

קצר בתקשורת: בין אינטרס ציבורי לאינטרס פרטי ברגולציה של ערוץ עשר

מאת

שרון ידין*

המאמר בוחן את טיבה של הרגולציה שקיימה הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו כלפי ערוץ עשר לאורך עשור מאז הקמתו. מבחינה משפטית פורמלית שוק הטלוויזיה המקומי כפוף לרגולציה כופה, מתערבת ומפורטת מאוד, המעוגנת במידה רבה בחוק ראשי, ובכך לכאורה מצמצמת מאוד את מתחם שיקול הדעת הרגולטורי. עם זאת המאמר חושף כי לצד מודל פורמלי זה שלטת בענף רגולציה רכה בדמותם של חוזים רגולטוריים, המבוססת על משא ומתן בין הרגולטור למפוקח על תנאי הזיכיון, התקנות, הכללים ואף הוראות החוק. המאמר מתאר את המכניקה ואת הדינמיקה של הארכות הזיכיון הרבות שנערכו במרוצת השנים בין הרשות השנייה לערוץ עשר, וממקם אותן בדיון במודלים רגולטוריים הסכמיים הנשענים על השוק. בהמשך, המאמר עומד על הפגמים המנהליים והרגולטוריים הגלומים בפרקטיקה האמורה, ומעורר את שאלת השגת האינטרס הציבורי באמצעותה. נראה כי על אף כישלונות חוזרים ונשנים של הערוץ בעמידה ביעדים הרגולטוריים בחר הרגולטור להיקשר עם ערוץ עשר בהסכמות להפחתה עקיבה במחויבויות הקשורות בהיקף התכנים המשודרים ובאיכותם, וכן להקל בתשלומים רגולטוריים שונים. תוך פיתוח תאורטי לגישת השבי הרגולטורי, המתבטאת בסימפטיה יתרה למפוקח וזהות אינטרסים המתקיימת בין הצדדים, המאמר גורס כי הרשות השנייה פעלה כרגולטור שבו שלא מדעת, הסובל מהטיית רגולציה "תלוית-מסלול" (Path Dependence). המאמר בוחן את הנסיבות שעשויות לפתח הטייה זו, כגון מבנה השוק המפוקח;

* דוקטור למשפטים, עמיתת לידי דייוויס לבתר-דוקטורט באוניברסיטה העברית בירושלים. מאמר זה זכה בפרס לייקס של אוניברסיטת חיפה לשנת 2013. דוא"ל sharon@yadin.com. תודתי נתונה לרועי קרייטנר, דפנה ברק-ארז, רון חריס, ישי בלנק, טל ז'רסקי, גיא פסח, רון שפירא, גליה הילדסהיימר, טלי תאני-הררי, תהילה שוורץ-אלטשולר ואסיף אפרת, שקראו את טיוטת המאמר והעירו הערות מצוינות שסייעו לי בגיבוש הגרסה הסופית. תודה לנועה אליפנט-לפלי על שיחות הרקע. כן תודתי לשופטים בוועדת פרס לייקס, לפורום אסדרת התקשורת במכון הישראלי לדמוקרטיה, לפורום חוקרים צעירים בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית ולמשתתפי הכנס ה-17 של האגודה הישראלית לתקשורת, על הערות ותובנות מאירות עיניים. תודה גם למרכז צבי מיתר ללימודי משפט מתקדמים באוניברסיטת תל-אביב, אשר בתמיכתו נכתב פרק מעבודת הדוקטור שעליה מבוסס מאמר זה. לרוני פרי ולחברי מערכת דין ודברים תודה על עריכה מסורה וקפדנית שתרמה רבות לשיפור המאמר.

תנאים תרבותיים דוגמת אתוס הקומבינה הישראלי ותרבות של אי-לגליזם; זמינותם של מכשירים לא פורמליים דוגמת החוזים הרגולטוריים; היעדר מנגנוני בקרה מנהליים נאותים; אינטרסים פרטיים של הרגולטור ושל המפוקח, בסגנון תורת הבחירה הציבורית (Public Choice Theory) וגישת המוסדות החדשה (New Institutionalism). המאמר מציע בסופו לאמץ את מנגנון הערכת עלות-תועלת רגולטורית המקובל במדינות ה-OECD, ליצירת אפקט אנטי-הטייתי על הרגולטור.

א. הפיקוח על ערוץ עשר על ידי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו; 1. מוסדות הרגולציה והמסגרת המשפטית; 2. הארכות הזיכיון כמשא ומתן רגולטורי; (א) תקופת הזיכיון הראשונה 2002–2010; (ב) תקופת הזיכיון השנייה 2010–2012 – ההארכה הראשונה; (ג) תקופת הזיכיון השלישית 2012–2013. **ב. רגולציה עצמית, וולונטרית והסכמית ברשות השנייה;** 1. מבוא לגישות רגולציה שוקיות; 2. דוגמאות לרגולציה הסכמית, לרגולציה וולונטרית ולרגולציה עצמית ברשות השנייה; (א) תכנית מיקוד הרגולציה; (ב) תו אתי למפרסמים; (ג) קוד אתי לתכניות ראיטי; **ג. אינטרסים רגולטוריים – רקע תאורטי ויישומים למתכונות רגולציה חדשות;** 1. מתורת האינטרס הציבורי לתורת הבחירה הציבורית; 2. אתוס הקומבינה הישראלי; 3. תאוריות העוסקות בהגדלת כוח, דימוי והשפעה של הסוכנות הרגולטורית; 4. המוסדות החדשה; **ד. אינטרסים ציבוריים ואינטרסים פרטיים ברגולציה של הרשות השנייה;** 1. השגת האינטרס הציבורי בהסדר עם ערוץ עשר?; 2. הרשות השנייה: אינטרסים פרטיים, הטיות קוגניטיביות והשפעות תרבותיות; (א) הרשות השנייה כרגולטור שבו: היעדר אכיפה וגילויי סימפטיה; (ב) הבחנה תאורטית מוצעת בין שבי לא מכוון לשבי מכוון; (ג) תנאי הרקע: אתוס הקומבינה; **ה. סיכום ומסקנות.**

“הדבר האחרון, זה איך הגענו לחוק. כולנו יודעים שרצינו והיינו ממש לקראת הסכם מנהלי, שאני חושב שהוא היה נכון. הסכם מנהלי מתאים יותר מחקיקה, אבל בגלל בעיות של חוסר גמישות בחוק, ואין לי ספק שהרשות השנייה, יחד עם ערוץ עשר יכלו לסיים את העניין. יש שם אנשי מקצוע שיודעים את העבודה, אבל חוסר הגמישות הכריחה אותנו לחוקק את החוק הזה ועשינו את זה”¹.

בחודש ינואר 2010 נותרו ימים ספורים לזיכיונו של ערוץ עשר לשידורי טלוויזיה. נראה אז כי קשיים כלכליים חמורים הפוקדים את הערוץ וחוסר ציות מתמשך וכולט בנוגע לדרישות הרגולציה יובילו לתוצאה הבלתי נמנעת של סגירתו. דווקא הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (להלן: הרשות השנייה), רגולטור שאמון על אכיפת הציות של

1 פרוטוקול ישיבה מס' 162 של ועדת הכלכלה, הכנסת השמונה-עשרה (19.1.2010), דבריו של שר התקשורת משה כחלון.

הערוץ להוראות החוק והזיכיון, היא ששיחקה תפקיד מרכזי בהצלתו ופעלה בהצלחה להארכת הזיכיון. משימתו המרכזית של המאמר היא לנסות וליישב בין הרגולציה הפורמלית שחייבה את סיום הזיכיון לרגולציה הלא פורמלית שננקטה, תוך שימוש בתאוריות רגולטוריות ביקורתיות.

הספרות המשפטית בישראל טרם ניתחה לעומק את ההטיות והאינטרסים המניעים רשויות רגולטוריות להעדיף סגנון רגולטורי אחד על פני רעהו, לקבל החלטות רגולטוריות מסוימות ולהימנע מאחרות. המאמר מבקש להשלים פער זה באמצעות ניתוח מקורי מקיף של פעולות שננקטו "מאחורי הקלעים" על ידי רשות מפקחת בישראל, תוך שהוא מצביע על מוגבלותן של התאוריות במשימה זו. כמענה לכך המאמר מציע פיתוח תאורטי נחוץ לגישות הקיימות וכלים מנהליים מומלצים לשיכוך ההטיות הרגולטוריות שאותרו.

מקרה הבוחן של הרגולציה של ערוץ עשר, שבו מתמקד המאמר, יצר הזדמנות לניתוח ביקורתי של רגולטור ושל מאפייני הפיקוח בשוק המצוי במשבר. משבר זה אינו נחלת העבר. בזמן כתיבת שורות אלה נראה כי שוק הטלוויזיה הישראלי עשוי לעבור שינויים מרחיקי לכת בהיבטי השידור הציבורי והשידור המסחרי בעת הקרובה, ובתוך כך גוברים הספקות באשר לעתידו של ערוץ עשר.

המאמר פותח בסיפור הקמתו והפעלתו של ערוץ הטלוויזיה "ישראל עשר – שידורי הערוץ החדש בע"מ" (להלן: ערוץ עשר) מנקודת מבטה של הרגולציה (האסדרה)² שליוותה אותו במשך עשור. בתוך כך המאמר חושף כי הכלי המרכזי של הרשות השנייה לביצוע הסדרה ואכיפה בשוק התקשורת המשודרת הוא לא "ציווי ושליטה" (Command and Control) המאופיין בהצבת כללים מגבילים או אוסרים ואכיפתם באמצעות סנקציות מנהליות ופליליות, אלא רגולציה הסכמית במתכונת של "חוזים רגולטוריים".

פרק א מציג את עקרונות הרגולציה בשוק התקשורת הישראלי ואת המסגרת המשפטית התומכת בה. לאחר מכן הפרק מדגים את הטיפול הרגולטורי האופייני בהפרות הזיכיון של ערוץ עשר כמשא ומתן לא פורמלי עם נציגי המפוקח (הזכיין). בתוך כך הפרק מתאר כיצד גיבש הרגולטור בשיתוף עם הזכיין "תכניות להשלמת מחויבויות" כהסדר המותאם אישית למפוקח. בתכניות אלה הוצעו תנאי רגולציה מקלים בדבר סטנדרט הפעילות שנקבע לזכיין בחוק, בכללים הרגולטוריים ובתנאי הזיכיון, בנוגע לטיב השידורים ולמחויבויות כספיות ולוגיסטיות המתחייבות מן הזיכיון. התכניות תואמות למאפייני "החוזה הרגולטורי" – הסדר הסכמי הכולל החלפת תמורות בין

2 הסדרה היא השלב הראשון במלאכת הרגולציה (אסדרה) וכוונתה לחקיקת הכללים השניוניים (מסדר שני – תקנות) והשלישוניים (מסדר שלישי, כגון הנחיות והוראות) על ידי הרגולטור, המכוונים לחול על תעשייה הכפופה לרגולציה.

רגולטור למפוקח ומאפשר את גיבושה של מתכונת רגולציה ייחודית למפוקח.³ עם זאת הפרקטיקה מעוררת קשיים שונים מתחום המשפט המנהלי, למשל איתור מקור הסמכות לעריכת משא ומתן שכזה ובו ויתור על דרישות רגולטוריות המעוגנות בחוק ראשי. פרק ב מתאר שיטות רגולציה המדגימות "שליטה ללא ציווי", כגון רגולציה עצמית, רגולציה וולונטרית ורגולציה הסכמית בסגנון החוזים הרגולטוריים. הפרק מדגים כיצד תוך הישענות מוגברת על גורמים פרטיים ביצירתה של הרגולציה מפעילה הרשות השנייה תכניות אסדרה ייחודיות וחדשניות בשיתוף הזכיינים וגורמים בשוק הפרסום. תכניות ההשלמה בשוק התקשורת המשודרת דומות בהיבטים רבים לחוזים רגולטוריים הנערכים בשווקים פיננסיים שתיארתי במחקר קודם.⁴ אלא שלעומת הסדרים אלה, בתחום אסדרת התקשורת מעוגנות ההסכמות לאחר גיבושן במסגרת חוק ראשי,⁵ ובכך נדמה לכאורה שהן עשויות להיות חסינות יותר להטיות בשיקול הדעת הרגולטורי. פרק ג מציג סקירה תאורטית מולטי-דיסציפלינרית בדבר האינטרסים והמניעים המצויים בלב הפעולה וההחלטה הרגולטורית. בפרק זה מוצעות גישות ביקורתיות המזוהות עם תורת הבחירה הציבורית (Public Choice Theory) ועם גישת המוסדיות החדשה (New Institutionalism),⁶ וכן אתוס הקומבינה הישראלי, להבנתן של שיטות שליטה ללא ציווי רגולטורי, ובייחוד להבנתן של הסכמות רגולטוריות עם מפוקחים. משימתו הישירה של פרק ד היא לבדוק מדוע אישרה הרשות השנייה את הארכות הזיכיון של ערוץ עשר אף שלא עמד בתנאי הרגולציה, באופן שלקה בפגמים מנהליים רבים, ואם פעילות רגולטורית זו תאמה את האינטרס הציבורי שעליו מופקד הרגולטור.

3 ראו: שרון ידן, **חוזים רגולטוריים** (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב, תשע"ד). חוזים רגולטוריים הם הסכמות לא פורמליות או פורמליות בין גורם מפוקח (רגולטור) לגורם מפוקח (בדרך כלל חברות, מפעלים, עסקים ותאגידים אחרים) לרגולציה מותאמת אישית למפוקח. במסגרת זו מוכרת החלפת תמורות: הרגולטור מוותר למפוקח על הציות לנורמה רגולטורית מסוימת בתמורה לציות וולונטרי של המפוקח לנורמה אחרת או לנורמה חדשה שקובעים הצדדים. החוזים הרגולטוריים משמשים לעתים קרובות תחליף לרגולציה פורמלית המתחייבת על פי דין, והם מאפשרים גמישות רבה בהשגת המטרה הרגולטורית. מנגד הם אינם חפים מחסרונות, ובהם בעיות של לגיטימיות משפטית, חשיפה לאינטרסים פרטיים, היעדר שוויון ועוד.

4 ראו: שרון ידן, "חוזים רגולטוריים בשווקים פיננסיים בישראל", **עיוני משפט** לה (תשע"ג) 447.

5 העיגון מצוי בחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990, ס"ח 1304. להפניות ספציפיות ראו: להלן, הערות 27, 30, 31, 50, 52, 57, 60.

6 באופן כללי תורת הבחירה הציבורית דוגלת בתפיסה ששחקנים במרחב הציבורי-פוליטי-מנהלי אינם פועלים להשאת האינטרס הציבורי בפעולותיהם אלא למקסום תועלות אישיות. המוסדיות החדשה מסבירה אף היא את התנהגותם של ארגונים ומוסדות בראי הטיית ואינטרסים הפועלים עליהם כמוסדות ולא רק כצבר של פרטים, כגון הקוד התרבותי של ארגון; מקסום רווחים דוגמת מוניטין ארגוני; קיבעון מוסדי וחשש מפני שינוי. הסבר מקיף על הגישות התאורטיות מצוי להלן, בפרק ג.

על בסיס הסקירה התאורטית בפרק ג, הפרק מבקש לאתגר תפיסות רווחות בציבור שלפיהן הארכות הזיכיון של ערוץ עשר נועדו להגן על האינטרס הציבורי ברגולציה לקידום תקשורת פלורליסטית, דמוקרטית ואיכותית. הפרק מרים תרומה תאורטית בדמות חיבור בין תורת הבחירה הציבורית לגישות המוסדיות החדשה להבנת התנהגותם של רגולטורים, תוך פיתוח של גישת השבי הרגולטורי. כך מוצע בפרק זה מודל של שבי לא מכוון, שאינו הכרתי, המתפתח כהטיה קוגניטיבית של רגולטור שהוא "תלוי-מסלול". שבי זה משגשג במיוחד על רקע תרבותי מתאים המאפשר את התפתחותם של החוזים הרגולטוריים כגון זה המגולם באתוס הקומבינה הישראלי ובתרבות הנון-לגליזם הישראלית.

פרק ה כולל סיכום של הטענות המרכזיות במאמר והצעה לאמץ לתוך פרוצדורת המשפט המנהלי תהליכי הערכת עלות-תועלת רגולטורית (Regulatory Impact Assessment) ככלי ליצירת אפקט אנטי-הטייתי (debiasing) על הרגולטור באמצעות כללים משפטיים.⁷

א. הפיקוח על ערוץ עשר על ידי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו

בשיח הציבורי הישראלי נידונו בשנים האחרונות בהרחבה כישלונותיו החוזרים ונשנים של ערוץ עשר. בין היתר אלו כוללים את כישלונו של הערוץ להשיג אחוזי צפייה (רייטינג) גבוהים, לייצר רווחים ראויים לבעלי המניות, ליצור תחרות בשוק הפרסום, להפיק תכנים איכותיים ולעמוד במחויבויות הרגולטוריות שמוטלות עליו. חלק ניכר מן השיח התמקד בהיבטי מדיניות ציבורית הקשורים בעיצוב הראשוני של הפיקוח הרצוי על שוק הטלוויזיה המקומי. ביקורות הקשורות לכך טענו לנטל רגולטורי כבד מדי שהוטל על הזכיינים לשדר תכניות הנחשבות איכותיות בהיקף נרחב אשר אינו מאפשר להן להצליח כלכלית בתנאי השוק המצומצם הקיים בישראל; למבנה רישוי לקוי של הרגולציה אשר תוכננה כמערכת של זיכיונות המוענקים על דרך של מכרז לטווח קצר שאינו מאפשר תכנון ארוך טווח;⁸ לתשלומים רגולטוריים שונים כגון תמלוגים ודמי זיכיון שהעיקו על הזכיינים והקשו על השאת רווחים; ובאופן כללי לחוסר היתכנות כלכלית למבנה שוק ובו מגוון ערוצי ברודקסט שישדרו לציבור הרחב.⁹

7 ראו: Chritine Jolls & Cass R. Sunstein, "Debiasing through Law", 35 *J. Legal Stud.* 199 (2006).

8 על המעבר החקיקתי לשיטת הרישיונות ראו להלן הערה 60.

9 לבעיות מבניות שונות אלה בשוק שידורי הטלוויזיה ראו: **דין וחשבון הוועדה הבינמשרדית לבחינת משמעות והיתכנות של שינוי שיטת ההסדרה בתחום שידורי הטלוויזיה המסחריים** (2009) (להלן: ועדת מרדכי).

הדין בעיצוב הראשוני של הרגולציה בשוק התקשורת חשוב ומהווה גורם מפתח בהבנת התפקוד של ערוצי הטלוויזיה לאורך שנים. באופן כללי מוחלת על הזכיינים בישראל עוד מימי תחילת פעילותה של הטלוויזיה המסחרית רגולציה מחמירה ומתערבת מאוד ביחס למקובל בעולם, המטילה מגבלות קשות הקשורות בעיקר לטיב התכנים המשודרים.¹⁰ עם זאת במאמר זה לא אחזור על בעיות אלה, שהיו שכינו אותן "הפתולוגיה של ערוץ עשר",¹¹ אלא אבקש להתמקד בכשלים מוכרים פחות הקשורים בפיקוח על הערוץ במהלך שנותיו. זאת, מתוך נקודת מוצא מחקרית של מבנה רגולטורי מעוגן בחקיקה שלאורו הייתה אמורה להתנהל הרגולציה, כדי לבדוק אילו תמריצים ואינטרסים השפיעו על התהליך הרגולטורי. לפיכך פרק זה בוחן את מתכונת הסדרי הארכת הזיכיון שנערכו במרוצת השנים בין הרשות השנייה ובין ערוץ עשר לאור המטרה הרגולטורית המוצהרת להחיל סטנדרט שידורים גבוה ואיכותי במיוחד על הערוצים המשודרים, ואינו מבקש לספק דיון ערכי בהצדקה לרגולציה זו.

בפתח הדברים חשוב לציין שניהול משא ומתן בין הרשות השנייה לבין זכייני טלוויזיה על תנאי הרגולציה במתכונת החוזה הרגולטורי אינו מיוחד לזכייני ערוץ עשר, וגם במקרה של זכייני ערוץ 2 בוצעו התאמות רגולציה בהסכמה באשר לתנאי הזיכיון. המקרה של ערוץ עשר, שבו ממוקד המאמר, מדגיש את התפקיד ששיחקה הרגולציה בכישלוננו של ערוץ טלוויזיה בישראל. בשנות פעילותו הקצרות עמד הערוץ על סף סגירה פעמים רבות (מכונה בעגה המקצועית "החשכת מסך"). הנושא אף זכה לתשומת לב ציבורית מיוחדת, נידון רבות בתקשורת, ושימש נושא לדוח ביקורת חריף של מבקר המדינה. בנוסף, הפיקוח עליו לווה בהליכים משפטיים וחקיקתיים ייחודיים המציבים קשיים לא מבוטלים מתחום המשפט המנהלי. אין ספק כי המקרה הייחודי של ערוץ עשר מעורר שאלות מעניינות הזקוקות למענה בהיבט הרגולטורי, התקשורתי והמשפטי.

1. מוסדות הרגולציה והמסגרת המשפטית

ישראל מציגה מבנה רגולטורי מבוזר בתחום התקשורת. תכנית שמתגלגלת זה כעשור להקמת רשות תקשורת שתאגד את כלל הגופים המפקחים למסגרת רגולטורית אחת ("ברית המועצות"), טרם התממשה.¹² הרגולטורים המרכזיים הפועלים כיום בשוק

10 לסקירת הרגולציה המתקיימת בשוק הטלוויזיה הישראלי ראו: שרון ידן "רגולציה של טלוויזיה מסחרית: מודל האכיפה של הרשות השנייה כלפי ערוץ עשר" (עתיד להתפרסם בספר רגולציה של מכון ון-ליר ירושלים) (להלן: ידן, רגולציה של טלוויזיה מסחרית).

11 ראו: ירון טן ברינק, "מי נתן להם רישיון?", פנים – כתב עת לתרבות, חברה וחינוך (2009) 48. לניתוח פוליטי של הרגולציה על ערוץ עשר ראו: עמית שכטר, "האם סיימה מדינת ישראל את תהליך המעבר ממדינה משררת למדינה מאסדרת?" מסגרות מדיה 8 (2012) בעמ' יא-כז.

12 ראו בנושא זה: יזהר טל ודינה עברי-עומר, הרגולציה של שירותי התקשורת האלקטרונית בישראל – הצורך בהקמת רשות תקשורת (מחקר מדיניות 76, המכון הישראלי לדמוקרטיה)

כוללים את משרד התקשורת שאמון על אסדרת חברות הסלולר, הטלפוניה הנייחת (המקומית והבין-לאומית), האינטרנט והרדיו; הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו שמפקחת על השידורים המסחריים בישראל בטלוויזיה וברדיו; המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין;¹³ רשות השידור שמסדירה את השידור הממלכתי;¹⁴ ועדת התדרים שמסדירה את השימוש בתדרים.¹⁵

עד לראשית שנות התשעים של המאה הקודמת שלט ערוץ 1 בלעדית במפת השידורים הישראלית. ערוץ זה הוא ציבורי באופיו ומפוקח עד היום על ידי רשות השידור. בשנת 1990 נחקק חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990 (להלן: חוק הרשות השנייה) כדי לאפשר את כניסתם של שידורים מסחריים מבוססי פרסומות לזירה המקומית.¹⁶ עם חקיקת החוק התאפשרה הקמתו של "ערוץ 2", שהחל לשדר בשנת 1993, וכן הפעלתן של כעשר תחנות רדיו מקומיות. בראשית שנות האלפיים הוקם הערוץ השלישי – ערוץ עשר, שהחל שידוריו בשנת 2002.

חוק הרשות השנייה הוא ארוך ומסורבל ומונה כמאה סעיפי חוק המשלבים למעלה משלושים תיקוני חוק שחוקקו במהלך השנים. הורתו של ערוץ עשר, שהוא ערוץ הטלוויזיה השלישי מבחינה כרונולוגית וכך הוא מכונה בחוק, היא בתיקון 12 לחוק הרשות השנייה משנת 2000, אשר קבע כי "שידורי טלוויזיה יתקיימו במסגרת שני ערוצי טלוויזיה, שהם ערוץ 2 והערוץ השלישי.... זיכיון לשידורי טלוויזיה יינתן [...] בערוץ 2 –

76; "רשות תקשורת חדשה? המשפט, השוק והשיח הציבורי – סיכום ערב עיון", **סדרת פרסומי המרכז למשפט וטכנולוגיה** 3 (2004); החלטה 2865 של הממשלה ה-29 "הקמת רשות לאומית לתקשורת" (5.1.2003); תזכיר חוק הרשות הישראלית לתקשורת, התש"ע-2010; הצעת חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 56) (הרשות והמועצה לשידורים מסחריים), התשע"ג-2012, ה"ח הממשלה 729; הצעת חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 57) (הרשות והמועצה לשידורים מסחריים), התשע"ג-2013, ה"ח הממשלה 784.

13 הוקמה מכוח סעיף 6ב לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982, ס"ח 1060 (להלן: חוק הבזק).

14 הוקמה בחוק רשות השידור, התשכ"ה-1965, ס"ח 451.

15 ועדת התדרים פועלת מכוח החלטה 4228 של הממשלה ה-31 "הגדרת השקיפות והיעילות בתחום ניהול התדרים" (9.11.2008) וכפופה כיום למשרד התקשורת.

16 ראו: לעיל, הערה 5. הצעת חוק הרשות השנייה הדגישה את הרפורמה המתוכננת במפת השידורים: "החוק המוצע יחד עם חוק הבזק (תיקון מס' 4), תשמ"ו-1986, בדבר הנהגת טלוויזיה בכבלים ולמנויים, משלימים זה את זה למסכת אחת המציינת מהפך בתקשורת האלקטרונית: מריכוזיות לפיזור, ממנופולין לתחרות, ממימון ציבורי למימון עצמי, מתלות ברשות אחת לחופש בחירה של האזרח". ראו: דברי הסבר להצעת חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התשמ"ו-1986, ה"ח 1801.

