

המרכז לצדק חברתי ודמוקרטיה ע"ש יעקב חזן במכון ון ליר בירושלים

- טיוטה לדיון -

רגולציה של טלוויזיה מסחרית: מודל האכיפה של הרשות השנייה כלפי ערוץ

עשר *

שרון ידין *, אוקטובר 2014

תקציר

מאמר זה מנתח את פעילות האכיפה של הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו בישראל בראי שני מודלים לאכיפה רגולטורית: פירמידת האכיפה של איירס ובריית'ווית ומדד אחת-עשרה ההולנדי. המודלים מבוססים על גישות משולבות של הרתעה ושל ציות ומציעים כלים פרקטיים לבחינת כשלים באכיפה, תוך התמקדות בתפיסת המפוקח את הפעילות הרגולטורית ואת הגוף הרגולטורי. מטרתו של המאמר היא בחשיפת החסרים והכשלים המרכזיים בפעילות האכיפתית של הרשות השנייה כפי שהם משתקפים מן המודלים האמורים, תוך שימוש במקרה-הבוחן של הפיקוח שהופעל כלפי ערוץ עשר בין השנים 2002-2012. בהתבסס על כך, המאמר מציע הצעות מפורטות לשיפור עבור רגולטורים וקובעי מדיניות, בהן הסמכת הרגולטור לאכיפה מנהלית מגוונת ובכלל זה אכיפה הסכמית שבשיקול דעת, מעבר מכללים לסטנדרטים פתוחים, שימוש ברגולציה עצמית-כפויה, הנהגת שקיפות ושיתוף בהליך האסדרה ופיתוח כלי אכיפה כגון תכניות וולונטריות, מנגנוני הוקעה והוקרה ותכניות אכיפה פנימית. תרומתו התיאורטית של המאמר היא במרשם המתודולוגי שהוא מספק לחוקרים המבקשים לבחון את תפקודה האכיפתי של רשות מפקחת מנקודת מבט שלאחר מעשה או מפרספקטיבה בראשיתית (לפני מעשה). מבחינה עיונית הוא מספק דין וחשבון המצטרף למחקרים קודמים שהמחברת ערכה אודות צביונה וטיבה של אסדרת הטלוויזיה המסחרית בישראל, ביחוד מפרספקטיבה הכרתית-תודעתית של הרגולטורים ושל המפוקחים.

* הפרק נכתב במסגרת [מחקר מקיף על רגולציה בישראל](#) המתקיים במרכז לצדק חברתי ודמוקרטיה ע"ש יעקב חזן במכון ון ליר בירושלים. הערות לטיוטה יתקבלו בברכה לכתובת: sharon@yadin.com.

* שרון ידין היא דוקטור למשפטים ועמיתת לידי דיוויס לפוסט-דוקטורט בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים וחוקרת במרכז חזן לצדק חברתי ודמוקרטיה במכון ון-ליר בירושלים. ברצוניה להודות ליצחק גלנור, לאייל טבת, לאמיר פז-פוקס, לתהילה שוורץ-אלטשולר, לטלי תאני-הררי, לזיו גלעדי ולמשתתפי פורום רגולציה במרכז חזן במכון ון-ליר על הערותיהם המועילות למאמר בשלביו השונים. תודה גם למרכז לצדק חברתי ודמוקרטיה ע"ש יעקב חזן במכון ון ליר בירושלים על תמיכתו במחקר זה.

מבוא

ערוץ עשר הוקם בראשית שנות האלפיים כאפיק טלוויזיה מסחרי שני הנועד להתחרות בערוץ 2 הדומיננטי. כיום, ערוץ עשר עומד בפני סכנת סגירה ממשית, ובזמן כתיבת שורות אלה נראה כי חודשים ספורים מפרידים בינו לבין שידוד מערכות כולל העתיד להתרחש במפת השידורים המסחריים המקומית. מטרתו של מאמר זה היא לבדוק מה היה חלקו של הרגולטור ושל טיב הרגולציה שתכנן, במידת הצלחתו המועטה של ערוץ עשר וסיום שידוריו המסתמן. ספציפית ממוקד המאמר לסגנון האכיפה הרגולטורית של הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (להלן: הרשות השנייה) ולאיתור הכשלים שאירעו בו, בהתבסס על כתיבה תיאורטית מתחום הרגולציה. המאמר מציע בסופו מסקנות העולות מן הניתוח והמלצות נורמטיביות לשיפור הרגולציה.

התהליך הרגולטורי מורכב בדרך כלל משלושה שלבים מרכזיים: שלב ההסדרה, בו הרשות המפקחת משמשת מעין "מחוקק-זוטא" המחבר נורמות מחייבות לתעשייה המפוקחת באמצעות תקנות, צווים, כללים, הנחיות, הבהרות, החלטות, ניירות עמדה, גילויי דעת וכיוצא בזה;¹ שלב הפיקוח והבקרה, במסגרתו הרשות משמשת מעין "שוטר מפקח" שתפקידו לוודא שהמפוקחים מצייתים לכללים המסדירים באופן עקבי ומשביע רצון; ושלב האכיפה, בו מפעילה הרשות אמצעים שונים כלפי גורם מפוקח אשר הפר את הכללים המסדירים, במטרה להעניש, להרתיע, לתקן את ההפרה או לעודד ציות. מאמר זה מתמקד ברובד פעילות האכיפה הרגולטורית, אך יודגש כי שלושת הרבדים שזורים זה בזה והם בעלי השפעה הדדית. כך למשל קביעת הכללים בשלב הראשון (הסדרה) כמחמירים או מקלים תשפיע בוודאי על מידת הציות של הגורמים המפוקחים, שכן יש להניח שקשה יותר לציית לכללים מחמירים באופיים.

במאמר זה מוגדרת לפיכך רגולציה כפעילות שיטתית הנעשית בידי גוף מנהלי ברשות המבצעת של המדינה, שעניינה גיבושה וביצועה של מדיניות להכוונת שווקים המקדמת אינטרס ציבורי, חברתי או כלכלי, כלפי גופים הפועלים בשוק או בסקטור מסוים, באמצעות נורמות משפטיות כופות או וולונטריות, לצד הפעלתם של מערכי פיקוח לציות ויישומם של מנגנוני אכיפה.²

הגדרה זו תופסת ברשתה את פעילותם של גופי רגולציה בעלי שונות מוסדית המקיימים אסדרה מקצועית ומתמשכת בזירות תוכן מגוונות.³ אלו הם למשל המשרד להגנת הסביבה; הרשות לשירותים ציבוריים-חשמל; משרד האנרגיה והמים; בנק ישראל; רשות המיסים; משרד הבריאות; רשות ניירות ערך ועוד רבים.

בעוד שהמונח אכיפה רגולטורית מזוהה בדרך כלל עם תגובה מנהלית נוקשה, המתבצעת באמצעות כלים פליליים או מנהליים, כגון פתיחה בהליכי חקירה, הטלתם של קנסות ועיצומים כספיים, הגשת כתבי אישום ושלילת רישיון, ספרות האכיפה הרגולטורית מבחינה בין שתי גישות שונות בהקשר זה.

1 יש להבחין בין הסדרה לבין אסדרה. הסדרה היא השלב הראשון מבין שלושה בהליך הרגולציה. אסדרה היא המונח העברי לרגולציה. לפיכך, הסדרה היא למעשה השלב הראשון באסדרה.

2 ראו שרון ידן "חוזים רגולטוריים", עבודת דוקטורט בהנחיית פרופ' דפנה ברק-ארז ופרופ' רועי קרייטנר, אוניברסיטת תל אביב, 21 (2014); שרון ידן "מהי רגולציה? הצעה להגדרה בעקבות מופעים ראשונים של המונח בחקיקה הישראלית" **חוקים בקצרה** 6 (2014).

3 תוך הסתמכות על ההגדרה הקלאסית של סלזניק (Selznick), רגולציה מתבצעת במסגרת יחסים ארוכי טווח בין רגולטורים למפוקחים: *"Sustained and focused control exercised by a public agency over activities that are valued by the community"*. Philip Selznick, *Focusing Organizational Research on Regulation*, in ראו REGULATORY POLICY AND THE SOCIAL SCIENCES 363, 363 (Roger Noll ed., 1985).

הראשונה היא גישת ההרתעה (או גישת הענישה),⁴ המבוססת על כלים "קשים" שמטרתם הן להעניש בגין הפרה שבוצעה והן להרתיע. גישה זו אמורה לעודד ציות עתידי של המפוקח ושל אחרים בשוק באמצעות כלים כגון צווים, שלילת רישיון והשעייתו, קנסות ועיצומים כספיים. לעומתה ניצבת גישת הציות,⁵ אשר רותמת כלים "רכים" יותר על מנת לעודד את המפוקחים לציית לכללים, באופן פתוח וגמיש, כגון באמצעות משא ומתן, חינוך והסכמות עם המפוקח.⁶ גישה זו היא מניעתית בכך שהיא מציעה לנקוט בפעולות למניעת הפרות פוטנציאליות של הרגולציה מבלי הצורך לזהות הפרות, לחקור ולהעניש בניגון.⁷ ניתן לומר כי באופן כללי מתאפיין סגנון האכיפה של הרשויות הרגולטוריות בארצות הברית בגישת ההרתעה, הנוטה להיות אדברסרית וליטיגטורית, בעוד שהשיטה הבריטית דוגלת לרוב בגישת הציות הרכה יותר.⁸

במרוצת השנים הבחנה מרכזית זו בגישות האכיפה נתפסה "גסה" מדי ודרשה עידון מסוים. על כן חוקרים שונים העוסקים במלאכת האכיפה הרגולטורית הציעו לחדד את הסיווג האמור במתכונת האכיפה. כך למשל הוצעה בספרות טקסונומיה של טיפוסים רגולטורים על פי סגנונות אכיפה המשלבים מאפיינים של גישת ההרתעה עם מאפיינים של גישת הציות.⁹ גם גישתם המפורסמת של איירס ובריית'ווית (Ayres & Braithwaite) המכונה "רגולציה תגובתית" (*Responsive Regulation*) משלבת למעשה בין גישת ההרתעה לבין גישת הציות.¹⁰

הצעתם של איירס ובריית'ווית ליישם "פירמידת אכיפה" המתבססת הן על כלי אכיפה ענישתיים והן על כלי הידברות רכים נבחרה לשמש במאמר ראשונה לבחינה ביחס לסגנון האכיפה של הרשות השנייה ומידת יעילותו, תוך שימוש במקרה הבוחן של הפיקוח שהפעילה הרשות השנייה כלפי ערוץ עשר משך עשור (2002-2012). המודל מתמקד בצורך להציב, במקביל לאסטרטגיית הרגולציה ההסכמית, איום ככלי ענישה הרתעתיים אשר ימנע שחיקה בדימוי הרגולטורי.

הגישה השנייה בה נעשה שימוש לבחינת סגנון האכיפה של הרשות השנייה היא מדד 11, המהווה סדרה של פרמטרים לבדיקה בקשר למוטיבציות הפנימיות של המפוקח לציית ובקשר ליחסיו עם המפקח.¹¹ בין היתר מתייחס המדד למידת הכבוד שרוחש המפוקח לרגולטור, להערכת המפוקח את סיכויי האכיפה נגדו במקרים של הפרות ולאופן שבו נתפס בעיניו הגוף הרגולטורי.¹² בדומה לפירמידת

-
- 4 ראו Keith Hawkins, *Environment and Enforcement: Regulation and the Social Definition of Pollution* (1984).
- 5 ראו A.J. Reiss, *Selecting Strategies of Social Control over Organizational Life*, in ENFORCING EUGENE BARDACH AND ROBERT A. KAGAN, ; REGULATION (Keith Hawkins and John Thomas, ed., 1984) GOING BY THE BOOK: THE PROBLEM OF REGULATORY UNREASONABLENESS (2nd ed., 2002).
- 6 ראו John Braithwaite, John Walker and Peter Grabosky, *An Enforcement Taxonomy of Regulatory Agencies*, 9 LAW & POLICY 323, 324 (1987) ההבדלים בסגנונות הרגולטוריים ביניהן.
- 7 ראו Reiss, לעיל ה"ש 5, בעמ' 23.
- 8 ראו David Vogel, *National Styles of Regulation* (1988).
- 9 ראו Braithwaite, walker and grabosky, לעיל ה"ש 6.
- 10 ראו Ian Ayres and John Braithwaite, *Responsive Regulation – Transcending the Deregulation Debate* (1992) (להלן: Ayres & Braithwaite).
- 11 ראו *The 'Table of Eleven' – A Versatile Tool*, Ministry of Justice, The Netherlands (2004).
- 12 על חשיבותם של הדימוי והמוניטין הרגולטוריים עמד קרפנטר, שחקר את ההיסטוריה של סוכנויות מפקחות בארצות הברית אשר פעלו בשלהי המאה ה-19 ובתחילת המאה ה-20. ראו Daniel P. Carpenter, *State Building through Reputation Building: Coalitions of Esteem and Program Innovation in the National Postal System, 1883–1913*, 14 STUDIES IN AMERICAN POLITICAL DEVELOPMENT 121 (2001).

האכיפה, מדד זה מאפשר לרגולטור ולקובעי מדיניות אחרים להעריך את ביצועי האכיפה ולשפר אותם בנקודות חלשות מסוימות שאותרו. בנוסף, מדד 11 משמש מודל לניבוי מידת הציות של חברות לרגולציה על בסיס המוטיבציות והסיבות המתגלות באמצעות השאלות לבחינה.

מודלים אלה נבחרו לניתוח סגנון האכיפה של הרשות השנייה כיוון שהם מאפשרים לבחון אותו מהיבטים שונים, תוך התמקדות בהשלכות של אכיפה בלתי מוצלחת, על חוזקו ותדמיתו של הגוף המאסדר.¹³ ניתן להשקיף על המודל הראשון (פירמידת האכיפה) כמתכון או מרשם רגולטורי ועל המודל השני (מדד ה-11) כמסגרת הבנה תיאורית לכשלים המרכזיים, ואולם שניהם מאפשרים הבנה טובה של כשלי אכיפה וציות, ובכך מלמדים על נקודות המפתח לפתרון. במשולב הם מייצרים ניתוח עומק של פעילות האכיפה המתבצעת בידי הרשות הרגולטורית, תוך זיהוי הכשלים המרכזיים במודל הקיים ומתן המלצות לשיפור.

בפתח הדברים יש לציין שתי הערות המסייגות את היקפו של המאמר: ראשית, מטרתו של המאמר איננה להציג תמונת-מצב מלאה בקשר לסיבות האפשריות בגינן נכשל הזיכיון שניתן לערוץ עשר, אלא להתמקד באופן מיוחד בסיבות הקשורות במודל האכיפה הרגולטורי שיושם במקרה זה. סיבות אחרות כמו פעולה תלוית-מסלול של הרשות השנייה, הסברים של "בחירה ציבורית" ו"שבי שלא-מדעת" של הרגולטור באינטרסים של הגורמים עליהם הוא אמור לפקח, נידונו במחקרים קודמים.¹⁴ מאמר זה מוסיף נדבך למחקרים קודמים הממוקד בכלים הרגולטוריים ובהיבטים המשפטיים של מודל האכיפה הנבחר (או לפחות הנמצא בשימוש). ההערה השנייה היא שהמאמר אינו מתיימר לנתח באופן עיקרי את המדיניות הציבורית שליוותה את הקמת הערוץ והתמיכה הפוליטית בו לאורך השנים אלא להתמקד במדיניות הרגולציה שבוצעה. לפיכך, לא ניתן דגש לתפקידה של הכנסת ויחסיה עם הרגולטור ועם זכייני הערוץ, על אף שאין ספק בחשיבותו של מחקר שכזה. ההתייחסות להיבט המוסדי הרחב שהשפיע על האכיפה הרגולטורית המקצועית, תהיה לפיכך מצומצמת.

המאמר בנוי באופן הבא: **החלק הראשון** במאמר מציג את מבנה הפיקוח על שוק הטלוויזיה המסחרית בישראל מבחינה מוסדית ומבחינה משפטית. בתוך כך הוא סוקר את היעדים המרכזיים שהרגולציה הישראלית הציבה לעצמה בתחום זה ואת המדיניות שהופעלה על ידי הרגולטור הלכה למעשה בתקופה הנבדקת. **החלק השני** מנתח את סגנון האכיפה של הרשות השנייה לאור מודל מוכר בספרות הרגולציה, פירמידת האכיפה של איירס וברייתויות. לאחר סקירה כללית של המודל הוא נבחן ביחס לרשות השנייה והפיקוח שקיימה על ערוץ עשר בין השנים 2002-2012 לזיהוי הכשלים המרכזיים. בחלק זה מוצגות פירמידות האכיפה של הרשות השנייה. **החלק השלישי** סוקר את מדד 11 ומיישם אותו

FORGING OF BUREAUCRATIC AUTONOMY: REPUTATIONS, NETWORKS, AND POLICY INNOVATION IN EXECUTIVE AGENCIES, 1862-1928 (2001)

13 ראו בנושא זה גם DANIEL P. CARPENTER, REPUTATION AND POWER: ORGANIZATIONAL IMAGE AND PHARMACEUTICAL REGULATION AT THE FDA (2010). קרפנטר בוחן את מוניטין הסוכנות האמריקנית לפיקוח על מזון ותרופות כמרכיב מרכזי ביכולתה לפקח על חברות התרופות הגדולות בארצות הברית, ובצבירת כוחה ועצמאותה. ראו גם מחקר בנושא השפעת הדאגה של הסוכנות האמריקנית לחקלאות (USDA) למוניטין העצמי שלה על הרגולציה שהיא מפעילה כלפי המפוקחים. Shon R. Hiatt and Sangchan Park, *Lords of the Harvest: Reputation and Regulatory Approval of Genetically Modified Organisms*, 12-081 Harvard Business School Working Paper (2012)

www.management.wharton.upenn.edu/henisz/msbe/2011/6_1_Hiatt_Park.pdf

14 ראו שרון ידין "קצר בתקשורת: בין אינטרס ציבורי לאינטרס פרטי ברגולציה של ערוץ עשר" (עתיד להתפרסם בדין **ודברים** ח 2 תשע"ד).

