



האוניברסיטה העברית בירושלים

הפקולטה למשפטים
כתיבה ומחקר במשפט (62121)

כתיבה ומחקר במשפט (62121)

עבודה שנתית

שם הסטודנט : איתי עמרם

מספר ת.ז. : 209046549

נושא הגג : משפט ויחסי כוחות

שאלת המחקר : מהו הדין הקיים בנוגע להתניית אי-תחרות בחוזה עבודה, והאם הוא מאזן כראוי בין תחרותיות המשק, הגבלת חופש התחרות של העובד וההגנה על סודות מסחריים בתעשיית חברות הזנק?

מספר המילים בגוף העבודה (תוכן) : 3,500

מספר המילים בהערות שוליים תוכניות : 398

תאריך ההגשה : 8 במאי 2022

"קיימת דרגה גבוהה של חוסר וודאות בהתדיינות בפני בתי המשפט בישראל, עובדה שיש בה כדי לעודד שימוש בתניות בוררות, גישור וברירת דין זר, ובטווח הרחוק יותר, אם תמשך, היא עלולה להוביל לניתוק בין ההלכות שבספר לבין הפרקטיקה המקצועית". – ד"ר יפעת ארן "דיני חברות הזנק" משפטים נג, 8.

תוכן עניינים

3	מבוא
4	רקע מקדים
4	חשיבות התחרות
4	השלכות תנית אי-תחרות על התחרות והתעסוקה
5	ייחודן של חברות הזנק
6	דין נוהג
6	חקיקה
8	פסיקה
8	עניין צ'קפוינט
10	סיכום ביניים
11	דין משווה
11	קליפורניה
12	מסצ'וסטס
12	שמונת הבוגדים
13	דיון ביקורתי
13	היעדר הסדרה וחוסר וודאות
14	סימני הקבילות מאבדים רלוונטיות בתעשיית ההזנק
15	דין רצוי
17	סיכום
18	ביבליוגרפיה

מבוא

המאמר הבא עוסק בהשפעת הדין הקיים בנוגע לתניית אי-תחרות על תעשיית ההזנק, והשלכותיו על פירמות, עובדים והציבור הרחב מהשפעתו על התחרותיות. ראשית אציג כהקדמה את חשיבות התחרות, השפעת תניית אי-תחרות עליה ועל שוק העבודה, ואלמנטים ייחודיים בתעשיית ההזנק. אחר-כך, אציג הדין הנוהג באמצעות מארג החקיקה ומקרי דגל בפסיקה, שעוצב על-ידה במידה ניכרת. באמצעות השוואת דיננו למצב בקליפורניה ומסצ'וסטס, אדגים השלכותיו של הדין על תעשיות, ואטען שהקונסטלציה הנוכחית אינה מותאמת לתעשיית ההזנק, ממרכיביה הייחודיים, ומהשוונות שבפסיקה. לבסוף, אטען שחקיקה תוכל להסדיר סוגיית אי-התחרות, כסוגייה שפתרונה הכרחי ויבצר כוחה של תעשייה קרדינלית לכלכלה ולנו כחברה.

רקע מקדים

חשיבות התחרות

התפיסה הכלכלית השולטת בכיפה בעולם המערבי היא אסכולת הכלכלה הניאו-קלאסית,¹ שרואה בכלכלה תחרותית תנאי הכרחי למשק אופטימלי.² האסכולה מתייחסת לשוק מושלם כשוק שמקיים תחרות משוכללת, כשלכל צרכן ויצרן היכולת להתקשר בחופשיות עם שאר השחקנים. בתחרות משוכללת מתקיים איזון טבעי בין הביקוש שמיוצר על-ידי הצרכנים להיצע שמיוצר על-ידי הפירמות, כשמחירי השוק זוכים לערכם "הטבעי" כרצון השוק.³

כשמגיחה פירמה חדשה שמצליחה להציע מוצר אטרקטיבי בהיבטי איכות ועלות, צרכנים פונים לשירותיה, והפירמות הקיימות שואפות לחקותה כדי לעמוד בהעדפת הצרכנים העדכנית. כך הצרכנים (כרוב הציבור) זוכים למוצר זול ואיכותי יותר ורווחת הציבור גדלה. לכן לצד חקיקה, בשנים האחרונות מספר וועדות ממשלתיות המליצו על הסרת חסמי יבוא מקטיני היצע כצעד שיטיב עם עלות ואיכות המוצרים בישראל, בדומה למתקיים במדינות מפותחות בעולם.⁴

השלכות תנית אי-תחרות על התחרות והתעסוקה

התניית אי-תחרות (להלן התניה) היא התחייבות משפטית מחייבת בחוזה ההעסקה, המחייבת עובד שלא להתחרות במעסיקו או בעל פירמה לשעבר מלהתחרות ברוכשה מסוף התקשרותם, באמצעות הקמת עסק מתחרה או תחת מתחרה קיים.⁵ מכך, התניה פוגעת בהיצע וכתוצאה מכך בתחרות.⁶ ראשית היצע העובדים הזמין לפירמות קטן ועימו יכולתם להתרחב ולהתייעל בזכות דיות ידע מקצועי.⁷ שנית התניה מצמצמת את היצע היצרנים, כשמעובדים מוכשרים ומנוסים נמנעת היכולת להקים פירמה עצמאית שתניב תוצר משופר לציבור.⁸

התניה פוגעת בחופש-העיסוק, מקצועם ומעמדם של העובדים. ראשית, מאיסור המעבר לפירמות אחרות, מוצבת בפני העובד הבחירה בין תקרת הזכויות שבמסגרת עיסוקו בפירמה הנוכחית, לבין עזיבת המקצוע. שנית, מאיסור הקמת פירמה מתחרה, נפגע מעמד עובד המבקש להפוך לעצמאי, כשנמנעת שאיפתו למימוש עצמי במשלח-ידו.⁹

מנגד, התניה מעודדת מתן הכשרה יקרה לעובדים ומגנה על סודות מסחריים.¹⁰ כשהמעסיק יודע שהעובד מוגבל מלהתחרות כנגדו, עולה המוטיבציה להכשרה איכותית מהיעדר החשש שההכשרה

¹ George J. Stigler, *Perfect Competition, Historically Contemplated*, 65 *Journal of Political Economy* 1, 2 (1956).

² Shelby D. Hunt & Robert M. Morgan, *The Comparative Advantage Theory of Competition*, 59 *Journal of Marketing* 2, 4 (2022).

³ Luis Makowski & Joshep M. Ostroy, *Perfect Competition and the Creativity of the Market*, 39 *Journal of Economic Literature* 2, 508 (2001).

⁴ משרד הכלכלה הוועדה להגברת התחרות והסרת חסמים בתחום הייבוא (2014); ועדת ההיגוי להמלצות על הסרת חסמים ליבוא אישי דו"ח ועדת העבודה והמלצותיה (2017); משרד הכלכלה חסמי אסדרה המגבילים יבוא טובין (2014).

⁵ דיויד גילה "לקראת מדיניות משפטית חדשה כלפי תניות אי-תחרות עיוני משפט כג 63, עמ' 64 (2000) (להלן: גילה).

⁶ גילה, לעיל הי"ש 5, 77.

⁷ גילה, לעיל הי"ש 5, 94.

⁸ גילה, לעיל הי"ש 5, 78.

⁹ גילה, לעיל הי"ש 5 74-72.

¹⁰ גילה, לעיל הי"ש 5, 68.

וסודות פיתוחו התעשייתיים ישמשו את מתחריו הקיימים והעתידיים.¹¹ כך המעסיק זוכה לוודאות עסקית, אינו צריך למדר את עובדיו, וזוכה להנות מפירות הכשרתם. כשהעובד זוכה להכשרה יקרה ואיכותית, שמאפשרת קפיצת מדרגה מקצועית ותשמשו בעתיד.¹²

התניה מגנה על פירמות מפירמה "טורפנית", כפירמה גדולה שבאמצעות "החרמת מוחות" מחסלת תחרות ומתחרים. התניה חיונית לפירמות חלשות וחדשות, כשהפירמה נהנית מוודאות תעסוקתית המסייעת לצמיחתה.¹³

ייחודן של חברות הזנק

לחברות הזנק מודל תעסוקתי ייחודי.¹⁴ החברות מוקמות באמצעות הון סיכון שמושקע ברעיון חדשני, כשהמוטיבציה להשקעה נובעת מהציפייה שהבשלתו תניב תשואה מהותית שמצדיקה הסיכון.¹⁵ לצד הון אנושי כמייסדים שמשמשים כעובדים "זוטרים" בחברה,¹⁶ ונעזרים בהון למימון פעילותם השוטפת. המבנה הארגוני ייחודי בכך שנמנע מהיזמים-בעלים להזיל חלקם כיוון שהחברות לא סחירות ומהסכמה הדדית.¹⁷ ולפיכך מעמד העובד בחברת הזנק שונה מבחברה "קלאסית" משותפותו בבעלות החברה ומהשפעתו עליה, כשחוזי ההתקשרות בין הצדדים משלבים חוזה למכירת עסק וחוזה העסקה.