לשלושה זוכים במכרז, ובערוץ השלישי – לשני זוכים במכרז¹⁷. הזיכיון הראשון ניתן לזכיין ישראל עשר למשך תקופה של שמונה שנים (2002–2010)¹⁸. הערוץ השלישי עוצב בדמותו של Channel 4 הבריטי – ערוץ ברודקסט ציבורי-מסחרי שהוקם בשנת 1982 כמתחרה ל-BBC וזכה להצלחה רבה. הערוץ בבעלות חברה פרטית, משדר לכל בריטניה, והוא כפוף לרגולציה של רשות התקשורת הבריטית.¹⁹ ערוץ עשר אף הוא ציבורי-מסחרי: הוא כפוף לפיקוח ציבורי מקיף הדורש רמת שידורים גבוהה וערכית, ומנגד הוא מבוסס על מודל עסקי של פרסומות שמטרתו השאת רווחים.

על פי המודל הרגולטורי הפורמלי הנוהג בשוק התקשורת הישראלי, ערוצי הטלוויזיה נשלטים באמצעות מערכת חקיקה מסועפת ברמת חוק ראשי וברמת חקיקת משנה ורגולציות, בעיקר בדמותם של כללים. כך למשל חוק הרשות השנייה והתקנות שהותקנו מכוחו מגדירים בפירוט את החובות הרגולטוריות המוטלות על הערוצים שקיבלו זיכיון מן הרגולטור לשדר שידורי טלוויזיה לציבור הרחב, תוך הותרת שיקול דעת מצומצם לכאורה לרשות הרגולטורית בקביעת סטנדרט השידורים הרצוי ובאכיפתו. עניין זה משתקף למשל בסעיף 59 לחוק, הקובע כי לפחות ארבעים אחוזים מכלל שידורי הטלוויזיה יתבססו על הפקות ישראליות מקומיות שהופקו במיוחד לצורך שידורן על פי חוק זה.²⁰ עוד נקבעה בחוק מכסת שעות שנתית של תכניות "סוגה עילית" שעל הזכיין לשדר, מסוג תכניות דרמה, תכניות תעודה, סרטי תעודה ותכניות מיוחדות, שהופקו בהפקה מקומית,²¹ סוגה (ז'נר) עילית מוגדרת בחוק הרשות השנייה הפקה מקומית שהיא תכנית תעודה, תכנית דרמה או תכנית מיוחדת.²²

17 עם הזכיין "ישראל עשר" נבחר גם הזכיין "שידורי עדן", אך לבסוף הוא מוזג לתוך "ישראל עשר". ראו על כך בפרק ד להלן. כן ראו: סעיף 1 לחוק ההסדרים במשק מדינת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת התקציב 2000) (תיקון), התש"ס-2000, ס"ח 1733, בעמ' 144 (תיקון עקיף לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990).

18 שם, בעמ' 141.

19 ראו על מודל Channel 4 בפרוטוקול ישיבה מס' 77 של ועדת הכספים, הכנסת החמש-עשרה (5.1.2000).

20 ראו: סעיף 1 לחוק ההסדרים (לעיל, הערה 17). הפקה מקומית מוגדרת בתוספת הראשונה לחוק הרשות השנייה "תכנית שרוב יוצריה, רוב מבצעייה, רוב הצוות הטכני-הנדסי שנטל חלק בהפקתה ורוב צוות ההפקה הם תושבי ישראל המתגוררים בה דרך קבע [...]".

21 במסגרת התוספת הראשונה אשר נחקקה בשנת 2000 לקראת כניסתו של זכיין לערוץ השלישי. ראו: סעיף 2 לתוספת ראשונה לחוק הרשות השנייה. התוספת נידונה בוועדת הכספים של הכנסת על ידי נציגי משרד התקשורת, משרד המשפטים והרשות השנייה במסגרת תיקון לחוק ההסדרים. ראו: פרוטוקול ישיבה מס' 103 של ועדת הכספים, הכנסת החמש-עשרה (29.2.2000).

22 ראו: סעיף 1 לתוספת הראשונה בחוק הרשות השנייה. תכנית מיוחדת היא "תכנית במתכונת מקורית ובעלת ערך מיוחד, אשר הוכח להנחת דעתה של הרשות כי היא באיכות יוצאת דופן

ואולם לצד הרגולציה המשפטית הפורמלית, אשר מקובל לכנותה בספרות "ציווי ושליטה", עיקר הרגולציה של שידורי טלוויזיה בישראל נשלט כיום באמצעות מכשירי "שליטה ללא ציווי" בדמותן של הסכמות בין הרגולטור לזכיינים. במסגרת זו מתנהל תדיר משא ומתן בין הצדדים על תנאי הזיכיון ואף על הוראות החוק, התקנות והכללים. ההסכמות פותחות פתח נרחב למפוקחים להשפיע על הרגולציה החלה עליהם ועל הרגולטור, המופקד על עיצוב הכללים, על הפיקוח עליהם ועל אכיפתם.²³ כן הן מאופיינות בסטייה ממתחם שיקול הדעת הרגולטורי המצומצם שנקבע בחוק ונעדרות מנגנוני בקרה רגולטוריים פנימיים הנחוצים לבחינת השגת האינטרס הציבורי בהסדר.

2. הארכות הזיכיון כמשא ומתן רגולטורי

מאז הוקם ערוץ עשר בשנת 2002 כמתחרה לערוץ 2 ההגמוני ובמהלך רוב שנות קיומו כשל בעמידה במחויבויות הרגולטוריות שנקבעו לו. נקודות המשבר העיקריות בתולדות הערוץ – בשנים 2003, 2009, 2011 – היו בעת סיום תקופת הזיכיון ובחינת הארכתו.²⁴ בכל צומת הכרעה לקבלת החלטה רגולטורית פעלה הרשות השנייה באמצעות מתווה של קיום משא ומתן עם ערוץ עשר, נמנעה מלפרסם מכרז לזכיון חדש לערוץ וערכה במקום זאת הסכמות עם הזכייין על הקלות בדבר מחויבויות תוכן ומחויבויות פיננסיות החלות עליו ברגיל מכוח חוק, תקנות, כללים ותנאי הזיכיון. כפי

של כתיבה תסריטית, משחק ובימוי, מסוגים אלה: "...". לצדן של הוראות בדבר מחויבויות תוכן מצויות הוראות שעוסקות במחויבויות פיננסיות משמעותיות שמוטלות על הזכיינים, ובהן דמי זיכיון המשולמים לרשות השנייה ודמי תמלוגים המשולמים לאוצר המדינה. מחויבויות תוכן נוספות מוסדרות בכללי הרשות השנייה העוסקים בנושאים שונים, כגון שידורי טלוויזיה נדרשים מבחינת הסוגה וההיקף; הוצאה מינימלית נדרשת להפקה של סרטים ישראליים; פרסומות; אתיקה; סימון משדרים לילדים ועוד. ראו: כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (שידורי תכניות טלוויזיה בידי בעל זיכיון), התש"ע–2009, ק"ת 6816; כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (נטילת זמני שידור), התשס"ז–2007, ק"ת 6555; כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (הליכים למתן זיכיון לשידורי טלוויזיה), התשנ"ב–1992, ק"ת 5424; כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (שיבוץ תשדירי פרסומת בשידורי טלוויזיה), התשנ"ב–1992, ק"ת 5455; כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (אישור מוקדם של תשדירי פרסומת), התשנ"ד–1994, ק"ת 5580; כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (הליכים ותנאים לקבלת רישיון לשידורי טלוויזיה), התשנ"ב–2011, ק"ת 7049; כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומת בטלוויזיה), התשנ"ד–1994, ק"ת 5580; כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (סיווג, סימון ואיסור שידורים מזיקים – מתן התראות), התשס"ג–2002, ק"ת 6206.

23 כפי שיודגם בהמשך מאמר זה. לתופעה באופן כללי ראו: ידין (לעיל, הערה 3).

24 למעשה, שנת 2003 לא הייתה המועד שנקבע מראש לסיום הזיכיון, אולם בשנה זו דנו בו מחדש בשל הקשיים הכלכליים החמורים שאליהם נקלע הערוץ.

שיתואר בהמשך, הסכמות אלה היו נגועות בפגמים מנהליים רבים אף שהוכשרו בדיעבד באמצעות תיקוני חקיקה.

על מנת למקד את הדיון במסכת עובדתית ספציפית, להלן תואר אחת ההסכמות החשובות בתולדות הרגולציה של ערוץ עשר הנוגעת להארכת הזיכיון הראשונה שניתנה לו בשנת 2010. הארכה ראשונה זו סימנה את פתיחתה של תקופת הזיכיון השנייה, בשנים 2010–2012. הסכמה זו חשובה במיוחד כיוון שבתקופה זו הגיעו לסיומן שמונה שנות הזיכיון של הערוץ, אשר ללא ספק שיקפו כישלון מסחרי והצריכו חשיבה רגולטורית מחודשת. צומת רגולטורי חשוב זה היה צריך להביא לכאורה לסיום הזיכיון ולפרסום מכרז לזכיין חדש לערוץ מנקודת מבט פורמלית של הוראות החוק, אך במקום זאת הוחלט להאריך את הזיכיון הקיים. לצורך השלמת התמונה תוצג בקצרה אף השתלשלות המהלכים הרגולטוריים בנוגע לערוץ עשר בשנים מוקדמות יותר וכן הסכמות עדכניות שנערכו בעניינו של ערוץ עשר בשנים 2011–2012.

(א) תקופת הזיכיון הראשונה 2002–2010

בחלק זה יתוארו בקצרה שנות פעילותו של ערוץ עשר בתקופת הזיכיון הראשונה שניתנה לו בהסכם הזיכיון למשך שמונה שנים (2002–2010) ועוגנה בחוק הרשות השנייה. הדברים ישמשו רקע להבנת ההסכמות הרגולטוריות שנערכו בנוגע לתקופת הזיכיון השנייה ("ההארכה הראשונה" – 2010–2012).

כבר בראשית דרכו נתקל ערוץ עשר בקשיים מסחריים: הרייטינג היה נמוך בהרבה מן המצופה; בעלי המניות ספגו הפסדים קשים באופן שעורר אי-ודאות בקשר להשקעות עתידיות בערוץ; כמו קשיים משפטיים בניהול המכרז; אף התחרות בשוק הפרסום לא התגברה במידה המצופה. למעשה, בשל ההפסדים הגדולים בתחילת שנת הזיכיון השנייה נכנס הערוץ להקפאת הליכים, ובנסיבות אלו לא הצליח לקיים את מחויבויות התוכן שנקבעו לו.²⁵

בניסיון לטפל במשבר התכנסה ועדה מיוחדת של נציגי ממשלה ורגולטורים עם תום שנת הזיכיון הראשונה והחליטה על תיקון חוק הרשות השנייה.²⁶ התיקון לחוק יצר קונסטרוקציה מיוחדת בנושא קיום המחויבויות, ולפיה אם זכיין ערוץ עשר יקיים את מחויבויותיו בשנת הזיכיון השנייה, יהיה ניתן לראות בו מי שקיים אותן גם בשנת הזיכיון הראשונה.²⁷ הקלה זו, שנאמדה בשעתה בשווי של כמאה מיליון ש"ח, הייתה הסנונית

25 ראו פירוט על הקשיים המסחריים של הערוץ ועל הקפאת ההליכים **בועדת תורג'מן לבחינת עמידת ערוץ עשר בתנאי הזיכיון – דו"ח הוועדה** (2008). ועדה זו דנה במחויבויות ערוץ עשר לשנים 2004–2007 בראשותה של עו"ד רחל תורג'מן (להלן: **דוח ועדת תורג'מן**).

26 שם, בפסקאות 21–23.

27 ראו: תיקון 18 לחוק הרשות השנייה, שהוסיף את סעיף 59א לחוק זה. הסעיף קובע כי "בעל זיכיון בערוץ השלישי שקיים, בשנת הזיכיון השנייה שתחילתה ביום כ"ה בשבט התשס"ג (28 בינואר 2003), את כל התנאים והמחויבויות שקבעה לו המועצה לפי הוראות סעיף 59

המבשרת על שרשרת הקלות והסכמות רגולטוריות העתידות לבוא בעניינו של זכייין ערוץ עשר.²⁸ משאים ומתנים התקיימו בהמשך לצדה של הרגולציה הפורמלית הנוקשה שנקבעה באותה עת, המורה כי אם בעל הזיכיון יפר את מחויבויותיו גם בשנת הזיכיון השנייה, על מועצת הרשות השנייה לבטל את זיכיונו בתוך שלושים ימים.²⁹

בתום שנת הזיכיון השנייה לא עמד הערוץ במחויבויות השוטפות פעם נוספת, ואף לא עלה בידו למלא את מחויבויותיו להשלמות עבר שהתחייב להן במסגרת ההסדר הקודם. חקיקה רגולטורית מקלה קבעה בשנית באמצעות קונסטרוקציה מיוחדת כי ימחלו לערוץ על מחויבויות שתי שנות הזיכיון הראשונות אם יעמוד במחויבויות שנת הזיכיון השלישית.³⁰ השנים 2004–2005 לא סימנו שיפור בעמידה במחויבויות והצורך בהסדר נוסף התעורר שוב. בשל חוסר סמכות פורמלית של הרשות השנייה להאריך את הזיכיון בתנאים אלה נדרשו הצדדים בשנת 2005 לתיקון 26 לחוק, אשר הסמיך אותה להאריך את הזיכיון לערוץ עשר בשנתיים נוספות, ולאחריהן להאריכו בשנתיים נוספות.³¹ אף בתיקון זה נקבע בכירור כי הרשות לא תהיה רשאית להאריך את זיכיונו של הערוץ אם מצאה כי בעל הזיכיון לא קיים בתקופת הזיכיון את הוראות חוק הרשות השנייה, את כללי המועצה או את תנאי הזיכיון.

התיקון הציב הסדר נדיב במיוחד לערוץ עשר: דחיית המחויבויות החלות על הזכייין בתקופה שבשנים 2004–2006 (שנות הזיכיון השלישית והרביעית) למועדים מאוחרים שיחולו עד לשנת 2010. לימים הרשות אף דחתה את נקודת הברדיקה שנקבעה בחוק לעמידה במחויבויות, משנת 2006 לשנת 2007.³²

אף כי המשך שנות הזיכיון סימן שיפור מסוים והתייצבות במצבו של זכייין הערוץ, עד לשנת 2009 הוא צבר הפרות רגולטוריות משמעותיות ביותר. כך באשר למחויבויות

לפני תחילתו של חוק זה, יראו אותו כאילו קיים גם את התחייבויותיו בשנת הזיכיון הראשונה".

28 לאומדן ההקלה ראו: פרוטוקול ישיבה מס' 10 של ועדת הכלכלה, הכנסת השש-עשרה (2.4.2003), דברי היועץ המשפטי של הרשות השנייה, דורון אבני, בעמ' 9. בנוסף, ניתנו הקלות בהתחייבויות בעלי מניות הערוץ להשקעה, בהיקף של כ-80 מיליון ש"ח.

29 שם.

30 ראו: סעיף 10 לחוק הרשות השנייה (תיקון מס' 19), התשס"ג–2003, ס"ח 528, לעניין תיקון סעיף 59א לחוק הרשות השנייה: "59א(א) בעל זיכיון בערוץ השלישי שקיים מיום ו' בחשון התשס"ד (1 בנובמבר 2003) עד תום שנת הזיכיון השנייה ביום ד' בשבט התשס"ד (27 בינואר 2004) את כל התנאים והמחויבויות שחלים עליו לגבי התקופה האמורה, לפי הוראות סימן זה, הוראות סעיפים 99 ו-100 והוראות התוספת השנייה, יראו אותו כאילו קיים את התנאים והמחויבויות לפי סימן זה והתוספת הראשונה או התוספת השנייה, לפי הענין, בשתי שנות הזיכיון הראשונות".

31 חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (תיקון מס' 26), התשס"ו–2005, ס"ח 2035.

32 לפריסת המחויבויות מונתה ועדת תורג'מן, אשר המליצה על השלמת מחויבויות בהיקף של 60 מיליון ש"ח. ראו: **דוח ועדת תורג'מן** (לעיל, הערה 25) פסקה 58.

בתחום הסוגה העילית לשידורן של תכניות הנחשבות איכותיות, כגון מסוג דרמה ותעודה, שבהן נצבר פער בסך של 100 מיליון ש"ח; לחובות דמי הזיכיון והתמלוגים בסך של 47 מיליון ש"ח; לחובות השקעה בקולנוע שנצברו לסך של 20 מיליון ש"ח.³³ כן ביצע הערוץ הפרות נוספות של תנאי הזיכיון בדמות צבירת גירעונות ואי-שידור החדשות מירושלים כנדרש.³⁴

(ב) תקופת הזיכיון השנייה 2010–2012 – ההארכה הראשונה

לקראת סיום תקופת הזיכיון הראשונה הגיש ערוץ עשר לרשות השנייה בקשה להארכת הזיכיון בשנתיים נוספות, מינואר 2010 ועד לינואר 2012. עם זאת המסגרת הרגולטורית הפורמלית לא תמכה בהארכה המבוקשת, שכן על פי סעיף 37(ב) לחוק הרשות השנייה זיכיון לשידורים פג בתום התקופה הנקובה בו. בהתאמה מורה סעיף 38 לחוק כי במקרה כזה זיכיון חדש לשידורים יינתן על פי מכרז פומבי שתפרסם הרשות השנייה אלא אם יוארך הזיכיון. ואולם על פי החוק, אין להאריך את הזיכיון אם בעל הזיכיון לא קיים את הוראות החוק, הכללים או הזיכיון.³⁵ בפועל, בעל הזיכיון לא עמד במחויבויותיו, וזאת אף לפי קביעתה של מועצת הרשות השנייה עצמה.³⁶ למרות זאת בסוף חודש ספטמבר 2008 קיימה הרשות השנייה שימוע לערוץ עשר שלאחריו העביר הערוץ מכתב ובו הצהרת כוונות בנוגע למוכנות בעלי המניות להעמיד כספים שיידרשו לתשלום חובות הערוץ ובנוגע ליכולת הערוץ לעמוד במחויבויות.³⁷ נוכח מכתב הכוונות והנתונים שהוצגו לה החליטה מועצת הרשות השנייה להסמיך את

33 הנתונים מתוך דוח שנתי לשנת 2004 – הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (2005); דוח שנתי לשנת 2005 – הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (2006); דוח שנתי לשנת 2006 – הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (2007); דוח שנתי לשנת 2007 – הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (2008); דוח שנתי לשנת 2008 – הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (2009); דוח שנתי לשנת 2009 – הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (2010); דוח שנתי 61 לשנת 2009 – מבקר המדינה (2010) 510–506; פרוטוקולים מוועדת הכלכלה בכנסת (ראו: לעיל, הערה 1, ולהלן, הערות 39, 40, 45, 48, 164); מצגת הרשות השנייה שהוצגה לוועדה ביום 20.7.2009.

34 ראו: חוות דעת של היועץ המשפטי של הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, "הארכת זיכיון לשידורי טלוויזיה בערוץ השלישי – ערוץ עשר" (13.8.09) [www.rashut2.org.il/daily.asp?catId=125&pgId=54087] (נצפה לאחרונה במרץ 2014).

35 וכך מורה בעניין זה סעיף 37 לחוק הרשות השנייה: "ביקש בעל זיכיון מהמועצה להאריך את תוקף זיכיונו כאמור בסעיפים (א) או (ב), לפי העניין, רשאית המועצה להאריך את תוקף זיכיונו, אלא אם כן מצאה כי מתקיים אחד מאלה: (1) בעל הזיכיון לא קיים במהלך תקופת הזיכיון או במהלך תקופת ההארכה הראשונה, לפי העניין, אחר ההוראות לפי חוק זה, כללי המועצה או תנאי הזיכיון, לרבות תנאים והתחייבויות שמועד קיומם נדחה לפי סעיף 59א(ג)."

36 ראו: החלטה 7 של מועצת הרשות השנייה מישיבתה מספר 85 מיום 27.11.2008. שם. 37

מנכ"ל הרשות שינהל משא ומתן להסכמה עם בעל הזיכיון על מנגנון להשלמת מחויבויות תוכן.³⁸

בד בבד עם פעולות אלה נערכה הרשות לאפשרות שהמשא ומתן לא יצלה או שהאקלים המשפטי והפוליטי לא יאפשר עוד את דחייתו של המכרז והכינה מסמכים למכרז מפורט.³⁹ בתוך כך דנה מועצת הרשות רבות בדרכים המשפטיות האפשריות להארכת הזיכיון על מנת להימנע ממכרז ואף נקטה פעולות שונות לצורך כך. כך למשל פנתה לשר התקשורת ולשר האוצר בבקשה שייזמו הליך חקיקתי להארכת הזיכיון וכן ליועץ המשפטי לממשלה בבקשה לקבל חוות דעת משפטית בנושא ההארכה. בה בעת החלה בקיום מגעים אינטנסיביים עם נציגי ערוץ עשר לקראת הסדר הסכמי שיכלול מתווה להשלמת מחויבויות וחובות עבר במהלך שנות הזיכיון הבאות.

במקביל למהלכי "הצלה" אלו פנתה מועצת הרשות השנייה לשר התקשורת על מנת שיתקן את התקנות כדי להאריך את מועד ההחלטה בבקשת הערוץ להארכת הזיכיון.⁴⁰ יודגש כי בעניין זה קבעה קודם לכן חוות דעת משפטית של הרשות השנייה כי "במצב המשפטי והעובדתי הקיים היום, המועצה אינה מוסמכת לקבל את בקשת [בעל הזיכיון] להארכת זיכיונה, ועליה לפרסם באופן מיידי מכרז לבחירת בעל זיכיון חדש. ההחלטה של המועצה שלא לפרסם מכרז חדש בנסיבות העניין או הימנעות בפועל מפרסומו, תהיה פעולה (או מחל) הלוקה בחוסר סבירות מהותי והפוגעת בשלטון החוק. כל זאת בשים לב למועד פקיעת הזיכיון של [בעל הזיכיון] (סוף ינואר 2010)".⁴¹

38 ש.ם.

39 וזאת על פי חוות דעת משפטיות שהתקבלו הן מן היועץ המשפטי של הרשות השנייה (לעיל, הערה 34) והן מן המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי-פיסקלי) (להלן, הערה 128). ראו על כך גם בפרוטוקול ישיבה מס' 1 של ועדת הכלכלה, הכנסת השמונה-עשרה (26.10.2009), וכן בהחלטת מועצת הרשות השנייה (לעיל, הערה 36).

40 כמפורט בפרוטוקול ישיבה מס' 2 של הוועדה המשותפת חינוך-כלכלה, הכנסת השמונה-עשרה (27.10.2009), דברי עו"ד דורון אבני, היועץ המשפטי של הרשות השנייה, בעמ' 5. המועד לקבלת החלטה רגולטורית בנושא זה על פי החוק בנוסחו דאז היה 1 בדצמבר 2008. בפועל המועצה קיבלה החלטה ב-27 בנובמבר 2008, שבה מצוין כי לפי דעתה לא התקיימו התנאים להארכת הזיכיון ואין מנוס מלצאת למכרז. עם זאת באותה החלטה גם ציינה שלאור החשיבות שהיא רואה בהמשך קיומו של ערוץ עשר ליצירה הישראלית היא פונה לשר התקשורת בבקשה לתקן את התקנות באופן שהמועד לקבלת החלטתה יוארך. ראו: סעיף 37 לחוק הרשות השנייה (תיקון מס' 26), התשס"ו-2005, ס"ח 16. תאריך זה אף מצוין בתקנות הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (הארכת תקופת הזיכיון הראשונה בערוץ השלישי), התשס"ח-2008, ק"ת 6714. לאחר מכן עמדו משתתפי הדיונים בכנסת על כך שמבחינה משפטית לא ניתן לכאורה לבקש להאריך מועד לקבלת החלטה שבפועל למעשה כבר נתקבלה. ראו למשל גם: **דוח שנתי 61 לשנת 2010 – מבקר המדינה** (2011), בעמ' 510 ואילך.

41 ראו: חוות דעת היועץ המשפטי (לעיל, הערה 34) בעמ' 2.

גם המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי-פיסקלי) חיווה דעתו וקבע כי היעדר החלטה ברורה ומפורשת של המועצה בבקשתו של בעל הזיכיון להאריך את תקופת זיכיונו, כעשרה חודשים לאחר המועד הקצוב בתקנות וכארבעה חודשים לפני תום תקופת הזיכיון, "מהווה הפרה של הוראות התקנות".⁴² עוד הוא הוסיף כי נדרש מהמועצה ומיתר הרשויות המעורבות במגעים "שלא לאפשר עוד את עיכוב ההחלטה באופן הסותר את תכליתן של התקנות", וכי אם אכן קיים אינטרס ציבורי בהארכת הזיכיון יש מקום לשקול את תיקון החוק ועיגון ההסדר בחקיקה ראשית.⁴³

לבסוף נענה משרד התקשורת לבקשת הארכת המועדים והנחה את מועצת הרשות השנייה להמשיך בקיום מגעים עם ערוץ עשר כדי להגיע להסדר שלא יחייב מהלכי חקיקה ראשית. המשא ומתן, שהתנהל ישירות בין מנכ"ל הרשות השנייה מנשה סמירה ובין מנכ"ל ערוץ עשר יוסי ורשבסקי, ארך כחמישה חודשים.⁴⁴ מגעים אלו הניבו פרוט, ובמהלך תקופה זו הצליחו נציגי הרשות השנייה ונציגי ערוץ עשר להגיע להסכמה בנוגע למרבית ההיבטים הרגולטוריים (דווח כי הסכמה הושגה בנוגע ל-80 עד 90 אחוזים מן הנושאים).⁴⁵

בשלב זה וכדי להשלים את הנושאים שטרם הושגה הסכמה בעניינם עבר החוזה הרגולטורי המתגבש בין הזכייין לרגולטור לזירה הפרלמנטרית.⁴⁶ הצעת חוק פרטית

42 ראו: לעיל, הערה 39 ולהלן, הערה 128. כמפורט בדוח המבקר לשנת 2010 (לעיל, הערה 40) בעמ' 513.

43 ראו: דוח המבקר, שם.

44 פירוט המגעים בין הרשות השנייה למשרדי הממשלה השונים לקראת הסדר עם ערוץ עשר מצוי במכתב מיושב ראש מועצת הרשות לחברי המועצה "ערוץ עשר – הארכת זיכיון" (15.10.2009), מתוך חוות דעת היועץ המשפטי (לעיל, הערה 34).

