

1. טבעול (1993) בע"מ

נגד

1. משרד הביטחון, מנהל ההרכשה והייצור (משיב פורמאלי)

2. שף הים (1994) בע"מ

3.

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

[29.6.98, 22.12.97]

לפני השופטים א' גולדברג, ד' דורנר, י' טירקל

ערעור על פסק דין בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו מיום 2.7.97 בתיק ה.פ. 711/97 שניתן על ידי כבוד השופט ד"ר ג' קלינג

עו"ד יעקב שפיגלמן ועו"ד איל קינן - בשם המערערת

עו"ד ד"ר אביגדור קלגסבלד ועו"ד שרון קלינמן - בשם המשיבה מס' 2

פסק – דין

השופט י' טירקל:

רקע

1. המערערת עוסקת בתחום מוצרי המזון וביום 25.12.89 התקשרה עם קיבוץ אילון, העוסק אף הוא בתחום זה, בהסכם להקמת שותפות בשם "שף הים" (להלן - "השותפות"). המערערת וקיבוץ אילון היו שותפים מוגבלים בשותפות; חברת שף הים ניהול בע"מ, שמניותיה הוחזקו בידי השותפים המוגבלים, הייתה השותף הכללי. השותפות הוקמה במטרה לעסוק בפתוח, ייצור ושיווק של מוצרי מזון ומפעלה נמצא בקיבוץ אילון. אין מחלוקת ואין השגות על כך שהמערערת והמשיבה מס' 2 (להלן - "המשיבה") אינן המתקשרות המקוריות בהסכמים שבהם ידובר להלן, אלא חליפותיהן של שתיים מהן. במפעל יוצרו מוצרי מזון, שהם תחליפי בשר מן הצומח, לפי ידע שברשות המערערת (להלן - "מוצרי טבעולי"), וכן מוצרי מזון שמקורם בדגים, לפי ידע שברשות קיבוץ אילון (להלן - "מוצרי סורימי"). על רקע מצב כלכלי קשה של השותפות נעשה ביום 9.6.93 הסכם בין המערערת, קיבוץ אילון, שף הים ניהול בע"מ והשותפות (להלן - "הסכם הפרישה"), לפיו הסכימה המערערת לפרוש מן השותפות בלי לקבל תמורה, כנגד שחרורה מכל התחייבויותיה של השותפות. כן נקבע שם כי המערערת תהיה זכאית לרכוש מן השותפות את הציוד המשמש לייצור מוצרי טבעול. בסעיף 8.2 להסכם הפרישה - שכותרתו "סודיות ואי תחרות" - (להלן - "הסעיף") נכללה ההתחייבות העומדת ביסוד המחלוקת שלפנינו:

"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 כוח 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".

במקביל להתחייבות שקבלו על עצמם המתקשרים האחרים לפי הסעיף, קיבלה גם המערערת על עצמה, לפי סעיף 8.4 להסכם הפרישה, שלא לעסוק במשך חמש שנים מתום התקופה הקובעת במוצרי סורימי וכן במוצרי דגים אחרים שבהם עסקה השותפות. "התקופה הקובעת" שבה דובר בשני סעיפים אלה תמה ביום 31.5.94; לפיכך, עתידה תקופת חמש השנים להסתיים ביום 31.5.99.

2. בחודש מרץ 1997 פרסם משרד הביטחון – המשיב מס' 1 – מכרז לאספקת 500,000 "שניצלים מחלבון צמחי" לצה"ל. למכרז הוגשו ארבע הצעות, שתיים מהן הצעותיהן של המערערת ושל המשיבה. הצעתה של המשיבה זכתה במכרז. פנייתה של המערערת אל משרד הביטחון להימנע מלהתקשר בהסכם עם המשיבה לא נשאה פרי; לפיכך עתרה המערערת לבית המשפט המחוזי על דרך של המרצת פתיחה להורות למשיב מס' 1 להימנע מלהתקשר בהסכם עם המשיבה. כן הגישה, במסגרת התובענה העיקרית, בקשה לתת צו מניעה זמני. כפי שטענה, ההתקשרות היא הפרה של הסעיף מצד המשיבה וכן מהווה עוולה של גרם הפרת חוזה מצד המשיב מס' 1.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

3. בית המשפט המחוזי (כבוד השופט ד"ר ג' קלינג) דחה את בקשתה של המערערת לצו מניעה זמני. כפי שקבע, בתמצית, הסעיף הוא בגדר הסדר כובל, כמשמעו בסעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן - "החוק"). הסעיף גם אינו בא בגדר הוראות סעיף 3(8) לחוק, שעל פיהן אין הסדרים מסוימים נחשבים הסדרים כובלים. לפיכך, לפי סעיף 4 לחוק, הוא אסור. בעקבות קביעה זאת הגיע בית המשפט המחוזי גם למסקנה שלא היה כאן "חוזה מחייב", שהוא אחד מיסודותיה של עוולת גרם הפרת חוזה לפי סעיף 62 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], תשכ"ח-1968. עוד קבע כי לא התקיים במשיב מס' 1 יסוד נוסף של העוולה - כי גרם ההפרה היה "בלי צידוק מספיק" - משום שהייתה הצדקה "ליצור (על ידי המכרז - י.ט.) תנאים מרביים לקיומה של תחרות, שבין השאר תביא לכך שהציבור ייהנה מהמוצרים הטובים ביותר במחירים הנוחים ביותר". מכיוון שכך, לא הוכחה העוולה. על פי כל אלה דחה, כאמור, את הבקשה לצו מניעה זמני. בעקבות בקשה מוסכמת של הצדדים דחה גם את התובענה בתיק העיקרי, בפסק דין שאימץ את האמור בהחלטה.

השגות בעלי הדין

4. עד לדיון בערעור שלפנינו סיפקה המשיבה למשרד הביטחון את המוצרים לפי ההסכם שעשו וממילא פג הצורך בסעד של צו מניעה שביקשה המערערת נגד המשיבים בבית המשפט המחוזי. עתה מבקשת היא לזכות נגד המשיבה בלבד בסעד כספי, במסגרת הליכים שבדעתה לנקוט, ולפיכך העמידה בלב הדיון בערעור רק את השאלה אם הוראת הסעיף היא בגדר הסדר כובל, על מנת שהכרעתו של בית המשפט המחוזי בשאלה תבוטל ולא תהיה לה למכשול. ממילא היה המשיב מס' 1 למשיב פורמאלי בערעור.

5. הסדר כובל הוגדר בסעיף 2 לחוק כך:

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) 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".

בצד הגדרתו של ההסדר הכובל פורטו בסעיף 3 לחוק הסדרים שונים שהוצאו מגדר ההגדרה שבסעיף 2 לחוק. אחד מהסדרים אלה, שהוא הצריך לענייננו, כלול בסעיף קטן (8) :

"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 לנוהגים סבירים ומקובלים" ;

עוד יצוין כי לפי סעיף 4 לחוק נאסר הסדר כובל שלא ניתן לו אישור או היתר על ידי בית הדין להגבלים עסקיים, או על ידי הממונה על הגבלים עסקיים.

סעיף 47 לחוק עושה הסדר כובל לפילי בכך שהוא מורה, בין היתר, כי מי שהיה צד להסדר כובל שלא אושר או שלא ניתן לו היתר, דינו ענישה.

6. לטענת המערער, בתמצית, לא היה מקום לקבוע בנסיבות העניין שהוראת הסעיף היא בגדר הסדר כובל, מן הטעם שלא הונחה תשתית שבעובדה המעידה שהסעיף פוגע בתחרות החופשית וכן מן הטעם שאין לראות את המשיבה כ"מנהלת עסקים" בתחום הייצור של תחליפי בשר מן הצומח. לפיכך לא חלות עליה הוראות סעיף 2 לחוק. לחלופין טענה שיש לפרש את הסכם הפרישה כהסכם שלפיו נמכר למערער עסק מוצרי הטבעול בשלמותו ולפיכך, מכוח הוראות סעיף 8(3) לחוק, אין כאן הסדר כובל.

המערערת הוסיפה וטענה כי המשיבה מנועה מלטעון נגד תוקפו של הסעיף משום שקיבלה על עצמה התחייבות רצונית מודעת, שהתנערות ממנה היא בגדר חוסר תום לב בקיום הסכם הפרישה, לפי סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן: "חוק החוזים"). לחלופין, אפילו אם הוראת הסעיף היא בלתי חוקית, מכוח סעיף 4 לחוק, ולפיכך בטלה מכוח סעיף 30 לחוק החוזים, יש לאוכפה על פי שיקולי צדק, כאמור בסעיף 31, סיפא, לחוק החוזים.

