

בבית המשפט העליון

דנ"א 4465/98

בפני:

כבוד הנשיא א' ברק
כבוד המשנה לנשיא ש' לוין
כבוד השופט מ' חשין
כבוד השופטת ט' שטרסברג-כהן
כבוד השופטת ד' דורנר
כבוד השופט י' טירקל
כבוד השופט י' אנגלרד

המערערת:

טבעול (1993) בע"מ

נ ג ד

המשיבים:

1. שף-הים (1994) בע"מ
2. מדינת ישראל, משרד הביטחון

תאריך הישיבה:

י"ג בכסלו התש"ס (22.11.1999)

בשם המערערת:

עו"ד יעקב שפיגלמן
עו"ד איל קינן
עו"ד מאיר מורן

בשם המשיבה מס' 1:

עו"ד אביגדור קלגסבלד
עו"ד שרון קליינמן

בשם המשיבה מס' 2
והיועץ המשפטי לממשלה:

עו"ד רחל גרשוני
עו"ד יעל מימון

בשם הרשות להגבלים עסקיים:

עו"ד דרור שטרומ
עו"ד עודד פנקס

דיון נוסף על פסק-דינו של בית-המשפט העליון
בע"א 6222/97 מיום 29.6.98 שניתן
על-ידי השופטים א' גולדברג, ד' דורנר
ו-י' טירקל

פסק-דין

השופט מ' חשין:

דיון נוסף זה שלפנינו נסוב על חילוקי דעות שנתגלעו בין רוב ומיעוט בע"א 6222/97 טבעול (1993) בע"מ נ' משרד הביטחון, מינהל ההרכשה והייצור ושף-הים (1994) בע"מ (פורסם בפ"ד נב (3) 182-145). בפרשה זו קמו ועלו להכרעה סוגיות אחדות בדין ההגבלים העסקיים, מהן סוגיות-תשתית מהן סוגיות הבונות עצמן על סוגיות-תשתית. שתיים הן השאלות הצורכות הכרעה אופרטיבית, ואלו הן השאלות. **שאלה אחת:** הסכם לפירוק שותפות שבעלי-הדין כרתו ביניהם כלל תניית אי-תחרות. תנייה זו, האם תניית-הסדר-כובל היא, אם לא? **שאלה שניה:** מי שהוא צד להסדר כובל - הסדר אשר כרת עם בעל-החזזה האחר מרצונו החופשי - הנשמע לטענתו כי ההסדר הכובל הסדר בלתי-חוקי הוא? האם הסדר הוא שאינו ראוי לאכיפה? האם הסדר הוא שלא יצמיח עילת תביעה? אלו הן השאלות הצורכות הכרעה מידית, ואולם בחינה מקרוב תגלה לנו כי ניסיון לאתר את היסודות המרכיבים את התשובות יגרור אותנו ויוליך אותנו דרך-שרשרת אל עיקרי-תשתית הטמונים במעבה-המשפט, עד שנידרש לחוט של אריאדנה כדי לגשש את דרכנו חזרה אל אור השמש. במיקצת משאלות אלו - בהן ובשאלות נגזרות מהן - נתגלעו חילוקי-דעות בין חברי המותב בבית-המשפט העליון, והדיון הנוסף נסוב על חילוקי-דעות אלה.

עיקרי העובדות שלעניין ופסק-דינו של בית-המשפט העליון

2. נפתח בתיאור העובדות כפי שהובאו בפסק-הדין נושא הדיון הנוסף (מפי השופט טירקל). נעיר בתחילה, כי בעלי-הדין שלפנינו אינם אלא חליפיהם של מי שהתקשרו בהסכם נושא הדיון, ואולם אנו נדבר בהם כאילו היו המתקשרים בהסכם. חברת טבעול (1993) בע"מ (להלן נכנה אותה - **טבעול**) עוסקת, בין היתר, בייצור ובשיווק של מוצרי מזון דמויי-בשר המורכבים בעיקרם מחלבון מן הצומח. קיבוץ אילון עוסק בייצור ובשיווק של מוצרי מזון שמקורם בדגים והקרויים מוצרי סורימי. ביום 25.12.1989 כרתו טבעול וקיבוץ אילון חוזה ביניהם להקמת שותפות שקראוה "שף-הים". טבעול ואילון היו על-פי ההסכם שותפים מוגבלים בשותפות, ואילו חברה שהקימו ואשר השותפים החזיקו במניותיה - חברת שף-הים ניהול בע"מ - היתה שותף הכללי. השותפות יועדה לעסוק בייצור, בפיתוח ובשיווק של המוצרים דמויי-הבשר (מוצרי טבעול) לפי הידע שהיה בידי טבעול, ושל מוצרי סורימי לפי הידע שהיה בידי קיבוץ אילון.

3. דרכה של השותפות לא צלחה, וביום 9.6.1993 כרתו בעלי-השותפות הסכם פרידה. על-פי אותו הסכם פרשה טבעול מן השותפות בלא שקיבלה תמורה כלשהי ותוך שיחרורה מכל התחייבות של השותפות. כן נקבע כי טבעול תהא זכאית לרכוש מן השותפות את הציוד המשמש לייצור מוצרי טבעול. בהסכם זה נטלו בעלי החוזה על עצמם התחייבות לשמור בסודיות כל מידע וידע הכרוכים בייצור מוצרי טבעול ומוצרי סורימי, וכן התחייבו - אהדדי - שלא לעסוק זה בעיסוקו של זה במשך תקופה של חמש שנים. תנייה זו שבהסכם הפרידה, היא-היא התנייה שסביבה נסוב-נחוג כל העת. וזו לשונו של סעיף 8.2 להסכם הפרידה, ובו תניית האי-תחרות:

8.2 אילון, שף-הים וחברת הניהול מתחייבים בזה, ביחד ולחוד, כי עד לחלוף חמש שנים מתום התקופה הקובעת הם יימנעו מלעסוק, במישרין או בעקיפין, בין כבעלים, כשותף, כמספק שירותי כח אדם, כיועץ או בכל דרך אחרת, בפיתוח, טכנולוגיה או ייצור של מוצרי מזון דמויי בשר המורכבים בעיקרם מחלבון צמחי וכן ימנעו כל פעילות כאמור בדרך אחרת כלשהי במתקן שף-הים בקיבוץ אילון.

כמו כן מתחייבים בזה אילון שף-הים וחברת הניהול שהם לא יעסקו בייצור מוצר כלשהו ו/או לא יבצעו פעולה אחרת כלשהי אשר יש בהם משום הפרה של הזכויות על פי הפטנטים.

זו היתה התחייבותו של קיבוץ אילון (והבאים מכוחו), ובמקביל חייבה עצמה טבעול בהתחייבות דומה והיא בסעיף 8.4 להסכם:

8.4 טבעול מתחייב בזה כי עד לחלוף חמש שנים מתום התקופה הקובעת הוא יימנע מלעסוק, במישרין או בעקיפין, בין כבעלים, כשותף, כמספק שירותי כח אדם, כיועץ או בכל דרך אחרת בפיתוח, טכנולוגיה או ייצור של מוצרי הסורימי.

כמו כן מתחייבת טבעול במשך תקופה של חמש שנים כאמור שלא לעשות כל שימוש בטכנולוגיה הייחודית של מוצרי פילטים ודגים ברוטב.

תקופת חמש השנים נסתיימה ביום 31.5.1999.

4. בחודש מארס 1997 - בתוך אותן חמש שנים של איסור-תחרות - פירסם משרד הביטחון מיכרז לקנייה של כחצי מיליון "שניצלים מחלבון צימחי". במיכרז זה תיחרו ביניהם (בין שאר המתחרים) טבעול ושף-הים (שף-הים, קרא: קיבוץ אילון), ושף-הים נמצאה זוכה. בטענה כי בהשתתפותה במיכרז הפרה שף-הים את הסכם הפרידה, פנתה טבעול אל משרד הביטחון בדרישה כי יימנע מהתקשר עם שף-הים בהסכם להספקת

השניצלים. משרד הביטחון לא נעתר לדרישה. טבעול פנתה איפוא לבית-המשפט בעתירה כי יוציא צו המונע כריתת הסכם בין משרד הביטחון לבין שף-הים. כן ביקשה טבעול כי בית-המשפט יוציא צו מניעה זמני עד להכרעה בעתירה לגופה.

טבעול ייסדה את עתירתה על אב-הנזיקין של גרם הפרת חוזה שלא-כדין, אב-נזיקין כהגדרתו בסעיף 62 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. לטענתה, הפרה שף-הים את תניית האי-תחרות, וכמסקנה נדרשת מכאן - כי משרד הביטחון יעשה מעשה עוולה אם יתקשר עימה בהסכם בידעו על ההפרה.

5. בית-המשפט המחוזי (השופט ד"ר ג' קלינג) דחה את בקשתה של טבעול להוצאת צו מניעה זמני, בקובעו כי תניית האי-תחרות היא הסדר כובל כהגדרתו של המושג "הסדר כובל" בחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, אשר-על-כן תנייה אסורה היא. ומתוך שהסכם אסור אינו יכול שיהא "חוזה מחייב" - אחד היסודות הנדרשים להקמתה של עוולת גרם הפרת חוזה שלא-כדין - כך הוסיף בית-המשפט וקבע, ממילא אין טבעול זכאית למבוקשה. בית-המשפט המחוזי הוסיף עוד וקבע כי לא נתמלא יסוד נוסף לקיומה של העוולה - היסוד של "בלי צידוק מספיק" - בשל האינטרס הציבורי שבשמירה על התחרות החופשית, וגם מטעם זה דחה את הבקשה להוצאת צו מניעה זמני. בקשת רשות ערעור שהגישה טבעול על החלטת השופט קלינג נדחתה אף-היא.

6. על רקע כל אלה הסכימו בעלי-הדין כי יינתן פסק-דין בהסכמה - פסק-דין הדוחה את תביעתה של טבעול - וכי נימוקי בית-המשפט לדחיית הבקשה למתן צו מניעה זמני יראו אותם כנימוקי פסק-הדין הסופי. וכך נעשה.

טבעול הגישה ערעור על פסק-הדין, אך עד לדיון בערעור סיפקה שף-הים למשרד הביטחון את כל המוצרים שלפי המיכרז. משראתה כן, ויתרה טבעול על טיעוניה כלפי משרד הביטחון, וכך נותרה אך המחלוקת בין טבעול לבין שף-הים (קיבוץ אילון). והמחלוקת היא: האם תניית האי-תחרות תניית הסדר כובל היא, אם לא? הכרעה בשאלה זו חשובה לה לטבעול לעת הזו - לאחר ביצועו של המיכרז - כדי שתוכל להגיש תביעת ממון נגד שף-הים.

7. בפסק-הדין שניתן בערעור בבית-המשפט העליון נחלקו דעות השופטים. דעתם של חברנו השופט אליעזר גולדברג וחברתנו השופטת דליה דורנר - והם שופטי הרוב - היתה זו, שההסדר בין טבעול לבין שף-הים הסדר כובל הוא - הסדר כובל שלא זכה לאישור על-פי החוק - ובתורת שכזה הסכם בלתי-חוקי הוא. בית-

המשפט דחה איפוא את ערעורה של טבעול, בהוסיפו עם זאת כי אין בדחיית הערעור כדי להכריע בשאלה אם זכאית היא טבעול להיפרע משף-הים בעילה שבעשיית עושר ולא במשפט. מנגד, חברנו השופט יעקב טירקל סבר - בדעת מיעוט - כי אין המדובר בהסדר כובל, ומכאן שערעורה של טבעול בדין יסודו. עוד הוסיף השופט טירקל, כי בית-משפט לא ישמע מכל מקום לשף-הים, שבטענת הסדר כובל בלתי חוקי מבקשת היא להתנצל מחבות חוזית ברורה שנטלה על עצמה.

8. טבעול ביקשה כי נדון נוספות בפסק-דינו של בית-המשפט העליון, ובתיתנו דעתנו לסוגיות העומדות לפנינו להכרעה ביקשנו לשמוע את דעתו של היועץ המשפטי לממשלה אף-הוא. היועץ המשפטי נעתר לבקשתנו והביע את עמדתו לפנינו והיא עמדה התומכת בהכרעת הרוב בבית-המשפט העליון.

9. טענתה העיקרית של טבעול היא זו, כי שגגה יצאה מלפני בית-המשפט העליון בהחילו את חוק ההגבלים העיסקיים על תניית האי-תחרות שלענייננו. לטענת טבעול, הנורמה המשפטית הקובעת לעניין תניות אי-תחרות לא תימצא לנו בחוק ההגבלים העיסקיים אלא בהלכה המקובלת בעניין של תניות אי-תחרות והגבלת עיסוק, הלכה שלפיה יש לבחון את תוקפה המשפטי של התנייה על-פי סבירותה - מבחינת יחסי הצדדים, ביניהם-לבין-עצמם - ובבחינת אינטרס הציבור במובנו הרחב של המושג. ההלכה הקובעת לעניין של תניות אי-תחרות והגבלת העיסוק - כך טוענת העותרת לפנינו - כוללת בחובה את האיזון המתבקש בין האינטרסים השונים המושכים לצדדים, וחוק ההגבלים העיסקיים לא יתפוש כלל בתניות מעין התנייה שלפנינו. ובלשונה:

החלטת הרוב כפי שהיא באה לביטוי בפסק הדין סותרת שורה של הלכות פסוקות של בית-משפט נכבד זה, לפיה תניות כגון דא נבחנות לפי מידת סבירותן, ואין כלל תחולה בהקשר זה לחוק ההגבלים העסקיים. תניות בהסכם, כגון התחייבות המשיבה בה עסקינן, הנוגעות להמנעות מתחרות בנסיבות בהן נפרדות דרכיהם של הצדדים להסכם, הינן תופעה מוכרת ומקובלת במשק. תוקפן של התחייבויות כאלו נדון לא אחת בידי הערכאות המתאימות. **ההלכה הברורה והחד-משמעית שיצאה מבית משפט נכבד זה היא כי יש לבחון את תוקף התניות לפי סבירותן מבחינת יחסי הצדדים ומבחינת האינטרס הציבורי.** במידה ויתברר, לפי נסיבות כל מקרה ומקרה, כי התניות סבירות הן, אזי ינתן להן תוקף והן יאכפו על ידי בית המשפט. כך לדוגמא

כך גם בשורה ארוכה מאד של פסקי דין שיצאו מלפני בית-משפט נכבד זה שעסקו בסוגיה זו אין ולו בדל של רמז להיותן של תניות אלה "הסדרים כובלים" אשר יש לבחון במשקפי חוק ההגבלים העסקיים ... (ההדגשות במקור - מ' ח')

לחיזוק דבריה מצביעה טבעול על פסקי-דין רבים שיצאו מלפני בית-המשפט העליון, בהם דן בית-המשפט בתניות אי-תחרות מבלי שנדרש כלל לחוק ההגבלים העסקיים.

עד כאן - הרקע הכללי לדיון הנוסף, ומכאן ואילך נעשה בשלנו.

קדירת האינטרסים

10. ענייננו עתה הוא בהסכם - הסכם בכתב או הסכם על-פה, הסכם מפורש או הסכם מכללא - ולפיו מתחייב מתקשר אחד כלפי המתקשר האחר שלא לתחרות בו בנושא מסוים; כך בהתחייבות של מתקשר אחד בהסכם וכך בהתחייבות הדדית של שניים (או יותר) המתקשרים בהסכם. השאלה הנשאלת היא, אם תופשת היא תניית אי-תחרות - משל תנייה-מן-המנין היא בהסכם - או אם תנייה פסולה ואין היא תופשת; ואם תלויית-נסיבות היא - מה הן אותן נסיבות אשר תקבענה אם תופשת היא ואם אין היא תופשת?

המסגרת המשפטית הפורמלית מסגרת אחת היא - מסגרת של איסור תחרות - ואולם תוכנה המהותי יכול שישתנה מעניין לעניין, ולעתים אף יהא השוני מקצה-אל-קצה. הנה היא, למשל, התחייבות עובד שלא לתחרות במעסיקו עם סיום חוזה ההתקשרות בין השניים - תנייה שבנסיבות עניין מסויים תשלול מן העובד יכולת סבירה להתפרנס - וכנגדה נעמיד הסכם בין שתי חברות-ענק השולטות על שוק מוצרים מסויים והמחלקות את השוק ביניהן (בין מבחינה גיאוגרפית בין מבחינת המוצרים שתשווק כל אחת מהן ובין מכל בחינה אחרת). הנה הם שותפים המתחייבים אהדדי כי לעת השותפות לא יתחרו איש ברעהו בתחום שהשותפות עוסקת בו, וליד הסכם זה נעמיד הסכם בין מוכר עסק - על המוניטין - לבין רוכש העסק, ולפיו מתחייב המוכר שלא לתחרות ברוכש בתחום העסק שנמכר. הוא שאמרנו: המסגרת המשפטית הפורמלית אותה מסגרת היא - תניית אי-תחרות - ואולם התוכן שניתן ליצוק אל-תוכה יכול שיהא כה שונה במהותו מעניין לעניין, עד שהתמה יתמה וישאל שתי אלו, בזו-אחר-זו: אחת, האם תניית אי-תחרות יוצרת, מעיקרו של דין, מערכת משפטית, כלכלית או חברתית שראוי לקבוע לעניינה דין מיוחד? שתיים: גם אם נאמר כי יש לקבוע בעניינה של תניית אי-תחרות דין מיוחד, ובתיתנו דעתנו למיגוון הרחב-מיני-רחב של תניות אלו, האם נכון וראוי לקבוע כלל אחד, אחיד ויחיד לכל תניות האי-תחרות שבעולם, אך באשר תניות אי-תחרות הן? האם אין לומר - האם אין זה ראוי שייאמר - כי השוני בין דוגמת העובד-מעביד לבין דוגמת חברות-הענק רב הוא מן הדמיון, עד שלא יהא זה ראוי להכניס תניית אי-תחרות במקרה האחד ותניית אי-תחרות במקרה האחר תחת חופה אחת?

כדי להשיב על שאלות אלו - עליהן ועל שאלות נוספות הנגזרות מהן - שומה עלינו להעמיק חפור, בניסיון לבדוד את האינטרסים המושכים לצדדים ואת העקרונות המבקשים לכנוס אינטרסים אלה אל ביתם. משנעמיד את האינטרסים ואת העקרונות על רגליהם - אלה-בצד-אלה - יקל עלינו למדוד את עוצמתו של כל אחד מהם לעצמו; את עוצמתם היחסית של האינטרסים ושל העקרונות, ביניהם-לבין-עצמם; את השפעת נסיבות קביעתה של התנייה על עוצמתם היחסית של האינטרסים; וכך נסיף ידע שיהא לנו לעזר לצאת מן הסבך. אכן, ענייננו במערכת איזונים רבת-משתנים, ועד שלא נדע לפרקה למרכיביה, יקשה עלינו לדעת מה נעשה וכיצד נחליט.

11. מה הם איפוא האינטרסים והעקרונות המתמודדים ביניהם על הבכורה, אינטרסים ועקרונות אשר הוטל עלינו לשלבם אלה-באלה ליצירתה של הנורמה הקובעת ולהכרעת הדין? אינטרס-עיקרון אחד הוא החובה לקיים הסכמים: *pacta sunt servanda* - הסכמים יש לקיים; הסכמים לקיום נועדו, לקיום ולא להפרה. אינטרס אחר הוא, רצונו החופשי של האדם, אם תרצו: האוטונומיה של הרצון החופשי; לאינטרס זה יתקשרו האינטרסים של חופש העיסוק וחופש החוזה של היחיד, אינטרסים הנגזרים מהאוטונומיה של רצון היחיד. באותו הקשר יזכר אף אינטרס היחיד לתחרות בזולתו, אינטרס שגם הוא מקורו באוטונומיה של רצון היחיד. אינטרס נוסף הוא אינטרס הקנין - קנין במובנו הרחב - קרא, לענייננו: זכותו של מתקשר בהסכם שהמתקשר האחר לא יתחרה בו (אם כך הוסכם בין השניים). כל אינטרסים ועקרונות אלה, מקומם הוא עמוק-עמוק בתשתית המיבנה החברתי של שיטת המשפט. בחלקם פניהם פני-אנוס הם - שניתנים הם לפירושים נוגדים, לכאורה, זה-את-זה - ובחלקם חופפים הם זה-את-זה. ויש מהם אף שזכו - בין במפורש בין מכללא - למעלת זכות-יסוד מכוחם של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק. כל אינטרסים וזכויות אלה באים ממקומות שונים - כל אחד ממקומו-שלו - ואולם בכך מתייחדים הם, שמעגנים הם עצמם בבעלי-הסכם שבו מדובר. לשון אחר: מדברים אנו, אמנם, בעקרונות-יסוד במשפט, ואולם עקרונות אלה מנקזים עצמם אל זכויות בעלי-הסכם, ותכליתם היא לעשות צדק בין בעלי-הדין, ביניהם-לבין-עצמם.

