

בעניין: עמית מזרחי

העורר

ע"י ב"כ עוה"ד ח. הראל ו/או מ. אלדמע

- נ ג ד -

1. הממונה על ההגבלים העסקיים

ע"י ב"כ עו"ד מרשות ההגבלים העסקיים

2. רשף נכסים המומחים לנדל"ן עסקי בע"מ

המשיבים

ע"י ב"כ עוה"ד ד"ר ויינרוט

פסק דין

ההליך

1. בפני ערר על החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים, להעניק פטור מאישור הסדר כובל על ידי בית הדין להגבלים עסקיים, מכוח סמכותו על פי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח - 1988, להסכם שערכה רשף נכסים המומחים לנדל"ן עסקי בע"מ (להלן - "רשף" או "המשיבה"), עם העורר ששימש במסגרתה כסוכן לתיווך בנכסי דלא נידי.

העובדות הרלוונטיות

2. רשף עוסקת בתיווך נדל"ן, וסניפיה פזורים בכל הארץ. לרשף 17 סוכנים באמצעותם היא מספקת את שירותיה.

העורר, מתווך נדל"ן, הועסק על ידי רשף כמתווך החל מחודש יולי '94. במסגרת זו הופקד העורר על האזורים קריית מטלון, קריית אריה, סגולה, ראש העין ומושבים בפריפריה של פתח

תקווה. עיסוקו (על פי טענתו) היה מוגבל למבנים של עד 1000 מ"ר, למעט עסקה אחת של 1300 מ"ר.

ביום 21.9.94, סמוך לתחילת העסקתו על ידי רשף, חתם העורר על התחייבות בזו הלשון:

"אני מאשר כי בתאריך 10.7.94 התחלתי לעבוד עבור אלי טייב בעל הפירמה "רשף נכסים בע"מ ... כסוכן ומתווך נכסים מסחריים.

1. ידוע לי כי במהלך עבודתי יימסר לי על ידיכם מידע עסקי רב בנוגע לעסקכם לרבות סודות מסחריים ומקצועיים כגון שמות לקוחות פוטנציאליים ופרטי הנכסים שבמאגר המידע שלכם.

2. הנני מתחייב בזאת כי במידה ומסיבה כל שהיא, אפסיק הקשר עם "רשף נכסים" בין מרצוני ו/או שלא מרצוני או מכל סיבה אחרת:

א. לא אעבוד ולא אעסוק בין במישרין ובין בעקיפין, בין בעצמי ובין ע"י מי מטעמי במשך תקופה של שנה ורבע מיום הפסקת עבודתי ב"רשף נכסים" בתווך וייעוץ השקעות של מבני תעשייה וכל תחום אחר שאעסוק בו ומגרשים אם אעסוק בהם, באזור מרכז הארץ.

ב. לא אעביר ולא אמסור אינפורמציה כל שהיא על מבני תעשייה וכל תחום אחר שאעסוק בו ומגרשים אם אעסוק בהם, באזור מרכז הארץ השלישי, כמוסכם בסעיף 2 א'."

בחודש אוקטובר 1996 הפסיק העורר את קשריו עם רשף והחל לעבוד כמתווך נדל"ן במסגרת חברת "יוגל" השייכת לאחיו.

רשף ביקשה למנוע מהעורר לעבוד כמתווך נדל"ן באופן הנוגד להשקפתה את התחייבותו על פי ההסכם.

כאשר ביקשה רשף לאכוף על העורר את הוראות ההסכם, העלה העורר, בין היתר, את הטענה שמדובר ב"הסדר כובל" כמשמעו בחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח 1988.

3. ואולם, מסתבר שרשף צפתה טענה זו, ועל כן פנתה עוד ביום 26.11.96 אל הממונה על ההגבלים העסקיים (להלן - "הממונה") בבקשה כי יינתן לה פטור מהצורך בקבלת אישור בית הדין לשבעה עשר הסכמים שנחתמו בינה ובין סוכניה. הממונה פנה אל הסוכנים על מנת לאפשר להם להציג את עמדתם בטרם יחליט בבקשה, ולאחר שאיש מהסוכנים לא השיב לפניה, נעתר לבקשה וביום 25.12.96 פטר את רשף מהצורך לקבל את אישורו של בית הדין להגבלים עסקיים לגבי הסכמים שחתמה עם 11 סוכנים, ובהם העורר.

4. בהחלטתו על מתן הפטור קבע הממונה, ראשית, כי לכאורה, ובלא לקבוע בדבר מסמרות, הוא היה סבור, "כי הסכם מקובל ושכיח זה איננו מהווה הסדר כובל, שכן הוא אינו יכול להשפיע על רמת התחרות בענף באזור הרלבנטי. מכל מקום (מסביר הממונה בהחלטתו) חשבתי לכאורה, כי זה הוא עניין של מה בכך, ועל כן חוק ההגבלים העסקיים מטבע ברייתו לא התכוון לחול על זוטות מעין אלה".

ואולם, בפסק הדין שניתן על ידי בית המשפט המחוזי בתל אביב בעניין פרנס נורדנברג (ה"פ (תל אביב) 1190/95 פרנס נורדנברג בע"מ נ' בן ארי (טרס פורסס), אוקטובר 1996), עובר למתן החלטת הממונה בבקשת הפטור, נקבע כי הסכם מעין זה מהווה הסדר כובל. לאור כך, ועל יסוד ההנחה (שעמה הממונה לא התמודד לגופה), כי מדובר, כפי שנקבע בה"פ 1190/95 הנ"ל, בהסדר כובל, נזקק הממונה לבקשה והעניק את הפטור המבוקש. הממונה ביסס את הפטור על ההשקפה כי תניית אי התחרות הנה תנייה סבירה מבחינת דרישות חוק יסוד: חופש העיסוק, זאת לאור תוכנה, התחום הגיאוגרפי בו היא חלה ומשכה, וכי על כן אין בה כדי לפגוע פגיעה משמעותית בתחרות. לפירוט נוסף של נימוקי הממונה אתייחס בהמשך.

5.ב- 8.1.97 פנתה ב"כ העורר אל הממונה בבקשה לבטל את הפטור. במכתבו מפברואר 97' דחה הממונה את הפניה, תוך שהוא מפנה את ב"כ העורר אל נימוקיו במתן הפטור.

6. בינתיים התדיינו הצדדים בבית המשפט המחוזי בתל אביב (ת.א. 440/97) בבקשה למתן צו מניעה שהגישה רשף, שבה ביקשה לאכוף על העורר את התחייבותו ולאסור עליו לעסוק כסוכן נדל"ן בניגוד להתחייבות זו. אולם בית המשפט, מפי כב' השופט שלו, דחה את הבקשה בשל אי הבהירות שבהתחייבות נשוא ההסכם. לכך עוד אתייחס בהמשך.

7. לאחר דחיית בקשתו לבטל את הפטור, הגיש מר מזרחי את הערר הנוכחי, שבו הוא עורר על החלטת הממונה לתת את הפטור המבוקש (להלן-"הפטור").

טענות הצדדים

8. **העורר** מעלה בפתח טיעוניו מספר טענות סף.

ראשית, טוען העורר, משנתן הממונה פטור להסדר, הוא מנוע מלהעלות בערר על מתן הפטור את הטענה כי ההסדר אשר זכה לפטור כלל אינו הסדר כובל. שנית, מוסיף העורר וטוען, הממונה אינו רשאי להעניק פטור לבקשת אחד הצדדים להסדר כאשר הצד השני מתנגד לכך. שלישית, שגה הממונה משנדרש לבקשת הפטור כאשר תלוי ועומד בין הצדדים הליך משפטי אזרחי המבוסס על הטענה כי ההסדר הוא הסדר כובל. רביעית, הסמכות לאשר הסדר כובל או לפטור אותו מאישור קמה רק לגבי בקשה המוגשת קודם לעשייתו של ההסדר, והממונה איננו מוסמך להעניק פטור רטרואקטיבי להסדר אשר נעשה לפני הגשת הבקשה.

לגופו של עניין, טוען העורר, הפטור ניתן שלא כדיון, שכן ההסדר פוגע באופן משמעותי בתחרות, זאת משום שרשף הנה גורם רב עוצמה בשוק תיווך הנדל"ן בארץ בכלל ובמרכז הארץ

בפרט, ועל כן ההגבלות שמטילה רשף על סוכניה פוגעות במתחריה ומחלישות את ניידות כוח האדם בשוק. מצד שני, טוען העורר, ההסדר אינו דרוש, ועל כל פנים, הוא עולה על הנדרש לשם הגנה על האינטרסים הלגיטימיים של רשף, זאת הן משום שהוא אינו מצטמצם בהגנת סודותיה המסחריים של רשף והן משום שתחום הפעילות נשוא ההגבלה אינו סביר. המערער סומך טענות אלה גם על פסק דינו של כב' השופט שלו, אשר דחה את בקשתה של רשף למתן צו מניעה זמני. בנוסף, טוען העורר, כי הממונה חרג מסמכותו לפי ס' 14(א) לחוק, כאשר הביא במניין שיקוליו את השיקול של עומס העבודה על הרשות להגבלים עסקיים, זאת משום ששיקוליו של הממונה, בבואו לדון בבקשת פטור, צריך שיוגבלו לפגיעה הנשקפת מההסדר לתחרות, ולה בלבד.

העורר העלה בעררו מספר טענות נוספות, לפיהן החלטת הממונה איננה החלטה סופית, וכי תניית איסור התחרות הנה בגדר תנאי מקפח בחוזה אחיד, אולם זנח טענות אלה בסיכומיו.

9. טענתם העיקרית של הממונה ורשף הנה שההסדר אינו בגדר "הסדר כובל" ע"פ סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, שכן אין בו משום "חלוקת שוק" כמובנו של מונח זה בסעיף 2(ב)(3) לחוק, ואף אין בו כדי להגביל את מי מהצדדים בתחרות במובנו של סעיף 2(א) לחוק.