7. טענותיה העיקריות של המשיבה היו כי המערערת מושתקת מלטעון שאין תשתית שבעובדה לכך שהסעיף פוגע בתחרות החופשית משום שהסכימה שבית המשפט המחוזי ייתן את פסק דינו בלי שמיעת ראיות. המשיבה אימצה את מסקנתו של בית המשפט המחוזי בדבר תחולתו של סעיף 2 לחוק על הסעיף וכן את מסקנתו כי למערערת לא עומדת הוראת סעיף 3(8) לחוק משום שבמקרה הנדון לא הייתה מכירה של "עסק" בשלמותו".

עוד טענה שאין לאכוף את הסעיף משום שהוא הסדר כובל ולפיכך אינו חוקי ; מכל מקום, אין מניעה שצד להסדר יטען נגד חוקיותו. לחלופין טענה כי הוראת הסעיף מהווה הגבלה חמורה ובלתי סבירה על חופש העיסוק שלה ולפיכך יש לבטלה.

הדיון בהשגות

תכליתו של החוק

8. ראשיתה של החקיקה שבאה להסדיר את ההגבלים העסקיים בישראל בחוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט-1959 (להלן - "החוק הראשון"), שקדם לחוק. על מטרתו של החוק הראשון עמד השופט (כתוארו אז) א' ברק בדבריו:

"מטרת החוק, כפי שהיא עולה מלשונו, ממבנהו ומההיסטוריה החקיקתית, היא לאסור הסדרים כובלים, **הפוגעים בטובת הכלל**... 'מגמת החוק היא לפנות את הדרך לפעילות כלכלית חופשית, על-ידי סילוק מכשולים המונעים פעילות כזאת' (בג"צ 231/61, בעמ' 326 - השופט לנדוי). גישתו של המחוקק היא, **שתחרות חופשית פועלת לטובת המדינה**, ויש בה כדי להעמיק את החופש המשפטי הכלכלי של הפרט" (בג"צ 47/83 תור אור (ישראל) בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים ואח', פ"ד לט(1) 169, 178) (ההדגשות שלי – י"ט).

את מטרות החוק הראשון הסביר גם השופט ד' בכור, שניהן כיושב ראש המועצה להגבלים עסקיים - שקדמה לבית הדין להגבלים עסקיים - במאמרו "הרהורים בחוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט-1959":

"חוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט-1959, מטרתו **להגביל ולפקח על הסכמים והסדרים שיש בהם כדי להגביל את התחרות החופשית בעסקים**;... זהו חוק בשטח הכלכלי המגביל את חופש הפרט לעסוק ולהתקשר כרצונו בתחום הענייניים בהם הוא דן. ישנה בחוק חזרה מתורת הכלכלה הליברלית של אי התערבות בחופש הפרט לעסוק ולהתקשר כרצונו בעסקיו. התפתחות זו היא תופעה בינלאומית בימינו, וכמעט שאין מדינה מפותחת שלא חוקקו בה חוקים שונים להגבלת חופש הפרט בעסקיו במידה זו או אחרת...
...מטרת חוקים אלה איננה שלילת חופש הפרט והיזמה הפרטית, שהן חלק בל ינתק מתורות הכלכלה במדינות בעלות משטר קפיטליסטי; מטרת חוקים אלה היא הטלת הגבלות או קביעת הסדרים וכללים במידה המינימאלית הדרושה כדי ליצור, עד כמה שאפשר, איזון בין טובת הפרט וטובת הכלל, ולמנוע ניצול לרעה של הכלל על ידי הפרט, כאשר המדובר בניצול מעל ומעבר למה שנראה סביר ומקובל בנסיבות" (ההדגשות שלי – י"ט).

בעקבות המלצות של ועדות שדנו בנושאים המרכזיים של החוק הראשון וכן בעקבות ניסיון הפעלת החוק הראשון במשך השנים נוסחה בשנת תשמ"ד-1983 הצעת חוק חדשה מטעם הממשלה. במבוא להצעה נאמר, בין היתר, כי:

"מגמת התיקונים המוצעים בנושא ההסדרים הכובלים היא בעיקרה הבהרת גבולות התחום שבו מעוניין המחוקק למנוע הסדרים כובלים, תוך **שימת דגש על הפגיעה בתחרות שהיא התוצאה הכלכלית של הסדרים אלו**" (הצעת חוק

ההגבלים העסקיים, תשמ"ד-1983 (להלן – הצעת החוק), בעמוד 39; (ההדגשה שלי – י"ט).

היסוד של מניעת פגיעה בתחרות החופשית - בהקשר של סעיף 2 לחוק, שהוא עיקר דיונו - הודגש גם בדבריו של חבר הכנסת א' לין, יושב-ראש ועדת הכלכלה של הכנסת, שהניח את הצעת החוק על שולחן הכנסת:

"עיקרו של ההסדר הכובל הוא עשיית הסדר שנועד למנוע תחרות, ובדרך כלל הוא פועל נגד הצרכן... בתחום ההסדרים הכובלים השינויים העיקריים הם: **הוכנס במפורש יסוד התחרות כבסיס להפעלת הוראות החוק**"; (ד"כ 111 (תשמ"ח) 4063; (ההדגשה שלי – י"ט)).

עינינו הרואות כי "נשמת אפיו" של החוק היא ההגנה על הציבור על ידי מניעת פגיעה בתחרות החופשית, תוך איזון נאות בין טובת הפרט וטובת הכלל, ויותר משהוא בא לתקוף – את ההסדרים והפעולות שהחוק פוסל – בא הוא להגן על הציבור, וכך יש לבחון אותו.

סעיף 2 לחוק – הערות כלליות

9. העיון בנוסחו של סעיף 2 לחוק הראשון מראה כי הסדר כובל הוגדר ככזה, כאשר "הוא הסדר בין בני אדם המנהלים עסקים הבא למנוע או להגביל במפורש או מכללא את אחד הצדדים להסדר באחד העניינים" שפורטו שם, ורק באלה. לעומת זאת, בסעיף 2 לחוק, שצוטט לעיל, חולקה ההגדרה לשני חלקים: בחלקה הראשון, כאמור בדברי ההסבר להצעת החוק, הורחבה ההגדרה מעבר לרשימת הנושאים שהיו בה בחוק הראשון, והודגשה "... הפגיעה בתחרות הנובעת מהסדרים כובלים בכך שהוספה בסעיף קטן (א) הוראה כללית, לפיה כל הסדר שיש בו מניעה או הפחתה של תחרות ייחשב הסדר כובל" (הצעת החוק, בעמ' 42). בחלקה השני הובא פרוט: "בסעיף קטן (ב) באה רשימה של נושאים שבהם השלכת ההסדר בין הצדדים על צמצום התחרות אינה מוטלת בספק. הסדרים אלה יראו כהסדרים כובלים מבלי שיהיה צורך לבחנם בכל מקרה לאור המבחן הכללי האמור" (שם). רשתו של סעיף 2(א) לחוק נפרשה, אפוא, על כל המרחב של ההסדרים העלולים למנוע או להפחית תחרות בעסקים, כאשר יש לבחון, בכל מקרה נתון, אם ההסדר נתפס ברשת. בצידה נפרשה רשתו של סעיף 2(ב) לחוק הלוכדת בחרמה - ללא צורך בבחינה מיוחדת כזאת - את ההסדרים שפורטו בחלק זה של הסעיף. אולם, תנאי יסודי, מעין "תנאי סף", לפרישתה של הרשת הראשונה או של הרשת השנייה, הוא שההסדר נעשה "בין בני אדם המנהלים עסקים". למרות השינויים שנשתנה החוק הראשון על ידי החוק, כאמור לעיל, נשאר תנאי זה בעינו, ללא שינוי. מכאן שיש לבדוק בשלב הראשון, בכל מקרה שבו נטען שהסדר מסוים הוא הסדר כובל, אם מתקיים תנאי זה בעושו של ההסדר.

האם שותפים בשותפות הם "בני אדם המנהלים עסקים"?

10. ההכרעה בערעור שלפנינו אינה מצריכה עיון בכל פניו ובכל משמעויותיו של הדיבור שבו עסקין. דינו בעיון בשאלה אם - לעניין "תנאי הסף" האמור - שותפים בשותפות שעשו ביניהם הסדר הנתפס ברשתו של סעיף 2(א) לחוק, או ברשתו של סעיף 2(ב) לחוק, הם "בני אדם המנהלים עסקים". אמרנו למעלה, כי "נשמת אפיו" של החוק היא ההגנה על הציבור על ידי מניעת פגיעה בתחרות החופשית, תוך איזון נאות בין טובת הפרט וטובת הכלל; וכי יותר משהוא בא לתקוף - את ההסדרים והפעולות שהחוק פוסל - בא הוא להגן על הציבור. 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 אינו בא למנוע הגנה על השותפים איש כלפי רעהו. זאת ועוד, ענינו של הסעיף הן הגבלות המוטלות על עסקים נפרדים, הפועלים בשוק בנפרד, שעוקצה 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 פורמאלית 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. בין היתר משתמע הדבר מהוראותיה של פקודת השותפויות [נוסח חדש], תשל"ה-1975, ובעיקר מסעיפים 29 ו-39 לפקודה:

"29. חובתם של שותפים היא לנהל את עסקי השותפות לתועלת המשותפת, להיות ישרים ונאמנים איש עם רעהו ולמסור לכל שותף או לבא כוחו חשבונו נכונים ומידע שלם בכל עניין הנוגע לשותפות".

