

בג"ץ 8593/20

בג"ץ 7932/20

בג"ץ 9001/20

**בבית המשפט המבוים בהרצליה**

**בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק**

**1. אמון הציבור (חל"צ)**

ע"י ב"כ טל אלמקיס

מרח' האוניברסיטה 8, הרצליה, 4610101

טל': 09-9527272

(להלן: "העותרת 1")

**2. עמותת "אדם טבע ודין" (ע"ר)**

ע"י ב"כ סמדר פרידמן

מרח' האוניברסיטה 8, הרצליה, 4610101

טל': 09-9527272

(להלן: "העותרת 2")

**3. עמותת "התאגדות העסקים הקטנים בישראל"**

ע"י ב"כ עמית מולכו

מרח' האוניברסיטה 8, הרצליה, 4610101

טל': 09-9527272

(להלן: "העותרת 3")

- נגד -

**1. שר הכלכלה והתעשייה**

ע"י ב"כ עמית און ועדי זהריה

מרח' בנק ישראל 5, ירושלים

(להלן: "המשיב")

**2. התאחדות התעשיינים**

ע"י ב"כ איתמר ארבל

מרח' המרד 29, תל אביב-יפו

(להלן: "המשיבה")

## עיקרי כתב התשובה מטעם המשיבה

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד, מתכבדת המשיבה, התאחדות התעשיינים (להלן: "ההתאחדות"), להגיש בזאת את עיקרי כתב התשובה מטעמה. המשיבה סבורה כי יש לדחות את העתירות כולן, מקום בו הן תוקפות החלטה של שר המצויה עמוק בתוך מתחם שיקול הדעת המסור לו במסגרת תפקידו כנבחר ציבור. עיקרי כתב התשובה המובאים להלן, הם בבחינת "תמצית" החומר הכותב. ברי כי אין בעיקרי התשובה כדי למצות את הדיון, ויש לקראם בצוותא עם האסמכתאות המדוברות בכתב התשובה.



איתמר ארבל

ב"כ התאחדות התעשיינים

## **א. פתח דבר**

1. העותרות מבקשות כי בית משפט נכבד זה יתערב בשיקול הדעת המנהלי של שר הכלכלה, ויחייב את השר להתקין **תקנות נוספות** המרחיבות את החובה שכבר מוטלת היום על היצרנים לתיקון המוצרים, בנוסף לתקנות הקיימות כיום. זאת על אף ההלכה המושרשת לפיה בית המשפט אינו מתערב בנקל בהחלטה של רשות מנהלית, ועל אחת כמה וכמה בהחלטה של שר בממשלה, והעותרות לא הצביעו על חוסר סבירות **מהותי וקיצוני** שיש בו כדי להצדיק סטייה מהלכה ברורה זאת.
2. המשיבה תדגיש כי שר הכלכלה מילא את חובותיו המנהליות בקפידה, בהפעלת שיקול דעת תקין ובהליך מנהלי תקין, תוך איזון בין האינטרסים הרלוונטיים להחלטה. וכי לא ניתן לקבל את הטענה מרחיקת הלכת של העותרות כי השר הפר הבטחה שלטונית.
3. המשיבה סבורה כי החלטה כאמור נדרשת להיות למצער החלטה של השר בתקנות, וייתכן כי מקומה הראוי הוא אף בחקיקה ראשית של הכנסת.
4. המשיבה תטען כי הרחבת החובה לתקן במסגרת תקנות, תפגע לא רק בחופש העיסוק של התעשיינים, אלא גם בחופש העיסוק של בעלי המלאכה העצמאיים העוסקים בתיקון - אותם בעלי עניין שהעותרות 3, התאגדות העסקים הקטנים, מתיימרת להגן עליהם.
5. חיוב היצרנים לאפשר את תיקון המוצרים, באופן נרחב מהקיים כיום, באמצעות רגולציה ממשלתית יביא לכך שעלות התיקון תגולגל אל הצרכנים ותגולם בעליית מחירי המוצרים – באופן בו הצרכנים רק יפסידו מהרגולציה החדשה.
6. החובה לתקן **תעלה** את העלות הממוצעת של המוצרים לכלל הצרכנים בישראל, הן בעבור הצרכנים הנוקטים באמצעי זהירות עם מוצריהם והן בעבור אלו שלא. למעשה, החובה לתקן היא זאת שתפגע באוטונומיית הבחירה של הצרכן שכן היא מטילה עליו מעין תשלום "ביטוחי". וזאת על פני המצב הקיים היום, בו הצרכן יכול לבחור האם ברצונו לרכוש אחריות למוצר שלו או לאו.
7. החובה לתקן היא פגיעה בזכות הקניין של היצרנים. אותה זכות חוקתית על-חוקית הכוללת בתוכה את זכות היוצרים, הזכות למוניטין, וחופש להחליט כיצד ובאיזה אופן לשווק את מוצריהם. המשיבה תראה שבעוד החוק במתכונתו הקיימת, שומר על אותו איזון, התקנת תקנות המרחיבות את החובה לתקן דווקא תפר איזון זה ותביא לפגיעה לא מידתית בזכויות יסוד של היצרנים.
8. המשיבה סבורה כי ישנה חשיבות יתרה לכך שתיקון המוצרים יעשה רק על ידי אנשי מקצוע בעלי הידע והניסיון הנדרשים. היכולת העצמאית לתקן את המוצרים טומנת בתוכה סיכונים ממשיים לנזק שעלול להיגרם לצרכנים – בין היתר מבחינה בטיחותית, שכן לרוב, המוצרים כוללים רכיבים שבהיעדר ניסיון, יכולים לגרום להתחשמלות, התלקחות, פגיעת גוף מחומצה ועוד.
9. המשיבה תציג גם נתונים מחברות הטכנולוגיה, אלקטרוניקה ורכיבים המראים שהחדשנות - וקניית מוצרים חדשים במקום תיקון מוצרים ישנים - מביאה עמה אפשרויות יצירתיות להיטיב עם הסביבה, ולכן יש לדחות את טענותיה של עותרת 2, עמותת אדם טבע ודין, בקשר לפגיעה של התקנות הקיימות בסביבה.

## **ב. החלטת השר מצויה במתחם הסבירות**

10. יודגש כי סעיף 18א(א) לחוק הגנת הצרכן עליו מבססות העותרות את הטענות שלהן, קובע כי השר **רשאי** להתקין תקנות אשר עוסקות, בין היתר, בחובה לתקן. קרי, החובה של השר היא **להפעיל שיקול דעת**

אם להתקין תקנות אם לא, והחלטה שלא להתקין תקנות שהתקבלה לאחר שקילת השיקולים הרלוונטיים, בוודאי מצויה במתחם הסבירות.

11. ואכן, השר בחן האם ובאיזה אופן יש להפעיל את סמכותו זאת – למד את ההמלצות שבדו"ח מנכ"ל הרשות להגנת הצרכן, התייעץ עם צמרת משרדו ושמע את עמדת התאחדות התעשיינים וחברות מובילות במשק הישראלי. השר שקל את החשיבות שבשמירה על זכויותיהם של הצרכנים אל מול הזכויות האחרות שעלולות להיפגע כתוצאה מקידום החובה לתקן. רק לאחר בחינה מעמיקה זו ושקילת הדברים, השר החליט שאין לטעמו מקום לקדם את התקנת התקנות שמרחיבות את החובה לתקן.

12. לכן, ההחלטה שקיבל השר היא בוודאי סבירה ותקינה, ואין מקום שבית המשפט הנכבד יתערב בהחלטה ויחליף את שיקול דעתו של השר בשיקול דעתו שלו.

### **ג. הפרסום של השר ברשת הפייסבוק אינו מהווה הבטחה שלטונית**

13. כך, פרסום השר בדפי הפייסבוק אינו מהווה אמירה מחייבת של השר או מי מטעמו, וזאת בין היתר עקב אופיו הלקוני והכללי של הפרסום מעיד על היעדר כוונות מצד השר, ליצור תוקף משפטי לאמירתו (על העדרה של כוונה מחייבת באמירה פוליטית ראו: גבריאלה שלו "הסכמים גינטלמנים" משפטים, ל"ב, 3 (2002), עמ' 34).

14. היות השר "נבחר ציבור" אשר לו שיקול דעת, המעניק לו אפשרות לסטות מאמירותיו למען טובת הציבור. כך, גם אם יוכיחו העותרות כי הפרסום בפייסבוק הוא סוג של הבטחה פוליטית, תצביע ההתאחדות כי הבטחה שכזו אינה מחייבת את נבחרי הציבור (ראו למשל בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005), עמ' 785-786 כמו כן ראו: סלים ג'ובראן, גיא רוה "דיני התעמולה – עבר, הווה, עתיד", ספר יורם דנציגר 531, 549 (2019)).

### **ד. תקינות ההליך המנהלי - השר התייעץ עם הגורמים הרלוונטיים**

15. השר אינו מחויב להתייעץ עם כלל הגורמים הנוגעים לעניין, שכן שמיעת כלל הצדדים העלולים להיפגע, מטבע הדברים, תפגע באופן קשה בתפקודה התקין והיעיל של הרשות המנהלית, ותביא לבזבוז משאבים ניכר. לכן נקבע כי הרשות חייבת להתייעץ רק עם הגורמים הרלוונטיים, כפי שהשר עשה בענייננו.

16. כפי שצוין לעיל, המשיבה מאגדת בתוכה גם עסקים קטנים ומייצגת אף את האינטרסים שלהם, ולכן אין שוני רלוונטי המצדיק את זימון העותרת 3 להציג את עמדתה (ראו: ע"א 06/810 שיכון עובדים בע"מ נ' מנהל אגף המכס ומע"מ 878, פסקה 10 (2008), שם בנוסף, עמד בית המשפט על כך שלא קיימת זכות טיעון בהליכים של התקנת תקנות). השכל הבריא וההיגיון הישר מחייבים אותנו להסיק שהמשיבה הינה הגורם הרלוונטי, בעל הידע המקצועי, להיוועץ עמו. העותרת 3 לא הצליחה לעמוד על ייחודה לצורך קבלת זימון לשיבה. הדבר נכון לא פחות, אם לא יותר, על אי-התקנת תקנות, שכן אין הדבר משנה כלל את המצב הקיים.

### **ה. תשתית עובדתית איתנה ומוצקה**

17. העותרים רואים בדו"ח המנכ"ל כתשתית עובדתית מספקת לצורך האמירה בדף הפייסבוק שלטענתם מהווה החלטה מחייבת, וטוענים כי ההחלטה המאוחרת המבוססת על דו"ח המנכ"ל וגם על הליך ההיוועצות שקיים אינה מבוססת על תשתית עובדתית תקינה.

18. חוסר ההיגיון בטענת העותרים ברור. לא יכול להיות כי החלטת השר המאוחרת, אשר מבוססת על תשתית עובדתית משמעותית יותר מההחלטה המקודמת אינה תקינה, בשעה שההחלטה המוקדמת שפורסמה בדף הפייסבוק מהווה החלטה מבוססת עובדתית לטענת העותרים.

19. הגנה על זכויות הצרכנים תוך איזון אל מול זכויות היצרנים הינה השיקול המרכזי בשאלת קידום תקנות המכירות בחובה לתקן. כאמור, האינטרסים של הצרכן באו לידי ביטוי בדו"ח המנכ"ל, שהוא הגורם הבכיר ביותר לייצג את האינטרסים של הצרכנים, ואילו האינטרסים של היצרנים הוצגו לשר על ידי התאחדות התעשיינים בישיבת ההיוועצות שקיים עמה. משקיבל השר את הנתונים הרלוונטיים, הייתה בפניו תשתית עובדתית מספיקה וסבירה לצורך גיבוש החלטתו.

### ו. חובת הנמקה

20. בענייננו מדובר בהחלטה שלא להפעיל סמכות בעלת פועל תחיקתי, ולא להתקין את התקנות. החלטת השר משאירה את המצב הקיים על סדרו, ולכן קיים חוסר היגיון והשלכות מהותיות להחלטה כי יש לחייב רשות מנהלית לנמק את כל החלטותיה שלא להתקין תקנות. ברי כי לא ניתן להטיל על הרשות חובה שכזו, אשר משמעותה כי בכל פעם שבו החליטה שלא לבצע פעולה של התקנת תקנות יהיה עליה לנמק את החלטותיה ולהציג נימוקיה בפני מי שעלול להיפגע מהחלטה כאמור.

### ז. הטיעון החוקתי - האם תיתכן פגיעה בחוק יסוד: חופש העיסוק במחדל?

21. ציווי חובת "עשה" מפי בית המשפט אל עבר המחוקק, מתקיים במקרים חריגים ביותר המונעים את מינימום הקיום בכבוד (ראו: ברק מדינה "על "פגיעה" בזכות חוקתית ועל "תכלית ראויה" משפט ועסקים טו, תשע"ב, עמוד 307 (2012)).

22. על מנת להצדיק ביקורת שיפוטית על אי-חקיקת חוק הפוגע לכאורה בזכויות יסוד, נדרש להראות פגיעה של מינימום קיום בכבוד. המשיבה סבורה כי ענייננו רחוק שנות אור מהמקרים שלפי הפסיקה מצדיקים את התערבותו של בית המשפט במקרה של אי קידום חקיקה.

### ח. זכות הקניין של היצרנים

23. המשיבה תפנה את תשומת לבו של בית המשפט הנכבד לפגיעה נוספת בזכות חוקתית שהעותרות לא העלו בכתב עתירתן – פגיעה בזכות הקניין של היצרנים. זכות הקניין הינה זכות חוקתית על חוקית (סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו), תאגיד, כאישיות משפטית נפרדת, זכאי גם הוא להנות מזכות הקניין (ראו: בג"ץ 4593/05 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ראש הממשלה (2006), בעמ' 14-12).

24. סימן המסחר הוא המוניתין של היצרן, ומה שמאפשר לצרכן לזהות את מוצריו, מבין יצרנים אחרים. בקשת העותרות לחייב את היצרנים לאפשר תיקון עצמאי על ידי הצרכן, או מי מטעמו, למעשה שוללת מהיצרן את השליטה המוקנית לו על מוניתין סימן המסחר. שכן כעת, לכל צרכן, או למי מטעמו, תהיה האפשרות לעשות שינויים במוצר בחסות סימן המסחר של היצרן. כך נראה, שהרחבת החובה לתקן, פוגעת בקניין הרוחני של היצרן על ידי שימוש לא מבוקר בסימן המסחר של היצרנים.

25. כך גם תכלית דיני הפטנטים מתיירת ברובה בהרחבת החובה לתקן. הפטנט הוא אותה זכות משפטית המאפשרת לממציא לקבל הגנה משפטית על שימוש בלעדי בהמצאתו. חיוב היצרנים לאפשר שימוש במוצרים לכל החפץ בכך, מותירה את ההגנה המשפטית "ריקה מתוכן" וניתן לראות אותה כהטלת רישיון בכפייה על בעל הפטנט, וזאת משלא ניצל לרעה את המונופולין שיש לו על ההמצאה.

## ט. אוטונומיית הצרכן אל מול הפגיעה בזכות הקניין

26. המשיבה תציין שמטרת חוק הגנת הצרכן, הלוא היא להגן על הצרכן, פוגעת באוטונומיית הפרט באופן פוזיטיבי על ידי התערבות ממשלתית בין שני צדדי העסקה (ראו: אמנון להבי "על המרחב הציבורי של קניין פרטי" משפט וממשל ט, תשס"ו, עמוד 638 (2006)). משום כך, עצם בחינת הפגיעה באוטונומיה היא שאלת מידתיות.
27. חוק הגנת הצרכן הוא חוק שפוגע באוטונומיית הפרט, וזאת לשם המטרה של להגן עליו. החוק ממשיך את אותו קו, בכך שמחד גיסא, פוגע באוטונומיית הפרט בכך שלא נותן לצרכן לבחור היכן לתקן את מוצריו, אך מאידך גיסא, מגן עליו בכך שמחייב את היצרן במתן אחריות. עצם תפיסת הצרכן על ידי המחוקק כצד "חלש" הנעדר במידה מסוימת ביכולת הגנה על עצמו, היא מה שאפשר לחייב את היצרנים באותם סעיפי חוק אחרים של החוק. אם עותרת 1 טוענת לכך שהצרכן הינו צד "חזק" בעל יכולת אוטונומיה במידה גבוהה, אז אין הוא נדרש להגנת המחוקק.
28. המשיבה מבקשת להדגיש היבט נוסף של פגיעה באוטונומיית הפרט, שתתרחש ככל שיקודמו התקנות המרחיבות את החובה לתקן, והיא שחובה זו תחייב למעשה "ביטוח חובה" לכלל הצרכנים:
29. היצרן אינו יודע איזה מכשיר עלול להתקלקל בעקבות שימוש של איזה צרכן, אך הוא כן יודע שהקמת מערך תיקון ואספקת מוצרים חליפיים יגרמו לו להוצאות כלכליות משמעותיות. לכן, משיקולים כלכליים ברורים, היצרן יפזר את עלות התיקון בין כלל הצרכנים, באופן שיתגלגל בפועל למחיר המוצרים ויעלה את המחיר לכלל הצרכנים. דהיינו, היצרן יהפוך בלתי ברירה למעין מבטח המטיל "ביטוח חובה" על כלל הצרכנים. זאת אומרת, שמהצרכן נשללת יכולת הבחירה האם עלות אמצעי הזהירות, תקופת האחריות והביטוח למוצר משתלמים לדרכי פעולותיו, והבחירה נכפית עליו ומתבטאת במחיר גבוה יותר עבור כלל הצרכנים. ברי אפוא, שפעולה כזאת כשלעצמה פוגעת אנושות בחירות הבחירה של הצרכן ובפעילותו התקינה של המשק.