והנה, בצד עקרונות ואינטרסים אלה שוכן לו אינטרס נוסף שמתקנת-הציבור, אינטרס שמעיקרו לא נועד כלל לזון את זכויות הצדדים, ביניהם-לבין-עצמם. אינטרס הוא השואב את חיותו ואת עוצמתו מעקרון תקנת הציבור במובנו הרחב, מטובת הציבור הכללית. כוונתנו היא לתחרות החופשית, לאותו עיקרון שתניית אי-תחרות באה לקצץ בו.

נפרש ונסביר: כל אינטרסים ועקרונות שנדרשנו להם - בהם עקרון התחרות החופשית - כולם יצירי תקנת-הציבור הם, תקנת הציבור במובנו הרחב של המושג. ואולם לא הרי אינטרסים ועקרונות שדיברנו בהם

בתחילה כהרי אותו שריג בתחרות החופשית שאנו מדברים בו עתה. בזאת נשתנה אינטרס התחרות החופשית שאנו מדברים בו עתה מהאינטרסים והעקרונות האחרים שמנינו - עקרון החובה לקיים הסכמים, זכות הקניין וכו' - שכל עקרונות ואינטרסים אלה מקורם הוא, אמנם, בתקנת הציבור (במובנה הרחב) אך הלכה-למעשה נועדו הם לוויסות הזכויות והחובות של בעלי הסכם, ביניהם-לבין-עצמם. ואילו אותו שריג באינטרס התחרות החופשית שנדרשים אנו לו עתה, ייעודו מראשיתו הוא להגנתו של הציבור הרחב. לשון אחר: בעוד אשר העקרונות והאינטרסים האחרים נועדו, בעיקרם, לחלוקת הצדק בין המתקשרים בהסכם, ביניהם-לבין-עצמם, אינטרס התחרות לענייננו עתה נועד להגן על הציבור הרחב מפני תניות אי-תחרות; שתחרות נועדה להיטיב עם הצרכן - הן מבחינת איכות המוצר והשירות הן מבחינת מחירם של אלה - ותניית אי-תחרות, על-פי עצם טיבה, פוגמת ופוגעת באינטרס חשוב זה. ראו עוד והשוו: ע"א 6601/96 AES System Inc. נ' סער, פ"ד נד (3) 850.

12. במערכת מרובת-משתנים זו - ובהוסיפנו אליה את מערכות התכנים השונים של תניות אי-תחרות: עובד-מעביד, חברות-ענק וכו"ב - כיצד נמצא את דרכנו? התשובה לשאלה תתלה עצמה, כמובן, בערך היחסי שיינתן לכל אחד ואחד מן האינטרסים והעקרונות הבאים אלה-בצד-אלה ואלה-בתוך-אלה. אף לא אחד מן העקרונות ומן האינטרסים עקרון או אינטרס מוחלט הוא; כל אחד מהם - בין אם בעל עוצמה רבה הוא, ובוודאי אם בעל עוצמה מעטה הוא - יפנה מקום לצידו לעיקרון או לאינטרס אחר, מי המרבה ומי הממעט. בתי-המשפט הם שיקבעו את מישקלם היחסי של העקרונות ושל האינטרסים, ובתי-המשפט - למותר לומר - ישקפו מעת-לעת את רוח התקופה ואת ההשקפות הרווחות: השקפות בנושאי חברה והשקפות בנושאי כלכלה. תקופה פלונית תבכר אינטרס או עיקרון אחד, תקופה אלונית תבכר אינטרס או עיקרון אחר. כך, למשל, מלמדים אותנו כי בתקופתה של אליזבת הראשונה ראו בתי-המשפט כל הגבלת עיסוק (Restraint of Trade) כבטלה מעיקרה בשל נטייתה ליצור מונופולין. ראו: Cheshire, Fifoot & Furmston, Law of Contract (Butterworths, 13th ed., 1996), 411-412. באותה עת, איפוא, ראתה החברה את הסחר החופשי ואת חופש העיסוק כאינטרסים נעלים - כמעט כאינטרסים מוחלטים - ובתי-המשפט מצידם נתנו ביטוי להשקפה זו על דרך ביטול הנחרץ של תניות אי-תחרות. בתקופות מאוחרות נשתנו השקפות החברה והכלל הנוקשה נתרכך והלך. הדין הגמיש עצמו ובתי-המשפט הכירו בצורך לאזן אינטרסים הבאים בהתנגשות אלה-עם-אלה. אחת מנוסחות-האיזון המקובלות נקבעה בפרשה המפורסמת של Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt [1894] A.C. 535 Guns & Ammunition Co. וכך קבע בית הלורדים (שם, 565) מפי הלורד מקגונטן (Lord Mcnaughten):

The public have an interest in every person's carrying on his trade freely: so has the individual. All interference with

individual liberty of action in trading, and all restraints of trade of themselves, if there is nothing more, are contrary to public policy, and therefore void. That is the general rule. But there are exceptions: restraints of trade and interference with individual liberty of action may be justified by the special circumstances of a particular case. It is a sufficient justification, and indeed it is the only justification, if the restriction is reasonable – reasonable, that is, in reference to the interests of the parties concerned and reasonable in reference to the interests of the public, so framed and so guarded as to afford adequate protection to the party in whose favour it is imposed, while at the same time it is in no way injurious to the public.

בית-המשפט אומר, איפוא, להעמיד תניית אי-תחרות בשני מיבחים מצטברים שעניינם סבירות: מיבחן סבירות אחד עניינו סבירות התנייה ביחסי המתקשרים ביניהם-לבין-עצמם - סבירות התנייה ככל שהמתקשר המתחייב והמתקשר הזוכה נוגעים בדבר - ומיבחן סבירות שני נסוב על סבירות התנייה ככל שהמדובר הוא באינטרס הציבור. שני המתקשרים בהסכם ועימהם תקנת הציבור כמו יצרו משולש, ובתי-המשפט אמורים היו לבחון את שלושת קודקודי המשולש, אם ראויים הם אם לאו. בחינת סבירותה של תניית אי-תחרות אמורה היתה להיעשות, איפוא - בה-בעת - שלוש פעמים: בחינת סבירותה מצידו של כל אחד מן הצדדים המתקשרים - אלו שתי בחינות - ובחינת סבירותה מצידה של תקנת הציבור - הרי שלוש בחינות סבירות לפנינו. למותר לומר, כי בחינת סבירותה של התנייה מבחינת הצדדים להסכם אמורה לבוא במקביל - ובמצטבר - לבחינת סבירותה מצידה של תקנת הציבור. ראו עוד: פרשת סעב, שם, 864-866, 875-876. כל-כך - לכאורה.

13. הלכה למעשה לא כך נעשה בעבר. אכן-כן: בתי-המשפט בדקו בקפידה תניות אי-תחרות ככל שבעלי-ההסכם נגעו בדבר. בכל מקרה ומקרה שאלו בתי-המשפט עצמם אם תניית אי-תחרות פלונית שהונחה לפיתחם לבחינה, סבירה היא מבחינת המתקשרים: אם המתחייב לא נטל על עצמו התחייבות-יתר לאי-תחרות, ואם הזוכה לא זכה בדבר שלא היה ראוי כי יזכה בו. ואילו הקודקוד השלישי במשולש - קודקוד תקנת הציבור - לא זכה הלכה למעשה לבחינה ראויה לעצמו. אמנם כן: לעת בחינתה של תניית אי-תחרות הירבו בתי-המשפט לדבר בתקנת הציבור, ואולם תקנת הציבור שבת-המשפט דיברו בה הגבילה עצמה לעשיית צדק בין בעלי-ההסכם, ביניהם לבין עצמם. תקנת הציבור כנורמה לעצמה - נורמה העומדת על רגליה שלה לבר-יחסייהם של המתקשרים בהסכם האי-תחרות - נאלמה וכמו לא היתה. בתי-המשפט הירבו לדבר בחופש החוזים, בחופש העיסוק ובצורך המובנה במשפט לקיים התחייבויות, ועשו כמיטבם "לאזן" בין אינטרסים ועקרונות-יסוד אלה בכל עניין ועניין. אשר לתקנת הציבור, זו כמו מיצתה עצמה באינטרסים ובעקרונות אלה, וניקזה עצמה אך לעשיית צדק בין בעלי-הדין. ראו, למשל: רע"א 5248/90 אנטין נ' פרנקל, פ"ד מה (5) 139, 143-144; ד"נ 22/82 בית

יולס נ' רביב, פ"ד מג (1) 441; ע"א 566/77 דיקר נ' מור, פ"ד לב (2), 141, 151; ע"א 148/77 רוט נ' ישופה (בנייה) בע"מ, פ"ד לג (1) 617, 638. כך, למשל, אמר בית-המשפט בע"א 369/74 טרומאסבסט חברה להרכבת מבנים טרומיים בע"מ נ' זכאי פ"ד ל (1) 793, 797, על המיבחנים שתניית אי-תחרות אמורה לעמוד בהם:

המבחנים הם בעיקר לאור אופי ההגבלה, היקפה, הזכויות הקנייניות עליהן היא באה להגן, תחום וזמן תחולתה, אם נועדה ההגבלה להגן על סודות מקצועיים או מסחריים אשר נרכשו עקב היחסים המשותפים בין בעלי הדין, וכדומה שיקולים העשויים ללמד אם בנסיבות המקרה המסוים עשוי צד אחד להפיק הנאה יתירה מבלי שיהיה זכאי לכך מבחינת היחסים החוזיים שביניהם מבחינה כוללת - שאז ייפסל התנאי.

ראו עוד: מנחם גולדברג, "חופש העיסוק: מזכות יסוד לחוק יסוד", הפרקליט מא (תשנ"ד-1994), 291, 316-312. ובמקום אחר (ע"א 618/85 מעיינות הגליל המערבי בע"מ נ' תבורי, פ"ד מ (4) 343, 348-349):

ההלכה הפסוקה בדקה ... [תניות אי-תחרות] לאור שני העקרונות "המתחרים": עקרון חופש ההתקשרות בחוזים מזה ועקרון חופש העיסוק מזה. העיקרון הראשון שואף לתת הכרה נרחבת לחוזים שנכרתו כדת וכדין ולאכיפתן של ההתחייבויות הכלולות בהם ... עקרון חופש העיסוק, לעומת זאת, שואף לשמור על חופש הבחירה של כל אדם כראות עיניו במה יעסוק, כל עוד אין עיסוק זה נוגד את החוק.

ראו עוד: גולדברג, שם, 308-309; בג"ץ 1683/93 יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מז (4) 702, 708.

הנה-כי-כן: העקרונות המולכים את השיירה הם חופש העיסוק וחופש החוזים - ככל שעקרונות אלה, על-פי ההנחה, אינם עולים בקנה אחד זה-עם-זה - ואולם כך, רק ככל שהשניים אוצלים הם על יחסיהם של בעלי ההסכם ביניהם-לבין-עצמם. יסוד התחרות החופשית - כשריג עצמאי בתקנת הציבור - כמו נעלם ואיננו. ביטוי בולט לדחייתו של יסוד התחרות החופשית אל הפינה ימצא בדברי בית-המשפט בע"א 4/74 ברמן נ' משרד להובלות משאות פרדס-חנה-כרכור והסביבה "עמל" בע"מ, פ"ד כט (2) 717, 722-723:

הנימוק השני - טובת הציבור - חשיבותו בעינה עומדת. אך מאז ומתמיד היה בעל חשיבות משנית לעומת הנימוק הראשון המתייחס לאינטרס של הצדדים עצמם. הרעיון שהניחו בתי-המשפט ביסוד הדוקטרינה של מניעת הגבלת חופש העיסוק הוא הצורך לשמור על סחר חפשי ועל התחרות חפשית במשק ובעבודה. חופש התחרות עד גבול מסויים הוא עקרון חשוב ובתי המשפט מצווים לקיומו ולעודדו עד כמה

שאפשר. אבל עם כל חשיבותו של עקרון זה, אין הוא יכול לעמוד בפני התחייבות מפורשת שלא להתחרות, שניתנה באורח חופשי ובתמורה מלאה, ובהיקפה - מבחינת המקום והזמן - אינה חורגת מההגנה הנדרשת באורח סביר לצד השני. וכבר נאמר שרק לעיתים רחוקות תוכל להיחשב הגבלה על חופש העיסוק כנוגדת את האינטרס הציבורי, אם היא סבירה והוגנת כלפי הצדדים עצמם.

ראו עוד, למשל: ע"א 2600/90 עלית נ' סרנגה, פ"ד מט(5) 796, 809: "נקבע בפסיקה כי אם ההגבלה על חופש העיסוק סבירה והוגנת כלפי הצדדים עצמם, רק לעיתים רחוקות תיחשב היא כנוגדת את האינטרס הציבורי". וראו האסמכתאות המצוטטות שם. זו היתה דרכו של בית-המשפט גם בפרשת מעיינות הגליל, בהשקיפו על תקנת הציבור מבעד לחובה לקיים הסכמים: "תקנתו של הציבור תהא דווקא בעמידה על קיום ההתחייבות החוזית שהמערערים נטלו על עצמם מרצונם" (שם, 350; ההדגשה במקור - מ' ח').

14. הוא אשר אמרנו: על דרך הכלל ראו בתי-המשפט בעבר את תקנת הציבור כממצה עצמה ביחסי המתקשרים ביניהם-לבין-עצמם. ואילו יסוד התחרות החופשית, כיסוד העומד על רגליו-שלו, לא מצא את מקומו הראוי בהלכה. יסוד התחרות החופשית לא נעלם, אמנם, מכל-וכל - הוא אף נזכר בהלכה מעת-לעת - אלא שבתי-המשפט התבוננו בו מבעד למשקפי חופש העיסוק. אכן כן: אלה השניים - חופש העיסוק והתחרות החופשית - קרובי-משפחה הם, ודרכם, בחלק ניכר בה, אותה דרך היא. יחד-עם-זאת, בעוד שחופש העיסוק פניו אל הפרט, מכון הוא עצמו אל זכויות היחיד - בענייננו: היחיד שקשר עצמו בהסכם - עקרון התחרות החופשית פניו אל הכלל ומכון הוא עצמו אל זכויות החברה, ליחיד החברה לבר-המתקשרים-בהסכם. כך, למשל, אפשר שתניית אי-תחרות תהא סבירה וצודקת ביחסי המתקשרים ביניהם-לבין-עצמם, ובה-בעת תפגע אנושות בעקרון התחרות החופשית, עיקרון שמראשיתו נועד להיטיב עם הציבור הרחב לבר-הצדדים-המתקשרים. הנה הן אותן שתי חברות ענק המחלקות את השוק ביניהן - בין מבחינה גיאוגרפית, בין מבחינת המוצרים המשווקים ובין מכל בחינה אחרת. תניית אי-תחרות נועדה להיטיב עם המתקשרות בהסכם ועומדת היא בבחינת הסבירות ביחסיהן ההדדיים של השותפים. ואולם, אין צורך בדמיון מפליג כדי לדעת ולהבין כי תניית אי-תחרות זו פוגעת - מכל מקום, עלולה היא לפגוע - בציבור הרחב. אכן, דווקא היותה של התנייה תנייה מיטיבה עם בעלי-ההסכם, דווקא תכונה זו שלתנייה היא המרעה לציבור הרחב. והטעם לדבר פשוט: בעוד אשר בהסכם רגיל אומרים בעלי-ההסכם לקבוע משטר נורמטיבי ליחסיהם ההדדיים באשר לזכויותיהם-שלהם, בתניית אי-תחרות אומרים בעלי-ההסכם (בין השאר) לחלק ביניהם-לבין-עצמם זכויות שאין שייכות להם כלל, לאמור: זכותו של הציבור כי יינתנו לו המוצרים והשירותים האיכותיים ביותר במחיר הנמוך ביותר. עמד על הסוגיה - והקיף אותה סביב-סביב - המלומד דיוד גילה במאמרו המקיף ומאיר העיניים "לקראת מדיניות חדשה כלפי תניות אי-תחרות", עיוני משפט כג (תש"ס-2000), 63, וכך השמיענו גילה, בין שאר דבריו (בעמ' 131-130):

... אין בסיס לתפיסה, המתבטאת ברבות מן ההחלטות, לפיה אם תניית אי-תחרות הינה סבירה מבחינת הצדדים לחוזה, הרי שהיא גם תימצא בדרך-כלל סבירה מבחינת האינטרס הציבורי. כך, אם לעובד, למשל, יש מידע די הצורך על-אודות השאלה עד כמה, בתוחלת, גרעה ממנו תניית האי-תחרות, לא ניתן לומר שנפגעו חופש העיסוק שלו או מעמדו, ונראה כי לפיכך תהא התניה סבירה מבחינת הצדדים לחוזה. אולם אין בכך כל אינדיקציה לעניין פגיעת התנייה בתחרות. יתר על-כן, תנייה שמקילה על חלוקת שוק קרטליסטית 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 בין לבין אמות-המידה של בדיקת הפגיעה בתחרות. כך, אם השוק הרלוונטי הוא מקומי, והתנייה מגבילה עצמה לאותו שוק, 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.. השוק היחיד הרלוונטי מבחינת בדיקתה של הפגיעה בתחרות.

ראו עוד: נילי כהן, "תחרות מסחרית וחופש עיסוק", עינוי משפט יט (תשנ"ה1995-) 353. אכן כן הוא הדבר: יש שתניית אי-תחרות תהא סבירה ביחסיהם ההדדיים של בעלי ההסכם - תהא סבירה אף תיטיב עימם - ובה-בעת תרע עם הציבור הרחב. לא תמיד כך יהא; לא תמיד תהא הרעה באותה עוצמה; ואולם די באפשרות כי כך יהא כדי שנעמוד על המישמר. ראוי לנו כי לעניין של תניות אי-תחרות נכיר בתקנת ציבור העומדת על רגליה-שלה, קרא: תקנת ציבור הנסבה על התחרות החופשית, תקנת ציבור שייעודה הגנה על האינטרסים של הציבור הרחב לבר-המתקשרים-בהסכם העומדים לפני בית-המשפט. ראו עוד: פרשת סער, 863-862.

להשלמה נזכיר את דבריהם היפים של הפרופסורים דניאל פרידמן ונילי כהן, ולפיהם עקרון התחרות החופשית והאיסור להיקשר בהסכמים כובלים, גם-זה גם-זה, השניים נועדו להגן על חופש החוזים של הציבור הרחב:

מטרתן של הוראות אלו [הוראות החוק האוסרות קשירתם של הסדרים כובלים] היא, כמובן, להבטיח תחרות ולמנוע (או לפחות להגביל עד מאוד) הסכמים המצמצמים את התחרות. זוהי, אמנם, מגבלה על החופש החוזי, אך ... מטרתה עולה, למעשה, בקנה אחד עם התיאוריה הקלאסית בדבר חופש החוזה. ניתן לומר שזוהי מגבלה על חופש החוזה שמטרתה לשמור על חופש החוזה. אם יותרו הגבלים עסקיים, תימנע תחרות; תנאי המסחר ייקבעו מראש על ידי התארגנות קרטלית וייפגע חופש החוזה של הציבור כולו המנהל משא ומתן עם צד מן הצדדים להסדר הכובל (דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים, (אבירם, תשנ"א - 1991) חלק א', 52).

ראו עוד: החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים, ד"ר יורם טורבוביץ, בעניין הסדר כובל בהסכמי הבלעדיות בין חברות הדלק לבין מפעילי תחנות תדלוק (פורסם בקובץ החלטות הקרוי ההגבלים העסקיים - החלטות הממונה על ההגבלים העסקיים; פסקי-דין - בית-הדין להגבלים עסקיים; פסקי-דין - בתי-המשפט בעניין הגבלים עסקיים), כרך א', 19, 49 (להלן נכנה קובץ זה - קובץ ההגבלים העסקיים).