45 דבריו של שר התקשורת משה כחלון, פרוטוקול הוועדה המשותפת (לעיל, הערה 40). יצוין שעיקר המחלוקת נגע למחויבויות להשקעה בקולנוע, שבהן הסתמנה ההפרה הבוטה ביותר של הערוץ. ראו גם דבריו של מנכ"ל ערוץ עשר יוסי ורשבסקי, המצויים בפרוטוקול ישיבה מס' 120 של ועדת הכלכלה, הכנסת השמונה-עשרה (7.12.2009): "אנחנו עשינו משא ומתן ארוך ומקיף עם הרשות השנייה. לו היו לנו מקורות לא היינו מגיעים לפה. אני לא אכנס לסמנטיקה אם רק על הקולנוע או לא רק על הקולנוע, אבל סעיף הקולנוע היה הסעיף הבעייתי". בחודש אוגוסט 2009 הנחה גם שר האוצר את הגורמים המקצועיים באגף התקציבים להציג פתרונות אפשריים לעניין החובות הכספיים של הערוץ בגין תמלוגים ודמי זיכיון. בהמשך לכך גובשה הסכמה בין משרד האוצר למשרד התקשורת המאפשרת את דחייתם ופריסתם של תשלומי חובות הערוץ.

46 לדוגמאות מתחום הגנת הסביבה בארצות הברית להכשרת הסדרים רגולטוריים הסכמיים בדיעבד על ידי חוק ראשי ראו: Daniel A. Farber, "Taking Slippage Seriously: Noncompliance and Creative Compliance in Environmental Law", 23 *Harv. Envtl. L. Rev.* (1999) 297. הכותב מבקר מצבים אלו וטוען שהם עלולים לעודד הפרות נוספות בעתיד (כפי שאכן קרה במקרה של ערוץ עשר): "Thus, the source may have some reluctance to initiate a second round of negotiation over how fully to implement the bargain resulting from the first round. But when the bargain itself is given full formal

שהגישו חברי הכנסת כרמל שאמה ונחמן שי להארכת זיכיונו של ערוץ עשר בשנתיים, עד לחודש ינואר 2012, נדונה משך שמונה ישיבות בכנסת, החל מחודש נובמבר 2009 ועד לחודש ינואר 2010, בוועדה משותפת של כלכלה וחינוך. בישיבות אלו השתתפו נציגים ממוסד התקשורת, משרד המשפטים, הרשות השנייה, ערוץ עשר ומשתתפים נוספים.⁴⁷ כך קרה שפורום הוועדה בכנסת הפך להיות, הלכה למעשה, פלטפורמה לגיבוש סופי של ההסכם הרגולטורי ולאישורו הפורמלי באמצעות תיקון לחוק. היטיב לתאר זאת באחת מישיבות הכנסת מנכ"ל משרד התקשורת עדן בר-טל: "בדרך כלל בהצעות חוק שאתם דנים בהן המדינה מטילה על הציבור איזו שהיא חובה. כאן אנחנו בהצעת חוק מיוחדת שיש לה פן הסכמי. אם לא יהיה צד שני להצעת החוק שיקיים את זה לא יהיה ערוץ... אכן היה משא ומתן. המו"מ הגיע – יעיד על כך מנהל הרשות השנייה – לעמק השווה בין הערוץ לבין הרגולטור. נכון שבסוף היה פער. הפער העיקרי היה בסעיף הקולנוע. ברור היה לנו שלמעלה מ-90% מההסכמות הושגו באותו שלב. הנושא התגלגל לפתחה של הכנסת היות ולא היה בכוח הצד המינהלי של משרד התקשורת והרגולטור לסגור את ה-10% הנוספים בעצמם..."⁴⁸.

וכך, במסלול עוקף רגולציה פורמלית נידונו ישירות בין הרגולטור לזכיין ערוץ עשר תנאי רגולציה חדשים לשנות הפעילות הבאות. מתווה ההסכמות הסופיות שהושגו מפורט בחלקו בסעיף 37 לחוק הרשות השנייה, שנחקק במסגרת תיקון 32 משנת 2010.⁴⁹ למשל התכנית להשלמת סוגה עילית מעוגנת בתוספת השנייה לחוק וקובעת כי "בשנות הזיכיון השמינית והתשיעית של בעל זיכיון לשידורי טלוויזיה בערוץ השלישי ... הסכום שבעל הזיכיון יוציא לשם הפקת תכניות סוגה עילית שישודרו בשנות הזיכיון השמינית והתשיעית, לא יפחת מ-39.4 מיליון שקלים חדשים לשנת הזיכיון השמינית ו-43.3 מיליון שקלים חדשים לשנת הזיכיון התשיעית; (2) נוסף על הסכומים האמורים

recognition, it may become the starting point for yet another round of negotiation, leading to further slippage" שם, בעמ' 318–319.

47 להפניות לפרוטוקולים ראו: לעיל, הערה 33. בישיבות השתתפו גם נציגי משרד האוצר, נציגי ערוץ 2, איגוד היוצרים ואיגוד מפיקי קולנוע וטלוויזיה.

48 פרוטוקול ישיבה מס' 119 של הוועדה המשותפת חינוך-כלכלה, הכנסת השמונה-עשרה (3.12.2009).

49 ההסכמות בין משרד התקשורת, משרד האוצר, הרשות השנייה וערוץ עשר גובשו במתווה שעוגן רק חודשים לאחר מכן בחוק. הדברים משתקפים בברור מפרוטוקול ישיבת הוועדה המשותפת חינוך-כלכלה של הכנסת, שם. ראו גם דבריו של מנכ"ל ערוץ עשר יוסי ורשבסקי, העולים מתוך הפרוטוקול: "בעל הזיכיון ישב בשנה האחרונה עם כל הגורמים. הגענו להסכמה עם הרשות השנייה ועם כל הגורמים. בירכתי את עובדיי בערב ראש השנה על כך שיום לאחר מכן מאשרים את ההסכם, אבל לא אישרו את ההסכם. נותרה בעיית הקולנוע. חוץ מבעיית הקולנוע הכל היה פתור. בגלל בעיית הקולנוע אמרו שיהיה עניין של חקיקה. הגשנו לרשות השנייה מתווה סגור וברור שהיה מקובל על הרשות השנייה לגבי איך אנחנו הולכים לעמוד בכל מחויבויותינו עד שנת 2011."

בפסקה (1), יוציא בעל הזיכיון לשם הפקת תכניות סוגה עילית לפי התכנית להשלמת סוגה עילית שהוגשה ואושרה לפי סעיף 37ג(א1)(1) ו־ (5) לחוק, סכום של 37.1 מיליון שקלים חדשים בשנת הזיכיון השמינית ו־ 27 מיליון שקלים חדשים בשנת הזיכיון התשיעית... (ד) בשנת הזיכיון העשירית יוציא בעל זיכיון לשידורי טלוויזיה בערוץ השלישי, נוסף על סכום ההוצאה השנתי לפי סעיף קטן (א), סכום של 16.1 מיליון שקלים חדשים לשם הפקת תכניות סוגה עילית לפי התכנית להשלמת סוגה עילית שהוגשה ואושרה לפי סעיף 37ג(א1)(1) ו־ (5) לחוק."

בדבר חובות הערוץ באשר לדמי הזיכיון ולדמי התמלוגים נקבע הסדר כדלקמן:⁵⁰ "על אף הוראות סעיף 51,101 רשאית הרשות לדחות, עד יום ו' בטבת התשע"ב 1) בינואר 2012) (בסעיף קטן זה – מועד הדחייה), העברת תמלוגים לאוצר המדינה בשל שנות הכספים 2008 עד 2011, בסכום כולל שלא יעלה על 20 מיליון שקלים חדשים, לצורך שימוש בסכום האמור לשם כיסוי ההוצאות הכרוכות במילוי תפקידיה...". ההסדר אף כלל מתכונת של פריסה ודחייה של תשלום חוב דמי הזיכיון של הערוץ.⁵² מתווה זה של חוזה רגולטורי מבטא הקלה בשווי עשרות מיליוני שקלים לערוץ, והוא מקיף מחויבויות רגולטוריות פיננסיות, לוגיסטיות ותכניות שמקבל עליו הערוץ בתקופת ההארכה. חלקן הוא רטרואקטיבי, בנוגע להשלמות חוסרי עבר, וחלקן האחר פרוספקטיבי, בנוגע לתשלומים, לשינויים ארגוניים ולמכסות שידור שיחולו על הזכיון בתקופת הזיכיון העתידה לבוא.

ג) תקופת הזיכיון השלישית 2012–2013

בתקופת הזיכיון השנייה בשנים 2010–2011 נרשם מפנה בעמידתו של ערוץ עשר במחויבויות תוכן הנוגעות להפקות מקור ולסוגה עילית.⁵³ עם זאת חוב בסך 60 מיליון

50 ראו: סעיף 102א(ב) לחוק הרשות השנייה.
 51 סעיף 101 לחוק הרשות השנייה קובע כי דמי הזיכיון, דמי הרישיון ודמי ההפצה שישולמו לרשות ישמשו לה לכיסוי ההוצאות הכרוכות במילוי תפקידיה, לרבות התפעול השוטף של חברת החדשות.
 52 מתכונת ההסדר מעוגנת כיום בסעיף 102א לחוק הרשות השנייה.
 53 על פי נתוני הרשות השנייה. ראו למשל: **דוח שנתי לשנת 2010 – הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו** (2011). בהודעה לעיתונות של הרשות השנייה "דוח הרשות השנייה לשנת 2010: ישראל 10 הוציאה 81.6 מיליון ש"ח על תכניות סוגה עילית, כ־10.9 מיליון ש"ח מעבר למחויבותה" (6.9.2011). פורסם כי: "ישראל 10 חויבה להוציא בשנת 2010 כ־70.7 מיליון ש"ח על תכניות מסוגה עילית. מתוך סכום זה 43.5 מיליון ש"ח מהווים את המכסה המזערית ו־27.1 מיליון ש"ח מהווים את השלמת החוסרים. בפועל, ישראל 10 הוציאה 81.6 מיליון ש"ח להפקה ולרכישה של תכניות מסוגה עילית, סכום של 10.9 מיליון ש"ח ביתר. במסגרת הוצאה זו הוכרו 4 מיליון מתוך 8 מיליון ש"ח שהוציאה ישראל 10 על הפקת סרטים ישראלים. הזכיון עמד במחויבות בהוצאה הנדרשת ואף מעבר לכך, כאמור 'ישראל 10' הוציאה סכום של 10.9 מיליון ש"ח ביתר, הוצאה שמתוכה נזקפת לערוץ סך של 1.1 מיליון ש"ח להשלמת חוסרי העבר". www.rashut2.org.il/news_inner.asp?catid=

שקל בגין דמי זיכיון ותמלוגים עדיין איים על עתידו של הערוץ.⁵⁴ על אף החוב החליטה בחודש ינואר 2012 מועצת הרשות השנייה להאריך שוב את זיכיונו של ישראל 10 עד ליום 31.12.2012.⁵⁵ זאת לפי חוות דעת משפטית שקיבלה מהמשנה ליועץ המשפטי לממשלה, ולפיה היא מוסמכת לדון בהארכת הזיכיון למרות אי-עמידתו של הערוץ במחויבויותיו הרגולטוריות.⁵⁶ ההסדר החדש מצוי בחוק הרשות השנייה והוא נחקק במסגרת תיקון 33 לחוק.⁵⁷

לאחר הארכה זו פנתה מועצת הרשות השנייה בחודש יוני 2012 לשר האוצר בבקשה שיפעל למען המשך פעילותו של הערוץ בשנה העוקבת, ובכלל זה באמצעות תיקוני

[58&pgid=69501&ShowPage=1&from=NewsLobby&stts=0&D=1¤tpage=17
(נצפה לאחרונה ביולי 2014).

54 על פי תקנות הכספים, הערוץ השלישי מחויב לשלם סכום של כ-15 עד 30 מיליון ש"ח מדי שנה (סכום משתנה) כדמי זיכיון ונוסף על כך דמי תמלוגים הנגזרים מהיקף ההכנסות השנתי שלו (4%). ראו: סעיף 100 לחוק הרשות השנייה והתקנות שהוצאו מכוחו: תקנות הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (כספים), התשנ"ב-1992; סעיפים 6לד(י), 6לו, 6נו, 54 לחוק הבזק וכן תקנות הבזק (זיכיונות), התשמ"ח-1987. בעקבות הפחתות שונות שבוצעו בחקיקה בדמי התמלוגים של הזכיינים, אלו עומדים כיום על אחוז אחד בלבד ובמקביל מתקיימים מהלכים לביטולם כליל בשנת 2013. אף דמי הזיכיון צפויים להתבטל בעתיד, כפי שמסתמן מיזמות חקיקה של משרד התקשורת ושל הרשות השנייה. ראו למשל: הצעת חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 56) (הרשות והמועצה לשידורים מסחריים), התשע"ג-2012, ה"ח 729.

55 ראו: החלטת מועצת הרשות באתר הרשות [www.rashut2.org.il/daily].
[asp?catId=125&pgId=72682] (נצפה לאחרונה במרץ 2014).

56 ראו: "מועצת הרשות השנייה האריכה את זיכיון השידורים של ערוץ עשר עד סוף שנת 2012" על שולחן המועצה, אתר הרשות השנייה [www.rashut2.org.il/tablen_inner.asp?ca] [tid=220&CurrentPage=1&pgid=72680&ShowPage=12&from=NewsLobby&stts=0] (נצפה לאחרונה במרץ 2014).

57 ראו: סעיף 37 לחוק הרשות השנייה: "(ב) תקופת הזיכיון של בעל הזיכיון שתקופת זיכיונו הוארכה כאמור בסעיף קטן (א), תוארך עד יום י"ט בטבת התשע"ג (1 בינואר 2013) או עד מועד המעבר שקבע השר בצו, אם דחה את המועד בהתאם להוראות סעיף 33 (בסעיף זה – תקופת ההארכה השנייה), והכל אלא אם כן מצאה המועצה כי חדל להתקיים בבעל הזיכיון אחד התנאים המנויים בחוק זה, שהיו מזכים אותו להשתתף במכרז או להיות בעל זיכיון בערוץ השלישי, או התקיים בו סייג שהיה פוסל אותו מלהשתתף במכרז או מלהיות בעל זיכיון כאמור לפי הוראות חוק זה.... (ד) בתקופת ההארכה השנייה יחולו על בעל הזיכיון הוראות אלה: (1) ההתחייבויות והתנאים שחלו על בעל הזיכיון לפי חוק, כללי המועצה או תנאי הזיכיון, בשנת הזיכיון העשירית יחולו עליו גם בתקופת ההארכה השנייה, אלא אם כן קבעה המועצה כי התחייבויות או תנאים הקבועים בכללי המועצה או בזיכיון לא יחולו עליו, או יחולו בשינויים שקבעה; (2) לענין תקופת ההארכה השנייה, ישלם בעל הזיכיון למדינה תמורה בעד הארכת זיכיונו לתקופה זו, שתקבע על ידי שר האוצר, בהסכמת השר ובאישור הוועדה".

חקיקה – במתכונת המוכרת.⁵⁸ מגעים שהתנהלו בין ערוץ עשר לבין הרשות השנייה ומשרד התקשורת כדי להגיע להסדר לפריסת החוב לא עלו יפה,⁵⁹ אך בסופם קראה המועצה לגורמי ממשל לפעול לתיקון החקיקה באופן שיאפשר את הצלת הערוץ.⁶⁰ המאמצים נשאו פרי, וזיכיונו של ערוץ עשר הוארך פעם נוספת, עד לסוף שנת 2014. הפרק הבא מציג את ההסכמות כחלק מפרקטיקות רגולטוריות הנשענות במידה רבה על הגורמים המפוקחים, כגון הרגולציה ההסכמית, הרגולציה הוולונטרית והרגולציה העצמית, ומדגים את השימוש שנעשה בהן בתחום שידורי הטלוויזיה.

ב. רגולציה עצמית, וולונטרית והסכמית ברשות השנייה

הסגנון הרגולטורי של ניהול משא ומתן וגיבוש הסכמות רגולטוריות כפי שנעשה בין הרשות השנייה ובין ערוץ עשר, משתייך לקבוצת אסטרטגיות רגולטוריות המאופיינות כשיתופי פעולה הנערכים בין רשויות מנהליות מפקחות לגורמים פרטיים מפוקחים. הפרק להלן ממקם את ההסדרים בספרות העוסקת בגישות ובאסטרטגיות רגולטוריות הסכמיות ושוקיות הנסמכות על גורמים פרטיים במידה רבה לצורך הכוונת התנהגות

58 ראו: "מועצת הרשות השנייה בקריאה לשר האוצר: פעל לאלתר לאפשר את המשך קיומו של ערוץ עשר לטובת כלל הציבור" על שולחן המועצה, אתר הרשות השנייה www.rashut2.org.il/tablen_inner.asp?catid=220&CurrentPage=1&pgid=76305&ShowPage=6&from=NewsLobby&stts=0 (נצפה לאחרונה במרץ 2014).

59 כך למשל החליטה מועצת הרשות לחלט את ערבויות הערוץ בשווי 64 מיליון ש"ח. ראו: מועצת הרשות השנייה, הודעה לתקשורת (14.8.2012) [www.rashut2.org.il/news_] (inner.asp?catId=58&pgId=77966) (נצפה לאחרונה במרץ 2014).

60 להסדר ערוץ עשר לשנת 2013 ראו: חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (תיקון מס' 37), התשע"ג–2012, ס"ח 2389; חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (תיקון מס' 33), התשע"א–2011, ס"ח 2276; הצעת חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (תיקון מס' 33) (מעבר מזיכיונות לרישיונות בשידורי טלוויזיה), התש"ע–2010, ה"ח 532. תיקון זה נעשה בהמשך להמלצה של ועדת מרדכי (לעיל, הערה 9) לעבור משיטה שבה מוענק בהליכי מכרז מספר מוגבל של זיכיונות לשידורים מסחריים, לשיטת אסדרה שבה יוענקו רישיונות לשידורים מסחריים לכל דורש שיעמוד בתנאי הסף, ללא הליך מכרזי. שינוי שיטת האסדרה נועד להסיר שתי מגבלות המוטלות על הערוצים המסחריים: מגבלה של שלושה בעלי זיכיון משדרים בלבד, באופן שירחיב את מספר המשדרים; המגבלה על התקופה שבה כל גורם מורשה לשדר, וכך רישיון יינתן לתקופה של 15 שנים. שינוי האסדרה מתאפשר הודות למעבר לשידורי טלוויזיה דיגיטליים, המאפשרים ניצול תדרים משופר לעומת השיטה האנלוגית. ראו: דברי ההסבר להצעת חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (תיקון מס' 33) (מעבר מזיכיונות לרישיונות בשידורי טלוויזיה), התש"ע–2010, ה"ח 532. כמו כן המעבר לשיטת הרישיונות אמור לאפשר הקלה ניכרת (של כחמישים אחוזים) במחויבויות התוכן שהוטלו על המשדרים עד כה בשיטת הזיכיונות. בקשה לרישיון הוגשה במהלך שנת 2012 על ידי ערוץ עשר אך לא התקבלה עקב קשיים כלכליים בערוץ.

ויצירת סדר במרחב הציבורי. הפרק אף כולל כמה דוגמאות לשימוש שעושה הרשות השנייה בשנים האחרונות בשיטות אסדרה כגון רגולציה עצמית, וולונטרית והסכמית.

1. מבוא לגישות רגולציה שוקיות

מנגנוני הפיקוח המסורתיים על הפעילות העסקית של גופים פרטיים מופעלים על ידי המדינה באמצעות נורמות משפטיות כופות המעוגנות בחוק, שבצדן סנקציות פליליות או מנהליות. גישה רגולטורית זו, הידועה גם כגישת הציווי ושליטה (Command and Control), מבוססת על הרתעה ועל ענישה, ולפיכך היא ריכוזית, חד-כיוונית וכופה. בניגוד לכך וכמנגנון משלים התפתחו שיטות רגולציה המבוססות על ההבנה כי יש לרתום למאמץ הרגולטורי גורמים נוספים, בעלי הידע והמשאבים המתאימים למשימה. גישה זו דוגלת ביד רכה כלפי מפוקחים, בשיתופם בתהליך הרגולטורי ובתמרוצים עדינים לפעולה, ובכך מסמנת תנועה מתפייסת ההרתעה הרגולטורית אל עבר תפיסה של שכנוע, ועונה במידה מסוימת על השאלה הקלאסית: ⁶¹To Punish or Persuade?

שלא כמו הרגולציה המסורתית, שיטות הרגולציה החדשות אינן מוגבלות להסדרה (standard setting) באמצעות כלים משפטיים פורמליים כופים, כגון כללים, הוראות או הנחיות שמפרסמים הרגולטורים, אלא הן כוללות "משפט רך" (soft law) המאפשר הצעה של תכניות וולונטריות, הסכמות ומתכונות רגולציה עצמית מאת הרגולטור – למפוקח. הן מתקיימות במקביל לציווי ושליטה של הרגולציה המסורתית, באופן סמוי או גלוי, כאשר הן משמשות כלי עזר ביצירת הרגולציה המסורתית או עומדות בפני עצמן כמכשיר מפתח בעיצוב הסדרתו של נושא מסוים.⁶² למעשה, ניתן להניח כי שיטות הרגולציה שנועדו להכווין את התנהגות השוק תוך שימוש בהסכמות והישענות על מאמציו של המפוקח היו פה מאז ומעולם, אלא שכעת גובר והולך העניין העיוני בהם ככלי ממשליות מרכזי העובר תהליך פורמליזציה בעת האחרונה, ולפיכך מקבל מעמד חשוב בדיון הרגולטורי.⁶³ מבחינה אכיפתית, במסגרת שיטות הרגולציה המתוארות כשיטות שוקיות, הנסמכות על גורמי שוק במידה רבה מן המקובל, הרגולטורים זונחים במידת-מה את הסנקציות הפליליות והאחרות המעוגנות בדין ומאמצים במקומן כלי אכיפה המאפשרים גמישות, פשרנות, הסכמה ופתיחות.⁶⁴

ניתן לזהות שלוש קבוצות עיקריות של שיטות רגולציה הנסמכות על שיתוף הפעולה של גורמי פיקוח מדינתיים עם הגורמים הפרטיים: רגולציה עצמית; רגולציה הסכמית;

61 ראו בספרו הקלאסי: John Braithwaite, *To Punish or Persuade: Enforcement of Coal Mine Safety* (1985).

62 ראו: ידין (לעיל, הערה 3) פרק א.

63 שם, בעמ' 23–24.

64 שם, בעמ' 24–42.

רגולציה וולונטרית.⁶⁵ הרגולציה העצמית (Self-Regulation) משמעותה שהרגולטור מאפשר למפוקח לקבוע לעצמו את הכללים המסדירים שיחולו עליו, תוך קיומו של פיקוח חלקי על ידי הרגולטור. הרגולציה ההסכמית (Negotiated Regulation) דוגלת בקיומו של דיאלוג המבוסס על משא ומתן עם המפוקחים ליצירת פתרון רגולטורי מותאם אישית החותר לקונצנזוס. הרגולציה הוולונטרית (Voluntary Regulation) היא סגנון רגולטורי שבו הרגולטור מציע למפוקח הצטרפות לתכניות ציות מיוחדות כדי לשפר את רמת הציות של הארגון. המשותף לכל השיטות הוא שהן מעניקות לצדדים שלישיים, בעיקר למפוקחים עצמם, תפקיד מפתח בעיצוב הרגולציה, ושהן אינן כופות במידה המוכרת ממתכונת הציווי ושליטה הרגולטורית.⁶⁶ מנגד, הקושי המגולם בהן טמון בהשפעת היתר שהן עלולות להעניק לגורמים הפרטיים; בהיעדר השקיפות האופיינית להן; בחוסר השוויון הנמצא בהצעתן רק לחלק מן המפוקחים; בהיעדר הפיקוח המתקיים על הפעלתן על ידי הרגולטורים; בהיעדר הניסיון הרגולטורי בהפעלתן; בחשש מפני ניצולן לרעה על ידי המפוקחים כמכשיר להתחמקות מן הרגולציה; ובאופן כללי בחוסר יעילות אפשרי בהשגת המטרה הרגולטורית.⁶⁷ להלן יובאו כמה דוגמאות ליישום מתכונות הרגולציה האמורות ברשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו.

2. דוגמאות לרגולציה הסכמית, רגולציה וולונטרית ורגולציה עצמית ברשות השנייה

(א) תכנית מיקוד הרגולציה

אחד השינויים הרגולטוריים הבולטים בתולדות אסדרת שידורי הטלוויזיה בישראל נערך בשנים 2008–2009 והוא מכונה בתעשייה בשם "מיקוד הרגולציה". מדובר בתכנית שעניינה שינוי, הגמשה ועדכון של המכסות הנדרשות מן הזכיינים לשידור סוגות משרדים, בייחוד באשר למשרדי סוגה עילית. תכנית מיקוד הרגולציה אשר עוגנה בכללי הרשות לאחר משא ומתן ושיתוף עם המפוקחים מדגימה אלמנטים של רגולציה הסכמית.⁶⁸ תוך קשב רגולטורי לצורכי הזכייין ושיתופו בהליך כתיבה מחדש של כללי

65 שם.

66 שם.

67 שם.

68 ראו: כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (שידורי תכניות טלוויזיה בידי בעל זיכיון) (להלן: כללי שידורי תכניות טלוויזיה). על פי הכללים החדשים, בעל הזיכיון מחויב לשדר בכל שנה תכניות סוגה עילית בהיקף של 180 שעות שלהפקתן יוציא 50 מיליון ש"ח לפחות, בחלוקה הזאת: 40 שעות תכניות דרמה; 22 שעות סרטי תעודה; 55 שעות תכניות תעודה; 63 שעות תכניות מיוחדות או תכניות תעודה. ראו: כלל 16 לכללי שידורי תכניות טלוויזיה.