על היחסים השוררים בין ערוץ עשר לרשות השנייה על מנת לזהות את הכשלים המרכזיים שהתקיימו ברגולציה הנבחנת. **החלק הרביעי** דן במסקנות העולות מן המודלים לגבי תפקודה של הרשות השנייה בפקוח על שוק הטלוויזיה המסחרית בישראל ו**החלק החמישי** מציע המלצות לשיפור.

1. רגולציה של שידורי הטלוויזיה בישראל: מבנה, יעדים ומדיניות

א. המבנה הרגולטורי והמוסדי

תחום התקשורת בישראל נתון כיום לאסדרה של מגוון רגולטורים. תכנית שמתגלגלת מזה כעשור, אשר אפשר שתתממש בעתיד הקרוב, מציגה חזון להקמת רשות תקשורת בישראל שתאגד את כלל הגופים המפקחים למסגרת מוסדית אחת.¹⁵ נכון למועד כתיבת שורות אלה (2014) הרגולטורים המרכזיים הפועלים בשוק התקשורת הם משרד התקשורת, שאמון על אסדרת חברות הסלולר, הטלפוניה הנייחת (המקומית והבינלאומית), האינטרנט והרדיו; הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, שמפקחת על השידורים המסחריים בישראל בטלוויזיה וברדיו; המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין;¹⁶ רשות השידור שמסדירה את השידור הממלכתי;¹⁷ וועדת התדרים שמסדירה את השימוש בתדרים.¹⁸

מאמר זה מתמקד בפעילותה של הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו. המדובר ברשות ציבורית סטטוטורית (שהוקמה מכוח חוק) המפקחת על שידורים ציבוריים-מסחריים בישראל מאז תחילת שנות התשעים של המאה הקודמת. היא פועלת מכוח חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו התשי"ן-1990 (להלן: חוק הרשות השנייה) ומקום מושבה הוא בירושלים.¹⁹ הרשות מקיימת מכרזים לשידורי טלוויזיה ורדיו ומעניקה זיכיונות שידור (מעבר לרישיונות צפוי החל משנת 2015).²⁰ מקורותיה הכספיים נשענו בתקופת המחקר בעיקר על דמי זיכיון המשולמים על ידי הזכיינים, ובשנת 2011 אלו הסתכמו ב- 50 מיליון ש"ח.²¹ בתקופת המחקר ונכון לכתיבת שורות אלו מצויים תחת פיקוח הרשות השנייה ערוץ 2 וערוץ 10 בטלוויזיה וכן תחנות הרדיו האזורי. הרשות מעסיקה כשבעים עובדים מן המניין אשר שכרם ותנאי העסקתם נקבעים באישור שר התקשורת לאחר התייעצות עם שר האוצר.²²

על הנהלת הרשות מפקחת מועצת הרשות השנייה המתמנה מידי ארבע שנים ומורכבת מחמישה עשר אנשי ציבור בעלי "רקע תרבותי הולם, ניסיון וידע... והבנה למצב החברתי בישראל".²³ תפקידה העיקרי הוא להתוות את קווי הפעולה של הרשות ולפקח על בעלי הזיכיונות. בין היתר, המועצה מאשרת את הצעת התקציב של הרשות וקובעת את כללי הרשות השנייה לפיקוח על הזכיינים.²⁴ המועצה גם ממנה

-
- 15 ראו למשל הצעת חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 57) (הרשות והמועצה לשידורים מסחריים), התשע"ג-2013, ה"ח 784.
 - 16 המועצה הוקמה מכוח סעיף 6ב. לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982.
 - 17 הרשות הוקמה בחוק רשות השידור, התשכ"ה-1965.
 - 18 ועדת התדרים פועלת מכח החלטה 4228 של הממשלה "הקמת ועדת התדרים לפי סעיף 75 לפקודת הטלגרף האלחוטי (נוסח חדש), התשל"ב-1972" (09.11.2008), והיא כיום כפופה למשרד התקשורת.
 - 19 ראו סעיפים 3, 3א לחוק הרשות השנייה.
 - 20 ראו להלן ה"ח 120.
 - 21 הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו **דו"ח שנתי לשנת 2011** 193 (2013). ראו הוראות חוק הרשות השנייה לעניין זה, בסעיפים 99-103. אך ראו על ההפחתה שבוצעה בתמלוגים ובדמי הזיכיון, להלן בה"ש 52 והטקסט הצמוד לה.
 - 22 ראו לעיל ה"ח 21, בעמ' 204. כן ראו הוראות לעניין העסקת עובדי הרשות בסעיפים 29-31 לחוק הרשות השנייה.
 - 23 סעיפים 7(א), 7(ב) לחוק הרשות השנייה. סעיף 7(ג) לחוק מורה כי בעת המינוי ישקף הרכב המועצה, במידת האפשר, את מיגוון הדעות הרווחות בציבור.
 - 24 סעיפים 23, 24 לחוק הרשות השנייה.

את המנהל הכללי של הרשות על פי המלצת שר התקשורת ובכפוף לאישור הממשלה.²⁵ חברי המועצה ובכלל זה יושב-ראש המועצה מתמנים בידי הממשלה לפי המלצת שר התקשורת, לאחר שהתייעץ עם ארגונים של סופרים, מורים ואמנים, המוסדות להשכלה גבוהה, האקדמיה ללשון העברית, האקדמיה הלאומית הישראלית למדעים ועם גופים ציבוריים אחרים.²⁶

ב. סמכויות ומטרות רגולטוריות

מבחינה עיונית, שתי תפיסות מתחרות מרכזיות שוררות ביחס לרגולציה של שוק התקשורת: האחת מתייחסת לשידורים כאל מוצר כלכלי-מסחרי שיש לפעול על מנת למקסם את הרווחים שהוא מייצר לגורמים המסחריים, והשנייה מתייחסת לשידורים כאל מוצר-תוכן שיש להגן על הערכים אותם הוא מקדם עבור הציבור בכללותו. בישראל חוק הרשות השנייה מגדיר את תפקידיה של הרשות לקיים שידורים ולפקח עליהם בתחומי הלימוד, החינוך, הבידור והמידע בנושאי מדיניות, חברה, כלכלה, משק, תרבות, מדע, אמנות וספורט.²⁷ עוד מונה החוק את מטרותיה של הרשות השנייה כרגולטור, בהן קידום היצירה העברית הישראלית; טיפוח אזרחות טובה וחיזוק ערכי הדמוקרטיה וההומניזם; מתן ביטוי למורשת היהודית ולערכי הצינונות; מתן ביטוי לתרבות העמים, ליצירה האנושית ולערכי הציוויליזציה לדורותיה; קיום שידורים בשפה הערבית לצרכיה של האוכלוסייה הדוברת ערבית; מתן ביטוי מתאים למגוון התרבותי ועוד.²⁸

במקביל למטרות אלה אשר על הרשות השנייה לפעול על מנת לקדמן, מציין החוק גם את תפקידיה ה"אוסרים" של הרשות כרגולטור.²⁹ כך הרשות אמונה על מניעת "שידורים אסורים" המוגדרים בחוק, כגון הסתה לגזענות או אפליה,³⁰ ואחראית לפקח על סימון תכניות המכילות תכנים שעלולים לפגוע בילדים.³¹ לצורך השגת מטרותיה האמורות, הפוזיטיביות והנגטיביות, מוסמכת הרשות השנייה לקבוע כללים.³² ואכן הסדירה הרשות רגולציה ענפה בדמותם של כשלושים כללים החלים כלפי מפקחיה, בתחומים שונים, כגון הליכים לקבלת רישיון, שידורי פרסומות וחסויות, שידורי תעמולה, שידורים מזיקים לילדים, נטילת זמני שידור והשקעה בקולנוע הישראלי.³³ בנוסף מוסמך שר התקשורת כממונה

25 סעיף 25 לחוק הרשות השנייה.

26 ראו סעיף 7(א) לחוק הרשות השנייה.

27 ראו סעיף 5 לחוק הרשות השנייה.

28 שם.

29 תפקידיה של רגולטור כוללים לרוב הן תפקיד מאפשר-מקיים לפעילותו של מפקח, והן תפקיד אוסר, המונע התנהגות

מסוימת הנחשבת בלתי רצויה. להבחנה זו ראו למשל אצל ROBERT BALDWIN, MARTIN CAVE AND MARTIN LODGE, UNDERSTANDING REGULATION – THEORY, STRATEGY, AND PRACTICE 3 (2nd ed., 2012) (להלן: "להלן: UNDERSTANDING REGULATION").

30 ראו סעיף 46 לחוק הרשות השנייה.

31 ראו חוק סיווג, סימון ואיסור שידורים מזיקים, התשס"א–2001. כן ראו לנושא זה טלי תאני-הררי ושרון ידן "המארג הרגולטורי-חינוכי: סימון תכניות טלוויזיה בסביבה התקשורתית החדשה" (עתיד להתפרסם ב**מסגרות מדיה**, תשע"ה).

32 סעיף 24 לחוק הרשות השנייה מסמיך את מועצת הרשות השנייה לקבוע כללים בכל הנוגע לשידורים, לביצועם ולפיקוח עליהם, ככל הנראה לה דרוש להגשמת מטרות החוק.

33 ראו כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (שידורי תוכניות טלוויזיה בידי בעל זיכיון), התש"ע–2009 (להלן: כללי התכניות); כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (נטילת זמני שידור), התשס"ז–2007; כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (הליכים למתן זכיון לשידורי טלוויזיה), התשנ"ב–1992; כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (שיבוץ תשדירי פרסומת בשידורי טלוויזיה), התשנ"ב–1992; כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (אישור מוקדם של תשדירי פרסומת) התשנ"ד–1994; כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (הליכים ותנאים לקבלת רישיון לשידורי טלוויזיה), התשנ"ב–2011; כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומת בטלוויזיה) התשנ"ד–1994; כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (סיווג, סימון ואיסור שידורים מזיקים – מתן התראות), התשס"ג–2002.

על ביצוע החוק להתקין תקנות המאפשרות פירוט ויתר הסדרה בנושאים שונים המשורטטים באופן כללי בלבד בחוק הראשי.³⁴

המטרות הרגולטוריות העומדות בבסיס אסדרת שוק הטלוויזיה הישראלי הינן מטרות משולבות, ערכיות ומסחריות. היטיבו לתאר זאת מחברי דוח ועדת תורג'מן שהוקמה ברשות השנייה בשנת 2008 לבחינת מחויבויות ערוץ עשר:³⁵ "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, מגזריות, 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 הכדאיות הכלכלית בפעילות ערוצי הטלוויזיה המסחרית ציבורית, ועמידת הזכיינים במחויבויותיהם תוך השאת רווחים לבעלי המניות, אשר יאפשרו המשך פעילותם באופן מקצועי, תחרותי וכלכלי."³⁶

דברי ההסבר להצעת החוק המעגן את הקמתו של ערוץ השידורים השלישי בישראל מדגישים את ההיגיון המסחרי הטמון בהקמת הערוץ במציאות של ערוץ מסחרי בודד (ערוץ 2) בתחילת שנות האלפיים, כניסיון מכוון להפחית את מחירי הפרסום בטלוויזיה.³⁷ זאת, על ידי פתיחת שוק הפרסום לתחרות, שבירת המונופול של ערוץ 2 והצבת שחקנים מתחרים נוספים בזירה. גם במסגרת הדיונים בכנסת על הקמתו של הערוץ תפס הרציונל של יצירת תחרות בשוק הפרסום מקום מרכזי, כמעט בלעדי, בהצדקת הקמתו של הערוץ השלישי.³⁸

עם זאת, בכל הקשור לעיצוב הראשוני של כללי השידור המסחרי נראית נטייה ברורה של המחוקק לעבר הפן הערכי. בהשוואה למקובל בעולם, ישראל הציבה מטרות ערכיות גבוהות מאד לזכיינים המקומיים. ההנחה הייתה שעיגון חקיקתי של מחויבויות להפקות מקור ולסוגה עילית יבטיח את קיומם ושגשוגם של גורמים מקומיים העוסקים בייצור תכנים תרבותיים ובכך ישמר את התרבות הלאומית.³⁹ ניתן להצדיק את מכסות השידור גם באמצעות הצורך בתיקונו של מעין כשל שוק, בו ביקוש הציבור לתכניות איכות נמוך מן הביקוש לתכניות בידור, או בדרך של צמצום החצנות שליליות (או מניעת החצנות חיוביות) של ייצור מוצר טלוויזיוני שאינו בעל ערך של ממש לחברה מבחינת הגדלת הידע,

34 נכון למועד כתיבת מאמר זה מצויות בתוקף 14 תקנות של הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו עליהן חתום שר התקשורת.

35 ראו ועדת 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: ועדת תורג'מן).

36 שם, פסקאות 34-35.

37 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).

38 ראו פרוטוקול 103 של ועדת הכספים של הכנסת "חוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת התקציב 2000) התש"ס-1999, סעיף 30 (תיקון חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו)" (29.2.2000).

39 ראו יואב המר "משפט, תרבות מקומית ותרבויות מיעוט: דרישות תוכן בשידורי רדיו וטלוויזיה בישראל" **משפט וממשל** יד 149, 165-166 (תשע"ב).

החלפת דעות ושיפור המרחב הפוליטי.⁴⁰ להצדקות פטרנליסטיות אלה מתווסף החשש מפני עיצוב מסחרי של העדפות הצופים לתכניות בעלות אופי בידורי על פני תכניות סוגה עילית.⁴¹

ג. הגופים המפוקחים

עד להקמת הרשות השנייה, בשנת 1990, שלט ערוץ 1 באופן בלעדי במשדרי הטלוויזיה הציבוריים. המדובר בגוף המפוקח עד היום על ידי רשות השידור (אם כי זו צפויה לעבור שינויים מוסדיים בתקופה הקרובה).⁴² עם חקיקת החוק התאפשרה הקמתו של "ערוץ 2" וכן הפעלתו של כעשר תחנות רדיו מקומיות. למפת השידורים הצטרף בשנת 2000 "ערוץ עשר" המהווה את ערוץ הטלוויזיה השלישי. הזיכיון הראשון נמסר לזכיון "ישראל עשר" למשך תקופה ארוכה של שמונה שנים (2002-2010).⁴³ ערוץ עשר וערוץ שתיים מתקיימים במתכונת שידורים בעלת מאפיינים משולבים ציבוריים-מסחריים. זאת עקב כפיפותם של הזכיינים לפיקוח ציבורי מקיף, הדורש רמת שידורים גבוהה וערכית מחד, ולהתבססותם על מודל עסקי של פרסומות במטרה להשיא רווחים, מאידך.

ד. הטכניקה המשפטית הנבחרת לאסדרה

באופן כללי הרגולציה הנבחרת להסדרת שוק זכייני הטלוויזיה היא כזו המסתמכת על כללים (rules).⁴⁴ כללים הם מתכונת של נורמה משפטית סגורה יחסית, המפרטת באופן ברור ומחייב מהי הפעילות המותרת או האסורה על הגורם המפוקח. כלל רגולטורי עשוי לבוא לידי ביטוי כערך כמותי מינימלי או מקסימלי החל על המפוקח בפעילותו, למשל באמצעות איסור על מפעל לזהם את האוויר ברמה העולה על X או חובה המוטלת על חברת אוטובוסים להפעיל קווי אוטובוס בשטח Y ומידי כל Z דקות. בשוק הטלוויזיה יכול כלל לבטא מכסה מסוימת של שידורים בהפקה מקומית שעל זכייני הטלוויזיה לשדר מתוך כלל שידוריהם.⁴⁵

השימוש בכללים נבדל מן הטכניקה המשפטית של נורמות המנוסחות כסטנדרטים (standards). הסטנדרטים מעוצבים כהנחיות פתוחות לפרשנות המציבות בדרך כלל ערכים איכותיים ומטרות כלליות מבלי לקבוע למפוקח דרכי יישום מפורטות. לדוגמה: על מפעל לשמור על איכות אוויר נאותה בסביבתו או על חברת אוטובוסים להפעיל קווי תחבורה באופן שוויוני בכל חלקי העיר. בתחום הטלוויזיה סטנדרטים עשויים לקבוע כי שידורי הטלוויזיה יקדמו את התרבות המקומית ויתרמו לקידום ערכי שלום ודמוקרטיה.

40 שם, בעמ' 173-176.

41 שם, בעמ' 175-176.

42 ראו חוק השידור הציבורי, התשע"ד-2014, ס"ח 2471 (11.8.2014). בהצעת החוק האמור נכתב כי "לאחר בחינה מעמיקה של השידור הציבורי בישראל, המליצה ועדת לנדס על הקמת גוף חדש שיקיים את השידור הציבורי לצד סגירת רשות השידור. הוועדה סברה כי זהו המתווה היחיד אשר יאפשר את קיומו של גוף משדר ציבורי ועצמאי, רלוונטי, יעיל ומצטיין, שעובדיו יהיו גאים להיות חלק ממנו ושהמסך וגלי האתר שלו יאופיינו בתוכן איכותי ורלוונטי לחברה הישראלית על רבדיה ומורכבותה." ה"ח הממשלה 869 תשע"ד 706.

43 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, 141 (תיקון עקיף לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990).

44 הכוונה אינה לכללים במובן המשפטי הפורמאלי (סוג של חקיקת-משנה רגולטורית בעלת מעמד משפטי נמוך), אלא למונח הרחב של נורמה משפטית.

45 עניין זה יידון מיד.

