

פרשנות החוזה הרגולטורי: בעקבות הלכת זליגמן¹

שרון ידין*

טיוטה (יולי, 2020) – עתיד להתפרסם בפורום עיוני משפט

תקציר

רשימה זו מבקשת לבחון את הלכת זליגמן והשלכותיה מנקודת המבט של רגולציה הנקבעת בהסכמה. הלכת זליגמן קבעה שעל בתי המשפט להעניק משקל מכריע לפרשנות המאסדר להנחיותיו שלו, במסגרת סכסוך שבין חברה הנתונה לפיקוח המאסדר ללקוחותיה. הפסיקה המאוחרת זליגמן הרחיבה את ההלכה גם לפרשנות המאסדר ביחס להוראות הקבועות ברישיונות, דוגמת אלו שלפיהם פועלות חברות סלולר, טלפוניה, טלוויזיה ואינטרנט. הרשימה מבקשת לאתגר את הרציונל של הלכת זליגמן, בכל הקשור לרגולציה הסכמית, ולהצביע על טעמים להחרגתה של ההלכה במצבים של חוזים רגולטוריים. כך, למשל, בעוד הלכת זליגמן מניחה כי המאסדר הוא הנסח הבלעדי של הנורמה הרגולטורית, הרשימה מצביעה על כך שלעיתים קרובות המפוקח מנסח בשיתוף עם המאסדר את ההוראות הרלוונטיות לפעילותו, כגון במסגרת של רישיון. בנוסף, סכסוכים העוסקים בפרשנותם של חוזים רגולטוריים מערבים לא פעם כמה מאסדרים, המחזיקים בעמדות פרשניות שונות ואף סותרות. כמו כן, החוזים הרגולטוריים סובלים מבעיית לגיטימציה ציבורית הנובעת מהחשש מפני שבי רגולטורי. טעמים אלה, ואחרים שיידונו ברשימה, מצביעים על כך שבמסגרת תביעות של צדדים שלישיים, כגון תובענות ייצוגיות נגד חברות, הפרשן הבלעדי והעצמאי של חוזים רגולטוריים צריך להיות בית המשפט. לצד זאת, נוכח תרומתה הפוטנציאלית הנרחבת של עמדת המאסדר במישור העובדתי והמשפטי לסכסוכים הקשורים בפרשנותה של רגולציה הסכמית, על בית המשפט להזמינה כעניין של חובה.

מאמר

משרד ממשלתי וחברה פרטית מנהלים משא ומתן ומסכימים על תנאי רישיון לפעילות החברה הפרטית. צד ג, המקבל שירותים מהחברה, מבקש לתקוף היבט מסוים בפעילותה, המוסדר בתנאי הרישיון, ולתבוע את החברה. השאלה המתעוררת היא שאלה פרשנית בנוגע לרישיון. הרשות המנהלית איננה צד להליך. האם על בית המשפט לפנות למאסדר (המשרד

* דוקטור למשפטים. sharon@yadin.com. המחברת מבקשת להודות לדורין לוסטיג, פנינה ברודר-מנור, אבישי בניש, אייל כתבן, אלאא חאג' יחיא ומשתתפי הסימפוזיון של פורום עיוני משפט "לקראת פאסיביזם שיפוטי? בחינה מחדש של הלכת זליגמן לקראת דיון נוסף בבית המשפט העליון". רשימה זו נכתבה בדצמבר 2019, בטרם ניתן פסק הדין בדנ"א 4960/18 זליגמן נ' הפניקס (בקשה לדיון נוסף אושרה ביולי 2019).

1 רע"א 9778/16 זליגמן נ' הפניקס (פורסם בנבו, 31.5.2018).

הממשלתית) בבקשה לקבל את עמדתו בעניין פרשנות הרישיון, לצורך הכרעה בדיון בין הצדדים הפרטיים? איזה משקל על בית המשפט להעניק לפרשנות הרגולטורית, ככל שזו תינתן?²

סוגיות אלה התעוררו לאחרונה בבית המשפט העליון בעניין **פלאפון**,³ שם קבעה השופטת ברון שהיה על בית המשפט המחוזי לבקש את עמדת משרד התקשורת בטרם הכריע במחלוקת פרשנית בין ספקית הסלולר הוותיקה בישראל ובין כמה ממשתמשיה, שטענו לגביית תשלום בלתי חוקית. בהמשך ישיר לקביעה זו אזכרה השופטת הלכה חדשה שנקבעה בעניין **זליגמן**, לפיה על בית המשפט להעניק משקל מכריע לעמדת המאסדר בפרשנות הוראות שהוא נותן לחברות הפועלות בשוק המפוקח. סוגיות דומות התעוררו בפסק דין נוסף של השופטת ברון, במסגרת תובענה ייצוגית בעניין רישיונה של חברת הטלוויזיה בלוויין YES.⁴ האם אכן יש להחיל את הלכת זליגמן במלואה גם על פרשנות מסמכים רגולטוריים שנקבעו בהסכמה? ברשימה זו אטען כי גם אם תאושר הלכת זליגמן בדיון נוסף הצפוי להתקיים בעניינה בבית המשפט העליון, יש לקבוע בה חריג בעניין נורמות רגולטוריות שנקבעו בהסכמה עם המפוקח.

רשימה זו תפתח בתיאור קצר של הלכת **זליגמן** ותעמוד על חשיבותה, ולאחר מכן תדון בעניין **פלאפון**, שהרחיב את תחולת ההלכה מ-“חוזרים” של רשות מנהלית לרישיונות. בשלב זה תעבור הרשימה לדון בשתי שאלות מרכזיות המתעוררות כתוצאה של שילוב פסקי הדין הללו, תוך מיקוד הדיון ברגולציה הסכמית: ראשית, האם על בית המשפט לבקש את עמדת המאסדר במסגרת דיון בתביעות של צדדים שלישיים הדורשות הכרעה פרשנית בקשר עם רגולציה מנהלית שנקבעה בהסכמה בין מאסדר ומפוקח (“חווה רגולטורית”)⁵; ושנית, ככל שהתבקשה עמדת המאסדר, האם על בית המשפט להעניק לעמדה זו משקל מכריע. הרשימה תציע קווים ראשוניים לדיון בשאלות אלה ותכריע בחיוב בשאלה הראשונה ובשלילה בשנייה. בסוף הרשימה סיכום קצר.

בעניין **זליגמן**, הנחשב הלכה תקדימית בנושא פרשנות שיפוטית של הוראות רגולטוריות, ומצוי כעת לפני דיון נוסף, התעוררה מחלוקת פרשנית בנוגע לחוזרי המפקח על הביטוח. זאת, במסגרת בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד כמה מחברות הביטוח הגדולות במשק בגין גביית תשלום בלתי חוקי לכאורה, עבור פריסה לתשלומים. כיוון שהחוזרים הרלוונטיים לא היו ברורים דיים בסוגיה, התבקשה בבית המשפט המחוזי עמדת המפקח על הביטוח בשאלה אם יש לפרש את חוזרי המפקח כך שגבייה זו היא מותרת אם לאו. תשובתו של המאסדר בשאלה זו הייתה

2 יש להבחין מצב זה, בו עוסקת הרשימה, ממצבים אחרים, בהם הסכסוך הוא בין המאסדר למפוקח, כלומר כאשר המאסדר הוא בעל דין.

