

---

# 19 | רגולציה עצמית בשוק הבנקאות הישראלי

שרון ידין\*

---

## תקציר

רגולציה עצמית היא שיטת אסדרה (רגולציה) בה המפוקחים שותפים להליך הפיקוח, ההסדרה והאכיפה המוטלות עליהם באופן מסורתי בידי המדינה בלבד. שינוי תפיסתי זה נעוץ ביתרונות המידע והיכולת של המפוקחים על פני המפקחים, לקבוע את הכללים המתאימים לחול עליהם. מאמר זה מציג את כלי הרגולציה העצמית, את יתרונותיו וחסרונותיו, ומדגים את השימושים שנעשים בו בשוק הפיקוח על הבנקים בישראל. המאמר סוקר מספר סוגי הוראות רגולטוריות ומצביע על השימוש ב-"אסדרה עצמית כפויה", בה הרגולטור מורה לבנקים לקבוע כללי אסדרה לעצמם בתחום מסויים (להבדיל מאסדרה וולנטרית). במסגרת משטר זה מסתייעים הרגולטורים הבנקאיים בישראל ב"הוראות הסדרה מעורבות" וב"הוראות סטנדרט" (עקרון). הוראות הסדרה מעורבות משלבות רגולציה מסורתית עם רגולציה עצמית. הוראות עקרון קובעות סטנדרט פתוח, ללא מתכון מפורט לגבי דרכי היישום.

## מבוא

במאמר זה אבקש להציג את השימוש בכלי רגולציה עצמית (Self Regulation) שנעשה בתעשייה הפיננסית בישראל בידי בנקים ורגולטורים בנקאיים. רגולציה עצמית משתייכת לזרם הרגולציה הממשלית (New Governance Regulation). רגולציה ממשלית היא המונח האקדמי המקובל לשימוש במגוון שיטות אסדרה (רגולציה) מודרניות שעניינן העברת מוקד האסדרה מן המדינה אל הציבור והתעשייה. בין היתר ניתן למצוא תחת

---

\* תלמידת דוקטורט בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב. לשעבר עורכת דין במחלקה משפטית של בנק גדול. עבודה זו מבוססת על פרק מעבודת מאסטר שנכתבה במרכז צבי מיתר ללימודי משפט מתקדמים בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב, בהנחיית ד"ר רועי קרייטנר. ברצוני להודות לד"ר קרייטנר ולד"ר רות פלאטו-שנער על הערותיהם המועילות.

מסגרת כלים זו גם את ההסדרה הוולנטרית, שיתוף הציבור, שימוש בהוראות פתוחות (סטנדרטים) ועוד.<sup>1</sup>

שווקים שונים בעולם, אימצו לעצמם שיטות רגולציה ממשלית, בתמהיל ובמינונים שונים. כך בשוק התקשורת האירופאי, בשווקים הפיננסיים של האיחוד האירופי, בשוק הבריאות והבטיחות בעבודה האמריקאי, איכות הסביבה בארה"ב, שוק המסחר הבינ"ל ועוד. אסדרה באמצעות ממשל רגולטורי (או רגולציה ממשלית) נחשבת לבעלת יתרונות משמעותיים: גמישותה מאפשרת התאמה טובה של האסדרה לשווקים המשתנים במהירות, והעברת "נטל" האסדרה מהרגולטור אל התעשייה מאפשרת לבעל הידע הטוב ביותר להחליט מהי האסדרה הנכונה והיעילה ביותר עבורו. שיתוף הציבור בהליכי אסדרה מעודד נורמות של מינהל תקין ושל שקיפות, ומביא להתחשבות במגוון אינטרסים. הויכוח על יעילות שיטות רגולציה ממשלית, טרם הוכרע. יש הטוענים כי העברת נטל האסדרה מהמדינה אל מוקדים אחרים יעילה יותר, שכן יש בכך כדי לפתור בעייה של פערי מידע שיש לרגולטור ביחס לאופן שבו התעשייה פועלת וכן בעיה של מחסור במשאבי אסדרה. מנגד יש הטוענים, כי שיטות הרגולציה הממשלית מייצרות בירוקרטיה ועלויות מיותרות ומפקיעות מן המדינה את הכח הניתן לה לבצע אסדרה על פי דין.<sup>2</sup>

בניגוד למה שמקובל לחשוב, ואולי אף בניגוד לאינטואיציה, שיטות רגולציה ממשלית מקובלות בשימוש בשווקים פיננסיים בעולם. שימוש בהוראות "פתוחות" מסוג סטנדרט, שיתוף הציבור, ושיתוף התעשייה בהליכי האסדרה, רווח בתעשייה הבנקאית במדינות אירופה, ובאיחוד האירופי. שוק הבנקאות האמריקאי לעומת זאת, נוטה ליתר שמרנות בעניין זה, ולא צפוי שינוי בכך בקרוב, לאור משבר הסאב-פריים והקריאות להידוק הרגולציה הפיננסית. כפי שנראה במאמר זה, שוק הבנקאות הישראלי צועד בעקבות

1. לרגולציה ממשלית ראה Orly Lobel, *The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought*, 89 MINN. L. REV. 342 (2004-2005). אסדרה היא המונח המקביל לרגולציה על פי האקדמיה ללשון העברית, והיא מתייחסת כאן לשלושת שלבי הרגולציה: חקיקה, פיקוח ואכיפה. השימוש במילה הסדרה מתייחס לשלב הראשון ברגולציה בלבד, קרי חקיקת הכללים המסדירים.

2. ראה למשל את הביקורת על הליך שיתוף הציבור בהליכי הסדרה כמתחייב מה-Negotiated Rulemaking Act: Cary Coglianese, *Assessing Consensus: The Promise and Performance of Negotiated Rulemaking*, 46 DUKE L. J. 1256 (1996-97). עוד על הליך שיתוף הציבור ראה איל בנבנישתי וגיא שגיא "שיתוף הציבור בהליך המינהלי" בספר יצחק זמיר: על משפט, ממשל וחברה (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005).

השווקים האירופים, וניתן לזהות בו שימוש הולך וגובר בשיטות רגולציה ממשלית, בדגש על רגולציה עצמית.

