

תאגידיים עירוניים - תכלית ומהות

מאת

ד"ר אבי וינרוט, עו"ד

תוכן עניינים

33	א. מבוא
43	ב. זיקת החברה העירונית לרשות המקומית
43	1. הקמת החברה העירונית
47	2. מניות ודיווח
48	3. איוש מועצת המנהלים של התאגיד העירוני
50	4. שכר חברי מועצת המנהלים של התאגיד העירוני
51	ג. חובות האמון בחברה עירונית - לעומת חובות האמון בחברה רגילה
58	ד. חברה עירונית לשם מה?
60	ה. תחולת המשפט המינהלי על חברה עירונית
78	ו. סיכום

תאגידי עירוניים - תכלית ומהות

א. מבוא

בשנים האחרונות הועבר חלק ניכר מפעילות השלטון המקומי לידי חברות עירוניות¹.

חברות אלו הן בגדר "חי הנושא את עצמו", הן פועלות כאישיות משפטית נפרדת ומתנקזת אליהן פעילות ענפה².

¹ במונח תאגידי עירוניים נתייחס הן לתאגידי המוקמים על-ידי עיריות והן לתאגידי המוקמים על-ידי מועצות מקומיות או אזוריות.

כמו כן התייחסותנו במונח זה תהא הן לחברות והן לתאגידי אחרים (כגון: עמותות, קרנות לפיתוח, אגודות שיתופיות או הקדשים ציבוריים לפי חוק הנאמנות, תש"ט-1979, איגודי ערים לפי חוק איגודי ערים, תש"ו-1955, וכולם יקראו להלן בשם התואר: "תאגיד עירוני" או "חברה עירונית").

² ב-בג"צ 3250/94 אורן ואח' נ' מועצת עיריית פתח תקווה ואח', פ"ד מ"ט(5) 17, מבהיר כבי השופט חשין בפסקה מ"ז: 6:

"הקמתה של חברה הנתונה לשליטתה של עיריה נועדה, בין השאר, להקל על העיריה בביצוע תפקידיה ולשחרר פעילויות מסויימות מהצורך להתמודד עם מנגנון ביורוקרטי המאפיין מנגנון ציבורי באשר-הוא. ראו, למשל: פרופ' י' גרוס, "דירקטורים ונושאי משרה בחברה" (המכון למחקר עסקים בישראל, התשמ"ט-1989), 543 ואילך; סקר חברות עירוניות, דו"ח מסכם שראה אור מטעם המינהל לשלטון מקומי במשרד הפנים, בעריכת מגמה יועצים לניהול ותכנון - מייק וייל, סיוון תש"ן - יוני 1990. ומשידענו שככלל אין טובה בלא עקבה, נדע אף זאת שהקמתה של חברה בידי עיריה נושאת מאליה בשובה אף בעיות וקשיים, משפטיים ושאינם משפטיים. הנה-כי-כן, תאגיד עירוני נועד, ככלל, לשמש כלי בידי עיריה לביצוע משימות המוטלות עליה, מעין זרועה הארוכה של העיריה. בה-בעת, תאגיד עירוני הינו אישיות משפטית הנושאת את עצמה, והרי בעיקר מטעם זה אומרת עיריה להקימו. מרגע התהוותו קונה תאגיד עירוני - ככל אחיו התאגידי - זכויות וסמכויות לעצמו, נושא הוא בחובות לעצמו, ואין רואים בו מחלקה ממחלקות העיריה. דואליות גנטית זו השוכנת בתאגיד עירוני יוצרת מטבע הדברים - מכל מקום עלולה היא ליצור - מתח פנימי: מתח בין העיריה לבין התאגיד, ומתח בתוככי העיריה והתאגיד עצמם. בייחוד כך פני הדברים, ביודענו כי תאגיד עירוני, על-פי עצם הגדרתו, אמור לעסוק בנושאים הנתונים לסמכותה של העיריה אף-היא. מתח זה, כדרכו של עולם, מציב קשיים על דרכם של חברי מועצה ועובדי עיריה הממלאים תפקידים בתאגיד עירוני, ומערכת סבוכה זו של יחסים הדדיים בין גופים ואנשים - בעיריה ובתאגיד - מחייבת מעצמה קביעתה של מערכת נורמות להסדרי-התנהגות ויחסי-סמכויות, כדי שהטובה בהקמתו של תאגיד לא תהפוך רעה. ראו, למשל, סקר חברות עירוניות שהזכרנו לעיל, העומד בין השאר על האמביוולנטיות המובנית בקיומם של תאגידי עירוניים."

תופעה זו, של העברת פעילות לחברות עירוניות, נובעת מן הרצון לפעול באמצעות כלים גמישים ויעילים, והיא חלק מהליך ההפרטה, כשהכוונה היא להפרטה במובנה המרוכך יותר.

הליך ההפרטה, יותר משהוא הליך יזום, הוא שינוי קונספטואלי ומחשבתי המחלחל והולך. ההפרטה היזומה נעשית באופן של העברת פעילויות לגורמים פרטיים והוצאתם כליל מידי המינהל הציבורי, תמורת תשלום. ההפרטה תורמת על-כן להונה של הרשות בעת המכירה, והיא תורמת ליעילות הפעילות שהועברה לידיים פרטיות, אבל הפעילות יוצאת לגמרי משליטת הרשות הציבורית ועל כן יש רתיעה ממנה.

לעומת זאת, ההפרטה במובן המרוכך יותר של מובן זה מבוצעת על-ידי כך שהמינהל עצמו נעזר בגופים פרטיים, הנשלטים על ידו.

העברה זו אינה מכניסה הון לרשות המינהלית בעת ההעברה, שהרי אין המדובר במכירה. הגוף הפרטי המנהל את הפעילות אינו ממש גוף פרטי, שהרי על-אף שמדובר בחברה בע"מ, היא נשלטת על-ידי הרשות ומנוהלת על ידה, ועם זאת יש כאן שילוב ראוי בין שליטה ופיקוח של הרשות לבין גוף משפטי המסוגל לפעול באופן יעיל וגמיש.

השופט זמיר בספרו³ מבהיר בהקשר זה:

"לאחרונה מתחזקת המגמה של רשויות מינהליות להסתייע בתאגידיים פרטיים לצורך ההפעלה של סמכויות מינהליות.

מגמה זו נובעת, מצד אחד, מן הריבוי והגיוון של תפקידי המינהל, הנעשים מורכבים ומקצועיים יותר ויותר.

³ פרופ' י" זמיר, "הסמכות המינהלית" כרך א' (נבו, הוצאה לאור, 1996), בעמ' 451.

מצד שני, היא משקפת גם את השינוי בתפיסה המדינית המבקשת לצמצם את המינהל הישיר ולהתמקד במינהל העקיף, כלומר להעדיף הכוונה ופיקוח על מתן שירותים על-ידי המינהל הציבורי.

העברת שירותים שונים מן המינהל הציבורי אל תאגידים פרטיים, בדרך של הפרטה היא ביטוי אחד לתפיסה זאת, הסתייעות בתאגידים פרטיים לצורך מתן שירותים על-ידי המינהל הציבורי היא ביטוי נוסף לאותה תפיסה.

במקרה של העברת פעילות מידי הרשות המקומית לחברה העירונית, נותרת הרשות בתמונה, הן מכיוון שהיא רשאית להמשיך ולעסוק בעצמה, במקביל לחברה העירונית, בכל הנושאים שלשמש יסדה את החברה העירונית, והן מכיוון שהיא שולטת בחברה העירונית עצמה.

בהקשר הזה יש לזכור כי קיימת לרשות הציבורית אופציה שלישית של הסתייעות בגוף פרטי, כאשר הסמכות נותרת בידי הרשות והגוף הפרטי, הפועל באופן עצמאי לחלוטין מהווה רק כוח עזר בידי הרשות. דוגמא מובהקת לכך נדונה בעניין פיליפוביץ'⁴. בעניין זה החליט רשם החברות כי חלף מתן שירות מצומצם, איטי, בשעות פתיחה מוגבלות, בערים מסוימות בלבד, שלא ענה על צרכי השוק, תועבר מלאכת אספקת המידע מספרי רשם החברות ומלאכת הספקת תדפיסים של התמצית הממוחשבת, לידי גופים פרטיים, שיפעילו לשכות שירות לאספקת מידע בכל הארץ, ואף יספקו מידע ישירות למחשב האישי של הצרכן, במשרדו או בביתו, תמורת תשלום.

במקרה זה הותירה הרשות בידיה את הפיקוח על השירות לציבור, היא גם זו שביצעה את הרישומים. ואולם, השירות של הספקת המידע לציבור הועבר לחברה פרטית.

⁴ בג"צ 2303/90 פיליפוביץ' נ' רשם החברות, פ"ד מו(1) 410.

הפסיקה נדרשה לעניין זה, מכיוון שתפקיד וסמכות שרשות שלטונית מקבלת על-פי דין חייבת היא לבצע בעצמה, והיא אינה רשאית - בהעדר הסמכה שבדין - לאצול את סמכותה לזולת.

התעוררה השאלה הכיצד זה יכול רשם החברות להיעזר בגוף פרטי?

בית-המשפט העליון נדרש, בהקשר זה, לבצע הבחנה בין שני מוסדות קרובים ביותר: האצלה של סמכות לאחר, שלגביה חל הכלל לפיו אין המאציל משתחרר מסמכותו עת שהוא נעזר באחרים, לבין מוסד ההעזרות באחרים שאינה עולה כדי האצלה.

בשני המקרים הרשות נותרת בעלת הסמכות ונעזרת באחרים. מהי אפוא ההבחנה?

השיב על כך בית-המשפט העליון, כי התשובה טמונה במישור שיקול-הדעת.

מקום שבו מדובר בתפקיד שיישומו דורש שיקול-דעת, הרי שהמשמעות של העברה לזולת היא האצלת סמכות, הטעונה אישור של המחוקק.

לעומת זאת מקום שבו הרשות מותירה בידיה את שיקול-הדעת ומעבירה לאחרים רק פעילות טכנית, שאינה דורשת שיקול-דעת, הרי שמדובר בהיעזרות בזולת, והדבר מותר.

לנוכח קיומה של אופציה זו, נשאלת השאלה: מדוע יצר המחוקק את החברה העירונית, שהקמתה טעונה, כפי שנראה להלן, את אישור שר הפנים, ולא הסתפק בהיעזרות פשוטה בתאגידי פרטיים, שאינה טעונה אישור של איש?⁵

⁵ התשובה לשאלה זו אינה יכולה להיתחם במישור הכספי בלבד, לאמור כי בחברה עירונית הרווחים נותרים בידי התאגיד ומועברים לרשות המקומית, ואילו כאשר גוף פרטי מבצע את הפעילות הרי שהוא זה שגורף את הרווחים. זאת מכיוון שאת המישור הכלכלי ניתן להסדיר על-ידי כך שהאצלה תיעשה על דרך של מכירת זיכיון תמורת סכום כספי או תמלוגים שוטפים וכיו"ב.

התשובה היא פשוטה: מטרת המחוקק היתה לאפשר לרשות המקומית להעביר גם את מתחם שיקול-הדעת לחברה העירונית. זוהי אינה העזרות טכנית, אלא העברת תחומי עיסוק שלמים, לרבות הפעלת שיקול-דעת לגביהם, לתאגיד העירוני, כאשר הרשות המקומית מפקחת עליו.

ועדיין נשאלת השאלה: חברה עירונית מדוע ולמה, הן המחוקק יכול להסתפק בהסמכת הרשות המקומית להאציל סמכויות לגופים פרטיים שאינם תאגידיים עירוניים, שהרי יש לזכור כי כאשר קיימת הסמכה מפורשת של המחוקק, רשאית הרשות גם להאציל סמכות, לרבות במישור שיקול-הדעת, לגוף אחר?⁶

נראה כי המחוקק העדיף את המתכונת של חברה עירונית על פני אצילת סמכויות לגופים פרטיים בעיקר מכיוון שבמסגרת של האצלת סמכויות לגוף פרטי, תהא לעולם מידת הפיקוח על-ידי הרשות מצומצמת יותר מאשר בתאגיד עירוני. זאת מכיוון שפיקוח על גוף פרטי הוא בדרך-כלל פיקוח שלאחר מעשה ואילו בתאגיד עירוני הפיקוח הוא בשעת מעשה, שהרי נציגי הרשות המקומית הם אלה אשר ממונים על קבלת ההחלטות בתאגיד העירוני.

העברת פעילות לחברה העירונית היא אפוא הרבה יותר מאשר העזרות טכנית בגוף פרטי - מכיוון ששיקול-הדעת מועבר אליה.

העברת פעילות לחברה העירונית היא הרבה פחות מאשר הפרטה, שהרי החברה העירונית נשלטת על-ידי הרשות המקומית, והאחרונה גם משאירה בידיה את הסמכויות לפעול באותו תחום במקביל לחברה העירונית.

⁶ לעניין זה ראה: ב-בג"צ פיליפוביץ' הני"ל (ה"ש 4 לעיל), בעמ' 424-425:

"במצב הדברים הרגיל, בו משתמעת הסמכות של רשות שלטונית לאצול את סמכותה לאחר, תהא זו האצלה לעובד מדינה אחר. הטעם לכך נעוץ בעובדה שעובד המדינה הנאצל, אף הוא חלק מהמסגרת השלטונית, נתון לפיקוח מינהלי כללי, וכפוף לכללי אתיקה ומשמעת של השירות הציבורי. נדרשות נסיבות מיוחדות המאפשרות הסקה (משתמעת) של תכלית חקיקתית, המאפשרת אצילה לגורם פרטי."

מכאן כי כאשר קיימת הסמכה מפורשת אין מניעה להאציל סמכות - אף לגוף פרטי, ואכן כך מנתח את הדברים פרופ' זמיר בספרו הני"ל (ה"ש 3 לעיל) כרך ב', בעמ' 562.

העברת פעילות לחברה העירונית היא פחות מאשר האצלה לגוף פרטי, שכן החברה העירונית נשלטת על-ידי הרשות המקומית ומנוהלת מטעמה, בשעת מעשה, ולא רק בפיקוח שלאחר מעשה.

החברה העירונית מהווה אם כן, דרך ביניים, בין הפרטה מלאה לבין פעילות במסגרת הרשות עצמה, כשהידיים יד גוף פרטי והקול הוא קול הרשות הציבורית.

החברה העירונית היא אפוא יצור כלאיים מיוחד במינו, שבמסגרתו פועל גוף פרטי בתחומים של מתן שירות לציבור, מפוקח על-ידי הרשות הציבורית ועם זאת יש לו חיות משל עצמו, שיקול-דעת עצמאי ומדובר ככלות הכל בחברה פרטית שהוקמה ככזו במכוון לשם ניהול התאגיד כגוף פרטי.

פרופ' זמיר מצוין בהקשר זה⁷:

"הרשות המינהלית והתאגיד הפרטי נראים, במבט ראשון, כמו יצורים שבאו מעולמות שונים. הרשות המינהלית מדברת מעמדה של מרות, ונתנת הוראות המשנות את הזכויות והחובות של אחרים, למטרות ציבוריות. לצורך זה היא משתמשת במכשירים של המשפט הציבורי, קרי, סמכויות מכוח חוק. התאגיד הפרטי מנהל משא ומתן כשווה בין שווים, כדי להשיג הסכמה, בדרך-כלל למטרות עסקיות. לצורך זה הוא משתמש במכשירים של המשפט הפרטי, ובעיקר חוזים."

והנה, במקרה דנא מדובר בהעברת פעילות מתחום המשפט הציבורי לתחום המשפט הפרטי, ועשיית שימוש בחברה, המוקמת כחברה פרטית לצורך ביצוע תחומי עיסוק שונים, שעליהם מופקדת הרשות המקומית מכוח החוק.

⁷ בספרו הני"ל (כרך א'), עמ' 427.

העברה זו יוצרת מורכבות שיש לתת אליה את הדעת. כך למשל לגבי חברה פרטית הכלל הבסיסי הוא כי אמת-המידה המרכזית החייבת לעמוד בראש מעייני מנהליה בהתוויית דרכה - היא טובת החברה ובמיוחד השאת רווחיה⁸. האם זהו הכלל גם בחברה העירונית?

האם יש להימנע בחברה עירונית מפעולות בלתי-כלכליות לטובת הציבור, בהיותה חברה פרטית? התשובה האינסטינקטיבית היא - לא. לאמור: כי בחברה זו פועלים גם באופן בלתי-כלכלי לטובת הציבור. אך אם כן, האין הדבר נוגד את הפעילות באמצעות חברה פרטית?⁹

בהקשר זה יש לזכור כי חברה עירונית מוגדרת בסעיף 21 לחוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985 כ"חברה שיותר ממחצית כוח ההצבעה או הזכות למנות יותר ממחצית מספר הדירקטורים שלה הם בידי רשות מקומית או בידי רשות מקומית יחד עם המדינה או עם חברה עירונית אחרת או חברה בת עירונית". ומכאן כי בחברה עירונית עשויים להיות גם שותפים בשיעור של 49% מהון המניות או בכוח ההצבעה בחברה, שהינם גופים פרטיים. האם יתכן לקיים פעילות בלתי-כלכלית גם כאשר מדובר בחברה שבהחלק מן השותפים הם גורמים פרטיים?

מעבר לכך, החברה העירונית מזכירה לנו מאוד את החברה הממשלתית, המהווה אף היא יצור כלאיים בהיותה חברה פרטית מחד גיסא וכלי לביצוע פעילות של

⁸ פדופ' א' פרוקצ'יה, במאמרו "הבעלות על הפירמה וסייגה" משפטים כב(2) 301, מציין בעמ' 344 כי ה"מטה תאוריה" המאפיינת את דיני החברות כלולה בשורש האטימולוגי של החברה.

"המילה האנגלית 'company' גזורה מן הקידומת 'comi' שפירושה 'ביחד' ומן המילה הלטינית 'panis' - לחם. החברה היא איפוא הארגון שבו מסבים לשולחן אחד ובוצעים לחם. נדמה אותה איפוא לאכסניה של סועדים... קודם כל, אין בה מקום אלא לסועדים בלבד. אלה שאין להם מקומות סביב לאותו שולחן אינם זכאים להשתתף בסעודה. מכאן פשר הספקנות באשר למוסד הפילנטרופיה התאגידית. המזון המוגש בסעודה הוא לחם (panis). מטרת הסעודה היא לשבור את הרעב. אין לה מטרת רוחניות, כלל-חברתיות או כלל-אנושיות. מכאן המגמה של השאת רווחי החברה כפונקציה המטרה הלגיטימית - היחידה - של קיום תאגיד".

⁹ אילו רצתה הרשות המקומית לקיים פעילות פילנטרופית היה בידה להקים עמותה. עצם העובדה שמוקמת חברה ולא עמותה מלמדת לכאורה כי מדובר בפעילות לשם מטרת רווח.

הרשות הציבורית מאידך גיסא¹⁰. לגבי חברה ממשלתית קובע סעיף 4 לחוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975:

(א) "חברה ממשלתית תפעל לפי השיקולים העסקיים שעל-פיהם נוהגת לפעול חברה לא ממשלתית זולת אם קבעה לה הממשלה, באישור הוועדה (ועדת הכספים של הכנסת - ו' א') שיקולי פעולה אחרים.

הוראה זו לא תחול על חברה ממשלתית שמסמכי היסוד שלה אוסרים חלוקת רווחים.

(ב) בחברה ממשלתית שאחת ממטרותיה היא לספק לציבור מצרכים או שירותים, שלא על מנת להפיק רווחים, רשאית הממשלה להחליט שתפעל בהשגת מטרה זו לפי הכללים המחייבים אדם הממלא תפקיד ציבורי על-פי הדין."

כלומר, בחברה ממשלתית הכלל הרחב הוא כי יש לפעול באופן כלכלי בלבד וכדי לעסוק בפעילות גרעונית לרווחת הציבור יש צורך באישורים מיוחדים.

האם חלה נורמה זו אף לגבי החברה העירונית, או שמא לאו?

המחוקק הסדיר את אופן הקמת החברה העירונית ואת אופן איושה, אך בניגוד למעשהו ביחס לחברות הממשלתיות לא מצא לנכון לומר מילה וחצי מילה בדבר דרך ניהולה של החברה העירונית, לבד מהוראה מסויימת המתייחסת לחובות

¹⁰ בהקשר זה יש לזכור כי חלק מן החברות העירוניות, נחשבות גם לחברות ממשלתיות, שכן סעיף 61 לחוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975 קובע: "לעניין חוק זה יראו כחברה ממשלתית גם... (2) חברה שמחצית מכוח ההצבעה באסיפותיה הכלליות או הזכות למנות מחצית ממספר הדירקטורים שלה הם בידי המדינה, ורבע לפחות מכוח ההצבעה או הזכות למנות רבע לפחות ממספר הדירקטורים הם בידי רשות מקומית או חברה שבשליטתה." מכיוון שכך, הרי שקשה להניח כי ביחס לחלק מן החברות העירוניות תחול נורמה זו וביחס לחלק אחר לא תחול נורמה זו.

האמון בחברה זו, שאליה עוד נתייחס להלן. מעבר לכך אין לנו אינדיקציה, בדומה לסעיף 4 לחוק החברות הממשלתיות.

האם ניתן להקיש מסוגיה אחת לרעותה? אם לא, מהו ההגיון להבחין בין חברה ממשלתית, שאליה מנותבת פעילות ברמה הלאומית, על-ידי הממשלה, לבין חברה עירונית, שאליה מנותבת פעילות ברמה המקומית? הן ביסודן אלו חברות עם תכליות דומות.

כך למשל לא ברור האם פעילות שמנתבת רשות מקומית לחברה עירונית חייבת במכרז, בדומה לחובת המכרז המוטלת על הרשות המקומית עצמה¹¹.

לא זו בלבד שהעניין אינו מוסדר בחוק, אלא שהפסיקה לגבי אמביוולנטיות, כפי שעוד נראה להלן.

הדברים לא ברורים, על-אף ששאלה זו עומדת בבסיס הקיום של החברה העירונית, שהרי אם חברה עירונית חייבת לנהוג לפי אותן נורמות ומגבלות של הרשות המקומית עצמה, ובכל איוש של משרה, רכישה של ציוד וביצוע פעילות היא כפופה לחובת המכרז, תישאל השאלה "אם כן למה זה אנוכיי?" - למה צריך חברה עירונית בכלל ובמה היא עדיפה על מחלקה הפועלת במסגרת הרשות המקומית? מצד אחד כל התכלית של פעילות באמצעות גוף מן המשפט הפרטי היא לאפשר לו חופש פעולה וגמישות מרבית ואילו חובת המכרז מקשה ומסרבלת.

מאידך גיסא, היה והדלת תיפתח לרווחה בלא שום סינון ואמת-מידה, הרי שנוצר סיכון מוחשי לכך שהרשות המקומית תפטור עצמה מחובת המכרז על-ידי ניתוב פעילויותיה לחברה עירונית.

¹¹ הרשות המקומית היתה חייבת במכרז עוד בטרם חקיקת חוק חובת מכרזים, תשנ"ב-1992, וזאת מכוח החקיקה הספציפית ביחס לרשויות מקומיות. לעניין זה ראה: סעיף 197 לפקודת העיריות [נוסח חדש] (להלן: "פקודת העיריות"): "לא תתקשר עיריה בחוזה להעברת מקרקעין או טובין, להזמנת טובין או לביצוע עבודה אלא על-פי מכרז פומבי"; לעניין זה ראה עוד תקנות העיריות (מכרזים), התשמ"ח-1987; וכן חוק הרשויות המקומיות (מכרזים משותפים), תשל"ב-1972.

יש לזכור כי המכרז אמור לחסוך כספים לרשות המקומית, למנוע שחיתויות ושרירות לב, וממילא מתן פתח לעקיפתו - עלול להיות בלתי-רצוי ומזיק, לא פחות מההכפפה לחובת המכרז.

קיים איפוא דיסוננס בין מגמות שונות ושיקולים נוגדים ויש למצוא נקודת איזון הולמת לגביו.

כמו-כן, לא ברור האם כפופות חברות עירוניות לכללי המשפט הציבורי ובאיזו מידה.

כך למשל, מקום שבו עיריה מעבירה את הטיפול ברשת בתי-הספר העירוניים לניהולה של חברה עירונית. האם יתכן כי משמעותו של מעשה זה היא מעין הפרטה גם במישור הנורמטיבי ומכאן ואילך אפשר להפלות בין תלמידים שונים ולהחליט כי לבית-ספר מסויים לא יתקבלו ילדים משכבה סוציו-אקונומית מסויימת? התשובה האינסטינקטיבית היא כי לא יעלה על הדעת כדבר הזה. אך אם כן, האם המסקנה היא כי חלה חובת השוויון באופן מלא גם על חברה עירונית - דבר שיוליך כשלעצמו להחלת חובת המכרז, שבבסיסה עומד הצורך במתן הזדמנות שווה לגורמי השוק להציע הצעות?

והאם חייבת החברה העירונית לנהוג בסבירות, האם חלה עליה חובת הנמקה, וכיו"ב נורמות בסיסיות מן המשפט המינהלי?

בשאלות אלה נעסוק להלן.

ב. זיקת החברה העירונית לרשות המקומית

החברה העירונית קשורה בטבורה לרשות המקומית, החל מלידתה עובר באיוש התפקידים בה, וקביעת שכר בעלי התפקידים וכלה בהפעלתה של החברה. סקירת הוראות החקיקה בעניין זה מוליכה למסקנה כי למעשה מנוהלת החברה העירונית על-ידי מועצת הרשות המקומית. לדבר זה תהיינה כמובן השלכות בנוגע לנורמות שיחולו על החברה העירונית.

(1) הקמת החברה העירונית

חברה עירונית מוקמת על-ידי החלטה של מועצת הרשות המקומית¹², ודבר זה נכלל בגדר סמכויותיה של הרשות המקומית.

סעיף 249 לפקודת העיריות [נוסח חדש] מונה את סמכויותיה של העיריה. בשלהי סעיף זה נכללה הסמכה ליסוד תאגיד עירוני. לתאגיד זה ניתן להעביר כל פעילות שהיא בגדר סמכויות העיריה ותפקידיה.

סעיף 249(30) לפקודת העיריות קובע:

"סמכויותיה של עיריה הן:

לייסד חברה, אגודה שיתופית או כל אגודה אחרת לבל מטרה שהיא בגדר סמכויות העיריה ותפקידיה, לרכוש מניות או ניירות ערך או זכות הנאה אחרת של כל חברה, אגודה שיתופית או אגודה אחרת, שמטרותיה מסייעות, לדעת המועצה, להשגת כל מטרה כאמור, ולנהוג בהם דרך בעלים."¹³

¹² סעיף 4 לצו העיריות (הקמת תאגידים), תשי"ם-1980 (להלן: "צו הקמת תאגידים").
¹³ סעיף מקביל קיים בצו המועצות המקומיות (א), תשי"א-1950, סעיף 146א; צו המועצות המקומיות (ב), תשי"ג-1953, סעיף 140(1); צו המועצות המקומיות (מועצות אזוריות), תשי"ח-1958, סעיף 63(א)(11).

תנאי לייסוד התאגיד העירוני הינו אישורו של שר הפנים לכך¹⁴.

בהקשר זה קובע סעיף 1 לצו הקמת תאגידים כדלהלן:

"לא תייסד עיריה חברה, חברת בת, אגודה שיתופית או כל אגודה אחרת (להלן - תאגיד), לכל מטרה שהיא בגדר סמכויות מועצת העיריה (להלן - המועצה) ותפקידיה, ולא תרכוש מניות או ניירות ערך או זכות הנאה אחרת של כל תאגיד שמטרותיו מסייעות, לדעת המועצה, להשגת כל מטרה כאמור ולא תנהג בהם דרך בעלים, ולא תהיה חברה בעמותה אלא כאישוד שר הפנים ובתנאים שהוא קבע."

העברת פעילות מידי העיריה לידי התאגיד העירוני בעניין אספקת שירותים שהם בסמכות העיריה - טעונה אף היא אישור שר הפנים.

בעניין זה אף קובע סעיף 6(5) לצו הקמת תאגידים כי הצורך באישור שר הפנים ביחס לכל החלטה בנושאים מסויימים, ובכללם הספקת שירותים שהם בסמכות העיריה על-ידי התאגיד, תיכלל במסמכי ההתאגדות של התאגיד העירוני¹⁵.

עוד נקבע בסעיף 6 לצו הקמת תאגידים כי לא ינתן אישור שר הפנים להקמת התאגיד העירוני, אלא אם כן נכלל בתזכיר ובתקנות הוראת לפיהן טעונה אישור שר הפנים גם החלטות בדבר הקמת חברת בת או סניף לתאגיד, יסוד או התמזגות עם תאגיד אחר, הגדלת הון מניות רשום, או שינוי בתזכיר או בתקנון התאגיד, וכן תשלום שכר או כל תמורה אחרת לחברי המועצה או לעובדיה אשר יכהנו בתאגיד כנציגי העיריה.

¹⁴ ב-ע"א 65/85 עיריית נתניה נ' נצ"ב נתניה בע"מ, פ"ד מ(3) 29, בעמ' 63, הותר בית-המשפט העליון בצריך עיון את השאלה אם אישור שר הפנים חייב להינתן מראש או שהוא יכול להינתן גם למפרע, תוך "הכשרת" יסודה שנוצרה ללא אישור.

¹⁵ נראה כי המקום הגיאומטרי הראוי להוראה זו, הנוגעת לעצם ההעברה של פעילויות עירוניות מסויימות מהרשות המקומית לתאגיד העירוני, לא היה צריך להיות במסמכי ההתאגדות של התאגיד העירוני, אלא בפקודת העיריות.

עם זאת יש לזכור כי על-אף הצורך בקבלת אישור שר הפנים, הרי שאישור זה אינו תנאי מתלה לקיומה של החברה ולתוקף פעולותיה. מקום שבו לא ניתן אישור שר הפנים הרי שהעיריה עשתה מעשה בלתי-חוקי, המהווה אך עילה לתביעת פירוק כנגד התאגיד העירוני מטעמי צדק ויושר¹⁶, אך כל עוד החברה לא פורקה היא בבחינת גוף משפטי קיים, שיש תוקף מלא לפעולותיו.

