

בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק

התאגדות העסקים הקטנים בישראל

ע"י ב"כ עמית מולכו

מרח' האוניברסיטה 8, הרצליה, 4610101, טל': 09-9527272

העותרת

- נ ג ד -

1. שר הכלכלה והתעשייה

מרח' בנק ישראל 5, ירושלים

2. התאחדות התעשיינים בישראל

מרח' המרד 29, תל אביב-יפו

המשיבים

עיקרי הטיעון מטעם העותרת

העותרת מתכבדת להגיש את עיקרי הטיעון מטעמה.

כפי שיפורט להלן, מטעמים שונים, הן חוקתיים והן מנהליים, בית המשפט הנכבד מתבקש לחייב את שר הכלכלה והתעשייה (להלן: "השר", או "משיב") בצו, להפעיל את הסמכות המוענקת לו בחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: "חוק", או "חוק הגנת הצרכן") ולהתקין תקנות שבכוחן לאפשר לכל עוסק, אף אם אינו היצרן או מי מטעמו, לתקן כל מוצר לאחר מכירתו וואו ליתן צו למשיב להפעיל את שיקול דעתו בשנית לאחר שיקיים היוועצות נוספת בה ישתתפו כלל הצדדים הנוגעים בדבר, לרבות העותרת וואו ליתן כל סעד צודק וראוי אחר אשר יראה לנכון.



עמית מולכו

ב"כ העותרת

א. פתח דבר ורקע לעתירה

1. עניינה של עתירה זו בהחלטתו של השר המשיב בעתירה זו, שלא לעשות שימוש בסמכותו מכוח סעיף 18א לחוק הגנת הצרכן, ולהתקין תקנות שיחייבו יצרן לאפשר ליבואן ו/או סיטונאי ו/או קמעונאי של טובין או שירותים, לתת שירות לצרכן לאחר מכירה. כפי שיפורט להלן, בהליך המנהלי שבמסגרתו קיבל השר את ההחלטה האמורה, נפלו פגמים חמורים המצדיקים את ביטולה על ידי בית משפט נכבד זה.
2. סעיף 18א לחוק הגנת הצרכן מעניק סמכות לשר להתקין תקנות לצורך הסדרת מערכת היחסים שבין היצרן לבין הצרכן, באשר למוצר שנמכר, לאחר מכירתו. מכוח סמכות זו, הותקנו תקנות הגנת הצרכן (אחריות ושירות לאחר מכירה), תשס"ו-2006 (להלן: "התקנות", או "תקנות הגנת הצרכן"), המחייבות את היצרן או מי מטעמו לתקן מוצר לאחר מכירתו.
3. העותרת תטען שהתקנות פוגעות במנעד הזכויות החוקתיות של בעלי העסקים הקטנים והצרכנים, באופן שאינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה. זאת, היות שהתקנות לא מסדירות את מעמדם של בעלי העסקים הקטנים כמי שיש באפשרותם לתקן מוצר, חרף העובדה שאינם יצרן המוצר או מי מטעמו.
4. זאת ועוד, המסכת העובדתית מלמדת שנפלו פגמים של ממש בהחלטת השר שלא לקדם התקנת תקנות המסדירות את זכותם של בעלי העסקים הקטנים להעניק תיקון לצרכן, ולצרכן ליהנות מאפשרויות ותחרות בתחום תיקון המוצרים. פגמים אלה עולים, בין היתר, מהיעדר הנמקה מספקת; היוועצות חלקית ופגומה שלא נעשתה עם כלל הצדדים הנוגעים בדבר; היעדר תשתית עובדתית מספקת; וכן פגמים בשיקול הדעת, לרבות פעולה שנעשתה בשרירות, היעדר סבירות קיצונית וחשש לשיקולים זרים שחדרו להליך קבלת ההחלטה.
5. העותרת אף תדגיש שבהחלטתו שלא לקדם התקנת תקנות, הפר השר הבטחה שלטונית שניתנה לעותרת ולגופים אותם היא מייצגת, באופן הפוגע באינטרס ההסתמכות של בעלי העסקים הקטנים.
6. מטרותיו העיקריות של חוק הגנת הצרכן הן לתת מענה לצורך להגן בחקיקה על זכויותיהם השונות של הצרכנים, וכן לפרוס רשת הגנה שמטרתה למנוע התנהגות נכלולית או מרמה של היצרן שעשויה לפגוע בצרכן (סיני דויטש "דיני הצרכנות בישראל: קווי מיתאר" מאזני משפט א 11, 12 (2000)).
7. התקנות הקיימות מצביעות במישרין על כך שהזכות לתקן היא חלק מהותי מהדין הקיים. ואולם, התקנות הקיימות מעניקות הכרה חוקית להסדר מונופוליסטי, שמדיר במישרין כל עוסק שאינו היצרן או מי מטעמו, מהאפשרות להעניק שירותי תיקונים למוצר לאחר מכירתו.
8. חופש התחרות מהווה נגזרת ישירה של הזכות החוקתית לחופש העיסוק, המעוגנת בחוק-יסוד: חופש העיסוק, והמשמעות היא שמחובתן של הרשויות הציבוריות לאפשר קיומה של תחרות זו. כל פעילות שלטונית המגינה על מתחרה אחד, מהווה פגיעה גסה בזכות החוקתית לחופש העיסוק (אהרן ברק, פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית 597 (1994)).
9. הדין הישראלי מכיר בזכות לתקן ובחשיבותה, שלא באופן ישיר ואף באופן מצומצם. כך, הוא מחייב את היצרן להעניק לצרכן שירות של תיקון המוצר לאחר שנמכר לצרכן, אך זאת באמצעות מערך תיקונים של היצרן או מי מטעמו. כך למעשה, הדין הקיים בישראל מעניק ליצרן שליטה באשר

לבחירת הגורם המתקן, לרבות חלקי החילוף המקוריים המופצים בשוק – דבר שמייצר כשל שוק משמעותי בדמות **כוח מונופוליסטי שפוגע בפעילותם של בעלי העסקים הקטנים, ואף בצרכן עצמו.**

10. העיסוק בזכות לתקן, לפחות בכל הקשור לארצות הברית, איננו חדש. כבר בשנות החמישים נחקרה חברת IBM על ידי משרד המשפטים האמריקאי על הפרה של חוקי ההגבלים העסקיים, כשהיא מונעת תיקון מוצריה על ידי צדדים שלישיים, כשהיא מגבילה נגישות לחלקי חילוף ולמידע על אופן התיקון. (ראו: *Consumer Project on Technology, IBM 1956 Consent Decree*, מצורף לעתירה ומסומן **כנספח ע/3**).

11. כך למשל, ביולי 2021, חתם נשיא ארצות הברית, ג'ו ביידן, על צו מנהלי שמטרתו קידום התחרות הכלכלית בארצות הברית, באמצעות חיוב היצרנים לאפשר אף לבעלי עסקים קטנים מקומיים לתקן מוצר לאחר מכירתו (*Reflections on* Atkinson, R. D., Portuese, A., Castro, D., & Ezell, S., *President Biden's Executive Order on Competition, Information Technology and Innovation Foundation* (2021)). צו מנהלי זה הניב תוצאות של ממש. לאחר שנכנס לתוקפו, יצרניות ענק חויבו ליישמו ולאפשר אף לבעלי העסקים המקומיים לתקן פגמים שונים במוצריהם.

12. בנוסף, בשנת 2012 אימצה מדינת מסצ'וסטס את הזכות לתקן באמצעות חקיקה ראשית, שמחייבת את יצרני הרכבים לספק מידע באשר לאבחון תקלות ואופן תיקונן. מדיניות זו תאפשר לעוסקים, שאינם בהכרח היצרן, להציע שירות תיקונים ייעודי, וכן לצרכן לבחור את הגורם המתקן המועדף עליו (*The* He, S., Lai, D., & Lee, J. *The medical right to repair: the right to save lives. Lancet*, 397(10281), 1260-1261 (2021)). כשהדגש בחקיקה זו היה בהסדרת הזכות לתקן בהשפעה על העסקים הקטנים (*Protecting Motor Vehicle Owners and Small Businesses in Repairing*) (Motor Vehicles Act, ch. 241, § (2)(a), 2012 Mass.; Mass Gen Laws ch § 93K (2019)).

13. ניתן להבחין במגמה דומה גם **באירופה**. ביולי 2021, הפרלמנט הבריטי עיגן בחוק את זכותו של הצרכן לתקן, תוך שנקבע כי היצרנים בבריטניה מחויבים כעת להעמיד חלקי חילוף רלוונטיים לרשותם של צדדים שלישיים. באמצעות כך, ייהנה הצרכן מיכולת הבחירה אם לתקן את מכשירו אצל היצרן או באמצעות גורם שלישי בתחומים מסוימים (*Productivity Commission. Right to repair: Productivity Commission draft report*. (2021)).

14. יודגש, כי המדינות שאימצו בחקיקה את זכותו של הצרכן לתקן, עשו זאת **במטרה לאפשר לצרכן לקבל שירות מעוסקים נוספים**, לרבות עסקים קטנים שאינם יצרני המוצר, ולבחור את הגורם המתקן המועדף עליו בשוק חופשי ותחרותי, בהתאם לצרכיו האישיים. עיגונה של הזכות לתקן הגשים אפוא את ערך התחרות החופשית באותם שווקים, כשם שהוצג לעיל.

ב. הטיעון המנהלי

15. העותרת תטען שאמנם ההיוועצות שקיים השר היא וולונטרית, אולם משבחר השר לקיים הליך היוועצות היה עליו להיוועץ **עם כל הגורמים הנוגעים בדבר**, לרבות העותרת, ולא רק עם התאחדות התעשיינים המייצגת עמדה אחת, שלה אינטרס מסחרי מובהק למנוע את התקנת התקנות החדשות. עת בחר השר לקיים היוועצות, **יש לנהוג בה כאילו הייתה חובה**, ולקיימה לפי כללי המשפט המנהלי (בג"ץ 3094/93 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מז(5) 404, פסקה 14 לפסק דינו של כב' הנשיא שמגר (1993)).

16. לפיכך, העותרת תדגיש, כי העובדה שהשר התייעץ באופן סלקטיבי עם גורם אחד בלבד, ונמנע באופן מופגן מלהיוועץ עם העותרת ועם גורמים רלוונטיים נוספים, ובכללם גורמים המייצגים את האינטרסים של הצרכן, מהווה חשד ממשי **לקיומם של שיקולים זרים** בהליך קבלת ההחלטה.
17. העותרת תטען כי ההחלטה לחדול מקידום תקנות המעגנות את זכותו של הצרכן לתקן מוצר לאחר מכירתו אצל כל עוסק, התקבלה בהיעדר תשתית עובדתית מספקת.
18. בית המשפט העליון התווה את התנאים המצטברים שלפיהם ניתן לקבוע אם החלטה מנהלית התקבלה על סמך תשתית עובדתית ראויה וסבירה (בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב בע"מ נ' שרת **התקשורת, הגב' שולמית אלוני**, מח(5) 412, פסקה 11 לפסק דינו של כב' הש' זמיר (1994)). ברי בענייננו כי **מבחנים אלו אינם מתקיימים** :
19. ראשית, ברי שהשר לא ביצע **איסוף מספיק וסביר של נתונים** טרם קיבל החלטתו לסגת מקידום התקנות. ההיוועצות שקיים עם התאחדות התעשיינים בישראל (להלן: "משיבה") בלבד, מנעה מגורמים שונים להציג בפני השר מידע רלוונטי המציג את העמדה הנגדית לזו של המשיבה.
20. **שנית**, היות שלא נאספו כל נתונים תומכים הרלוונטיים לקבלת ההחלטה, הרי שהשר לא ברר את הנתונים הרלוונטיים לסוגיה.
21. **שלישית**, אף בהנחה כי הוצגו בפני השר נתונים רלוונטיים כלשהם במסגרת ההיוועצות שקיים, **אדם סביר לא היה מסתמך על נתונים** אלו כנתונים אמינים שניתן לבסס את כל משקלה של ההחלטה עליהם, וזאת משהאינטרס הכלכלי העומד מאחוריהם זועק לכל בר דעת.
22. **רביעית**, לא יכולה להיות מחלוקת **שרשות מנהלית סבירה לא הייתה מסתמכת** על נתונים שמייצגים אינטרסים של גורם אחד, יחיד וספציפי, בעל אינטרס מסחרי מובהק, שמושפע מקבלת ההחלטה באופן שמממש את האינטרסים של אותו הצד. רשות מנהלית סבירה הייתה מאתרת נתונים נוספים המייצגים את האינטרסים של **כלל הנוגעים בדבר** (דוגמת העותרת), ומקבלת החלטה המטיבה עם האינטרס של הציבור בכללותו, ועם זכויותיהם של כל הנוגעים בדבר.
23. בנוסף, העובדה שהחלטתו של השר לסגת מהבטחתו לקידום התקנות החדשות מהווה פגיעה ישירה בחופש העיסוק של בעלי העסקים הקטנים, מחייבת להתבסס על נתונים משכנעים ואמינים במיוחד. הסתפקות בנתונים שהתקבלו מגורם אחד ספציפי בעל אינטרס בעניין, **ודאי שאינה מספקת כלל** נוכח אותה פגיעה חזיתית בזכויותיהם של בעלי העסקים הקטנים (בג"ץ 2/84 **משה ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה** לט(2) 225, פסקה 8 לפסק דינו של כב' הנשיא שמגר (1985)).
24. העותרת תטען כי **לא ניתנה הנמקה ראויה** להחלטה לסגת מקידום תקנות המכירות בזכותו של הצרכן לתקן מוצר לאחר מכירתו אצל כל עוסק, גם אם אינו היצרן.
25. אמנם דוברות המשרד נימקה, באופן חלקי, את החלטתו של השר שלא לממש את סמכותו ולהתקין תקנות המכירות בזכות הצרכנית לתקן, אך ההנמקה שניתנה אינה מציגה כל הדבר לחזור מההחלטה המקורית ומושתתת על עובדות וממצאים **שהיו ידועים לשר בעת שפרסם כי בכוונתו לפעול להתקנת התקנות החדשות**, מה גם שהנימוק שהוצג מתעלם לחלוטין מהוראותיו של הדין הקיים.
26. העותרת אף תדגיש, שהעובדה כי השר בחר שלא לנמק את החלטתו הסופית, על אף היעדר קיומם של ממצאים מהותיים המצדיקים את שינוי ההחלטה הדרסטי, מעלה אף היא חשד **לחזירתם של שיקולים זרים** למערך השיקולים שהנחו את השר בשינוי עמדתו.

27. העותרת תטען שהחלטה שלא לקדם תקנות המכירות בזכותו של הצרכן לתקן מוצר לאחר מכירתו אצל כל עוסק, גם אם אינו היצרן, היא החלטה **הנגועה בשרירות מנהלית** (דנג"ץ 3299/93 ש' **ויכסלבאום ואח' נ' שר הביטחון ואח'**, פ"ד מט(2) 195, פסקה 7 לפסק דינו של כב' הש' מצא (1995).
28. בענייננו ברור כי היה על השר לקחת בחשבון את האינטרסים של **כלל הצדדים שהחלטה עתידה להשפיע עליהם, ולא לתת את כל כובד המשקל לאינטרס של התאחדות התעשיינים**. אלא, שבעוד שאין ספק כי האינטרסים של התאחדות התעשיינים נלקחו בחשבון בעת קבלת החלטה, ברור שמנגד **התעלם השר לחלוטין מהאינטרסים של בעלי העסקים הקטנים המיוצגים על ידי העותרת**.
29. בנוסף, העותרת סבורה כי אף אם המשיב יטען כי נלקחו בחשבון האינטרסים של בעלי העסקים הקטנים, הרי שבהיעדר מתן אפשרות לגורמים אלו להביע את עמדתם במהלך הליך ההיוועצות, ברי כי **לא ניתן לשיקולים אלו משקל מספק וראוי, כך שהחלטת השר נגועה בחוסר סבירות קיצוני, באופן שאף מצדיק את ביטולה** (בג"ץ 2875/18 **התאחדות תאגידי כוח אדם זר בענף הבניין נ' ממשלת ישראל**, פסקה 36 לפסק דינה של כב' הש' וילנר (פורסם בנבו, 18.06.2019)).
30. העותרת תטען שאף אם נלקחו בחשבון האינטרסים השונים של בעלי העסקים הקטנים, הרי שברור כי **לא ניתן לאינטרסים אלו משקל מספק**. זאת במיוחד על רקע המשקל המופרז שניתן לאינטרסים של התאחדות התעשיינים. לא ברור מה הטעם שהביא את השר לתת משקל רב לשיקולים אלו, עד כדי שאותם השיקולים, והם בלבד, השפיעו במישרין על החלטה שהתקבלה.
31. העותרת תוסיף שהעובדה שהחלטה נראית בלתי סבירה, ונעדרת כל הנמקה עניינית, מעידה על הצורך **לבחון את קיומם של שיקולים זרים**, אף בהיעדר הוכחה מפורשת לקיומם במנעד השיקולים המנחים את שיקול דעתו של המשיב (דפנה ברק-ארז, **משפט מינהלי**, כרך ב', 671 (2010)).
32. העותרת תדגיש כי עיון מעמיק בהשתלשלות האירועים, מלמד על קיומן של ראיות נסיבתיות המעידות על חשד לשיקולים זרים, כשם שהוצג לעיל.
33. העותרת תוסיף כי פרסומיו של השר בעמודי הפייסבוק השונים בעניין קידום עיגונה של הזכות לתקן באמצעות חקיקת משנה, כשם שתואר לעיל, היא הבטחה שלטונית שיש לאוכפה.
34. דוקטרינת ההבטחה השלטונית קיבלה ביטוי ממשי בפסיקתו של בית המשפט העליון, שקבע רשימת **תנאים מצטברים** אשר בהתקיימם תקום הבטחה שלטונית שהרשות המנהלית תהא מחויבת לקיימה (בג"ץ 135/75 **סאי-טקס בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה**, פ"ד ל(1) 673, 676 (1975)):
35. **בענייננו, כלל התנאים שנקבעו בפסיקה מתקיימים:**
- א. **ראשית**, אין חולק כי **לשר קיימת סמכות** מפורשת בדין להתקין את התקנות וכי הבטחתו של השר ניתנה בגדר סמכותו החוקית.
- ב. **שנית**, השר פרסם את ההבטחה במספר עמודי פייסבוק שונים – הן בעמוד הפייסבוק הרשמי של משרדו, והן בעמוד הפייסבוק הרשמי של השר עצמו – וחזקה כי **התכוון להעניק לדבריו תוקף משפטי אמיתי, רציני ומחייב**, ואין מדובר בדברים סתמיים. זאת ועוד, שההבטחה הופנתה לציבור **מסוים** - כלפי העסקים הקטנים המיוצגים על ידי העותרת, שכן קידום הזכות לתקן וההכרה בה, ישפיעו על יכולתם של בעלי העסקים הקטנים לתקן מוצרים, אף אם אותם בעלי העסקים אינם היצרנים של אותם המוצרים, כך שבהכרח מימוש ההבטחה עתיד לשפר את מצבם.

ג. **שלישית**, אין ספק כי כל אדם סביר היה מבין מפרסומיו השונים של השר כי בדברים שפורסמו קיימת **התחייבות ברורה וחד משמעית** להתקין תקנות המכירות במפורש בזכותו הטבעית של הצרכן לתקן מוצר לאחר מכירתו. קל וחומר שהשר פרסם את אותה ההבטחה בהתבסס על ההמלצות שפורסמו בדו"ח המחקר שפרסם מנכ"ל רשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן (להלן: "**המחקר**", או "**דו"ח**") – דו"ח אשר הוזמן על ידי משרדו של השר עצמו.

ד. **רביעית**, אין חולק כי **ההבטחה ברת ביצוע**, שכן לא קיימת כל מניעה חוקית על פי דין, בירוקרטית או כלכלית לממש את ההבטחה ולהתקין את אותן התקנות המכירות בזכותו של הצרכן לתקן.

ה. **חמישית**, מרגע מתן ההבטחה על ידי השר באמצעות פרסומה בדפי הפייסבוק הרשמיים ועד לשינויה לאחר מכן, **לא היה כל שינוי נסיבות משמעותי המהווה צידוק לביטול ההבטחה**.

ג. הטיעון החוקתי – פגיעה בחופש העיסוק

36. מהזכות החוקתית לחופש העיסוק, נגזר אף **חופש התחרות**. תחרות חופשית תביא לירידת מחירים, לשיפור איכות המוצרים, וכן לשיפור איכות השירות שיינתן לצרכן (בג"ץ 1703/92 ק.א.ל קוי אויר למטען בע"מ נ' ראש הממשלה ואח', פ"ד נב(4) 193, פסקה 3 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק (1998)).

37. העותרת תטען שהחלטתו של המשיב לחזור בו מהבטחתו להתקין את התקנות החדשות, מותירה את הפגיעה הקיימת בתקנות על כנה, שכן התקנות מאפשרות רק ליצרן או למי מטעמו בלבד לתקן מוצר לאחר רכישתו, ושוללת זכות זו מגורמים אחרים כדוגמת העסקים הקטנים המיוצגים על ידי העותרת.

38. העותרת תטען כי הפגיעה בזכות החוקתית לחופש העיסוק אינה חוקתית, נוכח היעדר עמידתה בתנאיה של פסקת ההגבלה, שמעוגנת בסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

39. **התנאי הראשון** במסגרת תנאיה של פסקת ההגבלה הוא שהפגיעה בזכות החוקתית תהא **על פי חוק או מכוח הסמכה מפורשת בו**. בענייננו, הרי שההסמכה מאפשרת למשיב להתקין תקנות, שתכליתן להסדיר את השירות שיינתן לצרכן לאחר מכירה. העותרת תדגיש כי מדובר בהסמכה כללית, בעוד שנקבע כי לצורך פגיעה בזכויות יסוד, נדרשת הסמכה מפורשת שמתירה לעשות כן (בג"ץ 3267/97 רובינשטיין ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, פסקה 18 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק (1998)).

40. בלשון ההסמכה – קרי, בסעיף 18 לחוק הגנת הצרכן – לא נקבע מהן **אמות המידה הרלוונטיות** שעל פיהן תבוצע התקנת התקנות ומהם השיקולים הרלוונטיים שעל המשיב לקחת בחשבון בעת הפעלת סמכותו, **וחזקה כי המחוקק לא התכוון כי השר רשאי לקבוע הסדר הפוגע בחופש העיסוק ובתחרות החופשית** (עמ"מ 9/55 עו"ד פלוני נ' יו"ר וחברי המועצה המשפטית, י 1720, 1736 (1956)).

41. **התנאי השני** הוא שעל החוק המסמך **להלוים את ערכיה של מדינת ישראל** כמדינה יהודית ודמוקרטית. העותרת תטען כי אמנם **החוק המסמך** הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, אך התקנות שהותקנו מכוח החוק אינן הולמות את ערכיה הדמוקרטיים של המדינה, שכן הן מבטאות התערבות גסה **בחופש התחרות**.

42. **התנאי השלישי** הוא שעל תכלית החוק המסמך להיות **ראויה**. תכלית היא ראויה ככל שהיא נועדה להגשים מטרה חברתית העולה בקנה אחד עם ערכיה של המדינה, וככל שהיא מגלה רגישות למעמדן של זכויות האדם (בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר

- הפנים**, פ"ד סא(2) 202, פסקה 62 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק (2006) (להלן: "**עניין עדאלה**"). בענייננו, תכליתן העיקרית של התקנות היא להסדיר את השירות שיינתן לצרכן לאחר מכירת מוצר.
43. העותרת תטען שאין מדובר בתכלית המצדיקה פגיעה בזכויות יסוד חוקתיות של בעלי עסקים. אין עוררין על כך שהסדרת זכותו של הצרכן לתקן מוצר לאחר רכישתו היא אינטרס ציבורי חשוב. יחד עם זאת, ניתן להגשים תכלית זו גם ללא הפגיעה בזכויותיהם החוקתיות של בעלי העסקים הקטנים, וממילא אינטרס זה אינו חזק **עד כדי הצדקת הפגיעה האנושה בזכות לחופש העיסוק**.
44. **התנאי הרביעי** הוא שהפגיעה אינה עולה על הנדרש - קרי שהפגיעה בזכויות החוקתיות במסגרת התקנות הקיימות היא מידתית. בית המשפט העליון קבע כי קיומה של המידתיות מותנה בקיומם המצטבר של שלושה מבחני משנה – **(א) מבחן הקשר הרציונאלי**; **(ב) מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה**; **(ג) ומבחן האמצעי המידתי (עניין עדאלה)**, פסקה 65 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק).
45. בענייננו, גם אם **קיים קשר רציונאלי** בין התקנות הקיימות לבין התכלית שמתיימרות לקדם, הרי שיתר מבחני המידתיות אינם מתקיימים בענייננו.
46. העותרת תטען כי התקנות החדשות אשר השר כבר החליט לאמץ **הן אמצעי אחר, פוגעני פחות (אם בכלל)**, אשר עשוי להביא למימוש המלא של התכליות שבבסיס התקנות.
47. בנוסף, העותרת תטען כי גם **מבחן המידתיות במובן הצר** אינו מתקיים, שכן היקף הפגיעה בזכותם של בעלי העסקים הקטנים לחופש העיסוק, **הוא גבוה מן התועלת המושגת עקב התקנות הקיימות**.