## י. חיוב היצרן בשמירה על חלקי חילוף

30. דרישת העותרים לספק חלקי חילוף ללא הגבלה בזמן והוראות לצרכנים לתקן בעצמם את הפגם, תיצור פגיעה לא מידתית ואף תפגע במטרת התיקון:
31. היצרן יחויב להחזיק מלאים של חלקי חילוף מקוריים, מכל הסוגים, ומכל הדגמים שנמכרו או ימכרו בעתיד לצרכנים. מצב זה יטיל על היצרן עלויות כספיות ישירות של החזקת מלאים של רכיבים מכל הסוגים שיצר היצרן.
32. בנוסף, יוטלו על היצרן עלויות בלתי ישירות כמו בניית מחסנים וגיוס כוח אדם לצורך שימור, החזקה של אותם מלאים ומתן שירות לצרכנים על פי דרישה.
33. דרישה זו מהיצרן היא לא מידתית. היא מטילה על היצרן עלויות משתנות, ובנוסף עלויות קבועות שילכו ויעלו עם השנים. בלתי סביר הוא כי תוטל על היצרן להחזיק מלאים רבים לדגמים שונים של המוצרים שהוא מייצר או ייצר בעבר, על מנת לספק חלק ספציפי בעלות אפסית, לצרכן.

## יא. החובה לתקן עלולה לגרום לנזק גוף לצרכנים

34. התקנת התקנות עלולה להביא למצב שבו הצרכן ייפגע כתוצאה מחשיפה לא מבוקרת לרכיבי המוצר שרכש, חשיפה שהיצרן מנע ממשבה על בטיחות הצרכן. כך לדוגמה, התעסקות עצמאית, ללא ניסיון מקדים בסוללת ליתיום הכלולה ברבים מהמוצרים הטכנולוגיים, לרבות רובם המוחלט של הטלפונים

הסלולריים, עלולה לגרום לפיצוץ והתלקחות (לסיכונים בהתעסקות עצמאית בסוללת ליתיום ראו: *What happens if a Lithium-Ion battery gets punctured in an accident?*, נספח \_\_) בהקשר זה יצוין כי בית המשפט פסק זה מכבר כי חובתו של היצרן למנוע בדרך סבירה כל סכנה העלולה להיגרם לצרכן (ראו: ע"א 7877/02 ג'וליס זיאד נ' חברת החשמל מזרח ירושלים בע"מ, פ"ד נח(2) 279 (2003), עמ' 286).

35. היצרנים, שהם בעלי הידע הרלוונטי אודות המוצרים שלהם, הם אלו אשר יכולים לתקן את המוצר התקול במינימום הסיכון האפשרי. משכך, ראוי להטיל על היצרנים אחריות בלעדית על תיקון המוצרים, כפי שנעשה כבר כיום.

### **יב. החובה לתקן תביא לעליית הזיהום הסביבתי**

36. הרחבת הפרקטיקה של תיקון מוצרים במקום החלפתם בחדשים תביא להארכת זמן חיי המוצרים הישנים ותמנע את החלפתם במוצרים מתקדמים וחסכוניים יותר – למשל שימוש במכוניות ישנות מזהמות על פני החלפתן במכוניות חשמליות, שימוש במקררים ישנים שצורכים אנרגיה רבה לעומת מקררים חדשים שחסכוניים יותר וכד'.

37. נוסף על כך, היצרנים יאלצו לאחסן כמויות גדולות של חלקי חילוף רבים מכל הגוונים והסוגים במחסני היצרנים. חלקי חילוף אלו, אשר לא יהיו כולם בשימוש, יביאו להצטברות של מלאים רבים של מוצרים חשמליים ללא דורש או צורך בחלוף הזמן. מוצרים אלו יוסיפו, מלבד עלויות גדולות על היצרנים, גם צורך להיפטר מחלקים אלו כאשר הם לא יהיו רלוונטיים יותר, ובכך יגדילו, ללא צורך, את הזיהום הסביבתי בישראל.

### **יג. סוף דבר**

38. משהעותרות לא הרימו את נטל הראייה להוכיח חוסר סבירות בהחלטת השר, ולבטח לא הוכיחו חוסר סבירות מהותי או קיצוני, אזי החלטת השר נהנית מחזקת התקינות. אשר על כן, מהטעמים שנקטו לעיל בהרחבה בתגובה זו, מתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את העתירות כולן על כל חלקיהן ולהותיר את שיקול הדעת בנושא לשר הכלכלה, ובכך לשמור על האיזון הקיים בין רשויות השלטון.



איתמר ארבל

**ב"כ התאחדות התעשיינים**

## רשימת מקורות

### התאחדות התעשיינים

#### חקיקת יסוד

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

#### חקיקה ראשית

3. חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981.
4. חוק הפרשנות, תשמ"א-1981.

#### חקיקת משנה

5. תקנות הגנת הצרכן (אחריות ושירות לאחר מכירה), תשס"ו-2006.

#### הצעות חוק

6. הצעת חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981, ה"ח 1469.

#### פסיקה

7. בג"ץ 4593/05 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ראש הממשלה (2006).
8. בר"ם 1966/06 המשביר הישן בע"מ בפירוק נ' עיריית כרמיאל (2008).
9. בג"ץ 5016/96 ליאור חורב נ' שר התחבורה ואח', פ"ד נא(4) 1 (1997).
10. בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005).
11. בג"ץ 8425/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית ואח' נ' ממשלת ישראל (נבו, 22.09.2014).
12. בג"ץ 135/75 סאי-טקס בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ל(1) 673, 676 (1975).
13. ע"א 6620/93 עיריית רמת גן נ' נפתלי גולומב, פ"ד נא(2) 363 (1997).
14. רע"א 1239/19 יואל שאול נ' חברת ניידלי תקשורת בע"מ, (2020).
15. בג"ץ 5853/04 "אמנה" תנועת ההתיישבות של גוש אמונים אגודה שיתופית נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 289, (2004).
16. בג"ץ 840/97 עאוני סבית נ' ממשלת ישראל, נז(4) 803, 814 (2003).
17. בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר) נ' ראש ממשלת ישראל (נבו, 27.03.2016).
18. בג"ץ 580/83 אטלנטיק חברה לדייג וספנות בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, לט(1) 29, 35 (1985).
19. בג"ץ 142/86 "דישון" כפר שיתופי להתיישבות חקלאית נ' שר החקלאות, מ(4) 523, (1986).
20. בג"ץ 49/83 המחלבות המאוחדות בע"מ נ' המועצה לענף החלב, לז(4) 516, (1983).
21. ע"פ 22/89 מוחמד עזבה נ' מדינת ישראל, מג(2) 592, (1989).
22. בג"ץ 3490/90 יקב הגליל יוסף גולד ובניו בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) (1993).
23. בג"ץ 1957/13 זאב כהן נ' שר המשפטים, (2014).
24. בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, סב(4) 715, (2008).
25. ע"א 06/810 שיכון עובדים בע"מ נ' מנהל אגף המכס ומע"מ 878, (2008).
26. בג"ץ 2159/97 מועצה אזורית חוף אשקלון נ' שר הפנים, פ"ד נב(1) 57 (1998).



27. בג"ץ 5646/14 ארגון סגל המחקר במערכת הבטחון ברפ"ל ובמשרד ראש הממשלה נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים (נבו, 25.06.2018).
28. ע"פ 213/56 היועץ המשפטי נ' אלכסנדרוביץ, פ"ד יא 695, 700 (1957).
29. בג"ץ 6893/05 לוי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט (2) 876, 894 (2005).
30. עע"מ 6823/10 מתן שירותי בריאות בע"מ נ' משרד הבריאות (נבו, 28.02.2011).
31. רע"פ 1639/16 מוחמד עבאסי נ' יו"ר הועדה המקומית לתכנון ובניה בירושלים, (2018).
32. רע"פ 4398/99 הראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 637 (2000).
33. בבג"ץ 129/13 אקסלרוד נ' ממשלת ישראל, (2014).
34. בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202.
35. בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545, (2009).
36. בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997).
37. ע"א 665/84 סאנופי בע"מ נ' אוניפארם בע"מ, פ"ד מא(4) 729, 741 (1987).
38. ע"א 663/87 ד"ר תקוה נתן נ' צפורה גרינר מה(1) 104 (1990).
39. ע"א 7877/02 ג'וליס זיאד נ' חברת החשמל מזרח ירושלים בע"מ, פ"ד נח(2) 279 (2003).

#### ספרות ישראלית

40. סיני דויטש, "דיני הצרכנות בישראל: קווי מיתאר", מאזני משפט א 11 (2000).
41. גבריאלה שלו "הסכמים גינטלמנים" משפטים, ל"ב, 3 (2002).
42. סלים ג'ובראן, גיא רוח "דיני התעמולה – עבר, הווה, עתיד", ספר יורם דנציגר 531, 549 (2019).
43. יואב דותן, "הבטחה מינהלית לציבור", משפט וממשל ה 466, 465 (2000).
44. נועה מור "רשתות חברתיות מקוונות כזירות לעיצוב זכויות והקצאתן: לקראת החלתן של חובות מן המשפט הציבורי", דין ודברים יד 127, 163 (2020).
45. דפנה ברק ארז משפט מינהלי – משפט מינהלי כלכלי, כרך ג 332 (2020).
46. שרון ידן, "כריש, תנין ולוויתן: על הבטחות מנהליות, חוזים רגולטורים וחיות אחרות במתווה הגז הטבעי", מחקרי משפט לב, 213, 219 (2019).
47. יצחק זמיר "שיקול הצדק בהחלטות מנהליות" משפט וממשל ז תשס"ה (2005).
48. דפנה ברק ארז, "משפט מינהלי א'", (2010).
49. אמנון להבי "על המרחב הציבורי של קניין פרטי" משפט וממשל ט, תשס"ו, (2006).

#### פסיקה זרה

50. *Lloyd's Bank Ltd. v. Bundy* [1975] Q.B. 326; [1974] 3 All E.R. 757 (C.A.).
51. *National Westminster Bank Plc. v. Morgan* [1985] A.C. 686.

#### ספרות זרה

52. Leah Chan Grinvald and Ofer Tur-Sinai. The Right to Repair: Perspectives from the United States. 31 *Australian Intellectual Property Journal*, 98-110 (2021).
53. Leah Chan Grinvald & Ofer Tur-Sinai, *Intellectual Property Law and the Right to Repair*, 88 *Fordham L. Rev.* 63. (2019).

Atkinson, R. D., Portuese, A., Castro, D., & Ezell, S., *Reflections on President Biden's Executive Order on Competition*, Information Technology and Innovation Foundation .54  
.(2021)

Lorraine Conway, Research Briefing number 9302- *Right to Repair Regulations*, 24 .55  
.September 2021

.Ryan A. 'Property', in *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*, London 1987 .56

בג"ץ 8593/20

בג"ץ 7932/20

בג"ץ 9001/20

**בבית המשפט המבוים בהרצליה**

**בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק**

**1. אמון הציבור (חל"צ)**

ע"י ב"כ טל אלמקיס

מרח' האוניברסיטה 8, הרצליה, 4610101

טל': 09-9527272

(להלן: "העותרת 1")

**2. עמותת "אדם טבע ודין" (ע"ר)**

ע"י ב"כ סמדר פרידמן

מרח' האוניברסיטה 8, הרצליה, 4610101

טל': 09-9527272

(להלן: "העותרת 2")

**3. עמותת "התאגדות העסקים הקטנים בישראל"**

ע"י ב"כ עמית מולכו

מרח' האוניברסיטה 8, הרצליה, 4610101

טל': 09-9527272

(להלן: "העותרת 3")

- נגד -

**1. שר הכלכלה והתעשייה**

ע"י ב"כ עמית און ועדי זהריה

מרח' בנק ישראל 5, ירושלים

(להלן: "המשיב")

**2. התאחדות התעשיינים**

ע"י ב"כ איתמר ארבל

מרח' המרד 29, תל אביב-יפו

(להלן: "המשיבה")

## תגובה מקדמית מטעם המשיבה

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד, מתכבדת המשיבה, התאחדות התעשיינים (להלן: "ההתאחדות"), להגיש בזאת תגובה מקדמית לעתירות שבכותרת, כדלקמן.

עניינן של העתירות בבקשת העותרות להורות לשר הכלכלה והתעשייה (להלן: "שר הכלכלה" או "השר") לבוא וליתן טעם מדוע לא יעשה שימוש בסמכותו להתקין תקנות המחייבות יצרני טובין להעניק שירות לצרכן לאחר מכירה (להלן: "התקנות"), מכוח סמכותו בסעיף 18א(א) לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: "חוק הגנת הצרכן" או "החוק").

בית משפט נכבד זה מתבקש לדחות את העתירות שלפניו, לנוכח כל אחד מן הטעמים שיפורטו בתגובה זו, ולאור בחינת משקלם המצטבר גם יחד. ההדגשות בתגובה זו אינן במקור, אלא אם צוין אחרת.



איתמר ארבל

ב"כ התאחדות התעשיינים

## א. פתח דבר

2. העתירות בענייננו מבקשות לכפות באמצעות בית המשפט הנכבד, החלה של זכות צרכנית חדשה במשק הישראלי – הזכות לתקן – הגם שזכות זו כמעט ואינה קיימת במדינות אחרות והגם שעשויות להיות לה השפעות מרחיקות לכת על פעילותו התקינה של המשק הישראלי.
3. "הזכות לתקן" אותה מבקשות העותרות להחיל בישראל באמצעות העתירות, נוגעת לזכותו של צרכן לדרוש מיצרן שיספק לו חלקי חילוף ויעמיד לרשותו מערך תיקונים למוצר שרכש ממנו. "הזכות לתקן" מוענקת לצרכן שרכש מוצר כלשהו, וכופה על היצרן לאפשר לצרכן לתקן את המוצר בעצמו או לחלופין, לתקנו אצל כל טכנאי – גם אם טכנאי זה אינו מורשה על ידי היצרן ולא עבר הדרכות מתאימות לטיפול ראוי במוצרו של היצרן.
4. נוסף על כך, הכרה בזכות לתקן תביא לכך שהיצרנים יחויבו למסור את סודותיהם המסחריים בנוגע לתיקון המוצרים לכולי עלמא, וכמו כן לספק לכל דורש חלקי חילוף למוצרי היצרן גם אם לא עבר הדרכות מתאימות. משום כך, ההתאחדות סבורה כי יש להתייחס לזכות לתקן שאותה מבקשות להחיל העותרות כ"חובה לתקן".
5. העותרות מבקשות כי בית משפט נכבד זה יתערב בשיקול הדעת המנהלי של שר הכלכלה, ויחייב את השר להתקין **תקנות נוספות** המרחיבות את החובה שכבר מוטלת היום על היצרנים לתיקון המוצרים, בנוסף לתקנות הקיימות כיום. זאת על אף ההלכה המושרשת לפיה בית המשפט אינו מתערב בנקל בהחלטה של רשות מנהלית, ועל אחת כמה וכמה בהחלטה של שר בממשלה, והעותרות לא הצביעו על חוסר סבירות **מהותי וקיצוני** שיש בו כדי להצדיק סטייה מהלכה ברורה זאת.
6. כפי שהמשיבה תפרט להלן, בענייננו אין כל הצדקה להתערבות בשיקול הדעת של שר הכלכלה, שכן השר כלל לא חרג ממתחם הסבירות, ולבטח לא באופן מהותי או קיצוני המצדיק התערבותו של בית המשפט הנכבד.
7. המשיבה תדגיש כי שר הכלכלה מילא את חובותיו המנהליות בקפידה, בהפעלת שיקול דעת תקין ובהליך מנהלי תקין, תוך איזון בין האינטרסים הרלוונטיים להחלטה. כפי שיפורט להלן, השר קיבל את החלטתו לאחר שהשר שקל את כל השיקולים הרלוונטיים ונחשף לעמדות השונות, הוא החליט שלא לקדם תקנות המחילות חובה לתקן.
8. לטענת העותרות, השר הפר הבטחה שלטונית. לטענת המשיבה לא ניתן לקבל את טענה מרחיקת לכת זו.
9. ההחלטה שקיבל השר נעשתה במסגרת שיקול הדעת המנהלי הניתן לו כנבחר ציבור, ובהתאם לפסיקה, בית המשפט הנכבד לא יתערב בשיקול דעת זה בנקל, בוודאי נוכח ההשפעות האפשריות על כלל התעשייה והמשק. המשיבה סבורה כי החלטה כאמור נדרשת להיות למצער החלטה של השר בתקנות.
10. המשיבה טוען כי השר פעל כשורה וכי אף בחר בהחלטה הנכונה בנסיבות אלה, שהרי הרחבת החובה לתקן במסגרת תקנות, תפגע לא רק בחופש העיסוק של התעשיינים, אלא גם בחופש העיסוק של בעלי המלאכה העצמאיים העוסקים בתיקון - אותם בעלי עניין שהעותרת 3, התאגדות העוסקים הקטנים, מתיימרת להגן עליהם.
11. התעשיינים, הלוא הם חברות מסחריות פרטיות, שואפים לקיים את תכלית החברה בהשאת רווחיה (סעיף 11 לחוק החברות, תשנ"ט-1999). לכן, חיוב היצרנים לאפשר את תיקון המוצרים, באופן נרחב

מהקיים כיום, באמצעות רגולציה ממשלתית יביא לכך שעלות התיקון תגולגל אל הצרכנים ותגולם בעליית מחירי המוצרים – באופן בו הצרכנים רק יפסידו מהרגולציה החדשה.

12. המשיבה תראה שעיון בחקיקה של החובה לתקן יטיב אך ורק עם קבוצה מצומצמת של צרכנים המרבים לקלקל את מוצריהם, ותעלה את העלות הממוצעת של המוצרים לכלל הצרכנים בישראל, הן בעבור הצרכנים הנוקטים באמצעי זהירות עם מוצריהם והן בעבור אלו שלא. למעשה, החובה לתקן היא זאת שתפגע באוטונומיית הבחירה של הצרכן שכן היא מטילה עליו מעין "תשלום" "ביטוחי". וזאת על פני המצב הקיים היום, בו הצרכן יכול לבחור האם ברצונו לרכוש אחריות למוצר שלו או לאו.

13. המשיבה תציין, שהחובה לתקן היא פגיעה בזכות הקניין של היצרנים. היצרנים, הלוא הם חברות פרטיות שעמלו רבות על פיתוח מוצריהם, זכאים אף הם להגנה על זכות הקניין שלהם. אותה זכות חוקתית על-חוקית הכוללת בתוכה את זכות היוצרים, הזכות למוניטין, וחופש להחליט כיצד ובאיזה אופן לשווק את מוצריהם. זכות חוקתית זו, המוקנית ליצרנים, מעידה על כך שהחוק מהווה מלאכת איזון עדינה בין הרצון להגן על הצרכן לבין פגיעה מידתית בזכויות יסוד של היצרנים. המשיבה תראה שבעוד החוק במתכונתו הקיימת, שומר על אותו איזון, התקנת תקנות המרחיבות את החובה לתקן דווקא תפר איזון זה ותביא לפגיעה לא מידתית בזכויות יסוד של היצרנים.

14. העותרות - אשר טוענות בין היתר כי יש לעגן את החובה לתקן כך שהצרכן יוכל לתקן את המוצרים בעצמו - התעלמו מהנזק שעלול להיגרם לצרכנים שינסו לתקן את המוצרים בעצמם. המשיבה סבורה כי ישנה חשיבות יתרה לכך שתיקון המוצרים ייעשה רק על ידי אנשי מקצוע בעלי הידע והניסיון הנדרשים. היכולת העצמאית לתקן את המוצרים טומנת בתוכה סיכונים ממשיים לנזק שעלול להיגרם לצרכנים – בין היתר מבחינה בטיחותית, שכן לרוב, המוצרים כוללים רכיבים שבהיעדר ניסיון, יכולים לגרום להתחשמלות, התלקחות, פגיעת גוף מחומצה ועוד.

15. בתגובה זאת תציג המשיבה גם נתונים מחברות הטכנולוגיה, אלקטרוניקה ורכבים המראים שהחדשנות - וקניית מוצרים חדשים במקום תיקון מוצרים ישנים - מביאה עמה אפשרויות יצירתיות להיטיב עם הסביבה, ולכן יש לדחות את טענותיה של עותרת 2, עמותת אדם טבע ודין, בקשר לפגיעה של התקנות הקיימות בסביבה. כך למשל, על אף שתעשיית הרכב ידועה כמייצרת מוצרים מזהמים, החידושים שנערכו במוצרים החדשים של תעשייה זו, ובהם פיתוח וייצור מכוניות חשמליות חדשניות, מפחיתים משמעותית את הזיהום הסביבתי. כך, הטלת חובת תיקון על היצרנים, תמנע את החלפת הרכבים ותאריך את זמן השימוש ברכבים הישנים המזהמים באופן שרק יגביר את הפגיעה בסביבה.

16. כפי שיפורט בהרחבה בתגובה זו, המשיבה סבורה כי יש לדחות את העתירות כולן, מקום בו הן תוקפות החלטה של שר המצויה עמוק בתוך מתחם שיקול הדעת המסור לו במסגרת תפקידו כנבחר ציבור. הרחבתה של הזכות לתקן כפי שדורשות העותרות היא עניין סבוך הנדון כיום בזהירות בפרלמנטים רבים ברחבי העולם, לאור השפעותיו האפשריות על הכלכלה והמשק.

17. לכן, התערבות בהחלטתו של השר, שהתקבלה לאחר עיון במחקרים ושמיעת עמדותיהם של הצדדים השונים, עלולה לפגוע באיזון העדין הקיים כיום בין זכויותיהם של הצרכנים לבין זכויותיהם של היצרנים, ולהביא להשלכות משמעותיות על המשק הישראלי, כפי שיפורט בהרחבה בתגובה זו. נוכח ההשפעות מרחיקות הלכת שעשויות להיות להרחבת החובה לתקן בישראל, המשיבה סבורה כי יש להותיר את הדיון בנושא למחוקק ולהימנע מהכרעה שיפוטית בעניין.

18. המשיבה סבורה כי העותרות לא הצליחו לבסס את טענותיהן בדבר חוסר סבירות בהחלטת השר, המצדיק את קבלת בקשתן לסעד שיכפה על השר את קידום החובה לתקן. משכך, יש לדחות את העתירות כולן תוך חיוב העותרות בהוצאות כדין.

## **ב. הצדדים להליך**

19. המשיב, **משרד הכלכלה והתעשייה**, הוא המשרד הממשלתי המופקד בין היתר על יישום מדיניות הממשלה לעידוד הצמיחה הכלכלית של ישראל. השר הממונה על משרד זה, שר הכלכלה והתעשייה, הוא גם הממונה על ביצוע הוראות חוק הגנת הצרכן, מכוח סעיף 37(א) לחוק. מתוקף כך ובהתאם לסעיף 18(א) לחוק, השר **רשאי** גם להתקין תקנות המחייבות יצרן, יבואן, סיטונאי או קמעונאי של טובין או שירותים, לתת שירות לצרכן לאחר מכירתם.

20. המשיבה, **התאחדות התעשיינים**, היא ארגון שמטרתו פיתוח וחיזוק התעשייה בישראל. בין עיסוקיה פועלת ההתאחדות לקידום התעשיינים והתעשייה הישראלית; להגנה על תוצרת הארץ; לעידוד הייצוא הישראלי; לייצוגם של התעשיינים בישראל בפורומים שונים ובפני הממשלה ורשויות המדינה; ומקדמת יוזמות חקיקה בעניינים הנוגעים לתעשייה ולמשק הישראלי.

21. העותרת 1, אמון הציבור (להלן: "**אמון הציבור**"), הינה ארגון ללא מטרת רווח המאוגד כחברה לתועלת הציבור. לפי תיאורה של אמון הציבור, היא פועלת לשם קידום נורמות של הוגנות במשק הישראלי, יישוב מחלוקות בין הציבור לעסקים ולרשויות ציבוריות, לטיפול בכשלים ועיוותים בענפים שונים.

22. העותרת 2, אדם טבע ודין (להלן: "**אדם טבע ודין**"), היא עמותה רשומה אשר נוסדה במטרה לקדם את איכות הסביבה בישראל. לפי תיאורה של אדם טבע ודין, היא פועלת בין היתר למניעת מפגעים סביבתיים, הגנה על בריאות הציבור ואכיפת הדין במישור הסביבתי.

23. העותרת 3, **התאגדות העסקים הקטנים בישראל** (להלן: "**התאגדות העסקים הקטנים**"), היא עמותה רשומה שלפי תיאורה מקדמת את האינטרסים של בעלי העסקים הקטנים בישראל בדרכים שונות.

## **ג. העובדות הצריכות לעניין**

24. הזכות לתקן אותה מבקשות העותרות להרחיב באמצעות בית המשפט הנכבד, עומדת בסתירה לא רק למדיניותו של המשיב, שר הכלכלה הנוכחי, אלא גם מפרה את האיזונים העדינים שיצר המחוקק ושגיבש משרד הכלכלה לאורך עשרות השנים האחרונות, בין היתר באמצעות הוראותיו של חוק הגנת הצרכן.

25. בחינת הצעת חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981, ה"ח 1469, מלמדת שהחוק נועד להגן על האינטרסים של הצרכן אל מול המשווק הקמעונאי שנעשה מתוחכם ותחרותי יותר.

26. ודוק: מאז שנחקק החוק בשנת 1981 ועד ימינו, החוק תוקן 61 פעמים, שהאחרון ביניהם היה בשנת 2020. כלומר, המחוקק ער לשינויים המתרחשים במשק וקובע באופן תדיר תיקונים והוראות חדשות בחוק בהתאם למדיניותו ולאחר דיון ציבורי מקיף.

27. כך למשל, בתיקון ה-9 של החוק משנת 2000, הכנסת העניקה לשר הכלכלה – שהוא הגורם המיניסטרילי הממונה על ביצוע הוראות החוק מכוח סעיף 18(א) לחוק הגנת הצרכן – סמכות רשות להתקין תקנות לחייב יצרן, יבואן, סיטונאי או קמעונאי של טובין או שירותים, לתת שירות לצרכן לאחר מכירתם.

28. תקנות המכירות בחובה לתקן תוקנו זה מכבר בתקנות הגנת הצרכן (אחריות ושירות לאחר מכירה), תשס"ו, 2006 (להלן: "תקנות הגנת הצרכן"). שם תוקן, שהצרכן זכאי לתיקון המוצר ללא תמורה, עד כשנה מתאריך קנייתו. לאחר מכן, הצרכן זכאי לתקן את המוצר בבית העסק אך כנגד תמורה.
29. ככל זכות, לרבות הזכויות במדרג הנורמטיבי הגבוה ביותר, גם הזכות לתקן הינה מוגבלת ונדרשת לעמוד במבחני המידתיות. כפי שהמשיבה תראה בכתב תשובתה, התקנות הקיימות מגינות על הצרכן בצורה המידתית ביותר ביחס לזכויות האחרות העלולות להיפגע מהרחבת החובה לתקן.
30. כלומר, הפרקטיקה אותה מבקשות העותרות לקדם כבר קיימת כיום למעשה בחקיקה הישראלית, בהיקף שאותו ראה לנכון המחוקק, לאחר ביצוע ההתאמות הנדרשות למשק הישראלי.
31. בשנים האחרונות מנסים גורמים שונים ברחבי העולם ובכלל זה בישראל, לקדם הרחבה של החובות המוטלים על יצרנים – במרבית המקרים ללא הצלחה נוכח היעדר הסכמה להיקף החובה ולתעשיות שבהן חובה זו תוחל.
32. לדיון הער בנושא נחשף גם מנכ"ל הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן (להלן: "מנכ"ל הרשות"), הלא הוא הגורם המייצג של הצרכן, במסגרת מספר ביקורים קצרים שערך בשנת 2019 בארצות הברית ובאירופה, שבמהלכם נחשף למאמצי חקיקה שונים לקידום החובה לתקן שתוטל על היצרנים.
33. בעקבות ביקורים אלו, פרסם מנכ"ל הרשות מסמך המלצות (להלן: "דו"ח המנכ"ל") לפי סמכותו בסעיף 20(א)(3) לחוק הגנת הצרכן, אשר עסק בנחיצות אימוץ החובה לתקן גם בישראל. במסמך ההמלצות של מנכ"ל הרשות, צוין כי טעם עיקרי בדבר נחיצות עיגונה של החובה לתקן, הוא למנוע את ניצול הכוח המונופוליסטי של יצרני הטובין, נוכח הבלעדיות והשליטה ממנה הם נהנים כיום בחסות החוק בהספקת חלפים למוצריהם.
34. דו"ח המנכ"ל, הועבר לעיונו של שר הכלכלה, ומיד לאחר מכן פרסם השר **תגובה ראשונית** בחשבון הפייסבוק שלו ושל משרד הכלכלה לפיה "המשרד רואה לנכון לקדם את הזכות הצרכנית לתקן". הפרסום כלל הודעה לקונית זו, מבלי שהיה בו כל מידע או פירוט נוסף לגבי המשמעות האופרטיבית של קידום הזכות הצרכנית לתקן; הדרך שבה הזכות לתקן תקודם; המועד שבו הדבר אמור להתרחש; ועוד. לראיה, בניגוד לעמדת העותרות כי השר הבטיח להתקין תקנות שיעגנו את הזכות לתקן, הפרסום לא כלל כל אזכור למילה "תקנות".
35. לאחר שהשר עיין בדו"ח המנכ"ל שכאמור כלל המלצה לפעול לקידום הזכות לתקן, השר החליט לכנס ישיבת התייעצות עם נציגי החברות היצרניות והיבואניות מתחום הטכנולוגיה, האלקטרוניקה והרכב בישראל, על מנת לשמוע גם את עמדתן השונה לפיה אין צורך בקידום התקנות האמורות.
36. רצונו של השר לקיים הליך היוועצות, נבע מהעובדה כי אותן חברות שהזמין לפגישה הן בעלות הידע המקצועי הרב ביותר בתחום, והן אלו אשר עלולות להיפגע מהרחבת החובה לתקן. כפי שהסביר השר בישיבת התייעצות, נקודת מבטו של הצרכן בסוגיית "הזכות לתקן" הוצגה לו באופן מפורט בדו"ח מנכ"ל הרשות. לכן, השר ראה לנכון לזמן לפגישה את המשיבה ואת החברות הגדולות במשק על מנת לקבל תמונה מלאה לגבי משמעות קידום "הזכות לתקן", הפעם מנקודת המבט של התעשיינים.
37. בעקבות אותה ישיבת התייעצות, ולאחר שהשר בחן את ההשפעות השונות שעשויות להיות לרגולציה החדשה ושקל את כלל השיקולים הרלוונטיים, השר החליט שאין מקום לערוך שינוי כה דרסטי בהסדר



החוקי הקיים. זאת בין היתר נוכח העובדה כי המצב הקיים מהווה איזון ראוי בין זכויות התעשיינים לבין זכויות הצרכנים, וכי אין מקום לרגולציה נוספת אשר תרחיב את החובה לתקן של היצרנים.

38. מהסיבות המוזכרות לעיל, נראה שהחלטת השר שלא לקדם תקנות נוספות המרחיבות את החובה לתקן על היצרנים, נעשתה באופן תקין, לאחר הליך היועצות ושמיעת כל העמדות והגורמים הרלוונטיים. השר שקל את כל המידע הרלוונטי והחליט במסגרת סמכותו שלפי מדיניותו ההסדר החוקי הקיים כבר מקיים את האיזון הנדרש בין האינטרסים השונים של הצרכנים והיצרנים, ומאפשר למשק לפעול בצורה תקינה.

#### **ד. המסגרת הנורמטיבית**

39. המסגרת הנורמטיבית המתאימה לענייננו היא חוק הגנת הצרכן והתקנות שהותקנו מכוחו. כפי שפורט בדברי ההסבר להצעת החוק, מטרתו העיקרית של חוק הגנת הצרכן הן לתת מענה לצורך להגן על זכויותיהם השונות של הצרכנים, וכן לפרוס רשת הגנה רחבה שמטרתה למנוע התנהגות לא חוקית שעשויה לפגוע במישרין בצרכן (סיני דויטש "דיני הצרכנות בישראל: קווי מיתאר" מאזני משפט א 11, 12 (2000)).

40. בהקשר זה, יודגש כי חוק הגנת הצרכן, על כלל התיקונים שנעשו בו, מהווה מלאכת איזון עדינה שערך המחוקק בין הרצון להגן על הצרכן לבין זכותו של היצרן למכור את קניינו בהתאם לראות עיניו ובהתאם למודל הרצוי של שוק חופשי.

41. לצורך ההגנה על הצרכנים, המחוקק מצא לנכון להטיל הגבלות מסוימות על השוק החופשי, שיש בהן פגיעה בזכות הקניין של התאגידים וביכולתם לבחור לעשות עם מוצריהם לפי ראות עיניהם (על הכרה בזכות הקניין כזכות חוקתית ראו: סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. על הכרה בתאגיד כנושא זכויות קניין ראו: בג"ץ 4593/05 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ראש הממשלה (2006), בעמ' 14-12). כאמור, חוק הגנת הצרכן מהווה פגיעה באינטרסים אלו, אך המחוקק סבר שהפגיעה היא מידתית ולתכלית ראויה, ואף החוק חוסה תחת שמירת הדינים.

42. כפי שניתן לראות, יחסי הצרכנים והיצרנים, על איזונם העדין והשפעתם על המשק, כמו גם הפגיעה בזכות הקניין של היצרנים, מוסדרים בעיקר בחקיקה ראשית, ולא בחקיקת משנה או בפסיקות בית המשפט (ראו: חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיף 8). ביסוס היחסים בין היצרן-לצרכן על חקיקה ולא על פסיקה, מעוגנת בשיטות משפט רבות (באנגליה ניסה לורד דנינג לקדם את הגנת הלקוח המקופח באמצעות חידוש דוקטרינות בפסיקה. ראו: *Lloyd's Bank Ltd. v. Bundy* [1975] Q.B. 326; [1974] 3 All E.R. 757 (C.A.). גישה זו נדחתה באופן מפורש בפסק-הדין מנחה של בית-הלורדים: *National Westminster Bank Plc. v. Morgan* [1985] A.C. 686).

43. המשיבה תפנה את תשומת לבו של בית המשפט הנכבד לכך שכלל המקורות הזרים שהעותרת 3 ציינה בעתירתה מפנים לחקיקה ראשית ששינתה את המצב הקיים, ולא חקיקת משנה או פסיקה של בתי המשפט. בכך ניתן לראות שאין בנמצא הסדרה של הזכות לתקן בחקיקה ראשית (ראו למשל: Leah Chan Grinvald and Ofer Tur-Sinai. *The Right to Repair: Perspectives from the United States*. 31 Australian Intellectual Property Journal, 98-110 (2021); Atkinson, R. D., Portuese, A., Castro, D., & Ezell, S., *Reflections on President Biden's Executive Order on Competition*, Information Technology and Innovation Foundation (2021)).

44. כפי שיוסבר בהרחבה בהמשך תגובה זו, קביעה בחוק של החובה לתקן היא פגיעה חוקתית בזכויות יסוד של היצרנים, הן בזכויות לפי חוק יסוד: חופש העיסוק, והן בזכות הקניין המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

## ה. המישור המנהלי

### ה.1. החלטת השר מצויה במתחם הסבירות

45. כידוע, מעשה מנהלי של רשות שלטונית נהנה מ"חזקת החוקיות" או "חזקת התקינות", לפיה הטוען כי מעשה מנהלי נעשה שלא כדין עליו הראייה (בר"ם 1966/06 **המשביר הישן בע"מ בפירוק נ' עירית כרמיאל** (2008), עמ' 11). לכן, על מנת שבית המשפט הנכבד יתערב בהחלטה של השר, מוטל על העותרות נטל הראייה, להוכיח שהחלטת השר לוקה בחוסר סבירות **מהותי** או **קיצוני** – וברי כי העותרות לא עמדו בנטל זה.

46. יודגש כי לשר נתון "מתחם הסבירות" המאפשר לו לקבל החלטות שונות בהתאם למדיניותו ובלבד שהן נמצאות בתוך אותו מתחם. כך, אין השר מחויב להחלטה אחת "נכונה", אלא תיתכנה כמה החלטות סבירות ובבואו של בית המשפט הנכבד לבחון את סבירות ההחלטה נדרש כי החלטת השר תימצא בתוך מתחם הסבירות (ראו: בג"ץ 5016/96 **ליאור חורב נ' שר התחבורה ואח'**, פ"ד נא(4) 1 (1997)).

47. עוד יודגש כי סעיף 18א(א) לחוק הגנת הצרכן עליו מבססות העותרות את הטענות שלהן, קובע כי השר **רשאי** להתקין תקנות אשר עוסקות, בין היתר, בזכות לתקן. קרי, החובה של השר היא **להפעיל שיקול דעת** אם להתקין תקנות אם לאו, והחלטה שלא להתקין תקנות שהתקבלה לאחר שקילת השיקולים הרלוונטיים, בוודאי מצויה במתחם הסבירות.

48. חוק הגנת הצרכן כולל בתוכו **איזון** בין אינטרסים שונים ומנוגדים. אל מול הרצון להגן על זכויותיהם של הצרכנים על ידי התערבות ממשלתית, ישנה פגיעה בזכות הקניין ובחופש העיסוק של היצרנים, בהקשר הרחב כמו כן פגיעה בחופש החוזים של הצדדים. טרם עיגונה של החובה לתקן במסגרת הוראותיו של חוק זה, ישנם שיקולים רלוונטיים רבים שיש לקחת בחשבון ובכלל זה העלויות לצרכנים וליצרנים, פגיעה בפיתוח של מוצרים חדשים, פגיעה ביתרון התחרותי של המשק, צינון הייבוא החופשי ועוד. כל אלה הם חלק ממלאכת האיזון העדינה שצריך לערוך המחוקק בנוגע לחובה לתקן, וחלק משיקול הדעת שנדרש השר להפעיל בעת שהוא שוקל אם לקדם את התקנת התקנות בנושא.

49. ככלל איזון זה נערך על ידי המחוקק במליאת הכנסת ובוועדותיה השונות, שכן המחוקקים הם אלו המייצגים את רצונו של העם על האינטרסים המגוונים של חלקיו השונים. בעניינו המחוקק החליט להעניק לשר סמכות רשות להתקין תקנות בנושא.

50. ואכן, השר בחן האם ובאיזה אופן יש להפעיל את סמכותו זאת – למד את ההמלצות שבדו"ח מנכ"ל הרשות להגנת הצרכן, התייעץ עם צמרת משרדו ושמע את עמדת התאחדות התעשיינים וחברות מובילות במשק הישראלי. השר שקל את החשיבות שבשמירה על זכויותיהם של הצרכנים אל מול הזכויות האחרות שעלולות להיפגע כתוצאה מקידום החובה לתקן. רק לאחר בחינה מעמיקה זו ושקילת הדברים, השר החליט שאין לטעמו מקום לקדם את התקנת התקנות שמרחיבות את החובה לתקן.

51. ברי אפוא, שהחלטה אליה הגיע השר לפיה אין מקום לקדם את התקנת התקנות שמרחיבות את החובה לתקן, באופן המשנה את המצב החוקי הקיים, היא אחת ממגוון אפשרויות החלטה שעמדו בפני השר שכולן נכללות תחת מתחם הסבירות. לכן, ההחלטה שקיבל השר היא בוודאי סבירה ותקינה, ואין מקום

שבית המשפט הנכבד יתערב בהחלטה ויחליף את שיקול דעתו של השר בשיקול דעתו שלו. כלל הוא שהסבירות נבחנת באופן עצמאי-אובייקטיבי. כלומר, בוחנים מה המשיב, כעובד ציבור סביר היה צריך לעשות. אין כאן החלפה של שיקול הדעת על ידי בית המשפט (בג"ץ 389/80 דפי זהב נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421, 449-425 (1980)).

52. אי לכך, יש לדחות את כלל טענות העותרות כי החלטת השר שלא להתקין תקנות המעגנות את הזכות לתקן היא החלטה בלתי סבירה.

## **ה. הפרסום של השר ברשת הפייסבוק אינו מהווה הבטחה שלטונית**

53. לטענת העותרות, הפרסום של השר ברשת הפייסבוק, לפיו יש בכוונתו לפעול לקידום הזכות לתקן, מהווה למעשה הבטחה שלטונית. ואולם כפי שנראה להלן, גם בטענה זו של העותרות אין ממש.

54. כידוע, הבטחה שלטונית הינה הבטחה חד צדדית, המחייבת את הרשות המנהלית לפעול לפיה. השתחררות מהבטחה אפשרית מטעמים כבדים המחייבים את הרשות לשקול מחדש את האינטרס הציבורי. ניתן לראות בהבטחה שלטונית מעין כבילת שיקול דעת של הרשות, אשר נעשה במקרים בהם הפרט הסתמך הסתמכות אמיתית וכנה על הבטחה מסוימת שמשקפת כוונה ליצור מערכת יחסים בעלת תוקף משפטי מחייב.

55. פרסום השר בדפי הפייסבוק אינו מהווה אמירה מחייבת של השר או מי מטעמו, וזאת בין היתר בשל שני אלה. ראשית, אופיו הלקוני והכללי של הפרסום מעיד על היעדר כוונת מצד השר, ליצור תוקף משפטי לאמירתו (על העדרה של כוונה מחייבת באמירה פוליטית ראו: גבריאלה שלו "הסכמים גינטלמנים" משפטים, ל"ב, 3 (2002), עמ' 34). כך, אמנם ניתן לטעון שדינו של פרסום ברשת הפייסבוק הוא כדין פרסום בכל דרך תעמולה אחרת, אך גם אם טענה זו תברר כנכונה אין היא מפיתה חיים ותוכן באמירה הלקונית שפרסם השר.

56. שנית, היות השר "נבחר ציבור" אשר לו שיקול דעת, המעניק לו אפשרות לסטות מאמירותיו למען טובת הציבור. כך, גם אם יוכיחו העותרות כי הפרסום בפייסבוק הוא סוג של הבטחה פוליטית, תצביע ההתאחדות כי הבטחה שכזו אינה מחייבת את נבחרי הציבור (ראו למשל: בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005), עמ' 785-786 כמו כן ראו: סלים ג'ובראן, גיא רוה "דיני התעמולה – עבר, הווה, עתיד", ספר יורם דנציגר 531, 549 (2019)).

57. בנוסף, כפי שנקבע זה מכבר, הבטחה מנהלית יכולה להעניק זכויות משפטיות רק לאדם ספציפי או לקבוצה קטנה ומוגדרת של אנשים. בענייננו פרסומו של השר ב"פייסבוק", בו צוין כי השר רואה לנכון לקדם את הזכות לתקן, הופנה לקבוצה גדולה ובלתי מסוימת של נמענים ומכאן שפרסום זה הוא לכל היותר בגדר התוויות מדיניות הניתנת לשינוי בכל עת לפי סעיף 15 לחוק הפרשנות ולא הבטחה מנהלית (יואב דותן, "הבטחה מנהלית לציבור", משפט וממשל ה' 466, 465 (2000); בג"ץ 8425/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית ואח' נ' ממשלת ישראל (נבו, 22.09.2014), בפסקה 12 לפסק דינו של כב' השופט עמית).

58. תצטרף המשיבה לתשובתו של המשיב כי הפרסום אינו עומד בחמשת התנאים המצטברים להוכחת דוקטרינת ההבטחה המנהלית כפי שנקבעו בפסיקה ומכאן שאינו מהווה הבטחה שלטונית. על כן, השר פעל בסמכות כאשר שינה את עמדתו ואין מקום להתערב בהחלטתו כפי שמבקשות העותרות (בג"ץ 135/75 סאי-טקס בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ל(1) 673, 676 (1975)).

59. ראשית, השר פעל מכוח סמכות **רשות** הקיימת לו בדין, המאפשרת לו להחליט אם להתקין את התקנות, אם לאו. יחד עם זאת, תקנות אלה נדרשות לקבל את אישור ועדת הכלכלה של הכנסת. משמע, גם אם בידי השר הסמכות לעגן בתקנות את החובה לתקן, אין זו סמכותו להבטיח כי אותן תקנות יעברו את אישור הוועדה. יש לציין אף כי השר לא הבטיח כלל כי אותן תקנות יעברו את האישורים הנדרשים, אלא אך ורק הביע את נכונותו באותה העת לקדם את החובה לתקן ותו לא.
60. שנית, לפרסום של השר אין תוקף משפטי מחייב והוא כלל לא הראה כוונה קונקרטית כי דבריו יקבלו תוקף שכזה ויתממשו. אותו פרסום של השר בפייסבוק היה בגדר הצהרת כוונות ומדיניות כללית לציבור בלתי מסוים, לכך שהשר רואה לנכון לקדם את הזכות ולא הבטחה לכך שהזכות תעוגן בתקנות משנה. יודגש כי האינטרס הציבורי מחייב כי הרשות לא תיתפס על כל אמירה בעלמא (ע"א 6620/93 **עיריית רמת גן נ' נפתלי גולומב**, פ"ד נא(2) 363, פסקה 6 לפסק דינו של כב' השופט אור (1997)).
61. הכרה בכל אמירה בעלמא כהבטחה, עלולה לגרום לאפקט מצנן כה גדול עד כדי שיתוק מוחלט של המערכת הפוליטית. משכך, יש להישמר מהטלת מגבלות יתרות על פרסום ברשתות החברתיות (רע"א 1239/19 **יואל שאול נ' חברת ניידלי תקשורת בע"מ**, (2020), שם בפסקה 3 של כבוד השופטת י' וילנר: "... לא ניתן להפריז בתרומתן העצומה של הרשתות החברתיות לחופש הביטוי, באשר הן מאפשרות לכל אזרח לבטא את אשר על ליבו בהיקש מקלדת, להפיץ את עמדותיו לקהל הרחב בלחיצת כפתור, ולתרום לשיח הציבורי את קולו הייחודי בקלות ובמהירות... השיתוף ברשתות החברתיות, מהווה, אפוא, אמצעי חשוב מעין כמותו לקידום חופשי הביטוי והפלורליזם, ושומה עלינו להגן עליו מפני מגבלות יתרות.").
62. כמו כן, רשת חברתית כגון "פייסבוק" אינה מהווה מנגנון פורמאלי ומשפטי, אלא מנגנון של רשת פתוחה להעברת מסרים מידית. בבואו לפרסם ברשת חברתית, אין נציג הציבור חותם על "חוזה" עם הקורא שצורך את המידע. על כן, אין לראות בפרסומים ברשתות חברתיות משום "חוזים מחייבים" או משום התחייבות שקיומה הוא בבחינת חובה.
63. על פעולות של רשות ציבורית ברשתות החברתיות אכן חלים דינים שונים כגון הדין הפלילי, דיני הפרטיות, דיני לשון הרע, דיני תעמולת בחירות ודיני הקניין הרוחני. עם זאת, ככלל לא נקבע כי פרסום של רשות מנהלית ברשתות חברתיות מהווה הבטחה שחובה עליה לקיימה. פרסומים אלה נועדו לאפשר תקשורת מידית ושוטפת עם קהל הקוראים באופן בלתי אמצעי ומשום שכך, אין כל מניעה שאדם, לרבות נבחר ציבור, יפרסם ברשת החברתית התבטאות בלתי מחייבת שלא תעלה לכדי הבטחה שלטונית (מבקר המדינה - שימוש הרשויות המקומיות ונבחריהן ברשתות החברתיות (2020), המסמך מצורף ומסומן **כנספח מ/ש1**).
64. מוסדות ציבור ונציגי ציבור מכל הדרגים משתמשים ברשתות החברתיות כדי לנהל תקשורת עם בוחריהם ועם הציבור בכללותו, ועל מנת לשמוע את התייחסותם לסוגיות שונות ולעדכןם בהתפתחויות המתרחשות (נועה מור "רשתות חברתיות מקוונות כזירות לעיצוב זכויות והקצאתן: לקראת החלתן של חובות מן המשפט הציבורי", **דין ודברים** יד 127, 163 (2020)). גם במקרה דנן, השר השתמש ברשת החברתית על מנת לעדכן את הציבור בעמדתו בנוגע לסוגית "הזכות לתקן". אך אין הדבר מלמד בהכרח שאותו פרסום מהווה הבטחה כלשהי, כפי שלא ניתן להסתמך על כל פרסום של כל נבחר ציבור בעמודי הרשת החברתית שלו, ובהחלט היו בעבר מקרים בהם התבטאויות בפרסומים של נבחר ציבור לא התממשו במציאות ובפועל.

65. שלישית, כלל לא ניתנה הבטחה באופן מפורש וחד משמעי. בפרסום בפייסבוק, השר התבטא באופן כללי ביותר וציין שהוא רואה לנכון לקדם את "הזכות לתקן". השר לא פירט מעבר לכך כיצד ברצונו לעשות זאת, לא הבהיר פרטים מהותיים וקונקרטיים ולא הגדיר בגבולות מדויקים מה כוונתו שכן מדובר בהצהרת כוונות גרידא (בג"ץ 5853/04 "אמנה" תנועת ההתיישבות של גוש אמונים אגודה שיתופית נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 289, פסקה 6 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק (2004)).
66. רביעית, ישנה מניעה לקיום ההבטחה. תחילה, כפי שצוין לעיל, קיימת מניעה חוקית שכן ההבטחה כפופה לאישורה של ועדת הכלכלה של הכנסת. קרי, היא תלויה ברשות אחרת שתפקידה לאשר את התקנות. אמנם, לא ניתן לצפות מראש מה תהא ההכרעה בוועדה. אך עצם כך שישנו עוד גורם מאשר בפרוצדורת האישורים, משמעו שהשר אינו הגורם שיכול להבטיח הבטחה שכזאת במאת האחוזים. בנוסף, ההבטחה לא עוגנה כלל באיזו מסגרת תקציבית מתאימה ועל כן אין זה ברור שאותה מסגרת קיימת. בנסיבות אלה אין לאכוף את התבטאויות השר (בג"ץ 840/97 עאוני סבית נ' ממשלת ישראל, נו(4) 803, 814 (2003)).
67. כמו כן, גם ככל שלא הייתה כל מניעה בירוקרטית או כלכלית לקיום ההבטחה, הרי שישנה מניעה לאור החובה להפעיל שיקול דעת. הפרסום ב"פייסבוק" על-ידי השר נעשה טרם נועץ עם גורמים נוספים עליהם עשויה להשפיע החלטתו, כדוגמת החברות היצרניות והיבואניות בישראל. לאחר התייעצותו של השר עם הגורמים הרלוונטיים כגון המשיבה, היה על השר להפעיל את שיקול דעתו כראוי, כך עשה ובעקבות זאת, הוא שינה את עמדתו כפי שזו הוצגה בתחילה בפרסום בפייסבוק. לאור אותם אינטרסים שונים שהוצגו לשר ע"י הגורמים הרלוונטיים לעניין, כפי שהמשיבה עמדה עליהם בפירוט לעיל, השר היה רשאי בהחלט לשנות את עמדתו. אין רשות מנהלית יכולה לכבול את שיקול דעתה ולהתחייב כי לא תפעיל אותו בעת שהיא מבצעת את תפקידה (בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר) נ' ראש ממשלת ישראל (נבו, 27.03.2016), פסקאות קיי"ג, קיי"ט וקכ"א לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה רובינשטיין).
68. העותרות טוענות כי הסתמכו על הבטחתו של השר. אך אין זה ברור כיצד הסתמכות זו באה לידי ביטוי ומה הן השלכותיה. העותרות לא הצליחו להצביע על כל השלכה כלכלית או השלכה ממשית אחרת שנגרמה עקב שינוי עמדתו של השר, ואין כל יסוד עובדתי לטענה כי ניתנה להן התחייבות בעלת תוקף משפטי או הבטחה כלשהי (בג"ץ 580/83 אטלנטיק חברה לדייג וספנות בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, לט(1) 29, 35 (1985)).
69. חמישית, קיים צידוק לביטול ההבטחה. בסמכות השר להחליט על שינוי מדיניותו והחלטתו עקב אינטרסים ציבוריים כבדי משקל הגוברים על השיקולים התומכים בהתקנת החובה לתקן (דפנה ברק ארז משפט מינהלי – משפט מינהלי כלכלי, כרך ג 332 (2020)). על אינטרסים אלו עמדה המשיבה לעיל ומכאן שעקב הפגיעה בהם ככל שיותקנו התקנות, ישנו צידוק סביר לשינוי ההחלטה (בג"ץ 142/86 "דישון" כפר שיתופי להתיישבות חקלאית נ' שר החקלאות, מ(4) 523, פסקה 9 לפסק דינו של כב' השופט בייסקי (1986)).
70. לאור האמור לעיל, אין לפרש את דברי השר כהבטחה, שכן השר רק הביע את דעתו העקרונית לגבי סוגיית החובה לתקן כפי שהייתה באותה העת, וכלל לא נתן את הבטחתו לעגן אותה בתקנות (בג"ץ 49/83 המחלבות המאוחדות בע"מ נ' המועצה לענף החלב, לז(4) 516, פסקה 4 לפסק דינו של כב' השופט טירקל (1983)).

