

לקראת מדיניות משפטית חדשה כלפי תניות אי־תחרות

מאת
דיויד גילה*

- א. מבוא
- ב. היתרונות לציבור שבתניות אי־תחרות
- ג. הפגיעה בחופש העיסוק ובמעמד העובד
- ד. הפגיעה של תניות אי־תחרות בתחרות
1. הפגיעה בתחרות של תניית אי־תחרות המונעת כניסת גורמים חדשים לשוק (א) נפקות העובדה שהתניה מוגבלת מבחינת האיזור הגיאוגרפי, חתך האוכלוסייה או תחומי העיסוק
2. הפגיעה האנטי־תחרותית בתניית אי־תחרות המגינה על סודות עסקיים
3. נפקות היותה של תניית אי־תחרות מוגבלת בזמן
4. תניות אי־תחרות שאינן פוגעות משמעותית בתחרות
- ה. תחולת דיני ההגבלים העסקיים על תניות אי־תחרות
1. תניית אי־תחרות כהסדר כובל מכוח סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים (א) האם תניית אי־תחרות היא הסדר כובל מיום היווצרותה או עם סיום יחסי העבודה?
2. תניית אי־תחרות כהסדר כובל לפי סעיף 2(א) לחוק (א) הצורך בניתוח הענף הרלוונטי (ב) דוקטרינת "הכבילה הנלווית" (ג) דין תניות אי־תחרות הנקראות מכללא על־ידי בית־המשפט
3. האם תניית אי־תחרות היא "בין בני אדם המנהלים עסקים" כנדרש בסעיף 2(א) לחוק?
4. בעייתיות התוצאה לפיה כל תניית אי־תחרות היא הסדר כובל
5. פטור גורף לתניות אי־תחרות? פתרון לא־ראוי
6. הפתרון הראוי: פטור לתת־קבוצה של תניות
7. תחולת הדוקטרינה החוזית על תניית אי־תחרות שהוכשרה על־פי חוק ההגבלים
8. אי־הרלוונטיות של הדוקטרינה החוזית כאשר לצד המוגבל יש מידע די הצורך
- ו. סיכום

* מרצה, המסלול האקדמי של המכללה למינהל, בית־הספר למשפטים. ברצוני להודות לחנוך דגן על הערותיו המועילות, תודה גם לעוזרת המחקר סיון אילתי על הערותיה הנבונות, ולעוזרי המחקר אריאל אורחי, שרון אולאי ונירה דורני על עזרתם.

א. מבוא

מטרתו של מאמר זה היא להציע שינוי בגישת הפסיקה והחקיקה הישראליות באשר למדיניות המשפטית כלפי תניות אי־תחרות. תניות אי־תחרות הן תופעה שכיחה ביותר במפה העסקית. אלה הן תניות המגבילות צד אחד לתווה מלהתחרות בצד האחר לתווה. התניה עשויה להיות מוגבלת לתקופה מסוימת, לאיזור גיאוגרפי מסוים או לסוגי עיסוק מסוימים. השימוש בתניות מסוג זה שכיח בחוזי עבודה האוסרים על עובד להתחרות במעבידו במשך תקופה מסוימת מתום יחסי העבודה. ניתן למצוא תניות מסוג זה גם בחוזים לפירוק שותפות, בחוזים בין ספק לבין מפיץ או בחוזים בין מעסיק לקבלן עצמאי.¹ תניות אי־תחרות רווחות גם בחוזים למכירת עסק, בהם המוכר מתחייב לא להתחרות בקונה למשך תקופה מסוימת.²

נקודת־המוצא של המאמר פשוטה ואינטואיטיבית: יש לקבוע כי תניית אי־תחרות רצויה מבחינה חברתית, אם ורק אם, יתרונותיה החברתיים גוברים על פגיעותיה החברתיות. למרות פשטותה של נקודת־המוצא זו, אין היא מיושמת על־ידי הפסיקה, כפי שיראה המאמר.

המאמר סוקר בקצרה את היתרונות החברתיים העשויים לנבוע מתניות אי־תחרות. הוא מדגיש יתרונות חברתיים אחדים שהפסיקה מתעלמת מהם בעקביות. אלה כוללים את היתרון של עידוד הכשרה כללית יקרה שמעניק מעביד לעובד. יתרון זה נעלם לחלוטין מעיני הפסיקה, שקבעה בעקביות כי הכשרה כללית אינה יכולה להצדיק תניות אי־תחרות. עוד התעלמה הפסיקה (כמו גם, כפי הנראה, הצדדים המתדיינים) מיתרונות המוכרים כמצדיקים הסדרים אנטי־תחרותיים אחרים (כגון יתרונות לגודל, יכולת התמודדות טובה יותר מול מתחרים דומיננטיים וכיוצא בזה) והינם רלוונטיים במקרים רבים גם לתניות אי־תחרות.

ניתן לטעון שהתערבות בתניות אי־תחרות פוגעת בערך נוסף, והוא "זכות הקניין" שיש למעביד, כביכול, בסודותיו העסקיים או בידע שהעובד רכש במקום העבודה. הגנה על סודות עסקיים מהווה בהחלט אחד היתרונות החברתיים החשובים ביותר של תניות אי־תחרות. אולם לא ניתן, לדעתי, להצביע על ערך נוסף ועצמאי בדמות הזכות ה"קניינית" שיש למעביד בידע זה. קניין הוא כלי שיצר המשפט לשם קידום מטרת של מדיניות משפטית. על־כן, אף מבלי להכריע בשאלה אם סוד עסקי, למשל, יוצר זכות "קניינית" אם לאו, אין במושג "קניין" ערך קוסמי כשלעצמו, המנותק מן היתרון החברתי הגלום בסוד העסקי והשמירה עליו. אם ראוי להגן על סודות עסקיים, הסיבה לכך אינה

- 1 לשם פשטות הניסוח, ישתמש המאמר בדרך־כלל במושגים "עובד" ו"מעביד"; אולם הניתוח יהיה תקף, בשינויים המחויבים, גם לתניות אי־תחרות הנלוות לפירוק שותפות, לחוזה ספק-מפיץ, ולחווה בין מעסיק לקבלן עצמאי.
- 2 המאמר יתמקד בעיקר בתניות אי־תחרות מן הסוגים הראשונים. ניתוח תניית אי־תחרות הנלווית למכירת עסק ייוחד לרשימה נפרדת של המחבר, לאור הסוגיות המיוחדות שתניות מעין אלה מעוררות.

שהם מהווים קניין של המעביד; הסיבה חייבת להיות מוסברת בנימוקים מהותיים של מדיניות משפטית: מתן עידוד מלכתחילה לפיתוח הידע, מגיעת מידור־יתר בפירמה, טיפוח אפשרות לכיגון יחסי אמן בין עובד למעביד וכיוצא בזה.

לאחר־מכן המאמר עובר לדון בפגיעותיה החברתיות של תניית אי־תחרות. פגיעה אחת, שאותרה בדרך־כלל דווקא על־ידי הפסיקה, היא הפגיעה בחופש העיסוק ובמעמד העובד. המאמר בוחן כיצד יש לבדוק את מידת הפגיעה בחופש העיסוק ובמעמד העובד. אם הצד הכפוף לתניה מתוחכם דיו ויש לו מידע מספיק על תוחלת הערך שהתניה גורעת ממנו, לא ניתן לומר, באופן פטרנליסטי, כי חופש העיסוק שלו או מעמדו נפגעים. המשך המאמר כולל את עיקר תרומתו: המאמר סוקר, באמצעות כלים כלכליים של ארגון תעשייתי, את הדרך והנסיבות שבהן תניות אי־תחרות אכן פוגעות בתחרות. תחרות היא בגדר ערך חברתי בפני עצמו. המחוקק הישראלי, כמו המחוקקים של כל המדינות המפותחות, העלה על נס את התחרות כערך הגובר על הערך של חופש החוים. בשיטות משפט אלה, חוזה הפוגע או עלול לפגוע בתחרות בטל עקב אי־חוקיות ומהווה עוולה אזרחית. ברוב שיטות המשפט האלה, חוזה כזה מהווה גם עבירה פלילית. גם בית־המשפט העליון אימץ את הערך של תחרות כאחד הערכים שהמשפט הישראלי הפך לקדם.³

תניות אי־תחרות המונעות כניסת גורמים חדשים לשוק או צמיחה של פירמות שהיו איזוטוריות בשוק פוגעות כמעט תמיד בתחרות, ולעיתים גם באופן משמעותי בתלות בריכוזיות השוק. תוצאה זו נכונה במקרים רבים גם לגבי תניות אי־תחרות המוגבלות מבחינת משך ההגבלה, שטח תחולתן הגיאוגרפי, חתך האוכלוסייה או תחום העיסוק. יתר על־כן, המאמר מראה כי באופן פרדוקסלי, דווקא תניות אי־תחרות הבאות להגן על סודות עסקיים,⁴ שהפסיקה רואה בהן סמל לתניות אי־תחרות מוצדקות, עלולות לפגוע

3 ראו, למשל, רע"א 371/89 ליבוביץ נ' א. את י. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 327-329: "קיומה של תחרות חופשית הוא אינטרס ציבורי. שיטתנו החברתית והכלכלית מכירה בערכה של תחרות חופשית (בג"צ 125/57 אניות מיכל ומשא נ. שר האוצר, פד"י י"א, 1501, 1490; בג"צ 311/60 מילר נ. שר התחבורה, פד"י ט"ו, 1999, 1989, ה'). תחרות חופשית עשויה להביא להורדת מחירים, לשיפור איכותו של המוצר ולשיפור השירות אשר ניתן אגב מכירתו. תחרות חופשית עשויה אף לעודד פיתוחו של המשק בדרך של יזמות לגיטימיות לסוגיהן. הישגים אלו, אשר התחרות החופשית עשויה להשיג, אנו מבקשים לעודד. ביטוי להיותה של התחרות החופשית ערך בשיטתנו ניתן למצוא בחוק ההגבלים העסקיים..."; בג"צ 1008/94 גל קשר בע"מ נ' שרת התקשורת (טרם פורסם) תקדין עליון, כרך (2)95, תשנ"ה/תשנ"ו 1995, 1557, 1562, פסקה 8: "התחרות החופשית היא ערך בשיטתנו ובשיטות הכלכלה של העולם המערבי, והמדיניות המעודדת אותה היא ראויה ורצויה"; ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ (טרם פורסם), תקדין עליון, כרך (2)97, תשנ"ו/תשנ"ח 1997, 251-252, פסקה 8.

4 "סוד מסחרי", "סוד" מוגדר בסעיף 5 לחוק העוולות המסחריות, תשנ"ט-1999, ס"ח 1709, תשנ"ט (29.4.1999), ע' 146 (להלן: חוק העוולות המסחריות), כ"מידע עסקי, מכל סוג, שאינו נחלת הרבים ושיאנו ניתן לגילוי כדין בנקל על־ידי אחרים, אשר סודיותו

בתחרות בצורה משמעותית יותר ובמתחם רחב יותר של מקרים; זאת, בתמצית, משום שהגנה על סודות עסקיים, לצד יתרונותיה החברתיים, גם מונעת דיות (דיפוזייה) של ידע אל מתחרים, שאלמלא נמנע, היה יכול להגיב הורדת מחירים ושיפור של איכות המוצר. יתר על-כן, הגנה על סודות עסקיים עלולה לאפשר היווצרות פירמה דומיננטית בשוק, שתרוס את מתחרותיה. נוסף על כך, המאמר מבחין בין הסוגים השונים של תניות אי-תחרות, ומציין אילו מהם אינם צפויים לפגוע בתחרות באופן משמעותי.

בניגוד חזיתי לאפקטים האנטי-תחרותיים האמורים הגלומים בחלק מתניות האי-תחרות, הפסיקה, ביישמה את הדוקטרינה החוזית החלה על תניות אי-תחרות, נמנעת באופן עקבי מהכרה בפגיעת התניה בתחרות ומבירורה.⁵ במקום לערוך איזון נאות בין מכלול יתרונותיה החברתיים של התניה לבין מכלול פגיעותיה, לרבות הפגיעה בתחרות, הפסיקה עורכת איזון מצומצם יותר – בין יתרונות מסוימים של תניית האי-תחרות (ובמיוחד היתרון שבהגנה על סודות עסקיים) לבין פגיעת התניה בחופש העיסוק; וזאת תוך התעלמות מפגיעת התניה בתחרות.⁶

באשר לתחולתם של דיני ההגבלים העסקיים על תניות אי-תחרות: על-פי חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988,⁷ כפי שהוא מגוסס כיום, כל תניית אי-תחרות שאינה גלווית למכירת עסק בשלמותו היא בגדר הסדר כובל. תוצאה זו הינה בעייתית, משום שבגינה, תניות אי-תחרות לאין ספור שפגיעתן בתחרות אינה משמעותית מוכתמות בכתם הפלילי והאזרחי של עבירה על חוק ההגבלים. מאידך גיסא, מתן פטור גורף לתניות אי-תחרות גם הוא אינו ראוי, משום שחלק מתניות האי-תחרות אכן פוגעות באופן משמעותי בתחרות, כפי שהמאמר מוכיח. בהתאם, המאמר מציע לתקן את חוק ההגבלים על דרך הוספת פטור לתת-קבוצה של תניות אי-תחרות. פטור מוצע זה מהווה יישום של

מקנה לבעליו יתרון עסקי על פני מתחריו, ובלבד שבעליו נוקט אמצעים סבירים לשמור על סודיותו".

5 כהן במאמרה "תחרות מסחרית וחופש עיסוק" עיוני משפט יס (1995) 353, 372-383, מצביעה על כך שהפסיקה האחרונה הנוגעת בתניות אי-תחרות ממעיטה לא רק בערכה של התחרות החופשית, אלא גם בערך של חופש העיסוק עצמו. מאמרנו מראה עד כמה לא ראויה היא התעלמות הפסיקה משיקולי תחרות בכך שהוא מדגים, באמצעות ניתוח כלכלי, עד כמה ובאילו נסיבות תניות אי-תחרות אכן פוגעות בתחרות.

6 ההתעלמות היא לעיתים דה-פקטו – אמירה בעלמא כי הערך של תחרות חופשית הינו חשוב, ללא יישום אמיתי של ערך זה בעובדות המקרה – ולעיתים אף אמירה בעלמא בעניין הערך של תחרות חופשית אינה קיימת, וההחלטות מתעלמות לחלוטין משאלת הפגיעה בתחרות. כפי שהמאמר מראה, רק החלטה בודדת אחת בכל הפסיקה ארוכת השנים הנוגעת בתניות אי-תחרות, החלטת בית-המשפט העליון בעניין ע"א 127/62 "יחד" קואופרטיב עובדי ומובילי בשר בחיפה בע"מ נ' שימנסקי, פ"ד טו(4) 2341, שתידון להלן (הערה 84 והטקסט הנלווה אליה) (להלן: עניין "יחד"), הכירה בשאלת הפגיעה בתחרות וגם יישמה ערך זה בעובדות המקרה שלפניה.

7 ס"ח 1258 (להלן: חוק ההגבלים).

הניתוח הכלכלי הכלול במאמר. הוא יהיה מבוסס על שורה של פרמטרים הקשורים לריכוזיות השוק הרלוונטי, נתחי השוק של הפירמות שבו והסוג של תניית האי־תחרות. נוסף על כך, המאמר מביא נימוקים של מדיניות משפטית התומכים בבחינת תניות אי־תחרות באספקלריית דיני ההגבלים רק בתום יחסי העבודה, ולא בתחילתם. הסיבה העיקרית לכך היא שבידי בתי־המשפט ובידי רשויות ההגבלים העסקיים המוסמכות לדון בהסדרים כובלים יש מידע מדויק יותר על פגיעותיה ויתרונותיה החברתיים של התניה עם סיום יחסי העבודה, כאשר התניה מופעלת למעשה.⁸ המאמר מציע שכאשר רשויות ההגבלים העסקיים דנות בתניות אי־תחרות עם סיום יחסי העבודה, הן יזמו, כדרכם של בתי־המשפט הרגילים, ריכוך של תניות גורפות מדי ולא יפסלו תניות אלה באופן מוחלט, זאת על־מנת למנוע התנהגות אופורטוניסטית מצד העובד.

לצד הצורך בהסדרת התחולה של דיני ההגבלים העסקיים על תניות אי־תחרות, יש להמשיך להחיל את הדוקטרינה החוזית הנוגעת בתניות אי־תחרות. הסיבה לכך היא שדיני ההגבלים העסקיים והרשויות המפקדות עליהם אינם ערוכים, באופן מובנה, לאמוד את פגיעתן של תניות האי־תחרות בחופש העיסוק ובמעמד העובד. משום כך, גם כאשר תניית אי־תחרות מוכשרת על־פי דיני ההגבלים העסקיים, יש עדיין מקום לבדוקה על־פי הדוקטרינה החוזית, שמא פגיעתה בחופש העיסוק ובמעמד העובד, נוסף על פגיעתה בתחרות, מצדיקה את פסילתה. מכאן גם שבכל המקרים שחופש העיסוק או מעמד העובד אינו נפגע בהם אין צורך להמשיך לבחון תניות אי־תחרות על־סמך הדוקטרינה החוזית, ודי בבדיקתן על־פי דיני ההגבלים העסקיים. מקרים אלה כוללים, בפרט, את המקרים בהם הצד הכפוף לתניה הוא בעל מידע שדיו לאפשר לו להבין את תוחלת הערך שהתניה גרעה ממנו.

ב. היתרונות לציבור שבתניות אי־תחרות

שניים מהיתרונות המרכזיים העשויים להצדיק תניות אי־תחרות הם עידוד מתן הכשרה כללית יקרה על־ידי המעסיק וסוגיית ההגנה על סודות עסקיים.⁹ באשר להכשרה

8 לעומת זאת, המאמר מראה כי בדרך־כלל ירצה המעביד לדרוש את חתימת העובד על תניית אי־תחרות כבר עם תחילת יחסי העבודה, ולא עם סיומם, וזאת מחשש לאופורטוניזם מצד העובד. אולם לאור המידע הבלתי־מושלם שיש למעביד עם תחילת יחסי העבודה בדבר מידת הצורך שלו בתניית אי־תחרות עם סיום יחסי העבודה, צפוי שהמעביד ידרוש תניית אי־תחרות מחמירה מדי, על־פי חששותיו הקיצוניים ביותר מהתחרות העתידית של העובד. יש בניתוח זה כרי להסביר את התופעה הרווחת בפסיקה לפיה תניות אי־תחרות מנוסחות עקבית באופן גורף מדי ביחס למה שנראה בדיעבד כסביר בנסיבות העניין.

9 סוגיות אלה יידונו בהרחבה ברשימה נפרדת של המחבר. הגנה על סודות עסקיים טומנת בחובה יתרונות חברתיים לא־מבוטלים, לרבות, במקרים מתאימים, עידוד המעביד לפתח

כללית יקרה¹⁰ נאמר רק כי הפסיקה ממעיטה בחשיבותה כהצדקה לתניות אי־תחרות. אסביר כאן בקצרה את היתרון הקיים לתניית אי־תחרות כאשר המעביד מעניק לעובדיו הכשרה כללית יקרה. הכשרה כזו, שהעובד מקבל במסגרת עבודתו אצל מעבידו ושאינו ביכולתו לשלם (או להתחייב לשלם) את מחירה – למשל, על־ידי משכורת מופחתת – במהלך ההכשרה הכללית או לפניה,¹¹ יכולה להצדיק תניות אי־תחרות לפחות לתקופה מסוימת ובהיקף מסוים.¹² הסיבה היא שללא תניית אי־תחרות, תמריצי המעביד להעניק לעובדיו הכשרה כללית עלולים להיות תת־אופטימליים מבחינה חברתית. במקרים רבים, לא יהא המעביד מוכן לממן הכשרה כללית יקרה של עובדיו אם ידע שהם יעזבו עד מהרה את מקום העבודה וינצלו את ההכשרה הכללית שקיבלו אצלו בשירותו של מתחרה.¹³ מכיוון שלא ניתן לאכוף חוזה לשירות אישי המחייב את העובד להישאר אצל המעביד תקופה מינימלית מסוימת, הרי שתניית אי־תחרות היא הכלי האפקטיבי ביותר שבידי המעביד למנוע עזיבה מוקדמת של עובד שקיבל ממעבידו הכשרה כללית יקרה. תניית האי־תחרות תדרכן את העובד להישאר אצל המעביד זמן רב יותר, בו יוכל המעביד ליהנות מפירות ההכשרה הכללית שהעניק לעובד. הישארות העובד אצל המעביד, התורמת למעביד ערך מוסף גדול יותר ככל שהעובד (משקיבל את ההכשרה הכללית) נשאר זמן רב יותר במקום העבודה, תשפה את המעביד, בטווח הארוך, בגין הוצאותיו למימון ההכשרה הכללית. לפיכך, במקרים מעין אלה, מתן תוקף לתניית אי־תחרות מדרבן את המעביד לממן את ההכשרה הכללית מלכתחילה.

יש לציין גם כי עידוד המעביד להעניק הכשרה כללית יקרה לעובדיו אינו רק יעיל מבחינה חברתית, אלא גם מקדם ערכים חיצוניים ליעילות. מדובר כאן, בהגדרה, בהכשרה כללית שהינה יקרה עד כדי כך שהעובד אינו יכול לממנה בעצמו. מכאן שאם המעביד (בהיעדר יכולת להגן על עצמו על־ידי תניית אי־תחרות) לא יעניק הכשרה כללית יקרה לעובדיו, יונצח מעמדם במקום העבודה ובשוק העבודה מבלי יכולת לשפר ולהתקדם. ההכשרה הכללית היקרה שיעניק להם המעביד יאפשר להם קפיצת־מדרגה מעמדית וקידום מעמדי.¹⁴

את הידע נשוא הסוד מלכתחילה, מניעת מידור־יתר בפירמה, שיקולים של פרטיות המעביד, טיפוח יחסי אמון (לשם) בין המעביד לעובדיו ועוד, ראו, כללית: E.W. Kitch "The Law and Economics of Rights in Valuable Information" 9 *J. Leg. Stud.* (1980) 683, 699.

10 הכוונה בביטוי "הכשרה כללית" היא להכשרה המקנה לעובד כישורים שהוא יכול לנצלם גם אצל מתחרים של המעביד (כגון שיעורי טיסה לטייסים של חברת־תעופה).

11 הכשרה כללית שהעובד אינו מסוגל לשלם (או להתחייב לשלם) את מחירה לפני תום ההכשרה הכללית תיקרא להלן, לשם פשטות הניסוח, "הכשרה כללית יקרה".

12 P.H. Rubin & P. Shedd "Human Capital and Covenants not to Compete" 10 *J. Legal Stud.* (1980) 93.

13 Rubin and Shedd, *ibid*

14 אומנם, גם לתניית אי־תחרות יש השפעה שלילית (בין יתר השפעותיה השליליות)

אם כך, הכשרה כללית יקרה מהווה, במקרים מתאימים, שיקול חשוב המצדיק מתן תוקף מסוים לתניות אי־תחרות. מסקנה זו מתנגשת חזיתית עם ההלכה המושרשת, לפיה "ידע כללי" או "הכשרה כללית" שרכש העובד אצל מעבידו לא יוכלו להוות אינטרס מוגן המצדיק תניית אי־תחרות.¹⁵ הניתוח בפסקות הקודמות מראה, מנגד, שכאשר המעסיק מעניק למועסק הכשרה כללית יקרה, ניתן להצביע על יתרון חברתי הגלום בתניית אי־תחרות. יש להדגיש כי יתרון חברתי זה אינו בגדר ערך מוחלט, המצדיק תניית אי־תחרות בכל מקרה, אלא מהווה פרמטר שיש לאזנו, יחד עם שאר יתרונותיה החברתיים של התניה, כנגד פגיעותיה החברתיות: הפגיעה בתחרות, הנצחת מעמדו של העובד והפגיעה בחופש העיסוק, שיידונו בהמשך.

עוד יש להדגיש כי נוסף לעידוד הכשרה כללית והגנה על סודות עסקיים, עשויים להיות לתניית אי־תחרות יתרונות נוספים, שעל בית־המשפט להביא גם אותם בחשבון במסגרת אמידת הסבירות של התניה. למעשה, כל השיקולים של יתרונות לציבור העשויים להצדיק קרטל, או הסדר אחר הפוגע בתחרות, עשויים להיות רלוונטיים גם להערכתה של תניית אי־תחרות. כך, תניית אי־תחרות עשויה להיות מוצדקת על־ידי יתרונות לגודל. יתרון לגודל הוא תכונה של הייצור לפיה ככל שהיקף הייצור גדול יותר, כן עלות הייצור קטנה יותר. תניית אי־תחרות מאפשרת, במקרים מסוימים, לפירמה הנחנית ממנה להגדיל את היקף הייצור שלה בלא לחשוש מתחרות מצד מי שכפוף לתניה. הגדלה של היקף הייצור כאמור בשוק שקיימים בו יתרונות חשובים לגודל מביאה לידי

המתבטאת במניעת קפיצת־מדרגה מעמדית של העובד, שהרי היא מגבילה את יכולתו לפתוח עסק עצמאי או לעבור לפירמה מתחרה שמסלול הקידום בה עשוי להיות מהיר יותר. מכאן הצורך, שיובהר להלן, לאזן בין היתרון של תניית אי־תחרות בעידוד מתן הכשרה כללית לבין פגיעותיה החברתיות של התניה.

15 ראו, למשל, ע"א 312/74 החברה לכבלים ולחוטטי חשמל בישראל בע"מ נ' קריסטיאנפולר, פ"ד כט(1) 316, 319-320 (להלן: החברה לכבלים); ע"א 206/72 מיגן נ' פאר, פ"ד כז(1) 576, 578; ע"א 1371/90 דמתי נ' גנור, פ"ד מד(4) 847, 854-855 (להלן: עניין דמתי); גג/7-3 טוני טועמה - טכנו גומי ליסיצקי בע"מ פד"ע כה 227, 233 (להלן: עניין טועמה); ה"פ (נצ") 854/84 חנני תבור נ' עמיעד מוצרי ייעול 1972, פ"מ מה(3) 221, 227 (להלן: עניין תבור); ע"א 4/74 ברמן נ' משרד להובלת משאות פרדס־חנה־כרכור והסביבה "עמל" בע"מ, פ"ד כט(2) 718, 722 (להלן: עניין ברמן); ע"א 136/56 פוקס נ' אילון את עציוני בע"מ, פ"ד יא 358, 362; ע"א 155/80 רב בריח בע"מ נ' אמגר, פ"ד לה(1) 817, 822 (להלן: עניין רב בריח). למיטב ידיעתי, ההחלטה היחידה שגילתה ערנות לגישה כי הכשרה כללית יקרה יכולה להצדיק תניית אי־תחרות היא ע"ע 164/99 פרומר־דגארד בע"מ (ניתן ביום 4.6.1999, טרם פורסם) (להלן: עניין פרומר), פסקה 15 לפסק־הדין. ההחלטה אינה מציינת אומנם כי היתרון האמיתי של תניית אי־תחרות הוא בעידוד מתן הכשרה כללית מלכתחילה, אלא היא מתייחסת אל ההכשרה היקרה כאל "תמורה" שהעובד קיבל בעד תניית האי־תחרות, המצדיקה אותה, משיקולי הגינות.

ייצור יעיל יותר. זה יתרון שיש להביאו בחשבון במסגרת ההערכה הכוללת של תניית אי־תחרות בשוק מעין זה.¹⁶

באופן דומה, תניית אי־תחרות המאפשרת לנהגה ממנה, כגון המעביד, להתמודד טוב יותר מול פירמה דומיננטית, וכך למנוע תחרות בלתי־הוגנת או התנהגות "טורפנית" (שמטרתה לסלק את המעביד ופירמות חלשות יחסית שכמותו מהשוק או להקטין את היקף פעילותם באופן תמידי), מצד אותה פירמה דומיננטית, עשויה לקדם דווקא את התחרות.¹⁷ יתר על־כן, אם המעביד הוא פירמה קטנה ולא־מבוססת בשוק, ומתחריו גדולים ומבוססים, תניית אי־תחרות, לפחות לתקופה מסוימת, יכולה לאפשר למעביד לצמוח וליהפך לפירמה מבוססת, היכולה להוות חסם טוב יותר מפני כוח השוק (הכוח להעלות מחירים) של הפירמות המבוססות. גם במקרה מעין זה תניית אי־תחרות עשויה לשפר את תחרותיות השוק.¹⁸ נקודה זו בולטת במיוחד כאשר המעביד הוא גורם חדש בשוק, אם המעביד מנוע מלהחתיים את עובדיו על תניות אי־תחרות, ייתכן כי לא ייכנס לשוק מלכתחילה, מחשש שעובדיו, כאשר יעזבוהו, יתחרו בו ויקטינו את רווחיו עד כדי הפיכת הכניסה לשוק, על ההשקעה הכרוכה בה, ללא־כדאית.¹⁹ גוסף על כך, אם תחרות מצד עובדים לשעבר עלולה להביא לידי סגירת מפעלו של המעביד, המהווה מקור תעסוקה חיוני באזור מסוים, גם עובדה זו יכולה להוות שיקול לטובתה של תניית האי־תחרות.²⁰ יתרון גוסף שניתן לכאורה לטעון כי הוא גלום בתניות אי־תחרות הוא עידוד המעביד

16 השוו סעיף 10(1) לחוק ההגבלים, המציין שייעול הייצור יכול להוות שיקול של טובת הציבור לאישור הסדר כובל. אותו שיקול עצמו רלוונטי גם לניתוח על־סמך הדוקטרינה החוזית הדנה בתניות אי־תחרות.

17 השוו סעיף 10(3) לחוק ההגבלים, הקובע ש"מניעת תחרות בלתי הוגנת העלולה להביא להגבלת התחרות..." עשויה להוות שיקול בבחינת טובת הציבור.

18 סיטואציה מעין זו תעלה בעיקר כאשר למעביד שהינו פירמה קטנה יש סוד עסקי שמונופולין עליו יכול לאפשר לו לצמוח וליהפך לפירמה מבוססת. במקרה כזה, תניית אי־תחרות תעזור למעביד להגן על המונופולין שלו בידע, וכך ליהפך למתחרה רציני במתחריו המבוססים. מכאן שכאשר מדובר במעביד שהוא פירמה קטנה ולא־מבוססת עדיין בשוק, ייתכן שיהא מוצדק להאריך את תוקף ההגנה על הסוד העסקי, על־מנת שהמעביד יצליח, עם הזמן, לצבור נתח שוק שיהפוך אותו למתחרה מבוסס. עם זאת, על־מנת לממש יתרון זה, אין הצדקה להגנה על הסוד העסקי לזמן בלתי־מוגבל, אלא רק לתקופה כזו שבאופן סביר יוכל בה המעביד ליהפך לפירמה מבוססת (ראו להלן פסקה ד.2).

19 השוו, לעניין זה, להחלטת הממונה על ההגבלים העסקיים בעניין מולדט ובעלי מניותיה - אי־תחרות בעסקי מולדט על־ידי בעלי מניותיה - החלטה בעניין פטור מאישור הסדר כובל (1996, טרם פורסם), 3001391, שם הוכשרה תניית אי־תחרות שנחתמה על־ידי שותפים למיזם משותף בין היתר משום שאחרת ייתכן שהכניסה החדשה של המיזם לשוק היתה מתבררת כבלתי־כדאית.

20 השוו סעיף 10(6) לחוק ההגבלים.

להעסיק עובדים רבים יותר. על פי טענה זו, פסילה של תניות אי־תחרות תניע את המעביד להעסיק מספר עובדים קטן מן האופטימלי מבחינה חברתית; זאת משום שהמעביד יחשוש שעובדיו, שיצברו בחסותו ידע, ניסיון והכשרה, עלולים להתחרות בו עם סיום עבודתם תוך שימוש באותם ידע, ניסיון והכשרה. על־כן, כך יימשך הטיעון, יעדיף המעביד להקטין את היקף הייצור תוך העסקת עובדים מעטים יותר, או להגדיל את השקעתו בציוד ומיכון ולהקטין בהתאמה את מספר העובדים הנחוצים לו. שתי תופעות אלה, כך נמשך הטיעון, אינן רצויות. הקטנת היקף הייצור על־ידי המעבידים עלולה לגרום לעליית מחירים לצרכנים בעקבות הקטנת כושר הייצור של הפירמות המבוססות בענף.²¹ גם השקעת־יתר בציוד ומיכון והסתפקות בעובדים מעטים יותר, תוך סטייה מן היחס האופטימלי בין תשומת העבודה לתשומות ה"הוניות" (ציוד, מכונות וכדומה) תן כמוכן תופעה לא־יעילה.

אולם, טענה זו, לפיה פסילת תניות אי־תחרות תניע מעבידים להעסיק פחות מדי עובדים, חלשה לדעתנו. ברוב המקרים אין פירמה יכולה להרשות לעצמה לצמצם באופן יזום את היקף פעילותה על־מנת לנסות למנוע מצב שעובדים לשעבר שלה יקומו ויתחרו בה. אם פירמה מצמצמת את היקף פעילותה, האסטרטגיה הרווחית של יריבותיה תהא בדרך־כלל הרחבת היקף פעילותן כדי לחטוף נתח שוק מן הפירמה שצמצמה את היקף פעילותה. גם אם היריבות עצמן חוששות מתחרות מצד עובדים־לשעבר שלהן, הפיתוי שלהן להגדיל את נתח השוק שלהן בטווח הקצר והבינוני יגבר במקרים רבים על הסיכון שהגדלת היקף הייצור (והעסקת עובדים רבים יותר) תגרום לתחרות עזה יותר בעתיד עקב תחרות מצד עובדיהן לשעבר. משום כך, ברוב המקרים, ספק אם תהא פירמה מוכנה להפסיד נתח שוק משמעותי למתחריה, ולהפוך בידועין לשחקן קטן ואיזוטרי בשוק רק על־מנת להקטין את ההסתברות של תחרות אינטנסיבית יותר בעתיד מצד עובדיה לשעבר. אשר לחשש שהמעביד ישקיע יותר מדי בתשומות הוניות ויעסיק פחות מדי עובדים, גם חשיבותו של חשש זה צפויה להיות מוגבלת. יש לזכור שהפירמה היא שמפנימה את אי־היעילות הכרוכה במבנה תשומות לא־אופטימלי. אם אי־יעילות זו גדולה במיוחד, הפירמה עצמה תעדיף במקרים רבים ליטול את הסיכון של תחרות עתידית תוך יצירת מבנה תשומות אופטימלי. יש גם לזכור כי לא תמיד ניתן לפצות על הקטנת מספר העובדים על־ידי הגדלת התשומות ההוניות תוך שמירה על היקף הייצור. כך, למשל, שימוש באנשי מכירות מעטים יותר יתבטא בדרך־כלל במכירות מעטות יותר, ולא יהיה אפשר למנוע את הקטנת היקף המכירות על־ידי השקעות נוספות בציוד.²²

21 אומנם, עובדים שהמעביד אינו הפץ להעסיק יכולים, במקרים מסוימים, להיכנס לענף במסגרת פירמה משלהם, וכך להגדיל במידה מסוימת את כושר הייצור המצרפי בענף ולתרום להורדת מחירים; אולם לאדם חסר ניסיון, שלא תפקד לפני־כן במסגרת פירמה כלשהי בענף, יתקשה בדרך־כלל להיכנס לענף (ראו פסקה ד.1 להלן).

22 הצמיחה חסרת התקדים של מספר העובדים המועסקים בעמק הסיליקון שבמדינת קליפורניה מהווה ראיה חזקה לאמור בטקסט. תניות אי־תחרות אסורות בקליפורניה (ראו את ניתוח נתונים אלה וכלל משפטי זה של קליפורניה להלן בהערה 162 והטקסט הנלווה אליה).

ג. הפגיעה בחופש העיסוק ובמעמד העובד

כפי שהודגש במבוא, על־מנת לבחון אם תניית אי־תחרות רצויה במקרה נתון, יש לאון את יתרונותיה החברתיים של התניה, שנידונו לעיל, כנגד פגיעותיה החברתיות, שיידונו להלן.

נקודת־מוצא בסיסית בדיון בתניית אי־תחרות היא כי חופש העיסוק של אדם, וזכותו לניירות מבחינת עיסוקו, הם ערכים העומדים בפני עצמם, שיש להביאם בחשבון במסגרת כל גיתוח המבוסס על שיקולי יעילות גרידא. אין ספק שערך זה של חופש העיסוק תפס מקום מרכזי במסגרת זכויות־היסוד של הפרט במדינת־ישראל.²³ עובדה זו מקבלת משנה תוקף לאור חיקוקו של חוק־היסוד: חופש העיסוק.²⁴ אף־על־פי שחוק זה אינו בעל תחולה ישירה במשפט הפרטי, הדעה המקובלת היא שיש לערכים שהחוק מגן עליהם תחולה עקיפה, המעניקה משנה תוקף לזכות־היסוד של חופש העיסוק גם במשפט הפרטי.²⁵ כאשר בית־המשפט בוחן את סבירותה או תקפותה של תניית אי־תחרות, אחד הפרמטרים שעליו לבחון הוא מידת הפגיעה בחופש העיסוק.

פגיעה קשורה של תניית אי־תחרות היא בכך שהתניה עלולה להנציח את מעמדו של העובד.²⁶ אם אין העובד יכול לפתוח עסק עצמאי עקב התניה, התניה מגבילה את יכולתו לבצע "קפיצה" מעמדית משכיר לעצמאי. יתר על־כן, אם אפשרויות הקידום אצל המעביד הנוכחי מוגבלות, תניית אי־תחרות המונעת את העובד מלעבור לעבוד אצל מתחרה עלולה לחסום בפני העובד את היכולת להתקדם במעמדו בעבודה על־ידי מעבר לפירמה אחרת, שמסלולי קידום רחבים יותר פתוחים בה לפניו.²⁷

23 ראו, למשל, בג"צ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד (1) 80; בג"צ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד (3) 337.

24 ראו חוק יסוד: חופש העיסוק, תשנ"ב-1992, ס"ח 1387, וחוק יסוד: חופש העיסוק, תשנ"ד-1994, ס"ח 1545. גם הירתיעותם של דיני החוזים מלאפשר אכיפה של חוזה לשירות אישי (סעיף 2) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970) מבוססת על עקרונות יסוד דומים. תניית אי־תחרות כמות במקרים מסוימים כאכיפה דה־פקטו של חוזה עבודה ארוך־טווח. אם לא יוכל העובד, כתוצאה מתניית האי־תחרות, להתפרנס במשלח־ידו בכבוד אלא אצל המעביד, ייאלץ העובד להישאר אצל המעביד תקופה ארוכה יותר משהיה חפץ אלמלא התניה.

25 א' ברק פרשנות במשפט (1994, כרך ג, שער 8) 653; כהן, לעיל הערה 5, בע' 356 והאסמכתאות המובאות שם; ע"א 717/88 היים רוכורגר חברה לבניין והשקעות בע"מ נ' מילר, פ"ד מה(2) 284, 288; עניין טועמה, לעיל הערה 15, בע' 238.

26 אכן, זכות־היסוד של אדם לבנות את מעמדו בחברה הוזכר בספרות כחלק מזכות־היסוד לחופש העיסוק. ראו כהן, שם, בע' 355, והאסמכתאות המובאות שם. ראו גם בית־הדין הארצי לעבודה בעניין פרומר, לעיל הערה 15, פסקה 14 לפסק־הדין.

27 ראו כהן, שם, בע' 382. אומנם, כפי שצוין לעיל (פסקה ב), כאשר המעביד מעניק לעובד הכשרה כללית יקרה, רושה לעיתים דווקא תניית אי־תחרות על־מנת לאפשר את

מידת הפגיעה הן בחופש העיסוק והן ביכולת לקידום מעמדי של העובד נמדדת לפי משך ההגבלה, יכולת העובד לעסוק במשלח־ידו או להשתמש בהכשרתו המקצועית בענפים או מתחמי שוק אחרים שאינם כלולים בגדר תניית האי־תחרות,²⁸ ומידת המידע שבידו בדבר השאלה עד כמה תניית האי־תחרות גורעת ממנו. כך, אם מדובר בעובד מתוחכם דיו, שיש לו מידע מלא על השאלה עד כמה גרעה ממנו התניה, חזקה עליו שקיבל תמורה מלאה בגין הסכמתו לתניית האי־תחרות.²⁹ אומנם, ניתן לכאורה לטעון שקשה לעובד, עם תחילת העבודה, להעריך מה יהא ערכו

מתן ההכשרה הכללית, ובכך לתרום לקידום מעמדי של העובד. ניסף על כך, תניית אי־תחרות יכולה לדרבן את המעביד לתת לעובדים רבים יותר נגישות לסודות העסקיים של העסק, ובכך לאפשר את קידומם המעמדי בתוך העסק. אם כך, תניית אי־תחרות יכולה, מחד גיסא, לאפשר קידום מעמדי של העובד, ומאידך גיסא, למנוע קידום מעמדי מעין זה. במסגרת בדיקת סבירותה של תניית אי־תחרות במקרה נתון, יש איפוא לאזן בין שני אפקטים הפוכים אלה.

28 ראו, למשל, עניין טועמה, לעיל הערה 15, בע' 240; ת"א (ת"א) 262/88, המ' 1388/88 צבי שטיינר ושות' נ' פרידמן (לא פורסם), דינים מחוזי כו(3) 284, 285; עניין תבור, לעיל הערה 15, בע' 229; ע"א 672/96 "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' רכטמן (טרם פורסם, תק"על (3) 1107, ניתן ביום 21.9.99) (להלן: עניין אגד) (פסקה 17 לפסק־הדין: "אלא שגם האיסור על העיסוק בנהיגה כמקצוע הוגבל רק להובלת נוסעים בתחבורה ציבורית ולתיירות. בכך מותירה התקנה לחבר הפורש אפשרויות נרחבות לעסוק בנהיגה. כך, למשל, אין מניעה שיעסוק בהובלה, או בהובלת נוסעים שלא במסגרת 'תחבורה ציבורית' או 'תיירות'. בגדר האפשרויות הפתוחות לפניו יכול הוא לעסוק... בהסעת תלמידים, בהסעת עובדים ואף בהפעלת מוניית לנסיעות מיוחדות"; ע"א 2600/90 עלית חברה ישראלית לתעשיית שוקולד וסוכריות בע"מ נ' יעקב סרנגה, פ"ד מט(5) 796, 810 (להלן: עניין עלית). בעניין עלית הנ"ל היה מדובר במסגר שהוגבל לא לעסוק בייצור קפה. מידת הפגיעה באפשרותו לעסוק במשלח־ידו – מסגרות – היתה לפיכך, אליבא דבית־המשפט, מוגבלת. עובדה זו השפיעה על בית־המשפט העליון בקובעו כי חופש העיסוק של המסגר לא נפגע באופן משמעותי (שם). נראה כי בית־המשפט העליון ייחס משקל רב מדי לעובדה שבפרשה זו היה מדובר במסגר, וכי מסגר יכול לעסוק במשלח־ידו גם שלא בתחום הקפה, אליו התייחסה התניה. נכון אומנם כי מידת הפגיעה בחופש העיסוק במקרה מעין זה פחותה מאשר אילו אמרה התניה בעניין עלית כי אל לו למסגר לעסוק במסגרות בשום תחום. עדיין, אם את מירב תועלתו ומאווייו המקצועיים המסגר מפיק דווקא מעיסוק בתחום הקפה, הגבלת עיסוקו בתחום זה עלולה לפגוע בחופש העיסוק שלו באופן משמעותי. הפגיעה בחופש העיסוק היא פגיעה בפרט, וניתוח מידת הפגיעה חייב להסתמך, עד כמה שאפשר, על קנה־מידה סובייקטיבי, הבוחן עד כמה נפגע אותו פרט.

29 כאלה היו פני הדברים בעניין תבור, לעיל הערה 28, בע' 230. ראו גם ע"א 566/77 דיקר נ' מוך, פ"ד לב(2) 141, 144 (להלן: עניין דיקר).

בשוק העבודה ומה יהיו אפשרויותיו לעבוד אצל מתחרים או לפתוח עסק חדש בעתיד כאשר יעזוב את המעביד. אך אם העובד מתווכחם דיו, הוא יכול להעריך את ההסתברויות השונות לערכו בשוק העבודה עם תום יחסי העבודה, ואת ההסתברויות השונות של אפשרויותיו לעבוד אצל מתחרים או לפתוח עסק חדש. די בכך שהעובד יוכל לפצות את עצמו מראש על תוחלת הערך שתניית האי־תחרות גורעת ממנו. במקרה מעין זה, להשקפתי, לא ניתן לומר באופן פטרנליסטי שחופש העיסוק או היכולת לקידום מעמדי של העובד נפגעים.

השאלה הרלוונטית לעניין זה היא, לדעתי, מידת התחכום והמידע שבידי העובד, ולא מידת כושר המיקוח שלו מול המעביד. גם אם יש למעביד כושר מיקוח רב ולעובד אין כל כושר מיקוח, די שיש לעובד תחכום ומידע מספיקים שפגיעה בחופש העיסוק שלו ובמעמדו לא יצדיקו התערבות. התערבות בחופש החוזים על בסיס פגיעה באחד הצדדים לחוזה ראוי שתתבסס, לדעתי, על היעדר המידע שיש בידי הצד הנפגע, ולא על היעדר כושר מיקוח של צד מתווכחם.³⁰ כפי שצוין לעיל, חופש החוזים הוא ערך יסודי בפני עצמו, שיש לייחס לו משקל. מכאן שהתערבות בחופש החוזים צריכה להיעשות על־פי אמות־מידה ברורות ותוך איזון נאות עם הערך של חופש החוזים. תנאי הכרחי, לדעתי, להתערבות בחופש החוזים הוא שאחד הצדדים ייצא נפסד מן החוזה. אם אף צד לחוזה אינו יוצא נפסד מן החוזה, התערבות בחופש החוזים של הצדדים תהיה, לדעתי, מרחיקת־לכת. מסקנה זו גם מתיישבת עם שיקולי יעילות. דרישת־הסף לפיה אף צד לחוזה לא ייצא נפסד מבטיחה שכל סעיפי החוזה הינם יעילים לשני הצדדים.³¹

גותר אם־כן להראות שכאשר צבר העובד תחכום ומידע מספיק, אין הוא יכול לצאת נפסד מן החוזה, וזאת גם אם אין לו כלל כושר מיקוח, ולצד האחר כל כושר המיקוח. אמחיש זאת בדוגמה מספרית פשוטה. נניח שתניית אי־תחרות גורעת מן העובד ערך של 5 ומוסיפה למעביד ערך של 10. אם העובד מתווכחם ויש לו די מידע להבין (בתוחלת) שהתניה גורעת ממנו 5, הוא ידרוש פיצוי של לפחות 5 בעד התניה, ועל־כן, בכל מקרה, לא ייצא נפסד מן התניה. כושר המיקוח היחסי של העובד מול המעביד יקבע לא אם ייצא העובד נפסד מן התניה, אלא רק כמה מרווחי המעביד מן התניה יוכל העובד "לתפוס" באמצעות המשא־ומתן. כך, אם לעובד כושר מיקוח גדול יחסית, ייתכן שהפיצוי שלו בעד התניה לא יהיה 5 בלבד, אלא 8. במקרה כזה העובד מצליח לא רק לפצות את עצמו על הפסד של 5 שהתניה גורמת לו, אלא גם "לתפוס", ערך נוסף של 3 מתוך רווחי המעביד מן התניה. לעומת זאת, אם אין לעובד כל כושר מיקוח ביחס למעביד, הפיצוי על התניה יהיה 5 בלבד. גם במצב קיצוני זה של חוסר שוויון בכוח מיקוח אין העובד יוצא נפסד

30 השוו א' פורת "שיקולי צדק בין הצדדים לחוזה ושיקולים של הכוונת התנהגויות בדיני החוזים של ישראל" עיוני משפט כב (תשנ"ט) 647.

31 גם סעיפי חוזה שהינם יעילים לשני הצדדים לחוזה עלולים להיות לא־רצויים מבחינה חברתית אם הם פוגעים בצדדים שלישיים. כזו היא תניית אי־תחרות שאינה פוגעת בחופש העיסוק או במעמד העובד, אך פוגעת בתחרות. פגיעה זו של התניה, כשלעצמה, יכולה להצדיק התערבות בתניה ובחופש החוזים.

מתניית האי־תחרות, משום שהוא מתוחכם דיו להעריך את תוחלת הפגיעה בחופש העיסוק שלו ובמעמדו. הווה אומר, גם כאשר אין לעובד כל כושר מיקוח, הוא לא ייכנס לחוזה שיגרום לו הפסד. כך, אם המעביד מציע לו 4 בלבד כפיצוי בגין תניית האי־תחרות, לא יסכים העובד לתניה גם אם אין לו כל כושר מיקוח.

בשלב זה של הניתוח ניתן לכאורה לשאול: האם התוצאה משתנה אם המעביד הנידון הוא היחיד העוסק במשלתי־ידו של העובד, או אם, לחלופין, כל המעבידים במשלתי־ידו של העובד מסכימים לפצות על תניית אי־תחרות בלא יותר מ־4, כך שלעובד "אין ברירה" אלא לקבל את התניה ולהסתפק בפיצוי של 4 אם ברצונו להתפרנס? זוהי סיטואציה של היעדר תחרות בביקוש לעבודה כאשר עבודה זו חיונית לפרנסתו של העובד. עם כל הבעייתיות שסיטואציה מעין זו מעוררת, פתרונה אינו צריך להיות, לדעתי, במסגרת הדין הספציפי של תניות אי־תחרות, אלא במסגרת דינים כלליים יותר, המרסנים את הכוח של מעבידים הנובע מהיעדר תחרות בביקוש לשירותי עבודה. כך, דיני עבודה ומשא־ומתן קיבוצי הכולל ארגוני עובדים יכולים לעזור לאזן את כוחם של המעבידים בהיעדר תחרות בביקוש לשירותי עבודה. נוסף על כך, גם דיני ההגבלים העסקיים יכולים להיות כלי לריסון תיאום בין מעבידים לעניין תנאי העבודה או ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי בביקוש לשירותי עבודה.³²

ד. הפגיעה של תניות אי־תחרות בתחרות

קיימים מקרים בהם פגיעתה של תניית אי־תחרות בתחרות בענף כלשהו הינה זניחה, אולם קיימים מקרים רבים אחרים בהם תניית אי־תחרות עלולה לפגוע – ואף באופן משמעותי – בתחרות בענף הרלוונטי. כפי שנראה, השאלה אם תניית אי־תחרות אכן פוגעת באופן לא־זניח בתחרות בענף זה או אחר מצריכה בחינה קונקרטית של הענף הרלוונטי, ריכוזיותו וחוזקם היחסי של הצדדים המעורבים בענף. החלטות בתי־המשפט בעניין הדוקטרינה החוזית של תניות אי־תחרות נמנעו בעקביות מניתוח תחרותי מעין זה. קיימות החלטות רבות שאינן דנות כלל בשאלה של פגיעת התניה בתחרות.³³ קיימות החלטות אחרות המאזכרות בעלמא את הערך של תחרות הופשית, אך אינן מייחסות לערך זה כל נפקות אמיתית במסגרת הניתוח.³⁴

32 ראו סעיף 29 לחוק ההגבלים.

33 ראו, למשל, עניין רב בריה, לעיל הערה 15, ע"א 80/79 אורבך נ' י.מ.ש איילין ניהול והשקעות בע"מ, פ"ד לד(1) 125 (להלן: עניין אורבך); ע"א 369/74, ה"פ 1193/91 אפנת גינודי בע"מ נ' חסון, פ"מ תשנ"ב (3) 289; ע"א 369/74 טרומאסבסט תברה להרכבת מבנים טרומיים בע"מ נ' זכאי, פ"ד ל(1) 793; עניין החברה לכבלים, לעיל הערה 15; ע"א 157/88 אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' מירון, פ"ד מד(1) 522 (להלן: עניין אגד נ' מירון); עניין אגד, לעיל הערה 28.

34 ראו, למשל, עניין ברמן, לעיל הערה 15, המאזכר את הערך של תחרות הופשית, אך

גישה זו של הפסיקה אין לה מקום, לעניות דעתי. כפי שאראה להלן, תניית אי־תחרות עלולה במקרים מסוימים לפגוע באופן משמעותי בתחרות. שומה על בתי־המשפט להביא בחשבון את הפגיעה בתחרות ולייחס לה משקל בהעריכם את תקפותה של תניית אי־תחרות. שמא יטען הטוען כי תניות אי־תחרות כוללות יתרונות או שיקולים מיוחדים לזכותן, כגון הגנה על סודות עסקיים של המעביד? אם יתרונות מעין אלה אכן גלומות בתניית אי־תחרות, האם עלינו להעניק להם ערך מוחלט, מבלי לאונם אל מול הפגיעות החברתיות של התניה? נראה לי בבירור כי התשובה על כך שלילית. כשם שבת־המשפט השכילו תמיד לאזן בין היתרון של הגנה על סודות עסקיים, למשל, לבין הפגיעה בחופש העיסוק, כך ראוי לאזן גם את יתרונות התניה עם פגיעתה בתחרות.

מודה במופגן כי ערך זה מקבל משקל אפסי כמעט. כך, בפסקה שצוטטה עוד פעמים רבות לאחר־מכן, בית־המשפט העליון מדגיש כי "חופש ההתחרות עד גבול מסוים הוא עקרון חשוב ובתי־המשפט מצווים לקיימו ולעודדו עד כמה שאפשר, אבל, עם כל חשיבותו של עקרון זה, אין הוא יכול לעמוד בפני התחייבות מפורשת שלא להתחרות, שניתנה באורח חפשי ובתמורה מלאה ובהיקפה – מבחינת המקום והזמן – אינה תורגת מההגנה הנדרשת באורח סביר לצד השני. וכבר נאמר, שרק לעתים רחוקות תוכל להיחשב הגבלה על חופש העיסוק כנוגדת את האינטרס הציבורי, אם היא סבירה והוגנת כלפי הצדדים עצמם" (שם, בע' 722–723). ראו גם עניין פרומר, לעיל הערה 15, שם מאוזכר, בעלמא, הערך של תחרות חופשית, אך אינו מיושם.

עוד דוגמות לפסקי־דין שהזכירו את הערך של תחרות אך לא ייחסו לו משקל בהחלטתם הן ע"א 618/85 מעיינות הגליל המערבי בע"מ נ' תבורי – ביחיד למשקאות קלים בע"מ, פ"ד (4) 343, 349 (להלן: עניין מעיינות הגליל המערבי); עניין דיקר, לעיל הערה 29, בע' 147. א"ר חרמון "תקנת הציבור והגבלות על חופש העיסוק באספקלריה של הפסיקה הישראלית והאנגלית" ספר יצחק כהן (1989) 393, 403, תורר על רטוריקה זו של הפסיקה, המציינת, במסגרת השיקולים שיש להביא בחשבון, את אינטרס הציבור לתחרות חופשית. אולם, כאמור, אין הפסיקה מיישמת עיקרון זה הלכה למעשה. מ' גולדברג "הגבלת חופש העיסוק של עובד מכות חוזה" מחקרי משפט ה (1986) 7, אינו מיישם שיקולי תחרות כלשהם. המלומד מסכם וקובע כי "חופש העיסוק הוא מזכויות היסוד, וכל פגיעה בו כותה זו מצד רשות שלטונית ראויה להגנה מירבית של בתי המשפט. אך משבחר אדם מרצונו, ובדרך כלל אף עבוד תמורה נאותה, לצמצם את זכותו זו, תקנת הציבור דורשת, שבתו המשפט יתנו נפקות להגבלה זו, וכתוצאה מכך תינתן הגנה למעבידו של אותו אדם, אף אם ההגבלה עשויה ליראות חורגת מן המינימום הדרוש לשמירת האינטרס של אותו מעביד" (שם, בע' 26–27). גישה זו מכיאה בחשבון, שוב, רק את הערך של חופש העיסוק, מחד גיסא, ואת הערך של הגנה על המעביד, מאידך גיסא, ואינה מביאה בחשבון את הערך של תחרות.

למעשה, למיטב ידיעתי, בכל הפסיקה ארוכת השנים שיישמה את הדוקטרינה החוזית החלה על תניות אי־תחרות קיימת רק החלטה אחת ויחידה המביעה חשש אמיתי מפני הפגיעה בתחרות, ומיישמת חשש זה. זו החלטה של בית־המשפט העליון מפי השופט לגדוי בעניין "יחד", לעיל הערה 6.

1. הפגיעה בתחרות של תניית אי־תחרות המונעת כניסת גורמים חדשים לשוק

כאשר תניית האי־תחרות אוסרת על העובד להקים עסק מתחרה, התניה פוגעת בדרך־כלל בתחרות, ולעיתים אף באופן משמעותי, הכל בתלות במידת הריכוזיות בענף. רוב השוקים במדינת־ישראל הינם ריכוזיים, כך שכניסת פירמות חדשות אליהם משפרת תמיד – ובדרך־כלל באופן משמעותי – את התחרותיות.³⁵ תניית אי־תחרות היא למעשה הסכם בין נכנס פוטנציאלי חדש לשוק (העובד – כאשר יעזוב את המעביד) לבין פירמה קיימת בשוק (המעביד), לפיו הנכנס הפוטנציאלי לא ייכנס לשוק כמתחרה במשך תקופה מסוימת. העובד לשעבר הינו נכנס פוטנציאלי סביר ביותר, במיוחד אם מדובר בעובד בכיר יחסית, שהיה מעורה בנעשה בפירמה של המעביד; זאת משום שלעובד לשעבר יש יתרון על נכנסים פוטנציאליים אחרים בזכות הידע והניסיון שצבר בענף במסגרת עבודתו אצל המעביד.³⁶ כניסה חדשה לשוק היא מהכוחות החשובים ביותר המביאים לידי הגברת התחרות. חשיבותה של שמירה הגחלת של נכנסים פוטנציאליים לענף מקבלת ביטוי בולט בדיני ההגבלים העסקיים של המשפט המשווה, הדנים במיזוג בין נכנס פוטנציאלי לפירמה הפועלת בתוך הענף או במיזם משותף.³⁷ גם בדיני ההגבלים העסקיים הישראליים, שורת החלטות של הממונה על ההגבלים העסקיים מעלות על נס את חשיבותה של התחרות הפוטנציאלית וכניסה של פירמות חדשות לשוק.³⁸ מדוע אם־כך המשפט הישראלי כה ער,

35 באותם מקרים נדירים (וניתן לומר אף אוטופיים) שבהם השוק כה תחרותי עד שכניסת פירמות חדשות אליו אינה משפיעה משמעותית על מידת התחרותיות בו, תניית אי־תחרות (שאינה מגינה על סודות עסקיים) החוסמת כניסת עובד לשעבר לשוק לא תפגע בתחרות. לעומת זאת, אם התניה מגינה על סודות עסקיים, היא עלולה לפגוע בתחרות גם כאשר השוק הרלוונטי הוא תחרותי. נרחיב על כך בפסקה 2. להלן.

36 על כך יורחב להלן. ראו הערה 40 והטקסט הנלווה אליה.

37 במקרה של מיזוג בין פירמה למתחרה פוטנציאלי שלה, החשש הוא שאלמלא המיזוג, היה המתחרה הפוטנציאלי יוצר מתחרה חדש בענף של הפירמה שעימה התמוג. במקרה של מיזם משותף, החשש העיקרי הוא שבמקום לכונן מיזם משותף, היו שתי החברות־האימהות נכנסות, כמתחרים חדשים, לענף שהמיזם המשותף פועל בו. כך, בדיני ההגבלים העסקיים האמריקאיים, ראו, למשל: *H. Hovenkamp Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and its Practice* (1994) 508–515; *Department of Justice, 1984 Merger Guidelines*, 49 FR 26823; *United States v. El Paso Natural Gas Co.* 376 U.S. 651, 659 (1964); *United States v. Penn-Olin Chemical. Co.* 378 U.S. 158 (1964); *United States v. Falstaff Brewing Corp.* 410 U.S. 526, 532 (1973). ובדיני ההגבלים העסקיים של הקהילייה האירופית ראו, למשל: *Case IV/34.857 British Telecommunications-MCI Communications Corporation* OJ L 223, 27.7.94, P 36; *Re Iridium*, case IV/35.518, [1997] 4 CMLR/ Antitrust Reports 1065.

38 ראו הנימוקים לתנאים שהציב הממונה על הגבלים עסקיים לאישור המיזוג בין

מחד גיסא, לשמירה על תחרות פוטנציאלית בהקשר של יישום דיני ההגבלים העסקיים על עסקות העלויות לפגוע בכניסה פוטנציאלית, כגון מיוזגים או מיזמים משותפים, וכה שווה-נפש, מאידך גיסא, לפגיעה בתחרות פוטנציאלית בצורה הישירה ביותר: תניית אי-תחרות החוסמת כניסה של נכנס פוטנציאלי כה סביר כעובד לשעבר?

אמחיש את הפגיעה האמורה של תניית אי-תחרות בתחרות על-ידי דוגמה פשוטה: נניח שקיימת בישראל פירמה אחת בלבד, פירמה מונופוליסטית, המיצרת מעליות. כידוע, בפירמה מונופוליסטית, יצרנית המעליות תגבה מחירים גבוהים, מעל ומעבר לעלויות הייצור, ובדרך-כלל באיכות ירודה של השירות.³⁹ נניח עוד שקיימת פירמה אחרת, הפועלת בענפים אחרים, אך מהווה נכנסת פוטנציאלית לענף של ייצור המעליות. כיצד עלינו להתייחס להסדר בין הנכנסת הפוטנציאלית לבין מונופול המעליות לפיו הנכנסת הפוטנציאלית לא תיכנס לענף של ייצור המעליות? אין ספק כי נתייחס להסדר מעין זה כאל הסדר אנטי-תחרותי מובהק. אלמלא ההסדר, היתה הנכנסת הפוטנציאלית יכולה להיכנס לענף של ייצור המעליות, ואז היו הצרכנים נהנים מתחרות בין שני יצרני המעליות, תוך הורדת מחירים משמעותית ושיפור משמעותי של השירות והאיכות. לעומת זאת, ההסדר, אם יינתן לו תוקף, תורם להנצחת המבנה המונופוליסטי של השוק, באשר הוא חוסם את הכניסה הפוטנציאלית. זה בדיוק פועלה של תניית אי-תחרות. עובד לשעבר של פירמה הוא בגדר נכנס פוטנציאלי לענף שאותה פירמה פועלת בו. הוא נכנס פוטנציאלי סביר ביותר הודות לידע שצבר על מבנה הביקוש באותו ענף, על מבנה העלויות של פירמות הפועלות בענף, על דרך העבודה, ניסיון בעבודה, שיטות הייצור, קשרים עם ספקים ועם לקוחות וכדומה. רבים מיתרונות אלה של עובד לשעבר תסרים לפירמה חדשה לחלוטין החפצה להיכנס לענף.

אם כך, הידע שבידי העובד מאפשר לו כניסה קלה יותר לשוק. אין בעובדה זו כדי לגרוע מהטענה כי חלק ממידע זה הוא בגדר סודות עסקיים של המעביד, שקיים יתרון מסוים בהגנה עליהם, ואין בה כדי לגרוע מהטענה כי הידע הוא תוצאת הכשרה כללית יקרה, המניבה יתרון מסוים לתניית אי-תחרות.⁴⁰ סודות עסקיים והכשרה כללית יקרה מניבים יתרונות לתניית האי-תחרות, שיש לאזנם מול הפגיעה בתחרות. עם זאת, אל לנו לזנוח את הפגיעה בתחרות במלאכת איזון זו. עינינו הרואות כי הפגיעה בתחרות גדולה יותר ככל שהידע הרלוונטי שבידי העובד רב יותר; זאת משום שהעובד הוא נכנס

Columbus Capital Corporation, מקבוצת קלארידג', לבין כור תעשיות בע"מ (1998, טרם פורסם); 3001322, החלטה על אי מתן פטור מאישור בית הדין להסדר כובל: אנרגית המזרח התיכון (1997, טרם פורסם); 3001385, מיזוג חברות: קבוצת שטראוס-עלית תעשיות בע"מ, ההגבלים העסקיים (ט' אולשטיין, עורכת, תשנ"ז) כרך ג, ע' 29; המיזוג בין החברות תנובה ואסם השקעות בע"מ - אישור מיזוג בתנאים, ההגבלים העסקיים (ט' אולשטיין, עורכת, תשנ"ז) כרך ג, ע' 76.

39 Jean Tirole *The Theory of Industrial Organization* (1988) 100

40 ראו פסקה 2 לעיל.

פוטנציאלי סביר יותר מאחרים, שהכניסה קלה לו יותר מלאחרים ככל שיש בידיו ידע רלוונטי רב יותר. תניית האי-תחרות מכחישה אפשרות סבירה זו של כניסה חדשה לענף. כאן המקום להדגיש כי כניסה של פירמה חדשה לענף היא ממילא קשה ביותר במקרים רבים. ברוב הענפים קיימים חסמי כניסה גבוהים, בדמות מגבלות רישוי, איחוד בין פירמות לבין ספקים או לקוחות גדולים, השקעות קבועות גדולות הכרוכות בכניסה, טכנולוגיה, פטנטים, יתרונות לגודל, עודפים של כושר ייצור, ניסיון ועוד.⁴¹ ראוי להדגיש במיוחד את חסם הכניסה הקשור לניסיון ול"למידה על-ידי עשייה" (learning by doing) שיש בידיו הפירמות הקיימות בענף. ככל שפירמה (ועובדיה) צוברת ניסיון רב יותר במסגרת הפעילות בענף, כן צפוי שהעלויות שלה יפחתו.⁴² אם לפירמה חדשה אין ניסיון במסגרת הפעילות בענף, הדבר עלול לגרום שהעלויות הצפויות של הפירמה החדשה, עם הכניסה לענף, יהיו גבוהות משמעותית מן העלויות של הפירמות הקיימות. עובדה זו הופכת את עצם הכניסה לפחות אטרקטיבית: אם הפירמה החדשה תיכנס לענף, יוכלו הפירמות הקיימות להוריד את מחיריהן אל מתחת לעלויות הפירמה החדשה, ולהמשיך להרוויח. הפירמה החדשה לא תוכל להרוויח במחירים אלה, משום שהם נמוכים מעלויותיה. מכיוון שהפירמה החדשה תצפה זאת מראש, היא תימנע מלהיכנס (ומן ההשקעה הקבועה הכרוכה בכך) מלכתחילה. חסם כניסה חשוב נוסף גלום בחוסר הוודאות של פירמה חדשה בדבר פרמטרים רלוונטיים של השוק שהוא מושא לכניסה פוטנציאלית. בפרט, פירמה חדשה שאין לה ניסיון קודם בענף אינה יודעת במדויק את מבנה הביקוש בענף, את טעמי הצרכנים, את תגובתם הצפויה על שינויים במחיר או באיכות ועל מסעי קידום מכירות, ואת מבנה העלויות של הפירמות הקיימות. ככל שנכנסים פוטנציאליים לענף יודעים פחות על הפרמטרים הרלוונטיים באותו ענף, כן הסיכוי שייכנסו לענף קטן. לנוכח חסמי כניסה רבים אלה, יש משנה חשיבות לשמירת הגחלת של נכנסים פוטנציאליים שחסמי הכניסה העומדים בפניהם גבוהים פחות. עובד לשעבר בפירמה שהיתה קיימת בענף החפץ להיכנס לענף במסגרת פירמה חדשה אכן עומד לפני חסמי כניסה גבוהים פחות: הוא מודע למכלול הפרמטרים הרלוונטיים לענף על-יסמך עבודתו הקודמת בפירמה קיימת בענף, ויש לו מן המוכן ניסיון והכשרה הנחוצים לתפקוד בענף זה. משום כך, לפחות חסמי הכניסה הקשורים לניסיון וללמידה על-ידי עשייה ולחוסר

41 ראו דייוויד גילה "הערת פסיקה: ערר 2/94 תנובה מרכז שיתופי לשיווק נגד הממונה על ההגבלים העסקיים" המשפט (1998, כרך ד) 351, פסקה 3.4.1, בע' 361.

A. Dixit "The Role of Investment in Entry – Deterrence" 90 *The Economic J.* (1980) 95; Tirole, *supra* note 38, at p. 320; F.M. Scherer & D. Ross *Industrial Market Structure and Economic Performance* (3rd ed., 1990) 97, 374; Oliver Hart & Jean Tirole "Vertical Integration and Market Foreclosure" *Brookings Papers on Economic Activity. Microeconomics 1990* (1990) 205, 212; M.H. Riordan & S.C. Salop "Evaluating Vertical Mergers: A Post-Chicago Approach" 63 *Antitrust L. J.* (1995) 513, 554.

42 ראו: Scherer & Ross, *ibid*, at pp. 372–373.

ודאות לעניין הפרמטרים הרלוונטיים בענף אינם עומדים כמעט בפני עובד לשעבר. תניית אי־תחרות, אם ניתן לה תוקף, חוסמת (בעזרת מערכת בתי־המשפט האוכפת את התניה) את כניסתם של עובדים לשעבר לשוק. לנוכח התניה, ייתכן שלא יישארו די נכנסים פוטנציאליים, משום שהסמי הכניסה העומדים בפניהם (ולא עמדו בפני העובד לנוכח נסיונו בענף) גבוהים מדי.⁴³

גם בשוק שיש בו מלכתחילה יותר מפירמה אחת, אך רק פירמות מעטות (שוק אוליגופוליטי), כניסה חדשה לשוק יכולה לשפר את תחרותיותו באופן משמעותי.⁴⁴ ברוב השווקים שפירמות מעטות בלבד פועלות בהם, ככל שמספר הפירמות המשמעותיות קטן יותר, כן המחירים גבוהים יותר ואיכות המוצר או השירות נמוכה יותר. לתופעה זו סיבות אחדות: ראשית, ככל שמספר הפירמות המשמעותיות בשוק קטן יותר, כן קל להן יותר ליצור קרטל מחירים, לפיו הן יגבו מחירים קרטליסטיים מעל ומעבר לרמה התחרותית. הסיבות לכך הן, בתמצית, שככל שמספר הפירמות קטן יותר, כן קל להן יותר להשיג תיאום ביניהן; וכן, חיתוך מחירים, תוך גרימת מלחמת מחירים וקריסת הקרטל, אטרקטיבי יותר כאשר מספר הפירמות (המשמעותיות) בענף גדול יותר.

ניתן לכאורה לטעון כי החשש שקרטל קל יותר להשגה ככל שמספר הפירמות בענף קטן יותר אין לו על מה שיסמוך, שהרי יצירת קרטל אסורה והפירמות גרתעות מלהקימו; אולם בשוק שבו מספר קטן של מתחרים ניתן להשיג תוצאה זהה לזו של קרטל מחירים גם ללא כל תקשורת בין המתחרים. כל פירמה בשוק כזה מבינה שאם תקצץ במחיר, יוביל הקיצוץ למלחמת מחירים שתדע בטווח הארוך עם כל הפירמות, כולל הפירמה החותכת.⁴⁵ כאשר אין שום תקשורת בין המתחרים והתוצאה הקרטליסטית מושגת על־ידי ריסון עצמי כאמור מצד כל אחד מהם, ספק רב אם ניתן לתקוף את הפירמות על־פי חוק ההגבלים העסקיים; זאת בעיקר משום שהא קשה מאוד להוכיח בבית־המשפט כי המחיר הרווח בענף

43 העובד אינו חייב להיות הנכנס הפוטנציאלי היחיד כדי שהתניה תפגע בתחרות; די שהוא אחד הנכנסים הפוטנציאליים היחידים. כך, למשל, אם קיימים, נוסף לעובד, עוד שני נכנסים פוטנציאליים לענף שהמעביד פועל בו אשר אינם גרתעים מחסמי הכניסה. גם בהנחה שכל הנכנסים הפוטנציאליים אכן ייכנסו לענף בשלב זה או אחר, מניעת העובד מלהיות נכנס פוטנציאלי תקטין את המספר הצפוי של פירמות בענף. כפי שנראה מייד, בענף שהפירמות הקיימות בו מעטות ממילא, ככל שיפחת מספר הפירמות בענף זה עוד יותר, כן תפחת (לעיתים באופן משמעותי) התחרות בו.

44 בעניין עמנואל, לעיל הערה 15, בית־המשפט העליון מציין כי "לבד ממקרה בלתי רגיל של היווצרות מונופולין מזיק, אין לראות במה עלולה טובת הציבור להיפגע [מתניית אי־תחרות]" (שם, בע' 853). התחרות, כפי שנראה מייד בטקסט, יכולה להיפגע (ואף באופן משמעותי) גם אם אין התניה מנציחה מונופולין. די שהשוק יהא אוליגופוליטי, כרוב השווקים. להלן, בפסקה ד.2, נראה שכאשר מדובר בהגנה על סודות עסקיים, הגנה מעין זו עלולה לפגוע באופן משמעותי בתחרות, אף בשוק תחרותי, שמספר רב של פירמות פועלות בו.

45 ראו: Tirole, *supra* note 39, at pp. 239–276.

הוא אכן קרטליסטי; שהרי ייתכן שהוא מוצדק על-ידי פרמטרים אחרים, קשים בעצמם להוכחה, כגון עלויות הייצור, מבנה הביקושים, טעמי הצרכנים ועוד.⁴⁶ אם כך, תניית אי-תחרות, בשוק שיש בו מספר קטן של פירמות יכולה להקל על השגת קרטל באותו שוק; התניה עוזרת להנציח את מספר הפירמות הקטן בשוק, ומספרן הקטן מקל על יציבותו של קרטל (סמוי או גלוי) בענף. מאידך גיסא, אלמלא תניית האי-תחרות, היה עובר לשעבר יכול להיכנס לענף במסגרת פירמה חדשה ולהגדיל בכך את מספר הפירמות בשוק. בכך היה העובר לשעבר הנכנס לשוק יכול לאיים על יציבותו של קרטל בענף ולגרום לקריסתו, לרווחת הצרכנים.

שנית, גם אם אין בענף קרטל (סמוי או גלוי), אך יש בו מספר קטן של פירמות, ככל שמספר זה יהיה קטן יותר, כן ייטה המחיר לעלות, ואיכות השירות או המוצר תיטה לרדת.⁴⁷ תופעה זו מאפיינת את רוב השווקים. היא נובעת בראש ובראשונה מכך שברוב השווקים קיים בידול מסוים בין מוצרי הפירמות.⁴⁸ גם פירמות המתחרות זו בזו והמצויות באותו הענף אינן מספקות בדרך-כלל מוצרים זהים לחלוטין. בשווקים שיש בהם בידול מסוים בין המוצרים או השירותים של פירמות מתחרות, ככל שמספר הפירמות קטן יותר, כן המחיר לצרכן גבוה יותר.⁴⁹ מכאן שברוב השווקים שקיים בהם בידול בין מוצרים או

46 אכן, במשפט המשווה, התנהגות עצמאית המשולה לקרטל או "קרטל סמוי" מעין זה אינם אסורים על-פי חוקי ההגבלים העסקיים. נראה שהסיבה העיקרית לתוצאה זו הינה הקושי ההוכחתי האמור. ראו: *Brooke Group v. Brown & Williamson Tobacco Corp.* 13 S.Ct. 1145, 509 U.S 940 (1993); *Re the European sugar cartel; cooperative vereniging "Suiker Unie" UA and others v. E.C Commission unione nationale consumatori investing* (cases 40-48/73, 54-56/73, 111/73, 113-114/73) [1976] 1 CMLR 295.

47 גילה, לעיל הערה 41, פסקה 3.1; *Tirole, supra note 39*, at pp. 277-303, 209-238.

48 ראו, למשל: *Tirole, ibid*, at p. 209.

49 *Ibid*, at ch. 7, pp. 277-304. גם בשוק שאין בו בידול כלשהו בין המוצרים, והמוצרים המיוצרים זהים לחלוטין, הן מבחינת סוג המוצר והן מבחינת המיקום הגיאוגרפי של הפירמה (אם מיקום זה חשוב לצרכנים), הקטנת מספרן של הפירמות תעלה מחירים ותוריד את האיכות אם לפירמות בשוק יש מגבלות מבחינת כושר הייצור. כאשר כושר הייצור של פירמות מוגבל, קיימת מגבלה של מספר הצרכנים שפירמה הנוקבת במחירים גמוכים ממתחרותיה יכולה לשרת. עובדה זו מעניקה לפירמות בשוק את הכוח לדרוש מהירים גבוהים יחסית למצב של תחרות משלמת ללא מגבלות בכושר ייצור. גם בשוק מעין זה, ככל שמספר הפירמות גדל, כן גדל כושר הייצור המצרפי של הפירמות בשוק, המחיר נוטה לקטון והאיכות לעלות. ראו: *Department of Justice, Federal Trade Commission, 1992 Horizontal Merger Guidelines* 57 FR 41552, 41560-41561 (sec. 2.2). כאשר לא קיים בידול כלשהו בין המוצרים וגם אין מגבלות בכושר הייצור של הפירמות, הקטנת מספר פירמות בשוק היא אנטי-תחרותית רק מן הבחינה שהיא מקילה על השגתו ויציבותו של קרטל, כאמור לעיל.

שירותים של פירמות מתחרות, תניות אי־תחרות אכן עלולות לפגוע במתיר לצרכן ובאיכות המוצר או השירות על־ידי הקטנת מספר הפירמות הפוטנציאלי בשוק. דוגמה מובהקת לשווקים שקיים בהם בידול בין מתחרים ניתן למצוא בשווקים שבהם יש חשיבות למיקום הגיאוגרפי של העסק, כגון תחנות דלק, חנויות או מסעדות. נניח, לדוגמה, שבשכונה מסוימת יש שתי מסעדות, א ו־ב, המרוחקות כקילומטר זו מזו. מכיוון שהמרחק ביניהן קטן למדי, סביר שהן מתחרות ביניהן; הווה אומר, הן נמצאות באותו ענף, אך התחרות שביניהן אינה מושלמת עקב הבידול הגיאוגרפי ביניהן, שהרי מיקומה של מסעדה חשוב לצרכניה; הווה אומר, גם אם שתיהן מספקות אותו סוג של מזון, הצרכנים הגרים (או העובדים) קרוב למסעדה א יעדיפו לסעוד בה גם כאשר המחירים במסעדה ב נמוכים יותר במידה מסוימת, וגם אם איכות השירות והאוכל במסעדה ב טובים יותר במידה מסוימת.⁵⁰ עם זאת, מכיוון שהמרחק בין המסעדות הוא קילומטר בלבד, סביר להניח שיש תחרות בין מסעדה א למסעדה ב על חסדיהם של צרכנים, שהרי אם מסעדה ב תוריד מחירים או תשפר את האיכות או השירות בצורה משמעותית לעומת מסעדה א, יעדיפו גם צרכנים הקרובים למסעדה א לכתת רגליהם אל מסעדה ב.

נניח שהמסעדות מחתימות את עובדיהן על תניות אי־תחרות שלפיהן אסור להם לפתוח מסעדה מתחרה. תניית אי־תחרות מעין זו עוזרת להנציח את מבנה השוק, שבו יש רק שתי מסעדות באיזור כולו. ההנחה היא שמסעדות באיזורים אחרים מרוחקות מדי, כך שאפילו אם יהיה המחיר בהן נמוך משמעותית מן המחיר שבמסעדות א ו־ב, ימשיכו תושבי האיזור ועובדיו לסעוד במסעדות א ו־ב. אלמלא תניות האי־תחרות, עובדים של מסעדה א ומסעדה ב, המכירים היטב את השוק, את דרך העבודה, את מבנה הביקוש, טעמי הצרכנים, זהות הספקים ועלויות התפעול, היו בגדר נכנסים פוטנציאליים סבירים אל הענף. בהיעדר תניות אי־תחרות, היה עובד של מסעדה א, למשל, יכול לפתוח מסעדה ג באמצע הדרך בין מסעדה א למסעדה ב. במקרה כזה לא היו מסעדות א ו־ב יכולות, באותה מידה כמקודם, ללכוד ברשתן את הצרכנים הקרובים אליהן. גם הבדל מחירים קטן או הבדל קטן באיכות או בשירות היו מניעים צרכנים הקרובים למסעדה א, למשל, לעבור למסעדה ג. מכאן שהן מסעדה א והן מסעדה ב, על־מנת לשמור על נתח השוק שלהן, יאלצו להוריד מחירים ולשפר את רמת האיכות והשירות.⁵¹ עינינו הרואות כיצד ריבוי

50 מובן שקיימים צרכנים שהמחיר או האיכות חשובים להם יותר, וקיימים צרכנים שפרמטרים אלה חשובים להם פחות, אולם כל צרכן ממוצע מעדיף בסיסית לסעוד במסעדה קרובה אליו גם אם הפרמטרים האחרים טובים יותר במידה מסוימת במסעדה הרחוקה יותר.

51 מסקנה דומה מבהינה עקרונית היתה קיימת בלי קשר לשאלה היכן בדיוק בשוק הגיאוגרפי הרלוונטי יפתח העובד לשעבר מסעדה חדשה. בכל מקרה, מסעדה נוספת באיזור היתה יוצרת רסן תחרותי שהיה מאלץ את שתי המסעדות הקיימות להוריד מחירים ולהעלות את האיכות. נניח, למשל, כי העובד לשעבר היה פותח את מסעדה ג שוב בין המסעדות א ו־ב, אך לא בדיוק באמצע הדרך ביניהן, אלא קרוב יותר למסעדה ב. במקרה

של מספר הפירמות (על־ידי כניסה של פירמות חדשות) מקטין את המחיר ומשפר את האיכות גם בשוק שאינו מונופוליסטי וגם בשוק שאין בו קרטל (סמוי או גלוי) בין הפירמות. תניית אי־תחרות תורמת להנצחת מבנה השוק הקיים והוסמת כניסה של פירמות חדשות, ולכן מבטלת את הפוטנציאל להורדת מחירים ולשיפור האיכות. גם כאשר המיקום הגיאוגרפי של העסק אינו חשוב, במקרים רבים המוצרים מובדלים זה מזה במידה מסוימת. כך, מותג אחד של יוגורט עשוי להתחרות עם מותג אחר של יוגורט, מתוצרת פירמה מתחרה, על ליבם של צרכנים. אולם כתוצאה מטעמי צרכנים ומאמצי הפרסום של הפירמות, יהיו צרכנים שיעדיפו את יוגורט א על יוגורט ב גם אם מחירו של יוגורט ב יהיה גבוה במידה מסוימת ממחירו של יוגורט א. אין בכך כדי לומר שיוגורט א אינו מתחרה ביוגורט ב; ייתכן שאם מחירו של יוגורט א יהיה גבוה משמעותית ממחירו של יוגורט ב, יחליטו גם הצרכנים המעדיפים את יוגורט א לקנות את יוגורט ב. נניח, למשל, שפירמה א מייצרת את יוגורט א ופירמה ב מייצרת את יוגורט ב, ואין בישראל פירמות נוספות המספקות יוגורט. אם עובדי פירמות א ו־ב חתומים על תניות אי־תחרות, הדבר עוזר להנציח מבנה שוק ריכוזי שקיימים בו רק שני יצרני יוגורט. המחירים יהיו גבוהים והאיכות נמוכה. שוב, אלמלא תניות האי־תחרות, עובד של פירמה א, למשל, שהוא נכנס פוטנציאלי סביר לענף לאור הידע והניסיון שצבר, הקשרים עם לקוחות וספקים וכיוצא בזה, היה יכול להיכנס לשוק ולייסד פירמה ג שתייצר יוגורט ג. אילו היו בענף היוגורט שלוש פירמות במקום שתיים, היתה התחרות בענף נעשית אינטנסיבית יותר. למשל, היוגורט שפירמה ג מייצרת היה יכול להיות סוג־ביניים מבחינת טעם של צרכנים. צרכנים המעדיפים יוגורט של פירמות א או ב היו עוברים ליוגורט של פירמה ג גם אילו היה הבדל המחירים לטובת פירמה ג קטן יחסית. עובדה זו היתה מאלצת את פירמות א ו־ב להוריד מחירים ולשפר את איכות המוצר.⁵² תניית אי־תחרות חוסמת אפשרות זו ופוגעת בכך בתחרות.⁵³

זה היתה מסעדה ב נאלצת להוריד מחירים ולשפר את האיכות יותר מאשר מסעדה א. עם זאת, המסקנה שכניסת העובד לשעבר לשוק תגרום להורדת מחירים ולשיפור האיכות בשוק כולו תקפה עדיין. אף אם השפעתה ה"ראשונית" של הכניסה החדשה פועלת רק על אחת המסעדות (למשל, מסעדה ב), הנאלצת להוריד מחירים ולשפר את האיכות, סביר להניח שתגובה ראשונית זו תיצור תגובת שרשרת, שהרי סועדים המצויים בין המסעדות א ו־ב ייטו להעדיף את מסעדה ב אם הורידה מחירים ושיפרה את האיכות, דבר שיאלץ גם את מסעדה א להוריד מחירים ולשפר את האיכות, על־מנת לשמור על גתח השוק שלה.

52 תוצאה דומה לזו של הבידול הגיאוגרפי בדוגמת המסעדות דלעיל קיימת, בלי קשר ל"מיקום" של יוגורט ג, מבחינת טעם של הצרכנים. כל עוד יוגורט ג קרוב למדי ליוגורטים א ו/או ב, מבחינת טעם של הצרכנים, על־מנת שצרכנים יראו אותו כתחליפי דיו ליוגורט א ו/או ב, כניסתו של יוגורט ג תיצור חסס על יכולתן של פירמות א ו־ב להעלות מחירים ולהוריד את איכות המוצר.

53 לצורך המחשת העובדה שחיסול מתחרה פוטנציאלי יכולה לפגוע באופן משמעותי

כאמור לעיל, הפסיקה, למעט החלטה אחת ויחידה, נמנעה בעקביות מניתוח פגיעתן של תניות אי-תחרות בתחרות. אביא דוגמות אחדות מן הפסיקה להתעלמות בתי-המשפט משיקולי תחרות דווקא במקרים שבהם נראה כי השוק הרלוונטי היה ריכוזי ומועד לפורענות. כך, בעניין רב בריח⁵⁴ לא היה דיון כלשהו בתחרות אף-על-פי שתניית האי-תחרות מנעה כניסה של עובד לשעבר אל שוק דלתות הפלדה ומנעולי הביטחון שבו פעלה המעבדה. שוק זה היה והיגו ריכוזי ביותר, וסבל במשך השנים, כפי שהחלטת הממונה בעניין הסדר כובל בענף דלתות הביטחון (1995) (לא פורסם) מעידה, מניצול לרעה של כוח שוק ומהסדרים כובלים בין המתחרים המעטים שהיו בענף זה. בעניין אורבך⁵⁵ עסקה הפירמה המעבדה בהרכבה ובשיווק של מעליות, ותניית האי-תחרות מנעה את העובד, שהיה סוכן מכירות שלה, מלעסוק במכירת מעליות בישראל במשך שנתיים מיום סיום עבודתו. התניה מנעה אם כך כניסה חדשה לשוק ההרכבה והשיווק של מעליות על-ידי נכנס פוטנציאלי סביר ביותר – איש מכירות של פירמה קיימת. אכן, כפי שפסקי-הדין חושף, היה העובד, זמן קצר לאחר עזיבתו את המעבדה, שותף להקמתה של פירמה חדשה בענף המעליות. בית-המשפט העליון אישר את צו-המניעה הזמני של בית-המשפט המחוזי, שמנע את העובד לשעבר מלהיכנס לענף בקובעו, בלא כל ניתוח של פגיעת התניה

בתחרות גם בשוק שיש בו יותר מפירמה אחת, ניתן לעיין בהנחיות של רשויות האכיפה האמריקאיות הדנות במיזוגים בין פירמה הפועלת בענף מסוים לבין נכנס פוטנציאלי אל אותו ענף, ראו: Department of Justice, 1984 Merger Guidelines, *supra* note 37.

על-פי הנחיות אלה, הרשויות יחששו מפגיעה בתחרות פוטנציאלית בשוקים שבהם סכום הריבועית של נתחי השוק של הפירמות הפועלות בו עולה על 1,800. (עוד על מדד ריכוזיות זה, שהוא המקובל ביותר, יובא בהערה 205 להלן.) נניח אף כי התנאים המיוחדים של ישראל מצדיקים גישה סלחנית יותר כלפי ריכוזיות השוק (למשל, עקב חשיבותם של יתרונות לגודל בכלכלה קטנה כישראל), וכי יש מקום לדאגה לגובה ריכוזיותו של ענף רלוונטי בישראל רק כאשר סכום הריבועית של נתחי השוק של הפירמות בו מגיע ל-2,500. קל לראות כי השוק אינו חייב להיות מוגנפוליסטי על-מנת שסכום הריבועית של נתחי השוק בו יגיע ל-2,500. גם שוק שקיימים בו ארבעה מתחרים שלכל אחד מהם נתח שוק של 25% מן השוק מגיע למדד ריכוזיות של 2,500. שוק עם חמישה מתחרים, לדוגמה, שלשלושה מהם נתח שוק של 30% כל אחד ולשניים נתח שוק של 5% כל אחד יגיע אף למדד ריכוזיות גבוה יותר – של 2,750, המעלה חששות גדולים יותר. אם בשוק מעין זה, מתוך היקש (מותאם לישראל) להנחיות האמריקאיות, יש לחשוש מחיסול מתחרה פוטנציאלי עקב מיזוג, נראה לנו מקל וחומר שיש לחשוש בשוק כזה מחיסול מתחרה פוטנציאלי סביר ביותר, עובד לשעבר, באמצעות התחייבותו החוזית לא להיכנס לשוק.

54 לעיל הערה 15.

55 לעיל הערה 33.

בתחרות, כי התניה היתה סבירה; וזאת אף־על־פי שהשוק הרלוונטי – שוק הרכבת המעליות ושיווקן בישראל – היה והיגו ריכוזי ביותר ומועד לקרטליזציה.⁵⁶ בעניין דיקר⁵⁷ אושר תוקפה של תניה שמנעה עובר מלהתחרות במעביד שעסק בסימון בקר בשיטה של כוויות כפור. העובר, משעזב את עבודתו, נכנס לענף זה של סימון בקר בעזרת כוויות כפור, ובית־המשפט העליון אישר את צו־המניעה שנתן בית־המשפט המחוזי לאכיפה של תניית האי־תחרות ולמניעת כניסתו של העובר לשעבר לענף. "הניתוח התחרותי" של בית־המשפט העליון הסתכם בשתי שורות מפי השופט י' כהן: "הטענה שכתוצאה מהמגבלה שהוטלה על המערער נוצר מונופול לטובת המשיבים גם היא אינה מבוססת. כפי שקבעה השופטת המלומדת, התהליך של סימון בקר על ידי כוויית כפור איננו סודי וכל מי שרוצה יכול ללמוד מלאכה זו ולעסוק בה."⁵⁸ קביעה לקוגנית זו אינה מהווה ניתוח תחרותי של ממש. כל שהיא אומרת הוא שאחד מחסמי הכניסה שעולים על הדעת: טכנולוגיה וידע מיוחדים וקשים ללמידה הדרושים לתפקוד בענף, לא היה גבוה במקרה של ענף סימון הבקר על־ידי כוויית כפור. אין בכך כדי להכריע שלא היו חסמי כניסה אחרים לענף. עולה מבין שורות פסק־הדין כי המעביד אכן היה היחיד בישראל שעסק בכוויית כפור. אם מעמד מונופוליסטי זה נמשך זמן רב, נראה שהיתה לכך סיבה שאינה נעוצה דווקא בטכנולוגיה, אלא בחסמי כניסה אחרים. מכל מקום, העובר לשעבר, שהצליח בפועל להתגבר על חסמי כניסה אלה וניסה לשבור את המעמד הדומיננטי של המעביד לשעבר בענף וליצור שוק תחרותי יותר, נתסס מכניסה על־ידי תניית האי־תחרות שנאכפה על־ידי בית־המשפט. תניית אי־תחרות זו הנציחה את מעמדו הדומיננטי של המעביד לשעבר, על כל הרעות הכרוכות בכך מבחינת ציבור הצרכנים באותו ענף. בעניין תבור⁵⁹ נידונה תניית אי־תחרות למשך חמש שנים מתום העסקת העובר לגבי שטח המדינה כולה. בית־המשפט המחוזי הסתפק בניתוח השאלה אם תופש העיסוק של העובר נפגע ללא תמורה נאותה. משהשתכנע כי התשובה במקרה שלפניו שלילית, לא טרח כלל לבדוק את שאלת הפגיעה בתחרות. על פני הדברים, מן הנתונים המעטים שפרש בית־המשפט בעניין השוק הרלוונטי, נראה לכאורה כי לקיבוץ עמידה היה מונופול, בין מכוח פטנט, בין מכוח סודות עסקיים, במתחמי שוק מסוימים בענפי הייצור, הפיתוח והשיווק של מוצרים והמצאות בתחום ההשקיה. עולה מן העובדות שבפסק־הדין כי העובר עליו הוטלה תניית האי־תחרות, שהמציא ותכנן במסגרת עבודתו בקיבוץ עמידה חלק גדול מן ההמצאות שבידי הקיבוץ, היה אולי הגורם היחיד שהיה מסוגל לפתח טכנולוגיה מתחרה שאינה מפירה את הפטנטים של הקיבוץ. בכך היה העובר יכול, בעזבו את מקום העבודה, לתרום לתחרותיות בשוק כה ריכוזי מעין זה. מבחינה זו, תניית האי־תחרות

56 ראו, למשל, ת"פ 238/94 מ"י נ' נחושתן תעשיות מעליות בע"מ (לא פורסם), 3001783, שהרשיע פירמות בענף ריכוזי זה בכיצוע קרטל.

57 לעיל הערה 29.

58 שם, בע' 147.

59 לעיל הערה 28.

הנציחה מעמד מונופוליסטי או קרוב למונופוליסטי.⁶⁰ בית-המשפט המחוזי לא בדק סוגיות אלה מן הבחינה העובדתית, וממילא לא נתן עליהן את דעתו. אישר את תניית האי-תחרות, טוב, תוך התמקדות בסוגיית הפגיעה בחופש העיסוק: מכיוון שהעובד היה ממציא והנדסאי במקצועו, שעסק בפרויקטים אחרים מאלה שהיו קשורים לעבודתו בקיבוץ עמידר, הסיק בית-המשפט כי הפגיעה בחופש העיסוק של העובד היתה קטנה יחסית. בית-המשפט לא עסק כלל בשאלה של פגיעת התניה בתחרות אף-על-פי שנראה כי התניה דווקא פגעה משמעותית בתחרות.

בנב/1048-12 שפי אריזות בע"מ - מדי⁶¹ היה מנהל ייצור של חברה מבוססת בתחום אריזות הקרטון הגלי כפוף לתניית אי-תחרות שאסרה עליו להתחרות במעבדיו במשך שנתיים מיום סיום עבודתו. בית-הדין האזורי לעבודה נתן צו זמני שאכף את התניה.⁶² העובד חפץ להצטרף לחברה המהווה נכנסת חדשה לענף של ייצור האריזות מקרטון גלי. התניה ואכיפתה מנעו זאת ממנו. אם נסיונו של העובד בענף היה ערובה לכניסה רווחית של הנכנסת החדשה, מנעה וסיכלה תניית האי-תחרות כניסה של פירמה חדשה לענף. לסוגיה זו חשיבות רבה במיוחד בשוק של ייצור אריזות מקרטון גלי, שהתפרסם כשוק אוליגופוליסטי עם נטייה קרטליסטית מובהקת.⁶³

גם לאחרונה אישר בית-המשפט העליון בעניין אגד⁶⁴ תניית אי-תחרות שקבעה כי חברי "אגד" היוצאים לפנסיה מוקדמת אינם רשאים להתחרות ב"אגד" במשך שלוש שנים. בית-המשפט העליון התחשב שוב רק באינטרס של "אגד" בתניה ובחופש העיסוק של החברים, מבלי לדון כלל בשאלת הפגיעה בתחרות, אף-על-פי ששוק התחבורה הציבורית הוא מונופוליסטי ונמצא בעידן של פתיחה לתחרות, שבו חשיבות הכניסה של גורמים חדשים לשוק מובנת מאליה.⁶⁵ חברים בכירים של "אגד" היוצאים לפנסיה מוקדמת הינם

60 יש להדגיש שוב כי הטפתנו לשימת דגש בפגיעה בתחרות אינה גורעת מן הצורך לשים דגש גם ביתרונות ובהצדקות של תניית האי-תחרות. כך, ייתכן שבעניין תבור הג"ל היו לתניה יתרונות בדמות הגנה על סודות עסקיים של קיבוץ עמידר שלא היו מוגנים בפטנטים. כן ייתכן שתניית אי-תחרות לתקופה מסוימת היתה מוצדקת לנוכח הרצון לתמרץ את קיבוץ עמידר לפתח את הידע מלכתחילה. היה על בית-המשפט לאון יתרון זה של תניית האי-תחרות כנגד פגיעת התניה בתחרות בשוק הרלוונטי.

61 פד"ע כה(ה) 12.

62 לנוכח פרק-הזמן הממושך הדרוש לליטיגציה סביב העניין העיקרי, מתן צו זמני בסוגיה של תניות אי-תחרות חורץ לרוב את דין הפרשה כולה. אם בית-המשפט מעניק צו-מניעה זמני האוכף תניית אי-תחרות שתוקפה שנתיים, והצו הזמני אורך כשנתיים, הרי שהוא אוכף את תניית האי-תחרות הלכה למעשה.

63 ראו החלטת הממונה בעניין הסדרים כזבלים בין יצרני אריזות מקרטון גלי (ההגבלים העסקיים) (טובה אולשטיין, עורכת, תשנ"ו) כרך ב, 66.

64 לעיל הערה 28.

65 מעידה על כך החלטתו לא מכבר של הממונה על הגבלים עסקיים בעניין נצב"א החזקות 1995 בע"מ ומפעלי תחנות בע"מ (טרם פורסם, 1999), 3003820.

בכנסים פוטנציאליים סבירים ביותר לשוק זה לנוכח נסיונם עתיר־השנים. אכן, רכטמן, שתניית האי־תחרות שאושרה בפסק־הדין חלה עליו, הפיץ ליזום עסק משלו שהיה יכול להתחרות ב"אגד" ולתרום לשיפור התחרותיות בשוק מונופוליסטי זה.⁶⁶ כפי שהראו הפסקות הקודמות, האפקט האנטי־תחרותי של תניית אי־תחרות בולט במיוחד כאשר תניה זו מונעת כניסת עובד לשעבר לשוק במסגרת פירמה חדשה. תמונה אם כך ההתבטאות שהדגיש בית־הדין הארצי לעבודה בעניין טועמה,⁶⁷ לפיה העובדה שהעובד לשעבר איפשר הקמת עסק מתחרה, להבדיל ממעבר העובד למתחרה קיים, מצדיקה עוד יותר את הגבלת חופש העיסוק של העובד. כפי שציינה פרופסור נילי כהן במאמרה: "...מנקודת־מבטו של אינטרס הציבור בקידומה של תחרות, בודאי אין לצמצם מצבי תחרות רק למקרים שבהם מבקשים לסייע בקידומו של עסק קיים."⁶⁸ אכן, כפי שהראינו בפסקות הקודמות, דווקא הגבלת העובד מהגשת עזרה לפתיחתו של עסק חדש היא בעלת אפקט אנטי־תחרותי מובהק. מנגד, כפי שנראה בפסקה ד.4 להלן, הגבלת העובד מעבודה אצל מתחרה קיים ומכוסס תפגע בתחרות בקשת צרה יותר של מקרים ובמידה פחותה יותר.

הדברים שנאמרו בפסקות הקודמות לעניין תניית אי־תחרות המונעת פתיחה של עסק חדש על־ידי העובד לשעבר נכונים במקרים רבים גם לתניית אי־תחרות המונעת את העובד לשעבר מלעבוד אצל נכנס חדש לשוק. באותם מקרים שבהם העובד חשוב לעסק החדש עד כדי כך שהוא מהווה מפתח לכניסתו של העסק החדש לשוק, תהא פגיעת התניה בתחרות אנלוגית לתניה המונעת את העובד מלפתוח עסק חדש בעצמו; זאת משום שכניסה חדשה של אותה פירמה (המעביד החדש של העובד) אינה אפשרית ללא העובד. נוסף על כך, הדברים שנאמרו בפסקות הקודמות יפים במקרים מסוימים גם לתניה המונעת את העובד מלעבוד אצל מתחרה קיים אך איזוטרי בשוק. אם מבנה השוק שהמעביד פועל בו כשחקן רציני בשוק הוא כזה שיש בו גם פירמות קטנות ולא־מבוססות שהשפעתן על השוק זניחה (fringe competitors), הצטרפות העובד המנוסה בענף לפירמה קטנה מעין זו עשויה לאפשר לפירמה הקטנה להגדיל את נתח השוק שלה וליהפך למתחרה רציני בשוק. ככל שמספר המתחרים הרציניים בשוק גדול יותר, כן התחרותיות גדלה והמחירים לצרכנים יורדים.⁶⁹ מתחרים איזוטריים (fringe competitors), שהשפעתם על השוק זניחה, אינם יכולים להוות חסם לכוחן של הפירמות הדומיננטיות בשוק להעלות מחירים. אם כך, בשוק מעין זה, שקיימות בו פירמות קטנות ולא־מבוססות, גם תניית אי־תחרות המונעת עובד מלעבוד אצל מתחרה קיים עלולה לפגוע בתחרות, באשר היא עלולה למנוע צמיחה של פירמות קטנות והפיכתן למתחרות של ממש. מכאן שאם המעביד

66 ראו גם את עניין ת"א (ת"א) 1185/97 ק.ל.א סהר והנדסה בע"מ נ' שושני, דינים מחוזי כו(7) 763, שם לא נעשה כל ניתוח תחרותי של הענף הרלוונטי, והתניה אושרה אף־על־פי שהמעביד היה היחיד בישראל שייצר מכונות מסוג מסויים.

67 לעיל הערה 15, בע' 238, 241.

68 לעיל הערה 5.

69 לעיל הערה 39 ואילך והסקסט הנלווה אליהן.

מחיל את תניית האי־תחרות רק על עבודה אצל מתחריו הגדולים, ולא אצל מתחריו הקטנים והלא־מבוססים, וגם לא על פתיחת עסק חדש (או הצטרפות אל נכנס חדש), הסיכוי להכשרת התניה צריך לעלות משום שהפגיעה בתחרות הגלומה בה קטנה יותר בדרך־כלל.⁷⁰

כאמור, פסק־הדין היחיד הכולל יישום אמיתי של שיקולי תחרות במסגרת הדוקטרינה החוזית של תניות אי־תחרות הוא פסק־הדין בעניין "יחד".⁷¹ בעניין זה נידונה תניה שהיתה כלולה בתקנות אגודה שיתופית של עובדי בשר ומובילי בשר בחיפה, לפיה כל חבר באגודה מתחייב לא להתחרות באגודה ובחבריה, באיזור חיפה בו פעלה האגודה, במשך חמש שנים מיום הפסקת חברותו באגודה, אף־על־פי שבית־המשפט העליון גילה גישה סלחנית כלפי עצם קיומה של האגודה המונעת את התחרות בין חבריה לבין עצמם,⁷² הכריע בית־המשפט העליון לרעת התניה על־סמך שיקולים של פגיעה בתחרות ותוך ניתוח מעמיק למדי של השפעת תניית האי־תחרות על התחרות בענף הרלוונטי. בית־המשפט מציין את העובדה שתניית האי־תחרות חסמה באותו מקרה כניסה של גורמים עצמאיים, שאינם קשורים לאגודה הקרטליסטית, אל הענף, ובכך הנציחה התניה את מעמדה המונופוליסטי של האגודה. בית־המשפט גם מסתמך על העובדה האמפירית שלמן ייסוד האגודה, לא קמו לה מתחרים.⁷³ אף־על־פי שבית־המשפט לא הפך להכריע בשאלה אם התניה מהווה "הסדר כובל" לעניין חוק ההגבלים העסקיים דאו (חוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט-1959), ההחלטה המאלפת מדגישה כי "מניעת כל התחרות מן ההכרח שתביא להאמרת המחירים, והדבר מוזיק פי כמה, כשהמדובר במצרך חיוני כבשר".⁷⁴ למרבה הצער, למיטב ידיעתי, זה היישום היחיד של שיקולי תחרות המצוי בפסיקה בעניין

70 תניית האי־תחרות בעניין אגד נ' מירון, לעיל הערה 33, בע' 524, היתה מנוסחת כחלה רק על מעבר העובד למתחרה חדשה, ולא על מעבר העובד למתחרה מבוססת. הוזה אומר, ההבחנה בתניה היתה הפוכה ממה שראוי מבחינת קידום התחרות. בית־המשפט פסל אומנם את התניה, אולם אך ורק על בסיס הפגיעה בחופש העיסוק וללא שום דיון בתחרות. ממילא לא הבחין פסק־הדין עד כמה חמורה היא תניה הממוקדת דווקא נגד כניסה חדשה לשוק.

71 לעיל הערה 6.

72 בית־המשפט מציין: "...אין חילוקי דעות על כך שאחת ממטרותיה [של האגודה] היתה והינה למנוע התחרות בשטחים בהם פעילים חבריה. אינני סבור ששאיפה זו, כשהיא לעצמה, נוגדת את הסדר הציבורי. מגמה זאת יכולה להיות חיובית, כשהיא באה למנוע התחרות פרועה, המביאה להורדת המחיר של הסחורה או של השירות מתחת לרמת המחיר ההוגן." (שם, בע' 2344).

73 שם, בע' 2346.

74 שם, בע' 2347. יש לציין כי הפגיעה בתחרות היא שהכריעה בהחלטה זו לרעת התניה, שהרי מבחינת "היחסים שבין חברי האגודה בינם לבין עצמם" הגיע בית־המשפט למסקנה כי "...כפות המאזניים לצד ביטול התקנה או לצד קיומה מעויינות פחות או יותר" (שם, בע' 2346).

הדוקטרינה החוזית של תניות אי־תחרות. ייתכן שעובדות המקרה בעניין "יחד" היו בוטות עד כדי כך (אגודה קרטליסטית, החולשת על השוק הרלוונטי כולו ומונעת תחרות מצד חבריה לשעבר, והיות המוצר הנידון מוצר חיוני) שבית־המשפט ניאות לדון בשיקולי תחרות. אולם כפי שהראיתי לעיל, גם במקרים בוטים פחות, שאין מדובר בהם בתניית אי־תחרות המנציחה שוק קרטליסטי או מונופוליסטי, תניית אי־תחרות עלולה לפגוע בתחרות באופן משמעותי, ויש להביא פגיעה זו בחשבון לפני שנותנים תוקף לתניה.

(א) נפקות העובדה שהתניה מוגבלת מבחינת האיזור הגיאוגרפי, חתך האוכלוסייה או תחומי העיסוק

תניית אי־תחרות המונעת את העובד מלפתוח עסק מתחרה יכולה לפגוע באופן משמעותי בתחרות גם כאשר היא מוגבלת מבחינת השטח הגיאוגרפי או חתך האוכלוסייה שהיא חלה לגביהם. בתי־המשפט הדגישו בעקביות תחולה גיאוגרפית מצומצמת של התניה כפרמטר המשפר את הסיכויים לאישורה.⁷⁵ דרך מחשבה זו היא תסמין נוסף להתעלמות בית־המשפט משיקולי תחרות ושימת דגש בהגבלת חופש העיסוק בלבד. אכן, ככל שהאיזור הגיאוגרפי שהתניה חלה לגביו צר יותר, כן ייתכן שיהא בסיס לומר כי חופש העיסוק של העובד הוגבל פחות, שהרי הוא יוכל לעסוק במשלח־ידו במתחמים גיאוגרפיים אחרים; אולם בכל הנוגע בפגיעת התניה בתחרות, העובדה שהתחולה הגיאוגרפית של התניה מצומצמת אינה מצביעה כשלעצמה על פגיעה קטנה יותר בתחרות. ראשית, השוק הרלוונטי עשוי להיות מקומי בענפים רבים, ולא להתפרש על המדינה כולה.⁷⁶ אם תוקפה של תניית האי־תחרות הוגבל לאיזור גיאוגרפי מסוים, ייתכן בהחלט שהמעביד חושש מתחרות אך ורק במתחם גיאוגרפי מוגבל זה, ואם יפתח העובד

75 ראו, למשל, עניין מעיינות הגליל המערבי, לעיל הערה 34, בע' 350; עניין אגד נ' מירון, לעיל הערה 33; עניין ברמן, לעיל הערה 15, בע' 723; ע"א 238/73 שרעבי נ' חמצני, פ"ד כח(1) 85, 90.