משטרם הבשיל המוצר לא אפשרית הגנתו באמצעות דיני פטנטים, ולחברות אין רווחים כשכל הונן מוזרם לפיתוחו. גיוס עובדים ומשקיעים נעשה באמצעות מתן אופציות שניתנות דרך לוח הבשלה,¹⁸ ושאינן שוות ערך ממשי בקבלתן. לעומת חברות הזנק "בדימוס" שמוצרן הבשיל כמייצר הכנסה שמאפשרת גיוס עובדים דרך תמורה כספית קיימת.¹⁹

לחברות הזנק נתח כלכלי עצום מהשוק ביחס לגודלן בישראל, ומהתחומים הבודדים שבהם לישראל יתרון יחסי מובהק בעולם, כמובילת שיעור השקעות הון סיכון ומספר חברות הזנק לנפש, ואחוזי ההשקעות הון סיכון לתוצר.²⁰ לפיכך, התעשייה מהווה קטר כלכלי שצמיחתו ומיסויו תורמים רבות לקופת המדינה.

¹¹ גילה, לעיל ה"ש 5, 68-69.

¹² גילה, לעיל ה"ש 5, 68.

¹³ גילה, לעיל ה"ש 5, 70; צמיחתה מסייעת לתחרות בהפיכתה לחסם שמונע מהשוק להפוך למונופוליסטי, כתהליך שפוגע בכלל הציבור.

¹⁴ יפעת ארן "דיני חברות הזנק" משפטים נג, 24 (2022) (להלן: ארן).

¹⁵ ארן, לעיל ה"ש 14, 11; גילאי דולב "הסיכון השתלם, ובגדול" Ynet (03.11.04) (להלן: דולב).

¹⁶ מאפייני המימון של חברות ההייטק בישראל (2020) (להלן: בנק ישראל); בנק ישראל ניתוח חטיבת המחקר בבנק ישראל: אחרת ובמרבית המקרים החברה תיסגר ועובדיה ישתלבו בחברות אחרות בתעשייה; ארן לעיל ה"ש 14, 11.

¹⁷ ארן, לעיל ה"ש 14, 17.

¹⁸ ההשקעה מהווה הבעת אמון ברעיון ומכך בהון האנושי, ולכן חוזי ההתקשרות אוסרים מכירת בעלות עצמאית לצד שלישי; ארן לעיל ה"ש 14, 13-12.

¹⁹ מנגנון חלוקת מניות כתלות במשך עבודת העובד והיזם. לרוב המנגנון נפרש לארבע-שנים כשרבע מהמענק מבשיל לאחר שנה, ואחריה חלק מהשארית מבשיל כל תקופת זמן. ליזמים לוח הפוך, כשמרבית המניות ניתנות בראשית, ולחברה הזכות עד ארבע-שנים מסבב ההשקעה הראשון לקנות בחזרה מניות מעזיבת היזם; ארן לעיל ה"ש 14, 25.

²⁰ בנק ישראל, לעיל ה"ש 15, 2; אף שגם בחברות הזנק לשעבר ניתנות אופציות לעובדים.

²⁰ בנק ישראל, לעיל ה"ש 15, 1; ארן לעיל ה"ש 14, 4-2; ISRAELI-FOUNDED UNICORNS, TECHAVIV, (14.04.2022), [Unicorns — TechAviv](https://unicorns-techaviv.com/).

עולם חברות ההזנק מאופיין ברתיעה מהגעה לערכאות. ממשקל המוניטין העסקי בתעשייה מבוססת אמון ומשהיזמים ומשקיעי ההון שחקנים חוזרים,²¹ לעת סכסוך הצדדים נוטים לפנות לבוררות ולהימנע מהגעה לבית-המשפט.

דין נוהג

אידיאולוגיה מהפך ומהפכה השפיעו על חופש העיסוק כזכות אדם לעסוק בכל משלח-יד, שהוכרה בפסיקה עוד בשנות החמישים כזכות-יסוד,²² כשנקבע שמותר כל עיסוק שלא נאסר בדין. מאידך, התקיים פער אידיאולוגי בין רטוריקת הערכאות לעשיית המחוקק בנוגע לחופש העיסוק, כשהכנסת פעלה להגבלתו,²³ ובית-המשפט הדגיש חשיבותו.²⁴

חקיקה

ס. 254(3) **לחוק החברות** עוסק בחובת האמונים של נושא משרה לחברה,²⁵ וקובע שאינו רשאי לממש הזדמנות עסקית של חברה לטובתו האישית.²⁶ **בעניין דהן**, נתבע שותף על-ידי משנהו בגין גזל הזדמנות עסקית מהחברה, כשהנתבע רכש מערך כספומטים בעצמו ולא באמצעות החברה.²⁷ מכיוון שפעילות הכספומטים אינה מתחרה בפעילות החברה שעוסקת במודיעין אזרחי, נקבע שלנושא משרה מותר לנצל הזדמנויות עסקיות פרטיות ככל שאינן שייכות לחברה.²⁸ ובנוסף שהזדמנות תוגדר כשייכת לחברה מהסכמות הצדדים בנוגע לתחום פעילותם המשותפת. מהיעדר הסכמה, תיבחן הפעילות בפרשנות תכליתית וההזדמנות במבחן קנייני ותחרותי.²⁹

בעניין אינטגריטי,³⁰ שתי חברות הקימו חברה שלישית בשם דופל, לפיתוח מוצר להגנת מידע פנים ארגוני. בחלוף זמן גורם חיצוני פנה לשלושה מארבעת מייסדי דופל והציעם להצטרף למיזם אחר בתחום, אלו נענו וייסדו את חברת ארמרון. השותף הרביעי תבע את המצטרפים בעילת הפרת חובת אמון ופגיעה בסודות מסחריים המוגנים בתניית אי-תחרות. בית-המשפט **דחה טענתו** שארמרון

²¹ ארן, לעיל הי"ש 14, 4.

²² לחירות שורשים בתפיסה תועלתנית-כלכלית לפיה כלכלת שוק יעילה מנצלת משאב במקום שמקנה לו הערך הגבוה ביותר, כשהגבלת חופש העיסוק מגבילה ניידות תעסוקתית ולפיכך שימוש מיטבי במשאבי החברה; בג"צ 49/1 **בז'רנו נ' שר המשטרה**, פ"ד ב 80 פ"ס 5 לפסק דינו של השופט חשין (1949); בג"צ 1683/93 **יבין פלסט נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד מז(4) 702 פ"ס 8 לפסק דינו של השופט ברק (1993) (להלן **עניין טועמה**); בג"צ 6601/96 **AES נ' סער**, פ"ד נד(3) 850 פ"ס 11 לפסק דינו של השופט ברק (2000) (להלן **עניין סער**).

²³ סעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק; חוק הפסיכולוגים, תשלי"ז-1977; חוק העיסוק באופטומטריה, תשנ"א-1991; חוק הרופאים הווטרינרים, תשנ"א-1991; חוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות, תשנ"ה-1995; חוק המתווכים במקרקעין התשנ"ו-1996; חוק העובדים הסוציאליים, תשנ"ו-1996; חוק שמאי מקרקעין, תשס"א-2001. איל זמיר "תקנת הציבור" (הרצאה במסגרת קורס דיני חוזים, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית 05.04.2022) (להלן **זמיר**).

²⁴ בג"צ 337/81 **מיטרני נ' שר התחבורה**, פ"ד לז(3) 337, פ"ס 9 לפסק דינו של השופט שמגר (1983); בג"צ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367 פ"ס 9 לפסק דינו של השופט ברק (1997); בישראל כשלושה עשורים שלטה מפלגה סוציאליסטית בעלת זיקה למניפסט הקומוניסטי, בעוד שמרבית שופטי בית-המשפט העליון הגיעו ממערב-אירופה ומאמצות-הברית, כרגילים לרעיון השוק התחרותי. הכנסת לעומת בית-המשפט, רגישה יותר להשפעת ארגוני שדלנות, שקידמו אינטרסים של איגודים להגבלת התחרות בתחומם. לכן, תחת המפלגה עיקר החקיקה שעסקה בחופש העיסוק התמקדה בהבטחת זכויות העובדים להעסקה הוגנת, והצבת חסמי כניסה למקצועות החופשיים. בשנת 1977 נבחרה מפלגה ליברלית בהשוואה לקודמתה והרוב לחקיקה סוציאלית התפוגג, כשמגמת המחוקק החלה לעודד תחרות בשנת 1988 מחקיקת חוק התחרות הכלכלית, ובשנת 1992 מחקיקת חוק-יסוד חופש-העיסוק; **זמיר**, לעיל הי"ש 23.

²⁵ חוק החברות תשנ"ט-1999.

²⁶ סעיף 254 לחוק החברות תשנ"ט-1999.

²⁷ תני"ג 14-07-61475 **דהן ואח' נ' דהן ואח'** (פורסם בנבו, 16.05.2019) (להלן **עניין דהן**).

²⁸ **עניין דהן**, לעיל הי"ש 27, פ"ס 13 לפסק דינה של השופטת רונן.

