

חוק התקשורת (בזק ושידורים): שינוי מתכונת האסדרה בתחום הבזק

1. רקע:

לאחרונה, התקבלה הצעת החוק לתיקון חוק התקשורת ("החוק"). החוק מתמקד בשינוי מנגנון האסדרה בתחום התקשורת, ובפרט בשירותי הבזק. דהיינו, שירותי תקשורת שאינם שידורים כמו שירותי אינטרנט וסלולר. החוק מבטל דרישת קבלת רישיון מראש אשר הייתה נהוגה עד לאימוצו, ומאמץ במקומה חובת הרשמה עצמאית במרשם של משרד התקשורת עם דרישות מינימליות: א) לא מדובר בקטין או פסול דין; ב) הנרשם הוא אזרח ישראלי, תושב ישראל או תאגיד שנרשם בישראל; ג) לא מתקיימים הליכי חדלות פירעון לגבי המרשם, או שמונה לו כונס נכסים. בנוסף, הצעת החוק מאפשרת לשחקנים לבצע ניסויים בתחום ה-G5 ללא קבלת רישיון מראש, בכפוף לתנאים מסוימים.¹ ועדיין, יובהר כי ההסדר החדש אינו מבטל כליל את האסדרה באמצעות רישיון פרטני, כך שבשווקים מסוימים, כמו תדרי רדיו, הדרישה תעמוד בעינה. מטרת החוק היא להקטין את הנטל הבירוקרטי המוטל על המבקשים להיכנס לשוק התקשורת, במחשבה שהדבר יגביר את התחרות ואת היעילות בשוק שירותי התקשורת.²

2. עמדתנו ביחס לחוק המתוקן:

דברי ההסבר לחוק מכירים מכך ששירותי תקשורת הם בעלי אופי ציבורי, מוגבלים וחיוניים לסדר הציבורי ואף לביטחון המדינה. לכן, יש לשמור על טיבם ועל שוויוניות בתפוצתם. על רקע זה, נבקש להתמקד בשתי סוגיות ביחס לחוק: [1] פגיעה באינטרסים ציבוריים באמצעות המעבר ממנגנון רישוי לרישום, [2] יצירת גירעון דמוקרטי ורגולטורי בשל העדר אחריותיות של חברות פרטיות המעניקות שירותים ציבוריים.

2.1 שקילת האינטרסים הציבוריים:

שוק התקשורת הוא שוק בעל השפעה כלכלית משמעותית על המשק, עם הכנסות שנתיות בסכומים עצומים (ממוצע של כ-16.5 מיליארד שקלים).³ בהתאם, אנו עדים להליך אסדרה מואץ של שוק התקשורת בשנים האחרונות - הן בחקיקה הראשית והן בחקיקת משנה.⁴ היכולת לספק לציבור שירותי תקשורת, ועידוד התחרות בתוכה, מוכרת בפסיקה.⁵ שיקול חשוב נוסף בקביעת מדיניות בתחום זה, מאחר ומדובר במשאב ציבורי, הוא קידום צדק חלוקתי.⁶

¹ תנאים אלה, המפורטים בהוראת המעבר כוללים בין היתר מספר מרבי של מנויים ותנאים שונים הנוגעים להסדרת התשלום של אותם המשתמשים.

² עמ"2 לדברי ההסבר לחוק; נאום יו"ר ועדת הכלכלה חה"כ מיכאל ביטון סיכם במליאה בדיון לקראת הקריאה השנייה והשלישית בתאריך 28.6.2022 "הצעת החוק מבטאת תפיסה רגולטורית נכונה ועדכנית של מיקוד רגולציה, ומקווה שהיא אכן תביא לצמצום נטל בירוקרטי מיותר, תסייע בהסרת חסמי הכניסה לשוק ותקדם את שירותי התקשורת לטובת הציבור".

³ עופר רז-דרור, מור כהן **סיכום הכנסות שוק התקשורת לשנת 2020** (משרד התקשורת), עמ' 3-2 (2021)

⁴ ניר קוסטי, דוד לוי-פאור "רגולציה 'עודפתי' בישראל? ניתוח תפוקת החקיקה הראשית והמשנית בישראל 1948-2017" עמ' 22-23 (2019)

⁵ בג"ץ 7200/02 די.בי.אס. **שירותי לוויין (1998) בע"מ נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין**, נט"6) 21 פס"13 לפסק דינו של השופט גרוניס (2005).