ד. סוף דבר

48. התקנות הקיימות מהוות התערבות שלטונית גסה בתחרות החופשית הקיימת בשוק הישראלי ואף מעניקות יתרון מובהק ולא הוגן ליצרנים הגדולים על חשבונם של בעלי העסקים הקטנים. הותרת התקנות הקיימות על כנו, תיתן משנה תוקף לפגיעה הלא חוקתית בזכות לחופש העיסוק של בעלי העסקים הקטנים, ומצב דברים זה אינו מידתי, ומחייב את התערבותו של בית המשפט הנכבד.
49. על כן, נוכח הפגיעה בזכויות היסוד, הפגמים בשיקול דעת השר, החשש לשיקולים זרים, ושורת הפגמים המנהליים, מתבקש בית משפט נכבד זה לחייב את המשיב לחזור להחלטתו המקורית להתקין תקנות שבכוון לאפשר לכל עוסק, אף אם אינו היצרן או מי מטעמו, לתקן כל מוצר לאחר מכירתו. לחלופין, מתבקש בית המשפט ליתן למשיב צו להפעיל את שיקול דעתו בשנית לאחר שיקיים היוועצות נוספת בה ישתתפו כלל הצדדים הנוגעים בדבר, תוך עריכת הליך מנהלי תקין.



עמית מולכו
ב"כ העותרת

רשימת מקורות - בג"ץ 8593/20

התאגדות העסקים הקטנים בישראל נ' שר הכלכלה והתעשייה

חקיקת יסוד

1. חוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד 1454.
2. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150.
3. חוק-יסוד: השפיטה, ס"ח התשמ"ד 1110.

חקיקה ראשית

4. חוק לתיקון סדרי המנהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958.
5. חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981.
6. חוק הפרשנות, תשמ"א-1981.
7. חוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988.

תקנות

8. תקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984.
9. תקנות סדר הדין בבית המשפט לעניינים מנהליים (סדרי דין), התשס"א-2000.
10. תקנות הגנת הצרכן (אחריות ושירות לאחר מכירה), תשס"ו-2006.

פסיקה

11. בג"ץ 1/49 סלומון שלמה בז'רנו, ו-2 אח' נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80 (1949).
12. עמ"מ 9/55 עו"ד פלוני נ' יו"ר וחברי המועצה המשפטית, י 1720 (1956).
13. בג"ץ 143/56 חאלד עבד אחג'יג' נ' המפקח על התעבורה, יא 370 (1957).
14. בג"ץ 58/9 יונה ברמן ואח' נ' שר הפנים, פ"ד יב 1493 (1958).
15. בג"ץ 265/68 אגודת האינג'נירים והארכיטקטים בישראל ו-8 אח' נ' שר העבודה, כג(1) 132 (1969).
16. בג"ץ 142/70 בנימין שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין, ירושלים, פ"ד כה(1) 325 (1971).
17. בג"ץ 135/75 סאי-טקס בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ל(1) 673 (1975).
18. בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421 (1980).
19. בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337 (1983).
20. בג"ץ 297/82 עזרא ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 337 (1983).
21. בג"ץ 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, לט(2) 225 (1985).
22. בג"ץ 953/87 א. פורז נ' שלמה להט, ראש עיריית תל-אביב-יפו, מב(2) 309 (1988).
23. ע"פ 3490/90 יקב הגליל יוסף גולד ובניו בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 11 (1993).
24. בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (1993).
25. בג"ץ 1703/92 ק.א.ל קוי אויר למטען בע"מ נ' ראש הממשלה ואח', פ"ד נב(4) 193 (1998).
26. רע"א 3577/93 הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ' מוריאונו, מח(4) 070 (1994).

27. דנג"ץ 3299/93 **ויכסלבאום ואח' נ' שר הביטחון ואח'**, פ"ד מט(2) 195 (1995).
28. בג"ץ 987/94 **יורונט קווי זהב בע"מ נ' שרת התקשורת**, מח(5) 412 (1994).
29. בג"ץ 3477/95 **בן-עטייה ואח' נ' שר החינוך, התרבות והספורט**, פ"ד מט(5) 001 (1996).
30. ע"א 2247/95 **הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאות בישראל בע"מ**, פ"ד נב(5) 213 (1998).
31. בג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(4) 1 (1997).
32. ע"א 6601/96 **AES System Inc. נ' סער**, פ"ד נד(3) 850 (2000).
33. בג"ץ 3551/97 **ברנר נ' ועדת השרים שלפי חוק שירותי הדת היהודיים**, פ"ד נא(5) 754 (1997).
34. בג"ץ 2159/97 **מועצה אזורית חוף אשקלון נ' שר הפנים**, פ"ד נב(1) 75 (1998).
35. בג"ץ 164/97 **קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר – אגף המכס והמע"מ**, פ"ד נב(1) 289 (1998).
36. בג"ץ 3267/97 **רובינסטיין ואח' נ' שר הביטחון**, פ"ד נב(5) 481 (1998).
37. בג"ץ 8850/02 **עו"ד פסטינגר נ' שר המשפטים**, פ"ד נח(2) 696 (2004).
38. ע"פ 7829/03 **מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ** (פורסם בנבו, 14.07.2005).
39. בג"ץ 7052/03 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 202 (2006).
40. ע"א 7187/12 **עו"ד ליאור צמח נ' אל על נתיבי אויר לישראל** (פורסם בנבו, 17.08.2014).
41. בג"ץ 2875/18 **התאחדות תאגידי כוח אדם זר בענף הבניין נ' ממשלת ישראל** (פורסם בנבו, 18.06.2019).

ספרות ישראלית

42. אהרן ברק, **פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית**, 579 (1994).
43. יצחק יגור **דיני ההגבלים העסקיים**, 47-48 (מהדורה 2, 2000).
44. סיני דויטש, "דיני הצרכנות בישראל: קווי מיתאר", **מאזני משפט** א 11 (2000).
45. מיכל (שיצר) גל, "מונופולים בתחרות – האיזון שבין עידוד חדשנות ויצירתיות ובין הפגיעה בתחרות בדיני ההגבלים העסקיים", **דין ודברים** ב' 425 (2006).
46. דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי**, כרך א (2010).
47. דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי**, כרך ב (2010).
48. רבקה ווייל, "'האם המחוקק ירה בתותח כדי לפגוע בזבוב?' – על מידתיות במשפט", **משפט ועסקים** טו 337 (2012).
49. תומר קנת "מצייצים מדיניות: שלושת הכובעים של נבחר ציבור ונושאי משרה ציבורית ברשתות החברתיות" **משפט וממשל** כה, 3-1 (2021).

פרוטוקולים

50. פרוטוקול ישיבה מס' 563 של וועדת הכלכלה, הכנסת ה-16 (13.12.2005).

תסקיה זרה

51. Protecting Motor Vehicle Owners and Small Businesses in Repairing Motor Vehicles Act, ch. 241, § (2)(a), 2012 Mass.
52. Mass Gen Laws ch § 93K (2019).

ספרות זרה

53. Consumer Project on Technology, *IBM 1956 Consent Decree*.
54. Atkinson, R. D., Portuese, A., Castro, D., & Ezell, S., *Reflections on President Biden's Executive Order on Competition*, Information Technology and Innovation Foundation (2021).
55. Leah Chan Grinvald and Ofer Tur-Sinai. The Right to Repair: Perspectives from the United States. 31 *Australian Intellectual Property Journal* 98 (2021).
56. He, S., Lai, D., & Lee, J. The medical right to repair: the right to save lives. *The Lancet*, 397(10281) (2021).
57. Productivity Commission. Right to repair: Productivity Commission draft report (2021).
58. Nikolina Sajn, "Right to Repair", **European Parliamentary Research Service** (2022).

התאגדות העסקים הקטנים בישראל

ע"י ב"כ עמית מולכו

מרח' האוניברסיטה 8, הרצליה, 4610101, טל': 09-9527272

העותרת

- נ ג ד -

1. שר הכלכלה והתעשייה

מרח' בנק ישראל 5, ירושלים

2. התאחדות התעשיינים בישראל

מרח' המרד 29, תל אביב-יפו

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, שעניינה החלטתו של שר הכלכלה והתעשייה (להלן: "המשיב", או "השר") שלא להפעיל את הסמכות המוענקת לו בחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: "החוק", או "חוק הגנת הצרכן") להתקין תקנות שבכוחן לחייב יצרן, לאפשר ליבואן ו/או סיטונאי ו/או קמעונאי של טובין או שירותים, לתת שירות לצרכן לאחר מכירה.

כפי שיפורט להלן בעתירה, מטעמים שונים, הן חוקתיים והן מנהליים, בית המשפט הנכבד מתבקש לחייב את המשיב בצו להתקין תקנות שבכוחן לאפשר לכל עוסק, אף אם אינו היצרן או מי מטעמו, לתקן כל מוצר לאחר מכירתו וואו ליתן צו למשיב להפעיל את שיקול דעתו בשנית לאחר שיקיים היועצות נוספת בה ישתתפו כלל הצדדים הנוגעים בדבר, לרבות העותרת וואו ליתן כל סעד צודק וראוי אחר אשר יראה לנכון.



עמית מולכו

ב"כ העותרת

א. פתח דבר

1. עניינה של עתירה זו בהחלטתו של השר המשיב בעתירה זו, שלא לעשות שימוש בסמכותו מכוח חוק הגנת הצרכן, ולהתקין תקנות שיחייבו יצרן לאפשר ליבואן ו/או סיטונאי ו/או קמעונאי של טובין או שירותים, לתת שירות לצרכן לאחר מכירה. כפי שיפורט להלן, בהליך המנהלי שבמסגרתו קיבל השר את ההחלטה האמורה, נפלו פגמים חמורים המצדיקים את ביטולה על ידי בית משפט נכבד זה.
2. כרקע לעתירה זו, יצוין שסעיף 18א לחוק הגנת הצרכן מעניק סמכות לשר להתקין תקנות לצורך הסדרת מערכת היחסים שבין היצרן לבין הצרכן, באשר למוצר שנמכר, לאחר מכירתו. מכוח סמכות זו, הותקנו תקנות הגנת הצרכן (אחריות ושירות לאחר מכירה), תשס"ו-2006 (להלן: "**התקנות**", או "**תקנות הגנת הצרכן**"), המחייבות את היצרן או מי מטעמו לתקן מוצר לאחר מכירתו, אלא אם הוכיח היצרן שהפגם במוצר נגרם על ידי שימוש של הצרכן.
3. העותרת תדגיש שהתקנות שהותקנו אמנם **מטיבות עם הצרכן**, כיוון שהן מהוות ביטוי לכך שהזכות לתקן מוצר לאחר מכירתו היא זכות צרכנית בסיסית, הנגזרת מהוראות החוק. ואולם, העותרת תעמוד על כך שההסדר הנוכחי, כפי שמוסדר בתקנות, פוגע במישרין בזכויות יסוד חוקתיות של **בעלי העסקים הקטנים**, אותם מייצגת העותרת, וכן, **אף בצרכן עצמו**. זאת, נוכח העובדה שהתקנות לא מסדירות את מעמדם של בעלי העסקים הקטנים כמי שיש באפשרותם לתקן מוצר, חרף העובדה שאינם יצרן המוצר או מי מטעמו.
4. פגיעה קשה זו בזכויותיהם של בעלי העסקים הקטנים, כמו גם הצרכנים עצמם, נלמדת אף מדו"ח מחקר שפרסם מנכ"ל הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן (להלן: "**המנכ"ל**") בעניין מעמדה של הזכות לתקן במדינות שונות בעולם (להלן: "**המחקר**", או "**הדו"ח**"), אותו הזמין השר.
5. בממצאי המחקר עלתה מסקנה אופרטיבית כי מן הראוי לפעול להסדרת הזכות לתקן, וזאת באמצעות הפעלת סמכות השר מכוח סעיף 18א(א) לחוק הגנת הצרכן, כדי לנסח תקנות שיחייבו יצרני טובין לאפשר לגורמים נוספים, אף אם אינם היצרנים עצמם או מי מטעמם, את האפשרות לתקן מוצר לאחר שנמכר על ידי היצרן.
6. ממצאים אלו מלמדים על הצורך בהתקנת תקנות חדשות, כמבוקש בעתירה זו, בין היתר היות שהדין הקיים מאפשר **ליצרן, ולו בלבד**, לבחור את זהות הגורם שיהא מוסמך לתקן את המוצר שייצר. כך, עמד המחקר שהזמין המשיב עצמו, על כך שההכרח בהתקנתן של תקנות חדשות נובע מהצורך למנוע, בין היתר, ניצול כוח מונופוליסטי של יצרני טובין עקב בלעדיות ושליטה בהספקת חלפים.
7. לאחר פרסום תוצאות המחקר **הבטיח** השר באמצעות פרסומים שונים בעמודי ה-Facebook הרשמיים שלו ושל משרדו, לקדם תקנות חדשות שיסדירו אף את יכולתם של בעלי העסקים הקטנים לתקן מוצר לאחר מכירתו.
8. אלא שלמרות הסתמכותם של עשרות אלפי בעלי עסקים קטנים אותם מייצגת העותרת, השר החליט לפתע לסגת מהחלטתו להתקין תקנות חדשות, ולזנוח את הבטחותיו הפומביות.
9. החלטתו זו האחרונה התקבלה בפתאומיות לאחר שקיים היוועצות **חלקית ונסתרת** בעניין, במסגרתה בחר שלא להיוועץ עם כלל הגורמים הנוגעים בדבר, דוגמת העותרת או כל ארגון המייצג

- את האינטרסים של הצרכן, והסתפק בהיוועצות רק עם התאחדות התעשיינים בישראל (להלן: **"התאחדות התעשיינים"**, או **"המשיבה"**), לה אינטרס ברור באי קידום התקנות החדשות.
10. דוק. חרף חובתו של השר לקיים הליך היוועצות פומבי ולשמוע את עמדת כל הגורמים הרלוונטיים, השר לא פרסם ולו חצי דבר על אודות ההיוועצות שקיים. ההיוועצות בוצעה באופן סגור, חסוי הנעדר שקיפות. למעשה, להוציא המשיבה, יתר הגורמים בעלי העניין, דוגמת העותרת, **הודרו לחלוטין מהיוועצות זו**, וקיומה אף הוסתרה מהם.
11. התנהלות בלתי תקינה זו לכל הפחות מעוררת תמיהה, ופוגעת באמון הציבור תוך הפרה של חובותיו של המשיב כרשות ציבורית.
12. העותרת תדגיש כי המשיבה היא בעלת **אינטרס כלכלי ברור** למנוע את התקנת התקנות החדשות, שכן התקנתן בפועל תשנה את המצב המונופוליסטי ממנו נהנים היום התעשיינים שמיוצגים על ידי המשיבה. **מצב המעניק לתעשיינים אלה שליטה ובלעדיות בתיקון המוצרים שיוצרו על ידיהם, ושליטה נוספת בהיקף החלקים המקוריים המופצים בשוק, לרבות אחיזה במידע סודי הנוגע לתיקון המוצרים, תוך גריפת רווחים כלכליים משמעותיים כתוצאה מהפגיעה בתחרות והדרת בעלי העסקים הקטנים מההסדר הקיים.**
13. עוד יודגש, כי אמנם באפשרותם של בעלי העסקים הקטנים להציע שירותי תיקונים באמצעות חלפים שאינם מקוריים, אך אלה יפגעו במישרין בתקינות המוצר, **כך שמלכתחילה צרכנים רבים יפסלו חלופה זו על הסף** (ארו חביב, "עוד חידוש של אפל: תיקון אייפון 12 שלא במעבדה רשמית ישיבת את המצלמה", **דבר** (28.10.2020), הכתבה מצורפת לעתירה ומסומנת **כנספח ע/1**).
14. לאחר ההיוועצות החלקית שקיים השר, החליט כאמור שלא לקיים את הבטחתו להתקין תקנות חדשות, שהיו אמורות לרפא את הפגיעה הקיימת בזכויות החוקתיות של הצרכנים ושל בעלי העסקים הקטנים. בעקבות כך, לא רק שיכולת השתכרותם של בעלי העסקים הקטנים נשארה מוגבלת ומצומצמת ביותר, אלא שגם מנעד האפשרויות שעומדות בפניו של הצרכן נותר מצומצם.
15. הדין הקיים מאפשר **ליצרנים שליטה בלעדית על חלפים**, וכך נאלץ הצרכן לתקן את המוצר שברשותו אצל יצרן המוצר בלבד או אצל נותן שירות בלתי מורשה. סיטואציה המאלצת את הצרכן לבחור אחד מבין שניים – או לבחור לתקן את המוצר אצל נותן השירות המורשה תוך שהצרכן חשוף לקשיים הפיזיים, הגיאוגרפיים והכלכליים שמציב היצרן, לרבות האמרת עלות התיקון ללא הצדקה, במטרה לתמרץ את הצרכן לרכוש מוצר חדש, או לתקן אצל נותן שירות בלתי מורשה, שאמינותו אינה ברורה כמו גם החלפים אותם הוא מספק, על כל המשתמע מכך, תוך נטילת סיכון גדול. לטענת העותרת, אין מדובר בחלופות המעמידות בחירה אמיתית והוגנת בפני הצרכן.
16. העותרת תדגיש כי האינטרס העיקרי של היצרן, מטבע הדברים, הוא אינטרס כלכלי. מטרתם של היצרנים היא למכור כמה שיותר מוצרים, בעלות גבוהה ככל הניתן. כך, בשל הדין המצוי כיום, מתקיים כשל שוק מובנה שבמסגרתו האינטרס של היצרן להגדיל את רווחיו, בא לידי ביטוי בהערמת קשיים, העלאת מחירים ושליטה במנגנוני התיקון של מוצריו. כל זאת תוך שהדבר בא על חשבון הצרכן, ועל חשבון יכולת השתכרותם של בעלי העסקים הקטנים.
- כך, המצב המשפטי אותו בוחר השר לשמר אינו מעניק ליצרן כל אינטרס לאפשר לבעלי עסקים מתחרים את היכולת לתקן מוצרים שייצר, ובמקום זאת מאפשר לו לשלוט במנגנונים אלו על מנת לתמרץ צרכנים לרכוש מוצרים חדשים, במקום לתקנם בעלות זולה יותר.**

17. העותרת תטען שהתקנות פוגעות באופן חזיתי במנעד הזכויות החוקתיות של בעלי העסקים הקטנים והצרפנים, באופן שאינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה, כפי שיוצג בהרחבה בעתירה זו.

18. זאת ועוד, העותרת תטען שהמסכת העובדתית, שתפורט להלן, מלמדת כי נפלו פגמים של ממש בהחלטת השר שלא לקדם התקנת תקנות המסדירות את זכותם של בעלי העסקים הקטנים להעניק תיקון לצרכן, ולצרכן ליהנות מאפשרויות ותחרות בתחום תיקון המוצרים. פגמים אלה עולים, בין היתר, מהיעדר הנמקה מספקת; היוועצות חלקית ופגומה שלא נעשתה עם כלל הצדדים הנוגעים בדבר; היעדר תשתית עובדתית מספקת לקבלת ההחלטה; וכן פגמים בשיקול הדעת, לרבות פעולה שנעשתה בשירות, היעדר סבירות קיצונית וחשש ממשי לשיקולים זרים שחדרו להליך קבלת ההחלטה.

19. מעבר לדברים אלו, העותרת תדגיש שבהחלטתו של השר שלא לקדם התקנת תקנות, הפר השר הבטחה שלטונית שניתנה לעותרת ולגופים אותם היא מייצגת, באופן הפוגע באופן ממשי באינטרס ההסתמכות של בעלי העסקים הקטנים, שרכשו מוצרים הנדרשים ליישום מערך התיקונים שהבטיח לקדם באמצעות התקנת התקנות.

ב. הצדדים להליך

20. העותרת, התאגדות העסקים הקטנים בישראל, היא גוף ללא מטרות רווח, שהוקם למען שמירה על האינטרסים של בעלי העסקים הקטנים בישראל. בין כך פועלת העותרת על מנת לקדם תיקוני חקיקה במקום בו זאת פוגעת בבעלי העסקים הקטנים, במישור המשפטי, הפוליטי והחברתי.

21. המשיב, שר הכלכלה והתעשייה, הוא הגורם המיינסטריאלי הממונה על ביצוע הוראות חוק הגנת הצרכן, מכוח סעיף 37(א) לחוק. מתוקף כך ובהתאם לסעיף 18(א) לחוק, בסמכותו להתקין תקנות שמשמעותן לחייב יצרן, יבואן, סיטונאי או קמעונאי של טובין או שירותים, להעניק שירות לצרכן לאחר מכירתם.

22. המשיבה, התאחדות התעשיינים בישראל, היא אגודה הפועלת למען מגזרי התעשייה בישראל, שאמונה על ייצוג המעסיקים מול ההסתדרות והממשלה. בית המשפט מתבקש לאפשר את צירופה של המשיבה לעתירה, מכוח תקנה 20(ב) לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984, ותקנה 6(א) לתקנות סדר הדין בבית המשפט לעניינים מנהליים (סדרי דין), התשס"א-2000 בעניין זה. זאת, בין היתר, כיוון שהמשיבה היא זו שלקחה חלק בהליך ההיוועצות הפגום שביצע השר טרם קבלת החלטתו שלא להתקין תקנות, כשהיא יודעת שהיא מחזיקה באינטרס מצומצם של ארגונים וכי להחלטה תהיה השפעה על ציבור גדול. אי לכך, המשיבה היא בעלת עניין בעתירה, ומן הראוי לאפשר את צירופה כמשיבה.

ג. העובדות הרלוונטיות לעתירה ואימתני נולדה

23. בשנת 2019 החליט מנכ"ל הרשות להגנת הצרכן לממש את סמכותו מכוח סעיף 20(א)(3) לחוק, ולערוך מחקר שמטרתו לבחון את נחיצות ההכרה בזכותו של הצרכן לתקן מוצר שרכש מידי של היצרן, כזכות הנובעת מזכויותיו הבסיסיות.

24. מטרתו של המחקר הייתה לבחון אם קיימת נחיצות לאימוץ תהליך הכרה בזכות לתקן בישראל, בדומה לתהליכים שהתרחשו במדינות שונות בעולם, וזאת לאחר שנחשף למאמצי חקיקה במדינות שונות, בארצות הברית ובאירופה, שמטרתם להביא לקידומה של הזכות הבסיסית של הצרכן לתקן.