²⁹ הראשון בוחן שימוש במשאבי החברה כזמן עבודה, מוניטין וידע. השני האם מימושה יוביל להתחרות בחברה.

³⁰ ת"א (ת"א) 65217-06-15 **אינטגריטי תוכנה 2011 בע"מ נ' גונן** (פורסם בנבו, 08.02.2018) (להלן **עניין אינטגריטי**).

משתמשת בסודות דופל, מהיעדר דמיון מהותי ושימוש בטכנולוגיות שונות, כשהנכסים המשותפים לחברות הוא ההון האנושי בלבד. **אך בניגוד להלכת דהן**, קבע בית-המשפט שלמרות השוני הטכנולוגי, החברות עוסקות בתחום "אבטחת המידע", ולכן המוצרים משלימים. לפיכך הופרה תניית אי-התחרות שנחתמה על-ידי המייסדים כשגזלו מדופל הזדמנות, והופרה חובת-האמון.³¹

ס.2(א) **לחוק התחרות הכלכלית** מגדיר הסדר המגביל צד באופן שמפחית תחרות ככובל ולפיכך כעבירה פלילית.³² ס.2(ב) מפרט עילות לקיום ס.2(א),³³ כשס.2(ב) רואה בחלוקת שוק למקום עיסוק וסוגי פירמות שעמן ניתן לעסוק כהסדר כובל,³⁴ כשתיתכן החרגת הסדר חיוני.³⁵

בעניין נורדנברג, נבחנה תנית אי-תחרות שהגבילה מתווך שעזב פירמה לפעול לשנה ברחובות ונס-ציונה.³⁶ התניה הוגדרה כהסדר כובל מס.2(ב)3, וחידדה הבעייתיות שביישומה ככלי למניעת תחרות, כשבניגוד לפירמות המחלקות טריטוריה עסקית בהדדיות, תנית אי-תחרות היא הסכם במעמד יחיד, כשפירמה חופשיה להתחרות בעובדיה לשעבר.³⁷

בעניין טבעול,³⁸ שעסק בתנית אי-תחרות שהגבילה פירמות מפיתוח מוצרים על-בסיס חלבון צמחי, נקבע שתניה המגבילה כמות נכסים ושירותים בעסק, איכותם וסוגם, מהווה הסדר כובל לפי ס.2(ב)4.³⁹ בעניין נקבע שבמסגרת פירוק שותפות כשנמכר עסק בשלמותו, משהתחייב המוכר בחוזה להימנע מעיסוק בתחום, ההסדר אינו כובל.⁴⁰

חוק עוולות מסחריות מגדיר סוד-מסחרי, גזלתו ותרופתה.⁴¹ סוד-מסחרי מוגדר כמידע עסקי שאינו נחלת הרבים ולא ניתן לגלות בקלות, המקנה יתרון לבעליו מול מתחריו.⁴² גזל מוגדר כנטילת, קבלת, ושימוש בסוד ללא הסכמת בעליו, כשגזלתו מקנה פיצויים ללא הוכחת נזק.⁴³

הפסיקה קבעה שיש להראות נגישות מצומצמת, אמצעי מידור, וחשיפה מוגבלת להגדרת ידע כסוד-מסחרי, **כשמידע שזמין דרך המרשתת** ושמפורסם בפרהסיה **אינו סוד**.⁴⁴ ושבאם הידע הגלום בסוד נרכש במסגרת עבודה אצל בעליו, **כידע שהפך לחלק מכישורי העובד**, בדומה לסוד-מסחרי שמקורו בהנדסה הפוכה, **לא מדובר בגזל**.⁴⁵

³¹ שם, בפס' 21 לפסק דינו של השופט אלטוביה.

³² חוק התחרות הכלכלית תשמ"ח-1988.

³³ סעיף 2(ב) לחוק התחרות הכלכלית תשמ"ח-1988.

³⁴ סעיף 2(ב)3 לחוק התחרות הכלכלית תשמ"ח-1988.

³⁵ סעיף 9 לחוק התחרות הכלכלית תשמ"ח-1988.

³⁶ ה"מ (ת"א) 1990/95 **פרנס נורדנברג בע"מ נ' יוסף בן ארי** (פורסם בנבו, 24.10.1996) (להלן **עניין נורדנברג**).

³⁷ שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט קלינג.

³⁸ ע"א 6222/97 **טבעול בע"מ נ' משרד הביטחון מינהל ההרכשה והייצור** פ"ד נב(3) 145 (1998) (להלן **עניין טבעול**).

³⁹ שם, פס' 15 לפסק דינו של השופט גולדברג.

⁴⁰ שם, פס' 12 לפסק דינו של השופט גולדברג; סעיף 3(8) לחוק התחרות הכלכלית תשמ"ח-1988.

⁴¹ חוק עוולות מסחריות תשנ"ט-1999.

⁴² סעיף 5 לחוק עוולות מסחריות תשנ"ט-1999.

⁴³ סעיפים 6,9,10 לחוק עוולות מסחריות תשנ"ט-1999; ס.10 מגדיר כחזקה שנתבע השתמש בסוד-מסחרי מהחזקתו בגישה לסוד ועשיית שימוש במידע בעל דמיון מהותי לסוד.

⁴⁴ ע"ע (ארצי) 164/99 **דן פרומר וצ'ק פוינט נ' רדגארד** פד"ע לד 294 פס' 25 לפסק דינו של הנשיא אדלר (1999) (להלן **עניין צ'ק פוינט**).

⁴⁵ שם, פס' 27 לפסק דינו של הנשיא אדלר; סעיף 6(ג) לחוק עוולות מסחריות תשנ"ט-1999.

פסיקה

משהגבלת חופש העיסוק פוגעת בשוק ובחברה, לעת הצורך בית-המשפט משתמש בתקנת-הציבור כנגד תניות אי-תחרות.⁴⁶

בעניין **טועמה**, עובד שנחשף לסודות מסחריים בפירמה **מבלי שחתם** להתחייב לשומרם, עבר לעבוד בפירמה שחפצה בהעסקתו לפתיחת מחלקה המבוססת על סודותיה ולקוחותיה של הפירמה הקודמת.⁴⁷ בית-המשפט קבע שלמרות היעדר ההתחייבות, מטעם עיקרון תום-הלב קיימת בחוזה העסקה תניה מכללא לסודיות הממשיכה לאחר ההעסקה. ושמעסיק שצורך במכוון סוד-מסחרי מבצע עוולת גרם הפרת חוזה.⁴⁸

בעניין סער, טכנאי מחשבים שבחוזהו תנית אי-תחרות והסכם סודיות האוסר שימוש בסודות מסחריים, פתח כתוצאה מפיטוריו עסק שעוסק בטכנולוגיה זהה, כשפנייתו ללקוח של מעסיקו לשעבר הולידה עסקה.⁴⁹ מהשימוש ברשימת הלקוחות וזהות הטכנולוגיה סער נתבע על הפרת חוזה ונטילת סודות מסחריים. בית-המשפט המחוזי פסק צו-מניעה זמני מעיסוק ופיצויי הפרה.⁵⁰

בית-המשפט העליון פסק שחופש החוזים זכות חוקתית הנגזרת מכבוד-האדם, ושאיזונה מול חופש העיסוק מתבקש בהתאם לנסיבות הצדדים.⁵¹ כשבענייננו האינטרס הינו הפחתת תחרות ולפיכך פסול.⁵² משהאינטרס פסול, סער לא הפר חוזה ואף שרשימת הלקוחות אינטרס מוגן, חסר קשר סיבתי מהשימוש לכריתת העסקה.⁵³

בערעור דנו במעמד חוק-יסוד חופש-העיסוק, כשנקבע שזכויותיו המעוגנות נותנות זכויות פרט כלפי רשות-ציבורית ולא פרט כלפי פרט,⁵⁴ ושרווחת ועוצמת המדינה הם אינטרסים הנשקלים ביישום התניה.⁵⁵ ושמכיוון שלרוב העובד הוא הצד החלש שמניעת העסקתו, שמירת כושר עבודתו ויצירתו מהווים אינטרס ציבורי ופרטי,⁵⁶ ולכן **תיפסל הגבלה המונעת יכולתו לעבוד בתחום מיומנותו**.⁵⁷ לפיכך, משהתחרות אינה פוגעת באינטרס לגיטימי של המעביד, התנייתה סותרת תקנת-הציבור ובטלה.⁵⁸

עניין צ'קפוינט

בעניין צ'קפוינט מהנדס בכיר ומארבעת עובדיה הראשונים של חברת אבטחת מידע, עזבה לטובת תפקיד ניהולי בחברת אבטחת מידע אחרת.⁵⁹ העובד התחייב לשמירת מידע מסחרי, סודות החברה,

⁴⁶ זמיר, לעיל ה"ש 23; סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ד-1973.

⁴⁷ עניין **טועמה**, לעיל ה"ש 22, פסי' 1 לפסק דינו של השופט ברק.