בכל מקרה, טוענים המשיבים, גם אם מדובר בהסדר כובל, צדק הממונה במתן הפטור, שכן מדובר בהסדר שפגיעתו בתחרות אינה משמעותית.

בנוסף, מעלה גם רשף טענת סף לפיה העורר אחר בהגשת הערעור שכן העורר ידע על החלטת הממונה אשר ניתנה ביום 25.12.96, עוד ביום 8.1.97, שאז הגישה רשף בקשה דחופה לבית משפט השלום בתל אביב שלה צורפה החלטת הממונה, ועל כן היה על העורר להגיש את עררו בתוך 30 יום מאותו מועד, היינו, עד ליום 8.2.97, בעדו שבפועל הוגש הערר רק ביום 19.3.97.

הטענות מקדמיות

10. אשר לטענת המניעות: אינני סבור שהממונה מנוע מלטעון כי ההסדר איננו הסדר כובל רק משום שראה להעניק פטור מפניה לבית הדין לשם אישורו.

הממונה, כאמור לעיל, ציין בהחלטתו במפורש כי לדעתו אין מדובר בהסדר כובל. אולם, משקבע ביהמ"ש בפסה"ד בעניין נורדנברג כי הסכם הכולל תניית אי-תחרות מסוג זה הנו הסדר כובל, ראה הממונה, ובצדק, לנהוג לפי אותה פסיקה, זאת חרף העובדה שזו נפסקה בניגוד לעמדתו ולמרות שהוא איננו כבול בה. בהקשר זה יש אף לזכור כי עשיית הסדר כובל ללא אישור בית הדין וללא קבלת פטור מפניה לבית הדין לשם קבלת האישור היא עבירה פלילית. משקבע בית משפט מוסמך כי מדובר בהסדר כובל, היתה המשיבה רשאית לבקש להסיר מעליה את החשש לביצוע עבירה פלילית, חשש אשר בנסיבות המקרה, כאשר מדובר

בנוהג מסחרי מקובל ורווח אשר גם הממונה לא סבר כי הוא מהווה הסדר כובל, סביר להניח כי היא לא היתה ערה לו מלכתחילה. בנסיבות אלה, גם ראוי היה שהממונה יסייע בידה בכך, אם סבר שלגופו של עניין יש מקום לתת את הפטור המבוקש. אולם, בכך אין כדי למנוע בעד הממונה מלבקש את הכרעתו של בית הדין, שגם הוא איננו כבול על פי אותה פסיקה, בסוגייה זו.

11. גם הטענה כי הממונה לא היה רשאי לתת את הפטור על פי בקשת צד אחד וחרף התנגדותו של הצד האחר אינה מקובלת עלי. ברור שהממונה היה צריך, בטרם יכריע בבקשה, לאפשר לעורר להשמיע את דברו. אולם צד להסדר אינו יכול לשלול, בשל עצם התנגדותו, תהא סיבתה ועילתה אשר תהא, את סמכות הממונה לתת את הפטור לבקשת הצד האחר, כפי שגם אין בכוחו למנוע, בשל סיבה זו בלבד, את אישור ההסדר על ידי בית הדין.

שאלה דומה התעוררה בפני בית הדין לגבי מתן היתר זמני ע"פ סעיף 13 לחוק (ראה ה"ע 470/98 דלק חברת הדלק הישראלית נגד תחנת דלק שחר בית חנן בע"מ ואח', טרם פורסם). באותו מקרה נקבע כי אין מניעה לתת היתר זמני חרף התנגדותו של צד להסדר. הרציונאל שביסוד אותה החלטה (וראה הנימוקים שפורטו שם) חל גם על העניין שלפנינו.

12. אינני מקבל גם את הטענה כי הממונה לא היה רשאי לדון בבקשה שעה שהצדדים התדיינו ביניהם בבית המשפט המחוזי. אמנם מקובל עלי כי ראוי שרשות מנהלית לא תדון בשאלה המתבררת בין אותם צדדים בה בעת בפני ערכאה שיפוטית. אולם, לא כך אירע במקרה שלפנינו. השאלה שבה דן בית המשפט המחוזי - האם ההסדר הנו הסדר כובל - כלל לא נדונה על ידי הממונה. השאלה שבה דן הממונה היתה האם ראוי לפטור את הצדדים מלקבל את אישורו של בית הדין להסדר. שאלה זו לא נדונה בפני בית המשפט המחוזי (שאף אינו מוסמך לדון בכך) וממילא לא היתה מניעה מלפני הממונה לדון ולהחליט בה על פי סמכותו בהתאם לסעיף 14 לחוק.

13. גם טענתה של רשף בדבר האיחור בהגשת הערר לא הוכחה. לא ברור לי מה הבסיס לטענתה של רשף כי המועד להגשת הערר הוא 30 יום, שהרי תקנות ההגבלים העסקיים (סדרי דין בבית הדין ובערעור), התשמ"ט - 1988 אינן קובעות מועד להגשת ערר, ואילו סעיף 22 לחוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב - 1992, שהוא הדין החל בעניין זה, קובע שהמועד להגשת ערעור הוא 45 ימים מהיום שבו הומצאה ההחלטה לעורר. אשר למועד זה, גם אם אניח כי צירוף ההחלטה לבקשה שהגישה רשף נגד המערער לבית משפט השלום דינו כדין המצאה כמשמעה בסעיף 22 הנ"ל, גם אז, לא הוכח מתי הומצאה בקשה זו לעורר.

היקף הגזרתו של ההסדר הכובל

14. הבעיה המרכזית המתעוררת בתיק זה נוגעת להיקף ההגדרה של הסדר כובל בחוק ההגבלים העסקיים. בהקשר זה מעלה ההסכם שלפנינו שתיים מהסוגיות היותר קשות בדיני ההגבלים העסקיים: הסוגיה האחת עוסקת במניעת החלתם של דינים אלה על עסקים קטנים שאין בפעילותם משום חשש של ממש לפגיעה בתחרות בעסקים בשוק כולו, והשנייה - מניעת החלתו של החוק על התנהגויות כלכליות מקובלות וראויות. לשאלות אלה השלכה מרחיקת לכת על גדרי פועלם של דיני ההגבלים העסקיים בכלל, והתלבטו בהן גם שיטות משפט אחרות.

15. במקרה שלפנינו, ערכה רשף הסכמים עם שבעה עשר מסוכניה, אך יש להניח שרשף אינה חברת התיווך היחידה העורכת הסכמים כאלה, וכי מדובר בהסכמים הנפוצים בענף כולו, היינו, מדובר ככל הנראה במאות הסכמים הנוהגים רק בענף התיווך של עסקי דלא נייד. ואולם הסכמי הגבלת תחרות בתום תקופת ההעסקה אינם מתייחדים רק לענף זה, והם נפוצים גם בהסכמים אחרים אותם מזכיר הממונה בהחלטתו ובהם הסכמים בין עובד למעביד, בהם מתחייב העובד שלא להתחרות במעבידו משך תקופה מסוימת לאחר תום העסקתו, וכן בהסכמי סוכנות, הפצה וקבלנות.

ברור אפוא שלפנינו דפוס עסקי - כלכלי מקובל ונפוץ. ואולם, ההתייחסות לכל סוגי תניות אי-התחרות הנזכרים לעיל מחייבת, על אף קיומם של היבטים דומים המשותפים לכולן, לבחון כל תנייה, על נסיבותיה והרציונל הכלכלי שביסודה, בנפרד, מטלה החורגת מהדיון הנוכחי. לפיכך, אתמקד בפסק דין זה בהסכם נשוא הדיון בלבד.

16. הכפפתו של ההסכם שלפנינו לחוק ההגבלים העסקיים, הנה בעייתית ממספר היבטים:

ראשית, הטלת איסור מלא ומוחלט (כפוף לאישור בית הדין להגבלים עסקיים, או מתן פטור מאישור כזה על ידי הממונה) על פעילות כזו, שהיא פעילות עסקית מקובלת ורווחת, אשר נועדה, בעקרון, להשיג מטרות כלכליות ועסקיות ראויות (ואינני מכוון בכך לנוסח הספציפי של תניית אי התחרות הנוכחית), והפיכת חלק ניכר מהציבור המבצע פעילות כזו לעבריינים, היא גזירה שהציבור יתקשה לעמוד בה.

שנית, כפי שיפורט בהמשך, הטלת איסור מלא על פעילות כזו, אינה עולה, במקרים רבים, בקנה אחד עם תכליתם של דיני ההגבלים העסקיים.

שלישית, הכפפתם של הסכמים כאלה למערך האכיפה של דיני ההגבלים העסקיים, היינו, הטלת חובה על כל מי שעושה הסדר כזה לקבל אישור של בית הדין או פטור מקבלת אישור כזה מהממונה, עלולה להכביד ביותר על מערך ההגבלים העסקיים ולסבכו במטלות אשר לא נועדו לו. הדעת אינה נותנת שבית הדין, או הממונה יעסקו באישור או במתן פטור מאישור לאלפי הסכמים מסוג זה.

17. ואולם, הוצאתם של הסכמים כאלה, על תניית אי התחרות שבהם, מתחולת ההגדרה הסטטוטורית נתקלת בקשיים לאור ניסוחו של סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים.

כך, על-פי פרשנות מילולית של סעיף זה, ניתן לומר כי ההסכם נופל בגדרו של סעיף 2(א) לחוק, שכן מדובר בהסכם בין אנשים המנהלים עסקים, לפיו אחד מהם לפחות, במקרה זה העורך, מגביל את עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצד האחר - רשף.

פרשנות מילולית דווקנית עשויה להביא את ההסכם גם בגדרו של סעיף 2(ב)(3) לחוק, בהיותו הסכם שבו הכבילה מתייחסת ל"חלוקת השוק כולו, או חלקו, לפי מקום העיסוק".

