

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק**בג"ץ 2376/22**

לפני: כבוד השופט ד' מינץ
 כבוד השופטת ג' כנפי-שטייניץ
 כבוד השופט ח' כבוב

העותר: עו"ד משה הר שמש

נ ג ד

המשיבים: 1. הממונה על התחרות ברשות התחרות
 2. פרסונל אי. די בע"מ
 3. קומסיין בע"מ

עתירה למתן צו על תנאי

בשם העותר: בעצמו

בשם משיבה 1: עו"ד שרון הואש-איגר

בשם משיבה 3: עו"ד עופר שפירא; עו"ד יצחק בוחניק

חקיקה שאוזכרה:

[חוק התחרות הכלכלית, תשמ"ח-1988](#)

[חוק חתימה אלקטרונית, תשס"א-2001](#)

מיני-רציו:

* לגורמי האכיפה מסור שק"ד רחב בכל הנוגע להפעלת הסמכויות המוקנות להם, והתערבות ביהמ"ש בהחלטה מנהלית כאמור תיעשה במקרים חריגים בלבד. דברים אלה נכונים ביתר שאת במקרים בהם עסקינן בגוף רגולטורי המקבל החלטה הכרוכה בשיקולים מקצועיים מובהקים המצריכים מומחיות מיוחדת. במקרה הנדון לא נמצא כי הימנעות הממונה על התחרות ברשות התחרות מנקיטת צעדי אכיפה נגד המשיבות, מגלה עילה להתערבות.

* משפט מינהלי – בגץ – ביקורת על עניין מקצועי שבסמכות הרשות

* משפט מינהלי – שיקול-דעת – רשויות האכיפה והתביעה

* הגבלים עסקיים – הממונה על ההגבלים העסקיים – התערבות בג'ץ

.

עתירה למתן צו על תנאי המורה למשיבה 1 ("הממונה") לבוא וליתן טעם מדוע לא תפנה למשיבות 3-2 ("המשיבות") לקבלת מסמכים ונתונים המעידים על מעמדן כמונופול או קבוצת ריכוז והעשויים ללמד על הפרת חוק; ומדוע לא תכריז על המשיבות כמונופול או קבוצת ריכוז. זאת עקב סירובן המשותף של המשיבות למכור לגורמים פרטיים את הכרטיסים החכמים באמצעותם מוגשים דיווחים לרשויות המס, להבדיל מהשכרתם, והמחיר הגבוה הנדרש מגורמים פרטיים לעומת המחיר הנגבה מהמדינה.

ביהמ"ש העליון בשבתו כבג"ץ דחה את העתירה בקבעו:

לגורמי האכיפה מסור שיקול דעת רחב בכל הנוגע להפעלת הסמכויות המוקנות להם, והתערבות ביהמ"ש בהחלטה מנהלית כאמור תיעשה במקרים חריגים בלבד. דברים אלה נכונים ביתר שאת במקרים בהם עסקינן בגוף רגולטורי המקבל החלטה הכרוכה בשיקולים מקצועיים מובהקים המצריכים מומחיות מיוחדת. מקרה זה אינו נמנה על המקרים המצדיקים התערבות של בג"ץ.

הממונה הבהירה כי הכרזה על בעל מונופול או על קבוצת ריכוז מחייבת עריכת בדיקה מקדימה מקיפה של נתונים רלוונטיים. כך, על מנת להכריז על בעל מונופול יש לבחון האם לגורם הנבחן נתח שוק העולה על מחצית או האם הוא מחזיק בידו כוח שוק משמעותי. לשם כך, יש לזהות את זירת התחרות בה פועל הגורם הנבחן ואת המשתתפים האחרים בה. יש לבחון את מאפייני הביקוש למוצרים או השירותים המסופקים ע"י הגורם הנבחן ואת קיומם של תחליפים מתאימים. כן יש לבחון נתונים לגבי היקפי מכירות ונתונים נוספים המעידים על נתחי השוק ועל כוח השוק של הגורם הנבחן ושל יתר המשתתפים. גם על מנת להכריז על קבוצת ריכוז נדרשת בחינת השוק הרלוונטי, איתור זירת התחרות, בחינת מאפייני הביקוש למוצרים ומידת התחליפיות שלהם. עוד יש לבחון את מידת התחרות בין חברי קבוצת הריכוז ואת האפשרות לנקוט בצעדים שימנעו פגיעה בתחרות או יגבירו אותה. נוכח העובדה שבחינות מקיפות ומורכבות אלה מצריכות השקעת משאבים רבים, עמדתה העקרונית של הממונה היא כי נקיטתם תיעשה רק במקרים בהם קיים אינטרס ציבורי מובהק לבצען (ולמותר לציין כי הממונה, ככל גוף מנהלי, פועלת בכפוף למגבלות תקציביות וכפועל יוצא מכך תחת סדרי עדיפויות).

בענייננו, לאחר שעיינה בפניות העותר, סברה הממונה כי אין בנמצא אינטרס ציבורי המצדיק את הפעלת סמכויותיה, שכן טענותיו אינן מגלות עילה להפרת חוק התחרות הכלכלית או טעם אחר המצדיק הידרשות לעניין או גיבוש תשתית עובדתית. לא נמצא מקום להתערב בכך. טענות העותר מבוססות על השוואה שערך בין העלות השנתית הנגבית ממנו עבור שימוש בכרטיס חכם לבין העלות הנגבית ממשרדי ממשלה עבור רכישת כרטיס חכם. אלא שהכרטיסים החכמים המונפקים למשרדי הממשלה הם כרטיסי "תמוז". הנפקת כרטיסים אלה אינה נעשית ע"י "גורם מאשר", ולמעשה לא מדובר בכרטיסים חכמים הזוהים לאלו המונפקים ע"י גורמים מאשרים. לא מבחינת סוג החתימה, העלויות והיבטים שונים נוספים. כמו כן, העובדה ששתי המשיבות מאפשרות השכרה בלבד של ערכות הכרטיסים החכמים אינה מצביעה בהכרח על תיאום אסור ביניהן. התנהלות עסקית דומה ע"י מתחרים עשויה לנבוע מהחלטה עצמאית של כל אחת מהמשיבות לחקות את מעשי רעותה, ואין בכך פסול בהכרח. בנסיבות אלה, לא נפל כל פגם בהחלטת הממונה להימנע מנקיטת הליכי אכיפה בהיעדר תשתית מינימלית המצדיקה זאת.

במקרים של גביית מחיר בלתי הוגן גבוה, ככלל האינטרס הציבורי באכיפה מוגבל ותחום מראש לקשת מצומצמת של מקרים. עמדתה עקרונית של רשות התחרות, כפי שהובעה במסגרת גילוי דעת, היא כי נקיטת צעדים לאכיפת האיסור על מחיר בלתי הוגן גבוה תיעשה בזירות ובמתנות. גישה זו מבוססת על הכרה בצורך להתמודד במקרים מסוימים עם מחירים גבוהים יתר על המידה, לצד הבנה כי

התערבות כזו עשויה להביא לפגיעה בתחרות וברוחת הצרכן בטווח הארוך. בהתאם לכך, אכיפה כאמור תתמקד בנסיבות בהן ניתוח השוק יעיד על כך שהגוף המונופוליסטי דומיננטי במיוחד ושאינן בלחצים תחרותיים טבעיים או בהסרת חסמים כדי לעורר תחרות או לתת מענה להיעדר התחרות בשוק הרלוונטי; וחומרת ההפרה תישקל מול ההשפעות השליליות שעלולות להיגרם בשל אכיפת יתר של האיסור. גישה מרוסנת זו, המבוססת על שיקולים מקצועיים טהורים והמצויה בליבת תחום מומחיותה של הממונה, תומכת אף היא במסקנה כי הימנעות הממונה מנקיטת צעדי אכיפה נגד המשיבות אינה מגלה כל עילה להתערבות.

פסק-דין

השופט ד' מין:

עתירה למתן צו על תנאי המורה למשיבה 1, הממונה על התחרות (להלן גם: הממונה), לבוא וליתן טעם מדוע לא תפנה למשיבות 2-3 (להלן: המשיבות) לקבלת מסמכים ונתונים המעידים על מעמדן כמונופול או קבוצת ריכוז והעשויים ללמד על הפרת חוק; ומדוע לא תכריז על המשיבות כמונופול או קבוצת ריכוז.

הרקע לעתירה

1. העותר הוא עורך דין המייצג נישומים והנדרש על פי דין להגיש עבורם דיווחים לרשויות המס באופן מקוון באמצעות כרטיס חכם. לטענת העותר, כרטיסים חכמים ניתנים להשכרה בלבד וזאת בעלות שנתית בסך של כ-150 ש"ח. לעומת זאת, ממידע שנמסר לו מרשות התקשוב הממשלתי, משרדי ממשלה רוכשים את הכרטיס (להבדיל מהשכרתם) וזאת בעבור תשלום חד פעמי בסך של 40 ש"ח. על רקע פערים נטענים אלה פנה העותר אל הממונה בבקשה כי רשות התחרות (להלן גם: הרשות) תכריז על המשיבות, שהן לטענתו שתי החברות היחידות מהן ניתן לרכוש כרטיסים חכמים, כדואופול. במענה לפנייה זו השיבה רשות התחרות כי אין המדובר במקרה המתאים לנקיטה באמצעי אכיפה מצדה. צוין כי מבלי להביע עמדה בשאלת מעמדה של המשיבות כבעלות מונופול, המידע שהובא בפניית העותר אינו מלמד על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה. הרשות העירה עוד כי ההכרזה על אדם או תאגיד כבעל מונופול נושאת אופי דקלרטיבי בלבד ומשהתקיימו בגוף כאמור התנאים הנדרשים להכרזתו, חלות עליו הוראות [חוק התחרות הכלכלית](#), התשמ"ח-1988 (להלן: חוק התחרות או החוק) גם בהיעדר הכרזה. על כן, ככל שהעותר סבור כי נפגע מהפרת הוראות החוק, באפשרותו לפעול באמצעות "אכיפה פרטית" בדרך של הגשת תביעה נזיקית. במענה לכך פנה העותר לרשות בשנית, אולם משלא נענה הגיש את העתירה שלפנינו.

2. בעתירתו טוען העותר כי סירובן המשותף של המשיבות למכור לגורמים פרטיים את הכרטיסים החכמים, להבדיל מהשכרתם, וכן המחיר הגבוה הנדרש מגורמים פרטיים לעומת המחיר הנגבה מהמדינה, מבססים תשתית עובדתית המחייבת את הרשות להמשיך ולברר את העובדות הצריכות לעניין ולקבל את הנתונים הדרושים לה לצורך קבלת החלטה. עוד נטען כי מתשובת הרשות דומה כי התגבשה תשתית עובדתית מספקת המצדיקה הכרזה על המשיבות כמונופול או כקבוצת ריכוז, אולם היא לא עושה כן הואיל ומדובר בהכרזה דקלרטיבית בלבד. לעמדת העותר, הכרזה על מונופול או קבוצת ריכוז לפי החוק איננה מהווה הכרזה דקלרטיבית אלא מדובר בהכרזה בעלת משמעויות. זאת שכן הכרזה על גוף כמונופול מטילה עליו חובות שונות על פי דין כגון החובה שלא לסרב לספק נכס וחובה שלא לנצל לרעה את מעמדו. כמו כן, עצם ההכרזה על גוף כקבוצת ריכוז עשויה לשכנע אותו שלא לפגוע בתחרות ושלא להיות צד להסדר כובל. סירובה של הממונה למלא את חובתה כדין ולהכריז על המשיבות כבעלות מונופול או כקבוצת ריכוז, ללא נימוקים כבדי משקל, אינו הולם גוף ציבורי. עוד טוען העותר כי התחליף שהוצע לו באמצעות הגשת תביעה נזיקית אינו הולם, שכן בתביעה מעין זו נטל ההוכחה מוטל על התובע להראות כי העוסק הפר את החוק, אולם לשם כך נדרש תחילה כי אותו עוסק יוגדר כבעל מונופול או כקבוצת ריכוז. מה גם, שהנזק שנגרם לעותר בשנים שלגביהן תהיה התביעה רלוונטית, העומד על מאות שקלים בלבד, אינו מצדיק את השקעת המשאבים הדרושים לניהול הליך מעין זה.

3. הממונה מצדה סבורה כי דין העתירה להידחות, שכן לא קמה כל עילה להתערבות בהחלטתה. נטען בתמצית כי אין כל אינטרס ציבורי להידרש לבחינת האפשרות להפעיל את סמכויות הממונה בנסיבות העניין כמבוקש על ידי העותר; וכי הטענות העולות מהעתירה אינן מגלות עילה להפרת חוק התחרות או עילה שעשויה להצדיק פניה של הממונה לגיבוש התשתית העובדתית הדרושה לשם הפעלת סמכויותיה בהקשר זה. עוד נטען כי אף אם פנייתו של העותר הייתה מעלה חשש ראשוני להפרה של החוק, גם אז לא הייתה מחויבת הממונה להפעיל את סמכויותיה שכן מוקנה לה שיקול דעת מינהלי ביחס למקרים בהם יוחלט לנקוט צעדי אכיפה. הממונה עשויה לקבל החלטה סבירה שלא לנקוט בהליכים מנימוקים שונים כגון סדר עדיפויות בהקצאת משאבי הרשות והגשמת האינטרס הציבורי שבתכלית דיני התחרות, ואף במישור זה לא קמה עילה להתערבות בית משפט זה.

4. משיבה 2 לא השיבה לעתירה. משיבה 3 טענה מצדה כי דין העתירה להידחות על הסף וזאת משני טעמים. ראשית, היא מהווה "גורם מאשר" על פי [חוק חתימה אלקטרונית](#), התשס"א-2001. ככזו, עיסוקה כלל אינו במכירת כרטיסים חכמים אלא בהנפקת תעודות אלקטרוניות מאושרות, וממילא לא ניתן לטעון כי היא חלק מדואופול בתחום הכרטיסים החכמים. שנית, ההשוואה שערך העותר בין העלויות המשולמות על ידי משרדי הממשלה לבין המחיר אותו גובה משיבה 3 עבור שירותיה אינה רלוונטית. לא ניתן להשוות בין הסכומים שמשלמים משרדי הממשלה בגין כרטיסים "גולמיים", לבין השירות אותו מספקת משיבה 3, כאשר המחיר נגבה בגין השירות המבטא את הדרישות המחמירות בהן עליה לעמוד. גם מתשובת רשות התקשוב הממשלתי לפניית העותר עולה כי הכרטיסים בהם עושים שימוש משרדי הממשלה אינם מונפקים על ידי "גורם מאשר" ואינם דומים לכרטיסים המונפקים על ידי גורם שכזה.

דיון והכרעה

5. לאחר עיון בעתירה ובתגובות לה הגענו לכלל מסקנה כי דינה להידחות בהיעדר עילה להתערבות בהחלטת הממונה.

6. לגורמי האכיפה מסור שיקול דעת רחב בכל הנוגע להפעלת הסמכויות המוקנות להם, והתערבות בית המשפט בהחלטה מינהלית כאמור תיעשה במקרים חריגים בלבד. דברים אלה נכונים ביתר שאת במקרים בהם עסקינן בגוף רגולטורי המקבל החלטה הכרוכה בשיקולים מקצועיים מובהקים המצריכים מומחיות מיוחדת ([בג"ץ 8358/21](#) תן ביס.קו.איל בע"מ נ' רשות התחרות, פסקה 9 [פורסם בנבו] (11.1.2022); [בג"ץ 5961/21](#) מוחסן נ' שר הבינוי והשיכון, פסקה 13 [פורסם בנבו] (1.11.2021); [בג"ץ 4501/14](#) עו"ד אלעד פרסקי נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פסקה י"ח [פורסם בנבו] (23.7.2015)). מקרה זה אינו נמנה על המקרים המצדיקים התערבות של בית משפט זה.

7. הממונה הבהירה בתגובתה כי הכרזה על בעל מונופול או על קבוצת ריכוז מחייבת עריכת בדיקה מקדימה מקיפה של נתונים רלוונטיים. כך, על מנת להכריז על בעל מונופול יש לבחון האם לגורם הנבחן נתח שוק העולה על מחצית או האם הוא מחזיק בידו כוח שוק משמעותי. לשם כך, יש לזהות את זירת התחרות בה פועל הגורם הנבחן ואת המשתתפים האחרים בה. יש לבחון את מאפייני הביקוש למוצרים או השירותים המסופקים על ידי הגורם הנבחן ואת קיומם של תחליפים מתאימים. כן יש

לבחון נתונים לגבי היקפי מכירות ונתונים נוספים המעידים על נתחי השוק ועל כוח השוק של הגורם הנבחן ושל יתר המשתתפים. גם על מנת להכריז על קבוצת ריכוז נדרשת בחינת השוק הרלוונטי, איתור זירת התחרות, בחינת מאפייני הביקוש למוצרים ומידת התחליפיות שלהם. עוד יש לבחון את מידת התחרות בין חברי קבוצת הריכוז ואת האפשרות לנקוט בצעדים שימנעו פגיעה בתחרות או יגבירו אותה. נוכח העובדה שבחינות מקיפות ומורכבות אלה מצריכות השקעת משאבים רבים, עמדתה העקרונית של הממונה היא כי נקיטתם תיעשה רק במקרים בהם קיים אינטרס ציבורי מובהק לבצען (ולמותר לציין כי הממונה, ככל גוף מנהלי, פועלת בכפוף למגבלות תקציביות וכפועל יוצא מכך תחת סדרי עדיפויות. וראו למשל: [ע"א 6313/19](#) רשות ניירות ערך נ' שמואל, פסקה 8 לחוות דעתי [פורסם בבנו] (11.4.2022); [ע"א 6187/15](#) פסגות קופות גמל ופנסיה בע"מ במעמדה כנאמן לעמיתי "קרן הפנסיה של הסתדרות העובדים הלאומית בע"מ" נ' צולר, פסקה 37 [פורסם בבנו] (28.5.2018)).

8. בענייננו, לאחר שעיינה בפניות העותר, סברה הממונה כי אין בנמצא אינטרס ציבורי המצדיק את הפעלת סמכויותיה, שכן טענותיו אינן מגלות עילה להפרת חוק התחרות או טעם אחר המצדיק הידרשות לעניין או גיבוש תשתית עובדתית. איננו רואים מקום להתערב בכך. טענות העותר מבוססות כאמור על השוואה שערך בין העלות השנתית הנגבית ממנו עבור שימוש בכרטיס חכם לבין העלות הנגבית ממשרדי ממשלה עבור רכישת כרטיס חכם. אלא שכפי שעולה ממכתבה של רשות התקשוב הממשלתי (נספח 3 לעתירה) ומתגובת הממונה, הכרטיסים החכמים המונפקים למשרדי הממשלה הם כרטיסי "תמוז" (תעודות ממוחשבות לגישה וזיהוי במשרדי ממשלה). הנפקת כרטיסים אלה, כפי שצוין במענה רשות התקשוב הממשלתי, אינה נעשית על ידי "גורם מאשר", ולמעשה "לא מדובר בכרטיסים חכמים הזוהים לאלו המונפקים על ידי גורמים מאשרים. לא מבחינת סוג החתימה, העלויות והיבטים שונים נוספים" (סעיף 5.3 למענה רשות התקשוב הממשלתי מיום 30.9.2021). כמו כן, העובדה ששתי המשיבות מאפשרות השכרה בלבד של ערכות הכרטיסים החכמים אינה מצביעה בהכרח על תיאום אסור ביניהן. כפי שציינה הממונה בתשובתה, התנהלות עסקית דומה על ידי מתחרים עשויה לנבוע מהחלטה עצמאית של כל אחת מהמשיבות לחקות את מעשי רעותה, ואין בכך פסול בהכרח. בנסיבות אלה, לא נפל כל פגם בהחלטת הממונה להימנע מנקיטת הליכי אכיפה בהיעדר תשתית מינימלית המצדיקה זאת.

9. על כל האמור יש להוסיף כי כפי שעולה מתגובת הממונה, במקרים של גביית מחיר בלתי הוגן גבוה, ככלל האינטרס הציבורי באכיפה מוגבל ותחום מראש לקשת מצומצמת של מקרים. עמדתה עקרונית של רשות התחרות, כפי שהובעה במסגרת "גילוי דעת 1/17: שיקולי הממונה על הגבלים עסקיים באכיפת האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה" שפורסם מיום 28.2.2017 (להלן: גילוי הדעת), היא כי נקיטת צעדים לאכיפת האיסור על מחיר בלתי הוגן גבוה תיעשה בזהירות ובמתינות. כעולה מגילוי הדעת, גישה זו מבוססת על הכרה בצורך להתמודד במקרים מסוימים עם מחירים גבוהים יתר על המידה, וזאת לצד ההבנה כי התערבות שכזו עשויה להביא לפגיעה בתחרות וברווחת הצרכן בטווח הארוך. בהתאם לכך, אכיפה כאמור תתמקד בנסיבות בהן ניתוח השוק יעיד על כך שהגוף המונופוליסטי דומיננטי במיוחד ושאינן בלחצים תחרותיים טבעיים או בהסרת חסמים כדי לעורר תחרות או לתת מענה להיעדר התחרות בשוק הרלוונטי; וחומרתה של ההפרה תישקל למול ההשפעות השליליות שעלולות להיגרם בשל אכיפת יתר של האיסור. גישה מרוסנת זו, המבוססת על שיקולים מקצועיים טהורים והמצויה בליבת תחום מומחיותה של הממונה, תומכת אף היא במסקנה כי הימנעות הממונה מנקיטת צעדי אכיפה נגד המשיבות אינה מגלה כל עילה להתערבות.

העתירה נדחת אפוא. העותר יישא בהוצאות הממונה ומשיבה 3 בסך של 5,000 ש"ח לכל אחת.

ניתן היום, כ"א בסיון התשפ"ב (20.6.2022).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט

הב 22023760_N02.docx
מרכז מידע, טל' 3852, 077-2703333; אתר אינטרנט, <https://supreme.court.gov.il>

ד' מינץ 54678313-2376/22
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)