

**הרגולציה  
של שירותי  
התקשורת  
האלקטרונית  
בישראל**  
הצורך בהקמת  
רשות תקשורת

יזהר טל דינה עבריי־עומר



המכון הישראלי לדמוקרטיה

מחקר מדיניות 76 | ירושלים, כסלו תש"ע, נובמבר 2009

Regulation of Electronic Communications Services in Israel:  
The Need to Establish a Communications Authority  
Yizhar Tal, Dina Ivry-Omer

עריכת לשון: מיכאלה קלי  
סדר: נדב שטכמן  
הדפסה: ארט פלוס, ירושלים

מסת"ב 978-965-519-069-4 ISBN

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר מידע, לשדר או לקלוט בכל דרך או אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר בספר זה. שימוש מסחרי מכל סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמוציא לאור.

להזמנת ספרים ומחקרי מדיניות בהוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה:

טלפון: 1-800-20-2222, 02-5300800; פקס: 03-5300867

דוא"ל: [orders@idi.org.il](mailto:orders@idi.org.il)

אתר האינטרנט: [www.idi.org.il](http://www.idi.org.il)

המכון הישראלי לדמוקרטיה, ת"ד 4482, ירושלים 91044

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר), תש"ע

Copyright © 2009 by The Israel Democracy Institute (R. A.)

Printed in Israel

כל מחקרי המדיניות וכן פרק נבחר מכל ספר ניתנים להורדה חינם מאתר האינטרנט.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי, לא מפלגתי, הממוקם בתפר שבין האקדמיה לפוליטיקה. המכון עוסק בתכנון מדיניות ובעיצוב רפורמות בממשל, במנהל הציבורי ובמוסדות הדמוקרטיה.

בתכניו ובמפעליו המכון חותר לחזק את מוסדות הדמוקרטיה המתהווה בישראל ולגבש את ערכיה. בהמשך לעבודת מחקר מעמיקה הוא מגיש המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפוח חזון ארוך טווח של משטר דמוקרטי יציב, המותאם למבנה, לערכים ולנורמות של החברה הישראלית. המכון שואף לקדם בישראל שיח ציבורי בנושאים שעל סדר היום הלאומי, ליוזם רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות, לשמש גוף מייעץ למקבלי ההחלטות ולקהל הרחב, לספק מידע ולהציג מחקר משווה.

החוקרים במכון הישראלי לדמוקרטיה הם אנשי אקדמיה, והם מובילים פרויקטים במגוון תחומים של החברה והמשטר בישראל. מחלקת ההוצאה לאור של המכון מפיקה, משווקת ומפיצה את פירות עבודתם בכמה סדרות: ספרים ('הספרייה לדמוקרטיה'), מחקרי מדיניות, פורום קיסריה, כתבי עת ודברי ימי עיון.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא זוכה פרס ישראל לשנת תשס"ט על מפעל חיים - תרומה מיוחדת לחברה ולמדינה.

הדברים המתפרסמים במחקרי המדיניות אינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.



# תוכן העניינים

11

**מבוא**

## חלק ראשון יסודות לרגולציה של שירותי תקשורת

17

### פרק ראשון היבטים מקדימים

17

1. מונחי מפתח

17

א. רגולציה

18

ב. תקשורת

18

2. מגמות טכנולוגיות

19

א. דיגיטציה ופס רחב

19

ב. התלכדות

21

ג. ריבוי שירותים אלחוטיים

22

3. היבטים עיוניים ומתודולוגיים

22

א. רגולציה ומדיניות

23

ב. רגולציה ומשפט

24

ג. מבט משווה

25

ד. ערכי הדמוקרטיה

26

ה. רגולציה מראש ורגולציה בדיעבד

27

ו. ממשלה וממשל

28

ז. נקודת המבט הפנימית

30

### פרק שני טעמים ותכליות לרגולציה

30

1. הצדקות יסוד לרגולציה

30

א. האינטרס הציבורי

31

ב. תיקון כשלי שוק

33

ג. הסדרה ושוק חופשי

- 37 2. תכליות וטעמים כלליים
- 37 א. קידום התחרות
- 41 ב. האינטרס הצרכני
- 42 ג. צדק חלוקתי
- 44 ד. בעלי צרכים מיוחדים
- 46 ה. עקרונות יסוד של השיטה וזכויות אדם
- 47 3. טעמים הכרוכים באופי הענף
- 47 א. היבטים טכנולוגיים
- 48 ב. ניהול משאב ציבורי
- 50 ג. פלורליזם וחופש הביטוי והמידע
- 53 ד. היבטים של תוכן בשידורים
- 54 ה. צורכי ביטחון
- 55 ו. בטיחות
- 56 ז. הסדרה בין-לאומית
- 57 ח. הסדרה אזורית

### פרק שלישי **שיקול הדעת הרגולטורי**

- 59 1. שיקול דעת שיפוטי ושיקול דעת רגולטורי
- 59 א. הבדלים בהפעלת שיקול הדעת
- 60 ב. גבולות ההנחיה השיפוטית
- 62 ג. שיקול דעת ואיזון
- 63 2. מודל שלושת הרבדים להפעלת שיקול הדעת
- 64 3. רובד I: דרישות מבניות
- 64 א. תשתית עובדתית
- 65 ב. תשתית משפטית
- 67 ג. רלוונטיות
- 68 ד. קוהרנטיות

68	ה. איתלות והיעדר פניות
68	ו. שיתוף ושקיפות
70	4. רובד II: שיקולים מהותיים
70	א. שיקולי מסגרת
71	ב. שיקולים כלליים
71	ג. שיקולים הכרוכים באופי הענף
72	5. רובד III: הערכה, איזון והחלטה
72	א. סבירות ומידתיות
74	ב. מקצועיות לעומת ייצוגיות
76	ג. 'נוסחאות' לאיזון ולהכרעה
78	6. דוגמאות להכרעות רגולטוריות
78	א. פיקוח על התעריפים של חברת בזק
80	ב. רישוי של שירותי אינטרנט מהיר
81	ג. שילוב כתוביות בשידורי הטלוויזיה
82	ד. השתתפותה של קבוצת בזק במתן שירותי VoB

## חלק שני כללי ההסדרה של ענף התקשורת

87	מבוא
88	פרק ראשון ההסדרה של תחום שירותי הבזק
88	1. כללי
88	2. מסגרת ההסדרה
89	3. הגורם המסדיר
92	4. עיקרי ההסדרה הנוהגת
92	א. משטר הרישוי
92	(1) חובת הרישוי והסייגים לה
93	(2) סוגי רישיונות

96	(3) שיקולים במתן רישיון
97	ב. פיקוח ואכיפה
100	ג. תקיפת החלטות של הרגולטור
101	ד. תהליך הפתיחה לתחרות של תחום הבזק
104	ה. ביטחון ושעת חירום
107	ו. סוגיות מיוחדות
107	(1) קישור גומלין ושימוש
108	(2) שירות חיוני
108	(3) פיקוח על תעריפים
109	(4) רשת האינטרנט

### פרק שני **ההסדרה של תחום התדרים**

#### **לתקשורת אלחוטית**

111	1. כללי
111	2. מסגרת ההסדרה
113	3. הגורם המסדיר
115	4. עיקרי ההסדרה הנוהגת
115	א. הוועדה והקצאה של תדרים
116	ב. רישוי של ציוד אלחוטי
117	ג. פיקוח ואכיפה
117	ד. ביטחון ושעת חירום
118	ה. רדיו פיראטי

#### **פרק שלישי **ההסדרה של תחום השידורים לציבור****

121	1. כללי
122	2. מסגרת ההסדרה
122	א. השידור הממלכתי
123	ב. השידור המסחרי



124	ג. חקיקה כללית הנוגעת לתחום השידורים
125	3. הגורם המסדיר
125	א. השידור הממלכתי
127	ב. השידור המסחרי
131	4. עיקרי ההסדרה הנוהגת
131	א. התפתחותה של התחרות בתחום השידורים
131	(1) שידורי רדיו
131	(2) שידורי טלוויזיה
133	ב. השידור הממלכתי
133	(1) מתכונת השידור ומימונו
134	(2) סוגיית הפרסום בגלי צה"ל
135	ג. השידור המסחרי
135	(1) משטר הרישוי
138	(2) הפקות מקור
138	(3) בעלות צולבת
139	ד. ביטחון ושעת חירום

## **חלק שלישי אל רשות רגולטורית עצמאית**

### **פרק ראשון מדיניות הממשלה ויזמת החקיקה**

	<b>של משרד התקשורת</b>
145	1. המלצות מן העבר
145	א. דוחות של ועדות בעבר
147	ב. דוח הצוות לתכנון הקמת רשות תקשורת לאומית
148	2. החלטות הממשלה
149	3. הצעת החוק של משרד התקשורת
149	א. גלגוליה של הצעת החוק
151	ב. עיקרי ההסדרים הכלולים בהצעת החוק

156	<b>פרק שני הרגולטור הבריטי: מודל השוואתי</b>
156	1. מסגרת ההסדרה באיחוד האירופי
159	2. הרגולטור הבריטי OFCOM
159	א. הקמתה של OFCOM ומאפייניה
160	ב. אורגנים ומימון
161	ג. מטרות ותפקידים
163	ד. השר הממונה ופיקוח
164	ה. OFCOM והשידור הציבורי

166	<b>פרק שלישי מודל מוצע לרשות תקשורת</b>
166	1. הצורך ברשות עצמאית להסדרה של ענף התקשורת
169	2. רשות מאוחדת לבזק ולשידורים
171	3. רשות ממשלתית או רשות חוץ-ממשלתית
176	4. מטרות ותפקידים
179	5. מבנה ואורגנים
183	6. תנאי כשירות ודרכי מינוי
185	7. בקרה ופיקוח על פעילות הרשות
187	8. מימון ותקציב
188	9. הליכים לקביעת הנורמות
189	10. סמכויות פיקוח ואכיפה

193	<b>דברי סיום אל מערך רגולטורי משופר</b>
-----	---

197	<b>רשימת המקורות</b>
-----	----------------------

211	<b>תקציר</b>
-----	--------------

221	<b>ראו אור לאחרונה בהוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה</b>
-----	---

## מבוא

הגיע הזמן להקים בישראל רשות תקשורת מקצועית ועצמאית, שתכנס תחת כנפיה את ההסדרה של תחום הֶבְזָק (טלקומוניקציה) ושל תחום השידורים לציבור. שינוי כזה – אם יאומץ על ידי מקבלי ההחלטות – יטביע חותם דרמטי על ענף התקשורת.

הרגולציה של שירותי התקשורת האלקטרונית מסורה כיום בידי שורה של גופים: שר התקשורת ומשרד התקשורת מסדירים את תחום הבזק; הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו ומועצת הרשות מסדירות את שידורי הרדיו והטלוויזיה המסחריים; המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, ולצדה מנהלת הסדרת השידורים לציבור, מסדירות את שידורי הטלוויזיה הרב-ערוצית למנויים; רשות השידור מסדירה את השידור הממלכתי; וועדת התדרים – את השימוש בתדרים. סמכויות נוספות נתונות בידיהם של שר האוצר ואגף התקציבים, ועדות הכלכלה והכספים של הכנסת, משרד המשפטים והממונה על הגבלים עסקיים.

ריבוי רשויות ההסדרה יוצר מצב בעייתי הן באשר למבנה הגורם המסדיר והן באשר לתוכן ההסדרה. פיצול הסמכויות בין גורמי ההסדרה מונע גיבוש ויישום של תפיסה רגולטורית מתואמת, והתפקיד המרכזי שמוקנה לדרג הפוליטי ולמנגנון הממשלתי מקשה על פיתוח וביסוס של רגולציה מקצועית ועצמאית. בעשור האחרון כיהנו בממשלות ישראל שמונה שרי תקשורת – קצב תחלופה המסכל כל אפשרות לגיבוש של מדיניות וקווי פעולה הצופים טווח זמן שמעבר למידוי.

ישראל היא מקרה חריג בנוף העולמי. במדינות העולם המערבי (וכך גם במדינות המזרח המתועשות, למעט יפן) מקובל זה שנים כי ענף התקשורת מוסדר באמצעות רשויות הסדרה עצמאיות ולא בידי שר פוליטי. על פי תפיסה זו, ההסדרה של ענף התקשורת היא עניין מורכב המצריך מומחיות מקצועית, שיקול דעת עצמאי, גמישות וחדשנות – ואת קיומם של כל אלה יקשה לבסס ללא הפרדה של הרשות המסדירה מהדרג הפוליטי ומהמנגנון הממשלתי. מכאן מתבקשת מסגרת חדשה לרגולציה שתוכל לתת מענה קוהרנטי לצורכי הענף ולציבור הצרכנים, בעיקר בעידן ה"התלכדות" (convergence), שבו מגוון שירותי תקשורת ניתן באמצעות מגוון של טכנולוגיות ותשתיות הולכה.

בשנת 2003 התקבלה החלטת ממשלה להקים בישראל רשות תקשורת (החלטה שאושרה בהמשך בהחלטות ממשלה נוספות), ובעקבות החלטה זו הוכנה במשרד התקשורת הצעת חקיקה מפורטת; אולם בשנים האחרונות זנחו שרי התקשורת את היוזמה להקמת הרשות.<sup>1</sup>

במחקר זה מוצגת הצעה מחודשת לרכז את מרבית סמכויות ההסדרה של ענף התקשורת בידיה של רשות אחת, מקצועית ועצמאית; לדעתנו זהו צו השעה. מדובר ברשות ציבורית אך לא ממשלתית, שתרכז את ההסדרה של שירותי הבזק ושל השידורים המסחריים תחת קורת גג אחת. אחד הטעמים העיקריים להקמת הרשות נעוץ במאפיינים המיוחדים של ענף התקשורת ובאופי ההחלטות המתקבלות על ידי הרגולטור של הענף.

הרגולציה של ענף התקשורת נדרשת לתת מענה ולאזן בין שורה של אינטרסים השונים זה מזה במובהק: אינטרסים ממלכתיים דוגמת ביטחון לאומי ופיתוח טכנולוגי; אינטרסים של גופים עסקיים במגזר הפרטי; אינטרסים כלכליים וחברתיים של צרכנים ואזרחים, בכללם בעלי צרכים מיוחדים; והאינטרס הציבורי הכללי במתן ביטוי הולם לעקרונות יסוד במשטר הדמוקרטי דוגמת חופש הביטוי והמידע ופולרליזם בתקשורת.

בשונה מתחומים אחרים דוגמת ביטחון, בריאות או חינוך – שבהם יש סוג דומיננטי של שיקולים ויתר השיקולים הם משניים – תחום התקשורת נמצא **בצומת** של שיקולים ואינטרסים וקשה לייחס לאחד מהם את הבכורה באופן מובהק. כדי להבטיח שיהיו בידי הרגולטור כלים ויכולת לאזן בין סוגי השיקולים והאינטרסים השונים ולהסדיר את הפעילות בענף באופן מיטבי, על הרגולטור להיות גוף עצמאי ובלתי תלוי; כמו כן עליו להיות בעל הבנה ויכולות רבת-תחומיות, שיאפשרו לתת ביטוי הולם למגוון השיקולים.

ועדות ומומחים שונים מגישים זה יותר מעשור דוחות והמלצות להקמה של רשות תקשורת במתכונת כזו או אחרת. בשנים 2003 ו-2004 חלה לראשונה התקדמות מעשית ניכרת עת הגיש משרד התקשורת לוועדת השרים לענייני חקיקה טיוטת חוק להקמת רשות תקשורת, בהתאם להחלטת ממשלה בנושא. לגישתנו, חיבור זה מציע מודל נכון יותר מזה שהובא בטיטת החוק. כאמור, הנושא עומד לדיון זה זמן רב והוא בשל היום, יותר מתמיד, להכרעה וליישום.

1 בעת כתיבתו של חיבור זה שר התקשורת המכהן אף מקדם יוזמה ממשלתית אחרת, להקמת רשות פנים-ממשלתית לשידורים מסחריים שתפעל לצד משרד התקשורת ושר התקשורת.

חיבור זה מכון לשלב תאוריה ופרקטיקה. הדברים ייבחנו במבט עקרוני, תוך ניתוח של מטרות ועקרונות יסוד, ובה בעת יוצגו דוגמאות ומקרים קונקרטיים הלקוחים ממסכת ההסדרה של ענף התקשורת בשנים האחרונות. באופן זה יכלול הדיון ממד אינפורמטיבי, המציג לפני הקוראים את מערך הרגולציה של ענף התקשורת האלקטרונית בארץ, וממד הערכתי המציע שינוי.<sup>2</sup>

ואלה חלקי החיבור: החלק הראשון מתווה את הרקע העיוני לדיון ובתוך כך כולל הצגה של מונחי מפתח ומגמות טכנולוגיות בענף התקשורת, בחינה של העקרונות והתכליות המונחים ביסוד ההסדרה של הענף ואפיון של שיקול הדעת הרגולטורי.

החלק השני סוקר את החקיקה בתחום התקשורת ואת כללי ההסדרה שנקבעו על פיה בתחומים של שירותי בזק, תדרים לתקשורת אלחוטית, ושידורי טלוויזיה ורדיו. לגבי כל תחום יידונו מסגרת ההסדרה, הגורם המסדיר ועיקרי ההסדרה הנוהגת, בבחינת מבוא תמציתי לדיון התקשורת במשפט הישראלי.

החלק השלישי מבהיר את השינוי המבני הנדרש ברגולציה הישראלית. בחלק זה ייסקרו המלצות שנתנו ועדות ומומחים שונים בתריסר השנים האחרונות וכן החלטות הממשלה והצעת החוק של משרד התקשורת. עוד ייבחנו מסגרת הרגולציה באיחוד האירופי והרגולטור הבריטי OFCOM. לבסוף מוצגת הצעתנו למודל של רשות מקצועית ועצמאית בישראל, שתכנס תחת כנפיה את תחומי הבזק והשידורים.

כל אחד משלושת חלקי החיבור עוסק בהיבט אחר של הנושא ולמעשה עומד בפני עצמו; בה בעת, שלושת החלקים מרכיבים יחד את הטיעון בדבר הצורך בהקמת רשות תקשורת.

אם כן, זהו הציר המרכזי של החיבור: תחילה נבחן את הרציונלים לרגולציה – הטעמים, ההצדקות והתכליות שביסוד ההתערבות השלטונית בענף התקשורת. עוד נבחן את טיבו של שיקול הדעת הרגולטורי ואת האופן שבו הגורם המסדיר מאזן ומכריע בין תכליות ושיקולים שונים. בהמשך נסקור את עיקרי ההסדרה של הענף בשלושת התחומים הרלבנטיים – שירותי בזק,

2 המחברים כיהנו בעבר כיועץ המשפטי וכסגנית היועצת המשפטית למשרד התקשורת. יובהר כי האמור בחיבור זה אינו משקף את עמדתו של משרד התקשורת או את מדיניותו, אלא את עמדתם של המחברים בלבד.

תדרים לתקשורת אלחוטית ושידורים לציבור. לבסוף, על יסוד כל אלה – טעמי הרגולציה, מאפייני ההחלטה הרגולטורית וכללי ההסדרה הנוהגת בענף – נבסס את העמדה כי המבנה המוסדי הנכון והראוי עבור הגורם המסדיר הוא רשות מקצועית, המפעילה סמכויות שלטוניות באופן עצמאי ובלתי תלוי בדרג הפוליטי, ונציע מודל להקמת רשות תקשורת בישראל.

ובנימה אישית: אנו מבקשים להביע תודתנו והערכתנו העמוקה לפרופ' ידידיה שטרן על ההנחיה המעולה, על העזרה הרבה בליבון שלנקודות מפתח ועל ההבנה החברית לתלאות הכתיבה. נבקש להודות גם למיכאלה קלי, עורכת הלשון, על המלאכה המוקפדת ועל ההערות וההארות המועילות, ולצוות ההוצאה לאור של המכון הישראלי לדמוקרטיה על שיתוף הפעולה הפורה שתרם רבות לחיבור. ולבסוף, תודה ענקית לבני זוגנו – מיכל שביט־טל ואבינועם עומר – על סבלנות אין קץ ועל השותפות והתמיכה שכל כך סייעו לנו בהשלמת חיבור זה.

חלק ראשון

**יסודות לרגולציה של שירותי תקשורת**





## היבטים מקדימים

פרק זה בא להציג כמה מונחי יסוד שחיבור זה עושה בהם שימוש, וכן להבהיר כמה יסודות עיוניים והיבטים מתודולוגיים ברקע הדיון.

### 1. מונחי מפתח

#### א. רגולציה

המונח 'רגולציה' (regulation) פירושו הסדרה, ויסות, הכוונה או התקנה. כיום נעשה שימוש במונח רגולציה במובן של הסדרת פעילות בענף מסוים על ידי גורם שלטוני – רגולטור – שהוסמך לכך בחוק. לרגולציה שני ראשים: האחד הוא קביעת מדיניות וכללי הסדרה להתנהלותו של תחום פעילות מסוים; והאחר הוא פיקוח על קיומם של כללי ההסדרה שנקבעו ונקיטה של אמצעי אכיפה במקרה של הפרת הכללים. בשפה העברית הוצעו חלופות שונות למונח רגולציה. השופט זמיר קרא למכלול הפעילות הרגולטורית בשם 'פיקוח'<sup>1</sup>, הנשיא שמגר השתמש בביטוי 'תקינה'<sup>2</sup>, והאקדמיה ללשון העברית טבעה את המונח 'אסדרה'<sup>3</sup>. בחיבור זה נשתמש ב'רגולציה' או ב'הסדרה' בהתייחס לכל מישורי ההסדרה – החל בגיבוש מדיניות וקביעת כללים, עבור ביישומם של הכללים בפעולות כמו הענקת רישיונות, וכלה בפיקוח על קיומם של הכללים ובאכיפתם. כללי רגולציה יכולים להיות כללים אוסרים ('אור אדום'), המטילים מגבלה או איסור על פעילות כלשהי, או כללים מתירים ('אור ירוק'),

- 1 יצחק זמיר, 'פיקוח ציבורי על פעילות פרטית', **משפט ועסקים** ב (תשס"ה) 67, בעמ' 70 (להלן: זמיר, 'הפיקוח הציבורי'). ראו גם אורי ארבל-גנץ, **רגולציה – הרשות המפקחת** (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2003).
- 2 בג"ץ 6218/93 ד"ר שלמה כהן נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מט(2) 529, בעמ' 552.
- 3 ראו אתר האקדמיה ללשון העברית: <http://hebrew-academy.huji.ac.il>, במדור 'מאגר המונחים' (כל אתרי האינטרנט המופיעים בספר זה אוחרו לאחרונה באוגוסט 2009).

המאפשרים פעילות רצויה או מסייעים (facilitate) לקיומה.<sup>4</sup> בתחום התקשורת נועדו כללי הרגולציה בעיקר לאפשר פעילות תקשורת ולקבוע את המסגרת לקיומה, ובה בעת למנוע פעילות לא מורשית בתחום.<sup>5</sup>

## ב. תקשורת

המונח 'תקשורת' (communications) משמש לציון של מגוון תחומים:

- **שירותי בזק** (telecommunications), הכוללים שירותי טלפוניה, שירותי תקשורת נתונים (data) דוגמת קישור לאינטרנט ושירותי תשתית ותמסורת. השירותים יכול שיסופקו באמצעים כבליים (wireline) כגון חוטי נחושת או סיבים אופטיים, או באמצעים אלחוטיים (wireless) דוגמת רשת סלולרית או לוויינית.
- **שידורים לציבור** (broadcast), הכוללים שידורי רדיו וטלוויזיה. השידורים יכול שיופצו באופן פתוח לציבור או באופן מוצפן למנויים, דוגמת שידורי טלוויזיה רב-ערוצית בכבלים או בלוויין.
- **עיתונות כתובה**, יומית או תקופתית.

חיבור זה עוסק אך ורק בתקשורת אלקטרונית, כלומר: בשירותי בזק ובשידורים לציבור, ולא בעיתונות הכתובה.

## 2. מגמות טכנולוגיות

סביבת הפעילות בענף התקשורת היא דינמית ועתירת פיתוחים טכנולוגיים, ולכן על כללי ההסדרה להיות רלוונטיים למגוון רחב של טכנולוגיות המשתנות ומתחדשות תדיר. נתייחס להלן לשלושה תהליכים מרכזיים בפן הטכנולוגי של ענף התקשורת שיש להם השפעה רבה על מערך ההסדרה בעת הנוכחית.<sup>6</sup>

4 Robert Baldwin and Martin Cave, *Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice* (Oxford University Press, 1999) 2

5 לסקירה מקיפה של מחקר אקדמי בנושאי רגולציה ראו Christine Parker and John Braithwaite, 'Regulation,' in: Peter Cane and Mark Tushnet (eds.), *The Oxford Handbook of Legal Studies* (Oxford University Press, 2003)

6 להסבר מפורט של מונחים טכנולוגיים בתחום התקשורת ראו Harry Newton, *Newton's Telecom Dictionary* (24<sup>th</sup> ed., CMP Books, 2008); וכן באתרי האינטרנט: [www.tech-faq.com](http://www.tech-faq.com); [www.whatism.com](http://www.whatism.com).

## א. דיגיטציה ופס רחב

אחד התהליכים המרכזיים שעיצבו את עולם התקשורת האלקטרונית הוא תהליך הדיגיטציה (digitization). בתהליך זה, שעיקרו התרחש בעשור האחרון של המאה העשרים כחלק ממהפכת המחשוב, עברו כל תעשיות התקשורת לקידוד ספרתי: דפוס, שידורים, לוויין, כבלים, סרטים, מוזיקה – כולם עברו 'לדבר' בשפה הדיגיטלית.<sup>7</sup> בקליפת אגוז, כך זה עובד:

Digitization turns video, audio and text into a series of 1s and 0s that travel through a pipe together and are decoded into their intended form by the boxes at the end of the system.

[דיגיטציה הופכת חוזי, שמע וטקסט לסדרה של '1' ו-'0' המועברים יחד דרך צינור ומוסבים למתכונת המבוקשת באמצעות המתקנים שבקצה המערכת].<sup>8</sup>

תהליך הדיגיטציה קיבל דחיפה משמעותית עם ההגדלה של רוחב הפס המשמש לתקשורת נתונים. 'רוחב פס' (bandwidth) משמעו כמות הנתונים שניתן להעביר בערוץ תקשורת בזמן נתון, והוא נמדד במספר הסיביות<sup>9</sup> המועברות בשנייה. למשל, כדי לצפות בסרט באינטרנט דרוש רוחב פס גדול יותר מזה הדרוש למשלוח דואר אלקטרוני.

בשנים האחרונות חל גידול דרמטי ברוחב הפס של תשתיות הולכה דוגמת רשתות של סיבים אופטיים ו-xDSL, וכיום מדברים על 'פס רחב' (broadband) או על 'אינטרנט מהיר' המאפשר צריכה של שירותים ושידורים מתקדמים בטכנולוגיית IP (Internet Protocol).

## ב. התלכדות

אחד ממונחי המפתח להבנת התהליכים שעובר ענף התקשורת בשנים האחרונות הוא 'התלכדות' (convergence). זהו המונח הפופולרי (buzzword)

7 ראו Pat H. Longstaff, *The Communications Toolkit: How to Build and Regulate Any Communications Business* (MIT Press, 2002) 6-7, 171-173

8 שם, בעמ' 172.

9 סיבית (bit; binary digit) היא יחידת המידע הבסיסית והקטנה ביותר שמחשב מעבד. יש לה ערך בינארי של 0 או 1.

בשיח המקצועי, ולא בכדי: מונח זה משקף את המציאות הטכנולוגית החדשה, שבה תשתיות חדלו להיות מזוהות עם שירותים. כך אותה תשתית הולכה יכולה לשמש לאספקת מגוון שירותים, ואותו שירות יכול להינתן באמצעות מגוון תשתיות. התופעה מתוארת כך:

[A] process by which telecommunications, information technology and the media, sectors that originally operated largely independent of one another, are growing together.

Technological convergence has both a technical and a functional side. The technical side refers to the ability of any infrastructure to transport any type of data, while functional side means the consumers may be able to integrate in a seamless way the functions of computation, entertainment, and voice in a unique device able to execute a multiplicity of tasks.

[תהליך שבו תקשורת אלקטרונית, טכנולוגיית מידע והמדיה – מגזרים שבמקורם פעלו במידה רבה באופן עצמאי – נעים עתה בכיוון משותף.

להתלכדות הטכנולוגית פן טכני ופן תפקודי. הפן הטכני מתייחס ליכולת של תשתית כלשהי להעביר נתונים מסוג כלשהו, ואילו הפן התפקודי משמעו היכולת של הצרכן לשלב, באופן 'שקוף', בין פעילויות מחשוב, בידור וקול באמצעות מכשיר אחד המסוגל לבצע ריבוי של משימות.<sup>10</sup>

דוגמאות להתלכדות אפשר לראות בכמה מישורים: בשירותים, בתשתיות ובציוד הקצה. למשל, רשת כבלים שבעבר שימשה בעיקר לשידורי טלוויזיה נושאת היום גם שירותי טלפוניה ותקשורת נתונים בפס רחב; בד בבד, שידורי טלוויזיה מופצים כיום לא רק באמצעות רשת כבלים אלא גם באמצעות רשת ניחת אחרת (xDSL, סיבים אופטיים) או רשת סלולרית.

דוגמה נוספת היא ציוד קצה דואלי המאפשר לקיים שיחות טלפון הן ברשת סלולרית והן ברשת ניחת כשיחת VoIP.<sup>11</sup> בשלב מתקדם יותר של התלכדות נייח-נייד (fixed-mobile convergence), שיחת טלפון יכולה להתחיל ברשת ניחת, כשהמתקשר נמצא בביתו, ולהימשך ברשת אלחוטית (רשת סלולרית או WiMAX<sup>12</sup>), כשהמתקשר יוצא מביתו, באופן 'שקוף' למשתמש הקצה.

מגמת ההתלכדות מקבלת ביטוי מוחשי ברשתות NGN (Next Generation Network), הצפויות להטביע חותם על ענף התקשורת בשנים הקרובות. רשת NGN היא רשת תקשורת רחבת פס (בקצבים גבוהים במיוחד), המבוססת על פרוטוקול אינטרנט (IP) ומשמשת כרשת אחודה לכלל שירותי התקשורת הניתנים באמצעותה (טלפוניה, אינטרנט, תקשורת נתונים ושידורי טלוויזיה).<sup>13</sup> למעשה, טכנולוגיית IP מאפשרת מכה משותף טכנולוגי החוצה שירותים ותשתיות, ובכך מממשת באופן מובהק את מגמת ההתלכדות.

## ג. ריבוי שירותים אלחוטיים

אחת המגמות המרכזיות המאפיינות כיום את תחום התקשורת היא ריבוי השירותים הניתנים באופן אלחוטי, כלומר ללא חיווט. שירותים אלה ניתנים באמצעות גלי רדיו הנישאים באוויר, במרחב הספקטרום האלקטרומגנטי. כך למשל מסופקים שירותי טלפוניה ניידת באמצעות תאים סלולריים; שידורי רדיו וטלוויזיה מופצים באמצעות אנטנות קרקעיות או בשידור לווייני; ואל רשת האינטרנט אפשר להתחבר באמצעות רשת גישה אלחוטית מקומית.<sup>14</sup> הספקטרום האלקטרומגנטי הוא הטווח המלא של גלי קרינה אלקטרומגנטית (שדות חשמליים ומגנטיים המתפשטים באוויר), ובהם גלי

- 11 VoIP (Voice over Internet Protocol): העברת שיחת טלפון בפרוטוקול אינטרנט, בטכנולוגיה של מיתוג מנות (packet switched), בהבדל מטלפוניה מסורתית במיתוג מעגלי (circuit switched).
- 12 WiMAX (Worldwide Interoperability for Microwave Access) היא טכנולוגיה אלחוטית רחבת פס המאפשרת, בין היתר, שירותי ניידות אישית.
- 13 ראו באתר:
- [www.itu.int/ITU-T/studygroups/com13/ngn2004/working\\_definition.html](http://www.itu.int/ITU-T/studygroups/com13/ngn2004/working_definition.html)
- 14 Wireless LAN (Local Area Network)

רדיו, גלי מיקרו, קרני אור, קרני רנטגן ועוד. החלוקה ביניהם נעשית על פי תדירות הגל (תדר, frequency) ונמדדת ביחידות של הרץ (Hz).<sup>15</sup> תחום 'תדרי הרדיו'<sup>16</sup> הוא תחום בספקטרום האלקטרומגנטי<sup>17</sup> המשמש לתקשורת ובו ניתן לשדר, להעביר ולקלוט אותות שונים (קול, נתונים, וידאו). לשם ההמחשה, בפס התדרים שבין 902.2 מגה-הרץ (מה"ץ) לבין 912.2 מה"ץ מסופקים שירותי טלפוניה ניידת של אחת מחברות הסלולר.

### 3. היבטים עיוניים ומתודולוגיים

אפשר להסתכל על מלאכת הרגולציה מנקודות מבט שונות; נקודות מבט אלה נמצאות ברקע הדיון ותורמות לאפיון הרגולציה ולהבנתה.

#### א. רגולציה ומדיניות

גישה נפוצה מבחינה באופן דיכוטומי בין תפקידו של הדרג הממשלתי – קביעת מדיניות (policy making), לבין תפקידה של רשות רגולטורית – יישום (implementing) של מדיניות הממשלה הלכה למעשה.<sup>18</sup> לגישתנו, הבחנה זו אינה משקפת נכונה את האופן שבו הרגולטור פועל במציאות, וגם לא את אופן הפעולה הרצוי.

ראשית, יישום כללים על ידי הרגולטור מחייב בהכרח הכרעות עקרוניות, שהרי החלטות במקרים קונקרטיים אינן מתקבלות בלי לראות את ההקשר ואת השלכות ה'רוחב' לגבי מקרים אחרים, קיימים ופוטנציאליים. שנית, היוזמה לגיבוש מדיניות, לחקיקה ולקביעת כללים באה על פי רוב מצד הרגולטור, גם אם המתכונת היא חקיקה ראשית של הכנסת או חקיקת משנה של השר. כלומר: גם אם מחזיקים בהבחנה בין קביעת מדיניות לבין יישומה במקרה פרטי, קביעת המדיניות תיעשה במידה ניכרת תוך מעורבות של הרגולטור המקצועי, שבידו המומחיות המקצועית בעניין נשוא ההסדרה, והוא עם היד על הדופק לגבי התפתחויות בענף.

15 להסבר והרחבה ראו: [www.physclips.unsw.edu.au/jw/EMspectrum.html](http://www.physclips.unsw.edu.au/jw/EMspectrum.html)

16 RF; Radio Frequency

17 עד תדר של 3,000 גיגה-הרץ.

18 ראו למשל: ITU and World Bank, *ICT Regulation Toolkit*, s. 6.3.1.

[www.ictregulationtoolkit.org/en](http://www.ictregulationtoolkit.org/en)

דוגמה אחת מני רבות היא מדיניות ההסדרה של שירותי VoB (Voice over Broadband).<sup>19</sup> השאלות כיצד לסווג את השירות (אם לראות בו שירות תקשורת אם לאו) ואם להחיל עליו את מסגרת הרגולציה של שירותי טלפוניה 'רגילה' מעסיקות רגולטורים ברחבי העולם.<sup>20</sup> אין ספק שמדובר בקביעת כללי מדיניות ולא ביישום, ולגישתנו קביעה זו צריכה להיעשות על ידי הרגולטור הייעודי של הענף, כבעל המומחיות בתחום. לפיכך לא יהיה נכון לקבוע באופן מקדמי כי התוויית מדיניות צריכה להיעשות על ידי ממשלה או שר וכי יישומה צריך להיעשות על ידי הרשות הרגולטורית; הרשות עצמה צריכה לעסוק הן בקביעת מדיניות והן ביישומה, בלי לגרוע מהצורך להותיר נושאי מדיניות מסוימים בידי הדרג הממשלתי.

## ב. רגולציה ומשפט

במה נבדלת הרגולציה מהדין בכלל? מה מייחד את הרגולציה על רקע משפט המדינה הכללי?

למעשה, כל ענפי המשפט (בדומה לרגולציה) באים להסדיר התנהגות או תחום פעילות, לקבוע כללים ולהטיל מגבלות על חופש הפעולה של יחידים ותאגידים. נוסף על כך הרגולציה עצמה מתפרשת על מרחב גדול של פעילות מקצועית, מסחרית ועסקית בתחומים כמו בריאות, תקשורת, תחבורה, אנרגיה, בנקאות, שוק ההון, ביטוח, תכנון ובנייה ועוד רבים אחרים. אם כן, מה מאפיין ומייחד רגולציה?

התשובה לשאלה זו אינה מובנת מאליה, בעיקר מפני שאין מתכונת אחידה ומשותפת לכללי הרגולציה בתחומים השונים, הן בהיבט התוכני והן בהיבט המבני-מוסדי. עם זאת נראה כי מאפיין מרכזי המשותף לתחומים

19 שירותי טלפוניה בטכנולוגיית VoIP (Voice over Internet Protocol), הניתנים באמצעות חיבור רחב פס לרשת האינטרנט.

20 ראו למשל ITU, *Trends in Telecommunication Reform 2006: Regulating in the Broadband World* (ITU, Geneva, 2006). גם בארץ, לאחר תקופה ארוכה של התלבטות ושימועים במשרד התקשורת, פורסם מסמך מדיניות בנושא בשם 'מדיניות ההסדרה והרישוי של אספקת שירותי טלפוניה באמצעות שירות גישה רחבת פס (VoB)', מיום 31.1.2007. המסמך פורסם באתר האינטרנט של משרד התקשורת: [www.moc.gov.il](http://www.moc.gov.il) (להלן: האתר של משרד התקשורת), במדור 'מסמכי מדיניות'.

הכפופים לרגולציה ומייחד אותם מכלל ענפי המשפט הוא הצורך בקיומו של **גורם מסדיר** שמולו מתקיימת הפעילות המוסדרת.

במשפט הפרטי – דיני חוזים, דיני נזיקין, דיני חברות וכיוצא באלה – החוק מסרטט את הכללים ונותן בידי האזרח כלים משפטיים, אולם האזרח אינו מתנהל אל מול גורם שלטוני המסדיר את הפעילות ומפקח עליה. לעומת זאת בתחומים הכפופים לכללי רגולציה יש גורם שלטוני (גוף ממשלתי או רשות ציבורית) אשר לו מעורבות פעילה ומתמשכת בתחום שבו מדובר, מעבר לעצם קביעת הכללים על ידי המחוקק או מחוקק המשנה כבכל תחום משפטי. מעורבות זו של הגורם המסדיר, וההתנהלות מולו מצד הגורמים הנוטלים חלק בתחום הפעילות (השחקנים בענף) ומצד כלל הציבור, הם שמאפיינים את היותו של תחום הפעילות האמור כפוף למסגרת של רגולציה. מכאן חשיבות הדיון בדמותו ובטיבו של הגורם המסדיר את תחום התקשורת, שהוא עיקר עניינו של חיבור זה.

## **ג. מבט משווה**

בחינתם של ההסדרים הקבועים בשיטות משפט אחרות מאפשרת זווית ראייה נוספת לבחינה של השיטה המקומית; אולם השוואות מצריכות משנה



זהירות, באשר כל פנייה אל הסדרים הנהוגים בשיטה אחרת דורשת ערנות ורגישות להבדלים בין המקום האחר לבין 'תנאי הארץ ותושביה'.

בחלק השלישי נציג בקליפת אגוז את מערך ההסדרה במשפט האיחוד האירופי<sup>21</sup> – מערך ששימש בשנים האחרונות מקור השפעה לכללי הרגולציה שגובשו בישראל.<sup>22</sup>

במסגרת זו, ואף שחיבור זה אינו כולל סקירה של הרגולטורים השונים בעולם, יובא תיאור של רשות התקשורת הבריטית (Office of Communications), שבקווי המתאר הכלליים שלה נראית מעניינת, והיא רלוונטית לישראל למטרת לימוד השוואתי. OFCOM הוקמה בשנת 2003 וכינסה בשעריה חמש רשויות רגולטוריות נפרדות שהתקיימו קודם לכן בבריטניה בתחומי הטלקומוניקציה, שידורי רדיו וטלוויזיה והסדרת ספקטרום התדרים. OFCOM נחשבת רשות מתקדמת ומעודכנת, הן בנוגע לחקיקה שעל יסודה הוקמה והן בנוגע להסדרים הרגולטוריים היוצאים מתחת ידיה.

## ד. ערכי הדמוקרטיה

בחינת הרגולציה של שירותי תקשורת עומדת בזיקה אמיצה לדיון בערכי

- 21 לספר יסוד על הרגולציה ודיני התקשורת בבריטניה ובמשפט האיחוד האירופי Ian Walden and John Angel, *Telecommunications Law and Regulation* (2<sup>nd</sup> ed., Oxford University Press, 2005). לסקירה של כללי הרגולציה בענף התקשורת בשיטות משפט שונות ראו Colin D. Long (general ed.), *Global Telecommunications Law and Practice* (Sweet & Maxwell, 2001 and updates)
- 22 בחרנו להציג כמודל להתייחסות השוואתית את הרגולציה באירופה, ולא את זו שבארצות הברית, משום שלהבנתנו הרגולציה של ענף התקשורת במדינות אירופה רלוונטית ומתאימה יותר כמודל השוואתי עבורנו מזו האמריקנית. אכן, במרוצת השנים הושפע משרד התקשורת מהכיוון האירופי יותר מהאמריקני. להערכתנו הסיבה העיקרית לכך היא שהרגולציה באירופה התפתחה במתכונת שנועדה לתת מענה להסדרת הענף גם במציאות של מדינות שבהן ממדי השטח, האוכלוסייה והכלכלה קרובים ודומים יותר לישראל. לדוגמה, ראו התבטאות ברוח זו בבג"ץ **שלמה כהן**, מפי הנשיא שמגר (**לעיל** הערה 2, בעמ' 542): 'המציאות של ארצות-הברית על רבבות עיתוניה ואלפי תחנות השידור שלה, ומיגוון האפשרויות הנפתחות בשל כך בפני כל פרט, אינה דומה לזו שקיימת במקומותינו. השאלה אם דרושה וסבירה אצלנו תורת ההגינות צריכה להיות מוכרעת על-פי התנאים החלים אצלנו'. לרגולציה הנוהגת בארצות הברית ראו, Stuart Benjamin et al., *Telecommunications Law and Policy* (2<sup>nd</sup> ed., Carolina Academic Press, 2006 and 2009 Supplement)

הדמוקרטיה בארבעה היבטים עיקריים:

ראשית, בהסדרה של תחום התקשורת באה לידי ביטוי שורה ארוכה של זכויות יסוד חוקתיות: חופש העיסוק, זכות הקניין, חופש הביטוי (ובכלל זה זכות הגישה לתקשורת), חופש המידע, הזכות לשוויון וזכויות מיעוטים ואוכלוסיות בעלות צרכים מיוחדים. הזיקה בין הסדרת ענף התקשורת לבין זכויות היסוד מתאפיינת בריבוי ההיבטים המשותפים ובאינטנסיביות שבה הם באים לידי ביטוי כמעט בכל החלטה של הרגולטור.

שנית, נושא מרכזי ומהותי במסגרת הדין בערכי הדמוקרטיה הוא הבטחת פלורליזם בדעות ובהשקפות ('שוק הרעיונות'). במסגרת זו יש להבטיח כי יישמע מגוון של קולות ודעות בכלי התקשורת וכי יתקיים מגוון של פלטפורמות ובמות ביטוי. בשל כוחם הרב של בעלי התשתיות, ובשל השפעתם על התכנים המועברים לציבור, יש חשיבות להסדרה שתבטיח את נגישותם של ספקי תכנים עצמאיים אל התשתית ותפעל למתן ייצוג וביטוי הולם לכל גוני האוכלוסייה, ובכלל זה לאוכלוסיות בעלות צרכים מיוחדים (דוגמת מיעוטים ובעלי מוגבלויות). הבטחת קיומן של במות ביטוי והבטחת הנגישות לבמות אלה הן תנאי הכרחי למימוש של ערכי הדמוקרטיה ושל זכויות היסוד של האזרח.

שלישית, התקשורת האלקטרונית מבוססת במידה רבה על שימוש במשאבים מוגבלים שהם קניין הכלל, ובשל כך היא מעוררת שאלות של צדק חלוקתי (distributive justice). השאלות בהקשר זה נוגעות בעיקר להקצאה של תדרים, המהווים משאב ציבורי מוגבל החיוני למפעילי תקשורת לצורך מתן שירותי תקשורת אלחוטיים ולשם הפצת שידורים לציבור.

רביעית, בהיבט של שיטת הממשל והמתכונת הראויה למשטר המדינה ולרשויות השלטון, שאלה מרכזית היא כיצד נכון וראוי למסד את הרגולטור של ענף התקשורת: באמצעות מיניסטרוניון ממשלתי או באמצעות רשות מקצועית עצמאית.

אם כן, אלה הם ארבעה היבטים שבהם נושא הרגולציה של שירותי תקשורת בא בשערי הדין בערכי הדמוקרטיה ועשוי לתרום לו.

## ה. רגולציה מראש ורגולציה בדיעבד

מקובל להבחין בין רגולציה אקס אנטה (*ex anté*) ורגולציה אקס פוסט (*ex post*): הראשונה מתייחסת לקביעת כללים מראש, והשנייה – להתערבות רגולטורית לאחר מעשה. על פי אותה הבחנה, רגולציה מגזרית, דוגמת הרגולציה בתחום התקשורת, מתאפיינת בהיותה אקס אנטה, ואילו הרגולציה של דיני התחרות וההגבלים העסקיים (*competition, antitrust*) מתאפיינת בהיותה אקס פוסט.

לגישתנו הבחנה זו אינה מאפיינת או משקפת את מציאות ההסדרה. התערבות רגולטורית נדרשת – ובפועל מתקיימת – הן מראש והן לאחר מעשה בשתי מערכות ההסדרה, המגזרית והכללית.

דוגמה אופיינית לכך היא הסמכות המוקנית לשר התקשורת בחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 (להלן: חוק התקשורת), להסדיר את השימוש בתשתיות תקשורת ואת הגישה של מפעיל אחד אל רשתו של אחר.<sup>23</sup> במסגרת זו רשאי השר לקבוע בתקנות או ברישיון, מראש, הוראות המחייבות בעל רשת בזק ציבורית לאפשר למפעיל אחר קישור גומלין (*interconnection*) לרשת שלו או שימוש בה (הסדרה אקס אנטה); בה בעת השר מוסמך ליתן הוראות פרטניות למפעילים במחלוקות המתעוררות ביניהם בדבר יישום החובה שנקבעה כאמור לאפשר קישור גומלין או שימוש ברשת (הסדרה אקס פוסט).

דוגמה נוספת היא סמכותו של שר התקשורת לקבוע תנאים ברישיון, מראש, לשם קידום התחרות (הסדרה אקס אנטה),<sup>24</sup> לעומת סמכותו להתערב בפעילותו של בעל רישיון במקרה שיש בה כדי לגרום פגיעה משמעותית בתחרות (הסדרה אקס פוסט).<sup>25</sup>

בדומה, תפקידו של הממונה על הגבלים עסקיים אינו מצטמצם רק להתערבות לאחר מעשה, למשל בדרך של הכרזה על מונופולין<sup>26</sup> או במתן הוראות למונופולין במקרה של ניצול מעמד לרעה;<sup>27</sup> לעתים הוא מסדיר את כללי הפעילות מראש, למשל במסגרת של אישור מיזוג.<sup>28</sup>

23 סעיף 5 לחוק התקשורת, שעניינו קישור גומלין ושימוש.

24 סעיף 4 לחוק התקשורת.

25 סעיף 11(ב) לחוק התקשורת.

26 סעיף 26א לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: חוק ההגבלים).

27 סעיף 30 לחוק ההגבלים.

28 סעיף 19 לחוק ההגבלים.

## ו. ממשלה וממשל

בחיבור זה אנו מבקשים לחדד את ההבחנה בין תפקיד או סמכות שלטוניים לבין תפקיד או סמכות ממשלתיים. *governance* אינו זהה ל- *government*; 'שלטון' או 'ממשל' הוא מונח רחב יותר מ'ממשלה', והוא כולל מערך של גופים וגורמים בהיקף פרישה רחב המהווים חלק מן המערכת השלטונית במדינה.<sup>29</sup>

מלאכת רגולציה מצריכה הפעלת סמכות שלטונית על פי דין, אך כאמור סמכות שלטונית אינה חייבת להיות ממשלתית. לגישתנו, ראוי שהגוף השלטוני המפעיל את סמכויות הרגולציה בתחום התקשורת לא יהיה משרד ממשלתי התלוי במערכת הפוליטית וכפוף למערך הממשלתי, אלא יהיה גורם שלטוני עצמאי. גוף כזה יוכל להגשים בצורה טובה ונכונה יותר את המטרות והתכליות של הסדרת ענף התקשורת, ולפיכך ההצעה המובאת בחיבור זה היא לרגולטור חוץ-ממשלתי.<sup>30</sup>

עם זאת, הואיל והגישה המקובלת במגזר הממשלתי ובמיוחד במשרד המשפטים היא שונה, המודל המוצע בחיבור זה אינו שולל את האפשרות שלפיה תוקם רשות תקשורת כחלק מהמערך הממשלתי, בדומה לרשות ההגבלים העסקיים – ובלבד שיהיו לה מאפיינים שיבטיחו עצמאות מקצועית מרבית ואי-תלות.

## ז. נקודת המבט הפנימית

החיבור עוסק הן בתיאור המצב הקיים והן בסרטוט מצב אפשרי מתוקן יותר; רגולציה כפי שהיא ורגולציה כפי שראוי שתהיה. הדברים נכתבים מתוך נקודת המבט הפנימית לרגולציה, במובן שטבע הרט – 'the internal aspect', דהיינו: הקבלה של כללי ההסדרה על ידי הציבור שעליו חלים הכללים והמשמעות המיוחסת להם על ידי ציבור זה.<sup>31</sup>

- 29 לגישה המרחיבה המקובלת במדע המדינה למונח 'governance' ראו Jon Pierre and B. Guy Peters, *Governance, Politics and the State* (St. Martin's Press, 2000)
- 30 על תאגידי ציבוריים ראו יצחק זמיר, **הסמכות המינהלית** (נבו, תשנ"ו), בעמ' 381 (להלן: זמיר).
- 31 Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford University Press, 1961) 55-56, 99

זוהי נקודת הראות של משתתף ('a participant's understanding'), כלשונו של דבורקין,<sup>32</sup> בשונה מנקודת ראותו של צופה מן הצד.

המחברים היו שותפים במשך שנים לפעילות הרגולטורית, על מגוון היבטיה, עת כיהנו כיועץ המשפטי למשרד התקשורת וכסגנית היועצת המשפטית למשרד. לכן נלוות לדיון דוגמאות רבות, מתוך כוונה לשקף את 'חיי היום-יום' של הגורם המסדיר ולהדגים את הסוגיות והדילמות הכרוכות בהפעלת סמכויות הרגולציה הלכה למעשה.

היבט נוסף של נקודת המבט הפנימית, הבא לידי ביטוי בעיקר בפרק הבא, הוא חשיבותן של ההנחיות שניתן לשאוב מן ההלכה הפסוקה בהתייחס לנושאי רגולציה שהגיעו לפתחו של בית המשפט. הטעמים לרגולציה והשיקולים שהרגולטור אמור לשקול עלו לדיון בפסקי דין רבים שבהם הובאו לביקורת שיפוטית חקיקה והחלטות של גופי הרגולציה הקיימים (שר התקשורת, מועצת הרשות השנייה, המועצה לשידורי כבלים). בדומה לגופים אלה, גם רשות התקשורת – אם וכאשר תוקם – תהיה רשות שלטונית שפעילותה מעוגנת בדיני התקשורת ובכללי המשפט המנהלי והחוקתי, כפי שגובשו בפסיקה.

מעיון בפסקי דין שניתנו במשך השנים בנושאי תקשורת,<sup>33</sup> כמו גם בכמה פסקי דין מנחים בנושאי רגולציה בכלל, ומחיבור דבר לדבר, מסתמנת תפיסה שיפוטית בדבר הטעמים והתכליות להסדרתו של ענף התקשורת. לפיכך ראינו חשיבות להביא את התשתית הרעיונית שגובשה בפסיקה כלשונה ולצטט ממנה בהרחבה. ההסתמכות על ההלכה הפסוקה באה להבהיר כי הטעמים לרגולציה, כפי שיוצגו בפרק הבא, הם מערך של עקרונות ושיקולי יסוד אשר מחייבים את הרגולטור. זהו ההקשר המשפטי שעל רקעו מתחדד הצורך בהסבת המוסד המסדיר את ענף התקשורת ממשרד ממשלתי שבראשו שר פוליטי, לרשות מקצועית ועצמאית שתוכל להגשים באופן טוב יותר את העקרונות והשיקולים המתחייבים מן הפסיקה.

32 ראו 14 Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Fontana Press, 1986). על נקודת המבט הפנימית ראו גם יזהר טל, 'הכרזת העצמאות: עיון היסטורי-פרשני', **משפט וממשל** ו (תשס"ג) 551, בעמ' 554.

33 ראשיתה של שרשרת הפסיקה בדיני התקשורת בארץ היא בפסק דין משנת 1929 – עתירה נגד הנחיה של מנהל הדואר, שלפיה טלגרמה בשפה העברית תועבר לשידור באותיות לטיניות: *H.C. No. 88/28 Dr. Moshe Lehrer v. The Postmaster-General*, Collection of Judgments of the Courts of Palestine 1919-1933, Vol. VI, p.1486 (תודה לדניאל רוזן שבשעתו הביא לידיעתנו מקרה מעניין זה).

## טעמים ותכליות לרגולציה

פרק זה בוחן את הטעמים והתכליות שבבסיס ההסדרה של ענף התקשורת בתחומי הבזק והשידורים לציבור. בפרק זה נציג תחילה את הצדקות היסוד לרגולציה, ובהמשך את טעמי הרגולציה ויעדיה – הן טעמים כלליים והן אלה הכרוכים באופיו של ענף התקשורת, תוך המחשתם באמצעות הניסיון הרגולטורי שנצבר בתחום.

נכון להבהיר שיש חפיפה רבה (אך לא מוחלטת) בין הצדקות וטעמים לרגולציה לבין תכליות ויעדים של רגולציה. הקטגוריה 'הצדקות וטעמים' מתמקדת בצורך בקיומה של רגולציה, כלומר: מדוע היא נדרשת, ואילו הקטגוריה 'תכליות ויעדים' מתמקדת במטרות שהרגולציה נועדה להשיג, כלומר: לאן היא מכוונת. בשל החפיפה הרבה בין שתי הקטגוריות פרק זה מציג אותן במשולב, ובתוך כך שוטח את עיקרי תפקידיו של הרגולטור.

### 1. הצדקות יסוד לרגולציה

#### א. האינטרס הציבורי

יסוד היסודות להסדרה הוא העיקרון שלפיו הרגולציה נועדה לשרת את האינטרס הציבורי.<sup>34</sup> כדברי השופט זמיר: 'ברור כי פיקוח שלא נועד לשרת את הציבור, אף אם הוא מתעטף במחלצות של טובת הציבור, אינו מתיישב עם עיקרי הדמוקרטיה, לא במישור העקרוני ואף לא במישור המשפטי'.<sup>35</sup> האינטרס הציבורי טומן בחובו שורה מגוונת של צרכים, אינטרסים וערכים, שאותם נבחן להלן.

דרך התייחסות נוספת אל הטעמים השונים להסדרה – שכולם, כאמור, אמורים לשקף בצורה זו או אחרת את האינטרס הציבורי – היא לראותם כשיקולים בהפעלת שיקול הדעת של הרגולטור. שיקולים שונים עולים

34 זו הגישה הרווחת, אם כי יש גישות ביקורתיות המסבירות את הרגולציה כמשרתת קבוצות אינטרס ולא בהכרח את האינטרס הציבורי. ראו בספרם של Baldwin and

Cave, **לעיל** הערה 4, בעמ' 21.

35 זמיר, 'הפיקוח הציבורי', **לעיל** הערה 1, בעמ' 75.

בהקשרים שונים, חלקם רלוונטיים להיקף רחב של נושאים וחלקם רלוונטיים למגזר צר בלבד, חלקם חיים היטב בצוותא וחלקם מושכים בכיוונים שונים ואף מנוגדים, ועל הרגולטור מוטלת מלאכת האיזון וההכרעה ביניהם. בפרק הבא נדון באופן הפעלתו של שיקול הדעת הרגולטורי.

## ב. תיקון כשלי שוק

תיקון של כשל שוק (market failure) הוא הרציונל הבסיסי והשגור להתערבות רגולטורית. בניתוח יסודות הרגולציה מונים רוברט בולדווין ומרטין קייב (Baldwin and Cave) שורה של היבטים שבהם פעילות שוק שאינה מוסדרת עלולה להניב תוצאה לא רצויה – ובשל כך נדרשת התערבות רגולטורית. למעשה, את מרבית ההצדקות לרגולציה אפשר לתרגם למושגים של תיקון כשל שוק, כלומר: צורך בהתערבות כדי להביא לתוצאה רצויה, שאפשר להניח כי לא תושג בלא ההתערבות:

Many of the rationales for regulating can be described as instances of 'market failure'. Regulation in such cases is argued to be justified because the uncontrolled market place will, for some reason, fail to produce behaviour or results in accordance with the public interest.

[אפשר לתאר רבים מן הטעמים לרגולציה כמקרים של 'כשל שוק'. לפי אותה טענה, רגולציה במקרים אלה תהיה מוצדקת כיוון שהשוק הבלתי מוסדר לא יצליח, מסיבה כלשהי, להביא להתנהגות או לתוצאות אשר תואמות את האינטרס הציבורי.]<sup>36</sup>

אפשר להבחין בין כשל שוק במובן הצר לכשל שוק במובן הרחב. כשל שוק במובן הצר נמדד בפרמטרים כלכליים גרדא; למשל: כאשר כוח השוק של מונופול מאפשר לו לפעול שלא לפי אילוצי התחרות, ולפיכך נדרשת התערבות רגולטורית.<sup>37</sup> כשל שוק במובן הרחב הוא כאשר תכלית לאו דווקא כלכלית – אך רצויה מבחינת האינטרס הציבורי – לא תושג באמצעות פעילות חופשית

36 Baldwin and Cave, **לעיל** הערה 4, בעמ' 9.

37 בנושא הפיקוח על כוח מונופוליסטי ראו Stephen Breyer, 'Typical Justifications for Regulation,' in: Robert Baldwin, Colin Scott, and Christopher Hood, *A Reader on Regulation* (Oxford University Press, 1998) 59

של השחקנים בשוק וללא התערבות רגולטורית; למשל: השגת היעד של הבטחת מתן שירותי תקשורת בסיסיים לכלל הציבור בתנאים שוויוניים (שירות אוניברסלי) עשויה להצריך חיובו של מפעיל תקשורת לתת שירות גם בתנאים שאינם רווחיים עבורו.

בית המשפט התייחס לכשל שוק במובן הרחב בבג"ץ **איגוד שמאי הביטוח**:

תחרות חופשית אינה תרופת פלא נגד ניצול כוח עודף של חברת ביטוח כלפי מבוטח. הפיקוח הממלכתי נדרש גם בשוק תחרותי כדי לקדם את תכלית החוק, לפחות במקרים בלתי נמנעים של כשל שוק. לכן יש צורך גם בתחרות חופשית וגם בפיקוח יעיל. אכן, אסור שהפיקוח ימנע תחרות חופשית, אך צריך שהוא יתווה גבולות של הגינות גם במצב של תחרות חופשית.<sup>38</sup>

דוגמה נוספת היא דברי הנשיא שמגר בבג"ץ **שלמה כהן** בנוגע לתכלית של מניעת ריכוזיות בשליטה באמצעי תקשורת, שמטרתה להבטיח את קיומו של שוק הרעיונות:

הפתרון לריכוזיות האמורה טמון בתכנון מבנה שוק השליטה בענף אמצעי התקשורת. פירושו של דבר כי מוטלות הגבלות על רמת השליטה של חברות מסוימות בסך כל אמצעי התקשורת. על-ידי פיזור השליטה מובטח הגיוון בשליטה. ההנחה היא כי הגיוון בשליטה יסייע לקיומו של 'שוק רעיונות' חופשי. דא עקא: השוק החופשי עלול להיכשל. עלול להיווצר 'כשל שוק חוקתי' שבו חוג מצומצם של בעלי שליטה מכותיבים ומעצבים את 'שוק הרעיונות'. לשם כך מבקשים להקדים רפואה למכה ולמנוע את ריכוזיות השוק. המכשירים הטכניים למניעת ריכוזיות זו עשויים להיות מגוונים – החל בהתניית רישוי אמצעי תקשורת בתנאים מסוימים וכלה בדינים ספציפיים של הגבלים עסקיים בכל הנוגע לאמצעי תקשורת.<sup>39</sup>

38 בג"ץ 7721/96 **איגוד שמאי ביטוח נ' המפקח על הביטוח**, פ"ד (נה) 3, 625, בעמ' 655.

39 בג"ץ **שלמה כהן, לעיל** הערה 2, בעמ' 540.



## ג. הסדרה ושוק חופשי

טענה נפוצה גורסת כי בתחומים של פעילות עסקית שבהם נודעת חשיבות מיוחדת ליוזמה, לתחרות ולגמישות, ראוי לסמוך בעיקר על כוחות השוק. התחרות תעשה את שלה – ואל לה לרגולציה להתערב בכללי המשחק של הכלכלה החופשית.

לא זו הגישה המסתמנת בפסיקה. בפסק דין מנחה בנושא הפעלתה של סמכות מנהלית, שניתן בסוף שנות החמישים של המאה העשרים, הביע השופט זילברג באמרת אגב הסתייגות מראיית המדינה כמדינה של כלכלה חופשית:

חיים אנו באמצע המאה ה-20. התרחקנו כבר דרך ארוכה מהמדינה ה'מנצ'סטריאנית', מדינת ה־ *Laissez faire, laissez passer* של המאה ה-19. בימינו, גם הממשל הדמוקרטי ידו בכל, והוא פורש את מצודתו על כל ענפי החיים.<sup>40</sup>

גישת *laissez-faire* נדחתה בנחרצות בבג"ץ **איגוד שמאי הביטוח**.<sup>41</sup> פסק הדין עסק בענף ביטוח הרכב, אך הרחיב את היריעה לניתוח כללי של שאלת ההתערבות הרגולטורית. לאור החשיבות העקרונית של הדברים והרלוונטיות המיוחדת שלהם לענייננו, נצטט בהרחבה מפסק דינו של השופט זמיר:

[הבעיה הנדונה] מעוררת את הבעיה הכללית של פיקוח מטעם המדינה על חברות עסקיות, בעיקר חברות גדולות שיש להן עוצמה כלכלית וחברתית רבה, המספקות לציבור שירותים ומצרכים, לא פעם שירותים ומצרכים חיוניים, כמו ביטוח, בנקאות, חשמל, דלק, תחבורה ותקשורת.

המדינה המתירנית (*laissez faire*) של המאה התשע-עשרה [...] הותירה את הזירה הכלכלית להתמודדות בין הספק לבין הצרכן וכן

40 בג"ץ 3/58 יונה ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב 1493, בעמ' 1511.

41 לעיל הערה 38. ראו גם בג"ץ 1703/92 ק.א.ל קוי אויר למטען בע"מ נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(4) 193; בג"ץ 7198/93 מיטראל נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד מח(2) 844; בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441; בג"ץ 3344/94 שחף נתיבי אויר נ' שר התחבורה, דינים עליון מב 179; ודנ"א 4465/98 טבעול נ' שן הים, פ"ד נו(1) 56.

גם להתמודדות בין המעביד לבין העובד על בסיס של חופש חוזים רחב מאוד, כמעט ללא מעורבות של המדינה. התאוריה הייתה שכוחות השוק, ובעיקר כוחות של היצע וביקוש, יספיקו כדי להסדיר כראוי את היחס בין כלל הספקים לבין כלל הצרכנים, ללא צורך במעורבות של המדינה. אך התוצאה הייתה ניצול, עוני ופיגור עמוק ורחב. המסקנה המעשית הייתה כי המדינה המתירנית והעיקרון של חופש חוזים כמעט בלתי מוגבל נכשלו. במקום המדינה המתירנית התפתחה, בעיקר באירופה, מדינת הרווחה (welfare state). מדינת הרווחה שמה לעצמה מטרה לקדם את הרווחה של כל האוכלוסיה, ובמיוחד לקדם את הרווחה של שכבות חלשות באוכלוסיה. מטרה זאת כללה אספקה של שירותים ומצרכים חיוניים בתנאים סבירים לכל האוכלוסיה. מכאן נבע הצורך בפיקוח מטעם המדינה על אספקת שירותים ומצרכים. לצורך זה נחלצה המדינה במהלך המאה העשרים לחוקק כללים ולהקים מוסדות לפיקוח על אספקת שירותים ומצרכים לציבור [...] מדינת ישראל נוסדה ופעלה כמדינת רווחה. היא חוקקה מערכת מפותחת של כללים והקימה מערכת מסועפת של מוסדות לפיקוח על אספקת שירותים ומצרכים [...] <sup>42</sup>

בשנים האחרונות הוסט הדגש מרווחה אל תחרות חופשית:

לאחרונה, כך נראה, חל שינוי בתפיסה הרווחת בישראל ובמדינות נוספות, שבמשך שנים רבות נהגו כמדינת רווחה המצדדת במעורבות נרחבת גם בתחום הכלכלי. כיום המדינה נוטה לצמצום המעורבות שלה במגמה לעודד כלכלה חופשית, המתבססת על יוזמות ותחרות. נטייה זאת באה לידי ביטוי, בין היתר, במדיניות ההפרטה, המכוונת להעברת מפעלים ושירותים מידי המדינה לידיים פרטיות. היא עשויה לבוא לידי ביטוי גם בהרפיית הפיקוח מצד המדינה על אספקת שירותים ומצרכים על-ידי גופים פרטיים. <sup>43</sup>

האומנם יש לרופף את הרגולציה במציאות של שוק חופשי?

42 לעיל הערה 38, בעמ' 630-631.

43 שם, בעמ' 632.

האם לא חל פיחות בתכלית של חוק הפיקוח נוכח הנסיגה בשנים האחרונות מן התפיסה של מדינת הרווחה אל עבר התפיסה של מדינת התחרות? אפשר לטעון כי התפיסה של פיקוח ממלכתי הדוק על חברות פרטיות המספקות שירותים ומצרכים, שאפיינה את מדינת הרווחה, אינה עולה בקנה אחד עם התפיסה העכשווית של המשק המודרני. המשק המודרני מתקדם באמצעות הפרטה, יוזמות ותחרות בדרך לשוק חופשי. בדרך לשוק חופשי, כך אפשר לטעון, ראוי גם לרופף את הפיקוח על הביטוח ולסמוך על כוחות השוק, ובמיוחד על התחרות, שיבטיחו הגנה מספקת למבוטחים.<sup>44</sup>

לשיטתנו של השופט זמיר התשובה לכך שלילית:

טענה זאת, לדעתי, מוטעית בשל שני טעמים: ראשית, אין לה תימוכין בחוק [...] שנית, הטענה שראוי לרופף את הפיקוח על הביטוח כתוצאה טבעית ורצויה של הנטייה לעודד שוק חופשי, אינה נכונה מבחינה עניינית. להפך, יש מקום לטענה שדווקא השינוי שהתרחש לאחרונה באופי המדינה, ברוח השוק החופשי, מגדיל את חשיבות הפיקוח. חופש אינו הפקרות, לכן התפרקות המדינה מן התפקיד של ספק שירותים ומצרכים צריכה להיות מלווה בפיקוח על אספקת שירותים ומצרכים על-ידי המשק הפרטי. השוק החופשי נותן הזדמנות למשק הפרטי לצבור כוח כלכלי רב. גם כוח כלכלי עלול להשחית. אסור לשכוח את הלקח המר של המדינה המתירנית, שאפשרה לכוח כלכלי לגרום, תחת הסיסמה של חופש, הרבה עושק ועוול. דווקא בתנאים של שוק חופשי נדרשת המדינה להגן על חלשים [...] <sup>45</sup>

מעורבות רגולטורית נדרשת בפרט בשלב שבו נפתח תחום לתחרות בשעה שפועל בו שחקן דומיננטי:

עוד יש לזכור כי בבסיס מדיניות של צמצום פיקוח ממשלתי בתחום מסוים עומדת השאיפה שהתחרות החופשית תעלה את רמת

44 שם, בעמ' 648-649

45 שם, בעמ' 649-650

הרווחה החברתית [...] ההנחה היא שהתוצאה המושגת במשטר של פיקוח מרכזי יעילה פחות מן התוצאה המושגת באמצעות שוק תחרותי. להנחה זו יש, כמובן, תוקף רק בתנאי שוק המאפשרים תחרות חופשית אמיתית. כאשר גם אחרי הסרת הפיקוח המרכזי נותרת שליטה של גוף פרטי בשוק, קיימת בידיו היכולת לגרוף את כל רווחי התחרות ולשפר את מצבו על חשבון המתחרים והצרכנים. תוצאה כזו מוטל על הרשות למנוע.<sup>46</sup>

בפסק דין מאוחר יותר התייחסה הנשיאה בניש לשאלה של מעורבות רגולטורית ופתיחה של תחום לתחרות כשאלה של מדיניות כלכלית-משקית, המסורה להחלטתן של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת. בעתירה שעניינה שיעור האגרה הגבוה עבור רישיון להפעלת מונית נקבע:

ניתן להשקיף על מחלוקת זו כחלק ממחלוקת רחבה יותר בין הסבורים כי כוחות השוק, ובעיקר כוחות של היצע וביקוש בתנאי יוזמה ותחרות, מספיקים על-מנת להסדיר כראוי את היחס בין ספקים לצרכנים, לבין המצדדים במעורבות של המדינה באמצעים של פיקוח ורגולציה, שמטרתם לוודא אספקה של שירותים חיוניים בתנאים סבירים לכלל האוכלוסייה כחלק מן ההגנה על טובת הציבור ועל הסדר הציבורי (השוו בג"ץ 7721/96 **איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח** [16], בעמ' 630-631). מחלוקת זו רחבה מני ים והיא בעלת השלכות רחבות היקף. דווקא משום כך ייזהר בית-המשפט מליטול לעצמו תפקיד של מעצב המדיניות הכלכלית-משקית. ההכרעה בשאלה אם טובת הציבור מחייבת המשך הסדרתו של ענף משקי, או שמא מתחייבת פתיחתו של הענף לתחרות חופשית אינה נתונה בידי בית-המשפט, כי אם בידיהן של הרשויות המופקדות על הנושא: ברמה הביצועית – משרדי הממשלה הרלוונטיים, וברמה החקיקתית – כנסת ישראל.<sup>47</sup>

46 בג"ץ 1869/95 **חברה להובלת דלק נ' שר התחבורה**, פ"ד מט(5) 559, בעמ' 571, מפני השופט טירקל.

47 בג"ץ 4769/95 **רון מנחם ואח' נ' שר התחבורה ואח'**, פ"ד נו(6) 235, בעמ' 268.

כפי שנראה להלן, יצירת התנאים לקיומה של תחרות ולהתבססותה היא תכלית מרכזית שמימושה עשוי להצדיק התערבות רגולטורית; אולם אין בכך כדי לגרוע מהצורך בהתערבות רגולטורית גם כדי להטיל פיקוח ומגבלות על מי שצלחה דרכו בשוק התחרותי וצבר כוח כלכלי בהתנהלותו אל מול מתחריו ואל מול הצרכנים.

## 2. תכליות וטעמים כלליים

### א. קידום התחרות

קידום התחרות הוא אינטרס מרכזי שהרגולציה מבקשת להגשים. זהו אינטרס הן של בעלי עסקים שרוצים לחדור לשוק והן של הצרכנים המבקשים ליהנות מפירות התחרות בשיפור של זמינות השירותים, איכותם ומחירם. חופש התחרות – כלומר: זכותו של אדם להתחרות בעוסקים אחרים באותו ענף באופן שוויוני – נכלל בגדר זכות היסוד של חופש העיסוק.<sup>48</sup> מעבר לכך, קידום התחרות בא לשרת גם מטרה נוספת: הבטחה של הקצאת משאבים יעילה והגברת היעילות הכלכלית.<sup>49</sup>

קידום התחרות נקבע בחוק התקשורת ובחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990 (להלן: חוק הרשות השנייה), כשיקול מחייב שעל הרגולטור לשקול בעת הפעלה של סמכויות רישוי.<sup>50</sup> למעשה זהו שיקול מרכזי במגוון רחב של החלטות רגולטוריות.

גם הפסיקה הכירה ביעד של קידום התחרות בענף התקשורת כהצדקה להתערבות רגולטורית. כך כאשר אסרה המועצה לשידורי כבלים על חברות הכבלים לשדר בשיטה של חבילות ערוצים (tiering) עד חלוף פרק זמן מסוים או עד שחברת הלוויין יִס<sup>51</sup> תגיע לרמת חדירה מסוימת בשוק הטלוויזיה הרב־ערוצית למנויים, קבע בית המשפט כי הגבלתן של חברות הכבלים

48 בג"ץ 4915/00 רשת חברת תקשורת והפקות נ' ממשלת ישראל, פ"ד נד(5) 451, בעמ' 463-464.

49 ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה, פ"ד נב(5) 213, בעמ' 229, מפי הנשיא ברק.

50 ראו למשל סעיף 4(ב) לחוק התקשורת (בעניין מתן רישיון לשירותי בזק); סעיף 1ח6 לחוק התקשורת (בעניין מתן רישיון לשידורי כבלים); סעיף 72(ה) לחוק הרשות השנייה (בעניין מתן זיכיון או רישיון לשידורי רדיו).

51 חברת די.בי.אס שירותי לוויין (1998) בע"מ.

לטובת חדירה של המתחרה החדש לשוק היא מטרה ראויה העומדת במבחני הסבירות והמידתיות.<sup>52</sup>

במקרה של בג"ץ רשת נדונה עתירה של זכייניות ערוץ 2 נגד תיקון חקיקה שנועד לאפשר את כניסתו של ערוץ טלוויזיה מסחרי נוסף (ערוץ 10) והעניק לו הקלות מסוימות ('הגנת ינוקא') בדרישות הרגולטוריות בנוגע להפקות מקור ולשידורי חדשות. על כך אמר בית המשפט:

כאשר בחינת תנאי השוק תלמד שמעמדו של המתחרה הפועל בענף הינו כה מבוסס עד אשר לא תתאפשר תחרות בו בתנאים שווים, יש שידרש המחוקק – או בעל הסמכות השלטונית הרלוונטית – להקנות יתרונות תחרותיים מסוימים למתחרה החדש. הקניית יתרונות לינוקא מחויבת היא לשם יצירתה של תחרות אמיתית בענף. לעתים היתרונות התחרותיים ימצאו ביטויים בהקניית יתרונות לתקופה מוגבלת למתחרה החדש ולעתים ימצאו ביטויים בהטלת מגבלות על המתחרה המבוסס שאינן מנת חלקו של המתחרה החדש.<sup>53</sup>

דוגמה נוספת לפעולה שנקט הרגולטור בשנים האחרונות לשם הרחבת התחרות היא 'ניידות מספרים'. ניידות מספרים היא האפשרות הניתנת למנוי של שירותי טלפוניה לעבור ממפעיל התקשורת המספק לו שירות אל מפעיל אחר ולשמור על מספר הטלפון שלו. באופן זה הוסר חסם מעבר משמעותי בתחום הטלפוניה.<sup>54</sup>

היבט נוסף של קידום התחרות הוא סמכות הרגולטור להתערב בנסיבות שבהן מפעיל תקשורת פועל באופן העלול לפגוע בתחרות. לשר התקשורת הוקנתה סמכות לפעול נגד פרקטיקה אנטי-תחרותית של מפעיל: לפי סעיף

52 בג"ץ 7852/98 ערוצי זהב נ' שרת התקשורת, פ"ד נג" (5) 423. פסק הדין נמנע מהתמודדות עם ההיבט הקשה יותר של העניין: ההגבלה שהוטלה על חברות הכבלים לא רק פגעה במפעיל הוותיק לטובת החדש אלא גם פגעה ישירות בלקוחות של המפעיל הוותיק על ידי הגבלת השירות שהוצע להם.

