



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 8359/20

לפני: כבוד השופט מ' מזוז
כבוד השופטת ע' ברון
כבוד השופט ג' קרא

העותרים: 1. אמות השקעות בע"מ
2. עופר אליהו ו-30 אחרים

נגד

המשיבים: 1. ממשלת ישראל
2. ועדת השרים להתמודדות עם משבר הקורונה והשלכותיו
3. שר הבריאות
4. שר האוצר
5. שר הכלכלה והתעשייה
6. קבוצת עזריאלי בע"מ
7. מליסרון בע"מ

עתירה למתן צו על תנאי ובקשה למתן צו ביניים ולקיום דיון דחוף בעתירה

בשם העותרים: עו"ד שלומי שניידר; עו"ד תמר חיימוביץ-ריכטר;
עו"ד זוהר דביר
עו"ד יונתן ברמן
בשם המשיבים 1-5: עו"ד זוהר לנדה; עו"ד אייל נחשון; עו"ד עומר קידר
בשם המשיבה 6:
בשם המשיבה 7: עו"ד הלה פלג

פסק-דין

השופטת ע' ברון:

1. לפנינו עתירה נוספת שעוסקת במגבלות שנקבעו על ידי הממשלה לצורך התמודדות עם מגפת הקורונה – כאשר על הפרק הפיילוט שנקבע לפתיחת הקניונים בישראל. בגדר הפיילוט הותר ל-15 קניונים לפעול במתכונת מצומצמת ומבוקרת לתקופה של עשרה ימים, מיום שישי ה-27.11.2020 עד יום ראשון ה-6.12.2020, במטרה לבחון את מסוגלות הקניונים לאכוף את שמירת ההנחיות בתחומם במהלך הפעלתם.

2. במוקד העתירה, תקנה 27 לתקנות סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה) (הגבלת פעילות והוראות נוספות), התש"ף-2020, שהותקנה במסגרת תיקון מס' 14 לתקנות (להלן: תקנה 27, תיקון מס' 14 ו-התקנות, בהתאמה). תקנה 27 שכתרתה "הוראת שעה – הפעלת קניין בתכנית ניסיונית", מעגנת הסדר ניסיוני לפתיחת הקניונים בישראל, שסגורים מזה למעלה מחודשיים בהתאם למגבלות המשמעותיות שהוטלו על התנועה, ההתקהלות ועל פעילות המסחר, הבילוי והפנאי בישראל – וזאת על מנת לבלום את העלייה החדה בנתוני התחלואה במסגרת "הגל השני" של מגפת הקורונה (להרחבה ראו: בג"ץ 6575/20 פרו' גרנות נ' ראש המחשלה, פסקה 2 (24.9.2020), להלן: עניין גרנות).

תקנה 27 הותקנה על מנת לאפשר חזרה הדרגתית לשגרה בתחום המסחר – בהמשך לביטול המגבלה על יציאה ממקום המגורים, פתיחת מקומות עבודה מסוימים, פתיחה חלקית של מערכת החינוך ופתיחה מצומצמת של המסחר לחנויות רחוב ובכלל זה חנויות במתחמי קניות פתוחים. לפי תקנה זו, חרף האיסור על פתיחת מקום ציבורי או עסקי לציבור (שמעוגן בתקנה 7 לתקנות), תותר הפעלה מוגבלת בזמן של 15 קניונים והחנויות שפועלות בתחומם בדרך של פתיחתם לציבור (להלן: הפיילוט או המתווה); תוך שנקבעו כללים לעניין אופן בחירת הקניונים שישתתפו בפיילוט, כמו גם הוראות בנוגע לדרכי פתיחת החנויות בקניונים אלה על מנת למנוע הפצה של נגיף הקורונה – בין היתר לעניין תפוסה מרבית, צפיפות, דרישה למנגנון ויסות דיגיטאלי, סדרנים והנחיות נוספות. לענייננו רלוונטיות ההוראות שלפיהן מתוך 15 הקניונים שישתתפו בפיילוט, 6 מהם בבעלות "שתי החברות הגדולות" – קבוצת עזריאלי בע"מ ומליסרון בע"מ, המשיבות 6 ו-7 בהתאמה (יכוננו להלן: עזריאלי, מליסרון וביחד: הקבוצות הגדולות) וייבחרו על ידן (שלושה מכל קבוצה); ו-9 קניונים נוספים ייבחרו בהגרלה (שלושה במחוז חיפה והצפון, שלושה במחוזות תל אביב והמרכז ושלושה במחוזות ירושלים והמרכז). תקנה 27 אושרה במסגרת תיקון מס' 14 על ידי ועדת השרים להתמודדות עם משבר הקורונה והשלכותיו ביום 25.11.2020 בשעות הערב המאוחרות; התיקון פורסם ברשומות ונכנס לתוקף ביום 26.11.2020; ההגרלה לבחירת תשעת הקניונים נערכה בימים 26.11.2020 ו-27.11.2020; והפיילוט יצא לדרך ביום שישי, 27.11.2020. כפי שעולה מתגובת המדינה לעתירה, ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת קיימה שני דיונים בנושא הפיילוט (להלן: הוועדה) – אחד ביום 30.11.2020, והשני ביום 2.12.2020 שבמסגרתו ניתן אישור לתיקון מס' 14 בהתאם למנגנון שבסעיף 4(ד) לחוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020 (להלן: חוק סמכויות הקורונה). יצוין כי בגדר תיקון מס' 14 נקבעו הוראות נוספות, בין