3 רע"א 7169/17 **פלאפון נ' פירט** (פורסם בנבו, 3.2.2019).

4 ראו רע"א 1850/19 **לרנר נ' די בי אס שירותי לווין** (1998) בע"מ (פורסם בנבו, 7.1.2020).

5 החווה הרגולטורית הוא “הסכמה אכיפה בין גוף מנהלי רגולטורי לגורם פרטי בדבר הבנות הדדיות והחלפת תמורות, שחלקן או כולן קשורות באסדרת פעילותו של אותו גורם. [...] עניינו של החווה הרגולטורי בגיבוש טיבה והיקפה של הרגולציה הייחודית שתחול על הגורם הפרטי הספציפי שהינו צד להסדר”. ראו שרון ידין **רגולציה חדשה: מהפכה במשפט הציבורי** 46–47 (2018). דוקטרינת החווה הרגולטורית נקלטה לדין הישראלי בבג"ץ **מתווה הגז הטבעי**: בג"ץ 4374/15 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל** (פורסם בנבו, 27.3.2016) (להלן: בג"ץ **מתווה הגז**), שם אופיין המתווה כחווה רגולטורית ונידונו בהרחבה שיטת הרגולציה ההסכמית ויישומה בשוק האנרגיה הישראלי.

בחיוב, אולם בית המשפט המחוזי בחר שלא לתת לה משקל מכריע בהחלטתו ופסק נגד חברות הביטוח.

בפסק דינה של השופטת וילנר (בהסכמת השופטים מיניץ ושהם) הפך בית המשפט העליון את הכרעת המחוזי ודחה את בקשת אישור התובענה הייצוגית, תוך שהוא קובע הלכה תקדימית בעניין המשקל שיש לתת לעמדת המאסדר בפרשנות הוראות שהמאסדר אמון על ניסוחן ועל אכיפתן.⁶ עד לפסק הדין, ההלכה הנוהגת הייתה שבנסיבות המתאימות, על בית המשפט לתת משקל ראוי לעמדת הרשות המנהלית בפרשנות תקנה או הנחיה מנהלית, אך כי אין לו כל חובה לקבל את עמדת הרשות המנהלית, והפירוש המחייב הוא הפירוש השיפוטי.⁷ ואולם, על פי ההלכה החדשה שנקבעה בפסק הדין, כאשר התבקשה והתקבלה עמדת המאסדר בהליך אזרחי בנוגע לפרשנות שיש לתת להנחיותיו – על בית המשפט לאמצה כברירת-מחדל, אם היא מתיישבת עם לשון ההנחיות וסבירה, ואם אין שיקולים כבדי משקל המורים לדחותה.⁸

בכך טמון שינוי מהותי ביחסו של בית המשפט לעמדתו הפרשנית של המאסדר באשר להוראותיו של המאסדר, הזוכה כעת למשקל מכריע, באופן כמעט אוטומטי, בסכסוכים אזרחיים. יש בכך מעבר ברור, לפחות בהקשר שבו נפסקה ההלכה, מגישת "הפירוש הראוי" ששלטה עד כה בפסיקה הישראלית, לפיה השופט הוא שיבחר את הפירוש הראוי ביותר לדעתו,⁹ לגישת "מתחם הסבירות". מתחם הסבירות פירושו שאם הפירוש המנהלי נמצא בתוך המתחם של פירושים אפשריים וסבירים על בית המשפט לאמץ פירוש זה ולהעדיפו על פני פירושים אחרים; פירוש ראוי הוא הפירוש הנראה לשופט עצמו כראוי ביותר, גם אם הוא סותר את הפרשנות המנהלית.¹⁰ גישת מתחם הסבירות מקובלת זה מכבר בארצות הברית כחלק מדוקטרינת ההנסגה (deference),¹¹ במסגרתה בית המשפט מנסיג את שיקול דעתו בפני זה של הרשות המבצעת.

6 שאלה פתוחה היא באיזה סוג של נורמה משפטית עסקה הלכת זליגמן – תקנה, הנחיה מנהלית או עניין אחר. בעניין זליגמן, לעיל ה"ש 1, נידונה פרשנותם הראויה של חוזרי המפקח על הביטוח. ואולם, ישנה מחלוקת משפטית בשאלה אם חוזרים אלה עולים כדי תקנה. ראו למשל ע"ש (חי) 714/01 יוסלבסקי נ' המפקח על הביטוח, פ"מ תשס"ד(1) 289 (2005). ייתכן גם שהחוזרים הם "מעין תקנות", כפי שמציע באופן כללי (לאו דווקא בהקשר של חוזרי המפקח על הביטוח) יואב דותן בספרו. ראו יואב דותן הנחיות מינהליות 44–47 (1996). יצוין כי בפסק דין זליגמן חוזרי המפקח מכונים "הנחיות" המתפרסמות מכוח סעיף 2(ב) לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1981 (כדי להוסיף על הבלבול, החוק מכנה אותן "הוראות"). ראו גם רע"א 10641/05 הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ' אסולין (פורסם בנבו, 4.5.2006). עם זאת, פסקי דין מאוחרים יותר סייגו את תחולת ההלכה על תקנות. ראו למשל רע"א 7600/19 בירון-ביטון נ' גוטקס מותגים (פורסם בנבו, 30.12.2019).

7 ראו למשל בג"ץ 6395/98 אלקושי נ' קצין התגמולים – משרד הביטחון, פ"ד (נר) 454, 462 (2000); יצחק זמיר הסמכות המינהלית א 228 (מהד' שנייה, 2010).

8 ראו עניין זליגמן, לעיל ה"ש 1, פס' 40.

9 ראו למשל בג"ץ 869/92 זילי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השלוש-עשרה, פ"ד (מו) 2, 692, 703–702 (1992).

10 ראו זמיר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 225–226.

11 דוקטרינת ההנסגה השיפוטית בארצות הברית מתייחסת למצבים שונים בהם בית המשפט מנסיג את שיקול דעתו בפני זה של הרשות המבצעת, כגון בפרשנות חקיקה ראשית, חקיקה מנהלית, פעולות אכיפה, כולל תביעה פלילית, והחלטות רגולטוריות מקצועיות, כגון קביעת מחיר או תעריף. ראו באופן כללי Michael ; Yoav Dotan, *Two Concepts of Deference*, 71 ADMIN. L. REV. (forthcoming 2020) Asimow & Yoav Dotan, *Open and Closed Judicial Review of Agency Action: The Conflicting U.S.*

בשנה העוקבת התעוררה מחלוקת פרשנית בעניין פלאפון, שם נידונה בקשה לאישור תובענה ייצוגית בנושא גביית תשלומים מלקוחות החברה. באופן קונקרטי, השאלה הייתה אם מותר לפלאפון לגבות "דמי הקפאה" מלקוחותיה בגין ניתוק זמני של קו הטלפון הסלולרי. ככל שהניתוק ייחשב "שירות רט"ן" (רדיו טלפון נייד), הרי שעל פי תנאי הרישיון של פלאפון ממשרד התקשורת, אין לגבות עבורו תשלום, אלא אם הדבר הוסדר מפורשות ברישיון. דמי הקפאה בגין ניתוק קו לא נידונו מפורשות ברישיון. בית המשפט המחוזי פסק שגביית דמי ההקפאה מנוגדת להוראות הרישיון ומקימה עוולה של הפרת חובה חקוקה, מבלי לבקש את עמדת משרד התקשורת. לפיכך אישר בית המשפט את הגשת התובענה כייצוגית.