הרגולציה התכנית החדשה מאפשרת לזכייני גמישות מסוימת ושיקול דעת באשר לאופן שבו עליו למלא את דרישות המינימום בחוק בנוגע לשידור תוכני סוגה עילית. בתוך כך היא מאפשרת לזכייני להפנות משאבים רבים יותר לתכניות שאופיין בידורי על חשבון תכניות דרמה ותעודה ("ניוד סוגות") וכן מכירה בהשקעה בקולנוע כסוגה עילית, לפי שיקול דעתו ובחירתו.⁶⁹

(ב) תו אתי למפרסמים

הרשות השנייה הדגימה עקרונות של שיתוף פעולה עם גורמים פרטיים המאמצים מנגנונים של רגולציה וולונטרית ורגולציה עצמית, כאשר הביאה את איגוד חברות הפרסום ואיגוד חברות המפרסמים להסכים על עקרונות אתיים לשידור פרסומות. באופן עקרוני הרשות השנייה מפקחת על תשדירי פרסומת כחלק מהליך הבקרה השוטף שהיא מקיימת על הזכיינים. במסגרת זו היא בודקת מראש תשדירים בנושאי בריאות, תשדירים הפונים לילדים או שמופיעים בהם ילדים ותשדירים שקיים חשש שיש בהם ביטויים, מסרים או תכנים של מין, אלימות, אכזריות או גזענות, או שקיים חשש שיש בהם משום פגיעה בטעם הטוב, בכבודו של אדם או ברגשות הציבור.⁷⁰ האחריות להגשת תשדירים אלו לבדיקת הרשות מוטלת על הזכיינים.⁷¹ כמו כן בודקת הרשות תשדירים שהזכיינים מגישים לה לשם קבלת חוות דעת מקדימה ומבצעת בקרה על הפרסומות לאחר שידור.⁷² במסגרת תהליך הבקרה והאכיפה הרשות רשאית לדרוש את שינוי התשדיר, את הגבלת שיבוצו לשעות מסוימות או את פסילתו של תשדיר שאינו עומד בכללי השיבוץ או האתיקה בפרסומת.⁷³

על רקע רגולציה פורמלית זו החל תהליך של שיתוף פעולה וולונטרי בין הרשות השנייה ובין השחקנים השונים בשוק הפרסום – המפרסמים ומשרדי הפרסום.⁷⁴ בהקשר

69 ראו על החלטות מועצת הרשות השנייה בנושא זה בהחלטות משיבת מועצת הרשות מס' 98 (26.4.2009).

70 ראו: כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (אישור מוקדם של תשדירי פרסומת) וכן כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (אתיקה בפרסומות בטלוויזיה).

71 סעיף 4(א)(2) לחוק סיווג, סימון ואיסור שידורים מזיקים, התשס"א–2001, ס"ח 1773 קובע כי בעל זיכיון והרשות השנייה אחראים לביצוע הסימון על פי החוק. כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (אישור מוקדם של תשדירי פרסומת) קובעים כי על הזכייני להגיש למועצה בקשה בכתב ומראש לאישור תשדירי פרסומת, וכן כי בעל הזיכיון הוא האחראי לתוכן התשדירים, ומחובתו לוודא כי הם עומדים בדרישות הדין. ראו גם אחריות בעל הזיכיון לפי כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (אתיקה בפרסומות בטלוויזיה).

72 שם, כללים 2, 4 לכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (אישור מוקדם של תשדירי פרסומת).

73 שם, כלל 3(א).

74 ראו: "עקרונות מוסכמים לשיתוף הפעולה בין הרשות השנייה לבין איגוד חברות הפרסום ואיגוד המפרסמים" (19.9.2006) [מסמך העקרונות/ www.rashut2.org.il/editor [UpLoadLow/ (נצפה לאחרונה ביולי 2014).

זה יודגש כי אלו אינם מפוקחים של הרשות והם מצויים ברגיל וכעניין טבעי מחוץ להליך הרגולטורי, אך התהליך כמובן משפיע על הזכיינים בהפחיתו מהם נטל רגולטורי. תחילתו של המיזם במחצית השנייה של שנת 2004, עם הצטרפותם של נציגי איגוד חברות הפרסום ואיגוד המפרסמים לוועדה הציבורית שהקימה הרשות כדי לגבש מדריך אתיקה בפרסומות.⁷⁵ במהלך הליך ההידברות הגיעו הצדדים להסכמה על הרף האתי הראוי בתשדירי פרסומת וכן גיבשו את מדריך האתיקה.⁷⁶ המדריך מציג פרשנות מומלצת לכללי האתיקה של הרשות השנייה וכן המלצות לדרכי יישומם.

כחלק מן התכנית הוולונטרית גובש מנגנון "התו האתי". מנגנון זה מעניק למשרדי פרסום ולמפרסמים שעברו הדרכה על ידי הרשות וקיבלו על עצמם את עקרונות התו האתי פטור מהצורך להעביר לרשות תשדירים לאישור מראש. במקום זאת משרדי הפרסום והמפרסמים שהוענק להם התו האתי מעבירים את הפרסומות ישירות לאישור הזכיינים, המשמשים "רגולטורים זוטא" במתכונת של רגולציה עצמית.⁷⁷ בין היתר כוללים התנאים לקבלת ההקלות השתתפות בהשתלמות בנושא אתיקה בפרסומות והסכמה לעקרונות מדריך האתיקה.

(ג) קוד אתי לתכניות ראיטי

בשלהי שנת 2012 החליטה הרשות השנייה להפעיל מתכונת של רגולציה עצמית-כפויה על זכייני טלוויזיה המשרדים תכניות ראיטי (מציאות).⁷⁸ בהחלטת הרשות נקבע כי תוטל על הזכיינים חובה לנסח תקנון המגדיר כללים לתכניות ראיטי ולהשתתפות בהן.⁷⁹ במסגרת זו יהיה הגוף המסדר אחראי לפקח על כללי האתיקה

75 ראו למשל: דוח שנתי לשנת 2009 - הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (2010) בעמ' 113-114.

76 ועדת הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (ועדת כשר) "מדריך האתיקה בפרסומות" (יוני 2005) [www.rashut2.org.il/editor/UpLoadLow/2005.pdf]. מדריך האתיקה יוני 2005 (נצפה לאחרונה ביולי 2014).

77 תיאור המנגנון ראו: Avshalom Ginosar, "Co-Regulation: From Lip-Service to a Genuine Collaboration – The Case of Regulating Broadcast Advertising in Israel", 3 *JIP* (2013) 104, pp. 111-14. על פי המחקר של גינוסר, המתאר את הרגולציה בשוק הפרסום בישראל כמסטר של רגולציה מעורבת, רוב משרדי הפרסומות בישראל מועברים מהפרסומאים ישירות לזכיינים ללא הליך אישור מקדים של הרשות השנייה. זאת, בזכות ההיענות הרבה בשוק הפרסום למנגנון התו האתי המתואר.

78 במסגרת מודל של רגולציה עצמית-כפויה הרגולטור מורה למפוקח להסדיר בעצמו תחום מסוים, תוך שהוא מפקח על תוצאות ההסדרה העצמית. ראו: Ian Ayres & John Braithwaite, *Responsive Regulation – Transcending the Deregulation Debate* (1992) (להלן – Ayres & Braithwaite) pp. 101-109.

79 ראו: הודעת הרשות השנייה לתקשורת "הרשות השנייה הכריעה בפרשת 'האח הגדול' ובכוננתה לקבוע לזכיינותיה כללים חדשים ומחייבים לתכניות ראיטי" (18.11.2012)

בשידורים, לברוק שהחוזים עם המשתתפים הם על פי הוראות הדין ולוודא שהצוות הרפואי המלווה פועל על פי כללי האתיקה. בהמשך לכך גיבשה קשת, זכיון ערוץ 2, בסיועם של מומחים מן האקדמיה, קוד אתי מקיף בנושא תכניות ראיטי שהוגש לאישורה של הרשות.⁸⁰

סקירת כלי הרגולציה החדשים מעידה על הסתמכותה של הרשות המפקחת על גורמים פרטיים בתהליך עיצוב הרגולציה – בעיקר המפוקחים עצמם. מתכונת פעולה זו היא מעין הפרטה של ההליך הרגולטורי, המעוררת חשש להשפעה חזקה מצדם של גורמים פרטיים ובתוך כך להפיכתה של המטרה הרגולטורית מכזו שנועדה לקדם אינטרס ציבורי לכזו שנועדה לקדם אינטרס פרטי. ספרות הרגולציה עסקה זה מכבר בחדירה של אינטרסים פרטיים להליך האסדרה, בייחוד בהקשר של כלי ציווי ושליטה.⁸¹ המקרה המיוחד המתואר במאמר מבקש להוסיף נדבך חדש לדיון ולבחון אם במקרה הספציפי הפעלתם של כלי רגולציה "מופרטים" הדוגלים בהסכמה עם המפוקחים חשופה אף היא, ואולי אף יותר מן המתכונת הרגולטורית ה"רגילה", לחדירה של אינטרסים פרטיים. מלבד זאת תבחן האפשרות המעניינת שהחוזים הרגולטוריים משמשים דווקא את הרגולטור, ולא רק את המפוקח, בהשגת האינטרסים הפרטיים שלו או תומכים בהטיות רגולטוריות הקיימות בפעולתו. לשם כך הפרק הבא מציג את הספרות העוסקת במניעים של גופים ומוסדות שאמורים לייצג את האינטרס הציבורי ולאחר מכן בוחן את הקשר שבין ההטיות והאינטרסים הרגולטוריים לכלי הרגולטורי הנבחר.

ג. אינטרסים רגולטוריים – רקע תאורטי ויישומים למתכונות רגולציה חדשות

בפרק זה יוצגו התאוריות העיקריות העוסקות במניעים הרגולטוריים בראי מתכונות הרגולציה החדשות. בתוך כך כולל הפרק התייחסות לגישות שונות, החל מתורת האינטרס הציבורי ועד לתאוריות ביקורתיות יותר, כגון תורת הבחירה הציבורית והמוסדיות החדשה, העוסקות באינטרסים "פרטיים" של הרשות המאסדרת או של גורמים חיצוניים לה המשפיעים על התהליך הרגולטורי. תיאור זה ישמש בסיס לניתוח המוצע בהמשך המאמר של מידת ההשגה של האינטרס הציבורי בהסדרים שערכה הרשות השנייה עם ערוץ עשר ושל המניעים וההטיות הכרוכים ביצירתם.

www.rashut2.org.il/news_inner.asp?catid=58&pgid=80875&ShowPage=9&from=
[NewsLobby&stts=0&D=1¤tpage=8] (נצפה לאחרונה ביולי 2014).

80 שם.

81 ראו להלן בפרק ג.

1. מתורת האינטרס הציבורי לתורת הבחירה הציבורית

לפי תורת האינטרס הציבורי (Public Interest Theory) ניתן להבין את החושים הרגולטוריים כפעולה מנהלית שמבצעים הרגולטורים על מנת להשיא את הרווחה המצרפית על ידי תיקונו של כשל שוק או כדי להביא להתממשותה של מטרה חברתית ראויה. בכך ממלאים הרגולטורים את תפקידם הציבורי לפקח על השוק לפי המנדט הסטטוטורי שהוענק להם. תורת האינטרס הציבורי גורסת שפקידי המנהל, ובכלל זה הרגולטורים, משמשים שליחי ציבור שמבקשים לקדם אינטרס ציבורי, כלכלי או חברתי בפעולותיהם.⁸² זוהי גישה פוזיטיבית ונורמטיבית כאחד: היא מתארת לנו כיצד אנשי המנהל פועלים לצורך השמירה על האינטרס הציבורי, וכן כיצד עליהם לפעול באופן אידאלי לשם כך.⁸³ תפיסה נורמטיבית זו משתקפת אף במשפט המנהלי במסגרת חובת ההגינות והנאמנות של הרשות המנהלית וכן בחזקת התקינות המנהלית, שלפיה החלטות מנהליות מתקבלות כדין ולא על סמך שיקולים זרים.⁸⁴

תורת הבחירה הציבורית (Public Choice Theory), לעומתה, החליפה תפיסות מסוימות בנוגע לממשל ולפקידים המכהנים בו בתפיסות סקפטיות יותר המתיימרות לתאר כיצד הדברים פועלים באמת ובקריאה לתיקון המעוות.⁸⁵ היא התפתחה בארצות הברית בידי כלכלנים בשנות השישים והשבעים של המאה הקודמת,⁸⁶ והתבססה בתחילת הדרך על כלים ומודלים כלכליים שיושמו בספֶרה המדינית-פוליטית.⁸⁷ תורת הבחירה הציבורית היא חלופה (אלטרנטיבה) לגישה הקלאסית של האינטרס הציבורי בכך שהיא מציעה להבין את המדיניות הציבורית, את היבחרותם של פוליטיקאים ופקידים, את מהלכי החקיקה ואת הרגולציה על יסוד ההנחה שפקידי הממשל פועלים לקידום אינטרס פרטי ולא (רק) לקידום טובת הציבור.⁸⁸ גישה זו

82 לחלוקה של המטרות הרגולטוריות למטרות כלכליות ולמטרות חברתיות-פוליטיות ראו למשל: Bronwen Morgan & Karen Yeung, *An Introduction to Law and Regulation* (2007) pp. 16-18.

83 ראו: Michael E. Levine & Jennifer L. Forrence, "Regulatory Capture, Public Interest, and the Public Agenda: Toward a Synthesis", 6 *J. L. Econ. & Org.* (2009) 167.

84 ראו למשל את השקפתו של השופט ריבלין בע"א 2553/01 **ארגון מגדלי ירקות אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד נט(5) 481 (2005).

85 ראו: James M. Buchanan, "Politics Without Romance: A Sketch of Positive Public Choice Theory and Its Normative Implications", *The Theory of Public Choice II* (James M. Buchanan & Robert D. Tollison eds., 1984) 11.

86 לתיאור ההתפתחות ראו: Robert D. Tollison, "Public Choice, 1972-82", *The Theory of Public Choice II* (James M. Buchanan & Robert D. Tollison eds., 1984) 3.

87 ראו למשל: Dennis C. Mueller, "Public Choice: a Survey", *The Theory of Public Choice II* (James M. Buchanan & Robert D. Tollison eds., 1984) 23.

88 זוהי ההגדרה הרחבה ביותר של תורת הבחירה הציבורית. ראו: Jerry Mashaw, "Public Law and Public Choice: Critique and Rapprochement", *Research Handbook on Public Choice and Public Law* 19 (Daniel A. Farber & Anne Joseph O'Connell eds., 2010).

מבוססת על הנחת הרציונליות שבמסגרתה כל שחקן מבקש להשיא את רווחיו שלו והוא מונע בעיקר או לחלוטין מאינטרסים פרטיים.⁸⁹ אלו יכולים להיות אינטרסים חיצוניים לפקיד, למחוקק או לפוליטיקאי – כמו אינטרסים שמפעילות קבוצות לחץ – או אינטרסים עצמיים-אישיים, ישירים או עקיפים, שנועדו לשמר כוח, השפעה או כסף לפקיד או לגוף שבמסגרתו הוא פועל.

לפיכך, תורת הבחירה הציבורית מאגדת מגוון זרמים והשקפות. בין היתר היא כוללת את התאוריה של קבוצות-עניין (Interest-Group Theory),⁹⁰ את תאוריית ההצבעה (Voting Theory)⁹¹ ואת תאוריית הרגולטור השבוי (Capture Theory)⁹² שאף לה תתי-זרמים מרובים.⁹³

וכן: Jerry Mashaw, *Greed, Chaos and Governance: Using Public Choice to Improve Public Law* (1997) pp. 10-11.

89 להסבר נוסף על תפיסה זו וכיצד היא צמחה מתוך הדיסציפלינה הכלכלית ראו: Buchanan (לעיל, הערה 85).

90 קבוצות עניין (מכונות גם קבוצות אינטרס או קבוצות לחץ) הן ארגונים הפועלים כדי לממש מטרה משותפת ולהשפיע על המדיניות הציבורית. קבוצות עניין משקיעות משאבים רבים ביצירת קשרים עם גורמים בעלי השפעה ברמה הפוליטית. להגדרות ראו: ברוך קימרלינג ואילנה קופלמן, **בין מדינה לחברה: סוציולוגיה של הפוליטיקה** כרך ב (1995) בעמ' 84-87. הגישה הנוגעת לקבוצות עניין והשפעתן על הרגולציה המדינתית מזוהה יותר מכל עם ג'ורג' סטיגלר, ראו: George Stigler, "The Theory of Economic Regulation", 2 *Bell J. Econ. & Management Sci.* (1971) 3 Theodore Lowi, "American Business, Public Policy, Case-Studies, and Political Theory", 16 *W. Pol.* (1964) 677 Michael Ayres & Hayes, *Lobbyists and Legislators: A Theory of Political Markets* (1981) Braithwaite (לעיל, הערה 78) בעמ' 54-100. תאוריית קבוצות העניין בהקשר זה גורסת שיש לנתח תוצאות של תהליכים משפטיים ופוליטיים על פי פעילות קבוצות הלחץ שעמדו מאחוריהם. קבוצות פרטיות מעדיפות להסיט משאבים חברתיים מן הציבור הכללי אליהן, והן מוכנות לתמוך בפוליטיקאים שייצעו להן בהסטה זו. כיוון שהפוליטיקאים מעוניינים להיבחר מחדש הם יעזרו לקבוצות הלחץ בתמורה לתמיכתן הפוליטית. ראו: Mashaw (לעיל, הערה 88) בעמ' 15.

91 מודל תאוריית ההצבעה, שהיא חלק מתאוריית קבוצות האינטרס, מנבא מי ייבחר למשרה פוליטית או מי יתמוך בחוק מסוים על פי גודל ואיכות האינטרסים הכלכליים שמניעים את קבוצות הלחץ, והוא מזוהה בעיקר עם קנת' ארו. ראו: Kenneth Arrow, *Social Choice and Individual Values* (1963) לסקירת ספרות ראו: Maxell L. Stearns, "An Introduction to Social Choice", *Research Handbook on Public Choice and Public Law* (Daniel A. Farber & Ann Joseph O'Connell eds., 2012) 88.

92 ראו: Stigler (לעיל, הערה 90).

93 תאוריה נפוצה נוספת בהקשר זה היא "משולש הברזל". על פי גישה זו, בית הנבחרים (בארצות הברית – הקונגרס) מאציל רבות מסמכויותיו הביצועיות והחקיקתיות לסוכנויות השונות על מנת לחזק יחסי כוחות המדומים למשולש ברזל, שצלעותיו הן הפוליטיקאים, הביוורוקרטים וקבוצות העניין. ראו: Matthew McCubbins, Roger Noll & Barry Weingast, "Administrative Procedures as Instruments of Political Control", 3 *J. L. Econ. & Org.*

השבי הרגולטורי הוא אחד הענפים העיקריים והנחקרים ביותר במסגרת תורת הבחירה הציבורית, והוא משמש לעתים קרובות כדי להסביר כשלים רגולטוריים.⁹⁴ על פי גישה זו, הרגולציה שנקבעת היא למעשה מצרך הנתון לביקוש מצדם של המפוקחים, וכדי להשיגו בתצורה הנוחה להם הם מפעילים מניפולציה בתהליך הרגולטורי הציבורי, לעתים תוך שהם מציעים לרגולטור הטבות שונות בתמורה לכך.⁹⁵

ככל שההסכמות הרגולטוריות או גישות רגולציה שוקיות אחרות מבטאות מתן הקלות, מענקים ופטורים לגופים המפוקחים ומעורבות יתר שלהם בהליך הרגולטורי, הדבר עלול להיות ביטוי לתופעה של שבי רגולטורי. זאת, בייחוד כאשר אין לבחירה באסטרטגיה הרגולטורית הצדקה כלכלית, חברתית או אחרת נראית לעין, והמטרה הרגולטורית הציבורית מוחטאת.

זרם הכתיבה של הבחירה הציבורית נבלם בשלב מסוים בידי המתנגדים לו שהציעו חזרה לתפיסות אידיולוגיות יותר, או אף אידאליסטיות, של המנהל הציבורי.⁹⁶ מבקרים אלו טענו כי אנשי הבחירה הציבורית הגזימו בתיאור הציני של המדינה ושל הפקידים המנהלים אותה והדגישו את המניעים האלטרואיסטיים של אלו שבוחרים להקדיש את חייהם לשירות הציבורי. אחת המכשלות שהזוהירו מפניה הייתה שמדובר בנבואה שמגשימה את עצמה כיוון שתיאור המדינה המנהלית כגוף מושחת ורקוב עלול ליצור תדמית שלילית למוסדות השונים, ובסופו של דבר להביא לקירוב ולהתאמה בין הדימוי למציאות.⁹⁷

243 (1987). כמו כן על פי גישת "הדלת המסתובבת" השפעות זרות על הרגולציה הן תולדה של מינויים של רגולטורים לשעבר לתפקידים בכירים בשוק המפוקח וכן של מינויים של בכירים בשוק הפרטי לתפקידי מפתח בגופי הפיקוח. ראו למשל: Toni Makkai & John Braithwaite, "In and Out of the Revolving Door: Making Sense of Regulatory Capture", 12 *J. Pub. Pol'y* (1992) 61; Edna Earle Vass Johnson, "Agency Capture: The 'Revolving Door' Between Regulated Industries and Their Regulating Agencies", 18 *U. Rich. L. Rev.* (1983) 95; Mark V. Nadel, *Corporations and Political Accountability* (1976).

94 להסברים על מה עשוי להיחשב כישלון רגולטורי ראו: Robert Baldwin, Martin Cave & Martin Lodge, *Understanding Regulation – Theory, Strategy, and Practice* (2nd ed., 2012) pp. 68–82 (להלן – *Understanding Regulation*).

95 ראו התייחסות לתופעה זו בפסיקה הישראלית בקשר לפיקוח על ענף הביטוח בבג"ץ 7721/96 איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח, פ"ד נה(3) 625, 652 (2001).

96 ראו באופן כללי: James M. Buchman & Robert D. Tollison eds., *Regulation and Public Interests: The Possibility of Good Regulatory Government* (2008).

97 ראו: Abner J. Mikva, "Symposium on the Theory of Public Choice: Forward", 74 *Va. L. Rev.* (1988) 167.

מבחינה מחקרית תורת הבחירה הציבורית מבוקרת בידי אחדים כתורה לא מוגמרת ולא מפותחת דייה בהיבטים התאורטיים מחד ובעלת יישומים אמפיריים רופפים מנגד.⁹⁸ נטען נגדה שהיא מציעה תאוריה גמישה מדי שמתאימה לכל סט נתונים נבדק ומאפשרת לחוקר להגיע בקלות למסקנה שאליה כיוון מלכתחילה.⁹⁹ עם זאת תורת הבחירה הציבורית משמשת כיום כלי מתודולוגי לגיטימי, דסקריפטיבי ואקספלטטורי בעיקרו, להבנת התנהגותם של שחקנים במרחב הפוליטי. השימוש בו צריך להיעשות בזהירות המתאימה, תוך הכרה בחלקיותו של המודל ובקשיים האמפיריים הגלומים בהפעלתו. אין ספק כי מורכבותם של מושאי המחקר בזירה הפוליטית והמנהלית מזמנת בדיקה רבת-חומית שהסברים בהשראת הבחירה הציבורית מסוגלים לתרום לה, גם אם אינם מתיימרים להציג את התמונה בשלמותה.

2. אתוס הקומבינה הישראלי

נקודת מבט תרבותית מקומית שופכת אור מיוחד על מצבים שבהם הצדדים להליך הרגולטורי אינם מצייתים לנורמות המשפטיות הפורמליות. האופן שבו קמה מדינת ישראל, ההיסטוריה של העם היהודי והמאפיינים הגאוגרפיים והדמוגרפיים המצומצמים של המדינה הובילו להתפתחותה של התנהגות חברית, קרובה ולא פורמלית בין הפרטים בחברה.¹⁰⁰ מאפיינים תרבותיים אלו מעודדים הידברות והסכמות לא פורמליות אף בין צדדים אשר בדרך כלל מצופה מהם לקיים מערכת יחסים פורמלית הרבה יותר, כגון הפרט או התאגיד, למול הרשות המנהלית המפקחת. בנוסף, התפתחה בישראל תרבות של אי-לגליזם, שבה הן האזרחים הן מוסדות המדינה אינם תמיד מצייתים לחוק, ואי-הציות הופך לנורמה מקובלת.¹⁰¹

98 ראו למשל: Croley (לעיל, הערה 96) בעמ' 3.

99 ראו למשל: Jessica Leight, "Public Choice: A Critical Reassessment", *Government and Markets: Toward a New Theory of Regulation* (Edward J. Balleisen & David A. Moss eds., 2010) 213, pp. 233-236.

100 על התפתחות תרבות הישראליות ראו: גד ברזילי, מוטי רגב, רחל פסטרנק, יחיאל לימור, אפרים יער וזאב שביט, *מגמות בחברה הישראלית* (2003); גד ברזילי, "קשרים או כישורים? על הגיונותיה של הפרוטקציה והמאבקים בה" *ניגוד עניינים במרחב הציבורי* 191, 194 (דפנה ברק-ארז, דורון נבות ומרדכי קרמניצר עורכים, 2009), המסביר כי פרוטקציה אינה רק תופעה תרבותית אלא בראש ובראשונה תופעה מדינתית השלובה בכוח הפוליטי של מנגנוני המדינה המרכזיים.

101 ראו: אהוד שפרינצק, *איש הישר בעיניו: אי-לגליזם בחברה הישראלית* (1986); אריאל רוזן-צבי, "תרבות של משפט (על מעורבות שיפוטית, אכיפת חוק והטמעת ערכים)" *עיוני משפט* יז (1993) 689, בעמ' 709-716; Margit Cohn, "Fuzzy Legality and National Styles of Regulation: Government Intervention in the Israel Downstream Oil Market", *24 L. & Pol'y* (2002) 51.

פיענוח המשיכה הישראלית להבנות ולהסדרים דוגמת החוזים הרגולטוריים הנכרתים בין רגולטורים ומפוקחים ומתכונות אחרות של רגולציה הסכמית, וולונטרית או עצמית, נעוץ במידה מסוימת גם ב"אתוס הקומבינה הישראלי".¹⁰² על פי האתוס, אופי הצבר הישראלי הוא כזה החותר לבצע כל פעולה בצורה של "קומבינה". קומבינה, מלשון combine, קרי לחבר, לשלב. זוהי צורת פעולה שבהגדרתה מתעלמת מהנורמה, שכן "קומבינטור" הוא מי שמצליח לתמרן בין המגבלות והדרישות שחלות עליו במערכת כללים נתונה ולהגיע ליעד המיוחל בזכות תושייתו.¹⁰³ תפיסה זו של הישראלי הקומבינטור נתפסת באמביוולנטיות: יש המתייחסים אליה בסלחנות, בהערצה אפילו, מעין "צבר מיתולוגי" המשלב תכונות של שרדנות ומצליחנות לצורך התגברות על מכשולים,¹⁰⁴ ויש המתייחסים אליה כאל התגלמות הישראלי המכוער.¹⁰⁵ על פי הגישה המאוחרת, הקומבינה מסמלת את הישראלי הערמומי, בעל הצורך הכפייתי להשיג יותר בעבור פחות, ובכלל זה השגת דברים בחינם, התמקחות ועריכת עסקאות "חשודות".¹⁰⁶ הפריזמה התרבותית מהווה נדבך חשוב בהבנת השימוש שעושים רגולטורים בחוזים הרגולטוריים.¹⁰⁷ היא מאפשרת להשקיף על החוזים הרגולטוריים ככלי לביצוע מדיניות האסדרה על דרך של קומבינה, לעיצובם של פתרונות יצירתיים וגמישים אשר המחוקק אינו מסוגל להציע.¹⁰⁸ פתרון זה נקט במסגרת שהיא חוץ-מוסדית, בבחינת "ללכת עם ולהרגיש בלי": יצירת משטר רגולטורי שלא במסגרת מדיניות סדורה, כלים פורמליים או מקורות הסמכה מפורשים בדין. שיטה זו אף מאפשרת לרגולטורים להשיג "שניים במחיר אחד", שכן בעסקה אחת מוסדר מגוון רחב של תחומי פעילות המשתרעים על הפרות עבר ועל התחייבויות לעתיד בתחומים שאינם בהכרח חופפים או קשורים ישירות.

