

צבי זילברטל	מוריה קינן	ד"ר הדס אהרוני-ברק	אפרים אברמזון ¹
שופט בית המשפט העליון (בדימוס), בורר ומגשר	מורן כוכבא-גבירצמן	הילה שטרן	תמר הקר
¹ חבר לשכת עוה"ד בניו יורק ² חבר לשכת עוה"ד בושינגטון DC ³ חבר לשכת עוה"ד באוסטרליה	הילה בר אילן	גיא איזנברג ¹	אברהם אברמן
	כרמל צ'רקה-הורוביץ	אלעד לנג	יאיר עשהאל
	דביר פרנקפורטר	חגית חרס	ג'פרי רשב"א ²
	רויטל קדם	דן ליברמן	הרי גרינברג ³
	נועם בניה	יובל אגמון	אסנת אלירם ¹
	יהודה דיניו	יוני כהן	עמי הורדס ¹
	רן יעקב קינן	סימון סינט	חיה שפיגל
	שרון ענבים-כהן	נגה גל	אודיה בריק-ז'רסקי ¹
	הלל קלמן	ד"ר ורה שיכלמן	רפי שפירא
	יוני בן ישי	אסף עולמי	דרור גדרון
	יובל קוכנובסקי	חן מר-קיל	יוחאי שכטר

- מבלי לפגוע בזכויות -

15 בנובמבר, 2020

באמצעות דואר אלקטרוני

לכבוד
מר יואל-יוולי אדלשטיין
שר הבריאות

לכבוד השר שלום רב,

הנדון: פתיחת חנויות איקאה בהתאם לתקנות סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה) (הגבלת פעילות והוראות נוספות), תש"ף-2020 -

דרישה להפסקת אי השוויון בין הרשתות השונות

סימוכין: מכתבו של מר שוקי קובלנץ, מנכ"ל איקאה, אליכם מיום 11.11.20 אליו צורפה חוות דעתנו מיום 10.11.20; מכתבכם מיום 12.11.20

בשם מרשתנו, ליבנה צפוני בע"מ (לעיל ולהלן - "איקאה"), אנו מתכבדים להשיב למכתבכם אשר בסימוכין ולפנות אליכם בנושא שבנדון, כדלקמן:

1. כידוע, בעולם מסחרי תחרותי, העובדה כי רשתות חנויות מסחריות מסויימות פועלות כרגיל, ואילו על אחרות נאסר הדבר, שעה שאין יסוד בדין לאבחנה ביניהן, בכל הכבוד אינה יכולה לעמוד במבחן הביקורת. אין צורך להרחיב מילים על הפגיעה הקשה הנגרמת ממצב דברים כאמור, לרשת הנפגעת מכך, לשלטון החוק, ואף לציבור הרחב.

2. איקאה עומדת על כך שמשד הבריאות ישנה עמדתו ויכיר בכך שאיקאה רשאית להפעיל את חנויותה בהתאם למתווה הפתיחה החלקית שהוצג על ידה למשרד, ולחלופין כי המשרד יודיע לכל אחת מהרשתות שפורטו במכתבה ויוזכרו שוב להלן (ונוספות דומות, ככל שישנן), כי חל עליהן איסור להפעיל את חנויותיהן מכוח החרג הקבוע בתקנות (שיובא להלן) בדבר הפעלת חנות שעיקר פעילותה במכירת מוצרים חיוניים לתחזוקת הבית.

3. הטעם לדרישה האחרונה הוא פשוט. במכתב שבסימוכין, שנשלח לאיקאה בסוף השבוע האחרון, נכתב מטעם משרד הבריאות, כי לשם עמידה בדרישת התקנות האמורה, צריך

להיות מדובר בחנות שעיקר פעילותה במכירת מוצרים "כגון נורות חשמל, מוצרים אינסטלציה הנדרשים עבור תיקונים דחופים וכד'".

4. לא ניתן לקבל את המצב הכאוטי השורר היום, ולפיו למעשה איש הישר בעיניו יעשה, ובו איקאה, כרשת שומרת חוק, מוצאת עצמה מופלית לרעה לעומת רשתות אחרות.

5. למיטב ידיעת איקאה, אף אחת מהרשתות שהוזכרו במכתבה אינה עומדת בדרישה האמורה.

