

מתי יש ליתן מעמד בכורה לעמדת הרגולטור? תובנות מהספרות על "שבי רגולטורי"

מאת

רועי שפירא*

תקציר

מהו המשקל שיש ליתן לעמדת הרגולטור ביחס לפרשנות הנחיותיו? הלכת זליגמן (העומדת בימים אלה לדיון נוסף) גורסת כי בנסיבות שבהן הרגולטור הוא שניסח את ההנחיות מושא המחלוקת והיה אמון על אכיפתן, יש לתת לעמדתו בנוגע לפרשנות מעמד בכורה. מאמר קצר זה מציג גישה הקשרית יותר: בהתבסס על הספרות הבוחנת כשלים רגולטוריים, נוכל לזהות נסיבות פרטניות שבהן פועלים על הרגולטור תמריצים העלולים למנוע ממנו להגיע לפרשנות הנכונה שתקדם את האינטרס הציבורי. ביישום לנסיבות הלכת זליגמן – שבה נדרשת עמדת הרגולטור במסגרת תובענה ייצוגית נגד חברות ביטוח – קיימות לפחות חמש סיבות להרהר אחר עמדת הרגולטור. כך לדוגמה, פרשנותו של הרגולטור עלולה להיות מושפעת לרעה משיקולי שימור המוניטין שלו (שלא לאמץ עמדה שתגרום לו להיראות כמי שכשל בתפקידו למנוע גביית יתר של חברות הביטוח מהמבוטחים בזמן אמת), או משיקולי תערוף יתר של יציבות הגופים המפוקחים (שלא לאמץ עמדה שתגרום לגופים המפוקחים נטל כספי שעלול לגרום לקריסתם). נוסף על כך, מתן מעמד בכורה לעמדת הרגולטור בנסיבות אלה עלול לפגוע באפקטיביות של מנגנון התביעה הייצוגית ככלי מאזן ומשלים לאכיפה רגולטורית. בנסיבות אלה, אפשר עדיין לתת לעמדת הרגולטור משקל, אך אין לתת לה מעמד בכורה.

* מרצה בכיר, בית ספר הארי רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. אני מודה לדוידה לחמן-מסר, לאדם שנער, לאורן תמיר ולחברי מערכת עיוני משפט אלאא חאג' יחיא, נועה אדיבי, יצחק בומבך ותמיר גור על הערות מועילות, וליובל ברקן והדס ששון על סיועם המועיל במחקר.

מבוא

מהו המשקל שיש ליתן לעמדת הרגולטור ביחס לפרשנות הנחיותיו? שאלת המשקל הראוי עמדה במרכז עניין **זליגמן**,¹ ועומדת בעת כתיבת שורות אלה לדיון נוסף בפני הרכב מורחב.² הלכת **זליגמן** ופסיקה מאוחרת שניסתה להבהיר גורסות כי בנסיבות שבהן הרגולטור הוא שניסח את הנחיות מושא המחלוקת והיה אמון על אכיפתן, יש לתת לעמדתו בנוגע לפרשנות מעמד בכורה.³ כדי לבחון את רצייתו של הלכת **זליגמן**, מאמר קצר זה ניגש לשאלת המשקל הראוי מפרספקטיבה אחרת, של ניתוח מערך התמריצים הפועל על הרגולטור: באילו נסיבות פועלים על הרגולטור תמריצים שעלולים למנוע ממנו להגיע לפרשנות "הנכונה" בדיעבד? וכיצד הלכת **זליגמן**, ומעמד הבכורה שהיא נותנת לפרשנות הרגולטור בדיעבד, תשפיע על תמריצי לנסח הנחיות מלכתחילה?

לטובת הבנת מערך התמריצים הפועל על הרגולטור אייבא תובנות מספרות מקיפה ומעמיקה בתחום מדעי המדינה והחברה, המזהה נסיבות שבהן ההסתברות לכשלים רגולטוריים גבוהה יותר, ולפיכך גם הצורך בבקרה שיפוטית גבוה יותר. יישום תובנות אלה לענייננו מציף אל פני השטח חמש סיבות לכך שאפילו בנסיבות שהצמיחו את עניין **זליגמן** יש מקום להרהר אחר עמדת הרגולטור.

עניין **זליגמן** נסוב סביב טענות לגביית יתר של חברות הביטוח מהמבוטחים (גביית ריבית בגין פריסה לתשלומים חודשיים). המחלוקת נגעה בשאלה האם אכן מדובר בגביית יתר בניגוד להנחיות הרגולטור, או שמא בגבייה המותרת לאור ההנחיות – במילים אחרות, שאלת פרשנות הנחיות. בנסיבות כאלה, עולים חמשת החששות הבאים: ראשית, פרשנות הרגולטור עלולה להיות מוטה ככל שהויות המרוויחים והמפסידים מההכרעה הרגולטורית נופלות לקטגוריה "הקלאסית" של "תועלות מרוכזות- עלויות מבוזרות", קרי, מצב שבו המרוויחים הם קבוצת לחץ מרוכזת (חמש חברות ביטוח) והעלויות מפוזרות על פני ציבור רחב לא-מיודע ולא-מאורגן (חמישה מיליון מבוטחים); שנית, פרשנות הרגולטור עלולה להיות מוטה משיקולי שמירה על מוניטין. רגולטור המעוניין למזער תשומת לב ציבורית לטעויות שלו לא ימהר לאמץ פרשנות שלפיה התעשייה גבתה ביתר במשך שנים מהמבוטחים, שהרי הרגולטור הוא שאמור היה למנוע גביית יתר כזו בזמן אמת. שלישית, פרשנות הרגולטור עלולה להיות

1 רע"א 9778/16 **זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ** (פורסם בנבו, 31.5.2018) (לעיל ולהלן: עניין **זליגמן**).

2 דנ"א 4960/18 **זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ**.

3 עניין **זליגמן**, לעיל ה"ש 1, פס' 40 (המבהיר כי ברירת המחדל בנסיבות כאלה היא לאמץ את עמדת הרגולטור); בג"ץ 2875/18 **התאחדות תאגידי כוח אדם זר בענף הבניין נ' ממשלת ישראל** (פורסם בנבו, 18.6.2019); רע"א 1850/19 **לרנר נ' די בי אס שירותי לווין (1998) בע"מ** (פורסם בנבו, 7.1.2020). לניתוח המדגיש כיצד הטעמים שבבסיס הלכת **זליגמן** אינם חלים באותה מידה כשהרגולטור מפרש דבר חקיקה, ראו רונן אברהם "זליגמן בארבעה ממדים – מתי יש ליתן מתחם של כבוד לרשות המינהלית?" **פורום עיוני משפט** מד 18 (2020) (להלן: אברהם "זליגמן בארבעה ממדים").

מוטה משיקולי שמירה על יציבות. רגולטורים פיננסיים נוטים לשים דגש יתר על יציבות החברות המפוקחות, גם על חשבון ההיבט של הגנת הצרכן הפיננסי. רגולטור המעוניין לשמור על יציבות החברות לא ימהר לאמץ פרשנות שתיאלץ את החברות המפוקחות להחזיר סכומים גדולים רטרואקטיבית. רביעית, מתן מעמד בכורה לעמדת הרגולטור בדיעבד עשוי גם להשפיע לרעה על התמריצים של הרגולטור בניסוח הנחיותיו מלכתחילה. הוא יעדיף לנסח את ההנחיות בלשון עמומה, ובכך יחסוך לעצמו את עלויות הניסוח החד-משמעי – הן העלויות הישירות של המאמץ בניסוח, והן העלויות העקיפות של הצורך להתמודד עם ביקורת מצד מי שרואה עצמו כמפסיד מההנחיות. לבסוף, ההקשר הדיוני שבו ניתנה הלכת זליגמן – השלב המקדמי של בקשה לאישור תביעה כייצוגית – הוא כזה שבו הלכה הנתנת מעמד בכורה לעמדת הרגולטור בעייתית במיוחד, משום שהיא עשויה בפועל לחסום שימוש בערוץ חשוב לחשיפת ובידור כשלים רגולטוריים.