- 102 כידוע, התרבות מכוננת פרקטיקות. חוקרים מסוימים אף תופסים את מושג התרבות כחלופי למושג פרקטיקה. ראו: מנחם מאוטנר, **משפט ותרבות** (2008) בעמ' 39–40.
- 103 ראו: ארתור בלאייר, "כן ירבו פראיירים: משפט, אתיקה ותרבות החיים בישראל" **המשפט** טו 313, 349 (2010).
- 104 ראו: אורית קמיר, "מודל לחשיבה משפטית-תרבותית: ניתוח מקרה – היעדר יושר אקדמי ו'מבחני כבוד'" **דין ודברים** ד (2008) 167, בעמ' 202.
- 105 ראו: Rakefet Sela-Sheffy, "What Makes One an Israeli? Negotiating Identities in Everyday Representations of 'Israeliness'", *10 Nations & Nationalism* (2004) 479 שם, בעמ' 485.
- 107 לסקירה מתודולוגית של תחום המחקר של משפט ותרבות ראו: מאוטנר (לעיל, הערה 102) פרקים 1–3; קמיר (לעיל, הערה 104); על הקשר שבין משפט לערכים ראו: בלאייר (לעיל, הערה 103). על פי בלאייר, חלק מן הדוקטרינות במשפט הישראלי, כמו דוקטרינת תום הלב בדיני החוזים, מבוסס על רקע תרבותי כמענה לבעיית המיתון הערכי. שם, בעמ' 349–350.
- 108 זאת על פי הגישות הסוברות שהתרבות הלאומית מעצבת את המשפט, כגון גישת האסכולה ההיסטורית במשפט, להבדיל מגישות המשקיפות על המשפט כמעצב ומבנה את התרבות ואת היחסים החברתיים. ראו: מנחם מאוטנר, **משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת** (2008) בעמ' 47–49.

3. תאוריות העוסקות בהגזלת כוח, דימוי והשפעה של הסוכנות הרגולטורית

קבוצת מניעים זו להתנהגות הרגולטורית עוסקת בהאדרת כוח, בשיפור הדימוי, ביצירת לגיטימיות ובצבירתה של השפעה על ידי המוסד הרגולטורי כלפי גורמים שונים כגון הציבור, גופים רגולטוריים מתחרים, גורמי ממשל והגופים המפוקחים.¹⁰⁹ ניתן לשייך את גוף ההסברים העוסק בהפגנת כוח וצבירתו לכתיבת הבחירה הציבורית, הנפוצה ביותר בקרב חוקרי מדע המדינה, אולם נדמה כי שורשי התפיסה שואבים חיזומם אף מדיסציפלינות משיקות, כמו ניהול, סוציולוגיה ומדיניות ציבורית. כך, על פי תורת הארגונים המקובלת במדעי הניהול ניתן להשקיף על הגוף המפקח (ה-regulatory agency) כישות סוציו-פוליטית. השקפה זו מאפשרת לייחס לארגון כוונות ושאיפות, למשל בדבר שרירות פוליטית, זהות חברתית ואוטונומיה ביורוקרטית.¹¹⁰ שאיפות אלו אינן בהכרח מגוונות. מוניטין רגולטורי טוב עשוי לשפר את עצמאותו של הרגולטור ואת חופש הפעולה שלו בהפעלת שיקול דעת וביישום מדיניות, ואילו מוניטין רע עלול להטיל ספקות בכשירותו ובלגיטימיות להמשך פעילותו מצדם של קהלים שונים.¹¹¹ בסופו של דבר, פגיעה במוניטין הרגולטורי עלולה להוביל לגריעה מן הסמכויות הרגולטוריות, לקיצוץ במשאבי הסוכנות ובמקרים קיצוניים אף לביטולה המוחלט.¹¹²

דיסציפלינות נוספות במדעי החברה מציעות להבין את פעולותיו של הרגולטור תוך התמקדות במערכת היחסים בינו ובין הרשות המחקקת. כאשר הרגולטור פועל בניגוד או תוך סטייה מן המטרה הרגולטורית שהותוותה לו בחוק, אנשי המדיניות הציבורית

109 על חיבתם של הדימוי והמוניטין הרגולטוריים עמד קרפנטר, שחקר את ההיסטוריה של סוכנויות מפקחות בארצות הברית אשר פעלו בשלהי המאה התשע-עשרה ובתחילת המאה העשרים. ראו: Daniel P. Carpenter, "State Building through Reputation Building: Coalitions of Esteem and Program Innovation in the National Postal System", 14 *Studies in American Political Development 1883-1912* (2001) 121; Daniel P. Carpenter, *The Forging of Bureaucratic Autonomy: Reputations, Networks, and Policy Innovation in Executive Agencies 1862-1928* (2001). מנגד, התרבותן של הסוכנויות המפקחות בארצות הברית בשנות השמונים והתשעים של המאה העשרים עמדה בניגוד גמור לביקורת עזה שהושמעה באותה התקופה נגד התערבות המדינה בכלכלה. ביקורת זו זכתה לכינוי "תנועת הדה-רגולציה". ראו: Ayres & Braithwaite (לעיל, הערה 78) בעמ' 7-12.

110 ראו למשל: Brayden G. King, Teppo Felin & David A. Whetten, "Finding the Organization in Organizational Theory: A Meta-Theory of the Organization as a Social Actor", 21 *Org. Sci.* (2010) 290.

111 ראו: Shon R. Hiatt & Sangchan Park, "Lords of the Harvest: Reputation and Regulatory Approval of Genetically Modified Organisms", 56 *Academy of Management J.* (2013) 923.

112 שם.

מכנים זאת Agency Drift או Bureaucratic Drift, שיכונה להלן סחף רגולטורי.¹¹³ סטייה של הרגולטור מהמדיניות שהתוו לו המחוקקים, ובעקיפין הבוחרים, משויכת בספרות בדרך כלל לפעולה מוטעה או מפלה של הרגולטור, שנעשית כדי להגדיל תקציבים והשפעה לסוכנות הרגולטורית.¹¹⁴ יצוין כי גישה זו אינה מתייחסת למצבים שבהם הסוכנות הרגולטורית מבקשת להאדיר את כוחה על מנת לשפר את השגת היעדים הרגולטוריים לטובת האינטרס הציבורי. מגוון מנגנונים הוצעו להתמודדות עם הסחף הרגולטורי, ובהם הגדלת הפיקוח על הרגולטורים על ידי ועדות פרלמנטריות, מבקרים חיצוניים, שקיפות ציבורית ועוד, אולם הנושא ממשיך להעסיק את החוקרים ואת הפוליטיקאים כבעיה מרכזית במדינה הרגולטורית.¹¹⁵

הסברים העוסקים בהגדלת כוח, דימוי והשפעה פוליטית עשויים לתרום להבנה שחוזים רגולטוריים רבים נכרתים על רקע מוטיבציות של הגופים המפקחים לשמור על מעמדם, להגן על שרידותם הפוליטית ולהשיג מוניטין חיובי. ברוח זו ניתן להסביר גם כמה מן החוזים הרגולטוריים ברצון המפקחים לשמור על "שקט תעשייתי" בסקטור המפוקח ובתוך כך להימנע מעימותים מתוקשרים עם גופים מוסדיים כמו בנקים או חברות תקשורת, שהם עלולים להפסיד בהם.¹¹⁶ בדרך זו החוזים הרגולטוריים משמשים מעין "חסינות" רגולטורית מפני תבוסה בבתי המשפט, בזירה הציבורית-תקשורתית ובמישור הפרקטי-מנהלי, אשר תפגע במוניטין הארגוני שלהם ותעמיד בסכנה את מעמדם הפוליטי.¹¹⁷

ברומה לזה יישום גישת הסחף הרגולטורי בהקשר של החוזים הרגולטוריים עשוי לנפק הסבר ליצירתם הממוקד ברצון להגדיל תקציבים לארגון הרגולטורי או להעמיק את מידת ההשפעה והרלוונטיות של הרגולטור במארג הממסדי. מצבים אלו מתעוררים בחוזים רגולטוריים המכוונים לשימור פעילותו או קיומו של מפוקח המחויב בתשלום קבוע של אגרות או תמלוגים לרגולטור או למדינה.¹¹⁸ ניתן להניח כי המשך פעילותו של

113 לתיאור תופעת ה- Bureaucratic Drift ראו: Matthew D. McCubbins, Roger G. Noll & Barry R. Weingast, "Structure and Process, Politics and Policy: Administrative Arrangements and the Political Control of Agencies", 75 *Va. L. Rev.* (1989) 431.
 114 שם. בנושא שאיפתה המתמדת של הסוכנות המפקחת להגדיל את תקציביה ראו: William Niskanen, *Bureaucracy and Representative Government* (1971).
 115 ראו למשל: Understanding Regulation (לעיל, הערה 94) בעמ' 54-55.
 116 למוטיבציה כזו ראו: עניין ארגון מגדלי הירקות (לעיל הערה 84).
 117 ליישום מקיף של גישה זו בסוכנויות הבירוקרטיות המפקחות ראו: שרון ידן, "הרגולציה השקטה: הסדרי אכיפה בלתי פורמאליים של רשות ניירות ערך ומקרה אייפקס-פסגות" (עתיד ההתפרסם ברגולציות, הוצאת אוניברסיטת תל-אביב).
 118 לכתיבה על רגולטור המוטה בפעילותו מדמי רישיון, זיכיון, פטנטים, בקשות וכיוצא באלה הנגבים מהמפוקח, ראו למשל Melissa Wasserman & Michael Frakes, "Does Agency Funding Affect Decisionmaking?: An Empirical Assessment of the PTO'S Granting Patterns", 66 *Vand. L. Rev.* (2013) 67.

מפוקח כשחקן בשוק מבצר את הפקידו של הרגולטור כמוסד רלוונטי וחיוני, בייחוד כאשר מדובר בשוק שבו מספר הגופים המפוקחים קטן מאוד.

4. המוסדיות החדשה

אחת הגישות הנפוצות בשימוש במדע המדינה ובדיסציפלינות קרובות היא הגישה המכונה "המוסדיות החדשה" (New Institutionalism).¹¹⁹ גישה זו מבקשת להבין בעיקר כיצד מוסדות פועלים. מוסדות יכולים להיות סט של כללים, פרוצדורות, תהליכים ונורמות – פורמליים או לא פורמליים – הפועלים במסגרת מבנים ארגוניים פוליטיים. המוסדיות החדשה מתייחסת לארגונים כאל שחקנים פוליטיים אוטונומיים ולא רק כצבר של בחירות פרטיות של היחידים שמרכיבים אותם (הגישה הישנה של ההתנהגותיות).¹²⁰ על פי גישה זו, המוסד הפוליטי עשוי להיות הסוכנות המנהלית, הגוף המחוקק, בית המשפט לערעורים וכיוצא באלה, כיוון שהם מגלמים אוסף של נוהלי פעולה ומבנים סטנדרטיים המגדירים אינטרסים ומגנים עליהם.¹²¹

המוסדיות החדשה מתחלקת לשלוש גישות עיקריות: המוסדיות ההיסטורית, מוסדיות הבחירה הרציונלית והמוסדיות הסוציולוגית.¹²² המוסדיות ההיסטורית מדגישה את מתווה הפעולה המוסדי של "תלות מסלול" (Path Dependence), שבו בחירות והחלטות הנעשות בשלבים הראשונים של ההתפתחות המוסדית משפיעות על היכולת לקבל החלטות אחרות בהמשך הדרך. הבחירות הראשוניות מעודדות את יצירתן של רשתות חברתיות וכלכליות רחבות באופן שמייקר את העלות של אימוץ חלופות הנוגדות את הבחירה המקורית. התוצאה היא שאבולוציה מוסדית היא במידה רבה תלויה-מסלול ועל כן נוטה לסטגנציה ודוחה שינויים גם כאשר הם נחוצים.¹²³

119 ראו במאמר המכונן: James G. March & Johan P. Olsen, "The New Institutionalism: Organizational Factors in Political Life", 78 *APSR* (1984) 734. לתיאור גישות שונות במוסדיות החדשה ראו: דייוויד מארש וג'רי סטוקר, *תיאוריות וגישות במדע המדינה* (2005) בעמ' 124–139.

120 שם.

121 שם.

122 על פי החלוקה של Hall and Taylor: Peter A. Hall & Rosemary C. R. Taylor, "Political Science and the Three New Institutionalisms", 44 *Political Studies* (2006) 936 מפורטת יותר לשבעה זרמים הציע Peters בשנת 1999, ראו: מארש וסטוקר (לעיל, הערה 119) בעמ' 126–127. אלו הן: גישת המוסדיות הנורמטיבית; גישת הבחירה הרציונלית; גישת המוסדיות ההיסטורית; הגישה המוסדית האמפירית; הגישה המוסדית הבין-לאומית; הגישה המוסדית הסוציולוגית; גישת הרישות המוסדי.

123 ראו גם: Paul A. David, "Why are Institutions the 'Carriers of History'? Path Dependence and the Evolution of Conventions, Organizations and Institutions", 5 *Structural Change & Econ. Dynamics* (1994) 205. לסקירה של זרם המוסדיות

המוסדיות ההיסטורית היא גישה מועילה ומעניינת להבנת החוזים הרגולטוריים ככלי המאפשר לרגולטור לצעוד בנתיב נוח ומוכר שבו פסע בעבר ולהימנע מלייצר שינויים במתכונת הפיקוח אף כאשר אלו נדמים כמתבקשים. במסגרת גמישה זו יכול הרגולטור להתחמק מתוצאות רגולטוריות קשות כגון הטלת סנקציות על הגוף המפוקח שעלולות לפגוע באפשרותו לפעול, באמצעות יצירת הסדרים ייחודיים לתשלום חובות, השלמת מחויבויות, קבלת התחייבויות לעתיד וכיוצא באלה.

מוסדיות הבחירה הרציונלית מאמצת גישה כלכלית המשקיפה על השחקנים כבעלי העדפות קבועות המתנהגים באופן אסטרטגי על מנת למקסם את האפשרות לממשן.¹²⁴ גישה זו תואמת במידה רבה גם את תורת הבחירה הציבורית שנסקרה לעיל.¹²⁵

המוסדיות הסוציולוגית שאובה מתורת הארגונים שנדונה לעיל והיא מתמקדת בצורות מודרניות של ארגונים וביורוקרטיה. על פי גישה זו, ארגונים אינם פועלים על סמך מניעים אסטרטגיים של השאת תועלות אלא על סמך דפוסיים תרבותיים מוכרים. "אתוס הקומבינה" שהוצג לעיל עשוי להתאים למוסדיות הסוציולוגית בהסברים התרבותיים שהיא מציעה להתנהגות ולבחירות הרגולטוריות.¹²⁶

הפרק הבא במאמר מבקש להבין אם הושגו המטרות הרגולטוריות בהסכמות שערכה הרשות השנייה עם ערוץ עשר, ואם במסגרת זו השפיעו על התהליך הרגולטורי אינטרסים פרטיים והטיות דוגמת אלו שבהם עוסקות הגישות והתאוריות שנסקרו.

ד. אינטרסים ציבוריים ואינטרסים פרטיים ברגולציה של הרשות השנייה

הפיקוח על ערוץ עשר בידי הרשות השנייה נבחן במאמר במיוחד ביחס לצומת קבלת ההחלטה הרגולטורית בשנת 2009, שבה נידון סיום אפשרי של זיכיון ישראל עשר בערוץ ופרסומו של מכרז לזכיין חדש. כמה אפשרויות פעולה עמדו בפני המועצה באשר להחלטה זו:

ההיסטורית (Historical Institutionalism) ראו אצל: Hall & Taylor (לעיל, הערה 122) בעמ' 937–941.

124 שם. עקרונות נוספים המאפיינים את גישת הבחירה הרציונלית חשובים פחות לענייננו. אלו הם בעיקר ההשקפה על הפוליטיקה כרצף של בעיות פעולה קיבוצית, וההסבר הפונקציונלי-תועלתי לקיומם של מוסדות שלפיו המוסדות משמשים אמצעי להשאת התועלות של אחרים.

125 ראו למשל: Mashaw (לעיל, הערה 88).

126 ראו: לעיל, פרק ג חלק 2.

טבלה 1 מועצת הרשות השנייה – מתווי פעולה

נתיב הפעולה הנבחר	הבסיס המשפטי	
-	מתחייב על פי סעיפים 37, 38 לחוק הרשות השנייה	1. לפרסם מכרז לזכיין חדש
+	פרשנות דחוקה של סעיף 37 לחוק הרשות השנייה	2. לא לפרסם מכרז לזכיין חדש ולהאריך את הזיכיון לתקופה נוספת
-	סותר את חוק הרשות השנייה	3. לא לפרסם מכרז ולאפשר שידורים ללא הארכת זיכיון פורמלית
-	פרשנות דחוקה של סעיף 37 לחוק הרשות השנייה	4. לדחות את המכרז ולהאריך את הזיכיון עד למועד המכרז והיבחרותו של זכיין חדש

כזכור, המועצה בחרה במתווה 2, שבמסגרתו נמנעה מלפרסם מכרז לזכיין חדש והאריכה את הזיכיון של ישראל 10 לתקופה נוספת של שנתיים.¹²⁷ מתווה פעולה זה מתאפיין בבסיס חוקי רופף אך הוא הועדף על פני מתווה הפעולה של פרסום מכרז, המעוגן בחוק (מתווה 1).¹²⁸ בחלקים הבאים ייבדקו המניעים האפשריים של הרגולטור לבחירה בנתיב הפעולה של חוזה רגולטורי אף שאינו מגובה בתשתית משפטית מתאימה, בה בעת תיבדק מידת ההשגה של האינטרס הציבורי באמצעותו.

127 וזאת לפי נטייתה הטבעית ולא מכורח או אילוץ. ראו דבריה של יושב ראש מועצת הרשות השנייה נורית דאבוש בוועדת הכלכלה והחינוך של הכנסת: "מי שמכיר את נושא ערוץ 10 בחצי השנה האחרונה מבין שעד לרגע זה גם המועצה לא ששה לפרסם את מכרז ערוץ 10.... המועצה עשתה כל שביכולתה כדי לא לפרסם את המכרז הזה" (לעיל, הערה 39). ראו על ההחלטה בהרחבה לעיל, בפרק א.

128 על פי חוות דעתו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי-פיסקלי) אבי ליכט, שנתקבלה באותה העת, מועצת הרשות השנייה פעלה שלא כדין שעה שהשתתחה בפרסום המכרז לזכיין הערוץ השלישי. ראו דעתו בפרוטוקול הוועדה המשותפת חינוך-כלכלה של הכנסת (לעיל, הערה 39). כן ראו דיון על כך בפרוטוקול הוועדה מיום 27.10.2009 (לעיל, הערה 40).

הנחת המוצא בניתוח שיוצג היא שמתן הקלות למפוקחים צריך להיות מוצדק במאזן הרגולטורי של עלות-תועלת. במקרים של מתן הטבות רגולטוריות למפוקחים שאינו מגובה במסגרת משפטית מתאימה מתעורר חשש להשפעה של הטיות או אינטרסים זרים על הרגולטור. הטיות אלה יש לנטרל (debiasing)¹²⁹ באמצעות מנגנונים ביורוקרטיים מתאימים.

לאחר שסקרתי בפרק א את ההיבטים המשפטיים הבעייתיים של החוזה הרגולטורי עם זכיי ערוץ עשר ואת ההקלות הרגולטוריות הניכרות שניתנו במסגרתו, אבקש כעת לבדוק את האינטרס הציבורי שנועדה הרגולציה לקדם. לאחר מכן אציע הסברים להטיות ואינטרסים אפשריים שבבסיס ההסדר, בהשראת תורת הבחירה הציבורית והמוסדיות החדשה שנדונו בפרק ג.

1. השגת האינטרס הציבורי בהסדר עם ערוץ עשר?

שתי תפיסות מתחרות מרכזיות שוררות בנוגע לרגולציה של שוק התקשורת: האחת מתייחסת לשידורים כמוצר כלכלי-מסחרי שיש למקסם את הרווחים שהוא מייצר, והשנייה מתייחסת לשידורים כמוצר תוכן שיש להגן על הערכים שהוא מקדם למען הציבור בכללותו.

דברי ההסבר להצעת החוק המעגן את הקמתו של ערוץ השידורים השלישי בישראל ממוקדים בהיגיון המסחרי הטמון בהקמת הערוץ בתחילת שנות האלפיים במציאות של ערוץ מסחרי יחיד, ערוץ 130.2 מהצעת החוק ניתן להבין לכאורה כי המטרה הרגולטורית שראו מנסחיה לנגד עיניהם בקשר עם הקמת הערוץ הייתה הורדת מחירי הפרסום בטלוויזיה, וזאת בפתחת שוק הפרסום לתחרות, שבירת המונופול של ערוץ 2 והצבת שחקנים מתחרים נוספים בזירה. גם במסגרת הדיונים בכנסת על הקמתו של הערוץ הרציונל של יצירת תחרות בשוק הפרסום תפס מקום מרכזי, כמעט בלעדי, בהצדקת הקמתו של הערוץ השלישי.¹³¹

לעומת הצעת החוק, חוק הרשות השנייה הציב מטרות רגולטוריות אידאליסטיות יותר. סעיף 5 לחוק קובע כי "תפקידיה של הרשות יהיו קיום שידורים ופיקוח עליהם, וזאת בתחומי הלימוד, החינוך, הבידור והמידע בנושאי מדיניות, חברה, כלכלה, משק, תרבות, מדע, אמנות וספורט", וכי "במילוי תפקידיה תפעל הרשות במגמה – (1) לקידום היצירה העברית הישראלית; (2) לטיפוח אורחות טובה ולחיזוק ערכי הדמוקרטיה וההומניזם; ... (4) למתן ביטוי לתרבות העמים, ליצירה האנושית ...; (6) למתן ביטוי

129 למונח זה ראו: לעיל, הערה 7.

130 ראו: דברי הסבר להצעת חוק ההסדרים במשק מדינת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת התקציב 2000), התש"ס-1999, ה"ח 2824, 95 (הצעה לתיקון חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990).

131 ראו: פרוטוקול ישיבה מס' 103 של ועדת הכספים (לעיל, הערה 21).

מתאים למיגוון התרבותי של החברה הישראלית באזורי הארץ השונים ובצורות ההתיישבות השונות ולהשקפות השונות הרווחות בציבור;”¹³². ניתן אפוא לסכם את שתי המטרות הרגולטוריות המקוריות שהיו בבסיס הקמת הערוץ השלישי בישראל כך: א. גיוון משדרי הטלוויזיה המסחריים-ציבוריים בישראל; ב. שבירת המונופול של ערוץ 2 ליצירת תחרות בשוק הפרסום בטלוויזיה. נוסף על מטרות אלו יש לבחון את המטרות הרגולטוריות הקונקרטיות שהיה ניתן להשיג באמצעות הארכת הזיכיון לערוץ עשר בנקודת הזמן של סוף שנת 2009 – תחילת שנת 2010. איתור המטרות יניח את הבסיס לבדיקה אם הרשות השנייה הצליחה בהשגת היעדים.

המונח כישלון רגולטורי נתון לפרשנות. אחת הגישות בהקשר זה מציעה חישוב של עלות-תועלת לרגולציה, הבוחן אם המדיניות הרגולטורית שנבחרה מועילה לציבור יותר משהיא עולה לו.¹³³ ככלל, המדיניות הרגולטורית תיחשב מועילה לציבור כאשר היא מגדילה את הרווחה המצרפית, אך גם מדיניות רגולטורית שמייצרת תופעות לוואי לא רצויות עשויה להיחשב כישלון רגולטורי.¹³⁴ גישה אחרת גורסת שכישלון רגולטורי מתרחש כאשר הרגולטור אינו מצליח לממש את המטרה הרגולטורית שהוגדרה במסגרת המנדט שלו.¹³⁵ לחלופין ניתן לראות כישלון במצבים שבהם הרגולטורים אינם מממשים כהלכה מטרות פרוצדורליות או ייצוגיות, כגון במקרים של היעדר שקיפות, היעדר אחריותיות או היעדר הגינות.¹³⁶

דוח ועדת תורג'מן משנת 2008 עשוי ללמד על המטרות הרגולטוריות שהארכת הזיכיון אמורה לקדם. כזכור, מדובר בדוח ועדה שהוקמה ברשות השנייה אד-הוק לבחינת מחויבויות ערוץ עשר לשנים 2004–2007.¹³⁷ בדוח נכתב כי “עקרון השמירה על האינטרס הציבורי הינו הבסיס היסודי והראשוני בדיונים ציבוריים מסוג זה. תפקידה של הרשות השנייה לדאוג לשידורים איכותיים לטובת הצופה, לפתוח השיח הציבורי לדיון בסוגיות חברתיות, כלכליות, תרבותיות, מיגזריות, מגדריות וכיוצא בזה, עידוד יצירות מקור ויצירה ישראלית, הגדלת ההיצע והמגוון התקשורתי, חיזוק הדמוקרטיה הישראלית על ידי ריבוי שחקנים, ושמירה על תחרות בשוק הטלוויזיה המסחרית, תוך השאת רווחים לבעלי המניות. טובת הציבור מחייבת מחד, עמידה תקיפה על יישום מחויבויות התוכן של הזכיינים, הבאות לידי ביטוי בשידורים, ומאידך, שמירה על

132 סעיף 5 לחוק הרשות השנייה.

133 לגישות למדידת כישלון רגולטורי ראו: Levine & Forrence (לעיל, הערה 83); M.; Elizabeth Magill, “Courts and Regulatory Capture”, *Preventing Capture: Special Interest Influence in Regulation, and How to Limit It* (Daniel Carpenter, Steve Croley & David Moss eds., 2013) 397.