בבית המשפט העליון אישרה השופטת ברוך, בפסק דין קצר, את פסיקת בית המשפט המחוזי, אך ציינה כי מאחר שמדובר בשאלה משפטית שעניינה פרשנות הרישיון "היה מקום להידרש לעמדת משרד התקשורת בשאלות הפרשניות המתעוררות בבקשת האישור – בהיותו לא רק מנסח הרישיון, אלא אף הגורם האמון על אכיפת הוראותיו"¹². היא הסבירה כי הרישיון של פלאפון הוא מסמך ארוך וסבוך¹³ הכולל מגוון הוראות מתירות ואוסרות בנושאים מקצועיים, צרכניים ואחרים, וכי למשרד התקשורת נתונה המומחיות הדרושה לפרש את המסמך מתוך ראייה כוללת. בהמשך ישיר לדברים אלה ציטטה כבוד השופטת את הלכת זליגמן באשר למשקל המהותי שיש לתת בבית המשפט לפרשנות המאסדר בנוגע להנחיות רגולטוריות שנוסחו על ידו ונאכפות על ידו.¹⁴

הדיון בסוגיות פרוצדורליות-פרשניות אלו, המתעוררות בעניין זליגמן, בעניין פלאפון, ובפסקי דין נוספים, קשור בקשר עמוק לתפיסת העולם המשפטית באשר לעקרון הפרדת הרשויות במדינה, ובפרט באשר למערכת היחסים הרצויה בין הרשות השופטת לרשות המבצעת וריסונה הרצוי והדרוש של המדינה הרגולטורית על ידי בתי המשפט. במסגרת זו יש לבחון איזו נקודה תשמם האיוון הנכון והראוי בין יתרונותיו של המאסדר בפרשנות החוזה הרגולטורי לבין יתרונותיו ותפקידיו של בית המשפט המוסמך לתת סעד לצדדים שלישיים על בסיס החוזה הרגולטורי, כפרשן החוזה.

מחד, המלאכה הפרשנית מסורה באופן מסורתי לבתי המשפט, שלהם המומחיות המשפטית המיוחדת בהכרעת סכסוכים ובפרשנות טקסטים משפטיים,¹⁵ דוגמת חוק או חוזה. מאידך, רשויות מנהליות, ובפרט מאסדרות, מבצעות לעיתים קרובות תפקידים מעין-שיפוטיים, דוגמת

(2016) 64 Am. J. Comp. L. 521, 549 *and Israeli Approaches*; יובל רויטמן "גישה מוסדית לביקורת השיפוטית" 187 (צפוי להתפרסם בספר אליקים רובינשטיין, (2020) Ariel Bendor & Sharon Yadin, ; (2019) 28 S. Cal. Interdisc. L.J. 357, 375-79 *Regulation and the Separation of Powers*; יואב דותן "שברון בישראל? סמכות פרשנית ודילמות אסטרטגיות בעקבות רע"א 9778/16 זליגמן נ' הפניקס" פורום עיוני משפט (צפוי להתפרסם ב-2020).

12 עניין פלאפון, לעיל ה"ש 3, פס' 10.

13 רישיון פלאפון מונה למעלה מ-200 עמודים, והוא תוקן כמאה פעמים. ראו משרד התקשורת "רישיון כללי לפלא-פון תקשורת בע"מ למתן שירותי רדיו טלפון נייד בשיטת התאית (רט"ן)" (נוסח משולב, 14.4.2019).

14 אף בעניין זליגמן, לעיל ה"ש 1, העיר בית המשפט כי בתובענות ייצוגיות בהן מתעוררת סוגיה פרשנית חשוב שבית המשפט יפנה אל המאסדר לקבלת עמדתו (שם בפס' 29).

15 ראו למשל אהרן ברק "פיקוח בתי המשפט על חקיקת משנה" הפרקליט כא 436, 466 (1965); Bendor & Yadin, לעיל ה"ש 11, בעמ' 376 וההפניות שם; בג"ץ זוללי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 702-703.

פעולות אכיפה, הכוללות בירור עובדתי, הכרעה אם בוצעה הפרה של נורמה, והחלטה בנוגע לסנקציה שיש להטיל על המפר, דוגמת קנס, עיצום כספי ושלילת רישיון.¹⁶ במסגרת זו, ובהקשרים רבים נוספים ויומיומיים, רשויות מנהליות נדרשות גם לפרשנות משפטית, כגון של חקיקה ראשית ומנהלית כדי להפעיל את סמכויותיהן.¹⁷ כלומר, המלאכה הפרשנית והמלאכה המעין-שיפוטית אינן זרות למאסדרים.

בנוסף, למאסדרים נתונה מומחיות מיוחדת במאטריה המקצועית בה הם עוסקים, ויש להם קרבה ל"שטח" ולמושפעים מן הרגולציה ישירות (דוגמת חברות) ובעקיפין (דוגמת צרכנים), המעניקות להם יתרון פרשני. הם אף בעלי ניסיון רב באסדרה, בעלי ראייה רחבה של הענף המפוקח, והאינטרס העומד לנגד עיניהם הוא בדרך כלל האינטרס הציבורי.¹⁸ עוד יש לציין את מעורבותם הישירה והעמוקה של המאסדרים בייזום, ניסוח, יישום, ועדכון של נורמות רגולטוריות שונות.

ברשימה זו אבקש למקד את הדיון הכללי בתחרות בין בית המשפט למאסדר בפרשנות נורמות רגולטוריות, למצבים של פרשנות נורמות רגולטוריות הסכמיות. הטענה המרכזית ברשימה היא שמצבים אלה מצריכים גישה מובחנת לסוגיות הפרוצדורליות-פרשניות שהתעוררו בעניין זליגמן ובפסקי דין נוספים שישמו את ההלכה. אפתח בשאלת מידת המעורבות הרצויה של המאסדר בסכסוכים שהוא אינו צד להם, באמצעות פנייה של בית המשפט לקבלת עמדתו.

בשונה מהנעשה בעניין פלאפון, שם בית המשפט המחוזי לא ביקש את עמדת המאסדר, אני סבורה כי על בית המשפט, בבואו לפרש חוזה רגולטורי, להידרש לכל ראייה אפשרית שעשויה לסייע לו במלאכה זו.¹⁹ לטעמי, על בית המשפט לבקש את עמדתו של המאסדר בכל סכסוך בין גורם פרטי מפוקח, כמו תאגיד, לבין צדדים שלישיים, כמו למשל לקוחותיו של התאגיד, המעורר סוגייה הקשורה לפרשנות החוזה הרגולטורי. יש להנהיג פרקטיקה זו כעניין של חובה ולא כעניין של רשות.

