



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 8205/17

לפני: כבוד השופט י' עמית
כבוד השופטת ד' ברק-ארז
כבוד השופט ג' קרא

העותרת: פרטנר תקשורת בע"מ

נגד

המשיבים: 1. שר התקשורת
2. מנכ"ל משרד התקשורת
3. גולן טלקום בע"מ

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: כ"ה באייר התשע"ח (10.5.2018)

בשם העותרת: עו"ד גיורא ארדינסט, עו"ד נועה גבע, עו"ד מודי שפרסקי, עו"ד אפרת ציבולסקי

בשם המשיבים 1-2: עו"ד נחי בן אור

בשם המשיבה 3: עו"ד גד מינא

פסק-דין

השופטת ד' ברק-ארז:

1. האם היה מקום לסייג את זכאותה של חברת סלולר לקבל החזר אגרה על-פי ההסדר הרגולטורי שחל עליה, בשל כך שהפרה על-פי הנטען חלק מתנאי הרישיון שלה? זו השאלה שהתעוררה בעתירה שבפנינו, אשר הוגשה על-ידי מתחרה עסקית של החברה הזכאית לקבל את כספי האגרה.

כללי: אתגרי הרגולציה

2. העתירה שבפנינו היא דוגמה מובהקת להתחזקות הפן הרגולטורי בפעולתן של הרשויות. פעילויות כלכליות רחבות היקף מבוצעות כיום על-ידי גורמים מסחריים המתחרים זה בזה בחסותה של "מטריה רגולטורית". מעת לעת, מגיעים אל סיפם של

בתי המשפט הליכים שנסבים על תכניו של ההסדר הרגולטורי, כמו גם על התחרות שמתקיימת בחסותו.

3. עתירות מסוג זה נשלטות על-ידי עקרונות המשפט המינהלי, אך מחדדות מורכבויות שלא היו מוכרות בגדרן של עתירות "מסורתיות" יותר. מורכבויות אלה אינן מונעות כמובן ביקורת שיפוטית, אך מחייבות תשומת לב מיוחדת. תכניו של ההסדר הרגולטורי הם בדרך-כלל מסועפים ומבוססים על החלטות מקצועיות מובהקות. ביצועו של ההסדר הרגולטורי כפוף לא אחת למנגנוני ביקורת פנים-מינהליים, בנוסף לביקורת השיפוטית. ההקפדה על יישומו של ההסדר הרגולטורי היא חשובה, בשל השלכותיו על האינטרס הציבורי. בצד זאת, נודעת חשיבות לכך שמנגנוני הביקורת על ההסדר הרגולטורי לא יהיו מורכבים מדי – ויאזנו בין שיקולים של הוגנות לבין שיקולים של יעילות (באופן כללי, ראו: מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות (ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים, 2016) (להלן: מסדירים רגולציה); שרון ידין רגולציה – המשפט המינהלי בעידן החוזים הרגולטוריים 144-150 (2016); יובל רויטמן "המשפט המינהלי בעידן המדינה הרגולטורית" משפט וממשל יח 219 (2017)).

הרקע לעתירה

4. מקורה של העתירה דנן בהסדרתו של שוק הסלולר בישראל, ובאופן ספציפי בניסיונות של הרגולטור בתחום – משרד התקשורת – להגביר בו את התחרות. העותרת, חברת פרטנר תקשורת בע"מ (להלן: פרטנר) היא חברת תקשורת המעניקה למנוייה שירותים סלולריים על-פי רישיון כללי למתן שירותי רט"ן (רדיו-טלפון נייד) בישראל. עתירתה נסבה על היבטים הנוגעים לעמידה בתנאי הרישיון של אחת ממתחרותיה, חברת גולן טלקום בע"מ (להלן: גולן). מלבד גולן, העתירה מכוונת גם כנגד שר התקשורת ומנכ"ל משרד התקשורת, המשיבים 1-2 (להלן: המשיבים), שהם בעלי סמכויות שעניינן מתן רישיונות בתחום התקשורת, ובכלל זה אמונים על האכיפה והפיקוח על בעלי הרישיונות.

5. בשנת 2010 ערך משרד התקשורת מכרז שכותרתו "רישיון משולב למתן שירותי רדיו טלפון נייד בשיטה התאית (רט"ן) בישראל – הרחבת רישיון קיים והענקת רישיון חדש" (להלן: המכרז). המכרז נועד להגביר את התחרות בשוק הסלולר ולעודד מפעילי סלולר חדשים לחדור למגזר הפרטי. במכרז נקבע כי על מנת לממש וליישם את הרישיונות שיינתנו מכוחו תידרש הקצאת תדרים מתאימה לפי פקודת הטלגרף האלחוטי [נוסח חדש], התשל"ב-1972 (להלן: פקודת הטלגרף), וכי זו תהיה כרוכה

בתשלום אגרת תדרים לפי חלק ג' בתוספת לתקנות הטלגרף האלחוטי (רשיונות, תעודות ואגרות), התשמ"ז-1987 (להלן: תקנות הטלגרף). להשלמת התמונה יצוין כי הוראות המכרז אפשרו להגיש כתב ערכות בהתאם לגובה דמי הרישיון שהוצעו במכרז, כחלופה לתשלום מידי של דמי הרישיון. בהמשך לכך, נקבע במכרז מנגנון רב-שלבי המקנה לזוכה בו הפחתה בדמי הרישיון או דמי הערכות, בהתאם לנתח השוק שיצבור במגזר הפרטי.