"39. שותף המקיים בלי הסכמת השותפים עסק הדומה במהותו לעסק השותפות ומתחרה בו, חייב ליתן לשותפות דין וחשבון על כל הרווחים שעשה באותו עסק, ולשלם לשותפות".

דומה שהגיון זה עמד גם לנגד עיני מחוקקיו של החוק שהוציאו מגדרו הסדרים מסוימים שפורטו בסעיף 3 לחוק, שעליו נעמוד להלן, שאחת התכונות המאפיינות אותם היא זיקה מיוחדת בין הצדדים להסדר (ראו, לדוגמא, סעיף 3(5) לחוק שענינו "חברה וחברת בת" שלה).

11. נשאלת השאלה אם כוחם של דברים אלה יפה גם כאשר מדובר בהסדר בין שותפים בשותפות מתפרקת, או בין שותף פורש לבין השותפים הנשארים, שלכאורה חדלו להיות מי שמנהלים עסק אחד, והם כמי שמנהלים עסקים נפרדים. אולם, לדעתי, גם כאן התשובה היא חיובית. 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.

האם הסעיף הוא הסדר כובל?

12. כאמור, הסעיף הוא הסדר בין שותפים בשותפות עסקית אחת. לפיכך לא מתקיים בו תנאי הסף של הסדר בין "בני אדם המנהלים עסקים". לאור המסקנות דלעיל, אין העובדה שנכלל בהסכם הפרישה, שלפיו פרשה המערערת מן השותפות, מעלה או מורידה.

חיזוק נוסף למסקנה שיש לראות בסעיף הסדר בין שותפים בשותפות, למרות פרישתה של המערערת, מצוי בכך שהסעיף לא בא לעולם רק עם פרישתה של המערערת מן השותפות, אלא כבר עם הקמתה. בהסכם הקמת השותפות נקבע בפרוש, בנוסח דומה, כי:

"29.3 במשך 5 שנים לאחר חיסול השותפות..."

29.3.1 אילון מתחייב שלא לעסוק, בין במישרין ובין בעקיפין, בייצור מוצרי טבעול, ו/או ייצור מוצרים הדומים להם מהותית, לרבות שיווק או הפצת מוצרים כאמור.

29.3.2 טבעול ולוחמי הגטאות מתחייבים, יחד ולחוד, בין במישרין ובין בעקיפין, שלא לעסוק בייצור מוצרי סורימי ו/או במוצרים הדומים להם מהותית לרבות שווק או הפצת מוצרים כאמור."

שורשיו של הסעיף אינם נעוצים, אפוא, בהסכם הפרישה, אלא בהסכם הקמת השותפות. ההסדר שנקבע בו, על כל ההגבלות הכלולות בו, היה אחד מן היסודות שעליהם כוננו הצדדים את השותפות. הוא חלק בלתי נפרד מיחסי השותפות ומן ההנחות שעל פיהן הוקמה. מותר להניח כי אילו ידעה המערערת בעת הקמת השותפות שהידע המיוחד שלה, שאותו הביאה עימה לעסק המשותף, לא יישמר בידיה עם פרישתה מן השותפות, או עם פרוקה, לא הייתה מתקשרת בהסכם הקמת השותפות. גם מטעם זה אין לראות בסעיף הסדר בין בני אדם המנהלים עסקים.

התוצאה היא שהסעיף אינו בגדר הסדר כובל. די בכך כדי לבטל את פסק דינו של בית המשפט המחוזי.

האם מוציא סעיף 3(8) לחוק את הסעיף מגדר הסדר כובל?

13. כאמור לעיל, נתן בית המשפט המחוזי את דעתו גם על השאלה אם הסעיף הוא הסדר כאמור בסעיף 3(8) לחוק, שאינו נחשב הסדר כובל לפי סעיף 2 לחוק. על כך השיב בשלילה. נחזור כאן על נוסחו של סעיף 3(8):

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

בית המשפט המחוזי סבר כי במקרה הנדון לא נמכר למערערת עסקה של השותפות "בשלמותו", אלא רק חלק מן העסק – ייצור מוצרי הטבעול – משום שכאן "שניים מסכימים ביניהם כי אחד מהם לא יעסוק במוצר מסוים" (ההדגשות שלי – י"ט). אין דעתי כדעתו. את הדיבור "עסק" שבסעיף 3(8) לחוק יש לקרוא לאור ההגדרה שבסעיף 1 לחוק, לאמור:

"עסק" – עיסוק בייצור נכס, במכירתו, בשיווקו, ברכישתו, ביבואו או ביצואו, וכן עיסוק במתן שירות או בקבלתו";

דהיינו, בסעיף 3(8) מדובר בהתחייבות של אדם המוכר "עיסוק בייצור נכס" – להבדיל מייצור נכסים – "במכירתו, בשיווקו וגו'". מכאן, שאם 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. יש לבדוק, אפוא, בכל מקרה שבו מתעוררת שאלת תחולתו של סעיף 3(8), אם מדובר במכירת חטיבה שלמה כזאת.

14. העיון בסעיף 4 להסכם הקמת השותפות מראה כי המתקשרים הסכימו להקים שותפות ש"תנהל מפעל שיעסוק בפיתוח, ייצור ושיווק של מוצרי סורימי ובפיתוח, ייצור ומכירה של מוצרי טבעול". נקבע בפירוש, בסעיף 11.1, כי "כל צד יהיה אחראי לממן לשותפות, בעצמו ומאמצעיו, את הקמת קו הייצור באחריותו". עוד נקבע בסעיף 13 להסכם כי השקעות נוספות ובלתי צפויות בקווי הייצור יוטלו אף הן על

הצד שאותו קו ייצור הוא באחריותו. 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; שבמסגרת כל אחד מהם פעל קו ייצור נפרד שהיה באחריותו של הצד שהביא אותו עימו, כבני זוג שכל אחד מהם מביא "נדוניה לשידוך". עיסוקה של המערערת במוצרי טבעול במסגרת פעילותה של השותפות היה, אפוא, בעל מאפיינים של חטיבה עצמאית. ראוי לציין כי המערערת גם נקטה הליכים לצורך אישורו של קו הייצור שלה כ"תכנית מאושרת" על פי החוק לעידוד השקעות הון, תשי"ט-1959, שהיו נפרדים מן ההליכים שנקטו לצורך אישורו של קו הייצור השני. אותה רוח שורה גם על הסכם הפרישה, אשר בסעיף 7 שלו נקבע כי המערערת תהיה זכאית לרכוש את כל הציוד לייצור מוצרי טבעול, וכן נכלל בו סעיף 8.2 שמטרתו אחת - ייחוד הזכות לעסוק במוצרי טבעול, במשמעות ההגדרה שבסעיף 1 לחוק, למערערת לבדה.

לאור האמור לעיל יש לראות את פרישתה של המערערת מן השותפות, תוך שהיא נוטלת עימה את הזכות לעסוק בעיסוק זה, כאילו היא מי שרכש מאת השותפות את העסק של מוצרי הטבעול בשלמותו, כמשמעות דיבור זה בסעיף 3(8) לחוק.

15. נשאלת השאלה, העולה מתוך הסיפא לסעיף 3(8) לחוק, אם ההתחייבות שבסעיף היא "בניגוד לנוהגים סבירים ומקובלים", או שאיננה כזאת. השאלה לא נדונה בבית המשפט המחוזי ולא הוכרעה, אולם, גם בעניין זה יש להכריע לזכותה של המערערת.

כפי שראינו, הביאה המערערת עימה לשותפות יידע וזכויות שהיו דרושים לייצור מוצרי טבעול, שהיו קניינה וייחודיים לה. מותר להניח שלא הביאה אותם על מנת ששותפיה ינשלו אותה מהם, אלא על מנת שבבוא העת, בהיפרד החבילה, תחזור ותיטול אותם עימה, כאמור בהסכם הקמת השותפות. זאת עשתה בדרך של הטלת התחייבות על המשיבה כאשר פרשה מן השותפות לפי הסכם הפרישה.

במצב דברים זה, ובהעדר ראיות לסתור, יש לראות את הסעיף כהתחייבות שאינה בניגוד לנוהגים סבירים ומקובלים.

16. התוצאה היא שנתקיימו במערערת שני יסודותיו של סעיף 3(8) לחוק ולפיכך לא ייחשב הסעיף כהסדר כובל, אפילו היה נלכד ברשתם של סעיף 2(א) או 2(ב) לחוק. גם בכך די כדי לבטל את פסק דינו של בית המשפט המחוזי.