15. כללם של דברים: בחינתן של תניות אי-תחרות בהלכה ריכזה עצמה ביחסי בעלי ההסכם ביניהם-לבין-עצמם ומיעטה במאוד להידרש לעקרון התחרות החופשית כעיקרון העומד על רגליו-שלו בגידרי תקנת הציבור. חסר מובהק זה בא המחוקק למלא בדין ההגבלים העסקיים. יתר-על-כן: מתוך שנושא ההגבלים העסקיים חשיבותו התעצמה והלכה בעשרות השנים האחרונות, סברו הסוברים כי יש וראוי ללכת בעיקבות המתקנות שבמדינות המערב ולחוקק חוק שייחד עצמו להגבלים עסקיים, חוק שיחול במקביל להילכת המשפט המקובל באשר ליחסיהם של בעלי-ההסכם, ביניהם-לבין-עצמם. כך נולד חוק ההגבלים העסקיים, אשר בעצם קיומו שינה את מקומם הגיאוגרפי של ההגבלים העסקיים; שקודם לכן דרו אלה בתחומי המשפט הפרטי, ואילו עתה עברו דירה אל תחום-ביניים שבין המשפט הפרטי לבין המשפט הציבורי. בימים שמכבר חוו אבותינו מעבר מסטטוס לחוזה: "מסטטוס לקונטרקטוס", ואילו עתה החלה המטוטלת - בנושא ההגבלים העסקיים - לנוע בכיוון ההפוך ועדים אנו לתופעה של שינוי מחוזה למעין-סטטוס: מקונטרקטוס לקוואזי-סטטוס. אשר לכך שבת-המשפט ממעטים לתת דעתם לחוק ההגבלים העסקיים, אין זאת אלא שחשיבות העיקרון של התחרות החופשית - כשריג לעצמו בתקנת הציבור - טרם חילחלה לתודעתנו כראוי לו, לאמור, כדי כך שבת-משפט (מיוזמתם) ופרקליטים יעלו לעת התדיינות טענה של חוזה אסור בשדה ההסדרים הכובלים. אפשר שמגמה זו תשתנה לעתיד-לבוא. בין כך ובין אחרת, כפי שנראה להלן, חוק ההגבלים העסקיים חל במלוא כובדו על תניית אי-תחרות כתניית האי-תחרות שלפנינו, ולא ידעתי כיצד נאמר - ומה טעם נאמר - שהחוק לא יחול על עניינו.

16. דבר אחרון בהקשר דברינו עד כה: דיברנו וחזרנו ודיברנו בעקרון התחרות החופשית כעיקרון מנחה במשפט המקובל בישראל. אם נוסיף ונסביר עתה על-שום-מה-ולמה תופש עיקרון זה מקום-של-כבוד בשיטת המשפט בישראל, נידמה בעינינו כמי שמכניסים תבן לעפרניים. נוסיף עם זאת מעט תבן משלנו.

17. בפרשת ידיעות אחרונות נ' קראוס (דנ"א 7325/95, פ"ד נב(3)1) ניסינו לבחון (בעמ' 76 ואילך) את שורשיו של חופש הביטוי, "את המקורות המזרימים אליו מים והופכים אותו לנהר-איתן שוצף וקוצף". אמרנו באותו עניין כי ראוי לנו שנבחין "בין המקור הראשוני לחופש הביטוי לבין החיזוקים והטעמים שנתלוו אליו לאחר היותו, איששו אותו, עידנו אותו ויצרו אותו כפי שהוא מוכר לנו כיום." (שם, 76). ועל המקור הראשוני אמרנו דברים אלה (בעמ' 76-77):

כל יצור חי מבטא את עצמו - ונדחף בידי צורך פנימי לבטא את עצמו - (בין השאר) בהשמעת קולות, כרצון יצור ויצור: בנביחה, בפעייה, בגעייה, בלילה, בזמזום. זה הצורך הפנימי של האדם לדבר ולנאום, לספר ולשורר, לצייר ולכיר, לבקר ולהפגין, לגעור ולזעוק. ... ומאז לימד עצמו לדבר (ואף לפני-כן), נדחף האדם בידי כורח פנימי לבטא את עצמו בדיבור: בין לצרכים פונקציונליים - כך היה, בעיקר בראשית - בין לצרכים הנדמים כצרכים שאינם פונקציונליים. ... הצורך הפנימי להתבטא, לדבר, הינו חזק-מכל-חזק, ואם ינסו לסכור פיו של אדם, בכל-זאת ימצא את דרכו להתבטא. קרא לכך הגשמה עצמית, קרא לכך אוטונומיה של היחיד, קרא לכך חופש הפרט. קרא אשר תקרא; הצרכים הנפשי והפיזיולוגי הם אבות הצורך להתבטא, הם אבות חופש הביטוי.

הוספנו ואמרנו כי צורך נפשי זה, הצורך של כל אדם לבטא את עצמו, החברה מצאה לנכון - ובצדק כך מצאה - לעטוף אותו בזכות משפטית. כך נולדה הזכות לחופש הביטוי, זו היתה ראשיתה של הזכות, ולאחר היותה נתלו אל חופש הביטוי חיזוקים וטעמים ש"יצבו אותו, הציבו אותו על רגליים איתנות ועיצבו את דמותו המוכרת לנו כיום" (שם, 77). הישלמנו דברים ואמרנו כי "כך בחופש הביטוי וכך, דומה, בזכויות יסוד אחרות אף-הן, למשל: בחופש התנועה". נסיף עתה ונאמר: כך, אפשר, בחופש התנועה וכך בעקרון התחרות החופשית.

18. בדמותנו את חופש הביטוי ל"נהר-איתן שוצף וקוצף" אמרנו כי יובל-מים אחדים מזינים אותו ו"באים [הם] אלינו ממקורות שונים: מיקצתם מיוסדים על טעמי תועלתיות; מיקצתם מרכזים עצמם ביחיד ובאישיות; מיקצתם עניינם בטובת החברה. וכל היובלים אלה באלה יוצרים את המיכלול - הנהר השוטף - הקרוי חופש הביטוי." דברים אלה בדיוק - בלא שנזיז יו"ד ממקומה - נאמר עתה על עקרון התחרות החופשית, ובשינוי ניסוח: על עקרון חופש התחרות (על מישקל חופש הביטוי). יתר-על-כן: בהציבנו את חופש הביטוי ואת חופש התחרות, חופש ליד חופש, ובהריצנו מבט מחופש לחופש, וחוזר חלילה, נגלה - ולא להפתעתנו - צידי זהות נוספים בין השניים; כך, למשל, המיגבלות אותן מציבה שיטת המשפט לחופש ולחופש (והוא לענייננו עתה); היות שני החופשים "פדרציה (או קונפדרציה) של זכויות ואינטרסים" (פרשת קראוס, 78), ועוד. ואין פלא בדבר, שהרי אלה השניים - זה חופש וזה חופש - חדא הם, שחופש התחרות אינו אלא אחד מביטוייו של חופש הביטוי, אחד מגילוייו של הצורך הטבוע ביחיד - צורך המובנה בו מלידה - לבטא את עצמו, למצות את מירב יכולתו וכישוריו, לספק את מאוויו, לממש את חפץ-ליבו וכיסופיו.

19. כחופש הביטוי כן הוא חופש התחרות, כזה כן זה השניים-שהם-אחד מקורם בטיבעו של האדם, בטבע. דרך הטבע ומשפט הטבע הם אלה: האדם נולד בן-חורין, ועם הינתק חבל הטבור מבקש היחיד - כל אחד בדרכו - לבטא את עצמו בדרכו-שלו. זו התחילה, אלה השורשים, והמשפט ילך בעיקבות הטבע. וכשם

שהמשפט עטף צורכי-נפש אחרים של האדם - צורכי-נפש מן-הטבע - בזכויות משפטיות, כך עשה גם בעניינו של חופש התחרות.

כך הפכו מאווייו של אדם מן-הטבע - "זכויותיו הטבעיות" - לזכויות מן המשפט. וכדברו של השופט ש' ז' חשין בפרשת בז'רנו (בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80, 82-83): "כלל גדול הוא, כי לכל אדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלח-יד אשר יבחר לעצמו..."

הנה הוא היובל האחד המזין את חופש התחרות: צורכי-הנפש של היחיד לבטא את עצמו, לפתח את אישיותו, להביא את כישוריו ואת כשרונותיו לידי מיצוי, איש איש בדרכו-שלו. בשולי הדברים - ואפשר לא כל-כך בשוליהם - נזכיר את הטרגדיה שנתלוותה לתחרות החופשית (הגלויה) הראשונה אשר תועדה בספר המין האנושי, הלא היא התחרות בין קין לבין הבל.

20. השינויים המפליגים שנתחוללו בחיי החברה והכלכלה הולידו במהלך השנים צרכים חדשים, ואלה מצידם חיזקו את עקרון חופש התחרות. חשיבותם של צרכים חדשים אלה נתעצמה והלכה עם התפתחות הסחר והכלכלה.

בימינו נשמע - בעיקר - את שאון היובל השני: כי תחרות חופשית חיונית היא להגברת היעילות במשק, לפיתוחו של המשק ולצמיחתו; כי התחרות היא הערובה האופטימלית להשגת המוצר והשירות הטובים ביותר בתנאים הטובים ביותר; כי תחרות מעודדת יוזמות חדשות, מביאה להחלפתם של גורמי-יצור ישנים בגורמי-יצור יעילים וטובים מהם; כי תחרות מסייעת לנייד משאבים לאפיקי-פעילות מועילים יותר. ראו והשוו: בג"ץ 588/84 ק.ש.ר סחר אזבסט בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים, פ"ד מ(1) 29, 37-38; רע"א 371/89 ליבוביץ נ' אליהו, פ"ד מד (2) 309, 327; רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289, 380, 383, 471; נילי כהן, "תחרות מסחרית וחופש עיסוק", עיוני משפט יט (תשנ"ה-1995), 353, 355; ראו עוד:

National Society of Professional Engineers v. U.S., 98 S.Ct 1355, 1367 (1978)

מטעמים אלה, ועוד, הייתה דוקטרינת התחרות החופשית לדוקטרינת-תשתית בשיטת המשפט בישראל. ראו: בג"ץ 5812/00 Samedan Mediterranean Sea נ' הממונה על ענייני הנפט במשרד התשתיות הלאומיות (טרם פורסם; בפסקאות 38 ו- 49 לחוות-דעתי); בג"ץ 4915/00 רשת חברת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נד (5) 451, 463-464.

21. כל-כך - לעניין הפן הכלכלי של התחרות החופשית. בדרגה שאינה פחותה ייזכר הפן הדימוקרטי, שהתחרות החופשית נותנת כוח בידי הצרכן היחיד להשפיע על עשיית הכלכלה בחברה. אמר על-כך הנשיא ברק בע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ, פ"ד נב(5) 213, 229-230:

התחרות החופשית היא אבן היסוד בכל שיטת משטר דמוקרטי, בהיותה סממן בולט של חירות הפרט להגשמת האוטונומיה שלו. בהגשמת התחרות החופשית ובשמירה עליה יש משום ביזור מוקדי ההכרעה החברתיים ומניעת ריכוז-יתר של כוח בידי השלטון או גופים מונופוליים פרטיים. היו שראו בשמירה על התחרות החופשית, כמנגנון הכרעה דמוקרטי בקבלת החלטות חברתיות בתחום הכלכלי, כאשר שמירת כוחו של הצרכן להכריע בין אלטרנטיבות כלכליות מקנה לו, למעשה, כוח להשפיע ולהכריע גם בהכרעות כלכליות כלליות של החברה .. ההגנה על התחרות החופשית עומדת גם ביסוד ההגנה על זכויות יסוד אחרות. כך, לדוגמה, אין לנתק בין חופש התחרות לבין חופש העיסוק. ... קיומו של מונופולין או היעדר זכות שווה לעסוק, פוגעת בחופש העיסוק ... כך, מצב שבו שוק מסוים נשלט על-ידי יצרן בודד יכול למנוע לעתים את יכולתו של פרט אחר להיכנס בשעריו של העיסוק האמור. מטעם זה בחן בית-משפט זה בקפדנות מיוחדת מצב שבו הרשות העניקה זיכיון בלעדי - גם כאשר העניקה זו נומקה בקיום "טובת הציבור" ... חופש התחרות ויתרונותיו אינם אך יתרונות של היצרנים המתחרים זה מול זה. תחרות חופשית וההגנה עליה באים גם להגן על הצרכן. דיני ההגבלים העסקיים הם ה"מגנא כרטא" של זכויות הצרכן והתחרות החופשית ...

על צידנו-שלנו נוסיף, כי התחרות החופשית מהווה שריג - ושריג רב-ערך - בעקרון תקנת הציבור, וכי בימינו נועדה היא בראש-ובראשונה להגן על הצרכן, אותו צרכן שתניות האי-תחרות עלולות לפגוע בו. היקש מתורת המדינה לענייננו מתבקש כמו מאליו: ומה במישטר המדיני תובעים אנו במפגיע ביזור סמכויות בין גופי השלטון הקובעים את מהלך חיינו - הכנסת, הממשלה ובתי-המשפט - שריכוז סמכויות-יתר בידי גוף אחד עלול להפר שיווי-מישקל הנדרש ליציבות בשלטון ובחיי החברה, כן הוא בחיי הכלכלה, שצבירת כוחות-יתר בידי גוף אחד תרע ליחיד החברה ולו משום שתבוא בהכרח על חשבון חופשו וזכויותיו של היחיד. ראו עוד והשוו: בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג (2) 728, 743-746.

22. על רקע דברינו עד-כה הבה נעבור לבחינת הוראותיו של חוק ההגבלים העסקיים. נבקש להכיר את החוק מקרוב, ננסה להבין את פישרו, ולאחר מכן נעבור ונדון בטעוניהם של בעלי-הדין.

חוק ההגבלים העסקיים - הערות כלליות

23. חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח 1988- (להלן נכנה אותו - החוק או חוק ההגבלים) הוא דבר-החקיקה הקובע כיום בשדה ההגבלים העסקיים. הוא הנושא על גבו את עקרון התחרות החופשית במשפט ישראל. ההגדרה של "הגבל עסקי" (כדבר סעיף 1 לחוק) כוללת - בצידם של מונופולין ומיזוג חברות - מושג של "הסדר כובל", והגדרתו של זה באה בסעיף 2 לחוק. וזו לשון ההגדרה:

הסדר כובל
2. (א) 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.

(ב) מבלי לגרוע מכלליות האמור בסעיף קטן (א) יראו כהסדר כובל הסדר שבו הכבילה נוגעת לאחד העניינים הבאים:

(1) המחיר שיידרש, שיוצע או שישולם;

(2) הריוח 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.

מוסיף סעיף 4 לחוק ומורנו, כי "לא יהיה אדם צד להסדר כובל" אלא אם זכה לקבל אישור, היתר או פטור מכוח החוק; ומי שהוא צד להסדר כובל בלא שהותר לו הדבר - עובר עבירה (סעיף 47 לחוק) ואף מעוול בנזיקין הוא (סעיף 50 לחוק).

אשר לתכליתו של החוק - איסור ופיקוח על כריתתם של הסדרים כובלים - לא ניאלץ להרחיק נדוד, והרי החוק דובר אלינו בקול רם ובלשון פשוטה: התכלית היא לשמור על התחרות בעסקים ולהצר צעדיהם של הסדרים שיועדו לפגוע בתחרות החופשית. הנה-כי-כן, בעוד אשר עד להיות החוק (ביתר דיוק: עד להיות חוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט 1959-), הוא החוק הראשון בעניינם של הסדרים כובלים) לא היתה התחרות החופשית אלא שיקול-מישנה - שמא נאמר: שיקול נידחה - בבחינתן של תניות אי-תחרות, הנה לאחר החוק - ועל-פי ציוויו - שיקול התחרות החופשית עלה בדרגה ותפש מקום-של-כבוד בשורה הראשונה. אין פירוש הדבר

ששיקולים אחרים נסוגו אחור ונעלמו, אלא ששיקול התחרות החופשית - באשר תחרות חופשית היא - אינו עוד שיקול נעזב ונידח כאשר היה בהלכה.

24. עד שנבוא לניתוח הוראותיו באורח מפורט, שומה עלינו לשרטט את מיבנהו הכללי של החוק, וממנו נלמד בהמשך דברינו. ממעוף הציפור יראה החוק בעינינו מורכב משני נדבכים עיקריים: נדבך אחד הוא נדבך **האיסור** ונדבך שני הוא נדבך **הפטור** מן האיסור. ההוראה הראשה - הנדבך האחד במיבנה - באה בסעיף 2 לחוק, ובה מגדיר המחוקק את המושג "הסדר כובל". הוראה נלווית להוראה הראשה היא ההוראה שבסעיף 3 לחוק, ובה נמנים הסדרים אלה ואחרים שלכאורה הסדרים כובלים הם אך המחוקק ראה להוציאם מאותה מיסגרת ("על אף האמור בסעיף 2, לא ייחשבו כהסדרים כובלים ההסדרים הבאים: ..."). אלה הם חריגים "ממוסדים" להגדרת הסדר כובל. על שתי הוראות אלו רוכבת הוראת סעיף 4 לחוק, באוסרה על אדם להיות צד להסדר כובל אלא אם זכה לאישור או להיתר של הסדר כובל או לפטור מהסדר כובל על-פי הוראות החוק.

נדבך שני במיבנה החוק הוא נדבך האישורים, ההיתרים והפטורים. הסדר כובל - הסדר אסור, לכאורה - יכול שיזכה לאישור, להיתר או לפטור, ומשיחזיק אחת מתעודות אלו בידו יפתח השער לפניו ויותר לו להסדר כובל לצאת מבית האיסורים של ההסדרים הכובלים. אישורים, היתרים ופטורים אלה נחלקים לשני סוגים: סוג אחד ניתן לכנותו "רשיונות שיפוטניים" וסוג אחר ניתן לכנותו "רשיונות מינהליים".

25. רשיונות "שיפוטניים" מעניק אותם בית הדין להגבלים עיסקיים - קריים הם "אישורים" - וכהוראת סעיף 9 לחוק מוסמך בית הדין לאשר הסדר כובל - הסדר אסור, לכאורה - אם סבור הוא "כי הדבר הוא לטובת הציבור". הנה הוא שטר-החוב, הנה הוא שובר שבצידו. כסעד-ביניים בהליך האישור, העניק החוק (בסעיף 13 ב) סמכות לאב-בית-הדין להעניק - בתנאים מסויימים - "היתר זמני", ומשך חיי ההיתר לא יאריך משנה או ממשך חיי הליך האישור.

26. בצד הרשיונות ה"שיפוטניים" שוכנים להם רשיונות "מינהליים". רשיון "מינהלי" קרוי "פטור", ומעניק אותו הממונה על ההגבלים העיסקיים (לקיצור נכנה אותו להלן - **הממונה**). סוג פטורים **אחד** הוא זה הקבוע בהוראת סעיף 14 לחוק, ולפיה ניתן לו לממונה - לבקשת צד להסדר כובל ולאחר התייעצות עם הוועדה לפטורים ולמיזוגים שכוננה על-פי סעיף 23 לחוק - לפטור צדדים להסדר כובל מסויים מן החובה לקבל אישור מבית הדין להגבלים עיסקיים, אם שוכנע כי נתקיימו בהסדר תנאים מסויימים המנויים בחוק בפרוטרוט. עיקרם של התנאים הוא (בקיצור לשון ועל-חשבון הדיוק), שהכבילות בהסדר הכובל אינן חמורות בעיקרן, וכי עיקרו של ההסדר הכובל אינו בהפחתת התחרות. נוסף ונעיר, כי הוראת סעיף 14 לחוק תוקנה אך לאחרונה (בחוק

ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 6), התש"ס-2000, שפורסם בסה"ח 1728 מיום 20 בפברואר 2000, 113) - לאחר האירועים נושא הדין - ותחום פרישתה הורחב, אך הוראה בדומה לה היתה כבר בחוק המקורי שלשנת תשמ"ח-1988. הנה הוא פתח מילוט מינהלי אחד מן האיסור על כריתתם של הסדרים כובלים.

סוג פטורים שני - רשיון "מינהלי" מסוג אחר - נקבע בהוראת סעיף 15א לחוק, והיא הוראת-חוק שהוספה בתיקון מס' 6 שהיזכרנו, תיקון שזמנו היה לאחר האירועים נושא הדין. על-פי הוראת חוק זו, קנה הממונה סמכות - באישור הוועדה לפטורים ולמיזוגים ובאישור שר התעשייה והמסחר - לקבוע כללים לסוגי הסדרים כובלים שיהיו פטורים מקבלת אישור בית הדין; והממונה יקבע פטורי-סוג אלה אם שוכנע כי נתקיימו בהסדרים תנאים מסויימים המנויים בחוק. תנאים אלה זהים לתנאים שלפי סעיף 14 לחוק, וגם הם עיקרם הוא (בקיצור לשון ועל-חשבון הדיוק), שהכבילות בסוגי ההסדרים הכובלים שייקבעו אינן חמורות בעיקרן, וכי עיקרו של ההסדר הכובל אינו בהפחתת התחרות. משקבע הממונה סוג הסדרים פלוני כהסדרים הפטורים מקבלת אישור בית הדין, רואים הסדרים אלה כהסדרים תקפים מבחינתו של החוק, ואין המתקשרים בהם נדרשים לכל היתר ספציפי על-פי החוק. ראו עוד דברי ההסבר להצעת החוק: ה"ח תשנ"ט, 386.