⁴⁸ שם, פסי' 5 לפסק דינו של השופט ברק; הפסיקה מחדשת מעניין **טבעול** שקבע שהגבלת חופש-עיסוק מתאפשרת מהתנאה מפורשת.

⁴⁹ עניין **סער**, לעיל ה"ש 22, פסי' 1-2 לפסק דינו של השופט ברק.

⁵⁰ שם, פסי' 3-4 לפסק דינו של השופט ברק; סעיף 1 לחוק יסוד: חופש העיסוק; סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם.

⁵¹ שם, פסי' 9, 21 לפסק דינו של השופט ברק; אהרן ברק, "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" יצחק זמיר **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי** 163, 658 (1993).

⁵² שם, פסי' 17 לפסק דינו של השופט ברק.

⁵³ שם, פסי' 33-34 לפסק דינו של השופט ברק.

⁵⁴ שם, פסי' 7 לפסק דינו של השופט ברק.

⁵⁵ שם, פסי' 7 לפסק דינו של השופט ברק.

⁵⁶ שם, פסי' 12 לפסק דינו של השופט ברק.

⁵⁷ שם, פסי' 26 לפסק דינו של השופט ברק.

⁵⁸ שם, פסי' 33 לפסק דינו של השופט ברק.

⁵⁹ עניין **צ'קפוינט**, לעיל ה"ש 44, פסי' 5 לפסק דינו של הנשיא אדלר.

ולהימנע מעיסוק כשכיר ועצמאי בתחום שרכש בעבודתו לאחר העסקתו.⁶⁰ בית-הדין האזורי קבע שלאור התחרות, התחייבותו הברורה לאי-תחרות, והנזק שייווצר לפירמה לעומת העובד והפירמה החדשה, שאסורה העסקתו לתקופה.⁶¹ בערעור אף שלא בוטל הצו, נקבע שככל שהמעבר לא מאיים על קיום פירמת המקור, פסולה מניעתו.⁶²

בערעור נדונו תוקף ומשמעות תנית אי-תחרות לצדדים, מידת ההסתברות לשימוש בסוד-מסחרי בפירמה החדשה, וכיצד יאוזנו החירויות והאינטרסים של הצדדים.⁶³ בכל סוגייה נבחנה סבירות ההגבלה לפי תוקף, היקף ותיחומה הגיאוגרפי, ובחינת מידתיות הפגיעה בצדדים.⁶⁴

השיקולים לקבילות התניה התחלקו לשיקולים "ישנים" כחופש-העיסוק וכבוד-האדם כזכויות חוקתיות, חזקת מאזן הכוחות בין עובד למעסיק וחשיבות מקום העבודה להגשמה עצמית. לצד שיקולים "חדשים" כחשיבות התחרות במשק המודרני לאינטרס הציבורי, משהשוק הפתוח תורם להורדת המחירים לצרכן ולדיות מידע.⁶⁵

בפסק-הדין נקבעו סימנים לאכיפת תנייה המשמשים כמבחן הנורמטיבי המרכזי כיום. ראשית, **הגנה על קניין רוחני** של מעסיק משימוש פסול על-ידי עובדיו, כשאכיפת ההגנה תעשה באמצעות דיני פטנטים וזכויות יוצרים. שנית, **מתן הכשרה מיוחדת**, כהכשרה שהצריכה מהמעסיק משאבים מיוחדים ויקרים, **שעבורם** התחייב העובד להישאר למשך תקופה. שלישית, **קבלת תמורה מיוחדת** עבור הגבלת העיסוק. רביעית, **הפרת חובת תום-הלב ואמון**, כחובה מוגברת ביחסי מעסיק-מועסק, המתרחבת בהתאם למעמד העובד.⁶⁶

היקף הגנת סוד-מסחרי תחום באיזונים. כהשוואת משך האיסור למועד זליגת הסוד לציבור, מידת חשיבותו, הזמן והמאמץ שהמתחרה יאלץ להשקיע לייצור מוצר מתחרה, הצורך לאפשר לעובד ליישם ידע שנרכש, וחשיבות נידות עובדים במשק.⁶⁷

בית-המשפט הדגיש שהגדרתו ל**סוד-מסחרי** בהי-טק תעשה כבדין האמריקאי ותתחשב בטובת הציבור והערך שבהפצתו.⁶⁸ כשיקול שעלול לגבור על הגנת פירמה, שכאמור אינה זכאית להגבלת עובדיה בהיעדר "**סכנה קיומית**".⁶⁹ **סוד מסחרי בתחום ההיי-טק**, מוגדר כתוכנה, פרוטוקול, עיצוב ושרטוט, שקיים מוחשית כמסמך המסומן כחסוי ושמעולם לא פורסם או נסחר, ושנלקח ללא הסמכת בעליו.⁷⁰ מצוין שמהתחייבות עובד להימנע משימוש בסוד, מתאפשרת לפירמה הגנה כשיתגלה אחרת.⁷¹

⁶⁰ שם, פסי' 6 לפסק דינו של הנשיא אדלר.

⁶¹ שם, פסי' 8 לפסק דינו של הנשיא אדלר; לשמונה-עשר חודשים.

⁶² עניין **צ'קפוינט**, לעיל ה"ש 44, פסי' 20 לפסק דינו של הנשיא אדלר.

⁶³ שם, פסי' 10 לפסק דינו של הנשיא אדלר.

⁶⁴ שם, פסי' 12 לפסק דינו של הנשיא אדלר.

⁶⁵ שם, פסי' 14 לפסק דינו של הנשיא אדלר.

⁶⁶ שם, פסי' 15 לפסק דינו של הנשיא אדלר; תחרות תוגבל בעבור שלושת הסימנים האחרונים רק לנוכח תנית אי-

תחרות, כשאכיפה תתבצע משהתקיים סימן כתנאי סף, אך שאינו מספיק.

⁶⁷ עניין **צ'קפוינט**, לעיל ה"ש 44, פסי' 18 לפסק דינו של הנשיא אדלר.

⁶⁸ שם, פסי' 12, 29 לפסק דינו של הנשיא אדלר.

⁶⁹ הוכחת סוד-מסחרי נעשית באמצעות הצגת תוכנה, פורמולה, נוסחה, תהליך, רשימת לקוחות, משך תקופת

החיסיון והוכחת מידור פנימי שנועד לשמירתו.

⁷⁰ עניין **צ'קפוינט**, לעיל ה"ש 44, פסי' 23-24 לפסק דינו של הנשיא אדלר.

⁷¹ שם, פסי' 39 לפסק דינו של הנשיא אדלר.

פסק-הדין מתייחס לראשונה למאפייני תעשיית ההיי-טק כמאפיינים **המצריכים דין שונה**. ההתדיינות עסקה במשקל קניין רוחני כנכס החשוב ביותר בענף, לצד שונות תעסוקתית מובהקת. הענף דינאמי ומתחדש, כשלפיתוח מוצר בתעשייה קבועי זמן קצרים, וההבדל מישן לחדש הוא מספר חודשים.⁷²

בפסק-הדין הודגש שידע שנרכש במסגרת העבודה הופך לחלק מכישורי העובד שחופשי ליישם כרצונו. ושאינו מוכרח למחוק מזיכרונו ידע וניסיון שנצברו, ככל שאינם סודות מסחריים, כשגם לוגיקה ושיטות הפעלה שהפכו נגישות לציבור הרחב דרך המרשתת אינן כסודות.⁷³ בנוסף, חשיפה לסוד-מסחרי לא מונעת מעבר למתחרה, אלא רק הוכחת דמיון מהותי בתחומי העיסוק, ומעבר בפרק זמן קצר מדי.⁷⁴

בהשוואת השיקולים **לתעשיית ההזנק** שמוכלת בתעשיית ההיי-טק, **לסוד מסחרי** הגדרה זהה כבדיון לעיל.⁷⁵ לפיכך, משמרבית הידע בתעשיית ההזנק נגיש במרשתת לכלל,⁷⁶ כדי להגן על סוד-מסחרי נדרשת בעלותו או פיתוחו על-ידי המעסיק.⁷⁷

פירמות בענף דורשות ידע מקצועי מוקדם כתנאי-סף לקבלה, ואינן נותנות הכשרה בסיסית סודית, **הכשרה מיוחדת** שבזכותה מתאפשר למנוע מעובד להתחרות בחברה.⁷⁸ בנוגע **לתמורה מיוחדת**, בפסק-הדין מצוין שכיוון שהמערער זכה לתשלום כשכיר אין לראות תמורתו כייחודית.⁷⁹ מנגד, בענף ההזנק מתן ניירות-ערך הוא נוהג רווח בניגוד לכלל תעשיית ההיי-טק, ומכאן שאינן מיוחדות, ושאינן ניתנות כתמורה להתחייבות להימנעות מתחרות.⁸⁰

סיכום ביניים

עסקנו בחשיבות כלכלה-תחרותית למשק משגשג, כשתניית אי-תחרות משפיעה על התחרות ושוק התעסוקה לחיוב ולשלילה. בנוסף, לחברות ההזנק מאפיינים ייחודיים כמנגנוני תעסוקה, יחסי כוחות, מנהגים משפטיים ותרומה כלכלית ניכרת.⁸¹

מהדין הנוהג עולה היעדר ההתייחסות ישירה לתניית אי-תחרות מצד המחוקק, ומגמת הפסיקה להכיר בתחרות כאינטרס ציבורי, כשיקול לפסילת תניות אי-תחרות. **עניין צ'קפוינט** משמש נקודת מפנה בתניית אי-תחרות ובתעשיית ההזנק. פסק-הדין מכיר בייחודיות חברות ההיי-טק המגולמת בסימני הקבילות, כשעולה שבתעשיית ההזנק המוכלת בתוכה, הסימנים והחזקות כנחיתות העובד, הכשרה ותמורה מיוחדת, אינן כבתעשייה רגילה.⁸²

⁷² שם, פס' 32 לפסק דינו של הנשיא אדלר.