18. תחילה הייתי סבור שהדיון הנוכחי יספק הזדמנות נאותה לדון במכלול השאלות הנזכרות לעיל. אולם לאחר בחינת חומר הראיות המצוי בפני הגעתי לכלל מסקנה שהתשתית העובדתית שהונחה על ידי הצדדים בתיק זה איננה מאפשרת לקיים דיון מלא בנושאים אלה. עם זאת, לאור חשיבותן של הסוגיות הנזכרות ורוחב טיעוני הצדדים, ראיתי מקום לדון בשאלות אלה, ולו באופן חלקי, גם במקום שהתשתית העובדתית שהוצגה איננה מאפשרת הכרעה מלאה. מאותה סיבה, ולאור בקשתו של הממונה, ראיתי מקום לדון בהליך זה לגופו, זאת חרף העובדה שכיום, לאחר שהעורך עוסק מזה תקופה ארוכה בעסקי תיווך מקרקעין ולאחר שבקשתה של רשף למתן צו מניעה נגדו בבית המשפט המחוזי נדחתה, אין לערר זה, מבחינת הצדדים, משמעות מעשית.

תניית אי-תחרות בפסיקה

19. תניית אי-תחרות כמעט ולא נדונה בפסיקת בתי המשפט באספקלריה של דיני ההגבלים העסקיים. הפסיקה אמנם דנה בתניות אי-תחרות, במיוחד בקשר להסכמים בין עובד למעביד, אך הדיון בסוגייה נעשה מנקודת המבט של הזכות לחופש העיסוק ולא בהיבט של דיני ההגבלים העסקיים (ראה למשל: ע"א 1371/90 דמתי ואח' נ' יוסף גנור ואח', פ"ד מד (4) 847; ע"א 901/90 נחמיאס ואח' נ' קולומביה סחר ותעשייה בע"מ, פ"ד מז (1) 252). על רקע זה מציינת כב' השופטת מזרחי במאמרה "היבט נשכח של הגבלת חופש העיסוק" כי:

"הבוחן את הפסיקה בנושא ההסכמים בין מעביד לעובד מגלה התעלמות מהאפשרות שהסכם מסוג זה עלול להיות 'הסדר כובל'". (הרשות השופטת (תשנ"ד) 19, 20)

דיון בתניית אי-תחרות ביחסי עובד - מעביד באספקלריה של דיני ההגבלים העסקיים נעשה, ככל הידוע לי, לראשונה, בה"פ (נצ'') 854/84 חנני תבור נ' עמיעד מוצרי יעול 1972, פ"מ תשמ"ה (ג) 221, שם קבע כב' השופט אור (בשבתו בבית המשפט המחוזי) כי דיני ההגבלים העסקיים אינם חלים על מערכת יחסים זו:

”חוק ההגבלים העסקיים מטרתו להטיל פיקוח על הסדרים כובלים (קרטלים) ועל מונופולים (ראה הצעת החוק - הצעות חוקים תשמ”ח, עמ’ 85, בעמ’ 91) כוונתו למנוע קרטלים ומונופולים בין אנשים המנהלים עסקים, והוא לא נועד להתערב ביחסים שבין עובד למעביד, כשחלה הגבלה לפי החוזה כנגד תמורה מלאה המשתלמת בין הצדדים. אכן, לפי לשונו, מתייחס סעיף 2 לחוק ל’הסדר’, אשר אופיו שונה מ’הסכם’ או ’חוזה’ רגילים. נראה לי שלא מקרה הוא, שבכל פסקי הדין הרבים שנתנו עד כה, כולל בבית המשפט העליון וגם לאחר שנכנס חוק ההגבלים העסקיים לתוקף, נבחנה שאלת תקפותו של סעיף המגביל את חופש העיסוק לאור השאלה אם הוא נוגד את טובת הציבור אם לאו, מבלי להתייחס לשאלה אם הוא מהווה הסדר כובל”. (שם, עמ’ 231-232 לפסק הדין)

כך קבע גם בית הדין האזורי לעבודה בתיק תב”ע נו/ 2945-3 ו- נו/ 1419-14 (טרם פורסם), ואולם, בערעור על פסק הדין השאיר בית הדין הארצי לעבודה שאלה זו בצריך עיון.

נושא זה עלה אגב אורחא גם בפסק הדין של בית המשפט העליון בעניין טבעול, אליו אתייחס בהמשך, שם הביע בית המשפט העליון, בדעת רוב, את הדעה כי תניית אי תחרות בין עובד למעביד נופלת, בעיקרון, ובכפוף לכלל של ’זוטי דברים’ בגדר הסדר כובל על פי החוק.

בהקשר הקונקרטי שלפנינו, היינו ביחסים שבין סוכן לסוכנות תיווך בנכסי דלא-ניידי במסגרתה הועסק, נדונה הסוגייה לאחרונה בשני פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים.

בפסק הדין בעניין פרנס נורדנברג הנזכר לעיל, נדונה תוקפה של תניית אי-תחרות בהסכם בין מתווך נדל”ן לחברת תיווך, המגביל את המתווך מלעסוק בתיווך, בתחום הגיאוגרפי בו עסק בשירות החברה (רחובות ונס ציונה), משך תקופה של 12 חודשים לאחר תום העסקתו. כבי השופט קלינג לא קיבל את עמדתו של הממונה, לפיה אין להחיל את החוק על עניינים כגון אלה, שהם להשקפתו עניינים של מה בכך, ומשלא פטר הממונה את הצדדים מפניה לבית הדין לשם אישור ההסדר, קבע כי ההסדר הוא הסדר כובל בהיותו ’חלוקת שוק’ כמשמעה בסעיף 2(ב)(3) לחוק ההגבלים העסקיים.

מנגד, זכתה השקפתו של הממונה לתמיכה בהחלטתו של כבי השופט שלו, אשר קבע, בדיון שקוים בין הצדדים להתדיינות הנוכחית (המ’ 4951/97 (ת”א) (ת.א. 440/97) רשף נכסים המומחים לנדל”ן עסקי בע”מ נ’ עמית מזרחי (דינים מחוזי כרך כו (7) 735, 737) כי :

”עקרונית אני אף מטיל ספק, כפי שעולה גם מהחלטת הממונה על ההגבלים העסקיים, אם התחייבות מסוג ההתחייבות שחתם עליה המשיב, מהווה הסדר כובל, וזאת בניגוד לדעתו של חברי, כבוד השופט קלינג.”

כבי השופט שלו חזר על פרשנות זו בפסק דינו בעניין ת.א. 1185/97 (ת”א) ק.ל.א. סחר והנדסה בע”מ נ’ דקל שושני ואח’ (דינים מחוזי כרך כו (7) 763, 764) :

"הסכם ההתחייבות שחתם המשיב לא בא כדי למנוע תחרות חופשית בשוק של ייצור מכוניות לעטיפת משטחים, אלא בא כדי לתת הגנה, ולו מוגבלת, למבקשת, אשר פתחה בפני המשיב את דלתות מפעלה ואפשרה לו ללמוד ולהכיר תחום מקצועי ומסחרי, שלמשיב לא היה בו ידע לפני כן.... כבר בהמ' 4951/97 (ת.א. 440/97 רשף נכסים נגד עמית מזרחי) הזדמן לי להביע דעתי כי התחייבויות מסוג זה אינן מהוות הסדר כובל כפי שגם הממונה על ההגבלים עסקיים הביע דעתו, כאשר התחייבות שעליה חתם שם המשיב הובאה לפניו".

לאחרונה נדונה על ידי בית המשפט העליון תניית אי-תחרות בהסכם בין שותפים בפסק הדין בעניין טבעול (ע"א 6222/97 טבעול 1993 בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ ואח' תקדין - עליון, 97(2) 16). באותו עניין הסכימה המשיבה שלא להתחרות במערערת בתחום הפעילות העסקית בה עסקה השותפות שביניהן, במשך 5 שנים מתום חיי השותפות. בית המשפט העליון קבע בפסק דין זה ברוב דעות (כב' השופטים גולדברג ודורנר), כי תניית אי-תחרות מעין זו הנה כבילה ההופכת את ההסכם במסגרתו נעשתה להסדר כובל על-פי החוק.

תחולתו של סעיף 2(א) לחוק על ההסדר

20. סעיף 2(א) מגדיר הסדר כובל כדלקמן:

"הסדר כובל

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".

הקושי שמעורר סעיף 2(א) לחוק בהקשר שלפנינו נעוץ בכך, שעל-פי לשונו הוא משתרע על כל הסדר העלול לפגוע בתחרות, גם כאשר אין לו השפעה על השוק והפגיעה היא בתחרות בין הצדדים להסדר בלבד.

21. הוצאתו של ההסדר מתחומו של סעיף 2(א) לחוק מבוססת, לפי הצעתו של הממונה, על שילוב של שתי דוקטרינות משפטיות: דוקטרינת הכבילה הנלווית ודוקטרינת נתח השוק.

לשיטתו של הממונה (על פי סיכומיו המקוריים), יש להוציא את ההסדר מתחולתו של סעיף 2(א) לחוק, כאשר הכבילה שבו היא כבילה נלווית, ומתמלאים בה שלושה תנאים מצטברים: א. ההסדר הנו חלק מובנה, הכרחי ובלתי ניתן להפרדה מפעילות חיונית 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 הנה אינצידנטלית, זניחה, ואינה עולה על המינימום הנדרש לשם קיומה של אותה פעילות.

ג. נתח השוק של הצדדים להסדר אינו משמעותי דיו כדי לפגוע בציבור (בסיכומיו המשלימים חזר בו הממונה מההצעה לעשות שימוש לצורך זה במבחן נתח השוק).

22. יישום המבחנים האמורים לגבי ההסדר הנוכחי צריך שיביא, לדעת הממונה, להוצאתו של ההסדר מגדרו של סעיף 2(א) לחוק שכן, לדעתו:

א. הגבלת זכותו של העורר 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 אינצידנטלית שאינה עולה על המינימום הנדרש ע"פ מבחני חופש העיסוק.

ג. נתח השוק של הצדדים אינו משמעותי.

דוקטרינה של "הכבילה הנלווית" (Ancillary Restraint)

23. בפסק הדין בעניין חברת החשמל (ה"ע 491/98 חברת החשמל לישראל בע"מ נ. הממונה על

ההגבלים העסקיים ואח' (טרם פורסם)) התייחס בית הדין לדוקטרינה זו והעלה ספק (בלא להכריע בדבר) באשר לאפשרות לעשות בה שימוש לצורך תיחום גדרה של הגדרת ההסדר הכובל, זאת הן על יסוד נוסחו של סעיף 2 לחוק והן על יסוד בחינת הדין המשווה (ראה סעיפים 108 - 113 לפסק הדין). עם זאת, וחרף לשונו של סעיף 2 לחוק, לא נשללה באותו פסק דין האפשרות שדוקטרינה זו תמלא תפקיד גם בהתפתחותם של דיני ההגבלים העסקיים במשפט הישראלי.

ואולם, במקרה שלפנינו אין מתקיימים התנאים הנדרשים להפעלתה של דוקטרינה זו, מה שמיתר גם כאן את הצורך להכריע בדבר תחולתה של דוקטרינת הכבילה הנלווית במשפט הישראלי בהקשר זה של הגדרת ההסדר הכובל (להבדיל משימושים אחרים בדוקטרינה זו, כפי שנעשה הן בפסק הדין בעניין איסכור (ערר 1/97 איסכור שירותי פלדות בע"מ ואח' נ. הממונה על ההגבלים העסקיים ואח' תקדין-עליון 97 (4) 1, סעיף 50 לפסה"ד), והן בפסק הדין בעניין חברת החשמל (סעיף 113 לפסה"ד)).

24. כפי שצוין בפסק הדין בעניין חברת החשמל, על פי דוקטרינה זו, אין לאשר:

"כבילה הנכללת בהסדר, גם אם מדובר בהסדר שהוא לטובת הציבור, אלא אם מדובר בכבילה שהיא חיונית, או לפחות נדרשת באופן מובהק לשם ביצוע ההסדר, וככל שהיא אינה עולה על הנדרש לביצועו, היינו, אם לא ניתן לבצע את ההסדר תוך פגיעה פחותה בטובת הציבור." (שם, סעיף 113 לפסה"ד).

גם הממונה מסכים בסיכומיו שאין לפטור את ההסדר מעולו של החוק לפי דוקטרינה זו, אלא אם ההגבלה אינה עולה על המינימום הנדרש לשם ביצוע ההסדר, תנאי המתקיים לדעתו במקרה זה.

25. אולם, מסקנה אחרונה זו של הממונה איננה תואמת את החלטתו של כב' השופט שלו אשר דחה את בקשתה של רשף למתן צו מניעה זמני בקובעו:

"אינני סבור שהגבלת עיסוקו של המשיב לתקופה של שנה ורבע מאז הפסקת עבודתו אצל המבקשת הנה הגבלה בלתי סבירה, אך משנמנעה המבקשת מלהגדיר את האזור הגיאוגרפי בו תחול ההגבלה והסתפקה בציון 'אזור מרכז הארץ' ואף 'אזור מרכז הארץ השלישי' הוכנס בה אלמנט של אי ודאות ועמימות". (המ' 4951/97 (ת"א) (ת.א. 440/97) רשף נכסים המומחים לנדל"ן עסקי בע"מ נ' עמית מזרחי (דינים מחוזי כרך כו (7) 735, 737)

קביעה זו של הממונה איננה מקובלת גם עלי.

26. לעניין זה ראוי להזכיר את נימוקי הממונה בהחלטתו לפיהם: "הבקשה הנה להגבלת העיסוק במשך שנה בלבד ובאזור הספציפי שבו עבד סוכן הנדל"ן קודם לכן במסגרת רשף נכסים ובכל הנוגע לנדל"ן עסקי בלבד". לשון אחר, מציין הממונה בהחלטתו: "המדובר במגבלה הקובעת, לדוגמא, כי אם סוכן פלוני עסק בתיווך משרדים באזור העיר ראשון לציון, הוא יהיה מנוע, במשך שנה ממועד סיום התקשרותו עם רשף, לפתוח משרד לתיווך נדל"ן משרדי באזור העיר ראשון לציון. אולם אותו סוכן יוכל לפתוח מיידית משרד תיווך העוסק בתחום המשרדים בכל אזור שאיננו העיר ראשון לציון כמו נס ציונה, רחובות או תל אביב."

בעיקרון מקובלת עלי שיטתו, כמו גם הדוגמא שהביא הממונה בהחלטתו. לפי אותה דוגמא, מקובל עלי שאילו נאסר על העורר להתחרות ברשף לאחר תום העסקתו אצלה למשך תקופה מוגבלת באזורים בהם הועסק, ובהם בלבד, כי אז ניתן היה לראות בהגבלה זו הגבלה סבירה שאינה עולה על הנדרש לצורך מימוש המטרה הלגיטימית שביסוד ההסדר. אולם מצב דברים כזה אינו מתקיים במקרה שלפנינו. כפי שצוין לעיל, העורר הופקד במסגרת העסקתו על ידי רשף על תיווך בנדל"ן עסקי באזורים קריית מטלון, קריית אריה, סגולה, ראש העין ומושבם בפריפריה של פתח תקווה. אולם ההגבלה שהוטלה על העורר לא הצטמצמה לאזורים אלה בלבד, אלא השתרעה, באופן כללי וגורף, על "אזור מרכז הארץ".

כב' השופט שלו ציין בהחלטתו כי "מרכז הארץ" (ולא רק "אזור מרכז הארץ השלישי", כפי שטוען ב"כ הממונה בסיכומיו), הוא מונח הלוקה באי ודאות ועמימות. הייתי מרחיק מעבר לכך ואומר, ש"אזור מרכז הארץ" הוא אזור רחב בהרבה מהאזורים בהם עבד התובע בעבר, והוא משתרע לכאורה על כל מרכז הארץ, היינו, מנתניה, או לפחות מהרצליה, בצפון ועד לאשדוד, או לפחות ראשון לציון בדרום. תנייה כזו, שפועלה משתרע על אזור שהוא רחב עשרת מונים מהאזורים עליהם הופקד התובע במסגרת העסקתו על ידי רשף, היא, על פניה,

תנייה העולה בהרבה על הנדרש לשם השגת המטרות הלגיטימיות של ההסדר, בהן היה הממונה מוכן להכיר, ולא ניתן לראות בה כתנייה הנדרשת להגנה "..." על אינטרס מוכר וראוי של רשף - סודותיה המסחריים (העומדת) בקנה אחד עם הוראות חוק יסוד: חופש העיסוק וההלכות שקדמו לחוק היסוד".

27. מעבר לכך, יש לי ספק אם מתקיים במקרה שלפנינו גם התנאי הראשון למבחני הכבילה הנלווית כפי שהוצב על ידי הממונה. לעניין זה, סבר הממונה כי:

"לעניין התנאי הראשון, ההסדר שבין רשף לעורר אכן מהווה חלק מובנה, הכרחי ובלתי ניתן להפרדה מפעילות חיונית ואוטונומית של אדם המנהל עסקים, ולא ניתן כלל לקיים את אותה פעילות בלא כבילה כאמור: זאת כדי להגן על סודותיה המסחריים של סוכנות התיווך."

אינני בטוח שניסוחה של דרישת החיוניות שבבסיס הדוקטרינה של הכבילה הנלווית, כפי שנעשה על ידי הממונה בסיכומיו, אינו נוקשה יתר על המידה, שכן לפחות לפי ההשקפה הנוהגת במשפט האמריקאי, אין נדרש כי הכבילה הנלווית תהיה חיונית לביצועו של ההסכם, אלא די בכך שתהא "reasonably necessary" להשגת המטרה הלגיטימית, באופן שניתן יהיה באמצעות אותה כבילה להשיג את המטרה נשוא ההסדר בצורה טובה יותר באופן משמעותי מאשר באמצעות השימוש בדרך מגבילה פחות. כך קובע בספרו המלומד ארידה:

"An apparently anticompetitive restraint can be redeemed only if reasonably necessary to achieve a legitimate objective. To be reasonably necessary, the restraint must not only promote the legitimate objective but must also do so significantly better than the available less restrictive alternatives." (P.E. Areeda, Antitrust Law, vol. VII. 1986 p- 383).

28. ואולם, אם מקבלים את הגדרתו הקשיחה של הממונה את תנאי החיוניות שבדוקטרינת הכבילה הנלווית, כי אז עולה הספק אם תניית העדר התחרות, במיוחד בנוסחה הגורף, כפי שנקבע בהסדר שלפנינו, היא כה חיונית לשמירה על סודותיה המסחריים של סוכנות התיווך, עד שניתן לומר שאילמלא תנייה זו כלל לא ניתן לקיים פעילות זו, היינו לא ניתן להעסיק סוכני תיווך בענף תיווך המקרקעין. יש לציין בהקשר זה, כי דרישת החיוניות כפי שהוצבה על ידי הממונה לצורך הפעלתה של דוקטרינת הכבילה הנלווית, חמורה הרבה יותר מזו הנדרשת על פי מבחני הסבירות המופעלים לצורך בחינת הכשרתה של הפגיעה בחופש העיסוק, שכן לפי אלו, לא נדרש שהפגיעה בחופש העיסוק תהא כה חיונית, עד שבלעדיה כלל לא ניתן יהיה לקיים את הפעילות נשוא ההסכם.

האם, דרך משל, לא ניתן להסתפק לשם ההגנה על סודותיה המסחריים של סוכנות התיווך, בהתחייבות שלא לעשות שימוש בסודות אלה, היינו לא להתקשר עם לקוחות הסוכנות ולא

לעסוק בתיווך נכסים שהיו בטיפול הסוכנות? גם אם אניח שקל יותר לפקח על שמירתן של התחייבויות אלה על ידי איסור מוחלט על פעילות הסוכן בענף ובאזור הרלוונטי משך תקופה מסוימת לאחר תום העסקתו, האם ההבדל ביעילות הפיקוח על מימוש התחייבויות הסוכן הוא כה משמעותי, עד כי ניתן לסבור, כפי שסבור הממונה, כי לא ניתן לקיים את הפעילות נשוא ההסדר, היינו, כי לא ניתן להעסיק סוכני תיווך בענף תיווך נכסי דלא נידי, בלא להשתמש בכבילה זו?