לפני שאבחן כל אחת מהטענות האלה לעומק, אעיר הערה מקדימה על יבוא תובנות מדיסציפלינות אחרות על התנהגות רגולטורים, ובפרט על מצבים שבהם קיים חשש לכשל או ל"שבי רגולטורי" (קרי, מצבים שבהם רגולציה סוטה באופן שיטתי ממטרתה המוצהרת לקדם אינטרס ציבורי רחב, ומקדמת במקומו אינטרסים צרים). היסטורית, המשפט הישראלי נמנע משאיבת תובנות מספרות זו, אם מחוסר היכרות עימה, ואם מחוסר רצון להתכתב עם מה שנתפס כגרסה קלישאתית שלפיה הרגולטורים מחפשים למקסם אך ורק את האינטרס האישי הצר שלהם.⁴ אלא שזו אינה הקריאה הנכונה של הספרות הרב-תחומית על התמריצים הפועלים על רגולטורים. כיום הספרות מחומשת בדי מחקרים, אמפיריים ולא רק תיאורטיים, כדי שנבין שאיננו יכולים לצאת מנקודת מוצא שלפיה הרגולטור תמיד ייצג את האינטרס הציבורי בצורה אפקטיבית, ועלינו להתייחס ברצינות למערך התמריצים הפועל עליו.⁵ הקריאה הנכונה של הספרות היא זו המתרחקת מטענות כוללניות על איך רגולציה ככלל נוטה להישובות בידי התעשייה המפוקחת, ומתמקדת במקומם זאת בזיהוי הנסיבות הפרטניות שבהן רגולציה תימצא בנקודת פתיחה בעייתית. בפרט, עלינו לזהות נסיבות שבהן לקבוצות אינטרס צרות יש יותר מנופי לחץ על הרגולטור: פערי מידע ומומחיות, הצעות עבודה עתידיות, הזדהות חברתית/אידיאולוגית, שליטה בנרטיב ובדעת הקהל, וכיוצא באלה. במילים אחרות, אני תופס את הטענות שאייבא כאן כיחסיות ולא אבסולוטיות. העובדה שזיהינו נסיבות מסוימות כמקימות חשש לכשל רגולטורי אינו אומר שהרגולטור לעולם לא יצליח לקבל הכרעה נכונה בנסיבות אלה; אלא רק שיש וקטורים שעשויים להטות את שיקול דעתו, ולכן לא בטוח שנכון לבית המשפט לקבל את עמדתו ללא דיון עצמאי. אכן, חלק

4 ראו עמיחי כהן "הבחירה הציבורית – עקרונות ומחקר בישראל" קריית המשפט ז 115, 148-144 (2008) (להלן: כהן "הבחירה הציבורית"). להתייחסות נוספת לשבי רגולטורי בכתובה בארץ ראו לדוגמה שרון ידן רגולציה: המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים 160-155 (2016).

5 ראו DANIEL A. FARBER & PHILIP P. FRICKEY, LAW AND PUBLIC CHOICE: A CRITICAL INTRODUCTION 3-4 (1991); Ernesto Dal Bó, *Regulatory Capture: A Review*, 22 OXFORD REV. ECON. POL'Y 203 (2006).

מהתובנות בספרות קשות ליישום במקרים פרטניים על ידי בית המשפט – ובהמשך אקדיש פרק נפרד להתמודדות עם מגבלות היישום. אך הבנת ההקשר ואופי ההחלטה הרגולטורית יכולה לסייע בעיצוב הביקורת השיפוטית בצורה מושכלת יותר. מהלך המאמר יהיה כדלקמן: חמשת הפרקים הבאים מפרטים כל אחד מחמשת החששות למתן מעמד בכורה לעמדת הרגולטור בנסיבות הלכת זליגמן. בפרק השישי אתמודד עם מגבלות הטיעון, ואנסה לזהות את החששות הרלוונטיים והישימים יותר מבין החמישה. הערת הסיכום מפנה אותנו לדיון דומה המתנהל בארצות הברית.

א. חשש ראשון: זהות המרוויחים והמפסידים כמנבאת סיכון לכשל רגולטורי

דרך אחת לנבא באילו סוגיות הסיכון לשבי רגולטורי גבוה היא לבחון את חלוקת העלויות והתועלות – מי מרוויח ומי מפסיד מסוגיה רגולטורית נתונה.⁶ אפשר לחלק את הקבוצות המרוויחות/מפסידות לשני סוגים: קבוצה מרוכזת וחזקה (שבה יש בדרך כלל מספר קטן של שחקנים – חשבו על התעשייה המפוקחת) וקבוצה מבוזרת וחלשה (בדרך כלל גדולה – חשבו על הצרכנים). רגולציה יכולה להיטיב עם קבוצה מרוכזת אחת על חשבון קבוצה מרוכזת אחרת, או להיטיב עם קבוצה מבוזרת על חשבון קבוצה מרוכזת ולהיפך. החלוקה באה לידי ביטוי בטבלת 2*2, הממיינת סוגיות רגולטוריות לארבעה רבעים.⁷

6 ראו James Q. Wilson, *The Politics of Regulation*, in THE POLITICAL ECONOMY: READINGS IN THE POLITICS AND ECONOMICS OF AMERICAN PUBLIC POLICY 82 (Thomas Ferguson & Joel Rogers eds., 1984).

7 שם. לפירוט בעברית ראו גם כהן "הבחירה הציבורית", לעיל ה"ש 4.

המרוויחים

קבוצה קטנה/מרוכזת	קבוצה גדולה/מבוזרת	קבוצה גדולה/מבוזרת	המפסידים
CB-DC דוגמה: הטבות מס לחברות פרטניות	DB-DC דוגמה: תשלומי רווחה לנזקקים		
CB-CC דוגמה: רגולציה של תובלה יבשתית	DB-CC דוגמה: הפחתת זיהום תעשייתי	קבוצה קטנה/מרוכזת	

סוג אחד של רגולציה מיטיב עם קבוצות מרוכזות, על חשבון קבוצות מבוזרות (CB-DC – concentrated benefits, diffused costs). זהו הרביע השמאלי העליון במטריצה לעיל. דוגמה לרגולציה ברביע זה היא הקלות מס לחברות/תעשיות מסוימות: חברה עסקית אחת נהנית ומשלמי המיסים הרבים מקבלים את החשבון. סוג שני של רגולציה מיטיב עם קבוצה גדולה אחת על חשבון קבוצה גדולה אחרת. זהו הרביע הימני העליון (DB-DC). דוגמאות רלוונטיות הן איסור על עישון במקומות ציבוריים או העברת כספי רווחה לנזקקים: רגולציות המטילות עלויות (מיסים המממנים תשלומי רווחה; מגיעת ההנאה מעישון) על ציבור רחב, לטובת ציבור רחב אחר (הנזקקים המקבלים תמיכה כספית; האזרחים שנחסכים מהם נזקי העישון הכפוי מיד שנייה). קובעי המדיניות יכולים להיתפס בסוג כזה של סוגיות כ"מיטיבים עם העם" מבלי שהם נדרשים להילחם בקבוצת אינטרס מרוכזת. סוג שלישי הוא רגולציות המיטיבות עם קבוצה מרוכזת אחת על חשבון קבוצה מרוכזת אחרת. זהו הרביע השמאלי התחתון (CB-CC). דוגמה בולטת מהפוליטיקה האמריקנית היא הרגולציה של תובלה יבשתית, המיטיבה עם משאיות על חשבון רכבות או להיפך. לבסוף, יש רגולציות המיטיבות עם הציבור הרחב על חשבון קבוצה מרוכזת. זהו הרביע הימני התחתון (DB-CC). דוגמה רלוונטית "כחול-לבן" היא רפורמת הסלולר, אשר פגעה באופן ניכר בתזרימי המזומנים של שלוש חברות הסלולר הקיימות, ובה בעת הפחיתה משמעותית את העלויות החדרשיות של מיליוני המשתמשים בטלפון סלולרי.⁸

מיון הסוגיות הרגולטוריות האמור אינו עוזר לנו להגיע להחלטה הנכונה בסוגיה ספציפית; תפקידו מוגבל יותר: לעזור לזהות את הלחצים השונים הפועלים על הרגולטור בהתאם לסיטואציה. לדוגמה ובהכללה, במשבצות "הסימטריות" – שבהן

8 לניתוח רפורמת הסלולר ראו ארו כהן "התערבות או מעורבות: תהליכי רגולציה בענף התקשורת הסלולרית בישראל" **מסגרות מדיה** 11, 79 (2013).