71. יש לציין כי דוקטרינת ההבטחה המנהלית אינה נפוצה בבתי המשפט ואף צומצמה בשנים האחרונות. לטעמה של המשיבה, בנסיבות ענייננו אין מקום לעשות שימוש בדוקטרינת ההבטחה המנהלית ובוודאי שאין להרחיב את ההכרה בה דווקא במקרה דנן, וזאת נוכח כל האמור לעיל (שרון ידן, "כריש, תנן ולויתן: על הבטחות מנהליות, חוזים רגולטורים וחיות אחרות במתווה הגז הטבעי", **מחקרי משפט לב**, 213, 219 (2019)).

72. בנוסף, כיוון שהבטחה שלטונית מצמצמת את שיקול הדעת של הרשות ומחייבת אותה לפעול על פיה, פרסם היועץ המשפטי לממשלה הנחיות המנחות את הרשות איזו אמירה עשויה להוות הבטחה מנהלית וכיצד ניתן לבצע אותה (סעיף 6 להנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.0004 "הנחיות מינהליות" (21.05.2018) המופיע ב**נספח מש/2**).

### **ה.3. תקינות ההליך המנהלי - השר התייעץ עם הגורמים הרלוונטיים**

73. ראשית, המשיבה מבקשת להפנות את תשומת ליבו של בית המשפט הנכבד לסטנדרט הכפול ולחוסר תום הלב של העותרות, בכך שבעוד שהעותרות מתעלמות מכל אותם פגמים פרודצורליים המובילים למסקנה כי הפרסום בדף הפייסבוק כלל לא מהווה הבטחה מנהלית מחייבת כפי שטענו, בכל בנוגע להחלטה המבוססת שקיבל השר, שלא להתקין תקנות המסדירות את הזכות לתקן, העותרות מציגות לפתע גישה דווקנית וטוענות לשורה של פגמים פרודצורליים, וזאת רק מן הטעם שהחלטתו של השר מנוגדת לאינטרסים שלהן. למעלה מן הצורך המשיבה תטען כי לא נפל פגם בתקינות ההליך המנהלי, כפי שיפורט להלן.

74. ההליך המנהלי נועד כדי ליצור מעמד והזדמנות להשמעת עמדות שונות של אלו העשויים להיות מושפעים מהחלטה כלשהי של גורם מנהלי, על מנת שאלו יובאו בחשבון בגדר השיקולים טרם קבלת החלטה (ע"פ 22/89 **מוחמד עזבה נ' מדינת ישראל**, מג(2) 592, פסקה 4 לפסק דינו של כב' השופט (כתוארו אז) מצא (1989) (להלן: "**עניין עזבה**")). יחד עם זאת הובהר בפסיקה כי הגוף המנהלי הרלוונטי, בענייננו השר, הוא בעל הסמכות הסופית להחליט ומילתו תהא המילה האחרונה (בג"ץ 3490/90 **יקב הגליל יוסף גולד ובניו בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד מח(1) (1993) (להלן: "**עניין יקב הגליל**")).

75. בענייננו, לא קיימת חובה סטטוטורית להיוועצות השר לצורך קבלת החלטתו **שלא** להתקין תקנות הנוגעות ל"זכות לתקן". בפסיקה נקבע בעבר כי בהיעדר חובת היוועצות סטטוטורית לא קמה חובה אוטומטית לקיים הליך היוועצות בעת התקנת תקנות, אף אם פרטים מסוימים נפגעים מההחלטה (בג"ץ 1957/13 **זאב כהן נ' שר המשפטים**, פסקה 3 לפסק דינו של כב' השופט (כתוארו אז) הנדל (2014)).

76. המשיבה אינה חולקת על עמדת העותרות בדבר הצורך לקיים התייעצות עם גורמים רלוונטיים טרם קבלת החלטה מנהלית שעשויה להשפיע עליהם. ואולם לעמדת המשיבה צורך זה בוודאי אינו כולל חובה להתייעץ עם **כל** מי שעשוי להיות מושפע מהחלטה כלשהי, אלא רק עם נציגים **רלוונטיים** המייצגים את העמדות השונות. נוכח העובדה שהשר אכן התייעץ עם הגורמים הרלוונטיים ושמע את מגוון הדעות בנוגע להרחבת החובה לתקן, ברי כי השר קיים את חובתו, וערך הליך היוועצות סביר כדן.

77. על אף היעדר החובה בדן לקיים הליך היוועצות כאמור לעיל, השר זימן לשיבת התייעצות את המשיבה, המייצגת כ-1,500 ארגונים קטנים וגדולים כאחד, וכ-400 אלף עובדים. המשיבה זומנה להליך ההיוועצות מכיוון שהיא הגוף המסוגל לספק לשר את התשתית העובדתית שחסרה לו בהחלטה – המשמעות האופרטיבית של הרחבת החובה לתקן על המשק הישראלי – וזאת לאחר שהשר למד על

נקודת המבט של הצרכן המוצגת בפירוט בדו"ח מנכ"ל הרשות להגנת הצרכן, שממצאיו תומכים בהרחבת החובה לתקן.

78. כך, למרות שהשר סבר בתחילה שיש מקום לקדם את הרחבת החובה לתקן – טרם ששמע את הנציגים המחזיקים בעמדה הפוכה – השר הקשיב בנפש חפצה לעמדת המשיבה בדבר הקשיים הרבים שיעוררו תקנות המרחיבות את החובה לתקן של היצרנים, ולאחר ששקל את כל העמדות החליט שאין מקום לטעמו לקדם את אותן התקנות. ברור אם כן שהחלטתו של השר שלא לקדם את הזכות לתקן התקבלה רק לאחר שקיים הליך היוועצות תקין.

79. דבר ידוע הוא שבעת קבלת החלטה כלשהי ע"י רשות מנהלית, ישנם צדדים רבים שהאינטרסים שלהם עלולים להיפגע. לכן נקבע בפסיקה כי פגיעה של אדם או גוף כתוצאה מהחלטה של רשות מנהלית אינה מצדיקה כשלעצמה ביקורת שיפוטית על אי תקינותה (בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, סב(4) 715, פסקה 17 לפסק דינה של כב' השופטת (כתוארה אז) נאור (2008)).

80. ברי כי השר אינו מחויב להתייעץ עם כלל הגורמים הנוגעים לעניין, שכן שמיעת כלל הצדדים העלולים להיפגע, מטבע הדברים, תפגע באופן קשה בתפקודה התקין והיעיל של הרשות המנהלית, ותביא לבזבוז משאבים ניכר. לכן נקבע כי הרשות חייבת להתייעץ רק עם הגורמים הרלוונטיים, כפי שהשר עשה בענייננו.

81. כפי שצוין לעיל, המשיבה מאגדת מייצגת את כלל העסקים, ובמסגרתם גם את העסקים הקטנים ומייצגת אף את האינטרסים שלהם, ולכן לא היתה הצדקה לזמן את העותרת 3 להציג את עמדתה בפני המשיב (ראו: ע"א 06/810 שיכון עובדים בע"מ נ' מנהל אגף המכס ומע"מ 878, פסקה 10 (2008), שם עמד בית המשפט על כך שלא קיימת זכות טיעון בהליכים של התקנת תקנות).

82. המחוקק קבע בסעיף 18א(א) לחוק הגנת הצרכן, שהגורם הרשאי להתקין תקנות המכירות בחובה לתקן הינו שר הכלכלה. על כן השיקולים שהשר נדרש להתחשב בהם, הינם בעיקר השיקולים הנוגעים למשרד הכלכלה. אם המחוקק רצה שעמדת עותרת 2 תהיה שיקול מרכזי בקביעת תקנות, המחוקק היה ממנה את שר איכות הסביבה, בנוסף לשר הכלכלה, על יישום הוראות חוק זה (ראו: סעיף 5.4(ג) להנחיות היועץ המשפטי לממשלה 2.3100 "חקיקת משנה: נוהל והנחיות" (01.11.1985) מצורף כנספח מש/3). משלא עשה כך מפורשות, עמדת עותרת 2, מבלי להוריד מחשיבותה, הינה משנית לטענות הנוגעות ליחסי היצרן-צרכן.

83. נוכח כל האמור לעיל, ברור שהשר התייעץ עם כל הגורמים הרלוונטיים טרם קבלת החלטתו, ועל כן יש לדחות את טענתן של העותרות גם בהקשר זה.

84. ממילא כידוע, מתחם הסבירות אינו תקף רק לתוכן החלטה, אלא תקף גם על ההליך המנהלי (ראו: יצחק זמיר "שיקול הצדק בהחלטות מנהליות" משפט וממשל ז' תשס"ה (2005), בעמוד 29). ברי כי בנסיבות ענייננו, עת שהשר קיים התייעצות הן עם הנציגים המחזיקים בעמדה לפיה יש לקדם את התקנת התקנות והן עם הנציגים המחזיקים בעמדה המתנגדת לקידום אותן התקנות, פעולותיו של השר מצויות בוודאי בתוך מתחם הסבירות. גם אם אולי היה מקום לשמוע עמדה נוספת של מאן דהוא (וכאמור כלל העמדות הרלוונטיות לענייננו כן הוצגו לשר), פגם זה אינו מוביל למסקנה שמדובר בחוסר סבירות כה קיצוני בהליך המנהלי, המצדיק את התערבותו של בית משפט נכבד זה.

#### ה.4. תשתית עובדתית איתנה ומוצקה

85. גם לגבי הצורך בקיומה של תשתית עובדתית מספקת טרם קבלת החלטה מנהלית אין מחלוקת בין המשיבה לבין העותרות. ואולם המשיבה סבורה כי בניגוד לטענת העותרות, התשתית העובדתית עליה נסמכה החלטתו של השר בוודאי שמקיימת דרישה זאת.
86. התשתית העובדתית שהונחה בפני השר כוללת כמה נדבכים: דו"ח מנכ"ל הרשות להגנת הצרכן, שהציג בפני השר את האינטרסים של הצרכן בהרחבת החובה לתקן, וכלל המלצות לפעול לקידום התקנתן של תקנות מתאימות שירחיבו חובה זו; הפקידים המקצועיים של משרד הכלכלה, אשר בידיהם מידע ומסמכים רבים אודות אופן יישום ההסדר הקיים כיום בחוק בעניין חובתם של היצרנים לתקן מוצרים, ואודות ההשפעות האפשרויות של הרחבת זכות זאת על פעילותו של המשק הישראלי; ישיבת ההתייעצות עם המשיבה ועם נציגי החברות מהתעשיות השונות במשק, בה הוצגו לשר נימוקים מדוע אין מקום להרחיב את החובה לתקן, כמו גם נתונים מהם ניתן ללמוד על ההשלכות הכלכליות הרחבות שעשויות להיות להרחבת חובה זו.
87. הראיות המנהליות שהוצגו בפני השר רבות בחשיבותן. הרי מנכ"ל הרשות להגנת הצרכן הינו הגורם הבכיר ביותר אשר יכול להציג תמונה רחבה וכוללת אודות זכויות הצרכנים וצורכיהם; משרד הכלכלה הינו הגורם הממונה על יישום חוק הגנת הצרכן במשק הישראלי; והמשיבה היא הארגון הגדול המייצג את היצרנים ועמדותיהם, ולכן ביכולתה לפרוש בפני השר נתוני רוחב מעמיקים על השפעת הרחבת החובה לתקן בטווח זמן הקצר והארוך יחדיו.
88. אין לקבל את טענת העותרות כי על מנת לקבל החלטה המבוססת עובדתית, השר היה מחויב להזמין אף אותן להליך ההיוועצות, ולקחת בחשבון גם את עמדתן (הדומה כאמור לעמדה שכבר הוצגה בדו"ח מנכ"ל הרשות). ברי כי לא ניתן להיוועץ עם כל אדם או גוף הנוגעים לעניין, ולכן על השר לבחון תשתית עובדתית מספקת תוך שקילת נתונים רלוונטיים, טרם גיבוש החלטה, כפי שאכן קרה בענייננו.
89. על אף שעל שהשר, כנבחר ציבור, נדרש לשקול בהחלטותיו את האינטרסים הנוגעים לציבור כולו, ובכלל זה סוגיות הנוגעות לאיכות הסביבה ולתחרות במשק, יודגש כי אינטרסים אלה **משניים** לתכלית חוק הגנת הצרכן שעל יישומו ממונה השר. הרי אין חולק כי חוק הגנת הצרכן עוסק בראש ובראשונה בעניינים צרכניים שנועדו להגן על הצרכן תוך איזון אינטרסים אחרים ומבלי לפגוע בפעילותו התקינה של המשק. לכן, על השר לבדוק ראשית האם הקידום האופרטיבי של החובה לתקן, מטה את המאזן אל עבר פגיעה קשה אחרת, כגון פגיעה בזכויות יסוד של היצרן או אף בצרכן עצמו. ברור אם כן שמתן מעמד בכורה ע"י השר לאותם שיקולים המאזנים בין שמירה על הצרכן לזכויות החוקתיות של היצרן, הינו בגדר התנהלות תקינה של השר במסגרת מילוי תפקידו.
90. מפני שהגנה על זכויות הצרכנים תוך איזון אל מול זכויות היצרנים הינה השיקול המרכזי בשאלת קידום תקנות המכירות בחובה לתקן, כל עוד האינטרסים הרלוונטיים הנוגעים לכך יוצגו בפני השר, הרי שהשר מילא את החובה לקבל החלטה על בסיס תשתית עובדתית מספקת. כאמור, האינטרסים של הצרכן באו לידי ביטוי בדו"ח המנכ"ל, שהוא הגורם הבכיר ביותר לייצג את האינטרסים של הצרכנים, ואילו האינטרסים של היצרנים הוצגו לשר על ידי התאחדות התעשיינים בישיבת ההיוועצות שקיים עמה. משקיבל השר את הנתונים הרלוונטיים, הייתה בפניו תשתית עובדתית מספיקה וסבירה לצורך גיבוש החלטתו.



## ה.5. חובת הנמקה

91. לטענת העותרות, השר לא קיים את **חובת הנמקה** בהתאם לחובתו הקבועה בחוק לתיקון סדרי המנהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958 (להלן: "**חוק ההנמקות**") וכן בפסיקה מכוח חובת ההגינות וכללי הצדק הטבעי (בג"ץ 2159/97 **מועצה אזורית חוף אשקלון נ' שר הפנים**, פ"ד נב(1) 57 (1998), פסקה 18 לפסק דינו של כב' השופט זמיר (להלן: "**עניין חוף אשקלון**")).
92. ההנמקה של הרשות המנהלית בהחלטותיה נועדה לסייע לה לקבל החלטה רציונאלית כשזו מחייבת אותה לקיים הליך מסודר, מאפשרת הסתמכות על החלטה, מספקת תשתית עובדתית לביקורת שיפוטית ומבססת את אמון הציבור בשלטון (דפנה ברק ארז, "**משפט מנהלי**", כרך א' 423-424 (2010) (להלן: "**ברק ארז, משפט מנהלי א**"); בג"ץ 5646/14 **ארגון סגל המחקר במערכת הבטחון ברפא"ל ובמשרד ראש הממשלה נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים** (נבו, 25.06.2018), פסקה 78 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה מלצר (להלן: "**עניין ארגון סגל המחקר**")).
93. העותרת צדקה בציונה שחקיקת משנה אינה אמורה לכלול את הנימוקים שהובילו לחקיקתה (ברק-ארז, **משפט מינהלי א'**, שם, בעמודים 426-427). יוער כי, אותה הבחנה בין גופים קולגיאליים לבין נושא משרה יחיד אינה **רלוונטית** לדרישת הנמקה בחקיקת משנה.
94. אין חולק שמהות העתירות בשאלה האם שר הכלכלה נדרש להפעיל סמכות בעלת פועל תחיקתי, עת הוא בוחן התקנת תקנות המשנות את המצב הקיים (לפי מבחני ע"פ 213/56 **היועץ המשפטי נ' אלכסנדרוביץ**, פ"ד יא 695, 700 (1957)).
95. במצב כזה לא חלה **חובת הנמקה** (בג"ץ 6893/05 **לוי נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נט (2) 876, 894 (2005)). הדבר נכון שבעתיים כאשר בענייננו מדובר בהחלטה **שלא** להפעיל סמכות בעלת פועל תחיקתי, ולא להתקין את התקנות. החלטת השר משאירה את המצב הקיים על סדרו, ולכן קיים חוסר היגיון והשלכות מהותיות להחלטה כי יש לחייב רשות מנהלית לנמק את כל החלטותיה **שלא** להתקין תקנות. ברי כי לא ניתן להטיל על הרשות חובה שכזו, אשר משמעותה כי בכל פעם שבו החליטה שלא לבצע פעולה של התקנת תקנות יהיה עליה לנמק את החלטותיה ולהציג נימוקיה בפני מי שעלול להיפגע מהחלטה כאמור.
96. יתרה מכך, אי קיומה של החובה לנמק נובעת מכך שהעותרים אינם נפגעו מהחלטת השר שלא להתקין את התקנות, ושמירת המצב הקיים. העותרים מנסים לתאר את הסיטואציה כך שהסתמכו על הפרסום בפייסבוק שביצע שר הכלכלה, וכי השר קיבל כבר החלטה להתקין את התקנות. אלא שבפועל אין הפרסום מהווה החלטה מנהלית ולא התקיים כל שינוי במצב הקיים. אם היה שינוי במצב הקיים, הרי הוא נעשה בין העותרת ובין עצמה שחשבה כי עקב פרסום בפייסבוק, תתרחש מהפכה בתקנות הגנת הצרכן. אין זו הסתמכות ולבטח לא הסתמכות סבירה שבגינה קמה לשר חובה לנמק את החלטתו להשאיר את המצב הקיים כיום.
97. על אף האמור לעיל, ולמעלה מהצורך, השר **נימק את החלטתו במידה מספקת** וכן הסביר מדוע חזר בו מהחלטתו ובחר שלא להתקין את התקנות. נימוק להחלטה ניתן מיד לאחר הישיבה הראשונית. השר הסביר כי אין לטעמו מקום לקדם הסדרה של "הזכות לתקן" שכן התקנות בצורתן כיום כבר מסדירות את הזכות בצורה המניחה את הדעת. יתר על כן, האיזון הקיים בחקיקה בין האינטרסים של הצדדים השונים מספק ולכן אין להתערב בו.