134 ראו גישתו של אלברט הירשמן, המתוארת ב־ Understanding Regulation (לעיל, הערה 94) בעמ' 73. פרמטרים אלו קשים לבדיקה, אף במסגרת של מחקר אמפירי.

135 שם, בעמ' 69. הקושי בכך טמון במקרים שבהם המנדט מוגדר במסגרת גמישה ורחבה.

136 שם.

137 ראו: לעיל, הערה 25.

הכדאיות הכלכלית בפעילות ערוצי הטלוויזיה המסחרית ציבורית, ועמידת הזכיינים במחויבויותיהם תוך השאת רווחים לבעלי המניות, אשר יאפשרו המשך פעילותם באופן מקצועי, תחרותי וכלכלי.¹³⁸

הניתוח שיוצג להלן יתמקד בהחלטתה של הרשות השנייה שלא לפרסם מכרז לזכיין חדש במועד תוך דחיית קבלת החלטה פורמלית בנושא ערוץ עשר ופתיחה במגעים עם הערוץ ליצירת הסדר לשנים 2010–2012. החלטה זו מראה על בחירה בפועל של נתיב החוזה הרגולטורי, וזאת להבדיל מנתיבי הפעולה האחרים שעמדו לרשותה של הרשות השנייה (ראו לעיל טבלה 1). השאלה המתבקשת שנבחנת בשלב זה היא עד כמה הצליח מתווה הרגולציה ההסכמית ומתן ההקלות במסגרתו בקידום מטרה ציבורית כלשהי. כתת-שאלה ייבחן אם חלופות של ציווי ושליטה המתבטאות למשל באכיפה נוקשה כלפי הזכייין או שינוי מן היסוד של כללי הרגולציה המסדירים יכלו לקדם את האינטרס הציבורי טוב יותר.

יש להקדים ולציין שנקודת המוצא בניתוח היא שנתביב הפעולה ההסכמית הנבחר אפשר את המשך הזיכיון של הערוץ לתקופה נוספת של שנתיים, ואילו נתיבי הפעולה האחרים שאותם יכלה הרשות לנקוט לא אפשרו זאת או אפשרו זאת בסבירות נמוכה יותר. נוכח מצבו של ערוץ עשר ניתן להניח שעמידה דווקנית על הוראות החוק הייתה מביאה הלכה למעשה לביטול הזיכיון ולפרסום מכרז לזכיין חדש, כפי שעולה מחוות דעתו של היועץ המשפטי של הרשות השנייה.¹³⁹ בנוסף, המחקר מעלה כי עמדתה העקיבה של הרשות השנייה הייתה תמיכה בהמשך השידורים של ישראל עשר והתנגדות לפרסום מכרז לזכיין חדש.¹⁴⁰ מסקנה זו מתבססת על פרוטוקולים של ועדות הכנסת, הודעות הרשות השנייה לתקשורת, החלטות מועצה, ראיונות ושיחות שקיימתי עם אנשי הרשות השנייה, והיא תוצג ביתר הרחבה בהמשך הפרק.

כידוע, מעולם לא פורסם מכרז לזכיין שיפעיל את הערוץ השלישי בישראל במקום ישראל עשר אף שערוץ עשר נכשל הלכה למעשה בניהול ערוץ שידורים מסחרי. בזהירות ניתן לקבוע כי הגם שלעתים הציב ערוץ עשר תחרות מסוימת לערוץ השני, הרי שבאופן כללי לא צלח ביצירתם של תכנים איכותיים אשר תרמו לקידום הערכים בחברה בהיקף משמעותי וכן כשל בהשגת רייטינג תחרותי בתחום התכנים הבידוריים.¹⁴¹ בנוסף, ללא כל ספק הערוץ לא הצליח לייצר רווחים לבעלי מניותיו אשר השקיעו בו סך כולל של למעלה ממיליארד ש"ח במרוצת השנים ואף גרם להם הפסדים רבים.¹⁴² מנגד, עצם

138 שם, פסקאות 34–35.

139 לעיל, הערה 34.

140 כך גם משתקף מעמדות שהביעו בכירי הרשות השנייה במועדים הרלוונטיים. ראו לעיל, הערה 127. כן התבטאה הגב' דאבוש בכנסת כי "אנו חשבנו שהאינטרס הציבורי משמעותו שהערוץ השלישי במדינת ישראל ימשיך לשרוד". ראו הפניה לפרוטוקול לעיל, בהערה 39.

141 ראו דוח ועדת תורגימן (לעיל, הערה 25).

142 שם. סיבות שונות להמשך השקעתם של בעלי השליטה בערוץ עשר אף נוכח ההפסדים היא עניין למחקר אחר.

קיומו של הערוץ כפלטפורמת שידורים חלופית לפלטפורמה הפופולרית ביותר (ערוץ 2) סייעה במניעה של מרכז דעות, של פוליטיזציה תקשורתית ושל ריכוזיות בתוכני היצירה ובשוק הפרסום.

לכאורה פרסום מכרז למפעיל חדש של הערוץ השלישי היה עשוי להוביל לזכייתו של זכין מוצלח יותר בניהול הערוץ והפעלתו, כך שמגוון השידורים, איכותם ורמת התחרות בשוק היו הופכים טובים יותר. עם זאת אפשרות זו נותרה תאורטית, ועם קיומו המתמשך של הזיכיון בידי ערוץ עשר בלבד הלכה ופחתה רמת הביצועים של הערוץ "על המסך". למעשה ערוץ עשר לא הצליח לשפר את השידורים בשום פרמטר: איכות, מחיר הפרסום ורייטינג.¹⁴³

מנגד יש הטוענים שבמצב השוק בישראל, בייחוד נוכח כישלוננו של ערוץ עשר, מכרז להחלפת הזכיינות בערוץ זה היה נכשל ממילא. על פי השערות בשוק באותה התקופה, אין ולא היה בנמצא גורם מסחרי שמעוניין או בכלל מסוגל לקבל עליו את המשימה. במצב דברים זה עדיף לכאורה המשך שידורים על ידי זכין כושל מאשר המצב המכונה "החשכת מסך", קרי אי-קיומו של כל שידור בערוץ השלישי. תפיסה זו תומכת בהצלה ממשלתית של גורמים אשר המדינה סבורה שהמשך פעילותם חיוני לניהול התקין של חיי החברה האזרחית, בבחינת "גוף שהינו גדול מידי מכדי להיכשל" (too big to fail). טענה זו, שנשמעת לרוב בקשר לנחיצותם של מוסדות פיננסיים והצלחתם השלטונית מפני חדלות פירעון,¹⁴⁴ עשויה להיות רלוונטית גם לשוקי תקשורת ולשחקנים הפועלים במסגרתם, הנתפסים חשובים מכדי לקרוס. לפי תפיסה זו חשוב לספק תחליף ראוי לאזרחים הצופים בערוץ ברודקסט מרכזי, ובייחוד למערכת החדשות הפועלת במסגרתו. בהקשר זה קיומה של זירת דעות מגוונת נתפסת כחשובה מעמידה דווקנית על מסכות שידור רגולטוריות לתכניות איכות מסוג דרמה ותעודה.

בנוסף, יש המדגישים את ההצלחות המסימות שלהן זכה ערוץ עשר במרוצת השנים.¹⁴⁵ כך למשל הערוץ אחראי להפקת תכניות מקומיות ראויות בתחום הדרמה, החדשות והתעודה, אשר העשירו את ציבור הצופים הישראלי ("לונדון וקירשנבאום"); הפיק תכניות בידור וראליטי שזכו להצלחה מסחרית ניכרת ("הישרדות"; "היפה והחנון"); יצר מהדורת חדשות אמינה ובעלת סטנדרטים גבוהים אשר שימשה מתחרה

143 ראו בהקשר זה את טענתו של פרבר (לעיל, הערה 46).

144 ראו למשל Arthur E. Wilmarth, "The Dark Side of Universal Banking: Financial Conglomerates and the Origins of the Subprime Financial Crisis" 41 *Conn. L. Rev.* 963 (2009).

145 כך למשל על פי דוח ועדת תורג'מן (לעיל, הערה 25) פסקה 52: "במהלך השנים ערוץ עשר המשיך לטפס ולמקם את עצמו בטבלאות שיעורי הצפייה (הרייטינג) ולצבור קהל צופים רחב ומגוון. בהתאם לנתונים שהוצגו על ידי הערוץ, הצליח הערוץ לתפוס בשנת 2007 נתח של 38% מהצפייה בערוצים המסחריים, אל מול נתח של 10% בראשית שידוריו בשנת 2002. הרייטינג הממוצע של הערוץ בשעות הפריים-טיים עלה מ-2% בתחילת שידוריו ל-8.5% בשנת 2007."

ראויה לחדשות ערוץ 146.2 בהקשר זה גרסו ארגוני היוצרים כי גם כאשר הערוץ אינו עומד במחויבויותיו במלואן, התועלת ליצירה וליוצרים בהמשך הפעלתו עולה על התועלת שבסגירתו.¹⁴⁷

הגם שהדברים נכונים לטעמי, אני סבורה שבמאזן הדברים הכולל ערוץ עשר לא השיב את מפת המשרדים הישראלית באופן המקווה, כיוון שלא הפיק או שידר תכניות של סוגה עילית בהיקף המצופה ולא הצליח לייצר תחרות לערוץ 2 בתחום תכניות הבידור.¹⁴⁸ יהיה הוגן לומר שערוץ עשר מעולם לא נתפס כמתחרה רציני של ערוץ 2 – לא בעיני הציבור ולא בעיני ערוץ 2 עצמו.

המסקנה העולה מדברים אלו היא שההתעקשות הרגולטורית על המשך קיומו של ערוץ עשר באמצעות הארכות חוזרות ונשנות של הזיכיון בתנאים דומים, ללא חשיבה מערכתית מחודשת על המשטר הרגולטורי הנבחר, סימנה כשל מנהלי מובהק של הרגולטור. עם זאת אין לכחד כי קיומו של מתחרה לערוץ 2 הוא דבר חשוב כשלעצמו ונחוץ במדינה דמוקרטית. במצב דברים זה היה על הרגולטור לבחון מחדש בבחינה יסודית ומעמיקה את המודל הרגולטורי הבסיסי, המטיל נטל כבד על הזכיינים, ולא לטפל בכל פעם טיפול נקודתי במשברים שהתעוררו.

להלן אבקש לבדוק אם אפשר שנטייתה של הרשות השנייה למדיניות הרגולטורית שבחרה לא התבססה לחלוטין על הרצון למנוע הפסקת שידוריו של ערוץ טלוויזיה על מנת לשמור על גיוון תקשורתי, אלא הושפעה גם מאינטרסים זרים או מהטיות. החלק הבא יבחן מה עשויים להיות אינטרסים והטיות אלה ולאחר מכן יבדוק את הנסיבות הפוליטיות, הכלכליות, המשפטיות, התרבותיות והאחרות, שהיו עשויות להוביל להשפעה כזו על הרגולציה שננקטה. מטבע הדברים המסקנות אינן אבסולוטיות, והניתוח הוא דרך מחשבה סדורה מוצעת על ההתנהגות הרגולטורית.

2. הרשות השנייה: אינטרסים פרטיים, הטיות קוגניטיביות והשפעות תרבותיות

כיצד ניתן להבין את החלטתה של הרשות השנייה להימנע מפרסום מכרז ולנהל משא ומתן לקראת הסדר עם ערוץ עשר בשנת 2010? מדוע למרות כישלונות חוזרים ונשנים

146 ראו על הצלחתה של מהדורת חדשות ערוץ עשר שם, בפסקה 54, בה צוין כי הרייטינג של המהדורה צמח מ-0.8% ל-10.7%.

147 שם, בפסקה 56.

148 שם, בפסקה 53: "לוחות שידור עשירים ומגוונים במיוחד של ערוץ 2 במהלך השנים ובמיוחד משנת 2004 ועד היום, גם הם תולדה של התחרות על התכנים אשר נוצרה עם התחזקותו של ישראל 10 והפיכתו לשחקן משמעותי במגרש התוכן. בחודש ינואר 2008 שודרו בערוצים 2 ו-10 שש סדרות דרמה בו זמנית. הערוצים משדרים כיום ארבע סדרות תחקיר. עם זאת, אילו היה משקיע ערוץ עשר את מלוא הסכומים שהיה עליו להשקיע בהתאם לחוק, אנו סבורים כי תחרות זו הייתה מניבה תוצאות טובות יותר, עם מגוון תכני איכות לטובת הציבור".

של הערוץ בקיום מחויבויות תוכן בחרה הרשות לתמוך בהמשך פעילותו? מה עשויות להיות הסיבות לכך שהרשות חרגה משיקול הדעת התחום שהעניק לה המחוקק בעניין הארכות הזיכיון? בחלק זה אבקש לבחון שאלות אלו ולהציע הסברים הנשענים על הבסיס התאורטי שהונח בפרק ג, תוך פיתוח עיוני שלהם והתאמתם למציאות הרגולציה הישראלית. ההסברים נשענים בין היתר על חיבור בין ספרות הבחירה הציבורית (הכוללת את תאוריית השבי הרגולטורי) למוסדיות החדשה ועל הבחנה המוצעת במאמר זה בין שני סוגים של שבי רגולטורי: "שבי לא מכוון" ו"שבי מכוון". על פי התזה המוצעת אשר תפורט בהרחבה להלן, הרשות השנייה הדגימה פעולה "שבויה" תוך סטייה ברורה מהמנדט הסטטוטורי שניתן לה, אשר הרעיון של ערוץ "חשוב מכדי להיכשל" אינו מספק כשלעצמו כדי להסביר אותה במלואה.

דרך הפעולה של הרשות השנייה במקרה הנבחן אינה שאובה מהשבי הרגולטורי הקלאסי כפי שמקובל לסבור, אלא מתיישבת דווקא עם תאוריות של אינטרס ציבורי הגלום ברגולציה. את פעולתה של הרשות השנייה ניתן להסביר כנובעת משבי מסוג חדש המושפע מהטיות שבהן עוסקת גישת המוסדיות ההיסטורית (רגולציה "תלוית-מסלול") ומתאפשר בשל קיומם של תנאי יסוד אשר חלקם נטועים בגישת המוסדיות הסוציולוגית. אלו הם הסברים הקשורים בתרבות הרגולטורית והמשפטית המקומית. אציין בקצרה את תנאי הרקע המאפשרים לדעתי שבי לא מכוון של הטיית מסלול, מבלי לקבוע מסמרות בעניין, הדורש המשך מחקר ופיתוח. תנאים אלו כוללים בין היתר פיקוח על שוק בעל מיעוט שחקנים; החלטה רגולטורית על החדרה של שחקן חדש לשבירת מונופולין; תרבות מקומית התומכת ביצירת קשרים קרובים בין מוסדות פרטיים למוסדות רשמיים במדינה; תרבות משפטית התומכת בנון-לגליזם ופתרונות לא פורמליים; היעדר עיגון משפטי של ההליך המנהלי-רגולטורי. במקרה של הרשות השנייה התמלאו תנאים אלה, כפי שיתואר להלן.

(א) הרשות השנייה כרגולטור שבו: היעדר אכיפה וגילויי סימפתיה

להלן אבקש להציע את האפשרות כי החוזה הרגולטורי שעניינו הארכת הזיכיון של ערוץ עשר נערך מתוך מצב מיוחד של שבי רגולטורי לא מכוון שבו הרגולטור פעל לטובת האינטרסים של הגוף המפוקח גם כאשר אלו לא עלו בקנה אחד עם האינטרס הציבורי. השבי האמור בא לידי ביטוי, בין היתר במתן הטבות והקלות רגולטוריות מרחיקות לכת לערוץ עשר, כפי שתואר בפרק א. כמו כן, כפי שהוצג לעיל בחלק 1, קיים ספק רב באשר למידת ההשגה של האינטרס הציבורי באסדרת המשדרים באמצעות המשך הזיכיון במתכונת האמורה. בפרק זה יתוארו שני היבטים נוספים של השבי: הימנעות משימוש בכלי אכיפה כופים וגילויי סימפתיה וזהות אינטרסים ברטוריקה של הרגולטורים.

(1) כלי האכיפה

הרשות השנייה משמשת גוף רגולטורי חלש הנעדר סמכויות אסדרה רבות הנחוצות

לתפקודו וסובל מהרתעת חסר רגולטורית.¹⁴⁹ מגוון כלים רגולטוריים דל העומד לרשותה בייחוד בתחום האכיפה מקיים מבנה לקוי של "פירמידת האכיפה".¹⁵⁰ לפי מרשם שמכתיבים איירס וברייט'וויט (Ayres & Braithwaite), בקצה ה"פירמידה" של הרשות יש להציב כלים דרסטיים המהווים את "נשק יום הדין". אלו כוללים למשל שלילת זיכיון והשעיית זיכיון כזה.¹⁵¹ אמנם משמעות השימוש בהם היא הלכה למעשה חיסול הפעילות העסקית של הזכיון וסיום היחסים הרגולטוריים עמו, אך בשל הפרות בוטות של תנאי הזיכיון והוראות החוק נדרש הרגולטור לממש את האיום ולהפעיל את הכלים הרגולטוריים החמורים ביותר. הרשות השנייה מעולם לא הפעילה כלים כאלו נגד מפוקחים בשוק הטלוויזיה, ומנגד גם לא ביקשה לעצמה סמכויות אחרות. בהקשר זה מתעוררת השאלה מהו הערך הטמון במבנה אכיפתי שכזה, ככל שמאומצת על ידי הרגולטור תפיסה של פיקוח על גורם שהוא "חשוב מכדי להיכשל", המובילה הלכה למעשה להימנעות מאכיפה אפקטיבית.

לכאורה במצב כזה על הרגולטור לנקוט לכל הפחות כלי אכיפה ברמת ה"אמצע", האמורים להיות עיקרה של פעילות האכיפה הרגולטורית, אולם כפי הנראה אלו אינם פני הדברים במקרה של הרשות השנייה. כך, כלי אכיפה מנהלית כגון חילוט ערבויות או עיצומים כספיים,¹⁵² וכלים פליליים בדמות קנסות,¹⁵³ הופעלו עד לאחרונה לעתים רחוקות בלבד. בדיקה שערכתי בדבר כלי האכיפה שהופעלו בשנים האחרונות מגלה שהסנקציה של נטילת דקות פרסום משמשת אמצעי ענישה עיקרי בידי הרשות השנייה.¹⁵⁴ כלי רווח זה מופעל דווקא כשמדובר בהפרות הנחשבות זניחות ומכונות "הפרות בשידור".¹⁵⁵

כפי שהמאמר חושף, לצד החסר הניכר באכיפה פורמלית מפעילה הרשות השנייה כלי אכיפה לא פורמליים להתמודדות עם הכשלים המרכזיים באסדרת שוק המשדרים. במסגרת זו אי-עמידה של הזכיינים בהיקף ובאיכות השידורים שנדרשים מהם מטופלת באמצעות חוזים רגולטוריים הכוללים הפחתה במכסות שידורי סוגה עילית בתמורה להתחייבויות להשלמת מחויבויות עבר.

149 ראו: ידן (לעיל, הערה 10).

150 ל"פירמידת האכיפה" ראו: Ayres & Braithwaite (לעיל, הערה 78) בעמ' 19–35.

151 כלי אכיפה אלו מעוגנים בסעיף 37 לחוק הרשות השנייה.

152 לנושא הערבויות ומימושן ראו: סעיף 52 לחוק הרשות השנייה וכלל 9 לכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (ערבויות בעל זיכיון), התשנ"ב–1992, ק"ת 5455. הסמכות להטיל עיצומים כספיים מעוגנת בתנאי הזיכיון של מפעילות הערוצים המפוקחים ותקפותה נידונה בבג"ץ 5872/07 איגוד מפיקי סרטים וטלוויזיה בישראל נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פסקאות 32–35 (פורסם בנבו, 27.10.2010) (להלן: בג"ץ איגוד מפיקי סרטים).

153 ראו: סעיף 95 לחוק הרשות השנייה העוסק בשידורים של נושאים האסורים לשידור.

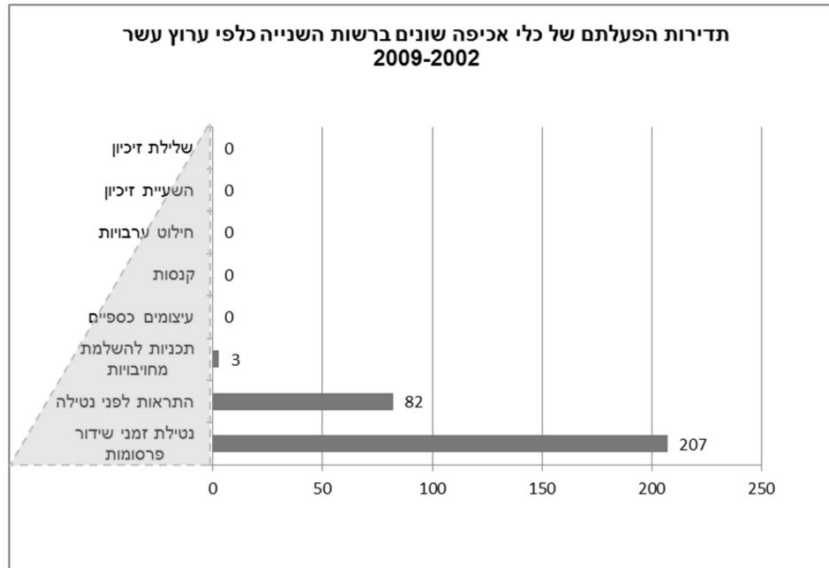
154 סנקציה זו מעוגנת בסעיף 49 לחוק הרשות השנייה ובכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (נטילת זמני שידור).

155 כפי שיתואר בהרחבה מיד בהמשך.

להלן תרשים המציג את הסוגים השונים של כלי האכיפה שנקטו על ידי הרשות השנייה כלפי ערוץ עשר ותדירות הפעלתם: 156

איור 1 תדירות הפעלתם של כלי אכיפה ברשות השנייה

משמאל משולש המסמן את פרימית האכיפה של הרשות השנייה



156 הנתונים מבוססים על דוח שנתי לשנת 2003 – הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (2004); דוח שנתי לשנת 2004 – הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (2005); דוח שנתי לשנת 2005 – הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (2006); דוח שנתי לשנת 2006 – הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (2007); דוח שנתי לשנת 2007 – הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (2008); דוח שנתי לשנת 2008 – הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (2009); דוח שנתי לשנת 2009 – הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (2010); דוח שנתי לשנת 2010 – הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (2011). כל דוח מתייחס להפרות ולסנקציות שהתרחשו בשנה שקדמה למועד פרסום הדוח. בשנת 2002 לא הוטלו כל סנקציות כיוון שזו הייתה שנת הפעילות הראשונה של הערוץ. יש לציין כי במועד כתיבת שורות אלו דוח 2011 טרם פורסם. יש לשים לב כי הנתון בנוגע לנטילת זמני שידור מתייחס למספר הפעמים שבהן ננקטה הסנקציה כלפי הערוץ ולא למספר דקות השידור שניטלו. לפי סעיף 49 לחוק הרשות השנייה, הרשות רשאית ליטול זמני שידור מבעל זיכיון שהפר בשידורו כלל מכללי המועצה, כך: עבור כל דקה של שידור תוך הפרה – דקה אחת של תשדיר פרסומת או עשר דקות של שידור אחר, ובלבד שסך כל הנטילה בשל שידור תכנית אחת כאמור לא יעלה על עשר דקות פרסומת או שתי שעות שידור; עבור שידור תוך הפרה שאורכו פחות מדקה – עד דקה של תשדיר פרסומת. הנתונים המופיעים בתרשים נכונים לפעולות שנקטה הרשות עד ליום 31.12.2009. מעניין כי בשנת 2012 הטילה הרשות לראשונה עיצומים כספיים על ערוץ עשר בסך 444,000 ש"ח בגין תוכן שיווקי בתכניות בוקר (לא מופיע בתרשים).

ניתוח הנתונים המוצג באיור 1 מראה שכלי האכיפה הנפוצים ביותר בשימוש ברשות הם נטילת זמני שידור פרסומות ומתן התראות בקשר לכך. אלו ננקטים בנוגע למה שמכונה "הפרות בשידור" בלבד ולא להפרות תוכן הנוגעות למכסת השידורים האיכותיים הנדרשת.¹⁵⁷ הפרות שידור עניינן בשיבוץ פרסומת או חסות בניגוד לכללים, הפרת כללי האתיקה בפרסומות, הפרות בתחום עצמת השמע, סיווג וסימון משדרים לילדים וכיוצא באלו הפרות.¹⁵⁸

לעומת זאת תכניות להשלמת מחויבויות תוכן הן כלי אכיפה הסכמי אשר ננקט בנוגע להפרת החובה לשדר תכניות סוגה עילית בהיקף מסוים. התכניות הן פרי משא ומתן המתקיים בין הרשות השנייה ובין נציגי הזכייין, ומטרתן להסכים על מתווה ציות חדש לזכייין במעין "פריסת חוב" של החובה לשדר סוגה עילית. להיקף השידורים האמור מתחייב הזכייין בכתב הזיכיון ובתנאי המכרז שאליו ניגש, והוא מעוגן בחוק, בתקנות ובכללים של הרשות השנייה. הגם שבתרשים נכללות שלוש תכניות להשלמת מחויבויות בלבד, מדובר בכלי האסדרה החשוב ביותר שמפעילה הרשות השנייה כלפי ערוץ עשר. חשיבותו נובעת מכך שהוא מקיף תחומי פעילות רבים (סוגה עילית, השקעות בקולנוע, תמלוגים), מכך שהוא משתרע על פני שנים (הן עבר והן עתיד) ומכך שהוא מתיימר לשנות את פני השידורים והציות בתחום האסדרה באופן כולל. מבחינה כספית טהורה תכניות אלו הן בעלות ההיקף הכלכלי הנכבד ביותר, לעומת נטילת זמני פרסום, המסתכמת בכל פעם בדקות בודדות בלבד.