גישתי זו מבוססת על שלושה אדנים. ראשית, נקודת המבט של המאסדר יכולה לשפוך אור שונה על ההוראה החוזית שפרשנותה מצויה במחלוקת, ולהוסיף מידע ערכי ורב לליבון הסוגיה.

16 ראו Bendor & Yadin, לעיל ה"ש 11, בעמ' 363–364.

17 ראו בג"ץ זילי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 702.

18 למול גישת האינטרס הציבורי, המניחה תקינות מנהלית וחתירה של אלו המשתייכים למגזר הציבורי להשיא בפעולותיהם אינטרס ציבורי, ניצבת גישת הבחירה הציבורית, אשר מותחת ביקורת על המניעים, המטרות וההניעות של פקידי ציבור ונבחרי ציבור. שבי רגולטורי (regulatory capture) הוא אחד הענפים הבולטים בתורת הבחירה הציבורית, והוא מתייחס למצבים שבהם הרגולטור שבו באינטרסים של הגורם הפרטי המפוקח ועל כן אינו פועל בצורה נאותה להשגת האינטרס הציבורי שעליו הופקד בחוק. ראו למשל: Toni Makkai & John Braithwaite, *In and Out of the Revolving Door: Making Sense of Regulatory Capture*, 12 J. PUBL. POL. 61, 67 (1992); Jean-Jacques Laffont & Jean Tirole, *The Politics of Government Decision-Making: A Theory of Regulatory Capture*, 106 Q. J. Eco. 1089 (1991). לקשר שבין שבי רגולטורי לפרשנות הנורמה הרגולטורית ראו רועי שפירא "מתי יש ליתן מעמד בכורה לפרשנות המאסדר? תובנות מהספרות על שבי רגולטורי" **פורום עיוני משפט** (צפוי להתפרסם ב-2020); רונן אברהם "זליגמן בארבעה ממדים: מתי יש ליתן מתחם של כבוד לרשות המנהלית?" **פורום עיוני משפט** (צפוי להתפרסם ב-2020).

19 לגישה שונה, הדוחה לחלוטין את ההיזוקות השיפוטיות לפרשנות מנהלית, ראו ע"א 976/06 מרום נ' נציבות מס הכנסה-פקיד שומה באר-שבע, פסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 6.11.2008) (אם כי דעה זו הובעה בהקשר של פרשנות חקיקה ראשית).

ככלל, במסגרת תובענות ותביעות של צדדים שלישיים שעניינן פרשנות החוזה הרגולטורי, המפוקח הוא צד לסכסוך, והוא מביא את ראיותיו וטענותיו שלו, אך המאסדר, שהוא צד לחוזה המצוי פורמלית מחוץ לגדרי הסכסוך, עלול שלא להישמע, שכן שילובו בהליך נתון לשיקול דעת בית המשפט.²⁰ ואולם בהיעדרותו, נותרת תמונה חלקית בלבד של החוזה הרגולטורי.

אזכיר כי החוזה הרגולטורי הוא הסכם בין רשות מנהלית למפוקח, המסדיר תנאים לקיום הפעילות הפרטית ואת סדרי הפיקוח והאכיפה לגבי המפוקח הספציפי.²¹ כרקע לחוזה הרגולטורי, המשמש נורמה פרטנית מחייבת בין מאסדר למפוקח, נערך משא ומתן בין הצדדים. משא ומתן זה עשוי להיות ממושך מאד, ולהשתרע על פני חודשים, או אפילו שנים (וראו לדוגמה את מתווה הגז),²² או שהוא יכול להיות קצר יותר. במסגרת זו המאסדר והמפוקח עשויים לערוך שיחות, להחליף טיוטות, ולקיים שיחות. לעיתים נוצרות בין הצדדים הבנות הקשורות לקיום החוזה, שחלקן אף אינו בא לידי ביטוי בטקסט הסופי של החוזה הרגולטורי, ועשוי להימצא בהוראות או מסמכים אחרים שהם בידיעתו ובחזקתו של המאסדר.

בהתאם לכך, עמדתו הפרשנית של המאסדר עשויה לכלול התייחסות לשלבי יצירתו של החוזה הרגולטורי והתנאים שעמדו ברקע לו, לאומד-דעת הצדדים לחוזה הרגולטורי, למטרותיו של המאסדר בכריתתו של ההסכם, ליישומו לאורך השנים, לתיקונו, למעורבות הגורם הפרטי בניסוחו, לדיאלוג הנמשך בין המאסדר למפוקח בקשר לחוזה, ולמיקומו במארג הנורמות החלות על המפוקח. כל אלה חשובים מאד לביורר המחלוקת בין הצדדים הפרטיים, ברמה העובדתית והמשפטית, ולכן אין לוותר עליהם במסגרת הליך שיפוטי אזרחי המבקש לתת סעד לציבור המושפע מן החוזה הרגולטורי.²³

יתרה מכך, ללא עמדת המאסדר, הציבור נותר בעמדת חיסרון, במסגרתה ניתן משקל יתר לפרשנותו של המפוקח את החוזה הרגולטורי, שעה שהוא רק צד אחד לחוזה, בעל אינטרסים פרטיים. להבדיל מן המפוקח הפרטי, שמטרותיו ממוקדות לרוב בהשאת רווחים, הצד השני לחוזה הרגולטורי – המאסדר – מוחזק כמי שהאינטרס הציבורי מצוי לנגד עיניו (אף אם אלה

20 לסמכותו הכללית של בית המשפט לבקש את עמדת הרשות המנהלית בהליכים שונים (שאינם בהכרח קשורים לחוזים רגולטוריים) ולפרקטיקה הנוהגת בעניין זה, ראו עניין **גוטקס מותגים**, לעיל ה"ש 6 (פנייה למאסדר לקבלת עמדתו בתובענות ייצוגיות היא פרקטיקה מקובלת אך אינה חובה); תנ"א (כלכלית) 21785-02-11 **בן עמי נ' מנורה מבטחים החזקות בע"מ** (פורסם בנבו, 29.5.2012) (בית המשפט רשאי להזמין כל מי שנראה לו ראוי ומתאים להביע עמדה בתיק הנידון לפניו); ת"צ (מחוזי ת"א) 1539/09 **מופקדי נ' סלקום ישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 2.10.2011) (בית המשפט אינו חייב לבקש את עמדת המאסדר בטרם יאשר בקשת הסתלקות מתובענה ייצוגית). עוד ראו איילת הוכמן ואח' "מדברים על רגולציה: על המושג 'רגולציה' ומקומו במשפט הישראלי" **מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות** 47, 70, 79 (ישי בלנק ואח' עורכים, 2016) (מנתחים את סמכותו של בית המשפט להזמין את עמדת המאסדר לפי חוק תובענות ייצוגיות כסמכות רשות).

21 ראו ידין, לעיל ה"ש 5, בעמ' 46–47.

