

פרשנות החוזה הרגולטורי: בעקבות הלכת

זליגמן

מאת

שרון ידין*

תקציר

רשימה זו מבקשת לבחון את הלכת זליגמן¹ והשלכותיה מנקודת המבט של רגולציה הנקבעת בהסכמה. הלכת זליגמן קבעה שעל בתי המשפט להעניק משקל מכריע לפרשנות הרגולטור להנחיותיו שלו, במסגרת סכסוך שבין חברה הנתונה לפיקוח הרגולטור לבין לקוחותיה. הפסיקה המאוחרת לזליגמן הרחיבה את ההלכה גם לפרשנות הרגולטור ביחס להוראות הקבועות ברישיונות, דוגמת אלה שלפיהם פועלות חברות סלולר, טלפוניה, טלוויזיה ואינטרנט. הרשימה מבקשת לאתגר את הרציונל של הלכת זליגמן, בכלל הקשור לרגולציה הסכמית, ולהצביע על טעמים להחרגתה של ההלכה במצבים של חוזים רגולטוריים. כך, למשל, בעוד הלכת זליגמן מניחה כי הרגולטור הוא הנסח הבלעדי של הנורמה הרגולטורית, הרשימה מצביעה על כך שלעיתים קרובות המפוקח מנסח בשיתוף עם הרגולטור את ההוראות הרלוונטיות לפעילותו, כגון במסגרת של רישיון. נוסף על כך, סכסוכים העוסקים בפרשנותם של חוזים רגולטוריים מערבים לא פעם כמה רגולטורים, שעמדותיהם הפרשניות 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 הרגולטור במישור העובדתי והמשפטי לסכסוכים הקשורים בפרשנותה של רגולציה הסכמית, על בית המשפט להזמין כעניין של חובה.

* דוקטור למשפטים. sharon@yadin.com. המחברת מבקשת להודות לדורין לוסיטיג, 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 החברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 2.2.2020) (בקשה לדיון נוסף אושרה ביולי 2019).

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

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. מתעוררת כאן שאלה פרשנית בנוגע לרישיון. הרשות המינהלית איננה צד להליך. האם לצורך הכרעה בדיון בין הצדדים הפרטיים, על בית המשפט לבקש מהרגולטור (המשרד הממשלתי) את עמדתו בעניין פרשנות הרישיון? 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 לגבייתת שלום בלתי-חוקית. בהמשך ישיר לקביעה זו אזכרה השופטת הלכה חדשה שנקבעה בעניין **זליגמן**, שלפיה על בית המשפט להעניק משקל מכריע לעמדת הרגולטור 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 מינהלית לרישיונות. בשלב זה תעבור הרשימה לדון בשתי שאלות מרכזיות המתעוררות בעקבות שילוב פסקי הדין הללו, תוך מיקוד הדיון ברגולציה הסכמית: ראשית, האם על בית המשפט לבקש את עמדת הרגולטור במסגרת דיון בתביעות של צדדים שלישיים הדורשות הכרעה פרשנית בקשר עם רגולציה מינהלית שנקבעה בהסכמה בין רגולטור למפוקח ("חווה רגולטורית");⁵ ושנית, ככל שהתבקשה עמדת הרגולטור, האם על בית

- 2 יש להבחין מצב זה, שבו עוסקת הרשימה, ממצבים אחרים, שבהם הסכסוך הוא בין הרגולטור למפוקח, כלומר כאשר הרגולטור הוא בעל דין.
- 3 רע"א 7169/17 **פלאפון תקשורת בע"מ נ' פירט** (פורסם בנבו, 3.2.2019).
- 4 ראו רע"א 1850/19 **לרנר נ' די בי אס שירותי לוויין (1998) בע"מ** (פורסם בנבו, 7.1.2020).
- 5 החווה הרגולטורית היא "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) (להלן: **ידין רגולציה חדשה**). דוקטרינת החווה הרגולטורית נקלטה לדין הישראלי בבג"ץ 4374/15 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל** (פורסם בנבו, 27.3.2016) (להלן: **בג"ץ מתווה הגז**), שם אופייין המתווה כחווה רגולטורית ונדונו בהרחבה שיטת הרגולציה ההסכמית ויישומה בשוק האנרגיה הישראלי.