⁷³ שם, פס' 28-27, 5 לפסק דינו של הנשיא אדלר.

⁷⁴ שם, פס' 33-32 לפסק דינו של הנשיא אדלר.

⁷⁵ שם, פס' 24-23 לפסק דינו של הנשיא אדלר.

⁷⁶ שם, פס' 5 לפסק דינו של הנשיא אדלר.

⁷⁷ עופר רביד "מהגבלת עיסוק לעיסוק בלתי מוגבל" **המשפט** ז' 499 (התשס"ב); דיויד גילה "חוזים המגבילים תחרות, הגבלים עסקיים, ומונופולין" דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** כרך ג 625, 725 (2003).

⁷⁸ Forman, David C. *Training Today: Self-Paced Training Materials*, 22 Educational Technology 5, 33 (2022).

⁷⁹ עניין **צ'קפוינט**, לעיל ה"ש 44, פס' 40 לפסק דינו של הנשיא אדלר.

⁸⁰ **ארן**, לעיל ה"ש 14, 22.

⁸¹ שם, 5.

⁸² שם, 57.

דין משווה

קליפורניה

תניית אי-תחרות אסורה בחוק משנת 1872, וכפופה לדין המקומי בלבד, כשבטלה תניית אי-תחרות שקובעת יישוב סכסוכים במדינה אחרת.⁸³ כמו-כן, רק לעובד הזכות לפיצויי הוצאות בגין הליך שדרשו להתייצב בבית-משפט בנוגע לאי-תחרות.⁸⁴

הדין מפריד בין תחרות עובד במעסיק, לתחרות בשותפות שהתפצלה. ס. 16600 קובע שתניה שאינה מוחרגת בחוק ככלל בטלה.⁸⁵ כשס. 16001 מאפשר אכיפת תניה שמונעת **מבעל פירמה** שמכר חלקו להתחרות ברוכשים ושותפים שנותרו בפירמה, בכפוף לתחימתה גיאוגרפית לאזור פעילות השותפים.⁸⁶ ס. 16002 מכיר בתניה שמגבילה **שותף בפירמה** מניהול עסק דומה באזור עסקי השותפות כבס. 16601.⁸⁷

ס. 16606 מגדיר סוד-מסחרי כשמות, כתובות, זהות לקוחות, נוסחה, דפוס, תכנית, מכשיר שיטה וטכניקה שהושג באופן עצמאי, מייצר ערך כלכלי עצמאי, סמוי מהציבור, ושנעשה "מאמץ סביר" לשמירת חשאייתו.⁸⁸

ס. 16607(a) קובע שעובד מנוע מלהשתמש באלו למשך חצי שנה מסיום העסקתו. ס. 16607(b) קובע שאף אחריות משפטית לא תוטל על עובד שפתח פירמה והשתמש ברשימת לקוחות, משחלפה שנה מהעסקתו.⁸⁹

הפסיקה אוכפת תניות במקרי **סוד-מסחרי**, אפילו כשמדובר במעסיק לשעבר וכשאכיפתה תפגע בעתידו התעסוקתי של העובד.⁹⁰ **בעניין פפסיקו** מנהל שיווק בחברת "פפסי" שסייע להכין תכנית שיווק למשקה, עבר למתחרה העיקרית בתחום המשקאות, כאחראי שיווק המוצר המתחרה. בית-המשפט הגדיר תוכנית השיווק כסוד-מסחרי, ושמהנסיבות וודאות שהעובד ישתמש במידע שבידו בפירמה החדשה, ולפיכך הגביל העסקתו לשנה.⁹¹

⁸³ גילה, לעיל ה"ש 5, 115; Cal. BUS & PROF. Code §16600 (West 1997); Cal LAB. Code §925 (West 2017); *Are Non-Competes Enforceable in California?* CALLAHAN & BLAINE (10.03.2020)⁸⁴

[HTTPS://WWW.CALLAHAN-LAW.COM/ARE-NON-COMPETES-ENFORCEABLE-IN-CALIFORNIA/#:~:TEXT=AS%20OF%20JANUARY%201%2C%202017.STATE%20THAT%20ALLOWS%20THESE%20AGREEMENTS](https://www.callahan-law.com/are-non-competes-enforceable-in-california/#:~:text=As%20of%20January%201%2C%202017,state%20that%20allows%20these%20agreements)

⁸⁵ Cal. BUS & PROF. Code §16600 (West 1997).

⁸⁶ Cal. BUS & PROF. Code §16601 (West 1997).

⁸⁷ Cal. BUS & PROF. Code §16602 (West 1997); לדוגמה, מס. 16002 ניתן למנוע משותף להתחרות בפירמה בתחום פעילותה הגיאוגרפי בטרם עזיבתו, כשחייב זהה כלפי עובד חסר תוקף מס. 16000.

⁸⁸ Cal. Bus & Prof. Code §16006 (West 1997).

⁸⁹ Cal. BUS & PROF. Code §16007 (West 1997).

⁹⁰ Cal. BUS & PROF. Code §17200 (West 1997); עניין **צ'קפוינט**, לעיל ה"ש 44, פס' 21.

⁹¹ *PepsiCo, Inc. v. Redmond*, 54 F.3d 1262 (7th Cir. 1995)

במסצ'וסטס הדין מחיל תניות ככלל, כשחריגים זכו להחרגות בחקיקה. לדוגמה, מקצועות שאסורה הגבלתם הינם רפואה, סיעוד, עריכת-דין, עבודה-סוציאלית ותקשורת.⁹² בעבר תניות אי-תחרות נאכפו בדיוק כשנכרתו כבהלכת מיטשל שמתמקדת בתוכן החוזה.⁹³ בשנת 1922 בית-המשפט העליון במדינה קבע שאכיפת אי-תחרות תתאפשר כשלפירמה אינטרס ראוי להגנה שעלול להיפגע, ורק כשישומן "הגיוני" מבחינת זמן ומקום ובהתאם לאינטרס הציבורי.⁹⁴ בשנת 2018 הועבר חוק מכוון בתניות אי-תחרות, כששונה הדין משמעותית.⁹⁵

כיום, לתנייה תוקף המוגבל לשנתיים, ככל שהעובד נהג בצורה הולמת. כשחובה להעביר תניית אי-תחרות לבחינת העובד עשרה-ימים טרם החתימה, ולציין בחוזה שהעובד מודע לאפשרותו להיוועץ בעורך-דין.⁹⁶ בנוסף, פירמה המגבילה עובד מחויבת לשלמו מחצית משכרו הממוצע בשנתיים האחרונות, כשישן אוכלוסיות שאסורה הגבלת העסקתן, כקטינים, מפורטים, סטודנטים ומתמחים שרשומים למוסד לימודים המועסקים לזמן קצוב.⁹⁷

הפסיקה רואה באינטרסים כשמירת סודות מסחריים, מוניטין הפירמה ומידע סודי שלה כמוגנים, ואכיפת תניה כהכרחית בהיעדר הגנה ראויה לאינטרס באמצעים אחרים. כשנוכח אינטרס, אכיפת התניה תתבצע באופן שישמרו ולא כפי שנכרת.⁹⁸

שמונת הבוגדים

וויליאם שוקלי,⁹⁹ היה מנהל שהקים חברתו בקליפורניה וחשש מזליגת סודות מסחריים, ולכן הקליט שיחות עובדיו במשרד, הנהיג מידור קפדני, העבירם בדיקות פוליגרף והחתימם על תניית אי-תחרות.¹⁰⁰

עקב הדין בקליפורניה, התאפשר לשמונה מעובדיו שמאסו במשטרו, באמצעות מכתב המכונה "הכרזת העצמאות הדיגיטלית", למצוא מימון להקמת חברה חדשה, בתמורה לאפשרות רכישת מלוא החברה בעתיד.¹⁰¹

לנוכח הצלחת החברה הזכות מומשה, ומייסדיה דרשו מהבעלים להעניק מניות לעובדיה השונים כתמריץ לשמירתם בחברה. מהסירוב שבתפיסה שניירות-ערך שייכות להנהלה, החברה "דיממה כישרון" כשעובדיה נטשו לפירמות שנהגו אחרת. לבסוף, אחרוני הבוגדים-מייסדים, פרשו והקימו

⁹² *NON-COMPETE AGREEMENTS - WHEN ARE THEY ENFORCABLE?* Katz ⁹² Massachusetts law about non competition ; <https://www.katzlawgroup.com/non-compete-agreements> <https://www.mass.gov/info-details/massachusetts-law-about-agreements>, Mass.gov (14.04.2022) <https://www.mass.gov/info-details/massachusetts-law-about-noncompetition-agreements#massachusetts-laws>.