22 ראו שם, בעמ' 73.

23 ראו לדוגמה ע"א 7928/12 **אי. אר. אמ טכנולוגיות בע"מ נ' פרטנר תקשורת בע"מ**, פס' 27–29 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 22.1.2015), שם נסמך בית המשפט על הדיאלוג שהתקיים בין משרד התקשורת לחברות הסלולר בדרך של התכתבות, בעניין פרשנות הרישיון. כן ראו רע"א 8014/09 **דקלה חברה לביטוח בע"מ נ' פרידמן**, פס' 4–5 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 21.4.2011), שם נסמך בית המשפט על הדיאלוג בין חברות הביטוח למפקח על הביטוח בנושא עיצוב הפוליסות ופרשנות חוזרי המפקח.

אינם בהכרח תמיד פני הדברים).²⁴ אף בשל כך ראוי לשמוע את עמדתו בעניין ולאזן את עמדתו של המפוקח, ככל שאיזון כזה מתחייב (אם כי בהחלט ייתכן שעמדות המאסדר והמפוקח יהיו דומות, כפי שאכן אירע בעניין זליגמן).

בעניין פלאפון נידונה פרשנותו של חוזה רגולטורי – הסכם בין רשות מנהלית למפוקח, המסדיר תנאים לקיום הפעילות הפרטית וסדרי פיקוח ואכיפה לגבי המפוקח הספציפי. אף שלא כונה כך בפסק הדין, אלא "רישיון" שההתייחסות אליו היא כאל הוראת מנהל חד-צדדית, רישיון פלאפון נקבע מראשיתו במסגרת משא ומתן בין החברה ובין משרד התקשורת, עוד בתחילת שנות התשעים.²⁵ נוכח מאפייניו ההסכמיים של הרישיון, המאסדר יכול לתרום לבית המשפט השקפה ייחודית, מקצועית וחשובה לגבי פרשנותו.

לפיכך, צדקה השופטת ברון בקביעתה בדבר הצורך לבקש את עמדת המאסדר במסגרת ההליך בבית המשפט המחוזי בעניין פלאפון. מסקנה זו מתחדדת נוכח קריאת פסק הדין שניתן בבית המשפט המחוזי, שניסח את הסוגיה הפרשנית באופן הבא: "האם המאסדר התכוון לאפשר את ניתוק השירות הזמני בתשלום או שמא התכוון לאסור על התשלום".²⁶

שנית, הזמנת עמדתו הפרשנית של המאסדר ביחס לחוזה הרגולטורי ועירובו בהליך עשויים להועיל במישור האסדרתי המעשי. כך, למשל, לאחר שנתגלע סכסוך פלאפון, ועוד בטרם ניתן פסק הדין, טרח משרד התקשורת למלא את הלאקונה ברישיון ולציין במפורש כי החברה אינה רשאית לגבות דמי הקפאה מלקוחותיה.²⁷ נוסף על כך ככל שהמאסדר יהיה מעורב יותר בתיקי פרשנות של חוזים רגולטוריים כך תגבר מודעותו למחלוקות המתעוררות בבתי המשפט בקשר לפרשנותם וליישומם, וכן להסתמכות של צדדים שלישיים על נוסחם, ולפיכך ייתכן שישקיע מאמץ מיוחד לסתום פרצות פרשניות עוד בשלב המשא ומתן וניסוח החוזה.²⁸

שלישית, מומחיותו הייחודית של המאסדר באסדרת תחום-תוכן ספציפי, בתורת האסדרה ובשיטות האסדרה, ובכלל זאת אסדרה הסכמית שבה נורמות אסדרתיות נקבעות בהסכמה עם המפוקח, הופכות את ההיעזרות השיפוטית בו להכרח. במסגרת זו, יוכל המאסדר לתרום לבית המשפט נקודת מבט רחבה, הכוללת, למשל, התייחסות למעמדה של רגולציה הסכמית בשוק הספציפי לעומת כלים אחרים המשמשים לאסדרת שוק זה; חוזים רגולטוריים מקבילים שנערכו או עתידים להיערך עם מפוקחים אחרים, או עם מאסדרים אחרים, בנושאים דומים; כשלי שוק שהובילו את המאסדר לבחור בנתיב של רגולציה הסכמית; השלכות הפרשנות על יציבות השוק ועל תפקודו הכולל; השלכות הפרשנות על יכולת המאסדר להבטיח את האינטרס הציבורי בענף.

24 ראו לעיל ה"ש 18.

25 ראו ע"א 7958/10 פלאפון תקשורת בע"מ נ' מדינת ישראל פס' ה (פורסם בנבו, 1.8.2012). יצוין כי גם לאורך השנים המשיכו פלאפון והמאסדר להתנהל לעיתים קרובות באמצעות הסכמות. ראו למשל אפי לנדאו "תעריפים מוזרים" גלובס 10.6.2002 (מתאר הסכמה בין משרד התקשורת לפלאפון בנושא הפיקוח על המחירים, בראשית שנות האלפיים).

26 ראו ת"צ 41157-01-15 פירט נ' פלאפון תקשורת בע"מ פס' 16 (פורסם בנבו, 29.6.2017).

27 ראו עניין פלאפון, לעיל ה"ש 3, ס' 4.

28 סתימת פרצות פרשניות עקב מעורבות המאסדר בדיונים המשפטיים עשויה להתבצע הן בקשר עם החוזה הרגולטורי העומד לדיון והן בקשר עם חוזים רגולטוריים אחרים שערך או עורך המאסדר עם המפוקח או עם מפוקחים אחרים.

לסיכום חלק זה, בבואו לפרש חוזה רגולטורי (יהא שמם הפורמלי של המסמך או הנורמה הטעונים פירוש אשר יהא), על בית המשפט לבקש את עמדתו של המאסדר. זאת, נוכח שלושה טעמים מרכזיים: המידע העובדתי והמשפטי הרב שהמאסדר יכול לתרום לדיון, בהיותו צד לחוזה הרגולטורי; תרומת המעורבות הרגולטורית בדיון השיפוטי לשכלול החוזה הרגולטורי; מומחיותו של המאסדר בתורת האסדרה באופן כללי ובאסטרטגיות האסדרה המיושמות בשוק.

אמנם ניתן לטעון שהפרוצדורה המוצעת תדרוש מן המאסדר הקצאת משאבים לצורך הכנת חוות דעת לבית המשפט, ותוביל להתמשכות ההליכים, אך בשקלול הכולל של הדברים נראה כי ישנו טעם רב לבקש מן המאסדר להביע עמדתו באשר לפרשנות החוזה הרגולטורי. כעת אעבור לשאלת המשקל שעל בית המשפט לתת לעמדת המאסדר באשר לפרשנות החוזה הרגולטורי.