לוקחים מקבוצה מרוכזת אחת ונותנים לקבוצה מרוכזת אחרת, או לוקחים מקבוצה מבוזרת אחת ונותנים לאחרת – החשש להשפעה בעייתית על הרגולטור נמוך יחסית. כשמשיני צידי השולחן יושבות קבוצות לחץ חזקות, קשה להניח שלאורך זמן הרגולציה תטה יותר מדי לכיוון זה או אחר – הלחצים מאזנים אחד את השני. לעומת זאת, המשבצת של תועלות מרוכזות-עלויות מבוזרות (CB-DC) היא "היציבה" והבעייתית ביותר.⁹ רגולציות שלא היו אמורות לחלק כך את התועלות והעלויות נוטות לנדוד לעבר חלוקה כזו בפועל במהלך הזמן; ורגולציות שהגיעו לחלוקת עלויות כזו נוטות להישאר בה, חסינות באופן יחסי מפני מאמצים לביצוע רפורמות.¹⁰ הסיבה, על קצה המזלג, היא שהמעטים המפיקים תועלת רבה מהמזבז הקיים מפקחים מקרוב ומתנגדים באופן נחרץ לכל שינוי בסטטוס קוו; בעוד העלויות מתפזרות על הרבים ולכן כל אחד מהמפסידים אפתי (בעיית האדישות הרציונלית)¹¹ ומשאיר את ההשקעה הסיזיפית בניסיון לשנות לאחרים (בעיית הפעולה המשותפת).¹² בהכרעות מהסוג הזה, ההשפעה על הרגולטור במגוון ערוצים – הצעות עבודה עתידיות, תלות במידע ומומחיות, שליטה בנרטיב ובדעת הקהל, וכך הלאה – היא חד-צדדית.

ביישום לענייננו – פרשנות הנחיות הרגולטור – עצם זיהוי המרוויחים והמפסידים מכל אפשרות פרשנית אינו מכריע מהי הפרשנות הנכונה. בהחלט ייתכן שהפרשנות הנכונה במקרה נתון תהא זו המבכרת, לדוגמה, את עמדת התעשייה על פני הצרכנים. אך זיהוי המרוויחים והמפסידים מספק לנו רמזים לגבי מערך התמריצים הפועל על הרגולטור, ועקב כך הכרה בנסיבות שבהן יש להיזהר ממתן מעמד בכורה אוטומטי לעמדתו. מתן מעמד בכורה לעמדת הרגולטור בעייתית בנסיבות עניין **זליגמן**, שם הנהנים מפרשנות הרגולטור הם קבוצה קטנה וחזקה, והמפסידים מהפרשנות הם ציבור מבוזר. במקרה **זליגמן** אומצה פרשנות שמיטיבה עם קבוצה מרוכזת של המבטחים, ומטילה את העלויות על הציבור הרחב של המבוטחים: בפשטנות, כל אחד מהמרוויחים מרוויח מיליוני שקלים, ואילו כל אחד מהמפסידים מפסיד שקלים בודדים. ראינו כי בדרך כלל הרגולציה תטה לזלוג אל מצבים כאלה – CB-DC, ועל בית המשפט להיות מוכן לחשוף ולאזן את הזליגה.¹³ אעיר בנוסף, כי הסוגיה

9 ראו Jessica Leight, *Public Choice: A Critical Reassessment*, in GOVERNMENT AND MARKETS: TOWARD A NEW THEORY OF REGULATION 213, 232 (Balleisen & Moss eds., 2010) (המרכוזת הפניית רלוונטיות).

10 לתימוכין אמפיריים ראו לדוגמה Martin Gilens & Benjamin I. Page, *Testing Theories of American Politics: Elites, Interest Groups, and Average Citizens*, 12 PERSPT. ON POL. 564, 573-76 (2014); KAY L. SCHLOZMAN & JHON T., TIERNEY, ORGANIZED INTERESTS AND AMERICAN DEMOCRACY 317 (1986).

11 ANTHONY DOWNS, AN ECONOMIC THEORY OF DEMOCRACY, at Ch. 13 (1957).

12 ראו MANCUR OLSON, THE LOGIC OF COLLECTIVE ACTION (1965).

13 ראו בהרחבה William N. Eskridge, Jr., *Politics without Romance: Implications of Public Choice Theory for Statutory Interpretation*, 74 VA. L. REV. 275 (1988); עמיתי כהן "הבחירה הציבורית ופרשנות תכליתית" **משפט וממשל** יא 317 (2008). ראו גם ברק

הספציפית של פיקוח על חברות הביטוח נחשבת לדוגמה קלאסית גם במסגרת סיווג אחר של הספרות על שבי רגולטורי – זה המחלק את הסוגיות בהתאם לכולטות הציבורית ולסיבוכיות שלהן.¹⁴ פיקוח על חברת ביטוח נחשב לסוגיה בעלת סיבוכיות גבוהה וכולטות נמוכה, קרי, סוגיה שבה החשש לגבי כשל רגולטורי גדול במיוחד. ושוב, אדגיש: בהחלט ייתכן שעמדת הרגולטור בעניין **זליגמן** היא הפרשנות "הנכונה" בנסיבות המקרה, אך מעצם טבעה יש לבחון אותה בחשדנות מיוחדת ולא לאמצה כברירת מחדל.

להמחשה, השוו בין פרשת **זליגמן** לפרשה הטרייה של **ענף הבניין**.¹⁵ שם, הרקע העובדתי הוא עתירה של התאחדות הקבלנים הישראלית נגד תקנה המעניקה פטור מסוים לקבלנים זרים. לפי עמדתו של הרגולטור הרלוונטי (שר הפנים) הפרשנות הנכונה היא זו המצדדת בתחולת הפטור על הקבלנים הזרים. כמו בעניין **זליגמן**, שם נתנה השופטת וילנר משקל רב לעמדה זו של הרגולטור. אלא שבראי הספרות על שבי רגולטורי, יש הבדל: מתן משקל נכבד לעמדת הרגולטור הגיונית יותר בנסיבות פרשת **ענף הבניין** מאשר בנסיבות פרשת **זליגמן**. בפרשת **ענף הבניין**, עמדת הרגולטור היא נגד קבוצת הלחץ החזקה – נגד התעשייה המפוקחת – ובמטרה להעניק "הגנת ינוקא" למתחרים שתקדם תחרות ותיטיב עם הצרכן (תזויל את מחירי הדירות).¹⁶ בפרשת **זליגמן**, לעומת זאת, עמדת הרגולטור היא בעד קבוצת הלחץ החזקה – התעשייה המפוקחת – ונגד הצרכן. אחזור ואדגיש: אין בכך כדי להגיד שעמדת הרגולטור בעניין **ענף הבניין** בהכרח "נכונה" או שעמדת הרגולטור בעניין **זליגמן** בהכרח "שגויה". הטיעון כאן צנוע יותר, ונוגע למשקל היחסי שיש לתת לעמדת הרגולטור במסגרת איתור הפרשנות הנכונה: לעמדה המעדיפה קבוצה מרוכזת וחזקה על חשבון קבוצה מבוזרת וחלשה יש לתת משקל נמוך יותר, כאשר "כל התנאים שווים" (Ceteris paribus).