6. בחודש אפריל 2011 הסתיימו הליכי המכרז. לגולן, אשר הייתה אחת הזוכות בו, הוענק רישיון רט"ן והוקצו לה תדרים לשם מתן השירותים למנוייה. בגין כך נדרשה גולן לשאת בתשלום אגרת תדרים לפי תקנות הטלגרף בשיעור של כ-57.6 מיליון שקלים עבור חמש שנות פעילותה הראשונות.

7. ביום 5.2.2014 תוקנו תקנות הטלגרף ונקבע בהן מנגנון החזר של אגרת התדרים לזוכה במכרז על בסיס נתח השוק שתצבור במגזר הפרטי בתום שתי תקופות שנקבעו (הוראות תקנות הטלגרף האלחוטי (רשיונות, תעודות ואגרות) (הוראת שעה), התשע"ד-2014 (להלן: תקנות הוראת השעה)). כך, נקבע כי ההחזר יהיה בשיעור של שביעית מסכום האגרה כנגד כל 1% נתח שוק שייצבר במגזר הפרטי. תקנות הוראת השעה התבססו על המלצתה של ועדת המכרזים הבין-משרדית לשר התקשורת, המלצה שתאמה הוראות שנכללו במכרז וכן מנגנונים אחרים שנקבעו בו וכוונו כולם למתן תמריצים לחברות המפעילות להגדיל את נתח השוק שלהן במגזר הפרטי (כדוגמת המנגנון של הפחתת דמי הערכות).

8. למען שלמות התמונה נביא את לשונן של התקנות הרלוונטיות בתקנות הוראת השעה – תקנות 1(א) ו-1(ב) הנושאות את הכותרת "החזר אגרה":

"(א) בעל רישיון חדש יהיה זכאי להחזר אגרה ששילם לפי חלק ג' בתוספת לתקנות הטלגרף האלחוטי (רשיונות, תעודות ואגרות), התשמ"ז-1987 (בתקנות אלה – התקנות העיקריות), בעד רישוי והקצאה של תדרים שהוקצו לו בעקבות זכייתו במכרז, בתום כל אחת מהתקופות הקבועות בתקנת משנה (ב), בשיעור של 14.3% מתוך סכום שהוא מלוא האגרה שהיה עליו לשלם מהיום שבו הוקצו לו התדרים עד תום התקופה הקבועה בתקנת משנה (ב)(2), כנגד כל 1% נתח שוק שצבר מהיום שבו הוקצו לו התדרים עד תום כל אחת מהתקופות הקבועות בתקנת משנה (ב); ההחזר יחול על כל אחוז נתח שוק או חלק ממנו, באופן יחסי; ואולם גובה החזר האגרה המרבי לא יעלה על מלוא סכום

האגרה ששילם בעד כל אחת מהתקופות הקבועות בתקנת משנה (ב).
 (ב) בדיקת נתח השוק שצבר בעל הרישיון החדש לצורך החזר אגרה כאמור בתקנת משנה (א), תיעשה בתום התקופות כמפורט להלן:
 (1) שנתיים מהמועד שבו בעל רישיון חדש קיבל רישיון למתן שירותי רדיו טלפון נייד (להלן – רט"ן) או שרישיונו למתן שירותי רט"ן הורחב, לפי העניין (להלן – התקופה הראשונה);
 (2) שלוש שנים מתום התקופה הראשונה (להלן – התקופה השנייה)."

9. בראשית שנת 2014 חל המועד הראשון לבדיקת נתח השוק של גולן, לאחר שחלפו שנתיים מתחילת פעילותה. במועד זה צברה גולן נתח שוק בשיעור שעלה על 7%, מה שהקנה לה זכאות להחזר מלא של אגרת התדרים בהתאם לתקנות הוראת השעה. לפיכך, ביום 31.3.2014 הושב לה סכום בסך של כ-11.5 מיליון שקלים עבור אגרת התדרים ששילמה בגין שנות הפעילות 2012-2013. יצוין כי נתח השוק שצברה גולן הקנה לה גם זכאות להפחתה בגובה הערבות שהפקידה חלף דמי רישיון (כמתואר בפסקה 5 לעיל), ובהתאם לכך הופחתה ערבות זו בסכום של 270 מיליון שקלים.