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. בשאלה זו השיב הרגולטור בחיוב, אולם בית המשפט המחוזי בחר שלא לתת לתשובתו 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 הרגולטור בפרשנות הוראות שהרגולטור אמון על ניסוחן ועל אכיפתן.⁶ עד לפסק הדין, ההלכה הנוהגת הייתה שבנסיונות המתאימות, על בית המשפט לתת משקל ראוי לעמדת הרשות המינהלית בפרשנות תקנה או הנחיה מינהלית, אך כי אין לו כל חובה לקבל את עמדה זו, והפירוש המחייב הוא הפירוש השיפוטי.⁷ ואולם, על פי ההלכה החדשה שנקבעה בפסק הדין, כאשר התבקשה והתקבלה עמדת הרגולטור בהליך אורחי 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 הרגולטור באשר להוראותיו של הרגולטור, הזוכה כעת למשקל מכריע, באופן כמעט אוטומטי,

- 6 שאלה פתוחה היא באיזה סוג של נורמה משפטית עסקה הלכת זליגמן – תקנה, הנחיה מינהלית או עניין אחר. בעניין זליגמן, לעיל ה"ש 1, נדונה פרשנותם הראויה של חוזרי המפקח על הביטוח. ואולם, ישנה מחלוקת משפטית בשאלה אם חוזרים אלה עולים כדי תקנה. ראו למשל ע"ש (מחוזי חי) 714/01 יוסלבסקי נ' המפקח על הביטוח, פ"מ התשס"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 בעניין זליגמן חוזרי המפקח מכונים "הנחיות" המתפרסמות מכוח ס' 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 נד (1) 454, 462 (2000); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א – המינהל הציבורי 228 (מהדורה שנייה, 2010) (להלן: זמיר הסמכות המינהלית א').
- 8 ראו עניין זליגמן, לעיל ה"ש 1, פס' 40.

בסכסוכים אזרחיים. יש בכך מעבר ברור, לפחות בהקשר שבו נפסקה ההלכה, מגישת "הפירוש הראוי" ששלטה עד כה בפסיקה הישראלית, שלפיה השופט הוא שיבחר את הפירוש הראוי ביותר לדעתו,⁹ גם אם הוא סותר את הפרשנות המינהלית,¹⁰ לגישת "מתחם הסבירות", שלפיה אם הפירוש המינהלי נמצא בתוך המתחם של פירושים אפשריים וסבירים, על בית המשפט לאמץ פירוש זה ולהעדיפו על פני פירושים אחרים. גישת "מתחם הסבירות" מקובלת זה מכבר בארצות הברית כחלק מדוקטרינת ההנסגה (deference),¹¹ שבמסגרתה בית המשפט מנסיג את שיקול דעתו בפני זה של הרשות המבצעת.

בשנה העוקבת התעוררה מחלוקת פרשנית בעניין **פלאפון**, שם נדונה בקשה לאישור תובענה ייצוגית בנושא גביית תשלומים מלקוחות החברה. באופן קונקרטי, השאלה הייתה אם מותר לחברת פלאפון 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 ממושרד התקשורת, אין לגבות עבורו תשלום, אלא אם כן הדבר הוסדר מפורשות ברישיון. דמי הקפאה בגין ניתוק קו לא נדונו 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 ברון, 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

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

10 ראו זמיר **הסמכות המינהלית א'**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 225–226.