ב-ע"א 65/85 עיריית נתניה נ' נצ"ב נתניה בע"מ¹⁷ הקימה עיריית נתניה את חברת נצ"ב נתניה בע"מ, השייכת לעיריה, כדי שזו תשמש כנאמן של העיריה לצורך ביצוע עסקת נדל"ן. העיריה הקימה את החברה על מנת להתחמק מהצורך לבקש ולקבל את אישור שר הפנים לעסקת הנדל"ן. מכיוון שזו היתה סיבת הפעילות באמצעות חברה, אך טבעי הוא כי גם הקמת חברת נצ"ב נעשתה בלא לקבל אישור שר הפנים. לימים, משהסתבכה העסקה, טענה העיריה כי חברת נצ"ב היתה חברה פרטית, שלא היתה מוסמכת לחייב את העיריה ולחתום על הסכמים מטעמה. בנוסף נטען כי החברה לא היתה חברה עירונית בהעדר אישור שר הפנים, וכי ההסכמים שנגעו לנדל"ן נגועים אף הם באי-חוקיות בהעדר אישור שר הפנים. בית-המשפט דחה טענות אלו אחת לאחת ובכלל זה התייחס גם לשאלת קיומה של חברה עירונית שנוסדה בלא אישור שר הפנים.

כב' השופט (כתארו אז) ש' לויך הגיע למסקנה כי פעולות החברה תופסות ומחייבות וציין:

"מחד גיסא, ניתן לטעון, כי לא היה זה בגדר "סמכויותיה" של העיריה להקים את החברה; מאידך גיסא, הוקמה החברה בפועל ולפי סעיף 22 לפקודת החברות [נוסח חדש], תשמ"ג-1983 (הזהה בתוכנו לסעיף 18(4) לפקודת החברות בנוסחה המקורי), 'מיום ההאגד שצויין בתעודת ההאגד תהיה החברה תאגיד, כשר לכל זכות, חוכה ופעולה משפטית'. עוסקים

¹⁶ סעיף 5(2)257 לפקודת החברות [נוסח חדש], תשמ"ג-1983.

¹⁷ ה"ש 14 לעיל, שם בעמ' 63 ו-64.

אנו בבריה, שלידתה אינה בטוהרה, ואף-על-פי-כן היא באה לעולם, כאותו "ילד בלתי-חוקי", שלמרות נסיבות הולדתו אין להתעלם מקיומו. אכן, יש להניח, שבהעדר אישורו של שר הפנים יכול שהחברה תפורק על יסוד בקשה שתוגש לפי סעיף 257(5) לפקודת החברות [נוסח חדש]; וראה לשם השוואה:

R.R. PENNINGTON, COMPANY LAW (LONDON 5TH ED. 1985) 42-43,

לעניין הגשת בקשה לפירוק חברה עקב אי-חוקיות מטרותיה. התוצאה היא, שגם אם העיריה לא הייתה מוסמכת לייסד את החברה, ניתן בידה ה"כוח" לייסדה...

הפועל היוצא מן האמור לעיל הוא, שפעולתה של החברה תופסת ומחייבת, שכן העיריה הצליחה להביא לאוויר העולם תאגיד חי ופעיל, שכוחו עמו להתקשר בחוזה, כל עוד לא ניתן עליו צו פירוק בהליכים המתאימים...

ואם אמנם יכלה החברה לפעול, כל עוד לא פורקה, כי אז אין לומר, שאישורו של שר הפנים לייסוד החברה היה תנאי מוקדם להתקשרות."

(2) מניות ודיווח

מניותיה של החברה העירונית רשומים על שם הרשות המקומית או על שם ראש העיר, סגניו או עובדי עירייה תוך נקיבת תפקידם בלבד (ex officio)¹⁸.

דבר זה מביא לידי כך שהאסיפה הכללית של החברה, שהיא הגוף העליון בעולמה של חברה, נשלטת על-ידי הרשות המקומית.

כמו-כן, רווחי החברה העירונית, אם יחולקו כדיבידנד, יועברו ברובם לקופת הרשות המקומית, שהיא בעלת רוב המניות בתאגיד זה.

כמו-כן, בדומה למתכון שאותו ראינו לעיל, לפיו החברה העירונית מוקמת בדברה של מועצת הרשות המקומית, וטעונה אישור שר הפנים, ובדומה להחלטות אחרות הנוגעות להון הרשות המקומית, הדין הוא כי ראש העיר חייב להגיש למועצת העיר, לפחות פעם אחת בשנה, דין וחשבון על מצב התאגיד, והמועצה תקיים דיון על הדין וחשבון. העתק הדין וחשבון ופרוטוקול מישיבת המועצה שבו נידון מועבר לשר הפנים¹⁹.

מדובר איפוא בתאגיד המקבל לידיו סמכויות של הרשות, מוקם על-ידי הרשות ומוחזק על-ידי הרשות. הונה של החברה העירונית נחשב לחלק מהון הרשות המקומית, וענייניה נדונים במועצת הרשות המקומית ועוברים לעיונו של שר הפנים.

¹⁸ סעיף 2 לצו הקמת תאגידים. לא ניתן היה להסתפק ברישום המניות על שם העירייה והתעורר לעיתים צורך גם ברישום חלק מהמניות על שם בעל תפקיד בעירייה, לנוכח הצורך בשני בעלי מניות לפחות בחברה, בהתאם לסעיף 3 לפקודת החברות [נוסח חדש], תשמ"ג-1983.

¹⁹ סעיף 5 לצו הקמת תאגידים.

(3) אירוש מועצת המנהלים של התאגיד העירוני

סעיף 249א(1) לפקודת העיריות קובע כי "מועצת העיריה תקבע את נציגיה בגוף המנהל של התאגיד העירוני; נציגים אלה יכול שיהיו גם חברי המועצה או עובדי העיריה"²⁰.

נמצא כי החברה העירונית מפוקחת ברמה הגבוה ביותר האפשרית, שהרי הדירקטוריון של חברה זו עשוי להיות מורכב מחברי מועצת העיר עצמם. העיריה מיוצגת אפוא הן באסיפה הכללית מכוח החזקת המניות והן בדירקטוריון החברה.

המתחוקק לא ראה חשש מפני פוליטיזציה של החברות העירוניות אלא אדרבה, ראה את החברה העירונית כבבואה של מועצת העיר עצמה ואף קבע בסעיף 249א(3) כי "נציגי העיריה בתאגיד העירוני שהינם חברי המועצה, יבחרו כך שישמרו ככל האפשר יחסי הכוחות של הסיעות במועצה".

בפסק-הדין אורן ואח' נ' מועצת עיריית פתח תקווה ואח'²¹ נדון עניינה של חברת ח.ל.ד חברה ממשלתית עירונית לשיקום ודירור פתח תקווה בע"מ. מועצת העיריה לא מינתה נציגים של סיעת מר"צ למועצת המנהלים של ח.ל.ד. לפי חלקם במועצה, בטענה כי במכלול החברות העירוניות מיוצגת סיעה זו באופן מלא, וכי את האיזון אין לעשות ביחס לכל חברה וחברה אלא ביחס לכלל החברות. בית-המשפט העליון דחה גישה זו והבהיר כי כדי שישמר ההליך הדמוקרטי בו עומדים זה מול זה מחנה רוב ומחנה מיעוט יש צורך לאפשר לאופוזיציה נוכחות בכל חברה עירונית. כבי' השופט חשין ציין בפסקה 19 לפסק הדין:

²⁰ סעיף 4 לצו הקמת תאגידיים קובע כי "נקבע בתזכיר או בתקנון התאגיד שלעיריה יהיו נציגים בתאגיד, תמנה המועצה את נציגי העיריה במועצת המנהלים או בוועד המנהל של התאגיד".

²¹ ה"ש 2 לעיל, בפסקה 18 לפסק הדין.

"הקמתם ופעילותם של תאגידי עירוניים גורעת, על-פי טבעם של דברים, מפעילותה של העיריה בשגרת יומה. במהלך השגרה ממלאת עיריה תפקידים ומשימות המוטלים עליה... באמצעות מחלקותיה וגופים אחרים פנים - עיריה. עם הקמתו של תאגיד עירוני... עובר מרכז הכובד ממחלקות העיריה אל אותו תאגיד. תפקידים ומשימות המסורים בתחום סמכויותיו של התאגיד, ממלאת העיריה מאותה עת - הלכה למעשה - באמצעותו של התאגיד, ולא עוד באמצעות מחלקות העיריה השונות (אם כי סמכותה של העיריה שמורה לה, כמובן, לעסוק בכל עת במישרין ושלא באמצעות התאגיד בנושאים שהחוק מפקיד בידיה). אכן, מעת הקמתו של תאגיד ניטלת ממחלקות העיריה ומועברת לתאגיד, הלכה למעשה, שליטה בתחום עיסוק מסויים... היש צורך שנוסיף ונסביר חשיבות השתתפותו של חבר מועצה בדירקטוריון של תאגיד עירוני?"

לאמור: בית-המשפט העליון רואה בתאגיד העירוני חלק אינטגרלי מן הרשות המקומית, וכשם שעל האופוזיציה לבקר את פעילות הרשות תוך נגישות מלאה לכל הנעשה בה, כך יש לאפשר נוכחות פיזית של האופוזיציה במועצת המנהלים של התאגיד העירוני שאליו מנותב חלק נכבד מעילות הרשות המקומית.

עם זאת, מובן כי הרשות המקומית אינה חייבת לאייש את החברה העירונית באנשי מועצה בלבד. היא רשאית למנות עובדי עיריה או אנשי ציבור שאינם חברי מועצה ואינם עובדי עיריה. במקרה זה ישמר המפתח הפוליטי אך ורק למקומות הפנויים במועצת המנהלים של החברה העירונית, שלא אוישו על-ידי מי שאינם חברי מועצת העיר.

בהקשר זה מציין כב' השופט חשין בעניין אורן הנ"ל "כך, במשל הלקוח מארץ אוטופיה, אם נציגי העיריה בדירקטוריונים של החברות העירוניות לא היו חברי מועצת העיריה אלא אנשי מקצוע אשר יבחרו אך בשל כישוריהם בלבד, לא תהא תחולה להוראת סעיף 249א(3) לפקודת העיריות"²².

כתוצאה מחקיקה ומפסיקה זו מאויישות מועצות המנהלים של חברות עירוניות בחברי מועצת העיר, לפי מפתח החברות במועצת העיר. הדבר נובע אפוא מהיותה של החברה העירונית עצם מעצמה של הרשות המקומית.

(4) שכר חברי מועצת המנהלים של התאגיד העירוני

סעיף 120(5) לפקודת העיריות וסעיף 101(5) לצו המועצות המקומיות (א), תשי"א-1950 קובעים את פסלותו לכהונה של חבר מועצה אם הוא עובד בשכר באותה רשות מקומית²³.

עם זאת, קבע המחוקק כי נציג עיריה כאמור, שהינו חבר המועצה, יהא זכאי לגמול

²² לעניין זה ראה גם בג"צ 828/90 סיעת הליכוד במועצת עיריית חיפה נ' מועצת עיריית חיפה ואח', פ"ד מה(1) 506, 511-512, מפי כב' השופט אור. בית-המשפט מוסיף שם אזהרה שמא תאמר מועצת העיריה ללכת סחור סחור ובמסווה של נציגי ציבור תבחר ביקרי קואליציה. בית-המשפט הבהיר: "אם כך יקרה, ברי שיש בכך טעם לפגם, ובמקרה מתאים, כשיופר האיזון הראוי במינוי נציגי המפלגות השונות, ייתכן שיהיה מקום לשקול את התערבותו של בית-המשפט זה." לעומת זאת, ב-בג"צ 787/89 סיעת הליכוד במועצת עיריית חיפה נ' מועצת עיריית חיפה ואח' (לא פורסם), דינים עליון ט"ז 630, קבע כב' הנשיא שמגר כי לא ניתן לשלול זכויות טוטאלית מן המיעוט במועצת העיר, וזאת גם כאשר הנידון היה מינוי של נציגי ציבור שאינם חברי מועצת העיר. משמע: מקום שבו ממונים כל הנציגים למועצת המנהלים של החברה העירונית, מטעם הקואליציה במינויים שאינם כוללים חברי מועצת העיר, יש לאפשר גם לאופוזיציה למנות נציגים מקצועיים מטעמה.

²³ וראה בג"צ 353/66 יוסף לוי ואח' נ' ראש המועצה המקומית באר יעקב, פ"ד כא (1) 449 בו קבע בית-המשפט כי עובד המקבל שכר ממועצה דתית שליד הרשות המקומית פסול לכהן כחבר במועצת הרשות המקומית. הקריטריונים לפסלות הם שלושה אלו: (א) המוסד הוא מוסד של המועצה המקומית או שהוא לפחות משותף לה ולגורם שלטוני אחר, או שהמועצה המקומית משתתפת במינויו. (ב) המועצה המקומית מכסה את תקציב ההוצאה של אותו מוסד או גוף, או לפחות חלק ממנו. (ג) משכורתו של חבר המועצה הממלא תפקיד באותו מוסד או גוף, באה לו בשלמותה או בחלקה מתוך כספים המוקצבים לו על-ידי המועצה המקומית. הפסלות היא רק של עובד המכהן בתפקיד מינהלתי מובהק ולא בתפקיד יצוגי גרידא.

עבור השתתפותו בישיבות; שר הפנים רשאי לקבוע בתקנות כללים שיסדירו שיעורו של גמול כאמור²⁴.

נמצא כי חברי מועצת העיר המכהנים בתאגידי העירוניים מפיקים טובת הנאה כלכלית מכך²⁵, ובמידה מסויימת ניתן לומר כי מערך התגמול של הרשות המקומית את עובדיה וחברי המועצה בה עובר גם דרך התאגידי העירוניים. לעובדה זו חשיבות רבה מכיוון שנציג העיריה בתאגיד העירוני יעשה את דברה של העיריה, בידועין כי אם לא יעשה כן והוא יוחלף, הוא עלול להיפגע בכיסו. ואולם, לנקודה זו אין בסופו של יום חשיבות רבה לנשוא הדיון, מכיוון שהמחוקק קבע במפורש את חובת האמון של הדירקטור בתאגיד העירוני כמכוננת אך ורק כלפי הרשות המקומית, כפי שניווכח להלן.

ג. חובות האמון בחברה עירונית - לעומת חובות האמון

בחברה רגילה

דירקטור בחברה חב לה חובת אמונים²⁶.

משמונה דירקטור לתפקידו על-ידי בעלי מניות מסויימים, חובת האמון שלו היא כלפי החברה ולא כלפי מי שמינהו. לפיכך עליו לפעול על-פי השיקול של טובת

²⁴ הוראה זו נקבעה בחוק לתיקון פקודת העיריות (מס' 32) התשמ"ח-1987 שהוסיף את סעיף 249 (א)(4) לפקודת העיריות. בעקבות כך הותקנו תקנות העיריות (כללים להסדרת שיעור גמול לנציגי עיריה בגוף המנהל בתאגיד עירוני), התש"ן-1990.

סעיף 249א(4) לפקודת העיריות בוטל במסגרת חוק הרשויות המקומיות (גמול השתתפות בישיבות לחברי מועצה), התשנ"ה-1995, ואולם, בסעיף 2(ב) לחוק זה נקבעו אותן הוראות עצמן. כמו כן, תצויין הוראת סעיף 6 לצו הקמת תאגידי בו נקבע כי לא ניתן אישור שר הפנים להקמת תאגיד עירוני אלא אם נכללו בתזכיר ובתקנון שלו הוראה בדבר הצורך באישור שר הפנים בנוגע לתשלום שכר או כל תמורה אחרת לחברי המועצה או לעובדיה המכהנים בתאגיד כנציגי העיריה.

²⁵ בדו"ח מבקר המדינה לשנת 1992 בעמ' 97-118 עולה כי חלק מן הרשויות המקומיות חפשו דרך לעקוף את ההגבלה המוטלת ביחס למספר נבחרי הציבור הזכאים לשכר מן הקופה הציבורית על-ידי מינויים לתפקידי הנהלה בשכר בתאגידי עירוניים ובאיגודי ערים. בנוסף יש לזכור כי חברות בכמה וכמה דירקטוריונים מניבה אף היא תגמול נכבד.

²⁶ בסוגיה זו ראה גם תביעה (ת"א) נב/20-2 ברנע נ' עיריית חולון, תק-עב (2)96/260. סעיף 254 לחוק החברות תשנ"ט-1999, וקודם לכן סעיף 96 כ"ז לפקודת החברות [נוסח חדש].

החברה ואסור לו לשקול כל שיקול זר וחיצוני של בעל המניות אשר מינה לתפקיד.²⁷

כלל זה בסיסי הוא בדיני חברות הרואים בחברה אישיות משפטית נפרדת מזו של בעלי מניותיה, דבר המחייב לשקול את טובת החברה כפי שזו משתקפת בעיניו של בעל מניות היפוטטי, במופרד ובמובחן מן האינטרס הספציפי של בעלי המניות שמינה את אותו דירקטור.

בעקבות הלכה זו, התעוררה השאלה מה יהא הדין מקום שבו מתעורר ניגוד אינטרסים בין טובת התאגיד העירוני לבין טובת העיריה. כך למשל, חבר מועצת עיר המכהן בדירקטוריון של תאגיד עירוני עלול להיקרע בין שתי חובות אמונים שהוא חב בהן: חובת אמונים לעיריה שהוא שלוח שלה, וחובת אמונים לתאגיד שהוא משמש כדירקטור בו מכוח סעיף 96כז' לפקודת החברות. איזה מן האינטרסים יעדיף? שאלה זו התעוררה בפסק-דין כהן נ' ראש עיריית רחובות²⁸, ובית-המשפט העליון קבע כי חבר מועצת עיריה המכהן כנציג עיריה בחבר נאמנים של הקדש ציבורי חב חובת אמונים להקדש מכוח חוק הנאמנות וחובתו זו עדיפה על חובת האמונים שהוא חב מעיקרו של דין לעיריה. על נציג העיריה לשקול באופן עצמאי את שיקולי ההקדש בלבד, ללא כל חובת אמון לעיריה. כוחה של העיריה מצטמצם ביכולתה לפטר נציג שאינו פועל כראות עיניה ולמנות אחר במקומו, אך אין היא יכולה להכתיב לנציג שיקול-דעת ואף לא לצמצמו.

בעקבות פסיקה זו, ושמא כתגובה לפסק-דין זה, תיקן המחוקק את פקודת העיריות והוסיף את סעיף 249א' הקובע בסעיף-קטן (2):

"חובת נציגי העיריה (בתאגיד העירוני - ו.א.) להקפיד על כך שפעולות

²⁷ראה למשל: ע"א 817/79 קוסוי נ' בנק י' לי פויכטפנגר, פ"ד לח(3) 253, 279. לסקירת חובות האמון של דירקטור כלפי החברה והנובע מכך ראה בהרחבה בספרי על "חברות ממשלתיות" (בורסי 1995), עמ' 62-86.

²⁸בג"צ 750/84 כהן נ' ראש עיריית רחובות, פ"ד לח(4) 609.

התאגיד העירוני יהיו במסגרת סמכויות העירה ותפקידיה. חובת האמון

שהם חבים לעיריה לעולם תהיה עדיפה על חובתם כלפי התאגיד.²⁹

המשמעות הפשוטה של הוראה זו היא למעשה אובדן האישיות המשפטית הנפרדת של החברה העירונית במובן זה שאין לה יותר אינטרסים משל עצמה, והיא מנוהלת באספקלריית הרשות המקומית בלבד.³⁰

גישה זו עוררה תגובות סותרות, כאשר המומחים למשפט מינהלי רואים בכך מן החיוב, ואילו המומחים לדיני חברות מזדעזעים מהוראה זו.

פרופ' זמיר בספרו הנ"ל³¹ מבהיר:

"אין בכך רע. הכלל הבסיסי (של חובת אמון כלפי התאגיד העדיפה על החובה כלפי בעלי המניות - ו' א') מתאים לחברה רגילה, בה קיימת בדרך-כלל זהות בין האינטרס של החברה לבין האינטרס של בעל המניות, הוא האינטרס שהחברה תצליח מבחינה עסקית. אך כלל זה אינו מתאים לתאגיד עירוני.

על-פי דין העיריה רשאית להקים תאגיד עירוני רק כדי שישרת את המטרות והתפקידים של העיריה, כלומר להקים תאגיד לא למטרה עסקית אלא למטרה ציבורית. לפיכך, אם בעניין מסויים מתגלה ניגוד בין אינטרס עסקי של התאגיד העירוני, לבין מדיניות העיריה בביצוע

²⁹ סעיף 249א' הוסף לפקודת העיריות במסגרת החוק לתיקון פקודת העיריות (מס' 32), התשמ"ח-1987. ההוראה בדבר העדיפות של חובת האמון לעיריה לא נכללה בהצעת החוק, אלא הוספה במהלך הדיון בכנסת לקראת הקריאה השנייה של ההצעה. לעניין זה ראה: הצעת חוק לתיקון פקודת העיריות (מס' 33), התשמ"ז-1987, הי"ח 1832 עמ' 252 והדיונים שהיו בכנסת בעניין זה: דברי הכנסת לשנת התשמ"ז, 2792 ואילך, ודברי הכנסת לשנת התשמ"ח 1103, 1183.

³⁰ אם כי הוראה זו חלה אך ורק לגבי נציגי העיריה בתאגיד העירוני והיא לא נאמרה ביחס לדירקטורים בתאגיד זה מטעם בעלי מניות אחרים בו, דבר שרק מוסיף על התמיהה שבסעיף זה היוצר הבחנה במרחב שיקול-הדעת הלגיטימי של הדירקטורים בהתאם לזהות מי שמינה אותם ואינו קובע נורמה כללית בהתאם לאופיו המיוחד של התאגיד.

³¹ הי"ש 3 בעמ' 466.

תפקידה, ההיגיון מחייב כי תינתן עדיפות למדיניות העיריה. נציגי העיריה בהנהלת התאגיד צריכים אם כן להיות כפופים למדיניות העיריה, כפי שהיא נקבעת מזמן לזמן על-ידי המוסדות המוסמכים של העיריה. בעניין זה קיים הבדל מהותי בין חברה עסקית לבין תאגיד עירוני. מן הראוי שהדין ישקף את ההבדל.³²

המשמעות הפשוטה של הדברים היא כי חברה עירונית היא הרבה יותר מחלקה עירונית מאשר חברה³³. ואכן, כבי' השופט זמיר מבהיר בהמשך הדברים, לאור חובת אמון זו של המנהלים כלפי העיריה בלבד, כי הדבר עשוי להפוך את התאגיד העירוני לגוף דו-מהותי, הכפוף במידה מסויימת, לפי תפקידי התאגיד ומהות הקשר שלו עם העיריה, לעקרונות מסויימים של המשפט הציבורי³⁴.

לעומת זאת, זכתה הוראה זו לביקורת מפי פרופ' י' גרוס³⁵ המבהיר כי: "הוראה זו, אשר לא קדם לה דיון ציבורי, הופכת את התאגיד העירוני לשלוחה של מועצת העיריה ומנציחה שיקולים פוליטיים במקום שיקולי יעילות כלכלית. עובדה זו בולטת במיוחד גם לאור הוראת סעיף-קטן 3 האומרת כי נציגי העיריה כאמור, שהינם חברי המועצה, ייבחרו כך שישמרו, ככל האפשר, יחסי הכוחות של הסיעות

³² פרופ' זמיר מציין בעמ' 467 לספרו הנ"ל כי ההסדר הקבוע בסעיף 249א' לפקודת העריות עשוי להתאים גם לחברות ממשלתיות שלא נועדו לעשיית רווחים, אלא למילוי תפקיד ציבורי בהתאם למדיניות הממשלה. אם כי כאן יש לשים-לב כי יש מעט מאוד חברות ממשלתיות שכאלה, ואילו לגבי חברות עירוניות נקבע כלל זה באופן רחב כלפי מכלול החברות העירוניות, ללא כל הבחנה בין מהותן, אופיין וסוג התפקיד שהן ממלאות. מאידך יש לתמוה מדוע נקבע סעיף זה אך ורק לגבי תאגידיים של עריות ואין לו מקבילה ביחס לתאגידיים המוקמים על-ידי מועצות אזוריות.

³³ ב-בג"צ אורן ה"ש 2 לעיל, מציין כבי' השופט חשין דעה זו של פרופ' זמיר, בלא להביע עמדה משלו בעניין זה.

³⁴ בעמ' 452 לספרו מבהיר פרופ' זמיר כי כאשר רשות מינהלית פועלת באמצעות תאגיד פרטי חלה על אותו תאגיד החובה לפעול לפי דיני המינהל הציבורי באופן שוויוני ובסבירות. אם הוא נוהג באופן מפלה ניתן לבקר אותו בעילה מינהלית בבג"צ או בערכאה אחרת. "אפשר אולי להגיש עתירה כנגד תאגיד פרטי כזה כשהוא לעצמו, אולם, על יסוד שיקולים עקרוניים ומעשיים גם יחד עדיף להפנות את העתירה נגד הרשות המינהלית (שהיא עדיין האחראית לסמכות) ונגד התאגיד הפרטי גם יחד."

³⁵ פרופ' י' גרוס, "דירקטורים ונושאי משרה בחברה" (1989), בעמ' 257.

במועצה. אם התאגיד מאבד את עצמאותו והופך לבבואה של מועצת העיר, מוטב היה שלא תקום החברה והפעילות תעשה כחלק מהפעילות העירונית ללא צורך בחברה נפרדת. קשה להצדיק סטיה בולטת זו מעקרונות היסוד של דיני החברות, פרט אולי לרצון להעניק שכר נוסף לחברי מועצת העיר, עובדה שאינה מצדיקה הקמת חברה נפרדת.³⁶

בנוסף מעורר עיקרון זה קשיים בשני מישורים נוספים, אותם מעלה כב' השופט חשין ב-בג"צ אורן הנ"ל:

א. "הוראת סעיף 249א' עשויה להיות מובנת מאליה שעה שמדובר הוא בחברה עירונית הנמצאת בבעלותה המלאה של העיריה. ואמנם אם מחזיקה העיריה בכל מניותיו של תאגיד עירוני... ניתן לטעון בחוזקה כי נציגי העיריה חבים חובת אמונים מלאה לעיריה, ולעיריה בלבד. במקרה מעין זה דין התאגיד העירוני - מבחינה מהותית - כדין מחלקה ממחלקות העיריה, וחובת האמונים היא אחת..."

שונים הם פני הדברים שעה שמדובר בתאגיד המצוי בבעלות ובשליטה חלקית של העיריה... במקרה מעין זה עלולות להתעורר בעיות חמורות ביחוד באשר להגנת האינטרסים של המחזיק במחצית האחרת של הון המניות או המחזיק במחצית האחרת של כוח השליטה. אכן: אם יש לה שותף לעיריה, התאגיד".³⁷

השופט חשין מציין כי אותו שותף לעיריה בתאגיד עירוני יודע מראש לאיזו חברה הוא נכנס ועל כן הקושי אינו כה חמור. ואולם, זאת ביחס לתאגיד שנולד כתאגיד עירוני. אך מה יהא הדין מקום שבו עיריה רוכשת בשוק מחצית

³⁶ לדברים אלה מצטרפת ד"ר הדרה בר-מור בעדכון לספרו של א' פלמן, "דיני חברות בישראל להלכה ולמעשה" (כרך שני) בעמ' 625. עם זאת יצויין כי במישור הפרקטי שאלה זו מתעלמת מכך שתאגידים עירוניים מוקמים לעיתים תכופות מתוך רצון לאפשר קיזוז של מע"מ תשומות. לעניין זה ראה ספרי, "מיסוי מוסדות ללא כוונת רווח" (הוצאת חושן למשפט, 1992) 286.

³⁷ בג"צ אורן ה"ש 2 לעיל, בפסקה 14 לפסק-הדין.

ממניותיו של תאגיד קיים - בין ברכישה ידידותית ובין ברכישה עויינת?

כבי השופט חשין מסיק על כן כי במקרה זה "לא תחול כלל הוראת סעיף 249א' לפקודת העיריות, אלא יחול הדין הקובע חובת אמונים והאוסר על דירקטור לפעול תוך ניגוד עניינים."

זהו חידוש גדול של כבי השופט חשין, שהרי בקביעה זו הוא מסייג את הוראתו המפורשת של סעיף 249א' כך שלא תחול על תאגידים שלא הוקמו כתאגידים עירוניים. אכן, נראה, בכל הכבוד, כי מסקנה זו ראויה היא והוגנת. ואולם, קיים קושי בעיגון הבחנה זו בהוראת המחוקק בדבר סיוג תחולת סעיף 249(2) למקרה זה.

נראה כי ניתן למצוא עיגון לתוצאה זו בפרשנות שתינתן למונח "והוקמה חברה..." בסעיף 249א' רישא, להבדיל מרכישת מניות בחברה קיימת, שבה דן סעיף 249(30) בצד הקמת תאגיד עירוני מלכתחילה.

ב. סעיף 249א' לפקודת העיריות קובע כי חובת האמון כלפי העיריה תהא לעולם עדיפה על החובה כלפי התאגיד העירוני. ואולם, נשאלת השאלה: האם כתוצאה מכך הותרה הרצועה לכל אורכה ויתרו גם מינויים שיש בהם ניגוד העניינים פרטיקולרי, כגון כאשר חבר מועצת העיריה ממלא גם תפקיד ספציפי בעיריה המתנגש עם האינטרסים של התאגיד העירוני? האם עולה על הדעת כי כתוצאה מהוראת סעיף 249א' הנ"ל ניתן יהא למשל, למנות לכהונת דירקטור בתאגיד עירוני העוסק בבניה חבר מועצה הממונה על מתן אישורים לבניה ולגמר בניה. האם יתכן כי אותו אדם יוכל למלא את שני התפקידים בה בעת, רק מכיוון שסעיף 249א' התיר ניגודי אינטרסים? והאם יכול אותו אדם גם לדון בבקשה להיתר בניה שהגיש התאגיד העירוני?

אם כן, ימצא כי אדם יכול לחתום בשם תאגיד עירוני על בקשה להיתר בניה,

להפנות את הבקשה אל עצמו, בתפקידו במסגרת העיריה ולאשר את הבקשה. אם לא יתכן הדבר - היכן הגבול? מה הותר במסגרת סעיף 249א' לפקודת העיריות ומה לא?

נקודה נוספת הראויה לדיון בהקשר זה היא כי בדרך-כלל מעניקים לתאגיד אישיות משפטית נפרדת הפועלת הן לזכות והן לחובה. הזכות היא בכך שחובות שחב התאגיד אינן חובות של בעלי המניות. והחובה היא בכך שלתאגידים יש אינטרסים משלהם המועדפים על האינטרס של בעלי המניות.

ביחס לחברה עירונית מבקשים לאכול את הדבש ולהותיר את העוקץ, קרי: להותיר את החברה כאישיות משפטית נפרדת לצורך פטור מחובות החלות על-פי פקודת העיריות, לצורך פטור מנשיאת הרשות המקומית בחובות התאגיד העירוני, אך ככל שהדברים נוגעים למישור החובה, מועדף האינטרס של הרשות המקומית על פני אינטרס החברה העירונית. במקרה שכזה נודף ריח חריף של פיקציה מן האישיות המשפטית הנפרדת של החברה, שבמקרים רגילים מביא להרמת מסך. או שמא תהא המשמעות של הוראת סעיף 249א(2) לפקודת העיריות כי הרשות המקומית גם לא תוכל להתחבא מאחרי האישיות המשפטית הנפרדת של התאגיד העירוני כאשר זה יקלע לחובות קשים?

מכל מקום, לנוכח העובדה כי סעיף 249א' לפקודת העיריות רואה בחברה העירונית חלק בלתי-נפרד מן המנגנון העירוני, ולאור הזהות של האינטרסים בניהול תאגיד זה עם האינטרס של העיריה, בלא שיהא לתאגיד האמור אינטרס מסחרי משלו, ומכיוון שאף מועצת המנהלים של התאגיד העירוני היא בבואה של מועצת העיר על סיעותיה השונות, מהו ההיגיון בהקמת תאגיד עירוני, להבדיל ממחלקה עירונית? דומה כי שאלה זו של פרופ' גרוס אינה זוכה למענה בספרו של פרופ' זמיר, הרואה ברכה בקיומה של הוראת סעיף 249א(2) לפקודת העיריות ומבהיר כי תאגיד עירוני שונה מחברה עסקית, אך אינו מבהיר, אם כך לשם מה בכלל צריך את התאגיד העירוני, ובמה עדיף הוא על

פני מחלקה עירונית?

ד. חברה עירונית לשם מה?

ההבחנה בין רשות ציבורית אשר לגביה חלים כללים של צדק טבעי ואיסור על משוא פנים וניגוד עניינים, חובה לנהוג בהגינות, בסבירות, ביחס נכון בין אמצעי למטרה, חובת הנמקה וכיו"ב חובות המשקפות את הצורך לפעול בצדק ובהגינות, לבין גוף פרטי הפטור מכל החובות הללו, נעוצה בכך שהרשות הציבורית חבה חובת אמון לציבור. נאמן אינו רשאי להפלות, עליו לתת דין וחשבון, אסור לו לנהוג במשוא פנים באופן אמוציונלי ולא רציונלי, שהרי לא בשלו הוא פועל³⁸. לעומת זאת גוף פרטי רשאי לשקול גם שיקולים לא רציונליים, הוא אינו חייב לנמק את החלטותיו, הוא רשאי להפלות לנהוג בשרירות ואף ברוע, כל עוד אינו פועל בחוסר תום-לב. כך למשל יכול אדם פרטי להוריש את נכסיו על-פי שיקולים אמוציונליים מובהקים, לרבות רגשות של אהבה, שנאה ואף נקמנות, ומי יאמר לו מה יעשה.

מהו הגורם ההופך את הרשות הציבורית לנאמן של הציבור, בהבדל מן הפרט שאינו נאמן? התשובה לכך מצויה ב-בג"צ שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עוה"ד בירושלים³⁹, מפי כבי' השופט ח' כהן: "לא הרי רשות היחיד כהרי רשות הציבור, שזו בתוך שלה היא עושה ברצותה מעניק וברצותה מסרבת, ואילו זו כל כולה לא נוצרה כי אם לשרת את הכלל ומשלה אין לה ולא כלום, בל אשר יש לה מופקד בידיה כנאמן)...".

כלומר, הרשות הציבורית לא נוצרה אלא כדי לשרת את הכלל ומשלה אין לה ולא כלום. לעומת זאת, ליחיד יש ישות עצמאית משלו וכל אשר לו לשמו נברא.

³⁸ בג"צ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו, פ"ד ט"ז 2101; פרופ' א' ברק, "שיקול דעת שיפוטי" (פפירוס 1987) בעמ' 480; פרופ' א' ברק, "ניגוד אינטרסים במילוי תפקיד", משפטים י"א 11.

³⁹ בג"צ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עוה"ד בירושלים, פ"ד כה(1) 325, בעמ' 331.

לגוף הפרטי זכות קיום כמי שעומד בפני עצמו וזכותו לחשוב כי כל העולם נברא עבורו, ולא הוא נברא כדי להביא תועלת לעולם. גם כשיש לפרט חובה כלפי זולתו, אין זו חובה אלטרואיסטית ולא נשלל ממנו החופש לפעול על-פי העדפות אישיות ומתוך חירות פרטית להקצות את משאביו כרצונו, לבוא במגע עסקי עם אנשים לפי העדפותיו האישיות, ולהחליט החלטות שרירותיות מבלי צורך לנמק וליתן דו"ח למאן דהוא. זהו כאמור המבדיל בין גוף פרטי לבין גוף ציבורי.

האם ניתן לומר כי גם החברה העירונית, שיש לה אישיות משפטית משלה ואשר אינה חלק פורמלי מן המנגנון הציבורי מהווה נאמן הציבור אשר אין לו משלו ולא כלום, או שמא חברה שיש לה אישיות משפטית נפרדת מחזיקה נכסים ופעילויות עבור עצמה. אם נניח כי יש לה משלה מאומה, הרי שהחלת כללי המשפט הציבורי על חברה זו אינה ברורה מאליה.

מקום שבו החברה העירונית פועלת עבור העיריה במתן שירות לציבור, הרי שעל אף האישיות המשפטית הנפרדת של התאגיד, קשה יהא להניח כי אין המדובר בפעילות של הרשות הציבורית עצמה, באמצעות שלוח, החייבת בכל חובות האמון ובכללי המשפט הציבורי הנובעים מהם. חובת האמון כלפי העיריה, אף מלמדת כי לחברה העירונית אין אינטרסים ברורים משל עצמה בהקשר זה, לבד מן האינטרס של הרשות. ואולם, מקום שבו התאגיד חי את חייו, מגייס עובדים, רוכש ציוד ואינו בא במגע עם הציבור במישור של מתן השירות אלא במישור ההתארגנות הפנימית שלו, ניתן להגיע למסקנה כי אין הוא מהווה חלק אורגני מן הרשות הציבורית, אינו פועל כנאמן הציבור שאין לו משלו ולא כלום, ויהא פטור מחובות המשפט הציבורי. היה ונגיע למסקנה זו, מצאנו תכלית לקיומו של התאגיד העירוני, שהרי בכל מקום שבו התאגיד נותן שירות לציבור, כמוהו כעיריה עצמה ובכך מותרו על-פני העברת הפעילות לידיים פרטיות. ובכל מקום שבו הוא עוסק בתחום ההתארגנות הפנימית שלו, יחודו בכך ששם הוא חופשי ומשוחרר מכבלי המשפט הציבורי.

בהקשר זה יש לזכור כי כללי המשפט הציבורי תורמים רבות להגנה על ההגינות של

פעילות הרשות, אך אין ספק כי הם מכבידים על הפעילות. כך למשל כאשר אסור להפלות בין לקוח גדול ללקוח קטן או מזדמן, אסור לפעול לפי אינטואיציות עסקיות וצריך לנמק כל החלטה, קשה מאוד לנהל עסק. גם חובת המכרז מכבידה היא. ביחס לגוף ציבורי זהו המחיר הנדרש, שהרי נאמן לא יכול לפעול בשל אחרים באופן שונה, גם אם טעמי יעילות מחייבים זאת⁴⁰. ואולם, מקום שבו יש אפשרות לקבוע כי לא יחולו כל כללי המשפט הציבורי, פותחים אנו פתח לקביעת מודוס של פעולה שיאזן בין שיקולי יעילות לבין שיקולי הגינות וימצא ביניהם את הקו המשווה.

נבחן על כן, את הפסיקה שניתנה ביחס לתאגידי דו-מהותיים ונראה האם ניתן להגיע למודוס משולב מן הסוג האמור.

ה. תחולת המשפט המינהלי על חברה עירונית

המגמה המסתמנת בפסיקת בית-המשפט העליון היא להרחיב את תחומי תחולת המשפט הציבורי על גופים דו-מהותיים שיש להם סמכויות שלטוניות בצד מאפיינים פרטיים.

שלושה פסקי-דין מרכזיים היתוו את הדרך בהקשר זה. הראשון היה בג"צ מיקרו דף⁴¹ בו נדונה חובתה של חברת החשמל לערוך מכרז עת שהיא רוכשת ציוד. הדיון נערך בטרם חוקק חוק חובת מכרזים. השני היה פסק-דין קסטנבאום⁴², והשלישי היה פסק-דין שמחה און⁴³.

בעניין מיקרו דף נדון עניינה של חברת החשמל בישראל בע"מ. חברת החשמל היא

⁴⁰ ראה לדוגמא: בג"צ 685/78 מחמד נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד (ג) 767; בג"צ 987/94 יורנט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 425-426; פרופ' זמיר בספרו הני"ל, הי"ש 3, כרך ב' בעמ' 676.

⁴¹ בג"צ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מא(2) 449.

⁴² ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' ליונל אריה קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464.

⁴³ ע"א 3414/93 שמחה און נ' מפעלי בורסת היהלומים, פ"ד מט(3) 196.

בעלת זיכיונות לאספקת חשמל בארץ, והיא הוקמה ופועלת כחברה בע"מ לפי פקודת החברות. ההלכה ששררה ביחס לחברה זו היתה, כי בפעולותיה העסקיות הרגילות מעמדה כמעמדה של כל חברה אחרת, ורק ביחס לסמכויות שהוקנו לה בדיון, לקבוע כללים ותקנות בנוגע למתן שירותים שונים ללקוחותיה, היא כפופה לפיקוח בג"צ.

ואולם, הלכה זו שונתה ב-בג"צ מיקרו דף בו קבע כבי השופט ברק (כתוארו אז), כי בעוד שאין הוא מכריע בשאלה אם חלות נורמות מן המשפט הציבורי על חברות ממשלתיות ככלל, הרי שיש בידו להכריע בכל הנוגע למעמדה של חברת החשמל. לגבי חברת החשמל חלות הנורמות של המשפט הציבורי ויש לראות בה נאמן של הציבור:

"חברת החשמל כמוה כרשות הציבור, על כן עליה לפעול בהגינות ובסבירות, מתוך שוויון וללא הפליה. מי שקיבל זיכיון מהציבור, צריך להתנהג כלפי הציבור באופן המצדיק הענקת זיכיון זו. אין בעל הזיכיון עושה בו כבתוך שלו. הוא עושה למען הציבור, ועל כן הוא חב לו חובות מן המשפט הציבורי."

לאמור: מבחינה ארגונית המדובר בחברה המהווה אישיות משפטית נפרדת, אך מבחינה פונקציונלית ניתן שירות חיוני לציבור, בדומה לשירות הניתן על-ידי רשות סטטוטורית, והדמיון הפונקציונלי בין חברת החשמל לבין תאגידים סטטוטוריים (רשות השידור או רשות הנמלים) עולה לדעת כבי השופט ברק על השוני הארגוני, השורר בין חברת החשמל כחברה ממשלתית לבין התאגידים הסטטוטוריים. משום כך נקבע כי יש לראות בחברת החשמל נאמן של הציבור, אשר כללי המשפט הציבורי חלים עליו - אף בפעילות שמבצעת חברה זו בתחום המשפט הפרטי.

מדוע לא הוחלו הנורמות מן המשפט הציבורי על כלל החברות הממשלתיות, בה בעת שנורמות אלו הוחלו על חברת החשמל? תשובה לשאלות אלו ניתנת בפסק-

הדין האמור בעניין מיקרו-דף (בעמ' 462) וכדלקמן :

"המייחד את חברת החשמל הוא שהצטברו בה מספר תכונות, המשותות אותה, לעניין הדין החל על פעולותיה, לתאגידים הסטוטוריים. תכונות אלו הן בעיקר: קיומן של סמכויות שלטוניות, הענקת זיכיון בלעדי מהמדינה, והשליטה על אמצעי יצור חיוני (החשמל). חברת החשמל היא Public utility ובתור שכזו יש לה מעמד מיוחד."

לאמור: בכל הנוגע לסמכות שלטונית, כמו גם בכל הנוגע לשליטה על אמצעי ייצור חיוני, אין אפשרות לומר כי החברה פועלת עבור עצמה. ביחס לסוג זה של כוחות מן ההכרח הוא לומר כי החברה פועלת עבור זולתה. התלות של הציבור בשירותים חיוניים כמו חשמל, ובהפעלת כוחות שלטוניים, אינה יכולה לדור בכפיפה אחת עם מסקנה לפיה הוקנו כוחות אלו לחברה כדי שתוכל לעשות בהם כבתוך שלה. אכן, קשה להשוות את החיוניות של כל שירות אחר עם החיוניות של חשמל. מכל מקום, בעניין חברת חשמל מוצאים אנו הלכה לפיה המישור הפונקציונלי גובר על המהות הארגונית, ועל-אף שמדובר בחברה, אשר טרם הוכרע אם לנוכח מהותה יש לה משלה מאומה או שכל אשר לה מסור בידיה עבור הציבור הרחב, הרי שבכל הנוגע לשירות חיוני או כוח שלטוני המסורים בידה, ברור כי חלות עליה הנורמות מן המשפט הציבורי, באשר אנו מסיקים כי אלו לא ניתנו לאיש - לטובתו הוא. כך ביחס למישור של מתן שירותים לציבור.⁴⁴

מאידך גיסא נקבע בעניין מיקרו דף כי בפעולותיה העיקריות הרגילות, מעמדה של חברת החשמל, הוא כמעמד כל חברה אחרת, שאינה נתונה למרות בג"צ. כמו-כן, החלטה לכרות חוזה היא החלטה אזרחית ולא שלטונית ומשום כך היא תידון

⁴⁴ עם זאת, בעניין מיקרו דף נדון הצורך בעריכת מכרז לצורך רכישת מיקרו פישים לאכסון מאגרי המידע של חברת החשמל. מדובר בהתארגנות פנימית של החברה ולא בתחום שבו היא נותנת שירותים לציבור, ועל אף זאת קבע בית-המשפט כי החברה חייבת במכרז בתחום זה מחמת תחולת כללי המשפט הציבורי. על נקודה זו מתחתי ביקורת בספרי על "חברות ממשלתיות" בעמ' 481-480.

בבית-משפט רגיל.

בקביעתו זו, צעד כבי' השופט ברק בעקבות כבי' השופט ויתקון בעניין אביב⁴⁵ בו נדונה עתירה כנגד מכרז שביצעה חברת החשמל. העתירה נדחתה לגופה, ואולם בשולי הדברים קבע כבי' השופט ויתקון כי:

"לכאורה נראית לי גם הטענה שלגבי גוף בגון המשיבה השניה (חברת החשמל - ו' א') אין לנו להתערב בעניין שאינו נוגע במישרין למילוי תפקידיו הציבוריים הקבועים בכל דין, אלא שנוגע בעיקרו אך ורק למינהלו הארגוני והמשקי של הגוף. מוכן גם אני להשאיר שאלה זו לעת מצוא."

בפסק-דין זה מוצאים אנו אם כן הבחנה בין פעילות "פרטית" של חברה ממשלתית הנוגעת למינהל הארגוני והמשקי שלה, לבין פעילות הנוגעת לתפקיד המוטל עליה על-פי דין. בהתאם למבחן הפונקציונלי, שאותו אימץ בית-המשפט העליון, יש לבחון כל אחת מן הפונקציות הנדונות, ולראות אם היא נופלת בגדר המבחן של "תפקיד ציבורי על-פי דין". שאלה זו רלבנטית לא רק לשאלת הפורום שבו ידון העניין (בג"צ או בית-משפט אזרחי) אלא גם בשאלה מהו הדין אשר יחול על פעולה זו.

בהקשר זה מבהיר כבי' השופט ברק, כי אכן כללי המשפט הציבורי חלים על רשויות ציבוריות, וגופים דו-מהותיים בכלל זה, גם כאשר הן פועלות בתחומי המשפט הפרטי, וגם כאשר הן נדונות לפני בתי-משפט אזרחיים⁴⁶. עם זאת, נקבע מפורשות:

⁴⁵ בג"צ 231/66 מרדכי אביב נ' שר הפיתוח וחברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד כ(4) 286.
⁴⁶ ראה: ד' פרידמן, "תחולתן של חובות מן המשפט הציבורי על רשות ציבורית הפועלת במישור הפרטי", משפטים ה' 598.

"איני סבור כי יש להפעיל על חברת החשמל, שעה שהיא פועלת במשפט הפרטי (כגון בהתקשרויות החוזיות), את המשפט המינהלי על מלוא היקפו ודקדוקיו. יש להפעיל עליה את עקרונות היסוד של הגינות, שוויון, סבירות, יושר ותום-לב, וכיו"ב מושכלות ראשונים של מינהל ציבורי ראוי. בהגשמתם של עקרונות אלה, הלכה למעשה, יש להתחשב באופיה המיוחד של חברת החשמל, שהיא "יצור כלאיים" מיוחד במינו."

המסקנה העולה מפסק-דין זה היא אפוא כי יש גופים שאין להם משלהם ולא כלום ולגביהם חובת האמון חובקת כל פעולה מפעולותיהם. כללי המשפט הציבורי חלים לגבי הרשות הציבורית בכל אשר תפנה ומשורה משחררת רק ההפרטה. לעומת זאת, יש גופים שיש להם אישיות משפטית משל עצמם ומה שבידם יתכן כי הוא מופקד עבורן הן, כגוף מן המשפט הפרטי. גופים אלה יתחייבו בחובות המשפט הציבורי לא מחמת היותם אורגן של הרשות הציבורית אלא מחמת הפונקציות שהם ממלאים, בעת שהם נותנים שירות לציבור או פועלים עבורו, שאז יתכן לראות בהם כמי שממלאים בפועל "תפקיד ציבורי על-פי דין". במקרים אלה חלים כללי המשפט הציבורי באופן מסוייג ומוגבל. כמו-כן, כללי המשפט הציבורי לא יחולו על פעולות ארגוניות פנימיות שבהן אין הגוף האמור פועל בשליחות הרשות הציבורית עבור הציבור.

בעניין קסטנבאום נדון הסכם שנכרת בין חברה קדישא, שהינה עמותה, אחת מני תשע עמותות המספקות שירותי קבורה בירושלים, לבין משפחת קסטנבאום, לפיו יירשם התאריך על המצבה אך ורק בשפה העברית. משפחת קסטנבאום ביקשה לתקוף הסכם זה, בין השאר, מכוח המשפט המינהלי.

בית-המשפט העליון קבע בהקשר זה כי לנוכח רגישות השירות המוענק על-ידי החברה קדישא, יש לראות בה גוף שחלים עליו כללי המשפט הציבורי, בכל הנוגע להענקת שירות זה. משום כך תר בית-המשפט אחר סמכות שלטונית ומצא אותה

בתקנה 2 לתקנות שירותי הדת היהודיים (חברות לענייני קבורה)⁴⁷.

ואולם, התקנה האמורה שמשה את בית-המשפט להחלת כללי המשפט הציבורי לאור מהותו של השירות שניתן, כאשר שוב מוצאים אנו כי המישור הפונקציונלי גובר על המבחנים האורגניים⁴⁸.

האם היה עולה על הדעת לחייב את החברה קדישא לערוך מכרזים מקום שבו היא רוכשת ציוד או מתקשרת עם נותני שירותים? נראה כי בהיותה עמותה פרטית, דבר זה לא היה עולה על הדעת. החברה קדישא הוכפפה עם זאת לכללי המשפט הציבורי ובהם גם החובה לנהוג בסבירות, כך שהיא בוקרה על-ידי בית-המשפט, אך ורק בנוגע לשירות הציבורי שהיא מעניקה לציבור, וזאת על שום רגישותו של אותו שירות.

בפסק-דין שמחה און עמדה לדיון השאלה, האם רשאית חברה שהיא בעלת הבניינים שבהם ממוקמת בורסת היהלומים ברמת-גן, לאסור כניסה לשטחה, ביחס לאדם שסרב לקיים הליכי בוררות בניגוד לתקנון הבורסה - בבלגיה. בית-המשפט המחוזי (כב' השופט גורן) ראה את הדברים כפשוטם וקבע כי "בניין הבורסה ליהלומים איננו מקום ציבורי שכל דיכפין יכול להיכנס אליו כאוות נפשו, גם מבחינת פרטיותו, גם מבחינת סידורי הביטחון הנדרשים מאופי המסחר בו". משום כך "אין למבקש זכות משפטית מכוחה יוכל לדרוש לחייב אותה לארחו בבניינה, במסדרונותיה ובלשכותיה".

⁴⁷ תקנות אלה הותקנו על-פי סעיף 8 של חוק תקציבי השירותים הדתיים היהודיים, תש"ט-1949. בהקשר זה מציין כב' המשנה נשיא השופט אלון:

"אל נכון נאמר איפוא מפי כב' השופט עציוני ב-ע"א 280/71 גדעון נ' חברת קדישא, פ"ד כז(1) 10, בעמ' 18, כי 'לאור מהותה ותפקידיה של חברה קדישא אשר נוסדה כדי לתת שירותי קבורה ליהודים, הרי היא נחשבת לגוף קוואזי-ציבורי, הממלא תפקידים ציבוריים חיוניים, למרות היותה רשומה כאגודה עתמאנית'. ועוד: 'שירותי קבורה, על כל הכרוך בהם, הם שירותים ציבוריים שאינם נופלים בחשיבותם משירותים אחרים שעל המדינה לספק לאזרחיה' (שם, בעמ' 21).

והייתי מוסיף ואומר, שמבחינה חברתית ורגשית שירותים אלה אף עולים הם, מבחינת חשיבותם הציבורית ואופיים, על שירותים רבים אחרים, כולל צרכי חשמל, שעל המדינה לספק לאזרחיה. ועוד נתייחס לכך להלן."

בית-המשפט העליון לא ראה כך את הדברים ולאחר אזכור ההלכות בעניין מיקרו-דף והחברה קדישא הבהיר כבי' השופט ד' לוי כי יתכן מצב שבו קניין מסויים יירשם (פורמלית) כקניין פרטי, ואולם מבחינה מהותית יהא בעל אופי ציבורי. במצב זה יש ללכת אחר המהות ולא אחר הפורמליסטיקה, ויש מקום להחיל על בעל הקניין מושכלות יסוד של המשפט הציבורי⁴⁹.

כבי' השופט זמיר מנתח בהרחבה בפס"ד שמחה און זה את התהליך של התרחבות בברור בתחומי הרשות המינהלית.

בגבול שבין המשפט הפרטי לבין המשפט הציבורי קיים אזור דמדומים, בו המשפט הפרטי והמשפט הציבורי משמשים בערבוביה, לעיתים זה לצד זה ולעיתים זה בתוך זה. באזור זה קיימת דואליות נורמטיבית, כלומר, דו-קיום של המשפט הפרטי והמשפט הציבורי.

⁴⁹ בית-המשפט מציין כי דוגמא טובה לכך הוא פסק-הדין של בית-המשפט העליון הפדרלי בארצות הברית בעניין *Marsh v. State of Alabama* 326 U.S. 501. באותו עניין נדונה התופעה של "Company Town" היינו - עיירה בבעלות פרטית, בשם Chickasaw, אשר היתה רובה ככולה בבעלות של חברה פרטית - החל בבנייני המגורים, ברחובות וברובע העסקים, וכלה בתעלות הביוב. המערערות, חברה בכת "עדי יהוה", הפיצה תעמולה דתית ברובע המסחרי של העיירה. נציגי החברה (הבעלים) דרשו ממנה להתפנות, אך זו סירבה. בעקבות זאת, הועמדה לדין פלילי בגין הסגת גבול והורשעה. בית-המשפט העליון ביטל את הרשעתה ונימק את דבריו כך:

"We do not agree that the corporation's property interests settle the question. The state urges in effect that the corporation's right to control the inhabitants of Chickasaw is extensive with the right of a homeowner to regulate the conduct of his guests. We can not accept that contention. Ownership does not always mean absolute dominion. **The more an owner, for his advantage, opens up his property for use by the public in general, the more do his rights become circumscribed by the statutory and constitutional rights of those who use it...** thus the owner of privately held bridges, ferries, turnpikes and railroads may not operate them as freely as a farmer does his farm. Since these facilities are built and operated primarily to benefit the public and since their operation is essentially a public function, it is subject to state regulation."

דהיינו, הואיל והקניין הפרטי (מבחינה פורמלית) היה בעל אופי ציבורי מובהק, החיל בית-המשפט העליון על בעל הקניין חובות מן המשפט הציבורי (שם - החובה שלא לפגוע בזכותה החוקתית של המערערות לחופש ביטוי).

האזור של דואליות נורמטיבית התרחב בהדרגה. תחילה קנתה לה הדואליות הנורמטיבית שביתה אצל גופים מובהקים של המינהל הציבורי, שמקובל לקרוא להם גופים שלטוניים, כמו הממשלה או עיריה. כאשר גוף כזה פועל בתחום המשפט הפרטי, כגון, כאשר הוא משכיר נכס, חלים עליו, בצד כללים של המשפט הפרטי, גם כללים מסויימים של המשפט הציבורי, כגון, עיקרון השוויון. לאחר מכן התפשטה הדואליות הנורמטיבית לעבר גופים של המינהל הציבורי, כאשר הם פועלים במתכונת של גופים פרטיים כמו חברות ממשלתיות (פסק-דין מיקרו-דף). "לאחרונה עשתה הדואליות הנורמטיבית צעד נוסף, גדול וחשוב. היא פרצה מן התחום של המינהל הציבורי אל התחום של המגזר הפרטי. בית-המשפט פסק שהיא עשויה לחול גם על גוף פרטי, שלא הוקם על-ידי חוק, אין לו סמכויות מכוח חוק ואין הוא משתייך, להלכה או למעשה, למינהל הציבורי. כזאת היא, לדוגמה, עמותה העוסקת בקבורה. מצד אחד, עמותה כזאת היא גוף של המשפט הפרטי, כמו אגודת ספורט או ארגון צדקה. אך מן הצד השני, כפי שבית-המשפט פסק, יש לה גם מהות של גוף ציבורי" (הכוונה היא לפס"ד קסטנבאום נ' גחש"א).

כבי השופט זמיר מציין כי דרך זו נקבעה בבתי-המשפט במדינות שונות וכדוגמה הוא מציין את פסק-הדין האנגלי של בית-המשפט לערעורים בעניין R. v. Panel on Takeovers and Mergers ex.p.

Detain PLC [1987] Q.B. 815, 847.

במקרה זה נדון עניינו של גוף פרטי, בלתי-מאוגד, ללא סמכות מכוח דין וללא זכות מכוח חוזה, אשר בפועל הינו מסדיר ומפקח על תחום חשוב של הכלכלה, הוא התחום של השתלטויות ומיזוג של חברות. גוף זה, ללא סמכות רשמית, קובע כללים בדבר מיזוג חברות, והוא מטיל עיצומים שיש בהם, למעשה, כדי לסגור את שערי הבורסה לניירות ערך בפני חברה שהפרה כללים אלה. האם גוף זה נתון לביקורת שיפוטית וכפוף לכללים של המשפט הציבורי? וכך השיב בית-המשפט:

"There is no area in which it is helpful to look not just at the source of

the power but at the nature of the power. If the body in question is exercising public law functions, or if the exercise of its functions have public law consequences, then it may... be sufficient to bring the body within reach of judicial review".⁵⁰

לאחרונה דן בית-המשפט העליון בשאלת החלתן של חובות מן המשפט הציבורי על חברת "דיור לעולה" בע"מ⁵¹. מדובר היה בסיטואציה שבה רכשו דיירים זכויות אובליגטוריות כלפי "דיור לעולה"⁵². "דיור לעולה" שימשה מעין "מרשם מקרקעין לדיירים"⁵³. דיור לעולה ניצלה כוח זה וכל דייר שרצה למכור את דירתו ולרשום את הקונה בספרי החברה, נאלץ לחתום על "כתב ויתור" בו הוא מוותר על כל טענה או תביעה בנוגע לליקוי בניה בדירה.

כבי' השופט חשין ציין את ההלכה הפסוקה לפיה רשות ציבור אמורה ליתן שרות ליחיד ללא תמורה, או בתמורה הקבועה בחוק⁵⁴. אם דרשה הרשות מהיחיד תמורה עבור השרות, היא תחוייב בהשבה, וזהו אחד מראשי העילה של עשיית עושר ולא

⁵⁰ לעניין זה מפנה פסק-הדין גם למקורות הבאים:

De Smith, Woolf and Jowell, *Judicial Review of Administrative Action* (5 ed. 1995), 167, 181. H.W.R. Wade, *Administrative Law* (7 ed. 1994) 252,662.

כמו כן ראה:

א' בנבנישתי, "תחולת המשפט המינהלי על גופים פרטיים" עיוני משפט י"ט (תשנ"ה) 273.
ד' ברק-ארז, "אחריות אזרחית של גופים ציבוריים - דואליות נורמטיבית" משפט וממשל א' (תשנ"ג) 275. וכן מאמרה על "תאגידי ציבוריים" עיוני משפט י"ט (2) 273.

ע"א 2299/99 שפייר ואח' נ' חברת דיור לעולה בע"מ, פ"ד נה(5) 213.

⁵² "דיור לעולה" היתה "חברה משכנת" והתקשרה עם מינהל מקרקעי ישראל בהסכם פיתוח, לפיו התחייבה לבנות מבנה על המקרקעין ורק לאחר בנייתו היתה זכאית להירשם כחוכרת. על כן, בעת שהדיירים רכשו את דירותיהם מדיור לעולה, לא היתה הקרקע רשומה על שם דיור לעולה וממילא לא היה ניתן לרשום דירות על שם הדיירים. הדיירים קיבלו רק התחייבות של דיור לעולה "למסור לרוכש את זכויותיה בקרקע כלפי המינהל ולגרום לכך שהמינהל יחכיר לרוכש את הדירה".

⁵³ להשוואה ר' ע"א 4/84 שטאל נ' החברה הלאומית לשיכון עולים בישראל בע"מ, פ"ד מג(1) 265, 271.

⁵⁴ ע"א 412/54 עיריית ת"א נ' חב' "ארמון ארנוביץ 3" בע"מ, פ"ד י" 1835. (מפי כבי' השופט שי ז' חשין); ע"א 706/71 וילנר נ' ראש העיר ראשל"צ, פ"ד כז(1) 160, 1568; רע"א 2911/95 יוסי אברהם עו"ד נ' עיריית ראשון לציון, פ"ד נג(1) 233, 218.

במשפט⁵⁵. מדובר גם בסוג של כפיה כלכלית, שכן ליחיד הניצב לפני הרשות אין ברירה של ממש אלא להעתר לדרישת הרשות, אף אם אין לה עיגון בדין. מקור הכוח של הרשות נעוץ במונופול המוקנה לשלטון בביצוען של פעולות מסויימות.

מהלכה זו גזר כבי' השופט חשין את בטלותן של "כתבי הוויתור" שעליהם החתימה "דיור לעולה" את הדיירים. כבי' השופט חשין קבע כי בידי דיור לעולה הוטלו סמכויות שהפכו אותה, הלכה ולמעשה, בגדר ביצוע תפקידיה לרשות ציבורית או למעין-רשות ציבורית. בדיור לעולה הוחלה דואליות נורמטיבית ונקבע כי לעניין זה התחייבה בה-בעת הן רשות פרטית והן רשות ציבורית.⁵⁶

הנה כי כן, מן הפסיקה דלעיל עולה בבירור, כי בית-המשפט העליון החיל את כללי המשפט הציבורי בהתעלם לחלוטין מאישיותו המשפטית של הגוף בו עסקינן, ביחס לפונקציות מסויימות שממלא אותו גוף עת שהוא בא במגע עם הציבור. עם זאת, העיקרון האמור נקבע כ"עיקרון מעטפה" דהיינו כעיקרון המהווה את המעטפת הכללית המותירה בידי בית-המשפט מתחם רחב של גמישות ביחס למילוי המעטפת בתוכן קונקרטי. כך למשל טרם נפסק אלו הם הכללים של המשפט הציבורי שיחולו על גוף דו-מהותי, וכן טרם נפסק באיזו מידה יחולו כללים אלו, עת שאנו מיישמים אותם ביחס לגוף דו-מהותי. מכל מקום ברור כי הכללים של המשפט הציבורי החלים על גוף דו-מהותי אינם זהים בהכרח לאותם כללים כשהם חלים על רשות מינהלית. המעבר של הכללים מן התחום של המינהל הציבורי אל התחום של המגזר הפרטי עשוי לחולל בהם שינויים.

⁵⁵ דניאל פרידמן, "דיני עשיית עושר ולא במשפט" (אבירם 1988 מהדורה שנייה) כרך ב', 949.

⁵⁶ הנימוק שנתן לכך כבי' השופט חשין היה כי:

"בנהלה את מרשם המקרקעים של הדיירים – מרשם שנועד לבוא תחת המרשם הרשמי הפורמלי הוטל נטל על דיור לעולה, והוא: לנהל את ענייני המרשם כהלכה. כמוה כרשות ציבורית – ולא משום שהדיירים אינם יכולים להעביר את זכויותיהם אלא אם יקבלו את הסכמתה ה"ציבורית" לדבר...

דינה של דיור לעולה לענייננו הוא כדן הממונה על מרשם המקרקעין. ומה אותו ממונה אינו רשאי לדרוש חתימה על כתב ויתור, כן דינה של דיור לעולה, שאף היא אינה רשאית לדרוש חתימה על כתב ויתור. דרישתה של דיור לעולה... לא היתה אלא שימוש לרעה בכוח הציבורי שניתן בידיה..." [ההדגשות הוספו]

בית-המשפט המחוזי בחיפה (כב' השופט ע' גרשון) נתן פסק-דין הקובע כי אף מועדון ספורט הינו גוף דו-מהותי, ובלשונו: "כשלעצמי אני סובר כי למועדון ספורט פופולארי כמו הפועל, אין זכות קיום כלל אלא כגוף דו-מהותי, הינו גוף פרטי בשל היותו חברה בע"מ וגוף בעל חשיבות ציבורית בשל עצם מהותי והעניין שיש לציבור בו. וכי אלו חיים יש למועדון ספורט בלא העניין שיש לציבור הרחב במפעליו הספורטיביים, בהישגיו ובהצלחותיו במישור התחרותי? אמור מעתה: מועדון ספורט, מעצם הגדרתו ככזה, וללא כל קשר לצורה הפורמלית של אישיות המשפטית... הינו גוף דו-מהותי. גם לעובדה שהפועל משתמשת באיצטדיון עירוני יש משמעות בהקשר הדברים הנ"ל".

מחמת קביעה נורמטיבית זו קבע בית-המשפט כי מן הדין להחיל על הפועל את החובה לנהוג בשוויון, ואסור לה להפלות לרעה עיתונאים שביקרו קשות את פעילותה.⁵⁷

מן הכלל האמור נעבור אל הפרט דנא.

בפסק-דין אורן מבהיר כב' השופן חשין כי התאגיד העירוני מוקם מטעמים של יעילות⁵⁸. מאידך גיסא, אין חולק כי התאגיד העירוני פועל בתחומי הסמכות של הרשות המקומית ומעניק שירות לציבור, אשר אלמלא התאגיד העירוני היה ניתן על-ידי הרשות המקומית. הספק מדוע זקוקים אנו לתאגיד זה התעורר לנוכח העובדה כי תאגיד זה אינו פועל כגוף החי את חייו הוא, אלא מתנהל לפי חלילה של הרשות המקומית ולפי האינטרסים שלה. אם כך, נשאלה השאלה במה מותרו על

⁵⁷ ת"א (חי) 300/99 בש"א 8316/99 כלבו (1979) בע"מ ואח' נ' עיריית חיפה ואח', תק-מח (3/99) 1576, החלטה מיום 16.9.99. באותו עניין גם הוסיף וציין בית-המשפט: "הציבור זכאי לכך שהעיתונות במקומותינו תהא חופשית לכתוב, לסקר ולבקר כרצונה, תוך שמירה על כללי ההגינות, האתיקה העיתונאית והנורמות הקבועות על-פי כל דין. עיתונות חופשית ורק כזאת אנו רוצים כאן, אינה עיתונות שרק מפארת ומקלסת את המסוקר. עיתונות חופשית פירושה הזכות לכתוב ולבקר ואפיילו הדברים אינם נעימים לאזנו של המבוקר".

⁵⁸ ראה הי"ש 2 לעיל. עם זאת, ראה הע"ש 36 לעיל בה הבהרנו כי במישור הפרקטי מוקמים תאגידיים עירוניים לעיתים תכופות מתוך רצון לאפשר קיזוז של מע"מ תשומות.

הרשות המקומית עצמה?

ראינו כי פרופ' זמיר רואה חיוב בהחלת חובת אמון של מנהלי התאגיד העירוני כלפי הרשות המקומית והעדפתה על-פני חובת האמון כלפי התאגיד עצמו, שכן תאגיד זה הוא עצם מעצמה של הרשות המקומית, והוא מוקם אך ורק כדי לטפל בנושאים שהינם בתחום סמכותה של רשות זו.

ואולם, פרופ' זמיר הניח כי כתוצאה מכך לחברה העירונית אין משום כך כל תכלית עסקית. הנחה זו אינה ברורה על פניה, שהרי העובדה כי הרשות המקומית רשאית להקים תאגיד כדי שיעסוק בתחומי סמכותה, עדיין אינה מפקיעה את הסמכות של התאגיד שהוקם לעסוק בתחומי עיסוק אלה מתוך כוונת רווח⁵⁹. הענקת שירות לציבור בתחומים מסויימים עשויה להיות רווחית אם היא מנוהלת באופן יעיל. אין להוציא מכלל אפשרות מצב שבו רשות מקומית תבחר להקים חברה כדי שזו תפעל אך ורק על-פי קריטריונים רווחיים ותותיר בידיה את הענקת השירות מקום שבו הוא הפסדי, ומוענק משיקולים ציבוריים בלבד.

מכל מקום, פרופ' גרוס תמה לאור חובת אמון זו מה צורך יש בכלל בתאגיד עירוני ומה מותרו על המחלקה העירונית.

בעקבות פסיקת בית-המשפט העליון בנוגע לגופים דו-מהותיים, שהינם גופים פרטיים העוסקים במתן שירות לציבור, נראה כי נמצא יחוד ברור למבנה המשפטי של החברה העירונית ויתרון בצידו. היחוד נמצא בכך שמדובר בגוף אשר כללי המשפט הציבורי חלים לגביו, בניגוד לגוף פרטי העושה בשל עצמו ככל העולה על רוחו. ומאידך גיסא כללים אלה אינם חלים במלוא עוזם ואף לא במלוא היקפם, כך שיש כללים שאינם חלים. זהו יתרון ניכר, לגוף השואף להשיג יעילות, שהרי הגמישות הנורמטיבית עשויה לסייע בניהול הפעילות באופן מהיר וללא עכבות.

⁵⁹ דוגמא לכך מצויה ב-בג"צ 6662/94 חודש נ' היועמ"ש, דינים עליון כרך טא 935 בו נדון עניינה של החברה הכלכלית לאילת (חכ"א) בע"מ אשר הוקמה לצורך ניהול נכסים השייכים לעיריה, ובין השאר גבתה דמי עגינה מכלי השיט המעוניינים להשתמש בשירותי המרינה באילת.

מעבר לכך, בפסיקה שנסקרה ראינו כי ההחלה של כללי המשפט הציבורי על גופים דו-מהותיים נעשתה ביחס לפונקציות מסוימות שמבצעים גופים אלה. המגע עם הציבור יוצר חובת אמון כלפיו, באשר הציבור מזהה לעיתים קרובות את התאגיד העירוני עם הרשות המקומית עצמה ביחס למתן שירותים אלה⁶⁰, ויוצר ציפיות כי ינהגו עמו לפי הנורמות המקובלות במשפט הציבורי⁶¹.

לעומת זאת, ככל שהגוף האמור פועל בתחומים של התארגנות פנימית, או כלשונו של כב' השופט ויתקון בעניין **אביב** בתחום "מנהלו הארגוני והמשקי של הגוף", אין בהכרח ציפיות של הציבור כי הגוף האמור יפעל בדומה לגוף ציבורי, ויש מקום לומר כי הגוף האמור יכול לפעול באופן חופשי ומשוחרר כגוף פרטי לכל דבר ועניין. כך למשל ציינו כי החברה קדישא חוייבה בכללי המינהל הציבורי ביחס לשירותי הקבורה, אך לא נראה כי תחוייב כן ביחס להעסקת עובדים או רכישת ציוד. הוא הדין והיא המידה ביחס לחברה עירונית.

בהתאם לניתוח זה נראה כי יהא זה רצוי להגיע לתוצאה לפיה תחוייב החברה העירונית בכללי המשפט הציבורי, לרבות בתחום חובת המכרז, ככל שהיא עוסקת במתן שירותים לציבור. במישור זה היא מחליפה את הרשות המקומית וחייבת לנהוג בהתאם לנורמות מקבילות לרשות זו. אך ככל שהחברה העירונית עוסקת בתחום המינהל הארגוני והמשקי הפנימי שלה, היא תוכל להיות יעילה וזריזה באופן מקסימלי תוך שהיא פטורה מחובות המשפט הציבורי לרבות מחובת המכרז.

⁶⁰ להשוואה ראה: דו"ח הוועדה להכנתה של הצעת חוק החברות הממשלתיות, בראשות פרופ' אי ברק (האוניברסיטה העברית ירושלים, 1970) בעמ' 48: "כאשר המדינה מבצעת פעולה עסקית באמצעות מחלקותיה, מוטלת עליה החובה לפעול ללא הפליה ועל בסיס של שוויון. כמו כן, מוטלת עליה בסוגיות מסוימות חובת המכרז... כאשר אותה פעולה מתבצעת באמצעות חברה ממשלתית, המוקמת על-פי פקודת החברות, נופלות חובות אלה... האם יתקבל על הדעת שמשרד השיכון יהא כפוף לעקרונות השוויון ואיסור ההפליה שציינו לעיל, אך חברות השיכון המוקמות על ידו תהיינה פטורות מכך? בעיני הציבור חברות השיכון הללו זהות למשרד השיכון."

⁶¹ למשקלן של ציפיות אלו ולחובה המיוחדת החלה על חברה האמונה על יצירת איזון בין פעילות כלכלית יעילה, לבין מתן מענה לציפיות הציבור, ראה בספרי על "חברות ממשלתיות" (בורסי, 1995) בעמ' 117-126.

שילוב נורמטיבי מיוחד זה מאפשר לתאגיד העירוני להיות יעיל יותר מאשר העיריה כלפי פנים, ועם זאת הוגן לא פחות מאשר העיריה כלפי חוץ במתן השירותים לציבור. יחוד זה מצדיק את קיומו של התאגיד העירוני, על-אף חובות האמון המיוחדות המשוות תאגיד זה למחלקה העירונית.

בכל הנוגע למתן שירות לציבור נראה כי צודק, בכל הכבוד, פרופ' זמיר בגישתו לפיה על התאגיד העירוני להעדיף את טובת הציבור וממילא את האינטרס של הרשות המקומית על פני שיקוליו העסקיים, שכן במישור זה חב התאגיד העירוני חובת אמון לציבור. במישור זה התאגיד העירוני הוא חליף של הרשות המקומית ובא בנעליה במילוי התפקיד הציבורי על-פי דין. הגיוני לחייב את הנעבר לנהוג לפי הנורמות החלות על המעביר, ומכיוון שהמעביר חייב לשום לנגד עיניו את טובת הציבור מעל לשיקול עסקי כלשהו, הרי שנורמות אלו יחולו גם על התאגיד העירוני. מכאן נובע הכלל בדבר העדפת שיקולי הרשות על פני שיקוליו העסקיים של התאגיד עצמו. ואולם, בהתאם להיגיון זה נראה כי בכל הנוגע למישור ההתארגנות הפנימית של התאגיד, שבו לא חלה לדידנו חובת אמון כלפי הציבור, לא יהא התאגיד העירוני חייב להעדיף שיקול עירוני כלשהו על פני שיקוליו העסקיים. כאן, היה מן הראוי לסייג את תחולת 249א(2) לפקודת העיריות ולקבוע כי במישור הפנים-ארגוני תגבר חובת האמון כלפי התאגיד העירוני על פני החובה כלפי הרשות המקומית⁶².