⁶ יזהר טל ודינה עברי-עומר **הרגולציה של שירותי התקשורת האלקטרונית בישראל: הצורך בהקמת רשות תקשורת 44-42** (2009) (להלן: "רגולציה של שירותי תקשורת")

החוק דן ממשוך את המגמה, אשר החלה לפני מספר שנים, של הפרטת השוק והתרת המונופולין שהיה לחברת בזק,⁷ למרות שזו עדיין מחזיקה בנתח משמעותי מן השוק.⁸ עם זאת, אל לנו לשכוח את ההשפעות הנוספות של מדיניות זו על האינטרסים הציבוריים של הציבור כולו. הציבור המושפע מכניסתם של שחקנים חדשים בשוק התקשורת ובהן דרישות סף לאיכות הספקים, ושאלות של שוויון וצדק חלוקתי, אחריותיות לספקים וביקורת אדוקה מצד המאסדר.⁹ לשון אחר, התחרות איננה יכולה, בהכרח, להצדיק את כניסתם של שחקנים ברמה נמוכה לשוק באופן שעלול לפגוע בציבור.¹⁰

המעבר מרישיון לרישום מהיר, מוגדר בסעיף 7 לחוק והוא כולל את התנאים השונים לפיהם הרישום במרשם המהיר יהיה מותנה. לשיטתנו, העדר משקל ראוי לאינטרסים ציבוריים הוא כשל אינהרנטי בהסדר החדש, כפי שבא לידי ביטוי בלשון תת-סי(ה) לחוק לפיו: "נוסף על האמור בסעיף קטן (ד), המנהל **רשאי** להביא בחשבון לעניין הרישום במרשם **גם** שיקולים שבטובת הציבור, **אם הדבר נדרש** לדעתו בנסיבות העניין." [ההדגשות אינן במקור].¹¹ היינו, המנהל **יכול** לשקול שיקולים הקשורים בטובת הציבור בעת הרישום, אך הדבר איננו מתחייב על פי לשון החוק.¹² אנו סבורים כי לאור ההשפעות הגדולות שיש לשינוי מדיניות זו על הציבור, יש להטיל חובה לשקול את האינטרס הציבורי בכל שלב בתהליך. מעמד הרישום הוא קריטי, והשיקולים שהחוק מעמיד כיום צרים ומינימליים מאוד. כך, למשל, התנאים לא מעניקים ערובה לגבי יכולת הספק שנרשם לספק שירותים ברמה גבוהה, ושוויונית, לכל הציבור.¹³ יהיה טוב אם משרד התקשורת יעניק בעתיד משקל רב לאינטרסים של הציבור, שכן מעבר לחשש של חוסר יכולת להעניק שירותים ברמה מספקת, ישנם חששות נוספים כגון ניצול לרעה של שירותי התקשורת באופן שיביא לפגיעה בזכויות אדם, לרבות אך לא רק הזכות לפרטיות וחופש הביטוי. הפרשנות המוצעת על ידינו עולה בקנה אחד עם הפסיקה בתחום, ובפרט עם דברי ההסבר לחוק דן.

דברי ההסבר לחוק, מבארים כי "תכונת האסדרה המוצעת, כמתואר לעיל, מסיטה, לצורך שמירה על האינטרס הציבורי, את מרכז הכובד של הפיקוח והאכיפה מבחינה מראש כפי שהיא נעשית במסגרת הרישיונות (ex-ante) לאכיפה בדיעבד (ex-post)".¹⁴ ועדיין, אנו חוששים כי מנגנון האכיפה בדיעבד שולל סינון חשוב שיכול להגן על הציבור. היכולת לבחון מראש את ספקי שירותי הבזק, ואת יכולותיהם להעמיד את השירות ברמה הנדרשת מגנה על הציבור. לראיה, מחקרים לאורך השנים על שוק התקשורת של האיחוד

⁷ בזק הוכרזה ע"י הממונה על הגבלים עסקיים כמונופול, בין היתר בתחומי הטלפוניה והתשתית (הכרזה מיום 27.6.1995).
⁸ רפאלה גויכמן, "משרד התקשורת רוצה להגביל את המונופול של בזק שמחזיקה ב-80% מהשוק העסקי" TheMarker 16.5.2022 <https://www.themarker.com/advertising/2022-05-16/ty-article/premium/00000180-e9ec-d189-af82-f9fdb7710000>
⁹ עמדה זו מבוססת בעמ' 2 בדברי ההסבר לחוק: "נדרשת אסדרה כדי לקדם אינטרסים חברתיים כדוגמת מתן שירות באופן שוויוני ובתפוצה רחבה. לבסוף, שירותי תקשורת ניתנים בדרך כלל מרוחק, באופן מתמשך ותוך פערי מידע, וגם אלה מחייבים אסדרה כדי להגן על ציבור הצרכנים." בנוסף, ביחס לשקילת שיקולי של צדק חלוקתי ע"י המאסדר ר' **רגולציה של שירותי תקשורת** עמ' 74-75.