שיקולי מדיניות

17. השאלה אם יש לנקוט גישה של פרשנות מרחיבה של החוק, הלוכדת ברשתה הסדרים רבים, או גישה של פרשנות מצרה הלוכדת ברשתה הסדרים מעטים, אינה פשוטה, והשיקולים שביסודה של כל גישה מורכבים. בעיני, הגישה הרצויה היא המצרה, כזאת שנקטתי בפסק דין זה, וזאת משלושה טעמים עיקריים. האחד, צמצום תוצאותיה של הקביעה שהסדר הוא הסדר כובל בתחום המשפט הפלילי; השני, העדפת ערכים של תום לב, הגינות ויושר על פני השיקול של ההגנה על התחרות החופשית; השלישי, הכרוך בקודמו, צמצום הפגיעה בוודאות המשפטית על ידי הפחתת מספר המקרים של ביטול חוזה בשל אי-חוקיות הנובעת מן הקביעה שהוא הסדר כובל.

התוצאות של הסדר כובל בתחום המשפט הפלילי

18. סעיף 4 לחוק אוסר הסדר כובל שלא אושר, או שלא ניתן לו היתר זמני או פטור:

4". לא יהיה אדם צד להסדר כובל, כולו או מקצתו, אלא אם כן קיבל מאת בית הדין אישור לפי סעיף 9 או היתר זמני לפי סעיף 13 או פטור לפי סעיף 14, ואם היו האישור, ההיתר הזמני או הפטור מותנים - לפי התנאים שנקבעו בהם."

סעיף 47 לחוק עושה את ההסדר הכובל לפלילי על ידי קביעת ענישה:

"47. א) מי שעשה אחת מאלה:

(1) היה צד להסדר כובל שלא אושר כדין ושלא ניתן לו היתר זמני או פטור לפי סעיף 14;

...

דינו - מאסר שנתיים או קנס שהוא פי עשרה מן הקנס כאמור בסעיף 61(א)(4) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן - חוק העונשין) וקנס נוסף שהוא פי עשרה מן הקנס האמור בסעיף 61(ג) לחוק העונשין..."

מכאן שהסדר הבא בגדרו של סעיף 2 לחוק, שאינו נמנה על ההסדרים שפורטו בסעיף 3 לחוק, ולא ניתן לו אישור, היתר זמני או פטור, הוא הסדר כובל. לא זאת בלבד שאינו חוקי, וממילא בטל, אלא שהצדדים לו עבריינים. ניתן לומר כי פרשנות מרחיבה של ההגדרה שבסעיף 2 לחוק, אינה מתיישבת עם עקרון החוקיות, המחייב חד משמעיות של האיסור הפלילי, ולפיכך יש להעדיף פרשנות מצמצמת. (על עקרון החוקיות ראו ש.ז. פלר יסודות בדיני עונשין (כרך ג', 1992), בעמ' 347-348; ח' ה' כהן המשפט (מהדורה 2, 1996) בעמ' 664-665). יש גם מקום לומר שבין כך ובין כך מובנה בהגדרה חוסר ודאות, הבולט במיוחד בהגדרה הרחבה שבסעיף 2(א) לחוק; משום שהיסוד של פגיעה אפשרית בתחרות, הנזכר שם, אינו חד משמעי והוא תלוי בהשקפתו הכלכלית של המתבונן ובמהות המידע שבידו. עוד יש מקום לומר כי גמישות מסוימת בהגדרתו של האיסור הפלילי - שיש עימה, לפעמים, גם הרחבה - היא, לעיתים, הכרח בל יגונה. כמו שאמר השופט א' גולדברג לעניין עבירת השוחד:

"נראה, כי הגדרה גמישה של עבירת השוחד הינה כורח המציאות, כש"אין גבול לאפשרויות הרב-גוניות שבהן עשוי הדבר (הוא השוחד - א' ג') להתבטא בחיי יום-יום" (ע"פ 150/88 לושי נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(2) 650, 657). עמימות זו היא, על כן, הכרח בל יגונה (ד' ביין, "חוקי היסוד והעבירות הספציפיות" מחקרי משפט (תשנ"ו), בעמ' 256) (ע"פ 8573/96, 8710, 8873, 8901 מרקדו ואח' נ' מדינת ישראל (להלן - "עניין הדיסקונטאים"), בעמ' 499).

עם זאת, אפילו ניזהר שלא "יילכד ברשת מי שהדין אינו חל עליו", ואפילו נעשה שימוש "באמות המידה שמכתיב לנו השכל הישר" (ראו עניין הדיסקונטאים, שם, בעמ' 499 בפסק דינו של השופט גולדברג. על יישום "אמות המידה של השכל הישר" במסגרת האכיפה הפלילית של דיני ההגבלים העסקיים בארצות הברית ראו P.E. 33-34 (Areeda, Hovenkamp *Antitrust Law* (Vol. II), at pp. 33-34), עומדת בעינה הבעייתיות שבהגדרה מבחינת תוצאותיה הפליליות. עמד על כך בזמנו השופט (כתוארו אז) מ' לנדוי לעניין החוק הראשון:

"החוק הישראלי מצטיין בקשיחות יתרה בהוראותיו על הסדרים כובלים : הוא קובע בסעיף 2 רשימה של עניינים ההופכים הסדר בין בני אדם המנהלים עסקים להסדר כובל. רשימה זו מנוסחת במונחים רחבים ביותר. --- לא אטעה אם אומר, שאילו הייתה המדינה מגישה אצלנו אישומים פליליים אפילו נגד חלק קטן מכל העוברים על החוק המתהלכים חפשי, היו התביעה הכללית ובתי- המשפט כורעים תחת הנטל" (ע"א 626/70 שמעוני נ' אולמי לחיים בע"מ (להלן – עניין שמעוני, בעמ' 829).

19. עמדנו למעלה על כך שהחוק הרחיב את הגדרתו של ההסדר הכובל כפי שהייתה בחוק הראשון. על מנת להקטין את פגיעתה של ההרחבה בתחום המשפט הפלילי נתנה בסעיף 14(א) לחוק לממונה על ההגבלים העסקיים סמכות לתת פטור מן החובה לקבל אישור להסדר, וזאת מלבד סמכותו של בית הדין להגבלים עסקיים לאשר הסדר או לתת היתר זמני. בעקבות פרסומה של הצעת החוק נאמר באחד המאמרים שפורסמו :

"אחת הבעיות העיקריות המתעוררות במסגרת החוק הקיים היא השילוב בין האיסור המוחלט על קיום הסדר ללא אישור, המהווה גם עבירה פלילית, ובין ההגדרה הגורפת של המושג 'הסדר כובל'... בהצעת החוק מוצע לפתור את הבעיה הנ"ל על ידי הוספת הליך מינהלי ואזרחי לקביעת חובת הרישום שלפיו יהיה הממונה רשאי לקבוע אם הסדר מסוים הינו הסדר כובל, ועל קביעה זו תהיה אפשרות לערעור --- הפרוצדורה המוצעת תאפשר לחברות לקבל 'חוות-דעת מראש' מאת הממונה על תחולת החוק וליכוון את פעולותיהם בהתאם לחוק". (ל' א' קסטנבאום "הערות והרהורים על הצעת חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ד-1983" בעמ' 455).

אולם, אחרי שנתקבל החוק, הובעה גם דעה אחרת, שהטילה ספק ביעילותם של "פתחי המילוט" שיצר החוק. נאמר כי :

"...יש לזכור, כי הפעלת הסדר כובל ללא אישור בית הדין להגבלים עסקיים היא עבירה פלילית. אמנם, ניתן לבקש אישור בית-הדין, אולם הגשת בקשה, המלווה בעיכוב הפעילות העסקית שהיא מושא הבקשה, כרוכה בהוצאות ובסופה אפשר שההסדר לא יאושר או שיועמדו בפניו תנאים מכבידים." (מ' מזרחי "מיזם משותף כהסדר כובל" משפטים כ"ג (תשנ"ד), בעמ' 215).

לפי שיטתי, המסקנה העולה מתוך מכלול זה של שיקולים, שמקצתם אף סותרים איש את רעהו, ובין היתר לאור חסרונותיהם של "פתחי המילוט" הנזכרים, היא שיש לצמצם ככל האפשר את הגדרתו של ההסדר הכובל על מנת שצדדים תמימים לא יהיו, בבלי דעת, לעבריינים. שיקול אחרון זה עדיף בעיני על ההרתעה הגלומה בענישה. **העדפת הערכים של תום לב, הגינות ויושר על פני ההגנה על התחרות**

20. במשפט האמריקאי רווחת הגישה לפיה האינטרס שבאכיפת דיני ההגבלים העסקיים גובר על האינטרס שבשלילת התנהגותו של צד להסדר המנסה להתלות בטענה של אי-חוקיותו:

“When the plaintiff was himself a willing participant in the unlawful arrangement he now challenges or was himself engaged in an independent antitrust violation that induced the defendant's violation --- the reluctance to grant a treble damage windfall is not grounds for failing to enforce antitrust policy by declaring an illegal contract unenforceable for the future” (Areeda, Hovenkamp supra, at p. 345).