ואכן, המציאות הובילה ליישום המבנה הנורמטיבי דלעיל בכל הנוגע לתחום המכרזים, אשר לגביו קיימת התלבטות האם להחיל חובה זו הקבועה לגבי עיריות

⁶² כך למשל, מקום שבו עומדת על הפרק שכירת משרד עבור התאגיד העירוני (משרד שלא ניתן ממנו שירות לציבור, אלא מתנהלת בו למשל פעילות הנהלת החשבונות הפנימית), יכול להתעורר שיקול של מועצת העיריה להעדיף שכירת משרד בתחום הרשות המקומית ואף במקום יקר, כדי שהרשות תהנה מגביית ארנונה ותעודד פעילות עסקית מסויימת באזור מסויים של העיר. לעומת זאת, לתאגיד העירוני עצמו יהא אינטרס לחסוך בעלויות ולשכור משרד במקום אחר. במקרה זה דומה כי מכיוון שבהתארגנות פנימית עסקיין ולא בשירות לציבור, מן הראוי שמהלי התאגיד העירוני יעדיפו את השיקול של התאגיד על פני שיקולים שמחוצה לו.

בסעיף 197 לפקודת העיריות, גם על תאגיד עירוני⁶³.

עניין זה נדון בשנת 1982 בפסק-דין צוקר⁶⁴, עת קרן תל-אביב לפיתוח התחייבה להקים עבור העיריה מבנה לצרכי ספרייה בנחלת יצחק, על שטח עירוני, מכספי העיריה, על-פי תוכניות של העיריה ובפיקוחה, כאשר בתום הבניה מועבר המבנה לבעלות העיריה. דרך פעולה זו של בניה באמצעות קרן תל-אביב לפיתוח נבחרה לאחר שהיועץ המשפטי של העיריה הסביר לחברי מועצת העיר כי מכיוון שהקרן היא אישיות משפטית נפרדת מן העיריה היא פטורה ממכרז.

בית-המשפט העליון קבע בהקשר זה:

"אף בהנחה כי הדברים נבדקו ונשקלו מנקודת ראות של יעילות ומהירות - נתגלה כאן חריג ופסול מעיקרו. הוראת החוק היא חד-משמעית, והיא נעוצה לא רק בכוונה של מתן הזדמנויות שוות לכל מי שמבקש להשתתף במכרז ולזכות בו, אלא גם בכוונה להבטיח כי מוסדות ציבור החייבים למסור ביצוע עבודות או הספקת טובין על-פי מכרז יזכו כתוצאה ממנו בתנאים הנוחים והטובים ביותר, שניתן להשיג על-פי דרישת המזמין וכי תימנע העדפה שרירותית לכל גורם שהוא..."

הדרך אשר נבחרה לא רק חורגת מכל מינהל תקין, אלא היא בבחינת עקיפה בולטת של הוראות חוק ברורות... אין אנו גורסים כי מקום שאין גוף ציבורי חופשי להתקשר בעצמו בחוזה ללא מכרז, הוא יוכל לעשות זאת באמצעות זרוע ארוכה שלו, היינו גוף משפטי נפרד הסר למרותו ושליטתו, כאשר כרוך כי לאותו גוף אין כל חלק או עניין כעסקה הנדונה - והוא נותן

⁶³ סוגיה זו של תחולת דיני המכרזים על חברות עירוניות ראויה לדיון מקיף במאמר נפרד. סקירת הפסיקה בקצירת האומר להלן, נעשית רק כפיתוח של ההבחנה המוצעת בין התחום של מתן שרות לציבור לבין התחום של הניהול הפנימי, עליה עמדנו לעיל.

⁶⁴ בג"צ 313/82 צוקר ואח' נ' עיריית תל-אביב ואח' (לא פורסם).

רק ידו לעקיפת חובת המכרז.⁶⁵

בית-המשפט העליון ראה אם-כן בחברה העירונית שלוח של הרשות המקומית וממילא החיל לגביה בנסיבות המיוחדות של אותו מקרה את חובת המכרז החלה על הרשות המקומית עצמה.

תוצאה זו מחוייבת היא שאם לא כן ניתן יהא לעקוף את חובת המכרז בכל מקרה ומקרה על-ידי העברת פעילויות לתאגידים עירוניים. אך האם מכך נובע כי גם מקום שבו תאגיד עירוני פועל עבור עצמו ולא עבור העיריה כניסיון להתחמק מחובת המכרז, יהא התאגיד העירוני כפוף לדיני המכרזים? אם כן, תהא זו הכבדה עצומה על תאגידים אלה.

בדרך דומה צעד בית-המשפט המחוזי ב-ת"א (כב' השופט ד"ר קלינג) בעניין חב' עדן לקרקעות בע"מ נ' עיריית נתניה⁶⁶ עת שהובהר כי עבודות של שיפוצים בבית-ספר הועברו לח.ל.ת - החברה לפיתוח ותיירות נתניה בע"מ, כדי להימנע מהליך ממושך ומסובך של מכרז, למען יתאפשר לבצע את השיפוצים בבית-הספר לפני פתיחת שנת הלימודים. בית-המשפט קיבל תצהיר בדבר הסירבול הנגרם כתוצאה מחובת המכרז והסיק מכך כי העברת הפעילות לחברה העירונית נועדה לאפשר לעיריית נתניה לחמוק מחובת המכרז שנקבעה בפקודת העירונית, ו"אין לאפשר לה לעשות כן". בית-המשפט הבהיר בהקשר זה: "הדרך להתגבר על הקשיים שעליהם הצביעו המשיבות, באשר ליישום ההוראות בדבר עריכת מכרזים, הינה על-ידי יעול ההליכים, ולא על-ידי עקיפתם".

למסקנה הפוכה לכאורה הגיע בית-המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופט צבי כהן)

⁶⁵ בית-המשפט ציין באותו מקרה כי הוא מטיל הוצאות על העיריה כדי להביע את מורת רוחו שכן הבחירה היתה אכן יעילה והבניה הסתיימה לפני הדיון בעתירה, "ולא היינו מהססים להטיל חיוב זה על ראש העיריה אישית, אלמלא האישור שניתן לכך על-ידי מועצת העיריה".

⁶⁶ ה"פ 613/96 חב' עדן לקרקעות בע"מ נ' עיריית נתניה (ניתן ביום 4.9.97 מפי כב' השופט ד"ר גי קלינג, טרם פורסם).

בעניין מוריה⁶⁷.

באותו מקרה נדון עניינה של חברה עירונית, שמטרותיה במסגרת סמכויות העיריה ותפקידיה, בידי העיריה מלוא ההון ומלוא כוח ההצבעה בתאגיד, כתובת החברה היא בבית העיריה, ומתוך מימון שהועמד לרשותה מידי משרד השיכון העבירה העיריה לחברה את התקציב לביצוע עבודות, שאילו בוצעו בידי העיריה חייבת היתה לפרסם מכרז בגינן⁶⁸. בית-המשפט התבקש על כן לקבוע כי נתקיימה בעיריה ובחברה זהות המחייבת גם את החברה למלא אחר חובת המכרזים המוטלת על עיריה מכוח סעיף 197 לפקודת העיריות.

בית-המשפט היפנה הן לפסק-דין צוקר והן לפסק-דין נצ"ב⁶⁹ לפיהם קיימת זהות בין החברה העירונית לבין העיריה, דבר המחייב זהות נורמטיבית ביניהם.

בית-המשפט בעניין מוריה קבע:

"המאפיינים המשותפים לשני המקרים (בעניין צוקר ובעניין נצ"ב - ו' א') הם, כי נתבקש בהם סעד כנגד עירייה, וכי סעד זה נתבקש בשל מראית עין שהיא ביקשה ליצור: בעניין צוקר - בתחום המשפט הציבורי; בעניין עיריית נתניה - בתחום המשפט הפרטי.

בשתי הנקודות הנ"ל אין הנדון דומה לראיה: בענייננו אין מתבקש סעד כלשהו נגד העיריה ואין טענה כי הקימה את התאגיד שלא כחוק, כי העבירה לו את ההקצבה שלא כחוק, או כי בחרה שלא כחוק בנותן שירותים פלוני והשתמשה בחברה כמכשיר להתקשרות עימו. נהפוך

⁶⁷ ת"א (י-ם) 747/91 המ' 1878/91 סלעית אדומים בע"מ נ' מוריה החברה לפיתוח ירושלים בע"מ ואח' (לא פורסם).

⁶⁸ מדובר בעבודות של שיקום הכביש וסלילת מדרכות בשדי גולדה מאיר בירושלים. עבודות אלה הן בפשטות עבודות ציבוריות לא פחות מאשר עבודות הקמת ספריה בתל-אביב נשוא פסק-דין צוקר.

⁶⁹ הי"ש 13 לעיל, בעמ' 48 ו-62 לפסק-הדין.

הוא: החברה קיימת מזה שש שנים, היא עצמה רוכשת שירותים בעניין שבשגרה והיא לא קיבלה לידיה את התקציב על מנת שתתקשר עם נותן שירותים שהעיריה חפצה בו.⁷⁰

לאמור: בית-המשפט בעניין מוריה הבין את ההלכה בהקשר זה כנגזרת משאלת האוטנטיות⁷¹. מקום שבו התאגיד העירוני פועל באופן אוטנטי במסגרת סמכויותיו, הוא פטור ממכרז. לעומת זאת, מקום שבו התאגיד העירוני פועל כפסאדה בלבד, עבור הרשות המקומית, מתוך ניסיון לעקוף את חובת המכרז, הרי שניסיון זה לא יצלח.

קשה להסכים עם תוצאה זו, שהרי בהתאם לפסק-דין מוריה, מקום שבו תאגיד עירוני אינו פועל אד-הוק עבור הרשות בנקודה אחת מסויימת אלא נוטל לידי באופן קבוע תחום פעילות שלם, הוא פטור מחובת המכרז. כך למשל אילו בעניין צוקר היתה הספרייה מוקמת על-ידי חברה עירונית שתכליתה להקים ספריות עירוניות, הרי שהפעילות היתה פטורה ממכרז. זאת על-אף שמדובר בשירות לציבור, ועל-אף שדבר זה פותח פתח לשרירות-לב בבחירת הקבלנים, ולבזבוז כספי ציבור. גם אין כל קושי לעקוף את חובת המכרזים על-ידי שימוש בתאגיד עירוני ותיק או על-ידי העברת תחומי פעילות שלמים לתאגידים כאלו. ואם כן מה הועילו חכמים בתקנתם בקביעת חובת המכרז מלכתחילה, אם במקביל קבעו הם בפקודת העיריות דרך לעקיפת חובה זו?

נראה על כן, כי תוצאה נכונה יותר היא להניח כי הלכת צוקר תחיל על התאגיד

⁷⁰ בית-המשפט ציין עוד כי אילו ביקש המחוקק להחיל על התאגיד העירוני חובת מכרז המוטל על העיריה, כשזו מתקשרת בשמה היא עם בעל חוזה, הרי שהיתה לו הזדמנות לעשות כן עת שהתקבל החוק לתיקון פקודת העיריות (מס' 32) תשמ"ח-1987 בו הוסף לפקודת העיריות סעיף 249א' בדבר תאגידים עירוניים, מה עוד שנקודה זו של עקיפת חוקי המכרזים עלתה בקריאה הראשונה של החוק, דברי כנסת 108 תשמ"ז 2797. מכיוון שעניין זה לא התקבל, אות הוא כי סוף אי-מעשה במחשבה תחילה, לפיה לא רצו לשים את התאגידים העירוניים בסד שבו הושמו העיריות עצמן.
⁷¹ לראיית האוטנטיות כנקודת מבחן יפה בין נורמות שונות, במדרשי חז"ל, ראה: ד"ר יעקב וינרוט, "לבכות לאריאל" (הרצאה למלאות שלושים לפטירתו של פרופ' אריאל רוזן צבי ז"ל), עיוני משפט כרך כ' חוברת 2, 271, 273-274.

העירוני את חובת המכרז בכל מקום שבו הוא נותן שירות לציבור וחסב לו חובת אמון. במקרים אלה מן הדין להקפיד עם התאגיד העירוני כי ינהג על-פי הנורמות החלות על הרשות המקומית, בלא שתהא אבחנה ביניהם. לעומת זאת, מקום שבו עוסק התאגיד העירוני בתחום מינהלו הארגוני והמשקי-הפנימי, הוא אינו חב חובת אמון לציבור והיא פטור מחובת המכרז. פטור זה יינתן רק במקום שבו שיקולי יעילות גוברים על שיקולים אחרים ומחייבים לאפשר לגוף זה להתארגן עם עובדים וציוד בדומה לכל גוף פרטי אחר. פטור זה לא יינתן במקום שבו חשוב לשמור על הגינות מרבית, קרי בתחום הפעילות של אותו גוף במתן שירות לציבור. בהתאם לכך, בעניין מוריה שעסק בסלילת דרך ציבורית, היה מן הדין להחיל את חובת המכרז.

ו. סיכום

התאגיד העירוני הוא גוף פרטי, הפועל בשירות הרשות המקומית. הוא מאויש על-ידי נציגי הרשות המקומית, מוקם בדברה ופועל עבורה. קיימת חובה על נציגי הרשות המקומית בתאגיד העירוני להעדיף את האינטרסים של הרשות המקומית על אלו של התאגיד העירוני. בנסיבות אלה נראה כי מותר התאגיד העירוני על פני המחלקה העירונית, הוא בתחום הנורמות החלות עליו, שיאפשרו לו להיות יעיל יותר מאשר מחלקה עירונית.

התאגיד העירוני הוא גוף דו-מהותי, באשר הידיים הם ידי גוף פרטי אך הקול הוא קולה של הרשות הציבורית, השלטת בו כמעט בכל היבט אפשרי, כאשר תחומי פעילותו של התאגיד העירוני נגזרים מתחומי הפעילות של הרשות. מדובר בגוף המעניק שירות לציבור ובא בנעליה של הרשות הציבורית ועל כן, מן הדין להחיל עליו נורמות של משפט ציבורי בדומה לאלו החלות על הרשות. עם זאת, בהתאם לפסיקה שנסקרה, נראה כי כללי המשפט הציבורי לא יחולו במלוא עוזם על גוף מיוחד זה, אלא יחולו בשינויים המחוייבים ממעמדו כגוף פרטי. כללים אלה גם לא

יחולו במלוא היקפם, כך שיהיו כללים מן המשפט הציבורי שלא יוחלו ביחס לתאגיד העירוני⁷².

בנוסף לכך נראה כי כללי המשפט הציבורי, לרבות חובת המכרז, יחולו על התאגיד העירוני רק ככל שהוא נותן שירות לציבור. לעומת זאת, ככל שהתאגיד העירוני פועל בתחומים של התארגנות פנימית הוא יכול לפעול באופן חופשי ומשוחרר כגוף פרטי לכל דבר ועניין.

כך יושג שילוב ראוי בין יעילות רבה יותר במחלקה העירונית עת שהגוף מתארגן ארגון פנימי, ועם זאת ישמרו נורמות בסיסיות של הגינות ומינהל תקין, לרבות חובת המכרז, במתן השירותים לציבור.

⁷² כך למשל נראה כי ביחס לתאגיד עירוני לא נכון יהא להחיל את כללי ההבטחה המינהלית, והוא יתפס בדברו רק כאשר נכרת חוזה. במקביל, ספק אם יוכל התאגיד העירוני להנות מהלכת ההשתחררות מחוזי רשות.