¹⁰ למשל, פגיעה בפרטיות, שירותים מקרטעים ופשיטות רגל. כך למשל, צרכנים מן הפריפריה עלולים להיפגע יותר בתרחיש כזה בעקבות כניסתם לשוק של שחקנים זולים וברמה נמוכה. נוסף, שפגמים כמו פגיעה בפרטיות לא ניתנים לריפוי אלא באמצעות פיצוי (אך המידע שהופר עלול להיות מופץ). על הצורך בשקילת שיקולים חברתיים ובמיוחד על הפריפריה ר' **מדריך ממשלתי: הערכת השפעת רגולציה מדריך RIA** (משרד ראש הממשלה) עמ' 66, 71-73 (2015); **מדריך: הפחתת הנטל הרגולטורי: הנחיות לניהול תהליך עבודה** (משרד ראש הממשלה) עמ' 11 (2015).

¹¹ ס' 7, 1א4(ה) להצעת החוק
¹² בעניין בג"ץ 217/80 **זאב סגל נ' שר הפנים**, לד(4) פס" 429 (1980) הובהר שמדובר בסמכות שכוללת שיקול דעת; השוו להנחיית היועץ המשפטי לממשלה 2.3100 חקיקת משנה: נוהל והנחיות, עמ' 13-12 (2003), רננה לנדוי, "המשפט במשפט: בלשנות משפטית – הבלשן בשירות המשפטן" **עיוני משפט** כב 27, 45-52 (1998)

¹³ השיקולים כוללים רף מינימלי: לא מדובר בקטין, נעשה רישום כדין של החברה וכן שלא מתקיימים הליכי חדלות פירעון לגוניהם.

¹⁴ עמ' 3 לדברי ההסבר לחוק

האירופי בנוגע לסלולר מראים שאסדרה המקלה בהליך בירוקרטי לא משפרת את השירות בהכרח, ובוודאי שלא מיטיבה תמיד עם הצרכן.¹⁵

לסיכום נקודה זו, המעבר לאכיפה בדיעבד אמורה 'לרפא' פגיעות בצרכנים ולא למנוע אותן מראש. מדיניות זו עלולה להשית מחירים גדולים מאוד על הציבור בזמן אמת - פגיעה שיכלה להימנע באמצעות מתן רישיונות. זאת במיוחד לאור השינוי המהיר שחוק זה מייצר,¹⁶ מבלי לוודא מראש הגנה בתחומי הפרטיות והוודאות הפיננסית ביחס לשחקנים החדשים בשוק.¹⁷

2.2. גרעון דמוקרטי ורגולטורי:

לשיטתנו, המדיניות לוקה בגרעון דמוקרטי ורגולטורי. כלומר, המחסור בפיקוח מספק, בעקבות מדיניות הרישוי ולא הרישום, מוביל למידה מועטה מדי של אחריות המוטלת כלפי הרשומים על שירותי הבזק שהם מעניקים לציבור. החוק מעניק למפעילים כוח רב – מתן שירותי בזק, אבל עושה זאת בתנאים מינימליים אשר לא מייצרים אחריות מספקת מצד נותני השירות הנכנסים לשוק.

במקום שהכלל יהיה דרישת רישוי, עם חריג של הרשמה עצמאית, מתכונת האסדרה החדשה הופכת את היוצרות. כך, מרבית שירותי התקשורת לא ידרשו קבלת רישיון, מאחר ודרישת הקבלת הרישיון צומצמה למצבים נקודתיים בלבד: "שמירה על ביטחון המדינה או שלום הציבור, ניצול יעיל של משאב הנמצא במחסור וקידום התחרות".¹⁸ הדוגמה הפרדיגמטית של משאב במחסור בישראל הוא רדיו, לנוכח המספר המוגבל של תדרים שניתנים לשימוש.¹⁹ מדובר במספר מצומצם מדי של מקרים, מה שמוביל לכך שהמאסדר מוגבל ביכולתו להשפיע על כמות ואיכות השחקנים המגיעים לשוק התקשורת.²⁰