11 דוקטרינת ההנסגה השיפוטית בארצות הברית מתייחסת למצבים שונים שבהם בית המשפט מנסיג את שיקול דעתו בפני זה של הרשות המבצעת, כגון בפרשנות חקיקה ראשית, חקיקה מינהלית, פעולות אכיפה, כולל תביעה פלילית, והחלטות רגולטוריות מקצועיות, כגון קביעת מחיר או תעריף. ראו באופן כללי Yoav Dotan, *Two Concepts of* Michael Asimow & Yoav Dotan, ; *Deference*, 71 ADMIN. L. REV. (forthcoming 2020) *Open and Closed Judicial Review of Agency Action: The Conflicting U.S. and Israeli Approaches*, 64 AM. J. COMP. L. 521, 549 (2016); יובל רויטמן "גישת מוסדית לביקורת השיפוטית" **ספר אליקים רובינשטיין** (צפוי להתפרסם ב-2020); Ariel Bendor & Sharon Yadin, *Regulation and the Separation of Powers*, 28 S. CAL. INTERDISC. L.J. 357, 375-79 (2019); יואב דותן "Chevron בישראל? סמכות פרשנית ודילמות אסטרטגיות בעקבות ע"א 7488/16 זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ" **פורום עיוני משפט** מד 8 (2020) (להלן: דותן "Chevron בישראל").

הוראותיו".¹² השופטת ברון 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 השופטת את הלכת זליגמן באשר למשקל המהותי שיש לתת בבית המשפט לפרשנות הרגולטור בנוגע להנחיות רגולטוריות שנוסחו על ידו ונאכפות על ידו.¹⁴

הדיון בסוגיות פרוצדורליות-פרשניות אלה, המתעוררות בעניין זליגמן, בעניין פלאפון ובפסקי דין נוספים, קשור בקשר עמוק לתפיסת העולם המשפטית באשר לעקרונות 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 תשמש האיזון הנכון והראוי בין יתרונותיו של הרגולטור בפרשנות החוזה הרגולטורי לבין יתרונותיו ותפקידיו של בית המשפט המוסמך לתת סעד לצדדים שלישיים על בסיס החוזה הרגולטורי, כפרשן החוזה.

מחד גיסא, המלאכה הפרשנית מסורה באופן מסורתי לבתי המשפט, שלהם המומחיות המשפטית המיוחדת בהכרעת סכסוכים ובפרשנות טקסטים משפטיים,¹⁵ דוגמת חוק או חוזה. מאידך גיסא, רשויות מינהליות, ובפרט רגולטוריות, מבצעות לעיתים קרובות תפקידים מעין-שיפוטניים, דוגמת פעולות אכיפה, הכוללות בירור עובדתי, הכרעה האם הנורמה הופרה, והחלטה בנוגע לסנקציה שיש להטיל על המפר, דוגמת קנס, עיצום כספי ושלילת רישיון.¹⁶ במסגרת זו, ובהקשרים רבים נוספים ויומיומיים, רשויות מינהליות נדרשות גם לפרשנות משפטית, כגון של חקיקה ראשית ומינהלית כדי להפעיל את סמכויותיהן.¹⁷ כלומר, המלאכה הפרשנית והמלאכה המעין-שיפוטית אינן זרות לרגולטורים.

נוסף על כך, לרגולטורים יש מומחיות מיוחדת במקרה המקצועית שבה הם עוסקים, וכמו כן הם קרובים ל"שטח" ולמושפעים מן הרגולציה ישירות (דוגמת חברות) ובעקיפין (דוגמת צרכנים), מה שמעניק להם יתרון פרשני. הם אף בעלי ניסיון רב ברגולציה, בעלי ראייה רחבה של הענף המפוקח, והאינטרס העומד לנגד עיניהם

12 עניין פלאפון, לעיל ה"ש 3, פס' 10.

13 רישיון פלאפון מונה למעלה ממאתיים עמודים, והוא תוקן כמאה פעמים. ראו 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, פס' 29 לפסק דינה של השופטת וילנר, העירה השופטת כי בתובענות ייצוגיות שבהן מתעוררת סוגיה פרשנית חשוב שבית המשפט יפנה אל הרגולטור לקבלת עמדתו.

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 זילי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 702-703.