⁹³ *Mitchel v Reynolds* 24 E.R. 347; [1711] 1 WLUK 1 (Ch D)

⁹⁴ *Sherman v. Pfefferkorn*, 241 Mass. 468, 135 N.E. 568 (Mass. 1922)

⁹⁵ MASS. GEN. LAWS. ch.149 §24L (West 2018)

⁹⁶ MASS. GEN. LAWS. ch.149 §24L(b) (West 2018)

⁹⁷ MASS. GEN. LAWS. ch.149 §24L(c) (West 2018)

⁹⁸ MASS. GEN. LAWS. ch.149 §24L(b) (West 2018)

⁹⁹ ממציא הטרוניסטור וחתן פרס נובל לפיזיקה לשנת 1956.

¹⁰⁰ ארן, לעיל ה"ש 14, 21; Aran, Yifat *Beyond Covenants Not to Compete: Equilibrium in High-Tech* ;

¹⁰¹ *Startup Labor Markets*, 70 Stan. L. Rev. 1235, 1241 (2018). (להלן יפעת).

¹⁰¹ יפעת, לעיל ה"ש 100, 1242.

חברה שלימים תכונה אינטל, כחברה הראשונה שהעניקה אופציות לכלל עובדי הפיתוח. מנהג שהפך לרווח באזורם, שלימים יכונה עמק-הסיליקון.¹⁰²

באם שוקלי היה מייסד חברתו במסצ'וסטס, סביר שהיה נבצר משמונת הבוגדים להקים פירמה עצמאית, כמעשה שהיווה השראה לאינספור עובדים ליישם רעיונותיהם בחברות אחרות ועצמאיות, ובכך להטיב עם כלל הציבור.

מחקרים קושרים העניין שלעיל כסיבה המרכזית שבגינה עמק-הסיליקון זכה למעמדו. בניגוד לאזור המכונה כביש 128 במסצ'וסטס,¹⁰³ שבאותה תקופה החזיק בנתונים טובים מעמק-הסיליקון מבחינת כמות וסוג חברות הטכנולוגיה, אך דעך מהגבלת מעבר עובדים שמנעה דיות ידע.

דיון ביקורתי

מהיעדר הסדרה לחוסר וודאות

היעדר חקיקת והסדרת הסוגייה הותירו ליבונה לערכאות, שלעתים מהיעדר מומחיות רלוונטית בתחום המנותח, יצרה סתירה פסיקתית.¹⁰⁴ כדוגמת הסתירה מעניין סער לעניין טועמה, ומעניין דהן לעניין אינטגריטי. הסתירה מייצרת חוסר וודאות, כשיתכן וגורמת לחברות להימנע מהגעה לערכאות ומציאת דין בגישור.

בעניין דהן נקבע שהיזמים ניצלו הזדמנות פרטית ולפיכך לא גזלו הזדמנות מהחברה. בעוד שבעניין אינטגריטי נקבע שלמרות שאמרמון לא גזלה סוד-מסחרי מדופל ושקיים שוני בטכנולוגיות, שהיזמים גזלו הזדמנות מדופל והפרו את חובת-האמון.¹⁰⁵

בנוסף, יחסי הכוחות בין מעסיק למועסק עמומים בעיקר לנוכח השונות בפסיקה, כשעניין טועמה מחזק הראשון ועניין סער האחרון. בעניין טועמה נבחנה מידת סבירותה של ההגבלה וסתירתה לתקנת-הציבור. ובעניין סער במקום לבחון סבירות, נבחנה תוצאת ההפרה בדיעבד ונדרש רף הוכחה גבוה לגרימת נזק. בעניין טועמה לא הוגבל חופש העיסוק בחוזה ובית-המשפט החליט להגבילו, ובעניין סער הוגבל חופש העיסוק בחוזה ובית-המשפט החליט להרחיבו. השונות מסקרנת מזהות במוותב, סמיכות ההתדיינויות כשלעצמן ולמהפכה החוקתית.¹⁰⁶

אף שעניין צ'קפוינט סייע לפיזור הערפל, היעדר הסדרת תניית אי-תחרות על-ידי המחוקק, עלולה להוביל לסתירות פסיקתיות נוספות בעתיד שיוסיפו לחוסר הוודאות. ולפיכך, ירחיקו מפתח בית-המשפט תעשיות שיעולן הכלכלי קרדינלי למשק. במיוחד כשמדובר בתעשייה חדשה כתעשיית ההזנק, שלה סימני קבילות ייחודיים.¹⁰⁷

¹⁰² ארן, לעיל ה"ש 14, 22.

¹⁰³ גילה, לעיל ה"ש 5, 115; עניין צ'קפוינט, לעיל ה"ש 44, פס' 14 לפסק דינו של הנשיא אדלר; Saxenian, AnnaLee, *Inside-Out: Regional Networks and Industrial Adaptation in Silicon Valley and Route 128*, 2 Cityscape, 42.

¹⁰⁴ ארן, לעיל ה"ש 14, 4, 8.

¹⁰⁵ עניין אינטגריטי, לעיל ה"ש 30, פס' 16 לפסק דינו של השופט אלטוביה; עניין דהן, לעיל ה"ש 27, פס' 13 לפסק דינה של השופטת רונן.

¹⁰⁶ זמיר, לעיל ה"ש 23; עניין טועמה, לעיל ה"ש 22, פס' 5 לפסק דינו של השופט ברק; עניין סער, לעיל ה"ש 22, פס' 34 לפסק דינו של השופט ברק.

¹⁰⁷ ארן, לעיל ה"ש 14, 10, 22, 24.

סימני הקבילות מאבדים רלוונטיות בתעשיית ההזנק

הפסיקה נוטה להכיר ולפסול תניית אי-תחרות לנוכח סימני הלכת צ'קפוינט. מנגד, הסימנים אינם מדידים בענף ההזנק כבשאר התעשייה.¹⁰⁸

כמצוין בדין הנוהג, ספק שישנה הכשרה הנחשבת כ**הכשרה מיוחדת** בעולם ההזנק, משחלקו הארי של הידע נגיש במרשתת ולכל אדם, כשלראייה, רבים מהעוסקים בתעשייה הינם אוטודידקטים שהכשירו עצמם מהמסד.¹⁰⁹ לכן, הכשרה מיוחדת בהייטק היא כהכשרה מיוחדת בדוכן מזון. ספק שמאדם שלמד בנעוריו להפוך נקניקיות אצל עסק מקומי, ימנע לפתוח עסק מתחרה, גם אילו הוכשר אצלו שנים רבות. מכיוון שמדובר במיומנות נגישה לרכישה, ושהציבור ירוויח מהנגשתה.¹¹⁰

תמורה מיוחדת אינה מדידה בענף שעיקר התמורות במסגרתו הינן ניירות-ערך. כשלעובד בתעשייה רגילה מוענקות מניות, ייתכן ומהיחודיות והחריגות שבמהלך שמוצדקת מניעת מעברו לנוכח התמורה.¹¹¹ בענף ההזנק, קבלת ניירות-ערך כחלק מהצטרפות לחברה הוא מודל שימור עובדים שקיים בכלל החברות מהיעדר המוצר. לכן, הסימן מתרוקן מתוכן בתעשיית ההזנק, ומארג איזוני הפסיקה מתערער.¹¹²

אף **שסוד-מסחרי** כמידע שיווקי עודנו רלוונטי לתעשיית ההזנק, משאימץ בית-המשפט ההגדרה האמריקאית, עולה השאלה כיצד מתאפשרת אכיפתו. מהתרת חופש העיסוק כמצב הנוכחי ומהיעדר מוצר קיים שיאפשר הגנה באמצעות דיני-פטנטים,¹¹³ פירמות מצויות במתח שבין השקעה בעובדיהם לשמירה על סודותיהם. כשגם אילו קיימת תנייה מכללא לשמירתו כבעניין טועמה, סרבול הדין מייצר מציאות שייתכן ואפשרית לחברת מזון שעובדת עם נוסחה קבועה כקוקה-קולה, אך לא חברה דינמית כחברת הזנק, שמוצריה מתפתחים ואינה יודעת את שצופן העתיד.¹¹⁴

בתעשיית ההזנק **ממד הזמן** קצר משמעותית, כשתנאי השוק הבינלאומי משתנים באופן תדיר, כשגם הפסיקה קבעה שמוצרים מתעדכנים אחת לחצי-שנה וטכנולוגיה שהיוותה חידוש לפני שנה מיושנת. לכן, הגבלה לזמן ארוך מיותרת כיוון שהסוד מאבד ממעמדו, והגבלה לזמן מדויק קשה לחיזוי מהשונות שבמוצרים.¹¹⁵

הממד הגיאוגרפי שמגביל תעסוקה בישראל או בפירמות מקומיות **כבעניין נורדנברג** מאבד רלוונטיות, מהגלובאליות שבתעשייה והתחזקות מגמת העבודה מרחוק הרווחת בענף מנטלי.¹¹⁶ משהמוצרים מוצעים בשוק תחרותי כלל-עולמי, מניעת עיסוק בישראל ואפשר העסקה במשקים זרים תברח מוחות מהמשק ומבלי לייצר יתרון לפירמת המקור.