אין מנוס מלהכיר בעובדה שתכניות ההשלמה למיניהן מסמנות נסיגה עקיבה של הרשות השנייה מן הסטנדרט הרגולטורי שנקבע לערוץ. ניתן להעריך כי כלל ההקלות וההטבות שניתנו במהלך השנים במסגרת זו מגיע לסך של עשרות מיליוני שקלים. ההקלות הנוגעות להיקף מחויבויות התוכן במישור של שידורי סוגה עילית וההקלות בדבר גמישות בניוד הסיווגים על ידי הזכייין גרמו לפגיעה באינטרס הציבורי כפי שהוא הוגדר תחילית על ידי המחוקק. בהקשר זה אמנם ניתן לטעון כאמור שאי-ההפעלה של אמצעי אכיפה חמורים פעלה לטובת האינטרס הציבורי דווקא, שכן היה בכך כדי למנוע "החשכת מסך". עם זאת, כפי שיוסבר מיד, אני סבורה שיש להבין את החוזים הרגולטוריים המתוארים כעדות לכישלון רגולטורי באסדרת השוק, שמקורו בשבי המתבטא בין היתר בסימפתיה של הרגולטור לזכייין ערוץ עשר ובהזדהות עמוקה שלו

157 התראות ניתנות לפי כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (סיווג, סימון ואיסור שידורים מזיקים – מתן התראות).

158 לפי כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (אישור מוקדם של תשדירי פרסומת); כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (נטילת זמני שידור); כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומת בטלוויזיה); כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (שיבוץ תשדירי פרסומת בשידורי טלוויזיה).

עמו. יש לפתח מודעות לשבי זה ולנסיבות המובילות אליו ולנסות לנטרל אותן באמצעות מנגנונים ביורוקרטיים מתאימים.¹⁵⁹

(2) גילויי סימפתיה וזהות אינטרסים בהתבטאויות הרגולטוריות

במרוצת השנים סטתה הרשות מהתפקיד שקיבלה לידיה מהמחוקק לפקח על הערוץ ולאכופ כלפיו את הרגולציה שנקבעה לו בדין, והפכה להיות שומרת של האינטרס הפרטי של הערוץ, המתמקד בעיקר בהגנה על המשך קיומו, כמעין אביר לבן. על פי הבנה זו, המטרה הרגולטורית המוצהרת של הרשות הפכה להיות שימור הערוץ וסיוע להישרדותו מבלי לבחון ישירות, בשיטתיות ובאובייקטיביות את האינטרס הציבורי הגלום בכך, וכן חלופות רגולטוריות וכיצד הן עשויות לשרת את האינטרס הציבורי טוב יותר.

סדרה של התבטאויות עקיבות שנצפו מצדן של הפונקציות הבכירות ברשות השנייה מעידה על הזדהות עמוקה עם מצבו של הערוץ, עד כדי זהות אינטרסים של ממש. המחקר כלל עיון בעשרה פרוטוקולים של ועדת הכלכלה של הכנסת לדיונים שנערכו בין התאריכים 26 באוקטובר 2009 ו-19 בינואר 2010. דיוני הוועדה עסקו בהרכבת פתרון למצבו של ערוץ עשר באופן שיאפשר את הארכת הזיכיון לשנים 2010–2011. בנוסף, הניתוח מתבסס על דברי המנכ"ל ודברי יושב ראש המועצה המצויים בפתחם של דוחות שנתיים שפרסמה הרשות השנייה בשנים 2002–2010. להשלמת התמונה מתווספים ציטוטים מהתבטאויות הבכירים בכלי התקשורת השונים.¹⁶⁰

השבי המתואר מתייחס לרשות כגוף, אולם ראוי לציין שהכוונה היא לאותם נושאי משרה בכירים ברשות, בעיקר המנכ"ל ויושב הראש, אשר היו בעלי ההשפעה המהותית ביותר על עמדת הרשות והחלטותיה העקרוניות והמעשיות בתקופה הרלוונטית.¹⁶¹

159 בערת אגב יש לציין כי לטעמי יש לראות בפגמים המשפטיים שליוו את החוזים הרגולטוריים של הרשות השנייה כשל רגולטורי בפני עצמו.

160 ציטוטים אלו מייצגים את הלך הרוח הרגולטורי באותה תקופה ולמעשה עד היום. ניתן גם לפרש את המובאות בדרך אחרת, המפקדת באותנטיות ההתבטאויות, אולם נראה לי שבמקרה זה ניתן לקבל את הדברים כמשקפים, פחות או יותר, את כוונת אומנם.

161 יש לשים אל לב כי בתקופה הרלוונטית נושאי משרה מסוימים ברשות הביעו התנגדות למתן הקלות לערוץ עשר, והבולט שבהם הוא היועץ המשפטי דורון אבני. ראו: חוות דעתו, לעיל, בהערה 34. הטענה בדבר שבי מתמקדת בתקופה שבין השנים 2007 ו-2012, שבה כיהן מנשה סמירה כמנכ"ל הרשות השנייה. עיון בפרוטוקולים של ועדת הכלכלה של הכנסת מן השנים הראשונות להפעלתו של הערוץ מעלה כי מנכ"ל הרשות דאז מוסקו אלקלעי הביע עמדה הפוכה מזו של סמירה, בכך שהתנגד למתן הקלות לערוץ עשר. ראו למשל: פרוטוקול ועדת הכלכלה של הכנסת (לעיל, הערה 39), דבריו של אלקלעי: "והנה, שנה ושלושה חודשים אחרי שהערוץ יצא לאוויר, זאת הפעם הרביעית שהערוץ בא לכנסת לבקש הקלות והטבות; אם הכנסת תמצא לנכון להיענות לבקשות האלה, שיהיה ברור למקבלי ההחלטות, שהערוץ הזה יפסיק להיות ערוץ broadcast ויהפוך להיות ערוץ נישה. מה משדר ערוץ נישה אני לא יודע בדיוק – אני יודע מה הוא לא משדר: ערוץ נישה, כמו הערוץ שמשדר בשפה

התבטאויות אלה מעוררות סימני שאלה בנוגע לאופיו של הגוף הרגולטורי והקרכה היתרה לגופים שעליהם הוא אמור לפקח.

כך נמצא כי התבטאויות הבכירים כלפי חוץ, בוועדות הכנסת, בהחלטות פומביות, בראיונות בעיתונות הכתובה ובדוחות השנתיים של הרשות מדגישות כל העת את מצבו הקשה של הערוץ ותולות אותו בנסיבות חיצוניות שאינן בשליטתו. לדוגמה, בדוח הרשות לשנת 2007 צוין כי "לגבי רוב רובה של התקופה נתן המחוקק לערוץ 10 הקלות ודחיות שונות, אולם גם לאחר אלו הערוץ אינו עומד במכסות להן הוא מחויב. מצבו הכלכלי הקשה, מבנה שוק הפרסום בטלוויזיה ונתח השוק הגדול של ערוץ 2 מקשים על הערוץ להתרומם".¹⁶²

בשנת 2009 סיפרה יושב ראש מועצת הרשות דאז נורית דאבוש, בכנסת כי "לגבי החלק הכלכלי בואו לא ניתמם. כשבאנו לערוץ 10 כדי להגיע איתם להסדר אחרי נקודת הבדיקה קיבלנו מסמך מסודר שעליו חתומים שלושת בעלי הזיכיונות, שלושת בעלי המניות בישראל 10. במסמך יש התחייבות בלתי חוזרת לעמוד בכל ההתחייבויות. על הבסיס הזה המשכנו את הדיון איתם. כשהתפרץ המשבר הכלכלי הם ביקשו את המכתב בחזרה ואמרו שהם לא מסוגלים לעמוד בזה. היה פה משבר כלכלי. כאשר מסתכלים על הנתונים של 2, על הנתונים של 10 אנחנו יודעים שיש משבר כלכלי שבא לידי ביטוי בהכנסות שלהם. אנחנו לא יכולים להיות בת יענה ולהגיד שזה לא קיים".¹⁶³

בשנת 2010 ציינה הגברת דאבוש באחת משיבות הכנסת: "אנחנו, בהוראת השעה גילינו מציאות שבה חלק גדול מעולם היצירה, ודאי אלפי אנשים שעובדים בעולם הזה, נקלעו לסיטואציה כלכלית בלתי אפשרית, והזכיינים כולם – גם 2 וגם 10 – הקפידו את ההפקות, ודאי הפקות של סוגה עלית. עולם היצירה נקלע למשבר, ועל אף העובדה שהיתה על זה גם מחלוקת עם היוצרים, קיבלנו החלטה שאנחנו רוצים לעודד יצירה, כאן ועכשיו, ולצורך העניין הזה נוסחה הוראת השעה".¹⁶⁴

גם בשנים עברו נכתב בדוחות השנתיים של הרשות השנייה כי "ערוץ 10 יצא ממצב של הקפאת הליכים בחודש אפריל 2004. ממועד זה, חידשו בעלי המניות של הערוץ את הזרמת הכספים להשקעה בתכנים והגבירו אותם, לאחר תקופה שבה ההשקעה הייתה

הרוסית או ערוץ של חדשות הכבלים, אינו משדר, כי הוא לא מחוייב לשדר, 228 שעות של סוגה עילית; לא 43% הפקה מקומית; הוא לא מחוייב לשמור על השפה העברית במקצוע; הוא לא מחוייב לשמור על הפלורליזם ועל מגוון תכניות; הוא גם לא יגיע לכל בתי האב, משום שאופן השידור שלו מוגבל". ציטוט זה ממחיש את היפוך המגמה ואת הסימפתיה שגילו הרגולטורים שכיהנו אחרי למצבו של הערוץ, כמו גם את שימושם כאדבוקטים לערוץ במסגרת הזירה הפרלמנטרית.

162 ראו: דוח שנתי לשנת 2006 – הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (2007) בעמ' 69.

163 ראו: לעיל, הערה 48.

164 פרוטוקול ישיבה מס' 150 של הוועדה המשותפת חינוך-כלכלה, הכנסת השמונה-עשרה (5.1.2010).

בהקפאת הליכים. שנת 2004 הייתה בעבור ערוץ 10 שנה שבה ניסה הערוץ למצב את עצמו מחדש כערוץ שידור מרכזי וליצור לעצמו את קהל הצופים הנאמן שלו. אין ספק שהייתה זו שנה קשה מאד לערוץ".¹⁶⁵

ניצנים לתפיסה זו, שבה דבקה הרשות השנייה לאורך כל עשור שנות פעילותו של הערוץ, ניתן לאתר כבר בשנתיים הראשונות להקמתו. כך למשל נכתב בדוח השנתי לשנת 2003: "ערוץ 10 החל את שידוריו בינואר 2002. לאחר חודשים מועטים נקלע הערוץ לקשיים כלכליים, בין היתר, כתוצאה משיעורי צפייה נמוכים והכנסות נמוכות מהצפוי. תכניות רבות, ובהן סדרות דרמה איכותיות ומושקעות השיגו לשיעורי צפייה נמוכים. בעלי המניות של הערוץ החלו מצמצמים את השקעותיהם בערוץ באופן משמעותי וכתוצאה מכך, לא יכל הערוץ לייצר את התכנים הנדרשים על מנת להוות ערוץ צפייה מרכזי. במהרה התברר שבשוק של טלוויזיה רב ערוצית, בו מתחרות פלטפורמות שידור רבות על תשומת לבו של הצופה הישראלי, החדרתו של ערוץ מרכזי נוסף לערוצים הקיימים אינה מלאכה קלה כלל ועיקר".¹⁶⁶

בנוסף, אנשי הרשות השנייה קיבלו על עצמם לייצג את עניינו של ערוץ עשר בוועדות הפרלמנטריות. בתוך כך אנשי הרשות השנייה אשר נכחו בדיונים, ובראשם מנכ"ל הרשות מנשה סמירה ויושב ראש הרשות נורית דאבוש, שימשו הלכה למעשה אדבוקטים של הערוץ בסוגיות רבות. בין היתר הם עודדו את הוועדה לאמץ מתווה של הסדר הכולל הקלות לערוץ עשר, לאפשר דחייה ופריסה של חובות ומחויבויות, לחוקק הוראת שעה שתסמיך את המועצה לדחות את ההחלטה בדבר פרסום מכרז, לדחות את מועד המעבר של חברת החדשות לירושלים ועוד.¹⁶⁷

כמו כן אנשי הרשות השנייה הדגישו בעקיבות את עמידתו של הערוץ במחויבויות, ומנגד הצניעו את ההפרות הניכרות שביצע ואף קיבלו עליהם חלק מן האחריות למצב. כך למשל מציינת דאבוש כי "ערוץ 10 עשה כבוד דרך ארוכה מאז המשבר האחרון שבגינו נדרש שינוי חקיקה. צריך לומר וביושרה שהערוץ עמד בכל מחויבויות התוכן שלו, השקיע עשרות מיליוני שקלים על המסך והצליח להוות אלטרנטיבה לערוץ 2. גם מערכת החדשות שלו נראית טוב, ותכניות כמו 'המקור' ו'פנים אמיתיות', מהוות היום חלק מהשיח הציבורי. הערוץ מהווה תחרות אמיתית, הממצאים מוכיחים שיש היום שני ערוצי ברודקסט לצופה הישראלי, וזו המשמעות של פלורליזם תקשורתי, ותחרות אמיתית. כל מה שקשור לדמי זיכיון ומחויבויות נמצא באחריות הרשות השנייה ונתון

165 ראו: דוח שנתי לשנת 2004 – הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (2005) בעמ' 79.

166 ראו: דוח שנתי לשנת 2003 – הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (2004) בעמ' 79.

167 ראו: פרוטוקולים משיבות הוועדה המשותפת חינוך–כלכלה, הכנסת השמונה-עשרה, לעיל הערות 1, 39, 40, 45, 48, 164.

לשיקולה, היא זו שחייבת בניהול תקציבי נכון לפרוס את החובות והרי מדובר בחובות על רגולציה שכבר נעשתה, בין השנים 2004 ל-2006.¹⁶⁸ קבלת האחריות הרגולטורית במקומו של הערוץ באה לידי ביטוי בצורה חדה בדברים הבאים של הגברת דאבוש באחת מישיבות הכנסת: "הוראת השעה, משמעותה היתה מאד ברורה – אנחנו לא מוחקים, אנחנו מקפיאים, כאשר אנחנו רוצים לבחון את הדברים ביוני 2010. גם אם טעינו לגבי ערוץ 10 – זאת היתה האמירה שלנו כמועצה ציבורית. אנחנו שלחנו אותם לבצע את ההפקות האלה, אנחנו שלחנו אותם..."¹⁶⁹ סדרת ההתבטאויות הרגולטוריות שנסקרו, ואחרות שאינן נזכרות במאמר מפאת קוצר היריעה, מעידות על תחושת אחריות עמוקה מצדו של הרגולטור לכישלוננו של זכיון הערוץ השלישי לעמוד במחויבויותיו. יתרה מזו, אחריות זו הפכה במהלך עשור שנים של פיקוח לקשר עמוק בין מפקח למפוקח שהוביל במידה רבה מאוד לזרות אינטרסים הממוקדת בשימור המשך פעילותו של הערוץ. עם זאת יש לשים לב שטענה בדבר זהות אינטרסים אפשרית בין רגולטור למפוקח אינה כוללת בתוכה הכרעה שנוגעת למניעים שהובילו למצב עניינים זה, מניעים שיכולים להיות נעוצים בכוונת זדון, עשויים לבטא רשלנות גרידא או להעיד על הטיות קוגניטיביות מסוגים שונים. להלן אבקש להתמקד בסוגיה זו תוך הצעה לפיתוח תאורטי של גישת השבי הרגולטורי. הסברים אלו עשויים לשפוך אור נוסף על התובנה המקובלת והפשוטה שלפיה הרגולציה פעלה במודע, בכל האמצעים אשר עמדו לרשותה, כדי למנוע את סגירתו של ערוץ טלוויזיה בישראל.

(ב) הבחנה תאורטית מוצעת בין שבי לא מכוון לשבי מכוון

הרשות השנייה איננה רגולטור "שבו" במובנו הקלאסי. כפי שהוצג במאמר, הסברים אפשריים להתנהגות רגולטורית עשויים להיות בין היתר הדלת המסתובבת; השפעה של קבוצות עניין; הרצון של הגוף הרגולטורי לצבור לעצמו כוח, מוניטין, תקציבים והשפעה; הרצון לשמור על שקט תעשייתי והחשש מעימותים ומביקורת ציבורית. עם זאת המחקר לא גילה עדויות למניעים כאלה. אשר לתופעת הדלת המסתובבת, הרי מדובר בשוק קטן שבו היקף התפקידים מצומצם. בכירי הרשות השנייה בתקופה המדוברת לא מונו לתפקידים פרטיים בשוק התקשורת, ולא נצפתה גם תופעה הפוכה של מינויים מן השוק הפרטי לשוק הציבורי.¹⁷⁰

168 מיה מנע "נורית דאבוש: דמי הזיכיון של ערוץ 10 באחריות הרשות השנייה" **מעריב NRG** 22.8.2012 [http://www.nrg.co.il/online/16/ART2/397/498.html] (נצפה לאחרונה במרץ 2014).

169 מתוך פרוטוקול ישיבות הוועדה המשותפת חינוך-כלכלה (לעיל, הערה 164).
170 חריג לכך הוא המקרה של אבי בלשניקוב, אשר כיהן כמנכ"ל משרד התקשורת בשנים 2005-2006, ולמן שנת 2011 שימש בתפקידי ניהול בכירים בערוץ עשר.

אשר לקבוצות עניין, ניתן להעלות את הסברה שהרשות השנייה פעלה מתוך מטרה לרצות את בעלי המניות של ערוץ עשר כחלק מרצון לקרב בין הון לשלטון ובכך להשיג לרשות כוח, תמיכה והשפעה בדרכים פסולות. מקורות המחקר אינם מעידים על קשרים אישיים ישירים כאלה בין אנשי הרשות השנייה ובין בעלי המניות העיקריים.¹⁷¹

אחד ההסברים האפשריים לחוזים הרגולטוריים של הרשות השנייה, אשר נשקל במסגרת המחקר, הוא שהרשות פעלה מתוך שאיפה לשמר ולהגדיל את כוחה הרגולטורי באמצעות שמירה על המשך הפיקוח על שני גופי טלוויזיה חשובים בשוק התקשורת. על פי גישה זו, ניתן להבין את ההתעקשות לשמר את קיומו של ערוץ עשר בכל מחיר, ובכלל זה תוך שחיקת הסטנדרט הרגולטורי שנקבע לשידורים, כפעולה שנעשת מתוך כוונה להגן על מעמדה של הרשות כרגולטור חיוני ומרכזי בשוק התקשורת.¹⁷² מצב דברים שבו הרגולטור מפקח על שני ערוצים ממקם אותו בפוזיציה עדיפה מול קובעי המדיניות לבקש הגדלה של סמכויות, כוח אדם ותקציב (גם אם אינם בהכרח נחוצים). בנוסף, הסכנה מפני ביטולו של הגוף המפקח, אשר מרחפת מעל הרשות השנייה בעת האחרונה בשל היזמה להקים רשות תקשורת בישראל,¹⁷³ מתמרצת אותו להוכיח לדרגים הממונים ולציבור, כמו גם לבעלי השפעה אחרים, את נחיצותו הממשית.¹⁷⁴

הסבר זה עשוי להתקיים ברקע הדברים לתיאור הרגולציה של הרשות השנייה, אולם לא נראה כי הוא משמש הסבר מרכזי. כך למשל הרצון הרגולטורי להגדיל תקציבים אינו מתיישב עם נכונותם של אנשי הרשות השנייה לבטל את דמי הזיכיון אשר משמשים אותם לתקציב הרשות. כמו כן לא הסתמנה הענקת סמכויות נוספות לרשות מאז שערון

171 עם זאת אחת האפשרויות שניתן לשקול בהקשר זה היא שאיפה לשמר את קיומו של הערוץ כדי לרצות את ארגוני היוצרים. היוצרים, כאן כקבוצת לחץ, זקוקים למסגרות שידורו מהם תוכני מקור, בדומה לרגולציה המחייבת על ערוץ עשר. יצוין שעל פי פרוטוקולי הוועדות בכנסת לא נראה שניתן ליוצרים משקל רב בדיונים.

172 בשנת 2002 הפכה הרשות השנייה מגוף שמפקח הלכה למעשה על ערוץ טלוויזיה מרכזי אחד לרגולטור שמפקח על שני ערוצי טלוויזיה. נוכח המצב החדש פורסמו כללים, נכתבו נהלים, ופורסמו הצעות חוק ותיקוני חוק שמגדילים את סמכויות הרגולטור ואת תחומי הפיקוח שלו. רגולטור המפקח על שני גופי תקשורת הוא חזק יותר ובעל כוח מיקוח רב יותר מול כל אחד מן המפוקחים. כך למשל הוא יכול להשתמש בסמכויותיו כלפי גוף אחד כדי לייצר הרתעה בענף כלפי הגוף המתחרה. אמנם המפוקחים עשויים להתאגר נגד הרגולטור, אולם בסך הכול נדמה שרגולטור יעיל ירוויח מכניסתם לשוק של מתחרים חדשים הדורשים פיקוח, מבחינת כוחו והשפעתו על השוק. ניתוח זה כמובן אינו בהכרח מנוגד לאינטרס הציבורי ברגולציה, אך אפשר שהוא יהיה מוטא מאינטרסים פסולים הנשענים בעיקר על שימור עצמי מן הסוג שלא דווקא עולה בקנה אחד עם טובת הציבור.

173 ראו: לעיל, הערה 12.

174 למשל ראו: החלטה 2 של מועצת הרשות השנייה מישיבתה מספר 69 מיום 14.8.2012 כדוגמה לצעד אכיפתי אגרסיבי לא אופייני שננקט על ידי הרשות בסמוך לקידום מאמצים לבטל את מבנה הרשות הנוכחי.

עשר הצטרף לשוק, ואף בסמכויות המועטות שיש לה אינה מרבה להשתמש, ועל כן היא נחשבת חסרת שיניים.¹⁷⁵

הסבר נוסף נשען על ההנחה שרגולטור חלש נוטה להימנע מעימותים חזיתיים עם המפוקחים וחושש מביקורת ציבורית או פרלמנטרית על פעולות דרסטיות (כגון ביטולו של ערוץ טלוויזיה). ניתן לטעון שהרשות השנייה חששה להפעיל את סמכותה הרגולטורית בשל חולשה פוליטית וחוסר כדאיות המתבטא בעלויות כגון ניהול הליכים משפטיים, ניהול מאבק ציבורי, התמודדות עם דרישות עובדי הערוץ, לחץ מצד גורמי שלטון, ניהול מכרז חדש, ולבסוף פיקוח על מפוקח חדש ויצירת התשתית המתאימה לכך. אפשר שחלק מן השיקולים הללו אכן שיחק תפקיד בהתנהגותה של הרשות, אולם חומרי המחקר מעידים על פעולה מתוך דאגה לאינטרס הציבורי ואמונה בנחיצות המשך פעילותו של ערוץ עשר, יותר מאשר חישובים תועלתניים-אישיים של הרגולטור.

נראה כי הרשות השנייה מדגימה אלמנטים של רגולטור ה"שבו" באינטרסים של הגופים שעליהם הוא אמור לפקח, אך מנגד אינו זוכה להטבות ולתועלות שבהן מדברת ספרות השבי בתמורה לכך. הסיבה לסתירה היא שספרות הבחירה הציבורית מבחינה באופן מסורתי בין תאוריה של "אינטרס ציבורי" ובין תאוריה של "שבי רגולטורי" ומציגה אותם כמנוגדים זה לזה.¹⁷⁶ לעומת זאת אני מציעה לפתח מסגרת תאורטית מדויקת ועשירה יותר לתיאור סוגים שונים של שבי רגולטורי שתתאים למציאות המורכבת של אינטרסים, הטיות ותמריצים רגולטוריים.

ברצוני לטעון כי בניגוד לסברה המקובלת, תופעת השבי הרגולטורי איננה דווקא שלילית מיסודה.¹⁷⁷ השבי הרגולטורי פירושו זהות אינטרסים שמתקיימת בין הגוף המפקח לגוף המפוקח. זהות זו נתפסת בדרך כלל כתופעה לא רצויה, שכן הגוף המפקח אמור להשיא את הרווחה המצרפית ולדאוג לטובת הכלל, ולעומת זאת הגוף המפוקח דואג ככלל לרווחיו שלו, גם על חשבון האינטרס הציבורי. זהות אינטרסים מתקיימת

175 ראו: לעיל, איור 1.

176 ראו למשל: Levine & Forrence (לעיל, הערה 83) בעמ' 169: "Opposing the 'public interest' theory is the 'capture', or 'special interest theory' (also known as the 'economic', or 'government services theory') of regulatory behavior, which describes actors in the regulatory process as having narrow, self-interested goals – principally job retention or the pursuit of reelection, self-gratification from the exercise of power, or David Martimort, "The Life Cycle of Regulatory Agencies: Dynamic Capture and Transaction Costs", 66 *Rev. of Econ. Studies* (1999) 929. "Indeed, regulatory agencies evolve over time. Casual observations suggest that agencies start to behave in the public interest and then become increasingly inefficient, bureaucratized and more eager to please private interests".

177 לתמיכה בגישה זו ראו למשל: Dorit Rubinstein Reiss, "The Benefits of Capture", 47 *Wake Forest L. Rev.* (2012) 569.

בדרך כלל לטובתו של המפוקח, ועל כן האינטרס המאוחד של הצדדים הופך להיות טובת המפוקח. מבחינה זו תפקידו של הרגולטור כמרסן של המוטיבציות המסחריות של המפוקח מתערער.

בספרות העשירה של הבחירה הציבורית מתואר השבי הרגולטורי כ"קלקול רגולטורי". על דרך הכלל מוצג השבי הרגולטורי כמעין שחיתות ביורוקרטית-פוליטית שבמסגרתה הגוף המפקח פועל כזרוע של הגוף המפוקח ביצירתה ובהפעלתה של רגולציה המיטיבה עמו. רגולציה כזו מאפשרת למפוקח לפעול באופן חופשי יחסית וללא מגבלות ביורוקרטיות, והיא עשויה להתבטא למשל בהסרת פיקוח על מחירים, בהעלאת סטנדרט הזיהום המותר, בביטולן של הגנות ינוקא למתחרים וכיוצא בזה.¹⁷⁸ לזהות האינטרסים הידועה כשבי רגולטורי מיוחסת בדרך כלל כוונת זדון של הרגולטור שפועל בתיאום עם התעשייה המפוקחת כדי להשיג רווחים או אינטרסים עצמיים כגון צבירת כוח, צמצום מאבקים עם התעשייה, טיפוח מוניטין, השגת תפקידים בגוף המפוקח ("דלת מסתובבת"), הבטחת קולות ותמיכה בקמפיין פוליטי.¹⁷⁹ עם זאת ספרות הבחירה הציבורית חסרה התייחסות למצבים שבהם השבי איננו נובע מזדון אלא מתוך מחשבה וכוונה רגולטורית כנה לשמור על האינטרס הציבורי.