גישה זאת עולה בקנה אחד עם שיקולים שביסוד האסכולה הכלכלית של המשפט; בני אדם עשויים להירתע מלהתקשר בהסדר כובל המיטיב עימם אם יידעו שהצד המתקשר איתם 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. על התנגשות כזאת אמר השופט ש' לוי (כתוארו אז) כי:

“מי שדורש מצד לחוזה להתנהג בתום-לב לא יתייחס בסלחנות לצד אשר יפר חוזה ממניעים של רצון קוניונקטורלי להתעשר על חשבון הצד האחר...”

הגישה החוזית האמורה... מעבירה את הדגש מהסיכון שבנזקי ההפרה אל ההפרה עצמה; יש בה כדי להרתיע צד לחוזה מלהפר את התחייבויותיו על פיו; יש בה כדי להשתלב בתחושת הצדק הרווחת בחברה הישראלית, שעל פיה לא יצא החוטא נשכר. היא אמנם מנוגדת לאסכולה הכלכלית של המשפט, אך תפיסתה של אסכולה זו מתעלמת, לענייננו, מהעובדה, שמדובר בבני אדם בעלי תחושה מוסרית ולא ברובוטים” (ד”ר 20/82 אדרס חומרי בנין בע”מ נ’ הרלו אנד ג’ונס ג.מ.ב.ה., פ”ד מב(1), בעמ’ 237) (ההדגשות שלי – י”ט).

21. בעניין אחר, בדיון בגישות שונות לגבי תובענה ייצוגית, ציין הנשיא א’ ברק כי “המשק שלנו שונה מן האמריקני, והדין אצלנו אינו זהה לאמריקני”. (רע”א 4556/94 טצת נ’ זילברשץ ואח’, פ”ד מט(5), בעמ’ 790). אף אני סבור כך, אולם בענייננו אין זה העיקר.

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 אמיתו של החוזה, אמת עדיפה. לעניין זה יפים דבריו של השופט (כתוארו אז) מ’ אלון שנאמרו, אמנם, בהקשר אחר:

“נראה לי שלאור הכנסת עיקרון תום הלב במערכת המשפט הישראלי, יש לצמצם בצמצום יתר אפשרות ביטולו של חוזה משום שסותר הוא תקנת הציבור, דבר שיש בו משום פגיעה בעיקרון חופש החוזים, כאשר הדבר יכול לבוא על תיקונו על ידי יסום עיקרון תום הלב תוך שמירה על תוקפן המשפטי

של הוראות החוזה". (ע"א 148/77 רוט נ' ישופה בניה בע"מ, פ"ד לג(1), בעמ' 638).

כאשר "...דרגת חוסר תום הלב ואי היושר היא כזו שיש בה משום **נבל ברשות החוק**", או ליתר דיוק משום 'נבל ברשות החוזה', ויש ללכוד את המוכר בתחבולתו ולהפר את עצתו" (דברי השופט (כתוארו אז) מ' אלון שם; ההדגשה שלי – י"ט). ועל כך אמר השופט (כתוארו אז) ח' כהן בדיון בבקשתו של צד להסדר לקבוע כי מדובר בהסדר כובל שדינו בטלות:

"מן הדין היה לדחות את בקשת המשיבה על הסף, באשר לא יישמע צד לחוזה בתביעת ביטולו בשל אי-חוקיותו." (עניין שמעוני, בעמ' 835).

מטעמים אלה, בעיקר מטעמים אלה, יש לנקוט פרשנות מצמצמת שסופה שהיא ממעטת עבריינים וממעטת את אלה שאינם עומדים בדיבורם.

צמצום הפגיעה בוודאות המשפטית

22. על עניין זה, הכרוך כאמור בקודמו, אין צורך להרחיב את הדיבור. 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 ייצאו הכול נשכרים.

סוף דבר

23. לפיכך אני מציע לבטל את פסק דינו של בית המשפט המחוזי ולהצהיר כי הסעיף אינו הסדר כובל.

השופט א. גולדברג:

1. קראתי את חוות דעתו של חברי השופט טירקל, אולם אין בידי להצטרף לדעתו, ודרך הילוכי שונה משלו.
2. בדברי ההסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד-1983 (ה"ח תשמ"ד מס' 1647, בעמ' 39) נאמר על תכליתו של החוק המוצע, כי:

"מגמת התיקונים המוצעים בנושא ההסדרים הכובלים היא בעיקרה הבהרת גבולות התחום שבו מעוניין המחוקק למנוע הסדרים כובלים, תוך שימת דגש על הפגיעה בתחרות שהיא התוצאה הכלכלית של הסדרים אלו".

עו"ד יצחק יגור מונה בספרו (דיני הגבלים עסקיים, חושן למשפט, תשנ"ז, בעמ' 33-38) מספר מטרות העומדות בבסיס דיני ההגבלים העסקיים:

"המטרות הפנימיות - אינהרנטיות של דיני ההגבלים העסקיים ניתנות לחלוקה באופן גס לארבע קבוצות עיקריות:

1. השגת מטרות כלכליות רצויות על ידי הגופים הכלכליים הפועלים במשק ובעקבות כך על ידי המשק כולו.
2. השגת ושמירת מצב של תחרות ערה ונמרצת בענפים השונים במשק.

3. קביעת כללי התנהגות עסקית ותחרות הוגנת ופיקוח אחר השמירה עליהם.

4. מניעת היווצרותם של מוקדי כוח כלכליים במשק העלולים לגרום לעיוות בהקצאת המשאבים וליכולת השפעה לא רצויה גם במגזרים אחרים" (שם, בעמ' 33).

וממשיך הוא ומונה מטרות נוספות:

"בהקשרים שונים, מונה החוק במפורש גם שיקולים לבר-תחרותיים כגון: שיפור מאזן התשלומים של המדינה, מניעת פגיעה חמורה בענף החשוב למשק המדינה, ואפילו מניעת אבטלה כשיקולים שיש לקחתם בחשבון, כאשר על הפרק עומדת השאלה אם לאשר את קיומו של ההגבל העסקי".

בפסיקה ובספרות המקצועית קיימת תמימות דעים כי המטרה העיקרית של דיני ההגבלים העסקיים, כאמור בהצעת החוק, הינה קידום התחרות, או בלשון המלומדים Areeda & Hovenkamp (vol. I), at p.4:

"Today it seems clear that the general goal of the antitrust laws is to promote 'competition' as the economist understands that term. Thus we say that the principal objective of antitrust policy is to maximize consumer welfare by encouraging firms to behave competitively, while yet permitting them to take advantage of every available economy that comes from internal or jointly created production efficiencies, or from innovation producing new processes or new improved products".

אף הממונה על ההגבלים העסקיים בהחלטה בעניין "הסדר כובל בהסכמי הבלעדיות בין חברות הדלק לבין מפעילי תחנות התדלוק" (קובץ החלטות הממונה, כרך א', בעמ' 38) הביע את דעתו, לפיה:

"מטרת חוק ההגבלים העסקיים היא להסיר מכשולים הנערמים בדרכה של תחרות חופשית. מטרה זו תואמת את התיאוריה הכלכלית - כמו גם הניסיון האמפירי - המלמדים שתחרות חופשית במשקים מודרניים היא תנאי - בלעדיו - אין לקידום הפרט והמשק. מטרה זו היא 'כוכב הצפון' שראוי שידריכנו גם בפירוש הוראות החוק וגם ביישומן לנסיבות כל מקרה ומקרה".

גם בבג"צ 47/83 (תור אויר (ישראל) בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים, פ"ד לט(1) בעמ' 178 והמקורות המצוינים שם) אמר השופט (כתוארו אז) ברק, כי:

”מטרת החוק, כפי שהוא עולה מלשונו, ממבנהו ומההיסטוריה החקיקתית, היא לאסור הסדרים כובלים הפוגעים בטובת הכלל”.

ההבחנה, לפיה דיני ההגבלים העסקיים באים להגן על אינטרס הציבור ולא על אינטרס של הפרט, חודדה בפסק דינו של בית המשפט העליון האמריקאי בעניין *Spectrum Sports v. McQuillan* (1993), ובו נאמר ביחס לחוק ההגבלים העסקיים האמריקאי:

“The purpose of the Act is not to protect businesses from the working of the market; it is to protect the public from the failure of the market. The law directs itself not against conduct which is competitive, even severely so, but against conduct which unfairly tends to destroy competition itself. It does so not out of solicitude for private concerns but out of concern for the public interest. See, e.g., *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477, 488, Ct. 690, 697, 50 L.Ed.2d 701 (1977); *Cargill, Inc. v. Monfort 97.Colorado, Inc.*, 479 U.S. 104, 116-117, 107 S.Ct. 484, S 492-493, 93 of 427 (1986); *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 320, 8L Ed 2d 510, 82 S. Ct. 1502 (1962)”.