25. המסקנה האופרטיבית שעלתה מהמחקר, הייתה כי יש לפעול להכרה בזכותו של הצרכן לתקן. במחקר הובהר כי טעם עיקרי בדבר נחיצות עיגונה הנורמטיבי של הזכות לתקן, הוא על מנת למנוע את ניצול הכוח המונופוליסטי של יצרני הטובין, נוכח הבלעדיות והשליטה ממנה הם נהנים כיום בחסות החוק בהספקת חלפים למוצריהם.
26. בהתאם לכך, עקב חשיבותה של הזכות לתקן וכשלי השוק הקיימים כיום, הודגש בדו"ח כי מן הראוי שהמשיב ישתמש בסמכותו שבסעיף 18א(א) לחוק, ויפעל להתקין תקנות המחייבות יצרני טובין לאפשר לגורמים נוספים, אף אם אינם היצרנים עצמם או מי מטעמם, את האפשרות לתקן מוצר לאחר שנמכר על ידי היצרן ו/או יבואן ו/או סיטונאי ו/או קמעונאי של טובין או שירותים.
27. נוכח ההמלצות הכלולות בדו"ח, הועבר הדו"ח לעיונו של השר לצורך בחינה ובחירת דרכי פעולה מתאימות.
28. לאחר שהשר בחן את הדו"ח – על כל עובדותיו, ממצאיו ומסקנותיו – הוחלט לקבל את המלצותיו ולהתקין תקנות המעגנות את זכותו של הצרכן לתקן טובין אצל כל גורם, אף אם זהות הגורם המתקן אינו היצרן או מי מטעמו.
29. הודעה רשמית בדבר החלטת השר פורסמה בדף הפייסבוק הרשמי של השר, וכן בדף הפייסבוק הרשמי של משרד הכלכלה והתעשייה, עליו ממונה השר – שם פורסם שהמשרד והשר עתידים לקדם את עיגונה של הזכות לתקן בדין.
30. יודגש, כי בעידן המודרני, הרשתות החברתיות ככלל, ודפי פייסבוק רשמיים של רשויות ונבחרי ציבור מטעמה של המדינה בפרט, מהווים אמצעי ישיר להעברת מידע מטעם הרשויות ונבחרי הציבור אל אזרחי ישראל ותושביה באופן ישיר (ראו למשל, תומר קנת "מצייצים מדיניות: שלושת הכובעים של נבחרי ציבור ונושאי משרה ציבורית ברשתות החברתיות" משפט וממשל כה, 3-1 (2021) (להלן: "קנת, מצייצים מדיניות")).
31. בהתאם לכך, אין ספק כי הציבור ייחס חשיבות רבה להודעות הרשמיות שפרסם השר בדפי הפייסבוק, קל וחומר נוכח העובדה שרובו המוחלט של הציבור בישראל משתמש וחשוף לפרסומים אלו (ראו למשל: גד פרץ "פייסבוק או אינסטגרם? אלו הן העדפות האינטרנט בישראל" גלובס (2018.12.26), הכתבה מצורפת לעתירה ומסומנת כנספח ע/2).
32. ברי אפוא, בעלי עסקים רבים הסתמכו על פרסומו האמור של השר. בדומה, אף נציגי העותרת נחשפו לאותם הפרסומים, ובהסתמך עליהם הוציאה העותרת הודעה לציבור בעלי העסקים הקטנים אותם היא מייצגת על התקנות החדשות אותן מקדם השר. בעלי עסקים רבים, אשר חלקם כבר עוסקים במתן שירותי תיקון מוצרים שונים (בין היתר מוצרי אלקטרוניקה), נחשפו להחלטת השר, והחלו עקב כך להתכונן ליישום מערך התיקונים שהבטיח השר שהיה בו משום בשורה להגדלת ההכנסות, פתיחת נתח שוק חדש, גדילה של העסק, הכל מכוח האפשרות הממשית המסתמנת לאפשר תיקון בחלקי מקור.
33. כחודש לאחר פרסום ההודעה הרשמית בדפי הפייסבוק, הבחינה העותרת כי לא חלה התקדמות כלשהי לקראת התקנת תקנות. עקב כך, פנתה העותרת יחד עם קבוצת עסקים קטנים אותה היא מייצגת, בשאלתה למשיב.

34. בעקבות פניית העותרת, נודע לה כי בסמוך לאחר פרסום ההחלטה של השר לקדם את התקנת תקנות, קיים השר התייעצות חשאית, נסתרת וחפוזת, בהליך בלתי שקוף ובלתי מנומק, שיש בו מן המחטף, בו נכח גורם אחד בעל עניין ואינטרס כלכלי, ושבעקבותיה החליט השר לחזור בו מהחלטתו ולזנוח את הרפורמה כליל.
35. ודוק. שינוי עמדתו הפתאומי של השר התרחש בסמוך לאחר פרסום הרפורמה, וזאת אך ורק בעקבות אותה ישיבת התייעצות שהוסתרה מעיני הציבור, בה נכחה המשיבה בלבד - לה אינטרס מסחרי ברור לאיין כל רפורמה המיטיבה עם הצרכנים ומעגנת את זכותם הבסיסית לתקן, תוך פגיעה כלכלית בשליטה הקיימת כיום ליצרנים אותם המשיבה מייצגת.
36. כך למעשה, ישיבה אחת שבה לא נכח אף גורם מקצועי, ואלו לא הוזמנו נציגי הצרכנים ונציגי העסקים הקטנים שהסתמכו על ההחלטה, הובילה את השר לשינוי עמדתו - וחזרה מההחלטה שפורסמה לציבור בדבר מעמדה ונחיצותה של הזכות לתקן והצורך להתקין תקנות בעניין, ומשמעותה זניחת קידומה של הזכות לתקן כליל. שינוי ההחלטה הדרסטי התרחש כאמור מבלי שהשר קיים את חובת ההיוועצות שלו עם הציבור, ומבלי שניתנה זכות טיעון לגורמים אשר הסתמכו על החלטתו הראשונית, כמו העותרת והעסקים הקטנים אותם היא מייצגת.
37. ולא רק זאת. ההחלטה החדשה אשר הפכה את ההחלטה להתקין תקנות, נומקה באופן לקוני ובלתי מספק, ללא הסבר של ממש לשינוי העמדה של השר. השר הסביר באופן תמציתי כי הטעם העיקרי שבעטיו החליט לזנוח את הנושא ולהימנע מקידום ההכרה בזכותו של הצרכן לתקן, היא העובדה שהזכות לתקן איננה חלק מהחקיקה הקיימת, ולכן אין מקום לקדם את הסדרתה בתקנות.
- אלא שכפי שניתן להיווכח, מדובר בנימוק חסר, אשר אין בו דבר, שכן אם בהחלטה הראשונה הוחלט לקדם בתקנות חדשות את הזכות לתקן, עוקב לאימוץ מסקנות הדו"ח, הרי שברור שבמסגרת אותן תקנות יבקשו להוסיף ולשנות את הדין הקיים. לכן, אמור מעתה כי לשינוי ההחלטה של השר אין נימוק כלל!
38. בכך לא די. גם אם נתייחס לגוף הנימוק שהציג השר, וממנו נבין כי כוונתו היא כי הזכות הצרכנית לתקן אינה מעוגנת כיום כלל בדין, הרי שנימוק זה איננו מבוסס כלל, ומתעלם מהתקנות הקיימות אשר מעניקות לזכות לתקן משנה תוקף, לאורך תקופת האחריות. העובדה כי התקנות הקיימות קובעות הסדר מונופוליסטי שמרכז את יכולת תיקון המוצר לאחר מכירתו, וכן, את יכולת אספקת החלפים אצל היצרן או מי מטעמו, היא הסיבה שבגינה השר נדרש מלכתחילה לערוך רפורמה בנושא, ואין בסיס להסבר או לטיעון שהזכות לתקן אינה מוכרת בישראל. כך למעשה, אין בסיס להנמקת השר.
39. כאמור, העסקים הקטנים, אותם מייצגת העותרת, נפגעו אנושות מהחלטתו של השר לסגת מקידום התקנות החדשות. זאת, לאור כך שבעלי העסקים הקטנים הסתמכו באופן משמעותי על הודעתו של השר בדבר כוונתו לעשות שימוש בסמכותו המעוגנת בסעיף 18א לחוק, באופן שיאפשר לבעלי העסקים הקטנים לתקן מוצר לאחר רכישתו, מבלי שיאלצו לקבל את הסכמתו של היצרן לכך, ורכשו מוצרים הנדרשים ליישום מערך התיקונים שהבטיח השר לקדם באמצעות התקנת התקנות החדשות, בסכום כולל של מאות אלפי שקלים.
40. כך למעשה, השר הפר את הבטחתו בדבר קידום התקנות ובכך יצר לבעלי העסקים הקטנים נזקי הסתמכות רחבי היקף, וזאת בשעה שהחלטתו להפר את ההבטחה התקבלה במסגרת הליך מנהלי

נסתר, בו נכח בעל עניין בודד, ללא מתן הנמקה מספקת, ללא מתן זכות טיעון, ותוך הסתמכות על תשתית עובדתית חד-צדדית. הליך מנהלי פסול מסוג זה, ודאי פוגע באמון הציבור ברשויות השלטון, ומעלה חשש לקיומם של אינטרסים זרים שהובילו לקבלת ההחלטה.

41. ההתנהלות המתוארת וההזדמנות שניתנה לשר לחזור בו מהחלטתו, לא הותירה לעותרת כל ברירה, אלא לפנות לבית משפט נכבד זה, לצורך קבלת סעד, אשר יתקן את הליקויים המהותיים בהליך ואשר יגן על זכויותיהם של בעלי העסקים הקטנים, ובדרך זו יפעל לקידום זכויות הצרכנים.

ד. המסגרת הנורמטיבית

42. מטרתנו העיקרית של חוק הגנת הצרכן הן לתת מענה לצורך להגן בחקיקה על זכויותיהם השונות של הצרכנים, וכן לפרוס רשת הגנה רחבה שמטרתה למנוע התנהגות נכלולית או מרמה של היצרן שעשויה לפגוע במישרין בצרכן (סיני דויטש "דיני הצרכנות בישראל: קווי מיתאר" מאזני משפט א 11, 12 (2000)).

43. מכוח סעיף 18 לחוק, הותקנו **תקנות הגנת הצרכן**, אשר מעגנות באופן ברור את חובתו של כל עוסק לתקן מוצר לאחר העסקה. כך, בתקנה 2 לתקנות הקיימות, מצוין בבירור כי יצרן של טובין שנמכר לצרכן מחויב לתקן **בעצמו או באמצעות אחר מטעמו** כל קלקול שנתגלה בטובין לאורך תקופת האחריות, ללא תמורה.

44. **תקופת האחריות** מוגדרת בתקנה 1 לתקנות הגנת הצרכן: "תקופה של שנה מיום מסירת הטובין לצרכן". תקנה 3(א) לתקנות הגנת הצרכן מחייבת את היצרן **לספק לצרכן חלקי חילוף** לשם תיקון המוצר במקרה הצורך לאורך תקופת האחריות. תקנה 3(ג) מחייבת את היצרן באספקת חלקי חילוף של מוצרים מסוימים, המופיעים בטור ב' בתוספת של התקנות, **אף לאחר תום תקופת האחריות**. עם זאת, לאחר תום תקופת האחריות, היצרן **אינו מחויב להעניק שירותי תיקונים** לאותו המוצר.

45. לאחר תום תקופת האחריות, התקנות אינן מחייבות את היצרן לתקן מוצר שהתקלקל, אך במרבית המקרים, יסכים היצרן לתקן את המוצר בתשלום אף לאחר תום תקופת האחריות. עם זאת, בכל עת, יוכל היצרן להחליט על הפסקת האפשרות לתקן את המוצר, וואו על הפסקת ייצור חלקי חילוף.

46. לפיכך, בניגוד לנימוק שהוצג על ידי השר, התקנות הקיימות מצביעות במישרין על כך שהזכות לתקן היא **חלק מהותי מהדין הקיים**, הגם שתחולתה מוגבלת לתקופת האחריות גרידא. הגבלת תחולת הזכות לתקופת האחריות זוכה ליחס דומה אף בשיטות משפט מקבילות (ראו למשל: Nikolina, "Right to Repair" European Parliamentary Research Service, 1-2 (2022)).

47. ואולם, התקנות הקיימות מעניקות הכרה חוקית להסדר מונופוליסטי, אשר מעניק ליצרן שליטה בלעדית על מערך התיקונים. הסדר זה **מדיר במישרין כל עוסק שאינו היצרן או מי מטעמו**, מהאפשרות להעניק שירותי תיקונים למוצר לאחר מכירתו **במסגרת תקופת האחריות, שכאמור בתקופה זו זכותו של הצרכן לתקן עומדת בעינה**.

48. הדרה זו נוגדת את **התחרות החופשית**, המבטיחה לצרכן כי יוכל לבחור מההיצע הקיים בשוק את המוצר האיכותי ביותר, במחיר הזול ביותר (ע"פ 7829/03 **מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת חשמל ומזורים ובקרה בע"מ**, פסקה 13 לפסק דינו של כב' הש' לוי (פורסם בנבו, 14.07.2005)). זאת, לאור כך שאף אם באפשרותו של עוסק שאינו מטעם היצרן להציע שירותי תיקונים עם חלפים שאינם

מקוריים, הצרכן יעדיף לתקן את מוצרו בחיקו של היצרן או מי מטעמו, לשם שימור תקינות המוצר. דברים אלו מלכתחילה הם שהנחו את השר לבחון עריכת רפורמה חדשה בנושא.

49. התחרות החופשית עומדת בבסיסם של דיני ההגבלים העסקיים, שהוגדרו כ"מגנא כרטא" של זכויות היצרן (ע"א 2247/95 **הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאות בישראל בע"מ**, פ"ד נב(5) 213, פסקה 17 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק (1998)). יישומה בפועל הוא **תנאי הכרחי** לקיומו של משק יעיל ובריא, שכן היא מעודדת יזמות וגורמת לשיפור מתמיד של היצע המוצרים בשוק, וכן, אף להדרתם של יצרנים שנמצאים כלא יעילים (יצחק יגור **דיני ההגבלים העסקיים**, 47-48 (מהדורה 2, 2000)).

50. התחרות החופשית ממקסמת את **היעילות הכלכלית**, וכן, ערכים חברתיים רבים, דוגמת צדק חלוקתי ומניעת ריכוזיות. התחרות החופשית מובילה לכך שיצרן אשר ידרוש מחיר גבוה יותר עבור מוצר וואו שירות כלשהו ממתחריו, יאבד צרכנים פוטנציאליים. בכך, יובטח כי היצרן לא יוכל לגבות מחיר מופרז עבור מוצריו, בעוד המחיר הנדרש עבור מוצרים דומים של מתחריו נמוך יותר (מיכל (שיצר) גל, "מונופולים בתחרות – האיזון שבין עידוד חדשנות ויצירתיות ובין הפגיעה בתחרות בדיני ההגבלים העסקיים", **דין ודברים** ב' 425, 430-433 (2006)).

51. **חופש התחרות** אף מהווה נגזרת ישירה של הזכות החוקתית לחופש העיסוק, המעוגנת בחוק-יסוד: חופש העיסוק, והמשמעות היא שמחובתן של הרשויות הציבוריות לאפשר קיומה של תחרות זו. כך למעשה, כל פעילות שלטונית המגינה על מתחרה אחד, או פוגעת בעיקרון התחרות החופשית הנוצר כתוצאה מיישומה בפועל של הזכות לחופש העיסוק, **מהווה פגיעה גסה בזכות החוקתית לחופש העיסוק** (אהרן ברק, **פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית** 597 (1994) (להלן: "**ברק, פרשנות חוקתית**")).

52. בנוסף, ועל אף שעתירה זו עניינה בהסדר אשר נקבע בדין ואין עניינה בהסדר כובל, יש מקום להזכיר כי נוכח חשיבותה הרבה של התחרות החופשית למשק, מצא המחוקק לנכון לעגנה בחוק, ובין היתר בסעיף 4 **לחוק התחרות הכלכלית**, התשמ"ח-1988 (להלן: "**חוק התחרות הכלכלית**"), האוסר על הסדר כובל, כהגדרתו בסעיף 2. חוק התחרות הכלכלית אף מכיר באפשרות כי בעל מונופולין ינצל לרעה את מעמדו בשוק ולכן אוסר זאת במפורש בסעיף 29א.

53. **עיקרון התחרות החופשית, כמו גם הזכות לחופש העיסוק, מכתביים כי על הרשויות לפעול למען צמצום הסדרים הפוגעים בתחרות - כמו ההסדר בתקנות הקיימות - ומכוחם עולה כי פעולה של הרשות שיש בה משום פגיעה בתחרות ו/או בזכות לחופש העיסוק, תהיה למען תכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש. דבר אשר לטענת העותרת אינו מתקיים בעניינינו!**

54. זאת ועוד, בחינת מעמדה של הזכות לתקן **במשפט המשווה**, מצביעה על קיומם של מאמצים ענפים במגוון מדינות ברחבי העולם, שמטרתם להביא לידי אימוץ נורמטיבי של זכותו של הצרכן לתקן. מטרתה של מגמה זו היא למנוע כוח מונופוליסטי - כמו זה שמתאפשר בחסות המדינה באמצעות התקנות הקיימות - ולחייב את יצרני המוצרים לאפשר אף לבעלי עסקים קטנים מקומיים לתקן מוצר לאחר מכירתו.

55. העיסוק בזכות לתקן, לפחות בכל הקשור לארצות הברית, איננו חדש. כבר בשנות החמישים נחקרה חברת IBM על ידי משרד המשפטים האמריקאי על הפרה של חוקי ההגבלים העסקיים, כשהיא מונעת תיקון מוצריה על ידי צדדים שלישיים, כשהיא מגבילה נגישות לחלקי חילוף ולמידע על אופן

התיקון. התערבות הממשלה הובילה לנקיטת צעדים על ידי חברת IBM להפחתת המונופול שיצרה בתחום התיקון (ראו: *Consumer Project on Technology, IBM 1956 Consent Decree*, מצורף לעתירה ומסומן **כנספח ע/3**).

56. כך למשל, ביולי 2021, חתם נשיא ארצות הברית, ג'ו ביידן, על צו מנהלי שמטרתו קידום התחרות הכלכלית בארצות הברית, באמצעות חיוב היצרנים לאפשר אף לבעלי עסקים קטנים מקומיים לתקן מוצר לאחר מכירתו (Atkinson, R. D., Portuese, A., Castro, D., & Ezell, S., *Reflections on President Biden's Executive Order on Competition, Information Technology and Innovation Foundation* (2021)).

57. צו מנהלי זה הניב תוצאות של ממש. לאחר שנכנס לתוקפו, יצרניות ענק חויבו ליישמו ולאפשר אף לבעלי העסקים המקומיים לתקן פגמים שונים במוצריהם. כך לדוגמה, חברת "Apple" (להלן: "**חברת אפל**") חויבה להעביר מידע ומשאבים בעניין תיקוני מצלמות, מסכים שבורים וסוללות, הן לבעלי העסקים המקומיים והן לצרכנים עצמם, לאחר ששנים רבות התבצרה בעמדתה שלא לאפשר זאת, וניסתה להותיר את מערך תיקון מוצריה בשליטתה הבלעדית, באופן שיחייב את הצרכן לפנות לחברת אפל במקרה שנדרש לתקן את מכשירו ("אפל תאפשר למשתמשים לתקן את האיפון שלהם בעצמם" **גלובס** (18.11.2021), הכתבה מצורפת לעתירה ומסומנת **כנספח ע/4**).

58. בנוסף, בשנת 2012 אימצה מדינת מסצ'וסטס את הזכות לתקן באמצעות חקיקה ראשית, שמחייבת את יצרני הרכבים לספק מידע באשר לאבחון תקלות ואופן תיקונן. מדיניות זו תאפשר לעוסקים, שאינם בהכרח היצרן, להציע שירות תיקונים ייעודי, וכן לצרכן לבחור את הגורם המתקן המועדף עליו (He, S., Lai, D., & Lee, J. *The medical right to repair: the right to save lives. The Lancet*, 397 (10281), 1260-1261 (2021)). כשהדגש בחקיקה זו היה בהסדרת הזכות לתקן בהשפעה על העסקים הקטנים (Protecting Motor Vehicle Owners and Small Businesses in Repairing Motor Vehicles Act, ch. 241, § (2)(a), 2012 Mass.; Mass Gen Laws ch § 93K (2019)).

59. ניתן להבחין במגמה דומה גם באירופה. ביולי 2021, הפרלמנט הבריטי עיגן בחוק את זכותו של הצרכן לתקן, תוך שנקבע כי היצרנים בבריטניה מחויבים כעת להעמיד חלקי חילוף רלוונטיים לרשותם של צדדים שלישיים. באמצעות כך, ייהנה הצרכן מיכולת הבחירה אם לתקן את מכשירו אצל היצרן או באמצעות גורם שלישי בתחומים מסוימים (Productivity Commission. *Right to repair: Productivity Commission draft report*. (2021)).

60. יודגש, כי המדינות שאימצו בחקיקה את זכותו של הצרכן לתקן, עשו זאת **במטרה לאפשר לצרכן לקבל שירות מעוסקים נוספים, לרבות עסקים קטנים שאינם יצרני המוצר**, ולבחור את הגורם המתקן המועדף עליו בשוק חופשי ותחרותי, בהתאם לצרכיו האישיים. עיגונה של הזכות לתקן הגשים אפוא את ערך התחרות החופשית באותם שווקים, כשם שהוצג לעיל.

61. בנוסף לדוגמאות המוזכרות לעיל על הכרה בזכות לתקן ועיגונה בחקיקה, קיימים תהליכים נוספים בעניין מעמדה של הזכות לתקן בארצות הברית – שם, מדינות רבות, ובהן מדינת ניו יורק, נמצאות זה עתה בעיצומם של הליכי חקיקה ענפים, שמטרתם לעגן את מעמדה של הזכות לתקן בחקיקה הראשית המקומית (ראו למשל: Leah Chan Grinvald and Ofer Tur-Sinai. *The Right to*

62. הדין הישראלי, לעומת זאת, מכיר בזכות לתקן ובחשיבותה, שלא באופן ישיר ואף באופן מצומצם. כך, הוא מחייב את היצרן להעניק לצרכן שירות של תיקון המוצר לאחר שנמכר לצרכן, אך זאת באמצעות מערך תיקונים של היצרן או מי מטעמו. כך למעשה, הדין הקיים בישראל מעניק ליצרן שליטה באשר לבחירת הגורם המתקן, לרבות חלקי החילוף המקוריים המופצים בשוק – דבר שמייצר כשל שוק משמעותי בדמות כוח מונופוליסטי שפוגע במישרין בפעילותם של בעלי העסקים הקטנים בישראל, ואף בצרכן עצמו. לטענת העותרת, אין לראות בכך זכות לתקן המתאימה למדינה מתוקנת, אשר עומדת בהתאמה למעמד הזכות לתקן שבמדינות שמעבר לים.
63. אי לכך, להלן נציג את הטענות המשפטיות שבגינן נדרש בית המשפט הנכבד להתערב בהחלטת השר שהתקבלה בהליך בלתי תקין בעליל שלא לתקן את התקנות הקיימות, תוך השארת המצב הקיים אשר פוגע בזכויותיהם של העסקים הקטנים.
64. תחילה נידרש להליך קבלת ההחלטה, במהלכו הפך השר את החלטתו הקודמת להתקין תקנות חדשות בהליך בלתי תקין, תוך שורה של פגמים מהותיים; ובהמשך נציג מדוע התקנות הקיימות פוגעות בזכויות יסוד ללא כל תכלית ראויה וסבירה ובאופן בלתי מידתי, כך שבית המשפט הנכבד נדרש להעניק לעותרת סעד.

ה. הטיעון המנהלי

ה.1. הפרת חובת ההיוועצות

65. מעצם טבעה, היוועצות משמעותה החלפת דעות שונות, שמיעת עמדות שונות מצד כל הגורמים הרלוונטיים ושקילתן על ידי הרשות המנהלית, והכל טרם הפעלת סמכותה. הצד הנועץ הוא הגורם בעל הסמכות על פי דין להחליט ולקבוע את המילה האחרונה, אך זאת לאחר ששמע את הגורמים השונים ובחן ביושר את עמדתם (ע"פ 3490/90 יקב הגליל יוסף גולד ובניו בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 11, פסקה 7 לפסק דינו של כבי' השי' בד' (1993) (להלן: "עניין יקב הגליל").
66. יודגש, כי אף בהיעדר חובה סטטוטורית להיוועץ המוטלת על הרשות המנהלית מכוח לשון ההסמכה, רשויות מנהליות רבות מקיימות היוועצויות וולונטריות, נוכח החשיבות המיוחדת המגולמת במימושה של ההיוועצות במסגרת ההליך המנהלי (יקב הגליל, פסקה 5 לפסק דינו של כבי' השי' בד'). החשיבות של קיום ההיוועצות גם בהיעדרה של חובה סטטוטורית מפורשת המוטלת מכוח לשון ההסמכה, מקבלת משנה תוקף מכוח סעיף 17(א) לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981, המסמך את הרשות לקבוע סדרי דיונים במקרה שאינם נקבעו מפורשות בחוק על ידי המחוקק: "גם בתחומים, בהם רואה בעל הסמכות אפשרות לגבש החלטתו הסופית בעצמו, אין הוא יכול להתעלם מן הצורך להיוועץ... אם אופיו של העניין או אופיה של הפנייה מחייבים זאת" (בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29 פסקה 5 לפסק דינו של כבי' הנשיא שמגר (1983) (להלן: "ברגר").
67. לפיכך, מחובתה של רשות מנהלית, אף כאשר היא מקיימת היוועצות וולונטרית, להיוועץ עם כל הצדדים הנוגעים בדבר, שעלולים להיות מושפעים במישרין או בעקיפין מההחלטה שהיא עתידה לקבל (רע"א 3577/93 הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ' אהרון מוריאנו, מח(4) 070, פסקה 18 לפסק דינו של כבי' הנשיא שמגר (1994)).