לתפיסתי, משמעותו ההכרתית של השבי במצבים אלו היא בזיהוי רגולטורי שגוי של האינטרס הציבורי עם האינטרס הפרטי של המפוקח. במקרה כזה הרגולטור אינו מודע לשבי שבו הוא נתון ולזהות האינטרסים האסורה – מצב שאותו אני מציעה לכנות "שבי לא מכוון" (או שבי שלא מדעת). הגם ששבי לא מכוון מדגים פער המתקיים בין תפיסת האינטרס הציבורי אצל הרגולטור ובין האינטרס הציבורי האובייקטיבי (ככל שניתן להגדיר מונח כזה), הוא תואם את התאוריה הידועה כתאוריית האינטרס הציבורי ברגולציה, כיוון שהרגולטור, על פי תפיסתו לפחות, חותר להשגתה. כלומר הרגולטור במקרה זה עדיין משמש שליח ציבור בעיני עצמו, ואין הוא מבקש להשיג טובת הנאה פרטית מן המדיניות הרגולטורית הנבחרת. אשר על כן הדיון בשבי הרגולטורי עשוי לדעתי להרוויח מצירוף הספרות על הטיות של ארגונים ובייחוד ארגונים ציבוריים, המשתייכת לזרם המוסדיות החדשה. כך, אחד המצבים שבהם השבי הלא מכוון מתממש הוא כאשר הרגולציה מתנהלת כתלוית-מסלול. הטיה זו, שבה עוסקת גישת המוסדיות ההיסטורית, עשויה לשמש סוג של "שבי לא מכוון" לצדן של הטיות אחרות שייצרו סוגים נוספים של שבי לא הכרחי שכזה.

רגולציה תלוית-מסלול המהווה שבי לא מכוון מתרחשת למשל במצבים שבהם הרגולטור נערך להחדרת שחקן חדש לשוק על מנת להגביר את התחרות. האינטרס

178 אך ראו למשל את מחקרם של Makkai & Braithwaite (לעיל, הערה 93), שלפיו אין בהכרח קשר מוחלט בין הזדהות רגולטורית עם התעשייה ובין רמת ההקלות הרגולטוריות שניתנות לה.

179 ראו: לעיל, הערה 176.

ההתחלתי לשמר את קיומו של השחקן עלול להפוך מרכזי אף כאשר אין לכך הצדקה, מתוך הרגל, חסמים פסיכולוגיים אחרים ועלות שקועה, כמפורט להלן.

(1) שבי לא מכוון בשל הטיית "תלוי-מסלול"

מנכ"ל הרשות השנייה מנשה סמירה התבטא לאחרונה כך: "סגירת ערוץ 10 תוביל לשממה תרבותית. אם תיפסק ההשקעה בתוכן של ערוץ 10, כל ההישגים שהגענו אליהם יירדו לטמיון, ולא יהיו יותר תכנים ביקורתיים או בעלי עומק".¹⁸⁰ בחלק זה אטען כי ניתן להבין את ההחלטות הקריטיות של הרשות השנייה, בייחוד בצומת של שנת 2010 והאפשרות לפרסם מכרז לזכיין חדש כפעולה של גוף שבי תלוי-מסלול.

כפי שצוין בפרק ג, המוסדיות ההיסטורית מתייחסת למתווה פעולה מוסדי שיש בו קושי לסטות מנתיב פעולה קיים שבו צועדים לאורך זמן (Path Dependence).¹⁸¹ קושי זה נובע מכך שהבחירות המוסדיות שנעשו בתחילת הדרך הצריכו השקעה של משאבים כלכליים, פסיכולוגיים, כספיים, ארגוניים ואחרים, שמקשה לשנות מהן כעת. מוסד שמדגים בחירות תלויות מסלול נוטה לסטגנציה ודוחה שינויים גם כאשר הם נחוצים.

בשיח המנהל הציבורי מקובל להתייחס להשפעה של "העלות השקועה" (Sunk Cost) בקבלת החלטות. העלות השקועה כוונתה למשאבים שונים שהוצאו בעבר ואשר אי אפשר עוד להשיבם במועד קבלת החלטה. ההטיה שהעלות השקועה מייצרת היא שעל פי רוב קיימת נטיית יתר של מקבלי החלטות להיצמד לדפוס הפעולה שנקטו בעבר אף אם החלטה זו אינה רציונלית (מכונה בעיית ההיצמדות).¹⁸² בעיית ההיצמדות נובעת מכמה סיבות, ובהן קושי פסיכולוגי להודות בטעות, חשש מאבדן מוניטין ציבורי, קושי פסיכולוגי בוותור על עלויות שקועות, קושי להודות בטעות כאשר החלטה המקורית הייתה שנויה במחלוקת, קושי לסטות ממצאות ארגונית ממוסדת, רתיעה מבחירה אקטיבית והעדפת הפסיביות.¹⁸³ בניגוד לנטייה לאמץ הסברים להארכות הזיכיון של ערוץ עשר הנובעים מחתירה מודעת ל"אינטרס ציבורי" בשימור הערוץ, הסבר השבי

180 רועי ברק "מנשה סמירה: 'סגירת ערוץ עשר תוביל לשממה תרבותית'" גלובס 22.8.2012 [www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000776248] (נצפה לאחרונה במרץ 2014).

181 ראו: לעיל, הערה 123 והטקסט הנלווה.

182 ראו על כך אצל: מיכל טמיר, "עלותו השקועה של התקדים" **דין ודברים** א (התשס"ה) 211, בעמ' 213. החלטה רציונלית היא החלטה המקיימת את התנאים האלה: 1) היעד שבבסיס החלטה מוגדר ומפורש; 2) החלטה מבוססת על המשאבים העומדים לרשותו של מקבל החלטות; 3) זיהוי החלופות השונות לפעולה נעשה על יסוד המשאבים הזמינים והנסיבות הקיימות; 4) החלטה מבוססת על בחינת עלות-תועלת של כל חלופה, תוך שקלול הסתברויות. שם, בעמ' 217. יש לציין כי בשל מגבלות אינהרנטיות בקבלת החלטות, כגון תנאי אי-ודאות, החלטות רבות נעשות מתוך "רציונליות מוגבלת" (Bounded Rationality), המכירה במגבלות האנושיות ומזהה קבלת החלטות משיביות רצון, שהן טובות מספיק, וזאת בניגוד להחלטות הטובות ביותר.

183 שם.

בצירוף המוסדיות ההיסטורית עשוי לשפוך אור חדש על הבחירות הרגולטוריות האמורות.

ההחלטה על הקמתו של ערוץ עשר בשנת 2000 לוותה בעלויות שונות. כך למשל הצורך ברתמתם של גורמי ממשלה לקידום הרעיון של הקמת ערוץ שלישי בישראל שיתחרה בערוץ אחת ובערוץ שתיים. בתוך כך נדרש לתקצב את התכנית, להקצות תקנים להגדלת היקף הפיקוח שיתבצע ברשות השנייה ולהיערך לוגיסטית וטכנית לשידורים של ערוץ ברודקסט נוסף שיפעל בישראל.¹⁸⁴

מבחינה ארגונית נדרש הרגולטור לבצע עבודת מטה מקיפה ובכלל זה הכנה של מסמכי המכרז וגיבוש תכנית רגולטורית להחלת כללים מתאימים לאסדרת פעילותו של הערוץ השלישי, כמו גם הכנת הצעת חוק לתיקון חוק הרשות השנייה באופן שיכלול את פעילותו של הזכייין החדש. בתוך כך גובש ברשות צוות מיוחד שעסק בקידום ההכנות לפרסום המכרז מן ההיבטים התוכניים, הכלכליים, ההנדסיים והמשפטיים.¹⁸⁵

הליכי שיתוף ציבור שהתקיימו בסמוך לכך כללו ימי עיון ושיח עם אנשי תרבות וחברה מעולם היצירה והאקדמיה לדיון בצביונו של הערוץ העומד לקום.¹⁸⁶ הרשות פנתה לציבור הרחב כדי שיציג עמדותיו באשר לדמותו של הערוץ ולאופי השידורים בו וכן הזמינה עמדות מגופים מעוניינים כמו איגודים בתחומי הקולנוע והטלוויזיה, מוסדות אקדמיים וגופי שידור.¹⁸⁷ במקביל הוכנה ברשות תחזית כלכלית ותכנית עסקית לערוץ השלישי בסיוע גופי ייעוץ פרטיים.¹⁸⁸

אף המכרז עצמו לבחירת זכייין להפעלת הערוץ השלישי לוהה בקשיים משפטיים לא מבוטלים, כאשר זכיינים אחרים תקפו בבתי המשפט את ההחלטה על הזוכים במכרז.¹⁸⁹ בנוסף, לאחר זכייתם של הזכיינים שידורי עדן וישראל עשר במכרז נאלצה הרשות השנייה לאחד את הזכיינים ולקבוע מתכונת רגולטורית מיוחדת לשידורים בשל חוסר מוכנותו של שידורי עדן לשדר.¹⁹⁰ דוח הרשות השנייה לשנת 2001 מסכם כי "לאחר

184 ראו על ההיערכות בדוח שנתי לשנת 2000 – הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (2001), בעמ' 84 ואילך; דוח שנתי לשנת 2001 – הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (2002), בעמ' 96 ואילך. ההיערכות כללה הקמת מערכי הפצה, הפעלת מרכז שליטה ובקרה רב-ערוצי ספרתי, תמסורת אופטית ספרתית להפצת ערוץ עשר, התאמה לדרישות טכניות ותפעוליות, תפעול מערך ניתוב שליטה ובקרה, הפעלת מערכת הפצה לוויינית ומערכת דחיסה וריבוב ועוד.

185 כמדווח בדוח שנתי לשנת 2000 – רשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (2001), בעמ' 81.

186 שם.

187 שם, בעמ' 89. בנוסף, הרשות ביצעה סקר עמדות ציבור כדי לבדוק שביעות רצון מהשידור הקיים וציפיות לעתיד בעקבות עליית הערוץ השלישי. שם, בעמ' 81, 83.

188 שם.

189 ראו: ע"מ 5678/01 שידורי עדן בע"מ נ' אפיק רום, פ"ד נו(1) 917 (2001).

190 על כך ראו: דוח שנתי לשנת 2001 – הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (2002), בעמ' 93–95.

סיומה של מסכת משפטית ארוכה, החלו שידורי ערוץ 10 בט"ו בשבט תשס"א – 28.1.2002.¹⁹¹

עולה מן הדברים כי הרשות השנייה השקיעה רבות, הן במונחים כלכליים הן במונחי הון אנושי ודימוי ציבורי, בהפיכת רעיון החדרתו של שחקן טלוויזיה נוסף לשוק למציאות. הזדמנויות שנקרו בדרכה פעמים רבות אפשרו לה לבחון מחדש את היתכנותו של הרעיון, לסגת ממנו או לשנות את המודל הרגולטורי. אולם אף נוכח הכרה במוגבלותו של הערוץ לקיים תחרות נאותה בשוק בחר הרגולטור בכל פעם בנתיב המאפשר את המשך התמיכה ברעיון המקורי, ואפשר שפעלה עליו בהקשר זה הטיה קוגניטיבית של Path Dependence. הטיית תלוי-מסלול זו היא סוג של שבי רגולטורי שבו הרגולטור נמנע משינויים (גם אם לא במודע) כדי לשרת את האינטרס של המפוקחים בהמשך קיומם כשחקנים בשוק במשטר רגולטורי מקל ככל הניתן. הטיה זו מאופיינת בשוק בעל מיעוט שחקנים וברצון להגן על שחקן חדש בו לאחר השקעת מאמצים בהחדרתו לשוק.

יתרה מזו, אני סבורה כי מאפיינים ייחודיים של שוק התקשורת עשויים לעודד במיוחד התנהגות רגולטורית תלוי-מסלול ובתוך כך את ההימנעות ממהלכים שמגלמים שינוי רגולטורי ניכר במדיניות שנקטה. להבדיל משווקים אחרים, כגון אסדרת משק החשמל או אסדרת תשתיות התחבורה בארץ, ערוץ טלוויזיה ציבורי-מסחרי שלישי בישראל חשוף במידה מיוחדת לציבור. הנושא זוכה לפופולריות רבה כיוון שהוא נגיש יחסית מבחינה מושגית ומקצועית לקהל הרחב. הרגולציה בו לא רק משפיעה על חייו ישירות אלא גם חשופה במיוחד לביקורת על שינויים. בהקשר זה ניתן לשער שעל הרגולטור פועלים תמריצים שונים, כגון לחץ ציבורי, להימנע מאכיפה דרסטית שתוביל להחשכת מסך. ייתכן שלחץ זה נובע במידה רבה גם מן הערכים המוגנים ומן האינטרסים שבבסיס האסדרה של תחום התקשורת, כגון הגנה על חופש הביטוי ועל קיומה של תקשורת חופשית ודמוקרטית, בשונה מן הרגולציה המופעלת במישור הכלכלי גרידא. גם אם התופעה בעיקרה רצויה לחברה דמוקרטית, חשוב שגופי המנהל וקובעי החלטות יהיו מודעים להטיות אלה ויאמצו מנגנונים כמפורט בסיכום כדי לנטרל את אפקט ההטיה (debiasing).¹⁹²

(ג) תנאי הרקע: אתוס הקומבינה

אתוס הקומבינה שהצעתי בפרק ג לניתוח ההתנהגות הרגולטורית בהקשר התרבותי בישראל גורס שהרגולציה ההסכמית, ובראשה החוזים הרגולטוריים, מתאפשרת על רקע קשרים קרובים המתקיימים בין הרגולטורים למפוקחים, בסביבה של אי-לגליזם שבה

191 שם, בעמ' 95.

192 ראו: לעיל, הערה 7.

מקובלת שיטת הקומבינה.¹⁹³ כאמור, על פי אתוס הקומבינה הישראלי, הצבר הישראלי מבצע פעולות על דרך של קומבינה, חיבור דברים שאינם בהכרח משתלבים פורמלית, ומתמך בין מגבלות מערכתיות באמצעות תושייתו וכושר המצאתו.¹⁹⁴ אני סבורה שרקע תרבותי זה עומד בלב הפרקטיקה של חוזים רגולטוריים בישראל, והוא תנאי יסוד להתקיימותו של שבי רגולטורי בכלל ושבי רגולטורי לא מכוון תלוי-מסלול בפרט. במקרה של הרשות השנייה ואסדרת ערוץ עשר התקיימו תנאי יסוד אלה במלואם ואפשרו את השבי. כך למשל כאשר על פי התקנות הרלוונטיות הגיעה העת לפרסם מכרז לזכיין חדש להפעלת הערוץ השלישי בחרה הרשות השנייה שלא לפרסמו במועד ותחת זאת לפעול לדחייתו (פעולה אשר נעשתה כשלעצמה באיחור מה).¹⁹⁵ הגם שלבסוף נחתמו התקנות הרלוונטיות המאפשרות את ההארכה המבוקשת כאמור, נראה שפעולתה של הרשות הייתה נגועה בפגמים מנהליים רבים כאשר לא פרסמה את המכרז במועד. ביקורת זו על התנהלותה של הרשות הביעו בזמנם מבקר המדינה והמשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי-פיסקלי).¹⁹⁶

בנוסף, גישתם של בכירי הרשות השנייה מתאפיינת בפסיביות שבעטייה לא ננקטו צעדי מנע של ממש כדי להבטיח ציות ולצמצם הפרות אפשריות של הזכיין, הגם שהיו צפויות. דרך אחת להסביר התנהגות זו היא גישת ה"סמוך" שגורסת ששוק הטלוויזיה הישראלי לא יגיע למצב הקיצון של החשכת מסך כיוון שתמיד ניתן להגיע לפתרון הסכמי "מחורן לקופסה". גם אם נוסח החוק ורוח החוק אינם מאפשרים הארכת זיכיון בתנאים של הפרות ניכרות, הרגולטור (וגם המפוקח) חש עצמו בסביבה בטוחה שתאפשר לו לקיים משא ומתן עוקף דרישות חוקיות. המציאות שבה הכנסת התגייסה לעזרת הרשות והערוץ והכשירה את ההסדרים ההסכמיים תומכת בהבנה רגולטורית זו. הקונסטרוקציות המיוחדות שנבנו בחוק הרשות השנייה בשנים הראשונות לזיכיון של הערוץ עולות אף הן בקנה אחד עם אתוס הקומבינה. כפי שתואר לעיל,¹⁹⁷ לאחר שנת הזיכיון הראשונה שבמהלכה לא עמד הערוץ במחויבויות, תיקנה הכנסת את החוק באופן שקבע שאם ערוץ עשר יקיים את מחויבויותיו בשנת הזיכיון השנייה, יהיה ניתן לראות בו מי שקיים אותן גם בשנת הזיכיון הראשונה. מתכונת זו שימשה את הצדדים אף לאחר שנת הזיכיון השנייה, שם נקבע שוב בתיקון לחוק כי ימחלו לערוץ על מחויבויות שתי שנות הזיכיון הראשונות אם הוא יעמוד במחויבויות שנת הזיכיון השלישית. ההסדרים גופם מעידים גם הם על תפיסה של קומבינה באפשרם חיבור, הפחתות וקיוזום של חובות והתחייבויות מסוגים שונים וערוב מין בשאינו מינו. כך למשל

193 ראו: לעיל, פרק ג, חלק 2.

194 שם.

195 ראו: לעיל, בפרק א.

196 ראו: לעיל, הערות 40, 42, 43.

197 ראו: לעיל, פרק א.

מחויבויות קולנוע מסוימות הופחתו וקוזזו עם מכסות משדרי טלוויזיה סוגה עילית, והנכונות להפחית במחויבויות התוכן נקשרה עם התחייבות לעבור לשדר מירושלים כנדרש על פי חוק.

אימוצו של רגולטור בישראל את גישת הקומבינה מזמין כמובן את אימוצו המקביל של המפוקח את הגישה ובכך מייצר מעגל קסמים של אי־ציות. נוכח הגישה המקלה והנכונות להידבר לאחר קיומן של הפרות גם המפוקח חש בנוח במציאות שבה הוא מקיים את הדרישות הרגולטוריות חלקית ולאחר מכן מנהל משא ומתן להפחתתן.

ה. סיכום ומסקנות

מאמר זה הציג את סגנון הפיקוח של הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו על ערוץ עשר לאורך עשור, בין השנים 2002 ו־2012. מן הניתוח עולה כי הסגנון המופעל הוא בעל מאפיינים של רגולציה רכה, הסכמית וחסרת שיניים, העומדת בניגוד גמור לרגולציה המשפטית הפורמלית הסדורה שגובשה לשליטה על שוק הטלוויזיה בחקיקה ראשית, בחקיקת משנה ובתנאי הזיכיון. גישה זו באה לידי ביטוי בחוזים רגולטוריים שערכה הרשות השנייה לאחר ניהולו של משא ומתן עם ערוץ עשר בדבר היקף המחויבויות והחובות שחלו עליו בעבר, וחלים עליו בהווה ובעתיד לבוא. זאת במקום להפעיל סנקציות רגולטוריות של ציווי ושליטה או לבחון את המודל הרגולטורי הבסיסי בחינה שיטתית. המאמר הציג את החוזים הרגולטוריים כחלק ממגמה של אימוץ שיטות "שליטה ללא ציווי" כגון הרגולציה העצמית, הרגולציה הוולונטרית והרגולציה ההסכמית. שיטות אלו נשענות במידה רבה על השוק ומאפשרות חדירה מוגברת של אינטרסים פרטיים לרגולציה ופעולה מנהלית חסרת בקרות נאותות.

תוך התמקדות בהארכת הזיכיון של ערוץ עשר שנערכה בשלהי שנת 2009 בתום שמונה שנות זיכיון שידורים, ביקש המאמר לבחון אם חוזים רגולטוריים שנערכו בין הרגולטור למפוקח הושפעו מהטיות או מאינטרסים זרים להגנה על שוק התקשורת ותפקודו לטובת האזרחים, ואם כן – מהם. בתוך כך סקר המאמר ספרות עשירה שמקורה בדיסציפלינות שונות כגון כלכלה, מדע המדינה, מדיניות ציבורית וסוציולוגיה, המציעה תאוריות שונות להבנת המניעים הרגולטוריים לפעולה או להחלטה. לאחר מכן נידונו גישות של שליטה ללא ציווי המתבצעות כהליכי רגולציה לא פורמליים בראי תאוריות ביקורתיות, והודגם כיצד תפיסות תרבותיות תומכות בהפעלתן.

עיקרו של המאמר בחן אם הושג האינטרס הציבורי ברגולציה של ערוץ עשר, והגיע למסקנה מורכבת. הגם שאין ספק כי האינטרס הציבורי באסדרת התקשורת כרוך בקיומם של כמה גופים שיציעו חלופה לסיקור התקשורת וימנעו ריכוזיות במידע ובדעות, אפשר שהרגולציה הושפעה גם מגורמים אחרים. בתוך כך נבדקו הטיות ואינטרסים פרטיים

שונים אשר יכלו להשפיע על החלטותיה של הרשות בהליך האסדרה. גישת השבי הרגולטורי אומצה לעניין זה תוך פיתוח עיוני למצבים שבהם היא מתקיימת כהטיה לא הכרתית. בהמשך לכך נטען במאמר כי הרשות השנייה לקתה בשבי רגולטורי לא מכוון. באופן ספציפי הצעתי כי אחד הסוגים של שבי לא מכוון צומח במצבים של הטיה לפעול כרגולטור תלוי-מסלול. בשווקים מפוקחים מעוטי שחקנים שבהם הרגולטור מעוניין להחזיר שחקן תחרותי חדש לזירה עשויה להתפתח תלות יתרה ברעיון התחרות אף למרות כישלוננו המוכח של השחקן לשרוד בזירה. לכך יש לצרף תנאים תרבותיים מתאימים התומכים בקשר לא אמצעי בין הצדדים הרואים עצמם שותפים למיזם חדש (כאן להקמת ערוץ טלוויזיה שלישי) וכן תרבות משפטית התומכת באי-לגליזם ומאפשרת פתרונות לא פורמליים דוגמת החוזים הרגולטוריים. לבסוף, תנאי רקע נחוץ נוסף להתפתחותו של השבי המתואר הוא היעדר עיגון משפטי מספק של ההליך המנהלי-רגולטורי. בדומה לשבי הרגולטורי הקלאסי, מצב עניינים זה עשוי להוביל ליחסי תלות הדדית ולזהות אינטרסים בין רגולטור למפוקח. קרבה זו מתבטאת בין היתר בסימפתיה יתרה למצבו של הערוץ וברצון להגן עליו מפני הוראות החוק במקום לאכפו עליו.

באופן ראשוני הטעון פיתוח אציון את הפרקטיקות המנהליות הרצויות לאימוץ. הדרך להתמודד עם הכשל הרגולטורי האמור היא החלטה של חובה מנהלית לבחון בחישובי עלות-תועלת רגולציה חדשה, שינוי רגולטורי ופרקטיקות רגולטוריות קיימות. מדינות החברות בארגון ה-OECD נוהגות זה מכבר להחיל על הרשויות הרגולטוריות חובה להעריך בבחינת עלות - תועלת את השפעותיה של כל רגולציה במסגרת תהליך המכונה Regulatory Impact Assessment (RIA).¹⁹⁸ הערכת השפעות הרגולציה המובנית כתהליך רב-שלבי שבו נדרשת הרשות המפקחת להגדיר מטרות ויעדי מדיניות ולגבש ולבחון חלופות שונות לפעולה, מסוגלת וצריכה לשמש בלם נחוץ לרגולטור מפני הכשלים המתוארים במאמר. התנהלות רגולטורית לא מוכוונת ומוכנית הנובעת מהטיות קוגניטיביות דוגמת רגולטור שהוא תלוי-מסלול, תקבל מסגרת וצורה נכונות להתנהלות ביישום מסגרת ה-RIA.

הליך ה-RIA אינו נקי מספקות ואינו כלי מושלם לנטרול הטיות רגולטוריות. כך למשל החשש מפני השפעה של בעלי עניין על התהליך הרגולטורי, ובראשם הגורמים המפוקחים, עשוי למצוא את גלגולו החדש בדמות ניצול ציני של מכשיר ה-RIA בדיהן של החברות הפרטיות. גופים בעלי השפעה יוכלו לדרוש בחינה מנהלית של עלות-תועלת רגולטורית אם הם סבורים שהתוצאה תהיה ביטולה של רגולציה מכבידה קיימת או מתוכננת, ואף יוכלו להציג חוות דעת מומחה מטעמם בדבר חוסר יעילותה של

198 ראו למשל: פרסום ה-OECD OECD Regulatory Impact Analysis, Best Practices in OECD Countries (1997) ובאתר הארגון [www.oecd.org/gov/regulatory-policy/ria.htm] (נצפה לאחרונה במרץ 2014).

רגולציה המכבידה עליהם (או להפך, על המתחרים). כן מתעורר החשש שמא הליך בחינת עלות-תועלת ישמש עלה תאנה בידי הרגולטור על מנת להכשיר מהלכים רגולטוריים שונים שבהם הוא חפץ, בייחוד בשל הגמישות המתאפשרת בעיצוב המטרות הרגולטוריות ובחישוב החלופות השונות ותוצאותיהן. עם יתר החסרונות למכשיר זה ניתן למנות בקצרה גם את הקושי להגדיר שיקולים חברתיים רחבים הנשקלים במסגרת מדד RIA, את הכבדת הביורוקרטיה המנהלית הקשורה בחקיקת רגולציות, המובילה לריפוי ידיה של הרשות מפני מהלכי אסדרה חדשים הנחוצים למשק ואת הצרת צעדיה של הרשות באמצעות חשיפתה לתקיפה על ידי גורמים פרטיים בעילות מנהליות הקשורות בהפעלת תהליך ה-RIA. עם זאת נראה כי הגיעה העת ליישום מנגנון ה-RIA בישראל על יתרונותיו על אף החשש מן החסרונות המתוארים, על מנת להפוך את תהליך קבלת החלטות הרגולטוריות בישראל מקצועי יותר, מובנה וסדור.¹⁹⁹

199 ראו יזמות ממשלתיות לכך ב"תורת הערכת השפעת רגולציה (RIA – Regulatory Impact Assessment) – מדריך ממשלתי" טיוטה להערות (מרץ 2013) (<http://www.pmo.gov.il/>] [policyplanning/mimshal/Documents/hashpaotregulatzya.pdf] (נצפה לאחרונה במרץ 2014).