## רגולציה עצמית

המונח "רגולציה עצמית" הוא שם רחב המשמש בהקשרים שונים במספר משמעויות.<sup>3</sup> בעולם מקובל לדבר על ארגוני אסדרה עצמית אשר משמשים מעין ארגון-גג פרטי לכלל הארגונים החברים בתעשייה. אותו ארגון-גג קובע עבור החברים בו את הכללים המסדירים שיחולו עליהם, ללא התערבות ממשלתית, או עם התערבות מועטה. אף כי קיים ארגון-גג לבנקים בדמות איגוד הבנקים, זה אינו "מחוקק" עבור הבנקים בישראל כללים מסדירים ועל כן לא מבצע כל אסדרה עצמית במובן זה המקובל בעולם.<sup>4</sup> לכן, כאשר עוסקים ברגולציה עצמית בישראל הכוונה היא, בדרך כלל, לבנקים אשר קובעים או שותפים בקביעת הכללים המסדירים שיחולו עליהם, וזאת באופן אינדיבידואלי ולא באמצעות ארגון קולקטיבי.<sup>5</sup>

ניתן לחשוב על מספר חלוקות וקטגוריות למיון שיטות האסדרה העצמית. שיטת המיון המוצעת כאן מתבססת על הבחנה בין שני היבטים מרכזיים ברגולציה עצמית: יצירת הכללים המסדירים, ופיקוח ובקרה על יישומם. בהקשר זה מקובל אמנם להתייחס אף להיבט שלישי ברגולציה עצמית – אכיפה עצמית, ואולם זו אינה רווחת כל כך כיום בתעשייה הבנקאית ועל כן אתייחס אליה בקצרה בסוף המאמר.

3. למשמעויות השונות המיוחסות למונח ראה: Julia Black, *Constitutionalising Self-Regulation*, 59 Mod. L. Rev. (1996) 24, עמ' 3-1. לרגולציה עצמית באופן כללי ראה CHRISTINE PARKER, *EFFECTIVE SELF REGULATION AND DEMOCRACY* (2002).

4. השווה למשל לאיגוד הבנקים השוויצרי, הפעיל ביותר בנושאים של הסדרה עצמית. לארגוני הסדרה עצמית נוספים במערכת הבנקאות השוויצרית, ראה: [www.finma.ch/e/regulierung/Pages/selbstregulierung.aspx](http://www.finma.ch/e/regulierung/Pages/selbstregulierung.aspx). איגוד הבנקים בישראל משמש בעיקר כמתווך בין הבנקים לרגולטורים הבנקאיים בסוגיות הסדרה שונות, ובייצוג הבנקים כלפי הממשלה והציבור.

5. במידה מסויימת ניתן להשקיף על הבורסה כעל גוף הסדרה עצמית (SRO – self regulatory organization) שכן היא מפקחת על חברי הבורסה ועל המסחר בבורסה באמצעות מנגנון הסדרה פנימי (תקנון הבורסה). יחד עם זאת, היא גם מפקחת על ידי הרשות לניירות ערך.

לפני שאפתח בסקירת כלי רגולציה עצמית בבנקים, שתי הערות מקדימות: האחת היא כי אסדרה עצמית עשויה להיות וולנטרית,<sup>6</sup> והיא עשויה להיות מנדטורית (כפויה). במקרה המנדטורי, הרגולטור מורה למפוקח (הבנק) לעצב בעצמו כללים מסדירים ומנגנוני בקרה בתחום מסויים, לעיתים קרובות בכפוף ללוח זמנים ואישורים מן המפקח. במקרה הוולנטרי, המפוקח יוזם בעצמו אסדרה של תחום פעילות מסויים, מבלי שיש חובה בדין לעשות כן. מקרה זה אינו כפוף בדרך כלל, לאישור הרגולטור. אני מוצאת, כי במערכת הבנקאית בישראל האסדרה העצמית מתקיימת ברובה כאסדרה עצמית כפויה (Enforced Self Regulation) – מונח אותו טבעו המלומדים איירס ובריית'ווית.<sup>7</sup> אסדרה עצמית וולנטרית מתקיימת בבנקים בישראל בצורה של קוד אתי בבנקים,<sup>8</sup> ובמודל זה לא אעסוק בהרחבה. על כן, הוראות האסדרה העצמית אשר יתוארו להלן הן רובן ככולן, הוראות מסוג אסדרה עצמית כפויה.

ההערה השניה היא, כי הכלים השונים המוצגים להלן יכולים לשמש בנפרד או יחדיו, בכל שילוב אפשרי. כל שילוב מהווה למעשה סוג של מודל ברגולציה עצמית. הבחירה בסוג המודל שיהיה בשימוש משתנה על פי ההקשר. בתחומים חשבונאיים למשל, מקובלת אסדרה באמצעות רגולציה מסורתית של ציווי ושליטה (Command and Control) ולא באמצעות כלי רגולציה חדשים (אם כי לא תמיד). בנוסף, חשוב להסביר, כי אין כל מניעה להשתמש במודלים שונים של אסדרה בתחומים שונים של פעילות, או אפילו במסגרת אותו תחום פעילות, ואין הכרח לדבוק במודל אחד דווקא. כך, רגולציה מסורתית יכולה להתקיים לצידה של רגולציה עצמית במסגרת אותו תחום עיסוק בנקאי או ביחס לאותו מפוקח (Co-Regulation), פירוט יובא להלן).

6. ראה למשל את השימוש הרווח והוותיק במודל ההסדרה הוולנטרית באיגוד הבנקים השוויצרי. איגוד זה קובע לעצמו הנחיות, אשר מסדירות נושאים אשר החוק אינו מסדיר, בצורה מפורטת. כך למשל ה- Code of Conduct for Securities Dealers 2008, מפרט כיצד יש לפרש את חובות הסודיות, הנאמנות, הזהירות והגילוי של מתווכים פיננסיים, אשר נקבעו בחוק. יצוין כי הנחיות אלו מחייבות את הבנקים השוויצרים, ונאכפות על ידי הרשות המפקחת: Swiss Financial Market Supervisory Authority (FINMA).  
ראה: [www.swissbanking.org/en/home/richtlinienundempfehlungen.htm](http://www.swissbanking.org/en/home/richtlinienundempfehlungen.htm).

7. IAN AYRES & JOHN BRAITHWAITE, RESPONSIVE REGULATION: TRANSCENDING THE DEREGULATION DEBATE (1992).

8. ראה למשל את הקוד האתי של בנק לאומי "דרך לאומי", אשר עוסק בערכים של מסירות, נאמנות ואנושיות, אשר יחולו על עובדי הבנק: [www.leumi.co.il/Leumi/Home/0,2777,1046,00.html](http://www.leumi.co.il/Leumi/Home/0,2777,1046,00.html). לטעמי, אין מדובר בהסדרה של ממש, אלא יותר בבחינת הצהרה כללית בלתי מחייבת בדבר עקרונות וערכים אליהם מחויב הבנק. אין בה כדי להשפיע באופן ממש על אופי הפעילות הבנקאית, ולכן לא אתייחס אליה בהרחבה במסגרת זו.

## 1. יצירת הכללים המסדירים בידי הבנקים

יצירה עצמית של כללים מאפשרת למפוקח לקחת חלק בפעילות האסדרה, סמכות אשר שמורה באופן טבעי לרגולטור. בשיטה זו המפוקח קובע בעצמו ולעצמו בלבד, את הכללים המסדירים בתחום פעילות מסויים. דוגמה לפעילות כזו היא עריכת נהלים פנימיים בבנק בדבר אופן אימות חתימה של לקוח. במשטר אסדרה עצמית, הכללים המסדירים מחייבים את המפוקח לפעול על פיהם, בדומה לכללים שנוצרו במשטר רגולציה מסורתית.

כותבים רבים טוענים כי הרגולציה העצמית עדיפה על פני הרגולציה המסורתית במספר מישורים. במישור הפרקטי, הרגולציה העצמית מאפשרת התאמה מיטבית לפעילות המפוקח. הגוף המפוקח הוא מטבע הדברים בעל הידע הרב ביותר ביחס לאופן הפעילות של הארגון. בנוסף, פעמים רבות, המפוקחים הם גם בעלי המשאבים המועדפים, לעומת הרגולטור, ליצירת נהלים לפעילות המפוקחת.<sup>9</sup> הם בעלי ידע נרחב יותר ומשאביהם מאפשרים להם ליצור רגולציה בזמן קצר יחסית.<sup>10</sup> במישור הפוליטי נטען, כי שיטת הרגולציה העצמית היא שיטה לגיטימית יותר לשליטה בפעילות המפוקח, כיוון שמקורה בגוף המפוקח עצמו ולא במדינה זרועותיה.<sup>11</sup> כותבים מתוך הגישה הכלכלית למשפט טוענים, כי שיטת הרגולציה העצמית היא שיטה יעילה וטובה יותר מהרגולציה המסורתית במישור הכלכלי.<sup>12</sup>

מבקרי השיטה טוענים לבעיות ציות ואכיפה, הטמונות בסכנה שהמפוקח לא יתקין כללי הסדרה, או יעשה זאת בצורה לא מיטבית או לא יעילה.<sup>13</sup> ביקורת נוספת היא כי הוראות "פתוחות" של הרגולטור, הקובעות מטרה ומדיניות על מנת להותיר פתח למפוקח לבצע אסדרה עצמית, מהוות כלי לביטוי אידיאולוגיה של הרגולטור, שהינה רק "מן הפה אל החוץ". על פי טענה זו, הרגולטורים מפיקים מסמכים מרשימים הכוללים עקרונות ראויים, ואולם אינם טורחים ליישם בשוק.<sup>14</sup> במילים אחרות, ביקורת זו

9. Ayres & Braithwaite, לעיל ה"ש 7, בפרק 4.

10. Neil Gunningham, *Environment, Self-Regulation, and the Chemical Industry: Assessing Responsible Care*, 17

*Law & Pol'y* 58 (1995) בעמ' 58.

11. Ayres & Braithwaite, לעיל ה"ש 7, בעמ' 113.

12. שם, בעמ' 114-113. וכן: Anthony Ogus, *Rethinking Self-Regulation*, 15(1) *OJLS* 97 (1995) בעמ' 97.

13. Ayres & Braithwaite, בעמ' 19.

14. Daniel A. Farber, *Symposium: Environmental Law: Trends in Legal Education and Scholarship: Taking It Slippage Seriously: Noncompliance and Creative Compliance in Environmental Law*, 23 *Harv. Env'tl. L. Rev.*

(1999) 297, בעמ' 315.

טוענת כי הרגולציה העצמית היא לא יותר מאשר כסות להיעדר רגולציה אמיתית, מעין תרמית אשר נועדה להעביר לבעלי אינטרסים פרטיים את השליטה על האסדרה.<sup>15</sup>

להלן אסקור את השימוש במודל הרגולציה העצמית בבנקים בישראל. עיקר ההתייחסות תהיה לרגולציה שמבצע בנק ישראל – המפקח על הבנקים, כיוון שהוא הרגולטור המשמעותי ביותר מבחינת היקף תחומי האסדרה הבנקאיים, אם כי קיימים רגולטורים חשובים נוספים על הבנקים בישראל כמו הממונה על שוק ההון במשרד האוצר והרשות לניירות ערך.

### 1.1 הוראות הסדרה עצמית

נוסף לשימוש בשיטות מסורתיות של רגולציה אשר מכתיבות למפוקח את המשטר הרצוי באופן חד-כיווני, מפורט וכוללני לכלל התעשייה,<sup>16</sup> בנק ישראל משתמש בסוג רגולציה חדש בדמות הסדרה עצמית של כללים, בהיקף משמעותי.

ככלל, ניתן לומר, כי מרבית הוראות ההסדרה העצמית בתעשייה הבנקאית מצויות בהוראות המפקח על הבנקים המכונות הוראות ניהול בנקאי תקין,<sup>17</sup> אותן מפרסם המפקח על הבנקים החל משנת 1991 והן מתעדכנות באופן רציף.<sup>18</sup> נכון למועד כתיבת שורות אלו, מצויות לא פחות מ-83 הוראות ניהול בנקאי תקין. הוראות אלו מכילות את הנורמות הנדרשות, לדעת המפקח, לניהול בנקאי תקין בתחומים שונים ובהם: ניהול ובקרה, אשראי והשקעות, יחסי בנק לקוח ועוד.

15. Neil Gunningham, לעיל ה"ש 10, בעמ' 57-58. עניין זה מתקשר לביקורת ה-public choice על הליכי אסדרה בארה"ב. ראה למשל: JERRY MASHAW, GREED, CHAOS AND GOVERNANCE: USING PUBLIC CHOICE TO IMPROVE PUBLIC LAW (1997).

16. להוראות המשתמשות ברגולציה מסורתית כזו ראה למשל הוראת ניהול בנקאי תקין מס' 456 בנושא נוסח כתב ערבות לפי חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעה של רוכשי דירות) תשל"ה - 1974; הוראת ניהול בנקאי תקין מס' 431 בנושא פנקסי שיקים; הוראות הבנקאות (שירות ללקוח) (דרכי חישוב ריבית) התשנ"א - 1990.

17. הוראות ניהול בנקאי תקין של המפקח על הבנקים בבנק ישראל: [www.bankisrael.gov.il/deptdata/pikuah/nihul\\_takin/main.htm](http://www.bankisrael.gov.il/deptdata/pikuah/nihul_takin/main.htm).

18. הסדרת הפעילות הבנקאית באמצעות הוראות ניהול בנקאי תקין, הוראות הדיווח וציבור והוראות הדיווח לפיקוח על הבנקים, מתבצעת באמצעות אגף המדיניות וההסדרה בפיקוח על הבנקים בבנק ישראל.

- להלן מספר דוגמאות לנושאים בנקאיים המוסדרים באמצעות שיטת הסדרה עצמית:
- הוראת ניהול בנקאי תקין בדבר עסקאות עתידיות קובעת כי תאגיד בנקאי יקבע לעצמו את מסגרת הפעולה לגבי עסקאות עתידיות לסוגיהן.<sup>19</sup> בנוסף נקבע שם כי הנהלת כל בנק תקבע לעצמה מדיניות ברורה בנוגע לעסקאות עתידיות, ובכלל זה באמצעות נהלים פנימיים אשר תערוך לעצמה.
  - הוראת ניהול בנקאי תקין בנושא טיפול בחובות בעייתיים של לקוחות קובעת כי הנהלת הבנק תקבע נהלים לטיפול בחובות בעייתיים, הן מהיבט הניהול והן מהיבט החשבונאי.<sup>20</sup>
  - הוראת ניהול בנקאי תקין בנושא חיתום הנפקות של ניירות ערך מטילה על הנהלת הבנקים את החובה לקבוע מדיניות בדבר עיסוק הבנק כחתם בהנפקות.<sup>21</sup> לצורך כך, קובעת ההוראה, כי על הנהלת הבנק לקבוע נהלים בנושא אחריות הבנק להנפקה וקביעת חלקו של הבנק בהנפקה.
  - בהוראת ניהול בנקאי תקין בנושא מניעת הלבנת הון המפקח על הבנקים הורה לכל הבנקים לקבוע לעצמם מדיניות בנושא איסור הלבנת הון, אשר תביא ל"הכרה נאותה של הלקוח איתו מנהל התאגיד הבנקאי עסקים". מדיניות זו מכונה Customer Due Diligence או מדיניות "הכר את הלקוח".<sup>22</sup> רציונל ההוראה טמון בתפיסה כי היכרות מעמיקה עם הלקוח ועסקיו תסייע באיתור פעילות חריגה אשר עלולה להיות מסווה להלבנת הון. הרגולטור הורה בנושא זה לדירקטוריון כל בנק לגבש מדיניות מתאימה להיכרות עם הלקוח (ולפתח כלים מתאימים ליישום והטמעת המדיניות). ואכן, כל בנק פיתח לעצמו שאלון "הכר את הלקוח", סיווג קבוצות של לקוחות לפי מאפייני פעילות ואף קבע לעצמו נהלים פנימיים כיצד לנהוג בכל מקרה של פעילות בנקאית חשודה בהלבנת הון.

19. הוראת ניהול בנקאי תקין מס' 335 בנושא עסקאות עתידיות. עסקה עתידית היא עסקה שתנאיה נקבעים מראש וניצועה נעשה במועד מאוחר יותר, אשר אף הוא נקבע מראש. חוזים לעסקאות עתידיות נסחרים בבורסות לחוזים עתידיים.

20. הוראת ניהול בנקאי תקין מס' 314 בנושא טיפול בחובות בעייתיים. אלו הם חובות בפיגור, חובות אבודים (אין כל סיכוי לגבות את החוב), חובות מסופקים (אין סיכוי סביר לגבות את החוב).

21. הוראת ניהול בנקאי תקין מס' 321 בנושא חיתום הנפקות של ניירות ערך.

22. הוראת ניהול בנקאי תקין מס' 411 של המפקח על הבנקים בנושא מניעת הלבנת הון ומימון טרוו זיהוי לקוחות. אם כי נושא איסור הלבנת הון בתאגידים בנקאיים אינו נשען רק על מודלים של רגולציה עצמית. בחלקו, מוסדר הנושא ברגולציה עצמית ובחלקו ברגולציה מסורתית. ראה למשל את חוק איסור הלבנת הון, התש"ס - 2000 וכן את צו איסור הלבנת הון (חובות זיהוי, דיווח וניהול רישומים של תאגידים בנקאיים) התשס"א - 2001.

הוראות הסדרה עצמית דומות מצויות בהנחיות נוספות, כמו הנחיה בנושא מימון רכישת אמצעי שליטה בתאגידים,<sup>23</sup> הנחיה בנושא ניהול טכנולוגיות המידע ועוד.<sup>24</sup>

## 1.2 סוגי הוראות הסדרה עצמית

בנק ישראל משתמש לעיתים קרובות בשיטת רגולציה מעורבת המכונה בספרות Co-Regulation.<sup>25</sup> שיטה זו משלבת הוראות הסדרה עצמית עם רגולציה מסורתית, לעיתים אף באותה הוראה רגולטורית עצמה. הוראה כזו ניתן לכנות "הוראת הסדרה מעורבת". זאת, להבדיל מהוראות הסדרה עצמית "טהורות" הכוללות אך ורק הנחיות לבנק כיצד עליו לפתח בעצמו את הכללים המסדירים. להלן מספר דוגמאות להוראות הסדרה מעורבות:

- בהוראת ניהול בנקאי תקין העוסקת בחיתום בידי הבנק,<sup>26</sup> מתבקשת הנהלת כל בנק לקבוע נהלים בנושא "מדיניות בדבר עיסוקו...כחתם וכאחראי להנפקה, וזאת במסגרת המגבלות המפורטות מטה". בהמשך אותה הוראה מצוי כלל האוסר על תאגיד בנקאי להתחייב בחיתום התחייבות העולה על סך 50% מההון העצמי של הבנק.<sup>27</sup> במילים אחרות, על הבנק לפתח מדיניות לעצמו בתחום החיתום, אולם הוא כפוף במקביל לכללים "סגורים" מסוימים.
- בהוראת ניהול בנקאי תקין בנושא טכנולוגיות מידע,<sup>28</sup> הנהלת כל בנק מתבקשת לגבש מסמך כתוב לארגון, בנושא עקרונות אבטחת מידע. הוראה זו מותירה את גיבוש מדיניות אבטחת המידע בבנק להנהלת הבנק. יחד עם זאת, בהמשך ההוראה מופיע כלל "סגור" לפיו על הבנק לבצע סקר בטיחות של מערך הטכנולוגיה במערכות תקשורת, אחת ל-18 חודשים.<sup>29</sup>

23. הוראת ניהול בנקאי תקין מס' 323 בנושא מימון רכישת אמצעי שליטה בתאגידים. שם נקבע כי על הנהלת הבנק להבטיח שעיסוקו של הבנק בפעילות מימון רכישת אמצעי שליטה בתאגידים יוסדר באמצעות מדיניות נאותה, בדיקות ובקורות מתאימות.

24. הוראת ניהול בנקאי תקין מס' 357 בנושא ניהול טכנולוגיות המידע. שם נדרש מדירקטוריון בנק לקבוע את מדיניות ניהול טכנולוגיות המידע בארגון.

25. Ayres & Braithwaite לעיל ה"ש 7, פרק 5.

26. הוראת ניהול בנקאי תקין מס' 321, לעיל ה"ש 21.

27. שם. הוראות 1, 5 בהתאמה.

28. סעיף 10 להוראת ניהול בנקאי תקין מס' 357, לעיל ה"ש 24, שם נקבע במפורש שבמבוא להוראה כי היא כוללת "הנחיות פרטניות וכלליות".

29. שם, סעיף 11.



הוראת ניהול בנקאי 335 בנושא עסקאות עתידיות,<sup>30</sup> לעומת זאת, היא דוגמה להוראת הסדרה עצמית "טהורה" במובן זה שהיא כוללת אך ורק הנחיות להנהלת הבנק לפתח לעצמו את המדיניות המתאימה בנושא.

אחת הדרכים הנפוצות לבניית הנחיה רגולטורית המורה על הסדרה עצמית היא שימוש בהוראות עקרון (סטנדרטים). משטר הוראות עקרון (Principles Based Regulation – PBR) מתווה עקרונות ויעדים להגשמה, ללא מתכון מפורט לדרכי היישום.<sup>31</sup> בלאק מציינת ארבעה מאפיינים עיקריים של "הוראה פתוחה" שיכולים לסייע לנו באפיון הוראות:<sup>32</sup> (1) מנוסחת באופן כללי (2) משתמשת במונחים איכותיים ולא כמותיים (3) מגלמת בתוכה מטרה, תוך ציון הסיבה לקיומה (4) מכילה סטנדרט התנהגות כמו הגינות או סבירות כלפי לקוחות.

נטען, כי רגולציה מבוססת עקרונות מעודדת יחסי אמון, אחריות והדדיות בין מפקחים למפוקחים. על פי הרגולטורים והכותבים הדוגלים בגישת הרגולציה מבוססת העקרונות, מדובר בשיטה המציעה גמישות רבה שכן היא קובעת באופן רחב וכללי מהי המדיניות הראויה, מבלי לפרט כיצד יש להגשימה.<sup>33</sup> במגזר הפיננסי, כלים פיננסיים חדשים נכנסים לשימוש בשווקים באופן תדיר, ואף הופכים בשנים האחרונות למורכבים יותר ויותר. הוראה בדרך של עקרון, מאפשרת התאמה רבה למציאות המשתנה בשוק ההון.<sup>34</sup> ניתן לחשוב על הצדקה נוספת: יציקת תוכן לעקרונות הכלליים עשויה להגביר את היצירתיות והתחרותיות, הן בקרב המפוקחים והן בקרב הרגולטורים. טענה זו מתבססת על כך שהשונוות בפתרונות היישום מצד המפוקחים תעודד תחרות ביניהם ותמנע האחדה בדפוסי פעילות. לבסוף נטען, כי רגולציה זו מעודדת ציות טוב ואיכותי יותר מאשר רגולציה באמצעות הוראות מפורטות.<sup>35</sup> הותרת פתח רחב ליצירת כללים בידי המפוקח תוביל, כך מקווה, לציות איכותי אשר עולה ברמתו על הציות המינימאלי הנדרש על פי חוק.<sup>36</sup>

30. לעיל ה"ש 19.

31. להגדרות ולהבחנה בין כללים וסטנדרטים ראה מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה" **משפטים** יז 321, תשמ"ח, עמ' 329-325.

32. ראה: Julia Black, *Forms And Paradoxes Of Principles-Based Regulation*, *Capital Markets Law Journal* 3 (4) (2008), Vol. 3, בעמ' 430.

33. שם, עמ' 432-431.

34. שם.

35. John Braithwaite and Valerie Braithwaite, *the Politics of Legalism: Rules Versus Standards in Nursing Home Regulation*, 4 *Social and Legal Studies*, 307 (1995).

36. Black, לעיל ה"ש 32, בעמ' 432.

יחד עם זאת, רגולציה באמצעות סטנדרטים אינה חפה מחסרונות. קל לחוש באינטואיציה כי יצירה, פיקוח ואכיפה של הוראות בצורת סטנדרט עשויה להיות מלאכה מורכבת יותר עבור הרגולטור מאשר יצירה, פיקוח ואכיפה של כללים ברורים וידועים מראש. כמו כן מידת הודאות עבור השוק כיצד עליו להתנהג לפי הוראות מסוג סטנדרט, קטנה יותר מאשר במשטר של כללים. משטר כזה אף מותיר בידי מפקחים פתח נרחב לחוסר שיתוף פעולה עם הרגולטור,<sup>37</sup> אשר יוצר סיכון לרגולציה חלשה ולא יעילה העלולה לפגוע בציבור הצרכנים. לבסוף, קיימת ביקורת לפיה רגולציה מבוססת עקרונות הינה מכשיר פוליטי אשר נועד למשוך הון ועסקים למדינה הדוגלת ברגולציה מסוג זה, הנחשבת מחמירה פחות מרגולציה מסורתית.<sup>38</sup>

כיום בשוק הבנקאות הישראלי, מקובלת רגולציה אשר עושה שימוש הן בכללים והן בסטנדרטים. השימוש משתנה על פי הצורך ועל פי ההקשר. ישנם תחומים בהם מתאים יותר שימוש בהוראות סגורות, וישנם תחומים אשר מטבעם מתאימים להסדרה גמישה יותר. אולם כפי הנראה, משטר זה איננו בהכרח חלק ממדיניות סדורה ומחושבת, כפי שהיה ניתן לצפות. כך, בנק ישראל והרשות לניירות ערך נוהגים לפרסם הוראות "עקרון", אך אינם מפרטים את המתודולוגיה והחשיבה אשר הובילו לבחירה במודל זה של רגולציה.<sup>39</sup>

להלן מספר דוגמאות להוראות עקרון:

• הוראת הרשות לניירות ערך בדבר בירור צרכי לקוח קובעת כי במסגרת הליך של ייעוץ השקעות ללקוחות הבנק, על היועץ "לגלות מאמץ סביר לקבלת מידע רלוונטי מהלקוח".<sup>40</sup> הוראה זו עונה לקריטריונים אשר הוצגו לצורך סיווג ההוראה כהוראה

37. ש.מ.

38. ש.מ, בעמ' 433.

39. זאת בניגוד לרגולטורים פיננסיים אחרים בעולם, בעיקר באירופה, בקנדה, בבריטניה, אך פחות בארה"ב. ה-FSA הבריטי (The Financial Services Authority) פרסם את מדיניותו הסדורה בדבר שימוש בסטנדרטים.

ראה: Principles Based Regulation: Focusing on the Outcomes that Matter (FSA, April 2007) [www.fsa.gov.uk/pubs/other/principles.pdf](http://www.fsa.gov.uk/pubs/other/principles.pdf)

וכן: Black, לעיל ה"ש 32.

לשימוש בסטנדרטים בשוק ההון בקנדה (קולומביה הבריטית) ראה: Cristie L. Ford, *New Governance, Compliance, and Principles-Based Securities Regulation*, *AMBUS L. J. Vol. 45(1) (Spring, 2008)*, 1-60.

לשימוש בסטנדרטים פיננסיים באיחוד האירופי, לפיקוח על בנקים, ראה:

Duncan Alford, *The Lamfalussy Process and EU Bank Regulation: Another Step on the Road to Pan-European Regulation?* 25 *Ann. Rev. Banking & Fin. L.* 389 (2006).

40. סעיף 5.ב להוראות לבעלי רשיון בקשר לבירור צרכיו והנחיותיו של הלקוח, התאמת השירות לצרכים והנחיות אלו לפי סעיף 12 לחוק ורישום הפרטים לפי סעיף 13 לחוק, מיום 28/1/07. [www.isa.gov.il/Download/IsaFile\\_213.pdf](http://www.isa.gov.il/Download/IsaFile_213.pdf). (להלן: "הוראת בירור צרכי לקוח").

פתוחה או מבוססת עקרון: היא כללית, הניסוח שלה מכיל מונחי שסתום, היא איכותית, ולא כמותית, ובמקום אחר בהוראה מצוי לה הסבר (מתן ייעוץ איכותי ללקוח והגנה על היועץ מפני תביעות).<sup>41</sup>

- דוגמא נוספת מצויה בכללי הבנקאות של המפקח על הבנקים בדבר פרסומות המכוונות לקטינים.<sup>42</sup> כללים אלו דוגלים בגולציה באמצעות התווית עקרונית ואף מצויה בהם הכותרת "עקרונות וכללים לפרסומת המכוונת לקטינים". תחת כותרת זו ניתן למצוא עקרונות כגון: הפרסומת תהיה מותאמת לערכים חברתיים מקובלים; הפרסומת תהיה מותאמת לרמת הידע וההבנה של הקהל שלה; איסור על ניצול לרעה של דמיונם וחוסר נסיונם של קטינים; איסור על מסרים התורמים לתחושת קיפוח או נחיתות.<sup>43</sup>
- בדיקת הוראות הממונה על שוק ההון במשרד האוצר מגלה גם שם שימוש בהוראות עקרון. כך למשל בהוראה המורה כי אין לכלול במסמך הנמקה ללקוח בייעוץ פנסיוני מידע מטעה או מידע שיש בו כדי להטעות לקוח סביר.<sup>44</sup> באותה הוראה אף נקבע כי המידע שיוצג במסמך ההנמקה צריך להיות נכון ומאומת ולהיות מוצג בצורה ברורה והוגנת.<sup>45</sup>

## 2. פיקוח ובקרה עצמיים

ההיבט השני של רגולציה עצמית הוא מערכי פיקוח ובקרה עצמיים של המפוקח. במסגרת זו, המפוקח הוא האחראי (החלקי או המלא) לכך שהכללים המסדירים ייושמו כנדרש בארגון. לצורך כך, המפוקח מקים לעצמו מערך המורכב מנהלי בקרה ובעלי תפקידים שיוודאו כי הכללים והנהלים מיושמים כהלכה.

ניתן למצוא מנגנונים אשר נועדו ליצור תהליכי בקרה ופיקוח עצמיים בקרב הבנקים במגוון הוראות של בנק ישראל. מנגנונים אלו מתקיימים בצורת מינוי אחראי רגולציה, בדרך כלל בכירים בארגון, לנושא מסויים. פעילות פיקוח ובקרה המתבצעת באמצעות אחראי רגולציה מעבירה במידת מה את נטל הפיקוח מהרגולטור ה"ציבורי" לגופים הפרטיים.

41. ראה בהוראת בירור צרכי לקוח, עמ' 1 - דברי ההסבר.

42. כללי הבנקאות (שירות ללקוח) (פרסומת המכוונת לקטינים) התשנ"ה - 1995.

43. שם, סעיפים 1,2.

44. סעיף 14. לחוז משרד האוצר לסוכנים ויועצים 10-1-2009 "הוראות לעניין מסמך הנמקה ומסירתו ללקוח",

מיום 9 בפברואר, 2009.

[ozar.mof.gov.il/hon/2001/agents/memos/2009-10-01.pdf](http://ozar.mof.gov.il/hon/2001/agents/memos/2009-10-01.pdf)

45. שם, סעיף 14.

הוראת ניהול בנקאי תקין של המפקח על הבנקים, בנושא הלבנת הון קובעת, כי לצורך פיקוח על יישום המדיניות שנקבעה בידי התאגיד הבנקאי, ימונה אחראי שהוא חבר הנהלה בבנק (או כפוף לו ישירות).<sup>46</sup> האחראי מגיש להנהלת הבנק דוח שנתי בנושא יישום והטמעת הנהלים שנקבעו.<sup>47</sup> כחלק מתהליך ההטמעה מחויב התאגיד הבנקאי גם לערוך הדרכות מתאימות לעובדים.

בהוראת ניהול טכנולוגיות המידע הנהלת הבנק נדרשת למנות מנהל אבטחת מידע, אשר ישא באחריות ליישום, פיקוח והטמעת נושא טכנולוגיות מידע בארגון.<sup>48</sup>

בהוראת המפקח בנושא עסקאות עתידיות נקבע,<sup>49</sup> כי הנהלת הבנק תיישם כלים למדידת סיכונים בנוגע לפעילות הבנק בעסקאות עתידיות. כמו כן נקבע שם כי על הנהלת הבנק להקים מערך דיווח פנימי לצרכי מעקב ובקרה אחר יישום וביצוע מדיניות הבנק אשר נקבעה בעניין זה.

נוסף לכך, בכל בנק ממונה "קצין ציות" (Compliance Officer). קצין ציות הוא האחראי בבנק לפיקוח ובקרה על כך שכל הרגולציה בנושאי יחסי בנק-לקוח מיושמת כהלכה.<sup>50</sup> מערך הציות מקבל דיווחים ממחלקות הבנק השונות בדבר יישום הרגולציה הצרכנית, דיווח המאפשר לזהות את נקודות התורפה בציות. יחידת קצין הציות מבצעת מעקב שוטף אחר תיקון הליקויים שזיהתה והיא מקיימת דיאלוג רציף עם המחלקות השונות במהלך השנה כולה. חשיבות מערך הציות גדלה במיוחד בשתי נקודות זמן קריטיות: האחת, כאשר נכנסת לתוקף הוראה צרכנית חדשה, או אז אחראי מערך הציות לוודא כי הוטמעה כהלכה בבנק, והשנייה, אחת לחמש שנים, עת מתבצע על ידי מערך הציות סקר תשתיות מקיף. בסקר נבדק הציות הצרכני של הבנק בכלל הפעילויות, ומותאמת תכנית עבודה חדשה לתיקון הליקויים. מעניין לציין, כי לעיתים קרובות מסתייע מערך הציות לצורך סקר התשתיות, בקבלנים חיצוניים, שאינם אנשי הארגון.

46. לעיל ה"ש 22.

47. במקרה זה מערך הפיקוח הוא מערך מעורב של פיקוח עצמי ופיקוח בידי רגולטורים. הפיקוח מתבצע בתוך הארגון על ידי האחראי והכפופים לו, בשילוב עם בקרה חיצונית לבנק, בידי בנק ישראל והרשות לאיסור הלבנת הון.

48. סעיפים 4, 9, להוראת ניהול בנקאי תקין מס' 357 בנושא ניהול טכנולוגיות המידע.

49. לעיל ה"ש 19, סעיף 4.

50. הוראת ניהול בנקאי תקין מס' 308 בנושא קצין ציות.

דוגמה נוספת למנגנוני פיקוח ובקרה המופעלים על ידי הבנקים מצויה בבקרה על הדיווחים הכספיים. במסגרת זו ממונים בעלי תפקידים לבדיקת מהימנות הדיווחים הכספיים והציות אחר הרגולציה הרלבנטית לנושא.<sup>51</sup> כחלק ממערך זה הבנק בודק האם המידע שהוא נדרש לדווח עליו סוכם, עובד והועבר לדיווח, בהתאם לרגולציה הקיימת בנושא. מערך פיקוח זה נועד לאתר ליקויים בהצגת הדוחות הכספיים אשר עלולים לגרום להטעיה בדיווחים.

מנגנוני הפיקוח העצמי, עשויים להיות יעילים יותר מאשר פיקוח בידי רגולטורים. הדבר נובע הן מכך שהמפוקח הוא בעל היכרות טובה יותר עם הנעשה בארגון והן מכך שהוא בעל האמצעים הטובים יותר לעשות כן.<sup>52</sup> כמו כן, הממונים לפקח על ציות בארגון, הם גם לרוב בעלי היכרות טובה יותר עם המאטריה המקצועית. כך למשל, קציני ציות בבנקים הם בעלי תפקיד ייעודי לצורך פיקוח ובקרה על ציות הארגון לרגולציה צרכנית. תפקיד זה אינו תפקיד משני שהוטל עליהם אלא מדובר בעורכי דין אשר מתמחים בפיקוח על תהליכי בקרה בארגון. תפקידיהם הקודמים בבנק, מאפשרים להם, לעיתים קרובות, היכרות עם המחלקות השונות בבנק, מבחינה מקצועית. קצין הציות נחשף בעבודתו לכל מחלקות הבנק והוא מקבל דיווחים שוטפים ועיתיים הנוגעים לכל סוגי הפעילות המתבצעת בבנק. אותה היכרות קרובה עם הפעילות המקצועית מחד, ועם אנשי הארגון מאידך, עשויה להפוך את הבדיקה ליעילה יותר. מצד שני, היכרות אישית עם אנשי הארגון עלולה לפגוע באמינות הבדיקה. בנוסף, הזדהות קצין הציות עם הארגון, עלולה להביא למקרים של טיוח או טיפול פנימי שאינו משביע רצון, ללא דיווח לרגולטור.<sup>53</sup>

51. הוראת ניהול בנקאי תקין מס' 309 בנושא בקרות ונהלים לגבי הגילוי ובקרה פנימית על דיווח כספי.

52. Ayres & Braithwaite, לעיל ה"ש 7, עמ' 106-104.

53. לבעיות נוספות במנגנוני פיקוח ובקרה עצמיים ראה שם, עמ' 128-125. כן ראה:

EUGENE BARDACH, ROBERT A. KAGAN, GOING BY THE BOOK: THE PROBLEM OF REGULATORY

UNREASONABLENESS (2002), בעמ' 219-234; Kimberly Krawiec, *Cosmetic Compliance And The Failure Of*,

81 Wash. U. L.Q. 87 (2003), בעמ' 514-510.

### 3. אכיפה עצמית

שלושה רבדים עיקריים ברגולציה: עיצוב הכללים המסדירים (חקיקה, הסדרה); פיקוח ובקרה; אכיפה. כפי שציינתי, רובד האכיפה אינו נפוץ כל כך בתחום הרגולציה העצמית של בנקים אולם צעדים ראשוניים בכיוון זה נעשים לאחרונה על ידי הרשות לניירות ערך, בפיקוחה על חברות ציבוריות. בדומה למנגנון הכופר ברשות המסים, ולמנגנון דומה המונהג ברשות להגבלים עסקיים, הרשות לניירות ערך מתכוונת ליישם מנגנון חדש בו החברה תוכל לאכוף את הדין בעצמה כלפי עצמה ע"י גילוי מרצון אודות הפרות – למפקח.<sup>54</sup> על פי שיטה זו, חברות ציבוריות תגלנה באופן וולנטרי לרשות אודות הפרות קלות (ברמת רשלנות) הנעשות אצלה, ובתמורה, זו לא תעמידן לדין פלילי. במקרים אלו יתאפשר שימוש בכלי אכיפה אחרים כמו אכיפה מינהלית, הכוללת למשל הטלת קנסות או מגבלות כהונה על נושאי משרה. יתכן כי בעתיד יחליטו גם הרגולטורים של הבנקים לאמץ מנגנון דומה כאמצעי משלים לאכיפה המסורתית.

### סיכום

סקירה של הוראות רגולטוריות בתחום הבנקאות בישראל מגלה שימוש נפוץ בשיטה של רגולציה עצמית מעורבת ובהוראות עקרון. בניגוד לאינטואיציה נראה, כי הבנקים בישראל מבצעים לא מעט מפעילות האסדרה בעצמם, תוך קבלת הכוונה ואישורים מן הרגולטורים הממונים. הוראות המפקח על הבנקים מגלות שימוש משולב ברגולציה מסורתית, המכתיבה לבנק בפירוט כיצד עליו לנהוג, וברגולציה עצמית, המאפשרת לבנק להשלים לעצמו את הכללים המסדירים, לרוב על פי עקרון כללי שהותווה לו. מאמר זה מראה כי זרם הרגולציה הממשלית לא פסח על התעשייה הפיננסית, אשר גילתה אף היא את יתרונותיו הרבים. ■

## ביבליוגרפיה

בנבנישתי איל ושגיא גיא "שיתוף הציבור בהליך המנהלי" בספר יצחק זמיר: על משפט, ממשל וחברה (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005).

מאוטנר מנחם "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה" משפטים יז 321, תשמ"ח.

Alford Duncan, *the Lamfalussy Process and EU Bank Regulation: Another Step on the Road to Pan-European Regulation?* 25 ANN. REV. BANKING & FIN. L. 389 (2006).

AYRES IAN & BRAITHWAITE JOHN, *RESPONSIVE REGULATION: TRANSCENDING THE DEREGULATION DEBATE* (1992).

BARDACH EUGENE, KAGAN ROBERT A., *GOING BY THE BOOK: THE PROBLEM OF REGULATORY UNREASONABLENESS* (2002).

Black Julia, *Constitutionalising Self-Regulation*, 59 MOD. L. REV. 24 (1996).

Black Julia, *Forms and paradoxes of principles-based regulation*, CAPITAL MARKETS LAW JOURNAL 1750-7219 Vol. 3 (4) (2008).

Braithwaite John and Braithwaite Valerie, *the Politics of Legalism: Rules Versus Standards in Nursing Home Regulation*, 4 SOCIAL AND LEGAL STUDIES, 307 (1995).

Coglianes Cary, *Assessing Consensus: The Promise and Performance of Negotiated Rulemaking*, 46 DUKE L. J. 1256 (1996-97).

Farber Daniel A., *Symposium: Environmental Law: Trends in Legal Education and Scholarship: Taking Slippage Seriously: Noncompliance and Creative Compliance in Environmental Law*, 23 HARV. ENVTL. L. REV. 297 (1999).

Ford Cristie L., *New Governance, Compliance, and Principles-Based Securities Regulation*, AMBUS L. J. VOL 45(1) (SPRING, 2008).

Gunningham Neil, *Environment, Self-Regulation, and the Chemical Industry: Assessing Responsible Care*, 17 LAW & POL'Y 58 (1995).

Krawiec Kimberly, *Cosmetic Compliance and the Failure of Negotiated Governance*, 81 WASH. U. L.Q. 87 (2003).

Lobel Orly, *The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought*, 89 MINN. L. REV. 342 (2004-2005).

Ogus Anthony, *Rethinking Self-Regulation*, 15(1) OJLS 97 (1995).

PARKER CHRISTINE, *THE OPEN CORPORATION : EFFECTIVE SELF-REGULATION AND DEMOCRACY* (2002).