ו. רמת הציות והאכיפה המופעלת

המטרות הרגולטוריות שתוארו בחלק ב ניצבות במתח מתמיד עם שאיפתם של הזכיינים להגדיל את רווחיהם.⁵³ הקונפליקט ניתן לתיאור באופן הבא: ערוצי הטלוויזיה מחויבים במכסות שידור איכותיות הכוללות דרמה, תעודה וכיוצא באלה הפקות מקור סוגה עילית המופקות בהפקה מקומית ישראלית. תכניות אלה יקרות להפקה בהשוואה לרכישת תכניות-חוץ כגון מסוג סיטקום אמריקאי והן זוכות לרייטינג נמוך בהשוואה לתכניות בידור ומציאות (ריאליטי) שאינן עומדות לכאורה בהגדרה סוגה עילית.⁵⁴ בנוסף, הזכיינים מחויבים בתשלום תמלוגים ודמי זיכיון גבוהים כמתואר לעיל וכן בהשקעה נוספת בתעשיית הקולנוע המקומית.⁵⁵ מאחר והמודל הכלכלי של הזכיינים מושתת ברובו על פרסומות המבוקשות לרכישה על ידי מפרסמים לפי אחוזי הרייטינג (מדרוג), הזכיינים מצויים בקושי משמעותי למלא אחר חובות התוכן והמחויבויות הפיננסיות.

אין זה פלא אם כן שמידי שנה מתבצעת בדיקה של הרשות השנייה ביחס למילוי החובות האמורות ובמהלכה מתגלים בדרך כלל פערים משמעותיים בין השידורים "על המסך" לבין דרישות הרגולציה. המצב הנוכחי של זכייני הטלוויזיה, וכך היה מאז שנות התשעים של המאה הקודמת, הוא של ציות-חסר לכללים האמורים. למעשה, מרבית הדיאלוג הרגולטורי בין הרשות השנייה למפוקחים מרוכז לנושא של קיום מחויבויות התוכן, קרי סוגה עילית והפקה מקומית.

סמכות האכיפה המרכזית של הרשות השנייה כלפי הזכיינים מצויה בסעיף 37 לחוק, בו נקבע כי המועצה רשאית לבטל, להגביל או לצמצם זיכיון לשידורים אם מצאה שבעל הזיכיון לא קיים את הוראות החוק, התקנות או הכללים, או אם בעל הזיכיון הפר תנאי שבזיכיון, אשר נקבע כי הוא תנאי מהותי.⁵⁶ סמכות זו של הרגולטור היא סמכות עצמאית והוא אינו תלוי בשר או בוועדה מוועדות הכנסת על מנת להחליט בנושא ולהוציא לפועל את החלטתו. באופן רגיל, תוקפו של זיכיון לשידורי טלוויזיה פג ממילא בתום התקופה הנקובה בו, ולאחריו על הרשות לפרסם מכרז לזכיון חדש שיפעיל את הערוץ.⁵⁷ בפועל, זכייני ערוץ 2 וערוץ 10 ביקשו בכל פעם מהרשות השנייה, שר התקשורת והכנסת את הארכת הזיכיון לשנים נוספות, וכך מחודש זיכיונם מעת לעת.⁵⁸ הקושי המרכזי בפרקטיקה זו הוא שבייחוד בכל הנוגע לערוץ 10 מוארך הזיכיון על אף שהזכיון לא עמד בתנאים הרגולטוריים הקבועים לו בתנאי הזיכיון, בכללים, בתקנות ובחוק. מעבר לשחיקה בסטנדרט הרגולטורי והוויתור על האינטרס הציבורי שברגולציה שנקבעה, טמון בכך ערך "חינוכי" בעייתי ביותר לזכיינים, המעודד הפרות והיעדר ציות. אפקט חינוכי זה יידון בהרחבה בהמשך המאמר.

במקומה של אכיפה רגולטורית לאחר הפרות, נקבע לכל אחד מן הזכיינים הסדר ייחודי המעוגן בחוק ומותאם אישית למאפייניהם ויכולותיהם המוצהרות, בעקבות משא ומתן המנוהל בין הרשות השנייה

53 ראו אצל המר, לעיל ה"ש 39, בעמ' 171.

54 על המניעים הכלכליים של זכיינים מקומיים לרכישת תכניות אמריקאיות לשידור בישראל וזניחתן של הפקות מקור, ראו שם, בעמ' 156-160. בשנת 2011 למשל הוציא ערוץ עשר 164 מיליון ש"ח על הפקות מקור. מתוך הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו דו"ח שנתי לשנת 2010 86 (2011).

55 כחלק מהמחויבות להשקעה בקולנוע ישראלי הוציא ערוץ עשר 4.1 מיליון ש"ח בשנת 2011 (כחלק מהסדר אכיפה מיוחד – עניין זה יידון בהמשך). שם, בעמ' 89.

56 ראו סעיף 37(א) לחוק הרשות השנייה.

57 ראו סעיף 37(ב) לחוק הרשות השנייה.

58 חריג לכך הוא המכרז שהתקיים לקבלת זיכיון לשידורי ערוץ 2 בו נבחרו שוב קשת ורשת אך לא טלעד ששידרה עד למועד מכרז זה. ראו תיאור תולדות המכרזים לזכיינים באתר הרשות השנייה www.rashut2.org.il/critic_intro_ch2.asp (נצפה לאחרונה באוגוסט 2014).

והזכיינים. לאחר המשא ומתן ההארכות עוגנו בתיקוני חקיקה באישורה של הכנסת, מאחר שהרגולטור אינו מוסמך להאריך זיכיון שפג תוקפו.⁵⁹

ההסדר בין הרגולטור לזכיינים מפרט את האופן שבו יקיימו הזכיינים את מחויבותיהם "על המסך", קרי מחויבות התוכן, בשנים העתידות לבוא, ואת מכסות ההשלמה להן יידרשו בגין הפרות בתקופת הזיכיון שחלפה. באופן דומה מסכימים הצדדים על פריסת חובות ושמירת חובות פיננסיים הנובעים לזכיינים מדמי התמלוגים ודמי הזיכיון. "תכניות ההשלמה" מגלמות באופן קבוע נסיגה מתמדת בסטנדרט הרגולטורי הנדרש, כך שבפועל לעולם לא מתמלאת במלואה הדרישה הרגולטורית הסטטוטורית ביחס למכסות סוגה עילית, הפקות מקור, השקעות בקולנוע או תשלומים של דמי זיכיון ודמי תמלוגים.⁶⁰ יודגש כי אחד התנאים הקבועים בתכניות ההשלמה מורה כי הארכת זיכיון נוספת לא תתאפשר ככל שהזכיון ייכשל במילוי תנאי התכנית, ואולם בפועל בדרך כלל מוארך הזיכיון על אף ציות-חסר נוסף.⁶¹ בחלקים הבאים המאמר מאתר את הסיבות המרכזיות לכישלון מודל האכיפה של הרשות השנייה ומנסה להציע לכך פתרונות מתאימים ליישום (אותם ניתן יהיה ליישם אף במסגרת של רשות תקשורת ככל שזו תוקם).

2. פירמידת האכיפה

א. הצגת המודל

על פי "פירמידת האכיפה" של איירס וברייתויות, לרשות כל רגולטור צריכה לעמוד "פירמידה" של כלי אכיפה מנהליים ופוליטיים שתשמש אותו לצרכי הרתעה, ותתמרץ את המפוקחים לשתף פעולה כבר בשלב השכנוע לציות.⁶² פירמידת האכיפה היא מודל דינאמי המוצע ליישום על ידי הרגולטור אף שאין בה מרשם סגור באשר לסוג הכלים שעל כל רגולטור לאמץ. למעשה, כל רגולטור צריך לתכנן פירמידת

59 תיקונים שונים שבוצעו בחוק במרוצת השנים הסמיכו את הרגולטור להאריך באופן נקודתי זיכיונות לתקופה מוגבלת (ראו סעיפים 37א-37ג לחוק הרשות השנייה). נזכיר בהקשר זה שעל פי תורת הרשות המוסמכת אין הרשות המנהלית רשאית לפעול אלא לפי הסמכויות שהוקנו לה בחוק. לגופו של עניין, ומבלי להיכנס לעומקם של דברים, ייתכן ששיקול הדעת הרגולטורי של הרשות השנייה הוגבל מטעמים ענייניים (כגון חיזוק הפיקוח בין הרשויות, חיזוק מאפיינים דמוקרטיים בהחלטה כגון הגברת השקיפות והשיתוף) אך אפשר שהגבלה זו הושפעה מטעמים הקשורים בתורת הבחירה הציבורית והמוסדיות החדשה. כך למשל ייתכן שהגבלת סמכויות הרשות השנייה נובעת מאינטרס לשמר השפעה פוליטית של הדרג הפוליטי על שוק התקשורת המקומי ולהרתיע גורמי תקשורת מפני הבעת ביקורת פוליטית על השלטון. הסבר נוסף עשוי להיות חשש פוליטי מפני ביקורת ציבורית שתושמע במצב של סגירת ערוץ טלוויזיה בישראל בדרך היעדר פיקוח מספק של הדרג המיניסטריאלי על הדרג המקצועי. הטיות אלה עלולות לסכל הוצאתן לפועל של החלטות מקצועיות כגון סיום זיכיון על אף שהינן מוצדקות משיקולים רגולטוריים לגיטימיים.

60 לפירוט ההסדרים השונים שערכה הרשות השנייה עם ערוץ עשר במרוצת השנים ראו ידן, לעיל ה"ש 14.

61 כך למשל בשנת 2003, שנה בלבד ממתן הזיכיון הראשון, העניקה הרשות השנייה הקלה בשווי של כמאה מיליון ש"ח לערוץ עשר. ראו על כך בדוח ועדת תורג'מן, לעיל ה"ש 35. נוסח ההסדר מצוי בסעיף 59א לחוק הרשות השנייה. הסדר נוסף נערך בתיקון לחוק משנת 2005 בגין הפרות הערוץ בשנים 2004-2005. עד לשנת 2009 נצברו על ידי ערוץ עשר הפרות משמעותיות ביותר. במחויבויות בתחום הסוגה-עילית נצבר פער בסך של 100 מיליון ש"ח, חובות דמי זיכיון ותמלוגים עמדו על סך של 47 מיליון ש"ח, וחובות השקעה בקולנוע נצברו לסך של 20 מיליון ש"ח. כן בוצעו על ידי הערוץ הפרות נוספות של תנאי הזיכיון בדמות צבירת גירעונות ואי שידור החדשות כנדרש מירושלים. הסדרי אכיפה נוספים נערכו בשלהי שנת 2009 לקראת תקופת הזיכיון 2010-2012, ובשלהי שנת 2011 לקראת שנות הזיכיון 2013-2012. ראו פירוט על כך בדוחות הרשות השנייה לשנים 2005-2011 ובמבקר המדינה דו"ח שנת 2010 (2010). כן ראו אצל ידן, לעיל ה"ש 14.

62 ראו Ayres & Braithwaite, לעיל ה"ש 10, עמ' 35-40. פירמידת האכיפה הוצגה לראשונה בספר John Robert Baldwin and Julia Black, BRAITHWAITE, TO PUNISH OR PERSUADE (1985). ראו מחקרי המשך אצל Neil Gunningham and Peter Reilly, *Really Responsive Regulation*, 71 THE MODERN LAW REVIEW 59 (2008); Grabosky, *Smart Regulation* (1998).

אכיפה המותאמת לתעשייה עליה הוא מפקח, לפי אופייה, סוג הפעילות בה וטיב השחקנים.⁶³ הפירמידה צריכה לכלול מגוון של סנקציות רגולטוריות הירארכיות בחומרתן, מהקלה עד לחמורה, במטרה להשתמש במתכונת ההתערבות הקלה לעיתים קרובות, ובסנקציה החמורה לעיתים רחוקות ביותר. הדגש צריך להיות על מגוון של סנקציות "קלות".⁶⁴ משטר רגולטורי הממעט לגוון בסנקציות מעודד אי ציות כיוון שהחברה המפוקחת יודעת שהרגולטור לא יבחר בסנקציה היחידה שברשותו, כגון שלילת רישיון, שהינה סנקציה שעשויה להיות קשה ליישום מבחינה משפטית, פוליטית או אחרת, אלא לא יעשה דבר ולפיכך האיום האכיפתי הופך עקר.⁶⁵

לפי המודל, הבחירה בכלי הרגולטורי צריכה להיעשות בתגובה להתנהגותו של המפוקח ביחס לחובות הציות המוטלות עליו (מכונה tit-for-tat, מעין "המקל והגזר") ולמידת התממשותה של המטרה הרגולטורית הציבורית.⁶⁶ בהקשר זה הרגולטור צריך להציג נכונות להחריף את ההתערבות האכיפתית ולטפס במעלה הפירמידה ככל שהמטרה הרגולטורית איננה מושגת.⁶⁷ בנוסף, ככל שקיימים יותר שלבים בסולם הפירמידה, והסנקציה המצויה בקדקודה חריפה יותר, כך צפויה להתקבל מידת ציות גבוהה יותר מן התעשייה מבלי שהרגולטור יאלץ להשתמש בסנקציה החריפה הלכה למעשה.⁶⁸

המודל מורה על האופן שבו הרגולטור צריך לנוע במעלה הפירמידה או במורדה: כאשר נצפה היעדר ציות מצד המפוקח יש לנוע במעלה הפירמידה אל עבר כלים ענישתיים יותר, ומנגד, כאשר בשלב כלשהו של הפעלת הכלים הענישתיים נראה שחל שינוי לטובה ברמת הציות של המפוקח – יש לנוע מגישת ההרתעה חזרה מטה אל עבר כלים המשויכים לגישת הציות.⁶⁹ זוהי "הרגולציה התגובתית" (*Responsive Regulation*), והיא מותאמת בייחוד למצבים שבהם הרגולטור והמפוקח מקיימים ביניהם מפגשים חוזרים ונשנים.⁷⁰

63 לכתובה העוסקת בהתאמת הכלי הרגולטורי למפוקח ספציפי ראו למשל שרון ידן "חוזים רגולטוריים בשווקים פיננסיים בישראל" **עיוני משפט** לה 447 (2012); יובל פלדמן, אורן פרז וקרן שמואל-סידי "הסדרת המחזור במשק הביתי: מחקר אמפירי של ההיבטים הדמוגרפיים וההתנהגותיים של מדיניות מחזור דיפרנציאלית בישראל" (עתיד להתפרסם ב**מחקרי משפט** כט תשע"ד).

64 ראו AYRES & BRAITHWAITE, לעיל ה"ש 10, עמ' 19.

65 בסגנון תורת המשחקים. שם, בעמ' 36.

66 שם, בעמ' 19-35.

67 שם, בעמ' 6.

68 שם, בעמ' 6.

69 לסקירה של המודל שהציעו Ayres & Braithwaite ראו גם JOHN BRAITHWAITE, REGULATORY CAPITALISM 87- (2008) 94.

70 ראו John Braithwaite and Seung-Hun Hong, The Iteration Deficit in Responsive Regulation: Are Regulatory Ambassadors an Answer? *REGULATION & GOVERNANCE* (first published online: 27 Jan 2014) available at: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/rego.12049/abstract>.

במידה ושלב השכנוע נכשל, תידרש הפעלתם של כלי רגולציה "קשים" יותר במתכונת גישת ההרתעה, כגון מכתבי אזהרה, הטלת קנסות מנהליים, הטלת קנסות פליליים, השעיית רישיון ושליחת רישיון. בכך מנסה המודל להציע פתרון לשאלה אשר הטרידה רבים בספרות הרגולציה: to punish or persuade? כלומר מתי להשתמש בכלים רגולטוריים שונים ומה צריך להיות טיבם של הכלים בהם יש לנקוט בסיטואציות שונות.⁷¹ לפיכך, המודל שואב הן מגישת ההרתעה והן מגישת הציות ומשלב אותן לגישת אכיפה שלמה, תוך שהוא מדגיש את האופן שבו המפוקחים תופסים את יכולותיו של הרגולטור ואת נכונותו להפעיל כלי אכיפה נגדם.



תרשים 1 "פירמידת האכיפה" (מתורגם מאנגלית) מתוך *Responsive Regulation* 1992

פירמידת אכיפה נוספת אותה מציעים הכותבים לאמץ עוסקת בגיוון האסטרטגיות הרגולטוריות. בבסיס הפירמידה עשויה לשמש רגולציה עצמית, במסגרתה תיערך מרבית האכיפה, ומעליה יתקיים האיום בהפעלת רגולציה עצמית-כפויה במסגרתה מוטלת חובה על המפוקח ליצור רגולציה עצמית, תחת פיקוח ואכיפה מדינתיים. במידה ששתי השיטות כשלו, על הרגולטור לעבור לאסטרטגיה הבאה, כגון רגולציה כופה הכפופה לשיקול דעת רגולטורי בהפעלתה, ולבסוף לרגולציה כופה ללא שיקול דעת רגולטורי בהטלתן של סנקציות.⁷² אלו הן רק דוגמאות וכל רגולטור עשוי לעצב לעצמו את האסטרטגיות המתאימות עבורו ועבור התעשייה המפוקחת.

71 ראו Neil Gunningham, *Enforcement and Compliance Strategies*, in THE OXFORD HANDBOOK OF REGULATION 120 (Robert Baldwin, Martin Cave and Martin Lodge ed., 2010). כן ראו BRAITHWAITE, TO PUNISH OR PERSUADE, לעיל ה"ש 62.

72 מרחב שיקול הדעת הרגולטורי נקבע ומראש ולכן יש לו השפעה על התנהגות המפוקח.