76 זה המצב, למשל, בענף תיווך הנדל"ן (לפחות בכל הנוגע בלקוחות פרטיים), בענף המכר הקמעונאי, המסעדנות או השירותים למיניהם. בענפים מעין אלה לא יפנו צרכנים, בדרך־כלל, לספקים המצויים מחוץ למתחם הגיאוגרפי הקרוב דיו למקום מגוריהם (או למקום עבודתם), וזאת גם אם ספקים המצויים מחוץ לאיזור מגוריהם גובים מחירים נמוכים יותר באופן משמעותי או מעניקים מוצר או שירות איכותיים יותר באופן משמעותי מן הספקים המצויים במקום מגוריהם. במילים אחרות, מידת התחליפות, בעיני צרכנים, בין המוצרים המסופקים במקום מגוריהם לבין המוצרים המסופקים מחוץ למקום מגוריהם הינה קטנה, ומכאן שהענף הרלוונטי הוא, מבחינת הניתוח התחרותי, בעל אופי מקומי. לניתוח הנושא של הגדרת השוק הרלוונטי ראו גילה, לעיל הערה 41; החלטת הממונה בעניין רכישת "דקלה" על־ידי "הראל־המשמר", ההגבלים העסקיים (ט' אולשטיין עורכת, תשנ"ה) כרך א, 158, 169-178 (מספר פרסום: 3001298).

עסק מחוץ למתחם זה, הוא לא יתחרה במעביד למעשה, מאחר שלא ימכור מוצר או שירות תחליפיים דיים לאלה של המעביד.

כך, בעניין ברמן⁷⁷ הכשיר בית-המשפט העליון תניה שאסרה על העובד (מגהל בכיר בפירמה המעבידה) להתחרות במעביד באיזור פרדס-חנה, בין היתר משום שהתחום הגיאוגרפי בו חלה התניה היה מוגבל.⁷⁸ בכל הנוגע בפגיעה בחופש העיסוק של העובד, אכן חופש עיסוק זה נפגע אולי פחות בהתחשב במתחם הגיאוגרפי המצומצם של התניה; אולם ההחלטה חסרה ניתוח של פגיעת התניה בתחרות. ייתכן בהחלט שבדיקה קונקרטית של פגיעת התניה בתחרות, כמו זו שהיה על בית-המשפט לנהל, היתה מראה שהשוק הרלוונטי באותה פרשה היה מקומי (שוק התובלה באיזור פרדס-חנה). אכן, פסקי-הדין הושף שכל הלקוחות הגדולים של המעביד היו מפעלים באיזור פרדס-חנה. ייתכן שלקוחות אלה היו זקוקים לחברת הובלות שהמטה שלה נמצא באיזור המפעל שלהם, ושגם אם חברת הובלות זו דורשת מחירים גבוהים, לא יהיה ללקוחות אלה כדאי לעבור לחברת הובלות שהמטה שלה ממוקם רחוק יותר. מכאן שהשוק הרלוונטי בעניין ברמן היה עשוי בהחלט להיות מקומי, ותניית האי-תחרות הנציתה מעמד דומיננטי (כפי הנראה מונופוליסטי) של המעביד. אלא שבית-המשפט לא נכנס כלל לניתוח הפגיעה בתחרות, ואישר את התניה.

בעניין מעיינות הגליל המערבי⁷⁹ חפצה החברה המבקשת, מפיצה של מוצרי מזון באיזור נהריה, לשווק משקאות קלים המתחרים באלה של "תבורי", המשיבה, שהיא יצרנית ומשווקת של משקאות קלים. אולם המפיצה נחסמה חוזית מלעשות כן על-סמך תניה בחוזה שלה עם "תבורי", לפיה אם תשווק משקאות מתחרים, ייאסר עליה לשווק משקאות קלים כלל (למעט מותג אחד) במשך שלוש שנים. בית-המשפט העליון, באשרו את התניה, נתן נפקות רבה לעובדה שהתניה חלה רק באיזור נהריה. אולם ענף השיווק הקמעונאי של משקאות קלים הוא בעל אופי מקומי מובהק. אם כך, השוק הרלוונטי לעניין שיווק קמעונאי של משקאות קלים בעניין מעיינות הגליל המערבי כלל ממילא רק את איזור נהריה. פועלה של התניה היה אם-כן הפחתה באחד של מספר המשווקים הקמעונאים של משקאות קלים באותו שוק.⁸⁰ היה על בית-המשפט לבדוק כמה קמעונאים משמעותיים

77 לעיל הערה 15.

78 שם, בע' 721.

79 לעיל הערה 75.

80 בפרשה זו נתן בית-המשפט העליון נפקות גם לעובדה שהתניה הוציאה מתחולתה שיווק מותג אחד של משקאות קלים (לאמור: "משקאות קלים מתוצרת גולדסון"). גם עובדה זו אינה יכולה, ללא ניתוח מעמיק יותר, להצביע על פגיעה פחותה של התניה בתחרות. על-מנת לבדוק אם יש בהוצאת מותג מסוים מתחולת התניה כדי להחליש את פגיעתה בתחרות היה צורך לבחון עד כמה התחרה אותו מותג ב"תבורי" ואם היה אותו מותג ממילא איזוטרי בשוק. ניתוח מעין זה היה צריך להיכנס לגדר שיקוליו של בית-המשפט לפני שאישר את התניה.

המספקים משקאות קלים נותרו, לאור התניה, באיזור גהריה. אם מספר זה קטן, הפגיעה של התניה בתחרות הינה משמעותית למרות האיזור הגיאוגרפי המצומצם.⁸¹ בעניין נורדנברג⁸² אסרה תניית אי־תחרות על בן־ארי, מתווך שהיה קשור עם רשת של שירותי תיווך, "פרנס נורדנברג בע"מ", לעסוק במשך שנה למן סיום קשריו עם "נורדנברג בע"מ" בתיווך באיזור רחובות ונס־ציונה. השופט קלינג דן הן בטענות במישור הדוקטרינה החוית של תניות אי־תחרות והן במישור דיני ההגבלים העסקיים. בכל הנוגע ביישום הדוקטרינה החוית של תניות אי־תחרות, השופט קלינג מצטרף לפסיקות הרבות המתעלמות מסוגיית הפגיעה בתחרות.⁸³ הוא מציין כי התניה סבירה, בין היתר משום שהיא מוגבלת מבחינת תחולתה הגיאוגרפית. הדגש בשאלת הפגיעה בחופש העיסוק והתעלמות מסוגיית הפגיעה בתחרות בולטים גם כאן: מבחינת הפגיעה בחופש העיסוק של בן־ארי, התחולה הגיאוגרפית המוגבלת של התניה אכן פועלת אולי לטובת אישורה, שהרי הוא יוכל, למרות התניה, לעסוק בתיווך במקומות אחרים. אולם, אילו היה בית־המשפט מנתח את סוגיית הפגיעה בתחרות, היה הניתוח עשוי להיות שונה. הענף של תיווך גדל־ן ללקוחות פרטיים הוא בעל אופי מקומי. אדם המחפש דירה, בית או מגרש באיזור רחובות ונס־ציונה יפנה אל מתווך הפועל באיזורים אלה, ולא אל מתווך הפועל באיזור תל־אביב, רמת־גן או גבעתיים, גם אם דמי־התיווך שגובים מתווכים בתל־אביב, רמת־גן או גבעתיים נמוכים באופן משמעותי מדמי־התיווך שגובים מתווכים ברחובות ובנס־ציונה; וגם אם רמת השירות של מתווכים ברחובות ונס־ציונה נמוכה בהרבה מרמת השירות של מתווכים הפועלים במקומות אחרים. מכיוון שהשוק הרלוונטי הינו מקומי, אין נפקא מנה מבחינת הפגיעה בתחרות אם התחולה של תניית האי־תחרות הינה מקומית, משום שכדיקת הפגיעה בתחרות נעשית ממילא בשוק הרלוונטי, הוא השוק של תיווך

81 בעניין מעיינות הגליל המערבי היה פרמטר תחרותי נוסף שייתכן כי היה ראוי לבדיקה על־ידי בית־המשפט. תניית האי־תחרות שנידונה בפרשה זו היתה למעשה סנקציה שסייעה לאכיפה של הסכם בלעדיות. לפי הסכם בלעדיות זה, התחייבה "מעיינות הגליל המערבי" לשווק רק משקאות קלים מתוצרת "תבורי", המשיבה, ולא משקאות קלים של חברות המתחרות בה. כאשר שוק הספקים הינו ריכוזי, וכאשר מספר הקמעונאים בענף הגיאוגרפי הרלוונטי מצומצם, הסדר בלעדיות מעין זה עלול לפגוע בתחרות במישור הספקים על־ידי דחיקת רגליהם של ספקים מתחרים (ראו, למשל, החלטת הממונה בעניין הסדרי הבלעדיות בין חברות הדלק לתחנות התדלוק, ההגבלים העסקיים (טובה אולשטיין, עורכת, תשנ"ה) כרך א, 19). אולם, טענות במישור זה לא הועלו לפני בית־ המשפט, וממילא לא נתן בית־המשפט את דעתו על סוגיה זו.

82 ה"פ (ת"א) 1990/95 פרנס נורדנברג בע"מ נ' בן ארי (טרם פורסם). הערעור לבית־המשפט העליון נדחה מסיבות טכניות (ראו ע"א 8734/96 פרנס נורדנברג בע"מ נ' בן־ארי (לא פורסם)).

83 למעשה, גם בדיונו של השופט קלינג במישור ההגבלים העסקיים נמנע השופט מגיתוח תחרותי מהותי, עקב קביעתו כי העניין נכנס לגדר סעיף 2(ב3) לחוק ההגבלים, הקובע חוקה שהסדר הוא כובל גם בלי להראות פגיעה בתחרות.

הנדל"ן באיזור רחובות ונס־ציונה. כך, למשל, לא בדק בית־המשפט כמה משרדי תיווך פועלים באזור רחובות ונס־ציונה. אם, למשל, רשת התיווך של נורדנברג היתה היחידה שפעלה באיזור זה, תניית האי־תחרות עזרה להנציח מעמד מונופוליסטי בשוק הרלוונטי. אם היו רק שתי רשתות תיווך באזור זה, תניית האי־תחרות עזרה להנציח מבנה שוק ריכוזי שקיימות בו רק שתי פירמות.⁸⁴

יתר על־כן, גם כאשר השוק הרלוונטי רחב מן המתחם הגיאוגרפי הכלול בתניית האי־תחרות, ייתכן עדיין שהתניה פוגעת בתחרות באופן משמעותי. נגית, למשל, שהשוק הגיאוגרפי הרלוונטי למתן שירותים טכניים למעליות הוא המדינה כולה. נגית כי בחווה עבודה של עובד מסוים כלולה תניה לפיה אותו עובד מתחייב לא לפתוח עם סיום עבודתו עסק שיתחרה בעסקו של המעביד בכל האיזור שבין נתניה למטולה. פגיעתה האנטי־תחרותית של תניה זו מתבטאת בשני אופנים. ראשית, בכל הנוגע באיזור שבין נתניה למטולה, היא מונעת הוספת מתחרה פוטנציאלי. כך, למשל, אם המעביד הוא הפירמה היחידה הפועלת כרגע באיזור זה, יונצח המונופולין שלה בכל הנוגע בצרכנים שבין נתניה למטולה: גם אם יפנו צרכנים אלה לקבלת שירותים זולים יותר או איכותיים יותר מן העובד לשעבר, יאלץ הלה לסרב עקב כפיפותו לתניית האי־תחרות.⁸⁵

שנית, תניה מעין זו יכולה להיות מכשיר שמקל על תיאום של חלוקת שוק בין המעביד לבין העובד.⁸⁶ כך, למשל, נגית שהמעביד בדוגמה הנ"ל הוא הפירמה היחידה שסיפקה שירותי מעליות במדינה. עובד שפרש מעסקו של מעביד זה עשוי לפתוח עסק מתחרה שיפעל בכל רחבי המדינה. אולם כפי שניתן להראות, רווחי הפירמות במצב של תחרות ביניהן קטנים בהרבה מן הרווחים שהן היו יכולות להשיג אילו ביטלו את התחרות ביניהן. על־כן, הן העובד לשעבר והן המעביד מעוניינים לבטל את התחרות ביניהם. אלא שקרטלים מפורשים אסורים על־פי דיני ההגבלים העסקיים. העובד לשעבר והמעביד יכולים לכאורה לנסות להימנע מתחרות זה עם זה בצורה משתמעת, ללא כל תקשורת

84 בעניין "יחד", לעיל הערה 6, התחלטה היחידה שיישמה שיקולי תחרות במסגרת ניתוח של תניית אי־תחרות, אבחן בית־המשפט יפה את העובדה שהשוק הרלוונטי הוא מקומי: באותו מקרה היה מדובר בשיווק קמעונאי של בשר. בהתאם, ובצדק, לא הקל בית־המשפט עם התניה רק לנוכח תחולתה הטריטוריאלית המצומצמת לאיזור חיפה בלבד (איזור הפעילות של האגודה הקרטליסטית שנהנתה מתניית האי־תחרות).

85 הדיון יהיה דומה גם אם אין למעביד מונופולין מוחלט. כך, אם קיימים במדינה מלכתחילה שני ספקים של שירותי מעליות, יעמדו הצרכנים היושבים בין נתניה למטולה, בדוגמה זו, מול שני מתחרים בלבד, ולא יוכלו לפנות לעובד לשעבר כאל מתחרה שלישי גם אם יהיו מחיריו נמוכים יותר ואיכות שירותיו טובה יותר. כזכור, הראינו בפסקה ד.1 לעיל כי ברוב השווקים שפירמות מעטות פועלות בהם, ככל שמספר זה יהיה קטן יותר, כן תקטן התחרותיות בשוק.

86 הכוונה ב"חלוקת שוק" לעניין זה היא להסדר בין מתחרים לפיו הם יחלקו ביניהם את השוק הרלוונטי כך שלכל מתחרה יהיה מונופול בחלק מן השוק. נהיר שחלוקת שוק היא אנלוגית לקרטל בין המתחרים, המבטל את התחרות ביניהם.

ביניהם, אלא שאז יהיה להם קשה לתאם את תנאיה של אי־תחרות זו (לדוגמה, כיצד יחולק השוק, מה יהא המחיר הקרטליסטי וכיוצא בזה).

תניית אי־תחרות תמימה לכאורה, הנספחת לחוזה העבודה של העובד, יכולה לפתור בעיית תיאום זו, וכך לאפשר את חלוקת השוק הקרטליסטית. תניית אי־תחרות כזו תחייב את העובד לא להתחרות במעביד באיזור שבין נתניה למטולה, ותסמן לצדדים שחלוקת השוק הקרטליסטית ביניהם, כשיפרוש העובד מעסקו של המעביד, תהיה כדלהלן: למעביד יהיה מוגנפולין על צרכנים בין נתניה למטולה, ואילו לעובד לשעבר יהיה מוגנפולין על צרכנים ביתר מחוזות המדינה – בין נתניה לאילת.⁸⁷ אם כך, תניית אי־תחרות, גם אם היא מוגבלת מבחינת גיאוגרפיה, יכולה להקל על חלוקת שוק קרטליסטית בין המעביד לעובד.

ניתן לטעון לכאורה כי אף פגיעה משמעותית בתחרות מעלה פחות חששות כאשר השוק הגיאוגרפי מוגבל משום שמספר הצרכנים הנפגעים קטן. אולם גם אם נאמץ גישה "כמותית" מעין זו לבחינת השאלה אם יש לאסור השפעה אנטי־תחרותית זו או אחרת, ההסתמכות על קטנותו של שוק זה או אחר מטעה. אם נאמץ הלכה לפיה, כאשר הסדר פוגע רק בשוק קטן, יהיה ההסדר פטור, נכשיר בכך הסדרים רבים שכל אחד מהם יפגע בשוק קטן. אף־על־פי שפגיעתו של כל אחד מן ההסדרים בפני עצמו תהיה רק בצרכנים של אותו שוק, תשליך השפעתם המצרפית של ההסדרים על האוכלוסייה כולה. כך, למשל, תניות אי־תחרות בין משרדי תיווך לעובדיהם עשויות להשליך רק על השוק המקומי שכל משרד תיווך פועל בו; אולם אם נכשיר את כל תניות האי־תחרות של כל משרדי התיווך הפועלים בכלל השווקים הגיאוגרפיים במדינת־ישראל, תורגש השפעתו האנטי־תחרותית המצטברת על־ידי האוכלוסייה כולה.

בפסקות הקודמות הראיתי כי התחום הגיאוגרפי המצומצם של תניית האי־תחרות אינו אומר כשלעצמו כי הפגיעה בתחרות קטנה. ניתוח דומה חל גם על תניה המוגבלת מבחינת חתך האוכלוסייה. כך, למשל, אם תניית אי־תחרות אוסרת על העובד להתחרות במעביד במגזר של לקוחות עסקיים, אין בכך כדי להצביע על פגיעה פחותה של התניה בתחרות.

87 הדברים יהיו יפים גם למקרה שהמעביד בדוגמה זו אינו מוגנפוליסטי, אלא פירמה דומיננטית עם מתחרים קטנים שאינם ממלאים תפקיד של ממש בשוק. יתר על־כן, גם כאשר קיימים מתחרים רציניים נוספים שאינם משתתפים בהסדר חלוקת השוק, ייתכן שתהא למעביד ולעובד לשעבר הניעה (מוטיווציה) להשתמש בתניות האי־תחרות לצורך חלוקת שוק קרטליסטית מעין זו. כך, למשל, נניח כי מלכתחילה קיימות שתי פירמות המשרתות את כל הארץ: המעביד ופירמה נוספת. אם יפתח העובד עסק מתחרה שיתחרה בכל רחבי הארץ, יעלה מספר המתחרים על חסדי חלוקות בכל רחבי הארץ לשלושה, וכך יהיו רווחי כלל הפירמות בשוק, כולל אלה של המעביד והעובד לשעבר, קטנים יחסית. לעומת זאת, "חלוקת שוק" בין המעביד לעובד לפיה יימנע העובד לשעבר מלתקן מעליות בין נתניה למטולה והמעביד יימנע מלתקן מעליות בין נתניה לאילת תיצור מצב שבו יהא לכל אחד מהם רק מתחרה אחד, ורווחיהם עשויים להיות גדולים יותר למרות ויתורם על העיסוק בפלח שוק מסוים של המדינה.

אם המעביד משרת ממילא רק לקוחות עסקיים, השוק הרלוונטי שיש לבדוק בו את פועלה האנטי-תחרותי של התניה הוא המגזר העסקי בלבד. יתר על-כך, גם אם עסק המעביד הן במגזר העסקי והן במגזר הפרטי, התניה יכולה להקל על תיאום של חלוקת שוק לפי תכני אוכלוסייה בין המעביד לבין העובד לשעבר: על-פי חלוקת שוק זו יתמקד המעביד בלקוחות עסקיים בעוד שהעובד יתמקד בלקוחות פרטיים, כך שהתחרות ביניהם תחוסל על גבם של הצרכנים. מכל מקום, התחייבות העובד לא לעסוק עם לקוחות עסקיים תפחית באחד את מספר המתחרים שהיו יכולים לתפקד במגזר הלקוחות העסקיים, ובכך תפגע התחרות במגזר זה.

לבסוף, הניתוח בפסקה זו הל גם על תניה המוגבלת מבחינת תחום העיסוק. כך, בעניין מעיינות הגליל המערבי,⁸⁸ באשרו את תניית האי-תחרות, נתן בית-המשפט העליון נפקות רבה לכך ש"ההגבלה מתייחסת לעיסוק במגזר כלכלי מצומצם למדי: איסור שיווק משקאות קלים, למעט משקאות קלים מתוצרת 'גולדסן' ובירה מתוצרת מבשלת שיכר לאומית".⁸⁹ הלכות מסוג זה הן שוב תסמין לנטייה כללית של בתי-המשפט להביא בחשבון רק את הפגיעה בחופש העיסוק, ולא את הפגיעה בתחרות. מבחינת הפגיעה בחופש העיסוק, אכן, ככל שהתניה חלה על מספר קטן יותר של תחומי פעילות, כן יהיה אפשר אולי לבסס ביתר קלות טענה שחופש העיסוק נפגע פחות. אולם, אין בתחולה של התניה על תחומים מסוימים בלבד כדי לצמצם בהכרח את פגיעתה של התניה בתחרות. כך, בעניין מעיינות הגליל המערבי, העובדה שהתניה חלה רק על משקאות קלים, ולא על "בירה מתוצרת מבשלת שיכר לאומית", אינה מעלה או מורידה בהכרח לעניין מידת פגיעתה בתחרות. בירה אינה מוצר תחליפי למשקאות קלים. אם כך, שוק המוצר הרלוונטי בעניין מעיינות הגליל המערבי היה שוק המשקאות הקלים, ולא שוק הבירה, שהוא שוק שונה. בחינת הפגיעה בתחרות היתה צריכה אם-כן להיעשות במסגרת שוק המשקאות הקלים, והעובדה ש"מעיינות הגליל המערבי" הורשתה לשוק בירה אינה מעלה או מורידה לעניין הפגיעה של התניה בתחרות בשוק המשקאות הקלים.

2. הפגיעה האנטי-תחרותית בתניית אי-תחרות המגינה על סודות עסקיים

אם המניע לתניית אי-תחרות הוא קיומם של סודות עסקיים, וסודות עסקיים אלה מקנים למעביד יתרון על מתחריו, אזי תניית האי-תחרות תפגע בתחרות בין שתמנע את העובד מלעבוד אצל מתחרה קיים ומבוסס ובין שתמנע אותו מלפתוח עסק מתחרה. הגנה על הסוד העסקי באמצעות תניית האי-תחרות מונעת דיות (דיפוניה) של הסוד העסקי אל מתחרים.⁹⁰ כך מונצח כוח השוק שהסוד העסקי מקנה למעביד. למשל, סוד עסקי המפחית

88 לעיל הערה 34.

89 שם, בע' 350. ראו גם, למשל, עניין דיקר, לעיל הערה 29, בע' 147.

90 ראו: Ronald J. Gilson "The Legal Infrastructure of High Technology Industrial

Districts: Sillicon Valley, Route 128, and Covenants not to Compete" 74

N.Y.U.L. Rev. (1999) 575, המדגיש כיצד הגנה על סודות עסקיים מונעת דיות של מידע

את עלויות הייצור של המעביד יכול לאפשר לו להוריד מחירים אל מתחת לעלויות הייצור של מתחריו, לסלקם מן השוק ולהיות למונופול או פירמה דומיננטית באותו שוק, כמונופוליסט או כפירמה הדומיננטית, יוכל המעביד לדרוש מחירים גבוהים בהרבה מן הרמה האופטימלית, ולהוריד את איכות מוצריו או שירותיו אל מתחת לרמה האופטימלית.⁹¹ איסור על תניות איתחרות, או הגבלתה בזמן יאפשרו מעבר של הטכנולוגיה אל מתחריו של המעביד, כך שגם עלויות הייצור שלהם יפחתו. כך הם יוכלו להתחרות במעביד בעל הסוד העסקי, להוריד מחירים בעצמם ולמנוע אותו מלהגיע למעמד מונופוליסטי בשוק.

גם אם אין המעביד נוקט אסטרטגיה של סילוק מתחרים מן השוק, דיות של הידע אל המתחרים יכול להביא לידי הורדת מחירים כללית בשוק או לידי שיפור האיכות של המוצר או השירות. כך, למשל, נניח שמחיר מוצר הוא 12 ש"ח ליחידה וכי עלויות הייצור של מתחרי המעביד הן 10 ש"ח ליחידה. למעביד יש סוד עסקי המוריד את עלויות הייצור שלו ל-8 ש"ח ליחידה. למרות עלויותיו הנמוכות, המעביד דורש מחיר גבוה בעבור מוצריו תוך ניצול חוסר היעילות היחסית של מתחריו. דיות של הידע אל מתחריו, למשל

וטכנולוגיה ומונעת לפיכך התמשכות של פריחה טכנולוגית במחוז תעשיית הייטק, כגון עמק הסיליקון שבקליפורניה. לטענת Gilson, העובדה שתניות איתחרות אסורות בקליפורניה היוותה את הבסיס לפריחתו של עמק הסיליקון. בעוד Gilson מתמקד בחשיבות הדיות של ידע לצורך המשך הפיתוח הטכנולוגי, אנו מתרכזים כאן בחשיבות הדיות של ידע לתחרות. שיקוליו של Gilson רלוונטיים רק להגנה על סודות עסקיים טכנולוגיים והמצאתיים. דיונונו אנו מתייחס לכלל הסודות העסקיים. כפי שנראה להלן, אף הגנה על סודות עסקיים שאינם המצאתיים או טכנולוגיים, כגון הגנה על רשימת לקוחות, פוגעת בתחרות.

גם השופט קלינג, בעניין המר' 8447/95, המר' 7937/95, ת"א 1018/95 סחר ושירותים בע"מ נ' חברת Rhenus Air Transport GmbH (לא פורסם, דינים מחוזי כו"5) (549) (להלן: עניין סחר ושירותים) בפסקה 11-12, מגלה ערבות לאפקט האנטי-תחרותי של הגנה על סודות מקצועיים. שם קבע השופט קלינג, במסגרת דיון בשאלה אם להעניק צו-מניעה זמני, כי התחייבות לסודיות מקצועית היא בגדר הסדר כובל. אומנם, קביעה כי התחייבות לסודיות מקצועית היא הסדר כובל, מבלי לבדוק לעומק את תנאי השוק הרלוונטי ואת מידת הפגיעה בתחרות, אינה מוצדקת, לדעתנו, אולם יש להפנים, כפי שעשה זאת השופט קלינג, את העובדה שלצד יתרונותיה החברתיים, הגנה על סודות עסקיים גם פוגעת בתחרות.

91 יהא קשה לתקוף את עצם סילוק המתחרים מן השוק בדרך זו בעזרת דיני ההגבלים העסקיים, משום שקשה לתקוף פירמה הדורשת מחירים הגבוהים מעלויותיה היא, כגון המקרה שהוזכר בטקסט. יתר על-כן, פעילות מעין זו, אם בכלל, ניתנת לתקיפה רק כאשר העושה אותה הוא "בעל מונופולין" (ראו סעיף 26(א), 26(ג) לחוק ההגבלים). בשלב זה, כאשר המעביד כבר הצליח להגיע למעמד של בעל מונופולין בשוק, גם אם יפסיק את התנהגותו הטורפנית, הנוק למכנה השוק כבר נגרם.

באמצעות עובד לשעבר של המעביד שיעבור לעבוד אצל מי מהם, יאפשר גם להם לנצל את הידע ולהוריד את עלויותיהם ל-8 ש"ח ליחידה. סביר להניח שהדבר יגרום לירידה כוללת במחיר המוצר (למשל, מ-12 ש"ח ליחידה ל-10 ש"ח בלבד), לרווחת ציבור הצרכנים. הגנה על הסוד העסקי על דרך תניית אי-תחרות תמנע שיפור זה של רווחת הצרכנים.

כך גם לגבי ידע המאפשר למעביד לשפר את איכות המוצר. נניח שלמעביד יש סוד עסקי המאפשר לו לייצר מוצר איכותי יותר. בהנחה שהמעביד אינו משתמש ביתרוננו על-מנת לסלק את מתחריו מן השוק וליהפך למונופול, על נזקיו החברתיים, הגנה על הסוד העסקי תיחד את ההנאה מן המוצר האיכותי יותר לצרכנים הרוכשים מן המעביד. המעביד יוכל, למשל, להעלות את המחיר של מוצריו מתוך ידיעה שרק צרכנים בעלי אמצעים ממגזר אוכלוסייה אמיד יותר יוכלו ליהנות מן המוצר, האיכותי יותר. צרכנים אמידים פחות לא יוכלו ליהנות מאיכות עדיפה זו של המוצר, וירכשו את מוצריהם הפחות איכותיים והיותר זולים של מתחרי המעביד. גם כאן, דיות של הידע למתחרי המעביד ייטיב עם ציבור הצרכנים: המתחרים ייצרו גם הם את המוצר האיכותי יותר, והתחרות בין הפירמות בענף תוכל להוריד את מחיר המוצר האיכותי יותר, כך שגם צרכנים אמידים פחות יוכלו ליהנות מאיכותו. תניית אי-תחרות תמנע דיות זה של הידע ותנציח מצב בו רק הצרכנים המסוגלים לשלם יותר רוכשים מן המעביד ונהנים מאיכות המוצר.

הניתוח של הפסקות הקודמות בכון לא רק לגבי סודות עסקיים בעלי אופי טכנולוגי, אלא גם לגבי סודות עסקיים מוכרים אחרים, כגון רשימת לקוחות. שמירה יעילה של רשימת לקוחות בסוד מקנה למעביד מונופולין על אותם לקוחות. גילוי הסוד למתחריו מאפשר גם להם להתחרות על אותם לקוחות. כך, המחיר שאותם לקוחות יצטרכו לשלם יירד ואיכות המוצרים או השירותים שהם צורכים תעלה. שוב, אין אני טוען כי לא קיימת הצדקה להגנה מסוימת על חלק מן הסודות העסקיים; הנטען כאן הוא שבד בבד עם היתרונות שבהגנה על סודות עסקיים, קיימת גם פגיעה מקבילה בתחרות. יש לאזן לפיכך בין פגיעה זו בתחרות לבין ערכים מתנגשים המצדיקים הגנה על הסודות העסקיים.

גם בשוק תחרותי שפירמות רבות פועלות בו, הגנה בלתי-מוגבלת על הסוד העסקי תפגע בתחרות או במחיר לצרכן. אמחיש זאת בדוגמה פשוטה. נניח שעשרים פירמות פועלות בשוק. לאחת מהן, המעביד, יש סוד עסקי המוריד את עלויות הייצור שלו ל-8 ש"ח ליחידה. המחיר הרווח בשוק הוא 10 ש"ח ליחידה, והוא משקף את עלויות הייצור המוגדלות (עלויות של 10 ש"ח ליחידה) של הפירמות האחרות, שאינן יודעות את הסוד העסקי. על-כן המעביד יכול לדרוש את המחיר הרווח בשוק (10 ש"ח), ולהרוויח, הודות לסוד העסקי, 2 ש"ח ליחידה. אומנם גילוי הסוד למתחרה אחד או שניים של המעביד לא ישנה את המחיר הרווח בשוק, שהרי רוב הפירמות אינן יודעות עדיין את הסוד, ועלויותיהן הן עדיין 10. אולם בטווח הארוך סביר שאיסור תניות אי-תחרות ארוכות-טווח יאפשר לסוד המקצועי לחלחל בענף. עובד אחד שיעבור למתחרה יגלה את הסוד לאותו מתחרה, עובד אחר של אותו מתחרה יעבור למתחרה שלישי ויגלה לו את הסוד, וכן הלאה. אם כך, לטווח הארוך, דיות של הידע לרוב המתחרים יגרום לירידת המחיר הרווח בשוק. מכאן שגם בשוק תחרותי שפירמות רבות פועלות בו, הגנה בלתי-מוגבלת על סודות עסקיים באמצעות תניות אי-תחרות תפגע במחיר לצרכן. יתר על-כן, מבנה השוק

לא יישאר בהכרח תחרותי לטווח ארוך אם למעביד יש סוד עסקי המוגן ללא הגבלה בזמן. אותו מעביד מסוגל לחתוך מחירים אל מתחת לעלויות הייצור של המתחרים, ולסלקם, אחד אחד, מן השוק, תוך הפיכה למונופול או לפירמה דומיננטית בשוק. הווה אומר, הגנה מוגזמת על סוד עסקי יכולה להפוך שוק תחרותי לשוק שאינו כזה.

התעלמות הפסיקה משיקולי תחרות בולטת גם בדוקטרינות המשפטיות הקשורות להגנה על סודות עסקיים באשר הם. כך, הלכה מושרשת היא כי הגנה על סוד עסקי אינה מוגבלת בזמן, כל עוד הידע הוא אכן בגדר סוד עסקי.⁹² הגנה בלתי-מוגבלת בזמן מעין זו היא מפתיעה לנוכח העובדה שהגנה על סודות עסקיים פוגעת בתחרות, כפי שהראינו לעיל. התעלמות זו של הפסיקה משיקולי תחרות בולטת במיוחד לנוכח המשקל הרב שהפסיקה בעניין סודות עסקיים מייחסת לערך אחר – הוא תופש העיסוק. נדבך נוסף בהלכה המושרשת לעניין הגנה על סודות עסקיים הוא שכאשר הגנה על סודות עסקיים פוגעת בחופש העיסוק, ייסוג הכלל של הגנה בלתי-מוגבלת בזמן וייושם במקומו כלל סבירות, המאזן בין האינטרס של הגנה על הסוד העסקי לבין הערך של חופש העיסוק.⁹³

בהתאם נפסק פעמים רבות כי החובה לשמור על סודותיו העסקיים של המעביד אינה מוגבלת בזמן, אולם הגבלת חופש העיסוק של העובד (לצורך הגנה על סודות עסקיים של המעביד) חייבת להיות מוגבלת בזמן.⁹⁴ אלא שהאינטרס של תחרות חופשית לא מצא מקום בנוסחת איוון זו, אף-על-פי שהשיטה המשפטית שלנו מעלה על נס את ערכה של התחרות ומגינה עליה בשקדנות רבה.⁹⁵ אילו היו בתי-המשפט מייחסים משקל לתחרות, היה עליהם לקבוע כי הגנה על סודות עסקיים אינה בלתי-מוגבלת בזמן, אלא עשויה להיות מוגבלת בזמן, תוך איוון עם פגיעת ההגנה על סודות עסקיים בתחרות. כשם שחופש העיסוק הוא אינטרס המסוגל לסייג את היקף ההגנה על סוד עסקי, גם תחרות היתה צריכה להיות מסוגלת לסייג את היקף ההגנה על סוד עסקי.

כך, בעניין טועמה,⁹⁶ עובד לשעבר של פירמה שמכרה מוצרי גומי הפך להצטרף אל מתחרה חדש. בית-הדין הארצי לעבודה נתן צו בלתי-מוגבל בזמן לפיו אל לו לעובד לשעבר לגלות את סודותיו העסקיים של המעביד, וכן נאסר עליו לעבוד בעסק מתחרה במשך שנתיים. צווים אלה אושרו על-ידי בית-המשפט העליון.⁹⁷ בצו הבלתי-מוגבל בזמן להגנה על הסודות העסקיים של המעביד אין כל איוון בין ערכם לבין ערכה של תחרות

92 ראו עניין רב בריח, לעיל הערה 15. וכן עניין החברה לכבלים, לעיל הערה 15, בע' 319; ג' טדסקי "סודות עסקיים" הפרקליט לה (תשמ"ג) 5, 9, 32; ההלכה מגולמת גם בחוק העוללות המסחריות, סעיף 6.

93 עניין החברה לכבלים, שם, בע' 319, עניין רב בריח, שם, בע' 822; כג"צ 1683/93 יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד (4) 702 (להלן: עניין יבין פלסט); טדסקי, שם, בע' 32.

94 ראו שם. ראו גם רע"א 5248/90 אנטין נ' פרנקל, פ"ד מה(5) 139, 145.

95 ראו לעיל הערה 3.

96 לעיל הערה 15.

97 עניין יבין פלסט, לעיל הערה 93.

הנפגעת מהגנה עליהם. ממילא לא בדק בית-הדין עד כמה יפגע הצו שנתן בתחרות בשוק הרלוונטי, עד כמה שוק מוצרי הגומי בישראל הוא ריכוזי ועד כמה תרם העובד לשעבר לכינונו של מתחרה חדש בשוק זה. ייתכן שלנוכח החשיבות של קידום התחרותיות בשוק זה, היה ראוי לקצר את משך ההגנה על הסודות העסקיים. אשר לצו שאסר על העובד לשעבר להתחרות במעביד, כאן איזון בית-הדין, כדרכם של בתי-המשפט בעניינים אלה, את הערך של הגנה על סודות עסקיים כנגד הערך של הגבלת חופש העיסוק, והגביל את הצו לשנתיים; זאת שוב בהתעלם מן הפגיעה בתחרות. ייתכן שבדיקת הפגיעה של צו האי-תחרות בתחרות היתה מצדיקה את קיצור הצו לפחות משנתיים. אולם, כאמור, בית-הדין וכן בג"צ לא התייחסו כלל לשיקולי תחרות.