במצב הדברים החדש, מפעילים רבים יזכו להשפעה משמעותית על הציבור מבלי שיוגדרו תנאים מגבילים וסינון קשיח לקבלת הזכות להעניק שירותים ציבוריים בעלי חשיבות רבה. מדיניות זו לא כוללת אסדרה מחמירה לאורך הדרך שתאפשר לוודא שאותם המפעילים מקבלים אחריות משמעותית על שליטתם. כלומר, 'פתיחת' השוק, אמנם יכולה להוזיל במעט לציבור את השירותים שהוא מקבל אך עולה במחיר כבד:

¹⁵ בהקשר זה, נמצא למשל שאין קורלציה בין מחירי רישיון גבוהים ונמוכים למחירי השירותים שניתנים לצרכן ר' Johannes MBauer, *Impact of license fees on the prices of mobile voice service*, TELECOMMUNICATIONS POLICY vol.27(5-6) (2003) pp.429-432. באופן דומה, מחקר מקיף שנעשה באיחוד האירופי הראה שאין קורלציה בין רגולציה על שוק הטלקומוניקציה ובין סיפוק הצרכנים ממחירי השירות הניתן להם, ר' Emanuele Bacchiocchi, Massimo Florio, Marco Gambaro *Telecom reforms in the EU: Prices and consumers satisfaction*, TELECOMMUNICATIONS POLICY vol 35(4) (2011). 382.

¹⁶ להשוואה, ביחס למהירות אימוץ ושינוי מדיניות בשוק התקשורת, ר' והשוו (ביחס לכך שמדובר בכך שישראל איננה בעלת מאפיינים מוסדיים של קונצנזואליות ציבורית, לעומת שוויץ והולנד) Silja Ha'usermann, Andre' Mach, and Yannis Papadopoulos, *Explaining Policy Transfer Mechanisms in Small European Countries: The Case of Telecommunication Reform in International Public Policy and Management: Policy Learning Beyond Regional, Cultural, and Political Boundaries* (David Levi-Faur, Eran Vigoda-Gadot eds. 2004) 121.

¹⁷ במבט משווה, ייתכן שמדיניות זו יכולה להיות מוצדקת 'בשלב האחרון' בו השוק עם תחרות מלאה ומתפקדת, אך לא במעבר מהיר כמו זה, ר' *THE BIG PICTURE: INTRODUCTION TO TELECOMMUNICATIONS REGULATION*, in *TELECOMMUNICATIONS REGULATION HANDBOOK* (Colin Blackman and Lara Srivastava eds, 2011, 10th edition) 10p.

¹⁸ ס' 4 לתיקון החוק.

¹⁹ בהקשר זה, ר' את הרגולציה המיוחדת של הרגולטור כאשר מדובר על משאב מוגבל, *רגולציה של שירותי תקשורת*, עמ' 48-50; הסבר בעניין בבג"ץ 1030/99 *אורון נ' תיכון*, נו(3) 640 פסי'19-23 (2002); הרחבה ביחס להשלכות רישיונות והרשות הפלסטינית בג"ץ 8938/11 *All For Peace* "נ' שר התקשורת נבו (24.02.2015). למעשה, לאחרונה, משרד התקשורת הצהיר כי יספק תדרים באופן תקדימי גם לשחקנים פרטיים. ר': הודעת דוברות, "לראשונה משרד התקשורת יקצה תדרים לחברות שאינן חברות סלולר" 14.8.22.

https://www.gov.il/he/departments/news/14082022_1

²⁰ ויובהר, נדגיש, שאין הדבר סותר מתן של תנאים עדיפים לבעלי רישיונות חדשים בתחרות מול שחקנים וותיקים. ר': דפנה ברק ארז, "המשפט הציבורי של הפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים", *עיוני משפט* ל 461, 506-507 (2008); בג"ץ 1255/94 *בזק, החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שרת התקשורת*, מט(3) 661 פסי' 29-31 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן (1995).

אובדן רשת ההגנה שיש לציבור הצרכנים מפני התנהלות המפעילים. לשון אחרת, נוצר גרעון דמוקרטי ורגולטורי משמעותי.