בהמשך דברינו נוסיף ונידרש לאותם רשיונות "שיפוטניים" ורשיונות "מינהליים" שניתן להעניקם להכשרתם של הסדרים כובלים.

27. שירות קווי המיתאר הכלליים של החוק ילמדנו איפוא כך: הנחת המוצא היא זו, שחל איסור לעשות כל הסדר הנופל בגדרי המושג "הסדר כובל" כהגדרתו בסעיף 2 לחוק. מכאן ואילך מוסיף החוק וקובע, כי אותו איסור לא יחול על הסדרים כובלים אלה ואחרים שהחוק מדבר בהם: סוגי הסדרים כובלים המנויים בסעיף 3 לחוק; הסדרים כובלים שבית הדין להגבלים עסקיים החליט לאשרם (סעיף 9 לחוק); הסדרים כובלים שהממונה פטרם (לאחר התייעצות) באורח פרטני מן החובה לקבל את אישורו של בית הדין (סעיף 14 לחוק); וסוגי הסדרים כובלים שהממונה קבעם (לאחר התייעצות) כהסדרים הפטורים מן החובה לקבל את אישורו של בית הדין (סעיף 15א לחוק). בפסוק אחד: הסדר כובל - כהגדרתו בחוק - אסור, אלא-אם-כן הותר: מכוח החוק במישרין או על-פי סמכות שנתן החוק בידי רשויות שנקבעו בו. נוסיף וניתן דעתנו להגדרתו הרחבה של המושג "הסדר כובל", וידענו כי היקף פרישתו של החוק הינו רחב-מכל-רחב, דבר שיש בו כדי להגביר את חשיבותם של האישורים והפטורים למיניהם.

28. הדרך שהמחוקק בחר בה לאיסור כריתתם של הסדרים כובלים אינה, כמובן, הדרך האחת והיחידה שניתן היה להלך בה. כך, למשל, יכול היה המחוקק להגדיר הסדרים כובלים באורח ספציפי וצר ולא באורח

רחב כפי שהגדירם. לו כך נעשה, ניתן היה למעט בפטורים ובאישורים למיניהם. כן ניתן היה - כדרכו של המשפט בארצות-הברית - לאסור על כריתתם של הסדרים כובלים בלא לקבוע מנגנונים להיתרים. ואולם, מחוקק ישראל עשה את שעשה בכוונת-מכוון; כך בחוק שלשנת תשי"ט 1959 - וכך בחוק דהאידינא: פרש רשת ארוכה ורחבה להעלות בה כל הסדרים המונעים או המפחיתים תחרות בעסקים - לרבות סוגי הסדרים אשר נקבעו בסעיף 2(ב) לחוק כהסדרים כובלים ex lege - ולאחר שלכך את כל הדגה, הוסיף והתיר לחלקה להחליק אל-מחוץ לרשת בקובעו שני פיתחי-מילוט אלה: אחד, כי הסדרים בעניינים ספציפיים אלה ואחרים - כהוראת סעיף 3 לחוק - פטורים מחביות שהוא מטיל, ושניים, נתן סמכות בידי בית הדין להגבלים עסקיים (בסעיף 9 לחוק) ובידי הממונה על הגבלים עסקיים (בסעיפים 14 ו-15 א לחוק) - על-פי הנחיות שהינחה אותם - לפטור הסדרים כובלים אלה ואחרים מן החבות שבחוק. יפה אמר על כך הנשיא ורדי זילר בת"א (י-ם) 396/87 קיסין נ' פטרולגז חברת הגז הישראלית (1969) בע"מ, קובץ ההגבלים העסקיים, כרך ב', תשנ"ו 1996, 245, 260:

המחוקק נאלץ להשתמש בהגדרות רחבות מאוד בחוק. הוא רצה להבטיח לעצמו את "לכידת" כל הוואריציות והאפשרויות הלא-רצויות, והכמעט אין-סופיות, הקיימות בעשיית הסדרים ובניהול עסקים. ניסיון החיים מורה כי כל סדק בחוק מנוצל על ידי מעוניינים כדי להתחמק מהוראותיו. החוק קא עסקינן נועד "לדכא", בין השאר, עוצמות כלכליות גדולות, והניסיון למצוא דרכים איך "לחלחל", חוצה מהמעטה שהחוק עטף בו את הוראותיו, חזק לכן שבעתיים, והוא צפוי מראש.

ראו עוד החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים, ד"ר יורם טורבוביץ, בעניין הסדר כובל בהתקשרויות לאספקה ולרכישה של קמח כשר לפסח התשנ"ד (קובץ ההגבלים העסקיים, כרך א', 57, 62), והחלטתו בעניין הסדר כובל בהסכמי הבלעדיות בין חברות הדלק לבין מפעלי תחנות תדלוק, קובץ ההגבלים העסקיים, כרך א', 40-41).

29. ולסיום דברינו בפרק זה: ההגדרה שקבע החוק להסדרים כובלים אסורים (לכאורה) - והיא הגדרה רחבה-מני-רחבה - חייבה עצמה בביקורת לא-מעטה. הטיחו בה כי נוגדת היא את עקרון החוקיות בפלילים וכי אין היא מתיישבת עם תקנת הציבור. עוד אמרו האומרים, כי ההגדרה הכה-רחבה להסדר כובל הופכת למעשי עבירה פעילויות שכיחות ויומיומיות הנעשות בתום-לב ובמהלך העסקים הרגיל. בענייננו-שלנו טוענת טבעול, כי סיווגו של ההסדר שלפנינו כהסדר כובל יש בו כדי לחבל בפעילות עסקית תקינה, תחת אשר נעשה לקידום פעילות כלכלית רצויה.

אמת נכון הדבר: קשה להתעלם מהבעייתיות שהחוק מעורר. כך, למשל, אמר השופט לנדוי בע"א

626/70 שמעוני נ' אולמי לחיים, פ"ד כה(1) 824, 829:

לא אטעה אם אומר, שאילו היתה המדינה מגישה אצלנו אישומים פליליים אפילו נגד חלק קטן מכל העוברים על הוראות החוק המתהלכים חופשי, היו התביעה הכללית ובתי המשפט כורעים תחת הנטל. יש להניח שאם תביעות כאלה מוגשות בכלל, הן מוגשות רק במקרים נבחרים מעטים, ובאשר ליתר הופך החוק להלכה ואין מורין כן. אך במישור האזרחי הוא נותן תואנה בידי אדם אשר התקשר בהסכם שהוראותיו נראות תמימות וכשרות לפי המקובל בין הבריות, לנסות ולהתחמק מהתחייבותיו בטענה שיש בהסכם פסול של הסדר כובל ...

כך גם השמיענו שופט בית-המשפט העליון (בדימוס) השופט דוד בכור, במאמרו "הרהורים בחוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט 1959 -" (ספר זוסמן, תשמ"ד 1984-), 133, 139):

חוק המטיל אחריות פלילית ועונשים ואשר נשאר כאבן שאין לה הופכין מבחינת "הלכה ואין מורין כן", אינו מן הדברים הרצויים.. בדוגמא קיצונית ביותר, מבחינה תיאורטית פורמאלית הסכם סביר בין בעלי שתי חנויות מכולת במושב קטן על שעות פתיחת וסגירת החנויות או על סוגי המצרכים שכל אחד מהם ימכור מהווים הסדר כובל על פי החוק. ברור שלא לעניינים אלה התכוון המחוקק, וגם לא שמעתי שעלה על דעת איש לבקש את אישור המועצה [כיום: בית-הדין להגבלים עסקיים - מ' ח'] להסדרים כאלה, אבל מה יהיה אם צד להסכם מן הסוג הנ"ל ינסה להשתחרר מהתחייבותיו בטענת אי חוקיות?

ואמנם, פרשנות החוק באורח מכניסטי - בנוסחו במקורו - יכולה הייתה להוליכנו לכלל דעה כי שומה עלינו להתייחס אל הסדר בין שני מצחצחי-נעליים כאילו היה זה הסדר בין שני אלי תעשייה (מ' שפר, "חוק ההגבלים העסקיים", חלק ב', רבעון לכלכלה טז (תשכ"ט 1969-) 177, 179). הביקורת על החוק במקורו, ביקורת ראווה הייתה. בה-בעת, עיון מקרוב בחוק יכול היה ללמדנו כי לא היה זה ראוי להגזים בה. בין כך ובין אחרת, עוקצה של הביקורת קהה - ואפשר אף נעלם - לאחר התיקונים שנעשו בחוק.

30. ראשית לכל, נזכור את עקרון התבונה והשכל הישר, והוא עקרון-יסוד בתורת המשפט ובתורת הפרשנות. עיקרון זה ראוי לו שיחול על פירוש החוק: הן על דרכי החלתו בידי בתי-המשפט והן על דרכי החלתו בידי בית הדין להגבלים עסקיים, בידי הממונה על ההגבלים העסקיים ובידי התביעה הכללית; והכל, להחלת החוק במידתו הראויה: שלא להרחיב את שראוי להצר, ושלא להצר את שראוי להרחיב; לגמול לאיש חסד כמיפעלו וליתן לרשע רע כרישעתו. אכן, עקרון התבונה והשכל הישר אינו אלא בנו של קול התבונה; וקול

התבונה, ידענו כולנו, תורת-חיים הוא. ראוי הוא קול התבונה שיהא יסוד למעשי-אנוש, בהם מעשי-משפט ושיפוט אף-הם. אמר על-כך הנשיא זילר בפרשת קיסין נ' פטרולגז (שם, 261):

על בתי המשפט ליתן לחוק פירוש, שימלא תפקיד של מסננת בעלת חורים צרים מספיק כדי לא לאפשר שטיפתם חוצה של מקרים שהחוק ביקש ללכדם, אבל שיהיו רחבים מספיק כדי לא ללכוד עניינים ונושאים שאינם מענייניו של החוק.

דרך פרשנות זו, הבוחנת את הטעם והמטרה הסופיים של החוק, ומשווה אותם עם המקרים המתעוררים מדי פעם, תביא בהכרח לפרשנות מרחיבה מאוד של חלק מהמילים, מהביטויים ומהמונחים שבחוק, ולפרשנות צרה יותר של אחרים.

ברוח זו של תבונה ושכל ישר רואים אנו את העקרון של זוטי-דברים (*de minimis*), עיקרון שהשופט גולדברג עמד עליו בחוות דעתו (בעמ' 171 עד 173). כפי שמצביע השופט גולדברג, גם החוק עצמו יש בו הוראות מהוראות שונות המסיבות עצמן על זוטי-דברים - במובנו הרחב של המושג - קרא: על פגיעה בתחרות שאינה משמעותית. כך גם פורשה הוראת סעיף 85 לאמנת האיחוד האירופי. ראו: ערן א. לב, משפט הקהילייה האירופית (בורסי, תשנ"ה-1994), (217-218). לאחרונה עוגן עיקרון זה מפורשות בדין החרות; ראו: כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך), התשס"א-2001 (קה"ת לשנת תשס"א, 660).

31. שנית, נזכיר את הדרכים השונות לקבלת פטור מאיסורי החוק, ובחינתן של דרכים אלו מקרוב תלמדנו כי השד אינו נורא כולי האי. אכן, המחוקק השתמש בכמה-וכמה נוסחאות-מיסגרות להקלה מן האיסור על כריתתו של הסדר כובל, ושימוש נבון כי תעשינה הרשויות בשיקול הדעת הניתן להן, יהיה בדבר כדי להקהות את חודו של האיסור. כך היא סמכותו של בית הדין (בסעיף 9 לחוק) לאשר הסדר כובל אם הוא סבור כי הדבר הוא "לטובת הציבור", וכך הן נוסחאות המסגרת שבסעיפים 14 ו-15 לחוק לעניינם של פטורים ספציפיים ופטורי-סוג (כסידרם): כי הכבילות אינן מגבילות את התחרות "בחלק ניכר של שוק המושפע מן ההסדרים"; כי הכבילות אינן פוגעות "פגיעה משמעותית בתחרות בשוק"; כי "עיקרם" של ההסדרים הכובלים אינו "בהפחתת התחרות או במניעתה"; וכי אין בהם בהסדרים כבילות "שאינן נחוצות למימוש עיקרם". אכן, בשלב ראשון יעלו ברשת - בעירבוביה עם הכרישים והלווייתנים הטורפים - גם דגים ודגיגים שהחוק לא יועד להם, ואולם בשלב שני יוכלו אלה האחרונים לצאת מן הרשת. נזכיר במיוחד את הוראת סעיף 15 שהוספה לחוק אך לאחרונה, ולמרות אורכה נביאנה במלואה:

פטור סוג 15א. (א) הממונה רשאי, באישור הוועדה [לפטורים ולמיזוגים לפי סעיף 23], לקבוע כללים לסוגי הסדרים כובלים אשר צדדים להם יהיו פטורים מקבלת אישור בית הדין (להלן - כללי פטור סוג), ובלבד שמתקיימים בהם כל אלה:

(1) הכבילות שבהסדרים אינן מגבילות את התחרות בחלק ניכר של שוק המושפע מן ההסדרים, או שהן עלולות להגביל את התחרות בחלק ניכר משוק כאמור, אך אין בהן כדי לפגוע פגיעה משמעותית בתחרות בשוק כאמור;

(2) עיקרם של ההסדרים אינו בהפחתת התחרות או במניעתה והם אינם כוללים כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרם.

(ב) הממונה יפרסם, בשני עיתונים יומיים, הודעה בדבר כוונתו להגיש כללי פטור סוג לאישור הוועדה, לפחות 60 ימים בטרם הגשתם, ויעמיד את נוסחם לעיון הציבור.

(ג) נתקבלו טענות מן הציבור בקשר לכללי פטור סוג, יפרט הממונה, בעת הגשת הכללים לאישור הוועדה, את תגובתו לטענות.

(ד) אישרה הוועדה את כללי פטור הסוג, יגישם הממונה לחתימת השר; השר יחתום על הכללים אלא אם כן שוכנע מטעמים מיוחדים, כי אין לאשרם.

(ה) תוקפו של פטור סוג יהיה לחמש שנים אלא אם כן נקבע מועד מוקדם מכך בכללי פטור הסוג.

(ו) הממונה רשאי, באישור הוועדה, לתקן את כללי פטור הסוג מעת לעת וכן לחדשם לתקופות נוספות שלא יעלו על חמש שנים בכל פעם, בשינויים או בלא שינויים; הוראות סעיף זה יחולו גם לענין תיקון או חידוש הכללים.

(ז) הממונה רשאי לקבוע כי פטור המוענק בכללי פטור הסוג לא יחול על הסדר כובל מסויים ממועד שיקבע, ולהורות לצדדים לו לקבל אישור מבית הדין לפי סעיף 9; על קביעה כאמור יחולו הוראות סעיף 43(ב) עד(ה).

הוראת-חוק זו עניינה, כשמה, בפטורי סוג - block (bloc, group) exemptions. לא ננתח את הוראת-הפטור לגורמיה - לא זה המקום ולא זו השעה - אך נאמר בכל-זאת כי הנה ניתן בידי הרשויות מכשיר רב-ערך לביצועו הראוי של החוק, ובעיקר - למניעת החלתו במקומות שלא יועד מעיקרו לחול עליהם. שרביט להקלת המעמסה ניתן בידי הרשויות המוסמכות, ונקווה כי תדענה לעשות שימוש בכוח זה הניתן להן בשום-שכל ובטוב-טעם. אכן, ביצוע ראוי של הוראת סעיף 15א יהא בו תשובה הולמת לביקורת שהוטחה בחוק בשל פרישתו הרחבה. ראו עוד: גילה, שם, 121 ואילך;

Richard Whish & Brenda Surfin, Competition Law (Butterworths, 3rd ed. 1993), 236-242; ערן א. לב, שם, 226 ואילך). דברים שאמרנו על הוראת סעיף 15א ייאמרו - בשינויים המחוייבים - גם על הוראת סעיף 14 לאחר שתוקנה ותחום פרישתה הורחב.

ואמנם, מאז שמענו טיעונים על-פה מפי באי-כוח בעלי-הדין, עשו הרשויות המוסמכות שימוש מושכל וראוי בסמכות שניתנה בידיהן בהוראת סעיף 15א לחוק, בקובען כללים מפורטים לפטורי סוג, בראשם הוראות והגדרות כלליות: כללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות), התשס"א-2001 (קה"ת לשנת תשס"א, 658). כן נקבעו כללים לפטורי סוג בכמה קבוצות נושאים: פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות פגיעה קלת-ערך היא: כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך), התשס"א-2001 (קה"ת לשנת תשס"א, 660); פטור סוג להסכמים אופקיים לשיתוף-פעולה בין מתחרים ולביצוע מחקר ופיתוח: כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג למיזמים משותפים), התשס"א-2001 וכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים לביצוע מחקר ופיתוח), התשס"א-2001 (קה"ת לשנת תשס"א, 662 ו-665); ופטורים להסכמים אנכיים לרכישה בלעדית, להפצה בלעדית ולזכיונות: כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי רכישה בלעדית), התשס"א-2001, כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי הפצה בלעדית), התשס"א-2001 וכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי זכיונות), התשס"א-2001 (קה"ת לשנת תשס"א, 668, 669 ו-672). לכל אלה, ראו: עו"ד דרור שטרומ, "תיקון חוק ההגבלים העסקיים - מפנה בפקוק על הסדרים כובלים", אתר האינטרנט של הרשות להגבלים עסקיים www.antitrust.gov.il; עו"ד שלומית יניסקי-רביד, "תדמור: פטורי הסוג - מהפכה ביישום חוק ההגבלים העסקיים", עיתון "גלובס" מיום 29-30 בנובמבר 2000, מדור "דין וחשבון", עמ' 78-79.

בהקשר ההוראות שנועדו לרכך את קשיחות החוק, נוסיף ונזכיר את הוראת סעיף 43א לחוק (אשר הוספה בתיקון מס' 6 שלשנת תש"ס2000-), ולפיה הוסמך הממונה ליתן "חוות-דעת מקדמיות". עוד נזכיר את הוראת סעיף 50ב לחוק (כפי שתוקן) באשר להוצאת "צו מוסכם".

32. כללם של דברים: נודה ולא נכחד: תחום פרישתם של איסורי החוק - תחום פרישה רחב הוא ביותר, ויש ממש בביקורת המוטחת בחוק - שמא נאמר בביקורת המוטחת במיבנה החוק - ולפיה נלכדים במצודה מערכים שלא היה ראוי להם כי יילכדו בה. על ביקורת זו ניתן להשיב בשניים אלה: ראשית לכל, לא ידענו מערכת טובה ויעילה מזו שהחוק מציג לפנינו, ומכל מקום - זה הניתן לנו ואותו נקבל. שנית, בצידם של האיסורים, נזכור, שוכנים להם היתרים, ושימוש מושכל ונכון בהיתרים אלה יכול שיעמיד את החוק באיזון ראוי. לענייננו-שלנו נוסיף, כי ההסדר שנעשה בין המתדיינים לפנינו בוודאי לא יוכל לטעון לעוול. בעלי-ההסדר נתכוונו

בעליל לחלק את השוק ביניהם - בלא שייאלצו לתחרות איש ברעהו - ועל ההסדר לגופו נאמר אנו, בלא היסוס, כי הסדר כובל אסור הוא, הסדר שלא היה זוכה לקבל - ולא היה ראוי לקבל - רשיון לקיומו. לעניין זה ראו עוד: כלל 4 לכללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות), התשס"א-2001.