בעניין עלית⁹⁸ היה מדובר במסגר, סרנגה שמו, שהעסיקה "עלית", כקבלן עצמאי, לצורך אחזקת התנורים והציוד של "עלית" לייצור קפה. סרנגה חתם על תניה שבה התחייב לא לגלות מידע על שיטות הייצור ולא להשתמש בו לטובתו או לטובת צד שלישי במשך חמש שנים מיום סיום העסקתו על-ידי "עלית".⁹⁹ דעת הרוב, מפי השופטת שטרסברג-כהן, נתנה לתניה תוקף חלקי, וקיצרה אותה לשנתיים בלבד. אולם בקצרו את תקופת ההגבלה לשנתיים, במקום חמש שנים, לא הביא בית-המשפט העליון בחשבון שיקולי תחרות, אלא רק שיקולים של פגיעה בחופש העיסוק, מחד גיסא, וערך ההגנה על סודות עסקיים, מאידך גיסא. האיוון שבית-המשפט עורך הוא בין הפגיעה בחופש העיסוק של סרנגה, שהיתה, לגישת בית-המשפט, קטנה, לבין האינטרס להגנה על הידע של "עלית", שגם הוא היה, אליבא דבית-המשפט, חלש יחסית, משום שהידע היה קל יחסית לפיתוח עצמאי.¹⁰⁰ במלאכת איזון זו אין ולו רמז לפגיעה בתחרות שבתניה הגידוניה; אין ניתוח כלשהו של שוק הקפה בישראל, שהוא ריכוזי ללא ספק; אין ניתוח של מידת הדומיננטיות של "עלית" בשוק זה. יש לשער כי תניה המונעת ייסוד מתחרה חדש בשוק ריכוזי מעין זה פוגעת באופן משמעותי בתחרות בענף הקפה בישראל. ייתכן שאילו הביא בית-המשפט בחשבון את פגיעת התניה בתחרות החופשית, הוא היה מקצר את התניה עוד יותר לנוכח פגיעתה המשמעותית בתחרות.

ניתן לכאורה לטעון כי יש סודות עסקיים הפוקעים ממילא ונעשים לנחלת הכלל כעבור תקופות קצרות יחסית, ומשום כך אין ההגנה עליהם יכולה לפגוע בתחרות באופן משמעותי. אם סוד עסקי של פירמה, המעניק לאותה הפירמה יתרון תחרותי, מאבד מחשיבותו ודועך כעבור זמן מסוים, ועימו דועך היתרון התחרותי של הפירמה שהחזיקה בידע, הגנה על הסוד אינה יכולה, על-פי טיעון זה, לפגוע בתחרות באופן משמעותי. אם פירמה מאבדת את היתרון התחרותי (ואת הכוח להעלות מחירים הודות ליתרון התחרותי) עקב הפיכת סודותיה העסקיים למיושנים, למשל, ואין לה ידע חדש ועדכני יותר המחליף את הידע המיושן, החשש מקיומם של הסודות העסקיים והגנה עליהם אכן יפחת. במקרים מעין אלה, השאלה אם ראוי להגן על הסודות העסקיים היא ממילא פחות רלוונטית.

98 עניין עלית, לעיל הערה 28.

99 שם, בע' 801.

100 שם, בע' 810.

ממילא, ההגנה על סודות עסקיים היגה פחות רלוונטית במקרים מעין אלה גם למעביד, שהרי היתרון התחרותי שידע מסוג זה מקנה לו מוגבל ביותר. אולם במקרים רבים פירמות מחדשות את סודותיהן העסקיים מוזמן לזמן. כך, בענף של תיווך הנדל"ן, אם למשרד תיווך יש ידע על הזדמנויות לעסקות נדל"ן פוטנציאליות, הידע מתיישן כעבור זמן קצר יחסית, שהרי העסקות נסגרות. עם זאת, משרד התיווך אוגר באופן שוטף ידע חדש על הזדמנויות עסקיות חדשות. אם כך, בכל נקודת־זמן, למשרד התיווך יש ידע המקנה לו יתרון תחרותי. הגנה על ידע זה באמצעות תניות אי־תחרות פוגעת בתחרות לא פחות מאשר הגנה על ידע שאינו מתיישן לעולם. כך, מתווך העובד במשרד התיווך הוא בגדר נכנס פוטנציאלי סביר לענף הרלוונטי, שהרי יש בידיו ידע על הזדמנויות עסקיות. ייתכן בהחלט שגורם אחר, היצוני לענף, יירתע מלהיכנס לענף בהיעדר ידע מוקדם על הזדמנויות עסקיות.¹⁰¹ סודות עסקיים מתחדשים מעין אלה קיימים לא רק בענף של תיווך הנדל"ן, אלא בענפים רבים אחרים. כך, סודות עסקיים שיש לפירמה לעניין טכנולוגיית הייצור מתיישנים בוודאי כעבור תקופה מסוימת, אך במקרים רבים הפירמה מפתחת באופן שוטף ידע חדש על טכנולוגיות ייצור חדשות עוד יותר. מכאן שהגנה על סודות עסקיים של אותה פירמה, בכל רגע נתון, מנציחה את היתרון התחרותי (ולכן את כוח השוק, הכוח להעלות מחירים) שהידע מקנה לה.

3. נפקות היותה של תניית אי־תחרות מוגבלת בזמן

בתי־המשפט נתנו תמיד בהחלטותיהם נפקות רבה למשך זמן ההגבלה. מבחינת הפגיעה בחופש העיסוק, אכן נראה שככל שמשך ההגבלה קצר יותר, כן ניתן לטעון כי הפגיעה בחופש העיסוק קטנה יותר. גם על כך אפשר אומנם לחלוק, אם תניה אינה מאפשרת לעובד לשעבר לעסוק במשלח־ידו במשך שנתיים, למשל, בכל המדינה – תקופה הנתפסת בדרך־כלל בהחלטות כ"קצרה" יחסית, ובהנחה שהעובד לשעבר אינו חפץ לרדת מהארץ, יש להניח שלא ירצה להיות מובטל במשך שנתיים תמימות, ויעשה הסבה מקצועית. משעשה הסבה מקצועית, התחיל במשלח־ידו החדש וצבר בו ותק וניסיון, יקשה עליו מאוד לנטוש קריירה חדשה זו ולחזור למשלח־ידו הישן בתום השנתיים. אם כך, חופש העיסוק שלו נפגע ממש כאילו לא הוגבלה התניה בזמן. נוסף לחופש העיסוק כשלעצמו, גם מעמדו של העובד בעבודה וקידום הקריירה שלו נפגעו: מהלך הקריירה שלו נקטע באיבו. גם אם ימתין העובד במשך שנתיים ולא יתחיל קריירה חדשה, יהיה לו קשה להמשיך באותה קריירה, כעבור שנתיים, במסגרת עסק או מקום עבודה חדשים, באותה נקודה שבה הפסיק. העובד לשעבר לא יהיה מעודכן בהתפתחויות ובשינויים שחלו בענף, בשיטות העבודה והייצור, במבנה הביקוש וכדומה. מכלול הפרמטרים הללו עשוי להשתנות באופן משמעותי במשך אותן שנתיים בהן הוקפאה יכולתו של העובד לשעבר לעסוק במשלח־ידו. מנגד, אם יתחיל העובד בקריירה חדשה מייד עם עזבו את מקום

101 בפסקה ד.3 להלן נדון בנפקות של היות תניית האי־תחרות עצמה מוגבלת בזמן בהקשר זה של סודות עסקיים מתחדשים.

העבודה, הוא יסבול בדרך-כלל מרגרסיה במעמדו ובקידום הקריירה שלו מתוקף היותו חדש בתחום החדש.

מבחינת הפגיעה בתחרות של תניה המוגבלת בזמן, אכן, בדרך-כלל, ככל שמשך ההגבלה קטן יותר, כן הפגיעה הפוטנציאלית של התניה בתחרות קטנה יותר. עם זאת, לא ניתן לומר שהפגיעה בתחרות געשית לזניחה כל אימת שמשך הזמן של התניה קצר. בהנחה הסבירה כי המעסיק הנהנה מההגבלה הינו רציונלי ומעריך נכון עד כמה התניה תורמת לו, סביר להניח שהתניה אכן מונעת תחרות באופן לא-זניח. ככלות הכול, היתרון שהמעביד מפיץ מן התניה הוא אי-תחרות והנצחת כוח השוק הקיים שלו למשך תקופת התניה. אילו היתה הפגיעה בתחרות זניחה, לא היה המעביד טורח לדרוש את תניית האי-תחרות. כאשר מעביד דורש תניית אי-תחרות מוגבלת בזמן, ההנחה היא שחששו מתחרות מצד העובד לשעבר פוחת באופן משמעותי כעבור אותו הזמן. כך, למשל, נביח שתניית האי-תחרות היא למשך שנה בלבד מהפסקת היחסים, כפי שהיתה התניה בעניין נורדנברג.¹⁰² ייתכן שסוכנות התיווך (המעסיק, שנהנה מהתניה בעניין נורדנברג) צופה באופן סביר שאם לא יוכל מתווך שעושה להתחרות בה בשוק הגיאוגרפי הרלוונטי במשך שנה שלמה, חוקה עליו שיתחיל לעסוק בתיווך בשוק גיאוגרפי אחר. עם חלוף אותה שנה, הסיכויים שהמתווך יעזוב את השוק הגיאוגרפי האחר, תוך הקרבת הוצאותיו והשקעותיו במוניטין, בלקוחות, במשרד וכולי, וייתכן גם תוך העתקת מקום מגוריו, הינם קלושים. במקרה מעין זה, תניה שתוקפה לשנה בלבד פוגעת בתחרות ממש כמו תניית אי-תחרות שאינה מוגבלת בזמן.

העובדה שהתניה היא לזמן מוגבל בלבד מטעה עוד יותר כאשר מדובר בתניה הבאה להגן על סודות עסקיים של המעביד. יש שהסודות העסקיים שהתניה מגינה עליהם מעניקים למעביד ממילא כוח שוק לתקופה מוגבלת בלבד. כך, בעניין נורדנברג, באה התניה להגן, בין היתר, על ידע עסקי של סוכנות התיווך המעסיקה בדבר הזדמנויות עסקיות במכירה וקנייה של נדל"ן. אכן, תוקף התניה היה לשנה בלבד מתום היחסים, אולם סביר להניח כי מידע מעין זה מתיישן ממילא כעבור שנה, משום שהנכסים נשוא המידע כבר נמכרים בדרך-כלל במסגרת אותה שנה, וכבר אינם נזקקים לשירותי תיווך. אם כך, על-מנת למצות את כוח השוק שמונופולין על ידע זה מעניק לסוכנות, די לה בהגבלה של שנה אחת. אם מתווך אחר עוזב בנקודת-זמן אחרת, ברשותו מידע עדכני חדש על הזדמנויות חדשות. הגבלתו של המתווך האחר תהא שנה מיום עזיבתו הוא, ושוב יישמר לסוכנות המונופולין על הידע. אם כך, תניות מן הסוג של התניה שנידונה בעניין נורדנברג עוזרות למעשה לשמור, בכל נקודת-זמן, על מונופולין מלא של המעסיק על הידע. ידע זה מקנה למעסיק כוח שוק (שהרי אחרת לא היה מעוניין בהגנה עליו). הנה לפנינו סיטואציה נוספת שבה משך הזמן הקצר יחסית של התניה אינו גורע מן הפגיעה של התניה בתחרות. ניתוח זה נכון לגבי כל מקרה שבו ידע קונקרטי שבידי המעביד מתיישן כעבור תקופה קצרה (קורלטיבית לתקופת התניה), ונוסף על כך, הידע שבידי המעביד מתחדש כל הזמן, כך שבכל רגע נתון הגנה על הידע מעניקה למעביד יתרון תחרותי.

102 לעיל הערה 82.

גם כאשר הידע שבידי העובד אינו בגדר "סוד עסקי", אלא הינו ידע כללי על הנעשה בענף, כגון שיטת ייצור הרווחת בו, מבנה הביקושים, טעמי הצרכנים ועוד, גם ידע זה מתיישן ממילא בדרך־כלל כעבור תקופה קצובה. אם כך, גם אם תניית האי־תחרות מוגבלת לשנתיים, למשל, אין העובד לשעבר מהווה ממילא נכנס פוטנציאלי כה סביר כעבור שנתיים; שהרי היתרון היחסי שלו כנכנס פוטנציאלי, הידע שצבר לגבי הפרמטרים הרלוונטיים בענף, התיישן ממילא. אם העובד לשעבר כבר אינו מהווה נכנס פוטנציאלי כה סביר כעבור שנתיים, ברור שהמעביד חושש פחות מכניסתו. שוב, עינינו הרואות שהתניה תהיה אנלוגית, מבחינת האפקט האנטי־תחרותי שלה, לתניה לזמן בלתי־מוגבל. התקופה הסמוכה לעויבת העבודה היא התקופה הקריטית מבחינת היותו של העובד לשעבר נכנס פוטנציאלי סביר, בעל ידע טרי על הנעשה בשוק. עם התיישנות הידע שבידי העובד, ממילא אין העובד מהווה איום תחרותי.

4. תניות אי־תחרות שאינן פוגעות משמעותית בתחרות

בפסקות הקודמות הראיתי כיצד תניות אי־תחרות המונעות כניסה אל השוק או המונעות הצטרפות לפירמה איזוטריית בשוק שעשויה לתרום להפיכתה לפירמה מבוססת, כמו גם תניות אי־תחרות המגנינות על סודות עסקיים, עלולות לפגוע בתחרות, ולעיתים אף באופן משמעותי. מאידך גיסא, יש להדגיש כי תניה שאינה באה להגן על סודות עסקיים ורק מגבילה את העובד מלעבוד אצל מתחרות מבוססות של המעביד אינן פוגעות בדרך־כלל בתחרות באופן משמעותי. כך, נניח שבמקרה נתון, המניע לתניית אי־תחרות אינו סודות עסקיים של המעביד, אלא, למשל, חשש של המעביד כי המוניטין של העובד ימשכו אחריו לקוחות של המעביד. נניח גם שהתניה מגבילה אך ורק את יכולתו של העובד לעבוד אל מתחרה מבוסס של המעביד. היא אינה מגבילה את העובד מפתחת עסק מתחרה או מהצטרפות אל נכנס חדש או פירמה איזוטריית בשוק. במקרה כזה, כל מטרתה של התניה היא למנוע שמעבר העובד אל מתחרה מבוסס יגדיל את נתח השוק של המתחרה על־חשבון נתח השוק של המעביד. תניה מעין זו אינה משנה את התחרותיות הכוללת בשוק, אלא רק את החלוקה של נתחי השוק בין המעביד למתחריו המבוססים. כך, למשל, נניח כי למעביד יש נתח שוק של 45%, ולמתחרו המבוסס היחיד נתח שוק של 103.43%¹⁰³ נניח גם כי מעבר עובד אל אותו מתחרה (עקב המוניטין של אותו עובד, המושכים לקוחות) יגדיל את נתח השוק של המתחרה ל־45%, ויקטין את נתח השוק של המעביד ל־43%. תניה המונעת את העובד מלעבוד, עם סיום עבודתו, אל המתחרה המבוסס של המעביד לא תשנה את התחרותיות הכוללת בשוק; עדיין מדובר בשוק שיש בו רק שתי פירמות רציניות ומבוססות. כל שתניית האי־תחרות עושה במקרה זה הוא מניעת מעבר נתח שוק אל מתחרה מבוסס של המעביד על־חשבון המעביד.

103 נניח כי יתר המתחרים, שהם יחד 12% מן השוק, קטנים ולא־מבוססים.

ה. תחולת דיני ההגבלים העסקיים על תניות אי־תחרות

אשר לתחולת חוק ההגבלים על תניות אי־תחרות, אבהיר בפסקות הבאות שלוש סוגיות: ראשית, אבהיר כי לפי חוק ההגבלים, כפי שהוא מנוסח כיום, כל תניית אי־תחרות (שאינה נלווית למכירת עסק בשלמותו) היא בגדר הסדר כובל. שנית, אבהיר כי תוצאה משפטית זו היא מרחיקת־לכת, באשר היא מכתימה כהסדרים כובלים תניות אי־תחרות רבות שאינן פוגעות בתחרות כלל. שלישית, אבהיר, מאידך גיסא, כי מתן פטור גורף לתניות אי־תחרות מתחולת דיני ההגבלים העסקיים גם הוא אינו מוצדק, משום שכפי שהראיתי, חלק גדול מתניות האי־תחרות אכן פוגעות בתחרות, ואף באופן משמעותי. בהתאם, אציע דרכים לתיקון חוק ההגבלים באופן שהחוק יעניק פטור לתת־קבוצה של תניות אי־תחרות. פטור זה צריך להיות מנוסח כך שיאפשר את תחלת חוק ההגבלים על תניות אי־תחרות העלולות לפגוע בתחרות באופן משמעותי, ויפטור מתחולת החוק אותן תניות אי־תחרות שאינן מעלות חשש משמעותי לפגיעה בתחרות.

1. תניית אי־תחרות כהסדר כובל מכוח סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים

על־פי חוק ההגבלים כפי שהוא מנוסח כיום, אין לדעתנו ספק שתניית אי־תחרות מהווה הסדר כובל. סעיף 2(בא) לחוק קובע כי יראו כהסדר כובל הסדר שבו הכבילה נוגעת בו: "3) חלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו." תניית אי־תחרות האוסרת על עובד לשעבר להתחרות במעביד באיזור מסוים או לעניין לקוחות מסוימים מהווה חלוקת שוק הנכנסת, לדעתנו, באופן ישיר לגדר סעיף־קטן 3) האמור. הפרשנות השלטת של סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים, המתיישבת הן עם לשון החוק, הן עם מטרתו והן עם דברי ההסבר להצעת־החוק,¹⁰⁴ היא שסעיף 2(ב) קובע חוקה חלוטה כי ההסדרים הנכנסים לגדרו הינם כובלים, וזאת ללא צורך להיכנס לשאלה אם ההסדר פוגע בתחרות.¹⁰⁵ מכאן שגם באותם מקרים, שתוארו לעיל, בהם תניית אי־תחרות אינה פוגעת בתחרות,¹⁰⁶ היא מהווה הסדר כובל על־פי חוק ההגבלים כפי שהוא מנוסח כיום.

המסקנה כי תניית אי־תחרות היא, על־פי חוק ההגבלים כפי שהוא מנוסח היום, בגדר הסדר כובל מכוח סעיף 2(ב) לחוק התקבלה לאתרוונה, ברוב דעות, בבית־המשפט העליון

104 חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד-1983, ה"ח 1647, א' בכסלו התשמ"ד, 7.11.1983.
 105 כך נקבע גם בע"א 6222/97 טבעול (1933) בע"מ נ' מ"י (טרם פורסם) (להלן: עניין טבעול), בע' 25-28 לפסק־הדין; החלטת הממונה בעניין הסדרי הכלעדיות בין חברות הדלק לתחנות התדלוק, לעיל הערה 81; התקשרויות לאספקה ורכישה של קמח כשר לפסח, ההגבלים העסקיים (טובה אולשטיין, עורכת, תשנ"ה) כרך א, 57, 62; ת"פ (י"ם) 160/96 מ' ישראל נגד חוליות, תעשיות פלסטיקה (טרם פורסם), פסקה 6; יצחק יגור דיני הגבלים עסקיים (1997) 129, והאסמכתאות המובאות שם.

106 פסקה ד.4 לעיל.

בעניין טבעול,¹⁰⁷ תוך אימוץ החלטתו של השופט קלינג בבית־המשפט המחוזי באותו עניין.¹⁰⁸ קביעה דומה קבע השופט קלינג בעניין נורדנברג,¹⁰⁹ בו היה מדובר, כזכור, בתניית אי־תחרות שאסרה על מתווך להתחרות, באיזור גס־ציונה ורחובות, ברשת התיווך שהעסיקה אותו. תוקף התניה היה לשנה אחת מתום יתסיו עם הרשת. השופט קלינג קבע, בצדק, כי מדובר בהסדר כובל על־פי סעיף 2(ב)3 לחוק ההגבלים. סעיף 2(ב)3 נועד לחול על מקרים שבהם מתחרים, או מתחרים פוטנציאליים, מסכימים ביניהם כי לא יתחרו זה בזה על מגזרי אוכלוסייה מסוימים או על שטחים גיאוגרפיים מסוימים. במקרה של תניית אי־תחרות, ההתחייבות האמורה היא חד־צדדית, שהרי רק העובד מתחייב חוזית לא להתחרות במעביד באיזורים ובמגזרי האוכלוסייה שהמעביד פועל בהם. התניה אינה כוללת בדרך־כלל התחייבות מקבילה של המעביד לא להתחרות בעובד לשעבר באיזורים ובמגזרי אוכלוסייה אחרים שבהם יפעל העובד.¹¹⁰ אולם אין בכך כדי לגרוע מן הרלוונטיות של סעיף 2(ב)3 לסיטואציה זו.¹¹¹ פרשנות זו מתיישבת עם תכלית ההוראה שנועדה למנוע הסדרים בהם מתחרה או מתחרה פוטנציאלי מסכים להדיר רגליו ולהימנע מתחרות עם מתחרה אחר באיזור גיאוגרפי או בפלח אוכלוסייה מסוים.

המשנה לאב בית־הדין להגבלים עסקיים, השופט עדיאל, בעניין הע' 2/97 מזרחי ג' הממונה על ההגבלים העסקיים¹¹² (להלן: עניין מזרחי), מציג עמדה שונה, לפיה "הפרשנות הראויה של סעיף 2(ב)3, צריך שתשאף להוציא הסדרי אי־תחרות... מגדרו של סעיף זה".¹¹³ זאת משום שפרשנות אחרת "...תביא לתוצאה קשה אשר תהפוך ציבור גדול לעבריינים שלא מדעת..."¹¹⁴ אכן, כפי שהראיתי, רבות מתניות האי־תחרות אינן

107 לעיל הערה 105.

108 עניין זה יידון להלן, הערה 118 והטקסט הנלווה אליה.

109 לעיל הערה 82. גם י' פוטשבוזקי "בעלות בידע והגבלת הופש העיסוק" הפרקליט לד (1981) 433, 452, המציין כי תניית אי־תחרות עשויה להיות בגדר הסדר כובל, אף־על־פי שאין הוא מנתח את הפגיעה המהותית של תניית אי־תחרות בתחרות. בעייתיות נוספת קיימת, לדעתי, בגישתו כי כאשר התניה מגינה על סודות עסקיים, תקפותה צריכה להיות מוחלטת (ראו פסקה ד.2 לעיל).

110 עם זאת, כפי שראינו בפסקה ד.1(א) לעיל, תניית אי־תחרות יכולה להקל על תיאום הלוקת שוק דו־צדדית מעין זו (ראו הערה 85 והטקסט הנלווה אליה).

111 נעיר שגם בהסדרי בלעדיות בין ספק לבין לקוח, שלפיהם הלקוח מתחייב, למשל, לרכוש רק מאותו ספק, ולא ממתחריו, ההתחייבות לא לעסוק עם סוג מסוים של אנשים היא חד־צדדית - של הלקוח בלבד. למרות זאת, לא היסס הממונה על ההגבלים העסקיים להחיל בכגון דא את סעיף 2(ב)3 לחוק. ראו, למשל, החלטת הממונה בעניין הסדרי הבלעדיות בין חברות הדלק לתחנות התדלוק, לעיל הערה 81; התקשרויות לאספקה ורכישה של קמח כשר לפסח, לעיל הערה 105.

112 טרם פורסם, מספר פרסום: 3004577.

113 שם, פסקה 46.

114 שם, בפסקה 47.

פוגעות בתחרות באופן משמעותי. מכאן שקביעה גורפת, לפיה כל תניית אי־תחרות היא בגדר הסדר כובל, אינה רצויה. אולם לדעתי, הפתרון של בעייתיות זו אינו בפרשנות מלאכותית של סעיף 2(בא3) לחוק, אלא בשינוי החוק באופן שיפטור תת־קבוצה של תניות אי־תחרות.

אמירה כי סעיף 2(בא3) אינו כולל בחובו תניות אי־תחרות היא מלאכותית, לדעתי, שהרי כפי שצוין לעיל, תניית אי־תחרות משמעה שמתחרה פוטנציאלי, העובד, מסכים להדיר רגליו מן השוק שהמעביר פועל בו. מבחינת הפגיעה המסתברת בתחרות, אין הבדל עקרוני בין תניית אי־תחרות לבין הלוקת שוק רגילה. לצורך המחשה, נניח כי "עלית", לפני שנכנסה לענף הפסטה, היתה הנכנסת הפוטנציאלית היחידה לענף הפסטה בישראל. נניח עוד כי "עלית" התחייבה כלפי "אסם" לא להיכנס לענף זה. אין הולק כי תניה כזו, אילו נוצרה, היתה נכנסת לגדר סעיף 2(בא3) לחוק, משום שמתחרה פוטנציאלית בענף הפסטה, "עלית", התחייבה כלפי "אסם" להדיר רגליה מענף זה. אין כל סיבה שהניתוח ישתנה אם במקום "עלית" כמתחרה פוטנציאלי בענף הפסטה, עובד של "אסם", שגם הוא, בתום יחסי העבודה, מתחרה פוטנציאלי בענף הפסטה, מתחייב כלפי "אסם" להדיר רגליו מענף הפסטה. אם נניח, למשל, כי העובד לשעבר הוא המתחרה הפוטנציאלי היחיד בענף הפסטה, הפגיעה המסתברת בתחרות בשני המקרים זהה. מה שמבדיל בין ההתחייבות של "עלית" בדוגמה זו להתחייבות העובד אינו סוג הכבילה או פגיעתה המסתברת בתחרות, אלא נסיבות אחרות האופפות אותה, כגון גורמים שעשויים להצדיק את הכבילה: שמירה על סודות עסקיים של המעביד וכדומה. סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים מתייחס לסוג הכבילה, הא ותו לא. הוא אינו מביא בחשבון יתרונות אפשריים האופפים את הכבילה. נקודת־המוצא של המחוקק הישראלי היא שיתרונות אלה יובאו בחשבון במסגרת אישור ההסדר הכובל.¹¹⁵

השופט עדיאל מביא, לביסוס עמדתו, אסמכתאות מדיני ההגבלים העסקיים של הקהילייה האירופית והמשפט האמריקאי.¹¹⁶ אולם דיני ההגבלים העסקיים של הקהילייה האירופית ושל המשפט האמריקאי אינם כוללים סעיף כגון סעיף 2(ב) לחוק שלנו, הכולל סוגים של כבילות שקיימת לגביהם חזקה חלוטה שהם הסדר כובל, תוך השארת מקום להכשרת ההסדר הכובל רק באמצעות רשויות ההגבלים המוסמכות. הן במשפט האירופי והן במשפט האמריקאי, שלא כמו במשפט הישראלי, שיקולים המצדיקים הכשרה של ההסדר, כגון הגנה על סודות עסקיים של המעביד או העובדה שתניית אי־תחרות חיונית לצורך העסקה שהיא נלווית לה, נכנסים לעצם השאלה אם ההסדר הוא כובל במסגרת יישום של "כלל סבירות" (Rule of Reason).¹¹⁷ מכאן שאין מקום, לעניין עצם השאלה אם

115 ראו סעיף 9 לחוק ההגבלים, המסמיך את בית־הדין לאשר הסדר כובל משיקולים של טובת הציבור.

116 עניין מזרחי, לעיל הערה 112, בפסקות 49–50.

117 אכן, בדיני ההגבלים העסקיים של ארצות־הברית והקהילייה האירופית, תניות אי־תחרות נבחנות תחת כלל סבירות; ראו, למשל: *Bradford v. The New York Times Company* 501 F.2d 51, 99 (1974); *Case 161/84 Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis* [1986] 1 CMLR 414. אומנם גם בארצות־הברית

תניית אי־תחרות היא הסדר כובל, להשליך מדיני ההגבלים של הקהילייה האירופית ושל ארצות־הברית על דיני ההגבלים הישראליים.

בעניין טבעול¹¹⁸ נידונה תניית אי־תחרות שגלוותה להסכם לפיו תפרוש "טבעול" משותפות עם קיבוץ אילון וחברת "שף הים גיהול בע"מ". התניה הגבילה את קיבוץ אילון ואת חברת "שף הים", שותפתו, מלעסוק בפיתוח או ייצור של "מוצרי מזון דמויי בשר המורכבים בעיקרם מחלבון צמחי"¹¹⁹. חברת "שף הים" ו"טבעול" נטלו חלק במכרו שערך משרד הביטחון להספקת שניצלים מן הצומח. משזכתה "שף הים" במכרו, ביקשה "טבעול" להניא את משרד הביטחון מלהתקשר עם "שף הים" בטענה שיהא בכך משום גרם הפרה של תניית האי־תחרות הנ"ל, בניגוד לעוולה של גרם הפרת חוזה המצויה בסעיף 62 לפקודת הנויקין (נוסח חדש). השופט קלינג, בבית־המשפט המחוזי, קבע כי מדובר בהסדר כובל הן מכוח סעיף 2(א) לחוק ההגבלים¹²⁰ והן מכוח סעיף 2(ב)(4), הקובע חוקה הלוחה¹²¹ כי הסדר לגבי "כמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם" הוא הסדר כובל.

בעניין טבעול לא היתה תניית אי־תחרות מנוסחת כמגבילה את סוג האנשים שעמם יעסוק השותף לשעבר או את השטח הגיאוגרפי שבו יעסוק, אלא נוסחה כמגבילה את סוג המוצרים שבהם יעסוק. במקרה מעין זה קיים קושי להחיל את סעיף 2(ב)(3) לחוק, שהוחל בפרשת נורדנברג, משום שלשוננו כוללת רק חלוקת שוק "לפי מקום העיסוק או האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו"¹²². אכן, השופט קלינג בעניין טבעול לא החיל על תניה זו

ובאירופה, כפוף לחריגים בודדים, כלל הסבירות מיושם, לדעתי, באופן מוטעה. בתי־המשפט מכשירים בדרך־כלל תניית אי־תחרות אם היא היוגית להגנה על אינטרסים לגיטימיים של המעביד, ואם משך ההגבלה והיקפה אינם עולים על הנדרש להגנה על אינטרסים אלה. זאת, בדרך־כלל, מבלי להיכנס לניתוח המבנה של השוק הרלוונטי והשפעת התניה עליו. ראו, למשל: *Golden v. Kentile Floors, Inc.* 512 F.2d 838, 846 (5th Cir. 1975); *Lektro-Vend Corp. v. Vendo Co.* 455 U.S. 921; *Bradford* 501 F.2d at 59; *Inflight Newspapers, Inc. v. Magazines In-Flight* 990 F.Supp. 119, 139 (NY 1997).

118 ה"פ 711/97 טבעול (1993) בע"מ נ' מ"י (טרם פורסם).

119 שם, פסקה 1.

120 סעיף 2(א) לחוק ההגבלים קובע כי "הסדר כובל הוא הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר". גרון בתחולת סעיף 2(א) על תניות אי־תחרות בפסקה ה.2 להלן.

121 ראו לעיל הערה 105 והסקט הנלווה אליה.

122 אין ספק שמדובר בפגם בסעיף, שהרי אם הוא נועד להקיף חלוקות שוק בעלות אופי קרטליסטי, הרי שגם חלוקת השוק לפי סוג המוצרים שתייצר כל פירמה משולה לקרטל ממש כמו חלוקת שוק גיאוגרפית או חלוקה לפי חתכי אוכלוסייה.

את סעיף 2(ב)3, אלא את סעיף 2(ב)4, המדבר על כבילה לעניין "כמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם". נראה שכוונתו המקורית של המחוקק היתה שסעיף 2(ב)4 ייסוב על "קרטל איכות" או "סטנדרטיזאציה של המוצר" בין מתחרים: הסדר שבו מתחרים מסכימים ביניהם לייצר מוצרים מאותה איכות ומאותו סוג. כוונת סעיף 2(ב)4 לא היתה כנראה שהסעיף יחול על הסדר שבו מתחרה מתחייב לא לעסוק בייצור מוצר מסוים או במתן שירות מסוים. אולם הסכמת מתחרה פוטנציאלי (כאן, השותף לשעבר) לא לעסוק בסוג המוצרים שמתחרה אחר עוסק בהם משולה לחלוקת שוק בעלת אופי קרטליסטי. מכיוון שרשימת סעיף 2(ב) נועדה לתפוס בחובה את כל הפעילויות שכמעט מובן מאליו שהן פוגעות בתחרות (כגון קרטל מחירים, חלוקת שוק, קרטל איכות וכיוצא בזה), פרשנותו של השופט קלינג הינה ראויה: היא מכניסה לגדר חוקת סעיף 2(ב) גם תניות אי־תחרות האוסרות על צד להסדר לעסוק בסוג מסוים (או בסוגים מסוימים) של מוצרים. אין ספק שהפגיעה בתחרות בתניה המנוסחת כך היא אנלוגית, מבחינת הפגיעה בתחרות, לתניה האוסרת על צד להסדר לעסוק עם אנשים מסוימים או באיזור מסוים. בית־המשפט העליון אימץ, כאמור, ברוב דעות את פסק־הדין של בית־המשפט המחוזי.¹²³ השופט קלינג בעניין טבעול גם קובע, בצדק, כי על תניית אי־תחרות הנלווית ליציאת שותף משותפות לא חל הסייג הקבוע בסעיף 3(8) לחוק ההגבלים, הקובע כי "התחייבות של מוכר עסק, בשלמותו, כלפי רוכש העסק שלא לעסוק באותו סוג עסק, כשהתחייבות אינה בניגוד לנוהגים סבירים ומקובלים", לא תהווה הסדר כובל. כפי שהשופט קלינג מציין, כאשר שותף עוזב שותפות או מוכר את חלקו בשותפות, אין מדובר במכירת עסק בשלמותו, אלא רק במכירת חלקו של השותף, ומשום כך לא יחול הסייג של סעיף 3(8).¹²⁴ הרציונל שהשופט קלינג מספק בעניין טבעול לדרישה של סעיף 3(8), כי התניה תהא פטורה רק אם העסק נמכר בשלמותו, הוא שכאשר עסק נמכר בשלמותו, הוא נמכר בדרך־כלל על המוניטין שלו. השופט ממשיך ואומר כי "סעיף 3(8) נועד להבטיח את האפשרות למכור את המוניטין ולקבל תמורה עבורו. לתכלית זו נקבע שהתחייבות המוכר עסק בשלמותו, שלא לעסוק באותו סוג עסק – לא תחשב כהסדר כובל. אלמלא הוראה זו לא יכול היה בעל עסק הפורש מעסקו ליהנות משוויו של המוניטין שצבר עסקו".¹²⁵ בית־המשפט העליון מאמץ למעשה רציונל זה.¹²⁶ אך הרציונל שבית־המשפט מספק אינו ברור כל צורכו. גם כאשר שותף מוכר את חלקו בשותפות, החלק הנמכר ישקף בדרך־כלל את חלקו היחסי של אותו שותף במוניטין של העסק. גם במקרה זה, כמו

123 עניין טבעול, לעיל הערה 105. דעת הרוב היתה של השופטים גולדברג ודורנר, כנגד דעתו החולקת של השופט טירקל.

124 אכן, קביעתו של השופט שטרומן בהמ' (ת"א) 94/6036, ת"א (ת"א) 817/94 אלברט דרורי נ' יוסף, תק-מח 255 (2)94, לפיה חלוקת השוק בין שותפים לאחר פירוק שותפות נכנסת לגדר סעיף 3(8) "מקל והומר", אינה נכונה. בפירוק שותפות, שותף אינו מוכר לאחר את העסק בשלמותו.

125 פסקה 4 לפסק־הדין.

126 לעיל הערה 105, בע' 28–31 לפסק־הדין.

במקרה של מכירת העסק בשלמותו, חשוב שהשותף העוזב יקבל את חלקו במוניטין, על־מנת שישקיע מאמצים אופטימליים בפיתוח מוניטין אלה מלכתחילה – במהלך השותפות.

רציונל מרכזי ונכון יותר, לדעתי, לפטור שבסעיף 3(8) מבוסס על שיקולי תחרות: מכירת חלק מעסק אופיינית למקרים שבהם שותפות בבעלות בעסק מתפרקת. לדוגמה, אם א ריב בעלים במשותף במסעדה, ו־א הפץ לצאת מן השותפות, במקרה הרגיל ימכור א ל־ב (או לגורם אחר) את חלקו.¹²⁷ כאשר עסק נמכר בשלמותו, קיימת סבירות נמוכה יחסית שהמוכר מתכוון להיכנס שוב לאותו ענף שבו פעל העסק הנמכר. אילו הפץ להמשיך ולתפקד בענף, סביר שלא היה מוכר את העסק בשלמותו. מאידך גיסא, כאשר בעלים משותף של עסק מוכר את חלקו לשאר השותפים או לגורם אחר, הסבירות שהמוכר ייכנס לאותו ענף במסגרת פירמה חדשה גדולה יותר, משום שיתכן שהמוכר נפטר מחלקו לא עקב רצונו לצאת מן הענף, אלא מפני שקץ בשותפות. ייתכן שהוא רוצה לפעול באותו ענף במסגרת פירמה בבעלותו המלאה או יחד עם שותפים אחרים. ככל שהסבירות לכניסה מחודשת של המוכר לאותו הענף גדולה יותר, כן צריך להתייחס לתניית אי־תחרות הגלווית לחוזה המכר בחשדנות רבה יותר.

קיימות החלטות של בתי־המשפט המחוזיים הסותרות את החלטותיו של השופט קלינג בעניין נורדנברג ובעניין טבעול, וגורסות כי תניית אי־תחרות אינה מהווה הסדר כובל. כך, בעניין תבור¹²⁸ קבע בית־המשפט המחוזי שחוק ההגבלים העסקיים הישן (חוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט-1959) לא נועד להתערב ביהסים שבין עובד למעביד.¹²⁹ אולם הניתוח בפסקה הקודמת מבהיר כי מסקנה זו אינה נכונה. אכן, ובצדק, הכריע בית־המשפט העליון בעניין טבעול¹³⁰ הנ"ל, לאחרונה, בסוגיה זו לטובת גישתו של השופט קלינג.

127 אין כאן רלוונטיות להבחנה בין צורות ההתאגדות. "העסק" המצוי בבעלות משותפת יכול להיות שותפות, חברה בע"מ, אגודה שיתופית וכדומה. בכל המקרים הללו, כאשר אחד מבעלי העסק יוצא מן העסק ומוכר את חלקו, אין אותו שותף מוכר את העסק בשלמותו.

128 לעיל הערה 15.

129 גישה זו נידונה ביתר פירוט בפסקה ה.3 להלן. קביעות דומות, לפיהן תניית אי־תחרות אינה בגדר הסדר כובל גם על־פי חוק ההגבלים הנוכחי, נקבעו בת"א 1662/97 מטרו פוליס ייזום השקעות ונכסים (1993) נ' אורי דבש, דינים מחוזי כו(9) 249; בת"א 440/97, המר' (ת"א) 4951/97 רשף נכסים המומחים לנדל"ן עסקי בע"מ נ' עמית מזרחי, דינים מחוזי כו(7) 734, 736 (להלן: עניין רשף); עניין ק.ל.א, לעיל הערה 66, בע' 764 (שלוש החלטות של השופט שלו). דעה דומה הביע גם הממונה על הגבלים עסקיים בעניין הסכמים בין חברת רשף נכסים המומחים לנדל"ן עסקי בע"מ לבין 11 סוכנים, ההגבלים העסקיים (טובה אולשטיין, עורכת, תשנ"ז) כרך ג, 9. גם העמדה העקרונית העולה מהחלטת המשנה לאב בית־הדין להגבלים עסקיים בעניין מזרחי, לעיל הערה 112, מובילה למסקנה שתניית אי־תחרות אינה הסדר כובל (להלן פסקה ה.3).

130 לעיל הערה 123.

אף-על-פי שעובדות עניין טבעול נוגעות בתניית אי-תחרות שהופעלה במקרה של פירוק שותפות, ההלכה חלה באותה מידה על תניית אי-תחרות בין עובד למעביד. מבחינת הניתוח המשפטי על-פי חוק ההגבלים העסקיים, אין שום גורם המבדיל בין שני הסוגים הללו של תניות אי-תחרות. הרטוריקה של בית-המשפט העליון, המאמצת את גישת השופט קלינג בבית-המשפט המחוזי והמחילה את סעיף 2(ב)(4) לחוק על תניית האי-תחרות הנדונה, חלה באותה מידה על תניית אי-תחרות בין עובד למעביד האוסרת על עובד לעסוק בסוג המוצרים או השירותים שהמעביד עוסק בו למשך תקופה מסוימת עם תום יחסי העבודה. יתר על-כן, השופט גולדברג, מפיו יצאה חוות-הדעת העיקרית של הרוב בפרשה זו, מתייחס בפתח דבריו בכפיפה אחת אל תניות אי-תחרות בין שותפים ואל תניות אי-תחרות בין עובד למעביד.¹³¹

(א) האם תניית אי-תחרות היא הסדר כובל מיום היווצרותה או עם סיום יחסי העבודה?

אם כך, על-פי חוק ההגבלים כפי שהוא מנוסח כיום, תניית אי-תחרות היא הסדר כובל מכוח סעיף 2(ב), אף מבלי להיכנס לשאלת הפגיעה בתחרות. שאלה נוספת היא אם תניית אי-תחרות מהווה הסדר כובל מיום היווצרותה, או שמא היא נהפכת להסדר כובל רק עם סיום יחסי העבודה.¹³² נראה לי שיש לאמץ לעניין זה את דעתה של השופטת מ' מזרחי¹³³ כי התניה נהפכת להסדר כובל רק עם סיום יחסי העבודה, אם כי הנמקתי שונה משלה.¹³⁴ כאשר תניית אי-תחרות נוצרת עם תחילת יחסי העבודה, המידע הרלוונטי הנמצא הן בידי הצדדים והן בידי בית-המשפט ורשויות ההגבלים הינו מוגבל ולא-מושלם. בית-המשפט ורשויות ההגבלים יוכלו לעשות מלאכה מדויקת הרבה יותר אם יאמדו את התניה עם סיום יחסי העבודה, ולא עם תחילתם.

אסביר את דעתי זו ביתר פירוט. כאמור לעיל, תניית אי-תחרות היא, על-פי חוק ההגבלים כפי שהוא מנוסח כיום, הסדר כובל. משום כך היא אסורה כל עוד לא בא עליה אישור של בית-הדין להגבלים עסקיים¹³⁵ או פטור מן הממונה על הגבלים עסקיים.¹³⁶ מלאכתו של הממונה בהליך בקשה למתן פטור לתניית אי-תחרות ומלאכת בית-הדין

131 שם, בפסקה 4 לפסק-דינו של השופט גולדברג. ראו גם עניין מזרחי, לעיל הערה 112, פסקה 19.

132 מ' מזרחי "היבט נשכח של הגבלת חופש העיסוק" הרשות השופטת 19 (תשנ"ד) 20.

133 שם, בע' 21.

134 הנמקתה העיקרית של מ' מזרחי לעניין זה היא שכל עוד העובד עובד בשירותו של המעביד, אין הוא בגדר מי ש"מנהל עסקים", וסעיף 2(א) לחוק דורש כי לצורך היות הסדר כובל, עליו להיות "בין בני אדם המנהלים עסקים". בהנמקה זו יש כדי לתת ביסוס פורמלי לאמור בטקסט להלן, לפיו ראוי מבהינת מדיניות משפטית לבחון תניית אי-תחרות בראי חוק ההגבלים רק עם סיום יחסי העבודה.

135 סעיף 9 לחוק ההגבלים.

136 סעיף 14 לחוק ההגבלים.

בהליך לקבלת אישור לתניה יהיו מדויקות הרבה יותר אם הם יבחנו את התניה לאחר סיום יחסי העבודה. כך, למשל, במשך תקופת עבודתו של העובד, ריכוזיות השוק עשויה להשתנות. אם השוק אינו ריכוזי במיוחד עם תחילת יחסי העבודה, אך ריכוזי עם סיום יחסי העבודה, כאשר התניה מופעלת, אמידת הפגיעה של התניה בתחרות עם היווצרותה עלולה להיות מוטת כלפי מטה. לעומת זאת, אם השוק הוא ריכוזי עם תחילת יחסי העבודה וריכוזי הרבה פחות (למשל, עקב כניסת שחקנים חדשים לשוק או צמיחת פירמות שהיו איזוטריות) עם סיום יחסי העבודה, אמידת הפגיעה בתחרות על־פי המצב הידוע בתחילת יחסי העבודה תהיה מוגזמת כלפי מעלה. זאת ועוד, עם תחילת יחסי העבודה, לא תמיד ברור עד כמה יהיה העובד בגדר נכנס פוטנציאלי סביר כאשר יסתיימו יחסי העבודה. לא ברור לגמרי כמה ידע יצבור, איזה קשר עם לקוחות ייצור, אילו תפקידים בדיוק יבצע במשך כל שנות עבודתו וכולי. לעומת זאת, עם סיום יחסי העבודה, פרמטרים אלה כבר ברורים הרבה יותר. בית־המשפט או רשויות ההגבלים יוכלו לאמוד טוב יותר עד כמה יהווה העובד נכנס פוטנציאלי סביר, ומכאן עד כמה חיסולו כמתחרה פוטנציאלי יפגע בתחרות.

מכלול הפרמטרים האמורים, לרבות ריכוזיות השוק עם סיום יחסי העבודה ומידת הידע והניסיון שצבר העובד במהלך עבודתו, הינו רלוונטי לא רק לאמידת פגיעתה של התניה בתחרות, אלא גם לאמידת יתרונותיה של התניה. רק עם סיום יחסי העבודה יוכלו בית־המשפט או רשויות ההגבלים הדנים בתניה לבדוק, למשל, אם קיבל העובד הכשרה כללית יקרה שיכולה להצדיק את התניה או אם צבר סודות עסקיים של המעביד המצמיחים יתרון לתניה.¹³⁷ אם נאמר כי תניית אי־תחרות היא בגדר הסדר כובל כבר עם היווצרותה, עם תחילת העבודה, הרי שעל־מנת להכשירה, יצטרכו הצדדים לבקש מן הממונה פטור, או אישור מבית־הדין, כבר עם תחילת יחסי העבודה. במקרה כזה, כאמור, יהיו התלטות הממונה או בית־הדין השערותיות והרבה פחות מדויקות.

אם תאומץ דעתי, ותניית אי־תחרות תיבדק באספקלריית דיני ההגבלים רק עם סיום יחסי העבודה,¹³⁸ עלינו לדון בשאלה כיצד ישפיע הדבר על גיטוח תניות אי־תחרות על־ידי הצדדים, ניסוח הנעשה בדרך־כלל עם תחילת יחסי העבודה. כאמור, גם לצדדים לתניה יש מידע רלוונטי רב יותר עם סיום יחסי העבודה, אולם ברוב המקרים אין המעביד יכול להרשות לעצמו לדחות את קביעת התניה למועד סיומם של יחסי העבודה; זאת משום שבמהלך יחסי העבודה עשוי המעביד להעניק לעובד הכשרה כללית יקרה על־השבנו, או למסור לעובד ידע, וההכשרה והידע יעלו את ערכו של העובד למתחריו של המעביד. ואז, משקיבל העובד הכשרה וידע אלה, ספק אם יסכים לתניית אי־תחרות, וגם אם יסכים, ידרוש בגינה תמורה מופרזת, נוסף על ההכשרה הכללית והידע שכבר העניק לו המעביד. אם יצפה המעביד מהלך דברים זה מראש, הוא עלול להשקיע השקעה תת־אופטימלית

137 ראו לעיל פסקה 2.

138 הדוקטרינה החוזית בודקת למעשה את התניה ממילא על־פי פרמטרים הידועים עם סיום יחסי העבודה, משום שליטיגציה בעניין סבירות התניה מתעוררת רק לאחר סיום יחסי העבודה, כאשר התניה מופרת. מכאן שבפועל, ביישמו את הדוקטרינה החוזית, אין בית־המשפט "סובל" מבעיית חוסר המידע בבחינת התניה עם תחילת יחסי העבודה.

בהכשרה כללית יקרה של עובדיו ולמנוע מהם, באופן לא-יעיל, נגישות לידע.¹³⁹ מכאן שברוב המקרים ידרוש המעביד את הסכמת העובד לתניית אי-תחרות עוד לפני מסירת הידע לעובד ועוד לפני שתוענק לו הכשרה כללית יקרה. מאותה סיבה ממש – חששו של המעביד מאופורטוניזם של העובד – סביר שהמעביד ינסח תניית אי-תחרות על-פי החששות החמורים ביותר שלו מפני תחרות בדיעבד מצד העובד, ובהתאם לכך ינסח תניית אי-תחרות גורפת יחסית. הסיבה לכך היא כדלהלן: אם המעביד ינסח תניית אי-תחרות על-פי תחזית קודרת פחות של סכנת התחרות בו בדיעבד מצד העובד, יקשה עליו, עם סיום יחסי העבודה, לנהל משא-ומתן מחודש עם העובד על-מנת להחמיר את התניה; זאת, שוב, מפני שהעובד עלול להתנגד להתמרת התניה במשא-ומתן מחודש כשבאמתחתו כבר מצויים ההכשרה הכללית היקרה והידע שקיבל מן המעביד.

אין זה מפליא איפוא שאנו נתקלים בפסיקה פעמים רבות בתניות אי-תחרות הנראות בדיעבד גורפות מדי, ושעל בתי-המשפט לעדנן באמצעות עקרון "העיפרון הכחול" על-מנת לעשותן סבירות. עיקרון זה רווח ביישום הדוקטרינה החוזית.¹⁴⁰ יש ליישם עיקרון זה גם בבחינת התניה על-פי דיני ההגבלים העסקיים; הווה אומר, עם סיום יחסי העבודה, כאשר הצדדים (או המעביד בלבד)¹⁴¹ מגישים את תניית האי-תחרות לצורך קבלת פטור מן הממונה על ההגבלים העסקיים או אישור מבית-הדין, על הממונה או על בית-הדין, אם אין התניה בת-פטור או אישור, לעדן את התניה ביוזמתם ולהכשיר תנייה מעודנת יותר.¹⁴² אם יפסלו הממונה או בית-הדין תניה גורפת ולא יישמו עיקרון מעין זה של "עיפרון כחול", קיים שוב חשש להתנהגות אופורטוניסטית מצד העובד: פסילה גורפת של תניה שאינה זכאית לפטור או לאישור כפי שנוסחה, משאירה את הסוגיה למשא-ומתן מחודש של הצדדים. אולם כפי שצוין לעיל, במשא-ומתן מחודש זה העובד צפוי להיות אופורטוניסטי. העובד ידע שאם משא-ומתן מחודש זה יתפוצץ, הוא לא יחזיק כפוף לתניית אי-תחרות כלשהי, באשר התניה שחתם עליה בשעתו נפסלה באופן גורף מכוח דיני ההגבלים העסקיים. שוב, אם יצפה המעביד אפשרויות אלה מראש, יהיו תמריציו להעניק

139 השוו לעיל פסקה 2.

140 ראו, למשל, עניין עלית, לעיל הערה 28, כע' 810, והאסמכתאות הנזכרות שם. העיגון לעקרון "העיפרון הכחול" מצוי בסעיף 19 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

141 ראו הערה 144 להלן.

142 בד בבד עם עידונה של תניית האי-תחרות, ראוי שהממונה או בית-הדין יצוו על העובד להשיב לידי המעביד סכומים שקיבל בעד התניה הגורפת יותר ואשר אינם מוצדקים על-ידי התניה המעודנת יותר. אם התמורה בעד תניית האי-תחרות אינה מפורשת, אלא מובלעת בשאר תנאי העבודה, יהיה חישובו של ערך ההשבה לא קל כלל. אף-על-פי-כן, על הרשויות לאמור ערך זה, שאם לא כן, ייחנה העובד מתמורה חוזית גדולה בעבור תניית אי-תחרות גורפת יותר, מקום שהממונה או בית-הדין הפכו את התניה למגבילה פחות. קיים עוגן משפטי הן להפעלת העיקרון של "העיפרון הכחול" והן לחיובו של העובד בהשבה חלקית על-ידי רשויות ההגבלים, והוא סמכותן להתנות את מתן הפטור או האישור בתנאים (ראו סעיפים 9, 14(ב) לחוק ההגבלים).

לעובד הכשרה כללית יקרה או לחשוף אותו לידע תת־אופטימליים מלכתחילה.¹⁴³ אם תושרש פרקטיקה מעין זו אצל רשויות ההגבלים העסקיים כאשר יבחגו תניות אי־תחרות, יימנע החשש שהעובד יתנהג באופן אפורטוניסטי, משום שהמעביד יוכל לקבל פטור או אישור מן הממונה או מבית־הדין בגין תניית אי־תחרות שתרוכך עליידי רשויות אלה בלא צורך לקבל את הסכמת העובד לכך.¹⁴⁴

2. תניית אי־תחרות כהסדר כובל לפי סעיף 2(א) לחוק

(א) הצורך בניתוח הענף הרלוונטי

שלא כמו סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים, הקובע רשימה של כבילות שקיימת חזקה חלוטה לגביהן שהן מהוות הסדר כובל, סעיף 2(א) קובע מבחן מהותי. על־פי סעיף 2(א), הסדר ייחשב להסדר כובל אם הוא "...עלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים [בין הצד שהגביל עצמו] לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר". לדעתי, עלימנת לקבוע כי הסדר הינו כובל מכוח סעיף 2(א) לחוק, דרוש ניתוח שוק מהותי המראה כי ההסדר עלול לפגוע בתחרות בענף רלוונטי כלשהו. קביעת השופט קלינג בעניין טבעול הנ"ל כי תניית האי־תחרות שנידונה שם היא הסדר כובל גם לפי סעיף 2(א) עשויה להיות נכונה מבחינת תוצאתה הסופית, אולם קביעה כזו מצריכה, לדעתי, ניתוח שוק מהותי, שיבדוק אם ההסדר אכן עלול לפגוע בתחרות בענף רלוונטי כלשהו. השופט קלינג לא ערך בדיקה מעין זו, אלא קבע לקוגיט: "ההסכם נועד למנוע תחרות של שף הים במבקשת או להפחיתה. בכך התקיים האמור בסעיף 2(א)."¹⁴⁵ בית־המשפט העליון, בדעת רוב, אימץ קביעה זו של השופט קלינג, שוב ללא ניתוח ממשי של הענף הרלוונטי.¹⁴⁶ קביעה זו מכוססת כנראה על פרשנות מרחיבה ביותר (ולא־ראויה, לדעתי) של סעיף 2(א) לחוק ההגבלים. פרשנות זו, יש להודות, הסתננה גם אל החלטותיו של הממונה על ההגבלים העסקיים. כך, בנימוקים לתנאים שהציב הממונה על הגבלים

143 במקום פרקטיקה שאינה נזקקת לעקרון "העיפרון הכחול", ייתכן שהמעביד ידורבן לנסח תניות פחות גורפות מלכתחילה. אולם גם תוצאה זו אינה רצויה, שהרי החששות הקיצוניים ביותר מתחרות מצד העובד עשויים להתאמת. מכאן שתנייה פחות גורפת תגרור השקעה תת־אופטימלית מצד המעביד בהכשרה כלכלית יקרה ובידע. השקעה זו תהא קרובה יותר לרמה האופטימלית כאשר יידע המעביד שאם יתאמתו החששות הגרועים ביותר שלו מפוטנציאל התחרות של העובד, לא ישנו הרשויות את התניה הגורפת יותר.

144 מבחינה פרוצדורלית, מקרים מעין אלה ייכנסו לגדר אותם מקרים שבהם מוצדק לאפשר רק לצד אחד להגיש הסדר כובל לאישור או לפטור של רשויות ההגבלים העסקיים (השוו עניין רשף, לעיל הערה 129, בע' 14; עניין מזרחי, לעיל הערה 112, פסקה 11).

145 לעיל הערה 118, פסקה 4 להחלטה.

146 לעיל הערה 123, בע' 28 לפסק־הדין.

עסקיים לאישור המיזוג בין *Columbus Capital Corporation* מקבוצת קלארידג' לבין כור תעשיות בע"מ,¹⁴⁷ אומר הממונה, בפרשו את סעיף 2(א) לחוק ההגבלים "בהקשר סעיף 2 לחוק הסתפק המחוקק בשאלה האם מגביל ההסדר את התחרות בין הצדדים להסדר לבין עצמם... ולא דרש כי תוכח מניעה או הפחתה של התחרות בכללותה. התוצאה היא כי סעיף 2 לחוק רחב בהיקפו, ומסתפק במבחן של חשש והשפעה לכאורה על התחרות שבין הצדדים להסדר, בלא צורך להוכיח פגיעה של ממש במכלול התחרות, בפועל או בכוח, בשוק הרלוונטי." [ההדגשות שלי - ד' ג',¹⁴⁸]

פרשנות זו אוזכרה, מבלי לקבוע מסמרות, גם בהחלטת ממלא-מקום אב בית-הדין להגבלים עסקיים, השופט עדיאל, בערר 1/97 איסכור שירותי פלדות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים.¹⁴⁹ גם מעניין מזרחי¹⁵⁰ עולה כי ממלא-מקום אב בית-הדין נוטה לפרשנות מרחיבה זו בקובעו:

"...לשונו של סעיף 2(א), המגדירה הסדר כובל (גם) כהסדר שהכבילה שבו מגבילה את התחרות בין הצדדים, מקשה על אימוץ כלל 'זוטי הדברים', שהרי כלל זה נועד לבחון את השפעת ההסדר על התחרות בשוק, ולא על התחרות בין הצדדים להסדר בלבד." [ההדגשה שלי - ד' ג'.]

לדעתי, פרשנות מרחיבה ולא-תכליתית זו של סעיף 2(א) לחוק אינה ראויה. מבחינה כלכלית, הפחתת תחרות בין הצדדים אפשרית רק כאשר התחרות מופחתת בענף כלשהו. אם הסדר אינו עלול להפחית את התחרות בענף, הרי שהצדדים לא "הצליחו" למעשה להפחית את התחרות ביניהם, גם אם מבחינה מילולית, ההסדר מפחית לכאורה את "תחרות" בינם לבין עצמם. כך, למשל, נגיח כי במרכז מסחרי יש מאה חנויות קטנות שוות בגודלן לציוד משרדי, ושתיים מהן "מסכימות" לתאם מחירים בינן לבין עצמן. נסיון לתאם מחירים הוא ניסיון עקר, משום שאין להן כל השפעה על המחיר בשוק הרלוונטי. אם יבסו שתי החנויות להעלות את המחיר מעל למחיר התחרותי, יגבו החנויות האחרות מחיר נמוך יותר ויסקנו את החנויות נשוא ההסדר מן השוק. על-כן אין למעשה להנויות המתאמות בדירה אלא להתייחס אל מחיר התחרותי שירווח בשוק כאל נתון.¹⁵¹

147 1998, טרם פורסם. מספר פרסום: 3001322.

148 ש.פ. ראו גם מ' מזרחי "מיום משותף כהסדר כובל" משפטים כג (תשנ"ד) 213.

149 (טרם פורסם), פסקה 12 להחלטה, מספר פרסום: 3002667.

150 לעיל הערה 112, פסקה 43 לפסק-הדין.

151 הנקודה נכונה גם להפחתת "תחרות" במישורים שונים ממישור המחיר. כך, אם תנות א וחנוות ב יסכימו שהן מפסיקות "להתחרות" בינן לבין עצמן לעניין רמת השירות. הן לא יצליחו בכך (בהנחה שהן הפצות להישאר בשוק) משום שיתר תשעים ושמונה החנויות יכתיבו את רמת השירות בשווי-משקל תחרותי, וחנויות הנופלות מרמת שירות זו יאלצו להסתלק מהשוק בהיעדר לקוחות.

מכאן שלא ייתכן שהצדדים יפחיתו את התחרות בינם לבין עצמם אם התחרות בענף הרלוונטי לא נפגעה. במילים אחרות, אין משמעות למושג "תחרות" שלא בהקשר של ענף רלוונטי. יתר על־כן, פרשנות מרחיבה זו של סעיף 2(א) לחוק מייתרת למעשה את סעיף 2(ב) לחוק, לפחות בכל הנוגע בהסדרים בין מתחרים.¹⁵² סעיף 2(ב) קובע, כאמור, רשימה של כבילות שיש לגביהן חוקה חלוטה שהן בגדר הסדר כובל. הסדרים בין מתחרים הנכנסים לגדר סעיף 2(ב) לחוק ייכנסו תמיד לגדר הפרשנות המרחיבה הנ"ל של סעיף 2(א). כך, הסדר בין מתחרים לגבי המחיר יפחית תמיד את ה"תחרות" הלכאורית בין הצדדים להסדר (במנותק מניתוח התחרות בענף), וכך גם לגבי הסכם בין שתי פירמות לעניין הכמות, האיכות, חלוקת שוק ושאר הכבילות המנויות בסעיף 2(ב).

נראה כי אלה התומכים בפרשנות המרחיבה הנ"ל של סעיף 2(א) מסתמכים, בין היתר, על כך שבהליך של מתן פטור על־ידי הממונה להסדר כובל, על־פי סעיף 14, המחוקק מתייחס באופן מפורש להסדר כובל שאינו פוגע ב"תחרות בעסקים" באופן משמעותי כאל הסדר הזכאי לפטור. זאת בעוד שסעיף 2(א), בהגדרו הסדר כובל, אינו מדבר על "תחרות בעסקים", אלא על "תחרות בעסקים [בין צד אחד להסדר] לבין הצדדים האחרים להסדר...". אולם, כפי שצוין לעיל, מבחינה כלכלית אין משמעות להגבלת תחרות בין הצדדים להסדר אלא באספקלריה של התחרות בענף הרלוונטי.

יתר על־כן, בפרשנות שאני תומך בה אין כדי לייתר את סעיף 14 לחוק, המסמיך את הממונה להעניק פטור כאמור לעיל. ראשית, ייתכן שהסדר עלול לפגוע בתחרות בענף כלשהו, ועל־כן הוא בגדר הסדר כובל על־פי סעיף 2(א), ובכל זאת יהא ההסדר ראוי לפטור אם ישוכנע הממונה שהפגיעה בתחרות הינה בלתי־משמעותית. סעיף 2(א), הדין בהסדר ה"עלול" לפגוע בתחרות, מסתפק בפגיעה הסתברותית בתחרות. סעיף 14, שאינו כולל מושגים הסתברותיים כגון "עלול", מסמיך את הממונה לתת פטור אם ראה כי הפגיעה הממשית בתחרות (להבדיל מפגיעה הסתברותית גרידא) אינה משמעותית, או אם ההסתברות לפגיעה בתחרות קטנה מדי. כך, למשל, הסדר הגעשה בשוק ריכוזי העלול להקל על קרטל סמוי,¹⁵³ כגון הסדר לחילופי מידע בין מתחרים, "עלול" מבחינה הסתברותית לפגוע בתחרות, ועל־כן הוא בגדר הסדר כובל לפי סעיף 2(א). עם זאת ייתכן שבדיקה יסודית של הממונה תביא לידי מסקנה כי ההסתברות שההסדר יקל על קרטל קטנה מדי, ועל־כן אין ההסדר פוגע בתחרות במידה משמעותית. זאת ועוד: סעיף 14 הינו לעור במיוחד לגבי הסדרים הנכנסים לגדר הכבילות המנויות בסעיף 2(ב). הסדרים אלה הינם כובלים, כאמור, מבלי להיכנס לניתוח הפגיעה בתחרות בענף הרלוונטי. הסדרים הנכנסים לגדר סעיף 2(ב) ואינם פוגעים בתחרות באופן משמעותי יוקפו להכשר באמצעות הליך של פטור מן הממונה לפי סעיף 14 לחוק.

אם כך, לדעתי, תניית אי־תחרות אינה יכולה להיות הסדר כובל לפי סעיף 2(א) לחוק אלא אם היא עלולה לפגוע בתחרות בענף הרלוונטי לאור ריכוזיותו, נתח השוק של

152 סעיף 2(ב) חל עקרונית גם על הסדרים שבין ספק ללקוח או על הסדרים מסוגים אחרים, ובלבד שהם נוגעים ברשימת הכבילות המצויה בסעיף.

153 לעיל הערות 45-46 והטקסט הנלווה אליהן.

המעביד או של שאר המתחרים, הקושי בכניסה אל הענף, המידה שבה העובד לשעבר הוא בעל כלים המאפשרים להתגבר על קושי כניסה זה, ועוד פרמטרים שהדגשתי במסגרת ניתוח פגיעתה בתחרות של תניית אי־תחרות.¹⁵⁴ אומנם, נקודה זו אינה בעלת משמעות מעשית רבה, שהרי תניית אי־תחרות, על־פי הדין הקיים, היא ממילא בגדר הסדר כובל על־פי סעיף 2(ב), שאינו דורש להראות פגיעה כלשהי בתחרות.¹⁵⁵ אולם, מכיוון שבית־המשפט בעניין טבעול יישם בכל זאת (לחלופין) את סעיף 2(א) בהחלטתו, ניצלנו במה זו על־מנת להביע את מתאננו על פרשנותו המרחיבה מדי של סעיף זה בפסיקה.

(ב) דוקטרינת "הכבילה הנלווית"

בטענותיו של הממונה על ההגבלים העסקיים בעניין מזרחי,¹⁵⁶ הוא גרס כי תניות אי־תחרות עשויות לא להיות הסדר כובל על־פי סעיף 2(א) לחוק אם הן מהוות "כבילה נלווית", העומדת באמות־המידה המצטברות הבאות:

"א. ההסדר הנו חלק מובנה, הכרחי ובלתי ניתן להפרדה מפעילות היוזינת ואוטונומית של אדם המנהל עסקים, פעילות שכלל לא ניתן לקיימה בלא הכבילה האמורה.

ב. מטרתו העיקרית של ההסדר היא קידום הפעילות הלגיטימית בעסק והפגיעה בתחרות הגה אינצידינטלית, זניחה, ואינה עולה על המינימום הנדרש לשם קיומה של אותה פעילות..."¹⁵⁷

הממונה, בטענותיו, גם מיישם דוקטרינה זו על תניית האי־תחרות שנידונה בעניין מזרחי הנ"ל, ומגיע למסקנה כי אכן אין מדובר בהסדר כובל לפי סעיף 2(א) לחוק; זאת משום שבתניה מסוימת זו, שהגבילה את מזרחי, שהועסק על־ידי סוכנות התיווך "רשף", מלהתחרות בסוכנות במרכז הארץ שנה לאחר תום היחסים בין השניים –

"א. הגבלת זכותו של [מזרחי] להתחרות ברשף היא חיונית לפעילות העסקית בענף התיווך ולהגנה על סודותיה המסחריים של הסוכנות המעסיקה את הסוכן.

ב. הפגיעה בתחרות הנגרמת עקב ההסדר הנה פגיעה אינצידינטלית שאינה עולה על המינימום הנדרש ע"פ מבחני חופש העיסוק..."¹⁵⁸

154 ראו דיוננו המהותי בפסקה ד לעיל.

155 לעיל פסקה ה.1.

156 לעיל הערה 112, פסקה 21 לפסק־הדין.

157 שם.

158 שם, בפסקה 22. כפי שעולה מהחלטת בית־הדין, טען הממונה, בתחילה, כי התניה לא תהא פטורה אם נתח השוק של המעביד הוא משמעותי, אולם בשלב מאוחר יותר חזר בו הממונה מדרישה זו. בית־הדין להגבלים עסקיים אינו מכריע בשאלה אם ניתן להשתמש בדוקטרינת הכבילה הנלווית על־מנת לפטור תניית אי־תחרות מתחולת חוק ההגבלים (שם, בפסקה 23). דוקטרינת הכבילה הנלווית נטענה גם בפסק־הדין של בית־הדין להגבלים עסקיים בעניין הע 000491/98 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הממונה על

אם נאמץ את הדרישה העקרונית שהממונה טוען לה, לפיה הפגיעה בתחרות צריכה להיות זניחה על־מנת שתניית האי־תחרות לא תיחשב להסדר כובל לפי סעיף 2(א), מובן שדוקטרינת הכבילה הנלווית אינה אלא קונקרטיזציה של המבחן הראוי ממילא, לדעתי, ליישום סעיף 2(א) לחוק, הוא מבחן מידת הפגיעה בתחרות בענף הרלוונטי. מכל מקום, אין ליישם דוקטרינה של "כבילה נלווית", הבאה לקבוע קטיגורית כי תניות אי־תחרות אינן בגדר הסדרים כובלים, בלי קשר למידת פגיעתן בתחרות, משום שהן חיוניות לצורך קיום הפעילות העסקית של המעביד. מבחן מעין זה הינו בעייתי, לפחות בהקשר של תניות אי־תחרות בין עובד למעביד. לא ברור כלל שמעבידים לא יוכלו לתפקד עסקית ללא תניות אי־תחרות. כך, למשל, במדינת קליפורניה, תניות אי־תחרות כלשהן בין עובד למעביד הן בלתי־חוקיות עוד משנת 1870.¹⁵⁹ הצלחתו של עמק הסיליקון, שבמדינת קליפורניה, מחוץ תעשיית המחשבים המצליחה והפורת ביותר בעולם, מהווה אבן־בוהן עתירת שנים ומיליארדים המוכיחה כי תניות אי־תחרות אינן הכרחיות כלל לתפקוד של התעשייה עתירת־הטכנולוגיה והסודות העסקיים הגדולה מכולן. נהפוך הוא, כפי שטוען פרופסור גילסון במאמרו,¹⁶⁰ דווקא האיסור על תניות אי־תחרות הוא שאיפשר את פריחת המתמסכת של עמק הסיליקון, משום שאיפשר ניצות גבוהה של עובדים בעלי ידע בין פירמות, מיווג הידע שלהם עם הידע של מעסיקהם החדשים והמשכיות של החדשנות הטכנולוגית.¹⁶¹ גילסון מעמת הצלחה זו של עמק הסיליקון שבקליפורניה עם הכישלון היחסי של מחוז תעשייתי אחר, זה של "Route 128" שבחצות בוסטון.¹⁶² הוא מסביר הבדל זה בכך שבמדינת מסצ'וסטס, שחוקיה חלים על "Route 128", תניות אי־תחרות

ההגבלים העסקיים (טרם פורסם), מספר פרסים: 3002628, ושוב, בית־הדין לא הכריע בדבר היכולת ליישמה.

159 ראו: Cal. Bus. & Prof. Code 16600 (West 1997). קיימות אומנם כמה החלטות של בתי־המשפט בקליפורניה המציינות באמרת־אגב שכאשר הדבר חיוני להגנה על סודות עסקיים של המעביד, יתנו בתי־המשפט לעיתים, ביוזמתם, צו אי־תחרות לתקופה מסוימת לאחר תום יחסי העבודה (ראו: Gilson, *supra* note 90, at p. 622). אולם כפי שגילסון (Gilson) מראה, הלכה מעין זו לא יושמה מעולם בפועל, והגורמה בקליפורניה היא שעובדים עוברים באופן חופשי ותדיר בין מעבידים המתחרים ביניהם בשוק (Gilson, *ibid*). יתר על־כן, אמרת־האגב האמורה מסמיכה את בתי־המשפט להגביל עיסוק, אם בכלל, רק על־מנת להגן על סודות עסקיים של המעביד. בשום מקרה אין בית־המשפט מכשיר תניות אי־תחרות, שהאיסור עליהן בקליפורניה הוא מוחלט (ראו גם עניין פרומר, לעיל הערה 15, בפסקה 21 לפסק־הדין).

160 *Supra* note 90.

161 *Ibid*, at p. 603.

162 אף־על־פי שהתעשייה ב־"Route 128" החלה לפעול שנים לפני זו של עמק הסיליקון, וב־1965 היה מספרם של העובדים בתעשיות עתירות טכנולוגיה ב־"Route 128" גדול פי שלושה מזה של עמק הסיליקון, גדל מספר העובדים בעמק הסיליקון כעבור עשור פי המישה, בעוד שב־"Route 128" גדל מספר זה בפחות מפי שניים. עד שנת 1990 היה

נאכפות (על-פי כלל הסבירות הדומה לזה המיושם על-פי הדוקטרינה החווית בישראל). תניות האי-תחרות הנאכפות ב-"Route 128", מציין גילסון, גורמות שהטכנולוגיה שם קופאת על שמריה ואינה מתחדשת כזו של עמק הסיליקון.¹⁶³ הלקח מהשוואה זו בין הצלחת עמק הסיליקון לבין "Route 128" אינו בהכרח שעלינו לאמץ איסור גורף על תניות אי-תחרות, כמו זה של קליפורניה; ייתכן שתנאי ישראל, אופי ההתפתחות הטכנולוגית בה וסוג הידע הראוי בה להגנה מצדיקים אכיפת חלק מתניות האי-תחרות. עם זאת, הצלחת עמק הסיליקון מוכיחה שאין לקבוע קטיגורית שתניות אי-תחרות הן תנאי בל יעבור לעצם תפקודו של מעביד. במקום זאת, יש לבחון אם יתרונותיה התברתיים של תניית האי-תחרות הנבנת לרבות הגנה על סודות עסקיים, גוברים על פגיעותיה התברתיים.