68. העותרת תטען שאמנם ההיוועצות שקיים השר היא וולונטרית, נוכח היעדר חובה להיוועץ בהתאם ללשון ההסמכה, אולם משבחר השר לקיים הליך היוועצות היה עליו להיוועץ עם כל הגורמים הנוגעים בדבר, לרבות העותרת, ולא רק עם התאחדות התעשיינים המייצגת עמדה אחת, שלה אינטרס מסחרי מובהק למנוע את התקנת התקנות החדשות. בעניין זה, עת בחר השר לקיים היוועצות, יש לנהוג בה כאילו הייתה חובה, ולקיימה לפי כללי המשפט המנהלי. בית המשפט העליון קבע לא פעם כי אף סמכות שכפופה לשיקול דעתו של בעל הסמכות, אינה נטולת מסגרת נורמטיבית, וכן, אף במסגרת הפעלתה חלים עליה כללי המשפט המנהלי: "גם כאשר מדובר על סמכות שבשיקול-דעת, אין היא נטולת מסגרת נורמטיבית. על כל שימוש בשיקול הדעת המנהלי חלים הכללים המקובלים בדבר סבירות, הגינות, תום-לב, היעדר שרירות והפליה ואמות מידה כיוצא באלה" (בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404, פסקה 14 לפסק דינו של כב' הנשיא שמגר (1993)).

69. לפיכך, העותרת תדגיש, כי העובדה שהשר התייעץ באופן סלקטיבי עם גורם אחד בלבד, ונמנע באופן מופגן מלהיוועץ עם העותרת ועם גורמים רלוונטיים נוספים, ובכללם גורמים המייצגים את האינטרסים של הצרכן, מהווה חשד ממשי לקיומם של שיקולים זרים בהליך קבלת ההחלטה.

70. חשד זה, מקבל משנה תוקף והופך לממשי, כאשר באופן תמוה ובלתי מוסבר השר הפך את החלטתו להתקין את התקנות האמורות, מיד לאחר שקיים את ההיוועצות החד-צדדית עם המשיבה.

71. בית המשפט העליון אף קבע לא פעם בהקשרים שונים, כי עמידה בחובת ההיוועצות המוטלת על הרשות המנהלית תתקיים אך ורק אם שמעה הרשות את עמדותיו של הגורם עמו היוועצה בנפש חפצה וקולטת, ולא נחרצה בדעתה מראש באופן שמיתר את ההיוועצות והופך אותה ללא רלוונטית (בג"ץ 265/68 אגודת האינג'ינרים והארכיטקטים בישראל נ' שר העבודה, כג(1) 132, פסקה 8 לפסק דינו של כב' השי' זוסמן (1969)). נראה שדברים אלו לא יושמו בהיוועצות שהתקיימה במקרה דנן, שכן לא ברור כיצד תיתכן היוועצות אמיתית, בנפש חפצה וקולטת, כאשר נעדר ממנה גורם שעלול להיות מושפע במישרין מההחלטה שתתקבל, דוגמת העסקים הקטנים העומדים מאחורי העותרת.

72. זאת ועוד, לא רק שהשר לא מימש את חובתו להיוועץ עם כל הצדדים הנוגעים בדבר, אלא שהוא גם לא העניק לעותרת זכות טיעון, טרם קיבל ההחלטה לסגת מהתקנת התקנות.

73. תוצאת ההיוועצות היא החלטה הפוגעת באופן ישיר וממשי באינטרסים של העותרת ובעלי העסקים הקטנים אותם היא מייצגת כמו גם הצרכנים וזכותם לתקן, זכות אשר היה זה השר עצמו שביקש לקדם בישראל (בג"ץ 58/9 יונה ברמן ואח' נ' שר הפנים, פ"ד יב 1493, פסקות 10-11 לפסק דינו של כב' השי' זילברג (1958)). הפרת החובה לאפשר לעותרת את זכות הטיעון – המהווה לשיטת בית המשפט העליון "פרי ההיגיון, שהרי שמיעת ההשגות וההצעות מציידת את הגורם המתקין במידע על הניסיון המצטבר של אלה אשר להם נגיעה לנושא, ומעשירה בכל מקרה את המחשבה הקולקטיבית" (עניין הפניקס, פסקה 18 לפסק דינו של כב' הנשיא שמגר) – מעצימה את החשד לחדירתם של שיקולים זרים למרחב שיקול הדעת של השר.

ה.2. ההחלטה התקבלה בהיעדר תשתית עובדתית מספקת

74. תנאי מוקדם לקבלתה של החלטה מנהלית על ידי רשות מנהלית מוסמכת, הוא לקבלה בהתאם לביסוס עובדתי מספק, שכן אין טעם בהחלטה שרירותית שאינה מתאימה לנסיבות העובדתיות של המקרה. לפיכך, מוטלת על הרשות המנהלית החובה לאסוף ראיות רלוונטיות, שתשמנה בסיס

עובדתי ראוי לקבלת ההחלטה, וכן לבסס את ההחלטה על ראיות מספיקות (דפנה ברק-ארז משפט מינהלי, כרך א, 440-439 (2010) (להלן: "ברק-ארז, משפט מינהלי א'").

75. הביסוס העובדתי טרם קבלת ההחלטה, אף מבטיח את ההגנה הראויה לזכויותיו של הפרט: "החובה לנקוט בדרך פעולה, שתהייה כרוכה בשקילתם ובבחינתם העניינית של כל הנתונים הרלוונטיים, ואשר לפיה הבדיקה של הנתונים הנוגעים לעניין קודמת להחלטה, היא הדרך ההגונה להבטחת זכויותיו של הפרט, אשר לשם שמירה על ענייניו ולשם שירות צרכיו הוקנתה הסמכות למנהל" (עניין ברגר, פסקה 3 לפסק דינו של כב' הש' כהן).

76. ברוח דברים אלו, העותרת תטען כי ההחלטה לחדול מקידום תקנות המעגנות את זכותו של הצרכן לתקן מוצר לאחר מכירתו אצל כל עוסק, התקבלה בהיעדר תשתית עובדתית מספקת.

77. דו"ח המנכ"ל הצביע במישרין על הצורך בעיגונה של הזכות לתקן, באופן שיאפשר תחרות הוגנת גם לבעלי העסקים הקטנים המיוצגים על-ידי העותרת, כך שיוכלו להעניק שירות תיקון מוצר אף אם הם אינם היצרן או גורם שהיצרן הסמיך לתקן את אותו המוצר. חרף ממצאי המחקר, והודעת השר על אימוץ מסקנות הדו"ח, קיבל השר החלטה לסגת מהבטחתו להתקין את התקנות, ללא הסבר של ממש, ובכך מנע מבעלי העסקים הקטנים את יכולתם להשתכר ולהתפרנס בכבוד וחזר בו מקידום הזכות החוקתית לתקן.

78. בית המשפט העליון התווה, לאורך השנים, את התנאים המצטברים שלפיהם ניתן לקבוע אם ההחלטה המנהלית התקבלה על סמך תשתית עובדתית ראויה וסבירה (בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב בע"מ נ' שרת התקשורת, הגב' שולמית אלוני, מח(5) 412, פסקה 11 לפסק דינו של כב' הש' זמיר (1994)), וקבע כי על החלטה מנהלית לעמוד בארבעה מבחנים:

79. ראשית, על הרשות המנהלית להקפיד על איסוף סביר של ראיות ונתונים טרם קבלת ההחלטה, וזאת בהתאם למהות הסמכות, מיהות הרשות ונסיבותיה של הסוגיה המגיעה לפתחה.

80. בענייננו, ברי כי השר לא ביצע איסוף מספיק וסביר של נתונים טרם קיבל את החלטתו לסגת מקידום התקנות, בשונה מאיסוף הנתונים שהביא לפרסום ההחלטה לבצע רפורמה בזכות לתקן. ההיוועצות שקיים השר עם התאחדות התעשיינים בלבד, מנעה מגורמים שונים להציג בפני השר מידע עובדתי רלוונטי ומשמעותי המציג את העמדה הנגדית לזו של המשיבה. קיום היוועצות רק עם גורם אחד שאין בכוחו לייצג את כלל האינטרסים, אין בה כדי לעלות לכדי היוועצות כלל (בג"ץ 8850/02 עו"ד פסטינגר נ' שר המשפטים, פ"ד נח (2) 696, פסקה 9 לפסק דינו של כב' הש' מצא (2004)).

81. כך, לטענת העותרת, לא הסתמך השר על כל ביסוס עובדתי, מעבר לנתונים שהוצגו בפניו (אם בכלל) במסגרת ההיוועצות שקיים עם המשיבה, שתוכנם אומנם אינו ידוע, אך ברור מאליו כי מדובר במידע חד-צדדי של בעל עניין ואינטרס כלכלי מובהק.

82. שנית, מחובתה של הרשות המנהלית לברור, מבין הנתונים והראיות שאספה בשלב הראשון, רק את הראיות והנתונים הרלוונטיים השייכים לנסיבותיה של אותה הסוגיה. בענייננו, היות שלא נאספו כל נתונים תומכים הרלוונטיים לקבלת ההחלטה, הרי שהשר לא ברר את הנתונים הרלוונטיים לסוגיה.

83. **שלישית**, על הרשות המנהלית להקפיד על **אמינות הנתונים**. מחובתה להשתמש בראיות ונתונים אמין, שניתן להסתמך עליהם, אשר מקיימים את מבחן הראיה המנהלית – קרי, ראיות ונתונים שאדם סביר היה סומך עליהם לצורך קבלת ההחלטה שעומדת על הפרק.
84. בענייננו, אף בהנחה כי הוצגו בפני השר נתונים רלוונטיים כלשהם במסגרת ההיועצות שקיים, אדם סביר לא היה מסתמך על נתונים אלו כנתונים אמין לבסס את כל משקלה של ההחלטה עליהם, וזאת משהאינטרס הכלכלי העומד מאחוריהם זועק לכל בר דעת. במקום זאת, על השר היה לאזן את הנתונים שקיבל מהמשיבה, על ידי איתור נתונים נוספים המייצגים אינטרסים של כלל הצדדים הנוגעים בדבר, דוגמת בעלי העסקים הקטנים.
85. **רביעית**, על הרשות המנהלית להקפיד כי תשתית העובדות עליהן מבוססת ההחלטה מוצקה ומבוססת, במידה מספקת כדי לתמוך בהחלטה. עניין זה יבחן באופן **אובייקטיבי** – קרי, התשתית העובדתית צריכה להיות מבוססת דיה, עד אשר ניתן לקבוע כי רשות סבירה הייתה מסתמכת עליה לצורך קבלת אותה ההחלטה העומדת על הפרק.
86. בענייננו, לא יכולה להיות מחלוקת שרשות מנהלית סבירה לא הייתה מסתמכת על נתונים שמייצגים אינטרסים של גורם אחד, יחיד וספציפי, בעל אינטרס מסחרי מובהק, שמושפע מקבלת ההחלטה באופן שמממש את האינטרסים של אותו הצד. רשות מנהלית סבירה הייתה מאתרת נתונים נוספים המייצגים את האינטרסים של **כלל הנוגעים בדבר** (דוגמת העותרת), ומקבלת החלטה המטיבה עם האינטרס של הציבור בכללותו, ועם זכויותיהם של כל הנוגעים בדבר.
87. **מכך ניתן לראות בנקל כי החלטת השר אינה מקיימת את החובה המצופה מרשות מנהלית להתבסס על תשתית עובדתית ראויה.**
88. אך בכך לא די. בית המשפט העליון אף הוסיף כי ייתכנו מקרים בהם רף ראיית מחמיר. כך למשל, פגיעה קשה במיוחד בזכות יסוד חוקתית מחייבת להתבסס על נתונים מהימנים ומשכנעים במיוחד, ו-יכגודל הזכות כך גם גודלה ועוצמתה של הראיה, המשמשת יסוד להחלטה בדבר הפחתתה של זכות" (בג"ץ 2/84 משה ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה לט(2) 225, פסקה 8 לפסק דינו של כב' הנשיא שמגר (1985)).
89. בענייננו, העובדה שהחלטתו של השר לסגת מהבטחתו לקידום התקנות החדשות מהווה פגיעה ישירה בחופש העיסוק של בעלי העסקים הקטנים, כפי שיוצג בהרחבה להלן, מחייבת אפוא את השר להתבסס על נתונים משכנעים ואמין במיוחד. הסתפקות בנתונים שהתקבלו מגורם אחד ספציפי בעל אינטרס בעניין, **ודאי שאינה מספקת כלל** נוכח אותה פגיעה חזיתית בזכויותיהם של בעלי העסקים הקטנים.
90. הגם שלא ברור על סמך אילו ראיות ונתונים קיבל השר את החלטתו הסופית, הרי שגם מעט הנתונים שהשר בחן טרם החלטתו, כדוגמת דו"ח מנכ"ל הרשות להגנת הצרכן שכלל **המלצה מפורשת להתקין את אותן התקנות**, תמכו בקידום התקנות באופן הפוך להחלטה שהשר קיבל לבסוף. **התנהלות זאת, אשר באה לצד היעדר הסבר או הנמקה, מחזקת את החשד לקיומם של שיקולים זרים בקבלת ההחלטה הסופית לסגת מקידום התקנות.**

ה.3. היעדר הנמקה מספקת

91. חובת ההנמקה מוסדרת, בין היתר, בחוק לתיקון סדרי המנהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958 (להלן: "חוק ההנמקות"). סעיף 2א לחוק ההנמקות קובע כי מחובתו של עובד ציבור לנמק את החלטתו, כאשר הוא מתבקש על ידי הפרט להשתמש בסמכות שניתנה לו על פי דין.
92. ביטוי נוסף לחובת ההנמקה נראה בפסיקתו של בית המשפט העליון, שקבע כי חובת ההנמקה לא תחול רק במקרים בהם הפרט מבקש מעובד ציבור להשתמש בסמכותו וזה מסרב לכך, אלא שהיא נגזרת ישירה של חובת ההגיונות, בה חבה כל רשות מנהלית באשר היא: "**ספק אם השר היה חייב במתן נימוקים** [...] **אולם, אם לא מכוח חוק, היה עליו לתת נימוקים מכוח ההגיונות שהוא, כמו כל רשות מנהלית, מחויב בה**" (בג"ץ 2159/97 מועצה אזורית חוף אשקלון נ' שר הפנים, פ"ד נב(1) 75, פסקה 18 לפסק דינו של כב' השי' זמיר (1998)).
93. ברוח דברים אלו, העותרת טוען כי **לא ניתנה הנמקה ראויה** להחלטה לסגת מקידום תקנות המכירות בזכותו של הצרכן לתקן מוצר לאחר מכירתו אצל כל עוסק, גם אם אינו היצרן.
94. אמנם דוברות המשרד נימקה, באופן חלקי, את החלטתו של השר שלא לממש את סמכותו ולהתקין תקנות המכירות בזכות הצרכנית לתקן, אך ההנמקה שניתנה אינה מציגה כל הדבר לחזור מההחלטה המקורית ומושתתת על עובדות וממצאים שהיו ידועים לשר בעת שפרסם כי **בכוונתו לפעול להתקנת התקנות החדשות**, מה גם שהנימוק שהוצג מתעלם לחלוטין מהוראותיו של הדין הקיים.
95. לכן, ההנמקה שניתנה על ידי דוברות המשרד, **לא מסבירה ולו במקצת** את הטעם שהביא לשינוי ההחלטה, ויש להתייחס להחלטתו הסופית של השר בחשדנות יתרה, ולבחון את הטעמים המדויקים שהביאו לשינוי הדרסטי בעמדתו.
96. העותרת תוסיף כי גם אם ייקבע שהסמכות שבה דנה העתירה היא סמכות בעלת פועל תחיקתי, שבמקרים מסוימים, פטורה מחובת ההנמקה, הרי שיש להבחין בין החלטות להתקין תקנות חדשות לבין החלטות לבטלן, תוך פגיעה בגורמים אשר הסתמכו עליהן. לעניין זה נקבע ש: "**מן הדין הוא שהמשיב יתן נימוקים לכל החלטה התלויה בשיקול דעת, שיש בה פגיעה באזרח...**" (בג"ץ 143/56 חאלד עבד אחגיג' נ' המפקח על התעבורה, יא 370, 372 (1957)).
97. הפטור מחובת ההנמקה, חל לעתים רחוקות על גופים קולגיאליים ועליהם בלבד, בהתחשב בכך שלעתים עמדות המשתתפים שונות ומנוגדות זו מזו (ברק-ארז, משפט מינהלי א', 426-427). וככלל, הגדיר בית המשפט העליון כל קושי בהנמקה **קפושי טכני גרידא**, שעליו ניתן להתגבר, כך שאין בו כדי לפטור את אותו הגוף מחובתו לנמק את החלטתו (בג"ץ 142/70 בנימין שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין, ירושלים, פ"ד כה(1) 325, פסקה 7 לפסק דינו של כב' השי' כהן (1971)).
98. בענייננו, לא רק שההחלטה **לא התקבלה** על ידי גוף קולגיאלי שיש בו מספר חברים, אלא גם שההחלטה פוגעת במישרין בזכויות אדם חוקתיות, דוגמת חופש העיסוק של בעלי העסקים הקטנים המיוצגים על ידי העותרת, וגרמה נזק לבעלי העסקים אשר הסתמכו על ההחלטה המקורית. זאת, לאור כך שהשר חזר בו מהחלטתו להתקין את התקנות **זמן רב** לאחר שהבטיח להתקין. עוד יודגש, כי ההודעה על אי-התקנת התקבלה רק לאחר שהעותרת פנתה לשר מיוזמתה, **וזאת כאמור זמן רב** לאחר מתן ההבטחה, במטרה לוודא את ביצועה.

99. נזקים אלו, בנוסף לפגיעה בזכויות אדם חוקתיות, מחדדים אף הם את חובתו של השר **לנמק ולהציג מהו הטעם האמתי שהביא לשינוי הדרסטי של החלטתו**, כחלק מחובתו כרשות מנהלית לנהוג בהגינות כלפי הציבור **(עניין ברגר, פסקה 5 לפסק דינו של כב' השי' ברק)**.
100. העותרת אף תדגיש, שהעובדה כי השר בחר שלא לנמק את החלטתו הסופית, על אף היעדר קיומם של ממצאים מהותיים המצדיקים את שינוי ההחלטה הדרסטי, מעלה אף היא חשד **לחזירתם של שיקולים זרים** למערך השיקולים שהנחו את השר בשינוי עמדתו.
- ה.4. פגמים בשיקול הדעת המנהלי**
101. בעת שהרשות המנהלית מפעילה את שיקול דעתה, מחובתה להתייחס **לכלל** השיקולים הרלוונטיים לקבלת ההחלטה. מצב קיצוני במיוחד של החלטה המבוססת על שיקולים **חד צדדיים** ובלתי ראויים, הוא מצב של **שרירות מנהלית**, המתאר **התעלמות מוחלטת של הרשות משיקול מסוים** אליו היא הייתה צריכה להתייחס (דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי**, כרך ב 726 (2010) (להלן: **"ברק-ארז, משפט מינהלי ב"**)).
102. דברים אלו קיבלו משנה תוקף בפסיקתו של בית המשפט העליון: **"החלטה שנתקבלה בלי להתחשב בשיקול שלעניין היא פגומה בשל כך בלבד, ולשם פסילתה לא נדרש כי תהיה בלתי סבירה במידה קיצונית או בלתי סבירה בכלל [...]. אין לומר כי החלטה היא כזו...אם לנגד עיניה של הרשות שקיבלה אותה לא עמדו כל השיקולים הרלוונטיים ושיקולים אלה בלבד"** (דנג"ץ 3299/93 ש' **ויכסלבאום ואח' נ' שר הביטחון ואח'**, פ"ד מט(2) 195, פסקה 7 לפסק דינו של כב' השי' מצא (1995)).
103. בהקשר זה, העותרת טוען שההחלטה שלא לקדם תקנות המכירות בזכותו של הצרכן לתקן מוצר לאחר מכירתו אצל כל עוסק, גם אם אינו היצרן, היא החלטה **הנגועה בשרירות מנהלית**.
104. בענייננו ברור כי היה על השר לקחת בחשבון את האינטרסים של **כלל הצדדים** שההחלטה עתידה להשפיע עליהם, ולא לתת את כל כובד המשקל לאינטרס של התאחדות התעשיינים. אלא, שבעוד שאין ספק כי האינטרסים של התאחדות התעשיינים נלקחו בחשבון בעת קבלת ההחלטה, ברור שמנגד **התעלם השר לחלוטין** מהאינטרסים של בעלי העסקים הקטנים המיוצגים על ידי העותרת.
105. העותרת תוסיף ותטען כי העובדה שהחלטתו של השר לחדול מקידום תקנות המכירות בזכותו הטבעית של הצרכן לתקן מוצר לאחר רכישתו **אצל כל גורם**, אף אם אינו בהכרח יצרן המוצר או מי מטעמו, פוגעת במישרין בחופש העיסוק של בעלי העסקים הקטנים, ולכן **מחייבת** את השר לשקול אף את האינטרסים של בעלי העסקים הקטנים, בעת הפעלת שיקול דעתו בעניין.
106. בנוסף, העותרת סבורה כי אף אם המשיב יטען כי נלקחו בחשבון האינטרסים של בעלי העסקים הקטנים, הרי שבהיעדר מתן אפשרות לגורמים אלו להביע את עמדתם במהלך הליך ההיוועצות, ברי כי **לא ניתן לשיקולים אלו משקל מספק וראוי, כך שהחלטת השר נגועה בחוסר סבירות קיצוני**, באופן שאף מצדיק את ביטולה (בג"ץ 2875/18 **התאחדות תאגידי כוח אדם זר בענף הבניין נ' ממשלת ישראל**, פסקה 36 לפסק דינה של כב' השי' וילנר (פורסם בנבו, 18.06.2019)).
107. עילת הסבירות מניחה שהרשות המנהלית שקלה בעת קבלת ההחלטה שיקולים חוקיים בלבד, ובוחנת את **האיזון הפנימי בין השיקולים** בהם השתמשה במסגרת הפעלת שיקול דעתה, באמצעות בחינתו של המשקל שניתן לכל שיקול שנלקח בחשבון. כך למעשה, החלטתה של הרשות עשויה להיות פגומה, אף אם שקלה שיקולים ענייניים בלבד, אם **לא ניתן משקל ראוי לשיקול מסוים מתוך אותם שיקולים ענייניים (ברק-ארז, משפט מינהלי ב', 726)**, ובית המשפט העליון קבע מפורשות כי

- חוסר סבירות כשלעצמו, הוא עילה לפסילתו של שיקול הדעת המנהלי (בג"ץ 389/80 **דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור**, פ"ד לה(1) 421, פסקה 4 לפסק דינו של כב' הש' ברק (1980) (להלן: "**דפי זהב**")).
108. העותרת תדגיש, שבנסיבות בענייננו אין מדובר בהתערבות במתחם האופציות הסבירות שעמדו בפני השר, ולכן באפשרותו של בית משפט נכבד זה להתערב ולפסול את הפעלת שיקול הדעת, שבמקרה דנן הביא להחלטה **החורגת מהמתחם הסביר (עניין דפי זהב)**, פסקה 8 לפסק דינו של כב' הש' ברק).
109. העותרת תטען שאף אם נלקחו בחשבון האינטרסים השונים של בעלי העסקים הקטנים, הרי שברור כי לא ניתן לאינטרסים אלו משקל מספק. זאת במיוחד על רקע המשקל הבלעדי והמופרז שניתן לאינטרסים של התאחדות התעשיינים בעת הפעלת שיקול דעתו של השר.
110. לא ברור מה הטעם שהביא את השר לתת משקל רב באופן בלעדי לשיקולים של התאחדות התעשיינים, עד כדי שאותם השיקולים, והם בלבד, השפיעו במישרין על ההחלטה שהתקבלה.
111. העותרת תוסיף, כי העובדה שההחלטה נראית בלתי סבירה, ונעדרת כל הנמקה עניינית, מעידה על הצורך **לבחון את קיומם של שיקולים זרים**, אף בהיעדר הוכחה מפורשת לקיומם של שיקולים זרים אלו במנעד השיקולים המנחים את שיקול דעתו של המשיב (**ברק-ארז, משפט מינהלי ב', 671**).
112. דברים אלו אף קיבלו משנה תוקף על ידי בית המשפט העליון, שהביא לפסילתה של החלטה מנהלית בעקבות ראיות נסיבתיות המעידות על צורך מהותי להיזקק לשיקולים זרים, שאינם רלוונטיים להפעלת הסמכות (בג"ץ 3551/97 **ברנר ואח' נ' ועדת השרים שלפי חוק שירותי הדת היהודיים**, פ"ד נא(5) 754, פסקה 18 לפסק דינו של כב' הש' מצא (1997)).
113. לפיכך, העותרת תטען כי קיים חשש מששי שההחלטה לחדול מקידום תקנות המכירות בזכותו של הצרכן לתקן מוצר לאחר מכירתו אצל כל עוסק, התקבלה על סמך **שיקולים זרים**.
114. נוכח הנסיבות המתוארות לעיל, ברור שהמשיב הפר אף את **חובת ההגינות** המוטלת עליו מכוח היותו רשות מנהלית המחויבת לפעול בהגינות כלפי הציבור (בג"ץ 164/97 **קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר – אגף המכס והמע"מ**, פ"ד נב(1) 289, פסקות 22-23 לפסק דינו של כב' הש' זמיר (1998)).
115. העותרת תדגיש כי עיון מעמיק בהשתלשלות האירועים, מלמד על קיומן של ראיות נסיבתיות המעידות על חשד לשיקולים זרים:
- א. **ראשית**, החלטת השר להיוועץ עם גורם אחד בלבד, בעל אינטרס מסוים, ולא עם כלל הגורמים שהאינטרסים שלהם עלולים להיות מושפעים מקבלת ההחלטה, תוך עריכת הליך היוועצות נסתר מעיני הציבור, מעלה חשד מהותי לחדירתם של שיקולים זרים למנעד שיקול דעתו של השר.
- ב. **שנית**, החלטתו של השר לסגת מקידומן של התקנות המכירות בזכותו הבסיסית של הצרכן לתקן לא רק אצל היצרן או מי מטעמו, תוך הפיכת ההחלטה המקורית, לא נומקה ולא ניתן לה כל הסבר מתקבל על הדעת. היעדר הנמקה, כשלעצמו, מעיד על התנהלות חשודה.
- ג. **שלישית**, העובדה כי החלטת השר נגועה בשרירות ובחוסר סבירות קיצוני מהטעמים שהוצגו לעיל, מעלה אף היא אינדיקציה ממשית בדבר חדירתם של שיקולים זרים, שאינם ענייניים, למנעד השיקולים שהנחו את השר בעת קבלת ההחלטה.