33. לאחר דברי הקדמה כלליים וארוכים אלה (ארוכים, אך חשובים), הבה ניפנה לבחינת ההסדר שהועמד לעיונו. נזכור שמדברים אנו בהסכם לפירוק שותפות, הסכם הכולל תנייה ולפיה התחייבו השותפים - אהדדי - שלא לעסוק בתחום המוצרים שהצד האחר עוסק בהם. להקלה על המשך הדיון נשוב ובניא את הוראת סעיף 2(א) לחוק, המורה אותנו כך:

<p>2. (א) 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.</p>	<p>הסדר כובל</p>
---	-----------------------------

הוראת סעיף 2 קובעת כמה-וכמה יסודות להיווצרותו של הסדר כובל, אך אנו לא נידרש - בעיקר - אלא לאותם יסודות שבהם נתגלעו בענייננו חילוקי-דעות בין שופטי הרוב לבין שופט המיעוט.

בני אדם המנהלים עסקים

34. "הסדר כובל" הוא - כך מורה אותנו סעיף 2(א) לחוק - "הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים". האם הסכם אי-תחרות בין שותפים בא בגידרו של סעיף 2 לחוק, אם לאו? השופט טירקל מודיענו כי שותפים אינם באים בגידרי המושג "בני אדם המנהלים עסקים" ולו מן הטעם ששותפים מנהלים "עסק" ולא "עסקים". ובלשונו (בעמ' 159-160 לפסק-הדין):

הסכם בין שותפים בשותפות - יהיו אשר יהיו ההגבלות שהוא מטיל על כל אחד מהם - הוא הסכם בין בני אדם המנהלים **עסק**, לשון יחיד, שהוא עסקה של השותפות. אין זה הסכם בין בני אדם המנהלים **עסקים**, לשון רבים. יודגש, כי לא דקדוק **בלשונו** של סעיף 2 לחוק כאן, אלא עיון **בהגיונו** של סעיף 2 לחוק, הבא למנוע הגבלות על תחרות חופשית העלולות לפגוע בציבור, אך איננו בא למנוע הגנה על השותפים איש כלפי רעהו. זאת ועוד, עניינו של הסעיף, הן הגבלות המוטלות על עסקים **נפרדים**, הפועלים בשוק בנפרד, שעקצת של הגבלת התחרות ביניהם

מכוון בעיקרו, מטבע הדברים, כלפי הציבור ולא כלפי הצדדים להסדר שבו הוטלו ההגבלות. על פי כל אלה ניתן לקבוע כי הסדר בין צדדים - שהם רכיביה של יישות 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.

לא למותר לציין כי החלת הוראותיו של סעיף 2 לחוק על הסדר שנעשה בין שותפים בשותפות גם אינה מתיישבת עם מהותה של השותפות ועם חובותיהם של השותפים, איש כלפי רעהו וכלפי השותפות.

... ההגבלות שמטיל הסדר כזה על השותפים שנפרדו הן חלק מן ההגנה עליהם כשותפים, איש כלפי רעהו. ניתן גם לראות בהגבלות כאלה מעין המשך של חובותיהם ההדדיות כשותפים, הנובע מתוך חובת תום הלב שלפי סעיף 39 לחוק החוזים (ההדגשות במקור - מ' ח')

צר לי אך לא אוכל לצרף דעתי לדעתו של חברי. כמה וכמה טעמים לדבר.

35. ראשית לכל אומר, שהביטוי "בני אדם המנהלים עסקים" בסעיף 2 לחוק, לא נועד כלל, לדעתי, להסב עצמו על "עסקים" דווקא - לשון רבים - להבדילם מ"עסק" - לשון יחיד; לאמור: אין לפרש ביטוי זה כמכונן עצמו לבני אדם המנהלים שני עסקים (למיצער) אך לא לבני אדם המנהלים עסק אחד. הביטוי "בני אדם המנהלים עסקים" יש לפרשו כפשוטו: מכוון הוא עצמו לאנשי-עסקים להבדילם ממי שאינם אנשי-עסקים, קרא: להסדר שהוא בטיבו הסדר עסקי להבדילו מהסדר שאין הוא הסדר עסקי. אכן, גם בהמשכו מדבר סעיף 2(א) על "התחרות בעסקים" - להבדילה, למשל, מהתחרות בספורט (שלא במהלך עסקים), מהתחרות בכתיבת שירים או מהתחרות בחידון התנ"ך. הביטוי "מנהלים עסקים" נועד להחיל את החוק על גוף עסקי להבדילו למשל מ"גוף צרכני", ראו, למשל: ע"א 2813,2768/90 פטרולגז חברת הגז הישראלית (1969) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד 23(3) 599, 604. ראו עוד: משה בורנבסקי, "על יסודות הכבילה שבהסדר ותוצאתה - חדש ואין חדש", מחקרי משפט ה (תשמ"ז 1987-) 125, 130. אף שמו של החוק יעיד עליו שבהגבלים "עסקיים" עניינו, ושמו של החוק הולך בעקבות תכליתו.

אדקדק ואוסיף: לא אמרתי כי החוק חל על הסדרים בין שותפים לשותפות לעת חייה של השותפות, כשם שלא אמרתי כי החוק אינו חל על הסדרים בין שותפים לעת חייה של השותפות. שאלה זו אינה עומדת לפנינו להכרעה. כל שאמרנו אינו אלא זה, שצירוף התיבות "בני אדם המנהלים עסקים" כלל לא נתכוון, מעיקרו של דין ל"עסקים" לשון רבים דווקא - "עסקים" להבדילם מ"עסק" לשון יחיד; כל כוונתו אינה אלא להודיענו כי מבקש הוא להחיל עצמו על העוסקים ב"עסקים" ולא על מי שאינם עוסקים בעסקים.

36. שנית, ביחסים שבין טבעול לבין קיבוץ אילון וסף-הים, ניתן וראוי להבחין בין שלוש תקופות: התקופה שלפני היות השותפות; תקופת השותפות; והתקופה הבתר-שותפות. הסכם השותפות נכרת בתקופה הראשונה, לפני היות השותפות, ובתקופה זו היו שני הצדדים - לכל הדעות - בבחינת "בני אדם המנהלים עסקים" נפרדים. כך נמשכו הדברים והלכו גם לעת השותפות, שהרי הצדדים לשותפות לא מיזגו את עסקיהם בכל-מכל-כל. אם אלה הם פני הדברים - ואלה הם, אמנם, פניהם - ממילא נעשה ההסכם שלפנינו - הסכם הפרידה - בין "בני אדם המנהלים עסקים". יתר-על-כן, והוא עיקר: הסכם האי-תחרות נועד לחול על התקופה הבתר-שותפות, לאמור, על תקופה שבה אמורים היו בעלי ההסכם לחזור ולהיות "בני אדם המנהלים עסקים" נפרדים. גם תקופה זו, איפוא, עולה ברשת התנאי של "בני אדם המנהלים עסקים", נמצא לנו, אם כן, כי בין-כך ובין-כך יש לראות את ההסכם בענייננו כהסכם "בין בני אדם המנהלים עסקים".

נחזור ונאמר: אין ענייננו עתה בשני אנשי עסקים היוצרים שותפות מלאה בין עסקיהם, והמתחייבים בהסכם השותפות איש-כלפי-רעהו כי **לעת השותפות** לא יתחרו בשותפות בעסק נפרד. מערכת עובדות זו צורכת דיון לעצמה, אך לא בה ענייננו וממילא לא נכריע בה (לסוגיה זו, ראו: מרים מזרחי, "מיזם משותף כהסדר כובל", משפטים כג (תשנ"ד-1994), 213, 235). ענייננו הוא, כאמור, בתקופה שלאחר פירוק השותפות, ועל תקופה זו אמרנו את דברנו. זו היא גם דעתו של גילה (שם, 119) - ואנו עימו. אכן, בבחינת תכליתו של החוק - תכלית הבאה לידי ביטוי ברור ונקי בהוראת סעיף 2 בו - נפלא ממני מה-טעם נפטור את בעלי ההסכם שלפנינו מחיוביו של החוק. הפגיעה בתחרות החופשית תהא אותה פגיעה בין אם הסכם אי-תחרות נערך בין מי-שהיו-שותפים - לגבי תקופה שלאחר פירוק השותפות - ובין אם הסכם אי-תחרות נכרת בין מי שלא היו שותפים כלל.

37. ועוד: לענייננו של הסדר אי-תחרות, דומה שיש להבחין הבחן-היטב בין מקרה בו ממזגים שני אנשי-עסקים את עיסוקיהם להיותם של העסקים עסק אחד, לבין מקרה בו יוצרים שני אנשי עסקים שותפות אך **בחלק** מעיסוקיהם, תוך שכל אחד מן השניים שומר על מסגרת פעילות נפרדת ועצמאית. גם אם אמרנו כי סוג המקרים הראשון לא יציג לפנינו הסדר כובל - בין שהחוק לא יחול מעיקרו על ההסדר ובין שההסדר הסדר כובל הוא אשר יזכה באישור או בפטור - אין כן דינו של המקרה השני. מכל מקום, לעניין התנאי של "בני אדם המנהלים עסקים", תנאי זה מתקיים במלואו במקרה השני, ובבחינת תכליתו על החוק אין טעם טוב לשלול את חלותו על סוג מקרים זה. ראו עוד: מרים מזרחי, שם; ה"ע 465/96 דטה קאר בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, קובץ ההגבלים העסקיים, כרך ג', 192; על מיזם משותף והסדר כובל בין מתחרים בכוח, ראו עוד: U.S v. Penn-Olin Chemical Company 84 S. Ct. 1710 (1964).

ענייננו-שלנו משייך עצמו לסוג המקרים השני, ולו משום ששף-הים וטבעול ניהלו - כל אחד מהם - עסקים לעצמם, ורק בגיזרה מסויימת ותחומה שיתפו פעולה במסגרת המיפעל המשותף. הצדדים לא חדלו מקיים עסקים נפרדים ולא התמזגו לעסק אחד. כל שהיה ביניהם לא היה אלא שיתוף פעולה אך לחלק מהיקף פעילותה של טבעול. לשון אחר: השותפות נועדה לייצר אך נתח מוגבל מסך מוצרי טבעול שבשוק, וגם לאחר הקמתה שמרה טבעול על עצמאותה המלאה והמשיכה בייצור עצמי במיפעליה האחרים. שיתוף הפעולה בין הצדדים לא היה אלא קונפדרציה של עיסוקים - קונפדרציה להבדילה משותפות מלאה. על השותפות אמר השופט טירקל דברים אלה (בעמ' 162 לפסק-הדין):

סעיפים אלה, וכן סעיפים נוספים בהסכם, מעידים בפירוש על כך שהשותפים הקימו מפעל לייצור מזון, שלא היה, בעצם, מפעל משולב אחד, אלא שני מפעלים נפרדים ועצמאיים תחת קורת גג אחת.

לו היזרקנו להסכם כהסכם שנכרת בין הצדדים שלפנינו כוח ויכולת לחמוק מרישתו של החוק, כי-אז במו-ידינו היינו הופכים קופה של מחט-הסידיקית לפיתחו של אולם. מסקנה בלתי רצויה זו מחייבת אותנו, כמו-מעצמה, לדחות את הפירוש המוציא את ההסכם שלפנינו מגדירות החוק.

הגדרת הסדר כובל - חזקות-כבילה ופגיעה בתחרות (סעיף 2(ב) לחוק)

38. האם הוראת סעיף 8.2 להסכם (ראו פסקה 3 לעיל) הינה הסדר כובל בין בעלי-הדין? לבחינתה של שאלה זו הבה נניח לפנינו את הוראת סעיף 2 לחוק, וממנה נלמד ונדע. להקלה על הקריאה נביא שוב הוראת-חוק זו, הקובעת וזו לשונה:

2. (א) 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.

**הסדר
כובל**

(ב) מבלי לגרוע מכלליות האמור בסעיף קטן (א) יראו כהסדר כובל הסדר שבו הכבילה נוגעת לאחד העניינים הבאים:

(1) המחיר שיידרש, שיוצע או שישולם;

(2) הריווח 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.

עיון בדבר-החוק ילמדנו כי שניים הם סוגים של הסדר כובל בהגדרה של הסדר כובל: סוג אחד הוא סוג שבהוראת סעיף 2(א) וסוג שני הוא סוג שבהוראת סעיף 2(ב). הוראת סעיף 2(א) קובעת מיבחן שניתן לכנותו **מיבחן פונקציונאלי**: הסדר יהא הסדר כובל אם מגביל הוא לפחות אחד הצדדים להסדר "באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים". המיבחן הוא מיבחן פונקציונאלי, מיבחן של פגיעה בתחרות. ראו עוד: יצחק (צחי) יגור, דיני הגבלים עסקיים (כרמל, מהד' שניה, 1999), 150 (המכנה את המיבחן מיבחן איכותי); מרים מזרחי, 221-219; ת"פ (מחוזי-י-ם) 201/96 מדינת ישראל נ' "מגדל" חברה לביטוח בע"מ (לא פורסם), בפסקה 10 לחוות-דעתו של השופט עדיאל.

39. שלא כהוראת סעיף 2(א) לחוק היא הוראת סעיף 2(ב) בו; שלהבדילה מהוראת סעיף 2(א), הוראת סעיף 2(ב) קובעת מיבחן שניתן לכנותו **מיבחן צורני**: "יראו כהסדר כובל הסדר שבו הכבילה נוגעת לאחד העניינים הבאים", ובהמשך - בפסקאות (1) עד (4) לסעיף 2(ב) - מנויים אותם עניינים. הוראת סעיף 2(ב) קובעת איפוא חזקה ("יראו כהסדר כובל"), ולפיה הסדר באחד מן העניינים המנויים בה, חזקה עליו כי פוגע הוא בתחרות אשר-על-כן הסדר כובל הוא. ובלשונו של הממונה על הגבלים עסקיים: סעיף 2(ב) נוגע "לעניינים שמטבע ברייתם הם פוגעים בתחרות, שכן פגיעתם והגבלתם מתייחסת ישירות לעצב ממערכת עצביה החיוניים של התחרות המסחרית" (החלטת הממונה בעניין הסדר כובל בהתקשרויות לאספקה ולרכישה של קמח כשר לפסח התשנ"ד, שם, 62). לשון אחר: עניינים אלה המנויים בסעיף 2(ב) עד (4), מהווים מעין קריסטליזציה של סוגי הסדרים שהמחוקק מניח לעניינם כי הסדר בהם מביא מעצמו לצימצום התחרות; כי אין צורך להוכיח במפורש פגיעה בתחרות; וההסדר מוחזק כהסדר כובל. ראו עוד: דברי ההסבר לסעיף 2 להצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד-1983 - (ה"ח לשנת תשמ"ד, מס' 1647 מיום 7.11.1983, 41, 42; גילה, שם, 102; ת"פ (מחוזי י-ם) 160/96 מדינת ישראל נ' חוליות, תעשיות פלסטיקה (לא פורסם), פסקה 5 לפסק-הדין.

40. כפי שהצביע חברנו השופט גולדברג בחוות-דעתו (שם, 174-176), יש בהן בחזקות שנקבעו בסעיף 2(ב) כדי להנחות את הקהיליה העיסוקית באשר לכללי המותר והאסור; לחסוך את הצורך בהליך המורכב של

בחינת השוק ומתן מישקל להערכות מומחים שונות; ולהקל דרך-כלל על ההתדיינות המשפטית. ובלשונו של בית-המשפט העליון בארצות-הברית, המובאים בחוות דעתו של השופט גולדברג (בעמ' 175-176):

Once established, per se rules tend to provide guidance to the business community and to minimize the burdens on litigants and the judicial system of the more complex rule-of-reason trials" (Continental TV Inc. v. GTE Sylvania Inc., 97 S. Ct. 2549, 2557, n.16 (1977))

ראו עוד: 37-38, Corones, Restrictive Trade Practices Law (Sydney, 1994); מזרחי, 221-220.

למותר להזכיר כי סיווגו של הסדר כהסדר כובל אינו סותם עליו את הגולל, והרי אפשר שיזכה לאישור או לפטור מכוח החוק. נוסף עוד, כי פירוט של מעין חזקות-כבילה ייצא לנו בסעיף 85 לאמנת האיחוד האירופי. אשר לכללי ה- per se במשפט בארצות-הברית, ראו פרשת

U.S. v. Topco Associates Inc. 92 S. Ct. 1127 (1972).

41. ועדיין שאלה היא, אם אותה חזקה הקבועה בסעיף 2(ב) לחוק ("יראו כהסדר כובל") חזקה חלוטה היא או חזקה היא הניתנת לסתירה? חברנו השופט גולדברג קבע (בעמ' 175 ו-176 לחוות דעתו) - בהסתמכו על מקורות-פרשנות שונים ועל טעמים שבהגיון-החוק - כי חזקת החוק חזקה חלוטה היא: חזקה היא שאין-אחריה-ולא-כלום לעניין הוכחת קיומו של הסדר כובל. ראו עוד: גילה, 103-102, והאסמכתאות הנזכרות שם. למרות היסוסים שהיו לי בתחילה, אני מצרף דעתי לגירסת-פרשנות זו, ומטעמיו של חברי. אוסיף בהקשר זה ואומר דברים אלה: ראשית לכל, לעניין פירושה המילולי של הוראת סעיף 2(ב) לחוק. הוראת סעיף 2(א) מגדירה "הסדר כובל" מהו, והוראת סעיף 2(ב) מחרה-מחזיקה אחריה בקובעה כי "יראו כהסדר כובל" הסדר שבו נוגעת הכבילה לאחד מן העניינים המנויים בה. המושג "יראו" ("יראו אותה" "יראו אותו") פורש בהלכה - בהקשרים שונים - כמושג הקובע חזקה חלוטה (או פיקציה), קרא: כקובע כלל-של-מהות. כך פורש גם המושג האנגלי המקביל "shall be deemed". ראו, למשל: דנ"א 1558/94 נפ"ס' נ' נפ"ס', פ"ד נ(3) 573, 621. נוסף ונעיר כי ראוי היה לנו - לעת קביעת נורמה-של-מהות - שנשחרר עצמנו משיח בלשון של משפט הראיות. ראוי היה לו לסעיף 2(ב) שייאמר בו (למשל) כי במקום בו נוגעת כבילה לעניינים אלה ואחרים, ההסדר הסדר כובל הוא. ואולם גם כך משמיעה ההוראה אותנו באורח ברור כי מכוונת היא לכלל-של-מהות.

42. שנית, אותה מסקנה עצמה תידרש בניתוח הוראות-החוק לגופן. הוראת סעיף 2(א) לחוק - המגדירה הסדר כובל מהו - נחלקת לשלושה יסודות: אחד, הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים; שניים, על-פי אותו הסדר מגביל עצמו אחד הצדדים לפחות; שלוש, אותה הגבלה עלולה למנוע או להפחית את התחרות מעסקים. בחינת הדברים מקרוב תלמדנו, כי שני היסודות הראשונים חייבים שיוכחו גם לעניינה של הוראת סעיף 2(ב); לשון אחר: העניינים המנויים בפיסקאות (1) עד (4) לפיסקה (ב) באים תחת היסוד השלישי. פירוש: תחת היסוד השלישי לקיומו של הסדר כובל - היסוד הקובע כי ההגבלה עלולה למנוע או להפחית את התחרות בעסקים - די להוכיח (למשל) כי ההגבלה נעשית באשר ל"המחיר שיידרש, שיוצע או ישולם". סעיף 2(א) כמו נבנה באורח מודולרי, ותחת היסוד השלישי בו - היסוד הפונקציונאלי - בא אחד העניינים ה"צורניים" המנויים בהוראת סעיף 2(ב)(1) עד (4).

דבר אחרון: לו פירשנו את הוראת סעיף 2(ב) כקובעת אך חזקה לכאורה, כי-אז גרענו באורח ניכר מן התכלית שהוליכה לקביעתה של החזקה, ולא נמצא לנו טעם ראוי לגריעה זו. אם כך ככלל, לא-כל-שכן בתיתנו דעתנו לאותם עניינים המנויים בסעיף 2(ב). השכל הישר ונסיון החיים יורונו כי אלה הם הסדרים טיפוסיים שנועדו למנוע או להפחית תחרות בעסקים. לשון אחר: כל אותם "עניינים" המוצגים בשורה עורפית בפיסקה (ב) לסעיף 2 לחוק, כולם נעשו מאותו חומר גנטי; והחומר הוא החומר הגנטי שעושה את פיסקה (א) לאותו סעיף 2. מניעת תחרות והפחתת תחרות בשוק הסחורות והשירותים הן הממלאות חיים את הוראות סעיף 2(ב) כולן: זו התכלית בהן, זו מטרתן, זה העיקר בהן. לא תהא זו איפוא מסקנה מרחיקת לכת באומרנו כי בחזקה חלוטה מדבר הכתוב בהוראת סעיף 2(ב) לחוק.

43. אשר לעניינינו-שלנו, אין ספק קל בדעתנו כי ההסדר שעשו בעלי-הדין הסדר כובל הוא - הן כהוראת סעיף 2(א) לחוק הן כהוראת סעיף 2(ב) בו. אשר להוראת סעיף 2(א) לחוק: התחייבותם ההדדית של בעלי-הדין כי איש מהם לא יעסוק במשך תקופה קצובה בעיסוקי רעהו - כי אילון ושף-הים לא יעסקו במוצרי טבעול וכי טבעול לא תעסוק במוצרי סורימי - היא בעליל הגבלה "באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים". אם הסדר זה לאו הסדר כובל הוא, הסדר כובל מהו - לא ידעתי. גילה (שם, 111-114) סובר כי לקיומו של הסדר כובל על-פי סעיף 2(א) לחוק אין די בהסכם כפי שנכרת בין בעלי-הדין; כי שומה היה על בית-המשפט להוסיף ולעשות "ניתוח שוק מקומי, שיבדוק אם ההסדר אכן עלול לפגוע בתחרות ...". ואולם בנסיבות העניין לא היה צורך, לדעתי, בניתוח שוק מהותי, שכן היה ברור לכל כי ההסדר הסדר כובל הוא.

התחייבותם ההדדית של בעלי-הדין מביאה עצמה גם בגידרי העניין הקבוע בהוראת הסעיף 2(ב)(4) לחוק, שכן כל אחד מהם הגביל עצמו באשר ל"כמות הנכסים ... שבעסק ... או סוגם". הסדר זה, באשר הוא,

פגע בלב התחרות וממילא הביא עצמו בגידרי ההסדרים הכובלים. כך סבר השופט גולדברג (כדבריו בעמ' 176 לחוות-דעתו) - בעקבות פסיקתו של השופט קלינג בבית-המשפט המחוזי - ואנו עם השניים. יתר-על-כן: ניתן לטעון כי בעלי ההסכם שלפנינו הביאו עצמם בגדריה של הוראת סעיף 2(ב)(3) לחוק אף-היא, ולפיה ייחשב כהסדר כובל הסדר שהכבילה בו נוגעת ל"חלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק, או לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו." ראו לעניין זה, והשוו: החלטת הממונה בעניין הסדרים כובלים בין יצרני אריזות מקרטון גלי, קובץ ההגבלים העסקיים, כרך ב', 66, 74; גילה, 106. לעניין זה ראו עוד: כלל 4(3) לכללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות), התשס"א-2001, ולפיו "לא יחול פטור סוג על הסכם הכולל, במישרין או בעקיפין, כבילה [בנושא של] חלוקת שווקים בין צדדים לפי אזור, לקוחות, מוצרים או בכל דרך אחרת".

44. דבר אחרון: טבעול טענה כי תניית ההגבלה לא נועדה למניעת תחרות אלא לשמירת ידע וסודות מסחריים שהיו קניינה. טענה זו אין בה ממש, ואשיב עליה בשניים אלה. ראשית לכל, טענה זו אינה תואמת את העובדות ולו משום שבעלי-ההסכם ייחדו בהסכם הפרידה (בסעיפים 5.7, 6.2 ו-8.1) תניות שיוחדו להגנה על היידע הקשור, במישרין או בעקיפין, בייצור מוצרי טבעול וסורימי. אכן, תניית האי-תחרות נוספה על התנייה שיועדה להגן על הידע, ותכליתה לא היתה אלא לחלק את השוק בין בעלי ההסכם. שנית, אין לי אלא להסכים לדברי השופט גולדברג (בעמ' 176 לחוות-דעתו) כי כוונת הצדדים - כשהיא לעצמה - אינה בת-משמעות; דברים שבלב אינם דברים אלא אם זוכים הם לקבל ביטוי בהסדר שנעשה הלכה-למעשה, ב"תוצאת ההסדר" כלשון חברי. "מטרת החוק הינה" כלשון חברי "להגן על אינטרס ציבורי, ולכוונת הצדדים להסדר אין שום משמעות בנוגע לאינטרס זה, ואין היא יכולה להוסיף לתוצאה האמורה או לגרוע ממנה". גם אם כוונת הצדדים היתה רצויה - ולא אמרנו כן - מעשיהם לא היו רצויים כלל-ועיקר.

ההסדר הכובל בין בעלי-הדין - האם הסדר הוא

למכירת עסק בשלמותו כהוראת סעיף 3(8) לחוק?

45. ידענו עד-כה כי ההסדר בין בעלי-הדין הסדר כובל הוא כהוראתו בסעיף 2 לחוק. ואולם בכך לא נסתיים מסענו. ראינו למעלה כי יש הסדרים שהם לכל הדעות הסדרים כובלים ובכל זאת פטורים הם מעולו של החוק. הסדרים אלה - כינינו אותם חריגים "ממוסדים" - נמנים כבני-מרון בהוראת סעיף 3 לחוק, וטענת טבעול היא כי זכאית היא לפטור הקבוע בהוראת סעיף 3(8). האמנם כן?

46. קובעת ומורה אותנו הוראת סעיף 3(8) לחוק, וזו לשונה:

**הסדרים
שאינם
הסדרים
כובלים**

3. על אף האמור בסעיף 2, לא ייחשבו כהסדרים
כובלים ההסדרים הבאים:
.....

(8) התחייבות של מוכר עסק, בשלמותו, כלפי רוכש
העסק שלא לעסוק באותו סוג עסק, כשהתחייבות
אינה בניגוד לנוהלים סבירים ומקובלים.

היש בה בהוראת-חוק זו כדי לשחרר את טבעול מסוגר ההסדר הכובל? שופטי הרוב בבית-המשפט העליון -
כמוהם כשופט קלינג בבית-המשפט המחוזי - סברו כי הוראת הפטור שבסעיף 3(8) אינה תופשת בענייננו,
ואילו השופט טירקל, בדעת מיעוט, סבר כי הוראת זו חלה על ההסדר הכובל נושא הדיון. לדעת השופט טירקל:

[אם נמכר עיסוק שלם בנכס אחד, מתוך עיסוקיו של המוכר בנכסים
שונים, ניתן לראות בכך מכירה של 'עסק' בשלמותו, הבאה בגדרו של
סעיף 3(8) לחוק, ובלבד שהעיסוק הנמכר בנכס הוא חטיבה שלמה -
של ייצור, מכירה, שיווק וכו' ... - העומדת בפני עצמה ויש לה קיום
לעצמה.]

וכך, ביישמו מיבחן זה על נסיבות העניין, ובהימצא לו כי בשותפות היו, למעשה, שני פסי-ייצור נפרדים - למוצרי
טבעול לעצמם ולמוצרי סורימי לעצמם - ראה השופט טירקל את פרישתה של טבעול מן השותפות כרכישת
הזכות לייצור מוצרי טבעול בשלמות. מסקנתו היתה איפוא זו, כי הסדר פירוק השותפות בא בגידרי הפטור
שנקבע בהוראת סעיף 3(8) לחוק. הנצרף דעתנו לסברה זו?

47. ראשית חוכמה שומה עלינו לעמוד על תכליתה של הוראת סעיף 3(8) לחוק - על תכליתה ועל טיב
החומר שעשה אותה; משנעמוד על אלה, יהא בכוחנו להתקדם ולנסות לצייר את קווי המיתאר שלה סביב-סביב.
והנה, לבדיקת תכליתה של הוראת סעיף 3(8) לחוק דומה כי אין צורך להרחיק נדוד, שהתכלית נלמדת מתוך
ההוראה גופה. מכירת עסק "בשלמותו" - כדברה של הוראת סעיף 3(8) - אינה אך מכירה של מניות בחברה,
של בית, של מכונות, של ציוד, של חומרי-גלם, של חשבונות בנק ושל עוד כיוצא-באלה נכסים. מכירת עסק
בשלמותו כונסת אל תוכה את כל העסק כולו, לרבות המוניטין של העסק; ומכירת עסק ומוניטין יכולה שתשמיע
ותחייב - במהלך הדברים הרגיל ובין אנשי-עסק ישרים והגונים - כי לאחר המכירה לא ימשיך המוכר לעסוק
באותו עסק כמתחרה לקונה. התחייבות לאי-תחרות נעשית, כמובן, לטובתו של קונה, ואולם באה היא בעליל
גם לטובתו של מוכר; שלולא אותה התחייבות אפשר לא היה המוכר מוצא כלל קונה לעסק; ואילו בהתחייבות

שלא לתחרות בקונה יוכל לזכות בתמורה המירבית עבור עיסקו. השוו: ליונל אריה קסטנבאום, "הערות והרהורים על הצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד-1983", משפטים טו (תשמ"ו-1986), 453, 461. אשר לתחרות החופשית - והרי בה עיקר ענייננו עתה - לדעת המחוקק, כמסתבר, הפגיעה בה לא תהא חמורה; ומכל מקום, באיזון האינטרסים המושכים לצדדים מוצדקת היא: הן באשר מאפשרת היא לאדם לזכות - ובדין לזכות - בפירות המוניטין שצבר בעיסקו משך שנות עבודה רבות, והן באשר יש בפטור כדי לעודד - לטובת הכלל - זרימת עסקים מיד-ליד. עמד על-כך בית-המשפט בע"א 238/73 שרעבי נ' חמצני, פ"ד כח(1) 85 ובע"א 276/69 הילקוביץ נ' אלוים (ישראל) בע"מ, פ"ד כד (1) 85, והקורא ישכיל וידע. ראו עוד:

U.S. v. Addiston Pipe & Steel Co. 85 F. 271, 280 ff. (6th Cir., 1898); Crotti, Trading Under EEC and US Antitrust Laws (London, 1997), 130;

השוו: זלמן יהודאי, דיני שותפויות בישראל (תמר, תשמ"ט-1988), 301-302.

48. האם יחול הגיונם של הדברים גם על הסדר אי-תחרות בפרישת שותף משותפות? בהקשר זה קראנו בספר יצחק כהן (תשמ"ט-1988), עורכים מ' אלון, מ' בן-זאב, א' ברק, נ' ליפשיץ, מ' לנדוי) דברים מפיו של א"ד חרמון, במאמרו "תקנת הציבור והגבלות על חופש העיסוק באספקלריה של הפסיקה הישראלית והאנגלית", 393, 415:

לעניות דעתי, חלקו של שותף בשותפות כולל גם חלק במוניטין של השותפות, לכן, שותף היוצא את השותפות או המעביר חלקו בשותפות לאחר ומקבל תמורה מאת שותפיו האחרים או מן הרוכש את חלקו, מקבל את התמורה גם עבור חלקו במוניטין השותפות. על כן, ההלכות שנקבעו לגבי הגבלת חופש עיסוק של מוכר מוניטין, תחולנה גם עליו.

אכן, יכול הטוען לטעון כי הגיון המכירה ב"שלמות" שבהוראת סעיף 3(8) לחוק, יחול על מכירת "שלמות" חלקו של שותף, גם אם "שלמות" זו אין היא "שלמות" מושלמת, לאמור, אין היא מכירת כל העסק כולו. סוגיה זו ראוייה לבחינה מקרוב; יש בה פנים לכאן ולכאן, אך אין צורך שנכריע בה, שאין היא לענייננו עתה. לדעה אחרת, ראו עוד והשוו: יגור, 329-326; גילה, 106-108.

תניית האי-תחרות בענייננו לא ניתן לתת בה סימני-אמת של פירוק שותפות על-פי הדוגמה שהבאנו למעלה. בענייננו אין המדובר אלא במתחרים-בכוח האומרים לחלק את השוק ביניהם, בלא כל קשר למוניטין שנמכר. בפירוק השותפות לא רכשה טבעול כל מוניטין במוצרי טבעול - המוניטין היה שלה כל העת - וטבעול

אף לא שילמה כל תמורה עבור מוניטין שרכשה (כביכול). כך טבעול על צידה-שלה וכך שף-הים על צידה-שלה, לעניין מוצרי הסורימי. טבעול היתה כל העת בעלת המוניטין במוצרי טבעול: כך היה לפני היות השותפות וכך היה אף לעת חייה של השותפות, שמוצרי טבעול יוצרו בשמה ושוקו כמוצרי "טבעול". אכן, בהסכם הפרידה לא ביקשה טבעול לעצמה הגנת-אמת אותה מבקש לעצמו רוכש עסק ומוניטין עימו. טבעול לא ביקשה אלא למנוע תחרות מצידו של מתחרה-בכוח - מניעה גלויים לעין - אך זכות זו לא קנתה טבעול לעצמה מכוחו של סעיף 3(8) לחוק. לטבעול - כמותה לאילון ולשף-הים - לא היה כל אינטרס לגיטימי להתניית של תניית האי-תחרות, והיה על השתיים - לאחר הפרידה - לנהוג לפי כללי המסחר המקובלים; שכן "כללי המסחר מחייבים ... להשלים עם התחרות של כל אדם העוסק במסחר דומה" (ע"א 136/56 פוקס נ' אילון את עיצוני בע"מ, פ"ד יא 358, 361).

זאת ועוד: הוראת הפטור שבסעיף 3(8) לחוק תולה עצמה לא אך במכירת עסק "בשלמותו" אלא בתנאי נוסף זה "[שההתחייבות] שלא לעסוק באותו סוג עסק] אינה בניגוד לנוהגים (כך!) סבירים ומקובלים". לא הובאה כל ראיה כי תניית האי-תחרות בענייננו היא, בנסיבות העניין, סבירה ומקובלת; ובתיתנו דעתנו למעמד הבכורה שהתחרות החופשית קנתה לעצמה, מציגה תניית האי-תחרות עצמה כתנייה בלתי-סבירה ובלתי-מקובלת.

49. דבר אחרון. מה הדין במקום בו עוסקת חברת-ענק פלונית בעיסוקים אחדים, שעה שכל אחד מאותם עיסוקים יכול שייחשב עסק לעצמו? הנה היא, למשל, חברה העוסקת בייצור מכונות, במחצבים, ברכבות, באווירונים ובאלקטרוניקה. נניח, למשל, שהחברה מבקשת למכור את עסק המכונות שלה, ובשלמותו. האם תוכל להכניס עצמה בגידרי הפטור הקבוע בסעיף 3(8) לחוק? התשובה, לדעתי, היא שאכן ייחנה אותו מִכָּר מן הפטור של מכירת עסק "בשלמותו". עניינו של סעיף 3(8) הוא בענף הנמכר ("סוג עסק" בלשון החוק), ומכירת "עסק" המכונות מקיימת תנאי זה של מכירת עסק "בשלמותו".

לחלוטו של המשפט האמריקאי על ענייננו

50. טבעול היפנתה אותנו אל הדין האמריקאי, ולטענתה הסדר הכבילה שלפנינו הסדר כשר הוא לפי דין זה. טיעונה זה של טבעול מידרש פליאה היה בעיניי. ראשית לכל, הדין האמריקאי אינו דין בישראל, ונתקשיתי להבין מה הוא טיעונה של טבעול ויישמע. יתר-על-כן: דרכו של המשפט האמריקאי בנושא ההסדרים הכובלים שונה היא מדרכנו-שלנו; שלפי דין ישראל יכול שיהיה הסדר כובל אך אותו הסדר יזכה להכשר באמצעות מנגנונים שקבע החוק (ואשר הזכרנו אותם למעלה), בעוד אשר בהתאם לדין בארצות-הברית אין מנגנון להכשיר את הטרף. אין צורך בדמיון מפליג כדי להבין ולידע כי עצם קיומו של מנגנון הכשרה מביא, על דרך ההילוך לאחור, להגדרה שונה של הסדר כובל. פירוש: משפט ישראל יכול להתיר לעצמו להגדיר הסדר כובל ברחבות-יתר, על יסוד הנחה שניתן יהיה להכשיר את הבלתי-כשר. די בשוני זה בין שתי שיטות המשפט כדי שנתעלם מטיעוניה אלה של טבעול כטיעונים בלתי-רלוונטיים. אכן כן: ניתן להיעזר בו במשפט ארצות-הברית להיקש, ובוודאי ללימוד עקרוני החוק. כך - אך לא למעלה מכך. להפיס דעתה של טבעול נוסף - כאימרת-אגב - כי הסכם האי-תחרות שנעשה בין בעלי-הדין הסכם פסול הוא, לכאורה, גם לפי הדין בארצות הברית. השוו: Blackburn v. Sweeney, 53 F. 3d 825 (7th Cir. 1995).

סיכום לעניין הסכם אי-תחרות בפירוק שותפות

51. בראשית דברינו הציגה עצמה לפנינו שאלה זו: הסכם לפירוק שותפות שבעלי-הדין כרתו ביניהם כלל תניית אי-תחרות. תנייה זו, האם תניית הסדר כובל היא, אם לא? תשובתנו לשאלה ניתנת בלא היסוס ופקפוק: תניית האי-תחרות בהסכם בין בעלי-הדין היתה הסדר כובל.

צד להסדר כובל המעלה טענת אי-חוקיות

52. הסדר כובל מובא לבית-משפט, לאכיפתו או לפסיקת פיצויים בגין הפרתו, וסוגיית אי-חוקיותו של ההסדר - בשל היותו הסדר כובל שלא באו בצידו לא אישור ולא פטור - עולה לדיון. נשאלת כמו-מאליה שאלה: היישמע צד להסכם בטענה כי הסכם שכרת - הסכם בלתי-חוקי הוא, הסכם הוא הנעדר תוקף משפטי? צד להסדר כובל - אדם אשר היה שותף לכריתתו ואפשר אף נהנה מפירותיו - הנשמע לו לעת שיטען בבית-המשפט כי ההסדר הסדר בלתי חוקי הוא, הסדר פסול הוא ובטל? באמצע טענתו זו של נתבע ובסרבנו לאכוף

את ההסדר, האם אין אנו מעניקים במו-ידנו פרס למי שנוהגים בחוסר תום-לב, שלא בהגינות ושלא ביושר? זו היתה דעתו של השופט טירקל, אשר ביכר את "האסכולה המוסרית" על-פני "האסכולה הכלכלית" במשפט. ובלשונו (בעמ' 167-168):

כאשר מניחים על כף המאזניים האחת את מניעת הפגיעה בתחרות החופשית, שמטרתה לפתח את המשק הלאומי, ועל כף המאזניים השנייה ערכים מוסריים שעליהם אנו מבקשים להשתית את החברה שבה אנו חיים, אין לי ספק שהכף השנייה מכריעה את הראשונה. אם הברירה היא בין חברה עשירה, אך חסרת ערכים, לבין חברה דלה, שערכים על דגלה, אני בוחר בשנייה. אם עומדת התחרות מול אמיתות של החוזה, אמת עדיפה.

אשר לטענה כי דין ההגבלים העיסקיים ראוי לו שיגבר, וכי אין זה ראוי לאכוף הסדר כובל שלא ניתן איסור או פטור בצידו, אמר השופט טירקל דברים אלה (בעמ' 167):

גישה זאת עולה בקנה אחד עם שיקולים שביסוד האסכולה הכלכלית של המשפט; בני-אדם עשויים להירתע מלהתקשר בהסדר כובל המיטיב עמם אם ידעו שהצד המתקשר אתם בהסדר עלול לטעון בעתיד כי ההסדר אינו חוקי, ולהימנע מלקיים אותו. אכיפתם של דיני ההגבלים העסקיים יעילה יותר, אולם היעילות מושגת על חשבון פגיעה בעקרונות בסיסיים של תום-לב, הגינות, יושר ואמון בין הצדדים.

ראו עוד: רע"א 2059/98 וולטה ייצוב קרקע בע"מ נ' P.R.S. מדיטרניין בע"מ (טרם פורסם).

השופט גולדברג, בדעת הרוב, גם דעתו לא היתה נוחה מקבלת טיעונה של שף-הים - הנתבעת -

אודות אי-חוקיותו של ההסדר, אך לסברתו הוראת-החוק ידה חייבת שתהא על העליונה:

אין לכחד כי העלאת הטענה מצד המשיבה 2 על אי-חוקיותה של תניית ההגבלה, מעלה תהיות לגבי תום-לבה. היא חתמה מרצון על הסכם אשר נתפס על-ידי שני הצדדים כמחייב וכמשקף את מפגש רצונותיהם, ולאחר מכן הפרה אותו בטענה כי תניית ההגבלה אינה חוקית ועל כן אינה מחייבת. אולם, אין בחוסר תום-הלב כדי לגבור על הוראת החוק לגבי נפקותה של תניית ההגבלה (שם, 180)

ועוד (שם, שם):

היעד שהחוק נועד להגשים הינו, כפי שכבר צוין, שמירה על התחרות החופשית במשק. תניית ההגבלה הינה הסדר כובל, המגביל את התחרות החופשית, ועל-כן אין מקום לאפשר את קיומו ...

השופט דורנר הוסיפה מצידה (בעמ' 182) כי "ביטול החוזה אינו משרת ... רק את המשיבה מס' 2 [שף-הים], אלא משרת הוא את עניינו של הציבור בכללותו בקיומה של תחרות חופשית."; ומכאן שיש לקבל את טענת האי-חוקיות.

53. אין זו פעם ראשונה שבית-משפט מביע אי-שביעות רצון מהעלאתה של טענת אי-חוקיותו בידי מי שהיה צד להסכם. אמר על-כך השופט אור בע"א 698/89 שילה נ' בארי, פ"ד מז(4) 796, 808:

בנסיבות כאלה, שבהן צד השותף לאי חוקיות מנסה להיתלות בה כתירוץ להתחמק מהתחייבות או לגרום לאחר שלא למלא את התחייבותו ואפילו הוא צד חיצוני להסכם שבו דבקה אי החוקיות - ברי שלא תתקבל טענתו באהדה.

השוו לפרשת וולטה ייצוב קרקע. דברים חריפים במיוחד השמיענו השופט חיים כהן בפרשת שמעוני נ' אולמי לחיים (ע"א 626/70, פ"ד כה(1) 824, 839):

משיבה זו שלפנינו, העותרת לסעד שביושר, חתמה מרצונה הטוב והחופשי על חוזה חגיגי, והתכוונה לא רק להעניק זכויות למערערת תמורת ההתחייבות שזו קיבלה על עצמה, כי אם גם - והוא היה עיקר בשבילה - ליהנות ולהיבנות ממנו היא עצמה. כל עוד נהנתה משירותיה של המערערת על-פי החוזה, היה החוזה כשר בעיניה למהדרין; רק משחשבה למצוא במערערת ערוות דבר, גילתה לפתע את אי-חוקיותו - ומיד קפצה על מציאה זו על-מנת לחזור בה מדיבורה ומחתימתה ומהתחייבותיה; ולהפכפכנות משפטית שכזאת מבקשת היא, במצח נחושה, את הגושפנקה של בית-המשפט.

אשר-על-כן דעתנו של השופט חיים כהן היתה כי יש לקבל את טענת הצד-שכנגד, ולפיה:

[מן הדין היה לדחות את בקשת המשיבה על הסף, באשר לא יישמע צד לחוזה בתביעת ביטולו בשל אי-חוקיותו (שם, 835)]

ראו עוד: ע"א 804/79 ברגמן נ' קלמן, פ"ד לה (2) 338, 340, מפי מ"מ הנשיא השופט חיים כהן:

כבר נזדמן לי לא פעם להביע מורת רוחי על בעלי דין, המבקשים להתנער מחיוביהם החוזיים בטענה, שהתחייבותם הייתה בלתי חוקית. לא זו בלבד שמי ששם עצמו רשע אינו נאמן על דיבורו, אלא שום רשע לא יורשה להיבנות מחטאיו.

אכן, טענת אי-חוקיות הנשמעת מפיו של נתבע מסיבה אי-נחת רבה. פלוני כרת מרצונו הסכם עם תובע, ובמהלך הדברים הרגיל אף נהנה מפירותיו; והנה עתה, סב הוא פלוני על עקביו, מתכחש הוא לחיובים שנטל על עצמו, ונושא הוא ברמה דגל של שמירת שלטון החוק. נתבע מעין-זה אפשר נבזז לו בליבנו, והיה הוא בעינינו כטובל ושרץ בידו. יחד-עם-זאת, תהא הרגשתנו רעה כאשר תהא, חייבים אנו להשיב על שאלה התובעת פתרון במפגיע; והשאלה היא: האם נסב ראשנו אל-צד ונתעלם מאי-החוקיות, או שמא נסיק את המסקנה הנדרשת ונמנע סעד מן התובע? גם ראשונים עמדו לפני קושי זה והכרעתם היתה חד-משמעית, לאמור: תובע לא יישמע בתביעה הסומכת עצמה על הסכם בלתי חוקי; נבלע את רוקנו ונדחה תביעה הסומכת עצמה על עילה בת-עוולה. ובלשונו של הלורד מנספילד (Lord Mansfield) בפרשת 98 E.R. (1775) Holman v. Johnson, 1120, 1121 (כפי שתירגמם השופט זילברג בע"א 110/53 ג'יקובס נ' קרטוז, פ"ד ט 1401, 1407-1408):

הטענה, כי החוזה שבין התובע והנתבע הוא בלתי מוסרי או בלתי חוקי, תצרום תמיד את האוזן מאד, בשמענו אותה יוצאת מפי הנתבע. ברם, לא כדי להיטיב עם הנתבע הוא שאנו מרשים את השמעת הטענה. יסודו של דבר בעקרונות-מדיניות כלליים אשר הנתבע - אם מותר לומר: דרך מקרה רק - מפיק תועלת מהם כלפי התובע, בניגוד לצדק האמיתי ... לא למען תועלתו של הנתבע, אלא מפני ש[בית-משפט] לא יתן סעד לתובע שכזה.

וכפי שנאמר בפסק-דין אמריקאי אחד, אף הוא בתירגומו של השופט זילברג בפרשת ג'יקובס נ' קרטוז (שם, 1408):

... בסרבו לבצע חוזים כאלה, אין בית-המשפט פועל לטובת אחד הצדדים או לשם שמירת הזכויות הנטענות על-ידי הצד, אלא הוא פועל למען כבודו ויקרו הוא, טובת הציבור וחוקי המדינה.

ראו עוד: בג"ץ 6103/93 סימה לוי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(4) 591, 616.

54. שני אינטרסים הם המתגוששים ביניהם בזירה, והמשא עלינו מוטל הוא להכריע ביניהם: מעבר מזה, עתירתו של תובע לאכוף על נתבע הסכם שהשניים כרתו ביניהם, ומעבר מזה, טענתו של נתבע - טענה הטובלת עד לשפתה בחוסר תום-לב ובהיעדר הגינות - כי החוזה חוזה בלתי חוקי הוא - חוזה הנוגד את טובת הכלל - אשר-על-כן אין לאוכפו ואין לשלם פיצויים בגין הפרתו. הכרעה בין טענת תובע לבין טענת נתבע היא בבחינת "אוי לי מיוצרי, אוי לי מיצרי"; אלא שלאחר אומרנו כי "יש בה בסוגיה פנים לכאן ולכאן", שומה עלינו לגזור. כשאני לעצמי, אלך בדרך ראשונים ואגזור כנגד תובע. נדקדק: לא לטובת נתבע אלא כנגד תובע. אכן, אני מתקשה להבין כיצד לא נשמע לטענת האי-חוקיות, והרי כמורדים במלכות ניחשב. משגזר המחוקק על הסכם פלוני כי הסכם בלתי-חוקי הוא, כיצד זה שנתעלם מדברו כמו-לא-היה? והרי אם נעבור על פני החוק ולא נשיג בו, בעצם מחדלנו זה נרוקן את החוק מתוכו. כזאת לא הותר לנו לעשות.

55. אסכים, כמובן, כי בין התובע לבין הנתבע - בחלוקת הצדק בין שני אלה - תהא אהדתנו נתונה לתובע ולא לנתבע. *pacta sunt servanda* - כך לימדונו - ונעשה כמיטבנו לאכוף על צד להסכם התחייבות שנטל על עצמו. ואולם בל ניחפז בדרכנו ובל נראה נגד עינינו אך את שני אלה הניצבים לפנינו כהיום הזה. נזכור-נא, אל-נשכח, כי אותם שניים שאנו מתבקשים להכריע בעניינם, קשרו קשר ביניהם להפקיע לטובתם-שלהם נכסים מנכסיו של הכלל, לשלול שלל מיחידי הכלל. כי מהו הסדר כובל אם לא הסכם בין שניים (או יותר) להחניק ולדכא תחרות ביניהם בכוונה לשלול ולבזבז בזמן הציבור הרחב? ומי הוא - אם לא בית-המשפט - שיטען לאותו ציבור שהשניים מבקשים להיבנות על חשבונם? אכן, בית-המשפט רק הוא יכול שיעמוד לציבור, ופירוש הדברים הוא, שטענת אי-חוקיות תישמע וינתן לה תוקף.

בזמנו נתקלנו במערכת דומה, במקום שטענת חופש העיסוק וחופש התחרות - טענה נעלה במעמדה

- נשמעה מפיו של חקיין-טפיל, ועל-כך אמרנו דברים אלה (רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289, 410):

הקושי הניצב לפנינו הוא - בחלק ניכר בו, ואולי אף בעיקרו - קושי פסיכולוגי. מעבר מתייצב אדם שאפשר עמל ויגע, אף עשה לילות כימים, עד שעלה בידו לייצר מוצר פלוני. ייצר מוצר, אך מטעמים אלה ואחרים אין הוא נהנה מחוקי הקניין הרוחני. מן העבר האחר עומד לפנינו חקיין שלא טרח ולא יגע אלא דבק בממציא כאותה עלוקה המזינה עצמה מדמי זולתה. הממציא הוא אדם, בשר-ודם, וזועק הוא את עלבונו האישי והממוני; ומנגד מתייצב אותו חקיין וטוען הוא לחופש העיסוק והתחרות. טענה זו נשמעת רע בצאתה מפי החקיין; רעה היא הטענה ואין היא מעוררת לא אמון ולא סימפתייה. כטובל ושרץ בידו הוא אותו חקיין בעינינו. נפשנו יוצאת אל הממציא ואילו לחקיין נבזבז בליבנו. נפנה מבט לימין וראינו אדם, נפנה מבט לשמאל וראינו חקיין הנושא בידו דגל-עיקרון. מה פלא בדבר, איפוא, שליבנו יטה אחר האדם?

וגם ביודענו כל אלה, נוסף ונזכור כי מישו נעדר מאולם בית המשפט. אותו מישו הוא הציבור הרחב, אותו ציבור שאנו אפוטרופסיו. ובשמו של אותו ציבור נטען. וגם בזכותנו את החקין נדע כי לא למענו עשינו אלא למען הציבור הרחב (ההדגשה לא במקור - מ' ח').

56. חברי השופט טירקל מעמיד - זו-כנגד-זו - שתי תכליות אלו הלוחמות מלחמת-חורמה אשה ברעותה: מעבר מזה, התכלית של "מניעת הפגיעה בתחרות החופשית, שמטרתה לפתח את המשק הלאומי", ומעבר מזה, התכלית של "ערכים מוסריים שעליהם אנו מבקשים להשתית את החברה שבה אנו חיים". במלחמת תכליות זו אין היסוס בליבו של חברי להעדיף אותם "ערכים מוסריים" על פני "התחרות החופשית שמטרתה לפתח את המשק הלאומי". בכל הכבוד והיקר לחברי, אני חולק על דבריו. אכן, בהעמידנו "ערכים מוסריים" אל-מול "תחרות חופשית", הלב נוטה לבכר "ערכים מוסריים" על-פני "תחרות חופשית" (ובלבד שלא פקדנו עצמנו במיפקד "האסכולה הכלכלית" במשפט). ואולם, העמדת הדברים כך מחמיצה, לדעתי, את האמת.

"תחרות חופשית" אינה ממצה עצמה במיסחר ובשיווק, ואין היא משמיעה אותנו אך כלכלה ומינהל. תחרות חופשית משקפת גם "ערכים מוסריים"; ולדעתי, ערכים אלה אין מישקלם קל ממישקל ערכו של החיוב המוסרי לקיים התחייבויות. נזכור-נא - בל-נשכח - כי תכליתו של הסדר כובל היא למנוע תחרות בין הצדדים לו; והסדר כובל אינו אלא מכשיר שבאמצעותו מבקשים בעלי-הסכם לנצל לרעה את יחיד הציבור הרחב. בענייננו-שלנו, כוונת בעלי-ההסכם היתה כי טבעול תשלוט בשוק מוצרי טבעול וכי שף-הים תשלוט בשוק מוצרי הסורימי. זו תשלוט בשוק זה, זו תשלוט בשוק זה, והציבור הרחב הוא שישלם את מחיר ההסכם. ילמדונו רבותינו: היכן הם אותם "ערכים מוסריים" הגנוזים בהסכם זה? הוגעתי את מוחי, ייגעתי את גופי - ולא מצאתים. אכן, הלוחמים ביניהם אינם "ערכים מוסריים" כנגד "תחרות חופשית שמטרתה לפתח את המשק הלאומי"; הלוחמים ביניהם הם ערכים מוסריים כנגד ערכים מוסריים (למיצער) - ודעתי היא כי במלחמה זו ראוי שיגבר הערך של מניעת ניצול יחיד-החברה לרעה. אסכים לדברי חברתי השופט דורנר אשר אמרה על-כך בחוות-דעתה בערעור (שם, 181): "ההגנה על הציבור מפני הסדרים כובלים אינה בעלת ערך מוסרי הפחות מן הערך המוסרי שבמימוש התחייבויות חוזיות."

דעתו של חברי השופט טירקל משקפת - בעיקרה - את המשפט המקובל הקלאסי, משפט שביקש לעשות צדק בין המתדיינים לפניו בלא שנתן דעתו לטובת הציבור הרחב ולתחרות החופשית כאמצעי לרווחת הציבור. על משפט מקובל זה הרחבנו בראשית דברינו ולא נוסף. אכן, דווקא בשל התעלמות ההלכה מיסוד התחרות - כשריג לעצמו בתקנת הציבור - כיסוד עצמאי שהסכמי אי-תחרות נועדו להחניקו - דווקא בשל כך (בין השאר) בא חוק ההגבלים העיסוקיים לעולם. ומשבא החוק לעולם, חובה היא המוטלת עלינו לרכוב עליו בדהרה

ולבער את הרע שהסדרים כובלים מביאים בעקבם. שאם נחדל ולא נעשה כן, יאמרו האומרים: מה הועילו חכמים בתקנתם?

57. דעתי היא איפוא זו, שהסדר כובל פהסדר שבין בעלי-הדין לפנינו, הסדר בלתי-חוקי ופסול הוא. אין הוא הסדר הראוי כי ניתן ידנו לאכיפתו. תניית אי-תחרות, תנייה היא שכהוראות הסעיפים 4 ו-471(א)(1) לחוק הצדדים לה עברו עבירה בעצם כריתתה, ולא ידעתי מנין ניטול היתר להורות על אכיפתה. ראו עוד: גבריאילה שלו, דיני חוזים (מהד' שניה, תשנ"ה), 363-359. לענין הסדר כובל "התכוון המחוקק, באמצעות האיסור הסטטוטורי, לפסול את החוזה המנוגד לחוק ... החוזה [נוגד] את היעדים שהחוק נועד להגשים, עד כדי כך שיש לפסול אותו" (שלו, שם, 360). אכן, הסדר כובל הינו הסדר "הנוגד את המדיניות החברתית הראויה" (בג"ץ 6231/92 זגורי נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד מט(4) 749, 783) והכרזתו כחוזה בלתי-חוקי ובטל משרתת מטרה של הרתעה מפני כריתתם של חוזים מעין אלה:

[אחת מדרכי ההרתעה בפני התקשרות בחוזים כאלה [חוזים פסולים] היא הסכנה, שלה צפוי המתקשר, של בטלות החוזה, על התוצאות הנובעות מכך. (ע"א 359,365/79 אלחנני נ' רפאל, פ"ד לה (1) 701, 710).

ראו עוד: ע"א 533/80 אדרעי נ' גדליהו, פ"ד לו (4) 281, 285.

החוזה הוא חוזה פסול, וכהוראת סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג 1973:-

<p>30. חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור - בטל.</p>	<p>חוזה פסול</p>
---	-------------------------

58. ואחרי אומרנו כל דברים שאמרנו, טרם ירד המסך על המחזה. משנמצא לו למחוקק כי דין החוזים האסורים של המשפט המקובל דין קשה הוא - שידו של הנתבע, או של המחזיק, היא על העליונה, לעיתים שלא-בצדק ושלא-ביושר - עמד עליו ותיקן את הטעון תיקון לחלוקת הצדק בין תובע לבין נתבע. זאת עשה בהוראת סעיף 31 לחוק החוזים, הקובעת וזו לשונה:

תחולת הוראות

31. הוראות סעיפים 19 [ביטול חלקי] ו-21 [השבה לאחר ביטול] יחולו, בשינויים המחוייבים, גם על בטלותו של חוזה לפי פרק זה, אולם בבטלות לפי סעיף 30 רשאי בית המשפט, אם ראה שמן הצדק לעשות כן ובתנאים שימצא לנכון, לפטור צד מהחובה לפי סעיף 21, כולה או מקצתה, ובמידה שצד אחד ביצע את חיובו לפי החוזה - לחייב את הצד השני בקיום החיוב שכנגד, כולו או מקצתו.

הירכבת את הוראת סעיף 31 על הוראת סעיף 30, ונמצאת מחזיק בידך כלי רב-ערך לעשות צדק מירבי בין טובע לבין נתבע. לא עוד ידו של נתבע על העליונה - אך באשר חוזה אסור הוא המונח לפני בית-המשפט - ומוסמך הוא בית-המשפט לשקול פיזור הנזק וההנאה בין הצדדים להסכם "אם ראה שמן הצדק לעשות כן ובתנאים שימצא לנכון". שני כוחות הם המושכים לצדדים: מעבר מזה, התכלית - תכלית חשובה - למנוע כריתתם או ביצועם של חוזים פסולים, ומעבר מזה, התכלית - אף היא תכלית חשובה - לעשות צדק בין צדדים לחוזה פסול: שלא יצא חוטא אחד מלפני בית-המשפט וזר קוצים על ראשו, ואילו חוטא אחר, חוטא כמותו, יצא וזר דפנה על ראשו. ראו והשוו: פרשת זגורי, שם, 781-783, והאסמכתאות הנזכרות בו; פרשת שילה נ' בארי לעיל, 806 ואילך; ע"א 701/87 ביהם נ' בן יוסף, פ"ד מד (1) 1, 15-16. ראו עוד: דניאל פרידמן, "תוצאות אי חוקיות בדיון הישראלי לאור הוראות סעיפים 30-31 לחוק החוזים (חלק כללי)", עיוני משפט ה (תשל"ו-ל"ז 1976-77), 618, עיוני משפט ו (תשל"ח-ל"ט - 1978-79), 172. כך על דרך הכלל, ואילו לענייננו-שלנו - שהאי-חוקיות היא מעיקרו של ההסדר שנעשה - נתקשה לחזות אפשרות שבית-המשפט היה מורה על ביצועו של ההסדר הבלתי חוקי. וכלשונו של השופט שלמה לזין במקרה אחר:

מתקשה אני למצוא נסיבות שבהן יאות בית המשפט לכפות הוראות של הסדר כובל, לפי סעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי) .. (רע"א 5622/90 קינן רפאלי נ' קמפ ישראל בע"מ, פ"ד מה (2) 104, 106).

נוסיף ונעיר, כי האפשרויות שהחוק מעמיד לקבלתם של אישורים או פטורים בצידם של הסדרים כובלים - בייחוד אמורים הדברים בפטורים בני התיקון האחרון לחוק, אלה היתרים מכוח סעיף 15א ומכוח סעיף 14 כפי שתוקן - יפחיתו במאוד, כך יש להניח ולקוות, את מספרם של אותם הסדרים-כובלים שאין זה ראוי כי איסורי החוק יחולו עליהם.

59. בשולי הדברים נעיר ונעזר: טענת בעל-דין כי הסכם שחתם עליו וקשר עצמו בו - הסדר כובל הוא אשר-על-כן אין הוא חב בו, טענה זו מועלית לעת התדיינות בין הצדדים להסדר. ומתוך שטענת אי-חוקיות

נוטעת בנו תחושה של אי-נחת, בדרך הטבע אין אנו אוהדים אותו צד שהעלה את הטענה - בכוונה להתנער מחבות חוזית שנטל על עצמו - וחושדים אנו בו כי עושה הוא שלא בתום-לב. בצומת דרכים זה עלינו להזהיר עצמנו, שכן בהפנותנו מבט אל-עבר התקופה בה נכרת ההסכם, אפשר יימצא לנו - ובמקרים רבים כך יימצא לנו - כי דווקא הצד השני היה הצד החזק, והיה זה הוא שהכתיב את תנאי ההסדר הכובל. כן אפשר שיימצא לנו כי שני הצדדים ניגו - לעת ההתקשרות - בהיעדר תום-לב במידה שווה. נדע מכאן, כי בחינת תום ליבם של בעלי הסכם על-פני רצף-זמן יכול שיוליכנו למסקנה אחרת מן המסקנה הראשונה המכה בנו לעת העלאתה של טענת האי-חוקיות; דהיינו, אפשר נגיע למסקנה כי בחלוקת הצדק בין בעלי-ההסכם, ביניהם-לבין-עצמם, מצדיק מאזן תום-הלב של הצדדים - מבחינה מוסרית - ביטולו של ההסדר.

60. אשר לענייננו שלנו: בחינת השתלשלות האירועים תוליכנו לכלל מסקנה כי דין ההסדר פסול וכי אין להורות על ביצוע חיובים על-פיו. חזקה על בעלי-ההסכם כי ידעו שההסדר אשר עשו הסדר כובל הוא, ולמרות זאת נמנעו מהגיש בקשה לאישור או לפטור. דומני כי לא תהא זו השערה מפליגה באומרנו כי חדלו מהגשת בקשה בידעם כי לא יזכו - לא באישור ולא בפטור. אכן, הסדר האי-תחרות בענייננו אמור היה לפגוע קשות בציבור הצרכנים, ואין כל הצדק כי נורה על ביצועו.

לא נסיף עוד דברים במאזן תום-הלב - או היעדר תום-הלב - של בעלי-הדין, ונותיר הכרעה זו לעתיד לבוא. הגם שההסדר הכובל בענייננו פסול הוא ובטל - כהוראת סעיף 30 לחוק החוזים - נותרה עדיין פתוחה שאלת החלתו של סעיף 31 לחוק החוזים - לרבות השאלה אם קנתה טבעול זכות נגד שף-הים בעילה שבעשיית עושר ולא במשפט או אם חייבה עצמה שף-הים בגזילת ידע או בהפרת סוד מסחרי. בהכרעות-דין אלו יהא על בית-המשפט להכניס עצמו בנבכי טענות-משפט שלא היכרענו בהן - לרבות בנושא תום-הלב היחסי בין בעלי-הדין - ומוטב לנו שלא נקדים אחרית לראשית.

אחר הדברים האלה

61. קראתי את חוות דעתו של חברי הנכבד, השופט יעקב טירקל, ואעיד על עצמי כי מסכים אני לכל דבריו כולם; כמעט לכולם. אני מסכים כי חברה ראויה לא תיכון אם בניה לא ינהגו איש כלפי רעהו בתום-לב, ביושר ובהגינות; אני מסכים כי שומה עלינו להגן על החלשים והנחשלים ולרסן את החזקים והאלימים; אני מסכים כי תחרות חופשית אינה חזות פני-כל; אני מסכים כי עלינו לעשות הישר והטוב; אני מסכים כי יחסי אנוש חייבים שייסדו עצמם על עקרונות של מוסר. אני מסכים לכל אלה, ואוסיף עליהם עוד כהנה וכהנה. ואולם עיקרון

אחד חסרתי בדברי חברי והוא עיקרון המשמש אותנו, השופטים, יומם ולילה, כעמוד הענן יום וכעמוד האש לילה. העיקרון הוא עקרון שלטון החוק; ולא אך שלטון החוק על-דרך הסתם אלא שלטון החוק ברשות השופטת. והרי אם לא נקיים את דבר החוק, כמורדים במלכות ניחשב, ולסוף ייאמר וייקרא איש לאוהליך ישראל.

כשאני לעצמי, דומני שההכרעה שהיכרעתי בדיון היא גם הכרעה הוגנת, גם הכרעה ראויה, גם הכרעה מוסרית; בוודאי הכרעה היא המשרתת את שלטון החוק.

קראתי את דברי חברי ואינני מש מדברים שכתבתי.

סוף דבר

62. כללם של דברים: אציע לחבריי כי נקיים את פסק-דינו של בית-המשפט העליון נושא הדיון הנוסף, וכי נוסיף ונחייב את העותרת לפנינו לשלם למשיבה מס' 2 שכר-טירחת עורך-דין בסך 50,000 ש"ח. אם תישמע דעתי - כך נפסוק.

ש ו פ ט

השופט י' טירקל:

1. בגלגולה הקודם של הפרשה הנדונה, בע"א 6222/97 **טבעול (1993) בע"מ נ' משרד הביטחון**, **מינהל ההרכשה והייצור ואח'** פ"ד נב(3) 145 (להלן - "פסק הדין בערעור"), אמרתי - ודעתי היתה דעת מיעוט - כי:

"כאשר מניחים על כף המאזניים האחת את מניעת הפגיעה בתחרות החופשית, שמטרתה לפתח את המשק הלאומי, ועל כף המאזניים השניה ערכים מוסריים שעליהם אנו מבקשים להשתית את החברה שבה אנו חיים, אין לי ספק שהכף השניה מכריעה את הראשונה. אם הברירה היא בין חברה עשירה, אך חסרת ערכים, לבין חברה דלה, שערכים על דגלה, אני בוחר בשניה. אם עומדת התחרות מול אמיתו של החוזה, אמת עדיפה" (**שם**, בעמ' 167-168).

גם היום, אחרי עת רבה וטיעונים רבים, עומד אני על דעתי. דווקא היום, כאשר משקיף אנוכי על פניה השונים של החברה הישראלית - על העשירים ועל העניים, על החזקים ועל החלשים, על בעלי היוזמה ועל הנחשלים, על ישרי הדרך ועל מעוותי הדרך - מתחזק אני בעמידתי. חוששני, כי היום, יותר מבעבר, על ישראל לשמור מכל משמר על פרחי הערכים של תום לב, של הגינות, ושל יושר ולא לרמוס אותם, אף לא בגלילי המכבש הכבד של התחרות החופשית. פריחתם של ערכים אלה לא רק עושה את היחסים בין יחידה החברה לאנושיים אלא גם מפריחה את ישראל כמדינה וכחברה. כוחה יונק מהם ובלעדיהם הוא תש. לשון אחרת, האינטרסים של אותו קולקטיב אנונימי, שנהוג לכנותו "הציבור" - שבשם שועט מכבש התחרות החופשית - אינם נאבקים באינטרסים "הפרטיים" של היחידים המתקשרים זה עם זה, המצפים שהיחסים ביניהם יושתנו על תום לב, הגינות ויושר. יותר מכך, התחרות החופשית אינה יכולה להשיג את יעדיה העיקריים - פיתוח המשק הלאומי ורווחת הכלל והפרט - אלא אם כן מושתתים היחסים בין יחידה החברה - לרבות אלה המתחרים זה בזה - על בסיס מוצק של ערכים ולא על חולות נודדים.

2. אבהיר את דברי. התחרות החופשית אינה חזות הכל, אינה זהה תמיד לטובת הציבור ואינה הדרך היחידה להיטיב עם הציבור. לפיכך, כאשר נשקלת טובת הציבור לא מונחת על כף המאזנים התחרות החופשית לבדה, אלא מונחים **בצידה**, על אותה כף ולא רק על הכף שמולה, ערכים של תום לב, של הגינות ושל יושר. תכלית ההגנה על ערכים אלה אינה רק עשיית צדק בין המתדיינים, שאינה נותנת את הדעת על טובת הציבור הרחב. היפוכו של דבר, היא באה להוסיף **לציבור** - ולא רק ליחידיו - טובה על טובה; הן על דרך ההגנה על אינטרסים של הציבור, זולת התחרות החופשית, והן על דרך ההגנה על התחרות החופשית עצמה.

כך, לדוגמא, מקובל על הכל כי פיתוחים חדשים ויוזמות חדשות מיטיבים עם הציבור. פעמים הרבה, ואולי בדרך כלל, הם פרי שיתוף של כשרונות, רעיונות, המצאות, ידע ומשאבים שבידי גורמים שונים. שיתוף כזה - שראוי לעודדו - צריך לאמון בין המתקשרים ולביטחון של כל אחד מהם שאפילו יתפרק השיתוף לא יעשה אחד המתקשרים שימוש בתרומה שלא הוא שהביאה לשיתוף. אמון וביטחון כאלה אינם יכולים להתקיים במקום שאין בו תום לב, הגינות ויושר; ובהעדרם יקמלו גם הפיתוחים והיוזמות.

גם התחרות החופשית - שאין חולק על חשיבותה - אינה יכולה בלי תום לב, הגינות ויושר. על ערכים אלה עומד מסד הזירה שעליה נערכת תחרות חופשית הוגנת ואמיתית. התחרות החופשית שאנו מבקשים לעודד אינה תחרות בכל מחיר, בלי מעצורים ותוך הסרת "כפפות" הערכים מעל אגרופיהם של המתגוששים. התחרות החופשית שאנו מבקשים לעודד אינה תחרות של נוכלים אלא תחרות של מתחרים הגונים. תחרות

חופשית המקריבה ערכים אלה על מזבחה אינה מיטיבה עם הציבור לאורך ימים וסופה להיות "שוק פרוע" שהציבור אינו יוצא ממנו נשכר.

3. זאת ועוד. על כף המאזנים של טובת הציבור מונח, במלוא כובדו, גם הענין שיש לציבור בקיומה של וודאות משפטית. כמו שאמרתי בפסק הדין בערעור: "ככל שימעטו 'הנבלים' ברשות חוק ההגבלים העסקיים', החומקים מהתחייבויותיהם החוזיות, תגדל הוודאות המשפטית. מעל ראשו של המתקשר התמים לא תהיה תלויה חרב הבטלות בשל הוראה בחוזה שניתן לפרשה כהסדר כובל. מכך יצאו הכל נשכרים" (שם, בעמ' 168). בכך כרוך גם הענין שיש לציבור בקיומו של עקרון החוקיות, המחייב חד משמעיות של האיסור הפלילי, וכן הענין שיש לציבור "שצדדים תמימים לא יהיו, בבלי דעת, לעבריינים" (שם, בעמ' 166).

האם ראוי להניח שחזקה על רשויות התביעה והמשפט שימנעו את פגיעתו הרעה של חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח 1988- (להלן - "החוק") באותו "מתקשר קטן" שהחוק לא נועד לחול עליו? האם ראוי לסמוך על כך שהממונה על הגבלים עסקיים יתן פטור להסדר הכובל לפי סעיף 14 לחוק? האם די ב"כללי פטור סוג" שקבע לפי סעיף 15 לחוק (עיינו, ק"ת 6096, בעמ' 658-674)? סבורני שאין באלה כדי להפיג את החששות. ספינת שיקול הדעת של רשויות התביעה והמשפט עלולה להפליג בנתיבים שונים ולהגיע לנמלים שונים. הוא הדין בסמכותו של הממונה על הגבלים עסקיים ליתן פטורים, שמשמעותה בעצם היא הענקת סמכות לרשות מנהלית לחרוץ משפט בלא משפט, בכך שהיא עושה - בכוח נתינת הפטור או אי נתינתו - מתקשרים פלונים לעבריינים ואת החוזה שעשו לבטל כעפרא דארעא. הוודאות המשפטית ועקרון החוקיות - ויותר מכך, זכותנו לחירות - צריכים לעוגנים חזקים מאלה.

4. לא הבאתי בחוות דעת זאת אלא את עיקרי העקרונות העומדים בבסיס הכרעתי בפסק הדין בערעור, שסברתי שיש לפרטם. יותר ממה שיש כאן יש שם. גם לא ראיתי צורך לחזור ולמנות את הטעמים שעל פיהם הגעתי למסקנה כי סעיף 8.2 להסכם שנכרת בין העותרת לבין המשיבה מס' 1 - שכותרתו "סודיות ואי תחרות" - אינו נלכד בחרמו של החוק ואינו בגדר הסדר כובל. דייני במה שנכתב שם. אוסיף בקיצור שסעיפי החוק שבהם מדובר סובלים יותר מפירוש אחד. הפרשנות שאני מציע - ברוח העקרונות שעליהם עמדתי - היא המגשימה את תכליתו האמיתית של החוק והיא המאזנת אל נכון בין האינטרסים המתחרים על הבכורה.

אם תישמע דעתי יבוטלו פסק הדין בערעור ופסק דינו של בית המשפט המחוזי ויוצהר כי הסעיף הנזכר אינו הסדר כובל.

שופט

הנשיא א' ברק:

אני מסכים לפסק דינו של חברי, השופט מ' חשין.

נשיא

השופט ד' דורנר:

אני מסכימה לפסק-דינו של חברי, השופט מ' חשין.

שופט

השופט י' אנגלרד:

אני מסכים לחוות דעתו של חברי השופט מ' חשין על הנמקתה ועל מסקנתה. קראתי את ה cri de coeur של חברי השופט י' טירקל בדבר השמירה על פרחי הערכים של תום לב, של הגינות ושל יושר, ובדבר החשש לרמוס כל אלה בגלילי המכבש הכבד של התחרות החופשית.

אין לי מחלוקת עם חברי על החשיבות הרבה של שמירת כל ערכים נעלים אלה, אותם הוא מונה אחד לאחד. עם זאת, אין מנוס מלהעמיד ערכים אלה מול המטרות החשובות העומדות מאחורי הרעיון של מניעת הסדרים כובלים, הסדרים שיש בכוחם ליצור מונופולין בשוק ואשר נזקיהם לכלכלת המדינה הם מן המפורסמות. בדיון נוסף זה אנו עוסקים בשאלה העקרונית ולכן, בדרך הטבע, נדחה הרקע העובדתי של הסוגיה הנידונה לקרן זוית.

עם זאת יש עניין רב ברקע זה, העשוי להאיר את הסוגיה מזווית נוספת. המדובר באספקת מזון לחיילי צה"ל, שמימון הוצאותיו בא מתקציב ההגנה של מדינת ישראל. נמצא, כי אין לבודד את ההיבט של טיב היחסים בין המתקשרים הישירים - דהיינו: הגינותם ותום לבם בינם לבין עצמם - מן ההשלכה שיש ליחסים אלה על כלל הציבור. המכרז של משרד הביטחון היה מכוון להזמנת שלושה סוגים של שניצלים צמחוניים. למכרז ניגשו ארבעה מציעים, ושלושה מהם נמצאו מתאימים: טבעול, שף הים ודג שאן. ההצעה הזולה ביותר הייתה של שף הים: 2,141,100 ש"ח (כולל מע"מ); השנייה של דג שאן: הפרש של כ-30,000 ש"ח; שלישית, טבעול, הפרש של כ-360,000 ש"ח, דהיינו, ההצעה של טבעול הייתה יקרה מזו של שף ים בכ-17%. באופן פרדוקסאלי השניצלים מחלבון צמחי, מושא דיון זה, שהיוו חלק מן המכרז, מחירם אצל טבעול היה דווקא זול יותר (באגורה אחת ליחידה) מזה של שני המציעים האחרים. כמו כן, פסילתה של שף ים במכרז ספציפי זה לא הייתה מועילה לטבעול, משום שהזוכה הייתה בכל מקרה המציעה השנייה, דג שאן. אולם, נסיבות אלה הן מקריות ואינן יכולות לשנות את מהות הבעייה העקרונית של הסדרים כובלים. אמחיש: לו המציעים היחידים היו שני בעלי הדין שלפנינו, הרי פסילת שף ים, בשל החוזה שלה עם טבעול, הייתה מביאה לתוצאה כי מתקציב ההגנה של מדינת ישראל היה מוצא סכום הגדול באופן ניכר מזה שהיה מוצא לולא ההסדר הכובל.

ש ו פ ט

השופט ט' שטרסברג-כהן:

מקובלת עלי עמדת הרוב בערעור נשוא דיון נוסף זה ועמדתו של חברי השופט מ' חשין בפסק דינו המקיף והמאלף, בקובעם כי ההסדר בענייננו הוא הסדר כובל ומשום כך פסול הוא. עם זאת, מקובלות עלי הערותיו של חברי השופט י' טירקל, אף שאין בהן כדי לשנות את התוצאה בעניין הנדון.

השופט חשין מציין כי תחום פרישתם של איסורי חוק ההגבלים, רחב הוא ביותר ובצידם של האיסורים שוכנים להם היתרים מכוח החוק במישרין, או על פי סמכות שנתן החוק בידי רשויות שנקבעו בו. היתרים אלה ניתנים על ידי בית הדין להגבלים עסקיים כהיתרים או כפטורים כלליים או כאלה שהממונה קבעם או כהיתרים פרטניים הניתנים על ידי הממונה. אכן כך! פרישתו הרחבה עד למאוד של החוק, מלווה בהיתרים ובפטורים שונים ומפותלים. אלה תלויים ברשויות שונות, במדיניות, ובפרשנות הניתנת על ידן לסעיפיו ולסעיפי סעיפיו של החוק. כל אלה, יוצרים חוסר יציבות, חוסר-ודאות וחוסר ביטחון בתחום שהיציבות הודאות והביטחון יפים לו. לפיכך, כאשר דן בית המשפט בטענת אחד הצדדים לחוזה בדבר היות ההסדר המוסכם בו, הסדר

כובל, על בית המשפט לנקוט במירב הזהירות בעשותו במלאכת איזון השיקולים והאינטרסים המשמשים בזירה, לבל יתן בידי מתקשר דרך קלה לחמוק מהתחייבויותיו ברגע שלא נוח לו לקיימן עוד.

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיא ש' לוין:

1. כמו חברי הנכבד השופט טירקל גם אני סבור שקיים משקל רב להיבט המוסרי של מניעת צד לחוזה מלהפר התחייבויות שהוא נטל על עצמו; עם זאת יכול והדין יעדיף על ההיבט האמור שיקולים אחרים בעלי עצמה העשויה להשתנות מסוג מקרים אחד לסוג מקרים אחר. טול למשל את פסק דינו של בית משפט זה בע"א 6601/96 פ"ד נד(3) 850, שבו נדונה התחייבותו החוזית של עובד שחתם בעת שירותו על התחייבות שלא להתחרות במעבידו גם לאחר שיפסיק לעבוד אצלו. בית משפט זה פסק שבהעדר אינטרס לגיטימי של המעביד תהא התנייה החוזית האמורה בטלה בשל אינטרסים של תקנת הציבור. הוא הדין בסוגיה שלפנינו: כנגד האינטרס רב המשקל המצדיק ליתן תוקף להתחייבות שפלוגי נטל על עצמו, קיים אינטרס שנקבע על ידי הדין למנוע הגבל עסקי, שגם מטרתו, בסופו של דבר, היא להגן על האינטרסים של הפרט. אינטרס אחרון זה אף הוא אינו מוחלט וכנגדו מקנה הדין תוקף נורמטיבי לחובתם של "עוסקים" המוכרים נכס או הנותנים שירות להתנהג בהגינות זה כלפי זה; ראה: חוק עוולות מסחריות, התשנ"ט 1999-. מעניין לציין שבסעיף 24 לחוק האמור נקבע כי: "אין בהוראות חוק זה כדי לגרוע מהוראות חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח 1988-...".

2. מערכת האיזונים בין החובה לקיים חוזה לבין האינטרס למנוע הגבל עסקי נקבעה בחוק ההגבלים העסקיים עצמו; כשלעצמי לא הייתי א-פריורי יוצא מגדרי כדי לפרש את הוראותיו תוך העדפה של האינטרס האחד לטובת האינטרס האחר; בסוגיה הקונקרטית העומדת לפנינו להכרעה אני סבור, כמו הרוב בגלגול הראשון של הפרשה, שהמדובר בהסדר כובל הנכנס בגדרו של סעיף 2(ב)(4) לחוק. עוד סבור אני שלענין סעיף 3(8) לחוק אין מקרא יוצא מידי פשוטו והתנייה החוזית שבמחלוקת אינה נכנסת בגדרו.

די לי בטעמים אלה כדי להצטרף לפסק דינו של חברי הנכבד השופט חשין.

משנה לנשיא

הוחלט ברוב דעות של הנשיא א' ברק, המישנה לנשיא ש' לוין והשופטים מ' חשין, ט' שטרסברג-כהן, ד' דורנר ו' אנגלרד, כנגד דעתו החולקת של השופט י' טירקל, לקיים את פסק-דינו של בית-המשפט העליון בע"א 6222/97 טבעול (1993) בע"מ נ' משרד הביטחון, מינהל ההרכשה והייצור ושף-הים (1994) בע"מ, כאמור בפסקה 62 לפסק-דינו של השופט מ' חשין.

היום, ל' באב התשס"א (19.8.2001).

ה נ ש י א	משנה לנשיא	ש ו פ ט
ש ו פ ט ת	ש ו פ ט ת	ש ו פ ט
ש ו פ ט		

העתק מתאים למקור
שמריהו כהן - מזכיר ראשי
G06.98044650, גילה