

נבל ברשות דיני ההגבלים העסקיים*

בעקבות דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף היס¹

ליאור אורן**

א. פתח דבר

לראשונה מזה שנים רבות יוצא תיק משפטי שליכתו בשאלות שבבסיס דיני ההגבלים העסקיים מדל"ת אמות בין הדין להגבלים עסקיים והחלטות הממונה. לא זו אף זו, אלא שמקרה זה מגיע לדיון משפטי נרחב, בהרכב של שבעה שופטים, במרומי הערכאות המשפטיות תוך שהכרעתו הנה חידוש פסיקתי מהדהד². מטרתו של מאמר זה לבחון ולבקר חידוש זה.

ראובן נכנס לשותפות עם שמעון שמטרתה ייצור ושיווק מוצר פלוני המצריך את מומחיותם של שני הצדדים. כעבור מספר שנים, משלא צולחת השותפות מחליטים השניים לפרקה בטרם עת תוך הסכמה משותפת (בכתב) בדבר אי-תחרות הדדית של כל אחד מהם בתחום עיסוקו הצר של השני למשך תקופה מסוימת. בתום תקופה קצרה משמעותית מזו שהוסכמה, מחל שמעון לפעול בתחום עיסוקו של ראובן בניגוד גמור להסכמתם מבעוד מועד ותוך הפרתו הברטה של חוזה הפירוק השותפות. על עמדתו של מי מהניצים צפוי להגן בית המשפט – על זו של המפר או שמה על זו של הניפר?

* גרסה מוקדמת של מאמר זה התפרסמה בהמשפט 14 (תשס"ב).
** בוגר בית הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל, ועורך המשנה לשעבר של כתב העת המשפט. ברצוני להודות לפרופ' מאיר חת על הערותיו המועילות למאמר זה.
1 דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף היס, פ"ד נו(1) 56 (להלן: ד"ג טבעול).
2 על היות החלטת בית המשפט חידוש פסיקתי בעל חשיבות לא מבוטלת ניתן ללמוד מריבוי הכתיבה בעיתונות המשפטית בעניינה. ראו לדוגמא: ש' דקלו "ביהמ"ש העליון: תנאי של אי-תחרות בהסכם לפירוק שותפות – הסדר כובל" גלובס 19.8.2001; צ' נח "תיקון תקנת הציבור" גלובס 26.8.2001; ג' כהן "מה שאין בהלכת טבעול" גלובס 16.10.2001; ע' קאופמן "מעמד המשפטי של תניות אי-תחרות" גלובס 23.10.2001; וכן התייחסות לפסיקת בית המשפט העליון בערעור: "תדמור: פטורי הסוג – מהפכה ביישום חוק ההגבלים העסקיים" גלובס 29.11.2000; מ' גולרברג "חורים יש לכבד?" גלובס 22.08.2000; ש' ניסקי-רביד "הלכה או אפיוודה חולפת?" גלובס 16.8.2000.

ב. סיפור המעשה

בדצמבר 1989 כרתו חברת טבעול בע"מ (להלן: "טבעול"), המתמחה בייצור ובשיווק של מוצרי מזון דמויי בשר המורכבים בעיקרם מחלבון צמחי, וקיבוץ איילון³, העוסק בייצור ובשיווק של מוצרי מזון שמקורם בדגים, חוזה להקמת שותפות שנקראה בשם "שף הים". השותפות יועדה לעסוק בייצור, בפיתוח ובשיווק הן של מוצרים דמויי בשר, לפי הידע שהיה בידי טבעול, והן של מוצרי דגים כאמור, לפי הידע שהיה בידי קיבוץ איילון. כבר במסגרת חוזה הכניסה לשותפות הסכימו הצדדים כי משתתפים השותפות יימנעו שני הצדדים מלהתחרות אחד בתחום עיסוקן של השני למשך זמן מוגדר⁴. על רקע מצבה הכלכלי הקשה של השותפות חתמו השותפים בחודש יוני 1993 על הסכם לפיו הסכימה טבעול לפרוש מן השותפות בלי לקבל תמורה, כנגד שחרורה מכל התחייבויות השותפות, בעוד שקיבוץ איילון ימשיך להיות שותף ב"שף הים" (לפיכך ייקרא להלן: "שף הים" אף שנכנס לשותפות כ"קיבוץ איילון").

בהסכם הפרישה האמור התחייב כל אחד מהצדדים שלא לעסוק, במשך חמש שנים, במישרין או בעקיפין, בפיתוח או בייצור של המוצר שפותח מלכתחילה על ידי זולתו. כעבור כשנה וחשעה חודשים לערך הגישו שני השותפים לשעבר (כמו גם שתי מציעות נוספות), הצעות למכרו שפרסם משרד הביטחון לרכישת 500,000 שניצלים מחלבון צמחי. פנייתה של טבעול אל משרד הביטחון כי יימנע מלהתקשר עם "שף הים", באשר ההתקשרות בהפרת חוזה יסודה – לא צלחה. לפיכך פנתה טבעול אל בית המשפט המחוזי וביקשה כי ימנע מ"שף הים" מלהפר את הסכם הפרישה.

ג. פסקי הדין של הערכאות השונות

בית המשפט המחוזי⁵, בראשות השופט קלינג, דחה את בקשת טבעול לצו מניעה זמני בקובעו כי סעיף אי-התחרות שבו תולה טבעול את יהבה הנו הסדר כובל לפי סעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 (להלן: "החוק"), באשר הוא הסדר במסגרתו מגבילים עצמם שני הצדדים "באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים" בינם לבין עצמם, ועל כן הוא אסור לפי סעיף 4 לחוק. מכאן, הרי שלגיטימי היה מצדה של שף הים להתעלם מתקפותו תוך הפרתו בריש גלי.

3 בעלי הדין בפרשה הנדונה אינם אלא חליפיהם של מי שהתקשרו בהסכם נשוא פסקי הדין, נשוא הערת פסיקה זו, אך אני, כמו גם בית המשפט העליון, אודן בהם כאילו היו המתקשרים בהסכם. לא הייתה כל מחלוקת או השגה על כך שהמעצרות המשיבה אינן המתקשרות המקוריות בהסכמים הנדונים, ולפיכך לא אעניק לכך כל חשיבות גם במסגרת מאמר זה.

4 סעיף 29.3 להסכם הקמת השותפות, ראו, ע"א 6222/97 טבעול (1993) בע"מ נ' מ"י, פ"ד נב(3) 161, 145 (להלן: ע"א טבעול).

5 המ' (ת"א) 6623/97 טבעול (1993) בע"מ נ' מ"י (טרם פורסם), תקדין מחוזי 2(2) 247.

טבעול ערערה לבית המשפט העליון כשטענותיה העיקריות הן כי אין המדובר בהסדר כובל, וגם אם אכן מדובר בהסדר כובל הרי שהוא זוכה לפטור מכוח סעיף 3(8) לחוק ההגבלים העסקיים, באשר עסקינן ב"התחייבות של מוכר עסק, בשלמותו, כלפי רוכש העסק שלא לעסוק באותו סוג עסק, כשהתחייבות אינה בניגוד לנהגים סבירים ומקובלים". עוד טענה טבעול כי "המשיבה מנועה מלטעון נגד תוקפו של הסעיף משום שקיבלה על עצמה התחייבות רצונית מדעת, שהתנעות ממנה היא בגדר חוסר תום לב בקיום הסכם הפרישה"⁶.

בית המשפט העליון דחה את עמדת טבעול, הן בערעור והן בדין הנוסף שזימן נשיא בית המשפט העליון לאור חשיבות הסוגיה הנדונה ומרכזיותה, תוך שהוא נחלק בדעותיו בשני השלבים הדינוניים.

דעת הרוב⁷, הן בערעור והן בדין הנוסף, קיבלה את עמדת השופט קלינג וקבעה, תוך בחינה נרחבת של תכלית החוק ושל הסעיפים המגבשים את הגדרת ההסדר הכובל, ותוך הדגשת חשיבותו של אינטרס הציבור, החיצוני לאינטרס הצדדים, כי סעיף הגבלת התחרות האמור הנו הסדר כובל אסור. בית המשפט מסתמך בקביעתו זו הן על סעיף 2(א) לחוק באשר ההסדר מפחית את התחרות⁸, והן על סעיף 2(ב)(4) לחוק⁹ הקובע חזקה חלוטה כי הסדר שבו הכבילה נוגעת ל"כמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם" הנו הסדר כובל אסור, באשר סעיף הגבלת התחרות הנדון מונע מהצדדים לעסוק בייצור או בשיווק סוג מוצרים מסוים (אשר בייצור עוסק "השותף" השני).

יתרה מזאת, דעת הרוב סירבה להכיר בחלותו של הפטור שבסעיף 3(8) לחוק על נסיבות השותפות הנדונה, לאור אי-התקיימות רציונל הפטור שמטרתו "לאפשר חיי מסחר תקינים בכל הנוגע למכירת עסקים על המוניטין שלהם [שכן]... אדם המוכר עסק משגשג על המוניטין שלו, ולאחר זמן מה מקים עסק מתחרה אשר מסתמך על

6 ע"א טבעול, לעיל הערה 4, בע' 156.

7 ראשית, לאור תמימות הדעים הנרחבת בשני הדינונים המעמיקים בבית המשפט העליון, ראוי לציין כי בעמדה זו צידדו רובם המכריע של שופטי בית המשפט העליון (שני שופטים מול אחד בערעור, ושישה מול אחד בדין הנוסף). שנית, דעת הרוב שנכתבה על ידי השופט חשין בדין הנוסף נהנה נרחבת ביותר וכוללת בחובה דיון מעמיק בהיבטים רבים של דיני ההגבלים העסקיים ועליונות ערך התחרות, אך מפאת קוצר היריעה, כמו גם מפאת נרשאה הצר, הרי שאין אני מתיימר להביא כאן סיכום של עמדות אלו, ולפיכך אתיחס אך ורק לסוגיות נשוא דיוננו.

8 אין באפשרותי לדון בעצם השאלה אם אכן היה בהסדר הנדון כדי להגביל את התחרות בשוק וזאת בעיקר לאור הסכמת הצדדים שלא להציג ראיות. עם זאת, מעניין לציין כי בית המשפט מתעלם מכך שהלכה למעשה ניגשו למכרז גם שני מתחרים נוספים, ובמילים אחרות, גם אם הייתה "שף היים" עומדת בתנאי ההסכם, לא הייתה נמנעת מטבעול התחרות במציעים האחרים (זאת ועוד, ממאפייני ההצעות עולה כי טבעול לא הייתה זוכה ממילא שכן הצעתה של אחת המציעות האחרות, "יג שאן", הייתה זולה יותר. ראו, ד"ג טבעול, לעיל הערה 1, פסק דינו של השופט אנגלרד).

9 כפי שקבע גם בית המשפט המחוזי, לעיל הערה 5, פסקה 4 לפסק דינו של השופט קלינג.

המוניטין הקודם שצבר, מרוקן מתוכן את עסקת המכירה ופוגע בשווי הכלכלי של הנכס שמכר בכסף מלא¹⁰. אך במקרה הנדון, קובע השופט גולדברג, "המוכרת" היא "שף היים" (חסרת המוניטין) ואילו טבעול היא "הקונה" כך שלא מתקיים רציונל הפטור, ולפיכך אין להחילו על המקרה שלפנינו¹¹. משמע, שאין לפטור את ההסדר הכובל בדבר הגבלת התחרות בין טבעול ובין "שף היים" מהצורך באישור לאור אופיו ומהותו.

אשר על כן, קובעת דעת הרוב כי ההסכם המדובר לוקה באי-חוקיות לכאורה באשר הנו הסדר כובל אסור שלא זכה לאישור הממונה או לאישורו של בית הדין להגבלים עסקיים¹², ובנסיבות אלה "אין הוא הסדר הראוי כי ניתן ידנו לאכיפתו"¹³. פסק דינו של השופט טירקל, בדעת מיעוט, נחלק לשלושה חלקים.

בחלק הראשון קובע השופט כי אין המדובר כלל בהסדר כובל באשר אין לראות בשותפים בשותפות "בני אדם המנהלים עסקים"¹⁴, תיבה שהתקיימותה מהווה תנאי סף לחלוקתה של הגדרת ההסדר הכובל בסעיף 2 האמור¹⁵. השופט טירקל קובע כי ההסכם הנדון הוא הסכם בין בני אדם המנהלים "עסק" בלשון יחיד (עסקה של השותפות), תוך הדגשה כי אין המדובר בדקדוק לשוני גרידא כי אם עיון בהגיונו של הסעיף "הבא למנוע הגבלות על תחרות חופשית העלולות לפגוע בציבור, אך אינו בא למנוע הגנה על השותפים איש כלפי רעהו"¹⁶. דיון בקביעה זו חורג מדל"ת אמות מאמר קצר זה, אך נראה כי אין להתעלם מנימוקיו המשכנעים של השופט חשין נגדה בדיון הנוסף¹⁷, מהם עולה כי הקביעה מלאכותית ולוקה בפורמליסטיות יתר על המידה.

בחלק השני קובע השופט, בניגוד לעמדת דעת הרוב המפורטת לעיל, כי אף אם עסקינן בהסדר כובל, ולמשנתו אין הדבר כך, הרי שהפטור לפי סעיף 3(8) לחוק ההגבלים העסקיים חל גם חל בענייננו באשר במקרה זה "יש לראות את פרישתה של המערער [טבעול] מן השותפות, תוך שהיא נוטלת עימה את הזכות לעסוק בעיסוק זה, כאילו היא מי שרכש מאת השותפות את העסק של מוצרי הטבעול בשלמותו, כמשמעות דיבור זה בסעיף 3(8) לחוק"¹⁸. השופט טירקל סבור כי מגמת סעיף זה הנה לחול כל אימת שנמכר עיסוק שלם בנכס אחד, מתוך עיסוקיו של המוכר בנכסים שונים

- | | |
|----|---|
| 10 | ע"א טבעול, לעיל הערה 4, בע' 161. |
| 11 | שם, בע' 162; ד"נ טבעול, לעיל הערה 1, בע' 98-101. |
| 12 | לפי סעיפים 4 ו-9 לחוק ההגבלים העסקיים. ראו גם, "סקירת הרשימות השיפוטיות" להסדרים כובלים" בד"נ טבעול, שם, בע' 82-83. |
| 13 | ד"נ טבעול, שם, בע' 108. |
| 14 | ע"א טבעול, לעיל הערה 4, בע' 159-160. |
| 15 | סעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים קובע כי "הסדר כובל הוא הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים". |
| 16 | ע"א טבעול, לעיל הערה 4, בע' 159-160. |
| 17 | ד"נ טבעול, לעיל הערה 1, בע' 91-94. |
| 18 | ע"א טבעול, לעיל הערה 4, בע' 163. |

נבל ברשות דיני ההגבלים העסקיים

(וכלשון הסעיף: "עיסוק בייצור נכס" להבדיל מ"ייצור נכסים") ובלבד שהעיסוק הנמכר הוא חטיבה שלמה של ייצור, שיווק וכיצא בזה, כפי שהדבר אכן עולה מהסכם פירוק השותפות במקרה הנדון.

החלק השלישי של דעת המיעוט, שעל תוקפה עומד השופט טירקל בדעת מיעוט בודדה גם בדיון הנוסף בפרשת טבעול, מבוסס בעיקרו על שיקולים שבמדיניות משפטית שיש בהם, לעמדתו, כדי למנוע את החלת דיני ההגבלים העסקיים על ההסכם הנדון.

ראשית, מפנה השופט טירקל את תשומת לב הקורא לכך שעריכת הסדר כובל ללא אישורו או קבלת פטור הנה עברה פלילית מכוח סעיף 47 לחוק ההגבלים העסקיים, ולפיכך הרי ש"פרשנות מרחיבה של [הגדרת הסדר כובל]... אינה מתיישבת עם עקרון החוקיות, המחייב חד-משמעיות של האיטור הפלילי, ולפיכך יש להעדיף פרשנות מצמצמת"¹⁹.

שנית, קובע השופט כי משהפך קיבוץ איילון צד להסכם, ועל כך אין כל עוררין, אין ביכולתו לטעון לאחר מעשה ועל רקע נסיבות העניין נגד תוקפו של ההסכם, תוך שהוא מבסס קביעתו, בין היתר, על העדפת הערכים של תום לב, הגינות ויושר על פני ערך התחרות המועלה לדרגת ערך עליון בפסק דינו של השופט חשין בדיון הנוסף, כמו גם על צמצום הפגיעה בוודאות המשפטית הנובעת מאי-אכיפתו של חוזה שהצדדים הסכימו והפכו צד לו במודעות מלאה. למעשה, ניתן לסכם את עמדתו של השופט טירקל, שזכתה לכינוי "האסכולה המוסרית"²⁰, בקביעתו כי "גם התחרות החופשית – שאין חולק על חשיבותה – אינה יכולה בלי תום לב, הגינות ויושר"²¹.

ד. דיון והערות

במסגרתה של סקירה קצרה זו ברצוני להאיר שלוש סוגיות שהתעוררו בפרשה הנדונה באור מעט שונה: חלות הפטור שבסעיף 3(8) לחוק ההגבלים העסקיים, היות דיני ההגבלים העסקיים נורמה פלילית והצורך בהגנה על אתיקה והגינות בעולם העסקים.

1. חלות הפטור שבסעיף 3(8) לחוק ההגבלים העסקיים:
כאמור, השופט גולדברג סבור כי אין להחיל את הפטור שבסעיף 3(8) לחוק מאחר שהסעיף בא להגן על המוניטין של המוכר, בעוד שבמקרה הנדון "שף היים" לא מכרה כל מוניטין, שכן המוניטין היה של "הקונה" טבעול שפרשה מהשותפות. עם כל הכבוד, הרי שאני סבור כי הנימוק האמור, אף שתובנתו בצדו, מתעלם, במידת מה, מהגינותו של הסעיף האמור וממהותו. נראה כי השאלה שיש להעלות במסגרת בחינת

19 שם, בע' 164.

20 ד"ג טבעול, לעיל הערה 1, בע' 102; נח, לעיל הערה 2.

21 ד"ג טבעול, שם, בע' 113.

חלות הפטור האמור הנה, האם יכול היה קיבוץ איילון לייצר שניצלים מחלבון צמחי טרם התקשרותו בשותפות עם טבעול? קשה לענות על שאלה זו בוודאות לאור ויתורם של הצדדים על שמיעת ראיות, אך הלכה למעשה, עובדה היא שעד יום כינון השותפות לא עסק קיבוץ איילון בתחום זה כלל, בעוד שזמן קצר לאחר פירוקה החל זה האחרון בפעילות נמרצת בתחום עד כדי עמידה בתנאי היקף ייצור מספק להשתתפות במכרו משרד הביטחון נשוא הפרשה.

לאור נסיבות המקרה נראה כי קיבוץ איילון ניצל למראית עין, והרי לא הוכח אחרת, את המידע שהביאה טבעול לשותפות²² באופן שאפשר לו לפעול בתחום שבו לא יכול היה לעשות כן טרם כריתת השותפות, וזאת תוך התעלמות מהתנגדותה של טבעול ובלא שטבעול זכתה לכל תמורה בגין נטילת המידע הרלוונטי. בנסיבות אלו לא ברורה קביעתו של השופט חשין כי "טבעול לא ביקשה אלא למנוע תחרות מצדו של מתחרה- בכוח [וכי]... לא היה כל אינטרס לגיטימי להתנייה של תניית האי-תחרות"²³. גם אם נצא מנקודת הנחה שטבעול לא מכרה כל מוניטין, ואף שעסקינן במצב שבו "המוכר" פגע "בקונה", שלפי פרשנותו המילולית של הסעיף אין הוא אמור להגן עליו, הרי שהגיונו של הסעיף בא להגן גם על המצב המתואר, באשר הסעיף מאפשר כריתת הסכם הגבלת תחרות בנסיבות עסקיות תוך הגנה על אינטרסים לגיטימיים של הצדדים לעסקה, גם נוכח היותם שותפים לאותו עסק²⁴.

מכשול נוסף בפני חלות הפטור הנו היות המגבלה "סבירה ומקובלת". מן הספרות אנו למדים כי יש לבחון את סבירות המגבלה במישורי "זמן", "מקום" ו"היקף ההתחייבות"²⁵. במקרה הנדון עסקינן בהתחייבות שאף שאינה מוגבלת מבחינת היקפה הגאוגרפי (אף שנראה כי בנסיבות הפרה לא היה כל טעם להגבלה שכזו שכן אין לה כל נפקות בכל הקשור למכרו חובק כול דוגמת מכרו של משרד הביטחון), הרי שהיא מוגבלת באופן ברור הן מבחינת משך תקפותה (חמש שנים), והן מבחינת היקפה (התחייבות שלא לעסוק בייצור מוצרים מחלבון צמחי מחד, ובמוצרי דגים מאידך). סבירותה של הגבלה דומה נבחנה גם בע"א 238/73 שרעבי נ' חמצני²⁶. כאותו עניין מכר חמצני לשרעבי מסעדה תוך התחייבותו שלא לנהל מסעדה אחרת באזור פתח תקווה לעולם. לאור המגבלה הגאוגרפית, ועל אף היעדרה המופלג של כל מגבלת "זמן" אישר בית המשפט את הסכמת הצדדים.

22 מידע שלא היה מוגן בפטנט, ולפיכך לא זכה להגנה מכוחו של סעיף אחר בהסכם פירוק השותפות לפיו "לא יעסקו בייצור מוצר כלשהו... אשר יש... [בן] משום הפרה של הזכויות על פי הפטנטים". שם, בע' 65.

23 שם, בע' 100.

24 ת"א (ת"א) 817/94 דרווי נ' יוסף (טרם פורסם), תקדין מחוזי 94 (2) 255, פסקה ה.

25 י' יגור דיניי ההגבלים העסקיים (מהדורה שלישית, חש"ס"ב) 356-360.

26 ע"א 238/73 שרעבי נ' חמצני, פ"ד כח(1) 85. למגבלות דומות ראו גם, ע"א 636/78 ויצמן נ' אברמזון, פ"ד לג(3) 295; ה.פ. 1990/95 נורדנברג נ' בן ארי, קובץ החלטות בענייני הגבלים עסקיים, כרך ג, 303; ראו גם, יגור, לעיל הערה 25, בע' 327-329.

2. דיני ההגבלים העסקיים כנורמה פלילית:

מז המפורסמות היא, כי מכוח "עקרון החוקיות" על התנאים להחלתה של נורמה פלילית (לאור אופייה כעוסקת ב"דיני נפשות", בשונה מהדין האזרחי), להיות ברורים, נהירים לכול, חד-משמעיים, ובלא שתהינה השערות או פרשנויות סותרות, וזאת על מנת שהפרט יוכל לכלכל מעשיו והתנהגותו ולהימנע מלעשות מעשה הנגזר בפליליות²⁷.

בהמשך לאמור לעיל באשר לסבירות המגבלה, הרי שנראה כי, לאור אופייה, קרי, בקשתה של טבעול להגן על המוצר (הידע?) שהביאה לשותפות, אין לומר כי ההגבלה הנה "בניגוד לנהגים סבירים ומקובלים", כלשון סיפא סעיף 3(8) לחוק ההגבלים העסקיים, וזאת לכל הפחות עד לפסק הדין הנדון הקובע רף שונה להגדרת "מקובלות וסבירות" ההסדר, לאור בחינתו גם ובעיקר מבחינת אינטרס הציבור. במילים אחרות, החל מפסק הדין הנדון ידוע לכול שקביעת תניית אי-תחרות בהסכם לפירוק שותפות אינה "מקובלת" והנה בבחינת הסדר כובל אסור, אך האם לא ניתן לטעון כי לאור חרשנותה של הפסיקה הנדונה לא יכולה הייתה טבעול לכלכל את מעשיה, מבעוד מועד, לאור לשונה המעורפל והרב-משמעי של הסיפא ("נהגים סבירים ומקובלים"), ומפאת היעדרה של ידיעה ודאית כי קביעת התניה אסורה ונגועה בפליליות שעתידה לפסול את תוקפה²⁸? ברי כי אין טענה זו יכולה להחזיק מים, באשר החלת ההלכה וסטנדרטיזצית הנורמה חייבות "להתחיל" ממועד כלשהו, והרי קבלתה תאפשר לכל עבריין לטעון כי כל שינוי בהלכה, ולו הקט ביותר, יש להחיל רק לאחר הכרעה במקרה הפרטי. עם זאת, נדמה כי יש בדוגמה זו כדי להצביע על הבעייתיות הטמונה בקביעת אופיין הפלילי של הוראות מתחום דיני ההגבלים העסקיים, על דרך החקיקה השיפוטית.

זה מכבר נשאלה השאלה אם תחום ההגבלים העסקיים הנו מושא ראוי לאכיפה פלילית²⁹. מבלי להכריע בדבר, נראה כי היה צורך לקבוע באופן ברור את קווי הגבול בין פלילי לאזרחי בתחום, שכן לעת עתה החוק שותק, באשר אינו מספק קריטריונים להבחין בין הפרות אזרחיות של הוראותיו ובין עברות פליליות לגבי אותם תחומים. ייתכן כי אין מנוס מגיבוש אמות המידה במשך הזמן בהלכה הפסוקה ובפרקטיקה הנוהגת אצל רשות ההגבלים העסקיים³⁰, אך ראוי להפנים את הפגיעה הנלווית לכך בוודאות המשפטית של כורתי ההסדרים למיניהם.

27 ש' גז ומ' רונן המשפט הפלילי (תש"ן) 25; ש"ז פלר יסודות דיני עונשין (תשנ"ב, כרך ג) 347-348; ח' ה' כהן המשפט (מהדורה שנייה, תשנ"ז) 664-665.

28 השופט חשין בעצמו מציג דוגמאות רבות להסכמים שהחילו תניות אי-תחרות שכובדו על ידי בית המשפט כל אימת ש"המתחייב לא נטל על עצמו התחייבות יתר לאי-תחרות, ואם הזוכה לא זכה בדבר שלא היה ראוי כי יזכה בו... ואשר לתקנת הציבור [קרי, הגנה על התחרות], זו כאילו מיצתה עצמה באינטרסים ובעקרונות אלו". ד"ג טבעול, לעיל הערה 1, בע' 72.

29 ראו גם, ע"א 626/70 שמעוני נ' אולמי לחיים, פ"ד כה(1) 824, 829 (להלן: פרשת שמעוני).

30 יגור, לעיל הערה 25, בע' 650.

זאת ועוד, עדיין נותרת התהייה, מדוע לא ניתן להסתפק בביטול ההסדר המגביל האסור מעיקרו, תוך השתת קנס מנהלי על הצדדים לו? נראה שהתמיהה גדולה עוד יותר בכל הנוגע לעריכת מיזוגים, בעלי מאפיינים מסוימים, ללא אישור – האם לא מושגת הרתעה מספקת בעצם קיומה של סכנת ביטול העסקה מעיקרה תוך חיוב הצדדים בקנס בשיעור גבוה? וידגוש, פליליות דיני ההגבלים העסקיים אינה משקפת גישה אוניברסלית. דוגמה לכך היא סעיף 81(2) לאמנת רומא³¹, אמנה העומדת בבסיס הקהילה האירופית, הקובע כי הסדרים כובלים (המפורטים בסעיף 81(1) לאמנה) הנם בטלים באופן אוטומטי וללא צורך בביצוע אקט נוסף, אך אינם מושא לאיסור פלילי³². מכל מקום, נראה כי קביעתו של השופט טירקל באשר לצורך להחיל פרשנות מצרה ולא מרחיבה לאור אופיו הפלילי של הדין, בדין יסודה, והנה אף מתבקשת, כאמור, מעקרון החוקיות, הטעון, לכשעצמו, הגנה שאינה פחותה מזו המוענקת לדיני התחרות.

3. הצורך בהגנה על אתיקה והגינות בעולם העסקים:

השופט חשין מעלה את עקרון התחרות החופשית לכדי עקרון-על השווה בחשיבותו ובמעמדו לחופש הביטוי באומרו "שהרי אלה השניים – זה חופש זה חופש – חד הם. שחופש התחרות אינו אלא אחד מביטוייו של חופש הביטוי, אחד מגילוייו של הצורך הטבעי ביחיד – צורך המוכנה בו מלידה – לבטא את עצמו, למצות את מירב יכולתו וכישוריו, לספק את מאווייו, לממש את חפץ ליבו וכיסופיו"³³.

אכן מילים כדורכנות. עם זאת, אני מבקש להקשות ולשאל אם דין חופש הביטוי, שלגביו נאמר כי הוא מסתיים במקום שבו מתחיל אפו של האחר³⁴, כדין עקרון חופש התחרות שגם לו יש לקבוע גבולות? ובמילים אחרות, האם עלינו להגן בחידוף נפש על כל תחרות? האם יש להגן גם על "תחרות של נוכלים" או רק על תחרות הגונה³⁵? האם אין ב"תחרות של נוכלים" כשל שוק הפוגע לכשעצמו בתחרות, ומכאן כי יש בהגנה עליו כדי לרפא עוול בעוול, בבחינת הגנה על העיקרון הפורמלי אך לא על יסודותיו המהותיים, כפי שהדבר עולה גם מלשונו של השופט טירקל: "אכיפתם של

31 Treaty Establishing the European Community, 25 March 1957, 298 U.N.T.S 3 (Treaty of Rome)

32 לעיל הערה 25, בע' 72-73, 235.

33 ד"ר טבעול, לעיל הערה 1, בע' 78, 79.

34 לאפשרות הטלת הגבלות על חופש הביטוי, על אף היותו מיסודות המשטר הדמוקרטי, ראו לדוגמה, בג"צ 606/93 קידום ימות ומור"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1; בג"צ 4804/94 סטישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת טרטים ומחזות, פ"ד ג(5) 661, 678; דנ"פ 1789/98 מ"י נ' כהנא (טרם פורסם) (עוזק שמור במערכת); *Barnes v. Glen Theatre*, 501 U.S. 560 (1991).

35 ד"ר טבעול, לעיל הערה 1, בע' 113 (פסק דינו של השופט טירקל).

דיני ההגבלים העסקיים יעילה יותר, אולם היעילות מושגת על חשבון פגיעה בעקרונות בסיסיים של תום-לב, הגינות ויושר ואמון בין הצדדים³⁶.

חופש החוזים, גם הוא, "זכות יסוד חוקתית"³⁷. מן המפורסמות היא כי "[חופש זה] אינו קובע רק את החופש להתקשר בחוזים ולעצב את תוכנם, אלא גם, ואולי בעיקר, את אכיפותם ואת כוחם המחייב של חוזים, כפי שהוא בא לידי ביטוי במימרה *pacta sunt servanda*³⁸. בספרות עלתה אף טענה כי יש לפרש את המונח "קניין" שבסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, באורח מרחיב, ככולל גם זכויות חוזיות³⁹. לפיכך, לאור מעמדו של חופש זה, ולאור תחושת האדם הסביר שלפיה כיבוד חוזה והסכם הנם ערובה לחברה הגונה ומוסדרת יותר, נראה כי לא בכדי מתעוררת בנו תחושת סלידה עזה עת צד לחוזה מעלה טענת אי-חוקיות כאצטלה להפרתו הבוטה של הסכם שחתם עם אחר במודע וכשדעתו גמורה עמו. ושואל גם השופט חשין, כמדבר מגרונם של כל שופטי ההרכב⁴⁰, "באמצענו טענתו זו של נתבע ובסרבנו לאכוף את ההסדר, האם אין אנו מעניקים במו-ידנו פרס למי שנוהגים בחוסר תום לב, שלא בהגינות ושלא ביושר?"⁴¹. לית מאן דפליג כי ככל זכות יסוד, גם חופש החוזים הנה זכות יחסית, אך עם כל הכבוד, אין אנו סבורים כי בצדק העדיף בית המשפט את המפר על הניפר במקרה דנן, וזאת בהתחשב במספר שיקולים.

ראשית, נכונותה של שף היס להכניס את תניית אי-התחרות הנדונה לא רק להסכם הפרישה, אלא, כאמור, גם להסכם הכניסה, מעידה על גמירות דעת גבוהה ואולי אף על תכנון מראש, לפחות למראית עין, "לצאת" מהשותפות ברווח מסוים ביודעה על אופי ההסכם כהסדר כובל לכאורה.

שנית, בית המשפט, המבטל את תניית אי-התחרות, אמנם תולה את מרבית יהבו בטובת הציבור הרחב "הנעדר מאולם בית המשפט"⁴², אך נראה כי יש בהכשרת השרץ שבידה של "שף היס" משום התוויית נורמות התנהגות פסולות בעולם העסקים האגרסיבי ממילא, וכי "טובת הציבור" הייתה זוכה להגנה רבה יותר לו הוקיע בית המשפט את המפר מכול וכול תוך תביעה ממנו לניהול עסקים באופן אתי והוגן.

36 ע"א טבעול, לעיל הערה 4, בע' 167.

37 דברי השופט ברק בד"נ 22/82 בית יולס נ' רביב, פ"ד (מג) 441, 486. המשנה לנשיא אלון, כותארו אז, תומך אף הוא בקביעה זו וקובע כי "חופש ההתקשרות הוא אחד מעקרונות היסוד בתפיסתנו החברתית והמשפטית... ואחד הנכבדים והערכיים שבה". שם, בע' 477-488; ראו גם, ג' שלו "חופש וצדק בדיני חוזים" שנתון משפט העבודה (תשנ"ה) 153, 155-156.

38 שלו, שם, בע' 155.

39 י' וייסמן דיני קניין (תשנ"ב, חלק כללי, כרך א) 74; שם, בע' 156.

40 דברי השופט אנגלרד ולוין בדיון הנוסף, ודברי השופטים גולדברג ושטרסברג-כהן, בע"א טבעול, לעיל הערה 4, בע' 180-182 (בהתאמה). ראו גם התייחסותה של השופטת במאמרה, ט' שטרסברג-כהן "עקרונות כלליים במשפט הפרטי" המשפט ז (תשס"ב) 523.

41 ד"נ טבעול, לעיל הערה 1, בע' 102-104.

42 שם, בע' 106, כביטוי מתוך רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. נ' פרום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289, 410.

שלישית, נראה כי בית המשפט לא העניק די משקל לעובדת חלקה הזוהה של "שף הים" באי-חוקיות החוזה⁴³, כמו גם לשיפור מצבה הניכר בזכות הפרת התקשרותה עם טבעול. נוכח האמור, ייתכן שלאור נסיבות העניין רצוי היה כי בית המשפט יכשיר את התניה על ידי החלתו של סעיף 31 לחוק החוזים⁴⁴ המשקף את "הרעיון שאין חוטא [יוצא] נשכר, ושולל את הפתרון שלפיו צד לחוזה פסול ייבנה, נוסף על מעשה עבריינותו, גם מאי-קיום הנפקויות האזרחיות הנובעות מהחוזה"⁴⁵.

יתרה מזאת, נדמה כי אין לגזור גזרה שווה בין הגנת בית המשפט העליון על "חופש העיסוק" של עובד לאחר שפוטר ממקום עבודתו⁴⁶, וזאת אף במחיר ביטול התחייבותו המפורשת והמודעת שלא להתחרות במעבידו, ובין הגנה על "חופש העיסוק" של תאגיד הנפרד משותפות עם תאגיד אחר, וזאת מן הסיבה הפשוטה שאין דין עובד בודד, מבחינת מעמדו ויכולתו לאתר מקום עבודה חלופי המממש את כישוריו, כדינו של תאגיד הנהנה ממעטה האחריות המוגבלת, מיערץ ומכוח פיננסי שאינם מאפיינים עובד הזוקק להגנת בית המשפט בשל פערי המיקוח ונחיתותו הטבועה אל מול מעבידו⁴⁷.

למותר לציין כי פרט לנורמה המוסרית הבעייתית הנובעת מהלכת פרשת טבעול הרי שכפי שקבע גם השופט טירקל יש להמעיט ככל האפשר באי-אכיפתו של חוזה "לא חוקי" על ידי בית המשפט על מנת להגביר את הוודאות המשפטית כך ש"מעל ראשו של המתקשר התמים לא תהיה תלויה חרב הבטלות בשל הוראה בחוזה שניתן לפרשה כהסדר כובל"⁴⁸.

לסיכום, אוסיף כי אני סבור שהמציאות שנוצרה כתוצאה מהפסיקה נשוא מאמר זה תקשה על צד מתקשר להגן על המידע שבידו כשהוא נקשר בשותפות, וראיה לכך

43 לעניין זה ראו חוות דעתו התקיפה של השופט ח' ה' כהן ז"ל בכל הנוגע להעלאת טענת בטלות חוזה הנובעת מאי-חוקיותו על ידי תובע, פרשת שמעוני, לעיל הערה 29, בע' 838-840.

44 בית המשפט דן בסוגיית קיום ההסכם משיקולי צדק על אף אי-חוקיותו, והחליט שלא להחיל את הסעיף לטובת טבעול, ר"ג טבעול, לעיל הערה 1, בע' 108-109.

45 שלו, לעיל הערה 37, בע' 159; ראו גם, ג' שלו דיני חוזים (מהדורה שנייה, תשנ"ה) 356, 358.

46 כוונתי הנה לפסיקת בית המשפט העליון מהעת האחרונה בדבר בטלותם, או תחולתם המוגבלת, של הסכמי עבודה מגבילי תחרות שנכרתו עם עובדים שפוטרו (בעיקר בתחום ההיי-טק) בגמירות דעת ובמודעות לתנאיהם, באשר יש בהם כדי להגביל את חופש העיסוק של העובד מעבר לרצוי, בנסיבות מסוימות, בלא התחשבות מספקת באינטרסים של העובד. ראו למשל, עב 164/99 פרומר – רדגארד בע"מ, פד"ע לד 294; ע"א AES SYSTEMS INC. 6601/96 ג' סער, פ"ד נד(3) 850; ע' רביד "מהגבלת עיסוק לעיסוק בלתי מוגבל" המשפט ז (תשס"ב) 497.

47 למותר לציין כי ההגנה החוקתית מכוח סעיף 3 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, שהייתה בבסיס ההחלטות האמורות, מוענקת ל"אזרח או תושב" ולא לתאגיד. לעניין מאפייניו הספציפיים של ה"עובד" המצדיקים הגנה נרחבת זו אף במחיר ביטול הסכמות חוזיות ברורות, ראו גם, ש' יניסקי-רביד "סופה של תקופת הצינון?" גלובס 31.07.2000; מ' דויטש "הניתות הגבלת עיסוק – האמנם סוף הדרך?" גלובס 26.09.2000; גולדברג, לעיל הערה 2.

48 ר"ג טבעול, לעיל הערה 1, בע' 168.

היא העובדה שבהסכם הכניסה לשותפות עמדו הצדדים על קיומו של התנאי כחלק ממערכת חיובי הצדדים. משמע, ניתן להניח שאלמלא יכולים היו הצדדים להסכים על ההגבלה שבמחלוקת לא היו טבעול ר"שף הים" נכנסות כלל לשותפות. כתוצאה מכך, היו נמנעים מהעולם הכלכלי, כמו גם מזה הגסטרונומי, מוצריה הנפלאים של "שף הים", ובעתיד עלולה להימנע מהעולם, בבחינת גזרה שווה, גם התרופה לסרטן – פרי מחקרן של חברות שותפות שחששו מכניסה לשותפות בלא הגנה נאותה על התרומה שתורמו מצדן למחקר המיוחל.