היתר לעניין מתווה ניסיוני לפתיחת מספר מוזיאונים, ובנוגע לפתיחת שווקים קמעונאיים – אולם הדבר חורג מגדרי העתירה שלפנינו.

3. העותרת 1, אמות השקעות בע"מ, היא חברה ציבורית העוסקת בתחום הנדל"ן שלדבריה מחזיקה במספר רב של נכסים מניבים, לרבות קניונים ומרכזים מסחריים – ובהם קניון קריית אונו וקניון "אורות" באור עקיבא. יתר העותרים הם בעלי עסקים שמפעילים חנויות בשני קניונים אלה (להלן: אמות השקעות, וכולם יחד: העותרים). העותרים מלינים על העובדה שבמסגרת הפיילוט "שוריין" מקום לשישה קניונים שבבעלות הקבוצות הגדולות, תוך שאף ניתנה להן אפשרות לבחור בעצמן ובתיאום האחת עם השנייה את הקניונים שהן מעוניינות לפתוח. לשיטת העותרים, לא זו בלבד שיש באמור משום הפליה לרעה של בעלי הקניונים שאינם נמנים עם הקבוצות הגדולות; אלא שהדבר סותר את הרציונל שבבסיס הפיילוט, שכן בחינת עמידתם של קניונים שונים בדרישות ההפעלה שנקבעו על ידי משרד הבריאות, מחייבת דווקא להגדיל ולגוון ככל הניתן את זהות הקניונים שייפתחו במסגרת הפיילוט. העותרים עומדים על כך שהפיילוט במתכונתו הנוכחית מעניק יתרון עצום ובלתי הוגן לקבוצות הגדולות, על חשבון הקניונים שלא זכו להיכלל במתווה, באופן שפוגע בזכותם החוקתית לשוויון ולחופש עיסוק; ומאחר שהדבר נעשה בלא הצדקה או הנמקה ראויה, הרושם הוא שמדובר בהעדפה הנגועה בשיקולים זרים – בפרט בהינתן מעורבות הקבוצות הגדולות בגיבוש הפיילוט.