יש להודות כי דוקטרינת הכבילה הנלווית מקבלת לעיתים קרובות ביטוי, בהקשר של מיוזגים (מעבר פירמות לשליטה משותפת) או יצירת מיזמים משותפים, בדיני ההגבלים העסקיים של הקהילייה האירופית. הסוגיה הקרובה ביותר לתניות אי-תחרות בחוזה עבודה שנידונה בפסיקת הקהילייה האירופית היא תניות אי-תחרות בין פירמות השותפות למיזם משותף, לפיה השותפות מתחייבות לא להתחרות עם עסקי המיזם המשותף גם למשך תקופה מסוימת לאחר הפסקת פעילותו של המיזם.¹⁶⁴ הנציבות האירופית, העוסקת בפיקוח על עסקות מעין אלה מבחינת דיני ההגבלים העסקיים של הקהילייה, פוטרת במקרים רבים תניות אי-תחרות מעין אלה על-סמך דוקטרינת הכבילה הנלווית,¹⁶⁵ וזאת גם בשווקים ריכוזיים שפועלים בהם מתחרים מעטים. הנציבות חוקרת תמיד את השפעת עצם הקמתו של המיזם המשותף על התחרות, ובודקת אם יש בהקמת המיזם כדי לחסל נכנסים פוטנציאליים אל תוך הענף הרלוונטי,¹⁶⁶ אך כאשר היא באה לברוק את תניות

היצוא הטכנולוגי מעמק הסיליקון גדול ביותר מפי שניים מן היצוא הטכנולוגי של "Route 128". הפער לטובת עמק הסיליקון רק גדל עם השנים (*ibid.*, at p. 587).

163 כפי ש-Gilson מציין, ללא כלל משפטי האוסר על תניות אי-תחרות, לא היו מעבידים נמנעים ביוזמתם מלהשתמש בתניות אי-תחרות, עקב "דילמת האסיר" שהמעבידים היו נתונים בה. אם מתחריו של המעביד אינם מאמצים תניות אי-תחרות, המעביד מעדיף לאמץ תניות אי-תחרות וכך לתפוס "טרמפ" על ניעותם של עובדי מתחריו מבלי לתרום את ניעות עובדיו. מאידך גיסא, אם מתחריו משתמשים בתניות אי-תחרות, אין המעביד חפץ להיות היחיד שמאפשר ניעות לעובדיו (*ibid.*, at p. 579).

164 פרשות אלה דומות מבחינות רבות לפרשת טבעול, לעיל הערה 105, שגם בה הופעלה תניית האי-תחרות עם פירוק שותפות.

165 כלשון רוב ההחלטות, על-מנת שתוכשר, תניית האי-תחרות צריכה להיות "קשורה ישירות וחיונית ליישום המיזם המשותף" (directly related and necessary to the implementation of the concentration) (ראו, למשל: Case No IV/M.579 *Burda* (Blockbuster 1995 OJ C 129, par 17).

166 ראו, למשל: את החלטות הנציבות בעניין *Nordic Capital* Case No IV/M.625 – *Re Iridium*, *supra* note 37, ואת ההחלטה בעניין *Transpool* 1995 OJ C 243, Par 30.

האי־תחרות הנלוות למיזם המשותף, היא עורכת שתי בדיקות בלבד: האחת היא אם הכבילה קשורה למיזם די הצורך, עד כדי כך שהנציבות מתרשמת שהמיזם אינו כדאי ללא התניה.¹⁶⁷ האחרת היא אם התניה אינה רחבה מדי מבחינת זמן ההגבלה או היקפה ביחס למה שנראה לנציבות סביר לגובה אופי המיזם.¹⁶⁸ כלומר, מידת הפגיעה של התניה בתחרות אינה נבדקת.¹⁶⁹

לדעתי, כאמור, יש להתנגד לגישה מעין זו, שיש בה כדי לתת הכשר גורף לתניות אי־תחרות מבלי לבדוק את פגיעתן בתחרות בענף הרלוונטי. דווקא מהחלטה אמריקאית, של השופט Bork (מתנגד היסטורי להתערבות יתר של דיני ההגבלים העסקיים), בבית־המשפט לערעורים בעניין *Rothery Storage & Van Co. v. Atlas Van Lines, Inc.*,¹⁷⁰ עולה כי בבחינתן של תניות אי־תחרות תחת כלל הסבירות, יש לבחון את מידת פגיעתן בתחרות בענף הרלוונטי על־פי פרמטרים כגון גתח השוק של הפירמה המעורבת בתניה. כדברי השופט Bork:

"...as we have seen... these restraints are ancillary to the contract integration or joint venture that constitutes the Atlas van line. The restraints preserve the efficiencies of the nationwide van line... There is, on the other hand, no possibility that the restraints can suppress market competition and so decrease output. Atlas has 6% or less of the relevant market, far too little to make even conceivable an adverse effect upon output. If Atlas should reduce its output, it would merely shrink in size without having any impact upon market price..., therefore, it follows that the Atlas agreements do not violate section 1 of the Sherman Act."

דרך ניתוח זו של השופט Bork, להבדיל מזו של החלטות הנציבות בקהילייה האירופית שנוכרו לעיל, יש לאמץ, לדעתי, גם בישראל.

(ג) דין תניות אי־תחרות הנקראות מכללא על־ידי בית־המשפט

במקרים מסוימים, בתי־משפט קוראים מכללא אל תוך חוזה העבודה תניות אי־תחרות, לתקופה ובהיקף שנקבעים על־ידי בית־המשפט, בפרט כאשר למעביד יש סודות עסקיים.¹⁷¹ האם יש בכך כדי לתמוך בגישה כי תניות אי־תחרות מפורשת (לפחות כאשר היא מגינה על סודות עסקיים) אינה הסדר כובל? לדעתנו, התשובה שלילית. כאשר

167 ראו, למשל: Case No IV/M.308 – *Kali – Salz/MdK/ Treuhand* 1994 OJ L 186, at par. 89.

168 *Ibid*, at par. 93.

169 ראו, למשל: *Burda / Noranda Forest / Glunz*, Case No IV/M.599, 1995 OJ C 298; *Blockbuster*, *supra* note 165.

170 792 F.2d 210, 229 (Col. 1986), cert. denied, 479 U.S. 1033 (1987).

171 ראו, למשל, עניין יבין פלסט, לעיל הערה 93, בע' 708.

בית המשפט קורא מכללא אל תוך חוזה העבודה תניית אי־תחרות לצורך הגנה על סודות עסקיים של המעביד, מדובר, לפחות מנקודת־הראות של דיני ההגבלים העסקיים, בכבילה הנובעת מכלל משפטי יציר הפסיקה. גם אם מנקודת־המבט של דיני החוזים תנאי מכללא מעין זה הוא חלק מן החוזה בין הצדדים, הוא נובע מהוראת דין. הוא מהווה ברירת מחדל מכוח הפסיקה, שאם אין הצדדים מתנים עליה בחוזה, היא נהפכת לחלק מן החוזה. אם כך, תנאי מכללא כזה אינו יכול להוות הסדר כובל, משום שהוא הסדר ש"כל כבילותיו על פי דין"¹⁷². בהתאם, אם הצדדים כוללים תניית אי־תחרות מפורשת בחוזה העבודה, אין בהלכת ה"תניה מכללא" כדי למנוע מאותה תניה להוות הסדר כובל. על התניה להיבחן באספקלרייה של חוק ההגבלים. אין ערובה כלשהי שהצדדים ניסחו תניה הפוגעת בתחרות באופן דומה או חמור פחות מתניה מכללא שהיה בית־משפט קורא אל תוך חוזה העבודה שלהם בדיעבד.

3. האם תניית אי־תחרות היא "בין בני אדם המנהלים עסקים" כנדרש בסעיף 2(א) לחוק?

על־מנת שהסדר יהיה בגדר הסדר כובל, נדרש, על־פי סעיף 2(א) לחוק, שהוא יהא "בין בני אדם המנהלים עסקים". בית־המשפט המחוזי בעניין תבור¹⁷³ גרס כי עובד אינו בגדר "אדם המנהל עסקים", ועל־כן תניית אי־תחרות המוסכמת בינו לבין המעביד אינה יכולה להיות בגדר הסדר כובל.¹⁷⁴ זו גם הגישה העולה מעמדתו של ממלא־מקום אב בית־הדין בעניין מזרחי.¹⁷⁵ כלשון השופט עדיאל: "עובד אינו 'אדם המנהל עסקים', ועל כן הסכם בינו לבין מעבידו אינו נופל מלכתחילה בגדרו של 'הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים' כמובנו בסעיף 2 לחוק."¹⁷⁶ לדעתי, קביעה זו אינה נכונה.¹⁷⁷ אומנם, ככלל, הסדרים בין מעביד או תאגיד לבין עובד הנוגעים בתקופת יחסי העבודה אינם יכולים להיחשב להסדרים כובלים, משום שהסדר כובל דורש קיומם של שני גופים עסקיים עצמאיים שיערכוהו. לפיכך, הסכמה בין עובד לבין מעביד החלה לגבי תקופת יחסי

172 סעיף 1(1) לחוק ההגבלים. מובן שכאשר בית־המשפט קורא אל תוך החוזה תנאי מכללא של אי־תחרות, עליו לעשות את האיוון הראוי בין פגיעותיו החברתיות של ההסדר לבין יתרונותיו החברתיים, לרבות מידת הפגיעה של התניה בתחרות בענף הרלוונטי (ראו פסקה ד לעיל).

173 לעיל הערה 15, בע' 232.

174 פסק־הדין דן בחוק ההגבלים הישן, אולם הדרישה שההסדר יהא "בין בני אדם המנהלים עסקים" קיימת גם בחוק החדש.

175 לעיל הערה 112, פסקות 31–36 לפסק־הדין.

176 שם, בפסקה 31.

177 השופט קלינג בעניין סחר ושרותי ים בע"מ, לעיל הערה 90, בפסקה 11, מאמץ גם הוא את הגישה לפיה תניית אי־תחרות בין עובד למעביד היא בין "בני אדם המנהלים עסקים" כנדרש בסעיף 2(א) לחוק.

העבודה אינה יכולה להוות הסדר כובל גם אם היא פוגעת בתחרות באופן משמעותי. הרציונל להלכה זו הוא שדיני ההגבלים העסקיים אינם חפצים להרחיק לכת ולהתערב בניהול הפנימי של הפירמה באמצעות דיני ההסדרים הכובלים.¹⁷⁸ אולם בחינת סוגיה זו צריכה להיות מהותית, ולא פורמליסטית. הסדר בין מעביד לעובד הנוגע בפעילות של העובד לאחר תום יחסי העבודה אכן מהווה, לדעתי, הסדר בין "בני אדם המנהלים עסקים".¹⁷⁹ הרציונל האמור של הימנעות דיני ההגבלים מלהתערב, באמצעות דיני ההסדרים הכובלים, בניהול הפנימי של העסק אינו מתקיים לגבי תניית אי־תחרות, שהרי פועלה האנטי־תחרותי נוגע בתקופה שבה העובד כבר אינו חלק אינטגרלי מן המערך הניהולי של העסק.

ניתוח דומה מוצדק לגבי סוגים אחרים של תניות אי־תחרות, כגון אלה הנלוות לפירוק שותפות. השופט טירקל, בדעת מיעוט בעניין טבעול,¹⁸⁰ גרס, למשל, שתניית אי־תחרות הנלווית לפירוק שותפות אינה בגדר הסדר כובל משום שמדובר ב"הסכם בין בני אדם המנהלים עסק, לשון יחיד, שהוא עסקה של השותפות. אין זה הסכם בין בני אדם המנהלים עסקים, לשון רבים".¹⁸¹ אולם דעת הרוב באותו עניין סתרה את קביעתו, בקובעה כי תניית האי־תחרות שנידונה בפרשה זו היא אכן הסדר כובל.¹⁸² אף־על־פי שדעת הרוב לא התייחסה מפורשות לשאלה אם מדובר ב"בני אדם המנהלים עסקים", קביעתה המהותית, לפיה מדובר בהסדר כובל, מניחה בצדק כי מדובר בהסדר "בין בני אדם המנהלים עסקים". תניית אי־תחרות המופעלת עם פירוק שותפות צופה אל התקופה בה השותפות אינה קיימת כבר, והשותפים הם, פוטנציאלית, בגדר יחידות עסקיות עצמאיות. משום כך יש לראות בה (לפחות ממועד פירוק השותפות) הסדר "בין בני אדם המנהלים עסקים" לצורך הגדרת הסדר כובל.

4. בעייתיות התוצאה לפיה כל תניית אי־תחרות היא הסדר כובל

המסקנה של פסקה ה.1 לעיל, לפיה כל תניית אי־תחרות היא למעשה בגדר הסדר כובל לפי חוק ההגבלים, הינה מרחיקת־לכת, משום שהיא מכתימה כהסדר כובל קבוצה גדולה ביותר של הסכמים הנספחים לחווי עבודה, שותפות, סוכנות, קבלנות והפצה,

178 הסדר פנימי לפירמה, למשל בין עובד למנהל הפירמה, ייתפס לפיכך כאקט חדי־צדדי של הפירמה, ולא כהסדר. אקט חדי־צדדי יכול להוות הפרה של חוק ההגבלים רק אם הוא מפר הוראה מהוראות פרק ד לחוק, הרן בפיקוח על בעל מונופולין.

179 כפי שצוין בפסקה ה.1(א) לעיל, ראוי לבחון את התניה בראי חוק ההגבלים רק עם סיום יחסי העבודה, ולא במועד של כריתת התניה. בהתאם, התפיסה כי התניה אינה בגדר הסדר כובל כבר ביום היווצרותה הינה ראויה; היא נהפכת להסדר כובל רק עם סיום יחסי העבודה, כאשר העובד עומד להיות "אדם המנהל עסקים".

180 לעיל הערה 123, בע' 9 לפסק־הדין.

181 שם.

182 שם, בע' 19 ואילך.

שהצדדים להם לא העלו על דעתם כי מדובר בהסדרים כובלים. יש לזכור כי התוצאה המשפטית של היות הסדר בגדר הסדר כובל (שלא אושר ולא קיבל פטור כדין) הינה מרחיקת-לכת: מדובר בעבירה פלילית¹⁸³ ובעוולה נזיקית¹⁸⁴ גם יחד, נוסף לתוצאת האי-חוקיות הגוררת את בטלות החוזה.¹⁸⁵ מנגד, כפי שראינו, רבות מתניות האי-תחרות אינן פוגעות בתחרות במידה משמעותית.¹⁸⁶ אם כך, לפי החוק הקיים, יצטרכו הצדדים לתניות אלה להגיש את התניה לקבלת פטור מאת הממונה עליהם לפי סעיף 14 לחוק. הממונה אכן ייתן פטור לתניה, ובכך יכשיר אותה, אם ימצא כי התניה אינה פוגעת באופן משמעותי בתחרות בענף הרלוונטי. אומנם, הליך קבלת הפטור לפי סעיף 14 קצר יחסית, אך אף-על-פי-כן הוא מסרב לא את מהלך עסקיהם של הצדדים וכרוך בעלות מינהלית נכבדה.

5. פטור גורף לתניות אי-תחרות? פתרון לא-ראוי

ניתן לטעון לכאורה כי לנוכח העובדה שחלק גדול מתניות האי-תחרות אינן פוגעות בתחרות במידה משמעותית, ולנוכח ריבויין של תניות אי-תחרות במשק, ראוי לשנות את חוק ההגבלים ולהעניק להן פטור גורף מתחולתן.¹⁸⁷ אולם פסקות ד.1 עד ד.3 לעיל הבהירו כי רבות מתניות האי-תחרות עלולות לפגוע בתחרות באופן משמעותי. משום כך אין זה ראוי להעניק להן פטור גורף. עצם העובדה שתניות אי-תחרות הן תופעה רווחת בחברה הישראלית אינה צריכה להוות שיקול לקולא. נהפוך הוא: ריבוי של תופעה העלולה להיות מזיקה מבחינה חברתית צריך להביא דווקא לידי אכיפה נוקשה יותר של החוק, על-מנת להרתיע להבא מהישנות התופעה. טענה נוספת שניתן לכאורה לטעון לטובת פטור גורף היא שדי "לטפל" בתניות אי-תחרות באמצעות הדוקטרינה החוזית.¹⁸⁸ אולם אין די בדוקטרינה החוזית לטיפול באותן תניות אי-תחרות רבות העלולות לפגוע בתחרות במידה משמעותית. הסדר שפוגע בתחרות באופן משמעותי ראוי שיהא כפוף לביקורת מראש של הממונה על הגבלים עסקיים ושל בית-הדין להגבלים עסקיים. אין זה ראוי לחכות שאחד הצדדים לתניית אי-תחרות יפר אותה על-מנת שתקום ליטיגציה סביב שאלת תוקפה של התניה. כך, למשל, אם תניית האי-תחרות אינה מופרת, היא לא תגיע לעולם לליטיגציה סביב הדוקטרינה החוזית, והפגיעה בתחרות הגלומה בה תישאר ללא התערבות. יש לזכור גם כי במקרים רבים, הצדדים לתניית האי-תחרות נהנים ממנה ומיישומה. הצד הנהנה ישירות מן התניה נהנה מהיעדר תחרות ומהאדרת רווחיו האנטי-

183 סעיפים 47-49 לחוק ההגבלים.

184 סעיף 50 לחוק.

185 סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים); עניין טבעול, לעיל הערה 118.

186 לעיל פסקה ד.4.

187 גישה ברוח זו ביטא השופט קלינג בפרשת נורדנברג, לעיל הערה 82, פסקה 7.

188 טענה ברוח זו עולה מדברי הממונה בהחלטתו בעניין רשף, לעיל הערה 129, בע' 19.

תחרותיים, ואילו הצד האחר נהנה מהתמורה שקיבל בעד אי-תחרות זו.¹⁸⁹ יתר על-כן, מתעורר בסוגיה זו גם עניין מוסדי: ראוי לטפל בתניות אי-תחרות שאכן פוגעות בתחרות באמצעות המנגנונים המיוחדים והרשויות המומחיות לדבר שנוצרו על-פי חוק ההגבלים. רשויות מומחיות אלה (לאמור, הממונה על ההגבלים העסקיים ובית-הדין להגבלים עסקיים) יבחנו תניות אי-תחרות אלה מראש באמצעות מנגנון הפטור והאישור הנקובים בחוק, ויבדקו אם אכן פגיעתה של התניה בתחרות הינה משמעותית ואם יתרונותיה גוברים על פגיעתה בתחרות.¹⁹⁰ בהתאם, ראוי שתניות אי-תחרות העלולות לפגוע בתחרות במידה משמעותית ולא הוכשרו על-ידי רשויות ההגבלים העסקיים יהיו בגדר הסדרים כובלים המהווים הפרה של חוק ההגבלים, על הסנקציות הפליליות והאזרחיות הכרוכות בכך.¹⁹¹ סנקציות אלה ידרבנו את הצדדים לפנות לקבלת פטור או אישור מראש מן הממונה או מבית-הדין.

6. הפתרון הראוי: פטור לתת-קבוצה של תניות

על-מנת לפתור, מחד גיסא, את בעייתיות החוק הנוכחי, המכתיים כל תניית אי-תחרות כהסדר כובל, ועל-מנת להימנע, מאידך גיסא, מהתוצאה הלא-ראויה של פטור גורף לתניות אי-תחרות, יש לשנות, לדעתי, את חוק ההגבלים באופן שיעניק פטור מלא (להלן: פטור-סוג) רק לחלק מתניות האי-תחרות, על-פי נתוני השוק למקרה הנידון.¹⁹²

189 חוקה על הצד הכפוף לתניית האי-תחרות (כגון העובד), אם הוא בעל מידע די הצורך, כי ידרוש תמורה נאותה, אם על דרך תנאים עדיפים בחוזה העיקרי ואם על דרך תמורה כספית ישירה, בעד כפיפות זו. באמצעות תמורה זו, הצדדים לתניה מתחלקים, בין היתר, ברווחים האנטי-תחרותיים של הצד הנהנה מן התניה, רווחים המופקים על-ידי-חשבונו של ציבור הצרכנים. יתר על-כן, גם הצד ה"כפוף" לתניית האי-תחרות, כגון העובד לשעבר, מרוויח לעיתים רווחים אנטי-תחרותיים מיישומה של תניית האי-תחרות; זאת במקרים בהם תניית האי-תחרות עוזרת לצדדים לתאם ביניהם חלוקת שוק קרטליסטית, לפיה המעביד לשעבר לא יפלוש לשטחו של העובד לשעבר, והעובד לשעבר לא יפלוש לשטחו של המעביד לשעבר (לעיל פסקה ד.1.1.א).

190 רשויות ההגבלים העסקיים מורגלות הן בבדיקה מעמיקה של מידת הפגיעה בתחרות (באמצעות מנגנוני הפטור והאישור שבסעיפים 14 ו-9 לחוק) והן בבדיקת היתרונות החברתיים של ההסדר (באמצעות המנגנון לאישור הסדר על-ידי בית-הדין לפי סעיף 9 לחוק).

191 ראו פרק ז לחוק ההגבלים.

192 בהצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 5), התשנ"ט-1999, הצ"ח 2805 מיום 14.4.99, מוצע להוסיף לחוק ההגבלים סעיף (שמספרו יהיה 15א) המסמך את הממונה על הגבלים עסקיים "לקבוע כללים לסוגי הסדרים כובלים אשר צדדים להם יהיו פטורים מקבלת אישור בית הדין...", כפוף לכך שהסדרים אינם פוגעים משמעותית בתחרות בחלק ניכר של שוק המושפע מן ההסדרים, וכן שהסדרים כוללים "יתרונות חתומים לתחרות

ראוי לבסס את הפטור על ארבעה פרמטרים: (1) ריכוזיות הענף הרלוונטי;¹⁹³ (2) השאלה אם התניה מגינה על סודות עסקיים; (3) במקרה שכל פועלה של התניה הוא איסור העסקה על-ידי מתחרים מסוימים של המעביד; נתח השוק של אותם מתחרים; (4) נתח השוק של המעביד לעומת זה של מתחריו. על-מנת להשתמש במידע רלוונטי המשקף את מידת פגיעתה של התניה בתחרות, יש לבהון אם התניה נכנסת לפטור-הסוג לא עם כריתת התניה, אלא עם סיום יחסי העבודה.¹⁹⁴ הרציונל והקונקרטיזציה של ארבעת הפרמטרים הללו הם כדלהלן:

אשר לפרמטר של ריכוזיות השוק הרלוונטי, ראוי שייקבע סף ריכוזיות של השוק, שמעליו לא תוכל תניה המונעת כניסת עובדים לשעבר לשוק או המנציחה מונופולין בסודות עסקיים של מעביד מבוסס בשוק להיכנס לפטור. ככל שהענף הרלוונטי ריכוזי יותר (קרי, יש בו פחות פירמות משמעותיות), כן כניסה חדשה אליו (הנחסמת על-ידי תניית האי-תחרות) או הגנה על מונופולין בסודות עסקיים שיש לפירמה מבוססת בענף זה (מונופולין המוגן על-ידי תניית האי-תחרות) הינם פוגעניים יותר.¹⁹⁵ זאת משום שבשוק שיש בו פירמות משמעותיות מעטות, כל הצטרפות של פירמה חדשה יכולה לתרום באופן משמעותי לתחרות המתקיימת בו. גם הגנה על מונופולין על הידע המצוי בידי פירמה מבוססת הינה פוגענית יותר ככל שהשוק ריכוזי יותר. כך, לפירמה מבוססת שיש בידה סודות טכנולוגיים המאפשרים לה ייצור יעיל יותר יהיה קל יותר לנצל את היתרון

בעסקים והם אינם כוללים כבילות שאינן הכרחיות למימוש יתרונות אלה. אם תתקבל הצעת-החוק, יוכל הממונה לקבוע פטור-סוג לתניות אי-תחרות על-פי פרמטרים שיתוו. עם זאת, קיים קושי בדרישה האמורה לפיה יתרונות ההסדרים נשוא פטור-הסוג "תורמים לתחרות". היתרונות החברתיים של תניות אי-תחרות אינם תורמים לתחרות. הם חיצוניים לה. כך, ההגנה על סודות עסקיים עשויה להוות יתרון חברתי של תניות אי-תחרות, אך אין מדובר ביתרון התורם לתחרות. נהפוך הוא, כפי שהראינו לעיל, הגנה על סודות עסקיים אכן פוגע בתחרות במקרים מסוימים.

193 ריכוזיות הענף גדולה יותר ככל שמספר הפירמות המשמעותיות הקיימות בענף הרלוונטי קטן יותר. כך, שוק שקיימות בו רק שתי מתחרות משמעותיות ריכוזי יותר מאשר שוק שקיימות בו שלוש מתחרות משמעותיות. הענף הרלוונטי עשוי גם להיות מקומי, או לגבי פלח אוכלוסייה מסוים, כפי שהובהר בפסקה ד.1.1(א) לעיל.

194 עד סיום יחסי העבודה, התניה, על-פי הפרשנות הראויה (ראו פסקה ה.1.1(א) לעיל) אינה מהווה ממילא הסדר כובל. לכן, עם כריתת התניה, לא יידעו הצדדים בוודאות אם היא תיכנס לגדר פטור-הסוג אם לאו, שהרי אין הם יודעים בוודאות מה יהיו תנאי השוק עם סיום יחסי העבודה. עם זאת, כפי שהובהר בפסקה ה.1.1(א) לעיל, הצדדים יעצבו תניה על-פי מכלול המידע שברשותם בעת כריתתה, ויוכלו לעצבה מחדש לקראת סיום יחסי העבודה, בהתאם לנסיבות חדשות שיצוצו. בהתאם למה שהוסבר בפסקה 1.5(א), שימוש של רשויות ההגבלים בעקרון "העיפרון הכהול" לגבי תניות שאינן נכנסות עם סיום העבודה לפטור-הסוג ומוגשות לפטור או לאישור ספציפי ימנע אופורטוניזם מצד העובד.

195 לעיל פסקות ד.1 ו-ד.2.

התחרותי שלה על־מנת לסלק (או לצמק לצמיתות) את מתחרותיה ככל שמתחרותיה המשמעותיות מעטות יותר.

הפרמטר השני עוסק בשאלה אם התניה באה להגן על סודות עסקיים. כזכור, תניה המגינה על סודות עסקיים עלולה תמיד לפגוע בתחרות, משום שהיא תמנע דיות של הידע למתחרים, וכך תנציח את כוח השוק (הכוח להעלות מחירים) שהידע מעניק למחזיק בו. יישומו הקונקרטי של פרמטר זה, שנראה שנוי במחלוקת ממבט ראשון, יידון להלן.

הפרמטר השלישי עוסק בתניות אי־תחרות שכל פועלן הוא מניעת העסקה של העובד אצל מתחרים מסוימים של המעביד. כפי שהשף הניתוח של פסקה 4.ד לעיל, אם כל פועלה של התניה הוא מניעת העסקה של העובד לשעבר על־ידי מתחרים מבוססים של המעביד, לא תפגע התניה בתחרות, גם אם השוק הוא ריכוזי, אלא אם היא מגינה על סודות עסקיים. מכאן שכאשר תניית אי־תחרות ממוקדת רק במניעת העסקתו של העובד על־ידי מתחרים מסוימים של המעביד, יאמוד הפרמטר השלישי את השאלה אם מתחרים אלה, הנקובים בתניה, הינם מבוססים. אמידה זו תיעשה על־ידי בדיקת נתח השוק של אותם מתחרים. אם נתח השוק שלהם עולה על סף מסוים, ניתן להניח שהם מבוססים, והתניה תיכנס לגדר פטור־הסוג, ובלבד שאינה מגינה על סודות עסקיים.

אשר לפרמטר הרביעי, של נתח השוק של המעביד ביחס למתחריו הגדולים, מוצע שאם היחס בין נתח השוק של המעביד לנתח השוק של מתחרהו הגדול ביותר יורד מסף מסוים, תניית אי־תחרות שלו תיכנס בכל מקרה לגדר פטור־הסוג, וזאת גם אם התניה מגינה על סודות עסקיים וגם אם השוק ריכוזי. אם המעביד הוא פירמה לא־מבוססת בשוק, שהינה קטנה משמעותית ממתחריה הגדולים, קיים יתרון באי־העברת סודותיה העסקיים למתחריה המבוססים ממנה בהרבה. שמירה על סודותיה העסקיים מפני מתחריה המבוססים ממנה תמנע אומנם דיות של ידע בשוק, אך תעזור למעביד הקטן יותר לצמוח וליהפך לפירמה מבוססת, שתוכל להוות חסם טוב יותר מפני כוח השוק של מתחריה הדומיננטיים. הוא הדין גם אם תניית האי־תחרות של מעביד שאינו מבוסס בשוק מונעת כניסה של עובדיו לשעבר לשוק כפירמות חדשות, או מונעת אותם מלעבוד אצל מתחריה, שגם הם עצמם אינם מבוססים בשוק. אומנם, תניה כזו מונעת כניסה לשוק וצמיחה של מתחרים לא־מבוססים, אך בד בבד היא מאפשרת למעביד הלא־מבוסס להתבסס ולצמוח בעצמו. יש להניח שעובד לשעבר הנכנס לשוק יגזול בראש ובראשונה נתח שוק ממעבידו לשעבר, שהרי הידע והניסיון שצבר, ועל־כן הגומחה שהוא צפוי לתפוס בשוק, קרובים בדרך־כלל יותר למעביד לשעבר מאשר לכל פירמה אחרת. אם לא נאפשר למעביד לא־מבוסס להשתמש בתניות אי־תחרות, סיכוייו לצמוח לכדי פירמה מבוססת קטנים בהרבה.

נדון עתה באפשרות המעשית ליישומם של ארבעת הפרמטרים הללו. הפרמטרים של ריכוזיות השוק, נתח השוק של מתחרים שנאסר על העובד לשעבר לעבוד אצלם ונתח השוק היחסי של המעביד – כולם מצריכים מידע לא רק על נתח השוק של המעביד, אלא גם על נתח השוק של מתחריו המבוססים. עשוי אומנם להיות קושי מסוים בכך שנתח השוק של מתחריו של המעביד אינו ידוע במדויק במקרים רבים לצדדים לתניה. משום כך יקשה עליהם להעריך מראש אם תניית האי־תחרות שלהם נכנסת לגדר פטור־הסוג בהתאם לפרמטרים האמורים אם לאו. עם זאת נראה שניתן להתגבר על קשיים אלה. ברוב המקרים, למעביד יש מושג סביר לגבי נתחי השוק של מתחריו המבוססים.

הפרמטר השני הרלוונטי לכינון פטור-הסוג הוא כזכור הפרמטר השואל אם התניה מגינה על סודות עסקיים. כפי שצוין, קיומם של סודות עסקיים אמור לפעול דווקא נגד מסקנה שהתניה נהנית מפטור-הסוג. ניתן לטעון שפרמטר זה הינו בעייתי, שהרי בהגנה על סודות עסקיים טמונים לעיתים יתרונות חברתיים. אולם אל לנו לשגות באותה שגיאה בה שגתה הפסיקה עד כה: מתן ערך מכריע לשיקולים לטובת הגנה על סודות עסקיים, תוך התעלמות מן הפגיעה של הגנה זו בתחרות. היתרונות החברתיים הכרוכים לעיתים בהגנה על סודות עסקיים אינם מצדיקים פטור גורף לתניות אי-תחרות הבאות להגן על סודות עסקיים. על-מנת שבמקרה נתון יצדיקו יתרונות אלה תניית אי-תחרות, יש להשתכנע שהיתרונות באותו מקרה, על-פי הנסיבות הרלוונטיות וסוג הסוד העסקי הנידון,¹⁹⁶ גוברים על הפגיעה בתחרות.

כפי שהראיתי לעיל,¹⁹⁷ הגנה על סודות עסקיים פוגעת תמיד בתחרות. מכאן שאידיאלית, אלמלא עלויות האכיפה וההתדיינות סביב מידת הפגיעה בתחרות כנגד יתרונות ההגנה על הסוד העסקי, היה ראוי לא לתת פטור גורף לתניית אי-תחרות המגינה על סודות עסקיים של מעביד מבוסס, אלא לדון בכל מקרה לגופו, תוך איזון היתרונות של הגנה על הסוד כנגד הפגיעה בתחרות. אולם, מכיוון שצפוי כי במקרים רבים יכוונו תניות אי-תחרות להגנה על סודות עסקיים, קיים חשש שבחינה אדי-הוק של תניות אי-תחרות רבות אלה תגרור עלויות אכיפה והתדיינות כבדות. על-מנת להפחית עלויות אלה, ראוי לכלול במסגרת פטור-הסוג אותן תניות אי-תחרות המגינות על סודות עסקיים אף של מעביד מבוסס, והמתרחשות בענף שאינו ריכוזי, תוך קביעת תקופת הגנה שאינה עולה על תקופה מרבית מסוימת, שתיכנס לגדר הפטור.¹⁹⁸ בענף שאינו ריכוזי, הסיכון האנטי-תחרותי שבהגנה על סודות עסקיים קטן יותר. בפרט, כפי שחשף הניתוח בפסקה ד.2, בשוק שאינו ריכוזי, פגיעת ההגנה על סודות עסקיים בתחרות נובעת מכך שבטווח הארוך, הגנה על הסוד העסקי תמנע דיות של הידע אל המתחרים, באופן העשוי להביא לידי הורדת מחירים ושיפור איכותו של המוצר. אפקט אנטי-תחרותי נוסף מתבטא, כזכור, בכך שהגנה לטווח ארוך על הסוד העסקי עלולה לאפשר לפירמה המחזיקה בסוד העסקי לסלק, אט אט, את מתחריה מן השוק ולהפוך שוק לא-ריכוזי לשוק ריכוזי. אם כך, האפקט האנטי-תחרותי של הגנה על סודות עסקיים בשוק שאינו ריכוזי תלוי בכך שהסוד העסקי מעניק למחזיק בו כוח שוק לטווח ארוך. אולם רבים מן הסודות העסקיים נהפכים ממילא למיושנים בשלב מסוים, כך שכוח השוק הגלום בהם גווע ממילא.¹⁹⁹ מכאן שבשוק

196 אף-על-פי שהיריעה כאן צרה מכדי להרחיב בכך, וכפי שנבהיר ברשימה נפרדת, היתרונות של סודות עסקיים אינם בגדר ערך קבוע והומוגני, אלא משתנים ממקרה למקרה, על-פי הנסיבות המסוימות של תניית האי-תחרות ועל-פי סוג הסוד העסקי.

197 פסקה ד.2.

198 הסיבה להכללתה של תקופת הגנה שאינה עולה על תקופה מרבית תוסבר להלן.

199 כך, סוד עסקי בעל אופי טכנולוגי עשוי לגווע עקב התפתחות הטכנולוגיה, ההופכת את הידע למיושן. סודות עסקיים מסוגים אחרים, כגון רשימת לקוחות, עשויים גם הם לגווע לנוכח העובדה שמתחרים של המחזיק בידע עשויים להצליח, בטווח הארוך, לאסוף את הידע בכוחות עצמם.

שאינו ריכוזי יש לאפשר גם לתניות אי־תחרות המגינות על סודות עסקיים של מעביד מבוסס להיכנס לגדר הפטור. עם זאת, קיימים סודות עסקיים המעניקים למחזיק בהם יתרון ארוך־טווח. לכן ראוי לקבוע שכאשר התניה מגינה על סודות עסקיים של מעביד מבוסס בשוק לא־ריכוזי, יחול עליה פטור־הסוג רק אם, נוסף להיות השוק לא־ריכוזי, משך התניה אינו עולה על תקופה מרבית שתיקבע על־ידי המחוקק.²⁰⁰

כאשר תניית אי־תחרות מגינה על סודות עסקיים של מעביד מבוסס בשוק ריכוזי, הפגיעה המסתברת בתחרות גבוהה,²⁰¹ וואת, במקרים רבים, גם אם ההגנה מוגבלת בזמן.²⁰² מכאן שתניה מעין זו צריכה להיבחן אדי־הוק על־ידי רשויות ההגבלים העסקיים על־מנת לבדוק את מידת פגיעתה בתחרות בענף הרלוונטי, שמא פגיעה זו גוברת על היתרונות החברתיים של התניה. תניה מעין זו אינה ראויה לפטור גורף. יתר על־כן, גם תניה הנכנסת לגדר הפרמטר השלישי של פטור־הסוג, שכל פועלה הוא מניעת העסקתו של העובד לשעבר על־ידי מתחרים מבוססים של המעביד, עלולה לפגוע באופן משמעותי בתחרות אם היא מגינה על סודות עסקיים של מעביד מבוסס בשוק ריכוזי.²⁰³ זאת משום שכאשר התניה מגינה על סודות עסקיים, היא מונעת דיות של הידע נשוא הסוד העסקי אל מתחריו המבוססים של המעביד. דיות של הידע בשוק ריכוזי יגרום, כפי שהראיתי לעיל,²⁰⁴ לשיפור מידי של רמת המחירים ואיכות המוצר או השירות. יתר על־כן, הגנה על סודות עסקיים של פירמה מבוססת בשוק ריכוזי יכולה לאפשר למחזיק בסוד לנצל את היתרון שהסוד מקנה לו על־מנת לסלק את מתחריו המבוססים המעטים מן השוק (או לצמקם לצמיתות), ולהגיע למעמד דומיננטי או מונופוליסטי, תוך העלאת המחירים והורדת איכותם של המוצר או השירות.

ניתן לטעון כי הפרמטר השני של פטור־הסוג המוצע, הדין בסודות עסקיים, הינו בעייתי ליישום מבחינה נוספת: אם הסיכויים לכניסה לפטור הקבוצתי קטנים כאשר התניה מגינה על סודות עסקיים, ניתן לטעון לכאורה כי הצדדים השואפים להכניס את התניה לגדר הפטור עשויים לא לחשוף את קיומם של הסודות העסקיים המוגנים על־ידי

200 נותר עדיין קושי בנוגע לסודות עסקיים המתיישנים אחרי תקופה קצרה יחסית, אך מתחדשים כל הזמן, כך שהם מקנים למעשה למעביד כוח שוק לטווח ארוך, כדוגמת חברות התיווך שנידונה בפסקה ד.3 לעיל (הטקסט הנלווה להערה 101). במקרים מעין אלה, גם בשוק שאינו ריכוזי וגם אם תניות האי־תחרות מוגבלות בזמן, קיים עדיין האפקט האנטי־תחרותי ארוך־הטווח של הגנה על סודות עסקיים מתחדשים של המעביד. מאידך גיסא, התוויית אמת־מידה נוספת המוציאה מגדר הפטור סודות עסקיים "מתחדשים" מעין אלה עלולה לסרב את הפטור ולהופכו קשה ליישום ומעורפל. משום כך ייתכן שראוי להקריב אמת־מידה מיוחדת לסודות עסקיים "מתחדשים", תוך מתן אפשרות לפגיעה מסוימת בתחרות, על מובח בהירות הפטור והמיסכון בעלויות התדיינות סביב פרשנותו.

201 לעיל פסקה ד.2.

202 לעיל פסקה ד.3.

203 לעיל פסקה ד.2.

204 שם.

התניה. אולם מבט מפוכח יותר מראה כי אין לטענה זו על מה לסמוך. אם המעביד מסתמך על אי-קיומם של סודות עסקיים בטענה שהתניה נכנסת לגדר פטור-הסוג, יוכל העובד להשתמש בסודות העסקיים של המעביד ולהעבירם לאחרים ללא חשש משמעותי מפני תביעה מצד המעביד: אם יטען המעביד שנגזלו סודותיו העסקיים, הוא יחשוף עצמו בכך לסנקציות הפליליות והאזרחיות על היותו צד להסדר כובל שלא קיבל פטור כנדרש, שהרי יסתמך על אי-קיומם של סודות עסקיים כאשר יטען לתחולת פטור-הסוג על תניית האי-תחרות. אם כך, אין זה סביר שהמעביד יסתיר במתכוון את קיומם של סודות עסקיים מקום שאלה אכן קיימים ומקום שיש לו אינטרס משמעותי בהגנה עליהם.

אם כך, ולאור הניתוח בפסקות האחרונות, פטור-הסוג יכול להיות מנוסה ברוח זו: ראשית, אם היחס בין נתח השוק של המעביד לבין מתחרהו הגדול ביותר נמוך מסף מסוים, תיכנס תניית אי-תחרות של אותו מעביד לגדר הפטור בכל מקרה. שנית, אם נתח השוק היחסי של המעביד גבוה מהסף הנ"ל, יהיה על המעביד להצהיר אם תניית האי-תחרות מגינה על סודות עסקיים אם לאו. אם הצהיר שתניית האי-תחרות אינה מגינה על סודות עסקיים, לא תהווה התניה הסדר כובל אם התקיים אחד מאלה: (1) ריכוזיות השוק הרלוונטי נמוכה מסף מסוים, שיקבע על-ידי המחוקק;²⁰⁵ או (2) כל פועלה של התניה היא מניעת העסקתו של העובד על-ידי מתחריו של המעביד שנתח השוק שלהם

205 את מידת הריכוזיות ניתן למדוד בעזרת מדדי ריכוזיות המבוססים על נתחי השוק של הפירמות הקיימות בשוק הרלוונטי. מדדי ריכוזיות מעין אלה מצויים בשימוש של רשויות ההגבלים האמריקאיות בהצלחה רבה במשך שנים רבות (ראו, למשל: Department of Justice, Federal Trade Commission, 1992 *Horizontal Merger Guidelines* 57 FR 41552. מדד הריכוזיות הפופולרי ביותר הוא ה-HHI (Herfindahl-Hirschman Index). מדד זה מודד את סכום הריבועים של נתחי השוק של הפירמות בשוק הרלוונטי. למשל, אם בשוק פועלות שתי פירמות עם נתח שוק של 50% כל אחת, ערכו של מדד ה-HHI יהיה $50^2 + 50^2 = 5000$. יתרונו הגדול של מדד זה מתבטא בכך שהוא מייחס משקל לדומיננטיות יחסית של פירמות. כך, למשל, אם בשוק הרלוונטי פועלות שתי פירמות, אך אחת דומיננטית, עם נתח שוק של 80%, והאחרת קטנה יותר, עם נתח שוק של 20%, ערכו של ה-HHI יהיה $80^2 + 20^2 = 6800$ יהיה גבוה בהרבה מאשר בשוק עם שתי פירמות שוות בגודלן ($50^2 + 50^2 = 5000$). את מידת הריכוזיות שתהווה סף לעניין פטור-הסוג של תניות אי-תחרות ניתן לקבוע בהתחשב בנתונים הספציפיים של השוק הישראלי, קטנותו היחסית של השוק וחשיבותם של יתרונות לגודל בשוק קטן, המצדיקים אולי גישה מקילה יחסית כלפי הפירמות והעלאת סף הריכוזיות המוציא תניה מגדר הפטור. ולעניין השיקולים המיוחדים של מדיניות הגבלים עסקיים בשוק קטן, ראו א' צדקה ואח' "מונופולים ומיזוגים בתנאי השיפה" הרבעון לכלכלה, הוברת 152 (1992) 53. יתר על-כן, במסגרת קביעה סטטוטורית של סף הריכוזיות, ניתן להתחשב גם בעלויות ההתדיינות הנדרשות לקביעות אד-הוק בעניין תניות שלא ייכנסו לגדר הפטור. מכיוון שרבים מן השוקים בישראל ריכוזיים יחסית, ייתכן שהמחוקק יבחר, במסגרת פטור-הסוג, סף ריכוזיות גבוה יחסית על-מנת לחסוך בעלויות התדיינות.

גבוה מסף מסוים, שייקבע על־ידי המחוקק, אם הצהיר המעביד שתניית האי־תחרות מגינה על סודות עסקיים, לא תהווה התניה הסדר כובל אם התקיימו שני התנאים המצטברים הבאים: (1) ריכוזיות השוק הרלוונטי נמוכה מסף מסוים, שייקבע על־ידי המחוקק;²⁰⁶ (2) משך זמן ההגבלה שבתניה אינו עולה על תקרה מסוימת, שתיקבע גם היא על־ידי המחוקק.²⁰⁷

באשר לאותן תניות שלא ייכנסו לגדר פטור־הסוג, הן לא יוכלו לקבל פטור אוטומטי. תניות שלא ייכנסו לגדר פטור־הסוג יהיו כפופות לבדיקה הרגילה על־פי חוק ההגבלים כנוסחו כיום: התניה תהיה בגדר הסדר כובל על־פי סעיף 2(ב).²⁰⁸ משום כך יהיה על הצדדים לקבל פטור מראש מאת הממונה או אישור מראש מאת בית־הדין על־מנת להכשיר את ההסדר. בדיקה מעמיקה של התניה, פגיעתה בתחרות והיתרונות הגלומים בה יכריעו אז את גורלה: אם בדיקה מעמיקה תוליך למסקנה שפגיעת התניה בתחרות אינה משמעותית, היא תקבל פטור מאת הממונה ותוכשר. נוסף על כך, גם אם פגיעתה של התניה בתחרות הינה משמעותית, אך יתרונותיה התברתיים עולים על פגיעתה זו, תקבל התניה אישור מבית־הדין להגבלים עסקיים ותוכשר.

בפסק־הדין בעניין טבעול²⁰⁹ הזכיר השופט גולדברג פתרון שונה לבעיה הנוצרת מכך שלכאורה, כל תניית אי־תחרות הינה בגדר הסדר כובל על־פי החוק, והוא שימוש בדוקטרינת זוטי־דברים (De Minimis). על־פי פתרון זה, בכל אותם מקרים בהם כבילתו של הסדר כובל הינה "חסרת משמעות כלכלית",²¹⁰ אין להחיל על ההסדר את דין ההסדרים הכובלים, אף־על־פי שההסדר נכנס, מבחינה טכנית, לגדר ההגדרה של הסדר כובל על־פי החוקות החלוטות של סעיף 2(ב) לחוק. פתרון זה אפשרי בהחלט, אולם הוא דורש מבית־המשפט להכריע בשאלה הכלכלית הסבוכה והמעורפלת אם פגיעתו של ההסדר היא אכן בגדר זוטי־דברים. ניתוחנו בפסקות הקודמות מראה כי הכרעה מעין זו אכן סבוכה ומורכבת. החלת הכלל של זוטי־דברים עלולה לפגוע בוודאות שתהיה לצדדים

206 נראה כי סף הריכוזיות שנקבע לגבי תניות שאינן מגינות על סודות עסקיים (ראו שם) יכול להיות דומה לסף הריכוזיות בתניות המגינות על סודות עסקיים.

207 פטור מעין זה דומה במידה מסוימת לסייגים שנקבעו בסעיף 3 לחוק, הקובעים מקרים שלא יראו בהם הסדר ככובל, אולם הפטור הנידון כאן ייקבע על־פי אמות־מידה של ריכוזיות השוק ונתח השוק של צד להסדר, שלא כמו הסייגים בסעיף 3 לחוק, שהם לרוב גורפים או כוללים מושגי שסתום קשים לאמידה. (ראו למשל סעיף 3(8) לחוק, הפוטר תניית אי־תחרות הנלווית למכירת עסק בשלמותו אם התניה אינה "בניגוד לנוהגים סבירים ומקובלים"). מבחינה זו, הפטור המוצע, המכסס את מתן הפטור על נתוני שוק אובייקטיביים הקלים יחסית לאמידה, דומה לפטורים הקבוצתיים (block exemptions) הנהוגים בדיני ההגבלים העסקיים של הקהילה האירופית. ראו, כללית: Richard Whish *Competition Law* (3rd ed., 1993) 236–241.

208 כפי שמעיד הניתוח בפסקה ה.1 לעיל.

209 לעיל הערה 123.

210 שם, בע' 24 לפסק־הדין.

לגבי תניות אי־תחרות: הם לא יידעו בבירור מהן אמות־המידה שעל־פיהן יקבע בית־ המשפט אם פגיעת התניה היא בגדר זוטי־דברים אם לאו.²¹¹ יתר על־כן, בחוק ההגבלים הישראלי יצר המחוקק רשות (רשות ההגבלים העסקיים) וטריבונל (בית־הדין להגבלים עסקיים) המומחים לדבר, שיבחנו את מהותם הכלכלית של הסדרים שהינם כובלים על־פי החוק. לפיכך נראה כי מתן שיקול־דעת לבית־משפט כלשהו, שאינו בגדר טריבונל מומחה לדבר, באשר למתן פטור להסדר המוגדר על־פי החוק ככובל הוא צעד מרחיק־לכת. צעד זה יהיה מנוגד להכרעת המחוקק בשאלה המוסרית מיהם הגופים המיועדים לבחון את מהותו הכלכלית של הסדר כובל. מנגד, פטור־הסוג המוצע מתיישב יותר עם הכרעה מוסרית זו של החוק. על־פי פטור־הסוג, המחוקק עצמו יקבע לפי אילו פרמטרים תהא התניה פטורה. כל שעל בית־המשפט לעשות הוא ליישם פרמטרים אלה.

הצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 4), התשנ"ז-1997, הצ"ח 2560, מיום 27.10.97, מציעה בסעיף 4 פתרון מסוג נוסף: פטור כללי לתניות אי־תחרות, כפוף למבחן שסתום של "סבירות ותנאים מקובלים". ההצעה מציעה להוסיף לחוק סעיף 3(א8), שיקבע: "התחייבות של עובד כלפי מעסיקו שלא לעסוק באותו סוג עסק במשך תקופה מסוימת לאחר סיום החוזה ביניהם, כשהתחייבות הינה סבירה ומקובלת...", אינה בגדר הסדר כובל. הסעיף המוצע קובע דין דומה לתניות אי־תחרות בין מעסיק לבין קבלן, סוכן או מפיץ.

פטור מוצע זה לתניות אי־תחרות אינו ראוי, לדעתי. אומנם, אם ייושם הפטור כראוי, יהיה אפשר לכלול במושג השסתום הדורש שההתחייבות תהא "סבירה ומקובלת" את כל הפרמטרים נשוא מלאכת האיזון הראויה, לרבות פגיעת התניה בתחרות בענף הרלוונטי. אולם לאור הניסיון עד כה, קיים חשש שהפסיקה תשוב להתמקד בפגיעה בחופש העיסוק ובאינטרסים ה"ראויים להגנה" של המעביד, ותזנח, כפי שזנחה עד עתה, את הפרמטר של פגיעה בתחרות. ראוי יותר, לדעתי, להתוות בגוף הפטור את אמות־המידה הכלליות האובייקטיביות העוזרות לאמוד את מידת הפגיעה בתחרות, כפי שאכן הוצע בדיונונו לעיל.

יתר על־כן, פטור המבוסס על מושג שסתום של "סבירות" ודרך "מקובלת" יגרור חוסר ודאות, הצדדים יצטרכו לנבא מה יראו הרשות המוסמכת או בית־המשפט כ"סביר ומקובל" על־מנת שיוכלו לדעת אם התניה מהווה הסדר כובל אם לאו. צד החפץ להתנער מן התניה יעשה זאת תוך טענה שאין היא סבירה או מקובלת, ומידת יכולתו לטעון זאת תהיה קשה לצפייה. לעומת זאת, פטור המבוסס על אמות־מידה ברורות יותר – של ריכוזיות השוק הרלוונטי ונתחי שוק – הינו ודאי יותר. הצעתי, כאמור, שתניית אי־תחרות תהיה הסדר כובל רק עם סיום יחסי העבודה. בהתאם, לקראת סיום יחסי העבודה, יוכלו העובד והמעביד לצפות בוודאות סבירה אם התניה שלהם נכנסת לגדר הדרישות בפטור־הסוג אם לאו.

211 כפי שהשופט גולדברג מציין בהמשך פסק־דינו, חשוב שיתקיים "קו מנחה ברור לקהילה העסקית, אשר לפיו היא יכולה לכלכל צעדיה" (לעיל הערה 123, בע' 27 לפסק־הדין). יישום כלל של זוטי־דברים עלול לחתור תחת מטרה חשובה זו.

7. תחולת הדוקטרינה החוזית על תניות אי-תחרות שהוכשרה על-פי חוק ההגבלים

ניתן לכאורה לסבור כי די בחוק ההגבלים על-מנת לטפל בתניות אי-תחרות, וכי חוק ההגבלים והמנגנונים המופעלים על-פיו מיייתרים את הדוקטרינה החוזית הדגה בתניות אי-תחרות; אולם אין זה כך. אומנם, תניות אי-תחרות שלא הוכשרה על-פי חוק ההגבלים מהווה הסדר כובל אסור, ולפיכך, בין יתר התוצאות המשפטיות, היא בגדר חוזה בלתי-חוקי ובטל.²¹² מכאן שדיון בתנייה במסגרת הדוקטרינה החוזית, במקרה של ליטיגציה סביב הפרתה, ייהפך למיותר, שהרי התניה בטלה ממילא כהסדר כובל. אולם תניות אי-תחרות עשויה להיות מוכשרת על-פי חוק ההגבלים (למשל, עקב כניסתה לגדר פטור-הסוג המוצע או עקב קבלת פטור מאת הממונה או קבלת אישור מבית-הדין להגבלים עסקיים). במקרה מעין זה, אם קמה ליטיגציה סביב הפרת התניה, עדיין גודקק לדוקטרינה החוזית על-מנת לבדוק את תוקפה, זאת משום שחוק ההגבלים, מעצם מטרתו, אינו מביא בחשבון את יסוד הפגיעה בחופש העיסוק ובמעמד העובד. חוק ההגבלים דן במתכונתו הנוכחית רק בפגיעת ההסדר בתחרות וביתרונותיו לציבור. אין בחוק ולו רמז על האפשרות לפסול הסדר על-סמך שיקולים חיצוניים לתחרות. שיקולים חיצוניים לתחרות יכולים לשמש, על-פי חוק ההגבלים, רק לשם הכשרת הסדר כובל. אמירה כי הערך של חופש העיסוק ומעמד העובד כלול בערך של תחרות תהיה מלאכותית, לדעתי. ערכים אלה אינם היינו הך. הם אף מתנגשים לעיתים. חוק ההגבלים מגביל את יכולתן של פירמות לעשות הסדרים ולהתמוג כרצונן, ומגביל, בפרק ד לו, את יכולתו של בעל מוגנפולין להפעיל את עסקו כרצונו. מבחינה זו, הערך של תחרות, שחוק ההגבלים מקדם, מתנגש בערך של חופש העיסוק.²¹³

כך, למשל, אם נכמת את הפרמטרים הרלוונטיים בערכים מספריים, לצורך ההדגמה בלבד, ננית כי הפגיעה בחופש העיסוק ובמעמד העובד בתניות אי-תחרות מסוימת הינה 2, הפגיעה בתחרות היא 2 ויתרונות ההסדר הם 3. גם בהנחה שהתניה אינה נכנסת לגדר פטור-הסוג המוצע, יקבעו רשות ההגבלים העסקיים ובית-הדין להגבלים עסקיים, האמונים

212 זאת מכוח סעיף 30 לחוק החוזים.

213 היה ראוי לשנות את חוק ההגבלים ולאפשר אי-הכשרה של תניות אי-תחרות גם על בסיס פגיעתה בחופש העיסוק, ולא רק על בסיס פגיעתה בתחרות. תיקון זה יצטרך לכלול את הערך של חופש העיסוק במסגרת פטור-הסוג המוצע, ולקבוע בוחני-סף מסוימים שלפיהם תוציא פגיעה מוגזמת בחופש העיסוק את ההסדר מגדר הפטור. אולם נראה כי פתרון מעין זה אינו ראוי. פגיעתה של תניות אי-תחרות בחופש העיסוק, הינה מטבעה בעלת אופי שבדיקתו צריכה להיעשות אד-הוק. קשה להתוות אמות-מידה כוללניות למדידת פגיעה זו. יתר על-כן, מבחינה מוסרית, נראה כי בתי-המשפט האזרחיים ובתי-הדין לעבודה אמונים יותר על בדיקת הפגיעה בחופש העיסוק מאשר רשויות ההגבלים העסקיים.

על יישום חוק ההגבלים העסקיים, בצדק, שיש לאשר את התניה, משום שיתרונות ההסדר (3) גוברים על הפגיעה בתחרות (2). אך עינינו הרואות שתניה זו אינה מוצדקת מבחינה חברתית, משום שנוסף על הפגיעה בתחרות, התניה פוגעת גם בחופש העיסוק ובמעמד העובד, והפגיעה המצטברת בחופש העיסוק, במעמד העובד ובתחרות (4) עולה על יתרונות ההסדר, שהם 3 בלבד. על-כן אנו זקוקים לדוקטרינה החוזית בדבר תניות אי-תחרות. ניתוח נכון על-פי הדוקטרינה החוזית היה מביא לידי מסקנה שהתניה בטלה בהיותה נוגדת את תקנת הציבור.²¹⁴

משיקולים דומים לאלה עולה כי בית-המשפט, ביישמו את הדוקטרינה החוזית של תניות אי-תחרות, חייב להביא בחשבון את מכלול היתרונות של התניה ולאזנם עם מכלול פגיעותיה. כך, אם בית-המשפט מאשר תניות אי-תחרות תוך התעלמות מפגיעתה בתחרות, הוא עלול להכשיר תניה שאינה רצויה מבחינה חברתית. לעניין זה לא ניתן להסתפק בדיני ההגבלים העסקיים ולסמוך שהם יפסלו את התניה מכוח פגיעתה בתחרות; שהרי דיני ההגבלים העסקיים, מתעלמים כאמור, באופן מובנה, מפגיעותיה של התניה שאינן קשורות לפגיעה בתחרות, כגון הפגיעה בחופש העיסוק והנצחת מעמדו של העובד. דיני ההגבלים העסקיים עשויים אם-כך להכשיר את התניה נשוא הדוגמה המספרית הנ"ל (שהרי פגיעתה בתחרות היא 2 ויתרונותיה הם 3). אם יתעלם בית-המשפט, ביישמו עתה את הדוקטרינה החוזית, מפגיעת התניה בתחרות, וייתחם רק אל הפגיעה בחופש העיסוק ובמעמד העובד,²¹⁵ הוא יאשר את התניה, שהרי יתרונותיה (למשל, עקב הגנה על סודות עסקיים) הם 3, ואלה גוברים על הפגיעה בחופש העיסוק ומעמד העובד, שהם 2. אם כך, כאשר בית-המשפט מתעלם מן הפגיעה בתחרות ביישמו את הדוקטרינה החוזית ולנוכח ההתעלמות המובנית של דיני ההגבלים מן הפגיעה בחופש העיסוק, תניה שאינה רצויה מבחינה חברתית תוכשר הן על-פי הדוקטרינה החוזית והן על-פי דיני ההגבלים.²¹⁶

בהתאמה, אין בסיס לתפיסה, המתבטאת ברבות מן ההחלטות, לפיה אם תניות אי-תחרות הינה סבירה מבחינת הצדדים לתווה, הרי שהיא גם תימצא בדרך-כלל סבירה מבחינת האינטרס הציבורי.²¹⁷ כך, אם לעובד, למשל, יש מידע די הצורך על-אודות השאלה עד כמה, בתוחלת, גרעה ממנו תניות האי-תחרות, לא ניתן לומר שנפגעו חופש

214 סעיף 30 לחוק התוזים.

215 כפי שאכן עושה רוב הפסיקה (ראו פסקה ד לעיל).

216 לרטוריקה דומה בעניין שונה, המטיפה להביא בחשבון, לצורך קביעת סטנדרט הרשלנות בניזיקין, את מכלול הנזקים שפעילות אדם גורמת, כולל הנזק לעצמו, ראו: Robert Cooter and Ariel Porat "Does Risk to Oneself Increase the Care Owed to Others?" *Law and Economics in Conflict* (Forthcoming, January 2000, *J. Leg. Stud.*)

217 ראו ע"א 901/90 נחמיאס נ' קולומביה סחר ותעשייה בע"מ, פ"ד מז(1) 252, 263, תוך ציטוט עניין שרעבי, לעיל הערה 75, בע' 91; עניין דמת, לעיל הערה 15, בע' 853; עניין ברמן, לעיל הערה 15, בע' 722-723; עניין תבור, לעיל הערה 15, בע' 228; עניין דיקר, לעיל הערה 29, בע' 148; עניין עלית, לעיל הערה 28, בע' 809.

העיסוק שלו או מעמדו,²¹⁸ ונראה כי לפיכך תהא התניה סבירה מבחינת הצדדים לחוזה. אולם אין בכך כל אינדיקציה לעניין פגיעת התניה בתחרות. יתר על־כן, תניה שמקילה על תלוקת שוק קרטליסטית²¹⁹ לא רק שהיא סבירה מבחינת הצדדים, אלא היא אף מיטיבה עם שניהם לטווח הארוך, וזאת בדיוק מכוח פגיעתה החמורה בתחרות. אמות־המידה לבדיקת סבירות מבחינת הצדדים נוגעות בפגיעה בחופש העיסוק ובמעמדו של העובד. אין כל חפיפה כמעט בינו לבין אמות־המידה של בדיקת הפגיעה בתחרות. כך, אם השוק הרלוונטי הוא מקומי, והתניה מגבילה עצמה לאותו שוק,²²⁰ ייתכן שחופש העיסוק של העובד ייפגע אך במעט, לפי תפיסת בית־המשפט, משום שהעובד יוכל לעסוק במשלח־ידו, בקלות יחסית, בשוק גיאוגרפי אחר. אין בכך אינדיקציה כלשהי לגבי רמת הפגיעה בתחרות בשוק המקומי שהתניה חלה בו, שהוא, כפי שהובהר לעיל,²²¹ השוק היחיד הרלוונטי מבחינת בדיקתה של הפגיעה בתחרות.

על־כן, אם יתעלם בית־המשפט, ביישמו את הדוקטרינה החוזית, מפגיעות מסוימות של התניה, כגון פגיעתה בתחרות, הוא יגיע לתוצאות מעוותות ולא־נכונות מבחינה חברתית. עיוות דומה, אך הפוך, יתרחש אם יתעלם בית־המשפט, ביישמו את הדוקטרינה החוזית, מיתרונות מסוימים שיש בתניה, כגון עידוד הכשרה כללית יקרה²²² או יתרונות לגודל בייצור.²²³ כך, למשל, נניח כי יתרונות לגודל בייצור מהווים יתרון של 2, ויתרונות הקשורים בהגנה על סודות עסקיים מהווים יתרון של 1. על־פי דיני ההגבלים העסקיים, יש להביא בחשבון את מכלול היתרונות החברתיים של ההסדר, ומכאן שבית־הדין להגבלים עסקיים היה מאשר את התניה אם, למשל, פגיעתה בתחרות היא 2, שהרי פגיעה זו קטנה מסך היתרונות (3). לעומת זאת, אם יתעלם בית־המשפט, ביישמו את הדוקטרינה החוזית, מן היתרונות לגודל בייצור, הוא יפסול את התניה, שהרי הוא יאמוד את יתרונותיה כ־1 בלבד (על־סמך ההגנה על סודות עסקיים), ויאזן מולם את פגיעותיה של התניה, העולות על 1. התעלמות זו של בית־המשפט מן היתרונות לגודל תוליך אס־כן לפסילה של תניה שהינה ראויה דווקא מבחינה חברתית, באשר יתרונותיה החברתיים גוברים על חסרונותיה.

לסיכום סוגיה זו, אין די בהחלת חוק ההגבלים לבדו על תניות אי־תחרות, משום שחוק ההגבלים אינו ערוך לתת נפקות לסוגיית הפגיעה בחופש העיסוק ובמעמד העובד. תניה שעברה את משוכת חוק ההגבלים (למשל, עקב כך שנכנסה לגדר פטור־הסוג המוצע או קיבלה אישור או פטור מאת רשויות ההגבלים המתאימות) יהיה ראוי עדיין לבדוקה על־פי הדוקטרינה החוזית. כפי שציינו לעיל, על־מנת להעריך נכון את התניה על־פי

218 לעיל פסקה ג.

219 לעיל הערה 87 והסקסט הנלווה אליה.

220 לעיל פסקה ד.ו(א).

221 שם.

222 לעיל פסקה ב. כפי שהראיתי שם, הפסיקה אכן מתעלמת באופן עקבי מיתרון זה הגלום בחלק מתניות האי־תחרות.

223 שם.

הדוקטרינה החוזית, יהיה על בית המשפט להעריך הן את הפגיעה בחופש העיסוק ובמעמד העובד, הן את הפגיעה בתחרות והן את כלל יתרונותיה של התניה. אם מדובר בתניה שנכנסה לגדר פטור-הסוג המוצע או עברה הליך של קבלת פטור אצל הממונה, משתמע מכך שפגיעתה בתחרות אינה משמעותית.²²⁴ בית המשפט יוכל להשתמש בקביעה זו לצורך הערכת הפגיעה בתחרות. נוסף על כך, אם עברה התניה הליך של אישור על-ידי בית-הדין להגבלים עסקיים, משמע שלדעת בית-הדין, יתרונותיה עולים על פגיעתה בתחרות. בית המשפט יוכל, ביישמו את הדוקטרינה החוזית, להשתמש במקרה זה בממצאי בית-הדין על-מנת להעריך את יתרונות התניה ואת מידת פגיעתה בתחרות. על פרמטרים אלה יצטרך בית המשפט להוסיף את הפגיעה בחופש העיסוק ובמעמד העובד, ולהכריע אם פגיעתה המצטברת של התניה בתחרות, בחופש העיסוק ובמעמד העובד עולה על יתרונותיה.²²⁵

8. אי-הרלוונטיות של הדוקטרינה החוזית כאשר לצד המוגבל יש מידע די הצורך

לאור הניתוח בפסקה האחרונה, נהיר שבמקרים שאין בהם פגיעה בחופש העיסוק או במעמד העובד, אין צורך בגיתוחה של תניית אי-תחרות על-פי הדוקטרינה החוזית. כל שהדוקטרינה החוזית מוסיפה לניתוח על-פי חוק ההגבלים הוא שדוקטרינה זו, שלא כמו חוק ההגבלים, מביאה בחשבון את הפגיעה בחופש העיסוק ובמעמד העובד. אם אלה לא נפגעו, די בניתוח התניה על-פי דיני ההגבלים העסקיים. כך, כאמור בפסקה ג לעיל, לא ניתן, להשקפתי, לומר באופן פטרנליסטי כי נפגע חופש העיסוק או נפגע מעמדו של אדם אם לאותו אדם יש מידע די הצורך על-אודות השאלה עד כמה, בתוחלת, גרעה ממנו התניה. על-כן, באותם מקרים בהם תניית אי-תחרות מגבילה אדם שיש לו מידע די הצורך כאמור, אין מקום לנתח את התניה על-פי הדוקטרינה החוזית העוסקת בתניות אי-תחרות. די בניתוח על-פי חוק ההגבלים, שיאזן את פגיעת התניה בתחרות כנגד יתרונותיה האפשריים של התניה.

מכאן שהפרמטר הראשון שעל בית המשפט לבדוק, בדונו בדוקטרינה החוזית, הוא הפרמטר של פגיעה בחופש העיסוק ומעמד העובד. אם חופש העיסוק או מעמד העובד לא נפגעו כלל, בין משום שלעובד ידע די הצורך ובין משום שהוא יכול לעסוק במשלח-ידו באופן שאינו נוגד את תניית האי-תחרות ללא פגיעה בקריירה שלו ובמעמדו, בית-

224 פטור-הסוג מנוסח כך שתניות הנכנסות אליו אינן פוגעות בתחרות באופן משמעותי, והממונה מוסמך לתת פטור להסדר כובל רק אם הפגיעה של ההסדר בתחרות לא היתה משמעותית (ראו סעיף 14 לחוק ההגבלים).

225 מובן שפגיעות התניה ויתרונותיה התברתיים אינם ניתנים לאמידה מדויקת או מתמטית. כמו בכל מלאכת איזון בין ערכים מתנגשים, יהיה על בית המשפט כמו גם על רשויות ההגבלים העסקיים להשתמש בכלים שברשותם, לרבות עדויות של מומחים אם הדבר דרוש, על-מנת להתקרב במידת האפשר למלאכת האיזון הנכונה.

המשפט פטור מלדון (במסגרת הדוקטרינה החוזית) בפרמטרים האחרים, שהם יתרונות התניה והפגיעה בתחרות. פרמטרים אלה יידונו ממילא באמצעות דיני ההגבלים העסקיים. נפקות חשובה נוספת של הניתוח הנוכחי נוגע בתניות אי־תחרות הנלוות למכירת עסק. אף־על־פי שניתוח פגיעתן של תניות אלה בתחרות חורג מגבולותיה של רשימה זו, ראוי להדגיש כאן כי בתניות מעין אלה, רובן ככולן, אין, לדעתי, פגיעה בחופש העיסוק או במעמד של מוכר העסק, המוגבל על־ידי התניה; זאת משום שלמוכר של עסק, שהיה מצוי בענף ומודע לכל הפרמטרים הרלוונטיים לו, יש כמעט תמיד מידע די הצורך לדעת עד כמה גרעה ממנו התניה. מוכר העסק, שניהל עסק בענף במשך שנים, יודע לאמוד עד כמה היה מרוויח מכניסה לענף במסגרת עסק חדש, וגם יודע להעריך את ערכו בשוק העבודה בענף. מכאן שעל־פי הניתוח לעיל, אין צורך לדון בתניית אי־תחרות הנלווית למכירת עסק על־פי הדוקטרינה החוזית, אלא רק, אם בכלל,²²⁶ על־פי דיני ההגבלים העסקיים.

1. סיכום

תניות אי־תחרות הן תופעה עסקית רווחת. דווקא משום כך אין להירתע מבדיקת פגיעתן החברתית. הפסיקה, רובה ככולה, ערכה איזון מצומצם בין חלק מן היתרונות של תניות אי־תחרות לבין פגיעתן בחופש העיסוק, תוך הזנחה בולטת של פגיעתן בתחרות. איזון חלקי זה הניב תוצאות לא־ראויות מבחינה חברתית. ניתוחנו הכלכלי חושף כי בנסיבות ענפיות מסוימות, תניות אי־תחרות עלולות לפגוע בתחרות באופן משמעותי. אל לנו להתעלם מפגיעה חברתית זו.

מבחינת תחולתם המקבילה של הדוקטרינה החוזית ושל דיני ההגבלים העסקיים בטיפול בתניות אי־תחרות, נוכחנו שאנו זקוקים הן לדוקטרינה החוזית והן לדיני ההגבלים. מחד גיסא, במקרים בהם חופש העיסוק נפגע, לא די בדיני ההגבלים העסקיים לבדם, משום שאין הם ערוכים לעסוק בפגיעת התניה בחופש העיסוק ובמעמד העובד. מאידך גיסא, לא די גם בדוקטרינה החוזית, משום שיש למנוע את הפגיעה בתחרות הכרוכה באותן תניות אי־תחרות שאינן מופרות. יתר על־כן, בענייני חופש העיסוק קיימת עדיפות מוסדית לבתי־המשפט האזרחיים ולבתי־הדין לעבודה, בעוד שבענייני תחרות קיימת עדיפות מוסדית לרשויות המומחיות שהוקמו מכוח חוק ההגבלים.

אשר לדיני ההגבלים עצמם, חוק ההגבלים דהיום מכתיב, שלא בצדק, כל תניית אי־תחרות כהסדר כובל אסור. ניתן לתקן תוצאה זו באמצעות פטור־הסוג המוצע, הגוקק לפרמטרים של השוק הרלוונטי ושל הסוג של תניית האי־תחרות על־מנת לברור אילו תניות אי־תחרות אינן פוגעות בתחרות במידה משמעותית ואילו מהן ראויות לבחינה פרטנית יותר של דיני ההגבלים העסקיים. נוסף על כך, על רשויות ההגבלים העסקיים

226 כאמור לעיל, חוק ההגבלים כנוסחו כיום מעניק פטור, בתנאים מסוימים, לתניית אי־תחרות הנלווית למכירת עסק (סעיף 3(8) לחוק).

לבחון תניות אי־תחרות עם סיום יחסי העבודה, על־מנת להגדיל את נגישותן למידע רלוונטי. זאת ועוד, שומה עליהן לאמץ את שיטת "העיפרון הכתול" לעידון תניות גורפות מדי, על־מנת למנוע אופורטוניזם מצד העובד.