53 בג"ץ רשת, לעיל הערה 48, בעמ' 468.

54 קביעת החובה באשר לניידות המספרים עוגנה בחקיקה ראשית וכן בהוראות מנהל של הרגולטור: סעיף 5א לחוק התקשורת; 'תכנית מספור לעניין ניידות מספרים', המפורסמת באתר של משרד התקשורת; וכן ברישיונות הכלליים למתן שירותי בזק המפורסמים באתר של משרד התקשורת.

11(ב) לחוק התקשורת, אם ראה השר כי בפעולתו של מפעיל תקשורת יש כדי לגרום פגיעה משמעותית בתחרות בתחום הבזק, הוא רשאי להורות לאותו מפעיל בדבר פעולות שעליו לנקוט כדי למנוע את הפגיעה.<sup>55</sup>

מקרה מעניין בהקשר זה הוא הסכמי הנחות שכרתה חברת בזק עם לקוחות עסקיים מהגדולים במשק הישראלי ערב פתיחתו של תחום הטלפוניה הנייחת לתחרות. במסגרת הסכמים אלה העניקה בזק ללקוחותיה הנחות מפליגות בתמורה להתחייבותם להשתמש בשירותיה למשך כמה שנים. בשל אי-עמידתם של ההסכמים בהוראות הדין ובתנאי רישונה של בזק, ובשל פגיעתם בתחרות בתחום הטלפוניה הנייחת, הורה שר התקשורת לחברת בזק לבטלם. עתירה שהגישה בזק בעניין זה נדחתה; בפסק דינו שב בית המשפט והדגיש את 'מרכזיותה של התכלית שעניינה קידום התחרות החופשית במסגרת פרשנות הוראותיו של חוק התקשורת'.<sup>56</sup>

גם את נושא ביזור השליטה באמצעי התקשורת האלקטרוניים קשר בית המשפט עם קידומה של התחרות:

סוגיית ביזור השליטה באמצעי התקשורת האלקטרוניים קשורה קשר הדוק לעניין נוסף והוא קידומה של התחרות במסגרת שוק התקשורת. מובן כי קיומה של תחרות בין אפיקי התקשורת השונים תורם להתפתחותו של שיח ציבורי מגוון ופלורליסטי. התחרות אף מצמצמת את הסיכוי כי מידע בעל חשיבות ציבורית לא יפורסם בשל אינטרסים כלכליים או אחרים של מאן-דהוא.<sup>57</sup>

בהמשך לדברים אלה הבהיר בית המשפט את החשיבות הכללית של קידום התחרות:

- 55 לעניין פרשנותו של סעיף זה נדונו בבג"ץ עתירותיהן של חברת יס ושל חברת בזק כנגד הוראות שנתנו שרי התקשורת אהוד אולמרט ודליה איציק להגביל הזרמות כספים מבזק ליס בשל פגיעה בתחרות. בפסק הדין נדחו העתירות בשל חוסר ניקיון כפיים של העותרות; שאלת סמכותם של השרים להורות כאמור לא הוכרעה, אם כי בית המשפט הבהיר כי הוא נוטה לדעה כי שרי התקשורת פעלו בגדר סמכותם. ראו בג"ץ 3483/05 **די.בי.אס. שרותי לוויין נ' שרת התקשורת ואח'**, ניתן ביום 9.9.2007, מפי השופט גרוניס.
- 56 פסקה 14 לפסק הדין בבג"ץ 11421/04 **בזק נ' שר התקשורת**, ניתן ביום 27.3.2007, מפי השופט גרוניס.
- 57 בג"ץ 7200/02 **די.בי.אס שירותי לוויין נ' המועצה לשידורי כבלים**, פ"ד נט(6) 21, בעמ' 35 ר-36, מפי השופט גרוניס.

האינטרס הציבורי בקיומה של תחרות איננו מתמצה בתרומתה למימוש האפקטיבי של חופש הביטוי. התחרות החופשית חיונית היא לצמיחתו של המשק וליעילותו. יש הגורסים כי התחרות היא הערובה הטובה ביותר להשגת מוצרים ושירותים איכותיים, ואף יש בה כדי להביא לרמת מחירים נמוכה יותר. מטעמים אלה, בין היתר, הפכה דוקטרינת התחרות החופשית לנדבך חשוב בשיטת המשפט בישראל.<sup>58</sup>

גישה זו בדבר חשיבותה של התחרות היא גישה כללית כיום בדין הישראלי:

דוקטרינת חופש העיסוק – וכנגזרת ממנה: דוקטרינת התחרות החופשית – מהווה אחת מדוקטרינות-התשתית בשיטת המשפט בישראל. דוקטרינה זו של התחרות החופשית שוזרת עצמה כיסוד בשיקול דעתן של רשויות מוסמכות, ובעיקר אמורים הדברים, כמוכן, בנושאי כלכלה ומשק.<sup>59</sup>

וגם:

התחרות החופשית היא אבן יסוד בכל שיטת משטר דמוקרטי, בהיותה סממן בולט של חירות הפרט להגשמת האוטונומיה שלו. בהגשמת התחרות החופשית ובשמירה עליה יש משום ביזור מוקדי ההכרעה החברתיים ומניעת ריכוז-יתר של כוח בידי השלטון או בידי גופים מונופוליים פרטיים. היו שראו בשמירה על התחרות החופשית כמנגנון הכרעה דמוקרטי בקבלת החלטות חברתיות בתחום הכלכלי, כאשר שמירת כוחו של הצרכן להכריע בין אלטרנטיבות כלכליות מקנה לו, למעשה, כוח להשפיע ולהכריע גם בהכרעות כלכליות כלליות של החברה.<sup>60</sup>

58 ש.ם.  
 59 בג"ץ 5812/00 Samedan Mediterranean Sea נ' הממונה על ענייני הנפט, פ"ד נה(4) 312, בעמ' 347, מפי השופט חשין.  
 60 ע"א תנובה, לעיל הערה 49, בעמ' 229, מפי הנשיא ברק.



## ב. האינטרס הצרכני

תפקיד מרכזי המסור לרגולטור הוא שמירה על עניינם של צרכני השירות. האינטרס הצרכני צריך הגנה וחיזוק, בעיקר בשל פער הכוחות שבין ספק השירות לאזרח; ובלשון בית המשפט בבג"ץ **איגוד שמאי הביטוח**:

במדינה המודרנית, ואולי נכון יותר לומר בעולם המודרני, שוררים תנאים נוחים להתפתחותן של חברות גדולות המספקות שירותים ומצרכים חיוניים. החברות רוצות רווחיות, והרווחיות נובעת מן הצרכן. האינטרס של החברה והאינטרס של הצרכן מתמודדים זה כנגד זה. בהתמודדות זו קיים פער כוחות בין החברה לבין הצרכן. אם ההתמודדות נערכת בזירה של חופש החוזים, ורק החברה והצרכן נמצאים בזירה, אין לצרכן סיכוי סביר בהתמודדות. חופש החוזים, במצב כזה, הוא לעתים קרובות חופש של החברה להכתיב תנאים לצרכן. התוצאה הצפויה היא לא רק פגיעה בצרכן כפרט, אלא בסופו של חשבון גם פגיעה בציבור כולו: הציבור נאלץ לצרוך שירותים ומצרכים ברמה נמוכה יותר מן הראוי והאפשרי ובמחירים גבוהים יותר.<sup>61</sup>

צרכן של שירותי תקשורת מעוניין לקבל מגוון שירותים, במחיר נמוך, באיכות טובה ובתנאים הוגנים; כמו כן הוא מעוניין ביכולת בחירה בין חלופות. כל אחד ממרכיבים אלה עשוי להיות, בנסיבות המתאימות, נשוא להסדרה. ואכן, הרישיונות של מפעילי התקשורת כוללים הוראות שונות הנוגעות להיבטים צרכניים, כאשר רמת ההתערבות הרגולטורית והיקפה הם תלויי מדיניות.

לדוגמה, הרישיונות של מפעילי הטלפוניה כוללים הוראה שלפיה בשיחה הנענית בתא קולי, המתקשר מחויב בתשלום רק לאחר שנאמר לו שהוא עומד להתחבר לתא קולי וניתנה לו הזדמנות לנתק ללא חיוב. דוגמאות נוספות הן הוראות ברישיונות הנוגעות להסכם ההתקשרות בין המפעיל למנוי: החובה להודיע על שינוי תעריפים; הקביעה כי 'תקופת ההתחייבות' למשקי בית תוגבל בתחום הטלפוניה הסלולרית ל-18 חודשים, שבמהלכם

61 לעיל הערה 38, בעמ' 630.

יחול תעריף קבוע מראש; וכן הוראות הנוגעות לטיב השירות (quality of service; QoS) הקובעות, למשל, מספר מרבי מותר של התנתקות שיחות.<sup>62</sup> עיקרון בעל מרכזיות וחיבות מיוחדת בתחום התקשורת הוא 'השירות האוניברסלי'. לפי עיקרון זה, חובה לפרוש את רשת התקשורת בכל הארץ, לחבר אליה כל מבקש, ולספק באמצעותה שירותי תקשורת לכל דורש בתנאים שוויוניים. חובה זו הוחלה בראש ובראשונה על בזק וכן על חברות הכבלים ובמתכונת מעט שונה על המפעילים הסלולריים.<sup>63</sup> ההכרעה הרגולטורית שהתקבלה בשעתו – שלפיה יתקיימו בישראל שתי תשתיות קרקעיות לתקשורת ניחת (זו של בזק וזו של חברות הכבלים) בפרישה כלל-ארצית ותחת חובת שירות אוניברסלי – היא יוצאת דופן בהשוואה למרבית מדינות העולם. כמו כן, בשונה מההחלטה שהתקבלה בשעתו במדינות האיחוד האירופי, נקבע בישראל כי חובת השירות האוניברסלי תחול לא רק על שירותי טלפוניה ואינטרנט צרי סרט אלא גם על שירותי אינטרנט בפס רחב.

### ג. צדק חלוקתי

הרגולטור של ענף התקשורת נדרש לקבוע מדיניות ולהכריע בשאלות של חלוקת משאבים מוגבלים (בפרט משאב התדרים),<sup>64</sup> ובמסגרת זו מתעוררת השאלה אם הרגולטור מחויב לקדם מטרות של צדק חלוקתי (distributive justice) וצדק חברתי – ואם כן, באיזה אופן.<sup>65</sup> בהקשר רחב יותר, ההסדרה של תחומי פעילות שונים (דיוור, חינוך, בריאות, תקשורת וכיוצא באלה) נוגעת בשאלות של זכויות חברתיות ובראשן חלוקה של משאבים ועושר, צמצום פערים חברתיים-כלכליים וקידום שוויון מהותי בחברה.

מנקודת המבט של שיקולי צדק חברתי יש לספק לפרטים בחברה די משאבים כדי לקיים חיים אוטונומיים ומספקים, כאשר דיות המשאבים

62 הרישיונות הכלליים למתן שירותי בזק זמינים לצפייה באתר של משרד התקשורת, במדור 'רישיונות'.

63 בהקשר זה יצוין כי בהשוואה ליתר המפעילים, חובת השירות האוניברסלי שהוחלה על חברת בזק היא רחבה במיוחד ונוגעת גם לתעריפים שבהם שירותיה מוצעים.

64 ראו להלן בפרק זה, סעיף 3.ב.

65 הטרימינולוגיה של צדק חלוקתי וצדק מתקן מקורה באריסטו. ראו אריסטו, **אתיקה**, מהדורת ניקומאכוס (תרגום יוסף ליבס, שוקן, תשל"ג) ספר ה, פרק ג.

היא תלוית הקשר חברתי-תרבותי ונבחנת ביחס למשאבים העומדים לרשות פרטים אחרים בחברה.<sup>66</sup>

בית המשפט נדרש לנושא של צדק חלוקתי בהקשר של הקצאת מקרקעין על ידי מינהל מקרקעי ישראל, והדברים יפים גם לעניין הקצאת משאבים בתחום התקשורת. אלה דבריו המנחים של השופט אור:

עניינו של ערך זה [הגשמת צדק חלוקתי בהקצאת מקרקעין], בחלוקה החברתית הצודקת של משאבים, חברתיים ואחרים. החובה לשקול שיקולים של צדק חלוקתי היא חלק בלתי נפרד מסמכותה של רשות מינהלית, אשר בסמכותה להחליט על הקצאת משאבים מוגבלים [...] הערך של צדק חלוקתי הינו ערך כבד משקל, אשר כל רשות מינהלית חייבת לתת לו משקל ראוי בכל החלטה שלה בדבר חלוקה של משאבים ציבוריים.<sup>67</sup>

באשר לאופי השיקולים העשויים להיכלל בקטגוריה של צדק חלוקתי נאמר כד:

מטבע הדברים, גדר השיקולים שניתן וצריך לשקול במסגרת שיקול-העל של צדק חלוקתי אינו ניתן לתחימה מראש. נזכיר רק, כי במסגרת זו של צדק חלוקתי ייתכנו גם מקרים שבהם יהיו מעורבים שיקולים של צדק מתקן בצד צדק מחלק.<sup>68</sup>

במילים אחרות: תיתכן גישה שלפיה גם שיקולים רחבים יותר של צדק חברתי (צדק מתקן) ימצאו את מקומם במסגרת 'שיקול-העל של צדק חלוקתי'.<sup>69</sup>

66 על צדק חברתי וצדק חלוקתי ראו **צדק חלוקתי בישראל** (קובץ מאמרים בעריכת מנחם מאוטנר, הוצאת רמות, אוניברסיטת ת"א, התשס"א); יוסי דהאן, 'למי שייכת האדמה הזו – על זכויות ותפיסות צדק חלוקתי', **משפט וממשל** ח (תשס"ה) 223; John Rawls, *A Theory of Justice* (Harvard University Press, 1971)

67 בג"ץ 244/00 **עמותת שיח חדש נ' שר התשתיות הלאומיות**, פ"ד נו(6) 25, בעמ' 64-65.

68 **שם**, בעמ' 66.

69 בהקשר זה מתעוררת השאלה אם ראוי שרגולטור עצמאי, שאינו נבחר על ידי הציבור כחלק מההליך הדמוקרטי, ישקול שיקולים של צדק חלוקתי וצדק חברתי. ראו על כך **להלן** בפרק השלישי, סעיף 5.ג.

הביטוי המובהק ביותר לכך הוא חובת השירות האוניברסלי על היבטיה השונים.<sup>70</sup> לדוגמה, בנושא של קביעת תעריפים לשירותי הטלפוניה של חברת בזק נקבע במשך שנים כי מחיר הקו – כלומר: התשלום שמשלם המנוי עבור תשתית הטלפוניה (התקנה, תחזוקה, פיתוח) – יהיה נמוך מעלותו האמיתית כדי לאפשר אספקה של השירות במחיר שווה לכל נפש אף לדלי אמצעים ולאלה המתגוררים באזורים מרוחקים, גם אם בשל כך התשלום עבור השיחות מסבסד במידה מסוימת את עלות הקו. משמעות הדבר היא שלעתים נכון לנקוט מהלך רגולטורי שאינו יעיל מבחינה כלכלית גרדא (דוגמת סבסוד צולב) כדי להשיג תוצאה חברתית רצויה.

ההיבט המרכזי של שירות אוניברסלי הוא החובה לפרוש רשת תקשורת בכל הארץ ומתן שירות לכלל הציבור. זוהי סוגיה מורכבת, ובשל הנטל הכלכלי הכרוך במילוי החובה עשויה להידרש התערבות רגולטורית בקביעת גדרי החובה ובאכיפתה. לדוגמה, בעת שהיו חברות הכבלים בעלות זיכיון לשידורי טלוויזיה<sup>71</sup> נמנע משרד התקשורת במשך שנים מלאכוף עליהן את חובת הפרישה ביישובי הפריפריה – ואף באתרים במרכז הארץ – בין היתר מחמת התלבטות פרשנית בשאלת קיומה של חובת השירות האוניברסלי לפי הזיכיונות והיקפה. באוקטובר 1999 הכריע משרד התקשורת בשאלת עמדתו המשפטית ודרש מהחברות להכין תכנית מפורטת להשלמת הפרישה של רשת הכבלים ולבצעה באופן שיבטיח את היכולת לחבר לרשת כל מבקש (בכפוף לאפשרות של פטור מיוחד שבשיקול דעתה של ועדת חריגים).<sup>72</sup>

## ד. בעלי צרכים מיוחדים

הגנת הצרכן טומנת בחובה גם את הדאגה לצרכנים בעלי צרכים מיוחדים ועמידה על משמר זכויותיהם: מיעוטים, קטינים, אנשים בעלי מוגבלות

70 יצחק זמיר, 'שיקול הצדק בהחלטות מינהליות', **משפט וממשל** ז (תשס"ה), בעמ' 623.

71 בתקופה שלפני תיקון מס' 25 לחוק התקשורת (חוק הבזק דאז), שבו הוסב מעמדה של רשת הכבלים מרשת לשידורי טלוויזיה לרשת בזק ציבורית, היכולה לשאת – בכפוף לדרישות הרישוי – את מגוון שירותי הבזק והשידורים.

72 מכתב מאת היועץ המשפטי של משרד התקשורת דאז (המחבר) אל מנכ"ל חברות הכבלים, מיום 12.10.1999. דרישתו של המשרד, ואף יותר מכך אילוצי התחרות עם חברת יס, הביאו את חברות הכבלים להשלים בהדרגה את הפרישה, אם כי גם כיום רשת הכבלים אינה מגיעה אל כלל היישובים בארץ.

ושכבות מוחלשות. בפרט, הרגולציה צריכה לתת מענה מספק לקבוצות באוכלוסייה שבתנאים רגילים נמנעת מהן נגישות מלאה לשירותי תקשורת. כך למשל, חוק שידורי טלוויזיה (כתוביות ושפת סימנים), התשס"ה-2005, קובע כללים בדבר הנגשת השידורים לחירשים ולכבדי שמיעה; חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998, בפרק הנגישות שנחקק בשנת 2006, קובע כללים בדבר הנגשה של שירותי בזק לאנשים עם מוגבלויות ומסמיך את שר התקשורת להתקין תקנות ליישום החובה.

חוק סיווג, סימון ואיסור שידורים מזיקים, התשס"א-2001, הוא דוגמה להסדר רגולטורי המתייחס לקבוצת אוכלוסייה אחרת – קטינים. החוק מסדיר את סיווגם של תכנים שאינם מומלצים לצפיית קטינים ומסמיך את הרגולטור לקבוע כללים ליישום החובה.

נוסף על אלה יש הסדרים רגולטוריים שנועדו לאפשר למגזרי אוכלוסייה שונים ביטוי הולם בכלי התקשורת האלקטרונית. כך למשל, בהתייחס להסדר המיוחד הקבוע בחוק התקשורת באשר לערוצים ייעודיים בטלוויזיה הרב-ערוצית,<sup>73</sup> הבהיר בית המשפט:

הערוצים הייעודיים נועדו לתת את המענה למגזרים ולנושאים אשר אינם זוכים דרך כלל לייצוג הולם באמצעי התקשורת [...] הערוץ הרוסי הוקם על-מנת לתת מענה ראוי למיעוט שידורי הטלוויזיה המכוונים לעולים דוברי רוסית [...] ערוץ המוסיקה נוסד מתוך מטרה להתמודד עם דחיקתה של המוסיקה הישראלית, אשר אירעה בין היתר כתוצאה משידור ערוצי המוסיקה הזרים בטלוויזיה הרב ערוצית.<sup>74</sup>

מתוך גישה דומה, על רקע בעיית הרדיו הפיראטי, יזמו בשעתו משרדי התקשורת והמשפטים הצעת חוק<sup>75</sup> שתאפשר הקמה של תחנות רדיו ייעודיות כלל-ארציות בעלות מאפיינים ייחודיים (דוגמת שפה ומורשת) או כאלה המיועדות למגזר מסוים. התפיסה שעמדה ביסודה של הצעת החוק היא שבשידורי הרדיו הקיימים לא ניתן ביטוי מספק לקולות ולצרכים

73 סעיף 1ד6 לחוק התקשורת.

74 בג"ץ די.בי.אס, לעיל הערה 55, בעמ' 25.

75 הצעת חוק הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו (תיקון מס' 20) (שידורי רדיו ארציים ייעודיים), התשס"ד-2004, ה"ח התשס"ד 333.

של ציבורים מסוימים, בעיקר הציבור החרדי. הצעת החוק עברה בקריאה ראשונה במליאת הכנסת בשנת 2004 אולם לא קודמה מאז ולמעשה נזנחה כליל.<sup>76</sup>

הטיפול בצרכים המיוחדים של קבוצות שונות באוכלוסייה איננו רק עניין לחקיקה, וראוי כי יהיה לנגד עיניו של הרגולטור וישמש עיקרון מנחה בהקשרים השונים של קבלת החלטות.

## ה. עקרונות יסוד של השיטה זכויות אדם

בכל פעילות שלטונית טבועה גם התכלית הכללית בדבר הגשמה של עקרונות יסוד של שיטת המשפט, ובכלל זה שמירה על זכויות האדם:

עקרונות אלה, אין צורך לשוב ולחזור עליהם בכל מקרה ומקרה. הם מהווים את ה'מטרייה הנורמטיבית' הפרושה על כל הטקסטים המשפטיים כולם. הם משותפים לכל הטקסטים כולם. נקודת המוצא הינה שכל נורמה משפטית בשיטה מבקשת להגשים עקרונות אלה ושואפת להימנע מלפגוע בהם.<sup>77</sup>

ההנחה היא שבכל מישורי הפעולה של רשויות השלטון (המחוקקת, המבצעת והשופטת), ובכלל זה פעילותה של רשות רגולטורית, יש לראות את עקרונות היסוד כחלק מהתכליות המנחות את הרשות בהחלטותיה. בפרק הראשון התייחסנו לזיקה המתקיימת בין הרגולציה של שירותי תקשורת למסגרת הדיון בערכי הדמוקרטיה, והדברים מוצאים ביטויים גם במישור של תכליות הרגולציה. תחום התקשורת נוגע בקשת רחבה של זכויות יסוד חוקתיות, ובהן חופש העיסוק, זכות הקניין, חופש הביטוי והמידע והזכות לשוויון. הרגולטור של ענף התקשורת צריך לפנות אל עקרונות היסוד של השיטה כעקרונות מנחים בקבלת החלטות ולפעול להגשמתן של זכויות היסוד האמורות.

76 תחת זאת בשנת 2008 ניתן זיכיון לשידורי רדיו ספרדי תורני במסגרת של רדיו אזורי לפי חוק הרשות השנייה. כמו כן, חוק הרשות השנייה תוקן בשנת 2005 (תיקון מס' 24) באופן שיאפשר הרחבה של היצע תחנות הרדיו בשידור ארצי דיגיטלי.

77 אהרן ברק, **פרשנות תכליתית במשפט** (נבו, תשס"ג) 211 (ההפניות המופיעות בציטוט הושמטו).

### 3. טעמים הכרוכים באופי הענף

#### א. היבטים טכנולוגיים

כללי משפט ורגולציה חייבים להיות מעוגנים היטב במטריה העובדתית שהם באים להסדיר. כך בדרך כלל, וכך במיוחד כשמדובר בתחום שהוא טכנולוגי במהותו. הצורך להתאים את הרגולציה למציאות הטכנולוגית המשתנה והרצון לעודד את התפתחותן והתבססותן של טכנולוגיות חדשות – כל אלה נכללים במטרות הרגולציה ואמורים להנחות את הרגולטור.

אחד התחומים שבו המרכיב הטכנולוגי בא לידי ביטוי באופן מובהק ברגולציה הוא הסדרת הספקטרום האלקטרומגנטי. לדוגמה, עם התפתחותן של טכנולוגיות חדשות לתקשורת אלחוטית – תקשורת סולרית, Bluetooth, WiFi, DECT, WiMAX – היה צורך לערוך שינויים והתאמות בהקצאות התדרים ולעתים אף לפנות תחומי תדר משימושים קיימים. בחלק מהמקרים, כדי לאפשר שימוש בטכנולוגיות חדשות על ידי הציבור הרחב, נקבע פטור מרישוי לפי פקודת הטלגרף האלחוטי [נוסח חדש], התשל"ב-1972 (להלן: פקודת הטלגרף האלחוטי).<sup>78</sup>

בית המשפט התייחס לכך בפסק הדין בעניין **אורון**:

בתמצית, תכליתה העיקרית של פקודת הטלגרף היא להקצות תדרים לשימושים בהתאם להועדתם ולהסדיר את התנועה בספקטרום האלקטרו-מגנטי במטרה להבטיח את השימוש המיטבי במשאב הציבורי. סמכות זו היא סמכות טכנית-מקצועית באופייה ואין היא עוסקת בתוכן שידורי הרדיו. התכלית של הסדרת התנועה בספקטרום מושגת באמצעות כמה אמצעים: הועדת תחומי התדרים לשימושים שונים, מתן תדר או תחום תדרים לכל משתמש שרק בהם מותר לו להשתמש, וכן באמצעות מתן רישוי למכשירים עצמם ומניעת שימוש במכשירים לא תקינים שבעת השידור עלולים להפריע לשימוש בתדרים אחרים.<sup>79</sup>

כאמור, הרגולציה של ענף התקשורת מעוניינת לקדם חדשנות טכנולוגית. כך למשל נקבעה בחקיקת התקשורת מסגרת רישוי מיוחדת ומקלה לעריכת

78 צו הטלגרף האלחוטי (אי תחולת הפקודה) (מס' 2), התשמ"ב-1982.

79 בג"ץ 1030/99 ח"כ חיים אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 640, בעמ' 656.

ניסויים טכנולוגיים שנועדו לבחון ישימות טכנית של מערכת תקשורת טרם מתן השירות המסחרי.<sup>80</sup>

על פי רוב רצוי שהרגולציה בתחום התקשורת תשאף לניטרליות טכנולוגית, קרי: תתמקד בשירות ולא בטכנולוגיה או בתשתית שבאמצעותן הוא מסופק. באופן זה ייקבעו כללי הסדרה שוויוניים, שקופים ועקביים, שיהיו מותאמים לסביבה טכנולוגית משתנה ודינמית. עם זאת, ייתכנו מקרים מיוחדים המצדיקים הסדרה תלוית טכנולוגיה (למשל: קביעת פטור מחובת רישוי לשימוש בתדרים בנוגע לטכנולוגיות מסוימות ולא אחרות, דוגמת DECT, WiFi, Bluetooth).

במאמר מוסגר נציין כי להיבט הטכנולוגי יש השפעה חשובה על גישתו של הרגולטור לנושא של פרשנות חקיקה. כידוע, עקרונות הפרשנות מלמדים כי משמעותו של טקסט משפטי היא תמיד תלוית הקשר ומגיבה להקשר – והרי ההקשר מטבעו נמצא בשינוי מתמיד.<sup>81</sup> היבט זה של פרשנות חקיקה בולט במיוחד בתחום התקשורת, הטומן בחובו התקדמות מתמדת של פיתוחים טכנולוגיים.

## ב. ניהול משאב ציבורי

אחד מתפקידיו החשובים של הרגולטור בענף התקשורת הוא הטיפול במשאבי ציבור. הרגולטור מופקד על הקצאה ראויה של משאבים מוגבלים (שאף עשויים להיות במחסור), ועליו להבטיח שהמשאבים יהיו נגישים לכלל הגורמים הזקוקים להם על בסיס יעיל, הוגן ושוויוני.

המשאב העיקרי שבו מדובר הוא משאב התדרים. כך הוסבר העניין בפסק הדין **אורון**:

[...] התדרים בספקטרום האלקטרו־מגנטי, שהוא המדיום שדרכו מגיעים השידורים מהמשדר אל ציבור המאזינים, הם רכוש הציבור. מכיוון שתדרים הם משאב ציבורי מוגבל, נדרשת הוועדה

80 'רשיון לניסוי' כהגדרתו בתקנות התקשורת (בזק ושידורים) (פרטי בקשה לרשיון מיוחד), התשס"ד-2004, או 'רשיון למטרה חריגה' כמשמעותו בתקנות הטלגרף האלחוטי (תעודות, רשיונות ואגרות), התשמ"ז-1987.

81 בלשונו היפה של פרופ' יוליוס סטון: 'Context changes with time, and with all that time changes' [ההקשר משתנה עם הזמן ועם כל מה שהזמן משנה]. ראו Julius Stone, *Legal Systems and Lawyers' Reasoning* (Stevens & Sons, 1964) 31



של התדרים והקצאתם. הוועדה היא קביעת תחום מסוים של תדרים לשימוש מסוים. הקצאה היא מתן אישור למשתמש מסוים. ועדת התדרים הבינלאומית אחראית על תיאום בינלאומי בתחום התקשורת האלקטרונית, בין היתר באמצעות הוועדת תחומי תדרים לשימושים שונים. החלוקה הפנים-מדינתית היא באחריות המדינות עצמן. בתוך המדינה מתבצע תהליך כפול: תחילה, הוועדה פנימית של תדרים למטרת שימושים שונים בהם, ולאחר מכן הקצאה של התדרים למשתמשים השונים. אל השימוש בתדר מתלווים תנאים שתכליתם מיצוי השימוש שנקבע ומניעת הפרעות, כגון קביעת מיקום המשדר, עוצמת השידור וכיוצא באלה. מכיוון שמדובר במשאב מוגבל, נדרשת קביעה כפולה של סדרי עדיפויות הן בשלב של הוועדת התדרים לשימושים השונים והן בשלב הקצאת התדרים כפי שהועדו למשתמשים השונים.<sup>82</sup>

ובהמשך:

ספקטרום התדרים לשידור ערוצי רדיו מסחריים-ארציים הוא משאב מוגבל השייך לציבור בכללותו. תפקיד השלטון הוא לשמש נאמן הציבור לצורך שמירה על משאב זה ולניצולו לתועלת הציבור. במסגרת זאת אחראי הוא גם על הקצאתו באופן יעיל והוגן בין אלה המבקשים לנצל.<sup>83</sup>

בפרשה אחרת הבהיר בית המשפט את הדברים כך:

ערוצי השידור של אמצעי התקשורת האלקטרוניים הינם משאב מוגבל, ועל-כן נדרש המחוקק להסדיר את השימוש בהם ולא

82 **לעיל** הערה 79, בעמ' 652. בהקשר זה יצוין שיש כיום בעולם גישות שונות להסדרת השימוש במשאב התדרים המתרחקות מהתפיסה המסורתית בדבר הקצאה וניהול ריכוזיים של המשאב. גישה אחת מתייחסת לתדרים במושגים של כלכלת שוק (market oriented) וזכויות קניין, וגישה אחרת מתייחסת לתדרים כאל משאב משותף (common good). לעניין זה ראו פרסומים של רשות ההסדרה הבריטית OFCOM: [www.ofcom.org.uk/radiocomms/sfr](http://www.ofcom.org.uk/radiocomms/sfr); [www.ofcom.org.uk/consult/condocs/sfr/sfr2](http://www.ofcom.org.uk/consult/condocs/sfr/sfr2); ראו גם Yochai Benkler, 'Some Economics of Wireless Communications,' *Harvard Journal of Law & Technology* (2002) 25 שם, בעמ' 662.

להותירו פרוץ לכוחות השוק. הסדרה זו נועדה להגשים תכליות שונות, ובהן קידום חופש הביטוי וחופש המידע, הבטחת רמת השידורים ואיכותם, מתן ביטוי הולם לאוכלוסיות שונות בחברה, הגנה על אוכלוסיות רגישות וכן הגנה על המשטר הדמוקרטי וצרכיו. לצורך הגשמת תכליות אלה אסר המחוקק על העברת שידורי טלוויזיה בלא רשיון כדין.<sup>84</sup>

משאב מוגבל נוסף שבו מטפל הרגולטור הוא תחום המספור. טווחי המספרים המשמשים לקשר טלפוני, ובפרט קידומות החיוג השונות, הם משאב הדורש ניהול מושכל, תכנון לטווח ארוך וחלוקה הוגנת בין מפעילים קיימים ועתידיים. כך למשל נעשו במשך השנים שינויים בתבנית מספרי הטלפון לשם הרחבת מצאי המספרים, וכיום מוקצות למספר הטלפון שבע ספרות (לא כולל אזור החיוג או קידומת החיוג) ולא חמש או שש ספרות כבעבר. סמכויותיו של משרד התקשורת לעניין זה מוסדרות בסעיף 5א לחוק התקשורת, ומכוחו נקבעה תכנית המספור על עדכונה מעת לעת.<sup>85</sup>

### ג. פלורליזם וחופש הביטוי והמידע

עקרון היסוד של חופש הביטוי טומן בחובו שורה של זכויות, ובהן הזכות לקבל מידע, הזכות להגיב למידע וזכות הגישה אל אמצעי התקשורת: 'הבירור והליבון הציבוריים הינם לב לבו של חופש הביטוי'.<sup>86</sup> הצורך בקיומה של רגולציה בתחום השידורים לציבור מעוגן ביסודות המשטר הדמוקרטי:

לאמצעי התקשורת חשיבות מכרעת בהליך הדמוקרטי ובמימושו של חופש הביטוי. [...] חשיבותה של התקשורת המשודרת ומרכזיותה

84 בג"ץ 6962/03 מדיה מוסט נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נט(3) 14, בעמ' 25, מפי השופטת חיות.

85 'תכנית מספור לשידורי טלפוניה, שירותים נלווים ושירותי ערך מוסף בישראל' מפורסמת באתר של משרד התקשורת, במדור 'ניידות מספרים ותוכניות מספור'.

86 בג"ץ שלמה כהן, לעיל הערה 2, בעמ' 539, מפי הנשיא שמגר. ראו גם בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה נ' לוי גרי, פ"ד טז 2407; בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249. ראו גם אורן טוקטלי, מדיניות תקשורת בישראל (האוניברסיטה הפתוחה, 2000).

במרקם החיים הדמוקרטיים הינן חלק מהשיקולים המצדיקים קיומו של פיקוח רגולטורי על אמצעי השידור.<sup>87</sup>

כך הבהיר את הדברים הנשיא שמגר בבג"ץ **שלמה כהן**, תוך שהוא קשר בין זכות הגישה לאמצעי התקשורת לבין חשיבותו של פלורליזם רעיוני:

זכות הגישה (right of access) לאמצעי התקשורת מטרתה להגשים את חופש הביטוי במובן הציבורי ובמובן הפרטי. במובן הציבורי – עקרון חופש הביטוי מצדד ב'שוק הרעיונות' (marketplace of ideas). אם בעלי השליטה באמצעי התקשורת יסרבו לשקף רעיונות מסוימים, עלולה תמונת הרעיונות להתעוות. 'שוק הרעיונות' עלול להפוך ל'שוק הרעיון' הבלעדי. והרי אין צורך להרחיק לכת בהיסטוריה המודרנית כדי למצוא את תופעת הרעיון האחד והיחיד. אין לך דבר רחוק יותר מדמוקרטיה מאשר אחידות רעיונית טוטאלית ('קולקטיביזם רעיוני'). האינטרס הפרטי מתבטא בהבטחת אפשרות ביטוי אישי לכל אדם נפגע. ההיבט הציבורי הוא אשר מניע, מעבר לכך, את זכות הגישה אל אמצעי התקשורת. הוא הצידוק הרעיוני להכרה בזכות זו. דברים אלו אינם חדשים עמנו. 'זכותו של הכלל היא, כי תישמר חירות הביטוי בכלי התקשורת – הרדיו והטלוויזיה – וכי כלים אלו יופעלו בדרך ובאופן שיש בהם כדי לקיים חירות זו הלכה למעשה' (דבריי בבג"צ 1/81 **שירן ואח' נ' רשות השידור ואח' [...]**). ההצדקה לכך הינה כי 'גלי האתר הם רכושו של הציבור ולא רכושו של פרט זה או אחר' (**שם**). הצדקה זו פועלת לטעמי לגבי כל אמצעי תקשורת ציבורי: רדיו, טלוויזיה, עיתונות או כל אמצעי אחר.<sup>88</sup>

העיקרון הבסיסי של מתן ביטוי למגוון דעות והשקפות בשידורי הטלוויזיה והרדיו קיבל עיגון מפורש בחקיקת התקשורת כחובה המוטלת הן על רשות השידור והרשות השנייה והן על זכייני הרשות השנייה.<sup>89</sup>

- 87 סעיף 88 בעע"ם 10845/06 **שידורי קשת בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו**, ניתן ביום 11.11.2008, מפי השופט דנציגר.
- 88 בג"ץ **שלמה כהן, לעיל** הערה 2, בעמ' 540.
- 89 סעיף 4 לחוק רשות השידור, התשכ"ה-1965, וסעיפים 5(ב) ו-47(א) לחוק הרשות השנייה (בהתאמה).

בהקשר של מתן הזכות לשדר ולעשות לשם כך שימוש בתדירים קבע בית המשפט:

לא ניתן להפריז בחשיבותה של החלטה להעניק זיכיון לשדר שידורי רדיו לציבור. זיכיון לשדר שידורים לציבור מעניק לבעליו כלי רב-עוצמה. הוא מאפשר לבעל הזיכיון נגישות לקהלים רחבים אשר ספק אם היה מגיע אליהם אלמלא מכשיר זה. הדבר פותח בפניו פתח להפיץ את מסריו ובכך מאפשר לו לנסות ולהשפיע על הציבור הרחב. באופן כללי, התערבות רגולטורית נדרשת על-מנת להבטיח כי האינטרס הציבורי יקודם באמצעות הקצאת התדירים למשתמשים השונים, וכן שהשימוש בהם ייעשה למען הגשמת המטרות שלשמן הוקצו. במסגרת זו היות הספקטרום האלקטרו-מגנטי משאב ציבורי מוגבל יוצר צורך לדאוג לכך כי מרב הדעות וההשקפות יבוטאו באמצעותו וכן שיימנע מונופול בשוק הדעות כתוצאה משליטה הומוגנית בכלי התקשורת. רואים אנו, כי תפקידו של הרגולטור בהקשר זה אינו טכני בלבד אלא מוטל עליו גם לדאוג למימוש עקרונות מהותיים.<sup>90</sup>

בהקשר להסדרת שידורי הטלוויזיה אמר בית המשפט:

לאור חשיבותם החברתית הרבה של אמצעי התקשורת האלקטרוניים ועל רקע מאפייניהם הייחודיים, מקובל לחשוב שנדרשת רגולציה בתחום זה. מטרתו של הפיקוח השלטוני הינה להבטיח כי מירב הדעות וההשקפות יבואו לידי ביטוי במסגרת אמצעי התקשורת ובכך להגן על 'שוק הרעיונות'.<sup>91</sup>

הדאגה לפלורליזם בשוק הרעיונות מוליכה לאינטרס ציבורי נוסף – ביזור השליטה בכלי התקשורת ומניעת ריכוזיות:

לצורך הבטחת הפלורליזם התקשורתי יש חשיבות רבה לביזור השליטה באמצעי התקשורת האלקטרוניים. שליטה הומוגנית בשוק

90 בג"ץ אורון, לעיל הערה 79, בעמ' 563.

91 בג"ץ די.בי.אס, לעיל הערה 55, בעמ' 35, מפי השופט גרוניס.

התקשורת עלולה להביא לדחיקתם של ביטויים ושל רעיונות שונים  
מן השיח הציבורי ובכך לפגוע באפשרות מימושו של חופש הביטוי.  
על הרגולטור לפעול אפוא למניעת ריכוז השליטה בשוק האמור,  
בין היתר באמצעות הגבלת שיעורי האחזקות באמצעי התקשורת.<sup>92</sup>

באשר לזכות הגישה החופשית למידע נתן בית המשפט אינדיקציה ברורה  
בדבר החשיבות שיש לייחס לזכות זו, אף כשהיא נבחנת אל מול הצורך להגן  
על חיי אדם. בעת ההיערכות למתקפה האמריקנית על עיראק בשנת 2003  
ניתנה הוראה רגולטורית שלפיה במקרה של ירי טילים יופקעו השידורים  
בכל ערוצי הטלוויזיה בכבלים ובלוויין לטובת הודעות והסברים של דובר  
צה"ל. בעתירה שהוגשה נגד מניעת הצפייה בערוצי חדשות זרים, ראה בית  
המשפט את הפריצה הגורפת אל כלל ערוצי השידור כפגיעה בחופש הביטוי,  
בחופש המידע ובזכות לאוטונומיה. אמנם רשויות הצבא הציגו את הפגיעה  
כנדרשת להגנה על חיי אדם, אולם הפגיעה נמצאה בלתי מידתית ונפסלה.<sup>93</sup>  
לבסוף נציין שלזכות הציבור לדעת יש גם ממד טכני. בהחלטה שניתנה  
בעתירה שהגישו תושבי גבעת זאב, שבה הלינו על קשיי הקליטה של שידורי  
הערוץ הראשון בטלוויזיה באיכות סבירה, קבע בית המשפט כי חובתו של  
שר התקשורת, כשר האחראי על רשות השידור (דאז), לאפשר ולהבטיח  
קליטת שידורים באיכות סבירה בכל אתר, וכי החובה לאפשר את קליטתם  
של שידורי הטלוויזיה נובעת מעקרון היסוד של חופש הביטוי וזכות הציבור  
לדעת.<sup>94</sup>

## ד. היבטים של תוכן בשידורים

אחת התכליות של הרגולציה בתחום השידורים לציבור היא שמירה על  
'רמת השידורים ואיכותם'.<sup>95</sup> כך למשל, הרשות השנייה בוחנת את לוחות  
המְשדרים של הערוצים 2 ו-10 במטרה להבטיח כי יסופקו לציבור שידורים  
מגוונים, וכי השידורים לא יכללו תכנים אסורים או פוגעניים.

92 שם, שם.

93 בג"ץ 2753/03 קירש נ' ראש המטה הכללי, פ"ד נז(6) 359.

94 בג"ץ 3472/92 ברנד נ' שר התקשורת, פ"ד מז(3) 143.

95 בג"ץ מדיה מוסט, לעיל הערה 84, בעמ' 25, מפי השופטת חיות. תכלית זו מקושרת  
בפסק הדין לכך שאמצעי התקשורת הם משאב מוגבל.

נוסף על כך מופקדים הרגולטורים של תחום השידורים – הרשות השנייה והמועצה לשידורי כבלים – על קביעה של כללי אתיקה הנוגעים לאיזון ולדיוק בשידורים, לשמירה על זכות התגובה, לשמירה על פרטיות וכיוצא באלה.

יעד נוסף של הרגולציה בתחום השידורים הוא עידוד היצירה הישראלית,<sup>96</sup> מתוך ראיית הערך התרבותי-חברתי והערך הלאומי שבדבר. לשם כך, וכדי שגופי השידור לא יסתפקו בשידור של תכניות שנרכשו מחו"ל, נקבעו בחקיקת התקשורת מכסות מינימום לשידור תכניות מהפקה מקומית (חלקן, על פי הדרישה, הפקות קנויות מגופים חיצוניים); כן נקבעו שיעורי השקעה בהפקות מסוגה (ז'אנר) עילית שנועדו להבטיח איכות גבוהה של המשדרים. כמו כן, המדינה מעניקה, במסגרות שונות, תמיכה כספית לעידוד היצירה הישראלית.<sup>97</sup>

## ה. צורכי ביטחון

אחד התחומים שהרגולטור צריך להביא בחשבון באופן שוטף, ולתת מענה לצרכים שמתעוררים במסגרתו, הוא תחום הביטחון הלאומי.

היבטי הביטחון הקשורים לענף התקשורת הם רבים ומגוונים, ובהם שירותי תקשורת שניתנים לכוחות הביטחון; הקצאת תדרים לשימוש כוחות הביטחון; בקרה ומעקב על משתמשים ברשתות תקשורת לשם סיכול פעילות חבלנית עוינת או פעילות עבריינית, ובכלל כך קבלה של נתוני תקשורת על אודות משתמשים שונים; העברת הודעות בשעת חירום בכלי התקשורת ועוד.<sup>98</sup>

הקשר ההדוק בין תחום התקשורת לתחום הביטחון מקבל ביטוי, למשל, בהחלטות הנוגעות לרכישת החזקות במפעילי תקשורת בעלי תשתית כלל-ארצית. על פי כללי ההסדרה,<sup>99</sup> העברת אמצעי שליטה במפעילי תקשורת (בשיעור שנקבע) מחייבת אישור של שר התקשורת. אישור זה ניתן במקרים

96 סעיף 6 לחוק התקשורת וסעיף 5 לחוק הרשות השנייה.

97 לדוגמה, תמיכות בקולנוע לפי חוק הקולנוע, התשנ"ט-1999, ומתן תמיכות מתוך תקציב משרד התקשורת המיועד לשידורים קהילתיים.

98 על היבטי ביטחון ושעת חירום ראו בהרחבה **להלן** בחלק השני.

99 ראו למשל צו התקשורת (בזק ושידורים) (קביעת שירות חיוני שנותנת בזק, החברה הישראלית לתקשורת בע"מ), התשנ"ז-1997, והוראות הרישיונות שניתנו מכוח חוק התקשורת.

מתאימים בהתייעצות עם גורמי הביטחון, הבוחנים את זהות הרוכש ובין היתר את קשריו ועסקיו במדינות עוינות; היו בעבר בקשות שלא אושרו מטעם זה.

דוגמה מעניינת למתח שבין צורכי התקשורת האזרחית לבין צורכי הביטחון היא פרשת 'ורד הרים'. ורד הרים היא מערכת תקשורת צבאית שנועדה לספק שירות סלולרי מוצפן לכוחות הביטחון. מדובר במערכת מבצעית המשמשת את הצבא במשימות ביטחון בעת רגיעה ובעת חירום, והיא תוכננה לפעול בתחום תדרים המיועד לתקשורת סלולרית אזרחית. אחת מחברות הסלולר טענה כי לא היה מקום להקצות תדרים למערכת הצבאית באחד מתחומי התדר המבוקשים ביותר לתקשורת האזרחית – תחום שלא נותרה בו עוד קיבולת פנויה; למצער, טענה החברה, יש לצמצם את היקף התדרים שנמסרו לשימוש הצבא. פרשה זו הגיעה לבית המשפט העליון תחת צו איסור פרסום. בסופו של יום נמחקה העתירה,<sup>100</sup> אולם הייתה זו הפעם הראשונה שבה ניסה מפעיל תקשורת לתקוף בבג"ץ את שיקול הדעת של הרגולטור בהחלטה על הקצאת תדרים.

## 1. בטיחות

השמירה על בטיחות הצרכנים בהקשר של שימוש בציוד תקשורת גם היא אינטרס ציבורי שהרגולטור מופקד על הגנתו.

לדוגמה, אחד מתפקידי של משרד התקשורת הוא מתן 'אישור סוג' (type approval) לציוד קצה שמתחבר לרשת תקשורת. לשם קבלה של אישור סוג, על המשרד לוודא כי מכשיר הטלפון (נייד או נייד) מקיים רמת בטיחות שתמנע פגיעה או נזק למשתמש או לרשת.<sup>101</sup>

דוגמה נוספת היא הסוגיה של קרינה בלתי מייננת מאנטנות המותקנות בתחנות בסיס של מפעילים סלולריים וממכשירים סלולריים. במסגרת הרישיון הכללי של המפעילים הסלולריים מפנה משרד התקשורת אל החובה לקבל כל אישור שנדרש מהרשות המוסמכת לטפל בנושאי קרינה – היא המשרד לאיכות הסביבה – אך אינו מציב דרישות משלו בנושאי קרינה. לאור חשיבות העניין והרגישות הציבורית לגביו, לדעתנו יש מקום למעורבות

100 בג"ץ 11751/05 פלונית נ' פלוני, החלטה מיום 10.3.2008.  
101 סעיף 4א(ג) לחוק התקשורת. בתיקון מס' 36 לחוק נקבע כי משרד התקשורת רשאי להסמיך מעבדה חיצונית לבצע את הבדיקות וליתן אישור סוג. ראו סעיף 4א(א) עד (4א) לחוק התקשורת.

רבה יותר של הרגולטור בנושא זה, בעיקר בנוגע לפיקוח על עמידה של המפעילים הסלולריים בדרישות הבטיחות, ובמקרים מתאימים – בהפעלה של אמצעי אכיפה על פי הרישיון.

## ז. הסדרה בין-לאומית

תחום התקשורת מטבעו חוצה גבולות ולכן מחייב תיאום והסדרה במישור הבין-לאומי. אחד מיעדי הרגולטור הוא לגבש את כללי ההסדרה המקומיים בהתאמה לכללי הסדרה בין-לאומיים מחייבים ולהשפיע במידת האפשר על עיצובם של כללי הסדרה בין-לאומיים שייטיבו עם ענף התקשורת בישראל. ישראל חברה באיגוד הבזק הבין-לאומי (ITU; International Tele-communication Union), שהוא סוכנות האו"ם המופקדת על תחום התקשורת. אמנות היסוד של ITU<sup>102</sup> ודברי החקיקה שלו<sup>103</sup> הם נורמות של משפט בין-לאומי הסכמי שישראל מחויבת בהן.<sup>104</sup>

ההסדרה הבין-לאומית של תחום התקשורת משפיעה על פעילותו של הרגולטור הישראלי בכמה מישורים:

ראשית, הרגולטור הוא הגורם המקצועי אשר מייצג את מדינת ישראל במוסדות ITU ובפעילות החקיקה של האיגוד. לדוגמה, בכנס Plenipotentiary – שהוא הפורום המחוקק העליון ב- ITU ונערך אחת לארבע שנים – נציגי משרד התקשורת הם נציגי המדינה.

שנית, בפעילות בין-לאומית הרגולטור נדרש ליישם את כללי הרגולציה הבין-לאומית ולנהוג לפיהם. לדוגמה, תיאום הקצאת תדרים לשירותי לוויין בין המנהל הישראלי למנהל זר<sup>105</sup> נערך לפי כללי התיאום הקבועים בתקנות הרדיו של ITU.<sup>106</sup>

102 שתי אמנות היסוד הן החוקה (Constitution) והאמנה (Convention): Constitution and Convention of the International Telecommunication Union, Geneva, Edition of 2007

103 דבר חקיקה בעל משמעות מעשית גדולה הוא תקנות הרדיו (Radio Regulations), שבו נקבעים כללי הפעילות והשימוש בתדרים לתקשורת אלחוטית: Radio Regulations, ITU, Geneva, Edition of 2008

104 לפירוט נוסף ראו **להלן** בחלק השני, בפרק השני; וכן רובי סיבל, **משפט בינלאומי** (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, 2003) פרק 25 (נכתב בידי דבורה האוסן-כוריאל).

105 ב- ITU המדינות מיוצגות כל אחת כ'מנהל' (administration).

106 Radio Regulations, Articles 9 & 11



שלישית, בניהול של פעילות רגולטורית בארץ, על הרגולטור ליישם את כללי ITU לפרטיהם. לדוגמה, בהקצאת תדרים למפעילים סלולריים או לתחנות רדיו וטלוויזיה יש לפעול ככלל במסגרת הוועדות התדרים של ITU.<sup>107</sup> כך גם הקצאת מספור לשירותי טלפוניה צריכה להיות תואמת לכללים שנקבעו ב־ ITU.

פורום נוסף העוסק בקביעת נורמות של משפט בין־לאומי בהתייחס לענף התקשורת הוא ארגון הסחר העולמי (WTO; World Trade Organization). הסכם הסחר בשירותים (GATS; General Agreement on Trade in Services)<sup>108</sup> קובע כללים לסחר בין־מדינותי, בין היתר בשירותי תקשורת. משרד התקשורת הוא הגורם המקצועי העיקרי המעורב בקביעה של רמת המחויבות של מדינת ישראל בכל הקשור לפתיחת תחום התקשורת, על מגזרי הפעילות השונים בו, לתחרות מצד גורמים זרים. משנקבעו המחויבויות של המדינה בנוגע לפתיחת הסחר בשירותי תקשורת לגורמי חוץ, מערך ההסדרה והרישוי המקומי צריך לעמוד בהן.

## ח. הסדרה אזרית

לנוכח אופיו חוצה הגבולות של תחום התקשורת, ובפרט תחום התקשורת האלחוטית, ישראל מקיימת הסדרי תיאום עם ירדן ועם הרשות הפלסטינית. בית המשפט התייחס להיבט זה של שיקולי הרגולטור בבואו לטפל בניהול ספקטרום התדרים:

בעיית צפיפות התדרים בישראל קשה גם בשל תנאים אובייקטיביים. תנאים אובייקטיביים אלה כוללים את היותה של ישראל מדינה קטנה שעיקר צרכיה התקשורתיים מתרכזים במרכזה, דבר המקשה על שימוש חוזר בתדרים; את צרכיה הגדולים של מערכת הביטחון הישראלית ואת התחייבותה של ישראל, במסגרת הסכם ביניים ישראל־פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה מיום 28.9.1995, להקצות תדרים גם לשימושה של הרשות הפלסטינית. ייחוד זה של

Radio Regulations, Article 5 107

General Agreement on Trade in Services (GATS), Marrakesh Agreement  
Establishing the World Trade Organization (1994 + GATS Fourth Protocol,  
1997) 108

היות הספקטרום האלקטרו-מגנטי משאב מוגבל ומצומצם עומד ביסודו של הצורך להתערבות רגולטורית מיוחדת בתחום ההועדה וההקצאה של תדרים לשידורי הרדיו.<sup>109</sup>

הסכם הביניים משנת 1995 (המכונה 'הסכם אוסלו', אף שנחתם בווינגטון) כולל נספח המסדיר שורה של נושאים אזרחיים ובהם תקשורת.<sup>110</sup> סעיף 36 לנספח האזרחי, שכותרתו 'בזק', קובע את עקרונות ההסדרה ומקים ועדה מקצועית של מומחים טכניים המשותפת לישראל ולרשות הפלסטינית (JTC)<sup>111</sup> כדי לטפל במכלול הסוגיות המתעוררות בין הצדדים ובכללן הקצאת תדרים.<sup>112</sup> מנכ"ל משרד התקשורת ומקבילו הפלסטיני הם יושבי ראש משותפים של הוועדה.

בהתאם למחויבות על פי הסכם הביניים, כאשר הרגולטור הישראלי מקצה תדרים לשימושים שונים בישראל עליו להביא בחשבון גם את צורכי הספקטרום בצד הפלסטיני.

דוגמה נוספת לתפקידי הרגולטור בהקשר המדיני התבטאה בהכנות למשא ומתן על הסדר הקבע בתקופה שבה כיהן אהוד ברק כראש ממשלה. העמדה הישראלית בנושא ניהול הספקטרום האלקטרו-מגנטי של מדינת פלסטין העתידה לקום גובשה בשיתוף עם משרד התקשורת.<sup>113</sup>

- 109 בג"ץ **אורון, לעיל** הערה 79, בעמ' 653.
- 110 הסכם ביניים ישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה, מיום 28 בספטמבר 1995, נספח III – פרוטוקול בנושא עניינים אזרחיים, תוספת 1, סעיף 36 – **בזק, כתבי אמנה** 1071.
- 111 Joint Technical Committee (JTC). הייתה פעילה בשנים הראשונות שלאחר הסכם הביניים. מאז האינתיפאדה הראשונה ובמשך כמה שנים פעילותה כמעט גוועה, ורק בשנת 2008 חודשו המפגשים. אחד הנושאים העיקריים שטופלו בוועדה היה הקצאת תדרים לשירותים אלחוטיים. כך, למשל, ביום 7.5.1998 גובש ונחתם ב-JTC הסכם להקצאת תדרי GSM למפעיל הסלולר הפלסטיני ולתיאום השימוש בתדרים. ראו **להלן** בחלק השני, פרק שני, סעיף 2.
- 112 סעיף 36, תת-סעיף 6.
- 113 לנוסחו של סעיף שנכלל בטיוטה להסכם המסגרת ראו גלעד שר, **במרחק נגיעה** (עידנים, 2001) 429.

## שיקול הדעת הרגולטורי

בפרק הקודם סקרנו את **הטעמים והתכליות** שביסוד הרגולציה של ענף התקשורת. למעשה, הטעמים והתכליות הללו מיתרגמים ל**שיקולים** העומדים לנגד עיניו של הרגולטור בבואו לגבש מדיניות או להפעיל סמכות מסמכויות ההסדרה.

בפרק זה נבחן את שיקול הדעת הרגולטורי בניסיון לפענח את טיבו וכן נצביע על הזיקה בינו לבין המתכונת המבנית הראויה לרשות המסדירה. הטיעון שאנו מבקשים להציג הוא כי רגולטור שמבנהו מבטיח עצמאות, אי־תלות ומקצועיות רב־תחומית ייטיב להפעיל את שיקול הדעת הרגולטורי ולקדם את התכליות שביסוד ההסדרה.

### 1. שיקול דעת שיפוטי ושיקול דעת רגולטורי

#### א. הבדלים בהפעלת שיקול הדעת

מה בין שיקול דעת שיפוטי בהליך של ביקורת שיפוטית לבין שיקול דעת רגולטורי? לשניהם הרבה מן המשותף: על שניהם להתחשב במגוון רחב של שיקולים, להעריכם נכונה, לאזן ביניהם וכו'. אולם ניכר שוני מהותי בין השניים באופן ההפעלה של שיקול הדעת.

ראשית, הרגולטור מקבל החלטה הנוגעת לפעילותו שלו; שיקוליו הם טעמים לפעולה (reasons for action) שהוא עצמו עומד לבצע (או להימנע מלבצע), והוא שיישא באחריות לה. לעומת זאת בביקורת שיפוטית בית המשפט מעביר תחת שבט ביקורתו את שיקוליו של גוף אחר.

שנית, ביקורת שיפוטית נערכת בדרך כלל מנקודת מבט שבדיעבד, לאחר מעשה – אם פעל בעל הסמכות באופן חוקי אם לאו; לעומת זאת הרגולטור מפעיל שיקול דעת בנוגע למעשה שטרם נעשה, מנקודת מבט שמלכתחילה, לפני המעשה – בבואו להחליט אם לעשותו.<sup>114</sup>

114 מכך נובע הבדל נוסף: שופט יכול לזהות מרכיב שהוא מהותי למקרה שלפניו – אך מסיבות דיוניות הוא עשוי לקבוע כי אין הוא נזקק להכריע בו (למשל, על יסוד הסכמת הצדדים). הרגולטור אינו יכול להרשות לעצמו גישה כזו, בפרט בעניינים שבהם הרגולציה בנויה מרבדים הכרוכים זה בזה. דוגמה לכך ניתן לראות בבג"ץ

שלישית, הרגולטור חייב להפעיל שיקול דעת מקצועי לגופו של עניין, שכן תפקידו כגורם המסדיר הוא להכריע ולקבל החלטה בעניין שלפניו; לעומתו, בית המשפט ככלל נמנע מלהפעיל שיקול דעת מקצועי לגופו של עניין, שכן מדיניותו היא שלא להתערב בשיקול הדעת המקצועי של הרגולטור אלא במקרים שבהם חרג הרגולטור באופן קיצוני מאמות המידה המשפטיות שעוגנו בהלכה הפסוקה.<sup>115</sup>

רביעית, מכל האמור נובע הבדל נוסף, והוא העיקרי לענייננו: בית המשפט מכריע אם בעל סמכות פעל בגבולות הסבירות והמידתיות, כלומר: אם לא חרג ממתחם הסבירות או ממתחם המידתיות.<sup>116</sup> הרגולטור, לעומת זאת, צריך להכריע ולבור לו דרך מבין חלופות לפעולה בתוך מתחם הסבירות והמידתיות.

## ב. גבולות ההנחיה השיפוטית

חובת הרגולטור לפעול באופן חוקי, ולפיכך המשימה שעומדת לפניו היא לבחור נתיב פעולה נכון בתוך גבולותיו של מתחם הסבירות והמידתיות, בהיזקקות, ככל שניתן, להכוונה המשפטית הרלוונטית.

כאשר מדובר בהפעלת שיקול דעת **במרחב הפנימי** של מתחם הסבירות והמידתיות, מתברר כי הניסיון לדלות הנחיה מתוך ההלכה הפסוקה הוא בעייתי. ככלל, הפסיקה נעצרת בבדיקה אם הייתה חריגה מגבולות הסבירות והמידתיות, ואינה מספקת הנחיה בדבר קבלת החלטה בתוככי המתחם. נמצא שיש מעין חֶסֶר מובנה ברמת ההנחיה שהרגולטור יכול להפיק מהפסיקה, כמו גם מהספרות המקצועית, בבואו לקבל החלטות.

---

987/94 יורונט קווי זהב נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412. פסק הדין עסק בשאלת החוקיות של תנאי ברישיון שקבע כי התשלום עבור שירות שיחות ארוטיות שנצרך בחו"ל יבוצע באמצעות כרטיס אשראי. בין היתר התעוררה שאלה מקדמית – האם יש סמכות לפי חוק התקשורת להחיל חובת רישוי על שירותי בידור קולי. אף שמדובר בשאלה מהותית קבע בית המשפט כי בשל הסכמת הצדדים הוא משאיר את השאלה בצריך עיון ומניח, לצורך ההכרעה בתיק, כי אכן נדרש רישוי על פי החוק. לעומת בית המשפט, הרגולטור אינו יכול לקבוע תנאי ברישיון בלי שקודם לכן בירר ונקט עמדה כי אכן נדרש רישוי על פי חוק לאותה פעילות.

115 ראו למשל בג"ץ 3975/95 קניאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(5) 459.

116 הואיל וניתן לראות את מתחם המידתיות כחלק ממתחם הסבירות, ולשם הנוחות יכוננו המתחמים להלן 'מתחם הסבירות והמידתיות'.

חסרונה של הנחיה משפטית באשר להכרעה כיצד לנהוג בתוך מתחם הסבירות והמידתיות היא אחת הסוגיות הקשות העומדות לפני הרגולטור כרשות מנהלית.<sup>117</sup>

בנסיבות אלה מתעוררת השאלה כיצד יש לראות את החובה המוטלת על הרגולטור בדבר **יישום** הסטנדרטים של סבירות ומידתיות בבואו לקבל החלטה. לגישתנו, משמעות החובה היא הצורך לקבל החלטה מיטבית, כלומר: להחיל על המעשה המנהלי את מבחן הסבירות והמידתיות באופן שתקבל ההחלטה המוצלחת והנכונה ביותר בנסיבות העניין. לשם כך ההחלטה צריכה לפרש את הפרמטרים של סבירות ומידתיות באורם המיטבי – 'in their best light', כלשונו של דבורקין.<sup>118</sup> הרגולטור צריך להפעיל את מרב כישוריו, וחובתו לכוון אל ההחלטה הסבירה והמידתית ביותר שבכוחו לגבש. בזאת שונה שיקול הדעת הרגולטורי משיקול דעת שיפוטי: בהליך של ביקורת שיפוטית בית המשפט לא שם את שיקול דעתו תחת שיקול דעתו של הרגולטור ולכן, ככלל, אינו שוקל מה נכון היה לעשות, אלא בוחן אם ההחלטה שנתקבלה לא חצתה קו אדום של אי־סבירות או אי־מידתיות. רעיון ה'מתחם' הוא כלי שמאפשר לבית המשפט, בין היתר, להבחין בין סבירות או מידתיות שהיא בעייתית ברמה מתונה ונסבלת, שאפשר לספוג אותה במבחן של ביקורת שיפוטית, לבין אי־סבירות ואי־מידתיות ממשית או קיצונית המצדיקה את התערבותו.

ואולם לטעמנו, בשלב ההפעלה של שיקול הדעת לקראת קבלתה של החלטה רגולטורית אי־אפשר להסתפק במבחן של 'עובר בג"ץ', כלומר: בהערכה שההחלטה הנשקלת לא תיפסל בביקורת שיפוטית לאחר מעשה. המבחן של 'עובר בג"ץ' כמבחן לתקינות המשפטית של החלטה רגולטורית, בשלב שבו היא נשקלת, הוא מסננת גסה מדי לשיקול דעת מנהלי. לגישתנו, בעת קבלת החלטה חובתו של הרגולטור לבחור בחלופה המגשימה באופן מיטבי את הסמכות ואת התכליות שביסודה, ולא רק להימנע מלרדת אל מתחת לסף התחתון הנסבל. אם לחזור לדימוי המתחם, חובתו של הרגולטור, כשהוא שוקל החלטה, היא לכוון אל מרכז המתחם – המקום שבו הסבירות והמידתיות הן באופטימום – ולא רק להישמר מפני חריגה מגבולות המתחם.

117 מניסיונם של כותבי חיבור זה מדובר באחד הקשיים הגדולים הניצבים לפניו של יועץ משפטי לרגולטור: לספק הנחיה משפטית שאינה מצטמצמת לדיכטומיה של חוקי/לא חוקי ומתייחסת לבחירה בין חלופות אפשריות במסגרת מתחם הסבירות והמידתיות.

118 בהתייחסו למהותה של התייחסות פרשנית. ראו **לעיל** הערה 32, בעמ' 247.

## ג. שיקול דעת ואיזון

כאמור לעיל, החסר הקיים בפסיקה ובספרות הוא בשאלה כיצד לבצע **קונקרטיזציה** של סבירות ומידתיות בשלב המקדים של שקילת החלופות לפעולה, ומה ייחשב כהנמקה טובה לדחיית חלופה שנשקלת – גם אם אפשר להניח שאת מבחן 'עובר בג"ץ' היא צפויה לעבור בהצלחה.

בחירה בחלופה המגשימה את התכליות שביסוד הסמכות – ויכולה להיות יותר מחלופה אחת כזו – נעשית **בתוך** מתחם הסבירות והמידתיות, שם ממוקמות הדילמות של הרגולטור. מאחר שגבולות המתחם נגזרים מאמות מידה של סבירות ומידתיות, הגיוני שאלה ישמשו כלים גם לניווט במרחב הפנימי של המתחם.

הדימוי של שיקול דעת והחלטה המכוונים אל מרכז המתחם, ולא דחוקים בשוליו, שואב מן המסד הרעיוני של עקרונות הסבירות והמידתיות: שניהם עקרונות שמימושם מעוגן בשקלול ואיזון. הסבירות עניינה שקלול ואיזון נכונים בין כלל השיקולים הרלוונטיים, והמידתיות עניינה איזון והתאמה נכונים בין אמצעי למטרה, בין אמצעי חלופי אחד למשנהו ובין פגיעה לתועלת (שלושת מבחני המידתיות).<sup>119</sup>

בתפיסה שלפיה האיזון הנכון מבטא את לב-לבם של עקרונות הסבירות והמידתיות, המשפט נוהג ברוח האתיקה של אריסטו: לפי אריסטו, המידה הטובה והנכונה היא **המיצוע שבין הפרזה להמעטה, בין יתר לחסר**, כפי שהולם ביחס לאדם ולעניין.<sup>120</sup> הרמב"ם כינה זאת 'הדרך הישרה' או 'הדרך האמצעית'.<sup>121</sup>

ודוק: אין מדובר ב'אמצע' במובן של מידה בינונית דווקא, אלא בנקודת איזון אופטימלית לפי ההקשר שבו מדובר.<sup>122</sup> לעתים יתקבל האיזון הנכון על דרך של שילוב ומיצוע, ולעתים הוא יחייב לאמץ שיקול קצה אחד ולשלול את משנהו.

- 119 עוד על מבחני הסבירות והמידתיות ראו **להלן** בפרק זה, סעיף 5.א.
- 120 אריסטו, **אתיקה**, מהדורת ניקומאכוס, **לעיל** הערה 65, ספר ב, פרק ו, בעמ' 51-48.
- 121 רמב"ם, משנה תורה, הלכות דעות, פרק א, ד; רמב"ם, שמונה פרקים (הקדמה למסכת אבות) פרק ד.
- 122 על דוקטרינת המיצוע של אריסטו ראו William F. R. Hardie, *Aristotle's Ethical Theory* (2<sup>nd</sup> ed., Oxford University Press, 1980) 129-135; Geoffrey E. R. Lloyd, *Aristotle: The Growth and Structure of his Thought* (Cambridge University Press, 1968) 217-223

מורכבותה של מלאכת הרגולציה, ובפרט המגוון הרחב של יעדים ושיקולים שיש לאזן ביניהם, מוליכים במשנה תוקף אל הצורך ברשות תקשורת מקצועית, שתהא לה מומחיות רבת-חומית והבנה מעמיקה של המטריה, ושתדע לבחון דרכי פעולה חלופיות בתוככי מתחם הסבירות והמידתיות ולבחור בזו המתאימה.

אף שקשה לקבוע מראש מסכת כללים ממצה להפעלה של שיקול הדעת הרגולטורי, אפשר לאפיין את המתווה להפעלתו ולבחון את מרכיביו. בהמשך הפרק נבקש לבחון ולנתח את המרכיבים האמורים; לגישתנו, עצם הבהרת המתווה ומרכיביו עשויה לשמש כלי עזר מועיל לרגולטור במלאכת קבלת ההחלטות.

## 2. מודל שלושת הרבדים להפעלת שיקול הדעת

כדי לבחון את הליך ההפעלה של שיקול הדעת הרגולטורי נציג להלן ניתוח לוגי (לא בהכרח כרונולוגי) של ההליך, שנכנה אותו 'מודל שלושת הרבדים'. על פי מודל זה אפשר לאפיין את המתווה להפעלת שיקול הדעת ולסווג את מרכיביו לפי שלושה רבדים:

<p>דרישות מסגרת הנוגעות לאופן שבו הרגולטור מפעיל את שיקול דעתו (שאלת ה'איך'): תשתית עובדתית; תשתית משפטית; רלוונטיות; קוהרנטיות; אי-תלות, היעדר פניות ושקיפות; ושיתוף גורמים בהחלטה.</p>	<p><b>דרישות מבניות</b></p>	<p><b>רובד I</b></p>
<p>שיקולים ענייניים שעל הרגולטור לשקול (שאלת ה'מה'). שיקולים אלה נגזרים מהטעמים והתכליות לרגולציה שהוצגו בפרק השני: הצדקות יסוד לרגולציה (כגון האינטרס הציבורי), שיקולים כלליים (כגון קידום התחרות) וטעמים הכרוכים באופי הענף (כגון היבטים טכנולוגיים).</p>	<p><b>שיקולים מהותיים</b></p>	<p><b>רובד II</b></p>
<p>מלאכת האיזון בין השיקולים השונים, תוך עמידה בדרישות הסבירות והמידתיות.</p>	<p><b>הערכה, איזון, החלטה</b></p>	<p><b>רובד III</b></p>

להלן נציג בהרחבה כל אחד משלושת הרבדים.

### 3. רובד I: דרישות מבניות

רובד זה כולל את דרישות המסגרת הצריכות להתקיים לאורך ההליך של הפעלת שיקול הדעת. דרישות אלה הן אבני היסוד של ההליך, ועל כן כינינו אותן 'דרישות מבניות'. יצוין כי בין חלק מהדרישות שלהלן מתקיימת חפיפה.

#### א. תשתית עובדתית

החלטתו של רגולטור, כהחלטה של רשות מנהלית, צריכה להתבסס על נתונים רלוונטיים ואמינים ועל ניתוחם המקצועי.<sup>123</sup> במסגרת זו על הרשות לאסוף נתונים בעלי רלוונטיות לנושא, לברר ולבסס את מכלול העובדות הקשורות לעניין, ובכלל כך לברר ולתכנן מהלכים עתידיים.<sup>124</sup> בהלכה הפסוקה נקבע כי ההליך המנהלי המוביל ליצירת התשתית העובדתית חייב לעמוד בארבעה מבחנים: איסוף נתונים ראוי, שייכות הנתונים לעניין, אמינות הנתונים ומהותיות הראיות.<sup>125</sup>

בתחום התקשורת, תשתית עובדתית מצריכה עיון ודיון מקצועי, בעיקר בתחומי ההנדסה, הכלכלה והמשפט. החובה לשיקול את הנתונים באופן ענייני, שיטתי והוגן יש בה כדי לצמצם במידה רבה את הסיכון של התעלמות מהיבטים רלוונטיים ושל עיוותים או מעשי שרירות.<sup>126</sup> הלכה למעשה, הכנת התשתית העובדתית לקבלת החלטות היא לעתים קרובות נקודת החולשה הקריטית בתהליכי העבודה של רשויות.

123 זמיר, **לעיל** הערה 30, בעמ' 733.

124 בבג"ץ **ירונט, לעיל** הערה 114, התווה השופט זמיר בהלכה מנחה את אופן גיבושה של תשתית עובדתית. בבג"ץ 3136/98 **אגד נ' שר התחבורה**, פ"ד (5) 705 הבהיר בית המשפט את ההכרח לקיים – לפני מהלך של רפורמה בהסדרה – תהליך מסודר של איסוף הנתונים הנחוצים, מיונם ובדיקתם, שבסיומו ניתן יהיה לערוך תכנית ראויה לשמה לרפורמה (השופט מצא).

125 בבג"ץ **ירונט, לעיל** הערה 114, בעמ' 423-425; בג"ץ 635/95 **מוניות הדריים ואח' נ' שר התחבורה ואח'**, פ"ד נא(5) 723, בעמ' 748. רשות התקשורת הבריטית OFCOM מונה בין עקרונות הרגולציה את עקרון התשתית העובדתית כך: 'Ofcom [...] will strive to ensure its interventions will be evidence-based' [אופקום תשאף להבטיח כי התערבותה תהיה מבוססת על ראיות.]<sup>1</sup> ראו: [www.ofcom.org.uk/about/sdrp](http://www.ofcom.org.uk/about/sdrp)

126 בג"ץ 297/82 **ברגר ואח' נ' שר הפנים**, פ"ד לז(3) 29, בעמ' 59; ברוך ברכה, **משפט מינהלי** (נבו, 1996) 275.



אשר לרמת התשתית העובדתית הנדרשת במקרה זה או אחר שעל הפרק, נפסק כי ככל שהפגיעה הנובעת מההחלטה הנדונה קשה יותר, וככל שנפגע אינטרס כבד משקל, כך חייבת הרשות לבסס את החלטתה על ראיות מוצקות יותר שמשקלן הראייתי ניכר.<sup>127</sup> בהתאם לכך, פגיעה בזכות יסוד חייבת להתבסס על נתונים מהימנים ומשכנעים. הקפדה בשלב של איסוף הנתונים וגיבושם לכדי תשתית עובדתית היא תנאי לקבלת החלטה מנהלית תקינה, כפי שנקבע בפסיקה:

[...] איסוף וסיכום הנתונים (לרבות חוות הדעת המקצועיות הנוגדות, אם ישנן כאלה), בדיקת המשמעויות של הנתונים (דבר הכולל, במקרה של תיזות חלופות, גם את בדיקת מעלותיהן ומגרעותיהן של התיזות הנוגדות) ולבסוף, סיכום ההחלטה המנומקת. תהליך כגון זה מבטיח, כי כל השיקולים הענייניים יובאו בחשבון, כי תיעשה בחינה הוגנת של כל טענה, וכי תגובש החלטה, אותה ניתן להעביר בשבט הביקורת המשפטית והציבורית.<sup>128</sup>

## ב. תשתית משפטית

בד בבד עם הנחת התשתית העובדתית להחלטה רגולטורית יש לבסס את התשתית המשפטית להחלטה באמצעות בחינה של מכלול הנורמות המשפטיות הרלוונטיות.