98. הנמקה נוספת להחלטה ניתנה גם בתשובת דוברות משרד הכלכלה לשאלתה שהגישו העותרות. בתשובה הוסבר כי לאחר דיונים שנערכו עם נציגי התאגידים המובילים במשק המייצרים טובין, ובייחוד לאור הפגיעה הפוטנציאלית בהם, הוחלט שלא להתקין תקנות המרחיבות את "הזכות לתקן".

99. עצם קיומה של חובת הנמקה לא קובע מסמרות בנוגע למידת ההנמקה הנדרשת בכל מקרה. טיב ההנמקה, אורכה ומידת פירוטה ייגזרו ממהות השאלה העומדת להכרעה. בענייננו, נוכח כל המפורט לעיל, ברור שהשר עמד בדרישותיה של חובת ההנמקה במידה הנדרשת (עע"מ 6823/10 מתן שירותי בריאות בע"מ נ' משרד הבריאות (נבו, 28.02.2011), פסקה 27 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן). בשים לב כי אין קיומה של חובת הנמקה מחייב כתיבה באריכות ובפירוט, מקום שהדבר אינו נדרש (רע"פ 1639/16 מוחמד עבאסי נ' יו"ר הועדה המקומית לתכנון ובניה בירושלים, בפסקה 8 לפסק דינו של כב' השופט (כתוארו אז) מלצר (2018)).

100. אם תשמע דעתה של המשיבה, השר פעל כדין ולפי כל כללי המשפט המנהלי. יתרה מכך, בהפעלת שיקול דעתו העצמאי העדיף השר לשמר את המצב הנוכחי בדיון הישראלי, לפיו מוענקת זכות לתקן, אך בהיבט מסוים המאזן את כלל השיקולים והאינטרסים הרלוונטיים להחלטה. המשיבה סבורה שהמידע הרלוונטי להחלטה זו מצוי בידי המחוקק והשר, ולכן על בית המשפט הנכבד לנקוט ריסון שיפוטי בבואו להחליט בעתירה זו.

#### **ה.6. מתקינות מנהלית לזכות שפנים רבות לה**

101. "לזכות לתקן" פנים רבות, כך גם מדינות שונות התייחסו אחרת לזכות זו. כך, החקיקה שהוצעה בארצות הברית מחייבת את היצרנים להעמיד לרשות הצרכנים והחנויות העצמאיות מידע על תיקונים, חלקים וכלים בתנאים הוגנים וסבירים. בהשוואה, בפלורידה ובדרום קרוליינה הצעות החוק מתמקדות בזכות לתקן של ציוד חקלאי ובקליפורניה במכשור רפואי (Leah Chan Grinvald & Ofer Tur-Sinai, *Intellectual Property Law and the Right to Repair*, 88 Fordham L. Rev. 63. (2019)).

102. גם בבריטניה קיימת הגדרה שונה של הזכות לתקן ותחולתה מצומצמת למוצרי חשמל מסוימים. כך לדוגמה היא אינה חלה על טלפונים חכמים ומחשבים ניידים (Lorraine Conway, *Research Briefing*, *number 9302 - Right to Repair Regulations*, 24 September 2021).

103. אם כך, כלל לא ברור מהי "הזכות לתקן" אותה מבקשות העותרות לקדם בחקיקה בישראל. כמו כן, לא ברור כיצד יכולות העותרות לדרוש להרחיב זכות זו בחקיקה, כשהן עצמן אינן מדקדקות בתוכנה. וכיצד יכולות העותרות לבסס עתירתן על דברי חקיקה ממדינות שונות אשר השוני בהסדרים המוצעים בכל אחת מהן הוא בבחינת "שמיים וארץ".

104. יש לתמוה, שמשאין הגדרה של מהי אותה זכות לתקן, כיצד טוענות העותרות באופן נחרץ שהזכות, כפי שהיא מוגדרת כיום בדיון אינה מספקת (או קיימת כלל).

105. יתרה מכך, "החובה לתקן" במתכונת הנוכחית המעוגנת בישראל בתקנות הגנת הצרכן, כבר נמצאת על קשת ההגדרות הרחבה של חובה זו בעולם. משום שאין לחובה זו הגדרה אחת ויחידה, ברי כי אין לקבל את טענת העותרות לפיה החובה אינה קיימת כלל בחקיקה הישראלית כמו גם את טענתן החלופית לפיה ככל שחובה זו קיימת הרי שהיא אינה קיימת במידה הנדרשת, וזאת משום שבכל מדינה החובה לתקן קיימת באופן שונה המותאם לאיזון הראוי שעורך המחוקק בכל מדינה – בדיוק כפי שעשה גם המחוקק בישראל.

106. לטענת המשיבה, העובדה שהשר בחר לשמר את הזכות לתקן באופן בו היא קיימת כיום, אין בה פסול וכי העותרות לא הצליחו להצביע על פגם מינהלי היורד לשורשו של ההליך (רע"פ 4398/99 **הראל נ' מדינת ישראל** פ"ד נד(3) 637 (2000) פסקה 6 לפסק דינו של השופט זמיר). נוסף על כך, העותרות מתעלמות מהפגיעה שעשויה לקום מקום בו השר היה בוחר אחרת, שכן לקדם את הזכות לתקן באופן שיחיל אותה באופן רחב מהקיים כיום בדין הישראלי. על כך תעמוד המשיבה בפרק הבא.

## ו. הטיעון החוקתי

107. לטענת העותרות החלטתו של השר עולה כדי פגיעה בזכויות יסוד. בחלק זה תבקש המשיבה לבחון את טענות העותרות ואף להציג מדוע שינוי בדין עשוי לפגוע בזכויות הציבור אותו היא מייצגת. כך בין היתר, תרחיב המשיבה על הזכות לחופש עיסוק ומכוחה הזכות לתחרות, על האוטונומיה האישית והזכות לקניין, על חשש מפני הפגיעה בגוף ובאיכות הסביבה.

### ו.1. פגיעה בחוק יסוד: חופש העיסוק בדרך של מחדל?

108. לטענת העותרות, החלטת השר שלא לקדם את התקנות המרחיבות את הזכות לתקן מהווה פגיעה בחוק יסוד: חופש העיסוק, בדרך של מחדל. ויודגש: העותרות טוענות לפגיעה בחוק יסוד על ידי השר, עקב העובדה שבחר **שלא** להתקין תקנות. ואולם, בית המשפט העליון כבר קבע פעמים רבות כי:

"ביקורת שיפוטית תידרש רק אם ימצא שהכלל פוגע פגיעה ממשית בזכויות המוגנות. אין די בפגיעה של מה בכך" (בג"ץ 10203/03 **"המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה**, סב(4) 715, פסקה 17 לפסק דינה של כב' השופטת (כתוארה אז) נאור (2008))

109. ההפך הוא הנכון, התקנות כפי שהן כיום, נותרו ללא שינוי. הן מאפשרות לצרכנים זכות לתקן, במידה שמצא לנכון השר ליתן בעת התקנת התקנות. תקנות אלה, כפי שעמדנו לעיל, יש עליהן שמירת דינים.

110. בפרק זה תעמוד המשיבה על כך שבניגוד לטענתן של העותרות, אם החלטתו של השר פוגעת בזכויות לעיל, אזי שהפגיעה היא **מידתית**. אכן, כפי שמציינות העותרות, מדובר בזכויות יסוד ראשונות במעלה, אך במקרה דנן החלטת השר לא הביאה לפגיעה בהן או לצמצום היקף פרישתן, וזאת כפי שיפורט בהמשך.

111. כפי שנפסק לא אחת, ביקורת שיפוטית חוקתית המאפשרת לפסול חוק או תקנה על ידי בית המשפט אפשרית רק במקרים חריגים בהם המחוקק פגע בזכות יסוד באופן שאינו עולה בקנה אחד עם פסקת ההגבלה או עם פסקת ההתגברות. ציווי חובת "עשה" מפי בית המשפט אל עבר המחוקק, מתקיים במקרים חריגים אף יותר המונעים את מינימום הקיום בכבוד (ראו: ברק מדינה "על "פגיעה" בזכות חוקתית ועל "תכלית ראויה" **משפט ועסקים טו**, תשע"ב, עמוד 307 (2012)). בעניין זה יפים הדברים שנקבעו ע"י בית משפט נכבד זה בבג"ץ 129/13 **אקסלרוד נ' ממשלת ישראל**, פסקה 2 (2014):

**"קיים הבדל תהומי בין ביטולו של חוק בשל פגם חוקתי לבין ציווי על המחוקק להסדיר נושא כלשהו בחקיקה"**.

112. העותרות מציגות פגיעה לכאורה בזכות לחופש העיסוק, כאשר הן בחרו במתכוון שלא להידרש לפגיעה בחופש העיסוק שעשויה להיות למשיבה, ולעסקים והיצרנים אותם היא מייצגת, אם היה נדרש השר להתקנת התקנות ולהרחבת הזכות לתקן. די בכך כדי להבחין שעסקינן באינטרסים מתנגשים, אשר המשיב פעל לאזן ביניהם.

113. המשיבה סבורה כי ענייננו רחוק שנות אור מהמקרים שלפי הפסיקה מצדיקים את התערבותו של בית המשפט במקרה של אי קידום חקיקה, או במקרים של איזון בין זכויות. ואולם למען הסדר הטוב בחרה המשיבה להתייחס לטענותיהן של העותרות בעניין זה, בבחינת הוראות פסקת ההגבלה מפני הפגיעה בזכות.
114. העותרות טוענות כי היעדר נכונותו של השר לפעול להתקנת התקנות נעשה בחוסר סמכות. המשיבה סבורה שמדובר בטיעון מעגלי. כשם שלפי הנטען לשר אין סמכות לבצע פגיעה חוקתית מאחר שמדובר ב"הסדר ראשוני", וסמכותו היא לקבוע "הסדרים משניים" בלבד, כך גם שינוי המצב הקיים עד שלא יפגע לכאורה בזכות חוקתית, הוא לבטח בגדר "הסדר ראשוני". לכן, גם שינוי המצב הקיים שהעותרות מצביעות עליו, נדרש להיעשות על ידי המחוקק ולא על ידי השר.
115. עוד טוענות העותרות שהפגיעה לא הולמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, משלטענתן הדין הקיים פוגע בחופש התחרות הנגזר מחופש העיסוק, ומקנה יתרון לא הוגן ליצרנים. ואולם העותרות לא הרימו את נטל הראיה המוטל עליהן להראות מדוע אי-התקנת התקנות אכן טומנת בחובה פגיעה מעין זאת. ממילא, המשיבה טען כי חופש התחרות גם הוא מוגבל בתנאים מסוימים. הרי חופש התחרות של המתקנים, אינו גובר בהכרח בחשיבותו על זכויות הקניין של היצרנים לרבות זכויות היוצרים על מוצריהם, או על חשבון החופש של היצרנים להחליט כיצד למכור את מוצריהם.
116. המשיבה מסכימה עם העותרות שתכלית החוק היא ראויה. אך לא די בכך, אלא יש לבחון האם הרחבת הזכות לתקן, כפי שמבקשות העותרות, יש בה מן המידתיות להגשמת תכלית החוק. (בג"ץ 7052/03 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 202, פסקה 63 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק (2006) (להלן: "עניין עדאלה").
117. באשר לתנאי הרביעי לפסקת ההגבלה, מכיוון שהעותרות לא טענו להיעדר קשר רציונלי בין התכלית לאמצעי, המשיבה תתייחס רק למבחני המשנה השני והשלישי בתנאי המידתיות.
118. במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, על בית המשפט להביא בחשבון רק אמצעים המגשימים את תכלית החקיקה באותה מידה או במידה דומה לאמצעי שבחר המחוקק (ראו: בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ועסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר**, פ"ד סג(2) 545, פסקה 49 (2009)). זאת אומרת, שביישום מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, יש לבחון את השיקולים העוטפים את בחירת האמצעי שפגיעתו פחותה. לא תמיד על הכנסת לבחור באמצעי שפגיעתו הפחותה ביותר, במיוחד כאשר ישנה פגיעה בזכות אחרת (בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367 (1997)) כמו הזכות לקניין של היצרנים אשר תורחב בהמשך. יודגש, כי ההתאחדות אינה מסכימה כלל על כך שישנה פגיעה חוקתית במצב הקיים, אך רואה לנכון לציין שוב על האיזונים השונים במסגרת החוק.
119. במבחן המשנה השלישי לבחינת המידתיות, ההתאחדות תציין שהעותרת 3 לא הרימה את נטל הראייה להראות שהפגיעה הנקודתית בעסקים הקטנים עולה על תכליות החוק ואף מצדיקה פגיעה נוספת בזכויות הקניין של היצרנים כפי שההתאחדות תראה בהמשך.
120. מכל הטעמים לעיל, ההתאחדות תציין שאם ישנה פגיעה בחופש העיסוק של העסקים הקטנים, היא עומדת בתנאייה של פסקת ההגבלה ובעיקר מידתית. על כן, דינה של עתירתה של עותרת 3 להידחות. עוד לטענת המשיבה, ככל שיש היתכנות לפגיעה בחופש העיסוק והתחרות, תהיה זו פגיעה בזכויות המשיבה.

## 2.1. זכות הקניין של היצרנים

121. המשיבה תפנה את תשומת לבו של בית המשפט הנכבד לפגיעה נוספת בזכות חוקתית שהעותרות לא העלו בכתב עתירתן – פגיעה בזכות הקניין של היצרנים המעוגנת בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו: בג"ץ 4593/05 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ראש הממשלה (2006)**, בעמ' 14-12).
122. מושג הקניין כולל בתוכו הן את הקניין המוחשי והן את הקניין הרוחני. הקניין המוחשי של היצרנים מתבטא בזכות בעלות על חלקי חילוף שהעותרות מבקשות בעתירתן לחייב את היצרנים לסחור בהם ולהחזיק אותם, וזאת ללא הגבלה בזמן. הקניין הרוחני של היצרנים מתבטא בעיקר בסימנים וסודות מסחרים ובפטנטים שבבעלות היצרנים.
123. סימן המסחר הוא כאמור אותו סמל מילולי או גרפי המהווה קניין רוחני ייחודי של היצרן. למעשה, סימן המסחר הוא המוניטין של היצרן, ומה שמאפשר לצרכן לזהות את מוצריו, מבין יצרנים אחרים. בקשת העותרות לחייב את היצרנים לאפשר תיקון עצמאי על ידי הצרכן, או מי מטעמו, למעשה שוללת מהיצרן את השליטה המוקנית לו על מוניטין סימן המסחר. שכן כעת, לכל צרכן, או למי מטעמו, תהיה האפשרות לעשות שינויים במוצר בחסות סימן המסחר של היצרן. כך נראה, שהרחבת החובה לתקן, פוגעת בקניין הרוחני של היצרן על ידי שימוש לא מבוקר בסימן המסחר של היצרנים.
124. כך גם תכלית דיני הפטנטים מייתרת ברובה את הרחבת הזכות לתקן. הפטנט הוא אותה זכות משפטית המאפשרת לממציא לקבל הגנה משפטית על שימוש בלעדי בהמצאתו, ותכליתה הן רבות (ראו: ע"א 665/84 **סאנופי בע"מ נ' אוניפארם בע"מ**, פ"ד מא(4) 729, 741 (1987) שם נאמר בפסקה 7: "מטרת הפטנט אינה רק מתן תגמול לממציא כתמורה לאמצאתו שתביא תועלת לציבור. המטרה היא גם לעודד מחקר. חילופי דעות, מידע ומחשבה הכרחיים הם להפרייתו ולקידומו של המחקר"). חיוב היצרנים לאפשר שימוש במוצרים לכל החפץ בכך, מותירה את ההגנה המשפטית "ריקה מתוכן" וניתן לראות אותה כהטלת רישיון בכפייה על בעל הפטנט, וזאת משלא ניצל לרעה את המונופולין שיש לו על ההמצאה.

## 3.1. אוטונומיית הצרכן אל מול הפגיעה בזכות הקניין

125. עותרת 1 טוענת שאי-התקנת התקנות פוגעת באופן לא מידתי באוטונומיית הפרט לבחור איפה וכיצד לתקן את מוצריו. במצטרף לטענת המשיבה על הפגיעה בזכות יסוד במחדל, המשיבה תציין שמטרת חוק הגנת הצרכן, הלוא היא להגן על הצרכן, פוגעת באוטונומיית הפרט באופן פוזיטיבי על ידי התערבות ממשלתית בין שני צדדי העסקה (ראו: אמנון להבי "על המרחב הציבורי של קניין פרטי" **משפט וממשל ט**, תשס"ו, עמוד 638 (2006)). משום כך, עצם בחינת הפגיעה באוטונומיה היא שאלת מידתיות.
126. ההתאחדות תציין שאמנם אוטונומיית הפרט היא זכות חוקתית, אך אין זה אומר שניתן לפגוע בשמה בזכויות יסוד אחרות, כמו הזכות לקניין. עצם זכות הקניין, שוללת במידה מסוימת את אוטונומיית הפרט. כך לדוגמה, זכות הקניין מאפשרת לפלוני למנוע מאלמוני שימוש בנכס כלשהו (Ryan A. 'Property', in *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*, London 1987). בעניינינו, אוטונומיית הצרכן אינה יכולה להתרחב עד כדי פגיעה לא מידתית בזכות הקניין של היצרנים. זכות הקניין של היצרנים מתבטא בזכויות יוצרים על המוצרים שיצרו, ואף מתבטא במוניטין של אותם מוצרים (ראו: ע"א 663/87 **ד"ר תקוה נתן נ' צפורה גרינר** מה(1) 104 (1990)). תיקון המוצרים והחלפת חלפים על ידי מי שאינו היצרן המקורי, יכול להיעשות שלא בהתאם לסטנדרט התיקון שהיצרן קבע

- לעצמו. בכך, זכות הקניין של היצרן שמתבטאת במוניטין תפגע באופן משמעותי. זאת עדות נוספת לכך שחוק הגנת הצרכן כולל שיקולים רבים ושראוי שיוסדר בחקיקה ראשית.
127. מכיוון שתשובת ההתאחדות לעותרת 3 לגבי שלושת התנאים הראשונים של פסקת ההגבלה, יפים גם לתשובת ההתאחדות לעותרת 1, ההתאחדות תתמקד במבחן הרביעי – מבחן המידתיות.
128. עותרת 1 טוענת שהתקנות הקיימות אינן מקיימות את תכליתן להגן על היצרן. אך בקריאה מעמיקה של כתב עתירתה, ניתן להיווכח שלמעשה העותרת לא הרימה את נטל הראייה להראות שהתנתק הקשר הרציונלי בין התקנות הקיימות לבין התכלית לספק לצרכן אחריות על מוצריו. אחריות על המוצר, אין פירושה לאפשר לצרכן לתקן את המוצר באופן עצמאי, אלא, לחייב את היצרן לספק לתקופה מוגבלת בזמן התחייבות שבה היצרן מתקן את המוצר.
129. לגבי מבחן המשנה השני, ההתאחדות תציין שבהמשך לתשובתה לטענת עותרת 3 לגבי המבחן המשנה השני, יפות טענותיה פה. כאמור, פגיעה באמצעי שפגיעתו פחותה לא תתאפשר כל עוד אותו אמצעי פוגע בזכות חוקתית אחרת, כמו הזכות לקניין של היצרנים.
130. לגבי המבחן המשנה השלישי, הרי חוק הגנת הצרכן הוא חוק שפוגע באוטונומיית הפרט, וזאת לשם המטרה של להגן עליו. החוק ממשיך את אותו קו, בכך שמחד גיסא, פוגע באוטונומיית הפרט בכך שלא נותן לצרכן לבחור היכן לתקן את מוצריו, אך מאידך גיסא, מגן עליו בכך שמחייב את היצרן במתן אחריות. ההתאחדות תציין, שעצם תפיסת הצרכן על ידי המחוקק כצד "חלש" הנעדר במידה מסוימת ביכולת הגנה על עצמו, היא מה שאפשר לחייב את היצרנים באותם סעיפי חוק אחרים של החוק. אם עותרת 1 טוענת לכך שהצרכן הינו צד "חזק" בעל יכולת אוטונומיה במידה גבוהה, אז אין הוא נדרש להגנת המחוקק.
131. המשיבה מבקשת להדגיש היבט נוסף של פגיעה באוטונומיית הפרט, שתתרחש ככל שיקודמו התקנות המרחיבות את החובה לתקן, והיא שחובה זו תחייב למעשה "ביטוח חובה" לכלל הצרכנים:
132. היצרן, שהוא תאגיד פרטי בעל אינטרסים מסחריים, פועל כידוע להשאת רווחיו. היצרן אינו יודע איזה מכשיר עלול להתקלקל בעקבות שימוש של איזה צרכן, אך הוא כן יודע שהקמת מערך תיקון ואספקת מוצרים חליפיים יגרמו לו להוצאות כלכליות משמעותיות. לכן, משיקולים כלכליים ברורים, היצרן יפזר את עלות התיקון בין כלל הצרכנים, באופן שיתגלגל בפועל למחיר המוצרים ויעלה את המחיר לכלל הצרכנים. דהיינו, היצרן יהפוך בלית ברירה למעין מבטח המטיל "ביטוח חובה" על כלל הצרכנים.
133. ההשלכות הרבות של "הרתעה כללית", המתבטאת בביטוח חובה, מוכרות בדין הישראלי. ביטוח חובה ישלול מהצרכן את חירות הבחירה אם לבטח את עצמו או לא. זאת אומרת, שמהצרכן נשללת יכולת הבחירה האם עלות אמצעי הזהירות, תקופת האחריות והביטוח למוצר משתלמים לדרכי פעולותיו, והבחירה נכפית עליו ומתבטאת במחיר גבוה יותר עבור כלל הצרכנים. ברי אפוא, שפעולה כזאת כשלעצמה פוגעת אנושות בחירות הבחירה של הצרכן ובפעילותו התקינה של המשק.
134. דרישת העותרים **לספק חלקי חילוף ללא הגבלה** בזמן והוראות לצרכנים לתקן בעצמם את הפגם, תיצור פגיעה לא מידתית ואף תפגע במטרת התיקון.
135. היצרן יחויב להחזיק מלאים של חלקי חילוף מקוריים, מכל הסוגים, ומכל הדגמים שנמכרו או ימכרו בעתיד לצרכנים. מצב זה יטיל על היצרן עלויות כספיות ישירות של החזקת מלאים של רכיבים מכל

הסוגים שיצר היצרן. בנוסף, יוטלו על היצרן עלויות בלתי ישירות כמו בניית מחסנים וגיוס כוח אדם לצורך שימור, החזקה של אותם מלאים ומתן שירות לצרכנים על פי דרישה.

136. הכנסת דגם חדש לשוק, תצריך את היצרן ביבוא והחזקה של מלאים חדשים של המוצר החדש, אשר יתווספו למלאים הקיימים, ויוסיפו צורך במחסנים ובאנשי שירות מתאימים. היצרן לא יוכל לפנות מקום למלאים חדשים אלו, כיוון שיחויב לשמר את המלאים עד אשר ישליך אחרון הצרכנים את הדגם הישן של המוצר.

137. דרישה זו מהיצרן היא לא מידתית. היא מטילה על היצרן עלויות משתנות, ובנוסף עלויות קבועות שילכו ויעלו עם השנים. בלתי סביר הוא כי תוטל על היצרן להחזיק מלאים רבים לדגמים שונים של המוצרים שהוא מייצר או ייצר בעבר, על מנת לספק חלק ספציפי בעלות אפסית, לצרכן.

#### **4.1. החובה לתקן עלולה לגרום לנזק גוף לצרכנים**

138. קיימים מצבים בהם יצרנים אינם מתירים תיקון על ידי הצרכן או גורם פרטי מטעמו, אלא רק על ידי גורמים בעלי מומחיות אשר עוברים הסמכה על ידי היצרן לתיקון המוצר. אחת מן הסיבות לכך היא כדי למנוע נזקי גוף שעלולים להיגרם לצרכן, שאינו בעל הכשרה וידע מתאימים לתיקון המוצר, ואשר עלול להינזק אילו יבצע את התיקון בעצמו.

139. כך למעשה, התקנת התקנות באופן שאותו מבקשות העותרות להחיל, עלולה להביא למצב שבו הצרכן ייפגע כתוצאה מחשיפה לא מבוקרת לרכיבי המוצר שרכש, חשיפה שהיצרן מנע ממחשבה על בטיחות הצרכן. כך לדוגמה, התעסקות עצמאית, ללא ניסיון מקדים בסוללת ליתיום הכלולה ברבים מהמוצרים הטכנולוגיים, לרבות רובם המוחלט של הטלפונים הסלולריים, עלולה לגרום לפיצוץ והתלקחות (לסיכונים בהתעסקות עצמאית בסוללת ליתיום ראו: *What happens if a Lithium-Ion battery gets punctured in an accident?*, נספח מש/4) בהקשר זה יצוין כי בית המשפט פסק זה מכבר כי חובתו של היצרן למנוע בדרך סבירה כל סכנה העלולה להיגרם לצרכן (ראו: ע"א 7877/02 ג'ווליס זיאד נ' חברת החשמל מזרח ירושלים בע"מ, פ"ד נח(2) 279 (2003), עמ' 286).

140. ברי כי ייצור של מוצר חשמלי ושימוש במוצר החשמלי הינם דברים שונים לחלוטין. שימוש במוצר חשמלי באופן תדיר, עלול ליצור אצל הצרכן תחושה כי הוא בעל יכולת לתקן מוצר זה בכוחות עצמו, או באמצעות אדם שלישי עליו הצרכן סומך.

141. ואולם תחושה זו פעמים רבות עשויה להיות שגויה ולהוביל לתוצאות הרוות אסון. זאת, שכן תיקון מוצרים חשמליים הינו מקצוע הדורש הכשרה וניסיון. לעתים לצורך תיקון מוצר יידרש ידע באלקטרוניקה, חומרה, תוכנה ואף ידע באופן בו חשמל עובד – ידע וניסיון שאין בידי רוב הצרכנים. כאשר מדובר במוצרים חשמליים ההתעסקות בהם יכולה לגרום לפיצוץ, שריפה וחשמול, ואלה רק חלק מהסיכונים הרבים שעלולים להביא לפגיעת גוף.

142. היצרנים, שהם בעלי הידע הרלוונטי אודות המוצרים שלהם, הם אלו אשר יכולים לתקן את המוצר התקול במינימום הסיכון האפשרי. משכך, ראוי להטיל על היצרנים אחריות בלעדית על תיקון המוצרים, כפי שנעשה כבר כיום.

## 5.1. החובה לתקן תביא לעליית הזיהום הסביבתי

143. לטענת העותרת 2, הרחבת החובה לתקן תסייע להגן על הסביבה ותביא לשיפור באיכות חייהם של תושבי ישראל כתוצאה מכך. ואולם המשיבה סבורה שבטענה זו אין ממש שכן חיוב היצרנים לתקן ולשמור מלאים לתיקון יביא למעשה להתגברות הזיהום הסביבתי.
144. כך, הרחבת הפרקטיקה של תיקון מוצרים במקום החלפתם בחדשים תביא להארכת זמן חיי המוצרים הישנים ותמנע את החלפתם במוצרים מתקדמים וחסכוניים יותר – למשל שימוש במכונות ישנות מזהמות על פני החלפתן במכונות חשמליות, שימוש במקררים ישנים שצורכים אנרגיה רבה לעומת מקררים חדשים שחסכוניים יותר וכד'.
145. בנוסף, הטלת חובה נרחבת על היצרנים לתיקון מכשירים ולשמירת מלאים לצורך תיקון מכשירים, עשויה לפגוע בייבוא מוצרים חדשים לארץ – מוצרים אשר מזהמים פחות וחסכוניים יותר בצריכת אנרגיה. בכך יישארו הצרכנים בארץ עם מוצרים מזהמים שיצרן מחויב לספק להם חלקי חילוף, במקום לקנות מוצרים חדשים שאינם מזהמים. ישנו סיכון ביצירת רגולציה ייחודית בישראל, במאובחן מרגולציה אחרת בעולם, תוצאתה עשויה להיות ויתור של יצרנים בינלאומיים על השוק הישראלי כשהוא יחצין עלויות נוספות.
146. לטענת המשיבה, הפתרון להפחתת הפגיעה באיכות הסביבה אינה דרך הרחבת הזכות לתקן אלא דווקא משינויים טכנולוגיים שיאפשרו פתרונות פחות מזהמים. דוגמא לכך היא תעשיית הרכב, שהיא בין התעשיות המזהמות ביותר, מבלי לשנות את הרגולציה בתחום, בשנים האחרונות נכנס פתרון פחות מזהם לעומת כלי הרכב שהיו קיימים בעולם שנים רבות – מכונות חשמליות.
147. נראה אם כן, שאם תתקבל עתירה זו ויחייבו את היצרנים לספק חלפים למוצריהם, יפגעו אותם צרכנים ואינטרסים שהעותרת 2 מבקשת להגן עליהם. לכן, המשיבה סבורה כי יש לדחות את טענותיה בעניין זה.

## ז. סוף דבר

148. כאמור, במרכז העתירות דנא עומדת בקשת העותרות כי בית המשפט הנכבד יתערב בהחלטה מנהלית של שר הכלכלה. אלא שכפי שהראתה המשיבה בפירוט בתגובה זו, העותרות לא הראו כל נימוק המצדיק את התערבותו של בית המשפט הנכבד בשיקול דעתו של השר, ולא הראו אפילו פגם מנהלי אחד שיש בו כדי להביא לקבלת עתירותיהן.
149. משהעותרות לא הרימו את נטל הראייה להוכיח חוסר סבירות בהחלטת השר, ולבטח לא הוכיחו חוסר סבירות מהותי או קיצוני, אזי החלטת השר נהנית מחזקת התקינות.
150. העותרות לא הצליחו להוכיח את חוסר הסבירות בהחלטה של השר, הן במישור הפרוצדוראלי והן במישור המהותי, וממילא לא הצליחו להראות חוסר סבירות קיצוני המצדיק את התערבותו של בית משפט נכבד זה.
151. העותרות גם לא הצליחו להוכיח כי המצב החוקי הקיים פוגע בזכויות באופן בלתי מידתי, וכפי שהראתה המשיבה המצב הקיים אף מיטיב עם זכויותיהם של הצרכנים ועם האינטרס הציבורי בתחומים שונים (למשל בתחום איכות הסביבה). כלומר, בשונה מהתקנות שמבקשות לקדם העותרות, אשר מיטיבות רק עם הצרכן המעוניין בחובה לתקן על חשבון היצרנים והאינטרס הציבורי, המצב הקיים הוא פרי איזון בין הזכויות של כלל הציבור – הצרכנים, היצרנים ושל המשק כולו.



152. עוד הראתה המשיבה כיצד הענקת סעד, כמבוקש על ידי העותרות, בדרך של התקנת תקנות המרחיבות את החובה לתקן על ידי המשיב, תביא לפגיעה בזכויות חוקתיות.
153. אשר על כן, מהטעמים שנכתבו לעיל בהרחבה בתגובה זו, מתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את העתירות כולן על כל חלקיהן ולהותיר את שיקול הדעת בנושא לשר הכלכלה, ובכך לשמור על האיזון הקיים בין רשויות השלטון.
154. כן מתבקש בית המשפט הנכבד לפסוק הוצאות המשפט לטובת המשיבה וכן שכ"ט עו"ד בתוספת מע"מ כדין.



איתמר ארבל

**ב"כ התאחדות התעשיינים**

## רשימת נספחים

### מטעם המשיבה

עמוד	פירוט הנספח	נספח
1	מבקר המדינה שימוש הרשויות המקומיות ונבחריהן ברשתות החברתיות (2020), עמ' 43	מש/1
4	הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.0004 "הנחיות מינהליות" (21.05.2018), עמ' 3	מש/2
7	הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 2.3100 "חקיקת משנה : נוהל והנחיות" (01.11.1985), עמ' 10	מש/3
10	<i>What happens if a Lithium-Ion battery gets punctured in an accident?</i>	מש/4

**נספח מש/1**

**מבקר המדינה - שימוש הרשויות  
המקומיות ונבחריהן ברשתות החברתיות  
(2020)**



במספר. עד מועד סיום הביקורת, דצמבר 2019, השיבו עליהם 189 רשויות מקומיות, שהן כ-74% מהרשויות בישראל, ובהן 66 עיריות, 80 מועצות מקומיות ו-43 מועצות אזוריות. הממצאים בדוח זה מבוססים על הביקורת שנעשתה ברשויות שנבדקו וכן על המידע שנאסף מהשאלונים וניתוח התשובות. לשם למידת סוגיית הביקורת וקבלת יעוץ מקצועי נפגש צוות הביקורת עם מומחים מהאקדמיה בתחום הרשתות החברתיות והמדיה הדיגיטלית. מאחר שנמצא כי פייסבוק היא הרשת החברתית שבה משתמשות רובן המכריע של הרשויות המקומיות, מרבית הממצאים בדוח זה מתייחסים אפוא לשימוש ברשת זו, אך ניתן ללמוד מהם גם לגבי שימוש ברשתות חברתיות אחרות בהווה ובעתיד.

## רקע נורמטיבי

הרשתות החברתיות מופעלות על ידי חברות פרטיות מסחריות לצרכים מסחריים. המודל העסקי שלהן מבוסס על מתן הפלטפורמה ללא עלות כספית, בתמורה לאיסוף המידע על אודות המשתמש, ושימוש במידע זה ליצירת מאפייני המשתמש (פרופיל) והפניית פרסומות המותאמות לו אישית על גבי הפלטפורמה) <sup>15</sup>targeting, להלן - טרגוט). עם הזמן גם הפוליטיקאים והמגזר הציבורי כולו החלו להשתמש בהן, ולנהל באמצעותן מסעות פרסום (קמפיינים) ציבוריים, בעיקר פוליטיים, וכאמור לעיל לצרכים נוספים ומגוונים.

רובו המוחלט של השיח הציבורי המתנהל כיום ברשתות החברתיות נשלט על ידי מספר מצומצם של רשתות כאלה שהן בבעלות ענקיות טכנולוגיה, ובהן חברת פייסבוק (בבעלותה פייסבוק, אינסטגרם ווואטסאפ) חברת גוגל (שבבעלותה יוטיוב) וחברת טוויטר. מצב זה, שבו כמה ענקיות טכנולוגיה פרטיות, הפועלות על פי מודלים עסקיים ומונחות על ידי אינטרסים עסקיים הלכה למעשה, שולטות בשיח הציבורי, אוספות מידע אישי, שומרות אותו, מעבדות אותו ומאפשרות טרגוט מודעות מותאמות אישית לקהלי יעד על בסיסו על ידי מערכות בינה מלאכותית - מעורר לא מעט קשיים, שאלות משפטיות מורכבות ודילמות אתיות, שהעולם כולו מתמודד עימן בימים אלו. כך למשל, בתחום תעמולת הבחירות ותהליכים דמוקרטיים<sup>16</sup>; בתחום דיני התחרות<sup>17</sup>; בנושאים הקשורים לזכויות האדם

5 1 הפניית תוכן לקהל בעל מאפיינים מוגדרים (טרגוט) - ראו להלן בפרק 'התוכן ברשתות החברתיות ברשויות המקומיות'.

6 1 ד"ר תהילה שוורץ אלטשולר וד"ר גיא לוריא, חוסן דיגיטלי, תעמולת בחירות דיגיטלית - איסור השימוש במשאבי הרשויות המקומיות, 41.01.8102.

7 1 ד"ר איריס סורוקר, עו"ד ענבר גוטליב ריבקין, נייר עמדה בנושא: סוגיות של תחרות בכלכלה הדיגיטלית, מרכז חת לחקר התחרות והרגולציה, מאי 9102; ראו גם סימפוזיון בנושא The Tech Giants, Monopoly Power and public discourse שנערך ב-11.9102.51 באוניברסיטת קולומביה ארה"ב: 2.10.2017.

2 6 ראו לדוגמה - ע"א (מחוזי ת"א) 75753-01-61 נדיילי תקשורת בע"מ נ' שאול (פורסם במאגר ממוחשב,

- כגון חופש הביטוי<sup>18</sup>, השיח הציבורי<sup>19</sup>, הזכות לשוויון, הזכות לפרטיות ואפשרות המעקב; הזכות להישכח/להיעלם במרחב הדיגיטלי, משמעות הכוח שבמידע שבידי החברות, הזכויות במידע שנאסף ואפשרויות השימוש בו, העברת כוח ציבורי/מדינתי לידי גורמים פרטיים, התנגשות בין תנאי השימוש של הפלטפורמות לדין המקומי, אחריותיות (Accountability), שקיפות ויצירת רגולציה על החברות שמפעילות את הרשתות החברתיות<sup>20</sup> ועוד.

מהפסיקה הקיימת בישראל בחלק מהתחומים האלה וככלל, עולה שעל הפעילות במרשתת בכלל וברשתות החברתיות בפרט חלים הדינים הכלליים ב"שינויים המחויבים". כך למשל נפסק שחלות על פעולות של הרשות הציבורית ברשתות החברתיות הוראות הדין הפלילי<sup>21</sup>, דיני הפרטיות<sup>22</sup>, דיני לשון הרע<sup>23</sup>, דיני תעמולת בחירות<sup>24</sup> ודיני הקניין הרוחני<sup>25</sup>.

לעיתים השימוש של הרשות ברשת החברתית כרוך בסוגיות מורכבות של איזון בין ערכים מסוימים כגון הצורך בשקיפות ובמסירת מידע לציבור, לבין ערכים אחרים כגון הזכות לפרטיות או להגנה על השם הטוב. נוסף על כך, תחולת הכללים המשפטיים והתאמתם לפעילות הפרטית והציבורית ברשתות החברתיות ומאפייניהן הייחודיים נמצאת בהתהוות ומתעצבת מדי יום בבתי המשפט<sup>26</sup>.

- 18 ראו למשל פאנל בנושא - Social media and the First Amendment מיום 23.9.2019 באוניברסיטת ג'ורג'טאון, ושינגטון:  
<https://knightcolumbia.org/content/social-media-and-the-first-amendment>
- 19 Niva Elkin-Koren & Maayan Perel, Separation of functions for AI: Restraining speech regulation by online platforms, 22.8.2019  
אוחזר מתוך: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3439261](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3439261)
- 20 Mark Zuckerberg, Four ideas to regulate the internet, 30.3.2019
- 21 רע"פ 4419/19 מדינת ישראל נ' טאטור (פורסם במאגר ממוחשב, 25.9.19).
- 22 ת"א (הרצ') 21945-07-14 פלוני נ' סמל (פורסם במאגר ממוחשב, 31.1.16).
- 23 רע"א 1688/18 יגאל סרנה נ' נתניהו (פורסם במאגר ממוחשב, 15.4.18).
- 24 תר"מ 58/20 רשימת מהפך בראשות נורית אבנר נ' מר יצחק רוכברגר - ראש עיריית רמת השרון (פורסם במאגר ממוחשב, 7.8.13); תב"כ 8/21 בן מאיר נ' מפלגת הליכוד (פורסם במאגר ממוחשב, 27.2.19); תב"כ 13/21 מפלגת העבודה נ' הליכוד (פורסם במאגר ממוחשב, 18.2.19).
- 25 ת"ק (תביעות קטנות ת"א) 4706-04-13 חצק נ' גרובר (פורסם במאגר ממוחשב, 21.7.13). הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 6.7000 "שימוש בתכנים ברשת האינטרנט במשרדי ממשלה - היבטי קניין רוחני", 19.1.16, אשר עסק בשאלה מה דינם של "חיבוב" (like) ו"שיתוף" (share) ברשת החברתית לעניין האחריות בלשון הרע. ערעור לבית המשפט העליון על פסק הדין נדחה - רע"א 9321/91 שאול נ' חברת נידלי תקשורת בע"מ (פורסם במאגר ממוחשב, 20.1.8). היועץ המשפטי לממשלה התייצב לדיון בשני הליכים אלה; ההליכים בעניין העמוד "סטטוסים מציצים" והסרתו על ידי פייסבוק - ת"א (מחוזי ת"א) 05-50870-17.12.14, רע"א Facebook Irland Limited 518/81 נ' לן (פורסם במאגר ממוחשב, 19.11.3) ערעור שהסתיים בפשרה ובביטול פסק הדין של בית המשפט המחוזי.

**נספח מש/2**

**הנחיות היועץ המשפטי לממשלה  
1.0004 "הנחיות מינהליות"  
(21.05.2018)**

6. ב-פרשת סאי-טקס<sup>10</sup> נקבעה לראשונה ההלכה בדבר הבטחות מינהליות, ומאז התקבעו בפסיקה מספר תנאים מצטברים להשתכללות הבטחות שכאלה.<sup>11</sup> התנאים הם אלה:

א. **ההבטחה ניתנה בסמכות.** מכוח עקרון חוקיות המינהל, נדרש שכל פעולה של רשות מינהלית תיעשה בסמכות.<sup>12</sup> המדובר בסמכות על פי הדין, ואין די בהסכמת הצדדים כדי ליצור סמכות יש מאין.<sup>13</sup>

ב. **ההבטחה מפורשת:** "הלכה היא כי הוכחת קיומה של הבטחה שלטונית צריכה להיות ברורה וחד-משמעית".<sup>14</sup> יש לציין כי אופייה המפורש של ההבטחה נבחן בצורה אובייקטיבית, ולא על בסיס התרשמותו של מקבל ההבטחה.<sup>15</sup>

ג. **ההבטחה מסוימת ומשקפת כוונה ליצור מערכת יחסים בעלת תוקף משפטי מחייב.** על פי תנאי זה, אין די בהצהרה שהיא כללית, ולא עולה כדי התחייבות משפטית

<sup>9</sup> ראו: בג"צ 426/15 קיבוץ ניר עוז נ' משרד החקלאות (לא פורסם, 11.11.2015), בעמוד 2: "מה שנכתב לא אחת במכתבי היועץ המשפטי לממשלה לרשויות שונות אולי ראוי שילבש לבוש של הנחיית יועץ, שתסביר את הצורך להיות ידוע, קרי, שאין מקום לפיזור הבטחות אשר אין להן תוקף תקציבי ומשפטי".

<sup>10</sup> בג"צ 135/75 סאי-טקס קורפוריישן בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד (1) 673 (1975).

<sup>11</sup> לסיכום ההלכות ראו: פרשת התנועה למען איכות השלטון, בפיסקה קיא לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

<sup>12</sup> ראו ב-פרשת סאי-טקס, עמ' 676; בג"צ 4225/91 גודוביץ' נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(5) 781 (1991); בג"צ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (1993).

<sup>13</sup> פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, פיסקה קיב לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

<sup>14</sup> בג"צ 5853/04 "אמנה" תנועת ההתיישבות של גוש אמונים אגודה שיתופית נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 293, 289 (2004).

<sup>15</sup> מן הטעם הזה גם נהוג שלא להתחשב בתפיסה הסובייקטיבית של מקבל ההבטחה לגבי השאלה האם היא הייתה מחייבת. ראו: ברק-ארו, משפט מינהלי כרך ג' 319.

לנקוט בפעולה,<sup>16</sup> או אפילו בהתחייבות לבצע בדיקה במטרה לקדם את עניינו של הפרט.<sup>17</sup> יש להראות כי נותן ההבטחה התכוון כי דבריו יקבלו תוקף משפטי מחייב, ויתממשו,<sup>18</sup> ולא הייתה זו מבחינתו אמירה בלתי מחייבת או הצהרת מדיניות. אחת האינדיקציות לקיומה של הבטחה בעלת תוקף משפטי היא פירוט בנוגע לפרטי ההתחייבות, בניגוד לאמירה עקרונית בלבד.<sup>19</sup> כמו כן, על ההבטחה להיות מכוונת לנבטח ספציפי או לציבור נבטחים מסוים.<sup>20</sup> תבחין רלבנטי נוסף הוא השאלה, האם ההבטחה ניתנה בכתב. בעוד שכתב איננו דרישה פורמלית על פי הפסיקה, הוא לעתים משמש כראייה לרצינות ההבטחה.<sup>21</sup>

ד. **לנותן ההבטחה יש יכולת להביאה לכדי מימוש.** תנאי זה פורש בפסיקה כדרישה כי ההבטחה תהיה ללא סייגים משמעותיים, ושלא תהיה כפופה להתקיימות תנאים או מתן אישורים שאינם בשליטת המבטיח.<sup>22</sup> בתוך תנאי זה נכנס גם הפן התקציבי: הבטחה שניתנת בכפוף לקיומה של מסגרת תקציבית מתאימה, כאשר זו לא נקבעה מראש והעמדתה איננה בסמכות המבטיח, איננה מחייבת.<sup>23</sup> ייתכן שניתן לראות במקרה כזה גם משום אי-קיום תנאי הסמכות.<sup>24</sup>



**נספח מש/3**

**הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 2.3100**

**”חקיקת משנה: נוהל והנחיות”**

**(01.11.1985)**

#### 5.4. הנחיה לנסחים: הענקת הסמכות לשר ולא לרשויות אחרות

א) דרך-כלל רצוי שהחוק יעניק את הסמכות להתקין תקנות לשר ולא לרשות אחרת.

טעמים אחדים לכך:

(1) הסמכות להתקין תקנות הרי היא מן הסמכויות החשובות ביותר של המינהל הציבורי, ובאופן עקרוני ככל שהסמכות חשובה יותר, ראוי שהיא תופקד בידי דרג מינהלי גבוה יותר.

(2) לעתים קרובות, הסמכות להתקין תקנות כרוכה בשיקולי מדיניות אשר ראוי כי ישקלו על-ידי מי שעומד בראש המערכת.

(3) האחריות של שר, בפני הממשלה ובפני הכנסת, היא בלתי מסויגת כאשר מדובר בסמכות המופעלת על ידו באופן אישי, ומן הראוי שבגלל חשיבותה של החקיקה המינהלית תוטל על השר, בעניין זה, אחריות רחבה כזאת.

לפיכך רצוי להימנע מהקניית הסמכות להתקין תקנות לעובדי ציבור אחרים, ואפילו הם עובדי מדינה בכירים, גם כאשר מדובר בתקנות המסדירות נושא מקצועי המצוי בתחום הידיעה של מומחים לדבר, ולא בתחום הידיעה האישית של השר. במקרים כאלה, כמו בכל מקרה אחר, רשאי השר להיוועץ במומחים ולאמץ את דעתם. ראו בג"צ 39/49 פישל נ' הרמטכ"ל, פ"ד ב 664; בג"צ 77/58 טחן בע"מ נ' שר העבודה, פ"ד יג 80. עם זאת, גם במקרים אלה ראוי שהמדיניות תיקבע על-ידי השר עצמו.

ג) לעתים, קובע החוק כי הסמכות להתקין תקנות לביצוע החוק מוקנית לשני שרים ביחד.

- עמוד 10 מתוך 59 -

הנחיה מס' 2.3100

זיות היועץ המשפטי לממשלה

כך לדוגמא, חוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט - 1969, קובע בסעיף 43(א), כי שר המשפטים ושר העבודה והרווחה ממונים על ביצוע; חוק לנשיאת עונש מאסר במדינת אזרחותו של האסיר, התשנ"ז - 1996 קובע כי שר המשפטים והשר לבטחון פנים ממונים על ביצוע חוק זה והם רשאים, באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, להתקין תקנות בכל הנוגע לביצועו. דומה לכך המצב בו החוק מעניק את הסמכות להתקין תקנות לשר אחד "בהסכמתו" של שר שני.

הניסיון מלמד כי הסדר כזה עלול לגרום קשיים מרובים ולעתים אף לסכל ביצוע נאות של החוק. מטעם זה תוקן החוק למניעת מפגעים, התשכ"א - 1961, שבעבר קבע שלשני שרים יחד יש סמכות להתקין תקנות לביצוע החוק (שר הבריאות ושר הפנים). כיום הסמכות לפי חוק זה מסורה לשר אחד בלבד, השר לאיכות הסביבה.

לפיכך, גם במקרים שנושא התקנות נוגע לשני משרדים, רצוי להפקיד את הסמכות להתקין תקנות בידי שר אחד, הוא השר שמרכז הכובד של התקנות מצוי בתחום משרדו, אלא אם כן יש צורך ברור להעניק את הסמכות לשני השרים במשותף. כדי לתת ביטוי לעניין של שר נוסף בנושא התקנות, אפשר להתנות את תקנת התקנות בהתייעצות אם אותו שר. כך נעשה למשל בחוק אימוץ ילדים, התשמ"א - 1981, המעניק את הסמכות להתקין תקנות לשר המשפטים בהתייעצות עם שר העבודה והרווחה ובחוק איסוף ופינוי פסולת למחזור, התשנ"ג - 1993 המעניק את הסמכות לשר לאיכות הסביבה בהתייעצות עם שר הפנים. על חובת ההתייעצות ראו להלן סעיף 13. החובה להתייעץ מאפשרת, במקרה של מחלוקת ממשית בין שני השרים בנושא חשוב, להביא את הנושא לדיון בממשלה או בוועדת שרים או, אולי, בדרך אחרת.

ד) בעניינים בעלי חשיבות מיוחדת או רגישות מיוחדת ניתן לקבוע כי התקנות יותקנו על-ידי הממשלה או על-ידי שר באישור הממשלה.

**נספח מש/4**

**What happens if a Lithium-Ion  
battery gets punctured in an  
accident?**

## **What Are the Dangers of a Lithium-Ion Battery Puncture?**

Make no mistake about it—lithium-ion battery punctures can be extremely dangerous. The risks are two-fold, with different causes and results. Users of lithium-ion batteries need to be aware of both.

### **Fire & Combustion**

A punctured lithium-ion battery can lead to a serious fire in some cases. Potent electrolytes can leak through the hole, often creating chemical reactions that release heat. This heat can then damage other battery cells, creating a chain reaction of damage.

This process is called thermal runaway. It's a self-reinforcing cycle that can lead to battery fires or other combustion events.

### **Dangerous Fumes**

As the electrolyte chemicals react with the air and one another, they can also produce potentially hazardous fumes. These include deadly carbon monoxide or hydrofluoric acid, which can irritate the skin hours after exposure.

While not as immediately apparent as a fire, these can also pose life-threatening risks to those breathing these fumes.

## **The Dangers of Lead-Acid Battery Punctures**

While people often cite the dangers of lithium battery punctures as drawbacks to the technology, lead-acid battery punctures have similar dangers already.

Even if it is a sealed lead-acid battery, punctures almost always lead to acid leaks. These acid leaks can cause acid burns, corrosion, and equipment damage.

If the puncture is severe, the lead plates can make contact with each other and create an internal short within the battery. This almost always causes the battery to start heating excessively. This in turn can cause the battery itself to catch fire or begin boiling flammable hydrogen sulfide gas.

So, no matter what type of battery you have, treat punctures seriously and immediately.