10. בהמשך, משהגיע המועד השני לבדיקת נתח השוק של גולן, פנתה האחרונה למשרד התקשורת בדרישה לקבל החזר של אגרת התדרים ששולמה על ידה עבור השנים 2014-2016, בהתחשב בכך שגם במועד זה התקיים התנאי של נתח שוק בשיעור של 7%. מנגד, פנתה פרטנר למשרד התקשורת והעלתה טענות כנגד השבתה של אגרת התדרים, וזאת משום שלטענתה גולן הפרה חלק מתנאי הרישיון שנקבעו לה.

11. באופן יותר ספציפי, פרטנר טענה כי גולן לא קיימה את המוטל עליה על-פי תנאי רישיונה בכל הנוגע לפריסת תשתיות, ולמעשה הצליחה לעמוד ביעדים הנדרשים לקבלת החזר אגרת התדרים בשל כך שהפרה דרישות רגולטוריות שכוונו כלפיה. להשלמת התמונה יצוין כי טענות אלה של פרטנר עמדו במוקד עתירה קודמת שהוגשה על ידה, אשר נמחקה בסופו של דבר בהסכמה בשים לב לכך שננקטו נגד גולן הליכים מינהליים המכוונים לחילוט חלק מכספי הערבות שהפקידה (בג"ץ 9034/15 פרטנר תקשורת בע"מ נ' מדינת ישראל – שר התקשורת (17.9.2017)). הלכה למעשה, שר התקשורת הורה על חילוט של כ-28 מיליון שקלים מתוך כספי הערבות שהפקידה גולן לשם הבטחת מילוי התנאים הרגולטוריים. עוד יצוין כי כנגד החלטת החילוט הוגשה עתירה גם מטעמה של גולן, אשר עודנה תלויה ועומדת בבית משפט זה (בג"ץ 7464/17).

12. ביום 11.9.2017 הודיע משרד התקשורת על החלטתו להשיב לגולן את אגרת התדרים ששולמה על ידה בגין השנים 2014-2016, בסך של כ-46 מיליון שקלים. בו ביום השיב מנכ"ל משרד התקשורת לפנייתה של פרטנר והודיע לה כי לא מצא עילה להימנע מהשבתה של אגרת התדרים לגולן. בעיקרו של דבר, עמדתו של משרד התקשורת, כפי שעלתה מהמכתב, היא כי המסלול הנכון לטיפול בהפרות הרגולטוריות שביצעה גולן הוא חילוט מתאים מתוך כספי הערבות שהפקידה, להבדיל מסיוג הזכאות הסטטוטורית להחזר של כספי אגרת התדרים. עוד הובהר במכתב, כי לשיטת משרד התקשורת החזר כספי אגרת התדרים עולה בקנה אחד עם תקנות הוראת השעה ועם תכליתו של המכרז – הגברת התחרות במגזר הפרטי בשוק הסלולר.

13. על החלטה זו של משרד התקשורת – שלא לסייג את זכאותה של גולן לקבל החזר של אגרת התדרים – נסבה העתירה שבפנינו.

14. יצוין עוד כי ביום 18.9.2017 בוצע החזר אגרת התדרים לחשבונה של גולן. כן יוער כי בחודש ינואר 2017 רכשה חברת אלקטרה מוצרי צריכה בע"מ (להלן: אלקטרה) את גולן, ונחתם הסכם שיתוף רשתות בין אלקטרה לבין חברת סלקום ישראל בע"מ (להלן: סלקום). בעקבות החתימה על הסכם שיתוף הרשתות, עומדת כיום גולן בתנאי רישיונה בכל הנוגע לפריסת תשתיות.

טענות הצדדים

15. פרטנר פרסה בפנינו יריעה נרחבת של טענות בכל הנוגע לפעילותה של גולן. לטענתה של פרטנר, גולן הפרה באופן בוטה את הוראות רישיונה בכך שהפסיקה את הקמתה של רשת תקשורת עצמאית ואף פירקה על דעת עצמה אתרים סלולריים שכבר הוקמו על ידה בעבר. לשיטתה של פרטנר, הפרות אלה הסבו נזק לשוק התקשורת ואף גרמו לפגיעה בלתי הוגנת בתחרות בו. פרטנר טוענת עוד כי הטיפול של משרד התקשורת בהפרות אלו לא היה מספק. בעיקרו של דבר, פרטנר סבורה שאין להלום מתן תמריץ רגולטורי למי שאינו עומד בדרישות הרגולטוריות. פרטנר טוענת כי דברים אלה מקבלים משנה חיזוק בהתחשב בכך שהחזר של אגרת התדרים ניתן לגולן באופן מיידי, ואילו החילוט נפרס – לבקשת גולן – על פני שלוש שנים.

16. במישור המשפטי, פרטנר טוענת כי יש לפרש את זכאותה של גולן להחזר של אגרת התדרים ככפופה להנחה שפעילותה היא "כדין", דהיינו שלפי תקנות הוראת

השעה לא ניתן להשיב אגרת תדרים בהסתמך על נתח שוק שנצבר שלא כדין. לטענתה של פרטנר, נתח השוק של גולן הושג תוך הפרה של תנאי רישיונה, ועל כן היא אינה זכאית להחזר של אגרת התדרים.

17. פרטנר מוצאת חיזוק לעמדתה גם בתקנה 1(ה) לתקנות הוראת השעה, הקובעת כי בעל רישיון חדש אשר משכן או העביר נכס מנכסי הרישיון לבעל רישיון שאינו חדש, או "חדל ממתן כל שירות על פי תנאי רישיונו" ישיב את סכום אגרת התדרים שהוחזרה לו. לשיטת פרטנר, תכליתה של תקנה זו היא שלילת ההטבה של החזר אגרת התדרים במצבים שבהם אחד מבעלי הרישיון מפר את תנאי רישיונו תוך פגיעה בתחרות. כמו כן, פרטנר טוענת כי במסגרת הסכם השיתוף שנחתם בין גולן לסלקום, קיבלה האחרונה שעבוד על זכויותיה ונכסיה של גולן. בנוסף, פרטנר טוענת כי בהתאם למנגנונים אחרים שנקבעו בתקנות הוראת השעה, אין להעניק הטבה של החזר אגרת התדרים לבעל רישיון שזכה כבר להטבה כלכלית אחרת – כגון שיתוף תדרים עם בעל רישיון אחר.

18. באופן כללי יותר, פרטנר טוענת כי הכרה בזכאותה של גולן לקבל החזר של אגרת התדרים חותרת תחת התכליות הניצבות בבסיסן של תקנות הוראת השעה. פרטנר אף מוסיפה וטוענת כי אין להסתפק בפניה לתכליתן של תקנות הוראת השעה, אלא יש לפנות לתכלית החקיקה המסמיכה – פקודת הטלגרף ותקנות הטלגרף, החותרות להבטחת ניצול יעיל, מיטבי והוגן של תדרי הרט"ן.

19. לבסוף, פרטנר טוענת כי ההחלטה להשיב לגולן את אגרות התדרים לוקה במספר פגמים, ובהם: חוסר סבירות קיצוני (בהתחשב בכך שבקבלתה לא הובאו בחשבון מכלול השיקולים הרלוונטיים), פגיעה קשה באינטרס הציבורי ובכללי מינהל תקין, וכך פגיעה בחופש העיסוק של פרטנר, בין היתר לנוכח השלכותיה של ההחלטה על התחרות בשוק הסלולר.

20. מנגד, המשיבים סבורים שדין העתירה להידחות. לשיטתם של המשיבים, ההחלטה להשיב לגולן את אגרת התדרים עולה בקנה אחד הן עם נוסחן של תקנות הוראת השעה והן עם תכליתן. באשר ללשון התקנות, נטען שזו מפורשת וברורה, וכי היא קובעת מנגנון החזר אגרה שאינו מותיר מרחב שיקול דעת באשר לאופן יישומו (או אי יישומו). המשיבים מבהירים כי התנאי היחיד שלפיו מוכרעת השאלה של החזר אגרת התדרים הוא צבירת נתח השוק הדרוש בקרב מנויים פרטיים, בהתאם למועדי הבדיקה שהוגדרו. באשר לתכליתן של תקנות הוראת השעה, נטען כי הן נועדו –

בדומה למכרז שבהמשך לו הן הותקנו – להגביר את התחרות בשוק הסלולר. לשיטת המשיבים, אין לייחס לתקנות הוראת השעה תכליות אחרות כגון ניצול יעיל של תדרים או הקמת תשתיות רט"ן, הגם שמדובר במטרות חשובות כשלעצמן. המשיבים מוסיפים וטוענים כי מבחן המעשה מלמד שהצלחתה של גולן בצבירת נתח שוק בקרב מנויים פרטיים אכן הגשימה את תכלית התקנות, שכן היא הגבירה את התחרות והובילה לירידת מחירים. על כן, כך נטען, אין יסוד לטענת פרטנר באשר לפגיעה באינטרס הציבורי או בתחרות החופשית.

21. המשיבים אף דוחים את טענותיה של פרטנר באשר לתחולתה של תקנה 1(ה) לתקנות הוראת השעה בנסיבות העניין. לטענתם, תקנה זו עוסקת בהפסקת מתן שירותים בהתאם לרישיון או בהעברת נכסים למפעיל קיים, ואילו גולן לא חדלה ממתן שירותים למנוייה, ואף לא ניתן לפרש את מעשה פירוק המתקנים שהוקמו על-ידה (שהיווה אמנם הפרה של הרישיון) כחדילה ממתן שירותים. המשיבים מוסיפים וטוענים כי תקנה 1(ה) לתקנות הוראת השעה מכוונת למצב שבו פוחת מספר המפעילים בשוק, למשל כאשר מפעיל התפרק או התמזג עם אחר, ולכן כבר אינו נותן כלל שירותים למנויים. באשר לטענה בדבר שעבוד נכסיה של גולן, המשיבים מדגישים כי ההחלטה שהתקבלה בעניין החזר של אגרת התדרים לגולן הותנתה במפורש בכך שהסכם עם סלקום לא יכלול שעבוד של נכסי רישיון, וכך אכן נקבע במסגרת אותו הסכם. לבסוף, המשיבים דוחים את טענותיה של פרטנר באשר לכך שתקנות הוראת השעה מונעות מצב של "כפל הטבות". ממילא, טוענים המשיבים כי גולן לא נתנה בזמן הרלוונטי לגורם אחר אפשרות שימוש בתדר שהוקצה לה ולכן אין בכך כדי למנוע ממנה החזר של אגרת התדרים.

22. בסיכומו של דבר, המשיבים טוענים כי קיים ערוץ מתאים לדיון בהפרות הרגולטוריות שביצעה גולן – ערוץ חילוט הערבות. המשיבים מוסיפים כי לא מן הנמנע שהליך החילוט יצר תמריץ משמעותי לגולן להגיע להסכמים בדבר רכישתה על ידי אלקטרה ושיתוף עם סלקום – אשר הובילו לכך שכיום היא עומדת בתנאי רישיונה. נוסף על כך, המשיבים סבורים כי טענתה של פרטנר לפיה נתח השוק של גולן הושג בזכות ההפרה של תנאי רישיונה אינה עומדת במבחן המציאות. בהקשר זה מודגש כי במועד הבדיקה הראשון של נתח השוק עמדה גולן באופן מלא בתנאי הרישיון, וכבר אז צברה את נתח השוק המלא שהקנה לה זכאות להחזר מירבי של אגרת התדרים לפי תקנות הוראת השעה.

23. גולן טוענת אף היא שדין העתירה להידחות. ראשית, לשיטתה של גולן, יש מקום לדחות את העתירה על הסף שכן אין לפרטנר זכות עמידה, בהתחשב בכך שלא נגרמה לה פגיעה ממשית עקב ההחזר של אגרת התדרים. כמו כן, גולן טוענת כי העתירה הוגשה בשיהוי – 43 ימים לאחר שקיבלה פרטנר את תשובת משרד התקשורת לפנייתה, ולאחר שגולן כבר קיבלה בפועל את ההחזר של אגרת התדרים ועשתה שימוש בכספים אלה.

24. לגוף הדברים, עמדתה המשפטית של גולן דומה לזו שהציגו המשיבים. לשיטתה, אין מקום לקשור בין ההוראות בתקנות הוראת השעה הנוגעות להחזר אגרת התדרים לבין סוגיית ההפרות הרגולטוריות, וזאת על-פי לשון התקנות ותכליתן כאחד. גולן מוסיפה ומדגישה, במישור העובדתי, כי היא שיווקה מנויים במחיר נמוך הן בתקופה שקדמה להפרה והן בתקופה שלאחר תיקון ההפרה, ומכאן שטענת פרטנר באשר לכך שנתח השוק של גולן הושג תוך ניצול ההפרה היא משוללת יסוד. באשר לטענות הנוגעות להסכם עם סלקום, גולן מדגישה כי היא לא משכנה לטובת סלקום נכס מנכסי הרישיון כאמור בתקנה 1(ה), ועל כן אין מקום לתחולתה של התקנה גם בשל כך. גולן מפנה בהקשר זה לתדפיס מרשם החברות וכן לעמודים הרלוונטיים מתוך אגרת החוב שניתנה לסלקום, שם נאמר במפורש שהשעבוד אינו כולל את "נכסי הרישיון" כמשמעותם ברישיונה של גולן ובחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982. גולן מדגישה כי עניין זה הובהר לפרטנר טרם הגשת העתירה, בתשובה שנתן משרד התקשורת לפנייתה. באופן כללי יותר, גולן טוענת כי פרטנר מציגה את טענותיה כמשרתות את האינטרס הציבורי ואת עידוד התחרות, אולם למעשה פועלת לפגיעה בתחרות.

דיון והכרעה

25. בפתח הדברים – נקדים ונאמר את המובן מאליו: פרטנר הגישה את עתירתה זו בשם ההגנה על האינטרס המסחרי התחרותי שלה. בניגוד לנטען על-ידי גולן, אין בכך פגם. בית משפט זה הכיר כבר לפני שנים רבות בזכות העמידה של המתחרה העסקי כאשר הוא מבקש לבטל החלטה של רשות המיטיבה עם מתחרהו, לטענתו שלא כדין (ראו: בג"ץ 287/91 קרגל בע"מ נ' מינהלת מרכז ההשקעות, פ"ד מו(2) 852, 861-862 (1992); עע"ם 8193/02 ראובן נ' פז חברת נפט בע"מ, פ"ד נח(2) 153, 164-165, 171 (2003); עע"ם 8723/03 עיריית הרצליה נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, חוף השרון, פ"ד נח(6) 728, 735-736 (2004)). זאת, הן מטעמים הנוגעים לשוויון התחרות, והן מטעמים הנוגעים לאינטרס הציבורי הכללי, מאחר שלפעמים מתוך שלא לשמה – בא

לשמה, דהיינו גם מי שמגיש עתירה מטעמיו הוא עשוי לקדם בכך את האינטרס הציבורי. אף לא התרשמתי כי הגשת העתירה הייתה נגועה בשיהוי. מכל מקום, כפי שיוסבר להלן, לגוף הדברים אני סבורה שדין העתירה להידחות.

26. חוקיות המינהל – נקודת המוצא לדיון בעתירה זו, כמו בעתירות רבות אחרות, היא בהתחלה – דהיינו בעקרונות היסוד של המשפט המינהלי. עקרון היסוד בה"א הידיעה של תחום זה הוא עקרון חוקיות המינהל. משמעותו של עיקרון זה היא שהרשות אינה מוסמכת לבצע פעולה כלשהי מבלי שניתנה לה הסמכה בחוק (ראו: ע"מ 1777/14 חן המקום בע"מ נ' עיריית קרית אוננו, פסקה 26 לפסק דיני (16.6.2016); רע"א 2558/16 פלונית נ' קצין התגמולים – משרד הביטחון, פסקה 37 (5.11.2017); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 83 (2010) (להלן: ברק-ארז)). כך גם בענייננו – עלינו לבחון האם תקנות הוראת השעה הסמיכו את משרד התקשורת לסייג את זכאותה של גולן (או של בעל רישיון אחר) להחזר של אגרת התדרים על יסוד תנאים נוספים או משתמעים, כפי שטוענת פרטנר. כפי שיפורט להלן, אני סבורה כי התשובה לכך היא בשלילה, וזאת בהתחשב בלשון התקנות ובתכליתן. על כך אבקש להוסיף כי תוצאה זו אף מתיישבת עם שיקולים רחבים יותר הנוגעים להסדר הרגולטורי שבפנינו.

27. לשון התקנות – על-פי נוסח תקנות הוראת השעה, בעל הרישיון "זכאי" להחזר של אגרת התדרים, וזאת "כנגד כל 1% נתח שוק שצבר מהיום שבו הוקצו לו התדרים עד תום כל אחת מהתקופות הקבועות בתקנת משנה (ב)". אם כן, התקנות נוקטות לשון זכאות הכפופה לקיום תנאי יחיד וברור – צבירת נתח שוק. לשון זו אינה מסויגת בתנאים נוספים. המילה "כדין" – שאותה טענה פרטנר שיש לקרוא לתוך ההסדר – אינה מופיעה בתקנה הרלוונטית.

28. אפשר להתבונן בדברים גם מן הצד השני של המטבע – צד ההסמכה. אילו צדקה העותרת בטענתה היה על תקנות הוראת השעה לא רק לקבוע כי קיימת סמכות לסייג את הזכאות להחזר של אגרת התדרים, אלא גם להגדיר את זהותו של בעל הסמכות. בשיטתנו המשפטית ההסמכה הסטוטורית היא לעולם הסמכה ספציפית – להבדיל מהסמכה כללית למשרד ממשלתי כזה או אחר (ראו למשל: ע"מ 3782/12 מפקד מחוז תל אביב-יפו במשטרת ישראל נ' איגוד האינטרנט הישראלי, פסקאות 12-17 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (24.3.2013)). ראו גם ברק-ארז, בעמ' 125-126). על פני הדברים, יש משמעות רבה לשאלה האם הסמכות לסייג את הזכאות להחזר של אגרת התדרים, ככל שהייתה קיימת, הייתה ניתנת למנכ"ל משרד התקשורת, לגורם מקצועי אחר בו או לשר עצמו. חשוב להבהיר כי זו אינה שאלה טכנית בלבד, שכן יש

לה השלכות על היבטים מהותיים כדוגמת קיומה של זכות השגה (מה שאינו אפשרי למשל אילו הסמכות הנטענת הייתה נתונה לשר).

29. תכלית ההסדר הרגולטורי – תקנה 1(א) לתקנות הוראת השעה נועדה לעגן תמריץ אפקטיבי ופשוט למימוש על מנת לעודד את חדירתם של מתחרים חדשים לשוק הסלולר. על כך ניתן ללמוד מן המהלך הכולל שהוביל לקבלתן. תימוכין לכך ניתן למצוא גם במכתבו של שר התקשורת דאז, מר גלעד ארדן, ליו"ר ועדת הכספים בכנסת מיום 31.12.2013, שנשלח עם נוסח התקנות שהובא לאישור הוועדה (ובמובן זה מהווה אפוא מעין דברי הסבר לתקנות). במכתב צוין כך:

“התקנות המוצעות נועדו לעגן מנגנון החזר תשלום אגרות בעד רישוי והקצאת תדרים לזוכים במכרז 12/10... מטרתה של המלצת ועדת המכרזים בדבר מנגנון החזר האגרות היא, יחד עם אמצעים נוספים, לסייע בקידום התחרות בתחום הרט"ן ובמגזר הפרטי בפרט; קביעת מנגנון החזר האגרות יתמרץ את המפעיל החדש לחדור לשוק הפרטי, שכן כנגד אחוזי חדירתו לשוק, יינתנו לו החזרים בעד אגרות התדרים היקרות” (שם, בפסקאות 1 ו-3 למכתב).