האינטרס הדומיננטי בדיני ההגבלים העסקיים הינו, אם כן, האינטרס הציבורי ולא אינטרס הפרט, אשר אינו זוכה להגנה, אלא כתוצר לוואי ממימוש האינטרס הציבורי בקיום תחרות.

3. בהקשר לכך יש לציין כי ביסוד חופש העיסוק ”מונח החופש של הפרט... לעסוק בפעילות המשמשת לו בסיס מתמשך לקיום. חופש זה הוא נחלתו של כל פרט... מכאן התוצאה הטבעית - תחרות בין פרטים” (א' ברק, פרשנות במשפט, ג', 597). אולם בצד האינטרס הפרטי הבא לאפשר לפרט לממש את עצמו, קיים גם בהגנה על חופש העיסוק אינטרס ציבורי, הבא לשמור על תחרות חופשית במשק העבודה (ע"א 1371/90 דמתי נ' גנור, פ"ד מד(4) 847, 853; ע"א 901/90 נחמיאס נ' קולומביה סחר ותעשיה, פ"ד מז(1) 252, 263). משמע, כי האינטרס שבחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: החוק) דומה לאינטרס הציבורי שבבסיס ההגנה על חופש העיסוק, ואין סתירה בין החוק ובין חוק יסוד: חופש העיסוק.

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

דוגמא לאופן יישומו של העיקרון בדיני ההגבלים העסקיים ניתן לראות בפסק דינו של בית המשפט העליון בארה"ב בעניין *Fortner Enter, Inc. v. United States Steel Corp.* (1969), אשר קבע:

“An analysis of market shares might become relevant if it were alleged that an apparently small dollar volume of business actually represented a substantial part of the sales for which competitors were bidding. But normally the controlling consideration is simply whether a total amount of business, substantial enough in terms of dollar volume so as not to be merely de minimis...” (at pp. 1257-1258).

נקודת המוצא הינה כי דיני ההגבלים העסקיים לא יעסקו בסוגיה, אשר אין לה השפעה על המשק וזאת כפי שנלמד מההיקף הכלכלי של העסקה הנדונה.

גם באנגליה הוחל עקרון ה- De Minimis בסעיף 21(2) ל- The Restrictive Trade Practices Act, 1976. מכוח סעיף זה, מוקנית ל-OFT (המשרד לסחר הוגן, אשר הינו גוף מנהלי שהוקם מכוח החוק הנ"ל) הסמכות לפטור הסדרים אשר הנם חסרי משמעות לגבי התחרות בשוק, מן הצורך לקבל אישור לקיום ההסדר. בכדי לפשט את ההליך ולהקל על המערכת המנהלית, עוצבו קריטריונים אשר לפיהם מתקבלת ההחלטה האם מדובר בהסכם חסר משמעות, אם לאו. עיצוב הקריטריונים מאפשר לציבור לשקול בעצמו, בהתאם לאותם קריטריונים, האם ראוי להגיש את ההסכם האמור לאישור, או שמא הוא חסר משמעות ועל כן פטור (לעניין זה ראו: Tim Frazer, Monopoly Competition and the Law. The Regulation of Business Activity in Britain, Europe and America, at p. 135).

5. העיקרון המשפטי של "זוטי דברים" אינו זר למשפט הישראלי, אשר אימץ כלל דומה בסעיף 34 יז לחוק העונשין, תשל"ז-1977, הקובע:

“לא ישא אדם באחריות פלילית למעשה, אם, לאור טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי, המעשה הוא קל ערך”.

דוגמא נוספת ניתן לראות בסעיף 4 פקודת הנוזיקין [נוסח חדש] הקובע הגדרה של “מעשה של מה בכך”:

“לא יראו כעוולה מעשה, שאילו היה חוזר ונשנה לא היה בו כדי ליצור תביעה לזכות נוגדת, ואדם בר-דעת ומזג כרגיל לא היה בא בנסיבות הנתונות בתלונה על כך”.

גם בחוק קיים הסדר של פטור מן הצורך בקבלת אישור. סעיף 14(א) לחוק קובע:

“שוכנע הממונה, על פי בקשת הצד להסדר כובל, **שההסדר מגביל באופן לא משמעותי את התחרות בעסקים**, רשאי הוא, בהחלטה מנומקת, לפטור את הצדדים להסדר מהחובה לקבל את אישור בית הדין להסדר” (ההדגשה שלי – א' ג').

פטור זה מבטא אף הוא את עקרון זוטי הדברים, ובמקרים בהם ההסדר מגביל באופן לא משמעותי את התחרות בעסקים, יקבלו הצדדים להסדר פטור מן החובה לאשר את ההסדר. אלא שבנקודה זו עוצר המשפט הישראלי

ואינו קובע מפורשות, כי הסכם אשר הינו כובל על-פי סעיף 2 לחוק, וכבילתו הינה חסרת משמעות כלכלית, הינו מותר, או, לחלופין, פטור מאישור. אולם יש מקום לדעה, כי אין מניעה להחלת עקרון זוטי הדברים בצד הפטור ובנוסף לו, כשביישום העיקרון, של זוטי דברים בדיני ההגבלים העסקיים, יש כדי ליצור הרמוניזציה עם הדין הנהוג עד עתה בנוגע לכבילות בין עובד ומעביד ובין שותפים אשר נפרדה דרכם.

6. מכל מקום, גם אם יש לאמץ את רעיון זוטי הדברים, אין בכך לסייע בידי המערערת במקרה זה. שכן, בנסיבות המקרה דנן, לא ניתן לומר כי מדובר בזוטי דברים, אלא בהסכם שראוי כי ייבחן על פי החוק.

7. סעיף 2(א) לחוק מגדיר הסדר כובל:

"(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".

בנוסף להגדרה הכללית של הסדר כובל כאמור בסעיף 2(א), קובע סעיף 2 (ב) לחוק רשימה סגורה של הסדרים אשר לגביהם קמה חזקה שהם הסדרים כובלים, כדלקמן:

"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".

אם מוכח כי הסדר מסוים נופל במסגרת אחת מארבע החלופות המנויות בסעיף 2 (ב), ניתן להסיק כי מדובר בהסדר כובל. לעניין זה קבע הממונה על ההגבלים העסקיים בעניין הסכמי הבלעדיות בין חברות הדלק לבין מפעילי תחנות התדלוק הנ"ל (בעמ' 39):

"הסעיף קובע מבחן החלטי, לפיו הסדר ייחשב כהסדר כובל אם הוא כולל כבילה בעניין מהעניינים המפורטים בסעיפיו הקטנים. הנחת המחוקק היא **שכבילות בעניינים אלה חזקה עליהן שתפגענה בתחרות, ולכן נקבע שהסדר המכיל כבילות כאלה יעמוד בחזקתו כי הסדר כובל הוא**" (ההדגשות שלי, וכן להלן – א' ג').

גם מדברי ההסבר להצעת החוק (שם בעמ' 41) עולה מסקנה זהה:

"בסעיף קטן (ב) באה רשימה של נושאים שבהם השלכת ההסדר בין הצדדים על צמצום התחרות אינה מוטלת בספק. הסדרים אלה יראו כהסדרים כובלים מבלי שיהא צורך לבחנם בכל מקרה לאור המבחן הכללי האמור".

האמור לעיל מחייב את בחינת ההסדר אל מול החזקות הקבועות בסעיף 2(ב), ורק לאחר מכן, אם ההסדר אינו נכנס למסגרת החזקות, יש לבחון את התקיימות תנאי סעיף 2(א). כל שיש להראות הוא, כי ההסדר הינו חלק מן החזקות המנויות בסעיף 2(ב), ואין צורך להוכיח פגיעה בתחרות, שכן זו אינה מוטלת בספק (ראו: החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים בעניין התקשרויות לאספקה ורכישה של קמח כשר לפסח תשנ"ד, קובץ החלטות הממונה, כרך א' 57, 62; ה.פ. 158/96, המ' 1135/96 פז חברת נפט בע"מ נ' תחנת דלק סביון בע"מ, לא פורסם).

8. סעיף 2(ב) לחוק מקים, כאמור, חזקה בנוגע לקיומו של הסדר כובל. אך עדיין יש להכריע אם במקרים הנופלים במסגרת חלופות הסעיף, קמה חזקה חלוטה בדבר קיומו של הסדר כובל, או שמא מדובר רק בחזקה לכאורה. המקורות שהבאנו לעיל מלמדים, כי מדובר בחזקה חלוטה. דעה דומה הציג גם בית המשפט המחוזי בערר 1/97 (איסכור שירותי פלדות בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, לא פורסם), בקבעו:

"אמנם עלולה לעלות במקרה כזה השאלה האם אין בפנינו כבילה... כמשמעה בסעיף 2(ב) לחוק, שאז ייחשב הסדר כזה להסכם כובל, אפילו יוכח שאין בו כדי לפגוע בתחרות (בניגוד להסדר כובל מכוחו של סעיף 2(א) לחוק)" (סעיף 44 לפסק דינו של השופט י' עדיאל).