ההסדרה בתחום התקשורת נפרשת על פני כמה מישורים: חקיקה ראשית; חקיקת משנה; רישוי והוראות מנהל; מסמכי מדיניות; וההלכה הפסוקה. כל אלה, לפי העניין, צריכים להיבחן ולהישקל במסגרת הפעלה של שיקול דעת רגולטורי במקרה נתון.

במסגרת העמדתה של התשתית המשפטית להחלטה רגולטורית, ובפרט בהסתמך על הוראות שבחקיקה ראשית ובחקיקת משנה, **הפרשנות** ממלאת תפקיד מרכזי.<sup>129</sup> למעשה, פרשנות היא הכלי הבסיסי לקישור בין התשתית

127 בג"ץ 5240/96 ג'ועמיס נ' שר הפנים ואח', פ"ד (נא1) 289, בעמ' 303; ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד (לט2) 225; בג"ץ 56/76 ברמן נ' שר המשטרה, פ"ד לא(2) 687.

128 בג"ץ ברגר, לעיל הערה 126, בעמ' 49.

129 לספר יסוד על הכללים המסורתיים לפרשנות חקיקה ראו Francis Bennion, *Statutory Interpretation* (4<sup>th</sup> ed., LexisNexis, 2002)

העובדתית לתשתית המשפטית, כלומר: הכלי שבאמצעותו מחילים את הנורמה המשפטית על המערך העובדתי.<sup>130</sup>

כידוע, מקובל לראות בפרשנות תכליתית את הכלל המנחה המרכזי בפרשנות.<sup>131</sup> עם זאת פרשנות – גם אם תכליתית – חייבת להיות מעוגנת בלשון החוק.<sup>132</sup> בהקשר זה עולה לא פעם לפני הרגולטור השאלה מה הם גבולות הפרשנות הלגיטימית ומהו גבול 'האופציות הלשוניות' בפרשנותם של דברי חקיקה.<sup>133</sup>

דילמה פרשנית כזו, לדוגמה, עמדה ביסוד בקשה שהגישה בשעתו חברת הלוויין יס לשדר שידורי VOD (Video on Demand; שידורים לפי דרישה) באמצעות תשתית ADSL של חברת בזק ולא באמצעות התשתית הלוויינית שלה (מחמת מגבלותיה של הטכנולוגיה הלוויינית). באותה עת הייתה יס בנחיתות תחרותית ניכרת, שכן חברת הכבלים הוט כבר סיפקה את השירות החדשני למנוייה.

השאלה הפרשנית הייתה אם שידורי VOD המופצים באמצעות תשתית ניחת מהווים 'שידורי כבלים' כהגדרתם בסעיף 6א לחוק התקשורת<sup>134</sup> – שאז יס אינה רשאית לספקם על פי הוראות החוק באותה עת (סעיף 4ח6<sup>135</sup>), או שמא אפשר לראותם כשירות הנלווה לשידורי טלוויזיה

130 Rupert Cross, *Statutory Interpretation* (2<sup>nd</sup> ed., Butterworth, 1987)

131 'היסודי שבהם [כללי הפרשנות] – המהווה את "כוכב הצפון" של הפרשנות – קובע כי המשמעות המשפטית נקבעת על-פי תכלית החקיקה'; ע"א 105/92 **ראם מהנדסים וקבלנים נ' עיריית נצרת-עילית**, פ"ד מז(5) 189, בעמ' 198, מפי הנשיא ברק. כן ראו אהרן ברק, **פרשנות במשפט**, כרך ראשון: 'תורת הפרשנות הכללית' (נבו, תשנ"ב) 319; אהרן ברק, **פרשנות במשפט**, כרך שלישי: 'פרשנות חוקתית' (נבו, תשנ"ד) 145.

132 'מילה ופסוק אינם יכולים לשאת על גבם כל מובן שהוא. יש גבול ל"כוח הסבל" של מילה או פסוק'. ברק, 'תורת הפרשנות הכללית', **שם**, בעמ' 252.

133 למיטב ידיעתנו שאלת מפתח זו לא קיבלה תשובה ברורה בפסיקה ובספרות, ומטבע הדברים התשובה עשויה גם להשתנות לפי העניין. לטעמנו, אחד מעקרונות הפרשנות המועילים הוא כי הפרשנות הלגיטימית מגיעה אל קצה גבולה כשמוצעת פרשנות המניבה משמעות שהיא היפוכו של הכתוב. פרשנות שהיחס בינה לבין הטקסט הוא של דבר והיפוכו חורגת מהאופציות הלשוניות שלשון החוק מאפשרת.

134 'שידורי כבלים – שידורים המופצים באמצעות מוקד שידור ורשת בזק ציבורית'.

135 4ח6(א) לא יינתן רישיון כללי לשידורי כבלים או רישיון לשידורים לפי דרישה לתאגיד שמתקיים בו אחד מאלה, והכל בין במישרין ובין בעקיפין: (1) הוא [...] בעל רישיון לשידורי לוויין לפי פרק ב'.

באמצעות לוויין (כהגדרתם בסעיף 6מג<sup>136</sup>) – שאז הספקתם באה בגדר רישיונה של יס. חרף התכלית המוצדקת – להתיר לחברת יס לספק שירות חדשני למנוייה ולהתחרות בתנאים שווים בשוק השידורים הרב-ערוציים – לא ראה משרד התקשורת אפשרות לסטות מההפרדה הדיכוטומית בין שידורי כבלים לשידורי לוויין, המתבטאת בלשון ההגדרות, כשהגדרה אחת מוציאה את השנייה. לבסוף, כדי לאפשר ליס לספק את השירות, תוקן חוק התקשורת ונקבע בו הסדר מיוחד לעניין זה.<sup>137</sup>

## ג. רלוונטיות

דרישת הרלוונטיות (ענייניות) מחייבת כי רשות מנהלית תבסס את החלטתה על כלל השיקולים הענייניים.<sup>138</sup> במילים אחרות, על הרגולטור לשקול רק שיקולים ענייניים ואת כל השיקולים הענייניים (לכל הפחות את כל השיקולים העיקריים).<sup>139</sup>

כפי שנקבע בהלכה הפסוקה, 'תכלית הדרישה להתחשבות בשיקולים הרלוונטיים היא, בעיקרה, להביא להגשמת השיקולים שהדין חפץ ביקרם'.<sup>140</sup> לפיכך על הרשות להתעלם משיקולים שאינם ממן העניין ומהווים שיקולים זרים.

ההכרעה בשאלה מהו שיקול ענייני ומהו שיקול זר אינה מלאכה פשוטה; התשובה נקבעת בכל מקרה לגופו, בשים לב לתכלית החקיקה ולעקרונות היסוד של השיטה.<sup>141</sup>

136 'שידורי טלוויזיה באמצעות לוויין – שידורי טלוויזיה, שירותי חוזי ושמע ושירותים נלווים המיועדים לציבור, לרבות שירותים דו-כיווניים והידודיים המשודרים בצופן באמצעות לוויין והמיועדים לקליטה ישירה, מפוענחת, למנויים, בין בערוץ אחד ובין במערכת רבת ערוצים'.

137 תיקון מס' 37 לחוק התקשורת (ראו סעיף 136 לעניין חברת יס). עם זאת גם לאחר שתוקן החוק לא החלה יס במתן השירות לאחר שהתברר כי בזק מסרבת להעמיד את התשתית של ADSL להפצת שידורי VOD. על פי מדיניותו של משרד התקשורת, אם תחל בזק בהעברת שידורי VOD של גורם כלשהו באמצעות הרשת, היא תחויב לאפשר זאת גם לגורמים נוספים שיהיו מעוניינים בכך. ראו 'מדיניות הרישוי וההסדרה של אספקת שידורי VOD על גבי תשתית גישה רחבת פס', מיום 15.3.2007 (פורסם באתר של משרד התקשורת, במדור 'מסמכי מדיניות').

138 זמיר, לעיל הערה 30, בעמ' 742.

139 שם, בעמ' 743.

140 פסק דינה של השופטת דורנר בבג"ץ 320/96 יעל גרמן נ' מועצת עיריית הרצליה ואח', פ"ד (נב) 222, בעמ' 237.

141 זמיר, לעיל הערה 30, בעמ' 740-749.

## ד. קוהרנטיות

על החלטות הרגולטור לעמוד בדרישת הקוהרנטיות, כלומר להיות עקביות ולא לעמוד בסתירה להחלטות שהתקבלו במקרים קודמים, באותו הקשר או בהקשר דומה. דרישת העקביות וההתאמה צריכה להתקיים הן באשר להחלטות קודמות של הרגולטור והן באשר לעקרונות הרגולטוריים המונחים בבסיסן.

הקוהרנטיות נועדה להבטיח שוויוניות בקבלת החלטות, וכן לספק אופק פעולה וודאות לעוסקים בתחום כדי שיוכלו לתכנן את פעילותם על יסוד החלטות שקיבל הרגולטור בעבר. בתחום התקשורת, בהיותו תחום עתיר השקעות וכפוף לרגולציה מסיבית, יש חשיבות לאפשר לשחקנים בענף לתכנן את פעילותם בהסתמך על יכולת לפענח, להעריך, ובמידה מסוימת גם לצפות, את מהלכי הרגולטור.

## ה. אי־תלות והיעדר פניות

בבואו לקבל החלטה – אם החלטה כללית לענף ואם בעניינו של גורם מסוים – על הרגולטור לפעול באופן בלתי מפלה ולהימנע מהעדפה אסורה של בעל עניין כלשהו. היעדר פניות (impartiality) צריך להתבטא בכל הנוגע לגורמים מפקחים, בעלי הון, או כל גורם אחר.

כך גם נדרש הרגולטור לפעול באופן עצמאי ולא להיות תלוי בגורם בעל עניין כלשהו, העלול להשפיע עליו ולהטות את תהליך קבלת ההחלטות. הדרישה בדבר אי־תלות, היעדר פניות ואיסור לנהוג במשוא פנים באה להגשים את העיקרון בדבר תקינותו של ההליך המנהלי, והיא נגזרת מחובת ההגינות של הרשות כלפי האזרח.

## ו. שיתוף ושקיפות

בשלב שבו הרגולטור שוקל את החלטתו עליו לפנות אל גורמים שונים לקבלת עמדתם, הן מכוח החובה לערוך שימוע למי שעלול להיפגע מן ההחלטה והן מכוח חובה סטטוטורית (ככל שקיימת כזו) לקיים הליך היוועצות או לקבל הסכמות מגורמים שונים. הליך השימוע, כמו גם הליך היוועצות, משרתים תכלית ראויה ויכולים לבסס ולשפר את איכות ההחלטה המנהלית.<sup>142</sup>

דרישת השימוע היא חלק מכללי הצדק הטבעי כפי שנקבעו בהלכה הפסוקה. על פי דרישה זו, רשות מנהלית לא תפגע באדם אלא אם נתנה לו קודם לכן הזדמנות נאותה להשמיע טענותיו לפניו.<sup>143</sup> מתכונת השימוע עשויה להשתנות ממקרה למקרה, אולם הדרישה היסודית היא כי הרשות תקיים הליך הוגן, ובכלל זה תשמע את האדם בלב פתוח ונפש חפצה. אשר למקרים שבהם חלה חובת שימוע, הובהר לאחרונה בפסק דין של השופטת ארבל כי חובת השימוע תקום 'כאשר החלטת הרשות עתידה לפגוע באופן ישיר בגוף העסקי, ולא כאשר ההחלטה מובילה לפגיעה נלווית להטבה הניתנת למתחרה אחר בשוק'.<sup>144</sup>

ישנם מקרים שבהם החוק המסמיך קובע כי הפעלת סמכותו של הרגולטור (למשל התקנה של חקיקת משנה) כפופה להיוועצות בשר, בתאגיד סטטוטורי או בגוף אחר, או כפופה לקבלת אישורו של גורם כאמור.<sup>145</sup> כך למשל, חוק התקשורת קובע כי שר התקשורת נדרש לקבל את הסכמתו של שר האוצר ואת אישורה של ועדת הכספים של הכנסת לצורך התקנת תקנות הקובעות את התמלוגים שישלמו מפעילי התקשורת לאוצר המדינה.

כמו כן, לעתים הרגולטור בוחר להסתייע ביועצים חיצוניים (כגון מומחים כלכליים) או למנות ועדה ממליצה שחלק מחבריה הם נציגי ציבור. כך למשל, בשנת 2008 הוגשו המלצותיה של ועדת גרונאו שמינה שר התקשורת לבחינת המדיניות וכללי ההסדרה של ענף התקשורת. הוועדה הורכבה מנציגים של משרדי ממשלה (משרד התקשורת, משרד האוצר ורשות ההגבלים העסקיים) כמו גם מנציגי ציבור. בראש הוועדה עמד ראובן גרונאו.<sup>146</sup> עם זאת בכל מקרה סמכות ההכרעה והחובה להפעיל את שיקול הדעת באופן עצמאי מוטלת על הרגולטור.

אשר לעקרון השקיפות, תוצרי עבודתו של הרגולטור – החלטות, רישיונות, מסמכי מדיניות וכיוצא באלה – עומדים לעיונו של הציבור,

143 על היקפה של חובת השימוע ועל הסייגים לה ראו **שם**, בעמ' 793.  
144 בג"ץ 365/08 **נטויוז'ן בע"מ ואח' נ' משרד התקשורת ואח'**, סעיף 8 לפסק דינה של השופטת ארבל (בדעת הרוב), מיום 17.6.2009.  
145 על חובת ההיוועצות ראו זמיר, **לעיל** הערה 30, בעמ' 833.  
146 דין וחשבון של הוועדה לגיבוש המלצות מפורטות בדבר מדיניות וכללי התחרות בתחום התקשורת בישראל מיום 12.3.2008, ומכתב האימוץ (בשינויים) של שר התקשורת מיום 13.8.2008, פורסמו שניהם באתר של משרד התקשורת, במדור 'דוחות ועדות'.

כבכל רשות מנהלית.<sup>147</sup> מעבר לכך, בתהליכים של גיבוש מדיניות בנושאים מרכזיים הרגולטור נוהג לפנות אל הציבור בבקשה לקבלת עמדות. בהבדל מהליך שימוע הנערך למי שעלול להיפגע מהחלטת הרשות, כאן מדובר באקט וולונטרי של שיתוף הציבור בהליך קבלת ההחלטות. דרישות השקיפות והפומביות נועדו להבטיח פעילות תקינה של הרגולטור ויכולת בקרה על הנעשה בו, כמו גם לתרום לאיכות ההחלטה הרגולטורית.

## 4. רובד II: שיקולים מהותיים

רובד זה כולל את השיקולים שהרגולטור שוקל לצורך קבלת החלטה בעניין שעל הפרק. שיקולים אלה למעשה נגזרים, אחד לאחד, מן הטעמים והתכליות לרגולציה שהוצגו בפרק השני לעיל. מובן שלא כל החלטה מערבת את כל השיקולים, וכי שקילתם תיעשה בכפוף למידת הרלוונטיות של כל אחד מהם במקרה נתון; כמו כן, מטבע הדברים יש חפיפה חלקית בין חלק מהשיקולים. להלן נמנה בקצרה את השיקולים שאליהם התייחסנו בהרחבה במסגרת סקירת הטעמים והתכליות לרגולציה בפרק השני.

### א. שיקולי מסגרת

**האינטרס הציבורי.** הפעילות הרגולטורית צריכה לשרת את טובת הציבור. זהו שיקול המסגרת הבסיסי שכל החלטה רגולטורית מעוגנת בו.

**תיקון כשל שוק.** הרגולטור צריך לבחון אם מתקיים בענף התקשורת מצב שבו תכלית ראויה, כלכלית או אחרת, לא תושג בפעילות חופשית של השחקנים בשוק, ובמקרה כזה – להתערב.

**הסדרה ושוק חופשי.** קיומם של שוק חופשי ותחרות אינם מהווים טעם להימנעות מהתערבות רגולטורית. דווקא בנסיבות אלה, ובפרט כשיש בשוק שחקן דומיננטי, עשויה להידרש הסדרה כדי להבטיח את הרווחה של כלל האוכלוסייה.

147 בשנת 2008 קיבל מנכ"ל משרד התקשורת החלטה להגברת שקיפות העבודה של המשרד, ולפיה יפורסמו באתר האינטרנט של המשרד כל השימועים שקיים המשרד (אף אם הם מופנים לחברה אחת בלבד), כל החלטה שקיבל בנושאי הסדרה וכל תיקון רישיון; ראו באתר של משרד התקשורת: הודעה לתקשורת מיום 6.5.2008.

## ב. שיקולים כלליים

**קידום התחרות.** זהו שיקול מרכזי בקבלת החלטות על ידי הרגולטור. שיקולי תחרות באים לידי ביטוי הן בשלב של פתיחת שוק לתחרות ויצירת התנאים לכניסתם של מפעילים חדשים, והן בשלב התבססותה של התחרות ומניעת הפגיעה בתחרות מצד מפעיל דומיננטי.

**האינטרס הצרכני.** הרגולטור עומד על משמר צורכיהם וזכויותיהם של ציבור הצרכנים ושווקל כיצד אפשר להבטיח שלקוחותיהם של מפעילי התקשורת יקבלו מגוון של שירותי תקשורת איכותיים במחירים ובתנאים הוגנים.

**צדק חברתי.** לצדם של שיקולי יעילות כלכלית הרגולטור נדרש לשקול גם שיקולים של צדק חלוקתי וחברתי, בעיקר כשהחלטותיו כרוכות בחלוקת משאבים האמורים לשרת באופן מיטבי את כלל הציבור.

**בעלי צרכים מיוחדים.** זכויותיהם וצורכיהם של מיעוטים, קטינים, אנשים עם מוגבלויות ושכבות מוחלשות ראויים להתייחסות מיוחדת בתוך קשת שיקוליו של הרגולטור.

**עקרונות יסוד של השיטה וזכויות האדם.** 'המטרייה הנורמטיבית' של עקרונות היסוד של השיטה וזכויות האדם צריכה ללוות באופן תמידי את הליך הפעלת שיקול הדעת.

## ג. שיקולים הכרוכים באופי הענף

**היבטים טכנולוגיים.** בהיותו של תחום התקשורת בראש ובראשונה תחום טכנולוגי, התחשבות בנתונים ובמאפיינים ההנדסיים במקרה נתון היא נקודת מוצא הכרחית לקבלת החלטות. בתוך כך על הרגולטור להתאים את החלטותיו למציאות דינמית ועתירת שינויים ולעודד חדשנות טכנולוגית.

**ניהול משאב ציבורי.** הקצאה ראויה של משאבים ציבוריים, בפרט משאבים מוגבלים דוגמת תדרים ומספור, מחייבת שקילה של האופן שבו יהיה אפשר להבטיח את הנגישות למשאב ואת חלוקתו על בסיס יעיל, הוגן ושוויוני.

**חופש הביטוי והמידע, פלורליזם בתקשורת.** חופש הביטוי והמידע הוא שיקול מרכזי בשיקוליו של הרגולטור, בפרט בהתייחסו אל אמצעי התקשורת כפלטפורמה להפצה ולקבלה של מגוון דעות והשקפות.

**היבטים של תוכן בשידורים.** בכל הקשור לתחום השידורים לציבור, הרגולטור שוקל שיקולים הנוגעים לאיכות התכנים המשודרים, לאתיקה בשידורים, לעידוד יצירה מקומית וכיוצא באלה.

**צורכי ביטחון.** על הרגולטור להביא בחשבון את היבטי הביטחון המתעוררים בהקשרים שונים בתחום התקשורת, דוגמת מתן שירותים מיוחדים לכוחות הביטחון והעברת הודעות לציבור בשעת חירום באמצעות כלי התקשורת. **בטיחות.** חובתו של הרגולטור לקיים פיקוח על הבטיחות של ציוד תקשורת לשם הגנה על הציבור.

**הסדרה בין-לאומית.** הרגולטור צריך להעמיד לנגד עיניו את המחויבויות של מדינת ישראל בתחום התקשורת במסגרת המשפט הבין-לאומי הפומבי, ובפרט את מחויבויות המדינה על פי חקיקת התקשורת הבין-לאומית של ITU.

**הסדרה אזונית.** במסגרת קבלת ההחלטות על הרגולטור להביא בחשבון אילוצים ומחויבויות המוטלים על מדינת ישראל מכוח הסכמים בתחום התקשורת עם שכניה, ובפרט הסכם הביניים עם הרשות הפלסטינית.

## 5. רובד III: הערכה, איזון והחלטה

רובד זה עניינו מלאכת ההערכה של השיקולים השונים והאיזון ביניהם, איזון אשר צריך לקיים את דרישות הסבירות והמידתיות.

### א. סבירות ומידתיות

עילת הסבירות היא עילת הביקורת השיפוטית המרכזית של המשפט המנהלי.<sup>148</sup> מבחן הסבירות קובע כי החלטה מנהלית עשויה להיפסל אם היא לוקה בחוסר סבירות קיצוני, בהיותה החלטה שרשות סבירה לא הייתה מקבלת. מבחן הסבירות משמש הן לשם בדיקת ההליך המנהלי והן לשם בדיקת ההחלטה שהתקבלה במסגרתו.

על פי ההלכה הפסוקה, סבירות משמעה שקילת כל השיקולים הרלוונטיים תוך מתן משקל נכון וראוי לשיקולים אלה. איזון זה הוא סביר אם הרגולטור נותן לאינטרסים השונים את המשקל הראוי, דהיינו: המשקל המתבקש על פי פירושה של הנורמה החקיקתית.<sup>149</sup>

148 זמיר, לעיל הערה 30, בעמ' 763.

149 בג"ץ 935/89 אורי גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 513; זמיר,

לעיל הערה 30, בעמ' 765-770.



מידתיות משמעה נקיטת אמצעי שמידת פגיעתו בזכות מוגנת עומדת בשלושה מבחיני משנה: מבחן ההתאמה הרציונלית בין האמצעי למטרה, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה ומבחן התועלת-נזק (מידתיות במובנה הצר). המבחן הראשון קובע כי נדרש קשר של התאמה בין האמצעי למטרה; המבחן השני קובע כי מבין מגוון האמצעים שאפשר לנקוט להגשמת המטרה יש לנקוט את האמצעי שפגיעתו פחותה; המבחן השלישי קובע כי הנזק שנגרם מהאמצעי הננקט צריך לעמוד ביחס ראוי לתועלת הצומחת ממנו.<sup>150</sup> בהלכה הפסוקה התגבשה דוקטרינה שלפיה הקטגוריות של סבירות ומידתיות נבחנות באמצעות 'מתחם', שכל מה שבא בגדרו צולח את המבחן וכל מה שחורג ממנו נפסל כבלתי חוקי. אותו מתחם נועד לאפשר לרשות המנהלית מרחב תמרון:

ברובד הכללי ראוי להדגיש כי הרשות המחוקקת כמו גם הרשות המבצעת פועלות ב'מתחם מידתיות' או ב'מתחם הגבלה' והבחירה בתוך המתחם נתונה להן מכוח עקרון הפרדת הרשויות (עניין בנק המזרחי, פסקה 19). עוד ראוי להדגיש כי בענייני משק וכלכלה הכירה הפסיקה לא אחת בקיומו של מרחב תמרון רחב יחסית הנתון לרשויות אלה בתוך 'מתחם המידתיות' [...]<sup>151</sup>

ההכרעה היכן עובר קו התיחום של מתחם הסבירות או המידתיות היא פרי איזון בין אינטרסים ושיקולים שונים ולעתים מנוגדים. אולם, כפי שהבהרנו לעיל,<sup>152</sup> לא די בסימון של גבולות המתחם כדי להנחות את הרגולטור בבואו להכריע בין חלופות שונות שהן סבירות ומידתיות ברמה קבילה. עמידתה של ההחלטה הנשקלת בדרישות הסבירות והמידתיות והצפי שהיא 'תעבור בג"ץ' הם תנאי הכרחי לקבלת הכרעה רגולטורית תקינה, אך לא תנאי מספיק לקבלת החלטה מיטבית.<sup>153</sup>

- 150 בג"ץ **מנחם**, הערה 47 **לעיל**, בעמ' 279; בג"ץ 2577/04 **אל ח'ואג'ה נ' ראש הממשלה** (פורסם בנבו), סעיף 34 לפסק הדין.
- 151 בג"ץ 956/06 **איגוד הבנקים בישראל נ' שר התקשורת ואח'** (פורסם בנבו), פסק דינה של השופטת חיות, ניתן ביום 25.3.2007.
- 152 ראו סעיף 1 **לעיל** בפרק זה.
- 153 כפי שהוסבר לעיל, ההלכה הפסוקה טרם העמידה לרגולטור הנחיה בדבר האופן שבו עליו להפעיל את שיקול הדעת בתוככי המרחב הפנימי של מתחם הסבירות והמידתיות. ודוק: אין הכוונה להוסיף עילות לביקורת שיפוטית או לצמצם את

## ב. מקצועיות לעומת ייצוגיות

חשיבות מיוחדת נודעת להיבט של שיקולי צדק – או של שיקולים ערכיים בכלל – במסגרת הפעלתו של שיקול הדעת הרגולטורי. יש הטוענים כי רגולטור מקצועי ייעודי (דוגמת רשות ניירות ערך, המפקח על הבנקים או הממונה על הגבלים עסקיים) בהכרח שם בראש מעייניו שיקולים כלכליים, שכן מטרתו בראש וראשונה לקדם את היעילות הכלכלית של השוקים שעליהם הוא מופקד. לפי גישה זו, רשות תקשורת מקצועית לא תהיה מסוגלת להביא בחשבון באופן ראוי שיקולי צדק.

יתרה מזו: על פי אותה טענה, מסירת שיקולים ערכיים בידיהם של אנשי המקצוע של רשות תקשורת – מומחי הנדסה, כלכלה ומשפט – חוטאת לעקרונות המשטר הדמוקרטי, שכן בנושאים כאלה צריך לעסוק מי שמייצג את העמדות וההעדפות של הציבור, נבחר על ידו ומחויב (accountable) כלפיו.<sup>154</sup> בדמוקרטיה, כך נטען, אנו בוחרים אנשים שמייצגים את השקפת עולמנו כדי שהם יהיו אלה שיקבלו החלטות שעולות עמה בקנה אחד.<sup>155</sup> לעניות דעתנו זוהי גישה מוטעית, והיא אף מחמיצה את ההזדמנות לשילובם של שיקולים ערכיים וחברתיים כחלק אינטגרלי (ולא אינטרסנטי) בהסדרת הענף.

ראשית, באשר לטיעון שלפיו רגולטור מגזרי שוקל שיקולי יעילות כלכלית בלבד, הרי כפי שהובהר לעיל, הלכה פסוקה היא ש'החובה לשיקול שיקולים של צדק חלוקתי היא חלק בלתי נפרד מסמכותה של רשות מינהלית, אשר בסמכותה להחליט על הקצאת משאבים מוגבלים'. נקבע כי 'הערך של צדק חלוקתי הוא ערך כבד משקל, אשר כל רשות מינהלית חייבת לתת לו משקל ראוי בכל החלטה שלה בדבר חלוקה של משאבים ציבוריים'.<sup>156</sup> הלכה זו תחול על רשות התקשורת ותחייב אותה.

---

מתחם הסבירות והמידתיות, אלא להקנות לרגולטור כלים שיסייעו לו בהפעלת שיקול הדעת ובבחירה בין חלופות הנמצאות במתחם הסבירות והמידתיות.

154 טיעון זה הושמע בדיון שהתקיים במכון הישראלי לדמוקרטיה בנושא חיבור זה (ביום 18.10.2007) מפי ד"ר מומי דהן, מנהל התכנית למדיניות ציבורית באוניברסיטה העברית בירושלים.

155 על המתח בין שתי המערכות לקבלת החלטות – המערכת המקצועית (פקידים ממונים) למערכת הנבחרת (שרים וחברי כנסת) – ראו אבי שגיב וידידיה שטרן, 'בשם האמת המקצועית', **הארץ**, 20.12.2007.

156 בג"ץ **עמותת שיח חדש, לעיל** הערה 67, **שם**.

נוסף על כך, הגדרת תפקידיה ומטרותיה של הרשות בחוק (לפי המוצע בחלק השלישי להלן) תכלול במפורש את מחויבותה של הרשות לשיקולי צדק חלוקתי. כך יובטח בסבירות גבוהה כי בעת הפעלתו של שיקול דעת תיתן המועצה המנהלת של רשות התקשורת (הדרג המחליט) את הערך והמשקל הדרושים לשיקולים של צדק, וכי היא לא תונחה רק משיקולים כלכליים. על פי המוצע, הרכבה של המועצה המנהלת יכלול חברים בעלי מומחיות והבנה בנושאים חברתיים, כדי ששיקולי צדק חברתי יהיו על סדר יומה של המועצה המנהלת וייתן ביטוי נאמן לצרכים ולשיקולים השונים.

שנית, באשר לטיעון שלפיו שיקולים ערכיים צריכים להישקל על ידי נבחרי הציבור, לטעמנו מצב שבו בראש משרד ממשלתי עומד שר פוליטי, שבדרך כלל אינו מייצג את השקפת עולמו של הציבור בכללותו אלא של מגזר מסוים שהוא הבסיס האלקטורלי של מפלגתו – הוא שמרחיק את ההסדרה מבסיסה הדמוקרטית. שר עשוי לפעול לקידום האג'נדה של הציבור שאותו הוא מייצג ושכלפיו הוא מחויב, אף שאין היא מקובלת על מרבית הציבור בישראל.

כמו כן, במציאות הפוליטית בארץ, של תחלופה מהירה של ממשלות ושרים, שר עשוי להעדיף הישגים בטווח קצר על חשבון תכנון ופעולה לטווח ארוך. בתחום התקשורת יש חשיבות רבה למדיניות הסדרה שרואה אל מעבר לטווח המידי ושמעמידה תכניות ויעדים בהתאם לשיקולים מקצועיים.

שר אף עלול להתקשות להפריד בין טיפוח ענייניו וקשריו הפוליטיים לבין טיפולו בהסדרת הענף, המתנהלים שניהם – לעתים בערבוביה – מלשכתו במשרד הממשלתי. בתפקודו של שר יש חשש פוטנציאלי מובנה לניגוד עניינים בין כובעו כפוליטיקאי לבין כובעו המקצועי כרגולטור.

אל מול כל אלה נראה כי גוף מקצועי ועצמאי יהיה פחות חשוף משר ללחצים ולפיתויים לפעול לפי העדפות ערכיות ואינטרסים של מגזר כזה או אחר ויוכל לתת ביטוי לגישות, להשקפות הרווחות ולצרכים של הציבור בכללותו ביתר חופשיות. אמנם גם אנשי מקצוע מביאים עמם העדפות ערכיות ואחרות, אולם אלה נתונות לריסון ולבקרה הן מעצם תפקידם ומעמדם כפקידי ציבור (civil servant) והן בשל מבנה המועצה המנהלת והרכב החברים המאוזן בה (כפי שיובהר בחלק השלישי).

## ג. 'נוסחאות' לאיזון ולהכרעה

במסגרת המשפט החוקתי והמנהלי פיתח בית המשפט כללים ('נוסחאות') לאיזון ולהכרעה בין זכויות, ובין זכויות לאינטרס הציבורי, כשאלה מתחרים או מתנגשים. הנוסחאות עושות שימוש, בין היתר, בכלי ניתוח אלה, שכל אחד מהם זכה לדיון מפורט בספרות ובפסיקה ויוצג כאן אך על קצה המזלג:<sup>157</sup>

**הסתברות.** אמות מידה לגבי דרגת ההסתברות של התרחשות הפגיעה בזכות או באינטרס המוגן – ודאות, ודאות קרובה, חשש רציני, אפשרות סבירה.

**מידת חומרה.** דירוג עוצמת הפגיעה בזכות או באינטרס, הן על פי היקפה והן על פי עומקה – חמורה וקשה, מוגברת או מוחלשת, בגרעין הערך המוגן או בשוליו.

**משקל.** דירוג בין זכויות או בין אינטרסים מבחינת מהותו של הערך המוגן ורמת החשיבות החברתית המיוחסת לזכות או לאינטרס.

**איזון אנכי.** איזון בין זכות לזכות או בין זכות לאינטרס הציבורי, שבמסגרתו ערך אחד גובר על השני (בהתקיים דרישותיה של נוסחת האיזון).

**איזון אופקי.** איזון בין זכות לזכות, או בין אינטרס ציבורי אחד לאחר, בשאיפה לאפשר את התקיימותם בצוותא תוך ויתור הדדי, אם ניתן.

לדוגמה, לפי נוסחת האיזון האנכי החלה במקרה של התנגשות בין זכויות האדם הבסיסיות (כגון חופש הביטוי, חופש התנועה או חופש הדת) לבין האינטרס של פגיעה ברגשות דתיים, ידה של זכות היסוד תהיה על העליונה אלא אם הפגיעה ברגשות הדתיים היא קרובה לוודאי וברמה קשה, רצינית וחמורה:

נוסחת האיזון שבין חופש הביטוי לבין רגשות הציבור (דתיים או אחרים) היא: ודאות קרובה של פגיעה קשה.<sup>158</sup>

וכן:

פגיעה בחופש התנועה אפשרית אך ורק כאשר הפגיעה ברגשות הדת ובאורח החיים הדתי היא קשה, חמורה ורצינית. פגיעה כזו היא

- 157 לניתוח מפורט ראו אהרן ברק, **פרשנות במשפט**, כרך שני: פרשנות החקיקה (נבו, תשנ"ב) 679.
- 158 בג"ץ 7128/96 **תנועת נאמני הר הבית נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נא(2) 509, בעמ' 522, מפי השופט זמיר.

מעבר ל'רמת הסבולת', המצדיקה פגיעה ברגשות כדי לקיים זכויות אדם, ובהן חופש התנועה.<sup>159</sup>

את המסגרת המושגית המפורטת שהתגבשה בפסיקה בדבר איזון בין ערכים מתחרים נכון להחיל בנוגע להפעלת שיקול דעת רגולטורי.

בג"ץ גור אריה הוא מקרה מעניין של דיון בהחלטה שקיבלה מועצת הרשות השנייה.<sup>160</sup> העותרים, בני זוג דתיים שצולמו בסרט תיעודי שעסק באורח חייהם (את הסרט הפיקה הרשות השנייה עבור רצועת השידורים שלה עצמה), עתרו כנגד שידור הסרט בשבת.

בית המשפט סקר את נוסחאות האיזון האופקי והאנכי שפותחו בהלכה הפסוקה. על פי נוסחאות אלה, האיזון הנדרש בין פגיעה בזכות יסוד (חופש הביטוי) לבין פגיעה באינטרס ציבורי (כבוד רגשות דת) הוא איזון אנכי, ולפיו זכות היסוד גוברת אלא אם ישנה הסתברות קרובה לוודאי לפגיעה ממשית וקשה באינטרס הציבורי. לעומתו, האיזון הנדרש בין פגיעה בזכות יסוד (חופש הביטוי) לבין פגיעה בזכות יסוד אחרת (חופש הדת) הוא איזון אופקי, שבמסגרתו נקבעות מגבלות של זמן, מקום וצורה שיאפשרו לכל זכות את מרב הקיום, אלא אם הדבר אינו אפשרי – ואז תגבר זכות אחת על רעותה.

בפסק הדין נחלקו השופטים לדעת רוב (מפי הנשיא ברק) ולדעת מיעוט (השופט דורנר). בכל הנוגע לניתוח ההלכתי של כללי האיזון לא ניכרה ביניהם מחלוקת; ההבדל היה בשאלת הסיווג: האם הפגיעה בעותרים היא פגיעה ברגשות הדת שלהם (ברק), שאז מדובר בפגיעה באינטרס ציבורי שיש לשקלה מול הפגיעה בחופש הביטוי ככל שייאסר השידור בשבת (לפי נוסחת איזון אנכי) – או שמא זוהי פגיעה בחופש הדת של העותרים (דורנר), שאז מדובר בהתנגשות בין שתי זכויות יסוד שוות מעמד ויש ליישבה בהתאם (לפי נוסחת איזון אופקי).

הנקודה המעניינת היא זו: במסגרת הניתוח המשפטי של המקרה, השאלה אם שידור בשבת הוא בגדר פגיעה ברגשות דת או פגיעה בחופש הדת נהפכה לשאלת המפתח. שאלה זו כשלעצמה לא ניתנת להכרעה על פי

159 בג"ץ 5016/96 ליאור חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, בעמ' 50, מפי הנשיא ברק. על נוסחאות האיזון ראו גם בג"ץ 2481/93 יוסף דיין נ' ניצב יהודה וילק, פ"ד מח(2) 456, בעמ' 475-476.

160 בג"ץ 1514/01 גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נה(4) 267.

כללי פרשנות או נוסחאות להפעלת שיקול דעת, אף שהכרעה בה הכרחית להחלה נכונה של נוסחאות האיזון.

ואכן, קוצר ידם של כללים ועקרונות להכתיב הכרעה בעניינים שבשיקול דעת<sup>161</sup> הוא מאפיין מוכר במלאכתו של הרגולטור, חלק מהתמודדותו היום-יומית עם הסדרת הענף שעליו הוא מופקד. הרגולטור צריך להסתייע ולשאוב הנחיה ככל האפשר מהפסיקה – הן הפסיקה הכללית במשפט חוקתי ומנהלי והן בדיני תקשורת. אולם, בסופו של יום, כאמור, ההנחיה שאפשר להפיק מהפסיקה היא מוגבלת, והרגולטור הוא שמופקד על הפעלת שיקול הדעת ועל קבלת החלטות במסגרת מימוש תפקידיו.

## 6. דוגמאות להכרעות רגולטוריות

בבואו לפלס דרך בין שיקולים שונים ולעתים מנוגדים, הרגולטור שואף להגיע להחלטה המאזנת באופן ראוי בין השיקולים הרלוונטיים, אם על ידי קיום בצוותא של כמה שיקולים ואם על ידי מתן עדיפות לשיקול אחד על פני האחר. להלן נביא כמה דוגמאות, שכל אחת מהן מהווה מעין חקר מקרה (case study) באשר לאופן ההפעלה של שיקול הדעת על ידי הרגולטור.

### א. פיקוח על התעריפים של חברת בזק

דוגמה לדילמה המתעוררת בהיבט האינטרס הצרכני, מבחינת האיזון הראוי בין צורכי המגזר העסקי לצורכי המגזר הביתי, היא קביעת תעריפיה של חברת בזק.

התעריפים של שירותי הטלפוניה שמספקת חברת בזק קבועים בתקנות לפי סעיף 15(א) לחוק התקשורת,<sup>162</sup> כחלק מהפיקוח המוטל על חברת בזק כבעלת מונופולין בתחום התקשורת הנייחת.<sup>163</sup> במסגרת זו, ועל יסוד

161 כפי שהבהרנו במקום אחר, יש קושי מובנה בהליך ההחלה של נורמה כללית על מקרה פרטי. הקושי נעוץ בכך שכלל משפטי כשלעצמו אינו מכתוב את תחום תחולתו, שהרי אין בו עצמו כדי לחתוך ולהכריע אם מקרה מסוים בא בגדרו אם לאו; ראו יזהר טל, **לעיל** הערה 32, בעמ' 579.

162 תקנות התקשורת (בזק ושידורים) (תשלומים בעד שירותי בזק), התשס"ז-2007.

163 חברת בזק הוכרזה על ידי הממונה על הגבלים עסקיים כמונופול, בין היתר בתחומי הטלפוניה והתשתית (הכרזה מיום 27.6.1995) והאינטרנט המהיר (הכרזות מיום 11.12.2000 ומיום 10.11.2004). ההכרזות מפורסמות באתר האינטרנט של הרשות להגבלים עסקיים: [www.antitrust.gov.il](http://www.antitrust.gov.il), במדור 'מאגר מידע'.

המלצותיה של ועדת מומחים מקצועית,<sup>164</sup> מעודכנים מדי שנה תעריפי החברה המפוקחים.

בתיקון התקנות בשנת 2003<sup>165</sup> ביקשה בזק לכלול כמה שינויים במבנה התעריפים של שיחות הטלפון, שעיקרם מעבר לאזור חיוב אחד (במקום חלוקה למקומי ובין-עירוני), שינוי בתעריפי השיחות והזנת המעבר בין שעות שיא לשפל מ-18:00 ל-20:00.

התוצאה המצטברת של הצעה זו, ביחס לתעריפים שהיו באותה עת, הייתה התייקרות של תעריף שיחה מקומית, התייקרות של תעריף שיחה בשעות השפל, והתייקרות תעריף השיחה בשעות 18:00 עד 20:00 (בשל העברתן משפל לשיא). תוצאה נוספת, לצד אלה, הייתה הוזלה בתעריף השיחה הבין-עירונית בשעות השיא.

משמעות המהלך המתוכנן הייתה כי ההעלאות המצטברות היו פוגעות באופן ניכר במשקי הבית, ואילו ההוזלה הייתה מיטיבה בעיקר עם המגזר העסקי – האחד על חשבון האחר.<sup>166</sup>

משרד התקשורת נטה לקבל את הצעת השינוי של חברת בזק. גישת היועץ המשפטי של המשרד (כותב שורות אלה) הייתה כי הפער בין ההטבה למגזר האחד לבין הפגיעה במגזר האחר אינו מוצדק ואינו מידתי ביחס לאזרח הקטן, אף אם אינו עולה כדי חריגה ממתחם המידתיות במונחים של ביקורת שיפוטית. בסופו של יום הנושא שב ונבחן במשרד התקשורת ונמצא פתרון מאוזן יותר, שבמסגרתו מותנה העלאת התעריפים.

דוגמה זו באה להמחיש כי שאלת המידתיות, כשהיא נבחנת בשלב של גיבוש ההחלטה על ידי הרגולטור, אינה זהה לשאלת המידתיות כשהיא נבחנת לאחר מעשה בביקורת שיפוטית. בשלב של הפעלת שיקול הדעת, על הרגולטור לשאוף לקבל החלטה מיטבית ולכוון את שיקול דעתו אל מרכז מתחם הסבירות והמידתיות, ולא להסתפק בקבלת החלטה ש'תעבור בג"ץ' משום שאינה חורגת מגבולות המתחם.<sup>167</sup>

164 הדוח האחרון של הוועדה להסדרת תעריפי בזק, בראשות פרופ' ראובן גרונוא (מרס 2003), פורסם באתר של משרד התקשורת, במדור 'זוהות ועדות'.

165 תקנות התקשורת (בזק ושידורים) (תשלומים בעד שירותי בזק המפורטים בתוספת לחוק), התשס"ג-2003, ק"ת התשס"ג 1012.

166 משום שקביעת התעריפים נערכה במסגרת תחשיב כולל של רווחי החברה, בהתאם למתכונת שנקבעה בדוח הוועדה להסדרת תעריפי חברת בזק (לעיל הערה 164). באופן זה העלאת תעריפים במקום אחד מאפשרת הוזלת תעריפים במקום אחר.

167 ראו סעיף 1 לעיל בפרק זה.

## ב. רישוי של שירותי אינטרנט מהיר

סוגיית הרישוי של שירותי ADSL היא דוגמה למורכבות החלתו של מבחן הסבירות בהכרעה בין שיקולים לטווח קצר לבין שיקולים לטווח ארוך.

בשנת 2000 ביקשה חברת בזק להתחיל לספק שירות גישה לאינטרנט בפס רחב ADSL. חברות הכבלים גם הן ביקשו לתת את השירות המקביל בתשתית שלהן (Cable Modem). משרד התקשורת רצה להעניק את שני הרישיונות בו זמנית כדי לאפשר תחרות בפס הרחב מנקודת זינוק שווה, על יסוד תיקון לחוק הבזק משנת 1999<sup>168</sup> שיזם המשרד כדי לאפשר פתיחה של שירותי התקשורת הנייחת לתחרות.

ואולם משרד התקשורת נתקל בהתנגדות נחרצת של משרד האוצר, שטען כי אין להתיר לחברות הכבלים לספק שירותי תקשורת כל עוד לא תוקן החוק לעניין הסמכות להעניק לחברות הכבלים רישיון לשירותי בזק ולעניין חובתן לשלם למדינה תמורה בעד ההטבה שיקבלו.

היועץ המשפטי לממשלה, שהכריע במחלוקת בין המשרדים, קבע כי משרד התקשורת היה מנוע מלהעניק רישיון לשירותי בזק לחברות הכבלים. לפי קביעתו, חוק הבזק כנוסחו אז לא אפשר לשר התקשורת לתת לחברות הכבלים רישיון לשירותי בזק ללא תיקון נוסף ונרחב בחוק.<sup>169</sup>

משרד התקשורת העריך כי אם חברת בזק תחל במתן השירות זמן ניכר לפני חברות הכבלים, ובבלעדיות, היא תפתח פער תחרותי משמעותי שחברות הכבלים יתקשו להדביק. ההתלבטות הייתה אם להעדיף את השיקול התחרותי (שיקול לטווח הארוך) ולעכב את האישור ל- ADSL עד שחברות הכבלים יוכלו לספק שירות מתחרה, או לאפשר לבזק להיכנס כספקית יחידה כדי לתת מענה לביקוש הצרכנים לאינטרנט בפס רחב (שיקול לטווח הקצר), כאמור תוך רכישת יתרון תחרותי שמולו יתקשו חברות הכבלים להתמודד בבוא העת.

168 ביטול סעיף החוק שעניינו הבלעדיות של חברת בזק: תיקון מס' 19 לחוק הבזק (במסגרת חוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 1999), התשנ"ט-1999, ס"ח התשנ"ט 90, בעמ' 113.

169 בכך הכריע היועץ המשפטי לממשלה דאז, אליקים רובינשטיין, נגד חוות דעתו של היועץ המשפטי של המשרד דאז (המחבר), שסבר כי החוק הקנה לשר סמכות לצורך העניין; החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה מיום 10.4.2000, 'מחלוקת האוצר-משרד התקשורת בענין חברות הכבלים'.



הפתרון שנקט משרד התקשורת היה מדורג והותאם לנסיבות ששררו: תחילה הוחלט לעכב את מתן האישור לחברת בזק עד שיוכלו גם חברות הכבלים לקבל רישיון. לאחר כשנה וחצי שבה לא החלו שירותי אינטרנט מהיר בישראל, וכשהתברר כי הליכי החקיקה בכנסת לגבי הצעת תיקון החוק שהוכנה בהתאם להנחיית היועץ המשפטי לממשלה מתמשכים, הוחלט להתיר לבזק לספק את השירות<sup>170</sup> על אף חוסר השוויוניות הרגולטורית אל מול חברות הכבלים.<sup>171</sup>

## ג. שילוב כתוביות בשידורי הטלוויזיה

נושא זה הוא דוגמה לקונפליקט בין שיקולים מתנגשים: מצד אחד – האינטרס המסחרי של הגורמים המשדרים, ומהצד האחר – זכויותיה וצרכיה של אוכלוסייה בעלת צרכים מיוחדים.

ההנגשה של שידורי טלוויזיה לחירשים ולכבדי שמיעה זכתה להסדרה מיוחדת בחקיקה. תחילה חוק חוק הקלות לחרש, התשנ"ב-1992 (להלן: חוק הקלות לחרש), שהסמיך את מועצת הרשות השנייה ואת המועצה לשידורי כבלים לקבוע מכסות לשידורים שילוו בכתוביות ובתרגום לשפת הסימנים. לאחר שהמועצות קבעו בכללים מכסות נמוכות יחסית, חוקקה הכנסת את חוק שידורי טלוויזיה (כתוביות ושפת סימנים), התשס"ה-2005 (להלן: חוק הכתוביות), שקבע עלייה משמעותית ומדורגת במכסות.

הצורך לגבש את עמדתו של משרד התקשורת בנוגע למכסות שנכללו בהצעת החוק שקדמה לחקיקתו של חוק הכתוביות עורר ויכוח פנימי במשרד. המועצה לשידורי כבלים, בראשותו של יורם מוקדי, גרסה שהמכסות שהוצעו בהצעת החוק היו גבוהות מדי בשל העלויות שהן מטילות על הגורמים המשדרים, וכן משום שהוספת כתוביות ותרגום לשפת הסימנים תגרום, לדעת המועצה, להכבדה ויזואלית על המסך. לפיכך הציעה המועצה לתקן את הכללים שקבעה מכוח חוק הקלות לחרש, ולקבוע בהם מכסות

170 יצוין כי האישור שניתן לבזק לספק את השירות היה מוגבל: אישור תיק השירות אִפשר לבזק לספק רק את תשתית ההולכה, ואילו הגישה לשדרת האינטרנט העולמית הוצעה למנויים באמצעות ספקי גישה לאינטרנט (ISP), תחום שבו התפתחה תחרות של ממש.

171 האישור לחברת בזק ניתן במסגרת 'תיק שירות גישה בקצב מהיר באמצעות ספקי אינטרנט', המתעדכן מעת לעת.

גבוהות מהמכסות שהיו קבועות באותה עת אך נמוכות באופן ניכר מהמוצע בהצעת החוק.

עמדת הלשכה המשפטית במשרד התקשורת הייתה כי גישת המועצה מכוונת לרף נמוך מדי שאינו מגשים את היעד הראוי של הנגשת שידורי הטלוויזיה לציבור החירשים וכבדי השמיעה, וכי יש לתת עדיפות לאינטרס הציבורי (ודאי על פני השיקול של אי־הכבדה ויזואלית על המסך). לעניין הנטל הכלכלי העמדה הייתה כי המענה לכך כבר נכלל בהצעת החוק שהסמיכה את הגוף המפקח ליתן פטור מלא או חלקי מדרישת ההנגשה אם אכן מדובר ב'נטל כבד מדי'.

כאמור לעיל, בסופו של יום עבר בכנסת חוק הכתוביות, שהעדיף בבירור את האינטרס של ציבור החירשים וכבדי השמיעה וקבע עלייה משמעותית ומדורגת במכסות.

#### ד. השתתפותה של קבוצת בזק במתן שירותי VoB

מדיניות ההסדרה באשר להשתתפותה של קבוצת בזק בהספקת שירותי VoB<sup>172</sup> היא דוגמה להתלבטות רגולטורית בסוגיית המידתיות. כפי שהוסבר לעיל, בשנים האחרונות התפתחו טכנולוגיות חדשות המאפשרות העברת קול באמצעות רשת האינטרנט. טכנולוגיות אלה טומנות בחובן פוטנציאל לתחרות בשירות הטלפוניה המסורתית המסופק בטכנולוגיה של מיתוג מעגלי.

במסגרת הקביעה של מדיניות ההסדרה נבחנה במשרד התקשורת השאלה אם תורשה בזק או מי מחברות־הבת שלה (פלאפון, בזק בינלאומי או יס) לספק שירותי VoB. החשש שנבחן היה שמתן אפשרות לקבוצת בזק לספק את השירות עלול לפגוע בסיכוייהם של מתחרים חדשים לחדור לתחום הטלפוניה הנייחת. לבסוף קבע שר התקשורת במסמך המדיניות כי בזק וכך גם חברות־הבת שלה לא יורשו לספק את השירות אלא לאחר שנתח השוק של בזק בתחום הטלפוניה הנייחת יפחת מתחת ל-85%.

172 כפי שהוצג לעיל, שירותי VoB (Voice over Broadband) הם שירותי טלפוניה המסופקים על גבי רשת האינטרנט באמצעות רשת גישה רחבת פס. למסמך המדיניות ראו לעיל הערה 20.

למקרא חוות הדעת הכלכלית שצורפה למסמך המדיניות<sup>173</sup> מתברר כי באשר לחברות בזק בינלאומי ויס תמכו אנשי הכלכלה של משרד התקשורת בחלופה מקלה יותר, שלפיה יתאפשר לחברות אלה לספק שירותי VoB בתנאים שפורטו בטרם יפחת נתח השוק של בזק מתחת ל-85% (אף שהוצגה בחוות דעתם גם החלופה שנבחרה בסופו של יום בידי השר).  
גם שהחלטתו של שר התקשורת לא חרגה ממתחם המידתיות,<sup>174</sup> דומה כי היא נמצאת בקצהו של המתחם, ואילו החלופה שבה תמכו כלכלני המשרד (שניתחו את החשש לפגיעה בתחרות) נמצאת במרכזו של המתחם, ולכן הייתה ראויה יותר. סוגיה זו ממחישה את הבעייתיות שבהסתפקות במבחן מתחם המידתיות שגובש בפסיקה בשלב שבו מופעל שיקול הדעת הרגולטורי.

הדיון בטעמים ובתכליות שביסוד הרגולציה של ענף התקשורת, והניתוח של הפעלת שיקול הדעת הרגולטורי, מעלים ומחדדים את חשיבותם של המבנה המוסדי וההרכב האנושי של הרשות המסדירה. אין מפתח להכרעה בשאלות רגולטוריות; ניתן לפרוש את מגוון השיקולים הרלוונטיים וכן להבהיר את מתווה הפעלתו של שיקול הדעת, כפי שביקשנו לעשות בחלק זה – ומעבר לכך יש לשאוף כי הגוף המסדיר יהיה בעל יכולת גבוהה, עצמאות מרבית וכישורים מקצועיים שיאפשרו לו לקבל החלטות מיטביות.  
בטרם נפנה להצעה של מודל מפורט לרשות תקשורת, בחלק השלישי לחיבור, נציג בחלק השני להלן את ההסדרים הרגולטוריים העיקריים הקבועים בדיני התקשורת בהתייחס לתחומי הבזק והשידורים.

173 חוות דעתם של סמנכ"ל בכיר כלכלה ותקציב במשרד התקשורת וסגנו מיום 31.1.2007, שכותרתה 'מדיניות VoB – סוגיית השתתפותה של קבוצת בזק', פורסמה באתר של משרד התקשורת במדור 'מסמכי מדיניות'.  
174 כפי שנקבע בחוות דעת משפטית מיום 15.2.2007 שהוכנה בלשכה המשפטית של משרד התקשורת (בין היתר על ידי המחברת), וכפי שאושר בבג"ץ 1139/07 **בזק בינלאומי נ' שר התקשורת ואח'** (פורסם בנבו), ניתן ביום 5.9.2007.



חלק שני

**כללי ההסדרה של ענף התקשורת**



## מבוא

בחלק זה מובאת סקירה של עיקרי ההסדרה הנוהגת בישראל בתחומים השונים של ענף התקשורת: שירותי בזק (פרק ראשון); תחום התדרים לתקשורת אלחוטית (פרק שני); ושידורים לציבור (פרק שלישי). כל אחד משלושת התחומים יוצג וייבחן בשלושה מישורים: ראשית, מהי המסגרת הנורמטיבית להסדרתו של התחום; שנית, מיהו הרגולטור המופקד על הסדרתו של התחום, אופן מינויו, תפקידיו, סמכויותיו ודרכי פעולתו; ושלישית, מה הם עיקרי ההסדרה הנוהגת, בעיקר באשר למשטר הרישוי, ובנושאים נוספים שהם בעלי רלוונטיות מיוחדת לצורך מיפוי תפקידיו של הרגולטור.

סקירה זו נועדה לפרוש לפני הקוראים את ההסדרים העיקריים הקבועים בדיני התקשורת ובתוך כך להציג את פעילות הרגולטור הישראלי ואת האתגרים העומדים לפניו. על רקע מורכבות ההסדרה של ענף התקשורת וריבוי הגורמים המסדירים, כפי שיוצג בחלק זה, מתחדד, לדעתנו, הצורך בשינוי מבני. מיפוי ההסדרים הרגולטוריים מובא להלן כשלב מקדים להצעה המוצגת בחלק השלישי, לשם הכרת השטח וכבסיס להבנת תפקידי הרגולטור.

בנוסף, חלק זה עומד בפני עצמו ונועד לשמש מורה דרך תמציתי לרגולציה של ענף התקשורת בישראל.

## ההסדרה של תחום שירותי הבזק

### 1. כללי

תחום שירותי הבזק (telecommunications) כולל את מגוון השירותים המסופקים במגזרי פעילות אלה: טלפוניה (פנים-ארצית או בין-לאומית, ניחת או ניידת), תקשורת נתונים (ובכלל זה אינטרנט מהיר), תמסורת ותשתית.<sup>2</sup>

שירותי בזק, ובראשם שירותי טלפוניה ואינטרנט, נהפכו במרוצת השנים למרכיב מרכזי באורח החיים, הן בהיקפי השימוש והן ברמת ההוצאה הכספית, וחשיבותם הולכת וגדלה בהתמדה. התחרות בתחום שירותי הבזק הביאה להגדלת חופש הבחירה של הצרכן, להרחבת מגוון השירותים, לחדירה של טכנולוגיות מתקדמות ולירידה במחירי השירות. מבחינה משקית הביאו התחרות והשירותים המתקדמים לשיפור כושר התחרות של המשק, למשיכת השקעות זרות, לעלייה בשיעורי הצמיחה ולגידול התוצר הלאומי.

### 2. מסגרת ההסדרה

המסגרת להסדרתו של תחום שירותי הבזק מעוגנת בחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982.<sup>3</sup> כללי ההסדרה מפורטים בחוק עצמו, בחקיקת

1 סעיף 1 לחוק התקשורת מגדיר את מונחי היסוד כדלקמן:

**בזק** – שידור, העברה או קליטה של סימנים, אותות, כתב, צורות חזותיות, קולות או מידע, באמצעות תיל, אלחוט, מערכת אופטית או מערכת אלקטרומגנטיות אחרות.

**פעולת בזק** – הפעלת מיתקן בזק, התקנתו, בנייתו או קיומו, הכל למטרת בזק. **שירותי בזק** – ביצוע פעולות בזק למען הזולת.

2 להגדרות המשפטיות של המונחים 'שירות טלפוניה', 'שירות תמסורת', 'שירות תקשורת נתונים' ו'שירות תשתית' ראו תקנה 1 לתקנות התקשורת (בזק ושידורים) (הליכים ותנאים לקבלת רישיון כללי ייחודי), התשס"ד-2004.

3 בעבר נקרא החוק 'חוק הבזק, התשמ"ב-1982'. בתיקון מס' 25 לחוק, שנכנס לתוקפו ביולי 2001, שונה שם החוק לשמו הנוכחי; התיקון פורסם בס"ח התשס"א 530. לסקירת עיקריו של תיקון מס' 25 לחוק, שהוכנה בשעתו על ידי המחבר, ראו: [www.moc.gov.il/new/documents/legislation/skira\\_tikun.pdf](http://www.moc.gov.il/new/documents/legislation/skira_tikun.pdf)



משנה שהותקנה מכוחו, ברישיונות למתן שירותי בזק המוענקים מכוח החוק, בהוראות מנהל<sup>4</sup> לבעלי רישיונות ובמסמכי מדיניות שמשדר התקשורת מפרסם מעת לעת.<sup>5</sup> לגבי שירותי תקשורת הניתנים באמצעים אלחוטיים, דוגמת שירותי טלפוניה סלולרית, נוספת על מסגרת ההסדרה גם פקודת הטלגרף האלחוטי [נוסח חדש], התשל"ב-1972, שתידון להלן בפרק השני.

### 3. הגורם המסדיר

שר התקשורת הוא הגורם המופקד על הסדרתו של תחום שירותי הבזק, וסמכויות ההסדרה שבחוק התקשורת, רובן ככולן, מסורות לו.<sup>6</sup> בפועל, שורה ארוכה של סמכויות בתחומי הרישוי והפיקוח הואצלו לנושאי תפקידים במשרד התקשורת. כך למשל, הסמכות להעניק רישיונות מיוחדים, לקבוע בהם תנאים או לשנותם, הואצלה למנכ"ל משרד התקשורת ולמנהל האגף להנדסה ורישוי במשרד, והסמכות לפקח על פעילותם של בעלי הרישיונות נמסרה למנהל האגף לפיקוח ואכיפה במשרד.<sup>7</sup>

4 הוראת מנהל לעניינינו היא הוראה או הנחיה מאת הרגולטור הניתנת באופן פרטני למפעיל תקשורת. ראו גם ההגדרה למונח 'הוראת מנהל' בסעיף 3 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981.

5 ראו באתר משרד התקשורת רשימה של בעלי הרישיונות ושל חלק מהרישיונות שניתנו במדור 'רישיונות', ואת המסמכים הנוגעים למדיניות הרישוי וההסדרה של משרד התקשורת במדור 'מסמכי מדיניות'.

6 סמכויות ספורות מסורות בחוק התקשורת לידי ראש הממשלה: סמכות ליתן לבעל רישיון הוראות למתן שירותים לכוחות הביטחון (סעיף 13 לחוק); וכן סמכות משותפת עם שר התקשורת לעניין שירות חיוני (סעיפים 4 עד 24 לחוק). סמכויות אחדות נמסרו גם למנכ"ל משרד התקשורת - הטלת עיצומים כספיים (פרק ז' 1 לחוק התקשורת) ופיקוח על ציוד קצה (סעיף 53 לחוק התקשורת).

7 להלן רשימת ההודעות בדבר אצילת סמכויותיו של שר התקשורת, לפי חוק התקשורת, לנושאי תפקידים במשרד התקשורת, כפי שפורסמו ברשומות:

- אצילת הסמכות לפי סעיף 38(ג) לחוק התקשורת למנהל אגף כלכלה ותקציב, לקבוע את שיעורו של הפסד ההכנסות הנגרם לחברת 'בזק' כתוצאה מפגיעה במתקן בזק (י"פ התשמ"ח, עמ' 784).
- אצילת הסמכות לפי סעיף 4 לחוק התקשורת ולפי סעיף 12 לחוק הרשויות המקומיות (תרנים לאנטנות טלוויזיה ורדיו), התשל"ו-1975 למנהל אגף הנדסה ורישוי, להענקת רישיון מיוחד לתורן אזורי (י"פ התשנ"א, עמ' 2012).
- אצילת הסמכות לפי סעיף 4 לחוק התקשורת למנכ"ל, במשותף עם

במקרים מסוימים נקבע בחוק התקשורת כי הפעלת הסמכות שבידי שר התקשורת כפופה להיוועצות, להסכמה או לאישור של שר האוצר,<sup>8</sup> של ועדת הכלכלה או של ועדת הכספים של הכנסת,<sup>9</sup> לפי העניין. נוסף על כך, במסגרת הסדרתו של תחום שירותי הבזק, ובעיקר במסגרת הליכי חקיקה, נדרש תיאום עם אגף התקציבים במשרד האוצר ועם משרד המשפטים. מעורבותו

---

מנהל אגף הנדסה ורישוי, להעניק רישיון מיוחד ולשנות את תנאיו, וכן אצילת הסמכות לפי סעיף 4א לחוק התקשורת למנהל אגף הנדסה ורישוי, במשותף עם מנהל תחום ציוד קצה, ליתן אישור סוג (י"פ התש"ס, עמ' 5).

- אצילת הסמכות לפי סעיף 5א(א) לחוק התקשורת למנכ"ל או למנהל אגף הנדסה ורישוי לחייב את חברת 'בזק' לאפשר לבעל רישיון מיוחד שימוש ברשת הבזק הציבורית שלה, ולמנהל אגף פיקוח ואכיפה – לחייב את חברת 'בזק' להפסיק את השימוש ברשת הבזק הציבורית שלה למי שרישיונו המיוחד פקע או בוטל (י"פ התש"ס, עמ' 173).

- אצילת הסמכות לפי סעיף 4(ה) לחוק התקשורת למנכ"ל ולמנהל אגף הנדסה ורישוי לשנות את תנאיו של רישיון כללי (י"פ התשס"ג, עמ' 1640).

- אצילת הסמכויות לפי סעיף 5 לחוק התקשורת למנכ"ל, במשותף עם מנהל אגף הנדסה ורישוי, לקבוע הוראות מנהל או הוראות ברישיון לפי סעיף 4(2ד1) לחוק התקשורת, לאשר שינוי בהחזקה, העברה או רכישה של אמצעי שליטה בבעל רישיון כללי ולפי סעיף 6(א) לחוק התקשורת, או לאשר שינוי בהחזקה, העברה או רכישה של אמצעי שליטה בבעל רישיון לשידורי לוויין (י"פ התשס"ג, עמ' 3699).

- אצילת הסמכות לפי סעיף 5א(ב) לחוק התקשורת למנכ"ל או למנהל אגף הנדסה ורישוי (על דעת המנכ"ל), להורות לבעל רישיון בדבר הועדה והקצאה של מספרי טלפון ובדבר כללי חיוג, ולהורות לבעל רישיון בדבר הפעלה ויישום של תכנית המספור, ואצילת הסמכות לפי הסעיף האמור למנכ"ל, עם מנהל אגף הנדסה ורישוי, להכין ולנהל תכנית מספור (י"פ התשס"ז, עמ' 1120).

נוסף על אצילת הסמכויות כאמור לעיל יש עניינים שלגביהם הוסמך עובד המשרד להפעיל סמכויות רגולציה. לדוגמה: סמכויות מנכ"ל המשרד הקבועות ברישיונות; הסמכת מנהל אגף פיקוח ואכיפה במשרד לעניין תקנות הבזק (הפיקוח על פעולותיו של בעל רישיון), התשמ"ו-1986.

8 מדובר בעיקר בנושאים הנוגעים לפיקוח על תעריפיו של בעל רישיון ותשלומים לאוצר המדינה (ראו למשל סעיפים 15 ו-54 לחוק התקשורת).

9 אישור מאת ועדת הכספים של הכנסת נדרש, למשל, בסעיפים 5א(ג), 14(ג), 16 ו-54(ב) לחוק התקשורת; אישור מאת ועדת הכלכלה של הכנסת נדרש, למשל, בסעיפים 12, 16, 54 ו-59א לחוק התקשורת.

של אגף התקציבים בהסדרת תחום התקשורת הולכת וגדלה, במיוחד על רקע העובדה שבשנים האחרונות בוצעו תיקונים מרכזיים בחוק התקשורת במסגרת 'חוק ההסדרים' שמוביל משרד האוצר. במסגרת חוקי ההסדרים נחקקו, למשל, פרק שידורי הטלוויזיה באמצעות לוויין,<sup>10</sup> מסגרת הרישוי של רישיון כללי-יחודי<sup>11</sup> והחובה להפעיל נידות מספרים.<sup>12</sup>

גורם שלטוני נוסף המשפיע על ההסדרה של תחום שירותי הבזק הוא הממונה על הגבלים עסקיים. הרשות להגבלים עסקיים, והממונה שבראשה, מופקדים על שמירת התחרות במשק מכוחו של חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, באופן כלל-ענפי, ובכלל כך גם בתחום התקשורת. בהקשר זה פסק בשעתו בית הדין להגבלים עסקיים כי חוק ההגבלים חל לצדו של חוק התקשורת ובאופן זה, מפעילי התקשורת כפופים לשתי המערכות הנורמטיביות בעת ובעונה אחת.<sup>13</sup>

הממונה על הגבלים עסקיים מאשר מיזוגים ומפקח על פעילותם של בעלי מונופולין, והפעילות בענף התקשורת מושפעת במידה רבה מהחלטותיה. כך למשל, במקרה שבו הזרימה חברת בזק כספים לחברת שידורי הלוויין שבשליטתה (חברת יס) ניתנו לחברת בזק הוראות להגבלת ההזרמות, הן על ידי שר התקשורת, מכוח סמכותו בחוק התקשורת שעניינה מניעת פגיעה בתחרות, והן על ידי הממונה על הגבלים עסקיים, במסגרת בקשה לאישור מיזוג לפי סמכותו בחוק ההגבלים. מקרה זה חידד את הבעייתיות המתעוררת לעתים בשל הבדלים בין שתי הדיסציפלינות, באשר לא היה

10 חוק להגברת הצמיחה והתעסוקה ולהשגת יעדי התקציב לשנת הכספים 1998 (תיקוני חקיקה), התשנ"ח-1998, פורסם בס"ח התשנ"ח ח' 73.

11 חוק התכנית להבראת כלכלת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2003 ו-2004), התשס"ג-2003, פורסם בס"ח התשס"ג 386.

12 חוק המדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2005 (תיקוני חקיקה), התשס"ה-2005, פורסם בס"ח התשס"ה 395.

13 בערר 7/95 'בזק', החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על הגבלים העסקיים, דינים מחוזי לב (1) 65, נפסק כי ההסדר הסטטוטורי החל על חברת בזק מכוחו של חוק התקשורת אינו שולל את תחולתו של ההסדר לעניין מונופולין הקבוע בחוק ההגבלים העסקיים, ככל שההוראות לבעל מונופולין אינן עומדות בניגוד לדין המיוחד החל על המונופולין. עוד נפסק כי 'ההדגשים השונים בהתמחויות של הרשויות הנוגעות בדבר מחייבים פעילות משלימה ומתואמת בין שתי הרשויות, כאשר כל רשות עושה שימוש בכלים שנתן בידה המחוקק, ובממוחיות שרכשה לעצמה בתחומי פעילותה, לשם השגת המטרות שביסודן של שתי מערכות הדינים'.

מתאם מלא בין שתי ההוראות שניתנו, והוראתו של שר התקשורת הייתה מחמירה יותר.<sup>14</sup>

## 4. עיקרי ההסדרה הנוהגת

### א. משטר הרישוי

#### (1) חובת הרישוי והסייגים לה

הנורמה הבסיסית שביסוד ההסדרה של תחום שירותי הבזק קובעת כי לא יבצע אדם פעולות בזק ולא יספק שירותי בזק אלא אם קיבל לכך רישיון.<sup>15</sup> כלומר: חל איסור כללי על אספקת שירותי בזק אלא אם ניתן רישיון למי שמספק את השירות. בהתאם להגדרות המונחים 'שירות בזק' ו'פעולת בזק' בחוק,<sup>16</sup> במוקד של חובת הרישוי עומדת הפעלתו של מתקן בזק; כלומר ההסדרה מתפרשת רק על פעילות תקשורת הכרוכה בהפעלה של מתקן למטרות בזק.

בצד חובת הרישוי הכללית קבועים בחוק התקשורת סייגים לחובת הרישוי, ובהם הפטור הקבוע ביחס למדינה,<sup>17</sup> וכן פטורים נוספים<sup>18</sup> כגון

14 הוראת שר התקשורת לחברת בזק נדונה בבג"ץ 3483/05, 4509/05 **די.בי.אס שירותי לוויין ו'בזק', החברה הישראלית לתקשורת נ' שרת התקשורת** (פורסם בנבו), ניתן ביום 9.9.2007. בפסק הדין נדחו העתירות על הסף בשל חוסר ניקיון כפיים של העותרות.

15 סעיף 2(ב) לחוק התקשורת.

16 **לעיל** הערה 1.

17 הוראת סעיף 2(א) לחוק התקשורת מקורה בתפיסה המסורתית שלפיה פעילות בתחום הבזק היא פררוגטיבה של הריבון, וכזכור בשעתו המדינה היא שסיפקה את שירותי הבזק לציבור. כיום, כאשר שירותי הבזק מסופקים על ידי מפעילים פרטיים, התפיסה היא שתפקידה של המדינה הוא להסדיר את הענף ולפקח על המפעילים. לאור האמור, סעיף 2(א) לחוק התקשורת נותר בעיקר עם ערך דקלרטיבי וכבסיס לסמכות הרישוי שבסעיף 2(ב); כמו כן הוא משמש היום לצורך פעולות בזק שהמדינה מבצעת עבור עצמה (אם כי בפועל המדינה צורכת את מרבית שירותי הבזק הדרושים לה ממפעילים מסחריים). בהקשר זה יוער כי בטרם חוקק חוק התקשורת הייתה הפררוגטיבה של המדינה קבועה בסעיף 40 לפקודת הדואר [נוסח חדש], תשל"ז-1976: 'למדינה תהיה הזכות היחודית לבנות מערכת טלגרף, לקיימה ולהפעילה'. על הקמתה של רשת התקשורת על ידי המדינה ומערך הרישוי ראו בג"ץ 542/76 **קונסורטיום אינטרנשיונל נ' מנכ"ל משרד התקשורת**, פ"ד לא(3) 477, בעמ' 483, מפי השופט אשר.

18 סעיף 3 לחוק התקשורת.

פעולת בזק שאדם מבצע לעצמו בשטח רצוף המוחזק בידו, ייצור מתקן בזק, ופעולת בזק המבוצעת על פי רישיון שניתן לפי פקודת הטלגרף. בסוף שנת 2004 תוקן חוק התקשורת<sup>19</sup> באופן שהסמיך את שר התקשורת לקבוע בצו פטור מחובת רישוי גם לעניין שירות בזק מסוג מסוים, שיש לגביו תחרות ושמתקיימים לגביו שיקולים נוספים כאמור בחוק. בהתאם לכך ניתן לקבוע פטור מרישוי, למשל לשירותים קלי ערך (כגון אינטרנט בבתי קפה) או לשירותים הניתנים לבעלי רישיונות בלבד ולא למשתמשי קצה.<sup>20</sup>

## (2) סוגי רישיונות

רישיון לביצוע פעולות בזק ולמתן שירותי בזק יכול להיות כללי או מיוחד.<sup>21</sup> **רישיון כללי** הוא רישיון 'להקמה, לקיום או להפעלה של רשת בזק ציבורית ולביצוע פעולות בזק ומתן שירותי בזק פנים-ארציים או בין-לאומיים באמצעותה'; **רישיון מיוחד** הוא רישיון 'לביצוע פעולות בזק ולמתן שירותי בזק פנים-ארציים או בין-לאומיים, המוגבל לסוג מסוים של פעולות בזק או של שירותי בזק'.<sup>22</sup>

במילים אחרות, רישיון כללי כולל את מרכיב התשתית – הקמת רשת תקשורת והפעלתה, ואת מרכיב השירותים – אספקה של מגוון שירותי בזק במגזר פעילות. לדוגמה, מכוח רישיון למתן שירותי בזק פנים-ארציים נייחים ניתן להקים רשת בזק ציבורית<sup>23</sup> נייחת ולספק את כלל שירותי הטלפוניה הנייחת ותקשורת הנתונים (רישיון זה מכונה רישיון מפ"א – מפעיל פנים-ארצי).<sup>24</sup> בעלי הרישיונות הכלליים הפועלים כיום (חברת בזק, הוט טלקום,

- 19 במסגרת תיקון מס' 31 לחוק התקשורת; התיקון פורסם בס"ח התשס"ה 65.
- 20 במועד כתיבתו של חיבור זה טרם הפעיל שר התקשורת את סמכותו לקביעת פטורים בהתאם להוראות סעיף 83(8) לחוק התקשורת.
- 21 סעיף 4(א) לחוק התקשורת.
- 22 כך לפי ההגדרות שבסעיף 1 לחוק התקשורת. לפירוט הרישיונות הכלליים והמיוחדים שניתנו למפעילים ראו את הרשימה באתר משרד התקשורת, במדור 'רישיונות'.
- 23 'רשת בזק ציבורית' מוגדרת בסעיף 1 לחוק התקשורת כך: 'מערכת של מיתקני בזק, המשמשת או המיועדת לשמש לאספקת שירותי בזק לכלל הציבור בכל הארץ או לפחות באזור שירות, הכוללת ציוד מיתוג וניתוב, ציוד תמסורת ורשת גישה, לרבות מערכת רדיו טלפון נייד ומערכת בזק בין-לאומית, ולמעט ציוד קצה'.
- 24 בבג"ץ 1255/94 'בזק', **החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שרת התקשורת**, פ"ד מט(3) 661, שניתן על רקע החלפת רישיונה הכללי של חברת בזק, נפסק כי רישיון כללי יכול שיהיה בלתי מוגבל ויקיף את כל האמור בהגדרה ויכול שיהיה מוגבל אם כי לא עד כדי הפיכתו לרישיון מיוחד כהגדרתו בחוק.

המפעילים הסלולריים והמפעילים הבין-לאומיים) מחויבים לספק שירות לכל דורש בפרישה כלל-ארצית (שירות אוניברסלי).

רישיון מיוחד ניתן לאספקת סוג מסוים של שירות בזק, דוגמת שירות גישה לאינטרנט, שירות לניתוב שיחה או שירות תמסורת באמצעות לוויין.<sup>25</sup> רישיון מיוחד יכול שיהיה למתן שירות מסחרי או לעריכת ניסוי, טכנולוגי או שיווקי.<sup>26</sup> בהקשר זה החוק קובע גם כי אין במתן רישיון כללי כדי למנוע מתן רישיון מיוחד לפעולה או לשירות הכלולים ברישיון הכללי.<sup>27</sup>

בשנים האחרונות תוקן חוק התקשורת ונוספו בו שני סוגי רישוי: רישיון כללי ייחודי<sup>28</sup> והיתר כללי.<sup>29</sup> **רישיון כללי ייחודי** הוא רישיון למתן מגוון של שירותי בזק פנים-ארציים נייחים, שבניגוד לרישיון כללי לא קבועה בו חובה לספק את השירותים בפרישה כלל-ארצית או באזור שירות נרחב.<sup>30</sup> תיקון זה לחוק גובש בהתאם להמלצות ועדה ציבורית שמינה בשעתו שר התקשורת לצורך גיבוש מדיניות וכללים לפתיחת התחרות בתחום התקשורת הנייחת, בראשותו של הכלכלן רן קרול.<sup>31</sup>

התיקון נועד להקל על כניסתם של מפעילים חדשים לתחום שירותי הבזק הפנים-ארציים הנייחים ולהסיר את חסם הכניסה העיקרי של פרישת תשתית נרחבת – וזאת בלי לגרוע מחובת השירות האוניברסלי החלה על

- 25 בבג"ץ 9435/02 'בזק', **החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שר התקשורת ואח'** (פורסם בנבו), ניתן ביום 2.2.2003, נדונה שאלת ההבחנה בין רישיון כללי לרישיון מיוחד על רקע מתן רישיון מיוחד לאספקת שירותים לתקשורת נתונים בקצבים גבוהים של מעל 2 מס"ש. על פי המלצת בית המשפט מחקה העותרת את עתירתה, אולם פסק הדין כלל את קביעתו של בית המשפט העליון שלפיה הרישיון המיוחד מגדיר תחום עיסוק מוגדר ומצומצם.
- 26 לעניין ההליכים לקבלת רישיון מיוחד ראו תקנות התקשורת (בזק ושידורים) (פרטי בקשה לרישיון מיוחד), התשס"ד-2004. ראו גם מסמך מדיניות רישוי לניסוי שיווקי של שירות חדשני מיום 19.8.2004; המסמך מפורסם באתר משרד התקשורת במדור 'מסמכי מדיניות'.
- 27 סעיף 4(א) לחוק התקשורת.
- 28 במסגרת תיקון מס' 28 לחוק התקשורת; פורסם בס"ח התשס"ג 407.
- 29 במסגרת תיקון מס' 31 לחוק התקשורת; **לעיל** הערה 19.
- 30 סעיפים 1 ו-4(א1) לחוק התקשורת.
- 31 דוח ועדת קרול מיום 8.8.2002, ומסמך השר מיום 17.9.2002, המאמץ את הדוח בשינויים מסוימים, מופיעים באתר משרד התקשורת, במדור 'דוחות ועדות'. עקרונות ההמלצות של ועדת קרול אומצו גם על ידי הממשלה בהחלטת ממשלה מס' 105, מיום 25.3.2003, שכותרתה 'פתיחת שוק התקשורת לתחרות'.

ביק והוט טלקום.<sup>32</sup> מבחינת סיווג המשפטי של הרישיון, רישיון כללי ייחודי נחשב כרישיון כללי לכל דבר למעט החובה לספק שירות בפרישה כלל-ארצית.<sup>33</sup>

כאמור לעיל, לחוק התקשורת נוספה עוד מתכונת של רישוי – **היתר כללי**.<sup>34</sup> היתר כללי הוא הרשאה לספק סוג מסוים של שירות ביק פנים-ארצי או בין-לאומי. בשונה מרישיון מיוחד, שאף הוא ניתן בנוגע לסוג מסוים של שירות, היתר כללי אינו אקט של מתן רישיון פרטני למבקש שעמידתו בתנאים לקבלת הרישיון נבדקה טרם מתן הרישיון, אלא מסמך רישוי המאפשר לכל מי שמקיים את התנאים הקבועים בו (ונרשם ככזה) לפעול מכוחו, לאחר שעבר בדיקה מקדמית מצומצמת בלבד ובלי שנדרש לקבל הרשאה אינדיווידואלית לפעול.

בחוק מפורטים המקרים המתאימים להסדרה במתכונת רישוי של היתר כללי (לדוגמה, כאשר מדובר בשירות הניתן רק לבעלי רישיונות).<sup>35</sup> בכונתו של משרד התקשורת להסדיר את פעילותם של ספקי שירותי גישה לאינטרנט (ISP) באמצעות היתר כללי במקום הרישיונות הפרטניים שניתנים עתה לאספקת השירות.<sup>36</sup>

מסגרת רישוי נוספת שיש לה זיקה למתן שירותי ביק היא **אישור סוג**.<sup>37</sup> זהו היתר הניתן לדגם של ציוד קצה (כגון מכשיר טלפון או מודם) לשם חיבורו אל רשת תקשורת, כדי לוודא עמידה בדרישות של תאימות טכנית לרשת התקשורת ובסטנדרטים של בטיחות.

- 32 מתוך דברי ההסבר לפרק ח (תקשורת) בהצעת חוק התכנית להבראת כלכלת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2003 ו-2004), התשס"ג-2003; הצעת החוק פורסמה בה"ח התשס"ג 262.
- 33 סעיף 1א4 לחוק התקשורת.
- 34 היתר כללי ניתן בהתאם להוראות סעיף 1א4 לחוק התקשורת. במועד כתיבתו של חיבור זה טרם הפעיל שר התקשורת את סמכותו לקביעת היתר כללי בהתאם להוראות סעיף 1א4 לחוק התקשורת.
- 35 סעיף 1א4(א) לחוק התקשורת.
- 36 טיוטת היתר כללי לאספקת שירותי גישה לאינטרנט הוצאה לשימוע ביום 19.12.2006; טיוטת היתר כללי למתן שירותי מסחר טלפוני באמצעות רשת ביק ציבורית הוצאה לשימוע ביום 31.3.2008 (כחלק משימוע בנושא הסדרת שירותי מסחר טלפוני). הטיוטות מפורסמות באתר משרד התקשורת במדור 'שימועים'.
- 37 סעיף 4 לחוק התקשורת.

### (3) שיקולים במתן רישיון

חוק התקשורת קובע את מערך השיקולים שעל שר התקשורת לשקול בבואו לתת רישיון או היתר כללי, או לסרב לתתם:<sup>38</sup>

- מדיניות הממשלה בתחום הבזק.
- שיקולים שבטובת הציבור.
- התאמתו של מבקש הרישיון לספק את השירותים המבוקשים.
- התרומה של מתן הרישיון לתחרות בתחום הבזק ולרמת השירותים בו.

בבג"ץ 987/94 **יורנט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת**<sup>39</sup> נקבע כי רשימת השיקולים הכלולה בחוק אינה רשימה ממצה, וכי שר התקשורת רשאי ואף חייב להרחיב את היריעה ולשקול שיקולים נוספים; במסגרת זו נכללים הן שיקולים הנובעים מהתכלית המיוחדת של חוק התקשורת והן שיקולים המשקפים את התכליות הכלליות של שיטת המשפט וזכויות יסוד.

במסגרת השיקולים הנוספים כאמור, בהענקת הרישיונות נשקלים גם שיקולי מדיניות הנוגעים למגזר הפעילות הספציפי שבו מדובר או לסוג השירות, כפי שהם נקבעים במסמכי מדיניות ששר התקשורת מפרסם מעת לעת.<sup>40</sup>

38 השיקולים מנויים בסעיף 4(ב) לחוק. לעניין השיקול של 'מדיניות הממשלה' ראו בג"ץ 1008/94 **גל קשר בע"מ נ' שרת התקשורת**, דינים עליון מב 203; לעניין השיקול של 'טובת הציבור' ראו גם בג"ץ בזק, **לעיל** הערה 24. השיקול של 'טובת הציבור', הקבוע בסעיף 4(ב)(א) לחוק התקשורת, הוסף כתיקון לחוק לאחר שניתנו פסקי הדין האמורים.

39 פ"ד מח(5) 412. לעניין שיקולים ברישוי ראו גם בג"ץ 6481/94 **טלעד שירותי מידע טלפוניים נ' משרד התקשורת**, פ"ד מט(1) 207.

40 ראו, למשל, מסמך הרישוי וההסדרה של אספקת שירות VOD על גבי תשתית גישה רחבת פס מיום 15.3.2007; מסמך מדיניות ההסדרה והרישוי של אספקת שירותי טלפונים באמצעות שירות גישה רחבת פס (VOB) מיום 31.1.2007; מדיניות רישוי לניסוי שיווקי של שירות חדשני מיום 19.8.2004; ומסמכים נוספים המפורסמים באתר משרד התקשורת במדור 'מסמכי מדיניות'.



## ב. פיקוח ואכיפה<sup>41</sup>

בידי שר התקשורת וכמה בעלי תפקידים בכירים במשרד התקשורת נתונות כיום סמכויות פיקוח ואכיפה בחוק התקשורת, בתקנות שהותקנו מכוחו וברישיונות של מפעילי התקשורת. בכל הנוגע לאספקת שירותי בזק, הפיקוח על פעילותם של מפעילי התקשורת מתבצע בעיקר על ידי האגף לפיקוח ואכיפה במשרד התקשורת. להלן יפורטו סמכויות הפיקוח והאכיפה המרכזיות הנתונות כיום בידי שר התקשורת ומשרד התקשורת לצורך הסדרת הפעילות בענף התקשורת.

**דרישת מסמכים וכניסה לחצרים.** בהתאם לתקנות הבזק (הפיקוח על פעולותיו של בעל רישיון), התשמ"ו-1986 (להלן: תקנות הפיקוח), מנהל אגף פיקוח ואכיפה במשרד התקשורת הוסמך לפקח על פעולותיהם של מפעילי תקשורת. המפקח רשאי, בין היתר, לדרוש מבעל רישיון להציג לו מסמכים, להיכנס לחצריו של בעל הרישיון ולחייבו בהגשת דוחות.<sup>42</sup> כמו כן, שר התקשורת רשאי לדרוש מבעל רישיון למסור לו כל ידיעה ומסמך על אודות שירותי הבזק שהוא מספק.<sup>43</sup> על פי התקנות, אם מצא המפקח כי יש בפעילותו של בעל רישיון משום הפרה של הוראות הדין, עליו להביא את העניין לפני השר.

**מתן הוראה לתיקון הפרה.** אם נמצא כי בעל רישיון הפר את כללי ההסדרה הקבועים בחוק התקשורת, בחקיקת המשנה או ברישיונו, שר התקשורת רשאי להורות לבעל הרישיון לתקן את ההפרה או הליקוי שנתגלו בפעילותו באופן שיוורה. בפרט במקרה שבו בעל הרישיון פועל באופן העלול לגרום פגיעה במתן שירותי בזק באורח תקין וסדיר, או שיש בפעולתו של בעל הרישיון כדי לגרום פגיעה משמעותית בתחרות בתחום הבזק, השר רשאי להורות לבעל הרישיון אילו פעולות עליו לנקוט כדי למנוע את הפגיעה האמורה.<sup>44</sup>

41 בחיבור זה 'סמכויות פיקוח' משמען סמכויות בדיקה הדרושות לצורך בירור התשתית העובדתית, ובכלל כך אם הנורמה המסדירה מקוימת (לדוגמה: כניסה לחצרים, דרישת מידע ומסמכים, קביעת חובות דיווח וכיוצא באלה); 'סמכויות אכיפה' משמען הסמכות להטיל סנקציות במקרה של הפרה (לדוגמה: ביטול רישיון, הטלת קנסות, חילוט ערבות וכיוצא באלה).

42 תקנות 4, 5, 6, 15 ו-17 לתקנות הפיקוח.

43 תקנה 3 לתקנות הפיקוח.

44 סעיף 11(ב) לחוק התקשורת.

פרשת הזרמות הכספים מחברת בזק לחברת יס, שתוארה לעיל, היא דוגמה מעניינת להפעלת סמכותו האמורה של שר התקשורת. במקרה זה התערב השר בהיקף ההשקעה הכספית של בזק בחברה בת שלה, על יסוד הקביעה של משרד התקשורת כי הזרמת הכספים לחברה הבת, המתחרה בחברות הכבלים בתחום השידורים, עלולה לפגוע בהתפתחות התחרות בין בזק לחברות הכבלים בתחום הטלפוניה הנייחת – תחום שבו הוט טלקום שהוקמה על ידי חברות הכבלים היא שחקן חדש.

**הטלת עיצום כספי (קנס מנהלי).** בהתאם להוראות פרק ז'1 לחוק התקשורת, מנכ"ל משרד התקשורת מוסמך להטיל עיצום כספי על בעל רישיון שהפר את הוראות החוק או את הוראות הרישיון. בעבר, שיעור הקנס שהיה אפשר להטיל היה נמוך ביחס למחזורי פעילותם של מרבית המפעילים; כדי שהקנס המנהלי יהיה כלי אכיפה יעיל, תוקן בשנת 2007 חוק התקשורת ושיעור העיצום הכספי שהוא מתיר להטיל הוגדל במידה ניכרת – באופן פרופורציונלי להיקף הכנסותיו של בעל הרישיון.<sup>45</sup>

לדוגמה, עיצום כספי הוטל במקרה שבו סיפק אחד המפעילים הבין-לאומיים שירותים ארוטיים בניגוד להוראות רישיונו. כאשר הובא מקרה זה לפני בית המשפט נקבע כי הטלת העיצום הכספי נועדה ליצור מצב שבו לא תהיה לבעל הרישיון תועלת כלכלית מהפרת הרישיון.<sup>46</sup>

**חילוט ערבות בנקאית.** בהתאם להוראות שברישיונות הכלליים (ובמקצת הרישיונות המיוחדים), על בעל הרישיון להפקיד ערבות בנקאית להבטחת

45 תיקון מס' 36 לחוק התקשורת, במסגרת חוק ההסדרים, פורסם בס"ח תשס"ז 60. לדברי ההסבר ראו ה"ח תשס"ז 16.

46 ראו החלטתו של השופט משה סובל בבש"א (ת"א) 162365/06 **בזק בינלאומי נ' מדינת ישראל – משרד התקשורת**, שלפיה בנסיבות העניין הייתה החלטתו של מנכ"ל משרד התקשורת – להטיל עיצום כספי – סבירה, אך סכום העיצום הכספי שהוטל הופחת. כמו כן נקבע כי לא מדובר בהליך מעין שיפוטי אלא בהליך מנהלי שאינו כפוף לדיני הראיות הכלליים, ונדרש כי יובא לפני הרשות חומר שאדם סביר היה רואה בו יסוד שדי בו להחלטתו. נוסף על כך ראו החלטתה של השופטת שרה דותן בבר"ע (ת"א) 1278/07 **בזק בינלאומי נ' מדינת ישראל – משרד התקשורת**, שבה נדחתה בקשת רשות הערעור. במקרה אחר, שבו נקבע כי העיצום הכספי שהוטל על בעל אישור סוג אינו מידתי, ראו החלטתו של השופט מאיר יפרח בבש"א (ת"א) 150842/04 **מעבדות גלקסי אלקטרוניקס 1985 נ' משרד התקשורת** (פורסמו בנבו).

מילוי תנאי רישיונו; במקרה של הפרה, מנכ"ל משרד התקשורת מוסמך לחלט את הערבות הבנקאית. מדובר בכלי הסדרתי-אכיפתי שנועד להבטיח את עמידתו של בעל הרישיון בהוראות הדין ובהוראות הרישיון. קביעת הסכום לחילוט נעשית בכל מקרה לגופו בהתחשב בחומרת ההפרה, במהותה, בחשש לפגיעה בתחרות או בצרכנים, בהיקף הפעילות ובחוסן הכלכלי של בעל הרישיון המפר, ובצורך לקבוע סכום אפקטיבי שימנע 'הפרה יעילה' מצד מפעילי התקשורת.

כך למשל, במקרה שבו כרתה חברת בזק הסכמים עם לקוחות עסקיים גדולים למתן הנחות החורגות מתעריפי המפוקחים, ערב פתיחתו של תחום התקשורת הנייחת לתחרות, ולאחר שניתנה לה הזדמנות לתקן את ההפרה והיא לא עשתה כן – חולטה הערבות הבנקאית שהיא הפקידה בסכום של שמונה מיליון ש"ח.<sup>47</sup>

**ביטול רישיון, הגבלתו או התלייתו.** שר התקשורת רשאי לבטל רישיון, להגבילו או להתלותו, בין היתר במקרה שבו הפר בעל הרישיון תנאי מהותי ברישיון או מטעמים שבטובת הציבור.<sup>48</sup> מדובר בסמכות קיצונית, וברוב המקרים של המקרים יבכר הרגולטור לא להשתמש בה אלא לנקוט אמצעי אכיפה אחרים דוגמת עיצום כספי או חילוט ערבות.

דוגמה למקרה יוצא דופן בשנים האחרונות שבו ביטל משרד התקשורת רישיון, היא כאשר פעילותו של בעל רישיון מיוחד למתן שירותי מידע קולי הייתה כרוכה בהונאה של צרכני השירות.<sup>49</sup>

**אכיפה פלילית.** הפרה של הוראות מסוימות בחוק התקשורת – דוגמת אספקת שירותי בזק ללא רישיון, פגיעה במתקן בזק או הטרדה באמצעות מתקן בזק<sup>50</sup> – מהווה עברה פלילית. הסמכות לחקור עברות אלה ולהגיש בגינן כתבי אישום אינה מסורה למשרד התקשורת אלא לגורמים המופקדים על אכיפת הדין הפלילי, קרי המשטרה והפרקליטות.

47 חברת בזק עתרה נגד הוראת משרד התקשורת לבטל את ההסכמים ולחלט את הערבות הבנקאית, ועתירתה נדחתה; בג"ץ 11421/04 **בזק נ' שר התקשורת** (פורסם בנבו), ניתן ביום 27.3.2007, מפי השופט גרוניס.

48 סעיף 6 לחוק התקשורת.

49 במקרה המדובר שתל בעל הרישיון חייגן במחשבים של משתמשי השירות, והחייגן ביצע שיחות טלפון על חשבון המנוי וללא ידיעתו.

50 ראו רע"פ 10462/03 **הלינור הראר נ' מדינת ישראל**, פ"ד 70(2) 70, בנושא הטרדה באמצעות מתקן בזק (סעיף 30 לחוק התקשורת).

כפי שעולה מהסקירה דלעיל, אמצעי האכיפה הנתונים כיום בידי משרד התקשורת הם כלים מנהליים (מתן הוראות, חילוט ערבות, סמכות לבטל רישיון או להתלותו וסמכות להטיל עיצום כספי). אמצעי האכיפה האמורים ניתנים להפעלה רק ביחס לבעלי רישיונות או כלפי מי שפועל מכוחו של היתר כללי. סמכויות אלה אינן נותנות מענה מספק לטיפול בגורם הפועל באופן לא חוקי ואינו בעל רישיון. במציאות שבה הטיפול בעברות של מתן שירותי בזק ללא רישיון אינו עומד במקום גבוה בסדר העדיפויות של המשטרה, קשה לטפל במפרי חוק הפועלים ללא רישיון.

למעשה, עיקר ההתמודדות כיום מול מפעילי תקשורת פיראטיים נעשית בדרך של מתן הוראות לבעל רישיון המספק למפעיל הפיראטי קווי תקשורת. כך למשל, במקרה שבו פעל בשטחי ישראל מפעיל פיראטי שניתב שיחות בין-לאומיות באמצעות מתקני בזק בארץ, לא היה אפשר לפעול נגדו ישירות באמצעים מנהליים, ולפיכך הורה משרד התקשורת לחברת בזק לנתק את הקווים ששימשו לו למתן השירות.

## ג. תקיפת החלטות של הרגולטור

ככלל, החלטה של שר התקשורת או של משרד התקשורת ניתנת לתקיפה בהליך של עתירה לבג"ץ ככל פעולה של רשות מנהלית. במקרים ספורים הקבועים בחוק ניתן לערער על החלטות הרגולטור בפני בית המשפט המחוזי.<sup>51</sup> בשנים האחרונות נעשו כמה ניסיונות מצד מפעילי תקשורת להביא את החלטות הרגולטור לפתחו של בית המשפט המחוזי, במסגרת של הליך לקבלת סעד הצהרתי, אולם באותם מקרים נפסק כי הפורום המתאים לדיון הוא בג"ץ, משום שמדובר בתקיפה של החלטה מנהלית.<sup>52</sup>

51 ניתן לערער לפני בית המשפט המחוזי על קביעת השר בדבר מחירו של קישור גומלין לפי סעיף 5(ד) לחוק התקשורת; כמו כן ניתן לערער לפני בית המשפט לעניינים מנהליים על החלטה של מנכ"ל משרד התקשורת להטיל עיצומים כספיים על בעל רישיון, על פי התוספת לחוק בתי המשפט לעניינים מנהליים, התש"ס-2000.

52 ראו למשל את החלטתו של השופט יוסף שפירא בבש"א 802/05 (י"ם) **שרת התקשורת נ' בזק** (פורסם בנבו). בהליך זה פנתה חברת בזק לקבלת צו הצהרתי, שלפיו החלטת השר בנושא הגבלת הזרמות של כספים לחברה הבת יס בטלה. חברת בזק טענה כי בשל מורכבותו העובדתית של הסכסוך, והצורך בחקירת עדים ובשמיעת מומחים, יש מקום לניהול התיק בבית המשפט המחוזי. בית המשפט קבע כי כל עתירה נסמכת במידה זו או אחרת על עובדות, וכי מכיוון שמדובר בתקיפה של פעולה שלטונית במובהק, הסמכות נתונה לבג"ץ. ראו גם את החלטתה

על רקע ריבוי העתירות המוגשות לבג"ץ בתחום התקשורת, ובשל אופיו של הדיון המנהלי בבג"ץ המתמקד בבחינה של סבירות החלטתה של הרשות המנהלית, נשמעת לא אחת הטענה כי דרושה ערכאת שיפוט ייעודית המתמחה בנושאי תקשורת ומתאימה לאופיו הדינמי והטכני של התחום.

## ד. תהליך הפתיחה לתחרות של תחום הבזק

בעשור האחרון התפתחה במידה ניכרת התחרות בתחום שירותי הבזק. הפתיחה לתחרות (ליברליזציה) נעשתה בהדרגה, ובכל שלב נפתח לתחרות מגזר פעילות אחר בתחום הבזק. להלן סקירה תמציתית של התהליך.<sup>53</sup> בתחילת הדרך סופקו שירותי הטלפוניה על ידי המדינה.<sup>54</sup> לימים, בעקבות חקיקתו של חוק התקשורת, החלה לפעול בשנת 1984 חברת בזק.<sup>55</sup> רישיונה הראשון של בזק היה בלתי מוגבל. בשנת 1994 הוענק לחברה רישיון כללי חדש, שהסדיר בין היתר את רשימת שירותי הבזק הפנים-ארציים נייחים שהחברה הורשתה לספק; כמו כן קבע הרישיון החדש כללי הפרדה מבנית, שלפיהם יינתנו שירותים מסוימים באמצעות חברות בת.<sup>56</sup> על פי

---

של השופטת שרה דותן בע"א (ת"א) 4033/04 **סלקום ישראל נ' משרד התקשורת** (פורסם בנבו). במקרה זה חלקו החברות סלקום ופרטנר על אופן החישוב של אגרות התדירים שנדרשו לשלם ועל פרשנות שנתן משרד התקשורת לתקנות שנקבעו בעניין זה. החברות הגישו המרצות פתיחה וביקשו סעד הצהרתי בנוגע לשיטת החישוב של אגרות התדירים. בית המשפט דחה את הערעורים בקובעו כי מדובר בתקיפה של מעשה שלטוני, ולכן הסמכות העניינית נתונה לבג"ץ. בקשת רשות ערעור שהגישו סלקום ופרטנר נדחתה על ידי בית המשפט העליון, אף שהשופט ריבלין ציין כי הסעדים שהתבקשו (סעד הצהרתי בדבר פרשנות החוק והשבה כספית) הם במסגרת סמכותו של בית המשפט המחוזי (רע"א 7852/05 ו-7909/05 **חברת פרטנר תקשורת וסלקום ישראל נ' מדינת ישראל – משרד התקשורת** (פורסם בנבו)).

- 53 בהקשר זה ראו גם דוד לוי-פאור, 'יותר תחרות, יותר רגולציה: מהפכת התקשורת' בישראל ותפקיד המדינה, **פוליטיקה: כתב עת למדע המדינה וליחסים בינלאומיים** 4 (דצמבר 1999); וכן Daniel Rosenne, 'Liberalization of Markets and the New Regulatory Framework: The Israeli Case' (Gross, Klienhendler, Hodak & Co. Newsletter, 2003)
- 54 תחילה באמצעות דואר ישראל, שהיה חלק ממשרד התחבורה, ולאחר מכן על ידי משרד הדואר, שלימים הפך למשרד התקשורת.
- 55 הקמתה של חברת בזק הוסדרה בפרק י לחוק התקשורת.
- 56 חברת בזק עתרה לבג"ץ בגין החלפת רישיונה, ועתירתה נדחתה (לעיל הערה 24).

הוראות חוק התקשורת, כנוסחו באותה עת, ניתנה לחברת בזק בלעדיות בתחומי פעילותה.<sup>57</sup> חברת בזק, שפעלה בתחילת דרכה כחברה ממשלתית, הופרטה בשנים האחרונות; בשנת 2005 הושלמה ההפרטה, כאשר גרעין השליטה נרכש בידי קבוצת אייפקס-סבן-ארקין.<sup>58</sup>

הבלעדיות שהוענקה לחברת בזק בוטלה בהדרגה, בהתייחס למגזרי פעילות שונים. תחילה התפתחה התחרות בתחום שירותי הטלפוניה הניידת. בשלב הראשון, בשנות השמונים, פעלה בתחום חברת פלאפון (תחילה בבעלות מוטורולה ובהמשך כחברה בת של בזק); לאחר מכן ניתנו רישיונות במכרז לחברות סלקום (1994) ופרטנר (1998), ובהמשך הוענק רישיון לחברת מירס (2001).<sup>59</sup>

57 סעיף 50 לחוק הבזק, התשמ"ב-1982, כנוסחו אז. להלן סעיף 50 בנוסחו המקורי (ס"ח התשמ"ב 228):

לא יינתן רישיון כללי לביצוע פעולות בזק או למתן שירותי בזק כלל-ארציים ברשת כלל-ארצית של טלפונים או למתן שירותי בזק בינלאומיים במערכת טלפונים בינלאומית, אלא לחברה בלבד; לעניין זה, 'רשת כלל-ארצית של טלפונים' – תשתית כלל ארצית של כבלים, מתקני אלחוט ומתקני בזק אשר באמצעותם ניתנים לציבור שירותי טלפון ושירותי בזק נוספים.

בשנת 1993 תוקן סעיף 50 (ס"ח התשנ"ג 19) באופן שנמחקו ממנו המילים 'או למתן שירותי בזק בינלאומיים במערכת טלפונים בינלאומית', ובסופו נוספו המילים 'ואולם לא יראו רשת רדיו-טלפון נייד כחלק מרשת כלל ארצית של טלפונים'.

ההחלטות בדבר צמצום הבלעדיות של חברת בזק, בדבר קיום תחרות במגזרי הפעילות השונים ובדבר תיקון רישיונה של חברת בזק בהתאם נתקלו בהתנגדות. זו מצאה את ביטויה בעתירה של החברה לבג"ץ (בג"ץ 1255/94, לעיל הערה 24) וכן בעיצומים של העובדים שהוליכו לבג"ץ 1074/93 **היועמ"ש ובזק נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד מט(2) 485. בהליך זה נקבעה ההלכה המבחינה בין שביתה כלכלית, שביתה פוליטית ושביתה מעין-פוליטית.

בשנת 1999 בוטל סעיף הבלעדיות כליל (ס"ח התשנ"ט 113).

58 ראו החלטה מס' מח/13 של ועדת השרים לענייני הפרטה (על תיקוניה השונים) מיום 27.8.2000, שפורסמה באתר רשות החברות הממשלתיות ([www.gca.gov.il](http://www.gca.gov.il)); וכן ההיתר לשליטה בחברת בזק שניתן לקבוצת אייפקס-סבן-ארקין ביום 11.10.2005, מכוח צו התקשורת (בזק ושידורים) (קביעת שירות חיוני שנותנת בזק, החברה הישראלית לתקשורת בע"מ), התשנ"ז-1997 (להלן: צו התקשורת). למעשה ניתנו שני היתרים – האחד לתאגידים הנמנים עם הקבוצה והאחר ליחיד הקבוצה.

59 בהחלטת ממשלה מס' 2186 מיום 12.8.2007, שהתקבלה במסגרת התכנית הכלכלית לשנת 2008, הוטל על שר התקשורת לפעול לשם קידום פעילותם של מפעילי סלולר וירטואליים (מפעילים שאינם בעלי תשתית סלולרית ועושים

גם בתחום הטלפוניה הבין-לאומית התפתחה התחרות בהדרגה. בשלב הראשון (1996) הועברה הפעילות בתחום מחברת בזק לחברה-הבת בזק בינלאומי; לאחר מכן ניתנו רישיונות לחברות שיזכו במכרז (1997) – ברק וקווי זהב. התחרות הורחבה בשנת 2004, כאשר נקבעו תקנות לעניין מתן רישיונות ללא מכרז<sup>60</sup> וניתנו שלושה רישיונות נוספים לחברות אינטרנט זהב, נטוויז'ן ואקספון. כיום, בעקבות מיזוגים בענף התקשורת, פועלים בתחום הטלפוניה הבין-לאומית ארבעה שחקנים: בזק בינלאומי, 012 סמייל תקשורת, 013 נטוויז'ן ואקספון.

כאמור, במסגרת הפתיחה לתחרות של תחום שירותי הבזק הפנים-ארציים בוטלה בלעדיותה של חברת בזק, אולם היא עודנה מונופול החולש על רובו הגדול של השוק, הן במגזר הביתי והן במגזר העסקי. בשנת 2002 הוענק רישיון לחברות הכבלים (השותפות הוט טלקום) למתן שירותי אינטרנט מהיר, וב-2003 הוחלף הרישיון לרישיון מפ"א מלא הכולל את מגוון השירותים הפנים-ארציים, ובהם שירותי טלפוניה, בפרישה כלל ארצית.<sup>61</sup> בשנים האחרונות הוענקו גם כמה רישיונות כלליים ייחודיים, המאפשרים אספקה של שירותי בזק פנים-ארציים נייחים ללא חובת שירות אוניברסלי. רישיונות כאמור ניתנו עד כה לחמישה מפעילים שהם תאגידי הקשורים לחברות סלקום, פרטנר, קווי זהב, 013 נטוויז'ן ובזק בינלאומי. רישיונות מסוג זה מאפשרים גם מתן שירותי טלפוניה מתקדמים באמצעות פס רחב בטכנולוגיית IP (VoB<sup>62</sup>), שייוחדם בכך שהם ניתנים על גבי רשת גישה רחבת פס של מפעיל אחר (רשת ADSL של חברת בזק או cable modem ברשת הכבלים).

בד בבד עם תהליך הפתיחה לתחרות של מגזרי הפעילות השונים התפתחה במרוצת השנים תחרות גם בסוגי שירותים ספציפיים, בעיקר

---

שימוש בתשתית של מפעיל סלולרי קיים). ראו גם החלטת ממשלה מס' 3980, מיום 24.8.2008. תיקון לחוק התקשורת לעניין זה בוצע בחוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010), התשס"ט-2009. 60 ראו מסמך מדיניות להסדרת שירותי בזק בין-לאומיים מדצמבר 2001 (פורסם באתר משרד התקשורת, במדור 'מסמכי מדיניות') וכן תקנות התקשורת (בזק ושידורים) (הליכים ותנאים לקבלת רישיון כללי למתן שירותי בזק בין-לאומיים), התשס"ד-2004.

61 מתן הרישיון התאפשר לאחר תיקון מס' 25 לחוק התקשורת.

62 Voice over Broadband

שירותי ערך מוסף, באמצעות בעלי רישיונות מיוחדים (למשל בתחום שירותי הגישה לאינטרנט, שירותי תקשורת נתונים בקצבים גבוהים ועוד). לסיכום: מודל הפתיחה לתחרות של תחום התקשורת הפנים-ארצית הנייחת והניידת שיקף את העיקרון בדבר תשתיות עצמאיות (-facilities based competition), כשכל מפעיל נדרש לפרוש רשת משלו ולעמוד בחובת השירות האוניברסלי. עם זאת כדי לעודד את כניסתם של גורמים נוספים לתחום התקשורת הפנים-ארצית הנייחת, המאופייין בחסמי כניסה גבוהים, ניתנו הקלות באשר לחובת השירות האוניברסלי ולהיקף החובה בדבר פרישת התשתית,<sup>63</sup> וכן ניתנו למפעילים חדשים 'הגנות ינוקא'<sup>64</sup>. אשר למודל התחרות מבוססת תשתיות עצמאיות, על פי המלצות ועדת גרונאו (הוועדה הציבורית שמינה שר התקשורת לבחינת התחרות בענף), כפי שאומצו על ידי השר באוגוסט 2008,<sup>65</sup> מודל תחרות זה משמש כיום חסם לכניסתם של גורמים חדשים לתחרות בענף התקשורת. לפיכך המליצה הוועדה לאפשר 'נדבך סיטונאי בשוק התקשורת', שיופעל באופן רוחבי בכל מגזרי הפעילות בענף – המגזר הנייח, המגזר הנייד ומגזר הטלוויזיה הרב-ערוצית. במודל זה מפעיל התקשורת אינו חייב להיות בעל התשתית, והוא יכול לפעול באמצעות תשתיות של אחרים, אם על ידי רכישת שירותים בסיטונאות (resale) ואם על ידי חכירה של מקטעי רשת (unbundling).

## ה. ביטחון ושעת חירום

תשתיות תקשורת ושירותי בזק הם מרכיב קריטי ביכולת התפקוד של מערכות רגישות רבות, ביטחוניות ואזרחיות, ולפיכך חשוב להבטיח את תקינותם ותפקודם במיוחד בעת חירום. מעבר להסדרה הכללית הקבועה בדן, שעניינה סמכויות בשעת חירום,<sup>66</sup> קבועים בחוק התקשורת הסדרים

- 63 מתכונת הרישוי של רישיון כללי ייחודי.
- 64 למשל, הסדר מסוג 'bill & keep' (חייב ושמור) שנקבע בנוגע לחברות הכבלים כהוראת שעה, שלפיו הוט לא תשלם לחברת בזק דמי קישור גומלין.
- 65 דוח הוועדה לגיבוש המלצות מפורטות בדבר מדיניות וכללי התחרות בתחום התקשורת בישראל מיום 9.3.2008, וכן מכתב שר התקשורת מיום 13.8.2008 בדבר אימוץ הדוח, שינויים ודגשים – זמינים לצפייה באתר משרד התקשורת, במדור 'דוחות ועדות'.
- 66 ובכלל כך: סעיפים 49 ו-50 לחוק יסוד: הממשלה, לעניין הכרזה על מצב חירום ותקנות לשעת חירום; חוק ההתגוננות האזרחית, התשי"א-1951, לעניין מצב



מיוחדים בנוגע לאספקה של שירותי בזק לכוחות הביטחון ואספקת שירותים בשעת חירום.

סעיף 13 לחוק התקשורת, שכותרתו 'שירותי בזק לכוחות הביטחון', קובע את כללי ההסדרה בדבר חיובם של מפעילי תקשורת לספק שירותים מיוחדים לכוחות הביטחון. ראש הממשלה<sup>67</sup> רשאי להורות למפעילי תקשורת ליתן לכוחות הביטחון (צה"ל, שב"כ, המוסד, משטרה או שב"ס) שירותי בזק, להתקין עבורם מתקן או לבצע התאמה טכנולוגית למתקן בזק. הוראתו של ראש הממשלה תינתן לאחר התייעצות עם שר התקשורת ועל פי בקשה של שר הביטחון, השר לביטחון פנים, השב"כ או המוסד, המוגשת משיקולים של ביטחון המדינה או שלום הציבור.<sup>68</sup>

סעיף 13א לחוק התקשורת, שכותרתו 'הוראות בשעת חירום', קובע הוראות בנוגע למצב מיוחד בעורף, אירוע אסון המוני, תקופת הפעלת מערך משק לשעת חירום או משבר תקשורת.<sup>69</sup> במצבים אלה שר התקשורת רשאי לתת למפעיל תקשורת הוראות בעניין מתן שירותי בזק או הגבלתם, בעניין העמדת מערכת הבזק של מפעיל התקשורת לשימוש כוחות הביטחון, או כל

---

מיוחד בעורף; חוק שירות עבודה בשעת חירום, התשכ"ז-1967, לעניין ריתוק עובדים; תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 (במיוחד תקנות 86 עד 101 לעניין צנזורה ותקנה 130 בדבר הגבלת שירותי טלפוניה); צו שעת-חירום (הגשת דברי דפוס ופרסומים לביקורת מוקדמת ואיסור דפוס ופרסום), התשמ"ט-1988, לעניין צנזורה; והחלטות הממשלה לעניין מערך משק לשעת חירום (מל"ח), שעליהן נרחיב בהמשך.

67 במקור הוקנתה הסמכות לשר התקשורת, אולם במסגרת הליכי החקיקה שליוו את ההפרטה של חברת בזק תוקן החוק והסמכות נמסרה לראש הממשלה, בהתייעצות עם שר התקשורת.

68 הוראות נוספות הנוגעות לנתוני תקשורת קבועות בחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002, ובחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - נתוני תקשורת), התשס"ח-2007.

69 'משבר תקשורת' מוגדר בסעיף כ'היעדר יכולת להפעיל באופן תקין מערכת בזק או חשש ממשי להיעדר יכולת כאמור, בנסיבות של אסון טבע, פעולת איבה או בשל פגיעה משמעותית בשלום הציבור או חלק מסוים ממנו', והכול למעט בנסיבות של מצב מיוחד בעורף, אירוע אסון המוני או הפעלת מערך מל"ח. לפי סעיף 13א(ב), השר רשאי להודיע לבעל רישיון בדבר קיומו של משבר תקשורת לתקופה קצובה של 48 שעות (או הארכה מצטברת שלא תעלה על 96 שעות נוספות). הממשלה מוסמכת להאריך לתקופה נוספת שלא תעלה במצטבר על שבוע נוסף, ובאישור מאת ועדת הכלכלה של הכנסת - לתקופות ארוכות יותר.

הוראה אחרת שנועדה להבטיח אספקה של שירותי בזק לכוחות הביטחון, לכוחות פיננסיים והצלה ולגופי משק חיוניים בשעת חירום. הוראתו של שר התקשורת צריכה להינתן בהסכמת נציג מטעם מערכת הביטחון או המשטרה. כך למשל, הסעיף מאפשר לתת למפעיל תקשורת הוראות בדבר תפעול רשת התקשורת שלו במקרה של קריסת רשתות בשל עומסים בעקבות פיגוע. הסדרים מפורטים בהתאם לסעיפים 13 ו-13א לחוק קבועים ברישיונות הכלליים וכן בחלק מהרישיונות המיוחדים (חלקם בנספחים סודיים).<sup>70</sup>

בעת שנחקק סעיף 13א<sup>71</sup> הוסף גם סעיף 13ב לחוק, שכותרתו 'הוראות במקרה של תקלה או הפסקה משמעותית במתן שירותי בזק או במתן שידורים'. סעיף זה נועד לטפל במצבים של שיבושים ותקלות במתן שירותי תקשורת, למשל עקב הפסקתו של קישור גומלין – מצבים שבמובהק אינם בבחינת עת חירום – והוא מחיל במצבים אלה את עיקר סמכויותיו של השר לפי סעיף 13א.<sup>72</sup> מסגרת הסדרה נוספת, המעוגנת בהחלטות ממשלה ומסדירה באופן רוחבי מתן שירותים בשעת חירום, היא 'מערך משק לשעת חירום' (להלן: 'מערך מל"ח').<sup>73</sup> מערך מל"ח נועד להבטיח אספקה של מוצרים ושירותים חיוניים לאוכלוסייה האזרחית. משרד התקשורת, כרגולטור של ענף התקשורת, משמש 'רשות עליונה לתקשורת בחירום', כחלק ממערך

- 70 ראו למשל סעיפים 33 עד 35 ברישיון של חברת בזק; סעיפים 69-71 ברישיון של הוט טלקום; סעיפים 48, 66א, 66ב ברישיון של סלקום. כן ראו עת"מ (י"ם) 890/07 **התנועה לחופש המידע נ' משרד התקשורת** (לא פורסם) – עתירה לפי חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998, לחשיפת הנספחים הסודיים ברישיונות.
- 71 תיקון מס' 34 לחוק התקשורת (פורסם בס"ח התשס"ז 20).
- 72 ברקע חקיקתו של הסעיף עמדה הפסקתו של קישור-גומלין בין הרשת של חברת בזק לרשת של הוט טלקום, שכתוצאה ממנה נמנע קשר טלפוני בין מנויי הוט טלקום למנויי בזק. לטעמנו, ההסדר שבסעיף 13ב לחוק הוא מרחיק לכת וספק אם הוא מידתי; ההסדר לוקה בכך שהוא עושה שימוש בכלים רגולטוריים שנועדו לטפל במובהק במצבי חירום והופך אותם לכלי זמין לרגולטור לפתרון בעיות רגולטוריות שגרתיות (אף אם חמורות).
- 73 מערך מל"ח מוסדר במסגרת החלטות הממשלה מס' 1716, מיום 6.7.1986, ומס' 1080, מיום 13.2.2000, שכותרתן 'תכנון המשק החיוני של המדינה לשעת חירום והפעלתו בשעת חירום', וכן בנוהל מס' 1 שפרסם מטה מל"ח ארצי (מעודכן לאוקטובר 2003), שכותרתו 'תכנון וארגון המשק החיוני לשעת חירום'. יצוין שכיום מערך מל"ח מושתת על החלטות הממשלה הנ"ל ואין דבר חקיקה המסדיר את הנושא. מערך מל"ח יכול שיופעל, בין היתר, בתקופת לחימה והתכוננות ללחימה, אסון טבע, אירוע טרור, כאשר נמנעת פעילות תקינה של המשק.

מל"ח, ועליו לנקוט אמצעים ככל הדרוש להבטחת הכנתו של ענף התקשורת לקראת תקופה של הפעלת מערך מל"ח.

## ו. סוגיות מיוחדות

### (1) קישור גומלין ושימוש

במציאות שבה פועלים כמה מפעילי תקשורת נדרש להבטיח כי יתקיים קישור גומלין (interconnection) בין רשתות התקשורת, באופן שיאפשר העברת מסרי בזק (שיחות, הודעות SMS וכו') בין מנוייהם של כל המפעילים. כן נדרש כי תינתן לספקים של שירותי בזק או שידורים גישה (access) אל רשתות התקשורת.

מדובר באחת הסמכויות המרכזיות להסדרתו של ענף התקשורת, שמכוחה מתאפשרת קישוריות בין מנויי רשתות הטלפוניה, הפנים-ארצית והבין-לאומית, הנייחת והניידת. בהתאם לכך, הוראת סעיף 5 לחוק מסמיכה את שר התקשורת לקבוע כי בעל רישיון חייב לאפשר קישור גומלין אל הרשת שלו, או שימוש במתקן בזק שלו, וכן לקבוע את ההסדרים הנלווים הדרושים למימושם.

התעריפים של קישור גומלין בין בעלי הרישיונות הכלליים (מפ"א, רט"ן ומב"ל<sup>74</sup>) מפוקחים ושיעורם קבוע בתקנות.<sup>75</sup> ההצדקה לכך נעוצה בבלעדיות שיש למעשה לכל מפעיל באשר לשיחות המיועדות אל מנויו ומסתיימות ברשת שלו. בשנת 2004 ניהל משרד התקשורת הליך לבחינה מחודשת של תעריפי קישור גומלין לרשת רט"ן, בעקבות ההכרה כי התעריפים הנוהגים באותה עת היו גבוהים יתר על המידה. הבחינה נערכה בסיוע חברת הייעוץ הבריטית Analysys והכלכלנים יעקב גדיש ז"ל וראובן גרונאו תוך 'מלחמת חוות דעת', כלכליות ומשפטיות, בין המפעילים הסלולריים שהתנגדו נחרצות למהלך לבין המשרד.<sup>76</sup> בדצמבר 2004 נחתם תיקון לתקנות שקבע מתווה ארבע-שנתי להפחתה של התשלומים עד כדי כמחצית שיעורם. בשנת 2009 החל משרד התקשורת בבחינה מחדש של התעריפים בסיוע חברת הייעוץ NERA.

74 רט"ן: רדיו טלפון נייד (מפעיל סלולרי); מב"ל: מפעיל בין-לאומי.

75 תקנות התקשורת (בזק ושידורים) (תשלומים בעד קישור-גומלין), התש"ס-2000.

76 חוות הדעת של משרד התקשורת מפורסמות באתר של משרד התקשורת, במדור 'דוחות ועדות', תחת הכותרת 'תיקון תעריפי קישור-גומלין לרשת רט"ן'.

## (2) שירות חיוני

הפסקה של מתן שירותי בזק מסוימים, או פגיעה בהם, עלולות לפגוע בביטחון המדינה או באספקה נאותה של שירותים לציבור. לפיכך סעיף 44 לחוק התקשורת מסמיך את ראש הממשלה, עם שר התקשורת, לקבוע בצו שירותי בזק חיוניים שאין להפסיק לספקם, וכן לקבוע מגבלות באשר להחזקת אמצעי שליטה בנותן השירות החיוני. מכוחו של סעיף 44 לחוק התקשורת הוצא צו בנוגע לחברת בזק.<sup>77</sup> במסגרת הצו נקבע מה הם השירותים החיוניים של החברה; נקבעה חובה לקבל אישור לאחזקה של 5% ומעלה מאמצעי השליטה בחברה; וכן נקבעו חובת גילוי החלה על מבקש אישור כאמור – והמגבלות החלות על בעל אישור. יצוין כי במסגרת הליך ההפרטה של חברת בזק ניתנו לרוכש גרעין השליטה בחברה הקלות ניכרות ביחס לחובות שהיו קבועות בצו קודם לכן.<sup>78</sup>

## (3) פיקוח על תעריפים

התעריפים של חלק ניכר משירותיה של חברת בזק נתונים לפיקוח ונקבעים גם כיום על ידי שר התקשורת.<sup>79</sup> סעיף 15 לחוק התקשורת מסמיך את שר התקשורת, בהסכמת שר האוצר, לקבוע בתקנות את התשלומים בעד שירותים הניתנים על ידי בעל רישיון. תקנות כאמור נקבעו אך ורק באשר לשירותיה הבסיסיים של חברת בזק<sup>80</sup> ובראשם שירותי הטלפוניה, בהיותה בעלת מונופולין בתחום שירותי הבזק הפנים-ארציים נייחים. בעת שהייתה חברת בזק ספק בלעדי של שירותי הטלפוניה נועד הפיקוח על תעריפיה בעיקר למנוע קביעת מחירים גבוהים בהרבה מעלותם. עתה, בשלבי פתיחתו של התחום לתחרות, הפיקוח על תעריפיה של חברת בזק נועד בעיקרו למנוע הורדת מחיר באופן שידחק את רגלי מתחריה מהשוק. אשר ליתר שירותיה

77 צו התקשורת (לעיל הערה 58).

78 כך למשל ניתן במסגרת היתר השליטה לפי הצו (לעיל הערה 58) אישור מראש לרוכש גרעין השליטה לרדת מאחזקותיו ולמכור את גרעין השליטה בתנאים הקבועים בהיתר.

79 לפסקי דין בנושא ראו בג"ץ 6127/92 **בזק נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מז(1) 466; ובג"ץ 6406/00 **בזק נ' שר התקשורת**, פ"ד נח(1) 433. יצוין כי בשעתו הייתה קביעת התעריפים כפופה לא רק להוראות חוק התקשורת אלא גם לחקיקת הפיקוח על מצרכים ושירותים.

80 תקנות התקשורת (בזק ושידורים) (תשלומים בעד שירותי בזק), התשס"ז-2006.

של חברת בזק (דוגמת שירותי אינטרנט מהיר ADSL), ואשר לשירותיהם של יתר מפעילי התקשורת – סעיף 17 לחוק קובע כי לגבי שירות בזק שמחירו אינו מפוקח, בעל רישיון רשאי לדרוש בעדו תשלום סביר, ומשרד התקשורת מוסמך להתערב במקרה של מחיר החורג מגבולות הסבירות.

בבג"ץ 11421/04 'בזק', החברה הישראלית לתקשורת נ' שר התקשורת<sup>81</sup> עמדו במוקד הדיון הסכמים שכרתה חברת בזק עם עשרות לקוחות עסקיים, מהגדולים במשק הישראלי. במסגרת הסכמים אלה נתנה חברת בזק – ערב פתיחת תחום הטלפוניה הנייחת לתחרות – הנחות מפליגות בתמורה להיקף צריכה מינימלי ולתקופת התחייבות ממושכת.<sup>82</sup> משרד התקשורת הורה לבזק לבטל את ההסכמים האמורים משום שלא עלו בקנה אחד עם התקנות שבהן נקבעו התעריפים של שירותי הטלפוניה של חברת בזק, ובשל פגיעתם בתחרות. חברת בזק עתרה לבג"ץ נגד הוראת המשרד. בעתירה טענה בזק, בין היתר, כי שר התקשורת אינו מוסמך לקבוע תעריפים רק בנוגע אליה ולא בנוגע לכל בעלי הרישיונות הנותנים אותן שירות. בית המשפט העליון דחה טענה זו הן בשל לשונו של החוק והן בשל תכליתו, בקובעו כי האינטרס הציבורי של קידום התחרות מצדיק הענקת סמכות לרגולטור לקבוע את שיעור התשלומים הנגבים על ידי השחקן הדומיננטי בשוק.

#### **(4) רשת האינטרנט**

זמינות הגישה אל רשת האינטרנט (בבית, בעסק ואף ברחוב, באמצעות מחשב או טלפון הנייד) מאפשרת תקשורת גלובלית ויישומים הידודיים (interactive), ויש בה כדי לשנות אורחות חיים ודפוסים חברתיים, תרבותיים וכלכליים.

במדינת ישראל פרושות כיום שתי רשתות גישה נייחות רחבות פס לאינטרנט – רשת ADSL של חברת בזק ורשת הכבלים של הוט טלקום – ובאמצעותן מסופקים שירותי קישור לשדרת האינטרנט העולמית על ידי ספקי שירותים שונים (ISP), שירותי טלפוניה בטכנולוגיית VoB ועוד. חדירתה של האינטרנט והשפעותיה מחייבות גם התמודדות עם תופעות

81 ראו לעיל הערה 47.

82 ההנחות ניתנו בדרכים שונות, לרבות באמצעות מימון לרכישת ציוד.

בעייתיות כמו משלוח המוני של הודעות פרסומת לא רצויות בדואר אלקטרוני (דואר זבל), תכנים לא הולמים ועוד.<sup>83</sup>

העובדה שמגוון של שירותי בזק ושידורים יכולים להינתן כיום גם באמצעות רשת האינטרנט בטכנולוגיית IP (Internet Protocol) מעלה את הצורך בחשיבה מחודשת בדבר עקרונות ההסדרה הקיימת, שעוצבו בראייה של עולם התקשורת המסורתי המבוסס על רשתות תקשורת מנוהלות. התאמתם של כללי ההסדרה הקיימים למציאות טכנולוגית שבה שירותי תקשורת הכפופים לרגולציה ניתנים במקביל גם על גבי פלטפורמה שהתפתחותה התאפיינה בהיעדר רגולציה – זהו אחד האתגרים המרכזיים שעמם מתמודד הרגולטור בעת הנוכחית.

83 משרד התקשורת קידם שתי יוזמות חקיקה בהקשר זה: האחת עניינה איסור על משלוח דואר זבל (SPAM) באמצעי תקשורת שונים (פקסימיליה, דואר אלקטרוני, SMS וכו') ללא קבלת הסכמה מפורשת של הנמען. ההצעה עברה בכנסת כתיקון לסעיף 30 לחוק התקשורת – חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 40), התשס"ח-2008 (ס"ח התשס"ח 518); האחרת עניינה סינון תכנים לא הולמים לקטינים ברשת האינטרנט. ההצעה עברה בקריאה ראשונה בכנסת, והחל לגביה דיון בוועדת הכלכלה של הכנסת – הצעת חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 41) (שירות סינון של תכנים בלתי הולמים לקטינים באינטרנט), התשס"ח-2008 (ה"ח התשס"ח 204).

## ההסדרה של תחום התדרים לתקשורת אלחוטית

### 1. כללי

תחום התדרים (הספקטרום האלקטרומגנטי<sup>84</sup>) המוקצה בישראל לתקשורת אלחוטית משרת מגוון רחב של צרכים אזרחיים וביטחוניים חשובים. כך למשל נעשה שימוש בתדרים לשירותי טלפוניה ניידת (סלולרית), להפצה אלחוטית של שידורי טלוויזיה ורדיו, לתקשורת לוויינית, להפעלה של מערכות קשר צבאיות, לחובבי רדיו ועוד. ספקטרום התדרים מנוצל בישראל באופן אינטנסיבי בעיקר בשל ריבוי הביקושים עבור התקשורת האזרחית וצרכיה הרבים של מערכת הביטחון, ובמידת מה גם בשל הצורך לתת מענה לשימושים ברשות הפלסטינית. מדובר במשאב במחסור, ועל כן יש חשיבות רבה לניהולו היעיל וההוגן, בפרט כשהוא משמש לאספקה של מרבית שירותי התקשורת המתקדמים.

### 2. מסגרת ההסדרה

בהתאם לפקודת הטלגרף האלחוטי [נוסח חדש], התשל"ב-1972 (להלן: פקודת הטלגרף או הפקודה), הרגולציה של הספקטרום האלקטרומגנטי חלה הן באשר לשימוש בתדרי רדיו לצורכי תקשורת<sup>85</sup> והן באשר להפעלה של ציוד אלחוטי.<sup>86</sup>

המסגרת להסדרתו של הספקטרום האלקטרומגנטי מעוגנת בפקודת הטלגרף, בחקיקת משנה שהותקנה מכוחה (לרבות צווים המסייגים את תחולתה של הפקודה<sup>87</sup>), בהחלטות בדבר הוועדה והקצאה של תדרים

- 84 להבהרת המונח ראו לעיל בחלק הראשון, בפרק הראשון, סעיף 2.ג.
- 85 תדרי רדיו, כהגדרתם בסעיף 1 לפקודה, הם תדרים בתחום שעד 3,000 ג'יגה-הרץ.
- 86 הביטוי שנוכח בפקודה הוא 'תחנת טלגרף אלחוטי' או 'מכשיר טלגרף אלחוטי'. על פי הפקודה, 'טלגרף אלחוטי' פירושו תקשורת המועברת באמצעות ציוד אלחוטי לשידור או לקליטה.
- 87 תקנות הטלגרף האלחוטי (רישיונות, תעודות ואגרות), התשמ"ז-1987; צו הטלגרף

וברישיונות שניתנו לפי הפקודה. נוסף על אלה, הוראות לעניין השימוש בתדרים לצורך שידורי טלוויזיה ורדיו קבועות גם בחוק רשות השידור, התשכ"ה-1965, ובתקנות לפיו.<sup>88</sup>

לנוכח אופיו הגלובלי וחוצה הגבולות של ענף התקשורת ובשל הצורך לעמוד בדרישות בין-לאומיות, הסדרת הספקטרום האלקטרומגנטי בישראל מתבצעת בהתאמה לכללי ההסדרה הבין-לאומית של איגוד הבזק הבין-לאומי (ITU<sup>89</sup>), ובפרט תקנות הרדיו (Radio Regulations) הנקבעות על ידי האיגוד. ישראל חברה ב־ ITU, וחקיקת האיגוד (החוקה, האמנה ותקנות הרדיו) מחייבת אותה כנורמות של משפט בין-לאומי פומבי.

נוסף על כך, לאור העובדה שגלי רדיו מתפשטים מעבר לגבולות המדינה, היבטים מסוימים של ניהול ספקטרום התדרים בישראל מטופלים במסגרת הסכמים בילטרליים – הסכם הביניים עם הרשות הפלסטינית משנת 1995<sup>90</sup> והסכמי GSM עם ירדן<sup>91</sup> ועם הרשות הפלסטינית.<sup>92</sup> בהסכם הביניים הוקצו תדרים לשימוש הרשות הפלסטינית, וכן נקבע בו כי צרכים עתידיים לתדרים

---

88 האלחוטי (אי תחולת הפקודה), התשמ"ב-1982; צו הטלגרף האלחוטי (אי תחולת הפקודה) (מס' 2), התשמ"ב-1982; צו הטלגרף האלחוטי (אי תחולת הפקודה), התשמ"ד-1983. במסגרת צווים אלה נקבע כי סוגי ציוד אלחוטי הפועלים בתחומי תדרים מסוימים (בתנאים שנקבעו בצו, דוגמת הספק השידור וטכנולוגיה) יהיו פטורים מהסדרה, והשימוש בתחומי התדר הוא חופשי ואינו כפוף לרישוי או לתשלום. כך למשל נקבע פטור לצלחות קליטה לווייניות בקוטר מסוים; פטור לציוד הפועל בטכנולוגיות Wi-Fi ו Bluetooth; פטור לשימוש בטלפונים אלחוטיים ביתיים ועוד.

89 סעיף 44 לחוק רשות השידור, התשכ"ה-1965, ותקנות רשות השידור (השימוש בתדרי רדיו), התשנ"ו-1996.

90 International Telecommunication Union הוא ארגון בין-לאומי שראשיתו בשנת 1865, ומאז שנת 1947 הוא פועל כסוכנות של האו"ם. לארגון שלוש חטיבות: חטיבה העוסקת בתדרים (ITU-R), חטיבה העוסקת בתקינה (ITU-T) וחטיבה העוסקת בקידום התקשורת במדינות מתפתחות (ITU-D). ראו גם **לעיל** בחלק הראשון, פרק שני, סעיף 3.3.

91 הסכם ביניים ישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה מיום 28 בספטמבר 1995, נספח III – פרוטוקול בנושא עניינים אזרחיים, תוספת 1, סעיף 36 – **כתבי אמנה** 1071.

92 הסכם בין ישראל לירדן מיום 26.3.2000 שכותרתו: GSM Frequencies Coordination Agreement

93 הסכם מיום 7.5.1998 שכותרתו: GSM Frequency Assignment and Terms of Operation. בנספח תדרים לסעיף 36 להסכם הביניים נקבע שחלוקת תדרי GSM 'תיקח בחשבון את היחס בין המשתתפים מכל צד'.



יוסכמו בין שני הצדדים. על פי אותו הסכם הוקמה ועדה טכנית משותפת (JTC; Joint Technical Committee) האמורה לטפל בין היתר בהקצאת תדרים. בהסכם GSM, שנחתם בין ישראל לבין הרשות הפלסטינית בשנת 1998, הוקצו לרשות הפלסטינית תדרים לשימושה בטכנולוגיית GSM ונקבעו כללים לתיאום הפעילות בין מפעילי GSM בישראל וברשות.

### 3. הגורם המסדיר

הגורמים המסדירים את הספקטרום האלקטרומגנטי בישראל הם: ועדת התדרים, המופקדת על הועדת תדרים והקצאתם; שר התקשורת, שבידו הסמכות להתקנת תקנות; ומנהל אגף הספקטרום במשרד התקשורת, המכהן כיו"ר ועדת התדרים ומחזיק בסמכות הרישוי בנוגע לציוד אלחוטי מכוח האצלה.<sup>93</sup>

על פי פקודת הטלגרף, שימוש בתדר רדיו יכול להיעשות רק על סמך הועדה והקצאה של התדר<sup>94</sup> מאת 'הגוף שהממשלה הסמיכה'.<sup>95</sup> הועדת תדרים' (allocation) משמעה ייעוד של תחום תדרי רדיו לשימושים ולשירותים שונים (למשל: הקביעה שתחום תדרים מסוים ישמש לשידורי טלוויזיה לציבור, לשימושים צבאיים, לשימושים סולריים וכיוצא באלה); ו'הקצאת תדרים' (assignment) משמעה אישור פרטני לשימוש בתדר מסוים, העשוי לכלול גם תנאים בדבר המיקום וההספק המותר לשידור.

באשר ל'גוף שהממשלה הסמיכה', בהחלטת ממשלה משנת 1955<sup>96</sup> הוחלט להקים מועצה לקשר ואלקטרוניקה שתפקידה 'להוות את המוסד

93 הסמכות להעניק רישיונות לפי סעיף 5 לפקודת הטלגרף הואצלה למנכ"ל המשרד או למנהל אגף הספקטרום, ולעניין רישיונות מסוגים מסוימים (מערכות קשר קבועות וניידות, תחנת קשר לצורך סחר, תחנה לניסוי בטלגרף אלחוטי, מערכות לניסוי בטלגרף אלחוטי, מערכות קשר לזימון, תחנת קשר לחובבים, תחנת קשר לכלי שיט ולכלי טיס, תחנת קשר לקליטת ידיעות ולהפצתן) – למנהל אגף הספקטרום בלבד (י"פ התשמ"ד 3419). על פי לשון ההודעה, הסמכות הואצלה ל'מנהל אגף ההנדסה של משרד התקשורת' – תפקיד הנתון כיום בידי של מנהל אגף הספקטרום במשרד.

94 כהגדרתם של מונחים אלה בסעיף 1 לפקודה.

95 סעיף 75 לפקודת הטלגרף.

96 החלטת ממשלה מס' 181, מיום 23.1.1955; ראו גם החלטת ממשלה מס' 842, מיום 30.7.1972. ניתן לצפות בהחלטות ממשלה משנת 2004 ואילך באתר האינטרנט של

משרד ראש הממשלה: [www.pmo.gov.il](http://www.pmo.gov.il)

להתאמת הפעולות של כל הגופים העוסקים בשרותי הקשר והאלקטרוניקה במדינה, ולדאוג להפעלה תקינה ולהתפתחות מוסדרת של השרותים האלה'. על פי החלטת הממשלה חברים במועצה נציגים ממשד התקשורת (משרד הדואר, כשמו אז), משרד הביטחון, המשרד לביטחון פנים (משרד המשטרה, כשמו אז), משרד התחבורה ומשרד ראש הממשלה.

בשנת 1979 הוכן במשרד התקשורת מסמך 'תקנון המועצה לקשר ואלקטרוניקה וכללי הנוהל שלה'. על פי התקנון תפקידי המועצה הם, בין היתר, לפעול לתיאום של מערכות תקשורת ברגיעה ובחירום, לפעול לפיתוח של מערכות תקשורת ולמניעת הפרעות ולהחליט על הקצאה של תחומי תדרים בהתאמה לתקנות הרדיו של ITU. מוסדות המועצה הם המליאה, המועצה המצומצמת, היו"ר (המנהל הכללי של משרד התקשורת), המזכירות והוועדות.<sup>97</sup> בפועל, האורגנים השונים של המועצה לקשר ואלקטרוניקה לא פעלו במשך השנים, למעט ועדת התדרים, ועדת השילוב והמועצה המצומצמת בשבתה כוועדת ערר על החלטות של ועדת התדרים.

על פי כללי הנוהל של המועצה לקשר ואלקטרוניקה, זה היה הרכבה של ועדת התדרים: שני נציגים ממשרד התקשורת (אחד מהם יו"ר הוועדה), שני נציגים ממשרד הביטחון (צה"ל), נציג מהמשרד לביטחון פנים ונציג ממשרד התחבורה (מנהל התעופה האזרחית).<sup>98</sup> תפקידיה המרכזיים של ועדת התדרים הם להמליץ על המדיניות לשימוש בתדרים, להועיד תדרים ולהמליץ בדבר מתן רישיונות.<sup>99</sup> בפועל ועדת התדרים ממלאת גם את התפקידים שיועדו במקור למועצה, כלומר: מחליטה בדבר הוועדה של תדרים והקצאתם.

לקראת סוף שנת 2008 התקבלה החלטת ממשלה שנועדה לערוך כמה שינויים בנושא ועדת התדרים (החלטה מס' 4228 מיום 9.11.2008). ראשית, בהחלטה נקבע במפורש כי תפקידה של ועדת התדרים יהיה הוועדה והקצאה של תדרים.

שנית, חל שינוי בהרכב הוועדה, ומעתה חבריה הם שני נציגים ממשרד התקשורת (אחד מהם הוא מנהל אגף תדרי רדיו במשרד, והוא ישמש יו"ר), נציג ממנהל התעופה האזרחית, שני נציגים מאגף התקשוב בצה"ל, נציג ממשרת ישראל ונציג מהשב"כ. כמו כן יהיה בוועדה נציג ממשרד האוצר בעמדת משקיף, בעל זכות להעלות נושאים לדיון בוועדה.

97 סעיף 5 לתקנון המועצה לקשר ואלקטרוניקה.

98 סעיף 22 לכללי הנוהל של המועצה לקשר ואלקטרוניקה.

99 שם.

שלישית, חל שינוי בהרכבה של ועדת התדרים העליונה, שתפקידה לדון בעררים על החלטותיה של ועדת התדרים,<sup>100</sup> ומעתה חבריה הם מנכ"ל משרד התקשורת (יו"ר), מנכ"ל משרד ראש הממשלה, משרד הביטחון, משרד האוצר והמשרד לביטחון פנים או נציגיהם.

החלטת הממשלה האמורה מחליפה את החלטות הממשלה הקודמות בעניין ההרכב של ועדת התדרים ושל ועדת התדרים העליונה; אולם ככל הנראה ימשיכו לחול יתר ההוראות הקבועות בהחלטות הממשלה הקודמות, בתקנון ובכללי הנוהל.

יצוין כי בפועל ועדת התדרים אינה מטפלת בהרכב מלא בכל הקצאה פרטנית. בשעתו החליטה הוועדה להסמיך את היו"ר להפעיל את סמכות ההקצאה בנוגע להקצאות תדרים פרטניות לשימוש אזרחי ולהסמיך את חבר הוועדה נציג צה"ל להפעיל את סמכות ההקצאה בנוגע להקצאות לשימוש צבאי. פרקטיקה זו נוהגת כבר שנים. לטעמנו, בשל החשיבות והרגישות של הוועדת תדרים והקצאתם נכון לעגן את תפקידיה וסמכויותיה של ועדת התדרים בחקיקה.

אשר להענקת רישיונות להפעלת ציוד אלחוטי, פקודת הטלגרף קובעת כי אין אדם רשאי להקים תחנת טלגרף ולהפעילה אלא לפי רישיון מאת הממשלה.<sup>101</sup> סמכותו של שר התקשורת לעניין זה הואצלה למנכ"ל משרד התקשורת או למנהל אגף הספקטרום במשרד.<sup>102</sup>

## **4. עיקרי ההסדרה הנוהגת**

### **א. הוועדה והקצאה של תדרים**

ספקטרום התדרים הוא משאב מוגבל המחייב הסדרה ותיאום בין המשתמשים השונים. כפי שהוסבר לעיל, הסדרת השימוש כוללת הן הוועדה

100 וזה נוסחה של החלטת הממשלה: 'חברי ועדת התדרים העליונה יוכלו להעלות נושאים שנדונו בוועדת התדרים לדיון בוועדת התדרים העליונה, ובכלל זה לערער על החלטות אשר התקבלו בוועדת התדרים'. לא ברור אם הזכות לערער על החלטותיה של ועדת התדרים נתונה רק לחברי הוועדה העליונה (ואז המערער הוא גם זה שדן בערר), או שמא, כבעבר, חברי ועדת התדרים או צדדים שהחלטה נוגעת להם זכאים גם הם לערער.

101 סעיף 5(א) לפקודת הטלגרף.

102 ראו לעיל הערה 93.

(ייעוד תחום תדר לשימושים שונים) והן הקצאה (מתן אישור פרטני לשימוש בתדר מסוים), סעיף 5ד(א) לפקודת הטלגרף קובע כי 'לא ישתמש אדם בתדר רדיו אלא בהתאם להועדת התדר ולפי הקצאה שקיבל מאת גוף שהממשלה הסמיכה [...] ובהתאם לדרכי ניצול התדר ואופן השימוש בו, כפי שנקבעו בתנאי ההקצאה'. כאמור לעיל, הגוף שהוסמך לעניין זה על ידי הממשלה הוא ועדת התדרים.

הועדת תדרים בישראל נערכת בהתאמה לטבלת ההועדות הבין-לאומית הקבועה בסעיף 5 לתקנות הרדיו של ITU. הטבלה מחלקת את העולם לשלושה אזורים גאוגרפיים, וישראל נכללת באזור מס' 1 (הכולל את אירופה, אפריקה, חלק מהמזרח התיכון וחלק מאסיה). הטבלה מפרטת באשר לכל אזור את כלל תחומי התדרים ואת השירותים והשימושים שלשמן נועדו.<sup>103</sup> לשם הגברת השקיפות בנוגע לניהול הספקטרום האלקטרומוגנטי קיבלה ממשלת ישראל החלטה (מס' 2187 מיום 12.8.2007) להקים מאגר שיכלול פירוט של כל ההועדות וההקצאות של התדרים במדינת ישראל, וכן פירוט ההחלטות של ועדת התדרים (למעט מידע חסוי מטעמי ביטחון); הוחלט כי יהיה אפשר לעיין במאגר גם באתר האינטרנט של משרד התקשורת. ואולם ההחלטה להקים מאגר פתוח לעיון הציבור בוטלה בהחלטת ממשלה שהתקבלה חודשים ספורים לאחר מכן (החלטה מס' 2536 מיום 4.11.2007). בהחלטה החדשה נקבע כי יוקם במשרד התקשורת מאגר הכולל מידע בדבר הועדות והקצאות של תדרי רדיו, שהגישה אליו תתאפשר למשרדי ממשלה בלבד.

## ב. רישוי של ציוד אלחוטי

פקודת הטלגרף מחייבת קבלת רישיון להקמה או להפעלה של ציוד אלחוטי.<sup>104</sup> לצד חובת הרישוי הכללית קבועים בפקודת הטלגרף הסייגים לתחולתה; כך חובת הרישוי לא תחול על מכשיר המופעל על ידי כוחות

103 למחקר השוואתי מקיף בנושא של הועדה והקצאה של ספקטרום ראו Haim Mazar (Madjar), *An Analysis of Regulatory Frameworks for Wireless Communications, Societal Concerns and Risk: The Case of Radio Frequency (RF) Allocation and Licensing*, PhD Thesis (Middlesex University, 2008)

104 סעיף 5 לפקודת הטלגרף. בהקשר למשטר הרישוי לפי הפקודה ראו בג"ץ 413/85 **חץ אלקטרוניקה נ' שר התקשורת**, פ"ד מא(3) 235.

הביטחון או על מכשיר שנכלל ב'צו פטור' שהוצא מכוח הפקודה.<sup>105</sup> ההליכים והתנאים לקבלת רישיון להפעלת ציוד אלחוטי או לסחר בציוד קבועים בתקנות הטלגרף האלחוטי (רישיונות, תעודות ואגרות), התשמ"ז-1987 (להלן: תקנות הטלגרף). על פי התקנות האמורות, ולשם ייעול השימוש בספקטרום כמשאב מוגבל, נקבעה בתקנות החובה לשלם אגרה בעד קבלת רישיון ובעד הקצאת תדרים. התוספת לתקנות מפרטת את סוגי הפעילויות והשירותים בתחום התקשורת האלחוטי וקובעת את שיעורי האגרה עבור כל אחד מאלה.

כאשר מדובר בהסדרה של שירותי בזק המסופקים באמצעות ציוד אלחוטי (למשל: שירות של מפעיל סלולרי או שירות של מפעיל תקשורת לוויינית), הרישיון שניתן הוא 'רישיון משולב', קרי: רישיון המוענק הן מכוח הסמכות שבחוק התקשורת והן מכוח הסמכות בפקודת הטלגרף.

## ג. פיקוח ואכיפה

על פי תקנות הטלגרף, מנכ"ל משרד התקשורת (או מי שהוסמך על ידו) מפקד על הפיקוח על קיומם של תנאי רישיון שניתן לפי פקודת הטלגרף. לשם כך רשאי הוא להיכנס לחצרים שבהם נמצא ציוד אלחוטי, לערוך ביקורת, לעיין במסמכים הנוגעים לציוד ולעשות כל פעולה אחרת הדרושה להבטחת הפיקוח כאמור. הפיקוח בנוגע לשידורים אלחוטיים ולשימוש בספקטרום התדרים מבוצע על ידי היחידה לפיקוח אלחוטי במשרד התקשורת. סמכויות האכיפה של משרד התקשורת הן סמכויות מנהליות, הניתנות להפעלה כלפי בעלי רישיונות מכוח הפקודה. באשר לגורמים פיראטיים הפועלים ללא רישיון – למשרד התקשורת אין סמכויות לפעול כנגדם; האכיפה היא במישור הפלילי, ויחידת הפיקוח האלחוטי מסייעת למשטרה בצד המקצועי של ניטור השידור האלחוטי ומקורו. האכיפה נגד תחנות הרדיו הפיראטי היא דוגמה מעניינת לכך ונרחיב בעניינה בהמשך.

## ד. ביטחון ושעת חירום

פקודת הטלגרף קובעת כי בשעת חירום – 'אשר בה מן הראוי שיהיה לממשלה הפיקוח על תמסורת ידיעות בטלגרף אלחוטי או על איתות ראות

105 סעיף 4 לפקודת הטלגרף; ראו **לעיל** הערה 87 לעניין צווים בדבר אי-תחולת הפקודה. כך למשל, פטורים מרישוי טלפון אלחוטי ביתי או מחשב נישא בעל התקן WiFi, המשדרים בתחומי התדרים ובהספקים המנויים בצו.

או איתות שמע או על ניצול גלים אלקטרומגנטיים להעברת אנרגיה' – שר התקשורת רשאי להחרים ציוד אלחוטי וכן להתקיף תקנות לעניין שימוש, החזקה או סחר בציוד אלחוטי.<sup>106</sup>

בתקופת הפעלה של מערך מל"ח פועלת במשרד התקשורת, לצד מטה הרשות העליונה לתקשורת, היחידה לניהול ספקטרום בחירום. היחידה מנחה את בעלי הרישיונות לעניין הפסקת שידורים בשעת חירום (בהתאם להוראות הקיימות לעניין זה ברישיונות לפי הפקודה).

נוסף על אלה, סעיף 109 לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990, קובע כי הממשלה רשאית – בשל תנאי חירום המחייבים הפקעה של תדרי רדיו לצרכים צבאיים – להחליט על הגבלה של סמכויות הרשות השנייה או של זיכיונות או רישיונות לשידורים, לתקופה של עד 30 ימים או לתקופה ארוכה יותר, באישור ועדת חוץ וביטחון של הכנסת.

## ה. רדיו פיראטי

שידורי רדיו FM<sup>107</sup> לציבור מתקיימים בתחום התדרים שבין 87.5 מה"ץ ל-108 מה"ץ. סמוך לתחום תדרים זה פועלים מכשירי ניווט תעופתי וקשר בין מגדל הפיקוח למטוסים. בשל הקרבה בין תחומי התדר, שידוריה של תחנת רדיו המשדרת שלא כדין עלולים לגרום להפרעות בקשר בין יחידות הפיקוח והבקרה לבין כלי טיס, או להפרעות לפעולתם של עזרי ניווט המיועדים לסייע לכלי הטיס.<sup>108</sup> הפרעות אלה עלולות לגרום תאונה אווירית ובכך הן מסכנות חיי אדם. בשל הסמיכות בתחומי התדרים, כל תחנה פיראטית היא פוטנציאל לגרימת הפרעה לקשר התעופתי, וקשה לזהות מראש איזה משדר יגרום להפרעה ומתי.