למעשה, בית המשפט העליון כבר קבע דברים ברוח זו ובהקשר זה ממש לפני כמעט שני עשורים, בעניין **איגוד שמאי הביטוח**.¹⁷ שם, השופט זמיר, בהתייחסות

-
- מדינה ועשור ויצמן "המהפכה החוקתית או מהפכת זכויות האדם? על העיגון החוקתי של הנורמות המוסדיות" **עיוני משפט** מ 595, 612 (2017).
- 14 למאמר הקלאסי ראו William T. Gormley, Jr., *Federal a in Networks Issue Regulatory*, 18 POLITY 595 (1986). למחקרים אמפיריים התומכים בעקרונות המארגנים של הסיווג לפי כולטות/סיבוכיות ראו לדוגמה Matthew Eshbaugh-Soha, *The Conditioning Effects of Policy Salience and Complexity on American Political Institutions*, 34 POLICY STUD. J. 223 (2006).
- 15 בג"ץ 2875/18 **התאחדות תאגידי כוח אדם זר בענף הבניין נ' ממשלת ישראל** (פורסם בנבו, 18.6.2019).
- 16 אעיר בנוסף כי ההנחיה שפורשה כנותנת פטור לקבלנים הזרים התקבלה אחרי הליך ארוך ומסודר עם צוות בין-משרדי. לעותרים – התאחדות הקבלנים הישראלית – היו היכולת וההזדמנות להשמיע את טיעוניהם בזמן אמת.
- 17 בג"ץ 7721/96 **איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח**, פ"ד נה(3) 625 (2001). ראו במיוחד את פס' 29 (להלן: עניין **איגוד שמאי הביטוח**).

נדירה במחוזותינו (וקולעת במיוחד) לדינמיקות בפועל, הסביר כי לא ניתן שלא להרהר אחר הכרעות המפקח על הביטוח, בהינתן האסימטריה במערך הווקטורים הפועלים עליו: כל הווקטורים – לא רק החומריים אלא גם התת-קרקעיים כגון הזדהות חברתית¹⁸ – מושכים אותו לכיוון החברות המבוטחות ולא לכיוון המבוטחים, ולכן נדרשת בדיקה שיפוטית כלשהי של החלטותיו.

ב. חשש שני: שיקולי מוניטין

בשני העשורים האחרונים התפתחה ספרות תיאורית ואמפירית ענפה הבוחנת כיצד הרצון לשמר מוניטין טוב משפיע על התנהלות רגולטורים.¹⁹ הספרות מאששת אמפירית את מה שהאינטואיציה ומחקרים איכותניים הראו עוד לפני כן: לרגולטורים, ככלל, חשוב לא רק לבצע עבודה טובה, אלא גם שאחרים יחשבו שהם עושים עבודה טובה.²⁰ במילים אחרות, לרגולטורים ככלל חשוב לשמור על מוניטין טוב. אינטואיטיבית, היינו יכולים לחשוב שהרצון לשמר מוניטין טוב יתמרץ את הרגולטור לנסח הנחיות ולפרש אותן בצורה שתקדם את האינטרס הציבורי. אלא ששיקולי מוניטין משפיעים על הרגולטור בדרכים מגוונות והרבה פחות אינטואיטיביות. אין בהכרח זהות בין מה שהרגולטור עושה בפועל לבין האופן שבו הוא נתפס בעיני הציבור. לעיתים, רגולטורית שעושה עבודה טובה נתפסת בציבור באופן שלילי,

18 לכתיבה מאוחרת המסבירה מדוע הדינמיקות שמתאר השופט זמיר בהקשר של הפיקוח על הביטוח מביאות גם להזדהות יתר של המפקח עם עמדות המפוקחים (כחלק מתהליכי חיברות) ראו לדוגמה James Kwak, *Incentives and Ideology*, 127 HARV. L. REV. FORUM (2014) 253.

19 לסקירה מקיפה ראו Moshe Maor, *Theorizing Bureaucratic Reputation*, in ORGANIZATIONAL REPUTATION IN THE PUBLIC SECTOR (Waeraas & Maor eds., 2014). למחקרים פרטניים ראו לדוגמה Sharon Gilad et al., *Organizational Reputation, the Content of Public Allegations, and Regulatory Communication*, 25 J. PUB. ADM. RES. THEORY 451 (2015); Moshe Maor et al., *Organizational Reputation, Regulatory Talk, and Strategic Silence*, 23 J. PUB. ADM. RES. THEORY 581 (2013). ייתכנו שתי תפיסות שונות לשיקולי מוניטין של רגולטורים. האחת מסתכלת על מוניטין בשוק העבודה – שיקולי קריירה. הרגולטורית תקבל החלטות תוך מחשבה מה יכול למקסם את יכולתה להשיג עבודה עתידית. זו התפיסה הרווחת במסגרת הדיון על תופעת "הדלתות המסתובבות". תפיסה אחרת, רחבה יותר, מסתכלת על מוניטין כ"הערכה" (esteem): גם אם הרגולטורית אינה מעוניינת להשיג הצעת עבודה עתידית, היא תרצה שאחרים יראו את התפקוד שלה באורח חיובי.

20 לתימוכין אמפיריים בטענה האינטואיטיבית שלפיה לרגולטורים חשוב שאחרים יעריכו את עבודתם ראו לדוגמה Clare Leaver, *Bureaucratic Minimal Squawk Behavior: Theory and Evidence from Regulatory Agencies*, 99 AM. ECON. REV. 572, 572 (2009); Sharon Gilad & Tamar Yogev, *How Reputation Regulates Regulators: Illustrations from the Regulation of Retail Finance*, in THE OXFORD HANDBOOK OF CORPORATE REPUTATION (Pollock & Barnett, eds., 2012).

ורגולטור שעושה עבודה גרועה נתפס בציבור באופן חיובי. מוניטין – הדרך שבה אחרים תופסים אותך – הוא פעמים רבות מעוות ונתון למניפולציות.²¹ משכך, איננו יכולים להניח כי רגולטורים הרגישים למוניטין שלהם יקדמו את האינטרס הציבורי. למעשה, בנסיבות מסוימות שיקולי מוניטין עלולים להחריף את בעיית השבי הרגולטורי – רגולטורית הרגישה למוניטין שלה תטה לקדם אינטרסים צרים על חשבון האינטרס הציבורי.

הנקודה החשובה היא שרגולטורית המעוניינת לשמור על מוניטין טוב תנסה למזער תשומת לב ציבורית לטעויות שלה. מחקרים אמפיריים הראו כי רגולטורים משנים את פעילותם כפונקציה של היקף ואופי הסיקור התקשורתי שלו הם זוכים. כך לדוגמה, הרגולטורים מגיבים יותר על ידיעות המופיעות בעמוד הראשון בעיתון (גם אם חשיבותן המעשית היא שולית), ופחות על ידיעות המתפרסמות בדפים האחוריים (גם אם חשיבותן המעשית גבוהה).²²

ביישום לענייננו, החשש הוא שהרגולטור יטה לאמץ את הפרשנות שתגרום לו להיראות בצורה הטובה ביותר, ולא דווקא את הפרשנות "הנכונה". בנסיבות עניין **זליגמן**, כשיש שתי אפשרויות פרשנות – לפי האחת התעשייה גבתה ביתר ולפי האחרת התעשייה התנהלה בסדר, הרגולטור עשוי לבכר את האחרונה, ולו משיקולי הגנה על המוניטין שלו, שכן הפרשנות ההפוכה, שלפיה חברות הביטוח אכן גבו ביתר במשך שנים, היא למעשה הודאה בכישלון של הרגולטור לעצור את גביית היתר בזמן אמת. מכך אנו למדים שהלכת **זליגמן** עלולה להיות בעייתית במצבים שבהם הרגולטור המפרש בדיעבד הוא גם זה האמון על ניטור ופיקוח בזמן אמת.²³ ישנם רגולטורים שאינם מושפעים משיקולים אלה. לדוגמה, כונס הנכסים הרשמי (הכנ"ר): כשאנשים מגיעים לפשיטת רגל בשל התנהלות בעייתית, איננו מאשימים בכך את הכנ"ר (מניעת פשיטת רגל וחינוך להתנהלות פיננסית ראויה אינם מתפקידיו). לפיכך, בהכללה, כשביית המשפט מבקש מהכנ"ר עמדה לגבי אופן הטיפול במקרה כזה או אחר אקס-פוסט (האם להתיר לנושים לחקור את פושט הרגל?), אין חשש שעמדתו של הכנ"ר תהא מוטה משיקולי הגנה על המוניטין שלו. לעומת זאת, אצל רגולטורים שאמונים על מניעת התנהלות בעייתית אקס-אנטה, המוניטין שלהם תלוי ביכולתם לשמור על

21 ראו Roy Shapira, *Reputation Through Litigation: How the Legal System Shapes Behavior by Producing Information*, 91 WASH. L. REV. 1193, 1200-1210 (2016); רועי שפירא "משפט ומוניטין: כיצד ההליך המשפטי מכתוב סנקציות מוניטיביות" **משפט ועסקים** כג, פרק א (2019).