אני סבורה כי ככלל, אין להעניק לפרשנות המאסדר משקל מכריע בהליך השיפוטי בו נבחנות הוראותיו של החוזה הרגולטורי. ככל שתאושר הלכת **זליגמן** בדיון הנוסף, הרי שיש להחריג אותה, לפחות במצבים שבהם הנורמה הרגולטורית נקבעת בהסכמה עם המפוקח. פרשנות החוזה הרגולטורי צריכה להיעשות איפוא על ידי בתי המשפט, דה-נובו, ולא במתכונת של ביקורת שיפוטית המצטמצמת לכדי בחינת סבירות הפרשנות בלבד. להלן אפרט ארבעה טעמים עיקריים לעמדתי זו: חיזוק אמון הציבור ברשות המבצעת; חיזוק מכשיר החוזה הרגולטורי; שותפותו של המפוקח בניסוח החוזה הרגולטורי; פרשנות נוגדת של מאסדרים מרובים.

ראשית, יישום גישת הפירוש הראוי בהקשר של חוזים רגולטוריים יתרום לחיזוק אמון הציבור במנהל, שיידע כי המאסדר נתון לפיקוח שיפוטי מלא במעשיו ההסכמיים. כפי שצינתי במקום אחר,²⁹ חוזים רגולטוריים מעוררים חשש מיוחד לפגיעה באמון הציבורי ברשויות השלטון, נוכח מאפייניהם כעסקה שנערכת הרחק מעיני הציבור, שלפחות חלקים ממנה, אם לא כלל חלקיה, נותרים לעיתים קרובות סמויים מעין ציבורית. מראית עין של "שבי רגולטורי", במסגרתו המאסדר מציע חוזים רגולטוריים המיטיבים עם המפוקח על חשבון אינטרס הציבור, תתחזק ככל שתיחלש הביקורת השיפוטית על ההסדרים.

אמנם הלכת **זליגמן** קובעת כי אין להעניק עדיפות לפרשנות המאסדר במצבים שבהם הוכח כי שיקולים זרים השפיעו על האסדרה, אך הסבירות שבית המשפט יקבע כך מפורשות כדי לסטות מן הכלל הפרשני של מתחם הסבירות היא נמוכה מאד.³⁰ לפיכך עדיף שלכתחילה ייקבע הכלל הפרשני באופן שנותן מתחם שיקול דעת פרשני רחב לשופט, מבלי להידרש מפורשות לסוגיה של שיקולים זרים של הרשות המנהלית. ביקורת שיפוטית מלאה על החוזה הרגולטורי תתרום

29 ראו למשל שרון ידין "צו השעה: שיתוף ציבור בצו מוסכם" **המשפט** כה 151 (2020).

30 זאת, משום שהעילה של שיקולים זרים במשפט המנהלי מבקשת לבחון את צפונות לבה של הרשות המנהלית ולפיכך כרוכה בקשיים ראייתיים בלתי מבוטלים. ראו למשל זמיר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 137–138, 159; דפנה ברק ארו **משפט מינהלי ב** 672 (2010); מרגית כהן "עילת אי-הסבירות במשפט המנהלי: היבטים השוואתיים והערות נורמטיביות אחדות" **ספר אור – קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור** 773, 777–778 (2013). קבלת עילה כזו על ידי בתי המשפט אף עלולה לייצר חיכוך רב יותר בין הרשות השופטת לרשות המבצעת, ולכן אפשר כי נוח יותר לבתי המשפט להיאחז בעילות ביקורת שעניינן ממוכנות או פרוצדורה, מאשר אלו הנוטעות בהצבעה על חוסר תום לב מנהלי או כוונת דוון מנהלית.

אפוא לגיטימציה הנורמטיבית והציבורית שלהם, בפרט נוכח היעדר שקיפות והיעדר הסמכה מפורשת בחקיקה לעריכתם,³¹ המאפיינים חוזים רגולטוריים רבים.³²

שנית, גישת הפרשנות הראויה תחזק את ההסתמכות והאמון של גורמים עסקיים מפוקחים על מכשיר החוזה הרגולטורי. חוזים רגולטוריים רבים נכרתים על ידי תאגידים שעיקר מניעיהם ליטול בהסכם התחייבויות וולונטריות המשרתות אינטרס ציבורי נעוץ ביכולת להשיג במסגרתו ודאות ויציבות רגולטורית. ואולם, קבלת גישת מתחם הסבירות בהקשר זה תוביל לכך שהמאסדר יהפוך הלכה למעשה לפרשן כמעט-בלעדי של החוזה הרגולטורי. במסגרת זו ניתן למאסדר לא רק הכוח לנסח את הנורמה ההסכמית אלא גם לפרשה באופן סופי ומכריע. תוצאה זו פוגעת במאפייניו ההסכמיים, הרכים והשיתופיים של החוזה הרגולטורי ולפיכך תרתיע את הגורמים העסקיים במשק מלהיקשר בחוזים רגולטוריים ותפגע במוסד הרגולציה ההסכמית.

לעומתה, גישת הפרשנות הראויה מגבירה את הביטחון המשפטי של הגורם הפרטי בחוזה הרגולטורי, שיידע שבמקרים של מחלוקת פרשנית בינו לבין לקוח או צד ג אחר, תתבקש אמנם דעתו של המאסדר, אך בסופו של דבר יכריע בית המשפט. אמנם היעדר ודאות משפטית קיים למפוקח גם במסגרת ההכרעה השיפוטית, ולעיתים הכרעה שיפוטית עצמאית אינה משרתת את המפוקח, כגון משום שהמאסדר שותף לתפיסתו הפרשנית, אך לפחות המפוקח אינו נתון באופן מוחלט ומראש לחסדיו של המאסדר ולפיכך יגברו תמריציו להיקשר בחוזים רגולטוריים. גישה זו תאפשר לשיטת הרגולציה ההסכמית, אשר רבות דובר בשבחה – הן בספרות³³ והן בפסיקתו של בית המשפט העליון³⁴ – להמשיך להתפתח בצורה מוצלחת.

יש לעמוד בהקשר זה על חשיבותה של רגולציה הסכמית. רגולציה הסכמית היא פרקטיקה נפוצה מאד בישראל ובעולם, והיא משמשת מאסדרים במגוון רחב של שווקים וענפים, דוגמת תקשורת, אנרגיה, תחבורה, בריאות, מסחר, טכנולוגיה ופיננסים. צרכי האסדרה הובילו מאסדרים וגופים פרטיים להסכים ביניהם, למשל, על שיפור וולונטרי של סטנדרט הפעילות, על הנהגת משטר רגולציה עצמית, על הסדרי אכיפה, על יצירה, ביטול וערוך של נורמות רגולטוריות, על מתווים לפיקוח ובקרה, על הטבות והשקעות כלכליות, על שיתוף במידע, על הבטחה לשיתוף פעולה, על שינוי מבני ופרסונלי בארגון, על תנאי כניסה לשוק, על מגבלות תחרות, על הגנת הצרכן, על תרומה לקהילה ועל יציבות רגולטורית. הרגולציה ההסכמית מבוססת על ההכרה במגבלות הרגולציה הכופה, שדוגלת בציווי וענישה, כגון באמצעות המשפט הפלילי והמנהלי, ועל התועלת הטמונה בפיתוח יחסי אמון, שיתוף פעולה ודיאלוג בין מפקחים למפוקחים.

שיטה זו משתייכת למשפחה של שיטות אסדרה רכות, החותרות לרתום את המפוקחים עצמם למלאכת האסדרה על מנת להשיא את האינטרס הציבורי. רגולציה הסכמית מאפשרת יצירה של פתרונות מתוחכמים, ייחודיים, גמישים ומותאמים למפוקח פרטני. היא מהירה, זולה, ממוקדת

31 לבעיית השקיפות ובעיית הסמכות של חוזים רגולטוריים ראו שרון ידין "חוזים רגולטוריים בשווקים פיננסיים בישראל" **עיוני משפט** 447, 471, 482, 485 (2012).

32 חוזים רגולטוריים עשויים להיות חוקיים אך בעלי לגיטימציה ציבורית רופפת. דוגמה טובה לכך היא מתווה הגז, אשר גם לאחר פסיקת בג"ץ (בג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 5), שאישר את חוקיותו (למעט פסקת היציבות, ולפיכך זו תוקנה על ידי הממשלה), עדיין סובל מבעיות לגיטימציה ציבורית. ראו ידין, לעיל ה"ש 5, בעמ' 77.

33 לסקירת ספרות בנושא ראו שם, 56–68.

34 לסקירת הפסיקה בנושא ראו שם, בעמ' 81, 103–108.

ומאפשרת למאסדר לקבל תמורות מן הגורם הפרטי, המתעלות על רף הציות המתחייב בחוק. בבג"ץ **מתווה הגז** קבע השופט סולברג כי הרגולטור זקוק לארגו כלים מפותח וכי במסגרת זו הרגולציה ההסכמית משמשת כלי עבודה מרכזי של הרגולטור המודרני. על מתווה הגז ציין השופט רובינשטיין כי הוא יועיל בפיתוח מאגרי הגז של מדינת ישראל, ויתרום לבטחונה האנרגטי, הכללי והמדיני. השופט ג'ובראן ציין כי המתווה ההסכמי עם תאגידי הגז נדרש, נוכח מורכבותו של משק הגז הטבעי. השופטת (כתוארה אז) חיות ציינה כי רגולציה הסכמית מאפשרת שיתוף פעולה מרצון עם גורמים מפוקחים והיא תולדה של האתגרים הניצבים כיום בפני מאסדרים בשווקים מפותחים. כל אלה מדגישים את הצורך לבחור דוקטרינה פרשנית שתאפשר את המשך השימוש בחוזים רגולטוריים ככלי אסדרתי מרכזי במשק.

שלישית, החוזה הרגולטורי מנוסח ומגובש בדרך כלל על ידי המפקח והמפוקח יחדיו, לכן אין טעם להעניק מעמד בכורה דווקא לדעתו של צד אחד לחוזה. בעוד הלכת **זליגמן** קבעה כי יש טעם להעניק משקל מוגבר לפרשנות המאסדר לנורמה רגולטורית כיוון שנוסחה על ידי המאסדר,³⁵ טעם זה אינו תופס לגבי החוזה הרגולטורי. בחוזה רגולטורי, להבדיל מנורמות אחרות, הרשות המנהלית בדרך כלל אינה הנסח היחיד של הטקסט המשפטי, והגורם הפרטי המפוקח (ולפעמים כמה מפוקחים) שותף לגיבושו ולניסוחו של החוזה הרגולטורי, או לעדכון ותיקון הוראותיו. בכך כלולים לא רק מסמכים שבראשם מתנוססת הכותרת "הסכם", אלא גם רישיונות, זיכיונות, היתרים ואישורים רגולטוריים שונים הנתונים למשא ומתן וכוללים התחייבויות הדדיות.³⁶ במסגרת החוזה הרגולטורי, הרשות המנהלית והגורם הפרטי המפוקח הופכים מעין-שותפים למתווה הרגולטורי שגיבושו וניסוחו, לכן אין סיבה להעדיף באופן מובהק דווקא את הפרשנות של הרשות המנהלית.³⁷

ודוק: נימוק זה של שותפות פרטית-ציבורית לגיבוש החוזה הרגולטורי עשוי להתאים גם לפרשנות הוראות מנהל אחרות או הנחיות מנהליות שנקבעו או תוקנו תוך הסכמה ודיאלוג בין המאסדר למפוקח. הלכת **זליגמן**, למשל, נקבעה על רקע חוזרי המפקח על הביטוח, על בסיס ההבנה כי מדובר בנורמה שעל ניסוחה היה אמון המאסדר בלבד. ואולם אך לאחרונה נידון בבית המשפט העליון אופיים ההסכמי של חוזרי המפקח על הביטוח, שנוסחם תוקן באמצעות התכתבויות והבנות שנערכו בין חברות הביטוח לבין המפקח על הביטוח.³⁸

יש להיות ערים, אפוא, לפער המתקיים לעיתים בפרקטיקה בין צורתה הפורמלית של נורמה רגולטורית, כגון "רישיון", "היתר", "חוזר" או "החלטה", המעידה לכאורה על רגולציה כופה

35 ראו עניין **זליגמן**, לעיל ה"ש 1, פס' 35.

36 לרישיונות, זיכיונות והיתרים כחוזים רגולטוריים ראו שרון ידין **רגולציה: המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים** 96–101 (2016). לזיכיונות בשוק התקשורת המשודרת כחוזים רגולטוריים ראו שרון ידין "קצר בתקשורת: בין אינטרס ציבורי לאינטרס פרטי ברגולציה של ערוץ עשר" **דין ודברים** ח 391 (2015). אך השוו: ע"מ 7002/19 **ציינה מוטורס בע"מ נ' משרד התחבורה והבטיחות בדרכים** (פורסם בנבו, 7.7.2020) (רישיון איננו "עסקה" לצורך תחולת חוק חובת המכרזים, התשנ"ב–1992).

37 בניגוד למקובל להניח לגבי יחסי הרשות המנהלית והגורם הפרטי, בחוזים רגולטוריים מסוימים דווקא למפוקח מנוף לחץ על הרשות המנהלית, והוא הגורם המניע והמוביל של ההסכמה הרגולטורית עם המאסדר. ראו למשל ידין, לעיל ה"ש 5, בעמ' 126, 148.

38 ע"א 9294/16 **שמעון נ' חברת אי די איי חברה לביטוח בע"מ** (פורסם בנבו, 4.2.2020). לשותפות המתקיימת בין חברות הביטוח למפקח על הביטוח בניסוח של נורמות רגולטוריות נוספות ראו רע"א 3577/93 **הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ' מוריאנו**, פ"ד מח(4) 70 (1994).

וחד-צדדית, לבין מהותה האמיתית.³⁹ על כן, על בתי המשפט לאפשר לבעלי דין לטעון כי הנורמה הרגולטורית המצויה במוקד הסכסוך הפרשני היא תוצר של רגולציה הסכמית ולפיכך צריכה להיות כפופה לגישת הפירוש הראוי. מצבים אלה ישמשו חריג להלכת זליגמן, ככל שזו תאושר בדיון הנוסף.

רביעית, במצבים של חוזה רגולטורי רב-צדדי, לו שותפים כמה מאסדרים, נוסף על הגורם הפרטי, עשויות להתקבל בהליך הדיוני עמדות רגולטוריות פרשניות סותרות ולפיכך על בית המשפט להכריע בסוגיה הפרשנית לפי מיטב שיפוטו. במצבים אלה, בדרך כלל אין מדובר בקבלת עמדה מנהלית אחודה אחת, אלא בקבלת כמה עמדות של מאסדרים בעלי עמדות פרשניות שונות ונקודות מבט שונות.⁴⁰ תוצאה דומה מתקבלת במצבים בהם סדרה של חוזים רגולטוריים דומים נידונה בבית המשפט במאוחד, כפי שאירע לאחרונה בעניין רישיונותיהן של חברות טלפוניה, אינטרנט, טלוויזיה וסלולר מובילות בישראל.⁴¹ בעוד הדיון השיפוטי בחוזים כאלה עשוי להיות מאוחד, נוכח הסוגיה הפרשנית הדומה המתעוררת במסגרתם, מאסדרים שונים עשויים להגיש לבית המשפט עמדות פרשניות שונות ואף סותרות. בשני מצבים אלה, החוזה הרב-צדדי והדיון המאוחד בסדרת חוזים, מתחדד הצורך בהכרעה ברורה של בית המשפט כגורם שיפוטי חיצוני לסכסוך ולמסגרת האסדרתית.

מארבע סיבות אלה שהצגתי אני סבורה כי אין טעם מיוחד להעניק, כברירת מחדל, משקל מכריע דווקא לפרשנותו של המאסדר בקשר לתוצריה של רגולציה הסכמית, אלא על בית המשפט לבחון אותה לצד פרשנותם של המפוקח ושל צדדי ג ולהכריע לפי מיטב שיקול דעתו. יוצא מדברים אלה שבמצבים דוגמת עניין פלאפון, בהם התעוררה שאלה פרשנית בנוגע לרישיון החברה הסלולרית, אכן היה על בית המשפט לבקש את עמדתו הפרשנית של משרד התקשורת בנוגע להוראות הרישיון, אך לו היה עושה כן – היה עליו לתת לה משקל רגיל במסגרת מכלול השיקולים שהוא שוקל ולא להפעיל חזקה פרשנית מוקדמת לבדיקה, לפיה הפרשנות המנהלית היא העדיפה מבין אפשרויות סבירות שונות.⁴²

לסיכום, הלכת זליגמן מבקשת לשנות באופן יסודי את דיני הפרשנות בהקשר האסדרתי – הקשר הולך ומתפתח במשפט המנהלי בישראל.⁴³ הלכה זו עוסקת באופן עיקרי ב-“מעמדה של

39 ראו לעניין זה בג”ץ מתווה הגז, לעיל ה”ש 5, פסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות.

40 כאשר צדדים לחוזה הרגולטורי כוללים כמה מאסדרים שונים, על בית המשפט לקחת בחשבון כי עמדותיהם הפרשניות השונות עשויות לנבוע ממומחיות וניסיון מובחנים המוקנים לכל אחד מהם וממנדט משפטי ומקצועי מובחן. למשל, רשות התחרות עשויה לתמוך בפרשנות שמקדמת באופן מיוחד אינטרסים תחרותיים, בעוד המשרד להגנת הסביבה יבכר פרשנות שונה, שמעניקה מעמד בכורה לאינטרסים סביבתיים. מאחר שסוגיות רגולטוריות מתאפיינות במורכבות ורב-קודקודיות, על בית המשפט, בבואו לפרש חוזה רגולטורי רב-צדדי, לבחור בפרשנות המאזנת באופן ראוי בין מכלול האינטרסים הציבוריים אותם נועד החוזה לקדם, תוך מודעות להטיות הפרשניות של המאסדרים השונים.

41 ראו למשל ת”צ (מחוזי ת”א) 42754-05-11 כהן נ’ סלקום ישראל בע”מ (פורסם בנבו, 9.12.2019), שם נידונו הרישיונות של סלקום, נטוויז’ן, בזק בינלאומי, פלאפון, הוט, פרטנר ו-YES, ועמדותיהם של משרד התקשורת, רשות התחרות והמועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין.

42 ודוק: בהחלט ייתכן שבמסגרת הבחינה השיפוטית יתרשם בית המשפט, בהתאם לנסיבות, שיש לקבל את הפרשנות המנהלית של החוזה הרגולטורי, אך שונה הדבר בתכלית ממתן עדיפות א-פריורית לעמדת המאסדר.

43 ראו באופן כללי ידיון, לעיל ה”ש 5, בעמ’ 243.

עמדת המאסדר בפרשנות הנחיותיו⁴⁴, תוך אפיון כהסדר נורמטיבי שנקבע ומנוסח על ידי הרשות המנהלית.⁴⁵ אף כי הלכת זליגמן נקבעה על רקע מחלוקת פרשנית שהתעוררה ביחס להוראות חוזרי המפקח על הביטוח, היא יושמה בבית המשפט העליון בהקשרים שונים, ובכלל זאת בהקשרים של נורמות אסדרתיות מבוססות-הסכמה, דוגמת רישיונות של חברות תקשורת. אף באשר לחוזרי המפקח על הביטוח מתעורר ספק באשר למידת הבלעדיות של המאסדר בקביעתן וניסוחן. כמו כן, הלכת זליגמן עוררה, הן במסגרת פסק הדין עצמו והן במסגרת פסקי דין שניתנו לאחריה, את השאלה הפרוצדורלית-פרשנית המקדימה, בדבר עצם היזקקות בית המשפט לעמדת המאסדר והצורך להזמין בסכסוכים אזרחיים שהמאסדר אינו צד להם.

רשימה זו ביקרה את הלכת זליגמן ויישומיה בפסקי הדין של בית המשפט העליון בהיבט ספציפי, בטענה כי היא מתעלמת ממצבים שבהם ההסדר הנורמטיבי נקבע ומנוסח על ידי הרשות המנהלית בשיתוף עם גורם פרטי. המסקנה העולה מן הרשימה היא כפולה: ראשית, על בית המשפט להזמין את עמדת המאסדר בכל מקרה בו מתעוררת סוגיה פרשנית של חוזה רגולטורי, ושנית, אין לקבל א-פריורית את פרשנותה של הרשות המנהלית, אף אם היא סבירה, אלא לבחון אותה בביקורת שיפוטית עצמאית. בעוד כי המסקנה הראשונה מעניקה כבוד רב למעמדו, מומחיותו וניסיונו של המאסדר, המסקנה השנייה מבקשת לאזן ולרסן את מעשיו ההסכמיים באמצעות ביקורת שיפוטית. בשילוב מסקנות אלה גלומה גישה המאזנת בין האינטרס הציבורי שחוזים רגולטוריים נועדו לקדם לבין הצורך לרסן את הכוח הרב שנתון לרשות המבצעת בעידן המדינה הרגולטורית ושיטות האסדרה המגוונות והמתוחכמות שהיא מביאה עמה.

44 ראו עניין זליגמן, לעיל ה"ש 1, פס' 36 לפסק הדין.

45 ראו שם, בפס' 35.