29. המסקנה העולה מן האמור הנה, אפוא, שלא ניתן להוציא את ההסדר נשוא הדיון מתחולתה של הגדרת ההסדר כובל לפי סעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים על יסוד הנמקת הממונה המבוססת על דוקטרינת הכבילה הנלווית.

30. להשלמת התמונה, אציין כי בנסיבות המקרה ניתן היה להביא בחשבון שיקולים נוספים, שבחלקם אף הועלו על-ידי הצדדים, אשר בהינתן תשתית עובדתית מתאימה, היו עשויים להשליך על שאלת סיווגו של ההסדר הנוכחי כהסדר כובל. חרף העדרה של תשתית עובדתית המאפשרת הכרעה מלאה, ראיתי להתייחס, ולו אגב אורחא, גם לשיקולים אלה.

תניית אי-תחרות בהסכמים בין עובד למעביד

31. הממונה כך בהחלטתו תניות אי-תחרות בתום ההעסקה בהסכמים בין עובד למעביד עם תניות אי-תחרות בהסכמי העסקה אחרים כגון הסכמי סוכנות, הפצה וקבלנות. אולם, בהקשר שלפנינו יש להבחין בין סוגי ההסכמים האמורים, שכן 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.

לעניין זה אין נפקא מינה גם לכך שתניית אי-התחרות מתייחסת לתקופה שלאחר תום ההעסקה, שהרי גם בכך אין כדי לשלול, בנסיבות שבפנינו, מצביונו של ההסכם כהסכם שנעשה בין עובד למעביד, וככזה הוא אינו יכול להיחשב כ"הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים", כמשמעותו בסעיף 2 לחוק. (אך ראה דעה אחרת במאמרה של השופטת מזרחי: "היבט נשכח של הגבלת חופש העיסוק" הנזכר לעיל, וכן ראה את גישת כב' השופט ד"ר קלינג בהמ' 8447/95 (ת"א) (ת.א. 1018/95) סחר ושירותי ים בע"מ נ' חברת Rhenus Air Transport GMBH (דינים מחוזי כך כו' 549(5), 552).

32. כך נקבע גם במשפט הקהילייה האירופאית, החל אף הוא, על-פי סעיף 1(85) לאמנת רומא, רק על בני אדם המנהלים עסקים ("undertakings") :

"An employee is not an undertaking. An agent is probably an undertaking, but an agreement with an agent strictly so-called may fall outside Article 85(1)".
(Bellamy & Child, COMMON MARKET LAW OF COMPETITION, Fourth Edition 1993. P-40.

וכן ראה: R. Whish, Competition Law, London 1993. p-189.

סעיף 1 ל Sherman Act מאידך, אינו מתייחס, על פי לשונו, רק לבני אדם המנהלים עסקים, ועל כן, תניית אי-תחרות בתום תקופת ההעסקה בהסכמים בין עובד למעביד, נדונה על פי המשפט האמריקאי במסגרת דיני התחרות תחת כלל ההגיון (rule of reason). אולם, ככלל, גם במסגרת זו, אין המשפט האמריקאי רואה בתנייה כזו משום הפרה של ה - Sherman Act :

"Not only has the appellant failed to supply us with any case holding an employee restrictive covenant to be a per se violation, but no court applying the rule of reason has ever held such a contract violative of section 1 of the Sherman act."
(Bradford v. New York Times Co. 501 F.2d 51,59)

לענייננו, אין להוציא מכלל אפשרות שעל פי המבחנים הנוהגים במשפט העבודה, במיוחד מבחן ההשתלבות, ניתן היה לקבוע כי העורר היה עובד של רשף. יתר על כן, לאור תכליתו של החוק, גם אם לא ניתן לסווג את המערער כעובד במשמעות הדווקנית של מונח זה במשפט העבודה, אין בכך, בהכרח, כדי להביאו בגדרו של "אדם המנהל עסקים" כמשמעו בחוק ההגבלים העסקיים.

ואולם, הצדדים לא פרשו תשתית עובדתית המאפשרת קביעת ממצאים בשאלת אופי היחסים שהתקיימו בין העורר לבין רשף, בכלל זה, האם היו אלה יחסי עובד - מעביד או יחסים הקרובים במהותם ליחסים מעין אלה. לאור כך, לא ניתן לבחון את הפטור שניתן על ידי הממונה על רקע זה.

ישות כלכלית אחת (Single Economic Unit)

33. לאור המסקנה דלעיל, יש לבחון את תחולת החוק על תניית אי-תחרות בה עסקינן על יסוד ההנחה שהתובע לא היה עובד של רשף ודינו, לעניין סעיף 2 לחוק, כדין אדם "המנהל עסקים".

34. גם בהנחה זו, לפיה העורר היה "אדם המנהל עסקים" (ולא עובד), ייתכן שניתן היה לשלול את תחולת החוק על ההסדר בהתבסס על ההשקפה לפיה הסדרים הנערכים בתוך מסגרת כלכלית אחת (Single Economic Unit) על ידי אנשים שאינם מנהלים עסקים עצמאיים נפרדים, אינם נתפסים על ידי האיסורים שבדיני ההגבלים העסקיים המתייחסים לעריכת הסדרים בין אנשים המנהלים עסקים עצמאיים שונים. זו היתה השקפתו של כב' השופט

טירקל בפסה"ד בעניין טבעול, אשר היה סבור שיש לצמצם את תחולתו של סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים באופן שהביטוי "בני אדם המנהלים עסקים" יחול על בני אדם המנהלים עסקים נפרדים בלשון רבים, ולא על בני אדם המנהלים עסק, בלשון יחיד. מכאן, אליבא דעתו של כב' השופט טירקל, כי:

"הסדר בין צדדים - שהם רכיביה של אישיות עסקית אחת, שאחדותה אינה פורמלית גרידא אלא מהותית - אינו אלא הסדר פנימי ש"כבילותיו" מכוונות כלפי הצדדים לו ולא כלפי הציבור. אין לראות בו הסדר כובל".

השקפה דומה נוהגת במשפט הקהילייה האירופאית לפיו:

"Article 85(1) will not be applied to agreements between undertakings which form a single economic unit." (R. Whish, Competition Law, 3 ed, London 1993. p. 212).

השקפה זו מיושמת במשפט הקהילייה האירופאית (הגם שלא בהקשר של תניות אי תחרות בין שותפים), בתנאים ידועים, ובמרכזם התנאי לפיו המועסק (שאינו עובד) אינו מקיים עסק עצמאי משלו, גם לגבי הסכמי שליחות (סוכנות) בהם מוענקת לשלוח זכות ייצוג בלעדית (ראה לעניין זה: Notice on exclusive agency contracts made with commercial agents, OJ 1962, 2921; וכן לגבי הסכמי קבלנות משנה (Notice on Subcontracting Agreements, OJ 1979 C1/2) אשר מוצאים מתחולת סעיף 85(1) לאמנת רומא.

35. אוסיף ואציין, שהרציונל עליו מבוסס (בין היתר) פסק דינו של כב' השופט טירקל, לפיו הסדר בין צדדים - שהם רכיביה של אישיות עסקית אחת אינו הסדר בין בני אדם המנהלים עסקים כמשמעו בסעיף 2 לחוק, אמנם לא יושם בדעת הרוב לגבי הנושא הקונקרטי שנדון שם (תניית אי תחרות בין שותפים). אולם, רציונל זה גם לא נשלל במפורש בפסק דינו של הרוב. לאור כך, אין להוציא מכלל אפשרות, שבתנאים מסוימים, ניתן יהיה לעשות שימוש בכלל זה כדי להוציא הסדר אי-תחרות מסוגו של ההסדר הנוכחי מתחולתה של הגדרת ההסדר הכובל לפי החוק, והכל בכפוף לכך שאכן מדובר בישות עסקית אחת, שבמסגרתה אין הצדדים מקיימים עסקים נפרדים ועצמאיים.

36. במקרה הנוכחי, לא ביקש הממונה להוציא את ההסדר מתחולת החוק בהתבסס על עקרון זה. הצדדים גם לא הניחו תשתית עובדתית המאפשרת לקבוע את טיבה של מערכת היחסים ששררה בין העורר לבין רשף. לאור כך, לא ניתן להכריע בענייננו גם על יסוד עקרון זה.

מבחן נתח השוק

37. בסיכומיו הראשונים הציע הממונה לעשות שימוש במבחן נתח השוק לשם ניפוי הסדרים שאין להם השפעה על התחרות בשוק מגדרו של ההסדר הכובל. לפי מבחן זה, כפי שהוצע על ידי הממונה, לא ייחשב הסדר כהסדר כובל כאשר לצדדים נתח שוק שאינו משמעותי. יש לציין שהממונה הציע להחיל מבחן זה כחלק ממבחני הכבילה הנלווית, למרות שדוקטרינת הכבילה הנלווית הנוהגת בפסיקה ובספרות אינה כוללת אלמנט זה כחלק מובנה בדוקטרינה זו. מאידך, הממונה מתנגד להפעיל מבחן זה כמבחן עצמאי לצורך קביעת גדרי תחולתו של ההסדר הכובל, שכן, לדעתו:

"דומה שאין חולק כי לא אמת מידה של מידת הפגיעה בתחרות או גודלם של הצדדים היא אמת המידה הנכונה לקביעה מתי הסדר עולה כדי הסדר כובל, אלא נדרשת אמת מידה מהותית, הבודקת את אופי הפגיעה, שהלא גם הסדרים שמידת פגיעתם מועטה עשויים, כידוע, להיחשב, להסדרים כובלים. הראיה, שהפרוצדורה שבחוק ההגבלים הנה כי הסדרים כאלה עדיין טעונים אישור מערך ההגבלים העסקיים, אם כי ניתן להפנותם, בהליך מזוהז יחסית, אל הממונה על הגבלים עסקיים כדי שיפטור אותם מהצורך לקבל בגינם את אישור בית הדין - סעיף 14 לחוק.