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

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

הוא בדרך כלל האינטרס הציבורי.¹⁸ עוד יש לציין את מעורבותם הישירה והעמוקה של הרגולטורים בייזום, בניסוח, ביישום, ובעדכון של נורמות רגולטוריות שונות. ברשימה זו אבקש למקד את הדיון הכללי בתחרות שבין בית המשפט לרגולטור בפרשנות נורמות רגולטוריות, למצבים של פרשנות נורמות רגולטוריות הסכמיות. טענתי המרכזית היא שמצבים אלה מצריכים גישה מובחנת לסוגיות הפרוצדורליות-פרשניות שהתעוררו בעניין **זליגמן** ובפסקי דין נוספים שיישמו את ההלכה. אפתח בשאלת מידת המעורבות הרצויה של הרגולטור בסכסוכים שהוא אינו צד להם, באמצעות פנייה של בית המשפט לקבלת עמדתו.

בשונה מהנעשה בעניין **פלאפון**, שם בית המשפט המחוזי לא ביקש את עמדת הרגולטור, 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 הרגולטור בכל סכסוך בין גורם פרטי מפוקח, כמו תאגיד, לבין צדדים שלישיים, כמו למשל לקוחותיו של התאגיד, המעורר סוגיה 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 הרגולטור יכולה לשפוך אור שונה על ההוראה החוזית שפרשנותה מצויה במחלוקת, ולהוסיף מידע ערכי ורב לליבון הסוגיה. ככלל, במסגרת תובענות ותביעות של צדדים שלישיים שעניינן פרשנות החוזה הרגולטורי, המפוקח הוא צד לסכסוך, והוא מביא את ראיותיו וטענותיו שלו, אך הרגולטור, שהוא צד לחוזה המצוי פורמלית מחוץ לגדרי הסכסוך, עלול שלא להישמע, שכן שילובו בהליך נתון לשיקול דעתו של בית המשפט.²⁰ ואולם בהיעדרותו, נותרת תמונה חלקית בלבד של החוזה הרגולטורי.

18 למול גישת האינטרס הציבורי, המניחה תקינות מינהלית וחתירה של אלה המשתייכים למגזר הציבורי להשיא בפעולותיהם אינטרס ציבורי, ניצבת גישת הבחירה הציבורית, אשר מותחת ביקורת על המניעים, המטרות והאינטרסים של פקידי ציבור ונבחרי ציבור. שבי רגולטורי (regulatory capture) הוא אחד הענפים הבולטים בתורת הבחירה הציבורית, והוא מתייחס למצבים שבהם הרגולטור שבוי 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 הרגולטור? תובנות מהספרות על שבי רגולטורי" **פורום עיוני משפט** מד (2020); רונן אברהם "זליגמן בארבעה ממדים: מתי יש ליתן מתחם של כבוד לרשות המינהלית?" **פורום עיוני משפט** מד (2020).

19 לגישה שונה, הדוחה לחלוטין את ההיזקקות השיפוטית לפרשנות מינהלית, 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).

20 לסמכותו הכללית של בית המשפט לבקש את עמדת הרשות המינהלית בהליכים שונים (שאינם בהכרח קשורים לחוזים רגולטוריים) ולפרקטיקה הנוהגת בעניין זה, ראו עניין

אזכיר כי החוזה הרגולטורי הוא הסכם בין רשות מינהלית למפוקח, המסדיר תנאים לקיום הפעילות הפרטית ואת סדרי הפיקוח והאכיפה לגבי המפוקח הספציפי.²¹ כרקע לחוזה הרגולטורי, המשמש נורמה פרטנית מחייבת בין רגולטור למפוקח, נערך משא ומתן בין הצדדים. משא ומתן זה עשוי להיות ממושך מאוד, ולהשתרע על פני חודשים, או אפילו שנים (וראו לדוגמה את מתווה הגז),²² או שהוא יכול להיות קצר יותר. במסגרת זו הרגולטור והמפוקח עשויים לערוך ישיבות, 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 במסמכים אחרים שהם בידיעתו ובחזקתו של הרגולטור.

