכלה את האפשרות לחתום על הנוסח המתוקן. באותו נוסח מתוקן, נקבע כי סכום התמורה שהחברה לישראל תקבל בגין מניותיה בבז"ן יוצמד לתשואה על ההון העצמי של בז"ן. בנספח ג'

¹ למעט שיעבוד במהלך העסקים הרגיל שלא יעלה על תקופת ההסדר.

המקורי, סכום התמורה היה אמור להיות צמוד למדד בתוספת 6% ריבית שנתית. המשמעות של שוני זה בין הנוסחים טמון בנסיבות חיצוניות אשר השפיעו על שוויה של חברת בז"ן. בשנים האחרונות, עלתה שוויה של חברת בז"ן מכ-500 מיליון דולרים לכ-3 מיליארד דולרים, בין היתר, בשל המחסור העולמי בכושר זיקוק שהביא לעלייה תלולה במחירי הדלק (כהן, 2005). עולה מכך, שבלא הגבלה – התמורה שהחברה לישראל הייתה אמורה לקבל מהמדינה לפי הנוסח המתוקן יהיה גדול בהרבה מסכום התמורה שנקבע בנספח ג' המקורי. ואולם, נציגי המדינה טענו כי ברור מאליהם כי קיימת הגבלה על הסכומים המפורטים בנוסח המתוקן של נספח ג' (קסלר, 2005). מטרתו העיקרית של צוות המשא ומתן שמונה על ידי הממשלה היתה שיפור מצבה של המדינה בתנאי הסכם העקרונות הקיים, בין היתר לאור החלטות הממשלה בסוגיה. לכן, לטענת המדינה לא יעלה על הדעת כי היא תחתום עם החברה לישראל על הסכם מתוקן בו היא עלולה לשלם סכום גבוה מהסכום הנקוב בנספח ג' המקורי (קסלר, 2005). מכאן, שבכל מקרה הסכום שישולם לחברה לישראל לא יעלה על התמורות שהחברה לישראל היתה זכאית להן על פי הסכם העקרונות המקורי, קרי 120 מיליון דולרים. בעקבות זאת, החברה לישראל התחילה להרהר בכדאיות העסקה ולשקול במקום זאת המשך אחזקה במניות, שכן שווי מניותיה היה גדול בהרבה מ-120 מיליון דולרים וקרוב יותר לכחצי מיליארד דולרים (כהן, 2005).

בסופו של דבר, נחתם נוסח מתוקן אחר של נספח ג' (להלן: נספח ג' המתוקן החתום). לפיו, החברה לישראל תמכור את מניותיה בתמורה לכ-120 מיליון דולרים צמודים למדד ובתוספת ריבית בשיעור שנתי של 6%. יחד עם זאת, נקבע כי "זכותה של החברה לישראל לנקוט בכל הליך משפטי כפי שתמצא לנכון, על פי עמדתה, בכל הנוגע לסכום התמורה בגין הממכר לרבות תביעה להגדלתו והתאמתו לשווי הממכר ("ההליך היזום"), לשון אחר – המחלוקת תהיה כספית בלבד ביחס לשווי הממכר ובלבד שההליך היזום יינקט בכל מועד החל ממועד העברת הממכר לממשלה ועד לתום 90 ימים מן אותו יום שבו בז"ן תחדל להיות חברה ממשלתית". במקרה של הגשת הליך משפטי כאמור על ידי החברה לישראל, נשמרה גם זכותה של המדינה לנקוט בהליך משפטי "כפי שתמצא לנכון על פי עמדתה בכל הנוגע לסכום התמורה בגין הממכר ולשווי לרבות תביעה להשבתו של סכום התמורה". ההסכם האמור נחתם ביום 7 בנובמבר 2005 ושר האוצר אישר בפטור ממכרז את הסדר העקרונות מיום 2.12.02 ואת נספח ג' המתוקן החתום. סיום הליכים אלו סללו את הדרך למכירת חלקה של החברה לישראל למדינה ולפיצול והפרטת חברת בז"ן הזיקוק.

6.3 מעמד הנכסים שבהם השתמש בעל הזיכיון בעת פקיעת הזיכיון

שאלת פרשנות ההוראה המפורטת להלן, על ההכרעה הנגזרת ממנה בדבר מעמד נכסי בז"ן עם פקיעת הזיכיון, עומדת בבסיס המחלוקת שהתגלעה בין הצדדים הנוגעים בדבר:

"בתום מועד הזיכיון תבואנה לידי גמר הזכויות שניתנו לחברה על פי אמנה זו וכל נכסי דנידי של החברה וכל הקבועות שלה בפלשתינה (א"י), שהם חלק מן המפעל, יהיו קנינו של הנציב העליון שיקבלם חינם...²".

המדינה טענה כי בתום תקופת הזיכיון, על פי תנאי האמנה, חוזרים למדינה כל נכסי החברה (הקר, 1992). לטענת המדינה, אין בתנאי הזיכיון כל הבחנה בין מקרקעין שנמסרו לחברה מתוקף הזיכיון על ידי ממשלת המנדט – 400 דונם להקמת מפעל הזיקוק בחיפה – לבין מקרקעין שרכשה החברה מכספה במשך השנים, ומכאן שכל השטחים (3000 דונם) וכל הנכסים על שטחים אלו צריכים להיות מוחזרים למדינה בלא תמורה (הקר, 1992).

לטענת המדינה, ההנחה העומדת בבסיס ההוראה כי "עם פקיעת הזיכיון כל נכסי דלא נידי של החברה וכל המחוברים להם שהם חלק מן המפעל יעברו לממשלה ללא תשלום" היתה כי הזכויות הניתנות על פי הזיכיון

²סעיף ב' בחלק א' לתוספת של פקודת אמנות השמן האנגלו-איראניות, מס' 34 לשנת 1938.

יחזירו לחברה את השקעתה במרוצת תקופת הזיכיון בתוספת רווחים, באופן שהעברת המפעל לממשלה לא תהווה עוול כלפיה מצד אחד, ותאפשר לממשלה להחליט באופן בלתי תלוי על המשך ניצול הקרקע והמתקנים, ועל מדיניותה כלפי בז"ן והזכויות שיש להעניק לה. ברור כי בעת החתימה על האמנות לא היה ידוע מה יהיה מצב המפעל בתום תקופת הזיכיון – האם יהיה גרוטאה שמוטב לסלקה מן המקום ולנצל את השטח למטרה אחרת, או מפעל מרוויח ומשגשג (הקר, 1992). כיום אין ספק כי זכות זו של הממשלה שווה ממון רב.

לעומת זאת, גורסים בז"ן והחברה לישראל כי "נכסי הזיכיון" בהם מדובר כוללים שטח של כ-400 דונם בלבד שניתן בעת הענקת הזיכיון על ידי הנציב העליון שכן שאר הנכסים – 2600 דונם (להלן – הקרקעות החדשות) - נרכשו במחיר מלא בכספי החברה שניתן היה לחלקם כדיבידנד (תגובות חברת בז"ן והחברה לישראל בבג"צ 4999/03). הקרקעות החדשות נרשמו בטאבו על שם בז"ן, מבלי שהמדינה טרחה לרשום הערת אזהרה בגינן, ומשכך, אין הן כלולות בזיכיון ולא חלה חובה להחזירם למדינה (תגובת חברת בז"ן בבג"צ 4999/03). אסמכתא נוספת לעמדתה מביאה בז"ן בכך שהמדינה עצמה מכרה לבז"ן קרקעות בתנאי שוק רגילים (ובתוכן חטיבות קרקע של מאות דונם) והחכירה לה קרקעות לתקופות חכירה שמעבר לשנת 2003 – המועד שבו פוקע הזיכיון על פי האמנה (תגובת חברת בז"ן בבג"צ 4999/03).

בצל מחלוקת זו, באו הצדדים להסדיר את מעמד הנכסים עם פקיעת הזיכיון. בהבנות פוגל-ארד נקבע כי לאחר תום הזיכיון תותר הממשלה על קבלת נכסי בז"ן, ובז"ן תותר על יתר הזכויות המוקנות לה במסגרת הזיכיון, למעט הזכות להקים ולהפעיל בתי זיקוק. כאמור, הסיכום האמור לא התגבש לכלל הסכם. לעומת זאת, בהסכם גלעד המדינה לא ויתרה על קבלת נכסי בז"ן בתום הזיכיון, אלא הגיעה להסכם שלפיו המדינה, בז"ן והחברה לישראל חלוקים על מעמד הנכסים בתום הזיכיון וכי כל הכרעה בדבר מעמד נכסי בז"ן תיושם רק לאחר תקופת ההסדר (25 שנים מתום תקופת הזיכיון, בצירוף אופציה להארכה של עוד 25 שנים). כמו כן, נקבע כי המדינה תרשום הערת אזהרה על תוכנו של ההסכם על כל נכסי המקרקעין. עוד נקבע כי בז"ן מתחייבת להכין בתוך חודשיים מיום חתימת ההסכם רשימה של כלל הנכסים, כאשר ברשימה זו תציין את הנכסים שלפי עמדתה היו אמורים לחזור למדינה בתום תקופת הזיכיון אלמלא הסדר זה ואשר יוחזרו בתום תקופת ההסדר.

6.4 הארכה זה פקטו של הזכות הבלעדית למתן שירות או מוצר

הצדדים הנוגעים בדבר חלקו על הוראה נוספת באמנות ולפיה :

" .. בתום הזיכיון, או קודם לכן, מתחייב הנציב העליון, אם החברה תרצה בכך, לעיין מתוך אהדה בבקשה להארכתו של הזיכיון או לחדשו בתנאים שיבוא עליהם הסכם ...".

עמדת המדינה היא כי אכן על הממשלה לשקול באהדה הבקשה, וזאת מכוח הסעיף שבזיכיון, אך יש לשים את הדגש על המלים "לשקול" ו"בתנאים שיבוא עליהם הסכם". אין כל חובה להאריך הזיכיון (הקר, 1992). מאידך, עומדת חובת הממשלה לשקול באהדה את הארכת הזיכיון, בתנאים שיוסכמו. לדעת המדינה, ברור כי גם לחובה זו יש לתת תוכן מעשי וממשי (הקר, 1992). במסגרת קבלת ההחלטה האם להאריך את הזיכיון ובאילו תנאים, יש להביא בחשבון את מכלול האינטרסים של כל אחד מן הגורמים הבאים: חברת בז"ן, החברה לישראל והממשלה. מבחינת הממשלה יש לשים לב להיבטים השונים הבאים (הקר, 1992):

- א. הממשלה כבעלת מניות;
- ב. הממשלה כאחראית למשק ולכלכלת המדינה, ובכלל זה לתפקודו של משק הדלק;
- ג. הממשלה כגורם שלטוני בתחום שבהם ניתנו זכויות יתר בזיכיון (תכנון ובניה, שלטון מקומי);
- ד. הממשלה כזכאית לקבל את רכוש החברה בתום התקופה.

לעומת זאת, גורסות חברות בז"ן והחברה לישראל כי "חובת" אהדה משמעותה חובה להאריך את תקופת הזיכיון, אלא אם כן מתקיימים שיקולים כבדי משקל ביותר, המורים אחרת (תגובות חברת בז"ן והחברה לישראל בבג"צ 4999/03).

בשנת 1996, חתמה בז"ן הסכמי הלוואות עם הבנקים, שלפיהם האחרונים היו רשאים לדרוש פירעון מידי של ההלוואות אם עד יום 1.1.2003 לא יוארך הזיכיון במלואו, אם תופרט החברה, או אם יחולק דיבידנד בתנאים מסוימים או תפוצל החברה (מבקר המדינה, 2000). יש להדגיש כי פירעון מידי של ההלוואות היה יכול להביא לדרדורה ואף לחיסולה של חברת בז"ן, המהווה את ליבו של משק הדלק בישראל והמשפיעה על כלכלת ישראל כולה.

רשות החברות הממשלתיות ביקשה מבז"ן, שלא תחתום על הסכמים לנטילת הלוואות בתנאים האמורים, כדי לא להגביל את החופש של הממשלה כבעלים וכריבון להחליט על אי הארכת הזיכיון, על הפרטת בז"ן ועל ביצוע שינויים מבניים בענף הזיקוק לפני ההפרטה (מבקר המדינה, 2000). ואולם, דירקטוריון בז"ן לא דן בבקשת הרשות וטען כי התניות בהסכמי בז"ן עם הבנקים, הנן תניות המקובלות בעולם העסקי, והן סוכמו בין בז"ן לבין הבנקים קודם לפניית הרשות לבז"ן, כך שבז"ן מחויבת לקיים את תנאי ההלוואות שסוכמו עם הבנקים (מבקר המדינה, 2000).

בהסכם גלעד נקבע כי הזיכיון מסתיים לכל דבר ועניין באוקטובר 2003. עם תום תקופת הזיכיון יבוטלו כל זכויות בז"ן הנובעות מכוח הזיכיון (ובין היתר, זכויות היתר הקשורים ברישוי ובשלטון המקומי). במקום זאת, נקבע הסדר של "הרשאה להמשך פעילות" לתקופה של 25 שנים, מתום תקופת הזיכיון. בנוסף, נקבע כי לבז"ן יש אופציה להארכת ההסדר ב-25 שנים נוספות.

6.5 גובה התמורה בעבור ההטבה הגלומה בהמשך תפעול הנכסים

בפרשת בתי זיקוק, דמי ההרשאה מייצגים את התמורה שמשלמת חברת בז"ן למדינה בעבור ההטבה הגלומה בהמשך תפעול הנכסים. לטענת שני הצדדים הנוגעים בדבר, על דמי ההרשאה להתבסס על שווי הזכויות המועברות לחברת בז"ן. שווי הזכויות המועברות לחברת בז"ן תלוי בשאלת מעמד הנכסים. לגרסתה של המדינה, עם תום הזיכיון חלה על בז"ן חובה להחזיר את כל נכסי החברה לידי המדינה. כך, שכאשר מעריכים את שווי ההטבה הגלומה בהמשך תפעול הנכסים, יש להתבסס על הערכות שווי של כל נכסי בז"ן אשר המדינה מעבירה לידי בז"ן. לעומת זאת, לטענת חברת בז"ן לא חלה עליה כל חובה להחזיר את כל נכסיה למדינה בתום תקופת הזיכיון, אלא לכל היותר עליה להחזיר כ-400 דונם למדינה (תגובת חברת בז"ן בבג"צ 4999/03). כך, שכאשר מעריכים את שווי ההטבה הגלומה בהמשך תפעול הנכסים, יש להתבסס לכל היותר על הערכות שווי של חלק קטן מנכסי בז"ן (כ-400 דונם בלבד), אשר המדינה מעבירה לידי בז"ן. מכאן, שגובה "דמי ההרשאה" צריכים להיות נמוכים ביותר.