לו רצה המחוקק יכול היה להעמיד בחוק קטגוריה שלישית של הסדרים (בנוסף להסדרים הפוגעים משמעותית בתחרות וכאלה שאינם עושים כן), של 'זוטי דברים' שלא יעלו כדי 'הסדר כובל'. אזכור לכך אין בחוק ההגבלים. על כן עולה לענייננו, כי הפרשנות הנכונה של סעיף 2(א) אינה יכולה להסתמך על מסננת הפועלת לפי אמת מידת הפגיעה בתחרות או גודלם של הצדדים, אלא אנו נזקקים לאמת מידה הבודקת את אופי הפגיעה בתחרות."

בסיכומיו המשלימים חזר בו הממונה מהצעתו המקורית לעשות שימוש במבחן נתח השוק, ולו שימוש מוגבל - על-ידי שילובו של מבחן זה עם דוקטרינת הכבילה הנלווית - לשם צמצום היקפה של הגדרת ההסדר הכובל, שכן, לדבריו:

"... עניינו של תנאי זה אינו בהגדרת מהותו של 'הסדר כובל' אלא בנסיבות בהן יינתן אישור בית הדין או פטור לפי סעיף 14 לחוק. תימוכין לכך אכן יימצאו בעובדה כי סעיף 2(א) לחוק עניינו בפגיעה בתחרות שבין הצדדים, ולא בתחרות בעסקים בכלל (דוגמת סעיף 14 לחוק). על כן אנו בדעה כי אין מקום, במסגרת התוויתו של מבחן עקרוני לבחינת המשקל הסגולי של הצדדים להסדר בשווקים בהם הם מצויים. עניינו של סעיף 2(א) בהגבלת התחרות בין צדדים ולא בפגיעה בתחרות בכללותה, להבדיל מסעיף 14 וסעיפים 9-10 לחוק."

38. נושא זה עלה גם בפסה"ד בעניין טבעול. באותו מקרה קבע בית המשפט, כאמור, כי הסכם אי-תחרות בין שותפים (לאחר תום תקופת השותפות) הוא הסדר כובל. חרף קביעה זו, היה בית המשפט ער לבעייתיות שבהחלתו של החוק על הסדרים רווחים ומקובלים שאין להם השפעה של ממש על התחרות בשוק.

על רקע זה הציע כב' השופט גולדברג בפסק דינו לפטור הסדרים כאלה מתחולת החוק על יסוד אימוץ הכלל של 'זוטי הדברים' או כפי שהוא ידוע בשיטות משפט אחרות, כלל ה - De

: **Minimis**

"עוד אוסיף, במסגרת ההקדמה, כי אין מקום לקביעה גורפת, לפיה כל הסכם לאי-תחרות בין עובד ובין חברה בה עבד, או בין שותפים, הנו הסדר כובל. שכן, אין מקום לפגוע בנוהג קיים ואף רצוי, המאפשר סיום קשרים עסקיים כגון אלה ללא חשש מתחרות". "בנידון זה יש מקום להחלת הכלל של 'זוטי דברים' (De Minimis) הנהוג בשיטות משפט זרות". (סעיף 4 לפסק הדין).

אולם, יש לציין שהדברים האחרונים נאמרו אגב אורחא, ובלא לקבוע בעניין זה מסמרות, שכן כפי שציין בית המשפט, באותו מקרה דובר בהסדר שאינו בגדר 'זוטי דברים'. מסקנה זו עולה גם מלשון פסק הדין עצמו, הנוקטת לעניין זה בלשון שאינה משקפת מסקנה החלטית, קל וחומר הלכה פסוקה. ("...אולם יש מקום לדעה" (סעיף 5 לפסק הדין) וכן: "גם אם יש לאמץ את רעיון 'זוטי דברים'" (פסקה 6 לפסק הדין)).

אשר לאנלוגיה לענייננו, יש להביא בחשבון כי באותו עניין נדונה תניית אי-תחרות ביחסים בין שותפים (לאחר תום השותפות), ולא נדונה תניית אי-תחרות בהסכם העסקה כמו זה שלפנינו, וסעיף החוק שמכוחו נקבע כי ההסדר הוא הסדר כובל היה סעיף 2(ב)(4) לחוק ההגבלים העסקיים, ולא הסעיף הנדון לפנינו - הוא סעיף 2(ב)(3) לחוק.

ראוי גם לציין שהממונה, אשר הגיש לבית הדין את פסק הדין בעניין טבעול, ואף הפנה לדבריו של כב' השופט גולדברג המפורטים לעיל, לא הודיע בעקבות פסק דין זה על שינוי עמדתו בעניין סוגיית נתח השוק והשימוש בכלל 'זוטי דברים'.

39. בהינתן נתח שוק לא משמעותי, אשר אין לו השפעה ממשית על התחרות בשוק ובהנחה שאין מדובר בהסדר כובל לפי סעיף 2(ב) (על כך ראה בהמשך), ניתן היה, בעיקרון, ואינני קובע לעניין זה מסמרות, לשקול עשיית שימוש בכלל 'זוטי דברים' או ה De Minimis בענייננו. אולם, גם לעניין זה לא הונחה תשתית ראיתית המאפשרת לקבוע ממצאים עובדתיים לגבי נתח השוק של הצדדים להסדר, ובפרט לא הוכח שנתח השוק של רשף, איננו משמעותי. להפך, העורר טען בתצהירו כי לרשף יש נתח שוק משמעותי:

"...רשף הנה גורם רב עוצמה בשוק תיווך הנדל"ן בארץ בכלל ובמרכז הארץ בפרט. ההגבלות שמטילה רשף על סוכני התיווך יש בהן כדי להשפיע על התחרות, שכן הסוכנים אינם רשאים לעבור לחברות מתחרות ובכך נחלש כוחם של המתחרים, משרדי תיווך, אשר נדבך חשוב בפעילותם הוא מספר הסוכנים שפועלים בהם ואיכותם המקצועית". (סעיף 7.4 לתצהיר)

הממונה לא הפריך טענה זו, וכל שטען בנושא זה הוא כי:

"לעניין התנאי השלישי הבודק את נתח השוק של רשף והעורר, דומה שהתנאי מתקיים ולא נשקפת סכנה שכתוצאה מנתח השוק המשותף של רשף והעורר יוכלו הם להפעיל כח מונופוליסטי שיביא לעליית מחיר, צמצום התפוקה וכיו"ב. על כן מתקיים תנאי זה".

40. מסקנה זו לוקה בשתיים: ראשית, הטענה כי "דומה שהתנאי (בדבר נתח שוק לא משמעותי) מתקיים", אין בה די כדי להניח תשתית עובדתית לקביעת נתח השוק של הצדדים, ומה גם שהעורר טען, ותמך את טענתו בתצהיר, כי נתח השוק של רשף הוא משמעותי. שנית, הדרישה לקיומו של נתח שוק משמעותי העשוי להשפיע על התחרות בשוק, בין בהקשר של דוקטרינת ה-De Minimis, בין בהקשר של דוקטרינת הכבילה הנלווית (ככל שתנאי זה נדרש לצורך הפעלתה של דוקטרינה זו), ובין לצורך בחינת קיומה של השפעה משמעותית על התחרות בשוק לצורך הפעלת סמכות הממונה מכוח סעיף 14 לחוק, איננה מחייבת קיומו של כוח מונופוליסטי.

41. אמנם ככלל, על העורר, המבקש לתקוף את החלטת הממונה, הנטל להוכיח כי הממונה טעה בהחלטתו. לא כך הדבר, ככל שמדובר בעניין שלפנינו בשאלה האם ההסדר הנו הסדר כובל. הטעם לכך הוא שהממונה לא ביסס את החלטתו על כך שאין מדובר בהסדר כובל (שהרי אילו זו היתה עמדתו, היה עליו לדחות את הבקשה מעיקרא). להפך, ההחלטה בוססה על ההנחה (הגם שזו לא היתה מקובלת על הממונה) כי אכן מדובר בהסדר כובל. רק בשלב הערעור העלה הממונה את הטענה לפיה כלל אין מדובר בהסדר כובל כטעם המייתר את הדיון בנושא. בנסיבות אלה, הנטל להוכיח טענה זו בהליך זה מוטל על הממונה.

42. מכאן, שגם מבחן נתח השוק, כלבושו בכלל 'זוטי הדברים', וככל שניתן להרכיבו על הגדרת ההסדר הכובל שלפי סעיף 2(א) לחוק, אין בו, בהעדר הוכחה בדבר נתח השוק של הצדדים, כדי לסייע בהוצאתו של ההסדר מגדרו של סעיף 2(א) לחוק ההגבלים.

43. לאור המסקנה האחרונה לא אדון בפסק דין זה, באפשרות ליישם את כלל 'זוטי הדברים', בהקשר זה של הגדרת ההסדר הכובל, במשפט הישראלי. אסתפק בעניין זה בשתי הערות: ראשית, 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. שנית, הפעלתו של כלל זה לגבי הסדרים כובלים המנויים בסעיף 2(ב) לחוק הנה בעייתית עוד יותר, שכן סעיף זה יוצר, כפי שנקבע בפסה"ד בעניין טבעול, חזקה חלוטה כי ההסדרים הנופלים בגדרו הם הסדרים כובלים הפוגעים בתחרות מבלי לבחון את נסיבותיהם הספציפיות, ואפילו יוכח שאין בהם כדי לפגוע בתחרות. לאור כך, יקשה להוציא הסדר מתחולתו של סעיף זה על יסוד מבחן נתח השוק, שהרי מבחן זה מעוגן ברציונל של העדר פגיעה בתחרות, רציונל שאיננו ממין העניין לגבי ההסדרים המנויים בסעיף זה.