עו"ד יגור (בספרו הנ"ל, עמ' 130) אף הוא בדעה, כי:

"מדובר בחזקות חלוטות, אשר אינן מותירות פתח לנסות ולהוכיח את היפוכן".

9. במשפט האמריקאי ניתן לראות דוגמאות לחזקות דומות שבחוק, אשר הן חזקות חלוטות (The Clayton Act, 1914. s.3; The Sherman Act, 1890, ss.1). בית המשפט העליון האמריקאי הסביר את יתרונות קיומן של חזקות חלוטות בתחום זה בפסק דינו בעניין Continental TV Inc. v. GTE Sylvania, Inc. (1977) at p. 50:

"Per se rules thus require the court to make broad generalizations about the social utility of particular commercial practices. The probability that anti-competitive consequences will result from a practice and the severity of those consequences must be balanced against its pro-competitive consequences. Cases that do not fit the generalization may arise, but a per se rule reflects the judgment that such cases are not sufficiently common or important to justify the time and expense necessary to identify them. 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..."

מן האמור בולטים שני יתרונות בקיומן של חזקות חלוטות בתחום זה. הראשון, קיומו של קו מנחה ברור לקהילה העסקית, אשר לפיו היא יכולה לכלכל את צעדיה. היתרון השני - קלות החלת הכלל על-ידי בתי המשפט

בדונם בהסדרים (דוגמאות לקיומן של חזקות בתחום ההגבלים העסקיים גם במשפט האוסטרלי, אשר מוכרות כחזקות חלוטות ראו: סעיף 45 ל - Trade Practices Act 1974 (Cth) וכן S.G. Coronas Restrictive Trade Practices Law, at pp. 39-42).

דומה, כי לאור לשון החוק, הצעת החוק והרציונלים אשר עולים מן המשפט המשווה, החלים גם במערכת הכלכלית הישראלית, נכון לקבוע כי החזקות האמורות בסעיף 2(ב) לחוק הנן חזקות חלוטות, שבהתקיים האמור בהן, מוכרז ההסדר כהסדר כובל.

10. אשר לחזקה האמורה בסעיף 2(ב)4 לחוק, זו קובעת, כי הסדר בו הכבילה נוגעת ל"כמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם" הינו הסדר כובל. בית המשפט קמא קבע בסוגיה זו, כי:

"בסעיף 2(ב)4 נאמר שיראו כהסדר כובל הסדר שבו הכבילה נוגעת בסוגם של הנכסים. הוא שהתחייבה 'שף היס': להימנע מעיסוק ב'מוצרי מזון דמויי בשר המורכבים בעיקרם מחלבון צמחי'. לכן גם אם לא נועדה ההתקשרות למנוע תחרות, על פי סעיף 2(ב)4 נוצרת חזקה שמדובר בהסדר כובל, כאשר יש כבילה הנוגעת בסוגם של המוצרים ששף היס תספק" (סעיף 4 לפסק הדין).

אין מחלוקת בין הצדדים, כי שף היס הוגבלה בייצור מוצרי מזון מחלבון צמחי. הדברים עולים מפורשות מסעיף 8.2 להסכם הפרישה (להלן: תניית הגבלה). ההגבלה האמורה הינה הגבלה על סוג המוצרים שתספק שף היס. לפיכך, מקובלת עלי מסקנת בית המשפט קמא, כי מתקיימת החזקה שבסעיף 2(ב)4. טענת המערערת כי הכוונה שבתניית ההגבלה לא הייתה להגביל את התחרות, אינה רלבנטית כלל לענייננו. סעיף 2 לחוק בודק את תוצאת ההסדר ולא את כוונת הצדדים. מטרת החוק הינה להגן על אינטרס ציבורי, ולכוונת הצדדים להסדר אין שום משמעות בנוגע לאינטרס זה, ואין היא יכולה להוסיף או לגרוע מן התוצאה האמורה.

11. משהגעתי לתוצאה כי ההסדר שבתניית ההגבלה נכנס למסגרת סעיף 2(ב)4 לחוק, קמה החזקה החלוטה כי ההסדר הינו כובל, ואין כלל צורך לבחון אותו לאור תנאי סעיף 2(א) לחוק. במאמר מוסגר אוסיף, כי קביעת בית המשפט קמא כי ההסדר הינו הסדר כובל גם לפי תנאי סעיף 2(א), מקובלת עלי אף היא.

12. לטענת העותרת נכנס ההסדר שבתניית ההגבלה למסגרת הפטור הקבוע בסעיף 3(8) לחוק, לפיו:

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

...(1)

...(2)

...

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

כדי לבחון את קיומו של הפטור על המקרה הנדון יש לעמוד תחילה על הרציונל שבבסיס הפטור, הניתן למכירת עסק, כאמור בסעיף 3(8) לחוק.

בעניין *United States v. Addyston Pipe & Steel Co.* (1898), שהוא אחד מפסקי הדין האמריקאים החשובים בתחום ההגבלים העסקיים, סקר בית המשפט הפדראלי את מקורות המשפט המקובל ביחס לרציונל בהגבלות מעין אלו ובפטורים להגדרת הסדרים כובלים כאסורים, ואמר בעמ' 281:

“In a case of this last kind, *Mallan v. May*, 11 Mees. & W. 652, Baron said: 'Contracts for the partial restraint of trade are Parke not because they are advantageous to the individual with whom upheld, contract is made, and a sacrifice pro tanto of the rights of the but because it is for the benefit of the public at large community, they should be enforced...'. For the reasons given, then, that in partial restraint of trade are generally upheld as valid covenants they are agreements (1) by the seller of property or business when to compete with the buyer in such a way as to derogate from the value of the property or business sold; (2) by a retiring partner not to compete with the firm; (3)...”.

מפסק דין זה עולה כי יש להתמקד ברציונלים הנוגעים לאינטרס הציבורי שבאישור ההגבלה הנלווית למכירה, ולא באינטרסים של הפרטים אשר הנם צד להסדר. יש אינטרס ציבורי במכירת עסקים, וכדי לקדם אינטרס זה יש אף לאפשר הגבלה מסוימת של המסחר במסגרת אותם הסכמי המכירה, כל עוד מטרת ההגבלה לשמור על ערך העסקים הנמכרים לאחר המכירה.

גם המלומד *Crotti*, בנתחו את פסק הדין בעניין *Addyston Pipe & Steel Co.* הנ"ל (*A.F. Crotti Trading* under EEC and US Antitrust Laws) מצביע על אותו רציונל:

“The court had to begin with basics: the simple restraint on a seller of a business not to compete for a period of time with the buyer in the same business which he is selling to the buyer. This seemed fair because the main purpose was the sale of the business and it seemed reasonable that the buyer should be protected against the seller, after the sale, turning round and prejudicing the sale by competing in the same business” (at p. 130).

הרציונל הציבורי שמאחורי הפטור האמור הוא:

“המחוקק הכיר בכך שלגיטימי הדבר שמי שרוכש עסק, על המוניטין שלו, יגביל את מוכר העסק מלהתחרות בו, לאחר המכירה” (יגור בספרו הנ"ל, בעמ' 249).

הרעיון העומד, אם כן, מאחורי הפטור הינו לאפשר חיי מסחר תקינים בכל הנוגע למכירת עסקים על המוניטין שלהם. אדם המוכר עסק משגשג על המוניטין שלו, ולאחר זמן מה מקים עסק מתחרה אשר מסתמך על המוניטין הקודם שצבר, מרוקן מתוכן את עסקת המכירה ופוגע בשווי הכלכלי של הנכס שמכר בכסף מלא.

13. האם מתקיים הרציונל האמור במקרה שלנו (בהנחה שכל שאר תנאי הסעיף מתקיימים? בכדי לענות על שאלה זו, יש לבחון מי הם הצדדים לעסקה ומי בעל המוניטין מבין הצדדים לה. ה"מוכרת" הינה למעשה שף הים וה"קונה" הינה המערערת. הפטור היה חל אם המוניטין היה של שף הים. שכן, לאחר המכירה יש, כאמור, אינטרס ציבורי כי המוכר, בעל המוניטין, לא יתחרה בקונה. אולם כיוון שבמקרה שלפנינו המערערת היא בעלת המוניטין בייצור שניצל מחלבון צמחי, לא "מכרה" שף הים מוניטין כלשהו יחד עם קו הייצור למערערת, ולא חל במקרה זה הרציונל העומד בבסיס הפטור הקבוע בסעיף 3(8) לחוק. לפיכך, אין עוד צורך לבחון את יתר טענות הצדדים לגבי התקיימותו, או אי התקיימותו של הפטור האמור.

14. מאחר שההסדר שבתניית ההגבלה מקים את החזקה האמורה בסעיף 2(ב)(4) לחוק, לפיו הוא הסדר כובל, ומאחר והפטור הקבוע בסעיף 3(8) לחוק אינו חל על המקרה (כמו גם יתר הפטורים הקבועים בסעיף 3), לא נותר אלא לקבוע, כי הסעיף האמור הינו הסדר כובל, האסור על-פי סעיף 4 לחוק. סעיף זה קובע כי:

"לא יהיה אדם צד להסדר כובל, כולו או מקצתו, אלא אם כן קיבל מאת בית הדין אישור לפי סעיף 9 או היתר זמני לפי סעיף 13 או פטור לפי סעיף 14, ואם היו האישור, ההיתר הזמני או הפטור מותנים - לפי התנאים שנקבעו בהם".

ובמקרה דנן לא התקבל אישור לפי סעיף 9 לחוק, או היתר זמני לפי סעיף 13 לחוק.

15. החוק אינו קובע מפורשות את בטלותו של הסדר כובל. אולם לעניין זה מציינת פרופ' ג' שלו (דיני חוזים, בעמ' 359) כי:

"אין קושי לקבוע את פסלות החוזה כאשר החוק קובע מפורשות את אי חוקיותו. אולם מכיוון שברוב המקרים אין החוק כולל קביעה מפורשת כזו, מוטל עלינו לפרש את הוראות החוק וללמוד מתוכו את גורל החוזה המנוגד להוראותיו. השאלה היא אפוא שאלת פירוש החוק, והתשובה לה תינתן, כמו בכל מקרה של פירוש חוק, באמצעות התחקות אחר תכלית החקיקה".

ובהמשך, בעמ' 360:

"השאלה שיש להציג כדי לפתור את בעיית סיווג החוזה היא, לדעתי, השאלה הבאה: האם התכוון המחוקק, באמצעות האיסור הסטטוטורי, לפסול את החוזה המנוגד לחוק, או שמא מספיקה הסנקציה שבה מצויד האיסור לשם הגשמת מטרת החוק. בפתרון שאלה זו יציב בית המשפט את החוזה הקונקרטי אל מול החוק הנדון וישאל את עצמו האם נוגד החוזה את היעדים שהחוק נועד להגשימם, עד כדי כך שיש לפסול אותו".

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 (ראה רע"א 5622/90 (קין רפאלי נ' קמפ ישראל בע"מ, פ"ד מה(2) בעמ' 106).

16. אין לכחד כי העלאת הטענה מצד שף הים על אי-חוקיותה של התניית ההגבלה, מעלה תהיות לגבי תום ליבה. 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.

17. אין באמור לעיל להכריע בשאלה אם יש בידי המערערת להיפרע משף הים בעילה של עשיית עושר ולא במשפט.

על היחס בין תביעה בעילת עושר ותביעה בעילה חוזית עמד פרופ' ד' פרידמן את דעתו (דיני עשיית עושר ולא במשפט, בורסי, 1982, בעמ' 300):

"...במקרים אלה עומדת לנפגע, בדרך כלל, תביעה בגין הפרת חוזה. אולם קיום עילה זו אינו שולל, לדעתי, אפשרות תביעה בעשיית עושר, כשם שקיום עילה בנזיקין אינו שולל אפשרות זו (בהתמלא התנאים הדרושים לכך). השאלה אינה מתעוררת לעתים קרובות, שכן לרוב יוכל הנפגע לבוא על סיפוקו באמצעות תביעה בגין ההפרה. אולם ניתן לתאר דוגמאות בהן תהיה חשיבות לתביעה בעשיית עושר וזאת בעיקר כאשר התביעה בגין ההפרה נשללת משיקולים שאינם מונעים תביעה בעשיית עושר, וכן במקרים בהם עולה הרווח של החייב על הנזק של הנושה".

וכן ראה דבריו של השופט (כתוארו אז) ברק בד"נ 20/82 (אדרס חומרי בנין בע"מ נ' הרלו את ג'ונס ג.מ.ב.ה. דואיסבורג, פ"ד מב(1) 221, סעיף 17 לפסק דינו), כי:

"...אין לקבוע כעניין עקרוני כי מכיוון שבין הצדדים קיים חוזה שהופר, תרופתו של הצד הנפגע בתחום דיני החוזים, ואין הוא זכאי לסעדים מתחום דיני עשיית עושר ולא במשפט".

אפשר, כי במקרה דנן ניתן להחיל את התפיסה האמורה, ולטעון כי המערערת תמחרה בהסכם פירוק השותפות את התחייבות שף הים, כי לא תתחרה בה, ולו הייתה יודעת כי לא כך יהיו פני הדברים, הייתה מתמחרת את העסקה באופן שונה. ייתכן גם ונמנעה מן המערערת, התעשרות הנובעת ממכירת מוצריה, כתוצאה מזכיית המשיבה מס' 2 (חליפתה של שף הים) במכרז של משרד הביטחון ומן התחרות שהיא מציבה לה בתחום אשר לגביו התחייבה שף הים לא להתחרות בה. אולם אין בהעלאת הרהורים אלה כדי לפסוק בדבר.

18. לפיכך, הייתי דוחה את הערעור ומחייב את המערערת לשלם למשיבה מס' 2 שכר טרחת עורך דין בסך 10,000 ₪.

השופט ד' דורנר:

1. במחלוקת שנפלה בין חבריי, השופט טירקל והשופט גולדברג, דעתי היא כדעתו של השופט גולדברג. אף אני סבורה, ומטעמיו, כי יש לדחות את הערעור. עם זאת, אני מבקשת להשאיר בצריך-עיון את קביעתו

בדבר חוסר תום-ליבה של המשיבה; ומה-גם שאפשר להטיל ספק אף בתום-ליבה של המערערות, העומדת על מימוש זכויותיה לפי הסדר כובל הפוגע בציבור. כן אני מבקשת להשאיר בצריך-עיון את סוגיית המהות וההיקף של הסעדים הנתונים מכוח דיני עשיית-עושר-לא-במשפט כנגד צד ש"השתחרר", מחוזה בלתי-חוקי.

2. לפי התפיסה המודרנית של דיני החוזים, יש לאזן בין חופש ההתקשרות והערך שבכיבוד התחייבויות לבין ערכים ואינטרסים אחרים. תפיסה זו היא שהביאה בשנים האחרונות להתערבות נרחבת של המחוקק בחופש החוזים במטרה להגשים מדיניות כלכלית וחברתית. ראו דניאל פרידמן, נילי כהן, חוזים (תשנ"א, בע' 46; גבריאלה שלו, "חופש וצדק בדיני חוזים", שנתון משפט העבודה ו (תשנ"ה) 153, בעמ' 161-163).

איסור ההתקשרות בהסדר כובל ללא קבלת אישור מן המועצה להגבלים עסקיים, מונע התארגנות קרטלית הפוגעת בציבור. ההגנה על הציבור מפני הסדרים כובלים אינה בעלת ערך מוסרי הפחות מן הערך המוסרי שבמימוש התחייבויות חוזיות.

3. חברי, השופט טירקל, על-יסוד תפיסתו המצמצמת את תחולת החוק, סובר כי סעיף 2 לחוק, המגדיר הסדר כובל, אינו חל על שותפות מתפרקת. ואולם, בענייננו, התניה האוסרת על המשיבה לפתח טכנולוגיות חדשות של המוצר המיוצר על-ידי המערערות אינה נוגעת למידע שהיא רכשה ממנה במהלך השותפות, שלגביו נקבעו בחוזה מספר תניות (סעיפים 5.7, 6.2 ו-8.1), שאין חולק על תוקפן, האוסרות על המשיבה שימוש בו. התניה שבמחלוקת נוגעת, כאמור, לפיתוח עצמאי, שאינו קשור לטכנולוגיה שפיתחה המערערות. איסור על פיתוח שכזה פוגע ישירות בציבור הרחב.

ביטול התניה אינו משרת, אפוא, רק את המשיבה, אלא משרת הוא את עניינו של הציבור בכללותו בקיומה של תחרות חופשית. השוו לדברי השופטת נתניהו בע"א 18/86 מפעלי זכוכית ישראלים פניציה בע"מ נ' Les Verreries De Saint Gobain, פ"ד מה(3) 224, בעמ' 232:

"... עצם החיקוי הינו לגיטימי ומותר. יש בו כדי לגרום לתחרות, שבחברה כחברתנו היא נתפסת כחיובית ורצויה, כאמצעי לשיפור האיכות, היעילות העסקית והשירות לצרכן..."

ובהמשך, בעמ' 249:

"דעתי... היא, כי **התחרות**, לא **החיקוי**, היא דבר רצוי. החיקוי המשרת את התחרות הינו לגיטימי".

אשר-על-כן, אני מצטרפת לדעת חברי, השופט גולדברג, כי יש לדחות את הערעור. הוחלט, ברוב דעות, כנגד דעתו של השופט י' טירקל, כאמור בפסק דינו של השופט א' גולדברג.

ניתן היום, ה' בתמוז תשנ"ח (29.6.98).