תרשים 2 פירמידה של אסטרטגיות אכיפה
(מתורגם מאנגלית) מתוך Responsive Regulation 1992

ב. יישום המודל

מגוון הכלים הרגולטוריים העומדים לרשותה של הרשות השנייה בתחום האכיפה הוא דל ביותר. אמנם החוק העניק לרשות השנייה סמכות להפעיל כלי אכיפה "קשים" של שלילת זיכיון והשעיית זיכיון אך אלו לא הופעלו מעולם נגד זכיון, אף לנוכח הפרות מהותיות אשר הדין חייב שלילת הזיכיון בגין.⁷³ בפועל, אכיפת מחויבויות התוכן נעשתה עד כה באמצעות גיבושן והוצאתן לפועל של תכניות להשלמת מחויבויות תוכן ומחויבויות פיננסיות. אלו ננקטו במצבים שלאחר הפרה שנתית, באיחור ניכר של חודשים ואף שנים, והן כללו הסכמות עם הזכיון להשלמת חובות עבר ולציות לעתיד לבוא. הן נערכו בדרך כלל לקראת סיומו של זיכיון בעקבות בקשה מטעם הזכיון להארכת הזיכיון.

יצירת התכניות להשלמת מחויבויות אינה מעוגנת בסמכות הרשות השנייה אלא לאחר מעשה, כאשר מוענקת הסמכה נקודתית להארכת הזיכיון, במסגרת של תיקון חוק ראשי. לפיכך, ההסכמות כפופות לאישור הכנסת, שעיגנה בחוק הן את הסמכות הרגולטורית להאריך את הזיכיון והן את ההסדר ההסכמי גופו. מעורבותה של הכנסת בניהול זיכיונות ערוצי הטלוויזיה בישראל מעוררת שאלות הקשורות בהפרדת רשויות, במתחם שיקול הדעת הניתן לרגולטור המוסמך ובהשפעה הפוליטית המתקיימת על גופי התקשורת. המשך המאמר יתייחס בקצרה לעניינים אלה.⁷⁴ ככל שמבנה הפיקוח על ערוצי הטלוויזיה ישתנה ויוחלף ברשות עצמאית בעתיד, ניתן לקוות לשחרור כבלי הרגולטור במידה-מה מן הזירה הפוליטית ולפיתוח כלים רגולטוריים מקצועיים, ככל שיאומצו מסקנות המאמר.⁷⁵

73 למאמר העוסק בסיבות לכך ראו ידן, לעיל ה"ש 60. נכון למועד כתיבת שורות אלה (2014) ערוץ עשר עומד בפני סכנה ממשית של אי-חידוש הזיכיון. מפת ערוצי הטלוויזיה עשויה להשתנות דרסטית בעת הזו, בין היתר באמצעות מעבר הזכיינים לרישיונות ואפשרות הפיכתו של ערוץ עשר לערוץ נישא הממוקד בחדשות ותעודה או לחילופין סגירתו כליל. מהלך זה התעורר בעקבות קשיים פיננסיים בערוץ עשר ולאז דווקא כסנקציה רגולטורית על אי עמידה בחובות תוכן, אך יש בו כדי להעיד על שינויים אפשריים בשיטת הרישוי ועיצוב הענף מחדש שניתן היה לערוך בתקופת הפרות, אך כידוע לא נערכו.

74 ראו להלן בחלק 5ה4.

75 ראו להלן חלק 5 דיון והמלצות.

נראה אם כן, כי לצד החסר המשמעותי באכיפה הפורמאלית, מפעילה הרשות השנייה כלי אכיפה הסכמיים ללא סמכות, כדי להתמודד עם הכשלים המרכזיים בשוק הטלוויזיה המסחרית בישראל. בהקשר זה הצעתי את מסגרת הניתוח של חוזים רגולטוריים לתיאור הסדרי האכיפה שנערכו ברשות השנייה.⁷⁶ הסדרים אלה כללו הפחתה רגולטורית במכסות שידורי "סוגה עילית" והימנעות מהטלת סנקציות מנהליות בגין הפרות, בתמורה להתחייבויות הזכיין להשלמת מחויבויות עבר, הקשורות למשל בתמיכה בקולנוע, השלמת תשלומים רגולטוריים ושידורי סוגה-עלית.⁷⁷ זהו הסדר רגולטורי מקיף הנערך באופן פרטני לזכיין מסוים, הממוקד בעיקר בעיצוב-מחדש של סטנדרט ההתנהגות הנדרש מן המפוקח (ולפיכך דומה יותר להסדר הסדרה מהסדר אכיפה). על אף שהוא נערך בעקבות הפרות רגולטוריות, אין הוא מבקש לייצר הרתעה או ענישה אלא לאפשר את המשכה של הפעילות העסקית של המפוקח באמצעות מתן הקלות בעיקר.

בהתבסס על המודל של איירס ובריית'ווייט, פירמידות האכיפה של הרשות השנייה ביחס להפרות תוכן הקשורות בשידורי סוגה עילית והפקות מקור אצל זכייני הערוצים נראות כך (הלכה למעשה לא כל כך מהוות פירמידה בכלל):



תרשים 4 פירמידת כלי אכיפה של הרשות השנייה בגין מחויבויות תוכן



תרשים 3 פירמידת אסטרטגיות אכיפה של הרשות השנייה בגין מחויבויות תוכן

תרשים 3 מתאר את פירמידת האסטרטגיות לאכיפה הנמצאת בשימוש בידי הרשות השנייה. זו כוללת אכיפה הרתעתית שהסמכות לה מצויה בחוק (ענישה בשני השלבים העליונים בפירמידה) ואכיפה הסכמית שהרשות אינה מוסמכת לעשותה (אלא בהסמכה אקס-פוסט הניתנת לה מאת המחוקק) המופיעה בבסיס הפירמידה. מיקומה כבסיס לפירמידה מעיד על מרכזיותה ככלי אכיפה בשוק הטלוויזיה המסחרית, בעוד שהמשלבים הצרים של כלי הענישה מעידים על השימוש הנדיר בהם בתקופה הנבדקת. פירמידת האסטרטגיות של הרשות השנייה חסרה שלבים נחוצים רבים שידונו בחלק ההמלצות, כגון רגולציה עצמית, רגולציה עצמית-כופה, רגולציה וולונטרית ועוד.⁷⁸

76 שם. כן ראו ידן, לעיל ה"ש 63.

77 ראו ידן, לעיל ה"ש 63.

78 ראו להלן בחלק 5.

תרשים 4 מדגים את פירמידת האכיפה של הרשות השנייה בגין מחויבויות תוכן בשידורי טלוויזיה מסחריים ומפרט מהם הכלים העומדים לרשותה במסגרת שתי האסטרטגיות שהיא מפעילה – רגולציה כופה למטרת ענישה ורגולציה הסכמית. במסגרת הרגולציה ההסכמית עורכת הרשות השנייה הסדרי ציות הנערכים תדיר ועל כן הם נמצאים בבסיס הפירמידה. בקצה הפירמידה מצוי "נשק יום הדין" – שלילה או השעיה של זיכיון – אשר מעולם לא הופעל ומשמש כאיום בלבד. כפי שניתן להתרשם, הפירמידה שטוחה מאד בהשוואה למודל המומלץ בספרות ויש להוסיף לה שכבות של כלי אכיפה נוספים, המומלצים בהמשך המאמר.⁷⁹

3. מדד האחת-עשרה

א. הצגת המודל

מדד ה-11, הידוע כ- *Table of Eleven*, פותח על ידי הממשל ההולנדי בהתבסס על תיאוריית הפעולה ההגיונית בפסיכולוגיה,⁸⁰ במטרה לבחון ולנבא את מידת הציות של חברות לרגולציה.⁸¹ הוא משמש כיום אבן-בוחן מרכזית בעיצובה של רגולציה חדשה ובבדיקה ועדכון של רגולציה קיימת בהולנד, ואף זכה לתיאור מקיף בספרי ה-Text Book המובילים כיום בהוראת הרגולציה.⁸² יישומו של המדד בקרב רגולטורים מאפשר לאתר ולזהות את הסיבות והמוטיבציות שבגינן שוררת רמת ציות נמוכה בשוק הנתון לרגולציה או אף בקרב מפוקח ספציפי. אלו נתפסות כמפתח לפתרון בעיות של ציות לרגולציה ומציעות בסיס להתייחסות העדיף על פני טיפול סימפטומטי בלבד בהפרות.⁸³ להלן מוצגים הפרמטרים לניתוח במדד 11 בטבלה מתורגמת לעברית.

קריטריונים	פרמטרים פנימיים	הסבר
היבטי ציות		
1. הבנת הכללים	א. היכרות עם הכללים ב. בהירות הכללים	מידת היכרות נמוכה של המפוקח עם הכללים וכן בהירות נמוכה שלהם עשויים להוביל להפרות בלתי מכוונות. הכוונה להיקף ניכר של רגולציה, לרגולציה מורכבת או מעורפלת.
2. עלות-תועלת	א. עלויות ותועלות כלכליות ופיננסיות	כלל התועלות והעלויות העשויות לנבוע לפירמה

79 ראו להלן בחלק 5.

80 הכוונה היא ל-*Theory of Reasoned Action* – מודל לניבוי "כוונה התנהגותית" בהתבסס על אינדיקציות לרמת מוכנותו של הפרט להתנהג באופן מסוים, הנובעת מגישתו ביחס להתנהגות, הן מן הנורמה הסובייקטיבית של הפרט והן מתפיסתו את השליטה על ההתנהגות. ראו ICEK AJZEN AND MARTIN FISHBEIN, UNDERSTANDING ATTITUDES AND PREDICTING SOCIAL BEHAVIOR (1980).

81 ראו לעיל ה"ש 11.

82 ראו למשל UNDERSTANDING REGULATION, לעיל ה"ש 29, בעמ' 236-238.

83 ראו *Table of Eleven*, לעיל ה"ש 11, סעיף 3.1.

כתוצאה מציות או אי-ציות לכללים (זמן, משאבים, מאמצים). הכוונה אינה לעלויות הנובעות מהפעלת סנקציות.	ב. עלויות ותועלות בלתי מוחשיות	
בוחר עד כמה מדיניות וחקיקה נחשבים מקובלים בעיניי המפוקח ועד כמה הם נתפסים הגיוניים.	א. קבלה של מטרות המדיניות ב. קבלה של השפעות המדיניות	3. מידת הקבלה
מידת הכבוד שרוחש המפוקח לסמכות הממשל ומידת הכבוד של המפוקח לערכים וסטנדרטים עצמיים שעלולים להימצא בקונפליקט.	א. סמכות רשמית ב. סמכות מתחרה	4. כבוד לסמכות
הסיכון לסנקציות חיוביות או שליליות שיוטלו על המפוקח בגין התנהגותו (שלא על ידי הרגולטור) על ידי החברה בכללותה או על ידי גורמים המועסקים אצל המפוקח, הפועלים כלפי פנים.	א. שליטה חברתית ב. פיקוח אופקי	5. שליטה בלתי רשמית (שליטה חברתית)
היבטי אכיפה		
מידת הסיכון לגילוי ודיווח לרשויות המוסמכות באמצעות תלונה או טיפ אנונימי על ידי גורמים שאינם הרגולטור.		6. הסיכון להתגלות על ידי אחרים
הסיכון לעריכת ביקורת על ידי מפקחים רשמיים.	א. בדיקת מסמכים ב. פיקוח פיזי	7. סיכון בפיקוח
הערכת הסיכון לגילוי הפרות בעקבות בדיקות רגולטוריות.	א. גילוי בבדיקת מסמכים ב. גילוי בבדיקה פיזית	8. הסיכון בגילוי רגולטורי
הסיכון לגילוי באמצעות אכיפה ממוקדת לאוכלוסיות או סקטורים מועדים להפרות.		9. סלקטיביות
הערכת הסנקציות שיוטלו על ידי הרגולטור במקרה של גילוי הפרות.		10. סיכון בהפעלת סנקציות
חומרת הסנקציות וטיבן;		11. חומרת הסנקציות

<p>חסרונות נוספים הנובעים מהסנקציות (כגון אובדן מוניטין וכבוד או עלויות משפטיות).</p>		
---------------------------------------------------------------------------------------	--	--

ב. יישום המודל

על פי דברי ההסבר במסמך מדד ה-11 ניתן להשתמש בו בהקשרים שונים.⁸⁴ כך למשל הוא עשוי לשמש קובעי מדיניות, משפטנים המבקשים לנסח רגולציה חדשה, פקידי מנהל, אנשי אכיפה ויועצים.⁸⁵ עוד נאמר כי המדד עשוי לשמש כלי עזר למחקרים מדעיים לצורך הערכה של השלכות מדיניות או של סגנון אכיפה.⁸⁶ במאמר זה, פרמטרים המוצעים במדד ה-11 ייבחנו ביחס לרגולציה שהפעילה הרשות השנייה כלפי ערוץ עשר בין השנים 2002-2012, בהתבסס על ניתוח פרוטוקולים של דיונים שנערכו בכנסת ישראל בנוגע להארכות זיכיון של הערוץ, בהם השתתפו אנשי ההנהלה הבכירה של ערוץ עשר באותה העת וכן של הרשות השנייה.⁸⁷ הניתוח מסתמך בייחוד על דבריה של נורית דאבוש, יו"ר מועצת הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו; עו"ד דורון אבני, יועץ משפטי למועצת הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו; יוסי ורשבסקי, מנכ"ל ישראל 10; משה כחלון, שר התקשורת; עדן בר טל, מנכ"ל משרד התקשורת; עו"ד נגה רובינשטיין, יועצת משפטית למשרד התקשורת; ומנשה סמירה, מנכ"ל הרשות השנייה. בנוסף, הניתוח מבוסס על החלטות והודעות הרשות השנייה בנוגע להפרות ערוץ עשר, על דוחות שנתיים שפרסמה הרשות השנייה בדבר רמת הציות של הערוצים, על שימועים שערכה הרשות השנייה לערוץ עשר, על דוח

84 שם.

85 שם, בסעיף 1.4.

86 במסמך מומלץ כי לכל שימוש תותאם המתודה המתבקשת, כגון סקרים, פגישות עם מומחים לתעשייה או מומחים מן התעשייה או ניתוח של נתונים קיימים.

87 ראו פרוטוקול 103 של ועדת הכספים של הכנסת "חוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת התקציב 2000, התש"ס-1999, סעיף 30 (תיקון חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו)" (29.2.2000); פרוטוקול 6379 של ישיבת ועדת הכלכלה של הכנסת ה-16 (13.4.2003); פרוטוקול הוועדה המשותפת של הכנסת חינוך-כלכלה "הצעת חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (תיקון מס' 32) (הארכה בתנאים של זיכיון לשידורי טלוויזיה בערוץ השלישי והסדר חובות), התש"ע-2009" (5.1.2010); פרוטוקול הוועדה המשותפת של הכנסת חינוך-כלכלה "הצעת חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (תיקון מס' 32) (הארכה בתנאים של זיכיון לשידורי טלוויזיה בערוץ השלישי והסדר חובות), התש"ע-2009" (19.1.2010); פרוטוקול הוועדה המשותפת של הכנסת חינוך-כלכלה "הצעת חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (תיקון מס' 32) (הארכה בתנאים של זיכיון לשידורי טלוויזיה בערוץ השלישי והסדר חובות), התש"ע-2009" (12.3.2009); פרוטוקול הוועדה המשותפת של הכנסת חינוך-כלכלה "תקנות הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (הארכת תקופת הזיכיון הראשונה בערוץ השלישי) (תיקון), התש"ע-2009" (27.10.2009); פרוטוקול הוועדה המשותפת של הכנסת חינוך-כלכלה "תקנות הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (הארכת תקופת הזיכיון הראשונה בערוץ השלישי) (תיקון), התש"ע-2009" (26.10.2009); פרוטוקול הוועדה המשותפת של הכנסת חינוך-כלכלה "תקנות הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (הארכת תקופת הזיכיון הראשונה בערוץ השלישי) (תיקון), התש"ע-2009" (7.12.2009); פרוטוקול ועדת הכלכלה של הכנסת "הצעת חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (תיקון מס' 32) (הארכה בתנאים של זיכיון לשידורי טלוויזיה בערוץ השלישי והסדר חובות), התש"ע-2009" (3.12.2009); פרוטוקול ועדת הכלכלה של הכנסת "מצבו של ערוץ 10" (2.4.2003); פרוטוקול ועדת הכנסת כלכלה-חינוך "הצעת חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (תיקון מס' 32) (הארכה בתנאים של זיכיון לשידורי טלוויזיה בערוץ השלישי והסדר חובות), התש"ע-2009" (3.12.2009); פרוטוקול ועדת הכספים של הכנסת "חוק ההסדרים במשק המדינה – סעיף 30 – תיקון חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו" (5.1.2000).

מבקר המדינה בנוגע לרגולציה של ערוץ עשר, על חוות דעת משפטיות ועל פרסומים בתקשורת שנגעו למידת הציאות של הערוץ, מטעם המפוקח ומטעם הרגולטור, המתקפים, בין היתר, את דבריהם בכנסת.⁸⁸ מטרת הניתוח שיובא להלן היא לזהות את כשלי האכיפה והסיבות המרכזיות להם ברגולציה של ערוץ עשר, ולהציע המלצות לשיפור וייעול הרגולציה. על פי מסמך המדד, מומלץ להתרכז ברגולציה המרכזית המוטלת על מפוקח מסוים. במקרה זה נבחרה הרגולציה שתוארה בחלק 1, הנוגעת בעיקר למחויבויות התוכן, כגון מכסות שידור, איכות התכניות ומקורן, וכן למחויבויות הפיננסיות. אלו מהוות את לב-לבה של הרגולציה של זכייני הטלוויזיה המסחרית בישראל בשנים הנבדקות, ובאופן סימטרי מסמנות את הכשל המרכזי בציות ובאכיפה בשוק. בהתאם לכך, בחרתי למשל שלא להתייחס לרגולציה שולית של ערוצי הטלוויזיה העוסקת בסימון משדרים לילדים, בה לא אותרה מלכתחילה בעיה שקשורה לציאות והיא ממילא נשלטת ברובה בידי רגולציה-עצמית.⁸⁹

מאפיינים אנדוגניים (פנימיים)

1. **הבנת הכללים:** הרגולציה וההסדרה המשפטית של זכיינות בשוק הטלוויזיה מושתתת על מדרג נורמטיבי של חוק ראשי, חקיקת משנה וכללים רגולטוריים, וכן על הסכם זיכיון. חוק הרשות השנייה לבדו מונה למעלה משלושים תיקונים עד היום ולכן הפך להיות מורכב להבנה. עם זאת, נציגי ערוץ עשר הדגימו לאורך השנים במהלך דיונים בכנסת ושימועים שנערכו ברשות השנייה, בקיאות מצוינת בכל הקשור לרגולציה החלה לגבי הערוץ והסדרתו המשפטית. הרגולציה הפורמאלית אינה עמומה כלל, בין היתר משום שהיא מבצעת הסדרה באמצעות כללים ולא באמצעות סטנדרטים, המנהיגים מכסות מינימום ברורות ביחס לחובות השידור וכן תשלומים הכפופים לנוסחאות, למשל כאחוזים מן הרווחים.⁹⁰ על אף הנוסחאות המורכבות שלעיתים נדרש להן הזכיון כדי להבין כהלכה את החובות האמורות, הזכיון לא הדגים קושי בהבנת הכללים.