שידורי הרדיו הפיראטי מהווים עברה פלילית לפי כמה דברי חקיקה.<sup>109</sup> אמנם הכישלון במיגור התופעה אינו נעוץ בהיעדרה של תשתית חקיקתית,

106 סעיף 6 לפקודת הטלגרף.

107 Frequency Modulation – אפנון תדר.

108 אחת הסיבות לכך היא השימוש שעושות תחנות רדיו לא חוקיות במשדרים אלחוטיים שאיכותם גרועה ואינם כוללים מסננים מתאימים. משדרים אלה משדרים 'שידורי שווא' (spurious), המוציאים אותות מחוץ לתחום תדרי הרדיו אל תחום תדרי התעופה.

109 סעיף 7 לפקודת הטלגרף, סעיף 90 לחוק הרשות השנייה ובמקרים מסוימים גם סעיף 18א(א) לחוק הטיס (עבירות ושיפוט), התשל"א-1971. להלן כמה החלטות

אולם בעקבות המלצות דוח של צוות משפטנים בין-משרדי, שהוגש בשנת 1999 ואומץ על ידי שר התחבורה, בוצעו תיקוני חקיקה שנועדו לסייע בהגברת האכיפה. כך תוקנה פקודת הטלגרף באופן הקובע עברה פלילית ספציפית למקרה של הפרעה לקשר עם כלי טיס ועוגנה בה הסמכות לערוך במקרה כזה חיפוש ללא צו שופט; נוסף על כך, בתיקון לחוק הרשות השנייה נקבעה עברה פלילית חדשה של פרסום בתחנה לא מורשית.<sup>110</sup> מעבר לתשתית החקיקה, טיפול יעיל בתופעה מצריך אכיפה יזומה ושיטתית, ניהול חקירות והגשת כתבי אישום נגד העומדים בראש התחנות הפיראטיות.<sup>111</sup> עד היום, חרף פוטנציאל הסיכון לחיי אדם עקב הפרעות לקשר תעופתי כאמור, לא קיבל נושא חיוני זה את הקדימות הנדרשת.

בשנת 1999 נעשה ניסיון להכשיר את שידוריה של התחנה הפיראטית ערוץ 7 באמצעות תיקון לחוק התקשורת. על פי התיקון, מי שהפעיל חמש שנים ברציפות תחנת רדיו ששידוריה נקלטו במרבית שטחי המדינה – יראו אותו כמי שפועל מכוח רישיון כדן.<sup>112</sup> בעתירה שהוגשה נגד חוקתיותו של התיקון<sup>113</sup> נפסק כי התיקון לחוק פוגע בחופש התחרות של כלל המתחרים הפוטנציאליים על השימוש במשאב התדרים; כי התכלית של מתן רישיון לתחנת רדיו שפעלה שלא כדן אינה ראויה בעליל ופוגעת בשלטון החוק; וכי התיקון איננו מידתי. בשל הפגיעה בחופש העיסוק נפסל התיקון לחוק.<sup>114</sup>

- 
- 4830/98 (י"ם) ת"פ פיראטי: ת"פ (י"ם) 4830/98  
**מדינת ישראל נ' יעקב כץ** (פורסם בנבו); רע"פ 5534/00 **נחמני נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו); ע"פ (י"ם) 40671/07 **ברק מדר נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו); ת"פ (ראשל"צ) 3931/07 **מדינת ישראל נ' שמואל בן-עטר** (פורסם בנבו); בש"פ 10848/07 **ישראל בונדק נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו).
- 110 התיקונים לחוקים הנוכחים התקבלו במסגרת חוק איסור שידורים שלא כדן (תיקוני חקיקה), התשס"ד-2004.
- 111 הדברים נדונו בהרחבה בדוח השנתי של מבקר המדינה לשנת 2004 (ב55), בנושא 'הפיקוח האלחוטני על שידורי רדיו' (עמ' 819).
- 112 סעיף 7(3) לחוק התקשורת.
- 113 בג"ץ 1030/99 **ח"כ חיים אורון נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד נו(3) 640.
- 114 בעקבות פסק הדין שניתן בבג"ץ 1030/99 הנ"ל, וכדי לממש הלכה למעשה את החלטתו של בית המשפט העליון בדבר בטלותו של התיקון לחוק, נקבעה הוראה למחוק את סעיף 7(3) לחוק התקשורת במסגרת הצעת חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (תיקון מס' 20) (שידורי רדיו ארציים ייעודיים), התשס"ד-2004. הצעת החוק עברה בקריאה ראשונה ביום 4.2.2004, אולם לא קודמה מאז, ולפיכך הסעיף טרם נמחק מספר החוקים.

בהחלטת ממשלה שהתקבלה בשנת 2007 ל'תגבור המערך הממשלתי להתמודדות עם תשתיות הרדיו הבלתי מורשה (הרדיו הפיראטי)' הוגדר הרדיו הפיראטי כ'טרור אווירי' המסכן את ביטחונם ושלומם של הנוסעים במרחב האווירי הישראלי, ולפיכך הוחלט לתגבר את הפעילות הממשלתית למיגורו.<sup>115</sup>

115 החלטה מס' 2770, מיום 16.12.2007. ההחלטה הטילה על השרים הרלוונטיים להציב בסדר עדיפות גבוה את המשימה, ונקבע כי יש לתגבר את המערך המקצועי במשטרת ישראל המופקד על הטיפול בנושא.



## ההסדרה של תחום השידורים לציבור

### 1. כללי

תחום השידורים לציבור (broadcast) כולל את ערוצי הטלוויזיה ותחנות הרדיו ששידוריהם מופצים לציבור הרחב. מקובל לחלק את תחום השידורים לשני תחומי משנה: האחד – השידור הממלכתי, הכולל את שידורי הטלוויזיה של רשות השידור, הטלוויזיה הלימודית וערוץ הכנסת ואת שידורי הרדיו של קול ישראל וגלי צה"ל, והאחר – השידור המסחרי, הכולל את השידורים המשודרים לציבור באופן פתוח (ערוץ 2, ערוץ 10 ותחנות הרדיו האזורי) ואת השידורים המשודרים באופן מוצפן למנויים (שידורי הטלוויזיה הרב-ערוצית בכבלים ובלוויין).

שידורי הטלוויזיה והרדיו הם חלק מאמצעי תקשורת ההמונים (media), הכוללים גם את העיתונות הכתובה, הקולנוע והאינטרנט. תקשורת ההמונים מתאפיינת בפנייה לקהל רחב, אנונימי ומגוון. על פי רוב, התכנים בשידורים לציבור מועברים בו זמנית לכלל ציבור הנמענים לפי לוח שידורים קבוע מראש (שידור 'ליניארי'); עם זאת יש כיום מגמה של התרחבות שירותים הידודיים (אינטראקטיביים), שבהם התוכן מועבר לפי דרישה של הצופה (דוגמת שירות Video on Demand).

שידורי הטלוויזיה והרדיו מספקים במת ביטוי הן ליוצרים ולעוסקים אחרים בתחום והן לציבור, והם מגשימים את חופש הביטוי, את הזכות לדעת ואת הזכות להגיב.<sup>116</sup> לאור העובדה שהשידורים לציבור קובעים כיום במידה רבה את סדר היום החברתי ואת השיח הציבורי, מוטלות על הגורמים המשדרים חובות 'ציבוריות' דוגמת עידוד של הפקות מקור, כללי אתיקה בשידורים, נגישות לאנשים עם מוגבלות (שילוב כתוביות ושפת סימנים בשידורים), הגנה על קטינים (סיווג וסימון משדרים) ועוד.

במשטר דמוקרטי יש חשיבות רבה להבטחת קיומו של מגוון במות ביטוי, הן בהיבט של פלטפורמות המקיימות ביניהן תחרות (למשל ערוץ 2

116 בהקשר זה ראו גם דפנה ברק, 'חופש הגישה לאמצעי התקשורת – איזון אינטרסים בתחומי הזכות לחופש-ביטוי', **עיוני משפט** יב (תשמ"ז), בעמ' 183.

וערוץ 10), הן בהיבט של דרכי הולכה חלופיות (למשל כבלים ולוויין) והן בהיבט של הפרדת הבעלות על אמצעי התקשורת השונים (למשל מגבלות בעלות צולבת בגורם משדר ובעיתון). עם זאת, לצד הרצון להבטיח מגוון במות ביטוי, הרי שבכל הנוגע להפצה אלחוטית תחום התדרים המוקצה לשידורים הוא משאב מוגבל, ולפיכך ישנם מקרים שבהם אי-אפשר להעניק רישיון לכל דורש ויש צורך להגביל את מספר הגורמים המורשים לשדר (בין היתר, באמצעות עריכת מכרז).

כפי שנקבע בפסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת ערוץ 7, ביסוד הצורך להסדיר את תחום השידורים מונחים שני טעמים מרכזיים: האחד – טעם טכני הנוגע להיותו של הספקטרום האלקטרומגנטי משאב מוגבל, והאחר – טעם מהותי-תוכני הנוגע להבטחת פלורליזם תקשורתי ושמירה על עקרונות יסוד.<sup>117</sup>

אתגרי העתיד בכל הקשור להסדרת תחום השידורים כרוכים במגמת ההתלכדות (convergence), המחייבת חשיבה מחודשת הן באשר לרגולציה החלה על הגופים המשדרים הקיימים והן באשר לרגולציה שיש להחיל – או להימנע מלהחיל – על פלטפורמות חדשות דוגמת שידורים באינטרנט (IPTV) ובסלולר. המלאכה קשה לביצוע במיוחד כיום, כשתחומי הבזק והשידורים מוסדרים על ידי רגולטורים נפרדים.

## 2. מסגרת ההסדרה

### א. השידור הממלכתי

**שידורי רשות השידור.** שידורי הטלוויזיה והרדיו של רשות השידור מוסדרים בחוק רשות השידור, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק רשות השידור)<sup>118</sup> ובחקיקת המשנה לפיו.

**שידורי ערוץ הכנסת.** שידורי הטלוויזיה של ערוץ הכנסת מוסדרים בחוק שידורי טלוויזיה מהכנסת, התשס"ד-2003 (להלן: חוק שידורי הכנסת).

**שידורי הטלוויזיה הלימודית.** שידורי הטלוויזיה הלימודית מוסדרים באופן חלקי בחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990 (להלן: חוק הרשות השנייה), וכן מוזכרים בחוק רשות השידור ובחוק התקשורת.

117 לעיל הערה 113, בעמ' 653. ראו גם לעיל בחלק הראשון, פרק שני, סעיף 3.ב.ר.ג.

118 עד לחקיקת חוק רשות השידור פעל קול ישראל כמחלקה במשרד ראש הממשלה. לתולדות שידורי הרדיו בישראל ראו באתר קול ישראל: <http://kolisrael70.iba.org.il>

**שידורי הרדיו של גלי צה"ל.** פעילותה של גלי צה"ל מוסדרת בהוראות הפיקוד העליון ובפקודות מטכ"ל.<sup>119</sup> הסדרים נוספים הנוגעים לפעילות של תחנות השידור של גלי צה"ל קבועים בסעיף 48 לחוק רשות השידור ובחוק גלי צה"ל – שידורי רדיו של צבא הגנה לישראל (שידורי חסות ותשדירי שירות) (הוראת שעה), התשס"ה-2005, ואלו יידונו בהמשך.

## **ב. השידור המסחרי**

**שידורי הטלוויזיה של ערוץ 2 וערוץ 10.** שידורי הטלוויזיה המסחרית המשודרים באופן פתוח לציבור מוסדרים בחוק הרשות השנייה, בחקיקת המשנה שהותקנה מכוחו (תקנות של שר התקשורת או כללים שהתקינה מועצת הרשות השנייה, לפי העניין), ובזיכיונות שהוענקו לגורמים המשדרים. שידורי הטלוויזיה בערוץ 2 ובערוץ 10 ממומנים באמצעות פרסומות.

**שידורי הרדיו המסחרי.** שידורי הרדיו המסחרי מוסדרים בחוק הרשות השנייה, בחקיקת המשנה שהותקנה מכוחו ובזיכיונות שהוענקו לגורמים המשדרים (וכן ברישיונות שיוענקו בעתיד). שידורי הרדיו המסחרי לפי חוק הרשות השנייה נחלקים לשני סוגים: הראשון – שידורי תחנות הרדיו האזורי, המופצים בשיטה האנלוגית, והשני – שידורים ארציים, המופצים בשיטה הדיגיטלית (בין בהפצה קרקעית ובין בהפצה לוויינית; שידורים אלה טרם החלו<sup>120</sup>). שידורי הרדיו האזורי ממומנים באמצעות פרסומות, ושידורי הרדיו הארצי-דיגיטלי יוכלו להיות ממומנים באמצעות פרסומות ו/או באמצעות דמי מנוי.

**שידורי טלוויזיה רב-ערוצית למנויים בכבלים ובלוויין.** שידורי הטלוויזיה הרב-ערוצית, הממומנים באמצעות דמי מנוי<sup>121</sup> ומופצים באמצעות רשת כבלים (הוט) או תשתית לוויינית (יס), מוסדרים בפרקים ב1 ו-ב2

119 כהגדרתן בסעיף 2 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1956. ראו הוראת הפיקוד העליון מס' 2.0617.

120 ביוני 2008 פורסם מכרז לקבלת זיכיון להפעלה של תחנת שידור להקמה, לקיום ולהפעלה של מערכת להפצה קרקעית של שידורי רדיו לציבור בשיטה הספרתית. מסמכי המכרז ניתנים לצפייה באתר משרד התקשורת, במדור 'שירותי תקשורת עיקריים – רדיו ספרתי'. ככל הידוע, לא הוגשו הצעות במכרז, ובעת כתיבת חיבור זה עדיין לא ברור מה תהיה המתכונת להמשך הטיפול בנושא זה.

121 על האיסור לכלול פרסומות בכבלים ובלוויין ראו סעיפים 6כד ו-6נ לחוק התקשורת; וכן בג"ץ 10338/03 **וש טלקנל נ' שר התקשורת** (פורסם בנבו), ניתן ביום 15.5.2006.

לחוק התקשורת (בהתאמה). במסגרת זו מוסדרת גם פעילותם של ערוצי הטלוויזיה הייעודיים (הערוץ הרוסי וערוץ המוזיקה הישראלית), הממומנים באמצעות פרסומות, וכן פעילותם של בעלי רישיונות מיוחדים לשידורי כבלים, המשדרים ערוצי נישא הנכללים בחבילה הרב-ערוצית.<sup>122</sup> פעילותם של הגורמים המשדרים מוסדרת גם בחקיקת המשנה שהותקנה מכוחו של חוק התקשורת (תקנות של שר התקשורת או כללי המועצה לשידורי כבלים) וברישינות לשידורים שהוענקו להם.

### ג. חקיקה כללית הנוגעת לתחום השידורים

נוסף על דברי החקיקה שצוינו לעיל, המסדירים את פעילותם של הגורמים המשדרים על סוגיהם, יש כמה דברי חקיקה המסדירים באופן רוחבי היבטים מסוימים בתחום השידורים:

- **חוק סיווג, סימון ואיסור שידורים מזיקים, התשס"א-2001** (להלן: חוק סיווג וסימון), מסדיר את חובת הסינוג והסימון של משדרי טלוויזיה שאינם הולמים לצפייה של ילדים ובני נוער, על פי קבוצות גיל.
- **חוק שידורי טלוויזיה (כתוביות ושפת סימנים), התשס"ה-2005** (להלן: חוק הכתוביות), מסדיר את שילובן של כתוביות ושפת סימנים בשידורי הטלוויזיה לטובת ציבור החירשים וכבדי השמיעה. החובות על פי החוק מוטלות על הגורמים המשדרים והיקפן מוחל באופן מדורג, במשך כמה שנים.
- **חוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959**, מסדיר את שידורי תעמולת הבחירות באמצעי התקשורת השונים.<sup>123</sup>
- **חוק להגבלת עוצמת הקול בתשדירי פרסומת, בקדימונים ובתשדירים אחרים (תיקוני חקיקה), התשס"ח-2008**, מסדיר את נושא עוצמת הקול, כאמור בכותרתו.

122 רישיונות מיוחדים לשידורי כבלים הוענקו בשעתו לערוצים האלה: ערוץ טבע הדברים, ערוץ לשידורי היסטוריה ישראלית וערוץ היכריות קליקה, אולם בפועל גורמים אלה אינם משדרים. בעל רישיון מיוחד נוסף הוא ערוץ הקניות (שפעל עד סוף 2008 מכוח רישיון 'למשדר ערוץ' בהתאם להסדר שהיה קיים בשעתו בחוק התקשורת). הרישינות לשידורים ניתנים לצפייה באתר משרד התקשורת, במדור 'רישינות'.

123 באשר לתחולת החוק על שידורים באינטרנט ראו תב"מ 16/01 ש"ס נ' אופיר פינס, החלטות והנחיות ועדת הבחירות המרכזית 2001, עמ' 60.

### 3. הגורם המסדיר

#### א. השידור הממלכתי

שידורי הטלוויזיה והרדיו של רשות השידור. רשות השידור היא תאגיד סטטוטורי שהוקם לפי חוק,<sup>124</sup> ותפקידה לקיים את השידורים 'כשירות ממלכתי'.<sup>125</sup> במסגרת זו על רשות השידור לשדר תכניות חינוך, בידור ומידע בשטחי המדיניות, החברה והכלכלה, בין היתר במגמה לשקף את חיי המדינה, לטפח אזרחות טובה, לחזק את הקשר עם המורשת היהודית, לקדם את היצירה הישראלית, לקיים שידורים בשפה הערבית ולקיים שידורים ליהודי התפוצות ולחו"ל.<sup>126</sup>

רשות השידור פועלת באמצעות האורגנים שנקבעו בחוק: מליאת רשות השידור, הוועד המנהל והמנהל הכללי.

מליאת רשות השידור מונה 31 חברים המתמנים על ידי נשיא המדינה: 30 אנשי ציבור (עד ארבעה מתוכם עובדי מדינה) שהממשלה המליצה עליהם לאחר התייעצות עם ארגוני סופרים, מורים ואמנים בישראל, מוסדות להשכלה וגופים ציבוריים בעלי זיקה לתחום השידורים, וכן נציג אחד של הסוכנות היהודית. מקרב חברי המליאה הממשלה ממנה שניים לתפקיד יושב ראש הרשות ולתפקיד המשנה ליושב ראש. תקופת כהונתה של המליאה היא שלוש שנים מיום מינויה; ניתן למנות מחדש חבר מליאה שתקופת כהונתו תמה ובלבד שלא יכהן יותר משתי תקופות כהונה רצופות.<sup>127</sup> תפקידי המליאה הם, בין היתר, להתוות את קווי פעולתה של רשות השידור, להנחות את הוועד המנהל במילוי תפקידיו ולאשר את מערכת השידורים. כמו כן המליאה רשאית לקבוע כללים לעניין הפקות מקומיות קנויות, ובאישור ועדת הכלכלה של הכנסת אף לשנות את התוספת לחוק בעניין זה.<sup>128</sup>

הוועד המנהל של רשות השידור מונה שבעה חברים: יושב ראש הרשות ומשנהו, ועוד חמישה מחברי המליאה שימונו על ידי הממשלה, מתוכם לא

124 סעיף 5 לחוק רשות השידור.

125 סעיף 2 לחוק רשות השידור.

126 סעיף 3 לחוק רשות השידור.

127 סעיפים 7 ו-8 לחוק רשות השידור.

128 סעיפים 13 ו-14 לחוק רשות השידור.

יותר משני עובדי מדינה.<sup>129</sup> תפקידי הוועד המנהל הם, בין היתר, לדון ולהחליט בענייני הרשות, להכין את תקציב הרשות ולקבוע כללים בנושאים שונים.<sup>130</sup> המנהל הכללי של רשות השידור ממונה על ידי הממשלה והוא מי שהציע השר לאחר דיון במליאה, או מי שתמך בו רוב של חברי המליאה שלא פחת מתשעה חברים. תקופת כהונתו של המנהל הכללי היא חמש שנים, והוא כפוף להחלטות של הוועד המנהל.<sup>131</sup>

השר הממונה על ביצוע חוק רשות השידור רשאי, בהמלצת הוועד המנהל, להתקין תקנות לביצועו של החוק. נוסף על כך החוק מעניק לשר הממונה סמכויות נוספות, ובהן הסמכות לדחות ערר שהגישו עשרה מחברי המליאה; להעביר ערר של חברי הוועד המנהל על החלטה של הוועד המנהל להכרעת המליאה או הממשלה; להתקין תקנות, לאחר התייעצות עם הוועד המנהל, לעניין היחס בין שעות השידור של סרטים לבין כלל שעות השידור; ולהתיר הפחתה בהיקף ההפקות המקומיות הקנויות עד סוף שנת 2009.<sup>132</sup> בעתיד ייתכנו שינויים משמעותיים בכל הנוגע לרשות השידור. בשנת 2008 נדונה בוועדת הכלכלה של הכנסת, לקראת קריאות שנייה ושלישית, הצעת חוק רשות השידור (תיקון מס' 18), התשס"ח-2008.<sup>133</sup> הצעת החוק מתבססת, בין היתר, על המלצות הוועדה לרפורמה בשידור הציבור, בראשות רענן דינור, מינואר 2005.<sup>134</sup>

הצעת החוק באה להסדיר שינוי מבני ברשות השידור, כך שמוסדותיה יתמנו באופן מקצועי ושניהולה יהיה כפוף למנגנוני בקרה הדומים בעיקרם לאלה הקיימים בחברות ממשלתיות. לפי ההצעה יבוטלו מליאת רשות השידור והוועד המנהל, ותחתיהן תמונה מועצה בעלת מאפיינים של דירקטוריון. המועצה היא שתתווה את מדיניות הרשות ותפקח על יישומה. על פי הצעת החוק, ניהולה השוטף של הרשות ייעשה על ידי המנהל הכללי של הרשות ומנהלי השידור (מנהלי הטלוויזיה והרדיו). עוד מוצע להתאים את פעילותה של רשות השידור לשינויים שחלו בענף התקשורת, ובכללם

- 129 סעיף 14 לחוק רשות השידור.  
 130 סעיפים 19 ו-33 לחוק רשות השידור.  
 131 סעיפים 11, 23, 23א ו-23ג לחוק רשות השידור.  
 132 סעיפים 12א, 21, 44ב, ו-44ג לחוק רשות השידור.  
 133 הצעת החוק פורסמה בה"ח תשס"ח 286.  
 134 הוועדה הוקמה מכוח החלטת ממשלה מס' 90, מיום 25.3.2003. עקרונות הדוח אושרו בהחלטת ממשלה מס' 4339, מיום 30.10.2005.

השינויים הטכנולוגיים, ובין היתר לאפשר לרשות לכלול בשידוריה גם שידורים אינטראקטיביים.

**שידורי ערוץ הכנסת.** על פי חוק שידורי הכנסת, המועצה לשידורי כבלים (שמונתה לפי חוק התקשורת) היא הגורם המופקד על בחירתו במכרז של הגורם המשדר, על קביעתם של תנאי הרישיונות ועל הכללים בדבר תוכן השידורים ובדבר הפיקוח השוטף על הערוץ. ועדת הכנסת מוסמכת לקבוע מדיניות לעניין המשדרים שישודרו בערוץ הכנסת,<sup>135</sup> והכללים שקובעת המועצה לשידורי כבלים צריכים להיקבע בהתאמה למדיניות זו.

**שידורי הטלוויזיה הלימודית.** שידורי הטלוויזיה הלימודית ('הטלוויזיה החינוכית הישראלית') נכללים במסגרת שידורי הערוץ הראשון של רשות השידור<sup>136</sup> ובמסגרת שידורי ערוץ 2,<sup>137</sup> ונוסף על כך מוקצה להם אפיק 23 בשידורי הכבלים והלוויין.<sup>138</sup> הטלוויזיה הלימודית היא יחידת סמך במשרד החינוך, ולשר החינוך מוקנות סמכויות הסדרה מסוימות בעניינה, למשל לעניין סיווג וסימון שידורים ולעניין שילוב כתוביות ושפת סימנים בשידורים.<sup>139</sup> אשר לשידורים במסגרת ערוץ 2, הגורם המסדיר את פעילותה של הטלוויזיה הלימודית ומפקח עליה הוא מועצת הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו. מעבר לכך לא נקבע בחקיקה גוף ציבורי אשר יפקח על פעילותה ושידוריה של הטלוויזיה הלימודית.

**שידורי הרדיו של גלי צה"ל.** גלי צה"ל היא יחידה צבאית ובראשה עומד מפקד גלי צה"ל, הכפוף לקצין חינוך ראשי. לרשות השידור סמכויות הסדרה לעניין התכניות הלא צבאיות המשודרות בגלי צה"ל.<sup>140</sup>

## **ב. השידור המסחרי**

**שידורי הרדיו והטלוויזיה המסחריים לפי חוק הרשות השנייה.** הסדרת השידורים האמורים נעשית על ידי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו,

- 135 סעיפים 4 ו-5 לחוק שידורי הכנסת.
- 136 שידורי הטלוויזיה הלימודית מוזכרים בחוק רשות השידור בסעיף 1 (בהגדרת המונח 'זמן שידורים') ובסעיף 44ב; עם זאת אין הוראה מפורשת בחוק רשות השידור לעניין שיבוץ שידורי הטלוויזיה הלימודית במסגרת שידורי הערוץ הראשון.
- 137 סעיף 55 לחוק הרשות השנייה.
- 138 סעיפים 6לד(ג) ו-6טט לחוק התקשורת.
- 139 מכוח חוק סיווג וסימון ומכוח חוק הכתוביות, בהתאמה. יוער כי נכון למועד כתיבת חיבור זה לא הפעיל שר החינוך את סמכויותיו לפי החוקים האמורים.
- 140 סעיף 48 לחוק רשות השידור.

שהיא תאגיד סטטוטורי, חוץ־ממשלתי, ועל ידי המועצה הציבורית שבראש הרשות. פעילות הרשות ממומנת באמצעות דמי הזיכיון שמשלמים הגורמים המשדרים לפי חוק הרשות השנייה.

הרשות השנייה היא גם הגורם המופקד על מערך ההפצה של שידורי הטלוויזיה המסחריים.<sup>141</sup> על פי תיקון שנערך בשנת 2007 בחוק הרשות השנייה, בעת כתיבתו של חיבור זה הרשות פרשה מערך הפצה קרקעי דיגיטלי שנועד להחליף את מערכי ההפצה הקיימים.<sup>142</sup> מערך זה מאפשר קליטה של הערוצים 2, 10, 1, 33 וערוץ הכנסת באמצעות מקלט אחד, גם ללא חיבור לתשתית של ספק שידורים רב־ערוציים (הוט או יס).<sup>143</sup>

מועצת הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (להלן: מועצת הרשות השנייה) מתמנה על ידי הממשלה, לפי המלצת שר התקשורת, לאחר שהתייעץ עם ארגונים של סופרים, מורים ואמנים, המוסדות להשכלה גבוהה, האקדמיה ללשון העברית, האקדמיה הלאומית הישראלית למדעים וגופים ציבוריים אחרים. מועצת הרשות השנייה מונה 15 חברים, שעל פי החוק צריכים להיות אנשי ציבור בעלי רקע תרבותי הולם, ניסיון וידע בתחומי התמחותם וניסיון והבנה למצב החברתי בישראל. כמו כן, על הרכב המועצה לשקף בעת המינוי, במידת האפשר, את מגוון הדעות הרווחות בציבור. מועצת הרשות השנייה מתמנה לתקופת כהונה של ארבע שנים; חבר מועצה יכול להתמנות מחדש לתקופת כהונה נוספת אחת בלבד ברציפות.<sup>144</sup>

מועצת הרשות השנייה היא שמעניקה את הזיכיונות ואת הרישיונות לשידורים לפי חוק הרשות השנייה, משמשת ועדת המכרזים למתן זיכיונות,

- 141 סעיפים 51 עד 51ב לחוק הרשות השנייה.
- 142 הפצת שידורי הטלוויזיה הפתוחים לציבור הרחב התבצעה באמצעות כמה מערכי הפצה נפרדים: הערוץ הראשון וערוץ 33 של רשות השידור מופצים באמצעות מערך משדרים קרקעי אנלוגי ולווייני ספרתי; ערוצים 2 ו־10 מופצים על ידי הרשות השנייה באמצעות שני מערכי שידור: קרקעי אנלוגי, המשמש להפצה של שידורי ערוץ 2, ולווייני ספרתי המשמש להפצה של שידורי ערוץ 10, וכן ערוץ הכנסת, המופץ על ידי בעל רישיון לשידורי הכנסת באמצעות מערך שידור לווייני ספרתי (ראו דברי ההסבר להצעת התיקון לחוק הרשות השנייה, במסגרת הצעת חוק ההסדרים במשק המדינה – תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2008 – התשס"ח–2007; ה"ח התשס"ח 16).
- 143 סעיפים 51א ו־51ב לחוק הרשות השנייה, שהוספו בשנת 2008 לחוק (במסגרת תיקון מס' 29, ס"ח התשס"ח 192).
- 144 סעיפים 7 ו־8 לחוק הרשות השנייה.



קובעת את כללי ההסדרה שיחולו על הגורמים המשדרים ומפקחת על קיומם של כללים אלה.<sup>145</sup> בכמה נושאים הנוגעים לתחום השידורים (ובכלל כך שימוש בספקטרום התדרים), מסורות סמכויות גם לשר התקשורת, הוא השר הממונה על ביצועו של חוק הרשות השנייה.<sup>146</sup>

נוסף על כך, במסגרת הרשות השנייה פועל המנהל הכללי של הרשות, שהוא הגורם האחראי לניהול השוטף של ענייני הרשות. המנהל מתמנה על ידי מועצת הרשות השנייה, על פי המלצת שר התקשורת ובאישור הממשלה. הוא מתמנה לתקופת כהונה של חמש שנים, ומועצת הרשות השנייה רשאית להאריך את מינויו. מנהל הרשות אחראי לניהול השוטף של ענייני הרשות, ועליו לפעול לפי החלטות מועצת הרשות השנייה והנחיותיה;<sup>147</sup> עם זאת נתונות בידי כמה סמכויות הנוגעות לתחום השידורים, ובכלל כך הסמכות לפקח על בעלי הזיכיונות והרישיונות. בשל כך מתקיים לא פעם בחיי המעשה מתח בין מנהל הרשות והנהלת הרשות לבין מועצת הרשות השנייה לגבי הפעלת סמכויות ההסדרה.

**שידורי הטלוויזיה הרב-ערוצית לפי חוק התקשורת.** הסדרת השידורים האמורים נעשית בעיקרה על ידי המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין ועל ידי מנהלת הסדרת השידורים לציבור שלצדה, וכן על ידי שר התקשורת, כפי שיפורט להלן. המנהלת כפופה ארגונית למשרד התקשורת וממומנת, כמו המועצה, מתקציב משרד התקשורת.

**המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין** (להלן: המועצה לשידורי כבלים). מתמנה על ידי הממשלה לפי הצעת שר התקשורת.<sup>148</sup> המועצה לשידורי כבלים היא מועצה ציבורית, אולם בשונה מהרשות השנייה היא אינה נהנית ממעמד של תאגיד סטטוטורי. במועצה 13 חברים, בהם שישה נציגי ממשלה שהם עובדי מדינה (לפי המלצות של שרים) ושבעה נציגי ציבור: שניים על פי המלצה של מרכז השלטון המקומי, שניים המייצגים לדעת השר את הצרכנים, אחד המייצג לדעת השר את האמנים והיוצרים בישראל, ושניים שהם נציגי גופים בתחום החינוך והתרבות שהמליץ עליהם שר התרבות.

145 לפירוט תפקידיה של הרשות ראו סעיפים 23 ו-24 לחוק הרשות השנייה.

146 לדוגמה: אישור אזורי הזיכיון לשידורי רדיו.

147 סעיפים 25, 26 ו-28 לחוק הרשות השנייה.

148 סעיף 36 לחוק התקשורת.

יו"ר המועצה לשידורי כבלים הוא נציג שר התקשורת.<sup>149</sup> התפקידים המסורים למועצה לשידורי כבלים על פי חוק<sup>150</sup> הם, בין היתר: הענקת רישיונות לשידורי כבלים; קביעת מדיניות וכללים באשר לסוגי השידורים, נושאים ותוכניהם;<sup>151</sup> עידוד הפקות מקוריות; פיקוח על ביצוע השידורים; אתיקה בשידורים ועוד.

לצדה של המועצה לשידורי כבלים פועלת מנהלת הסדרת השידורים לציבור, שהיא הגוף המספק ייעוץ מקצועי למועצה לשידורי כבלים.<sup>152</sup> כאמור, גם לשר התקשורת מוקנות סמכויות בתחום השידורים הרב-ערוציים. ראשית, השר הוא הגורם המעניק רישיונות לשידורי לוויין,<sup>153</sup> ושנית, לעניין השידור הרב-ערוצי בכבלים נמסרו לשר התקשורת שורה של סמכויות בפרק 1 לחוק התקשורת. כך למשל, השר רשאי לקבוע ברישיונות תנאים בנושאים הנדסיים<sup>154</sup> ולקבוע בתקנות תנאים למתן הרישיון.<sup>155</sup> כמו כן, ניתנה לשר התקשורת סמכות קיצונית וייחודית להורות בדבר שינוי החלטותיה של המועצה בעניין תנאיו של רישיון לשידורי כבלים, אם התקיימו לדעת השר טעמים מיוחדים המצדיקים זאת.

- 149 הוראות נוספות לעניין מינויים של חברי המועצה קבועות בתקנות הבזק (כהונתם של חברי המועצה לשידורי כבלים וסדרי עבודתה של המועצה), התשמ"ז-1987.
- 150 סעיף 6 לחוק התקשורת.
- 151 ראו למשל בג"ץ 5432/03 ש.י.נ. נ' **המועצה לשידורי כבלים**, פ"ד נח(3) 65, בנוגע להחלטת המועצה לאשר בתנאים את שידורו של ערוץ Playboy בישראל.
- 152 תחילה הוקמה המנהלת להסדרת שידורים לציבור באופן זמני מכוח החלטת הממשלה מס' 2444, מיום 10.8.1997, לצורך יישום של החלטת הממשלה בדבר הארגון מחדש של מערך השידורים לציבור בעקבות המלצות דוח פלד. ברם למנהלת נוצר מעין מעמד קבוע, בין היתר, בשים לב לסעיף 116 לחוק התקשורת, שלפיו יועמדו לרשות המועצה האמצעים והתקציבים הדרושים לתפקודה התקין.
- 153 סעיף 6 מו לחוק התקשורת. כיום יש אנומליה בתחום השידורים הרב-ערוציים למנויים, באשר הרישיון לשדר שידורי טלוויזיה באמצעות רשת הכבלים ניתן על ידי המועצה לשידורי כבלים, ואילו הרישיון לשדר שידורי טלוויזיה באמצעות לוויין ניתן על ידי שר התקשורת. חוסר התאמה זה נוצר בעקבות חקיקתם של שני פרקים נפרדים בחוק התקשורת (פרק 1 לעניין הכבלים ופרק 2' לעניין הלוויין), בתקופות זמן שונות, אף שמבחינה מהותית אין הצדקה לחלוקת סמכויות זו.
- 154 סעיף 6(ח) לחוק התקשורת.
- 155 סעיף 6ט לחוק התקשורת. על פי הוראות הסעיף, אם לא קבע שר התקשורת תנאים למתן הרישיון, המועצה לשידורי כבלים רשאית לקבוע תנאים כאמור ברישיון או במכרז.

## 4. עיקרי ההסדרה הנוהגת<sup>156</sup>

### א. התפתחותה של התחרות בתחום השידורים

#### (1) שידורי רדיו

בעבר פעלו בישראל שני גורמים ממלכתיים שהפעילו תחנות רדיו – קול ישראל של רשות השידור וגלי צה"ל. לצורך יצירת פלורליזם תקשורתי חוקק בשנת 1990 חוק הרשות השנייה שקבע את המסגרת החקיקתית למתן זיכיונות לשידורי רדיו מסחריים, ממומנים מפרסומות, בפרישה אזורית. כיום פועלות בישראל 14 תחנות רדיו אזורי, ובקרוב יחלו שידורי רדיו אזורי גם באזור יהודה ושומרון.<sup>157</sup>

בשנת 2007 תוקן חוק הרשות השנייה באופן המאפשר מתן רישיונות לשידורי רדיו מסחריים, בפרישה ארצית, בטכנולוגיה דיגיטלית (קרקעית או לוויינית). נכון למועד כתיבתו של חיבור זה, רישיונות כאמור טרם ניתנו.<sup>158</sup> יצוין כי כיום יש גם תחנות 'רדיו' הפועלות באמצעות האינטרנט ולא מעל גלי האתר; פעילות זו אינה מצריכה רישוי מבחינת דיני התקשורת.

#### (2) שידורי טלוויזיה

בעבר שודר בישראל רק ערוץ אחד של רשות השידור. שידורי הטלוויזיה הרב-ערוצית ככבלים למנויים התאפשרו עם תיקון חוק התקשורת בשנת 1986. בתחילת שנות התשעים ניתנו זיכיונות אזוריים לשידורי כבלים (לחברות הכבלים ובהן מת"ב, תבל וערוצי זהב), שזכו לשיעורי חדירה

156 בשל רוחב היריעה נתמקד בחלק זה בסוגיות נבחרות בלבד הנוגעות לתחום השידורים לציבור, בעיקר השידור המסחרי. על הסדרת תחום השידורים לציבור ראו גם יובל קרניאל, **דיני התקשורת המסחרית** (המכון למחקרי משפט וכלכלה, 2003).

157 שידורי רדיו באזור יהודה ושומרון מוסדרים בצו של מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, מיום 19.9.2005 – צו בדבר ניהול מועצות מקומיות (יהודה ושומרון) (מס' 892), התשמ"א-1981, תיקון מס' 154 לתקנון המועצות המקומיות (במסגרתו הוסף נספח דיני תקשורת לתקנון).

158 בשעתו הוצע לקבוע בחוק הרשות השנייה הסדר לעניין הענקה של זיכיונות לתחנות רדיו ארציות ייעודיות – הצעת חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (תיקון מס' 20) (שידורי רדיו ארציים ייעודיים), התשס"ד-2004. הצעת החוק נועדה ליתן פתרון למגזרים שאינם מוצאים ביטוי בשידורי הרדיו הקיימים, אולם מאז עברה בקריאה ראשונה במליאת הכנסת, ביום 4.2.2004, היא לא קודמה על ידי הממשלה.

גבוהים. מאז הוסב משטר הרישוי בחוק התקשורת,<sup>159</sup> וכיום פועלת חברת הכבלים הממוזגת הוט מכוח רישיון כללי לשידורי כבלים. עם חקיקתו של חוק הרשות השנייה וקיום המכרז שלפיו החל לפעול בשנת 1993 הערוץ המסחרי הראשון בישראל, המשודר באופן קרקעי פתוח לציבור וממומן מפרסומות – ערוץ 2. בתחילת דרכו פעלו בערוץ שלוש זכייניות (קשת, רשת וטלעד), שחלקו את זמני השידור בערוץ. בשנת 1998 תוקן חוק התקשורת במסגרת 'חוק ההסדרים', והוסף בו פרק ב'2 לעניין מתן רישיונות לשידורי לוויין.<sup>160</sup> בשנת 1999 ניתן רישיון לשידורי טלוויזיה רב־ערוצית בלוויין לחברת יס (חברה בת של חברת בזק).<sup>161</sup> לאחר תיקון נוסף בחוק הרשות השנייה ניתן בשנת 2001 זיכיון לשידורים בערוץ מסחרי נוסף (ערוץ 10),<sup>162</sup> שהופץ, בשל אילוצים ספקטראליים, בהפצה לוויינית בלבד, ולאחרונה מופץ גם במסגרת מערך הפצה קרקעי דיגיטלי שהקימה הרשות השנייה.

- 159 סעיף 6ח לחוק התקשורת; ראו הוראת מעבר בסימן ג'1 בפרק ב'1 לחוק התקשורת (סעיף 1 ביב1 ואילך).
- 160 ראו את פסקי הדין שניתנו עם פתיחתו של תחום השידורים הרב־ערוציים לתחרות: בבג"ץ 508/98 **מת"ב מערכות תקשורת בכבלים בע"מ ואח' נ' הכנסת**, פ"ד נד(4) 577, עתרו חברות הכבלים נגד תיקון חוק התקשורת המסדיר שידורי טלוויזיה באמצעות לוויין, בטענה שהוא פוגע בזכות הקניין שלהן. בית המשפט דחה את העתירה וקבע כי התיקון לחוק עומד בפסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בפרט בשים לב לסעיף 6נא המאפשר פיצוי; בבג"ץ 7852/98 **ערוצי זהב ושות' נ' שרת התקשורת**, פ"ד נג(5) 423, נדונה החלטת המועצה לשידורי ערוצים לאפשר רק לחברת הלוויין, לפרק זמן מסוים, להציע למנוייה כמה חבילות שידור (שיטת ה־ Tiering), ואילו לחברות הכבלים הותר לספק רק חבילת שידורים אחת. בית המשפט פסק כי הטלת מגבלות על הגורם המונופוליסטי לצורך יצירת תחרות היא תכלית ראויה וכי ההחלטה עומדת במתחם המידתיות.
- 161 בהבדל מהזיכיונות לשידורי כבלים (ובהמשך לכך הרישיון הכללי לשידורי כבלים), הרישיון של חברת יס ניתן לא באמצעות מכרז אלא לפי תקנות: תקנות התקשורת (בזק ושידורים) (הליכים ותנאים למתן רישיון לשידורי לוויין), התשנ"ח-1998.
- 162 לעניין זה ראו בג"ץ 4915/00 **רשת חברת תקשורת והפקות נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נד(5) 451. מדובר בעתירות שהגישו זכייניות ערוץ 2 נגד התיקון לחוק הרשות השנייה, שהסדיר הענקת זיכיונות לשידורים בערוץ מסחרי נוסף, בטענה שהתיקון לחוק מקנה לערוץ 10 יתרונות תחרותיים (בין היתר בנוגע להפקות מקור) באופן הפוגע בחופש העיסוק שלהן, בזכות הקניין ובעקרון השוויון. בית המשפט העליון דחה את העתירות וקיבל את הצורך ליתן 'הגנת ינוקא' למתחרה חדש במקרה שבו מעמדו של המתחרה הפועל בענף הוא כה מבוסס עד שלא תתאפשר תחרות בו בתנאים שווים.

בשנים 2002 ו-2003 ניתנו רישיונות מיוחדים לערוץ ייעודי בשפה הרוסית (ערוץ 9) ולערוץ המוזיקה הישראלית (ערוץ 24), המשודרים במסגרת השידורים הרב-ערוציים.<sup>163</sup>

לאור ההתפתחויות הטכנולוגיות צפויה תחרות גם מצד שידורי טלוויזיה על גבי האינטרנט (IPTV).

## ב. השידור הממלכתי

### (1) מתכונת השידור ומימונו

**רשות השידור.** שידורי הטלוויזיה כוללים את הערוץ הראשון וערוץ 33, ושידורי הרדיו כוללים את תחנות הרדיו של קול ישראל (רשת א', רשת ב', רשת ג', רשת ד' בערבית, רשת מורשת, רק"ע – קליטה ועלייה, קול המוזיקה, 88FM) ותחנות רדיו חינוכי המשדרות ממוסדות השכלה ומתנ"סים ברחבי הארץ. שידורי הרשות מבוצעים מכוח חוק רשות השידור, ללא צורך ברישוי, וממומנים באמצעות אגרה המשולמת על ידי הציבור<sup>164</sup> וכן באמצעות הכנסות משידורי חסות ותשדירי שירות בטלוויזיה ומפרסומות והודעות ברדיו.<sup>165</sup>

**ערוץ הכנסת.** ערוץ הכנסת כולל שידורים ממליאת הכנסת וועדותיה וכן משדרים בענייני הכנסת ודמוקרטיה. הגורם המשדר את הערוץ פועל מכוח רישיון לשידורים מאת המועצה לשידורי כבלים. שידוריו של ערוץ הכנסת ממומנים באמצעות תקציב הכנסת והכנסות מתשדירי שירות. הערוץ משודר באופן לווייני פתוח וכן נכלל בשידורים הרב-ערוציים למנויים בכבלים ובלוויין.

**הטלוויזיה הלימודית.** כאמור לעיל, שידורי הטלוויזיה הלימודית (הטלוויזיה החינוכית הישראלית) נכללים במסגרת שידורי הערוץ הראשון של רשות השידור ובמסגרת שידורי ערוץ 2, ונוסף על כך מוקצה להם אפיק 23

163 סעיף 16לד לחוק התקשורת.

164 בית המשפט העליון הכיר בחובה לשלם אגרה בעד החזקת מקלט רדיו בכלי רכב מנועי גם בהיעדר מקלט רדיו בכלי הרכב; ראו בג"ץ 5503/94 **לילי סגל ואח' נ' יושב-ראש הכנסת ואח'**, פ"ד נא(4) 529.

165 באשר להבחנה בין שידורי חסות ותשדירי שירות לבין פרסומות ראו בג"ץ 757/84 **איגוד העיתונים היומיים נ' שר החינוך והתרבות**, פ"ד מא(4) 337; ד"נ 14/87 **איגוד העיתונים היומיים נ' שר החינוך והתרבות**, פ"ד מא(4) 602; בג"ץ 3424/90 **איגוד העיתונים היומיים נ' שר החינוך והתרבות**, פ"ד מה(2) 24; בג"ץ 6032/94 **רשת נ' רשות השידור** פ"ד נא(2) 790.

בשידורי הכבלים והלוויין. שידורי הטלוויזיה הלימודית בערוץ 2 נעשים מכוח זיכיון לפי חוק הרשות השנייה, ואילו שידוריה בערוצים האחרים אינם מעוגנים ברישיון או בזיכיון כלשהו. מימון פעילותה של הטלוויזיה הלימודית הוא בעיקרו מתקציב משרד החינוך, ומיעוטו מהכנסות עצמיות (מכירת מוצרים וזמן שידור לפרסומות).

**גלי צה"ל.** גלי צה"ל, תחנת השידור של צבא ההגנה לישראל, נוסדה בשנת 1950 כיחידה צבאית, אך היא רשאית לשדר גם שידורים שאינם עוסקים ישירות בנושאי הצבא. השידורים ממומנים מתקציב המדינה (בעיקר תקציב הביטחון), וכן מתשדירי שירות, מהודעות חסות ומפרסומות בהיקף מוגבל.

## (2) סוגיית הפרסום בגלי צה"ל

בשנת 2005, בעקבות עתירה שהגישו כמה תחנות רדיו אזורי בדרישה כי גלי צה"ל תחדל לשדר פרסומות מסחריות והודעות חסות,<sup>166</sup> נחקק חוק גלי צה"ל – שידורי רדיו של צבא הגנה לישראל (שידורי חסות ותשדירי שירות) (הוראת שעה), התשס"ה-2005 (להלן: חוק גל"צ).

חוק גל"צ נקבע כהוראת שעה, בשים לב לצורך לבחון את השפעתו על שידורי הרדיו המסחרי, ותוקפו עד שנת 2010.<sup>167</sup> החוק מסדיר את שידורם של שידורי חסות ותשדירי שירות בגלי צה"ל. על פי ההגדרה בחוק, תשדירי שירות כוללים גם פרסומות, ובלבד שמדובר במידע הנוגע למבצעים והטבות ייחודיים המיועדים למי שנמנים עם הכוחות הסדירים בצה"ל וגמלאי כוחות הביטחון, ורק ככל שאין בתשדירים אלו תיאור איכותי או השוואתי של מוצר או שירות מסוים.<sup>168</sup> זמן השידור המרבי לשידורי חסות ולתשדירי שירות בגלי צה"ל עומד על ארבע דקות וחצי לשעת שידור.<sup>169</sup> שר הביטחון, בהתייעצות עם השר הממונה על ביצוע חוק רשות השידור ועם ועדת הפיקוח שתמונה לפי החוק, יקבע הוראות לעניין האיסורים והמגבלות שיחולו על שידורים כאמור.<sup>170</sup>

166 בג"ץ 1551/02 רדיו קול רגע שידורי העמקים בע"מ ואח' נ' מפקד גלי צה"ל ואח'. העתירה נמחקה לאחר חקיקתו של חוק גל"צ.

167 בעת חקיקתו של החוק נקבעה תקופת תוקפה של הוראת השעה לשנתיים בלבד (ס"ח התשס"ה 134), אולם זו הוארכה בתיקון לחוק שנערך לאחר מכן (ס"ח התשס"ז 371).

168 סעיף 1 לחוק גל"צ.

169 סעיף 3 לחוק גל"צ.

170 סעיף 4 לחוק גל"צ.

## ג. השידור המסחרי

### (1) משטר הרישוי

שידורי טלוויזיה ורדיו לפי חוק הרשות השנייה. שידורי הטלוויזיה הכפופים לרגולציה לפי חוק הרשות השנייה הם 'שידורי טלוויזיה הניתנים לציבור והמופצים בדרך אלחוטית, לרבות באמצעות לוויין, ולמעט שידור מוצפן שקליטתו מותנית בתשלום'.<sup>171</sup>

שידורים אלה מוסדרים בזיכיונות הניתנים במכרז על ידי מועצת הרשות השנייה.<sup>172</sup> על פי חוק הרשות השנייה והזיכיונות, הזכיינים, עיסוקם בתכנים המשודרים, אולם הפצת השידורים נעשית על ידי הרשות השנייה באמצעות מערך המשדרים הקרקעיים ומערך ההפצה הלווייני שבשליטתה.

לפי חוק הרשות השנייה, על מועצת הרשות השנייה, בשבתה כוועדת מכרזים לבחירת זכיון, לשקול, בין היתר, את השיקולים האלה:<sup>173</sup> יכולתו הכלכלית של המציע, דמי הזיכיון החד-פעמיים המוצעים על ידו, הידע והניסיון המקצועי העומדים לרשותו, כושר ההפקה ומגוון התכניות שהוא מציע, היקף ההשקעות המוצע בהפקות מקור ומתן ביטוי בשידורים המוצעים למגמות הרשות השנייה. 'מגמות הרשות השנייה' כוללות, בין היתר, קידום של יצירה ישראלית, טיפוח אזרחות טובה וחיזוק ערכי הדמוקרטיה, מתן ביטוי למורשת היהודית, קיום שידורים בשפה הערבית, מתן ביטוי למגוון התרבותי של החברה הישראלית ועוד.<sup>174</sup>

שידורי החדשות בערוצים 2 ו-10 מתבצעים על ידי חברת החדשות של כל ערוץ, הפועלת מכוח זיכיון נפרד שהוענק לה על ידי מועצת הרשות השנייה.<sup>175</sup> מימון שידורי החדשות מתקבל בחלקו מזכייני הערוצים ובחלקו מהרשות השנייה.<sup>176</sup>

'שידורי רדיו' לפי חוק הרשות השנייה הם 'שידורי תכניות שמע הניתנים לשידור והמופצים בדרך אלחוטית לרבות באמצעות לוויין'.<sup>177</sup> שידורי רדיו אזורי בשיטה האנלוגית מוסדרים באמצעות זיכיונות המוענקים במכרז על

171 סעיף 1 לחוק הרשות השנייה.

172 הזיכיונות ניתנים ליחידת שידור בערוץ, כאמור בסעיף 54 לחוק הרשות השנייה.

173 רשימת השיקולים מפורטת בסעיף 45 לחוק הרשות השנייה.

174 המגמות מפורטות בסעיף 5 לחוק הרשות השנייה.

175 סעיף 63א לחוק הרשות השנייה.

176 סעיף 70 לחוק הרשות השנייה.

177 סעיף 1 לחוק הרשות השנייה.

ידי מועצת הרשות השנייה, ושידורי רדיו ארצי בשיטה הדיגיטלית (לכשיהיה כזה) מוסדרים באמצעות רישיונות שתעניק המועצה.

בשונה מתחום שידורי הטלוויזיה, שבו הרשות השנייה אחראית על הפצת השידורים, הפצת שידורי הרדיו האנלוגי נעשית על ידי הזכיינים, והפצת שידורי הרדיו הדיגיטלי תיעשה ככל הנראה על ידי זכיון שייבחר במכרז ויפרוש תשתית כלל-ארצית שבאמצעותה יועברו שידוריהם של גורמים שונים.<sup>178</sup>

הגורמים המסדרים לפי חוק הרשות השנייה כפופים לשורה ארוכה של הוראות בנוגע לתוכן בשידורים, ובכלל כך החובה להפיק הפקות מקור, אתיקה בשידורים, שידורים אסורים ועוד.<sup>179</sup>

יצוין כי במרס 2009 פורסם דוח 'הועדה הבינמשרדית לבחינת משמעות והיתכנות של שינוי שיטת ההסדרה בתחום שידורי הטלוויזיה המסחריים', בראשות מנכ"ל משרד התקשורת דאז מרדכי מרדכי.<sup>180</sup> על פי המלצות הוועדה הוצע, בין היתר, לשנות את שיטת ההסדרה הקיימת ולפעול למעבר משיטה שבה מוענקים זיכיונות לשידורים בהליכי מכרז לשיטת הסדרה שבה יוענקו רישיונות שידורים לערוצי טלוויזיה מרכזיים לכל דורש העומד בתנאי סף. הוצע ששינוי שיטת ההסדרה ייכנס לתוקפו בינואר 2012. הסדר מפורט לעניין זה נכלל בהצעת חוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010), התשס"ט-2009.<sup>181</sup>

**שידורי טלוויזיה רב-ערוצית בכבלים ובלוויין לפי חוק התקשורת.** המונח 'שידורי כבלים' מוגדר בחוק התקשורת כ'שידורים המופצים באמצעות מוקד שידור ורשת בזק ציבורית'.<sup>182</sup> המונח 'שידורים' מוגדר כ'שידורי טלוויזיה המיועדים לציבור, הניתנים למנויים, בין בערוץ אחד ובין במערכת

- 178 ראו לעיל הערה 120.
- 179 לפסק דין העוסק באיסור לשדר פרסומות בנושא פוליטי ראו בג"ץ 10203/03 **המפקד הלאומי בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו).
- 180 הוועדה הוקמה על פי החלטת ממשלה 3982, מיום 24.8.2008, בדבר 'רפורמה בתחום שידורי הטלוויזיה' במסגרת החלטות התקציב לשנת 2009, והיא כללה נציגים ממשרד התקשורת, ממשרד האוצר, ממשרד המשפטים, מהרשות השנייה ומהמועצה לשידורי כבלים. דוח הוועדה מיום 15.3.2009 פורסם באתר של משרד התקשורת במדור 'דוחות ועדות'.
- 181 ה"ח התשס"ט, עמ' 348; ראו פרק יב להצעת החוק.
- 182 סעיף 6א לחוק התקשורת.



רב-ערוצית, וכן שירותים הנלווים להם במישרין לרבות שירותי חוזי או שמע, שידורים דו-כיווניים והידודיים.<sup>183</sup>

בהתאם לחובת הרישוי הקבועה לעניין שידורי כבלים, לא ישרד אדם שידורי כבלים אלא אם קיבל רישיון לשידורי כבלים מאת המועצה לשידורי כבלים.<sup>184</sup> רישיון לשידורי כבלים יכול שיהיה רישיון כללי (לשידור מגוון ערוצים), רישיון מיוחד (לשידור של ערוץ אחד) או רישיון לשידורים לפי דרישה (VoD). בעל רישיון כללי לשידורי כבלים מחויב לשמור קיבולת ברשת הכבלים לשם הפצת ערוציהם של בעלי רישיונות אחרים.

במתן רישיון לשידורי כבלים ובקביעת תנאים בו תביא המועצה בחשבון, בין השאר, שיקולים אלה: מדיניות הממשלה בתחום הביק ובתחום השידורים, שיקולים שבטובת הציבור, התאמתו של מבקש הרישיון לשרד שידורי כבלים, ותרומת מתן הרישיון לתחרות בתחום השידורים, לריבויים, לגיוונם ולרמת השירותים בהם.<sup>185</sup>

המונח 'שידורי טלוויזיה באמצעות לוויין' מוגדר כ'שידורי טלוויזיה, שירותי חוזי ושמע ושירותים נלווים המיועדים לציבור, לרבות שירותים דו-כיווניים והידודיים המשודרים בצופן באמצעות לוויין והמיועדים לקליטה ישירה, מפוענחת, למנויים, בין בערוץ אחד ובין במערכת רבת ערוצים'.<sup>186</sup>

בהתאם לחובת הרישוי הקבועה לעניין שידורי לוויין, לא ישרד אדם שידורי טלוויזיה באמצעות לוויין אלא אם קיבל רישיון מאת השר.<sup>187</sup> השיקולים למתן הרישיון זהים לשיקולים למתן רישיון לשידורי כבלים.<sup>188</sup> הגורמים המשדרים לפי חוק התקשורת כפופים לשורה ארוכה של הוראות בנוגע לתוכן בשידורים, ובכלל כך החובה להפיק הפקות מקור, אתיקה בשידורים, שידורים אסורים, חובת העברת ערוצים ועוד.

183 סעיף 1 לחוק התקשורת. המונח 'שידורי טלוויזיה' אינו מוגדר.

184 סעיף 6 לחוק התקשורת; יצוין כי בעבר הוסדרו שידורי הכבלים באמצעות זיכיונות אזורים. ראו גם בג"ץ 1605/94 **טלסינימה נ' שרת התקשורת**, פ"ד נב(3) 803.

185 סעיף 1n6 לחוק התקשורת.

186 סעיף 6מג לחוק התקשורת.

187 סעיף 6מד לחוק התקשורת. חובת הרישוי על פי הסעיף האמור חלה הן באשר לשידורי לוויין המשודרים בישראל ונקלטים בישראל והן באשר לשידורי לוויין המשודרים מחו"ל, על ידי אזרחי ישראלי או תושבי ישראל, ומיועדים לישראל.

188 סעיף 6 לחוק התקשורת.

## (2) הפקות מקור

לצורך קידומה של יצירה ישראלית מקומית שתיתן ביטוי למגוון התרבותי בישראל וליוצרים מקומיים, וכדי למנוע מצב שבו מסך הטלוויזיה יהיה גדוש תכניות רכש מחוץ לארץ, הוטלה על הגורמים המשדרים חובה להשקיע בהפקות מקור מהפקה עצמית ומהפקה קנויה.

על פי חוק הרשות השנייה, בעלי הזיכיונות לשידורי טלוויזיה בערוצים 2 ו-10 מחויבים לכלול בשידוריהם לפחות 40% תכניות מהפקה מקומית, מרביתן הפקות של גופים חיצוניים. החובה החלה על הזכיינים מתייחסת הן להיקף השעות לשידור תכניות איכות (סוגה עילית) והן להיקף ההשקעה הכספית בהפקות מקומיות, לשם הבטחה של נאותות ההפקה.<sup>189</sup> כמו כן, הרשות השנייה עצמה היא גורם משדר, ובמסגרת הזמן המוקצה להפקות הרשות (2%) משודרים תכנים של יוצרים מקומיים.

באשר לשידורי הכבלים והלוויין, חוק התקשורת<sup>190</sup> קובע כי 10% לפחות מזמן השידור של בעל רישיון כללי לשידורי כבלים בשנה יוקצו להפקות מקומיות, מחציתן קנויות. כמו כן, המועצה לשידורי כבלים תחייב בעל רישיון כללי לשידורי כבלים להשקיע סכום כספי בשיעור שבין 8% ל-12% מהכנסותיו השנתיות לשם הפקה או רכישה של הפקות מקומיות. הוראות דומות חלות גם באשר לבעל רישיון לשידורי לוויין, מכוח החלטות המועצה לשידורי כבלים.

## (3) בעלות צולבת

כדי להבטיח ריבוי של גורמים משדרים, מגוון של שידורים ופלורליזם בשוק הרעיונות, נדרש למנוע ריכוזיות ושליטה של מעטים באמצעי התקשורת. לשם כך נקבעו בדיני התקשורת מגבלות בנוגע להחזקה של גורם יחיד, בו זמנית, באמצעי שליטה בגופי שידורי שונים או בגוף שידור ובעיתון.<sup>191</sup> לצד הצורך לבזר את השליטה במדיה חשוב גם לאפשר השקעות בענף התקשורת באופן שיבטיח, בין היתר, השקעה ביצירה מקומית ובתכניות

189 סעיפים 59 ו-60 לחוק הרשות השנייה וכן התוספות הראשונה והשנייה לחוק.

190 סעיף 1ה6 לחוק התקשורת.

191 לעניין אופן החישוב של החזקות ראו ע"מ 6352/01 **חדשות ישראל נ' שר התקשורת**, פ"ד (נו' 2) 97 (במקרה זה דובר על חישוב החזקות בקשר לעמידה בדרישת הישראליות).

איכות. כללי הבעלות הצולבת בחקיקת התקשורת נדרשים לאזן בין שני השיקולים הללו. כך למשל נקבע בחוק התקשורת כי לא יינתן רישיון לשידורי כבלים לתאגיד שגורם משדר (שהוא בעל זיכיון לשידורי טלוויזיה לפי חוק הרשות השנייה, בעל רישיון לשידורי לוויין או בעל רישיון כללי אחר לשידורי כבלים) מחזיק בו בשיעור כלשהו, או שהוא מחזיק בשיעור כלשהו בגורם משדר כאמור או בעיתון.<sup>192</sup>

חרף החשיבות המיוחסת למניעת ריכוזיות בתחום התקשורת, נכון להזכיר כי בכמה מקרים שבהם לא עלו החזקותיהם של גורמים בענף התקשורת בקנה אחד עם כללי הרגולציה, בחרו הרגולטור והמחוקק להתאים את הכללים למצב האחזקות בפועל, ובאופן זה לאפשר לאותם גורמים להמשיך ולקיים את אחזקותיהם.<sup>193</sup>

## ד. ביטחון ושעת חירום

לאור החשיבות של העברת הודעות והנחיות לציבור בשעת חירום באמצעות כלי התקשורת נקבעו בדיני התקשורת הסדרים לשידור הודעות חירום

192 להלן רשימת הסדרי הבעלות הצולבת בנוגע לשידורים, הקבועים בחקיקת התקשורת:

- סעיף 4n6 לחוק התקשורת לעניין רישיון כללי לשידורי כבלים.
- סעיף 236(ג)5 לחוק התקשורת לעניין רישיון להפיק חדשות כמפיק חדשות עצמאי.
- תקנה 11 לתקנות התקשורת (בזק ושידורים) (הליכים ותנאים למתן רישיון לשידורי לוויין), התשנ"ח-1998 (להלן: תקנות הלוויין) לעניין רישיון לשידורי טלוויזיה באמצעות לוויין.
- סעיף 41(ב2) לחוק הרשות השנייה לעניין זיכיון לשידורי טלוויזיה.
- סעיף 41(ג) לחוק הרשות השנייה לעניין זיכיון לשידורי רדיו.
- סעיף 72ג לחוק הרשות השנייה לעניין רישיון לשידורי רדיו.

בהקשר זה ראו גם ירון האזרחי, זוהר גושן ושמואל לשם, **בעלות צולבת – שליטה ותחרות בשוק התקשורת הישראלי** (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2003).

193 כך למשל נקבע בתיקון מס' 25 לחוק התקשורת הסדר מיוחד, לשמונה שנים, שאפשר את המשך אחזקותיה של קבוצת פישמן בחברות הכבלים (סעיף 4n6(ב) לחוק התקשורת); כמו כן, בתיקון תקנות הלוויין נקבעה הוראת שעה לשלוש שנים (עד סוף 2008) שאפשרה חריגה מכללי הבעלות הצולבת באשר לאחזקותיה של קבוצת סבן. יצוין כי תיקוני חקיקה מסוג זה מנוסחים באופן שאינו מזהה גורם כלשהו, אולם ההסדר ומצב האחזקות המתואר בו מותאם לאחזקותיהם של גורמים מסוימים בענף, כמתואר לעיל.

בשידורי רשות השידור,<sup>194</sup> שידורי הטלוויזיה הרב-ערוצית למנויים<sup>195</sup> ובשידורים המסחריים בערוצי הטלוויזיה והרדיו.<sup>196</sup>

במקרי חירום או מטעמים של ביטחון המדינה רשאים שר התקשורת או הרשות השנייה, לפי העניין, להורות לגורם המשדר לחדר הודעות מטעם הממשלה, המשטרה, צה"ל וראש הג"א. ברישיונות הכבלים והלוויין מצורף נספח לעניין שידורים במקרי חירום, המסדיר את הפריצה לכל אפיקי השידור.

בבג"ץ **קירש**<sup>197</sup> נדונה החלטה של גורמי הממשלה והצבא, שהתקבלה לקראת היערכות לירי טילים מעיראק, להפסיק את כל שידורי הטלוויזיה והרדיו (ובכלל זה כל אפיקי השידור בכבלים ובלוויין) כדי להדריך את הציבור בהישמע אזעקה, לפרק זמן של 15 דקות או יותר. בית המשפט העליון קיבל את העתירה וקבע כי פריצה אל כלל הערוצים, המונעת מהציבור המעוניין בכך לצפות בערוצי חדשות זרים – שהעניין בהם גובר בשעת חירום בשל המידע המעודכן שיש בכוחם לספק לצופים – פוגעת באופן מהותי בחופש המידע, בחופש הביטוי ובזכות לאוטונומיה. נפסק כי יש לתת לסמכות הקבועה בחקיקת התקשורת לעניין 'הודעות מטעם' פירוש דווקני ומצמצם, וכי ההחלטה שהתקבלה בדבר הפקעת כלל הערוצים אינה מידתית, ודי להעביר את המידע הדרוש במספר מצומצם של ערוצים.

כמפורט בחלק זה, הסדרתו של ענף התקשורת נעשית באמצעות מארג נורמטיבי הכולל הוראות חוק, תקנות וכללים, רישיונות, הוראות מנהל אחרות ומסמכי מדיניות. כללי ההסדרה נקבעים ומיושמים כיום בידי כמה רגולטורים, לפי העניין – שר התקשורת, ועדת התדרים, רשות השידור, הרשות השנייה והמועצה לשידורי כבלים.

מלאכת ההסדרה של ענף התקשורת, על כל תחומי הפעילות שבו, היא מלאכה מורכבת של קביעת כללי הסדרה, רישוי, פיקוח ואכיפה, והיא מצריכה מומחיות מקצועית וראייה רב-תחומית של מגוון התכליות והשיקולים המתעוררים במסגרתה.

194 סעיף 46 לחוק רשות השידור.

195 סעיף 66 לחוק התקשורת בהתייחס לשידורי הכבלים, וסעיף 67 לחוק בהתייחס לשידורי הלוויין.

196 סעיף 50 לחוק הרשות השנייה.

197 בג"ץ 2753/03 **קירש נ' ראש המטה הכללי**, פ"ד נו(6) 359.

מגמת ההתלכדות המאפיינת כיום את תחום התקשורת מעמידה בסימן שאלה את יסודות הרגולציה הנוהגת, שלפיהם מתקיימת הבחנה בין סוגים שונים של שירותי תקשורת הניתנים באמצעות פלטפורמות שונות. מגמת ההתלכדות מחייבת אפוא התייחסות מיוחדת, הן באשר למתכונת ההסדרה הקיימת ולתכניה והן באשר לזהות הגורם המסדיר. כמו כן, מאחר שבעת הנוכחית ניתנים שירותי בזק ושידורים מסורתיים לצד השירותים המתקדמים בטכנולוגיית IP, נראה כי אחד מאתגרי הרגולציה כיום הוא לגבש כללי הסדרה שיתאימו לשניהם.

החלק הבא מבהיר את השינוי המבני הדרוש ברגולציה הישראלית ומציע מודל של רשות מסדירה מקצועית ועצמאית, שתכנס תחת כנפיה את תחומי הבזק והשידורים כאחד.



חלק שלישי

אל רשות רגולטורית עצמאית





## מדיניות הממשלה ויוזמת החקיקה של משרד התקשורת

### 1. המלצות מן העבר

#### א. דוחות של ועדות בעבר

סוגיית המערך הארגוני המתאים להסדרתו של ענף הבזק והשידורים, ובכלל זה הקמתה של רשות תקשורת בישראל, נבחנה בעשור האחרון בידי כמה ועדות כדלקמן.<sup>1</sup>

**ועדת בועז (1996).** הוועדה הציבורית לבחינת הרישוי והפיקוח בענף התקשורת, בראשות דוד בועז, מונתה בשנת 1995 על ידי שרת התקשורת דאז שולמית אלוני. הוועדה המליצה על הקמה של רשות תקשורת שתהא רשות סטטוטורית עצמאית. הוועדה הציעה כי תחומי סמכותה של הרשות יכללו את שירותי הבזק ותשתיות התקשורת (לרבות אלה המשמשות להעברת שידורים). לפי ההצעה, הרשות לא תפקח על הגורמים המשדרים לציבור למעט בנוגע לתשתיות כאמור. דוח הוועדה אומץ על ידי הממשלה ביום 28.5.1996, בהחלטה מס' 879, שבה הוחלט להקים צוות בראשותו של מנכ"ל משרד התקשורת שיגבש הצעת חוק להסדרת פעילותה של רשות התקשורת המוצעת. החלטה זו לא יושמה.

**ועדת פלד (1997).** הוועדה להרחבה ולארגון מחדש של מערך השידורים לציבור בישראל, בראשות אלוף (מיל') יוסי פלד, מונתה בשנת 1997 על ידי שרת התקשורת דאז לימור לבנת. הוועדה המליצה על הקמת רשות לאומית לשידורים שתהיה רשות סטטוטורית עצמאית, וכן על הרחבת תחום עיסוקה לכלל ההיבטים הכרוכים בתכנון, ברישוי ובאכיפה של תחום התקשורת האלקטרונית. דוח ועדת פלד אומץ על ידי הממשלה באופן חלקי ביום 10.8.1997, בהחלטה מס' 2444. בהחלטה נקבע כי תוקם רשות לאומית לשידורים לציבור לא יאוחר מסוף שנת 1999, וזו תרכז בידיה את הסמכויות

1 ראו דברי ההסבר לטיטות חוק הרשות הישראלית לתקשורת, התשס"ד-2004; טיטות החוק מפורסמת באתר משרד התקשורת, במדור 'דוחות ועדות'.

שהיו נתונות בידי הגופים העוסקים בשידורים לציבור. ההחלטה בדבר הקמת הרשות לא יושמה.

**ועדת וקס-ברודט-ליאון (1997).** הוועדה לבחינת המדיניות בענף התקשורת ופתיחתו לתחרות, בראשות המנכ"לים של משרדי התקשורת, האוצר וראש הממשלה דאז, המליצה בדצמבר 1997 לשרי התקשורת והאוצר לבחון את המערך הארגוני הנדרש בתחום התקשורת. הוועדה המליצה על פתיחתו של תחום התקשורת הפנים-ארצית לתחרות, ובמסגרת זו סברה כי נדרש שינוי מהותי ברמת ההסדרה והפיקוח על הענף. המלצות הוועדה אושרו על ידי הממשלה ביום 3.1.1997. בהחלטה מס' 1177. ליישומן של המלצות הוועדה הוקמה ועדת רוזן.

**ועדת רוזן (1998).** הוועדה לגיבוש כללי ענף התקשורת לתחרות, בראשות מנכ"ל משרד התקשורת דאז דניאל רוזן, הגישה לשרי התקשורת והאוצר את המלצותיה בספטמבר 1998.<sup>2</sup> בין השאר כלל הדוח המלצה לבחון את הקמתה של רשות תקשורת לאומית. עם זאת המליצה הוועדה כי רשות כאמור תוקם רק לאחר יישומה בפועל של התחרות בשוק התקשורת הפנים-ארצית, כדי למנוע שיבושים בפתיחת הענף לתחרות. דוח ועדת רוזן התווה את עקרונות הפתיחה לתחרות ושימש מסגרת מנחה לפעילותו של משרד התקשורת במשך מספר שנים.

**ועדת סמסונוב (2002).** הוועדה לארגון מחדש של הסדרת השידורים המסחריים בישראל, בראשות גיל סמסונוב, הגישה את המלצותיה ב-10.1.2002 לשר התקשורת דאז ראובן (רובי) ריבלין. בדוח הוועדה הומלץ על איחוד של המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין (להלן: המועצה לשידורי כבלים) עם מועצת הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (להלן: מועצת הרשות השנייה) במסגרת רשות לשידורי טלוויזיה ורדיו מסחריים.<sup>3</sup> במקביל לעבודת הוועדה הכין משרד האוצר הצעת חקיקה ברוח המלצות הוועדה במסגרת הצעת חוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב לשנת הכספים 2002), התשס"ב-2001, אולם בסופו של דבר לא קודמה הצעת החוק.

2 הדוח ניתן לצפייה באתר של משרד התקשורת, במדור 'דוחות ועדות'.  
 3 כותב חיבור זה היה חבר בוועדה וכתב דעת מיעוט שחלקה על המלצת הוועדה בשל כך שנמנעה מלבחון את החלופה של רשות תקשורת. דוח הוועדה ניתן לצפייה באתר של משרד התקשורת, במדור 'דוחות ועדות'.

## ב. דוח הצוות לתכנון הקמת רשות תקשורת לאומית

ביום 14.1.2002 מינה שר התקשורת דאז, ראובן ריבלין, צוות לתכנון הקמתה של רשות לאומית לתקשורת, בראשות מנכ"ל משרד התקשורת דאז אורי אולניק. בהבדל מוועדות קודמות, לראשונה מונתה ועדה לצורך הייעודי של תכנון הקמתה של רשות תקשורת. הצוות, שבראשית דרכו כלל נציגי ציבור ונציגים ממשרדי התקשורת, האוצר והמשפטים, התבקש להגיש המלצות מפורטות להקמה של רשות תקשורת ולמתכונתה. במרוצת הדיונים פרשו מהצוות חלק מהחברים, בעיקר בשל חילוקי דעות מקצועיים, כך שבסוף שנת 2002 הוגש דוח הוועדה במתכונת של דוח משרדי (להלן: דוח אולניק).<sup>4</sup> עיקרי ההמלצות שנכללו בדוח היו שיש להקים רשות תקשורת מאוחדת שתסדיר את תחומי הבזק והשידורים המסחריים, וכי תהא זו רשות סטטוטורית עצמאית מחוץ למערך הממשלתי. עוד כלל דוח אולניק התייחסות למבנה הרשות והמלצה כי בראש הרשות תעמוד מועצת תקשורת ולצדה מועצת משדרים (לאחר מכן הוסב שמה ל'מועצת תוכני השידור'). הוצע כי מועצת התקשורת תכלול חמישה חברים בעלי מומחיות מקצועית בתחום התקשורת: יושב ראש המועצה, יושב ראש מועצת המשדרים ושלושה נציגי ציבור. באשר למועצת המשדרים הוצע כי היא תכלול 11 חברים: יושב ראש ועשרה נציגי ציבור.

דוח אולניק כלל המלצה מפורטת, שלפיה עיקרי הסמכויות הנתונות כיום בידי שר התקשורת יימסרו למועצת התקשורת, ולמועצת המשדרים תימסרנה הסמכויות של המועצות הציבוריות הקיימות (המועצה לשידורי כבלים ומועצת הרשות השנייה), בהתייחס להיבטים התוכניים של השידורים. הדוח הוגש לשר ריבלין ואומץ על ידו במכתב מיום 19.12.2002.<sup>5</sup> אולם לדרישת משרדי המשפטים והאוצר – שהועמדה מצדם כתנאי מוקדם לתמיכתם ביישום הדוח – החליט השר ריבלין להכניס שני שינויים מהותיים במתכונת שעליה המליץ הצוות: הראשון – שהרשות לא תהיה תאגיד סטטוטורי אלא רשות פנים-ממשלתית, והשני – כי בין חבריה של מועצת התקשורת יכהן הממונה על התקציבים (או סגנו). שני שינויים אלה נוגסים באורח מהותי בעצמאות הרשות, כפי שיובהר בהמשך חלק זה.

4 הדוח ניתן לצפייה באתר של משרד התקשורת, במדור 'דוחות ועדות'.

5 מכתבו של השר ריבלין ניתן לצפייה באתר משרד התקשורת, שם.

## 2. החלטות הממשלה

החלטת ממשלה להקים רשות תקשורת התקבלה בינואר 2003, ומאז שבה הממשלה ואישרה אותה פעמיים נוספות.

תחילה, ביום 5.1.2003 התקבלה החלטת הממשלה מס' 2865 על פי הצעת מחליטים שהגישו שרי התקשורת והאוצר. החלטת הממשלה כוללת פירוט רב בדבר מבנה הרשות ומתכונת הקמתה, בהתאם לדוח אולניק ולשינויים שהותוו במכתבו של השר ריבלין.

על פי החלטת הממשלה, עם הקמתה של הרשות החדשה יבוטלו משרד התקשורת, המועצה לשידורי כבלים, מנהלת הסדרת השידורים לציבור, הרשות השנייה ומועצת הרשות השנייה.

עוד נקבע בהחלטת הממשלה כי ימונה צוות הקמה בין-משרדי שילווח את משרד התקשורת בהכנה של הצעת החוק שתידרש לצורך הקמת הרשות ויטפל בהיערכות ליישום החוק.

ביום 25.3.2003, במסגרת החלטות הממשלה הנוגעות לתכנית הכלכלית, התקבלה החלטת הממשלה מס' 106 שלמעשה אישרה מחדש את החלטת הממשלה מס' 2865 שקיבלה הממשלה הקודמת.

בהחלטה זו נקבעו ארבעה עיקרים שאם יוחלט לשנותם בכנסת יהיו ראש הממשלה או שר האוצר רשאים למשוך את ההצעה: (1) הקמת הרשות כרשות ממשלתית; (2) היותה של רשות התקשורת רשות מאוחדת לבזק ולשידורים; (3) שמירת סמכויות המוקנות לממשלה, לרבות לעניין נכסים; (4) הכללת נציג של משרד האוצר במועצת התקשורת. המתווה האמור הקנה למשרד האוצר, הלכה למעשה, שליטה מלאה על המשך הליכי החקיקה.

לבסוף, במסגרת ההחלטות על המדיניות הכלכלית לשנת 2006, התקבלה ביום 9.8.2005 החלטת הממשלה מס' 4105 שכותרתה 'הקמת רשות לאומית לתקשורת'.<sup>6</sup> בהחלטה זו נקבע כי יש לבצע את תיקוני החקיקה הנדרשים ליישומה של החלטת ממשלה מס' 2865, על בסיס הצעת החוק של משרד התקשורת (שתוצג להלן), כך שהרשות הלאומית לתקשורת תחל לפעול לא יאוחר מיום 1 ביולי 2006.

חרף שלוש החלטות הממשלה הנ"ל, הקובעות כי יש להקים רשות תקשורת בישראל, הצעת החוק של משרד התקשורת עדיין לא זכתה לדיון

6 החלטה 4105 ניתנת לצפייה באתר משרד ראש הממשלה, במדור 'החלטות ממשלה'. החלטות המוקדמות יותר שצוינו לעיל לא ניתנות לצפייה באינטרנט.

בוועדת השרים לענייני חקיקה. שרי התקשורת שכיחנו בשנים האחרונות (דליה איציק, אריאל אטיאס ומשה כחלון) בחרו שלא לקדמה. מעבר לכך יצוין כי בהחלטת ממשלה מס' 133 מיום 12.5.2009 שכותרתה 'רפורמה בתחום שידורי הטלוויזיה', הוחלט, בין היתר, לאחד את שני גופי ההסדרה בתחום השידורים ולהקים רשות פנים ממשלתית לשידורים מסחריים.<sup>7</sup> בהתאם להחלטה, מועצת הרשות תכלול 15 חברים, מהם עשרה נציגי ציבור וחמישה עובדי המדינה, והרשות תחל לפעול עד ליום 1.12.2010. במועד כתיבתו של חיבור זה, הצעת חוק להקמת רשות לשידורים כאמור נמצאת בשלבי הכנה במשרד התקשורת. נקיטת צעדים להקמתה של רשות פנים ממשלתית לשידורים מסמנת כי בעת הנוכחית אין בכוונתם של גורמי הממשלה לפעול להקמתה של רשות תקשורת, לפחות בשנים הקרובות, ומשמעותה דחיית הקמתה של רשות תקשורת למועד בלתי ידוע (אם בכלל). ואולם כאמור לעיל, לדעתנו המתכונת הרצויה והנכונה להסדרת ענף התקשורת היא הקמה של רשות תקשורת שתופקד על תחומי הבזק והשידורים כאחד, ועל כן נמשיך בהצגה של הצעת החוק שגובשה בשעתו במשרד התקשורת להקמתה של רשות תקשורת. להלן פירוט עיקריה וגלגוליה של הצעת החוק בהתאם להחלטות הממשלה שנמנו לעיל.

### **3. הצעת החוק של משרד התקשורת**

#### **א. גלגוליה של הצעת החוק**

בעקבות אימוץ דוח אולניק והחלטות הממשלה 2865 ו-106 הנ"ל הוכנה במשרד התקשורת הצעת החוק להקמתה של רשות תקשורת.

7 ברקע של החלטת הממשלה עומדות המלצותיה של הוועדה הבין-משרדית לבחינת משמעות והיתכנות של שינוי שיטת ההסדרה בתחום שידורי הטלוויזיה המסחריים, בראשותו של מנכ"ל משרד התקשורת מרדכי מרדכי (להלן: ועדת מרדכי). דוח הוועדה מיום 15.3.2009 כולל המלצה בדבר 'איחוד גורמי הסדרה', שלפיה יש ליישם את החלטות הממשלה הקודמות בדבר הקמת רשות לאומית לתקשורת שתמלא, בין היתר, את תפקידי שני הגופים המסדירים כיום את תחום השידורים (המועצה לשידורי כבלים ומועצת הרשות השנייה). אם לא תוקם רשות כאמור, הוועדה ממליצה לפעול לאיחוד שני הגופים המסדירים את תחום השידורים לגוף אחד, כשלב ראשון בדרך להקמת רשות תקשורת. דוח הוועדה ניתן לצפייה באתר משרד התקשורת, במדור 'דוחות ועדות'. ראו גם לעיל בחלק השני, הערה 180.

תחילת דרכה של הצעת החוק בתזכיר-חוק הרשות הישראלית לתקשורת, התשס"ג-2003, שהופץ ביום 30.6.2003 (להלן: תזכיר החוק).<sup>8</sup> לפי החלטתו של צוות ההקמה הבין-משרדי, שהוקם על פי החלטת ממשלה מס' 2865, התזכיר עוסק בשינויים המבניים הכרוכים בהקמת הרשות החדשה ובתיקוני חקיקה הנגזרים מכך, אך ככלל אינו עוסק בשינוי של נורמות ההסדרה המהותיות הקבועות בחקיקה, למעט בכמה עניינים.

כעבור חודש, ביום 30.7.2003, הגיש ראש הממשלה ושר התקשורת דאז אריאל שרון, לוועדת השרים לענייני חקיקה, טיוטת חוק הרשות הישראלית לתקשורת, התשס"ג-2003 (להלן: טיוטת החוק הראשונה).<sup>9</sup> טיוטת החוק הועמדה על סדר יומה של הוועדה בישיבה מיום 3.8.2003, אולם למעט דיון מקדמי לא התקיים בוועדה דיון בטיטת החוק לגופה.

שמונה חודשים לאחר מכן, ביום 21.4.2004, הגיש שר התקשורת דאז אהוד אולמרט, לוועדת השרים לענייני חקיקה, טיוטה מעודכנת – טיוטת חוק הרשות הישראלית לתקשורת, התשס"ד-2004 (להלן: טיוטת החוק השנייה).<sup>10</sup>

תזכיר החוק ושתי טיוטות החוק שהוכנו במשרד התקשורת יכוננו להלן 'הצעת החוק' או 'הצעת משרד התקשורת'.

להשלמת התמונה נציין כי בשנת 2006, על בסיס החלטת הממשלה מס' 4105, נעשה ניסיון מצד משרד האוצר לקדם הצעת חוק ממשלתית על יסוד הצעת משרד התקשורת, בשינויים מסוימים שהוכנסו על ידי משרד האוצר. הנוסח שהוכן לא הבשיל לכדי טיוטת חוק, ומאז למעשה לא קודמה יוזמת החקיקה להקמה של רשות תקשורת.

המרחק בין דוח אולניק לבין הצעת משרד התקשורת הוא רב. תהליך גיבושה של הצעת החוק משקף שורה של פשרות בין גורמי הממשלה שהיו

8 תזכיר החוק אינו מפורסם באתר משרד התקשורת, אולם ניתן לצפות בו באתר הפקולטה למשפטים של אוניברסיטת חיפה, המרכז למשפט וטכנולוגיה, במסגרת נספח לחוברת 'רשות תקשורת חדשה? המשפט, השוק והשיח הציבורי, סיכום ערב עיון': [techlaw.haifa.ac.il/papers/telecom.pdf](http://techlaw.haifa.ac.il/papers/telecom.pdf)

9 בטיטת חוק 2003 שולבו כמה שינויים בעקבות הערות שהתקבלו ממשרדי ממשלה ומגורמים נוספים, אולם בעיקרו של דבר טיוטת החוק כוללת את המתווה וההסדרים העקרוניים שהוצעו בתזכיר החוק.

10 מדובר בנוסח מעודכן של טיוטת חוק 2003, שבה שולבו הערות נוספות שהתקבלו מגורמי ממשלה שונים לאחר הגשת טיוטת חוק 2003, וכן כמה החלטות שקיבלו שר התקשורת. ראו לעיל הערה 1.

מעורבים בתהליך (משרד המשפטים, משרד האוצר, משרד החינוך והתרבות, משרד הביטחון, נציבות שירות המדינה), שנעשו מתוך ניסיון להגיע לבסיס הסכמה רחב ככל שניתן.

כאמור לעיל, כבר בשלב הראשון של אימוץ דוח אולניק והחלטת הממשלה נפגע העיקרון המרכזי של הקמת רשות עצמאית, כאשר בשל הדרישות של משרדי המשפטים והאוצר הוחלט כי הרשות תהיה חלק מהמערך הממשלתי וכי במועצת התקשורת יכהן הממונה על התקציבים במשרד האוצר או סגנו. גם בהמשך הדרך, בצוות ההקמה הבין-משרדי ובשלב ההערות לתזכיר החוק, הניסיון לרצות את כל הגורמים המעורבים (ובהם מועצת הרשות השנייה, המועצה לשידורי כבלים, שרת התרבות דאז, צה"ל ונציבות שירות המדינה) הביא, בכמה ממרכיביה של ההצעה, ליצירת הסדרים מסורבלים וקשים ליישום (כפי שיפורט להלן).

## **ב. עיקרי ההסדרים הכלולים בהצעת החוק**

על פי הצעת החוק תיוסד הרשות שתוקם על שלושה מאפיינים עיקריים: ראשית, מרבית סמכויות ההסדרה שהיו עד כה בידי שר בממשלה יועברו לידי גוף מקצועי; שנית, הגוף המסדיר יהיה עצמאי במילוי תפקידיו; ושלישית, הרשות תופקד על מערך ההסדרה הן של תחום הבזק והן של תחום השידורים (למעט השידור הציבורי). בהתאם למאפיינים אלה הוצעו בהצעת החוק ההסדרים שלהלן:

**(1) רשות פנים-ממשלתית.** הרשות תוקם כרשות פנים-ממשלתית; תוקנה לה מרב העצמאות לצורך מילוי תפקידיה והפעלת סמכויותיה על פי דין, והיא תונחה על ידי שיקולים מקצועיים. בשים לב לעצמאות הרשות בקביעתם של המדיניות וכללי ההסדרה בתחום התקשורת, הממשלה לא תתערב בהחלטות הרשות, אולם בנושאים בעלי השלכות מקרו-כלכליות משמעותיות ובנושאים של נכסי המדינה תפעל הרשות בכפוף להחלטות ממשלה.

**(2) אורגנים.** במסגרת הרשות יפעלו מועצת התקשורת ומועצת תוכני השידור. מועצת התקשורת תעמוד בראש הרשות ותהיה מופקדת על הסדרת תחומי הבזק והשידורים, ומועצת תוכני השידור תעסוק בעניינים הנוגעים לתוכני השידור בטלוויזיה וברדיו המסחריים. בהצעת החוק נקבעה הוראת תחילה מדורגת לסעיפי החוק: ביום פרסומו של החוק ייכנסו לתוקפם הסעיפים העוסקים במינוי האורגנים של הרשות (מועצת התקשורת, מועצת

תוכני השידור, ועדת התדרים והוועדה העליונה), ולאחר תקופה מסוימת ייכנסו לתוקף יתר סעיפי החוק ואז תוכל הרשות להתחיל בפעילותה.

**(3) מינויה של מועצת התקשורת והרכבה.** מועצת התקשורת תמונה על ידי הממשלה ויכהנו בה שישה חברים בעלי מומחיות מקצועית בתחומי התקשורת. הרכב המועצה ישקף בצורה מאוזנת ככל שניתן את הניסיון והידע הדרושים למועצה לצורך ביצוע תפקידיה הן בתחום הבזק והן בתחום השידורים.

בתזכיר החוק ובטיוטת החוק הראשונה נקבע כי אחד מחברי מועצת התקשורת יהיה הממונה על התקציבים או סגנו. התיקון הבולט והמרכזי ששולב בטיוטת החוק השנייה נערך בהתאם לעמדת השר אולמרט, שהתנגד למינויו של נציג משרד האוצר למועצת התקשורת, ולפיכך הוצע בטיוטה זו כי במועצת התקשורת יכהן מי ששימש **בעבר** הממונה על התקציבים במשרד האוצר או סגנו, ולא מי שמכהן בתפקיד באותה עת. לגישתו של השר אולמרט, בשל בכירות תפקידו של הממונה על התקציבים וכפיפותו לשר האוצר, מינויו כחבר במועצה יפגום בהבטחת עצמאותה של הרשות. שנים ספורות לאחר מכן, עת כיהן אולמרט כשר אוצר, ביקש משרד האוצר לחזור ולקבוע בטיוטת החוק כי במועצה יכהן הממונה על התקציבים או סגנו. על רקע חילוקי דעות בין משרדי התקשורת והאוצר בנושאים שונים לא הבשילה ההצעה לכדי טיוטת חוק.

**(4) תפקידיה של מועצת התקשורת.** עיקרי התפקידים של מועצת התקשורת כגוף אקזקוטיבי העומד בראש הרשות הם קביעת מדיניות וכללים בתחומי התקשורת והתוויית קווי פעולתה של הרשות; הענקת רישיונות וזיכיונות בתחומי הבזק והשידורים, ופרסום מכרזים למתן רישיונות וזיכיונות כאמור; קביעת תשלומים בתחום התקשורת, לרבות תשלומים בעד שירותי בזק ותשלומים בין מפעילי תקשורת; פיקוח על קיומן של הוראות בחקיקת התקשורת וברישינות או בזיכיונות שלפיה. בנושאים הנוגעים לתוכן בשידורים נמסרה סמכות ייחודית למועצת תוכני השידור, כפי שיפורט להלן.

**(5) מינויה של מועצת תוכני השידור והרכבה.** מועצת תוכני השידור תמונה על ידי הממשלה כמועצה ציבורית בעיקרה, ותכלול עשרה נציגי ציבור ויושב ראש שיהיה עובד מדינה (ויכהן גם כסגן יושב ראש מועצת התקשורת). מתכונת זו של מועצה ציבורית שכל חברה (למעט היושב ראש) הם נציגי ציבור נבחרה בשים לב להיבטים המיוחדים הכרוכים בהסדרתו של תחום



תוכני השידורים. חברי המועצה יהיו בעלי ידע וניסיון משמעותיים בתחומי פעילותה של המועצה.

על פי טיוטת החוק השנייה, יושב ראש המועצה יתמנה על ידי הממשלה לפי הצעה משותפת של שר התמ"ת ושר התרבות, בהליך של ועדה לאיתור מועמדים. בטיטוט החוק הראשונה הוצע כי היושב ראש ימונה לפי הצעתו של שר התרבות בלבד.

המנגנון שגובש בהצעת החוק למינוים הוא מורכב ומסורבל. לפי טיוטת החוק השנייה ימונו יתר חברי המועצה על ידי הממשלה, לפי הצעה משותפת של שר התמ"ת ושר התרבות; חלקם ימונו לאחר הליך של היוועצות בארגונים שונים (ארגוני סופרים, עיתונאים, אמנים ועוד<sup>11</sup>) וחלקם ייבחרו מתוך רשימת מומלצים שתגיש ועדה מיוחדת שתמונה לצורך זה בראשות שופט בדימוס. אם לא יגיעו השרים להסכמה בדבר הצעה משותפת, כל שר יציע לממשלה מועמדים מטעמו (ביחס של 2:3 על פי טיוטת החוק הראשונה ושל 1:1 על פי טיוטת החוק השנייה, בהתייחס ליתרת המועמדים שבעניינה לא גובשה הסכמה).

**(6) תפקידיה של מועצת תוכני השידור.** למועצת תוכני השידור סמכות ייחודית בנוגע להסדרת נושאים שעניינם תוכן בשידורים בטלוויזיה וברדיו המסחריים, ובכלל זה בהקשרים של קביעת מדיניות הרשות והתוויית קווי פעולתה, קביעת התנאים שייכללו ברישיון או בזיכיון לשידורים ופיקוח על קיומן של הוראות בחקיקת התקשורת וברישינות. מועצת תוכני השידור תפעיל את סמכויותיה הן מכוח חוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982, והן מכוח חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990.

**(7) מבנה הרשות וניהולה.** הרשות תהיה מבוססת על אגפים מקצועיים שיסייעו למועצת התקשורת ולמועצת תוכני השידור ויספקו את התשתית המקצועית הדרושה לתהליכי גיבוש עמדות ולקבלת החלטות. לרשות ימונה מנהל שיפעל, בין היתר, כגורם מתאם בין האגפים המקצועיים לבין המועצות. בחלק זה של הצעת החוק הוצעו הסדרים הנוגעים לתקציב הרשות, למעמדם של עובדי הרשות ולעסקאות הרשות – הסדרים שנועדו לאפשר לרשות עצמאות ניהולית.

11 בטיטוט החוק הראשונה נכללה חובה להתייעץ, בין היתר, עם ארגוני מורים. במהלך הכנתה של טיוטת החוק השנייה דרשה שרת החינוך דאז, לימור לבנת, להסיר את ארגוני המורים מרשימת הגופים שעמם תיערך היוועצות, ולכן בטיטוט החוק השנייה נפקד מקומם.

**(8) הסדרה של תחום התדרים לתקשורת אלחוטית.** בהתייחס לניהול של ספקטרום התדרים תמשיך בעיקרה ההסדרה במתכונת הנוכחית, תוך ביצוע ההתאמות הנדרשות בעקבות הקמתה של רשות תקשורת. הסמכות להעניק רישיונות לפי פקודת הטלגרף תהיה בידי מועצת התקשורת. ועדת התדרים, שהוצע כי מעמדה ייקבע עתה בחוק, תישאר הגורם האחראי לעניין הוועדה והקצאה של תדרים, כגוף נפרד מהרשות שאינו כפוף לה. ועדת התדרים תורכב משבעה חברים: שני נציגים של הרשות, שאחד מהם ישמש יושב ראש ועדת התדרים, שני נציגים של צה"ל, נציג של משטרת ישראל, נציג של מנהל התעופה האזרחי ונציג של משרד האוצר.<sup>12</sup>

כמו כן הוצע להקים את **הוועדה העליונה שתעסוק** בערעורים על החלטות של ועדת התדרים, במחלוקות בין חברי ועדת התדרים ובנושאים נוספים שיובאו לפניו מעת לעת. יושב ראש הוועדה העליונה יהיה יושב ראש מועצת התקשורת, וחבריה הנוספים יהיו נציג צה"ל ונציג משטרת ישראל.

**(9) סמכויות פיקוח וזרישת מידע.** כדי לאפשר פיקוח יעיל על ביצועה של חקיקת התקשורת ועל קיום של תנאי הרישיונות הוצע כי מנהל הרשות (או עובד אחר של הרשות שיוסמך לכך) יהיה רשאי לדרוש ידיעות ומסמכים, להיכנס לכל מקום או מתקן המשמש בעל רישיון לצורך מתן שירותיו או ביצוע שידוריו, וכן לתפוס מסמכים וחומר מחשב.

**(10) נציב פניות הציבור.** כדי להגביר את השקיפות בהתייחס לפעילות בתחום התקשורת ולחזק את הקשר בין הציבור לרשות הוצע לעגן בחוק את תפקידו של נציב פניות הציבור ברשות החדשה, אשר ישמש כתובת לפניות הציבור ולבירור תלונות הנוגעות לפעילות בתחום התקשורת – הן בהתייחס לגורמים המשדרים ולמפעילי התקשורת והן בהתייחס לרשות.

טיוטת החוק השנייה הונחה על שולחנה של ועדת השרים לענייני חקיקה אולם לא זכתה לדיון בשעתו בשל חילוקי דעות בין משרדי התקשורת והאוצר, בפרט בעניין מינוי הממונה על התקציבים או סגנו למועצת התקשורת. שרי התקשורת שבאו לאחר מכן התנגדו להקמתה של רשות תקשורת וזנחו כליל את יוזמת החקיקה.

12 יצוין כי בשנת 2008 התקבלה החלטת ממשלה שעניינה שינוי בהרכבה של ועדת התדרים. ראו בחלק השני לעיל, פרק שני, סעיף 3.

אם תתחדש בעתיד ההכרה בחשיבות קיומה של רשות תקשורת מקצועית ועצמאית,<sup>13</sup> ותתקבל במערכת הממשלתית החלטה להחיות את הטיפול בהקמתה, אזי תוכל טיוטת החוק השנייה לשמש נקודת מוצא להמשך הליכי החקיקה.<sup>14</sup>

13 כאמור לעיל, במאי 2009 התקבלה החלטת ממשלה בדבר הקמת רשות פנים־ממשלתית לשידורים מסחריים.

14 הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 2.3000, שכותרתה 'רציפות פעולות החקיקה עם כינון ממשלה חדשה', קובעת כי בנסיבות כינונה של ממשלה חדשה, טיוטת חוק שהוגשה לוועדת השרים לענייני חקיקה אך טרם אושרה על ידה, תובא לעיונו של השר החדש והוא יהיה רשאי להחליט על המשך הליכי החקיקה של טיוטת החוק, על ביטולה או על שינויה; החליט השר על המשכם של הליכי החקיקה – תובא טיוטת החוק לדיון בוועדת השרים. בהתייחס למקרה הנוכחי יש לציין כי שינוי משמעותי בהצעה של משרד התקשורת, כמוצע בחיבור זה בפרק השלישי **להלן**, יחייב החלטת ממשלה חדשה לתיקון ההחלטות הקודמות בנושא, וככל הנראה אף יצריך הפצה של תזכיר חוק חדש.

## הרגולטור הבריטי: מודל השוואתי

### 1. מסגרת ההסדרה באיחוד האירופי

משפט האיחוד האירופי מתאפיין בכך שנורמות משפטיות הכלולות בדברי חקיקה של האיחוד נהנות מתחולה מחייבת בשיטה המשפטית של כל אחת מן המדינות החברות (Member States), בין באופן ישיר ובין באמצעות חקיקה מדינתית מיישמת.<sup>15</sup>

תחום התקשורת האלקטרונית מוסדר באיחוד האירופי באמצעות 'חבילה' של דברי חקיקה (regulatory package) שאומצו בשנת 2002 וקיבלו תוקף מחייב ביולי 2003. בראש החבילה עומדת דירקטיבת המסגרת (Framework Directive)<sup>16</sup> המתווה את עקרונות היסוד להסדרת התחום. לצדה של דירקטיבת המסגרת חלה שורה של דברי חקיקה, ואלה העיקריים בה: דירקטיבת הרישוי (Authorisation Directive);<sup>17</sup> דירקטיבת הגישה (Access Directive);<sup>18</sup> דירקטיבת השירות האוניברסלי (Universal Service Directive)<sup>19</sup>; ההחלטה בדבר תדרי רדיו (Radio Spectrum

15 תקנה (regulation) והחלטה (decision) הן דברי חקיקה החלים באופן ישיר, כלשונם, בכל מדינה-חברה; דירקטיבה (directive) היא דבר חקיקה שכל מדינה-חברה נדרשת ליישם במשפט הפנימי, ואם לא נעשה כן, אזי בהתקיים תנאים מסוימים יחולו הוראות הדירקטיבה באופן ישיר. ראו Treaty Establishing the European Community, Article 249. על יסודותיו של משפט האיחוד האירופי ראו Koen Lenaerts and Piet Van Nuffel, *Constitutional Law of the European Union* (Robert Bray, ed., 2<sup>nd</sup> ed., Thomson Sweet & Maxwell, 2005)

16 Directive 2002/21 of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services, OJ L 108/33, 24.4.2002

17 Directive 2002/20 of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on the authorisation of electronic communications networks and services, OJ L 108/21, 24.4.2002

18 Directive 2002/19 of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on access to, and interconnection of, electronic communications networks and associated facilities, OJ L 108/7, 24.4.2002

19 Directive 2002/22 of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services, OJ L 108/51, 24.4.2002

20; דירקטיבת הגנת הפרטיות (Privacy Directive);<sup>21</sup> ודירקטיבת התחרות (Competition Directive).<sup>22</sup>

להלן כמה מעקרונות היסוד שנקבעו בחבילת החקיקה הנ"ל:

**(א) הולכה ותוכן.** ברוח מגמת ההתלכדות (convergence) נקבעה מסגרת הסדרה אחת לכלל סוגי התקשורת האלקטרונית – רשתות כבלים, רשתות טלפוניה, רשתות סלולר וכיוצא באלה, וכן שירותי הבזק והשידורים שניתנים באמצעותם. בהבדל מהסדרת השינוע וההפצה, הרגולציה על התוכן המועבר או משודר על גבי רשתות ההולכה זוכה להסדר נורמטיבי משלה.<sup>23</sup>

**(ב) ניטרליות טכנולוגית.** השאיפה היא שכללי ההסדרה יהיו ניטרליים מבחינה טכנולוגית, כלומר: אחידים לפי סוג השירות ובלתי מפלים, ככל האפשר, לפי סוג הטכנולוגיה.

**(ג) רשות מדינתית.** ההסדרה מבוססת על חלוקת סמכויות ושיתוף פעולה בין הנציבות (Commission) בבריסל לבין רשויות ההסדרה במדינות (NRA; National Regulatory Authority). לא נקבעה הנחיה בנוגע למתכונת מבנית מחייבת לרשויות ההסדרה המדינתיות מלבד חובת המדינות להבטיח את עצמאותן של הרשויות מול המפעילים, או מול המדינה אם היא בעלת אחזקות במפעיל תקשורת. בפועל יש מגוון של רשויות הסדרה ושוני ניכר בין הרשויות במדינות השונות.<sup>24</sup>

**(ד) רישוי.** מערך הרישוי אינו מבוסס על רישיונות פרטניים כבעבר אלא על משטר של היתרים כלליים להפעלת רשתות תקשורת אלקטרונית ולאספקת שירותי תקשורת באמצעותן. ככלל, לא נדרשת החלטה של הרשות

Decision No. 676/2002 of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a regulatory framework for radio spectrum policy in the European Community, OJ L 108/1, 24.4.2002 20

Directive 2002/58 of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector, OJ L 201/37, 31.7.2002 21

Commission Directive 2002/77 of 16 September 2002 on competition in the markets for electronic communications networks and services, OJ L 249/21, 17.9.2002 22

ראו להלן, בהמשכו של תת-פרק זה. 23

ראו הפניות לאתרי האינטרנט של כל אחת מרשויות ההסדרה במדינות החברות: [www.erg.eu.int/links/index\\_en.htm](http://www.erg.eu.int/links/index_en.htm) 24

הרגולטורית לאשר בקשה למתן רישיון אלא רק הודעה לרשות מצד המפעיל בטרם יתחיל לפעול. הוראות רישוי פרטניות נדרשות כשמוענקות למפעיל התקשורת זכויות במשאבי תדרים או מספור, או כשהמפעיל הוא בעל כוח שוק משמעותי.

**(ה) הקצאת תדרים.** נדרש כי הליך ההקצאה של תדרי רדיו על ידי רשות ההסדרה המדינתית יהיה אובייקטיבי, שקוף, בלתי מפלה ומידתי.

**(ו) גופים דומיננטיים.** ניתן להטיל חובות מיוחדות על גורמים שהם בעלי כוח שוק משמעותי (SMP; significant market power). הקביעה בדבר היעדר תחרות אפקטיבית ובדבר קיומו של מעמד דומיננטי למפעיל נתונה לרשות ההסדרה המדינתית, הפועלת בעניין זה בהתאם להנחיות של הנציבות בדבר ניתוח שוק (market analysis) ובכפוף לביקורת של הנציבות.

**(ז) שירות אוניברסלי.** אחד מתפקידיה של רשות הסדרה מדינתית הוא להבטיח כי לכל אזרח תהיה גישה לסל של שירותי תקשורת בסיסיים במחיר סביר, ללא תלות במיקום גאוגרפי, וכן להבטיח רמה גבוהה של הגנה לצרכן. חובת השירות האוניברסלי כוללת שירות טלפון וגישה לאינטרנט (לא בהכרח בפס רחב).

**(ח) גישה וקישור גומלין.** הפעלה של רשת תקשורת ציבורית טומנת בחובה את הזכות והחובה לקיים קישור גומלין עם רשתות תקשורת אחרות, במדינת המפעיל וברחבי מדינות האיחוד. כמו כן יש חובה לאפשר לספקי שירותים גישה לרשתות התקשורת לצורך מתן שירות למנוייהם באמצעות הרשת.

מאז נובמבר 2007 מתקיים באיחוד האירופי הליך בחינה מחדש של מדיניות ההסדרה, שנועד להתאים את הכללים להתפתחויות הטכנולוגיות ולשינויים שחלו בשוק מאז 2002.<sup>25</sup>

אשר לתוכן בשידורים, דבר החקיקה העיקרי לגבי ההסדרה של שידורי טלוויזיה הוא הדירקטיבה המכונה 'טלוויזיה ללא גבולות' (Television Directive without Frontiers)<sup>26</sup> או בנוסחה ובשמה החדש: 'הדירקטיבה

25 ניתן לעקוב אחר התפתחות של תהליך הבחינה באתר:

www.ec.europa.eu/information\_society/policy/ecommm/tomorrow/index\_en.htm  
 Council Directive 89/552 of 3 October 1989 on the coordination of certain  
 26 provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities, OJ L 298/23, 17.10.1989, as amended by Directive 97/36, OJ L 202/60, 30.7.1997

לשירותי מדיה אודיו-ויזואלית' (Audiovisual Media Services Directive).<sup>27</sup> הדירקטיבה נועדה לספק מסגרת אחידה להסדרת שידורים לציבור במדינות החברות, תוך קידום פלורליזם במקורות של מידע ותוכן. עקרון יסוד של הדירקטיבה הוא עקרון מדינת המקור (country of origin), שלפיו, ככלל, חלה על הגורם המשדר הרגולציה של המדינה-החברה שאליה הוא קשור (על פי זיקות מוגדרות).

הדירקטיבה כוללת הוראות בנושאים שונים, בהם חופש השידור והקליטה ברחבי האיחוד האירופי ועילות מוגדרות להגבלתו, חובת השידור של יצירות מקור אירופיות ויצירות של מפיקים עצמאיים והיקפה של חובה זו, אי-בלעדיות בשידורים בעלי חשיבות חברתית או לאומית, מגבלות בדבר שידור פרסומות וחסויות, הגנה על קטינים וסדר ציבורי וזכות התגובה לידיעות. התיקון לדירקטיבה שנתקבל לאחרונה, כאמור לעיל, קובע בין היתר הוראות בדבר תחולה חלקית של הרגולציה של שידורי טלוויזיה גם על שירותים לפי דרישה (on demand), כלומר תכניות המסופקות לצופה לפי הזמנה ואינן משודרות באופן רציף וקבוע מראש (לינארי) לכלל הציבור.

## 2. הרגולטור הבריטי OFCOM

### א. הקמתה של OFCOM ומאפייניה

רשות ההסדרה הבריטית OFCOM (Office of Communications) הוקמה בשנת 2003. שני מאפיינים מרכזיים של הרשות הם כינונה כתאגיד סטטוטורי עצמאי (חוץ-ממשלתי), והיותה רשות מאוחדת המופקדת על ההסדרה בתחומים של שירותי בזק, שידורי טלוויזיה ורדיו ותקשורת אלחוטית. ייסודה של OFCOM נעשה מכוח החוק Office of Communications Act 2002. היא כינסה לתוכה את הפעילות הקודמת של חמש רשויות הסדרה:

- The Office of Telecommunications (OfTel)
- The Independent Television Commission (ITC)

27 בהתאם לתיקון שנערך בסוף שנת 2007, שאותו חייבות המדינות ליישם במשפט הפנימי עד סוף שנת 2009: Directive 2007/65 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2007 amending Council Directive 89/552 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities, OJ L 332/27, 18.12.2007

- The Broadcasting Standards Commission (BSC)
- The Radio Authority (RAu)
- The Radiocommunications Agency (RA)

פעילותה של OFCOM מתנהלת על פי הוראות החוק Communications Act 2003 (בפרק זה: החוק), שהוא דבר החקיקה המרכזי החולש על הסדרתם של שירותי התקשורת האלקטרונית בבריטניה.

המודל המוצע (בפרק השלישי להלן) להקמת רשות תקשורת בישראל נשען במידה רבה על התפיסה שביסוד המודל הבריטי, ובפרט על העקרונות של תאגיד סטטוטורי עצמאי ורשות מאוחדת לטלקום ולשידורים. אף על פי שיש בעולם מודלים והסדרים שונים של רגולציה, בחרנו להתמקד במקרה הבריטי; הוא מהווה עדות לכך שרשות רגולטורית עצמאית ומאוחדת היא מודל שניסיון טוב בצדו, ולדעתנו ראוי לשאוב ממנו השראה לגיבוש המודל הישראלי.

## ב. אורגנים ומימון

בראש OFCOM עומד יושב ראש ולצדו מועצה (Board) המונה עד תשעה חברים. ארבעה מתוכם עשויים להיות מנהלים בכירים ברשות (בהם מנכ"ל OFCOM), והאחרים הם נציגי ציבור (non-executive members) המכהנים ב־ OFCOM במשרה חלקית. נכון למועד כתיבתו של חיבור זה, המועצה מונה שמונה חברים, מתוכם שני מנהלים בכירים ברשות ושישה נציגי ציבור. המועצה פועלת על בסיס של אחריות משותפת, והיא מרכזת בידיה סמכויות לקביעת מדיניות וסמכויות ביצוע סטטוטוריות. היושב ראש וחברי המועצה שאינם מנהלים ממונים על ידי שני שרים (האחד שבתחום אחריותו נושא התקשורת והשני שבתחום אחריותו הנושא של תוכן בשידורים<sup>28</sup>). חברי המועצה שהם מנהלים ממונים על ידי היושב ראש ונציגי הציבור.

בתחום של הסדרת תוכן, בעיקר בשידורי טלוויזיה ורדיו, הגוף הדומיננטי ב־ OFCOM הוא מועצת התוכן (Content Board). במועצה מכהנים 13 חברים בראשותו של סגן יושב ראש מועצת OFCOM. הרכב המועצה צריך להבטיח מתן ביטוי הולם לאינטרסים ולדעות של התושבים בחלקיה השונים של הממלכה המאוחדת (UK). מועצת התוכן ממלאת תפקידי יעוץ למועצת

28 Secretary of State for Business, Innovation and Skills, and Secretary of State for Culture, Media and Sport (שר העסקים, היזמות והעבודה ושר התרבות, המדיה והספורט).



OFCOM בנוגע לתכנים המשודרים לציבור או מופצים באמצעות רשתות תקשורת אלקטרונית, וכן תפקידי ביצוע בתחום השידורים שהואצלו לה על ידי המועצה.

במסגרת OFCOM פועלים כמה גורמים מייעצים נוספים. כזהו, למשל, הפאנל הצרכני (Consumer Panel) האמור לייעץ בנושאים הנוגעים לעניינם של התושבים באזורים כפריים ובאזורים עירוניים, ולעניינם של עסקים קטנים, של אנשים עם מוגבלויות, של מעוטי יכולת ושל קשישים. מימון פעילותה של OFCOM מבוסס בעיקרו על תשלומים מאת הגופים המפוקחים – דמי רישיון שמשלמות תחנות השידור של הרדיו והטלוויזיה, וכן היטל מנהלי המוטל על מפעילים של רשתות תקשורת ועל ספקים של שירותי תקשורת. נוסף על כך יש תקצוב ממשלתי שנועד לכסות את העלויות הכרוכות בניהול ובהסדרה של הספקטרום האלקטרומגנטי וכן הוצאות אחרות.

## ג. מטרות ותפקידים

תפקידיה של OFCOM וסמכויותיה מפורטים בחוק, בעיקר בסעיף 3 (שכותרתו 'General Duties of OFCOM') וכן בסעיפים אחרים בחוק. החובה העיקרית (principal duty) מוגדרת בסעיף 3(1) כחובה דואלית: לקדם את האינטרס של 'אזרחים' בנושאים הנוגעים לתחום התקשורת ולקדם את האינטרס של 'צרכנים' בשוק התקשורת לרבות על ידי קידום התחרות. אלה למעשה שני עמודי התווך שעליהם נשענת פעילותה של OFCOM: האזרחי והכלכלי.

בעת הפעלת סמכויותיה כמפורט בסעיף 3(2) לחוק, OFCOM אמורה להבטיח, בין היתר, את היעדים האלה: שימוש אופטימלי בספקטרום האלקטרו-מגנטי; זמינות מגוון של שירותי תקשורת אלקטרונית; זמינות מגוון של שירותי טלוויזיה ורדיו, תוך התאמה למגוון רחב של קהלים ואינטרסים ובאמצעות מגוון ספקים; ובאשר לשידורים – הגנה מפני תוכן מזיק ופוגעני, מפני יחס לא הוגן ומפני פגיעה בפרטיות.

במילוי תפקידיה על OFCOM לשקול שורה ארוכה של שיקולים, המפורטים בסעיף 3(4) לחוק, ובהם קידום התחרות בשוק התקשורת; קידום השימוש ברגולציה-עצמית;<sup>29</sup> עידוד השקעות ויוזמות; עידוד השימוש

29 כללי הסדרה הנקבעים על ידי השחקנים בענף.

ברשתות נתונים רחבות פס; חופש ביטוי; קידום של מטרות השידור הציבורי; הגנה על ילדים מחשיפה לתכנים פוגעניים; התחשבות בצרכים של אנשים עם מוגבלויות, של קשישים ושל מעוטי יכולת, וכן באלה של קהילות אתניות וגאוגרפיות שונות.

כמו כן OFCOM מחויבת במילוי חובות מכוח משפט האיחוד האירופי, ובהן קידום התחרות ברמה האירופית; פיתוח השוק הפנימי האירופי; קידום עניינם של כל אזרחי האיחוד; ניטרליות טכנולוגית; ותאימות בין רשתות תקשורת.

באשר לאחד התפקידים המרכזיים של OFCOM – רישוי – כזכור, בהתאם למשטר שקבעה דירקטיבת הרישוי, ספקי תקשורת צריכים למלא אחר שורה של תנאים כלליים וכן אחר כמה תנאים ספציפיים ככל שאלה ישימים בעניינם. התנאים הכלליים שקבעה OFCOM מפורטים במסמך המכונה 'Notification under section 48(1) of the Act'<sup>30</sup>, ואלה חלים בנוגע לכל ספקי התקשורת.

בין תפקידיה של OFCOM נזכיר גם את ייצוג בריטניה בגופים ובפורומים בין-לאומיים של תקשורת.

באשר לעקרונות הפעילות הרגולטורית, החוק מנחה את OFCOM לנהוג על פי עקרונות של 'best regulatory practice', ובפרט כאמור בסעיף 33(3): שקיפות, דיווחיות (accountability), מידתיות, עקביות ופעולה רק במקרים נחוצים.

והנה נקודה מעניינת במיוחד: ה־ Communications Act מנחה את OFCOM באשר לאופן שבו עליה לנהוג כאשר מחויבויות ושיקולים שונים עומדים בקונפליקט במקרה פרטי. במצב כזה החוק מורה ל־ OFCOM לפתור את הקונפליקט באופן שהיא סבורה שהוא המיטבי (best) בנסיבות העניין (סעיפים 3(7) ו־4(11) לחוק). זו אינה הוראה טריוויאלית; היא באה להציב ל־ OFCOM עיקרון מנחה שלפיו מתן מענה מיטבי לאיזון בין שיקולים מתנגשים הוא חובתה הסטטוטורית.<sup>31</sup>

30 [www.ofcom.org.uk/telecoms/ioi/g\\_a\\_regime/gce/archive/cvoge191206.pdf](http://www.ofcom.org.uk/telecoms/ioi/g_a_regime/gce/archive/cvoge191206.pdf)

31 נקודה זו משתלבת היטב עם הגישה שהצגנו בחלק הראשון לחיבור, שלפיה בהליך הפעלתו של שיקול הדעת על ידי הרגולטור – ובפרט בעת הכרעה בין חלופות לפעולה או החלטה המצויות כולן במתחם הסבירות והמידתיות – על הרגולטור לכוון להחלטה המאזנת באופן מיטבי בין הטעמים והשיקולים הרלוונטיים (ראו בחלק הראשון, לעיל פרק שלישי, סעיף 1).

היבט נוסף וחשוב בפעילותה של OFCOM הוא שמופקדות בידיה סמכויות הסדרה ופיקוח בהתאם לדיני התחרות. החוק מקנה ל- OFCOM סמכויות מקבילות לאלה של Office of Fair Trading (לפי Competition Act 1998), בהתייחס להסדרים כובלים או לשימוש לרעה בכוח שוק בתחום התקשורת.

## ד. השר הממונה ופיקוח

השר המוסמך מכוח החוק בנוגע לפעילותה של OFCOM הוא Secretary of State for Business, Innovation and Skills (שר העסקים, היזמות והעבודה),<sup>32</sup> והחוק מפרט שורה של עניינים שבהם מחזיק השר בסמכות מפורשת. כך למשל, לגבי ניהול ספקטרום התדרים, על OFCOM למלא את תפקידיה בהתאם להוראות כלליות וספציפיות שיינתנו לה על ידי השר (סעיף 5); אולם השר ייתן הוראות לעניין זה רק למטרות של ביטחון לאומי, יחסי חוץ, מילוי חובות בין-לאומיות ובטיחות או בריאות הציבור. בהקשר זה השר אינו רשאי להורות ל- OFCOM לשלול ממפעיל את זכאותו ליתן שירותי תקשורת.

סמכות אחרת של השר, לפי סעיף 132, היא להורות ל- OFCOM לחייב מפעיל תקשורת להפסיק, להתלות או להגביל את פעילותו, אם לדעת השר הדבר נדרש בשל סיכון לבטיחות או לבריאות הציבור או מטעמים של בטחון לאומי. כמו כן יש לשר סמכויות פיקוח מסוימות כלפי OFCOM כגון הסמכות ליתן לה הוראות לגבי עמידתה בזמנים לביצוע פעילויות (סעיף 9). כן מוסמך השר ליתן הנחיות לגבי מלוי תפקידיה של OFCOM לעניין ייצוג בגופים בין-לאומיים.

באשר לפיקוח על פעילותה של OFCOM, הרשות אחראית ומדווחת ישירות לפרלמנט והיא נדרשת להגיש דיווח שנתי. מצד הממשלה, שני משרדים אחראים לתחומי הפעילות של OFCOM – האחד בנוגע לתחום התוכן והאחר בנוגע לתשתיות ושירותי תקשורת – ולכן גם הפיקוח הפרלמנטרי נעשה על ידי שתי ועדות של בית הנבחרים. אף על פי שעבודתה

32 זהו השר המופקד על תחומי המסחר והתעשייה; עד לאחרונה היה שמו Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform (השר לעסקים, יזמות ורפורמה רגולטורית), וקודם לכן Secretary of State for Trade and Industry (שר המסחר והתעשייה).

של OFCOM נתפסת כעצמאית מול הממשלה, השר האחראי הוא שמיש לב שאילתות בפרלמנט לגבי פעילות הארגון. לבסוף, OFCOM כפופה כמובן לביקורת שיפוטית במסגרת המשפט המנהלי. בחלק מהעניינים הערכאה המוסמכת לדון בעררים על החלטותיה של OFCOM היא ערכאת הערעור בתחום דיני התחרות, Competition Appeal Tribunal.<sup>33</sup>

## ה. OFCOM והשידור הציבורי

כפי שהובהר לעיל, OFCOM הוקמה כרשות מאוחדת לתחומי הטלקום והשידורים, וכינסה לתוכה את סמכויותיהן של חמש רשויות ההסדרה שקדמו לה בתחומים אלה. ייסודה של OFCOM כרשות מאוחדת סימן שינוי מבני בסיסי שנועד לתת מענה לעידן ההתלכדות באמצעות 'a converged regulator' (רגולטור מאוחד).<sup>34</sup> הסדרת השידור המסחרי הועברה במלואה לידי OFCOM, אולם לא כך הדבר לגבי הסדרת השידור הציבורי ב-BBC, שמעמדו מורכב יותר.

BBC הוא גוף שידור בעל מעמד מיוחד, הפועל מכוח מקור רישוי מיוחד (Royal Charter)<sup>35</sup> והסכם עם הממשלה.<sup>36</sup> הזיקה בין OFCOM ל-BBC נקבעה בשורה של הוראות בחוק (סעיף 198), בצ'רטר ובהסכם.<sup>37</sup> הוראות אלה משקפות דרך ביניים בין עצמאות רגולטורית ל-BBC לבין כפיפות לסמכויות OFCOM, מעין שילוב השומר על מעמד מיוחד ל-BBC ועם זאת מחיל לגביו סמכויות הסדרה מסוימות מצד הרשות הרגולטורית.

מערכת היחסים האמורה מבוססת על שיתוף פעולה והדדיות בין OFCOM לבין הגורם ב-BBC המופקד על פיקוח והסדרה (the Trust); להלן בסעיף זה: הגורם המפקח, באופן שחלק מסמכויות הרגולציה מופעלות

- 33 סעיף 192 לחוק.
- 34 ראו הרצאה מנובמבר 2005 של Richard Hooper, יו"ר מועצת התוכן ב-OFCOM: 'Convergent Regulation – Ofcom's First Two Years': [www.ofcom.org.uk/media/speeches/2005/11/regulation](http://www.ofcom.org.uk/media/speeches/2005/11/regulation)
- 35 הצ'רטר בנוסחו המעודכן הוא מתאריך 19.7.2006.
- 36 Framework Agreement between the Department for Culture, Media and Sport and the BBC of 30.6.2006
- 37 מערכת היחסים הועלתה באופן מפורט על הכתב במסמך שפורסם בתאריך 3.8.2007, ראו Memorandum of Understanding between the Office of Communications (OFCOM) and the BBC Trust of March 2007: [www.ofcom.org.uk/about/csg/ofcombbc/mou/mou.pdf](http://www.ofcom.org.uk/about/csg/ofcombbc/mou/mou.pdf)

על ידי OFCOM, חלק על ידי הגורם המפקח וחלק במשולב. להלן כמה דוגמאות:

- כללי ההסדרה שחלים על תכנים שמועלים לשידור הם בחלקם בסמכותה של OFCOM (הגנת קטינים, תכנים פוגעניים, תכנים סמויים) ובחלקם בסמכותו של הגורם המפקח (אמינות עובדתית, היעדר פניות).
- הטיפול בתלונות הציבור הוא בסמכותם של שני הגופים ונקבע ביניהם נוהל לתיאום.
- דרישות כמותיות בנוגע לחדשות ואקטואליה, לשידורים אזוריים, להפקות עצמאיות ולהפקות מקור נקבעות על ידי BBC בהתייעצות או בהסכמה של OFCOM, לפי העניין.
- כללי OFCOM בדבר הנגשה של שידורים לאנשים עם מוגבלויות שמיעה או ראייה חלים גם על BBC.
- OFCOM מחזיקה בסמכויות אכיפה מסוימות כלפי BBC (הטלת קנסות).
- BBC פועל לפי הנחיות OFCOM בנושא של מחויבויות בין-לאומיות. סקירה זו של הרגולטור הבריטי – מבנהו ופעילותו – עומדת ברקע המודל המוצע על ידינו להקמת רשות תקשורת בישראל, כמפורט בפרק הבא.

## מודל מוצע לרשות תקשורת

### 1. הצורך ברשות עצמאית להסדרה של ענף התקשורת

מדינת ישראל היא מקרה חריג במפת הרגולציה העולמית של ענף התקשורת. כלל מדינות המערב, כמו גם המדינות המפותחות במזרח (למעט יפן), הכירו בצורך להקים רשויות הסדרה מקצועיות ועצמאיות שיחליפו את ההסדרה באמצעות מיניסטריון ממשלתי.<sup>38</sup>

המאפיינים של עצמאות ואי־תלות מצד הגורם המסדיר נדרשים הן מול הממשלה והן מול מפעילי התקשורת. חשיבות הפרדתו של הגורם המסדיר מבעלות בכל גורם מסחרי שפועל בענף קיבלה ביטוי גם בכללי ההסדרה של האיחוד האירופי<sup>39</sup> ובהסכמים של ארגון הסחר העולמי.<sup>40</sup> כיום, קיומה של רשות הסדרה מקצועית ועצמאית הוא ללא ספק הנורמה, ומבחינה זו נותרה ישראל במצב יוצא דופן.<sup>41</sup>

במשך שנים ארוכות התקיים בישראל מצב בעייתי שבו, על אף פתיחתו של ענף התקשורת לתחרות, המשיכה הממשלה לפעול הן כגורם המסדיר והן כבעל השליטה בחברת בזק, שהיא בעל המונופולין והשחקן הוותיק בענף. מצב זה טמן בחובו חשש לניגוד עניינים מובנה. עם השלמת הפרטתה של חברת בזק בשנת 2005 בא ניגוד העניינים על פתרונו, אולם הצורך בהקמת רשות רגולטורית עצמאית עומד בעינו.

- 38 לעניין זה ראו מסמך OECD: [www.oecd.org/dataoecd/39/32/21330624.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/39/32/21330624.pdf). לעניין מדינות המזרח, במשך שנים דבקה גם קוריאה בהסדרה באמצעות מיניסטריון ממשלתי, אולם בפברואר 2008 הוקמה רשות תקשורת עצמאית ומאוחדת – Korea Communications Commission (KCC). ראו אתר הרשות: [eng.kcc.go.kr](http://eng.kcc.go.kr)
- 39 The Framework Directive, Article 3(2)
- 40 General Agreement on Trade in Services (GATS), Schedule on Commitments, 'Reference Paper', Paragraph 5
- 41 במסגרת תכנית פעולה שסוכמה בין ישראל לאיחוד האירופי (European Neighbourhood Policy Action Plan), קיבלה על עצמה ישראל להקים רשות רגולטורית עצמאית לתקשורת אלקטרונית. ראו: [ec.europa.eu/world/enp/pdf/action\\_plans/israel\\_enp\\_ap\\_final\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/world/enp/pdf/action_plans/israel_enp_ap_final_en.pdf)

הצורך ברשות הסדרה עצמאית נעוץ באופי המיוחד של הטעמים והתכליות להסדרה ושל שיקול הדעת הרגולטורי בענף התקשורת, כפי שהוצגו בהרחבה בחלק הראשון של החיבור. הרגולציה של ענף התקשורת נדרשת לתת מענה למקבץ מורכב של אינטרסים ולאזן בין אינטרסים שהם במובהק בעלי אופי שונה זה מזה: אינטרסים ממלכתיים דוגמת ביטחון לאומי ופיתוח טכנולוגי; אינטרסים של גופים עסקיים במגזר הפרטי, הפועלים בענף או משקיעים בו והמבקשים להשיא רווחים; אינטרסים כלכליים וחברתיים של הצרכנים, ובכלל זה אנשים בעלי צרכים מיוחדים; ומתן ביטוי הולם לעקרונות יסוד במשטר הדמוקרטי (חופש הביטוי, חופש המידע, פלורליזם וכו').

בשונה מתחומים אחרים של פעילות והסדרה (דוגמת ביטחון, חינוך, בריאות, בנקאות), שבהם מתקיים על פי רוב סוג שיקולים אחד שהוא מרכזי ודומיננטי בעוד יתר השיקולים הם משניים באופן יחסי, תחום התקשורת נמצא בצומת של שיקולים ואינטרסים שקשה לייחס את הבכורה למי מהם באופן מובהק. השילוב שיש לערוך בין השיקולים השונים ותחומי המומחיות הנדרשים כדי להקים שילוב כזה מעלים צורך בגוף רגולטורי בעל אופי ייחודי.

לפיכך מבנה הרגולטור צריך להיות כזה שיוכל לתת ביטוי נאמן לכל השיקולים הרלוונטיים ולאזן ביניהם באופן מיטבי. לשם כך נדרש רגולטור עצמאי שאינו מזוהה עם איזושהי מקבוצת האינטרסים או השיקולים, אך הרכבו משקף הבנה ויכולות מקצועיות רבת־תחומיות שבאמצעותן יינתן ביטוי הולם ומעמיק לכל אלה. ודוק: אין הכוונה לכך שהרגולטור בהרכבו הפרסונלי צריך לייצג קבוצות או שיקולים מגזריים, אלא **שהמיומנות המקצועית** שמתקיימת בו תאפשר לו להבין, להעריך ולשקול נכונה את עניינם של הקבוצות והאינטרסים השונים.

היבט נוסף שמחזק את הצורך בהקמה של רשות תקשורת ייעודית עצמאית הוא העובדה שהמערכת הפוליטית בישראל מתאפיינת בתחלופה תדירה של ממשלות ושרים. נסיבות אלה מקשות על תפקוד תקין של ענף התקשורת, המתאפייין בהשקעות כלכליות ניכרות ומצריך קבלת החלטות רגולטוריות ארוכות טווח שיאפשרו אופק פעולה עסקי.

בהקשר זה נשמעת טענה עקרונית, במישור חברתי־ערכי, כנגד הקמתה של רשות תקשורת. טענה זו גורסת כי רגולטור ייעודי בהכרח ישים בראש מעייניו שיקולים כלכליים, שכן מטרתו בראש וראשונה לקדם את היעילות הכלכלית של השווקים שעליהם הוא מופקד. לפי גישה זו, רשות תקשורת

מקצועית – ובמיוחד אם היא עצמאית מהמערך הממשלתי – לא תהיה מסוגלת להביא בחשבון באופן ראוי שיקולים של צדק חלוקתי וחברתי. יתרה מזו: על פי הטענה, מסירת שיקולים ערכיים לידיהם של אנשי המקצוע של רשות תקשורת – מומחי הנדסה, כלכלה ומשפט – חוטאת לעקרונות המשטר הדמוקרטי, שכן בנושאים של מדיניות ציבורית צריך להכריע מי שמייצג את העמדות וההעדפות של הציבור, נבחר על ידו ומחויב כלפיו. בדמוקרטיה, טוענים המצדדים בגישה זו, אנו בוחרים באנשים שמייצגים את השקפת עולמנו כדי שהם יהיו אלה שיקבלו החלטות בהתאם.<sup>42</sup>

לטעמנו, דווקא המצב שבו בראש הרשות המסדירה עומד שר שאינו מייצג בהכרח את השקפת עולמו של הציבור הישראלי בכללותו אלא של מגזר מסוים שהוא הבסיס האלקטוראלי של מפלגתו, מרחיק את ההסדרה מבסיסה הדמוקרטי. שר מחויב לאג'נדה של הציבור שהוא מייצג, אף אם היא אינה מקובלת על מרבית הציבור בישראל. לעומת זאת יש סיכויים רבים יותר שגוף מקצועי ועצמאי יהיה חשוף פחות ללחצים ולפיתויים לפעול לפי העדפותיו הערכיות של מגזר כזה או אחר ויוכל ביתר חופשיות לתת ביטוי לגישות ולהשקפות הרווחות בקרב כלל הציבור. במונחים של תאוריית צדק, רשות מקצועית תוכל להיות מחויבת כלפי הקונספט של 'justice as fairness' (צדק כהוגנות),<sup>43</sup> אך לא לקונספציה כזו או אחרת של צדק חלוקתי לפי השתייכות מפלגתית ואידאולוגית של שר מכהן.

באשר לטענה שהרשות כרגולטור ייעודי תתמקד בשיקולים של יעילות כלכלית, יודגש כי לפי המודל המוצע כאן, חובת הרשות להביא שיקולי צדק חלוקתי וחברתי במניין שיקוליה תעוגן במפורש בהוראות החוק המסמך, ובאופן זה יובהר כי היא מחויבת למגוון רחב של שיקולים ולא רק לשיקולי יעילות כלכלית.

לבסוף נשוב ונציין כי קיומה של רשות תקשורת עצמאית מקובל כיום בעולם כנורמה בין-לאומית להסדרת הענף, עד כדי כך שהדבר הוא תנאי הכרחי להשתתפות במסגרות בין-לאומיות מסוימות. כך למשל, ארגון רשויות ההסדרה האירופיות (ERG; European Regulators Group)<sup>44</sup> סירב לקבל את מדינת ישראל במעמד של משקיף בארגון מטעם זה.

42 אחד מתומכיה של גישה זו הוא ד"ר מומי דהן; ראו **לעיל** בחלק הראשון, פרק שלישי, סעיף 5(ב), בנושא מקצועיות לעומת ייצוגיות.

43 ראו **לעיל**, חלק ראשון, הערה 66.

44 הארגון פועל בהתאם ל- Commission Decision of 29 July 2002 establishing the European Regulators Group for Electronic Communications Networks



להלן נציג את הצעתנו בדבר מודל להקמת רשות תקשורת בישראל תוך התייחסות, בין היתר, להצעת משרד התקשורת ותוך פירוט עיקריו של המודל המוצע.

## 2. רשות מאוחדת לבזק ולשידורים

שאלת יסוד לגבי מבנה הרשות היא אם נכון להקים רשות המשלבת את ההסדרה של תחומי הבזק והשידורים כמכלול, או שמא עדיף לשמר את ההפרדה הקיימת בין הרשויות המופקדות על הסדרתם של שני התחומים. התומכים בגישת ההפרדה טוענים להבדלים מהותיים בין שירותי בזק לשירותי תוכן, בהיותם תחומי התמחות נפרדים, דיסציפלינות מקצועיות שונות המצריכות הכשרה ומומחיות מסוג שונה, וכן רגישות ערכית שונה – ובשל כל אלה נדרש להפעיל שיקולים שונים בקבלת החלטות. בפרט בתחום השידורים יש חשיבות מיוחדת לכך שמקבלי ההחלטות יעמדו על משמר הפלורליזם התרבותי כדי לאפשר ייצוג וביטוי הולם למגוון אמונות ודעות, עדות, דתות, אורחות חיים ותפיסות עולם המתקיימים בציבור הישראלי.<sup>45</sup> אנו סבורים כי רשות משולבת היא המתכונת הנכונה לרשות רגולטורית. הטעם העיקרי לכך נעוץ באופיו של עידן ה'התלכדות' (convergence). כפי שהובהר,<sup>46</sup> ההתלכדות מציינת את ההתפתחות הטכנולוגית שבה תשתיות חדלות להיות מזהות עם שירותים: תשתית הולכה מסוימת יכולה לשמש לאספקה של מגוון שירותים, ושירות מסוים יכול להינתן באמצעות מגוון תשתיות.<sup>47</sup> במציאות כזו אין טעם בפיצול סמכויות הרגולציה בין גורמים מסדירים שונים בהתאם לסוג השירות או התשתית; על כן ריכוז סמכויות הרגולציה בידי של גורם מסדיר אחד הוא המהלך ההגיוני המתבקש.

---

and Services, OJ L 200/38 (30.7.2002), amended 14 September 2004, OJ L 293/30 (16.9.2004)

45 דורית ענבר, 'הרשות הישראלית לתקשורת כהצעתה במסגרת תזכיר החוק', **רשות תקשורת חדשה? המשפט, השוק והשיח הציבורי** (סיכום ערב עיון), המרכז למשפט וטכנולוגיה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה, 2004.

46 ראו **לעיל**, בחלק הראשון, פרק ראשון, סעיף 2.ב.

47 למסמך שבו מבהירה OFCOM את גישתה בנושא ההתלכדות ראו: [www.ofcom.org.uk/media/speeches/2008/02/cttsubmission1.pdf](http://www.ofcom.org.uk/media/speeches/2008/02/cttsubmission1.pdf)

עם זאת תיתכן טענה כי תהליך ההתלכדות אמנם מחייב שלא לפצל את ההסדרה של מגוון תשתיות ההולכה בין רשויות, אך יש לשמר את ההפרדה בין הסדרת ההולכה והסדרת התוכן, ולפיכך לרכז את הרגולציה של כל אמצעי ההולכה בידי רגולטור אחד, ואילו את הסדרת תוכני השידור להפקיד בידי של רגולטור ייעודי אחר.

יש טעם בטענה זו והיא מצביעה על דרך אפשרית, אך לטעמנו עדיפה הגישה המכנסת את סמכויות ההסדרה של הולכה ושל תוכן בידי רשות רגולטורית אחת, במתכונת שתיתן ביטוי מתאים גם לצרכים המיוחדים להסדרה של תחום התוכן. שתי סיבות עיקריות לכך: האחת היא סיבה מעשית, שלפיה כל פיצול מביא עמו קשיים של חוסר קוהרנטיות, כפילויות ואי-התאמות ברגולציה; האחרת היא סיבה עקרונית, שלפיה בעולם ההתלכדות, השאלות הרגולטוריות העולות ומצריכות הכרעה הן, לפחות בחלקן, חוצות גבולות בין הולכה לתוכן, כך שעצם ההפרדה אינה ברורה וטומנת בחובה קשיים רגולטוריים.

לדוגמה, זמן רב עמדה לדיון שאלת הסדרתו של שירות Video on Demand (VoD).<sup>48</sup> עצם שאלת סיווגו של השירות היא בעייתית: האם מדובר בהסדרה של שירותי בזק או בהסדרה של תוכן בשידורים? ניתן לראות בכך שירות בזק, מעין וידאומט שהנגישות אליו נעשית באמצעות רשת הולכה, או שניתן לראות בכך שידור טלוויזיה, כחלק מהשירות של שידורים רב-ערוציים – ואולי נכון לראות בכך שילוב של השניים. בסופו של יום הוכרע במשרד התקשורת כי מדובר במקרה פרטי של שידורי כבלים ונקבעה ביחס אליו מסגרת רישוי נפרדת.<sup>49</sup> כך או כך, פיצול הרגולציה בהתאם לסיווג השירות נראה פחות מוצלח מריכוז הרגולציה תחת קורת גג אחת – כמובן, בתנאי שיינתן מענה מספק למכלול ההיבטים הן של הולכה והן של תוכן. על כן בהחלט יש צורך שיינתן ביטוי במסגרת הרשות לייחודיות ההסדרה של תחום התוכן. לשם כך מוצע לקיים מועצה מיוחדת בתוך הרשות, כפי שיפורט להלן.

עוד נציין, כי רשות מאוחדת תיטיב לקדם את המגמה הרצויה של ניטרליות טכנולוגית. כך רשות אחת תוכל לייצר רגולציה קוהרנטית ביחס לסוגים שונים של פלטפורמות שבאמצעותן מסופקים שירותים דומים.

48 ראו לעיל בחלק הראשון, פרק שלישי, סעיף 3.ב.

49 תיקון מס' 37 לחוק התקשורת.

לסיכום עניין זה נחזור ונזכיר כי המתכונת של רשות מאוחדת להסדרה של תחומי הבזק והשידורים היא המתכונת שיושמה ברגולטור הבריטי OFCOM.<sup>50</sup> זו גם המתכונת שיושמה בטיוטת החוק של משרד התקשורת, שהונחה בשעתו על שולחנה של ועדת השרים לענייני חקיקה.

לבסוף, במסגרת השאלה בדבר כינוס ההסדרה של שידורים ושל שירותי בזק תחת רשות אחת עולה גם השאלה אם נכון להמשיך ולקיים את ההפרדה המסורתית בין השידור הממלכתי לשידור המסחרי, או שמא ראוי לבטל את מסגרת ההסדרה הנפרדת לשידור הממלכתי ולהטמיע גם אותה במסגרת הכוללת של רשות תקשורת.

מבנה ההסדרה של רשות השידור שונה מזה של השידור המסחרי הואיל ורשות השידור עצמה היא גם גוף משדר וגם רגולטור. על פניו זהו הסדר שאינו מתיישב עם השידור המסחרי, המבוסס על הפרדה בין הגוף המפקח לגופים המשדרים.<sup>51</sup> כמו כן, ככל שנותרת בעינה התפיסה כי קיים שוני ביעדיו ובאופיו של השידור הממלכתי לעומת השידור המסחרי, הגיוני שהדבר יקבל ביטוי גם במבנה הרגולטורי. אולם מוצע לשקול אימוץ של הסדר הדומה לזה הנהוג בבריטניה (כפי שתואר לעיל), לפיו נשמר מעמדו הנבדל של BBC ועם זאת סמכויות הסדרה מסוימות של OFCOM מוחלות גם לגביו.

### 3. רשות ממשלתית או רשות חוץ-ממשלתית

עצמאות מקצועית היא תנאי חיוני לפעילותו של רגולטור. שאלת יסוד באשר למעמדה של רשות התקשורת היא אם הרשות תהיה גוף ממשלתי, כלומר חלק מהמערך של משרדי הממשלה והגופים המשתייכים אליהם, או שתוקם כתאגיד סטטוטורי<sup>52</sup> (חוץ-ממשלתי), המפעיל סמכויות שלטוניות שלא במסגרת השירות הממשלתי.

50 רשות מאוחדת היא המתכונת גם בצפון אמריקה: Federal Communications) FCC (Commission בארצות הברית ו־ Canadian Radio Television and) CRTC (Telecommunications Commission בקנדה.

51 ראו הצעת חוק רשות השידור (תיקון מס' 18), התשס"ח-2008, הצ"ח התשס"ח, עמ' 286.

52 'תאגיד סטטוטורי' משמעו תאגיד בעל אישיות משפטית עצמאית שהוקם בחוק; מכונה גם 'תאגיד ציבורי'.

הסטטוס השונה של רשות פנים-ממשלתית ושל תאגיד סטטוטורי (האחד נעדר מעמד משפטי נפרד מהמדינה והאחר במעמד משפטי של תאגיד) משפיע על היבטים מהותיים הנוגעים לאופן התנהלותו של הגוף ולמידת עצמאותו.

רגולטור פנים-ממשלתי כפוף למסגרת התקציב הממשלתית הנקבעת על ידי משרד האוצר, מחויב בכללים של נציבות שירות המדינה בדבר גיוס כוח אדם ומסגרות העסקה ומיוצג בהליכים משפטיים על ידי פרקליטות המדינה. לעומת זאת תאגיד חוץ-ממשלתי נהנה מגמישות יחסית: הוא מעצב בעצמו את חלוקת התקציב הפנימית שלו, והוא עשוי לממן את פעילותו ממקורות שאינם תקציב המדינה; הוא אינו כבול למסגרת גיוס כוח האדם של הנציבות, ועובדיו אינם במעמד של עובדי מדינה; והוא נהנה מעצמאות רבה יותר בהיבט המשפטי ובניהול הליכים משפטיים שהוא צד להם. גמישות בהיבטים האמורים (תקציב, כוח אדם מקצועי והליכים משפטיים) עשויה לתרום תרומה משמעותית לעצמאות ולמקצועיות הרגולטור.

כמו כן, רצוי להרחיק את הרשות מן הדרג הפוליטי. זהו פן נוסף של דרישת המקצועיות והעצמאות, שלפיו רגולטור שאינו מנוהל על ידי גורם פוליטי ייטיב להתמקד בשיקולי הסדרה מקצועיים וארוכי טווח באופן התואם את צרכיו של ענף התקשורת.

כזכור, בדוח אולניק המליץ הצוות המקצועי במשרד התקשורת כי רשות התקשורת תוקם כתאגיד סטטוטורי. שר התקשורת דאז, ראובן ריבלין, אימץ את מסקנות הצוות כמכלול, אולם בכפוף לשני שינויים שדרשו משרדי המשפטים והאוצר. אחד השינויים שהוכתב על ידי משרד המשפטים, וכנראה גם על ידי משרד האוצר, היה הסבה של מבנה הרשות לרשות פנים-ממשלתית. לפיכך זהו המודל שאומץ בהצעת החוק של משרד התקשורת.

תפיסתו העקרונית של משרד המשפטים באותה עת הייתה התנגדות להקמת תאגיד סטטוטורי כמסגרת לרשות רגולטורית ככלל ובתחום התקשורת בפרט. כך, לדבריה של דוידה לחמן-מסר, שכינה עד לאחרונה כמשנה ליועץ המשפטי לממשלה:<sup>53</sup>

לאחר נסיון שנצבר, עמדתנו היא, כחלק מתפיסה מינהלית רחבה, הן מבחינה תיאורטית והן לאור הנסיון שהצטבר בפעולתם של גופי

53 דוידה לחמן-מסר, 'רשות לאומית לתקשורת', **רשות תקשורת חדשה? המשפט, השוק והשיח הציבורי, לעיל** הערה 45, בעמ' 51.

פיקוח, כי התאגידים הציבוריים, היינו, הגופים המוקמים מכוח חוק, אינם ככלל, הגורמים המתאימים לפקח ולהסדיר שווקים בהם מתקיימת פעילות כלכלית ותחרות בין הפירמות המפוקחות על מוצרים או שירותים הנמכרים לצרכנים [...] [התאגיד הציבורי] לוקה בחסרונות רבים הנובעים מהיעדרם של בלמים ואיזונים על פעילותו בבחינת – accountability.

לטעמנו,<sup>54</sup> הקמה של רשות תקשורת במבנה של תאגיד ציבורי תואמת את המדיניות המוצהרת שהותוותה בדוח המועצה לתאגידים ציבוריים (להלן): דוח המועצה.<sup>55</sup> דוח המועצה מונה את המאפיינים של 'תפקידים המתאימים לתאגיד ציבורי',<sup>56</sup> כמפורט להלן, וכל אחד מהם מתקיים במידה זו או אחרת ברשות התקשורת:

- (א) תפקיד שאופיו מצדיק הרחקה של הגורם הממלא אותו מהשפעתה הישירה של הממשלה, ולכן אין מקום שיהיה חלק משירות המדינה.
- (ב) תפקיד של מתן שירות לציבור בכללותו (או לציבור מסוים), תוך שילוב של נציגי ציבור בהנהלת הגוף.
- (ג) תפקיד המחייב שקילתם של שיקולים ציבוריים (לעומת פעילות שמטרתה השאת רווחים).
- (ד) תפקיד שביצעו מחייב הענקה של סמכויות שלטוניות מסוימות.
- (ה) תפקיד המאפשר לגוף הממלא אותו לקבל הכנסות עצמאיות.

בהמשך מונה דוח המועצה את מאפייני התפקידים שאין להטילם על תאגיד ציבורי.<sup>57</sup> מאפיינים אלה, בעיקרם, אינם מתקיימים ברשות התקשורת,

54 ראו יזהר טל, 'רשות התקשורת כרשות עצמאית', **רשות תקשורת חדשה? המשפט, השוק והשיח הציבורי**, לעיל הערה 45, בעמ' 45.

55 **דוח המועצה לתאגידים ציבוריים**, יוני 2003. המועצה מונתה ב-1992 על ידי שר המשפטים דאז, דן מרידור, כדי להציע קווי מדיניות להקמת תאגידים ציבוריים. ב-1995 פרסמה המועצה דוח ביניים וביוני 2003 פרסמה את הדוח המסכם. בקרב חבריה שני המשנים ליועץ המשפטי לממשלה דאז, דוידה לחמן-מסר וטנה שפיניץ.

56 **שם**, בעמ' 29.

57 המאפיינים הם: (1) תאגיד שאופי מטרתו ופעילותו יהיו עסקיים בעיקרם, ושיקולי רווח יעדיו העיקריים; (2) תפקידים בעלי אופי שלטוני מובהק, הנוגעים לסדר העדיפויות הלאומי, או תפקידים שיושפעו מחילופי שלטון ומשינויים במדיניות הממשלה; (3) תפקידים בעלי השלכות על אינטרס לאומי בעל היקף רחב; (4) תפקידים שמצריכים סמכויות שהפעלתן כרוכה בפגיעה משמעותית בזכויות הפרט; (5) תפקידי תיאום בין גורמים ממשלתיים. **שם**, בעמ' 29-30.

למעט המאפיין של הפעלת סמכויות הכרוכות בפגיעה משמעותית בזכויות הפרט. באשר לסמכויות 'חיקור ושיטור', הרי ככל שסמכויות אלה יידרו במסגרת ההסדרה של ענף התקשורת (מעבר לסמכויות של פיקוח מנהלי), ניתן לקבוע כי הן יופעלו על ידי עובדי מדינה במשרד הממונה על הרשות ולא על ידי עובד הרשות (ראו להלן סעיף 10 בפרק זה).

אף על פי שלטעמנו מתכונת של תאגיד ציבורי עשויה להבטיח מידה גבוהה יותר של עצמאות מקצועית בהשוואה לרשות פנים-ממשלתית, לפי דוח המועצה, במקרים רבים דווקא הקמתו של גוף במסגרת שירות המדינה, תוך הבטחת עצמאותו בהוראות מיוחדות, עשויה להבטיח לו עצמאות רבה יותר.<sup>58</sup>

באשר ל'תאגיד הממלא תפקידי פיקוח והסדרה', דוח המועצה מבהיר כי אמנם ראוי, ככלל, להותיר את הפיקוח וההסדרה בידי הממשלה,<sup>59</sup> אולם בהתקיים נסיבות מסוימות – ובראשן כאשר מדובר בתחום שבו ראוי שהממשלה לא תהיה הגורם הקובע את המדיניות באופן שוטף – יש הצדקה להקמת תאגיד ציבורי לתפקידי פיקוח והסדרה.<sup>60</sup>

נגד הקמתה של רשות הסדרה מחוץ למערך הממשלתי נטען כי תאגיד ציבורי אינו נתון לבקרה מספקת על פעילותו – ולא היא. כפי שהובהר בדוח המועצה, תאגיד ציבורי הוא חלק מהשירות הציבורי ומהרשות המבצעת במובן הרחב; אך אישיותו המשפטית הנפרדת, על כל הנגזר מכך, מאפשרת לו לפעול 'תוך ריחוק ועצמאות מסוימים מן הממשלה',<sup>61</sup> דהיינו: מאפשרת לו עצמאות מסוימת ממעורבות של הדרג הפוליטי ושל המנגנון הממשלתי. דווקא: כמובהר שם, מדובר במידה מוגבלת של עצמאות, שכן תאגיד ציבורי

58 שם, בעמ' 30.

59 הטעמים לכך הם: (1) לאור העובדה שתאגיד ציבורי מתאפיין בשיתוף הציבור בהנהלתו, בדרך כלל אין מקום לשתף בעבודת הפיקוח את נציגי הציבור ('המפוקח'), ואף יש בכך לגרום לחשש לניגוד עניינים; (2) מילוי תפקידי פיקוח כרוך במתן סמכויות להתערבות שלטונית בענייני הפרט ולכן, כלל, ראוי להטילם על הממשלה עצמה. שם, בעמ' 32.

60 אלה השיקולים: (1) מדובר בתחום שבו ראוי כי הממשלה לא תהיה הגורם הקובע את המדיניות באופן שוטף, או שיש חשיבות למניעת השפעה ממשלתית על ביצוע הפיקוח וההסדרה; (2) קיימת חשיבות לשיתוף נציגים מחוץ לממשלה בקביעה של מדיניות או של דרכי הפיקוח וההסדרה; (3) דרכי הפיקוח וההסדרה ניתנות להגדרה ברורה בחוק. שם.

61 שם, בעמ' 11.

נתון במידה לא מבוטלת להשפעתם של הממשלה ושל השר הממונה, הכול כפי שנקבע בחוק המקים.

סוגיה זו של עצמאות מבנית ומקצועית, משולבת איזונים ובלמים, זכתה לכינוי 'The dilemma of accountable independence' (הדילמה של עצמאות מבוקרת).<sup>62</sup> המבנה המוצע לרשות התקשורת אכן מכוון לקיים שילוב ואיזון מתאים בין עצמאות הרשות לבין חובותיה ואחריותה כרשות ציבורית.<sup>63</sup>

היבט בולט בעבודה של רשות שהיא תאגיד סטטוטורי הוא צמצום של התלות בגורמי ממשלה אחרים והצורך לקיים עמם תיאומים או לקבל את הסכמותיהם. אמנם, ככלל, בתהליכים של קבלת החלטות יש ערך לשיתוף ולהתייעצות עם גורמים בעלי נקודות מבט ותחומי אחריות שונים, אולם יתרון זה נהפך לחיסרון מקום שבו שיתוף הגורמים הנוספים בא על חשבון האפשרות של הרגולטור לקבל החלטה מקצועית ועצמאית בתחום אחריותו. כך לדוגמה בשנת 1999 פנתה רכבת ישראל אל שר התקשורת וביקשה כי יוענק לה רישיון מיוחד לפי סעיף 4 לחוק התקשורת, למתן שירותי תמסורת באמצעות רשת סיבים אופטיים הפרושה לצד המסילות. הרשת הונחה לצרכים עצמיים של הרכבת (איתות), תקשורת בין גורמי הרכבת וכיוצא באלה), אולם כמות הסיבים שהונחה הייתה גדולה בהרבה מהצורך העצמי – ועל כן הוצע לנצל את הסיבים העודפים למתן שירותי תמסורת למפעילי תקשורת.

משרד המשפטים התערב בעניין ועמד על כך שהרישיון יהיה רק לשירותי 'סיב אפל', דהיינו: שימוש בסיבים כצינורות אך בלא האלקטרוניקה שמאפשרת הולכת תקשורת. לא עזרו מחאות משרד התקשורת, חוות דעת של היועץ המשפטי של המשרד או הסבריו של מנכ"ל המשרד, שלפיהם אין היגיון הנדסי או רגולטורי ברישוי המבחין בין שירותי סיב אפל לשירותי

Paul Magnette, 'The Politics of Regulation in the European Union,' in: 62  
Damien Geradin, Rodolphe Muñoz, and Nicolas Petit (eds.), *Regulation  
Through Agencies in the EU: A New Paradigm of European Governance*  
(Edward Elgar, 2005) 3

Irene Wu, 'Traits of an Independent Communications Regulator: A Search for 63  
Indicators,' FCC International Bureau Working Paper, June 2004 (Version:  
August 2005)

תמסורת אחרת, וכי לא תהיה לכך ישימות מסחרית. משרד המשפטים עמד על דעתו וקבע שסמכויות השר וסמכויות הרכבת מאפשרים רק מתן רישיון לשירותי סיב אפל. כך נעשה אך ללא הועיל: הסיבים נותרו ללא שימוש.

כך גם בשנים האחרונות התחזקה מגמת ההתערבות של משרד האוצר בהחלטות משרד התקשורת הנוגעות להסדרת הענף. למשל, במסגרת החלטות הממשלה הנוגעות לתקציב ולחקיקת ההסדרים יזם משרד האוצר שורה של החלטות הנוגעות לעבודתו השוטפת של הרגולטור, לא פעם בלא שהיו בידו התשתית העובדתית והתשתית המקצועית הדרושות לכך. לדוגמה, בשנת 2005 כפה משרד האוצר תאריך לא ראלי ליישום התכנית לניידות מספרים, בניגוד לעמדת הגורמים המקצועיים במשרד התקשורת, ובסופו של יום אכן לא היה ניתן לעמוד בתאריך היעד שנקבע בחוק.

כאמור, המודל המוצע על ידינו הוא מודל של רשות ציבורית הממוקמת מחוץ למערך הממשלתי, בדומה למעמד שהוקנה ל-OFCOM; אולם בראייה מעשית, אם יתברר בפועל כי קטנים סיכוייו של מודל כזה לזכות בתמיכה הנדרשת מצד משרדי הממשלה הרלוונטיים כדי לקדמו כהצעת חוק, אזי ניתן לקדם פתרון של רשות פנים-ממשלתית. המודל המוצע בחיבור זה מתאים, רובו ככולו, גם למתכונת זו, בשינויים מסוימים שיתחייבו. בכלל כך, במסגרת תכנון המבנה ואופן הפעולה של הרשות יהיה צורך לנקוט אמצעים לחיזוק עצמאותה.

#### 4. מטרות ותפקידים

מטרותיה ותפקידיה של רשות התקשורת צריכים להיות מעוגנים באופן ברור בחוק המסמיך. החוקים שלפיהם פועלים גופי הרגולציה הנוכחיים – חוק התקשורת, חוק הרשות השנייה ופקודת הטלגרף – כבר כוללים הוראות מפורטות בדבר התפקידים והסמכויות של שר התקשורת, המועצה לשידורי כבלים ומועצת הרשות השנייה, ואלה יוכלו להמשיך ולשמש, בתיקונים שיידרשו, בסיס להתוויית תפקידיה וסמכויותיה של רשות התקשורת.

נוסף על כך, בחוק המקים את הרשות יש להתוות את תפקידיה ומגמות פעולתה של הרשות ברמה כללית יותר. ראשית דבר, הואיל ותנאי הכרחי למימוש מטרותיה ותפקידיה של הרשות הוא עצמאותה, החוק המקים צריך לקבוע בסעיף מנחה את עקרון העצמאות המקצועית. סעיף 3 לטיוטת החוק השנייה של משרד התקשורת, שהתייחסה להקמתה של רשות פנים-ממשלתית, קובע כדלקמן:



### 3. עצמאות הרשות

(א) הרשות תהיה עצמאית במילוי תפקידיה ובהפעלת סמכויותיה, והיא תונחה על ידי שיקולים מקצועיים.  
(ב) הרשות תפעל בהתאם לקווי הפעולה שיתוו מועצת התקשורת ומועצת תכני השידור, על פי סמכויותיהן.  
(ג) הרשות תפעל באופן עצמאי בקביעת המדיניות וכללי ההסדרה בתחום התקשורת, בהתווית קווי פעולת הרשות ובביצוע תפקידיה; החלטות ממשלה בעלות השלכות משקיות ומקרו-כלכליות משמעותיות ומדיניות הממשלה והחלטותיה בעניינים של תדרים ונכסי מדינה, יחייבו את הרשות.

רשות פנים-ממשלתית, מעצם היותה חלק מהמערך הממשלתי, כפופה להחלטות ממשלה; כוונת הסיפא בסעיף קטן (ג) הייתה הלכה למעשה לרסן את הממשלה ולתחום את מרחב ההתערבות שלה לנושאים המנויים בסעיף. עם זאת הביטוי 'החלטות ממשלה בעלות השלכות משקיות ומקרו-כלכליות משמעותיות' מותיר עמימות וחוסר ודאות באשר להיקף ההתערבות הלגיטימי מצד הממשלה ופותר פתח רחב מדי בהקשר זה.

אכן, קשה לקבוע מראש חלוקת עבודה חדה וממצה בין הממשלה לבין הרשות שתוקם, או להגביל בחקיקה את התערבותה של הממשלה, לנוכח מעמדה המיוחד וסמכויותיה לפי חוק יסוד: הממשלה. עם זאת יש לשאוף למצב שבו תתפתח תרבות שלטונית שלפיה הממשלה תימנע, ככל הניתן, מקבלת החלטות בעניינים שבתחום פעילותה של הרשות; בדומה לגישה העקרונית שהשתרשה בכל הנוגע לעצמאות המקצועית שממנה נהנית הרשות להגבלים עסקיים.

אשר למטרותיה ולתפקידיה של הרשות, סעיף 5(א) לטיוטת החוק השנייה של משרד התקשורת מורה:<sup>64</sup>

(א) תפקידי הרשות, על מועצותיה, יהיו:

(1) קביעת מדיניות וכללים בתחומי התקשורת;

[...]

64 נוסף על סעיפים בחקיקת התקשורת שבהם קבועים תפקידים נוספים; ראו סעיף 6 לחוק התקשורת וסעיף 5 לחוק הרשות השנייה.

(2) הענקת רשיונות בתחומי התקשורת על פי חקיקת התקשורת, קביעת תנאים בהם ומתן הוראות לבעלי רשיון;  
 (3) פיקוח על קיום הוראות חקיקת התקשורת וחוקי הסדרה אחרים, לרבות עמידת בעלי רשיון בתנאי רשיונם, וכן אכיפת ההוראות והתנאים כאמור;  
 והכל בהתאם לסמכויות המפורטות בחקיקת התקשורת ובחוקי הסדרה אחרים.

כלומר, תפקידיה של הרשות הם קביעת מדיניות וכללים, הענקת רישיונות, פיקוח ואכיפה. בהקשר זה נכון יהיה לתת ביטוי גם לתפקידי הרשות במישור הבין-לאומי – בייצוג של ישראל בפורומים בין-לאומיים של הסדרת תקשורת ובהסכמים בין-לאומיים.  
 אשר למגמות שינחו את הרשות במילוי תפקידיה האמורים, סעיף 5(ב) לטיטת החוק קובע:

- (ב) במילוי תפקידיה תפעל הרשות, בין היתר, במגמה –
- (1) לגבש מדיניות בתחומי התקשורת, בראייה כוללת וארוכת טווח, בשים לב לצרכים המשתנים ולהתפתחויות הטכנולוגיות בתחומים אלה;
  - (2) לקדם את התחרות בתחומי התקשורת, וכן את מגוון ורמת שירותי הבזק והשידורים (להלן בפסקת-משנה זו – שירותים), ובכלל כך מתן שירותים לכלל הציבור באורח תקין, והכל לרווחת הציבור ולטובת המשק והצרכן;
  - (3) להביא לניצול יעיל של משאבי המספור ותדרי רדיו ושימוש יעיל בהם בידי בעלי רשיון;
  - (4) לעניין תחום השידורים – להביא לקידום היצירה הישראלית המקורית ולמתן ביטוי הולם למגוון החברתי, התרבותי, הדתי והלשוני של הציבור בישראל, והכל כמפורט בחקיקת התקשורת ובחוקי הסדרה אחרים, בשים לב לאופי הערוץ וסוג השידורים.

ככלל, פירוט התפקידים והמגמות המופיע בסעיף 5 להצעת החוק משקף נכונה את ההסדר הרצוי. עם זאת, בפירוט המגמות שלפיהן תפעל הרשות (סעיף קטן (ב) הנ"ל), נכון יהיה לציין באופן מפורש יותר כמה מן השיקולים והיעדים שהרשות צריכה להביא בחשבון בקבלת החלטותיה. כך למשל,

במסגרת 'מתן שירותים לכלל הציבור' יש לכלול את החובה לתת מענה לצרכים מיוחדים של אוכלוסיות מסוימות, כגון אנשים בעלי מוגבלות או מעוטי יכולת, וכן לתת ביטוי מפורש למחויבות הרשות לשיקולי צדק חלוקתי. נוסף על כך מוצע לכלול בין המגמות את העיקרון הרגולטורי של ניטרליות טכנולוגית. עיקרון זה משמעו קביעת הסדרה אחידה, ככל הניתן, לשירותים דומים המסופקים בטכנולוגיות שונות. הרעיון שביסודו הוא כי הרגולציה שואפת לקיים מסגרת של זכויות וחובות המוחלת באופן שוויוני ואינה מפלה בין ספקי תשתיות ושירותים לפי הטכנולוגיה שבה הם עושים שימוש. במערך ההסדרה של האיחוד האירופי עיקרון זה נמנה עם העקרונות המנחים את הרגולטור.<sup>65</sup>

בהקשר זה נזכיר כי החוק המכונן את פעילותה של OFCOM מפרט שורה ארוכה ומגוונת של יעדים ושיקולים שעל פיהם הרשות מחויבת לפעול (ראו לעיל בפרק השני, סעיף 2(ג)), ובכלל זה החובה ליתן את הפתרון המיטבי במקרה של התנגשות בין שיקולים שונים. אנו מציעים לאמץ בחוק המקיים את הרשות גישה זו של פירוט המגמות והשיקולים שעל פיהם תפעל הרשות, ובכך ליצור את המסגרת המחייבת להליך הפעלתו של שיקול הדעת הרגולטורי, כפי שהותווה בחלק הראשון לעיל.

## 5. מבנה ואורגנים

לשיטתנו, המתכונת הנכונה עבור רשות התקשורת היא של רשות מקצועית חוץ-ממשלתית כתאגיד סטטוטורי עצמאי. כפי שצוין לעיל זוהי דרך המלך; עם זאת ההצעה לעניין המבנה והאורגנים של הרשות ישימה וניתנת להתאמה גם לרשות פנים-ממשלתית.<sup>66</sup>

כך או כך, הקמת הרשות תיעשה בחוק מיוחד שיקבע את מבנה הרשות ואת האורגנים שלה, על תפקידיהם וסמכויותיהם. נוסף על כך ייערכו תיקונים מקיפים להוראות הקיימות בחוק התקשורת, בחוק הרשות השנייה ובפקודת הטלגרף האלחוטי שבהן נקבע הגורם המוסמך, וכן ייערכו שינויים מינוריים בכמה חוקים נוספים הנוגעים לעניין.

65 דירקטיבת המסגרת, לעיל הערה 16, סעיף 118).

66 כזכור, דוח אולניק המליץ על הקמה של רשות חוץ-ממשלתית, אולם בשל דרישה של משרדי המשפטים והאוצר הסכים שר התקשורת דאו להסב את המתכונת לגוף ממשלתי.

שאלת מפתח לגבי מבנה הרשות היא השאלה מי יעמוד בראשה וירכז בידי את סמכויות ההסדרה. לפי גישה אחת תופקד הנהגת הרשות בידי הנהלה של מספר חברים, ולפי גישה אחרת יעמוד בראש הרשות מנהל יחיד. על פי המודל המוצע תעמוד בראש הרשות **מועצה מנהלת** (בהצעת החוק של משרד התקשורת מכונה מועצה זו 'מועצת התקשורת'). המועצה המנהלת תעסוק בהתוויה של מדיניות הרשות, בטיפול בחקיקה ובחקיקת משנה, ברישוי ובמתן הוראות למפעילים, וכן בפיקוח ובאכיפה; המועצה תנחה את מערך העובדים המקצועי של הרשות ובראשה יעמוד יושב ראש הרשות. במועצה המנהלת יכהנו חמישה חברים: יושב ראש הרשות, שיכהן במשרה מלאה; יושב ראש מועצת תוכני השידור (בעניינה נפרט בהמשך), שישמש גם סגן יושב ראש הרשות; ועוד שלושה חברים מקרב הציבור. העדפת המודל של מועצה מנהלת על פני מודל של מנהל ריכוזי אחד נועדה ליצור תנאים לגיבוש תפיסה רגולטורית מאוזנת, הנותנת ביטוי למגוון דעות ודיסציפלינות ולשילוב של קולות שונים. חברי המועצה המנהלת ייצגו, ככל הניתן, גישות ותחומי מומחיות שונים.

כזכור, בחלק הדין בצורך להקים רשות תקשורת במקום משרד ממשלתי שבראשו שר (**לעיל** בפרק זה, סעיף 1) הוסבר כי הצורך מעוגן בעיקר בכך שהסדרת ענף התקשורת מחייבת שקילה ואיזון של אינטרסים ושיקולים מכמה תחומים מקצועיים, והוצגה עמדתנו כי רשות תקשורת היא מסגרת עדיפה לכך בהשוואה למשרד ממשלתי שבראשו שר. מתכונת של מועצה מנהלת תאפשר לכלול בגוף המחליט חברים מדיסציפלינות שונות, שבהכשרתם וניסיונם המקצועי יוכלו לשקף את מגוון התחומים והשיקולים הרלוונטיים. שילוב מעין זה משביח את התהליך של קבלת החלטות באופן שמעלה את ההסתברות לקבלת החלטות מיטביות.

סוגיה עקרונית בנוגע להרכב המועצה היא הדרישה שהעמיד בשעתו משרד האוצר כתנאי לתמיכתו בהצעת החוק. לפי דרישה זו, אחד מחברי המועצה יהיה הממונה על התקציבים במשרד האוצר או סגנו, וזאת בשל עיסוקה של הרשות במשאבים ציבוריים ובשל חשיבותם של שיקולי תקציב והכנסות המדינה בקביעת ההסדרה של ענף התקשורת.

לטעמנו זוהי דרישה בעייתית, בשל פגיעתה הבולטת בעצמאות הרשות. הממונה על התקציבים (או סגנו) הוא אחד התפקידים הבכירים ורבי העוצמה בשירות הציבורי. מתוקף תפקידו הוא מחויב בראש ובראשונה לשיקולים תקציביים ולמדיניות משרד האוצר. הצעתו של אהוד אולמרט בעת שכיהן כשר תקשורת, שלפיה אחד מחברי המועצה יהיה מי שיהיה

בעבר כממונה על התקציבים או סגנו, אמנם מפחיתה את רמת המחויבות למדיניות משרד האוצר, אך היא עודנה בעייתית באשר אין הצדקה לשריין מראש מקום במועצה לנציג המזוהה עם תפיסה מקצועית כזו או אחרת.

לגבי ראשות הרשות עולה השאלה אם למנות נוסף ליושב ראש גם מנכ"ל. בשל החשש כי כפל התפקידים יהיה מקור לחיכוכים (כפי שאירע לא אחת ברשות השנייה וברשות השידור), מוצע להימנע מכך ולמנות מנכ"ל שיהיה מנהל אדמיניסטרטיבי-תפעולי, ואילו על הרגולציה יהיו מופקדים יושב הראש והמועצה שבראשותו.

אשר לפעילות השוטפת של הרשות, זו תתנהל במבנה של אנפים מקצועיים. עובדי הרשות יספקו את התשתית המקצועית הדרושה לקבלת החלטות במועצה המנהלת ובמועצת תוכני השידור. לצורך זה, המערך המקצועי צריך לכלול עובדים בעלי ידע וניסיון בתחומים של הנדסה, כלכלה, משפט, מנהל, תרבות וחברה.

לצד המועצה המנהלת תפעל **מועצת תוכני השידור** (כפי שמוצע גם בהצעת משרד התקשורת), שתעסוק בהסדרה של היבטים הנוגעים לתוכן בשידורים לציבור. בראש המועצה יעמוד יושב ראש במשרה מלאה, שיכהן גם כסגן יושב ראש הרשות, ויתר החברים יהיו נציגי ציבור שאינם עובדי הרשות. הכוונה היא שחברי המועצה יהיו בעלי יכולת לשקף ולתת ביטוי למגוון התרבותי והחברתי בישראל, על השונות המתקיימת בו, ולתת מענה לצרכים של הקבוצות השונות. מטעמי יעילות, מוצע כי מספר חברי המועצה יהיה שבעה (ולא 11 כבהצעת משרד התקשורת).

מדוע שונה תחום התכנים מיתר תחומי עיסוקה של הרשות באופן שנוון לייחד לו מועצה נפרדת (אף שמדובר במועצה שהיא בעיקרה מועצה מייעצת, על פי הצעתנו להלן)? מועצה כזו נדרשת בשל האופי המיוחד של העיסוק בשידורים לציבור, ובפרט בתוכן בשידורים. בשונה מהסדרה של שירותי בזק, השואבת בעיקר מתחומי מומחיות מקצועית של הנדסה, כלכלה ומשפט, ההסדרה של שידורים לציבור מערבת באופן בולט ומובהק יותר את הממד התרבותי והערכי. לכן יש חשיבות מיוחדת לכך שבמסגרת עיצובם של כללי הרגולציה יהיה גוף מיוחד שהחלטותיו או המלצותיו (לפי העניין) אינן פרי מומחיות מקצועית גרדא, אלא שאובות ממגוון תפיסות העולם וריבוי הקולות והרבדים בחברה הישראלית.

לגבי הסמכויות של מועצת תוכני השידור והיחס בינה לבין המועצה המנהלת ניתן לשקול מגוון אפשרויות, החל בסמכויות ייעוץ בלבד וכלה בסמכויות הסדרה מלאות בכל הקשור לתחום השידורים. בבריטניה, מועצת

התוכן של OFCOM ממלאת בעיקר תפקידי ייעוץ למועצה, וכן תפקידי ביצוע בתחום השידורים שהאצילה לה המועצה.

על פי המודל המוצע, מועצת תוכני השידור תהיה גוף מייצע למועצה המנהלת בענייני שידורים לציבור בכלל, ובעלת סמכות ההחלטה בעניינים שנוגעים לתוכן בשידורים במובהק דוגמת אתיקה בשידורים, הפקות מקור, סיווג וסימון משדרים, כתוביות ושפת סימנים וכיוצא באלה.

התפיסה שביסוד היחס בין תחומי האחריות של שתי המועצות היא כי **רגולטור אחד** מופקד על ההסדרה של תחומי הבזק והשידורים לציבור – המועצה המנהלת: היא הקובעת מדיניות, מתקינה כללים ומעניקה רישיונות. אולם בתוך מסגרת זו תחום השידורים לציבור זוכה ליחס מיוחד, כך שלגבי נושאי ליבה של תוכן בשידורים, מועצת תוכני השידור היא שתקבע את הכללים, ובנושאים כלליים אחרים היא תייעץ למועצה המנהלת. לדוגמה, בכל הנוגע לרישוי הגורמים המשדרים שידורי טלוויזיה או רדיו, הסמכות להעניק רישיון תהיה בידי המועצה המנהלת, לאחר התייעצות עם מועצת תוכני השידור, ואילו קביעת ההוראות בנספח לרישיון שעניינו תוכן בשידורים – תיעשה על ידי מועצת תוכני השידור.

בכל הנוגע לסמכויות **לניהול תדרים** (הוועדה והקצאה של תדרים, נושא שנדון בחלק השני לעיל), מתעוררת שאלה מורכבת באשר לגוף אשר נכון כי סמכויות אלה יימסרו לידיו. מצד אחד, הגישה המנחה במודל המוצע כאן היא לרכז את סמכויות ההסדרה של ענף התקשורת כולן תחת מטרייה אחת, מהטעמים שהובהרו לעיל; הטיפול בנושאי ספקטרום הוא אחת המשימות העיקריות של הרשות, בפרט בהתחשב בגידול המשמעותי בשירותי תקשורת הניתנים באמצעים אלחוטיים, והוא מצריך מומחיות מקצועית מיוחדת שתימצא בידי הרשות. מצד שני, מעמדו המיוחד של הספקטרום – בעיקר בהיבט הביטחוני, בשל השימוש רב-ההיקף של מערכת הביטחון, אך גם בהיבט הכלכלי, בשל הערך הכלכלי הגבוה של השימוש האזרחי בתדרים והתמורה למדינה – עשוי להצדיק הקמה של גוף ייעודי להסדרת הספקטרום, שיהיו חברים בו גם נציגים ממערכת הביטחון וממשרד האוצר.

אנו סבורים כי ניתן לשלב בין שתי הגישות כך שיפעל גוף ייעודי לנושאי ספקטרום – **ועדת התדרים**, שיהיו חברים בה נציגים מהרשות, ממערכת הביטחון וממשרד האוצר; אולם הוועדה תפעל מתוך הרשות, כאורגן של הרשות המחזיק בסמכויות סטטוטוריות, ותקבל שירותים מקצועיים מאגפי הרשות.

במקום ועדת התדרים הפועלת היום<sup>67</sup> מוצע כי הרכבה של ועדת התדרים יכלול את אלה: שלושה נציגים של הרשות שתוקם (ראש אגף ניהול ספקטרום, שישמש גם יושב ראש הוועדה, ושני עובדים נוספים של הרשות, לפחות אחד מהם מאגף השידורים); שני נציגים ממערכת הביטחון (המייצגים את צה"ל ואת כלל כוחות הביטחון); נציג אחד ממנהל התעופה האזרחי; ונציג אחד ממושרד האוצר – סך הכול שבעה חברים. נזכיר כי גם בהצעת החוק של משרד התקשורת הוצע להקים ועדה בהרכב של שבעה חברים, אולם שם הוצע כי שניים בלבד יהיו מהרשות, וכי למערכת הביטחון (צה"ל ומשטרה) יהיו שלושה נציגים. בשונה מהצעה זו,<sup>68</sup> על פי הצעתנו מרכז הכובד של הוועדה הוא חברי הרשות. יצוין כי מורכבותו של מבנה הגוף המוצע נובעת ממורכבותה של הפעילות בתחום הספקטרום ומריבוי הגורמים והאינטרסים הנוגעים לעניין.

אשר לגוף שיוסמך לדון בעררים על החלטותיה של ועדת התדרים – **ועדת הערר** – מוצע כי יכהנו בה יושב ראש הרשות (שישמש גם יושב ראש ועדת הערר), נציג צה"ל ונציג משרד האוצר. נראה לנו כי זהו מבנה המאזן נכון בין כלל השיקולים, ובשונה מהצעת משרד התקשורת (שלפיה יכהנו ב'וועדה העליונה' נציג הרשות, נציג צה"ל ונציג המשטרה),<sup>69</sup> מבנה זה לא נותן את הבכורה בהכרח לשיקולי ביטחון.

לגבי הקצאות תדרים בתחומים שהועדו לשימוש אזרחי או לשימוש צבאי, ניתן להמשיך בהסדר הנוהג היום שלפיו ועדת התדרים מסמיכה את ראש אגף הספקטרום לאשר הקצאת תדרים פרטנית לשימוש אזרחי, ואת הגורם המוסמך בצה"ל לאשר הקצאת תדרים פרטנית לשימוש צבאי. האפשרות להסמכה כאמור נזכרה גם בהצעת משרד התקשורת.

## 6. תנאי כשירות ודרכי מינוי

השאלה בדבר אופן המינוי של האורגנים – יושב ראש הרשות, יושב ראש מועצת תוכני השידור (שהוא גם סגן יושב ראש הרשות), ויתר החברים במועצה המנהלת ובמועצת תוכני השידור – היא שאלת מפתח, והיא בעלת

67 ראו לעיל בחלק השני, פרק שני, סעיף 3, ובפרט ההתייחסות שם להחלטת הממשלה מס' 4228 בדבר הרכבה החדש של ועדת התדרים.

68 גם בשונה מהחלטת הממשלה מס' 4228 הנ"ל, שלפיה ארבעה מחברי הוועדה הם נציגים של כוחות הביטחון.

69 גם כאן בשונה מהרכב ועדת התדרים העליונה שנקבע מהחלטת הממשלה הנ"ל.

חשיבות רבה לגבי ההסתברות כי הרשות אכן תהיה גורם חזק המפעיל שיקול דעת מקצועי ועצמאי.

מה יהיו דרישות הכשירות למינוי חברי המועצות? ראשית, ככלל יידרש תואר אקדמי. בשונה מהצעת משרד התקשורת, אנו מציעים להימנע מדרישת תואר בתחומים ספציפיים, משום שדרישה כזו לא תאפשר בחירת מועמדים שאמנם הכשרתם האקדמית כשלעצמה אינה רלוונטית לתפקיד, אך הם בעלי ידע וניסיון מקצועי רלוונטי. כמו כן מוצע כי במקרים מיוחדים, שבהם הנתונים האישיים של המועמד מצדיקים זאת מבחינת מומחיות וניסיון, ניתן יהיה למנות גם מי שאינו בעל תואר אקדמי.

תנאי הכשירות השני יהיה ניסיון מצטבר של חמש שנים לפחות, הרלוונטי לתחום הבזק או לתחום השידורים, באחד או יותר משטחי המומחיות האלה: כלכלה, משפט, הנדסה, מנהל, תרבות או חברה. לעניין מועצת תוכני השידור, הניסיון האמור צריך להיות רלוונטי לתחום עיסוקה של המועצה – תחום התוכן – בשטחי המומחיות האמורים או בתחומים רלוונטיים אחרים, כמו אמנות או חינוך.

על הרכב המועצה המנהלת להיות כזה שיאפשר תרומה מקצועית (input) רחבה של כלל חבריה, באופן שתהיה בידי המועצה היכולת להביא בחשבון ולשקול את מגוון השיקולים ונקודות המבט שאליהם התייחסו בחלק הראשון.

אשר לאופן המינוי מוצע כי החברים במועצה המנהלת ובמועצת תוכני השידור ימונו על ידי הממשלה, לפי הצעת השר האחראי על הרשות (ראו סעיף 7 להלן); ולעניין מועצת תוכני השידור – לפי הצעת השר האחראי על הרשות עם שר התרבות. מינוי ממשלתי מאפשר עצמאות יחסית בהשוואה למינוי על ידי שר, שכן באופן זה חבר המועצה מחויב פחות כלפי שר ספציפי. אשר לגיבושה של רשימת המועמדים שיציג השר לפני הממשלה, כיום יש שתי דרכים מקובלות: ועדת איתור המציעה לשר מועמדים, והליך היוועצות שהשר מקיים עם ארגונים שונים.

לעניין מינוי חברי המועצה המנהלת, ועדת איתור שבראשה שופט בדימוס וחבריה הם בעלי הבנה לדרישות התפקיד, ללא ניגוד עניינים או זיקה פוליטית או אישית לשר המציע, היא מנגנון אפשרי. זה המנגנון המקובל כיום למינוי של נושאי משרה בכירים במגזר הציבורי, וניתן לאמצו גם כאן.<sup>70</sup>

70 עם זאת גם שיטת בחירה זו עלולה ללקות בפגמים שעלולים להביא למינוי שאינו הולם.



לגבי מועצת תוכני השידור, בשל הרצון כי מועצה זו תשקף את הציבור הישראלי על גווניו ורבדיו, מוצע כי מנגנון המינוי יתבסס על התייעצות של השר עם ארגונים העוסקים בתחומים הנוגעים לתחומי פעילותה של המועצה, בדומה למצב הנוהג כיום לעניין מינוין של המועצה לשידורי כבלים ומועצת הרשות השנייה.<sup>71</sup> מדובר בארגונים של סופרים, עיתונאים, אמנים ומורים, מוסדות להשכלה גבוהה, ארגונים צרכניים וגופים ציבוריים וקהילתיים אחרים. הצעת ההרכב שתובא לאישור הממשלה תגובש במשותף על ידי השר האחראי על הרשות ושר התרבות (בשונה מהמתכונת המורכבת יותר שנכללה בהצעת משרד התקשורת).

על פי המודל המוצע, תנאי הכשירות ומתכונת המינוי יישמרו בעיקרם גם אם תוקם רשות פנים-ממשלתית.

## 7. בקרה ופיקוח על פעילות הרשות

במסגרת הקמתה של רשות תקשורת נשאלת השאלה אם יש מקום להותיר סמכויות הסדרה מסוימות בידי משרד התקשורת והשר העומד בראשו. לגישתנו, עם הקמתה של הרשות אין עוד הצדקה למשרד ייעודי, מאחר שמרבית סמכויות ההסדרה ירוכזו בידי הרשות. נוסף על כך, קיומו של משרד ייעודי עלול לפגום בעצמאות הרשות במצב דברים שבו עשוי להתעורר ריב סמכויות בין המשרד לבין הרשות. מעורבות לא רצויה של המשרד הממשלתי אף עלולה לפגוע בעילותה ובכוחה של הרשות כלפי הגורמים שבפיקוחה.

עם זאת סמכויות הסדרה מסוימות ייוותרו בידי השר שייקבע בחוק כשר הממונה על ביצועה של חקיקת התקשורת. אם כן, מיהו השר המתאים לשמש השר הממונה, ומהן הסמכויות שיימסרו לידי?

במערך הממשלתי הקיים נראה כי ניתן להפקיד את סמכויות השר הממונה על ביצועה של חקיקת התקשורת בידי שר התעשייה, המסחר והתעסוקה (תמ"ת), בהיותו מופקד על הסדרה רוחבית של נושאי תעשייה ושירותים, הסכמי סחר בין-לאומיים ונושאים צרכניים. נזכיר כי כבר כיום משמש שר התמ"ת כשר המטפל בעניינין של כמה רשויות ובהן המדען הראשי, הרשות להגבלים עסקיים והרשות לעסקים קטנים. אם יוקם משרד ממשלתי

71 לעניין חשיבות ומתכונת ביצוע ההיוועצות (לגבי הוועד המנהל של רשות השידור ומועצת הרשות השנייה) ראו בג"ץ 5933/98 פורום היוצרים הדוקומנטריים נ' נשיא המדינה, פ"ד נד(3) 496; בג"ץ 3073/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר החינוך, פ"ד נד(3) 529.

שיופקד באופן רוחבי על הטיפול בטכנולוגיות מידע, ייתכן שיתאים לכנס את רשות התקשורת תחת כנפיו.

אשר לסמכויותיו של השר הממונה מוצע כי הן יהיו צרות יחסית ומוגדרות היטב, כדי לשמור על עצמאותה של הרשות ולצמצם את האפשרות של השפעה פוליטית עליה. כך מוצע כי סמכות השר תיוחד לקביעת מדיניות על, לקידום חקיקה ולהתקנה של חקיקת משנה – בשונה מגיבוש מדיניות בנושאים קונקרטיים וממתן הוראות למפעילי תקשורת. מוצע כי סמכויות השר לקביעת מדיניות בתחום התקשורת יוגבלו לנושאים בעלי נגיעה ברורה לנכסי המדינה, לתשלומים לאוצר המדינה (בתיאום עם שר האוצר) ולנושאים בעלי היבטים ביטחוניים (בתיאום עם שר הביטחון או עם ראש הממשלה, לפי העניין) או בין-לאומיים.<sup>72</sup>

לצד הצורך לשמר את עצמאותה של הרשות הן מבחינה מבנית והן מבחינה מהותית, חשוב לא פחות כי הרשות שתוקם תהיה אפקטיבית, וכי אף היא – ככל גורם ממשלי (אף אם לא ממשלתי) – תהיה כפופה למנגנוני בקרה ופיקוח. על כן, אם תוקם הרשות כתאגיד סטטוטורי חוץ-ממשלתי, יש לקיים מתכונת שבה גורם ממשלתי שייקבע לשם כך יוסמך לבקר את התנהלותה של הרשות, בין היתר על פי דיווחים שתחויב להעביר (לדוגמה: לעניין תפוקות, חריגה מתקציב וכיוצא באלה), אולם בלי שיהיה רשאי להתערב בהחלטות הרשות הנוגעות להסדרת הענף.

אשר לביקורת על פעילות הרשות בהסדרת ענף התקשורת (הן במישור של קביעת כללי הסדרה והן במישור של קבלת החלטות במקרים קונקרטיים), עולה שאלה אם נוסף על ביקורת שיפוטית (בג"ץ או בית משפט לעניינים מנהליים) יש לאפשר גם ביקורת של השר הממונה (למשל בערר על החלטה של הרשות). כדי לבצר את עצמאותה של הרשות, לגישתנו אין להקנות לשר הממונה סמכות להפוך החלטה של הרשות או להכריע בערר על החלטה של הרשות, והביקורת על החלטות הרשות צריכה להיות ביקורת שיפוטית בלבד.<sup>73</sup>

72 בהקשר זה נבחר כי לא מעט נושאים שהוסדרו עד עתה בתקנות שהתקין שר התקשורת יוסדרו לאחר הקמת הרשות באמצעות כללים שתתקין המועצה המנהלת – כללים שמעמדם הנורמטיבי יהיה דומה לזה של תקנות. לדוגמה, הפיקוח על תעריפים של מפעיל תקשורת לפי סעיף 15 לחוק התקשורת לא ייעשה עוד באמצעות תקנות שיתקין שר אלא בכללים שתתקין המועצה המנהלת.

73 בהקשר זה נציין כי אם הרשות שתוקם תהיה פנים-ממשלתית, נכון לקבוע בחקיקה במפורש כי השר הממונה לא יהיה רשאי ליטול ממנה סמכויות לעניין סעיף 34 לחוק יסוד: הממשלה.

כמפורט לעיל בחלק השני לחיבור זה, כיום מרבית ההחלטות של שר התקשורת או של משרד התקשורת ניתנות לתקיפה בהליך של עתירה לבג"ץ, ככל אקט של רשות מנהלית. במקרים מסוימים הקבועים בחוק התקשורת ניתן לערער על החלטות השר או המנכ"ל לפני בית משפט מחוזי או בית משפט לעניינים מנהליים, לפי העניין. על רקע ריבוי העתירות המוגשות לבג"ץ בתחום התקשורת ואופי הדיון המנהלי בבג"ץ נשמעת לא אחת הטענה כי דרושה ערכאה ייעודית שתתמחה בנושאי תקשורת, בדומה לטריבונל הבריטי (Competition Appeal Tribunal) שמוסמך לדון בעררים על החלטות מסוימות של OFCOM. שאלת הצורך בהקמתו של טריבונל ייעודי בעל התמחות מקצועית, שיוסמך להכריע בערעורים על החלטות של הרשות ולבחון את החלטות הרשות ואת שיקוליה לגופם, היא שאלה נפרדת ועשויות להיות לה השלכות גם לגבי תחומי הסדרה אחרים, ולכן חורגת מגדרו של חיבור זה.

## 8. מימון ותקציב

המקור התקציבי לפעילותה של הרשות יכול להיות תקציב ממשלתי, תשלומים שישלמו הגורמים המפוקחים (דמי רישיון, אגרת רישוי, אגרת תדרים) או שילוב של שני המקורות הללו.

לגישתנו, כדי שהרשות שתוקם תהיה אפקטיבית ויועמדו לרשותה האמצעים הדרושים לתפקודה היעיל מחד גיסא, וכדי לחזק ככל שניתן את עצמאותה מאידך גיסא, נכון ליצור מתכונת תקציבית המשלבת בין תשלומים שוטפים ממפעילי התקשורת לבין תקצוב מאוצר המדינה. ככל שהכנסות הרשות מתשלומים המתקבלים ממפעילי התקשורת יעלו על תקציב הרשות המתוכנן, תועבר היתרה לאוצר המדינה.

שילוב מעין זה דומה למודל הבריטי, שלפיו תקציבה של OFCOM מתבסס בעיקרו על תשלומים מאת הגופים המפוקחים, ונוסף על כך ניתן לה תקצוב ממשלתי; עם זאת יש בעולם מודלים שונים לעניין זה. בדוח אולניק הומלץ כי תקציב הרשות יהיה ממשלתי במלואו, בשל השיקול של הפרדה בין הגוף שתפקידו לקבוע את שיעור האגרות לבין הגוף העושה שימוש בכספים אלה.

אם הרשות שתוקם בסופו של יום תהיה פנים-ממשלתית, מימון פעילותה ייעשה במלואו מתקציב המדינה. בהצעת משרד התקשורת הוצע כי תקציב הרשות יעוגן בסעיף תקציבי נפרד, וכי הוא יביא לידי ביטוי הולם

את מגוון הצרכים של הרשות ושל מוסדותיה. לעניין זה, חשוב להבהיר במפורש כי על התקציב לתת ביטוי למגוון הפעילויות של הרשות הן בתחום הבזק והן בתחום השידורים. על פי הצעת משרד התקשורת, הממונה על סעיף תקציבי זה לעניין חוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, יהיה יושב ראש מועצת התקשורת במשותף עם חשב הרשות.

אחד ההיבטים הקשורים לנושא ניהול התקציב הוא העסקת עובדים. העסקה של כוח אדם מקצועי ומיומן היא הכרחית לביסוסה של רשות תקשורת אפקטיבית. לפיכך חשוב לאפשר להנהלת הרשות גמישות מרבית בהעסקת עובדים בחוזים מיוחדים, בפרט ככל שיאומץ מודל של רשות פנים-ממשלתית, בדומה להסדר שחל ברשות ההגבלים העסקיים.<sup>74</sup>

## 9. הליכים לקביעת הנורמות

בהתאם לחקיקת התקשורת וכמפורט בחלק השני לחיבור זה, הסדרתו של ענף התקשורת נעשית באמצעות מארג נורמטיבי הכולל הוראות חוק, תקנות וכללים, רישיונות, הוראות מנהל אחרות<sup>75</sup> ומסמכי מדיניות.

עם כינונה של רשות תקשורת, סמכויות ההסדרה יימסרו רובן ככולן לידי הגוף האקזקוטיבי ובעל המומחיות העומד בראשה – המועצה המנהלת. במסגרת זו תוסמך המועצה המנהלת להתקין כללים (במעמד נורמטיבי של חקיקת משנה<sup>76</sup>), להעניק רישיונות ולתת הוראות למפעילי תקשורת וכן לגבש מסמכי מדיניות. כאמור לעיל, בנושאים מובהקים של תוכן בשידורים, תהיה הסמכות להתקין כללים בידיה של מועצת תוכני השידור (למשל, כללים שעניינם אתיקה בשידורי הטלוויזיה והרדיו).

חשוב להבטיח כי תישמר עצמאותה של הרשות בקביעתם של כללי ההסדרה והנורמות בתחום התקשורת. אף שבדרך כלל הסמכות להתקין חקיקת משנה נתונה בידי שר הממונה על ביצוע החוק הרלוונטי, במקרה זה מוצע לצמצם את הסמכויות שיוותרו בידי השר. כאמור לעיל, מוצע כי

74 סעיף 341 לחוק ההגבלים העסקיים.

75 לענייננו, הוראת מנהל היא הוראה או הנחיה מאת הרגולטור הניתנת באופן פרטי למפעיל תקשורת; ראו גם ההגדרה למונח 'הוראת מנהל' בסעיף 3 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981.

76 השימוש במונח 'כללים' ולא במונח 'תקנות' במקרה זה הוא בהתאם להנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 2.3100 (60.012), שכותרתה 'חקיקת משנה: נוהל הנחיות'.

הסמכויות שייוותרו בידי שר התמ"ת יוגבלו לנושאים בעלי נגיעה מובהקת לנכסי המדינה, לתשלומים לאוצר המדינה (בתיאום עם שר האוצר) ולנושאים בעלי היבטים ביטחוניים (בתיאום עם שר הביטחון או עם ראש הממשלה, לפי העניין) או בין-לאומיים.

פיקוח או בקרה על הכללים שתתקין הרשות יתקיימו על ידי הכנסת במתכונת של פיקוח פרלמנטרי: ועדה רלוונטית מוועדות הכנסת תידרש לאשר כללים בנושאים מסוימים בעלי רגישות ציבורית או חברתית דוגמת תוכן בשידורים, בעלויות צולבות או שירות אוניברסלי.

במישור אחר הנוגע למדרג הנורמטיבי, מוצע כי החוק המסמך יהיה רחב דיו וכי עיקר פעילותה של הרשות ייעשה ברמה של הוראות מנהל ושל רישוי (ומיעוטה באמצעות חקיקת משנה). בשל אופיו הדינמי של תחום התקשורת יש לתת לרגולטור גמישות רבה בגיבוש הנורמות וכללי ההסדרה ובהתאמתם לנסיבות המשתנות.

## 10. סמכויות פיקוח ואכיפה

בידי הרגולטור נתונים כלים שונים לפיקוח ולאכיפה: איתור הפרות של כללי ההסדרה, מתן הוראות למפעיל תקשורת לפעול בהתאם לכללים, והטלת סנקציות במקרים המתאימים. כלים אלה הם נדבך חשוב במלאכת הרגולציה, והם אחד התנאים להגשמה של מדיניות הרגולטור ושל כללי ההסדרה.

עם זאת נכון להבהיר כי חקיקת התקשורת והסמכויות שיוקנו לרשות התקשורת מכוחה נועדו בראש וראשונה להתוות **מסגרת לפעילות** בענף התקשורת, מערך של כללי הסדרה ורישוי שעל פיהם יתנהלו הגורמים הפעילים בתחום. חקיקה מסוג זה שונה, למשל, מחקיקה בתחום הגנת הסביבה, שנועדה לקבוע כללי אסור ומותר בנושאים של שמירת הטבע, הגנה על בעלי חיים, מניעת זיהום וכיוצא באלה – ובהתאם לכך חלק ניכר מהפעילות הפיקוחית נושא אופי משטרתי ביחס למפרי חוק מקרב הציבור. לשון אחר: האיסורים הקבועים בחקיקת התקשורת אינם מטרה בפני עצמה (בשונה מהאיסורים הקבועים בדיני הגנת הסביבה), אלא הם אמצעי להבטחת האפקטיביות של כללי ההסדרה. סמכויות הפיקוח והאכיפה של רשות התקשורת הן סמכויות **נלוות** לפעילות המרכזית של הרשות, שהיא קביעת כללי הסדרה ורישוי.<sup>77</sup>

77 היבט זה גם מחליש את הטיעון שלפיו מאחר שהרשות מבצעת פעילות בעלת

כדי לקבוע אלו סמכויות פיקוח ואכיפה נכון להקנות לרשות התקשורת יש להתייחס תחילה לסמכויות הנתונות כיום לגופי ההסדרה ולבחון את הצורך בשינוי. כלי הפיקוח והאכיפה העומדים לרשותם של שר התקשורת ומשרד התקשורת הם כלים מנהליים בעיקרם.<sup>78</sup> בתמצית, בהיבט הפיקוח משרד התקשורת מוסמך לדרוש מבעלי רישיונות מסמכים ונתונים שונים וכן להיכנס לחצריו של בעל רישיון; בהיבט האכיפה המשרד רשאי להורות למפעיל תקשורת לתקן הפרה או ליקוי שנתגלו בפעילותו, להטיל עיצום כספי, לחלט ערבות בנקאית ובמקרים קיצוניים אף לבטל את רישיונו או להתלותו. נוסף על כך, הפרה של הוראות מסוימות בחקיקת התקשורת מהווה עברה פלילית.

זהו המצב גם בתחום השידורים המסחריים: הפיקוח של המועצה לשידורי כבלים הוא פיקוח מנהלי, והסמכויות המסורות לה דומות לאלה של משרד התקשורת. גם לגבי הרשות השנייה המצב דומה בעיקרו, כאשר בהיבט האכיפה הרשות מוסמכת להטיל קנסות מנהליים במקרה של הפרה<sup>79</sup> (ולא עיצום כספי), וכן היא רשאית ליטול זמני שידור מבעל זיכיון שהפר את כללי הרגולציה.

על רקע הריבוי של שירותי תקשורת וההתפתחות של טכנולוגיות מתקדמות, הכלים העומדים כיום לרשות הגורמים המסדירים את ענף התקשורת אינם מספקים לצורך ביצוע משימות של פיקוח ואכיפה, ובכלל כך איתור הפרות של כללי הרגולציה. הקושי נעוץ בעיקר באלה:

**(א) תחולה מוגבלת של סמכויות הפיקוח.** על פי הדין הקיים, סמכויות הפיקוח והאכיפה חלות על מפעילי תקשורת שקיבלו רישיון או זיכיון, אך למשרד אין סמכויות מול גורמים המספקים שירותי תקשורת באופן לא מורשה (מפעילים פיראטיים). יכולת ההתמודדות של משרד התקשורת עם מפעילים פיראטיים היא מוגבלת, משום שאין למשרד סמכות ליתן הוראות או להטיל סנקציות באופן ישיר על המפעיל הפיראטי, ולמעשה פעילות האכיפה מתמצה בעיקרה במתן הוראות לבעלי תשתיות התקשורת שלא לספק למפרים קווי תקשורת או שירותי תשתית אחרים. מעבר לכך, הפעילות הבלתי מורשית

---

אופי פיקוחי יש להקימה כגוף פנים־ממשלתי; בהבדל, למשל, מהרשות להגבלים עסקיים (שהיא גוף פנים־ממשלתי) שבמוקד עיסוקה אכיפת האיסורים על פעילות אנטי־תחרותית.

78 לדיון מפורט ראו **לעיל** בחלק השני בחיבור זה.

79 לפי חוק העבירות המינהליות, התשמ"ו-1985 (להלן: חוק העבירות המינהליות).

מהווה עברה פלילית, אולם אכיפה משטרתית כמעט שאינה מתבצעת.

**(ב) אמצעי חקירה מוגבלים.** ממצאי הפיקוח מתבססים בעיקרם על דיווחים המתקבלים מחברות התקשורת, ולעתים קרובות קשה להתחקות אחר הגורם המפר או להוכיח את האחריות או את הקשר של מפעיל התקשורת לביצוע ההפרה. קושי זה ניכר במיוחד כשמדובר בשירותים המסופקים באמצעות מתקנים ושרתים הממוקמים בחו"ל או כשתעבורת הנתונים מתבצעת באמצעות רשת האינטרנט.

**(ג) היעדר הרתעה.** מדיניות האכיפה אינה מרתיעה דיה, ובכך מתאפשרות לא אחת 'הפרות יעילות' (מצב שבו התועלת הצומחת למפר מן ההפרה עולה על הנזק שנגרם לו עקב אמצעי אכיפה הננקטים נגדו).

לשם התמודדות עם הקשיים שהוצגו לעיל נדרש שינוי מהותי באופי הפיקוח הרגולטורי המצריך תיקון חקיקה. במסגרת זו, עם הקמתה של רשות התקשורת, מוצעים שינויים אלה:

**(א) הסמכת הרשות להפעיל כלי פיקוח ואכיפה נגד גורמים לא מורשים.**

מוצע להרחיב את סמכותה של הרשות לפעול נגד גורמים לא מורשים הפועלים בענף התקשורת, כך שתוכל להפעיל כלי חקירה (לבירור עובדתי ולאיסוף ראיות) ולהטיל עיצומים כספיים גם על מפעיל לא מורשה. לחלופין מוצע לקבוע עברה של מתן שירות תקשורת ללא רישיון כעברה מנהלית ולהסמיך את יושב ראש הרשות להטיל בגינה קנס מנהלי.<sup>80</sup>

נוסף על כך ניתן להסמיך תובעים פליליים מקרב עובדי הרשות להגיש כתבי אישום בגין העברות הקבועות בחקיקת התקשורת. אל נוכח ההשלכות של הגשת כתב על זכויות הפרט, העמדה המקובלת במשרד המשפטים היא שסמכות זו ראוי שתופעל רק על ידי עובד המדינה. לכן, אם תוקם הרשות כרשות חוץ-ממשלתית ותהיה התנגדות לכך שעובד הרשות יוסמך להגיש כתבי אישום, אפשר כי הסמכות האמורה תימסר לידי תובעים במשרד התמ"ת.

**(ב) הרחבת סמכויות ומימונויות חקירה.** כדי להגביר את יכולת הפיקוח

של הרגולטור מוצע להקנות לחוקרים מקרב עובדי הרשות סמכויות שיאפשרו בירור עובדתי ואיסוף ראיות, במיוחד בשים לב למורכבות ולחדשנות הטכנולוגית של פעילויות שונות בתחום. מוצע כי יימסרו לרשות סמכויות 'חיקור ושיטור' מסוימות, דוגמת הסמכות לערוך חיפוש, לבצע תפיסה

80 בהתאם לחוק העבירות המינהליות, התשמ"ה-1985.

ולחקור חשודים ועדים, בדומה לסמכויות המסורות כיום לרשות ההגבלים העסקיים ולרשות ניירות ערך. עמדתו של משרד המשפטים היא שסמכויות חקירה יוקנו לעובדי מדינה ולא לתאגיד סטטוטורי, ולכן אם תוקם רשות חוץ-ממשלתית ולא תתקבל התזה שהרשות היא הגוף המתאים להפעלת סמכויות חקירה במודל דומה לרשות ניירות ערך, ניתן יהיה להסמיך יחידה מיוחדת שתעסוק בכך במשרד התמ"ת.

**(ג) אימוץ מדיניות אכיפה אסרטיבית.** נוסף על האמור לעיל נדרש להגביר את מאמצי האכיפה במקרים מתאימים ולפי סדר קדימות שייקבע, ובמסגרת זו להטיל עיצומים וקנסות בשיעור יעיל ומרתיע על הגורמים המפרים את כללי ההסדרה – אם בעלי רישיונות ואם גורמים הפועלים ללא רישיון.<sup>81</sup>

לסיום נכון לומר כי לצד הצורך בהגברה ובהיזוק של אמצעי הפיקוח והאכיפה, חשוב אף יותר כי רשות התקשורת תקבע כללי הסדרה מהותיים ומסגרות רישוי שיהיו מעודכנים ומותאמים למציאות המשתנה, בעיקר לשינויים ולחידושים טכנולוגיים. עדכון והתאמה של הרגולציה כאמור עשויים להוות תמריץ לגורמים הפועלים בענף לפעול כנדרש תחת מסגרת של רישוי ובהתאם לכללי ההסדרה, ולהימנע מניסיונות עקיפה או התחמקות מעולה של הרגולציה.

81 לאחרונה תוקן חוק התקשורת באופן המאפשר הטלת עיצום כספי בסכום גבוה, בהתאם לרמת הכנסותיה של החברה המפרה (ראו לעיל בחלק השני, פרק ראשון, סעיף 4.4.ב).



## אל מערך רגולטורי משופר

בחיבור זה ביקשנו להציג ניתוח של הרגולציה בענף התקשורת בישראל, תוך התמקדות בגורם המסדיר את הפעילות בענף – הרגולטור.

מחקר מדיניות זה נערך כמסע מודרך, שתחילתו בחינה של יסודות עיוניים, הצדקות לרגולציה ואפיון של שיקול הדעת הרגולטורי (החלק הראשון); המשכו היכרות עם כללי ההסדרה הנוהגת (החלק השני); וסופו המלצה מעשית בדבר הקמה של רשות תקשורת שתהיה מופקדת על הסדרת הענף (החלק השלישי).

התזה שביקשנו לבסס בחיבור זה היא כי יש להפקיד את מלאכת ההסדרה של ענף התקשורת בידיה של רשות מקצועית ועצמאית, שתורכב מאנשים בעלי מומחיות רבת-תחומית והבנה מעמיקה של התכליות והשיקולים שביסוד הסדרתו של הענף. לרשות כזו יהיו כלים מתאימים להפעלת שיקול דעת רגולטורי ולקבלת החלטות שיגשימו באופן מיטבי את תכליות ההסדרה.

כפי שהוצג בחלק הראשון, הצורך בהתערבות רגולטורית בתחומי הבזק והשידורים נעוץ בשורה ארוכה של טעמים והצדקות שניתן לסווגם כך: הצדקות יסוד לרגולציה (כגון האינטרס הציבורי ותיקון כשלי שוק); טעמים כלליים לרגולציה (כגון קידום התחרות והאינטרס הצרכני); וטעמים הכרוכים באופיו של הענף (כגון היבטים טכנולוגיים וניהול משאבים ציבוריים). בד בבד, טעמים והצדקות אלה מהווים שיקולים שעל הרגולטור לשקול כשהוא מפעיל את סמכויותיו.

אחד המאפיינים העיקריים להסדרתו של ענף התקשורת הוא שההסדרה נדרשת לתת מענה ולאזן בין שורה של זכויות ואינטרסים, לעתים מתנגשים, של התעשייה, הצרכנים, היוצרים, אוכלוסיות בעלות צרכים מיוחדים, צרכי המדינה ועוד. נוסף על כך, בהיותו של ענף התקשורת ענף דינמי הנתון בשינוי מתמיד, אחד האתגרים המרכזיים העומדים לפני הרגולטור הוא להתאים את כללי ההסדרה למציאות הטכנולוגית המשתנה ולעודד חדשנות ופיתוח טכנולוגיים.

נוכח מורכבות זו של מלאכת הרגולציה ביקשנו לעמוד על טיבו של הליך שיקול הדעת הרגולטורי, על ייחודו ומאפייניו.

בחלק הראשון הצגנו מודל המאפיין את מתווה שיקול הדעת הרגולטורי בשלושה רבדים: ברובד הראשון – דרישות מבניות, כלומר: דרישות מסגרת הצריכות להתקיים לאורך כל התהליך, דוגמת תשתית עובדתית, רלוונטיות וקוהרנטיות; ברובד השני – שיקולים מהותיים, כלומר: כלל השיקולים הרלוונטיים לרגולציה של הענף; וברובד השלישי – הערכה, איזון והחלטה, כלומר: מלאכת האיזון בין השיקולים השונים וקבלת הכרעה תוך עמידה בדרישות הסבירות והמידתיות.

בהקשר זה ביקשנו לעמוד על השוני בין שיקול דעת שיפוטי לשיקול דעת רגולטורי. בהליך של ביקורת שיפוטית בוחן בית המשפט אם החלטה שהתקבלה לא חצתה קו אדום של אי־סבירות או אי־מידתיות. מתחם הסבירות והמידתיות הוא כלי שמאפשר לבית המשפט, בין היתר, להבחין בין סבירות או מידתיות שהיא בעייתית ברמה מתונה ונסבלת, שאפשר לספוג אותה במבחן של ביקורת שיפוטית, לבין אי־סבירות ואי־מידתיות ממשית או קיצונית המצדיקה את התערבותו. לגישתנו, בשונה מהליך של ביקורת שיפוטית, הרי בשלב של הפעלת שיקול דעת לקראת קבלת החלטה רגולטורית, הרגולטור לא יכול להסתפק במבחן של 'עובר בג"ץ', וחובתו לבחור בחלופה המגשימה באופן **מיטבי** את תכליות ההסדרה ויעדיה.

בהמשך, בחלק השני, הבאנו סקירה של ההסדרים העיקריים הקבועים בדיני התקשורת בהתייחס לתחום הבזק, לתחום התדירים לתקשורת אלחוטית ולתחום השידורים לציבור. סקירה זו, נוסף על היותה מורה דרך תמציתי לדיני התקשורת ולרגולציה הנוהגת, ממחישה את מורכבות הסדרתו של הענף ומחדדת את הצורך בהקמה של רשות תקשורת.

כל האמור מוביל, לטעמנו, להכרה בחשיבות המבנה המוסדי של הרשות המסדירה. מבנה הרגולטור צריך להיות כזה שיוכל לתת ביטוי נאמן למגוון השיקולים הרלוונטיים ולאזן ביניהם באופן מיטבי. לשם כך נדרשים שני תנאים מרכזיים: עצמאות ומקצועיות רב־תחומית. הרגולטור צריך להיות רגולטור עצמאי הנהנה ממעמד בלתי תלוי, שאינו כפוף לשר פוליטי או למערך ממשלתי ושאינו מייצג מי מקבוצות האינטרסים או השיקולים הרלוונטיים להחלטותיו. נוסף על כך, הרכב הגוף הרגולטורי צריך לכלול הבנה ויכולות מקצועיות רב־תחומיות, שבאמצעותן יוכל הרגולטור לטפל באופן הולם ומעמיק במשימות העומדות בפניו ולגבש הסדרה קוהרנטית וארוכת טווח.

המודל שהצענו להקמתה של רשות תקשורת בישראל נשען במידה רבה על התפיסה שביסוד המודל הבריטי (OFCOM), ובפרט על העקרונות של

תאגיד סטטוטורי עצמאי (חוץ־ממשלתי) ורשות מאוחדת לטלקום ושידורים. על רקע הצגת התכליות והשיקולים השונים המשמשים בהסדרה מתחדד הצורך בגוף רגולטורי אחד, שיוכל לבצע את המלאכה תוך ראיית המכלול ושילוב בין מרכיביו וקטביו – 'a converged regulator' ('רגולטור מאוחד'), כפי ש-OFCOM מכנה את עצמה.<sup>82</sup> גוף כזה יכלול את המומחיות של הדיסציפלינות השונות, ומתוך כל אלה ינסה להגיע לשילוב הגיוני וקוהרנטי של מדיניות רגולטורית.

לפי המודל המוצע בחלק השלישי תעמוד בראש הרשות מועצה מנהלת של חמישה חברים, שתחזיק במרב סמכויות ההסדרה המעוגנות בדיני התקשורת. לצדה תפעל מועצת תוכני שידור של שבעה חברים, שתעסוק באופן ייעודי בהסדרה של היבטים הנוגעים לתוכן בשידורים, ומעבר לכך תשמש כגוף מייעץ למועצה המנהלת בנושאי שידורים. מרכיבי המודל המוצע – ובכללם מטרות הרשות ותפקידיה, תנאי כשירות ודרכי מינוי של חברי המועצות, פיקוח על פעילות הרשות, מימון הרשות ותקציבה, הליכי קביעת הנורמות בידי הרשות וסמכויות פיקוח ואכיפה – פורטו בחלק השלישי.

כאמור, התמקדנו בחיבור זה בצורך הממשי – בבחינת צו השעה – להסב את **מבנה הרגולטור** ממשד ממשלתי שבראשו עומד שר, ומשתי מועצות ציבוריות, לרשות מקצועית, עצמאית ומאוחדת. ואולם לשם השגת מערך רגולטורי משופר יש צורך ממשי, נוסף על כינונה של רשות תקשורת, לערוך רפורמה גם **בכללי הרגולציה** עצמם, שלפיהם מוסדרת הפעילות בענף.

אחד הנושאים המרכזיים שבו, לטעמנו, נדרש שינוי מהותי של כללי ההסדרה, הוא נושא הרישוי. כלל היסוד בדיני התקשורת – העובר כחוט השני דרך חוק התקשורת, חוק הרשות השנייה ופקודת הטלגרף – קובע כי כל פעילות בתחומי הבזק או השידורים אסורה אלא אם הותר לבצעה תחת רישוי מתאים (רישיון, זיכיון או היתר כללי). בפועל, מערך הרישוי מבוסס כיום על רישיונות פרטניים, וכל גורם המעוניין לספק שירותי תקשורת נדרש להגיש בקשה מפורטת (או הצעה במכרז, לפי העניין), ומתן הרישיון (או הזיכיון) נתון לשיקול דעתו של הרגולטור.

תפיסה רגולטורית זו התאימה בעיקרה לשלב שבו התקיים תהליך של פתיחה מדורגת ומבוקרת של ענף התקשורת לתחרות. אולם עתה, כשכל

82 לעיל, חלק שלישי, הערה 34.

מגזרי הפעילות בענף נפתחו לתחרות, תפיסה זו מכבידה שלא לצורך על כניסתם של שחקנים חדשים לענף ועל חדירתם של שירותים חדשים, בפרט כשהחדשנות והפיתוחים הטכנולוגיים מקדימים לא אחת את מדיניות הרישוי הנקבעת על ידי הרגולטור.

לפיכך אחד האתגרים שיעמדו לפני רשות התקשורת, לכשתוקם, הוא לבצע שינוי דרמטי בתפיסת הרישוי, בכיוון משטר הרישוי הנוהג כיום באיחוד האירופי. לפי המודל האירופי, שירותי תקשורת ניתנים ככלל תחת הרשאה כללית שאינה מצריכה בקשה לרישוי פרטני; רישוי פרטני חל כאשר נדרשת הקצאה של משאב מוגבל (תדרים, מספור) או כשנדרש לקבוע תנאים לפעילותו של מפעיל בעל כוח שוק משמעותי.

אתגר נוסף שיעמוד לפתחה של רשות התקשורת הוא התאמה של כללי ההסדרה לעידן ההתלכדות (convergence) ולזיקה ההולכת ומתהדקת בין יישומים שונים בתחומי הבזק והשידורים, המסופקים בטכנולוגיית IP בפס רחב.

אנו מקווים כי חיבור זה יעורר דיון מחודש בסוגיית רשות התקשורת בישראל וכי יהיה בו כדי לתרום להקמתה.

# רשימת המקורות

## חקיקה ישראלית

### חקיקה ראשית

- חוק איסור שידורים שלא כדין (תיקוני חקיקה), התשס"ד-2004.
- חוק בתי המשפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000.
- חוק גלי צה"ל – שידורי רדיו של צבא הגנה לישראל (שידורי חסות ותשדירי שירות) (הוראת שעה), התשס"ה-2005.
- חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988.
- חוק להגבלת עוצמת הקול בשידורי פרסומת, בקדימונים ובשידורים אחרים (תיקוני חקיקה), התשס"ח-2008.
- חוק להגברת הצמיחה והתעסוקה ולהשגת יעדי התקציב לשנת הכספים 1998 (תיקוני חקיקה), התשנ"ח-1998.
- חוק ההתגוננות האזרחית, התשי"א-1951.
- חוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010), התשס"ט-2009.
- תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.
- חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998.
- חוק יסוד: חופש העיסוק.
- חוק הטיס (עבירות ושיפוט), התשל"א-1971.
- פקודת הטלגרף האלחוטי [נוסח חדש], התשל"ב-1972.
- חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.
- חוק המדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2005 (תיקוני חקיקה), התשס"ה-2005.
- חוק יסוד: הממשלה.
- חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), התשס"ח-2007.
- חוק סיווג, סימון ואיסור שידורים מזיקים, התשס"א-2001.
- חוק העבירות המינהליות, התשמ"ו-1985.
- חוק הפרשנות, התשמ"א-1981.
- חוק הקולנוע, התשנ"ט-1999.
- חוק רשות השידור, התשכ"ה-1965.

- חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, התש"ן-1990.
- חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998.
- חוק שידורי טלוויזיה (כתוביות ושפת סימנים), התשס"ה-2005.
- חוק שידורי טלוויזיה מהכנסת, התשס"ד-2003.
- חוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002.
- חוק התכנית להבראת כלכלת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2003 ו-2004), התשס"ג-2003.
- חוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982.

## הצעות חוק

- הצעת חוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2002), התשס"ב-2001.
- הצעת חוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2008), התשס"ח-2007.
- הצעת חוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010), התשס"ט-2009.
- טיטות חוק הרשות הישראלית לתקשורת, התשס"ג-2003.
- תזכיר חוק הרשות הישראלית לתקשורת, התשס"ג-2003.
- טיטות חוק הרשות הישראלית לתקשורת, התשס"ד-2004.
- הצעת חוק רשות השידור (תיקון מס' 18), התשס"ח-2008.
- הצעת חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (תיקון מס' 20) (שידורי רדיו ארציים ייעודיים), התשס"ד-2004.
- הצעת חוק התכנית להבראת כלכלת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2003 ו-2004), התשס"ג-2003.
- הצעת חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 41) (שירות סינון של תכנים בלתי הולמים לקטינים באינטרנט), התשס"ח-2008.

## חקיקת משנה

- צו הטלגרף האלחוטי (אי תחולת הפקודה), התשמ"ב-1982.
- צו הטלגרף האלחוטי (אי תחולת הפקודה) (מס' 2), התשמ"ב-1982.
- צו הטלגרף האלחוטי (אי תחולת הפקודה), התשמ"ד-1983.

צו שעת-חירום (הגשת דברי דפוס ופרסומים לביקורת מוקדמת ואיסור דפוס ופרסום), התשמ"ט-1988.

צו התקשורת (בזק ושידורים) (קביעת שירות חיוני שנותנת 'בזק', החברה הישראלית לתקשורת בע"מ), התשנ"ז-1997.

תקנות הבזק (כהונתם של חברי המועצה לשידורי כבלים וסדרי עבודתה של המועצה), התשמ"ז-1987.

תקנות הבזק (הפיקוח על פעולותיו של בעל רשיון), התשמ"ו-1986.

תקנות הטלגרף האלחוטי (תעודות, רשיונות ואגרות), התשמ"ז-1987.

תקנות רשות השידור (השימוש בתדרי רדיו), התשנ"ו-1996.

תקנות התקשורת (בזק ושידורים) (הליכים ותנאים לקבלת רשיון כללי ייחודי), התשס"ד-2004.

תקנות התקשורת (בזק ושידורים) (הליכים ותנאים לקבלת רשיון כללי למתן שירותי בזק בין-לאומיים), התשס"ד-2004.

תקנות התקשורת (בזק ושידורים) (הליכים ותנאים למתן רשיון לשידורי לוויין), התשנ"ח-1998.

תקנות התקשורת (בזק ושידורים) (פרטי בקשה לרשיון מיוחד), התשס"ד-2004.

תקנות התקשורת (בזק ושידורים) (תשלומים בעד קישור-גומלין), התש"ס-2000.

תקנות התקשורת (בזק ושידורים) (תשלומים בעד שירותי בזק), התשס"ו-2007.

## הנחיות

'רציפות פעולות החקיקה עם כינון ממשלה חדשה', **הנחיות היועץ המשפטי לממשלה** 2.3000 (התשמ"ד, עדכון התשס"ג).

'חקיקת משנה: נוהל והנחיות', **הנחיות היועץ המשפטי לממשלה** 2.3100 (60.012) (התשמ"ו, עדכון התשס"ד).

## הסכמים בין-לאומיים

הסכם ביניים ישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה, מיום 28 בספטמבר 1995, נספח III – פרוטוקול בנושא עניינים אזרחיים, תוספת 1, סעיף 36 – בזק, **כתבי אמנה** 1071.

הסכם בין ישראל לירדן מיום 26.3.00: GSM Frequencies Coordination Agreement.

GSM Frequency Assignment :7.5.98 הסכם בין ישראל לרשות הפלסטינית מיום  
.and Terms of Operation

General Agreement on Trade in Services (GATS), Marrakesh Agreement  
Establishing the World Trade Organization, 1994 + GATS Fourth  
Protocol, 1997.

Constitution and Convention of the International Telecommunication Union,  
Geneva, Edition of 2007.

Radio Regulations, ITU, Geneva, Edition of 2008.

Treaty Establishing the European Community 1957 (as amended).

## חקיקה זרה

Commission Directive 2002/77 of 16 September 2002 on competition in the  
markets for electronic communications networks and services, OJ L  
249, 17.9.2002.

Council Directive 89/552 of 3 October 1989 on the coordination of certain  
provisions laid down by law, regulation or administrative action in  
Member States concerning the pursuit of television broadcasting  
activities, OJ L 298, 17.10.1989, as amended by Directive 97/36, OJ L  
202, 30.7.97.

Decision No. 676/2002 of the European Parliament and of the Council of 7  
March 2002 on a regulatory framework for radio spectrum policy in the  
European Community, OJ L 108, 24.4.2002.

Directive 2002/19 of the European Parliament and of the Council of 7 March  
2002 on access to, and interconnection of, electronic communications  
networks and associated facilities, OJ L 108, 24.4.2002.

Directive 2002/20 of the European Parliament and of the Council of 7 March  
2002 on the authorisation of electronic communications networks and  
services, OJ L 108, 24.4.2002.

Directive 2002/21 of the European Parliament and of the Council of 7 March  
2002 on a common regulatory framework for electronic communications  
networks and services, OJ L 108, 24.4.2002.



Directive 2002/22 of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services, OJ L 108, 24.4.2002.

Directive 2002/58 of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector, OJ L 201, 31.7.2002.

Directive 2007/65 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2007 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities, OJ L 332, 18.12.2007.

Office of Communications Act 2002 (UK).

Communicaions Act 2003 (UK).

## פסיקה

בג"ץ 3/58 יונה ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב 1493.

בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה נ' לוי גרי, פ"ד טז 2407.

בג"ץ 56/76 ברמן נ' שר המשטרה, פ"ד לא(2) 687.

בג"ץ 542/76 קונסורטיום אינטרנשיונל נ' מנכ"ל משרד התקשורת, פ"ד לא(3) 477.

בג"ץ 297/82 ברגר ואח' נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29.

ע"ב 2/84 נימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד לט(2) 225.

בג"ץ 757/84 איגוד העיתוננים היומיים נ' שר החינוך והתרבות (פורסם בנבו).

בג"ץ 413/85 חץ אלקטרוניקה נ' שר התקשורת, פ"ד מא(3) 235.

ד"נ 14/87 איגוד העיתוננים היומיים נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מא(4) 602.

בג"ץ 935/89 אורי גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485.

בג"ץ 3424/90 איגוד העיתוננים היומיים נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מה(2) 24.

ע"א 105/92 ראם מהנדסים וקבלנים נ' עירית נצרת-עילית, פ"ד מז(5) 189.

בג"ץ 1703/92 ק.א.ל קוי אויר למטען נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(4) 193.

בג"ץ 3472/92 ברנד נ' שר התקשורת, פ"ד מז(3) 143.

בג"ץ 6127/92 בזק נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(1) 466.

בג"ץ 1074/93 היועמ"ש ובזק נ' ביה"ד הארצי לעבודה, פ"ד מט(2) 485.

בג"ץ 1452/93 איגלו נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד מז(5) 610.

- בג"ץ 2481/93 יוסף דיון נ' ניצב יהודה וילק, פ"ד מח(2) 456.
- בג"ץ 6219/93 ד"ר שלמה כהן נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מט(2) 529.
- בג"ץ 7198/93 מיטראל נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד מח(2) 844.
- בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441.
- בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412.
- בג"ץ 1008/94 גל קשר נ' שרת התקשורת, דינים עליון מב 203.
- בג"ץ 1255/94 בזק נ' שרת התקשורת, פ"ד מט(3) 661.
- בג"ץ 1605/94 טלסינימה נ' שרת התקשורת, פ"ד נב(3) 803.
- בג"ץ 3344/94 שחף נתיבי אויר נ' שר התחבורה, דינים עליון מב 179.
- בג"ץ 5503/94 לילי סגל נ' יושב־ראש הכנסת, פ"ד נא(4) 529.
- בג"ץ 6032/94 רשת נ' רשות השידור, פ"ד נא(2) 790.
- בג"ץ 6481/94 טלעד שירותי מידע טלפוניים נ' משרד התקשורת, פ"ד מט(1) 207.
- ערר 7/95 בזק נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, דינים מחוזי לב(1) 65.
- בג"ץ 635/95 מוניות הדרים נ' שר התחבורה, פ"ד נא(5) 723.
- בג"ץ 1869/95 חברה להובלת דלק נ' שר התחבורה, פ"ד מט(5) 559.
- ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה, פ"ד נב(5) 213.
- בג"ץ 3975/95 קניאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(5) 459.
- בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נו(1) 235.
- בג"ץ 320/96 יעל גרמן נ' מועצת עיריית הרצליה, פ"ד נב(2) 222.
- בג"ץ 5016/96 ליאור חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1.
- בג"ץ 5240/96 ג'ועמיס נ' שר הפנים, פ"ד נא(1) 289.
- בג"ץ 7128/96 תנועת נאמני הר הבית נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(2) 509.
- בג"ץ 7721/96 איגוד שמאי ביטוח נ' המפקח על הביטוח, פ"ד נה(3) 625.
- בג"ץ 508/98 מת"ב נ' הכנסת, פ"ד נד(4) 577.
- בג"ץ 3136/98 אגד נ' שר התחבורה, פ"ד נב(5) 705.
- דנ"א 4465/98 טבעול נ' שף הים, פ"ד נו(1) 56.
- ת"פ (י-ס) 4830/98 מדינת ישראל נ' יעקב כץ (פורסם בנבו).
- בג"ץ 5933/98 פורום היוצרים הדוקומנטריים נ' נשיא המדינה, פ"ד נד(3) 496.
- בג"ץ 7852/98 ערוצי זהב נ' שרת התקשורת, פ"ד נג(5) 423.
- בג"ץ 1030/99 ח"כ חיים אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 640.