¹⁰⁸ עניין **סער**, לעיל הי"ש 22, פסי' 9 לפסק דינו של השופט ברק.

¹⁰⁹ Forman, David C. *Training Today: Self-Paced Training Materials*, 22 Educational Technology 5, 33 (2022).

¹¹⁰ King, Willford I. *Variations in the Volume of Employment: Causes and Proposed Remedies*, 9 Social Science 2, 128 (2022).

¹¹¹ עניין **צ'קפוינט**, לעיל הי"ש 44, פסי' 40 לפסק דינו של הנשיא אדלר.

¹¹² **ארן**, לעיל הי"ש 14, 6.

¹¹³ סעיף 3 לחוק הפטנטים, תשכ"ז-1967; **ארן**, לעיל הי"ש 14, 18.

¹¹⁴ הפסיקה רואה בדיני פטנטים כתרופה לגזל סוד-מסחרי, בעוד שאינם תקפים בתעשיית ההזנק מהיעדר מוצר.

¹¹⁵ עניין **צ'קפוינט**, לעיל הי"ש 44, פסי' 32 לפסק דינו של הנשיא אדלר; **ארן**, לעיל הי"ש 14, 51.

¹¹⁶ רשות החדשנות **דוח הון אנושי בתעשיית הייטק 2020** בעמ' 15 (2020) (להלן **דוח הייטק**).

הגבלת תחומי עיסוק מאבדת רלוונטיות משחברות ההזנק משתמשות בשפות תכנות שהשוני ביניהן צורני,¹¹⁷ כשאיסור על עיסוק בשפה, משול לשלילת גרזן מחוטב עצים, ואיסור פעולה בתחום מסוים, משול להרחקתו מיער.

ידע הוא הגרזן עצמו, ולכן איסור על עיסוק בתחום מהווה **תחולת יתר** שתפגע אנושות בעובדים, ואיסור על עיסוק בתעשייה מהווה **תחולת חסר**, כשהידע יכול להתגלם בכל תעשייה ולא יבטיח שמירת סוד המעסיקים. הראשון מונע מהעובד לפעול כלל, והאחרון דוחקו לתעשייה אחרת שבה יפעיל את אותם הכישורים בדיוק, כפי שקורה לעובד שהחל דרכו בחברת הזנק המתמחה ברפואה, והמשיך לחברה המתמחה במזון.¹¹⁸

לבסוף, חזקת הערכאות שעובד נחות ממעסיקו,¹¹⁹ מאבדת משקל משחלק משמעותי מהעובדים הינם כבעלים, ומיכולתם למעבר דינמית בענף הצמא לעובדים.¹²⁰ משעובד מבקש מפאת הרלוונטיות הרוחבית שבהכשרתו ומהחזקתו במניות החברה, ספק שהחזקה מתקיימת כבתעשיות אחרות.

דין רצוי

הבעייתיות בדין הנוכחי נובעת מהיעדר הסדרת תניית אי-תחרות בחוק, עמימות פסיקתית ושוונות תעשיית ההזנק מתעשיות אחרות, כנסיבות המרחיקות התעשייה מהערכאות. לכן, לדידי חקיקת חוק התעשיות המיוחדות (להלן החוק), שתכליתו להסדיר מוביליות במשק והרחבת התחרות תסייע.

החוק יקבע שאכיפת תניית אי-תחרות אפשרית בדין הישראלי בלבד. כשיחולו סעיפיו בתנאי שהוגדרה התעשייה כתעשייה מיוחדת על-ידי בית-הדין לתחרות. לפי **מבנה ארגוני ייחודי** כיחס העובדים שבחזקתם אחוזים מהחברה לעובדים רגילים, שימוש רוחבי בשיטות זהות הניתנות ללימוד עצמאי, וקבועי זמן ייחודיים לסוד-מסחרי.¹²¹

משתעשייה הוגדרה כמיוחדת, יוגבל תוקף תניית אי-תחרות לשנה, כשהגבלה עד חצי-שנה כרוכה בתשלום מחצית השכר למשך התקופה ומעבר לכך בתשלום מלא. בנוסף, סוד-מסחרי, שהוגדר בפסיקה כידע בעל ערך שלא פורסם או נסחר,¹²² יהווה העילה הבלעדית לאכיפת תניה. ויאפשר לבית-המשפט להגביל עובד בהתאם למועד פקיעתו ולפטור פירמה מתשלום.

Forman, David C. *Training Today: Self-Paced Training Materials*, 22 Educational Technology 5, ¹¹⁷ 36 (2022).

¹¹⁸ דוח ההייטק, לעיל ה"ש 116, בעמ' 9.

¹¹⁹ עניין סער, לעיל ה"ש 22, פס' 12 לפסק דינו של השופט ברק.

¹²⁰ דוח ההייטק, לעיל ה"ש 116, עמ' 4, 13.

¹²¹ תעשיית ההזנק מיוחדת משמרבית העובדים בעלים בחברה, מהשימוש הרוחבי בכלים מקצועיים דומים שניתן לרכוש עצמאית בתעשייה, וכשלסוד-מסחרי תוקף קצר.

¹²² עניין צ'קפוינט, ה"ש 44, פס' 24 לפסק דינו של הנשיא אדלר.

במקרה שנגזל סוד-מסחרי, באמצעות ס.13ג' לחוק עוולות-מסחריות,¹²³ יקבע פיצוי בגובה אחוזון מערך החברה שנפגעה או מהחברה הגוזלת לבחירת הנפגעת. החוק יתיר לכל עובד לפתוח פירמה ככל שהוא בעל השליטה בה.¹²⁴

יקבעו סימנים לפי הריכוזיות בתעשייה ונתח השוק. יוגדר רף גודל שיגדיר פירמה כזעירה בינונית וגדולה מנפח שליטתה בתעשייה ורף ריכוזיות לפי נתח הפירמות הגדולות בתעשייה. יוגדר תשלום מעבר כמכפלת אחוזון בשכר העובד ובתקופת העסקתו החדשה (להלן המכפלה).

בשוק תחרותי פירמות גדולות ובינוניות רשאיות לקלוט עובדים מפירמה זעירה בזמן שתניית אי-תחרות בתוקף, בתנאי שפירמת היעד תשלם לפירמת המקור המכפלה. כשבשוק ריכוזי, ההסדר זהה, פרט להרחבת התשלום מפירמה גדולה גם לבינונית. מעבר עובדים בין פירמות בקטגוריה זהה ולזעירה פטור מתשלום.

לסיכום, החוק תוחם תניית אי-תחרות לשנה, קובע ככלל בטלותה ושאיכפתה אפשרית בדין המקומי ובמקרי סוד-מסחרי בלבד. החוק קובע פיצויים מוגדרים להגבלת עובד, נטילת עובד מפירמה זעירה כתלות בתחרותיות וגזל סוד-מסחרי. תכלית החוק לעבור מאיזון הפסדים לאיזון רווחים. ממצב המגביל יכולת המעסיקים והעובדים לעבור בחופשיות, למצב תחלופת תמורות מפירמה לפירמה, באמצעות הרחבת היכולת להקמת פירמה.

כך, פרט להסדרה ראשונית שתייצר וודאות מקרבת תעשיות מיוחדות כתעשיית ההזנק לערכאות, מהסרת החסם לפתיחת פירמות חדשות וגביית מחיר מפירמות טורפניות, יגדל ההיצע ויקטן הסיכוי להיווצרות שווקים מונופוליסטיים. כלומר, מפטור לפירמות מזעריות מתניית אי-תחרות יתאפשר להן להנות מדיות ידע מקצועי, כשתשלומי הפירמות הגדולות יסייעו לצמיחתן ויתרמו לתחרותיות המשק.

החוק משנה המאזן לטובת העובדים, ומספק הגנה לפירמה רק מפני גזל סוד-מסחרי, ולא תחרות גרידא, בכך אינו סוטה מהותית מהדין הקיים בפועל, אלא מסדירו. החוק מקיים מגמת הפסיקה כמחזק חופש-העיסוק,¹²⁵ ומשמש פתרון ישים ומודולארי לתעשייה בעלת מרכיבים מיוחדים.

מקירוב הדין הישראלי לקליפורני, למרות שפירמות מסוימות ייפגעו הציבור הרחב ירוויח, כשמהסרת חסמי השוק תשתפר היעילות הכלכלית ואיכות הידע והמוצרים במשק. כשמכירתם בשוק הגלובאלי תבצר מעמדנו בענף ההזנק, ותעשיר קופת המדינה לטובת הכלל, כשגדול השלם מסך חלקיו.