לשיטתנו, מדובר במעבר מהיר מדי ולא מפוקח דיה. פיקוח הדוק יותר מצד המדינה יכול והיה צריך לגשר על פער משמעותי זה.²¹ כך למשל, שאלות משמעותיות מתחומי זכויות אדם דיגיטליות, ובאופן ייחודי פרטיות,²² עלולות להיזנח, לטובת שיקולי תחרות ורווח.²³ כיצד ניתן יהיה לוודא, לדוגמה, כי החל מן הרגע הראשון מפעיל יאבטח מידע אישי בהתאם לרף הגנת הפרטיות הנדרש לגבי מידע הנוגע למשתמשים בשירות? או, כיצד ניתן לבדוק האם המפעיל אכן בעל יכולת כלכלית להעמיד שירותים ברמה גבוה ובפריסה גאוגרפית רחבה?²⁴

לסיכום חלק זה, החוק מייצר אסדרה רופפת ביחס לשמירה על זכויותיהם של המשתמשים ולא מייצר מנגנוני אחריות משמעותיים מצד הספקים, או מנגנוני פיקוח משמעותיים מספיק עבור המאסדר. החוק מעמיד תנאי סף מינימליים בלבד בכדי להירשם למרשם המפעילים, והציבור עלול להיפגע בטווח הארוך משירותי בזק לא מספקים ואולי אף עם הסתבכות כלכלית של נותני שירות חדשים בשוק (עם השלכות מרחיקות לכת).²⁵ בנוסף, תנאים מינימליים אלו לא מוודאים שמירה על מידע פרטי הנמצא בידי הספקים, ואשר מוגן על פי חוק.

3. סיכום:

לשינוי האחרון בחוק התקשורת ישנה השפעה אדירה על האזרח הישראלי. לראיה, המחוקק בעצמו השכיל להבין שהמעבר מרישוי לרישום משפיע על האינטרסים הציבוריים של האזרח, כלכלית וחברתית (הצורך לקבל שירות טוב, שוויוני וזול). ועדיין, ההסדר שנקבע לא שם מספיק דגש על שקילת האינטרסים הציבוריים בעת הכנסת שחקנים נוספים לשוק התקשורת ומגדיל את הפרטת השוק מבלי לפקח עליה דיה. כך, נוצר גרעון דמוקרטי ורגולטורי שהשפעתו על חיי האזרחים עלולה להיות מסוכנת. בהתאם, החשש שלנו הוא כי העדר אסדרה ראויה אשר תבטיח הן יכולת פיקוח – מראש ובדיעבד – כמו גם אחריותיות של מפעילי הבזק, עלולה להביא לנזק במקום לתועלת.

²¹ ר', למשל, דוד לויפאור, נעם גדרון וסמדר מושל "הגירעון הרגולטורי של עידן ההפרטה" **מדיניות ההפרטה בישראל: אחריות המדינה והגבולות בין הציבורי לפרטי** (אמיר פיז'וקס ויצחק גלינור עורכים) 439, 475-474 2013.

²² ר' למשל עמר טנא, "הסתכל וקנקן וראה מה יש בו: נתוני תקשורת ומידע אישי במאה ה-21" **רשת משפטית: משפט וטכנולוגיה מידע** (מיכאל בירנהק וניבה אלקין-קורן, עורכים 2011), 287, 291-290 ועל הדיון הרחב בזכות לפרטיות ביחס לנתוני תקשורת בבג"ץ 3809/08 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל** פסקות 2, 10-5, לפסק דינה של השופטת ביניש נבו (28.05.2012).

²³ הצורך בשקילת שיקולים רחבים יותר מעידוד תחרות באסדרה השתרשה בפסיקת בית המשפט העליון ר' יצחק זמיר "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית" **משפט ועסקים** ב 67, 89-87 (2005).

²⁴ החוק מעמיד מנגנון דיווח תקופתי, לפיו המפעילים חייבים כל תקופת זמן קצובה להעמיד לידי הרגולטור מידע רב – אך הדבר לא פותר את הבעיה המרכזית והיא תנאי הסף לכניסה לשוק. הנזק של מפעיל שנכנס לשוק, לא מאבטח דיה את המידע או פושט רגל מהר היא גדולה מאוד ויכולה להשפיע על צרכנים רבים. ר' ה"ש 11.

²⁵ כך למשל, מדיניות משרד התקשורת ביחס לתדרים, לפיה: "רשת פרטית יכולה להפוך אצטדיון פשוט למערכת חכמה שיוודעת לזהות ולאשר כניסת אלפי אוהדים, לנתב אותם לחניה פנויה, למזנון ללא תור ובו זמנית לייצר מדיה שיתופית ברמה גבוהה להעצמת החוויה." ר' ה"ש 21. המדיניות לא כוללת דיון משמעותי ביחס לסטנדרטים של זכויות אדם, ובמיוחד פרטיות המידע שנאסף על המשתמשים באמצעות מתן רישיונות אלה, והפיקוח הרופף אליהם.