בהסכם גלעד נקבע כי בז"ן תשלם למדינה "דמי הרשאה" שנתיים להפעלת הנכסים בסכומים שבין 3 ל-11.6 מיליון דולרים בשנה, לפי הרווח השנתי שלה, וזאת לכל תקופת ההסדר. במכתבו מיום 27 בנובמבר 2002 ליועץ המשפטי לממשלה, ציין החשב הכללי, ניר גלעד, את שיקוליו בקביעת דמי ההרשאה מההיבטים האלה: שווי הנכסים³, הסדר ההבנות פוגל-ארד⁴, יכולת בז"ן לעמוד בתשלום, ההשפעה על הליך ההפרטה, המדינה כבעלים של בז"ן, המדינה כבעלת נכסי בז"ן השייכים למדינה וההשפעה על תעריפי המוצרים של בז"ן.

³ הערכות השווי לנכסי החברה שונות מאוד ובכל מקרה מושפעות רבות מהמחלוקות בין הצדדים בענין מעמד הנכסים.
⁴ בהסכם פוגל-ארד נקבע כי בז"ן תשלם לממשלה תשלום שנתי בין 5.8 ל-8.12 מיליון דולרים, בהתאם לרווחיות החברה מפעילות הזיקוק בלבד לפני מס ולאחר ניכוי התשלום לממשלה (5.8 מיליון דולר כאשר הרווח נמוך מ-33 מיליון דולרים ו-8.12 מיליון דולרים כאשר הרווח גבוה מ-33 מיליון דולרים).

7. פרשת הכבלים

7.1 רקע סטטוטורי

ההסדרים להקמת מערכת הכבלים ולהפעלת שידורי הטלוויזיה באמצעותה נקבעו בחוק הבזק, התשמ"ב – 1982, וכן בתקנות ובכללים לפיו. חוק הבזק הסדיר את רישוי שידורי הכבלים במשטר של זיכיונות אזוריים אשר הוענקו לבעלי זיכיון במכרז לתקופה קצובה ובתנאים של בלעדיות. תקופת תוקפם של הזיכיונות לשידורי כבלים והסכמות להאריכה נקבעו בתקנה 2 לתקנות הבזק (זיכיונות), התשמ"ח – 1987 (להלן: תקנות הזיכיונות). לפי תקנה זו, תקופת תקפו של זיכיון לשידורי כבלים היא בין שנים עשרה לחמש עשרה שנים, כך שתוקפם של הזיכיונות ל-12 שנים אמור היה להסתיים עד מרץ 2002, ואילו תוקפם של הזיכיונות ל-15 שנים היה אמור להסתיים במרץ 2005. עוד נקבע כי במידה וראה השר, לאחר התייעצות במועצת הכבלים והלווין, כי בעל זיכיון מילא בקפידה אחר הוראות החוק, התקנות לפיו, כללי המועצה ותנאי הזיכיון וכי פעל בהתמדה לשיפור השירותים, גיוונם והרחבת היקפם, רשאי היה להאריך את תקופת תוקפו של הזיכיון בשידורי כבלים לארבע שנים נוספות. בנוסף, נקבע בחוק הבזק כי במועד סיום הזיכיון ייערך מכרז וינתן זיכיון חדש לזוכה. לפי סעיף 6א(ב) לחוק הבזק, ירכוש בעל הזיכיון החדש, בתשלום, מאת בעל הזיכיון הקודם את זכויותיו בתחנת השידור ששימשה לשידוריו.

7.2 רקע היסטורי

7.2.1 בלעדיות בהולכת שידורי הכבלים

בשנת 1990 ובהתאם להוראות חוק הבזק, הוענקו בדרך של מכרז זיכיונות אזוריים ובלעדיים לתקופה קצובה. כל בעל זיכיון הקים ופרש את תשתיות הכבלים באזורו. אחת הטענות המרכזיות שהובילו להענקת זיכיונות בלעדיים לשידור היה שענף שידורי טלוויזיה רב ערוצית הוא ענף הנתון למונופול טבעי (אזרחי, גושן וקומנשטר, 2001). כידוע, חלק משמעותי מעלות הולכת שידורי טלוויזיה לבית המנוי הנה העלות ה"קבועה" המושקעת בתשתית בטרם הועבר האות הראשון. המוביל היה צריך להשקיע בתשתית כדי לאפשר העברת שידורים. אם מונחת רשת אחרת של כבלים דומה, הרי שפריסת רשת נוספת מתחרה רק מגדילה את עלות התשתית, מבלי להגדיל באופן נחוץ את קיבולת האספקה או פוטנציאל השידור. לפיכך, עדיף מבחינה כלכלית-חברתית להניח כבל אחד עם כושר הולכה גדול מאשר להתיר פעילות למספר מובילים "קטנים" (אזרחי, גושן וקומנשטר, 2001).

7.2.2 בעלות על תשתית ותוכן גם יחד

יש להדגיש כי בתחום השידורים פעלו חברות הכבלים מאז הקמתן במבנה שאינו מושתת על הפרדה בין בעלות על תשתית ובעלות על תוכן (אזרחי, גושן וקומנשטר, 2001). כלומר, חברות הכבלים היו בעלים הן של תשתית הכבלים והן של התוכן המועבר באמצעות התשתית. חברות הכבלים מציעות למנויים חבילת ערוצים מורחבת זהה תמורת תשלום חודשי אחיד. החבילה כוללת כ-45 ערוצים, ולמנויים אין כל אפשרות בחירה של מקבצי ערוצים במחירים שונים (מזוז, 2000). בחבילה חמישה ערוצים מרכזיים. שניים מהערוצים המרכזיים (ערוץ המשפחה וערוץ הסרטים) מופקים, נרכשים ומועברים לשידור על ידי חברת ICP המוחזקת בבעלות משותפת של חברות הכבלים, בהסדר כובל שאושר על ידי בית הדין להגבלים עסקיים (תיק ה"ע 466/95)⁵. שלושת הערוצים המרכזיים האחרים (ערוץ הספורט, ערוץ הילדים וערוץ התרבות, מדע וטבע) מופקים על ידי שתי חברות עצמאיות, ונמכרים בבלעדיות לחברות

⁵ יצוין כי ביולי 2000 אושר הסדר כובל, שבמסגרתו חברות הכבלים תשתפנה פעולה ברכש, הפקה ועריכה של תכני שידור או ערוצי שידור באמצעות חברת ICP ומפיק עצמאי, אשר ישודרו על ידי חברות הכבלים כל אחת באזור הזיכיון שלה. האישור האמור ניתן בכפוף לתנאים שנקבעו לגבי הסדר הבטחת הנגישות לתוכן, השקעה בהפקות מקומיות, האיסור על בלעדיות ברכישה של תכני שידור ושידור של תכנים שנרכשו בבלעדיות והפקה באמצעות מפיקי ערוץ עצמאיים (תיק 3276/99).

הכבלים (מזוז, 2000). בתחילת שנת 2000, הכריז הממונה על ההגבלים העסקיים על כל אחת מחברות הכבלים כמונופול אזורי בתחום שידורי הטלוויזיה הרב-ערוציים (החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים מיום 8.11.1999).

ריכוז השליטה בתחום התכנים יחד עם השליטה בהולכה, יוצרת מוקדי כוח בתחום התקשורת שיש בהם כדי לסכן את המשטר הדמוקרטי (אזרחי, גושן וקומנשטר, 2001). יש לזכור כי אמצעי התקשורת הם האמצעים העיקריים למימושן של זכויות יסוד בחברה דמוקרטית, לאמור – חופש הביטוי, חופש המידע והפרסום וזכות הציבור לדעת. קיומן של זכויות יסוד אלה מבטיח את חוסנו ויציבותו של המשטר הדמוקרטי ומשמר את יעילות הליכי קבלת ההחלטות השלטוניות. ריכוז השליטה בתחום התכנים יחד עם השליטה בהולכה, עלול לצמצם את גיוון וריבוי הדעות בנוף התקשורת, למנוע הפצה של מידע חיוני לאזרחי המדינה ולערער את פעולתו של המשטר הדמוקרטי (אזרחי, גושן, לשם, 2003).

7.2.3 כניסת מתחרה חדש - הלווין

ביום 5.1.98 התקבל בכנסת תיקון עקיף לחוק הבזק, במסגרת החוק להגברת הצמיחה והתעסוקה ולהשגת יעדי התקציב לשנת הכספים 1998 (תיקוני חקיקה), התשנ"ח – 1998. תיקון זה אפשר לשר התקשורת להעניק רשיונות לשידורי לוויין בהתאם להוראות החוק. רשיון אחד כאמור ניתן ביום 4.1.99 לחברת די.בי.אס שירותי לוויין (1998) בע"מ (אשר כיום נקראת חברת יס) (מזוז, 2000). בראש הקבוצה עמדה חברת בזק, שעם הקמת חברת יס נהייתה לבעלת המניות הגדולה ביותר בקבוצה, עם 30% (מזוז, 2000). בעקבות חקיקת תיקון זה לחוק, עתרו חברות הכבלים לבג"צ בבקשה שיוורה על ביטול החוק, בהיותו פוגע, בין השאר, בבלעדיות שהובטחה להן בתחום שידורי הטלוויזיה הרב-ערוציים (מזוז, 2000). בתשובה לעתירה זו טענה המדינה כי לחברות הכבלים לא הוקנתה בלעדיות בתחום היצע שידורי טלוויזיה רב-ערוציים, אלא להקמת רשת כבלים, להפעלתה ולהפצת שידורי טלוויזיה ושירותים נוספים באמצעות רשת הכבלים בלבד (מזוז, 2000). ביום 17.7.2000 ניתן פסק דין בעניין שדחה את העתירה (בג"ץ 508/98). באותו פסק דין נקבע כי הוראות חוק הבזק, אשר הקנו לבעל הזיכיון (חברות הכבלים) זכות להפיץ את שידוריהם באמצעות רשת הכבלים, לא הקנו לבעל הזיכיון זכות קניין כמשמעותו בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בית המשפט אף קבע כי גם אם חוק הבזק הקנה לבעל הזיכיון זכות קניין, וכי התיקון לחוק פגע בזכות הקניין, עדיין אין בכך כדי לשלול את תוקף התיקון שכן התיקון עומד בתנאים של פסקת ההגבלה.

7.2.4 התפתחויות טכנולוגיות

בסוף שנות התשעים חלה התפתחות טכנולוגית בתחום התקשורת, ושעיקרה – היכולת להפוך את רשת הכבלים, תוך שדרוג, בהשקעה נוספת, למערכת תקשורת המסוגלת בעת ובעונה אחת ליתן שירותי טלפוניה, להעביר ערוצי שידור רבים, לתת שירותים דו כיווניים, ולשמש פלטפורמה להעברת אינטרנט מהיר (רובינשטיין, 2000). נוכח האמור לעיל באשר לזמינותה ולמרכזיותה של תשתית הכבלים, שר התקשורת היה מעוניין בהחדרה מואצת של שירותי אינטרנט מהיר, תוך פתיחת השוק האמור לתחרות בין חברות הכבלים לבין חברת בזק (רובינשטיין, 2000). שר התקשורת ביקש להשיג מטרות אלו באמצעות רשיונות למפעיל פנים ארצי לכל מי שיעמוד בתנאים שייקבעו בתקנות, ובין היתר לחברות הכבלים. מכוח הרשיון האמור למפעיל פנים ארצי, היו חברות הכבלים אמורות להיות רשאיות להמשיך ולעשות שימוש בתשתית הכבלים לתקופה של 10 או 12 שנים, אשר בסיומה ניתן להאריכה מפעם בפעם, ללא הגבלה – לתקופות נוספות של 10 שנים כל אחת. ואולם, היועץ המשפטי לממשלה שלל אפשרות זו וקבע כי השר אינו רשאי לתת רשיונות כאמור בלא הסמכה מתאימה בחקיקה ראשית (רובינשטיין, 2000). היועץ המשפטי לממשלה גם שלל אפשרות של מתן רשיונות כללים למפעיל תקשורת פנים ארצי שהם קצרי טווח, כלומר עד למועד תום הזיכיונות באזורים השונים (רובינשטיין, 2000). היועץ המשפטי לממשלה נימק זאת בקובעו כי אין בסיס משפטי מוצק שעליו ניתן להשתית מתן רשיון קצר מועד ואף אם היה כזה, ספק רב אם היה בהחלטה כאמור כדי לאזן כראוי בין

השיקולים המפורטים בסעיף 4 לחוק הבזק: שיקולים הנוגעים למדיניות הממשלה בתחום הבזק, שיקולים שבטובת הציבור, התאמתו של מבקש הרשיון לבצע את פעולות הבזק ולתת את שירותי הבזק שלגביהם הוא מבקש רשיון ותרומת מתן הרשיון לתחרות בתחום הבזק ולרמת השירותים בו.

7.2.5 תיקון לחוק הבזק

בשל הצורך בהתאמת החוק למציאות התקשורת החדשה, הציעה הממשלה תיקון רחב היקף לחוק הבזק. הצעה זו באה בתקופה שבה החלה להתקיים תחרות אפקטיבית בתחום השידורים בין חברות הכבלים לבין חברת יס ובתקופה שהממשלה רצתה בפתירת שוק הטלקומוניקציה לתחרות בין חברות הכבלים לבין חברת בזק.

תיקון 25 לחוק הבזק שהתקבל בשנת 2001, בין השאר, הסב את הסדרת שידורי הכבלים ממשטר של זיכיונות למשטר של רשיונות שידור, ארוכי טווח ובלא בלעדיות. ההסדר האמור הסמיך את שר התקשורת להעניק רשיונות לשידורי טלקומוניקציה ואת המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין להעניק רשיונות שידור. בהתאם לזאת, תשתית הכבלים הקיימת יכלה מאותו מועד לשמש הן לשידורי טלקומוניקציה והן לשידורים. כמו כן, חויבו חברות הכבלים בתשלום שהוערך בכ-600 מיליון שקלים חדשים בעבור ההטבה הגלומה בהמשך תפעול תשתיות הכבלים. בהתאם לזאת, ויתרה המדינה על תביעותיה הנוגעות למעמד תשתיות הכבלים והתשתיות נותרו בבעלות חברות הכבלים. שינויים אלה הביאו לפתיחת שוק האינטרנט המהיר ואפשרו את התחרות המיוחלת בין חברת בזק לבין חברות הכבלים בתחום.

7.3 מעמד הנכסים שבהם השתמש בעל הזיכיון בעת פקיעת הזיכיון

שאלת פרשנותו של סעיף 6א(ב) לחוק הבזק, כנוסחו ערב תיקון 25, על ההכרעה הנגזרת ממנה בדבר קיומה – או העדרה – של חובה על חברות הכבלים להעביר, בתשלום, עם תום תקופת הזיכיון – את תשתית הכבלים לזכיין החדש, עמדה בבסיס המחלוקת שהתגלעה בין כל הצדדים הנוגעים בדבר. סעיף 6א(ב) קובע כך:

”בוטל או פג תקפו של זיכיון וניתן זיכיון חדש במקומו, ירכוש בעל הזיכיון החדש, בתשלום, מאת בעל הזיכיון הקודם את זכויותיו בתחנת השידור ששימשה לשידוריו, ובלבד שהתחנה ראויה לשימוש לצורכי המשך השידורים; באין הסכמה בין בעלי הזיכיונות בדבר מצבה של תחנת השידור כאמור או בדבר גובה התשלום בעדה – יכריע השר במחלוקת ורשאי הוא לפטור מרכישת תחנת השידור, כולה או חלקה; על החלטת השר ניתן לערער לפני בית המשפט.”

עמדת משרד האוצר הייתה כי מנוסח הסעיף ומהגיונו של דברים עולה, שעל בעל הזיכיון החדש מוטלת חובה מוחלטת לרכוש את תשתית הכבלים (כל עוד זו ראויה לשימוש לצורכי המשך השידורים) מבעל הזיכיון הקודם, וברור כי חובה זו כוללת גם את חובתו של בעל הזיכיון הקודם למכור תשתית זו לבעל הזיכיון החדש (מזוז, 2000).

עמדת משרד התקשורת הייתה, כי לזכיין הקודם הזכות למכור, אם הוא חפץ בכך, ואזי חובתו של הזכיין החדש לרכוש ממנו. לפיכך, יש לפרש את הסעיף באופן שהרשת תיוותר בבעלות הזכיין הקודם (כלומר, חברות הכבלים) אם זו אינה מעוניינת במכירת התשתית, והזכיין החדש ירכוש זכות שימוש בלבד (רובינשטיין, 2000).

חברות הכבלים, כמו משרד התקשורת, גרסו אף הן כי הסעיף אינו מטיל חובת מכירה. הן טענו שהבעלות במערכת הכבלים היא של בעל הזיכיון, והטלת חובת מכירה משמעה פגיעה בקניין (רובינשטיין, 2000). המחלוקת הובאה להכרעתו של היועץ המשפטי לממשלה אשר קבע כי הפרשנות המתבקשת והנכונה להוראת סעיף 6א(ב) לחוק היא כי עם תום תקופת הזיכיון, על בעל הזיכיון הקודם, שפג תקפו, להעביר תמורת תשלום, את התשתית לבעל הזיכיון החדש, שייבחר בדרך של מכרז. כלומר, בעל הזיכיון החדש חייב לרכוש את זכויותיו של בעל הזיכיון הקודם ב"תחנת השידור" וזה חייב למכרן לו.

המשמעות של הכרעה זו היא כי הבעלות של חברות הכבלים על תשתית הכבלים מותנית בקיום הזיכיון. במועד פקיעת הזיכיון, אין חברות הכבלים יכולות לטעון לבעלות על תשתית זו, שכן חלה עליהן חובה למכור אותה לבעל הזיכיון החדש (רובינשטיין, 2000). ההסדר האמור אינו מחייב את בעל הזיכיון החדש ובעל הזיכיון הקודם לבצע עסקה בה יועבר כלל "העסק החי" לזוכה במכרז. החובה היחידה הקבועה היא זו הנוגעת לתשתית הפיסית (רובינשטיין, 2000).

עוד הוסיף היועץ כי ההסדר הקבוע בסעיף 6א(ב) לא נועד רק להגנתם של בעלי הזיכיון לשידורי כבלים, אלא נקבע מתוך הצורך להבטיח רציפות השידורים וכן מטעמים משקיים לאומיים, הנעוצים ברצון למנוע בזוז משאבים שבהנחת תשתית נוספת בפרישה ארצית, תוך חיוב הציבור לשאת בעלויותיה פעם אחר פעם (רובינשטיין, 2000).

במסגרת תיקון 25 לחוק הבזק, בוטל סעיף 6א(ב) ובמקומו נקבע הסדר שלפיו בעל הזיכיון ישלם למדינה תמורה לפי הסכם שנחתם בין המדינה לבין בעלי הזיכיונות (חברות הכבלים), בשל כך שהוא יהיה רשאי להמשיך ולהפעיל את התשתית גם לאחר תום תקופת הזיכיון. במסגרת הסכם זה המדינה ויתרה על כל טענותיה הקשורות לתשתית הכבלים – ותשתית הכבלים נותרה בידי בעלי הזיכיונות המקוריים (ועדת הכלכלה של הכנסת, 2001). סוגיית התמורה שחויבו בה חברות הכבלים במסגרת ההסכם תידון בהמשך החיבור.

עם זאת, יש להדגיש כי הבעלות על התשתיות שקיבלו חברות הכבלים הנה מסויגת וזאת מכיוון שבמסגרת תיקון 25 נקבע כי שר התקשורת רשאי לקבוע הוראות בדבר חובת בעל רשיון (ובהם חברות הכבלים) לאפשר גישה (access) אל רשת הבזק הציבורית שלו, לרבות גישה אל מקטעי רשת-גישה (unbundling), מיתקן בזק או מוקד שידור של אחר וכן שימוש בהם. בצד חובה זו, ישולם עבור שירות זה סכום (שיתבסס על עלות השירות בתוספת רווח סביר) לבעל הרשיון שבבעלותו התשתית האמורה.

7.4 הארכה זה פקטו של הזכות הבלעדית למתן שירות או מוצר

כאמור, תוקף הזיכיונות נקבע לתקופה שבין שנים עשרה שנים לחמש עשרה שנים ובהתאם לתקנות הזיכיונות, רשאי היה שר התקשורת להאריך את תקופת הזיכיון בארבע שנים נוספות, בכפוף לתנאים הקבועים בהן.

נוכח ההתפתחות הטכנולוגית בתחום התקשורת ובמטרה להניע את התחרות בתחום התקשורת פנים ארצית נייחת, שר התקשורת היה נחוש ליצור עבור חברות הכבלים אופק פעולה שיאפשר להן להשקיע השקעות מאסיביות בפיתוח תשתית הכבלים. מהלך כזה, יכול היה לאפשר לחברות הכבלים לתת לכל מנוייהן שירותי אינטרנט מהיר ושירותים מתקדמים אחרים וליצור תחרות בתחום התקשורת הפנים ארצית נייחת בין חברות הכבלים לבין חברת בזק. ואולם, מנקודת מבטם של חברות הכבלים, לא היה כל צידוק להשקיע בתשתיות הכבלים השקעות ניכרות, כאשר ריחפה מעל תשתיות אלו עננה משפטית בכל הקשור למעמדן.

מאחר וטרם באה השעה להארכת הזיכיונות האמורים על פי תקנות הזיכיונות⁶, משרד התקשורת היה מעוניין לפעול מכוח הסמכות הקבועה בסעיף 4 לחוק הבזק ולתת רשיונות למפעיל פנים ארצי (מפ"א) לכל מי שיעמוד בתנאים שייקבעו בתקנות, ובין היתר לחברות הכבלים. מכוח הרשיון האמור למפעיל פנים ארצי, היו חברות הכבלים אמורות להיות רשאיות להמשיך ולעשות שימוש בתשתית הכבלים לתקופה של 10 או 12 שנים, אשר בסיומה ניתן להאריכה מפעם בפעם, ללא הגבלה – לתקופות נוספות של 10 שנים כל אחת. היועץ המשפטי לממשלה בחוות דעתו מיום 10 באפריל 2000 קבע כי המשמעות המעשית של הענקת רשיונות מפ"א לחברות הכבלים תהיה שבין אם יוארכו זיכיונותיהן לשידורי כבלים ובין אם לאו, יהיה בידיהן רשיון למתן שירותי תקשורת על גבי תשתית הכבלים, שתוקפו הרבה מעבר לתקופת הזיכיון הנוכחית, וזו תהפוך

⁶ בשנת 2000, היועץ המשפטי לממשלה קבע כי "לא ניתן להכריע כבר כיום בשאלת הארכת תוקף הזיכיון, בטרם הגיע המועד להגשת הבקשה להארכה ולדיון בה, ולכאורה תהא בכך פגיעה בזכויותיהן של חברות הכבלים".

בעצם חסרת משמעות. התוצאה תהא, כי לא יהיה עוד מקום לעריכת מכרז לזיכיון לשידורי כבלים, כיוון שלא ניתן יהיה לכפות על החברות את העברת התשתית לזוכה, בשעה שבידיהן רשיון התקף הרבה מעבר לתקופת הזיכיון.

הואיל וכך, המדובר למעשה בריקון מתוכן של הסדר הקבוע בחוק באמצעות פעולה מנהלית. מתן רשיונות כאמור יהיה, אפוא, פעולה בחוסר סמכות, ולמצער – שהשר אינו רשאי לעשותה בגדרי שיקול הדעת, ונדרשת חקיקה ראשית בטרם מתן הרשיונות.

ואולם, בשל הדחיפות שבאספקת שירותי אינטרנט מהיר והרצון להימנע ממצב בו חברת בזק, אשר לה הייתה היכולת ליתן שירותים אלה בטרם כניסתם לשוק של מתחרים חדשים, תפעל לבדה, ביקש שר התקשורת לאפשר לחברות הכבלים להתחרות בחברת בזק מהשלב הראשון באמצעות רשיונות כללים למפעיל תקשורת פנים-ארצי קצרי טווח - עד למועד תום הזיכיונות באזורים השונים⁷. ואולם, היועץ המשפטי לממשלה שלל גם אפשרות זו בחוות דעתו מיום 2 בנובמבר 2000 וקבע כי:

"אין בסיס משפטי מוצק שעליו ניתן להשתית מתן רשיון מפ"א קצר מועד לבעל זיכיון, ויש בכך אף כדי ליצור אנדרוגינוס משפטי ועובדתי, שילווה בשובל של שאלות ובמאבקים בבתי המשפט, במקום הסדרה מתאימה."

עוד הוסיף היועץ, כי אף אם היה בסיס משפטי כאמור, ספק רב אם היה בהחלטה כאמור כדי לאזן כראוי בין השיקולים המפורטים בסעיף 4 לחוק הבזק: שיקולים הנוגעים למדיניות הממשלה בתחום הבזק, שיקולים שבטובת הציבור, התאמתו של מבקש הרשיון לבצע את פעולות הבזק ולתת את שירותי הבזק שלגביהם הוא מבקש רשיון ותרומת מתן הרשיון לתחרות בתחום הבזק ולרמת השירותים בו.

תיקון 25 לחוק הבזק הסב את הסדרת שידורי הכבלים ממשטר של זיכיונות למשטר של רשיונות שידור, ארוכי טווח ובלא בלעדיות. הסבה זו באה בתקופה שבה החלה להתקיים תחרות אפקטיבית בתחום השידורים בין חברות הכבלים לבין חברת יס ובתקופה שהממשלה רצתה בפתיחת שוק הטלקומוניקציה לתחרות בין חברות הכבלים לבין חברת בזק. מכאן, שלא היה צורך להתמודד עם תוצאות של מונופול באמצעות עריכת מכרז על הזכות להיות מונופול – שכן כבר לא אמור היה להיות מונופול. במקום זאת, נדרש הרגולטור להעניק רשיון עיסוק לכל גורם שיעמוד בקריטריונים שייקבעו.

המשמעות המעשית של שינוי זה היה כי עם תום עידן הזיכיונות, לא נדרשו חברות הכבלים (בעלי הזיכיונות) לבקש הארכת או חידוש הזיכיון, אלא הם יכלו, כמו כל חברה, לקבל רשיון כללי ורשיון לשידורי כבלים לפי קריטריונים, החלים על כל החברות המבקשות רשיונות כאמור.

7.5 גובה התמורה בעבור ההטבה הגלומה בהמשך תפעול הנכסים

חוק הבזק, ערב תיקון 25, הסדיר את רישוי שידורי הכבלים במשטר של זיכיונות אזוריים אשר הוענקו לבעלי זיכיון במכרז, לתקופה קצובה ובתנאים של בלעדיות. על פי חוק הבזק דאז, עם סיום הזיכיון, היה על המדינה לערוך מכרז תוך התחרות על גובה התמורה שתשולם לה עבור הזיכיון ולהעניק את הזיכיון לזוכה לתקופה קצובה. ההכנסה הנקיה שהייתה צפויה למדינה מעריכת מכרז לשידורי כבלים על בסיס התשתית הקיימת בתום תקופת הזיכיונות הנוכחיים, לאחר הפחתת שווי התשתית הפיזית שעל בעל הזיכיון החדש לשלם לבעל הזיכיון הקודם לפי סעיף 6א(ב) לחוק, ולאחר הפחתת הפגיעה שנגרמה בכיכול לחברות הכבלים בשל כניסת הלווין (בין אם היתה פגיעה בזכויותיהם ובין אם לאו) - הוערכה על פי אומדני משרד האוצר בכמיליארד וחצי דולרים (מזוז, 2000). חשוב לציין כי בהקשר זה כי משרד התקשורת חלק על אומדן זה (רובינשטיין, 2000). כמו כן סבר משרד התקשורת, לא היה מקום להטלת חובת תשלום בשל "שווי ההטבה", שכן אין מקור סמכות לכך בדין ויש לכך השלכות רחב משמעותיות (רובינשטיין, 2000).

⁷ חשוב לציין בהקשר זה כי חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה מיום 10.4.00 התייחסה לבקשת שר התקשורת להעניק רשיונות מפ"א ארוכי טווח לתקופה של 10 או 12 שנים אשר בסיומה ניתן להאריכה ללא הגבלה – לתקופות נוספות של 10 שנים כל אחת.

כאמור, תיקון 25 לחוק הבזק הסב את הסדרת שידורי הכבלים למשטר של רשיונות שידור, ארוכי טווח ובלא בלעדיות. הרציונל העומד בבסיס דרישת התשלום עבור הזכות הבלעדית לספק מוצר או שירות, אבד לאור פתיחת שוק התקשורת לתחרות. מכאן, שאין עוד מקום לגבות תשלום בגין עצם קבלת הרשיון (מעבר לתשלום אגרה).

עם זאת, סבר משרד האוצר כי אין כל הצדקה שבמסגרת פתיחת תחום התקשורת הפנים הארצית נייחת לתחרות והמעבר למדיניות של מתן רשיון לכל גורם שיעמוד בקריטריונים שייקבעו, ההטבה הגלומה בהמשך התפעול של תשתית הכבלים הקיימת לאחר תום תקופת הזיכיונות, תאבד למדינה ותוענק דווקא לחברות הכבלים, על חשבון כלל הציבור, וזאת רק בשל העובדה כי בעת שינוי המדיניות חברות הכבלים היו בעלי הזיכיונות, אף שבאותה עת נותרו שנים ספורות בלבד לזיכיונותיהן לזכות שניתנה להן לפעול על בסיס תשתיות אלו (מזוז, 2000).

בהתאם לגישה זו, הצעת חוק הבזק (תיקון מס' 24), התשס"א – 2000 מטעם הממשלה קבעה כי בעל זיכיון - המבקש לקבל רשיון כללי לביצוע פעולות בזק ולמתן שירותי בזק באמצעות רשת הכבלים המשמשת לשידורים בידי בעל הזיכיון - ישלם למדינה תמורה אשר תשקף את היתרון שניתן ליחס לעובדה שהשירותים יינתנו, בהתאם לכל הוראות הרשיון, באמצעות התשתית הקיימת, שהוקמה על פי זיכיון לזמן קצוב ובתנאי בלעדיות. לפי ההצעה הממשלתית, אופן קביעת שיעור התמורה יהיה באמצעות הערכה שיבצע מומחה חיצוני, אחד או יותר, אותו ימנה שר התקשורת בהסכמת שר האוצר. המומחה יקבע את התמורה בשיעור יחסי מתאים מתוך הערך הכלכלי שצמח לבעל הזיכיון בעקבות ביטולו של סעיף 6א(ב) והענקת האפשרות להמשיך ולהפעיל את התשתית לשם מתן שירותי בזק ושידורים לאחר תום תקופת הזיכיון בלא מכרז (להלן – השיעור המתאים), תוך ניכוי התשלום שהיה משולם על פי דין לבעל הזיכיון אלמלא בוטל סעיף 6א(ב).

בנוסף להצעת חוק זו, בפני ועדת הכלכלה של הכנסת עמדה הצעת חוק נוספת מטעם ועדת הכלכלה. לפי הצעת חוק זו, המעריך מוסמך לקבוע גם את שאלת עצם החבות לשלם למדינה תמורה. בנוסף קבעה ההצעה כי זהותו של המעריך יקבע בהסכמת בעל הזיכיון, ובהעדר הסכמה – על ידי נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים.

חשוב לציין כי עקב האכילס בשתי הצעות אלו היה בפרטנציאל הגלום בהם לעיכוב פתיחת שוק התקשורת לתחרות. הצעות אלו פתחו פתח להליכים ממושכים של ויכוחים על עצם התמורה וגובהה. על כן, המדינה חתרה להגיע להסכם עם חברות הכבלים על גובה התמורה שעל חברות הכבלים לשלם למדינה, שכן הסכמה כזו תאפשר תחרות בתחום התקשורת וכך היא עשתה.

גובה התמורה שנקבעה בהסכם עם חברות הכבלים בעבור ההטבה הגלומה בהמשך תפעול הנכסים הוערך על ידי משרד האוצר בכ-600 מיליון שקלים חדשים (ועדת הכלכלה של הכנסת, 2001). על פי תנאי ההסכם, התשלום ייעשה בשיעורים מתוך הכנסות של חברות הכבלים כולן (להבדיל מרווחיהן) – הכנסות משירותי כבלים, משירותי תקשורת וגם מכל השירותים שניתן לצפות כי יינתנו על תשתית הכבלים בעתיד⁸. התשלום האמור נפרס על פני 12 שנים, החל ביום 1.1.2003, בשיעורים דיפרנציאליים שהם פונקציה של היקף ההכנסות הכולל. במסגרת ההסכם, חברות הכבלים ויתרו על טענותיהם בכל הקשור לפיצוי בגין כניסת הלווין.

כאמור, חברות הכבלים שילמו את התמורה שנקבעה בהסכם והמדינה הסירה את כל תביעותיה הקשורות בתשתית הכבלים ובכך נסללה הדרך לפתיחת שוק התקשורת לתחרות.

⁸ פרטי ההסכם בדבר גובה התמורה מאמצים את חוות דעתו של מעריך, ד"ר אילן מעוז, אשר התבקש להגיש למשרד האוצר הערכה על בסיס הצעת החוק של הממשלה.

8. ניתוח מקרי הבוחן

בפרק זה אבחן כיצד המוסדות הרגולטורים השונים קיבלו החלטות בשתי סיטואציות של פקיעת זיכיון (פרשת בתי הזיקוק ופרשת הכבלים), וזאת בראי תיאורית הרגולטור השבוי. כאמור, מוסד רגולטורי פועל כרגולטור שבוי כאשר הוא אינו פועל לשרת את האינטרס הציבורי (כנדרש ממנו מבחינה נורמטיבית) אלא הוא "שבוי" (captured) בידי הפירמות שעל הסדרתן הוא אמון. הניתוח ייעשה במספר שלבים השוואתיים. ראשית, אמפה את האינטרס הציבורי בכל סוגיה. שנית, אצביע על אינטרס הפירמות שעל הסדרתן אמון הרגולטור. לאחר מכן, אבחן האם התוצאה אליה הגיעו הצדדים משרתת את אינטרס הציבור או את הפירמות. הניתוח האמור ייעשה הן בצורת טבלה, שמטרתה לחדד את האינטרסים השונים ולהדגיש את "השורה התחתונה" בכל החלטה, והן בצורה מילולית, וזאת בכדי להסביר את האמור בטבלה, להוסיף מידע חיוני הדרוש להבנת האינטרסים וההחלטות השונות שנתקבלו ולבקר את ההחלטות האמורות, בראי תיאורית הרגולטור השבוי.

8.1 מבוא לניתוח ההשוואתי

בשני מקרי הבוחן, ההחלטות השונות שנתקבלו בתום מועד הזיכיון נתקבלו על ידי הדרג המקצועי במוסדות הרגולטורים ואושרו על ידי הדרג הפוליטי.

ככלל, בסמוך למועד תום הזיכיון ברמת הדרג המקצועי מעורבים שלושה מוסדות רגולטורים – משרד האוצר, המשרד האחראי על התחום הרלוונטי וכן היועץ המשפטי לממשלה. שלושת המוסדות הללו אמורים על הסדרת השווקים השונים, ובענייני הסדרת שוק האנרגיה ושוק התקשורת. ההסדרה האמורה מתבטאת בשני מישורים: עיצוב המדיניות (המתבצעת באמצעות חקיקה ראשית וחקיקת משנה) ורגולציה (המתבצעת למשל באמצעות הסכמים).

משרד האוצר אחראי על המדיניות הפיסקלית בשווקים השונים. המשרד הממונה על התחום הרלוונטי מומחה באותו תחום ומתווה את המדיניות בו. היועץ המשפטי לממשלה מייעץ לממשלה ולמשרדי הממשלה השונים ומנחה אותם. על פי המסורת והנהגה בישראל הנחיות היועץ המשפטי לממשלה מחייבות את כל המערכת הממשלתית, ופרשנותו של היועץ המשפטי לממשלה לחוק היא הפרשנות המוסמכת מבחינת רשויות השלטון, כל עוד לא קבע בית המשפט אחרת (הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 1.0000). עניין זה אושר לא אחת בפסיקת בית המשפט העליון (למשל בג"צ 1635/90, בג"צ 3094/93, בג"צ 4287/93 ובג"צ 4247/97).

בפרשת בתי הזיקוק, התקבלה החלטת ממשלה בדבר קידום התחרות בענף הזיקוק, וזאת באמצעות פיצול והפרטת בתי הזיקוק. בהתאם לזאת, פעלו המוסדות הרגולטורים השונים. משרד האוצר גיבש את העקרונות הכלכליים העומדים בבסיס הסכם גלעד והיועץ המשפטי לממשלה אישר ההסכם מבחינה משפטית. חוסר מעורבותו של משרד התשתיות, האחראי על תחום האנרגיה, בולטת בהקשר זה.

בפרשת הכבלים, ניתן לראות דו שיח מתמיד בין שלושת המוסדות הרגולטורים – משרד האוצר, משרד התקשורת והיועץ המשפטי לממשלה. תחילת דו השיח התקיים סביב שתי שאלות מרכזיות: האחת – האם מוטלת חובה על חברות הכבלים להעביר עם תום תקופת הזיכיון את תשתית הכבלים לזכיון החדש; השני – האם רשאי שר התקשורת להעניק רשיון מפ"א ארוך טווח או קצר טווח לחברות הכבלים. משרד האוצר ומשרד התקשורת היו חלוקים בתשובה לשאלות אלו, ועל כן הופנתה המחלוקת להכרעתו של היועץ המשפטי לממשלה. דו השיח בין שלושת המוסדות המשיך בגיבוש הצעת החוק הממשלתית, שעיקרה מעבר ממשטר של זיכיונות למשטר של רשיונות. בהתאם למדיניות שהתגבשה בהצעת החוק, גיבש משרד האוצר את ההסכם בדבר גובה התמורה בעבור ההטבה הגלומה בהמשך התפעול של תשתית הכבלים והיועץ המשפטי לממשלה אישר ההסכם מבחינה משפטית.

בשני מקרי הבוחן, משרד האוצר שימש כגורם מרכזי בהסדרת הפעילות באותם ענפים וככזה - מחד, עיצב את המדיניות הכלכלית בענף ומאידך, הגשים את מטרות המדיניות באמצעות כריתת הסכמים. לעומת זאת, מעורבותו של המשרד הרלוונטי הייתה שונה בשני מקרי הבוחן – בפרשת בתי הזיקוק, חוסר מעורבותו של משרד התשתיות הייתה בולטת ולעומת זאת, בפרשת הכבלים, מעורבותו של משרד התקשורת הייתה משמעותית ביותר. יצוין עוד כי בשני מקרי הבוחן היועץ המשפטי לממשלה אישר את ההחלטות השונות שנתקבלו.

בשני מקרי הבוחן, הדרג המקצועי זכה לעצמאות רבה בקבלת ההחלטות השונות, והחלטותיו אושרו על ידי הדרג הפוליטי. בפרשת בתי הזיקוק, הקבינט הכלכלי החברתי בממשלה אישר את הסכם גלעד. רק בעקבות העתירה של התנועה לאיכות השלטון וביקורת ציבורית נוקבת, החליט הקבינט החברתי הכלכלי להטיל על החשב הכללי במשרד האוצר לתקן את נספח ג' להסכם גלעד ובסמוך לחתימתו אישר את התיקון האמור. בפרשת הכבלים, חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה בדבר הענקת רשיון מפ"א היו חוות דעת מחייבות. כמו כן, הדרג המקצועי הוא זה שגיבש את פרטי הצעת החוק הממשלתית, שעיקרה מעבר משיטת זיכיונות לשיטת רשיונות. ועדת שרים לענייני חקיקה בממשלה והכנסת אישרו את נוסח הצעת החוק. גם ההסכם בדבר גובה התמורה שעל חברות הכבלים לשלם למדינה אושר על ידי הדרג הפוליטי.

8.2 מעמד הנכסים שבהם השתמש בעל הזיכיון בעת פקיעת הזיכיון

8.2.1 פרשת בתי הזיקוק

| | |
|----------------|--|
| אינטרס הציבור | בתום תקופת הזיכיון חוזרים כל נכסי החברה לידי המדינה. |
| אינטרס הפירמות | בתום תקופת הזיכיון לא יוחזרו נכסי החברה לידי המדינה. |
| הוסכם | הצדדים חלוקים על מעמד הנכסים בתום הזיכיון וכי כל הכרעה בעניין תיושם רק לאחר תקופת ההסדר (25 שנים מתום תקופת הזיכיון, בצירוף אופציה להארכה של עוד 25 שנים). |

8.2.2 פרשת הכבלים

| | |
|----------------|--|
| אינטרס הציבור | בתום תקופת הזיכיון אין לבעלי הזיכיון בעלות על התשתית. |
| אינטרס הפירמות | בתום תקופת הזיכיון בעלי הזיכיון הם בעלי התשתית. |
| הוסכם | בתום תקופת הזיכיון בעלי הזיכיון הם בעלי התשתית. עם זאת, הבעלות מסויגת – הוטלה חובה עליהם לאפשר לבעלי רשיונות גישה אל התשתית בתמורה לתשלום. |

8.2.3 ניתוח

פקודת אמנות הנפט האנגלו-אירניות קבעה:

"בתום מועד הזיכיון תבואנה לידי גמר הזכויות שניתנו לחברה על פי אמנה זו וכל נכסי דנידי של החברה וכל הקבועות שלה בפלשתינה, שהם חלק מן המפעל, יהיו קניינו של הנציב העליון שיקבלם חינם".

המדינה גורסת כי בתום תקופת הזיכיון חוזרים למדינה כל נכסי החברה בלא תמורה. לעומת זאת, גורסת חברת בז"ן והחברה לישראל כי יש להחזיר למדינה שטח של כ-400 דונם בלבד שניתן בעת הענקת הזיכיון על ידי הנציב העליון שכן שאר הנכסים – כ-2600 דונם נרכשו במחיר מלא בכספי החברה. בסופו של יום הוסכם כי הצדדים חלוקים על מעמד הנכסים בתום הזיכיון וכי כל הכרעה בדבר מעמד נכסי בז"ן תיושם רק לאחר תקופת ההסדר (25 שנים מתום תקופת הזיכיון, בצירוף אופציה להארכה של עוד 25 שנים).

מחד, המדינה לא ויתרה על טענותיה לבעלות על כלל הנכסים שעליהם יושבת בז"ן. יש לזכור כי במאמץ קודם שלא התגבש לכלל הסכם - הבנות פוגל-ארד - נקבע כי המדינה תוותר על קבלת נכסי בז"ן עם תום הזיכיון. כלומר, הסכם גלעד קובע הסדר אשר משרת בצורה טובה יותר את אינטרס הציבור. מאידך, נכסים אלו לא הוחזרו לידי המדינה בתום מועד הזיכיון והנושא נותר במחלוקת. נראה כי במידה והצדדים לא היו קובעים כי הם חלוקים בנושא וכי כל הכרעה תיושם לאחר תקופת ההסדר, אזי נושא מעמד הנכסים היה מופנה לדיון בבית המשפט. דיון והכרעה בבית המשפט היה גוזל זמן רב, מביא לפירעון מיידי של הלוואות חברת בז"ן שמשמעותו דרדורה ואף חיסולה של חברת בז"ן וכן מביא לדחיית ההבנות שנתקבלו במסגרת הסכם גלעד שיאפשרו את פיצול והפרטת חברת בז"ן. כך, שאף אם התוצאה הסופית אינה תואמת את אינטרס הציבור, נראה כי המדינה פעלה כמיטב יכולתה לקידום אינטרס הציבור, זאת בהתחשב באילוצים ובמגבלות שהיו קיימים באותו מועד. ואולם, חשוב לציין בהקשר זה כי המחלוקת בין הצדדים אודות מעמד הנכסים היו ידועות זמן רב לפני תום תקופת הזיכיון. נראה כי היה על המדינה לפנות להכרעה משפטית בעניין מעמד הנכסים מספר שנים לפני תום תקופת הזיכיון. בכך שלא פנתה להכרעה כאמור, נקלעה המדינה לאילוצים קשים שחייבו אותה לפעול שלא בהתאם לאינטרס הציבור.

כמו כן, יש לבחון את משמעות ההסכמה שאליה הגיעו הצדדים לאור הנספח שהסדיר את היחסים בין המדינה לבין החברה לישראל. ההסכמה לדחות את ההכרעה בעניין מעמד הנכסים, השאירה בפועל לתקופה של 25 עד 50 שנים את הנכסים בידי חברת בתי הזיקוק, וזאת במקום להחזיר את כל הנכסים לידי המדינה בתום תקופת הזיכיון. כך, שכאשר החברה לישראל בחרה למכור את מניותיה למדינה, סכום התמורה שתקבל החברה לישראל מהמדינה חושב על בסיס הערכות שווי עדכניות של כלל נכסי בז"ן. ניתן לראות זאת כך שלמעשה הוענקה לחברה לישראל הזכות למכור בכסף מלא למדינה נכס אשר הייתה אמורה להשיב למדינה בלא תמורה באוקטובר 2003. יש עוד לזכור כי גובה התמורה שעליה הוסכם אינו סופי, שכן החברה לישראל רשאית לפנות בעניין זה לערכאות.

בפרשת הכבלים, סעיף 6יא(ב) לחוק הבזק, ערב תיקון 25, קבע כי עם תום הזיכיון, ירכוש בעל הזיכיון החדש בתשלום מאת בעל הזיכיון הקודם את זכויותיו בתשתיות. היועץ המשפטי לממשלה קבע כי הפרשנות המתבקשת והנכונה לסעיף 6יא(ב) היא כי עם תום תקופת הזיכיון חלה חובה על בעל הזיכיון הקודם להעביר תמורת תשלום את התשתית לבעל הזיכיון החדש. כלומר, בתום תקופת הזיכיון אין לבעל הזיכיון בעלות על התשתית. לעומת זאת, גרסו חברות הכבלים כי הבעלות בתשתיות הכבלים היא של בעל הזיכיון וכי לא חלה כל חובה למכור התשתיות עם תום הזיכיון. בסופו של יום הוסכם כי עם תום הזיכיון בעל הזיכיון הם בעלי התשתית. ההסכמה שאליה הגיעו הצדדים תואמת את אינטרס הפירמות בכך שלא מוטלת עליהן כל חובה למכור את התשתיות ואלו נשארות בבעלותן. עם זאת, בעלות זו הנה מסויגת שכן הוטלה חובה עליהן לאפשר לבעלי רשיונות אחרים גישה אל התשתית האמורה ושימוש בה, וזאת בתמורה לתשלום מסוים בגין שירות זה.

לסיכום, ניתן להצביע על התנהגות רגולטורית שבויה בשני מקרי הבוחן. בפרשת בתי הזיקוק, המחלוקת בנושא מעמד הנכסים בתום הזיכיון לא נפתרה ונקבע כי כל הכרעה בעניין תיושם לאחר תקופת ההסדר. מחד, אין בהחלטה זו העדפה לאינטרס הציבור או לאינטרס הפירמות. מאידך, היה בהחלטה זו כדי להיטיב עם החברה לישראל כמתואר לעיל. בפרשת הכבלים, התשתיות נותרו בידי חברות הכבלים, בכפוף לחובתם

לאפשר גישה אל התשתית לבעלי רשיונות אחרים בתמורה לתשלום. נראה כי בכך הייתה העדפה של אינטרס הפירמות על פני אינטרס הציבור.

8.3 הארכה דה פקטו של הזכות הבלעדית למתן שירות או מוצר

8.3.1 פרשת בתי הזיקוק

| | |
|----------------|---|
| אינטרס הציבור | על המדינה לשקול את חידוש הזיכיון אך אין כל חובה להאריכו. |
| אינטרס הפירמות | על המדינה חלה חובה להאריך את תקופת הזיכיון, אלא אם כן מתקיימים שיקולים כבדי משקל ביותר המורים אחרת. |
| הוסכם | הזיכיון מסתיים ובמקום זאת יחול הסדר של "הרשאה להמשך פעילות" לתקופה של 25 שנים עם אופציה להארכה לתקופה כוללת של 50 שנים. |

8.3.2 פרשת הכבלים

| | |
|----------------|---|
| אינטרס הציבור | סיום משטר הזיכיונות והחלפתו במשטר רשיונות ארוכי טווח ובלא בלעדיות. |
| אינטרס הפירמות | זיכיון בלעדי להמשיך ולעשות שימוש בתשתית הכבלים ללא מכרז וללא הגבלת זמן. |
| הוסכם | סיום משטר הזיכיונות והחלפתו במשטר רשיונות ארוכי טווח ובלא בלעדיות. |

8.3.3 ניתוח

פקודת אמנות הנפט האנגלו-אירניות קבעה כי בתום הזיכיון מתחייב הנציב העליון לעיין מתוך אהדה בבקשה להארכתו של הזיכיון. המדינה גרסה כי לא חלה על המדינה חובה להאריך הזיכיון אלא רק לשקול באהדה את הבקשה. לעומת זאת, גרסו חברת בז"ן והחברה לישראל כי על המדינה חלה חובה להאריך את תקופת הזיכיון, אלא אם כן מתקיימים שיקולים כבדי משקל ביותר המורים אחרת. בסופו של יום הוסכם כי הזיכיון מסתיים ובמקום זאת יחול הסדר של "הרשאה להמשך פעילות" לתקופה של 25 שנים עם אופציה להארכה לתקופה כוללת של 50 שנים.

כאמור לעיל, בוטל הזיכיון, קרי הזכות הבלעדית למתן שירות או מוצר. במקום זאת, יחול הסדר "הרשאה להמשך פעילות" המאפשר לחברת בז"ן להמשיך ולזקק נפט. מחד, המשמעות המעשית של הסדר "הרשאה להמשך פעילות", הוא הארכה דה פקטו של הזכות הבלעדית של חברת בז"ן להחזיק ולהפעיל את בתי הזיקוק וזאת לתקופה שיכולה להגיע ל-50 שנים. מאידך, ניתן לטעון כי בביטול זכות הסירוב הראשונה של החברה לישראל, נסללה הדרך למכירת חלקה של החברה לישראל למדינה ולפיצול והפרטת חברת בתי הזיקוק. פיצול והפרטה כאמור תביא בטווח הארוך לביטול הבלעדיות בענף זיקוק הנפט בישראל.

לפי חוק הבזק, ערב תיקון 25, תוקף הזיכיונות נקבע לתקופה שבין שנים עשרה שנים לחמש עשרה שנים ובהתאם לתקנות הזיכיונות, רשאי היה שר התקשורת להאריך את תקופת הזיכיון בארבע שנים נוספות, בכפוף לתנאים הקבועים בהן. חברות הכבלים היו מעונינות בהארכת הזיכיון הבלעדי להמשיך ולעשות שימוש בתשתית הכבלים. היועץ המשפטי לממשלה ומשרד האוצר הצליחו להדוף את הניסיונות להעניק רשיון לחברות הכבלים שתוקפו הרבה מעבר לזיכיון ושמשמעותו הפיכת משטר הזיכיונות לריק מתוכן, לפני

החלפתו באופן מסודר במשטר חדש של רשיונות. הדבר אינו מובן מאליו לאור הלחץ הכבד שהופעל עליהם כדי לאפשר לחברות הכבלים להשתמש ברשת שלהם כדי לספק שירותי אינטרנט ולהתחרות בחברת בזק. בסופו של יום, תיקון 25 לחוק הבזק הסב את הסדרת שידורי הכבלים ממשטר של זיכיונות למשטר של רשיונות שידור, ארוכי טווח ובלא בלעדיות. כלומר, לחברות הכבלים בוטל הזיכיון הבלעדי להמשיך ולעשות שימוש בתשתית הכבלים. במקום זאת, נקבעו כללים שלפיהם יהיו זכאים, כמו חברות אחרות העומדות בקריטריונים מסוימים, לרשיון כאמור. כלומר, בוטלה הזכות הבלעדית לעשות שימוש בתשתית הכבלים. כאמור לעיל, חברות הכבלים חויבו לאפשר גישה אל התשתית שלהן לבעלי רשיון אחרים. כך נראה שהתוצאה בסופו של יום תואמת את אינטרס הציבור.

אולם, התמונה אינה כה ורודה. לחברות הכבלים היה בתחילה זיכיון אשר הארכתו היה מותנה בתנאים. גורמים רבים, ובהם משרד האוצר, גרסו כי חברות הכבלים לא עמדו בתנאים הנדרשים להארכת הזיכיון (מזוז, 2000). במידה ומשטר הזיכיונות היה ממשיך לחול, ייתכן ולא היו זכאים להארכת זיכיונם. ואולם, במעבר משיטת זיכיונות ורשיונות, בוטלו התנאים שבהם היו צריכים לעמוד, ובמקום זאת נקבעו תנאים חדשים לרשיון, שכל חברה המבקשת לקבלו חייבת לעמוד בהם. כך שבפועל, אף על שלא עמדו בתנאים להמשך אספקת שידורים, זכו מן ההפקר מן המעבר לשיטת רשיונות ויכלו עתה לקבל רשיון ארוך טווח לא רק לאספקת שידורים אלא גם לאספקת שירותים נוספים (טלקומוניקציה). מאידך, אין מקום להפלות את חברות הכבלים בקבלת רשיון, שכן מדובר ברשיון לעיסוק שיש להעניקו לכל גורם שיעמוד בקריטריונים שוויוניים.

לסיכום, בשני מקרי הבוחן הוארכה הזכות למתן השירות או המוצר. בפרשת בתי הזיקוק, זכתה חברת בתי הזיקוק בהרשאה להמשך פעילות לתקופה של 25 שנים עם אופציה להארכה לתקופה כוללת של 50 שנים. בפרשת הכבלים, זכו חברות הכבלים לרשיון לאספקת שידורים. ואולם, בשני מקרי הבוחן ניתן לומר כי בוטלה הבלעדיות שבאספקת השירות או המוצר. בפרשת בתי הזיקוק נסללה הדרך למכירת חלקה של החברה לישראל למדינה ולפיצול והפרטת חברת בתי הזיקוק. פיצול והפרטה כאמור תביא בטווח הארוך לביטול הבלעדיות בענף זיקוק הנפט. בפרשת הכבלים, נקבעו כללים שיאפשרו לחברות אחרות לעשות שימוש בתשתיות הכבלים לצורך פעולה בשוק הטלקומוניקציה והשידורים. כך, שנראה כי בהקשר זה לא ניתן להצביע על התנהגות רגולטורית שבויה בשני מקרי הבוחן.

8.4 גובה התמורה בעבור ההטבה הגלומה בהמשך תפעול הנכסים

8.4.1 פרשת בתי הזיקוק

| | |
|----------------|---|
| אינטרס הציבור | דמי ההרשאה צריכים להיקבע בהתאם לשווי הזכויות המועברות לחברת בז"ן, כלומר על פי שווי מלוא הנכסים של בז"ן. |
| אינטרס הפירמות | דמי ההרשאה צריכים להיקבע בהתאם לשווי הזכויות המועברות לחברת בז"ן, כלומר על פי שווי 400 דונם בלבד. |
| הוסכם | דמי ההרשאה מבוססים על השיקולים הבאים: שווי הנכסים, הסדר הבנות פוגל-ארד, יכולת בז"ן לעמוד בתשלום, ההשפעה על הליך ההפרטה, המדינה כבעלים של בז"ן, המדינה כבעלת נכסי בז"ן השייכים למדינה וההשפעה על תעריפי המוצרים של בז"ן. |

8.4.2 פרשת הכבלים

| | |
|----------------|---|
| אינטרס הציבור | חברות הכבלים ישלמו למדינה כמיליארד וחצי דולרים. |
| אינטרס הפירמות | אין מקום להטלת תשלום על חברות הכבלים |
| הוסכם | חברות הכבלים ישלמו למדינה 600 מיליון שקלים חדשים. |

8.4.3 ניתוח

בפרשת בתי הזיקוק, שני הצדדים הסכימו כי דמי ההרשאה צריכים להיקבע בהתאם לשווי הזכויות המועברות לחברת בז"ן. לגרסתה של המדינה, עם תום הזיכיון חלה חובה להחזיר את כל נכסי החברה לידי המדינה. כך, כאשר מעריכים את שווי ההטבה הגלומה בהמשך תפעול הנכסים, יש להתבסס על הערכות שווי של כל נכסי בז"ן אשר המדינה מעבירה לידי בז"ן. לעומת זאת, לטענת חברת בז"ן לא חלה עליה חובה להחזיר עם תום תקופת הזיכיון את כל נכסיה למדינה, אלא לכל היותר עליה להחזיר כ-400 דונם למדינה. כך, כאשר מעריכים את שווי ההטבה הגלומה בהמשך תפעול הנכסים, יש להתבסס לכל היותר על הערכות שווי של חלק קטן מנכסי בז"ן (כ-400 דונם), אשר המדינה מעבירה לידי בז"ן. בשל מחלוקת זו, הצדדים הסכימו על גובה דמי הרשאה אשר מתבסס על הערכות שווי של כלל נכסי בז"ן אך נמוך מכך. מחד, ניתן להבין הסכמה זאת, לאור המחלוקת שנותרה בין הצדדים. מאידך, כפי שנאמר לעיל, במידה ונושא מעמד הנכסים היה מוכרע עוד קודם לתום תקופת הזיכיון, דמי ההרשאה היו משקפים את השווי האמיתי של המשאב שהועבר לחברת בז"ן.

מכל מקום, אין בקיומה של המחלוקת האמורה בכדי להצדיק את העובדה שהצדדים הסתמכו על הערכות שווי ישנות משנת 1995. לדעת מבקר המדינה, מן הראוי היה להכין הערכות שווי חדשות לפני החתימה על ההסדר, כדי שניתן יהיה לגזור מהן את דמי ההרשאה במהלך 50 השנים הבאות (מבקר המדינה, 2003). בהקשר זה, יש לציין כי הערכות שווי אכן נעשו לאחר חתימת ההסכם, אך לצורך חישוב התמורה שהחברה לישראל תקבל עבור מכירת מניותיה למדינה.

יש להדגיש כי קביעת גובה דמי הרשאה התבססה על מספר נוסף של שיקולים מלבד שווי נכסי חברת בז"ן ואלה הם: הסדר ההבנות פוגל-ארד, יכולת בז"ן לעמוד בתשלום, ההשפעה על הליך ההפרטה, המדינה כבעלים של בז"ן, המדינה כבעלת נכסי בז"ן וההשפעה על תעריפי המוצרים של בז"ן. שיקולים אלה גרמו להנמכה נוספת של גובה דמי ההרשאה.

בפרשת הכבלים, משרד האוצר תחילה העריך את שווי ההטבה הגלומה בהמשך התפעול של תשתית הכבלים הקיימת לאחר תום תקופת הזיכיונות בכ-מיליארד וחצי דולרים. במשטר זיכיונות, סכום זה היה אמור להיות משולם לקופת המדינה לתקופת הזיכיון ובסופה היה אמור להיערך מכרז נוסף בתשלום נוסף. עם המעבר לשיטת רשיונות, הוסכם על סכום חד פעמי של 600 מיליון שקלים חדשים. הירידה המשמעותית בשווי ההטבה הגלומה בהמשך תפעול של תשתית הכבלים מרימה גבה, ואף יותר מכך.

לסיכום, נראה כי בפרשת הכבלים המדינה פעלה באופן מובהק כרגולטור שבוי. לעומת זאת, בפרשת בתי הזיקוק, לא ניתן לקבוע באופן חד משמעי כי המדינה פעלה כרגולטור שבוי, וזאת לאור המחלוקת בדבר מעמד הנכסים.

9. רגולטור שבו – האמנם?

אם כן, ניתן להצביע בשני מקרי הבוחן על התנהגות רגולטורית שבוייה בסיטואציות של פקיעת זיכיון. ואולם, ניתן לחלוק על מסקנה זו. ניתן לטעון כי בשני מקרי הבוחן המוסדות הרגולטורים העדיפו את ערך התחרות על פני כל השיקולים האחרים. החלטת הממשלה בעניין בתי הזיקוק קבעה "במטרה לקדם את התחרות בענף הזיקוק בישראל, יש לפעול ליצירת תחרות בין בית הזיקוק בחיפה לבית הזיקוק באשדוד, תוך הפרדת הבעלות עליהם." גם בעניין חברות הכבלים, תוקן חוק הבזק, על מנת להתאימו לתחרות האפקטיבית שהחלה להתקיים בענף השידורים בין חברות הכבלים לבין הלווין, ולאפשר תחרות בענף הטלקומוניקציה בין חברות הכבלים לבין חברת בזק.

גם בית המשפט העליון הכיר בחשיבותו של ערך התחרות וקבע כי:

"דוקטרינת התחרות החופשית מהווה אחת מדוקטרינות התשתית בשיטת המשפט בישראל.

דוקטרינה זו של התחרות החופשית שוזרת עצמה כיסוד בשיקול דעתן של רשויות מוסמכות,

ובעיקר אמורים הדברים, בנושאי כלכלה ומשק (בג"צ 5812/00).

עוד קבע בית המשפט כי:

"חופש התחרות מונח, בין היתר, בבסיס חופש העיסוק המוגן בחוק יסוד: חופש העיסוק.... כך

ידעתו כי תחרות חופשית, בהיבטה האחד – הציבורי – חיונית להשגת יעילות במשק והיא הערובה

לאספקת מוצרים ושירותים בתנאים הטובים ביותר. התחרות היא שמבטיחה את הקצאת

המשאבים האופטימלית בחברה ... בהיבט השני – האישי – משרתת התחרות את פיתוח אישיותו

של הפרט, מהווה היא ערוץ למימוש שאיפותיו ומקנה היא את החיוניות הנדרשת לפעילותו.

בהיבטה זה הייתה התחרות החופשית לזכות חוקתית המוגנת במסגרת חופש העיסוק ... זכות זו

מוקנית היא לעוסק בין כפרט ובין כתאגיד (בג"צ 4915/00).

ואולם, תתכנה נסיבות בהן חופש העיסוק והתחרות החופשית יוגבלו נוכח זכויות-יסוד או אינטרסים

מתחרים אחרים הנעוצים בשלום הציבור ובטובת הכלל (בג"צ 4769/95). בית המשפט העליון אף קבע כי

החלטה אשר נסמכת אך על ערך התחרות החופשית הינה החלטה שאינה סבירה:

"לו היה המנהל מייסד את החלטת הסירוב אך על עקרון התחרות החופשית בלבד, קרוב להניח כי

היינו רואים בהחלטתו החלטה שאינה עוברת את סף הסבירות והחוקיות. לו כך היה, היינו אנו

אומרים כי המנהל שקל, אמנם, את כל השיקולים שלעניין, אך העיוות במשקל שייחס לשיקולים

השונים שלעניין הוא כה חריף; האיזון בין השיקולים הוא כה בלתי-סביר ובלתי-ראוי; עד

שהחלטתו אינה יכולה לעמוד על רגליה, ובנסותה לעמוד על רגליה קורסת היא מיידית (בג"צ

5812/00).

נראה כי בשני מקרי הבוחן ייחסו המוסדות הרגולטורים לערך התחרות משקל עדיף על פני שיקולים

ואינטרסים אחרים, כגון מעמד הנכסים שבהם השתמש בעל הזיכיון וגובה התמורה בעבור ההטבה הגלומה

בהמשך תפעול הנכסים.

ואולם, אין בכוונתי לבחון את סבירות ההחלטות – האם המוסדות הרגולטורים שקלו את כל השיקולים

העניינים, והאם ניתן משקל ראוי לשיקולים השונים. טענתי היא אחרת. אף אם ההחלטות האמורות היו

סבירות מבחינה משפטית, הרצון בקידום התחרות אינו המשתנה היחיד אשר גרם למוסדות הרגולטורים

להעניק משקל נחות לפרמטרים שנבדקו במסגרת חיבור זה.

כלומר, ישנם משתנים נוספים מלבד הרצון בתחרות אשר אפשרו למוסדות הרגולטורים להעניק משקל נחות

לפרמטרים האמורים. משתנים אלה עוסקים במבנה המוסדי של הרגולציה בישראל. מבנה המוסדות

הרגולטורים וכן יחסי הגומלין בין המוסדות הרגולטורים לבין יתר רשויות השלטון – הרשות המחוקקת

והרשות השופטת - משליכים על מידת המגבלות שיוטלו על המוסדות הרגולטורים בהפעלת סמכויותיהם.

העדר קיומם של מגבלות אפקטיביות כאמור, מחריף בעיות רגולטוריות בכלל, ובעיית הרגולטור השבוי

בפרט. על כן, אפנה לבחינת המבנה המוסדי של הרגולציה בישראל. אנתח את המבנה המוסדי של הרגולציה

והשלכתו על קיומם או העדר קיומם של מגבלות אפקטיביות על שיקול דעתם של המוסדות הרגולטורים, בהתבסס על מחקרם של לוי וספילר.

10. המבנה המוסדי של הרגולציה בישראל

10.1 יחסי הגומלין בין הרשות המבצעת לבין הרשות המחוקקת

יחסי הגומלין בין הרשות המבצעת (שבה יושבים המוסדות הרגולטורים) לבין הרשות המחוקקת משליכים על מידת המגבלות שיוטלו על המוסדות הרגולטורים בהפעלת סמכויותיהם. ככל שבכוחה של הרשות המחוקקת להטיל מגבלות על שיקול דעת שרירותי, כך רגולציה תהיה אמינה יותר ובעיות רגולטוריות – כגון בעיית הרגולטור השבוי – תקטנה.

בשיטות ממשל פרלמנטריות שבהן הרשות המבצעת היא חזקה ביותר, ואף נוטה להשתלט על סדר היום ועל החלטות הרשות המחוקקת, חקיקה לא תהווה בלם מספק כנגד שיקול דעת רגולטורי שרירותי, שכן הרשות המבצעת יכולה בלא קשיים רבים לשנות את החקיקה במידת הצורך (Levy and Spiller, 1996). נראה כי יחסי הגומלין המתוארים כאן מתאימים ליחסי הגומלין הקיימים במדינת ישראל. אחד הסממנים לכך שהרשות המבצעת בישראל היא חזקה ביותר, ואף נוטה להשתלט על החלטות הרשות המחוקקת הוא השימוש הגובר בחוקים מסוגו של חוק ההסדרים. השימוש אינו עוד רק אגב תקציב המדינה, אלא גם כחלק מתכנית כלכלית של הממשלה במהלך השנה. החוקים מסוגו של חוק ההסדרים מתאפיינים בכך שהם מורכבים ממכלול של נושאים ומשמשים "אמצעי סל" לביצוע תיקוני חקיקה בתחומים רבים ומגוונים. זאת ועוד, חוקים אלו מתאפיינים בהליך חקיקה מהיר וחריג. נציב הדורות הבאים בכנסת התייחס במכתבו מנובמבר 2003 לתופעה שחוק ההסדרים יוצר:

"הכנסת הולכת ומאבדת לא רק את כוחה ועצמאותה כרשות מחוקקת אלא גם את יכולתה כרשות מפקחת על פעולות הממשלה ... כך מופר האיזון העדין שבין הרשויות כולן".
השופטת בייניש גם התייחסה למנגנון החקיקה של חוק ההסדרים באומרה כי (בג"צ 4885/03):

"מנגנון חקיקה זה המשמש את הממשלה כאמצעי "להתגבר על מכשולים פרלמנטריים" (ובמילים אחרות, להימנע מביקורת פרלמנטרית אפקטיבית על יוזמות החקיקה של הממשלה), עלול לפגוע באיזון הראוי, על פי עקרון הפרדת הרשויות, בין הרשות המבצעת לרשות המחוקקת בהליך החקיקה."

גם השופט חשין היטיב לתאר את השפעותיו של הליך החקיקה של חוקים מסוגו של חוק ההסדרים (בג"צ 4885/03):

"ביקשתי לבכות את הליך החקיקה, הליך שהעמיד את הכנסת – מחוקק ישראל – ככלי ריק... נתבונן בהליך החקיקה למתחילתו ועד סופו וידענו כי הלכה למעשה היתה זו הממשלה שחקקה את חוק התוכנית הכלכלית. הכנסת כמו נתפרקה את סמכותה הראשונית לחוקק, והעבירה סמכותה לממשלה. הכנסת – מרצונה – ענתה אמן אחרי החלטות הממשלה, ויתרה מרצונה על סמכותה – על סמכותו העילאה של המחוקק – לקבוע סידרי חיים למדינה..."

לוי וספילר גורסים כי במצב שבו הרשות המבצעת נוטה להשתלט על סדר היום ועל החלטות הרשות המחוקקת, רגולציה הנקבעת בחקיקה אינה מתאימה, שכן היא נתונה לשינוי תמידי ומשכך אינה אמינה. לדידם, במקרים כאלה הרגולציה צריכה להיעשות דרך רשיונות. תחום המשפט אשר צריך להסדיר רגולציה אינו המשפט המנהלי אלא דיני חוזים, וזאת כדי להגביל הן את שיקול דעתו של הרגולטור והן את היכולת לשנות את המערכת הרגולטורית כולה (Levy and Spiller, 1996).

מאידך, ניתן לטעון כי רגולציה שנעשית בדרך של רשיונות מעניקה שיקול דעת רב (ואף רב מידי) למוסדות הרגולטורים. חקיקה היא אחד האמצעים המרכזיים שאמורים להגביל את שיקול דעתם של המוסדות הרגולטורים, ובמצב שבו חקיקה כאמור מעטה, נראה כי בעיות רגולטוריות עתידות לפרוח.

בשני מקרי הבוחן מדינת ישראל אימצה את הדרך החוזית להסדרת הרגולציה. בפרשת בתי הזיקוק, נחתמו שתי אמנות שעוגנו בפקודת אמנות הנפט האנגלו-אירניות. עם סיום הזיכיון, הוסדרו כללי המשחק החדשים בהסכם שנחתם בין מדינת ישראל לבין חברת בתי הזיקוק לבין החברה לישראל. לעומת זאת, בפרשת הכבלים, ההסדרים להקמת מערכת הכבלים ולהפעלת שידורי הטלוויזיה נקבעו בחוק הבזק. עם המעבר ממשטר זיכיונות למשטר של רשיונות שידור נחקק תיקון 25 לחוק הבזק. אמנם, המסגרת הרגולטורית הכללית הותוותה בחקיקה, אך ההסדרים הספציפיים לא נקבעו על ידי המחוקק אלא נותרו למוסדות הרגולטורים – משרד התקשורת, משרד האוצר ומשרד המשפטים – לכרות מעין חוזים (רשיונות) עם הפירמות השונות. גם ההחלטה בדבר התמורה הכלכלית שקיבלה המדינה בעבור ההטבה הגלומה בהמשך תפעול תשתיות הכבלים נקבעה במסגרת הסכמית בין המדינה לבין חברות הכבלים. יתכן ובחירת משטר חוזי לרגולציה הביאה להחרפתו של בעיית הרגולטור השבוי בשני מקרי הבוחן, וזאת לאור מיעוט המגבלות (החקיקתיות) על שיקול דעתן של המוסדות הרגולטורים.

10.2 יחסי הגומלין בין הרשות המבצעת לבין הרשות השופטת

לוי וספילר דנים ביחסי הגומלין בין הרשות המבצעת לבין הרשות השופטת. במסגרת זו, הם מדגישים כי יש צורך במוסדות – ובפרט הרשות השופטת – אשר מסוגלים להגביל את שיקול הדעת של המוסדות הרגולטורים. כדי שהמערכת הרגולטורית תהיה אמינה ואפקטיבית, יש צורך ברשות שופטת עצמאית ואובייקטיבית, שהחלטותיה נאכפות. לוי וספילר מצביעים על שני משתנים המצביעים על כוחה של הרשות השופטת: 1. יושרה והגינותה של הרשות השופטת. 2. רמת ההתערבות של הרשות השופטת בפעולותיה של הרשות המבצעת. רשות שופטת מושחתת לא תהיה אפקטיבית, כמו גם רשות שופטת שלעתיים רחוקות פוסקות כנגד פעולותיה של הרשות המבצעת.

בישראל, הרשות השופטת נתפסת כעצמאית, אובייקטיבית, הוגנת ונקייה מכל רבב. אולם, יש מקום לבחון את רמת ההתערבות של בית המשפט העליון בפעולותיה של הרשות המבצעת ובפרט בכל הקשור להחלטות מדיניות בתחום הכלכלי. רמת ההתערבות האמורה נגזרת ממושפעת משני היבטים: האחד, היקף הפניות לבתי המשפט כנגד החלטות רגולטוריות; השני, עוצמת האקטיביזם השיפוטי המונהג על ידי בבתי המשפט בסוגיות אלו.

10.2.1 היקף הפניות לבתי המשפט

היקף הפניות לבתי המשפט (בג"ץ ובתי המשפט המנהליים) בישראל הוא רחב ביותר. בסוגיות כלכליות-משקיות, העתירה לבג"ץ והפנייה לבתי המשפט השונים מהווים כלי מרכזי בידי הפירמות הפועלות מול הרגולטור (ראו למשל: בג"ץ 5812/00, בג"ץ 7200/02, בג"ץ 4915/00, בג"ץ 508/98). כמו כן, בשנים האחרונות ניתן להצביע על מגמה חדשה - עמותות ציבוריות שונות אשר עותרות בשם "אינטרס הציבור" כנגד החלטות רגולטוריות. דוגמא לכך היא עתירת התנועה לאיכות השלטון בפרשת בתי הזיקוק (עתירה 4999/03). מחד, פניות רבות יותר מסוג זה תביא לפיקוח מוגבר יותר על המוסדות הרגולטורים. מאידך, יש לציין כי בפרשת בתי הזיקוק הגשת העתירה על ידי התנועה לאיכות השלטון גרמה להשתלשלות אירועים שבסופה – הנזק מבחינת אינטרס הציבור היה גדול מהתועלת. כמפורט לעיל, התנועה לאיכות השלטון עתרה כנגד הסכם גלעד ובפרט כנגד נספח ג' (אשר לפיו על המדינה לשלם לחברה לישראל 120 מיליון דולרים). בעקבות עתירת התנועה, החליטה הממשלה לתקן את נספח ג'. בסופו של יום, נחתם נספח ג' מתוקן, ולפיו מחד, על המדינה לשלם לחברה לישראל 120 מיליון דולרים ומאידך, לצדדים נותרה הזכות לפנות לבית המשפט בכל הנוגע לסכום התמורה. המשמעות היא שההסכם אינו סופי וכי נושא סכום התמורה לא מוצה.

10.2.2 אקטיביזם שיפוטי

השופט זמיר חילק את הבעיות, הבאות להכרעה במסגרת הביקורת השיפוטית על המוסדות הרגולטוריים לשני סוגים עיקריים (בג"צ 7721/96). בסוג הראשון נכללות בעיות אותן ניתן למקד להתמודדות בין שתי נורמות או שני אינטרסים - בבעיה מסוג זה בית המשפט מתבקש להעדיף נורמה אחת על פני השנייה, או לפסוק אם זכות מסוימת קיימת או אינה קיימת, או להחליט אם הפרשנות של נורמה היא זאת או אחרת. בדרך כלל, בעיה מסוג זה צריכה תשובה של כן או לא, מותר או אסור, זה או זה, כך או כך. לכן, אפשר לכוונתה בעיה דו-קודקודית, משל יש לה שני ראשים שצריך לבחור ביניהם. זוהי בעיה טיפוסית לביקורת שיפוטית. ניתן להכריע בה באמצעות כלל משפטי, כגון נוסחת איזון הקובעת את היחס בין שתי הנורמות או שני האינטרסים המתמודדים. ההכרעה בבעיה כזאת, היא, על פי רוב, תפקיד הולם לבית המשפט (בג"צ 7721/96).

בסוג השני נכללות בעיות המורכבות ממספר ניכר של גורמים: נורמות, אינטרסים ודרכים. כל אחד מאלה ראוי להתחשבות בדרך לפתרון המתגבש, וצריך לקבל ביטוי בפתרון שיינתן. בעיה כזאת היא רב-קודקודית. בעיה מסוג זה לא ניתן לפתור בתשובה של כן או לא, מותר או אסור, זה או זה. לכן גם קשה מאוד, ואולי אף אי אפשר, לפתור אותה באמצעות כלל משפטי או נוסחת איזון. כדי לפתור אותה צריך להכין תכנית שתהיה מורכבת מן האינטרסים המעורבים בבעיה, כל אחד לפי מהותו ומשקלו. זהו תפקיד מובהק למוסד רגולטורי, שיש לו התמחות וכלים הנדרשים לפתרון הבעיה, והוא יכול לפעול באופן גמיש, תוך התייעצות ותיאום בין הגורמים המעורבים בעניין. זה אינו תפקיד הולם לבית המשפט. אין פירושו של דבר שבית המשפט ימשוך ידו מכל טיפול בבעיה רב קודקודית. הוא מוסמך לטפל בבעיות כאלה, אך הוא מגביל את עצמו בדרך הטיפול (בג"צ 7721/96).

נראה כי החלטות רגולטוריות בתחום הכלכלה ומשק הם מסוג הבעיות הרב-קודקודיות. החלטות אלו מורכבות ממספר ניכר של גורמים. לכן, קשה לפתור בעיות מסוג אלה באמצעות כלל משפטי או נוסחת איזון וכפי שהשופט זמיר קבע אין זה תפקיד הולם לבית המשפט. מכאן ניתן להבין את ההתנהגות המרוסנת של בית המשפט בכל הקשור להתערבות בבעיות כלכליות-משקיות. השופט בייניש בבג"צ 4769/95 הגדירה את גישתו של בית המשפט בהקשר זה בצורה מיטיבה:

"הודגש בפסיקתו של בית המשפט זה פעמים רבות כי ביישמו את המבחנים החוקתיים הקבועים בפסקת ההגבלה על חקיקת הכנסת, יפעל בית המשפט באיפוק שיפוטי, בזהירות ובריסון. במיוחד כך הדבר כאשר עניינה של החקיקה העומדת לביקורת חוקתית הוא בתחומי משק וכלכלה בהם כרוכים היבטים חברתיים וכלכליים רחבי היקף. בתחומים אלה, יתכנו לעתים קרובות מספר מטרות ודרכי פעולה אפשריות: ההכרעה ביניהן מבוססת לא פעם על הערכה שטמונה בה אי ודאות, והיא כרוכה בתחזיות ובשיקולים מקצועיים שאינם תמיד בתחום מומחיותו של בית המשפט. הערכה שגויה של המצב עלולה להוביל לחוסר יציבות ואף לזעזועים במשק המדינה. על כן, יש ליתן לרשויות המופקדות על המדיניות הכלכלית - הרשות המבצעת והרשות המחוקקת - מרחב בחירה רחב, בהיותן קובעות את המדיניות הכוללת, ונושאות באחריות הציבורית והלאומית למשק המדינה ולכלכלתה. זאת ועוד, הבחירה בין המטרות ודרכי הפעולה השונות בתחומי משק וכלכלה עשויות כולן להיגזר מהשקפות חברתיות-כלכליות, אשר על אף היותן שונות ואף מנוגדות זו מזו - עשויות כולן להתקיים במסגרת חוקי היסוד".

כאמור, יש צדק רב בגישתו המרוסנת של בית המשפט העליון בכל הקשור לסוגיות כלכליות. עניינים אלו אינם מתפקידו של בית המשפט אלא של המוסד הרגולטורי. אך יש להיות מודעים למחיר של גישה זו, אף אם היא מוצדקת - ריסון מוגבר של הרשות השופטת יכול להסיר מהמוסדות הרגולטורים מגבלות מהותיות ואפקטיביות על שיקול דעתן ולגרום להחרפת בעיות רגולטוריות כגון בעיית הרגולטור השבוי.

10.3 המוסדות הרגולטורים פנימה

10.3.1 שני כובעים

לעתים, המדינה חובשת שני כובעים: רגולטור ושחקן. בתפקידה כרגולטור היא מופקדת על קביעת כללי המשחק, המסדירים את מהלכיהם של השחקנים בשוק. כשחקן, המדינה מעורבת בשוק ובעלת אינטרסים משל עצמה. ישנם מקרים לא מעטים שהאינטרסים של שני כובעים אלו מתנגשים ומביאים בכך להחלשת המדינה בהתמודדותה מול שחקנים אחרים אשר מטרתם ברורה – רווח כספי. הדבר מביא להחרפת בעיית הרגולטור השבוי.

בפרשת בתי הזיקוק – המדינה שולטת באספקת נפט באמצעות חברת בז"ן ומתפקדת כשחקן מרכזי בעל אינטרסים משל עצמו. לעומת זאת, בכובעה כרגולטור, פועלת המדינה כאחראית למשק ולכלכלת המדינה וככזו חותרת המדינה לקדם התחרות בענף הזיקוק. כפי שפורט לעיל, האינטרסים של חברת בז"ן ושל המדינה אינם עולים בקנה אחד ואף מנוגדים זה לזה. נראה כי ניגוד זה הביא להחלשת המדינה בבואה להתמודד מול הפירמות. הדבר הביא להחרפת בעיית הרגולטור השבוי.

גם בפרשת הכבלים, ניתן להבחין בהתנגשות בין שני הכובעים שחובשת המדינה. מחד, המדינה בתפקידה כרגולטור פועלת לקידום התחרות בענף השידורים ובענף הטלקומוניקציה. ואולם, בתוך ענפים אלו המדינה מתפקדת גם כשחקן. בתחום הטלקומוניקציה, חברות הכבלים מתחרות מול חברת בזק. חברת בזק הייתה, עד לאחרונה, חברה ממשלתית בבעלות מלאה של המדינה. בתחום השידורים, חברות הכבלים מתחרות בחברת יס. כאמור לעיל, עם הקמת יס, חברת בזק הייתה בעלת המניות הגדולה ביותר, עם 30%. לכל החלטה של המוסדות הרגולטורים בתחום התקשורת יש השלכה ישירה על מצבה של המדינה כשחקן. נראה כי עובדה זו פוגעת בתפקוד המוסדות הרגולטורים בתחום התקשורת ומביא להחרפת בעיית הרגולטור השבוי.

10.3.2 הדרג הפוליטי והדרג המקצועי בתוך המוסד הרגולטורי

סוגיה נוספת שיש לשים עליה את הדעת היא יחסי הגומלין בין ממלאי התפקידים השונים במוסדות הרגולטורים. על כל מוסד רגולטורי אחראי שר שהינו גורם פוליטי. תחת גורם זה פועלים פקידים מקצועיים הנתפסים כאובייקטיביים. לכאורה, הפוליטיקאי אחראי על עיצוב המדיניות והדרג המקצועי אחראי על ביצוע המדיניות. אולם, בתחומים רבים אבחנה דיכוטומית זו אינה עומדת והדרג המקצועי לא רק מבצע את המדיניות אלא מעצב אותה בפועל. זאת, בין היתר, בשל מורכבות ההחלטות הנדרשות. הדבר ניכר במיוחד בתחומי המשק והכלכלה שבהם נדרש ידע כלכלי ומשפטי מעמיק כדי לקבל החלטות ראויות בתחום. בתחומים אלו הדרג הפוליטי נוטה להסתמך על המלצותיו של הדרג המקצועי ואף נוטה לאמץ אותן ללא יכולת ביקורת אפקטיבית. ניתן לראות עדות לכך בשני מקרי הבוחן שבהם ההחלטות השונות נתקבלו בתום מועד הזיכיון על ידי הדרג המקצועי במוסדות הרגולטורים ואושרו על ידי הדרג הפוליטי.

לגבי פוליטיקאים, בניגוד לפקידות המקצועית, קיים חשש מובנה שהם מושפעים באופן ישיר מלחצים מצד בעלי אינטרסים חזקים בשוק. זאת, בשל ההנחה המקדמית כי מטרותיהם בפוליטיות. לעומת זאת, החלטותיהם של פקידים מקצועיים נתפסות כאובייקטיביות יותר. אולם, מחיבור זה עולה כי קיימים כשלים גם בהחלטותיו של הדרג המקצועי. משני מקרי הבוחן, עולה כי הרגולטור המקצועי אינו אובייקטיבי ועצמאי כפי שרבים גורסים אלא מושפע על ידי הפירמות שעל הסדרתן הוא אמון.

10.3.3 הדרג המקצועי במוסדות הרגולטורים

תופעת המעבר של פקידים מקצועיים מן הסקטור הציבורי לסקטור הפרטי היא תופעה מוכרת בעולם, התופסת תאוצה משמעותית בשנים האחרונות בישראל. רגולטורים לשעבר עוברים לייצג חברות בשוק הפרטי, שלהן לעתים אינטרסים מנוגדים לאינטרס של המדינה. בשני מקרי הבוחן, ניתן להבחין בתופעה זו.

דב וייסגלס היה בעבר ראש לשכת משרד ראש הממשלה וכיום הוא מייצג את חברת בתי הזיקוק. בפרשת בתי הזיקוק, חברת בתי הזיקוק והמדינה הם בעלי אינטרסים שונים. אינטרס המדינה עולה בקנה אחד עם אינטרס הציבור שפורט לעיל. אינטרס חברת בז"ן עולה בקנה אחד עם אינטרס הפירמות שפורט לעיל. המדובר באינטרסים מתנגשים.

דוגמא נוספת הוא אוהד מראני. אוהד מראני שימש במשך שנתיים וחצי כמנכ"ל משרד האוצר. לפני כן, היה במשך שנה הממונה על התקציבים באוצר, תפקיד אליו נכנס לאחר שכהן במשך 6 שנים כציר הכלכלי של ישראל בווינגטון. כיום אוהד מראני מכהן כיו"ר חברת בתי הזיקוק. בהתאם לפסיקתו של בית המשפט המחוזי בירושלים, בשבתו כוועדה למתן היתרים על פי חוק הצינון, מראני עבר תקופת צינון של ארבעה חודשים לפני כניסתו לתפקיד יו"ר בז"ן. השופט חשין קבע כי מראני לא עסק אמנם כמנכ"ל בענייני בז"ן אך בשל רום תפקידו, סמכויותיו הממשיות והפוטנציאליות, יש לתת משקל לשיקולי מראית העין הציבורית. הוועדה ציינה כי השיקולים לפסיקת ארבעה חודשי צינון בלבד הם העובדה כי בז"ן היא חברה ממשלתית; כי המינוי הוצע למראני על ידי השרים הממונים ולא על ידי החברה; וכי המינוי חיוני כדי לשמור על האינטרסים של המדינה.

ניתן לראות גם מעבר של רגולטורים שמילאו תפקידים פוליטיים לחברות בשוק הפרטי. אלי גולדשמידט, אשר בעבר היה יו"ר ועדת הכספים של הכנסת, משמש כיום כדובר של החברה לישראל. פרופ' דוד ליבאי, אשר בעבר היה שר המשפטים, מייצג כיום את חברות הכבלים.

תופעה זו אינה מיוחדת למקרי הבחון בלבד. רשימה קצרה מראה כי מעברם של רגולטורים מקצועיים הנה תופעה רחבה (בר-טל, 2003): ניר גלעד (לשעבר החשב הכללי) – המשנה למנכ"ל חברת הביטוח מגדל, ראש תחום אסטרטגיה ופיתוח עסקים⁹; דוד תדמור (לשעבר הממונה על ההגבלים העסקיים) – שותף בכיר במשרד עורכי הדין רם כספי. כעורך דין ייצג את קבוצת שמואל דנקר, בנושא המשא ומתן למיזוג חברת הכבלים מת"ב שבשליטת דנקר לבין חברת יס; דוד מילגרום (לשעבר ממונה על התקציבים באוצר) – בעבר מנכ"ל קבוצת גמול; יורם טורבוביץ' (לשעבר הממונה על ההגבלים העסקיים) – בעבר מנכ"ל דיסקונט השקעות (בעלת השליטה בחברת הכבלים תבל); דוד ברודט (לשעבר מנכ"ל משרד האוצר) – יו"ר מועצת המנהלים של YES והריבוע הכחול; אמנון נויבך (לשעבר ממונה על אגף התקציבים) – יו"ר פלאפון; משה לאון (לשעבר מנכ"ל משרד ראש הממשלה) – יו"ר דירקטוריון רכבת ישראל; עמירם סיון ז"ל (לשעבר מנכ"ל משרד האוצר) – בעבר מנכ"ל בנק הפועלים; גליה מאור (לשעבר המפקחת על הבנקים) – מנכ"ל בנק לאומי; אהרון פוגל (לשעבר מנכ"ל משרד האוצר) – יו"ר דירקטוריון חברת הביטוח מגדל.

רגולטורים לשעבר אשר עוברים לשוק הפרטי ומייצגים את הפירמות אל מול המדינה מביאים עמם שני יתרונות. ראשית, הם בעלי ידע רב בתחום ספציפי, אותו רכשו במהלך תפקידם בשירות המדינה (שוורץ אלטשולר, 2005). זהו נכס שאינו דומה בהיקפו לניסיון בשוק הפרטי בלבד. שנית, קיים יתרון לא מבוטל לקשרים שיוצר עובד בכיר בשירות המדינה עם מקבלי החלטות שלטוניים, כמו גם עם ראשי התעשייה והמערכות המפוקחות (שוורץ אלטשולר, 2005). כפי ששוורץ אלטשולר הגדירה זאת "קשריו של עובד בשירות הציבורי עם הכפופים לו לשעבר, עשויים להוות מנקודת ראותן של חברות מפוקחות "פוליטת ביטוח" לצורך שמירה על האינטרסים שלהן אצל הרגולטור, תוך ניצול "אחוות הרגולטורים" הצפויה להמשיך ולהתקיים" (שוורץ אלטשולר, 2005).

החשש המרכזי המתעורר עקב תופעה זו הוא מפני הפנמה, גם אם לא מודעת ומכוונת, של נקודת מבטו של הסקטור המפוקח על ידי הרגולטור. העתיד המובטח רומז לרגולטור מהי הדרך הנכונה לפעול ולאיזה שיקולים ראוי לתת עדיפות עליונה. חשוב לציין בהקשר זה כי הסקטור המפוקח נוטה להעדיף שיקולים שוקיים (או כפי שהוגדר בחיבור זה – שיקול התחרות החופשית). אף על פי ששיקול זה הוא חשוב, הוא רק

⁹ כפי שנאמר לעיל, המדובר בניחות של ארועים שהתרחשו עד לתחילת שנת 2006. בחודש יוני 2007 מונה מר ניר גלעד למנכ"ל החברה לישראל. הערת שוליים זו הוכנסה עם פרסום התיזה בסוף שנת 2007.

אחד ממספר שיקולים חשובים שעל המוסדות הרגולטורים לשקול. על כן, הפנמת נקודת מבטו של הסקטור המפוקח יכול להביא לכך שאינטרס הציבור יפגע ולהחרפת בעיית הרגולטור השבוי.

11. סיכום צופה פני עתיד

חיבור זה עסק בהתנהגות המוסדות הרגולטורים בישראל בסיטואציות של פגיעת זיכיון. בשני מקרי הבוחן ניתן להצביע על התנהגות רגולטורית שבויה. התנהגות זו נובעת בין היתר מהמבנה המוסדי של הרגולציה בישראל, כלומר ממבנה המוסדות הרגולטורים ומיחסי הגומלין ביניהם לבין יתר רשויות השלטון – הרשות המחוקקת והרשות השופטת.

שיטת הזיכיונות בישראל נעלמת עם השנים, בין היתר בשל העובדה שענפים רבים נפתחים לתחרות. ואולם, נראה כי מסקנות חיבור זה רלוונטיות לשיטה אחרת שמתחילה להיות מיושמת בענפים שונים בישראל – שיטת ה-BOT (Build-Operate-Transfer). לשיטת ה-BOT סממנים רבים אשר מזכירים את שיטת הזיכיונות.

שיטת ה-BOT מייצגת שלב ביניים במעבר מאספקת שירותים על ידי מונופולים בידי הממשלה לאספקתם של שירותים אלה באמצעות השוק הפרטי (Levy, 1996). שיטה זו יוצרת יחסים ארוכי טווח בין הממשלה לבין הסקטור הפרטי. בעקבות זיהוי צורך בפיתוח תחום מסוים, הממשלה וחברה פרטית מסוימת מתקשרים בהסכם (Levy, 1996). בהתאם להסכם זה, אותה חברה בונה את הפרויקט הנדרש ומפעילה אותו במשך מספר שנים קבוע מראש. בתום תקופת ההפעלה על החברה הפרטית להעביר את התשתיות שבנתה למדינה (Levy, 1996). הרווחים שמהם נהנית החברה במהלך תקופת ההפעלה מחזירים לה את השקעתה בתוספת רווחים. באמצעות שיטת ה-BOT הממשלה מקימה תשתיות נחוצות בפרויקט רגולטיבי וללא השקעה כספית מצידה (Levy, 1996). דוגמא מוכרת לפרויקט גדול בישראל שנעשה בשיטת ה-BOT הוא כביש חוצה ישראל.

שיטת ה-BOT מזכירה מאוד את שיטת הזיכיונות שתוארה במסגרת חיבור זה. מכאן, שיש מקום לחקור לעומק את שיטת ה-BOT וזאת כדי למנוע התנהגות רגולטורית שבויה בתום תקופת ההפעלה של פרויקטים הנעשים בשיטת ה-BOT. מסקנות חיבור זה יכולות לסייע כבר בשלבי תכנון פרויקטים בשיטת BOT והתאמת פרויקטים אלו למבנה המוסדי של הרגולציה בישראל.

12. ביבליוגרפיה

אזרחי, י., גושן, ז., קומנשטר, ח., (2001), **הטלוויזיה הרב-ערוצית בישראל: ההיבט הציבורי**, נייר עמדה 25, המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים.

אזרחי, י., גושן, ז., לשם, ש., (2003), **בעלות צולבת – שליטה ותחרות בשוק התקשורת הישראלי**, המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים.

ארבל-גנץ, א., (2003), **רגולציה – הרשות המפקחת**, נייר עמדה 37, המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים.

בג"צ 1635/90 ז'רזבסקי נ' רה"מ ואח', פ"ד מה(1) 800.

בג"צ 2141/91 פז חברת הנפט נ' שר האנרגיה והתשתית, דינים עליון, כרך כג.

בג"צ 3094/93 התנועה לאיכות השלטון נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 425.

בג"צ 4287/93, 4267/93 אמיתי נ' רה"מ ואח' פ"ד מז(5) 473.

בג"צ 1255/94 "בזק" החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מט (3) 661.

בג"צ 4769/95 רון מנחם ואח' נ' שר התחבורה, פ"ד נו(1) 235.

בג"צ 7721/96 איגוד שמאי ביטוח נ' המפקח על הביטוח, תק-על 2000(3), 962.

בג"צ 4247/97 סיעת מר"צ נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב(5) 241.

בג"צ 508/98 מת"ב מערכות תקשורת בכבלים ואח' נ' הכנסת, תק-על 2000(2), 892.

בג"צ 5812/00 SAMEDAN MEDITERRANEAN SEA נ' הממונה על ענייני הנפט תק-על 2001(2), 123.

בג"צ 4915/00 רשת חברת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נד(5) 451.

בג"צ 7200/02 די.בי.אס. שירתי לוויין (1998) בע"מ נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין ואח', תק-על 2005(1), 3568.

בג"צ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', תק-על 2004(3), 2762.

בג"צ 4999/03 התנועה לאיכות השלטון נ' ראש הממשלה ואח' (עתירת התנועה לאיכות השלטון ותגובות חברת בז"ן והחברה לישראל).

בר-טל (2003), "מעבר בכירים במגזר הציבורי למשרות מפנקות בחברות פרטיות מעורר תהיות" מקור ראשון.

החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים מיום 8.11.1999.

החלטת ועדת השרים לענייני הפרטה מיום 22 באוקטובר 1999.

החלטת ועדת שרים לענייני חברה וכלכלה, חכ/107 מיום 29.7.04: "פיצול חברת בתי הזיקוק בע"מ והפרטה".

החלטת ממשלה מס' 126 מיום 22 באוגוסט 1999.

הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 1.0000.

הסדר עקרונות מיום 2 בדצמבר 2002 בין ממשלת ישראל לבין החברה לישראל לבין בתי זיקוק לנפט בע"מ.

הסכם – נספח ג' להסדר העקרונות מיום 7 בנובמבר 2005 בין מדינת ישראל לבין החברה לישראל.

הצעת חוק הבזק (תיקון מס' 24), התשס"א – 2000, הצעות חוק 2945, 11.12.2000, עמ' 184.

הצעת חוק הבזק (תיקון מס' 26), התשס"א – 2001, הצעות חוק 2973, 1.1.2001, עמ' 430.

חוות דעתה של היועצת המשפטית של משרד האוצר, תמר הקר, בנושא זיכיון בתי זיקוק לנפט בע"מ מיום 8 במרץ 1992.

חוות דעתה של היועצת המשפטית של משרד האוצר, ימימה מזוז, בנושא הענקת הזכות לפעול על בסיס תשתית הכבלים לאחר תום תקופת הזיכיון של חברות הכבלים מיום 16 בינואר 2000.

חוות דעתה של היועצת המשפטית של משרד האוצר, ימימה מזוז, בנושא הענקת הזכות לפעול על בסיס תשתית הכבלים לאחר תום תקופת הזיכיונות של חברות הכבלים מיום 20 בפברואר 2000.

חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, אליקים רובינשטיין, בנושא מחלוקת אוצר – משרד התקשורת בענין חברות הכבלים מיום 10 באפריל 2000.

חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה, אליקים רובינשטיין, בנושא רשיון מפ"א כללי קצר מועד לחברות הכבלים מיום 2 בנובמבר 2000.

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

חוק הבזק, התשמ"ב – 1982.

כהן, ע., (2005), "משפחת עופר מסרבת למכור את חלקה בבז"ן למדינה ב-120 מיליון דולרים" עיתון הארץ.

לוי, מ., (2002), "דודו טובול התמנה לתפקיד מנכ"ל קבוצת גמולי" אתר Nfc.

מבקר המדינה (2000), **דוח מבקר המדינה 51א**, ירושלים.

מבקר המדינה (2003), **דוח מבקר המדינה 54א**, ירושלים.

מכתבו מיום 27 בנובמבר 2002 של החשב הכללי במשרד האוצר, מר ניר גלעד, ליועץ המשפטי לממשלה, מר אליקים רובינשטיין.

פקודת אמנות הנפט האנגלו-אירניות, פקודה מס' 34 משנת 1938, תוספת 1, עתון רשמי 843 מ-24.11.38.

פרוטוקול ועדת הכלכלה של הכנסת מיום 11.7.01.

קסלר, ג., (2005), "האוצר: לא ניכנע לסחטנות של משפחת עופר" אתר האינטרנט Ynet.

קרניאל, י., (2003), **דיני התקשורת המסחרית** המכון למחקרי משפט וכלכלה.

שוורץ אלטשולר, ת., (2005), "המעבר הבטוח" מן הסקטור הציבורי לסקטור הפרטי בקו התפר בין פוליטיקה ורגולציית תקשורת".

תיק הי"ע 466/95 עידן חברה לכבלים בע"מ ואח' נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח', דינים-מחוזי לב(1) 393.

תיק הי"ע 3276/99 ערוצי זהב ושות' ואח' נ' איגוד במאי קולנוע וטלוויזיה בישראל ואח', דינים-מחוזי, לב(7) 594.

תקנות הבזק (זכיונות), התשמ"ח – 1987.

Baldwin, R. and Cave, M., (1999) **Understanding Regulation, Theory, Strategy and Practice**, 18.

Berck, P. and Costello, C., (2001) "Efficiency Controls and the Captured Fishery Regulator" Unpublished Manuscript, USCB.

Black, J., (1997) "New Institutionalism and Naturalism in Socio-Legal Analysis: Institutional Approaches to Regulatory Decision Making", **Law & Policy**, 19(1) 51.

Boyer, M. and Porrini, D., (2004) "Modelling the Choice between Regulation and Liability in terms of Social Welfare", **Canadian Journal of Economics**, 37(3), 590.

Church, J. and Ware, R., (2000) **Industrial Organization – A Strategic Approach** McGraw-Hill.

Elhauge, E., (1991) “Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review”, **Yale Law Journal** 101(1), 31.

Geroski, P. A., (2004) “The Structure of Regulation in the UK”, paper presented at a conference organized by OXERA in Oxford on 2/7/04.

Heinmann, F. and Schuler, M., (2004) “A Stiglerian View on Banking Supervision”, **Public Choice**, 121, 99.

Jordana, J. and Sancho, D., (2004) “Regulatory designs, institutional constellations and the study of the regulatory state”, in: **The Politics of Regulation: Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance** (Jacint Jordana and David Levi-Faur ed.).

Laffont, J. and Martimort, D., (1999) “Separation of Regulators Against Collusive Behavior”, **Rand Journal of Economics**, 30(2), 232.

Levy, B. and Spiller, P. (1996), “A Framework for Resolving the Regulatory Problem”, in: Levy, B. and Spiller, P. (eds.) **Regulations, Institutions and Commitment: Comparative Studies of Telecommunications**, Cambridge, Cambridge University Press, 1.

Levy, D., (1996) “BOT and Public Procurement: A Conceptual Framework”, **Indiana International & Comparative Law Review**, 7, 95.

March, J. and Olsen, J., (1984) “The New Institutionalism: Organizational Factors in Political Life”, **The American Political Science Review** 78(3), 734.

Means, R. and Cohn, D., (1985) “Common Carriage of Natural Gas”, **Tulane Law Review**, 59, 529.

Merrill T. W., (1997) “Capture Theory and the Courts: 1967-1983” **Chicago-Kent Law Review**, 72, 1039.

Mullins, D., (1997) "From Regulatory Capture to Regulated Competition: An Interest Group Analysis of the Regulation of Housing Associations in England", **Housing Studies**, 12(2), 301.

Niles, M., (2002) "On the Hijacking of Agencies (and Airplanes): The Federal Aviation Administration, Agency Capture and Airline Security", **American University Journal of Gender, Social Policy and the Law**, 10, 381.

Olson, C. V. and Trapani. J.M., (1981) "Who Has Benefited from Regulation of the Airline Industry?", **Journal of Law and Economics**, 24, 75.

Page, W., (1988) "Reply: Capture, Clear Articulation, and Legitimacy: A Reply to Professor Wiley", **Southern California Law Review**, 61, 1343.

Parzych, K., (1993) **Public Policy and the Regulatory Environment** University Press of America.

Peltzman, S., (1976), "Toward a More General Theory of Regulation", **Journal of Law and Economics**, 19, 109.

Prenzler, T., (2000) "Civilian Oversight of Police – A Test of Capture Theory", **British Journal of Criminology**, 40, 659.

Prosser, T., (1999) "Theorising Utility Regulation" **The Modern Law Review**, 62(2), 196.

Spitzer, M., (1988) "Critical Essay: Antitrust Federalism and Rational Choice Political Economy: A Critique of Capture", **Theory Southern California Law Review**, 61, 1293.

Stigler, G. J., (1971), "The Theory of Economic Regulation", **Bell Journal of Economics and Management Science**, 2, 3.

Wiley, J.S., (1986) "A Capture Theory of Antitrust Federalism", **Harvard Law Review**, 99, 713.

Willenborg, M., (2000) "Regulatory Separation as a Mechanism to Curb Capture: A Study of the Decision to Act Against Distressed Insurers", **Journal of Risk and Insurance**, 67(4), 593.

Wilson, J. Q., (1985) **Neglected Areas of Research on Regulation**, in: **Regulatory Policy and the Social Sciences** 54 (Robert Noll ed.).