רקע הדברים

6. לאחר שלפני כמה ימים, התקבל אישור מאיקאה העולמית לפתיחת חנויות איקאה באופן של פתיחה חלקית כפי שפורט במכתבה למשרד הבריאות ויפורט שוב להלן, ולאחר עבודת הכנה יסודית שערכה איקאה, יצאה איקאה ביום שלישי האחרון, 10.11.20, בהודעה לעיתונות לפיה חנויותיה יחזרו לפעילות חלקית החל מיום 11.11.20.

7. בהודעה האמורה נסקרו המחלקות שעתידות להיפתח וכן צויין כי בשלב זה אולמות התצוגה בקומה העליונה של חנויות איקאה, וכך גם המסעדות וממלכת הילדים, יישארו סגורים.

8. בעקבות פרסום ההודעה נודע לאיקאה מאמצעי התקשורת שמשרד הבריאות הגיב כי הוא מתנגד לפתיחת חנויות איקאה. בהמשך לאמור קיימה איקאה דו שיח עם אנשי משרד הבריאות בעקבותיו נשלח מכתבה מיום 11.11.20 ובו הציגה בפני המשרד את המתווה המיוחד המתוכנן לפתיחת החנויות.

9. במכתבה האמור פירטה איקאה כי פתיחת החנויות המתוכננת עומדת בדרישות תקנות סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה) (הגבלת פעילות והוראות נוספות), תש"ף-2020 (לעיל ולהלן - "התקנות"). כן ציינה איקאה במכתב כי פתיחת החנויות עתידה להתבצע באופן אחראי ותוך שמירה על כל הכללים, וכי מדובר בפעילות שאינה שונה במהותה מזו המתקיימת בשורה של רשתות מקבילות אשר פתוחות לציבור ואשר למיטב ידיעתה גם משרד הבריאות עצמו אינו רואה את פעילותן כמפרה את דרישות התקנות.

10. למכתבה של איקאה צורפה חוות דעתנו, אשר בהתאם לה, פתיחת חנויות איקאה - וקל וחומר פתיחתן במתווה הפתיחה החלקית המתוכנן - עומדת בדרישת החריג הקבוע בסעיף 7(3) לתקנות בדבר מקום שעיקר עיסוקו מכירת מוצרים חיוניים לתחזוקת הבית.

11. איקאה הדגישה במכתבה, כי בהתאם למתווה המתוכנן, על מנת להפחית ככל הניתן את סיכון ההידבקות בנגיף הקורונה בחנויות, בחרה איקאה לפתוח את חנויותיה כך שבאי החנות יופנו

באופן מיידי "למרקט הול", דהיינו אזור בו אופי הקנייה הוא שהלקוחות אוספים את המוצר במקום וממשיכים בתנועה ולא מתעכבים זמן רב. זאת בשונה מקנייה באולמות התצוגה, שבה, מטבע הדברים, הלקוחות מתעכבים יותר זמן בבחינת המוצרים השונים.

מדובר במחלקות הבאות: ברזים, כיורים, אינסטלציה, טקסטיל לחדר השינה והאמבט, חדרי אמבטיה ואביזרים, מזרנים, שטיחים, כלי בישול ואפייה, כלי אוכל והגשה, אביזרים לארגון ואחסון, כלי עבודה והתקנה, מוצרים לחיות מחמד, נורות ומוצרי תאורה, מוצרי חשמל למטבח, מוצרי כביסה וגיהוץ, אביזרי חשמל, אביזרי סלולר וסוללות ומזון. נוסף על כך, מתחם המטבחים יפעל בתיאום פגישה מראש בלבד, אך לא ייפתח לציבור הרחב, דהיינו ציבור הלקוחות המזדמן לחנות.

כן צויין כי מובן שהחנויות ייפתחו בהתאם להנחיות התו הסגול (לעניין קבלת קהל ומניעת התקהלות, הצהרות שילוט ונהלים, כניסה למקום, שמירה על היגיינה וכו').

12. איקאה הוסיפה ופירטה את מה שאמור להיות מובן מאליו - כי לא "שם הרשת" הוא הקובע אלא התוכן הקונקרטי של פעילותה ורשימת המוצרים הנמכרים בה בפועל.

13. כמו כן, איקאה פירטה במכתבה שורה של רשתות המוכרות מוצרים מקבילים לאיקאה וששעריהן פתוחים. למיטב ידיעתה, המשרד מכיר בכך שחנויות אלה נכנסות אל גדר המונח האמור, דהיינו שעיקר עיסוקן מכירת מוצרים חיוניים לתחזוקת הבית.

14. ביום 11.11.20 השיב משרד הבריאות כי טענותיה של איקאה נבדקות וכי תשיבו בהקדם למכתבה.

15. ביום ה', 12.11.20 התקבל, בשעות הערב המאוחרות, מענה מטעם המשרד בו הובאה לראשונה העמדה הפרשנית ולפיה "**פרשנות המונח "מוצרים חיוניים לתחזוקת הבית" היא מצומצמת, וכוללת מוצרים שאספקתם נדרשת באופן מיידי ולא ניתנת לדחייה, כגון נורות חשמל, מוצרים אינסטלציה הנדרשים עבור תיקונים דחופים וכד'.**" כן, הוספתם במכתבכם כי לעמדתכם חנויות רהיטים, מזרנים וכיוצ"ב אינן רשאיות לפעול "**והנושא אף הועבר אל מנהלת האכיפה במשטרת ישראל, לשם בחינה וביצוע אכיפה ככל הנדרש.**"

העמדה הפרשנית שהציג משרד הבריאות לראשונה, חסרת יסוד לגופה ואינה עומדת במבחן המציאות

16. עמדת משרד הבריאות האמורה מתעלמת מהמתווה שהציגה איקאה ולפיו בשלב זה על כל פנים, אין בכוונתה לפתוח את אולמות התצוגה (שעיקרן רהיטים); שבהתאם לחוות דעת המשפטית של הח"מ גם הם מוצרים חיוניים לתחזוקת הבית).

17. המציאות בה, חנויות שהחליטו לפתוח את שעריהן, ואינן "איקאה", פותחות את שעריהן ופועלות באופן מלא; מבלי שאיש מחיל עליהן את הפרשנות של משרד הבריאות לתקנות; ולעומתן, איקאה בהתאם לפרשנות זו אינה רשאית לפתוח שעריה, בכל הכבוד אינה יכולה לעמוד.
18. ודוק: למיטב ידיעת איקאה, אף אחת מהרשתות שהוזכרו במכתבה של איקאה, אינה עומדת בפרשנות זו של משרד הבריאות לתקנות, שלפיה נדרש, כאמור, כי מדובר יהיה בחנות שעיקר פעילותה במכירת מוצרים "כגון נורות חשמל, מוצרים אינסטלציה הנדרשים עבור תיקונים דחופים וכד'".
19. הרשתות שהוזכרו במכתב איקאה הן אלה:
- 19.1. הום סנטר ;
 - 19.2. Ace ;
 - 19.3. עמינח ;
 - 19.4. IDdesign ;
 - 19.5. ביתילי ;
 - 19.6. רהיטי דורון ;
 - 19.7. chef4 ;
 - 19.8. מקסטוק ;
 - 19.9. חנויות הסטוק למיניהן ; ועוד.
20. בכל הכבוד, משרד הבריאות התחמק בתשובתו מהתייחסות לרשתות השונות ולעמידתן בדרישה לפי פרשנותו שלו.
21. האמירה שלפיה במקרים של הפרה ננקטות פעולות אכיפה, אינה מהווה תשובה לשאלה האם רשתות אלה עומדות בהגדרת התקנות לפי פרשנות המשרד עצמו, והאם המשרד הוציא לאיזו מהן דרישה להפסקת פעילותה כאמור, ואם לא, מדוע.

22. כן, משרד הבריאות התעלם מהאמור במכתבה של איקאה ביחס למוצרים שבכוונתה למכור, לפיו ככל שסבור המשרד כי על איקאה להימנע ממכירת מוצרים מסויימים מתוך הרשימה, איקאה נכונה לשמוע את הדבר, ובלבד שהכל יוחל באופן שוויוני כלפי כל הרשתות.

יישום ואכיפה בלתי שוויוניים

23. **בפרשת תשלובת¹** דן בית המשפט העליון בטענת ייבואני מרצפות כי באי אכיפת תו התקן על מרצפות המיובאות מחבל עזה, יש פגיעה קשה בשוויון. בית המשפט קבע כי מדובר בחוסר שוויון בולט וקשה הפוגע בעקרון שלטון החוק:

"חוסר שוויון זה פוגע בעקרון-התשתית של שלטון החוק, ובעיקרון הנגזר ממנו – העיקרון של שוויון הכול לפני החוק. "עקרון שלטון החוק משמיע את עקרון החוקיות, ומוסיף הוא ומשמיע צורך בהפעלת החוק באורח שוויוני וללא הפליה...":
ע"פ 3520/91 תורג'מן נ' מדינת ישראל, בעמ' 456. ראו עוד: ע"ב 2/84, 3 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה; אבנרי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, בעמ' 261-262, מפי הנשיא שמגר; פרופ' א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (כרך א), בעמ' 228-229.

בהמשך הדברים עומד בית המשפט העליון על כך, כי באי אכיפה על מתחרותיהן "נפגעת בעליל יכולת התחרות של העותרות, תחרות שהיא בת לחופש העיסוק" וכי "בהפליה מתמשכת יאבד עם ותשבות ממלכה": בג"ץ 7111/95, 8195 מרכז השלטון המקומי ואח' נ' הכנסת ואח' [10], בעמ' 503. כן, נקבע כי "אכיפה סלקטיבית בלתי שוויונית של חוק לא תסכון ולא תעמוד. ... כל-כך באשר לפגיעה ביחיד, הן העותרות שלפנינו. ועדיין לא דיברנו – ויכולנו להוסיף ולדבר ארוכות – על המכה האנושה שמחדלי-אכיפה עלולים להביא על עצם קיומו של שלטון החוק."²

24. בסופם של דברים ניתן לעותרות סעד הצהרתי ונקבע כי:

17. ... על הרשויות לנקוט אמצעים ראויים לאכיפת החוק, אמצעים ממשיים הניכרים לעין, אמצעים שניתן לתארם, לכמתם ולנתחם. במובן דברים שאמרנו בפסקה זו אנו עושים את הצו שיצא מלפני בית-המשפט צו מוחלט."

25. אלה הן גם נסיבות העניין שלפנינו. טענת איקאה לפגיעה בשוויון הינה למעשה טענה של יישום בררני שלפיו מוענק לאיקאה "יחס מיוחד".

¹ בג"ץ 53/96 תשלובת ח. אלוני בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, נב(2) 1 (1998), בפסקה 14 לפסק הדין.
² שם, פסקאות 15-16.

26. בפרשת זקין³ עמד בית המשפט על כך, כי: **...אכיפה כזאת נוגדת באופן חריף את העיקרון של שוויון בפני החוק במובן הבסיסי של עיקרון זה. היא הרסנית לשלטון החוק; היא מקוממת מבחינת הצדק; היא מסכנת את מערכת המשפט...".**

27. בפרשת גנור⁴ הוסיף בית המשפט והתייחס לנזק העצום שנגרם מהפעלה בלתי שוויונית של הדין. בית המשפט (מפי כב' הנשיא א' ברק) עסק שם בעיקר בשאלת החלת מדיניות שוויונית בהגשת כתבי אישום, אך הדברים שנאמרו שם יפים לענייננו בהתאמה:

"...בהפעילו את שיקול-דעתו, חייב תובע לפעול מתוך שוויון וללא הפלייה ... הפעלה ראויה של ההליך הפלילי מבוססת על אמון הציבור ברשויות התביעה ועל אמונה כי הן מקבלות החלטותיהן מתוך שוויון. הגשת אישומים בדרך מפלה פוגעת באמון הציבור ברשויות התביעה. פגיעה זו קשה היא למשטר הדמוקרטי. קושי זה הוא משולש: ראשית, שימוש מפלה בכוח התביעה פוגע בהנחות שביסוד הענקת שיקול-דעת לתובע; שנית, הפלייה בהגשת אישומים פוגעת באמון שהציבור רוחש לרשויות התביעה בפרט ולרשויות שלטון בכלל, ובכך מכרסמת בעבותות, המקשרים את בני החברה; שלישית, הפעלה לא שוויונית של כוח התביעה פוגעת בכוח המרתיע של המשפט הפלילי...".

סיכומם של דברים

28. המשך ההתנהלות האמורה מצד משרד הבריאות משקף פגיעה בלתי מידתית בזכויות היסוד ובערכים מוגנים של איקאה ובכלל זה בחופש העיסוק, עקרון השוויון ואינטרס התחרות החופשית.

29. איקאה עומדת על כך שמשרד הבריאות ישנה עמדתו ויכיר בכך שאיקאה רשאית להפעיל את חנויותה בהתאם למתווה הפתיחה החלקית שהוצג על ידה למשרד, ולחלופין כי המשרד יודיע לכל אחת מהרשתות שפורטו במכתבה, והוזכרו לעיל, (ונוספות דומות, ככל שישנן) כי חל עליהן איסור להפעיל את חנויותיהן מכוח החריג הקבוע בתקנות בדבר הפעלת חנות שעיקר פעילותה במכירת מוצרים חיוניים לתחזוקת הבית.

30. בהקשר זה נשוב ונדגיש את שנאמר במכתב איקאה. פתיחת חנויות איקאה (באופן חלקי ותוך שמירת כל הכללים כאמור) עתידה לגרום, בין היתר, לחזרתם למעגל התעסוקה ופרנסה של מאות מעובדי איקאה המפרנסים את משפחותיהם ואשר אין הבחנה בינם לבין העובדים ברשתות חנויות אחרות. כמו כן, ציבור לקוחות גדול מתקשה להמתין חודשים ארוכים לרכישת מוצרים שאכן הינם חיוניים לתחזוקת הבית. לדעתנו, ניתן, נכון וחוקי, לפתוח את חנויות איקאה, ודאי באופן החלקי המוצג במתווה האמור, וזאת, כמובן באופן זהיר ותוך הקפדה על הכללים.

³בג"ץ 1213/10 אייל ניר נ' יו"ר הכנסת (פורסם בנבו, 23.02.2012) "בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש-עיריית באר-שבע, פ"ד נג(3) 289 (1999)

⁴בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, מד(2) 485, 512 (1990)

31. לא ניתן לקבל את המצב הכאוטי השורר היום, ולפיו למעשה איש הישר בעיניו יעשה, ובו איקאה, כרשת שומרת חוק, מוצאת עצמה מופלית לרעה לעומת רשתות אחרות.
32. עוד, נבקש לקבל לעיונו את עמדת המדינה כפי שהוגשה ביום 7.10.2020 במסגרת בג"ץ 6813/20 **רשתות תאורה בע"מ נ' משרד הבריאות**, וכן נבקש לקבל את עמדת המדינה כפי שעתידה להיות מוגשת היום לבית המשפט העליון במסגרת בג"ץ 7672/20 **ביג מרכזי קניות בע"מ נ' ממשלת ישראל**; שכן האמור בהן עשוי להיות בעל רלבנטי לעניינו.
33. נבקש את תשובתכם בדחיפות.
34. אין באמור במכתבנו ובשאינו אמור בו כדי לגרוע או לפגוע בכל זכות או טענה של מרשתנו, או כדי למצותן.

בכבוד רב ובברכה,



נגה גל, עו"ד



יאיר עשהאל, עו"ד

העתק: מר בנימין נתניהו, ראש הממשלה
ח"כ פרופ' יפעת שאשא-ביטון, יו"ר הוועדה המיוחדת לעניין נגיף הקורונה החדש
פרופ' נחמן אש, פרויקטור הקורונה
ד"ר אביחי מנדלבלוט, היועץ המשפטי לממשלה
מר מאיר בן שבת, ראש המטה לבטחון לאומי
תא"ל יורם לרדו, ראש רשות החירום הלאומית
מר עמיר פרץ, שר הכלכלה והתעשייה
פרופ' חזי לוי, מנכ"ל משרד הבריאות
עו"ד אורי שוורץ, היועץ המשפטי למשרד הבריאות
ד"ר שרון אלרעי פרייס, ראש שירותי בריאות הציבור
עו"ד נינא כהן-קרן, הלשכה המשפטית, למשרד הבריאות
עו"ד שי סומך, מחלקת ייעוץ וחקיקה (ציבורי-חוקתי), משרד המשפטים
עו"ד אורי בוצ'מונסקי, יועץ משפטי, מנהלת האכיפה, משטרת ישראל
מר שוקי קובלנץ, מנכ"ל איקאה