האם ההסדר מהווה "הסדר כובל" על פי סעיף 2(ב) לחוק

44. על פי סעיף זה, "מבלי לגרוע בכלליות האמור בסעיף קטן (א)" יראו כהסדר כובל:

"...הסדר שבו הכבילה נוגעת לאחד העניינים הבאים:

(1) המחיר שיידרש, שיוצע או שישולם;

(2) הרווח שיופק;

(3) חלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו;

(4) כמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם."

45. העורר טוען כי ההסדר מהווה הסדר כובל כאמור בסעיף 2(ב)(3) לחוק, בהיותו בגדר "חלוקת שוק" "לפי מקום העיסוק" הואיל והוא מגביל את תחום עיסוקו מהבחינה הגיאוגרפית ומונע ממנו לעבוד באזור מרכז הארץ.

46. לדעתי, הפרשנות הראויה של סעיף 2(ב)(3), צריך שתשאף להוציא הסדרי אי-תחרות מסוגו של ההסדר הנוכחי מגדרו של סעיף זה.

47. מסקנה זו תואמת, בראש ובראשונה את תכלית החקיקה. הותרת הסכמים מסוגו של ההסכם שלפנינו, שעשייתם היא נוהג עסקי רווח ומקובל, ופעמים רבות אף רצוי, בגדרו של סעיף קשיח זה, שאינו מאפשר להוציאם מגדרה של הגדרת ההסדר הכובל אפילו יוכח שאין בהם כדי לפגוע בתחרות, מחטיאה את כוונת המחוקק והיא תביא לתוצאה קשה אשר תהפוך ציבור גדול לעבריינים שלא מדעת, בלא שטובת הציבור בכלל, והשמירה על התחרות בפרט תצא נשכרת כהוא זה.

פרשנות כזאת גם תקדם את התוצאה שביקש להשיג בית המשפט העליון בעניין טבעול, אותה הזכרתי לעיל לפיה "... אין מקום לקביעה גורפת, לפיה כל הסכם לאי-תחרות בין עובד ובין חברה בה עבד, או בין שותפים, הנו הסדר כובל. שכן, אין מקום לפגוע בנוהג קיים ואף רצוי, המאפשר סיום קשרים עסקיים כגון אלה ללא חשש מתחרות", זאת במיוחד לאור כך שהחלת כלל 'זוטי הדברים' על סעיף 2(ב) לחוק, הנה, ככל הנראה, בלתי אפשרית.

48. מסקנה זו איננה סותרת לדעתי גם את לשון החוק. אולם לשון החוק לא תפורש במקרה זה על פי המשמעות המילולית הרגילה של מילות החוק, אלא על-פי המשמעות הנובעת למונח זה בתחום המחייב שלו, בו צמח ועל רקעו יש לפרשו, הוא תחום ההגבלים העסקיים. שיטה פרשנית זו תואמת את ההלכה לפיה:

"ללשון יש לרוב מספר משמעויות, תוך שהבחירה בין האפשרויות נעשית על פי ההקשר הרלבנטי ...

ועל אותו רעיון עמד השופט זוסמן באומרו: 'דיבור שבחיקוק הוא יצור החי בסביבתו. הוא מקבל צביונו מהקשר הדברים ומכאן שיש לפרשו לפי המטרה שאותו חיקוק - הוא ולא אחר - בא לשרת' (בג"צ 58/68 שליט נ. שר הפנים, פ"ד כג(2))

.... אכן הפרשן במשפט אינו מתעניין אך במשמעות הלשונית של הדיבור. פרשנות אינה אך בלשנות. הפרשן במשפט מתעניין במשמעות המשפטית של הדיבור. משמעותו המשפטית של הדיבור היא משמעותו הלשונית על רקע הקשר הרלבנטי". (ע"א 674/85 "אליהו חברה לבטוח בע"מ נ' ליאון ז'ק", פ"ד מג(1) 356, 363).

גם המונח "חלוקת שוק" הוא "יצור החי בסביבתו" ו"מקבל את צביונו מהקשר הדברים". סביבתו של מונח זה היא סביבת דיני ההגבלים העסקיים, וצביונו צריך שייגזר מהמשמעות הנודעת למונח זה בסביבה זו. הדברים אמורים במיוחד בתחום סבוך ומורכב זה של דיני ההגבלים העסקיים, וכאשר מדובר בהסדרים דומים הנוהגים בשיטות משפט ותיקות, שעליהן בוסס במידה רבה החוק הישראלי.

כך ציין שר האוצר דאז, לוי אשכול ז"ל, בהביאו את חוק ההגבלים הראשון בפני הכנסת:

"מובן שבמלחמה נגד הקרטלים אין אנו מחדשים חידוש שאין יודעים כמותו בעולם. במרבית ארצות העולם נטוש מאבק של ממשלות נגד מגמות מסוג זה של היצרנים". (דברי הכנסת, ישיבה שס"ח, מיום 3.12.1957, 320)

וכן, מעל אותה במה:

"בהציענו את החוק אנו יודעים שזהו צעד ראשון בלבד, ובכל זאת הוא מקיף, כי השתדלנו לבנות על יסוד כל הידוע בארצות אחרות וכל מה שיכולנו ללמוד מהתייעצות עם היועצים והמומחים בארץ".

לאור כך, מקובלת עלי עמדת הממונה כי בבואנו לפרש את חוק ההגבלים העסקיים, במיוחד כאשר מדובר בפרשנות מונחים בעלי צביון ייחודי לתחום משפטי זה שמקורם בדין זר (ראה סעיף 185(1) לאמנת רומא, המשתמש באותו מונח, באותו הקשר, וכמעט באותה מתכונת חקיקתית), יש לבחון גם את המשמעות הנודעת למונחים אלה בשיטות משפט אחרות.

49. סקירת דיני ההגבלים העסקיים הנוהגים בארצות הברית ובקהילייה האירופאית אכן מעלה, כפי שטוען הממונה, כי הסדרי אי-תחרות מסוגו של ההסדר הנוכחי אינם נתפסים בשיטות אלה כ"חלוקת שוק".

על פי המשפט האמריקאי הסכם לחלוקת שוק אסור כשלעצמו (Per Se):

"Agreements among actual or potential competitors to divide or allocate markets, whether part of a price-fixing scheme or not, are unlawful under Section 1. The allocation of territories of customers or an indirect form of output restriction, and, like direct output restrictions, is normally accorded same anticompetitive effects" (Antitrust Law Developments, 4th Ed. 1997. Vol. I, p - 97).

תניות אי-תחרות מסוג התנייה שלפנינו, לעומת זאת, איננה פרקטיקה האסורה על פי שיטת המשפט האמריקאי כשלעצמה.

כך, תניית אי-תחרות בהסכם בין עובד למעביד לאחר סיום עבודתו של העובד (postemployment "restrains"), נדונה במשפט האמריקאי תחת ה rule of reason, וגם במסגרת זו היא אינה נחשבת, ככלל, כנוגדת את ה - Sherman act.

"The appellant argues that the agreement before us is so flagrantly unreasonable that it violates section 1 of the Sherman Act, and even urges this court to find that the employee non-competition covenant constitutes a per se violation of the Act. Having found the agreement before us to be reasonable, we of course must decline without reluctance to find that it constitutes a per se violation.

Not only has the appellant failed to supply us with any case holding an employee restrictive covenant to be a per se violation, but no court applying the rule of reason has ever held such a contract violative of section 1 of the Sherman act." (Bradford v. New York Times Co. 501 F.2d 51,59)

בית המשפט אף הבחין באותו פסק דין בין תניית אי-תחרות כזאת, לבין הפרקטיקה של חלוקת שוק (division of markets), האסורה כשלעצמה:

"It is true that certain agreements because of their 'pernicious effect on competition and lack of any redeeming virtue are conclusively presumed to be unreasonable ...' Northern Pacific Ry. v. United States, 356 U.S. 1, 78 S.Ct. 514, 2 L.Ed.2d 545 (1958) However, the litany of per se restraints, which includes horizontal price-fixing or division of markets, group boycotts and tying provisions, involves arrangements which have a major trade regulatory impact which is not at all discernible here." (ibid at p. 60)

50. במשפט הקהילייה האירופאית הסכמי חלוקת שוק נחשבים, לפי סעיף 185(1) לאמנת רומא, כפוגעניים במיוחד. ("prohibited ... in particular")

ואולם, תניות אי-תחרות מסוגה של התנייה שלפנינו, זוכות, גם בשיטת משפט זו, אם ההגבלה שבהן היא הגבלה סבירה, להגנה מפני תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים על ידי הוצאתן מתחולתו של סעיף 185(1) לאמנה (ראה: Notice on exclusive agency contracts made with commercial agents, OJ 1962, 2921).

51. לאור האמור אני סבור שתניית אי התחרות הנדונה בענייננו איננה נופלת בגדרה של "חלוקת שוק" כמשמעה בסעיף 2(ב)(3) לחוק ההגבלים העסקיים, ועל כן אין ההסדר שלפנינו בגדר הסדר כובל לפי סעיף זה.

מתן הפטור לפי סעיף 14 לחוק

52. המסקנה דלעיל, לפיה ההסדר שלפנינו הנו הסדר כובל (לפי סעיף 2(א) לחוק), או לפחות, כי לא הוכח בנסיבותיו של מקרה זה אחרת, מעלה את השאלה האם צדק הממונה כאשר פטר את רשף מפנייה לבית הדין לשם אישור ההסדר.

53. השאלה הראשונה העולה בהקשר זה הנה, האם התקיים במקרה זה התנאי הנדרש להפעלת סמכותו של הממונה לפי סעיף 14 לחוק, לפיו: **"...ההסדר מגביל באופן לא משמעותי את התחרות בעסקים"**.