הדברים עולים גם מפרוטוקול הדיון בוועדת הכספים שבו אושרו תקנות הוראת השעה (פרוטוקול ישיבה מס' 267 של ועדת הכספים, הכנסת ה-19 (20.1.2014) (להלן: פרוטוקול ועדת הכספים)). בדיון אמרה נציגת משרד התקשורת:

“התקנות המוצעות מעגנות את המלצת ועדת המכרזים בשעתו כאשר המטרה שלה הייתה לעודד את החדירה של המפעילים הסלולריים למגזר הפרטי... האגרה היא אגרה שמשולמת כיום לפי תקנות הטלגרף, היא קבועה בתוספת לתקנות הטלגרף וכל חברות הסלולר משלמות אותה. האגרה משולמת בגין רישוי והקצאת תדרים והיא מדורגת בהתאם לתקנות... התקנות המוצעות נועדו לאפשר לאותן זוכות לקבל בחזרה את מה שהן משלמות לפי התקנות היום מתוך מחשבה שהדבר יעודד אותן לחדור לנתח השוק כיוון שהחזר מתבצע כנגד אחוז נתח שוק שהן מראות שהן הצליחו לחדור אליו” (שם, בעמ' 2).

30. אם כן, תקנות הוראת השעה נועדו למטרה האמורה – ולא למטרה אחרת, רחבה יותר, כגון הקמת תשתיות או ניצול יעיל של תדרים, כפי שמבקשת פרטנר לטעון. מטרת אלה, כפי שציינו אף המשיבים, הן חשובות ביותר כשלעצמן – והסדרים אחרים במרחב הרגולטורי בשוק התקשורת נועדו להגשמתם (ראו, באופן כללי: עדי אייל, ציפי איסר-איציק ואורן פרוז “רגולציה בתנאים של ביזור: בין התנגשות לסינרגיה

ומבט למציאות הרגולטורית בישראל" מסדירים רגולציה 213, בעמ' 222-228. לדוגמה להתדיינות הנסבה על מנגנון אחר שנועד לעידוד התחרות בשוק הסלולר, ראו בג"ץ 6414/15 ענק הבטיחות נ' משרד התקשורת (15.8.2016)). הלכה למעשה, הגישה הפרשנית המוצעת על-ידי פרטנר עלולה להוביל למצב שבו כל החלטה על החזר אגרה תהיה מלווה בכדיקות מורכבות ואף להתדיינויות שיעסקו בשאלה של פעולת בעל הרישיון "כדין". כאשר אלה הם פני הדברים, עלול להיפגע התמריץ הרגולטורי שלשמו הותקנו התקנות.

31. בהקשר זה יש להידרש בקצרה גם לטענתה של פרטנר באשר לצורך לבחון את פרשנות תקנות הוראת השעה לאורה של החקיקה המסמיכה – פקודת הטלגרף, כמו גם לאורן של תקנות הטלגרף בנוסחן הכללי (שתקנות הוראת השעה רק עדכנו). תכלית זו, שעניינה שימוש מיטבי בתדרים, תומכת – על-פי הנטען על-ידי פרטנר – בסיוג של החזר אגרת התדרים למי שלא עומד בתנאי הרישיון.

32. אף בטענה זו של פרטנר אין כדי להועיל לה. פקודת הטלגרף היא פקודה רחבה הכוללת הסדרים רבים שמקדמים את תכליתה הכללית בדרכים שונות ומגוונות. אכן, בתמצית, תכליתה העיקרית של הפקודה היא "להקצות תדרים לשימושים בהתאם להועדתם ולהסדיר את התנועה בספקטרום האלקטרו-מגנטי במטרה להבטיח את השימוש המיטבי במשאב הציבורי" (בג"ץ 1030/99 אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 640, 654 (2002)). ראו גם: בג"ץ 8938/11 "All For Peace" חברה לתועלת הציבור נ' שר התקשורת, פסקה 23 (24.2.2015)). עם זאת, קשה לומר שמתכלית זו נגזרת מסקנה ספציפית בנסיבות העניין, במיוחד כאשר מביאים בחשבון את תרומתה של התחרות לשימוש המיטבי במשאב הציבורי, וזאת בטווח הארוך. ממילא, איני סבורה כי יש סתירה מהותית בין התכליות האמורות, בעיקר בנסיבות שהפרת תנאי הרישיון קיבלו מענה במישור המתאים, כפי שיפורט להלן.