22 ROY SHAPIRA, *LAW AND REPUTATION: HOW THE LEGAL SYSTEM SHAPES BEHAVIOR BY PRODUCING INFORMATION*, 155-89 (2020).

23 לניתוח דומה של שיקולי המוניטין הפועלים על רשות ניירות ערך בהקשר האמריקני ראו SHAPIRA, **שם**, בעמ' 113 וה"ש 32.

התנהגות התעשייה בזמן אמת, ולפיכך יש חשש שהם ייטו לבחור בפרשנות שלפיה התעשייה התנהגה בסדר גמור.²⁴

מתן משקל מופחת לעמדת הגורם שהמוניטין שלו תלוי בעמדה שאותה הוא יאמץ אינה קונסטרוקציה זרה למשפט הישראלי. אנחנו מוצאים אותה, לדוגמה, בדיני החברות. כשבעל מניות חושד שמנהלי החברה גרמו לה נזק, הוא יכול להגיש תביעה "נגזרת" בשם החברה. שאלה מרכזית העומדת בפני בית המשפט בשלב זה היא מה כובד המשקל שיש לתת לעמדת הדירקטוריון – המוסד הרשמי שאמור לקבל החלטות כאלה – בנוגע לשאלה האם אכן להגיש תביעה וכיצד לנהל אותה. ובהקשר זה, בית המשפט הבהיר לא אחת שאחד מהשיקולים לתת משקל מופחת לעמדת הדירקטוריון היא ההכרה בכך שביורר התביעה עלול להאיר את תפקודו של הדירקטוריון בזמן אמת באור שלילי (בבחנינת הבלטת העובדה שהדירקטורים לא מנעו מראש את ההתנהלות הבעייתית שגרמה נזק לחברה).²⁵

ג. חשש שלישי: משקל יתר לשיקולי יציבות

גורם נוסף לכשלים רגולטוריים הוא התמקדות יתר של הרגולטור בפונקציית מטרה לא נכונה. כדי שהרגולציה תהא אפקטיבית, על הרגולטור לתעדף נכונה בין פונקציות מטרה שונות. אלא שרגולטורים נוטים להתמקד בפונקציה אחת, ולא תמיד בוז הנכונה מנקודת מבט חברתית. ככלל, הרגולטור – כמו כל "סוכן – agent" – נוהג להתמקד במטרה הבולטת יותר והמסובכת פחות להבנה עבור הציבור הרחב ועבור הפוליטיקאים הממונים עליו: זו שניתן למדוד אותו על פיה ולדרוש דין וחשבון (אקאונטביליות) בקלות יחסית.²⁶

- 24 אפשר לטעון מנגד כי כאשר מקרים כגון גביית יתר של התעשייה מתפרסמים, רגולטורית המעוניינת לשמור על המוניטין שלה תטה דווקא לטעות לכיוון רגולציה אגרסיבית, מתוך רצון להיתפס כ"מגנה על האזרח". ברם, היקף וטון הסיקור של מקרים אלה אינם "אקסוגניים" כאן: עמדת הרגולטורית יכולה להשפיע על הפניית הזרקור לגביית היתר או להיפך. לו הרגולטורית תאמץ עמדה פרשנית שמשמעותה המשך הליך התביעה הייצוגית נגד התעשייה, יהיה בכך כדי להפנות זרקור לגביית היתר ("טעות העבר" של הרגולטורית). אם, לעומת זאת, הרגולטורית תאמץ עמדה פרשנית שמשמעותה סילוק מוקדם של ההליך, גביית היתר תדמה לעץ שנפל ביער כשאיש לא נמצא שם לשמוע את קול הנפילה (האם הוא באמת השמיע קול נפילה?). למחקר אמפירי על ההשפעה של התדריינות משפטית על סיקור תקשורתי ראו Roy Shapira, *Law as Source: How the Legal System Facilitates Investigative Journalism*, 37 YALE L. & POL'Y REV. 153 (2018).
- 25 ראו לדוגמה תנ"ג 35114-03-12 (מחוזי ת"א) **אשש נ' עטיה** (פורסם בנבו, 24.6.2015); תנ"ג 24701-02-19 (מחוזי ת"א) **צוק נ' אורט ישראל** (פורסם בנבו, 15.12.2019).
- 26 ראו בכלליות Bengt Holmstrom & Paul Milgrom, *Multitask Principal-Agent Analyses: Incentive Contracts, Asset Ownership, and Job Design*, 7 J.L. ECON. & ORG. 24 (1991).

ביישום לענייננו, בקרב רגולטורים פיננסיים יש נטייה לתערך ביתר את פונקציית המטרה של שמירה על יציבות הגופים המפוקחים, גם על חשבון פונקציית המטרה של שמירה על הצרכן הפיננסי מפני ניצול על ידי אותם גופים מפוקחים.²⁷ הסיבה לכך קשורה לשיקולי המוניטין ולפערי הכוחות בין המפוקחים לבין הצרכנים, שעליהם עמדתי בתתי-הפרקים הקודמים. קריסת בנק/מבטח גדול במשמרתו של מפקח על הבנקים/הביטוח היא כתם ענקי ובל-יימחה על המוניטין של אותו מפקח. לעומת זאת, ירידה מסוימת ביוקר המחיה שנבעה בגלל שימת דגש על ההיבט הצרכני לא בהכרח תזכה אותו בנקודות זכות (ולו משום שלא בטוח שיקבל על כך את הקרדיט – לא בטוח שהירידה תשווה לתפקודו כרגולטור). וכך, דווקא הרצון של הרגולטור לשמור על מוניטין טוב בציבור עלול להוביל בנסיבות מסוימות באופן פרדוקסלי לכך שיהיה לו חשוב יותר לשמור על התעשייה המפוקחת מפני הציבור, מאשר לשמור על הציבור מפני התעשייה המפוקחת. בנסיבות עניין **זליגמן**, המשמעות היא שהרגולטור יזהר מלבחור בחלופה הפרשנית שתחייב את התעשייה להחזיר כספים רבים רטרואקטיבית, גם אם זו הפרשנות "הנכונה".

דוגמה טרייה להמחשה מגיעה מפרשה הדומה במאפייניה לעניין **זליגמן**. גם בעניין **הופמן**²⁸ הרקע העובדתי הוא טענות לגביית יתר של הגופים המבטחים (שם דרך הסעיף של "הוצאות ניהול השקעות" – טענה לגביית דמי ניהול כפולים). גם שם עמדת הרגולטור צודדה בעמדת המבטחים. ההבדל הוא שבעניין **הופמן** מופיעה ההנמקה המפורשת מצד הרגולטור: יש להתחשב בכך שאם הפרשנות המבכרת את עמדת המבקשים תתקבל, אזי חברות הביטוח יאלצו לשלם סכומי עתק והדבר עלול לערער את יציבותן.²⁹

27 ראו עניין **איגוד שמאי הביטוח**, לעיל ה"ש 17; דו"ח הוועדה לשינוי כלכלי חברתי (להלן: ועדת טרכטנברג) (2011), עמ' 163 ואילך; **הפיקוח על שוק ההון** (אבי בן בסט עורך, 2007). בעולם אידיאלי, לא היה אמור להיות מתח בין שתי מטרות אלה. הרי שמירה על יציבות הגופים המבטחים היא גם אינטרס צרכני מובהק: לא היינו רוצים שחברת הביטוח שמנהלת את חסכונונינו תקרוס. אך בחיים האמיתיים מתקיימות נסיבות לא מעטות שבהן יש מתח בין ההיבט הצרכני של פעילות הרגולטור לבין ההיבט היציבותי. ראו רות פלאטו-שנער "הרגולציה הבנקאית בישראל – יציבות מערכתית מול הגנה צרכנית רגולציה בישראל: ערכים, אפקטיביות, שיטות" (יצחק גלנור ואייל טבת עורכים, 2019). ואכן, המחוקק היה מודע לנטייה זו (או, נכון יותר: ועדת טרכטנברג הציפה את המודעות לנטייה זו) ובחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (שירותים פיננסיים מוסדרים), התשע"ו-2016 החיל הגדרת מטרות שבה ההיבט הצרכני נמצא "מעל" ההיבט היציבותי.

28 ת"צ 20212-09-16 (מחוזי מרכז) **הופמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ** (פורסם בנבו, 31.5.2019).

29 שם, בס' 65. אדגיש את מה שאולי מובן מאליו: הרצון להתחשב באיתנות הפיננסית של גובי יתר הוא בעייתי, בלשון המעטה. השאלה הרלוונטית היא אם הייתה גביית יתר או לא; ככל שהייתה – יש להטיל סנקציה. אם המודל העסקי של גוף כלשהו נשען על "תרגיל מצליח" של גביית יתר שלא כחוק, וברגע שתופסים אותו הוא עומד בפני סכנת קריסה, עדיף שגוף עסקי כזה יקרוס.

הלקה הוא שהלכת **זליגמן** בעייתית במצבים שבהם הרגולטור תופס את תפקידו בעיקר כשומר על יציבות התעשייה המפוקחת. אולם לא בקרב כל הרגולטורים שמירה על היציבות משחקת תפקיד מרכזי. עבור הרגולטור ברשות להגנת הצרכן, או במשרד להגנת הסביבה, לדוגמה, הגדרת התפקיד (והמוניטין) נוגעת בעיקר להיבטים צרכניים/סביבתיים, ונמדדת בעיקר על ידי מדדים כגון יוקר המחיה או זיהום האוויר, ולא על ידי יציבות החברות המפוקחות. ככלל, פשיטת רגל של יצרן כזה או אחר במהלך כהונה של רגולטור "צרכני/סביבתי" לא תפגע משמעותית במוניטין שלו כרגולטור. לעומת זאת, בנסיבות כבהלכת **זליגמן**, שבהן מוגשת תביעה ייצוגית נגד גופים פיננסיים בגין גביית יתר, קיים חשש שנטייתו של הרגולטור לתעדף שיקולי יציבות תטה את הפרשנות שבה הוא בוחר (לכיוון קביעה כי לא הייתה גביית יתר ולפיכך הגופים המפוקחים אינם נדרשים להחזיר כספים). אי לכך, יש יותר מקום להרהר אחר עמדת הרגולטור.

ד. חשש רביעי: מתן משקל יתר לעמדתו של הרגולטור בדיעבד יעוות את תמריציו לנסח בבחירות מלכתחילה

עד עתה התמקדתי בשאלה איך בנסיבות מסוימות פועלים על הרגולטור תמריצים שעשויים להטות את פרשנותו בדיעבד, ובכך הופכים את הלכת **זליגמן** לבעייתית. להשלמת המהלך, עלינו לבחון כיצד הלכה כמו **זליגמן** עשויה לשנות את מערך התמריצים הפועל על הרגולטור. הלכת **זליגמן** בעייתית לא רק כי היא אינה מתחשבת בתמריצים בעייתיים הפועלים על הרגולטור בדיעבד, אלא גם כי היא עלולה ליצור תמריצים בעייתיים עבורו מלכתחילה. בפרט, הלכת **זליגמן** עלולה לתמרץ רגולטורים לנסח את הנחיותיהם בלשון עמומה. טיעון ברוח זו הועלה בהקשר של המקבילה האמריקנית של הלכת **זליגמן** (הלכת *Seminole Rock* ההיסטורית)³⁰ על ידי דֶקֶן בית הספר למשפטים של הרווארד, ג'ון מאנינג, וזכה מאז ליישומים, לפיתוחים וגם לביקורות רבות שם.³¹ אפשר להרחיב וליישם את הטיעון לדין הישראלי כדלקמן:

30 להלכה העדכנית ראו Auer v. Robbins, 519 U.S. 452 (1997).

31 למאמר הקלאסי ראו John F. Manning, *Constitutional Structure and Judicial Deference to Agency Interpretations of Agency Rules*, 96 COLUM. L. REV. 612, 657, 678 (1996) ליישומים והרחבות של הטיעון ראו Matthew C. Stephenson & Miri Pogoriler, *Seminole Rock's Domain*, 79 GEO. WASH. L. REV. 1449, 1461 (2011); Donna M. Nagy, *Judicial Reliance on Regulatory Interpretations in SEC No-Action Letters: Current Problems and a Proposed Framework*, 83 CORNELL L. REV. 921, 957-60 (1998); Nathan Kilbert, *Howmet Corp. v. EPA*, 35 HARV. ENVTL. L. REV. 555, 562 (2011). לדין בטיעון בבית המשפט העליון של ארצות הברית, שהתקיים ממש לאחרונה, ראו לדוגמה Talk Am., Inc. v. Mich. Bell Tel. Co., 131 S. Ct. 2254, 2265-66 (2011); Kisor v. Wilkie, Cass R. Sunstein (להלן *Kisor*). לביקורת על הטיעון ראו לדוגמה (2019) 139 S. Ct. 2400. & Adrian Vermeule, *The Unbearable Rightness of Auer*, 84 U. CHI. L. REV. 297 (2017);

ככלל, היינו רוצים שהרגולטור ינסח את הנחיותיו בצורה בהירה וחד-משמעית ככל האפשר. אחרי הכול, זו אחת מהסיבות להאצלת סמכויות ניסוח הנחיות לרגולטור מלכתחילה: הרצון לייצור ספציפיקציה ברורה יותר מגורם מקצועי ו"קרוב לשטח".³² אלא שכמה וקטורים מושכים את הרגולטור לכיוון ניסוח הנחיות בלשון עמומה יותר, המשאירה פתח לכמה פרשנויות אפשריות. ראשית, ניסוח עמום חוסך לרגולטור את העלויות הישירות של ניסוח בהיר. קל יותר לנסח הנחיות באופן עמום ופתוח מאשר להשקיע מאמץ בצפיית התרחשויות עתידיות אפשריות ובניסוח פתרונות בהירים.³³ שנית, ניסוח עמום חוסך לרגולטור גם את העלויות העקיפות של התמודדות עם ביקורת וטרוניות כלפיו מצד אלה הרואים עצמם מפסידים מההנחיות שניסח. זאת משום שניסוח עמום מקשה על הצדדים להבין מי המפסיד האמיתי מההנחיות. הניסוח העמום מאפשר לרגולטור להנמיך את הבולטות של העדפת קבוצה כזו על אחרת, או לדחות את ההכרעה הקשה של איזו קבוצה להעדיף לשלב היישום בדיעבד, קונקרטי ממקרה למקרה – שלב שבו ההכרעה חשופה פחות לביקורת ציבורית.³⁴ ואכן, המשפט מכיר בווקטורים הדוחפים את המנסחים לנסח בלשון עמומה, והוא מנסה במקומות אחרים לתמרץ את המנסח להשקיע בניסוח בהיר וחד-משמעי. דיני חוזים, לדוגמה, קיימת חזקת פרשנות נגד המנסח במקרה של ניסוח עמום.³⁵ אבל כאשר המנסח – במקרה שלנו הרגולטור – יודע שבכל מקרה הוא יוכל להכתיב את הפרשנות האפשרית המועדפת עליו בדיעבד, יש לו פחות תמריצים לכבול את עצמו מלכתחילה בניסוח חד-משמעי.

Christopher J. Walker, *Attacking Auer and Chevron Deference: A Literature Review*, 16 GEO. J.L. & PUB. POL'Y 103 (2018).

לגבי רלוונטיות הפנייה לכתיבה על הסוגיה במשפט האמריקני, אני מצטרף לדבריו של יואב דותן בסימפוזיון זה, שלפיהם "לאור ההיקף העצום והעומק של היורספורדנציה האמריקנית בסוגיה יהיה זה מצער אם העיסוק המשפטי אצלנו – למצער בכתיבה האקדמית – יתעלם מגוף עצום זה של מקורות" וגם: "[...] דומה שלאור העובדה שבית המשפט העליון עצמו מציב לאחרונה את דוקטרינת Chevron כחלופה המצויה "על השולחן", הדין היסודי ב-Chevron הוא כבר לא רק מושא לצחצוחי חרבות של המבקרים האקדמיים". יואב דותן "Chevron" בישראל? סמכות פרשנית ודילמות אסטרטגיות בעקבות ע"א 7488/16 זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ" פורום עיוני משפט מד 6 (2020) (להלן: דותן Chevron בישראל?).

32 ראו Manning, לעיל ה"ש 31, בעמ' 616.

33 על הווקטורים המושכים את הרגולטורים לכיוון ניסוח עמום ראו בפירוט WENDY WAGNER & WILL WALKER, INCOMPREHENSIBLE!: A STUDY OF HOW OUR LEGAL SYSTEM ENCOURAGES INCOMPREHENSIBILITY, WHY IT MATTERS, AND WHAT WE CAN DO ABOUT IT 172 (2019).

34 ראו Manning, לעיל ה"ש 31, בעמ' 678-79.

35 ראו סעיף 25(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973. בדברי הסבר לתיקון מס' 2 לחוק זה (שבו הוסף הסעיף האמור ועוגנה למעשה ההלכה שניתנה ב-רע"א 3577/93 הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ' מוריאו, מח (4) 070 (1994)), נאמר במפורש כי "עיגון כלל זה צפוי לעודד הקפדה על עריכת חוזים ברורים ועל ניסוחים בהירים".

הלכה המאפשרת לרגולטור לנסח בלשון עמומה ואז להחליט בדיעבד איזו פרשנות מתאימה יותר, מחריפה את האסימטריה ביכולת ההשפעה בין קבוצות אינטרס צרות לבין הציבור הרחב. הנחיות המנוסחות בעמימות מקשות על האזרחים, שאינם מעורבים בתחום, לזהות האם וכמה הם מפסידים מהרגולציה. מצד קבוצות האינטרס הצרות, לעומת זאת, ניסוח עמום מזמין לחץ מתמיד: הרגולטור לא יוכל להדוף לחצים עם אמירה נוסח "אין מה לעשות – ההנחיה ברורה וזה מחוץ לידיים שלי בשלב זה" – משום ששני הצדדים יודעים היטב שהרגולטור תמיד יכול להטות את הספינה (פרשנות בדיעבד) לכיוון התעשייה המפוקחת.³⁶ אפשר אפילו לטעון שהלכה שיוצרת תמריצים לנסח בעמימות תחריף את תופעת "הדלתות המסתובבות", קרי, מעבר של הרגולטור בסיום תפקידו הציבורי לעבוד אצל הגורמים המפוקחים.³⁷ למפקח שניסח במעומעם את ההנחיות מלכתחילה יש מידע פנימי על הכוונה המקורית וכיצד אפשר להציג פרשנויות אפשרויות בדיעבד. בכך, ערכו של הרגולטור כמועסק עתידי בתעשייה המפוקחת עולה – התעשייה תרצה להעסיקו מייד עם סיום תפקידו לאו דווקא בגלל כישוריו הניהוליים/תעשייתיים, אלא בגלל יכולתו להשפיע על הרגולציה למען מעסיקיו החדשים.³⁸

ה. חשש חמישי: היבטים דיוניים: חסימת השימוש במנגנון התביעה הייצוגית ככלי לאזן כשלים רגולטוריים

לבסוף, אי-אפשר להתעלם מההקשר הדיוני שבו ניתנה הלכת זליגמן. אזכיר: עמדת הרגולטור נתבקשה בהליך בין שני צדדים פרטיים של בקשה לאישור תביעה ייצוגית. קרי, הליך מקדמי. על רקע זה יש להבין את החלטת בית המשפט המחוזי: השופט כהן לא דחה את עמדת הרגולטור אלא פשוט סבר כי היא אינה מייטרת ברור עובדתי של השאלה האם הייתה גביית יתר או לא, במסגרת התביעה עצמה.³⁹ עמדתה של השופטת וילנר בעליון הייתה הפוכה: די בעמדת הרגולטור כדי לחסוך את הצורך בביורר עובדתי, ואפשר לסלק את התביעה כבר בשלב מקדמי זה. המשמעות האופרטיבית של אימוץ הלכת זליגמן היא שדי בכך שהרגולטור יסבור שהגופים המפוקחים לא התנהלו באופן בעייתי כדי לחסום אפשרות שימוש בכלי התביעה הייצוגית.

זוהי התפתחות בעייתית, ולו רק כי התביעה הייצוגית היא אחד מהאנטידוטים היעילים ביותר נגד בעיות שנוצרות משבי רגולטורי. כפי שפירטתי לעיל, שבי רגולטורי בא לידי ביטוי קלאסי במצבים שבהם המרוויחים הם קבוצת לחץ מרוכזת, והעלויות

36 ראו Manning, לעיל ה"ש 31.

37 על התופעה בכלליות ראו רועי שפירא "דלתות מסתובבות ומידת האפקטיביות של תקופות צינון" פרק א (2020), <http://ssrn.com/abstract=3313347>.

38 לטענה שלפיה המחשבה על מקום תעסוקה עתידי תתמרץ את הרגולטור לייצר עמימות בהנחיותיו ראו Wentong Zheng, *The Revolving Door*, 90 NOTRE DAME L. REV. 1265 (2015).

39 ראו ת"א 1018-08 (מחוזי ת"א) זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ 7, 9 (פורסם בנבו, 19.7.2016).

מתפזרות על ציבור רחב, כך שכל אחד מהמפסידים אינו מספיק מידוע או מאורגן כדי לעשות משהו. התביעה הייצוגית מתמודדת בדיוק עם מצבים מסוג זה. היא מספקת תמריץ לתובע הייצוגי (ובא כוחו) לאתר מקרים של גביית יתר בסכומים נמוכים ממיליוני צרכנים, ולהילחם בשם מיליוני הצרכנים האלה בבית המשפט. במילים אחרות, היא מהווה פתרון (אומנם מאוד לא-מושלם) לבעיית הפעולה המשותפת. בהיבט הזה, ניטור ואכיפה פרטית באמצעות תביעה ייצוגית מאזנים ומשלימים את הניטור והאכיפה הציבורית באמצעות הרגולטור. צריך להיזהר מלסלק תביעות כאלה כבר בשלב המקדים רק כי הרגולטור אינו סבור בהכרח שהוא היה זקוק לעזרה בניטור ואכיפה.⁴⁰

להמחשת הבעייתיות, שימו לב לסעיף 51 בפסק הדין בעניין **זליגמן**: באמרת אגב, השופטת וילנר מביעה דעתה שכלי התביעה הייצוגית הוא עוצמתי מדי כדי להתמודד עם גביית יתר שכזו – עדיף במצבים כאלה פשוט לפנות לרגולטור ולבקש שיטפל. אלא שבפועל (ובהכללה), איש לא יפנה לרגולטור בסוגיה כזו, משום שלאיש אין תמריץ אמיתי לשים לב לגביית יתר בסכומים נמוכים יחסית במשך שבע שנים. בעיות האדישות הרציונלית והפעולה המשותפת ימנעו איתור של גביית היתר ופעולה אפקטיבית נגדה. בדיוק מפני שכלי התביעה הייצוגית מספק מערך תמריצים "עוצמתי" במיוחד – ובתוכו הבטחה לקבל גמול לתובע הייצוגי או שכר טרחה לבא כוחו – הוא מאפשר התגברות על הבעיות הללו והצפת ההתנהלות הבעייתית.

1. מגבלות הטיעון

לפני סיכום, אבקש להבליט שישה סייגים והערות אזהרה נדרשות לפני שניגשים ליישם אי אלה מהטענות המופיעות כאן.

ראשית, הטיעון כאן מוגבל מטעמי מקום ופורמט: הטענות מוצגות מבלי שמתקיים דיון לעומק במגבלות האפשריות שלהן; זו דרך הצגה המיועדת מטיבה להציף שיקולים אפשריים ולהפנות אליהם זרקור, ולא לייצר מתווה מוכן מהמדף ליישום על ידי בית המשפט. **שנית**, לא כל החששות המוצגים פה נולדו שווים. על קצה המזלג, אעיר כי לטעמי החשש הראשון (קטגוריות של מרוויחים ומפסידים), והחשש הרביעי (תמריצים לניסוח עמום) בעייתיים במיוחד ליישום. קשה לבקש מהשופט להתעמק בסיווג המרוויחים והמפסידים מהרגולציה. כמו כן הטענה שמתן מעמד בכורה לפרשנותו אכן יגרום לניסוח עמום מלכתחילה היא טענה אמפירית שקשה להוכיח, והמחקרים שניסו לא מצאו אפקט כזה בפועל.⁴¹ לטעמי, החשש השני (רצון של

40 בהקשר אחר, בנוגע לחזקת התקינות המינהלית, השופט זמיר הסביר מדוע ככל שהשלב בדיון יותר מקדמיים כך יש פחות מקום לחסום דיון בשם חזקת התקינות. יצחק זמיר "ראיות בבית-המשפט הגבוה לצדק" **משפט וממשל** א 295, 307 (1993).

41 ראו לדוגמה Daniel E. Walters, *The Self-Delegation False Alarm: Analyzing Auer* 119 COLUM. L. Rev. 85 (2019). *Deference's Effects on Agency Rules*.

הרגולטור להגן על המוניטין שלו כמי שהיה אמור למנוע התנהלות בעייתית בזמן אמת) והחמישי (רצון שלא לאפשר ערוץ חוסם תביעה ייצוגית) הם העיקריים והשימיים ביותר. שיקולים אלה זוכים לתמיכה בספרות המחקרית (המזהה את חשיבותם של שיקולי מוניטין) ואף בפסיקה הישראלית (המזהה את חשיבותו של כלי התביעה הייצוגית לאיזון כשלים רגולטוריים)⁴². בתי המשפט יוכלו לזהות בקלות יחסית את הנסיבות המצמיחות שיקולים אלה, ולהתאים את המשקל שיינתן לעמדת הרגולטור: קל לזהות את ההקשר הפרוצדורלי שבו ניתנת עמדת הרגולטור (האם מדובר בשלב מקדמי בתביעה ייצוגית או לא), וקל לזהות את ההקשר העובדתי שבו נדרשת עמדתו (האם מדובר בהתנהגות בעייתית לכאורה של התעשייה המפוקחת שאותה הרגולטור היה אמור לנטר בזמן אמת). **שלישית**, גם כשקיימים חששות ממשיים להטיה בפרשנות הרגולטורית, ייתכן כי קיימים גורמים אחרים המאזנים אותה. לדוגמה, ככל שעמדת המאסדר מועברת לבית המשפט דרך "המסננת" של הפרקליטות/מחלקת הבג"צים, ייתכן שהעמדה הסופית המוצגת תהא חפה מההשפעות הבעייתיות.⁴³ **רביעית**, הטיעון כאן אינו אישי או נקודתי. הצבעה על מקומות שאותם הספרות מזהה כמועדים יותר מאחרים לכשל רגולטורי אינה דומה לאמירה שלפיה כל רגולטור ודאי ייכשל. **חמישית**, כל טיעון המנסה לשלב הקשר או התחשבות בתמריצי הרגולטור הוא מטבעו טיעון אשר עלול לסכך את יישום הדוקטרינה על ידי בית המשפט, ולהעלות את עלויות ההתדיינות. עם זאת, איני הראשון הקורא לגישה הקשרית יותר למשפט המינהלי,⁴⁴ ואף בבית המשפט העליון גישה זו כבר נתקבלה וירשמה היטב בעבר.⁴⁵

לבסוף, אין בטיעון המוצג במאמר קצר זה כדי להציג עמדה קטגורית נגד מתן "מתחם כבוד" כזה או אחר לגורם מקצועי. כמפורט במאמרים האחרים בכרך זה, שתי הגישות המתחרות לפרשנות הרשות המינהלית הן גישת "הפירוש הראוי", שלפיה על השופט לתת משקל כלשהו לעמדת הרשות אך גם להפעיל שיקול דעת משלו, וגישת "מתחם הכבוד", שלפיה על השופט לבחור בעמדת הרשות כברירת מחדל, כל עוד זו

42 ראו לדוגמה את דבריו של המשנה לנשיאה רובינשטיין ב-רע"א 3456/13 **חברת חשמל לישראל בע"מ נ' שליידר**, פס' עח (פורסם בנבו, 29.08.2017) (מתייחס למנגנון התביעה הייצוגית כ"השלמה נאותה" למנגנונים רגולטוריים מסוימים).

43 על תפקידם של הפרקליטים כ"מתווכים" העשויים לחסוך את הצורך בהתערבות שיפוטית מלכתחילה ראו לדוגמה דינה זילבר "'המון דברים יפים ראו עיני': מחלקת הבג"צים קאתר של חינוך משפטי" **מעשי משפט** ט 153, 166 (2017).

44 ראו ככלל איל פלג **אתגר העוני של המשפט המינהלי** (2013); ולאחרונה יובל רויטמן "המשפט המנהלי בעידן המדינה הרגולטורית" **משפט וממשל** יח 219, 238-242 (2017) (שם, בהקשר של פרשנות היקף הסמכות). ובהקשר קרוב: אבי ליכט "התאמת המשפט המנהלי הקלאסי לרגולציה המודרנית – תחום התקשורת כמשל" **רשות תקשורת חדשה?** **המשפט, השוק והשיח הציבורי** 67, 70 (סדרת פרסומי המרכז למשפט וטכנולוגיה מס' 3, 2004) ("החלת כללי המשפט המנהלי הקלאסי [...] מביאה להגנת יתר על הגופים המוסדרים, וזאת על חשבון האינטרס של הציבור הרחב").

45 עניין **איגוד שמאי הביטוח**, לעיל ה"ש 17.

אפשרית וסבירה.⁴⁶ הטיעון במאמר זה נועד לעזור בזיהוי נסיבות ושיקולים שצריכים לגרום לנו לחשוב פעמיים לפני אימוץ אוטומטי של עמדת הרגולטור. אך ייתכן שגם בתוך הגישות הריסוניות יותר של "מתחם הכבוד", על חריגה ותנאייהן, קיים מנעד רחב מספיק שמאפשר לבית המשפט המעוניין בכך להתמודד עם החששות האמורים.⁴⁷

סיכום

ההתחקות אחר מערך התמריצים הפועל על הרגולטור (וכיצד המעמד הניתן לעמדתו משפיע על תמריצים אלה) סיפקה לנו סיבות אחדות לחשוב מחדש על רציונה של הלכת זליגמן.

בשנת 2019, ובעקבות גל הביקורות הגואה על המקבילה האמריקנית של הלכת זליגמן, הגיע הדיון בשאלה שעימה פתחתי מאמר זה לפתחי בית המשפט העליון שם.⁴⁸ ההכרעה הותירה, נומינלית, את ההלכה המסורתית על כנה, אך סייגה אותה והבהירה שעל בית המשפט לבחון ראשית את אופייה והקשרה של העמדה הרגולטורית כדי לדעת מה המשקל הראוי ליתן לה.⁴⁹ מאמר זה מעניק כלים לבחון את אופייה והקשרה של עמדת הרגולטור בעיניים ביקורתיות.

46 ראו דותן *Chevron* בישראל?, לעיל ה"ש 31; אברהם "זליגמן בארבעה ממדים", לעיל ה"ש 3.

47 ראו אורן תמיר "לקראת אמריקניזציה של המשפט המנהלי בישראל? המהפכה הבלומה בפסק הדין בעניין זליגמן – חלק 2" *The Long March*, 8.6.2018. אני מסכים בכך עם הבחנתו של דותן, שם, לפיה "יש טעמים חזקים לייחס משקל ממשי לפרשנות המינהלית (בין שהביטוי לכך הוא אימוץ של דוקטרינה ריסונית חזקה כמו זו של *Chevron* ו-*Auer*, ובין שמדובר בדוקטרינה ריסונית מוגבלת יותר, כמו דוקטרינת 'הפירוש הסביר')".

48 עניין *Kisor*, לעיל ה"ש 31.

49 ראו *Aditya Bamzai, Delegation and Interpretive Discretion: Gundy, Kisor, and the Formation and Future of Administrative Law*, 133 HARV. L. REV. 164, 190 (2019).