116. כל אלו, מעידים בהכרח כי נפלו פגמים חמורים ובלתי מתקבלים על הדעת בשיקול דעתו של המשיב. נוכח פגמים אלו כשלעצמם, העותרת תדרוש את פסילתה של ההחלטה, תוך חיובו של המשיב לחזור להחלטה המקורית להתקין את התקנות, או לחלופין לחייבו להפעיל את שיקול דעתו בעניין פעם נוספת, באופן שיבטיח כי יילקחו בחשבון כלל השיקולים הרלוונטיים, והם בלבד, וכי יינתן לכל שיקול רלוונטי משקל מספק.

ה.5. אי-קיום הבטחה שלטונית

117. כידוע, הפרסומים השונים בדף הפייסבוק הרשמי של השר ובדף הפייסבוק הרשמי של משרדו, פורסמו על ידי השר, המגלם בעצמו את הרשות הציבורית בעלת הסמכות להתקנת תקנות המסדירות את הזכות לתקן. השר פרסם את הדברים כאמור בכובעו כרשות שלטונית, והדבר מחיל על פרסומים אלו את דיני המשפט הציבורי (קנת, מצייצים מדיניות, 4-5).

118. לפיכך, העותרת תטען כי פרסומיו של השר בעמודי הפייסבוק השונים בעניין קידום עיגונה של הזכות לתקן באמצעות חקיקת משנה, כשם שתואר לעיל, היא הבטחה שלטונית שיש לאוכפה.

119. דוקטרינת ההבטחה השלטונית קיבלה ביטוי ממשי בפסיקתו של בית המשפט העליון, שקבע רשימת תנאים מצטברים אשר בהתקיימם תקום הבטחה שלטונית שהרשות המנהלית תהא מחויבת לקיימה (בג"ץ 135/75 סאי-טקס בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ל(1) 673, 676 (1975)):

120. בענייננו, כלל התנאים שנקבעו בפסיקה מתקיימים:

א. ראשית, אין חולק כי לשר קיימת סמכות מפורשת בדין להתקין את התקנות וכי הבטחתו של השר ניתנה בגדר סמכותו החוקית.

ב. שנית, השר פרסם את ההבטחה במספר עמודי פייסבוק שונים – הן בעמוד הפייסבוק הרשמי של משרדו, והן בעמוד הפייסבוק הרשמי של השר עצמו – וחזקה כי התכוון להעניק לדבריו תוקף משפטי אמיתי, רציני ומחייב, ואין מדובר בדברים סתמיים.

זאת ועוד, שההבטחה הופנתה לציבור מסוים - כלפי העסקים הקטנים המיוצגים על ידי העותרת, שכן קידום הזכות לתקן וההכרה בה באופן ממשי, ישפיעו במישרין על יכולתם של בעלי העסקים הקטנים לתקן מוצרים, אף אם אותם בעלי העסקים אינם היצרנים של אותם המוצרים, כך שבהכרח מימוש ההבטחה עתיד לשפר את מצבם. דברים אלו, כאמור, הביאו להסתמכותם של בעלי העסקים הקטנים על הבטחה זו, ולכן ניתן לראות בדבריו של המשיב כוונה קונקרטית לכך שדבריו יקבלו תוקף משפטי.

ג. שלישית, אין ספק כי כל אדם סביר היה מבין מפרסומיו השונים של השר כי בדברים שפורסמו קיימת התחייבות ברורה וחד משמעית להתקין תקנות המכירות במפורש בזכותו הטבעית של הצרכן לתקן מוצר לאחר מכירתו. קל וחומר שהשר פרסם את אותה ההבטחה בהתבסס על ההמלצות שפורסמו בדו"ח המנכ"ל – דו"ח אשר הוזמן על ידי משרדו של השר עצמו.

ד. רביעית, אין חולק כי ההבטחה ברת ביצוע, שכן לא קיימת כל מניעה חוקית על פי דין לממש את ההבטחה ולהתקין את אותן התקנות המכירות בזכותו של הצרכן לתקן.

בהקשר זה יודגש מראש, כי כל ניסיון של המשיב לטעון למניעה בירוקרטית לקיים את ההבטחה לאור כך שהתקנות טעונות את אישורה של ועדת הכלכלה של הכנסת, חסרת כל בסיס. המשיב לא הציג כל ניסיון, ולו הקטן ביותר, להביא את נושא התקנת התקנות האמורות לאישורה של

ועדת הכלכלה, ולכן לא ניתן לצפות מראש מה תהיה ההכרעה בוועדה. לפיכך, לא קיימת כל אינדיקציה למניעה בירוקרטית כלשהי, קל וחומר כאשר התקנות החדשות כלל לא הגיעו לפתחה של ועדת הכלכלה של הכנסת.

כמו כן, העובדה כי מלכתחילה התכוון השר לקדם את התקנת התקנות, מעידה כי **לא קיימת כל מניעה כלכלית** לקיים את ההבטחה. ההחלטה הסופית בדבר אי קידומן של התקנות התקבלה בעקבות הליך ההיוועצות עם התאחדות התעשיינים, וניתן להסיק כי כל ראייה או עובדה שהוצגה לשר על ידי התאחדות התעשיינים, בהכרח אינה קשורה ליכולת (או לאי-היכולת) התקציבית של המדינה בעניין מימוש ההבטחה.

ה. **חמישית**, מרגע מתן ההבטחה על ידי השר באמצעות פרסומה בדפי הפייסבוק הרשמיים ועד לשינויה לאחר מכן, **לא היה כל שינוי נסיבות משמעותי המהווה צידוק לביטול ההבטחה**. ההיוועצות שקיים השר עם התאחדות התעשיינים, היא הטעם העיקרי שהוביל לחזרתו מן ההבטחה, והדבר מבטא כאמור חשד כבד לשיקולים זרים, והעדר צידוק לחזרה מהחלטה.

121. זאת ועוד, העותרת תדגיש כי הנזק שייגרם לבעלי העסקים הקטנים בהיעדר קיום ההבטחה, הוא **נזק משמעותי וכבד**. זאת, נוכח הסתמכותם של בעלי העסקים הקטנים על ההבטחה שניתנה, ולאור כך שהותרת התקנות הקיימות על כן, תיתן משנה תוקף והכשר ממשי לפגיעה חסרת תקדים בחופש העיסוק של בעלי העסקים הקטנים, לזכותיהם של הצרכנים ולקיומה של תחרות חופשית במשק.

122. מדובר בנזק ממשי כבד שלא ניתן להתכחש לו, בעוד **שלא ברור מה התועלת** המושגת בהיעדר מימוש ההבטחה. על כן, מן הרגע שהחלו גלגלי החקיקה לנוע, אין מקום לעצור עקב הפגיעה בזכויות הנוגעים בדבר.

123. אי לכך, בית משפט נכבד זה, מתבקש לאכוף את קיום ההבטחה השלטונית שניתנה על ידי המשיב באמצעות צו, ולחלופין לחייב את המשיב להפעיל את שיקול דעתו ביחס להתקנת התקנות החדשות בשנית.

ו. הטיעון החוקתי – פגיעה בחופש העיסוק

ו.1. על חופש העיסוק כזכות יסוד חוקתית

124. הזכות לחופש העיסוק, היא זכות חוקתית על-חוקתית, בעלת חשיבות יתרה בדין הישראלי (**ברק, פרשנות חוקתית**, 579), המעוגנת באופן מפורש בסעיף 3 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

125. כמו כן, הזכות לחופש העיסוק היא בעלת זיקה ישירה לזכויות האדם החוקתיות המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, היות שחופש העיסוק נגזר ישירות מה**אוטונומיה** המבטאת את רצונותיו של הפרט. קרי, חופש העיסוק הוא ביטוי מיוחד לעיקרון הכללי של כבוד האדם, שכן בחירתו של האדם באשר למקצועו, היא מעשה שבאמצעותו האדם מגדיר עצמו, מעצב את אישיותו ואת מעמדו החברתי (**ברק, פרשנות חוקתית**, 582-583).

126. כבר בימיה הראשונים של המדינה, עוד טרם כינון חוקי היסוד העוסקים בזכויות אדם, הכיר בית המשפט העליון בחופש העיסוק כזכותו הטבעית של כל אדם, בקבעו כי **"כלל גדול הוא, כי לכל אדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלה-יד, אשר יבחר לעצמו, כל זמן שההתעסקות בעבודה או במשלה-יד אינה אסורה מטעם חוק"** (בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80, פסקה 5 לפסק דינו של כב' הש' חשין (1949) (להלן: **"בג"ץ בז'רנו"**)). זאת, תוך קביעה כי על כלל הרשויות

- הציבוריות חובה קונקרטיית לכבד את חופש העיסוק של האדם, ולא להפריע לפרט לעסוק במלאכתו (בג"ץ בז'רנו, פסקה 6 לפסק דינו של כב' השי' חשיף).
127. דברים אלו קיבלו משנה תוקף לאחר כינונו של חוק-יסוד: חופש העיסוק, שבו סעיף 5 מטיל חובה מפורשת על כלל רשויות השלטון **לכבד את חופש העיסוק של כל אזרח ותושב.**
128. מהזכות החוקתית לחופש העיסוק, נגזר אף **חופש התחרות**, המהווה אינטרס ציבורי מהותי. תחרות חופשית תביא בהכרח לירידת מחירים, לשיפור איכות המוצרים, וכן לשיפור איכות השירות שיינתן לצרכן (בג"ץ ק.א.ל קוי אויר למטען בע"מ נ' ראש הממשלה ואח', פ"ד נב(4) 193, פסקה 3 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק (1998)).
129. עוד נקבע, כי לחופש העיסוק, ואף לחופש התחרות הנגזר ממנו, יש ליתן משקל כבד, נוכח האינטרס הציבורי המהותי שהשניים משקפים (ע"א 6601/96 AES System Inc. נ' סער, פ"ד נד(3) 850, פסקה 11 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק (2000)).
- 2. היקף הפגיעה בחופש העיסוק על ידי השר**
130. העותרת תטען כי החלטתו של המשיב לחזור בו מהבטחתו להתקין את התקנות החדשות, מותירה את הפגיעה הקיימת בתקנות על כנה, שכן התקנות מאפשרות רק ליצרן או למי מטעמו בלבד לתקן מוצר לאחר רכישתו, ושוללת זכות זו מגורמים אחרים כדוגמת העסקים הקטנים המיוצגים על ידי העותרת. כך למעשה, נפגעת יכולתם של בעלי העסקים הקטנים להשתתף בתחרות החופשית שתהיה במצב של ריבוי עסקים, קטנים וגדולים, המציעים שירותי תיקונים.
131. לפיכך, העותרת תטען כי התקנות הקיימות **פוגעות במישרין בחופש העיסוק** וביכולתם של בעלי העסקים הקטנים להשתכר, שכן הן אינן מעניקות לבעלי עסקים, שאינם היצרנים, את היכולת להעניק שירותי תיקון מוצרים לאחר רכישתם. התקנות הקיימות הן **התערבות שלטונית גסה** בתחרות החופשית הקיימת בשוק – בעוד שהחלטתו של המשיב לחדול מקידום התקנת התקנות החדשות, לאחר שההליך החל, מעניקה **הכשר ישיר** לפגיעה זו בחופש העיסוק ובחופש התחרות.
132. התנהלות זו לא רק מעניקה יתרון ליצרנים על פני בעלי העסקים הקטנים, אלא גם מעודדת צבירת כוח מונופוליסטי של יצרני המוצרים ובכך פוגעת בתחרות החופשית הקיימת בשוק.
- 3. בחינת חוקתיות הפגיעה בחופש העיסוק באמצעות תנאיה של פסקת ההגבלה**
133. העותרת תטען כי הפגיעה בזכות החוקתית לחופש העיסוק אינה חוקתית, נוכח היעדר עמידתה בתנאיה של פסקת ההגבלה, שמעוגנת בסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.
134. **התנאי הראשון** במסגרת תנאיה של פסקת ההגבלה הוא שהפגיעה בזכות החוקתית תהא **על פי חוק או מכוח הסמכה מפורשת בו**. בענייננו, הרי שההסמכה מאפשרת למשיב להתקין תקנות, שתכליתן להסדיר את השירות שיינתן לצרכן לאחר מכירה.
135. אולם, העותרת תדגיש כי מדובר בהסמכה כללית, בעוד שנקבע כי לצורך פגיעה בזכויות יסוד, נדרשת הסמכה מפורשת שמתירה לעשות כן (בג"ץ 3267/97 רובינשטיין ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, פסקה 18 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק (1998)).
136. בלשון ההסמכה – קרי, בסעיף 18 לחוק הגנת הצרכן – קיימת התייחסות לרשימת חלופות שבעניינן רשאי המשיב להתקין תקנות המסדירות את זכויות הצרכן וחובות של יצרנים. במסגרת זאת אמנם מוצגת התייחסות מפורשת לסמכותו של השר להתקין תקנות המסדירות תיקון ליקויים

ופגמים במוצר לאחר רכישתו, אך לא נקבע בהסמכה מהן **אמות המידה הרלוונטיות** שעל פיהן תבוצע התקנת התקנות ומהם השיקולים הרלוונטיים שעל המשיב לקחת בחשבון בעת הפעלת סמכותו, **וחזקה כי המחוקק לא התכוון כי השר רשאי לקבוע הסדר הפוגע בחופש העיסוק ובתחרות החופשית: "המחוקק, במסרו למי שהוא את סמכות התקנת התקנות, לא ייפה את כוחו של זה להתקין תקנות הפוגעות בצדק הטבעי [...]. חזקה על המחוקק שלא ירצה לפגוע בעקרונות של צדק ויושר"** (עמ"מ 9/55 עו"ד פלוני נ' יו"ר וחברי המועצה המשפטית, י 1720, 1736 (1956)).

137. **התנאי השני** במסגרת תנאיה של פסקת ההגבלה, הוא שעל החוק המסמיך **להלוס את ערכיה של מדינת ישראל** כמדינה יהודית ודמוקרטית. בהקשר זה העותרת תטען כי אמנם **החוק המסמיך** הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית נוכח תכליתו להסדיר את זכויותיו של הצרכן לאחר שרכש מוצר, אך התקנות שהותקנו מכוח החוק אינן הולמות את ערכיה הדמוקרטיים של המדינה, שכן הן מבטאות התערבות גסה **בחופש התחרות**, ומעניקות ליצרן **שליטה ויתרון מהותי ולא הוגן**, בדמות כושר השתכרות מוגבר.

138. **התנאי השלישי** במסגרת תנאיה של פסקת ההגבלה, הוא שעל תכלית החוק המסמיך להיות **ראויה**. לפיכך, יש לבחון מהי תכליתן של התקנות שהותקנו מכוחה של ההסמכה.

139. מאפייניה של התכלית הראויה, המצדיקה פגיעה בזכויות יסוד חוקתיות, הותוו בפסיקתו של בית המשפט העליון. נקבע כי תכלית היא ראויה ככל שהיא נועדה להגשים מטרה חברתית **העולה בקנה אחד עם ערכיה של המדינה**, וככל שהיא מגלה רגישות למקומן ולמעמדן של זכויות האדם (בג"ץ 7052/03 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, פ"ד סא (2) 202, פסקה 62 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק (2006) (להלן: **"עניין עדאלה"**)).

140. בנוסף, נקבע כי ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר, וככל שהפגיעה בה קשה יותר, כך צריך **אינטרס ציבורי חזק יותר** כתכלית המצדיקה את הפגיעה (בג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא (4) 1, פסקה 61 לפסק דינו של כב' הנשיר ברק (1997)).

141. במקרה דנן, תכליתן העיקרית של התקנות הקיימות היא **להסדיר את השירות שניתן לצרכן לאחר מכירת מוצר**. קרי, לחייב מתן תעודת אחריות לגבי מגוון של מוצרי חשמל, אלקטרוניקה, מוצרים מכאניים וריהוט, וכן להסדיר את שירות התיקונים לו יהא זכאי הצרכן מכוח תעודת האחריות. זאת, כדי לוודא שהמוצר עומד במטרה שלשמה נרכש מלכתחילה (פרוטוקול ישיבה מס' 563 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-16 (13.12.2005), הפרוטוקול מצורף לעתירה ומסומן **כנספח ע/5**).

142. העותרת תטען כי אמנם מדובר בתכלית חשובה, אך אין מדובר בתכלית ראויה **המצדיקה פגיעה** בזכויות יסוד חוקתיות של בעלי עסקים. אין עוררין על כך שהסדרת זכותו של הצרכן לתקן מוצר לאחר רכישתו היא אינטרס ציבורי חשוב. יחד עם זאת, ניתן להגשים תכלית זו גם ללא הפגיעה בזכויותיהם החוקתיות של בעלי העסקים הקטנים, וממילא אינטרס זה אינו חזק **עד כדי הצדקת הפגיעה האנושה בזכות לחופש העיסוק**, שהוגדרה לא פעם כ-**"עיקרי היסוד שמדינתנו מושתתת עליהם"** (בג"ץ 337/81 **מיטרני נ' שר התחבורה**, פ"ד לו (3) 337, פסקה 9 לפסק דינו של כב' מ"מ הנשיא שמגר (1983)).

143. **התנאי הרביעי** במסגרת תנאיה של פסקת ההגבלה, הוא שהפגיעה אינה עולה על הנדרש - קרי שהפגיעה בזכויות החוקתיות במסגרת התקנות הקיימות היא מיידית.

144. עקרון המידתיות מבטא את עקרון שלטון החוק ועקרון חוקיות השלטון, היות שנועד להגן על הפרט מפני השלטון, ולמנוע פגיעה יתרה בחירותו של הפרט. עקרון זה קובע כי האמצעי השלטוני לפגיעה בזכויות צריך להיבחר **בקפידה**, כדי להלוט את הגשמתה של התכלית הראויה, שהוצגה קודם לכן (בג"ץ 3477/95 **בן-עטייה ואח' נ' שר החינוך, התרבות והספורט**, פ"ד מט(5) 001, פסקה 5 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיא ברק (1996)).
145. בית המשפט העליון קבע כי קיומה של המידתיות מותנה בקיומם המצטבר של שלושה מבחני משנה – **(א) מבחן הקשר הרציונאלי; (ב) מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה; (ג) ומבחן האמצעי המידתי (עניין עדאלה)**, פסקה 65 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק).
146. בענייננו, גם אם אמנם **קיים קשר רציונאלי** בין התקנות הקיימות לבין התכלית שתקנות אלו מתיימרות לקדם, הרי שיתר מבחני המידתיות – קרי מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה ומבחן האמצעי המידתי – אינם מתקיימים בענייננו.
147. מבחן **האמצעי שפגיעתו פחותה** בוחן אם מבין האפשרויות הסבירות שעמדו בפניו של המשיב בעניין אופן מימוש התכלית, נבחר האמצעי הפוגעני פחות (**עניין עדאלה**, פסקה 68 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק).
148. בהקשר זה העותרת תטען כי **התקנות החדשות אשר השר כבר החליט לאמץ הן אמצעי אחר, פוגעני פחות (אם בכלל), אשר עשוי להביא למימושן המלא של התכליות שבבסיס התקנות**. כך, ניתן היה להסדיר את זכותו של הצרכן לקבל שירות תיקונים לאחר רכישתו של מוצר על ידו, באופן שיחייב את היצרן לאפשר לכלל בעלי עסקים קטנים המעוניינים בכך להעניק שירותי תיקון מלאים לאחר המכירה, הכוללים חלקי חילוף מקוריים של היצרן.
149. ודוק: אמצעי זה מממש את תכליתן של התקנות, כפי שתוארה לעיל, **בצורה טובה אף יותר**. זאת, היות שמתן האפשרות אף לבעלי העסקים הקטנים לתקן כל מוצר לאחר רכישתו, **תאיין את הפגיעה בחופש העיסוק ובחופש התחרות**, וכן **טייב עם הצרכן** ותאפשר לו במישרין את זכות הבחירה באשר לזהות המתקן המועדף עליו, בהתאם למחיר השירות, למיקומו הגיאוגרפי, לצרכיו ולהעדפותיו האישיות. זאת, תוך צמצום הסיכון בדבר איכות השירות שניתן.
150. העותרת תדגיש כי פתיחת השוק באופן שיביא לריבוי בעלי עסקים אשר יציעו לצרכן שירותי תיקונים כאמור, עשויה אף להוביל **לירידה משמעותית של עלות התיקונים** שמוטלת על הצרכן. תמיכה למסקנה זו ניתן למצוא בירידת המחירים החדה שהתרחשה לאחר יישומה של רפורמת הסלולר, אשר הקלה את התנאים לכניסתם של מפעילי סלולר חדשים לשוק התקשורת. בעקבות רפורמה זו ניתן היה להבחין בירידה משמעותית של מחירי הסלולר בשוק התקשורת, באופן שחסך לציבור הצרכנים סך של **מיליוני שקלים** (אמיתי זיו "הסכום המדהים שחסכה לנו רפורמת הסלולר – והאם המחירים יעלו בקרוב" **TheMarker** 09.05.2016), הכתבה מצורפת לעתירה ומסומנת **כנספח ע/6**).
151. העותרת תטען, כי ניתן להניח שפתיחת שוק התיקונים באופן שיאפשר אף לצדדים שלישיים לתקן מוצרים לאחר רכישתם, יביא למגמה דומה אף בענף התיקונים.
152. בנוסף, העותרת תטען כי גם **מבחן המידתיות במובן הצר** אינו מתקיים, שכן היקף הפגיעה בזכותם של בעלי העסקים הקטנים לחופש העיסוק, **הוא גבוה באופן משמעותי מן התועלת המושגת עקב התקנות הקיימות**, שכן יישומן של התקנות הקיימות בפועל מבטאת יתרון תחרותי מובהק ולא הוגן הניתן ליצרן או למי מטעמו. בהתאם לתקנות הקיימות, היצרן או מי מטעמו, **והם בלבד**, הם אלו

שבמרבית המקרים בעלי היכולת לתקן מוצר לאחר רכישתו, וזאת עקב חלקי החילוף המקוריים המצויים בידם, השליטה בכמות חלקי החילוף בשוק, והשליטה במידע סודי אשר לתיקון המוצר.

153. בהתאם לדברים אלו, העותרת תדגיש כי התקנות הקיימות פוגעות במישרין בחופש העיסוק ובחופש התחרות, מעניקות יתרון לא הוגן ליצרנים על פני בעלי העסקים הקטנים, ובכך מהוות התערבות שלטונית גסה בתחרות החופשית בענף התיקונים. העותרת תדגיש כי הותרת התקנות הקיימות על כן, **תותיר פגיעה בלתי מידתית זו, שאינה מתקבלת על הדעת, בעוד שקיימת חלופה מידתית יותר שאינה פוגעת בזכויות.**

154. אי לכך, העותרת תציע לבית המשפט הנכבד, לחייב את המשיב בצו לחזור להחלטתו המקורית להתקין תקנות נוספות שיאפשרו לכל עוסק החפץ בכך להפעיל שירותי תיקון מוצרים לאחר מכירתם, באופן שימנע את אותה פגיעה לא חוקתית בזכויות יסוד.

ז. סוף דבר

155. לאורך כתב העתירה הראתה העותרת פגמים חמורים שנפלו בהליך המנהלי שהביא לקבלתה של ההחלטה לזנוח את התקנתן של התקנות החדשות, כמו גם פגמים חמורים שנפלו בשיקול דעתו של השר. **פגמים אשר מלמדים על הליך בלתי תקין, נפסד, אשר קיים חשש ממשי כי הוביל להחלטה הנגועה בשיקולים זרים ואשר פוגעת במישרין באמון הציבור במערכת השלטונית.**

156. זאת ועוד, העובדה שהשר הבטיח לבעלי העסקים הקטנים שהתקנות האמורות יותקנו, הובילה להסתמכותם הישירה על הבטחה זו. כפי שהציגה העותרת, הפרת ההבטחה לקדם את התקנת התקנות החדשות, לא רק שתביא להימשכות הפגיעה המשמעותית בחופש העיסוק של בעלי העסקים הקטנים, אלא גם תיצור נזקי הסתמכות לכל הצדדים שהסתמכו על ההבטחה.

157. התקנות הקיימות מהוות התערבות שלטונית גסה בתחרות החופשית הקיימת בשוק הישראלי ואף מעניקות יתרון מובהק ולא הוגן ליצרנים הגדולים על חשבונם של בעלי העסקים הקטנים. הותרת התקנות הקיימות על כן, תיתן משנה תוקף לפגיעה הלא חוקתית בזכות לחופש העיסוק של בעלי העסקים הקטנים, ומצב דברים זה אינו מידתי, ומחייב את התערבותו של בית המשפט הנכבד.

158. על כן, נוכח הפגיעה בזכויות היסוד, הפגמים בשיקול דעת השר, החשש לשיקולים זרים, ושורת הפגמים המנהליים, מתבקש בית משפט נכבד זה לחייב את המשיב לחזור להחלטתו המקורית להתקין תקנות שבכוחן לאפשר לכל עוסק, אף אם אינו היצרן או מי מטעמו, לתקן כל מוצר לאחר מכירתו.

159. לחלופין, מתבקש בית המשפט ליתן למשיב צו להפעיל את שיקול דעתו בשנית לאחר שיקיים היוועצות נוספת בה ישתתפו כלל הצדדים הנוגעים בדבר, תוך עריכת הליך מנהלי תקין שבסופו החלטה מבוססת ומנומקת.



עמית מולכו
ב"כ העותרת

רשימת נספחים - בג"ץ 8593/20

התאגדות העסקים הקטנים בישראל נ' שר הכלכלה והתעשייה

עמוד	שם הנספח	נספח
1	ארז חביב "עוד חידוש של אפל: תיקון אייפון 12 שלא במעבדה רשמית ישבית את המצלמה" דבר (28.10.2020)	1/ע
5	גד פרץ "פייסבוק או אינסטגרם? אלו הן העדפות האינטרנט בישראל" גלובס (26.12.2018)	2/ע
7	Consumer Project on Technology, <i>IBM 1956 Consent Decree</i>	3/ע
20	"אפל תאפשר למשתמשים לתקן את האייפון שלהם בעצמם" גלובס (18.11.2021)	4/ע
23	פרוטוקול ישיבה מס' 563 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-16 (13.12.2005)	5/ע
26	אמיתי זיו "הסכום המדהים שחסכה לנו רפורמת הסלולר – והאם המחירים יעלו בקרוב" TheMarker (09.05.2016)	6/ע

נספח ע/1

**ארז חביב "עוד חידוש של אפל: תיקון
אייפון 12 שלא במעבדה רשמית ישבית
את המצלמה" דבר (28.10.2020)**

הזכות לתקן / עוד חידוש של אפל: תיקון אייפון 12 שלא במעבדה רשמית ישבית את המצלמה

בדומה לדגמים קודמים, תיקון עצמי של המכשיר החדש יפגע גם בסוללה, במסך ובזיהוי הפנים | צמצום האפשרות של לקוחות לתקן מכשירים של אפל תורם למכירת מכשירים חדשים אך מגביר את הצטברות הפסולת האלקטרונית

הרוכשי אייפון 12, [שהושק](#) על ידי אפל לפני כשבועיים, ייהנו ממכשיר חדיש, אך ישלמו בפגיעה בזכות לתקן אותו. כל מי שינסה לתקן את המכשיר בעצמו, או במעבדה לא רשמית, יפגע בהכרח בפעילות המצלמה. עוד ייפגעו רכיבים שאפל סימנה כבר בדגמים הקודמים: הסוללה, יכולת זיהוי הפנים והמסך.

יו ג'פריס, שעוסק בתיקוני מכשירי אלקטרוניקה בערוץ היוטיוב שלו, החליט לבדוק את האפשרות לתיקון עצמי של האיפון החדש. מכיוון שאפל לא מספקת חלפים למכירה חופשית לאף אחד, ומכיוון שמדובר במכשיר חדש שאין לו חלפים בשוק, ביצע ג'פריס את הבדיקה בעזרת שני מכשירים חדשים לגמרי, והחליף ביניהם את חלקים מקוריים שונים.

על מנת לפרק את המכשיר, נזקק ג'פריס ל-4 סוגי מברגים שונים, כמו גם כלי חימום ופתיחה מיוחדים. החימום נדרש כדי להמיס את הדבק, שמאפשר גם עמידות נגד מים, אך השימוש במגוון סוגי ברגים לא קשור לשימושיות, רק מקשה על התהליך.

בבדיקה הראשונה, החליף ג'פריס בין לוחות האם של המכשירים וקיבל את האפקט המקסימלי של מנגנוני ההגנה שהעמידה ענקית הטכנולוגיה: המסך איבד את האפשרות לכיוון צבעים אופטימלי, והציג הודעה שהפנתה למרכז שירות כי "אין ביכולתנו לוודא כי המסך מקורי"; זיהוי הפנים הפסיק לעבוד; הסוללה הפסיקה לדווח על תקינותה בצירוף הפניה למרכז השירות; ומערך הצילום פעל באופן משובש, נתקע לעתים וחלק מהאפשרויות בו נעשו בלתי שמישות. התקלות במצלמה הן חדשות, וייחודיות לאייפון 12.

לא מדובר בשיטה חדשה, אלא בהחרפה של תהליך מתמשך. כבר באייפון 5, החלפת 'כפתור הבית', הייתה מבטלת את הפונקציונליות של סורק טביעות האצבע, כביכול כדי למנוע פגיעה באבטחת המכשיר.

לאחר מכן, ג'פריס רצה לוודא שעצם פתיחת המכשיר על ידו, לא גרמה לו נזק. כשהחזיר את כל החלפים המקוריים למקומם, שני המכשירים חזרו לתפקד באופן מלא.

בניסוי השלישי, החליף ג'פריס רק את המצלמות, והתקלות במערך הצילום חזרו על עצמן.

המאבק הכלכלי והפוליטי נכנס לתוך הנדסת המכשיר

הודעת השגיהה שמבשרת כי "לא ניתן לוודא שהמסך/סוללה מקוריים", לא מגלה את כל האמת. למעשה, המכשיר לא יודע לזהות חלקים לא מקוריים, אלא רק את העובדה שההתערבות בוצעה ללא המכשור הייחודי של אפל.

המכשור הזה יוצר זיהוי אלקטרוני בין לוח אם של כל אייפון לבין המסך, הסוללה, חיישן זיהוי הפנים והמצלמות. רק תיקון שלהם באפל עצמה, או אצל מי שקיבל ממנה הרשאה, יאפשר "שידוך" מחודש בין לוח האם לשאר חלקי המכשיר.

תכנית המתקנים העצמאיים של אפל מאפשרת למעבדות לרכוש מהחברה רק מסך או סוללה, וגם זאת רק בתנאים מגבילים. הטכנאים מתבקשים לאסוף ולהעביר לאפל מידע לגבי זהות הלקוחות, לשלוח מראש את הסוללה או המסך הפגומים **ולשלם קנסות בדיעבד** אם יתברר שהחלקים הפגומים לא היו מקוריים. התכנית פועלת עם זמני משלוח ארוכים, וגובה מחירים גבוהים לחלפים. בעיה נוספת היא שלטכנאים אין אפשרות להחזיק מלאי כדי לבצע תיקון מייד.

בקרב הטכנאים יש מי שטוען שהתכנית הזו בנויה לא כדי שישתמשו בה, אלא רק כדי שאפל תוכל לטעון שיש לה תכנית כזו ולהעביר בעזרתה מסר מטעה לרגולטורים **ששוקלים לחייב את יצרני האלקטרוניקה בחוק** לספק חלפים באופן חופשי.

מדובר במאבק פוליטי וכלכלי, שמבחינת אפל משולב בו גם צד הנדסי, שנועד להקשות על הלקוחות לתקן בעצמם את הטלפון או לפנות לטכנאי מקומי. עיצוב מכשירים עם חומרה ותוכנה **שמקשים על תיקונים ושימוש חוזר**, תורם למכירות של מכשירים חדשים, אך מגביר את **ההצטברות של אשפה אלקטרונית**.

יש כסף רב בתיקונים של מכשירי אפל, ואפל עושה מה שביכולתה כדי להשאיר אותנו אצלה.

בעבר, האקרים חובבי אלקטרוניקה יכלו להשיב מלחמה. כך, למשל, הצליח היוצר של ערוץ היוטיוב Strange Parts לקדוח ולהלחים שקע אזניות פעיל לתוך אייפון 7, במאמץ לא קטן, כאשר המכשיר נמכר ללא שקע כזה.

ה"שידוך" האלקטרוני בין לוח אם לשאר הרכיבים, עם זאת, הוא מנגנון שעדיין לא פוצח על ידי ההאקרים.

נספח ע/2

גד פרץ "פייסבוק או אינסטגרם? אלו הן

העדפות האינטרנט בישראל" גלובס

(26.12.2018)

פייסבוק או אינסטגרם? אלו הן העדפות האינטרנט בישראל

מדוח מצב האינטרנט בישראל ב-2018, שפרסמה היום חברת בזק, עולה כי בישראל יש 6.6 מיליון משתמשים • בקרב בני הנוער, 88% ענו כי הם פעילים באינסטגרם לעומת 61% בפייסבוק • 18% מהישראלים צופים בנטפליקס
גד פרץ 26/12/18

בזק פרסמה היום (ד') את הדוח החמישי למצב האינטרנט בישראל לסיכום שנת 2018. הדו"ח, שסוקר את הרגלי השימוש וההתנהגות של הישראלים בעידן הדיגיטלי, מבוסס על מחקר מעמיק שערכה החברה על האינטרנט בישראל, המגמות השולטות בו ושימושי השונים, וכן על נתונים מפעילות החברה ומערכותיה.

לדברי בזק לצורך הדוח נערך, בין השאר, סקר בשיתוף מכון המחקר TNS בקרב 1,300 נדגמים מגילאי +13 מכלל המגזרים. הסקר כולל קטגוריות שונות המרכיבות את החיים הדיגיטליים כפי שעולה מהשימושים ברשת בזק. הסקר ונתוני התשתיות שנאספו ממערכות בזק בצרוף אנליזה של נתוני השוק, משקפים תמונת מצב של החיים בישראל בעידן הדיגיטלי לשנת 2018.

מהדוח עולה כי בסוף שנת 2018 מספר המשתמשים באינטרנט בישראל עומד על כ-6.6 מיליון. הגולש הממוצע מוריד כיום קבצים בנפח של כ-8 גיגה בממוצע ביום - עלייה של 30% תוך שנה אחת בלבד. 36% מבני הנוער משלמים על מוסיקה. תחום הענן ממשיך לצבור תאוצה, כאשר 71% מגבים תמונות וסרטונים ושומרים מידע על גבי הענן.

בנוסף, נסקרו בדוח נתונים רבים אודות תופעות והרגלים שלנו כמשתמשים, תוך התמקדות ב-6 תחומים שהפכו מרכזיים בשנים האחרונות: רשתות חברתיות, תוכן וטלוויזיה, אפליקציות וסמארטפונים, כלכלה דיגיטלית, IOT וילדים דיגיטליים.

בתחום הרשתות החברתיות מגלה כי פייסבוק הפכה השנה מרשת חברתית לרשת קהילתית. 89% מהנשאלים חושבים שהקהילות בפייסבוק שימושיות. עוד נמצא שאם רק לפני שנתיים בסך הכול פייסבוק הייתה הרשת החברתית העיקרית של בני הנוער, השנה אינסטגרם משאירה לה אבק ודוחקת אותה אחורה. 88% מהם ציינו שהם פעילים בעיקר באינסטגרם, לעומת 61% בפייסבוק. בתחום התוכן והטלוויזיה מציגה החברה את הנתונים הבאים: השנה, האמצעי העיקרי לצפייה בתכני וידיאו באינטרנט בקרב בני הנוער הוא הסמארטפון. 46% צופים בדרך כלל בתכני וידיאו דרך הסמארטפון שלהם, לעומת 30% במחשב.

71% מבני הנוער ציינו שאת תכני הווידאו שלהם הם מעדיפים לצרוך במיטה שלהם, לעומת 49% מהמבוגרים. לדברי בזק, למרות שנטפליקס עדיין לא מחליף את שירותי הטלוויזיה הרגילים אותם אנו מכירים, אחוז החדירה שלו בישראל בעלייה מתמדת. 18% ציינו שהם צופים בתכני טלוויזיה וידיאו דרך נטפליקס. בני הנוער גם מאוד אוהבים את ההמלצות של נטפליקס ו-62% מהם משתמשים בהם. כנ"ל לגבי הנשים עם 64% לעומת 27% מהגברים. את הדו"ח המלא ניתן למצוא באתר של בזק.

נספח ע/3

**Consumer Project on Technology,
*IBM 1956 Consent Decree***

IBM 1956 CONSENT DECREE

- This 1956 IBM consent decree was provided in hard copy by the Department of Justice's Antitrust Document Group, and typed into an html document by David Chun.
- U.S. v IBM Corp., Civil Action No. 72- 344. Filed and Entered January 25, 1956.
- The following is the consent decree:

United States District Court

For the Southern District of New York
United States of America,

Plaintiff,

v.

International Business Machines Corporations,
Defendant.

Civil Action No. 72-344

Final Judgment

Plaintiff, United States of America, having filed its complaint herein on January 21, 1952; defendant International Business Machines Corporation (hereinafter called IBM) having appeared and filed its answer to the complaint denying the material allegations thereof; and plaintiff and defendant, by their attorneys, having consented to the entry of this Final Judgment, without trial or adjudication of any issue of fact or law herein and without any admission by either party with respect to any such issue;

NOW, THEREFORE, before any testimony has been taken herein, and without trial or adjudication of any issue of fact or law herein, and upon consent, as aforesaid, of each party hereto,

IT IS HEREBY ORDERED, ADJUDGED, AND DECREED as follows:

I

The Court has jurisdiction of the subject matter of this action and of the parties. The complaint states a claim upon which relief can be granted against IBM under Sections 1 and 2 of the Act of Congress of July 2, 1890, entitled "An act to protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies," commonly known as the Sherman Antitrust Act, as amended.

II

As used in this Final Judgment:

(a) "Tabulating card" shall mean a unit record card designed for the recording of data in the form of punched holes to be sensed by mechanical or electrical (including electronic) means.

(b) "Tabulating card machinery" shall mean machines and devices, and attachments therefor, used to make tabulating cards.

(c) "Tabulating systems" shall mean any group of machines capable of entering, converting, receiving, classifying, computing and recording alphabetic and/or numeric accounting and/or statistical data by means of tabulating cards and in which tabulating cards are used for storing data and communicating it within the system; provided that "tabulating system" shall not include "electronic data processing system "as hereinafter defined.

(d) "Tabulating machine" shall mean a machine or device and attachments therefor used primarily in a tabulating system.

(e) "Electronic data processing system" shall mean any machine or group of automatically intercommunicating machine units capable of entering, receiving, storing, classifying, computing and/or recording alphabetic and/or numeric accounting and/or statistical data without intermediate use of tabulating cards, which system includes one or more central data processing facilities and one or more storage facilities, and has either

(1) the ability to receive and retain in the storage facilities at least some of the instructions for the data processing operations required, or

(2) means, in association with storage, inherently capable of receiving and utilizing the alphabetic and/or numeric representation of either the location or the identifying name or number of data in storage to control access to such data, or

(3) storage capacity for 1,000 or more alphabetic and/or decimal numeric characters or the equivalent thereof.

(f) "Electronic data processing machine" shall mean a machine or device and attachments therefor used primarily in or with an electronic data processing system.

(g) "Standard tabulating machine" or "standard electronic data processing machine" shall mean a tabulating machine or an electronic data processing machine manufactured by IBM and made generally available to its customers.

(h) "Special purpose tabulating machine" or "special purpose electronic data processing machine" shall mean a tabulating machine or an electronic data processing machine designed and produced by IBM for use by a limited number of customers but not made generally available to all IBM customers.

(i) "New" machines shall mean tabulating or electronic data processing machines produced (1) by original assembly of new and/or used parts or components or, (2) as to any type of machine generally offered for lease which is not currently being so assembled but is being produced by rebuilding existing machines, by such rebuilding.

(j) "Point value" shall mean the dollar amount of the monthly charge made by IBM in respect of a tabulating or electronic data processing machine leased by IBM to its customers under its machine service agreements.

(k) "Service bureau business" shall mean the preparation with tabulating and/or electronic data processing machines of accounting, statistical and mathematical information and reports for others on a fee basis.

(l) "Service bureau" shall mean an organization engaged principally in the service bureau business.

(m) "Existing patent" (or "existing patents") means any United States letters patent (including, but not limited to, the patents listed in Schedule A to be filed in this Court within 30 days after the entry of this Final Judgment) or patent application, and any division, continuation, reissue or extension of such patent, relating, but only in so far as it relates, to tabulating cards, tabulating card machinery, tabulating machines or systems, or electronic data processing machines or systems, owned or controlled by IBM on January 1, 1956, or under which IBM then had the power to grant licenses or sublicenses to other persons.

(n) "Future patent" (or "future patents") means any United States letters patent or patent application (excluding of existing patents), and any division, continuation, reissue or extension of such patent, relating, but only in so far as it relates, to tabulating cards, tabulating card machinery, tabulating machines or systems, owned or controlled by IBM during the period of five years

following January 1, 1956, or under which IBM during such period has the power to grant licenses or sub licenses to other persons.

(o) "Subsidiary" shall mean a corporation more than 50% of whose stock entitled to vote upon election of directors (other than preferred stock entitled to vote upon the failure of the corporation to pay certain dividends) is, directly or indirectly, owned by IBM.

(p) "Person" shall mean an individual, partnership, firm, association, government, government institution, or corporation other than individuals who are directors, officers, employees, agents, and representatives of IBM, but shall not include subsidiaries of IBM unless such an inclusion is specifically provided for.

III

The provisions of this Final Judgment applicable to IBM shall also be applicable to its subsidiaries, officers, directors, agents, employees, successors, assigns, and all persons acting under, through or for IBM, but shall not impose any obligation to do or omit any action outside the United States unless specifically provided for hereinafter.

IV

(a) It is the purpose of this Section IV of this Final Judgment to assure to users and prospective users of IBM tabulating and electronic data processing machines at any time being offered by IBM for lease and sale an opportunity to purchase and own such machines at prices and upon terms and conditions which shall not be substantially more advantageous to IBM than the lease charges, terms and conditions for such machines.

(b) IBM is hereby ordered and directed, beginning not later than one year after the entry of this Final Judgment, to offer

(1) to sell, at any time during the period of 18 months next thereafter, to the lessee of any IBM tabulating or electronic data processing machine each such machine being used by such lessee;

(2) to sell new standard tabulating and electronic data processing machines of each type at any time thereafter currently being manufactured and offered for lease or sale by IBM; and

(3) to sell any new special purpose tabulating or electronic data processing machine to the users for whom it has been designed and produced by IBM.

(c) IBM is hereby ordered and directed to:

(1) establish a sale price for each machine offered for sale pursuant to paragraph (b) (1) of this Section IV which shall not be greater than the sale price for a new machine of the same type and model less 10% for each full year of age, computed from the date of first installation after original assembly or rebuilding, except that for machines more than eight years of age the price may be not more than 25% of such sale price;

(2) establish a sale price for each machine offered for sale pursuant to paragraphs (b) (2) and (b) (3) of this Section IV which shall have a commercially reasonable relationship to the lease charges for such machines;

(3) establish such other nondiscriminatory terms as may be appropriate to the sale of tabulating or electronic data processing machines, including, at the option of the purchaser, reasonable credit terms for purchasers having satisfactory credit ratings and such warranties as are customary for the sale of similar business machines;

(4) afford to its salesmen compensation for selling tabulating and electronic data processing machines which shall be not less favorable to them than their compensation for leasing the same machines;

(5) make full and fair disclosure, in the solicitation of orders for tabulating and electronic data processing machines, of the prices and terms for the sale and lease of such machines;

(6) furnish in writing, upon written request, to each person inquiring concerning the lease or purchase of IBM tabulating or electronic data processing machines complete information concerning delivery dates and terms and conditions of lease and purchase of such machines; and

(7) fill purchase and lease orders for machines required to be sold by paragraph (b) (2) of this Section IV without discrimination between lease and purchase orders and, to the extent administratively practicable and permitted by law, in order of their receipt.

(d) In any civil suit or proceeding instituted by the Plaintiff between two and ten years after the entry of this Final Judgment, in which IBM's compliance or noncompliance with the provisions of this Section IV shall be an issue, the burden of proof shall be upon IBM to establish that it has complied with the provisions of this Section IV.

V

(a) IBM is hereby enjoined and restrained from acquiring any used IBM tabulating or electronic data processing machine owned by another person or the Service Bureau Corporation hereinafter provided for in Section VIII of this Final Judgment otherwise than as (1) a trade in on a purchase of a tabulating or electronic data processing machine from IBM or (2) a reasonable credit against sums then or thereafter payable to IBM by a customer.

(b) IBM is hereby ordered and directed to solicit, in the manner specified in the provisions of paragraph (c) of this Section V, from dealers in second-hand business machines orders for the purchase of any used IBM tabulating or electronic data processing machines acquired by IBM pursuant to paragraph (a) of this Section V. The price charged by IBM for any such machine shall not exceed 85% of the price computed pursuant to paragraph (c) (1) of Section IV of this Final Judgment.

(c) IBM is hereby ordered and directed:

(1) within one year after the entry of this Final Judgment, each six months thereafter for a period of five years, to cause the provisions of this Section V to be published in at least two trade journals of general circulation among dealers in second-hand business machines;

(2) commencing one year after the entry of this Final Judgment, to furnish at intervals of not more than 30 days to all dealers in second-hand business machines who shall within the preceding 180 days have made written requests therefor, and to at least one national trade association of such dealers, a list of all tabulating and electronic data processing machines acquired by IBM pursuant to paragraph (a) of this Section V since the date of the making of the last such list, and the prices thereof; and

(3) to keep all machines listed in the information furnished pursuant to subparagraph (2) of paragraph (c) of this Section V available for inspection and purchase by one or more of such dealers for a period of 60 days after such information shall have been furnished.

VI

IBM is hereby ordered and directed:

(a) to offer to render, without separate charge, to purchasers from it of tabulating or electronic data processing machines the same type of services, other than maintenance and repair services, which it renders without separate charge to lessees of the same types of machines;

(b) to offer, commencing one year after the entry of this Final Judgment and so long thereafter as IBM shall continue to render repair and maintenance service, to maintain and repair at reasonable and nondiscriminatory prices and terms IBM tabulating and electronic data processing machines for the owners of such machines; provided that, if any such machine shall be altered, or connected by mechanical or electrical means to another machine, in such a manner as to render its maintenance and repair impractical for IBM personnel having had the standard training and instruction provided by IBM to such maintenance and repair personnel, then IBM shall not be

required by this Final Judgment to render maintenance and repair service for such IBM machine;
and

(c) to offer to sell at reasonable and nondiscriminatory prices and terms, to owners of IBM tabulating or electronic data processing machines (whether or not the purchaser receives IBM repair and maintenance service) and to persons engaged in the business of maintaining and repairing such machines and during the period when IBM has such parts and subassemblies available for use in its leased machines, repair and replacement parts and subassemblies for any tabulating machines or electronic data processing machines manufactured by IBM.

VII

(a) IBM is hereby enjoined and restrained, for a period of ten years after entry of this Final Judgment, from entering into any lease for a standard tabulating or electronic data processing machine for a period longer than one year, unless such lease is terminable after one year by the lessee upon not more than three month's notice to IBM.

(b) IBM is hereby enjoined and restrained from requiring any lessee or purchaser of an IBM standard tabulating or electronic data processing machine to disclose to IBM the use to be made of the machine.

(c) IBM is hereby enjoined and restrained from requiring any purchaser of an IBM tabulating or electronic data processing machine to have it repaired or maintained by IBM or to purchase parts and subassemblies from IBM.

(d) IBM is hereby enjoined and restrained from:

(1) requiring any lessee or purchaser of an IBM tabulating or electronic data processing machine to purchase tabulating cards from IBM or directly or indirectly discriminating against any such person by reason of the fact that cards not manufactured by IBM are used,

(2) prohibiting, or in any way subjecting to IBM control or approval, experimentation with such machine, or

(3) prohibiting or in any way subjecting to IBM control or approval, alterations in or attachments to such machines;

provided, however, that this Section VII (d) shall not be construed to restrain IBM from including in any agreement with any lessee of such a machine provisions reasonably designed to prevent such interference with the normal and satisfactory operation and maintenance of such machine as will substantially increase the cost of maintenance thereof.

VIII

(a) IBM is hereby ordered and directed to transfer, within one year after the date of the entry of this Final Judgment, all its contracts for service bureau business to a corporation (hereinafter called the Service Bureau Corporation), which may be wholly owned by IBM, and IBM shall thereafter be enjoined and restrained from engaging in the service bureau business except on a nondiscriminatory basis for the Service Bureau Corporation and for service bureaus operated by other persons.

(b) The Service Bureau Corporation shall be enjoined and restrained from:

(1) using any corporate name containing the words International Business Machines or IBM;

(2) employing any person also employed by IBM, or any person to solicit for IBM any order for the sale or lease of any IBM tabulating or electronic data processing machines or systems;

(3) after three years following the date of the entry of this Final Judgment, subleasing space from IBM at the locations of more than 20% of its bureaus; or

(4) for a period of five years after the organization of the Service Bureau Corporation, having a board of directors the majority of which is constituted of persons who previously have not been approved by this Court.

(c) The Service Bureau Corporation shall be ordered and directed to:

(1) maintain, in accordance with good accounting practice, separate and complete corporate records and accounts which shall be audited annually by independent public accountants; and

(2) charge for service rendered by its prices based upon rates which shall fairly reflect all expenses properly chargeable thereto provided, however, that nothing herein contained shall prevent the Service Bureau Corporation from reducing any price to meet an equally low price of a competitor.

(d) IBM is hereby ordered and directed to notify promptly service bureau using IBM machines of the availability for purchase or lease as required by this Final Judgment of each new type of standard tabulating machine and electronic data processing machine offered by IBM for general use by its customers and of each new type of special purpose tabulating machine and electronic data processing machine made available to the Service Bureau Corporation, and the prices, terms and conditions for the sale or lease thereof.

(e) IBM is hereby enjoined and restrained from furnishing to the Service Bureau Corporation any tabulating or electronic data processing machines except upon the same terms, conditions and delivery schedules that such machines are furnished to any other service bureau.

(f) IBM is hereby ordered and directed to furnish, upon written application and at reasonable and nondiscriminatory charges, to any person engaged, or proposing to engage, in the operation of a service bureau using IBM machines copies of any pamphlets, books of instruction or other similar documents which it furnishes to the Service Bureau Corporation relating to the operation and application of IBM tabulating or electronic data processing machines for service bureau business.

IX

IBM is hereby ordered and directed:

(a) For a period of five years from the date of this Final Judgment, upon written request, to afford to any persons (other than agents or employees of a manufacturer of tabulating or electronic data processing machines) who is engaged, or proposes in good faith to engage, in the repair and maintenance or distribution of IBM tabulating machines and/or electronic data processing machines the opportunity to obtain training in the repair and maintenance of such IBM machines, which shall be substantially equivalent in method and nature to such training then being given by IBM to its customer engineering employees. Reasonable and nondiscriminatory charges may be made to reimburse IBM for the cost of furnishing such instruction and any materials furnished to such person taking instruction.

(b) Upon written request to furnish, at reasonable and nondiscriminatory charges made to reimburse IBM for the cost of furnishing them, to any owner of an IBM tabulating or electronic data processing machine and to any person eligible to receive training pursuant to paragraph (a) of this Section IX copies of any technical manuals, books of instruction, pamphlets, diagrams or similar documents, which it furnishes generally to its own repair and maintenance employees relating to tabulating or electronic data processing machines and which pertain to such training.

(c) Upon written request to furnish, on a nondiscriminatory basis, without charge or at reasonable charge made to reimburse IBM for the cost of furnishing them, to purchasers and lessees of IBM tabulating machines and electronic data processing machines, copies of manuals, books of instruction, pamphlets, diagrams, or similar documents which pertain to the operation or application of such machines owned or leased by such purchasers or lessees.

X

(a) IBM is hereby enjoined and restrained from:

(1) Entering into, maintaining, adhering to, or furthering, directly or indirectly, any contract, agreement, or understanding with or otherwise inducing any manufacturer, distributor, or vendor of raw materials suitable for the manufacture of tabulating cards to discriminate against or refuse to deal with third persons who buy or offer to buy such raw material.

(2) Discriminating in price between different purchasers of tabulating cards of like grade and quality, provided that this provision shall not prevent differentials which (A) make only due allowance for differences in the cost of manufacture, sale, or delivery resulting from the differing methods or quantities in which such commodities are to purchasers sold or delivered, or (B) are made to meet an equally low price of a competitor. In any proceeding to enforce the provisions of this paragraph, IBM shall have the burden of establishing to the satisfaction of this Court that its price differentials are in fact so justifiable.

(3) Prescribing, fixing, establishing, or maintaining arbitrary, unreasonable, or unnecessary specifications for tabulating cards used in standard and special purpose tabulating machines leased or repaired and maintained by IBM.

(4) Entering into, maintaining, adhering to, or furthering, directly or indirectly, any contract, agreement or understanding with or otherwise inducing any manufacturer, distributor or vendor of tabulating card machinery to discriminate against or refuse to deal with third persons who buy or order to have manufactured and buy such machinery.

(b) IBM is hereby ordered and directed, for a period of five years following the date of entry of this Final Judgment, to offer to sell rotary presses in good condition, of the types used by IBM for the manufacture of tabulating cards, upon reasonable and nondiscriminatory terms and conditions to any person who (1) is engaged, or proposes in good faith to engage, in the manufacture of tabulating cards and (2) has been unable to obtain delivery of such presses, as required for his needs, within a reasonable time from manufacturers of printing presses; provided, that IBM shall not be obliged to deliver more than 30 presses in each year.

(c) IBM is hereby ordered and directed, for a period of five years following the date of entry of this Final Judgment, to offer to sell, from its reverse stocks of paper suitable for the manufacture of tabulating cards, any such paper not required for the reasonably anticipated needs of IBM, to any person who (1) is engaged, or proposes in good faith to engage, in the manufacture of tabulating cards and (2) has been unable to obtain delivery of such paper, as required for his needs, from manufacturers of such paper in the United States. IBM may charge for such paper amounts sufficient to reimburse IBM for its costs.

(d) Seven years from the date of entry of this Final Judgment IBM shall divest itself, upon terms and conditions approved by this Court, of such part of its then existing capacity for the manufacture of tabulating cards as may then be in excess of 50% of the total capacity for the manufacture of tabulating cards in the United States, unless subsequent to four years after the entry of this Final Judgment IBM shall have shown to the satisfaction of this Court that substantial competitive conditions exist in the manufacture, sale and distribution of tabulating cards or that such divestiture is not then necessary or appropriate.

XI

(a) IBM is hereby ordered and directed to grant to each person making written application therefor an unrestricted, nonexclusive license to make, have made, use and vend tabulating cards, tabulating card machinery, tabulating machines or systems, or electronic data processing machines or systems under, and for the full unexpired term of, any, some or all IBM existing and future patents.

(b) IBM is hereby enjoined and restrained from making any sale or other disposition of any existing or future patent which deprives it of the power or authority to grant such licenses, unless the purchaser, transferee or assignee shall file with this Court, prior to consummation of said transaction, an undertaking to be bound by the provisions of this Section XI with respect to such patent.

(c) IBM and its subsidiaries are ordered and directed, in so far as they have power and right to do so, to grant upon written request and without compensation to a person licensed under any IBM existing or future patent or patents pursuant to Section XI of this Final Judgment, with respect to any products manufactured in the United States pursuant to such licenses, a nonexclusive grant of immunity from suit under any corresponding foreign patent or application owned or controlled by IBM or a subsidiary of IBM.

(d) IBM is hereby enjoined and restrained from including any restriction whatsoever in any license granted by it pursuant to the provision of this Section XI, except as hereinafter provided:

(1) the license may be nontransferable;

(2) a reasonable royalty may be charged (except for licenses under existing patents to make, have made, use and vend tabulating cards and/or tabulating card machinery, which shall be royalty-free), which royalty shall be non-discriminatory as among royalty-paying licensees procuring the same rights under the same patents, provided that the royalty charged an applicant who grants a patent license to IBM may reflect the fair value of such license;

(3) reasonable provision may be made for periodic royalty reports by the licensee and inspection of the books and records of the licensee by an independent auditor, an independent engineer or any person acceptable to both licensor and licensee, who shall report to the licensor only the amount of the royalty due and payable;

(4) reasonable provision may be made for cancellation of the license upon failure of the licensee to make the reports, pay the royalties or permit the inspection of his books and records as herein above provided; and

(5) the license must provide that the licensee may cancel the license in whole or as to any specified patents at any time after one year for the initial date thereof by giving 30 days' notice in writing to the licensor.

(e) Upon receipt of written application for a license under the provisions of this Section XI, IBM shall advise the applicant in writing of the royalty which it deems reasonable for the patent or patents to which the request pertains. If the applicant rejects the royalty proposed by IBM and if the parties are unable to agree upon a reasonable royalty within 120 days from the date such rejection is communicated in writing to IBM, the applicant or IBM may, upon notice to the Attorney General, apply to this Court for the determination of a reasonable royalty. In any such proceeding, the burden of proof shall be on IBM to establish the reasonableness of the royalty requested by it. Pending the completion of negotiations or any such proceedings, the applicant shall have the right to make, have made, use and vend under the patents to which his application pertains without payment of royalty or other compensation. A final Court determination of reasonable royalty shall be applicable to the applicant, and to any other licensee then having or thereafter obtaining the same rights under the same patents, at the option of such other licensee, from the date upon which the applicant requested such license. If the applicant fails to accept a license, such applicants shall pay the court costs in such proceedings and any royalties found by the Court to be due to IBM.

(f) Nothing herein shall prevent any applicant from attacking, in the aforesaid proceedings or in any other controversy, the validity or scope of any of the patents, nor shall this Final Judgment be construed as imputing any validity to any of said patents.

(g) The provisions of this Section XI shall not require IBM to grant a license to any applicant unless:

(1) for a license under an existing patent (except an existing patent relating to tabulating cards and/or tabulating card machinery), said applicant agrees not to bring suit under any, some or all of the United States patents and patents issued on applications owned or controlled by said applicant or under which said applicant has the power to grant licenses on the date of the request by the applicant for a license, for infringement by IBM arising out of the manufacture, use or sale of

tabulating machines or systems or electronic data processing or systems of the types and models being manufactured or used by IBM in its regular line of business on the date of the request by the applicant, without first having offered to IBM a nonexclusive license for a reasonable royalty under and for the full life of said patent or patents claimed by the applicant to be infringed;

(2) for a license under a future patent (except a future patent relating to tabulating card and/or tabulating card machinery), said applicant agrees upon request to grant to IBM, for a reasonable royalty and for the full, unexpired term of each licensed patent, a nonexclusive license, or the right to obtain a nonexclusive license, to make, have made, use and vend tabulating machines or systems, or electronic data processing machines or systems under any, some or all of the United States patents and applications owned or controlled by said applicant or under which said applicant has the power to grant licenses on the date of the request by the applicant for a license;

(3) for a license under a future patent relating to tabulating cards or tabulating card machinery, said applicant agrees upon request to grant to IBM, for a reasonable royalty and for the full, unexpired term of each licensed patent, a nonexclusive license, or the right to obtain a nonexclusive license, to make, have made, use and vend tabulating cards or tabulating card machinery under any, some or all of the United States patents and applications owned or controlled by said applicant or under which said applicant has the power to grant licenses on the date of the request by the applicant for a license; and

(4) in any event, the applicant agrees upon request to grant without compensation, for any products manufactured in the United States pursuant to such license to IBM, a nonexclusive grant of immunity to IBM and any subsidiary of IBM from suit under any corresponding foreign patent or application then owned or controlled by said applicant.

For the purpose of this Section XI (g), a patent shall be deemed to be owned or controlled by an applicant if it is owned or controlled by the applicant, a subsidiary of the applicant, by a person whose subsidiary the applicant is, or by a person on behalf of whom the applicant then is acting as an agent with respect to the manufacture, use or sale of tabulating cards, tabulating card machinery, tabulating machines or systems, or electronic data processing machines or systems or parts for such machines. Determination of a reasonable royalty for any license to IBM under this Section XI (g) shall be made in the same manner as provided in Section XI (e) for determination of the reasonable royalty for a license granted by IBM, provided that in any proceeding for determination of a reasonable royalty under this Section XI (g) the burden of proof shall be on the person from whom IBM has requested a license to establish the reasonableness of the royalty requested by it.

XII

IBM is enjoined and restrained from instituting, or threatening to institute, any action, suit or proceeding under Section 281 *et seq.* of Title 35, United States Code (1953), against any person for acts of infringement of existing patents alleged to have occurred prior to the entry of this Final Judgment, except by way of counterclaim in any action brought by any person against IBM; provided, however, that such counterclaim shall not include any claim for infringement of any existing patent relating to tabulating cards or tabulating card machinery.

XII

(a) IBM is ordered and directed to terminate upon the request of the licensee any existing patent-licensing agreement which is inconsistent with the provisions of Section XI of this Final Judgment and to grant new licenses to licensees affected by this provision upon the terms and conditions specified in Section XI of this Final Judgment.

(b) IBM is hereby enjoined and restrained for a period of five years from the date of entry of this Final Judgment from entering into, adhering to, maintaining, furthering, or renewing, directly or indirectly, any contract, agreement, understanding, or arrangement with any person relating to tabulating cards, tabulating card machinery, tabulating machines or systems, or electronic data processing machines or systems or systems which:

(1) grants exclusively to IBM a license, sublicensing right, or immunity under any patent, unless (A) IBM shall have failed in a bona fide effort to obtain a nonexclusive license under such

patent and (B) such grant shall permit IBM to grant sublicenses under such patent as required pursuant to Section XI; and

(2) provides for disclosure to IBM on an exclusive basis of any intervention, formula, process or technical information, other than the results of joint development programs undertaken by IBM and such person or work done by established research or engineering organizations on behalf of IBM.

(c) IBM is hereby enjoined and restrained for a period of ten years from the date of entry of this Final Judgment from retaining any individual inventor or engineer for work on the design and development of tabulating cards, tabulating card machinery, tabulating machines or systems, or electronic data processing machines or systems except:

(1) as an employee having regular hours of employment, or a retired IBM employee; or

(2) under contracts for research, development or engineering services which commit the inventor or engineer to provide personal services for periods of not more than one year.

XIV

(a) IBM is hereby ordered and directed for the period of five years after the entry of this Final Judgment to furnish to each licensee under Section XI of this Final Judgment making written application therefor the technical information enumerated in paragraph (b) of this Section XIV, with respect to, and for use in the manufacture in the United States of:

(1) the IBM tabulating machines listed in Appendix A of this Final Judgment;

(2) tabulating cards; or

(3) tabulating card machinery

manufactured by or to the order of IBM and used commercially at any time during the five years immediately preceding the date of the entry of this Final Judgment. IBM may make reasonable and nondiscriminatory charges for furnishing such technical information pursuant to paragraphs (b) and (c) of this Section XIV which shall not exceed the costs to IBM of furnishing it.

(b) The technical information to be furnished pursuant to paragraph (a) of this Section XIV shall consist of copies of the most current document (including, but not limited to , schematic and detailed working drawings, specifications of materials, prescribed production methods, and assembly drawings) employed by IBM prior to the date of the entry of this Final Judgment in the manufacture and assembly of such tabulating machines, tabulating cards, or tabulating card machinery, but shall not include information relating to typewriters or machines and devices for controlling, measuring or recording time, tolls or production.

(c) In the event that any applicant represents to IBM in writing that the technical information furnished by IBM is inadequate to enable him satisfactorily to manufacture or assemble the standard tabulating machines, tabulating cards, or tabulating card machinery covered thereby, IBM shall supply such applicant such further explanation of the information supplied as may be reasonably necessary for that purpose.

XV

(a) IBM is hereby enjoined and restrained from entering into, adhering to, maintaining, or furthering, directly or indirectly and whether inside or outside the United States, any contract, agreement, understanding, plan or program with any person engaged in the manufacture, sale, distribution or repair and maintenance of tabulating cards, tabulating card machinery, tabulating machines or systems, or electronic data processing machines or systems to:

(1) divide sales or manufacturing territories;

(2) allocate markets among manufacturers; or

(3) limit, restrain, or prevent the import into, or export from, the United States, its territories and possessions, of tabulating cards, tabulating card machinery, tabulating machines or systems, or electronic data processing machines or systems.

(b) IBM is hereby enjoined and restrained from conditioning the sale or lease of any standard tabulating or electronic data processing machine (which shall include any machine unit on a separate base even if in normal use it is mechanically or electrically connected with another such machine unit) upon the purchase or lease of any other standard tabulating or electronic data processing machine.

XVI

(a) IBM is ordered and directed (1) within 90 days after the entry of this Final Judgment (A) to furnish a true and complete copy of this Final Judgment to each of its officers, directors and employees at the policy level, its engineering personnel, its employees engaged in selling tabulating machines, tabulating cards and electronic data processing machines, its patent licensees and all its present lessees, and (B) to notify all its lessees that their leases shall be deemed to have been modified to the extent, if any, necessary to conform to the provisions of this Final Judgment, and within 15 days thereafter to file with the Clerk of this Court its affidavit affirming that IBM has complied with the foregoing terms of this paragraph (a) of Section XVI; and (2) at any time within ten years after the entry of this Final Judgment to furnish to anyone, upon written request, a copy of Schedule A.

(b) IBM is ordered and directed, on or before March 31 of each of the first ten years following the year in which IBM first offers machines for sale pursuant to Section IV of this Final Judgment, to furnish to the Attorney General, for the proceeding calendar year:

(1) a statement showing the sales and lease prices effective during such year, for each type of IBM standard tabulating and electronic data processing machines;

(2) a statement showing the number and the agreement point values of each class of standard tabulating and electronic data processing machines sold by IBM in the United States pursuant to Section IV (b) (2) and V of this Final Judgment, less the total point values of such machines reacquired by IBM, during such year;

(3) a statement showing the number and the aggregate point values of each class standard tabulating and electronic data processing machines owned by IBM and placed in use by customers in the United States, less the total point values of such machines owned by and returned to IBM, during such year;

(4) a statement showing the number and the aggregate point values of each class of tabulating and electronic data processing machines sold by IBM during such year pursuant to Section IV (b) (1) of this Final Judgment; and

(5) a statement showing the number of tabulating machines acquired by IBM pursuant to paragraph (a) of Section V of this Final Judgment and in respect of each such machine resold to a dealer in second-hand business machines pursuant to paragraph (b) of Section V, its type, age, resale price and the price of a new machine of the same type.

XVII

For the purpose of securing compliance with this Final Judgment, duly authorized representatives of the Department of Justice shall upon request of the Attorney General or the Assistant Attorney General in charge of the Antitrust Division and on reasonable notice to IBM made to its principal office be permitted, subject to any legally recognized claim of privilege approved by this Court, (a) access during the office hours of IBM to all books, ledgers, accounts, correspondence, memoranda and other records and documents in the possession, custody, or control of IBM relating to any matters contained in this Final Judgment, and (b) subject to the reasonable convenience of IBM but without restraint or interference from it, to interview officers, directors, agents, or employees of IBM, who may have counsel present, regarding any such matters. For the purpose of securing compliance with this Final Judgment, IBM upon the written

request of the Attorney General, or Assistant Attorney General in charge of the Antitrust Division, and upon reasonable notice to its principal office, shall submit such written reports with respect to any of the matters contained in this Final Judgment as from time to time may be necessary for the purpose of enforcement of this Final Judgment.

XVIII

Information obtained by the means provided in Sections XVI and XVII of this Final Judgment shall not be divulged by any representative of the Department of Justice to any person other than a duly authorized representative of such Department, except in the course of legal proceedings to which the United States is a party for the purpose of securing compliance with this Final Judgment or as otherwise required by law.

XIX

Jurisdiction is retained for the purpose of enabling either of the parties to this Final Judgment to apply to this Court any time for such further orders and directions as may be necessary or appropriate for the construction or carrying out of this Final Judgment, for the modification or termination of any of the provisions contained herein and for the enforcement of compliance therewith and the punishment of the violation of any of the provisions contained herein.

XX

The provisions of this Final Judgment shall not be deemed to have any effect on the judgments entered in this Court on December 26, 1935, and January 29, 1936, in *United States v. International Business Machines Corporation, et al.*

Dated: January 25th, 1956

David N. Edelstein
United States District Judge

We consent to the making and entry of the foregoing Final Judgment:

For the Plaintiff:

Stanley N. Barnes
Assistant Attorney General

Marcus A. Hollabaugh Harry G. Sklarsky Mary Gardiner Jones Daniel Reich

Richard B. O'Donnell Harry N. Burgess Samuel B. Prezis

William D. Kilgore Jr. Baddia J. Rashid Bernard Wehrmann
Attorneys

For the Defendant:

Cravath, Swaine & Moore Davies, Hardy & Schenck
by George B. Turner by John W. Burke, Jr.,
a member of the above firm;

and

Bruce Bromley
members of the above firm;
Edward Q. Carr, Jr.

Patterson, Belknap & Webb Cooper, Dunham, Keith & Dearborn
by John N. Irwin, II by Drury W. Cooper, Jr.,
a member of the above firm; a member of the above firm.

נספח ע/4

”אפל תאפשר למשתמשים לתקן את

האייפון שלהם בעצמם” גלובס

(18.11.2021)

אפל תאפשר למשתמשים לתקן את האייפון שלהם בעצמם

גם אפל נכנעה ללחץ הצרכני ברחבי העולם על "הזכות לתקן לבד" • כבר משנה הבאה החברה תאפשר למשתמשים בארה"ב להחליף בעצמם מסכים שבורים, סוללות ורכיבי מצלמה מקולקלים באיפון 12 ו-13 • האפשרות תתרחב בהמשך גם למדינות נוספות



18.11.2021 שירות גלובס



אייפון. אפל תאפשר למשתמשים בארה"ב לתקן בעצמם את המכשירים / צילום: Shutterstock

oatawa

+א -א

אפל מתכננת לאפשר ללקוחות שלה לתקן בעצמם את המכשירים התקולים שברשותם. זאת על רקע הלחץ הגובר עליה להקל את ההגבלות שהיא מציבה על תיקון מוצרים - גם מצד הרגולטורים ובעיקר מצד הצרכנים.

אתמול (ד') הודיעה החברה על תוכנה חדשה, שדרכה אפשר יהיה לרכוש חלקי חילוף למוצרי אפל החל מתחילת שנה הבאה. התוכנה, המכונה "Self Service Repair", תאפשר למשתמשים לתקן מכשירים מקולקלים באמצעות מדריך תיקונים שאפל תעלה לאתר שלה.



העצמי תהיה זמינה רק לאייפון 12 ו-13 ורק בארצות הברית, ולאחר מכן תתרחב גם למשתמשי הדגם החדש של ה-MAC ולמדינות נוספות.

עוד בנושא הייטק ומדע

- כמה משלמות חברות הייטק ישראליות לעובדים בארה"ב
- מיזם הנרגילות שהגיע לשווי של 15 מיליארד ד' ואז נקלע לקשיים
- החזון, הצוות והערכים: כך עובד מדור ההייטק המתחדש של גלובס
- מקודם** כשטכנולוגיות המים חדשניות, הדרך לפיתוח בר קיימא מתממשת

הצעד של אפל נובע מהלחץ שמגיע מכיוון המשתמשים ומחננויות האלקטרוניקה הפרטיות, שדורשות מיצרני אלקטרוניקה - החל בחלקים לטרקטורים, דרך ציוד לבתי חולים ועד האיפון - להקל את ההגבלות על תיקון המכשירים באופן עצמאי. חברות שונות, ביניהן אפל, ספגו ביקורת על כך שהשתמשו בטקטיקות עסקיות המקשות על תיקון עצמי וכך למעשה מאלצות את הלקוחות לתקן את המכשירים רק בחנויות הבלעדיות שלה.

את המחירים של חלקי החילוף אפל תפרסם רק עם ההשקה הרשמית בשנה הבאה, אבל החברה הודיעה כי המחירים למשתמשים פרטיים לא יעלו על מחירי השוק לספקים

המורשים.

by **Taboola**

מרחבי הרשת



ממומן
מחסני אוורסט עמידים
למזג אוויר קיצוני



ממומן
מכונות הכביסה
והמייבשים של סימנס -
הדגמים ...



ממומן
בדקנו: האם כדאי
להזמין חופשה בארץ
ברגע האח...



ממומן
דירת יוקרה בכנרת החל
מ- 1,355,000 ש"ח

מידע נוסף

Ace

לרכישה

LastPrice

קראו עוד

Yala

מגזין השקעות Real-Invest
ונדל"ן

אחד התומכים הגדולים ב"זכות לתקן לבד" הוא המייסד-שותף של אפל, סטיב וזניאק, שמופך מוקדם יותר הושגה כי אפל לא הוסיפה ליישם את הוויג'ל במחיר



נספח ע/5

**פרוטוקול ישיבה מס' 563 של ועדת
הכלכלה, הכנסת ה-16 (13.12.2005)**

נוסח לא מתוקן

הכנסת השש-עשרה
מושב רביעי

**פרוטוקול מס' 563
מישיבת ועדת הכלכלה
יום שלישי, י"ב כסלו, תשס"ו (13/12/2005), שעה 11:30**

סדר היום : תקנות הגנת הצרכן (אחריות ומתן שירות לטובין), התשס"ג-2003

נכחו :

חברי הוועדה :

אמנון כהן – היו"ר

מוזמנים :

עו"ד תמר פינקוס, התובעת הראשית, משרד התעשיה, המסחר והתעסוקה
עו"ד אורית שרפי, לשכה משפטית, משרד התעשיה המסחר והתעסוקה
יצחק קמחי, משרד התעשיה, המסחר והתעשיה
עו"ד נועה גבע, לשכה משפטית, משרד התקשורת
מאיר בן בסט, מנהל תחום הפיקוח על השירות לצרכן, משרד התקשורת
עו"ד זאב פרידמן, המועצה הישראלית לצרכנות
עו"ד ירון לוינסון, רשות ההסתדרות לצרכנות
אריה אינדיצקי, מנכ"ל הדר סוכנויות ואיגוד לשכות המסחר
עו"ד מתן מרידור, רשתות השיווק ואיגוד לשכות המסחר
מיכל פרג, מנהלת תחום, איגוד לשכות המסחר
עינת ברכה, מנהלת אגף משפטי, איגוד לשכות המסחר
נמרוד הגלילי, מנהל אגף בלשכת המסחר, איגוד לשכות המסחר
ראובן קמחי, מנהל תמיכת מותג, קריסטל מוצרי חשמל
יעקב גורמן, מנהל שרות ארצי, ראלקו סוכנויות בע"מ
אברהם בירנבאום, יו"ר ארגוני הסוחרים
עו"ד מאיה שגב, לשכה משפטית, חברת פלאפון
עו"ד דנה אלבוגן, יועמ"ש, סלקום

ייעוץ משפטי : אתי בנדלר

מנהלת הוועדה : לאה ורון

רשמת פרוטוקולים : אתי אפלבוים

תקנות הגנת הצרכן (אחריות ומתן שירות לטובין), התשס"ג-2003**היו"ר אמנון כהן:**

שלום לכולם. אני פותח את הדיון של ועדת הכלכלה. הנושא: הגנת הצרכן (אחריות ומתן שירות לטובין), התשס"ג-2003. עודכנתי על ידי מנהלת הוועדה שהוועדה כבר דנה בתקנות האלה ושלחה את המשרדים לשבת עם הגופים העסקיים כדי להגיע להבנות. הבנתי שהגיעו להבנות - - -

אברהם בירנבאום:

איתנו הסוחרים לא ישבו ולא הזמינו.

היו"ר אמנון כהן:

הנושא חשוב. רצינו שיגיעו להידברות. כמובן שאי אפשר לרצות את כולם. יכול להיות שישבו עם חלק מסוים ועם חלק לא. בואו נשמע ונצטרך להחליט. כנבחרתי ציבור אנחנו בודקים שהתקנות יהיו מאוזנות לטובת הצרכן מחד, ומצד שני, שלא תהיה פגיעה אנושה ביצרנים או ביבואנים ובסוחרים.

משרד התמי"ת תציג את התקנות. אנחנו ניתן לכל אחד רשות דיבור ונקבל החלטה לכאן ולכאן. לפני כן, אבקש לומר לנו, בגדול, מה הולכות להסדיר התקנות האלה ובאלה תחומים?

יצחק קמחי:

לדעתי תקנות הגנת הצרכן ואחריות ושירות יחוללו מהפכה במסגרת השירות לצרכן. אנחנו נתקלים חדשות לבקרים בטענות שלעיתים תעודות האחריות שמקבלים הצרכנים, לא שוות את הנייר עליהן הן כתובות. התקנות באו להסדיר את הנושא ולחייב מתן תעודות אחריות לגבי מגוון גדול של מוצרי חשמל, אלקטרוניקה, מוצרים מכאניים וריהוט.

היו"ר אמנון כהן:

למה רק המוצרים האלה?

יצחק קמחי:

הטובין שכלולים כרגע הם: מוצרי חשמל, אלקטרוניקה, גז לרבות מנגנונים מיכניים בריהוט. כל מה שאלקטרוני וחשמלי נכנס פנימה.

אתי בנדלר:

מנגנון מכאני וחשמלי בריהוט לדעתי זה מאוד מצומצם. אם מישהו קונה ריהוט יקר ערך, ספת עור, ומסתבר אחרי כמה זמן שהעור נשחק, האם זה לא צריך להיכלל. האם לא צריך להגדיל את התכולה?

יצחק קמחי:

שאלו אותנו למה אין אחריות על בגדים או על שחיקה של בד. ישנם דברים שהם תלויי שימוש לחלוטין ואנחנו לא יכולים לדעת. כמובן שהמוצר צריך לעמוד בסטנדרטים של איכות, אבל אם מישהו התגרד כל היום על הספה וקרע אותה, קשה לומר שהספה לא תקינה.

אני מדבר על מוצרים חדשים שצריכים כמובן לעמוד במטרה לשמה אנשים קנו אותם.

נספח ע/6

**אמיתי זיו "הסכום המדהים שחסכה לנו
רפורמת הסלולר – והאם המחירים יעלו
בקרוב" TheMarker (09.05.2016)**

הסכום המדהים שחסכה לנו רפורמת הסלולר - והאם המחירים יעלו בקרוב

במאי 2012 התחילו לפעול גולן טלקום ו-HOT מובייל, שהתחייבו לשבור את שוק הסלולר ואכן עשו זאת ■ ההישג הגדול ביותר של רפורמת הסלולר הוא הרווח לצרכן ולמשק שנובע מהגברת התחרות, שאף גלשה לענפים אחרים כמו הטלוויזיה

ארבע שנים חלפו מאז הכרתה של גולן טלקום על כניסה לשוק הסלולר הישראלי, כחברה שבאה לשבור את הכלים. התקופה הנוכחית, שבה גולן טלקום נאבקת על הישרדותה, היא רגע שמגביר את הספקות ביחס למאזן ההצלחות והכישלונות של רפורמת הסלולר.

ב-14 במאי 2012, גולן טלקום יצאה לדרך עם חבילת סלולר, ללא הגבלה, ללא אטיות קטנות, במחיר של 99 שקל - מחיר שאז נחשב לא רק אטרקטיבי, אלא שובר שוק. באותו יום, צריך להזכיר, נכנסה לשוק עוד חברת סלולר חדשה - HOT מובייל, עם הצעה של 89 שקל לחבילת סלולר, ללא הגבלה.

• גולן אינו נוכל

מאז חלק מחברות הסלולר עברו לדווח על הפסדים, היקף ההשקעות ברשתות הסלולר ירד באופן ניכר, ואותה מחוללת תחרות - גולן טלקום - רוצה לצאת מהשוק. אז מה צפוי עכשיו? יש המון רעש במערכת סביב עתידה של גולן טלקום. לא ברור אם היא בכלל תישאר בשוק, ואם כן באיזה מודל. ואולם, אם מנקים את הרעש, די ברור שאנחנו לקראת עליית מחירים מתונה בשוק הסלולר.

בכל תרחיש לעתידה של גולן טלקום, צריך לקחת בחשבון כי הסכם האירוח שלה על רשת סלקום התייקר בתחילת 2016. כדי להיות רווחית, גולן חייבת להעלות תעריפים, ובתור הסמן השמאלי של השוק, עליית מחירים שלה תוביל לעליית מחירים גם אצל כל המתחרות. עם זאת, מדובר בעליית מחירים מתונה בלבד, מכיוון שמבנה השוק נשאר מרובה שחקנים ותחרותי.

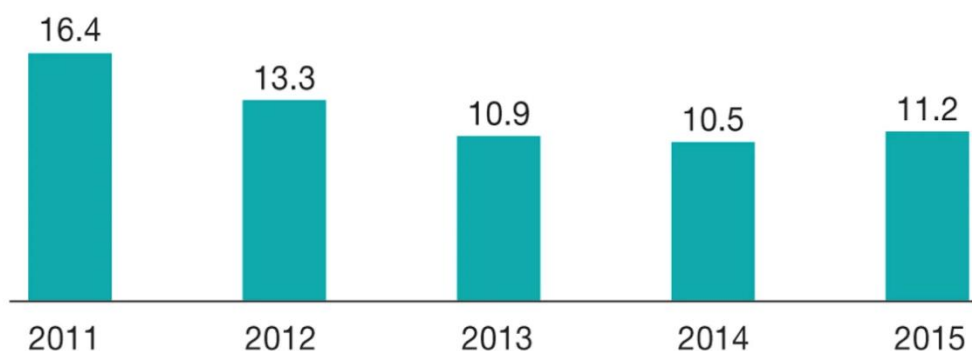
בסיכום כולל לארבע השנים של רפורמת הסלולר: מה הרווחנו, מה הפסדנו ולאן יילך שוק התקשורת?

מכים על חטא

ההישג הגדול ביותר של רפורמת הסלולר הוא הרווח לצרכן ולמשק. לפי בדיקה שערך משרד האוצר לפני כמה שבועות, שלא כללה את הנתונים ל-2015, "הצלחת הרפורמה הביאה לחיסכון משקי מצטבר של 17.5 מיליארד שקל".

התאוששות קלה?

ההכנסות בענף הסלולר, במיליארדי שקלים*



*נתוני משרד התקשורת של חמש המפעילות הגדולות, כולל מכר מכשירים, לא כולל מפעילות וירטואליות והכנסות של ספקיות האינטרנט וטלוויזיה

TheMarker

בתגובה לבקשת TheMarker לנתוני הכנסות עדכניים, מסרו ממשרד התקשורת כי "ההכנסות של חמש חברות הסלולר (ללא מפעילי מפעילים וירטואליים) ב-2015 עמדו על כ-11.2 מיליארד שקל. הנתון כולל הכנסות משירותי סלולר בלבד (ללא טלוויזיה, ספקיות האינטרנט, טלפון קווי וכדומה) וכולל הכנסות מציווד קצה".

ואולם משרד התקשורת אוסף מהחברות מידע ששונה מעט מההכנסות המדווחת בדו"חות חברות התקשורת. לפיכך, החיסכון המצרפי לצרכנים בארבע שנות הרפורמה היה 19.7 מיליארד שקל. חשבונית ממוצעת ירדה מ-145 שקל בחודש ב-2010 לכ-65 שקל כיום.

עוד עולה מהבדיקה של משרד האוצר כי ב-2015 הכנסות ענף הסלולר היו גבוהות יותר מ-2014, אז הן היו 10.5 מיליארד שקל - זה נתון די מפתיע. מקור ההתאוששות, כנראה, הוא העלייה במכירות של ציווד הקצה (סמארטפונים).

הכסף שנחסך כתוצאה מהרפורמה בסלולר נהפך להכנסה פנויה של האזרח, וכנראה זרם לשווקים אחרים כמו קוטג', חיסקון, או כל הוצאה אחרת, כך שהמשק כולו הרוויח משחרור מוקד של חוסר תחרות. אבל זה לא רק הכסף: אופי שוק הסלולר השתנה מקצה לקצה.

אחד ההישגים הגדולים של גולן סלקום ו-HOT מובייל היה ביצירת חבילות ללא הגבלה, פשוטות להבנה, ברורות וניתנות להשוואה. הפרקטיקה הזאת גררה גם את שלוש החברות הגדולות, וכיום זהו הסטנדרט בשוק הסלולר, והוא כנראה יישאר אתנו עוד כמה שנים קדימה. כיום קשה לדמיין שרק עד לפני כמה שנים חברות הסלולר בילבלו אותנו עם תוכניות רבות, כל אחת יותר מסובכת מהשנייה (בכוונה תחילה כמובן). גם האפליה בין לקוח עסקי ללקוח פרטי, שהגיעה לפער של עד פי שניים במחיר ללקוח הפרטי, נעלמה עם כניסת התחרות. שוק הסלולר נהפך להגון יותר בזכות התחרות, וגם בחברות עצמן נהוג להכות כיום על חטא על ימי "החזירות".

עוד הישג של רפורמת הסלולר הוא התייעלות החברות. זה היה תהליך כואב, שבו נפלטו מהחברות אלפי עובדים (בפרטנר לבדה כ-6,500), אך לא היתה ברירה. לאורך ימי האי־תחרות הצטברו בחברות הסלולר הוצאות מיותרות אדירות, תקורות ועלויות ישירות, והחברות נזקקו לדיאטה. גולן אף אילץ את חברות הסלולר לצאת מאזור הנוחות שלהן ולחפש מנועי צמיחה חדשים. הדוגמה הכי מובהקת היא הכניסה של סלקום לתחרות בשוק הטלוויזיה הרב־ערוצית, עם השקת סלקום TV בדצמבר 2014. זה לא היה קורה בלי הלחץ בענף הסלולר, כך שהרווחנו תחרות גדולה יותר גם בענפים אחרים בזכות הרפורמה בסלולר.

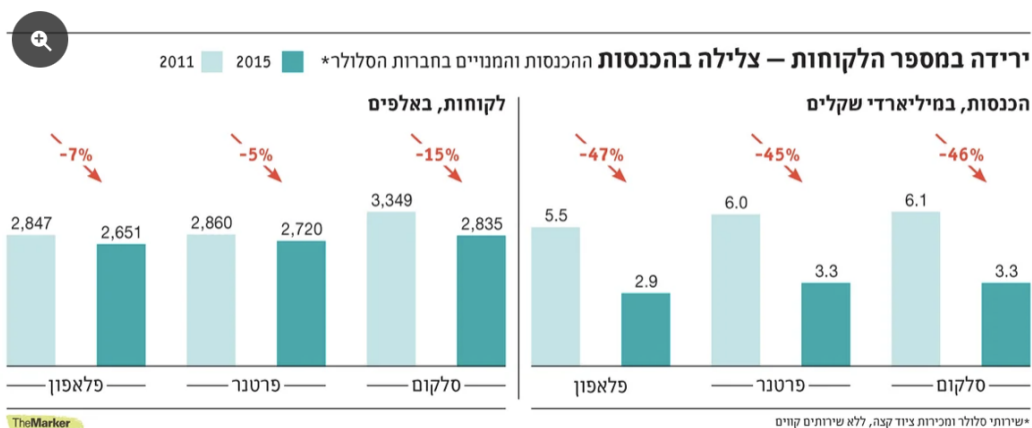
הדיון בהיקף השקעות חברות הסלולר הוא יותר מורכב ופחות חד־משמעי. בשנים הראשונות לרפורמה, התחרות דירבנה את החברות דווקא להגדיל השקעות. היקף ההשקעות ביחס למחזור ההכנסות דווקא גדל ולא קטן, וב-2014 הגיע לשיא של 13% בממוצע. ואולם ב-2015 פשוט נגמר הכסף — והחברות עצרו השקעות.

אף ש-2015 היתה אמורה להיות שנת ההשקעה ברשת דור רביעי, בסלקום ובפרטנר ההשקעות בפועל היו 9.5%-ו-8.5% מהמחזור, ושתי החברות הקטינו את היקף ההשקעות שלהן ביחס לשנה הקודמת ב-19% וב-17% (בהתאמה). אלה נתונים מדאיגים, שכן בעוד מפעילות ראשונות בעולם כבר מתחילות בניסויים בטכנולוגיית דור 5, בישראל עדיין לא הסתיימה הפרישה של רשתות הדור הרביעי.

רפורמת הסלולר של כחלון זוהרת ככוכב בודד בשמיים: עד היום היא מהווה דוגמה לכך שאם הממשלה באמת רוצה, היא יכולה לעשות ולשנות לטובת הצרכנים. את הלקח מרפורמת הסלולר היה ניתן לשכפל לשווקים לא תחרותיים אחרים ובהם הבנקאות, המזון, הדיור, וכל ענף בעייתי אחר, אבל זה לא קרה עד כה.

פרטנר תנסה לסגור את 012 מובייל

חברות הסלולר הוותיקות לא היו ערוכות לרפורמת הסלולר. ביום כניסת גולן ו-HOT מובייל לשוק הן הציעו לצרכנים חבילות שימור ב-199 שקל לחודש - והנטישה היתה המונית. מרגע כניסת התחרות, כל אחת מהן נערכה בצורה מעט שונה, עם אסטרטגיה מעט שונה.



כחודש לאחר כניסת החברות החדשות, פרטנר הקימה מותג משנה מוזל בשם 012 מובייל. האסטרטגיה היתה מחד לשמור על מותג אחד פרימיים: אורנג', שבו יהיו לקוחות שמוכנים לשלם יותר בעבור שירות; ומאידך לשמר את הלקוחות הרגישים למחיר במותג המשנה המוזל.

במבט לאחור, קשה לומר שמדובר באסטרטגיה שהצליחה לעצור נטישה או למנוע ירידת הכנסה ממוצעת ממשתמש (ARPU) ביחס למתחרות. למעשה, 012 מובייל נהפכה לחברה גדולה, אולי גדולה מדי מבחינת פרטנר – עם חשש לקניבליזם. אמנם אין לנו מספרים מדויקים, אבל ככל הנראה, בפעילות המשנה של פרטנר יש כ-400 אלף לקוחות. תחת המנכ"ל הנוכחי, איציק בנבנישתי, ההחלטה היא להחזיק את מותג המשנה בינתיים, אבל רק כל עוד יש בו צורך.

בעתיד, פרטנר תנסה להרוג את 012 מובייל (וגם את המותג הקווי 012 סמייל) ולחזק את המותג החדש – פרטנר (במקום אורנג'). החברה מספקת כיום את הרשת הסלולרית הטובה בשוק לפי מדדים שונים, ומצטיינת במדדי שירות לקוחות. את הערך הזה החברה תנסה להמיר בפרמיה בתשלום הלקוח. הניסיון של בנבנישתי מבזק בינלאומי מוכיח כי ניתן לקחת פרמיה מהלקוח אם החברה מציעה מוצר איכותי יותר.

פלאפון בחרה, עוד מראשית התחרות באסטרטגיה של שיתופי פעולה. היא היתה החברה הראשונה שהכניסה לרשת שלה מפעילות וירטואלית, ואחר כך חתמה על הסכם אירוח עם HOT מובייל. אלה היו החלטות נכונות מצד פלאפון, שעזרו לה לצלוח את השנתיים הראשונות, עד שבאה פרטנר וחטפה לה את הסכם האירוח עם HOT מובייל (בנובמבר 2013). גם כיום, האסטרטגיה של פלאפון היא לעבוד באמצעות משווקים חיצוניים, והחברה פועלת באמצעות מותגי משנה חיצוניים כמו וואלה מובייל, היימובייל ובקרוב גם Bug. החברות האלה משווקות את פלאפון בזול – החל ב-29 שקל לחודש.

נראה כי בפלאפון מוכנים להקריב קצת את הרווחיות לטובת נתח שוק. בעל הבית, שאול אלוביץ', רגיש מאוד לסוגיה, והוא מוכן לשלם גם ברווחיות החברה, שכן היא ממילא אינה מכונת המזומנים שלו כרגע במסגרת קבוצת בזק. או כפי שניסח זאת מתחרה: "לאלוביץ' לא באמת משנה אם פלאפון תדווח על EBITDA (רווח לפני ריבית, מסים, פחת והפחתות; א"ז) של 500 מיליון שקל או 200 מיליון שקל, אם זה יפגע במתחרות וימנע מהן להיכנס לשווקים אחרים".

באחרונה פלאפון בחרה בצעד אסטרטגי של שיווק מכשירים ממותגים משלה, ג'יני (Gini) – מכשיר עם שולי רווח גבוהים לחברה, שנמכר עם שורה של מוצרי ערך מוסף ללקוח. השקת ג'יני נחשבת מוצלחת בחברה, והיא תורחב עם עוד מוצרים.

במגזר העסקי פלאפון השיקה ליין של פתרונות ענן, בעיקר ללקוחות קטנים ובינוניים. באירוע השקת ג'יני חשף מנכ"ל פלאפון, רן גוראון, את האסטרטגיה לנסות להתרחק מזירת המחיר: "המחיר ימשיך ללוות אותנו בשוק הסלולר, אבל השלב הבא של השוק הוא לתת יותר ויותר ערך, כמו חמש שנות אחריות, יותר מהירות גלישה, וכעת אנחנו משיקים מותג סמארטפונים פרטי ראשון בישראל".

ההכנסות נחתכו בחצי

סלקום בחרה באסטרטגיה אחרת. כשניר שטרן, המנכ"ל, נכנס לחברה בתחילת 2012, היתה מונחת לו על השולחן כבר תוכנית להפעיל מותג משנה מוזל בשם Basic. עמוס שפירא, קודמו של שטרן, הכין את התוכנית והאמין בה. היה לו ניסיון טוב בהחזקת כמה מותגים של חיתולים ונייר טואלט מימיו בחוגלה. שטרן לא האמין בזה, מכיוון שמותג נוסף עולה כסף, צריך תקציב פרסום נוסף, ערוצי הפצה נוספים, מנגנון עמלות אחר למשווקים ועוד. הוא הרג את התוכנית.

סלקום בחרה להתמקד באסטרטגיה של מותג אחד וקבוצת תקשורת. היא השיקה בהתחלה חבילות המשלבות טלפון קווי, ולבסוף, אחרי כמה וכמה דחיות, גם מוצר טלוויזיה וחבילת טריפל ב-149 שקל. בסלקום מרוצים מההשקה, ובזכות הטלוויזיה סלקום היא המגייסת הגדולה ביותר גם באינטרנט הקווי במסגרת הרפורמה בפס הרחב. עם זאת, יש לציין כי מוצר הטלוויזיה עדיין אינו רווחי בפני עצמו.

קשה לומר מי מהחברות בחרה באסטרטגיה טובה יותר. אלה חברות שונות כיום. כך, למשל, פלאפון היא חברת סלולר נטו, ואילו סלקום היא קבוצת תקשורת. אם מסתכלים על תוצאות מגזר הסלולר בלבד, התוצאות מאוד דומות: הכנסות חברות הסלולר נחתכו בחצי כמעט מאז 2011, עם ירידה כמעט זהה בהכנסות של 45%-47% בכל החברות. סלקום איבדה הכי הרבה מנויים, כ-15% מבסיס הלקוחות שלה, אבל חובם כנראה ללקוחות כרטיסי חיוג.

ב-2015, לראשונה, חברות הסלולר התחילו לרשום הפסדים — פרטנר ו-HOT מובייל בשנה כולה וסלקום ברבעון האחרון (במזגר הסלולר בלבד). מה הלאה? בחברות הסלולר עוד לא רואים את האור בקצה המנהרה. מנכ"ל באחת מהחברות אמר: "יש תעשיות בישראל, כמו תעשיית התעופה או הברודקאסטרס בטלוויזיה, שהבינו שממוצר הליבה הן לא ירוויחו אף פעם, והן צריכות למצוא דרכים חדשות לשרוד". חברות התעופה למשל, נהפכו להיות חברות תיירות. חברות הסלולר בישראל מצליחות לשרוד הרבה בזכות מכירת מכשירים, וכנראה שבשנים הקרובות הן יציעו עוד שירותי ערך מוסף שיצליחו לחפות על החולשה במוצר הליבה.

מנגד, לחברות הסלולר יש "מזל". לפרטנר היה מזל גדול עם התקרית האנטישמית של מנכ"ל אורנג' העולמית, שהיתה שווה לה 90 מיליון יורו. פרטנר נהנית גם מהסכם שיתוף רשת עם HOT מובייל, שכבר יצא לדרך ויחסוך לה הוצאות. לסלקום יש נכס בערבון מוגבל — גולן טלקום, שצברה כלפיה חוב אדיר של כ-600 מיליון שקל. גם אם סלקום לא תצליח לחלץ את כל הסכום, היא נושה ראשונה לחברה, וזה יהיה שווה לה משהו — או כסף, או לקוחות של גולן טלקום אם גולן תצא מהשוק. בכיר בשוק העריך

ששלוש החברות הגדולות ערוכות לצלוח את 2016, וכנראה גם את 2017, בתנאים הנוכחיים.