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

יתרה מכך, ללא עמדת הרגולטור נותר הציבור בעמדת חיסרון, שבמסגרתה 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 – הרגולטור – מוחזק כמי שהאינטרס

בירון-ביטון, לעיל ה"ש 6 (פנייה לרגולטור לקבלת עמדתו בתובענות ייצוגיות היא פרקטיקה מקובלת אך אינה חובה); תנ"ג (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 הנדון 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 הרגולטור בטרם יאשר בקשת הסתלקות מתובענה ייצוגית). עוד ראו איילת הוכמן, אלון חספר ודן רוגמן "מדברים על רגולציה: על המושג 'רגולציה' ומקומו במשפט הישראלי" **מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות** 47, 70, 79 (משפט, חברה ותרבות, ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים, 2016) (מנתחים את סמכותו של בית המשפט להזמין את עמדת הרגולטור לפי חוק תובענות ייצוגיות כסמכות רשות).

21 ראו ידן **רגולציה חדשה**, 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.

הציבורי מצוי לנגד עיניו (אף אם אלה אינם בהכרח תמיד פני הדברים)²⁴. אף בשל כך ראוי לשמוע את עמדתו של הרגולטור בעניין ולאזן את עמדתו של המפוקח, ככל שאיזון כזה מתחייב (אם כי בהחלט ייתכן שעמדותיהם התיינה דומות, כפי שאכן אירע בעניין זליגמן).

בעניין פלאפון נדונה פרשנותו של חוזה רגולטורי – הסכם בין רשות מינהלית 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 מינהל חד-צדדית, רישיון פלאפון נקבע מראשיתו במסגרת משא ומתן בין החברה ובין משרד התקשורת, עוד בתחילת שנות התשעים.²⁵ נוכח מאפייניו ההסכמיים של הרישיון, הרגולטור יכול לתרום לבית המשפט השקפה ייחודית, מקצועית וחשובה לגבי פרשנותו.

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

שנית, הזמנת עמדתו הפרשנית של הרגולטור ביחס לחוזה הרגולטורי ועירובו בהליך עשויים להועיל במישור הרגולטורי המעשי. כך, למשל, לאחר שנתגלע סכסוך פלאפון, ועוד בטרם ניתן פסק הדין, טרח משרד התקשורת למלא את הלקונה ברישיון ולציין במפורש כי החברה אינה רשאית לגבות דמי הקפאה מלקוחותיה.²⁷ נוסף על כך ככל שהרגולטור 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 הרגולטור ברגולציה של תחום-תוכן ספציפי, בתורת ובשיטות הרגולציה, ובכלל זאת רגולציה הסכמית שבה נורמות רגולטוריות נקבעות בהסכמה עם המפוקח, הופכת את ההיעזרות השיפוטית בו להכרח. במסגרת זו

24 ראו הסבר בנושא השבי הרגולטורי בה"ש 18 לעיל.

25 ראו ע"א 7958/10 פלאפון תקשורת בע"מ נ' מדינת ישראל, פס' ה לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 1.8.2012). יצוין כי גם לאורך השנים המשיכו פלאפון והרגולטור להתנהל לעיתים קרובות באמצעות הסכמות. ראו למשל אפי לנדאו "תעריפים מוזרים" גלובס 10.6.2002 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=592596 (מתאר הסכמה בין משרד התקשורת לפלאפון בנושא הפיקוח על המחירים, בראשית שנות האלפיים).

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

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

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

יוכל הרגולטור לתרום לבית המשפט נקודת מבט רחבה, הכוללת, למשל, התייחסות למעמדה של רגולציה הסכמית בשוק הספציפי לעומת כלים אחרים המשמשים לרגולציה של שוק זה; חוזים רגולטוריים מקבילים שנערכו או עתידים להיערך עם מפוקחים אחרים, או עם רגולטורים אחרים, בנושאים דומים; כשלי שוק שהובילו את הרגולטור לבחור בנתיב של רגולציה הסכמית; השלכות הפרשנות על יציבות השוק ועל תפקודו הכולל; השלכות הפרשנות על יכולת הרגולטור להבטיח את האינטרס הציבורי בענף.