2. **עלות-תועלת:** הרגולציה המוטלת על הפעלת ערוץ עשר נחשבת יקרה מאד לזכיון באופן יחסי למשאביו ולהכנסותיו.⁹¹ כך, על פי תקנות הכספים, הערוץ השלישי מחויב לשלם סכום של כ-15 עד 30 מיליון ש"ח מידי שנה (סכום משתנה) כדמי זיכיון, ובנוסף לכך, דמי תמלוגים הנגזרים מהיקף ההכנסות השנתיות של הערוץ (בהיקף של 4%). על כך מתווספות מחויבויות תוכן המוערכות בהיקף של כמאה מיליון ש"ח בשנה. בהקשר זה נטען כי בין השנים 2004-2008 מחויבויות הערוץ היוו 157% מהכנסותיו נטו.⁹² מנגד, לא נראה שקיימות תועלות מיוחדות (החצנות חיוביות) ברגולציה המוטלת, כגון בדמות מוניטין

88 ראו למשל החלטה של מועצת הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו "מכרז לזכיינות בערוץ השלישי" (27.11.2008); החלטה של מועצת הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (26.4.2009); "הארכת זיכיון לשידורי טלוויזיה בערוץ השלישי – ערוץ עשר" חוות דעת של היועץ המשפטי של הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (13.8.09); החלטה חק/2711 של ועדת השרים לענייני חקיקה "הצעת חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (תיקון - המרת חובות כספיים בהפקות מסוגה עילית), התשע"ב-2012" (10.06.2012); הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו "החלטת מועצת הרשות על חילוט הערבויות לערוץ עשר ורשת בעקבות השימוע שקיימה בנושא אי תשלום חובות דמי זיכיון ותמלוגים" (14.8.2012); הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו "הודעה לעיתונות" דוח הרשות השנייה לשנת 2010: ישראל 10 הוציאה 81.6 מיליון ש"ח על תוכניות סוגה עילית, כ- 10.9 מיליון ש"ח מעבר למחויבותה" (6.9.2011); מכתב מיושב-ראש מועצת הרשות לחברי המועצה "ערוץ עשר – הארכת זיכיון" (15.10.2009); "מועצת הרשות השנייה בקריאה לשר האוצר: פעל לאלתר לאפשר את המשך קיומו של ערוץ עשר לטובת כלל הציבור" **על שולחן המועצה** (מתפרסם באתר הרשות השנייה); "מועצת הרשות השנייה האריכה את זיכיון השידורים של ערוץ עשר עד סוף שנת 2012" **על שולחן המועצה** (מתפרסם באתר הרשות השנייה).

89 ראו למשל תאגיד-הררי וידין, לעיל ה"ש 31.

90 ראו על כך לעיל בחלק ד1.

91 ראו לעיל בחלק ו1.

92 דבריו של יוסי ורשבסקי בפרוטוקול ועדת הכלכלה של הכנסת, לעיל ה"ש 50.

חיובי, הנובעות מציות מלא של הערוצים המסחריים, ובכלל זה ערוץ עשר, שכן הציבור הכללי אינו מתעניין או אינו מכיר את מחויבויות התוכן של ערוצי הטלוויזיה במידת בקיאות גבוהה. משכך, הפרות תוכן אינן פוגעות בדימוי הציבורי של הערוצים המסחריים, ומנגד, ציות לחובות תוכן אינו מייצר תועלות מוניטין חיובי לזכיינים.

3. **מידת הקבלה**: מחומרי המחקר עולה כי נציגי ערוץ עשר אינם מקבלים על עצמם ואינם מסכימים עם מדיניות האיכות המחמירה שנבחרה על ידי המחוקק והרשות השנייה בתחילת הדרך. הדברים עולים מהתבטאויות אנשי ההנהלה של ערוץ עשר בכלי התקשורת, בדיונים פנימיים ברשות וכן בישיבות בכנסת. מדיניות הרגולציה שנבחרה נתפסת כאידיאליסטית מידי וכמנוגדת להיגיון הכלכלי-עסקי וכן כמכשילה את הערוץ באפשרות להצליח ולצמוח.⁹³ הרגולציה נתפסה כבלתי הוגנת אף לאורך שנות הזיכיון של הערוץ. כך למשל ציין מנכ"ל ערוץ עשר יוסי ורשבסקי בראיון לעיתון גלובס, לאחר שהתפטר מתפקידו בשנת 2012, כי "רגולציה לא מאוזנת מחייבת את זכייני הטלוויזיה לשלם כעת עשרות מיליוני שקלים ללא קשר למציאות הכלכלית של שוק הטלוויזיה, כאשר אפילו הרשות השנייה מצהירה שהיא לא זקוקה לכספים הללו."⁹⁴

עיצוב הנורמה המשפטית עשוי לשחק תפקיד במידת הקבלה של הרגולציה המופעלת. מסמך מדד 11 מסביר כי סטנדרטים נוטים להיות מקובלים יותר על תעשייה מפוקחת מאשר כללים.⁹⁵ כיוון שהרגולציה המרכזית על זכייני הטלוויזיה בישראל מורכבת רובה ככולה מכללים, אפשר שזו אחת הסיבות להיעדר הקבלה שלה בקרב המפוקחים.⁹⁶ בנוסף, שיתוף הציבור או נציגי התעשייה עצמה בגיבוש תנאי הרגולציה עשויים להוות אינדיקטורים למידת קבלה גבוהה של המדיניות על ידי המפוקח. אלמנטים אלו אכן מצויים בזירה הרגולטורית של ערוץ עשר. כך, לצידה של הנהלת הרשות השנייה פועלת מועצה מייצעת המורכבת מחמישה עשר נציגי ציבור.⁹⁷ בנוסף, רבים מן ההסדרים הרגולטוריים בעניינו של ערוץ עשר נערכו בשיתוף מלא עמו.⁹⁸ עם זאת, בכל הנוגע לעיצוב הראשוני של מחויבויות התוכן והמחויבויות הפיננסיות לערוץ, לא נערך עד היום שינוי יסודי במכסות שנקבעו בחוק עם הקמת הערוץ, והציבור והערוצים לא הוזמנו להשתתף בתקופה הנבחנת בגיבוש רפורמות אפשריות. תחת זאת, ההסדרים שגובשו במסגרת הארכות הזיכיון הוענקו כהקלות מיוחדות הניתנות אד-הוק ביחס לרגולציה העיקרית ומתבטלות עם סיומה של תקופת הזיכיון, בעוד שהרגולציה המקורית עומדת בעינה.⁹⁹ דומה כי

93 הדברים אמורים גם בנוגע לדמי הזיכיון והתמלוגים, הנתפסים כבלתי הוגנים. כך למשל התלוננו נציגי הערוץ כי דמי הזיכיון בהם מחויב ערוץ 10 זהים לאלה של ערוץ 2, בלא קשר לגודלו היחסי בהכנסות משוק הפרסום (חלקו של ערוץ 10 קטן משמעותית). ראו שם. כן ראו הסבר לעיל בחלק 10.

94 ראו לי-אור אברבך "יוסי ורשבסקי, מנכ"ל ערוץ 10, התפטר מתפקידו" **גלובס** 31.5.2012 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000753366 (נצפה לאחרונה בספטמבר 2014).

95 ראו Table of Eleven, לעיל ה"ש 11.

96 לתיאור מבנה הרגולציה ראו לעיל חלק 11, ד1; להמלצות בדבר מעבר לסטנדרטים רגולטוריים ראו להלן חלק 5.

97 כמסבר לעיל בחלק 11.

98 ראו למשל את תכנית מיקוד הרגולציה ברשות השנייה, שבוצעה יחד עם הזכיינים בנוגע לסיווג תכניות מקל ועוגנה בכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (שידורי תכניות טלוויזיה בידי בעל זיכיון), התשי"ע–2009, אצל ידן, לעיל ה"ש 14.

99 נראה אף כי יש כוונה להחמירה. ראו הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו "שימוע ציבורי באשר למדיניות המוצעת לשיפור המגוון והתמהיל של השידורים" (פורסם באתר הרשות, ינואר 2014). כן ראו הוועדה לבחינת שידורי הטלוויזיה של הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו ("ועדת שחם") **המלצות הוועדה** (24.12.2013). למגמה מנוגדת ראו הוועדה לבחינת האסדרה על שידורים מסחריים **דוח ביניים וקול קורא להתייחסות ומענה למידע נוסף** (אוגוסט 2014) (להלן: ועדת שכטר) www.moc.gov.il/623-he/MOC.aspx (נצפה לאחרונה באוגוסט 2014) המציעה מהלך דרמטי של דה-רגולציה בחובות התוכן של משדרים מסחריים בישראל.

דפוס הרגולציה הבסיסי של ערוצים מסחריים בישראל לא זכה לקבלה על ידי המפוקחים עוד מימיו הראשונים.

4. **כבוד לסמכות:** מידת הכבוד שרוחש הזכייין "ישראל עשר" לסמכות הרגולטורית של הרשות השנייה מתפרשת כנמוכה. לאחרונה אף התבטאו בתקשורת גורמים בערוצי הטלוויזיה נגד פיצויי הפרישה שיינתנו לכמה מעובדי הרשות השנייה, בטענה שהפיצויים ממומנים מדמי התמלוגים שהם משלמים לרשות.¹⁰⁰ אולם העדות החזקה מכולן למידת הכבוד שרוחשים הערוצים לרגולטור מצויה במידת הציות הירודה של המפוקח. ערוץ עשר מפר באופן שיטתי את מחויבויות הרגולציה החלות עליו וגורר חובות תוכן וחובות פיננסיים משנה לשנה, תוך שהוא מסתמך על רצונו הטוב של הרגולטור להגיע לפתרון אכיפה מוסכם.¹⁰¹

5. **שליטה בלתי רשמית (שליטה חברתית):** ערוץ עשר אינו כפוף לארגוני רגולציה-עצמית או לאיגוד פרופסיונלי המכפיף אותו למערכת אכיפה אלטרנטיבית של רגולציה עצמית טהורה (ללא מעורבות מדינית). עם זאת, הוא חשוף במידה מסוימת ל"אכיפה" העשויה להתבצע כלפיו על ידי מתחרים, כגון ערוץ 2 או על ידי "מוטבים" של הרגולציה, כגון איגודי יוצרים הנהנים מדרישות רגולטוריות המחייבות את הזכיינים למינימום השקעה בקולנוע ישראלי ובהפקות מקור. קהלים אלו נוהגים לפנות בדרישות אכיפה אל הרגולטור שיפעל כלפי הזכיינים המסחריים לקיום מחויבויות התוכן המוטלות עליהם להפקה מקומית ואף לפנות לערכאות משפטיות בנושא.¹⁰² כך בשנת 2007 הגישו איגודי היוצרים בג"ץ נגד הרשות השנייה ונגד זכייני הטלוויזיה בטענה לאכיפת-חסר של מחויבויות התוכן.¹⁰³ דוגמה לאכיפה תוך-תעשייתית מצויה בעתירתם של זכייני ערוץ 2 (שנידונה במאגוד עם עתירת איגודי היוצרים) שטענו לאפליה רגולטורית המתבטאת ברגולציה מחמירה של הרשות השנייה כלפיהם בהשוואה לזו המוטלת ונאכפת כלפי ערוץ עשר.¹⁰⁴ עם זאת, עתירות אלה נדחו והסדרים מקלים לערוץ עשר ניתנו בכל הארכת זיכיון. לפיכך מוערכת רמת השליטה שקהלים אלה מגלמים על הרגולציה של ערוץ עשר כנמוכה.

משתנים אקסוגניים (חיצוניים)

6. **הסיכון להתגלות על ידי אחרים:** הסיכון לגילוי הפרות רגולטוריות ודיווח עליהן מתוך הארגון המפוקח קלוש ביותר עד כדי בלתי רלבנטי במקרה של ערוץ עשר. זאת משום שטיב הרגולציה היא מחויבויות "על המסך", כלומר, מידת הציות של המפוקח משתקפת במידע גלוי הניתן לאיסוף בקלות על ידי צפייה במרקע ומצריך עיבוד נתונים פשוט למדי. ממילא, לוח התכניות נמסר על ידי הזכייין מראש למנכ"ל הרשות השנייה וניתן להשוות אותו לשידורים בפועל.¹⁰⁵ בעוד שמשטרים רגולטוריים הקשורים בשידורים אסורים או פוגעניים כפופים בדרך כלל למערכי תלונות צרכנים, והסיכון לגילויים על ידי

100 ראו נתי טוקר "זכייניות הטלוויזיה על ההתייעלות ברשות השנייה: אנו מממנים פיצויי פרישה מוגזמים" **דה-מרקר** 20.8.2014 www.themarker.com/advertising/1.2410276.

101 לפירוט ההפרות ראו ידן, לעיל ה"ש 14.

102 כך למשל בשנת 2012 פנו איגודי היוצרים לרשות השנייה בבקשה לאכוף את דרישות התוכן מן המשדרים ביתר שאת. ראו אמילי גרינצוויג "היוצרים דורשים להגביר את הפיקוח על חובות התוכן של הטלוויזיה המסחרית" **הארץ** 24.5.2012 www.haaretz.co.il/gallery/television/1.1715246.

103 בג"ץ 5872/07 איגוד מפיקי סרטים וטלוויזיה בישראל נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (פורסם בנבו, 27.10.2010) (להלן: בג"ץ איגוד מפיקי סרטים).

104 בג"ץ 10575/07 רשת-נגה בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו דינים עליון 2010 (0161) 0297; בג"ץ 10949/07 שידורי קשת בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, נידון בבג"ץ איגוד מפיקי סרטים, שם.

105 החובה למסור לוחות צפייה מראש למנכ"ל הרשות השנייה, המגיש אותם לבסוף לאישור המועצה, מעוגנת בסעיף 28(א)(2) לחוק הרשות השנייה.

אחרים רלבנטי – הרגולציה הנבחרת במאמר עוסקת במשטר המוחל על לב הרגולציה בשוק הטלוויזיה, קרי מחויבויות תוכן (הפקות מקור, סוגה עילית), בה כאמור הסיכון להתגלות על ידי אחרים אינו רלבנטי.

7. **סיכון בפיקוח**: ערוץ עשר הוא אחד משני ערוצי טלוויזיה (ושלושה זכיינים נכון למועד כתיבת המאמר, יחד עם קשת ורשת בערוץ השני)¹⁰⁶ הכפופים לרגולציה של הרשות השנייה. לפיכך, הסיכון שהוא ייבחר לביקורות, בקשות למסירת מידע ובדיקות מסמכים הוא גבוה ביותר. הוא מצוי במוקד הפעילות הרגולטורית שמקיימת הרשות השנייה ועל כן פעילותו נבחנת במלואה, כפי שמשקף מן הדוחות השנתיים שמפרסמת הרשות.

8. **הסיכון בגילוי רגולטורי**: מאותן סיבות הקשורות בשקיפותו של הציות המתבטא "על המסך", הסיכון בגילוי הפרות של מחויבויות תוכן על ידי הרשות השנייה הוא גבוה. גם הפער בין הפרות בפועל להפרות שהרגולטור מצליח לאתר הוא זניח עד אינו קיים במקרה של ערוץ עשר.¹⁰⁷

9. **סיכון בהפעלת סנקציות**:¹⁰⁸ פרמטר זה קשור בנטיית הרגולטור לאכוף הפרות באמצעות הטלת סנקציות משפטיות, פליליות או מנהליות. כפי שתואר במאמר,¹⁰⁹ הפרות חוזרות ונשנות של ערוץ עשר הסתיימו בפועל ללא הפעלת סנקציה רגולטורית של שלילת זיכיון, הליכי אכיפה מנהליים אחרים או הליכים פליליים – להיפך. זיכיון הערוץ הוארך פעמים מספר על אף ההפרות החמורות, והקלות לעתיד ניתנו במסגרת משא ומתן שנוהל ישירות עם הזכיון. לפיכך הסיכון בהפעלת סנקציות רגולטוריות נתפס כנמוך.

10. **חומרת הסנקציות**: אופיין של הסנקציות כגון משך השעיית הזיכיון או גובה העיצום הכספי אינו רלבנטי שכן כמעט שלא הופעלו כלל סנקציות נגד ערוץ עשר לקיום מחויבויותיו על המסך. בנוסף, לא נראה שעלול להיגרם נזק משמעותי למוניטין של ערוץ עשר בגין ההפרות.¹¹⁰ כמו כן לא נראה שניהול משא ומתן עם הרגולטור לקראת הסדר חדש כרוך בעלויות מיוחדות מצדו של הערוץ או הוצאות משפטיות מיוחדות. אלמנטים אלה במדד מתייחסים בדרך כלל להליכים משפטיים, פליליים או מנהליים שנאלץ המפוקח לנהל.