54. בהחלטתו מסביר הממונה את הטעמים שהביאו אותו למסקנה כי פגיעתו של ההסדר בתחרות אינה משמעותית כדלקמן:

"ההתחייבויות החוזיות נשוא ההחלטה הן מגבלות סבירות באספקלריית חוק יסוד: חופש העיסוק וההלכות שקדמו לחוק היסוד - הן קצובות בזמן (שנה), הן תחומות במהותן (אוסרות על סוכן הנדל"ן להתחרות ברשף רק באותם עניינים בהם עסק הסוכן בזמן פעילותו במסגרתה של רשף) ומוגבלות גיאוגרפית (חלות אך ורק באזור פעילותו של סוכן הנדל"ן). המגבלות אף מגינות על אינטרס מוכר וראוי של רשף - סודותיה המסחריים. אכן, המגבלות עומדות בקנה אחד עם הוראות חוק יסוד: חופש העיסוק וההלכות שקדמו לחוק היסוד."

כאשר התחייבות של עובד כלפי מעסיקו, שלא לעסוק באותו סוג עסק במשך תקופה מסוימת לאחר סיום החוזה ביניהם, הנה סבירה ומקובלת על פי ההלכה הנוגעת להגבלת חופש העיסוק של עובד לאחר סיום עבודתו אצל המעביד, אין בה כדי לפגוע באופן משמעותי בתחרות. הוא הדין לגבי קבלן, סוכן או מפיץ."

55. קביעה זו, על שתי פניה: הפן העובדתי והפן המשפטי גם יחד איננה מקובלת עלי.

56. מהבחינה העובדתית, כפי שכבר הוסבר לעיל, הקביעה כי תניית אי התחרות מוגבלת גיאוגרפית לאזור פעילותו של המערער בעת שהועסק על-ידי רשף אינה יכולה לעמוד, שכן 'אזור מרכז הארץ', שגבולותיו מעורפלים כשלעצמם, משתרע הרבה מעבר לגבולותיהם של האזורים המצומצמים בהם פעל העורר במסגרת העסקתו על ידי רשף. לאור כך, אינני מקבל את ההשקפה כי ההתחייבות החוזית שלפנינו הינה התחייבות סבירה מההיבט של חוק יסוד: חופש העיסוק.

57. ואולם, אני סבור, שאין לקבל גם העמדה המשפטית עליה מושתתת ההחלטה, לפיה עצם העובדה שמדובר בהתחייבות סבירה ומקובלת על-פי חוק יסוד: חופש העיסוק וההלכות שנקבעו על פיו (השקפה אשר, כאמור, איננה מקובלת עלי כשלעצמה), מצביעה על כך שהפגיעה בתחרות הנגרמת עקב כבילת אי-התחרות הנה בלתי משמעותית.

בהתייחסו לשיקולים המנחים את בתי המשפט בנושא זה של חופש העיסוק קבע בית המשפט העליון מפי כבוד השופט (כתוארו אז) ברק בבג"צ 1683/93 יבין פלסט ואח' נ' ביה"ד הארצי לעבודה ואח' פ"ד מ"ז (4) 702, 704 :

"אכן, על פי מהותו 'הפנימית', חופש העיסוק כולל בחובו את החופש של העובד להתקשר עם מי שלבו חפץ....".

וכן :

"על כן, כנגד חופש העיסוק של העובד ושל המעביד החדש עומדים אינטרסים ראויים להגנה של המעביד המקורי- ובהם קניינו (סעיף 3 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו) ואולי אף פרטיותו (סעיף 7) . כן יש להתחשב בחופש ההתקשרות של המעביד המקורי ובאינטרס הציבורי".

שיקולים אלה, הנוגעים לאיזון שבין האינטרס של השמירה על קניינו וכבודו של המעביד ובין חופש ההתקשרות של העובד והמעביד החדש, ככל שהם חשובים, אין להם נגיעה ישירה לנושא התחרות, ואין בהם כדי להשליך על מידת הפגיעה בתחרות הנשקפת מתניות אלה. לשון אחר, תניית אי-תחרות יכולה שתפגע פגיעה משמעותית בתחרות, ועם זאת ניתן יהיה להצדיקה על יסוד שיקולים שמתחום חופש העיסוק כמו הגנה על קניינו של המעביד וכיוצא באלה שיקולים, אשר כולם מבטאים איזון בין הערכים המתחרים האמורים, אך אין להם נגיעה ישירה לשיקולי התחרות.

58. בעניין "איסכור" גדר בית הדין את השיקולים אותם רשאי הממונה לשקול בבואו לבחון האם הפגיעה בתחרות הנגרמת כתוצאה מההסדר הנה פגיעה משמעותית :

"מאידך, לא כל תועלת הצומחת מן ההסדר תובא בחשבון, בהקשר זה, על ידי הממונה, שכן המבחן, על-פי סעיף זה, הוא בהגבלה על התחרות וזה איננו כולל תוצאות לוואי נוספות, גם אם יש בהן תועלת לציבור, ככל שהן אינן משפיעות על התחרות." (סעיף 13 לפסה"ד).

וכן :

"הממונה איננו שוקל במסגרת סעיף זה את טובת הציבור בכללותה, אלא רק את ההיבט התחרותי שלה, וזה אינו כולל את כל השיקולים הרלבנטיים לגבי טובת הציבור".

שיקולי חופש העיסוק חורגים אפוא מגדר השיקולים הרלוונטיים לעניין היקף הפגיעה בתחרות. (הגם שבהינתן פגיעה לא משמעותית בתחרות, רשאי הממונה להביאם בחשבון)

במאמרה "פן נשכח של הגבלת חופש העיסוק" הנזכר לעיל, קובעת השופטת מזרחי, בין היתר, כי:

"...סבירות הגבלת חופש העיסוק אינה כשלעצמה מונעת הילכדות ההסכם ברשת הגדרת 'הסדר כובל'. כך יתכן שההסכם המוגבל לתקופה קצרה הוא 'סביר' על פניו, ובכל זאת יהא טעון אישור בית הדין להגבלים עסקיים. אכן, שיקול הסבירות יכול לבוא בחשבון בשיקולי בית הדין בהחלטתו אם לאשר את ההסדר, אבל אין בו כדי לגרוע מהיותו טעון אישור מלכתחילה".

הוא הדבר לענייננו. כשם שסבירות הגבלת חופש העיסוק אינה מוציאה את ההסדר מגדרה של הגדרת ההסדר הכובל, היינו אין בה כדי לשלול את עצם הפגיעה בתחרות, כך אין בה גם כדי להעיד על צמצום היקפה של הפגיעה לכדי פגיעה בלתי משמעותית דווקא.

59. מעבר לכך, כפי שכבר הזכרתי, העורר טען ותמך את טענתו בתצהיר, כי "...רשף הינה גורם רב עוצמה בשוק תיווך הנדל"ן בארץ בכלל ובמרכז הארץ בפרט (וכי) ההגבלות שמטילה רשף על סוכני התיווך יש בהן כדי להשפיע על התחרות...". הממונה לא כפר בטענת העורר כי עוצמת השוק של רשף הנה שיקול רלוונטי לבחינת היקף הפגיעה בתחרות בהקשר שלפנינו. טענתו של הממונה בנושא זה (בנוסף על הטענה המשפטית הכורכת את היקף הפגיעה בתחרות עם סבירות הפגיעה מבחינת חופש העיסוק, שאותה דחינו לעיל) הצטמצמה לקביעה כי "דומה שהתנאי (בדבר נתח שוק לא משמעותי - י.ע.) מתקיים". קביעה זו, שכפי שציינתי לעיל איננה יכולה לעמוד.

משדחינו את שיקולי הממונה שעל יסודם הוא ביסס את מסקנתו כי הפגיעה בתחרות הכרוכה בהסדר אינה משמעותית, ומשלא נסתרו טענותיו העובדתיות של העורר בנושא זה, אין מנוס מהמסקנה כי לא התקיים במקרה זה התנאי, לפיו הפגיעה בתחרות הכרוכה בהסדר אינה משמעותית, שהוא תנאי הכרחי למתן הפטור לפי סעיף 14 לחוק.

60. יתר על כן, אפילו הייתי סבור שהפגיעה בתחרות הנשקפת מההסדר אינה משמעותית (שלא מטעמיו של הממונה), או שלא עלה בידי העורר להפריך את קביעת הממונה בעניין זה, גם אז הייתי סבור שאי סבירות המגבלה מבחינת דיני חופש העיסוק, שיקול אשר בעיקרון היה מקובל כשיקול רלוונטי גם על-ידי הממונה, צריך היה כשלעצמו למנוע את מתן הפטור.

61. שיקול נוסף, שגם בו ראה הממונה שיקול רלוונטי להענקת הפטור, הוא השיקול שהכבילה נשוא ההסדר חיונית לשם מימוש תכליתו הלגיטימית של ההסדר. כפי שציינתי לעיל, גם עמדה זו איננה מקובלת עלי. משנמצא כי תניית אי התחרות עולה על הנדרש לשם מימוש מטרות ההסדר, וכאשר הממונה עצמו ראה שיקול זה כשיקול רלוונטי לבחינת הפטור

המבוקש, גישה המקובלת גם עלי, עולה מכאן שלא היה מקום לתת את הפטור המבוקש, גם מטעם זה.

62. לפיכך, אני מקבל את הערר ומבטל את הפטור שניתן על ידי הממונה מאישור ההסדר הכובל על ידי בית הדין.

63. הממונה והמשיבה יישאו כל אחד במחצית הוצאותיו של המערער בערר זה. בנוסף ישא כל אחד מהמשיבים הנ"ל בשכ"ט עו"ד של העורר בסכום של 7,500 ש"ח בצירוף מע"מ.

ניתן היום, ח' בתמוז תשנ"ט (22 ביוני 1999), בהעדר הצדדים.

המזכירות תמציא העתק לב"כ הצדדים.

מותר לפרסום מיום 22/06/1999.

י. עדיאל, שופט
מ"מ אב בית הדין