- בג"ץ 3073/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר החינוך, פ"ד נד(3) 529.
- בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25.
- בג"ץ 4915/00 רשת נ' ממשלת ישראל, פ"ד נד(5) 451.
- רע"פ 5534/00 נחמני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו).
- בג"ץ 5812/00 Samedan Mediterranean Sea נ' הממונה על ענייני הנפט, פ"ד נה(4) 312.
- בג"ץ 6406/00 בזק נ' שר התקשורת, פ"ד נח(1) 433.
- תב"מ 16/01 ש"ס נ' אופיר פינס, החלטות והנחיות ועדת הבחירות המרכזית, 2001, עמ' 60.
- בג"ץ 1514/01 גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נה(4) 267.
- עע"מ 6352/01 חדשות ישראל נ' שר התקשורת, פ"ד נו(2) 97.
- בג"ץ 7200/02 די.בי.אס שירותי לוויין נ' המועצה לשידורי כבלים, פ"ד נט(6) 21.
- בג"ץ 9435/02 בזק נ' שר התקשורת (פורסם בנבו).
- בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249.
- בג"ץ 2753/03 קירש נ' ראש המטה הכללי, פ"ד נו(6) 359.
- בג"ץ 5432/03 ש.י.נ' המועצה לשידורי כבלים, פ"ד נח(3) 65.
- בג"ץ 6962/03 מדיה מוסט נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נט(3) 14.
- בג"ץ 10203/03 המפקד הלאומי בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו).
- בג"ץ 10338/03 וש טלקנל נ' שר התקשורת (פורסם בנבו).
- רע"פ 10462/03 הלינור הראר נ' מדינת ישראל פ"ד (2) 70.
- בג"ץ 2577/04 אל חוואג'ה נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו).
- ע"א (ת"א) 4033/04 סלקום ישראל נ' משרד התקשורת (פורסם בנבו).
- בג"ץ 11421/04 בזק נ' שר התקשורת (פורסם בנבו).
- בש"א (ת"א) 150842/04 מעבדות גלקסי נ' משרד התקשורת (פורסם בנבו).
- בג"ץ 3483/05 די. בי. אס שרותי לוויין נ' שרת התקשורת (פורסם בנבו).
- בש"א 802/05 (י-ם) שרת התקשורת נ' 'בזק' (פורסם בנבו).
- רע"א 7852/05 ו-7909/05 חברת פרטנר תקשורת וסלקום ישראל נ' מדינת ישראל – משרד התקשורת (פורסם בנבו).
- בג"ץ 11751/05 פלונית נ' פלוני (לא פורסם).

- בג"ץ 956/06 איגוד הבנקים בישראל נ' שר התקשורת (פורסם בנבו).  
 עע"ם 10845/06 שיזורי קשת נ' הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו (פורסם בנבו).  
 בש"א (ת"א) 162365/06 בזק בינלאומי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו).  
 עת"מ (י-ם) 890/07 התנועה לחופש המידע נ' משרד התקשורת (לא פורסם).  
 בג"ץ 1139/07 בזק בינלאומי נ' שר התקשורת ואח' (פורסם בנבו).  
 בר"ע (ת"א) 1278/07 בזק בינלאומי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו).  
 ת"פ (ראשל"צ) 3931/07 מדינת ישראל נ' שמואל בן-עטר (פורסם בנבו).  
 ע"פ (י-ם) 40671/07 ברק מדר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו).  
 בש"פ 10848/07 ישראל בונדק נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו).  
 בג"ץ 365/08 נטויז'ן ואח' נ' משרד התקשורת (פורסם בנבו).

H.C. No. 88/28 *Dr. Moshe Lehrer v. The Postmaster-General, Collection of Judgments of the Courts of Palestine 1919-1933*, Vol. VI p.1486.

## ספרות

- אורי ארבל-גנץ, **רגולציה: הרשות המפקחת** (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2003).  
 אריסטו, **אתיקה**, מהדורת ניקומאכוס (תרגום יוסף ליבס, שוקן, תשל"ג).  
 ברוך ברכה, **משפט מינהלי** (נבו, 1996).  
 אהרן ברק, **פרשנות במשפט** (נבו, תשנ"ב).  
 ———, **פרשנות תכליתית במשפט** (נבו, תשס"ג).  
 דפנה ברק, 'חופש הגישה לאמצעי התקשורת – איזון אינטרסים בתחומי הזכות לחופש-ביטוי', **עיוני משפט** יב (תשמ"ז) 183.  
 יוסי דהאן, 'למי שייכת האדמה הזו – על זכויות ותפיסות צדק חלוקתי', **משפט וממשל** ח' (תשס"ה) 223.  
 ירון האזרחי, זוהר גושן ושמואל לשם, **בעלות צולבת: שליטה ותחרות בשוק התקשורת הישראלי** (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2003).  
 יצחק זמיר, **הסמכות המינהלית** (נבו, תשנ"ו).  
 ———, 'פיקוח ציבורי על פעילות פרטית', **משפט ועסקים** ב (תשס"ה) 67.  
 ———, 'שיקול הצדק בהחלטות מינהליות', **משפט וממשל** ז (תשס"ה) 623.  
 אורן טוקטלי, **מדיניות תקשורת בישראל** (האוניברסיטה הפתוחה, 2000).  
 יזהר טל, 'הכרזת העצמאות: עיון היסטורי-פרשני', **משפט וממשל** ו' (תשס"ג) 551.

——, 'רשות התקשורת כרשות עצמאית', **רשות תקשורת חדשה? המשפט, השוק והשיח הציבורי** 45 (המרכז למשפט וטכנולוגיה, הפקולטה למשפטים אוניברסיטת חיפה, 2004).

דוד לוי-פאור, 'יותר תחרות, יותר רגולציה: "מהפכת התקשורת" בישראל ותפקיד המדינה', **פוליטיקה: כתב עת למדע המדינה וליחסים בינלאומיים** 4 (דצמבר 1999).

דוידה לחמן-מסר, 'רשות לאומית לתקשורת', **רשות תקשורת חדשה? המשפט, השוק והשיח הציבורי** 49 (המרכז למשפט וטכנולוגיה, הפקולטה למשפטים אוניברסיטת חיפה, 2004).

מנחם מאוטנר (עורך), **צדק חלוקתי בישראל** (קובץ מאמרים, הוצאת רמות, אוניברסיטת תל אביב, התשס"א).

רובי סיבל, **משפט בינלאומי** (האוניברסיטה העברית, 2003).

דורית ענבר, 'הרשות הישראלית לתקשורת כהצעתה במסגרת תזכיר החוק', **רשות תקשורת חדשה? המשפט, השוק והשיח הציבורי** 23 (המרכז למשפט וטכנולוגיה, הפקולטה למשפטים אוניברסיטת חיפה, 2004).

יובל קרניאל, **דיני התקשורת המסחרית** (המכון למחקרי משפט וכלכלה, 2003).

רמב"ם, משנה תורה, הלכות דעות, פרק א, הלכה ד.

——, שמונה פרקים (הקדמה למסכת אבות, פרק ד).

אבי שגיא וידידיה שטרן, 'בשם האמת המקצועית', **הארץ**, 20.12.2007.

גלעד שר, **במרחק נגיעה** (עידנים, 2001).

Robert Baldwin and Martin Cave, *Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice* (Oxford University Press, 1999).

Stuart Benjamin et al., *Telecommunications Law and Policy* (2<sup>nd</sup> ed., Carolina Academic Press, 2006 and 2009 Supplement).

Yochai Benkler, 'Some Economics of Wireless Communications,' 16 *Harvard Journal of Law & Technology* (2002) 25.

Francis Bennion, *Statutory Interpretation* (4<sup>th</sup> ed., LexisNexis, 2002).

Stephen Breyer, 'Typical Justifications for Regulation,' in: Robert Baldwin, Colin Scott, and Christopher Hood, *A Reader on Regulation* (Oxford University Press, 1998) 59.

Rupert Cross, *Statutory Interpretation* (2<sup>nd</sup> ed., Butterworths, 1987).

Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Fontana Press, 1986).

- William F. R. Hardie, *Aristotle's Ethical Theory* (2<sup>nd</sup> ed., Oxford University Press, 1980).
- Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford University Press, 1961).
- Koen Lenaerts and Piet Van Nuffel, *Constitutional Law of the European Union* (Robert Bray, ed., 2<sup>nd</sup> ed., Thomson Sweet & Maxwell, 2005).
- Geoffrey E. R. Lloyd, *Aristotle: The Growth and Structure of His Thought* (Cambridge University Press, 1968).
- Colin D. Long (general ed.), *Global Telecommunications Law and Practice* (Sweet & Maxwell, 2001 and updates).
- Pat H. Longstaff, *The Communications Toolkit: How to Build and Regulate Any Communications Business* (MIT Press, 2002).
- Paul Magnette, 'The Politics of Regulation in the European Union,' in: Damien Geradin, Rodolphe Muñoz, and Nicolas Petit (eds.), *Regulation Through Agencies in the EU: A New Paradigm of European Governance* (Edward Elgar, 2005).
- Haim Mazar (Madjar), *An Analysis of Regulatory Frameworks for Wireless Communications, Societal Concerns and Risk: The Case of Radio Frequency (RF) Allocation and Licensing*, PhD Thesis (Middlesex University, 2008).
- Harry Newton, *Newton's Telecom Dictionary* (24<sup>th</sup> ed., CMP Books, 2008).
- Christine Parker and John Braithwaite, 'Regulation,' in: Peter Cane and Mark Tushnet (eds.), *The Oxford Handbook of Legal Studies* (Oxford University Press, 2003).
- Jon Pierre and B. Guy Peters, *Governance, Politics and the State* (St. Martin's Press, 2000).
- John Rawls, *A Theory of Justice* (Harvard University Press, 1971).
- Daniel Rosenne, 'Liberalization of Markets and the New Regulatory Framework: The Israeli Case' (Gross, Klienhendler, Hodak & Co. Newsletter, 2003).
- Julius Stone, *Legal Systems and Lawyers' Reasoning* (Stevens & Sons, 1964).
- Ian Walden and John Angel, *Telecommunications Law and Regulation* (2<sup>nd</sup> ed., Oxford University Press, 2005).

Irene Wu, 'Traits of an Independent Communications Regulator: A Search for Indicators,' *FCC International Bureau Working Paper*, June 2004 (Version August 2005).

## דוחות והסדרים

דוח הוועדה לבחינת הרישוי והפיקוח בענף התקשורת (דוח של דוד בועז, דוד תדמור ויצחק איש-הורוביץ, פברואר 1996).

דוח הצוות הבין-משרדי לפתיחת ענף התקשורת לתחרות (דוח משרד התקשורת, ספטמבר 1998).

דוח הצוות להכנת הצעה לארגון מחדש של הרגולציה של שידורי הטלוויזיה המסחריים (דוח משרד התקשורת, ינואר 2002).

דוח הוועדה לגיבוש מדיניות וכללים לפתיחת התחרות בתחום התקשורת הנייחת (דוח ועדת קרול, אוגוסט 2002).

דוח הצוות לתכנון הקמת הרשות הלאומית לתקשורת (דוח משרד התקשורת, דצמבר 2002).

דוח המועצה לתאגידים ציבוריים (דוח משרד המשפטים, יוני 2003).

דוח בנושא הפיקוח האלחוטי על שידורי רדיו (הדוח השנתי של מבקר המדינה לשנת 2004, 55ב).

דוח הוועדה לגיבוש המלצות מפורטות בדבר מדיניות וכללי התחרות בתחום התקשורת בישראל (דוח ועדת גרונאו, מרס 2008).

דוח הוועדה הבין-משרדית לבחינת משמעות והיתכנות של שינוי שיטת הסדרה בתחום שידורי הטלוויזיה המסחריים (דוח ועדת מרדכי, מרס 2009).

Telecommunications Regulations: Institutional Structures and Responsibilities (OECD Working Party on Telecommunication and Information Services Policies, 2000).

ITU, *Trends in Telecommunication Reform 2006: Regulating in the Broadband World* (ITU, Geneva, 2006).

ITU and World Bank: *ICT Regulation Toolkit*.

Framework Agreement between the Department for Culture, Media and Sport and the BBC of 30 June 2006.

Memorandum of Understanding between The Office of Communications (Ofcom) and the BBC Trust of March 2007.

## החלטות ממשלה

- החלטה מס' 181 של הממשלה ה-5 בדבר המועצה לקשר ואלקטרוניקה (23.1.1955).
- החלטה מס' 842 של הממשלה ה-15 בדבר המועצה לקשר ואלקטרוניקה (30.7.1972).
- החלטה מס' 1716 של הממשלה ה-21 בדבר תכנון המשק החיוני של המדינה לשעת חירום והפעלתו בשעת חירום (6.7.1986).
- החלטה מס' 879 של הממשלה ה-26 בדבר אישור המלצות ועדת בועז (28.5.1996).
- החלטה מס' 1177 של הממשלה ה-27 בדבר בחינת המדיניות בענף התקשורת ופתיחתו לתחרות (31.1.1997).
- החלטה מס' 2444 של הממשלה ה-27 בדבר ארגון מחדש של מערך שידורי הטלוויזיה בישראל (אימוץ דוח פלד) (10.8.1997).
- החלטה מס' 1080 של הממשלה ה-28 בדבר תכנון המשק החיוני של המדינה לשעת חירום והפעלתו בשעת חירום (13.2.2000).
- החלטה מס' מח/13, על תיקוניה השונים, של ועדת השרים לענייני הפרטה בדבר הפרטת 'בזק', החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (27.8.2000).
- החלטה מס' 2865 של הממשלה ה-29 בדבר הקמת רשות לאומית לתקשורת (5.1.2003).
- החלטה מס' 105 של הממשלה ה-30 בדבר פתיחת שוק התקשורת לתחרות (25.3.2003).
- החלטה מס' 106 של הממשלה ה-30 בדבר הקמת רשות לאומית לתקשורת (25.3.2003).
- החלטה מס' 90 של הממשלה ה-30 בדבר רפורמה בשידור הציבורי (25.3.2003).
- החלטה מס' 4339 של הממשלה ה-30 בדבר רפורמה בשידור הציבורי (30.10.2005).
- החלטה מס' 4105 של הממשלה ה-30 בדבר הקמת רשות לאומית לתקשורת (9.8.2005).
- החלטה מס' 2186 של הממשלה ה-31 בדבר עידוד מפעילים וירטואליים בתחום הטלפוניה הניידת (12.8.2007).
- החלטה מס' 2187 של הממשלה ה-31 בדבר הגדלת השקיפות והיעילות הכלכלית בתחום ניהול התדרים (12.8.2007).
- החלטה מס' 2536 של הממשלה ה-31 בדבר הקמת מאגר נתונים לעניין הועדה והקצאה של תדרי רדיו (4.11.2007).



החלטה מס' 2770 של הממשלה ה-31 בדבר תגבור המערך הממשלתי להתמודדות עם תשתיות הרדיו הבלתי מורשה (הרדיו הפיראטי) (16.12.2007).

החלטה מס' 3980 של הממשלה ה-31 בדבר הגברת התחרות בתחום הטלפוניה הניידת (24.8.2008).

החלטה מס' 3982 של הממשלה ה-31 בדבר רפורמה בתחום שידורי הטלוויזיה (24.8.2008).

החלטה מס' 4228 של הממשלה ה-31 בדבר הגדלת השקיפות והיעילות בתחום ניהול התדרים (9.11.2008).

החלטה מס' 133 של הממשלה ה-32 בדבר רפורמה בתחום שידורי הטלוויזיה (12.5.2009).

## מסמכי מדיניות של משרד התקשורת

מדיניות להסדרת שירותי בזק בין-לאומיים (דצמבר 2001).

מדיניות רישוי לניסוי שיווקי של שירות חדשני (19.8.2004).

מדיניות ההסדרה והרישוי של אספקת שירותי טלפוניה באמצעות שירות גישה רחבת פס (VOB) (31.1.2007).

רישוי והסדרה של אספקת שירות VOD על גבי תשתית גישה רחבת פס (15.3.2007).

## אתרי אינטרנט

הכנסת: [www.knesset.gov.il](http://www.knesset.gov.il)

משרד התקשורת: [www.moc.gov.il](http://www.moc.gov.il)

משרד האוצר: [www.mof.gov.il](http://www.mof.gov.il)

משרד ראש הממשלה: [www.pmo.gov.il](http://www.pmo.gov.il)

רשות ההגבלים העסקיים: [www.antitrust.gov.il](http://www.antitrust.gov.il)

הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו: [www.rashut2.org.il](http://www.rashut2.org.il)

רשות החברות הממשלתיות: [www.gca.gov.il](http://www.gca.gov.il)

איגוד הבזק הבין-לאומי (ITU): [www.itu.int](http://www.itu.int)

האקדמיה ללשון העברית: <http://hebrew-academy.huji.ac.il>

האיחוד האירופי – הנציבות: [www.ec.europa.eu/information\\_society](http://www.ec.europa.eu/information_society)

האיחוד האירופי – קבוצת הרגולטורים המדינתיים: [www.erg.eu.int](http://www.erg.eu.int)

הרגולטור הבריטי OFCOM: [www.ofcom.org.uk](http://www.ofcom.org.uk)

הרגולטור האמריקני FCC: [www.fcc.gov](http://www.fcc.gov)

הרגולטור הקנדי CRTC: [www.crtc.gc.ca](http://www.crtc.gc.ca)

OECD: [www.oecd.org](http://www.oecd.org)

הסבר על מונחים טכניים: [www.tech-faq.com](http://www.tech-faq.com); [www.whatis.com](http://www.whatis.com)

## תקציר

חיבור זה קורא להקמתה של רשות תקשורת שתהיה מופקדת על ההסדרה של תחומי הֶבֶזֶק (טלקומוניקציה) והשידורים לציבור (טלוויזיה ורדיו) בישראל.

ריבוי רשויות ההסדרה כיום – שר התקשורת ומשרד התקשורת, הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, ועדת התדרים וגופים נוספים – יוצר מצב בעייתי הן באשר למבנה הגורם המסדיר והן באשר לתוכן ההסדרה. פיצול הסמכויות בין גורמי ההסדרה והתפקיד המרכזי שמוקנה לדרג הפוליטי ולמנגנון הממשלתי מקשים על פיתוחה וביסוסה של רגולציה מקצועית ועצמאית.

ישראל היא מקרה חריג בנוף העולמי. במדינות העולם המערבי (וגם במדינות המזרח המתועשות, למעט יפן) מקובל זה שנים כי ענף התקשורת מוסדר באמצעות רשויות עצמאיות ולא בידי שר פוליטי. על פי תפיסה זו, ההסדרה של ענף התקשורת היא עניין מורכב המצריך מומחיות מקצועית, שיקול דעת עצמאי, גמישות וחדשנות – ואת קיומם של כל אלה יקשה לבסס ללא הפרדה של הרשות המסדירה מהדרג הפוליטי ומהמנגנון הממשלתי. אכן הגיע הזמן להקים גם בישראל רשות תקשורת מקצועית ועצמאית.

החלק הראשון של החיבור מתווה את הרקע העיוני לדיון תוך הצגה של מונחי מפתח ומגמות טכנולוגיות בענף התקשורת, בחינה של העקרונות והתכליות המונחים ביסוד ההסדרה ואפיון של שיקול הדעת הרגולטורי. החלק השני סוקר את חקיקת התקשורת ואת כללי ההסדרה שנקבעו על פיה בשלושת התחומים של שירותי בזק, תדרים לתקשורת אלחוטית ושידורי טלוויזיה ורדיו, בבחינת מבוא תמציתי לדיני התקשורת במשפט הישראלי.

החלק השלישי מציג סקירה של המלצות של ועדות ומומחים שונים ושל החלטות הממשלה והצעת החוק שהוכנה במשרד התקשורת, וכן מציג בקווים כלליים את מסגרת הרגולציה באיחוד האירופי ואת הרגולטור הבריטי OFCOM. על רקע כל אלה, מוצגת הצעת המחברים למודל של רשות מקצועית ועצמאית בישראל שתכנס תחת כנפיה את תחומי הבזק והשידורים.

## יסודות לרגולציה של שירותי תקשורת

סביבת הפעילות בענף התקשורת היא דינמית ועתירת פיתוחים טכנולוגיים, ועל כללי ההסדרה להיות רלוונטיים למגוון רחב של טכנולוגיות המשתנות ומתחדשות תדיר.

לשלושה תהליכים מרכזיים בפן הטכנולוגי יש השפעה רבה על מערך ההסדרה בעת הנוכחית: דיגיטציה (מעבר של כל אמצעי התקשורת לקידוד ספרתי) וגידול מתמיד ברוחב הפס המשמש לתקשורת נתונים (לדוגמה, האינטרנט המהיר); התלכדות (convergence), שבמסגרתה מגוון של תשתיות הולכה יכול לשמש לאספקת מגוון של שירותי תקשורת; וריבוי השירותים הניתנים באופן אלחוטי באמצעות גלי רדיו (הספקטרום האלקטרומגנטי).

ביסוד ההתערבות השלטונית בענף התקשורת עומדת שורה של טעמים, הצדקות ותכליות שהרגולציה נועדה להגשים. הטעמים הללו כוללים, בין היתר, את אלה: טובת הציבור, תיקון כשלי שוק, קידום התחרות, הגנת הצרכן, צדק חלוקתי, מענה לאוכלוסיות עם צרכים מיוחדים, הגנה על זכויות אדם. לרגולציה טעמים נוספים הכרוכים באופיו של ענף התקשורת, ובהם: היבטים טכנולוגיים, ניהול משאב ציבורי, הבטחת פלורליזם בתקשורת, הסדרת תוכן בשידורים, צורכי ביטחון לאומי, הסדרה בין-לאומית ואזורית. למעשה, הטעמים והתכליות הללו – הרציונלים לרגולציה – מיתרגמים לשיקולים שעומדים לנגד עיניו של הרגולטור בבואו לגבש מדיניות או להפעיל סמכות מסמכויות ההסדרה. שיקולים שונים עולים בהקשרים שונים, חלקם רלוונטיים להיקף רחב של נושאים וחלקם רלוונטיים למגזר צר בלבד, חלקם חיים היטב בצוותא וחלקם מושכים בכיוונים שונים ואף מנוגדים, ועל הרגולטור מוטלת מלאכת האיזון וההכרעה ביניהם.

הפעלת שיקול דעת רגולטורי משמעה קבלת החלטה במקרה נתון תוך בחירה בין חלופות לפעולה. בכך שונה שיקול דעת רגולטורי משיקול דעת שיפוטי. בהליך של ביקורת שיפוטית נבחנת, מנקודת מבט שלאחר מעשה, החלטה שקיבל גוף אחר, תוך התמקדות בשאלה אם פעל בעל הסמכות באופן חוקי אם לאו. במסגרת זו, בית המשפט ככלל נמנע מלהתערב בשיקול הדעת המקצועי של הרגולטור, אלא במקרים שבהם פעל הרגולטור בחוסר סמכות או שבהם חרג הרגולטור באופן קיצוני מאמות המידה המשפטיות שעוגנו בהלכה הפסוקה – מתחם הסבירות ומתחם המידתיות. רעיון ה'מתחם' הוא כלי שמאפשר לבית המשפט, בין היתר, להבחין בין סבירות או מידתיות שהיא בעייתית ברמה מתונה ונסבלת, שאפשר לספוג אותה

במבחן של ביקורת שיפוטית, לבין אי-סבירות ואי-מידתיות ממשית או קיצונית המצדיקה את התערבותו.

הרגולטור, לעומת זאת, צריך לבחור נתיב פעולה נכון בתוך גבולותיו של מתחם הסבירות והמידתיות. אולם כאשר מדובר בהפעלת שיקול דעת במרחב הפנימי של מתחם הסבירות והמידתיות, מתברר כי הניסיון לדלות הנחיה מתוך ההלכה הפסוקה הוא בעייתי. ככלל, הפסיקה נעצרת בבדיקה אם הייתה חריגה מגבולות הסבירות והמידתיות, ואינה מספקת הנחיה בנוגע לקבלת החלטה בתוככי המתחם. חסרונה של הנחיה משפטית באשר להכרעה כיצד לנהוג בתוך מתחם הסבירות והמידתיות הוא אחת הסוגיות הקשות העומדות לפני הרגולטור כרשות מנהלית.

בנסיבות אלה מתעוררת השאלה כיצד יש לראות את החובה המוטלת על הרגולטור באשר ליישום הסטנדרטים של סבירות ומידתיות בבואו לקבל החלטה. לגישתנו, משמעות החובה היא הצורך לקבל החלטה מיטבית, כלומר: להחיל על המעשה המנהלי את מבחן הסבירות והמידתיות באופן שתתקבל ההחלטה המוצלחת והנכונה ביותר בנסיבות העניין. לשם כך ההחלטה צריכה לפרש את הפרמטרים של סבירות ומידתיות באורם המיטבי – "in their 'best light'", כלשונו של רונלד דבורקין. על הרגולטור להפעיל את מרב כישוריו, וחובתו לכוון אל ההחלטה הסבירה והמידתית ביותר שבכוחו לגבש.

לפיכך בשלב ההפעלה של שיקול הדעת לקראת קבלתה של החלטה רגולטורית אי-אפשר להסתפק במבחן של 'עובר בג"ץ', כלומר בהערכה שההחלטה הנשקלת לא תיפסל לאחר מעשה בביקורת שיפוטית. אם לחזור לדימוי המתחם, חובתו של הרגולטור, כשהוא שוקל החלטה, לכוון אל מרכז המתחם – המקום שבו הסבירות והמידתיות הן באופטימום – ולא רק להישמר מפני חריגה מגבולות המתחם.

אף שקשה לקבוע מראש מסכת כללים ממצה להפעלה של שיקול הדעת הרגולטורי, אפשר לאפיין את המתווה להפעלתו ולבחון את מרכיביו; לגישתנו, עצם הבהרת המתווה ומרכיביו עשויה לשמש כלי עזר מועיל לרגולטור במלאכת קבלת ההחלטות.

אפשר לאפיין את המתווה להפעלת שיקול הדעת ולסווג את מרכיביו על פי מודל שאנו מכנים 'מודל שלושת הרבדים'. הרובד הראשון הוא רובד הדרישות המבניות, הכולל דרישות מסגרת הנוגעות לאופן שבו הרגולטור מפעיל את שיקול דעתו: תשתית עובדתית, תשתית משפטית, רלוונטיות, קוהרנטיות, אי-תלות והיעדר פניות, שקיפות ושיתוף גורמים בהחלטה.

הרובד השני הוא רובד השיקולים המהותיים, הכולל את מגוון השיקולים הענייניים שעל הרגולטור לשקול. שיקולים אלה נגזרים מהטעמים והתכליות לרגולציה: הצדקות יסוד לרגולציה (כגון האינטרס הציבורי), שיקולים כלליים (כגון קידום התחרות) וטעמים הכרוכים באופי הענף (כגון היבטים טכנולוגיים).

הרובד השלישי הוא הרובד של הערכה, איזון והחלטה. ברובד זה נערכת מלאכת האיזון בין השיקולים השונים תוך עמידה בדרישות הסבירות והמידתיות.

ניתוח של שיקול הדעת הרגולטורי משמש מפתח לגיבוש המתכונת המבנית הראויה לרשות המסדירה. הטיעון הבסיסי המוצג בחיבור זה הוא כי רגולטור שמבנהו מבטיח עצמאות, איתנות ומקצועיות רבת-תחומית ייטיב להפעיל את שיקול הדעת הרגולטורי ולקדם את התכליות שביסוד ההסדרה. בהקשר זה יש הטוענים כי רגולטור מקצועי ייעודי שם בהכרח בראש מעייניו שיקולים כלכליים, שכן מטרתו בראש וראשונה לקדם את היעילות הכלכלית של השווקים שעליהם הוא מופקד. לפי גישה זו, רשות תקשורת מקצועית לא תהיה מסוגלת להביא בחשבון באופן ראוי שיקולים של צדק חלוקתי. יתרה מזו, על פי אותה טענה, מסירת שיקולים ערכיים לידיהם של אנשי המקצוע של רשות תקשורת – מומחי הנדסה, כלכלה ומשפט – חוטאת לעקרונות המשטר הדמוקרטי, שכן בנושאים כאלה צריך לעסוק מי שמייצג את העמדות וההעדפות של הציבור, נבחר על ידו ומחויב (accountable) כלפיו.

לעניות דעתנו זוהי גישה מוטעית, והיא אף מחמיצה את ההזדמנות לשלב את השיקולים הערכיים והחברתיים כחלק אינטגרלי (ולא אינטרסנטי) בהסדרת הענף.

ראשית, אשר לטיעון שלפיו רגולטור מגזרי שוקל שיקולי יעילות כלכלית בלבד, על פי ההלכה הפסוקה הערך של צדק חלוקתי הוא ערך מהותי, שרשות מנהלית חייבת לתת לו משקל ראוי בכל החלטה שלה בדבר חלוקה של משאבים ציבוריים. הלכה זו תחול על רשות התקשורת ותחייב אותה. נוסף על כך, הגדרת תפקידיה ומטרותיה של הרשות בחוק המקים תכלול במפורש את מחויבותה לשיקולי צדק חלוקתי, וגם הרכבה של המועצה המנהלת (הדרג המחליט ברשות, כפי שיפורט בהמשך) יכלול חברים בעלי מומחיות והבנה בנושאים חברתיים, כך שיינתן ביטוי נאמן לצרכים ולשיקולים השונים.

שנית, באשר לטיעון שלפיו שיקולים ערכיים צריכים להישקל על ידי נבחרי הציבור, לטעמנו מצב שבו בראש משרד ממשלתי עומד שר פוליטי, שבדרך כלל אינו מייצג את השקפת עולמו של הציבור בכללותו אלא של מגזר מסוים שהוא הבסיס האלקטורלי של מפלגתו – הוא שמרחיק את ההסדרה מבסיסה הדמוקרטית. בתפקודו של שר יש חשש פוטנציאלי מובנה לניגוד עניינים בין כובעו כפוליטיקאי לבין כובעו המקצועי כרגולטור.

## כללי ההסדרה של ענף התקשורת

בטרם ניגשים להציע מודל להקמת רשות תקשורת יש לבחון את המטריה העניינית שבה הרגולטור עוסק. מערך ההסדרה של ענף התקשורת כולל מסכת מורכבת של כללים והוראות הקבועים בחקיקה ראשית, בחקיקת משנה, ברישיונות וזיכיונות, בהוראות מנהל ובמסמכי מדיניות. מיפוי ההסדרים הנורמטיביים נדרש כשלב מקדים להצעה בדבר הקמת הרשות לשם הכרת השטח וכבסיס להבנת תפקידיו של הרגולטור.

שלושה חוקים מונחים ביסודה של ההסדרה: חוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982, פקודת הטלגרף האלחוטי [נוסח חדש], התשל"ב-1972, וחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990. חוקים נוספים הם אלה העוסקים ברשות השידור, בכתוביות ובתרגום לשפת סימנים, בסיווג וסימון משדרים, בערוץ הכנסת, בשידורי חסות בגלי צה"ל ועוד.

חוק התקשורת עוסק בהסדרה של תחום שירותי הבזק, הכולל שירותי טלפוניה (פנים-ארצית או בין-לאומית, ניחת או ניידת), תקשורת נתונים (ובכלל זה אינטרנט מהיר), תמסורת ותשתית. מרב סמכויות ההסדרה בתחום זה מוקנות לשר התקשורת. כמו כן עוסק חוק התקשורת בהסדרה של שידורי טלוויזיה רב-ערוצית למנויים, בכבלים או בלוויין. החוק מקים את המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין; סמכויות ההסדרה בתחום זה מוקנות ברובן למועצה וחלקן לשר התקשורת.

פקודת הטלגרף האלחוטי חולשת על כלל השימושים בספקטרום האלקטרומגנטי (תחום תדרי הרדיו). הגורמים המסדירים את הפעילות האלחוטית בישראל הם: ועדת התדרים, המופקדת על הועדת תדרים והקצאתם; שר התקשורת, שבידו הסמכות להתקין תקנות; ומנהל אגף הספקטרום במשרד התקשורת, המכהן כיו"ר ועדת התדרים ומחזיק בסמכות הרישוי בנוגע לציווד אלחוטי.

חוק הרשות השנייה מסדיר את תחום שידורי הטלוויזיה והרדיו המסחריים הכוללים את ערוץ 2 וערוץ 10, תחנות הרדיו האזורי ובעתיד תחנות רדיו ארצי דיגיטלי. החוק מקים את הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו ובראשה מועצה ציבורית, שלה מוקנות מרבית סמכויות ההסדרה. כללי ההסדרה של ענף התקשורת מרובים, אך המבנה הבסיסי של הסדרת תחום שירותי הבזק, תחום התדרים לתקשורת אלחוטית ותחום השידורים לציבור הוא משותף: ככלל, הפעילות בתחום אסורה, אלא אם היא הותרה ברישיון (או בזיכיון) מאת הרגולטור ובהתאם לתנאיו, או אם נקבע לגביה פטור מרישוי. באשר לשלושת התחומים, כללי ההסדרה כוללים פירוט בדבר סוגי רישוי, היקף השירותים והפעילות המותרים, הוראות צרכניות, ביטחון ושעת חירום, פיקוח ואכיפה, תוכן בשידורים ותנאים נוספים לפי העניין.

## אל רשות תקשורת עצמאית

בתחילת שנת 2003 התקבלה החלטת ממשלה להקמה של רשות תקשורת, שלפיה הרשות שתוקם תהיה מאוחדת לתחומי הבזק והשידורים. בשונה מהמלצות הדרג המקצועי במשרד התקשורת באותה עת ועל פי דרישות משרדי המשפטים והאוצר, נקבע שהרשות תוקם כגוף פנים-ממשלתי ולא כתאגיד סטטוטורי. על פי אותה החלטה, עם הקמתה של הרשות החדשה יבוטלו משרד התקשורת, המועצה לשידורי כבלים והרשות השנייה. החלטת הממשלה אושרה מחדש בהחלטות מאוחרות יותר.

בהתאם להחלטה הוכנה במשרד התקשורת הצעת חוק מפורטת להקמה של רשות תקשורת. על פי הצעת החוק תיוסד הרשות שתוקם על שלושה מאפיינים עיקריים: ראשית, מרבית סמכויות ההסדרה שהיו עד כה בידי שר בממשלה יועברו לידי גוף מקצועי; שנית, הגוף המסדיר יהיה עצמאי במילוי תפקידיו; ושלישית, הרשות תופקד על מערך ההסדרה הן של תחום הבזק (טלקומוניקציה) והן של תחום השידורים (למעט השידור הציבורי). הצעת החוק עוסקת בשינויים המבניים הכרוכים בהקמת הרשות החדשה ובתיקוני חקיקה הנגזרים מכך, אך ככלל אינה עוסקת בשינוי של נורמות ההסדרה המהותיות הקבועות בחקיקה, למעט בכמה עניינים.

הצעת החוק, במתכונת של טיוטת חוק, הוגשה לוועדת שרים לענייני חקיקה (בשתי גרסאות: הראשונה ביולי 2003 והשנייה באפריל 2004), אולם לא התקיים בה דיון לגופה. בשנים שלאחר מכן זנחו שרי התקשורת את היוזמה להקמת הרשות. בשנת 2009 התקבלה החלטת ממשלה להקים



רשות פנים-ממשלתית לשידורים מסחריים, שתאחד את פעילותן של הרשות השנייה והמועצה לשידורי כבלים. החלטה זו מסמנת כי בעת הנוכחית אין בכוונתם של גורמי הממשלה לפעול להקמתה של רשות תקשורת, לפחות בשנים הקרובות, ומשמעותה דחיית ההקמה של רשות תקשורת למועד לא ידוע (אם בכלל).

לדעתנו זהו כיוון פעולה שגוי. לענף התקשורת נדרש רגולטור מקצועי ועצמאי, שיופקד על תחומי הבזק והשידורים במיוחד ויהיה בעל יכולת ומומחיות מקצועית רבת-תחומית. בעידן ההתלכדות, שבו תשתיות חדלות להיות מזוהות עם שירותים, אין עוד טעם בפיצול של סמכויות הרגולציה בין גורמים מסדירים שונים בהתאם לסוג השירות או התשתית, ועל כן ריכוז סמכויות הרגולציה בידי של גורם מסדיר אחד הוא המהלך ההגיוני המתבקש. עם זאת על מבנה הגורם המסדיר לאפשר מתן ביטוי לצרכים המיוחדים של ההסדרה של תחום התוכן, ובראשם הבטחת פלורליזם תרבותי.

אשר למבנה רשות התקשורת ומאפייניה, להלן עיקרי המודל המוצע:

**(א) מעמד משפטי.** שאלת יסוד בדבר מעמדה של רשות התקשורת היא אם עליה להיות גוף ממשלתי, כלומר חלק מהמערך של משרדי הממשלה והגופים המשתייכים אליהם, או שתוקם כתאגיד סטטוטורי, המפעיל סמכויות שלטוניות שלא במסגרת השירות הממשלתי ונהנה ממעמד משפטי נפרד מן המדינה.

הגמישות היחסית שמוקנית לתאגיד חוץ-ממשלתי (בין היתר בהיבטים של תקציב, גיוס כוח אדם וניהול הליכים משפטיים) וצמצום התלות במערך הממשלתי, כמו גם הרחקתה של הרשות מן הדרג הפוליטי, עשויים לתרום תרומה משמעותית לעצמאות הרגולטור ולמקצועיותו. לכן המודל המוצע הוא מודל של רשות ציבורית הממוקמת מחוץ למערך הממשלתי, בדומה למעמד שהוקנה למשל לרשות ההסדרה הבריטית OFCOM. אם יתברר בפועל כי קטנים סיכוייו של מודל כזה לזכות בתמיכה הנדרשת מצד משרדי הממשלה הרלוונטיים כדי לקדמו כהצעת חוק, אפשר לקדם פתרון של רשות פנים-ממשלתית, ובלבד שיינקטו אמצעים לחיזוק עצמאותה של הרשות.

**(ב) מטרות ותפקידים.** תפקידיה של הרשות הם קביעת מדיניות וכללים, הענקת רישיונות ופיקוח ואכיפה. החוקים שלפיהם פועלים גופי הרגולציה הנוכחיים – חוק התקשורת, חוק הרשות השנייה ופקודת הטלגרף האלחוטי – כבר כוללים הוראות בדבר התפקידים והסמכויות של שר התקשורת, המועצה

לשידורי כבלים ומועצת הרשות השנייה, ואלה יוכלו להמשיך ולשמש בסיס להתוויית תפקידיה וסמכויותיה של רשות התקשורת. בחוק המקים את הרשות יהיה נכון לעגן כמה שיקולים ויעדים נוספים שעל הרשות להביא בחשבון בקבלת החלטותיה. לדוגמה, מוצע לקבוע במפורש את העיקרון של מתן שירותים לכלל הציבור, ובכלל זה החובה לתת מענה לצרכים מיוחדים של אוכלוסיות מסוימות כגון אנשים עם מוגבלות או מעוטי יכולת.

**(ג) אורגנים.** שאלת מפתח באשר למבנה הרשות היא השאלה מי יעמוד בראשה וירכז בידיו את סמכויות ההסדרה. על פי המודל המוצע תעמוד בראש הרשות מועצה מנהלת, שתעסוק בהתוויה של מדיניות הרשות, בטיפול בחקיקה ובחקיקת משנה, ברישוי ובמתן הוראות למפעילים וכן בפיקוח ובאכיפה. המועצה תנחה את מערך העובדים המקצועי של הרשות ובראשה יעמוד יושב ראש הרשות.

במועצה המנהלת יכהנו חמישה חברים: יושב ראש הרשות, שיכהן במשרה מלאה; יושב ראש מועצת תוכני השידור (ראו פירוט בהמשך), שישמש גם סגן יושב ראש הרשות; ועוד שלושה חברים מקרב הציבור. העדפת המודל של מועצה מנהלת על פני מודל של מנהל ריכוזי אחד נועדה ליצור תנאים לגיבוש תפיסה רגולטורית מאוזנת, הנותנת ביטוי למגוון דעות ודיסציפלינות ולשילוב של קולות שונים. חברי המועצה המנהלת ייצגו, ככל האפשר, גישות ותחומי מומחיות שונים. שילוב מעין זה משביח את תהליך קבלת ההחלטות באופן שמעלה את ההסתברות לקבלת החלטות מיטביות.

סוגיה עקרונית בנוגע להרכב המועצה היא הדרישה שהעמיד בשעתו משרד האוצר כתנאי לתמיכתו בהצעת החוק. לפי דרישה זו, אחד מחברי המועצה יהיה הממונה על התקציבים במשרד האוצר או סגנו, וזאת בשל עיסוקה של הרשות במשאבים ציבוריים ובשל חשיבותם של שיקולי תקציב והכנסות המדינה בקביעת ההסדרה של ענף התקשורת. לטעמנו מדובר בדרישה בעייתית עקב פגיעתה הבולטת בעצמאות הרשות. הממונה על התקציבים (או סגנו) מחזיק באחד התפקידים הבכירים ורבי העוצמה בשירות הציבורי, ומתוקף תפקידו הוא מחויב בראש ובראשונה לשיקולים תקציביים ולמדיניות משרד האוצר.

אשר לפעילות השוטפת של הרשות, זו תתנהל במבנה של אגפים מקצועיים. עובדי הרשות יספקו את התשתית המקצועית הדרושה לקבלת החלטות במועצה המנהלת ובמועצת תוכני השידור. לצורך זה, על המערך המקצועי לכלול עובדים בעלי ידע וניסיון בתחומים של הנדסה, כלכלה, משפט, מנהל, תרבות וחברה.

בצד המועצה המנהלת תפעל מועצת תוכני השידור, שתעסוק בהסדרה של היבטים הנוגעים לתוכן בשידורים לציבור. בראש המועצה יעמוד יושב ראש במשרה מלאה, שיכהן גם כסגן יושב ראש הרשות, ויתר החברים יהיו נציגי ציבור שאינם עובדי הרשות. הכוונה היא שחברי המועצה יהיו בעלי יכולת לשקף ולתת ביטוי למגוון התרבותי והחברתי בישראל, על השונות המתקיימת בו, ולהיענות לצרכים של הקבוצות השונות. יש חשיבות לכך שבמסגרת עיצובם של כללי הרגולציה יהיה גוף מיוחד שהחלטותיו או המלצותיו (לפי העניין, כפי שיפורט להלן) לא יהיו פרי מומחיות מקצועית גרידא, אלא יהיו שאובות ממגוון תפיסות העולם וריבוי הקולות והרבדים בחברה הישראלית.

באשר לסמכויות של מועצת תוכני השידור והיחס בינה לבין המועצה המנהלת, על פי המודל המוצע, מועצת תוכני השידור תהיה גוף מייצע למועצה המנהלת בענייני שידורים לציבור בכלל, ובעלת סמכות ההחלטה בעניינים שנוגעים לתוכן בשידורים במובהק, דוגמת אתיקה בשידורים, חובת הפקות מקור, סיווג וסימון משדרים, כתוביות ושפת סימנים וכיוצא באלה.

התפיסה שביסוד היחס בין תחומי האחריות של שתי המועצות היא שרגולטור אחד מופקד על ההסדרה של תחומי הבזק והשידורים לציבור – המועצה המנהלת: היא הקובעת מדיניות, מתקינה כללים ומעניקה רישיונות. אולם בתוך מסגרת זו תחום השידורים לציבור זוכה ליחס מיוחד, כך שבנוגע לנושאי ליבה של תוכן בשידורים, מועצת תוכני השידור היא שתקבע את הכללים, ובנושאים כלליים אחרים היא תייעץ למועצה המנהלת.

בכל הנוגע לסמכויות לניהול תדרים (הועדה והקצאה של תדרים), מוצע כי יפעל גוף ייעודי לנושאי ספקטרום – ועדת התדרים, שיהיו חברים בה נציגים מהרשות, ממערכת הביטחון וממשרד האוצר; אולם הוועדה תפעל מתוך הרשות, כאורגן של הרשות המחזיק בסמכויות סטטוטוריות, ותקבל שירותים מקצועיים מאגפי הרשות.

**(ד) תנאי כשירות ואופן מינוי.** מוצע שככלל יידרש תואר אקדמי (אך במקרים מיוחדים שבהם הנתונים האישיים של המועמד מצדיקים זאת מבחינת מומחיות וניסיון, יהיה אפשר למנות גם מי שאינו בעל תואר אקדמי) ובנוסף ניסיון מצטבר של חמש שנים לפחות הרלוונטי לתחום הבזק או לתחום השידורים, באחד או יותר משטחי המומחיות האלה: כלכלה, משפט, הנדסה, מנהל, תרבות או חברה.

על הרכב המועצות להיות כזה שיאפשר תרומה מקצועית (input) רחבה של כלל חבריהן, באופן שתהיה בידי כל מועצה היכולת להביא בחשבון ולשקול את מגוון השיקולים ונקודות המבט.

מוצע כי החברים במועצה המנהלת ובמועצת תוכני השידור ימונו על ידי הממשלה, לפי הצעת השר האחראי על הרשות, ולעניין מועצת תוכני השידור – לפי הצעת השר האחראי על הרשות ושר התרבות. מינוי ממשלתי מאפשר עצמאות יחסית בהשוואה למינוי על ידי שר, שכן באופן זה חבר המועצה מחויב פחות כלפי שר ספציפי.

אשר לגיבושה של רשימת המועמדים שיציג השר לפני הממשלה, אפשר לאמץ את המנגנון המקובל של ועדה לאיתור מועמדים שבראשה שופט בדימוס (אף שגם שיטה זו עלולה ללקות בפגמים). באשר למועצת תוכני השידור, בשל הרצון שמועצה זו תשקף את הציבור הישראלי על גווניו ורבדיו, מוצע כי מנגנון המינוי יתבסס על התייעצות של השר עם ארגונים העוסקים בתחומים הנוגעים לתחומי פעילותה של המועצה (סופרים, עיתונאים, אמנים ומורים, מוסדות להשכלה גבוהה, ארגונים צרכניים וגופים ציבוריים וקהילתיים אחרים).

**(ה) תקציב.** אשר למימון פעילותה של הרשות, מוצע ליצור מתכונת תקציבית המשלבת בין תשלומים שוטפים ממפעילי התקשורת לבין תקצוב מאוצר המדינה. מתכונת כזו תוכל לענות על הצורך ברשות אפקטיבית וגם לחזק את עצמאותה של הרשות. אם הרשות שתוקם בסופו של יום תהיה פנים־ממשלתית, מימון פעילותה ייעשה במלואו מתקציב המדינה.

לסיום: קשה להפריז בהערכת חשיבותם של שידורי רדיו וטלוויזיה, או של שירותי טלפוניה, תקשורת נתונים ואינטרנט, והשפעתם על חיינו כציבור וכפרטים. השיקולים שהרגולטור נדרש להביא בחשבון בבואו לקבוע מדיניות ולקבל החלטות מצריכים יכולת ומיומנות מקצועית בשלל תחומים: הנדסה וטכנולוגיה, כלכלה ומשפט, חברה ותרבות. זוהי פעילות שבמהותה מתאימה לרגולטור מקצועי ועצמאי שיופקד על תחומי הבזק והשידורים במאוחד. אנו מקווים כי חיבור זה יביא לדיון מחדש בנושא רשות התקשורת בישראל, וכי יהיה בו כדי לתרום להקמתה.

# ראו אור לאחרונה

## בהוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה

2009

גודלה הרצוי של הממשלה – בין כלכלה לפוליטיקה, פורום קיסריה ה-17: יולי 2009, יוסף זעירא (ראש הצוות), דוד ברודט (המנהל האקדמי של הפורום) (פרסום מקוון).

ההתמודדות המשפטית בישראל עם תופעת מימון הטרור, גיל-עד נועם, בהנחיית יובל שני, מחקר מדיניות 79.

הכלכלה הפוליטית של הרשויות המקומיות, אבי בן בסט, מומי דהן (עורכים). השימוש בעקרון המידתיות במשפט הבין-לאומי, יובל שני, מחקר מדיניות 75. להמציא מחדש את הדמוקרטיה הישראלית: תכנית לתיקון המשילות בישראל, אריק כרמון (קיים גם באנגלית).

מבט ביקורתי על ביקורת המדינה, מיכל טמיר, בהנחיית מרדכי קרמניצר, מחקר מדיניות 81.

מדד הדמוקרטיה הישראלית 2009: עשרים שנה לעלייה מברית המועצות, אשר אריאן, מיכאל פיליפוב, אנה קנפלמן (פרסומי מרכז גוטמן) (קיים גם באנגלית).

ניגוד עניינים במרחב הציבורי: משפט, תרבות, אתיקה ופוליטיקה, דפנה ברק-ארז, דורון נבות, מרדכי קרמניצר (עורכים) (בשיתוף עם הוצאת נבו).

פיקוח הכנסת על הממשלה: תמונת מצב והצעה לרפורמה, חן פרידברג, ראובן חזן, מחקר מדיניות 77.

ריכוזיות השליטה בישראל: היבטים משפטיים, אסף חמדני, מחקר מדיניות 78. תכלית החברה העסקית, ידידיה צ' שטרן (בשיתוף עם הוצאת אוניברסיטת בר אילן: פרסומי הפקולטה למשפטים, ועם ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין).

2008

אף על פי שחטא – ישראלי הוא? שלילת אזרחות בגין הפרת אמונים, אפרת רחף, בהנחיית מרדכי קרמניצר, מחקר מדיניות 73.

הבחירות בישראל – 2006, אשר אריאן ומיכל שמיר (עורכים) (קיים גם באנגלית). הבעלות בחברה העסקית: תאוריה, דין, מציאות, ידידיה צ' שטרן (בשיתוף עם הוצאת אוניברסיטת בר-אילן וההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין).

**היבטי חוק ואתיקה בהשתלבות ישראל בכלכלה הגלובלית ובמדינות OECD,** פורום קיסריה, ה-15, מושב הקיץ: יוני 2007, דוד חודק (ראש הצוות), דוד ברודט (המנהל האקדמי של הפורום).

**העורך כחזית: היבטים כלכליים לנוכח השינוי באופי העימותים,** פורום קיסריה, ה-15, מושב הקיץ: יוני 2007, דן מרידור (ראש הצוות), דוד ברודט (המנהל האקדמי של הפורום).

**חופש הביטוי: הצדקות וסייגים,** ראם שגב.

**כישלון במבחן בוזגלו: התמודדות רשויות אכיפת החוק עם עברות של אישי ציבור,** גיא לוריא, בהנחיית מרדכי קרמניצר, מחקר מדיניות 71.

**מדד הדמוקרטיה הישראלית 2008: בין המדינה לבין החברה האזרחית,** אשר אריאן, תמר הרמן, ניר אטמור, יעל הדר, יובל לבל, הילה צבן (קיים גם באנגלית).

**מידע רוצה להיות חופשי: הטמעת חוק חופש המידע בישראל,** יונתן ארבל, תהילה שוורץ אלטשולר, בהנחיית מרדכי קרמניצר, מחקר מדיניות 74.

**מרמה והפרת אמונים: בחינה ביקורתית והמלצות לשיפור החקיקה,** מרדכי קרמניצר, דורון נבות, נאוה בן-אור, עמיר פוקס, גיא ורטהים.

**עברות נגד המשטר,** חאלד גנאים, מרדכי קרמניצר, מחקר מדיניות 70.

**שחיתות פוליטית - כרך א: תולדותיו של מושג שנוי במחלוקת,** דורון נבות, בהנחיית מרדכי קרמניצר.

**שקלול ערכים ואיזון אינטרסים,** ראם שגב, בהנחיית מרדכי קרמניצר.

**תמונת המקרו של כלכלת ישראל ועמידות המשק בפני זעזועים,** פורום קיסריה, ה-15, מושב הקיץ: יוני 2007, ליאו ליידרמן (ראש הצוות), דוד ברודט (המנהל האקדמי של הפורום).

## 2007

**איפה טעינו - עיתונאים מתבוננים על עצמם: מבחר מאמרים מגיליונות 'העין השביעית',** עוזי בנימין (עורך).

**בלי כוונה: פגיעה בחפים מפשע בזמן מלחמה בטרור,** דוד אנוך, עידו פורת, ראם שגב, מרדכי קרמניצר.

**זברים ושברי זברים: על יהדותה של מדינה דמוקרטית,** אביעזר רביצקי וידידיה צ' שטרן (עורכים).

- המשמעות הפוליטית והחברתית של פינוי יישובים בישראל: הינתקות 2005**  
**כמקרה מבחן**, יאיר שלג, מחקר מדיניות 72.
- הפיקוח על שוק ההון**, אבי בן בסט (עורך).
- לקראת צמיחה מאוזנת: העצמת התעשיות הפשוטות וענפי השירותים**, פורום קיסריה, ה-14: יולי 2006, אלי הורביץ (ראש הצוות), דוד ברודט (המנהל האקדמי של הפורום).
- מדד הדמוקרטיה הישראלית 2007: לכידות בחברה שסועה**, אשר אריאן, ניר אטמור, יעל הדר (קיים גם באנגלית).
- מדוע יש יותר עניים בישראל?**, פורום קיסריה, ה-14: יולי 2006, מומי דהן (ראש הצוות), דוד ברודט (המנהל האקדמי של הפורום).
- עיתונות דוט.קום: העיתונות המקוונת בישראל**, תהילה שוורץ אלטשולר (עורכת) (ספר מקוון) (בשיתוף עם מרכז בורדה לתקשורת חדשנית, אוניברסיטת בן-גוריון בנגב).
- קו הזינוק: ניתוח מקרו-כלכלי במבט של קדנצייה ממשלתית מלאה**, פורום קיסריה, ה-14: יולי 2006, רפי מלניק (ראש הצוות), דוד ברודט (המנהל האקדמי של הפורום).
- רפורמה בתקציב הביטחון**, פורום קיסריה, ה-15, מושב החורף: פברואר 2007, אילן בירן (ראש הצוות), דוד ברודט (המנהל האקדמי של הפורום).
- תרבות דמוקרטית, כרך 11**, אבי שגיא, ידידיה צ' שטרן (עורכים) (בשיתוף עם הוצאת אוניברסיטת בר-אילן) (קיים גם באנגלית).

organizations that deal with areas related to the Council's spheres of activity (writers, journalists, artists and teachers, institutions of high learning, consumer organizations, and other public and community bodies).

**(e) Budget.** With regard to financing the Communications Authority's activities, we propose the creation of a budgetary framework that combines ongoing payments from media franchises with funds from the state budget. This formula can meet the need for an effective Authority and, at the same time, can strengthen its independence. If the Authority that is ultimately established is intragovernmental, the financing of its activities will derive in full from the state budget.

To summarize, it is difficult to overstate the importance of radio and television broadcasts, or of telephony, data communications, and the Internet, and their impact on our lives, collectively and as individuals. The considerations that the regulator must take into account in setting policy and making decisions require professional skill and expertise in numerous fields: engineering and technology, economics and law, society and culture. This is a task inherently suited to an independent, professional regulatory body that will be responsible for both telecommunications and broadcasting.

It is our hope that this book will spark a fresh debate on the question of a communications authority for Israel, as well as contribute to its establishment.



**Radio Frequencies Committee**, whose members will include representatives of the Communications Authority, the Israel Defense Forces, and the Ministry of Finance. However, the Committee will operate from within the Authority, as an organ of the latter with statutory powers, and will receive professional support from the Authority's departments.

**(d) Qualifications and Method of Appointment.** It is proposed that, as a rule, an academic degree be required (in special cases in which the personal profile of the candidate justifies it in terms of knowledge and experience, it will be permissible to appoint someone who lacks an academic degree), along with at least five years of cumulative experience related to the fields of telecommunications or broadcasting in one or more of the following areas: economics, law, engineering, administration, culture, or society.

The composition of the councils must allow for a broad range of professional input on the part of all the members, so that both councils may weigh a variety of considerations and points of view.

It is proposed that the members of the Governing Council and of the Broadcast Content Council be government appointees. Candidates for the former would be proposed by the minister responsible for the Communications Authority, and in the case of the Broadcast Content Council, by the minister responsible for the Authority and by the Minister of Culture. Government appointments allow relative independence in comparison with appointments by a minister, inasmuch as the council member is less obligated to a particular minister.

As for compiling the list of candidates for submission by the minister to the government, it is possible to employ the accepted mechanism of a search committee headed by a retired judge (though this method also has its flaws). In the case of the Broadcast Content Council, since the intent is that it reflect the Israeli public in its diversity, we propose that the method of appointment be based on consultations between the minister and

The **Broadcast Content Council**, which will regulate aspects related to the content of programs, will operate alongside the Governing Council. This Council will be headed by a full-time Chair who will also serve as the Deputy Chair of the Authority; the remaining members will be representatives of the public, and not Authority employees. The aim is that the council members will be capable of giving voice to the cultural and social diversity of Israel in all its variations, and to answer the needs of the various groups. In shaping the regulatory rules, it is particularly important that there be a special body whose decisions or recommendations (as applicable, see below) will not hinge on professional expertise alone, but will be drawn from the range of worldviews and multitude of voices and social strata in Israel.

With regard to the powers of the Broadcast Content Council and its relationship with the Governing Council, according to the proposed model, the Broadcast Content Council will serve as an advisory body to the Governing Council in matters of broadcasting, in general, and will have decision making power in areas specifically related to program content – for example, broadcast ethics, original productions obligations, classification and labeling of programs, subtitles and sign language, and so forth.

The relationship between the spheres of responsibility of the two councils is based on the concept that **one regulator** – the Governing Council – will be charged with regulating the domains of telecommunications and broadcasting. This body will determine policy, lay down rules, and grant licenses. However, broadcasting will receive special attention within this framework and, thus, with regard to core issues of program content, the Broadcast Content Council will set the rules, and for other general matters, it will act as an advisor to the Governing Council.

Regarding powers related to frequency management (allocation and assignment of frequencies), it is proposed that there be a dedicated body for spectrum-related issues – the

position; the Chair of the Broadcast Content Council (as detailed below), who will also serve as the Deputy Chair of the Authority; and three additional members representing the public. The preference for a model with a governing council over one with a single director general is intended to create the conditions required to achieve a balanced regulatory approach that gives expression to a range of opinions and disciplines, and to the combination of a variety of voices. Members of the Governing Council will represent, as much as possible, different approaches and areas of expertise. Such integration will enhance the decision making process, thereby increasing the likelihood of reaching the best decisions.

An issue of principle with regard to the composition of the Governing Council is the requirement set by the Ministry of Finance at the time as a precondition for supporting the bill: one of the council members will be the Director of the Budget at the Finance Ministry or his deputy, given the Authority's function of managing public resources and the importance of budgetary and state revenue considerations in determining the regulation of the communications industry. In our view, this demand is problematic due to its obvious infringement of the Authority's independence. The Director of the Budget (or his deputy) holds one of the most powerful, high-ranking positions in public service, and in this capacity, one's commitment is first and foremost to budgetary considerations and to the policies of the Finance Ministry.

As for the ongoing activity of the Authority, it will be conducted within a network of professional departments. The Authority's personnel will provide the necessary professional infrastructure for decisions made by the Governing Council and the Broadcast Content Council. To this end, the professional staff must include individuals with knowledge and experience in the fields of engineering, economics, law, administration, culture, and society.

outside the government apparatus, similar to the status granted to the British regulatory authority, OFCOM, for example. If it emerges, in practice, that there is little prospect that such a model will garner the support of the relevant government ministries required to advance it as a bill, it will be possible to propose the alternative solution of an intragovernmental authority, provided that measures are taken to bolster its independence.

**(b) Objectives and Functions.** The Authority's functions will consist of setting policy and rules, granting licenses, supervision, and enforcement. The laws governing the operation of the present regulatory bodies – the Communications Law, the Second Authority Law, and the Wireless Telegraphy Ordinance – already include provisions relating to the functions and powers of the Minister of Communications, the Council for Cable TV, and the Second Authority Council, and these can continue to serve as the basis for delineating the duties and powers of the Communications Authority. It would be right to include in the law that establishes the Communications Authority several additional considerations and objectives, which the Authority should take into account when making decisions. For example, it is suggested that the principle of providing services to the entire public (universal service) be set forth explicitly, including the obligation to offer solutions to the special needs of particular populations, such as people with disabilities or limited means.

**(c) Organs.** A key question with regard to the structure of the Authority is that of who will head it, acting as the repository of its regulatory powers. According to the proposed model, the Authority will be headed by a governing council that will be responsible for setting down the Authority's policy, handling primary and secondary legislation, licensing, issuing guidelines to operators, supervision, and enforcement. The council, headed by the Chair of the Communications Authority, will guide the Authority's professional staff.

The **Governing Council** will consist of five members: the Communications Authority Chair, who will hold a full-time

the Second Authority and the Council for Cable TV. This decision indicates that there is no intention of taking steps to establish a communications authority, at least in the next few years, meaning that the move will be delayed for an indefinite period.

In our view, this is an erroneous course of action. The communications industry needs a professional, independent regulator that will be responsible for the joint areas of telecommunications and broadcasting, and will have multidisciplinary professional capabilities and expertise. In this era of convergence, when infrastructures are ceasing to be identified with specific services, there is no longer any reason for the division of regulatory powers among various bodies according to the type of service or infrastructure; thus, concentrating regulatory powers in the hands of one regulatory body is the appropriate, logical move. At the same time, the structure of the regulatory body must also reflect the special needs of content related regulation, first among them, the need to ensure cultural pluralism.

With regard to the structure and characteristics of the Communications Authority, the following are the main points of the proposed model:

**(a) Legal Status.** A fundamental question concerning the status of the Communications Authority is whether to set up a government body – that is, part of the array of government ministries and allied agencies – or a statutory corporation that exercises executive powers outside the framework of the government service and enjoys separate legal status from the State.

The relative flexibility afforded to an extra governmental corporation (*inter alia* with regard to budget, recruiting of personnel, and legal proceedings) and the lessening of dependence on the government service, as well as the separation of the Authority from the political echelon, can contribute significantly to the independence and professionalism of the regulator. For this reason, the model that we propose is that of a public authority

## **Towards an Independent Communications Authority**

In early 2003, a government decision to establish a unified authority for telecommunications and broadcasting was approved. Counter to the recommendations of the professional officials in the Ministry of Communications at the time, and in accordance with the demands of the Justice and Finance Ministries, it was determined that a communications authority would be set up as an intragovernmental body and not a statutory corporation. Based on this decision, the Ministry of Communications, the Council for Cable TV and Satellite Broadcasting, and the Second Authority would all be dissolved upon the establishment of the new authority. This government decision has been confirmed in subsequent decisions.

In keeping with this decision, a detailed bill on the establishment of a communications authority was drafted by the Ministry of Communications. According to the bill, the proposed authority would be based on three key principles: first, the bulk of the regulatory powers, which until now had been in the hands of the Minister of Communications, would be transferred to a professional body; second, the regulatory body would be independent in fulfilling its duties; and third, the Authority would be responsible for regulation in the areas of both telecommunications and broadcasting (with the exception of public broadcasting). The bill addresses the structural changes involved in establishing the new authority and the resultant legislative amendments, but in general, it does not deal with changing the basic regulatory norms set forth in the legislation, except on certain issues.

The draft bill was submitted to the Ministerial Committee for Legislation (two versions were submitted, the first in July 2003 and the second in April 2004), but it was not debated. In subsequent years, the Ministers of Communications abandoned the initiative to establish a communications authority. In 2009, a government decision was made to establish an intragovernmental authority for commercial broadcasting that would combine the activities of

the regulation of multichannel television broadcasts to subscribers via cable or satellite. This law established the Council for Cable TV and Satellite Broadcasting; regulatory powers in this area are vested largely in the Council, and partly in the Minister of Communications.

The Wireless Telegraphy Ordinance controls all uses of the electromagnetic spectrum (radio frequencies). The bodies regulating wireless activity in Israel include the Radio Frequencies Committee, which is charged with the allocation and assignment of frequencies; the Minister of Communications, who has the authority to promulgate regulations; and the Director of the Spectrum Management and Frequency Licensing Division at the Ministry of Communications, who serves as Chair of the Radio Frequencies Committee and holds licensing authority with respect to wireless equipment.

The Second Authority Law regulates commercial television and radio broadcasts, which include TV Channels 2 and 10, regional radio stations, and in the future, nationwide digital radio stations. This law established the Second Authority for Television and Radio, headed by a public council, which holds most of the regulatory powers.

There are numerous rules within the regulation of the communications industry, but the basic structure with regard to the regulation of telecommunications services, of frequencies for wireless communication, and of broadcasting is common: as a rule, all activity is prohibited unless permitted under a license (or franchise) issued by the regulator and in accordance with its provisions, or unless such activity is exempted from licensing. With regard to the three areas cited above, the rules of regulation include detailed provisions as to the types of licenses, the range of permissible services and activities, consumer interest provisions, security and emergency provisions, supervision and enforcement, broadcast content, and additional conditions when applicable.

the particular sector that forms his or her party's electoral base, regulation is disassociated from its democratic foundation. In the case of a government minister, there is an inherent risk of a potential conflict of interests between his or her role as a politician and his or her professional role as a regulator.

## **Regulatory Rules Governing the Communications Industry**

Before proposing a model for the establishment of a communications authority, we must first examine the substantive matters addressed by the regulator. The regulatory system governing the communications industry includes a complex set of rules and regulations set forth in primary legislation, secondary legislation, licenses and franchises, administrative directives, and policy statements. In order to become familiar with the field and to better understand the role of the regulator, an outline of the prevalent normative arrangements should be presented prior to issuing a proposal for the establishment of an authority.

Three laws form the basis of the regulation of the communications industry in Israel: the Communications Law (Telecommunications and Broadcasting), 5742-1982; the Wireless Telegraphy Ordinance (New Version), 5732-1972; and the Second Authority for Television and Radio Law, 5750-1990. Other related laws deal with the Broadcast Authority, subtitles and translation into sign language, classification and labeling of broadcasts, the Knesset Channel, sponsored programs on the IDF (Israeli Army) Radio, and several other issues.

The Communications Law deals with the regulation of telecommunications services, including telephony (domestic or international, fixed or mobile), data communications (including high speed Internet), transmission, and infrastructure. Most regulatory powers in this area lie with the Minister of Communications. In addition, the Communications Law addresses



to economic considerations since its aim is, first and foremost, to improve the economic efficiency of the markets in its charge. According to this approach, a professional communications authority would not be able to properly weigh considerations of distributive justice. Moreover, according to the same argument, handing over responsibility for value based considerations to professionals at a communications authority – experts in engineering, economics, and law – goes against the principles of a democratic regime, as such issues must be handled by those who represent the opinions and preferences of the public, who are elected by them and who are accountable to them.

In our view, this approach is erroneous and further misses the opportunity to include values and social considerations as an integral aspect (untainted by partisan interest) of the regulation of the communications industry.

First, with respect to the argument that a sectoral regulator only takes into account considerations of economic efficiency, according to Israeli case law, distributive justice is a fundamental value that must be given proper weight by an administrative authority in any decision regarding the allocation of public resources. This principle would apply to the proposed Communications Authority and would be binding upon it. Moreover, the definition of the Authority's roles and objectives in the law establishing the Authority would explicitly state its obligation to take into account considerations of distributive justice. It would also establish a governing council (the Authority's decision making body, as detailed below), whose members would have expertise in, and understanding of, social issues, which would enable them to faithfully take into account the diverse needs and considerations.

Secondly, with regard to the argument that ethical considerations should be weighed by elected representatives (as opposed to appointed professionals), it is our view that when a government ministry is headed by a political figure, who generally does not represent the worldview of the entire public but rather of

where reasonableness and proportionality are optimal – and not only to refrain from exceeding its boundaries.

Though it is difficult to establish in advance an exhaustive set of rules for exercising regulatory judgment, it is possible to delineate it and to study its components. In our view, the very act of clarifying its makeup can serve to assist the regulator in the decision making process.

A “Tri-Layer Model” is suggested to describe the path for exercising judgment and classify its elements. The first layer consists of structural requirements, which include requirements pertaining to the way in which the regulator exercises its judgment: factual basis, judicial foundation, relevance, coherence, independence and impartiality, transparency, and inclusion of other bodies in the decision.

The second layer consists of substantive considerations, which include the range of substantive factors that the regulator must take into account. These are derived from the rationales and objectives of regulation: basic justifications for regulation (such as the public interest), general considerations (for example, promoting competition), and considerations related to the nature of the industry (such as technological aspects).

The third layer relates to assessment, balance, and decision making. At this level, the work of balancing the various considerations is carried out while implementing the standards of reasonableness and proportionality.

An analysis of regulatory judgment is essential to formulating the right structural setup for the regulatory authority. The fundamental argument presented in this work is that a regulatory body whose structure ensures **independence and multidisciplinary professionalism** will be successful in exercising regulatory judgment and advancing the underlying objectives of regulation.

In this context, there are those who argue that a designated, professional regulatory authority necessarily gives top priority

review – and cases of substantial or extreme unreasonableness and disproportionality, which justify the court’s intervention.

The regulator, by contrast, must choose the right course of action **within** the bounds of reasonableness and proportionality. However, when the situation involves exercising judgment internally within the domain of reasonableness and proportionality, the attempt to extract guidelines from case law becomes problematic. On the whole, case law is limited to examining whether the bounds of reasonableness and proportionality have been exceeded, and does not provide guidelines for decision making within the domain. The absence of legal guidance, which would assist in determining what action to take within the domain of reasonableness and proportionality, is one of the more difficult issues facing the regulator as an administrative authority.

In these circumstances, the question arises of how to view the regulator’s obligation regarding **the implementation** of the standards of reasonableness and proportionality in decision making. According to our approach, this obligation should be understood as the need to make the optimal decision, that is, to subject the administrative act to the test of reasonableness and proportionality such that the decision reached is the best and most appropriate under the circumstances. For this reason, the decision must be based on interpreting the parameters of reasonableness and proportionality “in their best light,” to quote Ronald Dworkin. It is incumbent on the regulator to use the utmost skill to achieve the most reasonable and proportionate decision it can reach.

Consequently, when exercising judgment in the stage leading up to a regulatory decision, it is not enough to apply the “pass the Supreme Court of Justice” test, namely, to assess that the decision under consideration will not be overturned after the fact through judicial review. Returning to the figurative concept of the domain, when the regulator deliberates a decision, he or she has an obligation to aim for the very center of the domain – the place

Government intervention in the communications industry is based on a number of rationales and objectives, which regulation is designed to meet. These include the public good, the correction of market failures, the promotion of competition, consumer protection, distributive justice, solutions for populations with special needs, and the safeguarding of human rights. There are additional justifications for regulation that relate to the nature of the communications industry – technological factors, management of public resources, assurance of pluralism in communications, regulation of broadcast content, national security needs, and global and regional arrangements.

In practice, these reasons and objectives – the rationales for regulation – translate into considerations that the regulator must reckon with when formulating policy or exercising regulatory powers. Different concerns arise in different contexts; some apply to a broad range of issues and others only to a narrow sector; likewise, some are compatible with one another, while others pull in different, or even opposing, directions. The regulator must balance these considerations and decide between them.

Exercising regulatory judgment means making a decision in a given case by choosing between alternative courses of action. In this respect, regulatory discretion differs from judicial discretion. In a case of judicial review, a decision made by another body is typically subjected to examination after the fact, with a focus on verifying whether or not the authority in question acted in a legal manner. Within this framework, the court refrains, as a rule, from interfering in the professional deliberation of the regulator, except in cases in which the latter overstepped his or her authority or drastically exceeded the judicial parameters established in case law – the domain of reasonableness and the domain of proportionality. The notion of “domain” is a tool that, among other things, allows the courts to distinguish between cases of reasonableness and proportionality that may be problematic, albeit to a moderate and tolerable degree – thus passing the test of judicial

The first section of this work provides the theoretical background for the discussion, by presenting key terms and technological trends in the communications industry, examining the principles and objectives underlying regulation, and analyzing the nature of regulatory discretion and judgment.

The second section reviews the current communications legislation and the regulatory rules that have been established in the areas of telecommunications services, frequencies for wireless communications, and television and radio broadcasting, thus providing a brief introduction to Israeli electronic communications law.

The third section surveys recommendations proposed by various experts and committees in the past, as well as government decisions and the Israeli Communications Authority Bill drafted by the Ministry of Communications. It also presents an overview of the regulatory framework in the European Union and of the British regulatory body, OFCOM.

Against this background, we offer our model for an independent, professional authority in Israel, which would unite the areas of telecommunications and broadcasting under its charge.

## **Foundations of Communications Services Regulation**

Given the dynamic and ever developing technological environment of the communications industry, regulatory rules must be relevant to a broad range of frequently changing technologies.

There are three key technological processes that currently have a major impact on regulation: digitization (conversion of all media to digital form) and the constant growth in bandwidth used for data transmission (for example, high speed Internet); convergence, whereby a variety of transmission infrastructures can be used to supply a variety of communications services; and the growing variety of wireless services using radio waves (the electromagnetic spectrum).

## Abstract

This work calls for the establishment of a communications authority in Israel that will be charged with the regulation of both telecommunications and broadcasting (television and radio) in Israel.

The current large number of regulatory authorities – the Minister and the Ministry of Communications, the Second Authority for Television and Radio, the Council for Cable TV and Satellite Broadcasting, the Radio Frequencies Committee, and other bodies – creates a problematic state of affairs in terms of both the structure of the regulatory agency and the substance of the regulatory arrangements. The division of powers among various regulatory bodies and the central role accorded to the political rank and to government officials make it difficult to develop and consolidate a professional, independent regulatory system.

Israel is an anomaly on the global scene. For years, the communications industry in the West (as well as in the industrialized countries in the East, apart from Japan) has been regulated by independent authorities and not by a political minister. This approach treats regulation of the communications industry as a complex matter that requires professional expertise, independent assessment, flexibility, and innovation, all of which are hard to secure without the separation of the regulatory authority from the political echelon and government apparatus. Therefore, a fresh regulatory framework that can offer a coherent answer to the needs of both the industry and the consumer is required. Indeed, the time has come to establish a professional and independent communications authority in Israel.

\* Translated by Karen Gold.

Language Editor (Hebrew): Michaela Kelly  
Typesetting: Nadav Shtechman  
Printed by Art Plus, Jerusalem

ISBN 978-965-519-069-4

No portion of this book may be reproduced, copied, photographed, recorded, translated, stored in a database, broadcast, or transmitted in any form or by any means, electronic, optic, mechanical, or otherwise. Commercial use in any form of the material contained in this book without the express permission in writing of the publisher is strictly forbidden.

To order books and policy papers published by The Israel Democracy Institute:  
Tel: 1-800-20-2222, (972)-2-5300800; Fax: (972)-2-5300867  
e-mail: [orders@idi.org.il](mailto:orders@idi.org.il); website: [www.idi.org.il](http://www.idi.org.il)  
The Israel Democracy Institute, P.O.B. 4482, Jerusalem 91044

Copyright © 2009 by The Israel Democracy Institute (R. A.)  
Printed in Israel

The Israel Democracy Institute is the recipient of the 2009 Israel Prize for Lifetime Achievement – Special Contribution to Society and State.

The statements published in the policy papers do not necessarily reflect the position of the Israel Democracy Institute.

All policy papers and a selected chapter of every book may be downloaded for free at [www.idi.org.il](http://www.idi.org.il)

# **Regulation of Electronic Communications Services in Israel**

**The Need to Establish  
a Communications Authority**

Yizhar Tal Dina Ivry-Omer



The Israel Democracy Institute

**Policy Paper 76** | Jerusalem, November 2009