לסיכום, מתוך עשרה פרמטרים רלבנטיים במדד 11 ביחס לפיקוח המופעל על ערוץ עשר, שבעה מוערכים במידה נמוכה, קרי מעידים על פן אכיפתי אשר אינו מבוצע כהלכה; שלושה מוערכים במידה גבוהה; ואחד מוערך כלא רלבנטי. כלומר, הציון הרגולטורי שניתן לרשות השנייה ביחס לפיקוח על ערוץ עשר הוא 30%. להלן בתרשים 5 מובא ניתוח התוצאות המוערכות על פי הפרמטרים של המדד ביחס לערוץ עשר.

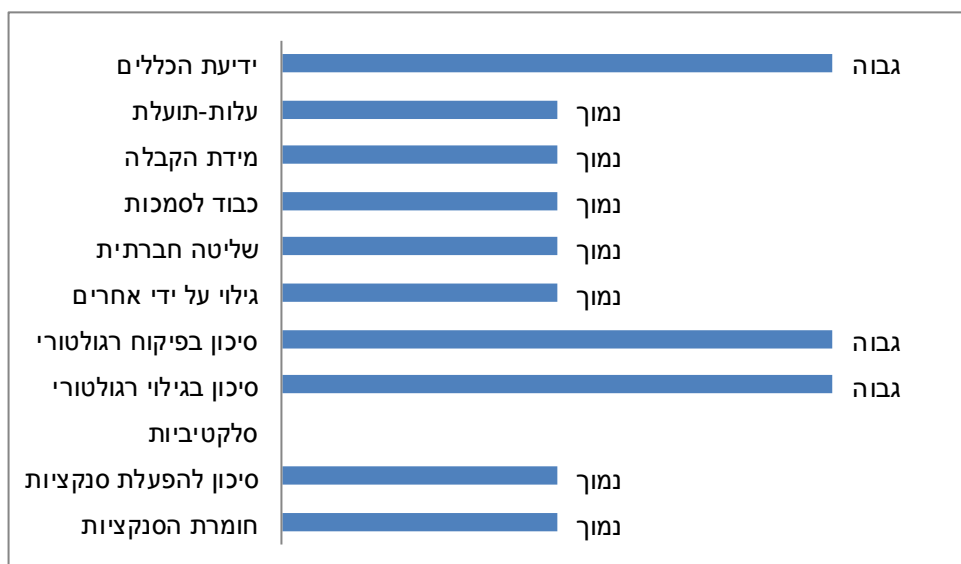
106 המאמר עודכן לאחרונה בחודש ספטמבר 2014.

107 ולמעשה הדברים נכונים גם לערוץ 2.

108 פרמטר 9 הושמט כאן. הוא עוסק במידת היכולת של הרגולטור לפקח על סקטורים או מפוקחים מועדים להפרות, ולהתמקד בהם על פני אחרים שמציגים רמת ציות טובה יחסית. עניין זה אינו רלבנטי בשוק קטן כמו הטלוויזיה בישראל, בו מספר שחקנים מועט ביותר.

109 ראו לעיל חלק 10.

110 ראו לעיל פרמטר 2 עלות-תועלת.



תרשים 5 ניתוח היבטי אכיפה של הרשות השנייה כלפי מחויבויות תוכן של ערוץ עשר לפי מדד 11

על פי תוצאות הניתוח, המדדים בהם נכשלה הרשות קשורים הן למרכיבים אנדוגניים (פנימיים) של ערוץ עשר והן למרכיבים אקסוגניים (חיצוניים) לפעילותו. בין המרכיבים האנדוגניים ניתן למנות את העלות הגבוהה לערוץ ביישום הרגולציה לעומת התועלות המופקות ממנה, מידת קבלתו הנמוכה של הערוץ את מדיניותה של הרשות ביחס למחויבויות תוכן, מידת הכבוד הנמוכה שהערוץ רוחש לרגולטור ולסמכותו ומידת השליטה החברתית הנמוכה המופעלת כלפי הערוץ על ידי מתחרים וקהלים נוספים בציבור. בין המרכיבים האקסוגניים הבעייתיים מופיעים בעיקר חומרת סנקציות נמוכה וסיכון נמוך להפעלת הסנקציות. אני סבורה כי משקלם הסגולי של הפרמטרים בציון נמוך עולה על משקלם של שלושת הפרמטרים הגבוהים במידת ההשפעה שהם מקיימים על רמת הציות. כלומר שבמקרה דן הסיכון בפיקוח וגילוי רגולטורי של הפרת כללי השידור, אף שהינו מוערך כגבוה על ידי הזכיינים, אינו משפיע בצורה ניכרת על המוטיבציות לציות. זאת, בין היתר, כיוון שבשוק הנבחר נערכות תדיר הקלות ציות לזכיינים ועל כן האיום באכיפה נותר עקר.

4. מסקנות

המאמר יצא מתוך נקודת הנחה של כישלון רגולטורי ביחס לערוץ עשר וביקש לבחון את הסיבות לכך הקשורות במודל האכיפה של הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו. משימה זו התבצעה בעזרת שני מודלים המתוארים בספרות: פירמידת האכיפה של איירס וברייתויות ומדד 11 ההולנדי. ניתוח זה הביא לזיהוי כמה מוקדים של בעיות במודל האכיפה של הרשות השנייה: מגוון דל של סנקציות מנהליות ופליליות וכן מגוון דל של אסטרטגיות רגולטוריות (השענות מוגברת על רגולציה הסכמית); חוסר נכונות לאיים או לממש איום בכלי רגולציה כופים; עלות גבוהה מאד של ציות לרגולציה לעומת תועלת נמוכה ממנה עבור הזכיינים; מידה נמוכה של קבלת המדיניות הרגולטורית מצדו של המפוקח ומידת כבוד נמוכה לרגולטור; יכולת השפעה נמוכה של קהלים כגון בעלי עניין והציבור הרחב על התנהגות המפוקח; סיכון נמוך להפעלת סנקציות במקרים של הפרות ושימוש בסנקציות במדרג ענישתי נמוך.

המאמר הראה שהרשות השנייה מיעטה להפעיל כלי אכיפה הרתעתיים כגון שלילת זיכיון לזכיינים או הטלת עיצומים כספיים בתקופה הנבדקת ביחס לרגולציה של תכנים העומדת בבסיס המשטר הרגולטורי. בכך נראה שלא אימצה את מודל ההרתעה האכיפתי הזמין לה בחוק המסמך. תחת זאת,

נוכח הפרות בבסיס הרגולציה על ערוצי הטלוויזיה המסחריים, אימצה הרשות הסדרי אכיפה המבוססים על משא ומתן הנערך אישית עם הזכין המפר, שאינם מעוגנים בחוק ואינם בסמכותה (ועל כן נדרשו במרוצת השנים תיקוני חקיקה מתאימים). עניין זה תרם לכרסום הדרגתי במעמדה וסמכותה של הרשות כפי שאלו נתפסים על ידי הזכיינים, אשר התרגלו לפנות לגורם "עוקף" מוסדות הרגולציה המקצועית – הדרג הפוליטי. פנייה חוזרת ונשנית לכנסת ולשרים, על ידי הזכין ועל ידי הרגולטור, הובילה למידת עצמאות נמוכה של הרגולטור, אשר תפקידו צומצם לניהול משא ומתן לקראת תיקוני החקיקה להארכות הזכין. מבחינה מהותית, הפרות חוזרות ונשנות יצרו "רגולציה רגרסיבית" במסגרתה נצפתה שחיקה מתמדת בסטנדרט הרגולטורי הנדרש על המסך.

לפני שנעבור לדון בהמלצות הרגולטוריות אעיר הערה מקדימה: כאשר מבקשים לעסוק בסגנונות ואסטרטגיות של אכיפה רגולטורית (בדומה להסדרה רגולטורית או פיקוח ובקרה) כדאי לזכור שאין פתרון אחד המתאים לכל. על אכיפה רגולטורית להתאים למאפייני השוק המפוקח ובכלל זה לשחקנים בו ולאינטרס הציבורי באסדרה. אין דינו של שוק גדול כשוק קטן, שוק בעל שחקנים מרובים לעומת שוק דל שחקנים. בנוסף יש לקחת בחשבון את הסיכונים בפעילות המפוקחת. בעוד שבמקרים מסוימים מופקד הרגולטור על בטיחות השימוש במשאבי הטבע, בתשתיות או בעבודה, בהם המשמעות במקרה של ציות לקוי עלולה להיות של חיים או מוות, הרי שבמקרים אחרים מטרת הרגולציה הן רכות יותר ועוסקות בקידום ערכים של שוויון, הגנת הצרכן, תחרות או תרבות. כלי האכיפה הרגולטוריים המאומצים והסגנון הרגולטורי הנקט חייבים להתחשב במשתנים אלה, שאם לא כן עלולה להתפתח תחושה של חוסר הוגנות אצל המפוקח וכפועל יוצא מכך הפחתת המוטיבציה לציית, חוסר כבוד למפקח והגדלת עלויות אכיפה (לשני הצדדים). דומה כי הרגולציה המחמירה שאימצה הרשות השנייה בשיתוף עם המחוקק בראשית הדרך לא תאמה למאפיינים אלה של הפעילות המפוקחת. בחלק הבא אציע המלצות לשיכוך הבעיות בסגנון האכיפה הרגולטורי שתוארו במאמר.

5. דיון והמלצות

המאמר זיהה כמה בעיות עיקריות ברגולציה שמקיימת הרשות השנייה על ערוצי הטלוויזיה נוכח מקרה הבוחן של ערוץ עשר, הנוגעות להיבטים שונים בסגנון האכיפה של מחויבויות תוכן "על המסך". בהתאם לכך, מוצגות להלן המלצות לשינוי המשטר הרגולטורי, המוצעות לרגולטורים ולקובעי מדיניות לאימוץ כלפי שוק הטלוויזיה המקומי, המצוי נכון למועד כתיבת שורות אלה בפני טלטלה של ממש. כך למשל צפויים הקמה מחדש של רשות השידור,¹¹¹ מעבר מזיכיונות לרישיונות בטלוויזיה המסחרית,¹¹² סגירה או צמצום של ערוץ עשר וכניסה של שחקני תוכן חדשים (סלקום, פרטנר).¹¹³

111 ראו לעיל ה"ש 42.

112 המעבר למשטר רישיונות בשוק הטלוויזיה הישראלי עוגן בחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (תיקון מס' 33), התשע"א-2011, ס"ח 2276. כן ראו תזכיר חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, התשע"ד-2014 המציע כי זיכיונות בערוץ 2 יסתיימו ב-31 במרץ 2015.

113 ראו על כך בדוח ועדת שכטר, לעיל ה"ש 99.

א. מעבר מכללים לסטנדרטים

אחת הבעיות שעלו מן המחקר היא בהתאמת הכלים המשפטיים לסגנון האכיפתי הנבחר. כך למשל כללים סגורים (rules) משלימים היטב משטר רגולציה הרתעתי בבסיסו, בעוד שסטנדרטים מתאימים יותר למשטר רגולטורי המבקש להסתמך על גישות של ציות, כגון רגולציה הסכמית כשיטת אכיפה. באופן כללי, מחקרים מראים שסטנדרטים עשויים להביא לתוצאות טובות יותר מאשר כללים נוקשים.¹¹⁴ המקרה של הרשות השנייה הדגים דיסוננס משפטי-רגולטורי. מצד אחד נקט הרגולטור בפעולות אכיפה רכות ומבוססות הסכמה (גישת הציות) ומצד שני התבססה ההסדרה החקיקתית על כללים (להבדיל מסטנדרטים) המופנים לזכיינים וסמכויות האכיפה לגביהם עוצבו כנטולות שיקול דעת רגולטורי וחד-ממדיות בציווי הענישתי שהן מכתבות (שלילת זיכיון או אי חידוש). על הרגולטורים והמחוקקים לשאוף במידת האפשר להרמוניזציה בין הסגנון הרגולטורי לכלים המשפטיים. ערוץ עשר לא הצליח למלא את מכסות השידור שנקבעו לו ונמצא באופן קבוע במהלך שנות הזיכיון בהפרות רגולציה. לכך תרם לא מעט ניסוח כללי הרגולציה במונחים של יעדים כמותיים סגורים. תחת זאת מוצע לשקול מעבר מכללים לסטנדרטים ולהגדיר את היעדים הרגולטוריים באופן "פתוח" וגמיש יותר, כגון "שידור משדרי סוגה עילית והפקות מקור תוך הבטחת השמירה על איכות גבוהה של שידורי הערוץ, גיוון המשדרים ומתן ביטוי נאות ליצירות מקור של קהילת היוצרים הישראלית בטלוויזיה ובקולנוע". כמקובל בשימוש בסטנדרטים, מוצע לאמץ במקביל כלי רגולציה עצמית כפי שיתואר מיד. כדוגמה לכך ניתן להיעזר בדגם האסדרה של רשות ניירות ערך ובנק ישראל, המשלבים סטנדרטים באופן נרחב בנורמות המסדירות.¹¹⁵ המעבר לסטנדרטים עשוי אף להגביר את עצמאותה של הרשות הרגולטורית לתקשורת (ככל שזו תוקם בהמשך) מן הרשות המחוקקת כיוון שהשימוש בסטנדרטים מאפשר גמישות מנהלית שאינה מצריכה שינוי חקיקתי תכוף.

ב. שימוש ברגולציה עצמית-כפויה

על מנת לגוון את פירמידת האסטרטגיות הרגולטוריות של הרשות השנייה, אשר הניתוח בחלק 2 הצביע על שטחיותה, מוצע להחדיר לשוק כלים של רגולציה עצמית במתכונת כפויה.¹¹⁶ הכוונה בכך היא שהרגולטור יחייב את המפוקחים לנקוט בכלי אסדרה עצמית על מנת להסדיר תחומי פעילות מסוימים, תוך פיקוח על תוצאות האסדרה. מחקרים מראים ששימוש בכלים המשלבים את התעשייה עצמה בתהליך הרגולטורי מובילים להגברת הציות ולתפיסתה של הרגולציה כ"הוגנת" יותר.¹¹⁷ עניין זה עשוי אף לשכך את הקשיים שעלו מניתוח הרגולציה לפי מדד 11 בכל הקשור למידת הקפדה של המדיניות הרגולטורית של הרשות השנייה ולמידת הכבוד שהתעשייה רוחשת לה. מומלץ לקבוע שהזכיון יגיש לרגולטור הצעה להסדרה של הגדרות "סוגה

114 ראו למשל John Braithwaite and Valerie Braithwaite, *the Politics of Legalism: Rules Versus Standards in Nursing Home Regulation*, 4 SOCIAL AND LEGAL STUDIES, 307 (1995). כך מוסבר גם במסמך מדד 11, ראו לעיל הי"ש 95 והטקסט הצמוד לה.

115 על כך ראו למשל שרון ידן "רגולציה עצמית בשוק הבנקאות הישראלי" רבעון לבנקאות 168, 19 (2010).

116 לרעיון של enforced self-regulation ראו AYRES & BRAITHWAITE, בעמ' 101-132.

117 שם.

עילית" אשר תגדיל את הטיפולוגיה הקיימת בחוק למושג זה ותאפשר לסווג באופן גמיש יותר את התכניות לשידור. בנוסף ניתן לשקול הטלת חובה על הזכין להגיש לרגולטור הצעה אופרטיבית למימוש היעד הרגולטורי (שיקבע כסטנדרט בחוק, כאמור בסעיף הקודם) תוך שימוש בטווחים מוערכים לביצוע יעדי סוגה עילית והפקות מקור. למשל, הזכין יתחייב לשידור 50 שעות הפקות מקור בחודש, מתוכן 30 שעות סוגה עילית, כאשר הדגש הוא שההצעה תבוא מצד הגורם המפוקח כתכנית לאישור רגולטורי ולא ככלל רגולטורי סופי המוכתב לזכין. מתכונת אחרת שניתן לשקול בהקשר זה היא התחייבות הזכין למינימום של השקעה כספית במחויבויות תוכן, בהתאם להערכת יכולות ובכפוף לאישור הרגולטור. במקרה כזה כל קביעה כמותית של מחויבויות מסך חייבת לעבור מסנת של בדיקת עלות-תועלת, בהתאם למגמות רגולטוריות מתקדמות בעולם.¹¹⁸

ג. שיתוף ושקיפות בהליך הרגולטורי

קריטריון 5 במדד 11 העיד על כך שקהלים שונים, כגון קבוצות לחץ וארגונים פרופסיונאליים, אינם פועלים באופן אפקטיבי ליצירת ממשליות כמערך חלופי לרגולציה המדינתית. מומלץ לפיכך שהרגולטור יורה למפוקח, במתכונת של רגולציה עצמית-כפויה, על שילוב ארגוני היוצרים בתהליכי קביעת יעדי התוכן כאמור בסעיף הקודם. כן יש לשקול הליך רגולטורי רב-משתתפים שיהיה פתוח לקהל הרחב בשלבים שונים של הרגולציה. כך למשל מומלץ לנקוט במתכונת של שקיפות ביחס להסדר הרגולטורי השנתי המתגבש מראש בין הרגולטור למפוקח, כגון פרסום אתר האינטרנט הרגולטורי לצורך קבלת תגובות מן הציבור ומבעלי עניין. לאחר מכן מומלץ לקיים דיונים בהערות לתכנית הציות המוצעת, הכוללים את כלל המעירים ובעלי העניין. ההנחה היא שתכנית רגולטורית שתקבל במתכונת רחבה תיהנה מקונצנזוס ולגיטימיות רבים יותר מאשר רגולציה כפויה, ויש לצפות שהסיכוי להפרתה יפחת משמעותית. כמו כן שיתוף הציבור ובעלי העניין עשוי להגביר את האחריות של הזכיינים כלפי הצופים ואת מידת החשיפה שלהם לסיכונים מוניטין (אשר המדד הראה שהינם נמוכים).¹¹⁹

ד. הפחתה בתשלום תמורת הזכות לשדר (כגון דמי זיכיון או רישיון)

קריטריון 2 במדד 11 הצביע על בעיה מרכזית של עלויות רגולציה גבוהות מאד הקשורות במילוי מחויבויות התוכן: הפקות מקור וסוגה עילית. עניין זה בשילוב דמי תמלוגים ודמי זיכיון הוביל לגרעון כספי קבוע בערוץ עשר. מוצע בהקשר זה לרגולטור להמשיך לפעול לקראת ביטול מוחלט של דמי הזיכיון ודמי התמלוגים המוטלים על הזכיינים המסחריים עד אשר אלה יעברו למתכונת של רישיון שידור.¹²⁰ מִעֲבָר לַמְשַׁטֵר שֶׁל רִישׁוֹנוֹת טלוויזיה, בהתאם לתיקון 33 לחוק, מצריך אף הוא חשיבה על הפחתת תנאי סף הנדרשים מערוצים המבקשים רישיון שידור. לגופו של עניין מוצע לשקול את תיקונם של כללי התכניות והתוספת לחוק המגדירים מכסות להפקות מקור וטיפולוגיה של סוגה עילית, באופן מקל יותר כלפי הזכין. מאמר זה ממוקד כאמור במודלים וכלים לאכיפה ועל כן לא הרחיב בדיון נורמטיבי בדבר

118 ראו למשל "מדריך ממשלתי לתורת הערכת הערכות השפעת רגולציה (RIA – Regulatory Impact Assessment) טיוטה להערות (מרץ 2013) זמין ב- www.pmo.gov.il/policyplanning/mimshal/Pages/regulation.aspx

119 ראו לעיל סעיפים 2, 5 למאפיינים האנדוגניים בנייתוח בחלק ב.