33. איזון והרמוניה פנימית של ההסדר הרגולטורי – המסקנה לפיה ההחלטה להחזיר לגולן את אגרת התדרים התקבלה כדין נתמכת לא רק בשיקולים עקרוניים או לשוניים. היא קשורה באופן הדוק אף בהיבטים הנוגעים להסדר הרגולטורי הרלוונטי. ניתן לומר כי רגולציה באה לידי ביטוי בשלוש פעולות שלטוניות שונות: יצירת כללים, פיקוח עליהם ואכיפתם או ביצועם (ראו: איילת הוכמן, אלון חספר ודן לרגמן "מדברים על רגולציה: על המושג 'רגולציה' ומקומו במשפט הישראלי" מסדירים רגולציה 47, בעמ' 60). במקרה דנן, פרטנר מבקשת "לערב" במידה מסוימת שני מישורים שונים של פעולת הרגולטור. במישור של יצירת הכללים, משרד התקשורת פעל ליצירת מנגנון

שיעודד כניסת מפעילים חדשים למגזר הפרטי בשוק הסלולר, באמצעות שימוש בתמריץ של החזר אגרת התדרים (ראו, בהקשר דומה: בג"ץ 6884/05 סלקום ישראל בע"מ נ' משרד התקשורת – מדינת ישראל, פסקה 39 (27.12.2010)). במישור האכיפתי, על משרד התקשורת להפעיל סנקציות מתאימות כאשר הוא מוצא שאחת המפעילות בשוק הפרה את כללי הרישיון שלה.

34. ואכן, כפי שצוין – לא אלמן ישראל. הפרות רגולטוריות כדוגמת זו שביצעה גולן יכולות להיענות בתגובה ממשית בדמותו של חילוט ערבות משמעותי. השיטה המוצעת על-ידי פרטנר מוסיפה לכאורה סנקציה נוספת לצדו של החילוט, באופן שעלול להוביל לכאורה למצב של סנקציה כפולה המוטלת על המפעיל. כפי שכבר הודגש, מעבר לקושי שהדבר מעורר במישור של שיקולי הוגנות, יש בכך גם חתירה תחת התכלית של חיזוק שחקנים שונים בשוק על מנת לשמור על האינטרס הציבורי שבקידום התחרות.

35. עוללות – בשולי הדברים אוסיף כי אינני סבורה כי ניתן למצוא עיגון לשלילה של החזר אגרת התדרים מגולן בהוראות האחרות של תקנות הוראת השעה. כאמור, פרטנר ניסתה להיתלות, בין היתר, בתקנה 1(ה) לתקנות הוראת השעה, הקובעת כי בעל רישיון רט"ן שחדל ממתן כל שירות על פי תנאי רישיונו ישיב את סכום האגרה שהוחזרה לו. כפי שהובהר על ידי המשיבים, תקנה זו אינה מכוונת להפעלת סנקציה בגין כל הפרה של תנאי הקבוע ברישיון, אלא למקרי קיצוץ שבהם – כאמור – בעל הרישיון "חדל ממתן כל שירות". גם בהקשר זה ניתן ללמוד מהדיון שהתקיים בוועדת הכספים בעניין התקנות, שבו הוצגה תקנת משנה (ה) כך:

"אחת המלצות הוועדה הייתה שהחזר הזה, ההטבה הזאת ניתנת כהטבה שנועדה לעודד תחרות. הוועדה אמרה שאם יקרה משהו שכתוצאה ממנו החברה או תעלם או תפסיק לפעול או תעביר את הפעילות שלה למפעיל אחר, בעצם ממצב של חמישה שחקנים אנחנו עוברים למצב של פחות שחקנים, נפגע כאן האינטרס התחרותי ולכן היא תצטרך להשיב את ההטבה למדינה. זאת אומרת, מלכתחילה ההטבה הזאת ניתנת למטרה תחרותית. העיקרון הזה בא לידי ביטוי בתקנת משנה (ה)" (פרוטוקול ועדת הכספים, בעמ' 4).

אם כן, גם בהקשר זה טענותיה של פרטנר אינן עולות בקנה אחד לא עם לשון התקנות ולא עם תכליתן. לא ראיתי ממש גם בטענותיה של פרטנר באשר לסוגיית שעבוד נכסי הרישיון של גולן לסלקום, בהתחשב בהבהרות הברורות שניתנו בעניין זה

הן בתשובת משרד התקשורת לפנייתה של פרטנר והן בתשובות המשיבים וגולן לעתירה.

טיכום

36. המסקנה המתקבלת מכל האמור היא שאין מקום להתערב בהחלטתו של משרד התקשורת להשיב לגולן את אגרת התדרים, בהתאם למנגנון הקבוע בתקנות הוראת השעה. זאת, מבלי לנקוט עמדה בכל הנוגע לחילוט הערכות – עניין שעליו נסבה כאמור עתירה נפרדת התלויה ועומדת בבית משפט זה. כפי שהובהר, הסוגיה של החזר אגרת התדרים בהתאם לתקנות הוראת השעה – לחוד, וסוגיית ההפרות הרגולטוריות והמענה הראוי להן – לחוד.

37. סוף דבר: העתירה נדחית. פרטנר תישא בהוצאות המשיבים בסך 25,000 שקלים ובהוצאותיה של גולן בסך 25,000 שקלים.

ש ו פ ט ת

השופט י' עמית:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ג' קרא:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז.

ניתן היום, ח' בסיון התשע"ח (22.5.2018).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט