

- העותרים:**
1. איגוד רשתות שיווק המזון בלשכת המסחר תל-אביב והמרכז
 2. א.ב.א ויקטורי ניהול ואחזקות בע"מ
 3. טיב טעם בע"מ
 4. יינות ביתן בע"מ
 5. כ.ג. מחסני השוק בע"מ
 6. כל בו חצי חינום בע"מ
 7. מגה קמעונאות בע"מ
 8. מעדני מניה בע"מ
 9. סופר דוש בע"מ
 10. קשת טעמים בע"מ

כולם ע"י ב"כ עוה"ד פרופ' אריאל בנדור ו/או ד"ר ישגב נקדימון ו/או שרון קיסר ו/או שי פניני
ממגדל אמות השקעות, קומה 13
רח' ויצמן 2, תל-אביב 6423902
טל': 03-6833010; פקס: 03-6833011

- נ ג ד -

- המשיבים:**
1. שר הכלכלה והתעשייה
מרח' בנק ישראל 5, ירושלים
 2. הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן
מרח' בית הדפוס 12, ירושלים

עתירה למתן צו-על-תנאי

עתירה למתן צו-על-תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו-על-תנאי שיורה למשיבים או למי מהם לבוא ולתת טעם, אם יש בידיהם, על-פי ראשי הצו-על-תנאי שלהלן:

א. מדוע לא יתוקנו תקנות הגנת הצרכן (הפחתה של סכומי העיצום הכספי), תשע"ה-2014, כך שיבוטלו בהן ההגבלות על שיעורי ההפחתה של סכומי העיצום הכספי ושיעור ההפחתה ייקבע בכל מקרה לפי נסיבותיו, וכן תתווסף עילת הפחתה שיורית של נסיבות אחרות שבהן ראוי להפחית את סכומי העיצום הכספי.

ב. מדוע לא יתוקן נוהל אכיפה – עיצומים כספיים של המשיבה מס' 2, כך שייקבעו בנוהל –

(1) שיטה לבדיקה אקראית של מדגם מוצרים ובמספר המאפשר מובהקות סטטיסטית של הממצאים ככל שאין נבדקים בבית-העסק כל המוצרים;

(2) הנחיה כי "טעות אנוש" שהובילה לאי סימון מוצר או לסימון לקוי תיקבע על-פי כמות המוצרים שבהם נמצאה הפרה ביחס לכמות המוצרים המוצעים למכירה בבית-העסק;

(3) ביטול השיטה שלפיה הטלת העיצומים הכספיים נעשית לפי מספר קטגוריות המוצרים שבהם נמצאה הפרה;

(4) דרישה לצילום מלא ובהיר על-ידי הפקחים מטעם המשיבה מס' 2 של כל הפרה שבגינה יוטל עיצום;

(5) ציוד הפקחים יצוידו בטופס שבו תירשם התגובה של מנהל בית-העסק (לרבות מנהל הסניף שבו נערכה הביקורת) לגבי כל אחת מההפרות הנטענות.

ג. מדוע לא יתוקנו נוהל המצאת התראה מינהלית חלף עיצום כספי ונוהל התחייבות להימנע מהפרה חלף עיצום כספי של המשיבה מס' 2, כך שיוספו עילות נוספות להמצאת התראה מינהלית או להטלת התחייבות להימנע מהפרה, שיכללו –

(1) הפרה ראשונה של העוסק את ההוראה שבגינה מנהלים נגדו את ההליך;

(2) יחס נמוך, בשיעור שייקבע בנוהל, בין כמות המוצרים שלגביהם נמצאה הפרה לבין כמותם של כלל המוצרים המוצגים למכירה על-ידי העוסק באותו מקום ולחלופין בין כמות המוצרים שלגביהם נמצאה הפרה לבין כמות המוצרים שנבדקו, שייקבעו באופן אקראי ובשיטת בדיקה ודגימה המאפשרת מובהקות סטטיסטית של הממצאים;

(3) הפרות המתגלות בביקורת ראשונה שמתקיימת בבית-עסק;

(4) עילה שיוורית – נסיבות אחרות שבהן מן הראוי להמציא התראה מינהלית או להטיל התחייבות להימנע מהפרה.

ד. מדוע לא תימנע המשיבה מס' 2 מהפעלתן של סמכויות אכיפה מינהלית לפי פרק ה'1 לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981, כל עוד לא יתוקנו התקנות והנהלים כאמור בראשי הצו-על-תנאי א עד ג.

כן יתבקש בית-המשפט הנכבד להטיל על המשיבים, ככל שיתנגדו לעתירה, הוצאות משפט ושכר טרחת עורכי-דין.

עניינה של העתירה בקליפת אגוז

פרק ה'1 לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הצרכן או החוק), שכותרתו "אכיפה מינהלית", מסמיך את המשיבה מס' 2, הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן (להלן גם: הרשות להגנת הצרכן או הרשות) להטיל על עוסק ("מי שמוכר נכס או נותן שירות דרך עיסוק"; בסעיף 1 לחוק), בגין הפרת הוראות שונות של החוק, סנקציות של עיצום כספי, התראה מינהלית והתחייבות להימנע מהפרה. בין ההפרות שבגינן ניתן להטיל סנקציות בדרך של אכיפה מינהלית – אי-הצגה על גבי טובין המוצעים למכירה בבית-העסק או על גבי אריזתם את מחירם הכולל (סעיף 22ג(א)(37) לחוק) ועשיית דבר העלול להטעות צרכן בעניין מהותי בעסקה (סעיף 22ג(ב)(1) לחוק). לפי לשון החוק, ניתן להטיל עיצום כספי בסך של עשרות אלפי ש"ח על כל מקרה בודד של הפרה. כך, לגבי תאגידים, כמו העותרות מס' 2-12, גובה העיצום הכספי שניתן להטיל לגבי כל פריט שביחס אליו נמצאה הפרה, כגון אי-ציון המחיר על-גבי הפריט או הבדל בין המחיר המצוין על-גבי הפריט לבין מחירו בקופה, נע בין 22,000 ש"ח ל-67,500 ש"ח

• חוק הגנת הצרכן מצורף לעתירה כנספת 1.

לכל הנוגעים בדבר היה ברור שאכיפה דווקנית של החוק באמצעות הטלת עיצומים כספיים בבתי-עסק עתירי מוצרים, המציגים מאות אלפי פריטים למכירה, לגבי כל פריט שביחס אליו נמצאה הפרה תביא, לגבי כל ביקורת, להטלת עיצומים כספיים בסך של עשרות מיליוני ש"ח ואף למעלה מכך, וכי אכיפה כזאת אינה חוקתית מבחינה משפטית ואינה באה בחשבון מבחינה מעשית. לאור זאת התחייבו נציגי הרשות להגנת הצרכן בפני ועדת הכלכלה של הכנסת, במסגרת הליכי החקיקה, כי יותקנו תקנות וייקבעו נהלים אשר יבטיחו אכיפה מינהלית מידתית. כך, לכנסת הובהר כי התקנות והנהלים יתחשבו בכך שהפרות בבתי-עסק עתירי מוצרים עשויות לנבוע מטעויות אנוש שאינן מצדיקות אכיפה, כי ההפרות יחושבו באופן שלא יגרור תוצאות בלתי-סבירות, וכי לצד הסמכות להטלת עיצומים כספיים ייעשה שימוש גם בסמכויות מתונות יותר – התראה מינהלית והתחייבות להימנע מהפרה.

ואולם, בפועל, התקנות שהותקנו על-ידי המשיב מס' 1 והנהלים שנקבעו על-ידי המשיבה מס' 2 – אף שהם מגבילים בפועל את סכומי העיצומים המינהליים – אינם מבטיחים אכיפה הוגנת וסבירה של החוק, אינם הולמים התחייבויות שנמסרו לכנסת במסגרת הליכי החקיקה על-ידי נציגיה של המשיבה מס' 2, ובפועל מחייבים הטלת עיצומים בשיעורים כבדים על-פי אמות-מידה שרירותיות ובלתי-מידתיות הפוגעות שלא כדין בעוסקים.

- תקנות הגנת הצרכן (הפחתה של סכומי העיצום הכספי), תשע"ה-2014 מצורפות לעתירה **כנספת 2**.
- נוהל אכיפה – עיצומים כספיים של המשיבה מס' 2 מצורף לעתירה **כנספת 3**.
- נוהל המצאת התראה מינהלית חלף עיצום כספי של המשיבה מס' 2 מצורף לעתירה **כנספת 4**.
- נוהל התחייבות להימנע מהפרה חלף עיצום כספי של המשיבה מס' 2 מצורף לעתירה **כנספת 5**.

ניסיון של אחדים מהעותרים להעלות טענות כנגד החוקתיות והחוקיות של התקנות והנהלים בתקיפה עקיפה במסגרת הליכי זכות הטיעון בפני המשיבה מס' 2 במקרים קונקרטיים, ובהמשך בפני בית-משפט השלום המוסמך על-פי החוק לדון בערעורים על החלטותיה, נתקל בהתנגדות המדינה, שטענה כי אין אפשרות לתקיפה עקיפה של התקנות והנהלים במסגרת הליכים אלה. טענות המדינה בדבר חוסר-סמכות לדיון בתקיפה עקיפה התקבלו לעיתים על-ידי בית-המשפט ובמקרים אחרים הוא שאירן בצריך עיון, משום שלשיטתו הכרעה בחוקתיות ובחוקיות התקנות והנהלים לא נדרשה בנסיבות העניין. משטענות העותרים נדחו על-ידי המשיבים במכתב מיום 15.10.2017 של היועצת המשפטית של המשיבה מס' 2 (להלן: תשובת הרשות), בתגובה לפנייה מוקדמת שנשלחה בשם העותרים ביום 6.9.2017, מבקשים העותרים כי בית-משפט נכבד זה ידון במכלול הטענות המשפטיות נגד התקנות והנהלים וייתן את הסעדים כמפורט בראשי הצו-על-תנאי המבוקשים בפתח העתירה.

- פנייתם המוקדמת של העותרים מצורפת לעתירה **כנספת 6**.
- תשובת הרשות לפנייה המוקדמת מצורפת לעתירה **כנספת 7**.

נימוקי העתירה

העותרים

1. **העותר מס' 1** – איגוד רשתות שיווק המזון בלשכת המסחר תל-אביב והמרכז – מאגד את מרבית רשתות שיווק המזון בארץ, במטרה לקדם את התחרות בשוק מוצרי המזון תוך פגיעה פחותה בחופש

העיסוק ובזכות הקניין של הרשות, ולייצג את הרשות אל מול רשויות השלטון, ובהן הכנסת, משרד הכלכלה והתעשייה והרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן.

2. **העותרות מס' 2-12** הן חברות המפעילות מרכולים בכל רחבי הארץ לשיווק קמעונאי של מוצרי מזון ומוצרים אחרים לשימוש ביתי. בסניף בגודל ממוצע של כל אחת מהעותרות מוצעים למכירה למעלה מחצי מיליון פריטים.

המשיבים

3. **המשיב מס' 1** – שר הכלכלה והתעשייה – ממונה לפי סעיף 37 לחוק הגנת הצרכן על ביצוע החוק, ולפי סעיף 22ח(ב) לחוק רשאי, בהסכמת שר המשפטים ובאישור ועדת הכלכלה של הכנסת, לקבוע מקרים, נסיבות ושיקולים שבשלהם יהיה ניתן להפחית את סכומי העיצום הכספי הקבועים בסימן הדן בעיצומים כספיים, בשיעורים שיקבע. המשיב מס' 3 מימש סמכות זאת כשהתקין את תקנות הגנת הצרכן (הפחתה של סכומי העיצום הכספי), תשע"ה-2014 (להלן: תקנות ההפחתה או התקנות), נושא א לצו-על-תנאי המבוקש.

4. **המשיבה מס' 2** – הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן, שבראשה עומד הממונה על הגנת הצרכן והסחר ההוגן (סעיף 19א לחוק הגנת הצרכן), מוסמכת בין היתר, באמצעות הממונה, לנקוט הליכי אכיפה מינהלית נגד מפרים לפי הוראות החוק (סעיף 20(א)(1) לחוק); ובמסגרת זאת גם קבעה את שלושת הנהלים שכנגדם מופנית העתירה – נוהל אכיפה – עיצומים כספיים (להלן: נוהל האכיפה), נוהל המצאת התראה מינהלית חלף עיצום כספי (להלן: נוהל ההתראה), ונוהל התחייבות להימנע מהפרה חלף עיצום כספי (להלן: נוהל ההתחייבות).

כללי: הצורך במדיניות אכיפה סבירה ומידתית

5. בפרק ה'1 לחוק הגנת הצרכן נקבעו הוראות שהפרתן נתונה לאכיפה מינהלית – בדרכים של עיצומים כספיים, התראה מינהלית או התחייבות להימנע מהפרה. באשר לעיצומים כספיים – על כל הפרה בודדת של אחת מ-50 ההוראות לפי סעיף 22ג(א) לחוק ניתן להטיל על עוסק שהוא תאגיד עיצום כספי בסך 22,000 ₪, ואם העוסק אינו תאגיד – בסכום של 7,000 ₪; ועל כל הפרה בודדת של אחת מ-17 ההוראות לפי סעיף 22ג(ב) לחוק ניתן להטיל על עוסק שהוא תאגיד עיצום כספי בסכום של 45,000 ₪, ואם העוסק אינו תאגיד – בסכום של 25,000 ₪. לפי סעיף 22ד(א) לחוק, על כל הפרה בנסיבות מחמירות, המוגדרת כהפרה הנוגעת למספר רב במיוחד של צרכנים, ניתן להטיל עיצום כספי

בשיעור של פי אחד וחצי מהסכומים האמורים. בסעיף 22ד(ב) נקבעה חזקה כי הפרה שנעשתה על-ידי עוסק ביותר מסניף אחד או נקודת מכירה אחת המופעלים על-ידי, היא הפרה הנוגעת למספר רב במיוחד של צרכנים.

6. כפי שמודגם בדוחות שניתנו לכל אחת מהרשות, העותרות מס' 2-12, בעקבות ביקורות במרכולים שונים שלהן שנערכו על-ידי פקחי הרשות, ההפרות הנטענות נוגעות במקרים רבים למאות ואף לאלפים של פריטים, ובהם בחלק ניכר מהמקרים פריטים זהים (למשל, מאות פריטים זהים – בעגה הקמעונאית: בעלי אותו מק"ט – שלפי הטענה לא צוין על-גבם מחירים הכולל, וזאת בניגוד לסעיף 22ג(א)(37) לחוק). אכיפה דווקנית של החוק הייתה מביאה, לגבי כל ביקורת בבית-עסק עתיר מוצרים, להטלת עיצומים כספיים בסך של עשרות מיליוני ₪ ואף למעלה מכך. ניסיון לאכוף את החוק באופן זה היה מגחיק את מערכת האכיפה, ולחילופין מביא לקריסתם-באחת של מרבית העוסקים בישראל ובהם כל הרשות למכירת מזון. הכנסת והרשות עצמה היו ערות כמובן לכך שאכיפה דווקנית של החוק אינה באה בחשבון, תרתי משמע. השוו מיכל טמיר **אכיפה סלקטיבית** 35, 96 (2008). מכאן מנגונים שונים, אשר חלקם נקבעו מכוח הוראות הסמכה מפורשות בחוק הגנת הצרכן וחלקם נקבעו מכוח שיקול-הדעת הכללי הנתון לרשויות האכיפה, שנועדו לקביעת מדיניות אכיפה סבירה ומידתית שתקדם את תכליות החוק מבלי לשבש את כלכלת המדינה או לפגוע באופן בלתי סביר או בלתי מידתי בעוסקים.

7. תקנות ההפחתה, נוהל ההתראה ונוהל ההתחייבות, שהתקבלו מכוח סעיפי הסמכה הקבועים בחוק הגנת הצרכן, אינם מספיקים למטרה זאת. אין די בהצהרה הכללית, כאמור בסעיף 3 לתשובת הרשות, כי "הנהלים מגבשים מדיניות מצמצמת בהטלת העיצומים"; אלא מן הדין גם להפעיל שיקול-דעת לגבי הטלתם של עיצומים כספיים שיבטיחו כי האכיפה תהיה מידתית. כפי שנציגי הרשות הבטיחו לכנסת, אמות-המידה להפעלת שיקול-הדעת בהטלת העיצומים נקבעו בנוהל – נוהל העיצומים הכספיים. נוהל זה אמור היה להתבסס על ההנחה, אשר כפי שנפרט בהמשך מתחייבת מעקרונות יסוד של המשפט החוקתי והמינהלי בישראל בכלל ושל דיני האכיפה בפרט, כי החוק לא ייאכף בצורה דווקנית, בין היתר משום שהטלת עיצומים מכוחו פוגעת בזכויות החוקתיות לאי-פגיעה בקניין ולחופש העיסוק, וכי הטלת עיצומים כספיים וכן התראות מינהליות והתחייבויות להימנע מהפרה נדרשת להיעשות בסבירות ובמידתיות.

8. עקרון היסוד במשפט הישראלי בדבר מידתן של סנקציות המוטלות על פרטים הוא שהסנקציה הנקובה בחוק היא סנקציה מקסימאלית. לגוף המוסמך להטיל את הסנקציה – בין בית-משפט ובין רשות שלטונית אחרת – נתונות סמכות וחובה להפעיל את שיקול-דעתו בדבר מידת הסנקציה שתוטל, וזאת

עד לרף המקסימאלי שנקבע לעניין זה בחוק. כך ביחס להליכים פליליים. ראו סעיף 35 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), שכותרתו: "העונשים עונשי מקסימום". בסמן א'1 לחוק העונשין, העוסק בהבניית שיקול-הדעת השיפוטי בענישה, קבועות שורה של נסיבות הקשורות בביצוע העבירה (סעיף 40ט לחוק העונשין) ושל נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה (סעיף 40יא לחוק העונשין), שבית-המשפט רשאי להתחשב בהן בקביעת מתחם העונש ובגזירת העונש המתאים לנאשם – עד לעונש המרבי. עם זאת, בפירוט הנסיבות בסעיפים אלה "אין [...] כדי לגרוע מסמכות בית המשפט לשיקול נסיבות נוספות הקשורות בביצוע העבירה לשם קביעת מתחם העונש ההולם, וכן נסיבות נוספות שאינן קשורות בביצוע העבירה לשם גזירת העונש המתאים לנאשם" (סעיף 40יב לחוק העונשין). אותו עיקרון חל בהליכים מינהליים שבמסגרתם ניתן להטיל עיצומים כספיים. ראו, לדוגמה, רע"א 7021/01 הרשות לניירות ערך נ' אפיקים ניהול קרנות נאמנות (1989) בע"מ, פס' 2 ו-6 (11.3.2003); ע"ש (מחוזי י-ם) 8118/00 אפיקים ניהול קרנות נאמנות (1998) בע"מ נ' רשות ניירות ערך, פ"מ תש"ס(2) 756, 768 (2011); בש"א (שלום ת"א) 162365/06 בזק בינלאומי בע"מ נ' מדינת ישראל, פס' 19 ואילך (8.1.2007) (בקשת רשות ערעור על החלטה זו נדחתה בבר"ע (מחוזי ת"א) 1278/07 בזק בינלאומי בע"מ נ' מדינת ישראל (15.10.2007)). כן ראו חוק התקשורת (בזק ושידורים), תשמ"ב-1982; חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988; חוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968; והשוו חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), תשמ"א-1981 (סכומי העיצומים קבועים, אך המפקח מוסמך להפחית עד 100% מגובה העיצום, בנסיבות מגוונות כמפורט בתוספת החמישית לחוק); החוק לטיפול סביבתי בצידוד חשמלי ואלקטרוני ובסוללות, תשע"ב-2012 (סכומי העיצומים קבועים, אך במסגרת תקנות ההפחתה לפי חוק זה קיימת סמכות להפחית מהם עד 85%). בהקשר קרוב לענייננו ציין בית-משפט השלום כי ההסדר שנקבע בחוק איסור הלבנת הון, תש"ס-2000, בדבר הטלת עיצומים כספיים במקרה של ניסיון להכניס כספים לישראל בסכום הטעון דיווח מבלי לדווח עליהם, הוא מידתי לאור שיקולים אלה:

"הסנקציה הקבועה בחוק, בין ביחס להליך הפלילי ובין כפועל יוצא של הטלת עיצום כספי, הינה הקצה – הרף העליון. לא למיותר לציין כי שיעור העיצום נקבע בסופו של יום על ידי הוועדה לאחר הפעלת שיקול דעת, כאשר שיקול דעת זה יכול ויבחן ממילא על ידי בית המשפט. כמו כן בסעיף 16 לחוק איסור הלבנת הון ניתנה לשר המשפטים האפשרות לקבוע תקנות לעניין שיעור העיצום הכספי. תקנות איסור הלבנת הון (עיצום כספי) התשס"ב 2001 אכן הותקנו ובסעיף 10 ישנה התייחסות לפרמטרים לשיעור העיצום הכספי. [...] היקף העיצום שיכול ויוטל על ידי הוועדה מגדיר קצוות ולא קובע או מטיל חובה על הוועדה לקבוע סכום מוגדר. אחד מן השיקולים אשר יכול ויבוא לידי ביטוי במסגרת החלטת הוועדה [...] הוא שאלת מקור הכספים ומטרתם".

[ע"א (שלום ראשל"צ) 16/09 כהן נ' מדינת ישראל – הוועדה להטלת עיצום כספי

[(14.10.2009)]

גם בהקשר של סנקציה שאינה שלטונית, המוטלת על-ידי אסיפה כללית של קיבוץ, שבהקשרה מתחם שיקול-הדעת הינו רחב והביקורת השיפוטית מצומצמת, קבע בית-המשפט העליון כי "החלטת האספה הכללית [של קיבוץ] [...] חייבת [...] להתקבל תוך שמירת יחס הולם בין חומרת הסנקציה המוטלת על החבר, על מכלול השלכותיה, לבין חומרת ההפרה של החבר, תוך התחשבות בכלל הנסיבות הרלבנטיות לעניין" (ע"א 11533/05 קיבוץ קלי"ה נ' הרטי, פס' 5 לפסק-דינה של כב' השופטת אילה פרוקצ'יה (10.3.2009)).

9. קביעת סנקציה מקסימאלית – בין פלילית ובין מינהלית – תוך מתן שיקול-דעת לרשות המוסמכת לקבוע בכל מקרה ומקרה את הסנקציה ההולמת, לעיתים על-סמך אמות-מידה שנקבעו בחוק או בתקנות, מתחייבת מדרישת המידתיות. בהקשר של הטלת סנקציות, המידתיות דורשת כי סוג הסנקציה ושיעורה יותאמו למכלול נסיבות המקרה ולשיקולים שהן מעוררות. אכן, משהטלת סנקציות שלטונית פוגעת בזכויות חוקתיות – ובענייננו בזכויות לאי-פגיעה בקניין ולחופש העיסוק – הפגיעה בהן נדרשת מכוח חוקי-היסוד להיות מידתית: להיקבע לאור מכלול השיקולים הרלבנטיים ולהיות בשיעור המתחשב בהם. בהוראת החוק בדבר הבניית שיקול-הדעת על-פי אמות-מידה שייקבעו מכוח החוק אין כדי לגרוע מכך. אכיפה בלתי מידתית של חוק עלולה להיות בגדר גזירה שהציבור אינו יכול לעמוד בה, וממילא היא אינה כדין. ראו והשוו, למשל, ע"פ (מחוזי נצרת) 846/01 **משה נ' ועדה לתכנון ובניה**, פס' 12 (25.6.2002). ראו גם דבריו של עו"ד דורון אבני, בעת שכיהן כיועץ המשפטי של הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, בראיון שצורף כנספח לספרה הנ"ל של טמיר, בעמ' 486, 487. בהוראת החוק בדבר הבניית שיקול-הדעת על-פי אמות-מידה שייקבעו מכוח החוק אין כדי לגרוע מעיקרון רחב זה.

10. בבואם של נציגי הרשות לשכנע את ועדת הכלכלה של הכנסת כי החוק ייאכף במידתיות ותוך הפעלת שיקול-דעת, אמרה הממונה על הגנת הצרכן באותה עת, עו"ד תמר פינקוס, בין היתר דברים אלה:

"כשכל מה שנמצא זה פריט אחד של שקית סוכר או שניים, שכל ה-50 האחרים מסומנים, אף אחד לא מקבל על זה קנס מינהלי. זה כבר שיקול דעת. אפילו כשהוא שולח חוקר, הוא אפילו לא מתייחס לזה אם נשמטים לכם שני מוצרים".

[מתוך פרוטוקול מס' 912 של ישיבת ועדת הכלכלה (10.7.2012)]

דברים דומים אמרה היועצת המשפטית של הרשות, עו"ד חנה וינשטוק טירי:

"ברגע שאנחנו רואים או מתרשמים, לפי שיקול הדעת שלנו, שמדובר בטעות אנוש אנחנו לא מטילים עיצומים כספיים. אנחנו בודקים את פריסת ההפרות בשטח. גם על המדף עצמו אנחנו בודקים מה היחס בין המוצרים המסומנים למוצרים שאינם מסומנים. כך שאם במקרה רוב המוצרים על המדף מסומנים, אבל יש מוצר אחד או שניים שאינם מסומנים אנחנו לא מתייחסים לזה. אנחנו מתייחסים לזה כמו במסגרת של זוטי דברים. אנחנו לא מחשיבים את המדף הזה או את המק"ט או הברקוד הזה כמשהו שעליו אנחנו מטילים עיצום כספי".

[מתוך דבריה של היועצת המשפטית של הרשות, עו"ד וינשטוק טירי, פרוטוקול מס'

13 של ישיבת ועדת הכלכלה (24.6.2015)]

אף אם, כאמור בסעיף 7 לתשובת הרשות, בבתי-משפט שדנו בערעורים על עיצומים שהוטלו על הפרות מסוימות, "נדחו [...] הטענות בדבר חובת בחינת יחס המוצרים המפרים אל אלו שאינם מפרים או כי שיטת הקטגוריות אינה סבירה כיוון שדי במק"ט אחד מפר בקטגוריה כדי לגבש הטלת עיצום", הרי שפסיקה זאת, שנמנעה מבחינת הטענות במסגרת תקיפה עקיפה ובכל מקרה לא הייתה תוצר של דיון סדור במכלול הטענות המשפטיות שלעניין, מתקשה לעלות בקנה אחד עם עמדת הרשות כפי שהוצגה בפני הכנסת והייתה בסיס לחקיקה. התוצאה המידתית אמורה אפוא להיות מושגת – כפי שהוסבר לכנסת – על-ידי גישה מרוסנת, המבוססת על שיקול-דעת באכיפה. בין היתר, במקרים של טעות אנוש, להבדיל מהפרה מכוונת (או למצער הפרה שהוכח כי המפרים היו מודעים לה), וכשכמות הפריטים שלגביהם קיימת הפרה היא קטנה ביחס לכמות הפריטים לגביהם לא קיימת הפרה – ההפרה, בהיותה "זוטי דברים", אינה אמורה להיות בסיס להטלת סנקציות. לשיטת "הקטגוריות" שהרשות נוקטת, אף שהיא אינה מפורטת בתקנות או בנהלים, ראו להלן, בסעיפים 19, 27 ו-28. בתשובת הרשות מצוטטת בהרחבה אמירה מתוך החלטה שיפוטית (רע"א (מחוזי י-ם) 33172-02-17 **כל בו חצי חינם בע"מ נ' מדינת ישראל** (6.4.2017)), שלפיה, בין היתר, "נקודת המבט של הצרכן, היא על אותו מוצר בודד אותו הוא מעוניין לרכוש ואין נפקא מינא לכך, שבהרבה מוצרים אחרים לא התקיימו הפרות. מבחינתו של הצרכן דין מוצר אחד העומד לנגד עיניו כדין מאה מוצרים". אמירה זו אינה תואמת לא את עמדתה של הרשות בפני הכנסת וגם לא – ובכך העיקר – את הדין הישראלי, שלפיו דינה של הפרה אחת של חוק אינו כדין של מאה הפרות. במאמר מוסגר יוזכר למדינה כי לפי עמדתה-היא, החלטה לקונית זו, שבה נדחתה בקשת רשות ערעור על פסק-דין של בית-משפט שלום, ניתנה ללא סמכות. ספק אפוא אם היה ראוי כי הרשות תסתמך עליה. לטענת המדינה – שהתקבלה על-ידי בית-המשפט המחוזי בירושלים – כי על פסק-דין של בית-משפט שלום בערעור על החלטת

אכיפה מינהלית לפי חוק הגנת הצרכן נתונה זכות ערעור בפני בית-המשפט המחוזי, ערעור הנשמע בפני הרכב של שלושה שופטים, ראו ע"א (מחוזי ירושלים) 50164-03-17 ויקטורי נ' מדינת ישראל (סעיף 2 לתגובת הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן לבקשת רשות הערעור והחלטת בית-המשפט המחוזי (כב' השופט כרמי מוסק) מתאריך 31.7.2017).

- פרוטוקול מס' 912 של ישיבת ועדת הכלכלה של הכנסת מיום 10.7.2012 מצורף לעתירה **כנספה 8**.
- פרוטוקול מס' 13 של ישיבת ועדת הכלכלה של הכנסת מיום 24.6.2015 מצורף לעתירה **כנספה 9**.

11. לכך יש להוסיף שאף שהטלת עיצומים כספיים אינה כרוכה בהטלת אחריות פלילית, הרי שמדובר בהטלת סנקציות משמעותיות, בסכומים גבוהים מאוד, ושהעילות להטלתן, ככל שתוכח מחשבה פלילית, מהוות גם עבירות פליליות. על רקע זה חל גם בענייננו, כעיקרון, כלל של פרשנות מצמצמת ברוח הכלל המקובל בפלילים. ראו עש"א (שלום ירושלים) 59410-03-16 נס א' ט' בע"מ נ' הממונה על שוק ההון, ביטוח וחיסכון במשרד האוצר, פס' 37 ו-38 (5.7.2016). גם בהנחה כי לשון החוק היא דו-משמעית, וניתן לפרשה לכאן ולכאן, הרי שמן הדין לפרשה באופן המקל עם עוסקים, המתיישב היטב עם תכלית החוק שעניינה הרתעה הוגנת של עוסקים מלהפר את דיני הגנת הצרכן.

12. על רקע זה נפרט עתה את הפגמים בתקנות ההפחתה, בנוהל העיצומים הכספיים, בנוהל ההתראה ובנוהל ההתחייבות.

חוקיות תקנות ההפחתה

13. בסעיף 22 לחוק הגנת הצרכן הכנסת הסמיכה את הממונה על הגנת הצרכן להטיל עיצום כספי בסכום הנמוך, בין היתר, מהסכום של 22,000 ₪, אשר מצוין בסעיף 22ג(א) לחוק. הפחתה זו תיעשה באמצעות קביעה של שר הכלכלה, בהסכמת שר המשפטים ובאישור ועדת הכלכלה של הכנסת, של "מקרים, נסיבות ושיקולים שבשלהם יהיה ניתן להפחית את סכומי העיצום הכספי הקבועים בסימן [א' בפרק 1 לחוק], בשיעורים שיקבע". תקנות ההפחתה הותקנו מכוח סעיף 22 לחוק, ופורסמו ברשומות בתאריך 14.12.2014. הן מונות חמש נסיבות שבהתקיימן ניתן – אך לא חובה – להפחית את שיעור העיצום הכספי: (1) העדר הפרה קודמת של הוראה מהוראות החוק – עד 10% (אי-הפרה בשלוש השנים הקודמות) או 20% (אי-הפרה בחמש השנים הקודמות) (תקנה 2(1)); (2) הפסקת ההפרה ביוזמת המפר ודיווח עליה לממונה על הגנת הצרכן – עד 30% (תקנה 2(2)); (3) נקיטת פעולות מצד המפר למניעת הישנות ההפרה ולהקטנת הנזק, להנחת דעתו של הממונה על הגנת הצרכן – עד 30% (תקנה 2(3)); (4) לגבי מפר שהוא יחיד, להבדיל מתאגיד – נסיבות אישיות שגרמו

להפרה או נסיבות אישיות קשות המצדיקות אי-מיצוי של הדין – עד 35% (תקנה 3); (5) מקרים שבהם העיצום הכספי עולה על 20% או על 7% (לפי העניין) ממחזור העסקאות הכולל של המפר (תקנה 4). אם התקיימו מספר נסיבות מתוך ארבע הנסיבות הראשונות, הממונה על הגנת הצרכן רשאי להפחית מסכום העיצום הכספי את השיעורים שנקבעו לצד אותה נסיבה במצטבר, ובלבד ששיעור ההפחתה לא יעלה על 75% מסכום העיצום הכספי הקבוע בשל ההפרה שבה מדובר (תקנה 4).

14. אין לפרש את החוק כמאפשר להתקין מכוחו תקנות לא מידתיות. מבחינה לשונית, נוסח סעיף 22ח(ב) לחוק, כי "השר, בהסכמת שר המשפטים ובאישור ועדת הכלכלה של הכנסת, רשאי לקבוע מקרים, נסיבות ושיקולים שבשלהם יהיה ניתן להפחית את סכומי העיצום הכספי הקבועים בסימן זה, בשיעורים שיקבע", מתיישב היטב עם סמכות לקבוע הסדרים שיאפשרו קביעה מידתית, המותאמת לנסיבות המקרה, של שיעור העיצום. באמור בסעיף 22ח(א) לחוק, כי "הממונה אינו רשאי להטיל עיצום כספי בסכום הנמוך מן הסכומים הקבועים בסימן זה, אלא לפי הוראות סעיף קטן (ב)", אין כדי לגרוע מהאפשרות, ולכן גם מן החובה, לקבוע בתקנות "מקרים, נסיבות ושיקולים" שיאפשרו קביעה מידתית של סכום העיצומים הכספיים שיוטלו בכל מקרה. מבחינה מהותית ותכליתית, פירוש כזה מתבקש מהעיקרון כי כמידת האפשר יש לפרש חוקים כעולים בקנה אחד עם חוקי-היסוד, לרבות דרישת המידתיות שנקבעה בהם. לעיקרון פרשני בסיסי זה ראו בג"ץ 5113/12 פרידמן נ' כנסת ישראל (7.8.2012); אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך ג – פרשנות חוקתית 116-117 (1994). נזכיר כי הרשות עצמה, בנוהל העיצומים הכספיים, כללה הסדרים המגבילים את סכומי העיצומים, שאף שהם שרירותיים ובלתי-מידתיים, כפי שיפורט בהמשך, מכל מקום אינם מעוגנים בפירוש לשוני נוקשה של החוק.

15. תקנות ההפחתה, ככל שהן מצמצמות את השיקולים להפחתת העיצומים ואת שיעורי ההפחתה באופן העלול להפוך את העיצומים ללא מידתיים, הן אפוא בלתי חוקיות, ולמעשה בלתי חוקתיות. אכן, כדבריו של יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך א – הסמכות המינהלית 283 (מהדורה שנייה, 2010) (להלן: זמיר **הסמכות המינהלית**):

"אין סיבה שהכללים הרגילים החלים על החלטות מינהליות, כמו הכללים בדבר שיקולים זרים, סבירות ומידתיות, לא יחולו גם על תקנות, [...] שהרי גם הן החלטות מינהליות. להיפך, בגלל הכלליות של תקנות, הנזק שעלול לנבוע מפגם משפטי בתקנות עלול להיות קשה במיוחד, ולכן גם הצורך בביקורת שיפוטית גדול במיוחד. משום כך, אם תקנה חורגת מן הסמכות או אם היא לוקה בפגם משפטי אחר, כגון מטרה זרה, חוסר סמכות או אי-מידתיות, בית-המשפט עשוי לבטל את התקנה".

בדברים אלה אין חידוש. עוד ב-1965 סיכם אהרן ברק את הפסיקה כפי שהייתה אז במילים אלו:

"בתי המשפט בישראל מקיימים פיקוח משפטי נרחב על חקיקת המשנה. אין הם מסתפקים בבדיקה חיצונית-מילולית, אלא בודקים גם את תוכן חקיקת המשנה אם אין בה פגיעה בזכויות הפרט, אם היא לא נעשתה במטרה זרה ואם היא סבירה. בדיקה זו נעשית בכל חקיקת המשנה, הן המקומית והן המרכזית, ואף בחקיקת משנה המנוסחת במונחים כלליים וסובייקטיביים".

[אהרן ברק "פיקוח בתי המשפט על חקיקת המשנה" הפרקליט כא 463, 476 (1965)]

הטלת עיצומים בלא יכולת להתחשב בשורה של שיקולים רלוונטיים ובמכלול הנסיבות של כל מקרה אינה כדין. מתחייבים אפוא תיקון של התקנות ההפחתה והימנעות מאכיפה מינהלית של החוק עד ביצוע התיקון.

16. מן הדין אפוא לבטל את הנוקשות של שיעורי ההפחתה של סכומי העיצום הכספי הקבועים בתקנות, כך ששיעור ההפחתה ייקבע בכל מקרה, לפי נסיבותיו, על-ידי הרשות, בכפיפות לסמכות בית-המשפט לערעורים, ותתווסף עילת הפחתה שיורית של נסיבות אחרות שבהן ראוי להפחית את סכומי העיצום הכספי.

חוקיות הנהלים

17. בנוהל ההתראה ובנוהל ההתחייבות מצוין כי "האכיפה בהליך המנהלי תתבצע בעיקרה על ידי הטלת עיצומים כספיים"; וכי שימוש בהתראה מינהלית ובהתחייבות להימנע מהפרה יתאפשר "במקרים מסוימים בהם מתקיימות נסיבות ספציפיות". שני נהלים אלה מכירים בכך שמדובר בהם ב"פלי אכיפה המקל עם המפר" במובן זה שעל אף קיומה של תשתית ראייתית מספקת לקביעה שנעשתה הפרה, בוחרת הרשות שלא להטיל עיצום כספי בגין ביצוע ההפרה האמורה" [ההדגשות הוספו].

18. נוהל ההתראה – שהתקבל מכוח סעיף 22ג(א) לחוק – מונה שלוש נסיבות בלבד שבהן הרשות תשלח התראה מינהלית: האחת – במקרים של הפרת חובה חדשה או איסור חדש שנקבעו בחוק או מכוחו, בשלושת החודשים הראשונים ממועד כניסת החובה או האיסור לתוקף; השנייה – במקרים של שינוי מדיניות אכיפה ביחס להפרת הוראות מסוימות, בשלושת החודשים הראשונים ממועד השינוי;

השלישית – במקרים שבהם היועץ המשפטי של הרשות חיווה דעתו כי קיימת אפשרות של מחלוקת כנה בציבור בדבר הפרשנות המשפטית ליישומה של הוראה של החוק, בשלושת החודשים הראשונים ממועד חוות-הדעת. בנוהל מצוין כי בכל המקרים האמורים, אם הרשות תשתכנע כי נדרשת תקופת הסתגלות ארוכה יותר, היא תשקול להאריך את התקופה מעבר לשלושה חודשים.

19. נוהל ההתחייבות – שהתקבל מכוח סעיף 22טז(א) לחוק – מונה נסיבה אחת בלבד שבה הממונה על הגנת הצרכן יציע למפר לתת התחייבות במקום משלוח הודעה על כוונת חיוב. נסיבה זו עניינה "מקרה בו בוצעה הפרה של הוראה אחת מתוך מכלול הוראות המיועדות להגשים את אותה מטרה ולא בוצעה הפרה של יתר ההוראות באותו עניין". לפי הנוהל, הממונה על הגנת הצרכן לא יציע למפר להגיש התחייבות אם ההפרה גרמה לנזק שאינו ניתן לתיקון באמצעות תנאי ההתחייבות, או אם המפר ביצע הפרות קודמות לפני ההפרה הנוכחית.

20. באשר לאי-הצגת מחיר, נוהל העיצומים הכספיים קובע בין היתר כך [השיבושים במקור]:

"ככלל, ביקורת הצגת מחיר נעשית על כלל המוצרים בבית העסק. על פי חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 [...] כל מוצר שאין עליו הצגת מחיר מהווה הפרה בפני עצמה.

יחד עם זאת, כאשר ממצאי הביקורת מעלים כי אי הצגת מחיר נובע 'מטעות אנוש' לא יוטל עיצום כספי בגין ההפרה. שאלת 'הטעות' תיבחן לאור פריסת ההפרות בבית העסק במועד הביקורת, כמות הפריטים לגביהם קיימת ההפרה ביחס לכמות הפריטים לגביהם לא קיימת הפרה, גודל בית העסק, האם ההפרה חוזרת על עצמה במגמה קבועה במגוון מוצרים, למשל אותן מס' הפרות על מוצרים שונים.

זאת ועוד, לגבי הפרה של אי הצגת מחיר בית עסק לו מגוון ומספר רב של מוצרים, מאחר והביקורת נעשית על כלל המוצרים, ככלל הרשות תצמצם את הפרות שנמצאו, למשל לפי מק"ט או לפי קטגוריות. הקטגוריות ומספרם ייקבעו למשל על פי סוג בית העסק, גודלו, המוצרים הנמכרים בו".

אף שהדבר רק נרמז בנוהל העיצומים הכספיים ולא נקבע בו כמצופה באופן בהיר ומפורט, הרי שמתשובות הרשות לערעורים שהוגשו לבתי-המשפט במקרים קונקרטיים של הטלת עיצומים כספיים מסתבר שהאכיפה מבוססת על "איגוד" של הפרות לגבי הצגת מחיר לפי 12 קטגוריות של מוצרים. קטגוריות אלה מבוססות משום מה על הקטגוריזציה שנקבעה על-ידי הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, לצרכים סטטיסטיים שאין להם כל קשר לתכליות האכיפה המינהלית מכוח חוק הגנת הצרכן בבתי-

עסק עתירי מוצרים. גם בתשובת הרשות לפנייה המוקדמת של העותרים לא מובא הסבר לבחירה מפתיעה זאת. לעומת זאת, מתשובות הרשות – הן אלה שהוגשו במסגרת הליכי אכיפה קונקרטיים והן תשובתה לפנייה המוקדמת של העותרים – עולה כי למרות האמור בהנחיות ובניגוד להצהרות נציגי הרשות בפני ועדת הכלכלה, הפקחים מטעמה אינם נוהגים לבדוק את "כמות הפריטים לגביהם קיימת ההפרה ביחס לכמות הפריטים לגביהם לא קיימת הפרה" בבית-העסק; וכי הביקורת אינה נעשית בהכרח על כל המוצרים בבית-העסק, אך גם לא נקבעו אמות-מידה לדגימת המוצרים. ראו, למשל, העמודים הרלבנטיים מתוך תשובת הרשות בערעור שהוגש על-ידי העותרת מס' 2 (להלן: ערעור ויקטורי) לבית-משפט השלום בירושלים בעש"א 28846-08-16. למשקל של האופן שבו רשות מפרשת הנחיות מינהליות שהוציאה, העשוי לעלות על משקל פרשנותה להוראות דין, ראו יואב דותן הנחיות מינהליות 163-161 (1996).

• העמודים הרלבנטיים מתוך תשובת הרשות לערעור ויקטורי מצורפים לעתירה **כנספה 10**.

21. באשר ל"הבדל מדף-קופה" (הטעיה במחיר) הנוהל קובע כללים דומים, בין היתר כדלקמן:

"ביקורת הבדל מדף קופה (הטעיה במחיר) נעשית כבדיקה מדגמית של מס' מסוים של מק"טים, בהתאם לסל ממוצע ו/או בהתאם לגודל החנות. על פי החוק כל פריט של אותו המק"ט שיש לגביו הבדל מדף קופה מהווה הפרה נפרדת. כאשר ממצאי הביקורת מעלים שיש הפרה של הבדל מדף קופה (הטעיה במחיר) והיא נובעת 'מטעות אנוש' לא יוטל עיצום כספי בגין ההפרה. שאלת 'הטעות' תיבחן לאור פריסת ההפרות בבית העסק במועד הביקורת, כמות הפריטים מאותו מוצר לגביהם קיימת ההפרה ביחס לכמות הפריטים מאותו מוצר לגביהם לא קיימת הפרה, גודל בית העסק, האם ההפרה חוזרת על עצמה במגמה קבועה במגוון מוצרים, למשל אותן מס' הפרות על מוצרים שונים".

נקודת המוצא של הרשות בקביעת הנהלים, כי "האכיפה בהליך המנהלי תבצע בעיקרה על ידי הטלת עיצומים כספיים", אינה מעוגנת בלשון החוק. גם תכלית החוק אינה מחייבת כי דווקא העיצום הכספי – הסנקציה המינהלית החריפה ביותר – הוא שיהיה כלי האכיפה המרכזי. למרות זאת, לנוכח נקודת מוצא מוצהרת זו ניכר כי בגיבוש הנהלים הרשות עשתה כל שלא ל ידיה על-מנת לצמצם את היכולת לעשות שימוש בכלי האכיפה המתונים יותר של התראה מינהלית והתחייבות להימנע מהפרה. כך, כאמור, נוהל ההתראה מונה שלוש נסיבות בלבד שבהן הרשות תשלח התראה מסוג זה במקום הודעה על כוונת חיוב: הפרת חובה חדשה או איסור חדש, שינוי במדיניות האכיפה, ומחלוקת כנה בציבור בדבר פרשנות החוק. ואילו נוהל ההתחייבות מצומצם עוד יותר, ומונה נסיבה אחת בלבד לשימוש

בכלי האמור: הפרה של הוראה אחת מתוך מכלול הוראות המיועדות להגשים את אותה מטרה, ובתנאי שהמדובר בהפרה ראשונה של המפר.

22. מספרן המצומצם של הנסיבות שבהן הרשות רואה לנכון להפעיל את כלי האכיפה המתונים יותר שהחוק מעמיד לרשותה מעורר את הרושם כי כוונתה הייתה להפוך את הנתיבים הקבועים בחוק של התראה מינהלית והתחייבות להימנע מהפרה לחריגים השמורים למקרים יוצאים מן הכלל, אם לא נדירים, ולא לברירת המחדל – כפי שמורה חובת המידתיות. זאת עולה גם מכך שהרשות לא כללה בנהלים נסיבות אחרות ונוספות, אשר מתאימות באופן מובהק לסעד מתון יותר מאשר הטלת עיצום כספי. כך, למשל, מן הדין היה כי בנהלים יכללו נסיבות של הפרה ראשונה מצד העוסק את ההוראה שבגינה מנהלים נגדו את ההליך. נסיבות כאלה צוינו במפורש בדברי ההסבר להצעת החוק כמצדיקות שליחת התראה מינהלית ולא השתת עיצום כספי. ראו הצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 33), תשע"ב-2011, ה"ח 2, 14. להסתייעות בהצעת החוק לשם בחינת תכלית החקיקה ראו אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך ב – פרשנות החקיקה 387-386 (1993). בדומה לכך מתחייב כי בנהלים ייכללו קריטריון הבוחן את הפרופורציה בין כמות המוצרים שלגביהם נמצאה הפרה לבין כמותם של כלל המוצרים הנמכרים על-ידי העוסק באותו מקום; ולחלופין בין כמות המוצרים שלגביהם נמצאה הפרה לבין כמות המוצרים שנבדקו, שהיו אמורים להיקבע באופן אקראי ובשיטת דגימה ובדיקה המאפשרות מובהקות סטטיסטית של הממצאים. יוזכר כי בסניף ממוצע של כל אחת מהעותרות מוצעים למכירה למעלה מחצי מיליון פריטים. הפריטים מקורם בספקים שונים, והם נמכרים בתחלופה גבוהה. הדרך היחידה לסמן את מחירו של כל פריט היא ידנית: באמצעות סדרנים, המדביקים מדבקת מחיר על-גבי כל מוצר ומוצר, וכדרכם של בני-אנוש עלולים לטעות. עוד מתחייב, כי הפרות המתגלות בביקורת ראשונה שמתקיימת בבית-עסק או הפרות הנובעות מטעויות אנוש לא יובילו להטלת עיצום כספי. כלל כזה נקבע במסגרת נוהל העיצומים הכספיים ביחס להעדר חלקי של שילוט בדבר המחירים של מוצרי מזון בפיקוח, אך משום מה הרשות נמנעה מלהחיל אותו על כל סוגי ההפרות.

23. שיקולים מהותיים ורלוונטיים אלה לא נכללו בנהלים. עובדה זו מצביעה באופן מובהק על כך שבגיבוש הנהלים הרשות לא נתנה משקל ראוי לכלל השיקולים שיש להביאם בחשבון, ובכך הפכו הנהלים שיצאו תחת ידיה לנגועים באי-סבירות קיצוני. ראו בג"ץ 389/80 **דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור**, פ"ד לה(1) 421 (1980). יתר על כן, כדבריה של כב' השופטת דליה דורנר בדנג"ץ 3279/93 **ויכסלבאום נ' שר הביטחון**, פ"ד מט(2) 195, 210-211 (1995), אי-מתן משקל על-ידי הרשות לשיקול ענייני, אף שהרשות הייתה מודעת לו, אינו מבטא רק חריגה ממתחם הסבירות:

"אין המדובר באי-ידיעה על אודות קיומם של צרכים אלה, שאין חולק כי [השר] היה מודע להם, אלא בהתעלמות מהם כעולה מתוכן ההחלטה. אמנם, בנסיבות שבהן על רשות מינהלית לבחור מבין מספר מצומצם של אפשרויות החלטה, שאף אחת מהן אינה מגשימה את כל השיקולים הרלוואנטיים, עשויה הרשות לצאת ידי חובתה בעצם מודעותה לשיקולים ובחינתם. הדין שונה מקום שבו – כמו בענייננו – עומדת לפני הרשות קשת רחבה של החלטות אפשריות. במצב כזה, ככלל, על הרשות לבחור בהחלטה המגשימה את כל השיקולים שלעניין. היה והרשות המינהלית לא עשתה כן, ובחרה בהחלטה שאינה נותנת כל ביטוי לשיקול ענייני, תיפסל ההחלטה על יסוד העילה של אי-התחשבות בשיקולים רלוואנטיים. [...] ככלל, החלטה של רשות מינהלית תיפסל עקב חוסר סבירות רק אם הרשות סתתה ממיתחם ההחלטות הסבירות באופן מהותי, ויש הגורסים – קיצוני. הטעם לכך הוא, שמקום בו הופקד שיקול-דעת בידי רשות מינהלית, וזו התחשבה בכל השיקולים שלעניין ולא התחשבה בכל שיקול זר, החלטתה מוחזקת ככשרה זולת אם היא לוקה בחוסר סבירות ברור ומובהק. לעומת זאת, החלטה שנתקבלה בלי להתחשב בשיקול שלעניין היא פגומה בשל כך בלבד, ולשם פסילתה לא נדרש כי היא תהיה בלתי סבירה במידה קיצונית או בלתי סבירה בכלל".

[ההדגשה הוספה]

בענייננו, משהרשות לא כללה בנהלים המאפשרים הטלת סנקציות שאינן עיצומים כספיים גם נהלים המייחסים משקל לשאלה אם מדובר בהפרה ראשונה, לשיעור ההפרות שנמצאו ביחס למספר המוצרים, ולשאלה אם ההפרות נמצאו בביקורת ראשונה, אין מדובר אך בפגם של חריגה ממתחם הסבירות, אלא גם בפגם של אי-התחשבות בשיקולים רלבנטיים – אשר לגביו לרשויות מינהליות לא נתון מתחם של שיקול-דעת.

24. יתרה מזאת. הנהלים גם מפריים את חובת המידתיות המוטלת על הרשות השלטונית. ספק רב מאוד אם הם מקיימים את מבחן ההתאמה, משום שתוצאתם היא במקרים רבים הטלת קנסות גבוהים מאוד על הפרות בודדות המהוות חלקיק זניח מתוך כלל המוצרים הנמכרים בבית-העסק.

25. באשר למבחן הפגיעה הפחותה – המבחן מחייב כי האמצעי שהרשות נוקטת בו יפגע בפרט במידה הקטנה ביותר הנדרשת להשגת התכלית. אין ספק שהתראה מינהלית והתחייבות להימנע מהפרה פוגעות בעוסקים במידה פחותה מעיצום כספי. חרף עובדה זו הרשות בחרה לצמצם באופן ניכר, כמעט עד כדי איון, את האפשרות לעשות שימוש בסנקציות מתונות אלה, שנקבעו באופן מפורש בחקיקה

ראשית של הכנסת. בכך הרשות יצרה מצב המעצים עד מאוד את היקף השימוש בסנקציה החמורה של עיצום כספי, וזאת חרף חובתה לנקוט את האמצעי שפגיעתו תהיה המצומצמת ביותר. הוא הדין לגבי מבחן היחסיות (המידתיות במובן הצר). בהינתן מספר חלופות לקידום תכלית החוק הפוגעות במידות שונות בזכות החוקתית יש לאזן, במסגרת מבחן היחסיות (המידתיות במובן הצר), בין התועלת השולית התוספתית להגשמת התכלית הציבורית של כל אחד מהאמצעים העשוי לקדם אותה לבין הנזק השולי התוספתי שכל אחד מאמצעים אלה עשוי לגרום לזכות. ראו בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 850-851 (2004); אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 433 (2010).

26. בהינתן האפשרות להוסיף במסגרת הנהלים נסיבות שבהן יינקטו סנקציות מתונות יותר מעיצום כספי, השאלה הטעונה בדיקה אינה אם התועלת הצומחת לציבור מהנהלים בנוסחם הקיים עולה על הנזק הנגרם לעוסקים כתוצאה מהטלתם של עיצומים כספיים בסכומי עתק. השאלה היא אם תוספת התועלת לציבור כתוצאה מהנהלים הקיימים ביחס לתועלת שתצמח לציבור כתוצאה מהרחבת הנסיבות שיאפשרו סנקציות מתונות יותר עולה במידה מהותית על תוספת הפגיעה בזכויות החוקתיות של עוסקים כתוצאה מהנהלים הקיימים, ביחס לתוספת הנזק הצפוי להם מהרחבת הנסיבות שיאפשרו סנקציות מתונות יותר. בהינתן משקלן של הזכויות החוקתיות הנפגעות, נדרש פער מהותי ומוכח בין משקלן של שתי התוספות השוליות. פער כזה אינו מתקיים בענייננו.

27. מדיניות "הקטגוריות" הננקטת על-ידי הרשות בכל הנוגע להטלת עיצומים כספיים על אי-הצגת מחיר נחזית כמידתית, משום שעל-פיה ניתן להטיל עיצומים על-פי ביקורת בסניף לגבי 12 הפרות לכל היותר, גם אם בפועל נמצאו הפרות ביחס למספר סוגים ("מק"טים"), ולא-כל-שכן לגבי מספר פריטים רב הרבה יותר. לפי מדיניות זאת ניתן להטיל עיצומים על אי-הצגת מחיר בכל סניף מרכול בסכום של עד 264,000 ₪, ובנסיבות מחמירות של עד 396,000 ₪ (כאמור, חזקה כי הפרה בנסיבות מחמירות היא הפרה שנעשתה על ידי עוסק ביותר מסניף אחד או נקודת מכירה אחת המופעלים על-ידי). ואולם, הן על-פניה והן במבחן המציאות מדיניות זאת מביאה לתוצאות בלתי-סבירות ואף שרירותיות. גובה העיצום הכספי אינו תלוי בעוצמת ההפרה, אלא הוא מקרי. בגין מספר קטן יחסית של מק"טים שלגביהם נטענו הפרות, "המפוזרים" על-פני מספר רב יחסית של קטגוריות, מוטלים עיצומים בסכומים גבוהים הרבה יותר מסכומי העיצומים המוטלים על הפרות בקשר למספר גבוה בהרבה של מק"טים המפוזרים על-פני מספר קטגוריות קטן. כך, העיצום הסופי על כל מק"ט שלגביו נמצאו הפרות בהחלטות שיפוטיות סופיות (בכל המקרים לא נמצאו נסיבות מחמירות) היה:

- קשת טעמים (העותרת מס' 10) – 15,086 ₪ (68.5% מהעיצום המרבי)
- ויקטורי (העותרת מס' 2) – 9,059 ₪ (41.2% מהעיצום המרבי)

- חצי הינם (העותרת מס' 6) – 5,476 נש (24.9% מהעיצום המרבי)
 - טיב טעם (העותרת מס' 3) – 5,000 נש (22.7% מהעיצום המרבי)
 - מעדני מניה (העותרת מס' 8) – 4,813 נש (21.9% מהעיצום המרבי)
- מכאן שבין העיצום הגבוה ביותר לעיצום הנמוך ביותר לכל מק"ט שבו נמצאה הפרה היה – לפי שיטת הקטגוריות – הפרש של 313.5% (אכן!).

28. מכאן שבמקום לקבוע בנהלים שיטה לדגימת הפריטים או המק"טים המוצעים למכירה ואמות-מידה על בסיס שיעור ההפרות שנמצאו מכלל הפריטים או המק"טים שנדגמו לקביעה אם אי-הצגת מחיר נובעת מטעות אנוש המצדיקה הימנעות מהטלת עיצומים כספיים כלל, וככל שאין הצדקה לכך – קביעת אמות-מידה להטלת עיצומים כספיים בשיעור מידתי, הרשות נוקטת שיטה שרירותית על בסיס קטגוריות שאינן ממין העניין ושאינן בינן לבין אופי הפעילות המסחרית המנוהלת על ידי העותרות דבר וחצי דבר. כך, למשל, לפי שיטה זו, חבילת נייר טואלט וחבילת מגבות נייר משתייכות לשתי קטגוריות שונות שבקשר להן מוטלים עיצומים נפרדים (הראשונה "מוצר טיפוח", והשנייה "חומרי ניקוי"). רשימת הקטגוריות כוללת גם "קטגוריות סל", ובהן "סוכר ומוצריו", "לחם, דגנים ומוצרי בצק", ו"מוצרי מזון שונים". הדעת נותנת שקטגוריזציה זאת הולמת צרכים סטטיסטיים, אך בינן לבין אכיפה מינהלית סבירה ומידתית של חוק הגנת הצרכן אין ולא כלום. בדומה לכך, הטלת עיצומים כספיים במקרים של "הבדל מדף-קופה" שלא על בסיס שיטת דגימה רציונלית ואמות-מידה לבדיקה אם מדובר בטעות אנוש מגלמת אף היא שרירותיות ומקריות, שאינן עולות בקנה אחד עם חובות הסבירות והמידתיות. כך, במחקרו של פרופ' דניאל לוי **חוק סימון מחירים: סקירת מצב בעולם, המגמות המסתמנות והערכת השפעת החוק על המחירים לצרכן** 12, 127 (מינהל מחקר וכלכלה, משרד הכלכלה, המסחר והתעסוקה, מאי 2008) נמצא כי במרבית המדינות בארצות הברית המחייבות סימון מחיר על גבי הפריט עצמו, רמת הדיוק הנדרשת היא כ-97% עד 98% מכל המוצרים המוצעים למכירה.

- המחקר מצורף לעתירה **כנספת 11**.

29. אכן, כדבריו של פרופ' ברק בספרו **מידתיות במשפט**, בעמ' 35, במצב דברים שבו הגשמת מטרתו של חוק דורשת פגיעה בזכויות אדם, "אין הבדל של ממש בין סבירות למידתיות" (ראו גם שם, בעמ' 465). משהנהלים נגועים הן באי-סבירות קיצוני והן בהעדר מידתיות, הרי שמן הדין לתקנם, ועד שלא יתוקנו – להימנע מהפעלת סמכויות אכיפה מינהלית מכוח החוק. לבטלותם של נהלים בלתי-סבירים ובלתי-מידתיים ראו בג"ץ 9232/01 "נח" **ההתאחדות הישראלית של הארגונים להגנת בעלי חיים נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נז(6) 212, 260-262 (2003). בטלות הנהלים שוללת את

האפשרות לנקוט בהליכים מינהליים ולהטיל סנקציות על-פיהם כל עוד לא יותקנו ויפורסמו נהלים סבירים ומידתיים לשם מימוש של מגוון כלי האכיפה המינהליים שנקבעו בחוק.

30. מן הדין – כפי שאף הובטח לכנסת על-ידי נציגות הרשות (ראו פרוטוקול מס' 13 של ישיבת ועדת הכלכלה של הכנסת מיום 24.6.2015) – כי בנוהל האכיפה ייקבעו הוראות מפורטות בדבר חובת המפקחים מטעמה של המשיבה מס' 2 לצלם באופן מלא ובהיר כל הפרה שבגינה יוטל עיצום. אומנם, גם כיום הפקחים נוהגים, בדרך-כלל, לצלם את ההפרות. אך הניסיון מראה שבעניין זה חלות תקלות (למשל, אי-צילום במקרה שבו סוללת מכשיר הסמארטפון שבאמצעותו מתבצעים התצלומים "נגמרה", וביצוע צילומים בלתי-בהירים או חלקיים). מן הדין אפוא שהיבט מרכזי זה, החיוני לתיעוד ההפרות וליכולת הרשות להתגונן, יוסדר בנוהל האכיפה.

31. הזכות להשמיע תגובה על אתר – שהיא חלק מכללי הצדק הטבעי, ומהווה ביטוי לחובת ההגינות העומדת ביסודם של כללים אלה – נתונה במשפט הישראלי בהקשרים שונים, ובהם מתן דוח, ביצוע ביקורת והטלת סנקציה. ראו והשוו, למשל, התוספת החמישית לתקנות התעבורה, תשכ"א-1961, בעניין הטופס שאותו יש למלא בעת שניתן דוח המפרט עבירת תנועה; סעיף 173א לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], זכות התגובה בבדיקה הנערכת במקום עסק על-ידי פקיד שומה הטעם לכך שיש לאפשר מתן תגובה מפורטת גם בעת מתן הדוח או ביצוע הביקורת, ולא רק בשלב מאוחר יותר, הוא כי מתן זכות טיעון בשלב מאוחר אינו מאפשר לאדם שנוכח במקום בעת ביצוע הבדיקה לתת הסברים וגרסה בהזדמנות הראשונה – שאותם ניתן לבדוק במקום. אכן, כדבריו של זמיר ההליך המינהלי, בעמ' 1172, "אין מתכונת אחת של שימוע לכל הרשויות ולכל הסמכויות. המתכונת תלויה בכל מקרה במהות הסמכות, במיחות הרשות וביתר נסיבות המקרה. [...] המכנה המשותף לכל המקרים הוא ההגינות" [ההדגשה הוספה; ראו גם שם, בעמ' 1147-1148]. ההגינות מחייבת להעמיד את מנהלי סניפיה של המבקשת על אתר על הממצאים המפורטים של הפקחים ולאפשר להם, ואפילו להציע להם, למסור בזמן אמת תגובה עובדתית מלאה ומפורטת לכל אחד מהממצאים. דבר לא ייגרע מיעילות החקירה אם כך ייעשה, והתנהלות הוגנת כזאת הייתה משרתת גם את האינטרס הציבורי בקבלת מידע מלא וברור בנושאים הנחקרים. אכן, אף "מבחינת הרשות המינהלית, המידע והשיקולים המוצגים על ידי מי שנוגע בדבר משלימים את תשתית הנתונים, מבהירים את הבעיה שהרשות צריכה להכריע בה, מציגים את התמונה מזווית שונה ולכן גם עשויים לשפר את ההחלטה" (שם, בעמ' 1148). והנה, בטופס ה"הודעה בדבר הפרה" שבו מצוידים כיום הפקחים מטעמה של המשיבה מס' 2 אין מקום ייעודי המאפשר רישום מפורט של תגובות מנהלי הסניפים לממצאי הביקורת. זאת אף שביקורת בסניף שבו מוצעים למכירה מאות אלפי פריטים עשויה להניב עשרות הפרות נטענות ואף יותר. מן הדין כי בנוהל האכיפה ייקבע כי הפקחים יצוידו בטופס, שיצורף לנוהל, שבו תירשם התגובה

המפורטת של מנהל בית-העסק (לרבות מנהל הסניף שבו נערכה הביקורת) לגבי כל אחת מההפרות הנטענות.

- טופס ה"הודעה בדבר הפרה" שבו מצוידים כיום הפקחים מטעם המשיבה מס' 2 מצורף לעתירה **כנספה 12**.

32. התיקונים הבסיסיים הנדרשים להפיכת הנהלים לחוקיים וחוקתיים צריכים אפוא לכלול:

לגבי נוהל האכיפה – קביעת שיטה לבדיקה אקראית של מדגם מוצרים ובמספר המאפשר מובהקות סטטיסטית של הממצאים בבית-עסק עתיר מוצרים ככל שאין נבדקים בו כל המוצרים; הוראה כי "טעות אנוש" שהביאה להפרה, שאינה מצדיקה הטלת עיצום כספי, תיקבע על-פי היחס בין כמות המוצרים שבהם נמצאה הפרה לבין לכמות המוצרים המוצעים למכירה בבית-העסק ובמקביל לכך ביטול שיטת "הקטגוריות"; קביעת דרישה לצילום מלא ובהיר על-ידי הפקחים מטעם המשיבה מס' 2 של כל הפרה שבגינה יוטל עיצום; וקביעה כי הפקחים יצוידו בטופס, בנוסח שיצורף לנוהל, שבו תירשם התגובה של מנהל בית-העסק (לרבות מנהל הסניף שבו נערכה הביקורת) לגבי כל אחת מההפרות הנטענות.

לגבי נוהל ההתראה ונוהל ההתחייבות – הוספת עילות נוספות להמצאת התראה מינהלית והטלת התחייבות להימנע מהפרה, לרבות הפרה ראשונה של העוסק את ההוראה שבגינה מנהלים נגדו את ההליך; יחס נמוך, בשיעור שייקבע בנוהל, בין כמות המוצרים שלגביהם נמצאה הפרה לבין כמותם של כלל המוצרים הנמכרים על-ידי העוסק באותו מקום ולחלופין בין כמות המוצרים שלגביהם נמצאה הפרה לבין כמות המוצרים שנבדקו; הפרות המתגלות בביקורת ראשונה שמתקיימת בבית-עסק; וכן עילה שיורית – נסיבות אחרות שבהן מן הראוי להמציא התראה מינהלית או להטיל התחייבות להימנע מהפרה.

סמכות בית-המשפט הגבוה לצדק

33. בית-המשפט הגבוה לצדק מוסמך לדון בעתירות לביטול תקנות ונהלים, למשל בשל כך שהם נקבעו ללא סמכות או שהם פוגעים בזכויות חוקתיות שלא בהתאם לתנאיה של פסקת ההגבלה, ולקביעת תקנות ונהלים כדין. ראו, למשל, לעניין תקנות – בג"ץ 2651/09 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים** (15.6.2011); ולעניין נהלים – בג"ץ 10533/04 **ויס נ' שר הפנים** (26.8.2011).

34. בסעיף 22(א) לחוק נקבע כי "מפר [של הוראות בפרק "אכיפה מינהלית"] שנמסרה לו הודעה על כוונת חיוב [בעיצום כספי] רשאי לטעון את טענותיו לפני הממונה [...] לעניין הכוונה להטיל עליו עיצום כספי ולעניין סכומו". בסעיף 22(א) לחוק נקבע כי "טען המפר את טענותיו לפני הממונה [...],

יחליט הממונה, לאחר ששקל את הטענות שנטענו, אם להטיל על המפר עיצום כספי, והוא רשאי להפחית את סכום העיצום הכספי [...]. הוראות דומות נקבעו בסעיפים 22ד ו-22ט לחוק לעניין התראה מינהלית והפרתה, ובסעיף 22ז(ב) לחוק לעניין אי-נכונות של מפר להגיש לממונה כתב התחייבות להימנע מהפרה. בסעיף 22כ(א) לחוק נקבע כי "על דרישת תשלום ועל התראה מינהלית ניתן לערער לבית משפט השלום שבו יושב נשיא בית משפט השלום [...]."

35. בשלושה מקרים שבהם ייצגו הח"מ רשתות שיווק (ויקטורי (העותרת מס' 2), חצי חינם (העותרת מס' 6) וקשת טעמים (העותרת מס' 10)) הם סברו שלמרות היתרונות שבתקיפת תקנות ההפחתה והנהלים בתקיפה ישירה בפני בית-המשפט הגבוה לצדק, מהפסיקה הקיימת בעניינים קרובים מתבקש כי התקיפה תיעשה כתקיפה עקיפה במסגרת הליכי זכות הטיעון והערעור לפי החוק. בשלושת המקרים האלה קבע עו"ד שגיאת תמיר, ממונה עיצומים כספיים ברשות, אשר הסמכות לדון ולהחליט מטעם הרשות בדבר הטלת עיצומים כספיים על עוסקים שקיבלו הודעות על כוונת חיוב וביקשו לממש את זכות הטיעון הואצלה לו, כי אינו מוסמך לדון בתוקפם של תקנות ההפחתה והנהלים. בתשובות המדינה לערעורים שרשתות אלה הגישו לבית-משפט השלום על החלטותיו של ממונה עיצומים כספיים המדינה טענה כי אין לאפשר תקיפה עקיפה במסגרת הליכי הערעור. ראו, למשל, סעיפים 154-159 לתשובת המדינה לערעורה של חצי חינם (עש"א (י-ם) 10263-08-16). בעניין **חצי חינם** קיבל בית-משפט השלום (כב' השופטת תמר בר-אשר צבן) את עמדת המדינה, וקבע כי "לא מצאנו במקרה הנדון את אותה דחיפות מיוחדת או את אותן נסיבות חריגות אשר עשויות להצדיק תקיפה עקיפה של מעשה מינהלי. על-כן, לא ראינו לנכון להידרש במסגרת זו אל טענותיה של המערערת כלפי הנהלים ליישום ההוראות בעניין הטלת העיצום הכספי" (עש"א (י-ם) 10263-08-16 **כל בו חצי חינם בע"מ נ' הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן**, פס' 30 (10.1.2017)). בית-משפט השלום לא התייחס לטענותיה של חצי חינם בדבר חוקיותן של תקנות ההפחתה, ונראה כי כלל אותן בגדר מסקנתו בעניין "טענותיה של המערערת כלפי הנהלים ליישום ההוראות בעניין הטלת העיצום הכספי". בקשת רשות ערעור שהוגשה לבית-המשפט המחוזי נדחתה – כאמור בהליך שלפי עמדת המדינה בהליכים אחרים בית-המשפט לא היה מוסמך לדון בו בדין יחיד במסגרת בקשת רשות ערעור (בבקשת רשות הערעור צוין, בשל אי-הבהירות בנושא, כי לחלופין מתבקש לדון בבקשה כבערעור) – בלא שהתבקשה תגובת הרשות ומבלי שבית-המשפט התייחס לסוגיית התקיפה העקיפה. בעניין **ויקטורי** השאיר בית-משפט השלום (כב' השופט אלעזר נחלון) את הנושא בצריך עיון, שכן לשיטתו ניתן היה לדחות את הערעור במקרה המסוים גם מבלי להיזקק לו. עם זאת, בית-המשפט העיר כי "למעשה המערערת אינה עותרת לבטל תקנות שהותקנו, אלא להורות על התקנת תקנות חדשות שתגדלנה את מתחם שיקול הדעת של ממונה העיצומים. עתירה מעין זו אינה פשוטה מעצם טיבה, והיא אינה פשוטה בייחוד נוכח הגישה המתבטאת בחוק הגנת הצרכן, שלפיה סכום העיצום הקבוע בחוק הוא ברירת המחזל, ואילו הפחתתו

טעונה הסדר מיוחד שאותו יש לקבוע בתקנות" (עש"א (י-ם) 28846-08-16 א. ב. א. ויקטורי חברה לניהול ואחזקות בע"מ נ' מדינת ישראל, פס' 15 (9.2.2017)). על רקע זה קשה להלום את האמור בסעיף 5 לתשובת הרשות, כי "סבירותם ומידתיותם של הנהלים עמדו במבחן ב-3 ערעורים בהם ייצגתם [הכוונה לח"מ] 3 חברות קמעונאיות שונות אשר נמצאו כמפרות חוק [...]". לא-כל-שכן קשה לקבל את הטענה, שם, כי "סוגיית מידתיותם וסבירותם של העיצומים והנהלים עלתה בערעורים נוספים, כאשר תקנות ההפחתה נבחנו באופן עקיף, בעת בחינת סבירותם ה'כללית' של העיצומים". ואכן, בערעורים של רשתות אחרות (למשל: מעדני מניה (העותרת מס' 8); ראו עש"א (ת"א) 17221-01-16 מעדני מניה רשתות סחר 2000 בע"מ נ' הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן (28.3.2016)) לא הועלו טענות בדבר עצם חוקיותם של תקנות ההפחתה או הנהלים, ומכאן שגם לא נדונו הטענות המשפטיות שבעתירה זאת. כל שניתן לומר הוא שבערעורים אלה בית-המשפט, מתוך הנחה כי התקנות והנהלים הם כדין, לא מצא שבמקרים הקונקרטיים הטלת העיצומים הייתה בלתי-מידתית או בלתי-סבירה. כך, האמירות בפסקי-דין מסוימים כי שיטת הקטיגוריות היא מידתית בכך שהיא מקלה עם הרשתות ביחס להטלת עיצום כספי בגין כל פריט שלגביו נמצאה הפרה אינן מבוססות על ניתוח משפטי. כאמור, המשמעות של אכיפה מהסוג האחרון הייתה הטלת עיצומים כספיים בסך של עשרות מיליוני ש"ח למעלה מכך בעקבות כל ביקורת בבית-עסק ובכך לקריסתן של כל רשתות השיווק. בכך שאמות-המידה הקיימות אינן מבוססות על אכיפה מוחלטת מסוג זה אין כדי להכריע את הדיון בחוקיותן ובמידתיותן. לשלמות התמונה נוסיף כי ערעור שהוגש לבית-המשפט המחוזי בעניין קשת טעמים וכן בקשת רשות ערעור לבית-המשפט המחוזי בעניין ויקטורי (שעל-פי החלטת בית-המשפט תידון כערעור בזכות) עדיין תלויים ועומדים; וכי מספר רשתות, וביניהן מגה (העותרת מס' 7) ומחסני השוק (העותרת מס' 5), בחרו לשלם את סכומי העיצומים שהוטלו עליהן מבלי לערער.

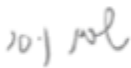
• תשובת המדינה לערעור **חצי חינם** מצורפת לעתירה **כנספת 13**.

36. הצטברותם של מקרים שבהם הרשות החליטה על הטלת עיצומים כספיים על-פי פרק האכיפה המינהלית בחוק – בין אם הוגשו ערעורים על החלטותיה ובין אם לא – גם מאפשרת לבחון את חוקיות תקנות ההפחתה והנהלים לא רק על-יסוד טענות משפטיות מופשטות, אלא גם הלכה למעשה. גם אם ייתכן שהדבר אפשרי מבחינה תיאורטית, הליכים אינדיבידואליים בפני ממונה עיצומים כספיים או בפני בית-משפט השלום בדונו בערעורים על החלטות הממונה אינם מסגרת אופטימלית לבדיקה תוצאתית שיטתית של החלטת אמות-המידה לאכיפה מינהלית כפי שנקבעו בתקנות ההפחתה ובנהלים. כפי שפורט לעיל, נתונים השוואתיים בדבר שיעורי העיצומים הכספיים שהוטלו על רשתות שונות, שדרך המלך להציגם ולברר את משמעותם היא בהליך מרוכז של תקיפה ישירה, מצדיקים אף הם הכרעה בבית-המשפט הגבוה לצדק. מבחינה זאת העתירה היא בשלה לדיון ולהכרעה בבית-משפט זה. להלכת הבשלות בהקשר של משפט מינהלי ראו ע"מ 7201/11 רחמני ד.א. עבודות עפר בע"מ נ' 36.

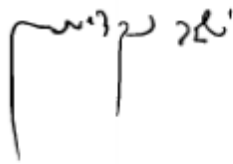
רשות שדות התעופה, פס' 4 לפסק-דינו של כב' השופט סלים ג'ובראן (7.1.2014); בג"ץ 7872/10 המועצה המוסלמית ביפו נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 14 לפסק-דינו של כב' השופט יצחק עמית (7.6.2012); בג"ץ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פ"ד לד(4) 429, 440 (1980).

37. לאלה יש להוסיף את האופי התחיקתי המובהק – נורמות כלליות ולא אינדיבידואליות – לא רק של תקנות ההפחתה אלא גם של הנהלים. שכן, לפחות הנהלים שעניינם התראה מינהלית והתחייבות להימנע מהפרה – מהווים במהותם חקיקת משנה (מעין-תקנות). ראשית, הם נעשו מכוח הסמכה מפורשת בחוק לקבוע כללים מחייבים. שנית, החוק קבע את ההליכים ליצירתם, לרבות את זהותו של הגורם שקביעתם טעונה את אישורו. שלישית, יש חובה לפרסמם. לפיכך, מדובר במעין-תקנות – שהן בנות פועל תחיקתי על כל המשתמע מכך. ראו דותן בספרו האמור, בעמ' 42-43, 45; דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 338-339 (2010); זמיר ההליך המינהלי, בעמ' 1308-1309. על רקע זה קיים אינטרס ציבורי מובהק שבירור תוקפן של תקנות ומעין-תקנות אשר להן השלכות רחבות על ענף הקמעונאות בישראל, והתלוי במידה רבה בשיקולים ובאמות-מידה מתחום המשפט החוקתי, לא יושאר להתדייניות ספוראדיות בפני הרשות או שופטי בית-משפט השלום, שתוקף קביעותיהם מוגבל למקרה הספציפי שנדון בפניהם, אלא יוכרע על-ידי בית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק.

בית-המשפט הנכבד מתבקש אפוא להוציא צו-על-תנאי על-פי הראשים המפורטים בפתח העתירה, ולאחר שמיעת באי-כוח בעלי הדין לעשות את הצווים מוחלטים ולחייב את המשיבים שיתנגדו לעתירה בתשלום הוצאות המשפט ושכר הטרחה של עורכי הדין.



שרון קיסר, עו"ד



ד"ר ישגב נקדימון, עו"ד



פרופ' אריאל בנדור, עו"ד



שי פניני, עו"ד