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 הרגולטור. זאת, נוכח שלושה טעמים מרכזיים: המידע העובדתי והמשפטי הרב שהרגולטור יכול לתרום לדיון, בהיותו צד לחוזה הרגולטורי; תרומת המעורבות הרגולטורית בדיון השיפוטי לשכלול החוזה הרגולטורי; מומחיותו של הרגולטור בתורת הרגולציה באופן כללי ובאסטרטגיות הרגולציה המיושמות בשוק.

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

ככלל, אני סבורה שאין להעניק לפרשנות הרגולטור משקל מכריע בהליך השיפוטי שבו 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 אפוא על ידי בתי המשפט, דה-נובו, ולא במתכונת של ביקורת שיפוטית המצמצמת 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 רגולטורים מרובים.

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

אומנם הלכת זליגמן קובעת כי אין להעניק עדיפות לפרשנות הרגולטור במצבים שבהם הוכח כי שיקולים זרים השפיעו על הרגולציה, אך הסבירות שבית המשפט יקבע

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

כך מפורשות כדי לסטות מן הכלל הפרשני של "מתחם הסבירות" היא נמוכה מאוד.³⁰ לפיכך עדיף שמלכתחילה ייקבע הכלל הפרשני באופן שנותן מתחם שיקול דעת פרשני רחב לשופט, מבלי להידרש מפורשות לסוגיה של שיקולים זרים של הרשות המינהלית. ביקורת שיפוטית מלאה על החוזה הרגולטורי תתרום אפוא ללגיטימציה הנורמטיבית והציבורית שלהם, בפרט נוכח היעדר שקיפות והיעדר הסמכה מפורשת בחקיקה לעריכתם,³¹ המאפיינים חוזים רגולטוריים רבים.³²

שנית, גישת "הפירוש הראוי" תחזק את הסתמכותם של גורמים עסקיים מפוקחים על מכשיר החוזה הרגולטורי ואת אמונם בו. חוזים רגולטוריים רבים נכרתים על ידי תאגידיים 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 שהרגולטור יהפוך הלכה למעשה לפרשן כמעט-בלעדי של החוזה הרגולטורי. במסגרת זו ניתן לרגולטור 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 "הפירוש הראוי" מגבירה את הביטחון המשפטי של הגורם הפרטי בחוזה הרגולטורי, שידע שבמקרים של מחלוקת פרשנית בינו לבין לקוח או צד ג' אחר, תחבקש אומנם דעתו של הרגולטור, אך בסופו של דבר יכריע בית המשפט. אומנם היעדר ודאות משפטית קיים למפוקח גם במסגרת ההכרעה השיפוטית, ולעיתים הכרעה שיפוטית עצמאית אינה משרתת את המפוקח, כגון משום שהרגולטור שותף לתפיסתו הפרשנית, אך לפחות המפוקח אינו נתון באופן מוחלט ומראש לחסדיו של הרגולטור ולפיכך יגברו תמריציו להיקשר בחוזים רגולטוריים. גישה זו תאפשר לשיטת הרגולציה

30 זאת, משום שהעילה של שיקולים זרים במשפט המינהלי מבקשת לבחון את צפונות ליבה של הרשות המינהלית ולפיכך כרוכה בקשיים ראייתיים בלתי-מבוססים. ראו למשל זמיר **הסמכות המינהלית א', לעיל ה"ש 7**, בעמ' 137–138, 159; דפנה ברק-ארוז **משפט מינהלי** כרך 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 סמכות או פרוצדורה, מאשר באלה הנטועות בהצבעה על חוסר תום לב מינהלי או כוונת זדון מינהלית.

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

32 חוזים רגולטוריים בשוקים פיננסיים להיות חוקיים אך בעלי לגיטימציה ציבורית רופפת. דוגמה טובה לכך היא מתווה הגז, אשר גם לאחר פסיקת בג"ץ בבג"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 **רגולציה חדשה**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 77.

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. זוהי פרקטיקה נפוצה מאוד בישראל ובעולם, והיא משמשת רגולטורים במגוון רחב של שווקים וענפים, דוגמת תקשורת, אנרגיה, תחבורה, בריאות, מסחר, טכנולוגיה ופיננסים. צורכי הרגולציה הובילו רגולטורים וגופים פרטיים להסכים ביניהם, למשל, על שיפור וולונטרי של סטנדרט הפעילות, על הנהגת משטר רגולציה עצמית, על הסדרי אכיפה, על יצירה, ביטול ועדכון 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 והמינהלי, ועל התועלת הטמונה בפיתוח יחסי אמון, שיתוף פעולה ודיאלוג בין מפקחים למפוקחים.

שיטה זו משתייכת למשפחה של שיטות רגולציה רכות, החותרות לרתום את המפוקחים עצמם למלאכת הרגולציה על מנת להשיא את האינטרס הציבורי. רגולציה הסכמית מאפשרת יצירה של פתרונות מתוחכמים, ייחודיים, גמישים ומותאמים למפוקח פרטני. היא מהירה, זולה, ממוקדת ומאפשרת לרגולטור לקבל תמורות מן הגורם הפרטי, המתעלות על רף הציות המתחייב בחוק. כבג"ץ **מתווה הגז** קבע השופט סולברג כי הרגולטור זקוק לארגז 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 לביטחונה 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 רגולטורים בשווקים מפותחים. כל אלה מדגישים את הצורך לבחור דוקטרינה פרשנית שתאפשר את המשך השימוש בחוזים רגולטוריים ככלי רגולטורי 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 הרגולטור לנורמה רגולטורית כיוון שנוסחה על ידי הרגולטור,³⁵ טעם זה אינו תופס לגבי החוזה הרגולטורי. בחוזה רגולטורי, להבדיל מנורמות אחרות, הרשות המינהלית בדרך כלל אינה הנסח היחיד של הטקסט המשפטי, והגורם הפרטי המפוקח (ולפעמים כמה מפוקחים) שותף

33 לסקירת ספרות בנושא ראו שם, בעמ' 56–68.

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

35 ראו עניין **זליגמן**, לעיל ה"ש 1, פס' 35 לפסק דינה של השופטת וילנר.

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 המינהלית והגורם הפרטי המפוקח הופכים מעין שותפים למתווה הרגולטורי שגיבשו וניסחו, לכן אין סיבה להעדיף באופן מובהק דווקא את הפרשנות של הרשות המינהלית.³⁷

ודוק: נימוק זה של שותפות פרטית-ציבורית לגיבוש החוזה הרגולטורי עשוי להתאים גם לפרשנות הוראות מינהל אחרות או הנחיות מינהליות שנקבעו או תוקנו תוך הסכמה ודיאלוג בין הרגולטור למפוקח. הלכת זליגמן, למשל, נקבעה על רקע חוזרי המפקח על הביטוח, על בסיס ההבנה כי מדובר בנורמה שעל ניסוחה היה אמון הרגולטור בלבד. ואולם אך לאחרונה נדון 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 וחד-צדדית, לבין מהותה האמיתית.³⁹ על כן, על בתי המשפט לאפשר לבעלי דין לטעון כי הנורמה הרגולטורית המצויה במקד 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, שלו שותפים כמה רגולטורים, 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 מינהלית אחודה אחת, אלא בקבלת כמה עמדות

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: עז"ם 7002/19 ציינה מוטורס בע"מ נ' משרד התחבורה והבטיחות בדרכים (פורסם בנבו, 19.7.2020) (רישיון איננו "עסקה" לצורך תחולת חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992).

37 בניגוד להנחה המקובלת לגבי יחסי הרשות המינהלית והגורם הפרטי, בחוזים רגולטוריים מסוימים דווקא למפוקח יש מנוף לחץ על הרשות המינהלית, והוא הגורם המניע והמוביל של ההסכמה הרגולטורית עם הרגולטור. ראו למשל ידין רגולציה חדשה, 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).

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

של רגולטורים בעלי עמדות פרשניות שונות ונקודות מבט שונות.⁴⁰ תוצאה דומה מתקבלת במצבים שבהם סדרה של חוזים רגולטוריים דומים נדונה 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, רגולטורים 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 הרגולטורית.

לאור ארבע הסיבות שהצגתי אני סבורה כי אין טעם מיוחד להעניק, כברירת מחדל, משקל מכריע דווקא לפרשנותו של הרגולטור 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**, שבהם 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, שלפיה הפרשנות המינהלית היא העדיפה מבין אפשרויות סבירות שונות.⁴²

לסיכום, הלכת **זליגמן** מבקשת לשנות באופן יסודי את דיני הפרשנות בהקשר הרגולטורי – הקשר הולך ומתפתח במשפט המינהלי בישראל.⁴³ הלכה זו עוסקת באופן עיקרי ב"מעמדה של עמדת המאסדר בפרשנות הנחיותיו",⁴⁴ תוך אפיון כהסדר נורמטיבי שנקבע ומנוסח על ידי הרשות המינהלית.⁴⁵ אף כי הלכת **זליגמן** נקבעה על רקע מחלוקת פרשנית שהתעוררה ביחס להוראות חוזרי המפקח על הביטוח, היא

40 כאשר צדדים לחוזה הרגולטורי כוללים כמה רגולטורים שונים, על בית המשפט להביא בחשבון כי עמדותיהם הפרשניות השונות עשויות לנבוע ממאפיינים ומניסיון מובחנים המוקנים לכל אחד מהם וממנדט משפטי ומקצועי מובחן. למשל, רשות התחרות עשויה לתמוך בפרשנות שמקדמת באופן מיוחד אינטרסים תחרותיים, בעוד המשרד להגנת הסביבה יבחר 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 שאותם נועד החוזה לקדם, תוך מודעות להטיות הפרשניות של הרגולטורים השונים.

41 ראו למשל ת"צ (מחוזי ת"א) 42754-05-11 **כהן נ' סלקום ישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 9.12.2019), שם נדונו 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 המינהלית של החוזה הרגולטורי, אך שונה הדבר בתכלית ממתן עדיפות א-פרוירית לעמדת הרגולטור.

43 ראו באופן כללי דין **רגולציה חדשה**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 243.

44 ראו עניין **זליגמן**, לעיל ה"ש 1, פס' 36 לפסק דינה של השופטת וילנר.

45 ראו שם, פס' 35 לפסק דינה של השופטת וילנר.

יושמה בבית המשפט העליון בהקשרים שונים, ובכלל זאת בהקשרים של נורמות רגולטוריות מבוססות-הסכמה, דוגמת רישיונות של חברות תקשורת. אף באשר לחוזרי המפקח על הביטוח מתעורר ספק באשר למידת הבלעדיות של הרגולטור 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 הרגולטור והצורך להזמינה בסכסוכים אזרחיים שהרגולטור 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 המינהלית בשיתוף עם גורם פרטי. המסקנה העולה מן הרשימה היא כפולה: ראשית, על בית המשפט לבקש את עמדת הרגולטור בכל מקרה שבו מתעוררת סוגיה פרשנית של חוזה רגולטורי, ושנית, אין לקבל א-פרוורית את פרשנותה של הרשות המינהלית, אף אם היא סבירה, אלא יש לבחון אותה בביקורת שיפוטית עצמאית. המסקנה הראשונה מעניקה כבוד רב למעמדו, למומחיותו ולניסיונו של הרגולטור, ואילו המסקנה השנייה מבקשת לאזן ולרסן את מעשיו ההסכמיים באמצעות ביקורת שיפוטית. בשילובן של שתי 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 הרגולציה המגוונות והמתוחכמות שהיא מביאה עימה.