¹²³ סעיף 13ג(ג) לחוק עוולות מסחריות תשנ"ט-1999.

¹²⁴ כדי למנוע עקיפת דין באמצעות פירמת קש, ככל שהתניה בתוקף, ממכירת החברה ישולמו לפירמת המקור פיצויים כנגזל סוד-מסחרי.

¹²⁵ עניין סער, לעיל ה"ש 22, פסי' 22 לפסק דינו של השופט ברק.

סיכום

תעשיית ההזנק שמקורה בתעשיית ההיי-טק, צומחת באמצעות הון-אנושי, שנוילותו מושפעת ישירות מהדין בנוגע לתניית אי-תחרות, ושעוצב בעניין צ'קפוינט כשתעשיית ההזנק הייתה בחיתוליה. אפוא, מטרת החיבור הייתה לבדוק נכונות האמרה שמשפט מפגר אחרי טכנולוגיה בענייננו, והאם הדין נותן מענה לצרכים הקיימים.

מסקנתי שאף שהדין מאזן בין פירמות לעובדים ואינו פוגע בתעשייה, תחרות כאינטרס ציבורי לא נשקלת דיו. כשמהיעדר התאמתו לתעשיית ההזנק, הדין מייצר תופעות לוואי כחוסר וודאות ורלוונטיות ואף הימנעות מערכאות, שעלולות בעתיד לעכב צמיחת וייעול תעשיות קרדינליות לכלכלה.

בשנת 1993 נהגתה בישראל "תוכנית יוזמה", שהכשירה הון-סיכון ישראלי בכדי שבעתיד יסייע לצמיחת ההיי-טק המקומי.¹²⁶ התוכנית יצרה תשתית שעליה הוקם ה"סיליקון-ואדי" והפכה למודל שאומץ בעולם. התוכנית הוכיחה כיצד ממשלה מטייבת משמעותית חיי אזוריה, באמצעות קבלת החלטות מושכלות ונקיטת יוזמה לקירוב המצוי לרצוי.

לפיכך, לדידי הסדרת התניית אי-תחרות בחקיקה שתקדים תרופה למכה היא אינטרס ציבורי, שיאפשר לטייב מעבר עובדים באופן שיקל על תעשיית ההזנק ותעשיות שיתפתחו בעתיד, מהסרת חסמים לפתיחת פירמה שיגדילו היצע היצרנים ויתרמו לתחרות. כשחקיקת חוק המבטל תניות ככלל יקרב דיננו לקליפורני, שהוכחה תרומתו ושאימצו מדינות רבות בארצות-הברית.¹²⁷

¹²⁶ דולב, לעיל ה"ש 15.

¹²⁷ מחלקת האוצר האמריקאית קבעה בשנת 2016 שתניית אי-תחרות בעלת יתרונות עמומים, פוגעת ביצירתיות ומובילות המשק ומיושמת בעיקר על עובדים שספק שבחזקתם סודות. לכן כבמסצ'וסטס שמונה מדינות בארצות-הברית ערכו רפורמה בדין וקירבוהו לקליפורני.

ביבליוגרפיה

מקורות ישראליים

חוקים ותקנות:

- חוק יסוד : כבוד האדם וחירותו.
- חוק יסוד : חופש העיסוק.
- חוק הפטנטים, התשכ"ז-1967.
- חוק החוזים (חלק כללי) התשל"ג-1973.
- חוק הפסיכולוגים, התשל"ז-1977.
- חוק העיסוק באופטומטריה, התשנ"א-1991.
- חוק הרופאים הוטרינרים, התשנ"א-1991.
- חוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה-1995.
- חוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו-1996.
- חוק העובדים הסוציאליים, התשנ"ו-1996.
- חוק שמאי מקרקעין, התשס"א-2001.
- חוק החברות התשנ"ט-1999.
- חוק עוולות מסחריות התשנ"ט-1999.

פסיקה:

- בג"ץ 49/1 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80 (1949).
- בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337 (1983).
- בג"ץ 1683/93 יבין פלסט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מז(4) 702 (1993).
- בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997).
- ע"א 6222/97 טבעול בע"מ נ' משרד הביטחון מינהל ההרכשה והייצור, פ"ד נב(3) 145 פס' (1998).
- ע"א 6601/96 AES System נ' סער, פ"ד נד(3) (2000).
- ע"ע (ארצי) 164/99 דן פרומר וצ'ק פוינט נ' רדגארד, פד"ע לד 294 (1999).
- ה"מ (ת"א) 1990/95 פרנס נורדנברג בע"מ נ' יוסף בן ארי, (פורסם בנבו, 24.10.1996).
- ת"א (ת"א) 65217-06-15 אינטגריטי תוכנה 2011 בע"מ נ' גונן, (פורסם בנבו, 08.02.2018).
- תנ"ג 61475-07-14 דהן ואח' נ' דהן ואח', (פורסם בנבו, 16.05.2019).

ספרים:

אהרן ברק, "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" יצחק זמיר ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 163 (1993).

דיויד גילה "חוזים המגבילים תחרות, הגבלים עסקיים, ומונופולין" דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ג 625 (2003).

מאמרים ועיתונות:

יפעת ארן "דיני חברות הזנק" משפטים נג (2022).

דיויד גילה "לקראת מדיניות משפטית חדשה כלפי תניות אי-תחרות" עיוני משפט כג 63, (2000).

דיויד גילה "חוזים המגבילים תחרות, הגבלים עסקיים, ומונופולין" דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ג 625, (2003).

גילאי דולב "הסיכון השתלם, ובגדול" Ynet (03.11.04)
<https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2998709,00.html>

עופר רביד "מהגבלת עיסוק לעיסוק בלתי מוגבל" המשפט ז' (התשס"ב).

שונות:

משרד הכלכלה הוועדה להגברת התחרות והסרת חסמים בתחום הייבוא (2014).

ועדת ההיגוי להמלצות על הסרת חסמים ליבוא אישי דו"ח ועדת העבודה והמלצותיה (2017).

משרד הכלכלה חסמי אסדרה המגבילים יבוא טובין (2014).

בנק ישראל ניתוח חטיבת המחקר בבנק ישראל: מאפייני המימון של חברות ההייטק בישראל (2020).

רשות החדשנות דוח הון אנושי בתעשיית ההייטק 2020 (2020).

איל זמיר "תקנת הציבור" (הרצאה במסגרת קורס דיני חוזים, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית 05.04.2022).

מקורות לועזיים

חקיקה:

Cal. BUS. & PROF. Code §16000 (West 1997).

Cal. BUS. & PROF. Code §16001 (West 1997).

Cal. BUS. & PROF. Code §16002 (West 1997).

Cal. BUS. & PROF. Code §16006 (West 1997).

Cal. BUS. & PROF. Code §16007 (West 1997).

Cal. BUS. & PROF. Code §17200 (West 1997).

Cal. LAB. Code § 925 (West 2017).

MASS. GEN. LAWS. ANN. ch.149 §24L (West 2018).

פסיקה:

Sherman v. Pfefferkorn, 241 Mass. 468, 135 N.E. 568 (Mass. 1922).

PepsiCo, Inc. v. Redmond, 54 F.3d 1262 (7th Cir. 1995).

Mitchel v Reynolds 24 E.R. 347; [1711] 1 WLUK 1 (Ch D).

מאמרים:

Shelby D. Hunt & Robert M. Morgan, *The Comparative Advantage Theory of Competition*, 59 Journal of Marketing 2, 4 (2022).

George J. Stigler, *Perfect Competition, Historically Contemplated*, 65 Journal of Political Economy 1, (1957).

Luis Makowski & Joshep M. Ostroy, *Perfect Competition and the Creativity of the Market*, 39 Journal of Economic Literature 2, 508 (2001).

David, Forman C. *Training Today: Self-Paced Training Materials*, 22 Educational Technology 5, 33 (2022).

Aran, Yifat Beyond Covenants Not to Compete: Equilibrium in High-Tech Startup Labor Markets, 70 Stan. L. Rev. 1235, 1241 (2018)

Saxenian, AnnaLee Inside-Out: Regional Networks and Industrial Adaptation in Silicon Valley and Route 128, 2 Cityscape, 2 42.

King, Willford I. Variations in the Volume of Employment: Causes and Proposed Remedies, 9 Social Science 2, 128 (2022).

שוניות:

Are Non-Competes Enforceable in California? CALLAHAN & BLAINE (10.03.2020)

<https://www.callahan-law.com/are-non-competes-enforceable-in-california/#:~:text=As%20of%20January%201%2C%202017,state%20that%20allows%20these%20agreements.>

Israeli-founded unicorns, TECHAVIV (14.04.2022) [Unicorns — TechAviv.](#)

non-compete agreements – when are they enforceable? KATZ

[https://www.katzlawgroup.com/non-compete-agreements.](https://www.katzlawgroup.com/non-compete-agreements)

Massachusetts law about non competition agreements MASS.GOV (14.04.2022),

<https://www.mass.gov/info-details/massachusetts-law-about-noncompetition-agreements#massachusetts-laws->