120 ראו לעיל ה"ש 112.

מטרות האסדרה ומידת ההתערבות הנדרשת לכתחילה בשוק הטלוויזיה, אשר עוצבו על ידי המחוקק בראשית הדרך.

ה. רגולציה וולונטרית

ניתוח פירמידת האסטרטגיות הרגולטוריות של הרשות השנייה העלה מחסור משמעותי בשיטות אכיפה הניתנות ליישום על שוק הטלוויזיה המקומי. בנוסף, מדד 11 העלה שהזכיין אינו מעריך את הרגולטור ואינו שותף לערכים אותם הוא מקדם או לשיטות באמצעותן הוא עושה כן, כגון מכסת שידורי תוכן קפדנית. לפיכך, מומלץ לשקול פיתוח והטמעה של תכניות רגולציה וולונטרית, אשר יאפשרו הפחתה מסוימת של מחויבויות תוכן, בתמורה לציות וולונטרי בתחומים שאינם מתחייבים על פי הדין.¹²¹ ציות זה עשוי להיות קשור בפרויקטים ציבוריים התנדבותיים למען הקהילה, כגון תשדירי-שירות, העסקת בעלי מוגבלויות או פעילות ציבורית התנדבותית דוגמת קיום הרצאות או פעילויות הקשורות בטלוויזיה בקרב אוכלוסיות מוחלשות או קורסים להכשרות עובדים מן הפריפריה בתעשיית התקשורת. עניין זה מתקשר לדיסוננס הקוגניטיבי שתואר בסעיף א. תודעת הרגולטור והזכיין, המובנית לא מעט על בסיס הטרמינולוגיה המצויה בשימוש, עוסקת ב"הפרות" אשר יש "להעניש" בגינן. מונחים והבניות תפיסתיות אלה מכשילות את מלאכת הרגולציה. מסגרת משפטית של כללי התנהגות רכים ופתוחים יותר הנתונים במידה רבה לרגולציה עצמית, שיתופית, וולונטרית והסכמית נראים מתאימים יותר למודל הרגולטורי בשוק התוכן המשודר וברי קיימא. לפיכך, וכפי שיוסבר בהמשך, מומלץ לעגן את הסמכות ליצירת הסדרי אכיפה בחוק, בדומה לנעשה בפיקוח על תאגידים ציבוריים בישראל, ולא להבנות אותם ככישלון רגולטורי באכיפת הכללים.

המלצות לשלב האכיפה

ניתוח מודל פירמידת האכיפה העיד על היעדר גיוון מספיק בכלי האכיפה העומדים לרשותה של הרשות השנייה. למעשה, מודל האכיפה של הרשות כולל את סנקציית "יום הדין" שאינה בשימוש (ביטול או השעיה של הרישיון) אך המעוגנת בחוק, ואת הסדרי האכיפה האינדיבידואליים הנערכים לאחר הפרות שאינם בסמכותה של הרשות, אך זוכים לעיגון אקס-פוסט באמצעות תמיכת הכנסת. גם מודל 11 הראה (פרמטרים 10, 11) כי הסיכון שנאמד על ידי הזכיין להפעלת ענישה פלילית או אחרת כלפיו הוא נמוך ביותר. זאת, הן ביחס לעצם הסיכון בענישה והן ביחס לסוג הענישה וחומרתה. לפיכך, ובהתחשב בכך שמרבית הסנקציות המנהליות מוטלות כיום על זכיינים במסגרת תנאי הזיכיון בלבד, מוצע לעגן מגוון של סנקציות מנהליות ואחרות במסגרת של חוק ראשי. בין היתר ניתן לשקול את כלי האכיפה הבאים, כמפורט להלן, המחולקים לכלי אכיפה הרתעתית וכלי אכיפה רכה. בתחום האכיפה ההרתעתית יידונו להלן חיזוק מכשיר העיצומים הכספיים; סמכות לחיוב תשלום לנפגע ההפרה; וסנקציות אישיות לנושאי משרה. בתחום האכיפה הרכה יידונו חוזים רגולטוריים (בסמכות); תכניות אכיפה פנימית; ומנגנוני הוקעה והוקרה.

121 ניתן לכלול זאת במסגרת תכניות רגולציה אישיות שיקבעו מראש במתכונת של רגולציה-עצמית כפויה, ראו לעיל בסעיף הקודם "חוזים רגולטוריים" ובחלק ב "רגולציה עצמית-כפויה". דוגמה לתכנית וולונטרית בשוק התקשורת מצויה בתו האתי הניתן למפרסמים שמקבלים על עצמם מדריך אתיקה לפרסומות שגובש על ידם בשיתוף עם הרשות השנייה. ראו על כך אצל ידין, לעיל ה"ש 14.

1. הגברת האכיפה ההרתעתית

- 1. עיצומים כספיים:** יש לקבוע גובה מספק של עיצומים כספיים אשר ירתיעו את הזכייין הרתעה ממשית מפני הפרה ולא יאפשרו "הפרה יעילה" של כללי הרגולציה. יש ללמוד בהקשר זה את הלקח מן המשטר הרגולטורי המופעל על זכייני טלוויזיה בגין הפרות בשידור, כגון שידורה של פרסומת פוגענית. במקרים אלה נענשים הזכיינים תדיר באמצעות נטילת זמני שידור פרסומת, אולם אלה כה פעוטים עד שההרתעה איננה אפקטיבית כלל. כך למשל המשיך זכייין ערוץ 2 רשת לחשוף את המותג "קוקה-קולה" בתכנית הריאליטי "אקס-פקטור" למרות ובמהלך הליך הפרה שניהלה נגדה הרשות השנייה בשנת 2013.¹²² עם זאת, חשיבותם של העיצומים הכספיים היא בעיקר הרתעתית ואינה מומלצת בשימוש שוטף משום שסנקציות המתמקדות בענישה כלכלית עלולות להוביל לקריסה כלכלית של הזכייין ולהרתיע מפני כניסתם לשוק של שחקנים חדשים.
- 2. תשלום לנפגע ההפרה:** יש לשקול את הרעיון שהפרת מחויבויות מְשֻׁדָּרִים מסחריים להפקות מקור תגרור חובת תשלום לקהלים שנפגעו מכך, כגון ארגוני זכויות יוצרים והציבור בכללותו (תשלום באמצעות השקעה בפרויקטים ציבוריים).
- 3. סנקציות לנושאי משרה:** ניתן לשקול שילוב של סנקציות אישיות לנושאי משרה בכירים בגוף המפוקח, בפירמידת כלי האכיפה של הרשות השנייה. בהקשר זה יוכלו לבוא בחשבון השעיה מכהונה לפרק זמן מוגבל אצל הגוף המפוקח או אצל גופים מפוקחים אחרים בשוק התקשורת. במקרים המתאימים ניתן אף לשקול את הטלתן של סנקציות מוניטריות אישיות אשר יתמרוצו את נושאי המשרה הבכירים בגוף המשדר לעמוד במחויבויות הרגולטוריות של הזכייין המפוקח ויצמצמו את "בעיית הנציג" של המְנַהֵל. סנקציה זו צריכה להישמר למקרים חריגים על מנת שלא להרתיע שחקנים חדשים מלהיכנס לשוק התקשורת או להרחיק נושאי משרה מוכשרים מתפקידי ניהול בשוק ועל מנת שלא לעודד ריכוזיות של גופי תקשורת אמידים על חשבון אלו שלא יוכלו לשאת בעלויות הרגולציה (ככל שיתאפשר שיפוי).

2. חיזוק האכיפה הרכה

- 4. הרחבת מתחם שיקול הדעת הרגולטורי והסמכה לרגולציה הסכמית ("חוזים רגולטוריים")¹²³:** לפי חוק הרשות השנייה בנוסחו הנוכחי, הרגולטור מוסמך לבטל זיכוונות או לערוך מכרזים לאיתור זכיינים חדשים. אלו הם כלי ציווי ושליטה אשר חשוב למקם בראש פירמידת האכיפה לצרכי הרתעה, אך כפי שהראה המודל של איירס וברייתויות אלו אינם מספיקים כשלעצמם. מעבר לעיבוי כלי האכיפה המבוססים על הרתעה, שנסקרו לעיל בסעיפים 1-3, יש להשלים כלים אלו גם בכלי אכיפה "רכה" דוגמת הרגולציה ההסכמית. המחקר העלה שמתקיים פער בלתי רצוי בין הצורך לקיים דיאלוג שוטף ומשא ומתן עם

122 ראו עידו קינן "רשת מצפצפת על הרשות השנייה" **העין השביעית** (29.10.2013) www.the7eye.org.il/82993 (נצפה לאחרונה באוגוסט 2014) ("הרשות השנייה התריעה אך ברשת שידרו בכל זאת פרסום סמוי לקוקה קולה. הרשות: פתחנו בהליך הפרה. זו הפעם השלישית השנה שמופעל הליך הפרה נגד רשת בגין פרסום סמוי של קוקה קולה").

123 ראו ידן "חוזים רגולטוריים בשווקים פיננסיים בישראל", לעיל ה"ש 63.

הזכיינים ובין סמכותו של הרגולטור להתחייב בהסכמות רגולציה. הלכה למעשה הכנסת היא זו שמאפשרת הארכות זיכיון ונותנת תוקף חוקי להסכמות שנערכו, והרגולטור נדרש לפנות אליה תדיר לשם כך. במצב כזה הרגולטור סובל מעצמאות נמוכה ותלות גבוהה מידי בגורמים פוליטיים בביצוע תפקידו.¹²⁴ עניין זה תורם ודאי אף לממצאי הניתוח לפי מדד 11 הקשורים במידת ההערכה והכבוד שרוחש הזכיון לרגולטור. אמנם ניתן לסבור שהמרת הכללים הנוקשים ברגולציה גמישה מבוססת סטנדרטים תייתר את הצורך בהסכמות אולם אלו אינם פני הדברים בהכרח ומחקרים מעלים שחוזים רגולטוריים נחוצים במגוון רחב של סגנונות אסדרה.¹²⁵

לפיכך, מומלץ לעגן בחוק הרשות השנייה את הסמכות ליצור הסכמות רגולטוריות, בדומה לתיקונים שנעשו בחוק ניירות ערך והסמיכו את רשות ניירות ערך לערוך הסדרים להימנעות מנקיטת הליכים או להפסקת הליכים בתנאים ב"חוק אכיפה מנהלית".¹²⁶ המטרה אינה לשמר את המצב הקיים בו תכניות להשלמת מחויבויות נערכות תדיר ובאופן מקיף המוביל לשחיקה מסיבית בסטנדרט הרגולטורי אלא לעגן סמכות זו לצידה של רפורמה מקיפה הן בסמכויות האכיפה בהן עוסק מאמר זה והן בטיבם המהותי של כללי הרגולציה שיושגו על המפוקחים (שמאמר זה אינו עוסק בהם). על מנת לייצר גמישות אכיפתית בהקשר זה יש להסמיך את הרגולטור בחוק להאריך זיכיון או רישיון של גוף שידור מסחרי על פי שיקול דעתו ובהתאם לקריטריונים מנחים שיפרסם הרגולטור בהנחיות פנימיות, כגון מידת הציות לרגולציה, מצבו של שוק הפרסום, ניתוח עלות-תועלת ברגולציה, שיקולי תחרות ענפיים ושיקולי מניעת ריכוזיות.¹²⁷ מהלך חקיקתי כזה נועד לשחרר את הרשות המנהלית מן הצורך לקבל את אישורה של הכנסת בעניינים רגולטוריים מקצועיים בעליל הנוגעים למכסות שידור, למחויבויות פיננסיות ולהענקת/הארכת זיכיונות. במקביל, מומלץ לחייב שקיפות מרבית של ההסכמות האמורות עוד בשלבי גיבושן הראשוניים וזאת באמצעות קבלת הערות מן הציבור ומבעלי עניין.¹²⁸ במידת האפשר, לחוזים רגולטוריים אלה יתלוו סנקציות במתכונת אשר תבטיח את העמידה בהם ותמנע הפרות חוזרות ונשנות. כן יש לשקול החלתן של חובות פרוצדוראליות מתאימות שיחולו על הרגולטור בהתקשרויות מסוג זה.

124 ראו דיון על כך לעיל 11.

125 ראו על כך אצל ידן, "חוזים רגולטוריים" (עבודת דוקטורט), לעיל ה"ש 2.

126 ראו חוק ייעול הליכי האכיפה ברשות ניירות ערך (תיקוני חקיקה), התשע"א-2011, ס"ח 205. להסדרי האכיפה האמורים ראו אצל ידן, לעיל ה"ש 63, וכן שרון ידן "הרגולציה השקטה: הסדרי אכיפה בלתי פורמאליים של רשות ניירות ערך ומקרה אייפקס-פסגות" (עתיד להתפרסם בספר **רגולציות** בסדרת הספרים 'משפט חברה ותרבות' של הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב).

127 לעבודת הממשלה לפיתוח חובות מסוג אלה על רגולטורים באופן כללי ראו למשל "טיוב, תיאום ושיפור הרגולציה הממשלתית" הצעה להחלטה (נוסח מתוקן חמישי מיום 21.8.2013) זמין ב- www.pmo.gov.il/Secretary/sederyom/gov33/Documents/143.pdf; משרד האוצר "התכנית הכלכלית לשנים 2013-2014: שינויים מבניים, מצרפי התקציב והרכב התקציב" 27-28, 120-123 (מאי 2013) זמין ב- www.mof.gov.il/BudgetSite/EconomicPlan/Lists/20132014/Attachments/2/plan_2013_2014.pdf; החלטה 4027 של הממשלה ה-32 "ייעול ושיפור הרגולציה הממשלתית" (25.12.2011); החלטה 708 של הממשלה ה-33 "טיוב, תיאום ושיפור הרגולציה הממשלתית" (25.8.2013); "מדריך ממשלתי לתורת הערכת השפעת רגולציה (RIA – Regulatory Impact Assessment)", לעיל ה"ש 118; ידן, חוקים בקצרה, לעיל ה"ש 2.

128 ראו האמור לעיל בסעיף ג.

5. **תכנית אכיפה פנימית**: במסגרת הטמעה של כלי רגולציה עצמית בקרב הזכין, במטרה לתגבר את מערך האכיפה הרגולטורי, מומלץ שהזכין יציג בפני הרגולטור תכנית לאכיפה פנימית. על פי תכנית זו ימונו בעלי תפקידים אצל הזכין כאחראי ציות אשר יפתחו ויישמו תכנית פנים-ארגונית לעמידה ביעדי הרגולציה. תכנית כזו עשויה לחסוך במשאבי אכיפה של הרגולטור ולהגביר עמידה ביעדי ציות בקרב המפוקח.

6. **הוקעה והוקרה**: מומלץ לשלב במסגרת כלי האכיפה של הרגולטור פרסום ציבורי של מידע חיובי או שלילי ביחס לעמידת המפוקח ביעדי הרגולציה. במסגרת זו ניתן לשקול פרסום הפרות שבוצעו על ידי זכין ליצירת אפקט "ביוש" (הוקעה) אשר יוביל לדימוי צרכני שלילי של הזכין בקרב קהל הצופים.¹²⁹ במקביל, ניתן להעניק אותות הוקרה פומביים לזכין אשר הצליח לעמוד ביעדים הרגולטוריים ובאמצעותם לאותת לציבור על פועלו של הזכין בתמיכתו ביוצרים מקומיים ובשידור והפקה של תכניות איכות עבור קהל הצופים.

סיכום

תפקידו של הרגולטור איננו מתמצה ביישום הוראותיו של חוק ראשי. מבחינה זו, הרגולטור איננו אך מכשיר בדיהם של הפוליטיקאים והמחוקקים. עליו לקיים את תפקידו כרגולטור – גורם מנהלי מאפשר, מכווין, וגם אוסר לעתים, כלפי גורמים המבקשים לקיים פעילות פרטית או מסחרית הכוללת השלכות ציבוריות. על מנת לקדם מטרות ציבוריות בשידורים מסחריים בטלוויזיה, הופקדו בידי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו סמכויות פיקוח ואכיפה מצומצמות. בניסיונה לפשר בין המציאות בה ערוצי טלוויזיה מסחריים נאבקים על קיומם הכלכלי, לבין כללי הסדרה מרחיקי לכת שנקבעו בחוק ביחס לתוכן השידורים, גילתה הרשות הרגולטורית תושייה רבה.

הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו אימצה פרקטיקות רגולטוריות גמישות שעה שלא היו בידיה די סמכויות פיקוח פורמאליות. מהלך זה, ככלל, הינו מבורך, בייחוד כאשר מדובר בשוק מועט-שחקנים ובמשטר המבוסס ממילא על חוזים ועל הסכמה (הסכמי הזיכיון). עם זאת, טוב היה לו ביקשה הרשות השנייה סמכות שתאפשר לה להפעיל יתר שיקול דעת בקביעת הכללים המחייבים לזכיינים ובהחלטות הנוגעות לכלי האכיפה שיופעלו כלפיהם במצבים המתאימים. מידת העצמאות הנמוכה לה זכתה מבחינה פורמאלית הייתה בעוכריה, כאשר נכשל זכין "ישראל עשר" בעמידה בהוראות הדין והוגדר כמפר רגולטורי.

ללא ספק, חישובים שנערכו בעת הקמתו של ערוץ מסחרי נוסף בישראל בראשית שנות האלפיים היו מוטים ובלתי מדויקים. ואולם, משקם הערוץ והחליטו קובעי מדיניות להמשיך את שידוריו, היה עליהם לצייד את הרשות השנייה בכלים מתאימים למשול בשוק זה ולכוון אותו להצלחה. קרבה פוליטית יתרה של קובעי המדיניות לעתידו של ערוץ טלוויזיה מסכנת את עקרונות הדמוקרטיה ומהווה מנהל וממשל בלתי יעיל. אני סבורה כי לרגולטורים בישראל, ובכלל זה לרשות השנייה, עוד רבות ללמוד על תורת הרגולציה, שאיננה עניין אינטואיטיבי או פשוט. כפי שמלאכת החקיקה נעשית בידי מומחים ולפי כללים סדורים, כך יש לנהוג גם בקשר עם מלאכת הרגולציה. יש לתת את הדעת, בין היתר, לנושאים כגון גיוון

129 לחשיבותו של הגילוי אודות הפרות התאגיד ושל "אפקט הביוש" (shaming) הנלווה לו, ראו David A. Jr. Skeel, *Shaming in Corporate Law*, 149 U. PA. L. REV. 1811 (2001).

הסמכויות הרגולטוריות ופירמידת האכיפה, גיבוש מדיניות לגבי מידת ההרתעה הרצויה והנכונות להתגמש עם המפוקח באמצעות הסכמים, היעדים הרגולטוריים המבוקשים להשגה והכלים הקיימים לשם כך, ובדיקת העלות והתועלת לאינטרס הציבורי כתוצאה מן הרגולציה הנבחרת. מאמר זה נועד להאיר לא רק את הכשלים הרגולטוריים שליוו את הפיקוח על ערוץ עשר, ערוץ אשר ייתכן כי עד אשר יראה אור מאמר זה לא יהווה עוד שחקן במפת הטלוויזיה המסחרית, אלא גם לשמש לקח לרגולטורים נוספים שישכילו להימנע מן הכשלים המתוארים במאמר וליישם כמה מן ההמלצות המוצעות בו.

- AJZEN ICEK AND FISHBEIN MARTIN, UNDERSTANDING ATTITUDES AND PREDICTING SOCIAL BEHAVIOR (1980).
- AYRES IAN AND BRAITHWAITE JOHN, RESPONSIVE REGULATION – TRANSCENDING THE DEREGULATION DEBATE (1992).
- Baldwin Robert and Black Julia, *Really Responsive Regulation*, 71 THE MODERN LAW REVIEW 59 (2008).
- BALDWIN ROBERT, CAVE MARTIN AND LODGE MARTIN, UNDERSTANDING REGULATION – THEORY, STRATEGY, AND PRACTICE (2nd ed., 2012).
- BARDACH EUGENE AND KAGAN ROBERT A., GOING BY THE BOOK: THE PROBLEM OF REGULATORY UNREASONABLENESS (2nd ed., 2002).
- BRAITHWAITE JOHN, REGULATORY CAPITALISM (2008).
- BRAITHWAITE JOHN, TO PUNISH OR PERSUADE (1985).
- Braithwaite John, Walker John and Grabosky Peter, *An Enforcement Taxonomy of Regulatory Agencies*, 9 LAW & POLICY 323, 324 (1987).
- Braithwaite John and Hong Seung-Hun, *The Iteration Deficit in Responsive Regulation: Are Regulatory Ambassadors an Answer?* REGULATION & GOVERNANCE (first published online: 27 Jan 2014) available at: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/rego.12049/abstract>.
- CARPENTER DANIEL P., REPUTATION AND POWER: ORGANIZATIONAL IMAGE AND PHARMACEUTICAL REGULATION AT THE FDA (2010).
- Carpenter Daniel P., *State Building through Reputation Building: Coalitions of Esteem and Program Innovation in the National Postal System, 1883–1913*, 14 STUDIES IN AMERICAN POLITICAL DEVELOPMENT 121 (2001).
- CARPENTER DANIEL P., THE FORGING OF BUREAUCRATIC AUTONOMY: REPUTATIONS, NETWORKS, AND POLICY INNOVATION IN EXECUTIVE AGENCIES, 1862-1928 (2001).
- GUNNINGHAM NEIL AND GRABOSKY PETER, SMART REGULATION (1998).
- Gunningham Neil, *Enforcement and Compliance Strategies*, in THE OXFORD HANDBOOK OF REGULATION 120 (Robert Baldwin, Martin Cave and Martin Lodge ed., 2010).
- HAWKINS KEITH, ENVIRONMENT AND ENFORCEMENT: REGULATION AND THE SOCIAL DEFINITION OF POLLUTION (1984).
- Hiatt Shon R. and Park Sangchan, *Lords of the Harvest: Reputation and Regulatory Approval of Genetically Modified Organisms*, 12-081 Harvard Business School Working Paper (2012).

Reiss A.J., *Selecting Strategies of Social Control over Organizational Life*, in ENFORCING REGULATION (Keith Hawkins and John Thomas, ed., 1984).

Selznick Philip, *Focusing Organizational Research on Regulation*, in REGULATORY POLICY AND THE SOCIAL SCIENCES 363 (Roger Noll ed., 1985).

Skeel David A. Jr., *Shaming in Corporate Law*, 149 U. PA. L. REV. 1811 (2001).

The 'Table of Eleven' – A Versatile Tool, Ministry of Justice, The Netherlands (2004).

VOGEL DAVID, NATIONAL STYLES OF REGULATION (1988).

ספרות ישראלית

המר יואב "משפט, תרבות מקומית ותרבויות מיעוט: דרישות תוכן בשידורי רדיו וטלוויזיה בישראל" **משפט וממשל** יד 149 (תשע"ב).

ידין שרון "הרגולציה השקטה: הסדרי אכיפה בלתי פורמאליים של רשות ניירות ערך ומקרה אייפקס-פסגות" (עתיד להתפרסם בספר **רגולציות** בסדרת הספרים 'משפט חברה ותרבות' של הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב).

ידין שרון "חוזים רגולטוריים בשוקים פיננסיים בישראל" **עיוני משפט** לה 447 (2012).

ידין שרון "מהי רגולציה? הצעה להגדרה בעקבות מופעים ראשונים של המונח בחקיקה הישראלית" **חוקים בקצרה** 6 (2014).

ידין שרון "קצר בתקשורת: בין אינטרס ציבורי לאינטרס פרטי ברגולציה של ערוץ עשר" (עתיד להתפרסם **בדין ודברים** ח2 תשע"ד).

פלדמן יובל, פרז אורן ושמואלי-סידי קרן "הסדרת המחזור במשק הביתי: מחקר אמפירי של ההיבטים הדמוגרפיים וההתנהגותיים של מדיניות מחזור דיפרנציאלית בישראל" (עתיד להתפרסם **במחקרי משפט** כט תשע"ד).

תאני-הררי טלי וידין שרון "'המארג הרגולטורי-חינוכי: סימון תכניות טלוויזיה בסביבה התקשורתית החדשה'" (עתיד להתפרסם **במסגרות מדיה**, תשע"ד).

חקיקה ורגולציה

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).

הצעת חוק השידור הציבורי, ה"ח הממשלה 869 תשע"ד 706.

הצעת חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 56) (הרשות והמועצה לשידורים מסחריים), התשע"ג-2012, ה"ח 729.

הצעת חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 57) (הרשות והמועצה לשידורים מסחריים), התשע"ג-2013, ה"ח 784.

חוק ההסדרים במשק מדינת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת התקציב 2000) (תיקון), התש"ס-2000, ס"ח 1733, 141 (תיקון עקיף לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990).

חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, התש"ן – 1990.

חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (תיקון מס' 33), התשע"א–2011, ס"ח 2276.
 חוק השידור הציבורי, התשע"ד 2014, ס"ח 2471 (11.8.2014).
 חוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב–1982.
 חוק ייעול הליכי האכיפה ברשות ניירות ערך (תיקוני חקיקה), התשע"א–2011, ס"ח 205.
 חוק סיווג, סימון ואיסור שידורים מזיקים, תשס"א–2001.
 חוק רשות השידור, התשכ"ה–1965.
 כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומת בטלוויזיה), התשנ"ד–1994.
 כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (נטילת זמני שידור), התשס"ז–2007.
 כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (שיבוץ תשדירי פרסומת בשידורי טלוויזיה), התשנ"ב–1992.
 כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (שידורי תכניות טלוויזיה בידי בעל זיכיון), התש"ע–2009.
 כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (אישור מוקדם של תשדירי פרסומת), התשנ"ד–1994.
 כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (הליכים ותנאים לקבלת רישיון לשידורי טלוויזיה), התשנ"ב–2011.
 כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (הליכים למתן זיכיון לשידורי טלוויזיה), התשנ"ב–1992.
 כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (סיווג, סימון ואיסור שידורים מזיקים – מתן התראות), התשס"ג–2002.
 תזכיר חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, התשע"ד–2014.
 תקנות הבזק (זיכיונות), התשמ"ח–1987.
 תקנות הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (כספים), התשנ"ב–1992.

החלטות והודעות

"מועצת הרשות השנייה בקריאה לשר האוצר: פעל לאלתר לאפשר את המשך קיומו של ערוץ עשר לטובת כלל הציבור" **על שולחן המועצה** (מתפרסם באתר הרשות השנייה).
 "מועצת הרשות השנייה האריכה את זיכיון השידורים של ערוץ עשר עד סוף שנת 2012" **על שולחן המועצה** (מתפרסם באתר הרשות השנייה).
 החלטה 4027 של הממשלה ה-32 "ייעול ושיפור הרגולציה הממשלתית" (25.12.2011).
 החלטה 4228 של הממשלה "הקמת ועדת התדרים לפי סעיף 5 לפקודת הטלגרף האלחוטי (נוסח חדש), התשל"ב–1972" (09.11.2008).
 החלטה 708 של הממשלה ה-33 "טיוב, תיאום ושיפור הרגולציה הממשלתית" (25.8.2013).
 החלטה חק/2711 של ועדת השרים לענייני חקיקה "הצעת חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (תיקון - המרת חובות כספיים בהפקות מסוגה עילית), התשע"ב–2012" (10.06.2012).
 החלטה של מועצת הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו "מכרז לזכינות בערוץ השלישי" (27.11.2008).
 החלטה של מועצת הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (26.4.2009).
 הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו **הודעה** "החלטת מועצת הרשות על חילוט הערבויות לערוץ עשר ורשת בעקבות השימוע שקיימה בנושא אי תשלום חובות דמי זיכיון ותמלוגים" (14.8.2012).
 הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו **הודעה לעיתונות** "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).
 מכתב מיושב-ראש מועצת הרשות לחברי המועצה "ערוץ עשר – הארכת זיכיון" (15.10.2009).

פרוטוקולים

פרוטוקול 103 של ועדת הכספים של הכנסת "חוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת התקציב 2000) התש"ס-1999, סעיף 30 (תיקון חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו)" (29.2.2000).

פרוטוקול הוועדה המשותפת של הכנסת חינוך-כלכלה "הצעת חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (תיקון מס' 32) (הארכה בתנאים של זיכיון לשידורי טלוויזיה בערוץ השלישי והסדר חובות), התש"ע-2009" (5.1.2010).

פרוטוקול הוועדה המשותפת של הכנסת חינוך-כלכלה "הצעת חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (תיקון מס' 32) (הארכה בתנאים של זיכיון לשידורי טלוויזיה בערוץ השלישי והסדר חובות), התש"ע-2009" (19.1.2010).

פרוטוקול הוועדה המשותפת של הכנסת חינוך-כלכלה "הצעת חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (תיקון מס' 32) (הארכה בתנאים של זיכיון לשידורי טלוויזיה בערוץ השלישי והסדר חובות), התש"ע-2009" (12.3.2009).

פרוטוקול הוועדה המשותפת של הכנסת חינוך-כלכלה "תקנות הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (הארכת תקופת הזיכיון הראשונה בערוץ השלישי) (תיקון), התש"ע-2009" (25.11.2009).

פרוטוקול הוועדה המשותפת של הכנסת חינוך-כלכלה "תקנות הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (הארכת תקופת הזיכיון הראשונה בערוץ השלישי) (תיקון), התש"ע-2009" (27.10.2009).

פרוטוקול הוועדה המשותפת של הכנסת חינוך-כלכלה "תקנות הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (הארכת תקופת הזיכיון הראשונה בערוץ השלישי) (תיקון), התש"ע-2009" (26.10.2009).

פרוטוקול הוועדה המשותפת של הכנסת חינוך-כלכלה "תקנות הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (הארכת תקופת הזיכיון הראשונה בערוץ השלישי) (תיקון), התש"ע-2009" (7.12.2009).

פרוטוקול ועדת הכלכלה של הכנסת "הצעת חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (תיקון מס' 32) (הארכה בתנאים של זיכיון לשידורי טלוויזיה בערוץ השלישי והסדר חובות), התש"ע-2009" (3.12.2009).

פרוטוקול ועדת הכנסת כלכלה-חינוך "הצעת חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (תיקון מס' 32) (הארכה בתנאים של זיכיון לשידורי טלוויזיה בערוץ השלישי והסדר חובות), התש"ע-2009" (3.12.2009).

פרוטוקול ועדת הכספים של הכנסת "חוק ההסדרים במשק המדינה – סעיף 30 – תיקון חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו" (5.1.2000).

פרוטוקול ועדת הכספים של הכנסת מס' 964 "תקנות התקשורת (בזק ושידורים) (תמלוגים) (תיקון), התשע"ב-2013" (3.1.2012).

פרוטוקול ועדת הכלכלה של הכנסת "מצבו של ערוץ 10" (2.4.2003).

פרוטוקול 6379 של ישיבת ועדת הכלכלה של הכנסת ה-16 (13.4.2003).

פסיקה

בג"ץ 5872/07 איגוד מפיקי סרטים וטלוויזיה בישראל נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (פורסם בנבו), (27.10.2010).

בג"ץ 1633/11 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שר התקשורת (פורסם באתר בית המשפט העליון), (19.8.2012).

בג"ץ 10575/07 רשת-נגה בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (נידון בבג"ץ איגוד מפיקי סרטים).

בג"ץ 10949/07 שידורי קשת בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (נידון בבג"ץ איגוד מפיקי סרטים).

דוחות וחוות דעת

"הארכת זיכיון לשידורי טלוויזיה בערוץ השלישי – ערוץ עשר" חוות דעת של היועץ המשפטי של הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (13.8.09).

"טיוב, תיאום ושיפור הרגולציה הממשלתית" **הצעה להחלטה** (נוסח מתוקן חמישי מיום 21.8.2013).
"מדריך ממשלתי לתורת הערכת השפעת רגולציה (RIA – Regulatory Impact Assessment)" טיוטה להערות (מרץ 2013).

"שימוע ציבורי באשר למדיניות המוצעת לשיפור המגוון והתמהיל של השידורים" (פורסם באתר הרשות, ינואר 2014).

הוועדה לבחינת האסדרה על שידורים מסחריים **דוח ביניים וקול קורא להתייחסות ומענה למידע נוסף** (אוגוסט 2014) ("ועדת שכטר").

הוועדה לבחינת שידורי הטלוויזיה של הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו ("ועדת שחם") **המלצות הוועדה** (24.12.2013).

הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו **דו"חות** לשנים 2005-2011.

ועדת תורג'מן לבחינת עמידת ערוץ עשר בתנאי הזיכיון **דו"ח הוועדה** (2008).

מבקר המדינה **דו"ח שנתי 60 לשנת 2009** (2010).

משרד האוצר "התכנית הכלכלית לשנים 2013-2014: שינויים מבניים, מצרפי התקציב והרכב התקציב" (מאי 2013).

עיתונות

אברבך לי-אור "יוסי ורשבסקי, מנכ"ל ערוץ 10, התפטר מתפקידו" **גלובס** 31.5.2012.

אברבך לי-אור "רגע היסטורי: ערוץ 10 הגיש בקשה לרישיון" **גלובס** 30.12.2013.

גרינצוויג אמילי "היוצרים דורשים להגביר את הפיקוח על חובות התוכן של הטלוויזיה המסחרית" **הארץ** 24.5.2012.

טוקר נתי "זכייניות הטלוויזיה על ההתייעלות ברשות השנייה: אנו מממנים פיצויי פרישה מוגזמים" **דה-מרקר** 20.8.2014.

קינן עידו "רשת מצפצפת על הרשות השנייה" **העין השביעית** 29.10.2013.