העותרים תוקפים את העיקרון העומד ביסוד תקנה 27, שלפיו בשלב זה ייפתח רק חלק קטן מן הקניונים, ולדבריהם "זוהי הפעם הראשונה מאז תחילת המאבק בנגיף הקורונה שהמדינה פותחת מחדש שוק כלשהו בשיטה של פיילוט חלקי". לטענתם, פתיחה חלקית של הקניונים פוגעת בתחרות ובבעלי העסקים בקניונים ואף עלולה להוביל לשינוי הרגלי הצריכה של לקוחות; ומאחר שאין הצדקה להפליה זו אין מקום לאפשרה, במיוחד בהינתן שלא ניתנה לבעלי הקניונים זכות טיעון טרם שהתקבלה ההחלטה בנושא. כן נטען כי המתווה לוקה בחוסר סבירות קיצוני, בין היתר מאחר שהוא מביא לכך שכלל אוכלוסיית הקונים בארץ נאלצת להצטופף במספר זעום של קניונים באופן שמגביר את הסכנה להדבקה מאסיבית; וכן בהשוואה לכך שהשווקים לעומת זאת נפתחו כולם. משאלה פני הדברים, העותרים מבקשים כי יינתן צו על תנאי לביטול תקנה 27, ולחלופין כי ייקבע שאמות השקעות רשאית להפעיל את קניוניה בהתאם למתווה שנקבע; ונוסף על כך נתבקש צו ביניים המורה על הפסקת הפיילוט לאלתר או על מתן אפשרות לאמות השקעות להשתתף בו.

4. העתירה הוגשה ביום שלישי ה-1.12.2020, בעיצומו של הפיילוט, לאחר שלטענת העותרים פניות ששיגרו לגורמים הרלוונטיים במדינה לא זכו למענה. בהינתן תוקפו הקצר של הפיילוט, נתבקשו תגובות דחופות לעתירה – עד אתמול בשעה 18:00, ואלה אמנם נתקבלו.

5. המשיבים 1-5 עומדים על דחיית העתירה על הסף (יכוננו לעיל ולהלן: המדינה), בראש ובראשונה מאחר שמדובר במתווה קצוב בזמן שעתיד להסתיים בקרוב ולכן הושטת סעד שיפוטי של ביטולו בנקודת הזמן הנוכחית היא מוקשית; ושנית, מאחר שלא צורפו לעתירה תשעת הקניונים הרלוונטיים שעלו בהגרלה שעלולים להיפגע באופן ישיר ממנה. המדינה מוסיפה כי בכל מקרה אין עילה להתערב בפילוט – לא בעצם ההחלטה לקיים אותו, לא כל שכן בנוגע לתנאים שנקבעו לבחירת הקניונים המשתתפים בו. לטענתה, ההחלטה לקיים את הפיילוט מצויה היטב בגדרי שיקול הדעת של הממשלה; ומדובר בהחלטה מאוזנת וסבירה בראי עמדת גורמי המקצוע שלפיה קיים סיכון מוגבר להדבקה במרחבים סגורים לרבות קניונים, בשונה מחנויות רחוב או מקומות פתוחים אחרים, והצורך לקבל החלטה מושכלת טרם פתיחת כלל הקניונים לציבור הרחב. ומכל מקום, הלכה היא שמתחם ההתערבות השיפוטי בהחלטות בעלות אופי מקצועי מובהק הוא מצומצם, זאת על אחת כמה וכמה מקום שהסעד המבוקש בעתירה הוא התערבות בחקיקת משנה, שנבחנה ואושרה על ידי הוועדה. בהקשר זה, המדינה מציינת כי בסמוך לאחר תחילת הפיילוט התברר כי יש לבצע בו התאמות, בשים לב לצפיפות התורים בכניסה לחנויות בקניונים – ועל רקע זה הותקן תיקון מס' 15 לתקנות, המצמצם את התפוסה המותרת בשטח הקניון וקובע הוראות אחרות לעניין התפוסה בחנויות גדולות.

עוד נטען, כי אין כל פגם בהבחנה שנעשתה בין הקבוצות הגדולות ליתר הקניונים, וזו מבוססת על העובדה שהקבוצות הגדולות מחזיקות יחד ב-66% מהפדיון ב-150 הקניונים הגדולים בישראל – והדבר מצביע על מספר הלקוחות הרב הפוקד אותם. המדינה טוענת כי מאחר שתכלית הפיילוט היא בחינת היכולת האפקטיבית להפעיל קניונים תוך שמירת ההנחיות, יש חשיבות לקיימו גם במקומות המייצגים את עיקר שוק הקניונים בישראל; ולשיטתה, הצלחה או כישלון של הפיילוט בקניונים שבבעלות הקבוצות הגדולות ילמד על התנהגות חלק משמעותי משוק הקניונים בישראל. בנקודה זו נטען כי בחירה אקראית של קניונים לפיילוט הייתה מורידה מן האמינות של תוצאותיו; ומכאן ששריון מקום לקבוצות הגדולות משקף שיקול ענייני שנועד לוודא כי הפיילוט משיג את תכליתו – ובכל מקרה מדובר בהסדר סביר, וכך במיוחד בהיותו מוגבל לפרק זמן קצר מאוד, כאשר כל מנגנון אחר עלול היה לעכב ולסרב את ההוצאה שלו לפועל או לפגוע ביעילותו. המדינה מוסיפה כי בסופו של דבר הקבוצות הגדולות לא

בחרו בעצמן את הקניונים שייפתחו, אלא בתיאום עם גורמי הממשלה; ועוד נאמר כי השיח עם הקבוצות הגדולות התנהל בשים לב להיותן קבוצות משמעותיות בשוק ובעלות ניסיון רלוונטי; ובכל מקרה במהלך הדיון בוועדה ביום 30.11.2020 ניתנה זכות טיעון ביחס לתיקון מס' 14, ונציגי העותרים ניצלו במה זו. לנוכח האמור, נטען כי יש לדחות את העתירה לביטול הפיילוט, תוך שהודגש כי אין הצדקה להחריג את אמות השקעות ולהיעתר לדרישתה החלופית לאפשר לה להצטרף לפיילוט.

6. המשיבות 6 ו-7, שהן כאמור הקבוצות הגדולות, הגישו כל אחת תגובה מטעמה. עזריאלי חוזרת בתגובתה על מרבית טענות המדינה, ומדגישה את הצורך לדחות את העתירה על הסף. זאת בין היתר לנוכח השיהוי הניכר שדבק בה על פי הנתען, בשים לב לפרק הזמן הקצר של הפיילוט בכללו, שהביא לכך שבשלב זה עסקינן בעתירה אקדמית ותיאורטית בעיקרה, שעה שהפיילוט עתיד לפקוע בעוד מספר ימים. כן נטען כי העתירה אינה מגלה עילה להתערבות חריגה מצד בית משפט זה במלאכת התקנת התקנות והפיקוח עליה, שנדונו על ידי כלל גורמי המקצוע המוסמכים ונתמכו בחוות דעת משפטיות. ולדבריה, ביסוד המתווה שיקולים מקצועיים וענייניים שנועדו להבטיח את הצלחת הפיילוט, לרווחת ולטובת כלל העוסקים בענף הקניונים בישראל – לרבות העותרים.

מליסרון מצידה מצטרפת לעמדת העותרים בנוגע לפיילוט וטוענת כי לא היה מקום להבחין בין הקניונים ובין חנויות הרחוב ומתחמי הקניות הפתוחים; וכי ראוי היה לאפשר פתיחה של כלל הקניונים בישראל, ולדבריה ברי שגם היא נפגעה מפתיחתם החלקית. חרף האמור מליסרון הודיעה כי בנסיבות העניין, ומאחר שמדובר בפיילוט קצר ונקודתי, לעמדתה יש לדחות את העתירה; שכן התערבות בפיילוט עלולה לסכל את האפשרות לפתיחת כלל הקניונים בישראל, באופן שיפגע בעותרים, בקבוצות הגדולות, במשק ובציבור כולו.

7. לאחר שעיינו בעתירה ובתגובות לה, על הנספחים שצורפו לה, הגענו לידי מסקנה כי דין העתירה להידחות על הסף בהיעדר עילה להתערבות.

ההחלטה לקיים פיילוט לפתיחת הקניונים, טרם מתן אישור לפתיחתם הגורפת, היא החלטה מקצועית מובהקת הנוטעה בגדרי שיקול הדעת שמסור לגורמי הממשלה בנוגע לאופן ניהול ההתמודדות עם משבר הקורונה – והעותרים לא הצביעו על טעם כלשהו להתערב בה, גם לא על פגם שנפל בהליך אישורה. בכל הכבוד, ומבלי להפחית מהפגיעה שכרוכה בפתיחה חלקית של הקניונים, ניכר כי המתווה משקף שאיפה ראויה לקיים בדיקה מדגמית של יכולות האכיפה של הקניונים קודם שיינתן היתר לפתיחה

גורפת שלהם – ומכאן שמדובר בהחלטה סבירה ואחראית, שביסודה התפיסה כי החלטה על פתיחת כלל הקניונים בישראל נדרש שתישען על מסד עובדתי הולם. מכל מקום, וזה העיקר, הלכה היא שבית משפט זה איננו מחליף את שיקול דעתה של הרשות המוסמכת בשיקול דעתו שלו, ודאי כאשר עסקינן בענייני מדיניות המבוססת על שיקולים מקצועיים, ושאושרה על ידי הגורמים המוסמכים והוועדה הרלוונטית בכנסת (ראו והשוו: בג"ץ 7174/20 ישראל חופשית נ' משרד הבריאות, פסקה 15 (27.10.2020); עניין גרנות, פסקה 7). מטבע הדברים ישנן גישות שונות לעניין האופן שבו ניתן לפתוח את הקניונים ב"ימי קורונה" (ואם בכלל), ואולם משעה שהחלופה שנבחרה היא ראויה וסבירה ומאזנת בין האינטרסים הרבים שעל הפרק – אין מקום להתערבותנו במתווה שנבחר; זאת במיוחד בהינתן שמדובר בפילוט קצר מועד. ועוד ייאמר בהקשר זה, כי ההשוואה שהעותרים עורכים בין מתכונת הפתיחה של השוקים ובין הפילוט שהוחל על הקניונים איננה ממין העניין – כאשר על פניו נודעת משמעות ממשית ורלוונטית לכך שהקניונים הם במקומות סגורים, ולחשש מפני צפיפות ועומסים שיווצרו בהם.

זאת ועוד, ובשונה מאופן הצגת הדברים בעתירה, ניכר כי ההחלטה לשריין חלק מהמקומות בפילוט לקניונים של הקבוצות הגדולות מבוססת אף היא על שיקול מקצועי וענייני – והוא היקפם המשמעותי בנתח הפעילות של הקניונים. בהתאם יש לדחות את טענת העותרים כי החלטה זו נגועה בשיקולים זרים ופסולים, שממילא לא הונחה לה תשתית עובדתית או ראייתית כלשהי. יוסף לכך, כי ההחלטה לפתוח לצד הקניונים של הקבוצות הגדולות עוד תשעה קניונים אקראיים שנבחרו בהגרלה, נותנת מענה מסוים לפגיעה הנטענת בשוויון; וגם בהקשר זה יוזכר כי הפילוט הוגבל לעשרה ימים בלבד. משאלה פני הדברים, ובלא להקל ראש ברצונם המובן של העותרים לפתוח את עסקיהם ובהקדם – איננו סבורים כי קמה עילה להתערבותנו בפילוט או בתנאים שנקבעו לביצועו. ויודגש כי הדברים נאמרים ביחס לפילוט במתכונתו בנקודת הזמן הנוכחית, וככל שיוחלט להאריכו או לערוך שינוי בתנאים שעומדים ביסודו – פתוחה לפני העותרים הדרך להשיג על כך.

טרם סיום וכפי שכבר צוין בתיקים קודמים בעניין "מגבלות הקורונה", מן הראוי לשוב ולהדגיש כי אין עוררין שההגבלות שהוטלו על הציבור בניסיון למנוע את התפשטות המגפה הן חריגות, ולא ניתן היה להסכין עימן בימים כתיקונם. ברוח דברים אלה, על הגורמים המוסמכים לשקול הטלת מגבלות באורח מידתי וממוקד ככל הניתן; ובה בעת לשקוד על ביטול של אותן מגבלות מוקדם ככל שיתאפשר בהתאם לעמדת גורמי המקצוע. ויובהר כי מדובר בהערה כללית, ואין באמור משום הבעת עמדה לעניין המגבלות הנוגעות לפתיחת הקניונים.

8. סוף דבר, העתירה נדחית ולפיכך אין צורך להידרש לבקשה למתן צו ביניים. בנסיבות העניין ולא בלי התלבטות, אין צו להוצאות.

ניתן היום, י"ז בכסלו התשפ"א (3.12.2020).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט