# היבטים משפטיים ביזמות

## תוכן עניינים


מבוא.....
יזמות והמסגרת המשפטית לפעילות יזמית בישראל.....
יזמות פנימית וחיצונית.....8
האיכות .....9
הסיכון .....9
החדשנות.....10
הגנה ותום לב.....10
המרכיבים הנוספים.....11
המסגרות המשפטיות .....11
הרגולציה והתערבות המדינה .....12
עידוד יזמים .....13
השחקנים הקטנים.....14
ההסדרה – רגולציה.....14
The Rise & Fall of Entrepreneurs: An Empirical Study of Individual Bankruptcy Petitioners in Israel.....18
SUMMARY:.....18
HIGHLIGHT: Abstract.....19
A. Introduction.....19
B. The Bankruptcy System and the Bankruptcy Sample .....22
C. Reasons for Filing Bankruptcy .....22
D. The Demography of the Israeli Bankrupt.....23
E. The Financial Condition of People in Bankruptcy .....24
1. Income.....24
2. Expenses.....25
3. Assets.....25
4. Debts .....26
5. Net Worth.....27
6. Debt to Income Ratio .....28
F. Entrepreneurs in Bankruptcy .....29
G. Wage Earners in Bankruptcy .....32
H. Consumer Credit .....33
I. The Unemployed .....34
J. Medical Debts & Bankruptcy.....35
K. Homeownership and Bankruptcy .....36
L. Conclusion .....38
Personal Bankruptcy and the Level of Entrepreneurial Activity .....40
SUMMARY:.....40
HIGHLIGHT: ABSTRACT.....41
I. BANKRUPTCY LAW.....42
II. PRIOR LITERATURE .....42
III. THEORY.....43
A. The Decision to Become an Entrepreneur.....43
B. The Decision to Shut Down a Business .....46
C. Summary.....47
IV. EMPIRICAL TESTS.....47
A. The Decision to Own a Business.....49
E. The Decision to End a Business .....55
V. CONCLUSION.....56
APPENDIX .....57

י׳ מילר, מהנדס בע״מ נגד שר-התחבורה, ו -4 אחרים ..... 58
תמצית: ..... 58
הערות: ..... 58
צו ..... 60
סלומון שלמה בז׳רנו, נגד שר-המשטרה ..... 69
תמצית: ..... 69
צו ..... 70
איגוד לשכות המסחר נגד שרת התעשייה והמסחר ..... 72
רקע ..... 72
העובדות הצריכות לעניין ..... 73
טענות הצדדים ..... 74
דיון ..... 75
המסגרת הנורמטיבית ..... 75
המלצות הוועדה המקצועית ..... 77
סוף דבר ..... 81
הסיכון היזמי - היבטים חוזיים ביזמות ..... 83
סוגי הסיכונים ..... 83
סיכונים אופורטוניסטים ..... 84
חיובי השתדלות וחיובי תוצאה ..... 85
חוזי יזמות ..... 87
Letter of Intent ..... 87
Term Sheet ..... 88
מוטס נגד בוגנר: ..... 88
חוסר הוודאות החוזית ..... 89
עלריג ואח׳ נ׳ ברנדר ואח׳ ..... 90
פסק דין ..... 90
העובדות וגדר המחלוקת ..... 90
בית המשפט המחוזי ..... 91
הערעורים ..... 92
כריתת החוזה ודרישת הכתב ..... 92
החובה לנהוג במשא-ומתן בדרך מקובלת ובתום לב ..... 94
דיון בטענות המערערים ..... 95
קל בנין בע״מ נגד ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע״מ ..... 98
תמצית: ..... 98
עובדות: ..... 98
נפסק: ..... 98
פסק דין ..... 99
המשנה לנשיא ש׳ לוין: ..... 99
השופט י׳ גולדברג: ..... 102
חישוב הפיצוי ..... 104
השופטת ט׳ שטרסברג-כהן: ..... 104
Letter of intent for Asset Sale Transaction ..... 105
Memorandum of understanding for formation of limited liability company ..... 108
בן ציון גול נגד אליצור אוריעל ..... 111
פסק-דין ..... 111
אורות ייצוג אמנים והפקות נגד עטרי גלי ..... 115
תמצית: ..... 115
עובדות: ..... 115
נפסק: ..... 115
אזכורי חקיקה: ..... 117
אזכורי פסיקה: ..... 117
פסק-דין ..... 117
פסק דינו של בית המשפט קמא ..... 118
טענות המערערים בע״א 444/94 ..... 118
טענות המשיבה בע״א 444/95 והמערערת בע״א 577/95 ..... 118
הכרעה בטענה המקדמית - התערבות ערכאת הערעור ..... 119
הפרת ההסכם ת 3/ ..... 119
הפרת הסכם הייצוג בין המשיבה לבין המערערים (ת 1/) ..... 120

פיצויים בגין הפרת החוזים ..... 121
אובדן הכנסות בתקופת החוזה ..... 121
אובדן הכנסות בתקופה שלאחר תום החוזה, והפיצוי בגין הפגיעה במוניטין ועוגמת הנפש ..... 123
הקטנת הנזק ..... 123
הכספים שנתקבלו עבור הופעות הטלויזיה בחו"ל ..... 124
החשבונות הבלתי מוסדרים בין הצדדים ..... 125
הערעור על התביעה שכנגד ..... 128
סיכום ..... 129
דורון מוטס נגד איתי בוגנר ..... 130
פתח דבר ..... 130
העובדות הצריכות לעניין ..... 130
דיון ..... 134
סוף דבר ..... 139
היזם – חובותיו וזכויותיו ..... 140
חברות מדף ..... 140
פורמאליסטיקה ..... 141
מבחן הכוונה והשלמתה ..... 141
מבחנים נוספים ..... 141
חוק החברות ..... 141
וולטר רוט נגד Deak and Co. Inc. ..... 143
אזכורי חקיקה: ..... 143
אזכורי פסיקה: ..... 143
פסק דין ..... 143
מהות היחסים בין הצדדים מבחינה משפטית ..... 146
ביטול היחסים בין הצדדים על ידי מר דיק ..... 149
האם היתה "הפרה יסודית" של ההסכם? ..... 151
תוצאות ביטול היחסים בין הצדדים: ..... 154
שיעור הריבית: ..... 156
פיצוי עבור אבדן רווח ..... 157
הוצאות המשפט ..... 158
סוף דבר ..... 158
גדעון נחמיה נגד בני נחמיה ..... 159
איזכורי חקיקה: ..... 159
איזכורי פסיקה: ..... 159
פסק - דין ..... 159
העובדות הצריכות לענייננו ..... 159
פסק דינו של בית המשפט המחוזי ..... 160
עיקר טענות בעלי הדין בערעור ..... 161
שיכלולה של עיסקת המקרקעין ..... 161
שיעורו של השכר הראוי לו זכאי המשיב כיזם ..... 162
פרופ' דרור צוקרמן נגד אליעזר פישמן ..... 164
אזכורי חקיקה: ..... 164
אזכורי פסיקה: ..... 164
פסק דין ..... 164
מבוא ..... 164
העובדות שאינן שנויות במחלוקת ..... 165
דיון ..... 168
עסקאות יזמים ותוקפן ..... 172
רשאי\יכול לאשר: דיון משפטי ..... 172
העברת הזכות ..... 174
מנהל מס שבח מקרקעין אזור המרכז נגד הנרי לנדשפט ..... 176
אזכורי חקיקה: ..... 176
אזכורי פסיקה: ..... 176
פסק דין ..... 176
מנהל מס שבח נגד יוסף קופטש ..... 179
אזכורי חקיקה: ..... 179
אזכורי פסיקה: ..... 179
פסק דין ..... 179

השופטת מ. בן פורת: 182
השופט אור: 184
גיוס הון בשלב היזמות, צורת ההתאגדות 185
החוק לעידוד השקעות הון 186
התמריצים 186
חקיקה פרטית 187
פטור ממס 187
מסלול אירלנד 187
VENTURE CAPITAL AND CORPORATE GOVERNANCE: EVOLVING THE LIMITED
LIABILITY COMPANY TO FINANCE THE ENTREPRENEURIAL BUSINESS 190
I. Introduction 190
II. The Rise of the Limited Liability Company Form and the Neutralization of Tax and Liability
Distinctions Among Business Organizations 191
III. Governance Issues and the Lack of Role Differentiation in Limited Liability Companies 192
A. Introduction 192
B. Forms of LLC Management 193
C. Raising Equity Capital in Member-Managed LLCs--The Problem of a Failure to Separate
Ownership and Control 193
D. Raising Equity Capital in Manager-Managed LLCs--The Problem of a Failure to
Separate Decision Management from Decision Control 194
IV. Possible Advantages to the LLC Form 195
A. Broad Freedom of Contract 196
B. Dissenters' Rights 196
C. Flexibility With Respect to Organizational Formalities 196
D. Fiduciary Duties 196
V. Replicating Corporate Governance Systems in Limited Liability Company Form 196
A. Contracting for Corporate Governance Structures 197
B. State LLC Statutes Providing for Board Monitoring 197
C. Modifications to the ULLCA and State LLC Statutes to Embrace a Board-Directed
Management Structure 198
VI. Conclusion 200
מוניטין, פטנטים וקניין רוחני 203
שמות מתחם באינטרנט 203
ניוד עובדים, הגנה על זכויות מידע 203
הסוד המסחרי 203
הבעיה בפטנט 204
חזקת שימוש 204
תקשורת וחינוך דתי-יהודי משפחה (1997) בע"מ - עתון משפחה נגד אס.בי.סי. פרסום, שיווק וקידום 205
מכירות בע"מ - עתון "משפחה טובה" 205
אזכורי חקיקה: 205
אזכורי פסיקה: 205
פסק דין 205
עיקרי העובדות שלעניין 205
העוולה של גניבת עין 206
מוניטין 207
סוגי שמות 207
"משפחה" כשמו של עיתון 209
היש הטעיה? 210
הפרת חובה חקוקה 211
לסעיף 4 לפקודת העיתונות 211
לסעיף 21 לפקודת העיתונות 213
כללם של דברים 215
AES SYSTEM INC. נגד משה סער 216
תמצית: 216
עובדות: 216

נפסק: ..... 216
אזכורי חקיקה: ..... 217
אזכורי פסיקה: ..... 217
פסק דין ..... 217
העובדות ..... 217
הערעורים ..... 218
זכויות הקנין של המערערת, פגיעה במוניטין, ופיצוי בגין פרטי החומרה והתכנה ..... 218
הגבלת חופש העיסוק ..... 218
תקנת הציבור ותניות להגבלת חופש העיסוק ..... 219
האיזון בין השיקולים הנוגדים ..... 220
"אינטרסים לגיטימיים" ..... 221
אי תחרות "כשלעצמה" ..... 222
הגנה על "האינטרסים הלגיטימיים" של המעביד ..... 224
מהותם של "האינטרסים הלגיטימיים" ..... 225
היקף ההגנה הניתנת לאינטרסים המוגנים ..... 225
תרופות ..... 226
סיכום ביניים ..... 226
מן הכלל אל הפרט ..... 227
דיירקס נגד ספקטור ..... 228
פסק דין ..... 228
העובדות הצריכות לעניין כפי שהן עולות מכלל החומר שהונח בפנינו ..... 228
תביעת דיירקס בבית המשפט המחוזי ..... 229
התביעה של דיירקס בבית משפט פדרלי בארה"ב ..... 230
ההליך בבית הדין האזורי ..... 230
ההליך בפנינו ..... 231
הכרעה ..... 231
חופש העיסוק ..... 231
חובת תום לב ..... 234
חיקוי, העתקה ותחרות כעילה במסגרת דיני עשיית עושר ..... 235
הזכאי ספקטור לתמלוגים ממכירות של דיירקס? ..... 236
סוף דבר – ..... 237
השופט עמירם רבינוביץ ..... 237

# מבוא

הקורס מתבסס על דיון בכיתה שתכליתו ליצור הבנה וידע לגבי ההיבטים המשפטיים הכרוכים בפעולות היזמים. יש לזכור כי היקף הנושאים המשפטיים הכרוכים ביזמות נרחב הרבה יותר מהניתן ללימוד במסגרת הקורס. מכאן החשיבות והתמקדות בניהול הקורס במתכונת של דיון וליבון בעיות. הכלים שיוקנו בדרך זו יאפשרו לכם להתמודד עם נושאים משפטיים ובעיות שמעבר לתחום הכיסוי של הקורס.

כמה דברים שאני מצפה שאתם יודעים – הנחת היסוד שלי היא שכולם יודעים דיני חוזים ודיני תאגידים בצורה מתקבלת על הדעת. למעט הפרק של דיני יזמות לא תהיה קריאה בנושא.

אנו נתחיל במבוא כללי שמסביר **מהי יזמות**, את המסגרת של ההגדרה שלה, את המסגרת המשפטית הכוללת, ומשם עוברים ל"**סיכון יזמי**" שהיא העמקה מסוימת בתחומים של חוזים, נקודת ההנחה היא היכרות עם הפסיקה בנושא, אבל בקריאה מונחית יזמות תראו הצגה אחרת של הדברים. אנו נבדוק דוגמאות חוזים בתחומי היזמות, שננתח לפי הכלים בקורס. הרעיון הוא היכרות עם הפרקטיקה מתחום היזמות וניסיון שלנו ליכולת הניתוח שלכם.

הנושא השני הוא העמקה של **יזמות על פי דיני החברות**. ההסדר המשפטי של דיני החברות אינו הסדר ממצה ואינו הסדר טוב, מה שמשאיר היבטים אחרים שצריך להשתמש בהם. מנושא זה נעבור לשאלת **תגמול היזמים והיחסים בינם**; איך יוצרים מסגרת משחק בין יזמים לבין עצמם, איך מקצים סיכונים וכו'.

חלק נוסף של הקורס שיעסוק בצורה שטחית על **הבחירה של הצורות למבנה המשפטי למיזם**. הסיבה שלא נתעמק בנושא היא שב 95% מהמקרים כל היזמים מעדיפים לבחור בחברה. אם בעבר היו עקרונות מאוד גדולים בנושא מיסוי ולכן אנשים העדיפו לרוץ ולהקים יזמויות ישראליות להקמת מיזמים במקלטי מס, נוכח שינוי החקיקה הנושא הפך להיות פחות אטרקטיבי.

משם נעבור לפרק כבד שלא מוכר בארץ, זה הפרק של **גיוס הון ליזמות**. יש מקורות רבים שנדבר עליהם, חלקם מוסדיים וחלקם לא, הכלי המרכזי הוא **החוק לעידוד השקעות הון**; הוא לא מובן לחלוטין ובנוי בצורה צרורה. אחת מהפעולות האחרונות של שיתוף פעולה בין נתניהו לאולמרט הוא שיתוף פעולה בנושא חוק עידוד השקעות הון. התיקון הוא בן מספר חודשים, לחוק אין דברי הסבר ותהיה עבודה לא פשוטה לפתח ולפרש את החוק הזה. אנו נדבר על מסגרות חקיקה אחרות ומקורות חוץ מוסדיים ופנים מוסדיים שלא פועלים על פי חוק: חממות, קרנות הון סיכון וכו'.

הנושא הבא הוא התייחסות לסיכונים **וניהול סיכונים ביזמות**, בעיקר בשלב של הקמת הארגון. אלו הם

נושאים שאתם מקצת מכירים, אולם דיני הרמת המסך שונו לאחרונה.

לבסוף נגע בעוד שלושה נושאים – שנים הם **ממשק ניהול מידע**: היזמות בישראל מבוססת על חכמה ועל ידע. היזמויות אינן עתירות השקעה במפעלים, ולכן המשאב העיקרי של מדינת ישראל הוא משאב הידע. יש התפתחויות במדינת ישראל בעניין הזה. כל הנושא של הגנה על ידע והעברת עובדים היא נושא חשוב ביזמות. נתעסק **בהגנת מוניטין** וקניית מוניטין; אם יהיה לנו זמן נדבר על שיתוף פעולה בין גופים שנקרא מיזמים עסקיים.

הקורס היבטים משפטים ביזמות כמעט ולא ניתן, ובוודאי לא ניתן בארץ בשום בית ספר למשפטים, אבל גם לא בארצות הברית. זה לא סתם כך. מדוע? כשהולכים לדבר על היבטים משפטיים ביזמות יש בעיה קונספטואלית. כי **מה הוא העוף המוזר הזה**? התמהיל של הנושאים המשפטיים אינו ברור. אבל אם קורס כזה ניתן, והוא ניתן בוורטון (מנע"ס), למרות שבמדינה כמו ישראל זה תמוה מדוע לא נותנים, כיוון שהעושר נמצא בתחום הזה.

אז מה הקושי? הקושי הוא שאפשר להסתכל על הקורס ביזמות על השאלה: "מישהו רוצה להקים עסק, מה הוא צריך לדעת?". הדרך הזו להסתכל על הקורס הוא לדוגמא בוורטון, ובעצם הקורס הופך להיות קורס שמטפל על ייצור נכסים בנכס ועל אחריות יזם. הקושי בתפיסה הזו היא שהיא לא מלמדת אותך שום דבר. מי שלומד שני שיעורים על פטנטים לא למד דבר בפטנטים. הגישה בקורס אומרת שכשלומדים על היזמות צריך ללמוד דרך ההגדרה של **פונקציית היזם בחברה** וממנה להגדיר את התחומים הרלוונטים. בקורס שלנו לא נתעסק בפטנטים וזכויות יוצרים; למרות שהחברות הגדולות הישראליות מתעסקות רק בנושאים האלו. התפיסה פה הולכת ואומרת: אם נגיע למאפיינים בסיסיים של תחום היזמות אנו ננסה לרוץ באותם תחומים רלוונטיים וננתח אותם באמצעות המאפיינים של היזמות. כשנקח את הנושא של הגנת מידע לא נתעניין או נלמד לעומק איך מתייחס המשפט לסעיפים של הגבלת תחרות, אלא **ניישם את הדין הכללי על היזמויות** ונראה אם הדין הישראלי מתמרץ יזמות או מכשיל אותו. ובחלק מהתחומים המחוקק עושה עבודה לא רעה בהכשלת היזמות. למרות שאם יש לישראל עתיד כלכלי זה רק ביזמויות.

> כל התעשיות ההיסטוריות של ישראל, אם מסתכלים 20 שנים אחורה, הן לא רלוונטיות. מה שמחזיק היום את ישראל מעל המים בצורה לא רעה, עם מתחרים בממשלה ועם מתחרים מחו"ל, וזה לא פלא שהתעשיות בהן יש הצלחה הן תעשיות ללא רגולציה. הממשלה מפריעה לך לעשות דברים. **מדינה שיש בה הרבה רגולציה היא מדינה שיש בה הרבה שוחד**. אני לא אומר שזה קורה לגבי פוליטיקאי מסוים. פתאום אתה רואה שאיזה איש עסקים משקיע באיזו קבוצת כדורגל; בא קבלן שבכלל מעיר אחרת ורק עובד שם ומשקיע בקבוצת הכדורגל או הכדורסל, ואתה שואל למה הוא עושה את זה. בחלק מהמקרים זה פשוט אשתו. בחלק מהמקרים זו קריצת עין; במקרים אחרים

לא סתם מדינת ישראל מכבת במקום מכובד ברשימת המקומות המושחתות. מדינת ישראל בשנות ה 60 היתה במקום השלישי בהישגים בשנות ה 60. היום קוריאה, שהיתה בתחילת שנות ה 60 בסוף הרשימה, נמצאת ראשונה או שניה.[1]

## יזמות והמסגרת המשפטית לפעילות יזמית בישראל

ננסה לגשת ולפחות לנסות לפתח איזושהיא **חשיבה במושג של יזמות**. למרות שיש לנו חוקים שעוסקים ביזמות בארץ: חוק התכנון והבניה (יזם נדל"ן). ואפילו בחוק החברות אין הגדרה אמיתית של המילה יזם. **בחוק החברות ההגדרה היא מצחיקה** – *יזם הוא מי שעושה פעולה משפטית עבור חברה בהקמה.* ההגדרה היא מאוד לא מרשימה כי המגדירה את הפונקציונר בהתאם למבחן פורמאלי ולא לפי מבחן מהותי, מה שאומר שאם החברה אומרת לעו"ד פלוני לחתום בשמם אז הוא עשה פעולה משפטית בשם החברה אבל הוא לא יזם.

במערכת שלנו המרחב הזה לא יוצא דופן; כי לפני חוק החברות החדש היה לנו את החוק הבריטי. **בחוק החברות האנגלית לא היתה הכרה ביזם**. אפילו הפסיקה אמרה שלא ניתן להגדיר יזם ובכל מקרה יש להגדיר מאפיינים. מה שאנו רואים הוא שיש פה חוסר בהירות מאוד רציני כי אנו מדברים על תופעה שאין לה מאפיינים קבועים ואפילו בספרות המקצועית אין הגדרה מהו יזם.

### יזמות פנימית וחיצונית

בואו נקח את המקרה הבא. נניח שאני מנהל של חברה כמו שופרסל, ואני פותח סניף באיזה מקום; אבל אם נניח אני נפתלי ומחליט לפתוח סופרמרקט גדול באותו מקום. האם שנינו יזמים?

כאשר מדברים על יזמות, **כמעט תמיד נדבר על סיכון**. אבל, סיכון, גם מנהל שופרסל שהחליט לפתוח את הסניף ה 133 לוקח סיכון באותה פעולה, ובעצם כל מנהל של כל ארגון כל הזמן עוסק בניהול סיכונים; ובעצם אין פעולה בעולם שאין בה סיכון.

האם יש הבדל בין יזמות של יזם מתחיל\חדש, לבין יזמות שנעשית בארגון. הביטוי יזמות במינוח האנגלי הוא Entrepreneur, ואנו מבחינים בספרות בין יזמות זו לבין Interpeneur, יש יזמות שהיא כזו פנימית. **הקורס שלנו יתעסק בעיקר ביזמות החיצונית**. טבע היא יזם – היא יוזמת את הייצור של תרופות משלה, היא משקיעה בבורסה והיא מייצרת תרופות גנריות. בנוסף היא מייצרת תרופות עבור אחר.

1 כל ההערות של ברניב יובאו בצורה כזו ככל שהן מתקשרות לנושא אך לא מתקשרות אליו בצורה מוחלטת (י.ק)

## האיכות

לעומת טבע בואו נסתכל על אדם אחר בארץ; סטף ורטהיימר, הוא הגיע לישראל בתור עולה, הצליח בקורס טיס ואז התחיל לעבוד בתור מסגר והגיע למסקנה שאפשר להצליח. לסטף אין הצלחות דגולות; אבל החדשנות שלו היא בכך שהוא יודע לנהל בצורה טובה; יש ספרות שלמה שמנסה לברר מיהם האנשים היזמיים; יש אנשים עם הנכונות לקחת את הסיכון. סטף בעצם קבע לעצמו שהמפעל שלו יעמוד בסטנדרט איכות הכי טוב שאפשר - הוא הלך בצורה אינקרימנטית. הפילוסופיה של סטף ורטהיימר היא שמי שרוצה להצליח יכול אם הוא יעשה א,ב,ג. יש יזמות שעניינה בארגון נכון של המשאבים ולא תמיד יש את החדשנות הגדולה. החדשנות שלו היא כיוון מסוים של איכות. אגב, היו מפעלים בישראל שהתעסקו בדברים דומים ולא הצליחו. היה את מרסל וסו, שהיה הבעלים של מפעלי מיראז' בצרפת; הוא הלך להקים את מנועי בית שמש. מנועי בית שמש לא הצליח למרות ההון הגדול כי לא היתה להם את החדשנות האינקרימנטית.

## הסיכון

ראינו עד עכשיו ש**היזם פועל בסביבה עתירת סיכונים**; אז בדוגמא של שופרסל – מה מייחד את היזם? מה מאפיין אותו בשונה ממנכ"ל שופרסל? עסקת היזמות מבחינת היזם היא עתירת סיכונים, ולכן התמורה של העסקה היא שאם הוא הצליח הוא יצליח בגדול. אבל הסיכויים להצליח הם נמוכים יותר. איך השאלה הזו של פעולה בסביבה עתירת סיכונים רלוונטית למשפט. איך המשפט מתייחס לעסקאות עתירות סיכונים.

לפי ממשלת ארה"ב יזם הוא *one who assumes the financial risk initiation, management or undertaking of business*. **יזם הוא זה שלוקח את הסיכון**. הביטוי סיכון הוא לא סכנה, אלא הביטוי סיכון הוא במשמעות של וריאנס ואי ודאות. ככל שהמפתח של המשחק הוא גדול יותר; יש רווח ענק והפסד ענק, כך גם היזם הוא יותר יזם.

אותם כלים לפי הגדרת היזם, באלמנטים מהסוג הזה. מרקו פולו גילה את הדרך למזרח הרחוק, הוא לא היה המיליונר הגדול של התקופה. הוא היה יזם. הוא היה הולך לאציל, יוצא עם אניות, מקבל מימון ומביא את הסחורות, ואז היה מתחלק עם הממן ברווח. המשקיע הוא כבר לא יזם למרות שהוא מסכן. אין לו את החלק הנוסף, זה לא רק הנשיאה בסיכון אלא עשיית פעולה בכדי לעשות אושר חדש מבחינה חברתית. מכאן מגיעים ל Schumpeter, הוא כתב ספר מוביל בכלכלה שנקרא small is beautiful. הוא אמר שבענפים מסוימים קטן הוא יפה, כי הקטן יכול לעשות את שהגדול לא.

## החדשנות

הטענה שלו היתה שמפעלים קטנים מייצרים עושר גדול. "יצירת ומסחור משאבים חדשים או שילוב משאבים קיימים בצורה חדשה שתצור חברה". **שומפטר אבחן וראה יזמים לא רק באלמנט הסיכון אלא דרש גם חדשנות**. החדשנות היא משני הסוגים. או טכנולוגית המצאתית או ארגון מחדש של משאבים קיימים וקומפוננטים שהשילוב שלהם יחד יוצר משהו חדש לחברה. ברוב ההגדרות ישנם שלושה מאפיינים: יזמות היא תהליך שיש בו סיכון רב, היזמות מכילה יסוד של חדשנות, היזמות היא תהליך שמטרתו לייצר עושר חברתי חדש (פרטי ליזם).

פעילות יזמית היא פעילות שיש בה חדשנות. הפעילות היזמית האמיתית יוצרת חדשנות; לונה פארקים קיימים בעולם שנים רבות; אין חידוש בהצבת מתקני שעשועים. יום אחד קם מנוול שקוראים לו דיסני. הוא הלך לחידוש אחר – הוא הגיע למסקנה שיש מקור אדיר לעושר בחוץ – שאנשים יגיעו לדיסנילנד, עולם דמיוני. הוא הקים פארק בלוס-אנג'לס. הוא אמר שיש קונספט חדש – ממתקני שעשועים; מה שהוא עשה זה לקחת קומפוננטים קיימים.

## הגנה ותום לב

יום אחד דיסני הבין שהוא עולה על בוננזה והוא צריך להחליט איפה לעשות את פארק השעשועים הגדול בעולם. הוא הולך אותו להקים באורלנדו. דבר ראשון הוא צריך למצוא מקום כל כך גדול. הבעיה היא גדולה ואובייקטיבית: ראשית למצוא מקום טוב; הבעיה היא בכך שמאחר ועלית על רעיון – ורעיון בלבד. אתה צריך להגן על הרעיון, כי ברגע שידעו על הרעיון ידעו על העלות הריאלית של הקרקע. כאן באה חובת תום הלב וחובת הגילוי.

**האם חובת תום הלב מחייבת לגלות שרוצים את הקרקע לדיסני?** היזמות היא תהליך שמייצר עושר חברתי חדש. אם אנחנו רואים פעילות שמייצרת יותר עושר חברתי, אולי כדאי לייצר עושר חברתי בצורה חיובית. כל דיני עידוד השקעות הון אמורים להיות "בואו ניתן פרס למי שמייצר עושר חברתי". ש מדינה שהתחילה כך לפני 30 שנים; קוראים לה אירלנד. האם האירים היום נהיו חכמים יותר?

מה עושה דיסני? **הוא משכפל עם עסקאות עתירות סיכון את ההצלחה הראשונה שלו**. וכאן יש אינטראקציה עם המשפט. ככל שהמשפט מאפשר ליזם לצור יותר רווח, כך יהיו יותר יזמים. יזמים הם מונעי רווח. היזם מנסה לצור את המסגרת המשפטית, ויש מערכות שלמות של דינים שמונעות ממנו את העניין. אחת הדוגמאות של פסק הדין קל-בניין.

## המרכיבים הנוספים

מה שראינו, הוא שלפחות לפי המשפט בישראל אלו לא המרכיבים הבלעדיים. חוק עידוד השקעות הון שאמור לעודד יזמויות. **יזמות מבחינת המדינה היא יצירת מקומות תעסוקה חדשים**. זו היתה התפיסה בישראל לאורך שנים. אנו בזבזנו על זה מילארדים. ברגע שאתה נותן לאנשים כסף לייצור מקומות עבודה הם מקימים מקומות עבודה שכדאיים כל עוד ההטבה קיימת. בחוק החדש, אגב, בניגוד לדעת שר האוצר, יש עידוד ליזמות שתכליתה היא יצירת מקומות עבודה במקומות מרוחקים ללא כל חדשנות. העידוד הוא לפי מבחנים אובייקטיביים: ייצוא (לדוגמא). אם רוצים לקבל סיוע מהמדען הראשי – באים ממציאים ומציגים בפניו תכנית לפיתוח הידע הטכנולוגי, הם מקבלים כסף מהמדינה כדי לייצר את הידע.

חוק עידוד השקעות הון הישראלי נותן גם ליצירות שהן לא חדשניות אלא גם ליצירת מקומות עבודה.

האבחנה בין יזמות של מפעלים גדולים ליזמות של גדולים. כל הזמן עושים מחקרים מעניינים ומוזרים בעולם. לפני זמן לא רב התפרסם מאמר שבדק האם עשירים יותר חכמים מעניים. הם הסתכלו על החלטות השקעה של בעלי תיקים עשירים ושל עניים. החליטו ששניהם הם פרטו, והראו שעשירים הם יותר חכמים. אבל מחקר אחר בדק מי הם אלו שפותחים את העסקים החדשים. ובאופן פרופורציונאלי יש יותר יזמות אצל עשירים מאשר אצל עניים.

## המסגרות המשפטיות

אילו מסגרות משפטיות יש לנו? יש תמריצים בצורה של בוננזה (הטבת מס, הקצאת קרקע ומשאבים); אבל מה יקרה אם הוא יפסיד? איש עשיר שיכנס לחברה גדולה, אם סניף ספציפי לא ילך אז לא נורא; שופרסל לא תפסיד. אבל חנות קטנה גורמת לנזק משמעותית ליזם. יש מנגנון הגנה של "תאגיד"\חברה, הגבלת אחריות, חסיון מפני סיכונים. יש רק בעיה קטנה, שמי שקצת מנוסה בעולם יודע שכשבאים יששכר וזבולון ובאים לפתוח עסק חדש, ואפילו אם הבנק משתכנע, **הבנק מבקש ערבות אישית**. יש בעיה, ויזמים פרטיים גם כשמספרים להם שהאחריות של החברה מוגבלת, הם יודעים שכלפי חלק מהנושים הם לא יכולים להתחמק מהאחריות האישית. **השאלה היא מהי הקונסטרוקציה של דיני פשיטת רגל בישראל?**

בגדול יכולים להיות שני מבנים – הראשון אומר שאין לך שום הגנה; אתה חייב כסף, פשטת רגל, תשלם עד סוף חייך או שתגיע להסדר עם הנושים. ההסדר השני הוא שיש אחריות מוגבלת לבני אדם, אם נפלת עדיין לא נפלת לתהום; חלק מהשתכרותך תשאר שלך. המשפט הישראלי הולך למודל הביניים – אדם שפשט רגל לא יכול לנהל עסקים, אבל חלק מסוים של ההשתכרות שלו נשאר אצלו כך שיש מסגרת

מסוימת של אחריות מוגבלת. זה ברור שככל שדיני פשיטת הרגל יהיו נוחים יותר ליזם, כך תהיה גם נכונות לקחת פעילות יזמית. כאן זה מצריך אותנו לעשות עוד דיון קטן; וזה הדיון הקטן על נטיה לסיכון.

אנו נוהגים להסתכל על בני אדם פיזיים כמתפלגים לשלוש קבוצות: שונאי סיכון, אדישי סיכון ואוהבי סיכון. החלוקה היא לא מדויקת כי יש הוכחות שבתחומים מסויימים אנשים הם שלושת הדברים;

## הרגולציה והתערבות המדינה

בשיעור הראשון שלנו ניסינו לפתח מושגי יסוד במושג שלא מוגדר חברתית\משפטית. יש סיבה מצוינת מדוע המושגים של יזמות הם קשים להסכמה. יש חשיבות גדולה להגדרה ולהסכמה. יזמות דומה לתופעות חברתיות אחרות; צריך להגדיר אותה על מנת לקבוע את המסגרת הנורמטיבית. **כיום אנו רואים בעולם שלוש התייחסויות של המשפט לתופעות חברתיות. הראשונה היא התייחסות שלילית, שמנסה למנוע את התופעה בצורה חברתית. יש מצב קצה שני של תמרוץ תופעות חברתיות מסוימות.**

לעניין יזמות, יש מדינות רבות שחושבות שכדאי לעודד יזמות. אחת התופעות שהגדרנו כיזמות היא הגדלת הפעילות העסקית בכדי לייצר עושר חברתי חדש. זה די ברור שלחברה יש תכלית לעודד עושר חברתי חדש. ישנן שתי גישות – הראשונה אומרת **שהדרך הטובה ביותר היא לסלק את הממשלה מהמשחק.**

> במקרה אתמול עיינתי בגלובס, ונתקלתי במאמר שבו רואיין איש מועצה, שהוא איש הרשות, והוא רוצה לעודד יזמות. אנשי הרשות אומרים שהמפריעים הגדולים ביותר הם המנהל. הממשלה היתה צריכה לתמרץ את הפרוייקטים כפונקציה מהמושקע בפרוייקט, זה גרם לשתי תופעות, היא עודדה יזמים, מצד שני – אם הייתי צריך להקים מלון, ולמלון הספיקה השקעה של 10 מיליון דולר. אבל אם אני מקבל 40% אז אני מחליט להקים מלון יותר מפואר, ואז התוצאה היא שהשקיעו יותר מדי בהון. פתאום קנו שיש איטלקי
>
> הערת אגב על שיש איטלקי: חברה איטלקית מוכרת חפצי נוי לחברה אנגלית. הם חותמים על המסמכים בשם משובש של החברה. החברה האנגלית כושלת ואינה יכולה לשלם את הכסף. מגישים תביעה נגד המנהלים שחתמו על השטרות. האנגלים טוענים ששילמו חלק מהכסף לאיטלקים. האיטלקים מבקשים שיראו קבלה. האנגלים טוענים שזה כסף איטלקי וזה שחור ואין קבלות. הישראלים קונים שיש איטלקי ומקבלים קבלה על מה שהם רוצים, ומקבלים מלון ב 90% מימון.

הדבר המומלץ הוא ש**הממשלה לא תתמרץ אלא תייצר תשתיות ומסגרת רגולטורית שתאפשר ליזמים לעשות את שהם רוצים לעשות**. מדיניות כזו קיימת במדינה כמו ארצות הברית. ישראל לא יכולה להשתמש במדיניות נייטרלית. אנו איננו פופולרים כמדינות אחרות שמאפשרים את הכניסה של משקיעים בינלאומיים.

> לדוגמא, בישראל לאור רכישת צ'רלטון של זכויות השידור של משחקי הכדורגל, ועדת הכספים הכריזה שהיא עשויה לחוקק מחיר מקסימום. חקיקה כזו היא אנטי-יזמית.

> מדינת ישראל מבחינת חקיקת יזמות היא עדיין בולשביקית. מדינת ישראל בטלה חוזים עם יזמים באופן סיטונאי. ולכן היא אינה יכולה לא לתת תמריצים ליזמים. ורק השבוע אושר סופית התמריץ הגדול אי פעם במדינת ישראל וזה התמריץ לאינטל בסך 545 מיליון דולר. יזמים בדרך כלל לא אוהבים רגולציה. המסגרת הרגולטורית היא קשה.

אם נקח את הפעולה של יזם פשוט שרוצה לבנות בית מגורים. השאלה היא כמה זמן עובר מההחלטה עד להקמת הבניין.

## עידוד יזמים

מערכת משפט פרטי המעודדת יזמים:

(א) מכבדת את חופש החוזים שלהם

(ב) ממקסמת את הרווחים שלהם בלי התערבות רגולטורית

(ג) קיימת מערכת אכיפת חוק טובה[2]

(ד) סביבה משפטית שתתן כרית בטחון למקרה שהיזמות תכשל.

האם צריך לצור מערכת לעידוד יזמות של אנשים קטנים? אם אנו רוצים חברה שיש בה מוֹבִּילִיוּת חברתית, חייבים לייצר מסגרת; האנשים הפחות עשירים מאוד רגישים לנפילה. ישנן גם נישות בהן לא יכנסו הגדולים, ולכן יש לתמרץ את הקטנים.

יש דרייב יזמי. יש נכונות יזמית. ההתפלגות של הדרייב היא לא פונקציה של עושר. אם יש יותר עניים מעשירים, אז נוציא את הרוב היזמים העסקיים מהתחום כי אין מסגרת משפטית נאותה.

כדי להקים יזמות צריך להקים הון, ולכן מצבו של היזם הקטן נחות ממצבו של היזם הגדול, שלגביו הבעיה של ההון לא קיימת. לכן **לרגולטור עדיף להכנס ולאפשר בסיס מסוים של הון שמורכב משנים: משאבים כספיים והתחלה נקיה**.

2 לדוגמא, בעניינים בהם אין חוזים אפשר להתקיים בחברה עם עסקאות ריאליות. אולם, בשביל חברה יעילה יותר צריך מערך יעיל של דיני חוזים.

בישראל אם נפלת, נפלת. עד שתצא מפשיטת הרגל יחלפו שנים רבות. בארצות הברית במקרים הראויים, אם לא מדובר ברמאי, יכולים להנות מ chapter 7, בו לוקחים חלק מהנכסים אבל לא לוקחים מאדם את העתיד. **בישראל לוקחים לאדם את העתיד**. הבעיה היא – האם יש דרך בחוק הישראלי להציל יזמים שלא הצליחו. וגם ביזמים צריך להבין שנטילת סיכונים היא דבר שאנו רוצים לעודד. הרעיון הוא לא לעודד סתם סיכוני אלא כל סיכון ולא רק Moral Hazard ו adverse Selection. אם אני מבוטח בביטוח מקיף על המכונית, ואני אדם דתי שלא משתמש ברכב במשך יותר מיממה בשבוע אז סך כל הסיכון שאני מייצר הוא נמוך מסך כל הסיכונים שמייצר אדם שאינו נוסע. אם אני הייתי יודע מראש, בתור חילוני, שיש חברה שבה יש דתיים רבים, אז הייתי מרוויח על חשבון אחרים.

רואים זאת לדוגמא בביטוח נסיעות לחו"ל; נסיעות למזרח הרחוק מחויבות בפרמיה גבוהה יותר, לדוגמא. אבל יזמים מעתיקים סיכון באמצעות דיני חברות. דיני פשיטת רגל היא סוג אחר של העתקת סיכון, כי תחת chap 7 אז הסיכון הוא מוגבל (ר' מאמר של Wei Fan), ובמקרי הצלחה העושר הוא בלעדי, אבל כשלון מאפשר התחלה נקיה יחסית. מדובר בשני צדדים של המשוואה. אם היזם מפסיד ולא משלם אז מישהו אחר משלם; בצד השני, לא מדובר במשחק סכום אפס כי אם היזם מצליח יווצר עושר חדש.

## השחקנים הקטנים

השחקנים הקטנים מפחדים ללכת ולנסות כי אין מנגנון שמבטיח את הקטנים מול הגדולים. יש בעיות. בגלל שאין זכות קניין ברעיונות אי אפשר לעשות חוזים. ליזם אין מסגרת משפטית שמאפשרת לו להגן על הרעיון. חברות גדולות יכולות לרכוש פטנטים כדי שלא ישתמשו בהם. זה פופולרי בענף התרופות ובענף האנרגיה. אנחנו רוצים מבחינה חברתית מוביליות כך שהמעריך הגבוה ביותר שלהם הוא מי שיקנה אותם.

**התפיסה היא שרק מי שמוכן לשלם עבור המוצר את המחיר הגבוה ביותר הוא המשתמש הטוב ביותר**. אם הוא לא אז הוא לא מעריך את המוצר מספיק ומוכן לשלם עליו מספיק. כשלמדתם דיני חברות אז ישנו פרק שעוסק במיזוגים ורכישות. המבנה של החוק הישראל נועד להבטיח שהחברה הנרכשת תרכש על ידי הרוכש שיש לו את היכולת להבטיח את השיפור של החברה. ברור לחלוטין שלא ניתן לקיים שוק פתוח בו יעשו Auction על הרעיון. הרעיון הוא שאם יש אנשים עם דרייב יזמי אז דיני פשיטת הרגל הורגים את הדרייב היזמי.

## הסדרה רגולטיבית

עד כה לא הגענו להגדרה ברורה של יזם. שאלנו מה מניע אדם לעסו בפעילות יזמית, וברור שמקסום רווח היא פעולה סטנדרטית. אנו מבינים שמדובר באלמנטים של מסגרת משפטית נאותה שתעודד פעילות

יזמית כשהיא מורכבת מכללים משפטיים שמאפשרים ליזם להכנס לפעילות מסוכנת (אי ודאות) וזה טבעי, כי ככל שמדברים על פעילות יזמית ויש מקום לעושר חדש אז הסיכון הוא יותר גדול.

דיברנו על השלכות הנפילה וההפסד, והשאלה היא כיצד מתמרצים אדם כאשר הוא מעודד לקיים את הפעילות היזמית "אצלנו" באמצעות מענקים ודרכים אחרות. האיזון הוא של מול הכריות שמאזנות את הנפילה גם להפחית רגולציה. הרגולציה מפריעה לפעילות עסקית. הרגולציה מפריעה ליזם בסך הכל, כי הכלל שנקבע הוא טוב לחלק מהמקרים ולא טוב לחלק אחר, ולכן מתעוררת שאלה של איזו סביבה מועדפת על היזמים, התשובה היא שככל שהמסגרת הרגולטורית כבדה יותר כך פחות יזמים יעדיפו.

אולם, ברגולציה יש יתרון לחלק מהמתחרים – ישראל, שנות ה 50 (**מילר נ' שר התחבורה**) בא יצרן רכב בריטי בשם לילנד בהצעה פנטסטית לממשלת ישראל ומציע להקים מפעל רכב להרכבת משאיות באשדוד. זה נח, יש נמל וכו', יש רק בקשה קטנה מהרגולטור – שלא יתנו לאחרים להרכיב משאיות בישראל. מילר הוא יבואן של סקניה-ואביס. במקום לתת תמריצים בצורה של הטבות מס נותנים ליזם הגנה מפני מתחרים. למונופול טוב שיש רגולציה. לכן אומרים ללילנד שלא יאפשרו יבוא של חלקים. הרשות השלטונית מוגבלת ביכולתה ליתן מונופולין, שכן הרשות השלטונית לא יכולה להגביל את חופש העיסוק וכן זו פגיעה באושיות המשפט החוקתי. הפגיעה של המונופולין היא גם כלפי כלל הציבור וכו'.

איך עשתה זאת המדינה? היא אפשרה את הייבוא של כל אחד מהרכבים, אולם כיוון שיש פיקוח על מטבע, כל מי שרצה מטבע חוץ היה צריך להראות סיבה מפורסמת. **המדינה אמרה שכל יזם יכול לבנות מפעל משאיות בישראל, אולם יש בעיה קטנה, ליזם המקומי אין יכולת לקנות מטבע חוץ על מנת לשלם לחו"ל. לילנד היא לא מונופול בתחום המט"ח**. התוצאה היתה שנפסק ייבוא המשאיות ואז פרצה מלחמת ששת הימים ולמדינת ישראל לא היו מספיק משאיות לשנע את הכוחות. זו דוגמא להתערבות רגולטורית.

דוגמא אחרת של רגולציה במ"י; בעבר הרחוק היו נוסעים תלמידים על גבי משאית ויושבים על ספסלי עץ. היום כשיוצאים לטיול נוסעים באוטובוסים ממוזגים עם כסאות נוחים. למה היה זה כך? האם המדינה רצתה לנסיעה באוטובוסיף ספרטניים? לא. המדינה רצתה ליתן מונופולין לדן ואגד; היו כמה חברות שהיו להן צי נוסעים משלהן והיו להם כמה אוטובוסים. **אל-על רצתה למכור אוטובוסים פרטיים במכרז. המדינה אסרה על המכירה של האוטובוסים כי המדינה לא נתנה רשיון להפעיל את האוטובוסים**. אלו דברים שרק נדמה לנו שעברו מן העולם. נשארו תחומים כבדים של רגולציה שעד היום לא מובן למה הם קיימים.

פסק הדין הראשון בישראל שעסק בחופש העיסוק הוא **בז'ראנו**. יש ביקוש לאנשים שיעבירו טסט; אז זה היה חיוני אחרת היית מאבד יומיים. התפתח מקצוע המעאכרים, ושר התחבורה הגיע למסקנה שהעיסוק במקצוע הזה מסכן את אושיות המדינה. ולכן שר התחבורה העביר תקנה האוסרת על טסט באמצעות

אחר; בית המשפט הגיע למסקנה כי לפרט מותר לעשות כל מה שלא נאסר עליו בחוק ולרשות אסור אלא מה שהותר לה בחוק. איך פתרו את בעיית הרישוי? פתחו מכוני בדיקה. נתנו אפשרות לגורמים עסקיים לפתוח מכוני בדיקה. אם חשבתם שבז'רנו נגמר, אז זה לא כל כך נכון.

נקח את בג"צ **אגוד לשכות המסחר נ' שרת המסחר והתעשייה**. לא בג"צ מרשים במיוחד מבחינת הפסיקה, אלא הוא נפסק לפני מספר חדשים. מה הסיפור? כל מי שרוצה לסחור חייב לשלם מס איגוד לאגוד לשכות המסחר. הלשכות מטפלות בסוחרים שמייבאים, מוכרים וכו'. אחת הבעיות שלהן היא שאם רוצים להביא מוצרים ארצה צריך לעבור את מכון התקנים; או, במקרים חריגים מתירים בתקנים שאושרו בחו"ל. מתעוררת השאלה והקושי – מכון התקנים הוא בבעלות משפטית (אחד אלהינו, אחד אמנו ואחד מכון תקנינו). אפשר להפריט את התקינה (אחרי שנפתח לא מזמן תחום בתי הסהר לתחרות). מדינה שמוכנה להפריט את בתי הסהר, נותנת תשובה שהיא לא מוכנה להפריט את פעולות התקינה. בהיות מכון התקנים מונופול הוא יהיה לא יעיל – לא כלפי עצמו.

**תשובת המדינה היא שפתיחת התקינה מסוכנת לבטחון ושלום הציבור**. (מדובר על אותה מדינה שהפריטה את בתי החולים). יושב בית המשפט העליון במ"י ומסביר למה זה חיוני שהמונופול הזה ישאר ולמה זה הגיוני שזה ישאר. **הטענה היא שהסקטור הפרטי לא ישמור על שלום הציבור כי הוא רוצה למקסם רווח**. ולכן אם זה נכון צריך אולי לסגור את כל המקומות שעשויים לפגוע בשלום הציבור, למשל מסעדה. לגופו של עניין לו פסק הדין היה אומר שמוצרים שמסוכנים לבני אדם ישארו בתקינה של מכון התקנים בעוד שמוצרים אחרים לא.

---

כל הנושא של תקינה הוא בעייתי. כל מוצר שעומד בתקינה של ארצות הברית, קונים אותו בשתי ידיים. למעט אולי מוצרים כמו ציצית. אם יש תקן רשמי לציצית בארה"ב אולי בישראל צריך לבדוק זאת בנפרד. אותו דבר עם תרופות. אם ה FDA בודק תרופות, האם אנו צריכים לבדוק גם כן?

היזמות בישראל מוקפת ברגולציה. אולם יש מקרים בהם הרגולציה באה לתקן את חוסר היעילות של השוק. אותו סיפור יש עם הסמכת עריכת דין. בארצות הברית אין התמחות לדוגמא, אולם עורכי הדין אינם כה רעים. אולם, לדוגמא בתחום התרופות רצוי שתהיה רגולציה.

יש היום דעה שעומדת במרכז הדיון הפוליטי שאומר שצריך לעשות **רגולציה של שכר המינימום**. אבל השאלה הערכית היא מהו שכר המינימום. השאלה הרגולטורית היא האם צריך שכר מינימום. יש רגולציה שאומרת שאסור להפלות אנשים מטעמים כמו גיל. האם זה דבר טוב כשיש רגולציה כזו? היקף הרגולציה בישראל הוא מטורף ויזמים רבים יוצאים מישראל כי יש התערבות גדולה מדי.

יש סיכונים שהמערכת המשפטית מייצרת כגון פרשנות והשאלה איך שופט מחליט. יש שופטים עם אג'נדה. פסק הדין **פלוני פלונית** של השופט ברק עסק לאחרונה בהרחבת דיני החוזים על הפרת הבטחת

נישואין. הגבר הבטיח נישואין לאישה כשהוא היה נשוי כבר, הוא הבטיח שהוא יתגרש מאשתו והיא התגרשה מבעלה על מנת להנשא אליו. היא הגישה תביעה על הפרת הבטחת נישואין. השופט ברק אומר שזו הבטחה ככל הבטחה, אם יש נזק צריך לפצות, אבל אי אפשר לאכוף את החוזה הזה.

לעומת זאת השופט טירקל שהוא דתי פוסק הפוך. כשמדברים על תוצאה משפטית אנחנו לא מדברים על תוצאה נקודתית אלא על התפלגות משפטית כשאנחנו מדברים על אבחנה בין שני סוגים של כללים משפטיים. יש כלל ויש סטנדרט. רשלנות ותום לב הם סטנדרט. כלל הוא ספציפי. מערכת עם סטנדרטים היא יותר עמומה. יזמים, כמו כל אדם אחר בעולם, צריכים לקחת את אי הוודאות לידם.

**בקודקס האזרחי החדש כתוב יותר בצורה של סטנדרטים מאשר בכללים**. לכן הכללים בקודקס מושפע מהסטנדרט, כך שחקיקת הקודקס תרגום לרמת אי וודאות במשפט גדולה יותר. היתרון של חוק המנוסח בצורה של כלל הוא בזה שהוא ברור יותר. הצדדים יודעים איך לתכנן את פעולותיהם לפי המשפט. החסרון של הכלל הוא שהוא לא מתאים לכל המקרים. כך היה עם הסטנדרט הרחב של הרמת מסך בסעיף 6 לחוק החברות. לא היתה ברירה ותוך תקופה קצרה שונה החוק.
דר' אירית חביב-סגל בדקה את הנושא לגבי מה קרה בבתי משפט כתוצאה מכך שהחוק לא חל. היה גידול תהומי של מספר התביעות שבהן נדרשה הרמת מסך. מה המסר שהלך ליזמים – תזהרו, תקטינו חשיפה במדינת ישראל.

Copyright (c) 2002 The Board of Trustees of the Leland
Junior University
Stanford Journal of Law, Business & Finance

Spring, 2002

*Stan. J.L. Bus. & Fin. 163 7*

**LENGTH:** 21641 words

# The Rise & Fall of Entrepreneurs: An Empirical Study of Individual Bankruptcy Petitioners in Israel[3]

***NAME:*** *Rafael Efrat*[4]

## SUMMARY:

... This Article addresses two fundamental areas of inquiry in personal bankruptcy. ... In a number of cases in the bankruptcy sample, the Official Receiver opposed the debtor's adjudication as bankrupt principally because the petitioner had undertaken substantial consumer debt prior to bankruptcy filing in order to finance living expenses. ... The outstanding non-mortgage consumer credit of the petitioners in the Israeli bankruptcy sample was not only considerably higher than the balance owed by individuals in the general population, but it was also somewhat higher than their American and Canadian counterparts. ... Since the financing needs of a small business entrepreneur tend to be more extensive than the borrowing needs of the average wage earner, it should be no surprise to find the largely former entrepreneur population in the Israeli bankruptcy sample reporting substantial 'consumer-type credit'. ... The apparent reason for the much lower percentage in the Israeli bankruptcy sample of individuals who have identified excessive consumer debt as the cause of bankruptcy may be

3 המאמר מובא ללא הערות השוליים ותוך עריכה מינורית של הוספת כותרות ועוד – י.ק.

4 Assistant Professor, California State University, Northridge. J.S.D. Candidate, Stanford Law School; J.S.M., 1998, Stanford Law School; J.D., 1992 University of Southern California Law Center. The author expresses his gratitude to Professors Elizabeth Warren, Harvard Law School; George Triantis, Virginia Law School; Lawrence M. Friedman, Stanford Law School; William Whitford, Wisconsin Law School; Marianne B. Culhane & Michaela M. White, Creighton University; Ron Harris, Tel Aviv University; participants at the Stanford/Yale Junior Faculty Forum; members of the Israeli Debtor-Creditor Reform Commission, headed by the Honorable Supreme Court Justice Shlomo Levin; participants at the Israeli Justice Ministry Forum on Debtor-Creditor Reform, headed by Davida Lachman-Messer, Deputy Justice Minister; participants at Tel-Aviv University conference on debtor-creditor law sponsored by The Buchmann Faculty of Law; and participants at a seminar sponsored by the Interdisciplinary Business Institute at California State University, Northridge.

due to the tighter credit underwriting scrutiny adopted by the financial sector in the Israeli consumer credit market. ...

## HIGHLIGHT: Abstract

*This Article addresses two fundamental areas of inquiry in personal bankruptcy. First, it examines what conditions justify an expansive versus stringent bankruptcy debt relief regime in a given country. Second, the article examines what contributes to the particular profile composition of individuals in bankruptcy*.

*The author hypothesizes that the scope of the fresh-start policy and the composition of the bankruptcy population in a given country is predicated on government's predisposition towards credit deregulation, government's predisposition towards entrepreneurship, the extent of the welfare state, and the standards employed by financial institutions when extending credit in the private sector*.

*To test this hypothesis, the author has undertaken an empirical study of consumer bankruptcy filings in Israel, examining the characteristics of the petitioners and the causes of filings. By comparing the findings of this undertaking with the results of similar empirical studies in the United States and Canada, this Article provides strong support for the suggested four-prong hypothesis*.

## *A. Introduction*

This Article addresses two fundamental areas of inquiry in personal bankruptcy. First, it examines what conditions justify an expansive versus stringent bankruptcy debt relief regime in a given country. For example, currently pending in United States Congress is a major reform of the personal bankruptcy legislation. n1 The underlying premise of much of the reform is that the rather expansive debt relief regime available to individuals in the United States is ill conceived, as it promotes widespread abuse. n2 Proponents of the broad fresh-start policy of the existing bankruptcy law regime cite evidence suggesting that the vast majority of petitioners in the United States are in dire financial need n3 and that there is little, if any, evidence of abuse. n4 To add clarity to this ongoing public debate, this study aims to provide a model that could be used to justify an expansive or, in the alternative, a stringent fresh-start policy in bankruptcy, depending on the underlying circumstances in a given country.

Second, the Article examines what contributes to the particular profile composition of individuals in bankruptcy. Studies in the United States have demonstrated that the average bankruptcy petitioner resembles a fair cross section of the population as a whole. American households who resort to bankruptcy are similar to American middle class households in terms of employment status, citizenship status, ethnicity, race, gender, marital status, and age. n5 In contrast, Canadian bankruptcy petitioners are demographically similar to the Canadian population as a whole in **[*165]** terms of age, gender, and marital status, but not in terms of employment status. n6 This study will attempt to ascertain the reasons for the demographic parallels and disparities between bankruptcy petitioners and the general population in a given country.

In this Article, the author hypothesizes that the scope of the fresh-start policy and the composition of the bankruptcy population in a given country should largely be a function of exposure to financial vulnerability among individuals in the general population. Exposure to financial vulnerability among individuals in the general population depends to a large extent on government's predisposition towards credit deregulation, government's predisposition towards entrepreneurship, the extent of the welfare state, and the standards employed by financial institutions when extending credit to the private sector.

First, the more deregulated the credit market is in a given country, the more expansive bankruptcy related debt relief it should provide. A government's decision to deregulate consumer credit in the marketplace results in increased competition in consumer lending. This heightened competition naturally creates greater access to consumer credit. In turn, this wider access may lead to increased financial vulnerability as individuals undertake excessive debt. The increased financial vulnerability results in a greater need for individual bankruptcy relief.

Second, the more a government fosters entrepreneurship, the greater the exposure to financial failure, and the broader the fresh-start policy in bankruptcy should be. Institutional cultivation of the spirit of entrepreneurship in society encourages more individuals to undertake an increased level of risk inherently associated with a business operation. This increased level of risk of financial failure justifies a broad-based financial relief as part of the personal bankruptcy system. Moreover, governments that wish to encourage entrepreneurship would seem to benefit from a broad fresh-start policy in bankruptcy, as such a policy provides incentives to undertake entrepreneurial risk. n7 A fresh-start policy protects entrepreneurs from the potentially devastating consequences of unlimited liability that they may sustain in the event their sole-proprietorship business venture fails. This added safeguard provides **[*166]** the entrepreneur an important incentive to start a new business venture. n8 Hence, to the extent a government is interested in fostering an environment conducive to entrepreneurship, it should recognize the need to incorporate provisions in its bankruptcy system that promote a broad fresh-start policy.

Third, the weaker the social safety net a particular country offers, the more expansive bankruptcy-related debt relief it should provide as the exposure to financial distress correspondingly increases. A limited social safety net leads more individuals to resort to borrowing to obtain services that otherwise would have been provided by the government (e.g., education, medical benefits, housing). This restricted safety net offered to individuals inevitably leads to greater financial vulnerability to job layoffs, medical bills, or family dissolution. To accommodate this increased level of risk of financial vulnerability, countries with a limited social safety net should promote broader fresh-start policies in their bankruptcy legislation.

Lastly, the degree of due diligence which financial institutions utilize when extending credit to individuals has a significant impact on the debtors' financial vulnerability. The greater the due diligence employed, the less of an opportunity exists for individuals to become over-indebted. Hence, countries with a financial sector that engages in close scrutiny of credit extended to individuals should find little need to provide for broad financial relief in bankruptcy.

The proposed model suggests that the rather liberal fresh-start policy in the United States is

justified. In the United States, we have witnessed a dramatic rise in consumer credit over the last twenty years, following the deregulation of the consumer credit industry. Empirical studies suggest that this significant increase in consumer debt in the United States was an important factor in explaining the significant increase in economic distress leading to consumer bankruptcy. n9 Also, as the bedrock of the **[*167]** economy in the United States is private entrepreneurship, it is appropriate for its bankruptcy laws to include provisions aimed at providing a cushion for the increased level of risk of financial failure associated with entrepreneurship.

Concurrent to the consumer credit deregulation, we have witnessed politically a reduction of already limited social welfare programs in the United States. Limiting the social safety net in the United States reduced the cushion that might otherwise have been available to individuals facing financial trouble. n10 On top of the significant rise in consumer credit availability, the fostering of entrepreneurship, and the stingy social welfare benefits, financial institutions in the United States have purportedly engaged in limited scrutiny and relaxed standards when issuing the rising volume of consumer credit. n11 Therefore, the highly deregulated consumer credit market coupled with the limited social welfare benefits offered to Americans and the relatively relaxed credit standards employed by the consumer credit industry makes the rather liberal fresh-start regime in the United States appropriately tailored to its socioeconomic conditions.

Recent experiences in several countries in Western Europe provide further evidence to the hypothesis outlined above. Traditionally, Western European countries have followed a relatively conservative approach to fresh-start in bankruptcy. n12 However, in the late 1980s and early 1990s, governments there began deregulating the consumer credit industry. n13 The resulting explosion of consumer debt has been as extraordinary in Europe as it was in the United States. n14 Despite generous state welfare, the rise in consumer debt has brought about widespread consumer distress, as manifested by the significant rise in consumer bankruptcy filings in those countries. n15 In response, many Western European states have recently adopted a more liberal fresh-start policy in their bankruptcy laws that is appropriately tailored to the increased **[*168]** financial distress many consumers have experienced following the deregulation of the consumer credit market. n16

Similarly, Canada's fresh-start policy in bankruptcy provides further support for this four-prong hypothesis. Canada offers a stronger social safety net than is offered in the United States, but it is significantly more limited than the generous package offered in Western European countries. Also, while consumer credit in Canada has been traditionally more tightly regulated than in the United States, consumer credit in Canada has been deregulated to a greater extent than in most European countries. Correspondingly, the Canadian personal bankruptcy system provides greater financial relief for financially troubled individuals when compared to the European bankruptcy regimes, but offers less relief when compared to the American expansive fresh-start policy in bankruptcy. n17

To further test the four-prong hypothesis outlined above, this study has undertaken an empirical study of consumer bankruptcy filings in Israel, examining the characteristics of the petitioners and the causes of their filings. n18 Israel provides a suitable country to further test the hypothesis as it has deregulated its consumer credit market to a lesser extent than in the United States and Canada, its

financial sector employs a more stringent set of criteria for extending consumer credit than do its counterparts in the United States and Canada, but its government offers more generous **[*169]** welfare benefits than are offered in either the United States or Canada. By comparing the findings of this undertaking with the results of similar empirical studies in the United States and Canada, this Article provides additional support for the suggested four-prong hypothesis.

## B. The Bankruptcy System and the Bankruptcy Sample

Individuals filing for bankruptcy in Israel are expected to liquidate their assets and allocate a portion of their future earnings over a number of years to repay their creditors. While some petitioners settle with their creditors during bankruptcy, discharge is granted infrequently. n19 To collect empirical data for this study on the Israeli personal bankruptcy system, a sample of 213 bankruptcy files of individuals was selected, analyzed and coded. n20 The schedules found in the bankruptcy files included extensive information on the debtors' financial condition. n21 Also in the bankruptcy **[*170]** files, copies of the Official Receiver's detailed investigatory reports and related documents provided valuable corroboration of the debtor's financial condition as well as other important financial and non-financial data about the debtor and the bankruptcy process. n22

The sample is composed exclusively of individuals n23 who voluntarily filed for bankruptcy between September 1996 and July 1998. n24 The files were randomly collected n25 from all four judicial districts in Israel n26 in rough proportion to each district's percentage of total individual filings over that time period. n27 The sample of 213 files **[*171]** constitutes thirty-eight percent of the average annualized number of actual filings during the sample period. n28 From each of these 213 files, approximately 179 quantitative pieces of information were coded to build the database for this study. n29

## C. Reasons for Filing Bankruptcy

The bankruptcy files reveal the causes of the bankruptcy for the sample. n30 By far the most prominent cause of personal bankruptcy in the sample was the failure of a small business. An overwhelming seventy-six percent of the sample filed for bankruptcy due to the collapse of a heavily indebted small business owned by the debtor, the debtor's spouse or someone whose debts the debtor or the debtor's spouse had guaranteed. n31 Other reasons for filing were of less importance. Failing medical condition was named by almost twelve percent of the sample, excessive consumer debt contributed to nine percent of the filings and employment problems were listed as the cause of only five percent of the bankruptcies. Lastly, a little over four percent of the sample reported family troubles as a leading cause of their bankruptcy.

**[*172]** These findings, on the causes of bankruptcy in Israel, contrast sharply with recent findings in the United States, Canada and Australia. While more than three fourths of the sampled bankruptcies in Israel were due to entrepreneurship failure and only a distinct minority to job

problems, a recent study of United States personal bankruptcies indicated that over two-thirds of the filings were due to employment problems and less than twenty percent to entrepreneurial failure. n32 Studies in Canadian and Australian bankruptcy have also identify employment problems as the most frequent cause of bankruptcy filings, with business failure as a much less frequent factor. n33

## D. The Demography of the Israeli Bankrupt

Comparative empirical studies in the United States and Canada generally suggest that the demographic background of bankrupts there resemble a fair cross section of the population as a whole. n34 Similarly, the demographic background of bankrupts in the Israeli sample resembles the population as a whole in terms of age and marital status. The average age of the Israeli bankruptcy petitioner in the sample was forty-three, which roughly approximates the average age of the adult population in Israel of forty-eight. n35 Also, seventy-eight percent of both sampled adults in the general population as well as sampled bankruptcy petitioners in Israel were married. n36

**[*173]** However, important demographic differences exist between the Israeli bankrupt and the general population. While the general population in Israel splits evenly between male and female, n37 males constitute approximately seventy percent of the bankruptcy sample. Also, Jews constitute only eighty percent of the general population, n38 but make up over ninety-four percent of the bankruptcy petitioners. Further, foreign-born Israeli Jews are underrepresented in the bankruptcy population. n39

Lastly, while the majority of the foreign-born Israeli Jews were ethnically Ashkenazi, n40 the foreign-born Jews in the bankruptcy sample evenly split along ethnic lines. n41

The apparent reason for these disparities between the general population and the bankruptcy sample in Israel is that most of the bankruptcy petitioners are former entrepreneurs. As mentioned earlier, over sixty three percent of the petitioners in the sample were former entrepreneurs. n42 It is not surprising, therefore, that the **[*174]** demographic characteristics of the Israeli bankruptcy sample reflect those of Israeli entrepreneurs. For example, the average age in the sample was forty-three, which coincides with the average age of Israeli entrepreneurs of forty-five. n43 The gender distribution of the bankruptcy sample also resembles that of Israeli entrepreneurs with the majority of them being men. n44 As women tend to stay away from the entrepreneurial sector in Israel, as wives of self-employed husbands in Israel do not automatically become indebted to the business debts of their husbands, and as financially troubled entrepreneurs must file bankruptcy petitions separately and not jointly with their wives, women are dramatically underrepresented in the bankruptcy population in Israel. n45

Also, the marital status of the bankruptcy sample corresponds with the marital status of the entrepreneurs in the general population, with the vast majority of them being married. n46 Similarly, Jews are over represented in the Israeli self-employed population n47 just as they are vastly over represented in the Israeli bankruptcy sample. n48 Lastly, the evenly divided ethnic composition of the Israeli bankruptcy sample highly resembles the ethnic orientation of Israeli entrepreneurs. n49

**[*175]**

# E. The Financial Condition of People in Bankruptcy

The bankruptcy petitioners in Israel do not share either the demographic or financial attributes of the general population. Instead, as a group, the bankruptcy petitioners are middle aged, Jewish male entrepreneurs, deeply in debt, with substantially less disposable income and substantially fewer assets than their fellow citizens.

## I. Income

The average total gross income n50 of the individual debtor in the sample is substantially lower than the average monthly income of individuals in the general Israeli population. The average monthly gross income per household in Israel was approximately $ 3,118 in 1997, n51 but the average monthly gross income for the sample bankrupt's household was only $ 1,675. n52 These earnings positioned the bankrupt's **[*176]** household income approximately in the thirtieth percentile of the average monthly gross income of the general population in Israel. n53

A large portion, thirty-seven percent, of the bankruptcy sample had household incomes below the poverty line at the time of bankruptcy. n54 This poverty rate is almost three times greater than the poverty rate among similar size families in the general population. n55 The experience of debtors in the Israeli bankruptcy sample, of being poverty stricken and earning almost half of the average earnings of the general population, is similarly shared by their counterparts in the United States and Canada. n56

The financial stress of the low-income Israeli families that file for bankruptcy is compounded by the families' higher average household size. While the average number of persons per household in Israel in 1997 was 3.3, the average was 3.8 among the petitioners in the bankruptcy sample. n57

**[*177]** The income vulnerability of the bankruptcy sample is also manifested in their higher rate of dependency on government welfare. While government welfare constitutes eleven percent of the general population's total income, n58 it amounts to twenty-three percent of total income of the bankruptcy sample. n59 As almost two-thirds of the bankruptcy sample received welfare benefits, n60 it seems that in the absence of the relatively generous government welfare benefits, their income would have been dramatically less.

The reasons for the bankruptcy petitioners' lower earnings are threefold. First, the lower income figures may be the result of the over-representation in the bankruptcy population of unemployed individuals. Individuals in bankruptcy are almost six times more likely to be unemployed as compared to individuals in the general population. n61 As unemployed individuals tend to primarily rely on government welfare, their limited income must have contributed to a considerable deflation in the average earnings of the bankruptcy population.

Second, the average income of the bankruptcy petitioners may be lower than the average earnings of the general population because many of the bankruptcy debtors have had shorter job tenure. While the majority of the bankruptcy petitioners were former entrepreneurs, many of them became wage earners following their business **[*178]** failure and shortly before filing for bankruptcy. n62 As a result, at or around the time of their bankruptcy filing, those former entrepreneurs tended to report lower earnings than the typical wage earner in the general population, who on average has had substantially longer job tenure. n63

Lastly, the relatively lower earnings of the bankruptcy debtors may be due to the over-representation of blue-collar workers in the bankruptcy sample. While only sixty-eight percent of the general population was blue-collar workers in Israel in 1996, almost seventy-eight percent of the bankruptcy sample was classified as blue-collar laborer. n64 Since blue-collar workers tend to earn less than white-collar workers do, the average income of the sampled bankruptcy petitioners was substantially lower than the average earnings of workers in the general population. n65

**[*179]**

## 2. Expenses

Household expenses further strain the financial viability of the bankruptcy sample. The average monthly household expenses of the sample population were $ 1,580, which left the typical household with less than $ 100 to pay debts and save for the future. n66 The bankrupt petitioner had only a tenth as much money left after expenses as the average household. n67 Further, as discussed below, the debt burden of the Israelis in the bankruptcy sample was substantially greater than that of the general population. n68 Hence, the debtors in bankruptcy not only have less income, but also less disposable income available to pay a greater amount of debt.

One obvious question is whether the debtors have less disposable income due to an extravagant lifestyle or wasteful spending. The data indicate, however, exactly the opposite. While the average debtor in bankruptcy has more dependents than the average individual in the general population, n69 the debtor spent two-thirds as much as her counterpart in the general society spent per month in 1997. n70 In fact, the average expenses incurred by the petitioners' households at the time of bankruptcy were lower **[*180]** than the lowest twentieth percentile of monthly expenditures in the general population. n71

## 3. Assets

To have a more complete understanding of the debtors' financial condition, it is important not only to examine the debtor's income and expenses, but also to inquire whether the debtor had any assets of value. The data suggest that the average value of the sampled bankrupt's assets was substantially lower than that of the general population. At the time of filing, the debtors owned assets with an average value of $ 69,017 and a median value of approximately $ 6,900. n72 In contrast, individuals in the

general population owned assets with an average value of $ 132,865. n73 Hence, the data suggest that the average bankruptcy petitioner in Israel again falls financially below the **[*181]** average Israeli, with her assets worth only half of those held by individuals in the general population. n74

The average Israeli bankrupt not only had less asset value than the general population, but also had substantially fewer assets than the population as a whole. For example, home ownership among the sampled bankrupts is only half as frequent as it is in the general population. n75 Similarly, car ownership among the bankrupt petitioners is less than half that of the general population. n76

While the median value of the Israeli debtors' assets was roughly similar to the median value of assets owned by American bankrupts, n77 the average value of total assets in Israel was substantially higher. The average value of total assets among Israeli bankrupts was $ 69,017 in 1997, but the mean of similarly situated individuals in the **[*182]** United States was only $ 45,344 in 1991. n78 The disparity may be traced in large part to the value of family homes in Israel. In both the United States and Israel, the value of family homes constitutes the bulk of the assets of the bankrupts. n79 However, the substantially higher value of homes owned by Israeli bankrupts as compared to their American counterparts left the Israeli bankrupts with a much higher overall average asset value. n80 The disparity in average values of the bankrupts' homes in Israel and the United States corresponds to a similar disparity in home values in the general populations of the two nations. n81

## 4. Debts

While the petitioners' gross income, net income, and asset holdings are substantially lower than those of their fellow Israelis, the debts of the bankrupts indicate an even more dire financial condition. The average outstanding debt owed by petitioners in the sample was an exceedingly high $ 277,782, with a median of approximately $ 200,000. n82 Not only is the average debtor burdened by an enormous debt in absolute terms, but the debt level was also very high relative to the average debt level in the general population. In 1998, the average Israeli citizen had debts only twelve percent as great as those held by the sampled bankrupts. n83 The debt burden of **[*183]** the Israeli petitioner is so heavy that it would take the average Israeli bankrupt over fifteen years to repay the entire amount, even if all earnings could be devoted to debt repayment. n84 In contrast, in 1991 it would have taken the average American debtor approximately three years to fully repay her bankruptcy debts, n85 and six years for the Canadian bankrupt in 1994, again assuming that all income was so used. n86 That is, while the earnings of the American, Canadian and Israeli debtors were roughly the same, n87 the Israeli petitioner had incurred almost five times as much debt as the average American debtor and twice as much as the Canadian bankrupt. n88

This substantial disparity in debt amount between the three countries may be partly explained by the studies' different methodology. The study in the United States did not incorporate debt figures of individuals who filed for bankruptcy under Chapter 11 of the United States Bankruptcy Code. n89 As indicated in a recent empirical study of Chapter 11 petitions, "one-quarter of the Chapter 11 business bankruptcies were filed **[*184]** by individuals." n90 Since the debtors filing under Chapter 11 (some of whom are individual entrepreneurs) have significant total debts outstanding, it is plausible that the

total debt owed by individual bankruptcy petitioners in the United States was understated. n91

While methodological differences may partly explain the debt disparity between the two countries, differences in the samples are probably more important. Less than twenty percent of the petitioners in the United States bankruptcy sample n92 and only twenty-eight percent of the Canadian bankruptcy sample n93 were former small business owners, but more than sixty-three percent of the Israeli sample were former entrepreneurs. n94 Several studies have demonstrated that former small business owners tend to have a substantially higher debt burden than wage earners in bankruptcy n95 because the financing needs of a business are generally more extensive than the borrowing needs of a consumer. n96 In fact, when comparing the debt level of bankruptcy petitioners in Canada and Israel who have filed due to a business failure, one finds that the average Canadian debt level is higher than that of his Israeli counterpart. n97

Also, the relative difference in the average total debt of the sampled population in the three countries approximately corresponds to the percentages of entrepreneurs in **[*185]** each sample. The United States sample has the fewest small business owners and the lowest average total debt. In contrast, the Israeli sample has the largest number of entrepreneurs and the highest average total debt. Canada falls in the middle. Corresponding to its middle range percentages of entrepreneurs in its bankruptcy sample, it had an average total debt higher than the Americans' but lower than the Israelis'. n98

Another interesting comparison is the percentage of debt that is unsecured. The vast majority, or eighty-eight percent, of debts in the Israeli bankruptcy sample were unsecured. n99 The percentages of total debt that is unsecured were much lower in the United States and Canadian samples: fifty percent and sixty percent, respectively. n100 The higher percentage of unsecured debt in the Israeli bankruptcy sample may be due to the large portion of business related debts in the sample n101 and the greater reliance by Israeli creditors on guarantees, rather than on debtor's assets, as a form of security for business loans. n102 This may also reflect a reporting discrepancy in the debtors' bankruptcy petitions, whereby under-secured credit is designated as unsecured. n103

**[*186]** By far the most important creditors of bankrupt petitioners in Israel are financial institutions. More than fifty percent of the debtors' average total debts are owed to relatively sophisticated financial institutions. n104 Consistent with its lingering dominant role in the economy, the Israeli government is in second place, holding more than seventeen percent of the petitioners' total debts. n105 Extension of credit by individuals and non-incorporated trade creditors closely followed the government, holding, on average, seventeen percent of the petitioners' total outstanding debts. n106

**[187*]**

## 5. Net Worth

To further assess the bankruptcy petitioners' financial vulnerability, it is critical to ascertain the ratio of petitioners' debts to their assets and income. n107 Debtors' net worth is an important test used

to evaluate the debtors' relative financial strength. n108 Net worth is important primarily because it serves as an indicator of economic well-being. n109 Net worth is generally measured by subtracting the individual's total debts from his or her total assets. n110 The mean net worth of the Israeli bankruptcy sample was a negative $ 192,531, and the median net worth was a negative $ 128,554. n111 In stark contrast, the average net worth of Israelis generally in 1998 was a positive $ 99,215, n112 a difference of over $ 290,000. In comparison to their American and Canadian counterparts, the Israeli bankrupts are much weaker in terms of mean and median net worth. n113 An overwhelming ninety-two percent of the Israeli bankruptcy petitioners had a negative net worth at the time of filing. n114 Moreover, to the extent that all of the sampled petitioner's exempt and non-exempt assets were to be liquidated as the sole **[*188]** form of repayment to creditors, half of the creditors would be receiving six percent or less of the debts owed. n115

## 6. Debt to Income Ratio

The last, but probably most important, measurement of financial well-being is the relationship of debt to income. n116 The debt to income ratio is calculated by dividing the debtor's total debt by the debtor's household total annual income. n117 The mean total debt to income ratio in the Israeli bankruptcy sample was fifteen. n118 At the mean, a petitioner's family owed debts greater than fifteen years' worth of income. At the median, a petitioner's family owed debts greater than eleven years' worth of income. n119

The total debt to income ratio of the average petitioner is enormous. However, the true magnitude of the debt burden is evident only when one focuses on the average short-term debt burden. The short-term debt burden was calculated by removing the primary long-term debt obligation, the home mortgage debt, from the debtor's total outstanding debt. n120 In the Israeli sample, a debtor at the mean had a non-mortgage debt to income ratio of fourteen, indicating that the average debtor owed over fourteen **[*189]** years' worth of income purely in short-term debt such as business cash-flow bank financing. n121

These figures demonstrate an overwhelming debt burden for bankruptcy petitioners in Israel, when compared to the Israeli general population's average debt to income ratio of less than one, n122 and when compared with the average debt to income ratio of almost three in the United States bankruptcy population, n123 and six in the Canadian bankruptcy population. n124

In summary, based on the bankruptcy sample, debtors in Israeli bankruptcy are, by and large, in terrible financial condition. At least in theory, bankruptcy is probably their only hope to regain some financial stability. Most bankrupts are former small business owners who earned at the time of the petition about half as much as the average Israeli. With their lower income, the Israeli bankrupts tend to support larger families and have only one-tenth as much net income as the general population. The sample debtors had assets worth half of those owned in the general population, but they owe crushingly more, nearly fifteen times more than their average annualized income. With their net worth on average of approximately $ 290,000 less than the net worth of the average Israeli, the petitioners in Israeli bankruptcies are those at the bottom rung of the Israeli financial ladder.

**[*190]**

## F. Entrepreneurs in Bankruptcy

Deregulation of the credit market, limited safety net afforded to entrepreneurs, and lax non-consumer credit standards employed by financial institutions have contributed to the comparatively large number of entrepreneurs in the Israeli bankruptcy population. While entrepreneurs in Israel constituted approximately twelve percent of the general population during the mid 1990s, n125 they made up more than sixty-three percent of the bankruptcy sample. n126

This is in sharp contrast to the composition of the bankruptcy population in the United States and Canada, where a minority of the petitioners are entrepreneurs. n127 Furthermore, the large percentages of entrepreneurs in the contemporary Israeli bankruptcy population contrasts with the situation twenty-five years ago when only forty percent of the Israeli petitioners were former entrepreneurs. n128

The significant increase in entrepreneurs in the Israeli bankruptcy population is largely due to dramatic changes in the Israeli regulatory and economic climate beginning in the late 1980s. Due primarily to goals of nation building and immigrant absorption, and secondarily, to the political and religious background of many early Israeli leaders, a socialist-oriented approach to the market traditionally prevailed in Israel. n129 The economic policies during the early years of the State of Israel combined a **[*191]** strong emphasis on government central control with a very reluctant, suspicious acceptance of private entrepreneurship. n130 Historically, the government's policies not only failed to support entrepreneurship, n131 but it also affirmatively aimed, directly or indirectly, to significantly restrain and regulate private enterprise. n132 Some of the regulatory steps traditionally taken by the government to restrain small business enterprise have included excessive and bureaucratic business licensing regimes and other informal barriers of entry, n133 adverse tax policies and tax enforcement mechanisms **[*192]** directed at small business owners, n134 limited social welfare benefits offered to small business owners, n135 an indifferent army reserve policy towards entrepreneurs, n136 and limited public disclosure of information relating to the business regulatory requirements. n137

Israel's hostile small business regulatory environment was made even more difficult by adverse macro-economic conditions there. Particularly, high inflation and high interest rates made transacting business unpredictable, more costly and hence less desirable. n138 Furthermore, the monopolistic structure of various sectors in the economy intensified the entry barriers for many would-be entrepreneurs. n139

**[*193]** Those who ventured into business despite these regulatory obstacles and inhospitable economic conditions found the biggest challenge to be obtaining business credit. Until recently, the Israeli Central Bank's macroeconomic policy of containing inflation severely curtailed credit to the private market, including credit to small businesses, causing interest rates to rise significantly. n140 Also, by virtue of its ownership of the major banks in Israel, the government tightly regulated the

private sector lending industry by imposing burdensome limits on banks' lending and instituting high reserve requirements. n141 As a result, banks in Israel have had limited funds to lend. By government mandate, the limited funds that banks were authorized to lend were largely used to finance government budget deficits. n142 The limited funds remaining for the private sector were largely extended to a list of government-approved enterprises, mostly large government-owned business entities. n143

**[*194]** As a result of these governmental actions, credit for entrepreneurs was generally unavailable in Israel until the late 1980s. n144 Moreover, the banks themselves were extremely hesitant to extend credit to small business owners, preferring instead to concentrate on the more profitable large-scale business loans. n145 When banks were willing to extend loans to small business owners, many of the small business applicants did not meet the bank's stringent collateral requirements. n146

**[*195]** Interestingly, while in the early days of the statehood, the need to provide jobs for the unemployed and newly-arrived immigrants was the main reason for the anti-entrepreneur regulatory environment, n147 in the late 1980s the need to provide jobs for the increasing unemployment rolls and for a new wave of immigrants led to a much more friendly regulatory environment for entrepreneurs. In the late 1980s, massive new waves of immigrants began to arrive to Israel from the former Soviet Union. n148 Concurrently, unemployment rates among veteran Israelis had increased at an alarming rate. n149 Faced with the need to provide mire jobs, the government was first inclined to use public funds to finance that overwhelming task. However, due to hyperinflation in the early 1980s, which had just been curtailed, n150 the government was hesitant to use deficit spending to create jobs, n151 for that could have rekindled inflation. Instead, the government relied heavily on the then recent studies from a number of countries, which demonstrated the economic importance of entrepreneurship as a way of creating jobs. n152 As a result, in a dramatic shift of orientation, the government has **[*196]** begun to actively encourage and support entrepreneurship in order to provide work for the unemployed and recent immigrants. n153

Beginning in the late 1980s, the government has encouraged small business growth in several ways. First, by forming agencies to encourage, educate and assist small businesses owners, n154 and second by reducing the regulatory obstacles associated with running a small business in Israel. n155 However, the most important factor in encouraging small business growth was the significant increase in the supply and affordability of bank credit. n156 The supply of credit to the private market in general and to the small business sector in particular increased primarily due to the Stabilization Plan of 1985, which reduced government deficit borrowing from banks. n157 Also, the **[*197]** supply of credit increased due to banking deregulation, n158 which reduced banks' reserve requirements n159 and almost eliminated banks' directed credit, n160 leaving banks more funds to lend to the small business sector. n161

Thus, while for many years the government restricted banks' ability to lend to the entrepreneurial sector, in the late 1980s, the government began to give banks more discretion to lend to the small business sector, and to encourage banks to make such loan. That is, in addition to reducing banks' liquidity requirements, eliminating government deficit spending, and reducing the directed loan

requirements, the government has also encouraged small business lending by making it easier for banks to collateralize their loans made to small business owners. In 1989, the Israeli Central Bank for the first time permitted banks to obtain a mortgage lien on the borrower's house and allow the borrower to invest the mortgage loan proceeds in his/her business. n162 Furthermore, in the late 1980s the government embarked on direct financing **[*198]** and loan guaranty programs to small business owners, n163 including high-risk entrepreneurs. n164

The deregulation of the banking industry in the late 1980s intensified competition among commercial banks. n165 The rise in competition in banking, together with the increased credit supply, resulted in a relaxation of the credit standards for small business loans. n166

As the regulatory environment became more entrepreneur-friendly, credit became more available to small business owners, and interest rates and inflation decreased, n167 the number of *new* entrepreneurs in Israel has grown dramatically since the mid 1980s. n168

**[*199]** The likelihood of long-term success among new entrepreneurs is relatively low. n169 Indeed, of the *new* entrepreneurs in Israel during the late 1980s, only forty-five percent were still operating a business eight years later. n170 The reasons for the high failure rate are numerous, but one study found that over half of the *new* small business owners in Israel had no prior business experience. n171 Studies have demonstrated the adverse impact of lack of business experience on the success of a small business owner. n172 Indeed, the lack of business experience among Israeli entrepreneurs may have led in part to the trend beginning in the late 1980s of declining profitability of small businesses in Israel. n173

This lack of business experience, the associated decline in profitability, the increase in credit availability to small business owners, and the reduction in credit standards, have all contributed to over indebtedness, financial distress and failure among many of Israeli entrepreneurs during the 1990s.

The data in the bankruptcy files support this hypothesis that the large presence of entrepreneurs in bankruptcy is largely due to the recent credit deregulation and lax **[*200]** credit standards, which prompted many inexperienced individuals to choose the ultimately ill-fated path of entrepreneurship. First, almost sixty percent of the business-related bankruptcy cases specifically reported lack of business experience as the cause of the business failure and the subsequent bankruptcy filing. n174 Second, the average debt of the small business owner bankruptcy petitioner was an enormous $ 303,159, with a median of $ 228,571. n175 These high average and median debt figures suggest that large amounts of credit were available to small business owners in Israel during the late 1980s and early 1990s, and that high indebtedness may have led to their financial vulnerability and subsequent demise. Lastly, the average former small business owner bankruptcy petitioner had an enormous debt burden most of which was unsecured. n176 While some of the funds were obtained from trade merchants, family members, friends and the black market, most of the outstanding loans came from financial institutions. n177 Granting so much unsecured credit, or allowing initially secured debt to become largely unsecured, suggests that these financial institutions failed at times to employ the necessary due diligence measures. n178

**[*201]** While lack of business experience was the most frequently cited reason for the financial failure, other reported causes include bad luck, n179 fraud by a business partner or an employee, n180 political problems, n181 injurious regulatory environment, n182 natural disaster, and other reasons. Among the "other reasons" were petitioner's debtors not paying their obligations to him, n183 the need to care for an ailing relative or to take care of **[*202]** a medical problem facing the entrepreneur, n184 high interest black market debt, n185 and adverse macro-economic conditions. n186

While former entrepreneurs primarily resorted to bankruptcy due to a failing business, n187 some non-entrepreneurs also identified business failure as the cause of their financial distress. n188 These individuals were driven into bankruptcy due to failure of a business owned by someone else whose debts they had guaranteed. n189

**[*203]** The financial condition of the average former entrepreneur in bankruptcy is dire. n190 The former small business owner had average debts more than ten times higher than those of individuals in the general population. n191 At the same time, the average former entrepreneur had total assets equal to one half of what is owned by the average individual in the general population, n192 and an income at the time of filing equal to only half the average earnings of the general population. n193 Lastly, the average debt to income ratio of former entrepreneurs was seventeen times higher than that of the general population. n194

**[*204]**

## G. Wage Earners in Bankruptcy

Differences between the United States and Israel in the level of safety net and the credit standards employed by financial institutions in the two countries when extending credit to individuals have resulted in fewer wage earners in the Israeli bankruptcy population when compared to the one in the United States. In the Israeli bankruptcy sample, only twenty-four percent of the petitioners were wage earners, compared to over sixty-three percent who were entrepreneurs. n195 Wage earners filed bankruptcy for variety of reasons, but they primarily identified excess personal debts n196 and failing health as the leading causes of their bankruptcy filing. n197 Layoffs from work n198 and family turmoil were reported in fewer cases as causes of bankruptcy. n199

That wage earners constitute less than a quarter of the bankrupts in Israel marks a change from thirty years ago, when the majority of the bankrupts were employees. n200 Also, the Israeli sample's percentages of wage earners vs. entrepreneurs are diametrically different from the composition in the United States and Canada, in which the majority of the bankruptcy petitioners are wage earners. n201

**[*205]** There are three reasons for so few wage earners in the Israeli bankruptcy sample. First, since Israel is largely a welfare state, the government provides a relatively generous welfare package to wage earners who lose their jobs. n202 As a result, being laid off from work does not necessarily amount to financial ruin since the government safety net relieves, to a great extent, the financial stress of job loss. In contrast, entrepreneurs in Israel do not enjoy similar levels of safety net protection and

hence are financially more vulnerable. n203

Second, wage earners may be discouraged from filing because of the bankruptcy legal culture's harsh informal practices and attitudes directed at wage earners who become insolvent due to undertaking excessive non-mortgage consumer debt. In a number of cases in the bankruptcy sample, the Official Receiver opposed the debtor's adjudication as bankrupt principally because the petitioner had undertaken substantial consumer debt prior to bankruptcy filing in order to finance living expenses. n204

Lastly, and probably most important, the relatively small number of wage earners filing for bankruptcy may be due to the limited availability of non-mortgage consumer credit in Israel. Traditionally, banks in Israel have been reluctant to extend personal credit to individuals, preferring to lend to the more profitable business sector. n205 The banks' reluctance was based on the Central Bank's policy of reducing demand for consumer credit. n206 This policy was pursued to curve inflationary **[*206]** pressures, n207 discourage high standards of living in Israeli society, n208 and minimize the perceived tendencies of individuals to act irrationally to the extent they had access to credit. n209

While banks in Israel began in earnest during the late 1980s to extend consumer credit to individuals, n210 they have generally employed relatively stringent credit standards and they have continuously monitored the borrower's subsequent financial condition. n211 These strict practices for non-mortgage personal credit must **[*207]** have contributed to the relatively small number of overly indebted wage earners in Israel, and hence to the small number of wage earners who have resorted to bankruptcy.

The current limited availability and high credit standards for non-mortgage consumer credit in Israel may be due to a lack of robust competition in the banking industry. Competition in the non-mortgage consumer banking industry is limited partly due to its oligopoly nature n212 as well as to the costs associated with customers switching banks. n213 In contrast, while the business lending industry in Israel is an oligopoly as well, the higher availability of credit and lower credit standards employed by the financial sector for business loans in Israel may be due to the presence of a greater number of players in the business lending industry. n214

In sharp contrast, American non-mortgage consumer credit issuers reportedly use rather liberal lending standards, n215 which together with a deregulated credit **[*208]** environment and limited social safety net, n216 have significantly increased non-mortgage consumer credit availability and have contributed to the higher rates of wage earners' financial distress and bankruptcy. n217

## H. Consumer Credit

Disparities in the impact of consumer credit on the bankruptcy population in Israel and the United States could be attributed to differences in the due diligence employed by the financial sectors in the two countries when extending consumer credit to individuals. As stated earlier, starting in the 1980s, banks in Israel began to actively extend consumer credit to individuals through the issuance of credit

cards and overdraft protection plans. n218 Coinciding with the substantial increase in the supply of **[*209]** consumer credit, the demand for consumer credit has also dramatically rose. n219 The rise in demand for consumer credit was fueled primarily by an increase in personal consumption in Israel beginning in earnest in the late 1980s. n220 By the late 1990s, the average individual in Israel held non-mortgage consumer debt of approximately $ 11,185. n221

More than sixty percent of the petitioners in the bankruptcy sample reported outstanding credit card or overdraft balances at the time of filing. n222 The average outstanding non-mortgage consumer debt owed by these individuals was just under $ 16,902. n223 That is, debtors in bankruptcy holding credit card or overdraft account **[*210]** were, on average, carrying non-mortgage consumer credit one and a half as much as individuals in the general population. n224

The outstanding non-mortgage consumer credit of the petitioners in the Israeli bankruptcy sample was not only considerably higher than the balance owed by individuals in the general population, but it was also somewhat higher than their American and Canadian counterparts. n225 This disparity could be attributed to the substantial number of entrepreneurs making up the Israeli bankruptcy sample. n226 As has been observed in the United States, many small business proprietors resort to 'consumer-type credit' to finance their business ventures. n227 Since the financing needs of a small business entrepreneur tend to be more extensive than the borrowing needs of the average wage earner, n228 it should be no surprise to find the largely former entrepreneur population in the Israeli bankruptcy sample reporting substantial 'consumer-type credit'. Indeed, the Israeli bankruptcy petitioners in the sample who were former small business entrepreneurs had a median 'consumer-type credit' twice as much as compared to the wage earners in the sample. n229

While a fair share of that outstanding non-mortgage consumer debt may have arose out of business related activities, some of it apparently stems exclusively from consumer-related activities. Although the exact magnitude of pure consumer debt in the **[*211]** Israeli bankruptcy sample is unclear, it is apparent that consumer debt has led, at least in part, to the financial demise of approximately nine percent of the bankruptcy petitioners in the sample. n230 In contrast, eighteen percent of the bankruptcy petitioners in Canada and Australia and as much as twenty-four percent of the American bankruptcy petitioners have attributed excessive consumer credit as the cause of their bankruptcy filing. n231 The apparent reason for the much lower percentage in the Israeli bankruptcy sample of individuals who have identified excessive consumer debt as the cause of bankruptcy may be due to the tighter credit underwriting scrutiny adopted by the financial sector in the Israeli consumer credit market. n232

## I. The Unemployed

The safety net afforded to the unemployed in Israel provides further support for the link between the welfare state and bankruptcy. Unemployment is a dark reality for a large number of petitioners in the Israeli bankruptcy sample. While unemployment rate in Israel was under seven percent in 1996, n233 forty percent of the bankruptcy petitioners were reportedly unemployed at the time of bankruptcy and on average they were unemployed for almost seven months by that time. n234

**[*212]** Despite the large number of unemployed petitioners in the Israeli bankruptcy sample, less than five percent of individuals in the sample identified unemployment as a cause of their bankruptcy filing. n235 For the vast majority of the unemployed petitioners who were former entrepreneurs, unemployment was a mere manifestation of the underlying cause of their bankruptcy filing: a highly insolvent and unsuccessful business enterprise. n236 In contrast, in the United States, where unemployment benefits are not as extensive as in Israel, two-thirds of American bankruptcy petitioners have identified a job-related problem as a cause of their bankruptcy filing. n237

While more than forty percent of the bankruptcy petitioners were unemployed at the time of filing, less than fourteen percent of them reported receiving unemployment benefits. There are two primary reasons why so few unemployed petitioners in the sample received unemployment benefits. First, since many unemployed petitioners have been unemployed for an extended period of time, it is plausible that their unemployment benefits period has simply ran out. n238 Also, as the unemployed petitioners were primarily former entrepreneurs, n239 the lack of unemployment benefits may simply reflect the limited entitlement self-employed individuals have to such welfare benefits. n240

## J. Medical Debts & Bankruptcy

The relationship between medical debt and bankruptcy in Israel provides another illustration of the impact society's safety net has on the propensity to seek bankruptcy protection. In the Israeli sample, a little over four percent of the bankrupts reported medical related debts. n241 Not only were there few individuals reporting **[*213]** medical debt, but the median amount of medical debt was also relatively low, just under $ 540. n242 The medical debt burden of the average petitioner was negligible. n243

The relatively low medical debt of the Israeli bankruptcy sample is surprising, given that more than twenty seven percent of the sample reported some form of disability or major illness. n244 Even within that twenty-seven percent group, the average total medical debt was only $ 2,141. n245 Nonetheless, the combination of a heavy debt burden, n246 older age, n247 limited prospects of higher income, and higher government assistance dependency n248 made this group of disabled or seriously ill petitioners uniquely vulnerable. n249

**[*214]** Indeed, a third of the disabled or seriously ill petitioners and almost twelve percent of the total bankruptcy population in the sample identified their medical condition as a cause of filing for bankruptcy. n250 However, no one in the Israeli sample filed due to the burden of medical debts. n251 Instead, the catalyst of bankruptcy for most of them was that their medical condition impaired their ability to operate their business or to serve their employers. n252

The relatively small impact of medical debt on the financial vulnerability of individuals in Israel is dramatically different from medical debt's influence in the United States. n253 While only four percent of the Israeli bankrupts reported medical related debts, n254 as much as eighty percent of the petitioners in American bankruptcy samples reported medical debts. n255 Also, the American bankruptcy petitioners had a **[*215]** median medical debt of approximately $ 2,500, n256 compared to the Israeli median of $ 540. n257 Similarly, the average medical debt to income ratio among the

sampled American petitioners was over five times higher than in the Israeli bankruptcy sample. n258 Also, while less than twelve percent of the petitioners in Israel filed because of a medical condition, n259 approximately twice as many in the American bankruptcy population cited medical reasons for their bankruptcy. n260 Most importantly, while no one in the Israeli bankruptcy sample reported overwhelming medical debt as a cause of bankruptcy, seven percent of petitioners in the United States identified medical debt as a major cause of their bankruptcy filing. n261

The universal care provided in the Israeli socialized medical system is the reason for the substantial disparities in medical debt between the American and the Israeli bankruptcy samples. n262 In Israel, few, if any, individuals have substantial **[*216]** medical debt because all citizens enjoy comprehensive medical coverage subsidized by the government. n263 In contrast, the United States government provides no universal health coverage, and as a result, a significant number of Americans lack medical insurance or are underinsured. n264 The lack of universal coverage, coupled with skyrocketing medical costs in the United States, n265 have resulted in a significant proportion of the American population at risk of financial failure due to medical debt. n266

Hence, the relationship suggested here between medical debt, universal health care and bankruptcy filings provides further evidence for the hypothesis that the need for a broad fresh start policy in bankruptcy is partly a function of the strength of the social safety net. n267

**[*217]**

## *K. Homeownership and Bankruptcy*

Similar to the experiences in the United States and Canada, deregulation of the mortgage industry in Israel has led a large number of homeowners to experience financial troubles and resort to bankruptcy. Homeownership is highly valued in Israeli society. The strong emphasis placed on homeownership is manifested in the government-sponsored programs aimed at assisting individuals to buy a home. n268 The importance of homeownership is also reflected in the financial support young couples frequently receive from their parents when buying their first house. n269 Homeownership is highly valued as it enhances individuals' stake in society and establishes a strong financial base. n270

Despite the perceived association between homeownership and a solid financial condition, this study finds that homeownership does not necessarily insulate individuals from financial trouble. Specifically, more than forty percent of the bankruptcy petitioners in this sample owned a house at the time of filing. n271 This rather **[*218]** counter-intuitive finding could be attributed to the extremely high debt level of the homeowners who enter bankruptcy.

When compared with bankruptcy petitioners in the sample who were not homeowners at the time of filing, the data suggest that while homeowners earned a third more and had higher asset value than the non-homeowners, the debt undertaking of the homeowners was substantially greater than the debt level of the non-homeowners. n272

The dire financial trouble of the bankrupt homeowners becomes even more evident when they are compared with the group from which they came from, the general population and, more specifically,

homeowners in the general population. Outside of bankruptcy, the average family earned about $ 3,118 in 1997, n273 but the average family income of homeowners in bankruptcy was $ 2,048. n274 Homeowners in bankruptcy thus earned approximately two-thirds of the average household income of the general population. Bankrupt homeowners not only had lower income than households in the general population, but they also reported much higher mortgage debt than homeowners in the general population. While the average homeowner in Israel had mortgage debt of $ 18,330 in 1998, n275 the bankrupt homeowner in the sample **[*219]** had an average total mortgage debt of $ 76,708. n276 Moreover, the total debt burden of homeowners in the bankruptcy sample was more than ten times higher than the total debt burden of individuals in the general population in Israel. n277 Lastly, while the home value of the bankrupts and the non-bankrupts were approximately the same, n278 bankrupt homeowners had a dramatically lower equity in their homes as compared to homeowners in the general population, due to the relatively higher mortgage debt they have accumulated. n279 The combination of lower incomes, higher mortgage debt, higher total debt, and lower home equity seems to have placed the bankrupt homeowners in particularly vulnerable financial positions. n280

The bankrupt homeowners' deep financial strain may be due to a combination of recent governmental deregulation of the credit market, governmental mortgage **[*220]** subsidies, and unstable income streams. In the late 1980s, the Israeli government embarked on an ambitious plan to deregulate the credit industry in general and the mortgage sector in particular, resulting in a substantial increase in the supply of mortgage loans in the market. n281 Whereas traditionally large mortgages were virtually non-existent in Israel, they have become not only much more widely available and in large amounts, but also much more affordable as interest rates on mortgages have been dramatically lowered. n282 Existing government-subsidized mortgage programs for financially disadvantaged individuals further encouraged these financially weak individuals to undertake mortgage debt. n283

Concurrently, the massive immigration from the former Soviet Union into Israel beginning in the early 1990s brought an increase in demand and steep appreciation in the value of homes. n284 The appreciation of home values together with the emerging deregulated credit market resulted in a fertile ground for a substantial increase in the amount of mortgage debt outstanding in the Israeli economy in the 1990s. n285

However, while accessibility and affordability of mortgage debt contributed to a higher indebtedness level and to an increase in financial vulnerability among many, it was a reform in the banking regulatory regime that stimulated the risky combination that later proved lethal for many homeowners: homeownership and entrepreneurship. Specifically, in 1989 the Israeli Central Bank began permitting individuals to obtain a mortgage type loan from a bank and invest the mortgage loan proceeds in their business. n286 While homeowners may be inherently predisposed to become entrepreneurs, n287 this regulatory reform may have further enthused some homeowners to become entrepreneurs, as they were now able to more easily finance a small enterprise by undertaking a mortgage loan. Faced with the double risk of home **[*221]** ownership and small business ownership, n288 many homeowning entrepreneurs ended up in bankruptcy.

## L. Conclusion

This study finds that an overwhelming number of the bankruptcy petitioners in Israel are former entrepreneurs. Hence, the demographic characteristics of the average bankruptcy petitioner in Israel are very similar to those of entrepreneurs in Israel. That is, the gender, marital status, age, religious affiliation and ethnic background of the average bankruptcy petitioner resemble those characteristics of entrepreneurs generally in Israeli society.

However, the similarities end there. Unlike the financial position of the average citizen in Israeli society, this study paints a stark picture of the acute financial crisis facing the average debtor in Israeli bankruptcy. As a group, the debtors in bankruptcy have considerably fewer assets, ten times more debt, half the gross income, and substantially less disposable income than average Israeli citizens. The bankrupts also have a higher poverty rate, larger families, a higher welfare dependency rate, a higher disability rate, a higher divorce rate, a lower home ownership rate, and a lower car ownership rate than does the general population.

The contemporary dominance of entrepreneurs in the Israeli bankruptcy population reflects Israel's welfare state policies, its recent deregulation of the credit market, and the credit standards employed by the financial sector in Israel. Wage earners, who constitute less than a quarter of the Israeli bankruptcy population, have been insulated from financial trouble, to a large extent, by generous welfare benefits and socialized medicine. Entrepreneurs, in contrast, are entitled to significantly reduced welfare benefits.

The government contributed to the financial vulnerability of Israeli entrepreneurs beginning in the late 1980s with the deregulation of the credit market, making it possible for small business owners to borrow substantial sums of money. Although the government also deregulated the consumer credit market at the same time, financial institutions have employed stringent consumer credit standards, while opting for more relaxed credit standards for small business loans.

Hence, the government's safety net, its deregulation of the credit industry, its recent persistent encouragement of entrepreneurship, together with the financial institutions' credit policies, have contributed to the shape of the bankruptcy population in Israel today.

**[*222]** Unfortunately, the scope of bankruptcy relief in Israel is not appropriately tailored to the aforementioned causal factors. The generous welfare benefits the government extends to its citizens initially appears to justify a limited fresh-start policy in the Israeli bankruptcy context. n289 However, the entrepreneurs' limited entitlement to welfare benefits, the recent de-regulation of credit market, together with banks' relaxed credit extension standards to small business owners, necessitate a broader design of fresh-start in bankruptcy, especially when it comes to financially troubled individuals who were former entrepreneurs. Just as bankruptcy in the United States serves as a social safety net primarily for financially fragile wage earner consumers, it should similarly serve that function for entrepreneurs in Israel. n290

A broader fresh-start policy in Israel directed especially at entrepreneurs is justified on both moral and economic grounds. First, through its recent actions of subsidizing credit to small business

enterprises, deregulating the credit market including credit in the small business sector, and adopting laws to make it easier for small businesses to obtain financing, the government has indirectly contributed to the financial vulnerability of many newly formed small business enterprises in Israel. While the Israeli government has traditionally exhibited undeterred tendencies to bail out large government promoted but financially troubled enterprises, n291 it should likewise consider extending a financial cushion for the enterprises it has recently helped to promote, the small business entrepreneurs.

A broader financial relief through bankruptcy will not only be cognizant of the government's own involvement in making it possible for many entrepreneurs to become overly indebted, but it would also increase the level of economic activity in the form of entrepreneurship by sending a message to the marketplace that a meaningful fresh-start will be made available to individuals who actively pursue entrepreneurship but fail. n292

**[*223]** Lastly, a broader fresh-start policy particularly aimed at small business owners will not only be consistent with recent government actions encouraging credit undertaking by small business owners and foster more entrepreneurship activity in the economy, but it may also force relatively sophisticated financial institutions (who are by far the leading credit extenders to small businesses in Israel) to extend loans to small business owners more efficiently. With the prospects of having to forgive their small business debtors some or all of their debts in bankruptcy, these financial institutions will be more likely to end the practice of extending large amounts of credit with little, if any, due diligence. n293.

LEXSEE 46 J. LAW & ECON. 543

Copyright (c) 2003 The University of Chicago
The Journal of Law & Economics

October, 2003

*46 J. Law & Econ. 543*

**LENGTH:** 9930 words

# Personal Bankruptcy and the Level of Entrepreneurial Activity [5]

***NAME:*** *WEI FAN, J. D. Power and Associates, Troy, Michigan and MICHELLE J. WHITE, University of California, San Diego*

## SUMMARY:

... THE U.S. personal bankruptcy system is primarily intended as a bankruptcy procedure for consumers, but it also is the de facto bankruptcy procedure for small firms. ... Suppose that the out-of-pocket cost of filing for bankruptcy is C.If entrepreneurs file for bankruptcy, then the debt of B(1 + r) will be discharged, but they must give up any wealth they own that exceeds the exemption level, or max[[OMEGA] - C - X, 0]. ... (2) If the interest rate on business loans is fixed or if the cost of filing for bankruptcy is zero, then becoming an entrepreneur is always more attractive as the exemption level increases. If the interest rate on loans is endogenously determined and the cost of filing for bankruptcy is positive, then increases in the exemption level may lower the attractiveness of owning a business at higher exemption levels. (3) Bankruptcy exemption levels do not have a clear effect on whether creditors have an incentive to shut down existing firms that are in financial distress or allow them to continue operating. ... The predicted probability of owning a business for homeowners increases from .047 in the lowest quartile of the exemption distribution to .060 when the exemption is unlimited, or by about 28 percent. ...

---

5We are grateful for comments from Mitchell Berlin, **Charlie Brown**, David de Meza, Alan Schwartz, and participants at talks at the University of California, Berkeley, Columbia University, the University of Michigan, Tilburg University, the Federal Reserve Bank of Philadelphia, the Bank of England, the American Law and Economics Association annual conference, and the National Bureau of Economic Research Summer Institute in Law and Economics. The National Science Foundation provided financial support under grants SBR-9617712 and 0212444.

## HIGHLIGHT: ABSTRACT

*The U.S. personal bankruptcy system functions as a bankruptcy system for small businesses as well as consumers, because debts of noncorporate firms are personal liabilities of the firms' owners. If the firm fails, the owner has an incentive to file for bankruptcy, since both business debts and the owner's personal debts will be discharged. In bankruptcy, the owner must give up assets above a fixed exemption level. Because exemption levels are set by the states, they vary widely. We show that higher bankruptcy exemption levels benefit potential entrepreneurs who are risk averse by providing partial wealth insurance and therefore that the probability of owning a business increases as the exemption level increases. We test this prediction and find that the probability of households owning businesses is 35 percent higher if they live in states with unlimited rather than low exemptions.*

**TEXT:**

**[*543]** THE U.S. personal bankruptcy system is primarily intended as a bankruptcy procedure for consumers, but it also is the de facto bankruptcy procedure for small firms. When firms are noncorporate, debts of the firm are personal liabilities of the entrepreneur/owner. If the firm fails, entrepreneurs have an incentive to file for personal bankruptcy under the procedure known as Chapter 7, because both their business and personal debts will be discharged. Entrepreneurs filing under Chapter 7 must give up all assets they own in excess of an exemption level, but all of their future earnings are exempt from the obligation to repay--this is known as the "fresh start" in bankruptcy. Bankruptcy exemption levels are set by the states and vary widely. Higher exemption levels make it more attractive for potential entrepreneurs who are risk averse to go into business, because more of their assets are sheltered from creditors if the firm fails. The fact that 20 percent of personal bankruptcy **[*544]** filings list business debts suggests how important personal bankruptcy procedures are for entrepreneurs. n1

In this paper we examine whether individuals are more likely to become entrepreneurs if they live in states with higher bankruptcy exemptions. There is a large literature explaining whether workers choose self-employment or working for others; in this paper, we test whether the bankruptcy system is an important part of the decision. We first develop a model of how variations in exemption levels affect incentives to own, start, and end small businesses. We show that higher exemption levels provide partial wealth insurance, which makes potential entrepreneurs who are risk averse more likely to choose self-employment. However, the relationship can turn negative if exemption levels are sufficiently high. We test the model empirically and find that families are more likely to own and start businesses if they live in states with higher bankruptcy exemption levels.

Section I of the paper discusses bankruptcy law, Section II reviews the prior literature, and Section III contains the model; in Section IV, we discuss our data and empirical results. Section V concludes and discusses policy implications.

# I. BANKRUPTCY LAW

The U.S. Constitution reserves for the federal government the power to make laws concerning bankruptcy, so bankruptcy law is uniform across the United States. However, in the Bankruptcy Code of 1978, Congress adopted a uniform set of bankruptcy exemptions but gave the states the right to opt out and set their own exemption levels. As a result, exemption levels are the only aspect of bankruptcy law that varies across states.

There are two different personal bankruptcy procedures--known as Chapters 7 and 13--and debtors are allowed to choose between them. As noted above, Chapter 7 requires debtors to give up all of their assets above their state's exemption level, but their future earnings are completely exempt. All unsecured debts are discharged. Under the second personal bankruptcy procedure, Chapter 13, debtors are not obliged to give up any of their assets, but instead they must propose a multiyear plan to repay part of their unsecured debts from future earnings. If they fulfill the repayment plan, then the unpaid portion of the debt is discharged. For debtors in general, filing under Chapter 7 is more favorable because they often have no nonexempt assets. (About 70 percent of all bankruptcy filings occur under Chapter 7.) For entrepreneurs, filing under Chapter 7 is particularly favorable, because they usually have large debts from their failed businesses and both their business and personal debts will be discharged under Chapter 7. If they instead filed under Chapter **[*545]** 13, the obligation to use part of their future earnings to repay debt would severely hamper their ability to obtain credit and start new businesses. From the creditors' viewpoint, there is little difference between Chapters 7 and 13, since creditors are entitled to receive under Chapter 13 only the amount they would receive if the debtor filed under Chapter 7. We therefore model incentives to file for bankruptcy generally as a decision to file under Chapter 7. n2

# II. PRIOR LITERATURE

There is a large literature, both theoretical and empirical, on individuals' choice whether to become entrepreneurs. On the theoretical side, the two themes are risk aversion and credit constraints. Richard Kihlstrom and Jean-Jacques Laffont note that individuals have varying degrees of risk aversion, n3 such that more risk-averse individuals become workers and less risk-averse individuals start firms. David Evans and Boyan Jovanovic assume that individuals are risk neutral, n4 but they vary by both entrepreneurial ability and wealth. In their model, individuals choose to become entrepreneurs if they have high levels of entrepreneurial ability and choose to become workers otherwise. But because of credit constraints, the return to being an entrepreneur depends on individuals' initial wealth. Those who have high levels of entrepreneurial ability but low levels of wealth may be constrained in their ability to borrow, which reduces their return as entrepreneurs.

The empirical research on entrepreneurial behavior includes a number of studies that test for the importance of credit constraints. Evans and Jovanovic find that initial wealth is an important determinant of entrepreneurial success, n5 supporting the hypothesis that entrepreneurs whose initial levels of wealth are low are constrained in their ability to borrow. Douglas Holtz-Eakin, David

Joulfaian, and Harvey Rosen test for the importance of credit constraints by examining a sample of individuals who received inheritances. n6 They find that entrepreneurs who receive inheritances are both more likely to remain in business and, contingent on remaining in business, have their revenues increase. They interpret their results as providing evidence that entrepreneurs **[*546]** are credit constrained and that receiving an inheritance loosens the constraint. Other research examines the conditions under which small firms are credit constrained. Mitchell Petersen and Raghuram G. Rajan show that the length and strength of the relationship between small firms and their lenders are important in determining whether small firms obtain loans. n7 Jeremy Berkowitz and Michelle White show that small firms are more likely to be turned down for loans if they are located in states that have higher bankruptcy exemptions. n8

Another strand of research has focused on factors besides credit constraints that affect the decision to become an entrepreneur. Important factors include differences in the tax treatment of income earned while working for others versus income from self-employment and potential entrepreneurs' race, ethnicity, immigrant status, and work history. n9

## III. THEORY

Suppose that an individual or family is considering starting a business. Assume that the business would be noncorporate, and therefore its debts would be legal obligations of the owner. (We consider the incentives to start a corporate firm below.) Individuals or family members who do not start businesses are assumed to work for others. In this section we consider how personal bankruptcy law affects the incentives to start businesses. We also consider how bankruptcy law affects lenders' incentives to shut down existing businesses. Because the model is intended for empirical testing, it is intentionally kept simple. n10

**[*547]**

### *A. The Decision to Become an Entrepreneur*

Suppose that starting a business requires investing in a project that has a cost of $I$ in period 1 and an uncertain return of $R$ in period 2. In period 1, the potential entrepreneur has a fixed amount of wealth $W$ and a fixed amount of debt B > 0. The debt $B$ is unsecured, has an interest rate of $r$, and is due in period 2. It may have been incurred in period 1 or earlier, and it may be used either to finance the project or for consumption. If potential entrepreneurs decide to start firms, their wealth in period 2 will be $W - I + B + R$, which varies because $R$ is uncertain. Suppose that $[OMEGA] = W - I + B + R$, and suppose that the density of [OMEGA] is f([OMEGA]).

In period 2, entrepreneurs owe B(1 + r) and may file for bankruptcy under Chapter 7. Suppose that the bankruptcy exemption in the entrepreneur's state of residence is $X$, where $X$ can range from zero to unlimited (for homestead equity). Suppose that the out-of-pocket cost of filing for bankruptcy is $C$. n11 If entrepreneurs file for bankruptcy, then the debt of B(1 + r) will be discharged, but they must give up any wealth they own that exceeds the exemption level, or max[[OMEGA] - C - X, 0]. These

funds are used for repayment to lenders. Suppose that [SEE ILLUSTRATION IN ORIGINAL] denotes the level of period 2 wealth at which entrepreneurs are indifferent between filing or not filing for bankruptcy. Entrepreneurs' wealth is [OMEGA] - B(1 + r) if they do not file for bankruptcy and *X* if they do (assuming that they pay the cost of bankruptcy *C* before filing). Therefore, they are indifferent between filing or not filing if [OMEGA] - B(1 + r) = X, or when [See formula in printed version]. They file for bankruptcy if [See formula in printed version] and do not file if [See formula in printed version]. Their net wealth in period 2 after repaying the loan in full or filing for bankruptcy will be *[OMEGA] - C* if *[OMEGA] </= X + C, X* if [See formula in printed version], and [OMEGA] - B(1 + r) if [See formula in printed version]. n12

The combination of borrowing and bankruptcy provides partial wealth insurance to potential entrepreneurs and therefore encourages them to go into business. When period 2 gross wealth [OMEGA] is higher than X + B(1 + r), entrepreneurs avoid bankruptcy and repay the debt in full. Therefore, borrowing **[*548]** causes net wealth to decrease by the amount B(1 + r). When gross wealth is below X + B(1 + r), entrepreneurs file for bankruptcy and repay either part of the loan or nothing. Therefore, borrowing and bankruptcy cause net wealth to decrease by an amount smaller than B(1 + r). The overall effect is that wealth is transferred from high-wealth to low-wealth states, which reduces the risk of going into business. If either the exemption level or the amount borrowed increased, then the level of partial wealth insurance would increase.

Now consider lenders' behavior. Suppose that there are many potential entrepreneurs who are identical as of period 1 and that they all apply to borrow from business lenders. Business lenders are assumed to be risk neutral. They are willing to lend if they expect to make zero profits. Lenders' zero-profit condition is

[See formula in printed version], (1)

where the first term on the left-hand side represents partial repayment by debtors who file for bankruptcy, the second term on the left-hand side represents full repayment by debtors who avoid bankruptcy, and the right-hand side is lenders' fixed opportunity cost of funds. Lenders set the interest rate *r* so as to satisfy equation (1). If no interest rate satisfies (1), then they do not lend at all.

Changes in the exemption level *X* affect both the interest rate and whether credit rationing occurs. As *X* increases, the interest rate *r* that satisfies equation (1) increases at an increasing rate. This is because at higher levels of *X,* borrowers are more likely to file for bankruptcy and therefore less likely to repay their loans. Lenders respond by raising the interest rate. But raising the interest rate becomes increasingly less effective as *X* continues to increase, because borrowers are more likely to file for bankruptcy and therefore less likely to pay the higher rate. To illustrate, suppose that f([OMEGA]) is distributed normally with a mean of 2 and a standard deviation of .25, and suppose that B = 1, C = 0, and r[f] = .1. Then if *X* exceeds .9 (more than 90 percent of the loan amount), no interest rate is high enough to satisfy the zero-profit constraint, and lenders cease lending completely. Thus credit rationing takes a very simple form: lenders lend to all potential entrepreneurs if X </= .9 and do not lend at all if X > .9. n13

**[*549]** Now suppose that potential entrepreneurs decide to work for others instead of starting businesses. Their period 2 wealth is assumed to be the certain amount *W'*. They may or may not borrow in period 1, but we assume that if they borrow, they repay in full in period 2 and do not file for bankruptcy.

Potential entrepreneurs' utility is assumed to depend on their net wealth, and they are assumed to be risk averse. They choose to become entrepreneurs if their expected utility in period 2 when they start businesses exceeds their utility in period 2 when they work for others, or if

[See formula in printed version]. (2)

Here the left-hand side represents the expected utility of being an entrepreneur and the right-hand side represents the utility of working for others.

Now consider how changes in the exemption level affect entrepreneurs' expected utility. Solving for *dr/dX* from (1) and for *dEU/dX* from the left-hand side of (2) and substituting, we get

[See formula in printed version]. (3)

Consider the special case of (3) when the interest rate is fixed, so dr/dX = 0. This might be the case, for example, if entrepreneurs borrow from relatives to finance their businesses and the relatives do not set the interest to reflect risk. n14 Since *dr/dX* is the fraction on the right-hand side of (3), the value of *dEU/dX* in this case becomes [See formula in printed version], which must be positive. Thus, when interest rates are fixed and credit is available, increases in the exemption level unambiguously raise the attractiveness of owning a business. Also, individuals' fixed utility level from working for **[*550]** others, *U(W'),* does not depend on *X.* Therefore, when loans are available at fixed interest rates, an increase in the exemption level always raises the attractiveness of going into business relative to working for others.

Now consider a second special case in which the interest rate is endogenous but the cost of bankruptcy *C* is zero. Then the sign of *dEU/dX* in (3) becomes the sign of

[See formula in printed version]. (4)

This expression equals entrepreneurs' marginal utility of wealth when they file for bankruptcy and keep *X* minus their average marginal utility of wealth when they avoid bankruptcy and keep [OMEGA] - B(1 + r). For risk-averse entrepreneurs, expression (4) must be positive, since their level of wealth when they file for bankruptcy is lower than their level of wealth when they avoid bankruptcy, so their marginal utility of wealth must be higher when they file for bankruptcy. Thus when C = 0, increases in the exemption level unambiguously raise the expected utility of becoming an entrepreneur, as long as credit is available and potential entrepreneurs are risk averse. This is because entrepreneurs pay a fair price via the interest rate for the partial wealth insurance that bankruptcy provides. Because risk-averse entrepreneurs always wish to purchase additional insurance when it is sold at a fair price, having a higher exemption level must make them better off.

Finally, suppose that *C* is positive. In this case the sign of (3) is ambiguous, since the second term in (3) becomes increasingly negative as *C* becomes larger. Thus, for any given exemption level, *dEU/dX* must be positive if C = 0, but it gets smaller and may turn negative as *C* increases. This means that if *C* is large enough, risk-averse entrepreneurs may prefer a lower instead of higher exemption level, that is, less insurance. The intuition here is that when *C* is positive, entrepreneurs pay more than the fair price for the insurance that bankruptcy provides--they pay the fair price in the form of higher interest rates, but they also must pay bankruptcy costs. As the exemption level increases, entrepreneurs' probability of filing for bankruptcy increases, which raises expected bankruptcy costs, and this extra cost increases more quickly when *C* is higher. This means that if *C* is high, entrepreneurs borrow little and rarely find it worthwhile to file for bankruptcy. As a result, even risk-averse entrepreneurs may prefer a lower rather than higher exemption level, because when the cost of filing for bankruptcy is very high, a high exemption level makes it unattractive to become an entrepreneur. n15

**[*551]** The overall results are that when bankruptcy costs are zero, increases in the exemption level always increase the attractiveness of becoming an entrepreneur as long as loans are available. But as bankruptcy costs increase, increases in the exemption level may lower rather than raise the attractiveness of becoming an entrepreneur.

## B. The Decision to Shut Down a Business

Now consider how changes in the exemption level affect whether businesses in financial distress shut down. For most small businesses, the timing of shutdown is determined by when creditors foreclose on equipment that is essential to the firms' operations. n16

Assume that a failing firm's creditor has a choice between shutting down the firm in period 2 or allowing it to continue to operate until period 3. Because of the firm's poor financial condition, we assume that the entrepreneur cannot obtain new loans from either new or old creditors. If the firm continues to operate for an additional period, then the entrepreneur's gross wealth in period 3 is denoted *Z,* which has the distribution *g(Z).* n17 The firm's debt at the end of period 2 is assumed to be *B′,* which exceeds *B* because of accrued interest and default charges. Because the loan is in default, the interest rate *r* remains the same, so that in period 3, the firm owes B'(1 + r). The creditor's expected return if the firm continues to operate until period 3 is

[See formula in printed version], (5)

where [See formula in printed version] denotes the level of gross wealth in period 3 at which the entrepreneur is indifferent between filing or not filing for bankruptcy.

Differentiating (5) with respect to the exemption level, we find that the creditor's expected return is negatively related to the exemption level, meaning that allowing failing firms to continue operating is less worthwhile in states that have high exemption levels.

The alternative for creditors is to shut down the firm in period 2. We assume that when creditors

shut down a failing firm, entrepreneurs file for **[*552]** bankruptcy. In this case, entrepreneurs' wealth is assumed to be less than [SEE ILLUSTRATION IN ORIGINAL], and therefore, using equation (1), creditors must receive either zero or *[OMEGA] - X - C.* Since creditors would not bother to shut down a firm if they expected to receive nothing, suppose that their expected return is *[OMEGA] - X - C.* This expression is also negatively related to the exemption level.

Thus, the model suggests that higher bankruptcy exemptions reduce creditors' expected return from failing firms, regardless of whether creditors shut down these firms or allow them to continue operating.

### C. Summary

We have shown the following: (1) The bankruptcy system makes going into business more attractive to potential entrepreneurs by providing them with partial wealth insurance. (2) If the interest rate on business loans is fixed or if the cost of filing for bankruptcy is zero, then becoming an entrepreneur is always more attractive as the exemption level increases. If the interest rate on loans is endogenously determined and the cost of filing for bankruptcy is positive, then increases in the exemption level may lower the attractiveness of owning a business at higher exemption levels. (3) Bankruptcy exemption levels do not have a clear effect on whether creditors have an incentive to shut down existing firms that are in financial distress or allow them to continue operating.

## IV. EMPIRICAL TESTS

Our empirical work explains whether families own, start, or end businesses as a function of the bankruptcy exemption in the state where the family lives and other variables. We use family-level panel data from two different Survey of Income and Program Participation (SIPP) panels. The first panel consists of families who were interviewed in 1993, 1994, and 1995, and the second consists of families who were interviewed in 1996, 1997, and 1998. Each panel contains about 20,000 families. Our data set combines the two panels, so it covers the period 1993 through 1998. Because different questions about self-employment were asked in the two panels, we categorize families as self-employed in 1993-95 if anyone in the family owned a business and did not work at a job, while we categorize families as self-employed during 1996-98 if one or more family members owned businesses. The sample size is about 98,000. n18

An important issue is whether bankruptcy exemption levels can be treated as exogenous to the self-employment decision. As discussed above, the 1978 **[*553]** Bankruptcy Code specified a uniform federal bankruptcy exemption but allowed states to opt out by adopting their own exemptions. The code went into effect in late 1979, and all states adopted their own bankruptcy exemptions within a couple of years thereafter, although about one-third of the states allowed their residents to choose between the state's exemption and the federal exemption. Since 1982, the pattern has been that only a few states change their exemption levels each year, mainly to correct nominal exemption levels for inflation. n19 Because most states adopted their bankruptcy exemptions within a short period after the code went into effect, we treat exemption levels as exogenous to self-employment decisions. n20

States have separate bankruptcy exemptions for various types of property, but the largest and most variable is the exemption for equity in owner-occupied housing--the "homestead" exemption. n21 Homestead exemptions range from zero (in Maryland and Delaware) to unlimited (in Texas, Florida, Minnesota, Oklahoma, Kansas, Arkansas, Iowa, and South Dakota). High homestead exemptions reduce the risk of owning a business because if the business fails, entrepreneurs are less likely to lose their homes. In addition, homestead exemptions protect nonhousing assets, because entrepreneurs can convert nonhousing assets into home equity by using the assets to pay down their mortgages, as long as their home equity remains below the homestead exemption. We therefore use the homestead exemption as our bankruptcy exemption variable. n22

Most states allow married couples to take larger homestead exemptions if they file for bankruptcy jointly. We therefore adjust the exemption level if the head of the family is married and lives in a state that allows married couples to claim a larger exemption. In states that allow bankruptcy filers to choose between the state and the federal exemptions, we use the federal homestead exemption if it is larger.

We construct a distribution of homestead exemption levels over all combinations of state and marital status and divide the portion of the distribution **[*554]** where exemption levels are not unlimited into quartiles. n23 We then create a series of dummy variables that represent each quartile of the distribution above the lowest, plus an additional dummy variable for states that have unlimited homestead exemptions. States with unlimited homestead exemptions are coded as having the highest "limited" exemption level, so the coefficient of the unlimited-exemption dummy captures the effect of the exemption being unlimited rather than high. We use the quartile specification to represent the distribution of exemption levels, because the relationship between exemption levels and self-employment is predicted to be positive at low exemption levels but could be negative at high exemption levels. This specification of the relationship is not at all restrictive.

Finally, filing for bankruptcy is less beneficial for renters than for homeowners, because renters who file for bankruptcy cannot make use of the homestead exemption. To take account of this difference, we interact each of the exemption categories with whether families own or rent their homes. This means that there are 10 separate exemption categories, of which we omit the lowest exemption category for renters. n24

Now consider other variables. The SIPP asks separate questions concerning how much families earn from working for others versus from self-employment. Because families whose workers are partly or fully self-employed spend less time working for others, we first estimate an ordinary least squares model that explains the log of earnings for families that do not have self-employment earnings. The explanatory variables are the education level and age of the head of the family and demographic variables. We use the results of this model to predict the log of earnings from working for others for those families that have self-employment earnings. The predicted values are an estimate of the amount that families with self-employment earnings would earn if all of their workers spent all of their time working for others, or the opportunity cost of being self-employed. The combined distribution of predicted log earnings for families with self-employment earnings and actual log earnings for families

without self-employment earnings is divided into quartiles, and we construct dummy variables for each quartile, omitting the lowest. n25

**[*555]** We also have data on income from wealth, retirement income, and income from transfers. We divide the distribution of income from wealth into four categories, of which the lowest category consists of nonpositive values and the three highest categories each contain the same number of families. We exclude the nonpositive values and enter separate dummy variables for each category of positive values (the latter are referred to as quartiles of the income from wealth distribution). We follow the same procedure for retirement income and income from transfers.

We also enter a vector of demographic variables as additional controls: the number of earners in the family, the education level of the family head in years, the age of the family head in decades (under 30 is the excluded category, and each variable represents the marginal effect of being 1 decade older), and dummy variables for the number of persons in the family (one-person families are excluded), whether the head of the family is married, is a single female, and is African-American, Mexican, other Latin American, or Eastern European and whether the family lives in a metropolitan area. Additional variables capture local macroeconomic conditions and other state-level policy variables that might affect the decision to be self-employed. These include the state unemployment rate, the fraction of the labor force that is employed in the nonfarm sector, the rate of growth of output in the state over the past year, and the maximum state personal income tax rate. We enter the nonfarming employment rate as a correction for the fraction of state economic activity that is due to farming, since bankruptcy law is different for farmers. The maximum state income tax rate is relevant for two reasons. First, opportunities for tax evasion are greater for the self-employed, and the ability to evade taxes is more valuable when rates are higher. Second, income taxes--like bankruptcy--provide partial wealth insurance, and the degree of insurance increases with the tax rate. Both of these factors suggest that becoming an entrepreneur is more attractive in states with higher maximum tax rates, although the positive effect of taxes on the probability of being self-employed is reduced because full loss offset is not allowed. n26 **[*556]** Finally, we enter year effects and a dummy variable that differentiates between the two SIPP panels (results not reported). n27

Summary statistics are given in Appendix Table A1. The probability of owning a business is .11. Note that businesses in the sample tend to be small: mean business income is $ 2,400 per month. n28

## A. The Decision to Own a Business

Our benchmark case is a random-effects probit model that explains whether families own businesses. The results are given in columns 1 and 2 of Table 1 (robust standard errors clustered by families are shown). They show that all of the exemption variables are positive and statistically significant for homeowners and the unlimited-exemption variable is positive and statistically significant for renters. The third-quartile, fourth-quartile, and unlimited-exemption variables for homeowners are significantly different from the lowest-quartile exemption variable for homeowners (p = .0199, .0078, and .0000, respectively). Table 2, column 1, shows the predicted probabilities of owning a business at varying exemption levels. n29 (Asterisks indicate probabilities that are

significantly different from the lowest-quartile level for homeowners or renters, whichever is relevant.) For homeowners, the probability of owning a business increases from .10 when the homestead exemption is in the lowest two quartiles to .11 when the exemption is in the highest two quartiles and jumps to .135 when the exemption is unlimited. The relationship between the exemption level and homeowners' probability of owning businesses is monotonically increasing, instead of rising at low exemption levels and then decreasing. Moving from the lowest to the unlimited-exemption level increases the probability of owning a business by about 35 percent. For renters, the probability of owning a business generally increases as the exemption level increases, but the pattern is not monotonic. The probability of owning a business increases from .083 at the lowest exemption level to .107 when the exemption is unlimited, or by 29 percent. These results imply that both homeowners and renters respond strongly to increases in the homestead exemption in making their decisions to become self-employed. For renters, this presumably reflects the fact that many of them expect to become homeowners in the future. The fact that self-employment for owners is monotonically related to the exemption level suggests that many entrepreneurs' loans are not priced to accurately reflect risk. **[*557]**

**TABLE 1**

**EFFECTS OF BANKRUPTCY ON WHETHER FAMILIES OWN BUSINESSES**

| | ANY BUSINESS | | BIG BUSINESS | |
|---|---|---|---|---|
| | Coefficient | SE | Coefficient | SE |
| EXPLANATORY VARIABLES | (1) | (2) | (3) | (4) |
| First quartile, owner | .119 | .037 | .158 | .057 |
| Second quartile, renter | .0229 | .039 | .0940 | .063 |
| Second quartile, owner | .136 | .037 | .130 | .057 |
| Third quartile, renter | .0753 | .043 | .0096 | .066 |
| Third quartile, owner | .175 | .038 | .170 | .057 |
| Fourth quartile, renter | .0235 | .050 | .0133 | .069 |
| Fourth quartile, owner | .201 | .042 | .210 | .060 |
| Unlimited, renter | .155 | .051 | .131 | .075 |
| Unlimited, owner | .312 | .042 | .293 | .060 |
| Number of earners in the family | .359 | .011 | .106 | .013 |
| Metropolitan area | -.0690 | .019 | -.0077 | .025 |
| Education level of head of family | .0101 | .002 | .0159 | .003 |
| Head of family is single female | -.409 | .034 | -.583 | .047 |
| Head of family is married | -.0302 | .038 | -.0382 | .052 |
| Family size: | | | | |
| Two | -.0944 | .033 | .0462 | .051 |
| Three | -.203 | .038 | -.0989 | .056 |
| Four | -.222 | .042 | -.0167 | .060 |
| Five | -.253 | .047 | .0510 | .064 |
| Six or more | -.190 | .059 | .144 | .079 |
| Age of head of family: | | | | |
| 30-39 | .192 | .032 | .261 | .044 |
| 40-49 | .0796 | .020 | .0811 | .026 |
| 50-59 | .0091 | .021 | .0127 | .027 |
| 60-69 | .0512 | .025 | -.0361 | .038 |

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| >/=70 | -.147 | .033 | -.245 | .056 |
| Second-quartile earnings | .362 | .022 | .511 | .037 |
| Third-quartile earnings | .256 | .023 | .516 | .036 |
| Fourth-quartile earnings | -.0124 | .026 | .439 | .039 |
| Second-quartile wealth income | -.0171 | .013 | -.0237 | .022 |
| Third-quartile wealth income | .0115 | .015 | .0546 | .024 |
| Fourth-quartile wealth income | .0905 | .016 | .199 | .026 |
| Second-quartile transfer income | -.0075 | .025 | -.153 | .037 |
| Third-quartile transfer income | -.0091 | .027 | -.169 | .046 |
| Fourth-quartile transfer income | -.0896 | .030 | -.267 | .046 |
| Second-quartile retirement income | -.0842 | .037 | -.219 | .070 |
| Third-quartile retirement income | -.0303 | .037 | -.116 | .079 |
| Fourth-quartile retirement income | -.0768 | .033 | -.193 | .074 |
| Ethnicity of head of family: | | | | |
| Eastern European | .0500 | .053 | .0774 | .056 |
| Mexican | -.230 | .062 | -.306 | .073 |
| Other Latin American | -.171 | .050 | -.165 | .061 |
| African-American | -.466 | .064 | -.582 | .097 |
| Other ethnic groups | -.0164 | .022 | -.0455 | .026 |
| State gross domestic product growth rate | -.156 | .25 | -.322 | .44 |
| State unemployment rate | 1.83 | .78 | 2.39 | 1.1 |
| Nonfarming employment share | -.391 | .19 | -.310 | .22 |
| Maximum state income tax rate | .924 | .33 | .644 | .40 |
| Constant | -1.90 | .20 | -2.75 | .24 |

.NOTE.--SE = standard error

**[558*]**

TABLE 2

**PREDICTED PROBABILITIES OF OWNING BUSINESSES**

| Exemption Category | Own Any Business (1) | Own "Big" Business (2) | Own Noncorporate Business (3) | Own Corporate Business (4) |
|---|---|---|---|---|
| Owners: | | | | |
| First quartile | .101 | .0470 | .0796 | .0258 |
| Second quartile | .103 | .0446 | .0784 | .0261 |
| Third quartile | .110 * | .0481 | .0872 * | .0246 |
| Fourth quartile | .114 * | .0517 | .101 * | .0200 * |
| Unlimited | .135 * | .0600 * | .110 * | .0294 * |
| Renters: | | | | |
| First quartile | .083 | .0347 | .0534 | .0188 |
| Second quartile | .086 | .0417 | .0706 | .0218 |
| Third quartile | .094 | .0354 | .0710 * | .0134 |
| Fourth quartile | .086 | .0356 | .0734 * | .0126 * |
| Unlimited | .107 * | .0447 | .0834 * | .0183 |

NOTE.--The results given in columns 1 and 2 are based on the random-effects probit models reported in Table 1. Results given in columns 3 and 4 are based on a multinomial logit model of the decision to own a noncorporate business, a corporate business, or no business (full results not reported).

* Significantly different from the first-quartile level for the relevant group (homeowners or renters) at the 5 percent level of significance.

The results for other variables are generally similar to those found in the previous work. Like Herb Schuetze, n30 we find that families are more likely to be self-employed when the unemployment rate is higher and, like Donald Bruce and Schuetze, n31 we find that families are more likely to be self-employed when the maximum state tax rate is higher. We also find that having more earners significantly increases the probability that families own businesses. This is presumably because families that have other earners are less discouraged by the high variance of self-employment earnings. n32

*B. The Decision to Own a "Big" Business*

Because the average business in our data set is small, we reran the benchmark case but changed the dependent variable so that families are classified as self-employed only if their business income was greater than $ 2,000 per month. n33 The results are shown in Table 1, columns 3 and 4. Among the exemption variables, only the unlimited-exemption variable for owners is significantly different from the lowest-quartile exemption variable for owners **[*559]** ($p < .0000$). The predictions are shown in Table 2, column 2. The predicted probability of owning a business for homeowners increases from .047 in the lowest quartile of the exemption distribution to .060 when the exemption is unlimited, or by about 28 percent. For renters, the unlimited-exemption variable is also positive, and it is significant at the 10 percent level. The probability of renters' owning big businesses increases from about .035 in the lowest quartile of the exemption distribution to .045 in states with unlimited exemptions, or 29 percent. Thus, owners of large and small businesses respond similarly to variations in exemption levels.

*C. Choice of Organizational Form*

We also examined whether bankruptcy law affects individuals' decisions to organize their businesses in corporate versus noncorporate form. As discussed above, higher bankruptcy exemption levels make it more attractive to own a noncorporate business relative to working for others. In contrast, when businesses are corporate, owners' assets and debts are legally distinct from the assets and debts of their corporations, so owners are not liable for the losses of their corporations. Strictly speaking, this means that whether the bankruptcy exemption level is high or low should have no effect on how favorable it is to own a corporate business relative to working for others. However, in practice, business lenders often require that owners personally guarantee loans to their small corporate businesses, and these guarantees muddy the distinction between corporate versus noncorporate businesses. n34 As a result, families may find it more attractive to own both corporate and noncorporate businesses in states with higher personal bankruptcy exemption levels. n35

The SIPP asks families whether their businesses are noncorporate or corporate. We ran a weighted multinomial logit model explaining whether families own corporate businesses, noncorporate businesses, or no business. n36 The results (not shown) indicate that the exemption variables are strongly statistically significant in the decision by homeowners whether to own non-corporate

businesses but are less statistically significant in the decision by homeowners to own corporate businesses or the decision by renters to own either type of business. The predicted probabilities of owning corporate and noncorporate businesses are shown in Table 2, columns 3 and 4. Homeowners' probability of owning noncorporate businesses increases from about **[*560]** .08 in the lower half of the exemption distribution to .11 when the exemption level is unlimited, or by about 38 percent. Homeowners' probability of owning corporate businesses increases from about .026 in the lower half of the exemption distribution to .029 when the exemption is unlimited, or by about 14 percent. Renters' probability of owning noncorporate businesses increases from about .053 in the lowest quartile of the exemption distribution to .083, or by 56 percent, when the exemption is unlimited, but renters' probability of owning corporate businesses is not significantly related to the exemption variables. Thus, exemption levels have an important effect on whether both groups own noncorporate businesses, but they affect only homeowners' decisions to own corporate businesses.

*D. The Decision to Start a Business*

Now turn to families' decisions to start businesses. Define a dummy variable for starting a business that equals one if a family did not own a business in 1993, 1994, 1996, or 1997 but owned a business in the following year. Because a new SIPP panel starts in 1996, we have no information on business starts between 1995 and 1996. The explanatory variables are the same as those used previously. Explanatory variables for 1993 are used to explain whether families started businesses between 1993 and 1994 and similarly for later years. The sample consists of families in both SIPP panels that did not own businesses in the earlier year. Because we lose 2 years of data and also lose observations of families that owned businesses in the earlier year, the sample size is reduced to 58,000.

In Table 3, columns 1 and 2, we report the results of a random-effects probit model that explains whether families start businesses. For homeowners, all of the exemption variables have positive signs, but only the unlimited-exemption variable is significantly different from the lowest-quartile variable for homeowners, and then the *p* value is only .08. For renters, the fourth-quartile exemption variable is positive and significantly different from the lowest-quartile variable for renters (p = .005). The predicted probabilities are shown in Table 4, column 1. Homeowners' probability of starting businesses increases from .023 in the lowest quartile of the exemption distribution to .028 in unlimited exemption states, or by 22 percent. For renters, the pattern of the exemption variables is nonmonotonic, but the probability of owning a business increases from .019 in the lowest quartile to .027 in the highest quartile, or by 40 percent. These results suggest that bankruptcy exemption levels affect both owners' and renters' decisions to start businesses.

Among the other variables, the only significantly positive factor in families' decisions to start businesses is the head having more years of education. Significantly negative factors include having a head of the family who is a single female, is over age 60, or is Mexican or African-American or the **[*561]**

TABLE 3

EFFECT OF BANKRUPTCY ON WHETHER FAMILIES START AND END BUSINESSES

| | START BUSINESSES | END BUSINESSES |
|---|---|---|

| EXPLANATORY VARIABLES | Coefficient (1) | SE (2) | Coefficient (3) | SE (4) |
|---|---|---|---|---|
| First quartile, owner | .0669 | .066 | -.313 | .13 |
| Second quartile, renter | -.0916 | .075 | -.354 | .14 |
| Second quartile, owner | .0117 | .065 | -.240 | .13 |
| Third quartile, renter | -.0238 | .076 | .0624 | .14 |
| Third quartile, owner | .0839 | .066 | -.265 | .13 |
| Fourth quartile, renter | .147 | .076 | -.0074 | .15 |
| Fourth quartile, owner | .150 | .072 | -.226 | .13 |
| Unlimited, renter | .0589 | .080 | .0867 | .15 |
| Unlimited, owner | .158 | .068 | -.195 | .13 |
| Number of earners in the family | .0174 | .023 | .106 | .052 |
| Live in a metropolitan area | -.0535 | .031 | .106 | .052 |
| Education level of head of family | .0137 | .0031 | -.0049 | .0060 |
| Head of family is single female | -.245 | .047 | .236 | .087 |
| Head of family is married | .0272 | .060 | -.0450 | .10 |
| Family size: | | | | |
| Two | .0264 | .053 | .108 | .093 |
| Three | .0586 | .061 | .146 | .10 |
| Four | .0826 | .065 | .147 | .11 |
| Five | .0927 | .074 | .135 | .12 |
| Six or more | .0727 | .090 | .149 | .14 |
| Age of head of family: | | | | |
| 30-39 | .0132 | .044 | -.348 | .086 |
| 40-49 | -.0382 | .035 | -.0869 | .054 |
| 50-59 | -.0499 | .042 | -.0516 | .062 |
| 60-69 | -.227 | .058 | .164 | .091 |
| >/=70 | -.326 | .064 | .124 | .10 |
| Second-quartile earnings | -.0636 | .043 | -.0655 | .088 |
| Third-quartile earnings | -.117 | .047 | -.135 | .13 |
| Fourth-quartile earnings | -.138 | .055 | -.112 | .18 |
| Second-quartile wealth income | .0293 | .036 | -.0660 | .57 |
| Third-quartile wealth income | .0075 | .039 | -.126 | .056 |
| Fourth-quartile wealth income | .0574 | .041 | -.133 | .056 |
| Second-quartile transfer income | -.0697 | .055 | .414 | .088 |
| Third-quartile transfer income | -.0888 | .060 | .389 | .093 |
| Fourth-quartile transfer income | .0121 | .059 | .244 | .10 |
| Second-quartile retirement income | .0814 | .072 | .237 | .12 |
| Third-quartile retirement income | .0098 | .081 | .183 | .12 |
| Fourth-quartile retirement income | -.128 | .089 | .0479 | .12 |
| Ethnicity of head of family: | | | | |
| Eastern European | .0140 | .068 | -.0552 | .13 |
| Mexican | -.225 | .085 | .0627 | .14 |
| Other Latin American | -.116 | .064 | -.0677 | .11 |
| African-American | -.374 | .081 | .189 | .15 |
| State unemployment rate | 1.67 | 1.6 | 5.77 | 2.3 |
| Nonfarming employment share | .000 | .000 | .000 | .000 |
| Maximum state income tax rate | .279 | .469 | 1.01 | .73 |
| Constant | -2.30 | .14 | -.817 | .25 |

NOTE.--SE = standard error.

**[*562]**

TABLE 4

PREDICTED PROBABILITIES OF STARTING AND ENDING BUSINESSES

| Exemption Category | Start Business (1) | End Business (2) |
|---|---|---|
| Owners: | | |

| | | |
|---|---|---|
| First quartile | .0226 | .141 |
| Second quartile | .0198 | .157 |
| Third quartile | .0234 | .151 |
| Fourth quartile | .0272 | .160 |
| Unlimited: | .0277 + | .167 |
| Renters: | | |
| First quartile | .0193 | .219 |
| Second quartile | .0155 | .132 |
| Third quartile | .0183 | .237 |
| Fourth quartile | .0270 | .217 |
| Unlimited | .0221 * | .244 |

NOTE.--Results are based on the random-effects probit models reported in Table 3.

+ Significantly different from the first-quartile level for the relevant group (homeowners or renters) at the 10 percent level of significance.
* Significantly different from the first-quartile level for the relevant group (homeowners or renters) at the 5 percent level of significance.

family having higher earnings from working at a job. None of the state-level macroeconomic variables or the maximum tax rate variable is statistically significant.

## E. The Decision to End a Business

Now turn to the question of whether exemption levels affect the businesses' probability of shutting down. Define a dummy variable for ending a business that equals one if a family owned a business in 1993, 1994, 1996, or 1997 but did not own a business in the following year. Again because a new SIPP panel started in 1996, we have no information on decisions to end businesses between 1995 and 1996. Explanatory variables for each year are used to explain whether families end businesses between that year and the next. The sample includes only families that owned businesses in the earlier year, so it is reduced to about 7,200. The specification otherwise remains the same.

A caveat is that while our theoretical model deals only with shutdowns of distressed businesses, in fact, businesses shut down for other reasons--such as the entrepreneur retiring, moving away, selling out, or accepting a job working for others. Because these other reasons for shutting businesses are probably unaffected by bankruptcy law, they tend to bias the effect of the exemption variables downward.

The results are shown in Table 3, columns 3 and 4. None of the exemption variables is significantly different from the lowest-quartile value in the relevant group. The predicted probabilities of businesses shutting down are **[*563]** shown in Table 4, column 2. Homeowners' probability of ending businesses increases fairly monotonically from about .141 in the lowest exemption states to .167 in states with unlimited exemptions, or by about 18 percent. Renters' probability of ending businesses increases from .22 in the lowest exemption states to .244 in states with unlimited exemptions, although the increase is not monotonic. Thus the evidence suggests that high exemption levels are associated with higher rates of business closure, but additional research will be needed to determine if a significant relationship exists.

Among the other variables, families with high levels of income from wealth are significantly less likely to close their businesses, which provides additional support for the hypothesis that wealth constraints are an important determinant of success for small businesses.

## V. CONCLUSION

In this paper, we test whether potential entrepreneurs are more likely to own, start, and end small businesses if they live in states with higher personal bankruptcy exemptions. Entrepreneurs benefit from higher personal bankruptcy exemptions because exemptions provide partial wealth insurance, although at the cost of a reduction in credit availability as the exemption level increases. Exemption levels are set by the states and vary widely. We find that families who are homeowners are about 35 percent more likely to own businesses if they live in states with high or unlimited rather than low homestead exemptions, and the difference is statistically significant. Renters are 29 percent more likely to own businesses if they live in high-exemption states, and this difference is also statistically significant. Families' decisions to own noncorporate businesses are more responsive to changes in exemption levels than their decisions to own corporate businesses. Bankruptcy exemptions also affect the decision to start a business: homeowners are 28 percent more likely to start businesses if they live in states with unlimited rather than low homestead exemptions, although the relationship is significant only at the 8 percent level. However, we did not find a significant relationship between exemption levels and whether families end their businesses.

Congress recently passed legislation to reform personal bankruptcy law, although the House and Senate have been unable to agree on a compromise version. The most significant change would be that debtors who earn more than the median income level would be barred from filing under Chapter 7 and taking advantage of the "fresh start." Instead they would have to file under a new and harsher version of Chapter 13, which obliges debtors to use all of their future earnings beyond a not-very-generous Internal Revenue Service formula to repay prebankruptcy debt. The obligation to repay would continue for 5 years after the bankruptcy filing. These reforms are intended to reduce abuse of the bankruptcy system by well-off debtors. However, our analysis suggests that an unintended consequence of these reforms would be **[*564]** a reduction in the attractiveness of self-employment. Instead of being able to shelter their future incomes and some or all of their assets from creditors if their businesses fail, owners of failed businesses would face heavy taxation of their future earnings to repay their old business debts. Owners of failed businesses would also be discouraged from taking high-paying jobs, because taking a job that pays more than the median income level would prevent them from filing for bankruptcy under the more favorable Chapter 7. And lenders would be loath to lend to once-failed business owners who want to start new businesses, because owners have little incentive to work hard if additional earnings mainly benefit their old creditors. While some self-employment ventures under the current bankruptcy law are probably inefficient, the proposed changes in personal bankruptcy procedures make the small-business environment so much tougher that both efficient and inefficient ventures are likely to be eliminated. The result could be a slower rate of growth for the U.S. economy.

**[*565]**

# APPENDIX

TABLE A1

,SUMMARY STATISTICS (Survey of Income and Program Participation
(and 1996-98 Panels 1993-95

| | Mean | SD |
|---|---|---|
| | (1) | (2) |
| Own business | .110 | .313 |
| Start business | .0299 | .170 |
| End business | .0294 | .169 |
| Own incorporated business | .0330 | .178 |
| Exemption ($ 1,000s) | 62.8 | 71.8 |
| Unlimited exemption | .182 | .386 |
| First quartile, renter/owner | .064/.136 | .245/.343 |
| Second quartile, renter/owner | .068/.152 | .252/.359 |
| Third quartile, renter/owner | .065/.155 | .247/.362 |
| Fourth quartile, renter/owner | .060/.118 | .237/.323 |
| Unlimited, renter/owner | .054/.128 | .226/.334 |
| Business income/month ($ ) | 2,385 | 4,368 |
| Number of earners in the family | 1.15 | .924 |
| Metropolitan area | .772 | .419 |
| Own their home | .689 | .463 |
| Education level of head of family | 9.33 | 9.00 |
| Head of family is single female | .286 | .452 |
| Head of family is married | .551 | .497 |
| Family size | 2.45 | 1.42 |
| Age of head of family | 49.8 | 16.8 |
| Log earnings | 7.87 | .95 |
| Wealth income/month ($ ) | 156 | 640 |
| Transfer income/month ($ ) | 212 | 569 |
| Retirement income/month ($ ) | 147 | 582 |
| Ethnicity of head of family: | | |
| Eastern European | .0350 | .184 |
| Mexican | .0315 | .175 |
| Other Latin American | .0453 | .208 |
| African-American | .0593 | .236 |
| Other ethnic groups | .355 | .478 |
| State gross domestic product growth rate | .0273 | .0149 |
| State unemployment rate | .0554 | .014 |
| Nonfarming employment share | .886 | .061 |
| Maximum state income tax rate | .0556 | .032 |
| Own "big" business | .049 | .216 |
| "Big" business income/month ($ ) | 5,727 | 6,104 |

.NOTE.--SD = standard deviation

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"צ 311/60

לפני: הנשיא (אולשן), מ"מ הנשיא (אגרנט) והשופטים גויטיין, זוסמן, ברנזון

# פ' מילר, מהנדס בע"מ נגד שר-התחבורה, ו-4 אחרים

תאריכי הישיבות: 13.12.60, 24.4.61, 25.4.61, 7.5.61, 27.10.61

## תמצית:

בראשי פרקים של הסכם שנחתם עם חברה בחוץ-לארץ, שהסכימה להקים בארץ מפעל להרכבת מכוניות דיזל מסוג מסויים וייצורן ההדרגתי, נאמר, כי בתקופת ההסכם לא תקצה ממשלת ישראל מטבע-חוץ לשום איש אחר, מלבד לחברה, לשם ייבוא מכוניות דיזל מהסוג הנ"ל. חברה העוסקת ביבוא מכוניות כאלה קיבלה צו-על-תנאי נגד הממשלה לבוא וליתן טעם מדוע לא תימנע מלחתום על ההסכם, המעניק לחברה בחוץ-לארץ את הזכות המונופוליסטית של ייבואן והרכבתן של מכוניות מסוג הנ"ל.

בית-המשפט העליון, בבטלו את הצו-על-תנאי, פסק -

א. פיקוחו של בית-המשפט הגבוה לצדק על הרשות המינהלית, שהוא בהכרח פיקוח שיפוטי, מוגבל לשאלה אם הרשות חרגה מסמכויותיה או עשתה שגיאה משפטית אגב השימוש בשיקול-הדעת; יעילות השימוש בשיקול-הדעת ומידת תבונתו אינן ניתנות לבדיקה על-ידי בית-המשפט העליון.

ב (1) כאשר הרשות רוצה להעניק לאדם זכות עיסוק בלעדית במקצוע או בסחר, שזה שולל בהכרח את זכותם של אחרים לבחור להם אותו עיסוק, עליה להוכיח כי החוק נתן לה את הכוח לסטות מהעקרון הכללי שלכל אדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלח-יד שבחר לעצמו.

(2) הענקת רשיון, היוצר מונופולין, תוך משוא פנים תהיה בלתי חוקית ופסולה, לא מפני המונופולין שבו אלא מפני האפליה הבלתי כשרה.

ג. (1) איסור היבוא שנקבע בחוק משמש צידוק לרשות לתת רשיון-יבוא לאחד ולסרב לתיתו לשני, ובית-המשפט לא יפסול את הסירוב רק מפאת הבלעדיות שהוענקה על-ידי כך לזה האחד.

(2) האיסור שהוטל מכוח פקודת הסמכויות בענין היבוא, היצוא והמכס (הגנה), 1939, או מכוח תקנות ההגנה (כספים), 1941, משמש צידוק ל"מונופול דה פקטו" להבדיל ממונופולין ממש, שנוצר כתוצאה מהעובדה שרק האחד קיבל רשיון-יבוא.

ד. נשוא ההתחייבות של הממשלה לא להעניק מטבע-חוץ לאחר למטרת יבוא משאיות הוא מעשה הממשל, ודין ההתחייבות הזאת נקבע על-פי המשפט הציבורי.

ה. (1) קשר חוזי בין המדינה והפרט תופס אפילו כשנושא החוזה הוא מעשה הממשל, אלא שבידי המדינה הרשות לבטלו כל אימת שצרכיה החיוניים וטובת הציבור דורשות את ביטולו.

(2) ההתחייבות של המדינה תיפסל מחמת היותה נוגדת את טובת הציבור.

(3) לבית-המשפט הכוח לפסול חוזה, ולמדינה הזכות להסתלק מחוזה הנוגד את טובת הציבור.

(4) התחייבות הממשלה, לא להקצות מטבע-חוץ לאדם אחר מלבד לחברה, אינה טומנת בחובה שום נזק לציבור.

(5) ההתחייבות הנ"ל אינה מטילה חובה על הממשלה לאסור מתן רשיון-יבוא לאדם היכול לייבא מכוניות מבלי להיזקק להקצאת מטבע-חוץ על-ידי הממשלה.

ו. ספק אם בית-המשפט חייב לדון בקובלנה כי תנאי אחד מתנאי החוזה שהרשות עשתה עם אדם מסויים הוא פסול משום שהתנאי נוגד את טובת הציבור.

## הערות:

1. למונופולין הנוצר על-ידי הענקה של הרשות ולטיבו של מונופולין בדרך כלל עיין גם: American Jurisprudence, Vol. 36, para. 39 ff.

2. להגבלת כוח פעולה של הרשות על-ידי חוזה עיין גם: ד"ר ה' קלינגהופר, משפט מינהלי, ע' 118 ואילך, והמקורות שהובאו שם.

3.להלכה האנגלית בדבר חוזים של הרשות הכובלים את שיקול-דעתה עיין גם מאמרו של:
J. D. B. Mitchell, Limitation on Contractual Liablity of Public Authorities; 1950, Modern Law Review, Vol. 13, pp. 318-339, 455-469; De-Smith, Judicial Review of Administrative Action, pp. 185-186, 336-337; Commissioners of Crown Lands v. Page; (1960), [16]; American Jurisprudence, Vol. 43, para. 294-295.

4. למעמדו של הטוען נגד מונופולין בדיון ב-בג"צ עיין גם: בג"צ 125/57, [3]; בג"צ 193/58, [2].

5. להעדפה בהענקת רשיונות על-פי סמכות חוקית עיין גם: בג"צ 70/49 - "תבלין" בע"מ, חברה רשומה לפי פקודת החברות נגד שר-האספקה-והקיצוב, ואח' : פד"י, כרך ה, ע' 1613; פי"ם, כרך יא, ע' 404; בג"צ 119/49 - מרדכי בריקנר נגד ד"ר דב יוסף, שר-האספקה-והקיצוב, ואח': פד"י, כרך ד, ע' 210; פי"ם, כרך י, ע' 64; בג"צ 59/51 - "סאיב" בית-חרושת לסבון נגד המפקח על המזונות, ואח' : פד"י, כרך ה, ע' 1112; פי"ם, כרך ד, ע' 476; בג"צ 104/54 - ארגון נהגי מוניות שירות למחוז תל-אביב נגד ראש העיר תל-אביב, חיים לבנון: פד"י, כרך ט, ע' 100; פי"ם, כרך יז, ע' 463;

6. השווה גם: בג"צ 280/60 - "אביק" מעבדות חימיות בע"מ נגד הרשות המוסמכת למתן רשיונות יבוא של תכשירי רוקחות, ואח'; פד"י, כרך טו, ע' 1323; בג"צ 30/58 - תיאודור הופמן נגד שר-התחבורה, ואח' : פד"י, כרך יב, ע' 807; פי"ם, כרך לד, ע' 245; בג"צ 87/57 - בנימין גולדברג נגד שר-המסחר-והתעשיה, ואח': פד"י,כרך יא, ע' 1537; פי"ם, כרך ל, ע' 361.

**התנגדות לצו-על-תנאי מיום כ"ד בכסלו תשכ"א (13.12.60), המכוון למשיבים והדורש מהם לבוא וליתן טעם, מדוע לא יימנעו מלחתום על הסכם עם חברת ליילנד מאנגליה המעניק לחברה הנ"ל זכות מונופוליסטית של יבוא או הרכבה של משאיות דיזל 11-22 טון, ושלפיו לא יורשה יבוא אחר לתקופת ההסכם. הצו-על-תנאי בוטל.**

בשם המבקשת: **ש' תוסיה כהן ו-ע' אלישר**

בשם המשיבים: **פ' לנדא; צ' טרלו, סגני פרקליט המדינה ו-י' מינץ, היועץ המשפטי של משרד-התחבורה**

אזכורי חקיקה:
פקודת הסמכויות בענין היבוא, היצוא והמכס (הגנה)
תקנות ההגנה (כספים) 3
פקודת העיריות 93
פקודת העיריות 98
חוק זכיון ים המלח
פקודת זכיונות חשמל
פקודת החברות
פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) 22(3)

אזכורי פסיקה:
פסקי-דין ישראליים שאוזכרו:
[1] בג"צ 1/49 - סלומון שלמה בז'רנו, ו-2 אח' נגד שר-המשטרה, ו-4 אח': פד"י, כרך ב, תש"ט/תש"י-1949, ע' 80; פי"ם, כרך א, תש"ט-1948/49, ע' 121.
[2] בג"צ 193/58 - חברת אורתופדיה רוזנברג בע"מ נגד הרופא הראשי המוסמך, מחלקת השיקום, משרד-הבטחון (ד"ר י' גורדון), ו-2 אח': פד"י, כרך יג, תשי"ט/תש"ך-1959, ע' 1654, 1658; פי"ם, כרך מא, תשי"ט/תש"ך-1959, ע' 344, 349.
[3] בג"צ 125/57 - אנית מיכל בע"מ נגד שר-האוצר, ו-4 אח': פד"י, כרך יא, תשי"ז/תשי"ח-1957, ע' 1490, 1507, 1509, 1512; פי"ם, כרך לא, תשי"ח-1958, ע' 12.
[4] בג"צ 35/48 – מ' ברסלב ושות' בע"מ, ו-6 אח' נגד שר-המסחר-והתעשיה, ו-2 אח': פד"י, כרך ב, תש"ט/תש"י-1949, ע' 330; פי"ם, כרך א, תש"ט-1948/49, ע' 411.
[5] בג"צ 327/52 - בונדי זמיר (זמרו) נגד המפקח על התעבורה בדרכים, ירושלים: פד"י, כרך ז, תשי"ג/תשי"ד-1953, ע' 358, 362, 365, 363; פי"ם, כרך יב, תשי"ג-1953, ע' 305.
[6] המ' 180/56 - יעקב פיינברג, ואח' נגד המועצה המקומית גבעתיים: פד"י, כרך יא, תשי"ז/תשי"ח-1957, ע' 209; פי"ם, כרך כז, תשי"ז-1957, ע' 171.
[7] ע"א 187/52 - ישראל הלפרין נגד ראש העיר, חברי מועצת העיריה ובני העיר תל-אביב: פד"י, כרך ח, תשי"ד/תשט"ו-1954, ע' 219; פי"ם, כרך יד, תשי"ד-1953/54, ע' 378.
[8] בג"צ 30/51 – י' בלבן, ו-3 אח' נגד עירית תל-אביב, ואח': פד"י, כרך ו, תשי"ב/תשי"ג-1952, ע' 257; פי"ם, כרך ה, תש"ט/תשי"ג-1949/52, ע' 344.
[9] בג"צ 161/52 - חברת המזקקים של א"י בע"מ נגד ראש העיר, חברי מועצת העיריה של ראשון-לציון ותושביה: פד"י, כרך ז, תשי"ג/תשי"ד-1953, ע' 113, 125; פי"ם, כרך יב, תשי"ג-1953, ע' 23.
[10] בג"צ 104/54 - ארגון נהגי מוניות שירות למחוז תל-אביב נגד ראש העיר תל-אביב בתורת ועדת התמרורים המקומית, במובן תקנות התעבורה (סדרי תנועה), תשי"ג-1953, ואח': פד"י, כרך ט, תשט"ו/תשט"ז-1955, ע' 100, 103; פי"ם, כרך יז, תשט"ו-1954/55, ע' 463.

פסקי-דין אנגליים שאוזכרו:
[11] Attorney-General of the Commonwealth of Australia v. Adelaide Steamship Co., Ltd. and ors.: (1913), 109 L.T. 258; (1913), A.C. 781; 83 L.J.P.C. 84; 12 Asp. M.L.C. 361; sub nom. R. & Attorney General of Commonwealth of Australia v. Adelaide S.S. Co.; 29 T.L.R. 743, P.C.
[12] Rederiaktiebolaget Amphitrite v. R.: (1922), 126 L.T. 63, 64, 65; (1922), 3 K.B. 500; 91 L.J.K.B. 75; 37 T.L.R. 985.
[13] Robertson v. Minister of Pensions: (1948), 2 All E.R. 767; (1949), 1 K.B. 227; (1949), L.J.R. 323; 64 T.L.R. 526; 92 Sol. Jo. 603.
[14] Howell v. Falmouth Boat Construction, Ltd.: (1951), 2 All E.R. 278; (1951), A.C. 837; (1951), 2 T.L.R. 151; 95 Sol. Jo. 413; sub nom. Falmouth Boat Construction Co. v. Howell; (1951), 2 Lloyd's Rep. 45, H.L.
[15] William Cory & Son, Ltd. v. City of London Corporation: (1951), 2 All E.R. 85; (1951), 2 K.B. 476; (1951), 2 T.L.R. 174; 115 J.P. 371: 95 Sol. Jo. 465; (1951), 1 Lloyd's Rep. 475.
[16] Commissioners of Crown Lands v. Page; (1960), 3 W.L.R. 446, 458, 459; (1960), 2 All E.R. 726.
[17] York Corporation v. Henry Leetham and Sons, Ltd.: (1924), 131 L.T. 127; (1924), 1 Ch. 557; 94 L.J. Ch. 159; 40 T.L.R. 371; 68 Sol. Jo. 459; 22 L.G.R. 371.

פסקי-דין אמריקניים שאוזכרו:
[18] New Orleans Gas Light Co. v. Luisiana Light and Heat Production & Manufacturing Co.; 6 S. Ct. 252, 262.
[19] The Proprietors of the Charles River Bridge v. The Proprietors of the Warren Bridge et al.; (1837), 9 Law Ed. 773, 848.
[20] Waters-Pierce Oil Co. v. State of Texas; (1908), 53 Law Ed. 417, 430.
[21] United States v. E. C. Knight Co., Spreckles Sugar Refining Co. et al.; (1894), 39 Law Ed.

325, 330.
[22] Standard Oil Co. of New Jersey v. United States et al.; (1910), 55 law Ed. 619, 644.
[23] Hudson County Water Co. v. Robert H. McCarter: (1908), 209 U.S. 349; 28 S. Ct. 529.
[24] John B. Stone et al. v. State of Mississippi; (1879), 25 Law Ed. 1079.
[25] City of Cincinnati v. Louisville & Nashville Railroad Co.: (1911), 223 U.S. 390; 32 S. Ct. 267.
[26] W. B. Worthen Co. et al. v. Thomas: (1934), 292 U.S. 426; 54 S. Ct. 816.
[27] Atlantic Coast Line R. R. Co. v. Philipps; (1947), 332 U.S. 168.

[1993]

## צו

**השופט זוסמן:**

זוהי התשובה לצו-על-תנאי.
החברה המבקשת עוסקת זה למעלה מ-50 שנה ביבוא מכונות, וזה למעלה מ-30 שנה ביבוא מכוניות; בין השאר מייצגת היא בארץ את החברה "סקניה וביס" משבדיה, היצרנית הידועה של משאיות דיזל. בשנת 1957 הציעה "סקניה וביס" לשלטונות ישראל להקים בארץ מפעל להרכבת משאיות מתוצרתה ולשלוח לכאן את כל החלקים הדרושים לשם כך, אגב שימוש באותם חלקי ההרכבה הניתנים לייצור מקומי. משאיות דיזל אלה מקובלות מאד בשוק המקומי, והמספרים שהומצאו על-ידי המבקשת מראים, כי שליש המשאיות שיובאו ארצה בשנת 1959 הן משאיות מתוצרת סקניה וביס. המבקשת אינה דורשת זכות בלעדית למכירת משאיותיה בישראל, אלא רק הבטחה למכירה מינימלית של 200 משאיות לשנה.

הצעת המבקשת לא נתקבלה, אלא שלטונות ישראל פתחו במשא-ומתן עם יצרן אחר, אף הוא בעל שם עולמי, היא חברת ליילנד מאנגליה. המבקשת אומרת, כי אין לה התנגדות לכך שיובטח למתחרתה, חברת ליילנד, אחוז מסויים של השיווק המקומי (40%), הואיל ואפילו כך, יישאר גם לה כר נרחב לפעולותיה בארץ. אך חברת ליילנד דרשה, לטענת המבקשת, "שיווק בלעדי ומונופוליסטי" של 100%, ולבקשת המבקשת הוציא בית-משפט זה, ביום 13.12.60, צו-על-תנאי המורה למשיבים לבוא וליתן טעם, מדוע לא יימנעו מלחתום עם ליילנד על הסכם המעניק לחברה זו זכות מונופוליסטית.

2. [1994] מתשובתו של מר פנחס גינצבורג, המנהל הכללי של משרד-התחבורה, שהוגשה מטעם המשיבים, נמצאנו למדים, כי בעקבות המשא-ומתן עם חברת ליילנד נחתמו ביום 28.10.60 בלונדון ראשי פרקים של חוזה בין חברת ליילנד מצד אחד וממשלת ישראל מצד אחר, המוצג פג 1/. הסכם זה בא, כמו שנאמר בהקדמה, לבצע "את רצונם ההדדי של הצדדים כפי שמובע בשני מכתבים שתוארו בתוספת להסכם, כי ליילנד תקים בישראל מפעל להרכבת משאיות דיזל ... וייצורן ההדרגתי".

שני המכתבים הנזכרים בהקדמה לחוזה הם מכתבה של חברת ליילנד אל מר מ' צור, המנהל הכללי של משרד-המסחר-והתעשיה, מיום 6.3.60, ותשובתו של זה מיום 8.3.60. בסעיפים 4 ו-5 למכתבה מיום 6.3.60 אומרת ליילנד, ואלה דבריה:

"4. In view of the limited Israeli market for buses and heavy trucks, the Israeli Government will guarantee to Leyland Israel or whatever the Company may be named, a guarantee of exclusive import and foreign exchange facilities and also undertake to give preferential treatment to Leyland in respect of Customs duties and import facilities.
5. It is recognised by the Israeli Government that such a progressive manufacturing scheme cannot prosper in the limited Israeli market unless such preferential treatment is guaranteed to Leyland in order to justify the capital expenditure involved."

מכתב התשובה של מר צור מביע את הסכמתו העקרונית לתוכן המכתב.
אולם בנסחם את ראשי הפרקים שנחתמו בלונדון ביום 28.10.60 כאמור, צמצמו הצדדים את היקף התניה האמורה, ובסעיף 12(ג) למוצג פג 1/ נאמר כך:

"(c) Government will not allocate to any person, firm or company, other than Leyland, the Plant Company or its agents, during a period of up to 3 years from the date of commencement of local manufacture and assembly under these Head of Agreement foreign currency for import into the State of Israel of any Diesel busses or whatever type and of Diesel trucks of over 7 tons carrying capacity (and also of such less weight as may be determined by Government's Import-policy in connection with Diesel trucks) similar to the types of Comet, Super-Comet, Super-Beaver and Super-Hippo, and other types as and when approved by Government, provided that within the aforesaid period the reduction in the import value into Israel of the [1995] products shall reach a minimum of 30% of the invoice cost of the completed chassis.
The same provision shall apply for a further period of two years provided that within those further two

years the reduction in the import value into Israel of the products shall reach a minimum of 50% of the invoice cost of the completed chassis."

סעיף 12(ג) הנ"ל משמש למעשה סלע המחלוקת בין בעלי-הדין, ועוד אחזור אליו ואדון בו. כאן מבקש אני להעיר, כי נאמר לנו על-ידי סגן פרקליט המדינה המלומד, כי חברת ליילנד ויתרה על "הקלות יבוא בלעדיות exclusive import facilities עליהן דובר במכתבה מיום 6.3.60 והסתפקה בהתחייבות הממשלה במסגרת הקצבת מטבע-חוץ שניתנה לה בסעיף 12(ג) הנ"ל.

3. עוד מתברר מתצהירו של מר גינצבורג, כי לעשיית ההסכם עם ליילנד קדמה בדיקת כל האפשרויות על-ידי ועדה שהורכבה מנציגי המשרדים הנוגעים בדבר. בדיקה זו העלתה, כי הצעתה של פירמה גרמנית, מגירוס-דויטץ, עלתה על הצעות אחרות בכך, כי היא שמה את הדגש על התקדמות הדרגתית לקראת ייצור מנועי דיזל בארץ, בעוד שהצעות אחרות, והצעתה של סקניה וביס בכלל זה, מציעות רק הקמתו של מפעל הרכבה, ללא סיכוי שהמפעל יעבור במרוצת הזמן לייצור מנועים בישראל. אולם הצעתה של החברה הגרמנית לא התבשלה להסכם, ולבסוף באו המשיבים בדברים עם חברת ליילנד, ולידי הסכם עמה כאמור.

ההסכם לפי ראשי פרקים פג 1/ מכוון לפלס את הדרך לייצור הדרגתי של מנועי דיזל בארץ. הכוונה היא להקמת מפעל שיהא קשור בשם ליילנד, אשר רכש לו מוניטין בשוק הבין-לאומי, בהשקעת החברה הנ"ל; והאחריות למפעל המקומי תהא עליה, תוך התחייבות להגיע במשך זמן קצוב לייצור של מינימום מוסכם מכלל הרכב בארץ. כן תעמיד חברת ליילנד לרשות המפעל שיוקם בישראל את רשת הסוכנים וחברות-משנה שלה העוסקים בחוץ-לארץ במכירת תוצרת ליילנד.

אומרים המשיבים, כי הציעו למבקשת הצעה דומה, אך למעשה לא היתה זאת אלא הצעה להקמת מפעל הרכבה בלבד, אשר אין בו כל אותם היתרונות הנובעים מההסכם עם הפירמה האנגלית; ביחוד אין בהצעת המבקשת הסיכוי להגיע אי-פעם לייצור מקומי על המנועים גופם.

4. המבקשת תקפה את ההסכם, בסעיף 35 לבקשתה, מ-33 נימוקים, אשר מקצתם מחולקים לנימוקי-משנה, אך נוכל לרכז את השגותיה בשלוש טענות אלה:
ראשית, ההסכם פג 1/ מעניק לחברת ליילנד מונופולין ללא אסמכתה בחוק, [1996 ] שנית , הממשלה התחייבה, בסעיף 12(ג) להסכם הנ"ל, שלא להקציב מטבע-חוץ לצרכי יבוא משאיות אחרות במשך 5 שנים, ובכך כבלה מראש את ידיה וויתרה על השימוש בשיקול-דעת שניתן לה על-ידי החוק, ושלישית, ההסכם פג 1/ אינו מבטיח למדינה יתרונות של ממש לעומת הצעתה של המבקשת. אדון באחרון ראשון.

5. העילה שמצאו המשיבים לבכר הצעת ליילנד על פני הצעות אחרות היתה, כאמור, כי ראו בה סיכוי להגיע לייצור מנועי דיזל בארץ וכן לחידושם. מר תוסיה-כהן, בשם המבקשת, טען ברוב כשרונו, כי אין בהסכם פג 1/ כל ערובה של ממש שנגיע למטרה זו, אלא שהובעו בו תקוות וכוונות טובות אשר רובן, או לפחות מקצתן, לא הגיעו לשלב של התחייבות ממש.
אין בידי להיזקק לטענה זו.

כשלעצמי הייתי מעדיף, כי לעומת משטר הפיקוח השורר בארצנו למן פרוץ מלחמת העולם השניה, תינתן לאזרח הגנה מרחיקה לכת על זכויותיו מאשר בית-משפט זה יכול לתיתה. אך כל עוד מופקדת הגנת האזרח בידי בית-משפט זה בלבד, אין אני רואה כל אפשרות להרחיב את היריעה מעבר למסגרת הנוכחית. פיקוחו של בית-משפט זה על הרשות המינהלית יהא בהכרח פיקוח משפטי בלבד, היינו הפיקוח יהא מוגבל בשאלה, אם חרגה הרשות מסמכויותיה כפי שהחוק קבען, או אם נגלתה אגב השימוש בשיקול-הדעת שגיאה משפטית. ואילו יעילות השימוש בשיקול-הדעת ומידת תבונתו - להבדיל מחוקיותו - אינן ניתנות לבדיקה על-ידי בית-משפט זה, מן הטעם הפשוט שאין בידי ערכאה משפטית זו הכלים והמכשירים הדרושים לשם כך. לפיכך, לא אוכל ליטול לידי את התפקיד לבקר אם בצדק סוברים המשיבים, כי ההסכם עם ליילנד משרת את עניני המדינה יותר מאשר ההתקשרות שהוצעה לה על-ידי המבקשת. בענין זה אין לנו אלא לסמוך על תבונת המשיבים, ועל כשרם המקצועי של יועציהם.

6. כעת הגיעה השעה לדון בטענתו של בא-כוח המבקשת, כי הוענק לחברת ליילנד מונופולין בלא חוק המסמיך את המשיבים להעניקו. כבר ב-בג"צ 1/49, [1], הורה בית-משפט זה:

"כלל גדול הוא, כי לכל אדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלח-יד, אשר יבחר לעצמו, כל זמן שההתעסקות בעבודה או במשלח-יד אינה אסורה מטעם החוק."

זכות עיסוק בלעדית במקצוע או בסחר שהוענקה לפלוני ויוחדה לו ולו בלבד, שוללת בהכרח זכותו של אלמוני וזכותם של אחרים לבחור להם אותו עיסוק; מכאן שאין הרשות מוסמכת להעניק זכות בלעדית כזאת אם לא הורשתה לעשות כן בחוק, ועליה הראיה, כי [1997] החוק נתן בידה הכוח לסטות מעקרון-היסוד שהונח ב-בג"צ 1/49, [1], ולהעניק לאדם מונופולין: בג"צ 193/58, [2], בעקבות בג"צ 125/57, פד"י, כרך יא, ע' 1490, [3].

האם מעניק ההסכם פג 1/ לחברת ליילנד מונופולין ? בטרם אשיב על שאלה זו, מן הראוי להקדים ולהעיר הערה.

אין ספק בכך, כי משטר הפיקוח על המשק הנוהג אצלנו מכוח החוק, גורר אחריו תוצאות מונופוליסטיות. כאשר יבוא סחורה טעון רשיון, והרשות המוסמכת לכך נתנה רשיון לפלוני, ואילו לאלמוני היא סירבה לתיתו, ממילא יוצא, כי יש לפלוני מה

שאין לאלמוני, ופלוני יהא הנהנה הייחודי. אך הואיל וזו היא תוצאה הכרחית של שיטת הפיקוח והקיצוב, שמטבע הדברים אין למנעה, משמש איסור היבוא שנקבע בחוק ציידוק ליתרון שניתן לפלוני ול"מונופולין" שבידו; מכל מקום לא יפסול בית-משפט זה, באין פגם בשיקול-דעתה של הרשות ובהתנהגותה, את סירובה להעניק לאלמוני את הרשיון רק מפאת הבלעדיות שהעניקה לפלוני: בג"צ 35/48, [4]. כשצרכי השעה מחייבים להגביל את היבוא, ומכסת היבוא כבר נתמצתה, אין לה לרשות ברירה זולת להשיב פני המבקש רשיון נוסף ריקם. ואולם סירוב כזה אינו שולל את האפשרות, כי בהשתנות הנסיבות, כגון שצרכי הארץ יגדלו, יזכה המבקש השני דוקא ברשיון המבוקש.

אך אין זה המקרה שלפנינו. המשיבים לא דחו את הצעת המבקשת, בהסתמכם על הנימוק כי חברת ליילנד מספקת לארץ את מלוא צרכיה, אם כי, כמו שמר תוסיה-כהן מטעים, עלולה המבקשת בעתיד להיתקל בסירוב מנימוק זה, לכשתבקש רשיון-יבוא. הטענה היא, כי המשיבים התנו מראש עם חברת ליילנד שלא יקום לה מתחרה. מונופולין כזה, אם אמנם הובטח לחברת ליילנד, יהא בטל ומבוטל, כל עוד אין לו סמוכין בחוק. מונופולין ממש, שנקבע מראש, שונה ממה שאולי אפשר לכנות "מונופולין דה פקטו" או "מונופולין בדיעבד" שנוצר עקב רשיון שניתן לפלוני אבל לא ניתן לאלמוני שאף הוא ביקש על כך: לאלמוני זה נשארה הציפיה, כי עוד יוכל לשכנע את הרשות ליתן לו רשיון דומה וישיג מבוקשו בהזדמנות אחרת, ואילו מונופולין ממש שהוענק לאדם אחד, שולל מכל אדם אחר את הזכות לעסוק באותו מקצוע; אם תופס המונופול, הרי אסור לה לרשות, מטעם החוק, להתיר לאדם אחר מה שהתירה לבעל המונופול, ואסור לו לאדם אחר, מטעם החוק, לעסוק עוד בענין שלגביו ניתנה זכות בלעדית לבעל המונופול. דחיית בקשה למתן רשיון-יבוא - דא ותו לא - אינה שוללת כל זכות מזכויות המבקש שאין לאדם זכות מוקנית לקבלת הרשיון; אך הזכות לעסוק במסחר בנתון להשגת הרשיון, ולהיות מועמד להשגת הרשיון ניתנה לכל אחד, וזכות זו אין ליטול מאדם בלא סמוכין בחוק.

7. העולה מכאן, כי האיסור שהוטל מכוח פקודת הסמכויות בענין היבוא, היצוא והמכס (הגנה), 1939, או תקנות ההגנה (כספים), 1941, וצמוד אליו כוחה של הרשות להתיר - איסור זה משמש מכלֹא צידוק למה שקראתי בשם "מונופול דה פקטו" או "מונופולין בדיעבד", אך אינו משמש צידוק להעניק לאדם זכות בלעדית של מונופול מראש. אמנם לא מן הנמנע, כי המחוקק יסמיך את הרשות מכלֹא לסטות מ"עקרון-היסוד נגד הענקת מונופולין": [1998] בג"צ 193/58, פד"י, כרך יג, ע' 1654, 1658; פי"ם, כרך מא, ע' 344, 349, [2]. אינני רואה צורך לחדש את הפלוגתה שנפלה בין שופטי בית-משפט זה ב-בג"צ 125/57, [3], הנ"ל. אם הוראה אחרת בפקודת הסמכויות בענין היבוא, היצוא והמכס (הגנה), 1939, היא עצמה, משמשת מכלֹא אסמכתה לרשות מינהלית להעניק מונופולין בשטח היבוא. כאמור, נטשה חברת ליילנד את הדרישה שהביעה בסעיף 4 למכתבה מיום 6.3.60, ואינה עומדת עוד על זכות כזאת. השאלה היחידה במקרה דנא יכולה רק להיות, אם תקנות ההגנה (כספים), 1941, אשר מכוחן הוטל הפיקוח על מטבע-חוץ, מסמיכות את הרשות להעניק מונופול לשימוש במטבע-חוץ. על שאלה זו עונה אני בשלילה. תקנה 3 לתקנות הנ"ל מסמיכה את שר-האוצר להרשות "סוחר מוסמך" שיהא רשאי לסחור במטבע-חוץ, ולמי שזכה להרשאה כזו, בידו מונופול. אך הכוונה במקרה דנא אינה למינוי ליילנד בתור "סוחר מוסמך". ייתכן שייקל על בית-המשפט להסיק אסמכתה-מכלֹא למתן מונופולין, כשהמדובר הוא בעיסוק בנכס ציבורי, שממילא אין אדם רשאי לעסוק בו, הואיל ואין הוא בעליו, כגון הנחת צינורות גז ברשות הרבים:

New Orleans Gas Light Co. v. Louisiana Light and heat Production & Manufacturing Company; 6 S.Ct. 252, 262 ,[18].

ופסק-דינו של השופט Story בענין The Charles River Bridge v. The Warren River Bridge; (1837), 9 Law Ed. 773, 848, [19] דין מתן מונופולין לגבי נכס כזה אינו שונה, למעשה, ממכירת נכס ציבורי, שגם בה אין אדם יכול לקבול על שנמכר לפלוני ולא נמכר לו. רק פעם אחת ניתן הנכס למכירה.

אך גם בענין כזה אמר המחוקק שלנו את דברו מפורשות (השווה סעיף 93 לפקודת העיריות, 1934), וללא טעם מכריע, אין בית-משפט רשאי, לדעתי, ללמוד על מתן אסמכתה כזאת שיש עמה שלילת זכותו של אזרח, על דרך הפירוש של הוראות-חוק סתומות. הגבלת זכותו של אזרח נתונה בידי הרשות המחוקקת (ראה חוק זכיון ים המלח, תשכ"א-1961, ופקודת זכיונות חשמל (חא"י, פרק נב, ע' 604)), ולא בידי הרשות המינהלית. בתקנות ההגנה (כספים), 1941, לא מצאתי אסמכתה להענקת מונופול כזה, לפיה רשאי שר-האוצר ליתן לאדם אחר - שאינו סוחר מוסמך - זכות ייחודית לעסוק במטבע-חוץ. התקנות לא הלאימו מטבע-חוץ, ולא הפכוהו לנכס הציבור, אלא הטילו הגבלות על השימוש בו, מטעמים שהזמן גרמם.

לא שמענו, כי במשך התקופה של למעלה מעשרים שנה, שהפיקוח על מטבע-חוץ קיים בארצנו, הוענק אי-פעם מונופולין, ובא-כוח המשיבים אף לא הביא לפנינו כל נימוק המראה כי הפיקוח אינו ניתן לביצוע בלא הענקת מונופולין, שאילו היה הדבר כך, היתה אסמכתה למתן המונופולין אולי משתמעת מכללו של דבר.

8. [1999] אחרי הערה זו שהערתי, אוכל לשוב לשאלה, אם מעניק ההסכם פג 1/ לחברת ליילנד מונופולין. תשובתי היא: אמנם הפליה לטובת ליילנד ישנה כאן, אך הפליה כזו לא תפסול בהכרח את מעשה הרשות: בג"צ 327/52, פד"י, כרך ז, ע' 358, 362, [5], ואף הבטחה לגבי השימוש בכוחות הרשות בעתיד ושיקול-דעתה לגבי מתן היתר בעניני מטבע-חוץ יש כאן ובכך עוד אדון בהמשך הדברים. אבל מונופולין אין כאן.

לא ניתנה לליילנד כל זכות ייחודית אלא לגבי הקצאת מטבע-חוץ לצרכי יבוא הסחורות המנויות בסעיף 12(ג) לחוזה הנ"ל. הכוונה היא, כנראה, למתן היתר על-פי תקנה 3 לתקנות ההגנה (כספים), 1941. עדיין יכול כל אדם אחר להקים בארץ מפעל דומה ואף לייבא סחורות, ובלבד שמצוי בידו מטבע-החוץ הדרוש לשם כך, והוא אינו זקוק להקצאתו ממקורות העומדים לרשות ישראל. תנאי כזה יקשה, כמובן, על הקמתו של מפעל מתחרה, ולכן יש בכך משום העדפה של ליילנד לעומת הפליית אחרים, כמו שאמרתי. ואולם הרבה אנשים משקיעים היום מטבע-חוץ בישראל, והדבר אינו בלתי-אפשרי; אם יימצא

מתחרה כזה, שלא יישען על הקצאת מטבע-חוץ - והדעת נותנת שלא יימצא בין תושבי הארץ - לא תוכל חברת ליילנד, על-פי כתבו ולשונו של סעיף 12(ג) הנ"ל, למחות בידי הממשלה שהפרה חוזה שעשתה עמה. זכות סחר ייחודית במכוניות לא הובטחה לחברה.

9. בטרם אכלה דברי בענין המונופולין, רואה אני צורך לדון בשאלה נוספת. בפסק-דינו החולק ב-בג"צ 125/57, [3], העיר חברי הנכבד, השופט לנדוי, על שתי המשמעויות השונות של המושג "מונופולין" (ב-ע' 1507, [3], שם), היינו, הסכם בין יצרנים או סוחרים לריכוז הסחר ביד אחת מזה, וזכות ייחודית לעסוק בסחורה, שהוענקה לאדם על-ידי הרשות מזה. הטענה שנטענה במקרה דנא היא אותה טענה שנטענה ב-בג"צ 125/57, [3], שזכות ייחודית ניתנת לאדם על-ידי הרשות.

הצד השווה בשני מיני המונופולין הוא, כי שניהם עשויים להזיק לציבור על-ידי שלילת חופש ההתחרות, שבעטיה עלולים המחירים להאמיר ואיכות הסחורה לרדת. סכנה זו, היא הרעה אשר איסור המונופולין מיועד למנעה: A.G. of Australia v. Adelaide Steamship Company (1913), [11].

בהלכה האמריקנית ניכרת הנטיה לנהוג דין מונופולין גם בעיסקה המגלה רק מגמה מונופוליסטית ואינה מהווה מונופולין ממש. ראה American Jurisprudent, Vol. 36 para. 13..

אך עד כמה שעלה בידי לברר - הפרקליטים המלומדים שהופיעו לפנינו לא נגעו בשאלה זו - אין הרחבה זו חלה אלא לגבי המונופולין כמשמעותו הראשונה, היינו, הסכמים בין אדם לחברו ("הסדר כובל") העלולים להיפסל, עקב מגמה מונופוליסטית, על-פי החוק החרות של ארצות-הברית, השווה Waters-Pierce Oil Co. v. Texas; (1908), 53 Law Ed. 417, 430, [20]; U.S. v. Knight; (1894), [21] בו מדבר זקן-השופטים Fuller [2000] (ב-ע' 330, שם, [21]) בחוזים שמגמתם היא יצירת מונופולין, וכן פסק-דינו המנחה של זקן-השופטים White בענין Standard Oil Company v. United States; (1910), 55 L. Ed. 619, [22] בו סקר על דרך של השוואת דיני מונופולין באנגליה ובארצות-הברית, ועמד על הרחבת ההלכה, לגבי חוזים, בעיקר, ב-ע' 644, שם, [22].

ואילו לגבי המונופולין כמשמעותו הנוגעת לענין דנא, אימצנו לעצמנו ב-בג"צ 125/57, [3], את ההגדרה המפורסמת של Lord Coke. הגדרה זו משקפת את המשפט המקובל, לא רק באנגליה אלא גם בארצות-הברית (ראה שם [22], Standard Oil Company v. U.S.,) והיא אומרת:

> "A monopoly is an institution, or allowance by the King by his grant, commission or otherwise to any person or persons, bodies politique or corporate, of or for the sole buying, selling, making, working or using of anything, whereby any person or persons, bodies politique or corporate, are sought to be restrained of any freedom or liberty that they had before, or hindered in their lawful trade."

כאן לא הורחבה היריעה על הענקת זכות בעלת מגמה מונופוליסטית, שאינה מגיעה למונופולין ממש, ובאין טענות מצד הפרקליטים המלומדים אינני רואה חובה לעצמי ליטול לידי את התפקיד הנוסף של בירור השאלה, אם יש טעם או צידוק להרחבה כזו גם בענין העומד לפנינו. אם תוענק "כמעט-מונופולין" על-ידי רשות מינהלית ללא סמוכין בחוק, סבורני שאף הוא לא יעמוד בפני הביקורת בבית-משפט זה, אך גם כמעט-מונופולין לא הוענק לחברת ליילנד.

10. מכאן אני עובר לשאלה האחרונה: כלום נפגם החוזה מחמת התחייבות הממשלה שלא להקצות מטבע-חוץ לזולת, כאמור בסעיף 12(ג) לחוזה? מר תוסיה-כהן סמך את השגתו על החוזה, בעילה זו, על פסק-הדין הנודע של השופט Rowlatt בענין, [12], The Amphitrite; (1922), 126 L.T. 63]. בענין הנ"ל דן בית-המשפט בתקפה של הבטחה שניתנה על-ידי השלטונות האנגליים במלחמת העולם הראשונה, שאניה שבדית שתגיע לאנגליה תורשה לחזור למולדתה, והוא חיווה דעתו כך, שם, [12], ב-ע' 64-65:

> "Now... I have to consider whether there was a contract at all... No doubt the Government can bind itself, through its officers, by a commercial contract, and if it does so, it must perform it like anybody else or pay damages for the breach. But there was no commercial contract in this case. It was an arrangement whereby [2001] the Government purported to give an assurance with regard to what its executive action would be in the future in relation to a particular ship in the event of her coming to this country with a particular kind of cargo. And that is, to my mind, not a contract for the breach of which damages can be sued for in a court of law. It was merely an expression of intention to act in a particular way in a certain event. My main reason for so thinking is that it is not competent for the government to fetter its future executive action, which must necessarily be determined by the needs of the community when the question arises. It cannot by contract hamper its freedom of action in matters which concern the welfare of the state".

משיב סגן פרקליט המדינה בפסק-דינו של השופט Denning בענין Robertson v. Minister of Pensions; (1948), [13] בו הסתייג מדעתו של השופט Rowlatt, אשר - כך סבר - לא היתה צריכה לגופו של ענין.

לבסוף בא בית-הלורדים בענין Howell v. Falmouth Boat Construction; (1951), 14] בו לא דן אמנם בשאלה הנוגעת ממש לענייננו, אך הוא חלק על השופט Denning שהסתמך על מה שפסק קודם לכן בענין Robertson, 13] . הלכת בית-הלורדים בענין Howell, 14] היא ההלכה בארצנו: בג"צ 327/52, פד"י, כרך ז, ע' 358, 365, [5].

11. פרופסור Mitchell שמחקרו המעמיק The Contracts of Public Authorities סייעני בכתיבת פסק-דין זה, אינו שותף להסתייגותו של השופט Denning (בע' 30, שם). דעתו היא, שביסודו צדק השופט Rowlatt, אם כי היקפה המדוייק של הלכתו ומשמעותה טעונים הבהרה. לדעה זו מצטרף אני, עם כל רחשי הכבוד, וטעמי עמי.

ראשית, מה בין "חוזים מסחריים" עליהם דיבר השופט Rowlatt בענין Amphitrite, 12] ובין "הסדרים" אחרים? הכל מסכימים, כי בענין אזרחי ניתן למדינה כושר לחוב בחוזה, על-פי המשפט הפרטי, ומשהתקשרה בחוזה כזה, דין החוזה כדין חוזהו של כל אדם אחר. אלה הם חוזים שנעשו על-ידי המדינה לא בתור ממשל או שלטון אלא - בלשון משפטית קונטיננטלית - בתור fiscus או, כמו שהם נקראו ב-המ' 180/56, [6], "חוזים עסקיים", ולגביהם אמר השופט Rowlatt שאם לא תמלא המדינה חוזה כזה, תשלם פיצויי-נזק. ואולם החוזה דנא - לפחות במידה שהוא מותקף לפנינו - אינו חוזה "מסחרי" (אזרחי). המדינה התחייבה בסעיף 12(ג) בענין בו היא פועלת בתור שכזו, בתור ממשל. נשוא התחייבותה הוא מעשה הממשל, ודין ההתחייבות ייקבע על-פי המשפט הציבורי.

12. [2002] בכגון דא יש מחמירים; אלה הגורסים כי מעשה הממשל של הרשות לעולם לא יוכל לשמש נושא לקשר חוזי עם אדם פרטי. זו היא הדעה בה דוגלים המשפטנים באוסטריה, ראה Adamovich, Verwaltungsrecht מהדורה ה', בע' 85, ו - Antoniolli, Allgemeines Verwaltungsrecht, בע' 201. לעומת דעת המחמירים, שהיא אולי הדעה האורתודוכסית של מלומדי המשפט המינהלי, סבורים אחרים, כי אין לפסול חוזה כזה מיניה וביה, אלא שיש גבולות לחוקיותו ולתקפו. זו דעתו של פרופסור Ruck בשווייץ בספרו Schweizerisches Verwaltungsrecht, מהדורה ג', בע' 124, ובעיקר של פרופסור Forsthoff, מחברו של הספר המנחה על המשפט המינהלי הגרמני, מהדורה 9, סעיף 14. בדונו בבעייתנו מביא בר-סמכא זה נימוקים אחדים ההולמים את ענינו (שם). מצד אחד מאפשר החוזה לרשות לפתור בעיות אינדיבידואליות, תוך התאמה למצב מסויים, מיוחד במינו, שהחוק "המופשט" התופס בכולי עלמא ללא אבחנה, אינו מסוגל לפתרן. מצד אחר נשקפת מסידור חוזי הסכנה, שכבלי החוזה יצרו בעתיד את צעדי המדינה במילוי תפקידי השלטון, שלא תהא חפשית עוד לדון בכל ענין וענין לפי נסיבותיו ולפי צרכי השעה. כן עשוי החוזה לשמש לרשות מכשיר לסטות מן העקרון של שוויון האזרח לפני החוק. בהעניקו הנאה לאדם אחד שלא ניתנה לציבור בכללותו.

בית-המשפט העליון בארצות-הברית נוקט בידו את הכלל, כי חוזה שנעשה על-ידי הרשות ונושאו מעשה הממשל, כפוף תמיד לכוח השלטון להשתחרר מהתחייבותו כאשר טובת הכלל דורשת את ביטולו, בין שמקורו של כוח זה ב- police power או ב- eminent domain, והגבול בין שניים אלה ממילא אינו מוגדר: Hudson County Water Co. v. McCarter; (1908), 23].

מכאן משתמע, כי אין בית-המשפט פוסל קשר חוזי בין המדינה והפרט, אפילו היה נושא החוזה מעשה הממשל - ולא ענין "מסחרי" או אזרחי - אלא שהחוזה איננו סוף פסוק; בד בבד עם התחייבותה לבצע את החוזה הולך הכוח שניתן בידי המדינה, למען טובת הציבור, לבטל את הקשר ולהשתחרר מכבלי החוזה: Stone v. State of Mississippi; (1897), 24].

לשון אחר: החוזה תופס, אך אכיפתו מוגבלת, שבידי המדינה הרשות לבטלו, כל אימת שצרכיה החיוניים שלה יחייבו את ביטולו. צרכים אלה גוברים על קדושת החוזים.

כמו שנאמר בענין Cincinnati v. Louisville & N. R. Co.; (1911), 25]

> "Every contract, whether between the state and an individual, or between individuals only, is subject to this general law. There enters into every engagement the unwritten condition that it is subordinate to the right of appropriation to a public use".

13. הלכה זו בה דוגל בית-המשפט האמריקני פותרת לפחות אחת הבעיות שעורר פרופסור Forsthoff. בלא אשר תטול מהרשות את הכושר להתקשר עם הפרט אפילו [2003] בענין שלטוני-ציבורי, אין הלכה זו כובלת את ידי הרשות לצמיתות ולחלוטין על-פי כתבו של חוזה, אלא היא משאירה בידי הממשלה את החופש הדרוש כדי שתוכל, בשעת דחק, להגן על צרכי המדינה החיוניים על אף החוזה. הזכות לבטל קשר חוזי בנסיבות אלה תוארה על-ידי זקן-השופטים Hughes בענין, Worthen v. Thomas; (1934), 26] כחלק מן ה- "Prerogative of self-protection".

14. בעיה דומה עמדה לדיון בפני בית-משפט זה ב-בג"צ 30/51, [8]. עירית תל-אביב סירבה ליתן לבעליה של חלקת אדמה רשיון לבניית קולנוע הואיל והכריזה על כוונתה להפקיע את הרכוש ומבקש-הרשיון התנגד להפקעה בהסתמכו על חוזה שנעשה עם קודמו, בו קיבלה על עצמה העיריה התחייבות מפורשת להימנע מן ההפקעה. בעקבות פסה"ד האנגלי בענין William Cory & Son Ltd. v. City of London Corporation; (1951), 15], פסקנו, כי "התחייבות העיריה היתה מנוגדת לטובת הציבור, והיא בטלה מעיקרה". הטעם לכך היה, כי המחוקק חייב את העיריה בנסיבות מסויימות לרכוש מקרקעים הדרושים לצרכי ציבור, ואפילו להפקיעם, ובהתחייבה להימנע מן ההפקעה, התחייבה העיריה למעשה לא למלא את התפקיד שהוטל עליה כעל גוף ציבורי.

לא מכבר נדונה אותה שאלה בהקשר אחר בבית-המשפט האנגלי לערעורים בענין Commissioner of Crown

16], Lands v. Page; (1960) 3 W.L.R. 446]. שם, [16], ב-ע' 458, חזר השופט Devlin על הרעיון שהובע בענין, 12], Amphitrite], כי בהתקשרה עם אדם בחוזה אין המדינה מתחייבת לכבול את ידיה לגבי השימוש בכוחות הממשל הריבוניים לעתיד לבוא, שבהם חייבת היא להשתמש מדי פעם בפעם למען טובת הכלל, כפי שיידרש על-ידי הנסיבות. וב-ע' 459, שם, [16], אמר השופט, ואלה דבריו:

> "I need not examine the question whether, if the Crown sought to fetter its future action in express terms, it could effectively do so. It is most unlikely that in a contract with the subject, it would ever make the attempt."

ואולם נסיון כזה נעשה על-ידי המדינה בענין דנא ועלינו לפסוק אם חוקי הוא אם לאו.

15. סגן פרקליט המדינה ביקש לצמצם את ההלכה שקבענו ב-בג"צ 30/51, [8], לעיריות ותאגידים ציבוריים אחרים דומיהן, וטען שאין הלכה זו תופסת במדינה גופה. כמו שנאמר בענין, 16], Page], שם, ב-ע' 458, למעשה שתיים הן העילות העלולות לפסול התחייבותה של רשות ציבורית שלא תשתמש בכוחותיה ובסמכויותיה; ההתחייבות יכולה שתיפסל בהיותה חורגת מגדר כוחותיה של אותה רשות (ultra vires), והיא יכולה שתיפסל משום תיקון העולם. ב-ע"א 187/52, [7], השווינו את תפקידיה של עיריה, כמפורט בפקודת העיריות, 1934, ל"סעיף המטרות" שבתזכיר של חברה שהוקמה על-פי פקודת [ 2004] החברות. בסעיף 98 לפקודת העיריות, 1934, הטיל המחוקק על העיריה תפקידים המצריכים רכישת מקרקעים, ובו מצינו גם, בקשר לכך, הפניה אל פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943. עיריות הוקמו כדי למלא תפקידים ציבוריים, ולא כדי להימנע מלמלאם; לכן ניתן לומר, כי התחייבות אשר ניתנה על-ידי גוף כזה, שלא למלא אחד מתפקידיו, חורגת ממסגרת הכוחות שהוענקו לו. יחד עם זאת גם נוגדת ההתחייבות את טובת הכלל: אם גוף ציבורי שהוקם יפקיר את שליחותו, מי ימלאה?

ב-בג"צ 80/51, [8], הדגשנו את עילת הפסול השניה, אך שתי העילות כאחת נתקיימו בהתחייבות העיריה; היא היתה גם ultra vires. כמו שנתבאר מפסק-הדין בענין 15], Cory] אחריו הלכנו, ועיין גם York Corporation v. Henry [Leetham & Sons Ltd.; (1924), 17].

אני מסכים עם סגן פרקליט המדינה, שהתחייבות המדינה לא תיפסל מחמת היותה חורגת מגדר כוחותיה של המדינה. המדינה לא הוקמה על-פי מסמך - חוק או תעודה - המקצה לה תפקידים מסויימים ואוסר עליה למלא אחרים. לגבי מעשיו של עובד מדינה פלוני עלולה להתעורר השאלה, אם היה מוסמך לעשות את אשר עשה או אם חרג ממסגרת סמכותו. כדרך שעיסקה פלונית יכול שתהא חורגת מגדר סמכותו של מנהל חברה, כך יכול שתהא חורגת מגדר סמכותו של עובד מדינה מסויים שביצעה. אך זו היא שאלה אחרת. עיסקה גם יכול שתהא חורגת מגדר כוחותיה של חברה, עיריה, או תאגיד אחר, אך לא מגדר כוחותיה של המדינה שאינם מוגדרים ומוגבלים.

לעומת זאת אינני מסכים לטענה, כי דין התחייבות שניתנה על-ידי המדינה לעולם לא תוכל להיפסל מפאת אותה עילה ממש שבגללה פסלנו את התחייבות העיריה ב-בג"צ 30/51, [8], הנ"ל. הרעיון כי יש וטובת הציבור דורשת שלא לבצע חוזה שנעשה הוא אוניברסלי, וחוזי המדינה אינם פטורים ממרותו; עיין בג"צ 125/57, פד"י, כרך יא, ע' 1490, 1512, [3]. אם, למשל, תתחייב המדינה לחזן עבריין תמורת תשלום במטבע-חוץ, או אם תתחייב בחוזה עם אדם פרטי לעשות או לא לעשות מלחמה במדינה אחרת, לא ישלה עצמו איש מה יהא דין התחייבות שכזאת. הטענה, כי המדינה זקוקה למטבע-חוץ, וכי יש בחוזה משום תרומה לקידום המשק לא תציל את תקפו, כי לא מן המידה שהתחייבות להשתמש או להימנע מלהשתמש בכוח כזה של הריבון תינתן תמורת כסף, ולאדם פרטי.

16. אינני רואה צידוק לכך שאנו בישראל נאמץ לעצמנו את דעת המחמירים שהבאתי בסעיף 12 לעיל. דעה זו מחייבת אותנו, בראש וראשונה, במציאת מודד מדוייק שלפיו נוכל לקבוע בכל מקרה ומקרה אם כפוף החוזה למשפט הציבורי או למשפט האזרחי. הכל מודים, כי הגבולות בין המשפט הציבורי והמשפט האזרחי הולכים ונעשים מטושטשים.

שנית, דעת אותם המחמירים נובעת מן ההשקפה כי לא ראוי למדינה שתרד אל זירת המשא-ומתן ותתקשר בחוזה עם אזרח לגבי מעשה הממשל. עצם הדבר נראה, לפי דעה זו, [2005] כדבר שאינו הולם את מעמד המדינה, והוא ייפסל מטעם זה, כנוגד את טובת הכלל. מלומד אחד אמר בתחילת המאה: "המדינה מצווה", כדרך שבעל-שירות רשאי לצווות, אך אין היא עומדת לעומת אדם פרטי ונושאת ונותנת עמו כשווה עם שווים. השקפה זו אבד עליה כלח, ולפי הדעות הרווחות היום, אין בחוזה כזה משום פחיתת כבוד המדינה. כיום גילה כבר המחוקק בחוק החרות את דעתו, לגבי ענינים מסויימים, כי מותר למדינה לעשות חוזה עם אזרח אפילו כשאין נושא החוזה ענין אזרחי. טול, למשל, את ההסכם בו דובר בסעיף 22(3) לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943, שעשה שר-האוצר עם "אדם כל שהוא" שלמענו עומד הוא להפקיע מקרקעים, או את ההסכם שהוזכר בסעיף 9 לאותה פקודה "בענין סכום הפיצויים שיש לשלמו" בעד רכוש שהופקע. אין אלה הסכמים פרטיים, אלא רקעם הוא מעשה הממשל, ואף-על-פי-כן הוסמך שר-האוצר לעשותם.

ייתכן שתוכן החוזה יהא נוגד את טובת הכלל. אך כבר אמרתי, כי במקרה כזה יפסול בית-המשפט את החוזה, ואחת היא אם נושאו ענין אזרחי ("מסחרי") או ציבורי.

17. העקרון שנתגבש בארצות-הברית דומה, על אף הבדל חשוב אחד, להלכה שנקבעה באנגליה בענינים, Amphitrite 12], ] ו - 16], Page] הנ"ל. ההבדל הוא, כי על-פי ההלכה האנגלית נשלל לחלוטין תקפו של חוזה בו התחייבה הרשות בעשיית מעשה העלול להגביל את כוחות השררה שלה, ואילו האמריקנים מכירים בתקפו של החוזה, אלא לצדו של הקשר החוזי שומרים הם לרשות את הזכות להתנכר לחוזה ולהשתחרר מכבליו, כאשר תמצא שצרכי-ציבור חיוניים אינם מתיישבים עם קיומו ועם מילוי תנאיו. מה בין זה לבין זה? מי שהתקשר בחוזה עם המדינה והיא הסתלקה ממנו, עלול, לפי ההלכה האמריקנית, לזכות בפיצויי נזק, ששיעורם לא יהיה בהכרח שווה לפיצוי שמשלמים על הפרת חוזה, שלא הפרה המדינה חוזה אלא ברשות הסתלקה ממנו. ואילו לפי ההלכה האנגלית, באין חוזה תקף, שוב אין מקום לחייב את המדינה בהטבת הנזק.

בפלוגתה בין שתי אסכולות אלה נוטה אני לדעה האמריקנית, משום שאין היא משאירה בעל דברים של הרשות חסר-אונים, אלא נותנת לו ערובה מסויימת להבטחת זכותו כלפי המדינה הגבירה. אולם לצורך ענייננו אינני חייב לקבוע מסמרות בדבר. השאלה מה יהא דין המדינה, במקרה כזה, בישראל, איננה נוגעת למבקשת, ולא תחרוץ את גורל הבקשה, ובכלל אין זה ענין לבית-משפט זה, כבית-משפט גבוה לצדק, לענות בו.

בעיני נראית ההלכה האמריקנית כמועילה ביותר לעשיית הצדק. הלכה זו אינה מציבה, מצד אחד, גבולות לפעולות הרשות, אך מצד אחר שומרת היא גם על טובת הכלל. כוחו של בית-המשפט לפסול חוזה, אם נמצא נוגד את טובת הציבור, וזכות המדינה להסתלק ממנו, שניים אלה משמשים ערובה מספקת לכך, כי ענין הציבור לא יקופח. באמרי כי הלכה זו צריכה, לדעתי, לשמש נר לרגלינו, אינני מתכוון לומר כי בכל ענין וענין שנדון בבית-המשפט העליון לארצות-הברית הייתי אני פוסק כמותו. כך, למשל, אינני סבור, כי מותר לרשות לפטור פלוני, בלא אסמכתה בחוק, מעול המסים כמו שנפסק בענין, Atlantic Coast Line R.R. Co. v. Philipps; (1947) [27].

[2006] הכלל כי הכל שווים בפני שלטונות המס אינו סובל, לדעתי, התנאה וחריגים, שהייתי פוסלם משום תיקון העולם. אך את העקרון האמריקני, הייתי, מהטעמים האמורים, מאמץ לעצמנו.

18. בטרם אדון בשאלה האחרונה, אם נוגדת ההתחייבות דנא את טובת הציבור אם לאו, חייב אני להעלות ספק אחר לגבי מעמד המבקשת שלפנינו. כאשר בא פלוני לבית-משפט זה ובפיו הקובלנה כי לא בדין העניקה הרשות מונופולין לאלמוני, פירושו של דבר שנפגעה זכותו של פלוני לעסוק באומנות או במסחר, ובית-משפט זה ישעה אל קובלנתו, כמו שנתבאר. אך כאשר טענתו של פלוני היא, כי הרשות עשתה חוזה עם אלמוני, אלא תנאי מתנאיו פסול מפאת ניגוד לטובת הציבור, אינני בטוח, אם אף זו קובלנה שבית-משפט זה חייב לדון בה, איזו זכות מזכויות המבקש נפגעה במקרה כזה?

טוען מר תוסיה-כהן, כי קרוב לוודאי הוא, שבבוא המבקשת למשיבים כדי לבקש רשיון-יבוא, תיתקל בסירוב, שכן המשיבים יראו עצמם קשורים בחוזה עם ליילנד ויחפצו למנוע התחרות עם חברה זו. כאן רואה אני מקום עמי להבהיר דבר אחד. הצורך לשמור על עסקיה של חברת ליילנד, או איזה שיקול עסקי אחר, איננו ענין שלמענו הופקדו בידי השלטונות הכוחות הרחבים המסמיכים אותם לקבוע מה סחורה תובא ארצה ומה סחורה לא תובא. מכאן, שחוזה שנעשה עם חברת ליילנד לעולם לא יוכל לשמש למשיבים עילה לסרב למבקשת או לאיזה מבקש אחר: בג"צ 161/52, פד"י, כרך ז, ע' 113, 125, [9]. אם תאבה המבקשת להביא משאיות, וצרכי הארץ יצדיקו את היבוא, חייבים יהיו המשיבים להיעתר למבקשת. מאידך ייתכן שבקשת המבקשת תידחה על שום שחברת ליילנד מספקת את צרכי הארץ, ובמקרה כזה עלול בית-משפט זה להצדיק את דחיית בקשתה: בג"צ 35/48, [4], הנ"ל, ואחרים זולתו. אך במקרה כזה לא יקופח ענין המבקשת בגלל הסעיף 12(ג) שבחוזה דוקא. נניח, כי סעיף 12(ג) יושמט מהחוזה, והמשיבים יסרבו למבקשת מהטעם האמור, מה נשתנה דינם?

19. אחרי שהבעתי את ספקותי לגבי מעמד המבקשת, אדון, אף-על-פי-כן, בשאלה אם נמצאת ההתחייבות הכלולה בסעיף 12(ג) נוגדת את ענין הציבור. סבור אני, כי אמנם בדרך כלל מוטב לרשות להימנע מלהתחייב בחוזה מה שימוש תעשה בשיקול-דעתה לגבי ענין הצפון בחיק העתיד, אך במקרה דנא היה צורך בדבר, מפאת מיגבלות השוק המקומי הקטן, כמו שנאמר בסעיף 4 למכתב הנ"ל מיום 6.3.60, שאם לא כן לא תהא העיסקה רווחית. שלא כדרך שתי הדוגמאות שהבאתי בסעיף 15 לעיל ושאפשר להוסיף עליהן, אין העיסקה, כשלעצמה, ענין שלא מן הראוי היה לעשותו. מה פגם טמון בה? אם יתברר, כי תוצרתה של ליילנד לא תניח את הדעת או שהעיסקה היתה מקח-טעות שלא תספק את צרכי המדינה, עלולים המשיבים לראות את עצמם כבולים; לאדם אחד לא יוקצה מטבע-חוץ ליבוא משאיות מפאת קדושת החוזה שנעשה, וענין הציבור ייפגע.

כבר ביארתי, כי על אף החוזה, חייבים יהיו המשיבים, בבואם להשתמש בשיקול-דעתם לפי תקנות ההגנה (כספים), 1941, ופקודת הסמכויות בענין היבוא, היצוא והמכס [2007] הגנה, 1939, להתעלם מן העובדה, כי ליילנד רכשה זכויות על-פי החוזה, והחוזה לא ישמש להם עילה לסרב לאחרים. כן ראינו, כי שמורה בידי המשיבים זכות – שאין להתנות עליה – להסתלק מן הקשר החוזי ולהתנכר לו למען ימלאו את תפקידי הממשל. בנסיבות אלה, אינני יכול לומר, כי התניה האמורה טומנת בחובה נזק לציבור, ודין הצו-על-תנאי להתבטל.

השופט ברנזון:

אני מסכים.

הנשיא (אולשן):

לאור משטר הפיקוח הנתון בידי המדינה, שהפכה למדינת סעד במאה-העשרים, על פעילותו של הפרט, שגבר בממדים רחבים מאז פרוץ מלחמת העולם השניה, כשהוענקו בידי הרשות המבצעת כוחות כמעט בלתי מוגבלים בעיקר בשטח היבוא ובשטח מטבע-חוץ – קשה לדון בבעיית מונופולין לפי המושגים והעקרונות שהיו שוררים בנדון זה במאה הקודמת, בתקופת ה – Laissez faire.

כשבא-כוח המבקשת קובל על הענקת מונופולין בלא חוק המסמיך את המשיבים להעניקו מתעוררת מיד השאלה: האם בהטלת איסור כללי על-ידי המחוקק על היבוא לארץ עם התרת מתן רשיון על-ידי הרשות המוסמכת לפי שיקול-דעתה, כשהיא אף פטורה מהחובה לתת נימוקים לסירובה – אין, לאמיתו של דבר, משום מתן כוח להעדיף אחד על הרבים?

אותם הדברים חלים על האיסורים החלים בשטח מטבע-חוץ.

נראים לי דברי חברי השופט זוסמן בהצביעו על התוצאות המונופוליסטיות הנגררות על-ידי משטר הפיקוח שהוטל על-ידי החוק ובאמרו שאיסור היבוא כפי שנקבע בחוק משמש צידוק ליתרון הניתן לפלוני ו"למונופולין" שבידו בהינתן לו רשיון כשמסרבים לאחרים.

נכון הדבר, שבחוקים הנוגעים בדבר אין המלה "מונופולין" נזכרת כנראה, מפני שאילו נזכרה הרי היה בזה מעין תרתי דסתרי; או תוספת מיותרת. הענקת רשיונות, או הסירוב להעניק רשיונות, נתונים לשיקול-דעת הרשות המוסמכת. במקרה של סירוב לא יוכל הנפגע לטעון שהסירוב פסול הינהו, רק מפני שעל-ידי כך נוצר "מונופולין" בידי מישהו אחר, כשמונופולין אינו מותר לפי החוק.

אם הרשות המוסמכת תעניק את הרשיון לאחר תוך משוא-פנים, מפני שבמתכוון, תוך טעמים אישיים בלתי-כשרים, רצתה להטות לו חסד מיוחד – אזי יהיה הדבר בלתי-חוקי ופסול; אולם לא מפני שהעניקה לאחר מונופולין שאינו נזכר בחוק, אלא מפני האפליה הבלתי כשרה, מפני השימוש לרעה בכוח השיקול שניתן לה. במידה שמונופולין הינו אפליה על-ידי העדפת האחד על הרבים, הרי החוקים הנוגעים בדבר מתירים אפליה ואינני מוצא בהם כל סייג ביחס לאפליה המכונה "מונופולין".

[2008] לכן נראה לי כי הטענות היחידות שבא-כוח המבקשת יכול להעלות הן: (1) אפליה פסולה, (2) הממשלה כבלה מראש את ידיה לתקופה של חמש שנים לשימוש בשיקול-הדעת כדי להפעיל את סמכותה שהוענקה לה על-ידי החוק. מאחר שטענות בא-כוח המבקשת נסבו על האי-חוקיות שבמתן מונופולין והוא כלל לא טען שביחס למרשתו יש כאן אפליה "טרפה" כל-שהיא, הרי הטענה הראשונה נופלת. בדברי הנ"ל אין בכוונתי לומר כי כל התורה בדבר איסור הענקת מונופולין (בהעדר חוק מסמיך) פג תקפה וכוחה.

בוודאי שהרשות המבצעת אינה רשאית להעניק מונופולין בשטחים עליהם לא פועלים החוקים הנ"ל או חוקים דומים להם.

אני דן במקרה שלפנינו. אין זה מקרה, בו התירה הרשות המבצעת לליילנד לעסוק בארץ בהרכבת ובייצור כלי-רכב שעה שאסרה על המבקשת או אחרים לעסוק בזה. כאן היא מקצה מטבע-חוץ לליילנד למטרה הנ"ל שעה שאינה מקצה אותו לאחרים. דבר זה הינו בסמכות הרשות המוסמכת על אף המעמד המונופוליסטי של ליילנד הנוצר על-ידי כך.

זאת ועוד, בהסכם פג 1/ - ואנו דנים רק בהסכם זה – אין דבר המטיל חובה על המשיבים לאסור על המבקשת להמשיך בעיסקה, אם היא יכולה לעשות זאת בלי להזדקק להקצאת מטבע-חוץ על-ידי האוצר. ייתכן שיש יסוד לחשש המבקשת, שאם תצליח להסתדר לבלי להזדקק להקצאת מטבע-חוץ, תיתקל בעתיד בסירוב מתן רשיון-יבוא. אין ברצוני לחוות כאן דעה נוקשה בנדון זה – כשהשאלה אינה עומדת עכשיו לפנינו – כלומר אם השיקול של הרשות המוסמכת כשתסרב מתן רשיון-יבוא למבקשת יהיה פסול, ואם לא.

ב-בג"צ 193/58, [2], נאמר, כי המחוקק יכול להסמיך את הרשות מכללא לסטות מעקרון-היסוד נגד הענקת מונופולין. מהחוק החל על עניני מטבע-חוץ נובע שהרשות המוסמכת רשאית להקצות מטבע-חוץ לאדם אחד, שעה שהיא מסרבת להקצותו לאחרים. בהתרת דבר זה בוודאי שהיתה לעיני המחוקק האפשרות שעל-ידי כך יכול האדם, לו הוקצה מטבע-חוץ, להימצא כבעל "מונופולין דה פקטו". אף-על-פי-כן לא הטיל כל איסור על כך.

בפסק-הדין של חברי השופט לנדוי ב-בג"צ 125/57, ב-ע' 1509, [3], נאמרה בתשובה לטענה שאין מונופולין אלא בתוקף חוק מפורש:

> "אולם לא מצאתי כל יסוד לטענת בא-כוח המבקשים, שסמוכין אלה צריכים להיות בחוק מפורש דוקא. אין ספק שהם יכולים גם להשתמע מלשון החוק וממטרותיו הכלליות. כך נאמר בהולסברי-סימונדס במקום [2009] הנזכר (כרך 7, ע' 233, סימן 689), כי זכויות מסחר שוות קיימות בידי כל נתין בריטי, 'אלא אם נאסרו או הוגבלו על-ידי חוק הפרלמנט (למשל על-ידי הצורך להשיג רשיון)'. ברור שהגבלת זכות המסחר החפשי, הכרוכה בהנהגת משטר של רשיונות, רק משתמעת מן החוק המשליט משטר זה, אף מבלי שנאמר בו מפורשות, שמותר להגביל את חופש המסחר וליצור על-ידי כך זכות מונופולין".

> "הנזק לפרט שבהענקת מונופולין מסוג זה נעוץ בעצם מהותה של הסדרת המסחר והתעשיה על-ידי מתן רשיונות, וכבר העיר בית-משפט זה על כך, שאין להימנע מתופעות של הפליה בין אזרח לאזרח כתוצאה משיטת הרשיונות (בג"צ 327/52, פד"י, כרך ז, ע' 358, 362, 363, [5]. בג"צ 104/54, פד"י, כרך ט, ע' 100, 103, [10]), למשל, אם הרשות המוסמכת תוציא רשיון ליבוא סחורה מסויימת רק ליבואן אחד, לא תיפסל פעולתה מחמת עצם הענקת המונופולין שיש בה, אם כי ייתכן, כמובן, שיבואן אחר יזכה לסעד מבית-משפט זה, אם יעלה בידו להראות שהרשות המוסמכת הפלתה אותו לרעה שלא מטעמים ענייניים."

בחוקים הנדונים ניתן שיקול-דעת רחב מאוד בלי לקבוע את הטעמים העניינים. אנו יודעים רק שהחוקים האלה נראים בעיני המחוקק כצורך המדינה בשעת חירום, שעל-כן טרם ביטלם.

במה מתבטאת כאן הענקת ה"מונופולין" לליילנד?

נראה לי שהיא מתבטאת בכך שרק לחברה הזאת מוענק הרשיון לקנות מטבע-חוץ אצל סוחר מוסמך למטרת מפעל

שהתחייבה להקים. לפי תקנות ההגנה (כספים), 1941, אין הרשות המוסמכת מחוייבת להעניק רשיון כזה לכל מבקש. היא רשאית להעניק רשיון כזה לאחד שעה שהיא מסרבת לאחרים, אם שיקולה כשר הינהו. כבר אמרנו שעצם העובדה שבעקבות מתן רשיון כזה יצמח מונופולין לליילנד אין בכוחה לפסול את השיקול הזה.

בדרך כלל מה שמכונה "הקצאת מטבע-חוץ" קשור עם הענקת רשיונות-יבוא. מאז התחלת משטר הפיקוח היתה הענקת רשיונות ליבוא סחורות מסויימות מוגבלת ביותר. כשהוענקו רשיונות אלה לסוחר אחד או לסוחרים מועטים ו"הקצאת מטבע-חוץ" היתה כרוכה בהם – הרי בהקצאה זו היה משום הענקת מונופולין דה-פקטו גבי יבוא סחורות אלה.

אשר למקרה שלפנינו, איני רואה כל הבדל – רק מטרת הענקת המונופולין דה-פקטו היא שונה. אשר לכבילת ידי המשיבים ביחס לשימוש בסמכויותיהם בעתיד הנני תמים דעים עם מסקנתו של חברי השופט זוסמן.

[2010] גם אני סבור שאין לקבוע כאן מראש הלכה בשאלת זכותה של חברת ליילנד לתבוע פיצויים במקרה שהמשיבים לא יוכלו לעמוד בהתחייבותם בנוגע לשימוש בסמכותם בעתיד, כי תיתכן גם טענה שאינה מזדהית לא עם ההשקפה האנגלית ולא עם ההשקפה האמריקנית.

תיתכן טענה זו:

אם לפי החוק אין הרשות המבצעת רשאית להתחייב על כבילת ידיה בענין שימוש בסמכותה בעתיד וכפי שנאמר במשפט אמפיטריט, [12]:

"וזה לדעתי אינו חוזה אשר בשל הפרתו אפשר לתבוע פיצויים בבית-משפט. זה הינו ביטוי לכוונה לדרך הפעולה בעתיד ותו לא."

הרי כל אדם מוחזק כיודע חוק ולכן יש לראות את ההלכה הנ"ל כתנאי, או כהסתייגות מכללא בתוך החוזה. אולם, כאמור, דייה לצרה בשעתה.

מ"מ הנשיא (אגרנט):

מסכים אני לפסק-דינו הממצה והמעמיק של חברי הנכבד, השופט זוסמן, בנתון להסתייגות הבאה:

בהנחה, כי משמעות ההתחייבות הנזכרת בסעיף 12(ג) להסכם הכלול במוצג פג 1 / הוא, שהשלטונות העניקו לחברת ליילנד זכות מונופולין לשימוש במטבע-חוץ בענף הנדון, אין אני מביע דעה בשאלה, אם היה בכוחם לעשות כן מכוח ההוראות המצויות בתקנות ההגנה (כספים), 1941, ואם לאו. בפסק-דינו (סעיפים 8 ו-9) קבע חברי – בניגוד להנחה הנ"ל – שאין לגלות בהתחייבות האמורה משום מתן זכות מונופולין לחברה הזאת. בתחילה היו לי ספקות, אם השקפתו זו יש לה יסוד, אך דבריו שכנעו אותי שבענין זה הצדק עמו. לעומת זאת, הוא חיווה את דעתו, כי בהנחה שלא צדק בו, הרי תשובתו לשאלה שהוצגה לעיל היא שלילית (סעיף 7 לפסק-דינו). אולם, כשאני לעצמי, בוחר אני – אחרי שהסכמתי שאין מקום לאותה הנחה – להשאיר את השאלה הזאת פתוחה.

לפיכך החלטנו לבטל את הצו-על-תנאי. בא-כוח המשיבים ויתר על הוצאותיו.

ניתן היום, י"ז בחשון תשכ"ב (27/10/1961).

--- סוף פסק הדין ---

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"צ 1/49

לפני: השופטים חשין, השופט אסף, השופט זילברג

# שלומון שלמה בזרנו' נגד שר-המשטרה

תאריכי הישיבות: 8.8.48, 30.1.49, 10.2.49

## תמצית:

בקשה להימנע מלאסור על כותבי בקשות להופיע ולפעול כשלוחי לקוחותיהם במשרדי מחלקת התנועה למחוז תל-אביב. בית-המשפט הגבוה לצדק לא יוכל להיעתר לבקשה אלא אם-כן ישוכנע שזכותם של המבקשים עצמם נתקפחה – בבקשת צו-עשה על המבקש להראות כי קיים חוק המחייב את פקיד-הציבור לעשות את אשר נדרש לעשותו – במקרה של בקשה להימנע מעשות פעולה מסויימת על המבקש להראות כי זכות קנויה לו לעשות את אשר הוא מבקש לעשות, ועל פקיד-הציבור להוכיח כי פעולתו, המכוונת לאסור את השימוש בזכות זו, בדין יסודה – לכל אדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלח-היד אשר יבחר לעצמו, כל זמן שההתעסקות בעבודה או במשלח-היד אינה אסורה מטעם החוק – מקצוע או אומנות שהמחוקק עשה סייגים או הגביל הגבלות בצורת תנאים מוקדמים לתופסים בהם, אין אדם רשאי לעסוק בהם, אלא אם-כן קיים תחילה תנאים מוקדמים אלה – חובה מוטלת על פקידים וגופים ציבוריים, הנובעת מעצם תפקידם, לא להפריע לפרט מההתעסקות במלאכתו, מקום שמלאכה זו אינה אסורה מטעם החוק – משרד התנועה הנו מחלקה ציבורית אשר דלתותיה מחוייבות להיות פתוחות לכל דורשיה – מקום שאין החוק דורש הופעתם האישית של בעלי-המכוניות, שלוחו של אדם כמותו – אין פקיד-הציבור מוסמך להפסיק עבודתו של שליח העושה מלאכתו בזכות, תמורת שכר, באופן אדמיניסטרטיבי ללא חקירה ודרישה – בהעדר סמכות מפורשת או מכללא בחוק אין לו לאיסור לעסוק במלאכה או משלח-יד, צידוק כלשהו.

**התנגדות לצו-על-תנאי מיום ג' באב תש"ח, (8.8.48), בתיק בג"צ, 11/48, המכוון למשיבים, והדורש מהם לבוא וליתן טעם: מדוע לא ימנעו מלהפריע ומלעכב את המבקשים להופיע ולפעול בתור שליחי לקוחותיהם במשרדי הרשות המרכזית למתן הרשיונות ו/או במשרדי הרשות המקומית למתן רשיונות (לפי תקנות ההובלה בדרכים), הידועים בשם משרד-התנועה למחוז תל-אביב, הקריה, לשם העברת בדיקת מכוניות ומבחנן, הוצאת רשיונות למכוניות וחידושם, הוצאת רשיונות נהגות וחידושם, תשלום מסים ועשיית כל הפעולות הכרוכות בסידורים האלה. הצו-על-תנאי נעשה הכרחי.**

בשם המבקשים: זקהיים
בשם המשיבים: ח' ה' כהן

אזכורי חקיקה:
פקודת בתי-המשפט 7
תקנות ההובלה בדרכים 83
תקנות ההובלה בדרכים 75(3)
תקנות ההובלה בדרכים 76(4)
פקודת עורכי-הדין
פקודת סוכני המכס

אזכורי פסיקה:
פסקי-דין א"י שאוזכרו:

[1] H.C. 92/43 – Joseph Weisserberg v. District Food Controller, Haifa District: (1943), P.L.R. Vol. 10, p. 513; (1943), A.L.R. Vol. 2, p. 697.
[2] H.C. 110/43 – Salim Muhammad El-Abyad v. Food Controller, Jerusalem: (1943), P.L.R. Vol. 10, p. 644; (1943), A.L.R. Vol. 2, p. 791.
[3] H.C. 69/25 – Hayim Federman and ors. v. Sir Ronald Storrs, District Commissioner, Jerusalem – Southern District: (1920-33), P.L.R. Vol. 1, p. 57; (1919-33), C.O.J. Vol. 3, p. 1190.
[4] H.C. 9/38 – Joseph Weinberg v. The District Commissioner, Jerusalem District: (1938), P.L.R. Vol. 5, p. 126; (1938), S.C.J. Vol. 1, p. 116: (1938), Ct. L.R. Vol. 3, p. 111

## צו

השופט חשין:

1. זוהי התנגדות לצו-על-תנאי, שניתן ביום 8.8.48, הדורש מאת המשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא יימנעו מלאסור על המבקשים להופיע ולפעול כשלוחי לקוחותיהם במשרדי התנועה למחוז תל-אביב.

2. המבקשים הם כותבי בקשות מוסמכים. עבודתם כוללת לא רק כתיבת בקשות ומילוי טפסים בשביל לקוחותיהם, בעלי-מכוניות, אלא גם חלק ניכר מן הפעולות האמורות בתקנות ההובלה בדרכים, כגון, הגשת בקשות לרשויות המוסמכות, הבאת מכוניות לביקורת ולבדיקה, תשלום המסים הדרושים וכיוצא בהן פעולות פורמליות, הכרוכות בקבלת רשיונות נהגים ממחלקת התנועה. הם פעלו בשטח עבודה זה בקביעות פרק זמן ארוך: המבקש מס' 1 למעלה מעשרים שנה, והמבקשים האחרים לא פחות מעשר שנים, בידיעתן ובהסכמתן של הרשויות הממונות על כך, בתחילת מאי, 1948, נאסרה על המבקשים הכניסה למשרדי התנועה במחוז תל-אביב, והפקיד הממונה על כך הודיעם, כי הם אסורים בהמשכת עבודתם להבא. במשך כמה זמן לאחר מכן פנו המבקשים, וחזרו ופנו, אל הרשויות המוסמכות הגבוהות, וביניהם גם אל המשיבים מס' 1, מס' 2 (המפקח הראשי של המשטרה) ומס' 3 (מפקח המשטרה, תל-אביב), בבקשה לבטל את הגזירה אשר נגזרה עליהם; אולם דברי הסברתם לא נשאו פרי, והתשובה היתה, כי "אין צורך ב"אנשי ביניים" לשם סידור רשיונות למכוניות ורשיונות לנהגות" (ראה המכתב מוצג 8, מיום 21.7.48, שנכתב בשם המשיב מס' 1) משום כך פנו המבקשים אל בית-המשפט המחוזי בתל-אביב, בשבתו (בזמנו) כבית-משפט גבוה לצדק, והצו-על-תנאי ניתן, כאמור.

3. אחת מטענותיו של מר זקהיים, בשם המבקשים, היא, כי עבודתם של המבקשים מביאה תועלת למספר רב של בעלי-מכוניות, אשר, לרגל מלאכתם, אין באפשרותם לבטל מזמנם בעמידה בתור על-מנת לשלם את מסיהם או על-ידי הליכה למשרדי התנועה ממקומות מרוחקים על-מנת להעמיד למבחן את מכוניותיהם. הפסקת עבודתם של המבקשים, טוען מר זקהיים, פוגעת קשה בבעלי-מכוניות אלה ומשום כך, גם משום כך, מן הדין להיעתר לבקשה. לחיזוק טענה זו הוגשו כמה מכתבים, שנשלחו לרשויות המוסמכות בשם בעלי-מכוניות, וביניהם תזכיר שנערך על-ידי עורך-הדין אלקס, בשם "פים", חברה להגנת האינטרסים של בעלי-מכוניות בתל-אביב, בע"מ, המאגדת בתוכה מאות בעלי-מכוניות, [82] ואשר בו מבקשת החברה מאת המשיב מס' 3 לבטל את האיסור אשר נאסר על המבקשים, באשר עבודתם מביאה תועלת רבה לבעלי-מכוניות. מסופקים אנו אם עובדה זו, כשהיא לעצמה, יש בה כדי להניע את בית-המשפט להיעתר לבקשה. אם אמנם רואים עצמם בעלי-המכוניות נפגעים מפעולתם של המשיבים למה לא יופיעו הם ויתאוננו על הפגיעה אשר נפגעו? המשיבים, כפי שמתברר, דורשים את הופעתם האישית של בעלי-מכוניות על-מנת לסדר את עניניהם במשרדי התנועה; ואם בעל-מכונית סבור, כי הוא זכאי לכך שמלאכתו תיעשה על-ידי שליח, אין טעם שהשליח יופיע וידרוש צדק לעצמו בזכותו של שולחו. יופיע השולח עצמו ויתאונן על הקיפוח אשר נגרם לו. נראה לנו, איפוא, כי בית-המשפט לא יוכל להיעתר לבקשה. אלא אם-כן ישוכנע שזכותם של המבקשים עצמם נתקפחה על-ידי האיסור שאסרו המשיבים. נשאלת השאלה אם למבקשים עצמם ישנה איזו זכות שהיא, אשר המשיבים מצווים שלא לקפחה, ואשר מן הצדק שבית-משפט זה ישמור עליה.

4. מר כהן, בשם המשיבים, טוען, כי אין חוק אשר יקנה למבקשים את הזכות לעסוק במשרדי התנועה כ"שליחים מקצועיים", ואין חוק המטיל על המשיבים איזו חובה ציבורית שהיא כלפי המבקשים; ומכיון שכך, אין בית-המשפט הזה מוסמך להיעתר לבקשה, סמכויותיו של בית-משפט זה נקבעו בסעיף 7 לפקודת בתי-המשפט. סעיף-קטן (ב) קובע, כי "לבית-המשפט הגבוה לצדק יש סמכות אכסקלוסיבית בעניני...צווים המכוונים לפקידים ציבוריים או לגופים ציבוריים בנוגע למילוי חובותיהם הציבוריות והדורשים מהם לעשות או להימנע מעשות פעולות מסויימות". בית-המשפט הזה (בתקופת המנדט) קבע אמנם בשורה ארוכה של פסקי-דין (ראה, לדוגמה, בג"צ 92/43, [1]; בג"צ 110/43, [2]), כי כל הפונה לבית-משפט זה בדרישת סעד עליו להוכיח, ראשית, כי קיימת חובה על הפקיד הציבורי לעשות את הפעולה הנדרשת על-ידי המבקש; שנית, כי בסרבו לעשות את הפעולה לא השתמש הפקיד הציבורי בשיקול-דעתו כיאות, או פעל מתוך שרירות לב וזדון. אולם במה דברים אמורים? כאשר אדם מבקש מאת בית-המשפט צו המטיל על פקיד ציבורי לעשות פעולה מסויימת. במקרה כזה על המבקש להראות, כי קיים חוק המחייב את הפקיד הציבורי לעשות את אשר נדרש לעשותו. עקרון זה לא יחול, לדעתנו, במקום שאדם מבקש לא עשיית פעולה מסויימת, אלא הימנעות מעשות פעולה הפוגעת בו, במבקש, כלומר, צו על דרך השלילה. במקרה כזה על המבקש להראות, כי זכות קנויה לו לעשות את אשר הוא מבקש לעשות, ועל הפקיד הציבורי, לעומת זה, להוכיח, כי פעולתו, המכוונת לאסור את השימוש בזכות זו, בדין יסודה. לשון אחרת: מקום שמבקש מתאונן על כך, שפקיד ציבורי אוסר עליו לעשות פעולה מסויימת, אין על המבקש להוכיח, כי קיים חוק אשר לפיו חלה על הפקיד הציבורי החובה להרשות לו לעשות את הפעולה, אלא להיפך, על הפקיד הציבורי להוכיח כי יש צידוק לאיסור אשר הוא אוסר.(ראה בג"צ 69/25 קפ"ד (רוטנברג), כרך 3, ע' 1190, [3]). נבחן, איפוא, את הענין הנדון לאור הכלל הזה.

5. כלל גדול הוא, כי לכל אדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלח-יד, אשר יבחר לעצמו, כל זמן שההתעסקות בעבודה או במשלח-יד אינה אסורה מטעם החוק. מקצוע [83] או אומנות שהמחוקק עשה סייגים או הגביל הגבלות בצורת תנאים מוקדמים לתופסים בהם, אין אדם רשאי לעסוק בהם, אלא אם-כן קיים תחילה תנאים מוקדמים אלה. כך, למשל, אין אדם רשאי לעסוק במקצוע הפרקליטות, אלא אם-כן יש בידו רשיון מיוחד לכך, כאמור בפקודת עורכי-הדין, ורשיון זה אינו ניתן אלא לאדם אשר קנה ידיעה בחכמת המשפט. כמו-כן אין אדם רשאי לעסוק בשחרור סחורה מבית-המכס, אלא אם-כן יש בידו רשיון לפי פקודת סוכני בית-המכס; והמבקש לעסוק ברפואה, ברוקחות, בשמאות קרקע, במלאכת כתיבת בקשות, או בתיווך, חייב לרכוש תחילה רשיון מיוחד, כאמור בפקודות המתאימות; לא עשה כן, ועסק באחת האומנויות האלה, הוא עתיד ליתן את הדין. אולם אין הגבלה ואין סייגים לרצונו של אדם לשמש כשליח-שכר. אין אנו גורסים את טענתו של מר כהן, כי כל זמן שאין החוק נותן למבקשים הכשר מפורש לעסוק במלאכתם - אין זכותם זכות. נהפוך הדבר: כל זמן שהחוק אינו אוסר עליהם את ההתעסקות באומנות אשר בחרו לעצמם, וכל זמן שלא הוטל מטעם החוק, עליהם ועל שכמותם, כל תנאי

מוקדם להכשרתם כבעלי אומנות זו, זכותם זכות. ואין לאסור עליהם את השימוש בזכות זו, אלא בשל סיבות אשר נאמרו בחוק. זכותם של המבקשים לעסוק בשליחויות על-מנת לקבל פרס אינה נובעת, לדעתנו, מהרשיון אשר בידם לכתוב בקשות. אנו מוכנים להניח שרשיון זה אין בו כדי להקנות להם גם את הזכות לצאת ולבוא במשרדי התנועה; אך הן גם מר כהן עצמו אינו טוען, כי לשם ההתעסקות כשליח מטעם בעלי-מכוניות במשרדי התנועה יש צורך ברשיון מיוחד. זוהי זכותם, זכות שאינה כתובה על ספר, אך נובעת מזכותו הטבעית של כל אדם לחפש מקורות מחיה ולמצוא לעצמו מלאכה המפרנסת את בעליה.

6. ומהי החובה המוטלת על המשיבים כלפי המבקשים? זוהי החובה הציבורית המוטלת על פקידים וגופים ציבוריים, והנובעת מעצם תפקידם, לא להפריע לפרט מההתעסקות במלאכתו, מקום שמלאכה זו אינה אסורה מטעם החוק. מר כהן טוען, כי "אין להכריח את המשיבים לתת למבקשים את הרשות לעבוד במשרדי התנועה". זוהי, לדעתנו, גישה בלתי-נכונה. אין משרד התנועה מוסד פרטי, אשר בעליו - ברצותם מרשים את הכניסה אליו וברצותם אוסרים. זוהי מחלקה ציבורית אשר דלתותיה מחוייבות להיות פתוחות לכל דורשיה. לא היינו מוצאים פגם בהחלטותיהם של המשיבים, אילו היה החוק דורש את הופעתם האישית של בעלי-המכוניות. במקרה כזה ממילא לא היה מקום לשליחים ולסוכנים. אולם הדבר אינו כן. תקנות ההובלה בדרכים (חא"י, חלק ג, פרק קכח) כוללות אמנם כמה הוראות, אשר מהן מסתבר, כי על בעל-המכונית להופיע בגופו לצרכים מסויימים. כך, למשל, קובעת התקנה 83, כי הרשות הממונה על מתן רשיון נהגות רשאית לדרוש מאת מבקש הרשיון להיבדק בדיקה רפואית ולעמוד בבחינה בדבר ידיעותיו והכשרתו לשמש כנהג. מובן, כי לצורך התקנה הזאת מן ההכרח שבעל-הדבר עצמו יופיע. אולם לצורך התקנות הדנות בהבאת מכוניות לבדיקה, בהגשת טפסים מסויימים, בתשלומי מסים וכיוצא בהן פעולות פורמליות המצריכות רק עמידה בתור וביטול זמן, אין מן ההכרח שבעל-המכונית עצמו יופיע, ובכגון אלה שלוחו של אדם כמותו. יתר-על-כן, כמה מהפעולות האלה אפשר לעשותן אפילו באמצעות הדואר וללא כל הופעה שהיא (ראה התקנות 75(3) ו- 76(4) של תקנות ההובלה בדרכים).

7. [84] עוד טוען מר כהן, כי האיסור אשר נאסר על-ידי המשיבים לא בא אלא מתוך מאמצם של השלטונות לטהר את המנגנון הפקידותי במחלקת התנועה, ובהצהרתו בשבועה אומר מר עמנואל פלדמן, המשיב מס' 4, כי "הנסיון שרכשנו לנו במשך שנים רבות... הראה לנו שהמתווכים האלה גורמים לשחיתות ולחוסר יעילות בעבודה", את השחיתות רואה מר פלדמן בזה ששוטרי התנועה מעניקים למתווכים המופיעים במחלקת התנועה, והמבקשים בכלל זה, שירותים מיותרים תמורת בצע כסף; וחוסר היעילות בעבודה מתבטא בזה ש"נגרם אי-שוויון בין בעלי-המכוניות, אשר המבקשים פועלים למענם, לבין בעלי-מכוניות אחרים שאין להם קשרים עם שוטרי התנועה". אולם עם כל זה אין אנו רואים צידוק לאיסור שהוטל על המבקשים; ושלושה טעמים עמנו: ראשית, מסקנותיו של מר פלדמן מבוססות על שמועות בלבד, ולא זו בלבד שמקורן לא צויין, אלא שאף מקרה מסויים אחד לא נזכר, לא בהצהרתו בשבועה, ולא בחקירתו מעל דוכן העדים, אשר יש בו כדי למתוח חשד על המבקשים. אין יורדין לחייו של אדם ואין מקפחין פרנסתו על יסוד שמועות פורחות בלבד. מר פלדמן אומר אמנם בעדותו, כי הוא עצמו "נתן שילינגים אחדים" לאחד המבקשים כדי ל"סדר" למענו ענין במחלקת התנועה בדחיפות; אך לא קרא בשם האיש ואף לא היה בידו לאמור בבטחה, כי הענין "סודר" שלא בדרך הרגילה. שנית, אם אמנם קיימת שחיתות במנגנון הפקידותי, השכל מחייב, כי הטיהור ייעשה במנגנון הזה עצמו, כי עבריינים, בין במנגנון גופא ובין מחוצה לו יועמדו לדין, ולמה יצא הקצף דוקא על שליחי-הציבור ? ברור, שאם יבודדו שוטרי התנועה ומגע לא יהיה לציבור אתם, יחוסל נגע השחיתות; אך גם כל הנאה לא תופק מהם, מאחר שלא יהיה בידם למלא את חובותיהם הציבוריות. ושלישית, והוא הטעם העיקרי, לא מצינו, כי המשיבים מוסמכים להפסיק את עבודתם של המבקשים בדרך אדמיניסטרטיבית, ונוסף על כך גם ללא כל חקירה ודרישה. בבג"צ 9/38, אס"ק (אפלבוים), 1938, ע' 116, [4], נקבעה הלכה, כי מושל המחוז אינו רשאי לבטל את רשיונו של כותב בקשות ולהטיל איסור על עבודתו, על סמך התנהגות בלתי-הוגנת, אלא אם-כן ניתנה לו, לכותב הבקשות, תחילה האפשרות להשמיע את טענות הגנתו. והלא הדברים קל וחומר: ומה כותב בקשות, שהרשיון לעסוק במלאכתו הוענק לו בחסד, ומושל המחוז מוסמך בתוקף החוק לבטל את רשיונו, אין אוסרין עליו את ההתעסקות במלאכתו אלא לאחר חקירה ודריש ה - המבקשים, שעושים מלאכתם בזכות ולא בחסד, והאיסור שמבקשים להטיל עליהם אינו כתוב בחוק, אינו דין שישמעו תחילה את טענותיהם ?!

8. מסקנתנו היא, איפוא, כי את האיסור שאסרו המשיבים על המבקשים אין לראותו כפעולה משטרתית רגילה, אלא כמעשה אשר יש בו משום קיפוח אחת מזכויות היסוד של אזרח, וכי בהעדר סמכות מפורשת או מכללא בחוק אין לו, לאיסור, צידוק כלשהו. אם אמנם אין דרך אחרת לתיקון המצב, אלא הדרך שבה אמרו המשיבים ללכת, על המחוקק להגיד דברו.

לאור כל הנ"ל הוחלט לעשות את הצו החלטי. אנו פוסקים למבקשים הוצאות בסכום כולל של 10.- לירות.

ניתן היום, י"א בשבט תש"ט (10/2/1949).
--- סוף פסק הדין ---

# איגוד לשכות המסחר נגד שרת התעשייה והמסחר

**בג"ץ** 7428/01
**בג"ץ** 5371/02

| | |
|---|---|
| בפני: | כבוד הנשיא א' ברק<br>כבוד השופט ס' ג'ובראן<br>כבוד השופט י' עדיאל |
| העותר בבג"ץ 7428/01:<br>העותרת בבג"ץ 5371/02 | איגוד לשכות המסחר בישראל<br>איזוטופ בע"מ |
| | נ ג ד |
| המשיבים: | 1. שרת התעשייה והמסחר<br>2. מכון התקנים הישראלי |
| | עתירה למתן צו על תנאי |
| תאריך הישיבה: | כ"ג בשבט תשס"ה (02.02.05) |
| בשם העותר בבג"ץ 7428/01:<br>בשם העותרת בבג"ץ 5371/02: | עו"ד רענן הר-זהב<br>עו"ד דוד רבל |
| בשם המשיבה מס' 1:<br>בשם המשיב מס' 2:<br>השופט ס' ג'ובראן: | עו"ד אורית קורן<br>עו"ד יורם סמואל; עו"ד רונית איל-שדה |

האם יש לפתוח את בדיקות ההתאמה לתקן של טובין מיובאים גם למעבדות מוסמכות ומאושרות מלבד מכון התקנים הישראלי. זו השאלה המרכזית העומדת לדיון בעתירות שלפנינו.

יש לציין, כי בעתירות שלפנינו נותרה השאלה האמורה בלבד, לאחר שביום 7.1.04 הודיע בא-כוח העותר בבג"צ 7428/01, כי בכל הנוגע לדרישה להקלה בבדיקות ייבוא טובין, אינו עומד עוד על עתירתו.

## רקע

1. העותר בבג"ץ 7428/01, איגוד לשכות המסחר בישראל, הינו איגוד (להלן: האיגוד), המאגד בחובו כ-5,000 עסקים וארגונים עסקיים בכל רחבי הארץ. בין מטרותיו קידום המסחר וסחר החוץ של ישראל; הסרת חסמים בסחר; דרגולציה של המשק; הגברת התחרות החופשית ומניעת העדפות סקטוריאליות המשבשות תהליכים אלה. בין היתר, פועל האיגוד להסרת מגבלות שלא לצורך, המוטלות על מוצרי יבוא ועל יבואנים וכן על מעבדות מוסמכות.

2. העותרת בבג"ץ 5371/02, איזוטופ בע"מ, הינה "מעבדה מאושרת" כהגדרתה בסעיף 12 לחוק התקנים, התשי"ג1953- (להלן: חוק התקנים), וזאת בהתאם לאישור הממונה על התקינה המתחדשת מעת לעת (להלן: איזוטופ). איזוטופ הינה מעבדה מוסמכת בתחומי הבניה והסלילה על-פי חוק הרשות הלאומית להסמכת מעבדות, התשנ"ז1987- (להלן: חוק הרשות), ובמסגרת תפקידה מתמחה היא במתן שירותי מעבדה לעבודות בניה וסלילה.

3. המשיב מס' 1, שר התעשייה והמסחר (להלן: השר), הוסמך על-פי פקודת היבוא והיצוא [נוסח חדש], התשל"ט1979- (להלן: פקודת היבוא והיצוא) לקבוע בצו הוראות לאיסור או להסדרה של יבוא טובין. כך, השר הוא הגורם המוסמך לתקן את צו יבוא חופשי, התשל"ח1978- (להלן: צו יבוא חופשי).

4. המשיב מס' 2, מכון התקנים הישראלי (להלן: מכון התקנים) הינו תאגיד סטטוטורי, הפועל מכוח חוק התקנים, ובמסגרת תפקידו מרכז בידיו, באופן בלעדי, מתן אישורי תקן לעניין עמידתם של טובין מיובאים בתקן ישראלי רשמי.

5. עניינן של העתירות שלפנינו בבקשת העותרים, כי יתוקן צו הייבוא החופשי, כך שמתן אישורי תקן לעמידתם של טובין מיובאים בתקן ישראלי רשמי, ייעשה לא רק על-ידי מכון התקנים הישראלי, כפי שהדבר נעשה כיום, אלא גם על-ידי מעבדות בדיקה מוסמכות ומאושרות נוספות.

## העובדות הצריכות לעניין

6. לטענת האיגוד, בשנים האחרונות, ממשלות ישראל שמו להן מטרה להסיר, ככל שניתן, חסמים על יבוא טובין לישראל. מדיניות זו, לטענתו, באה לידי ביטוי במספר החלטות ממשלה, שהתקבלו על-ידי ממשלות ישראל הקובעות במפורש, כי יש להוריד את מספר הבדיקות הנדרשות מטובין מיובאים. במסגרת זו, הוחלט בעבר, כי בדיקות ההתאמה לתקן לטובין המיובאים ייעשו על-ידי מעבדות נוספות, מלבד מכון התקנים.

7. ביום 13.8.1997 נתקבלה החלטת ממשלה מס' 2476 (החלטה ראשונה), לפיה מורה הממשלה לשר התעשייה והמסחר לשנות את צו יבוא חופשי ולאפשר קבלת אישור ממעבדה מוסמכת ומאושרת לעניין חוק התקנים, בתחומים השונים. ברם, החלטה זו לא יושמה, בין היתר, לאור לחצו של הממונה על התקינה, אשר המליץ שלא לפתוח את בדיקות היבוא ולא לאפשר עריכת בדיקת טובין מיובאים על-ידי "מעבדה מאושרת".

8. ביום 16.8.2000 נתקבלה החלטת ממשלה מס' 2199 (החלטה שנייה), ברוח זהה, לפיה מורה הממשלה לשר התעשייה והמסחר לשנות את צו יבוא חופשי וליתן אישורי תקן לעניין עמידתם של טובין מיובאים בתקן ישראלי רשמי, כך שבנוסף למכון התקנים יוכלו לבצע את בדיקות היבוא גם מעבדות בדיקה מאושרות נוספות, ובלבד שיקושרו ישרות למחשבי המכס לצורך העברת הודעות אלקטרוניות. ברם, גם החלטה זו לא יושמה.

9. לטענת שר התעשייה והמסחר, כאשר החלו לבחון את הדרכים ליישום החלטות הממשלה האמורות, התגלה, כי יישומן מעלה קשיים שונים, הנובעים מהאינטרס להקטין את החסמים בייבוא, מחד, והאינטרס להגן על חייהם, בריאותם ובטיחותם של הצרכנים, מאידך. לאור קשיים אלה, החליטה הממשלה להקים ועדה מקצועית, אשר תבחן את הדרכים השונות להפחתה או הקלה בבדיקות הייבוא, תוך הבטחת בטיחותם של המוצרים המיובאים.

ואכן, ביום 9.12.01 הוגשה על-ידי השר הצעה לשינוי החלטת הממשלה השנייה מיום 16.8.00.

10. ביום 27.1.2002 נתקבלה החלטת ממשלה מס' 1341 (החלטה שלישית), לפיה מורה הממשלה על בדיקת האפשרות להפחית או להקל את בדיקות התקינה של היבוא, בכפוף להבטחת אמצעים מתאימים לשמירה על רמת האכיפה הקיימת בדיני התקינה והגברתה, במסגרת ועדה מקצועית, בה תיבחן הרחבת ההכרה בבדיקות הנעשות בחו"ל באמצעות הסכמי הכרה הדדיים; צמצום מספר התקנים המחייבים; יצירת מנגנונים מקלים ("מסלול ירוק") לבדיקות של מוצרים המיובאים ממקורות אמינים, בידי יבואנים שהוכיחו במהלך השנים את הקפדתם ועמידתם בדרישות של דיני היבוא בכלל ובדרישות התקינה בפרט. כמו-כן, הובהר, כי החלטת הממשלה השנייה (מס' 2199) מיום 16.8.00, לא תבוטל.

11. לאור החלטת הממשלה השלישית (מס' 1341), מינה סגן שרת התעשייה והמסחר וועדה ציבורית לבחינת התקינה ביבוא (להלן: ועדה ציבורית או ועדה מקצועית או הוועדה), שבראשותה עמד פרופ' סיני דויטש, שחבריה היו: מר צבי אלון, יו"ר מכון התקנים לשעבר וראש מינהל הרכש לשעבר במשרד הביטחון, מר שלום בן נתן, וכן סגן ראש מינהל רכש במשרד הביטחון, פרופ' מוטי סוקולוב. מתאם הוועדה היה מר גרישה דייטש, הממונה על התקינה במשרד התעשייה והמסחר.

12. הוועדה קיימה ישיבות, הופיעו בפניה עדים רבים והוגשו לה מסמכים רבים. כמו-כן, הוועדה יצאה בהודעה לציבור בעיתונים, בה נתבקש כל מי שיש לו נגיעה לעניין ומעוניין להשמיע את דברו, לפנות בכתב לוועדה. ביום 15.8.02 הוגש דו"ח הוועדה למשרד התעשייה והמסחר.

13. הוועדה סברה, כי חלוקה לקבוצות, בהתאם לרמת הסיכון הנשקפת מהטובין ויצירת "מסלולים ירוקים", תוביל להקלה משמעותית בכמות הבדיקות הנדרשות כיום מיבואן המבקש לייבא טובין לישראל, תוך שמירת האינטרסים החיוניים של ציבור הצרכנים בישראל.

14. הוועדה קבעה, כי היא אינה ממליצה לאפשר ל"מעבדות מאושרות", הפועלות מכוח סעיף 12 לחוק התקנים, לבצע בדיקות התאמה לתקן של טובין מיובאים, אלא להשאיר בדיקות אלה בידי גוף אחד, שניתן לפקח עליו, שירכז בידיו את כל המידע, שהוא מכון התקנים.

15. ביום 15.8.02 הוגש דו"ח הוועדה הציבורית למשרד התעשייה והמסחר והשרה, גב' דליה איציק, החליטה לאמץ את הדו"ח. גם לאחר שהתחלפה הממשלה, לאחר בחינה מחודשת, החליט שר התעשייה והמסחר, מר אהוד אולמרט, לאמץ אף הוא את מסקנות הוועדה הציבורית. לפיכך, כיום, נערך משרד התעשייה והמסחר ליישום המלצות הוועדה.

16. לאחרונה, הובאו המלצות הועדה לדיון בפני הממשלה וזו אימצה אותן בהחלטת ממשלה (מס' 1782) מיום 4.4.04, אשר בה נקבע, בין היתר, כי הממשלה החליטה לאמץ את המלצות הועדה כפי שפורטו בדו"ח הועדה, במובן זה, שיש להותיר את מכון התקנים הישראלי כגוף היחיד המוסמך ליתן אישור תקן בהתאם לצו יבוא חופשי. כמו-כן בהחלטה נקבע במפורש, כי החלטת הממשלה מס' 2199 מיום 16.8.00 בטלה. עוד נקבע בהחלטה, כי יש להטיל על שר התעשיה, המסחר והתעסוקה לבחון את נושא פתיחת שוק בדיקות היבוא לתחרות

בכפוף לשמירה על האיזון המתחייב בין פתיחה לתחרות למציאת פתרונות ראויים לנושא הפיקוח, הבקרה והאכיפה.

## טענות הצדדים

17. לטענת האיגוד, מדיניות התקינה המופעלת על מוצרי היבוא, יוצרת חסמי יבוא מלאכותיים ומיותרים, הבאים לידי ביטוי בקיום נוהלי בדיקה, המפלים לרעה טובין מיובאים בהטלת החובה על היבוא לקבל אישורי התאמת מוצרים לתקן מאת מכון התקנים בלבד, שכתוצאה מכך נגבים על-ידו - כגוף מונופוליסטי - תשלומים גבוהים ומופרזים לבדיקת התקן ונקבעים דרישות ונהלים בירוקראטיים מכבידים.

18. פגיעה זו - לטענת האיגוד - הינה פגיעה בעקרונות היסוד של שוויון וחופש העיסוק, הנעשית בניגוד להוראת חוק התקנים בסעיף 12(א), אשר קובע במפורש את אפשרות בדיקת התקינה הן בידי המכון והן בידי כל מעבדה מאושרת.

19. כמו-כן, טוען האיגוד, כי ההוראות שבצו יבוא חופשי אינן עומדות בהוראת החוק המסמיך – פקודת היבוא והיצוא [נוסח חדש], התשל"ט1979-. שכן, פקודת היבוא והיצוא הסמיכה את השר לקבוע בצו הוראות ה"מועילות לאיסור או להסדרה של ייבוא טובין", אולם אין פקודת היבוא והיצוא הסמיכה אותו לקבוע בצו הוראות לכינון דה-פקטו של מעמד מונופוליסטי למכון התקנים בבדיקות מוצרי יבוא. עוד לטענת האיגוד, אין פקודת היבוא והיצוא הסמיכה את השר לקבוע בצו הוראות לביצוע משטר בדיקות תקנים ייחודי למוצרי יבוא, השונה מזה הנערך לגבי מוצרי ייצור מקומי.

20. האיגוד מציין, כי כל המכתבים והפניות ששלח למשרד התעשייה והמסחר וכן הישיבות שהתקיימו בכנסת בעניין זה, לא הועילו. כמו-כן, החלטות הממשלה המוקדמות לא בוצעו. משכך, פנה האיגוד בעתירה דנן לבית-משפט זה.

21. לטענת איזוטופ, הקביעה, לפיה רק למכון התקנים הרשות ליתן אישור תקן כהגדרתו בחוק התקנים, מהווה פגיעה בחופש העיסוק של איזוטופ, כמו גם של יתר המעבדות המאושרות.

22. טוען איזוטופ, כי צו יבוא חופשי יוצר מונופולין דה-פקטו, אשר הינו אסור ומהווה הגבל עסקי באופן, שכתוצאה מהאמור בו, מרוכזים יותר ממחצית מכלל מתן השירותים לבדיקות יבוא בידיו של מכון התקנים. המצב הנוכחי גורם לפגיעה קשה בציבור היבואנים ובעקיפים גם בציבור הצרכנים בכל הקשור לקביעת מחירים לביצוע בדיקות יבוא.

23. כמו-כן, טוען איזוטופ, כי ההסדר שבצו יבוא חופשי הינו בלתי סביר ונמצא מחוץ לתחום הלגיטימיות. לטענתו, תוצאה של אי הסבירות הינה מצב בו יש למכון התקנים מונופולין בכל הקשור לביצוע בדיקות התאמה לתקן לגבי מצרכים הנכללים בצו יבוא חופשי. כך נפגעת תחרות בריאה של היענות למזמיני עבודות במהירות ראויה ובמחירים סבירים, כמו גם, הקפדה על כך, שהציוד יהיה המתאים ביותר מסוגו והעובדים המיומנים ביותר בתחום העיסוק.

24. גם לטענת איזוטופ, צו יבוא חופשי – ככל שהדברים נוגעים לקביעת מונופולין בבדיקת מצרכים מיובאים – אינו עומד בהוראת החוק המסמיך – פקודת היבוא ויצוא [נוסח חדש], התשל"ט1979-.

25. עוד טוענת איזוטופ, אשר להסמכת הועדה המקצועית לבחינת האפשרות להגדלת מספר המעבדות העורכות את בדיקות היבוא, כי הסמכה זו הינה עקיפה של החלטת הממשלה המורה פוזיטיבית לשר התעשייה והמסחר לתקן את הצו באופן, שמעבדות מאושרות נוספות יוכלו לבצע בדיקות יבוא.

26. מנגד, מציין שר התעשייה והמסחר, תחילה, כי בין משרדי הממשלה קיימים חילוקי דעות בנוגע לחלק מהמלצות הוועדה המקצועית ובין היתר בעניין המדיניות הראויה בנוגע לאפשרות ביצוע בדיקות ההתאמה לתקן על-ידי "מעבדות מאושרות" נוספות, מלבד מכון התקנים. עם זאת, לטענת שר התעשייה והמסחר, אין בחילוקי דעות אלה כדי להשליך על חוקיות המצב הקיים בתחום זה.

27. לטענת שר התעשייה והמסחר, פקודת היבוא והיצוא מעניקה לשר התעשייה והמסחר סמכות מפורשת להתנות יבואם של טובין בתנאים שונים. אין פקודת היבוא והיצוא מפרטת מה טיבם של תנאים אלו, אלא משאירה את ההחלטה בכל מקרה ומקרה לשיקול-דעתו של שר התעשייה והמסחר.

28. אשר לטענות העותרים בעניין ייחוד הסמכות לביצוע בדיקות ההתאמה לתקן של טובין מיובאים, טוען שר התעשייה והמסחר, כי הסמכות להתנות תנאים ליבוא טובין נתונה - על-פי חוק - לשר התעשייה והמסחר, אשר התנה בצו יבוא חופשי את יבואם של טובין מסוימים בעמידתם בתנאי התקן הרלוואנטי.

לטענת השר, סמכותו זו כוללת בחובה אף את הסמכות לבדוק האם מקבל הרישיון עמד בתנאים. משמע, על השר היה לבדוק כל טובין הנכנסים לישראל ולבחון האם הם עומדים בתנאים שנקבעו בצו יבוא חופשי. לצורך הפעלת סמכותו זו, בחר השר להיעזר במכון התקנים, שהינו תאגיד סטטוטורי, שהוקם מכוח חוק התקנים והוא בעל יכולת לקיים את מערך הבדיקות הכולל הנדרש. טוען השר, כי ביצוע הבדיקות הנדרשות לצורך אישור ייבואם של טובין מכוח צו יבוא חופשי ופקודת היבוא והיצוא, אינו בגדר עיסוק מקצועי או מסחרי ולכן במקרה דנן לא נפגעת זכותם של מי מהצדדים לחופש העיסוק.

29. לטענת שר התעשייה והמסחר, מאחר והסמכות לבדוק קיומם של תנאים לגבי פריטים מסוימים ניתנה בצו יבוא חופשי לגופים שלטוניים שונים, הרי, שאף אם החליטה המדינה להסתייע בהפעלתה של סמכות זו לגבי פריטים

אחרים בגוף חיצוני לממשלה, אין בכך כדי להקים זכות למאן-שהוא לעסוק בכך, וזאת כל עוד פועלת המדינה על-פי שיקולים ענייניים.

30. עוד מוסיף וטוען שר התעשייה והמסחר, כי לאחר שהועדה המקצועית בחנה את כל השינויים הנדרשים על-מנת לאפשר שילובן של מעבדות מאושרות בבדיקות לתקן של טובין מיובאים, הסיקה הוועדה, כי יהיה צורך בשינויים מבניים מורכבים כגון, שינוי חקיקה והקמת מנגנון בקרה ופיקוח. כמו-כן, העלות התקציבית של הקמת מערך כזה הינה גבוהה ויש חשש, כי היא תוביל להגברת המעורבות הממשלתית, ולא להפחתתה.

31. לאור המלצת הוועדה, החליטה הממשלה להשאיר פעולות אלו בידי גוף אחד שירכז בידיו את כל המידע - מכון התקנים - שהינו תאגיד סטטוטורי, אשר ניתן לפקח עליו.

32. לטענת השר, המצב הקיים מסייע בהגנה על אינטרסים ממלכתיים ובראשם הצורך להבטיח את אמינותם ומהימנותם של בדיקות התאמה לתקן של טובין מיובאים, להבטחת שלום הציבור, בטיחותו ובריאותו.

33. אשר לטענת העותרים, לפיה יש לאפשר למעבדות מאושרות נוספות לבצע בדיקות התאמה לתקן של טובין מיובאים, טוען מכון התקנים, כי התבססותם של העותרים על החלטות הממשלה הקודמות, אשר קבעו, כי יש לפתוח שוק זה לתחרות, אינה אקטואלית עוד, שכן ביום 4.4.04 אימצה הממשלה בהחלטה (מס' 1782) מסקנות של הועדה המקצועית, אשר הוקמה על-פי החלטת הממשלה מיום 27.1.02 (מס' 1341) ובין מסקנותיה, קבעה הוועדה, כי יש להמשיך במדיניות של ביצוע בדיקות היבוא באופן בלעדי בידי מכון התקנים, אשר הינו תאגיד על-פי דין, שהוקם על-פי חוק התקנים.

34. טוען מכון התקנים, כי העובדה שהועדה המקצועית שמעה את כל הגורמים שביקשו להופיע בפניה, לרבות העותרים עצמם; שבראשותה עמד משפטן מובהק המומחה בתחום הצרכנות ושחבריה הם אנשי ציבור בעלי מוניטין, שוללת את טענות העותרים כאילו עמדת השר חורגת ממתחם הסבירות.

35. טוען מכון התקנים, כי מאחר ותחום התעשייה, להבדיל מתחום הבניין, מתפצל לתת-תחומים רבים ומגוונים, יש להניח, כי פתיחת השוק לתחרות, תביא לתחרות למכון התקנים רק באותם תחומים בהם היקף הבדיקות גדול ואילו בתחומים אחרים, לא ישתלם למעבדות המאושרות לבצע בדיקות יבוא. מכך יוצא, כי מכון התקנים יידרש להמשיך לבצע את הבדיקות הבלתי משתלמות או שלא יהיה מי שיבצען, אולם באותם תחומים בהם קיימת כמות גדולה יותר של בדיקות, יימצאו לו מתחרים והתחרות תביא להפחתת מחירים, שלא תשאיר רזרבה לחידוש ציוד וקיום מעבדות בנושאים בהם היבוא הוא קטן. כל אלה, טוען מכון התקנים, יצרו מגמה שתביא תוך שנים לביטול בדיקות היבוא ולהצפת השוק במוצרי תעשייה לא תקינים.

36. כמו-כן, טוען מכון התקנים, כי הפרטת בדיקות היבוא, עלולה ליצור תופעה חדשה ולא רצויה של "נדידת" יבואנים בין המעבדות, עד שיושג האישור הנכסף. המטרה תהיה איתור מעבדה שתחמיר פחות ותנפיק את אישור ההתאמה לתקן במינימום הקפדה.

37. יתרה מכך, טוען מכון התקנים, כי קשה עד בלתי אפשרי לפקח על מעבדות פרטיות בתחומים המדוברים. לא ניתן יהיה להבטיח, כי מעבדות הבדיקה לא תהיינה בשליטת היבואנים עצמם. במקרה ותאושרנה מעבדות פרטיות, יהיו דרושים מנגנוני פיקוח, אשר יבטיחו את ההקפדה בבדיקות, אולם הקמה של מנגנונים כאלה אינה ריאלית.

38. אשר לטענת העותרים, לפיה אי פתיחת שוק המעבדות לתחרות מהווה פגיעה בחופש העיסוק של המעבדות המאושרות, טוען מכון התקנים, כי הסמכות לבצע בדיקות התאמה לתקן של טובין מיובאים הינה "פונקציה שלטונית מובהקת", שכן מקורה בצו היבוא החופשי, שהינו דבר חקיקת משנה על-פי פקודת היבוא והיצוא.

## דיון

### המסגרת הנורמטיבית

39. סעיף 2 לפקודת היבוא והיצוא [נוסח חדש], התשל"ט1979- (להלן: פקודת היבוא והיצוא) קובע, כי:

> "שר התעשיה, המסחר והתיירות... רשאי לקבוע בצו הוראות שייראו לו מועילות לאיסור או להסדרה של ייבוא טובין בכלל או טובין שפורשו בצו או שירותים או ידע בכלל או כאלה שפורשו בצו..... צו כאמור (להלן – צו פיקוח) יכול להיות כללי או מסוייג, הכל לפי מבחנים שייראו לשר התעשיה בנסיבות הענין".

סעיף 2 לפקודת היבוא והיצוא מעניק לשר התעשייה והמסחר סמכות מפורשת להתנות את יבואם של טובין בתנאים שונים. כמו-כן, אין הסעיף מפרט את התנאים השונים ובעניין זה שיקול-הדעת ניתן לשר התעשייה והמסחר.

צו יבוא חופשי, התשל"ח1978- (להלן: צו יבוא חופשי), אשר הותקן מכוח פקודת היבוא והיצוא קובע, כי טובין המפורטים בתוספת השנייה לצו יבוא חופשי יהיו מותרים ביבוא, אם נתקיימו התנאים המפורטים לצידם בטור ג' לתוספת.

כך קובע סעיף 2(ב) לצו יבוא חופשי:

"הטובין המפורטות [טעות במקור] בתוספת השניה מותרות ביבוא אם נתקיימו התנאים המפורטים לצידן של הטובין בטור ג' בתוספת".

עוד מוסיף וקובע סעיף 4 (ג) לצו יבוא חופשי, כי:

"4. תחולת איסור או תנאי ליבוא
...
(ג) טובין המפורטת [טעות במקור] בתוספת השניה כאשר לצידה תנאי עמידה בתקן או מפרט וחלים לגביה יותר מתקן אחד מאלה הרשומים לצידה, יהיה התנאי ליבוא, עמידה בכל התקנים החלים לגביה והרשומים לצידם באותה תוספת".

כמו-כן, מגדיר סעיף 1 לצו יבוא חופשי "אישור תקן":

"אישור תקן" – היבואן הוא בעל אישור מאת מכון התקנים הישראלי או מאת המכון הישראלי לסיבים בתחומים הכלולים באישור מכון זה כמעבדה מאושרת לפי חוק התקנים, התשי"ג1953- לפיו הטובין שיובאו מתאימות [טעות במקור] לדרישות התקן, הצעת התקן, המיפרט או הצעת המיפרט המצויין לצדו;".

התוספת השנייה לצו יבוא חופשי כוללת פריטים רבים, אשר לצידם, בטור ג' לתוספת, מופיעים התנאים השונים אותם קבע שר התעשייה והמסחר לייבוא אותם פריטים. אחד התנאים המופיע בטור ג', הינו:

"אישור ת"ר – אישור מכון התקנים על התאמת הטובין לתקן רשמי".

תנאי זה, אותו קבע שר התעשייה והמסחר מכוח סמכויותיו בפקודת היבוא והיצוא, קובע, כי על המבקש לייבא טובין מסוימים לישראל, לקבל אישור מאת מכון התקנים הישראלי.

מכון התקנים הינו תאגיד סטטוטורי, שהוקם מכוח סעיף 2 בחוק התקנים, התשי"ג1953-, ומקיים פעולות שונות לרבות בדיקות מעבדה וכן פעולות מנהליות רבות לצורך מתן האישורים הנדרשים.

סעיף 2א לחוק התקנים מגדיר, כי:

"מטרת המכון היא תקינה והבטחת רמה נאותה של טיב המצרכים...".

סעיף 6(א) לחוק התקנים מגדיר "תקן":

"המכון, והוא בלבד, רשאי לקבוע מיפרט, או כללים טכניים של תהליך עבודה, לרבות הגדרות טכניות, כתקן ישראלי (להלן – תקן)".

סעיף 8(א) לחוק התקנים מגדיר "תקן רשמי":

"8. (א) השר רשאי, לאחר התייעצות עם נציגי היצרנים והצרכנים, להכריז בהכרזה שפורסמה ברשומות על תקן מסוים, כולו או חלקו, כעל תקן ישראלי רשמי (להלן – תקן רשמי), אם נוכח כי הדבר דרוש להשגת אחת המטרות האלה:

(1) שמירה על בריאות הציבור;

(2) שמירה על בטיחות הציבור;

(3) הגנה על איכות הסביבה;

(4) הספקת מידע, כאשר לא קיים מידע או מנגנון חלופי העשוי להקנות הגנה לצרכן;...

(5) הבטחת תאימות או חלופיות של מוצרים;

(6) מניעת נזק כלכלי משמעותי העלול להיגרם לצרכן כתוצאה משימוש במערכות, בחומרים או במוצרים המשמשים בבניה (להלן – חומרי בניה), הגלויים לעין, וכן מניעת נזק כלכלי העלול להיגרם לצרכן כתוצאה משימוש בחומרי בניה שאינם גלויים לעין".

סעיף 9(א) לחוק התקנים קובע, כי:

"9. (א) לא ייצר אדם מצרך, שמיפרט שלו נקבע בתקן רשמי, ולא ימכרנו,

ולא ייבאו ולא ייצאו, ולא ישתמש בו בכל עבודה שהיא... אלא אם התאימו המצרך או תהליך העבודה לדרישות התקן הרשמי...".

מהסעיפים שהובאו לעיל אנו למדים, כי אישור ההתאמה לתקן הטובין המיובאים נדרש, במיוחד על-מנת להבטיח שמירה על בריאות הציבור, בטיחותו, הגנה על איכות הסביבה והספקת מידע. מתן אישור ההתאמה לתקן מצריך מכלול של בדיקות, מיונים ומערך פיקוח ובקרה, אשר אותם עורך כיום מכון התקנים לעניין טובין מיובאים. בדומה לכך, אף יתר הגופים השונים המנויים בטור ג' שבתוספת לצו יבוא חופשי, עורכים בדיקות לגבי הפריטים הרלוואנטיים בעניינם.

40. העותרים טוענים, כי סמכותו וחובתו של שר התעשייה והמסחר לתקן את צו יבוא חופשי נובעות הן מהוראות החוק המסמיך – פקודת היבוא והיצוא והן מהחלטת הממשלה, אשר קבעה את חובתו לעשות כן ואת האופן בו ייעשה תיקון הצו. לטענתם, שר אינו יכול לפרוק מעצמו עול מדיניות הממשלה ולהתעלם מהחלטתה. לפיכך, מוסיפים וטוענים עוד העותרים, כי אין תוקף למעשיהם של שר התעשייה והמסחר ומכון התקנים, אשר נעשו, לטענתם, תוך חריגה מסמכות.

## המלצות הוועדה המקצועית

41. הוועדה בחנה חלופות שונות להבטחת התאמתם של הטובין המיובאים לתקן והמליצה לחלק את הטובין המיובאים לארבע קבוצות, בהתאם לרמת הסיכון הנשקפת מהם:

א. טובין לגביהם לא יידרש שום תנאי לשחרור מהמכס (בעיקר טובין המיועדים לשימוש תעשייתי ולא לשימוש צרכני).

ב. טובין לגביהם די יהיה בהצהרת היבואן לגבי עמידה בדרישות הדין.

ג. טובין לגביהם תידרשנה הצהרת היבואן וכן תעודות התאמת הטובין מחו"ל לתקן הרשמי.

ד. טובין לגביהם יידרש אישור של מכון התקנים. ברשימת טובין אלו יכללו כל אותם טובין לגביהם חלה חובת תו תקן וכן מוצרים הדורשים בדיקה פרטנית (כגון מיכלי לחץ).

42. הוועדה המליצה להשאיר בידי מכון התקנים את ביצוע בדיקות ההתאמה לתקן של טובין מיובאים. הוועדה קבעה במפורש, כי היא אינה ממליצה לאפשר ל"מעבדות מאושרות", הפועלות מכוח סעיף 12 לחוק התקנים, לבצע בדיקות התאמה לתקן של טובין מיובאים, וזאת בשל מספר נימוקים:

א. ניגוד עניינים אינהרנטי – הנחת המוצא הינה, כי מעבדות מאושרות הינן גופים פרטיים, המונעים על-ידי שיקולים כלכליים ולכן יש צורך במנגנוני בקרה ופיקוח, אשר יבטיחו, שהשיקולים הכלכליים לא יגברו על אמינות ומהימנות הבדיקות.

ב. העדר מנגנוני בקרה ופיקוח מספקים – לסברת הוועדה, מערכות הפיקוח והבקרה הקיימות כיום על "מעבדות מאושרות" אינן מספקות.

ג. העדר גוף מרכזי, שירכז את הנתונים וינהל מאגר מידע אחיד – לסברת הוועדה, יש הכרח בהקמת מאגר מידע בו תירשם כל בדיקת התאמה לתקן, הנעשית על-ידי מי מ"המעבדות המאושרות" או מכון התקנים, בו ירוכזו כל הנתונים ויתבצע מעקב ופיקוח אחר מעבדות ואחר יבואנים.

43. הוועדה הגיעה למסקנה, כי על-מנת לבקר ולפקח כראוי על פעילותן של "מעבדות מאושרות", יהיה צורך בצד תיקוני חקיקה להגברת הפיקוח וסמכויות האכיפה, גם בהקמת מנגנון בקרה ופיקוח, אשר יכלול מאגר מידע ורישום ומנגנון פיקוח.

44. לסיכום, קבעה הוועדה, כי היא אינה ממליצה לאפשר ל"מעבדות מאושרות", הפועלות מכוח סעיף 12 לחוק התקנים, לבצע בדיקות התאמה לתקן של טובין מיובאים, אלא להשאיר בדיקות אלה בידי גוף אחד, שניתן לפקח עליו, שירכז בידיו את כל המידע, שהוא מכון התקנים.

45. כאמור, לטענת העותרים, סמכותו וחובתו של שר התעשייה והמסחר לתקן את צו יבוא חופשי נובעות הן מהוראות החוק המסמיך – פקודת היבוא והיצוא והן מהחלטת הממשלה, אשר קבעה את חובתו לעשות כן ואת האופן בו ייעשה תיקון הצו.

בטענתם זו, מסתמכים העותרים על החלטת הממשלה מיום 16.8.00 (מס' 2199), אשר עסקה בנושא עתירה זו.

אין לקבל טענה זו. שכן, המלצות הועדה הובאו לדיון בפני הממשלה וזו אימצה אותן בהחלטת ממשלה (מס' 1782) מיום 4.4.04, אשר זו לשונה:

**"א. בהמשך להחלטת הממשלה מס. 1341 מיום 27.1.2202 בדבר הקמת ועדה מקצועית שתבחן את נושא בדיקות התקינה של טובין מיובאים, לאמץ את המלצות הועדה כפי שפורט בדו"ח הועדה לבחינת**

**בדיקות התאמה לתקן של טובין מיובאים.**

ב. בהתאם להמלצות הועדה:

1) להותיר בשלב זה את מכון התקנים הישראלי, המוקם בחוק התקנים התשי"ג1953-, כגוף היחיד המוסמך מטעם שר התעשיה המסחר והתעסוקה ליתן אישור תקן, בהתאם לצו יבוא חופשי, התשל"ח1978- , לצד הגופים המוסמכים מטעם שרים אחרים ליתן אישורים, כל אחד בתחומו.

2) להטיל על שר התעשיה המסחר והתעסוקה לפעול להקלה בבדיקות התקינה ביבוא, בכפוף להגברת רמת האכיפה, לרבות בצעדים שלהלן:

(א) קביעת מדרג של ארבע רמות בדיקה ביבוא לקבוצות טובין, לפי רמת סיכון שבהן השפעתן על איכות הסביבה.

(ב) יצירת מנגנונים מקילים של מסלול ירוק ביבוא.

(ג) הרחבת ההכרה בבדיקות הנעשות בחו"ל באמצעות הסכמי הכרה הדדיים.

ג. **לשוב ולדון בנושא פתיחת שוק בדיקות היבוא לתחרות בכפוף לשמירה על האיזון המתחייב בין פתיחה לתחרות למציאת פתרונות ראויים לנושא הפיקוח, הבקרה והאכיפה.**

ד. **לבטל את החלטת הממשלה מס. 2199 מיום 16.8.2000**".
[ההדגשות הוספו – ס.ג'.]

לאור החלטה אחרונה זו יוצא, כי מאז החלטת הממשלה מיום 16.8.00, קיבלה הממשלה בינתיים את החלטתה מיום 4.4.04, אשר שינתה את פני הדברים וביטלה את החלטת הממשלה מיום 16.8.00.

46. עוד טוענים העותרים, כי הוראות צו יבוא חופשי פוגעות לא רק במעבדות המאושרות, אלא גם ביבואנים ובצרכנים, שכן אילו התאפשרו בדיקות התאמה לתקן במעבדות מאושרות נוספות, הייתה נוצרת תחרות בתחום זה, אשר הייתה מובילה להתייעלות הבדיקות ולהוזלת מחיריהן וכפועל יוצא מכך להורדת המחיר לצרכן של המוצר המיובא.

אף דינה של טענה זו להידחות, וזאת ממספר סיבות.

ראשית, כל תחומי הבדיקות דורשים התמקצעות ומומחיות, רכישת מכשור מיוחד והכשרת כוח אדם, אשר כרוכים ומחייבים הם השקעת משאבים רבים. כיום, קיים גוף יחיד, מכון התקנים, המוסמך לקבוע תקנים במדינת ישראל. נראה, כי הסמכת מעבדות מאושרות לקבוע תקנים ולהנפיק אישורי התאמה לתקן, מחייבת השקעת משאבים גדולה.

שנית, הפרטת בדיקות היבוא עלולה ליצור תופעה לא רצויה, במובן זה, שיבואנים ינסו לאתר את המעבדה המחמירה פחות, אשר תנפיק להם את אישור ההתאמה לתקן, תוך הקפדה מינימאלית של הבדיקות. בנסיבות כאלה, פתיחת מעבדות מאושרות שונות, אשר ינפיקו אישורי התאמה לתקן, תביא, ככל הנראה, לירידה באיכות הבדיקות. שכן, מאחר ומהות הבדיקה הינה קבועה, הדרך בה תוכל מעבדה מאושרת לשרוד בשוק זה הינה על-ידי הורדת רמת הבדיקה והוזלת מחירים וכתוצאה מכך אף עלול להיווצר סיכון לחיי הציבור, שכן יונפקו אישורי התאמה לתקן חרף ליקויים ופגמים המצויים בהם (ראו בעניין דומה בג"ץ 1064/94 קומפיוטסט ראשון לציון 1986 בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד מט (4) 808, שם דובר על חברות המנהלות תחנות לבדיקת כלי רכב לשם רישוי, הם העותרים, ומנהליהן קובלים על סירובם של שר התחבורה, מנהל אגף הרכב ושירותי תחזוקה ואחרים, הם המשיבים, להתיר להם לפתוח תחנות בדיקה חדשות. שם קבע בית-משפט זה, כי פתיחת תחנות בדיקה רבות ללא הגבלה פירושה בהכרח ירידה באיכות הבדיקות).

ברי, אפוא, כי יש תועלת רבה לציבור ממוצרים בטוחים, שאינם מסוכנים ושהם באיכות גבוהה. כמו-כן, התקינה קיימת גם בארצות אחרות, כגון תחת השם UL בארצות הברית, DIN בגרמיה ו- BSI באנגליה. נראה, כי קיים אינטרס לאומי בשמירת מכון התקנים, אשר הינו מוסד מרכזי לקיום האיכות בישראל, תוך שמירה על האינטרסים של כלל הציבור, לרבות התעשיינים, היבואנים והצרכנים.

חשוב, אפוא, שהבדיקות הנוגעות לבטיחות, איכות הסביבה ושמירה על בריאות הציבור יערכו על-ידי גורם ממלכתי אחד, שירכז עניינים אלה בידיו, כפי שמקובל גם במדינות קטנות אחרות כגון יוון, פורטוגל ועוד, שם יש גוף אחד לבדיקות יבוא.

שלישית, מכון התקנים, אשר הינו תאגיד סטטוטורי, פועל ללא מטרות רווח, אלא לנגד עיניו עומדת טובת הציבור ובטיחותו. הכנסות עודפות משמשות לרכישת ציוד ולהרחבת הפעילות. זאת לעומת מעבדות פרטיות, אשר באופן לגיטימי מטרתן העיקרית הינה מקסום רווחים, ומטרה זו עלולה להתנגש, בנסיבות מסוימות, עד כדי

ניגוד אינטרסים, עם הדרישה ליתן מקצועיות ובטיחות ברמה הגבוהה ביותר.

רביעית, קיים קושי לפקח על מעבדות פרטיות, אשר עליהן לא מוטלים חיובים כשל אלה המוטלים על תאגיד סטטוטורי. זאת לעומת הפיקוח על תאגיד ציבורי, כמכון התקנים, אשר הינו גורם אחד, הנתון לפיקוחו של מבקר המדינה, המפקח על המחירים והממונים על השכר ויחסי העבודה.

יפים לעניין זה דברים שנאמרו על-ידי השופט (כתוארו דאז) א' מצא בבג"ץ 2505/90 התאחדות סוכני נסיעות ותיירות בישראל ואח' נ' שר התחבורה ואח', פ"ד מ"ו (1) 543, בעמ' 551, שם הסמיך שר התחבורה את חברת מ.מ.ס.י. לרכז בידיה את הוצאתם בישראל של רישיונות נהיגה בינלאומיים:

> "לעצם העניין, יש טעם בטענת המדינה, שאת הסמכות הנדונה מוצדק שלא לפצל בין גורמים שונים. **פיצול כזה עלול לפגום באחידות השירות ולהקשות את אפשרויות הפיקוח על מתן השירות. כך, למשל, אם תפוצל הסמכות בין גורמים אחדים, יתעורר צורך בקביעת מנגנוני בקרה נוספים למניעת כפילויות...**". [ההדגשה הוספה – ס.ג'.]

נראה לי, כי קביעה זו מתאימה אף למקרה שלפנינו.

47. בעתירתם מתייחסים העותרים לחוק יסוד: חופש העיסוק וטוענים, כי אי פתיחת שוק המעבדות לתחרות תגרום לפגיעה בחופש העיסוק של המעבדות המאושרות, הפרטיות. עיקר טענת העותרים בעניין זה הוא, כי למעבדות המאושרות ולאלה שהוסמכו, זכות שווה לבצע בדיקות תקינה בתחומי הסמכתן לפחות כפי זכותו של מכון התקנים. לטענתם, ההוראות בצו יבוא חופשי – שהובאו לעיל – פוגעות בזכותן של המעבדות המאושרות והמוסמכות לחופש העיסוק ולפרנסה. שכן, חלק ניכר מפוטנציאל עיסוקן ופרנסתן – בדיקת מוצרי יבוא – נמנע מהן. פגיעה זו, לטענתם, הינה בניגוד לחוק יסוד: חופש העיסוק.

העותרים טוענים, כי טענת שר התעשייה והמסחר - לפיה ביצוע הבדיקות אינו בגדר עיסוק אלא "בגדר פונקציה שלטונית מובהקת" – מתעלמת מהחוקים שהסדירו את הפרטת ביצוע הבדיקות בידי אחרים, אשר לפיהם זו אינה פונקציה שלטונית מובהקת. כך, למשל, קובע סעיף 12 לחוק התקנים, כי "המכון וכל מי שאושר לענין זה בכתב על ידי הממונה (להלן – מעבדה מאושרת), רשאים לבדוק את מידת התאמתו של מצרך לתקן". כמו-כן, חוק הרשות הלאומית להסמכת מעבדות, התשנ"ז1997- (להלן: החוק להסמכת מעבדות), אשר הקים את הרשות הלאומית להסמכת מעבדות, הסמיך את הרשות "לתת למעבדות שיבקשו, הסמכה בתחומים ובסוגי בדיקות שקבעה ולקבוע דרישות למתן ההסמכה ותנאים לקיומה".

השופט מנחם גולדברג בספרו חופש העיסוק והגבלתו, תל-אביב (1999), עמ' 155-154 כותב:

> "המערכת המשפטית לא ראתה בעין יפה קיומו של מונופולין... כך נקבע ש'הענקת המונופולין לסוכן הראשי היא בגדר שימוש באמצעי מרחיק לכת, הפוגע בחופש העיסוק של הפרט, מבלי שהאינטרס הציבורי מחייב זאת או מצדיק זאת'" [מפנה לדברי הנשיא מ' שמגר בבג"צ 344/89 ח.ס.ה. סחר בינלאומי בע"מ נ' שר המסחר והתעשיה, פ"ד מד (1) 456, 470].

אולם, לגבי שיווק ויצוא של פירות, למשל, נקבע בד"נ 27/76 "הילרון" חברה ליצוא ויבוא גידולי מוצרי חקלאות בע"מ נ' המועצה לייצור פירות ושיווקם, פ"ד לא (3) 18, 22, כי:

> "לא כל מונופולין הוא מוקצה מחמת מיאוס, וניתן להעלות טענות שאינן מופרכות, בזכות קיומו של המונופולין, שנוצר במקרה זה".

ברוח דומה נקבע בתחום התקשורת בבג"צ 542/76 קונסורטיום אינטרנשיונל בע"מ נ' מנכ"ל משרד התקשורת, פ"ד לא (3) 477, 489-488, כי:

> "מדינה מודרנית חייבת לדאוג בראש ובראשונה לאינטרסים של הציבור הרחב... כדי לאפשר את קיומם וסיפוקם... במחיר שווה לכל נפש (או ללא תמורה כלשהי), חייב המחוקק, לפעמים, ליצור מונופולין ולקיים מונופולין זה בידי המדינה, ורק ראיה מעוותת של הענינים יכולה למצוא במונופולין כזה פגיעה בחופש הפרט".

כידוע, הזכות לחופש העיסוק הוכרה כזכות יסוד במשטר הדמוקרטי במדינתנו. עם חקיקת חוק יסוד: חופש העיסוק הועלתה הזכות לחופש העיסוק למעלה חוקתית על-חוקית, כאשר פגיעה בעקרונות חופש העיסוק תיתכן אך בתנאים המפורטים ב"פסקת ההגבלה" שבסעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק.

במקרה דנן, דעתי היא, כי החלטת הממשלה פוגעת בחופש העיסוק של העותרים. שכן, ההחלטה מעניקה למכון התקנים מעמד מונופוליסטי בכל הקשור למתן אישורי התאמה לתקן של טובין מיובאים, בכך נחסמת בפני העותרים ומעבדות מאושרות אחרות לעסוק בתחום זה, ובכך, למעשה, נפגע חופש התחרות וחופש העיסוק של העותרים ושל מעבדות מאושרות אחרות. יחד עם זאת, אני סבור, כי פגיעה זו עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה הקבועים בחוק יסוד: חופש העיסוק ואף לא נפלו בה פגמים המצדיקים התערבותו של בית-משפט זה. להלן אפרט.

הנשיא א׳ ברק כותב בספרו פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית, כרך שלישי, ירושלים, תשנ״ד, עמ׳ 613-614, כדלקמן:

> ״מונופול פוגע בחופש העיסוק של כל אלה המבקשים להכנס לתחום העיסוק ונתקלים בסירוב״.
>
> ״חוק המעניק מונופול לפלוני הוא חוק הפוגע בחופש העיסוק... במשטר המשפטי החדש, המעניק לחופש העיסוק מעמד חוקתי, אין די בקיומו של חוק המעניק במפורש מונופול לפלוני. מעמדו החוקתי של החוק מותנה בכך, שהוא מקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה.״

ובהמשך-

> ״כל הגבלה על התחרות בביצוע המקצוע היא הגבלה על חופש העיסוק. על כן, כל משטר של רישוי יש בו פגיעה בחופש העיסוק. פגיעה זו היא ישירה. לעתים הפגיעה היא עקיפה. אמצעים כלכליים הננקטים על-ידי המדינה והמשפיעים על התחרות במשק, עשויים להחשב כפגיעה בחופש העיסוק.״

בדומה למקרה שלפנינו, ניתן לאחרונה, בג״ץ 10089/01 ארקיע קווי תעופה ישראליים בע״מ נ׳ שר התחבורה, מיום 1.4.2004 (טרם פורסם). שם, בשנים 1999 ו- 2001 החליטה הממשלה להתיר את פעילותן של מובילים אווירייים מלבד חברת אל-על ליעדים שונים, בהתאם להסכמים בין-לאומיים בילטרליים המאפשרים לממשלה למנות מובילים נקובים שיממשו את זכויות התעופה על-פי אותם הסכמים. בעקבות החלטות אלו, החליט שר התחבורה על מינוי העותרות כמובילים נקובים בכמה קווי תעופה. במאי 2003, ערב הנפקת מניות אל-על לציבור, קיבלה ועדת השרים לענייני חברה וכלכלה החלטה שעל-פיה התנאים למינוי מובילים נקובים במקום חברת אל-על הוגבלו לרעת מובילים כאלה, ובהתאם לכך החליטה הוועדה לבטל את שתי החלטות הממשלה הקודמות בנושא זה. בעתירתן תקפו העותרות החלטה זו בטענה, שהיא פוגעת שלא כדין בחופש העיסוק שלהן. בית-משפט זה (הנשיא א׳ ברק, המשנה לנשיא (בדימוס) ת׳ אור והשופטת (בדימוס) ד׳ דורנר) דחה את העתירה ואישר את מעמדה המיוחד והמועדף של חברת התעופה הלאומית ״אל-על״, כמוביל נקוב. שם נקבע, כי הגם שקיימת פגיעה בחופש העיסוק, הפגיעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה שבסעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק. וכך נקבע:

> ״תכליתה של ההחלטה האחרונה הייתה להבטיח את יציבותה הכלכלית של אל-על לקראת הפרטתה. ההחלטה על ההפרטה היא בעלת השפעה של ממש על שוק התעופה בישראל. טעמי ההחלטה האחרונה נכנסים לגדר טעמי תכנונו של משק התעופה בגדר הסעיף האמור, ועל-כן הפגיעה בחופש העיסוק של העותרות נעשתה מכוח חוק..... התכלית שעמדה ביסוד ההחלטה האחרונה – להבטיח את יציבותה הכלכלית של חברת אל-על ולקדם את הפרטתה – היא תכלית ראויה״.

ובהמשך-

> ״ההחלטה האחרונה גורמת לפגיעה בחופש עיסוקם של מתחרים ושל מתחרים פוטנציאליים של חברת אל-על בשוק התעופה הסדירה. מנגד, גלומה בהחלטה התועלת שבהנפקתה המוצלחת של חברת אל-על..... בראייה של התמונה הכוללת התועלת הציבורית הגלומה בהחלטה האחרונה עולה על הנזק לחופש העיסוק הכרוך בה״.

דעתי היא, כי דברים אלה יפים גם למקרה שלפנינו. משמע, גם אם קיימת פגיעה בחופש העיסוק של אותו גורם פרטי, מדובר בפגיעה שהינה מידתית, העומדת בתנאי פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: חופש העיסוק.

בעניין דומה קבע השופט (כתוארו דאז) א׳ מצא בבג״ץ 2505/90 התאחדות סוכני נסיעות נ׳ שר התחבורה, פ״ד מ״ו (1) 543, כדלקמן:

> ״נקודת המוצא של העתירה היא, שבהסמכת המשיב לבדו יש משום הענקת מונופולין. עמדה זו אין לקבל. ״המונופול הוא בעיקרו תופעה כלכלית-משפטית, בה מוענקת זכות לפעילות בתחום או בענף או במקצוע מסוים לידי אדם אחד, תוך שלילת אותה זכות מידי אחרים (דברי השופט (כתוארו דאז) א׳ ברק בבג״ץ 734/88 התאחדות בעלי המלאכה והתעשיה, אשקלון נ׳ עיריית אשקלון ואח׳, פ״ד מג (3) 665). פסלותם של מונופולין היא בפגיעתם בזכות לחופש העיסוק, ומקום שאין זכות שווה לעיסוק בתחום מסוים, אין בייחוד העיסוק כדי לשלול מן הרבים זכות כלשהי.
>
> **הוצאתם של רישיונות נהיגה בינלאומיים איננה בגדר עיסוק מקצועי, או מסחרי, שהחירות הבלתי-מופרעת לעסוק בו נמנית עם חירויות היסוד הטבעיות והמוכרות, אלא בגדר פונקציה שלטונית מובהקת. על השלטון אין מוטלת כל חובה לאפשר למאן-דהוא לעסוק בכך**״.

ובהמשך-

> "אפשר שבהסמכתו של המשיב בלבד להוצאתם של הרישיונות יש, אמנם, משום "הענקת מונופול דה-פקטו" (כביטויו של השופט בך, בבג"צ 355/86 שחף שירותי תעופה בע"מ נ' שר התחבורה ואח', פ"ד מ(4) 729, בעמ' 737), **אך בעצם העובדה הזאת (כמוסבר בפסק הדין) אין כדי לפסול את ההסדר, אם אכן נעשה לשם שמירה על אינטרס ממלכתי, ולא לקידום עניינו המסחרי של המשיב**". [ההדגשות הוספו – ס.ג'.]

ברוח דומה לכך נקבע בעניין אחר, הנוגע ללשכת עורכי-הדין נקבע, כי ללשכת עורכי-הדין מונופול לספק שירותים על פיקוח ובקרה על עריכת-הדין. כך קבע הנשיא א' ברק בבג"ץ 2334/02 חיים שטנגר, עו"ד נ' לשכת עורכי הדין, דינים עליון, כרך סו, עמ' 3:

> "התכלית המונחת ביסוד ההסדר המונופוליסטי שאינו למטרת רווח היא ראויה, שכן היא משחררת את הלשכה מלחצים כלכליים ואחרים העשויים לפגוע ביכולתה להסדיר כיאות את המקצוע. היא אף שומרת על אחדות הסטנדרטים של הפיקוח והבקרה. האמצעי המונופוליסטי קשור בקשר רציונלי להשגת המטרה הראויה... לבסוף, קיים יחס ראוי בין התועלת הצומחת משמירה על אחידות הרף ושחרור הגוף המפקח מלחצים כלכליים ואחרים לבין הפגיעה הנגרמת לחופש העיסוק".

דברים אלה יפים אף למקרה שלפנינו. העובדה, כי קיים גוף שלטוני מונופוליסטי, הפועל שלא למטרות רווח ושומר על אחידות הסטנדרטים והפיקוח, גם אם יש בו כדי להוות פגיעה בחופש העיסוק של המעבדות המאושרות, לאור הפסיקה שהובאה והנסיבות שתוארו, מדובר בפגיעה מידתית, העומדת בתנאי פסקת ההגבלה.

יתרה מכך, ומעבר לדרוש בעניין זה יוער, כי לא דומה אי הזדקקות לאישורים של מעבדות מסוימות להטלת איסור גורף על עיסוקן באותו נושא. ברי, איפוא, כי העותרים חופשיים לפעול בכל תחומי בדיקות מוצרים ובדיקות התאמה לתקן, למעט בתחום של צו יבוא חופשי. יש לזכור, כי גם אם הגבלה כלשהי על מתן אישור כאמור או העדר נתינת האישור, מקטינים את היקף השירותים שהעותרים היו יכולים לתת, בנסיבות אלה, מדובר בפגיעה מידתית, אשר כאמור מקיימת את תנאי פסקת ההגבלה בחוק יסוד: חופש העיסוק.

48. ולבסוף, העותרים טענו, כי ההסדר שבצו יבוא חופשי, הינו בלתי סביר ונמצא מחוץ למתחם הלגיטימיות.

גם טענה זו דינה להידחות.

כידוע, בעת בדיקת סבירות החלטת רשות מנהלית, יש לבחון האם נשקלו – משקל ראוי - כל השיקולים הרלוואנטיים (ראו בג"ץ 1064/94 קומפיוטסט ראשון לציון (1984) נ' שר התחבורה, פ"ד מט (4) 817).

במקרה שלפנינו, נראה, כאמור לעיל, כי בטרם הוקמה הועדה המקצועית, התלבטה הממשלה - בשאלה האם לפתוח את נושא בדיקות ההתאמה לתקן של מוצרים מיובאים למעבדות מאושרות, מלבד מכון התקנים - בין שני שיקולים עיקרים: האחד, להבטיח שמירה על בריאות הציבור, בטיחותו, הגנה על איכות הסביבה והספקת מידע, והשני, עידוד תחרות חופשית, שמירה על זכויות חופש העיסוק, הגברת היעילות והפחתת מחירים.

ואכן, עת הוקמה הוועדה לבחינת הנושא, לנגד עיניה עמדו שיקולים שונים, אשר עיקרם היה, כי אין להתיר יבוא סחורות העלולות לסכן את בטיחות או בריאות הציבור או שמא לפגוע באיכות הסביבה וכי יש להבטיח את יכולת הפיקוח והאכיפה המרבים בביצוע הבדיקות הנדרשות להבטחת המטרות האמורות. כמו-כן, כאמור, לוועדה הוגשו מסמכים רבים וביניהם נייר עמדה "מדיניות התקינה בישראל" מטעם האיגוד וכן "תגובה לנייר העמדה של איגוד לשכות המסחר" מטעם מכון התקנים, אשר אף הם העלו את טענותיהם ושיקוליהם השונים בפני הוועדה. לאחר בחינת השיקולים השונים והשלכותיהם, הסיקה הוועדה, כי אין להקריב ולסכן את בריאות ובטיחות הציבור על פני עידוד התחרות החופשית.

נראה, כי בעניין זה פעלה הועדה באופן ענייני, תוך בחינת השיקולים המרכזיים, בלא הפעלת שיקולים זרים והחלטתה אינה חורגת ממתחם הסבירות, באופן המצדיק את התערבותו של בית-משפט זה. זאת במיוחד, לאור החלטת הממשלה האחרונה (מס' 1782) מיום 4.4.04, בה נקבע, כי יש להטיל על שר התעשיה, המסחר והתעסוקה לבחון את נושא פתיחת שוק בדיקות היבוא לתחרות בכפוף לשמירה על האיזון המתחייב בין פתיחה לתחרות למציאת פתרונות ראויים לנושא הפיקוח, הבקרה והאכיפה. לפיכך, דין טענת העותרים, לפיה ההסדר שבצו יבוא חופשי אינו סביר ונמצא מחוץ למתחם הלגיטימיות, להידחות.

## סוף דבר

49. לסיכום, ומכל האמור לעיל, אני מציע לחבריי לדחות את העתירות.

בנסיבות העניין, לא הייתי עושה צו להוצאות.

הנשיא א' ברק:
אני מסכים.

השופט י' עדיאל:

אני מסכים.

הוחלט, כאמור בפסק דינו של השופט ס' ג'ובראן.
ניתן היום, ב' בסיון תשס"ה (9.6.05).
הנשיא שופט שופט

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. H21.doc_01074280
מרכז מידע, טל' 02-6750444 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

## הסיכון היזמי - היבטים חוזיים ביזמות

במשחק החוזי **יזמים משתמשים בחוזי להקצאת סיכונים**, החוזה לא משפיע על הסיכונים אלא רק מקצה אותם. לדוגמא, כשעורכים חוזה שהוא צמוד מטבע חוץ אתה בעצם מקצה סיכון – העליה או הירידה של מטבע החוץ היא ללא שליטה. אפשר להשפיע על הסיכון המשפטי בחוזה – קובעים אחריות תחומי אחריות, בהרבה חוזים אומרים צדדים מהי המשמעות של משהו – ואז לא מבטלים אלא מצמצים סיכונים משפטיים. **אפרופים היה פסק דין רע בעניין זה: הוא רואה צד אחד לחוזה ואת המדינה**. הוא אומר שזה לא משנה שהובטח A, אבל הכוונה היא הכוונה המאוחדת. איך למצוא אותה זו שאלה טובה.

נניח שאפשר לתאר עולם שבו יודעים את הכוונה המאוחדת כי העולם הזה סגור. אבל נניח שאנו הולכים לעניין ברנדר. ברנדר קונה חלקת קרקע ברמת גן, הוא מקבל 30 ימים לקנות מגרש, הוא נגש לבנק ומבקש כסף. הבנק כאן ממן חוזה. איך הוא מסוגל לדעת את מהי פרשנות החוזה. (ע"א 8144/00) אז הבנקים יודעים שאין הם בהכרח מקבלים חוזים כשם שהם. מערכת המשפט הישראלית לא רק שנשלטת על ידי מלכים כמו תום לב ודרך מקובלת, זה ברור שבפעילות עסקית מקובלת כל הוספה של סיכון היא בעייתית. אנחנו נסיים בנקודה הזו.

יש שלוש שכבות של סיכונים : ברת שליטה, רנדומאלית ושל המערכת המשפטית.

### שוגי הסיכונים

**היזמות צריכה לבוא במקום בו יש אי ודאות חוזית חלקית**. בסביבת ההיי-טק יש פעילויות בתחום, במיוחד כשיש סיכון מסוים. קרן הון סיכון לא יודעת להעריך את הסיכונים בצורה טובה, אלא היא חיה עם חשיפה לסיכון. אנו מדברים על סביבה בה יש חשיפה ל**סיכונים אקראיים**. מול זה ראינו שקיימים **הסיכונים האופורטוניסטים** (לדוגמא, ברנדר) כאשר מתכננים פעילות עסקית כלשהי – באמצעות חוזים משפטיים. החוזים מקצים את הסיכונים הרנדומאליים – לכן כאשר משתמשים בחוזה אנו יכולים להגדיל עושר על ידי הקצאת הסיכון. אם היזמות לא מגדילה עושר אף אחד לא יתעסק בהקצאת הסיכון.

מהמר הוא לא מטומטם; ההימור הוא רציונאלי. אנשים עורכים פעילויות עסקיות כשכל תכליתן היא להחליף את הסיכון. הדוגמא הגבוהה ביותר היא חברת ביטוח. אנשים משלמים עבור הסיכון ועבור עלויות התפעול של חברת הביטוח – זו עסקת הפסד גדולה, ולכן מי שיש לו צי רכב גדול לא מבטח. אם יש זרם תקבולים עתידי שהוא עם סיכון כלשהו. אדם מוכן לקבל פחות מהערך הנוכחי במקום שהעסק מסוכן בשווי מסוים.

הסיבה השניה ש**מקצים סיכונים רנדומאליים** היא לא בגלל שנאת סיכון או אהבת סיכון – אבל יש אנשים שמוכנים להקצות את הסיכונים לרעתם גם אם אין להם שליטה עליו. יש את ה adverse Selection,

הסיבה העיקרית היא שיש אנשים שעלות הסיכון עבורם היא שונה עבור עלות הסיכון לאחר. למשל – יש אנשים שערך הכסף אצלם יותר נמוך ולכן הם מוכנים להכנס למשחק עקב שווי הסיכון. יש חוץ מאנשים יותר עשירים גם אנשים שמקצוענים בנטילת הסיכון הזה. סיכונים רנדומאליים הם מקום ליצירת עושר. לכן אם אני חשוף למקום בו יש יצירת סיכונים כאלו, אז חוזה נכון יפיק יותר עושר על ידי עצם ההקצאה עצמה. יש גם סיכון אופורטוניסטי – הסיכון שאדם יתנהג בצורה הממקסמת את הרווח שלו וכתוצאה מכך פוגע בך. הסיכון הוא שאדם יפר את התחייבותו כאשר יעיל לו לעשות כן.

## סיכונים אופורטוניסטים

עלריג נ' ברנדר: **היזמות אינה קניית הקרקע**, אלא היזמות מתחילה עם קניית הקרקע הנוספת. במקום לבנות את מה שניתן לבנות היום, אם נקח עוד חלקות ונשלם לעירייה את הפרמייה הראויה, כל החלקות שוות יחד הרבה יותר כדי להקים פרוייקט טוב מהפרוייקט הקיים. זו עסקה מסוכנת כי לא ברור שהעירייה תסכים. חוץ מהסכמת העירייה צריך גם הסכמה של שר הפנים. אחרי השגת הקרקע צריך לקבל אישור של התב"ע, וגם זו אי ודאות.

השאלה היא למה אדון ברנדר צריך את אדון ריגר כאן? ברנדר הוא יזם זר, הוא לא מכיר את התחמונים במדינת ישראל, צריך מישהו שמכיר את השוק וינהל את הפרוייקט. אבל, ריגר יודע לקבל את המימון בצורה יותר טובה. הוא היה פעם שחקן כדורסל בהפועל ת"א, רוצים אותו בעיקר בתור יזם מקצועי – הוא אמור להריץ את הפרוייקט במובן הפינאנסי. **ואז ברנדר שובר את החוזה**. מסתבר שהביטוי לא יעלה על הדעת עלה על הדעת.

מסתבר שברנדר מסיבות כאלו ואחרות – או הרצון להרוויח מיד מכה או שנמאס לו מהמשא ומתן עם ריגר. **ריגר מנהל משא ומתן עם הבנקים ועוד, אבל ריגר חושב שיש לו ביד חוזה – אמנם לא בכתב, ברנדר הסכים לקבל ממנו כסף ועשה עמו הסכם בהתנהגות**. אז מה קורה בהתנהגות אופורטוניסטית כאשר עלות אי הקיום היא יותר נמוכה מהרווח שהוא יפיק. סוג אחר של התנהגות אופורטוניסטית היא כשאנשים הם רעים. יש תג מחיר להפרה – החוק קבע אותו, ועוד תוספת של חריגה סבירה; ברגע שעלית על תוספת החריגה הסבירה המשחק נופל.

**ברניב לגבי תחרות:**

> אם יש שתי חברות – חדשה וותיקה – אז החברה החדשה היא טבעית יותר מסוכנת למזמין. המזמין לא מוכן לקחת את החדשים, כי הוא לא יודע איך הם עובדים. הם באים ואומרים שאם לא יקיימו את החוזה הם ישלמו פי שנים ונותנים ערבות בנקאית לפיצוי כפול. המשפט לא מכיר בפיצוי כפול כזה. יש דרך אלטרנטיבית – ניתן להוריד מחירים.

עלריג בא לטפל בבעיות אחרות – בסיכון האופורטוניסטי. מה יקרה אם האדון יפרוש מהמשא ומתן – במיוחד במקרה חריג של עלריג – שבו אחד הצדדים למשא ומתן מעמיד את עצמו בסיכון אופורטוניסטי

מקסימלי. מי שחשוף לסיכון האופורטוניסטי הוא ברנדר – כי ריגר יכול לברוח בכל רגע מהמשחק. אולם, מרגע שריגר כבר שילם, הוא חשוף לסיכון אופורטוניסטי – לריגר אין חוזה כתוב, וברנדר יכול להעלם בכל רגע. כמובן שאפשר להעלים את הסיכון הזה על ידי הכנת חוזה.

בתיאור של העסקה הם לא ידעו איך לסכם את זה – הם לא ידעו אם הם הולכים לבנות בעצמם – באמצעות עלריג או קלקא. זה משקף רמה גדולה של אי ודאות. החברים לא מבינים מה ואיך העסקה והאם לעשות BMBI כדאי במקרה הזה. הם לא מצליחי לסגור עסקה במשך שלושה חודשים. **המשפט הישראלי, כיוון שהוא לא מאפשר הפרה יעילה, מעודד התנהגות אופורטוניסטית.**

ברנדר, בעקבות קל-בניין ובעקבות פנידר ממשיך את המגמה של שימוש בסטנדרים ובמיוחד בתום הלב.

**קל-בניין** הוא שוב סיכון אופורטוניסטי. שם הסיכון זועק לשמיים. מדובר בפרויקט יזמות גדול ברעננה – לפרוייקט הזה צריכים עבודות תשתית. בכלל, בענפים עסקיים יש מבנה שונה של פירמות – אם עד לפני תקופה לא ארוכה פירמות היו מלאות במחלקות שעוסקות בכל, היום הכל נעשה ב outsourcing. יש בעיית שליחות אמיתית בחברות, וכל דיני החברות באות לטפל בזה. למה מעסיקים עובדים? (1) בעיית האינפורמציה – לא רלוונטית כיום, כיוון שבגלל המחשוב יש שקיפות מלאה של פעולות קבלן המשנה (2) תאום משאבים – גם לא בעייתית, הכל שקוף. (3) זמינות (4) נאמנות.

קל בניין בונה פרויקט ענק ברעננה והיא צריכה עבודות תשתית. היא פונה ב**מכרז סגור**; על ידי מכרז מאלצים אנשים לדבר אחד – הם לקחו דרך להשגת מחיר סביר וראוי – אפשר לנהל משא ומתן עם כל הצדדים, אבל אפשר לברור מתוכם את ה 2-3 שמתקרבים למחיר האמיתי. עושים מכרז סגור שממנו לוקחים את השנים הראשונים, ואז כולם מחויבים לתת מחיר קרוב לקו האדום שלהם. כדי למלא את המכרז צריך להעסיק כלכלנים ומהנדסים וכו', דברים אלו עולים לא מעט כסף. השלב הזה הוא אופורטוניסטי טהור, כי ער"**מ צריכה להשקיע כסף בלי לתת הערכות מחיר אבל היא משקיעה בכל מקרה בשביל להרים את החוזה**. זו התנהגות שממקסמת את העושר שלך על חשבון אחרים. זה מנגנון מאוד יעיל. (אין אפשרות להתנות אל חובת תום הלב מראש אלא רק בדיעבד – **שכון עובדים נ' זפניק**).

## חִיובֵי הִשתַדלוּת וחִיובֵי תוֹצאה

גלי עטרי זה סיפור משפטי מעניין. הוא בעצם לא פסק הדין הישראלי הראשון שעוסק בעניין, קדם לו פסק הדין **גול נ' אוריעל**, שבו מדובר על פרויקט שנכשל. השנים הקימו יזמות שלא שגשגה ואז הם עומדים בפני הסיטואציה שאו שהפרויקט נופל, או שאחד השותפים ירים את הפרויקט ויציל אותו. הבעיה הקטנה היא שהשותף שרוצה להרים את הפרויקט מוכן לעשות זאת בתנאי שאם הוא מצליח הכל שלו, ואם הוא לא מצליח אז הכל שלו.

הבנק דרש מבעלי המניות ערבות לחובות החברה, שעל פיו הוא ערב לבנק לאשראי שניתן על ידי הבנק לחברה. עכשיו, אם החברה מתמוטטת, זה ברור שהבנק מנסה לממש את הערבות נגד שני בעלי המניות. הבנק תובע את שני בעלי המניות לאחר שהחברה קורסת, ו**בעל המניות הראשון אומר לשני שהוא דורש שיפוי, כיוון שישנה התחייבות ששונה מההתחייבויות הרגילות**. לכן, יש לנו שני סוגי חיוב: חיוב השתדלות וחיוב תוצאה. זה **ברור שבסביבה יזמית יש יותר חיובי השתדלות**. חיובי תוצאה אפשר להבטיח בעסקאות שהודאות גדולה בהן. יש ענפי מקצוע שמבוססים על חיובי השתדלות. עורך דין נותן חיובי השתדלות – אני אשתדל לייצג את הלקוח בתוצאה הטובה. השכיחות של חיובי השתדלות בסביבות יזמיות הוא יותר גבוה, כי הכל מסתכלים פני עתיד ואיש לא יודע מה יקרה.

המבחן הוא שונה אם מביאים את התוצאה או לאו, כי אז המבחן של דיני החוזים הוא אחריות מוחלטת. מעבר לסייגי תום הלב והסיכון, אם התחייבת להביא חיוב תוצאה אז אין שום סיבה לא צפויה או חוסר תום לב. ההסבר השני נובע מאותם פסקי דין – במקרה שלנו, **בא בעל מניות א' ואומר שהוא יפעל על מנת להסדיר את ענייני החברה ולהציל אותה**. הוא לא מתחייב להציל את החברה אלא לפעול כדי להציל את החברה. והשאלה היחידה היא האם הוא קיים את חיוב ההשתדלות. אם הוא נכשל בפעולת קיום ההשתדלות, הרי שהתוצאה היא שהוא א. הפר את החוזה ומכיוון שאם שהוא הפר את החוזה הוא חייב לשאת בערבויות של ב'. א' אומר שהוא לא יכל להצליח אם הבנק מתנפל עליו אחר כמה ימים.

מה מיוחד גם כאן וגם בגלי עטרי? מה השאלה? מתברר שכאן נוצרו שני סטנדרטים. לא ברור איך בית המשפט מבסס את התיאוריה, אבל **הדין אומר שהכלל הבסיסי לגבי חיוב כלשהו בחוק החוזים הוא שחיוב שלא הוסכם על איכותו יקויים ברמה בינונית**. הכלל הזה אינו מחריג את החיובים על פי משפחותיהם (השתדלות\תוצאה) מהי בינוני הוא שאלה מורכבת שאין פסיקה שמסבירה אותה; בינוני זה לא ממוצע ולא סביר וגם בוודאי לא טוב. בינוני זה משהו אחר. הסטנדרט הוא שחיוב השתדלות יש לקיים באופן סביר. כאשר מדברים בעסקה יזמית, כאשר למשל יזמים מצפים לחיובי תוצאה.

פסק הדין בעניין גלי עטרי הוא ממש יזמות – האמרגן יוצר שם ערך חדש. מדובר על הקמת להקת "**חלב ודבש**". בעיני ברניב מדובר ביזמות אומללה, כי להגיע למקום הראשון באירויזיון ולא ליצר עושר רב יותר הוא לא משהו רציני. פסק הדין גול נ אוריעל נחתך ב 1995, הפרשה החלה ב 1977. כל השאלה שהתבקש בית המשפט היה מה משמעותו של חיוב השתדלות. על השאלה המשפטית הזו שלא צריך עד אחד קיבלו תשובה ב 1995. פסק הדין גלי עטרי מתחיל ב 1977. במצב דינאמי שיש מערכת משפטית שלא מסוגלת לספק הכרעות אלא במרווחים גדולים אז זו שאלה. הדבר המדהים מכל הוא לא שזה נמשך 15 שנים, אז יש אנשים שמוכנים להתפשר במקום לנהל דיון 15 שנים. כשאנשים עושים חוזים הם מראש לוקחים את הסיכון שהם יקבלו פחות. יש לוגיקה בזה שמטילים בחיוב השתדלות רמה יותר גבוהה של איכות. העובדה שבית המשפט העליון אמר זאת (ופ"ד גול נ אוריעל לא התפרסם).

מזכר ההבנות וזכרון הדברים: המטרה מקריאת המסמכים הללו, שעוסקת בפעילות מעין-יזמית, היא שנתחיל לעבוד עם מסמכים אמיתיים, ושנים – **לעשות את האבחנה הראויה בין מה שנקרא סיכונים רנדומאליים לסיכונים אופורטוניסטים**. ב letter of Intent הצדדים מדגישים את זה שהם אינם מתכוונים להיות קשורים בעסקה משפטית. אם כן, למה אנשים עושים מסמך הבנות? בסעיף 14 נאמר כי המסמך לא מכיל את כל התנאים של הצדדים. **מה שהצדדים עושים הוא להמנע מהתנהגות אופורטוניסטית.** יש לזה ביסוס גם בהקשרים אחרים של מסמך בכתב. ישנה פסיקה ותיקה שבה אדם הסכים לבוררות לפי הסכם פלוני חיצוני ובית המשפט האנגלי הפורמאליסטי וקבע שזה עונה לדרישת הכתב.

החוזה מונע מהצד האחר להתנהג באופן אופורטוניסטי;

מטרת המסמך הזה הוא לא רק להראות לצדדים, אלא **גם לצדדים שלישיים שיש אפשרות לעסקה.** אפילו ביחסים בין הצדדים יכול להיות משקל למסמך כזה. המסמך הזה קיים בתחום המימוני – זה אומר שבתנאים מסויימים יש כוונה לממן פרויקט כזה וכזה. למסמך כזה יש משמעות בדיני תום הלב למיניהם, וגם במישור של היחסים הנקשרים ב LOI. הצדדים יכולים לומר שאין חוזה, אבל מי שקרא את הניירות רואה שהצדדים אומרים איך הם מסתמכים זה על זה ואיזו רמת התנהגות הם מצפים. בעניין זה הם מראים למה הם מצפים, ואם המסגרת תופר יש לזה משמעות משפטית.

> למיטב הבנתי, אני בטוח שעוד לא נולד השופט במדינה שבה משטר דומה חל בה שהגיע לרמה של תום לב כמו בישראל.

## Letter of Intent

**קבוצה יזמית שצריכה לגייס כסף ולפתח תוכנה צריכה משאבים פונה לגוף שיעזור לה להשיג מימון.** בסוף ההתדיינות יוצא מכתב, ובסוף מסתבר שכשהצד השני רוצה לקנות את המניות הצד הראשון מסרב. הויכוח הוא האם זה LOI או חוזה. יש כאן חיוב השתדלות, ולא בינוני או סביר, אלא על הצד הטוב ביותר. השאלה פה היא האם מכתב הכוונות מגבש הסכמה חוזית או לאו.

**כנראה שאין גמירות דעת לפחות בגלל שזו מוכחשת במסמך מראש**. השאלה היא מתי עושים כאלו דברים, יש שלבים קודמים של יזמות שבהן אי אפשר לייצר מסמך הבנות פשוט. יש לא מעט שמות: Letter of intent, commitment letter, memorandum of understanding וגם כשרואים מסמכים כאלו זה לא מגיע לרמה של הסכמה. הביטויים האלו שגורים בתעשיה. המסמכים מגיעים בהקשרים שונים.

> בזמנו ייצגתי בארץ חברת בניה גדולה מחו"ל. החברה הזו היתה אמורה לבנות אלפי יחידות דיור עבור הממשלה, זה עסק לא פשוט לחתום חוזה עם הממשלה ועל מנת שהממשלה תכרות עמך חוזה יש צורך בהרשאה תקציבית ואם זה חוזה רב שנים, ואין אישור לתקציב של שנה הבאה אפשר לאשר אם

הועדה מאשרת פרוייקטים מהסוג הזה, ולכן הממשלה לא יכולה להתקשר בחוזה. אנו קיבלנו letter of intent ואתה מראה אותו בחו"ל. הבנק בחו"ל מוכן לעשות איתך את התוכנית העסקית ואולי אפילו לממן אותך.

## Term Sheet

המסמך הבא הוא מאוד אופייני לתעשיה ספציפית בלבד. המסמך נקרא Term Sheet. בדרך כלל משתמשים בו בתעשיית ההיטק ומשתמשות בו קרנות הון-סיכון; ה**מסמך מגדר את האפשרות להשקעה של הקרן במסגרת היזמית.** אחרי ההצגה הראשונית של הפרוייקט הם נותנים לך גליון כזה שמצאר את העקרונות של המשחק שלהם. הכל במסמכים האלו כפוף ל **due diligence** שהוא חשיפת כל הפרטים (בדיקת נאותות) שבמסגרתה קובעים את הפרמטרים והיה והפרמטרים האלו מתגשמים תהיה סגירה. הם מבקשים אישור שהתנאים מקובלים בכלליות, כי בלי DD אין משא ומתן. המשא ומתן בא במסגרת של חוזה שאומר "היה ו...אנחנו לאחר החוזה נגמור DD אז יהיה Closing" מהיום של ה closing אנחנו חברים. ביום של הסגירה, לאחר שנוודא שהכל נכון. אחרי ה closing עוברים מכל הצדדים וכו' וכך נוצרת העסקה החדשה.

נושא אחר שאכפת לאנשים ומופיע הרבה הוא הנושא של מבנה הנהלה. ה VC לא לוקח עמדת שליטה בעסק ולכן הוא דורש עמדה מסוימת בדירקטוריון; עוד סעיף שאין TS בלעדיו הוא סעיף **אי תחרות** – או אקסקלוסיביות (כל עוד יש מו"מ אסור לנהל מו"מ עם אחר). כשיש חוזה בטוח יש אקסקלוסיביות. נושא אחר שמופיע כמעט תמיד הוא התכנית העסקית. הואיל והתכנית העסקית באה בשלב מוקדם של המשא ומתן, אז לכאורה אי אפשר להגיד שהיא מחייבת, אבל היא הדבר שהוא הגורם הבסיסי שמונע את ה venture להכנס. כי הוא לא עושה בדיקות מעמיקות עד שהוא רואה את התכנית. למסמך יש כמה משמעויות. הסיווג המשפטי שלה הוא בעייתי.

### מוטס נגד בוגנר:

הפרשה מתחילה ב 1998. זוהי פרשה שבה אדון דורון מוץ איזה בחור דגול במחשבים (מקינטוש) והם מכירים ביחידות מסוימות בצה"כ[6] שבהן הם שירתו. 1998 זה אינטרנט צעיר, טיפה לפני מיראביליס אבל צ'קפוינט כבר קיימת, ואז הטענה היא שדורון טוען "*אני שמעתי שהולכת להיות המצאה גדולה – פס רחב, אם אנחנו מחוברים דרך מודמים שמזרימים 57,600 סל"ש אז הרשת הולכת להתרחב*". ויש בעיה – כי ככל שהאינפורמציה ברשת זורמת באופן מהיר יותר כך גם תתעורר בעיה של בטיחות הרשת. פירמות גדולות יודעות לטפל בזה, הן משתמשות במוצרים כמו מוצרי צ'קפוינט (פיירוול) (דורשת שרת נפרד ולא מתאימה למשתמש הביתי) המשתמש הביתי יצטרך מערת פשוטה שתגן מפני כניסה למחשב; ואז אומר דורון: "למה שלא נעשה את הדבר הבא, בוא נייצר פיירוול שיעבוד בשיתוף פעולה עם הספקים", הם ביקשו לייצר פיירוול שמושתל במודמים, וללכת לספקי הגישה ולהציע להם את המודמים האלו.

---

6 צבא הכיבוש.

החבר'ה האלו דנים בעניין, וזה עסק לא פשוט; הם מצרפים עוד אדון והשלשה הזו יוצאת במיזם.
פסק הדין מתאר את כל הסיפורים שסיפרנו עד היום. מה שלושת המוסקיטרים יודעים? יש להם רעיון שהם צריכים לנסות לפתח, לבדוק אם הרעיון יכול לעבוד. הם הולכים לחברה ישראלית שמייצרת מודמים; שום דבר לא זז כמו שצריך. לאחר תקופה מסוימת, דורון אומר לחברים שלו שהוא מוריד פאזה כדי לצאת לארצות הברית.

אז יום אחד החבר'ה האלה הולכים לצ'קפוינט בנושא אחר, הם פוגשים את המזכירה ומבקשים פגישה עם גיל שוויד. הם נכנסים לגיל שוויד ואומרים שיש להם רעיון. הסיבה שהם שם היא לא לפתח, אלא כי אחד מהם הוא מומחה מק ועובד חיצונית עבור צ'קפוינט בפיתוח מוצרים לסביבה מקית. שוויד מאוד מתלהב מהרעיון והוא אומר להם: "בואו נתחיל". עכשיו זו חברה מסודרת עם מיזם משותף, והיזם המשותף מביא להקמה של חברה שנקראית סופ.

דורון חוזר מארה"ב וטוען שהוא שליש מהחברה. יש כאן המון שאלות. אין ויכוח במשחק שהוא היה הראשון במשחק. אם הוא לא היה מדבר על פס-רחב ועל הרעיון שמשתמשים פרטיים יצטרכו פיירוול. אבל אין לו שום הגנה קניינית, **לא כל רעיון אפשר לרשום כפטנט**. הפטנט נרשם לא כשיש רעיון אלא גם כשיש דרך מעשית. עד היום דיברנו על אפשרות של אדם לצור שיתופי פעולה של אחרים במיזם כדי לקדם יחד בשיתוף פעולה; החבר'ה האלה שהם הייטקיסטים בטוח לא יודעים איך לטפל בבעיה ואנו רואים שהבעיה היא איך ליצר מסגרות משפטיות שיתנו לך הגנה מאופורטוניזם. העילה החלופית היא של עשיית עושר ולא במשפט.

## חוסר הוודאות החוזית

פסק דין חדש של מיכל אגמון-גונן נוגע למכירה של יחידות נופש בחלוקת זמן. לפני מספר שנים נקבע בחוק הגנת הצרכן כי אפשר לבטל עסקה 14 ימים לאחר החתימה במקרים של יחידות חלוקת זמן, רוכלות ועסקאות מרחוק. מזמינים אנשים לאירוע, עושים להם מצגת של גן עדן ומסבירים להם כמה המקום נפלא, ואז ליד כל זוג אנשים מתיישב סוכנ\ת מכירות שמפעיל עליהם מכבש שכנוע. בני הזוג חתמו לפני התיקון בחוק הגנת הצרכן. כל שמשנה בעניין הוא הבעיה המשפטית: כשאתם כורת חוזה ויש נתונים שסותרים את המצגים שנעשו קודם ובמיוחד שהמצגים היחידים עליהם מותר להסתמך הם החוזה. השופטת אומרת שפגיעה בחובת תום הלב היא שנלווה לכך סעד של ביטול. אני מאוד מקווה שיהפכו את פסק הדין בערעור.

ע"א 8144/00

ע"א 8170/00

בפני: כבוד הנשיא א' ברק, כבוד השופט א' מצא, כבוד השופט א' א' לוי

ע"א 8144/00

# עלריג ואח' נ' ברנדר ואח'

ערעורים על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו מיום 26.9.02 בת"א 882/96 שניתן על-ידי כבוד השופט א' סטרשנוב.

תאריך הישיבה: כ"ו באדר תשס"ב (10.3.02)

אזכורי חקיקה:
חוק החוזים (חלק כללי)
חוק החוזים (חלק כללי) 12
חוק המקרקעין 6
חוק המקרקעין 8

אזכורי פסיקה:

ע"א 8170/00, ע"א 8144/00, ע"א 986/93, ע"א 274/79, ע"א 6370/00, ע"א 457/81, ע"א 417/76, ע"א 126/80, ע"א 499/89.

## פסק דין

[161]

השופט א' מצא:

ערעורים מזה ומזה על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי (כבוד השופט א' סטרשנוב), שלפיו חויב המערער בע"א 8170/00, יוסף ברנדר (להלן: ברנדר) לשלם למערערים בע"א 8144/00, יוסף ריגר (להלן: ריגר) ועלריג נכסים (1987) בע"מ (להלן: עלריג) - שביחד יכונו להלן: המערערים - פיצויים בשל הפרת חוזה בסך השווה ל-176,227 דולר, בצירוף ריבית דולרית בשיעור 8% לשנה מיום הגשת תביעתם לבית המשפט.

## העובדות וגדר המחלוקת

2. ברנדר, איש-עסקים תושב אוסטרליה, ניהל עסקים בישראל. בין היתר, היה בעליה העיקרי ומנהלה של מטריטן סנטר קורפ. (המשיבה 2 בע"א 8144/00; להלן: מטריטן), חברה שנרשמה בשעתו בוואדוז ואשר נמחקה מן הרישום לפני סיום הדיון בהליך לפני בית המשפט המחוזי. ריגר, מבעלי השליטה והמנהלים של עלריג, הוא איש עסקים ישראלי.

מטריטן הייתה הבעלים של חלקת-קרקע גדולה ברמת-גן (להלן: חלקת מטריטן). גבלו בחלקת מטריטן שלוש חלקות קטנות שהיו בבעלות העירייה (להלן: חלקות [162] העירייה). לפי תכנית-בנין-עיר, שדבר אישורה פורסם ביום 13.5.1993, יועדו חלקת מטריטן וחלקות העירייה להתאחד ליחידת רישום אחת, שעליה ניתן יהיה להקים מגדל-מגורים רב-קומות מעל לקומת-מסד ושטחים מסחריים. בסמוך למועד פרסומה של התכנית החדשה, הקנתה עיריית רמת-גן למטריטן זכות-ברירה (אופציה) לרכישתן של חלקות העירייה.

על רקע זה, וברצונו לקדם גיבוש תכנית לפיתוח היחידה הקרקעית המאוחדת, בא ברנדר בדברים עם ריגר, והשניים נשאו ונתנו בדבר אפשרות לשיתוף במיזם מתוכנן, אם בדרך של בנייה עצמית, אם בעשיית עסקת "קומבינציה" ואם בדרך אחרת. כשלב ביניים הכרחי, לקראת ביצועה של תכנית משותפת כלשהי, היה על מטריטן לרכוש את חלקות העירייה. ריגר, שקיווה להשתלב (בין בעצמו ובין באמצעות עלריג) בעסקת הקמתו של המיזם העתידי, הסכים לממן את רכישת חלקות העירייה, שהצריכה השקעת סך כולל של 2,159,028 דולר. כן קיבל על עצמו לפעול להשגת האשראי הבנקאי שיידרש למימוש התכנית שתגובש בהסכמה. אך בין ברנדר לבין ריגר לא נכרת חוזה בכתב המגדיר את חיוביהם ההדדיים.

3. ביום 1.7.1994 נכרת חוזה בין עיריית רמת-גן לבין מטריטן, שלפיו רכשה מטריטן את חלקות העירייה תמורת 1,994,000 דולר. בהתאם לחוזה היה על מטריטן לשלם לעירייה על חשבון מחיר הרכישה סכום השווה ל-700,000 דולר. ביחס ליתרת התמורה הוסכם, כי היא תשולם תוך שלושים ימים מקבלת אישורו של שר הפנים לעסקת המכר. לבקשת ברנדר, ובמסגרת המשא-ומתן שהתקיים ביניהם, שילם ריגר לעירייה את מלוא המקדמה (סכום השווה ל-700,000 דולר) לסילוק חיובה של מטריטן בהתאם לחוזה הרכישה. במועד סמוך לכך שילם ריגר סכום נוסף, השווה ל-100,000 דולר, לכיסוי חלק ממס הרכישה החל על העסקה.

בחודשים יולי-אוקטובר 1994, בעקבות כריתת החוזה לרכישת חלקות העירייה, דנו ברנדר וריגר ביניהם, אודות הדרכים האפשריות לניצול הזכויות בשטח. במקביל פעל ריגר להשגת האשראי הבנקאי הנדרש לביצועו המיזם. ואולם ביום 1.1.1995, לאחר ששר הפנים אישר את החוזה שבין העירייה לבין מטריטן, מכרה מטריטן לשתי חברות אחרות - חברת ההשקעות "אוסיפ" והחברה הקבלנית "אביב" (להלן: החברות הרוכשות) – את מלוא זכויותיה בחלקת מטריטן ובחלקות העירייה. במחיר כל החלקות שילמו החברות הרוכשות סכום כולל של 12,191,028 דולר. מתוך סכום זה קיבלה מטריטן סכום השווה ל-9,341,028 דולר, בעוד שיתרת הסכום שולמה, על-ידי החברות הרוכשות, לסילוק חבותה של מטריטן במס השבח שחל על עסקת המכר.

[163] עסקה זו, שעליה לא טרח ברנדר ליידע את ריגר מראש, השמיטה את הקרקע מתחת לתכניות בדבר המיזם המשותף בהן דנו השניים במשך חודשים ארוכים. משנמכרו החלקות, ביקש ברנדר להחזיר לריגר את תמורת הסכום 800,000 דולר, אותו שילם ריגר עבור מטריטן, על חשבון מחיר הרכישה של חלקות העירייה ומס הרכישה שחל על רכישתן. מלכתחילה סירב ריגר לקבל את ההחזר, אך לבסוף הסכים לקבלו תחת מחאה ותוך שמירת זכויותיו. ריגר טען, כי תשלומיו לעירייה ולמס רכישה, בעסקת הרכישה של חלקות העירייה, בוצעו במסגרת חוזה על-פה, להקמתו של המיזם המשותף, שנכרת בינו לבין ברנדר. בהתאם למוסכם, טען, קיבל על עצמו לממן את רכישת חלקות העירייה וכן לפעול להשגת המימון הנדרש להקמת המיזם. בתמורה לכך זכאי היה להיעשות שותף בפרוייקט שיוקם, כשחלקו בשותפות הוא 25%, כשבשלב ראשון ובתמורה להסכמתו לממן את רכישת חלקות העירייה, התחייב ברנדר להעביר לו את הזכויות בחלקות העירייה, לאחר שהללו תועברנה למטריטן.

ברנדר טען, כי תשלומי ריגר, בקשר לרכישת חלקות העירייה, שולמו על-ידו כפיקדון בלבד, לקראת כריתתו של חוזה בין הצדדים שבסופו של דבר לא נכרת. הוא הכחיש, שבתמורה להסכמת ריגר לממן את רכישת חלקות העירייה, הבטיח להעביר לריגר את מלוא הזכויות בחלקות אלו לאחר שהללו תועברנה למטריטן. במסגרת בדיקת האפשרות למיזם משותף - טען ברנדר - אמנם הבטיח להעביר לריגר 25% מן הזכויות בחלקה המאוחדת העתידית ובמבנה שיוקם עליה; אלא שהבטחה זו התבססה על ההנחה שאמנם יגיעו לכלל גיבושו של חוזה ושחלקו של ריגר בביצוע החוזה יכלול, בנוסף למימון עסקת הרכישה של חלקות העירייה, גם את השגת האשראי הבנקאי הנדרש (בהיקף משוער של 20-25 מיליון דולר) לכיסוי הוצאות הבנייה של הפרוייקט.

אילו הגיעו לכריתתו ולביצועו של חוזה כזה, אכן עתיד היה ריגר לזכות ב-25% מכלל הזכויות במיזם המשותף. אלא שבסופו של דבר, מגעיהם לא הובילו להסכמה, ובהיעדר הסכמה לא נכרת ביניהם חוזה.

4. על רקע המחלוקת שנתגלעה בין הצדדים הגישו המערערים (ריגר ועלריג) את תביעתם לבית המשפט המחוזי. התביעה הופנתה נגד ברנדר, נגד מטריטן ונגד נחום קלקא (המשיב 3 בשני הערעורים), שלפי הנטען נמנה עם בעלי השליטה במטריטן ועתיד היה (באמצעות החברה שבשליטתו, קלקא נחום בע"מ) להיות הקבלן המבצע של המיזם. תביעת המערערים התבססה, לחלופין, על עילות של הפרת חוזה, הפרת החובה לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב בניהול משא-ומתן ועשיית עושר ולא במשפט, ועתירתם הייתה לחייב את הנתבעים לשלם להם את חלקם בסכום הרווח שהפיקו מעסקת מכירתן, לחברות הרוכשות, של חלקת מטריטן וחלקות העירייה. בכתב-הגנתו כפר [164] ברנדר בקיומו של חוזה, הן בשל היעדר מסוימות ביחס לנושא ההסכמה והן בשל היעדר מסמך בכתב כדרוש לשכלול התחייבות תקפה לעשיית עסקה במקרקעין.

## בית המשפט המחוזי

5. בית המשפט המחוזי פסק, כי היחסים בין ריגר לבין ברנדר הבשילו לכדי חוזה מחייב וכי הסכומים ששילם ריגר, על חשבון רכישת חלקות העירייה, היוו חלק מביצוע החוזה. בית המשפט לא דן בטענת ברנדר, כי בהיעדר מסוימות בדבר סוגו והדרך להקמתו של המיזם המשותף, לא ניתן לייחס לו התקשרות חוזית מחייבת עם ריגר, המקנה לריגר זכויות של שותף

במיזם כזה. לעניין זה (כך לפחות משתמע מפסק הדין), הסתפק בית המשפט בהנחה, שאף היא התבססה על גרסתו של ריגר, כי במהלך מגעיהם שקלו ברנדר וריגר גם את האפשרות למכור את כלל החלקות. אלא שברנדר, שחזר בו מהסכמתו למיזם המשותף, מכר את כלל החלקות, מבלי לשתף בכך את ריגר, ואף מבלי ליידעו מראש אודות כוונתו. בעשותו כן, הפר את חוזהו עם ריגר. תרופתו של ריגר, בנסיבות אלו, היא קבלת חלקו המוסכם (25%) מן התמורה ששילמו החברות הרוכשות תמורת החלקות, בניכוי חלקו במס השבח ששולם בגין עסקת המכר ובניכוי מלוא הסכום שקיבל על עצמו לשלם תמורת רכישת חלקות העירייה. בדרכו להכרעה זו דחה השופט המלומד את טענת ברנדר, כי בהיעדר חוזה בכתב, כדרישת סעיף 8 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, אין לייחס לו התחייבות תקפה לעשיית עסקה במקרקעין. טעמו לכך היה, כי ברנדר הפר את חובתו לנהוג בשלב המשא-ומתן בדרך מקובלת ובתום לב וכי "לאור ההלכה שנפסקה בע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד נ(1) 185, ניתן להכיר בהתחייבות לעסקה במקרקעין, גם בהעדר מסמך מפורש בכתב, ותוך הכרה בעיקרון תום הלב שבסעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973". בסיכומו של דבר חייב בית המשפט את ברנדר לשלם למערערים פיצויים בשיעור השווה ל-25% מן הסכום שאותו שילמו החברות הרוכשות בעבור כלל החלקות, בניכוי 25% מן הסכום ששולם כמס שבח ובניכוי מלוא הסכום שלפי החוזה היה על ריגר לשלם בתמורה לרכישת חלקות העירייה. לסכום שנתקבל, 176,227 דולר, צירף בית המשפט חיוב בריבית (דולרית) בשיעור של 8% לשנה, מיום הגשת התביעה, וכן חיוב בהוצאות ובשכר-טרחת עורך-דין בסכום כולל של 60,000 ש"ח.

מטריטן, שנמחקה מן הרישום ויצאה מן התמונה לפני מתן פסק-דינו של בית המשפט המחוזי, לא חויבה; אך יצוין כי ברנדר לא חלק על היותו אחראי, באופן אישי, לכל הפעולות שבאופן פורמלי בוצעו על-ידי מטריטן, ואף לא על קיום יריבות אישית ישירה בינו לבין ריגר. התביעה נגד קלקא נדחתה בשל היעדר יריבות בין המערערים לבינו.
[165]

## הערעורים

6. שני הצדדים מערערים לפנינו על פסק הדין. ברנדר חוזר בערעורו (ע"א 8170/00) על הטענה, כי מגעיו עם ריגר לא הבשילו לכדי חוזה מחייב. מכל מקום, טוען הוא, הרי שבהיעדר מסמך בכתב, שבלעדיו אין קיום להתחייבות לעשיית עסקה במקרקעין, היה דין תביעתו של ריגר להידחות. לחלופין, טוען ברנדר, כי אף אם יימצא כי ההסכמות שהושגו על-פה בינו לבין ריגר היוו חוזה מחייב, אין ריגר זכאי אלא להשבה.

7. המערערים (ריגר ועלריג) מגינים על מסקנת בית המשפט המחוזי, שחרף אי-עריכתו של חוזה בכתב נוצרה בין הצדדים התקשרות חוזית מחייבת. עם זאת משיגים הם בערעורם (ע"א 8144/00) על גובה הסכומים שנפסקו לזכותם, ובפיהם ארבע טענות עיקריות: ראשית, כי על בית המשפט היה לפסוק להם חלק יחסי גדול יותר מרבע הסכום ששולם בעד כלל החלקות, באשר מכירתן של חלקות העירייה (להבדיל ממכירתה של חלקת מטריטן) לא גררה חיוב בהיטל השבחה. שנית, כי בית המשפט המחוזי שגה בכך שמסכום הפיצוי שפסק לזכותם ניכה 25% מסכום מס השבח ששולם בגין עסקת המכר שבגדרה מכרה מטריטן את מלוא זכויותיה בחלקות לחברות הרוכשות. שלישית, כי בית המשפט שגה בכך, שזיכה אותם בריבית דולרית בשיעור 8% בלבד, ומיום הגשת התביעה בלבד, בעוד שמן הדין היה לזכותם ב-11% ריבית, וזאת החל מיום 1.1.1995 (מועד מכירת החלקות לחברות הרוכשות). ורביעית, כי הסכום 60,000 ש"ח, בו חויב ברנדר בגין הוצאות משפט ושכר-טרחת עורך-דין, איננו מכסה אף את אגרת המשפט שאותה שילמו במועד הגשת תביעתם; ונמצא כי חרף זכייתם במשפט, נגרם להם חסרון-כיס.

## כריתת החוזה ודרישת הכתב

8. בבחינת השאלה אם במשא-ומתן שקיימו ביניהם הגיעו ברנדר וריגר לכלל הסכמה מגובשת יש, לדעתי, להבחין בין סוגיית ההתקשרות בחוזה לעניין הקמתו של המיזם המשותף לבין סוגיית ההתקשרות בחוזה לעניין רכישתן של חלקות העירייה. ריגר גרס, כי בינו לבין ברנדר נכרת חוזה בגדרו הסכימו הן על הקמתו של המיזם המשותף והן על רכישת חלקות העירייה. ברנדר, לעומתו, טען כי מגעיהם בעניין המיזם המשותף לא הניבו הסכם, ואילו מה שהוסכם ביניהם בעניין רכישת חלקות העירייה היה כפוף להשגת הסכם בעניין המיזם המשותף. השופט המלומד, שקיבל במלואה את גרסת ריגר, לא נדרש להבחנה בין שתי הסוגיות. אני סבור, כי ריגר לא הניח תשתית מספקת לטענתו, כי בינו לבין ברנדר נכרת חוזה על-פה לעניין הקמתו של מיזם משותף. [166] השניים אמנם הסכימו ביניהם במה תתבטא תרומתו של ריגר למיזם ומה יינתן לו בתמורה; אך ביחס לתכנונו הראוי של המיזם, וביחס לדרך בה יבצעו אותו, לא חרגו מגעיהם של הצדדים מגדר ניהול משא-ומתן.

שונים פני הדברים בכל הנוגע לסוגיית ההתקשרות בחוזה לעניין רכישת חלקות העירייה. לא הייתה מחלוקת בין הצדדים כי שוויין של חלקות העירייה היה כ-25% משווייה של החלקה המאוחדת, העתידה להיווצר לאחר איחודן של חלקות העירייה עם חלקת מטריטן. על רקע זה הוסכם בין ברנדר לבן ריגר, שבתמורה למימון רכישתן של חלקות העירייה ולהשגת המימון הדרוש לביצועו של המיזם המשותף, יקבל ריגר 25% מן הזכויות בחלקה המאוחדת וכן מן השטחים הבנויים שיוקמו עליה. ברנדר אמנם הכחיש את טענת ריגר, שכנגד הסכמת ריגר לממן את רכישתן של חלקות העירייה, התחייב להעביר לריגר את מלוא הזכויות בחלקות אלו עם העברתן למטריטן. אך מדברים שאמר ברנדר, בתשובה לשאלות שהוצגו לו בחקירתו הנגדית על-ידי בא-כוחם של המערערים, עולה הודיה עקיפה בטענתו האמורה של ריגר. כך, למשל, כשנתבקש להסביר את מהות

העסקה עם ריגר, אמר ברנדר (בעמ' 40 לפרוטוקול):

> אנו רצינו שיממן את הבנייה שניתן יהיה לקבל אישור עליו... והמדובר ב -20 עד 25 מיליון דולר. ריגר הבטיח שיוכל למצוא את המימון ואז הסכמנו למכור לו את מגרש העירייה שחתמנו חוזה איתם ב -2 מיליון דולר וזה היה 25% מכל הפרוייקט (ההדגש הוסף – א' מ').

ולשאלה במה התבטאה התחייבותו כלפי ריגר השיב ברנדר (בעמ' 41):

> כדי שהוא יביא את המימון אנו הסכמנו למכור לו 25% מהמגרשים שהיו שלנו וכן את מגרש העירייה. בגמר הבנייה היה מקבל 25% מן השטח הבנוי. אם הוא היה משלם 2 מיליון דולר והיה מביא את המימון עבור הכול היה שותף ב -25%.

בתשובה לשאלה נוספת הסביר ברנדר, כי בדברו על "מימון" כוונתו לכך שעל ריגר היה להשיג מימון בנקאי, ולא לכך שהיה עליו לממן את הקמת הפרוייקט מכספו. וכשנתבקש להסביר את אמירתו, כי התחייב "למכור לריגר את מגרש העירייה", השיב ברנדר (שם):

> לא היינו מסוגלים למכור לו את מגרש העירייה כי החוזה שלנו עם העירייה אמר מפורשות שיש לאחד את המגרשים כעבור 120 יום. היינו צריכים למכור לו 25% מהמגרש המשותף (ההדגש הוסף – א' מ').

[167] מדברי ברנדר ניתן להסיק, כי בתמורה להסכמתו לממן את רכישת חלקות העירייה ולהשיג את האשראי הבנקאי הדרוש להקמת המיזם, יהיה ריגר זכאי לקבלת 25% מן הזכויות בחלקה המאוחדת ובשטחים המבונים. לנוכח התחייבותה החוזית של מטריטן כלפי העירייה, להביא לאיחוד החלקות תוך 120 ימים ממועד רכישתן חלקות העירייה, לא ניתן היה, לדידו של ברנדר, "למכור" לריגר את חלקות העירייה; אך העברת רבע מן הזכויות בחלקה המאוחדת נמשלה, בעיניו, להעברת מלוא הזכויות בחלקות העירייה. בטענת ברנדר, כי בשל התחייבותה כלפי העירייה, להביא לאיחוד החלקות, נמנע ממטריטן להעביר את הזכויות בחלקות העירייה לריגר, לא היה ממש. הא ראיה, שאת זכויותיה בכלל החלקות מכרה מטריטן לחברות הרוכשות עוד בטרם נקטה מהלכים לאיחודן של החלקות. מעדותו של ריגר, שזכתה לאמונו המלא של בית המשפט המחוזי, ומן העיון בכלל הנסיבות ובתשובותיו של ברנדר, אכן עולה המסקנה, כי ברנדר אכן התחייב להעביר לריגר את הזכויות בחלוקת העירייה, לאחר שהללו תועברנה למטריטן. גם הגיונה העסקי של קביעה זו איננו מוטל בספק. חלקות העירייה נועדו אמנם להוות חלק מן השטח שעליו יוקם המיזם המשותף; ואילו הגיעו הצדדים לכלל הסכמה בנושא הקמתו של המיזם, די היה לריגר בהבטחת ברנדר להעביר לו 25% מן הזכויות בחלקה המאוחדת. אך משלא הגיעו לכלל הסכם מוגמר לעניין הקמתו של המיזם המשותף, היה טעם רב בהסכמתם שחלקות העירייה תועברנה לריגר, כמי שהתחייב לממן בכספו את רכישתן.

9. דא עקא שהתחייבותו של ברנדר, להעביר לריגר את הזכויות בחלקות העירייה, לא עוגנה במסמך בכתב. ברנדר טען, כי משלא נערך מסמך בכתב, כמצוות סעיף 8 לחוק המקרקעין, אין לייחס לו התחייבות אכיפה להקנות לריגר זכות במקרקעין. תשובת ריגר לכך היא, כי מאחר ובמועד כריתת החוזה, ברנדר ומטריטן טרם היו בעלי "זכות במקרקעין" בחלקות העירייה, אלא רק בעלי זכות-ברירה לרכישתן, התחייבות ברנדר להעביר את החלקות לריגר לא הייתה התחייבות לעשיית "עסקה במקרקעין" ומכאן שלא הייתה טעונה מסמך בכתב.

הדין במחלוקת זו הוא עם ברנדר. "הקניה של בעלות או של זכות אחרת במקרקעין" (לשון סעיף 6 לחוק המקרקעין) מהווה "עסקה במקרקעין", שלפי סעיף 8 לחוק התחייבות לעשותה טעונה מסמך בכתב. וברנדר, ללא ספק, התחייב להקנות לריגר את זכות הבעלות בחלקות העירייה. מצב זכויותיהם הקנייניות בחלקות של ברנדר ומטריטן, בעת כריתת החוזה עם ריגר, איננו משליך על סיווגה של העסקה כ"עסקה במקרקעין", שהלוא אף התחייבות לעשיית עסקה עתידית במקרקעין, לאחר שהקניין בהם יגיע לידי המתחייב, טעונה מסמך בכתב (ע"א 274/79 חורי נ' כנען, פ"ד לה(3) 337, [168] דברי הנשיא שמגר בעמ' 348ז'). והעסקה נשוא עניינו הייתה מסוג זה.

10. השופט המלומד, כאמור, סבר, כי משהפר ברנדר את חובתו לנהוג במשאו ומתנו עם ריגר בדרך מקובלת ובתום לב, ניתן להחיל על המקרה את הלכתו של ע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד נ(1) 185, וליתן תוקף להתחייבותו החוזית, אף שזו לא עוגנה במסמך בכתב. עמדה זו אינה מקובלת עליי. בפרשת קלמר נ' גיא אמנם נפסק, על דעת רוב השופטים, כי יש והפרת החובה לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב תביא לצמצום ולהגמשת הדרישה לעריכת מסמך בכתב. בנסיבותיו יוצאות הדופן של המקרה ההוא נקבע, כי הפרת חובת תום הלב של מי שהתכחש להתחייבותו לאחר שקיבל את מלוא התמורה המוסכמת, גוברת על היעדרו של מסמך בכתב. עם זאת צוין בפסק הדין, כי השימוש בעקרון תום הלב, כדי להתגבר על דרישת הכתב, חייב להיעשות בזהירות רבה ולהגביל את עצמו למקרים מיוחדים. כדברי חברי, הנשיא ברק, שמפיו נפסקה ההלכה האמורה:

> כמובן, השימוש בעיקרון "המלכותי" של תום-לב להגמשת דרישת "הכתב" צריך להיעשות בזהירות רבה. רק במקרים מיוחדים ויוצאי דופן יש מקום להיזקק לעקרון תום הלב כדי להתגבר על עקרון הכתב. המאפיין מצבים אלה הוא שעולה מהם "זעקת ההגינות" המצדיקה סטייה מעקרון הכתב (שם,

בעמ' 197ה').

ויצוין כי גם השופט א' גולדברג, אשר הצטרף לדעת הנשיא מתוך שסבר כי "בנסיבותיו של מקרה זה יש להעדיף את ערך ההגינות על דרישת הכתב שבסעיף 8 לחוק המקרקעין" (בעמ' 198ב'), הזהיר מפני האפשרות "שיישום עיקרון זה לא יפרוץ מעבר למותחם, ויוגבל למקרים שבהם הייתה הסתמכות משמעותית על החוזה, 'שהתעלמות ממנה תוביל לתוצאה קשה ובלתי צודקת הנוגדת כללים בסיסיים של הגינות'" (בעמ' 198ו').

המקרה שלפנינו איננו מיוחד או יוצא-דופן, אלא אחד מן המקרים הרגילים והשכיחים, שבהם מתקשרים בחוזה הכולל התחייבות לעשיית עסקה במקרקעין אינם טורחים, מסיבה זו או אחרת, לעגן את התקשרותם בכתב. לא למותר להוסיף, כי בהיותו איש עסקים מנוסה חזקה על ריגר שהיטיב לדעת, כי התחייבות ברנדר להקנות לו את הזכויות בחלקות העירייה טעונה מסמך בכתב. משלא נערך מסמך כזה, אין תוקף משפטי להתחייבותו האמורה של ברנדר; ממילא אין במכירת חלקות העירייה לחברות [169] הרוכשות משום הפרת חוזה מצד ברנדר, ולריגר (וממילא, גם לעלריג) לא קמה עילה לקבלת פיצויים בשל הפרת חוזה.

## החובה לנהוג במשא-ומתן בדרך מקובלת ובתום לב

11. את תביעתם נגד ברנדר השתיתו המערערים, לחלופין, על היפר החובה לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב במשא-ומתן, כמשמעה בסעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים); ודעתי היא, כי המערערים הוכיחו את עילתם האמורה.

במשך חודשים ארוכים נשאו ברנדר וריגר ביניהם בדבר הקמתו של מיזם משותף. משאם ומתנם הגיע לשלב מתקדם. כבר הושגה בגדרו הסכמה ביחס לאופי וגובה השקעתו של ריגר בהקמת המיזם, ואף ביחס לחלק היחסי בזכויות, שיינתן לו בתמורה להשקעתו. עיקרה של ההתקשרות, שאליה כיוונו הצדדים, התבטא בכריתת הסכם לשיתוף בעסקה כנגד השתתפות במימון. הסכם כזה, כשלעצמו, אינו טעון מסמך בכתב. מה שעיכב את כריתתו של חוזה מחייב הוא אי-גיבושה של תכנית מוסכמת בדבר סוגו של המיזם ושיטת הקמתו, ולא היעדר הסכמה ביחס לחלקו של ריגר בהשקעה ובתמורה. ביצוע המיזם המשותף, יהא אשר יהא, היה מותנה ברכישת חלקות העירייה. על רקע זה הוסכם, כי אחד מרכיבי השקעתו של ריגר במיזם העתידי יתבטא במימון רכישתן של חלקות העירייה. להנחת דעתו של ריגר, הבטיחו ברנדר להעביר לו את הזכויות בחלקות אלו, לאחר שהללו תועברנה מן העירייה למטריטן. בכך קיבל ברנדר על עצמו התחייבות לעשיית עסקה במקרקעין; אלא שהתחייבות זאת לא עוגנה, כדרוש, במסמך בכתב ועל כן לא הקימה קשר חוזי מחייב. עם זאת ברי, כי הסכמת הצדדים, שריגר יממן את רכישת חלקות העירייה, היוותה אבן-דרך חשובה בתהליכו המתקדם של המשא-ומתן שהתנהל ביניהם בדבר הקמתו של המיזם המשותף. ריגר האמין, כי המשא-ומתן הממושך בינו לבין ברנדר קרוב להסתיים בכריתת חוזה. הא ראיה, כי אף שהצדדים טרם הגיעו לכלל הסכמה בדבר תכנונו של המיזם והדרך בה יבוצע, פעל ריגר להשגת האשראי הבנקאי שיידרש להקמת המיזם. ומשנתבקש על-ידי ברנדר, לשלם את הסכומים שנדרשו על חשבון מחיר הרכישה ומס הרכישה של חלקות העירייה, הוא לא היסס, לא התמקח ולא הקשה בשאלות, אלא שילם מיד את הסכומים שבהתאם לחוזה הרכישה חלו על מטריטן.

ברנדר כזכור טען, כי תשלומיו של ריגר על חשבון מחיר הרכישה ומס הרכישה היוו רק פיקדון. משמעות הדבר, לדידו, הייתה, שאם לא ייכרת ביניהם חוזה להקמת המיזם המשותף, יהיה ריגר זכאי רק להשבת הסכומים ששילם על חשבון הרכישה. בדין דחה [170] השופט המלומד טענה זו. מימון הרכישה של חלקות העירייה - שנדרשו להקמתו של מיזם עתידי כלשהו - היווה חלק מהשקעתו המוסכמת של ריגר במיזם המשותף שעליו יוסכם. אלמלא כן, לא היה טעם בהבטחתו של ברנדר, להעביר לריגר את הזכויות בחלקות העירייה, לאחר שהללו תועברנה למטריטן. מאידך אף ברור, שאלמלא היה ריגר סמוך ובטוח כי מגעיו עם ברנדר יסתיימו בכריתת חוזה להקמת מיזם משותף, לא היה מסכים לממן את רכישת חלקות העירייה, במסגרת חוזה שכלל איננו צד לו. עמדתו של ברנדר, ואורח התנהלות המשא-ומתן ביניהם, הקימו לריגר אינטרס הסתמכות ברור. במוכרו את כלל החלקות לחברות הרוכשות, על-דעת עצמו ומבלי לשתף בכך את ריגר או אף ליידעו מראש על כוונתו לעשות כן, השמיט ברנדר את הקרקע ("השמיט" תרתי-משמע) מתחת לכל מיזם משותף אפשרי. במעשה זה, שפגע באינטרס ההסתמכות של ריגר לכריתת חוזה להקמתו של מיזם משותף, הפר ברנדר את חובתו לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב במשא-ומתן לקראת כריתתו של חוזה. נראה שברנדר מאס במיזם המשותף, או נואש מן הסיכוי להגיע להסכמה עם ריגר בנושא הקמתו. מכירת כלל החלקות עלתה, אפוא, בקנה אחד עם האינטרס שלו. אלא שעל צד למשא-ומתן מוטל לכלכל את מהלכיו בתום לב, משמע בהגינות, תוך התחשבות גם בציפיות ובאינטרסים של הצד השני ותוך נאמנות לרוח העסקה ולמטרתה (לסיכום ההלכה ראו: ע"א 6370/00 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נו(3) 289, פסקה 9 לפסק-דינו של חברי הנשיא, והאסמכתאות המאוזכרות שם).

12. הפרת החובה לנהוג במשא-ומתן בדרך מקובלת ובתום לב מטילה על הצד המפר חובה לשלם לצד הנפגע מן ההפרה "פיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב המשא-ומתן או עקב כריתת החוזה" (סעיף 12 לחוק החוזים). מה גדרה של החובה? עד לפסק הדין בפרשת קל בנין (ע"א 6370/00 הנ"ל) נתפרש סעיף 12 כמזכה את הצד הנפגע בפיצויי "הסתמכות" בלבד. בפרשת קל בנין נפסק, כי אף שככלל "התרופה בגין החובה לנהל משא-ומתן לקראת כריתתו של חוזה בתום לב, היא בפיצוי

על הנזק שנגרם לנפגע מעצם הכניסה למשא-למתן", הרי שסעיף 12 איננו מגביל את חובת המפר לתשלום פיצויי הסתמכות בלבד וכי "ישנם מקרים חריגים בהם זכאי הנפגע לפיצויים בגין הנזק שנגרם לו בכך שההסכם אותו עמדו לכרות לא נכרת ולא הוגשם" (פסקה 18 לפסק-דינו של הנשיא). בפסק הדין צוין, כי "המאפיין מצבים מיוחדים אלה הוא, שהמשא-ומתן הבשיל, למעשה, לכדי חוזה, ורק ההתנהגות חסרת תום הלב מנעה את שכלולו" (שם).

אני סבור, כי עניינו נכנס לגדר אותם "מקרים חריגים" או "מצבים מיוחדים", שבהם יש - לפי הלכת קל בנין -לחייב את המפר לשלם לנפגע פיצויי קיום, ולא רק פיצויי הסתמכות. ודוק: כוונתי אינה לפיצויי קיום בגין אי- כריתת החוזה להקמת המיזם [171] המשותף, או בגין אי-שיתופו של ריגר בעסקת מכירתן של כלל החלקות, אלא אך ורק בגין אי-שיתופו בעסקת מכירתן של חלקות העירייה. טעמה של ההבחנה הוא בכך, כי בעוד שהמשא-ומתן שניהלו ברנדר וריגר, לקראת כריתת חוזה להקמתו של המיזם המשותף, טרם הבשיל לכדי חוזה, הרי שבענין רכישתן של חלקות העירייה הגיעו הצדדים למעשה לכלל הסכמה מוגמרת, שלפיה יממן ריגר את עסקת הרכישה של החלקות על-ידי מטריטן ובתמורה לכך יעביר לו ברנדר את הזכויות בחלקות אלו, לאחר שהללו תועברנה למטריטן. בכך ששילם, כדרישת ברנדר, את מלוא הסכומים שהיה על מטריטן לשלם עם כריתתו של חוזה הרכישה, ואף פעל להשגת האשראי הבנקאי הנדרש לביצועו של המיזם המשותף, עשה ריגר את המוטל עליו לקידום מימושה של ההסכמה אשר גובשה בין הצדדים. בנסיבות אלו, הריהו זכאי לפיצוי כדי שיעור הנזק שנגרם לו מחמת אי-שיתופו על-ידי ברנדר בעסקת מכירתן של החלקות. מטרת הפיצוי היא להעמידו במצב דומה לזה שבו היה מצוי אילו, מחמת כישלון ניסיונותיהם להגיע לכריתת חוזה להקמת המיזם המשותף, היו הצדדים, בעצה משותפת ביניהם, מוכרים את כלל החלקות. אילו כך נעשה, ובהנחה שמכירת החלקות הייתה מניבה להם רווח, חזקה שכל אחד מהצדדים היה זוכה ברווח שהופק ממכירת חלקו; היינו, ברנדר היה נוטל את רווחי מכירתה של חלקת מטריטן, ואילו ריגר היה נוטל את רווחי מכירתן של חלקות העירייה. לא למותר להדגיש, כי התמונה לא הייתה משתנה גם אילו מכרו הצדדים את החלקות לאחר איחודן לחלקה אחת. במקרה כזה היה ריגר זכאי לקבל 25% מן התמורה הכוללת, ששוויים הכספי אינו שונה מגובה התמורה ששולמה בעסקת המכר עבור חלקות העירייה. עשיית הצדק מחייבת כי הפיצוי שברנדר יחויב לשלם לריגר, בשל הפרת חובתו לנהוג בתום לב בניהול המשא-ומתן עמו, לא יפחת מן הרווח שהיה נופל בחלקו של ריגר, אילו השתתף - ביחד עם ברנדר - בעסקת מכירתן של כלל החלקות.

13. בין פיצויי הסתמכות לבין פיצויי קיום, על-פי המתכונת אותה התוויתי, יש הפרש משמעותי. כפי שכבר ראינו, רכישת חלקות העירייה הצריכה השקעה (הכוללת מס רכישה והוצאות נלוות) בסכום השווה ל-2,159,028 דולר. בהתאם למוסכם בין הצדדים היה על ריגר לשלם את מלוא הסכום. בשלב כריתת חוזה הרכישה שילם ריגר, על חשבון חיובו האמור, סך כולל השווה ל-800,000 דולר; היינו, כ-37% מהשקעתו הכוללת. אך יש להניח, שאלמלא הפר ברנדר את חובת תום הלב במכירת החלקות, היה ריגר משלם את מלוא יתרת הסכום אשר נדרש להשלמת עסקת הרכישה. תמורת חלקת מטריטן וחלקות העירייה שילמו החברות הרוכשות למטריטן סכום כולל השווה ל-12,191,028 דולר. שוויין של חלקות העירייה היווה כ-25% מכלל שוויין של החלקות שנמכרו. לצורך עניינו נוכל, לכן, להניח כי רבע מן המחיר הכולל ששולם למטריטן תמורת כלל החלקות היווה תמורה לחלקות העירייה. בהנחה שמחירה של כל אחת מהחלקות נקבע על-פי אמת-מידה זהה, הרי שחלקות העירייה נמכרו תמורת סך השווה [172] ל-3,047,757 דולר. אם נפחית מסכום זה את מלוא הסכום שהושקע ברכישתן (2,159,028 דולר) ניווכח כי מכירת חלקות העירייה הניבה רווח השווה לסך 888,729 דולר.

עד להפרתו של ברנדר השקיע ריגר ברכישת החלקות 37% מן הסכום הכולל שהתחייב להשקיע. אילו חייבנו את ברנדר לשלם לריגר פיצויי הסתמכות בלבד, היה חיובו מועמד על סך השווה ל-328,830 דולר, המהווה 37% מן הרווח שהופק במכירת חלקות העירייה. זיכויו של ריגר בפיצויי הסתמכות בשיעור האמור לא היה מעניק לו יותר מאשר השבה "ריאלית", המשקפת את גובה ה"התעשרות" שהפיק ברנדר מניצולה לצרכיו, ושלא בהתאם למוסכם עם ריגר, את השקעתו של ריגר במימון העסקה (השוו: ע"א 457/81 ספיר נ' אחוזת איל בע"מ, פ"ד מ(4) 68, דברי השופטת נתניהו בעמ' 74ב'). לא זו אף זו: הגבלת חיובו לפיצויי הסתמכות בלבד (שאינם עולים על השבה ריאלית) הייתה מותירה בידי ברנדר את מלוא יתרת הרווח (63% מסך השווה ל-888,729 דולר) שהפיק ממכירת חלקות העירייה; ובכך היה יוצא נשכר מהפרתו. לא כן הדבר אם יחויב ברנדר לשלם לריגר פיצויי קיום, שאז יימצא חייב לפצותו במלוא סכום הרווח שהופק ממכירת חלקות העירייה. אני, כאמור, סבור, כי בנסיבות העניין מן הדין לחייב את ברנדר לשלם לריגר פיצויי קיום. ברנדר הפר את חובתו לנהוג בתום לב במשאו-ומתנו עם ריגר, לאחר שבנושא רכישת חלקות העירייה הגיעו הצדדים למעשה לכלל הסכמה מלאה ולאחר שריגר כבר עשה את שהיה מוטל עליו, עד לאותו השלב, בהתאם למוסכם.

## דיון בטענות המערערים

14. מסקנתי הינה אפוא כי על ברנדר לפצות את המערערים בתשלום סכום השווה ל-888,729 דולר. סכום זה איננו שונה מגובה הפיצוי "ברוטו" (קרי: לפני ניכוי חלק יחסי בגין מס שבח מקרקעין) שהשופט המלומד הגיע אליו בפסק-דינו. בערעורם השיגו המערערים על גובה הפיצוי שנפסק להם. כן השיגו על צדקת הניכוי מן הפיצוי של רבע מסכום מס השבח שבו חויבה מטריטן. מסקנתי, כי ריגר אינו זכאי לפיצויים בשל הפרת חוזה, אלא לפיצויי קיום בשל נזקי הפרת חובתו של ברנדר לנהל משא-ומתן בתום לב, אינה מייתרת את הדיון בשתי שאלות אלו. כן השיגו המערערים על שיעורה ומועד תחילתה של הריבית הדולרית בה זוכו ועל מיעוט ההוצאות שנפסקו להם. אתייחס, כסדרן, לארבע הטענות.

15. טענתם הראשונה של המערערים היא, כי פסיקת פיצוי בשיעור 25% מן הסכום ששילמו החברות הרוכשות

למטריטן תמורת כלל החלקות, מקפחת אותם. התמורה [173] ששולמה בעד חלקות העירייה, טוענים הם, הייתה גבוהה יותר מ -25% מן התמורה הכוללת; שכן חלקות העירייה נמכרו כשאינן נושאות חוב של היטל השבחה, שלפי הנטען נפרע על-ידי העירייה קודם למכירתן, בעוד שמכירתה של חלקת מטריטן גררה חוב של היטל השבחה.

דינה של הטענה להידחות. לא הייתה מחלוקת, כי חלקו של ריגר במיזם המשותף - כי יקום - יהיה 25%. ככל שהיה שוני בשווי החלקות, שכל אחד מהצדדים קיבל על עצמו לתרום למיזם המשותף, חזקה על הצדדים שהביאו שוני זה בחשבון בהגדרת חלקיהם היחסיים בזכויות העתידיות. התחייבות ברנדר להעביר לריגר את הזכויות בחלקות העירייה, לאחר שהללו תועברנה למטריטן, אמנם הקנתה לריגר זיקה מסוימת לחלקות אלו, אלא שזו לא נועדה להגדיל את חלקו היחסי בזכויות העתידיות בחלקה המאוחדת.

16. טענתם העיקרית של המערערים היא, כי לא היה כל מקום לנכות מסכום הפיצוי שנפסק להם 25% מסכום מס השבח שבו חויבה מטריטן בגין מכירתן של כלל החלקות. ראשית, מפני שעיקר השבח, שהיווה נושא לחיוב במס שבח, מקורו בחלקת מטריטן, שהוחזקה על-ידי ברנדר במשך תקופה ארוכה, ולא בחלקות העירייה, אשר נרכשו רק כשישה חודשים לפני מועד מכירתן; שנית, מפני שסכום הפיצויים שנפסק לזכותם מהווה הכנסה בידם, שעליה יידרשו לשלם מס כחוק, ואם יושאר בעינו גם חיובם במס שבח, יימצאו מחויבים בכפל מס; ושלישית, מפני שחיובם לשאת בחלק יחסי ממס השבח שבו חויבה מטריטן מקפח את זכותם ל"חישוב אישי" של המס שבגדרו עשויים הם לזכות בניכויים המותרים, בקיזוז הפסדים ועוד.

השאלה, במתכונתה החדשה, היא, אם מסכום הפיצוי שבו נזכה את המערערים, יש לנכות חלק יחסי מסכום מס השבח שבו חויבה מטריטן. אני סבור, כי לשאלה זו יש להשיב בשלילה. חיובו של מי מהמערערים (ריגר או עלריג) במס כלשהו איננו מעניינו של הליך זה. בין הקביעה כי המערערים זכאים לקבלת פיצויים, לבין השאלה אם קבלת הפיצויים על-ידי מי מהם מהווה אירוע-מס, אין קשר הכרחי. ככל שהמערערים, או מי מהם, חייבים במס - בין אם המדובר במס הכנסה ובין אם המדובר במס שבח - מן הדין שחיובם במס יתבסס על שומה שתיערך להם. יש אפוא לקבל את ערעורם של המערערים בנקודה זו.

17. בפסק-דינו של בית המשפט המחוזי נקבע, כי לסכום הפיצויים שבו חויב ברנדר תיווסף ריבית דולרית בשיעור של 8% מיום הגשת התביעה. בערעורם משיגים המערערים הן על שיעור הריבית והן על מועד תחילת החיוב בה. לטענתם, ככלל [174] ובהיעדר ראיה שבנסיבותיו של המקרה הנתון מוצדק לפסוק ריבית בשיעור נמוך יותר, הרי שעל חוב הנקוב בדולרים היה על בית המשפט לפסוק ריבית בשיעור 11% לשנה. כן טוענים הם, כי החיוב בריבית צריך לחול מיום 1.1.1995, שבו נמכרו כלל החלקות לחברות הרוכשות, ובכך הפר ברנדר את התחייבותו כלפי ריגר. תשובת ברנדר לטענות אלו היא, כי ריגר כלל לא הראה כי המדובר בעסקה דולרית, ואף לא ביקש בתביעתו כי תיפסק לו ריבית דולרית; ממילא, לא הביא ריגר ראיות באשר לשיעור הריבית הראוי, ועל כן אין לשעות לטענות המערערים בנושא זה.

אף במחלוקת זו הדין הוא עם המערערים. ברנדר לא תקף בערעורו את העמדת חיובו על בסיס דולרי. העלאת טענה מצדו, בעניין זה, לראשונה בסיכומי התשובה לערעורו של ריגר, אינה מקימה עילה להתערבותנו בעניין זה. בדין טענו המערערים, כי על חוב שנפסק לזכותם בדולרים צריך היה לזכותם בריבית בשיעור 11%. טענה זו סומכת על ע"א 417/76 רשות הנמלים נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 103, בו נקבע שבהיעדר טענה כי במקרה קונקרטי יש לפסוק ריבית בשיעור שונה, הרי שעל חוב במטבע-חוץ יש לפסוק ריבית בשיעור 11%. אין צריך לומר, כי אף כהלכה כללית צפוי פסק-דין זה לעדכון עם השתנות העיתים, במטרה לשקף, ככל שהדבר ניתן, את "מחיר הכסף" בשוק. כשלעצמי, הריני נכון להניח כי ריבית דולרית בשיעור של 11% שוב אינה משקפת את הריבית בת-זמננו; אולם, כפי שנפסק על-ידי חברי הנשיא, קיום צידוק לשינוי בשיעור הריבית, שעליו הורה בית המשפט בע"א 417/76 הנ"ל, טעון הבאת ראיות, באשר אין הוא מצוי בידיעתנו השיפוטית (ע"א 126/80 גרדיאן איסטרן אינשורנס נ' א' רוסמן ושות', פ"ד לו(3) 295). נמצא כי המבקש לשכנע את בית המשפט, לסטות משיעור הריבית הנ"ל - בין בעניינו ובין כהנחייה פסיקתית כללית - נדרש לעורר את השאלה במפורש. בדיון שהתקיים לפני בית המשפט המחוזי, ברנדר לא טען ולא הוכיח דבר לעניין שיעור הריבית, והמסקנה הנגזרת מכך היא, שלסכום ההשבה שברנדר חייב למערערים יש להוסיף 11% ריבית.

גם את מועד תחילת החיוב בריבית יש לתקן. ככלל, ובהיעדר טענה אחרת, יש לחשב את הריבית מיום היווצרות עילת התביעה ולא מיום הגשת התביעה (ע"א 126/80 הנ"ל; וכן ע"א 499/89 רמת אביבים בע"מ נ' מירון, בן-ציון ופריבס, עורכי דין, פ"ד מו(4) 586, 595). מועד היווצרות העילה בענייננו חל ביום 1.1.1995, שבו מכרה מטריטן את כלל החלקות לחברות הרוכשות. בעשותו עסקה זו הפר ברנדר את חובתו לנהוג במשא-ומתן בתום לב.

18. ואשר להוצאות: בפסק-דינו של בית המשפט המחוזי חויב ברנדר לשלם למערערים "הוצאות (כולל שכ"ט עו"ד ומע"מ), בסך 60,000 ש"ח, בצירוף ריבית [175] והצמדה מיום מתן פסק הדין ועד התשלום בפועל". בגובה שכר הטרחה שקבע בית המשפט המחוזי אינני רואה מקום להתערב. אך בצדק, לטעמי, מלינים המערערים על גילום החיובים בהוצאות משפט ובשכר-טרחת עורך-דין בסכום אחד. הוראה זו יש לתקן, באופן שבשל ההליך לפני בית המשפט המחוזי יהיו המערערים זכאים להחזר הוצאותיהם (בהתאם לגובה הסכום בו זכו בערעור) וכן לתשלום שכר-טרחת עורך-דין בסכום שקבע בית המשפט המחוזי, כשלכל אחד מן החיובים יתווספו ריבית והצמדה כחוק.

19. מן הנימוקים שפורטו יש, לדעתי, לדחות את הערעור בע"א 8170/00 ולקבל בעיקרו את הערעור בע"א 8144/00, באופן שתחת החיובים שנקבעו בפסק-דינו של בית המשפט המחוזי יחויב המשיב, יוסף ברנדר, לשלם למערערים (יוסף ריגר ועלריג נכסים (1987) בע"מ), יחדיו, סכום השווה לסך 888,729 דולר ארה"ב, בתוספת ריבית בשיעור 11% מיום 1.1.95 ועד ליום התשלום, וכן הוצאות ושכר-טרחת עורך-דין כמפורט בפסקה 18 לעיל. כן יחויב המשיב לשלם למערערים את הוצאותיהם בע"א 8144/00, בהתאם לקביעתו של כבוד הרשם, וכן שכר-טרחת עורך-דין בשני הערעורים בסך 100,000 ש"ח. אין צו להוצאות ביחס לנחום קלקא (המשיב 3 בשני הערעורים).

הנשיא א' ברק:

אני מסכים.

השופט א' א' לוי:

אני מסכים.

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' מצא.

ניתן היום, ט"ו בכסלו תשס"ג (20/11/2002).

-- סוף פסק הדין ---

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 4850/96

בפני: כבוד המשנה לנשיא ש. לוין, כבוד השופטת ט. שטרסברג כהן, כבוד השופט י. גולדברג

# קל בנין בע"מ נגד ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ

ערעור על פסק דין בית המשפט המחוזי בתל אביב יפו מיום 15.5.96 בתיק 1512/92 שניתן על ידי כבוד השופט י. זפט

בשם המערערת: עו"ד מהולל, עו"ד סודרי
בשם המשיבים: עו"ד יהודה זהבי, עו"ד יובל שץ

## תמצית:

מכרזים - מכרז פרטי - מועד כריתת חוזה מחייב - חוסר תום לב במשא ומתן

## עובדות:

ראה סעיפים 1-5 בפסק דינו של השופט לוין

## נפסק:

(דעת הרוב - השופטים גולדברג ושטרסברג-כהן)

1. במקרה דנן, בו הודה מנהלה של המערערת כי הוא ידע שהחלטת ועדת המכרזים איננה סוף פסוק וכי רק בפני הדירקטוריון יפול דבר, אין להעדיף "נוהג ענפי". יתכן ובמקרים בהם ניתן למקבל ההצעה להבין באופן ברור כי ועדת המכרזים היא המוסמכת להתקשר עמו בחוזה מחייב, כי אז לא יוכל בעל המכרז לסגת מהחלטת ועדת המכרזים שלו, אך אין זה המקרה דנן. הסכמת הצדדים היתה כפופה לאישור הדירקטוריון וזה לא ניתן. ההסתמכות על הפרקטיקה המקובלת, לפיה משמש, לעיתים, הדירקטוריון - "חותמת גומי" להחלטות ועדת המכרזים של החברה, איננה הסתמכות הראויה להגנתנו.
2. לדעתנו, תחולת דיני המכרזים על נסיבות האירוע, אין בה כדי להוביל למסקנה שונה. אמנם הלכה פסוקה היא שחוזה מחייב נכרת בדרך כלל ברגע שבעל המכרז מודיע למגיש ההצעה, שהוא זכה במכרז ושהצעתו אכן נתקבלה, ברם, לאור מסקנתנו שהסיכום בין בעלי הדין לא היווה משום הודעה מטעם המשיבה למערערת, שהצעתה נתקבלה ושהיא זכתה במכרז, אי אפשר לראות את החוזה כאילו נכרת שכן אם הבחירה בזוכה במכרז טעונה אישור של גורם נוסף יהיה אישור זה חלק בלבד משרשרת ההחלטות על הזכיה. משכך לא נכרת חוזה מחייב בין המערערת למשיבה.
3. (דעת מיעוט - השופט לוין)
4. בנוסח הצעת ה"חוזה-מכרז" לא נקבעה דרך פורמלית לקיבול ההצעות במכרז, אך למקרא עדויותיהם של מר ליבר ומר מילשטיין, אך ברור הוא שהיה מובן לכל - וזה הנוהג - שהסיכום שנערך בין בעלי הדין כמוהו כהודעה מחייבת של ע.ר.מ. לקל-בנין על זכייתה במכרז; יתירה מזו: מאחר ויש לראות במסכת האירועים שנתרחשה בין ע.ר.מ. לבין קל-בנין אינקורפורציה (חלקית) של דיני המכרזים הציבוריים למערכת יחסים חוזית; במסכת זו - כך נקבע - הקיבול הוא בהודעה לזוכה ולא בחתימה בפועל על החוזה. אף לפי דיני החוזים גרידא נחשבת הודעתו של מזמין המכרז למשתתף, על זכייתו במכרז, קיבול במובן סעיף 5 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 ומרגע זה אין הצדדים יכולים עוד לסגת באורח חד צדדי מן העסקה המבוטאת בחוזה. נסיגה כזו היא הפרת חוזה, עם כל המשתמע מכך. גם אם לאחר מכן נחתם בין הצדדים חוזה פורמלי, חוזה כזה הוא חלק מביצוע חיובי הצדדים, על פי החוזה שכבר נכרת ביניהם בעבר (ס' 11 בפסק דינו של השופט לוין).
5. (לדעת כל השופטים)
6. המשיבה 2, עימה התקשרה המשיבה לבסוף, לא עמדה באף אחד מתנאי החובה של המכרז: לא הגישה את הצעתה עד לתאריך שנקבע לגבי שאר הקבלנים ולא השתתפה בסיור הקבלנים בו פורטו הדרישות של המזמין. מאידך ניתן בידי המשיבה 2 היתרון שאיפשר לה להגיש את הצעתה רק לאחר שמוצה המירב מכל יתר הקבלנים שהתחרו זה עם זה כשווים. והנה, דווקא באותו יום בו הגיעה המערערת לסיכום סופי עם ועדת המכרזים של המשיבה, טרח חבר ועדת המכרזים, מר אפריאט, להתייצב לפני הדירקטוריון, אך במקום להעלות לפני הדירקטוריון את הסיכום שאליו הגיע עם המערערת, לאחר משא ומתן ממושך, יחסית, לשם קבלת אשור סופי, בחר להציג את הסיכום עם המערערת רק כחומר רקע לסיכום אליו הגיעה הועדה עם המשיבה 2.
7. בהתנהגות חסרת תום לב זו הוכיחה המשיבה כי לגביה היה הליך המכרז, הליך סרק וכשהדבר השתלם לה מבחינה

כלכלית, לא נרתעה מהתקשרות עם גורם חיצוני למכרז. בכך חרגה המשיבה מנורמת ההגינות שהתחייבה כלפי המשתתפים במכרז ובגין כך ראויה היא להתחייב בפיצוי המערערת שעמה הגיעה לסיכומים סופיים.

אזכורי חקיקה:
חוק החוזים (חלק כללי) 12(ב)
חוק החוזים (חלק כללי) 5

אזכורי פסיקה:
בג"צ 492/79, בג"צ 632/81, בג"צ 545/82, ד"נ 22/82, ע"א 432/82, ע"א 3549/90, ע"א 6926/93, ע"א 431/82, ע"א 829/80, ע"א 579/83

## פסק דין

[565]

## המשנה לנשיא ש' לוין:

1. המשיבה הראשונה (להלן = ע.ר.מ.) היא חברה שעסקה בהקמת שכונת מגורים ברעננה. המערערת (להלן = קל-בנין) היא חברה העוסקת בביצוע עבודות פיתוח ותשתית בכל רחבי הארץ. בחודש מרץ 1992 פנתה ע.ר.מ. אל עשר חברות קבלניות בהזמנה לקבלת הצעות לביצוע עבודות תשתית (להלן = העבודות) בפרוייקט שברעננה (להלן = הפרוייקט). המסמכים שנמסרו לקל-בנין בקשר לעבודות היו (א) מכתב מיום 31.3.92, הקובע שההצעות תוגשנה עד יום 9.4.92 בשעה 12.00 במשרדי ע.ר.מ, את תוכן הערבות שיש ללוות בה את ההצעה ואת משך העבודה; (ב) חוברת הכוללת חלק מהמסמכים הכרוכים בביצוע העבודות: מפרט, כתבי כמויות, רשימת תכניות ותנאים מיוחדים. החוברת נשאה כותרת: ע.ר.מ. בע"מ, אתר: רעננה, מכרז/חוזה מס' _____ לביצוע עבודות פתוח ותשתית לרעננה 2001 - שלב א'". החוברת מפנה בסעיפים אחדים ל"מכרז-חוזה זה" ו-(ג) "נוסח החוזה שיחתם עם הקבלן" שהוא נוסח מפורט ביותר של חוזה. ביום 25.3.92 הודע לעשר החברות, ובכללן לקל-בנין על סיור קבלנים, שהתקיים באתר העבודה בנוכחות נציגים של אותן חברות.

2. קל-בנין הגישה הצעה בסכום של 7,149,000 ש"ח. גם חברות אחרות הגישו הצעות. ע.ר.מ. הזמינה את קל-בנין וגם מציעים אחרים למשא ומתן בדבר תנאי ביצוע העבודות. המשא והמתן בין ע.ר.מ. לבין קל-בנין נתקיים בשתי ישיבות, ביום 27.4.92 וביום 10.5.92. בשתי הישיבות השתתפו מטעם ע.ר.מ. מר מרדכי אפריאט החשב שלה, וה"ה משה מילשטיין וירון ענבר, שהיו מנהלי הפרוייקט, ומטעם קל-בנין מר אברהם ליבר, מנהלה הכללי. בישיבה הראשונה נאמר למר ליבר כי ע.ר.מ. קבעה לעצמה "מחיר מטרה" שאותו היא מוכנה לשלם, העומד על 6,526,000 ש"ח. באותו שלב היה מר ליבר מוכן להפחית מהצעתה של קל-בנין אך 5% ולהעמידה על 6,792,000 ש"ח, והוא לא היה מוכן להסכים למחיר נמוך מזה. בכך נסתיימה הישיבה הראשונה. בישיבה השניה הודיעה ע.ר.מ. שהיא עומדת על "מחיר המטרה", ובסופו של משא ומתן הסכים מר ליבר לבצע את העבודות במחיר זה. לפי קביעותיו של בית המשפט המחוזי התכנסה בו ביום ישיבת מועצת המנהלים של ע.ר.מ.. מר אפריאט דיווח לה על תוצאות המשא והמתן עם קל-בנין, אולם הוסיף כי התקבלו שתי הצעות נוספות [566] של חברות שלא השתתפו במכרז, כשההצעה הנמוכה ביותר עומדת על 6,170,000 ש"ח. הוחלט שעד ל-14.5.92 יציג מר אפריאט לפני מועצת המנהלים הצעה מלאה. בעקבות הצעה זו נכרת חוזה בין ע.ר.מ. לבין המשיבה השניה, שהיא שותפות רשומה (להלן - השותפות). השותפות לא נכללה בין החברות שאליהן פנתה ע.ר.מ.. היא גם לא השתתפה בסיור הקבלנים.

3. לטענתה של קל-בנין נכרת בינה לבין ע.ר.מ. הסכם מחייב לביצוע העבודות. היא עתרה לבית המשפט המחוזי בתל אביב יפו בבקשה למתן הצהרה הקובעת כך ומאיינת את ההסכם שנערך בין שתי המשיבות ולמתן צו מניעה זמני. לטענתה של קל-בנין נוצל משא ומתן שהתנהל בין בעלות הדין להעברת הסכסוך לבוררות - להתחלת ביצוע העבודות בשטח. לפיכך נאלצה קל-בנין לחזור בה מהבקשה לצו המניעה הזמני, ובמקום זה היא הגישה את התובענה הנוכחית, בה עתרה לחייב את שתי המשיבות לשלם לה סכום של 1,129,420 ש"ח, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית. עילת התביעה כנגד ע.ר.מ. - הפרת חוזה שנכרת עמה (או שהיא מושתקת מלטעון שנכרת עמה), וכן הפרת "החוזה הנספח" "לפיו עליה לנהוג בהתאם ל"כללי המשחק" של דיני המכרזים הפרטיים והנורמות המקובלות והנהוגות בענין". טענה זו מגלמת בתוכה גם עילה של התנהגות ע.ר.מ. שלא בתום לב. עילת התביעה כנגד השותפות היא גרם הפרת חוזה. בית המשפט המחוזי החליט לדחות את התביעה. לפנינו ערעורה של קל-בנין על פסק הדין.

4. בקדם המשפט שנערך החליט בית המשפט לפצל את הדיון באופן שבשלב הראשון תידון "עצם זכאותה של התובעת לסעדים כלשהם כתוצאה מהליכי המכרז הנטען, ושאלה זו בלבד". השותפות שוחררה מהתייצבות לדיונים בשלב הראשון תוך רישום הסכמתה שיהיה מקובל עליה כל שייקבע בשלב הראשון ולא תיטען על ידיה הטענה שלא ניתנה לה הזדמנות להתמודד עם גירסת התביעה. מהאמור לעיל אך ברור הוא שגם אם יתקבל ערעורה של קל-בנין על דחיית תביעתה נגד ע.ר.מ., לא תוכל השותפות לכפור בממצאים שיקבעו ביחסים של קל-בנין לבין ע.ר.מ., אך אין יסוד לטענת קל-בנין שעל יסוד ממצאים אלה בלבד אפשר להעמיד חיוב של השותפות כלפיה. לענין זה יש לקיים דיון נוסף בערכאה הראשונה.

5. על שום מה דחה בית המשפט המחוזי את תביעת קל-בנין כנגד ע.ר.מ.? הוא קבע כי בתצהיר שהוגש על ידי מר ליבר נאמר כי משנתרצה וירד עד למחיר המטרה אמרו לו נציגי ע.ר.מ. כי יודיעו למועצת המנהלים על סכום המשא והמתן וכי הניירת הדרושה תוכן בהקדם. כמו כן נדונו בשלב זה פרטים ראשוניים לגבי תיאום תחילת [567] ההכנות לביצוע העבודות בפועל על ידי קל-בנין. להלן כתב השופט המלומד גם דברים אלה:

> "אין טוען שמועצת המנהלים הסמיכה את הועדה לכרות בשם נתבעת 1 חוזה. תפקידה וסמכותה של הועדה היה להביא את תוצאות המשא והמתן בפני מועצת המנהלים. איני מאמין שמר ליבר הבין זאת אחרת.
> איני סבור שהמשתתפים בפגישה 10.5.92 ראו בו(?) מעמד של כריתת חוזה בין התובעת לנתבעת 1. למר ליבר נאמר במפורש על ידי הנושאים ונותנים עמו שיודיעו למועצת המנהלים של נתבעת 1 על תוצאות המשא ומתן, והנחתי היא שברור היה לכל, שההחלטה הפורמלית תתקבל על ידי מועצת המנהלים, וכריתת החוזה תיעשה במעמד חתימת הצדדים על חוזה".

אליבא דהשופט המלומד, גם מר ליבר לא גרס אחרת. הוא לא השיב תשובה חיובית ישירה לשאלה אם צוות המשא והמתן של ע.ר.מ. הציג עצמו כמי שמוסמך לחייב אותה (עמ' 18) וגם לא על השאלה אם צוות המשא והמתן אמר לו שאם קל-בנין תגיע למחיר המטרה, יחתמו עמו על חוזה (עמ' 19). אף מר מילשטיין – לפי גירסה זו - לא יצר רושם בלב מר ליבר בשום שלב שהוא מוסמך לייצג את ע.ר.מ. (עמ' 9). עצם העובדה שמר מילשטיין ראה לעצמו היתר להחליף דברים עם מר ליבר לגבי התחלת העבודות, אין בה - להשקפתו של השופט המלומד - כדי לבסס מסקנה שכבר בפגישה ביום 10.5.92 השתכלל חוזה בין בעלות הדין. נמצא שכל עוד לא אישרה מועצת המנהלים את ההתקשרות עם קל-בנין לא קמה לקל-בנין עילה לתבוע את ע.ר.מ. על יסוד הפרת חוזה.

בית המשפט המחוזי המשיך וקבע בפסק דינו שאין לייחס לע.ר.מ. כל התנהגות שלא בתום לב, שבעטייה ניתן להעלות כנגדה טענה שהיא מושתקת מלטעון שחוזה לא השתכלל. לפי השקפתו לא הגבילה ע.ר.מ. את עצמה במפורש או מכללא לניהול משא ומתן עם עשר החברות אליהן פנתה מלכתחילה. ההזמנה להציע הצעות נעשתה עם כל חברה קבלנית בנפרד, ולא נאמר בה דבר היכול להשתמע כהתחייבות להגביל את ע.ר.מ. בניהול משא ומתן עם תאגידים אחרים. היה צריך להיות ברור לקל-בנין, ואכן - כך קבע השופט המלומד – היה ברור לה, שלא תקום לה כל זכות כל עוד לא החליטה מועצת המנהלים על זהות המתקשר עם ע.ר.מ.. אכן, ועדת המשא והמתן לא ניהלה משא ומתן עם השותפות ושניים מחבריה אף לא היו מודעים כלל, במועד בו נסתיים המשא והמתן עם קל-בנין, לקיום הצעתה של השותפות; אולם כגורם פרטי לא חלה על ע.ר.מ. [568] חובה לנהוג בשוויון עם מגישי ההצעות, כפי שנקבע בד.נ. 22/82 פ"ד מג(1) 441.

סבור אני שאין פסק דינו של בית המשפט המחוזי יכול לעמוד, לא מבחינת העובדות ולא מבחינת ההלכה המשפטית.

6. מטעם קל-בנין העידו מי שהיה מנהל הפרוייקט מטעם ע.ר.מ. מר מילשטיין (שכזכור השתתף מטעם החברה במשא והמתן עם קל-בנין) ומר ליבר, שהגיש תצהיר שעליו נחקר. מטעם ע.ר.מ. הוגש תצהירו של מר עזרא הראל, ששימש בתקופה הנדונה כיו"ר מועצת המנהלים של ע.ר.מ. מר הראל עצמו לא השתתף במשא והמתן עם קל-בנין. בתצהירו כתב מר הראל, בין השאר, כי לקל-בנין "היה ברור באופן חד משמעי כי אף אם תסכים התובעת למחיר המטרה...אין בכך עדיין משום קבלת הצעתה... לתובעת היה ידוע כי מתנהל במקביל מו"מ עם מציעים אחרים... אמור היה להיות ברור לתובעת כי נציגי הנתבעת הינם אך ורק צוות ניהול המו"מ, אשר עליו להגיש את ממצאיו לדירקטוריון החברה, ורק לדירקטוריון החברה מסורה הסמכות להחליט באיזה מן ההצעות לבחור... (סעיף 5 לתצהיר). עוד כתב המצהיר שהטעם העיקרי למסירת העבודות לשותפות היה המחיר הזול שהוצע על ידה, כי נערכו בדיקות יסודיות לגבי השותפות, וכי ההתקשרות עמה נעשתה בתום לב ולאחר קבלת חוות דעת משפטית (סעיף 10), וכי בעלי הדין גילו את דעתם כי המערכת החוזית טעונה עריכת מסמך בכתב (סעיף 14). דא עקא שמר הראל לא בא על מנת להיחקר על תצהירו, אלא נסע לחו"ל ובית המשפט המחוזי מאן לדחות את הדיון לישיבה אחרת על מנת להעיד אותו ואת מר אפריאט. לאחר גמר הטיעונים לפנינו, כאשר דחינו את הדיון למתן פסק דין, עתרה ע.ר.מ. למה שהוגדר על ידה בקשה ל"השלמת טיעון", ובה תקפה את החלטת בית המשפט המחוזי שלא לדחות את הדיון להשלמת ראיותיה. מתברר שלמר אפריאט אמנם נשלחה הזמנה לדיון אך לא הוכח שהיא הומצאה לו, ועל כל פנים בהיותו פונקציונר שלה, שומה היה עליה לדאוג להופעתו במשפט. גם לא נאמר לנו מה אמור עד זה להעיד. מטעמים אלה נראה לנו שאין מקום להשלמת טיעון או להתערבותנו בהחלטת השופט המלומד בענין הנתון לשיקול דעתו. נמצא שחומר הראיות הרלבנטי שלפנינו כלול בתצהירו של מר ליבר ובדברי עדותם של מר ליבר ושל מר מילשטיין לפני בית המשפט המחוזי.

7. בתצהירו של מר ליבר נאמר שההזמנה לקבלת הצעות נערכה "לפי נוהל המקובל בענף זה והידוע כ"מכרז פרטי סגור" (סעיף 4). מר ליבר המשיך ופרט בענין זה בהעידו לאור נסיונו הרב בהשתתפות במכרזים ובעריכתם, כי נוהל המכרז היה כמקובל במכרזים דומים, שבהם מקובל שלאחר הגשת ההצעות נערך "סיבוב בשביל [569] לשפר עמדות" (עמ' 16) והיה ידוע לו שמתנהל משא ומתן גם עם שאר המציעים שהשתתפו במכרז. אין זה מקובל שמנהלים משא ומתן עם מי שלא היה מציע ולא השתתף בסיור הקבלנים (עמ' 17). דבריו של מר ליבר אושרו גם בעדותו של מר מילשטיין שהעיד שהיה מדובר במקרה שלפנינו ב"מכרז סגור על ידי פנייה לקבלנים" (עמ' 3), כי התנהל הליך של ועדת מכרזים וההצעות הוגשו לתוך תיבה, שנפתחה "בתהליך מסודר, בנוכחות נציגי החברה. נרשם פרוטוקול (שם בעמ' 3), נערכה טבלת השוואה בין המציעים (עמ' 7), ולעד לא היה זכור שום מקרה "שיש בעייה מסוג היפוך Up Side Down של הכל. בטח לא כמו שקרה כאן" (עמ' 9). העד לא ידע שהתנהל משא ומתן מקביל עם השותפות, לא ראה את ההצעה שזו הציעה ולא בדק אותה (עמ' 13).

8. על יסוד האמור לעיל, נראה לי שנוצרה התקשרות חוזית מחייבת בין ע.ר.מ. לבין קל-בנין שעל פיה יהיה המציע מי

שיזכה בעבודות לפי התנאים המקובלים ב"מכרז פרטי סגור", ובלבד שזכותה של ע.ר.מ. היתה שמורה לה - כך הוסכם - לנהל משא ומתן עם כל אחד מהמציעים בנפרד, לאחר הגשת הצעותיהם, על מנת "לשפר עמדות". המסקנה האמורה מתבקשת לא רק למקרא עדויותיהם של ה"ה ליבר ומילשטיין, אלא גם נוכח הדרך הפורמלית דמויית המכרז הציבורי בה נתבקשו ההצעות: המסמכים הפורמליים שהמציעים נדרשו להגיש, סיור הקבלנים והגשת ההצעות במועד אחד לתיבת המכרזים. אכן המקור לקביעת זכויותיהם וחובותיהם של המשתתפים במכרז נעוץ בדיני החוזים ולא במשפט הציבורי: ד"נ 22/82 פ"ד מג(1) 449, אך כמו שנקבע בדעת הרוב "... יכול שבנסיבות מכרז קונקרטי ניתן להסיק מן הנסיבות נטילת חובות כאמור, הדומות לחובות מתחום המשפט הציבורי" (ראה שם עמ' 487) והוא הדין במקרה שלפנינו: מקור זכותו של המציע הוא חוזי, אך תוכן החוזה, דומה (במגבלות מסויימות) לתכנה של התקשרות במכרז במגזר הציבורי, שנכנסה לגדרו של החוזה על דרך של אינקורפורציה. נמצא, שבכפוף לזכותה (החוזית) של ע.ר.מ. לנהל משא ומתן בנפרד עם כל אחד מהמציעים במכרז, שומה היה על ע.ר.מ. להתייחס למציעים על דרך השוויון וממילא היא נטלה על עצמה חבות שלא לנהל, במהלך המכרז, משא ומתן במקביל עם מציעים שלא הציעו הצעות. ניהול משא ומתן וקשירת הסכם מחייב עם המשיבה כאמור מהווה הפרת "חוזה נספח" בין ע.ר.מ. לבין קל-בנין; השווה: פרופ' גבריאלה שלו, מכרזים פרטיים, משפטים כרך כ"ט, חוברת 1 עמ' 179, 210. הפרת החוזה הראשי ו"החוזה הנספח" מעמידה לרשות ע.ר.מ. את כל התרופות הניתנות לה לפי הדין בשל הפרת חוזה. יתירה מזו: עצם ניהול המשא והמתן במקביל עם המשיבה מפגיעה את מערכת היחסים שבין קל-בנין לבין ע.ר.מ. בחוסר תום לב.

9. שאלה אחרת שהתעוררה לפני בית המשפט המחוזי וגם לפנינו היא מתי נקשר (אם בכלל) חוזה מחייב בין קל- בנין לבין ע.ר.מ.; ספק אם ההחלטה בענין זה היא [570] חיונית להכרעתנו: גם לו פורמלית צדקו המשיבות בטענתם שהחוזה המחייב אמור היה להיכרת רק עם קבלת הודעת מועצת המנהלים של ע.ר.מ., הרי לאור שילובם של דיני המכרזים בהתקשרות החוזית של בעלי הדין היתה ע.ר.מ. חייבת להתקשר עם קל-בנין בחוזה לביצוע העבודות, ויש לראות את זכויותיה החוזיות כאילו כבר נחתם החוזה עמה. אמת נכון הדבר כי לפי סעיף 19 להצעת ה"מכרז- חוזה" שמרה ע.ר.מ. על זכותה לבטלו "מסיבות שאינן בגין הפרת קבלן את ההסכם", אך מדובר על ביטול לאחר שהחוזה כבר נערך ומכל מקום אין ספק בדבר שמדובר בביטול שנעשה בתום לב, שאינו המקרה שלפנינו. עם זאת טענה ע.ר.מ. לפני בית המשפט המחוזי, וחזרה וטענה גם לפנינו, כי אפשר לקרוא במערכת היחסים החוזית שבין בעלי הדין תנייה הקובעת שע.ר.מ. לא תחוב כל עוד מועצת המנהלים לא אישרה את ההתקשרות עם קל-בנין, וכל עוד לא ניתן האישור היא רשאית להתקשר עם אחרים. לפיכך אתייחס גם לטענה האמורה.

10. בתצהירו מתאר מר ליבר את שאירע לאחר שהסכים ל"מחיר המטרה" כדלקמן (בסעיף 8):

> "לאור הסכמה זו, לחצנו - נציגי שני הצדדים ידיים, מר אפריאט אמר לי "הפרוייקט שלך" ומסר כי יודיע למועצת המנהלים של הנתבעת 1 על סיכומו המוצלח של המו"מ עם התובעת, וכי הניירת הדרושה לחתימת הסכם פורמלי תוכן בהקדם. כמו כן נדונו בשלב זה פרטים ראשוניים לגבי תיאום תחילת ההכנות לביצוע העבודות בפועל על ידי התובעת, כגון מיקומם באתר העבודה של משרדי התובעת ומחסניה".

השופט המלומד לא התעלם מדברים אלה, אך קבע כי נאמר למר ליבר במפורש על ידי הנושאים והנותנים עמו שיודיעו למועצת המנהלים של ע.ר.מ. על תוצאות המשא והמתן, והנחתו של בית המשפט המחוזי היתה ש"ברור היה לכל, שההחלטה הפורמלית תתקבל על ידי מועצת המנהלים, וכריתת החוזה תיעשה במעמד חתימת הצדדים על חוזה". בדין טענה קל-בנין לפנינו שאין לדברים אלה כל תימוכין בדבריהם של מר ליבר ושל מר מילשטיין, והם נלקחו ככל הנראה מתצהירו של מר הראל, שלא היה קביל כראייה.

עוד קבע השופט המלומד שגם מר ליבר עצמו לא גרס שצוות המשא והמתן מטעם ע.ר.מ. היה מוסמך להתקשר עמו בחוזה. הדברים שצוטטו על ידי בית המשפט מדברי מר ליבר (בעמ' 18 ו-19) כבר הוזכרו לעיל. אלא שאת דבריו של מר ליבר בענין זה יש [571] לקרוא בהקשרם המלא; בתשובה לשאלה (בעמ' 18) אם צוות המשא והמתן הציג עצמו לפניו כמי שהוסמך לחייב את ע.ר.מ., הוא השיב:

> "צוות המו"מ סיכם אתי. גם כשמישהו הולך לבנות עבור משרד השיכון או בנק לאומי, הוא גומר עם מי שמוסמך לגמור... כתוב בחוזה שקבלתי מהחברה, שהמפקח הוא זה שמאשר, הוא זה שמחליט, הוא זה שמוסמך מטעם החברה. הוא החברה. אז עכשיו, אין נוהל כזה שאתה יושב מול אפריקה ישראל. אתה יושב עם מהנדסים. מסכמים ואחר כך יש הליך פורמלי של חתימה. אין דבר כזה... פה היה הליך סופי, שלא רק של גמר, אלא מיד כפו עלי תוך מספר ימים לעלות על השטח. מאיזה כיוון עולים, איפה יהיה הצריף של מנהל העבודה. מי יהיה מהנדס האתר ומייד לעלות".

בתשובה לשאלה, אם צוות המו"מ אמר למר ליבר שאם יגיע למחיר המטרה יחתמו עמו על חוזה (בעמ' 19) השיב מר ליבר:

> "צוות מו"מ סיכם את הענין בתהליך רוטיני שאחרי זה חותמים. גם אני הייתי צריך לחתום על החוזה. אבל החוזה גמור. יש פרוייקט".

כיצד אפשר להעלות מדברים אלה הסכמה של מר ליבר שהעסקה לא הוגמרה עם לחיצת הידיים? ואיזו משמעות יש לייחס לדבריו של מר מילשטיין (בעמ' 9) שהוא לא יצר כלפי מר ליבר רושם שהוא מוסמך לייצג את החברה, כאשר (לדבריו) גם בלי זכות חתימה - "אנחנו נותנים את העבודה" (שם באותו עמוד).

11. אכן, בנוסח הצעת ה"חוזה-מכרז" לא נקבעה דרך פורמלית לקיבול ההצעות במכרז, אך למקרא עדויותיהם של מר ליבר ומר מילשטיין, אך ברור הוא שהיה מובן לכל - וזה הנוהג - שהסיכום שנערך בין בעלי הדין כמוהו כהודעה מחייבת של ע.ר.מ. לקל-בנין על זכייתה במכרז; יתירה מזו: קבענו לעיל שיש לראות במסכת האירועים שנתרחשה בין ע.ר.מ. לבין קל-בנין אינקורפורציה (חלקית) של דיני המכרזים הציבוריים למערכת יחסים חוזית; במסכת זו - כך נקבע - הקיבול הוא בהודעה לזוכה ולא בחתימה בפועל על החוזה: ע"א 432/82 פ"ד לט(4) 451, 455; ע"א 3549/90 פ"ד מה(3) 578, 581; אף לפי דיני החוזים גרידא נחשבת הודעתו של מזמין המכרז למשתתף, על זכייתו במכרז, קיבול במובן סעיף 5 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. כמו שכתבה פרופ' שלו במאמרה הנ"ל (בעמ' 205):

> [572] "מכל מקום, ... הודעת מזמין המכרז למציע על זכייתו הוא המועד המאוחר ביותר שאפשר לראותו כמועד כריתת החוזה. משהודע למציע דבר זכייתו, קשורים הוא ומזמין המכרז בקשר חוזי מחייב. מרגע זה אין הצדדים יכולים עוד לסגת באורח חד צדדי מן העסקה המבוטאת בחוזה. נסיגה כזו היא הפרת חוזה, עם כל המשתמע מכך. גם אם לאחר מכן נחתם בין הצדדים חוזה פורמלי, חוזה כזה הוא חלק מביצוע חיובי הצדדים, על פי החוזה שכבר נכרת ביניהם בעבר".

לדעתי, דין הערעור להתקבל, על מנת שהענין יחזור לבית המשפט המחוזי לשומת הפיצויים.

## השופט י' גולדברג:

שתיים הן השאלות הטעונות הכרעה בערעור זה:

א. האם נכרת חוזה בין המערערת קל-בנין בע"מ לבין המשיבה ע.ר.מ. רעננה לבניה ולהשכרה בע"מ (להלן "המשיבה")?

ב. האם הפרה המשיבה את חובת תום הלב במשא ומתן שלה עם המערערת?

ראשון ראשון.

בית המשפט המחוזי קבע כי לא נכרת חוזה מחייב בין המערערת למשיבה, הואיל ונציגי המערערת במשא ומתן ידעו כי הסיכום עם ועדת המכרזים מותנה באישור הדירקטוריון של המשיבה ואישור כזה לא ניתן.
חברי המכובד, המשנה לנשיא חולק על קביעת בית המשפט המחוזי וסבור כי למקרא העדויות, "אך ברור הוא שהיה מובן לכל - וזה הנוהג - שהסיכום שנערך בין בעלי הדין. כמוהו כהודעה של ע.ר.מ. לקל-בנין על זכייתה במכרז".

מובן שאם פניית המשיבה לחברות הקבלניות נשאה אופי של מכרז, הרי שעניינו בבחינת הדין החל על מכרזים פרטיים, על התפתחויותיו ועל קשרי הגומלין שבינו לבין דינים שונים ובראשם בין המכרזים הציבוריים. אם, לעומת זאת, יש לסווג את פניית המשיבה במשא ומתן אינדיבידואלי, הרי עסקינן בדיני החוזים במובנם הטהור ביותר, שבבסיסם ניצב עקרון חופש ההתקשרות.

[573] מפסק-הדין של בית משפט קמא עולה בברור המסקנה כי השופט בחן את עובדות המקרה מתוך הנחה שפניית המשיבה לחברות הקבלניות, אכן נשאה אופי של מכרז פרטי. עם זאת קבעה הערכאה קמא כי בפניית המשיבה לחברות הקבלניות לא נאמר דבר היכול להשתמע כהתחייבות להגביל עצמה לניהול משא ומתן עם החברות הללו בלבד ולמסור העבודות רק לאחת מהן.

המשנה לנשיא המכובד סיווג את המכרז שלפנינו כ- "מכרז פרטי סגור" ופירט את נהליו ומסגרתו בסעיף 7 לפסק-דינו. את האינדיקציות השונות לכך שהמשיבה פעלה בדרך של עריכת מכרז בין עשרת הקבלנים, פירט המשנה לנשיא בפתח פסק-דינו ועל אלה שנימנו מבקש אני להוסיף גם את העובדה שהמשיבה נדרשה לחוות דעת משפטית שהובאה בפני חברי הדירקטוריון ואשר עסקה בשאלה אם קיימת מניעה למסור עבודות פיתוח לקבלן שלא השתתף במכרז (ראה נספח א' לתצהירו של מר הראל).

דעתי כדעת המשנה לנשיא המכובד בענין הסיווג המשפטי של פניית המשיבה לעשרת הקבלנים.

יוטעם, כי לאותה מסקנה ניתן להגיע גם בדרך של ראיית המכרז הפרטי הסגור כ-"מעין מכרז", עליו חלים דיני המכרזים במלואם:

> "המבחין בין מכרז למעין מכרז יחטא, שמעין מכרז הוא מכרז".

(דברי השופט חשין בע"א 6926/93 מספנות ישראל בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ ואח', פ"ד מח(3) 749, בעמ' 772). וכדרך שאמר השופט ברק (כתוארו אז) בענין בג"ץ 492/79 חברה פלונית נ' משרד הבטחון, מדינת ישראל ואח', פ"ד לד(3) 706 בעמ' 716:

"בין שתי אפשרויות קיצוניות אלה (התקשרות נפרדת או מכרז - י.ג.) קיים מגוון רב של מצבי ביניים, אשר אחד מהם הוא המכונה "דמוי מכרז" או "מעין מכרז", ואשר מהותו היא פנייה ראשונית למספר מועמדים, תוך ניהול משא ומתן אינדיבידואלי עם הראויים ביותר שבהם".

כשלעצמי סבור אני כי במקרה כגון דא, בו הודה מנהלה של המערערת כי הוא ידע שהחלטת ועדת המכרזים איננה סוף פסוק וכי רק בפני הדירקטוריון יפול דבר, אין להעדיף "נוהג ענפי". יתכן ובמקרים בהם ניתן למקבל ההצעה להבין באופן ברור כי ועדת המכרזים היא המוסמכת להתקשר עמו בחוזה מחייב, כי אז לא יוכל בעל המכרז לסגת מהחלטת ועדת המכרזים שלו, אך אין זה המקרה שבפנינו. הסכמת הצדדים היתה כפופה לאשור הדירקטוריון וזה לא ניתן. ההסתמכות על הפרקטיקה המקובלת, [574] לפיה, משמש, לעיתים, הדירקטוריון - "חותמת גומי" להחלטות ועדת המכרזים של החברה, איננה הסתמכות הראויה להגנתנו.

לדעתי, תחולת דיני המכרזים על נסיבות האירוע, אין בה כדי להוביל למסקנה שונה. אמנם הלכה פסוקה היא שחוזה מחייב נכרת בדרך כלל ברגע שבעל המכרז מודיע למגיש ההצעה, שהוא זכה במכרז ושהצעתו אכן נתקבלה (ר' ע"א 431/82 חסיד נ' פרזות, פ"ד לט(4) 451, 455) - וכפי שציין המשנה לנשיא, הלכה זו אף נובעת מדיני החוזים עצמם - ברם, לאור מסקנתי שהסיכום בין בעלי הדין לא היווה משום הודעה מטעם המשיבה למערערת, שהצעתה נתקבלה ושהיא זכתה במכרז, אי אפשר לראות את החוזה "כאילו נכרת" (ר' ע"א 829/80 שיכון עובדים בע"מ נ' זפניק ואח', פ"ד לז(1) 579, 583; ע"א 579/83 זוננשטיין ואח' נ' אחים גבסו בע"מ, קבלני בנין ואח', פ"ד מב(2) 278, 286).

ההלכה הרלבנטית בעניינו היא מתחום דיני המכרזים, לפיה:

"אם הבחירה בזוכה במכרז טעונה אשור של גורם נוסף יהיה אישור זה חלק משרשרת ההחלטות על הזכייה".

(ר' מאמרה של ג' שלו "מכרזים פסולים", משפטים כט 179, 205 וכן: בג"ץ 632/81 מיגדה נ' שר הבריאות, פ"ד לו(2) 673, 681-682; בג"ץ 545/82 אינג' אליהו פבר מנהל מדור חוזים והתקשרויות במשרד הבטחון, פ"ד לז(1) 441).

לאחר שעסקנו בשאלה האם נכרת חוזה מחייב בין המערערת למשיבה וענינו עליה בשלילה, נדון עתה בנסיבות שמנעו גיבוש חוזה כזה.

המערערת טענה כי המשיבה נהגה כלפיה בחוסר תום לב, בכך שבתום משא ומתן ממושך עמה, החליטה להעדיף את הצעתה של המשיבה 2, בשל היותה זולה יותר, הגם שהמשיבה 2 לא השתתפה במכרז, כדרך שעשו עשרת הקבלנים.

בית משפט קמא דחה את טענת המערערת בסוברו כי המשיבה לא התחייבה להגביל את יכולת ההתקשרות שלה עם מי מעשרת הקבלנים שהשתתפו במכרז, והואיל והצעתה של המשיבה 2 היתה זולה באופן משמעותי מהצעת המערערת, הרי ששיקולי המשיבה היו סבירים ואין לייחס לה חוסר תום לב.

לעומת גישה זו, קובע המשנה לנשיא המכובד בפסק-דינו כי בכפוף לזכותה החוזית של המשיבה לנהל משא ומתן בנפרד עם כל אחד מהמציעים במכרז, היה עליה להתייחס למציעים על דרך השיוויון, ולא לנהל, במהלך המכרז, משא ומתן במקביל עם מציעים שלא נטלו חלק במכרז ולא עמדו בתנאיו. המשנה לנשיא סבר כי בדרך ניהול [575] המכרז התחייבה המשיבה ב"חוזה נפסח" הקובע את דרך ניהול המשא ומתן, לבחור את הזוכה בעבודות רק מבין המציעים שעמד בתנאי המכרז ולא אחר.

בעוד שעל השאלה אם נכרת חוזה מחייב בין המערערת למשיבה, ראיתי להשיב בשלילה, הרי לגבי השאלה אם הפרה המשיבה את חובת תום הלב במשא ומתן שקיימה עם המערערת, דעתי היא כדעת המשנה לנשיא, לפיה הפרה המשיבה את התחייבויותיה כלפי המערערת לקיום הליכי מכרז תקינים והוגנים.

עובדות המקרה יוכיחו.

המשיבה 2, עימה התקשרה המשיבה לבסוף, לא עמדה באף אחד מתנאי החובה של המכרז: לא הגישה את הצעתה עד לתאריך שנקבע לגבי שאר הקבלנים ולא השתתפה בסיור הקבלנים בו פורטו הדרישות של המזמין. מאידך ניתן בידי המשיבה 2 היתרון שאיפשר לה להגיש את הצעתה רק לאחר שמוצה המירב מכל יתר הקבלנים שהתחרו זה עם זה כשווים.

והנה, דווקא באותו יום בו הגיעה המערערת לסיכום סופי עם ועדת המכרזים של המשיבה, טרח חבר ועדת המכרזים, מר אפריאט, להתייצב לפני הדירקטוריון, אך במקום להעלות לפני הדירקטוריון את הסיכום שאליו הגיע עם המערערת, לאחר משא ומתן ממושך, יחסית, לשם קבלת אשור סופי, בחר להציג את הסיכום עם המערערת רק כחומר רקע לסיכום אליו הגיעה הועדה עם המשיבה 2.

בהתנהגות חסרת תום לב זו הוכיחה המשיבה כי לגביה היה הליך המכרז, הליך סרק וכשהדבר השתלם לה מבחינה כלכלית, לא נרתעה מהתקשרות עם גורם חיצוני למכרז. בכך חרגה המשיבה מנורמת ההגינות שהתחייבה כלפי המשתתפים במכרז ובגין כך ראויה היא להתחייב בפיצוי המערערת שעמה הגיעה לסיכומים סופיים.

## חִישׁוּב הפיצוי

סעיף 12(ב) לחוק החוזים (חלק כללי) התשל"ג-1973 קובע כי הפיצויים שינתנו למי שייפגע מניהול משא-ומתן שלא בתום לב, יהיו פיצויים "בעד הנזק שנגרם". מאחר ולדעתי בהעדר אישור הדירקטוריון של המשיבה, לא יכול היה להשתכלל חוזה ולא נכרת חוזה, זכאית המערערת לסעדים המגיעים לה בשל חוסר תום לב בניהול משא ומתן לקראת חתימת חוזה, אותם יקבע בית המשפט המחוזי, אליו יוחזר התיק למטרה זו.

אשר על כן, הייתי מקבל את הערעור, מבטל את פסק-הדין קמא ומחזיר את העניין לערכאה דלמטה לשם הענקת הסעדים המתאימים בגין חוסר תום לב במשא ומתן [576] לקראת כריתת חוזה. לשם כך רשאי בית המשפט לקבל ראיות, לשמוע טענות ולתת פסק-דין חדש, בהתאם.

המשיבים ישלמו למערערת הוצאות בסך 30,000 ש"ח בשתי הערכאות.

## הַשׁוֹפֵט ט' שְׁטֶרְסְבֶּרְג-כֹּהֵן:

מקובל עלי כעל חברי כי מדובר "במכרז פרטי סגור" שהתייחס לעשרת הקבלנים שהגישו הצעותיהם והשתתפו בסיור שהתקיים. אלא שדעתי היא כדעתו של חברי השופט י. גולדברג, כי לא נכרת חוזה עם המערערת. בית המשפט המחוזי קבע, כי מנהלה של המערערת ידע שועדת המכרזים אינה סוף פסוק וכי רק הדירקטוריון יוכל להכריע בבחירת הזוכה. בקביעה זו אין מקום להתערב ומשכך, אין לתור אחר "נוהג ענפי" ולקבוע עובדות חדשות תחת אלה שנקבעו על ידי הערכאה הראשונה. זאת ועוד, גם אילו היה מקום להיזקק ל"נוהג ענפי" אין בפנינו חומר ראיות המוכיח נוהג כזה, פרט לעדותו של מנהל המערערת. אלא שהשופט קמא לא קיבל עדות זו ולא היה מוכן לקבוע קיומו של נוהג בהסתמך עליה ואין מקום להתערב בכך. יתרה מזו, ספק בעיני אם עדות כללית יחידה זו, של אדם הנוגע בדבר, יכולה - כשלעצמה - להוכיח נוהג.

אשר על כן, מהטעמים המנויים בחוות דעתו של השופט י. גולדברג, אף אני בדעה כי לא נכרת הסכם בין המערערת לבין המזמינה וכי המזמינה חטאה בחוסר תום לב במשא ומתן לקראת כריתת הסכם ומצטרפת אני לתוצאה כפי שקבע השופט י' גולדברג.

החלט, ברוב דעות, כאמור בפסק דינו של השופט גולדברג.

ניתן היום ד בטבת תשנ"ט (23/12/1998).
--- סוף פסק הדין ---

# Letter of intent for Asset Sale Transaction

_____, 2005

_____

_____

Re: Acquisition of Assets

Dear _____:

This letter sets forth the intent of _____, Inc., an Arizona corporation ("Buyer"), to buy, and of _____, Inc., an Arizona corporation ("Seller"), to sell, all of the property and assets (the "Assets") used by Seller in the operation of its _____ business (the "Business"). This letter sets forth the proposed terms and conditions of the acquisition.

1. *Purchase Price*. The purchase price for the Assets will be ____ Million Dollars ($___,000,000) (the "Purchase Price") which Buyer will pay to Seller in immediately available funds at the Closing as defined below.

2. *No Financing Contingency*. Buyer has adequate financial resources, debt and equity, available to it to consummate the transactions contemplated by this letter, and Buyer will provide reasonable assurances in the Purchase Agreement (as defined below) of its ability to consummate the terms of the Purchase Agreement. Buyer's obligations under the Purchase Agreement will not be subject to its ability to obtain financing.

3. *Assets*. The Assets to be transferred by Seller to Buyer shall include all personal property, tangible and intangible and real property owned by the Seller which is used by Seller in the operation of the Business, except for current assets such as cash, cash equivalents, prepaid items and accounts receivable, all of which will be retained by Seller. The Purchase Agreement will provide for Buyer's collection of Seller's accounts receivable for a period of one hundred twenty (120) days following the Closing, the remittance to Seller of amounts collected on the thirtieth, sixtieth, ninetieth and one hundred twentieth days following the Closing, and Seller's right to collect its receivables thereafter. Buyer shall use reasonable efforts to collect Seller's accounts receivable in the normal and ordinary course of business and will apply all amounts collected to the debtor's oldest accounts receivable first.

4. *Assumed Liabilities; Liens and Encumbrances*. At the Closing, Buyer shall assume all contracts, leases, and other liabilities of the Business that are not past-due as of the Closing Date, including trade and barter liabilities. Buyer shall employ all of the employees of the Business after the Closing, shall assume all of Seller's obligations for vacation and personal days and the employees' past service for purposes of any future severance, and shall institute a medical plan for the employees that accepts all preexisting conditions and a 401(k) plan to which Seller can make a plan-to-plan transfer. As of the Closing Date, the Assets shall be free and clear of all liens and encumbrances, except as expressly agreed by Buyer in the Purchase Agreement.

5. *Covenant Not To Compete*. At the Closing, Buyer and Seller shall enter into an agreement not to compete, pursuant to which Seller shall agree not to compete with Buyer in the telecommunications business in any of the metropolitan areas in which the Business is located (the "Territory") for a period of five (5) years following the Closing Date. As full consideration for Seller's execution and delivery of the agreement not to compete, Buyer shall pay Seller the sum of ____ Million Dollars ($__,000,000) in immediately available funds at the Closing.

6 *Broker's Commission*. Buyer and Seller acknowledge that a broker's commission will be payable to _____, Inc. (the "Broker") at the Closing. Seller shall pay that commission directly to the Broker, and shall indemnify, defend and hold Buyer harmless from and against the commission. The parties represent and warrant to one another that, except for the commission to the Broker, no fees or commissions are or will be due and payable to any broker or finder as a result of the transactions contemplated by this letter, and each agrees to indemnify, defend and hold the other harmless from and against any and all costs, claims, expenses, damages and other liabilities arising out of or in connection with the claim by any person claiming a broker's or finder's fee through

Buyer or Seller, respectively.

7. *Closing and Closing Date*. The closing of the Purchase Agreement ("Closing") will take place at the offices of _____ P.A., _____, _____, on the date (the "Closing Date") which is ten (10) business days following the date on which the order of the Federal Communications Commission ("FCC") authorizing the transfer of the FCC licenses for the Business to Buyer shall have become final and subject to no further judicial or administrative appeal. Each party will pay its fees and expenses and those of its agents, counsel, investment advisors, whether or not the transaction is consummated subject to the terms of the Purchase Agreement.

8. *Purchase Agreement; Earnest Money Deposit*. Buyer and Seller shall make every reasonable effort to agree on and have prepared as quickly as possible a contract (the "Purchase Agreement"), embodying the terms and conditions set forth in this letter and containing warranties, representations and conditions customary in acquisitions of this type and such other terms and conditions as the parties shall agree and shall provide for the delivery at the Closing of the usual and customary documents which would be delivered in an acquisition of this type including legal opinions, assignment and assumption agreements, approvals, consents, estoppel letters and bills of sale. In addition, the Buyer will deposit with an escrow agent mutually acceptable to Buyer and Seller an earnest money deposit (the "Earnest Money Deposit") equal to ____ Million Dollars ($__,000,000) when the Purchase Agreement is executed. The Earnest Money Deposit will be payable to Seller at the Closing, and will be paid to Seller as liquidated damages if the transaction fails to close, unless the failure to close is on account of Seller's inability or deliberate failure to close.

9. *Employment, Consulting and Non-Competition Agreements*. As a condition of Buyer's willingness to close the purchase of the Business, Buyer requires assurance of the continued involvement of _____ and _____ with the Business. As a result, at the Closing, Buyer will enter into an employment agreement with _____ on terms and conditions reasonably acceptable to Buyer and _____, for _____'s employment by Buyer for a period of three (3) years following the Closing at his current annual salary of _____ Thousand Dollars ($_____,000), and a consulting and non-competition agreement with _____, on terms and conditions reasonably acceptable to Buyer and _____, for _____'s provision of consulting services to Buyer for a period of five (5) years following the Closing, and his agreement not to compete with Buyer in the telecommunications business in the Territory for a period of five (5) years following the Closing for an annual payment of _____ Thousand Dollars ($___,000). The terms of both agreements shall be agreed upon by Buyer and _____ and _____ prior to the execution of the Purchase Agreement.

10. *Due Diligence; Exclusive Dealing*. Pending the preparation of the Purchase Agreement, Seller will permit Buyer, its representatives, accountants, employees and counsel to examine the Business, the Business' contracts, and the Business' finances, and interview key officers and employees of Seller, it being understood that Buyer shall maintain the confidentiality of all information received and shall not provide such information to any third parties, other than to Buyer's investor's financiers, shareholders, counsel and accountants, and that Buyer will promptly return to Seller all information (including all copies made by Buyer) delivered by Seller to Buyer if the parties do not enter into a Purchase Agreement. Seller agrees that it shall not, between the date of this letter and the date that the Purchase Agreement is executed, directly or indirectly, attempt to sell, offer to sell, advertise for sale, entertain offers for sale, or take any steps to sell the Business.

11. *Good Faith; Termination*. Each of the parties agrees to proceed in good faith to negotiate, execute and deliver the Purchase Agreement (and to complete due diligence) within thirty (30) days of Seller's acceptance of this letter and to consummate the transactions contemplated by this letter. If the parties have not executed and delivered the Purchase Agreement within the thirty (30)- day period, either party may terminate this letter of intent by written notice to the other party, and neither Buyer nor Seller shall have any further rights against or obligations to the other arising out of the transactions contemplated by this letter, except that the first sentence of paragraph 10 and the second sentence of paragraph 15 shall continue in full force and effect following termination.

12. *Cooperation*. Each of the parties agrees to cooperate in obtaining all necessary approvals from all applicable governmental authorities to the transfer of the Business from Seller to Buyer.

13. *Operation of the Business*. Until the Closing, Seller agrees to operate the Business in the ordinary course of business and consistent with past practices. The Purchase Agreement will provide that Buyer will be obligated to close the transaction contemplated by this letter notwithstanding any change in the financial or operating performance of position of the Business.

14. *Intention of the Parties*. This letter does not purport to include all of the essential terms of the transactions contemplated by this letter and it is the intention of the parties that neither shall be obligated to complete this transaction unless the definitive Purchase Agreement is executed and

delivered by all parties and then only in accordance with the terms of the Purchase Agreement. The parties acknowledge that the Purchase Agreement is subject to the approval of their respective Boards of Directors and Seller's lenders. Seller agrees that Buyer may assign its rights and obligations hereunder to a subsidiary corporation or any other entity as long as such assignment does not hinder or delay in any manner the granting of any governmental consent to the transfer of the Business.

15. *Publicity*. The existence of this offer and all terms contained in this offer shall be kept in the strictest confidence by Buyer and Seller until after the execution of the Purchase Agreement. If this letter is terminated without the execution of a Purchase Agreement, Buyer and Seller will make good faith efforts to prevent public knowledge of the existence of this letter. Following the execution and delivery of the Purchase Agreement, the parties shall jointly announce the transaction in a statement approved by both of them. Thereafter, each party shall be free to make separate statements and comments.

If the terms of our understanding have been correctly set forth, please confirm this by signing and returning to us the enclosed copy of this letter, by 5:00 p.m. _____ Standard Time, on [the date which is five business days following the date of this letter]. If we have not received an executed copy (by telecopy or otherwise) by that time and date, this letter shall expire and shall be of no further effect.

Sincerely,

_____

By_____

Its_____

ACCEPTED AND AGREED TO this ___ day of _____, 20__.

_____

By_____

_____, President

# Memorandum of understanding for formation of limited liability company

MEMORANDUM OF UNDERSTANDING _____[Name of entity to be formed]

This Memorandum of Understanding ("MOU") documents the agreement by and between _____[name of individual], an individual residing in the _____ ("Individual")
And
_____[name of corporation], a _____ corporation ("Corporation"), with regard to the formation and operation of a _____[specify type of entity, such as: limited liability company or "LLC"] as set forth below:
Name of the LLC: The LLC will be named _____[name of LLC] pursuant to a license to use the name _____[name] from Corporation.
License to the LLC: Corporation will grant the LLC a license to use the name _____[name], on the terms and conditions contemplated in this MOU.
Structure of the LLC: The LLC will be a _____ member-managed limited liability company consisting of two members: Individual and Corporation, sometimes together referred to as the "Managers."
Business of LLC: The LLC will engage in the marketing, distribution and sale of _____[specify business of LLC, such as: food products, food supplements, vitamins and other nutrients sold to companies and outlets, and through advertising vehicles, whose primary target market is fitness training. An "outlet" for purposes of this definition may be a division or department of a larger entity, such as the fitness training department in a general sporting goods store.]
Geographical Area: The LLC will do business in United States, Canada, and Europe; provided the LLC will have no right to sell to U.S. military facilities wherever located.
Ownership of LLC: Until agreed otherwise by the Managers, the Company will be owned _____[fifty percent (50%)] by Individual and _____[fifty percent (50%)] by Corporation.
Sub-License: Corporation will grant to the LLC an exclusive Sublicense to _____[specify purpose(s) of sub-license, such as: market, sell, and distribute Corporation's food products, food supplements, vitamins and other nutrients (proprietary products) in the Geographical Area and Field of Use] Pursuant to that Sublicense, Corporation will sell to the LLC Corporation food products, food supplements, vitamins and other nutrients in such quantities as the LLC will desire, at Corporation's cost of the materials and products.
LLC Products: The LLC will sell to Corporation any and all products produced by the LLC and sold by it under the name _____[name] or any name similar to that name, in such quantities as Corporation will order, at the LLC's cost of the products plus _____[specify terms of sale, such as: ten percent (10%) on COD terms], for Corporation's resale in areas in which the LLC is not authorized to sell _____[name] labeled products.
LLC Board of Directors: Each Manager will appoint _____[number] representative(s) to a Board of Directors; initially it is contemplated that Individual will be _____[his or her] own representative and _____[name of corporate representative] will be Corporation's representative.
Board Deadlocks: Each Manager will designate at least _____[number] independent experienced business persons as _____[specify status of appointees, such as: standby mediators] In the event of a Board deadlock, _____[number] of designated standby mediators will be selected by each Manager and the _____[number] persons (two Board members and the mediators) will attempt to resolve the deadlock by good faith discussions and negotiations. In the event the deadlock cannot be resolved, the _____ [number] mediators will select another mediator, who will be independent and have no prior relationship with either member, to act as final arbiter of the deadlocked issue.
Board Level Decisions: Certain major decisions will only be made by the Board of Directors, such as:
(a) The major concepts and programs to be pursued in advertising and marketing Company products bearing the _____[name] name.
(b) Grant or sale of any profits or equity interest in the LLC to any third party.
(c) Any distribution of _____[name] labeled products other than through direct mail or retail.
Day to Day Management: The day-to-day management and administration of the LLC will be under the direction of _____[name of party] who will have the right to have the LLC employ managers,

officers, and other personnel, as he or she finds necessary and appropriate to further the LLC's business.
Rights of First Refusal: In the event that Individual dies, Corporation is dissolved, or either of them become the subject of a proceeding under the U.S. Bankruptcy Code or similar state law proceeding and not have the proceeding dismissed within _____[specify time period, such as: ninety (90) days] of its commencement, or otherwise be or become legally incapable of acting in that party's own behalf, the other party will have the right to purchase the incapacitated party's interest in the LLC at the price equal to the fair market value of the interest purchased.
Fitness Referral Business: In the event Individual brings to Corporation a business opportunity not appropriate for the LLC, and if Corporation will, in the exercise of its sole discretion elect to pursue the opportunity, Corporation will pay to Individual _____[specify amount, such as: fifty percent (50%)] of the _____[specify the terms, such as: net profits derived from the opportunity for the first three (3) years of its business]. Corporation agrees not to circumvent Individual in any such matter, and agrees not to pursue any such opportunity if to do so would mean it cannot supply all of the LLC's demands for Corporation _____[specify products, such as: food products, food supplements, vitamins and other nutrients.]
Compensation of Individual: Individual will draw no salary from the Company until its gross revenues for the most recent calendar month exceed _____[specify dollar amount, such as: fifty thousand dollars ($50,000)] Thereafter, Individual will receive from the LLC a salary fixed at the same level as the most highly paid officer of Corporation, prorated, if necessary, in the event Individual is working for the LLC on a less-than-full-time basis.
LLC Performance Goals: The LLC will be required to meet the performance goals set forth in Exhibit [A] attached to this MOU or be subject to cancellation of any agreement between the LLC and Corporation giving the LLC the right to sell Corporation _____[specify products, such as: food products, food supplements, vitamins and other nutrients] and use the _____[name] name.
Individual Investment: Individual will be obligated to make _____[specify dollar amount, such as: one million dollars ($1,000,000)] available to the LLC, at least _____[specify dollar amount, such as: one hundred thousand ($100,000)] of which will be invested as _____[specify treatment of investment, such as: equity capital] The remainder will be a loan from Individual to the LLC on the following principal terms: _____[set forth terms of loan, such as: (i) interest on advanced funds will accrue at _____ (method of determining loan rate) in effect from time to time; (ii) no repayment of principal will be required prior to _____ (three years) from the date of this MOU; (iii) for the year following the date in which this MOU is signed, not less than _____ (ten percent (10%)) of the _____ (net profits) of the LLC will be applied to the repayment of principal; (iv) in the _____ (fourth) year from the date of this MOU, the then remaining principal will be repaid in _____ (specify manner of loan repayments, such as: four equal quarterly installments)].
LLC loan to Corporation: A minimum of _____[specify dollar amount, such as: two hundred thousand dollars ($200,000)] of the Individual loan to the LLC will be loaned to Corporation on the same terms and conditions as the Individual loan to the LLC.
Conditions to Individual Performance: Individual will not be obligated to pursue the LLC formation as set forth above unless and until the following conditions have been satisfied:
(a) Corporation Supplier has agreed in writing that the LLC may continue its business with respect to _____[specify activities, such as: purchase, marketing and sale of Corporation food products, food supplements, vitamins and other nutrients] even if Corporation's license to the products will have been terminated.
(b) Corporation will indemnify and hold Individual harmless against and from any claim asserted by any investor or potential investor in the LLC that is asserted against Individual, except for derivative actions alleging that Individual has not performed his or her or her obligations under this MOU or any document deriving from this MOU.
No-Shop Clause: For a period of _____[length of period] from the execution of this MOU, Individual agrees not to consider _____[set forth restrictions on Individual's and Corporation's business opportunities, such as: any other major business opportunity, other than personal opportunities relating to his or her or her video programs, and Corporation agrees not to consider any other entity for a fitness training market sublicense.]
Individual and Corporation intend that this MOU will be binding upon them and require that they use their good faith best efforts to resolve all open issues, satisfy all conditions, and execute final definitive documents no than _____ [length of period] from the date of this MOU.
IN WITNESS WHEREOF, the parties hereto have executed this Memorandum of Understanding this _____[date].

[Name of corporation]

By: _____
[Signature and title]

[Name of individual]
[Signature]

ע"א 2887/91

בפני: כבוד הנשיא א' ברק, כבוד השופט י' זמיר, כבוד השופטת ט' שטרסברג-כהן

# בן ציון גול נגד אליצור אוריעל

ערעור על פסק דין בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו מיום 20.5.91 בתיק אזרחי 1356/78 שניתן על ידי כבוד סגן הנשיא חאג' יחיא

תאריך הישיבה כח' בכסלו תשנ"ה (1.12.94)

בשם המערערים:עו"ד יוקי שמש
בשם המשיבים:עו"ד בן פורת ועו"ד בלושטיין

איזכורי חקיקה:
חוק החוזים (חלק כללי) 41
חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) 10
חוק חוזה קבלנות

איזכורי פסיקה:
ע"א 611/80, ע"א 464/81, ע"א 431/82, ע"א 192/80, ע"א 196/88, ע"א 571/80

## פסק-דין

השופטת ט' שטרסברג-כהן:

1. הפרשה נשוא ערעור זה, תחילתה בשנות ה- 70 ולמרבית הצער מהדהדים הדיה בין כותלי הערכאות השונות עד עצם היום הזה. התביעה הוגשה ב- 1978. פסק הדין של בית משפט קמא ניתן ב1991- והערעור מגיע לסיומו רק עתה. אין לי אלא להביע צערי על מעבר הזמן התמוה, ועם הצדדים הסליחה על כך. עניינו של הערעור הוא הסכם שנחתם ביום 21.10.76 (להלן: ההסכם) בין המערערים (להלן: גול) לבין המשיבים (להלן: אוריעל) לפיו העבירו אוריעל את מניותיהם (50) בשתי חברות לגול - (שהחזיקו אף הם ב50- מהמניות) - בתמורה סימלית וכנגד התחייבותם של גול לעשות להבראת החברות באופן שמריווחיהן יסולקו החובות שגול ואוריעל ערבו להם אישית, כך שאוריעל ישוחררו מערבויותיהם.
2. ב1.11.76-, כעשרה ימים לאחר חתימת ההסכם, נתמנה לחברות כונס נכסים לבקשת הנושה העיקרי, בנק אמריקאי ישראלי, ופעילות החברות הופסקה. גול ואוריעל נאלצו לשלם מכספם לנושים שונים להם ערבו, ואוריעל תבעו מגול החזר הסכומים ששולמו על ידם. גול קבלו רשות להתגונן, התגוננו, וגם הגישו תביעה שכנגד. אוריעל זכו בתביעתם ואילו התביעה שכנגד של גול, נדחתה. על כך מערערים גול בפנינו.
3. לטענת אוריעל, שנתקבלה על ידי השופט קמא, הפרו גול את ההתחייבויות שנטלו על עצמם בהסכם והנזק שנגרם לאוריעל כתוצאה מכך, הוא כפי הסכומים ששולמו על ידם אישית, לנושים. לעומתם טוענים גול, כי אוריעל הם אלו שהפרו את ההסכם בכך שלא גילו לגול בהסכם קודם מ7/75- כאשר רכשו מאוריעל מניות בחברות, את מצב החברות לאשורו. עוד טוענים גול כי ההסכם בוטל על ידם וכי בכל מקרה לא היתה הפרה מצידם של ההסכם, באשר בזמן הקצר שעמד לרשותם מאז כריתת ההסכם ועד לכינוס הנכסים, לא היה סיפק בידם לנסות ל"העמיד" את החברות על רגליהן וכי גם אילו עשו יותר משעשו, לא היה בכך - לאור כינוס הנכסים - כדי לאפשר הבראת החברות ופרעון חובות הנושים להם ערבו הצדדים.
4. השופט קמא לא האמין לגול בכל הנוגע לטענותיהם בדבר צעדים בהם נקטו במשך אותם ימים ספורים שבין החתימה על ההסכם לבין כינוס הנכסים, וקבע כי גול לא הוכיחו שהכניסו - כטענתם - כסף לחברות וכי פתחו לחברות קווי אשראי נוספים בבנקים וכי שילמו משכורות לעובדים וכי שיעבדו ניירות ערך פרטיים וכי הקפיאו את חובות החברות לחברה אחרת שבשליטתם. במילים אחרות, אותם צעדים שגול טענו כי נקטו בהם באותם ימים ספורים, לא הוכחו להנחת דעתו של בית משפט קמא. אלה הן קביעות עובדתיות המבוססות על בדיקת החומר הראייתי, התרשמות מעדים וקביעת מהימנותם, ואין מקום להתערב בהן. לפיכך, יש לצאת מתוך הנחה שאכן לא ננקטו על ידי גול, באותם ימים ספורים, צעדים של ממש להבראת החברות. השאלה היא האם יש לראות בכך הפרת הסכם. לשם מתן תשובה לשאלה זו ראוי להתייחס לסעיפים

הרלוונטיים שבו.

סעיף 5 בהסכם מדבר על מטרתו בזו הלשון:

"5. הצדדים מאשרים כי הם מכירים בכך, במטרת (כך במקור) העברת השליטה בחברות לגול בין היתר לאפשר לחברות לעמוד בהתחייבויותיהן כלפי בנקים, ספקים, לקוחות - לשלם את החובות של החברות ובצורה שכזאת לשחרר את הערבויות שנתנו על ידי הצדדים והחזרת השקעותיהם בהלואות וכן על מנת שגול ישיג את הכספים הדרושים להבראת החברות."

סעיף 10 להסכם קובע לאמור:

"10. כדי למנוע ספקות, מוצהר ומוסכם בזאת כי האמצעים שיעמדו לרשות החברות עקב פעילותן, ישמשו בראש וראשונה לתשלום התחייבויות חדשות שהחברות תקבלנה על עצמן, כאמור לעיל, החל מתאריך הסכם זה ולשם ביצוע העבודות וההזמנות החדשות ורק עודפים והיתרות שלאחר מכן ישמשו לכיסוי ההתחייבויות האחרות של החברות כאשר להתחיבויות אשר גול ואוריעל ערבים להם אישית או לערבויות שהשיגו או לרכושם המשועבד, יש קדימה להתחייבויות האחרות של החברות, אולם אם גול לא ירצה לקבל הלואותיו בחזרה יהיה אוריעל זכאי לקבל הלואותיו על אף שגול לא קבל הלואותיו."

5. מתוך ההסכם עולה, כי החברות היו בקשיים כספיים וזו הסיבה שבגללה מכרו אוריעל לגול את מניותיהם בחברות והעבירו להם את השליטה בהן, תוך ציפיה שגול יפעלו להבראת החברות, להמשך הפעלתן ולשחרור אוריעל וגול עצמם מהתחייבויותיהם האישיות. עם זאת, עולה מן ההסכם, כי הכספים שייכנסו לחברות במהלך הפעלתן על ידי גול, ישמשו בראש ובראשונה לתשלום הוצאות תפעול שוטף, ולביצוע עבודות והזמנות חדשות והתחייבויות חדשות, ורק העודף והיתרה ישמשו לכיסוי ההתחייבויות כאמור בסעיף 10 שצוטט לעיל. גול ואוריעל היו באותה "סירה" באשר להתחייבויותיהם האישיות ולשניהם היה אינטרס שהחברות תבראנה ותהינה מסוגלות להביא לשחרורם מהתחייבויותיהם האישיות.

6. ההסכם צופה פני עתיד וטמונות בו התחייבויות האמורות להתבצע לאורך פרק זמן שלא הוגדר ולא תוחם בו, ולא בכדי, שהרי, לא ביום אחד ניתן לשקם חברות הנמצאות בקשיים כספיים וחובות ניכרים רובצים עליהן. דרושה לשם כך פעילות שוטפת ומתמשכת שאין ערובה להצלחתה. מכאן, שההתחייבות לשחרר את אוריעל מערבויותיהם איננה התחייבות מוחלטת, איננה עומדת ללא תנאי והיא פועל יוצא ממאמצים שעל גול לעשותם ומצעדים שעליהם לנקוט בהם תוך צפיה שהם ישאו את הפירות המקווים. גול לא קבלו על עצמם התחייבות אבסולוטית לשחרר את אוריעל מערבויותיהם, שאילו כך היה, היה מתייתר חלק גדול מסעיפי ההסכם. מנוסח ורוח ההסכם עולה, כי ההתחיבות היא לפעול להבראת החברות כדי להביא למצב בו יתאפשר שחרור אוריעל מהתחיבויותיהם האישיות.

7. ניתן לסווג את חיובם של גול על-פי תוכנו ומהותו, כחיוב השתדלות להבדיל מחיוב תוצאה. חיוב השתדלות הוא חיוב לנקוט באמצעים המתאימים למען השגת המטרה מבלי להתחייב להשגתה. חיוב תוצאה, לעומתו, הוא חיוב שעניינו השגת תוצאה מסויימת המקובל בשיטת המשפט הקונטיננטלית במיוחד בצרפת ולא מצא ביטוי מפורש בחקיקה בפסיקה ובספרות המשפטית הישראלית. נראה לי כי ההבחנה הנוצרת על-ידי סווג זה מיטיבה לבטא את מהותן של שתי ההתחייבויות ואת השוני ביניהן. הבחנה זו מאפשרת למקם כל חיוב במקומו הראוי ולייחס לו את מאפייניו המיוחדים ואת השלכותיהם המשפטיות. סבורתני כי סווג זה משתלב היטב בתפיסתנו המשפטית את החיובים בדיני החוזים, והוא מאפשר ניתוב כל חיוב לתוך אפיק לוגי משפטי בהיר וקולע.

"בעוד שבחיובי תוצאה אי-השגת התוצאה המבוקשת או המצאת תוצאה פגומה מהווים, כשהם לעצמם, הפרה של החוזה, הרי בחיובי השתדלות יישא החייב באחריות רק אם ניתן לייחס את אי-השגת התוצאה המבוקשת, או השגתה החלקית, לחוסר מיומנותו, להתרשלותו או כיוצא בזה" (זמיר חוק חוזה קבלנות, תשל"ד1974- (ירושלים, תשנ"ה) בעמ' 35). (ראה עוד א' זמיר עיקרון ההתאמה בקיום חוזים (ירושלים, תש"ן) בעמ' 104). (להבחנה בין חיובי השתדלות וחיובי תוצאה ראה א' זמיר חוק חוזה קבלנות בעמ' 36-34). ראה עוד ר' סנילביץ "חוזה למתן שירות עריכת-דין והאחריות בגין הפרתו - היבט השוואתי" ספר לנדוי כרך שלישי (תל-אביב, תשנ"ה) 1465, בעמ' 1486- 1485).

8. בעזרת הבחנה זו ייקל עלינו לבחון את השאלה אם הפרו גול את ההתחיבות שנטלו על עצמם בהסכם, נראה לי, איפוא, כי ניתן להטיל על גול אחריות להפרת החוזה אך ורק אם יוכח כי הם לא פעלו במיומנות סבירה או כי הם לא נקטו את השקידה והזהירות הראויה המתחיבת בנסיבות הענין לשם השגת היעד של הבראת החברות. הנטל להוכחת ההפרה, קרי, העדר שקידה, חוסר מיומנות והתרשלות, מוטל על הטוען זאת (זמיר חוק חוזה קבלנות בעמ' 72), וניתן לקבוע שלא הוכחה כזו.

9. סבורתני כי בנסיבות הענין אין לומר כי הזמן הקצר שעמד לרשותם של גול עד לכינוס הנכסים איפשר להם לעמוד במבחן הבראת החברות ולפיכך אינני סבורה כי הם הפרו את החיוב שנטלו על עצמם. אין טענה, ובצדק, שגול היו מעונינים בחיסולן של החברות ובכשלון הבראתן, שהרי האינטרס של גול היה זהה לאינטרס של אוריעל - להשתחרר מערבויותיהם ומחבויות אישיות. יש להניח שלגול היה גם אינטרס נוסף והוא, להפוך לבעלים של חברות איתנות, ריווחיות ומשגשגות גם לאחר שחרור אוריעל מהתחייבויותיהם וערבויותיהם, שהרי, הם - גול - מחזיקים ב100- מהמניות בהן. גם אם יוצאים אנו מתוך הנחה כי באותם ימים ספורים שעד לכינוס הנכסים לא נקטו גול בפעולה נמרצת להבריא את החברות, אין בכך כדי לקבוע שהופרו התחייבויותיהם שבהסכם. גם אלמלא הוצא צו כינוס כעבור מספר ימים, לא היתה התקופה מספקת כדי לבחון את פעולותיהם או מחדליהם של גול באספקלריה של הפרת ההסכם, קל וחומר כאשר בתום תקופה קצרה זו, עמדו החברות בפני כינוס נכסים שבא עליהן מצד גורם שלישי, ופעילותן שותקה.

10. זאת ועוד, בסעיף 4 של ההסכם הצהיר אוריעל, שבידי החברה הזמנות שהוא השיג בסכום של כ290- אלף דולר

(רשימת ההזמנות צורפה להסכם). הסתבר תוך זמן קצר שחלק מההזמנות איננו אקטואלי. גם סכום של 30 אלף דולר שאמור היה להיות מוחזר לחברות על ידי לקוח מקנדה, לא הוחזר בגלל אי מתן אפשרות לאותו לקוח לממש אופציה של רכישת מניות בחברה. כל אלה חברו יחד, תוך פרק זמן קצר ביותר, ועמדו כמכשול, אם לא סיכלו לחלוטין, את האפשרות שגול יביאו לשיחרור אוריעל מהתחייבויותיהם. כך קרה שאוריעל לא שוחררו מערבויותיהם האישיות ופרען באופן אישי.

11. ערה אני לכך, כי במסגרת ההתחיבויות שנטלו על עצמם גול בהסכם הם התחיבו "להעמיד לרשות החברות אמצעים במזומן או על ידי ערבויות או אשראים הדרושים כדי שהחברות תוכלנה לפעול בצורה סדירה ונאותה" (סעיף 6(א) להסכם). התחיבותם זו אינה תחומה בזמן וההסכם אינו כולל מועד לביצועה. משלא נקבע בחוזה מועד לביצוע החיוב חל סעיף 41 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג1973- הקובע כי "חיוב שלא הוסכם על מועד קיומו, יש לקיים זמן סביר לאחר כריתת החוזה..." (הדגשה לא במקור). הלכה פסוקה היא כי "מהו זמן סביר לענין זה ייקבע על פי נסיבותיו של כל מקרה" (ע"א 611/80 ציון צדקה ואח' נ' שמעון בן ארצי הכהן פ"ד לז(4) 313 בעמ' 318). יתר על כן, "סבירות הזמן עשויה להשתנות עקב התפתחויות המתרחשות לאחר חתימת החוזה..." (ע"א 464/81 מפעלי ברוך שמיר חברה לבנין ולהשקעות בע"מ נ' הוך פ"ד לז(3) 393 בעמ' 401. לענין הזמן הסביר ראה עוד ע"א 431/82 נוריאל חסיד נ' פרזות חברה ממשלתית עירונית לשיכון ירושלים בע"מ, פ"ד לט(4) 451 בעמ' 459, ע"א 192/80 מיכאל גדנסקי נ' "מוגשם" חברה למפעלי בנין בע"מ, פ"ד לו(3) 533, בעמ' 538). על יסוד תשתית זו, דעתי היא כי אין לומר שבנסיבות הענין הפרו גול את התחיבותם להעמיד אמצעים כספיים לרשות החברה בתוך זמן סביר, נוכח הזמן הקצר שחלף עד להוצאת צו הכינוס. אמת נכון הדבר - כפי שקבע השופט קמא - כי גול ידעו את מצב החברות כאשר נחתם ההסכם וכי ידעו שהן נתונות בקשיים כספיים. אולם מכאן לא נובע שגול קיבלו על עצמם להבריא את החברות, להוציאן מכל קשייהן, להצליח במניעת הבנק מלבקש ולהשיג צו כינוס נכסים, וכל זאת תוך מספר ימים על יסוד האמור לעיל, דעתי היא כי אין לומר שגול הפרו את ההתחיבויות שנטלו על עצמם בהסכם כלפי אוריעל באותם עשרה ימים שבין החתימה על ההסכם לכינוס הנכסים.

12. השופט קמא קבע כי טענת גול בדבר משך הזמן הקצר מיום חתימת ההסכם ועד מינוי המפרק שסכל את אפשרות הבראת החברות עומדת בסתירה לטענתם כי הם קיימו את התחייבויותיהם ועשו מעשים להבראת החברות. אינני סבורה שיש סתירה בין השניים. אמנם, לטענת גול נקטו הם בצעדים בנסיון להבריא את החברות והשופט לא קיבל טענתם זו, אבל אין בכך כדי לסתור את הטענה שהזמן הקצר לא הספיק להביא להבראה המצופה שלא היתה אמורה מלכתחילה להתבצע בזמן כה קצר.

קביעת השופט קמא שאין לשמוע טענת גול בדבר קוצר הזמן כאמור משום שהיה ידוע לגול שהם מקבלים את השליטה בחברות כדי להבריאן ולשחרר את הערבויות האישיות שלהם ושל אוריעל, איננה יכולה לעמוד. מודעות למצב העגום של החברות אינה מוליכה למסקנה שאם לא הוציאו גול את החברות מקשייהן ולא הבריאון תוך מספר ימים, הפרו הם את ההסכם.

השופט קמא הוסיף וקבע, שאין בטחון כי לולא היה מופר ההסכם היו החובות מוחזרים וכי עם זאת קיימת סבירות שחלק מהם היה מוחזר. זוהי ספקולציה שלאור הזמן הקצר שחלף כאמור, אין אפשרות לקובעה כקביעה עובדתית. בכל מקרה, גם לשיטתו של השופט קמא, אם רק חלק מהחובות היה מוחזר, לא היה מקום לחייב את גול בכל הסכומים ששילמו אוריעל. קביעה זו מעבירתנו לנושא הקשר הסיבתי בין אי נקיטה בצעדים באותם ימים ספורים לבין אי-סלוק חובות החברות שאוריעל ערבו להם אישית.

13. ככלל נדרש על פי סעיף 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) תשל"א1970-, קשר סיבתי בין ההפרה לבין הנזק. (ראה ג. שלו דיני חוזים (מהדורה שניה) בעמ' 578, ע"א 196/88 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' הפועלים ליסינג בע"מ ואח', פ"ד מו(1) 756, בעמ' 771; ע"א 571/80 אילן רחמים חברה לבנין והשקעות בע"מ נ' טביק פ"ד לז(2) 77, בעמ' 80). לענייננו יפים גם דבריו הבאים של המלומד א' זמיר: "גם אם תוכח אחריותו של החייב בחיוב השתדלות, הרי שקנה-המידה לתרופות הנפגע איננו הפער בין התוצאה שהושגה בפועל ובין התוצאה המיוחלת, אלא הפער בין התוצאה בפועל ובין התוצאה שניתן לשער כי היתה מושגת אלמלא ההתרשלות" (בספרו על עקרון ההתאמה בעמ' 104). כדי לבסס זכאות לפיצויים היה על אוריעל להראות כי אלמלא ההפרה הנטענת מצד גול קיימת אפשרות של ממש כי החובות כולם או מקצתם היו מוחזרים. מעבר לאותה השערה שמעלה השופט קמא אינני סבורה כי קיימת תשתית עובדתית שעל יסודה ניתן להסיק כי לולא הופר ההסכם במהלך אותם עשרה ימים כנטען על ידי אוריעל, היה חל שנוי של ממש במהלך הארועים עד כי כינוס הנכסים היה נמנע ובסופם של דברים היו החובות, או לפחות חלקם, מוחזרים. לפיכך, אפילו סברתי (ואינני סבורה כך) כי גול הפרו את ההסכם לא היה בכך כדי להועיל לאוריעל, שכן הקשר הסיבתי בין ההפרה לנזק לא הוכח.

14. טענה נוספת שהעלו גול ושנדחתה על ידי השופט קמא היא הטענה לפיה ביטלו הם את ההסכם ולפיכך לא ניתן לייחס להם את הפרתו. השופט קמא טעה בכך שקבע כי אין מקום לשמוע טענה זו משום שאינה מופיעה בתצהיר התומך בבקשה לרשות להגן ובכתב ההגנה שהוגש, שכן, הטענה מופיעה בשני המסמכים. עם זאת דין הטענה להידחות לגופה. לא הוכח ביטול כדין וגם לא הוכחה עילת ביטול.

15. בית המשפט קמא דחה את התביעה שכנגד בקובעו שגול לא הצליחו להוכיחה. אין מקום להתערב בקביעה זו של בית משפט קמא. עילת התביעה שכנגד היתה, הפרת ההסכם הראשון בין הצדדים (מיולי 75), הטעייה והולכת שולל של גול על-ידי אוריעל, על-ידי מסירת פרטים בלתי נכונים על החברות ואי גילוי מצבן האמיתי בעת רכישת מניות בהן על ידי גול וקנוניה בין אוריעל ובין לקוח בשם קיס, שבעקבותיה לא שולם על יד קיס לחברות סכום של 30 אלף דולר שהיה מיועד להיות מועבר לבנק ולאפשר אשראי נוסף לחברות. השופט קמא לא מצא שהעובדות המהוות תשתית לטענות אלו הוכחו, ובכל הנוגע לקשר עם קיס דחה הוא מכל וכל את טענותיו של גול שטענן כי לא ידע על ההסדרים עם קיס. אלה הן קביעות עובדתיות שאין מקום להתערב בהן, ולפיכך אין מקום להתערב בדחיית התביעה שכנגד.

סוף דבר,

דין הערעור להתקבל, ובעקבות זאת דין התביעה להידחות. דחיית התביעה שכנגד על ידי השופט קמא נשארת בעינה והערעור לגביה נדחה.

אין צו להוצאות.

הנשיא א' ברק:

אני מסכים.
השופט י' זמיר:
אני מסכים.
הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ט' שטרסברג-כהן.
ניתן היום, ד' תשרי תשנ"ה (28.9.95).
----- סוף פסק הדין -----

ע"א 444/94, ע"א 577/94, בש"א 2232/94

בפני: כבוד המשנה לנשיא ש' לוין, כבוד השופטת ט' שטרסברג-כהן, כבוד השופטת ד' ביניש

# אורות ייצוג אמנים והפקות נגד עטרי גלי

בשם המערערים בע"א 444/94:עו"ד רסלר יהודה
בשם המשיבה בע"א 444/94: עו"ד גיצלטר עמירם

תמצית:

חוזים - חוזה ייצוג אומן - הפרתו - הפרת חובת ההשתדלות של האמרגן - אופן ההוכחה - סעדים - פיצויים – הקטנת הנזק - בתי משפט ובתי דין - סדר דין אזרחי - היקף התערבותה של ערכאת הערעור בממצאיה העובדתיים של ערכאת הדיון - מינוי חוקר מטעם בית המשפט - הסקת מסקנות ממצאי החוקר

עובדות:

ראה סעיפים 4 - 1 בפסק דינה של השופטת ביניש

נפסק:

1. אכן, הטעם העיקרי לכלל על פיו נמנעת ערכאת הערעור, בדרך כלל, מהתערבות בממצאים העובדתיים של הערכאה הראשונה, נגזר מיתרונה של הערכאה הראשונה המתרשמת באופן בלתי אמצעי מן העדויות שהושמעו לפניה. כאשר השופט של הערכאה הראשונה לא שמע את העדים ולא התרשם מעדותם במישרין, מצטמצם יתרון זה, ובית המשפט של ערעור יראה עצמו חופשי יותר להתערב בממצאים העובדתיים. עם זאת, יש להביא בחשבון כי גם אם לא היו בפני הערכאה הראשונה עדויות בעל פה, עשוי להיות לה יתרון מה בקביעת העובדות. אין זה רצוי כי ערכאת הערעור תעשה מחדש, כדרך של שגרה, את מלאכתה של הערכאה הראשונה. אין להניח כי בכל מקרה בו מוגש ערעור על פסק דין שניתן בידי שופט שלא שמע את העדויות, תעסוק ערכאת הערעור באופן שיטתי בהערכת כל אחת מן העדויות, בהצלבה בין הראיות השונות ובקביעת הממצאים העובדתיים מחדש (ס' 5).
2. ניתן לקבוע כי צדק השופט קמא בפוסקו כי המשיבה הודחה מלהקת "חלב ודבש", תוך הפרת ההסכם ת 3/ (ס' 6).
3. אין חולק כי נטל ההוכחה באשר להפרתו של חיוב השתדלות מוטל על כתפי התובע, ובענייננו - על כתפיה של המשיבה (ס' 7).
4. שאלת ההוכחה בדבר אי קיום חיובי השתדלות היא שאלה מורכבת בשל אופיים של חיובים אלה. דומה, כי רק לעתים רחוקות תימצאנה בידי התובע ראיות ישירות להמנעות הנתבע מקיום חיוביו. כך יהיה, למשל, כאשר הנתבע הצהיר במפורש, כי אין בדעתו לקיים את חיוביו. כך גם כאשר הנתבע נקט בצעדים חיצוניים והתנהג באופן המלמד כי אין בכוונתו למלא אחר חיוביו. דרך אפשרית אחרת שעשויה לשמש את התובע בהוכחת הפרתו של חיוב השתדלות היא הוכחת התרשלותו של הנתבע על ידי הבאת ראיות להתנהגות ראויה ומקובלת לביצוע חיוב מסוג זה, אשר ממנה סטה הנתבע. ואולם גם דרך זו אינה בהכרח מתאימה לכל המקרים בהם מדובר בחיובי השתדלות (ס' 7).
5. במקרים רבים הפעולות הנעשות לשם קיום חיוב ההשתדלות הן בידיעתו של הנתבע בלבד, ואין התובע יכול להוכיח את מחדליו של הנתבע, אלא בהתבסס על התוצאות המאוחרות שלהם. זאת, כאשר הפער בין התוצאה שהושגה בפועל לבין התוצאה הצפויה מלמד על העדר השתדלות. אכן, ראיות בדבר התוצאות אינן בהכרח ראיות מספיקות. אולם, בנסיבות מסוימות משקלן ההוכחתי עשוי להיות רב, ולפחות להוות ראיה לכאורית לכך שלא נעשתה ההשתדלות הנדרשת ולהעביר את הנטל לנתבע להראות כי אכן יצא ידי חובתו (ס' 7).
6. בנסיבות הענין שלפנינו, המשיבה לא הציגה ראיות המצביעות במישרין על כך שהמערערים לא השתדלו למענה. כך, למשל, לא הביאה ראיות המצביעות באופן פוזיטיבי על כך שהמערערים לא ניצלו אפשרויות שעמדו לרשותם לשבצה בהופעות. ואולם, בנסיבות שהוכחו אין כל פגם בהסתמכות על מיעוט ההופעות לצורך הקביעה, כי המערערים לא מילאו אחר התחייבותם כפי שבאה לידי ביטוי בחוזה ת 1/, היינו, לא "השתדלו להשיג הופעות ופעילויות אומנותיות עבור האמן (המשיבה) במיטב התנאים והיתרונות" (ס' 7).
7. השופט בחן את מיעוט ההופעות בתקופה הנדונה על רקע הנתונים שהובאו בפניו לגבי הופעותיה של המשיבה בתקופה שקדמה לכך. כפי שעולה מן הראיות, המשיבה קצרה הצלחה בינלאומית בשנה שקדמה לתקופה הנדונה, וגם בארץ זכתה לפרסום רב (ס' 7).
8. לכאורה, אין זה סביר, כי המערערים עשו למענה את כל המאמצים האפשריים, ובכל זאת לא הצליחו לארגן לה מעט יותר מ- 6 - 5 הופעות לאורך תקופה של שישה חודשים. מכל מקום, בנסיבות אלה, היה עליהם להראות, כי אכן פעלו

בהתאם למתחייב מן ההסכם, אך לא עלה בידם להשיג למשיבה יותר הופעות. בענין זה נכשלו המערערים (ס' 7).

9. יצויין, כי הממצא העובדתי בדבר ההדחה תומך גם הוא במסקנה כי המערערים כשלו במילוי חיוב ההשתדלות. משנקבע כי המשיבה הודחה מן הלהקה לא ניתן לקבל את טענת המערערים כי עשו ככל יכולתם למענה, שכן הדברים עומדים בסתירה ברורה האחד לשני (ס' 7).

10. אשר לטענתם של המערערים כי לא היה להם מניע "להקפיא" את המשיבה, אוסיף, כי אף שהמניע אינו רלבנטי להכרעה שבפנינו בדבר הפרת החיוב, קשה להשתחרר מן הרושם, כי אם יש למניע חשיבות כלשהי, הרי שהדבר יכול לפעול נגד המערערים שכן, אין לשלול את האפשרות שבנסיבות החדשות שנוצרו לאחר הדחת המשיבה מן הלהקה לא היה להם עוד אינטרס בהופעותיה (ס' 7).

11. אכן, נכונה קביעתו של השופט קמא כי למשיבה נגרם נזק כתוצאה מהפרת החוזה בידי המערערים. גם אם נביא בחשבון את טענת המערערים כי קיימת צניחה טבעית בקריירה של אמן לאחר הצלחה בתחרות בינלאומית וגם אם לוקחים בחשבון כי למיעוט הופעותיו של אמן תיתכנה סיבות רבות, הרי הקביעה שההדחה של המשיבה מהלהקה וההקפאה שבאה בעקבותיה היו גורמים משמעותיים בהפחתת הופעותיה ואובדן הכנסותיה היא קביעה מבוססת (ס' 9).

12. אשר לשיעור הנזק לענין זה, הרי שהמבחן הכללי לקביעת שיעור הפיצויים הינו כי על הפיצוי להעמיד את הנפגע מהפרת החוזה במצב בו היה עומד אילו קויים החוזה. כאשר מדובר בחיוב השתדלות, יישומו של המבחן האמור הוא, כי הפיצוי יינתן בגין הפער בין התוצאה בפועל לבין התוצאה שניתן להעריך כי היתה מושגת אלמלא התרשלות המפר (ס' 9).

13. אכן, על התובע להוכיח את שיעור הפיצוי שיהא בו כדי לפצותו, אולם באותם מקרים אשר בהם - לאור טבעו ואופיו של הנזק - קשה להוכיח בדייקנות ובוודאות את מידת הנזק ושיעור הפיצויים, אין בכך כדי להכשיל את תביעתו של הנפגע, ודי לו שיביא אותם נתונים, אשר ניתן באופן סביר להביאם, תוך מתן שיקול דעת מתאים לבית המשפט לעריכת אומדן להשלמת החסר (ס' 9).

14. הענין שלפנינו הוא בגדר אותם מקרים אשר על פי טיבם מחייבים שימוש בהערכה, בצד העובדות המוכחות. הסיבה לכך נעוצה, בין היתר, בקושי להעריך את הסיכוי לרווח בנסיבות התלויות במספר רב של מרכיבים משתנים (ס' 9).

15. מטעם זה, לא ניתן היה לצפות כי המשיבה תוכל להוכיח באופן פרטני ומדויק את גובה הכנסותיה הצפויות לאותה תקופה אלמלא הופר החוזה. לפני בית המשפט קמא היו נתונים הנוגעים למספר הופעותיה עד להפרת החוזה ביוני 1980 ונתונים הנוגעים לתקופה המאוחרת יותר של שמיעת המשפט בשנת 1987, לאחר שהושקעו מאמצים בהחזרתה של המשיבה לאורות הבמה (ס' 9).

16. אף כי אין בית המשפט לערעורים נוטה בדרך כלל להתערב בקביעת שיעור הנזק בידי הערכאה הראשונה, הרי שלא יימנע מלעשות כן במקרים בהם קביעת הפיצוי אינה תלויה בממצאי מהימנות, אלא מעוגנת בהערכה כללית המבוססת על שיקולים שבסבירות ובהיגיון (ס' 9).

17. מסקנתו של השופט קמא כי המשיבה, בהיותה "בשיא תהילתה", היתה מסוגלת לארבע הופעות בשבוע אינה מבטאת את המידה הנכונה לקביעת מספר ההופעות שיש להעריך, כי המשיבה היתה מופיעה בפועל אלמלא הפרת החוזה (ס' 9).

18. בנסיבות הענין, נראה לי כי סביר יהיה לקבוע כי אילו פעלו המערערים כראוי וכנדרש על פי החוזה, היה עולה בידם לקיים ממוצע של שמונה הופעות בחודש למשיבה (ס' 9).

19. בסיכומו של דבר, לא ראיתי להתערב בהערכת הסכום אותו היתה המשיבה משתכרת בכל הופעה, מה גם שסכום זה של 1,000 דולר נקבע על ידי השופט בערכי שנת 1993 (ס' 9).

20. אשר על כן, ראוי היה להעמיד את הפיצוי בראש נזק זה על סך כולל של 48 הופעות (בניכוי 6 הופעות, שכן התקיימו) ובשיעור של 1,000 דולר להופעה, כלומר 42,000 דולר בשוויים בשקלים נכון ליום מתן פסק הדין בבית המשפט קמא, בתוספת הפרשי הצמדה וריבית עד יום התשלום בפועל (ס' 9).

21. מוכנה אני להניח, כי להדחתה של המשיבה מהלהקה ולהקפאתה למשך תקופה של חצי שנה היתה השפעה גם על המשך דרכה אחר תום התקופה החוזית. למעשה, אף הובאו ראיות לכך שהפגיעה באמן על דרך של "הורדתו מן הבמה" לתקופה מסויימת, יש בה גם כדי לפגוע בקריירה שלו באופן מתמשך עד לבניית תדמיתו המקצועית מחדש. ואולם, לא ניתן להעריך נזק זה על דרך החישוב האריתמטי כפי שעשה השופט קמא, והערכתו יכולה להיעשות על דרך של אומדן כללי בלבד. זו הגישה המקובלת בדרך כלל בהערכת גובה הפיצוי בגין הפרת חוזים בתחום הבידור, כאשר הפיצוי כרוך בחישובים ובהערכות של סיכוי לרווח (ס' 10).

22. כאשר מדובר בפגיעה במוניטין הכוונה היא לנזק ממוני, הגם שקשה הוא לכימות. בענייננו, נראה כי הפגיעה במוניטין מתבטאת בעיקרה בנזק העקיף שנגרם למשיבה בתקופה שלאחר החוזה, ולפיכך - אין ראש נזק זה ראוי לפיצוי נפרד בבחינת "ראש נזק לא ממוני", מעבר לסכום שנפסק ממילא בגין התקופה האמורה. עם זאת, הסכום שפסק השופט קמא בראש נזק זה כלל גם פיצוי בגין עגמת נפש, אותו רשאי היה בית המשפט לפסוק בגין הנזק הבלתי ממוני בהתאם לסעיף 13 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) (להלן: "חוק החוזים (תרופות)") (ס'10).

23. על יסוד כל אלה, הגעתי למסקנה כי ראוי היה לפצות את המשיבה בגין שני ראשי הנזק הנזכרים, דהיינו נזקיה הממוניים שנגרמו בשל הפרת החוזה בתקופה הבתר-חוזית ועגמת הנפש שנגרמה לה, על דרך של אומדנא בסכום כולל של 30,000 דולר בשווים בשקלים נכון ליום מתן פסק-הדין בבית המשפט קמא, בתוספת הפרשי הצמדה וריבית עד יום התשלום בפועל (ס' 10).

24. נטל ההוכחה כי הנפגע יכול היה להקטין את הנזק ונמנע מעשות כן מוטל על המפר (ס' 11).

25. לכאורה, ניתן לומר כי המשיבה יכלה לעסוק בעצמה בארגון הופעות מבלי להיחשב כמפרה את החוזה, תוך הפנית הגורמים עימם התקשרה אל האמרגנים, בהתאם לסעיף 7 להסכם ת/1. עם זאת, נראה כי אין לצפות מן המשיבה לעסוק בעצמה בארגון הופעות, שהרי כל תכליתם של חוזי הייצוג והאמרגנות למיניהם היא למנוע מן האומן עיסוק בדברים מעין אלו, הדורשים מומחיות וקשרים שאין הוא ניחן בהם ברגיל. הפעולה הסבירה בה יכלה אפוא המשיבה לנקוט לכאורה היא אך ורק פנייה לאמרגנים אחרים על-מנת שיארגנו לה הופעות. ואולם, קריאת סעיפים 2 ו-7 להסכם גם יחד אינה מותירה מקום לספק, כי נקיטה בפעולה כזו הייתה אכן עלולה להיחשב כהפרה של החוזה מצד המשיבה (ס' 11).

26. נוכח סירובם של המערערים לשחרר את המשיבה מהתחייבותה לשמור על בלעדיותם בשירותי אמרגנות, מתחזקת

גירסת המשיבה, לפיה חששה כי בפעולות להקטנת נזקה תפר את החוזה ותהא חשופה לתביעות מצד המערערים. אשר על כן, צדק השופט קמא בקובעו, כי המשיבה נמנעה כדין מהתקשרות עם אמרגן אחר לשם הקטנת נזקה (ס' 11).

27. הוכח שנתקבלו תשלומים עבור ההופעות של הלהקה בטלויזיה. שאלה נפרדת היא האם הוכח שנתקבל תשלום עבור כל ההופעות. המשיבה לא יכולה היתה להעיד על כך והנתונים לענין זה היו בידי המערערים. נראה לכאורה, כי כספים אלה או חלקם התקבלו במזומנים ונמסרו למערערים בלי שמצאו ביטוי בהנהלת החשבונות (ס' 12).

28. גירסתם של המערערים על פניה אינה מעוררת אמון והאבחנה שהציגו באחד משלבי הדיון בבית המשפט קמא בין שני סוגי הופעות - אלה שהם הפיקו ואלה שפולידור הפיקה, קרסה. אשר על כן, לא ניתן אלא לאשר כי הקביעה ששולם ללהקה בגין הופעות הטלויזיה בחו"ל עומדת בעינה (ס' 12).

29. אשר על כן, הייתי מעמידה את הסכום אותו חייבים המערערים לשלם למשיבה בגין הופעות הטלויזיה על סכום של 200 דולרים בגין 29 הופעות (לאחר הפחתת ההופעה בשוויץ בגינה שולם למשיבה) בתוספת ריבית דולרית של 11% לשנה מצטבר, החל מיום 1.1.80, ועד יום התשלום בפועל, כשהסכום מומר לשקלים (ס' 12).

30. על בית המשפט להכריע בסכסוך שבפניו, ואינו יכול להשאיר את ההכרעה בתביעה בידי מי שנתמנה בודק וחוקר מטעמו. לפיכך, קביעתו של בית המשפט קמא להשאיר עניינים מסויימים בידי רואה החשבון שהתמנה מטעמו אינה יכולה לעמוד. התוצאה המתבקשת היא, כי אין מנוס מלהחזיר את הנושאים שהועברו להכרעתו של רואה החשבון אל בית המשפט המחוזי כדי שיכריע בשאלות השנויות במחלוקות (ס' 13).

31. הנסיון להתחקות אחר אומד דעתם של הצדדים לחוזה, על פי כל גישה פרשנית המקובלת בבית משפט זה, מוביל למסקנה, כי כאשר נקבע בחוזה ת 3/ כי הלהקה תקבל סכום של "לא פחות מ -1/3 כל ההכנסות ממכירת ההקלטות שיופקו על ידי משרדנו", מדובר בתקבולים ולא ברווחים נטו. אשר על כן, דין טענת המערערים, כי החבות בהוצאות היתה על המשיבה, להדחות (ס' 13).

אזכורי חקיקה:

חוק בתי המשפט [נוסח משולב] 79א
חוק החוזים (חלק כללי) 25(ג)
חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה)
חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) 13
חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) 14(א)
חוק חוזה קבלנות
תקנות סדר הדין האזרחי
תקנות סדר הדין האזרחי 177

אזכורי פסיקה:

רע"א 371/89, ע"א 444/94, ע"א 577/94, ע"א 444/95, ע"א 577/95, ע"א 387/74, ע"א 496/89, ע"א 986/93, ע"א 175/87, ע"א 5656/93, ע"א 2887/91, ע"א 355/80, ע"א 442/85, ע"א 571/80, ע"א 162/81, ע"א 411/87, ע"א 1432/90, ע"א 127/83, ע"א 1763/93

פסק-דין

[246] השופטת ד' ביניש:

1. בשנת 1976 התקשרה הזמרת גלי עטרי (היא התובעת בבית המשפט קמא, המשיבה בע"א 444/94, והמערערת בע"א 577/94 (להלן - המשיבה)), בחוזה לייצוג אומנים עם משרד האמרגנים "אורות" (הוא הנתבע 1 בבית המשפט קמא, המערער 1 בע"א 444/94 והמשיב 1 בע"א 577/94; הנתבעים, המערערים והמשיבים 2-3(בהתאמה) בעניינו הם האמרגנים הפעילים באותו משרד, שלמה צח וחיים שלף (כולם ביחד להלן - המערערים)).

תנאיו של החוזה הזה (שסומן בבית המשפט קמא ת 1/) יפורטו בהמשך ככל שיהא בכך צורך, ואולם כבר כאן יש לומר, כי החוזה היה אמור להיות בתוקף עד ליום 1.2.81, ועיקרו היה חובת המערערים להשתדל להשיג עבור המשיבה הופעות ושאר פעילויות אומנותיות, כנגד זכותם של המערערים לנכות מההכנסות אחוז נתון.

לקראת תחרות השירים של האירוויזיון ב שנת 1979, השתבצה המשיבה כחברה בלהקת "חלב ודבש". חברי הלהקה, והמשיבה ביניהם, חתמו על הסכם עם המערערים (שסומן בבית המשפט קמא ת 3/) להסדרת פעילות הלהקה ואופן חלוקת ההכנסות. לאחר חודשים לא מעטים של פעילות במסגרת הלהקה, תפסה בחודש יוני 1980 זמרת אחרת את מקומה של המשיבה כסולנית הלהקה. כפי שיפורט בהמשך, הדעות חלוקות על נסיבות החלפה זו.

שני החוזים הללו, ת 1/ ו-ת 3/, הם אשר עומדים בבסיס התביעה שנדונה בבית המשפט קמא. במסגרת תביעה זו, תבעה המשיבה פיצויים בגין הפרת שני החוזים האמורים. כמו כן, התבקש בית המשפט קמא לחייב את המערערים להציג חשבונות של עסקי הלהקה והכנסותיה (בעיקר בחו"ל), ולחייב את המערערים לשלם למשיבה את שיתברר שמגיע לה לאחר עיון

בחשבונות.

פסק דינו של בית המשפט קמא

2. הראיות נגבו והעדויות נשמעו על-ידי השופט מישר ז"ל, שנפטר בטרם השלים את המלאכה, ולא פסק את הדין. פסק הדין בו נתקבלה תביעת המשיבה [247] בעיקרה, נכתב על ידי סגן הנשיא השופט חג' יחיא, שלדאבון הלב הלך גם הוא לעולמו בינתיים.

השופט המלומד קיבל את גרסתה של המשיבה, לפיה הודחה מהלהקה בניגוד לחוזה ת 3/. לגבי החודשים שבאו לאחר הדחתה, בהם הסכם הייצוג (ת 1/) עוד היה אמור להיות בתוקף, קבע השופט, כי המערערים "הקפיאו" את המשיבה ובכך הפרו אף את חיובם לפי הסכם זה. על בסיס קביעות אלה, פסק השופט את נזקיה של המשיבה. הוא קבע, כי המערערים אחראים בלעדית לאובדן הכנסותיה של המשיבה במשך התקופה שבין יוני 1980 עד פברואר 1981, ופסק לה 72,000 דולרים בגין תקופה זו. נוסף לכך, פסק לה פיצוי חלקי בגין מיעוט הופעותיה בתקופה שנמשכה החל מסיום תוקפו של החוזה ועד למועד הגשת כתב התביעה. כמו כן, פסק השופט למשיבה פיצוי בגין פגיעה במוניטין ועגמת נפש.

בכל הקשור לחשבונות הבלתי-מוסדרים בין המערערים לבין המשיבה, קבע השופט קמא את הקביעות הבאות: השופט קיבל את גרסת המשיבה, לפיה נתקבלו כספים בגין הופעות טלויזיה בחו"ל, ופסק לה את חלקה בכספים אלה, לאחר שקבע בדרך של הערכה באיזה סכום מדובר. השופט אימץ את פרשנות המשיבה להסכם ת 3/, לפיה המערערים הם אלה שהיה עליהם לשאת בהוצאות הכרוכות בפעילות הלהקה, וקבע כי עליהם להשיב לה סכומים אותם ניכו מחלקה בהכנסות. אשר לחלקה של המשיבה בהכנסות, קבע השופט כי לא שולם לה כל מה שמגיע לה, ופסק לה סכומים שונים, ככל שעלה בידו לקבוע מה מגיע לה על בסיס הראיות שהובאו בפניו. עם זאת, לגבי חלק מן הפלוגתאות הנוגעות לחלקה של המשיבה בהכנסות, ראה השופט לנכון לקבוע מנגנון של מינוי רואה חשבון שיבדוק את החשבונות הרלבנטיים, תוך חיוב הצדדים לשתף עמו פעולה, ואשר מסקנותיו תחייבנה את הצדדים. בסוף הדברים, דחה השופט תביעה שכנגד שהוגשה בידי המערערים, בציינו, כי מדובר בתביעה קנטרנית ומיותרת.

טענות המערערים בע"א 444/94

3. המערערים משיגים כנגד חלקים ניכרים מפסק הדין. בראש ובראשונה, הם משיגים כנגד המנגנון המיוחד אותו קבע בית המשפט המחוזי - מינוי מומחה בפסק דין סופי. המערערים מעלים טענות רבות בעניין זה, ובסיכומו של דבר מבקשים כי פסק הדין יבוטל, וכי התיק יוחזר לבית המשפט המחוזי.

[248] מעבר לטענה זו, טוענים המערערים כנגד רבות מקביעותיו העובדתיות, החשבונאיות והמשפטיות של בית המשפט קמא, הכל כפי שיפורט בהמשך. בעניין זה מקדימים ואומרים המערערים, כי מכיוון שהשופט שפסק את הדין אינו השופט ששמע את העדויות וגבה את הראיות, מן הראוי שבית משפט זה יסטה ממנהגו, ויתערב אף בקביעותיו העובדתיות של בית המשפט קמא.

בין היתר, טוענים המערערים, כי הם לא הדיחו את המשיבה מן הלהקה ולא הפרו את חוזה הייצוג. לחילופין, חולקים הם על גובה הפיצוי שנפסק למשיבה בגין הפרת החוזים. עוד הם טוענים, כי גם אם הם הפרו את החוזה, הרי שהיה על המשיבה להקטין את נזקיה מן ההפרה.

גם באשר לחלק בפסק הדין העוסק בחשבונות הבלתי-מוסדרים בין הצדדים משיגים המערערים על רבות מקביעותיו של השופט קמא. בין היתר, הם טוענים כי בית המשפט חייב אותם בכפל תשלום בחלק מן העניינים.

לבסוף, טוענים המערערים, כי דחיית תביעתם שכנגד על-ידי בית המשפט קמא נעשתה באורח סתמי וללא נימוק מספיק.

טענות המשיבה בע"א 444/95 והמערערת בע"א 577/95

4. המשיבה שבה ותומכת בקביעותיו העובדתיות ובמסקנותיו המשפטיות של בית המשפט קמא, תוך שהיא מבקשת לא לחרוג ממנהגו של בית משפט זה שלא להתערב בקביעות עובדתיות של הערכאה הראשונה. לעניין חישובי האומדנא שערך בית המשפט בפרטים שונים מדגישה המשיבה את חוסר האמון שרחש בית המשפט למערערים ולעורכי החשבונות מטעמם, את עובדת היות המידע הרלבנטי כולו בידי המערערים, ואת המסקנה המתבקשת מכך - חזקה עליהם שמקום שם לא סיפקו את המידע במלואו, ידעו אל-נכון שהפסיקה בדרך האומדנא תיטיב עמם, ועל כל פנים לא תוציא אותם נפסדים.

המשיבה מעלה שתי השגות מצידה על פסק הדין, וזאת במסגרת הערעור שכנגד. מדובר בהשגות על שתי טעויות "טכניות" שנפלו, לטענתה, בפסק הדין של בית המשפט קמא. ראשונה, היא טעות אריתמטית כביכול בחישוב הפיצוי בגין הפרת החוזים. שנייה, היא טעות במועד שנקבע כי החל ממנו תצורף ריבית לאחד הסכומים שנפסקו למשיבה. המערערים חולקים על הטענה כי מדובר בטעויות טכניות, ומנסים להצדיק את קביעותיו של השופט בעניינים אלה.

[249] עד כאן בקליפת אגוז יריעת המחלוקת בין הצדדים. כעת אעבור לבחינה של הפלוגתאות השונות, במסגרתה אתיחס ביתר פירוט לקביעותיו של השופט קמא ולטענות הצדדים.

הכרעה בטענה המקדמית - התערבות ערכאת הערעור

5. בטרם אכנס לעובי הקורה, אתייחס לטענתם המקדמית של המערערים, והיא שמכיוון שהשופט שפסק את הדין (כב' השופט חג' יחיא ז"ל) אינו השופט ששמע את העדויות וגבה את הראיות, מן הראוי שבית משפט זה יסטה ממנהגו בכך שישים עצמו במקום בית משפט קמא, ויקבע מחדש ממצאים עובדתיים בתיק בהתבסס על בחינה מדוקדקת של חומר הראיות.

תקנות סדר הדין האזרחי הביאו בחשבון נסיבות בהן נבצר משופט ליתן פסק דין בענין בו החל בשמיעת הראיות ושופט אחר שלא גבה את הראיות נאלץ לפסוק את הדין. לפיכך, קבעה תקנה 177 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, כי:

> "נמנע משופט, מכל סיבה שהיא, לסיים את הדיון, רשאי שופט אחר לנהוג בעדות שנרשמה לפי תקנות אלה, כאילו הוא עצמו שמע או רשם את העדות, ורשאי הוא להמשיך מן השלב שבו הפסיק קודמו".

אין חולק כי הוראות תקנה זו חלות גם כאשר השופט הראשון סיים את שמיעת הראיות בתיק, אך טרם כתב פסק דין (ראו: ע"א 387/74 אברהם נ' בית מרגוע ומלונות היוזם בע"מ, פ"ד כט(1) 356,353).

אכן, הטעם העיקרי לכלל על פיו נמנעת ערכאת הערעור, בדרך כלל, מהתערבות בממצאים העובדתיים של הערכאה הראשונה, נגזר מיתרונה של הערכאה הראשונה המתרשמת באופן בלתי אמצעי מן העדויות שהושמעו לפניה (ראו ע"א 496/89 אל קאלאב ואח' נ' אוניברסיטת בן גוריון בנגב ואח', פ"ד מה(4) 347,343). כאשר השופט של הערכאה הראשונה לא שמע את העדים ולא התרשם מעדותם במישרין, מצטמצם יתרון זה, ובית המשפט של ערעור יראה עצמו חופשי יותר להתערב בממצאים העובדתיים. עם זאת, יש להביא בחשבון כי גם אם לא היו בפני הערכאה הראשונה עדויות בעל פה, עשוי להיות לה יתרון מה בקביעת העובדות. אין זה רצוי כי ערכאת הערעור תעשה מחדש, כדרך של שגרה, את מלאכתה של הערכאה הראשונה, או בלשונם של המערערים - "תקבע (דה-נובו) ממצאים עובדתיים אחרים". אין להניח כי בכל מקרה בו מוגש ערעור על פסק דין שניתן בידי שופט שלא שמע את העדויות, תעסוק ערכאת [250] הערעור באופן שיטתי בהערכת כל אחת מן העדויות, בהצלבה בין הראיות השונות ובקביעת הממצאים העובדתיים מחדש.

בפסיקתו של בית משפט זה, יש גישות בעלות הדגשים שונים ביחס למידה הראויה של התערבות ערכאת הערעור בנסיבות בהן השופט קמא לא שמע את הראיות (ראו ע"א 986/93 קלמר נ' גיא ואח' (טרם פורסם); ע"א 175/87 לובצקי נ' גילגור (טרם פורסם)). בפסק דיני בע"א 5656/93 שמיר חברה לביטוח בע"מ נ' מ. גביע בע"מ ואח' (טרם פורסם), הבעתי דעתי בשאלה זו, כי הכלל על פיו נמנעת ערכאת הערעור בדרך כלל מהתערבות בממצאים עובדתיים שקבע בית המשפט קמא חל גם כאשר השופט של הערכאה הראשונה לא שמע את העדים, אף כי במקרה כזה ייקל על ערכאת הערעור לסטות ממנו.

מכל מקום, בעניין שלפנינו בחנתי את ממצאי הערכאה הראשונה ואת טענות הצדדים לגופן ולפיכך אין נדרשת כאן הכרעה בין הגישות השונות בשאלה העקרונית. נחה דעתי כי עיקר הממצאים העובדתיים אותם קבע השופט קמא מבוססים על חומר הראיות, ואין מקום לשנות בהם ממה שקבע. יחד עם זאת, במספר טענות שהעלו המערערים כנגד קביעותיו העובדתיות של השופט קמא, מצאתי לנכון להתערב, כמו גם בחלק מן המסקנות המשפטיות אותן הסיק השופט, הכל כפי שיפורט להלן.

אפתח את הדיון בפלוגתאות הנוגעות להפרת ההסכמים בין המשיבה לבין המערערים ולשאלת הפיצויים בגין הפרה זו. בהמשך, אבחן את נושא החשבונות הלא מוסדרים בין המשיבה לבין המערערים.

הפרת ההסכם ת 3/

6. השאלה אם הודחה המשיבה מלהקת "חלב ודבש" שימשה נושא למחלוקת בין הצדדים בבית המשפט קמא. בענין זה קבע השופט קמא, כי המשיבה אכן הודחה בחודש יוני 1980 מן הלהקה בניגוד לחוזה ת 3/. השופט דחה את טענות המערערים אשר העלו גירסאות שונות בשלבים שונים של ההליך לענין אופן פרישתה של המשיבה מהלהקה.

המערערים חוזרים גם בפנינו על טענתם, כי המשיבה לא הודחה מהלהקה, אלא פרשה מרצונה היא.

לאחר עיון בתיק שוכנעתי, כי לקביעתו העובדתית של השופט קמא ביחס להדחתה של המשיבה יש בסיס איתן בחומר הראיות. גירסאותיהם השונות של המערערים לגבי [251] נסיבות החלפתה של המשיבה בזמרת אחרת לקו בסתירות פנימיות רבות. בין היתר, טענו המערערים, כי בשלב מסוים עזבה המשיבה את הארץ מבלי להודיע להם ובכך סטתה מתנאי החוזה, פגעה בעבודתה של הלהקה והם נאלצו להחליפה. התברר, כי בטענה זו לא היה ממש וכי המשיבה הוחלפה בזמרת אחרת מספר שבועות לפני נסיעתה לארצות הברית. למעשה, משהתמוטטה גירסה זו עוד בראשית המשפט, היתה הגירסה העיקרית של המערערים, כי המשיבה היא זו שהודיעה על פרישתה לאחר שהבינה כי לא תזכה בתנאים אותם דרשה להמשך פעילותה של הלהקה. טענה זו התייחסה בעיקר לדרישות שהציגה המשיבה ביחס לפעילותה של הלהקה בארץ, נושא אשר לא היה מוסדר

בהסכם ת 3/. נכון הוא, כי היתה נטושה מחלוקת בין המשיבה לבין המערערים ביחס לתנאים שונים הכרוכים בהמשך פעילותה של הלהקה בארץ לאחר זכייתה באירוויזיון, וענין זה גם לא הוכחש על ידי המשיבה. עם זאת, הגירסה כאילו פרשה המשיבה מן הלהקה מרצונה עקב מחלוקת זו, אותה ביקשו המערערים כי נאמץ, אינה יכולה לעמוד.

בגירסה זו סטו המערערים מטענתם המרכזית בכתב ההגנה, לפיה התקבלה ההחלטה על פרישתה של המשיבה מן הלהקה על ידם עקב התנהגותה של המשיבה ונסיעתה האמורה לארצות הברית. כן נתגלו בגירסה זו עצמה בקיעים רבים וכן סתירות פנימיות בין עדויותיהם של המערערים צח ושלף ועדותו של אושרת, אשר ביקשו לתמוך בה כביכול. כל אחד מעדים אלה אף לא עמד באופן עקבי על גירסתו שלו. הגירסה האמורה אף אינה מתיישבת עם השתלשלות האירועים הכרוכים בהחלפתה של המשיבה בזמרת אחרת בלהקה, כפי שהוכחו במשפט. מבין ארועים אלה די אם אזכיר את האופן בו פורסם דבר החלפתה של המשיבה בלהקה ואת הנסיונות להגיע להסדר באשר לכך.

טענה חלופית של המערערים היא, כי זכותם לקבוע את הרכבי הלהקות כרצונם, ומכאן שאף אם הדיחו את המשיבה מן הלהקה, אין הדבר מהווה הפרה של ההסכם ת 3/. טענה זו חסרת בסיס, ויש לדחותה מכל וכל. לעניין זה די בכך שאציין, כי סעיף 1 להסכם האמור קובע כי: "סוכם בינינו שאתה חבר בלהקה שתופיע בשיר 'הללויה' בפסטיבל הזמר והפזמון תשל"ט-1979". בסעיף 7 להסכם, שהוסף בכתב יד, נקבע כי: "סוכם שגלי היא סולנית הלהקה".

לאור כל הדברים האמורים לעיל, ניתן לקבוע כי צדק השופט קמא בפוסקו כי המשיבה הודחה מלהקת "חלב ודבש", תוך הפרת ההסכם ת 3/. חשוב לציין, כי עיקר חשיבותו של הממצא העובדתי בדבר ההדחה, אף אם לא היה בכך כדי להיחשב [252] כהפרה של ההסכם ת 3/, היא דווקא לעניין הפרת הסכם הייצוג בין המשיבה לבין המערערים (ת 1/), עניין עליו אעמוד כעת.

הפרת הסכם הייצוג בין המשיבה לבין המערערים (ת 1/)

7. לאחר שנפרדה המשיבה מן הלהקה, ביוני 1980, נותר לכאורה ההסכם ת 1/ (הסכם הייצוג בין המשיבה לבין המערערים, שנחתם עוד בשנת 1976) בתוקפו. הסכם זה אמור היה לבוא אל קצו רק ביום 1.2.81. סעיף 4(א) להסכם קבע כי: "המשרד ישתדל להשיג הופעות ופעילויות אומנותיות עבור האמן במיטב התנאים והיתרונות". המשיבה טענה בפני ביהמ"ש קמא כי במשך התקופה שתחילתה ביוני 1980 וסופה בפברואר 1981 לא ארגנו המערערים עבורה הופעות ולא דאגו ליחסי הציבור שלה, וכי בכל התקופה האמורה היו לה רק 5-6 הופעות. המשיבה העידה גם, כי משהודחה מן הלהקה והחלה להרגיש שהמערערים הפסיקו לקדם את ענייניה, ביקשה מהמערערים להשתחרר מן ההסכם, שחייב אותה בבלעדיות כלפיהם, אך הם לא נענו לבקשתה (ר' בע' 9 לפרוטוקול מיום 31.5.87). המשיבה ביקשה לראות גם בכך אינדיקציה לרצון המשיבים "להקפיאה". בית המשפט קמא קיבל את טענותיה של המשיבה, וקבע כי המערערים "הקפיאו" אותה, ובכך כשלו במילוי החיוב שהוטל עליהם מכוח סעיף 4 האמור.

המערערים מבקשים לקבוע כי הפרת ת 1/ לא הוכחה. הם מדגישים כי במסגרת ת 1/ אין התחייבות למכסת הופעות חודשית או לשיתופה של המשיבה במופע כלשהו, במסגרתו מובטחת לה הכנסה קבועה. לפיכך, הם טוענים, כי על המשיבה מוטל היה להראות שהמערערים לא השתדלו ולא עשו כמיטב יכולתם בעבורה - נטל שלא עמדה בו. כמו כן, הם מבקשים להסב את תשומת הלב לכך שלא היה להם כל מניע "להקפיא" את המשיבה, שהרי לפי סעיף 8 להסכם ת 1/, המשרד מקבל עמלה של 30% מן הכספים המגיעים לאמן עבור הופעותיו.

השופט קמא ביסס את קביעתו בדבר הפרת ההסכם ת 1/ על חיוב ההשתדלות הכללי שהיה מוטל על המערערים מכוח סעיף 4 להסכם, ולא על התחייבות למכסת הופעות קונקרטית, שאכן אין כדוגמתה בהסכם הנדון (ר' באשר להבחנה בין חיובי השתדלות לחיובי תוצאה א' זמיר, חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974 (ירושלים, תשנ"ה), 34-36, להלן: זמיר, קבלנות; ע"א 2887/91 בן ציון גול ואח' נ' אליצור אוריעל ואח', מפי השופטת שטרסברג-כהן (טרם פורסם)). השופט היה אפוא ער לפרשנותו הנכונה של ההסכם, והשאלה העומדת על הפרק היא אך ורק אם הוכחה כדבעי הפרתו של החיוב הנדון. אין חולק כי נטל [253] ההוכחה באשר להפרתו של חיוב השתדלות מוטל על כתפי התובע, ובענייננו - על כתפיה של המשיבה (ר', למשל, זמיר, קבלנות, 72).

שאלת ההוכחה בדבר אי קיום חיובי השתדלות היא שאלה מורכבת בשל אופיים של חיובים אלה. דומה, כי רק לעתים רחוקות תימצאנה בידי התובע ראיות ישירות להמנעות הנתבע מקיום חיוביו. כך יהיה, למשל, כאשר הנתבע הצהיר במפורש, כי אין בדעתו לקיים את חיוביו. כך גם כאשר הנתבע נקט בצעדים חיצוניים והתנהג באופן המלמד כי אין בכוונתו למלא אחר חיוביו. דרך אפשרית אחרת שעשויה לשמש את התובע בהוכחת הפרתו של חיוב השתדלות היא הוכחת התרשלותו של הנתבע על ידי הבאת ראיות להתנהגות ראויה ומקובלת לביצוע חיוב מסוג זה, אשר ממנה סטה הנתבע. ואולם גם דרך זו אינה בהכרח מתאימה לכל המקרים בהם מדובר בחיובי השתדלות.

במקרים רבים הפעולות הנעשות לשם קיום חיוב ההשתדלות הן בידיעתו של הנתבע בלבד, ואין התובע יכול להוכיח את מחדליו של הנתבע, אלא בהתבסס על התוצאות המאוחרות שלהם. זאת, כאשר הפער בין התוצאה שהושגה בפועל לבין התוצאה הצפויה מלמד על העדר השתדלות. אכן, ראיות בדבר התוצאות אינן בהכרח ראיות מספיקות. אולם, בנסיבות מסוימות משקלן ההוכחתי עשוי להיות רב, ולפחות להוות ראיה לכאורית לכך שלא נעשתה ההשתדלות הנדרשת ולהעביר את הנטל לנתבע להראות כי אכן יצא ידי חובתו.

בנסיבות הענין שלפנינו, המשיבה לא הציגה ראיות המצביעות במישרין על כך שהמערערים לא השתדלו למענה. כך, למשל, לא הביאה ראיות המצביעות באופן פוזיטיבי על כך שהמערערים לא ניצלו אפשרויות שעמדו לרשותם לשבצה בהופעות. ואולם, בנסיבות שהוכחו אין כל פגם בהסתמכות על מיעוט ההופעות לצורך הקביעה, כי המערערים לא מילאו אחר התחייבותם כפי שבאה לידי ביטוי בחוזה ת/1, היינו, לא "השתדלו להשיג הופעות ופעילויות אומנותיות עבור האמן (המשיבה) במיטב התנאים והיתרונות".

השופט בחן את מיעוט ההופעות בתקופה הנדונה על רקע הנתונים שהובאו בפניו לגבי הופעותיה של המשיבה בתקופה שקדמה לכך. כפי שעולה מן הראיות, המשיבה קצרה הצלחה בינלאומית בשנה שקדמה לתקופה הנדונה, וגם בארץ זכתה לפרסום רב.

לכאורה, אין זה סביר, כי המערערים עשו למענה את כל המאמצים האפשריים, ובכל זאת לא הצליחו לארגן לה מעט יותר מ-5-6 הופעות לאורך תקופה של שישה [254] חודשים. מכל מקום, בנסיבות אלה, היה עליהם להראות, כי אכן פעלו בהתאם למתחייב מן ההסכם, אך לא עלה בידם להשיג למשיבה יותר הופעות. בענין זה נכשלו המערערים.

יצויין, כי הממצא העובדתי בדבר ההדחה תומך גם הוא במסקנה כי המערערים כשלו במילוי חיוב ההשתדלות. משנקבע כי המשיבה הודחה מן הלהקה לא ניתן לקבל את טענת המערערים כי עשו ככל יכולתם למענה, שכן הדברים עומדים בסתירה ברורה האחד לשני.

אשר לטענתם של המערערים כי לא היה להם מניע "להקפיא" את המשיבה, אוסיף, כי אף שהמניע אינו רלבנטי להכרעה שבפנינו בדבר הפרת החיוב, קשה להשתחרר מן הרושם, כי אם יש למניע חשיבות כלשהי, הרי שהדבר יכול לפעול נגד המערערים שכן, אין לשלול את האפשרות שבנסיבות החדשות שנוצרו לאחר הדחת המשיבה מן הלהקה לא היה להם עוד אינטרס בהופעותיה.

פיצויים בגין הפרת החוזים

8. לאחר שקבע השופט קמא כי המערערים הדיחו את המשיבה מן הלהקה והפרו את ההסכם ת/1, פסק למשיבה פיצויים בשלושה ראשי נזק:

א. בגין אובדן הכנסות בתקופת החוזה, בין תחילת יוני 1980 ל-1.2.81.

ב. בגין אובדן הכנסות בתקופה שלאחר תום החוזה, שראשיתה ביום 1.2.81 ועד למועד הגשת התביעה ביום 6.10.84.

ג. בגין פגיעה במוניטין ועוגמת נפש.

המערערים העלו טענות רבות כנגד קביעת הפיצויים בשלושה ראשים אלה. ראשית, טענו הם, כי לא הוכח נזק וכי מכל מקום, אם היתה ירידה משמעותית בהופעותיה של המשיבה באותה תקופה, לא היה קשר סיבתי בינה לבין ההפרה הנטענת. כן טוענים הם, כי לא הובאו ראיות מספיקות להוכחת שיעור הנזק, וכי הפיצויים שנפסקו למשיבה אינם עומדים בשום יחס לסכומים שיכולה היתה להשתכר. נוסף לכך, טוענים המערערים, כי המשיבה היתה יכולה להקטין את נזקה.

אדון איפוא להלן בפיצויים שנפסקו, לפי ראשי הנזק השונים אחד לאחד.
[255]

אובדן הכנסות בתקופת החוזה

9. השופט קמא קבע, כי בתקופה זו, של שישה חודשים, היו המערערים אחראים בלעדית לאובדן הכנסותיה של המשיבה. הוא ציין בפסק דינו את הקושי בחישוב הנזק כאשר מדובר על בסיס של הערכה של מספר הופעות, דחה את הערכתה של המשיבה כי יכולה היתה להופיע חמש הופעות בשבוע, וקבע כי, על פי הערכתו "לו הנתבעים נהגו כלפיה כמחויבותם בת/1" "עדיין היתה מסוגלת" המשיבה להופיע ארבע פעמים בשבוע באותה תקופה, ובכל אחת מן ההופעות היתה עשויה להשתכר 1,000 דולר במחירים של מועד מתן פסק הדין. בסיכומו של דבר, פסק השופט למשיבה בראש נזק זה סך של 72,000 דולר בתוספת הפרשי הצמדה וריבית מיום מתן פסק הדין.

אכן, נכונה קביעתו של השופט קמא כי למשיבה נגרם נזק כתוצאה מהפרת החוזה בידי המערערים. גם אם נביא בחשבון את טענת המערערים כי קיימת צניחה טבעית בקריירה של אמן לאחר הצלחה בתחרות בינלאומית וגם אם לוקחים בחשבון כי למיעוט הופעותיו של אמן תיתכנה סיבות רבות, הרי הקביעה שההדחה של המשיבה מהלהקה וההקפאה שבאה בעקבותיה היו גורמים משמעותיים בהפחתת הופעותיה ואובדן הכנסותיה היא קביעה מבוססת.

אשר לשיעור הנזק לענין זה, הרי שהמבחן הכללי לקביעת שיעור הפיצויים הינו כי על הפיצוי להעמיד את הנפגע מהפרת החוזה במצב בו היה עומד אילו קויים החוזה. כאשר מדובר בחיוב השתדלות, יישומו של המבחן האמור הוא, כי הפיצוי יינתן בגין הפער בין התוצאה בפועל לבין התוצאה שניתן להעריך כי היתה מושגת אלמלא התרשלות המפר (ראו זמיר, עקרון

ההתאמה בקיום חוזים, 104).

אכן, על התובע להוכיח את שיעור הפיצוי שיהא בו כדי לפצותו, אולם כפי שכבר נאמר בפסק-דין אניסימוב מפי השופט ברק (כתוארו אז):

> "... באותם מקרים אשר בהם - לאור טבעו ואופיו של הנזק - קשה להוכיח בדייקנות ובוודאות את מידת הנזק ושיעור הפיצויים, אין בכך כדי להכשיל את תביעתו של הנפגע, ודי לו שיביא אותם נתונים, אשר ניתן באופן סביר להביאם, תוך מתן שיקול דעת מתאים לבית המשפט לעריכת אומדן להשלמת החסר".

(ע"א 355/80 אניסימוב בע"מ נ' מלון טירת בת שבע בע"מ, פ"ד לה(2) 800, בע' 809).

[256] הענין שלפנינו הוא בגדר אותם מקרים אשר על פי טיבם מחייבים שימוש בהערכה, בצד העובדות המוכחות. הסיבה לכך נעוצה, בין היתר, בקושי להעריך את הסיכוי לרווח בנסיבות התלויות במספר רב של מרכיבים משתנים. מטעם זה, לא ניתן היה לצפות כי המשיבה תוכל להוכיח באופן פרטני ומדויק את גובה הכנסותיה הצפויות לאותה תקופה אלמלא הופר החוזה. לפני בית המשפט קמא היו נתונים הנוגעים למספר הופעותיה עד להפרת החוזה ביוני 1980 ונתונים הנוגעים לתקופה המאוחרת יותר של שמיעת המשפט בשנת 1987, לאחר שהושקעו מאמצים בהחזרתה של המשיבה לאורות הבמה.

אף כי אין בית המשפט לערעורים נוטה בדרך כלל להתערב בקביעת שיעור הנזק בידי הערכאה הראשונה, הרי שלא יימנע מלעשות כן במקרים בהם קביעת הפיצוי אינה תלויה בממצאי מהימנות, אלא מעוגנת בהערכה כללית המבוססת על שיקולים שבסבירות ובהיגיון.

מסקנתו של השופט קמא כי המשיבה, בהיותה "בשיא תהילתה", היתה מסוגלת לארבע הופעות בשבוע אינה מבטאת את המידה הנכונה לקביעת מספר ההופעות שיש להעריך, כי המשיבה היתה מופיעה בפועל אלמלא הפרת החוזה.

יש לזכור, כי באותה תקופה, המשיבה התפרסמה בעיקר בהיותה סולנית להקה, טרם הופיעה הופעות יחיד אינטנסיביות בארץ.

המוצג ת 75/ אף הוא מאשר התרשמות זו, כי לבד מתקופות שיא מקובלות להופעות אמנים, כמו בתקופת חג הפורים או בסמוך לאירוויזיון, היו הופעות היחיד של המשיבה בתקופה שקדמה להפרה עדיין דלילות למדי.

כפי שצויין לעיל, גם ההופעות במסגרת הלהקה היו באותה תקופה במצב של קפאון, לאחר שחלף שיא התהילה לה זכתה הלהקה בעקבות זכייתה בתחרות הבינלאומית, כאשר ההופעות הרבות בחו"ל הסתיימו וההופעות בארץ לא החלו. לענין זה העידה המשיבה, כי:

> "בעצם לא היו הופעות בארץ בהשתתפותי יחד איתם מלבד ההופעות הבודדות ... לא ידוע לי אם היתה דרישה על הופעת הלהקה בארץ בתקופה ממרץ 1980 ואילך" (עמ' 33 לפרוטוקול מיום 1.6.87).

[257] לגבי התקופה המאוחרת, כאשר חידשה המשיבה את הופעותיה ולאחר מאמצים שהושקעו כפי שהעיד אמרגנה באותה תקופה, העד יורמן, הערך הוא כי מספר הופעותיה בממוצע לחודש הוא כעשר הופעות.

ממכלול הראיות, כפי שסקרתי לעיל, התמונה המצטיירת היא, כי הערכת מספר ההופעות של המשיבה על ידי השופט קמא - כ -16 הופעות בחודש על רקע הנסיבות שתוארו לעיל הינה הערכה מופרזת. בין 5-6 הופעות שהמערערים ארגנו למשיבה באותה תקופה מבלי שמילאו את חיובם להשתדלות מכוח הסכם הייצוג לבין 96 הופעות לאותה תקופה - הפער הינו מוגזם.

בנסיבות הענין, נראה לי כי סביר יהיה לקבוע כי אילו פעלו המערערים כראוי וכנדרש על פי החוזה, היה עולה בידם לקיים ממוצע של שמונה הופעות בחודש למשיבה.

אשר לתשלום בגין כל הופעה, הערך השופט את הסכום ב -1000 דולר כשווים במועד מתן פסק הדין. בהערכה זו הסתמך השופט על עדותו של אמרגנה של המשיבה מר יורמן, אשר העיד על סכומים גבוהים מאלה מהם מנוכות הוצאות ומופחת חלקו כאמרגן. אמנם הוא העיד גם על תקופה בה ההכנסה היתה נמוכה, וזאת בעת שהחל לייצגה, אולם תקופה זו היתה תקופת שפל שבאה בעקבות הארועים נשוא המשפט. בסיכומו של דבר, לא ראיתי להתערב בהערכת הסכום אותו היתה המשיבה משתכרת בכל הופעה, מה גם שסכום זה של 1,000 דולר נקבע על ידי השופט בערכי שנת 1993.

אשר על כן, ראוי היה להעמיד את הפיצוי בראש נזק זה על סך כולל של 48 הופעות (בניכוי 6 הופעות, שכן התקיימו) ובשיעור של 1,000 דולר להופעה, כלומר 42,000 דולר בשוויים בשקלים נכון ליום מתן פסק הדין בבית המשפט קמא, בתוספת הפרשי הצמדה וריבית עד יום התשלום בפועל.

כאן המקום להעיר, כי צדקה המשיבה בטענה שלענין פריט זה נפלה טעות אריתמטית בסך הכולל של הפיצוי שנפסק, אולם נוכח התוצאה אליה הגעתי אין עוד חשיבות לטענה זו.

אובדן הכנסות בתקופה שלאחר תום החוזה, והפיצוי בגין הפגיעה במוניטין ועוגמת הנפש

10. לגבי התקופה שלאחר תום החוזה, בה הסכם הייצוג כלל לא אמור היה להיות בתוקף, קבע השופט קמא, כי אין לקבוע שהמערערים היו האחראים הבלעדיים [258] למיעוט הופעותיה של המשיבה ולאובדן הכנסותיה. עם זאת, קבע, כי ניתן לייחס מעט מהעדר ההכנסה בתקופה זו להשפעת הדחתה והקפאתה, והעריך את מידת אחריותם של המערערים בהפסדיה של המשיבה בתקופה זו ב-10%. את הפסדיה העריך על פי אותה אמת מידה של מספר הופעות חודשיות, אשר קבע לפיצוי בגין תקופת החוזה, לאמור - 10% מיכולת השתכרות מ-16 הופעות בחודש במשך אותן שנים שעד להגשת כתב התביעה. בהתאם לכך פסק למשיבה סכום של 57,600 דולר.

דומה, כי בדרך חישוב זו שגה השופט קמא. בתקופה זו מרכיב אי הוודאות בהערכת הפיצוי הינו רב. מוכנה אני להניח, כי להדחתה של המשיבה מהלהקה ולהקפאתה למשך תקופה של חצי שנה היתה השפעה גם על המשך דרכה אחר תום התקופה החוזית. למעשה, אף הובאו ראיות לכך שהפגיעה באמן על דרך של "הורדתו מן הבמה" לתקופה מסויימת, יש בה גם כדי לפגוע בקריירה שלו באופן מתמשך עד לבניית תדמיתו המקצועית מחדש. ואולם, לא ניתן להעריך נזק זה על דרך החישוב האריתמטי כפי שעשה השופט קמא, והערכתו יכולה להיעשות על דרך של אומדן כללי בלבד. זו הגישה המקובלת בדרך כלל בהערכת גובה הפיצוי בגין הפרת חוזים בתחום הבידור, כאשר הפיצוי כרוך בחישובים ובהערכות של סיכוי לרווח. (Abc Paramount Records Inc. v. Topps Record Distributing Co. 374 F. 2d 455, 461).

מכל מקום, גם אם היה מקום לחשב את הנזק לשיטתו של השופט קמא, הרי נוכח המסקנה אליה הגעתי, כי יש להפחית את כמות ההופעות בגינן יש לפצות את המשיבה כדי מחצית, הרי שהסכום אותו פסק השופט הוא מוגזם.

כאן המקום להזכיר, כי השופט אף פסק בנפרד פיצוי בגין פגיעה במוניטין של המשיבה, ופיצוי בגין עגמת הנפש שנגרמה לה בשל אופן הפרתו של החוזה בסך כולל של 20,000 דולר, כאשר ציין כי "מדובר בפיצוי בגין שני ראשי נזק לא ממוניים".

יהא אשר יהא מובנו של המושג "מוניטין", אשר עליו נאמר לא אחת בפסיקתנו, כי הוא "קשה להגדרה מדויקת וממצה", הרי ברור שכאשר מדובר בפגיעה במוניטין הכוונה היא לנזק ממוני, הגם שקשה הוא לכימות (רע"א 371/89 ליבוביץ נ' אליהו בע"מ ואח', פ"ד מד(2) 309; ע"א 442/85 זוהר ושות' נ' מעבדות טרבונל (ישראל), פ"ד מד(3) 661). בעניינו, נראה כי הפגיעה במוניטין מתבטאת בעיקרה בנזק העקיף שנגרם למשיבה בתקופה שלאחר החוזה, ולפיכך - אין ראש נזק זה ראוי לפיצוי נפרד בבחינת "ראש נזק לא ממוני", מעבר לסכום שנפסק ממילא בגין התקופה האמורה. עם זאת, הסכום שפסק השופט קמא בראש נזק זה כלל גם פיצוי בגין עגמת נפש, אותו [259] רשאי היה בית המשפט לפסוק בגין הנזק הבלתי ממוני בהתאם לסעיף 13 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) (להלן: חוק החוזים (תרופות)).

על יסוד כל אלה, הגעתי למסקנה כי ראוי היה לפצות את המשיבה בגין שני ראשי הנזק הנזכרים, דהיינו נזקיה הממוניים שנגרמו בשל הפרת החוזה בתקופה הבתר-חוזית ועגמת הנפש שנגרמה לה, על דרך של אומדנא בסכום כולל של 30,000 דולר בשווים בשקלים נכון ליום מתן פסק-הדין בבית המשפט קמא, בתוספת הפרשי הצמדה וריבית עד יום התשלום בפועל.

הקטנת הנזק

11. בסיום חלק זה, לא נותר לי אלא להתייחס לטענתם של המערערים, כי המשיבה יכולה היתה להקטין את נזקיה ולדאוג לעצמה להופעות. טענה זו נדחתה על ידי השופט קמא, בקובעו כי התנהגות כזו מצידה של המשיבה, עלולה היתה להתפרש כהפרת החוזה.
קביעה זו מעוגנת היטב בתשתית הראייתית שהיתה בפני בית המשפט. נוכח ההשתלשלות העובדתית, כפי שהוכחה, אין לומר כי המשיבה יכולה היתה באמצעים סבירים לפעול להקטנת הנזק תוך התקשרות עם אמרגן אחר בתקופה החוזית.

סעיף 14(א) לחוק החוזים (תרופות), קובע לאמור:

> "אין המפר חייב בפיצויים לפי סעיפים 10, 12 ו-13 בעד נזק שהנפגע יכול היה, באמצעים סבירים, למנוע או להקטין".

נטל ההוכחה כי הנפגע יכול היה להקטין את הנזק ונמנע מעשות כן מוטל על המפר (ר', למשל, ג' שלו, דיני חוזים (מהדורה שנייה) 581; ע"א 571/80 אילן רחמים חברה לבנין והשקעות בע"מ נ' אריה טביק ואח', פ"ד לז(2) 77; ע"א 162/81 מאיר שמחון ואח' נ' יוסף בכר חברה לבנין ופיתוח בע"מ ואח', פ"ד פ"ד לט(1) 701; ע"א 411/87 חזן נ' דגן, פ"ד מג(2) 273; ע"א 1432/90 לה ז'באנז - באגט תעשיות לחם בע"מ נ' רם און (טרם פורסם)). בעניינו, אין חולק כי כבר בסוף שנת 1980, לקראת מועד פקיעתו של ת/1 (ביום 1.2.81), החלה המשיבה במגעים עם אמרגן אחר, מר אבי פרץ, ולאחר שהחוזה פקע החלה לעבוד עמו, בנסותה לשקם מחדש את הקריירה שלה. המחלוקת היא אפוא אך ורק לגבי מספר החודשים שקדמו לכך. טענתה העיקרית של המשיבה היא, כי לא יכלה להקטין את [260] נזקה, לאור העובדה שההסכם ת/1 אסר עליה לעשות כן. ואמנם, סעיף 2 להסכם ת/1 קובע, כי:

> "המשרד יהיה וישמש כסוכן בלעדי לכל הופעותיו, פעולותיו ופעילותיו האומנותיות של האמן והאמן לא יהיה רשאי כמובן, למנות כל סוכן אחר לצורך הפעולות והפעילות הנ"ל".

(ההדגשה שלי - ד.ב).

בד בבד, סעיף 7 להסכם מורה, כי:

"כל פנייה אל האמן מכל גורם שהוא להופעה או להזמנה, יהיה האחרון חייב להפנות את הפונה או המזמין האמור למשרד ולהודיע לכל גורם כי רק דרך המשרד אפשר להזמינו להופעה. במידה ולמרות האמור לעיל יקבל האמן על עצמו הופעה מבלי תיווכו של המשרד, הרי מבלי לפגוע בכל זכויותיו של המשרד, יהיה האחרון זכאי לאותה העמלה הקבועות (!) בהסכם זה, כאילו בצע המשרד את ההזמנה האמורה".

(ההדגשות שלי - ד. ב.).

לכאורה, ניתן לומר כי המשיבה יכלה לעסוק בעצמה בארגון הופעות מבלי להיחשב כמפרה את החוזה, תוך הפניית הגורמים עימם התקשרה אל האמרגנים, בהתאם לסעיף 7 האמור. עם זאת, נראה כי אין לצפות מן המשיבה לעסוק בעצמה בארגון הופעות, שהרי כל תכליתם של חוזי הייצוג והאמרגנות למיניהם היא למנוע מן האומן עיסוק בדברים מעין אלו, הדורשים מומחיות וקשרים שאין הוא ניחן בהם ברגיל. הפעולה הסבירה בה יכלה אפוא המשיבה לנקוט לכאורה היא אך ורק פנייה לאמרגנים אחרים על-מנת שיארגנו לה הופעות. ואולם, קריאת שני הסעיפים המצוטטים לעיל גם יחד אינה מותירה מקום לספק, כי נקיטה בפעולה כזו הייתה אכן עלולה להיחשב כהפרה של החוזה מצד המשיבה.

המערערים הצביעו בפנינו על כך שהמשיבה מעולם לא ראתה עצמה מוגבלת לביצוע התקשרויותיה המקצועיות באמצעותם. כך, למשל, השתתפה המשיבה בשני סרטים ללא זיקה למשרד "אורות", כשהיא משלמת עמלה לסוכנת שעיסוקה בליהוק סרטים, וכן השתתפה בתשדירי פרסומת ברדיו (ר' עדותה בע' 17 לפרוטוקול הישיבה מיום 31.5.87). נוסף לכך, ב-'78 הפיק קובי אשרת למשיבה אלבום שירים ראשון, "שלא בזיקה לאנשי אורות" (ר' עדות המשיבה בע' 26 לפרוטוקול הישיבה מיום 1.6.87). יחד עם זאת, אין להתעלם מעדות המשיבה, כי פעילויות ספציפיות אלו נעשו בידיעתם של המערערים ובהסכמתם (ר' ע' 17 לפרוטוקול הישיבה מיום 31.5.87 [261]). במובן מסויים ניתן למצוא תימוכין לעדות זו גם בדברי המערערים (עדות צח בעמ' 267 לפרוטוקול מיום 26.11.89).

בתקופה שקדמה להפרה, יחסי הצדדים היו תקינים ושרר ביניהם שיתוף פעולה למען הגשמת האינטרסים המשותפים שלהם. נראה כי המערערים אכן העלימו עין באותה תקופה מהתקשרויות ספציפיות אלו של המשיבה שלא באמצעותם, ויתכן שאף נתנו לכך יד באופן פוזיטיבי. מכל מקום, לא נראה כי ניתן ללמוד ממקרים ספורים אלה על הסכמה חדשה שבנוהג שהחליפה את הדברים המפורשים האמורים בחוזה. בהקשר זה יצויין עוד, כי בהסכם שנכרת בין המשיבה לבין המערערים ביום 10.3.80 (נ/1), שוחררה המשיבה באופן פורמלי מתלות במערערים בנוגע להקלטת תקליטים בישראל. הצורך בהסכם פורמלי על-מנת לשחרר את המשיבה מן התלות במערערים מלמד אף הוא, כי לתניות האמורות נותרה נפקות, לא רק על הנייר, אלא גם בחיי המעשה. נראה כי בתקופה הרלבנטית, בה כבר לא ניתן לדבר על יחסי אמון ושיתוף פעולה בין הצדדים, טענתה של המשיבה, כי חששה לבצע התקשרויות שלא באמצעות המערערים במנוגד לחוזה ביניהם, סבירה בהחלט. יתרה מזו, לאחר שהודחה מן הלהקה והחלה להרגיש שהמערערים מפסיקים לקדם את ענייניה, ביקשה המשיבה מן המערערים להשתחרר מן ההסכם, אך הם סירבו לשעות לפניותיה (ר' ע' 9 לפרוטוקול מיום 31.5.87). כפי שתיארה המשיבה, היא פנתה אליהם מספר פעמים, הן בטלפונים והן במכתבים, ואף הפנתה אליהם מכתב מעורך-דינה. המערערים לא הכחישו את דבר קיומן של פניות אלו, ואין אפוא מקום להרהר אחר קבלת הדברים כממצא עובדתי. נוכח סירובם של המערערים לשחרר את המשיבה מהתחייבותה לשמור על בלעדיותם בשירותי אמרגנות, מתחזקת גירסת המשיבה, לפיה חששה כי בפעולות להקטנת נזקה תפר את החוזה ותהא חשופה לתביעות מצד המערערים. אשר על כן, צדק השופט קמא בקובעו, כי המשיבה נמנעה כדין מהתקשרות עם אמרגן אחר לשם הקטנת נזקה.

הכספים שנתקבלו עבור הופעות הטלויזיה בחו"ל

12. המשיבה ביקשה מבית המשפט קמא כי יפסוק לה סכומים להם היא זכאית לטענתה בגין הופעות טלויזיה בחו"ל. השופט קמא נעתר לבקשה, תוך שהוא דוחה את טענת ההגנה של המערערים, לפיה לא קיבלו כלל כספים עבור אותן הופעות בהיותן חלק מיחסי הציבור לקידום מכירות התקליטים. השופט קבע כי נתקיימו כ-60 הופעות, וזאת בהתבסס על עדות המשיבה ועדות אחד מחברי הלהקה, העד בילו. לאחר ניכוי הסכום ששולם בארץ עבור שלוש הופעות פסק השופט למשיבה על בסיס 60 הופעות, שהתשלום בגינן 2,500 דולר להופעה לכל [262] הלהקה, סכום של 24,938 דולר בתוספת ריבית דולרית מיום הגשת התביעה עד לתשלום.

את מסקנתו כי נתקבלו כספים בגין הופעות הלהקה בטלויזיה ביסס השופט קמא על עדות המשיבה, כי בשתי הזדמנויות נוכחה לדעת כי מתקבלים תשלומים עבור ההופעות, כשראתה מעטפות נמסרות לנציג המערערים, מר קטן, שהתלווה לסיורים ולהופעות הלהקה. לפי עדותה ראתה בפעם האחת מעטפה ובה כסף נמסרת לו בשווייץ, ופעם אחרת בהיותם בבלגיה שמעה שיחה עם נציג הטלויזיה הבלגית בה הוזכר כי שולם תגמול עבור ההופעה בסך 35,000 פרנקים בלגיים. המשיבה העידה עוד כי בגין שלוש הופעות נמסר לה כסף בארץ שאת קבלתו אישרה בקבלה ת/27. מר קטן הנ"ל העיד מטעם המערערים ואישר בעדותו כי קיבל כספים עבור ההופעות בחו"ל "פעמיים, יכול להיות שלוש, אולי חמש פעמים".

השופט קבע כי עדות זו של מר קטן סותרת את גירסת המערערים שלא נתקבל כסף עבור ההופעות בחו"ל ותומכת בגירסת

המשיבה. השופט שקל בין היתר, את העובדה שהמערערים שינו גירסתם בנושא זה מגירסת הכחשה טוטאלית ביחס לקבלת כספים בכתב ההגנה, לגירסה אותה העלו בבית המשפט, לפיה נתקבלו כספים בגין חלק מההופעות, אך רק לצרכי כיסוי ההוצאות של חברת "פולידור" שאירגנה את ההופעות.

לפנינו חזרו המערערים על טענתם כי אין הם חייבים למשיבה עבור הופעות הטלויזיה בחו"ל. לפי הטענה, ההופעות שאירגנה חברת "פולידור" בחו"ל לקידום המכירות, היו חלק ממסע פרסום שלא נתקבל בגינו תשלום למעט כספים ששימשו להחזר הוצאות "פולידור". הם תוקפים עוד את מספר ההופעות שנקבע על ידי בית המשפט קמא ואת גובה הסכום בו העריך השופט כל הופעת טלויזיה.

יאמר תחילה כי גירסתם של המערערים כאילו לא נתקבל כל תשלום בגין ההופעות בחו"ל אינה יכולה לעמוד, זאת נוכח עדות המשיבה כמתואר לעיל שנתמכה בעדי המערערים מר קטן ומר קובי אשרת, שכל אחד מהם נלווה לחלק מסיורי הלהקה בחו"ל, ואישר בעדותו שבחלק מההופעות נתקבלו כספים. העד אשרת העיד כי הוא מניח שהכספים [263] שנתקבלו על ידו ונמסרו למערערים, חולקו כיאות בין חברי הלהקה.

עדויות אלה מאשרות כי לפחות בחלק מההופעות נתקבלו כספים וכי אלה לא נועדו רק לכיסוי הוצאותיה של "פולידור". עוד התברר מעדות המערער צח עצמו, כי הכספים נתקבלו גם בהופעות שהפיקה "פולידור" ולא רק בהופעות שהופקו על ידי המערערים כנטען על-ידיהם, כמו באותה הופעה נזכרת בטלויזיה השוויצרית.

העולה ממכלול הראיות הוא איפוא, כי הוכח שנתקבלו תשלומים עבור ההופעות של הלהקה בטלויזיה. שאלה נפרדת היא האם הוכח שנתקבל תשלום עבור כל ההופעות. המשיבה לא יכולה היתה להעיד על כך והנתונים לענין זה היו בידי המערערים. נראה לכאורה, כי כספים אלה או חלקם התקבלו במזומנים ונמסרו למערערים בלי שמצאו ביטוי בהנהלת החשבונות.

גירסתם של המערערים על פניה אינה מעוררת אמון והאבחנה שהציגו באחד משלבי הדיון בבית המשפט קמא בין שני סוגי הופעות - אלה שהם הפיקו ואלה שפולידור הפיקה, קרסה. אשר על כן, לא ניתן אלא לאשר כי הקביעה ששולם ללהקה בגין הופעות הטלויזיה בחו"ל עומדת בעינה.

אשר לסכום שיש לפסוק למשיבה בגין הופעות אלה פסק השופט קמא על יסוד עדות המשיבה ביחס למספר ההופעות אותן הכפיל בסכום שהוערך על ידו כתקבול עבור כל הופעה.

נראה כי המסקנה אליה הגיע על פי הערכתו בראש נזק זה, מעניקה למשיבה פיצוי מופרז, הן בשל מספר ההופעות שהביא בחשבון, והן בשל הסכום שהעריך כי נתקבל עבור כל הופעה בטלויזיה.

אשר למספר ההופעות, המשיבה העידה כי נתקיימו 60 הופעות, אך לא יכולה היתה לפרטן, וחבר הלהקה בילו העיד על עשרות הופעות. המשיבה הגישה רשימה שכללה פירוט של נסיעות ומשך שהייה בחו"ל ורשימה של הופעות שהצליחה להזכר בהן, וזו הרשימה ת 26/. ברשימה ניתן פירוט של 20 הופעות טלויזיה מסוימות, פירוט שלא הוכחש בידי המערערים. ניתן איפוא לומר, כי הוכח ללא מחלוקת קיומן של 20 הופעות. עוד עולה מאותו מסמך ת 26/ כי הלהקה נסעה שלוש עשרה פעמים לחו"ל ושהתה בחו"ל כ -150 ימים. נוכח מספר הנסיעות והשהייה הממושכת, אין להניח שהתקיימו 20 הופעות בלבד. נראה איפוא, כי על יסוד אומדן סביר ולא על פי חישוב מדוייק, ניתן להניח כי בכל אותה תקופה התקיימו לפחות 30 הופעות. נוכח הסתבכותם של המערערים בעדויותיהם בדבר העדר תשלום בגין ההופעות בטלויזיה, וההוכחות הפוזיטיביות ביחס למקרים בהם נתקבל תשלום בגין הופעות אלה, יש בסיס להערכה כי היו 30 הופעות בתשלום.

[264] באשר להוכחת גובה התשלום בגין כל הופעה, נראה כי גם בענין זה, בסיס החישוב שנעשה בבית משפט קמא לוקה. השופט קמא התבסס על הקבלה ת 27/ אשר כללה הופעת טלויזיה אחת בשוויץ ושתי הופעות בהולנד, אשר התשלום בגינן היה הרבה יותר גבוה, אלא ששתי הופעות אלה לא היו בטלויזיה. לעומתם, הסכום שהוכח כי שולם ללהקה בבלגיה ובשוויץ בגין הופעות טלויזיה, היה נמוך במידה ניכרת.

בדיקת הסכומים הללו והשוואת שערי המטבעות השונים בתקופה הרלבנטית נותנת יסוד להערכה כי חלקה של המשיבה בכל הופעה של הלהקה הוא סכום של 200 דולר להופעה נכון לינואר 1980.

אשר על כן, הייתי מעמידה את הסכום אותו חייבים המערערים לשלם למשיבה בגין הופעות הטלויזיה על סכום של 200 דולרים בגין 29 הופעות (לאחר הפחתת ההופעה בשוויץ בגינה שולם למשיבה) בתוספת ריבית דולרית של 11% לשנה מצטבר, החל מיום 1.1.80, ועד יום התשלום בפועל, כשהסכום מומר לשקלים.

החשבונות הבלתי מוסדרים בין הצדדים

13. תביעת המשיבה כללה גם תביעה למתן חשבונות ותביעה לחיוב המערערים לשלם למשיבה את הסכום שיתברר כי מגיע לה לאחר עיון בחשבונות.

כפי שיפורט להלן, למרות ההתדיינות הממושכת שבין הצדדים, לא התבררו במהלך הדיונים כל החשבונות והחיובים הנובעים ממערכת היחסים העסקיים שבין המערערים והמשיבה. המערערים לא הציגו במהלך ההתדיינות את מסמכי החשבונות

המפורטים כנדרש מהם, ומטעם זה התקשה בית המשפט לפסוק למשיבה את הסכומים המגיעים לה מהכנסות הלהקה. השופט עשה מאמץ לדלות מתוך ים המסמכים והנתונים שהיו בפניו ממצאים ביחס לחובות המערערים למשיבה, אולם הגיע לקביעות חלקיות בלבד, וביחס לפריטים מסויימים במערכת ההתחשבנות הוא החליט למנות רואה חשבון "לתפקיד החוקר הבודק לקביעת העובדות והסקת המסקנות החשבונאיות המתבקשות על פי עובדות ובדיקות אלה".

השופט קמא חייב את הצדדים להמציא לרואה החשבון את כל המסמכים הרלבנטיים ולהשיב לשאלותיו כפי שיידרשו, על מנת לאפשר לו לקיים בדיקה וחקירה. למעשה, השאיר בית המשפט בידי רואה החשבון, שיקבע על ידי "יו"ר אגודת רואי החשבון בישראל", את קביעת החיובים שהועברו לבדיקתו באופן שיהא בו כדי לחייב את הצדדים מבלי שמסקנותיו תובאנה בפני בית המשפט.

[265] המערערים תקפו הן את קביעותיו של בית המשפט באשר לסכומים אותם פסק, והן את מינוי רואה החשבון והעברת ההכרעה הסופית לידיו.

צודקים המערערים בטענתם, כי שגה השופט קמא בדרך בה הלך במינוי רואה החשבון. אכן, על בית המשפט להכריע בסכסוך שבפניו, ואינו יכול להשאיר את ההכרעה בתביעה בידי מי שנתמנה בודק וחוקר מטעמו.

המנגנון של קביעת חוקר ובודק לעריכת חשבונות במהלך בירור תביעה, מוכר בתקנות סדר הדין האזרחי.

תקנה 123(א) לתקנות אלה, קובעת לאמור:

> "בית המשפט רשאי, בכל עת לאחר הגשת התובענה להורות על עריכת חקירה או חשבון, אף אם נראה שמבוקש סעד מיוחד או סעד נוסף, או שיש לדון בפלוגתא מיוחדת, ולגביהם ראוי היה להמשיך בענין בדרך הרגילה; נתן בית המשפט צו כאמור, רשאי הוא להורות הוראות ולמנות אנשים לעריכת החקירה או החשבון, ככל שיראה לו".

אפשרות זו פתוחה בפני בית המשפט גם בתביעה למתן חשבונות, אם התברר לו שהחשבונות שהוגשו אינם מלאים ומצריכים חקירה ובדיקה (ראו ע"א 127/83 ברלב ואח' נ' רפופורט ואח', פ"ד מ(3) 249; ע"א 1763/93 זילכה נ' שוחט ואח', (טרם פורסם)). אין ספק כי המקרה שלפנינו הוא אחד המקרים המתאימים לכך.

אלא שתפקידו של חוקר ובודק כזה אינו להכריע בסכסוך, ועליו להביא את ממצאי בדיקתו בפני בית המשפט, אשר שיקול הדעת הסופי תמיד מסור לו (זוסמן, סדרי הדין האזרחי, 499; ע"א 123,124/79 מדינת ישראל נ' קמינר ואח', פ"ד לד(1) 617).

לפיכך, קביעתו של בית המשפט קמא להשאיר עניינים מסויימים בידי רואה החשבון שהתמנה מטעמו אינה יכולה לעמוד.

התוצאה המתבקשת היא, כי אין מנוס מלהחזיר את הנושאים שהועברו להכרעתו של רואה החשבון אל בית המשפט המחוזי כדי שיכריע בשאלות השנויות במחלוקות.

החלטה זו קשה עלי, נוכח הזמן שחלף מאז הוגשה התביעה, ובהתחשב בהתמשכותם יוצאת הדופן של ההליכים. בעת הדיון שלפנינו הבענו דעתנו, כי ראוי לשים קץ להתדיינות ממושכת זו והצענו לצדדים כי ישאירו את ההכרעה הכוללת [266] בסכסוך הכספי שביניהם בידינו על דרך של פשרה בהתאם לסעיף 79א' לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד -1984. משנענינו בסירוב, לא נותר לנו אלא לעשות כל שניתן על מנת להכריע בפלוגתאות, תוך בחינת טענות הצדדים לגופן. אולם, כפי שהוסבר לעיל, לא מיצה בית המשפט קמא את קביעת הממצאים העובדתיים משום שהגיע למסקנה שלא נמסרו לו נתונים מספיקים. ואכן, התשתית החשבונאית שנפרשה בבית המשפט קמא, לא היתה מספקת. בית המשפט נדרש לחקירותיו של רואה החשבון, אך לא השלים את המלאכה בענין זה.

דו"ח רואה החשבון נערך לאחר מתן פסק הדין בבית המשפט קמא והומצא לנו במהלך הדיון בערעור.

הדו"ח לא היה איפוא בפני בית המשפט קמא, לצדדים לא ניתנה הזדמנות לחקור את רואה החשבון, ומבית המשפט נשללה אפשרות לבקש הבהרות לטעון הבהרה. בנסיבות אלה, כאמור, לא נותר לנו אלא להחזיר עניינים מסויימים לבית המשפט קמא.

דו"ח רואה החשבון שהוגש לנו התייחס למכלול החשבונות, וכלל התייחסות גם לעניינים שבית המשפט קמא כבר נתן דעתו עליהם. גישה זו של רואה החשבון נתבקשה מכך שלצורך מסקנותיו היה עליו לראות תמונה חשבונאית כוללת.

תחילה סברתי כי ניתן לצמצם את העניינים אשר יוחזרו להכרעתו של בית המשפט המחוזי רק לאותם פריטים חשבונאיים שבית המשפט קמא נמנע מלהכריע בהם, ובחנתי לגופן את טענות הצדדים באשר לאותם ענינים שהוכרעו כבר על ידי השופט קמא. אולם, דרך זו אינה יכולה לפתור את כל השאלות השנויות במחלוקת בין הצדדים, שכן חלק מן הנושאים שהשופט קמא הכריע בהם שזורים וכרוכים בממצאים החשבונאיים של רואה החשבון.

בנסיבות אלה הגעתי למסקנה, כי בכל הענינים שנבחנו על ידי רואה החשבון, ואשר יפורטו מכאן ואילך, יבוטלו הסכומים

שנפסקו על ידי השופט קמא, ועניינים אלה יוחזרו לבית המשפט המחוזי לקביעת הממצאים בכפוף לקביעות שיפורטו להלן ביחס לאותם עניינים.

א. ניכוי ההוצאות מחלקה של התובעת בהכנסות

לצורך חישוב הכספים המגיעים למשיבה על פי ההסכם ת 3/ (ההסכם שנחתם בין המערערים לבין כל אחד מחברי הלהקה לקראת תחרות קדם האירוויזיון), ניכו [267] המערערים מן ההכנסות שהתקבלו את הוצאותיהם. המשיבה טענה, כי היה על המערערים לשאת בהוצאות ולנכות אותן מן האחוז הקבוע שאותו קיבלו מההכנסות על פי החוזה.

בית המשפט קמא קיבל את עמדת המשיבה. הוא עמד על כך שעניין ניכוי ההוצאות לא הוזכר בהסכם ת 3/, וקבע כי משלא נאמר דבר בהסכם, ברור שהלהקה ראתה את המערערים כאחראים להוצאות. השופט עמד על כך שאם ינוכו ההוצאות, הרי שהלהקה לא תקבל "לא פחות מ-1/3 ההכנסות", כפי שנקבע בהסכם. נוסף לכך, הזכיר השופט את השיעור הגבוה שהופרש למערערים מכלל ההכנסות (66%), וקבע כי גם נוכח שיעור זה, לא יהא זה סביר לפרש אחרת את ההסכם. בעניין זה, חיזק השופט את מסקנתו אף בעדותו של אמרגן אחר (מר יורמן) לעניין גובהם החריג של אותם אחוזים שהופרשו למערערים מכלל ההכנסות. לצורך בחינת אומד-דעת הצדדים, התבסס השופט גם על כך ששאר חברי הלהקה ערערו על ניכוי ההוצאות כאמור (מה שהתבטא בסופו של דבר בהסכם פשרה (ת 46/), שנחתם בינם לבין המערערים, בו סוכם על חלוקה מסוימת של נטל ההוצאות בין הצדדים).

השופט קמא נעזר לצורך רישום סכום ההוצאות שניכה בתחשיבו של העד עטרי (ת 16/) שהתבסס על מסמכי רואה החשבון של המערערים. השופט פסק למשיבה את חלקה, שלדעתו נוכה שלא בהתאם להסכם ת 3/, היינו שישית מההוצאות על פי תחשיבו של עטרי. סכום זה הסתכם ב-14,426.54 דולר, בתוספת ריבית דולרית של 11% מיום הגשת התביעה.

המערערים טוענים כי בית המשפט קמא טעה בפרשנות החוזה ועומדים על כך שכוונת הצדדים במונח "הכנסות" בת 3/ היתה לרווחים (נטו) ולא לתקבולים. הם מבקשים, כי ייקבע שהמשיבה היתה חייבת מלכתחילה להשתתף במלוא חלקה היחסי בהוצאות ההפקה, ולחילופין, כי היתה חייבת להשתתף במחצית מסכום זה, כאשר לטענתם אכן נוכה בפועל רק מחצית סכום ההוצאות.

פרשנותו של השופט קמא לחוזה ת 3/ מקובלת עלי. הנסיון להתחקות אחר אומד דעתם של הצדדים לחוזה, על פי כל גישה פרשנית המקובלת בבית משפט זה, מוביל למסקנה, כי כאשר נקבע בחוזה ת 3/ כי הלהקה תקבל סכום של "לא פחות מ-1/3 כל ההכנסות ממכירת ההקלטות שיופקו על ידי משרדנו", מדובר בתקבולים ולא ברווחים נטו.
[268] לשון החוזה ברורה היא, שכן פירושו של הביטוי "הכנסות" מבלי כל סייג או ציון מיוחד הוא סך התקבולים שנתקבלו (ראו גם סעיף 25(ג) לחוק החוזים (חלק כללי)). גם שילובו של ביטוי זה בסעיף כולו מלמד על כך שהכוונה היא לסך כל הפדיון ממכירת התקליטים.

אף הנסיבות החיצוניות לחוזה תומכות בפירוש זה של הביטוי "הכנסות". ההסכם ת 1/, שאף הוא הסכם בין אותם צדדים, הסכם הייצוג, מציין במפורש כי המשיבה תישא בהוצאות שונות הקשורות בפירסום והעסקת נגנים. גם הסכמים נוספים, שהמערערים היו צד להם, כגון ההסכם ת 2/ וההסכם ת 45/, מלמדים, כי כאשר יש כוונה כי האמן יישא בהוצאות, הדבר נקבע בחוזה במפורש.

העובדה כי החוזה ת 3/ הוא החוזה היחיד מבין אלה שהוצגו, שהמערערים הם צד להם, ששותק לענין ההוצאות, מדברת בעד עצמה. יש להביא בחשבון כי המערערים הם אמרגנים מנוסים, ואין זה סביר כי שאלת הנשיאה בנטל ההוצאות נעלמה מעיניהם.

לכך יש להוסיף טעם נוסף, שהשופט קמא נתן לו בצדק משקל רב. האחוז הגבוה שקיבלו המערערים בחוזה זה מהכנסות התקליטים, הוא על פי הראיות שהובאו בתיק, אחוז גבוה מהמקובל וממה שקיבלו הם עצמם מהכנסות ממקורות אחרים. אחוז גבוה כזה מתיישב עם המסקנה, כי בכך נטלו המערערים על עצמם את הסיכון הכרוך בהפקה ובנשיאה בנטל ההוצאות. ניתן, איפוא, לומר, כי אף בחינת הגיונו הכלכלי של ההסכם, ככל שיש בו לשמש אמת מידה לפרשנותו, תומכת בפירוש כי הוצאות ההפקה לא הוטלו על המשיבה.

אשר על כן, דין טענת המערערים, כי החבות בהוצאות היתה על המשיבה, להדחות.

ומכאן לקביעת גובה הסכום. כאמור, השופט קבע, כי המשיבה זכאית למלוא חלקה בסך ההוצאות שנקבע בהתאם לתחשיבו של העד עטרי.

השאלה השנויה במחלוקת בענין זה היא האם אכן ניכו המערערים בפועל את כל סכום ההוצאות על פי חלקה של המשיבה או רק את מחציתו, כטענתם.

מסתבר, כי רואה החשבון - במסגרת בדיקתו - בחן את הפריט הנוגע לסכום ההוצאות האמור. אשר על כן, לא ראיתי להכריע במחלוקת העובדתית האמורה, ובית [269] המשפט המחוזי אשר בפניו יידון הדו"ח של רואה החשבון, יתבקש להכריע בשאלת סכום ההוצאות שנוכה ולפסוק את הסכום שישולם למשיבה בגין פרט זה.

ב. חלקה של המשיבה בהכנסות על פי דוחות פולידור ומיקדמות פולידור

השופט קמא קבע, כי המשיבה זכאית לחלק שטרם שולם לה בכספים שנתקבלו מחברת "פולידור", ששימשה כמפיצת התקליטים של להקת "חלב ודבש" בחו"ל. כספים אלו משתקפים בדו"חות שכונו בבית המשפט קמא "דו"חות פולידור" (ת 9/ (1) - (11)). מדובר בדו"חות שנשלחו מן החברה אל המערערים, ובהם פירוט לגבי מכירות תקליטי הלהקה, לגבי התקופה שמתחילה ביום 1.4.79, ומסתיימת בסוף ספטמבר 1981. בענין זה פסק השופט קמא למשיבה סכום של 8,223 דולר בגין חלקה של המשיבה בהכנסות פולידור, שטרם שולמו לה.

לענין סכום זה, טענה המשיבה במסגרת הערעור שכנגד, כי טעה השופט קמא בכך שפסק לה ריבית רק החל מדצמבר 1986, ולא מיולי 1980.

אכן, התאריך אשר ממנו נפסקה הריבית לטובת המשיבה ביחס לפריט זה, הוא תאריך מקרי אשר נקבע בטעות בהתאם למועד עריכת הדו"ח ת 19/, אשר שימש בסיס לחישוב האמור.

לפיכך, נוטה הייתי לקבל את ערעורה של המשיבה בענין זה. אלא שהתברר כי במסגרת בדיקותיו הכוללות, נזקק רואה החשבון גם לפריט זה והגיע למסקנה כי מבחינה חשבונאית נפלה טעות בקביעת סכום החיוב הבסיסי על ידי השופט קמא.

אשר על כן, בנסיבות אלה, אני רואה לבטל את פסיקתו של בית המשפט קמא ביחס לפרט זה, ונראה לי כי ראוי הוא שלאחר בחינת דו"ח רואה החשבון, יפסוק בית המשפט המחוזי את הסכום שטרם שולם על פי דו"חות פולידור.

נוסף לסכום שנקבע על פי הדוחות, קבע השופט קמא סכום נוסף של 45,000 דולר כחלקה של המשיבה ממקדמות ששולמו למערערים מחברת פולידור. גם סכום זה שנפסק אינו יכול לעמוד ודינו להתבטל.

טענה מרכזית של המערערים היא כי יש חפיפה בין סכומי המקדמות ששולמו לבין הסכומים שצויינו בדו"חות פולידור, ואשר בגינם כבר פסק השופט את הסכום שהמשיבה [270] זכאית לו כמתואר לעיל. לצורך זה, הגישו המערערים בקשה בעת הדיון בפנינו להגשת גירסה מלאה ומפורטת יותר של דו"חות פולידור.

כאן המקום להדגיש, כי התמונה המלאה ביחס לסכומי המקדמות ששולמו למערערים אכן לא נפרשה במלואה בבית משפט קמא, וזאת, בין היתר, כיוון שהמערערים לא חשפו את דו"חות פולידור המלאים שהיו ברשותם, ושאותם הם מבקשים להגיש כעת. בדו"ח של רואה החשבון עמד הוא על כך, שדו"חות פולידור נמסרו על ידי המערערים למשיבה כשהם מצונזרים, וכך הוגשו לבית המשפט.

מתברר, כי הדו"חות המלאים נמסרו לרואה החשבון עצמו במסגרת המסמכים הנוספים שהועברו לעיונו בשלב הבדיקות שערך. בנסיבות אלה, כל שנותר הוא להחזיר את הדיון בשאלה הנוגעת לסכום המגיע למשיבה מתוך המקדמות שהתקבלו, ובדבר היחס שבין סכום זה לסכום המגיע לה על פי דו"חות פולידור עצמם, לבית המשפט המחוזי.

ג. חלקה של המשיבה בהכנסות נוספות שטרם שולמו לה

השופט קמא קבע, כי המערערים קיבלו כספים נוספים שלא העבירו למשיבה את חלקה בהם. בענין זה פסק לטובת המשיבה, על יסוד ראיות חלקיות, סכום של 15,000 דולר, שעמדו לזכותה במאזנים של המערערים (ת 18/, ת 18/ H), וכן סכום נוסף של 14.70 ש"ח בצירוף ריבית מיום 16.6.80. השופט הותיר לקביעתו של רואה החשבון את השאלה לאיזה סכומים נוספים זכאית המשיבה.

נראה כי יש ממש בטענת המערערים כי בסכומים שפסק השופט כאמור, יש משום כפל עם סכומים אחרים שכבר נפסקו על ידי השופט קמא, בפריטים שתוארו לעיל.

אשר על כן, אני רואה לבטל גם חלק זה בקביעותיו של בית המשפט קמא, ובית המשפט המחוזי ידון בשאלה אם נותרו סכומים מלבד הסכומים הנוגעים להוצאות, למקדמות ולדו"חות פולידור, אשר המערערים חייבים למשיבה.

הערעור על התביעה שכנגד

14. עיינתי בטענות הצדדים לענין התביעה שכנגד, ולא מצאתי ממש בערעור.

אשר לתביעת 30% עמלה מהמשיבה בגין כל פעילויותיה בתקופת החוזה ת 1/, אשר אורגנו שלא באמצעות המערערים, הרי מעיון בראיות עולה, כי במקרים בהם קיבלה [271] המשיבה הכנסות והמערערים סברו כי הם זכאים לעמלתם, הם ניכו מן הכספים ששילמו למשיבה את הסכומים המגיעים להם. לגבי הכנסות אחרות באותה תקופה, נראית לי טענת המשיבה כי הסכומים בגין עמלות לא נוכו על ידי המערערים, משום שוויתרו על סכומים אלה, ובאותה תקופה היו מעוניינים שהמשיבה תעשה לעצמה נוכח מיעוט הכנסותיה ואי יכולתם להשיג לה די הופעות.

אשר לעמלה של 30% מהכנסות המשיבה מלהקת "חלב ודבש", צודק ב"כ המשיבה בהצביעו על כך שענין זה לא נכלל מלכתחילה בכתב התביעה שהגישו המערערים בבית משפט קמא, וכבר מטעם זה היה דין התביעה להדחות. מכל מקום, גם לגופו של ענין, דין הטענה להדחות. חוזה ת 3/ נפרד מהחוזה ת 1/, ואין להחיל עליו את תנאי התוספת של עמלה בשיעור 30%.

התביעה לענין ה-PLAYBACK אכן נראית כתביעה קנטרנית וחסרת בסיס בלשונו של השופט קמא.

אשר על כן, דין ערעור זה להדחות.

סיכום

15. לאור האמור לעיל מתקבל הערעור, במובן זה שיוכנסו בפסק הדין השינויים הבאים והתיק יוחזר לבית המשפט המחוזי להשלמה:

א. (1) במקום הפיצוי בגין אובדן הכנסות בתקופת החוזה, שנקבע על ידי השופט קמא, יבוא הסכום של 42,000$ בשווים בשקלים נכון ליום מתן פסק-הדין בבית המשפט קמא, בתוספת הפרשי הצמדה וריבית עד יום התשלום בפועל.

(2) במקום הסכומים שנפסקו בגין אובדן הכנסות בתקופה שלאחר תום החוזה ובגין פגיעה במוניטין ועגמת נפש יבוא הסכום של 30,000$ בשווים בשקלים נכון ליום מתן פסק-הדין בבית המשפט קמא, בתוספת הפרשי הצמדה וריבית עד יום התשלום בפועל.

(3) במקום הסכום שנפסק עבור הופעות הטלויזיה בחו"ל יבוא הסכום של 5,800$ בתוקפת ריבית דולרית של 11% לשנה, מצטבר, החל מיום 1.1.80 ועד יום התשלום בפועל, כשהסכום מומר לשקלים.

[272] ב. בכל העניינים שנבחנו על ידי רואה החשבון, כפי שיפורט להלן, יבוטלו הסכומים שנפסקו על ידי השופט קמא והם יוחזרו לבית המשפט המחוזי לקביעת הממצאים, בכפוף לקביעות שבפסק דין זה ביחס לאותם עניינים. בית המשפט המחוזי, יקבע את קביעותיו כאמור, לאחר שתינתן לצדדים הזדמנות לחקור את המומחה ולטעון טענותיהם, אך ורק בנושאים המנויים להלן:

(1) ניכוי הוצאות מחלקה של המשיבה בהכנסות, לעניין חישוב הכספים המגיעים לה על-פי ההסכם ת 3/.

(2) חלקה של המשיבה בהכנסות על פי דו"חות פולידור ומקדמות פולידור.

(3) חלקה של המשיבה בהכנסות נוספות שטרם שולמו לה, אם היו כאלה לפי דו"ח רואה החשבון.

הערעור על דחיית התביעה שכנגד נדחה.

במקום החיוב בהוצאות שהוטל על-ידי בית המשפט קמא, המערערים ישאו בהוצאות המשיבה בשתי הערכאות בסך 25,000 ש"ח. בית המשפט המחוזי יפסוק הוצאות נוספות בהתאם לתוצאות ההליך שיתנהל לפניו.

המשנה לנשיא ש' לוין:
אני מסכים.
השופטת ט' שטרסברג-כהן:
אני מסכימה.
הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ד' ביניש.
ניתן היום, ג' בכסלו תשנ"ח (2/12/97).
--- סוף פסק הדין ---

בבית המשפט המחוזי תל-אביב יפו

# דורון מוטס נגד איתי בוגנר

## פתח דבר

1. עניינה של תביעה זו בעתירתו של מר דורון מוטס (להלן: "**דורון**"), לחייב את הנתבעים להעביר לידיו שליש מרווחיהם הקיימים והעתידיים של הנתבע מס' 1, מר איתי בוגנר (להלן: "**איתי**"), והנתבע מס' 2, מר עדי רופין (להלן: "**עדי**"), במיזם בתחום אבטחת המידע באינטרנט בו הם עוסקים במסגרת הנתבעת 5, סופוור טכנולוגיות תוכנה בע"מ (SofaWare, להלן: "**סופוור**"), מכח הסכם שכרת עימם.

דורון, מהנדס תעשיה וניהול בהכשרתו, עומד החל משנת 1999 בראשה של חברה בשם Authority Media- Inc המפתחת אסטרטגיות בתחום התקשורת והאינטרנט עבור חברות בינלאומיות מובילות כדוגמת קומברס ואמדוקס (ראו נ/28; וכן עדותו, עמ' 4 לפרוטוקול ש' 28-20). דורון נשוי לגב' עינת מוטס (להלן: "**עינת**").

איתי ועדי הינם בעלי מניות וחברי דירקטוריון בסופוור, וכך גם הנתבעת 3 והנתבעת 4.

לאיתי השכלה בתחום המתמטיקה ומדעי המחשב ונסיון רב בעבודה כמהנדס תוכנה בתחום מחשבי מקינטוש ורשתות מחשבים ("networking") בחברות ההיי-טק סייטקס, ווקטלק ובקווב (BackWeb). איתי נשוי לגב' ענת בוגנר (להלן: "**ענת**").

לעדי השכלה בתחום המתמטיקה ומדעי המחשב, ונסיון רב בעבודה כמהנדס תוכנה בתחום מערכות אבטחת מידע באינטרנט ובמערכות משובצות מחשב (פיתוח אפליקציות היושבות בתוך חומרה ומפעילות יישומים שונים ("embedded")) בצה"ל ובחברת בקווב.

איתי ועדי הכירו כאשר עבדו יחדיו בחברת בקווב, שאז התפתחו ביניהם לבד מיחסי עבודה אף יחסי חברות.

כמו כן, איתי ועינת המכירים זה את זו מימי ילדותם היו במהלך השנים בקשרי חברות אמיצים, ומטבע הדברים כך גם בני זוגם, עד אשר התגלע ביניהם הסכסוך נשוא תובענה זו.

הנתבעת 4 הינה חברה ציבורית בשם אמנת ניהול ומערכות בע"מ (להלן: "**אמנת**"), ובראשה עומד מר אברהם אסף המכונה גם לולו (להלן: "**אסף**") שהינו ידיד קרוב של הוריו של איתי.

הנתבעת 3, צ'ק פוינט טכנולוגיות בע"מ (להלן: "**צ'ק פוינט**"), הינה חברה ציבורית אשר שמה הולך לפניה בקנה מידה עולמי בקשר עם פיתוח ושיווק מוצרי "Firewall" עבור גופים עסקיים גדולים בעלי רשתות מחשבים פנימיות וחיבורים שונים לרשת האינטרנט. תפקידם של מוצרי Firewall הינו לשמש כמגן בין רשת האינטרנט לבין הרשת הפנימית והפרטית של גופים אלה, על מנת לאבטח את המידע ברשת הפנימית.

## העובדות הצריכות לעניין

2. בשנים 1997-1998, במהלכן פרח ענף ה"היי-טק" בארץ, שוחחו ביניהם דורון ואיתי מספר פעמים על רעיונות לפיתוח טכנולוגי משותף בדרך של הקמת חברת הזנק, או בכיניה השגור בפי כל - "סטארט אפ". באחת משיחותיהם העלה דורון את נושא טכנולוגיית "הפס הרחב" ("broadband") המאפשרת למשתמש הביתי תקשורת נתונים יעילה באינטרנט באמצעות חיבור קבוע לרשת - שמהירותו גבוהה בהרבה וניתן להעביר באמצעותו כמויות מידע רבות יותר בהשוואה לחיבור באמצעות חיוג דרך קו הטלפון שהיה נהוג באותם ימים. השניים שוחחו על כך שעם התפתחותה של טכנולוגית הפס הרחב תוחרף בעיית אבטחת המידע למשתמשים בשירותי האינטרנט, והסכימו כי זו הזדמנות עבורם ליצור טכנולוגיה אשר תיתן מענה לבעיה זו למשתמש הביתי ולגופים עסקיים קטנים.

בשלב זה הציע איתי לשתף את עדי בהגיגים אלה, משום שלו ניסיון רב בתחום אבטחת המידע.

השלושה נפגשו כשלוש פעמים, והגו רעיון לפתח מוצר Firewall הדומה למוצר הקיים במגזר העסקי, אלא שהם

התכוונו להקנות לו שתי תכונות מרכזיות אשר יהפכו אותו לפופולארי בקרב המשתמשים הביתיים והגופים העסקיים הקטנים:
הוא ינוהל על ידי ספקי האינטרנט עבור המשתמשים, מאחר שהשימוש ב- Firewall מצריך באופן רגיל מיומנויות אשר אינן מצויות בידי משתמשים מסוג זה, ועלותו תהיה כזו שתתאים לכיסו של קהל היעד. לצורך זה הם נתכוונו למקם את ה- Firewall על המודם המחבר את המחשב לרשת האינטרנט, ולא כפי שהיה נהוג עד אז למקמו על המחשב עצמו או על השרת (להלן: "**הרעיון**"; ראו עדותו של דורון, עמ' 64 לפרוטוקול, ש' 24-14).

השלושה העלו בדעתם יישומים נוספים שגם אותם יהיה אפשר בעתיד לפתח ולמקם על המודם, וביניהם VPN (Virtual Private Network) שהיא רשת וירטואלית פרטית המוצפנת על גבי הרשת הציבורית (עדותו של דורון, עמ' 69 לפרוטוקול, ש' 18-10). עם זאת, השלושה לא עסקו בפיתוחו של יישום זה, או כל יישום אחר לצורך העניין, אלא הזכירו אותו בכללויות בלבד (עדותו של דורון, עמ' 76, ש' 28-27).

הצדדים חלוקים בשאלות מי הגה את הרעיון ואת היישומים הנוספים (ראו סעיפים 3.5 ו- 3.6 לתצהירו של דורון וסעיפים 16 ו- 19 לתצהירו של עדי) והאם היו אלה רעיונות חדשניים בשעתם או שמא פותחו והושקו זה מכבר על ידי חברות שונות (ראו סעיף 17 לתצהירו של עדי); פרקליטיהם אף הקדישו למחלוקות אלה מקום נרחב בחקירות נגדיות, במוצגים (ביניהם ת/1 ו- ת/2, שיחות טלפוניות בין עינת לאיתי שהוקלטו על ידי עינת ללא ידיעתו של איתי) ובסיכומי טיעוניהם. עם זאת, **דומה שהצדדים עצמם מסכימים כי אין כל צורך לקבוע קביעות עובדתיות בהקשר זה משום שאיש מהם למעשה אינו טוען לזכויות קנייניות ברעיון, אלא הכל מקבלים כי הרעיון שייך לדורון, איתי ועדי יחדיו ובמסגרת מיזם משותף בו החלו לפעול** (להלן: "**המיזם**"; עדות דורון, עמ' 128, ש' 21-16; עדות איתי, עמ' 238, ש' 12-11).

3. דורון טוען כי עם הצטרפותו של עדי החליטו השלושה כי המיזם ישא את השם MRB, ואף הציג דואר אלקטרוני בו נעשה שימוש בשם זה (נספחים יב- יד לתצהירו). לשיטתו, דורון היה אמון, מלבד על המצאת הרעיון, על ניהול המוצר נשוא המיזם, שיווקו ופיתוחו העסקי; בעוד איתי ועדי היו אמונים על פיתוח טכני והסבת הרעיון למוצר של ממש. השלושה אף הסכימו כי חלקו של כל אחד מהם ברווחי המיזם יהיה שליש, אך מכיוון ששררו ביניהם יחסי אמון וחברות הם לא ראו צורך להעלות עניין זה על הכתב (סעיף 4.3 ו- 5.2 לתצהירו).

איתי ועדי, לעומת זאת, מכחישים קיומה של הסכמה בעל-פה כאמור, וטוענים כי המיזם מעולם לא הבשיל לכדי עבודת פיתוח מוצר של ממש ולכן לא התעורר הצורך להסכים על חלקו של כל אחד מהם ברווחיו (סעיף 23 לתצהיר איתי, סעיף 20 לתצהיר עדי). כך גם לא בוצעה לשיטתם חלוקת תפקידים רשמית במיזם, למרות שמקובל עליהם כי תפקידו של דורון היה עסקי בעוד תפקידם היה טכני, כמתבקש מהכשרתם ומהשכלתם של השלושה (עדות איתי, עמ' 241 לפרוטוקול, ש' 16-11; עדות עדי, עמ' 401, ש' 24-20). כן הם טוענים כי השם MRB אינו מעיד על קיומה של אישיות משפטית כלשהי, אלא מדובר בראשי התיבות של שמות משפחתם בהם עשו שימוש במסמכים רשמיים תחת לכתוב את שלושת השמות פעם אחר פעם; ומכל מקום הם הגו אותו כהלצה משום שהוא מהווה סיכול אותיות שמה של החברה הנודעת BRM, היא חברת האם של בקוב בה עבדו כאמור איתי ועדי (עדות איתי עמ' 252, ש' 19-15; עדות עדי, עמ' 371, ש' 9-1).

4. במסגרת המיזם ועל מנת להוציא את הרעיון מן הכוח אל הפועל, עדי יצר קשר, באמצעות חבר מן השירות הצבאי בשם דרור סלעי, עם חברת ליבית בע"מ (להלן: "**סלעי**" ו- "**ליבית**" בהתאמה) המייצרת שבבים למודמים בכבלים, ועניין אותה בשיתוף פעולה עם השלושה. כוונתם היתה לפתח את הרעיון נשוא המיזם על גבי שבב של ליבית ולשווק את המוצר המשולב במשותף עימה.

לפגישה הראשונה עם ליבית ביום 6/7/98, הגיעו עדי ואיתי ללא דורון. הצדדים שוחחו על האפשרות שעדי ואיתי יבצעו עבודת תכנות עבור ליבית בתשלום, אמנם ללא קשר למיזם, וכך יתאפשר להם להכיר את השבב שלה ואף לקבל ממנה מימון מסוים לצורך פיתוח המוצר שלהם על שבב זה (עמ' 28 לפרוטוקול, ש' 24 עד עמ' 29, ש' 4).

אפשרות זו לא מומשה, וביום 27/8/99 התקיימה פגישה שנייה עם ליבית, הפעם בנוכחותו של דורון, במטרה להגיע לשיתוף פעולה כלשהו בעבודה. מספר ימים לאחריה, דורון הכין נייר עמדה המיועד לנציגה של ליבית בארצות הברית, מר פיטר פרקוסן (להלן: "**פיטר**"), המפרט את האופן בו יוכלו השלושה לפתח יישומים על השבב של ליבית (נספח יג לתצהיר דורון).

בהמשך נקבעה פגישה שלישית עם ליבית ליום 28/9/99 במהלכה ניהלו איתי ועדי שיחת ועידה עם פיטר בנוכחותו של סלעי. גם בפגישה זו לא השתתף דורון.

באחת משתי הפגישות כאמור בה דורון לא היה נוכח, הוחתמו איתי ועדי באופן אינדיבידואלי, לדרישתה של ליבית, על הסכם סודיות סטנדרטי (המכונה NDA) שנוסח על ידה (סעיף 30 לתצהיר איתי). זאת בניגוד לטענתו הפרלימינארית של דורון כי הוא זה שניסח הסכם סודיות מטעם MRB שנחתם עם ליבית, ממנה הוא חזר בו במהלך חקירתו (עמ' 129 לפרוטוקול, ש' 26-13).

5. לטענתו של דורון, במהלך המגעים כאמור עם ליבית הוא ביצע עבודה מאומצת במיזם שכללה חקר שוק, סקירת פטנטים בנושא, איתור שותפים פוטנציאליים נוספים ותמחור המוצר הסופי (סעיף 4.8 לתצהירו). עם זאת, **הוברר**

**כי בשלב זה הרעיון שבבסיס המיזם נותר בגדר רעיון ערטילאי גרידא, חסר ערך במובן המשפטי משום שאינו מקים זכויות קנייניות** (עדות איתי, עמ' 205 לפרוטוקול, ש' 1-10; עדות עדי, עמ' 397 לפרוטוקול, ש' 7-18), **ובוודאי שטרם קרם עור וגידים לכדי מוצר של ממש**:

אפיון ותמחור מסודרים ומובנים של המוצר לא הועלו על הכתב (עדותו של דורון, עמ' 24 לפרוטוקול, ש' 23-26), מלבד אסופת מחשבות ושרטוטים בעניין אשר שורבטה על גבי פתקאות (ראו נספחים ג, ו, ז, יט לתצהיר דורון). כמו כן, לא בוצעה בדיקת היתכנות על מנת לקבוע האם הרעיון ישים, ובוודאי שלא פותחה הדגמה של היכולת הטכנולוגית של המוצר על מנת להציגה למשקיעים פוטנציאליים (Demo, להלן: "**דמו**") (עדותו של דורון, עמ' 87 לפרוטוקול, ש' 1-5).

יתרה מזאת, באותה תקופה איש מהשלושה לא עזב את מקום עבודתו הקבוע - בו בילה כל אחד מהם שעות רבות מידי יום - על מנת להתפנות לפיתוח הרעיון, ולכן לא התאפשר להם להיפגש לעבודה משותפת למעט מספר בודד של פעמים. גם לא היו ברשותם המשאבים הדרושים לפיתוח המוצר, כדוגמת מודם ומחשב (עדות דורון, עמ' 90 לפרוטוקול, ש' 28-21; עדות עדי, עמ' 395, ש' 26 עד עמ' 396, ש' 2). משכך, עיקר עבודתם בקשר עם הרעיון בוצעה באופן אינדיבידואלי באמצעות הדואר האלקטרוני והטלפון, ונסבה בעיקר סביב הפנייתם זה את זה לספרות מקצועית הקשורה במוצר נשוא הרעיון (סעיף 4.8 לתצהיר דורון; סעיפים 39-34 לתצהיר איתי; עדות עדי, עמ' 377 לפרוטוקול, ש' 9-2) והכנה לפגישות עם ליבית (ראו נספחים יז ו- טז לתצהיר דורון; ועדותו בעמ' 106 לפרוטוקול ש' 6-1, ובעמ' 132 ש' 26-22).

יצויין כי דורון מצידו ואיתי ועדי מצידם טוענים באופן הדדי כי הצד שכנגד החזיק בדעה כי הרעיון למעשה חסר כל ערך (סעיף 14 לתצהיר איתי; עדות עדי, עמ' 397 לפרוטוקול, ש' 5-2; עדות דורון, עמ' 87 לפרוטוקול, ש' 20-21).

6. ערב הפגישה הרביעית בליבית, נפגשו דורון ועינת עם איתי וענת בבית קפה בתל אביב (להלן: "**הפגישה בבית הקפה**"). במפגש חולין זה בישרו דורון ועינת כי הם עומדים לעזוב את ישראל ובכוונתם לנסות את מזלם בארצות הברית. דורון הבהיר בעדותו כי החלטה זו לא הושפעה מכך שהמיזם והמגעים עם ליבית אינם מתקדמים כפי שהעריך ואולי אף חפץ. (עמ' 43 לפרוטוקול, ש' 17-14).

איתי היה נסער מאוד מן החדשות הללו:

> "ת: ... אמרתי לו איך אתה חושב שאני אציג את עצמי, שאנחנו בדיוק בפגישה הרביעית מול ליבית, יש לנו איזה פרטנר שנוסע. איפה הוא האיש הזה? איך אני משיג אותו? איך אני מתאם איתו? זה נראה רציני? זה בדיוק מה שאמרתי לו. כעסתי נורא." (עמ' 321 לפרוטוקול, ש' 20-16).

משכך, הוא טוען כי הבהיר לדורון במעמד זה כי עם נסיעתו לארצות הברית הוא למעשה בוחר שלא להמשיך בפיתוח הרעיון והוא פורש מן המיזם (סעיף 45 לתצהירו). דורון מצידו טוען כי הגיע עם איתי להבנה כי במידה שאיתי ועדי יחליטו להמשיך בפיתוח המוצר אזי הוא יבצע את חלקו מארצות הברית, בבחינת "עסקים כרגיל" (סעיף 6.1 לתצהירו).

7. באשר לעדי, אין עוררין כי דורון מעולם לא יידע אותו כי הוא עוזב את הארץ, וכי עדי למד על כך מאיתי (סעיף 36 לתצהיר עדי; עדותו של דורון, עמ' 49 לפרוטוקול, ש' 18-15). גם עדי, כאיתי, היה נרעש מאוד מן החדשות:

> "ת: אני נרעש כי כשלמחרת יש פגישה חשובה עם אודי וינשטיין (מנכ"ל ליבית–ע.ב.), מודי (סמנכ"ל טכנולוגיה בליבית- ע.ב.), דרור (סלעי- ע.ב.) ופיטר בטלפון, ואנחנו שלושה שהצגנו את עצמנו שיש לנו איזה שהוא רעיון שאנחנו רוצים לפתח איתם, אז להגיע פתאום בלעדיו זה ממש יכול להכשיל את כל מה שכבר ניסינו לעשות." (עמ' 378 לפרוטוקול, ש' 17-13).

יוער כי קיימת מחלוקת נוספת בין הצדדים בעניין זה, בנוגע לתאריך בו התקיימה הפגישה בבית הקפה, אשר תבואר בהמשך.

אין מחלוקת כי למחרת הפגישה בבית הקפה התקיימה שיחת טלפון בין דורון לאיתי בנושא עזיבתו של דורון את הארץ. איתי חוזר וטוען כי גם בשיחה זו הבהיר לדורון כי אינו חלק מן המיזם עוד, בעוד דורון טוען כי הוסכם ביניהם שאם איתי ועדי יחליטו להמשיך במיזם הרי שהוא ימשיך לבצע את חלקו במיזם בארצות הברית.

כך או אחרת, לפגישה הרביעית בליבית הגיעו איתי ועדי ללא דורון.

8. בסמוך לאחר הודעתו של דורון על עזיבתו את הארץ, במהלך חודש אוקטובר 1998, החליטו איתי ועדי לפנות לאסף, ידיד קרוב של הוריו של איתי העומד בראשה של אמנת כאמור ועוסק בין היתר גם בסיוע להקמת חברות הזנק, והציגו בפניו את הרעיון. אסף הביע התעניינות, והצטרף לאיתי ועדי בפגישתם הבאה עם ליבית (עדות איתי,

עמ' 273 לפרוטוקול, ש' 12-7). אסף אף הציע לשניים סיוע ראשוני לצורך קידום המיזם - בכללו רכש עבורם מחשבים שהותקנו בבתי מגוריהם ביום 8/11/98 לצורך ביצוע בדיקת היתכנות לרעיון, ומימן את נסיעתם לארצות הברית בחודש דצמבר באותה השנה לצורך השתתפותם בתערוכה העוסקת במוצרים לתעשיית הכבלים (סעיפים 50-48 לתצהיר איתי).

עדי ואיתי חתמו עם אמנת על הסכם לשותפות עסקית לפיתוח נושאים משותפים (ההסכם מצורף כנספח א לתצהיר אסף המהווה חלק ממוצג ת/140), לפיו אמנת תהא זכאית, בתמורה למימון עבודת הפיתוח של איתי ועדי, ל-10% מן הרווחים של המוצרים אותם הם יפתחו (עדות אסף, עמ' 148 לפרוטוקול, ש' 23 עד עמ' 149, ש' 3).

ואמנם, איתי ועדי החלו בבדיקת היתכנות הרעיון במחשביהם הפרטיים, במהלכה גיבשו את מאפייניו של המוצר נשוא הרעיון: העקרונות להפעלתו, אופן ניהולו, ביצועיו וכיוצא באלה. בשלב הסופי של הבדיקה נעשתה במעבדה של ליבית אינטגרציה למודם שלה, וכך הולבש המוצר נשוא הרעיון על מודם של ליבית (סעיף 51 לתצהיר איתי; וכן עדותו של עדי, עמ' 365 לפרוטוקול, ש' 16-4).

**בחודש ינואר 1999 הצליחו איתי ועדי להשלים כתיבת תוכנה בסיסית המבוססת על הרעיון, המוכיחה כי ניתן לשלב קוד של Firewall בתוך מודם של ליבית.**

עוד בחודש ינואר 1999, ועל פי המלצתו של אסף, הגה עדי תוכנית עסקית המציגה את המיזם על מנת להביאה בפני משקיעים פוטנציאליים (סעיף 43 לתצהיר אסף; התוכנית צורפה כנספח ב לתצהירו).

9. דא עקא, דומה כי בשלב זה הגיע המיזם למבוי סתום.

> "**איתי**: אבל זה לא משנה הפגישות המשיכו (הפגישות עם ליבית- ע.ב.) כי תשמעי ענת, את לא היית בסטרט-אפ בחיים שלך, אבל הנקודה הייתה כזאת, **מתחילים מאיזה שהוא רעיון, הרעיון היה גרוע באותו שלב, כי אף אחד לא רצה לקנות מאיתי ועדי את הפיירוול שהם כתבו**, הרעיון הפך להיות טוב ברגע שהתחברנו לצ'ק פוינט, וזה קרה יותר, וזה קרה שמונה חודשים אחרי זה" (ההדגשה שלי- ע.ב.) (ת/1, תמלול הקלטת שיחה מיום 7/2/00 בין איתי לעינת, עמ' 28, פיסקה 475).

10. לטענתם של איתי ועדי, בעת שביקרו במשרדי צ'ק פוינט בחודש מרץ 1999 במהלך עבודתם כקבלני משנה בנושא מחשבי מקינטוש, שאינה נוגעת למיזם דנן, נתקלו השניים במזכירתו של מר גיל שויד, מנכ"ל צ'ק פוינט, אותו עדי מכיר משירותם הצבאי המשותף (להלן: "**שויד**"). הם ביקשו מהמזכירה להואיל בטובה ולבדוק האם שויד פנוי לראותם, ובמעמד זה, ללא תכנון והכנה מראש, הזדמן להם לספר לו על התוכנה שכתבו על בסיס הרעיון (עדותו של איתי, עמ' 326 לפרוטוקול, ש' 20-12; סעיפים 46-44 לתצהירו של עדי).
לאחר שהציגו בפניו את בדיקת ההיתכנות שעשו לרעיון, הציע שויד לאיתי ועדי להקים עימו חברת בת של צ'ק פוינט שמטרתה תהא להתאים את מוצרי ה- Firewall הקיימים של צ'ק פוינט לצרכיהם של משתמשים ביתיים וגופים עסקיים בהיקף קטן (סעיף 55 לתצהיר איתי, סעיף 47 לתצהיר עדי, סעיפים 10-9 לתצהיר שויד).

ביום 30/6/99 חתמו איתי, עדי ואמנת על הסכם הבנות עם צ'ק פוינט (המכונה MOU; ת/189), לפיו איתי, עדי ואמנת הם המייסדים של סופוור ובעלים ב- 100% של מניותיה (בחלוקה של 45% לאיתי, 45% לעדי ו- 10% לאמנת). עם זאת, צ'ק פוינט רשאית, בכל שלב שתחפוץ, להמיר את האשראי שתעמיד לטובת סופוור באחוז מסוים ממניותיה ולהפוך למעשה לבעלת השליטה בה (עדות שויד, עמ' 283 לפרוטוקול, ש' 19 עד עמ' 284, ש' 22); ואמנם כיום צ'ק פוינט היא בעלת השליטה בסופוור.

ביום 9/8/99 נרשמה סופוור כחברה פרטית ברשם החברות (ראו נספח א לתצהיר דורון).

בחודש ספטמבר 1999 החלו איתי ועדי בעבודתם בסופוור, ולשם כך עזבו את משרותיהם בחברת בקוב (סעיף 56 לתצהיר איתי וסעיף 48 לתצהיר עדי).

11. דורון ועינת עזבו את הארץ באחד מימיו הראשונים של חודש נוב מבר 1998 (עדותה של עינת, עמ' 163 לפרוטוקול, ש' 3-2).

לטענתו של דורון, במהלך שהייתו בארצות הברית איתי הטעה אותו לחשוב כי הרעיון והמיזם המשותף נזנחו על ידו ועל ידי עדי (סעיף 6.4 לתצהירו). משכך, עת התוודע לאתר האינטרנט של סופוור בחודש דצמבר 1999, הוא נדהם לגלות לראשונה כי איתי ועדי מכרו את הרעיון נשוא המיזם המשותף לסופוור מבלי לשתפו ברווחים (סעיף 6.6 לתצהירו). או אז גמלה בליבו ההחלטה לפתוח בהליכים משפטיים נשוא תובענה זו נגד הנתבעים.

**<u>תמצית המחלוקת בין הצדדים</u>**

12. הצדדים פרשו יריעת מחלוקת רחבה במסגרת כתבי טענותיהם, וזאת בעיקר משום שהנתבעים הכחישו קיומו של הרעיון והמיזם (סעיף 8 לכתב ההגנה). בשלב שמיעת העדויות נתברר כי הנתבעים מכחישים קיומו של רעיון

ב"מובן המשפטי" בלבד, ובלא שאתייחס לטיבו של מונח זה - אומר רק שכוונתם לרעיון שהתגבש לכדי ביטוי יישומי שהוא בר רישום והגנה כפטנט. **משכך, המחלוקת בין הצדדים התמצתה בשאלת קיומו של הסכם מחייב בין איתי, עדי ודורון, מכוחו קמות לדורון זכויות, כנטען על ידו, ברווחיהם של איתי ועדי וברווחיה של סופוור**.

אף על פי כן פרקליטו של דורון מצא לנכון להרחיב את הדיון בחקירות ובסיכומים בשאלות נוספות כגון: האם המיזם מהווה חברת הזנק לכל דבר ועניין, מהו המועד בו חברותם של דורון ואיתי עלתה על שרטון, איזהו אופי ההתקשרות בין איתי ועדי לבין צ'ק פוינט.
העלאת שאלות אלה עוררה פלוגתאות בין הצדדים שאינן רלוונטיות לבירור והכרעה בתובענה דנן. משכך, אין לא צורך ולא מקום לדון בהן ובראיות שהציגה התביעה בהקשרן, ובכלל זה עדותו של ניר אלפרין שנמצאה מיותרת.

בכתב תביעתו טען דורון אף לזכויות קנייניות במוצר של סופוור, וכי מעשיהם של איתי ודורון מהווים תרמית, גזל סוד מסחרי, עשיית עושר שלא במשפט, הפרת אמונים חמורה ורשלנות (סעיף 6 לכתב התביעה). ואולם, טענות אלה למעשה נזנחו על ידו בסיכום טיעוניו, וממילא הוא לא הניח להן תשתית עובדתית וראייתית כנדרש. משכך, גם להן אין מקום בדיון זה.

## דיון

13. מטעם התובע העידו דורון ועינת.

מטעם הנתבעים העידו איתי, ענת, עדי, אסף, שויד, וניר אלפרין.

יצויין כי מטעם הנתבעים הוגשו שני תצהירי עדות ראשית נוספים, מטעם סלעי מליבית ומטעם מרים שטייניץ מצ'ק פוינט, אך משאלה לא התייצבו לחקירה נגדית ביקשו ב"כ הנתבעים בישיבת יום 19/1/05 למשוך את תצהיריהם מתיק בית המשפט, וכך נעשה בהסכמה.

**<u>ההסכם בין דורון, איתי ועדי</u>**

14. תביעתו של דורון נסמכת כאמור על הסכם שנקשר לטענתו בינו לבין איתי ועדי, במועד הקמת המיזם, לפיו השלושה נתכוונו לחלק ביניהם את רווחיו העתידיים בחלקים שווים.

> "הכוונה שצריכה ללוות את הצהרות הרצון של הצדדים לחוזה היא כוונה ליצירת יחס משפטי-חוזי, להבדילו מיחס חברי גרידא. הסכם יחייב את הצדדים רק כאשר הם התכוונו – על-פי מבחן אובייקטיבי – שהוא יחייב אותם. (ג' שלו, **דיני חוזים – החלק הכללי לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי**, 2005, בעמ' 135; כן ראו: ע"א 3833/93 **ד"ר יוסי לוין נ' אילנה לוין ואח'**, פ"ד מח (2) 862, בעמ' 872-871).

משהובהר כי לא היתה קיימת כוונה, לכל הפחות מצד איתי ועדי, ליצור יחסים משפטיים ביחס לאופן חלוקת רווחי המיזם במועד הקמתו, הרי שלא יכול היה להיווצר בין השלושה חוזה כנטען מדעיקרא.

15. ובמה דברים אמורים?

דורון טוען כי הסכם בנדון לא הועלה על הכתב מעולם משום שהצדדים סמכו זה על זה לאור יחסי החברות הקרובים ששררו ביניהם. כשנשאל על אודות מהותה של ההסכמה בעל פה לה הוא טוען, השיב:

> "ת: לא, אני אומר, זו שאלה תשובה (צ"ל: חשובה- ע.ב.). איתי הוא חבר שלי, **איתי אמר- בוא נצרף את עדי, ואני אמרתי - או קיי, נתחלק, שליש, שליש, שליש**. היום הייתי עושה את זה אחרת." (ההדגשה שלי- ע.ב.) (עמ' 128 לפרוטוקול, ש' 15-13).

מדבריו של דורון עולה כי **עדי כלל אינו צד להסכמה נטענת זו**, ודורון ואיתי הם שהגיעו לכאורה להבנה זו בלעדיו.

אלא שאיתי טוען כי לא היו דברים מעולם:

> "**עו"ד רוזובסקי** (ב"כ התובע – ע.ב.): הוא (דורון- ע.ב.) לא היה שותף רשמית ברעיון?
> ת: לא, מה שחשוב, הוא היה רשמי במובן הזה שהיינו שלושתנו, אבל **לא היה רשמי כי לא חשבנו על מבנה החברה, חלוקת אחוזים**, הוא פשוט מזכיר את זה במקומות אחרים.
> ש: ומה החלוקה ביניכם היתה אז?
> ת: **לא היתה שום חלוקה**.
> ש: **לא היתה הנחה שזה שליש/שליש/שליש?**

ת: **שום דבר, לא.**" (ההדגשות שלי- ע.ב.) (עמ' 239 לפרוטוקול, ש' 6-13)."

16. אף על פי כן, איתי ועדי אינם מתכחשים לכך שדורון והם היו "שלושה אנשים שחשבו על הרעיון" (עדות איתי, עמ' 239 לפרוטוקול, ש' 5), הקימו מיזם משותף, והחלו בחיפוש אחר משקיעים פוטנציאליים לפיתוח הרעיון שלהם. במהלך עדותו איתי אף אינו מכחיש כי לו דורון היה נשאר בארץ וממשיך לעסוק במיזם הרי שהיה זכאי לחלק מרווחיו, למרות שאינו יודע לציין מה היה שיעורו (עמ' 239 לפרוטוקול, ש' 15-14). **מטבע הדברים, מאחר שלשלושתם חלק ברעיון, נוצרה ביניהם הסכמה מכללא כי לשלושתם אף זכויות במיזם המפתח רעיון זה, הגם שלא דובר ביניהם במישרין על אופן חלוקתן של זכויות אלה.**

עם זאת, ברי כי הסכם זה בין השלושה עתיד היה להתעצב ולהשתנות, לקרום עור וגידים, הכל בהתאם לנסיבות התפתחות המיזם, אותן לא ניתן היה לצפות עם הקמתו, ובמיוחד לאור מידת העבודה וההשקעה שתהא לכל אחד מהם בו. ובלשונו של עדי:

> "**תמוה שדורון שוכח את החלק השני של המשוואה המתייחס להשקעה ועבודה**. לא מקבלים שכר (או מניות) על שכפול של פרסומים בעיתונים שונים אלא על עבודה בפועל." (ההדגשה שלי- ע.ב.) (סעיף 20 לתצהיר עדי).

הסכמה זו בין השלושה דומה לחוזה יחס המאוזכר בפסיקתו של בית המשפט העליון (ראו והשוו: רע"א 1185/97 **יורשי ומנהלי עזבון המנוחה מילגרום הינדה ז"ל ואח' נ' מרכז משען ואח'**, פ"ד נב (4) 145, בעמ' 160-162; וכן ע"א 9946/01 **ארגט חברה לביטוח בע"מ ואח' נ' המוסד לביטוח לאומי**, פ"ד נח (1) 103, בעמ' 115).

17. פרופ' א' ברק עומד על מהותו של חוזה יחס:

> "בשנים האחרונות התפתחה התאוריה של חוזי היחס (ה- relational contracts). אלה הם **חוזים ארוכי טווח המבוססים על יחס נמשך בין הצדדים. יחס זה מתאפיין במורכבותו ובחוסר ודאותו**. צדדים לחוזים אלה – כגון חוזה עבודה, חוזי הפצה, חוזה של בית אבות – פועלים על-פי מערכת שיקולים השונים מאלה החלים בחוזי עסקה. **חוזים כאלה מחייבים, מטבע הדברים, גמישות והסתגלות לשינויים; הם מבוססים על יחסי אמון, סולידריות והדדיות. קשה לקבוע מראש את כל תנאיהם, שכן הם משתרעים על תקופות זמן ארוכות, שבהן משתנים היחסים בין הצדדים; החוזה מתפתח עם הזמן**." (ההדגשות שלי- ע.ב.) (א' ברק, **פרשנות במשפט - פרשנות החוזה** (ירושלים, 2001) להלן: "**א' ברק**", בעמ' 102-101).

פרופ' ברק מתייחס עוד לתורת הפרשנות המתבקשת לאור מאפייניו אלה של חוזה יחס, ומציג שתי תפיסות בנושא: על פי הגישה הסובייקטיבית, אומד דעתם של הצדדים בחוזה יחס הוא להבטיח התחשבות הדדית וגמישות ביחסיהם החוזיים הנמשכים; ועל פי הגישה האובייקטיבית על הפרשן הבא לפרש חוזה יחס לשים את הדגש דווקא על אומד דעתם של הצדדים בעת פרוץ המחלוקת ביניהם (ראו **א' ברק**, שם, בעמ' 102).

הן פרשנות סובייקטיבית והן פרשנות אובייקטיבית בעניינו מחייבות את בחינתה של נקודת המפנה ביחסים בין השלושה, היא הודעתו של דורון על עזיבתו את הארץ, ומצביעות באופן חד משמעי על כך שעם עקירתו לארצות הברית הוא ויתר למעשה על זכויותיו במיזם. ואפרט.

**<u>השיחה בבית הקפה</u>**

18. איתי טוען כי בפגישה בבית הקפה הוא היה נסער מאוד מהודעתם של בני הזוג מוטס על עזיבתם את הארץ, כפי שפורט לעיל, משום שחש כי הדבר עלול להכשיל את המגעים עם ליבית. משכך, הוא הבהיר לדורון כי מעשה זה מהווה נטישה של המיזם על ידו.

גרסתו זו של איתי נתמכת בגרסתם של כל הנוכחים בפגישה זו:

כך, ענת, כאשר נשאלה על אודות הפגישה בבית הקפה, העידה כדלקמן:

> "**עו"ד רוזובסקי** (ב"כ התובע – ע.ב.): את זוכרת שדורון אמר בפגישה, אני אמשיך לעבוד על ה- סטארט אפ מארה"ב?
> ת: **אני זוכרת שדורון אמר שהוא ימשיך להיות איתנו בקשר מארה"ב.**
> ש: הוא ימשיך להיות בקשר?
> ת: הוא ימשיך להיות בקשר, **ואני גם זוכרת את התגובה המיידית של איתי באותו רגע, שאיתי אמר לו שאם הוא נוסע לארה"ב אז מבחינתו אין שום משמעות להמשך הקשר, כי מבחינתו הוא כבר לא איתם.**" (ההדגשות שלי- ע.ב.) (עמ' 355 לפרוטוקול, ש' 27 עד עמ' 356, ש' 7).

גם מתמלילה של שיחה טלפונית מיום 9/2/00 בין עינת לאיתי (ת/2), אשר הוקלטה על ידי עינת ללא ידיעתו של איתי, עולה כי היא ודורון התרשמו בזמן אמת כי איתי היה נרעש וכועס מן ההודעה על עזיבתם את הארץ, ולא הסכים להצעתו של דורון כי ימשיך לעבוד על המיזם מארצות הברית:

> "עינת: נכון, ואתה יודע למה אני זוכרת את השיחת טלפון כי דוקא **אחרי שהתרגזת והכל ובאנו הביתה ודורון אמר מה נעשה וזה, איך אני אסביר לו כי לא נראה לי שאיתי הבין ממני מה בדיוק הכוונה שלי**, אז הוא הרים אליך טלפון, **הוא אמר לך בטלפון תשמע אני לא רוצה שתכעס** ולא שום דבר וכל זה ואת השיחה הזאת אתה לא זוכר, אתה מבין אז כאילו נוח לך..." (ההדגשות שלי- ע.ב.) (ת/2, עמ' 5, פסקה 82).

מאחר שעינת הקליטה שיחת טלפון זו מתוך כוונה לעשות בה שימוש בעתיד בהליכים משפטיים נגד איתי (ראו עדותה, עמ' 159 לפרוטוקול, ש' 8-17), הרי שיש לראות בדבריה את גרסתה הרשמית, שנמסרה תוך מודעות להשלכות המשפטיות הכרוכות באמירתם.

לבסוף, דורון עצמו מאשר כי איתי היה נסער מן ההודעה על עזיבתו את הארץ, וכשנשאל מדוע איתי הגיב כך, השיב דורון:

> "ת: כי אנחנו נוסעים והוא נשאר פה בארץ, אנחנו כמו שאמרתי, זה מתחלק לשתיים: אנחנו החברים יוצאים הרבה, נמצאים הרבה ביחד, אין לו חברים אחרים שעושים את זה איתו, זה אחד. דבר שני, **זה העניין של המיזם, מיזם שברור שאני היזם, אני זה שירים את הסטרט-אפ, לא איתי הוא זה שיעשה את זה**. איתי יביא את לולו ויחד אנחנו נרים את הסטרט-אפ, זה היה תמיד התוכנית." (ההדגשה שלי- ע.ב.) (עמ' 136 לפרוטוקול, ש' 5-11).

מדבריו של דורון יוצא כי איתי היה מאוכזב מכך שהתוכנית שלו, לפיה דורון יוביל את המיזם קדימה, משתבשת עם עזיבתו את הארץ. קרי, **דורון למעשה מאשר כי לשיטתו והבנתו של איתי, כבר בעת הפגישה בבית הקפה, דורון פרש מן המיזם**.

19. משנתברר כי איתי ללא ספק הבהיר לדורון כי עזיבתו של האחרון את הארץ משמעותה נטישה וויתור על חלקו במיזם, טוען פרקליטו של דורון כי איתי החליט על כך באופן חד צדדי ומבלי לקבל את הסכמתו של דורון, ולכן אין במצב דברים זה כדי לשנות את ההסכמה הראשונית ביניהם ביחס לחלקיהם במיזם.

מקום בו בית משפט נדרש להתחקות אחר אומד דעתם של צדדים להסכם, ניתן להיזקק לנסיבות האופפות את הסכמתם:

> **"הפרשן רשאי לפנות אל ה'נסיבות' בכל הנסיבות. אין כל מניעה פורמלית לפנייה אל הנסיבות**; אין צורך בקביעה מקדמית שלשון החוזה אינה ברורה או משתמעת לשתי פנים; אין 'תחנת מעבר' בין החוזה לבין הנסיבות; אין שני שלבים בתהליך הפרשני; אין הבחנה חדה בין פרשנות פנימית לפרשנות חיצונית. על פי עמדתי, התהליך הפרשני הוא 'רצף'. הפרשן נע בחופשיות מהחוזה אל הנסיבות, ומהנסיבות אל החוזה." (ההדגשה שלי- ע.ב.) **(א' ברק**, שם, בעמ' 490-491; ראו גם: ע"א 4628/93 **מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ**, פ"ד מט (2) 265, בעמ' 299-300; וכן ע"א 6253/03 **כפר מל"ל, מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית ואח' נ' שרה הרמן ואח'**,תק-על 2005 (2) 3775, בעמ' 3782-3781).

כפי שיובהר בהמשך, במקרה דנן התנהגותו של דורון למן המועד בו התקיימה השיחה בבית הקפה ועד למועד הגשת תובענה זו היא הנותנת כי למעשה גם הוא, כאיתי, הסכים כי אינו נוטל עוד חלק במיזם.

20. באשר לעדי, דורון כאמור מעולם לא עידכן אותו באופן אישי בדבר כוונתו לעזוב את הארץ, ומשכך ממילא לא היה באפשרותו של דורון לקבל את הסכמתו של עדי לשינוי היחסים ביניהם באופן שדורון ימשיך בעבודתו במיזם בארצות הברית, כפי שהאחרון טוען שהוסכם.

**<u>התנהגותו של דורון לאחר הפגישה בבית הקפה</u>**

21. הצדדים חלוקים כאמור באשר למועד השיחה בבית הקפה: דורון טוען כי זו התקיימה ביום 26/9/98 ואילו איתי ועדי גורסים כי הפגישה חלה בתחילת חודש אוקטובר. מאי נפקא מיניה? דורון מציג דואר אלקטרוני, הנושא תאריכים 27/9/98 ו- 28/9/98 (לכאורה לאחר הפגישה בבית הקפה) בו איתי ועדי מבקשים מדורון כי יגיע לפגישה בליבית (נספח כא לתצהירו), ובכך הוא מבקש לבטל את טענתו של איתי כאילו הוסכם ביניהם שהוא פורש מן המיזם.

דא עקא, גרסתו של דורון נסתרת על ידי חומר הראיות שהציג הוא עצמו:

כך, בסעיף 4 למכתב מיום 17/2/00 מטעם בא-כוחו של דורון הממונן לנתבעים (נספח כד לתצהיר דורון) נכתב מפורשות: "**בחודש אוקטובר 1998** הודיע מרשנו למר בוגנר כי בכוונתו לנסוע לארה"ב." (ההדגשה שלי- ע.ב.).

גם בכתב התביעה (סעיף 3.16) מציין בא-כוחו של דורון כי "**בחודש אוקטובר 1998**, החליטו התובע ואשתו סופית לעבור לגור בארה"ב" (ההדגשה שלי- ע.ב.), והודיעו לאיתי ועונת בדבר החלטתם זו בפגישה בבית הקפה.

כמו כן, מתוכנו של הדואר האלקטרוני עולה כי הוא מתייחס לתיאום פגישה לצורך שיחת ועידה בין השלושה לבין דרור ופיטר בלבד, בעוד שעדי העיד כפי שפורט לעיל כי הפגישה שהתנהלה בליבית לאחר שדורון הודיע על עזיבתו לארצות הברית כללה גם את מנכ"ל ליבית ואת סמנכ"ל הטכנולוגיה (עמ' 378 לפרוטוקול, ש' 17-13); עדות אשר התובע מאשר בסיכומים מטעמו (סעיף 133). משכך, לא יתכן שהדואר האלקטרוני שהוצג על ידי דורון מתייחס לפגישה שנערכה בליבית **לאחר** שהודיע על עזיבתו את הארץ, שהרי לו היה כדבר הזה אזי לבטח סמנכ"ל ומנכ"ל ליבית היו מכותבים גם הם לדואר האלקטרוני הדן בשינוי החל במועדה; ועובדה היא שלא היו מכותבים.

לבסוף, אמנם עינת תומכת בגרסתו של דורון כי הפגישה בבית הקפה התקיימה ביום 26/9/98 (סעיף 2.2 לתצהירה), אלא שבמהלך החקירה הנגדית היא הודתה כי היא נזכרה בתאריך זה שנשתכח ממנה, כפי שנשתכחה ממנה גם הפגישה בבית הקפה, רק לאחר ששיחזרה את הפגישה בשיחה שקיימה עם דורון (עמ' 165 לפרוטוקול, ש' 2-6 ו- 23-26).

גרסתו של איתי, לעומת זאת, לפיה הפגישה בבית הקפה התנהלה בתחילת חודש אוקטובר, מתיישבת עם התנהלותו של דורון: עובדה היא שהחל מיום 28/9/98 פסק לחלוטין זרם ההתכתבות האלקטרונית בין הצדדים, ואין זאת אלא משום שדורון עזב את המיזם, משלא ניתן לכך כל הסבר אחר. ארחיב על כך בהמשך.

יוצא, כי אין כל רלוונטיות לענייננו לדואר אלקטרוני זה מיום 28/9/98, באשר הוא מתייחס למעשה לפגישה השלישית עם ליבית שנערכה **טרם** שדורון הודיע על עזיבתו.

בשולי הדברים אציין כי איתי ועדי הביעו במהלך חקירתם הנגדית הסתייגות מאמיתותו של הדואר האלקטרוני דנן, ופרקליטו של איתי אף העלה בסיכום טיעוניו טענת זיוף בהקשר זה. עם זאת, משבא-כוחו של דורון התנגד להעלאת טענות אלה בשלב זה של הדיון אשר ממילא גם לא גובו בחוות דעת מומחה, הרי שהן מהוות הרחבת חזית אסורה ומשכך אני פוסלת אותן על הסף.

22. אך זאת יש להדגיש:

גם גרסתו של דורון, לפיה איתי ועדי ביקשו ממנו כי יצטרף אליהם לפגישה עם ליבית לאחר שהודיע כי הוא עוקר לארצות הברית, אין בה משום תמיכה בטענותיו לפיהן נותר שותף במיזם גם לאחר עזיבתו את הארץ.

ובמה דברים אמורים?

הדואר האלקטרוני מיום 28/9/98 הינו למעשה ההתכתבות האחרונה שנערכה בין הצדדים ביחס למיזם ואף בכלל; דורון נדרש לסוגייה זו במסגרת חקירתו הנגדית:

> "ש: **במשך לפחות שנה, לא פנית לנסות להרים את הדבר הזה (המיזם- ע.ב.), נכון? פנית פעם אחת?**
> ת: **לא פניתי פעם אחת. בחודשים הראשונים הייתי באמת עסוק בעבודה שלי ובהגעה לארה"ב...**
> ש: **דיברת איתו על זה?**
> ת: **ספציפית על המיזם הזה – לא**, אבל כן שאלתי אותו מה הוא עושה, ובכל המקרים הוא התחמק" (ההדגשות שלי- ע.ב.) (עמ' 138 לפרוטוקול, ש' 12-1).

עם זאת, דורון טוען כי הוא המשיך - בהתאם להסכם לכאורה עם איתי בפגישה בבית הקפה - לעבוד על המיזם גם במהלך שהותו בארצות הברית:

> "ש: אני לא שאלתי אותך על מצבו של הפרוייקט. אני שאלתי אותך אם אתה ממשיך לטפל בו בארה"ב?
> ת: **אני ממשיך לעקוב, לאחר מספר חודשים, אני חוזר להמשיך לעקוב אחרי השוק, אני רושם את עקרונות הרעיון בנספח ה' כמו שמצוינים בטיוטה לבקשה לפטנט"** (ההדגשה שלי- ע.ב.) (עמ' 53 לפרוטוקול, ש' 17-13).

ואולם הוברר כי דורון מעולם לא יידע את איתי או עדי על אודות מצבו של השוק הרלוונטי למיזם (עמ' 127 לפרוטוקול, ש' 17-14). כן הוברר כי רשימת עקרונות הרעיון אותה טוען דורון כי ניסח הסתברה להיות טיוטא שהכין לבקשת רישום פטנט על הרעיון, החתומה **בשמו בלבד** (נספח ה לתצהירו) וללא אזכורם של איתי, עדי, או MRB. דורון מעולם לא שיתף את איתי או עדי בנוגע להכנת טיוטא זו, וזאת למרות שהדבר מצריך, גם לשיטתו,

ידע טכני אשר היה מצוי ברשותם בלבד (עמ' 57 לפרוטוקול, ש' 28-16).

וכך מסר בעדותו:

> "ש: **אז אתה עובר לארה"ב, ואתה אומר שהכוונה היתה שאתה ממשיך להוביל מארה"ב, נכון?**
> ת: **נכון.**
> ש: **אז תראה לי, איזשהו אקט הובלה, איזשהו אי-מייל, איזשהו מסמך, איזשהו סימן לזה, אות חיים מהמנהיג האבוד.**
> ת: **איתי כמו שאמרתי, זה הוקלט,**
> ש: **יש לך אות חיים?**
> ת: **אין לי אות חיים כזה.**" (ההדגשה שלי- ע.ב.) (עמ' 55 לפרוטוקול, ש' 14-7).

23. בצר לו, תולה דורון את יהבו בטענה כי איתי ועדי, בסרבם לפתח דמו לרעיון, הוליכו אותו שולל להאמין כי המיזם תקוע, ומשכך הוא המתין לרגע "שהם יהיו רציניים ויפתחו את הפרוטוטייפ", כך בלשונו, על מנת שהוא ימשיך לבצע את חלקו במיזם (עמ' 139 לפרוטוקול, ש' 21-18).

על רקע הצהרותיו החוזרות ונשנות של דורון כי הוא הגה את הרעיון, חקר את השוק, ניהל וקידם את המיזם ולמעשה שימש הרוח החיה מאחורי מיזם זה (ראו למשל, עמ' 26 לפרוטוקול, ש' 5-1) **לא ניתן לראות בהתנהגותו הפאסיבית כאמור במהלך שהותו בארצות הברית משום התנהגות סבירה של מי שטוען שהוא שותף במיזם**.

באופן דומה, בהתייחסו למגעים עם ליבית, הסביר דורון על אופי תפקידו במיזם:

> "**זה תהליך. אתה כל הזמן בודק ואתה מנסה לשכנע אנשים לעבוד איתך**, זה סטרט-אפ." (ההדגשה שלי- ע.ב.) (עמ' 41 לפרוטוקול, ש' 21-20).

לאורם של דברים אלו, לא ניתן שלא לתהות מדוע שעה שסבר כי המגעים עם ליבית לא יצלחו (עמ' 27 לפרוטוקול, ש' 8-1), לא פעל דורון ליצירת שיתוף פעולה עם משקיע אחר. שהרי זו תמצית תפקידו במיזם, לגרסתו שלו.

דורון אמנם מסתער על הודאתו של איתי בפני עינת כי בהעדרו איתי ועדי היו אובדי עצות באשר לקידומו של המיזם (ת/1, פיסקה 120 ו- 164) כמוצא שלל רב, בנסיונו להוכיח את חשיבותו הרבה למיזם. אלא שעל רקע הדברים הללו, העובדה שקפא על שמריו בכל הנוגע למיזם במשך שהייתו בארצות הברית מצטיירת, פעם נוספת, כבלתי סבירה בעליל, מבחינה זו שאינה מתיישבת עם גרסתו בדבר מעמדו ותפקידו במיזם גם לאחר שעזב לפתע את הארץ.

לא רק זאת, אלא שהובהר מעדותו של דורון עצמו, כי בזמן שאיתי ועדי עמלו על פיתוח המיזם - התקשרו עם אמנת, ביצעו בדיקת היתכנות לרעיון, כתבו תוכנת הדגמה, התקשרו עם צ'ק פוינט והחלו לעבוד בסופוור – דורון דאג לקידום הקריירה האישית שלו בלבד: עבד בחברת הזנק אשר פיתחה מוצרים על גבי רשת האינטרנט, הקים חברה למתן ייעוץ ובניית אסטרטגיות בתחום התקשורת והאינטרנט (עדותו, עמ' 10 לפרוטוקול, ש' 28-24) ואף ייסד ומכר מספר חברות הזנק (עמ' 13 לפרוטוקול, שורות 21-12).

24. באחרית כל הדברים הללו, לא נותר לי אלא לקבוע כי עם עקירתו של דורון לארצות הברית הוא ויתר על חלקו במיזם ואינו זכאי עוד לרווחים הנלווים לכך, גם אם אלה מקורם במיזם, טענה שגם היא כשלעצמה לא הוכחה.

הוברר כי לא רק שדורון ויתר על המיזם אלא שהוא נטש אותו, באופן חד צדדי בלא שמצא לנכון אפילו לשתף את עדי בהחלטתו, ושלא על דעתו או הסכמתו של איתי באשר דורון העמידו בפני עובדה.

הרושם שנוצר משמיעת העדויות ובחינת הראיות הינו כי דורון, שהיה שותף לרעיון ולמיזם בחיתוליו, שאז נטש אותו ולא נטל עוד חלק ואף לא התעניין בפיתוחו, מכה בדיעבד על חטא נוכח האופן שבו התפתחו הדברים ומבקש לזכות בנתח במוצר ובסופוור ובחלק מעמלם של איתי ועדי בלא שקמה לו כל זכות לכך.

במצב דברים זה מתייתר הדיון בטענתו של דורון לפיה היה על איתי ליידעו בדבר התקדמות המיזם עת שהה בארצות הברית, מפני שברי כי לא חלה עליו חובה חוזית או חוקית כלשהי לעשות כן, וייאמר שגם לא חובה מוסרית, בנסיבות כפי שנתבררו.

**<u>חלקו של דורון במוצר של סופוור</u>**

25. אוסיף ואומר, למעלה מן הנדרש, כי דורון ממילא כשל להוכיח כי המיזם בו נטל חלק הוא שעומד בבסיס ההתקשרות עם צ'ק פוינט אשר הולידה את הקמתה של סופוור:

דורון מבקש לבסס את זכויותיו בחברת סופוור על סמך טבלה שערך בכתב ידו המציגה את הדמיון בין הרעיון שעמד בבסיס המיזם לבין המוצר אותו מפתחת סופוור (נספח כג לתצהירו). הוא אף מסתמך בעניין זה על הודאתם של איתי ושל שויד כי עובר להתקשרותם של איתי ועדי עם צ'ק פוינט השניים הציגו בפני שויד את אותו רעיון נשוא המיזם (עדות איתי, עמ' 228 לפרוטוקול, ש' 4-7; עדות שויד, עמ' 281 ש' 6-13); אלא שאין בכך כדי להעיד כי סופוור כיום אכן מפתחת רעיון זה, ומה בין הרעיון לבין המוצר שלה.

ואמנם, עדי טוען לשוני מוחלט בין השניים:

> "באנו, הראינו את הרעיון. מה שעשינו מיד עם הקמת החברה, זה לקחת את ה-Firewall של צ'ק פוינט ולא לפתח Firewall משלנו ולשים אותו על קופסאות. **זה שונה לחלוטין מהרעיון המקורי שאנחנו נפתח Firewall שאנחנו נפתח management**. הניהול נעשה ע"י management של צ'ק פוינט, לא ע"י משהו שאנחנו פיתחנו. ה- Firewall לא פיתחנו, הוא Firewall של צ'ק פוינט." (ההדגשה שלי- ע.ב.) (עמ' 391 לפרוטוקול, ש' 12-18).

הנה כי כן, עדי מצביע על שני שינויים לכאורה, שהם על פניהם מהותיים, בין הרעיון לבין המוצר של סופוור: ראשית, המוצר של סופוור "יושב" בתוך קופסאות ייעודיות הנמצאות בין המודם לבין המחשב בעוד המוצר נשוא המיזם עתיד היה "לשבת" בתוך המודם עצמו (ראו עוד בעניין זה - סעיף 17 לתצהיר עדי). שנית, סופוור משתמשת במוצר Firewall של צ'ק פוינט ולא ב- Firewall נשוא הרעיון.

באותו אופן מסביר שויד, כי המוצר של סופוור הינו מוצר שפותח על ידה בלבד, ומצביע על הקרדינאליות בשימוש בטכנולוגיה של צ'ק פוינט לצורך פיתוח זה:

> "**המוצר הזה פותח ע"י חברת Sofaware.** המוצר הזה פותח תוך שימוש בטכנולוגית צ'ק פוינט והוא פותח בין השנים 1999-2005 עד היום. חלקים ממנו פותחו ע"י עדי ואיתי **כשהם הצטרפו לחברה**, לאחר זמן, והחלקים האחרים פותחו על ידי עובדים נוספים שנשכרו לחברה. **בכל מקרה כל הדברים האלה משתמשים בהרבה טכנולוגיה של צ'ק פוינט**" (ההדגשות שלי – ע.ב.) (עמ' 297 לפרוטוקול, ש' 23-28).

מדובר בעניינים מקצועיים ומשלא הציג דורון חוות דעת מומחה בנדון הרי שלא ניתנו בידי בית המשפט הכלים לקבוע כי קיים קשר כלשהו, לא כל שכן קשר ממשי, בין המיזם לבין המוצר של סופוור, וגם מטעם זה לא ניתן לקבוע כי דורון זכאי לחלק מרווחיהם של עדי ואיתי וגם לא מרווחיה של סופוור.

אך כאמור, דברים אחרונים אלה למעלה מן הצורך נאמרו לאור המסקנה אליה הגעתי לפיה עם עזיבתו של דורון את הארץ ובנסיבות שנתבררו בפני, נטש את המיזם וויתר על חלקו בו.

## סוף דבר

26. התוצאה היא כי התביעה נדחית.

התובע ישלם לכל אחד מן הנתבעים הוצאות משפט וכן שכ"ט עו"ד בסכום של 10,000 ₪ (ובסה"כ 50,000 ₪) בתוספת מע"מ ובצירוף הפרשי הצמדה וריבית כדין עד מועד התשלום בפועל, בגין הוצאות משפט ממועד הוצאתן ובגין שכ"ט עו"ד ממועד מתן פסק הדין.

ניתן והודע היום, 4/8/05, במעמד_____

_____

**ענת ברון, שופטת**

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

## היזם חובותיו וזכויותיו

ההגדרה של יזם בחוק החברות באה לאחר שדיני החברות התקיימו 150 שנים ולא הגדירו יזם כלל. במאה ה 16 וה 17 היה סחר רב במניות וני"ע והחלה פריחת חברת הודו המערבית והמשקיעים נשארו ללא כל גיבוי, וזה לא כמו מדינת ישראל שכשקרסו המניות של הבנקים שיחדה המדינה את המצביעים. דיני החברות מגדירים יזם כ**אדם שביצע פעולה בשם חברה בטרם התאגדה**, והיזמות נגדעת עם הקמת החברה.

מתי מתחילה היזמות, אמנם? לפי חוק החברות פעולה היא רק פעולה משפטית ולכן מי שמתעסק בפעולות משפטיות הוא יזם, ומי שמתעסק בפעולות עסקיות אינו יזם. על פי דין החברות היום מותר להקים "חברת יחיד"; נניח שאיש רוצה להקים חברה, רוב הפעולות שלו לא יקראו יזמות, היזמות תתחיל באינטראקציה בין החברים, כי אם יזם א' ויזם ב' חוברים יחד, וכל אחד משקיע מכספו בינתיים ומתחיל לעבוד.

המגבלה לא מסתיימת בפעולות המשפטיות אלא המגבלה על ההגדרה אומרת שהפעולה המשפטית היא עבור החברה שתקום. אם אחד היזמים יוצא לשטח לרכוש חברה לפיתוח נדל"ן, **כל עוד לא נכרת חוזה לרכישת נדל"ן ספציפי עבור החברה לא נעשית פעולה עבור החברה ולכן אין הם יזמים.**

בפסק הדין **רוט** הם לא פותחים חברה מיד. מדובר בחברה זרה בעלת מוניטין פיננסי רציני, ובאים יזמים ישראלים ובאה לתקוף את מונופול החלפת הכסף של הבנקים. הבנק הרי לא מוכר ולא קונה את המט"ח, הוא כמעט ולא מחזיק מט"ח אמיתי, כנגד המט"ח שהוא מוכר באים גם אנשים שמוכרים לו את המט"ח. החברה הזרה לא רוצה לסכן את שמה הטוב. הם רוצים לבדוק מי החברים, הם רוצים להראות שהדבר אפשרי. צריך גם להראות שהחברים מסוגלים לקחת את העסק. ישנן יזמויות שהן מורכבות, ואנשים לא מוכנים להכנס למיטה מחייבת עם הצד השני.

**הרעיון הוא שאם אפשר לברוח מהיזמות, יש לעשות זאת.**

### חברות מדף

**חברות מדף** לדוגמא, נרשמות על ידי עורך דין והיזמים האמיתיים נכנסים למשחק כשיש להם חברת מדף, ולכן עורך הדין הוא היזם של החברה. היתרון של חברות מדף הוא זמינות מיידית, אחריות מוגבלת, לפעמים כשהחברה כבר רשומה אך יידעה שהיא חברת מדף, שלטונות המס לא ירדפו אחר התאגיד עד שהוא ידווח.

### פורמאליסטיקה

הבעיה היא שההגדרה היא פורמאליסטית. היתרון הוא ברור, **מידת הוודאות גדולה יותר**. החסרון הוא שלא תמיד ההגדרות מתאימות. לכך יש השלכות: הגדרת יזם חלה על פעולות או אנשים שאנו לא רוצים שתחול עליהם ההגדרה. אם אנו רוצים להחיל את העניין על צורות פעילות עסקית אחרות, אז ההגדרה בחוק של יזם היא לא רלוונטית. בהגדרות של הפסיקה אנו מסתכלים קודם כל על הגדרה שפרופסור גרוס כתב עליה.

### מבחן הכוונה והשלמתה

המבחן שמוצע על ידי גרוס הוא **מבחן הכוונה והשלמתה**. הרעיון הוא לזהות כיזמים אנשים שמגשימים שני אלמנטים:

1. הם שותפים לרעיון, לכוונה ולמטרה שיוקם תאגיד שיפעיל את פרויקט היזמות
2. שאותם אנשים יבצעו לפחות חלק מהפעולות שעניינן מימוש אותו הרעיון.

המבחן הוא גם לא של סוג פעולות: משפטיות או עסקיות. המבחן יכול להתאים יותר. העניין הוא שבין יזמים יש מערכת יחסים משפטית. ברגע שהם הוגדרו כיזמים נוצר מצב משפטי חדש.

### מבחנים נוספים

עוד שאלות שעולות בפסיקה בכדי להגדיר יזמות:

מי היה מעורב ב**הגדרת המסמכים** המשפטיים והחוזים של החברה?
מי השתתף ב**השקעת הכספים** לצורך החברה?
מי לקח חלק פעיל ב**ניהול הראשוני** ובגיוס האנשים?
מי עתיד **להרוויח** מניהול החברה?
מי השפיע על **מבנה הון** החברה?

הקושי האמיתי הוא שנוצרו שני תחומי הגדרת יזמות וממילא כל מה שיצא ממנה. נוצר גם קושי בתוך דיני החברות משום שדיני החברות הגדירו יזם בצורה מסויימת, וכתוצאה מכך אנו נצבים בפני השאלה הבאה.

### חוק החברות

חוק החברות מגדיר סט תוצאות של הגדרת יזם, רובן נוגעות לתקפותה של עסקת היזם וההתחייבויות כלפי צד שלישי. **החוק לא מטפל במערך היחסים בין היזמים.** היתה לנו מסורת משפטית שהגדירה יזם,

אותה מסורת יכולה להטיל אחריות על יזם מעבר למסגרת שקבע חוק החברות. האם המיפוי מוציא מכלל תחולה את כל ההיסטוריה המשפטית? האם זה מבטל את המשטר המשפטי הקודם? האם זה הסדר שנועד להיות ממצה?

הואיל ופעילות היזם מתמקדת בתקופה שבה החברה איננה קיימת, זוהי תופעה שכמעט לא מוכרת במשפט. במשפט יש מצבים שאנשים עושים פעולות עבור אחרים. **המבנה המשפטי הקלאסי שמטפל בשאלת הפעולות עבור אחר היא שליחות** (וגם נאמנות, אפוטרופסות). יש את הוראת סעיף 6ג לחוק השליחות שלא מתעסק בהגדרת היזם, אולם הוא אומר שאם יש יזמות עבור תאגיד שעומד לקום אז הנה ההוראות. יש סתירה בין סעיף זה לחוק החברות. הקושי הוא במקרה של השלמה. יכול להיות מצב כלשהו שבו חוק החברות מציע פתרון שסותר את דיני השליחות, או שיכול להיות מקרה בו יש הסדר שלילי, ואז יכולה להיות קשת שאלות לא פשוטה כאן.

> 6. (א) פעל אדם בחזקת שלוחו של אחר בלי שהורשה לכך או בחריגה מהרשאתו, יכול אותו אחר, בכפוף לאמור בסעיף קטן (ב), לאשר את הפעולה בדיעבד; ואישור בדיעבד - כהרשאה מלכתחילה, ובלבד שלא תיפגע זכות שרכש אדם אחר בתום-לב ובתמורה לפני האישור.
> (ב) לא ידע הצד השלישי בשעת הפעולה שהשלוח פועל ללא הרשאה או בחריגה מהרשאתו, הברירה בידו, כל עוד לא נודע לו על אישור הפעולה, לראות את השלוח כבעל דברו או לחזור בו מן הפעולה ולתבוע מן השלוח את נזקו.
> (ג) תאגיד יכול לאשר פעולה שנעשתה למענו לפני היווסדו, ויחולו הוראות סעיף זה.

הדין הכללי: סעיף 6ג: הכלל היה עד לחוק השליחות שעד להקמתה החברה לא היתה קיימת ולכן היא לא יכולה להתקשר בחוזה ולא לאשרו רטרואקטיבית. **הכלל המשפטי היה שתאגיד לא יכול לאשר פעולה אלא צריך לעשות פעולה משפטית חדשה.** היזם היה מתקשר עם הצד השלישי, כורת עמו הוראה שאומרת שכשהתאגיד יקום הצד השלישי מתחייב לעשות חוזה חדש עם התאגיד.

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 262/86

בפני: כבוד השופט מ. בייסקי, כבוד השופט ג. בך, כבוד השופט א. גולדברג

# וולמר רוט נגד Deak and Co. Inc.

ערעורים על פסק דין בית המשפט המחוזי בירושלים מיום 2.3.1986 בת. א. 431/80 שניתן על ידי כבוד השופט ע. נתן
תאריך הישיבה: 31.10.89, 14.5.89, 26.12.88, 19.5.88

בשם המערערים: עו"ד ש. תוסיה כהן ועו"ד ב. שטיימן
בשם המשיבים: עו"ד א' קמר ועו"ד מ' קמר

## אזכורי חקיקה:

חוק החוזים (חלק כללי) 20
חוק החוזים (חלק כללי) 39
חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) 7
חוק השליחות
חוק השליחות 1(א)
חוק השליחות 8
חוק השליחות 8(5)
חוק פסיקת ריבית והצמדה 4(ג)
פקודת השותפויות [נוסח חדש]
תקנות סדר הדין האזרחי

## אזכורי פסיקה:

בג"צ 59/80, ד"נ 7/81, ד"נ 44/75, ע"א 47/78, ע"א 817/79, ע"א 291/82, ע"א 283/81, ע"א 207/76, ע"א 464/81, ע"א 687/76, ע"א 498/83, ע"א 702/80, ע"א 10/81, ע"א 672/81, ע"א 687/89, ע"א 400/85, ע"א 741/79, ע"א 457/81, ע"א 638/84, ע"א 646/85, ע"א 355/80, ע"א 532/83

## פסק דין

[358]
השופט ג. בך:

1. אלה הם ערעור וערעור שכנגד על פסק דין של בית המשפט המחוזי בירושלים מיום 2.3.1985 (כב' השופט ע' נתן), לפיו חויבו הנתבעים (המערערים בפנינו) 1 ו-2, ביחד ולחוד, לשלם לתובעות (המשיבות בפנינו) סכומי כסף. התביעה-שכנגד שהגישו הנתבעים, אשר גם היא היתה תביעה כספית, נדחתה.

2. המסכת העובדתית, המהווה תשתית לסכסוך בין הצדדים, היא סבוכה ובחלקה הגדול שנויה במחלוקת. בשלב זה אסתפק בתיאור כללי של העובדות, כפי שנקבעו על ידי בית המשפט קמא, תוך איזכור מפורט יותר של העובדות ככל שיידרש, במהלך הדיון בסוגיות השונות שעולות בערעור ובערעור שכנגד שבפנינו.

המשיבה מס' 1 (להלן: קבוצת-דיק) היא חברה רשומה במדינת ניו-יורק. היא עסקה בעיקר במתן שירותים בנקאיים בשטח הסחר במטבע, וכן בסחר בזהב ובמתכות יקרות.

המשיבה מס' 2 (להלן - פררה) היא חברת-בת של קבוצת-דיק.

המשיבה מס' 3 היא נאמנות שקמה מכוח הליכים לפי חוק פשיטת הרגל האמריקאי.

המערער מס' 1 (להלן-רוט) הוא רואה-חשבון במקצועו, והועסק בין השנים 1953-1970 בפירמה שניהלה את ראיית-החשבון של קבוצת-דיק.

בשנת 1978 עלה רוט לישראל, אך שמר על קשריו עם קבוצת-דיק. המערער מס' 2 (להלן - אדלסבורג) הינו איש עסקים ישראלי.

המערערת מס' 3 (להלן - החברה הישראלית) היא חברה רשומה בישראל.

תחילתה של הפרשה, נשוא הערעורים בפנינו, בראשית שנת 1979, עת פנה רוט לקבוצת - דיק והציע לה להרחיב את עסקיה לישראל. רוט צירף לפרוייקט המוצע את אדלסבורג, ובסופו של דבר נחתם בין השניים לבין קבוצת-דיק מזכר הבנה. בעיקרו של המזכר (עליו אעמוד בפרוטרוט לאחר מכן) עומדת הסכמה, כי רוט ואדלסבורג יפעלו להשגת רשיון בנק לחברת-בת של קבוצת-דיק בישראל, ושהון המניות של חברה זו יתחלק באופן שקבוצת-דיק תחזיק ב-76% מהמניות, בעוד שרוט ואדלסבורג יחזיקו ב-24% הנותרות. יחס זה (76% -24%) נשמר לכל אורך הפעילות של הצדדים להסכם, ובעיקר באשר לסכומים הראשוניים שהיקצו הצדדים לשם אירגון ותיפעול של החברה המוצעת.

בסוף יולי 1979 נרשמה החברה הנ"ל בישראל, ובחודש אוגוסט באותה שנה הוצאו לה רשיון מוסד כספי ורשיון סוחר מוסמך מוגבל במט"ח.

במהלך שנת 1979 העבירו המשיבות 1 ו-2 סך של 228,000 $ על חשבון חלקם בהון המניות של החברה הישראלית, וחלקם בהוצאות מימון הפעולות המקדמיות שנדרשו לענין.

[359] בסוף ספטמבר 1979 הודיע ניקולס דיק (להלן-דיק), נשיא קבוצת-דיק ובעל השליטה בה, על ביטול הקשר העיסקי בין קבוצת-דיק לבין רוט ואדלסבורג.

ביסוד החלטתו זו של דיק עמד חוסר שביעות-רצון מאופן התנהגותם של רוט ואדלסבורג בעת שפעלו למען מימוש מזכר ההבנה.

לאחר שנסיונות למצוא פשרה עלו על שרטון, הוגשה על ידי המשיבות תביעה נגד המערערים לבית משפט קמא, והוגשה תביעה שכנגד על ידי המערערים, ופסק-דינו של בית המשפט המחוזי עומד לערעור ולערעור-שכנגד בפנינו.

3. המחלוקת בין הצדדים נפרשת על פני מגוון רחב של שאלות עובדתיות ומשפטיות כאחת. מטבע הדברים נתמקד בערעור זה בעיקר בבעיות המשפטיות, תוך התייחסות, עד כמה שיידרש, לבעיות העובדתיות שמשליכות עליהן.

השאלות המשפטיות שמן הראוי לדון בהן, הן בנקודות הבאות:

(1) טיב היחסים בין רוט ואדלסבורג לבין קבוצת-דיק ופררה.
(2) טיב החובות הנגזרות מההתקשרות בין הצדדים.
(3) תוקף ביטול ההסכם בין הצדדים על ידי דיק.
(4) התוצאות והתרופות הנובעות מביטול ההתקשרות האמורה.

נבחן שאלות אלה על-פי סדרן.

סיווג היחסים המשפטיים בין רוט ואדלסבורג לבין קבוצת-דיק:

4. באי-כוח הצדדים הקדישו מאמצים רבים לבירור שאלת טיב היחסים המשפטיים שנוצרו בין הצדדים. המערערים טענו ליחסי שותפות, או ליחסים של "joint venture", המוכרים בדין האמריקאי. המשיבות טענו, לעומת זאת, ליחסי שליחות. בית המשפט קמא קבע, כי בין הצדדים נרקמו יחסי שליחות, הנשלטים על ידי דיני השליחות ועל ידי דיני החוזים הכלליים. בית המשפט קמא הגיע למסקנתו זו לאחר שבחן את הקונסטרוקציות המשפטיות האחרות שהוצעו לו על ידי הצדדים, ודחה אותן.

חשיבותה של שאלת טיב היחסים בין הצדדים מבחינה משפטית נראית אולי במבט-ראשון שולית, שכן ברור כי על פי כל החלופות נוצרו יחסי-אמון בין הצדדים, שמטילים עליהם חובות-אמון (fiduciary duties).

יחד עם זאת, עשויות תוצאות שונות לנבוע מפקיעת ההתקשרות בין הצדדים, בהתאם לקביעה בדבר טיבם המדויק של היחסים. כך טוענים המערערים, כי משבאה שותפות (או "joint venture") [360] לסיומה, לא זכאי מי מהשותפים לריבית משותפיו על הסכומים שהושקעו על ידו בעיסקי השותפות; ואילו המשיבות טוענות, כי משבאה שליחות לסיומה, אין זכאי שלוח שהפר את חובותיו לתשלום שכר ראוי בעבור פעילותו.

5. התשתית העיקרית לבחינת טיב יחסיהם של הצדדים היא מזכר-ההבנה מיום 20.2.1979. מפאת חשיבותו של המסמך האמור, נצטט להלן את נוסחו:

"1. Mr. Walter Roth and Mr. Joseph Edelsburg shall be given the authority and responsibility to obtain a bank license in accordance with the banking licensing law of Israel. Such bank shall be titled the Deak-Perera bank of Israel, Ltd. or similar designation.

2. The banking company shall be incorporated with equity ownership of 76% retained by the Deak-Perera Group and 24% by you.
3. Mr. Roth and Mr. Edelsburg shall contemporaneously with obtaining a bank license make the necessary arrangements to obtain rental facilities for a headquarters office located in Tel Aviv and a branch office located at the Ben Gurion Airport for the operation of a foreign currency exchange facility.
4. Mr. Walter Roth shall upon approval of this understanding undertake a training program with an existing Deak-Perera office to be designated and for such period of time as is required.
5. All salary, commission and fee arrangements pertaining to Mr. Roth and Mr. Edelsburg shall be subject to determination six months after approval of this understanding.
6. A sum of 50,000$ should be advanced at once for organizational and operating expenses for the first six months, by the participants in proportion of their participation.
7. Neither the Deak-Perera group nor Roth or Edelsburg shall sell their respective shares in the corporation without first having offered them to the other party. In such event the price of such shares shall be determined by independent arbitrators or by the independent Certified Public Accountants employed by the organization.
8. With reference to the separate letter of February 20, 1979, addressed to Joseph Edelsburg, it has been agreed that same constituted no financial commitment whatsoever on our part."

[361] בית המשפט קמא ניתח את סעיפי המזכר ולמד מהם על הבחנה בסיסית בין שני שלבים:

שלב ראשון, בו יפעלו רוט ואדלסבורג להשגת רשיון בנק עבור חברה-בת של קבוצת-דיק, אשר תירשם בישראל (סעיף 1 למזכר).

כמו-כן הם יפעלו לשכירת מקום שישמש משרד ראשי בתל-אביב, וסניף בנמל-תעופה בן-גוריון (סעיף 3); ושלב שני, בו ייקבעו המשכורות והתגמולים שישולמו לרוט ואדלסבורג בקשר לפעילות המעשית שתנוהל על ידי חברת-הבת.

בא כוחם המלומד של רוט ואדלסבורג טוען בפנינו, שהבחנה זו אינה מעוגנת בחומר הראיות, ולדעתו מזכר ההבנה מבטא מערכת יחסים אחת, שבמסגרתה אמורים רוט ואדלסבורג "להקים, להפעיל ולנהל עסק לסחר וחליפין של מטבע חוץ".

טענה זו אינה מקובלת עלי.

ראשית, ברור מנוסחו של מזכר-ההבנה, שככל שהוסכם בין הצדדים על נושאים מסויימים, הרי מצאו הללו ביטוי באותו מסמך. כך, למשל, מפרט המזכר את אחוז ההחזקות של כל צד בחברה העתידה לקום, ומציין היכן יוקמו סניפיה. משום כך אין להניח שהיתה נשמטת ממנו הסכמה באשר לתפקידי הניהול של רוט ואדלסבורג בחברה, לו היתה קיימת הסכמה בענין זה.

שנית, מסעיפים 4 ו-5 למזכר עולה, שרוט ואדלסבורג יעברו, מיד עם עריכת ההסכם, הכשרה במשרד קיים של קבוצת-דיק, אלא שהיקף המשכורות שתשולמנה ייקבע 6 חדשים מאוחר יותר. מכאן ניתן ללמוד על כוונה שהם אכן ימלאו אי-אלה תפקידים בחברה שתקום, אך שתפקידיהם המדויקים ייקבעו לאחר שיוכיחו את יכולתם בשלב הראשון.

ושלישית, אך הגיוני הוא שקבוצת-דיק לא תמסור את הנהלת חברת-הבת שלה בידי אנשים שטרם הוכיחו את עצמם בעבודה מעשית. העובדה, שקבוצת-דיק שמרה לעצמה 76% מהון המניות, מלמדת על כוונתה לשמור על שליטה בחברת-הבת, וסביר להניח ששליטה מסוג זה משמעותה גם שליטה על ניהול החברה.

מהאמור לעיל ניתן להסיק, שהצדדים אכן הסכימו על תוכנו ועל מטרותיו של השלב הראשון, בעוד אשר היקף ואופי היחסים ביניהם לאחר שיושגו מטרותיו של השלב הראשון נותר להיקבע בעתיד.

## מהות היחסים בין הצדדים מבחינה משפטית

6. נבחן עתה את המהות המשפטית של היחסים. מטבע הדברים יש לייחס חשיבות רבה יותר לשלב הראשון הנ"ל של ההתקשרות, אשר לגביו הסכימו הצדדים בפרוטרוט, מאשר לשלב [362] השני, אשר הסדרתו המדוייקת הושארה למו"מ בעתיד, דבר שלא יצא אל הפועל בשל הסכסוך שפרץ בין הצדדים.

הצדדים העלו בפנינו כמה אפשרויות לסיווג המהות המשפטית של יחסיהם:

(א) הסכם שותפות;
(ב) "joint venture";
(ג) הסכם יזמות;
(ד) יחסי שליחות.

ננתח להלן את התאמתן של אפשרויות אלה לעובדות שהוכחו במקרה דנן:

א. הסכם שותפות:

"קשרי שותפות", על פי פקודת השותפויות (נוסח חדש), תשל"ה-1975, הם "הקשרים שבין בני-אדם המנהלים יחד עסק לשם הפקת רווחים, למעט הקשרים שבין חברי תאגיד שהואגד לפי כל דין אחר".

בספרו של Lindley, On Partnership (15th ed.) בעמ' 11, מוסבר, שלצורך קיום שותפות חייבים להתמלא לפחות שלושה תנאים:

(1) קיומו של עסק;
(2) שני אנשים או יותר שמנהלים את העסק במשותף;
(3) מניע משותף להפקת רווחים. במקרה דנן לא מדובר בניהול עסק קיים, אלא לכל היותר בהסכם לנהל עסק אשר יוקם במועד עתידי. על חשיבותה של הבחנה זו נאמר בספר של Lindley הנ"ל בעמ' 19-18:

> "It is the carrying on of a business, not an agreement to carry it on, which is the test of partnership. Hence, the importance of distinguishing between actual and contemplated partnerships. Persons who are only contemplating a future partnership, or who have only entered into an agreement that they will at some future time become partners, cannot be considered as partners before the arrival of the time agreed upon."

ובהמשך, בעמ' 22, נאמרים שם הדברים הבאים, שלהם נפקות מיוחדת למקרה שלפנינו:

> "Persons who are working together to form a company, although they may intend to become members of the company after its formation, are [363] not partners if this be the only relation between them; they are, it is true, engaged in a common object, and that object is ultimately to acquire profit; but their immediate object is the formation of a company, and even if the company is not to be incorporated they are only in the position of persons who intend to become partners after the company is formed."

על פי מבחנים אלה נראה בברור, כי במקרה דנן לא נוצרו יחסי שותפות בין רוט ואדלסבורג לבין קבוצת-דיק.

משום כך, אין אני רואה צורך לדון בשאלה אם העובדה שהצדדים בחרו להקים חברה על פי דיני החברות אינה שוללת יחסי שותפות ביניהם, לאור האמור בסיפא של הגדרת "קשרי שותפות" הנ"ל, היינו:

"...למעט הקשרים שבין חברי תאגיד שהואגד לפי כל דין אחר" (והשווה לענין זה: ע"א 47/78 חלקה 3 בגוש 6541 בע"מ נ' בן אפרים, פ"ד לב(3) 723).

ב. "joint venture":

בטיעוניהם בפנינו התייחסו הצדדים כאמור גם לאפשרות שיחסיהם מהווים "Joint Venture". המדובר בקונסטרוקציה משפטית אשר מקורה בפסיקת בתי המשפט בארצות הברית, ואשר לא היתה מוכרת במשפט המקובל האנגלי (ראה: Am 46 Jur. 2d Joint Venture, p. 23).
עולה מדברי המלומדים, שהמוסד האמור של "joint venture" דומה במידה רבה למוסד השותפות, אם כי ישנם אי-אלה הבדלים ביניהם.

אינני רואה צורך להיכנס כאן לניתוח מדוקדק של המושג המשפטי האמור. השופט קמא הגיע למסקנה, כי אין המוסד הנ"ל מתאים ליחסיהם של הצדדים במקרה דנן, וחוץ מזה המדובר כאמור במושג המוכר רק במשפט האמריקאי, כאשר הצדדים בפנינו הסכימו ביניהם שהדין החל עליהם הוא הדין הישראלי.

אינני מוצא איפא מקום להתערב בקביעתו של השופט המחוזי בנקודה זו.

ג. הסכם יזמות:

בית המשפט קמא קבע, כי ניתן לראות ברוט ואדלסבורג גם יזמים (Promoters) של חברה, אלא שקביעתו זו של בית המשפט קמא היתה אך משנית לקביעתו שבין הצדדים קמו יחסי שליחות (ככל שהדבר נוגע לפעולות כלפי צד שלישי), ויחסים חוזיים רגילים (ככל שהדבר נוגע לפעולות שאינן מתבצעות כלפי צד שלישי).

[364] סבורני, כי המסגרת העיקרית והבסיסית ליחסי הצדדים בעיסקה הנדונה היא דווקא זו של יזמים הפועלים יחדיו להקמתה של חברה. כפי שראינו, עיקרו של מזכר ההבנה הנ"ל היתה כוונתם של הצדדים להקים חברה בישראל. חברה זו אמורה היתה לפעול כבנק או כסוחר במט"ח. רק על רקע זה יש להבין את שאר הפעילות שתוכננה בשלב הראשון, דהיינו: השגת רשיון בנק ושכירת משרדים. כלומר, פעולות אלה נעשו במסגרת הקמת החברה הישראלית ועבורה, ולא עבור קבוצת-דיק כשלעצמה.

אכן, תופעת "היזמות" וההגדרה המשפטית של "יזם" אינן ברורות כל צרכן (ר', למשל, א' פרוקציה דיני חברות חדשים לישראל (המכון למחקרי חקיקה, תשמ"ט) 182; ו-גרוס, "הניתן לקבוע מיהו יזמה של חברה?" הפרקליט כ"ו (תש"ל) 230). יחד עם זאת נזכרו בספרות המשפטית מספר מאפיינים לפעילותם של יזמים:

(1) גילוי רעיון או תוכנית עיסקית;
(2) חקירה בדבר הכדאיות של הרעיון;
(3) הקמת החברה - לרבות גיוס הון ראשוני, גיוס כוח-אדם, ניסוח מסמכי יסוד וכו'.

(ראה למשל בספרם של Henn & Alexander, Laws of Corporations, West Publishing Co., 3rd ed. (1983); וי' כהן, דיני חברות (בורסי, 1988), 95).

אין לדעתי ספק, כפי שאכן קבע בית המשפט קמא, שרוט ואדלסבורג הם יזמים. מחומר הראיות עולה, שרוט הוא אשר החל לענין את קבוצת -דיק באפשרות להקים חברת-בת בישראל; ורוט ואדלסבורג הם שניסחו (בעזרת ייעוץ מקצועי) את מסמכי היסוד.

פחות ברור הוא, אם ניתן לראות גם את קבוצת-דיק כיזם. עם זאת נראה לי, כי גם התשובה על שאלה זו היא בחיוב, בעיקר מהטעם שקבוצת-דיק השתתפה במימון שלב ההקמה, והבנת הצדדים היתה שהם ינסחו במשותף את מסמכי היסוד. אמנם, קבוצת-דיק היתה פחות פעילה מרוט ואדלסבורג, אלא שזה נבע מטבעם של דברים: החברה אמורה היתה לקום בישראל, ולכן מובן שעיקר הפעילות תיעשה על ידי רוט ואדלסבורג. אולם אין זה שולל את המסקנה, שגם קבוצת-דיק בגדר יזם נחשבת.

מערכת היחסים שבין רוט ואדלסבורג מצד אחד, ובין קבוצת-דיק מצד שני, היא לכן מערכת יחסים של כמה יזמים הפועלים להקמתה של החברה. ההסדרים הפנימיים בין הצדדים, לרבות חלוקת הנטל הכספי ביניהם וחלוקת התפקידים, קיבלו ביטוי במזכר ההבנה הנ"ל.

כבר בשלב זה ראוי לציין, שבשל הנסיבות של המקרה דנן (היינו: שיזם אחד, קבוצת-דיק, מרוחק ממוקד הפעילות - ישראל), פעלו רוט ואדלסבורג גם כ"זרועם הארוכה" של שאר היזמים, קבוצת-דיק.

וזה מביא אותנו לנושא השליחות.

[365]
ד. יחסי שליחות:

כפי שצויין לעיל, התשתית הבסיסית ליחסי הצדדים היא של יזמים. יחד עם זאת, מדובר בהקמתה של חברה במקום שהוא נגיש לחלק מהיזמים יותר מאשר לשאר היזמים. משום כך אך טבעי הוא, שבחלוקת התפקידים ביניהם תיפול עיקר הפעילות על הצד הישראלי (רוט ואדלסבורג). בנסיבות אלה קבוצת-דיק ייפתה את כוחם של רוט ואדלסבורג לעשות בשמה או במקומה פעולות משפטיות כלפי צדדים שלישיים, ככל שהדבר מתייחס לחלקה-שלה (76%) בפרוייקט של הקמת החברה. משום כך סבר בית המשפט קמא, ומסקנתו זו מקובלת עלי, שבין הצדדים יש גם יחסי שליחות, כאמור בסעיף 1(א) לחוק השליחות, תשכ"ה-1965 (להלן-חוק השליחות).

בנוגע לנסיבות כשלנו, היינו שיזם מסויים מפקיד את הנחיית הפרוייקט בידיו של יזם אחר, נאמרו ב- Am. Jur. 2d 18 (1985) p. 956 הדברים הבאים:

"A promoter entrusted by his fellow promoters with the direction of the enterprise is their agent..."

החובות הנגזרות מיחסיהם של הצדדים:

7. ראינו שבעיקרו של דבר מדובר במערכת יחסים בין יזמים, ובנסיבות היוצרות גם יחסי שליחות. לפיכך, מערכת הזכויות והחובות נקבעת על פי תנאי ההסכם בין הצדדים (במקרה דנן מזכר ההבנה) - וחובות האמון שנגזרות ממערכת יחסים בין יזמים. (ר' Am. Jur. 2d, Supra, p. 672 18; וכן בספרם הנ"ל של Henn & Alexander בעמ' 239).

אלא שמעבר לקביעה, כי בין היזמים לבין עצמם נוצרים יחסי-אמון, יש הכרח לפרט מה טומנים בחובם אותם יחסי אמון, כפי שאומר השופט Frankfurter בענין Securities Comm'n v. Chenery Corp (1942) 318 U.S. 80, at 85-86:

> "...to say that a man is fiduciary only begins analysis; It gives direction to further inquiry: To whom is he a fiduciary? What obligations does he owe as a fiduciary? In what respect has he failed to discharge these obligations? And what are the consequences of his deviation from duty?"

(דברים אלה מצוטטים בהסכמה בע"א 817/79 קוסוי ואח' נ' בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ ואח', פ"ד ל"ח(3) 253, 278-279).

מהן אם-כן החובות המוטלות על יזם במסגרת יחסיו עם היזמים האחרים המשתפים עימו פעולה?

ביסודו של דבר, וכהצהרת-עקרונות, ניתן לומר שהיזם מחוייב לתום-לב מירבי:

> [366] "Each member is bound to the same scrupulous good faith toward his fellow members as though all were partners, and each has the right to demand from the others the utmost good faith in everything concerning the common interest." (18 Am. Jur. 2d, corporation, p. 672).

על עקרון דומה במסגרת של יחסי-אמון עמד גם פרופ' ברק בספרו שיקול דעת שיפוטי (פפירוס, 1987) 495:

> "האם חובת אמון זו זהה לחובת תום הלב הנובעת מחוק החוזים? לדעתי, התשובה על שאלות אלה היא בשלילה. חובת תם הלב "החוזית" לחוד, וחובת האמון לחוד. כל אחת משתי חובות אלה קובעת רמת התנהגות שונה. חובת תום הלב החוזית קובעת סטנדרט מינימלי של התנהגות ראויה, בחינת אדם לאדם - אדם. לעומת זאת, חובת האמון קובעת סטנדרט גבוה של התנהגות ראויה, בחינת אדם לאדם - מלאך".

בקונקרטיזציה של חובת האמון נוכל גם להיעזר בהוראות חוק השליחות, במיוחד באמור בסעיף 8 שזו לשונו, בחלקיו הרלבנטיים לענייננו:

> "נאמנות וחובות השלוח
>
> 8. קיבל אדם עליו להיות שלוח, חייב הוא לנהוג כלפי השולח בנאמנות ולפעול בהתאם להוראותיו; ובאין כוונה אחרת משתמעת ממהות השליחות או מתנאיה יחולו עליו חובות אלו:
> (1) יגלה לשולח כל ידיעה וימסור לו כל מסמך הנוגעים לנושא השליחות ויתן לו דין וחשבון על פעולותיו;
> (2)...
> (3)...
> (4)...
> (5) לא ישתמש לרעת השולח בידיעות או במסמכים שבאו לידו עקב השליחות, ובדרך כלל יימנע מכל דבר שיש בו ניגוד בין טובת השולח ובין טובתו שלו או של אדם אחר."

8. בנסיבות המקרה דנן, כפי שתוארו, היתה נודעת חשיבות לחובת הדיווח של השלוח. יש כאן מקום להרחיב מעט את היריעה בנוגע לעיקרון הכללי שגלום בפרמטרים של חובת-האמון, ובנוגע לחובת-הדיווח. את הטעם לחובת-הדיווח מסביר פרופ' ברק בספרו חוק השליחות (המכון למחקרי חקיקה, תשל"ה) בעמ' 392:

> [367] "ביסוד השליחות מונחת ההנחה כי השליחות נועדה לקיים ולקדם את עניינו של השולח. לכן טבעי הוא כי הדין מטיל על השלוח חובת גילוי בכל ענין הנוגע לנושא השליחות. בלא גילוי זה עשוי השולח לגשש באפלה, והשליחות עשויה לפעול שלא בהתאם לאינטרסים שלו. משיגלה השלוח לשולח כל עניין הנוגע לשליחות, יוכל השולח לקבל החלטה בעניין השליחות המבוססת על ידיעת העובדות והערכתן".

משום כך, מסביר פרופ' ברק, "חובת השלוח לגלות לשולח כל ידיעה ולמסור לו כל מסמך הנוגעים לנושא השליחות היא רחבה בהיקפה". חובת הגילוי אינה מותנית בבקשה מצד השולח, ולכן "במצב הדברים הרגיל על השלוח להנהיג שיטת עבודה לפיה יימסר באופן סדיר מידע לשולח". אשר לחובת ניהול חשבונות מציין פרופ' ברק, שהיא קשורה במהות השליחות

ותנאיה; לכן, יהיו מצבים בהם ניתן להסיק מכללא קיומה של חובה. [ר' ברק בספרו הנ"ל סעיפים 381-379, בעמ' 394-393].

העקרון הכללי מוצא ביטוי קונקרטי בסעיף 8 הנ"ל, ובמיוחד בסיפא של סעיף 8(5), לפיו על השלוח להימנע מדבר שיש בו ניגוד בין טובת השולח ובין טובתו שלו (ור' גם ד"נ 7/81 פנידר נ' קסטרו, פ"ד ל"ז (4) 673, 691-692).

## ביטול היחסים בין הצדדים על ידי מר דיק

9. בפסק דינו קבע בית המשפט קמא, כי רוט ואדלסבורג הפרו באופן בוטה את החובה לנהוג בתום-לב ובדרך מקובלת (כנדרש על פי סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 [להלן-חוק החוזים]). את מימצאו זה השתית בית המשפט קמא על הדרך בה ניסחו רוט ואדלסבורג את מסמכי היסוד של החברה הישראלית; על מחדלים בדיווח ובניהול חשבונות; על הסתרת כספים שהועברו לישראל על ידי קבוצת דיק; ועל שכירת משרדים לחברה הישראלית בשכר דירה מופקע במבנה השייך לאדלסבורג.

בעת שדיק ביטל את היחסים עם רוט ואדלסבורג טרם נודעו לו כל הפרטים בדבר מעשיהם של האחרונים. לפיכך, עלתה השאלה אם ניתן לבטל חוזה בהסתמך על נתונים שלא היו ידועים בעת הביטול לצד המבטל, ובית המשפט קמא השיב על שאלה זו בחיוב (ראה לבון סוגיה זו להלן).

עוד קבע בית המשפט קמא, כי מהות הפעולות של רוט ואדלסבורג עולה כדי "הפרה יסודית", המזכה את הנפגע ממנה באפשרות לבטל את החוזה.

10. בערעורם לפנינו חולקים רוט ואדלסבורג על כל קביעותיו אלה של בית המשפט קמא. טענותיהם הן, בתמצית, שלוש:

(1) רוט ואדלסבורג נהגו בתום-לב ובדרך מקובלת, ולא הפרו כל חובה;

(2) [368] לחלופין, גם אם היתה הפרה - הרי זו אינה עולה כדי "הפרה יסודית" של ההסכם;

(3) ובכל מקרה, בעת ביטול היחסים לא ידע דיק את כל העובדות שמהוות עילת-ביטול, ולכן הביטול נעשה שלא כדין ומלמד על חוסר תום-לב מצידה של קבוצת-דיק.

11. אין בידי לקבל את טענתם הראשונה הנ"ל של רוט ואדלסבורג.

א) כפי שראינו, המדובר בפעילות של יזמים החותרים במשותף להקים חברה. הצד האמריקאי מרוחק ממרכז הענינים, ולכן הוא נאלץ לסמוך באופן מוחלט על רוט ואדלסבורג. הללו פועלים הן למען עצמם - כיזמים – אך גם כשלוחים וצדדים להסכם עם קבוצת-דיק.
בנסיבות אלה ברור הדבר, שרמת הדיווח וההתייעצות עם האמריקאים חייבת להיות גבוהה. קל וחומר, כשקבוצת-דיק עומדת על זכותה לקבל דיווח שוטף ורצוף מרוט ואדלסבורג, ונותנת לכך ביטוי בדרישות נמרצות.

אלא שבפועל לא זה מה שקרה כלל ועיקר. כפי שראינו, הון החברה הישראלית אמור היה להתחלק בשיעור של 76% לצד האמריקאי, ו-24% לרוט ואדלסבורג. כמו כן ראינו שלא הוסכם עדיין בין הצדדים מעמדם המדוייק של רוט ואדלסבורג בחברה הישראלית לכשתקום.

למרות האמור לעיל ניסחו רוט ואדלסבורג, על דעת עצמם, תקנון אשר ביצר את מעמדם כשולטים-למעשה בניהול החברה הישראלית. לשם דוגמא בלבד אזכיר את תקנות 86 ו-96 לתקנון, הקובעות, שאדלסבורג ורוט יכהנו, כל ימי חייהם, כיו"ר הדירקטוריון וכמנכ"ל החברה (בהתאמה). ותקנה 83 קובעת, שנוכחות יו"ר הדירקטוריון והמנכ"ל היא קוורום לצורך ישיבות דירקטוריון החברה.

בנסיבות המקרה דנן, ולאור מהות היחסים בין הצדדים, היתה חובה על רוט ואדלסבורג להיוועץ בקבוצת-דיק, קודם שניסחו התקנון, ולכל הפחות לשלוח אליהם עותק מהתקנון כפי שנוסח. תחת זאת, לא רק שרוט ואדלסבורג לא מסרו מיוזמתם - הם כל דיווח על הענין, אלא שהם התחמקו בעקביות מהיענות לבקשות חוזרות ונשנות, מצד אנשי קבוצת-דיק, לראות את מסמכי היסוד.

אמנם טוענים רוט ואדלסבורג, בהקשר זה, כי "התקנות לא הוכנו כמסמך סופי ומחייב, אלא כמסמך המשקף את רצון המערערים להבטיח את זכויותיהם, אשר אמור היה להידון לפרטיו בעת המו"מ בין הצדדים". אולם בכל זאת יש לראות בענין זה גילוי בעליל של התנהגות פסולה.

ראשית, בניסוח התקנון פעלו רוט ואדלסבורג לא רק למענם-הם אלא גם כשלוחים של קבוצת-דיק. בתור שכאלה, אסור היה עליהם להעדיף את האינטרס שלהם (כקבוצת-מיעוט בחברה העתידה לקום), באופן שמתעלם לחלוטין מהאינטרס של שולחיהם האמריקניים. מתן [369] שליטה מוחלטת בניהול החברה למי שאמורים היו להשקיע רק חלק קטן בהונה, אינו יכול להיחשב בנסיבות הענין דנן אלא כהפרה בוטה של חובת הנאמנות (סעיף 8(5) סיפא לחוק השליחות) ושל חובת תום-הלב (סעיף 39 לחוק החוזים).

שנית, הנסיון לעשות בתקנות שימוש של "קלף מקוח" לצורך הסכם בעלי-המניות, גם הוא לא מלמד על תום-לב. בשלב הראשון של ההסכם בין הצדדים הם היו כאמור צדדים להסכם יזמות. מסגרת היחסים ביניהם, לכשתוקם החברה הישראלית, אמורה היתה להיקבע במועד מאוחר יותר. לפיכך, הנסיון לצבור "קלפי מיקוח" במהלך השלב הראשון, שבו כזכור חבים רוט ואדלסבורג חובת-אמון, מהווה הפרה של אותה חובה, שכן, "קלפי-מיקוח" אלה נועדו להיטיב עם רוט ואדלסבורג, ולא עלו בקנה-אחד עם האינטרס של קבוצת-דיק. יודגש שוב, כי באותו שלב ראשון אמורים היו רוט ואדלסבורג לשקוד גם על האינטרס של שולחיהם; וזאת הם לא עשו.

ב) הוא הדין באשר למחדלים בניהול חשבונות ולגבי דיווח פיננסי שוטף. הצדדים הסכימו על הקצאת 50,000 $ לשם הוצאות מקדמיות, ו-250,000 $ עבור הון המניות. כבר בתאריך מאוחר יותר, הועבר גם סך של 190,000 $ - חלקה של קבוצת-דיק בהון המניות. עד ביטול היחסים בין הצדדים, במשך יותר מחצי-שנה, לא טרחו רוט ואדלסבורג לנהל רישום של הכספים שהוצאו ולדווח על כך לקבוצת-דיק. ראינו לעיל, שבנסיבות מסויימות ניתן להסיק מכללא קיומה של חובת ניהול חשבונות. לדעתי, בנסיבות המקרה דנן, זה היה המצב. משום כך מקובלים עלי דבריו של בית המשפט קמא בהקשר זה, לאמור:

> "זוהי הזנחה ממש של חובה אלמנטרית שהיתה מוטלת עליו [על רוט - ג' ב'], כאשר הוא מופקד על כספים שנמסרו לו בנאמנות למטרות החברה, כאשר הוצאו בקשר למימון הוצאות תפעול מקדמיות אלפי דולרים - הוצאות רישום, שכר טרחת עו"ד, וכן הוצאות שהוצאו באופן אישי על ידי הנתבעים...
>
> סבורני שהתובעות [קבוצת דיק ופררה - ג' ב'] שהעבירו סך של 228,000 $ על חשבון מימון פעולותיה של החברה היו זכאיות לקבל דיווח כספי שוטף, דין וחשבון הוצאות והכנסות לגבי כל הפעולות שנעשו בין מרס-ספטמבר, 1979, וכאמור הדבר לא נעשה".

ג) היבט נוסף של הניהול הפיננסי הפגום של העיסקה מתחוור מהדרך בה נהגו רוט ואדלסבורג בנוגע להפקדת כספי קבוצת-דיק וחלקם-שלהם במימון הפרוייקט. כאמור הסכימו הצדדים על הזרמה מיידית של 50,000 $ להוצאות תפעול (סעיף 6 למזכר ההבנה). קבוצת-דיק העבירה את חלקה, אלא שרוט ואדלסבורג מעולם לא הפקידו את חלקם (12,000$) בחשבון הבנק. תופעה דומה התרחשה לגבי הזרמת כספים שנועדו להקצאת המניות. קבוצת-דיק העבירה 190,000 $, ואף רוט העביר את חלקו (30,000$); אלא שאדלסבורג מעולם לא הפקיד את חלקו-שלו. במחדלים אלה ניתן לראות לא רק הפרה של החובה לנהוג בתום-לב (כפי שסבר השופט קמא), אלא גם הפרה של האמור במזכר ההבנה.

ד) [370] פרשיה נלווית לכך מתייחסת לחשבון שבו הופקדו הכספים: הצדדים הסכימו, שהכסף יופקד בחשבון על שם רוט, בשל העובדה שבהיותו עולה חדש הוא זכאי לריבית פטורה ממס. יחד עם זאת, הכוונה היתה שהדבר יישא אופי זמני, ועם הקמת החברה הישראלית יועבר הכסף מחשבונו של רוט לחשבון על-שמה. דבר זה לא נעשה מעולם, ולהיפך: לאחר שפרץ הסכסוך בין הצדדים "הועלמו" הכספים בחשבונות נסתרים על מנת למנוע את עיקולם.

ה) השופט קמא גם מצא פגם בולט בהתנהגותם של רוט ואדלסבורג בכל ההנוגע לשכירת המשרדים לחברה הישראלית. עיקרם של דברים הוא שרוט ואדלסבורג חתמו, בשם החברה הישראלית, על הסכם לשכירת משרדים עבורה בבניין השייך לאדלסבורג ואחיו.

מסתבר, כי חרף המצב המוזנח של המבנה, סיכמו המערערים על תשלום דמי שכירות חודשיים גבוהים בסך 2,500 $, ולא זו בלבד, אלא שהבטיחו עוד להשקיע סכום של כ-100,000 $ בשיפוצים ושינויים במושכר ובבנין, כאשר אין בחוזה השכירות הוראה כלשהי בדבר החזרת שוויה של השקעה זו, כולה או חלקה. אין אני רואה צורך לפרט כאן את כל תנאי השכירות, שהשופט מפרטם. די אם אזכיר שהשופט קבע, כי המדובר בתנאים מכבידים מאד עבור השוכרים (מסקנה, שאינני מוצא בה פסול), כאשר רק על חלק מאותם תנאים דווח לקבוצת-דיק. השופט סבר, שחובה היתה מוטלת על רוט ואדלסבורג הן להשיג אישור מוקדם של קבוצת-דיק לעיסקה זו, והן להעביר לה מיד העתק מהסכם השכירות משנחתם.

טוענים בפנינו רוט ואדלסבורג, כי סעיף 3 למזכר ההבנה נתן בידיהם סמכות לשכור משרדים, ולכן לא נזקקו לאישור מוקדם של קבוצת-דיק. יתר-על-כן, שני פקידים של קבוצת-דיק ראו את המושכר בעת שביקרו בישראל, ולא הביעו כל הסתייגות ממנו.

טענתם של רוט ואדלסבורג ביחס להעדר הצורך בהשגת אישור מוקדם לשכירת משרד מקובלת עלי. הם הוסמכו במפורש לשכור משרדים, ולכן עקרונית לא נזקקו לאישור מוקדם.

יחד עם זאת מקובלת עלי קביעתו של השופט קמא, כי חובה היתה על רוט ואדלסבורג לדווח על תנאי העיסקה. זאת, הן בשל העובדה שאדלסבורג נהנה ממנה באופן אישי, הן בשל תנאיו המכבידים במיוחד של החוזה, והן בשל כך שחובת תום-הלב בין צדדים להסכם יזמות חייבה את הצדדים לשמור איש את רעהו בתמונה המלאה של ניהול הפרוייקט.

ו) מסקנתי היא, איפוא, שרוט ואדלסבורג הפרו את חובתם על פי ההסכם עם קבוצת-דיק בשלושה מישורים:
(1) הפרת חיובם להזרים כסף לקופת הפרוייקט;
(2) הפרת חובת תום-הלב בהסכם היזמות;
(3) הפרת חובת-אמון כשלוחים.

## האם היתה "הפרה יסודית" של ההסכם?

12. השאלה הבאה שמחייבת מענה היא אם מדובר ב"הפרה יסודית" של ההסכם, או בהפרה שאינה יסודית. הנפקות של שאלה זו היא באשר לדרך ביטולו של ההסכם, כאמור בסעיף 7 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1971 (להלן: חוק החוזים - תרופות), שזו לשונו:

> "7. (א) הנפגע זכאי לבטל את החוזה אם הפרת החוזה היתה יסודית.
> (ב) היתה הפרת החוזה לא יסודית, זכאי הנפגע לבטל את החוזה לאחר שנתן תחילה למפר ארכה לקיומו והחוזה לא קויים תום זמן סביר לאחר מתן הארכה, זולת אם בנסיבות העניין היה ביטול החוזה בלתי צודק".

כל עוד ניתן להצביע על מתן ארכה לקיום החוזה - פוחתת חשיבותה של ההבחנה בין הפרה יסודית לשאינה כזו (ר' שלו, דיני חוזים (תש"ן) 551). מהי "ארכה" והאם היא ניתנה בענייננו?

ניתנת האמת להיאמר, שפסיקתו של בית משפט זה ביחס למאפייניה של "ארכה" היא מקלה: כך, למשל, לא נדרשת ארכה בכתב דווקא (ראה ע"א 291/82 פישברג ואח' נ' דים, פ"ד ל"ט(2), 625, 631), ואף אין צורך ב"פורמולה נוקשה ומדוייקת" (ראה ע"א 283/81 ג'קוב קומפני (ישראל) בע"מ נ' החברה לפיתוח חוף אילת בע"מ, פ"ד ל"ז(3) 659, 667). כך, גם לא נתקבלה התיזה לפיה צריכה לעלות מנוסח מתן הארכה אזהרה ברורה שהחוזה יבוטל, אם תוך תקופת הארכה הוא לא יקויים (עמדת השופטים לנדוי, ויתקון וח' כהן, לעומת עמדתה של השופטת בן-פורת, בע"א 207/76 הרשקו נ' וכטר, פ"ד ל"א(2) 86).

לעומת זאת הדגשתי בע"א 464/81 מפעלי ברוך שמיר נ' הוך, פ"ד ל"ז (3) 393, 403 את הדברים הבאים:

> "אך מידה מסויימת של המחשה חייבת להיות במתן הארכה, אשר יש בה כדי להבהיר למפר שהמדובר אמנם במתן ארכה, ושאי-מילוי החוזה בעת הארכה דינו כהפרה סופית של החוזה, העלולה להביא לביטולו".

בעובדות המקרה דנן ביקשו אנשי קבוצת-דיק, עוד קודם להודעת הביטול, דיווח מרוט ואדלסבורג, אלא שקשה לראות בבקשות אלה משום מתן ארכה. היו אלה לדעתי פניות רגילות בין צדדים לפרוייקט שאין בהן כל "המחשה" מהסוג הנדרש.

משום כך שומה עלינו לבחון אם ההפרה במקרה דנן היא "הפרה יסודית", שכן רק הפרה מסוג זה מקנה זכות ביטול, בלא צורך במתן ארכה.

סעיף 6 לחוק החוזים - תרופות מגדיר "הפרה יסודית" כך:

> "6. לענין סימן זה, 'הפרה יסודית' - הפרה שניתן להניח לגביה שאדם סביר לא היה מתקשר באותו חוזה אילו ראה מראש את ההפרה ותוצאותיה..."

[372] ברור מכאן, כי ההפרה חייבת להיות בעלת חומרה בכדי להיקרא "יסודית" (וראה לענין הגדרת אותו מונח גם ד"נ 44/75 ביטון נ' פרץ פ"ד ל(3) 581, 585).

13. המערערים טוענים בפנינו למעשה, שאף אחת מהעילות לביטול במקרה דנן לא היתה חמורה כל כך, ויורדת לשורשו של ענין, באופן שניתן לומר עליה שהיא הפרה יסודית של ההסכם. לטענתם היו צריכות המשיבות לתת להם ארכה לשם תיקון הפגמים, ומשלא עשו כן, הרי אין תוקף לביטול ההסכם מצדן.

טענות אלה אינן מקובלות עלי.

אמנם יתכן שכל הפרה, כשהיא עומדת בפני עצמה ובמנותק ממכלול הנסיבות, היא אכן הפרה שיש לתת הזדמנות (על ידי מתן ארכה) לתקנה, אלא שבענייננו ניתן לקבוע, שלכל הפחות התמונה הכוללת שנוצרה על ידי כל ההפרות מצטרפת לכלל מסכת אחת המהווה "הפרה יסודית".

יש בהקשר זה לזכור שוב שמדובר בענייננו במסגרת יחסים שהיא בעיקרה מסגרת של יחסי אמון: קבוצת-דיק מנסה לפעול במדינה זרה, שחוקיה ומנהגיה אינם מוכרים לה. מטעם זה נוצרה מערכת יחסים מיוחדת עם רוט ואדלסבורג, שהאמון ההדדי עמד ביסודה.

לכן, משפעלו המערערים בניגוד לדרישות המתחייבות מנסיבות כאלה, וזאת בשורה של מעשים, לאורך זמן, ובניגוד לבקשות חוזרות ונישנות של המשיבות, אין זה ראוי לבחון כל מעשה ומעשה לחוד. יש להשקיף על המכלול, וממנו עולה שהתשתית

הבסיסית להסכם קועקעה על ידי המערערים, באופן שהדבר הפך ל"הפרה יסודית".

יש לציין, שסטייה מאתיקה, המקובלת ביחסים שמטילים חובות-אמון, הוכרה בפסיקתו של בית משפט זה "כהפרה יסודית" (ר' ע"א 687/76 בלייויס נ' פיק, פ"ד ל"ב(2) 720, 724, וע"א 498/83 אמישרגז נ' מלבין, פ"ד מ"ב(4) 269, 279). ודוק: אין כוונתי לומר שכל הפרה-שהיא של חובת-אמון, קטנה כגדולה, חד-פעמית כנמשכת, תיחשב ל"הפרה יסודית". אך הפרה מאסיבית, בוטה ושיטתית של חובת האמון, כפי שאירעה במקרה דנן, אכן מוליכה למסקנה זו.

14. עד כה ראינו שמבחינת מצב הדברים שהיה קיים בעת ביטול ההסכם, הרי שרוט ואדלסבורג הפרו את ההסכם הפרה יסודית. אלא שבעת ביטול ההסכם לא ידע דיק את התמונה העובדתית המתוארת במלואה. לפיכך, נוצר פער בין הסיבות שדיק מציין בהודעת הביטול, לבין הסיבות שיכול היה לציינם (ואכן ציינן בדיעבד), ושלא הזכירן בהודעת הביטול מחוסר ידיעה.

הודעת הביטול נכללה בתזכיר מיום 27.9.79 שנמסר על ידי דיק לרוט. באותו תזכיר מטיח דיק כלפי רוט האשמה בקשר לחוסר דיווח למרות דרישות חוזרות ונישנות מצד קבוצת-דיק. במיוחד עמד דיק על העדר דיווח כספי, בכלל, ועל הימנעות המערערים מלגלות את מקום [373] המצאם של הכספים שהושקעו על ידי המשיבות, בפרט. כמו כן התאונן על אי-המצאת תקנות החברה שהוקמה, ואי המצאת חשבונות בנקים וחשבונות-הוצאות. התזכיר גם מכיל טענות קשות לענין שכירת משרד במחיר מופרז, הכרוך בהשקעה של $100,000 בשיפוצים, ובהתחייבויות שונות שנעשו ללא כל התיעצות עם קבוצת-דיק. בתזכיר מוזכרות גם תלונות נוספות, בנקודות שוליות יותר.

לבסוף מציין דיק בתזכיר האמור, שנקודות ההאשמה הנ"ל מגלות מנטאליות מצד רוט, שאינה מאפשרת להפקיד בידיו את משרד החברה ולהמשיך לעבוד עימו. לפיכך הוא סבור, שמוטב היה שרוט לא יהיה קשור עם קבוצת-דיק.

התזכיר מופנה במישרין אל רוט בלבד, אך הוא כולל גם התייחסות לאדלסבורג ולאי-הרצון להמשיך את היחסים הקיימים עימו, והשופט קמא רואה בו משום הודעת ביטול ההתקשרות עם שני המערערים.
ההאשמות החמורות במיוחד, עליהן עמדו המשיבות לאחר מכן, כגון סעיפי התקנון שקיפחו את המשיבות, ואי קיום התחייבויותיהם הכספיות של המערערים על פי ההסכם, לא בא זכרן בתזכיר הנ"ל, מהטעם שפרטים אלה נודעו לאנשי קבוצת-דיק כאמור רק בשלב מאוחר יותר.

15. אין בית המשפט של הערכאה הראשונה קובע, שההאשמות שהוזכרו בהודעת הביטול, כשלעצמן, עולות כדי "הפרה יסודית" של ההסכם בין הצדדים, אשר בעטיה רשאיות היו המשיבות לבטל את ההתקשרות ללא מתן אזהרה וארכה לפני כן. מבלי לקבוע מסמרות בענין זה, הרי לצורך הדיון מוכן אני לצאת איפוא מההנחה, שלו הוכחו רק העובדות הנטענות בתזכיר של דיק, ולו התחוור, כי לגופו של ענין קיימו המערערים את התחייבויותיהם בצורה נאותה, אזי לא היה די בכך כדי לשכנע את בית המשפט שאכן היתה במעשיהם של המערערים משום "הפרה יסודית" של ההסכם בין הצדדים, במובן סעיף 7 לחוק החוזים-תרופות.

מתעוררת איפוא השאלה המשפטית המענינת, אם צד המבטל חוזה בשל סיבות שעל פניהן אינן מצדיקות ביטול לאלתר, יכול לתמוך בתוקף הביטול בהתבססו על סיבות נוספות שנודעו לו רק בדיעבד, למרות שהיו קיימות בעת מתן הודעת הביטול.

השופט קמא משיב על שאלה זו בחיוב, ואכן המצב המשפטי הקיים באנגליה ובארצות הברית תומך בעמדתו. כך נאמר ב-Chitty, On Contracts (26th ed., 1989) vol. 1, p. 1076:

> "The general rule is well established that, if a party refuses to perform a contract, giving therefor a wrong or inadequate reason or no reason at all, he may yet justify his refusal if there were at the time facts in existence which would have provided a good reason, even if he did not [374] know of them at the time of his refusal. Thus in an action for wrongful dismissal of an employee from his employment, an employer can rely as justifying the dismissal on information only acquired after the dismissal."

סיטואציה אחרונה זו, היינו מקרה בו פיטר מעביד עובד תוך ציון סיבה לפיטורין, אשר לא נמצאה מוצדקת, ואופשר לו בכל זאת להגן בפני בית המשפט בהצלחה על החלטת הפיטורין בהסתמכו על נימוק אחר, שלא היה בידיעתו בעת מתן ההחלטה האמורה, היוותה נושא לפסק דינו של בית המשפט לערעורים באנגליה במשפט של Cyril Leonard & Co. v. Simo Securities (1971) 3 All E.R. 1313 (Ch.). באותו פסק דין נאמר מפי Russell L.J. (שם בעמ' 1321):

> "In all the circumstances I conclude that the alleged misdeeds of the plaintiffs, whether known to the defendants before the determination of the managership or not, are directly relevant to the defence against a plea of wrongful dismissal...".

(ההדגשה שלי-ג' ב')

והשופט L.J. Stamp כתב (שם, בעמ' 1323):

> "The law is in my judgment this, that a master in defence of an action for wrongful

dismissal brought by a servant may rely on any act of misconduct warranting dismissal notwithstanding that at the time of the dismissal he did not rely on that act. This applies alike whether the act or misconduct was or was not known to the master at the time of the dismissal."

וב- 17 American Jurisprudence 2d, "Contracts", para. 511, p. 994 נקבע לאמור:

"Ignorance of facts warranting a rescission of the contract does not affect the right to assert such facts as justification for rescission. One may justify an asserted rescission by proving that at the time there was an adequate cause although it did not become known to him until later."

השופט קמא גם הסתמך על ספרו של ד"ר צלטנר "דיני חוזים", חלק כללי, חלק שלישי, אשר יצא לאור לפני היכנסו לתוקף של חוק החוזים-תרופות, ואשר, בעקבות הפסיקה האנגלית האמורה, מצויה בו, בענין הסוגיה הנדונה, הקביעה הבאה (שם, בעמ' 112):

"השאלה אם מצדיקות הנסיבות את ביטול החוזה בשל הפרתו על ידי המתקשר האחר, היא שאלה אובייקטיבית. קיימת זכות ביטול, אין היא נפגמת על ידי כך שהצד הזכאי להשתמש בה אינו מסתמך על הנסיבות היוצרות זכות זו אלא על נסיבות אחרות".

16. [375] אלא שבפסיקתו של בית משפט זה לאור חקיקתו של חוק החוזים - תרופות ניתן למצוא רמזים למסקנה הפוכה . בע" א 702/80 גלפנשטיין ואח ' נ ' אברהם ואח ', פ"ד ל"ז(4 ) 113 נדונה תקפותה של הודעת ביטול שנמסרה מהמערערים באותו תיק למשיבים. באופן עקיף, ובשולי הדברים, קובע השופט א' שינבוים באותו פסק דין (שם, בעמ' 122):

"אי-עמידה בתשלומים אלה לא נזכרה בהתראה שנשלחה על ידי המוכרים ובהודעה על ביטול החוזה על-ידיהם. אין היא יכולה איפוא לשמש עילה לביטול".

ובע"א 10/81 חיים כהן ושות' נ' עובדיה גדע ואח', פ"ד ל"ז(4) 635 בעמ' 643, נאמר מפי השופט אור:

"המועד, בו מתחיל מירוצו של 'זמן סביר' על-פי סעיף 20 [לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג -1973 - ג' ב'], הוא המועד, שבו נודע לצד המבקש לבטל את החוזה על קיומה של עילת הביטול. כדי שיוכל לממש את זכות הביטול, נדרש, שהמתקשר ידע בפועל על קיום העילה".

גישה זו מוצאת גם ביטוי בספרה של פרופ' שלו, "דיני חוזים" (1990), הן לגבי ביטול בשל פגם בכריתת החוזה (ר' שם עמ' 274; לגבי חלים הדברים המצוטטים דלעיל מע"א 10/81 הנ"ל), והן באשר לביטול בשל הפרת החוזה (ר' שם עמ' 566).

הפסיקה הנ"ל והדעות האמורות נשענות על נוסח סעיפי החוק הדנים ב"דרך הביטול" של חוזה. כך נאמר בסעיף 20 לחוק החוזים (הדן בביטול חוזה בשל פגם בכריתתו):

"ביטול החוזה יהיה בהודעת המתקשר לצד השני תוך זמן סביר לאחר שנודע לו על עילת הביטול...".

ובסעיף 8 לחוק החוזים - תרופות (המתייחס לביטול חוזה עקב הפרתו, ושבו עסקינן בערעור זה) נקבע:

"ביטול החוזה יהיה בהודעת הנפגע למפר תוך זמן סביר לאחר שנודע לו על ההפרה...".

עולה לכאורה מנוסח הסעיפים האלה, שאכן חייב הנפגע להיות מודע להפרה אשר בגללה הוא מתכוון לבטל את החוזה. איך אפשר אחרת לחשב מהו הזמן הסביר בין המועד בו נודע לו על עילת הביטול, או על ההפרה, ועד למסירת הודעת הביטול?

אך מאידך גיסא ניתן לטעון, כי מטרת הסעיפים הנ"ל היתה שונה, היינו היתה מיועדת למנוע מהנפגע את האפשרות להתמהמה ולישון על זכויותיו, ולהודיע לפתע על ביטול החוזה זמן ניכר לאחר שנודע לו על עילת הביטול או ההפרה. ספק אם הכוונה היתה להגן על המפר מפני הסתמכותו של הנפגע על עילת ביטול שהיתה קיימת בעת מסירת הודעת הביטול, אלא שהדבר נודע לנפגע רק במועד מאוחר יותר.

17. [376] עם זאת נוטה אני לדעה, שחייבת להיות זיקה כלשהי בין העילה שהנפגע מסתמך עליה בהודעת הביטול, ובין העילה הנטענת על ידו לאחר מכן, ושעל קיומה לא ידע כלל בעת ביטול החוזה על ידו.

ניקח כדוגמא, את המקרה בו מבטל משכיר של מבנה את הסכם השכירות עם השוכר מהטעם שהלה מתמיד באי תשלום דמי השכירות. ונניח שמסתבר, כי הנמקה זו נגדה את העובדות, ושלמעשה שילם השוכר את דמי השכירות במועדם לחשבונו של המשכיר. ונניח עוד, שלאחר מכן, במהלך המשפט המתנהל בענין תוקף הודעת הביטול, נודע למשכיר, שהשוכר השכיר את המבנה המושכר לשוכר משנה בניגוד לתנאי החוזה, ושעשה כן עוד בטרם בוטל ההסכם. סבורני שלא יוכל המשכיר לבסס את הגנתו בענין תוקף הודעת הביטול על עילה חלופית זו, אפילו אין חולקים, שיש לראות בה משום הפרה יסודית של החוזה.

נראה, שחייב המשכיר במקרה כזה למסור לשוכר הודעת ביטול חדשה, אשר עונה, גם מבחינת העיתוי, על הוראות סעיף 8 לחוק החוזים - תרופות.

18. אלא שסבורני, שהמקרה שלפנינו שייך לקטיגוריה מיוחדת, אשר לגביה הקושי האמור אינו חייב להתעורר.

אבהיר דברי אלה: במקרה דנן הסתמך דיק, בשם המשיבות, בתזכירו שהיווה הודעת ביטול, על נימוקי ההפרה הנכונים והאמיתיים, עליהם ביסס גם השופט לאחר מכן את פסק-דינו, אלא שבגלל חוסר ידיעה לא עמד דיק על מלוא העובדות, שבעטיין הופכת הפרה זו ל"הפרה יסודית" של ההסכם. הוא התלונן על התחייבויות כספיות שקיבלו על עצמם המערערים ללא התיעצות עם קבוצת-דיק, והתרעם על העדר הדיווח לשולחים, בכותבו, בין היתר:

> "We have no copies of by - laws; we have no copies of corporate papers; we have no copies of bank statements; we have no accounting about expenditures!"

זוהי למעשה מהות ההפרות הרלבנטיות בתמצית, אלא שלהפרות אלה היתה נודעת חומרה מיוחדת, שבעטיה הפכו הן ל"הפרות יסודיות", וזאת בהתחשב בעובדות נוספות אשר בהן באו לידי ביטוי - יתר קיפוח המשיבות על ידי המערערים וחוסר תום הלב בהתנהגותם של הללו. עובדות אלה היו קיימות בעת מסירת הודעת הביטול, אך הן לא היו בידיעת המשיבות מפני שהועלמו מהן על ידי המערערים. בנסיבות אלה מותר לבית המשפט להתחשב בעובדות הנוספות האמורות, ואי-ידיעת אותן עובדות על ידי המשיבות בעת ביטול ההסכם לא יעמוד להן לרועץ.

אם היינו מגיעים למסקנה שונה, משמע שהיינו מאפשרים למפירי הסכם להשמיע, באופן תיאורטי, טיעון ברוח זו:

> [377] "נכון שהפרנו את ההסכם כנטען על ידי הצד השני, ונכון שהפרה זו מהווה, באופן אוביקטיבי, הפרה יסודית, אשר איפשרה ביטול החוזה לאלתר. אך מאחר שהעלמנו עובדות חשובות מהנפגעים, הרי לא יכלו הללו לדעת באופן מעשי שהמדובר ב"הפרה יסודית", אלא יכלו להסתמך רק על הפרה רגילה, ולכן אסור היה להם לבטל את ההסכם אתנו...".

תוצאה כזו אין הדעת סובלתה, ועל כן הייתי דוחה פירוש כה מחמיר של הדין. זאת במיוחד, אם נרכיב על כללי ההגיון והשכל הישר ותחושת הצדק גם את הוראות סעיף 39 לחוק החוזים, הקובע כידוע, כי "בקיום של חיוב הנובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב: והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מחוזה". לסעיף זה ניתן פירוש מרחיב. כך נאמר בבג"צ 59/80, שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע בע"מ ואח' נ. בית הדין הארצי לעבודה בירושלים ואח', פ"ד ל"ה(1) 828, 834, בין היתר:

> "הוראה זו הכניסה שינוי מהותי בדיני החוזים בישראל....
>
> משמעותה של החובה לקיים חוזה בתום-לב ובדרך מקובלת היא, כי הצדדים ליחס החוזי חייבים לנהוג זה כלפי זה ביושר, בהגינות ועל פי המקובל על בעלי חוזה הוגנים".

מאחר שהחובה האמורה ישימה אף "לגבי השימוש בזכות הנובעת מחוזה", הרי נוכל להעזר גם בהוראה זו כדי לדחות את תוקפו של הטיעון התיאורטי הנ"ל.

19. כדי לסכם נקודה משפטית זו:

כאשר מוכח, שצד אחד לחוזה הפר את החוזה, וכאשר מוכח גם שהפרה זו היוותה, אוביקטיבית, הפרה יסודית, וכאשר הנפגע ביטל את החוזה תוך זמן סביר מהמועד בו נעשה מודע להפרה והסתמך בהודעת הביטול על אותה הפרה מבחינת מהותה הענינית, הרי לא ייפסל תוקפה של הודעת הביטול מהטעם בלבד שמהעובדות שהיו אותה עת בידי הנפגע יכול היה, סובייקטיבית, להסיק רק שבוצעה הפרה רגילה של החוזה. זאת במיוחד כאשר העובדות הנוספות, אשר בעטין הופכת ההפרה ל"יסודית" לא היו בידיעת הנפגע מפני שהועלמו ממנו על ידי הצד המפר.

על כן צדק השופט קמא בקובעו בפסק דינו נשוא הערעור:

> "לא יעלה על הדעת שהתובעות לא יורשו להסתמך על עובדות כאשר אלה לא היו ידועות להן רק עקב כך שהוסתרו מהן על ידי הנתבעים".

טענת המערערים, שבהעדר טיעון בדבר העובדות המהוות הפרה יסודית של ההסכם בהודעת הביטול, אסור היה למשיבות לבטל את ההסכם בדרך המיועדת בחוק לביטול חוזה על פי הפרה יסודית בלבד, דינה איפוא להידחות.

[378]

## תוצאות ביטול היחסים בין הצדדים:

20. בית המשפט קמא פסק, שמשבוטל החוזה כדין זכאיות המשיבות להשבת הסכומים שהועברו על-ידן לחשבונו של

רוט בישראל, היינו 38,000 $ שהועברו על חשבון הוצאות מקדמיות ו- 190,000 $ שהועברו עבור הקצאת מניות החברה הישראלית.

החלטה זו מבוססת על הוראות סעיף 9(א) לחוק החוזים-תרופות, הקובעת לאמור:

"9. (א) משבוטל החוזה, חייב המפר להשיב לנפגע מה שקיבל על פי החוזה, או לשלם לו את שוויו של מה שקיבל אם ההשבה היתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה או שהנפגע בחר בכך; והנפגע חייב להשיב למפר מה שקיבל על פי החוזה, או לשלם לו את שוויו של מה שקיבל אם ההשבה היתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה או שהנפגע בחר בכך".

המערערים טוענים כנגד פסיקה זו בשני ראשים חלופיים: ראשית, לטענתם ביחסי שותפות, או joint venture, נשללת תרופת ההשבה ביחס לכספים שנתנו על ידי הצדדים לשם הקמת השותפות וקידום מטרותיה; שנית, ולחלופין, טוענים רוט ואדלסבורג, שהיה מקום להחזיר להם את הוצאותיהם ושכרם עבור העבודה שהשקיעו בקידום הפרוייקט.

טענתם הראשונה של המערערים צריכה להידחות מהטעם, שכבר בואר לעיל, שבמקרה דנן אין המדובר ביחסי שותפות, ו- joint venture אינו מוכר במשפטנו.

טענתם החלופית של המערערים היא, כאמור, בדבר החזר הוצאות ושכר עבור המאמצים והעבודה שהשקיעו בקידום הפרוייקט.

מנגד, טענתן של המשיבות היא כפולה. ראשית: ביחסים מסוג אלה אין צד להסכם זכאי לשכר עבור מאמציו בקידום הפרוייקט; ושנית: הפרת חובת האמון שוללת כל זכות לשכר, או החזר הוצאות.

טענות אלה של המשיבות נראות לי גורפות מדיי.

אשר לטענה כי ביחסים כאלה נשללת מיניה וביה הזכות לשכר, הרי שקביעה זו כפופה להתנאה אפשרית בהסכם בין הצדדים.

ב- 46 Am. Jur. 2d, p. 62 נאמר לענין זה:

> "No participant in a joint venture is entitled to any compensation, aside from his share of the profits, for his services in promoting and carrying on the enterprise unless the contract provides for it."

[379] ואכן סעיף 5 להסכם בין הצדדים דן בנושא זה. בית המשפט קמא קבע, לאור סעיף זה ושאר חומר הראיות שעמד בפניו, כי הוסכם בין הצדדים שרוט יהיה זכאי לגמול עבור פעילותו בשלב ייזום החברה – אלא שגמול זה ייקבע רק 6 חודשים לאחר עריכת ההסכם. מאחר שההתקשרות בוטלה במשך תקופה זו כדין על ידי המשיבות, הרי שאין רוט זכאי לשכר עבור פעילותו. כמו כן קבע בית המשפט, כי בניגוד לרוט, אדלסבורג אינו זכאי לגמול כלשהו - למעט חלקו בהון המניות. מימצאיו אלה של בית המשפט קמא מקובלים עליי.

אשר לטענה בדבר הפרת חובת האמון: הכלל הוא לכאורה שהפרת חובת אמון שוללת את זכותו של המפר לשכר. אלא שדברים אלה מחייבים הסבר, כאמור בספרו הנ"ל של פרופ' ברק בעמ' 434:

> "זכותו של השלוח לשכר נשללת באותם המקרים בהם דיני החוזים הכלליים שוללים זכות צד לחוזה. מקרה מיוחד הוא זה בו השלוח הפר את החובות המוטלות עליו על פי סעיף 8 לחוק. היש בכך כדי לשלול מהשלוח את זכותו לשכר? לדעתנו, מסקנה זו אינה מתבקשת תמיד. כפי שראינו, הפרת חובה הקבועה בסעיף 8 מזכה את השולח, בנסיבות מתאימות, לבטל את חוזה השליחות. במקרים אלה תתבטל גם חובת השכר החוזית".

אולם אם ניתן להבחין בין פעולות פסולות של השלוח, ובין פעולות אחרות אשר נעשו כהלכה, תוך נאמנות לאנטרסים של השולח, אזי ראוי השלוח לשכר עבור הפעילות האחרונה.

עמדה דומה מובעת בספרו של (Bowstead, On Agency, 15th ed. 1985), בעמ' 242:

> "Again even a slight breach of duty or omission may bar him from remuneration if the contract is treated as entire, for such a contract cannot be sued upon by an agent until he has completely performed it. There can obviously however be cases where the agent effects severable transactions, and in these cases the rule depriving him of commission will only apply to those in respect of which he is in breach of duty; or where the breach does not go to the whole contract."

כפי שהסברנו לעיל, על פי תנאי ההסכם ובהתחשב בהתפתחויות שחלו ביחסים בין הצדדים, אין המערערים זכאים לשכר

עבור פעילותם.

אך אין פרוש הדבר שהמערערים אינם רשאים לתבוע תשלום, או קיזוז חלקי מהסכום שבהחזרתם יחויבו, בשל ההוצאות המעשיות שהוצאו על ידם בקשר לאותן פעולות, שבוצעו על ידם כהלכה, לקידום האינטרסים שלהם ושל המשיבות כאחד.

[380] הכוונה היא להוצאות בקשר לנסיעות לחו"ל, אשר לגביהן לא מסרו המערערים הערכות מוגזמות, להוצאות משרדיות וטלפוניות וכו'. נראה לי כי לא צדק השופט קמא בהחליטו לדחות את בקשת המערערים לקזז סכום כלשהו עבור הוצאות אלה מהסכומים שהמערערים חויבו בתשלומם למשיבות. השופט נימק החלטתו בכך, שלא שוכנע שסכומי ההוצאות הללו עלו על סך 12,000 $, וסכום זה ממילא חייבים היו המערערים לשלם, לעומת 38,000$ ששולמו על ידי המשיבות, לכיסוי ההוצאות המשרדיות הראשוניות שהוערכו על ידי הצדדים בסכום של 50,000$. אך כאן מתעלם בית המשפט המחוזי מהעובדה שהורה בפסק דינו על החזרת 38,000 הדולר למשיבות במלואם, בצירוף ריבית.

אשר על כן הייתי פוסק למערערים סכום כולל בסך 18,000$ עבור ההוצאות האמורות אותו יש לקזז מהסכומים שנפסקו לטובת המשיבות.

## שיעור הריבית:

21. בית המשפט קמא קבע, כי על הסכום של 228,000 $ תשולם ריבית בגובה, 7 לשנה. הטעם לכך היה סברתו של השופט קמא, כי מחוייב הוא לפסוק ריבית על-פי השיעור שנקבע בסעיף 4(ג) לחוק פסיקת ריבית והצמדה, תשכ"א-1961 (להלן חוק פסיקת ריבית).

שני הצדדים מערערים בפנינו על קביעתו זו של השופט.

מחד גיסא, טוענים המערערים, שבמערכת יחסי שותפות, או joint venture, העיקרון הוא שצד אינו זכאי לריבית על השקעתו. טענה זו יש לדחות לאור הקביעה דלעיל בדבר זכותן של המשיבות להשבה.

מאידך גיסא, טוענות המשיבות, שטעה השופט בסברתו כי לעניין שיעור הריבית מחוייב הוא לפסוק את השיעור שנקבע בחוק פסיקת ריבית. לעניין זה מפנות המשיבות לפסק דינו של בית משפט זה, בע"א 672/81 עמיתי מלון ירושלים ואח' נ' דוד טייק ואח', פ"ד מ(3) 169, אשר ניתן לאחר פסק הדין נשוא הערעור.

בע"א 672/81 הנ"ל קבענו (מפי הנשיא שמגר), כי מקום בו ניתן לפסוק ריבית על פי דיני החוזים, אין להחיל את חוק פסיקת ריבית כמקור לחיוב. הנשיא קבע בין היתר (שם, בעמ' 229):

> "משמעות הדברים, כפי שהיא עולה מהוראותיו של החוק, היא, שדיני החוזים יצרו במסגרת דיני ההשבה בסיס להשבה הריאלית, המשלבת בתוכה את האפשרות לתת ביטוי הן ליסוד האינפלציוני והן לתשלום עבור השימוש בכסף. סעיף 11(ב) (לחוק החוזים - תרופות, ג' ב') מאזכר את דיני הריבית כחלופה אך מציין מפורשות בסיפא שבו, כי בית המשפט יכול לנקוט דרך עצמאית ולקבוע, כפי שנאמר שם, "שיעור אחר".

[381] ובהמשך נאמר:

> "עיקרו של דבר, אם ביכולתנו להגיע לקביעת ריבית לפי המערכת הנורמאטיבית החוזית לבד, אין פתוחה לפני בית המשפט ממילא בחירה בין זו החוזית לבין החוק מתשכ"א".

(וראה לענין זה גם פסק דינו של השופט גולדברג בע"א 687/89, לירן ואח' נ. חיים גבריאל ואח' (טרם פורסם)).

העולה מכאן, שהשופט קמא לא צדק בסוברו, כי חובה עליו לפסוק שיעור ריבית של 7%. מתעוררת עתה השאלה איזה שיעור ריבית יש לקבוע. המשיבות (המערערות - שכנגד לעניין זה) מצביעות על מספר אפשרויות.

אפשרות אחת היא השיעור שנוהגים בתי-המשפט לפסוק במקרים כגון-דא, ובאין ראיות לסתור. במקרים מסוג זה נפסקו בעבר שיעורים של 11% (ר' למשל ע"א 400/85 גד-שט ואח' נ' עבודי ואח', פ"ד מ"ג(3) 361), ובעניין טייק הנ"ל נפסק שיעור של 15%.

אפשרות אחרת היא שיעור הריבית שהופק בפועל על ידי המערערים, ואשר נע לטענת המשיבות בין 16% ל-18% בריבית תלת-חודשית.

בהקשר זה מתעוררות שתי שאלות:

(1) הצורך להגיש ראיות לעניין הריבית. כפי שנפסק בעניין טייק הנ"ל (שם, בעמ' 206), "..אין משקל לטענה, כי חובה להוכיח את שיעורה הראוי של הריבית - כדי לזכות בה".

(2) כאשר מוגשות ראיות לעניין זה, מה יש להוכיח באמצעותן: את שיעור הריבית שנתקבלה במקרה הנדון בפועל, או שיעור הריבית שיכול היה להתקבל על ידי משקיע סביר.

סוגיה זו טרם הוכרעה בבית משפט זה והושארה עד כה ב"צריך עיון" (ראה, לדוגמא, ע"א 741/79 כלנית השרון נ. הורביץ, פ"ד ל"ה(3) 533, 543-544, ע"א 457/81 דני ספיר נ. אחוזת איל בע"מ ואח', פ"ד מ(4) 74,68; וע"א 638/84 קאסם נ. עו"ד יואל, פ"ד מ"א(3) 678, 689).

גם במקרה דנן אינני רואה צורך לקבוע עמדה החלטית בנקודה זו, וזאת במיוחד לאור העובדה שלא הובאו בפנינו ראיות משמעותיות המאפשרות קביעת מימצאים ודאיים, על פי אף אחת מהתפיסות הנ"ל, ביחס לכל הסכומים בהם המדובר.

בהתחשב בכל הנסיבות, הייתי מגיע במקרה דנן לאותה תוצאה אליה הגיע בית משפט זה בע"א 400/85 הנ"ל, וקובע שיעור ריבית של 11 לשנה ביחס למכלול הסכומים שהמערערים מצווים בהחזרתם.
[382]

## פיצוי עבור אבדן רווח

22. בנוסף להשבת הסכום של $ 228,000 פסק בית המשפט קמא, כי המשיבות זכאיות לפיצויים בשל אובדן רווח בשיעור כולל של $300,000.

המערערים תוקפים קביעה זו בשני מישורים: ראשית, לעניין תיחום הנזק, טענתם היא שאובדן הרווח נגרם עקב ביטול החוזה ולא עקב הפרתו, וכן שאובדן הרווח אינו עונה על מבחן הצפיות הקבוע בסעיף 10 לחוק החוזים - תרופות; שנית, לענין שיעור הנזק, טענתם היא שהסכום שנקבע בפסק-הדין אינו מעוגן בחומר הראיות.

טיעוני המערערים לעניין תיחום הנזק אינם מקובלים עלי. לאחר שקבעתי, שההסכם הופר הפרה יסודית ובוטל כדין, לא ניתן לדעתי לקבל טיעון לפיו נזק מסויים נגרם עקב ביטול החוזה. שכן ביטול החוזה הוא תוצאה של הפרתו. טענה זו של המערערים, לו היתה מתקבלת, היתה שוללת מנפגעים פיצויים כל אימת שבחרו הללו באפשרות, שהדין מעניק להם, לבטל את החוזה שהופר. גם הטענה שאובדן הרווח נובע מביטול רשיון הבנק, ושביטול זה לא היה צפוי - אלמלא פעולות המשיבות - דינה להידחות. מרגע שהמערערים הפרו את חובתיהם על-פי החוזה, הם צריכים היו לצפות את ביטולו, לרבות אובדן הרווחים הנובעים מכך.

23. אשר לגובה הפיצוי שנפסק על ידי השופט קמא, הרי אינני סבור שיש מקום להתערבותנו.

הדרך בה נקבע שיעור הנזק במקרה של אובדן רווח נדונה בע"א 646/85 יצירות ברנע נ' דניה חברה לפיתוח, פ"ד מ"ב(2) 793, בעמ' 799-800, ואלה דברי הנשיא שמגר שם:

> "מהו, אם כן, שיעור הפיצוי הראוי, היינו אותו סכום שיעמיד את המשיבה במצב, שבו הייתה יכולה להיות אלמלא ההפרה? המדובר בנזק שהוא רווח צפוי. לצורך מענה לשאלה נלקחים בחשבון זה בצד זה נתונים עובדתיים, השאובים מן המציאות, וכן הערכות לגבי מציאות שלא התקיימה, בשל כך שההתקשרות בין הצדדים לא מומשה.
> בעניין זה נפסק לא אחת, כי באותם מקרים שבהם - לאור טבעו ואופיו של הנזק – קשה להוכיח בדייקנות ובודאות את מידת הנזק ושיעור הפיצויים בגינו, אין בכך כדי להכשיל את תביעתו של הנפגע, ודי לו שיביא אותם נתונים, אשר ניתן באופן סביר להביאם, תוך מתן שיקול-דעת מתאים לבית המשפט לעריכת אומדן להשלמת החסר..."

לענין סמכותו של בית המשפט לשום את הנזק שבהפסד רווח הנובע מהפרת חוזה, ראה גם ע"א 355/80, נתן אניסימוב בע"מ נ. מלון טירת בת שבע בע"מ פ"ד ל"ה(2) 800, 808-809.

[383] בצדק עמד בא-כוחן המלומד של המשיבות בנושא זה, בין היתר על הנקודות הבאות:

א) כאשר קבע בית המשפט המחוזי בקשר לראש נזק זה פיצוי בסך $300,000, הרי משמעותה של קביעה זו שאומדנת הפסד הרווח של המשיבות היתה בסך $171,000 בלבד, שכן יתרת הסכום מורכבת מריבית מתאימה על אותו סכום.
ב) בהתחשב במהות הפעילות הפיננסית והעיסקות המתוכננות, אין הערכתו של השופט קמא נראית מוגזמת.
ג) בתביעתם שכנגד שהגישו נגד המשיבות העריכו המערערים את הנזקים שנגרמו להם כתוצאה מאבדן הרווחים מהפרוייקט המשותף המתוכנן בסכום של $3,660,000 לשנה.

ברצוני להבהיר בהקשר זה, כי מבחינה משפטית - פורמלית, אין אמנם לראות בהגשת תביעה זו משום הודאה בנכונות

הסכומים שנתבעו על ידי המשיבות (750,000 $), או משום מניעות מהגשת ערעור על אומדנת השופט. אך, עם זאת, מבחינת כללי ההגיון והשכל הישר, קשה לקבל כסבירה את טענת המערערים לפיה אומדן השופט על הפסד הרווח של המשיבות (שחלקן בפרוייקט המתוכנן היה 76%) בסכום של 300,000$ הינו מופרך ומחייב את התערבותנו, כאשר המערערים עצמם (שחלקם צריך היה להיות 24% בלבד) העריכו את הפסד רווחם בשל אי התגשמות הפרוייקט בסכום של 3,660,000$ לשנה. יצויין עוד, כי המערערים הגבילו לבסוף את תביעתם הנגדית בראש נזק זה ל-2,000,000 $, והסבירו הגבלת תביעתם ברצונם להקטין את אגרת בית המשפט שתוטל עליהם...

## הוצאות המשפט

24. לא מצאתי ממש בכל יתר נימוקי הערעור, שהועלו על ידי שני הצדדים, פרט לטענת המשיבות בענין שכר טירחת עו"ד שנפסק להן.

לענין זה - טוענות המשיבות (המערערות-שכנגד) שהסכום שנפסק על ידי בית המשפט קמא, 60,000 ש"ח + מע"מ, גורם להן חסרון-כיס, והינו נמוך מהתעריף המינימלי של לשכת עורכי-הדין.

בא כוח המשיבות הצהיר, שהוסכם בינו לבין המשיבות, כי יקבל שכר בגובה 200,000 $, וכן 25% מכל סכום שייגבה על-ידיו.

בפני בית המשפט קמא עמדו נתונים אלה, ולמרות זאת הוא פסק את אשר פסק. ההלכה הפסוקה בעניין זה מצאה ביטוי בע"א 532/83 יהודה סיני השקעות נ' פישל, פ"ד מ(4) 319, 330 לאמור:

> "כלל הוא, המעוגן בתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, כי בהעדר טעם שיצדיק זאת אין לפסוק שכר טרחת עו"ד בשיעור נמוך מהתעריף המינימאלי של [384] לשכת עורכי הדין. אכן, בדרך כלל לא נתערב בשיקול הערכאה הראשונה לעניין ההוצאות, אך אם הסכום שנפסק נמוך מהתעריף ללא שניתן נימוק לכך ובלי שנימוק כזה עולה מהנסיבות, יש מקום להתערבות".

בעובדות המקרה דנן עולה לכאורה ששכר הטרחה שנפסק אכן נמוך מהתעריף המינימלי. הייתי מעלה את שכר הטרחה לשעור של 4 מסכום התביעה, דהיינו 90,000 ש"ח + מע"מ נכון למועד פסק הדין בבית המשפט המחוזי (סכום התביעה היה בערך 1.5 מליון דולר; 4 מזה הם 60,000 $, ששוים היה 90,000 ש"ח במועד הקובע).

## סוף דבר

25. מהאמור לעיל מתבקשות התוצאות הבאות:

א) שיעור הריבית שיחול על הסכומים של 38,000$ ו-190,000$ שנפסקו לטובת המשיבות יועלה, ויעמוד על 11% לשנה.
ב) יש לקזז מהסכומים שעל המערערים לשלם למשיבות את הסך של 18,000$, בגין הוצאותיהם של המערערים עבור פעולות שנעשו על ידם בתום לב למימוש הפרוייקט המשותף.
ג) שכר טירחת עו"ד שנפסק לטובת המשיבות בקשר לדיונים בערכאה הראשונה יועלה ויעמוד על 90,000 ש"ח + מע"מ נכון למועד מתן פסק הדין בבית המשפט המחוזי.
ד) בכל יתר הנקודות יעמוד פסק דינו של בית המשפט המחוזי בעינו.
ה) על המערערים לשלם, הדדית, למשיבות, בקשר לדיונים בערעור זה, שכר-טירחת עו"ד בסך 25,000 ש"ח נכון להיום.

השופט מ. בייסקי:
אני מסכים.
השופט א. גולדברג:
אני מסכים.
הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט בך.
ניתן היום, י"א באדר תשנ"א (25/2/91).
--- סוף פסק הדין ---

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים
א 110/92 , ע"א 119/92

בפני: כבוד השופט ד' לוין, כבוד השופט ג' בך, כבוד השופט א' מצא

# גדעון נחמיה נגד בני נחמיה

ערעור על פסק דין בית המשפט המחוזי בירושלים מיום 25.11.90 בת.א. 179/90 שניתן על ידי כבוד השופטת מ' נאור

## איזכורי חקיקה:

חוק החוזים (חלק כללי)
חוק החוזים (חלק כללי) 46

## איזכורי פסיקה:

ת"א 179/90, ע"א 119/92, ע"א 110/92, ע"א 262/86, ע"א 4889/90, ע"א 2144/91, ע"א 328/88,

## פסק - דין

השופט ד' לוין:

1. בפנינו שני ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (כבוד השופטת מ' נאור) שניתן ביום 25.11.91 בת.א. 179/90. על פי פסקהדין חוייבו המערער בע"א 119/92 (יאיר נחמיה) וארבעת אחיו, שהם המערערים בע"א 110/92 (להלן: "המערערים"), לשלם למשיב (להלן: "המשיב") שכר ראוי בסך 145,800 דולר, כערכם בשקלים ביום הגשת התביעה (12.5.90) בצרוף מס ערך מוסף כחוק, כשסכום זה נושא הפרשי הצמדה וריבית כחוק עד התשלום בפועל, ובצרוף שכר טרחת עורך דין בשיעור 6 מהסכום הפסוק בתוספת מס ערך מוסף. ההשגות של המערערים, בעיקרן, זהות הן ומתעוררות בהם, בשני הערעורים, אותן סוגיות המצריכות התייחסות, על כן יידונו שני הערעורים במאוחד.

## העובדות הצריכות לענייננו

2. ראשיתה של המסכת העובדתית במחצית שנת 1987, עת ביקש קונצרן כור למכור שטח של קרקע והמבנה הבנוי עליה (להלן: "הנכס") אשר יחדיו שימשו מפעל תעשיתי בשם רוטופלס. המפעל אמור היה לעבור למעלה אדומים בחלוף כשנה וחצי. בינתיים החלה כור להתקשר כבר בשלב זה עם גורמים שונים, בהם מתווכים, ולענין אותם בעיסקת מכירת הנכס, ואכן הוגשו לה מספר הצעות מחברות ומגופים שגילו ענין בהצעות.
3. גם אל המשיב, בעל משרד ל"יזום, יעוץ והשקעות" ובן דודם של המערערים - חמישה אחים המנהלים יחדיו מוסך בתלפיות - הגיע מידע בדבר כוונת כור למכור את הנכס. דבר כוונת המכירה נודע למשיב באקראי עת נפגש עם שני מתווכים, חדד וליכטיג שמם, אשר טיפלו יחדיו בעיסקה אחרת. מפי המתווכים הנ"ל שמע המשיב על נכס אחר שהעמידה כור למכירה, אולם המשיב גילה ענין דווקא בנכס הנ"ל, שגם הוא הוצע כאמור למכירה, הן בשל מיקומו האטרקטיבי והן בשל המחיר המוצע אשר להערכתו היה נמוך משוויו הריאלי.
4. בסיועו של ליכטיג, שפעל כמתווך מטעם כור, נפגש המשיב עם אנשים שייצגו בענין דנן את כור במטרה לרכוש את הנכס. המשיב הפנה לכור ולאנשי מחלקת הנכסים שלה הצעה ראשונה בה הציע לרכוש את הנכס ב- 4.8 מיליון דולר. לאחר מכן הגיש שתי הצעות נוספות ומשופרות. בכל אותם השלבים במגעי המשיב עם כור, המערערים טרם היו בתמונת המשא ומתן. את הצעותיו הגיש המשיב על נייר פירמה שלו, מטעמו בלבד וכך הובנו הדברים אצל הנושאים והנותנים עימו.
5. מבחינתו לא תיכנן המשיב לרכוש את הנכס במימון עצמי שלו, שהרי לא היה זה בכוחו לגייס סכום כזה. המשיב ראה, כאמור, את הנכס כאטרקטיבי מבחינת המחיר והמיקום. לסברתו יוכל עד מהרה "לשווק" נכס זה, ברווח ניכר, לקונה אחר. זה היה השיקול המרכזי למעורבותו הנמרצת של המשיב בעיסקה הנדונה.
6. עוד בטרם הכניס המשיב את המערער ואת המערערים האחרים לתמונת המשא ומתן, זכה כבר לאיתותים חיוביים

באשר לסיכויי הצעותיו להתקבל. אומנם בשלב זה עדיין לא התקבלה בכור החלטה מחייבת בדבר מכירת הנכס למשיב דווקא, אולם המלצה של הדרג המבצע בכור, לאשר את הצעת המשיב, היתה כבר.

7. ראשיתם של המגעים בין המשיב לבין המערערים בפגישה שקיימו המשיב ובן דודו גידי (גדעון נחמיה) הנמנה עם המערערים. בפגישה זו נוצר לראשונה הקשר בין המשיב, כמי שנמצא אז בשלבי משא ומתן מתקדמים עם כור ובאמתחתו המלצה של הדרג המבצע לקבל הצעתו לבין המערערים, ובראשם האח הבכור יאיר (המערער), אשר דומה היה כי להם היכולת הכלכלית למימוש העיסקה, שנראתה להם כמלהיבה.

8. מאותו שלב ואילך היו מעורבים במשא ומתן העסקי - כור המשיב והמערערים גם יחד. מידת המעורבות והיקף התרומה של כל אחד מהצדדים לגיבושה הסופי של העיסקה שנקשרה בסופו של דבר הם במוקד חילוקי הדעות שבין בעלי הדין. בתחילה עמדה כאמור על הפרק ההצעה לרכוש מכור את הקרקע והמבנה. את ההצעה העלה המשיב, כאמור, ובשלב הראשוני הוא עמד במרכז ההדברות. אולם בשל דמי היוון גבוהים אשר נדרשו, החליטו בעלי הדין, ובשלב זה גם במעורבות המערערים כולם, לשנות ההצעה ולהמירה בהצעת המערערים כולם לקנות את מניות החברה, וכך לחסוך את דמי ההיוון הנדרשים ולהביא לסיכום חיובי של העיסקה הנרקמת.

בסופו של תהליך זה נמכרו המקרקעין והמפעל כאחד, בדרך של רכישת מניות למערערים והתקשרות זו עוגנה בהסכם עקרונות מיום 24.5.88 ובתוספת לו מיום 9.3.89.

9. בשל עיסקה זו, שנקשרה לבסוף בין המערערים וקונצרן כור, תבע המשיב מבני דודו (המערערים כולם) תשלום שהוגדר על ידו כשכר מוסכם בגין "פעילותו, יוזמתו וטרחתו". תביעתו זו הסתכמה בסך 500,000 דולר בתוספת מס ערך מוסף המהווה לדבריו 10 מערך הנכס. לחילופין תבע המשיב אותו סכום עצמו כשכר ראוי המגיע לו בגין פעולותיו כיזם. לחלופי חילופין תבע את שכרו כמתווך.

10. השופטת המלומדת בדרגה הראשונה הגיעה לכלל מסקנה כי המשיב זכאי לשכר עבור מעורבותו וטיפולו בעיסקה כיזם, אך לא על פי שכר מוסכם שלא הוכח, אלא כשכר ראוי אותו העמידה על סך 145,800 דולר, שהינם 3 מהיקפה של העיסקה על פי הכרעתה, בתוספת מס ערך מוסף, ריבית והצמדה כחוק.

על החיוב בשכר ראוי ובסכום האמור משיגים המערער והמערערים, בכתבי הערעור העומדים בפנינו לדיון.

## פסק דינו של בית המשפט המחוזי

11. על ארבעה יסודות ניצבת הכרעת השופטת המלומדת מהדרגה הראשונה. האחד - המסקנה כי תביעתו הראשונית של המשיב לתשלום שכר מוסכם - דינה להדחות. זאת, כדברי השופטת, משום ש:

> "קבלת טענת התובע בדבר פרטי ההסדר המוסכם לו הוא טוען אפשרית רק אם עדותו היחידה בנקודה זו היא מהימנה. אכן, גירסאותיהם של יאיר וגידי (המערער והראשון מבין המערערים האחרים - ד.ל.) אינן מהימנות ואינן מקובלות עלי, אך הנטל מוטל על התובע, אשר לא שכנע אותי בפרטי ההסדר... הדרישה לשכר מוסכם נדחית, בהעדר אפשרות לסמוך על עדותו היחידה של התובע בדבר פרטי השכר". (הדגשה במקור - ד.ל.).

השני - הקביעה כי העיסקה כפי שנשתכללה לבסוף הינה עיסקה למכירת מניות חברה וכוללת היא בחובה אף את מלוא הזכויות במקרקעין השייכים לחברה אשר מניותיה נרכשו. בלשון השופטת:

> "אין ספק, איפוא, כי מכירת מניות החברה כוללת בתוכה גם את מלוא הזכויות במקרקעין השייכים לה".

השלישי - ההחלטה העולה מעל פני הראיות כי המשיב זכאי לשכר ראוי כיזם בגין פעילותו שהביאה לרכישת הנכס נשוא התביעה. בלשון השופטת:

> "לאור כל האמור אני קובעת כי התובע הוא שגרם, בדרך שתוארה לעיל, לכך שהנתבעים ירכשו (בין השאר) את המקרקעין של החברה... אף שלא הייתי מוכנה לקבל את טענת התובע בדבר פרטי ההסכם שנעשה עמו לטענתו, אני יכולה בהחלט לקבוע, כאמור, כי למצער נאמר לו 'שלא יקופח' דהיינו הובטח לו שכר ראוי בגין פעולתו. אפילו לא נאמרו מילים כאלה, התובע זכאי לשכר בגין שרותים שנתן, בנסיבות בהן היה ברור לכל, כי הוא אינו נותן שרותים אלה כמתנדב, אלא על מנת לקבל שכר".

הרביעי - שיעורו של השכר הראוי, שקביעתו הצריכה התייחסות לשתי השאלות: מהן הפעולות בגינן זכאי המשיב לשכר ראוי, וכיצד יש לאמוד את שיעורו של השכר הראוי ?

בהשיבה לשאלה הראשונה קובעת כבוד השופטת המלומדת כי המשיב זכאי לשכר ראוי עבור אותן פעולות שהביאו לכך שהמערערים רכשו מכור את נכס המקרקעין. אשר לשיעור השכר ולאומדנו קובעת כבוד השופטת כי ראוי שיוצב על 3 בתוספת מס ערך מוסף, משווי העיסקה. בנמקה החלטתה זו קובעת השופטת המלומדת לאמור:

> "הדעת וניסיון החיים מעלים מגוון שלם של עסקאות 'יזמות' בין שסופן הקמת חברה ובין שסופן עשיית עסקה כזו או אחרת. מכל מקום - בהעדר תשתית לכך - איני מוכנה לקבל כי יש נוהג אחיד בענין אחוזים מהעסקה להם זוכה יזם... אני סבורה עם זאת שבקביעת שכר ראוי בנסיבות שבפנינו ניתן להסתייע כקו גבול תחתון באחוזים שמקובל לשלם למתווך... למתווך מקובל לשלם שני אחוזים".

ועוד:

> "ענין לנו, איפוא, בנושא שבאמדנא - שכר ראוי. ציינתי כי כקו גבול תחתון ניתן להעזר בשכרו של מתווך, אך שכרו של התובע צריך לעלות על שכר זה. כשאני מעמידה את האחוז המקובל לגבי דמי תיווך - 2 + מע"מ כקו הגבול התחתון, אני סבורה שקביעה ששכרו הראוי של התובע יעמוד על 3 + מע"מ משווי העיסקה, תהיה קביעה הולמת...".

12. דעתם של המערערים אינה נוחה מהממצאים העובדתיים שנקבעו על ידי הדרגה הראשונה ומהיישום של הדין עליהם, ומכאן השגותיהם.

## עיקר טענות בעלי הדין בערעור

13. המערערים טוענים כי טעתה הדרגה הראשונה בקביעתה העובדתית והמשפטית עת מצאה את המשיב זכאי לשכר ראוי במובנו של סעיף 46 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג1973-, שזו לשונו:

"46. חיוב לתשלום בעד נכס או שירות שלא הוסכם על שיעורו, יש לקיים בתשלום של סכום שהיה ראוי להשתלם לפי הנסיבות בעת כריתת החוזה".

לחילופין יש בפי המערערים טענות המתייחסות לשיעור השכר הראוי שנפסק ולדרך קביעתו. אשר לזכאות המשיב לשכר ראוי כיזם, טוענים המערערים כי אין לראות בפעולותיו של המשיב פעולות יזמות, שכן אין הן עולות בקנה אחד עם איפיונים אשר צוינו בפסיקה כמשקפים פעולתו של יזם כגון: גילוי רעיון או תוכנית עיסקית, חקירה בדבר הכדאיות של הרעיון והקמת חברה לרבות גיוס הון ראשוני, כוח אדם וכדומה (ראה: ע"א 262/86 רוט ואח' נ' DEAK C0. חאו', פ"ד מה(2) עמ' 353, בעמ' 354 מפי כבוד השופט בך). לטענת המערערים, על פי איפיונים אלה, אין לראות במשיב יזם, אלא, אם בכלל, מתווך המבקש שכר על פעולת תיווך שלו. המשיב, לסברתם, אינו יזם, שכן בפעילותו בנושא חסרים אותם מרכיבים נדרשים של "תכנית עסקית", של "חקירת כדאיות כלכלית" - של יזום. עוד מוסיפים המערערים וטוענים כי העיסקה, שבסופו של דבר השתכללה, לא היתה עיסקת מקרקעין אותה תיווך המשיב, אלא עיסקה מקיפה יותר במניות שבגינה לא היה זכאי המשיב לכל תגמול שהוא. עוד מוסיפים המערערים וטוענים, אפילו צדקה כבוד השופטת המלומדת בדרגה הראשונה אשר לזכאות המשיב לשכר ראוי, עדיין טעות היתה בידה הן באשר לבסיס העיסקה, אותו צריך היה להעמיד על סכום נמוך בהרבה, והן באשר לשיעור שנקבע (3), אשר לטענתם הינו שיעור גבוה עד לכדי הפרזה.

14. מנגד טוען המשיב כי הן ההגיון המשפטי והן מכלול הראיות מצדיקים ומבססים את פסיקת השופטת המלומדת. לטענתו, עת קבעה זכאותו לשכר ראוי כיזם, נסמכה כבוד השופטת הן על מבחן פנימי - סוביקטיבי - לפיו ראו המערערים את תפקידו של המשיב בעיסקה ככזה המזכה בשכר, והן על נסיבות חיצוניות - אוביקטיביות - מכוחן היה על המערערים להסיק כי בנותנו שירותיו לעיסקה לא פעל כמתנדב, אלא על מנת לקבל שכר. עוד מוסיף המשיב וטוען, אשר לשאלת השתכללותה של עיסקת המקרקעין, כי על פי מסמך העקרונות אשר נחתם ביום 24.5.88 והתוספת להסכם, רכשו המערערים את הזכויות במפעל ובמקרקעין כאחד, כלומר, עיסקת המניות כללה בנוסף למרכיב רכישת המקרקעין מרכיב נוסף והוא רכישת הזכויות במפעל. אשר על כן, טוען המשיב, כי לא יעלה על הדעת כי בעובדה שלפנינו עיסקה בהיקף רחב יותר הכוללת מרכיב נוסף יהא כדי לשלול את פעילותו של המשיב ואת הקשר הסיבתי שבין פעילותו לרכישת המקרקעין על ידי המערערים, כפי שיצאה לפועל בסופו של דבר.

לבסוף תומך המשיב בשיעור השכר הראוי אשר נפסק לו. לטענתו, נכונה פסיקתה של כבוד השופטת המלומדת באשר הערכתה מעוגנת היטב בחומר הראיות שנשמע בפניה בקשר לפועלו.

## שיכלולה של עיסקת המקרקעין

15. שלושה הם המסמכים המהותיים המשקפים את התהוות העיסקה.

(א) "זכרון דברים" לרכישת נכס המקרקעין מיום 11.12.87.

(ב) "מסמך העקרונות לחתימת הסכם מפורט לרכישת החברה והמפעל" מיום 24.5.88.

(ג) "תוספת להסכם" מיום 9.3.89.

בזכרון הדברים הותירו המערערים לעצמם "פתח מילוט" מכל העיסקה. פתח מילוט זה מצוי בתוספת בכתב יד לסעיף 10 לזכרון הדברים הנזכר ואשר בו מציינים המערערים כי:

"רכישת המקרקעין תהיה ברת תוקף רק לאחר שהקונים יאשרו הסכמתם לתשלום דמי היוון שידרשו על ידי מינהל מקרקעי ישראל...".

ואכן, בתחילת שנת 1988 הסתבר כי דמי ההיוון שנדרשו מאת מינהל מקרקעי ישראל גבוהים בהרבה מהערכותיהם המוקדמות של המערערים ואשר על כן מציבים הם בפניהם קושי רב באשר להשלמת עיסקת מכירת הנכס במתכונתה המקורית.

אי לכך, משלא אישרו הקונים המיועדים את הסכמתם לתשלום דמי ההיוון בא לעזרם אותו סעיף מילוט אותו הותירו בזכרון הדברים וללא התרחשויות נוספות אכן לא היתה עיסקת רכישת הנכס נכנסת לתוקף.

אולם, לא כך עשו, אלא במודע המשיכו בתהליך של משא ומתן שהסבו אותו למסלול חדש - מסלול רכישת המניות.

על רקע זה נחתם "מסמך העקרונות" ב- 24.5.88 ונעשתה "התוספת להסכם", שנחתמה ב- 9.3.89 ואשר יחדיו מהווים ראש גשר ו"יישור קו" עם זכרון הדברים, כפי שמכנה זאת כבוד השופטת המלומדת מן הדרגה הראשונה. אכן, באותה תוספת להסכם נזכרים שני ההסכמים הקודמים לה בזמן ונקבע כי:

"בדעת הצדדים להשלים את מחויבויותיהם שעל פי זכרון הדברים והמסמך בכפוף לאמור להלן בתוספת להסכם זה".

כמו כן, בסעיף 20 לתוספת זו להסכם נקבע במפורש כי:

"... התשלומים ששילמו הקונים בפועל עד ליום חתימת תוספת להסכם בצרוף תשלום התמורה יהוו התשלום הסופי בעד רכישת מלוא הזכויות בחברות ובמקרקעיהן על ידי הקונים". (ההדגשה שלי - ד.ל.)

על פי אלה דעתי היא כי צדקה השופטת המלומדת בקביעתה שהמערערים אישררו למעשה את זכרון הדברים ורוחו, וכי מכירת מניות החברה כוללת בתוכה גם את מלוא הזכויות במקרקעין השייכים לה. סבורני כי במקרה כגון דא, כשבאים לשקול תרומתו של מאן דהוא להשלמתה המוצלחת של עיסקה נרקמת, עדיפה ההתבוננות במהותה הכלכלית של העיסקה ובמידה בה מגשימה מהות כלכלית זו את כוונתם המקורית של הצדדים, על פני התבוננות חד ממדית בתבניתה המוגמרת של

העיסקה, שהרי זו, בסופו של משא ומתן, היא פרי התמקחות לגבי דרך עיצובה של העסקה, אך בלא שתשתנה הכוונה המקורית של המתקשרים. זכאות המשיב לשכר ראוי כיזם

16. את טענותיהם באשר לקביעתה של השופטת המלומדת כי המשיב זכאי לשכר ראוי כיזם בשל היותו גורם פעיל ודומיננטי בקשירת העיסקה, סומכים המערערים על שני נדבכים: העובדתי - אשר רובו ככולו במוצגים, ראיות והתרשמות, והמשפטי - אשר עיקרו ניסיון לקעקע הצגתו של המשיב כיזם הזכאי לשכר ראוי בגין יוזמתו. טענות אלה דינן להדחות.

17. אשר לנדבך העובדתי - הלכה היא מלפנינו שאין דרכו של בית משפט בשבתו בערעור להתערב בקביעות עובדתיות של הדרגה הראשונה, אלא אם כן עולה מעל פני הדברים טעות חמורה ובסיסית בהערכת הראיות או בהתייחסות אליהן. (ראה לאחרונה: ע"א 4889/90 אוסטרובסקי נ' מנהל מס ערך מוסף גבעתיים, טרם פורסם, עמ' 4 לפסק הדין).

איני רואה עילה להתערבותנו במקרה דנן, שכן קביעותיה העובדתיות של השופטת המלומדת מעוגנות היטב בחומר הראיות, והן במידה רבה גם תוצאה של התרשמות בלתי אמצעית מהעדים.

18. אשר לנדבך המשפטי, לדמותו של היזם כפי שנצטיירה בפסיקה ולמידת התאמתו של המשיב לקווי אופי אלה, מן הראוי להרחיב מעט את הדיבור. אכן, כפי שציין כבוד השופט בך בע"א 262/86 הנ"ל, הן תופעות ה"יזמות" והן ההגדרה המשפטית של "היזם" אינן ברורות כל צרכן, ואף כי חלף זמן מאז נכתבו שורות אלה טרם בא מושג זה לבירור משפטי וסטטוטורי מפורט די הצורך.

לא זו אף זו, גם מקום בו מצינו בפסיקה ובספרות המשפטית נסיונות להגדיר המושגים "יזם" או "יזמות", הרי הם בעיקרו של דבר בהתווית קווי האופי והקשרה המסוים של יוזמה להקמת חברות - בין שתהיינה חברות קטנות, ובין שמדובר בתאגידי ענק (וראה: ע"א 262/86 הנזכר כמו גם ספרות עניפה כגון: י' כהן, דיני חברות, עמ' 95-127; א' פרוקצ'יה, דיני חברות חדשים לישראל (המכון למחקרי חקיקה ומשפט השוואתי על שם הרי סאקר) תשמ"ט, עמ' 182, ו- י' גרוס, "הניתן לקבוע מיהו יזמה של חברה" ?, הפרקליט כו, (תש"ל) עמ' 230). על כן החלה אוטומטית של קווי האופי אשר ניתנו למושג "יזם" (כגון: גילוי רעיון או תכנית עסקית וחקירה בדבר הכדאיות של הרעיון) על המשיב, אשר חסר כל מעורבות בהקמתה או בייזומה של חברה חדשה, תהא לא ראויה באשר חוטאת היא למציאות העיסקית - כלכלית שלפנינו.

בבואנו לבחון דמותו של המשיב כיזם, בפרט ככל שדנים אנו ביזם אשר ענין לו בעיסקאות מכר מקרקעין, נותרים אנו כשבידנו, לכל היותר, ניסיון החיים והגיונן המסחרי של העיסקה.

בראיית דברים זו וגם מתוך התיחסות למאפיינים המקובלים שעמדתי עליהם, סבורני כי ההגיון המסחרי, הצעותיו המשופרות של המשיב שהביאו לקידום העיסקה, העירנות שגילה למרכיבי העיסקה וקביעת המסגרת המשפטית שהביאה לחסכון משמעותי במס ערך מוסף - בכל אלה יש כדי להציב את המשיב, כאדם אשר עיסוקו ביזמות, כמי שאכן הכשיר הקרקע וסלל, בפעולותיו, את הדרך לחתימה על העיסקה בין המערערים לבין קונצרן כור. לפיכך זכאי הוא, על פי סעיף 46 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג1973-, לשכר ראוי העולה על שכרו של מתווך - והעולה לכדי שכר ראוי כיזם. (וראה רוח הדברים אצל: פרופ' ד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט, הוצאת בורסי 1982, עמ' 131).

## שִׁיעורו שֶׁל השָׂכר הראוי לו זכאי המשִׁיב כיזם

19. בבואה להכריע בשאלת שיעורו של השכר הראוי לו זכאי המשיב כיזם קובעת כבוד השופטת המלומדת, באין בפניה אומדן אוביקטיבי, נקודת מוצא לשכר הראוי בשכר המקובל לשלם למתווך - שיעור המגיע לפי קביעתה כדי 2 משווי העיסקה בתוספת מס ערך מוסף, זאת בגבול התחתון. לכך ראתה להוסיף 1 נוסף בשל פעולת היזמות שהיא מורכבת יותר. אכן, כפי שהנחה כבוד הנשיא שמגר בהלכה אשר יצאה מלפנינו זה לא מכבר (ע"א 2144/91 מוסקוביץ ו - REALTY CO 58 נ' אסתר ביר, טרם פורסם) (ראה: תק- על כרך 94(2) תשנ"ד-תשנ"ה - 1994 עמ' 1433) הדרך הנכונה בה ראוי שיבחר המבקש להתחקות אחר שיעורו הנכון של השכר הראוי למתווך וליזם הינה דרכו של סעיף 26 לחוק החוזים - היינו "לפי הנוהג המקובל בחוזים מאותו סוג". (ראה גם: ע"א 392,328/88 יצחק סובינסקי נ' צוותא ו- 16 אח', לא פורסם, ראה בתק- על כרך 90(2) תש"ן-תשנ"א, עמ' 584). אשר על כן, צדקה השופטת המלומדת משביססה את קביעתה על הנוהג המקובל ובקובעה כי הנוהג המקובל בחוזים מסוג זה שלפנינו, דהיינו שכר ראוי המשקף אחוז מסויים משווי העיסקה.

אולם בבקשנו היום אחר הנוהג המקובל מונחים אנו אף בענין זה באותה ההלכה הנזכרת לעיל אשר בה קבע כבוד הנשיא שמגר כי: "שכר ראוי למתווך בעל מוניטין, מקום בו מדובר בשורה של פגישות במועד כריתת חוזה התיווך... הינו אחוז אחד מערך הנכס... ניתן לקבוע כי שיעור של אחוז אחד בעיסקאות גדולות הוא המקובל בשוק".

20. כך, בענייננו כשבוחנים אנו עיסקה אשר היקפה רחב ושוויה רב (כ- 5 מיליון דולר) סבורני כי נכון יהיה לקבוע כי השיעור הנכון אותו יש להציב כ"גבול תחתון" יהא אחוז אחד משווי העיסקה שהוא שיעור דמי התיווך בעסקות כאלה. בענייננו משהמשיב פעל כיזם, תרומתו עולה על תרומת מתווך מן השורה. על כן יש לדעתי להציב את שיעור שכרו הראוי על 2 משווי העיסקה אותו יש להותיר ללא שינוי (4,860,000 דולר) בתוספת מס ערך מוסף.

21. אשר על כן, הערעור יתקבל באופן חלקי בלבד במובן זה ששכרו הראוי של המשיב יועמד על 97,200 (דולר) שהינם 2 משווי העיסקה. מסכום זה ינוכה סך של 23,750 דולר בגין סכום שלווה המשיב מהמערערים. הנה כי כן, הסכום לתשלום הינו 73,450 דולר כערכם בשקלים ביום הגשת התביעה בפני הדרגה הראשונה (12.5.90). על סכום זה יתווסף מס ערך מוסף כחוק. מיום הגשת התביעה בפני הדרגה הראשונה ישא הסכום הפרשי הצמדה וריבית כחוק, עד לתשלום בפועל.

המשיב ישא בהוצאות המערער בע"א 119/92 ובערעור המערערים בע"א 110/92 בערכאה זו בסך -5,000 ש"ח לכל אחד.

השופט ג' בך:

אני מסכים.

השופט א' מצא:

אני מסכים.

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ד' לוין.
ניתן היום, י"ב בתמוז תשנ"ה (10.7.95).
----- סוף פסק הדין -----

בפני: כבוד השופטת אסתר חיות

ת"א 2274/98

# פרופ' דרור צוקרמן נגד אליעזר פישמן

## אזכורי חקיקה:

חוק בתי המשפט [נוסח משולב]
חוק בתי המשפט [נוסח משולב] 79א

## אזכורי פסיקה:

ע"א 110/92, ע"א 262/86

## פסק דין

## מבוא

1. תחילתו של ההליך שבכאן בתביעה שהגיש התובע (להלן – "פרופ' צוקרמן"), ובה עתר לחייב את הנתבעים במתן חשבונות ובמסירת מסמכים בכל הנוגע לעיסקת זכיון שנקשרה במרץ 1998, בין הנתבעת 3 (להלן – "Ikea") ובין הנתבעת 2 (להלן – "הריבוע הכחול"), לפיה הפכה הנתבעת 5, מייסודה של קבוצת הריבוע הכחול (להלן – "החברה הזכיינית"), לבעלת הזכיון להקמה ולניהול של חנות הרהיטים Ikea בישראל.

עם הנתבעים, על פי כתב התביעה, נמנה גם הנתבע 1 (להלן – "פישמן"), אשר אמנם לא התקשר בסופו של דבר בהסכם הזכיון עם Ikea, אך היה צד פוטנציאלי להסכם הזכיון, בנסיבות שיתוארו להלן.

כמו כן, נמנית עם הנתבעים האגודה השיתופית, הנתבעת 4 (להלן – "האגודה השיתופית"). האגודה השיתופית שייכת לקבוצת הריבוע הכחול, וצורפה לכתב התביעה, לאחר שביולי 2000 רכשה מאת הריבוע הכחול את כל מניותיה בחברה הזכיינית.

בתביעתו עתר פרופ' צוקרמן עוד לכך שעל יסוד החשבונות והמסמכים שימסרו לעיונו, יחייב בית המשפט את הנתבעים לשלם לו את שוויין של הזכויות, אשר לטענתו מגיעות לו בחברה הזכיינית, על פי התחייבותם של פישמן ושל הריבוע הכחול כלפיו, וכן את סך נזקיו והפסדיו בגין מעשיהם או מחדליהם של הנתבעים כולם, להם ייחס פרופ' צוקרמן בכתב התביעה ניהול משא ומתן וחוסר תום לב, גרם הפרת חוזה, גזל, הפרת חובות אמון ועשיית עושר ולא במשפט, במהלכיהם ובהתנהגותם כלפיו בכל הנוגע לעיסקת הזכיון.

לחלופין, עתר פרופ' צוקרמן לכך שבית המשפט יחייב את הנתבעים לשלם לו דמי תיווך ראויים, בגין פעילותו ומאמציו לקשירת הסכם הזכיון שבנדון.

לצורכי אגרה, ובהיות התביעה תביעה למתן חשבונות, העמיד פרופ' צוקרמן את סכום התביעה המשוער, בעת הגשתה, על סך של 2,200,000 ₪.

2. בישיבת יום 20.12.00 הודיעו הצדדים, כי הגיעו להסכמה לפיה תוכרע התביעה על דרך הפשרה לפי סעיף 79א' לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד – 1984 (להלן – "חוק בתי המשפט"), ובהתאם למוסכם, הקציתי מועדים להגשת עיקרי טיעון ומסמכים נוספים, וכן קבעתי מועד לצורך שמיעת טיעונים משלימים בעל פה על דרך הפשרה, כאמור.

מרבית הטיעונים המשלימים בעל פה נשמעו ביום 15.3.01, ויתרת הטיעונים המשלימים בעל פה נשמעה ביום 26.6.01.

## העובדות שאינן שנויות במחלוקת

3. Ikea הינה חברה בינלאומית לייצור ושיווק רהיטים, שמרכז עסקיה בהולנד. Ikea פועלת, בין היתר, באמצעות מתן זכיונות לגורמים שונים, לצורך הקמת חנויות ברחבי העולם לשיווק מוצריה.

באוקטובר 1995 פנה פרופ' צוקרמן אל Ikea והתעניין באפשרות לקבל, יחד עם קבוצת אנשי עסקים, זכיון להקמת חנויות לשיווק מוצרי Ikea בישראל (ר' נספח א' לעיקרי הטיעון מטעם התובע).

פרופ' צוקרמן היה באותה עת, והינו גם כיום, מרצה בפקולטה למינהל עסקים באוניברסיטה העברית בירושלים, העוסק, בנוסף לפעילותו האקדמית, גם ביזמות עסקית ובמתן ייעוץ מקצועי לגופים עסקיים.

באותו שלב טרם השלימה Ikea את בדיקות הכדאיות הנוגעות לשוק הישראלי, ועל כן, נענתה פנייתו של פרופ' צוקרמן על ידי Ikea בכך שהנושא נמצא בבדיקה, וכי לאחר שתתקבל החלטה בענין, תזכה פנייתו להתייחסות כיתר הפונים בנדון (ר' נספח ב' לעיקרי הטיעון מטעם התובע).

בפברואר 1997 חזרה Ikea ופנתה אל פרופ' צוקרמן והודיעה לו, כי סיימה את בדיקותיה בנוגע לשוק הישראלי והחליטה לחפש זכיין מתאים להקים ולהפעיל חנות של Ikea באיזור תל אביב או סביבותיה.
באותה פנייה נתבקש פרופ' צוקרמן לעדכן את Ikea האם יש לו עדיין עניין בזכיון, וכן נתבקש להציג תוכנית להקמת העסק הזכייני בישראל, פרטים על החברה והצגת השותפים, שאותם מתכוון פרופ' צוקרמן לכלול בצוות חברת הזכיון.

פרופ' צוקרמן התבקש להשיב על פנייה זו עד סוף חודש פברואר 1997.

מכתבה הנ"ל של Ikea מפברואר 1997, צורף כנספח ג' לעיקרי הטיעון מטעם התובע.

בדיעבד ידוע, כי מתוך 160 הגורמים שפנו אל Ikea לצורך קבלת זכיון בישראל, נענו על ידי Ikea, בנוסח הדומה לנספח ג', עשרה מועמדים בלבד וביניהם, כאמור, פרופ' צוקרמן.

4. אין חולק, כי הן בעת שפנה לראשונה אל Ikea בשנת 1995, והן בעת שקיבל את מכתבה של Ikea, נספח ג', טרם אורגנה על ידי פרופ' צוקרמן קבוצה כלשהי של אנשי עסקים, אותה יכול היה להציג בפני Ikea, כנדרש במכתב נספח ג'.

יודגש, כי עובדה זו לבדה, אין בה כדי לשלול מפרופ' צוקרמן את מעמדו כיזם בעיסקת הזכיון, וכבר פסק בית המשפט העליון כי תופעות היזמות וכן ההגדרה המשפטית של "היזם", אינן ברורות כל צרכן.

בספרות המשפטית נקבעו, אמנם, מספר מאפיינים לפעילותם של יזמים, אך בית המשפט העליון נכון היה להכיר במעמדו של בעל דין כיזם, גם באותם מקרים שבהם לא מילא אחר מלוא המאפיינים האמורים, אלא אחר חלק מהם בלבד.

כך למשל, דן בית המשפט העליון בתובע, שהוכר כיזם ונפסק לו שכר כיזם, למרות שמלכתחילה ברור היה כי החל לפעול בקשר לעיסקה מבלי שהיתה לו כוונה כלשהי לרכוש בעצמו את הנכס נשוא העיסקה, ומבלי שעמדו לרשותו המשאבים המתאימים, ופעולות הייזום שלו התמצו בגילוי ההזדמנות העסקית האטרקטיבית, וכן בהכשרת הקרקע ובסלילת הדרך, בפעולותיו, לחתימת העיסקה בין המערערים ובין קונצרן כור (ר' ע"א 110/92 ו- 119/92 גדעון נחמיה ואח' נ' בני נחמיה (לא פורסם), וכן ר' ע"א 262/86 רוט נ' Deak And Co. Inc ואח', פ"ד מה (2) 353).

5. במקרה שלפנינו, פנה פרופ' צוקרמן, עם קבלת המכתב נספח ג', אל פישמן, ולצורך כך, חבר אליו פרופ' יורם קרול, אף הוא מרצה באוניברסיטה העברית בירושלים (להלן – "פרופ' קרול"), שהכיר את פישמן אישית, ושניהם עניינו את פישמן בהזדמנות העסקית העומדת על הפרק, להתמודד על קבלת הזכיון של Ikea בישראל.

פישמן גילה עניין בעיסקה, ובשל שותפות עסקית שהיתה קיימת באותה עת בינו ובין הריבוע הכחול בענף הרהיטים, במסגרת חברה לשיווק רהיטים ממותגי I.D. Design (להלן – "I.D."), פנה פישמן אל הריבוע הכחול והציע לה להצטרף ליוזמה המוצעת.

באותו שלב שלחו פרופ' צוקרמן ופרופ' קרול מכתב אל פישמן (ר' נספח כ"ו לעיקרי הטיעון מטעם התובע), ובו העלו על הכתב, כדבריהם, את העקרונות שגובשו בינם ובין פישמן לגבי עיסקת הזכיינות. מכתב זה נושא תאריך 27.2.97, ובשל חשיבותו יצוטט להלן כלשונו:

27.2.97"

לכבוד
אליעזר פישמן
פישמן אחזקות

לאליעזר שלום רב,

בהמשך לשיחתנו מיום 26.2.97, הרינו מעלים על הכתב את העקרונות שגובשו בינינו לגבי הצעתנו לקבלת זכיינות מטעם חברת Ikea.

(א) תמורת היזמות שלנו וקידום ההצעה שתוגש לחברת Ikea, אנו נקבל 6% מהון המניות של החברה שתיוסד לצורך ההקמה וההפעלה של החנות באזור תל אביב.

(ב) יהיה לנו נציג אחד במועצת המנהלים של החברה שתוקם.

(ג) במידה ותהיה התרחבות של Ikea לאזורים נוספים בארץ חלקנו יהיה ברמה זהה.

נודה לך באם תאשר בחתימתך את העקרונות המפורטים לעיל.

בכבוד רב,

(-) (-)

_____ _____

דרור צוקרמן יורם קרול".

פישמן לא אישר בחתימתו את האמור במכתב הנ"ל, למרות שנתבקש לעשות זאת. אמנם, פישמן אינו מתכחש לכך שהושג באותו שלב סיכום עקרוני בדבר זכויות שיוענקו לפרופ' צוקרמן ולפרופ' קרול בחברה הזכיינית, אם וכאשר תקשר העיסקה, אך לטענת פישמן, הזכויות שעליהן סוכם אינן הזכויות שפורטו במכתב הנ"ל.

גירסתו של פישמן באשר למה שסוכם בינו ובין פרופ' צוקרמן ופרופ' קרול בפברואר 1997, הוצגה על ידו בדיעבד באמצעות באי כוחו, במכתבם מיום 3.12.97 (ר' נספח י"ט 11/ לעיקרי הטיעון של התובע), ולפיה סוכם כי:

"מר פישמן יפעל לכך ש- 3% מחלקה של חברת פישמן ב- Equity של החברה הזכיינית, לאחר החזר הלוואות, הלוואות בעלים וריבית, יוקנו לפרופ' צוקרמן ו- 3% נוספים כאמור לפרופ' קרול... מר פישמן אף לא התחייב להיותם של ה"ה קרול וצוקרמן פטורים מהשקעת חלקם היחסי ואף לא לשריון מושב בדירקטוריון למי מהם או מטעמם" (ר' סע' 2 למכתב הנ"ל).

6. ביום 28.2.97, שלח פרופ' צוקרמן ל-Ikea הצעה ראשונית לקבלת הזכיון בישראל. הצעה זו הוגשה על ידי "פישמן אחזקות", "הריבוע הכחול" ו"אלפא 2000".

מכתב הלוואי שאליו צורפה ההצעה הראשונית האמורה, נכתב על נייר מכתבים שכותרתו "אלפא 2000 ניהול ולוגיסטיקה", ועל גבי ההצעה הציג עצמו פרופ' צוקרמן כמנהל כללי של אלפא 2000.
אין מחלוקת, כי אלפא 2000 אינה מאוגדת באופן כלשהו כתאגיד על פי דיני מדינת ישראל, ולדברי פרופ' צוקרמן, שימש אותו השם "אלפא 2000" ככותרת ארגונית בלבד.

כמו כן, אין מחלוקת כי טיוטת ההצעה הראשונית הועברה על ידי פרופ' צוקרמן לפישמן וכן לנשיא ויו"ר הריבוע הכחול, בטרם נשלחה ל- Ikea.

ההצעה הראשונית וכן המכתב, לפיו הועברה טיוטת ההצעה אל הגורמים הנ"ל בטרם נשלחה, צורפו כנספחים ד' ו- ה' לעיקרי הטיעון של פרופ' צוקרמן.

7. במכתבו מיום 1.3.97 (נספח ו' לעיקרי הטיעון מטעם התובע), הודיע פרופ' צוקרמן לפישמן ולריבוע הכחול, כי נציגי Ikea מתעתדים להגיע ארצה לקראת סוף חודש מרץ 1997, על מנת לבדוק מקרוב את ההצעות שקיבלו, ממציעים שונים שאליהם פנו.

פרופ' צוקרמן פעל בשיתוף פעולה עם פישמן והריבוע הכחול, לצורך הכנת הביקור האמור, שהתקיים במחצית אפריל 1997 (ר' מסמכי הכנה ותיאום לקראת הביקור, נספחים ו' – י"ד לעיקרי הטיעון של התובע).

לאחר אותו ביקור, שלח פרופ' צוקרמן מכתב תודה ל- Ikea, וציין בפניה כי כל מגעים בעתיד הנוגעים לעניינים מקצועיים וטכניים, יתנהלו מטעם "הקבוצה" על ידי מר יעקב גלברד, נשיא ויו"ר הריבוע הכחול (ר' המכתב נספח ט"ו לעיקרי הטיעון מטעם התובע).

8. בחודש יוני 1997 הוזמנו פישמן והריבוע הכחול, כמו גם מציע נוסף שאינו קשור לתביעה זו, על ידי Ikea לאמסטרדם, לצורך ניהול משא ומתן בעיסקת הזכיון.

במכתבו מיום 30.5.97 (ר' נספח י"ז לעיקרי הטיעון מטעם התובע), הודיע פרופ' צוקרמן, כי לא יוכל להשתתף במפגש באמסטרדם, בשל "התחייבויות אקדמיות", אך לדברי Ikea פרופ' צוקרמן לא הוזמן מלכתחילה לאותו מפגש, ואין להוציא מכלל אפשרות, כי לא הוזמן בשל מכתבו הקודם, נספח ט"ו, בו הפנה את ikea אל מר גלברד לצורך המשך המגעים.

מכל מקום, במהלך הפגישות שהתקיימו באמסטרדם ביוני 1997, הבהירה Ikea את עמדתה, כי לא תסכים להעניק זכיון לכל גורם אשר יש לו, במישרין או בעקיפין, אינטרס כלשהו ב- I.D, וזאת בשל העובדה שחברה זו הינה חברה מתחרה של Ikea.

9 עם שובו לישראל, עדכן פישמן את פרופ' צוקרמן ופרופ' קרול בהתפתחות החדשה, ובכך שלנוכח דרישת Ikea לניתוק בעלי הזכיינות מחברת I.D, יהיה צורך בהשגת הסכמות מתאימות בין פישמן ובין הריבוע הכחול, שיתקבלו על דעתה של Ikea.

הכיוון שהסתמן כבר אז היה שהריבוע הכחול היא שתהיה בעלת הזכיון, ואילו פישמן ישאר הבעלים של I.D..

בעקבות התפתחות זו, ניסחו פרופ' צוקרמן ופרופ' קרול מסמך שכותרתו "סיכום העקרונות שהושגו בין אליעזר פישמן, דרור צוקרמן ויורם קרול בפגישתם מיום ה- 24.6.97", ובו נאמר:

"(א) הסיכומים המפורטים להלן בסעיפים (ב) + (ג) הינם בהמשך לסיכומים שהושגו בין הצדדים בפגישתם מיום 26.2.97 (ראה נספח א').
(ב) מאחר ובשלב הראשון תוענק הזכיינות של חברת Ikea לריבוע הכחול בלבד, (וזאת לאור דרישת חברת Ikea לניתוק בעלי הזכיינות מחברת אי. די. דיזיין), ישולם לנו ע"י חברת הריבוע הכחול, תמורת היזמות שלנו וקידום ההצעה שהוגשה לחברת Ikea, סכום השווה ל- 3% משוויה של חברת הזכיינות של Ikea בישראל.
(ג) לפישמן אחזקות קיימת אופציה לארבע שנים לקבלת 50% בחברת הזכיינות של Ikea בישראל, וזאת באם ימולאו דרישותיה של חברת Ikea.
במידה ופישמן אחזקות אכן תממש את האופציה העומדת לרשותה היא תקצה לנו את יתרת 3% שהובטחו לנו כמפורט במכתבנו מיום 27.2.97.

במידה ופישמן אחזקות לא תנצל את האופציה העומדת לרשותה לקבלת 50% בחברת הזכיינות במהלך ארבעת השנים הבאות, אזי חברת הריבוע הכחול תשלם לנו את יתרת 3% שהובטחו לנו, וזאת בהתאם לשוויה הכלכלי של החברה" (ר' נספח כ"ט ט' לעיקרי הטיעון של התובע).

מסמך זה נשלח על ידי פרופ' צוקרמן ופרופ' קרול לפישמן, במצורף למכתבם מיום 29.6.97, בו הוסיפו שולחי המכתב "מס' נקודות, עדכונים והבהרות" כדלקמן:

"(א) התמורה הכספית שתתקבל מן הריבוע הכחול בסך 3% משוויה של חברת הזכיינות של Ikea בישראל (ראה סעיף (ב') במסמך סיכום העקרונות המצורף), תשקף את שוויה הכלכלי המלא של החברה, כולל מוניטין ופוטנציאל התרחבות בעתיד.
(ב) שלושת האחוזים הנותרים שהובטחו לנו (ראה סעיף (ג') במסמך העקרונות המצורף) יעמוד לרשותנו מייד עם הקמת חברת הזכיינות, וזאת בכפוף להסכם העקרונות.
(ג) תהיה לנו חברות בדירקטוריון חברת הזכיינות, כפי שהוסכם בפגישתנו מיום 26.2.97" (ר' נספחים כ"ט ו- ל' לעיקרי הטיעון מטעם התובע).

פרופ' צוקרמן ופרופ' קרול לא שלחו העתק מנספחים כ"ט ו- ל' לריבוע הכחול, למרות שמירב ההתחייבויות המפורטות במסמכים אלה, חלות, למעשה, על הריבוע הכחול.

פרופ' צוקרמן טוען בתביעה, כי כבר בפגישה מפברואר 1997 אמר לו פישמן כי הריבוע הכחול ייפתה את כוחו להגיע לסיכומים גם על דעתה.

ממכתבו של פרופ' צוקרמן, נספח ל"א לעיקרי הטיעון שלו, עולה, עם זאת, כי יעקב גלברד, נשיא ויו"ר הריבוע הכחול, הבהיר לו עוד ביום 30.5.97, ובטרם נוצרה מחלוקת כלשהי בין הצדדים, כי אינו מודע כלל לסיכומים שהושגו עם פישמן בענין זכויותיהם של פרופ' צוקרמן ופרופ' קרול בחברה הזכיינית, ובמכתב באי כוחו (נספח יט/ 11 לעיקרי הטיעון של התובע) מציין גם פישמן, בסע' 3 ו- 4, כי בסיכומיו עם פרופ' צוקרמן ופרופ' קרול פעל וימשיך לפעול בשם עצמו וכי לא היה מעורב ביציקת תוכן כלשהו לקשר ביניהם ובין הריבוע הכחול.

10. בעקבות דרישת Ikea, הגיעו פישמן והריבוע הכחול ביניהם להסכמה, לפיה תועבר מלוא הבעלות ב- I.D. לפישמן והריבוע הכחול תקבל את הזכיון של Ikea. הסכמה זו, בנוסחה הסופי, לא כללה אופציה לפישמן להצטרף לחברה הזכיינית, ותמורת הויתור על זכויותיו בחברה הזכיינית, שילמה הריבוע הכחול לפישמן סך השווה ל- 1.1 מיליון דולר, בנוסף להעברת מלוא הזכויות ב- I.D. לבעלותו, הכל כמפורט בהסכמי ההפרדה שנחתמו בין פישמן לריבוע הכחול ביום 15.3.00 (נספחים ט"ז ו- י"ז לעיקרי הטיעון מטעם פישמן).

הקשיים שהתעוררו במשא ומתן עם Ikea, כתוצאה מדרישתה בענין ניתוק הזכיין מאינטרס כלשהו ב- I.D, השליכו, כאמור, ישירות על מעמדם של פרופ' צוקרמן ופרופ' קרול בעיסקה הנדונה.

בניגוד לפישמן, אשר מעולם לא התכחש להתחייבותו להעניק להם זכויות בחברה הזכיינית (בכפוף למחלוקת על מהות הזכויות), הריבוע הכחול לא ראתה עצמה מעולם מחוייבת באופן כלשהו לפרופ' צוקרמן ולפרופ' קרול, בהם ראתה גורמים הקשורים לפישמן בלבד.

כתוצאה מכך, ולנוכח ההתפתחות לפיה נועדה הריבוע הכחול, לבדה, כבר מאז הפגישה ביוני 1997 להיות בעלת הזכיון, חשו פרופ' צוקרמן ופרופ' קרול כי זכויותיהם אינן מוגנות דיין והחלו לפעול לצורך הגנה עליהן.

תחילה ניסו להגיע להסכמה עם פישמן על בסיס המסמכים כ"ט ו- ל' לעיקרי הטיעון של התובע, אולם המגעים שהתקיימו בין הצדדים בענין זה לא עלו יפה, ולפיכך החל פרופ' צוקרמן לפעול באמצעות באי כוחו בהפנותו מכתבי דרישה לקבלת מסמכים ואינפורמציה הנוגעים למשא ומתן עם Ikea, הן לפישמן, הן לריבוע הכחול והן ל- Ikea ישירות (ר' ההתכתבויות נספח י"ט לעיקרי הטיעון של התובע).

חשוב לציין, כי על פי האמור במכתבו של פרופ' צוקרמן מיום 2.9.97 (ר' נספח י"ט/ 1 לעיקרי הטיעון של התובע), הציע לו פישמן, בפגישה שהתקיימה יום קודם לכן:

"לרכוש במחיר של 600,000 $ ארה"ב את חלקנו בשיעור 6% בחברת הזכיינות של Ikea בישראל".

פישמן אינו מתכחש להצעה זו, אך לטענתו, הצעה זו פקעה, לאחר שנדחתה על ידי פרופ' צוקרמן, ומכל מקום, הועלתה מלכתחילה, לטענת פישמן, על מנת "לנטרל" את הסכנה שהיווה פרופ' צוקרמן, באותו שלב, למשא ומתן הרגיש עם Ikea, לנוכח הטענות והמחלוקות שהעלה.

חשוב לציין עוד כי, במהלך המשא ומתן בין הריבוע הכחול ל- Ikea, היתה התייחסות לענין פרופ' צוקרמן ופרופ' קרול. כך כתב מר גלברד לעמיתו ב- Ikea להזכירו כי בשלב מסויים הועלתה על ידי היועץ המשפטי של Ikea, מר קרטיס, האפשרות להקצות לפרופ' צוקרמן מניות אקוויטי לא-מצביעות בחברה הזכיינית (ר' נספח כ" לעיקרי הטיעון מטעם התובע), ואילו Ikea מצידה העלתה בינואר 1998, במכתבו של מר קרטיס, דרישה ברורה כי לפרופ' צוקרמן או לאלפא 2000, לא יהיה אינטרס כלשהו בחברה הזכיינית (ר' נספח כ"ח לעיקרי הטיעון מטעם התובע בסע' 3).

הקשיים שהתעוררו במשא ומתן עם Ikea, כתוצאה מדרישתה בענין ניתוק הזכיין מאינטרס כלשהו ב- I.D, השליכו, כאמור, ישירות על מעמדם של פרופ' צוקרמן ופרופ' קרול בעיסקה הנדונה.

11 בסופו של יום, לאחר שנחתמו הסכמי ההפרדה בין פישמן לריבוע הכחול, בנוסחם הסופי, ולאחר שנתקבל אישור הממונה על הגבלים עסקיים, שנדרש לענין, התקשרה הריבוע הכחול עם Ikea במרץ 1998, בהסכם הזכיון, ועל פיו אכן הוקמה בישראל חנות Ikea, שגודלה כ- 23,000 מ"ר ולידה משטחי חניה ל- 1,200 כלי רכב. חנות זו החלה לפעול באפריל 2001.

הסכם הזכיון לא הוצג על ידי מי מהנתבעים.

נתון רלוונטי נוסף נוגע להעברת הבעלות בחברה הזכיינית מן הריבוע הכחול לאגודה השיתופית, על פי הסכם שנחתם ביניהן ב- 6.7.00 (ר' נספח א' לעיקרי הטיעון של הנתבעות 2, 4 ו- 5), בהסכמת Ikea.

התמורה הנקובה בתוספת לאותו הסכם בגין העברה זו, הינה 1,320,000 דולר ארה"ב, בצירוף ריבית בשיעור 6.5% לשנה מיום 2.2.00.

בעיקרי הטיעון ציין ב"כ הריבוע הכחול והאגודה השיתופית, כי סכום התמורה נקבע על פי חוות דעת של פרופ' סוארי בדבר שווי החברה הזכיינית, שהוצגה בפני דירקטוריון הריבוע הכחול, בטרם אישור העיסקה (ר' סע' 76 לעיקרי הטיעון). עם זאת, בחרו נתבעות אלה שלא לצרף את חוות דעתו של פרופ' סוארי לעיקרי הטיעון, בטענה כי מדובר בנתונים מסחריים שהסודיות יפה להם.

12. על פי המוסכם בין הצדדים, צירף פרופ' צוקרמן לעיקרי הטיעון מטעמו הערכת שווי של החברה הזכיינית, שאותה ערך בעצמו, בהסתמך על נתונים שונים שפורסמו בעיתונות וכן בפרסומים רשמיים שונים.

חוות דעת זו מבוססת על שיטת מכפיל רווח, ולפיה מוערך שווייה של החברה הזכיינית בסכום השווה ל- 56.5 מיליון דולר.

## דיון

13. לאחר שבחנתי את טענות הצדדים, כפי שהועלו בפניי על דרך הפשרה, וכן את המסמכים, ההסכמים, ההתכתבויות ושאר החומר שהציג כל אחד מהצדדים, לרבות הערכת השווי מאת פרופ' צוקרמן, אני קובעת כדלקמן:

א. פרופ' צוקרמן, כמו גם פרופ' קרול, פעלו בעיסקה הנדונה כיזמים ותרמו תרומה מכרעת להתרחשות העיסקה, בשל גילוי ההזדמנות העיסקית על ידי פרופ' צוקרמן, בשל הבאתה בפני פישמן בסיועו של פרופ' קרול, ובשל פעילותו של פרופ' צוקרמן בקידום העיסקה בשלבים הראשוניים, ובכלל זה הכנת הביקור בישראל והתרומה להצלחתו.

פישמן והריבוע הכחול ניסו לטעון, כי לא היה כל גילוי הזדמנות עיסקית על ידי פרופ' צוקרמן, וכי עוד בשנת 1995 פעלו בעצמם לבירור האפשרות של קבלת זכיון מאת Ikea להקמת חנות בישראל. גישה זו, אינה מקובלת עליי והיא מקוממת.

כפי שכבר צויין לעיל, בשנת 1995 טרם נתקבלה ב-Ikea החלטה בדבר הענקת זכיון בישראל, ובאותו שלב היה הענין בבדיקה ראשונית על ידה. פישמן, כמו גם הריבוע הכחול, לא הציגו כל אסמכתא המראה כי במועד הרלוונטי, דהיינו בשנת 1997, היה להם מגע כלשהו עם Ikea בענין הזכיון. אדרבא, באותו שלב כבר מימשו הזדמנות עיסקית אחרת באותו ענף, וכוונתי ל- I.D..

גילוי הזדמנות עיסקית, אין משמעותה ידיעה בלבד על דבר קיומו של גורם בינלאומי, ובמקרה שלנו ikea, ומחשבה על כך שהקמת חנות בארץ עשויה להיות רעיון טוב.

גילוי הזדמנות עיסקית משמעותה פנייה לאותו גורם בעיתוי הנכון, יצירת ענין בפנייה המועלית, וקבלת פנייה נגדית להגשת הצעה מפורטת. את כל אלה עשה פרופ' צוקרמן בעצמו במקרה הנדון, ולא יכולה להיות מחלוקת על כך ש, כי פנייתה של Ikea אל פרופ' צוקרמן במכתב נספח ג' לעיקרי הטיעון מטעם התובע, היתה הגורם המניע של היוזמה כולה, בה שולבו פישמן, ובעקבותיו גם הריבוע הכחול.

העובדה שללא מעמדם הכלכלי של פישמן ושל הריבוע הכחול, בין היתר, בעתודות קרקע ובאמצעי מימון בסדר הגודל הנדרש, לא יכול היה פרופ' צוקרמן להגיש ל- Ikea הצעה כלשהי בתשובה לפנייתה, אין בה כדי לגרוע, ולו במשהו, מתרומתו של פרופ' צוקרמן כיזם בפרוייקט, אשר בנוסף לגילוי ההזדמנות העיסקית, ידע לאתר את הגורם הכלכלי המתאים, ואף המשיך ותרם את תרומתו בשלב ההיכרות הראשוני והחשוב של פישמן והריבוע הכחול עם ikea. פרופ' קרול, מצידו, יצר את הקשר עם פישמן, קשר שבלעדיו ספק אם היה נולד כלל הסכם הזכיון עם הריבוע הכחול.

העובדה שפישמן היה מוכן להתחייב כלפי פרופ' צוקרמן ופרופ' קרול להעניק להם זכויות בחברה הזכיינית, ולו הזכויות כמתואר על ידו (ר' נספח י"ט/ 11 לעיקרי הטיעון מטעם התובע), מעידה, כמובן, אף היא, על משמעות תרומתם של שני הפרופסורים בייזום הפרוייקט, וכמוה גם הצעתו מ- 1.9.97המתועדת במכתבו של פרופ' צוקרמן (נספח י"ט 1/ לעיקרי הטיעון מטעם התובע), לרכוש את חלקן של הפרופסורים בחברת הזכיינות של Ikea תמורת 600,000 דולר.

הטענה שהועלתה, כאילו התשלום המוצע היה מבחינת פישמן מעין "דמי לא יחרץ", בשל הסיכון שיצר פרופ' צוקרמן באותו שלב להצלחת המשא ומתן, מוטב היה לה אלמלא נטענה, ואינני מוכנה לקבלה.

ב. לא מצאתי מקום לחייב את ikea או את מי מהנתבעים 2, 4 ו- 5 בתשלום כלשהו לפרופ' צוקרמן, ואני סבורה, כי לא קמה עילה בדין או בצדק כלפיהם, בנסיבות המקרה.

קביעה זו אין בה, כמובן, כדי לגרוע באופן כלשהו מהסכמות לשיפוי שהושגו בין הנתבעים לבין עצמם, במסגרת ההסכמים שביניהם, והיא מתייחסת אך ורק לחיוב כלפי פרופ' צוקרמן.

ג. פישמן, לעומת זה, התחייב כלפי פרופ' צוקרמן ופרופ' קרול, בהתחייבות מפורשת, להעניק להם זכויות בחברה הזכיינית לכשתקום. העובדה כי התחייבות זו לא יצאה אל הפועל, בין משום שפישמן עצמו לא קיבל זכויות כלשהן בחברה הזכיינית, ובין משום ש- Ikea לא היתה מוכנה שיוענקו לפרופ' צוקרמן או לאלפא 2000 זכויות כלשהן באותה חברה, מצדיקה חיובו של פישמן בתשלום הולם לפרופ' צוקרמן (פרופ' קרול איננו צד בתביעה זו), כפיצוי על אובדן זכויות אלה וכשכר ראוי עבור פעולות הייזום שביצע ואשר, כאמור, תרמו תרומה משמעותית להתרחשות העיסקה.

מסקנה זו מתחזקת בייחוד, לנוכח העובדה כי משנאלץ פישמן לוותר על חלקו בחברה הזכיינית, קיבל בתמורה מאת הריבוע הכחול את מלוא הבעלות ב- I.D. וכן סכום נוסף במזומן השווה ל- 1.1 מיליון דולר, כמפורט בהסכמי ההפרדה שצורפו (ר' נספחים ט"ז ו- י"ז לעיקרי הטיעון מטעם פישמן)..

ד. מן המסמכים שנערכו על ידי פרופ' צוקרמן ופרופ' קרול לתיעוד ההסכמות העקרוניות עם פישמן, אף כי תוכנם שנוי במחלוקת, עולה בבירור, כי לאורך כל הדרך הציגו עצמם פרופ' קרול ופרופ' צוקרמן, יחד, כיזמים הזכאים לקבלת התמורה בגין קידום העיסקה, וחתימת כל אחד מהם מופיעה על אותם מסמכים.

במהלך השמעת הטיעונים בעל פה, ציין ב"כ פרופ' צוקרמן, כי בין פרופ' צוקרמן לפרופ' קרול נחתם הסכם, אשר בשל סעיף הסודיות שבו, הוא נמנע מלחושפו, ועוד ציין כי פרופ' צוקרמן אינו פועל בשלב זה בתיאום עם פרופ' קרול, אך הוא משער, כי זה ידרוש את חלקו מתוך מה שפרופ' צוקרמן יקבל, אך לא יכול היה לומר כי פרופ' קרול לא יגיש תביעה בעצמו (ר' עמ' 12 לפרוטוקול הדיון מיום 15.3.01 מול הש' 12-2).

לנוכח האמור לעיל, ובהתחשב בעובדה שפרופ' קרול איננו תובע בתביעה שבכאן, ואילו פרופ' צוקרמן לא הציג מסמך כלשהו אשר מכוחו ניתן לחייב את הנתבעים לשלם לידי פרופ' צוקרמן גם את החלק המגיע לפרופ' קרול, יצטמצם הסכום שאפסוק להלן לחלקו של פרופ' צוקרמן בלבד, בהיות התביעה תביעתו של פרופ' צוקרמן.

משלא הוצג ההסכם שנחתם בין פרופ' צוקרמן ופרופ' קרול, אין לי אלא להניח כי חלוקת הסכום המגיע הינה בחלקים שווים ביניהם.

ה. אני מחייבת את פישמן לשלם לפרופ' צוקרמן סכום בשקלים השווה ל- 425,000 דולר, לפי השער היציג של הדולר הידוע ביום התשלום, וכן הוצאות משפט ושכר טרחת עו"ד בסך 10,000 7,500 ש"ח, בצירוף מע"מ ובצירוף הפרשי

הצמדה וריבית כחוק החל מהיום ועד התשלום בפועל.

פרופ' צוקרמן ישלם ל- Ikea הוצאות משפט ושכר טרחת עורך דין בסך 5,000 ש"ח, בצירוף מע"מ ובצירוף הפרשי הצמדה וריבית כחוק החל מהיום ועד התשלום בפועל.

אותו סכום ישולם על ידי פרופ' צוקרמן, כהוצאות משפט ושכר טרחת עורך דין, לנתבעים 2, 4 ו- 5, יחד.
הסכום שנפסק לפרופ' צוקרמן, איננו נגזרת של שווי הזכויות שהובטחו לפרופ' צוקרמן בחברה הזכיינית, וזאת משום שבנסיבות שנוצרו, כמתואר לעיל, לא היה באי קבלת הזכויות על ידו באותה חברה, משום הפרת התחייבות כלשהי כלפיו.

יחד עם זאת, מייצג הסכום שנפסק פיצוי ראוי המגיע לפרופ' צוקרמן מאת פישמן, בנסיבות הענין, בשל פעולות הייזום שביצע, ובשל תרומתו להתרחשות העיסקה, והכל בהתחשב במכלול העובדות והנתונים שהוצגו בפניי.

ניתן היום, 23/8/2001, והודע.
--- סוף פסק הדין ---

## עסקאות יזמים ותוקפן

אם יש חברה, יש גם יזם א' ויזם ב' (קבוצת יזמים) שעושה את ההתקשרות עבור צד שלישי והחברה בהקמה, ובאיזהשהוא שלב החברה בהקמה הופכת להיות חברה ואז יש שינוי בין ההתקשרויות בין החברה, צדדים שלישיים ויזמים (כולל בינם לבין עצמם). **השאלה היא מה קורה כאשר צד ג' הולך לעשות עסקה עם החברה בהקמה ואז עושה עסקה עם ד' אחר כי הוא חושב שהעסקה לא תאושר על ידי החברה.** סעיף 6(ג) לחוק השליחות הוא כללי והוא חל על כל דיני התאגידים, מצד שני חוק החברות הוא ספציפי וחל על החברות. יש מצבים שחוק החברות ואז אולי צריך ללכת ל 6(ג), ויש מצבים שחוק החברות מטפל בהם, אולם סעיף 6(ג) לחוק השליחות לא עוסק בהן. אז איך מטפלים בבעיה יזמית כשאנו בתאגיד אחר והבעיות האלו מתעוררות בקשר לתאגיד (כמו הקמת שותפות או אגודה שיתופית). האם אנו נאמר שאנו פותרים זאת באנלוגיה או משהו?

12. (א) חברה רשאית לאשר פעולה של יזם שנעשתה בשמה או במקומה לפני התאגדותה.

(ב) אישור בדיעבד כמוהו כהרשאה מלכתחילה, ובלבד שלא תיפגע זכות שרכש אדם אחר (בסימן זה — צד שלישי) בתום-לב ובתמורה, לפני האישור.

13. (א) ידע צד שלישי בעת פעולה כאמור בס עיף 12 על קיומה של היזמות, הברירה בידיו לראות את היזם כבעל דברו או לחזור בו מן הפעולה ולתבוע מהיזם את נזקו, אם נתקיים אחד מאלה:

(1) החברה לא אישרה את הפעולה בתוך שנה מיום עשייתה;

(2) עולה מן הנסיבות שהחברה אינה עתידה להתאגד, ובלבד שהצד השלישי הודיע על כך ליזם שלושים ימים מראש;

(3) החברה לא אישרה את הפעולה בתוך שלושים ימים מיום שדרש זאת ממנה הצד השלישי.

(ב) אישרה החברה את הפעולה — אין היזם חייב או זכאי עוד בשלה.

(ג) היזם והצד השלישי רשאים להתנות על הוראות סעיף זה.

14. לא ידע הצד השלישי בעת הפעולה על קיומה של היזמות, יחולו הוראות אלה:

(1) פעולת היזם תחייב או תזכה את היזם לפי הענין;

(2) משנתאגדה החברה רשאית היא לאשר את הפעולה, ובלבד שהאישור אינו נוגד את הפעולה לפי מהותה, תנאיה או נסיבות הענין; אישרה החברה את הפעולה — תחייב פעולת היזם את החברה וגם את היזם, יחד ולחוד, ותזכה רק את החברה.

בואו נחזור ונסתכל בהוראות סעיפים 12 – 14 לחוק החברות. "חברה יכולה לאשר פעולה של יזם שנעשתה בשמה לפני התאגדותה"

על פי המבחנים ההיסטוריים – יזם היה אדם שפעל למען החברה, לעומת זאת, החברה רשאית לאשר פעולה שנעשתה על ידי מישהו עבורה.

מה ההבדל הלשוני בין הסעיפים? **המחוקק צריך לבוא ולהגיד שאפשר לייצר "יש מאין", לא היתה**

**יישות משפטית ולא נוצרה פעולה משפטית, למרות זאת מכח החוק אפשר לומר שיש פעילות משפטית.** אם אין חוק חברות וחוק שליחות, האם יזם יכול להתקשר עם צד שלישי? למה חוזה לטובת צד שלישי הוא לא פרקטי בדין החברות?

יש כאן חוזה בלי תמורה, החברה **לא חייבת אלא רק זכאית בגלל החוזה להתקשר עם הצד השלישי** ולכן זה פתרון בעייתי שאפשר להשתמש בו רק במקרים בהם אין ברירה.

**האלטרנטיבה האחרת הוא להחיל את דוקטרינת המחאת הזכות** (לפי חוק המחאת חיובים), העניין הוא נהדר – כי אדם יכול להמחות זכות, למעט זכויות בעלות אופי אישי, זכויות שהדין אוסר את המחאתן וזכויות שהצדדים התנו את המחאתן. אפשר גם להמחות חיובים – רק לכך דרוש הסכמת הנושה. אולם, המודל הפשוט הוא החוזה: יזם-חוזה-תנאי, עם התחייבות ג' לכרות מחדש עם החברה. נותרת אולם בעיה: היא מותירה את הברירה האם יהיה או לא יהיה אישור בידי החברה.

זו היתה המתכונת עד לשינוי הדין – לא היתה ברירה אלא לכרות חוזה מחדש, ולזה יש השלכות שליליות במובן מיסוי, אשרור רטרואקטיבי וכו'. אפשר גם לצור פתרון מתחום דיני הנאמנות. אפשר אולם שצד ג' יתן הצעה, שהוא מתחייב שהיא תהא פתוחה, ואז את ההצעה הוא נותן ליזם ולכל מי שהיזם יורה לו להתקשר עמו.

על כל האמצעים האלו עדיפה המתכונת של החוק. **ההתקשרות בחוק יוצרת יריבות ישירה עם הצד השלישי, שמקנה תוקף רטרואקטיבי.** היא עוברת ישירות בלי בעיית מיסוי ובלי בעיית חוזים אחרים.

**רשאי\יכול לאשר: דיון משפטי**

האם יש הבדל בין "יכול" (חוק השליחות) לבין "רשאי" (חוק החברות) – **השאלה היא של כח משפטי**, פעולת האישור של התאגיד היא זכות מסוג כח (להזכיר את הופלד) – זוהי זכות של אדם שמנגדה עומדת כפיפות. מול הזכות לאשרר את העסקה עומדת הכפיפות – יש כאן פעולה משפטית שמשנה את מצבו של אדם אחר. כשאנו מדברים על "יכול" אנו מדברים על "כח", כאשר אנו מדברים על "רשאי", פירושו של דבר שניתנת זכות בשיקול דעת, "רשאי" מניח שיש לך את הכח. אם מדובר על אופן הפעלת כח משפטי, באופן אוטומאטי רצים לסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי) שמוחל על כל פעולות משפטיות שאינן בגדר חוזה. אם זה שאלה של רשות יש אולי חובה להפעילה בתום לב. לכן יכול להיות שאם המבנה התיאורטי הוא נכון, ייתכן שהוא יעתור לבטל או לחייב כיוון שמדובר בשימוש בזכות שלא בתום לב. אם השתמשו בלשון שונה לגבי אותו דבר, חובתנו לנסות לפחות מבחינה משפטית לתת משמעות להבדלי הלשון. אם מתן המשמעות להבדלי הלשון יכולה להביא לתוצאה צודקת יותר.

סעיף 13 לחוק החברות הוא הנגזרת של **הזכויות של צד ג' כלפי החברה** או כלפי היזם למקרים שהעסקה הזו אושרה או לא אושרה. התנאי לגיבוש זכויותיו של הצד השלישי כלפי החברה הוא רק כאשר סט האמצעים בסעיף חל:

1. החברה לא אשררה את הפעולה בתוך שנה – זה מעמיד את הצד השלישי במצב בעייתי: מה משמעות השנה הזו? זה אומר שבמשך שנה הוא לא יכול להפעיל את הכח שיש לו (לראות את היזם כבעל דברו או לחזור בו מן הפעולה ולתבוע את היזם על נזקו). הסעדים שלו הם שניים:

א. **לראות את היזם כצד לעסקה אפילו שאינו צד לעסקה;**

ב. **לתבוע פיצויים**;

2. המצב של לחכות שנה הוא מועד אוטומאטי. אולם 13(א)(3) מאפשר לצד ג' להניע את התהליך, כלומר סעיפים (1) ו(3) דנים במועדים – השאלה היא למי הוא צריך ליתן את ההודעה. סעיף משנה 3 דורש שהיזם ידרוש מהחברה; לכן עולה השאלה האם **היזמים יכולים להתנהג באופן אופורטוניסטי** ולעכב את רישום החברה ומונעים מהצד השלישי להפעיל את מנגנון ההודעה. אם מזהים את הבעיות האלו, אז יש להן פתרון, והפתרון הוא חוזי. אדם נבון שמבין את מבנה העסקאות האלו יגן על עצמו במנגנון חוזי.
3. סעיף משנה (2) אומר שאם עולה מהנסיבות שהחברה אינה עומדת להתאגד והצד השלישי הודיע על כך ליזם 30 ימים מראש, אז אפשר לבטל את החוזה. יש כאן לא מעט חורים. עולה מהנסיבות שהחברה לא תקום. סעיף 17 לחוק החוזים קובע גם מסגרת דומה.

היה ושלושת המקרים הללו יתקיימו, האם נגמר המשחק מול החברה בהקמה? נניח שעברה שנה והחברה לא אישרה את העסקה, האם היא יכולה לאשר אותה? **חלוף הזמן אינו פוסל את כח החברה לאשרר, על מנת שזה יפקע, יש פעולה של צד ג' שתשנה את המצב המשפטי.** אם החברה לא רוצה את העסקה, האם לצד ג' יש זכויות או שהוא יכול לנקוט בפרוצדורות המנויות בסעיף 13? יש בעיה בתיאור הזה.

סעיף 13 מעניק זכויות מיוחדות כלפי היזם, זה לא מצב רגיל של הפרת חוזה. פה מדובר בתביעת פיצויים מהיזם. יש זכות מיוחדת – **Sui generis**, לא מסוג הזכויות הכלליות בדין. ברור שהזכויות הכלליות על פי דיני החיובים נתונות לצד שלישי בהנתן שהחברה הודיע שלא. אם החברה אישרה את הפעולה, יש סעיף 13(ב), שפותר את כל העניין.

הפעולה של אישרור פוטרת אוטומאטית את היזם. היזם יצא פתאום מהמשחק. זה מעורר סט של שאלות לא פשוטות למענה. למשל – מה קורה אם האישור שנעשה על ידי החברה הוא אישור שעניינו לפטור את היזמים מאחריות אישית. סעיף 6(ג) מטפל רק בשאלה לגבי מה קורה לאחר אשרור החוזה.

אם יש לנו כאן צד ג' ובא אדם ואומר לו שהוא יזם והעסקה נעשית עבור חברה בהקמה, חלוקת הסיכונים

שהעסקה מייצגת היא שייתכן שהעסקה הזו לא תקום. העסקה מיועדת לכך שהיא כן תקום וכן תאשר את העסקה. פירושו של דבר הוא שכשהחברה בהקמה תהפך לחברה ייוצר קשר ישיר בין אותה חברה לצד ג', ואז היזם יצא מהמשחק וכל המשחק הוא בין צד ג' לחברה בהקמה.

השאלה היא מה קורה כשצד ג' עורך את העסקה ואין לו קשר לחברה בהקמה. ברור לחלוטין שאי אפשר לבוא עם הקונסטרוקציה הקודמת, משום שזה לא סיכון שצד ג' הסכים לקחת בעת שהעסקה נוצרה, ולכן סעיף 14 קובע מבנה משפטי אחר: אם הצד השלישי לא ידע על קיומה של יזמות אז הפעולה תחייב או תזכה את היזם. בעצם סעיף 14(1) נועד לייצר שני מצבים: המצב הראשון של **חוזה יזם-צד ג'** לא משתנה אם קמה חברה ומאשררת את העסקה, אבל האשרור יזכה את החברה. מצבו של היזם הוא רע-הוא נשאר חייב, וכל זכויותיו עוברות לחברה. הוא לא ערב, הוא חייב - **האחריות שלו היא חוזית ומוגברת**. כאשר הפעולה מאושררת קורים שני דברים לצד ג', לפתע נוצר עוד חייב, בעצם מתנדב אדם לחיוב. אם אין סעיף 14, היזם יכול לפתור את העניין באמצעות המחאת חיובים (זכויות) או חוזה לטובת צד שלישי.

על מנת להקים את החיוב יש לומר שהעסקה תבוצע עבור תאגיד ידוע, לא תאגיד פלוני.

## העברת הזכות

המבחן לפי לנדשפט הוא כפול: צורני ומהותי. היזם צריך לדעת למי להעביר את הזכות. בית המשפט דורש אבל גם שהצד השלישי ידע שהוא עושה פעולת ימות ולא פעולה של מכר לאדם שאינו יזם. אישור פעולת שליחות קלאסית יכולה להתבצע כי אותו האדם היה קיים. במקרה של יזמות האדם השלישי לא היה קיים. לא ברור אם היום המבחן הצורני עדיין תקף, כי החוק אומר שחברה, כשנעשתה עסקה, לא מופיעה כחברה פוטנציאלית כחלק מתהליך יזמות יכולה לאשר את העסקה. ל**אחר חוק החברות כבר אי אפשר להשתמש במבחן הצורה שנפסק בפ"ד קופטש.** הסעיף החדש מאפשר להחיל את המבחנים גם אם הצד השלישי לא ידע שמדובר בעסקת יזמות.
צד ד' יכול להיות מצב שאדם נפגע או שזכויותיו יושפעו מהעסקה, אם לדוגמא ד' חותם על חוזה עם ג' לאחר שג' חתם על חוזה עם היזם. ד' יכול להיות בעל עסקה נוגדת.

סעיף 12(ב) לחוק החברות אומר שאישור בדיעבד כמוה כאישור מלכתחילה כל עוד היא לא פוגעת בזכות בתום לב שרכש בתמורה צד רביעי.
מה אומרים לנו כאן? שתנאי העדיפות של האשרור, או שכח האשרור, אם נרצה, של החברה אינו כח אשרור מוחלט, יש בו יכולת אשרור מושלמת – בפעולת האשרור החברה זוכה בכל הזכויות הקשורות בחוזה אם אין צד ד' מעורב. **אם יש צד ד' מעורב, כח האשרור לגבי העסקה נגרע במובן זה שזכויות שיכול שתהיינה לה כלפי ג' תפחתנה אם מימושן פוגע בד'.** זה דין מיוחד של אשרור. כאן אין עסקה נוגדת, כח האשרור הוא פחות. היה ואותו ד' לא ירצה לאכוף את החוזה שלו, אז זכותי חוזרת אלי ונהית

מלאה יותר.

סעיף ג קובע שאם היזם התקשר עם צד ג' במקרים כמו שהנסיבות לפי 14(ב) החברה לא יכולה לאשר את הפעולה כי היא נוגדת את העסקה. האם החברה יכולה לבוא בטענה אל היזם, כי העסקה לא יכולה להיות מועברת, ולכן היזם פגע בזכויות שהחברה יכלה לרכוש, ואם היזם היה עושה את העסקה בצורה נכונה, אז לא היתה בעיה.

יש מקרים בהם לחברה בהקמה **אין אינטרס שידעו שהיא הצד**. יש עניין שהחברה האמיתית המוחזקת על ידי אנשים פלונים לא תתגלה. במקרים כאלו אי אפשר לטעון כלפי היזם שום פעולה כי פעולתו לא נגועה בפגם. מה קורה במקרים בהם זה לא כך. את המקרים ההם ניתן לחלק לשני מצבים: כאשר אין שום סיבה סבירה לעשיית הסכם במבנה כזה וכשיש סיבה.

כשאין סיבה סבירה צריך לשאול **האם היזם התרשל**. אז הולכים לדיני הנזיקין, ואלו מדברים על נזק שנגרם לאישיות משפטית אחת לאחרת, צריך ללכת לדיני החבות של היזמים ולגזור את הדינים הספציפיים לנהנה עתידי.

במקרה השני, יכולה להיות סיבה טובה ליזם לעשות את העסקה כשהעסקה היא עסקה שלו. אפשר לעשות את העסקה גם כשהצד הוא היזם, אין מניעה עסקית לעשות את העסקה עם אדם.
**יזם הוא נאמן וחב חובות אמון והוא גם בעל עניין אישי.** בצד הזכויות יזם הוא כמו צד ג', אם הוא רוצה תמורה מהחברה בהקמה הוא חייב לכרות חוזה או עם אחד מהיזמים האחים (ס. 13), אם אין לך חוזה, אז הדרך האחרת היא באמצעות עשיית עושר ולא במשפט, ולא כפונקציה לערך שירותייך.

בפני: כבוד השופטת מ' בן פורת, כבוד השופט א' ברק, כבוד השופט א' חלימה

# מנהל מס שבח מקרקעין אזור המרכז נגד הנרי לנדשפט

ערעור על החלטת ועדת עררים לפי חוק מס שבח מקרקעין, תשכ"ג-1963 ליד בית המשפט המחוזי בתל-אביב מיום 14.11.80 בתיק עמ"ש 275/80 שניתן על ידי כב' השופטת שמיר.

תאריך הישיבה: כח' בסיון תשמ"ג (9.6.83)
בשם המערער: עו"ד ד' שפי
בשם המשיב: עו"ד י' פריבס, מ' וולפסון

## אזכורי חקיקה:

חוק החברות
חוק השליחות
חוק השליחות 6
חוק השליחות 6(ג)
חוק מיסוי מקרקעין (שבח, מכירה ורכישה)
חוק מיסוי מקרקעין (שבח, מכירה ורכישה) 69
חוק מיסוי מקרקעין (שבח, מכירה ורכישה) 74

## אזכורי פסיקה:

ע"א 777/85, ע"א 337/80, ע"א 775/75

## פסק דין

[327] השופט א' ברק:

1. ביום 31.5.1978 נערך חוזה בין חברת הירקון בע"מ (להלן - המוכרת) לבין הנרי לנדשפט (להלן - הקונה), הוא המשיב שלפנינו. נשוא החוזה היא רכישת קרקע. בסעיף 16(1) לחוזה נקבע כי מוסכם בין הצדדים כי הקונה "רשאי לבצע" (may execute) את ההסכם:

> "On his own behalf or on behalf of certain principals and for a company limited by shares to be incorporated in Israel or abroad".

בהמשכה של אותה הוראה נקבע כי אם החוזה מבוצע שלא למען הקונה עצמו מתחייב הקונה להודיע למוכרת בכתב בתוך תשעים יום את שם השולחים ו/או החברה, ואת דבר אישורם (ratification) את החוזה. כן נאמר, כי עם האישור יראו את המאשרים כקונים המקוריים, וכאילו הם שחתמו על החוזים כקונים. [328] לבסוף, נקבע כי חרף הוראות אלה, מתחייב הקונה לשאת באחריות בגין כל החובות וההתחייבויות של הקונה על פי החוזה.

2. ביום 30.7.78 יסד הקונה חברה בשם Tolham Beach Hotels Ltd. אשר לימים שינתה את שמה ל-Sea And. Sun Beach Hotels Ltd (להלן - החברה). ביום 11.8.78 אמצה (confirmed) החברה ואשרה (ratified) את החוזה שבין המוכרת לבין הקונה, תוך שקבעה בהחלטתה - לפי לשון החוזה עצמו כי בכך יראו אותה כקונה המקורי. הודעה על החלטה זו נמסרה ביום 15.8.78 למוכרת.

3. המוכרת והקונה הגישו הצהרות למנהל מס שבח מקרקעין (להלן - המנהל) הוא המערער שלפנינו. המנהל קבע שתי שומות של תוספת מס. האחת, לענין העסקה בין המוכרת לבין הקונה; השניה, לענין העסקה בין הקונה לבין החברה. הקונה הגיש השגה על השומה הראשונה. לטענתו לא רכש את הזכויות באופן אישי אלא כנציג או מורשה של החברה, ועם האישור אין לראות עוד כל עסקה בינו לבין המוכרת. לטענתו נעשתה עסקה אחת בלבד, היא העסקה שבין המוכרת לבין החברה. המנהל דחה את ההשגה, תוך שקבע כי מר לנדשפט רכש את הזכויות אישית, ולאחר מכן העביר את הזכויות לחברה. "אין כאן

הטלת מס כפול שכן מדובר בשתי מכירות והמס מוטל על אחת מהן". על החלטה זו ערער הקונה בפני ועדת הערר לפי חוק מס שבח מקרקעין, תשכ"ג-1963. בפני ועדת הערר הוסיף המנהל וטען כי על פי הוראת סעיף 69 לחוק מס שבח מקרקעין ניתן לראות בקונה נאמן ובחברה נהנה, ומשלא קויימו דרישות סעיף 74 לחוק מס שבח מקרקעין לענין העברה זו, ממילא אין פטור על פי הוראות אלה. ועדת הערר קבלה את הערר. בהחלטתה קבעה כי הקונה פעל כיזם של חברה שייסד. עם אישור החוזה על-ידי החברה, ומכוח הוראות סעיף 6(ג) לחוק השליחות, תשכ"ה-1965, יצא הקונה מהתמונה. נמצא, כי אין בסיס לגישתו של המנהל כי נערכו שתי מכירות. ועדת הערר הוסיפה וקבעה כי הקונה לא פעל בנאמן, וממילא אינה מתעוררת שאלת תחולתו של סעיף 69 לחוק מס שבח מקרקעין. על החלטתה של ועדת הערר הוגש הערעור שלפנינו. בטיעוניו שבפנינו חזר מר שפי, בשמו של המנהל, על עמדתו של זה, ואילו מר פריבס, בשמו של הקונה, חזר על עמדתו של זה.

4. גישתה של ועדת הערר מבוססת, כפי שראינו, על קיומה של עסקת מכר אחת, זו שבין המוכרת לבין החברה. לשם ביסוסה של קונסטרוקציה זו יש להסתמך על הוראות סעיף 6(ג) לחוק השליחות, נמצא, כי במרכזה של המחלוקת שבפנינו עומדת שאלת תחולתו של סעיף 6(ג) הקובע לאמור:

"תאגיד יכול לאשר פעולה שנעשתה למענו לפני היווסדו, ויחולו הוראות סעיף זה".

גדר הספיקות הוא, אם הקונה פעל "למען" התאגיד.

5. [329] סעיף 6(ג) הוא חידוש שנתחדש בבית מדרשו של המחוקק הישראלי. הוא מאמץ הוראה דומה שנכללה בהצעת חוק החברות אשר פורסמה על-ידי משרד המשפטים עוד ב-1957. בכך סוטה הדין הקיים מזה שנהג לפניו. על פי הדין הישן לא יכול היה תאגיד לאשר פעולה שנעשתה למענו לפני היוסדו. (הלכה Kelner V. Baxter and Others (1866) 2 C.P. 174). על פי ההסדר החדש ניתן הכוח לתאגיד לאשר פעולה שנעשתה למענו לפני היווסדו. התאגיד אינו חייב לאשר את הפעולה, וזו אינה מחייבת אותו כשלעצמה. הרשות בידו לאשר. משעשה כן "יחולו הוראות סעיף זה". נמצא, כי דין אישור על-ידי תאגיד כדין אישור על-ידי שולח מקום ששלוח פעל ללא הרשאה (ע"א 777/85 פד"י לא', 3, 393). היקפה המלא של הוראה זו טרם נתבהר, ורבות הן השאלות הפתוחות (ראה ע"א 337/80 (טרם פורסם) וכן גרוס, הערה בשולי חוק השליחות, תשכ"ה-1965, הפרקליט, כרך כ"א, עמ' 511). דומה כי עקרונית רצוי הוא כי הוראה שכזו תמצא מקומה בדיני התאגידים עצמם כפי שהוא הדבר בדרום אפריקה, בקנדה, במספר מדינות בארצות הברית וקונטיננס תוך שינתן פתרון מקיף לכל מערכת היחסים הסבוכה הנוצרת על-ידי המשולש יזם צד שלישי - תאגיד שטרם הוקם. הסדרו של חוק השליחות הוא מקוטע, ואין בו כדי ליתן פתרון סטטוטורי מקיף וממצה של מכלול הבעיות הקשות אשר מוסד היוזם מעורר (ראה גרוס, לבעיית החוזים המיקדמיים, הפרקליט, כ"א, 38 וכן Getz, Pre – incorporation Contracts; Some Proposals, U.B.C.L. Rev. 381 (1967)) אך, כל עוד לא בוצעה הרפורמה הנדרשת, עלינו לפעול במסגרת הדין הקיים, המהווה כשלעצמו התקדמות רבה לעומת זה הקיים באנגליה עצמה.

6. פעולה "למען" התאגיד מהי? נראה לי כי פעולה היא למען התאגיד אם היא מקיימת שני תנאים אלה: ראשית, חזותה של הפעולה מבחינתו של הצד השלישי, מעידה עליה כי היא נעשתה עבור תאגיד - לטובתו, במקומו, עבורו כאורגן שלו וכיוצא בהם. תנאי זה אינו מתמלא אם על פי חזותה החיצונית של הפעולה היא נעשתה למען הפועל עצמו; שנית, בשעת ביצוע הפעולה, עומד לנגד עיניו של הפועל תאגיד מסויים, אשר עבורו נעשית הפעולה. תנאי זה אינו מתקיים אם בעת הפעולה טרם החליט הפועל למען מי הוא פועל, והוא משאיר לעצמו האפשרות להחליט על כך בעתיד.

7. הטעם העומד מאחורי שתי דרישות אלה הוא משולש: ראשית, מבחינה לשונית אין לומר כי אדם פועל למען אחר, אם בשעת הפעולה הוא פועל למען עצמו, או טרם החליט למען מי הוא פועל; שנית, גישה זו עולה בקנה אחד עם דיני האישור הכלליים הקבועים בסעיף 6 לחוק השליחות, אשר סעיף 6(ג) מהווה חלק אינטגרלי מהם. במסגרת דיני האישור הכלליים, אין אישור תופס אם השלוח פועל למען עצמו (ע"א 775/75 הנ"ל בע"מ 397). תנאי לאישור הוא שהשלוח פעל "בחזקת שלוחו של אחר", ומשמעות הוראה זו היא כי כלפי הצד השלישי נוצרה חזות של פעולת שליחות (ראה פרוקציה, סעיף 6 לחוק השליחות, הפרקליט כרך לג', עמ' 465, בעמ' 466). [330] בדומה, על פי דיני האישור הכלליים, אין האישור תופס אם בשעת ביצוע הפעולה לא עמד לנגד עיניו של ה"שלוח" "שולח" ספציפי אשר בשמו הוא פועל. אמת, זהותו של ה"שולח" אינה צריכה להיות ידועה לצד השלישי, ומוכן אני אף להניח - בעקבות המשפט האמריקאי ובניגוד למשפט האנגלי כי הצד השלישי אף אינו צריך לדעת, אם אינו רוצה לדעת, נתונים על פיהם יוכל לזהות את ה"שולח". אך תנאי הוא כי ה"שלוח" עצמו, מבחינתו הסוביקטיבית שלו, יפעל עבור "שולח" ידוע, קיים או שעתיד לקום (השווה סעיף 87 ל-American Law Institude Restatement of the Law, Agency (St. Paul, Vol II, 1958) להלכת Keighley, Maxsted & Co. V. Durant (1901)). בהסבירו גישה זו של דיני האישור בדיעבד מציין פאוול Powell:

> "But A cannot, for instance, enter into a contract with T in the hope that he will subsequently find some person who is prepared to take over his rights and liabilities -merely by ratification. If he does enter into such a con tract he can transfer his rights and liabilities by an effective assignment of them to the person who is willing to take them over -- but that is not, and cannot be, a, ratification by the latter". )Powell, The Law of Agency, (2nd Ed, 1960) 125).

אכן - וזהו הטעם השלישי העומד ביסוד פירושנו - האישור בדיעבד הוא מוסד משפטי מוגדר, אשר בבסיסו עומד רעיון השליחות. אין זה רצוי להפעילו על מצבים שאין בהם שליחות כלל. כאשר בשעת הפעולה אינו עומד לנגד עיניו של הפועל כל "שולח" פוטנציאלי אשר למענו הוא פועל, אין בין מצב זה לבין מוסד השליחות ולא כלום. השימוש ברעיון האישור הוא

פיקטיבי, והוא לא בא אלא להסוות על פעולת המחאה. כמובן, ניתן להקשות מדוע יש להתנגד לאשור מקום שהן ה"שולח" והן הצד השלישי מוכנים לראות בכך אישור ? התשובה על כך אינה רק ברצון לשמור על תחומיהם הראויים של מוסדות משפטיים, אלא גם הצורך למנוע שימוש לרעה במוסדות אלה, דבר העשוי להביא לתוצאות קשות בתחומים שונים, כגון בתחום המיסוי.

8. דרישותיו של סעיף 6(ג) לחוק השליחות לא נתקיימו בענין שלפנינו. הקונה לא כרת את החוזה למען החברה אלא שמר לעצמו את כל האופציות פתוחות, תוך שהוא משאיר לעצמו את שיקול הדעת להחליט, בתאריך עתידי, למי תיוחס הפעולה - לעצמו או לזולתו. תאר זאת יפה בא-כוחו בטעוניו בפני ועדת הערר באומרו:

> "למר לנדשפט היתה אופציה של 90 יום ..... תוך 90 יום יכול היה לומר אני נשאר או אני מביא חברה".

[331] נמצא, כי בעת רכישת המקרקעין מהמוכרת לא נעשתה הרכישה עבור חברה ספציפית וידועה אשר למענה, ולמענה בלבד, פעל הקונה. מר פריבס חזר וטוען בפנינו, כי משאושרה הפעולה על-ידי החברה, ממילא מתבקש למפרע כי הפעולה נעשתה למען החברה. אין בידי לקבל טענה זו, המבוססת על טעות לוגית. כל עוד לא פעל הקונה בשעת הפעולה למען החברה, אין תחולה לסעיף 6(ג) לחוק השליחות. באין תחולה להוראת סעיף 6(ג) לחוק השליחות אין אישור ובאין אישור אין הרשאה בדיעבד. רק אם בעת ביצוע הפעולה זו נעשית למען חברה פלונית העתידה לקום, יש תחולה להוראת סעיף 6(ג) לחוק השליחות, אשר במסגרתם רק חברה פלונית רשאית לאשר הפעולה.

9. הגעתי איפוא למסקנה כי הוראת סעיף 6(ג) לחוק השליחות אינה חלה בענייננו. בכך נשמטה הקונסטרוקציה המשפטית אשר שמשה לחברה ולקונה בתכנון העסקה כולה. כאשר משקיפים, איפוא, על העסקה שלא מתוך משקפי האישור, כי אז אין מנוס מהמסקנה כי הקונה רכש את המקרקעין מהמוכרת, ולאחר זמן מה החליט להעביר את זכותו שלו לחברה. מכיון שכך, צדק המערער בגישתו כי ענין לנו כאן בשתי עסקאות, המתחיבות כל אחת בתשלום תוספת מס. לאור מסקנתי זו, שוב אין אני צריך לנקוט עמדה בשאלות הנובעות מהטענות בדבר נאמנות.

התוצאה היא, כי אנו מקבלים את הערעור, ומבטלים את החלטתה של ועדת הערר, ומקיימים את החלטתו של המערער. המשיב ישא בהוצאות המערער; לרבות שכר טרחת עורך-דין, בסכום כולל של 30,000 שקל.
ניתן היום, כו' בתמוז תשמ"ג (7/7/83).
--- סוף פסק הדין ---

בפני: כבוד השופטת מ. בן -פורת, כבוד השופט א. שינבוים, כבוד השופט ת. אור

# מנהל מס שבח נגד יוסף קופטש

ערעור על פסק דין בית המשפט המחוזי בת"א-יפו מיום 28.3.80 בתיק עמ"ש 34/79 שניתן על ידי כב' השופט רוה

תאריך הישיבה: ט"ו חשון תשמ"ג (1.11.82)
בשם המערער: עו"ד דן שפר
בשם המשיבים: עו"ד הון אייזן

## אזכורי חקיקה:

חוק החוזים (חלק כללי) 27, חוק החוזים (חלק כללי) 27(ב), חוק החוזים (חלק כללי) 28, חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות 5, חוק השליחות, חוק השליחות 6, חוק השליחות 6(א), חוק השליחות 6(ג), חוק מיסוי מקרקעין (שבח, מכירה ורכישה), חוק מיסוי מקרקעין (שבח, מכירה ורכישה) 1, חוק מס שבח מקרקעין (הוראות מעבר), חוק מס שבח מקרקעין (הוראות מעבר) 4, פקודת החברות [נוסח חדש] 19, פקודת החברות [נוסח חדש] 19(1), פקודת החברות [נוסח חדש] 26, פקודת החברות [נוסח חדש] 5(3)ב

## אזכורי פסיקה:

ר"ע 97/81, בר"ע 97/81, ע"פ 112/79, ע"א 62/77, ע"א 38/73, ע"א 518/76, ע"א 272/81, ע"א 526/75, ע"א 331/65

## פסק דין

[541] השופט א. שינבוים

בין עירית גבעתיים לבין חברת קופטש בע"מ וחברה נוספת בייסוד, נערך ביום 8.8.74 חוזה ובו היו שני חלקים חלק היו התחייבויות של מכר וחלק של מכר אחד של חליפין. בחלק החליפין התחייבה העיריה, בתמורה שנקבעה בהסכם, להעביר את זכויותיה בנכס שהיה ידוע אז כחלקה זמנית 6156/3 לחברה שבייסוד. לאחר הפרצלציה קבלה החלקה את המספר הסופי 6156/535 (להלן תקרא "הנכס").

החברה שהיתה בייסוד נרשמה במשרד רשם החברות ביום 20.7.75. היא קבלה את השם "גבעתיים חברה להשכרה והשקעות בע"מ" (להלן חברת גבעתיים). בגלל הוראת משרד הפנים להפריד בין חלק המכר וחלק החליפין, נערך הסכם נוסף ביום 17.6.76 החוזר על האמור בהסכם שנערך ב -8.8.74 כאמור לעיל.

ביום 5.12.77 נרשם הנכס על שם חברת גבעתיים. בו ביום נתפרקה חברת גבעתיים והנכס נרשם על שם בעלי מניותיה (שהם המשיבים) לפי חוק מס שבח מקרקעין (הוראות מעבר), תשל"ו -1976 (להלן חוק הוראות המעבר).

ביום 6.12.77 מכרו המשיבים את חלקיהם בנכס לחברה פלונית.

בין המערער למשיבים היו חילוקי דעות בענין שווי הרכישה וכן בדבר מועדה.

המשיבים טענו כי הרכישה היתה ביום 8.8.74, יום בו נכרת החוזה הראשון, טעמם היה שהחוזה נחתם למען החברה בייסוד על ידי יזמיה, לכן, אחרי שאושר על ידי החברה (שנוסדה) חל סעיף 6(ג) לחוק השליחות תשכ"ה -1965. כידוע, מאפשר סעיף זה לתאגיד לאשר פעולה שנעשתה למענו לפני היווסדו ומחיל את הוראות סעיף 6 כולו על אותו אשור, בסעיף 6(א) לאותו חוק נאמר שאישור בדיעבד כהרשאה מלכתחלה הילכך יש לראות את חותמי החוזה מיום 8.8.74 כמי שהיו מוסמכים ומורשים לחתום עליו, ומשחתמו ביום זה, זהו "יום הרכישה".

המערער טען כי יום הרכישה הוא יום 17.6.76 שבו נחתם החוזה השני. הענין הגיע לוועדת הערר שליד בית המשפט המחוזי בתל-אביב, אשר פסקה כי החוזה מיום 8.8.74 הוא המחייב, ועל כן קבעה את היום הזה כ"יום הרכישה".

המערער אינו טוען דבר כנגד הקביעה שחברת גבעתיים רכשה את הנכס ביום האמור, אלא שטוען הוא כי בכך עדיין אין תשובה לשאלה מהו יום רכישת הנכס על ידי המשיבים. כאמור לעיל, קם הנכס לבעלות המשיבים עקב התפרקות חברת גבעתיים, והעברת הנכס (שהיה נכסה היחידי) לידיהם כבעלי המניות, כאמור בחוק הוראות המעבר. [542]
כידוע, מוטל המס על מכירת זכות במקרקעין או על פעולה באגוד מקרקעין. המס תלוי בהפרש המחיר או השווי (לפי הענין) שבין הרכישה לבין המכירה, ובזמן שעבר בין הפעולות האלה. ככל שרב הזמן מיום הרכישה ליום המכירה כן קטן המס.

כדי לסתום פרצות שהיו בחוק מס שבח מקרקעין תש"ט-1949, נחקק חוק מס שבח מקרקעין תשכ"ג-1963 (להלן החוק) ובו נקבע מס לא רק על מכירת מקרקעין אלא גם על פעולות באיגוד מקרקעין, דהיינו על הענקת זכות באיגוד כנ"ל, הסבתה, העברתה, וויתור עליה או שינוי בזכויות הנובעות מזכות באיגוד.

בסעיף 6 לחוק נאמר, שהשבח הוא הסכום שבו עולה שווי המכירה על שווי הרכישה, (לאחר הניכויים שאינם ענין לערעור זה).

קביעת יום הרכישה בשל פעולה באיגוד הוסברה בסעיף 38 לחוק. נאמר שם כי יראו כיום הרכישה את התאריך המאוחר מבין שניים אלה תאריכים:

א. יום רכישת הזכות באגוד.

ב. יום רכישת הזכות במקרקעין על ידי האיגוד. דהיינו, אם רכש אדם מניות בחברה, לאחר מכן קנתה החברה מקרקעין, ואותו אדם עושה במניותיו מעשה המוגדר כ"פעולה באיגוד", יראו לצורך חישוב המס את יום רכישת הזכות במקרקעין על ידי החברה כ"יום הרכישה"; ולהיפך, אם תחילה רכש האיגוד זכות במקרקעין ואחר כך רכש אדם מניות של האיגוד, יראו כיום הרכישה את היום בו רכש את המניות.

סעיף 12 לחוק נותן לנישום זכות לבקש לראות את הפעולה באיגוד כאילו היתה מכירת מקרקעין. התוצאה היא שגם אם נרכשה הזכות באיגוד לאחר שהאיגוד רכש את הזכות במקרקעין, יראו את יום רכישת המקרקעין על ידי האיגוד כ"יום הרכישה" אם הנישום בקש זאת (ע.א. 38/73 פד"י כ"ח(1) 61, הידוע כהלכת מרגוליס).

לגבי מקרקעין שהועברו על שם בעלי מניות של חברה שהתפרקה על פי חוק הוראות המעבר, קובע סעיף 4 בו, כי יום הרכישה של מקרקעין אלה יהיה היום שהיה נקבע כיום הרכישה אילו נשאר האיגוד בעליהם של אותם המקרקעין והמכירה היתה נעשית כ"פעולה באיגוד". כפי שראינו לעיל, קובע סעיף 38 לחוק המקורי את יום הרכישה ב"פעולה באיגוד" את התאריך המאוחר בין שני התאריכים הנזכרים לעיל. כיון שכך טוען המערער כי יום הרכישה של המשיבים הוא התאריך המאוחר שבין 8.8.74, שהוא תאריך חתימת החוזה לבין 20.7.75, שהוא תאריך רשום החברה ועל כן היום בו רכשו המשיבים את מניותיהם המהוות את הזכות באיגוד. יוצא שה-20.7.75 הוא "יום הרכישה".

[543] ואם תאמר שיכולים המשיבים להשתמש בברירה שניתנה להם כאמור בסעיף 12 של החוק בתוספת האישרור לפי ס' 6(ג) לחוק השליחות - היינו, לחזור אל ה- 8.8.74 - אומר המערער, כי כבר נפסק בע.א. 518/76 (פד"י ל"א(2) 492) להלן הלכת איזנשטיין) כי אין ברירה זו עומדת להם. הטעם לכך הוא שלפי הלכת איזנשטיין ס' 117(ב) הוא בגדר דין מיוחד ודוחה מפניו את סעיף 12, יוצא, כי מי שאינו עושה פעולה באיגוד ממש אלא רוכש את המקרקעין בדרך של פירוק חברה (ועל כן כאילו עשה פעולה באיגוד כאמור בסעיף 117 (ב) לחוק) יכול להשען אך ורק על סעיף 117(ב) אשר הוראותיו חופפות בעיקרן את אלה של סעיף 4 לחוק הוראות המעבר.

תשובת המשיבים היא כי ה-8.8.74 הוא "יום הרכישה". לכך הם מגיעים בכל אחת משתי הדרכים הבאות:

א. לדבריהם, קיומו של סעיף 6(ג) לחוק השליחות נותן לתאגיד את הכוח לאשר לאחר היווסדו את הפעולה שנעשתה למענו לפני היווסדו, ואישור זה פועל למפרע מיום ביצוע הפעולה. לטענתם, לא יתכן כי תוכר פעולה של גוף אשר אינו קיים כלל. על כן, כאשר החוק איפשר את אישור הפעולה, הוא הכיר בכך בכשרותו של אותו גוף בזמן הפעולה ומשום כך, הביאה עריכת החוזה המחייב לשתי תוצאות: (1) נרכש הנכס; (2) "הופחה רוח חיים" בחברה בייסוד, וממילא הפכו אז המייסדים לבעלי מניות החברה.

ב. בדרך שניה הם מבססים טענתם ע"י כך שעם חתימת התזכיר רכשו חותמיו את זכותם בחברה, על כן קדמה רכישת הזכות בחברה לרכישת הנכס בידי החברה. ותאריך רכישת הנכס על ידי החברה הוא המאוחר משני התאריכים הנ"ל, ותאריך זה - 8.8.74, הנו "יום הרכישה" של המשיבים.

הבעיה שעוררו המשיבים בדרך הראשונה לביסוס טענתם כאמור לעיל, בעיה נכבדה היא, ואכן שאלה היא אם סעיף 6(ג) לחוק השליחות מעניק כשרות מסויימת לתאגיד לפני תחילת קיומו, שמא אין החוק פותר אלא את הבעיה הספציפית של פעולות יזמי החברה, וכדי לפתור בעיה זו הוא מעניק לתאגיד, אחרי היווסדו, את האפשרות לאשר פעולות שנעשו למענו לפני היווסדו בדרך שיחייבו מיום עשייתם. משל למה הדבר דומה? לקטין שבגר ומאשר את פעולתו של מי שפעל בחזקת שלוחו לפי סעיף 6(א) לחוק השליחות. גם אם פעולה זו תוכשר למפרע, - שהרי אישור בדיעבד כהרשאה מלכתחילה - אין בכך כדי להעניק לקטין זה כשרות משפטית למפרע (וראה בענין זה פירוש לחוקי החוזים בעריכת טדסקי, חוק השליחות, מאת א. ברק סע' 1-220).

אך אין להכריע בשאלה זו לצורך ערעורנו.

הדרך השניה שבה מגיעים המשיבים למסקנתם טובה בעיני. [544] המערער חולק על כך שהמשיבים היו יזמי החברה, וטוען כי זה לא הוכח. דבר זה לא היה כלל שנוי במחלוקת בעת הדיון בערכאה הראשונה. יתר על כן, בהודעת הערעור טוען המערער: "שגתה הועדה שלא התיחסה לטענתם החילופית של שני הצדדים, כי יום הרכישה הנכון הוא ה -20.7.75, באשר הוא יום רכישת המניות ע"י המשיבים בחברה - "יום הקמת החברה". בכך רואה המערער את רכישת המניות על ידי המשיבים בעצם הקמת החברה. ומכאן שגם לדבריו רוכשי המניות היו החתומים על התזכיר, כי אלה הופכים להיות בעלי מניות בחברה עם הקמתה.

יש איפוא לראות את המשיבים כמייסדי חברת גבעתיים וחותמי תזכירה, שבו נקבע מספר המניות שכל אחד מהם לוקח - כאמור בסעיף 5(3)ב' לפקודת החברות. התזכיר מחייב את החברה ואת חבריה בהתאם לסעיף 19(1) לפקודת החברות. הוה אומר, נערכה התחייבות של החברה בייסוד עם כל אחד מחותמי התזכיר, המעניקה לו זכות לקבל מניות במספר שהוא חתם עליהם בתזכיר.

חברות באיגוד הינה "זכות באיגוד" כמוגדר בסעיף 1 לחוק.

"זכות באיגוד" - כל אחת מאלה בין שהיא מוענקת במסכי ההתאגדות של האיגוד או על פיהם או בהסכם בין חברי האיגוד: (1) חברות באיגוד, וכו'.

בהתאם לאותה הגדרה, כוללת זכות באיגוד גם "(3) זכות ... לדרוש מהאיגוד ... אחת מהזכויות האמורות בפסקאות (1) ו-(2);"

דהיינו זכות לדרוש מהאיגוד חברות באיגוד הנה "זכות באיגוד". החתימה על התזכיר מעניקה לכל חותם את החברות בחברה, כאמור בסעיף 26 לפקודת החברות שביום הירשמה של החברה יירשמו חותמי התזכיר כחבריה. מכאן שבחתימה על התזכיר נרכשה על ידי חותמיו זכות באיגוד: חברות בו. העובדה שמימושה של אותה זכות יכולה להתבצע רק עם רשום האיגוד אינה גורעת מהזכות, שהרי כל חוזה שבו נרכשות זכויות תלוי במימוש תנאים מסויימים. והא ראיה שהחוזה אשר ערכו מייסדי החברה לרכישת הנכס הינו זכות בנכס, למרות שאף הוא יכול להתקיים רק לאחר שהחברה תרשם ותאשרו.

סיכומו של דבר: החתימה על התזכיר היא המקנה למייסדים את החברות בחברה, ואותה חברות היא ה"זכות באיגוד שתמורתה נתקבלו המקרקעין" כאמור בסעיף 4 לחוק הוראות המעבר, עם פירוקה.

כאמור לעיל, מחיל אותו סעיף על מכירת מקרקעין אלה בידי המשיבים את הדין שהיה חל עליהם אילו היו עושים בזכות שהיתה להם בחברה "פעולה באיגוד". [545] על כן יום הרכישה לצורך זה הנו כ"יום רכישה" לצורך פעולה באיגוד, שהוא היום המאוחר מבין שני התאריכים: רכישת הזכות באיגוד, או רכישת הנכס על ידי האיגוד. כפי שראינו נרכש הנכס לאחר שהחברה היתה כבר בייסוד, דהיינו לאחר התאריך שבו הוקנתה למערערים הזכות בחברה כנ"ל. וזהו התאריך שנקבע על ידי הועדה כ"יום הרכישה".

תוצאה זו עולה בקנה אחד עם המציאות הכלכלית של רכישת הנכס וכוונת החוק.

סעיף 38 לחוק המקורי, משקף את המציאות הכלכלית של רכישת המקרקעין וזה פשרו: אם אדם קונה מניות בחברה כאשר המקרקעין הנידונים עדיין אינם מצויים בידה אין רכישת המניות מהוה את רכישת המקרקעין. וכשהחברה רוכשת את המקרקעין הוא הופך להיות מבחינה כלכלית בעליהם של המקרקעין אשר החברה רכשה, לפי חלקו בהון החברה. מאידך, כאשר חברה רכשה מקרקעין, ולאחר מכן רוכש אדם מניות באותה חברה, הוא הופך מבחינה כלכלית - לבעליהם של המקרקעין המצויים בידי החברה לפי חלקו במניות החברה, בזמן שרכש אותן מניות.

עינינו הרואות, כי מועד הרכישה הכלכלית הוא תמיד המועד המאוחר מבין שני המועדים האמורים של רכישת המקרקעין או רכישת המניות. וזה נאמר בסעיף 38 לחוק כנ"ל.

אמנם סעיף 12 לחוק נותן פריבליגה לעושה פעולה באיגוד, כפי שכבר הוסבר לעיל. אך כזכור נטען ע"י המערער שלפי הלכת אייזנשטין אותה פריבילגיה לא תחול על בעל זכות באיגוד ההופך להיות בעלם של המקרקעין, לפי חוק הוראות המעבר. פירושו של דבר שיש לנהוג על פי סעיף 38 לחוק התואם את המציאות הכלכלית, כמוסבר לעיל.

במקרה דידן המציאות הכלכלית היא שהנכס נרכש על ידי יזמי "חברת גבעתיים" ביום שערכו את ההסכם. אמנם באותה שעה עדיין החברה לא היתה רשומה. ולדברי המערער מניותיה נרכשו על ידי היזמים רק עם רישומה. אך לכך לא היתה השפעה כל שהיא על המציאות הכלכלית של העסקה. וודאי שהנכס לא נרכש מבחינה כלכלית רק בשעה שנגמרו הליכי הרישום של החברה. ומכיון שכוונת הסעיף היא לחייב במס לפי המציאות הכלכלית לכן קביעתו של יום הרכישה כאמור לעיל הולמת את כונת החוק.

לאחר שקראתי את חוות דעתה של יו"ר ההרכב הנכבדה השופטת בן-פורת רואה אני שהגיעה לתוצאה זו בדרך מבריקה ובטוחה יותר על פי הסיפא של סעיף 4 לחוק הוראות המעבר. אני מסכים להשתית את התוצאה על שתי הדרכים כאחת.

הילכך אבי מציע לחברי לדחות את הערעור, ולחייב את המערער בהוצאות המשיבים לרבות שכ"ט עו"ד בסך 25,000 שקל.

[546]

## השופטת מ. בן פורת:

חברי הנכבד השופט שינבוים הגיע בדרך מקורית למסקנה כי בעת החתימה על התזכיר "נערכה התחייבות של החברה ביסוד עם כל אחד מחותמי התזכיר". מסקנתו זו מבוססת בראש וראשונה על סעיף 19(1) לפקודת החברות לפיו מחייב התזכיר הן את החברה והן את חבריה. כן מסתמך השופט הנכבד על ההגדרה של "זכות באיגוד" בסעיף 1 לחוק מס שבח מקרקעין, תשכ"ג-1963 (להלן "החוק הנ"ל"), המקפלת בתוכה (בין היתר) גם זכות לדרום מהאיגוד חברות. מכאן, לדעתו, התוצאה שעם החתימה על התזכיר, עוד לפני שרכשו את המקרקעין נשוא הדיון, נהיו המשיבים בעלי "זכות באיגוד". לפיכך, כאשר נרכשו המקרקעין ב-8.8.74 היה זה כאשר זכותם באיגוד כבר היתה קיימת. לפי סעיף 38 לחוק הנ"ל "יום הרכישה" הוא המאוחר בשני התאריכים: היום בו רכש המוכר "זכות באיגוד" או היום בו רכש האיגוד אותם מקרקעין. על כן, אפילו אישרר האיגוד במקרה שבפנינו את רכישת המקרקעין עם הקמתו ועל ידי כך רואים את האגוד כאילו רכשם מלכתחילה, גם אז מהווה תאריך הרכישה (8.8.74) את התאריך המאוחר מבין שנים אלה. על יסוד כל אלה מסקנתו היא ש"יום הרכישה" לצורך תשלום מס שבח הוא, כגירסת המשיבים, ה-8.8.74, ולא כגירסת המערער (מנהל מס שבח) יום יסודה של החברה, ה-5.12.75.

אולם אין לשכוח כי שעה שחתמו המשיבים על התזכיר עדיין לא נוסדה החברה ולא מצאתי בחוות דעתו של חברי הנכבד הבהרה הכיצד היה בכוחה של חברה בייסוד לערוך (כהשקפתו) "התחייבות של החברה ביסוד עם כל אחד מחותמי התזכיר". תמיכה מסויימת בגישתו ניתן אולי למצוא, דרך היקש בלבד, במשפט הגרמני אשר למטרה מוגבלת של יצירת הגוף המאוגד מעניק כנראה לגרעין הבלתי מושלם הקרוי "חברה בייסוד" כוח של אישיות משפטית Kohler Encyclopedie. 1, 1947 Der Rechtswissenschaft, Bd אימוץ גישה זו אינו בלתי אפשרי גם בישראל. שכן – כפי שנקבע לאחרונה, מפי הנשיא (י. כהן) בע.א. 272/81 (בר"ע 97/81) פ"ד לו(3) 670 - אין הכרת המחוקק בגוף מסויים כנושא זכויות והתחיבויות חייבת להנתן דווקה במפורש, אלא אפשר לדלותה ממקורות שונים, כגון מהוראות בחיקוקים מהן היא משתמעת. אולם הכלל של המשפט הגרמני, כמתואר לעיל, כפוף כמובן לתנאי שהתאגיד אכן נוסד בסופו של דבר גם למעשה. תנאי זה הוא מחוייב השכל הישר. יוצא שהזכות לדרוש מניות נולדת, אף לפי גישה זו, רק מכוח יסודה של החברה: השווה עם ס' 19 (1) לפקודת החברות אליו מפנה חברי הנכבד השופט אור.

אולם פתרון זה הוא בלי ספק חדשני ולא שמענו מטעם הצדדים טיעון ברוח זו. כאמור, אין ספק בלבי כי את ההתחייבות למפרע, היינו למן יום החתימה על התזכיר, הסיק חברי הנכבד מעצם יסודה של החברה, בדצמבר 1975. בכך אושרר ממילא התזכיר ששימש את הבסיס להקמתה ואשר עריכתו והגשתו ודאי שהיוו, במובן סעיף 6(ג) לחוק השליחות שצוטט לעיל, "פעולה שנעשתה למענ(ה) לפני היווסד(ה)". אולם שאלה גדולה היא מה דינו של אישור בדיעבד כאשר השולח (קרי החברה) עדיין לא נולד בעת ביצוע הפעולה המשפטית. [547] בסיפא של הסעיף 6(ב) נאמר "ויחולו הוראות סעיף זה", היינו של סעיף כולו. בס"ק(א) מצינו (בין היתר) הוראה לפיה "אישור בדיעבד - כהרשאה מלכתחילה". אולם אם מלכתחלה לא היתה החברה בייסוד כשירה לתת התחיבות בת-נפקות, או ליפות כוחם של המשיבים לערוך עבורה מסמך המעניק להם זכות לדרוש ממנה הקצאת מניות, כלום נוצר כאן יש מאין? שאלה דומה עשויה להתעורר כאשר קטין שבגר מאשרר פעולה שבוצעה למענו בטרם הגיע לבגרות. בע.פ. 112/79, 226 פ"ד לד(3) 178, 192 בחר כבוד השופט ברק להשאירה בצריך עיון. (וראה גם בספרו של פרופסור ברק "שליחות" בעריכתו של פרופסור טדסקי, ס' 220 בע' 243 ה"ש 92).

לדידי מצוי הפתרון, המוביל לאותה תוצאה, בסעיף 4 לחוק מס שבח מקרקעין (הוראות מעבר), תשל"ו-1976 (שיכונה גם על ידי "חוק הוראות מעבר"). סעיף זה (בדומה לסעיף 117(ב) לחוק הנ"ל) נועד מטבע ברייתו לעודד פירוקם של איגודי מקרקעין שכל תכלית קיומם היא בעלות במקרקעין ואילו בעלי מניותיהם עשויים להתחלף חדשים לבקרים. יתרה מזו, סעיף 12 לחוק הנ"ל (המפנה לסעיף 6 שבו) אף מאפשר לבקש, כענין שבזכות, שלצורך מכירה יראו כ"יום הרכישה" את התאריך בו רכש האיגוד את הזכות במקרקעין, אפילו הוא קודם לתאריך בו רכש המוכר את זכותו באיגוד, היינו בסדר הפוך מן הקבוע בסעיף 38 לחוק הנ"ל. ס' 12 מקנה איפוא למוכר במקרים לא מעטים יתרון ניכר המתבטא בהפחתת מס השבח. מכל מקום, נקל להבין לרוחו של המחוקק כאשר החליט לעודד בסעיף 4 לחוק הוראות מעבר את פירוקם של איגודי-מקרקעין למיניהם ואת העברת המקרקעין לבעלי המניות עצמם. עידוד זה מוצא ביטוי בפיקציה לפיה רואים את בעלי המניות, המוכרים את המקרקעין לאחר הפירוק, כאילו הם מבצעים "פעולה באיגוד". יחד עם זאת אין סעיף 4 לחוק הוראות מעבר משנה את "יום הרכישה".

והוא נשאר כשהיה המאוחד בין 2 תאריכים (מכוח ס' 38 לחוק הנ"ל): (1) רכישת המקרקעין ע"י האיגוד; (2) רכישת "זכות באיגוד" על ידי המוכר. רצוי להזכיר בהדבק זה כי לפי ההלכה הפסוקה אין המסתמך על הפיקציה שבסעיף 4 לחוק הוראות מעבר (ליתר דיוק, על הפיקציה של סעיף 117(ב) לחוק הנ"ל, אשר לענייננו הוא זהה לחלוטין) יכול להישען גם על סעיף 12 לחוק הנ"ל ולהינות משני העולמות. לשון אחרת, במקרה כזה רואים בסעיף 4 לחוק הוראות מעבר את "הדין המיוחד" הדוחה מפניו את סעיף 12 לחוק הנ"ל: ע.א. 518/76 פ"ד לא(2) 492 (הילכת אייזנשטיין).

כאמור, ניתן למצוא את הפתרון לבעיה הניצבת בפנינו בסעיף 4 סיפא לחוק הוראות מעבר, בה גילה המחוקק התחשבות מיוחדת במי שהיה לבעל זכות במקרקעין לפני מכירתה לאיגוד. נאמר שם:

"ובלבד שאם בעל הזכות באיגוד היה בעל הזכות במקרקעין לפני מכירתה לאיגוד, יהיה תאריך רכישתה התאריך שבו רכש את הזכות במקרקעין".

[548] נשאלת איפוא השאלה הכיצד נתקיימו תנאי הסיפא במשיבים, אם החברה לאחר שנוסדה אישררה את רכישת המקרקעין. לאחר עיון גמלה בי הדעה, לפחות לענין הסעיף הנדון, כי האישרור של פעולה שבוצעה עבור התאגיד לפני הווסדו, אם כי הוא מעביר מכוח הדין את הזכויות והחבויות הנובעות מן העיסקה המאושרת כאילו ניתנה ההרשאה מראש, אין בו כדי למחוק כלא היה את נפקות פעולותיו של "השלוח".

תמיכה בגישתי, דרך קל וחומר, ניתן למצוא בספרו הנ"ל של פרופ' ברק בע' 86 לאמור:

"יש שיאמרו כי "שלוחו של אדם כמותו", משמעותו פרסוניפיקציה של שלוח על ידי השלוח. החוק יוצר כאן פיקציה לפיה השלוח והשלוח הם אחד, ופעולתו של השלוח היא פעולת השולח. אין אנו מקבלים פירוש זה. סעיף 2 לחוק קשור ושזור עם סעיף 1 לחוק והוא משלים אותו. "שלוחו של אדם כמותו" משמעותו כי פעולת השלוח מחייבת ומזכה את השולח, אין זיהוי (ההדגשה במקור) בין שני בני האדם ובין פעולותיהם אלא קיימת זהות בתוצאות. תוצאותיה של פעולת השלוח זהות לתוצאותיה של פעולת השולח".

לגבי מקרה בו פועל השלוח על פי שליחות קיימת ובמסגרתה, נוטה אני לחלוק על הנאמר בציטוט (ובכך אולי סוטה אני מעמדתי בהזדמנות אחרת: ע.א. 526/75, פ"ד לא(2) 747 בע' 754). נראה לי כי בסיטואציה זו אין השלוח אלא זרועו הארוכה של השולח אשר אותו רק אותו רואים כמבצע את הפעולה. כמו כן מעדניפה אני שלא לקבוע עמדה לגבי הנאמר בציטוט למקרה "שהשלוח" פעל למעשה ללא הרשאה או תוך חריגה הימנה, היינו במסרת סעיף 6(א) לחוק השליחות. גם כאן ניתן לטעון שאין הדבר כך, שכן "השלוח" התימר מלכתחלה לשמש אך ורק זרועו הארוכה של "השולח" ולא לפעול מטעם עצמו, ואם הפעולה אושרה (במסגרת סעיף 6(ג) לחוק השליחות) בא הכל למפרע על מקומו בשלום.

לעומת זאת, נוטה אני לאמץ את הנאמר בציטוט למקרה שפעולת "השלוח" היא ללא הרשאה (במובן ס' 6(א) הנ"ל) משום "שהשולח" טרם נולד, כגון חברה בייסוד. במקרה כזה אין שולח בנמצא בזמן ההתקשרות, ולעתים תכופות - אף בזמן ביצועה טול מקרה בו פועל "השלוח" כיזם עבור חברה בייסוד. חוזה המכר מכיל התחיבויות למיניהן במועדים הקודמים להקמתה של החברה, כגון ביצוע תשלומים. אם התשלומים אינם מתבצעים, כולם או מקצתם (ובאין פתרון מוסכם אחר בגוף החוזה), הדעת נותנת כי "השלוח" הוא בעל דברו של המוכר והנותן את הדין של ההפרה. סביר גם לחשוב שאם "השלוח" יסכל את הקמת החברה האמורה לאשרר את העיסקה, ישא הוא באחריות לקיום ההתחיבויות, וממילא יהיה גם הנושא בזכויות. [549] סיטואציה זו דומה ביסודה, לחוזה הכפוף לתנאי מתלה במובן סעיף 27 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג 1973 (וראה גם ע.א 62/77 פ"ד לא (3) 695). חוזה בידי יזם כולל לדעתי תניה מיכלאא (אלא אם הוסכם אחרת) שהיזם לא יסכל את הקמת החברה ואת אישרור העיסקה, במעשה או במחדל, אחרת כמוהו כצד לחוזה התלוי בתנאי מתלה אשר "מנע את קיום התנאי" ואז "אין הוא זכאי להסתמך על קיומו": ס' 28 (א) לחוק החוזים הנ"ל. בצדק אומר פרופ' פרידמן בהערתו על משמעות המושג "חוזה על תנאי" (ח' "עיוני משפט" ע' 578, 579) "אם סוברים כי כל עוד לא התקיים התנאי – לא נוצר חוזה, שי כאן סתירה פנימית. אם החוזה עדיין לא נוצר, כיצד ניתן להעניק סעד כדי למנוע את הפרתו?" דברים אלה סומכים על סעיף 27 (ג) לחוק החוזים הקובע כי "חוזה שהיה מותנה בתנאי מתלה, זכאי כל צד לסעדים לשם מניעת הפרתו, אף לפני שנתקיים התנאי". נראית לי דעתו של המלומד פרידמן, היפה גם לענייננו, שי (שם) "החוזה על תנאי (ואחת היא אם התנאי הוא מתלה או מפסיק) הוא חוזה, שנתקיימו לגביו כל הדרישות להווצרותו של חוזה ובתור שכזה הרי הוא תקף ומחייב לכל דבר... משום כך, כל עוד לא התברר שהתנאי פעל לשחרורם זכאי כל צד לסעדים למניעת הפרתו של ההסכם. מאותו שיקול אין אף צד רשאי למנוע את קיום התנאי המתלה, זאת משום שאפילו לא הוסכם כך במפורש מובן מכללא כי החוזה נועד לקיום וכי איש מן הצדדים איננו רשאי להכשילו. התחייבות זו, שלא למנוע קיום התנאי המתלה... היא בת תוקף משום שחוזה כולו הוא בר תוקף" (ההדגשה במקור).

אין להבין מדברי שרואה אני בחוזה שכרת יזם עבור חברה בייסוד חוזה התלוי בהסכמת אדם שלישי ואשר לפי סעיף 27(ב) לחוק החוזים קיימת לגביו "חזקה שקבלת ההסכמה... הוא תנאי מתלה". בענייננו תלויה דבר לא באישור של צד שלישי אלא באישרור של "הצד" שעבורו נכרת החוזה, היינו החברה עתידה לקום. ברם, חרף ההבדלים הללו, מקום להיקש קיים כאן, אחרת לא נותר שום מתקשר נגדו יוכל המוכר להגיש תביעה אם ההתחייבויות כלפיו יופרו, או במקרה ש"השלוח" יכשיל את יסוד החברה או את אישרור העיסקה על ידי החברה שהוקמה.

בהעדר התניה אחרת, החוזה עם יזם למען חברה בייסוד הוא איפוא שריר וקיים., משמעותו של האישרור על ידי החברה לאחר יסודה היא, לפי השקפתי, שהזכויות וההתחיבויות הומחו לה מכוח הדין (סעיף 6 (ג) לחוק השליחות) למפרע. (השווה עם המחאה מכח הדין בע.א. 331/65 פ"ד לב(1) 63, 67). אין בכך משום מתן שני פירושים שונים לאותו סעיף, אלא רק משום החלתו בצורה שונה, כמתחייב מן העובדה שבשעת ההתקשרות לא היתה עדיין החברה קיימת ומן ההשלכות המתחיבות מעובדה זו לגבי החוזה שנכרת.

[550] לפי ההשקפה המקובלת על פרופ' ברק, על יסוד המקורות המצוטטים בספרו (כגון, סעיף 40 לקודקס המסחרי ההולנדי), "קובעת כשרותו של המאשר בדיעבד בשעת האישור בדיעבד (ההדגשה שלי) ולא בשעת ביצוע הפעולה נושא האישור בדיעבד": ס' 220 לספרו הנ"ל. לפיכך נוטה הוא לדעה שאישור בדיעבד אפשרי היה במסגרת ס' 6(א) לחוק השליחות, אף ללא ההוראה בסעיף 6(ג) של אותו חוק. המחבר הנכבד ער לנמוקם של השוללים את אפשרות האישרור של פעולות אשר קדמו לכושרו של התאגיד (או ללידתו של האדם) והוא שהכרה בכוח האישרור במקרים כאלה "כמוה כהענקת

כשרות באמצעות דיני השליחות לגבי תקופה שעל פי דיני הכשרות עצמם הכשרות לא היתה קיימת" (שם, בסעיף 221). על הנמקה זו תגובתו, המקובלת עלי, היא כי "ניתן להכיר באישור בדיעבד, תוך שלילת הרטרואקטיביות שבו" (שם, שם). פרופ' ברק מקשה שם לאמור: "על שום מה לא יוכל בגיר לאשר בדיעבד פעולה שנעשתה בשמו ללא הרשאה שעה שהיה קטין? היש אינטרס כל שהוא המעוגן בטובת הקטין המונע אישור זה?" ועל כך משיב הוא כי "אין כל מניעה לכך, כי במסגרת סעיף 6(א), יאשר "השולח" בדיעבד פעולה שנעשתה בשמו בתקופה שבה לא היה לו הכושר (אם משום שהוא לא היה קיים כלל כאישיות משפטית, ואם משום שכשרותו היתה מוגבלת) להעניק הרשאה מראש לביצוע", שכן מדובר בכשרות להעניק בדיעבד הרשאה ולא ביצירת כשרות בדיעבד לבצע את הפעולה בעצמו.

להלן נאמר כי

> "אשר לרטרואקטיביות האישור, יש להכיר בו, זולת אם הוא עומד בסתירה לדיני הכשרות" (ההדגשה שלי).

עקרונית מקובלת עלי ההשקפה בה דוגל פרופ' ברק בספרו הנ"ל כי אפילו בהעדר ההוראה של סעיף 6(ג) לחוק השליחות ניתן היה לקבוע על פי עקרונות כלליים ש"אדם", טבעי או משפטי, יכול להקנות למפרע הרשאה לפעולתו של שלוח אשר בוצעה בשמו או עבורו. אולם אין בכך כדי להעניק לשולח למפרע את הכושר לבצע אותה פעולה, אם בזמן ההוא היתה כשרותו מוגבלת (כגון, קטין) או לא קיימת (כגון, חברה בייסוד).

הדגשתי לעיל את המלים "ניתן היה", שכן לא זו היתה הגישה הרווחת בעבר. פרט למקרים בה הורה המחוקק בפירוש אחרת (כגון, בס' 40 לקודקס המסחרי ההולנדי שהוזכר לעיל), שלטה בכיפה הדעה שאם בעת ביצוע הפעולה לא היה "השולח" מסוגל לבצע בעצמו את הפעולה, כי אז גם חסרו לו הכוח להעניק למפרע הרשאה לביצועה. [551] לאור גישה זו של העבר, מקובל עלי הנאמר במאמרו של פרופ' ג. פרוקציה על ס' 6 לחוק השליחות (לד הפרקליט ע' 17, 33), ואני סבורה כמותו כי האישרור במקרים אלה אפשרי רק מכוח סעיף 6(ג) לחוק השליחות הוראה ספציפית אחרת בדין, כגון: ס' 5 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות תשכ"ב-1962, לגבי קטין). אולם בניגוד לדעתו של פרופ' פרוקצ'יה, דעתי היא שאפילו כאשר האישרור הוא מכוח הדין - בענייננו מכוח סעיף 6(ג) לחוק השליחות, כאשר זו עומדת בסתירה לדיני הכשרות, אין הוא מקפל בתוכו רטרואקטיביות אלא רק מתן הרשאה למפרע. אם ניישם את גישתי במקרה בו עסקינן, התוצאה היא שהאישרור על ידי החברה אמנם היקנה לה את הזכויות והחבויות שנבעו מרכישת המקרקעין על ידי המשיבים, אך אין על דרך הפיקציה לראות את החברה כאילו התקשרה היא בחוזה הרכישה מלכתחילה. להפך, העובדה שהמשיבים הם שהתקשרו בחוזה לרכישת המקרקעין ב-8.8.74, תוך תשלום תמורתה, היא שרירה וקיימת. מאז היו הם הצד להתקשרות זו ואף ביצעו את חלקם בפועל על ידי מתן התמורה. מצב זה נמשך אף מעבר לתאריך יסודה של החברה עד שנפלה החלטת האישרור.

על סמך השיקולים דלעיל מסקנתי היא שהמשיבים היו לבעלי זכות במקרקעין לפני שהזכויות והחבויות "הומחו" מכוח הדין (בעקבות האישרור) לחברה. לפיכך נתקיימו בהם התנאים של סעיף 4 סיפא לחוק הוראות מעבר.

אולם אפילו נגרוס (בניגוד לדעתי) כי במסגרת דיני השליחות בתור שכאלה יש לראות את החברה המאשררת פעולה שבוצעה למענה לפני יסודה כאילו ניצבה היא מלכתחלה בנעליו של האדם שביצע אותה פעולה, גם אז מן הראוי לנהוג אחרת כאשר מדובר בסעיף 4 בו עסקינן. כאמור בולטת בו שאיפת המחוקק לעודד את פירוקם של איגודי מקרקעין. לפחות לשם הגשמת מטרה זו אין להתעלם מהעובדות כפי שאירעו במציאות, היינו כי המשיבים הם שהתקשרו בחוזה הרכישה, ולו גם עבור החברה בייסוד, וכי בפועל לא נותקה זיקתם למקרקעין משך כל הזמן, תחלה כרוכשים ואחר כך כבעלי זכות באיגוד.

אשר על כן גם דעתי היא שדין הערעור להידחות.

## השופט אור:

גם לדעתי דין הערעור להדחות ומצטרף אני, בכל הכבוד, למסקנתה של חברתי הנכבדה, השופטת בן פורת ולנמוקיה. לאור זאת, הנני מעדיף להשאיר בצריך עיון את השאלה אם גם על פי נמוקיו של חברי הנכבד, השופט שינבוים, היה מקום לדחות הערעור. אוסיף רק שספק בעיני, אם ניתן לומר, שקודם הקמתה של החברה הנידונה, ובעת חתימת מיסדיה על התזכיר והתקנות עמדה למיסדים אלה "זכות...לדרוש מהאגוד... אחת מהזכויות האמורות במסקנות ( (1) ו-(2)" כמובנה של זכות זו בפסיקה 3 של הגדרת "זכות באגוד" בסעיף 1 לחק מס שבח מקרקעין תש"ט-1949, ספקותי נובעים מנוסח סעיף 19(1) לפקודת החברות, לפיו הזכויות והחובות הנזכרים בו חלות "משנרשמו תזכירי החברה ותקנותיה", וללא קשר לפעולת אשרור כלשהי מצד החברה, לאחר שהוקמה. על פי נוסח זה מדובר לכאורה בזכות שלא היתה קיימת קודם הקמת החברה, ולא היה בידי מי מהמיסדים לדרוש את ממושה מהתאגיד קודם שזה קם (משום שלא ניתן לתבעו קודם שהיה לאישיות משפטית). [552] זכות זו קמה למיסדים עם הקמת התאגיד, מכוח ומרגע הקמתו, ולא היתה לכאורה קימת קודם לכן.

התוצאה היא כאמור בפסק דינו של השופט א. שינבוים.
ניתן היום כה באדר תשמ"ג (10/3/83).
--- סוף פסק הדין ---

## גיוס הון בשלב היזמות, צורת ההתאגדות

עד היום דיברנו על מערכת היחסים יזם:חברה:צד שלישי. לעניין הזה יכולים להכנס גם משקיעים. **המשקיעים הם בני אדם שמסתמכים על פעולות היזמות**. פעם היו ניגשים ליהודים בניכר ומבקשים מהם להשקיע במלון, המשקיעים מסתמכים על היזמות, והשאלה היא האם ההסתמכות על פעולות לא תקינות בזמן היזמות.

ישנה פסיקה שאינה ישראלית, שקבוצת משקיעים קנו מכרה במחיר X ומכרו אותו לחברה במחיר גבוה, החברה אישררה את הפעולה. **מותר למשקיעים חדשים לבדוק את התקינות של האשרור, אלא אם העניין נעשה על ידי מועצת מנהלים בלתי תלויה.**

צורות היזמות היתה חשובה פעם, כי המיסוי בישראל היה מיסוי על בסיס פעילות טריטוריאלית, ההכנסות בישראל היו נשומות וחלק אחר של ההכנסות לא היו ממוסות בישראל, אז היזמות הישראלית

**יש לעיתים מקרים של יזמות שאינם מתאימים להתארגנות כחברה**. השותפות היא אחת כזו. אין כמעט מקרים של שותפות רגילה כיזמות עסקית. הניהול של השותפות היא בעייתית, לכל שותף יש סמכויות בלתי מוגבלות. אבל יש גם **שותפות מוגבלת**. דווקא הדבר המיוחד הזה של שותפות מוגבלת מאפשר השגה של יתרונות שאינן בצורה של התארגנות אחרת. שותף מוגבל משקיע בשותפות ואסור לו לטול חלק בניהול השותפות, ההטבה היא אחריות מוגבלת. הרצון להתאגד כך הוא כדי למנוע מבעלי המניות להציק לשותף הכללי, הרעיון הוא לאפשר שליטה באופן מלא. אולם, השותפים הכללים לא רוצים לחשוף עצמם באופן מלא ולכן השותף הכללי עלול להיות חברה. שותפויות מוגבלות קמות בעסקים עתירי סיכון, נניח חיפושי נפט.

## החוק לעידוד השקעות הון

יש מימון מהסקטור הפרטי: בנקים, הלוואות, משקיעים פרטיים, קרנות הון סיכון; ויש את המימון של הסקטור הציבורי. בגדול מדובר על מקורות מימון שיסודם בחוקי התקציב השונים של מדינת ישראל והטבות ועידוד על חשבון מדינת ישראל. הכוונה היא למענקים ולהטבות מס. אפשר לקבל הטבות גם לאו דווקא בצורה של פטור ממס, אלא במדינת ישראל יש גם מענקים.
יש שבירה של מחסומים בירוקרטים.

הדבר העיקרי שצריך הוא בעיקר 3000 דונם. צפונה

לאילת יש שטח שנקרא ערערה. המדינה לא יכולה להקצות מקרקעין אלא באמצעות מכרז, ולמצוא שטח של 3,000 דונם פרטי. אם מקבלים מעמד של מפעל מאושר שיש לו חשיבות מבחינת מדינת ישראל אפשר לקבל הקצאת קרקע לפי הערכת שמאי לשווי הקרקע. המדינה לוקחת את הקרקעות מקיבוץ אילות ומעבירה לקבוצה. בחוק לעידוד השקעות הון יש מנהלה, ותפקידיה (סעיף 10(4)) להמליץ לחוקק חוקים או לבצע פטורים שעשויים לסייע להשגת מטרת חוק זה. יש מערך שלם של הקלות והטבות שיזמים יכולים לקבל בישראל ושעובדים דרך מרכז ההשקעות.

הרעיון היה למשוך משקיעים שיביאו מפעלים שיספקו עבודה, היתה עליה וכו'. מדינת ישראל היתה מעצמת טקסטיל גדולה. מתן תמריצי מס מעבירה את הסיכון ליזמים, אבל אם היזמים מרוויחים היא מפסידה טיפה יותר, אבל לא מסתכנת על ההשקעה. למדינה אין דרך טובה לדעת מיהו משקיע טוב ומיהו משקיע רע, המשקיעים שנכשלים לא רוצים להכשל. המדינה בוחנת את האפשרות להסתלק ממתן מענקים.

## התמריצים

יש שני מודלים להטבה. לעבור את המנגנון של **"מפעל מאושר"** ואז לקבל הטבת מס שיכולה להיות 10 שנים או 15 שנים. מפעל באיזור המרכז מקבל שנתיים פטור ואז מס מופחת. יש מסלול שני, הוא אומר שאין לך שום עניין עם המדינה. אם תעמוד בתכנית ההשקעות המינימאליות, ותשקיע 300,000 ש"ח, יש **הטבת מס אוטומאטית**. יש במסלול השני מענה לבעיה שמטרידה את רוב היזמים, בירוקרטיה וכו'. לתושבי חוץ יש הטבה משמעותית יותר מבחינת מס.

יש שני מסלולים עיקריים של עידוד יזמות במערכת חוץ פיננסית – הקצאת קרקעות ומשאבים. יש עידוד ישיר ועוד. צריך להבין את הסיבה מדוע מדינת ישראל עברה למתכונת של עידוד באמצעות מקורות מיסוי ולא דווקא באמצעות מענקים. יש מענקים לחברות גיגנטיות. אנחנו מדברים על מענקי השעקה לחברות. הסמכות של המנהלה הוגבלה בחוק עד סוף 2007. משנגמרת שנת 2007 נגמרת הסמכות להעניק מענקים אלא אם היא תוארך.

## חקיקה פרטית

מסלול שני שאנו מזהים הם מסלולי חקיקה שנועדו לתת מענקים במישור גיאוגרפי או סקטוריאלי של עידוד השקעות. **לחקלאות לדוגמא יש הילה של קדושה**, ואפילו חוק הגבלים עסקיים יש לו סעיפי חוק שפוטרים. יש חוק עידוד הון להשקעות בחקלאות שתפקידו לעודד את הסקטור החקלאים בישראל והיו לכך שתי סיבות עיקריות. יש חוקים כמו חוק עידוד התעשייה (מיסים) שמעודד תעשיה, ולא סתם יזמים. יש את החוקים שמעודדים יזמויות באיזורים מסויימים.

יש עידוד של יזמויות במסגרת תקציב המדינה שהיא לא חקיקתית. יש קרנות בסגנון קרן תנופה. הקרן

נועדה לאפשר לחברה בשלב ההקמה לגבש תכנית עסקית ולבדוק את האפשרות. הסכום של 225,000 ש"ח צריך לכסות עד 85% מהעלויות של השלב הראשון ביזמות. הקרן מסתכלת על מה שהיא רוצה לעשות בשלב ה seed. קרן אחרת היא **הקרן לסיוע לעסקים קטנים**.

**פטור ממס**

המפעל באיזור מעודף לפי החוק פטור ממס כל עוד הוא לא מחלק את הרווחים, אלא כי הוא משקיע את הכסף בתור **הון חוזר**. יש את העידוד של **פחת מואץ**. העידוד הוא שהפחת המואץ מקטין את הרווחים בתיאוריה ולכן דוחה את המס. למרכז ההשקעות יש תקציב מוגבל אז הוא צריך לדרג את ההשקעות. במסלול הראשון שבו אנו פונים מראש לקבל את האישור (כאשר מעוניינים בקבלת מענקים) אז חייבים לפנות ואז המדינה באה ואומרת שיש לדרג את ההשקעות. יש העדפה למשקיעי חוץ לעומת מקומיים.

האפליה הזו מובנת מאוד בעבר. האישור מזכה במענקים: איזור פיתוח א', ההטבה היא בשיעור של עד 24% אבל מדובר בהשקעה ברכוש, ציוד, מכונות, מבנים ולא בהון אנושי. באיזור פיתוח ב' המענק הוא עד 10% ובאיזור פיתוח ג' המענק הוא 0%. במצפה רמון (נגב) יש מענק של 30%. ניתן לקבל פטור ממס ל 10 שנים בלי מענק (מסלול חלופי) או לקבל הקלת מס ל 25% (11 אחוזי הנחה) ומענק מופחת.

**מסלול אירלנד**

המסלול השלישי הוא מסלול 'אירלנד', המסלול הירוק – אתה מציע למשקיע לראות את מרכז ההשקעות ויש מראות יפים יותר. ההמולה, הזמן והמעאכרים רק מראים כמה המדינה רעה. אם מדובר ביזמות חדשה, סך ההשקעה הנדרשת מהיזמים היא 300,000 ש"ח. זו השקעה כמעט ולא גדולה שכמעט כל יזמות עומדת בה. אם מדובר על היי-טק לא צריך 300,000 ש"ח אלא מספיק 200,000 ש"ח. סך הכניסה לתכנית צריך לעמוד באחד משני הדברים הבאים: אותו קריטריון – קבוצה חדשה או, הגבוה מבין השנים: 12% מהערך המופחת של הנכסים היצרניים במפעלים בשווי עד 140,000,000, 7% השקעה במפעלים עד 500,000,000 ואם המפעלים יותר גדולים אז 5%. כלומר, אם לוקחים מפעל שהנכסים שלו הם 500,000,000 הוא צריך להשקיע 25,000,000. כלומר, אם רוצים מסלול אירלנד – אם אתה חדש אתה מתוגמל אוטומאטית. למה לקחו את הסף הזה? כי אמרו שמי שלא משקיע סכום זעום זו לא בהכרח יזמות.

סעיף 51א: חברה מוטבת זכאית בכל שנת מס להטבות. **מסלול אירלנד אומר שמייצאים, ולא רק למדינה אחת** (ולא יותר מ 75%). במסלול מס מופחת אני משלם 11.5% אחוזים מס ולא 0%. כאן צריך לדעת איך לייעץ. השאלה הבאה היא מה יקרה כאשר מחלקים דיוידנדים? במפעל פטור החברה תשלם 25% מס חברות (כמו כל חברה מאושרת) על מה שהיא מחלקת ואילו בעלי המניות ישלמו מס הכנסה על הדיוידנד 15%. לעומת זאת אותה חברה שכבר שילמה 11.5% אחוזים מס הכנסה, **בעלי המניות יקבלו גם דיוידנד עם 15% מס הכנסה**. במסלול של הפטור, כאשר אנו מוציאים את הכסף אנו מגיעים ל 23%

בערך מס הכנסה. ברור שהמסלול של המס המופחת, אם אני צופה רווחיות קבועה ורצון לחלק את הדיוידנד לבעלי המניות, עדיף לי מסלול אירלנד.

## 8. ניהול סיכונים משפטיים בפעילות יזמית

ת"א (ת"א)2474/86 ***נצר נ' כנפונית***, פ"מ תשנ"ד (2) 441

א. האחריות מוגבלת בדיני התאגידים בשלבי יזמות.

ב. אחריות למעשי אחרים.

III. ערבות.

IV. אחריות מנהלים בסביבה עתירת סיכונים.

Journal of Corporation Law

Fall 2000

Essay

# VENTURE CAPITAL AND CORPORATE GOVERNANCE: EVOLVING THE LIMITED LIABILITY COMPANY TO FINANCE THE ENTREPRENEURIAL BUSINESS

J. William Callison [FNa1]

Copyright © 2000 University of Iowa (The Journal of Corporation Law); J. William Callison

## I. Introduction

Although venture capital financing constitutes only a small portion of overall corporate finance in the United States, it is essential for entrepreneurial, high-tech ventures. [FN1] Conventional wisdom holds that venture capital firms generally do not invest in limited liability companies (LLCs). [FN2] Therefore, start-up high-tech firms which are likely to seek outside equity financing are predominantly organized as state-law corporations. [FN3] On the other hand, high-tech start-ups, which anticipate obtaining financing from a small group of inside investors, frequently organize as LLCs in order to combine favorable partnership tax treatment with limited liability protection for all owners and managers, and for other reasons. [FN4] This Article concludes that different governance structures for corporations and LLCs are likely the significant reason for this divergence. It proposes statutory and contract-based remedies for LLC governance problems that make the LLC more attractive for outside investment. Finally, this Article considers similarities and dissimilarities between LLCs in the United States and several foreign counterparts to (1) determine whether aspects of these foreign entities can help solve U.S. governance problems, and (2) to extend conclusions about the ability of these foreign entities to attract venture capital financing.
***99** In a 1994 article, Professor Joseph Bankman notes that unfavorable corporate tax treatment often provides newly formed corporations with an after-tax return on investment that is significantly less than that realized by partnerships. [FN5] He states that "[i]n light of this decidedly adverse tax treatment, one might expect that speculative ventures would rarely, if ever, be carried out by a newly-formed corporation, but would instead . . . be carried out by partnerships." [FN6] However, Bankman notes that "[i]n Silicon Valley, notwithstanding the concomitant loss of tax benefits, a substantial number of new ventures are carried out by newly-formed corporations." [FN7] Thus, Bankman poses the following riddle: "What advantages (if any) of the corporate structure justify the much higher after-tax costs for operating expenses which [that] structure entails?" [FN8]
Bankman does not discuss LLCs, probably because they were relatively new entrants in the choice of entity sweepstakes when he wrote his article. The fact that LLCs generally combine partnership tax treatment and limited liability protection for all owners and managers regardless of their participation in firm management makes LLCs--and not general or limited partnerships in which at least one partner has joint and several liability-- more likely candidates for risky, high-tech start-up ventures. Therefore, Bankman's puzzle can readily extend from the partnership-corporation choice to the LLC-corporation choice.
Bankman proposes several factors to assist in solving his choice-of-entity puzzle. Some of these factors are tax driven, such as the ability of corporations to use traditional stock options to compensate employees. [FN9] Another factor is that many investors in venture ***100** capital funds (themselves organized as pass-through tax entities) are tax-exempt institutional investors, which cannot use tax losses. Similarly, wealthy individuals' use of losses are subject to passive activity loss limitations. [FN10] Additional tax reasons for a corporate tax structure, which are not discussed by Bankman, include the unwillingness of tax-exempt investors, such as universities and pension plans, to receive unrelated business taxable income [FN11] and the ability to use corporate tax reorganization provisions.
Bankman also notes several nontax factors, such as the desire to minimize legal and organizational fees,

particularly when the entity will need to convert to corporate form prior to an initial public offering. [FN12] A second nontax factor is the "gambler's mentality" of investors and venture capitalists. [FN13] Idiosyncratic investor preferences that value nonmonetary benefits and that discount the value of losses in exchange for the "remote prospect of enormous returns" may also affect entity choice. [FN14] Against this background, one can view all business organization forms as having three fundamental characteristics. First, each form has control attributes, which concern the firm's patterns of decision-making authority and agency power. Second, each form has risk attributes, which concern the manner in which the firm's loss risks are allocated among the participants. Third, each form has reward attributes, which concern the allocation of the firm's profits and value among the participants. ***101** Thus, the corporation can be considered as a form providing a differentiated management and control structure in which shareholders elect directors and participate in certain fundamental decisions; directors establish policy, select officers, and perform monitoring functions; and officers implement policy and act as the firm's agents. The corporation is a form that also provides a limited risk position in which investors generally limit risk to only their capital contributions. Finally, the corporation provides a somewhat flexible reward structure that permits distributions to be allocated between common stock and preferred stock and among classes of common and preferred stock. [FN15]

The general partnership can be viewed as providing for the partners an undifferentiated management and control structure in which all partners participate in management and serve as the partnership's agents. [FN16] The form allows an unlimited risk position in which all partners have joint and several liability for firm debts and obligations. [FN17] Finally, the partnership form allows an undifferentiated reward structure in which all partners share equally in partnership profits and partners can use partnership tax losses against personal income. [FN18]

The limited partnership can be viewed, for limited partners, as combining the risk and control attributes of corporate shareholders with partnership reward attributes. [FN19] Finally, the LLC can be considered as a form combining corporate risk attributes, [FN20] ***102** partnership control attributes, [FN21] and partnership reward attributes. [FN22] This Article focuses on the LLC form. Professor Bankman's article focuses principally on how the participants share the economic (including tax) benefits of their investment. His analysis ignores the other two firm characteristics, namely the firm's risk and control attributes. As will be seen, changes in business organization law and tax law shift the emphasis to the governance characteristic, and a contemporary discussion of why venture capital investors might prefer one entity form over another needs to take real and perceived differences in firm governance structures into account.

## II. The Rise of the Limited Liability Company Form and the Neutralization of Tax and Liability Distinctions Among Business Organizations

In response to the Internal Revenue Service's 1988 pronouncement that a Wyoming LLC is taxed as a partnership despite the fact that no member bears personal responsibility for entity debts, obligations, and liabilities, [FN23] other states began enacting LLC legislation in 1990. [FN24] By 1994, forty-seven states recognized LLCs, and by 1996, all fifty states recognized LLCs. [FN25] Prior to the emergence of the LLC, the corporate form provided a unique benefit by extending personal liability protection to all shareholders, ***103** officers, and directors. [FN26] However, all state LLC statutes provide liability protection to owners and managers. [FN27] Although veil piercing remains a possibility, this risk should not be greater in LLCs than it is in corporations. [FN28] Thus, liability considerations have been neutralized in entity choice decisions.

Further, Professor Bankman's article contemplates a binary tax system in which general and limited partnerships are classified as partnerships, and corporations are classified as "associations taxable as corporations" for federal income tax purposes. [FN29] The emergence of the LLC form, which combines liability protection with flexible, contract-based rules concerning continuity of life, management centralization, and transferability of interests, also resulted in fundamental changes in entity tax classification. At first, the principal tax strategy for those using the LLC involved attempts to combine favorable partnership tax treatment with acceptable corporation-like management, continuity-of-life, and free transferability structures. [FN30] In 1996, the Treasury Department reacted to these strategies by simplifying its tax classification regulations. [FN31] Under these "check-the-box" regulations, most noncorporate entities can elect to be taxed as partnerships or as corporations. Therefore, although most LLCs continue to obtain partnership tax treatment, there is nothing about LLCs that mandates such treatment. If it is preferable for an LLC to be taxed as a corporation, it can elect to be taxed as a corporation. Thus, an LLC cum tax corporation can use incentive stock options and corporate tax reorganization provisions, and can avoid self-employment characterization with respect ***104** to shareholder-employees and

unrelated business taxable income treatment with respect to tax-exempt investors. Because traditional owner liability distinctions between unincorporated business organizations and corporations have largely been erased, and because the once distinct line between partnership and corporate taxation of unincorporated business organizations has been reduced to elective status, it is now possible to recognize that unincorporated business organizations and corporations can be structured to have similar risk and reward attributes. Choice of business entity, including choice of business entity for the high-tech start-up firm, which will seek venture capital financing, therefore increasingly focuses on the governance and control attribute characteristic of business firms.

# III. Governance Issues and the Lack of Role Differentiation in Limited Liability Companies

A. Introduction

Firm governance questions arise in situations where management issues cannot be resolved satisfactorily by individual agents. [FN32] This dysfunction can occur for two distinct reasons. First, the interests of persons involved with the firm may differ such that issue resolution may benefit persons who are empowered to act for the firm (i.e., its agents) to the detriment of those who are not so empowered. [FN33] For example, the interests of owners and managers frequently do not coincide. When ownership and management control are separated, firms can incur agency costs. These costs include managerial decisions which do not benefit the owners as well as management incentive schemes or policing mechanisms that seek to align the managers' interests with the owners' interests. [FN34] Further, individual owners' interests may diverge. For example, owners who also are employees may approach management decisions differently from owners who invest in ***105*** the firm as part of an investment portfolio but do not perform personal services for the firm. [FN35] Second, firms benefit by using management structures that define the individual agents' ability to bind the firm and permit control over the conduct of agents whose actions affect the firm and its equity owners. Such structures recognize the fact that agents do not always have necessary talents, and that the firm will be harmed if an unskilled agent is permitted to engage in transactions which a skilled agent would not undertake. Similarly, governance systems can enhance the organization's ability to direct their agents in order to respond to changes in the competitive business environment. [FN36] One role of firm governance is to resolve predictable difficulties that cannot be resolved by imperfect individual actors. If one assumes that the organization that survives in a competitive environment is the one that "delivers the product demanded by customers at the lowest price while covering costs," [FN37] one can also assume that, all other things being equal, the organizational structure that produces the lowest cost also should survive. The firm that survives in a particular business milieu likely will be the firm that minimizes agency costs in a cost-effective manner. Such firms should also be able to attract increased investment capital at lower costs because they reduce the equity owners' economic risk. Agency theory provides a basis for understanding efficient firm structures, since it begins by recognizing that the principal-agent relationship involves at least two utility-maximizing parties and that there are reasons to believe that the uncontrolled agent will not always act in the principal's best interests. The principal can limit divergence from its interests by incurring monitoring costs (e.g., observing the agent's behavior and controlling the agent's behavior through budgetary restrictions, operating rules, compensation policies, and the like) to limit the agent's actions which are not in the principal's interests. [FN38] In addition, in some situations the agent's discretion can be limited by insuring that the principal will be compensated if the agent's actions are not in the principal's interests. [FN39] In either case, the principal or the agent incurs cost to ensure that the agent will act for the principal's benefit. However, even if the parties structure their contractual agency relationship to maximize the likelihood that the agent will benefit the principal, there may still be divergence between the agent's decisions and those decisions which would maximize the principal's welfare. [FN40] This could occur when a properly motivated, but ill-advised, agent takes action that a knowledgeable agent would not take. It also could occur when the ***106*** costs of monitoring and bonding activities exceed the anticipated benefit from those activities, such that the parties do not address some conflict areas in their agency contract. Ex ante contractual monitoring devices require a high level of knowledge about future situations in which the agent's actions need to be controlled. Imperfect information, combined with large negotiation and drafting costs, creates a likelihood, particularly in dynamic business environments, that some future events will be overlooked and that the contract will contain imperfect monitoring and control devices. Agency law norms provide formal answers to the agency cost problem by limiting the agents' power to act on the principal's behalf and by imposing liability on agents who deviate from these norms. [FN41] In addition, business organization statutes provide governance structures that facilitate monitoring activities. The corporation's segmentation of control functions into shareholder, director, and officer roles is a classic

example of statutory monitoring rules. Finally, agency costs can be minimized by contract. For example, a principal-agent contract in the form of a limited partnership agreement or LLC operating agreement can establish rules for owner consent, require information disclosure rights, establish strict fiduciary duties and obligations, and can also provide for agent removal and replacement. [FN42]
In this Article, I note that one benefit to incorporating the firm is obtaining the formal functional differentiation provided by state business corporation statutes, in which the governance roles of shareholders, directors, and officers are separated and distinguished. I also note that the standard LLC governance forms, in both the member-managed model and the manager-managed model, likely do not produce sufficient role differentiation to encourage outside third-party investment. Therefore, I conclude that, assuming there are other advantages to the LLC form that might lead to choosing it over the corporate form, special attention needs to be paid to statutory and contractual methods for obtaining such role differentiation.

## B. Forms of LLC Management

Although there are state-by-state variations, LLC governance structures take two basic forms--member-management and manager-management. [FN43] First, in a member-*107 managed LLC, [FN44] each member [FN45] is the LLC's agent for the purposes of its business. A member's acts generally bind the LLC unless the member lacks actual agency authority and the third party with whom the member deals knows or has notice that the member lacks authority. [FN46] Further, in a member-managed LLC, each member has an equal right to participate in managing the LLC's business, and most matters relating to the conduct of the business are decided by a majority of the members. [FN47] Although the LLC's operating agreement may vary the members' participation rights from these default rules, [FN48] such changes generally affect the rights and duties of the members only and do not affect third party relations with the LLC or the members. [FN49] Thus, in a member-managed LLC, ownership and management rights converge. *108 One or more managers who can, but need not, be members control a manager-managed LLC's affairs. [FN50] Although ULLCA section 404(b)(3) provides that managers are designated, appointed, elected, removed, or replaced by a vote, approval, or consent of a majority of the members, [FN51] this is a default rule only and the LLC's operating agreement may provide other methods for manager appointment and removal. [FN52] The non-ULLCA state LLC statutes contain diverse manager designation and removal methods. [FN53]
In a manager-managed LLC, the managers, and not the members, are the LLC's agents for the purpose of its business and have apparent agency authority to bind the LLC. [FN54] Under the ULLCA, managers have equal rights in the management and conduct of the LLC's business, and most matters relating to the business may be exclusively decided by the manager or, if there is more than one manager, by a majority of the managers. [FN55] The ULLCA does not provide an LLC equivalent of a corporate board of directors. [FN56] Thus, manager-managed LLCs can be viewed as having differentiation between ownership and control, but also as having convergence between operating control and monitoring functions.

### C. Raising Equity Capital in Member-Managed LLCs--The Problem of a Failure to Separate Ownership and Control

A firm's decision control process can be said to have four parts: (1) initiation--the generation of proposals for resource use and contract structuring; (2) ratification--the choice of initiatives to be implemented; (3) implementation--the execution of ratified initiatives; and (4) monitoring--the measurement of performance and agent reward implementation. [FN57] In a member-managed LLC, each member generally has an equal right to participate in each part of the decision process. Although the members can reduce or eliminate some members' actual agency authority by agreement, for example by delegating authority to one or more managing members, all members retain apparent *109 authority to bind the LLC. [FN58] In addition, each member bears the residual risk that the firm might fail to provide a return sufficient to satisfy his or her equity investment. Ownership and control are integrated in member-managed LLCs. Although integration of equity ownership and decision control reduces the risk that the interests of the owners and managers will diverge, [FN59] thereby eliminating certain costs otherwise incurred to control the firm's agents, other significant costs may be incurred. First, integration of ownership and control can sacrifice the benefits of specialization in decision-making functions. [FN60] This can occur for several reasons. If ownership and control are not differentiated, agents will be chosen on the basis of their wealth and willingness to bear risk, as well as on the basis of their expertise and decision-making skills. [FN61] Particularly with respect to high-tech start-up businesses, there is no necessary relationship between the

ability to bear the large risk of an equity investment and the ability to provide effective management and leadership skills. [FN62] Further, all members may not be equally talented at running the firm's business and all members may not have the information needed to make appropriate business decisions. Again, it is likely that complex and adaptive high-tech ventures will require diverse management skills. Participation of all members in management and control functions, despite the fact that all members are not equally adept at such functions, increases investment risk and, therefore, the cost of equity capital. Second, the integration of ownership and control restricts the firm's equity ownership to decision-making agents and thereby sacrifices the benefit of unrestricted risk sharing. [FN63] Because all members participate in management and have apparent agency authority to act on the LLC's behalf, it is in each member's individual interest to limit membership to persons who are capable of participating in firm management and who have interests identical to his or her own interests. Thus, member-managed LLCs typically require member consent for admission of new members and restrict the transferability of membership interests. [FN64] Because the existence of a clearly defined exit strategy is critical to the venture capitalist's investment, the illiquidity caused by the ***110** convergence of ownership and control negatively affects the firm's ability to attract venture capital. [FN65] Third, universal agency authority brings with it universal member responsibility. Under the ULLCA, members of a member-managed LLC owe the entity and the other members fiduciary duties of loyalty [FN66] and care [FN67] and are bound in the discharge of their duties and exercise of their rights to a nonfiduciary obligation of good faith and fair dealing. [FN68] Also, under the ULLCA the operating agreement cannot eliminate the duty of loyalty or unreasonably reduce the duty of care, nor may it eliminate the good faith and fair dealing obligation. [FN69] Thus, membership in a member-managed LLC will necessarily be limited to those who are prepared to assume active management responsibilities and, perhaps more importantly, to forego other investment opportunities which may compete with the LLC or constitute usurpation of the LLC's opportunities. Both the limits on ***111** transferability and the existence of fiduciary duties and obligations make it difficult for members to obtain optimal portfolio diversification, and reduced diversification both lowers the value of equity ownership and raises the LLC's cost of obtaining investment capital. [FN70] Furthermore, when members cannot obtain portfolio diversification or transfer their interests, it is likely that they will assign a lower value to uncertain cash flows from their equity investments. As a result, such owners will likely be more risk-averse and less willing to make the entrepreneurial decisions that are particularly important in high-tech start-up ventures. The inherent problems of integration of management and control are heightened for high-tech start-up firms. First, in such complex firms, information and the specific knowledge necessary for firm operations likely will be, or over time will become, diffused beyond the equity investors. Therefore, it is less likely that any small group of owners will have the information and skills necessary to engage in all aspects of the decision-making process. Second, restriction of ownership to persons who share fellow members' economic and other interests will limit the universe of potential investors in the firm and, specifically, will eliminate venture capital investment. Third, the existence of fiduciary duties limits investment to those participants who are ready, willing, and able to commit resources to firm management and to forego other investment opportunities. Again, this will limit the firm's ability to attract outside investors, particularly in the venture capital arena, and will increase the cost of equity investment. The governance structure of a member-managed LLC is not conducive to venture capital investment, and it is unlikely that such LLCs will obtain such investment.

## D. Raising Equity Capital in Manager-Managed LLCs--The Problem of a Failure to Separate Decision Management from Decision Control

Member-managed LLCs do not provide efficient separation between ownership and management control and are unlikely vehicles for venture capital investment. [FN71] Manager-managed LLCs differentiate between equity ownership and control-members have equity ownership but not control, managers have control but not necessarily equity ownership. This separation of management authority and ownership leads to agency problems and resulting agency costs between the owners and the managers. However, because they do not have a corporation-like board of directors, manager-managed LLCs do not separate operational management functions (i.e., the initiation and implementation of proposals) from control functions (i.e., the ratification of significant proposals, monitoring managerial performance, and establishing rewards based on such performance). In manager-managed LLCs, all of these functions are assigned to the managers except to the ***112** extent they are retained by the members under the LLC statute or by contract. [FN72] Except in three states, [FN73] LLCs have no analogue to the corporate board of directors. Instead of being assigned to a specialized board of directors, in a manager-managed LLC the ratification

function can be retained by the members. Either the LLC statute [FN74] or the operating agreement may set forth certain actions--i.e., sale of all or substantially all assets, debt incurrence, and management compensation--that require member consent. This ratification function is more limited than that exercised by a corporate board of directors, which has broad and ongoing authority to exercise corporate powers and to manage the corporation's business and affairs. [FN75] As discussed above, member retention of the ratification function through ex ante contracting requires a high level of knowledge about future situations in which the agent's actions need to be controlled. In the dynamic environment of start-up firms that seek venture capital investment, it is unlikely that the participants will possess the crystal ball necessary to accurately predict all future events as to which members would desire ratification power. [FN76] The monitoring function also can be an incident of ownership in manager-managed LLCs. Potential investors engage in ex ante monitoring by choosing to invest in a particular LLC with particular management. Members can also engage in limited ex post monitoring activities based on available information. Although ex post monitoring can include decisions to remove and replace LLC managers, [FN77] it is unlikely that such extreme measures will be taken unless the LLC is in substantial danger. Furthermore, managers frequently negotiate LLC operating agreements to limit the members' power to remove managers. Members also retain the possibility of seeking remedies against perceived managerial misconduct, [FN78] and the absence of ongoing monitoring mechanisms might justify more stringent managerial fiduciary duties than would be found in the case of corporate officers. [FN79] The ULLCA sets forth standards for managerial behavior. [FN80] However, the prophylactic effect of these remedies for managerial misconduct does not provide an adequate substitute for active and ongoing monitoring. ***113** In short, after making their investment, members have relatively little control over the managers' actions and little ability to assure that managers act for the members' benefit rather than opportunistically. One method for a member to assure participation in the monitoring function is for the member to become a manager or to retain the right to appoint a manager. However, this approach is not without cost, since managers generally have broad fiduciary duties to the LLC and the other members, and participation in management generally requires a manager to forego other interests. [FN81] This generally will not be acceptable for venture capitalists, who frequently have overlapping business interests in the same industries and who do not seek an obligation to participate in operational management. The structure of venture capital investment demonstrates that venture capitalists anticipate an active and ongoing ratification and monitoring role. This is due to the fact that venture capitalists and portfolio firm management are likely to have different information and to disagree on certain issues, such as when and how to abandon a failing venture and when and how to cash in on a successful investment. [FN82] The relationship between the venture capitalist and the portfolio firm generally is defined in an elaborate stock purchase agreement through which entrepreneurs and venture capitalists contract concerning methods by which the venture capitalist can maintain firm control after the investment is made. The stock purchase agreement and ancillary documents typically contain terms regarding the staging of venture capital investments, [FN83] compensation schemes that provide managers with appropriate incentives, [FN84] methods for the venture capitalist to remain involved in portfolio firm management, and methods to make the venture capital investment liquid. [FN85] In addition to affirmative and negative covenants, through which venture capitalists contract for ratification powers in specific circumstances and thereby reduce agency costs, [FN86] most stock purchase agreements contemplate that the venture capitalist will actively monitor the portfolio firm's agents through delegates to the portfolio firm's board of directors. [FN87] Stock purchase agreements ***114** frequently provide the venture capitalist with increased board representation, and therefore greater protection against the dissipation of its equity investment when the portfolio firm encounters difficulties, as evidenced by CEO turnover. [FN88] However, the venture capitalist's role does not generally extend beyond ratification and monitoring functions to the proposal initiation and execution phases of the decision-making process-these are left to portfolio firm management. [FN89] Thus, the integration of decision management and decision control in manager-managed LLCs is significantly out of step with the format used by venture capital investors.

## IV. Possible Advantages to the LLC Form

This Article has indicated reasons why venture capital funds generally prefer to invest in entities that are taxed as corporations. [FN90] It also has indicated that standard-form LLCs do not provide sufficient separation of ownership and control, in the case of member-managed LLCs, or sufficient separation of decision management from decision control, in the case of manager-managed LLCs, to attract venture capital investment. [FN91] This begs the question whether LLCs should be considered worthy candidates for venture capital investment, assuming governance issues can be ameliorated. In order to answer this question, it is necessary to consider whether LLCs offer other business advantages over corporations, and whether these advantages are significant enough to warrant developing LLC governance systems that are attractive to venture capitalists. A comparison of the RMBCA and the ULLCA indicates that LLCs may provide several advantages over corporations.

## A. Broad Freedom of Contract

The ULLCA and the state LLC statutes generally are derived from partnership law and, as with partnership laws, are structured as a set of statutory default rules that can be amended by the participants' operating agreement. [FN92] The ULLCA also provides that the operating agreement's terms govern the relationship among members, managers, and the LLC, and permits broad modification of the statutory default rules. [FN93] Other state LLC statutes provide broad freedom for the parties to establish their relationship by contract. For example, the Delaware LLC Act expressly embodies a policy "to give maximum effect to the principle of freedom of contract and to the enforceability of LLC agreements." [FN94] Corporation laws do not have the same source, and generally do not provide shareholders with freedom to vary from statutory provisions. In most ***115** corporations, what you see in the statute is what you get in the entity. This flexibility permits LLC members to agree on optimal organizational choices and, if governance issues can be avoided, it would not be surprising to find LLCs used in those business settings, like the high-tech start-up venture, which induce innovation and attract venture capital investment.

## B. Dissenters' Rights

The RMBCA permits shareholders to dissent and obtain payment of their shares' fair value in the event of mergers, share exchanges, sales of all or substantially all the corporation's property outside the normal course of business, and certain significant amendments to the articles of incorporation. [FN95] Although the dissenters' rights provisions protect minority shareholders from extraordinary corporate changes, they also increase the potential cost of significant corporate transactions, including transactions which might be part of the venture capitalists' exit strategy. [FN96] It is likely that venture capitalists, who generally own a large share block and have contractual rights to force or prevent mergers and similar capital transactions, would not favor dissenters' rights provisions. The ULLCA and most state LLC statutes do not contain dissenters' rights provisions. [FN97]

## C. Flexibility With Respect to Organizational Formalities

Corporations tend to be more formal organizations than LLCs. Corporate formalities required by the RMBCA include mandatory annual shareholder meetings, [FN98] special shareholder meetings on call of the board or demand of holders of ten percent of the shares, [FN99] meeting notice rules, [FN100] other meeting formalities, and required officers. [FN101] LLCs generally can avoid such formalities.

D. Fiduciary Duties

LLC statutes frequently set forth the members' and managers' fiduciary duties and permit such duties to be modified in the operating agreement. [FN102] For example, the ULLCA provides that nonmanager members in manager-managed LLCs do not have fiduciary duties to the LLC, except to the extent the member exercises the rights of a manager pursuant to the operating agreement. [FN103] Thus, venture capitalists can expressly ***116** limit their fiduciary responsibilities by using the LLC form and avoiding the manager appellation. In conclusion, assuming that governance issues can be overcome, LLCs can provide significant advantages over corporations.

# V. Replicating Corporate Governance Systems in Limited Liability Company Form

Because LLCs can provide advantages over corporations, a remaining issue is whether corporate governance structures can be replicated in LLCs. These structures permit venture capitalists to be active in the ratification and monitoring functions without participating in, and becoming responsible for, operational

management. Several possibilities should be considered.

A. Contracting for Corporate Governance Structures

One advantage to the LLC form is its extreme flexibility. This flexibility extends to the adoption of governance structures. Although neither the ULLCA nor most state LLC statutes provide for a separate monitoring function in manager-managed LLCs, there is no reason why the careful and creative drafter cannot deviate from the standard-form LLC and replicate a board-officer structure through the LLC's operating agreement. Although customized terms can be tailored to the firm's precise situation, they also can involve high drafting costs, risk of negotiating or drafting error, uncertainty regarding the terms' validity, lack of judicial precedent concerning the terms' meaning or effect, and lack of investor or other third-party familiarity with the terms. [FN104] In addition, lawyers may have an institutional bias toward standardized terms, even when a customized term is optimal for the client. [FN105] Finally, the behavioral psychology phenomena might discourage divergence from standard contract terms. [FN106] Thus, unless the benefits from choosing an LLC with deviation from the standard LLC governance form clearly exceed the benefits from the governance system provided by incorporating, it is unlikely that the LLC form will be chosen even if it is optimal.

## B. State LLC Statutes Providing for Board Monitoring

Although all fifty state LLC statutes follow the member-management/manager-management model, the Minnesota, North Dakota, and Tennessee LLC acts also provide that an LLC shall have a board of governors elected by the members. [FN107] The board of governors functions analogously to a corporate board of directors by appointing and replacing managers, including a "chief manager" or a "president" and a secretary or ***117** treasurer, [FN108] making policy decisions, and monitoring and directing the managers. [FN109] The chief manager or president is analogous to a corporate president and actively manages the LLC's business, assures that the board of governors' orders and resolutions are carried out, and has agency authority to bind the LLC. [FN110] Thus, LLCs that seek corporation-like governance systems can organize in Minnesota, North Dakota or Tennessee and register as foreign LLCs in the places in which they conduct their active trades or businesses. [FN111]
There are, however, several disadvantages to relying on the three state LLC statutes that require a board of governors. First, Minnesota, North Dakota, and Tennessee are not leading states, either in size or in impact on corporate and LLC law, and reliance on their outlier statutes may not generate investor comfort. Second, because the board of governors structure is mandatory rather than elective in Minnesota, North Dakota, and Tennessee, and because most firms that organize as LLCs prefer the simpler member-management/manager-management structures contained in the other forty-seven state LLC statutes, it is likely that relatively fewer LLCs will be formed in these outlier states. [FN112] In addition, using the Minnesota, North Dakota, or Tennessee statutes to obtain a board-directed governance structure brings with it other, frequently undesirable baggage mandated by those statutes. [FN113] Third, even beyond the individual characteristics of the three states with board-directed governance structures, it is significant that there are only three states with these structures. [FN114] Professor Michael Klausner points out that the value of contract terms, including firm governance terms, can depend in part on the number of firms adopting the term. [FN115] The network externality hypothesis can be ***118** extended to state statutes, and as long as the board-directed governance model remains isolated in a small number of outlier states, the network externality benefits of that model cannot be realized. [FN116] Finally, although the Minnesota, North Dakota, and Tennessee LLC statutes largely follow corporate governance provisions found in the RMBCA and other state corporate codes, the match is inexact. For example, the Minnesota LLC Act uses the term "board of governors" rather than "board of directors," [FN117] "managers" rather than "officers," [FN118] "chief manager" rather than "president," [FN119] and so on. Differences in terminology can confuse and create drafting and uncertainty costs. More significant discrepancies, which further increase the cost and uncertainty of using a board-directed structure, are found throughout the Minnesota LLC Act. [FN120] These discrepancies, particularly when combined with the novelty of the board-directed LLC form, reduce the potential benefits of the Minnesota, North Dakota, and Tennessee LLC statutes. It is unlikely that they will be widely used by start-up firms seeking venture capital investment or that they will be widely accepted by venture capitalists.

## C. Modifications to the ULLCA and State LLC Statutes to Embrace a Board-Directed Management Structure

Because contracting parties may be unwilling to diverge from the standard-form organizational contracts found in state statutes, the best solution is to create a new elective form of LLC management structure to complement (but not to replace) the member-management and manager-management structures presently found in most LLC statutes. Under this approach, the state LLC act would provide that an LLC is member-managed, unless the articles of organization specify that it is either manager-managed or board-directed. If the articles specify board-direction, the control structure would be corporation-like, and the members would elect a board of governors, which would have ***119** corporate management and control attributes and which would appoint officers. The officers would have corporation-like authority to manage the LLC's day-to-day operations, subject to board control and oversight.

### 1. Foreign Law Equivalents

It has been noted that business entities similar to LLCs exist in several European and South American countries, and that such entities predate U.S. LLCs. [FN121] This section reviews the governance structures of German, French, and Brazilian counterparts to the U.S. LLC, and considers both whether such structures are conducive to venture capital investment and whether aspects of such structures can be imported to U.S. LLCs in order to enhance their governance structures to permit venture capital investment.

#### a. German Gesellschaft mit beschränkter Haftung

The German Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) (literally "the company with limited liability") provides limited liability to owners of closely held businesses who seek to avoid the "highly technical, complicated, time consuming and costly procedures" involved in forming an Aktiengesellschaft (AG or "stock corporation"). [FN122] The GmbH must have at least one managing director (called a Geschaftsfuhrer), but its charter may authorize or require the appointment of additional managing directors. [FN123] Managing directors are appointed and recalled by shareholders and may, but not need be, GmbH employees and have agency authority to bind the GmbH in third party transactions. [FN124] The only restriction on this agency authority, which limits the right of third parties to rely on a single managing director's acts, is through the appointment of two or more managing directors with the proviso that the GmbH can only be represented by two managing directors acting jointly. Although an analogy between managing directors and managers in manager-managed LLCs can be made, the managing director's agency power extends to all actions that concern operations of any business and not just the particular business of the particular GmbH. Managers of U.S. LLCs have apparent agency authority only with respect to acts for apparently carrying in the ordinary course the business or business of the kind carried on by the LLC. [FN125] This expanded agency authority can be viewed as creating greater agency costs for the GmbH, with the resulting need for a governance structure to ameliorate these agency costs. Unless otherwise provided in the GmbH's articles of incorporation, the shareholders make and ratify significant decisions at their annual meeting, including: approval of the ***120** annual balance sheet, the distribution of profits shown on the balance sheet, the payment of capital contributions, repayment of informal capital contributions, share redemptions, the appointment and removal of managing directors, measures to supervise and control management, and assertion of claims against managing directors and shareholders. [FN126] Although the statutory supervisory power of GmbH shareholders is somewhat broader than that in typical U.S. LLCs, there is no separation of operational control and ongoing ratification and monitoring control similar to the U.S. business corporation. Finally, GmbHs with five hundred or fewer employees are not required to have a supervisory board. [FN127] However, despite the lack of a mandatory supervisory board requirement for smaller firms, the articles of incorporation may provide for a supervisory board to oversee the conduct of the GmbH's business by the managing director or for an advisory council to advise the managing directors in conducting the GmbH's business. [FN128] As a general matter, the supervisory board appoints and "supervises" the managing directors, but it does not directly participate in day-to-day management. [FN129] However, the GmbH's articles or bylaws can require that the supervisory board approve decisions to be taken by the managing directors. When a supervisory board is created, its ratification and monitoring role is similar to that of a U.S. corporate board of directors, except that German law does not appear as a default rule to permit the supervisory board to proactively institute initiatives and direct managing directors to act on them. In summary, the GmbH governance structure ranges from manager-dominated to manager-dominated with supervisory board ratification and control. It is more variegated than the typical U.S. manager-managed LLC structure since it creates a statutory method for separating decision-making control from monitoring control. Therefore, it can be viewed as creating a model, although an imperfect one, for further development of U.S. LLC governance structures toward an elective board-directed model.

#### b. French Société à Responsabilité Limitée

The French Société à Responsabilité Limitée (SARL) is managed by one or more individual managers (gérants) appointed by the partners (associé) or designated in the SARL's articles. [FN130] The articles or the partners' decision sets forth the managers' term, which is for the SARL's duration in the absence of any contrary provision. [FN131] A simple majority of the partners may at any time appoint a new manager or remove a manager named in the articles. [FN132]
The managers have broad actual agency authority to act for the SARL, subject to powers reserved to the partners. [FN133] Notwithstanding such reservations, the managers retain broad apparent agency authority to bind the SARL, unless the third party knows or ***121** should know that the manager lacks actual authority. [FN134] Although the ultra vires concept is present in SARLs, unlike the GmbH, there is no provision for managerial acts to be made jointly by two managers. SARLs generally have a governance structure similar to U.S. manager-managed LLCs and, therefore, have governance issues similar to such LLCs.
In addition to managers, the partners may appoint one or more statutory auditors in the articles or by a majority vote. [FN135] Statutory auditors are appointed for a six-year term, and they are assigned the duty to account for and verify the SARL's books and assets, the regularity and accuracy of the SARL's accounts and equality between the partners. [FN136] Statutory auditors present a report on the SARL's account to the annual shareholders' meeting, at which time they provide audit results and any remarks they have concerning the audit. They also report on any agreements entered between the SARL and its managers. [FN137] Thus, the statutory agent procedure can be viewed as a method for providing information to the SARL's partners, who can then exercise somewhat limited monitoring functions in retaining or replacing the managers. In addition, partners may raise questions during partner meetings that must be answered by management during the meeting. Nonmanaging partners may also submit written questions, which management is required to answer if they concern matters that could compromise the business's future. [FN138]
Although the statutory auditor and partner questioning process is designed to provide some information transparency, such that shareholders can exercise their retained authority and can monitor the managers, SARL governance systems cannot be compared to U.S. corporate governance in that there is no equivalent of a board of directors with superior ratification and monitoring powers. Because the statutory auditor process is both foreign to privately held U.S. entities and a cumbersome and costly procedure, it is unlikely that it serves as a solution for U.S. LLC governance issues. In conclusion, SARLs and U.S. LLCs present similar governance problems, and the SARL structure does not appear to provide transportable solutions for the LLC problems.

c. Brazilian Limitadas
Brazilian limitadas are managed by one or more of their partners, who may appoint one or more deputy managers. Thus, limitada management can be similar to member-managed LLCs in which all members participate in management, or somewhat similar to manager-managed LLCs when fewer than all members participate in management or deputy managers are appointed. [FN139] It appears that limitadas have governance problems similar to U.S. LLCs. Some control is imposed on managers by the fact that they have personal liability for acts exceeding their authority or violating the limitada's articles of ***122** association. In conclusion, limitadas provide a similar, but simpler, management structure to U.S. LLCs, but there are no aspects of limited management structures that should be imported to LLCs in order to resolve governance issues.

d. Summary
Neither the GmbH, the SARL, nor the limitada provide adequate solutions to LLC governance issues. Although the GmbH comes closest to providing both separation of ownership and control and function differentiation within the control attribute, it also creates additional risk by giving broad apparent agency authority to the managing directors. Furthermore, it does not moderate that risk through strong board control. The GmbH does, however, point in the direction of a board-directed governance structure.

2. Adopting the Revised Model Business Corporation Act Governance Structure
Fortunately, it is not necessary to look far for a governance structure that can be cloned, with minimal change, to create board-directed LLCs. The RMBCA provides, "All corporate powers shall be exercised by or under the authority of, and the business and affairs of the corporation managed under the direction of, its board of directors. . . ." [FN140] Directors are elected at annual shareholder meetings, [FN141] and can be removed "with or without cause" by the shareholders. [FN142] The board of directors appoints officers [FN143] who may be removed by the board at any time "with or without cause." [FN144] The officers perform the duties set forth in the corporation's bylaws and the duties prescribed by the board of directors or another officer authorized by the board to prescribe other officers' duties. [FN145] These methods of investing officers with actual agency authority are not exhaustive. A large amount of case law recognizes that specific officers, particularly the chief executive officer, have apparent agency authority to bind the corporation in ordinary business transactions. [FN146]
Whole-cloth adoption of the RMBCA governance provisions as an elective alternative governance structure

for LLCs would be an effective method for providing LLCs with the ability to differentiate between equity ownership and control attributes and, within the control attribute, to differentiate between the initiation and implementation functions and the ratification and monitoring functions. Because the RMBCA has been widely accepted, [FN147] use of the RMBCA governance model would ***123*** provide many of the benefits found lacking if board-directed governance were obtained by operating agreement drafting or by using the Minnesota, North Dakota, or Tennessee LLC statutes. The existence of a statutory, standard-form, board-directed LLC contract would eliminate the cost and risk of customized contract terms. There would be increased certainty that governance terms are valid, considerable judicial precedent interpreting similar terms, and large investor and lawyer familiarity with the governance structure. Even while the states proceed through the process of incorporating a board-directed governance structure in their individual LLC statutes, an RMBCA-based model could provide network externalities to the first states that adopt the board-directed structure. In order to obtain these benefits, state LLC amendments enacting the board-directed model should conform as closely as possible to the RMBCA, and efforts at balkanization should be resisted. [FN148]

Further, incorporation of the RMBCA board-directed governance model into LLCs makes profound sense as the next round of the business organization evolutionary saga begins. The process of combining the separate business organization forms into a single unified form has begun. [FN149] As part of this process, artificial distinctions between firm governance systems should be eroded when possible. Because the LLC form can be viewed as straddling the corporation and partnership forms, it makes sense to continue integration of forms by focusing on eliminating such distinctions in the LLC.

## VI. Conclusion

The time is ripe to move LLCs to the next stage, in which they can be used as vehicles to attract venture capital and similar outside investment in operating business entities. The risk and reward attributes of the LLC form are conducive to such investment. Only the governance attributes of LLCs, which either fail to separate equity ownership and control or, if they make such separation, fail to differentiate between operational control functions and ratification and monitoring functions, prevent the use of ***124*** the LLC for venture capital investment. Fortunately, the solution also is at hand. LLC statutes should be amended to include the board of directors and officer governance structure presently found in corporations. Because the present LLC governance structures, specifically permitting member-management and manager-management, are appropriate for most firms adopting the LLC organizational form, the board-directed LLC concept should be incorporated as an elective method for LLCs to obtain a fully differentiated ownership-control-monitoring structure. The time is ripe. The solution is at hand. The drafters should begin drafting.

## מוניטין, פטנטים וקניין רוחני

הנושא של הידע הוא בעל חשיבות אקוטית בימים אלו. נתחיל דווקא בבניית המוניטין. בניית המוניטין לא מאפיין יזמות. כל עסק מעוניין במוניטין, וברור שמדובר בקניין כמו כל קניין אחר.

> דוגמא של מוניטין, היתה חברה יפנית מאוד ידועה בתעשיית הרכב. יום אחד היא החליטה לשנות את שמה מדסה לניסאן. זו לא פעם ראשונה שפירמות משנות את השם שלהן. יש להן תפיסה שהערך של השם החדש יהיה גבוה יותר. זו דוגמא לכך שפירמות מוכנות לוותר על מוניטין ישר בכדי לייצר שם חדש עם מוניטין חדש.

למה בוחרים בשם שעליו נסב הדיון בפסק הדין? הסיפור שם הוא בדיוק זה. הסיבה היא שמדובר תהליך יזמי מאוד חשוב. מדובר על העיתון "**משפחה**" שזוכה לתפוצה רחבה בקרב המגזר החרדי. השם היקר ביותר בעולם של מתחם הוא sex.com, שם הדומיין חסר כל ערך והוא גנרי לחלוטין, והוא נמכר ב 12,000,000 $. הנושא של שם וחשיבות שלו מקבל מגניטודה בעולם האינטרנטי.

לצערי אי אפשר להרחיב וכל הדיון בא לתת טיזרים שמראים שאנחנו מדברים על נושא מאוד מורכב, וזה מדהים שיש קורס בדיני קניין שמדבר בעיקר במקרקעין. כמעט ואין לימודים בנושא שמות. למה אנחנו מסתכלים על פסק הדין 'משפחה' והדבר הראשון שהיה צפוי הוא שאם מישהו פיתח מוניטין (תקשורת חרדית), אז הדבר הטריוויאלי הוא לרשום **סימן מסחר**. יש חקיקה שלמה שנועדה להגן על שמות. אדם יכול לרשום לעצמו סימני מסחר וזה אחד התחומים שהחוק מגן על סמל המבוטא במילים. הסמל יכול להיות צורני – למשל השם קוקה-קולה מוגן בכמה הקשרים. מדובר בשני שמות גנרים. אפשר גם להגן באמצעות מדגם.

יש יין עם גזים שקרוי שמפניה (כנ"ל לגבי קוניאק, בורבון, וכו'). השאלה היא למה בעניין משפחה הם לא מבקשים הגנה על סימן מסחר. בעבר השלטון היה יותר מושחת מאשר היום. בעבר אדם שעמד לחקירה משטרתית היה פוסל את עצמו.

בכל מקרה, ל'משפחה' לא נרשם סימן מסחר, ולכן התביעה היא לפי חוק החברות וחוק העוולות המסחריות.

יש שמות רומזים ויש שמות יותר גנריים, ובסופו של יום יש שמות דמיוניים.

## שמות מתחם באינטרנט

עולם שמות המתחם הוא פרוץ יחסית ואנו נמצאים בנדל"ן וירטואלי. אם בעבר חנות ברחוב ביאליק ברמת גן עלתה לא רק לפי ערך הקרקע האמיתי, אלא לפי המוניטין של הקונים ברחוב. לכן אלמנט השם לא היה חשוב – אנשים באים לרחוב לקנות. בעולם הוירטואלי הדרך למשוך אנשים פנימה היא בכמה תחומי גישה, בעיקר באמצעות שמות.

## ניוד עובדים, הגנה על זכויות מידע

לגבי הידע – יש עניין של לתת לעובדים להתנייד חפשי, ואין אפשרות להגביל אותם מראש. יש לכך הרבה סיבות – כתוצאה מכך כל אחד יוכל לנוע למי שמשלם יותר ואפשר יהיה להקים המון עסקים. הרעיון הוא לתת לעובדים אפשרות להשאר.

הסיפור הזה, של אם עובד יכול לקחת את הידע שהוא לקח איתו, רץ שנים. החוזה הבלתי חוקי בטל. כשאנו מסתכלים על **דיירקס**, וזה התחיל להתפתח עוד לפני העולם הטכנולוגי. הוא עוד מתפתח מפרשת **רב-בריח**. בית המשפט העליון בודק לפי הדוקטרינה של דיני הגבלת עיסוק. יש הגבלות שיכולות להתפס כסותרות את תקנת הציבור.

העולם ההיסטורי בא ואמר, ועוד נחזור אליו, **שהוראה בחוזה – מוסכמת, לא כפיה ולא דבר, שבה מגבילים את חופש העיסוק תחשב לתניה לא סבירה**. הסבירות היא חלק מהמבחנים של המידתיות. היקף המגבלה, אורכה, והיקף מבחינת התחומים בהם מוגבל העיסוק. המבחנים ההיסטוריים האלו מתו בבית הדין לעבודה, כי זה בעניין דיירקס אומר הפוך – הוא אומר שזה לא רק לא נוגד את תקנת הציבור, אלא שעצם ההסכמה בה אדם מגביל את חופש העיסוק שלו בטלה, ומתי היא לא בטלה? הפירמה צריכה להראות שהיא עומדת באותם מבחנים והעיקרי הוא הגנה על אינטרסים לגיטימיים. עכשיו, מובן מאליו שכאן הנושא מתחיל מאוד להסתבך.

## הסוד המסחרי

ננסה לראות מהם אותם אינטרסים לגיטימיים באמצעות פסק הדין בעניין צ'ק פוינט. **צ'ק פוינט** מגדיר אינטרסים לגיטימיים של המעביד – הגנה על קניין. אבל אם למעביד יש פטנט האם הוא באמת צריך חוזה להגן עליו??? ואם חוזה מנסה להרחיב את הפטנט אז הוא בעצם חוזה שסותר את תקנת הציבור.
**יש עוד אינטרס מוגן וזהו הסוד המסחרי. בעבר סוד מסחרי לא היה מעוגן בחקיקה**, אבל כן היה מעוגן בפסיקה. היום סוד מסחרי מוגן בחוק עוולות מסחריות (פרק ב'). סוד מסחרי דורש גם סוד וגם יתרון עסקי. מה שקרוי competitive edge והאלמנט השלישי הוא נהיגה בדרך שמלמדת שזה סוד. אם לא נוקטים באמצעים חוזיים או טכנולוגיים. לכאורה השאלה היא למה צריך את העניין ששמירה על סוד מסחרי יכולה להגביל עיסוק. כי גם אם יש סוד מסחרי ומדובר באינטרס מוגן, אז בודקים את התניה לפי

המבחנים ההיסטוריים.

לעומת זאת, אם הולכים לחוק עוולות מסחריות, אז אין בעיה – גזל סוד מסחרי הוא נזיקי, וזה אומר – גזלת סוד מסחרי, אל תשתמש בו.

> לא היום, לא מחר ולא סבירות ולא אגוזים. רוצים לומר כאן שיכולים להיות שני הסברים: בית המשפט מקשקש וההסבר השני אומר דבר אחר: העוולות המסחריות מגנות על סוד מסחרי.

## הבעיה בפטנט

בתוך היקף ההגנה הזה אין בעיה; ייתכן שהיקף ההגנה אינו מכסה את אינטרס קטן $a$, שהוא מחוץ לתחום ההגנה של המשפט המסחרי, ואז המשפט מאפשר את ההרחבה על הסוד המסחרי בחוזה. לעומת זאת בפטנט יש בעיה – כי הפטנט הוא מונופולין.

## חזקת שימוש

סעיף 10 מקים חזקת שימוש אם מתקיימים 2: הסוד הגיע לידיעתו של הנתבע והמידע שבו משתמש הנתבע דומה דמיון מהותי למידע נושא הסוד המסחרי. היום לחלק גדול מהמיזמים אין הגנה של דיני קניין רוחני ומה שיש להם זה בעיקר היכולת לפתור מהר בעיה. אין היום הגנה אפקטיבית. כשמתחילים את המיזם לא יודעים אם נגמור עם פטנט או לאו, אבל אם אין פטנט אז העובדים שהשקיעו בהם הון יכולים להתנייד במיוחד כשאין פטנטים.

בפני: כבוד השופט מ' חשין, כבוד השופטת ט' שטרסברג-כהן, כבוד השופט י' אנגלרד

# תקשורת וחינוך דתי-יהודי משפחה (1997) בע"מ - עתון משפחה נגד אס.בי.אס. פרסום, שיווק וקידום מכירות בע"מ - עתון "משפחה טובה"

ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו מיום 21.06.99 בת"א 1384/99 שניתן על ידי כבוד השופט י' זפט

בשם המערערים: עו"ד יאיר עשהאל ועו"ד תומר ברודי
בשם המשיבים: עו"ד רמי שר ישראל ועו"ד רון קולנברג

## אזכורי חקיקה:

חוק החברות 27, חוק העמותות 198, חוק עוולות מסחריות 4, חוק עוולות מסחריות 1(א), פקודת החברות [נוסח חדש], פקודת החברות [נוסח חדש] 36, פקודת הנזיקין [נוסח חדש], פקודת הנזיקין [נוסח חדש] 59, פקודת הנזיקין [נוסח חדש] 63, פקודת העתונות, פקודת העתונות 21, פקודת העתונות 4, פקודת סימני מסחר [נוסח חדש], פקודת סימני מסחר [נוסח חדש] 11(10), פקודת סימני מסחר [נוסח חדש] 11(9), פקודת סימני מסחר [נוסח חדש] 9

## אזכורי פסיקה:

בג"צ 144/85, בג"צ 178/57, ד"נ 6/66, רע"א 5379/95, ע"א 634/89, ע"א 307/87, ע"א 18/86, ע"א 649/74, ע"א 7980/98, ע"א 261/64, ע"א 335/80, ע"א 145/80, ע"א 343/74, ע"א 572/74, ע"א 2351/90, ע "א 711/82, ע"א 4704/96, ע"א 245/81, ע"א 270/53, ע"א 715/68, ע"א 210/65, ת"א 982/92, ת"א 1784/78

## פסק דין

[939]

השופט מ' חשין:

1. חוות-דעת זו נגזרה מתחום הנזיקין והקנין, ונסבה היא על שתי עוולות: האחת, העוולה של גניבת עין, האחרת, העוולה של הפרת חובה חקוקה. בהמשך דברינו נדון בשתי עוולות אלו, בכל אחת מהן לעצמה, אך תחילה נידרש לרקע העובדות שלעניין.

## עיקרי העובדות שלעניין

2. המערערים הם מוציאים לאור של עיתון המיועד למיגזר החרדי ושמו "משפחה". המשיבים אף-הם מוציאים לאור של עיתון המיועד למיגזר החרדי, ושמו "משפחה טובה". המערערים - בעלי "משפחה" - היו התובעים בבית-משפט קמא, וטענתם היתה כי השימוש שהמשיבים עושים בשם "משפחה טובה" עוול להם עוולה של גניבת עין אשר-על-כן יש לאסור עליו ולמנוע את המשך השימוש בו. כן טענו המערערים כי הוצאת "משפחה טובה" לאור ללא רשיון כנדרש בפקודת העיתונות, מהווה עוולה של הפרת חובה חקוקה, וכי גם מטעם זה יש למנוע את הפצתו ברבים.

3. עיתונם של המערערים - "משפחה" - הוא שבועון. נחלק הוא למספר חלקים, בהם חלק המוקדש לחדשות, חלק המפנה פניו לילדים וחלק המיועד בעיקרו לנשים. השבועון רואה אור מאז שנת 1993, וזוכה הוא – על-פי סקרים שנערכו - לתפוצה רחבה ולתפוצה רבה בקרב המיגזר החרדי.

בחודש מארס 1999 נודע למערערים, בעלי "משפחה", על לידתו הקרובה של עיתון מתחרה ושמו "משפחה טובה". "משפחה טובה" מיועד היה להיותו ירחון, וכלשון בעליו במכתב שכתבו למפרסמים-בכוח, אמור היה העיתון לעסוק ב"התמודדות

מקצועית מעשית ושוטפת עם נושאים מסויימים הקשורים לבית ולמשפחה: הריון ולידה, גידול ילדים, צרכנות ובריאות". עוד נאמר באותו מכתב, כי הירחון יועד להפצה חינם-אין-כסף בבתי- חולים, בקופות חולים ובמקומות ציבוריים נוספים, ותוכנו מופנה לנשים בתקופת ההריון, לנשים לאחר לידה ולמשפחות שלהן פעוטות.

משנודע לאנשי "משפחה" על דבר לידתו הצפויה של ירחון "משפחה טובה", דרשו ראשונים מאחרונים כי יימנעו מהוצאת העיתון לאור. לטענת בא-כוח "משפחה", [940] תהווה הוצאת העיתון החדש בשמו המיועד: "משפחה טובה", עוולה של גניבת עין; לא עוד, אלא שבאין רשיון לירחון על-פי פקודת העיתונות, ובהיות השם "משפחה טובה" שם מטעה, יפרו המשיבים חובות המוטלות עליהם בפקודת העיתונות כלפי בעלי "משפחה".

4. אנשי "משפחה טובה" לא נעתרו לאנשי "משפחה", ואלה האחרונים פנו לבית-המשפט המחוזי בבקשה כי יוציא צו מניעה קבוע ובצידו צו מניעה זמני שיאסור על הוצאת הירחון "משפחה טובה" לאור. העיתון "משפחה טובה" החל לצאת לאור. בית-משפט קמא (כב' השופט זפט) דחה את בקשת המערערים כי יינתן להם צו מניעה זמני, ובהסכמת הצדדים ניתן להחלטה הדוחה את הבקשה לסעד זמני מעמד ותוקף של פסק-דין. הערעור שלפנינו הוא על פסק-דין זה.

5. לסיום חלקה זה של חוות דעתנו נאמר, כי בנוסף לעוולות של גניבת עין והפרת חובה חקוקה, טענו המערערים לפנינו, בחצי-פה, לעילות נוספות אף-הן, בכללן עילה שבעשיית עושר ולא במשפט. אלא שטענות אלו – כדברו של בית-משפט קמא - נזרקו לחלל בעלמא, ללא כל ביסוס עובדתי או משפטי. נרכז אפוא מבטנו בשתי העוולות שלעניין, ונפתח בעוולה של גניבת עין.

## העוולה של גניבת עין

6. בעלי "משפחה" ייחסו - ומייחסים - לבעלי "משפחה טובה" מעשה עוולה של גניבת עין כהגדרתה בסעיף 59 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. וכלשון הפקודה:

> גניבת עין
>
> 59. מי שגרם או מנסה לגרום, על ידי חיקוי השם, התיאור, הסימן או התווית או בדרך אחרת, שטובין ייחשבו בטעות כטובין של אדם אחר, עד שקונה רגיל עשוי להניח שהוא קונה טובין של אותו אדם, הריהו עושה עוולה כלפי אותו אדם; אך אין אדם עושה עוולה רק על ידי שהוא משתמש בשמו למכירת טובין.

ביני-לביני - לאחר פסק-דינו של בית-משפט קמא וקודם כתיבתה של חוות-דעת זו - בטלה ועברה מן העולם הוראת סעיף 59 לפקודת הנזיקין, ותחתיה באה העוולה [941] של גניבת עין כהגדרתה בסעיף 1(א) לחוק עוולות מסחריות, תשנ"ט-1999 (חוק העוולות). וכך מורה אותנו סעיף 1(א) לחוק העוולות:

> גניבת עין
>
> 1. (א) לא יגרום עוסק לכך שנכס שהוא מוכר או שירות שהוא נותן, ייחשבו בטעות כנכס או כשירות של עוסק אחר או כנכס או כשירות שיש להם קשר לעוסק אחר.

אין צורך להעמיק חקר כדי לגלות כי העוולה החדשה, בעיקרה, בת דמות היא לעוולה הקודמת, לא אך בשמה אלא בתוכנה אף-הוא. בלא קושי יתר אפוא - אך בזהירות - נותַר להחיל על פירושה של העוולה החדשה הלכות שנקבעו באשר לפירושה של העוולה הישנה. ראו והשוו: יצחק עמית, "הצעת חוק איסור תחרות לא הוגנת, תשנ"ו-1996", הפרקליט מג (תשנ"ז-1996), 223. ואין אנו אומרים דברים אלה אך להגדיל תורה ולהאדיר.

7. הסעד העיקרי שהמערערים מבקשים לעצמם הוא צו שיאסור על המשיבים להפיץ את הירחון "משפחה טובה". צו מניעה נועד לאסור על מעשה או על מעשים האסורים על-פי חוק, וכהגדרתו ועל-פי עצם טיבו צופה הוא פני עתיד. כיום, אפוא, שהוראת סעיף 59 לפקודת הנזיקין שבקה חיים-לכל-חי, אין המערערים יכולים עוד לסמוך דרישתם לצו מניעה על דבר-חוק זה. מטבע הדברים חייבים הם לגדור עצמם בהוראת סעיף 1(א) לחוק העוולות, שאם לא יעלה הדבר בידם דין תביעתם להידחות אך מטעם זה בלבד שאין הוראת חוק העומדת לימינם; זו שהיתה - היתה ואיננה עוד, וזו החדשה - על-פי ההנחה - אינה מעניקה להם זכות לצו מניעה. בבקשתם לצו מניעה חייבים המערערים אם-כן לסמוך עצמם על הוראת סעיף 1(א) לחוק העוולות. מטעם זה לא עוד נידרש - בהמשך דברינו להלן - להוראת סעיף 59 לפקודת הנזיקין, ונרכז מבטנו אך-ורק בהוראת סעיף 1(א) לחוק העוולות. דרך אגב: שלא כצו מניעה דין הפיצויים. לו היו אנשי "משפחה" תובעים מאנשי "משפחה טובה" פיצויים על נזקים שאלה האחרונים גרמו להם עקב גניבת עין, כי אז היתה תביעתם פורשת עצמה על-פני שתי מלכויות: מלכות החוק הקודם ומלכות החוק החדש. לעת המלכות הקודמת היו זוכים - או שלא היו זוכים - בפיצויים על-פי הוראות הדין ששרר אותה עת, ולעת המלכות החדשה - על-פי הוראות הדין החדש.

## מוניטין

8. יעודה של עוולת גניבת עין - מהו? יעודה הוא להגן על מוניטין שרכש אדם בעסק - עסק שעניינו נכסים או עסק שעניינו שירותים. ראו: ע"א 634/89 אסי ריין נ' Fuji Electronics Mfg Co., פ"ד מה(4) 837, 846; [942] מיגל דויטש, "המפיץ הבלעדי והגנת המוניטין", משפטים כ (תשנ"א-1991), 525). שני תנאים מצטברים אלה נדרשים להיווצרותה של העוולה: אחד, מוניטין שיש לטובין או לשירותים של התובע, ושניים, חשש סביר להטעיית הציבור כי טובין או שירותים שמציע הנתבע לציבור - טובין או שירותים של התובע הם או שקשורים הם אליו. לא הוכח אחד משני יסודות אלה - לא-כל-שכן אם לא הוכחו שני היסודות גם-יחד - לא תקום העוולה של גניבת עין.

9. בראש ובראשונה שומה עליו על תובע להוכיח כי רכש מוניטין בטובין או בשירותים שהוא מציע לציבור, לאמור: כי הציבור מזהה את הטובין או את השירותים בהם מדובר עם עיסקו של התובע-הנפגע (לנוחות הדיון נדבר להלן אך בטובין, ודברים שנאמר יחולו, בשינויים המחוייבים, על שירותים אף-הם). פירוש הדברים הוא, שעל התובע להוכיח כי נתקיים בטובין אופי מבחין מיתר הטובין של העוסקים בענף. באין הבחנה בין טובין של התובע לבין טובין של זולתו, לא ניתן לומר כי קם לו מוניטין ייחודי כנדרש. נזכור כי על דרך העוולה של גניבת עין יכול תובע שירכוש מונופולין בטובין מסויימים; מונופולין, על דרך הכלל, אינו אהוד, ובצדק כך; חונק הוא תחרות חופשית, מסגיר הוא את הציבור בידיו של בעל-המונופולין, ומכאן התביעה הבלתי-מתפשרת כי התובע - הנפגע, לטענתו - יוכיח תחילה שהציבור מזהה את הטובין בהם מדובר (על דרך של שם, של כינוי של סימן) דווקא עם הטובין שלו. לא יעמוד בנטל זה - לא תקום עילה של גניבת עין. ובלשונו של המלומד א' ח' זליגסון בסיפרו דיני סימני מסחר ודינים הקרובים להם (שוקן, תשל"ג-1972), 118:

> במשפט בגין גניבת עין צריך התובע להוכיח כי השם, הסימן או התאור רכשו להם הוקרה והכרה (Reputation) בקהל, ושהקהל התרגל לראות בסימן, בתאור או בשם את ציון עסקו או את ציון סחורותיו של התובע. לא יוכל התובע להוכיח זאת - תידחה תביעתו מבלי שבית המשפט יכנס כלל לניתוח השאלה אם מעשי הנתבע מהווים גניבת עין.

ראו עוד והשוו: ע"א 307/87 ויסברוד נ' ד.י.ג ביח"ר למצרכי חשמל בע"מ, פ"ד מד(1) 629, 632. דין הוא אפוא, כי בשלב הראשון שומה עליו על תובע להוכיח:

> כי טובין שלו רכשו מוניטין בציבור, דהיינו, שהציבור מקשר אותם אתו או לפחות עם מקור מסוים (שהינהו הוא), אף אם אינו מזהה אותו בשמו. לא הצליח התובע להוכיח זאת, אין מתעוררת השאלה אם החיקוי על-ידי הנתבע אכן גורם להטעיית הציבור.

(ע"א 18/86 מפעלי זכוכית ישראליים פניציה בע"מ נ' Les Verreies De Saint Gobain, פ"ד מה (3), 224, 232).

[943] אשר לשם של עסק - והוא לעניינו - על תובע להוכיח כי בתודעתו משייך הציבור שם זה לעיסקו-שלו, וכמסקנה נדרשת מכך, ששימוש באותו שם עשוי להביא להטעייה. וגם כאן, על דרך הכלל, יהיה על תובע להוכיח יחודיות שיש בו בשם, יחודיות המשייכת עצמה לו ורק לו. כך, למשל, אם השם בו מדובר שם שיגרתי הוא בשפה לתיאור הטובין - להבדילו, למשל, משם דמיוני - לא ייחלץ הדין במהרה לעזרתו של התובע. אכן, המשפט מייחס עוצמה שונה לסימנים שונים, ועל כך נוסיף ונעמוד בהמשך דברינו להלן.

10. נוסיף עוד, כהערה כללית, כי דיני העוולה של גניבת עין דומים במאוד לדינים של סימני מסחר; הגיון ההגנה כאן וכאן הגיון דומה הוא, והמיגבלות החלות על ההגנה הניתנת אף-הן דומות הן בשני המקרים. שני הדינים מקורם (במשפטנו) הוא בחוק החרות, ופיתוחם בא בהלכה. אלא שהדין החרות של סימני המסחר דין מפורט הוא, בעוד העוולה של גניבת עין מציבה לפנינו מעין עוולת-מסגרת שעיקר פיתוחה הוא בהילכות בתי-המשפט. ואולם מתוך הדמיון-עד-כדי-זהות שבין שני הדינים, ניתן לשאוב הלכות מן התחום האחד לתחום האחר ולו להרחבת הידע וההבנה.

## סוגי שמות

11. הוכחת מוניטין, כפי שראינו, מהווה תנאי עיקרי, תנאי מוקדם והכרחי, ליצירת העוולה של גניבת עין. ומתוך שמוניטין בהקשר העוולה של גניבת עין יכול שיוליך היישר למונופולין, נזהרת ההלכה בקביעה אימתיי וכיצד קונה אדם מוניטין בטובין. בהקשר זה יש הנוהגים להבחין בין ארבע קטיגוריות של שמות או של מונחים המשמשים במסחר, לפי מידת ההגנה הניתנת להם: שמות גנריים, שמות תיאוריים, שמות מרמזים (suggestive) ושמות "שרירותיים" או דמיוניים. ראו: Abercrombie & Fitch Co. v. Hunting World, Inc. 537 F. 2d 4, 9-11 (2 Cir. 1976); Surgicenters of America v. Medical Dental Surgeries, 601 F. 2d 1011, 1014- 1015 (9th Cir. 1979)). בני הקטיגוריה הראשונה - שמות גנריים - לא יזכו כלל להגנה; בני הקטיגוריה השניה - שמות תיאוריים - יזכו להגנה מעטה ביותר ובמקרים נדירים; בני הקטיגוריה השלישית - שמות מרמזים – יזכו להגנה מוגברת; ובני הקטיגוריה הרביעית - שמות "שרירותיים" או שמות דמיוניים - יזכו להגנה הרבה ביותר. ארבע קטיגוריות אלו יסודן הוא בהלכות שנארגו משך השנים ליריעה אחת. מיבחנים אובייקטיביים עושים אותן, והמכנה המשותף לכולן הוא הרצון למנוע הקניית מונופולין בשמותיהם של [944] טובין מסויימים, מקום שהמונופולין יסתור את אינטרס הציבור או את טובת הציבור. ונזכור: עניינו עתה אינו אלא בשאלה אימתי

נכיר לראובן כי זכה למוניטין בשמם של טובין מסויימים, מוניטין העשויים להוליכנו למסקנה כי ראובן קנה מונופולין בשמם של אותם טובין.

12. הבה נאמר עתה מלים אחדות על טעמי קלסיפיקציה זו שנארגה בהלכה. הקטיגוריה האחת מכילה שמות גנריים; קרא: הסוג או הזן אליו משתייך הנכס או השירות שבהם מדובר. לדוגמאות שונות, ראו: Christopher Wadlow, The Law of Passing-Off (Sweet & Maxwell, 1995. 2nd ed), 386- 389. שם גנרי אינו זכאי להגנה בעוולה של גניבת עין. טעם הדבר: אין אדם זכאי להשתלט על שם גנרי שכן זכותם של כל העוסקים במקצוע לתאר מוצריהם בשמם הגנרי. עורך-דין לא יוכל להשתלט על "עריכת דין" ומוכר מנועים לא יקנה מונופולין ב"מנועי דיזל". לשמות גנריים בשמותיהם של עיתונים ראו: CES Publishing Corp. v. St. Regis Publications, Inc. 531 F. 2d 11, 13 (1975).

קטיגוריה שניה כוללת שמות תיאוריים, דהיינו, שם המתאר תכונות או רכיבים של נכסים או של שירותים. ראו, למשל: Stix Products, Inc. v. United Merchants & Manufacturers Inc., 295 F. Supp. 479, 488 (S.D.N.Y. 1968). בדין סימני המסחר, כך אף בדין גניבת עין, לא יזכה שם מתאר לרישום ואף לא יזכה להגנה, שהרי אין זה ראוי כי יינתן לבעל עסק להשתלט על מלה השגורה בשפה. חריג לכלל יהיה במקום שבעל העסק רכש במהלך עיסקו אופי מבחין לשם הטובין, אופי המייחד אותו שם מיתר הטובין בני-מינו. במקרה זה יכול בעל השם שיזכה בהגנה, ושימוש באותו שם בידי מתחרה יהא בבחינת הטעיה. השוו: סעיפים 11(10), 8(ב) ו-9 לפקודת סימני מסחר [נוסח חדש], תשל"ב-1972. ראו עוד: עמיר פרידמן, סימני מסחר, דין פסיקה ומשפט משווה (פרלשטיין גינוסר, 1998), 83; ד"ר פנינה פרידמן, "גניבת עין: הגנתו (החלקית) של המתחרה המסחרי כנגד פרסומת כוזבת של יריבו", הפרקליט לה (תשמ"ג-1983), 333, 339-340.

קטיגוריה שלישית כוללת שמות רומזים (מרמזים), והם שמות שכשמם כן-הם: מרמזים הם על הטובין מבלי שמתארים הם אותם מפורשות. בסימנים אלה יש "זיקה מחשבתית מסויימת בין הסימנים לבין הטובין נושאי הסימנים, אך הקשר בין הסימנים לבין הטובין מצריך מחשבה קצרה מטעם הצרכן, בטרם יוכל הצרכן לקשר בין הסימנים לבין מקור הטובין נושאי הסימנים" (עמיר פרידמן, שם, 69; ראו עוד: פרשת Abercrombie, שם, 11- 10). שמות אלה זוכים להגנה. נוסיף כי אפשר ששמות מסויימים יהיו תיאוריים לטובין מסויימים אך באשר לטובין אחרים יהיו אך מרמזים או דמיוניים.

[945] קטיגוריה רביעית כוללת שמות "שרירותיים" או שמות דמיוניים. אלה הם שמות - או צירופי אותיות, מילים, סימנים וכיו"ב - שהומצאו מעיקרם כסימנים בעלי אופי מבחין לטובין מסויימים. סימנים אלה לא נועדו, מלידתם, אלא כדי לייחד טובין מסויימים. שמות אלה הם בעלי העוצמה המירבית, וזוכים הם להגנה רחבה הן בדיני גניבת עין הן בדיני סימני מסחר. אכן, מתחרה כי ישתמש בשם "שרירותי" או דמיוני בו משתמש הזולת באותו תחום עיסוק, בית-המשפט לא יתקשה להסיק הטעייה וכוונה להטעות. האופי המבחין הטבוע בשם ידבר בעד עצמו ובזכותו של בעל השם הראשון. ראו עוד: גדעון גינת, דיני נזיקין - גניבת עין (עורך פרופ' ג' טדסקי, תשמ"ב-1982) 28-29.

13. מתוך שעניינו נסוב בעיקרו על השמות התיאוריים ("משפחה", "משפחה טובה") נרחיב מעט בסוג שמות זה. על דרך הכלל, כאמור, לא יזכה שם תיאורי להגנה בגניבת עין. ואולם שם תאורי, יוכל בכל-זאת לזכות להגנה בגניבת עין, והוא, אם יעלה בידי העוסק לשכנע את בית-המשפט כי אותו שם תיאורי רכש לעצמו אופי מבחין, משמעות מישנית המייחדת אותו והמקשרת אותו עם הטובין של אותו עסק. משמעות מישנית זו פירושה הוא "שהקהל מתחיל להכיר בהם [בסימנים או בשמות] לא רק ככינוי או כתיאור אלא כסימן או שם המזהים את העסק או הטובין עם התובע. במילים אחרות, הם יכולים להפוך לייחודיים במובן המשפטי." (פרשת פניציה, 235; זליגסון, 23-24). לשון אחר: משמעות "מישנית" אין היא מישנית בחשיבותה; נהפוך הוא: משמעות "מישנית" משמעה משמעות "ראשונית" בחשיבותה. ראו עוד: The Coca-Cola Company v. The Seven-Up Company, 497 F. 2d 1351,1354 (1974); Comment note: "Doctrine of Secondary Meaning in the Law of Trademarks and Unfair Competition", 150 A.L.R. 1067, 1071-1073,1095-1096 (1944); Windsor Inc. v. Intravco Travel Centers, Inc., 799 F. Supp. 1513, 1522 (S.D.N.Y. 1992)); Aloe Creme Laboratories, Inc. v. Milsan Inc., 423 F. 2d. 845 (5th Cir. 1970); בג"צ 144/85 קליל נ' רשם הפטנטים והמדגמים, פ"ד מב(1) 309, 324-325. הנטל להוכחתה של משמעות מישנית אינו קל כל-עיקר; וככל שהמלה המתארת שכיחה יותר בשפה לתיאור הטובין נושא הדיון, כן יכבד וילך הנטל. ראו: Comment Note, לעיל, 1078; Metro Brokers, Inc. v. Merle Tann, 815 F. Supp. 377, 382 (D. Colo. 1993).

על משמעות מישנית ילמד משך שימוש בשם, אופי הפירסום והיקפו, ואמצעים אחרים שננקטו ליצירת קשר בתודעת הצרכנים בין השם התיאורי לבין הטובין המסויימים. ראו: פרשת פניציה, שם; פרשת ריין, שם, 849- 848; עמיר פרידמן, 82-88; Comment Note, 1083-1082; Metro Brokers, לעיל. עד כאן - מיבחנים הבונים עצמם על מעשי היצרן באשר הם. בצד מיבחנים אלה שוכנים מיבחנים על צידו של הצרכן, ובהם: החשיבות שמייחסים הצרכנים [946] לשמו של היצרן באשר הוא - בשונה מתכונותיו של המוצר - והשפעת מיומנותו והגינותו של היצרן על הביקוש למוצריו. כן ניתן מישקל לטעמים שבגינם חיקה המתחרה את המוצר. אין משקל מכריע למי מן המיבחנים, וההכרעה תשתנה מעניין לעניין. וכדברי בית-המשפט בפרשת ריין (שם, 849): "מרכז הכובד הוא במשקל הראייה ולא בסיווגה".

14. חשוב להעיר בהקשר זה, כי גם במקרה בו מוכח לבית-משפט כי מלה שכיחה זכתה למשמעות מישנית המקנה זכות לעוסק פלוני, גם-אז תוגבל ההגנה לשימוש באותה מלה בלבד אך לא לצירופים שונים הכוללים אותה או להטיותיה. ראו, למשל: Office Cleaning Services, LD. v. Westminster Window and General Cleaners, LD. 63 R.P.C. 39, 43. אפשר אפוא שמתחרה יב חר בשם השונה ולו באורח מיזערי, מן השם שהתובע בחר לו, ובכל זאת לא יחוייב בעוולה. ראו, למשל: Wadlow, 397-401; Morcom, Roughton & Graham, The Modern Law of Trade Marks (Butterworths, 1999), 14.35-14.37). צימצום והגבלת ההגנה הניתנת למלת תיאור או לשם שגור בשפה, נועדו, כמובן,

למניעת הקנייתו של מונופולין לבעל עסק ולעידוד התחרות החופשית באורח המשרת למירב את קהל הצרכנים. המשפט לא יתיר לפלוני להפקיע מלה מן השפה לטובת עיסקו, ומכאן זהירות-היתר שאנו מחוייבים בה.

## "משפחה" כשמו של עיתון

15. בעלי-הדין שלפנינו באו בריב קשה ביניהם על-אודות סיווגו של השם "משפחה" כשמו של עיתון. אנשי "משפחה" טוענים כי המלה "משפחה" אינה מלמדת על עיתון דווקא, ויש צורך במידע נוסף עד שנקבע כי השם "משפחה" מייחס עצמו לעיתון. מכאן, לטענתם, ששם זה פוקד עצמו עם קבוצת השמות ה"רומזים", שכן מצריך הוא מחשבה עד שהצרכן יגיע לכלל מסקנה כי המדובר הוא בעיתון המיועד למשפחה. מנגד טוענים המשיבים, כי השם - שם תיאורי הוא, דהיינו, שם שמעיקרו נועד הוא לתאר את טיבו ואת תכונותיו של המוצר.

חילוקי דעות אלה שנתגלעו בין בעלי-הדין - ביתר דיוק: טיעוניהם של בעלי "משפחה" - לא הבנתי פישרם. הקלסיפיקציה המרובעת שדיברנו בה למעלה, אינה אלא פרי ההלכה והשכל הישר. אין המדובר בקטיגוריזציה הרמטית לארבעה סוגי מלים וסימנים, שמשעה שמערכת עובדות מסויימת סוּוְגָה לקטיגוריה פלונית, כי אז תיכלא המערכת בחצרה של אותה קטיגוריה; הקטיגוריה תסגור עליה - סוגרת ומסוגרת - מכל צדדיה; ומערכת העובדות תידמה לאותו זבוב-קיץ אומלל שנזדמן שלא-בטובתו לחדר [947] סגור, והוא חובט את גופו ביאוש פעם אל קיר זה פעם אל קיר זה, ואין מושיע. יתר-על-כן: קלסיפיקציה - כל קלסיפיקציה - מעיקרה נועדה היא להיות לנו לעזר, להקל על מלאכתנו בפרשנות (במובנו הרחב של מושג הפרשנות), לשמש כלי בידנו להכרעה מושכלת וראויה; הקלסיפיקציה לעולם אמורה היא לשמש אותנו ולא אנו שנשמש לפניה. מבחינה יוריספרודנטית, אפוא, חילוקים אלה שנתגלעו בין בעלי-הדין חילוקים שלא לעניין הם בעיניי.
לגופם של דברים אומַר, כי אין ספק קל בעיני שהשם "משפחה" המתנוסס על עיתון הנועד למשפחה, מלה מתארת היא במלוא משמעותו של המושג. לשם זה, כשהוא לעצמו, אין כל אופי מבחין, ועצם השימוש בו אין בו כדי להעיד כי קהל הקוראים מייחד את המלה "משפחה" לעיתון המערערים דווקא. המערערים גם לא הוכיחו - אם יכולים היו בכלל להוכיח - כי השם "משפחה" לעיתונם רכש משך השנים משמעות מישנית העשויה להקנות להם מונופולין בשם העיתון.

נאמר עוד זאת, כי השימוש בשם משך זמן - ולו זמן ניכר - אין בו עצמו כדי להקנות לשם משמעות מישנית המזכה את בעליו בהגנה.

16. כך היה הדין מאז ומקדם. המלומד Wadlow מסווג את סוגיית שמותיהם של עיתונים במעין-ענף לעצמו בתחום העוולה של גניבת עין, ענף שהדין בו נשתמר מאז המאה ה -19. שמו של עיתון נושא אופי מובהק של סימן לקוראיו, ויש בו בשם תו-זיהוי לקהל היעד שלו. ואולם, כל אימת ששמו של עיתון אמור לתאר את תוכנו, את תחומי עיסוקו וכיו"ב, אין מניעה כי מתחריו יעשו שימוש באותו שם. ראו: Wadlow, p. 415-420. תופעה שכיחה היא בייחוד כך בארצות שמעבר-לים - שבענף מסויים יוצאים לאור עיתונים רבים, לעיתים עשרות ומאות עיתונים, ולא יהא זה לא נכון ולא ראוי כי אחד מאותם עיתונים יזכה למונופולין בשם המתאר את תוכנו ואת תחום העיסוק המשותף לו ולעיתונים האחרים באותו ענף. רק במקום בו זכה עיתון במשמעות מישנית לשמו, רק אז יכול הוא שיזכה להגנה. ראו, למשל: Comment Note לעיל, 1102-1103.

ואמנם, מקום ששמו של עיתון תיאר את תחומי עיסוקו ואת תכניו, פסקו בתי-המשפט שוב ושוב כי אין השם זכאי להגנה אלא אם רכש משמעות מישנית. כך, למשל, השם Aviation לעיתון בתחום התעופה, בהיותו שם תיאורי, לא זכה להגנה בסימני מסחר. ראו: Mcgraw-Hill Pub. Co. v. American Aviation Association, 117 F. 2d. 293 (1940). כך היה אף דינו של השם Leisure News, שכשמו כן היה תוכנו, שאף הוא לא זכה להגנה בהיותו שם תיאורי. ראו: Marcus Publishing Plc v. Hutton-Wild Communications Ltd. [1990] R.P.C.576, 579. [948] זה היה גורלו של עיתון בשם College, שיועד לתלמידי קולג': Collegiate World Pub. Co. v. Pont Pub. Co. 14 F (2d) 158, 160 (1926). זה היה דין מלים תיאוריות אלו וכך דינן של כל מלים תיאוריות שלא רכשו משמעות מישנית ביחס לטובין מסויימים. וכלשונו של Dillon L.J בפרשת Marcus Publishing (בעמ' 579):

> [T]he words Leisure News are merely descriptive words in the English language, descriptive of the nature of publication. Of course descriptive words can come by use to acquire a special meaning as referable, in a particular field, like the field of magazines, to the product of one particular publisher. The name Country Life would seem to be a fairly simple example of that. But it is well established that it is not at all easy to establish goodwill in a name which merely consists of descriptive words… The law is reluctant to allow ordinary descriptive words in the English language to be fenced off so as to become private preserve of one particular publisher or tradesman.

למותר לומר כי התשובה לשאלה אם מלה מסויימת מלה תיאורית היא, אם לאו, תלויה בהקשר הדברים. כך, למשל, השם Aviation כשמה של חנות לרהיטי-בית, אני מניח שלא יראו בה מלה תיאורית; הוא הדין במלה College כשמה של חנות ירקות או המלה Leisure News כשמה של סוכנות למקומות עבודה.

17. אשר לשם "משפחה". שם זה לעיתון המיועד למשפחה אינו אלא שם תיאורי. בהיעדר משמעות מישנית -

והמערערים לא עלה בידם להוכיח משמעות מישנית - אין שם זה זכאי להגנה בעוולה של גניבת עין. ראו עוד: ע"א 649/74 "פולי-סטיק" ייצור ושיווק נ' Glaubert, פ"ד כט(2) 397, 406-407. אין בכך לא צדק ולא היגיון שנכיר למערערים זכות בעוולה של גניבת עין, ועל דרך זה נקנה להם מונופולין בשם "משפחה" השגור על-פי כל.

בהקשר זה נזכיר את טענת בעלי "משפחה טובה", ולפיה מזה זמן עושים הם שימוש בשם "להיות משפחה" כשמו של עיתון המופץ על-ידם באותו תחום. לטענה זו לא שמענו תשובה מפי בעלי "משפחה". כיצד זה אפוא שהמלה "משפחה" מזוהה דווקא עם עיתונם-שלהם? נוסיף עוד ונזכיר כי בעלי "משפחה" הסתירו מבית-משפט קמא את קיומו של העיתון "להיות משפחה", ומטעם זה אמר בית-המשפט כי יש לדחות על-הסף את בקשתם לצו מניעה זמני בשל היעדר נקיון כפיים.

[949]

## היש הטעיה?

18. משידענו כי לא עלה בידי המערערים להוכיח מוניטין הראוי להגנה בשמו של עיתונם, דין תביעתם הוא כי תידחה. ואולם למעלה מן הצורך נוסיף עוד ונאמר, כי גם התנאי השני לקיומה של גניבת עין - תנאי ההטעיה - אף הוא לא נתקיים בענייננו. נוסיף ונפרש.

19. בבוחנו תנאי זה של הטעיה שומה עליו על בית-המשפט לבחון האם קיים חשש סביר להטעיית הציבור: ע"א 7980/98 שרון (צו'פי) פרוינדליך נ' אורן חליבה, פ"ד נד(2) 856, 866 (מפי השופטת פרוקצ'יה). המיבחן המקובל מחזיק כמה רכיבים ואלה הם: מיבחן המראה והצליל; מיבחן סוג הטובין וחוג הלקוחות; ומיבחן שאר נסיבות העניין: ע"א 261/64 פרו-פרו ביסקויט נ' פרומין ובניו בע"מ, פ"ד יח (3) 275, 278; גינת, גניבת עין, 15. המיבחנים כולם מיבחנים אובייקטיביים הם.

ראשית דבר נשווה את השמות המתחרים ביניהם, ונשאל עצמנו "האם הרושם הכללי, שניתן מבחינת הצליל והעין על-ידי האופן בו מוצגת הסחורה לנמען הוא כזה העלול לגרום להטעיה, טעות או בלבול" (גינת, 16). בעניינו השוואה זו תעלה דמיון בין השמות. בה-בעת, ובתיתנו דעתנו לכך שהמדובר במלים שגורות המשמשות בשפה לתיאור הטובין שבהם מדובר - קרא: בשמות תיאוריים - פוחת החשש להטעיית הציבור. הציבור אינו עולם-גולם, והקוראים עיתונות יודעים כי אותה מלה עצמה יכולה שתתאר מוצרים שונים באותו ענף. וגם אם אמרנו שיש חשש-מה לטעות, נטילת סיכון זה ראויה ולו למען התחרות החופשית וחופש העיסוק של הכלל; שהיחיד לא יפקיע לעצמו מן הציבור ומן המתחרים מלה או שם אך בשם אותו חשש מסויים להטעייה. וכלשונו של Lord Simonds בפרשת Office Cleaning Services, LD., 43:

> [W]here a trader adopts words in common use for his trade name, some risk of confusion is inevitable. But that risk must be run unless the first user is allowed unfairly to monopolise the words.

ראו עוד: Cadbury Schweppes Pty Ltd v. Pub Squash Co Pty Ltd [1981] 1 All ER 213, 218.

יתר-על-כן: בדברנו בעיתון, חשיבות רבה נודעת לעיצובו ולמראהו, עיצוב ומראה הייחודיים לו והמקנים לו צביון מיוחד. כך הם, למשל, מידות העיתון; דרך עיצוב [950] הכותרת (ראו, למשל, הצורה והגוֹפָן (פוֹנְט) שלשמו של עיתון "הארץ"); צבע הדפים; מספר הדפים; החלוקה למדורים; ועוד כיוצא באלה מאפיינים. וראו: Wadlow, 416; Mcgraw - Hill, supra, 295.

20. בענייננו-שלנו אין בין העיתונים דמיון העשוי להוליך שולל את הצרכן-בכוח, עד שיחשוב בטעות כי העיתון "משפחה טובה" הוא העיתון "משפחה". הוצגו לפנינו עותקים של העיתון "משפחה" ושל העיתון "משפחה טובה", וממראה עינינו ידענו כי העיתונים שונים הם במאוד זה-מזה: דרך עיצוב שם העיתון, הכותרות לעיתון, התכנים המובלטים בשער העיתון, דרך עיצוב תוכן העניינים, החלוקה למדורים ועוד. גם בתכנים שונים הם העיתונים זה-מזה: "משפחה" מקדיש חלק ניכר מדבריו לסקירת החדשות בעוד ש"משפחה טובה" ממקד עצמו אך ורק בנושאי משפחה לבר-החדשות. העיתונים שונים הם זה-מזה אף בצינורות השיווק, במחיר, בתדירות ההופעה ובקהל היעד. כך פוחת והולך - עד כדי ביטולו המוחלט - חשש ההטעיה. ראו והשוו: ת"א (ת"א) 982/92 דן תבור מ"חומוס אשכרה" נ' מחלבות נהריה "שטראוס" בע"מ, דינים שלום, כרך יז, 536. הנה-כי-כן, "משפחה" הוא שבועון ו"משפחה טובה" הוא ירחון; "משפחה" מופץ בדוכני העיתונים ונמכר לציבור בתמורה (בחודש מארס 1999 היה מחירו כתשעה שקלים) ואילו "משפחה טובה" מופץ חינם-אין-כסף בבתי יולדות, בקופות חולים ובמרכזים קהילתיים (התחרות בין השניים היא, כמסתבר, בתחום הפירסומות); "משפחה" מיועד למשפחה בכללה בעוד ש"משפחה טובה" מכַוון עצמו למשפחה המגדלת פעוט או המצפה ללידה. חשש ההטעיה אפוא שואף לאפס אף מגיע אליו.

21. אם אין די בכל אלה, נוסיף ונאמר עוד זאת: שלא כשאר טובין הוא עיתון, וחשש להטעיה בטובין אחרים אינו חשש להטעיה באשר לזהותו של עיתון. קוראי עיתון, ידענו כולנו, נאמנים הם לעיתון החביב עליהם. למירב, ומתוך היסח הדעת, יכולה שתחול טעות פעם אחת, וקורא נאמן של עיתון פלמוני ירכוש עיתון קלמוני. ואולם, עיתון אינו מוצר הנרכש פעם אחת; נרכש הוא כל פרק זמן קבוע - כל יום, כל שבוע, כל חודש וכיו"ב - וטעות כי תארע לא תחזור. מטעם זה, בין השאר, נטיית הפסיקה היתה תמיד שלא להכיר בתביעות מוציאים לאור שטענו לחשש הטעייה אך מחמת השם בלבד. ראו: Wadlow, 416-417.

22. נמצא לנו אפוא שגם התנאי השני לקיום העוולה של גניבת עין לא נתמלא.

בדין אפוא דחה בית-משפט קמא את תביעתם של המערערים, בעלי "משפחה", בעוולה של גניבת עין.

[951]

## הפרת חובה חקוקה

23. מוסיפים המערערים וטוענים כי המשיבים עוולו להם אף בעוולה של הפרת חובה חקוקה. לגירסתם, הפרו המשיבים שתים מהוראותיה של פקודת העיתונות, והפרה זו מקימה להם עילה וזכות בעוולה של הפרת חובה חקוקה. האמנם כך? לבחינתה של שאלה זו ניפנה עתה.

24. ראשית לכל נזכיר לעצמנו את הוראת סעיף 63 לפקודת הנזיקין, היא ההוראה המכוננת את העוולה של הפרת חובה חקוקה:

הפרת חובה חקוקה

63. (א) מפר חובה חקוקה הוא מי שאינו מקיים חובה המוטלת עליו על פי כל חיקוק - למעט פקודה זו - והחיקוק, לפי פירושו הנכון, נועד לטובתו או להגנתו של אדם אחר, וההפרה גרמה לאותו אדם נזק מסוגו או מטבעו של הנזק שאליו נתכוון החיקוק; אולם אין האדם האחר זכאי בשל ההפרה לתרופה המפורשת בפקודה זו, אם החיקוק, לפי פירושו הנכון, התכוון להוציא תרופה זו.

(ב) לענין סעיף זה רואים חיקוק כאילו נעשה לטובתו או להגנתו של פלוני, אם לפי פירושו הנכון הוא נועד לטובתו או להגנתו של אותו פלוני או לטובתם או להגנתם של בני-אדם בכלל או של בני-אדם מסוג או הגדר שעמם נמנה אותו פלוני.

עוולה זו של הפרת חובה חקוקה, בצידה של עוולת הרשלנות, "עוולת מסגרת" היא, ותוכנה ישתנה מעניין לעניין. ראו: אנגלרד, ברק וחשין (עורך ג' טדסקי) דיני הנזיקין - תורת הנזיקין הכללית (מהד' שניה מתוקנת ומעודכנת, תשל"ז -1976) עמ' 85 (§ 63) ואילך. עיקר בעוולה יימצא בחוק לבר-פקודת-הנזיקין ובפירושו של אותו חוק על-פי בית-המשפט. להוכחה כי נוצרה עוולה זו, שומה עליו על תובע להצביע על חוק פלוני כחוק המטיל "חובה חקוקה" על הנתבע, ולהוסיף ולשכנע את בית-המשט כי הנתבע הפר אותו חוק בנסיבות המזכות אותו, את התובע, בסעדים שמעניקה פקודת הנזיקין נגד העושים מעשי עוולה בנזיקין.

[952]

25. תנאים אחדים נדרשים לכינון העוולה של הפרת חובה חקוקה, ואלה הם: חיקוק המטיל חובה על המזיק (הנתבע); המזיק (הנתבע) הפר אותה חובה שהוטלה עליו; החיקוק נועד, לפי פירושו הנכון, לטובתו או להגנתו של הניזוק (התובע); ההפרה גרמה לתוב ע (הניזוק) נזק מסוגו או מטבעו של הנזק שאליו נתכוון החיקוק. בהתקיים כל תנאים אלה כולם זכאי הניזוק (התובע) לסעדים המפורטים בפקודת הנזיקין, ואולם הוא לא יהיה זכאי לסעדים אלה אם החיקוק בו מדובר, לפי פירושו הנכון, נתכוון להוציא אותם סעדים. עיקר הוא, כמובן, במלאכת הפרשנות של אותו חיקוק לבר-פקודת-הנזיקין, לנסות לרדת לחיקרו, לחלץ ממנו את תכליתו. ראו, למשל: ע"א 335/80 בריגה נ' מוסטפה, פ"ד לו(3) 32. בתחימת היקפה של העוולה ובאיתור התנאים להיווצרותה, נועד לו לבית-המשפט תפקיד יוצר, ובעשיה זו יהא בית-המשפט מודרך במדיניות משפטית ראויה ובתחושת הצדק שביסוד דיני הנזיקין: ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לז (1) 113, 139, 149. נשמור דברים אלה בליבנו ונמשיך במסענו.

26. ומהו אותו "חיקוק" שהמשיבים בעניינו חייבו עצמם באיסוריו? לטענת המערערים, נתפסו המשיבים בהפרת שתי חובות חקוקות הקבועות בפקודת העיתונות: הוראה אחת היא זו שבסעיף 4 לפקודה והוראה שניה היא זו שבסעיף 21 לפקודה. בית-משפט קמא נדרש לטענות המערערים, ומסקנתו היתה כי לא נתעוררה כלל העוולה של הפרת חובה חקוקה. טעם הדבר: לא נתקיים תנאי מכוֹנֵן לעוולה, והוא, שהחיקוק שלענייננו – הוראות פקודת העיתונות - "לפי פירושו הנכון, נועד לטובתו או להגנתו של אדם אחר", קרא: לטובתם או להגנתם של המערערים. החלטה זו, דומני, ראויה לעיון נוסף. הבה נבחן אפוא מקרוב, אחת לאחת, את שתי הוראות החוק שהמערערים מצביעים עליהן, ונפתח בהוראת סעיף 4 לפקודת העיתונות.

## לסעיף 4 לפקודת העיתונות

27. כך מורה אותנו סעיף 4 לפקודת העיתונות:

אין להדפיס או להוציא לאור עיתון בלי רישיון

4. אין להדפיס או להוציא לאור שום עיתון בישראל אלא אם כן קיבל בעליו תחילה רישיון

בחתימת הממונה על המחוז בטופס הקבוע בתוספת הראשונה לפקודה זו.

[953] ובלשון המקור (המחייבת):

No newspaper shall be printed or published without permit.

> 4. No newspaper shall be printed or published in Palestine unless the proprietor thereof shall have previously obtained a permit under the hand of the district commissioner in the form prescribed in the first Schedule to this Ordinance

נוסיף עוד, כי לפי הוראת סעיף 5 לפקודה, המבקש להוציא עיתון לאור נדרש למסור לרשות פרטים מפרטים שונים, ביניהם את שמו המיועד של העיתון.

סעיף 4 לפקודת העיתונות אוסר אפוא על הוצאת עיתון לאור אלא אם בעליו קיבל עליו רשיון תחילה. לענייננו-שלנו נאמר, שמוסכם כי המשיבים הפרו חובה זו, הואיל ולעת הוצאת העיתון - כך גם לעת ההליכים לפנינו -טרם שלם ההליך לקבלת רשיון. המשיבים ביקשו לתרץ מחדלם זה, אך התירוץ לא יצא מכלל תירוץ, וטעם טוב לא מצאנו בו.

אכן כן: הדרישה לקבלת רשיון להוצאתו של עיתון לאור דרישה אנכרוניסטית היא ואין היא יאה לא לזמננו ולא למקומנו, לא למשטר הדמוקרטי הנהוג בישראל ולא לעקרון חופש הביטוי. בימינו אלה, שכל אדם יכול לפרסם דעותיו לקהל הרחב באמצעי התקשורת המודרניים - בהם האינטרנט הפרוץ-לכל-עבר - בלא שיידרש לרשיון או להיתר כלשהם, נדמית הדרישה להיתר להוצאתו של עיתון לאור כשריד לתקופות קודמות שלוואי ולא יחזור שוב. יחד-עם-זאת, חוק הוא חוק. חזקה עלינו הוראת סעיף 4 לפקודת העיתונות, והוא שלטון החוק בבית-המשפט.

28. משידענו כי המשיבים הפרו את הוראת סעיף 4 לפקודת העיתונות, שאלות שניה ושלישית ששומה עלינו להשיב עליהן הן: האם הוראת-חוק זו, לפי פירושה הנכון, נועדה לטובתם או להגנתם של המערערים? והאם נגרם למערערים נזק מטבעו או מסוגו של הנזק שאליו נתכוונה הוראת סעיף 4 לפקודת העיתונות? שאלות אלו - בייחוד הראשונה שבהן - שאלות-מפתח הן בפירוש העוולה של הפרת חובה חקוקה, והקושי עומד וניצב -במלוא עוזו - כל אימת שבית-משפט נדרש להשיב עליהן. עמד על הקושי השופט ברק בפרשת ועקנין, בתארו כך את הדברים (שם, 141-142):

> נראה לי, כי חיקוק בא "לטובתו או להגנתו של אחר", אם אותו חיקוק קובע נורמות ורמות התנהגות, אשר נועדו להגן על האינטרסים של הפרט. כנגד חיקוק מסוג זה באים אותם חיקוקים, אשר לא נועדו להגן על האינטרסים [954] של הפרט. ביניהם ניתן לכלול אותם חיקוקים, שבאו להגן על האינטרסים של המדינה, של הממשלה ושל מירקם החיים הקולקטיביים ואורחות חיי האומה ... מבחנו של החוק - חיקוק שנועד לטובתו של אדם אחר - הוא סתום וכללי. הקושי העיקרי נעוץ בכך, כי מספרם של הפרטים, אשר על האינטרסים האינדבידואליים שלהם בא החוק להגן, אינו מעלה ואינו מוריד. נמצא כי חוק עשוי להגן על האינטרסים של הפרט, גם אם הוא בא להגן בדרך זו על האינטרסים של כל אחד מהפרטים במדינה. מצב דברים זה מקרב קרבה יתירה בין חיקוק שכזה לבין חיקוק, שנועד להגן על האינטרסים של הציבור "בתור שכזה". זאת ועוד: לעיתים קרובות הוראה פלונית היא בעלת מטרה כפולה, והיא כוללת בחובה הן כוונה להגן על האינטרסים של כל פרט ופרט - או סוג של פרטים - והן כוונה להגן על האינטרסים של הציבור בכללו.

ראו עוד: ד"נ 6/66 שחאדה נ' חילו, פ"ד כ (4) 617; ע"א 343/74 גרובנר נ' עירית חיפה, פ"ד ל(1) 141, 151-152; ע"א 572/74 רויטמן נ' בנק המזרחי המאוחד, פ"ד כט (2) 57, 74, 77-78; י' אנגלרד, "תרומת הפסיקה להתפתחויות בדיני נזיקין - דימויה העצמי ומציאות", עיוני משפט יא (התשמ"ו-1985) 67, 86; ע"א 2351/90 לסלאו נ' ג'אמל, פ"ד מז(1) 629, 636-637; ע' בר-שירה, דיני הנזיקין - הפרת חובה חקוקה (בעריכת פרופ' טדסקי, תשל"ט-1979), 21.

הוטל עלינו אפוא לבחון ולבדוק היטב את הוראת סעיף 4 לפקודת העיתונות, לרדת אל שורשיה, לַמֵצוֹת את תכליתה, לְמַצוֹת את הֶצוּף שבה, לנסות ולמצוא אם נועדה היא "לטובתו או להגנתו של אדם אחר"; "אדם אחר" - להבדילו מהציבור, מהמדינה, מהקולקטיב בכללו.

29. אינטואיציה ראשונית תורה אותנו, כי חובה שהוטלה בסעיף 4 לפקודת העיתונות תמצא מקומה בתחום יחסי הפרט והשלטון וברצונו של השילטון לפקח פיקוח הדוק על העיתונות; בתחום זה, ולא בתחום יחסי היחידים ביניהם לבין עצמם. רושם ראשוני זה יתחזק בקוראנו את דבריה של המלומדת פנינה להב (Pnina Lahav) במאמרה "Governmental Regulation of the Press: A Study of Israel's Press Ordinance", Israel Law Review, Vol. 13 (1978), 230 (ff. 489, 491). וכה משמיעה אותנו להב:

[955]

> By introducing the premit requirement the British sought to achieve two goals. First they wanted to achieve a more comprehensive control over newspapers. Secondly, they wanted to forearm themselves against the possibility that newspapers would maintain a supply of extra permits for use if the government suspended or otherwise

obstructed the publication of the newspaper. In such cases the newspaper could simply change its name to that on the spare permit and resume publication … Control of permits enabled the Government to prevent the build-up of spare permits (mainly through the requiremnt of minimum frequency …).

הנה-כי-כן, תכליתה של פקודת העיתונות - בסעיף 4 בה - היתה לפקח על העיתונות הכתובה, לשלוט על הנעשה בה, ולאפשר בקרה על הפסקת הפצתם של עיתונים שנאסרה או הושעתה הפצתם. גם אם מציאות חיינו נשתנתה לבלי-הכר מאז חקיקת הפקודה - בשנת 1933 - ועד לימינו אלה, הנה תכלית הפקודה לא נשתנתה והרי טבועה היא בהוראותיה.

מטרות אלו, על-פי עצם טיבן, לא נועדו מעיקרן להגן על היחיד אלא על הציבור, על המדינה, על הקולקטיב. אכן, אין ספק בעיניי כי הוראת סעיף 4 לפקודת העיתונות לא נועדה לטובתו או להגנתו של עיתון מתחרה. ראו עוד והשוו (לעניין רישוי בתי חולים): ע"א 711/82 בלומנטל נ' תיכון, פ"ד לט (2) 477.

30. כך הוא באשר לחובה שהוטלה על המשיבים וכך הוא אף באשר לנזק שסעיף 4 לפקודת העיתונות נתכוון אליו. השוו: ע"א 4704/96 עו"ד דרור מקרין נ' נציבות שירות בתי הסוהר (לא פורסם); רע"א 5379/95 "סהר" חברה ישראלית לביטוח נ' בנק דיסקונט, פ"ד נא(4) 464, 474. המערערים טוענים לנזק כספי שייגרם להם עם הוצאתו של עיתון המשיבים לאור, ואולם הוראת סעיף 4 לא ייעדה עצמה ללכוד נזק מעין-זה, קרא: נזק כספי העלול להיגרם למתחרה. ייעודה היה - כדעת מנסחיה - למנוע נזק לבטחון המדינה ולשלום הציבור. ברוח דברים אלה אף פסק בזמנו בית-המשפט המחוזי בת"א (ת"א) 1784/78 קריגר נ' שדה, פס"מ תש"מ (2)177, באומרו דברים אלה (בעמ' 184):

האיסור להוצאת עיתון ללא היתר מטיל על אדם חובה כלפי הריבון לא להוציא עיתון ללא היתר. אין זו חובה כלפי אדם, או בעלי עיתון אחר. חיקוק זה לא נועד להגנתו של עיתון מתחרה, והנזק שנגרם (אם נגרם) למשיבים, [956] אין הוא הנזק שהמחוקק התכוון למנוע על-ידי האיסור הדורש כי כל עיתון יצטייד בהיתר קודם.

31. כללם של דברים: הוראת סעיף 4 לפקודת העיתונות לא תעמוד להם למערערים, וטיעוניהם הנסמכים עליה דינם שיידחו.

נעבור עתה ונדון בהוראות סעיף 21 לפקודת העיתונות.

## לסעיף 21 לפקודת העיתונות

32. וכך מורה אותנו סעיף 21 לפקודת העיתונות:

זכות הקנין על השם של עיתון
21. (1) משניתן רישיון לבעל עיתון עפ"י סעיף 5, אסור לשום אדם, פרט למקבל זכות ההעברה של הבעל או לנציגו האישי או ליורשיו, להשתמש בשם של אותו עיתון או בכל שם הדומה לו במידה שיהא עשוי לעורר בלבול-דעות ...
(2) כל אדם המשתמש בניגוד להוראות סעיף זה בשם של עיתון או בכל שם דומה לו במידה העשויה לעורר בלבול-דעות יאשם בעבירה ויהא צפוי לעונשים הקבועים בסעיף 22.

ובלשון המקור (המחייבת):

Property in the name of a newspaper.

21. (1) When a permit has been granted to the proprietor of a newspaper under section 5, no person, other than the assignee or the personal representative or heirs of the proprietor, shall be entitled to use the title of such newspaper or any title so resembling it as to be likely to cause confusion .....
[957] (2)Any person using the title of a newspaper or any title so resembling it as to be likely to cause confusion in contravention of the provisions of this section is guilty of an offence and is liable to the penalties prescribed in sectionn 22.

היש בה בהוראת סעיף 21 לפקודת העיתונות אחיזה לטענת המערערים כי המשיבים הפרו חובת-חיקוק שהם חבים כלפיהם? בית-משפט קמא, משסבר כי דין אחד הוא לכל החובות הקבועות בפקודת העיתונות, לא נדרש באורח מפורט להוראת סעיף 21 לפקודה בהניחו, כמסתבר, כי גם זו - כמוה כהוראת סעיף 4 - אינה מכילה חובה חקוקה המוטלת על היחיד כלפי יחידים אחרים. דעתנו אחרת.

33. בחינתו של חיקוק פלוני, לבירור אם בא הוא בגדרי חובה חקוקה כהוראתה בעוולה של הפרת חובה חקוקה, חייבת שתיעשה באורח פרטני ומפורט. אין לפרש חוק כמיקשה אחת ובשלמות אחת. המטלה המוטלת עלינו היא לברור ולמיין, לבחון

ולדייק - כך בכל הוראה והוראה שבחיקוק - לגילוי עיקרן ותכליתן של כל אחת ואחת מן ההוראות. אכן, תכליתו הכללית של חוק יכולה בדרך הטבע להשפיע - וראוי לה שתשפיע - על פירושן של הוראותיו הספציפיות. ואולם בסוף כל הסופות הוטל עלינו לבחון כל הוראת-חיקוק לעצמה, לבירור אם באה היא בגידרי העוולה של הפרת חובה חקוקה, אם לאו. כך, למשל, אפשר שבחוק פלוני תימצאנה הוראות שנועדו להגן על הציבור בכללו - קרא: הוראות שאינן מקנות עילה בעוולה של הפרת חובה חקוקה - ובסמוך להן, באותו חוק עצמו, הוראות אחרות שנועדו להגן על יחידים הנמנים עם קבוצה מוגדרת של אנשים, לאמור, הוראות המקנות עילה בעוולה של הפרת חובה חקוקה. אמרה על-כך השופטת נתניהו בע"א 245/81 סולטאן נ' סולטאן, פ"ד לח (3) 169, 177:

> בבואנו לפרש את כוונתה של הוראת החיקוק שהופרה, לא את החיקוק בכללותו או אותו פרק ממנחו שבו כלולה אותה הוראה עלינו לבחון, אלא את ההוראה הספציפית שבה אנו דנים. העילה בהפרת חובה חקוקה היא לא על הפרת החיקוק בשלמותו או פרק ממנו, אלא הפרת חובה מסוימת ... יש שהחיקוק או הפרק המסוים, שבו כלולה ההוראה, נועדו בכללותם לשמור על אינטרס הכלל, אך ההוראה המסוימת נועדה לטובת הפרט או גם לטובת הפרט. (ההדגשה במקור - מ' ח')

[958] יתר-על-כן: לעיתים אפשר נגיע לכלל מסקנה כי אותה הוראה עצמה ניתן לפרשה כהוראה שייעודה גם לכלל גם לפרט, ומשימת הפרשנות שתוטל עלינו לא תהא קלה. כיצד זה אפוא נפרש את הוראת סעיף 21 לפקודת העיתונות?

34. סעיף 21 לפקודת העיתונות מורה אותנו, כי בהינתן לראובן רשיון להוציא לאור עיתון, אסור הזולת להשתמש בשם של אותו עיתון או בשם הדומה לו "במידה שיהא עשוי לעורר בלבול דעות". האמנם נועדה הוראת-חיקוק זו לטובת הציבור בכללו? ביתר דיוק: האם נועדה הוראת חיקוק זו אך-ורק לטובת הציבור בכללו? או שמא נאמר: הוראה זו נועדה, אמנם, לטובת הציבור בכללותו, אך בה-בעת מבקשת היא להקנות זכות ליחיד אף-הוא? כשאני לעצמי, מבכר אני גירסה בתרא על-פני גירסא קמא.

ראשית לכל נזכור, שאין כל מניעה כי אותה הוראת-חיקוק עצמה יכולה שתהא דו-תכליתית: כי תכוון עצמה ליצירתה של חובה ציבורית ובה-בעת ליצירתה של חובה פרטית אף-היא. ראו, למשל: פרשת סולטאן, לעיל, 176, 177; ע"א 270/53 קאסם נ' ועדת עיריית נצרת, פ"ד י' 243, 249; פרשת רויטמן, לעיל, 77-78. נדע מכאן, שבבואנו לבחון הוראת-חיקוק פלונית מתחום המשפט הציבורי - ופקודת העיתונות היא לכל הדעות איבר במשפט הציבורי - אל-לנו לספק עצמנו במראה-פניה החיצוני, מראה-פנים שללא ספק תכלית ציבורית ניבטת ממנו. שומה עלינו להוסיף ולחפור בתכלית ההוראה, לבירור ולבחינה אם בצד התכלית הציבורית יש לה להוראת-החוק העומדת לבחינה תכלית פרטית גם-כן.

35. אשר להוראת סעיף 21 לפקודת העיתונות, תכליתה הציבורית ברורה על-פניה. נועדה היא להגן על הציבור, שאם יראו אור שני עיתונים בני אותו שם, יכול הדבר להביא להטעיה ולבלבול. אפשר אף שההוראה נועדה להגן על השלטון, לפיקוח ולבקרה על העיתונים שקיבלו רשיון, להבדילם ולהבחינם מן העיתונים שלא קיבלו רשיון. בה-בעת, ברורה, לדעתי, התכלית להגן על בעל הרשיון מפני מתחרה העלול לפגוע בזכותו לשמו של עיתונו. תכלית זו השניה מוצאת ביטוי ברור בכותרת שלהוראת סעיף 21, והיא: "זכות הקנין על השם של עיתון" ובלשון המקור: "Property in the name of a newspaper". אכן, כותרת-שוליים זו מעידה כמאה עדים על תכליתה של ההוראה, שנועדה היא להגן (גם) על זכותו של בעל עיתון בקניינו ובמוניטין שרכש לעצמו.

36. דו-תכליתיות זו שאנו מדברים בה - תכלית ההגנה על הציבור מפני הטעייה ותכלית הגנה על היחיד מפני פגיעה בקניינו ובמוניטין שאפשר רכש לעצמו - אינה ייחודית להוראת סעיף 21 לפקודת העיתונות. הוראות מעין הוראת סעיף 21 שכיחות [959] בחקיקה האוסרת על שימוש בשם העלול להטעות את הציבור. כך, למשל, לא תירשם חברה בשמו של תאגיד הרשום כדין בישראל או בשם הדומה לו עד כדי להטעות: סעיף 27 לחוק החברות, תשנ"ט-1999, ומי שקדם לו בזמן - סעיף 36 לפקודת החברות [נוסח חדש], תשמ"ג-1983. ראו: אברהם פלמן והדרה בר מור, דיני חברות בישראל להלכה ולמעשה (מהדורה רביעית, תשנ"ד-1994, כרך ראשון), 194-198; ראו עוד והשוו: סעיף 4 לחוק העמותות, תש"ם-1980. הוא הדין בסימני מסחר, שסימן מסחר לא יהא כשר לרישום אם זהה הוא לסימן רשום השייך לבעל אחר לגבי אותם טובין או טובין מאותו הגדר או דומה לסימן רשום כאמור עד כדי שיש בו להטעות: סעיף 11(9) לפקודת סימני מסחר [נוסח חדש], תשל"ב-1972. על הדו-תכליתיות שבהוראת-חוק זו, ראו: בג"צ 178/57 Aktiebolaget Astra נ' הרשם הכללי, בתפקידו כרשם סימני מסחר, פ"ד יב 708, 711. ראו עוד: ע"א 715/68 פרו-פרו ביסקויט (כפר סבא) נ' ל' פרומין, פ"ד כג (2) 43, 47.

זאת ועוד: גם מי שלא ניחנו בדמיון מפליג יבחינו על-נקלה בקווי-הדמיון שבין הוראת סעיף 21 לפקודת העיתונות לבין העוולה של גניבת עין, וההיקש מאחרונה לראשונה יידרש מאליו: ומה העוולה של גניבת עין נועדה להגן על היחיד, כן היא הוראת סעיף 21 לפקודת העיתונות שאף היא נועדה להגן (גם) על זכויות היחיד. ואמנם, הפסיקה הדנה באותן הוראות דו-תכליתיות הדומות להוראת סעיף 21 לפקודת העיתונות, נדרשה בשאלת ההטעייה למיבחן ההלכה שנקבע בפירוש העוולה של גניבת עין - המיבחן המשולש של המראה והצליל, סוג הטובין וחוג הלקוחות ושאר נסיבות העניין - והחילה אותו מיבחן גם עליהן. ראו והשוו, למשל, לעניין שמה של חברה: ע"א 210/65 בנק אגוד לישראל בע"מ נ' בנק "אגודת ישראל" בע"מ, פ"ד יט (2) 673, 675; יעקב בלטמן, "דמיון בשם חברה העלול להטעות את הציבור", עיוני משפט ב (תשל"ב-1972), 222; כן ראו, בהרחבה: פלמן וברמור, שם.

ואם ישאל השואל: מה היה לו למחוקק שראה לנכון לכלול הוראות-הטעייה מיוחדות בסעיף 21 לפקודת העיתונות, אף אנו נשיב: פקודת העיתונות נחקקה בשנת 1933, שעה שפקודת הנזיקין - ובה העוולה של גניבת עין - טרם באה לעולם; ובבקשו להגן על שמו של עיתון כקניין הבעלים, ממילא נדרש המחוקק להוראה זו שקבע בסעיף 21 לפקודה. כך בפקודת העיתונות וכך בהוראות שנקבעו בפקודת החברות שלשנת 1929 ובפקודת סימני מסחר שלשנת 1938.

37. ומכאן לענייננו. משנמצא לנו כי הוראת סעיף 21 לפקודת העיתונות מקנה זכות למערערים בגדרי העוולה של הפרת חובה חקוקה, שאלה אחרונה היא: האם הפרו המשיבים חובה שהם חבים למערערים? במקום זה יעמוד לנו הדמיון - שמא נאמר: הזהות - שבין הוראות סעיף 21 לפקודת העיתונות לבין העוולה של גניבת עין, וההיקש [960] מן העוולה יזרום אל הוראת סעיף 21. במהלך הדיון שערכנו בעוולה של גניבת עין, באנו לכלל מסקנה כי לא קם חשש הטעיית הציבור ובילבול בין שם עיתונם של המשיבים לבין שם עיתונם של המערערים. מסקנה זו יפה אף לענייננו עתה, בהחלתו של סעיף 21 לפקודת העיתונות. נדע מכאן כי לא עלה בידי המערערים להוכיח שהמשיבים הפרו את זכותם בשם העיתון, וממילא לא נתעוררה להם זכות בעוולה של הפרת חובה חקוקה.

## כללם של דברים

38. המערערים לא הוכיחו שהמשיבים הפרו כל זכות הקנויה להם, ודין הערעור הוא כי יידחה.

אנו מחליטים אפוא לדחות את הערעור. המערערים ישלמו למשיבים שכר-טירחת עורך-דין בסכום כולל של 25,000 ש"ח.

השופטת ט' שטרסברג-כהן:
אני מצטרפת לחוות-דעתו של חברי השופט מ' חשין.

השופט י' אנגלרד:
מסכים אני עם חברי השופט מ' חשין כי "משפחה" אינה "משפחה טובה" וכי אין כאן לא גניבת עין, ולא גניבת לב ולא גניבת דעת ולא בלבול דעת.
לכן מצטרף אני לחוות דעתו על הנמקתה ועל מסקנותיה.

הוחלט כאמור בפסק-דינו של השופט מ' חשין.
ניתן היום, א' בסיון תשס"א (23/5/2001).
--- סוף פסק הדין ---

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 6601/96

בפני:כבוד הנשיא א' ברק, כבוד השופט ת' אור, כבוד השופט א' ריבלין

# AES SYSTEM INC. נגד משה שטר

ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב סגן הנשיא כבוד השופט א' גורן, מיום 18.6.96, בת"א 1331/87, 500/88, 565/89.

בשם המערערות: עו"ד צבי חוברס
בשם המשיב מס' 1: עו"ד עדי לויט

## תמצית:

חוקתי - חופש העיסוק - הגבלת חופש העיסוק - תקנת הציבור - אינטרסים לגיטימיים של מעביד - צמצום תניה המגבילה את חופש העיסוק

## עובדות:

המערערת מס' 1 פיתחה מערכות עצמאיות לעיבוד תמלילים באמצעות מחשב והשתמשה במערכת הקרויה "מערכת לאניר". המערערת מס' 2 קיבלה את הזכות להפצה בלעדית של המערכות בישראל והעניקה ללקוחותיה שירותי החזקה ותיקון. המשיב היה עובד של המערערת והועסק כטכנאי מחשבים. בעת שירותו חתם על התחייבות שלא להתחרות במערערת בכל הקשור בשיווק ותיקון של מערכות לאניר וכן על התחייבות לשמירת סודיות. שתי ההתחייבויות לא גודרו בזמן. בתום 28 חודשי עבודה פוטר המשיב ופתח עסק משלו של מתן שירות למערכות מחשב. הוא פרסם מודעה בעיתון, בה הציע את שירותיו כטכנאי החזקה ותיקון למערכות מחשבים, ובכללן מערכות לאניר. בנוסף פנה במישרין - תוך שימוש ברשימת הלקוחות של המערערת שהיתה בידו - ללקוחות של המערערת. בעקבות המודעה בעיתון נכרת הסכם בין המשיב לבין רפא"ל, לפיו יעניק המשיב שירותי לאניר לרפא"ל. שירותים אלו באו במקום שירות החזקה ותיקון אשר המערערת העניקה בעבר לרפאל. על רקע אירועים אלה הוגשו שלוש תביעות לבית המשפט המחוזי וביניהם תבעה המערערת את המשיב על שהפר התחייבויותיו כלפיה, על שפגע בזכות הקניין שבידה ועל שנטל מסודותיה המסחריים. במסגרת תובענה זו ניתן בבית המשפט המחוזי צו מניעה זמני על פיו נאסר על המשיב לעסוק במכירה או במתן שירות למעבדי תמלילים מסוג לאניר עד חלוף 18 חודשים מיום פיטורו. הצו לא הוחל על ההתקשרות עם רפא"ל. בית המשפט המחוזי פסק כי המשיב אכן הפר את התחייבותו שלא להתחרות בעסקי המערערת וגרם למערערת נזק בהתקשרותו עם רפא"ל. בית המשפט פסק שעליו לשלם למערערת פיצוי בסך 25,000 דולר. כן פסק כי המשיב אינו אחראי בגין השימוש שעשה ברשימת הלקוחות, שכן שימוש זה לא הניב התקשרות עם הלקוחות בתוך התקופה של שמונה עשר החודשים. כנגד החלטה זו הוגש ערעור וערעור שכנגד.

## נפסק:

1. "תקנת הציבור" אינה שיש לקיים חוזים אלא היא התוצאה המשוכללת המתבקשת מהאיזונים הפנימיים בין חופש החוזים וקיומם לבין ערכים ועקרונות אחרים (סעיף 10).
2. תנייה בין מעביד ועובד, המגבילה את חופש העיסוק של העובד לאחר סיום עבודתו בלא להגן על "אינטרסים לגיטימיים" של המעביד היא בטלה בהיותה נוגדת את "תקנת הציבור" (סעיף 31).
3. האינטרס הלגיטימי של המעביד - הנותן תוקף לתניה המגבילה את חופש העיסוק של העובד - הוא אינטרס "קנייני" או "מעין קנייני" של המעביד בסודותיו המסחריים וברשימת לקוחותיו (סעיף 31).
4. ככלל, האינטרס של המעביד למנוע מעובדו לשעבר להתחרות בו, מבלי שהדבר בא להגן על אינטרסים נוספים (פרט לאי-התחרות), כגון סודות מסחריים או רשימת לקוחות, אינו אינטרס לגיטימי מוגן (סעיף 17).
5. בית המשפט רשאי לצמצם את היקפה של הגבלה על חופש העיסוק, כדי להעמידה בדרישות הסבירות והמידתיות, וזאת תוך שימוש בכללי הפרשנות (סעיף 29).
6. צו ביניים אל לו להיות כללי, ועליו להיות מותאם לאינטרסים הלגיטימיים של המעביד. כך למשל, הצו לא ימנע העסקת העובד על ידי המעביד החדש, אך יאסור עליו מסירת סודות מסחריים ורשימת לקוחות (סעיף 30).
7. התחייבותו של המשיב שלא להתחרות במערערת אינה מגינה על "אינטרס לגיטימי" של המערערת וככזו נוגדת את "תקנת הציבור" ויש להכריז על בטלותה (סעיף 33).
8. אף אם המשיב עשה שימוש ברשימת הלקוחות של המערערת, הפרה זו לא גרמה למערערת כל נזק שכן לא הוכח

כי שוכללו התקשרויות בין המשיב לאותם לקוחות (סעיף 34).
9. ערעור המשיב מתקבל וערעור המערערות נדחה.

## אזכורי חקיקה:

חוק ההגבלים העסקיים, חוק החוזים (חלק כללי) 25(ב), חוק החוזים (חלק כללי) 30, חוק החוזים (חלק כללי) 31, חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) 3(4), חוק עוולות מסחריות, חוק-יסוד: חופש העיסוק, חוק-יסוד: חופש העיסוק 8, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו 3, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו 4.

## אזכורי פסיקה:

בג"צ 1683/93 , בג"צ 1703/92 , בג"צ 28/94 , בג"צ 588/84 , בג"צ 935/89 , רע"א 5768/94 , רע"א 371/89 , ע"א 614/76 , ע"א 294/91 , ע"א 239/92 , ע"א 2247/95 , ע"א 312/74 , ע"א 4/74 , ע"א 618/85 , ע"א 2600/90 , ע"א 1142/92 , ע"א 136/56 , ע"א 136/64 , ע"א 238/73 , ע"א 157/88 , ע"א 155/80 , ע"א 566/77 , ע"א 1371/90 , ע"א 901/90, ע"א 672/96, ע"א 369/74, ע"א 4628/93, ע"א 137/90, ע"א 214/89,

## פסק דין

[857] הנשיא א' ברק:

## העובדות

1. המערערת מס' 1 פיתחה מערכות עצמאיות לעיבוד תמלילים באמצעות מחשב. היא השתמשה במערכות הקרויות "מערכות לאניר". המערערת מס' 2 (להלן - המערערת) קיבלה מהמערערת מס' 1 את הזכות להפצה בלעדית של המערכות בישראל. היא העניקה ללקוחותיה בארץ שירותי החזקה ותיקון. המשיב היה עובד של המערערת. הוא הועסק כטכנאי מחשבים. בעת שירותו חתם על התחייבות שלא להתחרות במערערת בכל הקשור בשיווק ותיקון של מערכות לאניר. וזו לשון ההתחייבות:

> [858] "העובד מתחייב בזאת שלא להתחרות בב/ר [המערערת - א.ב.] בין במישרין ובין בעקיפין, בין בכשירותו כעובד ב/ר ובין שלא, ככל שתהא בתחרות הנ"ל משום נזק לעסקיה של ב/ר כמפיצה, משווקת ומבצע שירות לציוד מתוצרת 'לאניר' ו/או כל שם אחר בו ייקרא ציוד זה בעתיד. כן מתחייב העובד שלא לעשות כל פעולה שתסכל, תפקיע או תפגע בקשריה של ב/ר עם לקוחותיה".

כן חתם המשיב על "התחייבות לשמירת סודיות". על פיה התחייב לשמור בסודיות מוחלטת מידע שעשוי להגיע לידיו במסגרת העסקתו. המשיב התחייב שלא לעשות שימוש במידע או לנצלו למטרות מסחריות. מגדר ההתחייבות הוצא מידע שהיה למשיב לפני תחילת העסקתו ושהיה ידוע לציבור. שתי ההתחיבויות לא גודרו בזמן.

2. בתום עשרים ושמונה חדשי עבודה פוטר המשיב. הוא פתח עסק של מתן שרות למערכות מחשב. הוא פרסם מודעה בעתון, בה הציע את שירותיו כטכנאי החזקה ותיקון למערכות מחשבים, ובכללן מערכות לאניר. בנוסף לכך פנה במישרין - תוך שימוש ברשימת הלקוחות של המערערת שהיתה בידו - ללקוחות של המערערת. בעקבות המודעה בעתון נכרת הסכם בין המשיב לבין הרשות לאמצעי לחימה (רפא"ל - המופעלת על ידי המשיבה מס' 2), לפיו יעניק המשיב שירותי לאניר לרפא"ל. שירותים אלה באו במקום שירות החזקה ותיקון אשר המערערת העניקה בעבר לרפא"ל.

3. על רקע אירועים אלה הוגשו שלש תביעות בבית המשפט המחוזי. בתובענה אחת תבעה המערערת את המשיב, על שהפר את התחייבויותיו כלפיה, על שפגע בזכות הקנין שבידה ובמוניטין שלה, ועל שנטל את סודותיה המסחריים. במסגרת תובענה זו ניתן בבית המשפט המחוזי צו מניעה זמני על פיו נאסר על המשיב לעסוק, במישרין או בעקיפין, במכירה או במתן שרות למעבדי תמלילים מסוג לאניר עד חלוף שמונה עשר חדשים מיום פיטורו של המשיב. הצו לא הוחל על ההתקשרות עם רפא"ל. בתובענה השניה טענו המערערות כי המשיב עשה שימוש, בעת מתן שרות ללקוחותיו, בתקליטים מגנטיים ובתקליטורים המאחסנים תוכניות גיבוי, תוכניות יישום ותוכנות איבחון שפותחו על ידי המערערת ובתקליטים שהוכנו לשימוש על ידן. בכך פגע המשיב לטענתן בזכויות הקנין שלהן, והפר את זכויות היוצרים שבידן. כנגד רפא"ל נטען בתובענה זו, כי היא מסייעת בידי המשיב לבצע את מעשיו האסורים. המערערות תבעו מידי המשיב ומידי רפא"ל דמי נזק, מחמת שגרמו בהתנהגותם להפרת חוזים שבין המערערת ללקוחותיה, על שהפרו תנאי מכללא המתבקש מיחסי העבודה שבין המערערת למשיב, ובשל עשיית עושר ולא במשפט. רפא"ל מצידה שיגרה הודעת צד שלישי למשיב. התובענה השלישית הופנתה על ידי המערערת כנגד רפא"ל, להשבת ציוד חומרה ורשומי תוכנה שהושאל על-ידה לרפא"ל ולתשלום דמי שימוש ראויים [859]

בגינם. רפא"ל מצדה הגישה תובענה שכנגד ובה עתרה להסרת חסימה שביצעה המערערת במשטחי העבודה שלה. כן תבעה לספק לה ציוד שרכשה ולא קיבלה, ולשלם לה סכום של 7,022 ש"ח בגין הוצאות שנגרמו לה בעטיה של הפרת התחייבות שנטלה על עצמה המערערת כלפי רפא"ל. הדיון בתובענות אוחד.

4. בפסק דין מקיף ויסודי דחה בית המשפט המחוזי (סגן הנשיא, השופט א' גורן) את טענות המערערות ככל שהן נוגעות להפרת זכויות היוצרים שלה או פגיעה במוניטין שלהן. לעומת זאת, נקבע כי המשיב הפר את התחייבותו שלא להתחרות בעסקי המערערת. כן נפסק כי המשיב עשה שימוש ברשימת הלקוחות של המערערת. הפרת ההתחייבות שלא להתחרות הניבה - בתוך תקופת שמונה עשר החדשים בהן ניתן צו המניעה הזמני (היא התקופה שלגביה הגבילה המערערת את טענותיה) - את ההתקשרות עם רפא"ל. אשר להתקשרויות עם לקוחות אחרים, על פי רשימת הלקוחות שהיו בידי המשיב, נפסק כי לא הוכח כי אלה הניבו - בתקופת ההגבלה בת שמונה-עשר החודשים - הסכמים בין אותם לקוחות לבין המשיב ועל כן אין לומר כי התחיבותו של המשיב בענין זה הופרה. בית המשפט פסק כי בעקבות ההתקשרות בין המשיב לבין רפא"ל נמנעה רפא"ל מלהמשיך ולקבל שירותי החזקה מהמערערת של מערכות לאניר שברשותה של רפא"ל. בגין נזקיה אלה חייב בית המשפט את המשיב לפצות את המערערת בסכום של עשרים וחמישה אלף דולר. כמו כן חייב בית המשפט את מדינת ישראל (שבמסגרתה פעלה רפא"ל) לשלם למערערת את שווים של פרטי חומרה ותוכנה מסויימים, שנמסרו לרפא"ל על ידי המערערת, ונותרו ברשותה.

## הערעורים

5. כנגד פסק-דין זה הוגשו הערעור והערעור שכנגד בפנינו. המערערות טוענות כי יש לקבוע שהמשיב עשה שימוש אסור בתוכנות שפותחו על ידן ופגע במעשהו בזכויות הקנין שלהן ובמוניטין שלהן. כן טוענות הן, כי בית המשפט המחוזי טעה בקבעו כי אין לראות בעצם פעולות השיווק והפרסום שערך המשיב, בתקופת שמונה עשר החדשים, משום הפרת התחייבותו כלפי המערערת גם אם הפרה זו לא הבשילה עסקאות. המשיב מצדו מערער על חיובו בתשלום פיצויים למערערת בגין התקשרותו עם רפא"ל. כן מערער הוא (לחילופין) על גובה הסכום שנפסק. מדינת ישראל (המפעילה את רפא"ל) טוענת, בערעור שהוגש מטעמה, כי לא היה מקום לחייב אותה לשלם למערערת את שווים של פרטי החומרה והתוכנה, בין משום שלא סופקו לה כלל ובין משום שהמערערת אינה זכאית לתשלום בגינם.

## זכויות הקנין של המערערת, פגיעה במוניטין, ופיצוי בגין פרטי החומרה והתוכנה

6. [860] טענות הצדדים בסוגיות אלה מבקשות מאתנו להתערב בממצאיה העובדתיים של הערכאה הראשונה. זאת לא נעשה. פסיקתו של בית המשפט המחוזי מתבססת על ממצאים שנקבע על יסוד עדויות וחוות דעות מקצועיות. ממצאים אלה מעוגנים יפה בחומר הראיות ולא נתערב בהם. כך הדבר לענין זכויות הקנין של המערערת וכך הדבר לענין הפגיעה במוניטין שלה. כן לא מצאנו מקום להתערב בפסק דינו של בית המשפט המחוזי לענין הפיצוי בגין פרטים של חומרה ותוכנה שנמסרו לרפא"ל. הממצאים העובדתיים בענינים אלה סומכים על פירוש ראוי של המסמכים הרלבנטיים ועל הראיות שבאו לפני בית המשפט המחוזי, ולא נתערב בהם.

## הגבלת חופש העיסוק

7. השאלות הניצבות בפנינו הן שתיים: האחת הינה, אם ההתחיבות של המשיב שלא להתחרות עם המערערת הינה כדין; השניה הינה אם בדין נפסק כי המשיב אינו אחראי בגין השימוש שעשה ברשימת הלקוחות, שכן שימוש זה לא הניב התקשרות עם הלקוחות בתוך התקופה של שמונה עשר חדשים. שתי השאלות הללו קשורות בסוגיה מרכזית אחת, שענינה תוקפן של התחייבויות המגבילות את חופש העיסוק. נקודת המוצא העקרונית לבחינתן של סוגיות אלה הינה בהוראות סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, הקובעת:

"חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור - בטל".

"תקנת הציבור" משקפת את תפיסות היסוד של החברה הישראלית באשר לרמה הראויה של התנהגות ביחסים חוזיים. היא מבטאת את עמדתו של המשפט הישראלי באשר למותר ולאסור בהתקשרות החוזית. תוכנה של תקנת הציבור משתנה מחברה לחברה; הוא משתנה בחברה נתונה מעת לעת (ראו ע"א 614/76 פלמונית נ' אלמוני, פ"ד לא(3) 85, 94). על תפיסות היסוד של החברה הישראלית - ועל עמדתו של המשפט הישראלי - באשר למותר ולאסור, לומד השופט ממכלול ערכיה של שיטת המשפט. הראשונים בערכים אלה הם הערכים החוקתיים של המשפט והמשטר. על כן מהוות זכויות האדם, המעוגנות בחוקי היסוד, מקור מרכזי - אם גם לא יחיד - ממנו שואב השופט את הנתונים הערכיים המגבשים את "תקנת הציבור" הישראלית. ודוק: זכויות האדם שבחוקי היסוד מכוונות כנגד הרשות הציבורית. אין הן מעניקות, כשלעצמן ובמישרין, זכויות לפרט כנגד פרט. עם זאת, זכויות היסוד - ושאר ההוראות החוקתיות המעוגנות בחוקי היסוד - קובעות מערכת ערכים ותפיסות יסוד אשר במסגרתם פועל ומתפתח [861] המשפט (הציבורי והפרטי) (ראו ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 531; ע"א 239/92 "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל נ' משיח, פ"ד מח(2) 66). ערכי יסוד אלה קובעים גם את תוכנה של "תקנת הציבור". אין הם המרכיבים היחידים של "תקנת הציבור". תפיסותיה של החברה

הישראלית באשר למותר ואסור בהתקשרות החוזית אינם נקבעים אך על פי ערכים המבטאים זכויות אדם. תקנת הציבור משתרעת על ערכים, מטרות ואינטרסים נוספים, המשקפים את מדיניותה של החברה הישראלית (ה Public Policy- שלה). על כן, בטחון המדינה, שלום הציבור, רווחתה ועוצמתה של המדינה - גם הם ערכים ואינטרסים המעצבים את "תקנת הציבור" שלה.

8. ערכיה של שיטת משפט, תפיסותיה היסודיות והמטרות והאינטרסים שלה, מצויים בהתנגשות מתמדת. כאשר התנגשות זו נערכת במסגרתם של חוקי היסוד עצמם, היא נפתרת על פי האיזונים (האנכים והאופקיים) החלים בסוגיה זו (לעניין האיזון האנכי, ראו פסקת ההגבלה שבסעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובסעיף 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק). כאשר התנגשות זו מתרחשת בגדריו של המשפט הפרטי - ובענייננו, בקביעת היקפה של "תקנת הציבור" - היא נפתרת על פי האיזון הראוי בין הערכים והאינטרסים המתנגשים. איזון זה נקבע על פי המשקל היחסי של הערכים והאינטרסים המתחרים בגדריו של המשפט הפרטי. ודוק: ערכים ואינטרסים אלה אינם רק ערכים ואינטרסים של פרט מול פרט. אלה הינם גם ובעיקר ערכים ואינטרסים של החברה באשר לתוקפם של החוזים שבין הפרטים. אכן, "תקנת הציבור" משקפת את אינטרס הציבור המתחשב בגדריו גם באינטרסים של הפרטים השונים. היא מהווה, מעצם מהותה, הגבלה על רצונם החופשי של הצדדים. על רקע זה נמקד את מבטנו לעניין תניות המגבילות את חופש העיסוק.

## תקנת הציבור ותניות להגבלת חופש העיסוק

9. מה דורשת "תקנת הציבור" לעניין תניות בין מעביד לעובד להגבלת חופש העיסוק, ובענייננו תניות לפיהן עם סיום עבודתו לא יתחרה העובד במעבידו ולא יעשה שימוש במידע שקיבל בתקופת עבודתו? לשם גיבושה של "תקנת הציבור" בהקשר זה יש לעמוד על הערכים, העקרונות והאינטרסים המתחרים על הבכורה, ועל האיזון הראוי ביניהם (ראו פסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה בע"ע 164/99 פרומר וצ'ק פוינט טכנולוגיות תכנה בע"מ - רדגארד בע"מ (טרם פורסם) (פסקה 11) (להלן: פרשת צ'ק פוינט)). נפתח בערכים, בעקרונות ובאינטרסים התומכים במתן תוקף להתחייבויות החוזיות שנטלו על עצמם הצדדים. עקרון ראשון שיש לקחתו בחשבון הוא חופש החוזים. מעקרון זה נגזרת התפיסה, כי חוזים יש לקיים: pacta sunt servanda. החוזה הוא ה"חוק" שהצדדים קבעו ביניהם, ואותו עליהם לקיים. חברה מתוקנת לא תוכל להתקיים [862] ולהתפתח אם חוזים הנכרתים בה לא יכובדו. אינטרס הציבור - אינטרס המשקף תפיסות של צדק, מוסר ויעילות חברתית גם יחד - הוא שהתחייבות שנטל על עצמו אדם (בגיר) תכובד על ידו (ראו ד' פרידמן ונ' כהן, חוזים 15 (כרך א', 1991); א' זמיר, פירוש והשלמה של חוזים (1996); פורת, "שיקולי צדק בין הצדדים לחוזה ושיקולים של הכוונת התנהגויות בדיני החוזים בישראל", עיוני משפט כב 647 (1999)). ודוק: איני גורס כי "תקנת הציבור" היא שיש לקיים חוזים. תקנת הציבור היא התוצאה המשוכללת המתבקשת מהאיזונים הפנימיים בין הערכים והעקרונות הבאים בחשבון. עם זאת, הנני סבור כי חופש החוזים וקיום החוזים הם ערכים ואינטרסים מרכזיים המגבשים - באיזונם עם ערכים ואינטרסים אחרים - את "תקנת הציבור" בישראל (ראו פרידמן, "חוזים אחידים, תום לב ותקנת הציבור", עיוני משפט ז' 431, 433 (1979)). לעיקרון של חופש החוזים יש ליתן משקל כבד, שכן הוא משקף זכות חוקתית ואינטרס ציבורי מרכזי.

10. אינטרס שני שיש להתחשב בו הוא היתרון האישי (למעביד) והציבורי (לכלל החברה) בהגנה על המעביד מפני תחרות של העובד בכלל, ובפני שימוש במידע שרכש אצל המערערת, בפרט (ראו בג"ץ 1683/93 יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מז(4) 702, 708). בהקשר זה יש להדגיש במיוחד את ההשקעות של המעביד בעסקו בכלל, ואת השקעותיו בהכשרת עובדיו ובסודותיו המסחריים, בפרט (ראו גילה, "לקראת מדיניות משפטית חדשה כלפי תניות אי-תחרות", עיוני משפט כג 63, 67 (2000)). זהו אינטרס (פרטי וציבורי) כי תינתן הגנה למעביד על השקעותיו בהכשרת עובדיו, בגיבוש לקוחות ושיטות עבודה. היבטים מסויימים של אינטרס זה מעוגנים בחופש הקניין עצמו. היבטים אחרים נובעים מאינטרס הציבור. אכן, קיים חשש שאם המעביד לא יוכל להגן על אינטרסים אלה, הוא לא ישקיע את ההשקעות הנחוצות לכך, ואינטרס הציבור ייפגע (השוו רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289).

11. עמדתי על שני שיקולים התומכים בתוקפן של תניות להגבלת חופש העיסוק. מהם הערכים, העקרונות והאינטרסים המונחים ביסוד הגישה המבקשת לפסול את תוקפן של תניות אלה? עיקרון ראשון שיש להתחשב בו הוא חופש העיסוק. זהו עיקרון חוקתי, בהיותו מעוגן בחוק-יסוד: חופש העיסוק. הוא נגזר מכבוד האדם, ומחירות המחשבה והפעולה. חופש העיסוק משמעותו, בין השאר, החופש של עובד שסיים את קשר ההעסקה עם מעבידו להתקשר עם כל מעביד שיחפוץ וכן החופש של העובד לפתוח לעצמו עסק משלו, בלא שיהיה כבול בהתחייבויות להגבלת המסחר. מחופש העיסוק נגזר חופש התחרות (ראו בג"ץ 1703/92 ק.א.ל. קווי אוויר למיטען נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(4) 193; בג"ץ 28/94 צרפתי נ' שר הבריאות, פ"ד מט(3) 804). עם זאת, חופש התחרות הוא אינטרס ציבורי העומד על רגליו הוא (ראו ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ, פ"ד נב(5) 213, 229).[863] בצדק צויין כי "תחרות חופשית עשויה להביא להורדת מחירים, לשיפור איכותו של המוצר ולשיפור השירות אשר ניתן אגב מכירתו" (הנשיא שמגר ברע"א 371/89 ליבוביץ נ' אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 309, 327; 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; כהן, "תחרות מסחרית וחופש עיסוק", עיוני משפט יט 353, 354 (1995)). ביטוי לאינטרס ציבורי זה ניתן, בין השאר, במשפט הישראלי בחקיקה הנוגעת להגבלים עסקיים (ראו חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988). ביסוד חוק זה מונחת התחרות, אשר נועדה להבטיח הקצאה יעילה של משאבים והגברת היעילות (ע"א 2247/95 הנ"ל, בעמ' 229). בצדק הדגיש הנשיא אדלר בפרשת צ'ק פוינט כי:

"המשק המודרני מבוסס על קיומה של תחרות חופשית בשוק פתוח וכלכלה חופשית, בין היתר, באשר

> להון, ובפרט להון אנושי. ... תחרות חופשית מקדמת את המשק ומביאה, בין היתר, להורדת מחירים לצרכן. משק תחרותי מעודד הקמת חברות חדשות, ובכללן חברות המוקמות על ידי עובדים המתחרים עם מעסיקיהם הקודמים. העובדים מציעים את כישוריהם למעבידים שונים ומתחרים ביניהם על מקומות העבודה. המעבידים מצידם, מציעים תנאי עבודה משופרים במטרה למשוך כוח עבודה מיומן... החברה מעוניינת במעבר מהיר וחופשי של מידע במשק" (שם, פסקה 14).

לעיקרון זה של חופש העיסוק - ולחופש התחרות הנגזר ממנו - יש ליתן משקל כבד, שהרי הוא משקף זכות חוקתית ואינטרס ציבורי חשוב.

12. אינטרס שני שיש להתחשב בו הוא העובד עצמו. עבודתו היא רכושו, החומרי והרוחני. היא הבסיס לסיפוקו ולהגשמת עצמו. חופש הבחירה שלו הם חייו. כושרו לבחור לעצמו עיסוק הם מקור חיותו וקניינו. הכשרתו היא האמצעי בו יוכל להתחרות בשוק העבודה. מניעתו מעבודתו לתקופה מסויימת עשויה להוציא אותו כליל מחוג העבודה, ולהביא להרס של שנות הכשרה רבות. "מקום עבודתו של אדם, בו הוא מבלה לכל הפחות שליש מיומו, אינו אמצעי השתכרות בלבד, כי אם מקום ממנו הוא מבקש להפיק סיפוק והגשמה עצמית. הגבלה על ניידות העובד תפגע בזכותו להגשים את עצמו" (פרשת צ'ק פוינט, פסקה 14). בעיקר כך, בתחום העבודה עתירת הידע. אינטרסים אלה הם בראש וראשונה אינטרסים של העובד. אך הם גם אינטרס הציבור. "טובת הציבור דורשת שבדרך כלל ידע, כללים ומיומנות מקצועית שנרכשו על ידי עובד בעבודתו ישתמשו בהם ללא הגבלה, כי שימוש כזה הוא לברכה לפרט ולכלל גם יחד" (השופט ברנזון בע"א 312/74 החברה לכבלים ולחוטי חשמל בישראל בע"מ נ' מרטין קריסטיאנפולר, פ"ד כט(1) 316, 320; [864] חרמון, "תקנת הציבור" והגבלות על חופש העיסוק באספקלריה של הפסיקה הישראלית והאנגלית", ספר כהן 393, 403 (התשמ"ט)). בעיקר כך בתחומים עתירי ידע, בהם יש לציבור כולו אינטרס בהתפתחותם לטובת החברה. אכן, טובת הציבור מצדיקה הכרה בחופש העובד לבחור לעצמו עיסוק כרצונו. בצדק ציין השופט אסטבורי (Astbury) בפרשת Hepworth Manufacturing Co. v. Riyott, [1920] 1 Ch 1, 12, באומרו:

> "A man's aptitude, his skill, his dexterity and his manual and mental ability may not, nor ought to be, relinquished by an employer. They are not his masters property, they are his own, they are himself".

זאת ועוד: בהתקשרות החוזית, המעביד והעובד אינם במעמד שווה. למעביד נתונה בדרך כלל עמדת מיקוח חזקה יותר. השופט ברנזון עמד על "חולשתו של העובד לעומת המעביד, המסוגל להכתיב את תנאי חוזה העבודה" (ע"א 4/74 ברמן נ' משרד להובלת משאות פרדס-חנה - כרכור "עמל" בע"מ, פ"ד כט(2) 718, 722). בית הדין הארצי לעבודה הדגיש כי "את משפט העבודה מנחה עקרון יסוד, המבוסס על חזקת חוסר השוויון הבסיסי שבין כוחו של העובד לכוחו של המעסיק" (פרשת צ'ק פוינט, פסקה 14). כמובן, חוסר שוויון זה משתנה במשך הזמן. הדבר מותנה במבנה שוק העבודה ובכוחו של האיגוד המקצועי. עם זאת, כעיקרון ניתן לומר כי אינטרס העובד ואינטרס הציבור הוא להגן על כושר העבודה והיצירה של העובד.

## האיזון בין השיקולים הנוגדים

13. השיקולים השונים המגבשים את "תקנת הציבור" אינם מובילים כולם לכיוון אחד. עניין לנו בשיקולים "מתחרים" (המשנה לנשיא השופטת בן-פורת בע"א 618/85 מעיינות הגליל המערבי בע"מ נ' תבורי - ביח"ר למשקאות קלים בע"מ, פ"ד מ(4) 343, 348; ראו גם ע"א 2600/90 עלית חברה ישראלית לתעשיית שוקולד וסוכריות בע"מ נ' סרנגה, פ"ד מט(5) 796, 808). צמד השיקולים האחד מוביל במרבית המקרים להכרה בתוקפן של תניות חוזיות להגבלת חופש העיסוק של העובד. צמד השיקולים השני מוביל גם הוא במרבית המקרים לבטלותן של תניות חוזיות אלה. התוכן הנורמטיבי שיינתן למושג "תקנת הציבור" מהווה, איפוא, תוצאת האיזון בין הערכים, העקרונות והאינטרסים המתנגשים. עמדתי על כך באחת הפרשות בציניי:

> "כנגד חופש העיסוק עומדים ערכים אחרים, אשר גם עליהם מבקש המשפט להגן. ההגנה הניתנת על חופש העיסוק היא תוצאת האיזון הנובע מהעימות שבין חופש העיסוק מזה לבין חירויות אחרות של הפרט (כגון חופש [865] הקניין, חופש ההתקשרות (כחלק מכבוד האדם וחירותו)) מזה, והעימות שבין חופש העיסוק לבין האינטרס הציבורי (כגון אינטרס הציבור בשמירת סודות מקצועיים). ... כנגד חופש העיסוק של העובד ושל המעביד החדש עומדים אינטרסים ראויים להגנה של המעביד המקורי, ובהם קניינו (סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו) ואולי אף פרטיותו (סעיף 7). כן יש להתחשב בחופש ההתקשרות של המעביד המקורי ובאינטרס הציבורי" (בג"ץ 1683/93 הנ"ל, בעמ' 708; ראו גם ע"א 239/92 הנ"ל, בעמ' 72; ע"א 1142/92 ורגוס בע"מ נ' כרמקס בע"מ, פ"ד נא(3) 421; ראו גם דב"ע נד 110-3/ שירות מחלקה ראשונה בע"מ - מתי קוסקאס, פד"ע כו 451, 462).

14. הפסיקה הישראלית - בעקבות הפסיקה האנגלית - קבעה כי אמת המידה לאיזון בין השיקולים המתחרים היא זו של הסבירות. הגבלה חוזית על חופש העיסוק של העובד לא תפגע ב"תקנת הציבור" אם ההגבלה היא סבירה מבחינת האינטרסים של הצדדים ומבחינת אינטרס הציבור. ידועים דבריו של השופט מקנוטן (Lord Macnaghten) אשר קבע:

> "It is a sufficient justification, and indeed it is the only justification, if the restriction is reasonable - reasonable, that is, in reference to the interest 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" (Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co. Ltd [1894] A.C. 535, 565).

דברים אלה ושכמותם צוטטו בהרחבה בפסיקה הישראלית (ראו ע"א 136/56 פוקס נ' אילון את עציוני בע"מ, פ"ד יא 358, 361 (להלן - פרשת פוקס); ע"א 136/64 "פרנסיטקס" בע"מ נ' אוציטל, פ"ד יח(3) 617, 626; ע"א 238/73 שרעבי נ' חמצני, פ"ד כח(1) 85; ע"א 4/74 הנ"ל; ע"א 157/88 "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' מירון, פ"ד מד(1) 522, 526). כמובן, מבחן הסבירות הוא מבחן ראוי וטוב. עם זאת, אין הוא מקדם אותנו בהרבה, שכן שאלת המפתח הינה, מהם המבחנים לקביעת סבירותה של ההגבלה החוזית. סבירות משמעותה איזון ראוי בין ערכים, אינטרסים ועקרונות מתחרים (ראו בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 513, 514; א' ברק, פרשנות במשפט 663 (כרך שני, 1993)). האיזון הוא ראוי אם ניתן משקל נכון [866] לשיקולים השונים שיש לקחתם בחשבון. מהו המשקל הראוי - ומהו, על כן, האיזון הראוי - בין השיקולים השונים, שיש לקחתם בחשבון במתן תשובה לשאלה אם התחייבות עובד שלא להתחרות היא סבירה?

## "אינטרסים לגיטימיים"

15. נקודת המוצא העקרונית צריכה להיות להימנע מ"הכל או לא כלום". אין לומר כלל כי כל התניות להגבלת חופש העיסוק של עובד שפרש תואמות את "תקנת הציבור". כן אין לומר כי כל התניות הללו נוגדות את "תקנת הציבור". תוקפן של תניות המגבילות את חופש העיסוק צריך להיקבע על פי האינטרסים הלגיטימיים עליהם הן מגינות. אכן, בגישה זו נקט בית המשפט העליון, כאשר העמיד במרכז בחינתו את "האינטרסים הלגיטימיים" של הצדדים והציבור. עמד על כך השופט ברנזון, בציינו:

"ההגבלה חייבת לעמוד בתנאי הכפול שהיא דרושה להגנת האינטרסים הלגיטימיים של המעביד ממנו פרש העובד ושהיא גם לטובת הציבור" (ע"א 312/74 הנ"ל, בעמ' 319).

והשופט בכור חזר על גישה זו בציינו:

"ההלכה הכללית היא שקיימת זכות לחופש העיסוק במקצועו של העובד, שפרש מעבודתו אצל מעבידו. ואם ישנו הסכם המגביל אותו בחופש עיסוקו זה לאחר תום עבודתו אצל מעבידו, חייבים להתמלא שני תנאים, כדי שהגבלה זו תהא תקפה. התנאי הראשון הוא שהיא תהיה דרושה להגנת האינטרסים הלגיטימיים של המעביד, ממנו פרש העובד, והתנאי השני הוא שיהיה הדבר דרוש גם לטובת הציבור מבחינת האינטרסים של שני הצדדים" (ע"א 155/80 רב בריח בע"מ נ' אמגר, פ"ד לה(1) 817, 825).

וברוח דומה כתב מ' גולדברג:

"אין פסול בהגבלת זכותו של אדם לבחור את עיסוקו ועבודתו עד לתחום 'הזכות המוגבלת' של מעבידו לשעבר, בשמירת האינטרסים הלגיטימיים שלו" (גולדברג, "הגבלת חופש העיסוק של עובד מכוח חוזה", מחקרי משפט ד', 7, 27 (התשמ"ז)).

ובגישה דומה נוקטת פרופ' כהן:

[867] "הגבלה תקפה על חופש העיסוק היא זו המגינה על אינטרס לגיטימי של מי שלטובתו היא מוטלת, ועליה להיות סבירה הן מבחינת הצדדים והן מבחינת הציבור (כהן, "תחרות מסחרית וחופש העיסוק", עיוני משפט יט 353, 372 (תשנ"ה)).

בגישה דומה נוקט המשפט המשווה (על השימוש הראוי במשפט משווה בסוגיה של הגבלת חופש העיסוק, ראו ע"א 566/77 דיקר נ' מוך, פ"ד לב(2) 141, 146). ה-Restatement, Second, Contracts האמריקאי קובע, כי תניית אי תחרות בין מעביד לעובדו, אינה סבירה אם (סעיף 188(1)(a)):

"The restraint is greater than is needed to protect the promisee's legitimate interests".

ובגישה דומה נוקט המשפט האנגלי (ראו I.T. Smith and G. Thomas, Industrial Law 86 (1996), וכן Gledhow Autoparts Ltd v. Delaney [1965] 3 All. E.R. 288, 291). גישה זו מקובלת גם במשפט הצרפתי (ראו Cass. 5OC. 14 mai 1992. Droit Social No. 12, 976 (1992)). אכן, השאלה הרלבנטית הינה, מהם האינטרסים ששיטת המשפט רואה אותם כלגיטימיים - מבחינת הצדדים והציבור - אשר תניות להגבלת חופש העיסוק מגינות עליהם כדין.

16. בהקשר ל"אינטרס הלגיטימי" הודגש לעתים בפסיקה, כי יש להתחשב הן באינטרסים הלגיטימיים של הצדדים והן באינטרס הלגיטימי של הציבור, וכי האינטרס הציבורי הוא משני לעומת האינטרסים הלגיטימיים של הצדדים. טיפוסיים דבריו

הבאים של השופט ברנזון, המתייחסים לשיקול "טובת הציבור":

> "טובת הציבור - חשיבותו בעינה עומדת, אך מאז ומתמיד היה בעל חשיבות משנית לעומת הנימוק הראשון המתייחס לאינטרס של הצדדים עצמם" (ע"א 4/74 הנ"ל, עמ' 722; ראו גם ע"א 1371/90 הנ"ל, בעמ' 853; ע"א 238/73 הנ"ל, בעמ' 91).

הודגש, עם זאת, כי "קיימים מקרים יוצאי דופן, כדוגמת היווצרות מונופולין מזיק, שבהם די יהא באינטרסה הציבורי כדי להצדיק שלילת תוקפה של תניה מסוג זה" (ע"א 901/90 נחמיאס נ' קולומביה סחר ותעשיה בע"מ, פ"ד מז(1) 252, 264). כשלעצמי, איני סבור שיש מקום להבחין בין אינטרס לגיטימי של הצדדים ואינטרס לגיטימי של הציבור. עניין לנו בבטלותה של תניה חוזית בשל "תקנת הציבור". נמצא, כי נקודת המבט הינה זו של הציבור. הלגיטימיות של אינטרס הצדדים נקבעת, על כן, מזוית הראיה של [868] אינטרס הציבור. זאת ועוד: זכויות האדם השונות - כגון חופש החוזים, חופש העיסוק, זכות הקניין וזכויות אדם אחרות - מבטאות הן אינטרס של הפרט והן אינטרס של הכלל. אכן, אל לנו להפריד בין אינטרס לגיטימי של הצדדים (להבדיל מאינטרס סתם) לבין אינטרס הציבור. עניין לנו באינטרס הציבור, המתחשב במכלול הנתונים, לרבות האינטרסים הלגיטימיים של הצדדים. עמד על כך השופט פירס (Lord Pearce) בפסק דין עקרוני בסוגיה זו:

> "Although the decided cases are almost invariably based on unreasonableness between the parties, it is ultimately on the ground of public policy that the court will decline to enforce a restraint as being unreasonable between the parties... There is not, as some cases seem to suggest, a seperation between what is reasonable on ground of public policy and what is reasonable as between the parties. There is one broad question: is it in the interest of the community that this restraint should, as between the parties, be held to be reasonable and enforceable?" (Esso Petroleum Co. Ltd. v. Harper's Garage (Stourport) Ltd [1967] 1 All E.R. 699, 724).

אכן, למעביד אינטרס משלו, ולעובד אינטרס משלו. אינטרסים אלה עשויים להיות שונים מאינטרס הציבור. אך אנו איננו מתעניינים באינטרס הצדדים. אנו מתעניינים באינטרס הלגיטימי של הצדדים. הלגיטימיות של האינטרס נקבעת על ידי שיקולים כלליים של שיטת המשפט, עקרונותיה ותפישותיה. האינטרס של הציבור והאינטרס הלגיטימי של הצדדים הם היינו הך. על כן, אף שאמשיך לדבר על האינטרסים הלגיטימיים של הצדדים ועל האינטרס הלגיטימי של הציבור, אינני רואה בהם מושגים שונים, אלא מושג אחיד של אינטרס לגיטימי של הציבור ("תקנת הציבור") המתחשב מצידו, בין השאר, באינטרסים של הצדדים, תוך שלחלק מהם ניתנה הגנה (הם "לגיטימיים") ולחלק אחר לא ניתנת הגנה.

17. מנקודת המבט של לגיטימיות האינטרסים מתבקשת המסקנה הבאה: ככלל, אין למעביד "אינטרס לגיטימי" כי ינתן תוקף להתחייבות לאי תחרות, בלא כל קשר לאינטרסים אחרים של המעביד; בדומה, ככלל, אין לעובד "אינטרס לגיטימי" כי לא יינתן תוקף להתחייבות לאי תחרות, בלא כל קשר לאינטרסים אחרים של המעביד. אכן, ככלל, האינטרס של המעביד למנוע מעובדו לשעבר להתחרות בו, מבלי שהדבר בא להגן על אינטרסים נוספים (פרט לאי-התחרות), כגון סודות מסחריים או רשימת לקוחות, אינו אינטרס לגיטימי (או "מוגן").
[869]

## אי תחרות "כשלעצמה"

18. אפתח באינטרס של המעביד כי עובדו לשעבר לא יתחרה בו. לעניין זה עלינו להניח כי אין למעביד סודות מסחריים או רשימת לקוחות או "אינטרס לגיטימי" אחר, עליהם הוא מבקש להגן. האינטרס היחיד לו טוען המעביד הוא רצונו - רצון שמוצא ביטוי בתניה להגבלת העיסוק - כי עובדו לשעבר לא יתחרה עימו. האם אינטרס "ערום" זה - אי תחרות "כשלעצמה" - הוא אינטרס "לגיטימי" שיש להגן עליו, באופן שתניה להגבלת העיסוק לא תתפס כנוגדת את "תקנת הציבור"? בעיה זו עמדה בפני בית המשפט העליון בפרשת פוקס. באותה פרשה הבחין השופט לנדוי בין התחייבות עובד כלפי מעבידו שלא להתחרות עימו לבין חוזה בו מתחייב מוכר מוניטין כלפי הקונה שלא לעסוק בעסק מתחרה. בהתייחסו לסוג המקרים הראשון - הוא סוג המקרים בו אנו דנים בערעור זה - כותב השופט לנדוי:

> "הנטיה לפסול את ההסכם הרבה יותר חזקה בסוג הראשון. הטעם הניתן לדבר הוא, שבמקרים כאלה אין המעביד מגן על אינטרס קיים שלו, אלא הוא מנסה להשיג יתרון שאינו מגיע לו, כי כללי המסחר מחייבים אותו להשלים עם התחרותו של כל אדם העוסק במסחר דומה, ובכלל זה גם עם התחרות עובדו, לאחר שזה עזב את שירותו, בתנאי שהעובד אינו מנצל לטובתו את סודות המסחר של מעבידו או את הקשרים המיוחדים, שקשר עם לקוחות מעבידו בזמן שירותו אצל המעביד. לפיכך מושיט בית המשפט סעד לעובד שעליו כפה המעביד, בתוקף עמדת המיקוח החזקה שלו, התחייבות המגבילה את חופש עיסוקו - ומתיר את האיסור" (פרשת פוקס, עמ' 361).

וברוח דומה פסק השופט בכור:

> "ההלכה הכללית היא שקיימת זכות לחופש העיסוק במקצועו של העובד, שפרש מעבודתו אצל מעבידו. ואם ישנו הסכם המגביל אותו בחופש עיסוקו זה לאחר תום עבודתו אצל מעבידו, חייבים להתמלא שני

תנאים, כדי שהגבלה זו תהיה תקפה. התנאי הראשון הוא שהיא תהיה דרושה להגנת האינטרסים הלגיטימיים של המעביד, ממנו פרש העובד, והתנאי השני הוא שיהיה הדבר דרוש גם לטובת הציבור מבחינת האינטרס של שני הצדדים. טובת הציבור דורשת, שהעובד הפורש יוכל בדרך כלל להשתמש ללא הגבלה בידע הכללי ובמיומנות שרכש בעבודתו. האינטרס הלגיטימי של המעביד הוא להגן על הסוד המקצועי שלו, וזהו התנאי הראשון הדרוש [870] כדי להצדיק את התנאת הגבלת חופש העיסוק" (ע"א 155/80 הנ"ל, בעמ' 825).

ועל אותו עקרון חזר השופט בייסקי:

"ככל שמדובר בידע כללי ואף במיומנות מקצועית שנרכשו במהלך העבודה, מחייב אינטרס הציבור, כי באלה יוכל העובד להשתמש גם אצל מעביד אחר או כעצמאי. שאם תאמר אחרת, עלול הדבר לגזור על העובד נטישת המקצוע המיידי לו הוא הכשיר עצמו והוא עלול ליפול נטל על הציבור. לא כן לגבי סודות מסחריים מיוחדים האופייניים לאותו עסק ספציפי, אשר השימוש בהם על ידי העובד עשוי לגרום נזק למעביד. לגבי אלה האחרונים, וזה כולל גם קשרים עם ספקים ולקוחות, זכאי המעביד להגנה" (ע"א 1371/90 הנ"ל, בעמ' 854).

זוהי גם גישתו של בית הדין הארצי לעבודה. בפרשת צ'ק פוינט הדגיש בית הדין הארצי לעבודה, כי "בהיעדר 'סודות מסחריים', גובר עקרון חופש העיסוק על עקרון חופש ההתקשרות" (שם, פסקה 14). הנשיא אדלר ציין כי "מערכת המשפט מגינה על קניינו של המעסיק, גם בעת דיון בתובענות, שמטרתן להגביל עובד שעבד אצל מעסיק מלמסור סודות מסחריים השייכים לו". נמצא, כי ככלל, התחייבות "ערומה" לאי תחרות, שאינה מגינה על אינטרסים של המעביד, מעבר לאינטרס אי התחרות "כשלעצמו" (כגון אינטרסים שלו בשמירה על סודות מסחריים ורשימת לקוחות), אינה מעצבת "אינטרס לגיטימי" של המעביד, ודינה להיפסל בהיותה נוגדת את "תקנת הציבור" (אך ראו ע"א 672/96 "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה נ' רכטמן (טרם פורסם)).

19. זהו גם הדין באנגליה. בדונו בחוזים להגבלת חופש העיסוק של העובד כותב פרופ' אופקס (Upex):

> "To be enforceable, such covenants must protect the employer's legitimate business interests, either trade secrets or goodwill and trade connections. It is not possible to prevent competition as such" (R. Upex, The Law of Termination of Employment 432 (5th. Ed., 1997)).

ראו גם Cheshire, Fifort and Furmston's, Law of Contract 420 (13th. Ed., 1996); Chitty, On Contracts [871] 890 (Vol. 1, 28th ed., 1999); Trertel, The Law of Contract 416 (9th ed., 1995)). עמד על כך השופט ג'נקינס (Jenkins L.J.) בציינו:

"An employer has no legitimate interest in preventing an employee, after leaving his service, from entering the service of a competitor merely on the ground that the new employer is a competitor" (Kores Manufacturing Co. v. Kolok Manufacturing Co. [1959] Ch. 108, 125).

דין דומה חל בארצות הברית. אין למעביד אינטרס לגיטימי למנוע התחרות, כשלעצמה. עליו להצביע על אינטרס נוסף מעבר לאי התחרות עצמה, כגון סודות מסחריים או רשימת לקוחות (ראו רסטייטמנט, שם, par. 188). בגישה דומה נוקט המשפט הגרמני, השוויצרי והקנדי (ראו M. Weiss, Labour Law and Industrial Relations in Germany 105 (1995); A. Berenstein, Labour Law and Industrial Relations in Switzerland 134 (1994); R.W. Arthure et al, (Labour Law and Industrial Relations in Canada 138 (1993)).

20. נעבור עתה לאינטרס העובד להתחרות במעביד. הנחתנו כאן הינה כי העובד התחייב שלא להתחרות במעבידו לאחר סיום עבודתו. העובד מבקש להשתחרר מהתחייבות זו. טענתו הינה, כי התחייבות זו פוגעת ביכולת התחרות שלו במעבידו. האם אינטרס "ערום" זה - התחרות "כשלעצמה" - הוא אינטרס "לגיטימי" שיש להגן עליו, באופן שהתחייבות חוזית המגבילה אותו תהא נוגדת את "תקנת הציבור"? כמו בעניין המעביד, אף כאן התשובה הינה, כי רק אינטרס לגיטימי של העובד יש בו כדי להצדיק ביטול תניות להגבלת חופש העיסוק. אין לעובד "אינטרס לגיטימי" להתחרות במעבידו בכל הנסיבות. ישנם אינטרסים של המעביד (כגון האינטרס שלו בשמירה על סודות מסחריים ורשימת לקוחות) אשר ראוי להגן עליהם. בגדרם של אינטרסים אלה, נסוג אינטרס התחרות של העובד, וניתן תוקף להתחייבותו של העובד שלא להתחרות במעבידו (ראו פרשת פוקס, עמ' 361; ע"א 155/80 הנ"ל, בעמ' 825). עמד על כך השופט ברנזון, בציינו:

"יש להזכיר את ההבדל הגדול בין חובת השמירה של העובד על סודות מקצועיים וידע סודי של המעביד לבין הגבלת חופש העיסוק של העובד לאחר פרישתו מעבודה אצל מעבידו. הסודות המקצועיים והידע הסודי הם זכויות קנייניות של בעליהם ואסור לעובד להשתמש בהם לצרכיו או לגלותם לאחרים בכל זמן שהוא" (ע"א 312/74 הנ"ל, בעמ' 319).

[872] וברוח דומה ציין השופט בייסקי, בהתייחסו לתניה בין מעביד לעובד המגבילה את חופש העיסוק של העובד:

"הנטיה לפסול תנאי מגביל בהסכם מהסוג הראשון היא יותר חזקה - משום שבמקרה הזה מנסה המעביד להשיג יתרון שאינו מגיע לו, ובלבד שאין העובד מנצל לטובתו סודות מקצועיים או קשרים מסחריים מיוחדים שרכש תוך כדי עבודתו אצל המעביד" (ע"א 369/74 הנ"ל, בעמ' 796).

21. מהם הטעמים המונחים ביסוד התפיסה, כי חופש התחרות אינו מוחלט, כי אין הוא קיים תמיד (כטענת העובד) ואין למנוע אותו תמיד (כטענת המעביד הסומך על ההתחייבות החוזית)? תשובתי הינה כי ביסוד תפישה זו מונחים שלושה טעמים: ראשית, זהו האיזון הראוי בין הזכויות החוקתיות לחופש החוזים מזה ולחופש העיסוק מזה. איזון זה מחייב ויתורים הדדיים. חופש החוזים מוכר. התחייבותו של העובד שלא להתחרות במעבידו מקויימת. עם זאת, היא תופסת רק במקום שהיא מגינה על אינטרס לגיטימי של המעביד. בדומה, חופש העיסוק והזכות לתחרות המוסקת ממנו - מוכרים. זכותו של העובד למצוא לעצמו עיסוק, גם אם הוא מתחרה בזה של מעבידו, מקויימת. עם זאת, אין היא תופסת במקום שהיא פוגעת באינטרס לגיטימי של המעביד. בכך נמצא איזון ראוי בין זכויות האדם המתחרות על הבכורה; שנית, זהו איזון ראוי בין אינטרס המעביד לשמור על עסקו לבין אינטרס העובד, להגשים את כוח עבודתו. איזון זה נעשה על פי שיקולים של טובת הציבור. ככלל, טובת הציבור דורשת להגן על סודותיו המקצועיים ורשימת לקוחותיו של המעביד מפני שימוש בהם על ידי העובד לאחר שפרש. אותה טובת ציבור דורשת ככלל לאפשר לעובד להתחרות במעבידו ולפתח את כושר עבודתו, בלא שיהיה כבול להתחייבות שנטל על עצמו בתנאי משא ומתן שלרוב אינם שווים. עמד על כך גם גולדברג בציינו:

"לציבור, בתור שכזה, עניין בהתפתחות אפשרויותיו של העובד, ואין מעביד רשאי למנוע תחרות של עובדו לשעבר אף אם אותו עובד רכש את כל הידע שלו אצל המעביד. אולם, אם למעביד 'אינטרס רכושי מובהק' במניעת תחרות מעין זו, ניתן ... לאכוף סעיף המגביל את חופש העיסוק" (גולדברג, "חופש ההתקשרות החוזית במשפט העבודה", עיוני משפט ב' 672, 678 (1972); ראו גם ע"א 1371/90 הנ"ל, בעמ' 854).

שלישית, איזון זה משקף את יחסי האמון הקיימים בין עובד למעבידו. יחסי אמון אלה מצדיקים הטלת חובה על העובד שלא לפגוע במעביד באמצעות שימוש במידע [873] סודי שבא לידיו בעת עבודתו (ראו דב"ע מב 74-3/ ורדי - עירית נתניה, פד"ע יד 59; גולדברג, "תום לב במשפט העבודה", ספר בר-ניב 13 (1987)). עמדתי על כך באחת הפרשות בציייני:

"על עובד מוטלת חובה, הנגזרת מיחסי האמון שבינו לבין מעבידו והמעוגנת בחוזה עם מעבידו ובצורך לבצע חוזה בתום לב, לשמור על סודות עסקיים של המעביד, לא לנצלם לצרכיו הוא או לצורכי זולתו ולא לגלותם אלא ברשות המעביד" (בג"ץ 1683/93 הנ"ל, בעמ' 707).

כמו כן משקף איזון זה את הלכות המסחר הראויות (ראו חוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999), את עקרון תום הלב ואת ההתנהגות ההוגנת בין מעביד לעובד בחברה שלנו (השוו רע"א 5768/94 הנ"ל). עמדה על כך השופטת שטרסברג-כהן באחת הפרשות:

"יש לתת את הדעת לאינטרס הציבורי להצבת נורמה של התנהגות המאופיינת בהגינות ובתום לב. בעיקרון, מחייב איזון כזה כי עובד שפרש ממקום העבודה, ישמור על הסודות המסחריים של מעבידו הקודם, יקיים את חובת האמון שלו כלפיו ולא יתעשר על חשבונו שלא כדין" (ע"א 1142/92 הנ"ל, בעמ' 429).

22. הנה כי כן, הטעמים עליהם עמדתי מצדיקים את דרך הביניים, לפיה באיזון הכולל, חופש העיסוק גובר כאשר מנגד עומד אך האינטרס של המעביד לאי תחרות, ואילו חופש החוזים גובר כאשר לצידו עומד אינטרס לגיטימי של המעביד כגון אינטרס "קנייני" או "כעין קנייני" של המעביד. נמצא, כי הגבלת התחרות "כשלעצמה" – הגבלה "ערומה" שאינה מגינה על אינטרס המעביד מעבר לאינטרס אי התחרות - אינה מגינה ככלל על "אינטרס לגיטימי" של המעביד. היא נוגדת את טובת הציבור והיא תיפסל בגדריה של "תקנת הציבור". לעומת זאת, הגבלת תחרות הבאה להגן על אינטרסים של המעביד בסודות מסחריים, רשימת לקוחות, מוניטין וכיוצא בהם על "אינטרסים לגיטימיים" של המעביד, וככלל היא אינה נוגדת את תקנת הציבור. איזון כולל זה נעשה כולו בגדריה של "תקנת הציבור", והוא מעוצב על ידי שיקולים של "תקנת הציבור". על כן, עשוי במקרה מיוחד להיות אינטרס ציבורי שיצדיק סטייה מאיזון כולל זה (ראו גילה, "לקראת מדיניות משפטית חדשה כלפי תניות אי-תחרות", עיוני משפט כג 63, 75 (2000)).

## הגנה על "האינטרסים הלגיטימיים" של המעביד

23. הנה כי כן, הגבלת חופש העיסוק פועלת, ככלל, במסגרת "האינטרסים הלגיטימיים" של המעביד. בחינתם של אינטרסים אלה מעלה שלוש שאלות: האחת, מהם אינטרסים אלה, ובמה הם מתאפיינים; השניה, מהו היקף ההגנה הניתנת [874] "לאינטרסים הלגיטימיים" ומהן המגבלות החלות על התחייבות חוזית לאי-תחרות במסגרת "האינטרסים הלגיטימיים"; שלישית, מהן התרופות שהמעביד זכאי להן כאשר העובד מפר את התחייבותו לאי-תחרות בגדרי "האינטרסים הלגיטימיים". נעמוד על שאלות אלה בנפרד. נעשה כן רק עד כמה שהערעור שלפנינו מעורר את השאלות הללו.

## מהותם של "האינטרסים הלגיטימיים"

24. הפסיקה מכירה בסודות מסחריים, ורשימת לקוחות כאינטרסים לגיטימיים של המעביד הראויים להגנה. לעתים מתארים אינטרסים אלה כ"זכויות קנייניות" של המעביד (ראו למשל ע"א 312/74 הנ"ל, בעמ' 319). בספרות האנגלית מפנים אל ה-"proprietary interest" של המעביד (ראו אופקס, שם, עמ' 433). רשימה זו אינה ממצה ואינה סגורה. גם הדיבור "קנייני" בהקשר זה מעורר שאלות קשות. לדעתי, יש להתרחק מאיפיונים אלה. הטעמים המונחים ביסוד הדין, ולא התווית שניתנת להם, הם שצריכים לקבוע את היקף "האינטרסים הלגיטימיים" של המעביד. במסגרת ערעור זה אין לנו צורך לבחון שאלות אלה לעומקן. כך, למשל, מקובל עלי כי רשימת הלקוחות של המערערת, בנסיבות העניין שלפנינו, מגבשת "אינטרס לגיטימי" של המערערת המאפשר הגבלת חופש העיסוק של המשיב.

## היקף ההגנה הניתנת לאינטרסים המוגנים

25. איתור "האינטרסים המוגנים" - כגון סודות מסחריים ורשימת לקוחות - הינו אך תחילתה של הדרך בקביעת חוקיותה של הגבלת חופש העיסוק. לאחר שנקבע כי התניה החוזית המגבילה את חופש העיסוק מתייחסת "לאינטרסים לגיטימיים" של המעביד, קמה ועומדת השאלה, אם היקפה של ההגבלה הוא כדין. עמדו על כך סמית ותומס בציינם:

> "Once there is a legally protectable interest, the question which then arises concerns the extent to which the employer can bind the employee's future conduct in order to protect that interest" (ibid, p. 88).

וברוח דומה מציינים צ'צ'יר, פיפוט ופרמסטון:

> "The existence of some proprietary or other legitimate interest... must first be proved, and then it must be shown to the satisfaction of the court that the restraint as regards its area, its period of operation and [875] the activities against which it is directed is not excessive" (Chestire, Fifoot and Furmston's, Law of Contract 420 (13th. Ed., 1996)).

גם אם מעביד זכאי להגנה על "אינטרסים לגיטימים" שלו, הגנה זו אינה מוחלטת. זוהי הגנה יחסית, שצריכה לקחת בחשבון את אינטרס הציבור (לרבות "האינטרסים הלגיטימיים" של העובד). עמדה על כך השופטת שטרסברג-כהן בציינה:

> "בד בבד עם ההכרה בזכות להגנה על סודות מסחריים נוצרו מחסומים ובלמים ונקבעו שיקולים רלוואנטיים לשם תחימת גבולות ההגנה המוענקת... הסודיות היא יחסית ואינה נתפסת כמוחלטת, היא משתנה בהתאם לנסיבות" (ע"א 2600/90 הנ"ל בעמ' 807).

המבחן הוא זה של סבירות או מידתיות. המעביד זכאי להגנה על "האינטרסים הלגיטימיים" שלו במידה הראויה. מעבר למידה זו, האינטרס חדל להיות לגיטימי. מהי סבירות או מידתיות זו, וכיצד היא פועלת?

26. מבחן הסבירות או המידתיות מבקש להבטיח כי ההגנה על "האינטרסים הלגיטימיים" של המעביד לא תחרוג מעבר לנדרש. בהקשר זה יש לבחון את היקפה של ההגבלה מבחינת הזמן, המקום וסוג הפעילות. השאלה בכל מקרה הינה, אם מועדה, תחומה וסוגה של ההגבלה אינם חורגים מעבר לסביר ולנדרש כדי להגן על האינטרסים הלגיטימיים של המעביד. עמד על כך הנשיא אדלר בפרשת צ'ק פוינט בציינו:

"במסגרת האיזון השיפוטי, על בתי הדין ליישם את מבחן הסבירות והמידתיות, היינו - עליהם לבחון האם ההגבלה על חופש העיסוק עומדת במבחן הסבירות בנסיבות המקרה. בהקשר זה, יש ליתן את הדעת לסבירות תקופת ההגבלה, לרבות הצורך לשמור על הסודות המסחריים השייכים למעסיק הקודם, להיקפה ולתחומה הגיאוגרפי... כמו כן יש לבחון את מידת הפגיעה בעובד וכן את מידת הפגיעה במעסיק הקודם. ... יש לציין, כי מבחן הסבירות הינו מבחן רחב, הכולל הגנה על אינטרסים רבים ושונים של המעסיק. אולם, האינטרס המוגן, בדרך כלל, הוא הסודות המסחריים השייכים לו" (שם, פסקה 12).

[876] האמצעי המגביל צריך להיות מותאם ל"אינטרס הלגיטימי" הראוי להגנה, ואל לו לחרוג ממנו (מבחן הזמן, המקום והסוג). בהקשר זה יש להתחשב גם ב"אינטרסים הלגיטימיים" של העובד. אין להכיר בהגבלה השוללת מהעובד את יכולת העבודה בתחום מיומנותו. אין להצדיק הגבלה ששוללת מהעובד את יכולת השתכרותו. עמד על כך הרסטייטמנט, בציינו:

> "The harm caused to the employee may be excessive if the restraint inhibits his personal freedom by prevential him from earning his livelihood if he quits" (Restatement, Second, Contracts, par. 188, comment c. p. 43).

בהקשר זה ניתן להתחשב, בין השאר, בשאלה אם חוזה העבודה מבטיח לעובד משכורת (מלאה או חלקית) בתקופת ההגבלה. דבר זה (המכונה "garden leave") מקובל באנגליה (ראו I.T. Smith and G.H. Thomas, Industrial Law 306 (3th. Ed., 1996)). בגרמניה קובע החוק עצמו כי תניה חוזית המגבילה את חופש העיסוק תהא חוקית, רק אם השולח מבטיח לסוכן

תשלום שכר כדי לפחות מחצית משכרו בתקופת ההגבלה (סעיף 74(א) לקודקס המסחרי). הפסיקה הרחיבה גישה זו לעבר כל יחסי עובד-מעביד (ראו M. Weiss, Labour Law and Industrial Relations in Germany 105 (1995)).

27. בצד אינטרס העובד יש להתחשב גם באינטרס הציבורי. האינטרס הציבורי עשוי לחייב שלילתה של הגבלה על חופש העיסוק, אשר מבחינות אחרות נראית מידתית. אינטרס הציבור מתבטא, בין השאר, בצרכיו של שוק העבודה, בפיתוח תעשיות ובעידוד התחרות. כך בדרך כלל (ראו גילה, שם). כך במיוחד בתעשיות עתירות ידע (ראו Hanna Bui-Eve, "To Hire or Not to Hire: What Silicon Valley Companies Should Know About Hiring Competitors' Employees", 48 Hastings L.J. 981 (1997); Gilson, "The Legal Infrastructure of High Technology Industrial Districts: Silicon Valley, Route 128, and Covenants Not to Compete", 74 N.Y.U. L. Rev. 575 (1999); O'Malley, "Covenants Not to Compete in the Massachusetts Hi-Tech Industry: Assessing the Need for a Legislative Solution", 79 B.U.L. Rev. 1215 (1999)).

28. ישאל השואל: אם תוקפן של תניות להגבלת חופש העיסוק מוגבל אך למצבים בהם יש למעביד "אינטרס לגיטימי", מה צורך יש בתניות אלה, שכן בדרך הכלל מוגן האינטרס "הקנייני" או "המעין קנייני" של המעביד בלא צורך בתניה מפורשת (ראו בג"ץ 1683/93 הנ"ל). התשובה הינה, כי עם פיתוח חובות מהדין המגינות על "האינטרסים הלגיטימיים" של המעביד, אכן ירד חשיבותן של התניות להגבלת חופש העיסוק. עם זאת, הן אינן מיותרות, וזאת משני טעמים עיקריים: ראשית, אין חפיפה מלאה בין ההגנה הניתנת על פי הדין הכללי ל"אינטרסים הלגיטימיים" של המעביד [877] לבין ההגנה הניתנת להם במסגרת תניות להגבלת חופש העיסוק, בעיקר כך בכל הנוגע לשיקולים של אמון, הגינות, תום לב ומסחר הוגן. בסוגיות אלה הדין הכללי נמצא אך בתחילת התפתחותו (השוו רע"א 5768/94 הנ"ל) ועל כן יש חשיבות לתניה חוזית מפורשת; שנית, לתניה חוזית חשיבות "ראייתית". מכוחה ניתן להראות מה נתפס בעיני הצדדים כסוד מסחרי או רשימת לקוחות או כ"אינטרס לגיטימי" אחר, החשיבות שהם מייחסים לכך, מידת הידע שהיה להם על כך, ומידתיות ההגבלה (ראו צ'יטי, שם, עמ' 891).

## תרופות

29. תניות המגבילות את חופש העיסוק מעבר לאינטרסים הלגיטימיים של הצדדים נוגדות את "תקנת הציבור", ועל כן הן בטלות (סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תוך התחשבות בסעיף 31 לחוק החוזים). תניה המגבילה את חופש העיסוק בגדרי האינטרסים הלגיטימיים של הצדדים היא תקפה, והצד המפר זכאי לכל התרופות הניתנות בגין הפרת חוזה. תרופות אלה מעוררות שאלות סבוכות ככל שהדבר נוגע להגשמת "האינטרס הלגיטימי" של המעביד ובהגנה עליו. שאלות אלה אינן מתעוררות בפנינו, ולא אביע בהן כל עמדה. אציין רק זאת, כי לעתים מתעוררת השאלה, אם בית המשפט רשאי לצמצם את היקפה של ההגבלה על חופש העיסוק, כדי להעמידה בדרישות הסבירות והמידתיות. כך נהג בית המשפט בפרשה שלפנינו בצמצמו הגבלה ללא מועד ובהעמידו אותה על שמונה-עשר חודשים. בית המשפט ייעשה כן, בראש וראשונה, תוך שימוש בכללי הפרשנות. "חוזה הניתן לפירושים שונים, פירוש המקיים אותו עדיף על פירוש שלפיו הוא בטל" (סעיף 25(ב) לחוק החוזים (חלק כללי)). אכן, החזקה הינה כי תכליתו של החוזה הינה שחופש העיסוק של העובד מוגבל כדי האינטרסים הלגיטימיים של המעביד. אם ניתן להגשים חזקה זו - בהתחשב בחזקות האחרות ובאומד דעת הצדדים, כפי שהוא עולה מהחוזה ומהנסיבות (ראו ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265) - באמצעות לשון החוזה, בית המשפט ייעשה כן. בהקשר זה ניתן, במקרה מתאים, להגביל לשון כללית על פי התכלית המונחת ביסודה, באופן שהיא תתפרש כחלה אך על "האינטרסים הלגיטימיים" של המעביד. אך מה הדין אם כללי הפרשנות אינם מספיקים להציל את התניה מבטלותה? במקרה זה בית המשפט רשאי להעמיד את ההגבלה על חופש העיסוק בגדרי המידתיות או הסבירות, וזאת בדרך של "הפרדה" בין החלק הבטל לחלק התקף (סעיפים 31 ו-19 לחוק החוזים (חלק כללי), אך גם בהיעדר אפשרות להפריד - וכתנאי לאכיפה (סעיפים 3(4) ו-4 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970) - רשאי בית המשפט להגביל את היקפה של ההגבלה כדי מידתה הראויה (ראו ע"א 137/90 הנ"ל, בעמ' 856). "אם קיבל על עצמו אדם התחייבות שעניינה שמירה על סוד מסחרי של אחר [878] וההתחייבות רחבה מדי, אין מניעה לצמצמה ולהתאימה ליחסיות הסוד שבאינפורמציה" (השופטת שטרסברג-כהן בע"א 2600/90 הנ"ל, בעמ' 808).

30. לעתים קרובות מתבקש בסוג המקרים שלפנינו צו-ביניים. לרוב יש במתן צו-הביניים כדי להכריע בסכסוך כולו, שכן הצו הסופי עשוי להינתן בחלוף תקופת ההגבלה. מכאן החשיבות בנקיטת זהירות רבה בתחום זה. צו הביניים אל לו להיות כללי, ועליו להיות מותאם לאינטרסים הלגיטימיים של המעביד. כך, למשל, הצו לא ימנע העסקת העובד על ידי המעביד החדש, אך יאסור עליו מסירת סודות מסחריים ורשימת לקוחות (ראו Lansing Linde Ltd v. Kerr [1991] 1 W.L.R 251). גישה זהירה זו מתבקשת, בין השאר, מהאופי של חופש העיסוק כזכות חוקתית (השוו ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840). תרופתו של המעביד תהא בשיעור הפיצויים לו יזכה, אם יתברר בסופו של יום, כי הגבלת העיסוק הגנה על ה"אינטרסים הלגיטימיים" שלו.

## סיכום ביניים

31. בטרם אעבור לנסיבותיו המיוחדות של הערעור שלפנינו, מן הראוי שאסכם את עיקרי דברי. את עמדתי ניתן לסכם בארבע הפרופוזיציות הבאות: ראשית, תניה בין מעביד לעובד, המגבילה את חופש העיסוק של העובד לאחר סיום עבודתו בלא

להגן על "אינטרסים לגיטימיים" של המעביד היא בטלה בהיותה נוגדת את "תקנת הציבור"; שנית, "האינטרס הלגיטימי" של המעביד - הנותן תוקף לתניה המגבילה את חופש העיסוק של העובד - הוא האינטרס "קנייני" או "מעין קנייני" של המעביד בסודותיו המסחריים וברשימת לקוחותיו (עד כמה שהיא סודית). רשימה זו אינה סגורה, ובקביעתה של רשימת "האינטרסים הלגיטימיים" יש להתחשב ביחסי האמון שבין עובד למעביד, בהלכות המסחר הראויות, ובחובת תום הלב וההגינות שבין עובד למעביד; שלישית, ההגנה הניתנת ל"אינטרסים הלגיטימיים" של המעביד אינה מוחלטת. היקפה נקבע על פי מבחנים של סבירות ומידתיות, המתחשבים במועדה, תחומה וסוגה של ההגבלה; רביעית, ככלל, אין למעביד "אינטרס לגיטימי" שעובדו לא יתחרה בו לאחר סיום עבודתו. על כן, הגבלת חופש העיסוק של המעביד המגשימה אך את האינטרס של המעביד שעובדו לא יתחרה בו ("אי תחרות כשלעצמה") נוגדת את תקנת הציבור. בטלותה של הגבלה זו נובעת מהיעדר "אינטרס לגיטימי" ביסודה, ועל כן, ככלל, אין מקום כלל לבחון את סבירותה או מידתיותה של אותה הגבלה.

## מן הכלל אל הפרט

32. התשתית העובדתית במסגרתה נבחנות הבעיות המשפטיות בערעור זה, היא זו שנקבעה על ידי בית המשפט המחוזי. על פיה, הבעיה המשפטית האחת הניצבת [879] בפנינו הינה האם הפר המשיב את חובתו כלפי המערערת, בהתקשרותו עם רפא"ל? לדעתי, התשובה על שאלה זו היא שלילית.

33. מהי החובה שהופרה על ידי המשיב בפרשת רפא"ל? המשיב לא הפר את חובתו שלא לעשות שימוש ברשימת הלקוחות של המערער. הטעם לכך הוא כי לא הוכח כי המשיב פנה לרפא"ל ביוזמתו וממילא אין לראות בהתקשרות העסקית, בינה לבינו, תוצאה של השימוש ברשימת לקוחותיה של המערערת. אכן, החובה שהופרה על ידי המשיב היא חובתו שלא להתחרות במערערת. התחייבותו זו של המשיב שלא להתחרות במערערת היא התחייבות "ערומה" (ראו פסקה 18 לעיל). זו התחייבות של "אי תחרות כשלעצמה". נעיין שנית (ראו פסקה 1 לעיל) בהתחייבות זו:

> "העובד מתחייב בזאת שלא להתחרות בב/ר [המערערת] בין במישרין ובין בעקיפין, בין בכשירותו כעובד ב/ר ובין שלא, ככל שתהא בתחרות הנ"ל משום נזק לעסקיה של ב/ר כמפיצה, משווקת ומבצעת שירות לציוד מתוצרת 'לאניר' ו/או כל שם אחר בו ייקרא ציוד זה בעתיד. כן מתחייב העובד שלא לעשות כל פעולה שתסכל, תפקיע או תפגע בקשריה של ב/ר עם לקוחותיה".

התחייבות זו - על פי פרשנותה לפי לשונה ותכליתה - נועדה להגן על המערערת מפני תחרות "בתור שכזו". כאשר ביקשה המערערת להגן על עצמה מפני פגיעה בקנייניה, היא עשתה כן במסגרת התחייבות נוספת עליה חתם המשיב, ובה "התחייבות לשמירת סודיות", לפיה התחייב המשיב לשמור בסודיות מידע שעשוי להגיע לידיו במסגרת העסקתו. אכן, התחייבותו של המשיב שלא להתחרות במערערת - וזו ההתחייבות היחידה שהופרה על ידי המשיב - אינה מגינה על אינטרס "קנייני" או "מעין קנייני" של המערערת. היא אינה מגינה על "אינטרס לגיטימי" של המערערת. היא נוגדת את "תקנת הציבור", ועל כן יש להכריז על בטלותה. כל שביקשה המערערת להבטיח לעצמה היא חסינות מפני תחרות. זאת היא אינה רשאית לעשות, שכן חסינות כזו נוגדת את "אינטרס הציבור". לעניין זה אין כל חשיבות לסבירותה או מידתיותה של ההתחייבות שנטל על עצמו המשיב. אין מקוםלבחון אם הגבלה לשמונה-עשר חודש היא סבירה או מידתית. ההתחייבות כולה בטלה היא ומבוטלת.

34. עד כאן עסקתי בהתחייבותו של המשיב שלא להתחרות במערערת. מה באשר להתחייבות הנוספת שנטל על עצמו לשמור בסודיות כל מידע שעשוי להגיע לידיו במסגרת העסקתו? לענין זה, יש לדחות את ערעורה של המערערת, ולו מן הטעם כי לא הוכח קשר סיבתי בין הפרת ההתחייבות לבין נזקה של המערערת. אכן, גם בעשותו שימוש ברשימת הלקוחות הפר המשיב את התחייבותו, הרי הפרה זו לא גרמה [880] למערערת כל נזק, שכן לא הוכח כי במסגרת שמונה עשר החדשים לגדרם הוגבלה ההתחייבות, שוכללו התקשרויות בין המשיב לבין אותם לקוחות. די בכך כדי לדחות את ערעורה של המערערת בסוגיה זו. מכיוון שכך, אין לי צורך לדון בשאלה אם הגבלת היקף ההתחייבות שלא לעשות שימוש במידע שהגיע לידיו במסגרת העסקתו, הינה סבירה ומידתית. לענין זה מקובל עלי כי מידע זה הינו, בנסיבות הענין, מידע סודי הזכאי להגנה במסגרת "האינטרסים הלגיטימיים" של המעביד. אך האם היקף ההגנה הוא מידתי וסביר? שאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר. די אם אציין, בלא להכריע בדבר, כי יש מקום לטענה כי היקפה של התחייבות זו בנסיבות הענין, אינה סבירה ואינה מידתית. ענין לנו בתחום המחשבים, זהו תחום דינמי. ההתפתחויות המדעיות בתחום זה הן רבות. תוך מספר חודשים משתנה המציאות ללא היכר. על רקע זה יש מקום לטענה כי תקופה של שמונה- עשר חודשים היא ארוכה מדי. אכן, מוכן הייתי לבדוק אם בתחום מתפתח זה - בו אי ניצול המיומנות לתקופה כה ארוכה עשוי לפגוע קשות בכושר העבודה - לא נדרשת גישה מחמירה ביותר. אך, כאמור, דבר זה לא מחייב הכרעה בערעור זה, ואשאירו בצריך עיון.

סיכומו של דבר, אנו מקבלים הערעור של המשיב ומבטלים את חובת הפיצויים שלו למערערת בגין ההתקשרות עם רפא"ל. אנו דוחים את ערעורן של המערערות ואת ערעורה של המשיבה מס' 2. כן אנו דוחים את ערעור המשיב בכל הנוגע לתוכנה ולחומרה בנסיבות הענין תישאנה המערערות בהוצאות המשיב בסכום כולל של 15,000 ש"ח.

השופט ת' אור:
אני מסכים.
השופט א' ריבלין:
אני מסכים.
הוחלט כאמור בפסק-דינו של כבוד הנשיא א' ברק.
ניתן היום, כ"ז באב תש"ס (28/8/2000).
--- סוף פסק הדין ---

בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 15/99

# דיירקס נגד ספקטור

לפני: הנשיא סטיב אדלר, סגנית הנשיא אלישבע ברק-אוסוסקין,השופט עמירם רבינוביץ', נציגת עובדים גב' נירה שמאי, נציג מעבידים מר חיים קמיניץ

בשם המערערות בעע 15/99 והמשיבות בעע -26/99עו"ד אלישע בן שחר, עו"ד אסף סמואל
בשם המשיבות בעע 15/99 והמערער בעע 26/99 - עו"ד רונן הורוביץ, עו"ד גור אוזן, עו"ד אמיר בלנק.

## פסק דין

**<u>הנשיא סטיב אדלר</u>**

לפנינו שני ערעורים על פסק דינו של בית הדין האזורי בתל-אביב [1]. הערעור האחד נוגע לטענות דיירקס מערכות רפואיות בע"מ ודיירקס אינק (להלן: **דיירקס**), לפיהן מר אבנר ספקטור (להלן: **ספקטור**), עובד לשעבר של חברת דיירקס, השתמש שלא כדין בסודותיה המסחריים של דיירקס, התחרה בדיירקס בניגוד להתחייבות חוזית שנטל על עצמו, והעתיק מכשיר רפואי פרי פיתוחה של דיירקס. בגין כל אלה תבעה דיירקס מספקטור, במסגרת ההליך בבית הדין האזורי, סכום של 28,000,000 ₪ ותביעתה נדחתה. מנגד, תבע ספקטור מדיירקס סכום תגמולים שלטענתו חייבת לו דיירקס וגם תביעתו נדחתה, ומכאן הערעור השני שבפנינו. [2]

## העובדות הצריכות לעניין כפי שהן עולות מכלל החומר שהונח בפנינו

[2] העובדות הצריכות לעניין נקבעו על ידי בית הדין האזורי באופן חלקי בלבד ועל כן חלקן החסר נקבע על ידינו על סמך כלל חומר הראיות. נוסיף, כי הערעורים נסובים בעיקרם על קביעות עובדתיות והם אינם מעוררים שאלה משפטית חדשה

**<u>המכשיר</u>**

בלב המחלוקת בין הצדדים מצוי מכשיר רפואי לריסוק אבני כליה ומרה באמצעות גלי לחץ המכונה בלשון המקצועית "ליתוטריפטר" (Lithotripter). המכשיר מתוצרתה של דיירקס מכונה TRIPTER X1 (להלן: **המכשיר**). ריסוק אבני כליה ומרה מתבצע על ידי המכשיר באמצעות מיקוד רעש בעקבות פיצוץ היוצר גלי הלם מכניים. כך מתואר המכשיר בחוברת הפעלה של דיירקס משנת 1991:

**"The tripter x1 is a mobile extracorporeal shock wave lithotripter, it includes a shock wave generator, a treatment table and a control unit".**

המכשיר הראשון לריסוק אבני כליה ללא התערבות כירורגית, פותח על ידי חברת דורנייר הגרמנית ((Dornier, שרשמה עליו פטנט. המכשיר מתוצרת חברת דורנייר היה גדול מימדים והפעלתו היתה כרוכה בעלויות גבוהות. לקראת מועד פקיעת תוקף הפטנט הרשום לטובת חברת דורנייר, צצו ועלו בתחילת שנות השמונים מספר חברות שהחלו בפיתוח מכשיר דומה לריסוק אבני כליה ומרה, המבוסס על העקרון הגלום במכשיר של חברת דורנייר, תוך נסיון להקטין את מימדיו ולהוזיל את עלותו לצרכן. ספקטור הצביע על כך שקיימות בעולם לפחות 25 חברות המייצרות מכשיר זהה או דומה לזה המיוצר על ידי דיירקס, וביניהן חברות סימנס, וולף ושטורץ הגרמניות וחברות מדסטון ונורסגייט האמריקאיות. חברת אלסינט הישראלית הגישה שתי בקשות לרישום פטנט לגבי רכיבי המכשיר, אולם אינה עוסקת בייצורו.

המכשיר הראשון לריסוק אבני כליה שהותקן במוסד רפואי בישראל היה מתוצרת חברת דורנייר הגרמנית, ונמצא מאז 1985 בבית החולים הדסה עין כרם שבירושלים.

**<u>חברת דיירקס</u>**

חברות דיירקס, הרשומות האחת, כחברה המוגבלת במניות והאחרת, כחברה זרה הרשומה בישראל, עיסוקן בפיתוח, ייצור ושיווק של מכשירים רפואיים מתוחכמים ומתקדמים, ובכלל זה בפיתוח מכשיר הליתוטריפטר. דיירקס הוקמה במהלך שנת 1984, לקראת מועד פקיעת הפטנט של חברת דורנייר. סמוך להקמתה קיבלה דיירקס מאת המדען הראשי של משרד המסחר והתעשייה (דאז) סיוע בפיתוח המכשיר, על פי אישורים מיום 4.12.1985 ומיום 19.1.1987. זאת, בהתאם לסמכות המסורה למדען הראשי **בחוק לעידוד מחקר ופיתוח בתעשייה, התשמ"ד-1984**. מאז שנת 1987 נמכר המכשיר על ידי דיירקס בעלות של 300,000 $ בקירוב ליחידה, וזאת ב- 13 מדינות ברחבי העולם.

**מר ספקטור**

מר ספקטור, מהנדס מכונות במקצועו, הועסק אצל דיירקס מערכות רפואיות בע"מ (דיירקס ישראל) החל מחודש דצמבר 1985 ועד לחודש פברואר 1989. החל ממחצית שנת 1986 הועסק ספקטור בדיירקס ישראל בתפקיד סמנכ"ל פיתוח, ייצור ושיווק. במסגרת תפקיד זה עסק ספקטור בפיתוח וייצור המכשיר. דיירקס התחייבה לשלם לספקטור תמלוגים על בסיס אחוזים מסך מכירות המכשיר.

**ההתחייבויות החוזיות של בעלי הדין**

במהלך תקופת עבודתו של ספקטור בדיירקס חתמו הצדדים על הסכמי עבודה, מעת לעת, כדלקמן:

א. ביום 12.12.1985 חתם ספקטור על התחייבות לאי תחרות ושמירת סודיות שהוכתרה: "Proprietary disclosure and non-compete agreement".

ב. ביום 1.9.1987 נחתם בין הצדדים הסכם העסקה המרחיב את היקף עיסוקו וסמכויותיו של ספקטור בדיירקס, ואף בו מצויות התחייבויות בעניין שמירת סודיות ואי תחרות. בהסכם זה התחייב ספקטור, בין היתר, כדלקמן:

**"ספקטור מתחייב שבמשך 3 שנים לאחר הפסקת עבודתו עם החברה, מכל סיבה שהיא, לא יעסוק ולא יעשה פעולות עסקיות כלשהן במישרין ו/או בעקיפין עם גוף משפטי כלשהו המתחרה בחברה...".**

ג. ביום 19.4.1988 נחתם בין הצדדים הסכם העסקה נוסף, שהחליף את קודמו והרחיב עוד יותר את היקף סמכויותיו של ספקטור בדיירקס. גם בהסכם זה מצויות התחייבויות דומות לאלה שלעיל בכל הנוגע לשמירת סודיות ואי תחרות.

כך, במסגרת שני ההסכמים האחרונים התחייבה דיירקס לשלם לספקטור תמלוגים על בסיס אחוזים מסך מכירותיה.

[3] אשר לאירועים שהביאו לסיום העסקתו של ספקטור בדיירקס, נציין מספר עובדות אותן ניתן לקבוע על סמך חומר הראיות. כמו כן, לא יהיה מנוס מלדון בגרסאות העדים שנשמעו בפני בית הדין האזורי ולהכריע ביניהן.

ביום 23.11.1988 הגיש ספקטור לרשם הפטנטים בישראל בקשה לרישום פטנט. הבקשה התייחסה למכשיר לטיפול בפסולת רפואית המרוקן שקיות שתן ונוזלים אחרים בשל חשש מפני זיהומים (Device for discharging urine bags). לטענת ספקטור, משראה כי "אין לו עתיד" בדיירקס, גמר אומר בדעתו לפתח מכשיר זה באמצעות חברה אמריקאית בשם Breakthrough Medical Corp. (להלן: **חברת ב.מ.ס**), הרשומה במדינת דלוור ופועלת במרילנד שבארצות הברית.

ביום 1.2.1989 מסר ספקטור לדיירקס הודעה בכתב על הפסקת עבודתו בשירותיה, תוך שהודיע כי יעמוד לרשות החברה, ככל שיידרש, במהלך חודשיים נוספים, כמתחייב מהסכם ההעסקה עימו.

בחודש ספטמבר 1988 הוקמה חברת ב.מ.ס. בארצות הברית על ידי מר צבי פורת, איש עסקים ישראלי המתגורר בארה"ב. עם סיום העסקתו בדיירקס, החל ספקטור לעבוד בחברת ב.מ.ס. חברה זו החלה בייצור מכשיר רפואי לריסוק אבני כליה ומרה, וכבר באפריל 1989 החלה במסע שיווק של המכשיר. בחודש ספטמבר 1989 החלה ב.מ.ס. לספק את המכשיר. לאחר שסיפקה כ30- מכשירים, נאלצה להפסיק את מכירותיה וזאת עקב צו זמני של בית משפט פדרלי בארה"ב שאסר על עשיית כל פעולה במכשיר, לרבות מכירתו, שיווקו והפצתו. בטרם יבשה הדיו על צו זה, הוציא מלפניו, ביום 5.6.1990, מְנהל התרופות הפדרלי (ה-FDA) צו המורה על החרמת הציוד ומלאי המכשירים של חברת ב.מ.ס, כנראה בשל אי-רישום המכשיר בהתאם להוראות החוק הפדרלי האמריקאי (FDA). ביום 27.10.1992 הוציא בית משפט בארצות הברית צו השמדה למלאי מכשירי ב.מ.ס וזאת לבקשת ה-FDA. ביום 5.2.1993 הושמד מלאי המכשירים על ידי הרשויות המוסמכות לכך בארצות הברית.

**מר קופל "קובי" ליפשיץ**

[4] מר קופל "קובי" ליפשיץ הועסק בדיירקס החל מינואר 1987, כמנהל השיווק של החברה באירופה ובישראל. לאור חשדות שעלו בדיירקס ולפיהן מר ליפשיץ מעל בכספי החברה, זייף המחאות ועשה יד אחת עם ספקטור בכל הנוגע להקמת ב.מ.ס בארצות הברית, פוטר ליפשיץ מעבודתו בחודש ינואר 1989 והוגשה כנגדו תלונה במשטרת ישראל. ביום 27.2.1989 הגישה דיירקס בבית המשפט המחוזי בתל-אביב תביעה כנגד ליפשיץ בגין גניבת כספים והפרת חוזה. הדיון בתביעה הועבר לבוררות בפני עו"ד אורי סלונים, על פי הסכם בוררות מיום 21.9.1989. בפסק הבורר מיום 29.4.1992, שקיבל תוקף של פסק דין מבית המשפט המחוזי בתל-אביב, חויב ליפשיץ לשלם לדיירקס פיצויים בסך 300,000$ לכיסוי חלק מההפסדים שנגרמו לחברה עקב הפרת הסכמים עימה.

## תביעת דיירקס בבית המשפט המחוזי

[5] ביום 9.5.1989, הגישה דיירקס כנגד ספקטור תביעה לבית המשפט המחוזי בתל אביב וזאת, בגין גניבת סודות מסחריים, הפרת אמונים והפרת חוזי ההתקשרות עימה, [3] בסך כולל של 1,098,000 ש"ח. ביום 29.6.1989 ניתן על ידי בית המשפט

המחוזי בתל אביב, בהסכמת הצדדים, פסק דין חלקי בהליך כדלקמן:

> ***"בשלב זה מסכימים באי כח הצדדים לקבל הצעת בית המשפט לפיה ינתן פסק דין סופי בתובענה, האוסר על הנתבע למסור לאחרים כל ידע סודי מקצועי המיוחד למבקשות וזה כולל כל תוכניות, מפרטים, דגמים של מכשירים שיש בהם ביטוי לידע המיוחד הנ"ל כנ"ל. הנתבע לא יהא רשאי לעסוק בתכנון או בייצור של מכשיר המבוסס על ידע של התובעות וזה כולל גם מתן שירות למכשירים של התובעות. הנתבע ישמור בסוד את כל המידע הסודי שרכש אצל התובעות. הנתבע יהא רשאי לעסוק בתחום של מכשור רפואי ואף מכשיר לריסוק אבני כליות ומרה ובלבד שלגבי מכונה של ריסוק אבני כליות היא לא תהא מבוססת על ידע המיוחד הנ"ל של התובעות"***.

התביעות הכספיות ההדדיות נותרו תלויות ועומדות להמשך בירורן בפני בית המשפט המחוזי. לימים, במהלך הדיון בפני בית המשפט המחוזי, העלה ספקטור את הטענה כי מאחר והיה עובד של דיירקס, הסמכות לדון בתביעה נתונה לבית הדין לעבודה. בית המשפט המחוזי קיבל את טענתו האמורה של ספקטור ובהחלטה מיום 9.2.1993 הורה על העברת ההליך להתברר בפני בית הדין האזורי לעבודה בתל-אביב וזאת מכח האמור בסעיף **79(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד1984-**. בהתאם, הגישו הצדדים לבית הדין האזורי בתל-אביב כתבי טענות מתוקנים, [4] הדומים בעיקרם לאלה שהוגשו לבית המשפט המחוזי, אלא שסכום תביעתה של דיירקס האמיר לגובה של 28,000,000 ₪. חלקו הארי של סכום זה נתבע בגין מה שכונה על ידי דיירקס "אובדן רווחים".

## התביעה של דיירקס בבית משפט פדרלי בארה"ב

[6] ביום 8.11.1989 הגישה דיירקס תביעה כנגד ספקטור, מר צבי פורת וחברת ב.מ.ס בבית המשפט הפדרלי במדינת מרילנד שבארצות הברית. זאת, בניסיון לעצור את ייצור ושיווק המכשירים המיוצרים על ידי ב.מ.ס, ושלטענתה הועתקו ממנה. ביום 24.5.1990 הוציא מלפניו בית המשפט הפדרלי במרילנד צו מניעה זמני כנגד ספקטור וב.מ.ס בכל הנוגע להמשך הייצור והשיווק של המכשיר. צו זה בוטל על ידי בית המשפט לערעורים ביום 24.12.1991, משנקבע כי דיירקס לא הוכיחה נזק מיידי ובלתי הפיך בפעולותיה של ב.מ.ס. קביעה זו נסמכה על העובדה שבמועד הוצאת צו המניעה היתה ב.מ.ס, הלכה למעשה, "משותקת" לחלוטין, עקב האיסור שהטילו שלטונות המכס על מכירת תוצרתה מחוץ למדינה ועקב החרמת ציוד החברה על ידי ה-FDA. ביום 23.10.1992 ניתן על ידי בית המשפט הפדרלי בארצות הברית פסק דין וצו מניעה קבוע **בהסכמה** כנגד פעולותיה של חברת ב.מ.ס וכנגד צבי פורת.

## ההליך בבית הדין האזורי

[7] <u>**בכתב התביעה המתוקן**</u> טענה דיירקס שלוש טענות אלה:

[א] ספקטור הפר את התחייבויותיו כלפיה ואת חובת הנאמנות שחב לה בעניין שמירת סודותיה המסחריים.

[ב] ספקטור הפר את התחייבויותיו כלפיה בכל הקשור לאי תחרות עימה במשך שלוש שנים ממועד סיום העסקתו בשירותיה.

[ג] הופרו זכויות היוצרים שלה במכשיר.

בגין שלוש אלה ביקשה דיירקס מבית הדין כי יוציא מלפניו צווי מניעה ויורה לספקטור לשלם לה סכום של 28,000,000 ₪ בגין הנזקים שנגרמו לה.

ספקטור מצדו הגיש **כתב תביעה שכנגד**, בו תבע תשלום הפרשי תמלוגים בסך 54,300$; תשלום בסך 5,500$ בגין הודעה מוקדמת; ותשלום בסך 40,000$ בגין מניות אותן התחייבה דיירקס להנפיק בעבורו.

[8] בית הדין האזורי שמע הוכחות בהליך בהיקף חסר תקדים. אלפי עמודי פרוטוקול נרשמו ונשמעה עדותם של מומחים מטעם הצדדים בכל הקשור למבנה המכשיר והליך ייצורו. בפסק דינו קבע בית הדין האזורי, כי שוכנע שהתוכנה שספקטור השתמש בה לפיתוח המכשיר של ב.מ.ס כמו גם מכשיר ה"רפלקטור" שפיתח היו זהים לאלה שפותחו על ידי דיירקס, וכי רב הדמיון בין שני המכשירים על השונה. עם זאת, קבע בית הדין קמא, כי הידע שהיה ברשותה של דיירקס בכל הנוגע לפיתוח המכשיר אינו בבחינת ידע סודי. זאת, באשר המכשיר נמכר על ידי דיירקס במשך שנתיים עובר להתפטרותו של ספקטור משירותיה והוא היה מצוי בשוק במידה ובאופן המאפשרים לפרקו וללמוד את דרך הרכבתו. משכך, נקבע כי ספקטור לא לקח מדיירקס כל ידע סודי או מקצועי בנוגע לייצור המכשיר, ונדחתה תביעתה של דיירקס. אשר לתביעה שכנגד לתשלום תמלוגים, קבע בית הדין האזורי כדלקמן:

> **"מאחר שהנתבע** [ספקטור - ס.א.] **התחרה בצורה בוטה וברורה בתובעת, הן בתקופת עבודתו אצלה והן מיד לאחר שהתפטר, בנסיבות אלה אין זה צודק לזכות אותו בתמלוגים**...".

יצוין, כי לא מצאנו בפסק דינו של בית הדין האזורי התייחסות לתביעותיו של ספקטור בכל הנוגע לתשלומים בגין הודעה מוקדמת ובגין המניות, שלטענתו, הובטחו לו.

## ההליך בפנינו

[9] על פסק דינו של בית הדין האזורי הוגשו, כאמור, שני ערעורים. **האחד** מטעם דיירקס, בו ביקשה החברה כדלקמן:

[א] צו מניעה קבוע, **שאינו מוגבל בזמן**, האוסר על ספקטור לעסוק במישרין או בעקיפין בייצור ושיווק של מכשירים ליתוטריפטרים ולחילופין בכאלה המבוססים על שיטה אלקטרו-הידראולית, וכן לעסוק בייצור ושיווק מכשירים ניידים לריסוק אבני כליה ומרה המבוססים על שיטת הליתוטריפסיה.

[ב] פיצויים שהועמדו משיקולי אגרה על סך 10,000,000 ₪ בגין נזקיה הנטענים של דיירקס.

[ג] החזרת הדיון לבית הדין קמא אשר יקבע את גובה הנזק וסכומי ההשבה ועל מנת שידון בנזקים נוספים שנולדה עילתם בשנים שלאחר הגשת התביעה. לחילופין התבקש היתר לפיצול סעדים.

**הערעור השני** הוגש על ידי ספקטור, ובמסגרתו התבקש בית דין זה לפסוק לזכותו תשלומים בסך כולל שהועמד לצורך אגרה על 638,955₪ בגין תמלוגי מכירות לשנים 1987-1988 ובגין הודעה מוקדמת, והכל בצירוף פיצוי הלנת שכר.

**השאלות בהן נותר לנו להכריע** הן שלוש: **האחת**, האם היו בידי דיירקס סודות מסחריים שספקטור עשה בהם שימוש שלא כדין; **השנייה**, האם הפר ספקטור את חובתו לפעול בתום לב בכך שהעתיק את המכשיר של דיירקס. **השלישית**, האם ספקטור פגע באינטרס ליגיטמי אחר של דיירקס? אולם, לפני הכרעה בשאלות הללו נדון בסוגיה הכללית של חופש העיסוק.

**הכרעה**

## חופש העיסוק

[10] ב**פסק דין מועלם** [5] תיאר בית דין זה את המעבר של המשק הישראלי ממשק ריכוזי בשליטת המדינה למשק תחרותי. בהקשר זה אוזכר האימוץ של ממשלות ישראל במרוצת השנים את העמדה, לפיה שוק חופשי ותחרותי יוביל בהכרח לקידום החברה כקולקטיב כמו גם לקידום הפרט. עמדה על כך גם פרופ' נילי כהן במאמרה "תחרות מסחרית וחופש העיסוק" משכתבה: [6]

> **"חיי הכלכלה שלנו מושתתים עקרונית על תיאוריה של שוק פתוח. השוק צריך להיות פתוח לא רק לפני קונים חדשים, אלא גם לפני מוכרים חדשים. אם לא כן, ייווצר מצב שלפיו יוקנה לסוחרים הקיימים מונופול על השוק. מצב זה אינו רצוי. הוא מעניק יתרון למי שהצליח להשתלט על השוק ברגע נתון, והוא מנציח את השתלטותו בלי לשים לב לשאלה אם יש בכך כדי לתרום לרווחת הציבור... תחרות נחשבת למבורכת משום שהיא פועלת לטובת כלל הציבור, בכך שהיא תורמת ליעילות, מעודדת יזמות, מקטינה הוצאות ועשויה לשפר את המוצרים והשירותים ולהפחית את מחירם".**

צא ולמד, חופש התחרות הוא כיום בגדר אינטרס ציבורי מובהק, ומכאן ההגנה שפורש המשפט על אינטרס זה. [7] אינטרס השמירה על תחרות חופשית שואב את חיותו, בין היתר, מרעיון העל של תקנת הציבור, במובנה הרחב. [8] התחרות החופשית היא בעלת פן כלכלי כמו גם פן דמוקרטי, כיוון שבשמירה עליה יש משום מתן אפשרות לפרט להשפיע על חיי הכלכלה והמסחר בחברה. ביטא זאת הנשיא ברק בפסק הדין ב**עניין תנובה** כדלקמן: [9]

> **"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."**

הגישה הרווחת רואה את אינטרס השמירה על תחרות חופשית כשלוב זרוע בזרוע עם חופש העיסוק. "קרובי משפחה", כלשונו של השופט חשין בדיון הנוסף ב**עניין טבעול**. [10] הטעם לכך הוא ש**השוק החופשי מבוסס על מעבר חופשי של הון, מוצרים ועבודה (לרבות מתן שירותים)**. חלק בלתי נפרד מהמעבר החופשי של ההון הוא המעבר החופשי של מידע, שכן מידע הוא קניין. מעבר חופשי של מידע נעשה, בין היתר, באמצעות התניידות העובדים, קרי, החלפת מקום עבודה. מכאן

שתנועה חופשית של עובד ממקום עבודה אחד למשנהו היא ביסוד השוק התחרותי. מעבר כזה תואם במיוחד את הנוהגים בתעשיות עתירות ידע, בהן חשיבות ההון האנושי עולה או לפחות משתווה לחשיבות ההון הכספי. על הישגיו של משק בו מתאפשרת תנועה חופשית, ללא הגבלות, של עובדים (דוגמת עמק הסיליקון בקליפורניה) לעומת משק המגביל את חופש העיסוק ואוכף הוראות של הגבלת העיסוק (למשל - כביש 128 באזור בוסטון) עמדתי ב**פסק דין צ'ק פוינט**[11]. במסגרת פסק דין זה גם קבעתי שלתנית אי-תחרות בהסכם עבודה אישי ינתן משקל מקום בו היא סבירה ומגנה בפועל על האינטרסים של שני הצדדים, ובעיקר על סודותיו המסחריים של המעביד הקודם. חיזוק לעמדתי זו נמצא בפסק דינו של הנשיא ברק ב**פרשת AES**[12] בו נפסק כי סעיף הגבלת העיסוק יהא בעל תוקף רק כל אימת שהוא בא להגן על "אינטרס לגיטימי" של המעסיק, כגון אינטרס קנייני או מעין קנייני, וכי אין די ברצונו של המעביד כי עובדו לשעבר לא יתחרה בו. עוד נפסק שתנית הגבלת תחרות שבאה להגן על המעביד מפני התחרות של עובדו, מבלי שעומד מאחוריה אינטרס לגיטימי נוסף, נוגדת את תקנת הציבור ואינה תקפה.

אוסיף כי **הלכת צ'ק פוינט** עולה בקנה אחד עם החשיבות שבהענקת חופש לעובד כאדם לבחור במה יעסוק. טעם נוסף להלכה נעוץ בחוסר האיזון האינהרנטי שבין העובד הבודד לבין מעסיקו, כאשר ברוב רובם של המקרים העובד זקוק לעבודה הרבה יותר ממה שמעסיקו זקוק לעבודתו.

בהתבסס על עקרונות אלה מניתי בפסק דין צ'ק פוינט את הנסיבות העיקריות בהן יינתן תוקף לתנית הגבלת עיסוק, כדלקמן:

א. **שימוש בפטנט רשום או בזכויות יוצרים**.

ב. **שימוש שלא כדין בסודות מסחריים**.

ג. **המעסיק השקיע משאבים מיוחדים בהכשרת העובד ונקבעה בחוזה ביניהם התחייבות של העובד לעבוד פרק זמן מינימלי אצל המעסיק**.

ד. **העובד קיבל תמורה מיוחדת עבור התחייבותו שלא להתחרות במעסיק עם תום יחסי העבודה ביניהם**.

ה. **בחינת תום הלב וחובת האמון בין הצדדים מחייבת את אכיפת התניה**.

להלן נבחן האם מי התנאים האמורים מתקיימים במקרה דנן אף שלא בהכרח על פי הסדר בהם הם מופיעים לעיל.

[11] המכשיר של דיירקס אינו נהנה מההגנה של פטנט. כפי שיפורט בהמשך אף לא הוכח, כי עמדו לרשות דיירקס סודות מסחריים שספקטור השתמש בהם לייצור המכשיר בב.מ.ס. אכן, ספקטור השתמש במידע שלמד בדיירקס, אולם מידע זה לא היה בגדר סוד מסחרי. דיירקס לא השקיעה משאבים מיוחדים בהכשרתו של ספקטור לתפקיד. ההיפך הוא הנכון. מכלל החומר שהונח בפנינו עולה, כי ספקטור הגיע לעבוד בדיירקס כשבחיקו השכלה מתאימה ונסיון עשיר בהנדסת מכונות. בתצהיר שהגיש לבית הדין האזורי פירט את הכשרתו ונסיונו בתחום, ובכלל זה ציין שהוא בעל תואר מטעם אוניברסיטת בן גוריון בהנדסת מכונות; בבעלותו שני פטנטים רשומים בישראל בתחומי הנדסת מכונות ואלקטרוניקה ופטנט רשום בארצות הברית בעניין שימוש באולטרסאונד באמצעות מכשיר הליתוטריפטר; בעבר הועסק בחברה משפחתית בשם "ספקטרוניקס", במשך שבע שנים ומחצה, ובמסגרת זו סייע בפיתוח מערכת שיכוך התפוצצויות בכלי רכב משוריינים, שאף היא פטנט רשום ונרכשה על ידי משרד הבטחון. ספקטור הצביע על הנסיון שרכש במהלך פיתוח מערכת זו ועל הקשר שבין פיתוחה לבין פיתוח מכשיר הליתוטריפטר. זאת, באשר בשניהם נעשה שימוש בהשפעת גלי ההלם במים, במדידת לחץ במוקד פיצוץ וכיוצא באלה; עוד הצהיר, כי כיהן כמנהל אחזקה ראשי במכרות הנחושת בתמנע והיה אחראי לתחזוקת כל המערכות החשמליות של המכרות. הנה כי כן, לא זו בלבד שדיירקס לא השקיעה משאבים בהכשרתו של ספקטור לעבודה בשירותיה, אלא שעם הגעתו היה ב'תרמילו' ידע נרחב וניסיון עשיר בתחום הנדסת המכונות בכלל, ובתחומי אלקטרוניקה וטכנולוגיה שנצרכו לפיתוח המכשיר, בפרט. ידע זה, כפי הנראה, תרם רבות לפיתוח המכשיר.

ספקטור לא קיבל תמורה מיוחדת עבור התחייבותו שלא להתחרות בדיירקס. התחייבותו להמשיך ולעבוד בחברה עד ליום 15.6.1987, כפי שבאה לידי ביטוי במכתבו של ד"ר עין-גל, מנהל החברה, לספקטור מיום 6.7.1986, ניתנה בקשר לתשלום התמלוגים בגין מכירות החברה. מדובר בשכר עבודה ולא בתמורה הקשורה בהתחייבותו של ספקטור להגבלת עיסוק.

**<u>האם היה בידי דיירקס סוד מסחרי</u>** ?

[12] כאמור לעיל, ב**פסק דין צ'ק פוינט** נפסק כי שימוש שלא כדין בסוד מסחרי של מעסיק קודם הינו נימוק משמעותי למתן תוקף לסעיף הגבלת עיסוק. [13] ב**חוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999** (להלן: **חוק עוולות מסחריות**) נקבע, בין היתר, כי אין לעשות שימוש בסוד מסחרי ללא הסכמת בעליו, כאשר השימוש הוא בניגוד לחיוב חוזי. כך, בסעיף 7 להסכם ההעסקה של ספקטור הוסכם כדלקמן:

> **"ספקטור מתחייב לשמור בסודיות את סודותיה המקצועיים והמסחריים של החברה, את כל הנעשה בחברה, לרבות חברות בת וגופים מסחריים שימצאו עם החברה בקשרים מסחריים ואת כל הידיעות והמידע שיגיעו לידיעתו, תוך כדי ו/או עקב ביצוע התחייבויותיו לחברה, ולא לגלות אותם לאחר/ים ולא לעשות בהם שימוש - הן בתקופת עבודתו עם החברה והן לאחר שיפסיק את קשריו עם החברה".**

האירועים מושא דיוננו התרחשו עובר לחקיקת חוק עוולות מסחריות, אולם אנו יכולים ללמוד מהוראותיו על משמעות המונח סוד מסחרי. בסעיף 5 ל**חוק עוולות מסחריות** הוגדר סוד מסחרי כ - "***מידע עסקי, מכל סוג, שאינו נחלת הרבים ושאינו ניתן לגילוי כדין בנקל על ידי אחרים, אשר סודיותו מקנה לבעליו יתרון עסקי על פני מתחריו, ובלבד שבעליו נוקט אמצעים סבירים לשמור על סודיותו***".

בדרך כלל, המדובר במידע המצוי בידי חלק קטן מעובדי המעסיק או בידי ההנהלה הבכירה. כך נפסק, כי "***מידע הנגיש לציבור או מוצר מוגמר הנמכר לציבור הרחב, אינם נופלים בגדר 'סוד מסחרי'***" [14]. על מעסיק הטוען לקיומו של סוד מסחרי להוכיח טענתו על ידי תיאור מפורט של הסוד ואין די בטענה כללית בדבר קיומו. במסגרת זאת, שומה על המעסיק להרים את הנטל באשר להיקף הסוד ומסגרת הזמן בה הוא ראוי להגנה. כמובן, שהגדרת "סוד מסחרי" משתנה מענף לענף ועל פי הקשרו התעשייתי.

לטענת בא כוח דיירקס, המידע הסודי של החברה מתבטא בתוכניות, שרטוטים, רשימות, חלקים ותוכנית מחשב. מקורות אלה היוו את מקור ההעתקה שביצע ספקטור, לטענתה, החל מתת מכלול ההפעלה ועובר לתת מכלול הפריקה; תת מכלול הטעינה; תת מכלול האלקטרודות; תת מכלול הרפלקטור הכולל תוכנת מחשב בה השתמשה דיירקס לייצור הרפלקטור; תת מכלול הפיקוד; תת מכלול המים שבדומה לדיירקס אינו כולל מערכת לניטרול גזים; ותת מכלול ההדמיה.

בית הדין האזורי קבע, כי ספקטור אכן השתמש במידע שהגיע לרשותו באמצעות דיירקס אולם אותו המידע לא בא בגדר "סוד" ועל כן דחה את תביעתה של דיירקס. במסגרת הערעור עשתה דיירקס כל אשר לאל ידה על מנת לשכנענו, כי קביעת בית הדין האזורי האמורה בטעות יסודה וכי אופן ייצור המכשיר הוא בגדר סוד מסחרי. נאמר כבר עתה, כי כמו בית הדין האזורי גם אנו סבורים שדיירקס לא הרימה את הנטל בעניין זה. אין, לדידי, להתערב בקביעות העובדתיות של בית הדין האזורי בעניין ה"סוד" וזאת, מן הטעמים הבאים:

[א] עיסוקה של דיירקס, כמו זה של חברת ב.מ.ס ושל חברות נוספות שהוקמו ככל הנראה על ידי ספקטור עם שובו לארץ, הוא בייצור מכשירים ניידים לריסוק אבני כליה ומרה המבוססים על שיטה אלקטרו-הידראולית. כאמור לעיל, המכשיר הראשון פותח על ידי החברה הגרמנית דורנייר. כאשר תוקף הפטנט של חברת דורנייר פקע חברות רבות, לרבות דיירקס, השתמשו בהמצאה ובידע שנצבר מהמכשיר הגרמני כדי לפתח מכשירים שלהם. לשון אחרת, המכשיר של דיירקס הורכב מרכיבים דומים לאלה של המכשיר של דורנייר וכאלה שניתנים לרכישה על ידי כל מי שחפץ בכך. ההוצאות הכבדות לצורך פיתוח המכשיר נעשו אף הם על ידי חברת דורנייר וחברות אחרות יכלו לפתח מכשירים דומים בלי השקעה גדולה וכאמור על ידי שימוש בחלקים סטנדרטים. עם זאת אין חולק, כי קיימת בין החברות תחרות על פלח שוק ספציפי, בין היתר בעניין מי יכול לפתח מכשיר טוב יותר.

למעשה, משעה שפקעו זכויותיה של חברת דורנייר הגרמנית על המכשיר מכח הפטנט שרשמה, צצו ועלו בשטח מספר לא מבוטל של חברות שפיתחו מכשיר המבוסס במידה רבה על העקרון של המכשיר מתוצרת דורנייר, כאשר כל חברה ביצעה במכשיר אי אילו שינויים. משכך, אין לקבוע שבידי דיירקס "סוד" ואף אין לתת יד לדרישת דיירקס להוציא מלפנינו צו המונע מספקטור לנהוג באותה דרך מדוייקת בה נהגה דיירקס, דהיינו – להמציא מכשיר דומה לזה של דורנייר באמצעות חלקים סטנדרטים בתוספת שינויים קלים.

[ב] בהקשר זה קבע השופט הפדרלי בבית המשפט לערעורים שדן בתביעת דיירקס נגד החברה בה עבד ספקטור:

> **"It is so to be remembered that the district judge found that the development of both Direx's and Breakthrough's device represented 'a fairly unsophisticated R&D effort', one consisting simply of the arrangement of a number of off-the-shelf items. Moreover, Direx developed its own machine within a period of about six months after Direx had received the Israeli grant... It is unlikely that anyone would consider such an obviously prudent act a trade secret. There was another point made that both Direx's and Breakthrough's device did not include an imaging device as an integral part of the machine. There was nothing significant about this. Both machines required as essential to their operation an imaging device. Competing machines generally included such a device as a part of the machine itself. But Direx and Breakthrough eliminated the imaging device from its Tripter as a price item: by eliminating it they reduced the cost of the machine by about $100,000. Such elimination, we repeat, did not obviate the need for an imaging device but merely required the purchaser of the Direx and Breakthrough machines to acquire independently an imaging device. There was nothing creative about this".**

[ג] באי כוחה של דיירקס טענו, כי המכשיר שפיתחה החברה חדשני וייחודי במובן זה שהמכשיר פרי פיתוחה הוא נייד וזול. אולם, דיירקס לא הרימה את הנטל להוכיח, כי אכן המכשיר פרי ייצורה הוא חדשני או ייחודי, אף לא במחיר שבו הוא נמכר. לטעמנו, ההבדל המשמעותי היחיד בעקרון הפעולה של המכשיר מתוצרת דיירקס לעומת זה של חברת דורנייר הגרמנית, הוא בכך שהמכשיר של דיירקס לא כולל מערכת לנטרול גזים. עובדה זו אינה באה בגדר "סוד מסחרי". באותה עת בה פיתחה

דיירקס את המכשיר שלה ניתן היה למצוא בשוק חברות נוספות שפיתחו מכשיר שאינו כולל מערכת לניטרול גזים. למעשה, עניין זה הפך לנחלת העוסקים בענף. יתרה מזו, מחומר הראיות עולה, כי ישנן חברות אחרות, המייצרות מכשיר דומה לזה של דיירקס ומשווקות אותו במחירים המתחרים במחירים שהציעה דיירקס. כפי הנראה ניידותו ומחירו הנמוך באופן יחסי של המכשיר מתוצרת דיירקס התאפשרו, בין השאר, בשל כך שמערכת ההדמיה של המכשיר נמכרה בנפרד, דבר ידוע ומפורסם אצל העוסקים בענף,[15] ושאף הוא איננו בבחינת "סוד מסחרי". נראה, כי עלותם של רכיבי המכשיר, שהם רובם ככולם מוצרים הנמכרים בשוק, מותירה מרחב תמרון בכל הקשור למחיר שיווק המכשיר בשוק.

[ד] במסגרת חוברת "נתונים מדעיים" שפרסמה דיירקס ביולי 1991 כלולים נתונים אודות המתח החשמלי של המכשיר, מימדי הרפלקטור וכיו"ב. פרסום זה מעיד, כי נתונים אלו הפכו לנחלת הכלל וכי אין דיירקס רואה בהם משום ידע סודי. בדומה, ללקוחות החברה נמסרו שרטוטים של המכשיר, מפתחות לפאנל וכרטיס אלקטרוני.

בהקשר זה ניתן להוסיף, כי דיני הסודות המסחריים לא מונעים מצב בו מתחרה רוכש כדין מכשיר מוחשי שיוצר מכוח תהליך סודי, ובאמצעות תהליך של הנדסה חוזרת (reverse engineering) מתוודע לסודות הטמונים באותו מכשיר (ראו לעניין זה: סעיף 6(ג) ל**חוק עוולות מסחריות**). במקרה שלפנינו ניתן לומר, כי ספקטור ביצע פעולות דומות להנדסה חוזרת למכשיר שפיתחה דיירקס. עם זאת וכפי שנאמר לעיל, המכשיר פרי פיתוחה של דיירקס לא טמן בחובו סודות מסחריים, ולאור הרקע של ספקטור והידע שרכש במהלך עבודתו בדיירקס, ושמותר היה לו לעשות בו שימוש לאחר עזיבתו את החברה שכן הפך לחלק מכישוריו, לא הביא לחסכון משמעותי בזמן, בטרחה ובהוצאות כאשר תכנן את המכשיר החדש שייוצר על ידי ב.מ.ס.

[ה] הענף המשקי בו מתנהלים עסקיו של המעסיק הקודם ואלו של המעסיק החדש משפיע אף הוא על הגדרתו של ה"סוד". שונה המצב בענף בו מצויים מספר לקוחות קטן שהם בעלי פוטנציאל לרכישת המוצר, מענף בו קיימים מאות או אלפי לקוחות. כך, שונה המצב בענף המורכב מלקוחות פוטנציאלים רבים הרוכשים מוצר סטנדרטי, מענף המורכב ממספר מועט של לקוחות הרוכשים מוצר ייחודי שאינו סטנדרטי.[16] במקרה דנן, המדובר בענף עסקי המורכב מלקוחות פוטנציאלים רבים הרוכשים מוצר סטנדרטי ועל-כן גם מטעם זה נוטה הכף אל עבר המסקנה שבידי דיירקס אין "סוד מסחרי".

**מסקנת הדברים** – בית הדין קמא, כמו גם בית המשפט הפדרלי לערעורים בארצות הברית ובית משפט השלום בתל אביב,[17] קבעו כולם, כי דיירקס לא הוכיחה קיומם של סודות מסחריים הראויים להגנה. בהעדר סוד מסחרי, ממילא לא עשה ספקטור שימוש שלא כדין בסודותיה המסחריים של דיירקס.

## חובת תום לב

[13] ב**פסק דין צ'ק פוינט** נקבע, כי בנסיבות מסוימות ניתן להגביל את עיסוקו של עובד או לחייב אותו בתשלום פיצויים כל אימת שיוכח, כי פעל בחוסר תום לב. דוגמה לכך נדונה ב**פסק דין טוני טואמה**. [18] באותו המקרה התפטר עובד ממקום עבודתו ועבר לעבוד אצל מעסיק מתחרה. הטעם העיקרי להעסקתו אצל המעסיק החדש היה היכרותו עם הסודות המסחריים של מקום העבודה הקודם. בית המשפט העליון, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, דחה עתירה שהוגשה כנגד פסק דינו של בית דין זה בעניין, וקבע:[19]

> **"על עובד מוטלת חובה, הנגזרת מיחסי האמון שבינו לבין מעבידו והמעוגנת בחוזה עם מעבידו ובצורך לבצע חוזה זה בתום לב, לשמור על סודות עסקיים של המעביד... כאשר העובד מפר את חובת הסודיות הוא עשוי להתחייב בפיצויים (בגין הפרת החוזה) ובהשבה (בגין התעשרות שלא כדין). כמו כן עשוי בית המשפט, על פי הסמכות הנתונה לו בחוק החוזים (תרופות בגין הפרת חוזה), תשל"א1970-, ליתן צו עשה או צו לא-תעשה (צווי אכיפה), לרבות צו האוסר על העובד לעבוד אצל מעביד חדש, אם הצו נחוץ כדי למנוע גילויו של הסוד המסחרי".**

במקרה דנן דעתנו היא, כי אין מקום להגביל את עיסוקו של ספקטור, שכן הוא לא העתיק את עיסקו של דיירקס, כמו שעשה **טוני טואמה** משניסה להעתיק את עסקן של שתי הנשים אצלן הועסק. לדיירקס לא היו ספקים שניתן להגדיר את זהותם כסוד מסחרי, כפי שהיה ב**פסק דין טוני טואמה**. העיסוק של קיירקס הוא בענף תחרותי. כמו כן, כפי שהסברנו לעיל בפירוט אין בידיה של דיירקס "סוד מסחרי" בו עשה ספקטור שימוש שלא כדין.

האם יש להגדיר כחוסר תום לב התנהגותו של ספקטור כאשר החל להתחרות עם דיירקס באמצעות מכשיר דומה לזה שעזר לפתח כעובד דיירקס? תשובתי היא, כי הדבר כשר אבל מסריח. השוק התחרותי מעודד תחרות ואינו מגנה עובד אשר משתמש בידע שרכש בעיסוקיו הקודמים. כפי שהוצג במחקרים שהשוו בין ענף ההי-טק בעמק הסיליקון לבין אותו ענף בכביש 128 במדינת משאצוסיטס, המעבר של עובדים בין מפעל למפעל באמצעות ניידות בלתי מוגבלת והקמת מפעלים חדשים על יסוד המידע שלמד ממעסיקו הקודם, הוא גורם מרכזי בשגשוג עמק הסיליקון.

מכאן, כי ספקטור רשאי היה להשתמש במידע ובניסיון שרכש אצל דיירקס ואפילו היה רשאי לעבוד אצל חברה מתחרה. אולם, ספקטור עשה מעבר לכך. במסגרת עבודתו אצל מעסיקו החדש - ב.מ.ס - חברה מתחרה בדיירקס - עסק ספקטור בתכנון ובייצור מכשיר שמטרתו הייתה להתחרות ישירות עם זה של דיירקס.

**מחד**, ראוי ליתן הגנה למעסיק מפני העתקת מוצרו על ידי עובד שסיים עבודתו אצלו. **מאידך**, ראוי לבחון כל מקרה על פי

נסיבותיו. במקרה שפנינו לא הוכח, כי דיירקס השקיעה משאבים רבים על מנת להשיג את הידע. כאמור, ההמצאה הבסיסית הייתה של חברת דורנייר וחלקים מסוימים של המכשיר אף היו סטנדרטים. הידע העיקרי שרכש ספקטור בדיירקס נגע ליישום (ואולי גם לשיפור?) ההמצאה של החברה הגרמנית על ידי הרכבת חלקים סטנדרטים. בנסיבות הללו צדק בית הדין קמא משפסק, ואנו מאשרים בזאת את קביעותיו, שאין מקום להגביל את עיסוקו של ספקטור, אולם יש מקום לשלול ממנו את התגמולים שתבע.

## חִיקוּי, העתקה ותחרות כעילה במסגרת דיני עשיית עושר

[14] עניין נוסף שעלינו להידרש אליו הוא האם התעשרותו של ספקטור הינה בלתי צודקת על רקע השוק התחרותי בו פעלו בעלי הדין, זכויות הקניין של המעסיק, חופש העיסוק של העובד ותחושת הצדק והיושר.

פרופ' דניאל פרידמן מתייחס בספרו **"דיני עשיית עושר ולא במשפט"** לנושא החיקוי, ההעתקה והתחרות וכותב, כי נקודת המוצא צריכה להיות שחיקוי מוצר, שאינו מוגן על ידי חוקי הקניין הרוחני, אינו מקנה, כשלעצמו, זכות תביעה בעשיית עושר. לגישתו, על מנת שתקום עילה בעשיית עושר יש צורך בהתמלאותם של מספר תנאים:

> [א] ההגנה מכוח דיני עשיית עושר אינה מנוגדת למדיניות החקיקה בעניין קניין רוחני.
> [ב] ההגבלה על התחרות לא תהיה חריפה מדי.
> [ג] יש במוצר המועתק מידה רבה של חדשנות, אשר מצדיקה את ההגנה עליו.
> [ד] הסיבה בעטיה אין המוצר נהנה מהגנת הקניין הרוחני אינה נובעת מהסדר שלילי, אלא מלאקונה, שמקורה בכך שמשיקולים שהמחוקק לא הביא בחשבון, אין זה מעשי לקבל הגנה במסגרת דיני הקניין הרוחני.[20]

מוסיף פרופ' פרידמן וכותב שבבסיס דיני עשיית עושר עומד הרעיון השולל את התעשרותו הלא מוצדקת של אדם על חשבון חברו.[21] בהקשר זה, לא למותר לציין כי סעיף 1 ל**הצעת החוק לאיסור תחרות לא הוגנת, תשנ"ו - 1996**, שעל בסיסו נחקק לבסוף **חוק עוולות מסחריות**, ביקש לעגן עוולה כללית של תחרות בלתי הוגנת. ואולם, עוולה זאת לא בא זכרה במסגרת **חוק עוולות מסחריות**. מכאן, כי במשפט הישראלי לא קיימת עוולת מסגרת חקוקה של תחרות בלתי הוגנת, מכוחה ניתן לזכות בסעד השבה כחלק מדיני עשיית עושר. [22]

[15] אמות המידה להשבה מכח דיני עשיית עושר במקרה של העתקה נקבעו בפסק דינו של בית המשפט העליון ב**פסק דין א.ש.י.ר.**[23] באותו מקרה, קבע הנשיא ברק בחוות דעתו, כדלקמן:

> **"אכן, עצם העובדה שהאחד זורע והשני קוצר היא, כשלעצמה, אינה מפירה דין 'פנימי' המחייב את הקוצר להשיב התעשרותו לזורע. לגיבושו של דין 'פנימי' נדרש 'יסוד נוסף' הקשור בנסיבות הזריעה ובדרכי הקצירה. מהו יסוד נוסף זה?...ה"יסוד הנוסף" ממקם עצמו בנסיבות החיקוי או ההעתקה. נסיבות אלה צריכות להיות של תחרות. תחרות זו צריכה להיות בלתי הוגנת, או תוך הפרה של הלכות המסחר. מובן שכל עניין נבחן לגופו, על פי נסיבותיו. כל שניתן להצביע עליו הם השיקולים השונים שיש להביאם בחשבון וחשיבות היחסים בעת האיזון ביניהם. בעניין זה ניתן לציין כי ככל שהיצירה היא חשובה יותר, חדשנית יותר, ייחודית יותר ובעלת תרומה מהותית יותר, כן תהיה נטייה גדולה יותר לראות בחיקויה או בהעתקתה משום תחרות בלתי הוגנת. כן יש להתחשב במאמץ שהשקיעו היוצר והמעתיק. על כן, לא הרי העתקה או חיקוי הכרוכים במאמץ רב מצד המתחרה, כהרי העתקה או חיקוי הנעשים ללא כל מאמץ מצד המחקה או המעתיק. לא הרי העתקה או חיקוי של יצירה שהושקעו בה עמל ומחקר רב, כהעתקה או חיקוי של מוצר פשוט, שלא הושקעו מאמצים רבים בפיתוחו. בעניין זה יש להתחשב גם באינטנסיביות ההעתקה או החיקוי. לא הרי העתקה סיסטמטית של מוצר כהרי העתקה חד-פעמית או מקרית. כן יש להתחשב במצבו הנפשי של המתחרה, שהעתיק מוצר של יצרן או חיקה אותו. לא הרי העתקה או חיקוי שנעשו מתוך מודעות להעתקה או לחיקוי, כהרי חיקוי או העתקה שנעשו ללא מודעות. עניין אחר שיש להתחשב בו בקביעת חוסר ההגינות של התחרות הוא בקיומן של חלופות להעתקה. אם קיימות חלופות סבירות לייצור מוצר דומה פונקציונלית אך שונה בצורתו או במראה, תהייה נטיה חזקה יותר לראות בתחרות כבלתי הוגנת אם ההעתקה השתרעה גם על הצורה..."**.[24]

באחד המקרים שנדונו ב**פסק דין א.ש.י.ר.** (רע"א 5614/95) הועתקו באופן מדויק מבלטים לעיבוד אלומיניום על ידי חברה מתחרה. באותו מקרה דובר במוצר חדשני שהושקע זמן ניכר בפיתוחו. על העתקת המבלטים אמר הנשיא ברק כדלקמן:

> **"המאפיין את המוצר שהועתק הוא חדשנותו, משך ההשקעה, הפיתוח והזהות שבהעתקה. קיימים יחסי תחרות בין הצדדים וההעתקה לא נועדה לשימוש שאינו תחרותי. המבקשים ידעו, כי הם מעתיקים מוצר פרי פיתוחם של המשיבים. נראה לי, כי צירוף נסיבות זה מבסס קיומה לכאורה של תחרות לא הוגנת. התנהגות המבקשים נוגדת את סטנדרט ההתנהגות הראוי שבין מתחרים בישראל. התנהגותם אינה בתום לב. היא מפירה את חובתם כלפי המשיבים..."**.[25]

לטעמי, ניתן ליישם את הכללים הקיימים בעניין חיקוי, העתקה ותחרות במסגרת הכלל שהנשיא ברק קבע ב**פסק דין AES**, היינו – העובד חופשי לעסוק במה שחפצה נפשו כל עוד הוא אינו פוגע באינטרס לגיטימי של מעסיקו הקודם.

[16] דעתי היא, שבמקרה שבפנינו ספקטור לא פגע באינטרס לגיטימי של דיירקס. ספקטור התחרה בדיירקס ומניעת תחרות אינה באה בגדר 'אינטרס לגיטימי' לא כל שכן בענף בו דיירקס וספקטור פועלים. על יסוד פסיקתו של הנשיא ברק ב**פסק דין AES** קל להגיע למסקנה שאין אינטרס ציבורי למנוע מספקטור להשתמש בידע שרכש אצל דיירקס, ובפרט כאשר אין מדובר ב"סוד מסחרי" בו עשה שימוש. אמנם, לחברת דיירקס יש אינטרס לגיטימי שעובד לא יעתיק את המוצר שלה, אולם כאמור לעיל הוכח, כי במקרה דנן מדובר בעיקר בחיקוי ולא בהעתקה.

[17] אוסיף, כי בית הדין קמא לא עמד על אופן ההעתקה והיקפה. לפי הראיות שנפרשו בפנינו עיקר ההעתקה התמצתה בשימוש של אותם חלקים סטנדרטים בהם השתמשה דיירקס לפיתוח וייצור המכשיר שלה, תוך העתקה של חלקים של המכשיר. השאלה המתעוררת בעניין זה היא, האם חיקוי המכשיר של דיירקס, בנסיבות הנ"ל, מצדיק מתן צו הגבלת עיסוק? תשובתי לכך היא בשלילה ולהן אבאר דעתי.

שלא כמו ב**פסק דין א.ש.י.ר.**, המכשיר שייצרה דיירקס אינו בגדר מכשיר חדשני, שהרי הוכח כי המכשיר של דיירקס מבוסס על עקרון פעולה שהיה כבר גלום במכשיר של חברת דורנייר הגרמנית. בנוסף, זמן הפיתוח שהושקע על ידי חברת דיירקס בייצור המכשיר לא עלה באופן משמעותי על זה שהשקיעה חברת ב.מ.ס. בייצורו. אמנם חברת דיירקס הוקמה כבר במהלך שנת 1984 לשם פיתוח המכשיר, אולם שוכנעתי כי הליכי הפיתוח צברו תאוצה רק החל מסוף שנת 1985, אז אושר הסיוע מאת המדען הראשי. ועוד, שלא כמו בעניין א.ש.י.ר, בענייננו אין מדובר בהעתקה מדוייקת או בזהות מוחלטת בין המכשירים, אלא בהעתקה של מאפיינים או רכיבים מסויימים במכשיר של דיירקס.

לבסוף, לא הוכחה במקרה דנן העתקה שהיא בבחינת "מעשה קוף" (slavish imitation) כפי שכונתה ב**פסק דין א.ש.י.ר.** כך, אפילו אם יוגדר המכשיר של ספקטור כהעתקה מושלמת, דבר שכאמור לא הוכח, אין ה"יסוד הנוסף" הדרוש לקיומה של עילת עשיית עושר שלא כדין. מבלי שאכניס עצמי, לעת הזו, לפירושים השונים שנתנו שופטי בית המשפט העליון ב**פסק דין א.ש.י.ר.** לאותו "יסוד נוסף" רק אומר שלא הוכחו במקרה דנן נסיבות של "יסוד נוסף", אשר מצדיקות את מתן הסעד של צו הגבלת עיסוק. כך, אין מקום למנוע חיקוי של חיקוי.

לאור כל האמור אנו דוחים את ערעורה של דיירקס ונעבור לדון בערעור של ספקטור.

## הזכאי ספקטור לתמלוגים ממכירות של דיירקס?

[18] בית הדין האזורי קבע בהקשר זה (פסקה 15 לפסק הדין):

> "**הוכח בפני כי הנתבעת** [דיירקס - ס.א.] **מכרה מכשירים לריסוק אבני כליה ולא נתנה לנתבע** [ספקטור - ס.א.] **מהם תמלוגים, בניגוד להסכם העבודה. בכך הפרה התובעת את הסכם העבודה**".

חרף זאת, מצא בית הדין האזורי לנכון לדחות את תביעת ספקטור בנוגע לתשלום התמלוגים כקבוע בהסכם העבודה. טעמיו לכך היו אלה (פסקה 15 לפסק הדין):

> "**מאחר שהנתבע התחרה בצורה בוטה וברורה בתובעת, הן בתקופת עבודתו אצלה והן מיד לאחר שהתפטר, בנסיבות אלה, אין זה צודק לזכות אותו בתמלוגים**".

בית הדין האזורי שמע את הראיות והתרשם מהן ולא מצאתי טעם המצדיק התערבות במסקנתו, שהתנהגותו של ספקטור מצדיקה דחיית תביעת התמלוגים שלו. נוסיף, כי לפי הראיות אין ספקטור זכאי לדמי הודעה מוקדמת, שכן התפטר ועזב את הארץ כשבוע לאחר מכן.

[19] עיינתי בעמדתו המנומקת היטב של חברי, השופט עמירם רבינוביץ, אשר בסופו של דבר מצטרף תוצאה אליה הגעתי. עם זאת, הריני מבקש להשיב בקצרה לחלק מדבריו.

בנסיבות המקרה גם אדם 'זר' היה מסוגל לקחת את המכשיר מתוצרת החברה הגרמנית ואת המכשיר מתוצרתה של דיירקס ולהכין העתק מהם. זאת, מאחר שמדובר במכשיר נפוץ, המורכב מחלקים סטנדרטים ושלא נרשם בגינו פטנט.

לטעמי, אין לדרוש מעובד שיעמוד בסטנדרט התנהגות שלא נדרש מחברה מסחרית. חברת תרופות רשאית להכין העתק כמעט מדויק מתרופה, בגינה נרשם פטנט וזאת, תוך כדי שינוי מסוים בהליך ייצור התרופה. מקום שניתן לייצר תרופות גנריות אף עובד רשאי להכין העתק דומה של מכשיר שבגינו לא נרשם פטנט.

אשר לפסק דינו של בית המשפט המחוזי - חברי ציין בפסק דינו את הסיבה בגינה אין ליתן לו תוקף. אולם, מעבר לכך יאמר כי פסק דין זה ניתן לאחר שבוצע החיכויי ולא הוכח שספקטור עסק בהעתקת המכשיר גם לאחר מכן. ועוד, הסכם הפשרה

בבית המשפט המחוזי מדבר בסודות וכפי שהוסבר לעיל, לטעמנו, המכשיר של דיירקס לא טומן בחובו סודות.

## סוף דבר

[20] על יסוד כל האמור לעיל באנו לכלל מסקנה, כי אין מקום להתערב בתוצאה אליה הגיע בית הדין האזורי. לדיירקס לא קמה עילה נגד ספקטור המצדיקה מתן צו המגביל את עיסוקו או פסיקת פיצויים לטובתה. כך, אין מקום בנסיבות המקרה לחייב את דיירקס לשלם לספקטור תמלוגים או סכומים אחרים שתבע.

שני הערעורים נדחים. אין צו להוצאות.

## השופט עמירם רבינוביץ

1.קראתי את פסק דינו רב הכמות והאיכות של חברי הנשיא אדלר, וברצוני להעיר מספר הערות לגבי אמירות וקביעות של הנשיא אדלר, בהן איני רואה עיין בעין איתו את הדברים.

2. בית הדין האזורי קבע, כי:

> **" שוכנע שהתוכנה שספקטור השתמש בה לפיתוח המכשיר של ב.מ.ס כמו גם מכשיר ה"רפלקטור " שפיתח היו זהים לאלה שפותחו על ידי דיירקס, וכי רב הדמיון בין שני המכשירים על השונה. עם זאת, קבע בית הדין קמא, כי הידע שהיה ברשותה של דיירקס בכל הנוגע לפיתוח המכשיר אינו בבחינת ידע סודי. זאת, באשר המכשיר נמכר על ידי דיירקס במשך שנתיים עובר להתפטרותו של ספקטור משירותיה והוא היה מצוי בשוק במידה ובאופן המאפשרים לפרקו וללמוד את דרך הרכבתו. "**

ברם, נראה שלא יכולה להיות מחלוקת, שהידע שהיה לספקטור לגבי פיתוח המכשיר חסך לכל גורם שעבד איתו זמן והוצאות רבים בפיתוח המכשיר, והיווה בכך יתרון עסקי בולט על פני מתחרים אחרים ביצור המכשיר.

3.לדיירקס היה אינטרס עסקי לגיטימי לנצור ידע זה לעצמה ולא להפקירו למתחרים בפועל או בכח, ועל ידי כך להקל עליהם את קטיפת הפירות ללא מאמץ רב יחסית. מבחינה זו יש לראות ידע זה כבר הגנה, גם אם אינו עונה במדויק על הגדרת "סוד" לפרטיה ודקדוקיה.

4. גישה דומה אנו מוצאים בפסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת ורגוס (ע"א 1142/92 **ורגוס בע"מ ואח'** נ. **כרמקס בע"מ ואח'** פ"ד נא(3) 421 (להלן – **פס"ד ורגוס**), בו נערכה סקירה מקיפה של הגישות השונות אל "הסוד" "וחביריו" בו נאמרו, בין השאר, דברים אלה **התומכים בגישתנו**:

> **א. "בפסיקה זרה הוכר מידע כסודי גם אם יש בו כדי לשמש "קרש קפיצה" לקראת המידע הסופי או המוצר הסופי.**
>
> > '… **a person who has obtained information in confidence is not allowed to use it as a springboard for activities detrimental to the person who made the confidential communication, and springboard it remains even when all the features have been published or can be ascertained by actual inspection by any member of the public… (Terrapin Ltd. V. Builder's Supply Co. (Hayes) Ltd. [1960] R.P.C 128).'**
>
> **ראה גם מ. ברונובסקי "הגנת דיני סודות מסחר על אינטרסים בתוכנה המופצת בשיווק המוני" *מחקרי משפט* ו, 94 בעמ' 105-103".**
>
> (פס"ד ורגוס, עמ' 432).
>
> **ב. "אין אחידות בהגדרתו של הסוד המסחרי שאינו קל להגדרה, אומר על כך המלומד ג. טדסקי, במאמרו "סודות עסקיים" הפרקליט לה, 5** (להלן- **טדסקי**):
>
> ***'כשמדובר בסודות מסחרים הכוונה היא לרעיונות, ידיעות, מידע וכיוצא באלה, העשויים להבטיח לבעליהם יתרון לעומת מתחריו העסקי ים (בפועל או בכוח) בתעשייה, במסחר ובחיי הכלכלה בכללם. האינטרס הטיפוסי של בעל סודות כאלה הוא אינטרס רכושי מובהק, ליהנות מהיתרון הנדון על ידי הערתו לאחר בתמורה.'***

**את אלמנט היתרון על פני מתחרים הצומח מהסוד ניתן ללמוד גם מהגדרת הסוד המסחרי בסעיף 757 של A.L.I RESTATEMENT OF TORTS, סעיף המתורגם בתרגום חופשי על ידי הנשיא א. וינוגרד בת"א 184/93 זנלכל בע"מ נ' פרי טעים בע"מ ואח' (טרם פורסם), (להלן: פס"ד זנלכל) כדלקמן:**

***'סוד מקצועי כולל כל נוסחה, תכנית, אמצאה או צירוף של מידע אשר אדם עושה בהם שימוש בעסקו והנותנים לו את ההזדמנות להשיג עדיפות על פני מתחריו החסרים אותו סוד. סוד זה יכול להיות נוסחה לתרכובת כימית, תהליך ייצור, סוד הטיפול או השימור של מוצרים, תרשים או תכנית של מכונה או כל אמצאה אחרת או אפילו רשימת לקוחות'.***

**הסוד יכול להיות גלוי או ידוע לעובדים המתעסקים בו ואף על פי כן, <u>להישאר סודי כלפי זרים היכולים להשיגו רק בקשיים מסוימים. סודיות הסוד היא יחסית ואין צורך שיהיה סודי באופן מוחלט</u> (ראה פסק דין זנלכל, ופסק דין עלית הנ"ל)".**(ההדגשה הוספה- ע.ר).

(פס"ד ורגוס, עמ' 439).

5. א. דברים ברוח דומה כותב טדסקי במאמרו הנ"ל בזו הלשון:

**בעובדה שהידיעה הנדונה ידועה גם לאיש או לאנשים אחדים מבין העוסקים באותו העיסוק, מלבד בעל הסוד הנדון (ולמשתפי הפעולה שלו), לא סגי, על פי רוב, כדי לבטל לגמרי את ערכו. <u>המבחן הוא זה: אם על אף הידיעה הקיימת אצלם, יש לסוד ערך כלכלי במתן עדיפות לבעליו לעומת מתחריהם בכללם. או, כפי שהעמידו את השאלה באנגליה: אם יש לשער כי יימצא מישהו המוכן לשלם לבעל הסוד כדי לקבל את גילויו. נמצא כי לעתים קרובות יהיה מושג הסודיות יחסי בלבד, ואכן בהצעתה של מועצת אירופה העדיפו לדבר על 'אי-פומביות' במקום 'סודיות'</u>.**

**העניינים העסקיים שהסודיות הנדונה עשויה לחול עליהם הם שונים ומשונים: לא רק על אמצאה (כשירה או לא כשירה לפטנט) בדבר מכונות או בדבר תהליכי ייצור, אלא גם על "דע כיצד" (KNOW-HOW), שרטוטים טכניים, דגמים, רעיונות חדשים בעניני פרסומות, בידור, אופנה, בישול, בשמים, החלת תהליך מסויים על ענין שלא נהגו להפעילו בו, צירוף חדש של יסודות (אף אם כולם ידועים), רשימת לקוחות,מחקרים בענין שיווק, מפות, סטטיסטיקות ועוד. בסיכום, אפשר לומר כי הסודות עשויים להתייחס לכל יסודות המפעל, גם הפנימיים (כגון ארגון טכני ומינהלי, שיטות עבודה ותהליכיה, וכיוצא באלה) וגם חיצוניים (כגון לקוחות ומוניטין) - ובלבד שיהיו כאלה שמתחרה יוכל לעשות שימוש בהם בפעילותו העסקית המתחרה.**

***<u>לא חשוב אם ניתן לכל אחד להשיג בכוחות עצמו את ההישג הנדון – כאשר הגילוי עשוי לחסוך לו טרחה, זמן והוצאות. חשיבות מסויימת</u>* – אף אם לא מכרעת בימינו – אפשר לייחס לעובדה כי החידוש נודע רק בחוץ לארץ.**

**חסרה הסודיות לגמרי כאשר הרעיון הנדון התגשם כבר בייצורו של מוצר שהוצא לשוק והוא גלוי או ניתן לגילוי על נקלה בבדיקת המוצר לכל המבקש לייצר מוצרים בעקבותיו. בנוהג שבעולם כאשר הסוד והמוצר הם כאלה, כי אז, לפני הכנסת המוצר לשוק יבקש המייצר פטנט כל פעם שאמצאתו כשירה לכך".** (ההדגשות הוספו- ע.ר).

(טדסקי, **<u>שם</u>**, עמ' 26-25).

ב. אני סבור שלמקרה שלנו יפים דברי טדסקי לפיהם הגילוי של מבנה המכשיר על ידי ספקטור חסך טרחה והוצאות למתחרי דיירקס, ואין לראות במכשיר שהוצא לשוק **"וניתן לגילוי <u>על נקלה</u>"**...

הקלות בהרכבת המכשיר במקרה זה על ידי המתחרים, הושגה בשל הידע של ספקטור, שאילולא חשף אותו למתחרי דיירקס, ספק אם היו זוכים להרכבת המכשיר, או מכל מקום ייצור המכשיר היה כרוך בטרחה והוצאות לא מבוטלים.

יוצא איפוא, במקרה כזה האינטרס של דיירקס לשמור את המידע ולו לתקופה מוגבלת מוצדק.

6. בהקשר זה מן הראוי לציין, כי הגדרת "סוד" **בחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט1999- (להלן** – חוק עוולות מסחריות) (שאינו חל על מקרה זה משום שטרם נכנס לתוקפו) היא רחבה וכוללת **"מידע שאינו נחלת הרבים ושאינו ניתן לגלוי כדין <u>ובנקל</u> על ידי אחרים, אשר סודיותו מקנה לבעליו יתרון עסקי על פני מתחריו..." (סעיף 5 לחוק עוולות מסחריות** – ההדגשה הוספה- ע.ר). עינינו הרואות, שאף מהגדרה זו של "סוד" בחוק עוולות מסחריות למדים אנו, שמידת הקושי בגילוי המידע על ידי אחרים והיתרון העסקי בשמירת המידע, – מהווים מרכיבים רלבנטיים בהגדרת ה"סוד". הקושי בפניו עומדים המתחרים של דיירקס בייצור המכשיר לעומת אלה שהידע בידם – קיים בהחלט במקרה שלנו ויש להביאו במכלול השיקולים בהחלטה על הגבלת חופש העיסוק של ספקטור.

7. א. בבחינת צדקת הגבלת חופש העיסוק של ספקטור לא ניתן לדעתי, להתעלם כלל ועיקר מהתחייבויותיו המפורשות של ספקטור כפי שבאו לידי ביטוי בהסכמים השונים, בין השאר, בזו הלשון:

**"ספקטור מתחייב לשמור בסודיות את סודותיה המקצועיים והמסחריים של החברה, את כל הנעשה בחברה, לרבות חברות בת וגופים מסחריים שימצאו עם החברה בקשרים מסחריים ואת כל הידיעות והמידע שיגיעו לידיעתו, תוך כדי ו/או עקב ביצוע התחייבויותיו לחברה, ולא לגלות אותם לאחר/ים ולא לעשות בהם שימוש – הן בתקופת עבודתו עם החברה והן לאחר שיפסיק את קשריו עם החברה".**

ב. בית הדין האזורי קבע, כי ספקטור **"התחרה בצורה בוטה וברורה בתובעת <u>בין בתקופות עבודתו אצלה והן מיד שהתפטר</u>.** (ההדגשה הוספה- ע.ר).

התנהגות זו לוקה בחוסר תום לב מובהק.

ג. בפסק דין ורגוס נקבע בעניין זה כי:

**" מעבר לחובה שלא לחשוף סוד מסחרי, מוטלת על העובד חובת אמון כלפי מעבידו. מכוח חובת האמון מנוע העובד מלחשוף כל מידע קונפידנצאלי שנמסר לו במסגרת עבודתו, אף אם אין המידע בגדר סוד מסחרי."**

(פס"ד ורגוס, עמ' 437).

**ד. ה"איסור על שימוש במידע קונפדינציאלי של המעביד לשעבר CONFIDENTIAL INFORMATION)) לצורך התחרות עמו או העברת המידע לצדדיים שלישיים מוכרת במשפט המקובל ובמשפט הישראלי. (ראה פרידמן, <u>שם</u>, 309 טקסט סמוך להערה 160 והאסמכתאות המצוינות שם, 353(98א)). מקום שבו העובד עושה שימוש בסוד מסחרי של המעביד או במידע קונפידנציאלי אחר, בין בתקופת עבודתו אצל המעביד ובין לאחר שהסתיימו יחסי עובד-מעביד, עשויה לקום למעביד זכות תביעה שעיקרה הפרת חובת האמון האמורה. הגבלה זו על העובד חלה ללא צורך באיסור הסכמי מפורש על תחרות או בסעיף שמירת סודיות.**

**CHITTY ON CONTRAACTS (26th ed.,Vol.2,1994),733) )**

**""עילת תביעה זו של איסור על שימוש במידע קונפידנציאלי, מוכרת ומבוססת במשפט האנגלו אמריקאי, אם כי הדעות חלוקות בשאלה מהו יסודה של עילת התביעה. יש הסבורים כי מקור החבות בתניה מכללא בחוזה ההעסקה; יש הסבורים כי מקורה בדיני הקניין ויש המצביעים לראות בהפרת חובת האמון עיל ת עצמאית (. <u>The Law Of Fiduciaries</u> C.J 326 – 321, SHEPHERD ראה גם ניתוח הדין האנגלי בספרו של פרידמן, <u>שם</u> בעמודים 309 – 308). בספרות המשפטית ניתן גם למצוא אמירות מהן עולה כי עילת התביעה נעוצה באיסור על תחרות בלתי הוגנת...**

**כמו כן, ניתן לשבץ את עילת התביעה של הפרת אמון במסגרת דיני עשית עושר ולא במשפט (פרידמן, 309).**

**<u>מהו מידע קונפידנציאלי</u>?**

**כאמור, חובת האמון בין עובד למעביד אינה משתרעת אך ורק על שמירה על סודות מסחריים של המעביד. האיסור על שימוש במידע קונפידנציאלי של המעביד חל גם על מידע אחר שאינו בגדר סוד מסחרי. כך נפסק בע"א 206/72 <u>מיגן בע"מ נ' אילן פאר</u>, פ"ד כז(1) 577:**

***'העילה השניה מבוססת על העיקרון, שאין אדם רשאי לנצל לטובת עצמו מידע שנמסר לו מתוך יחסי אמון בין המוסר והמקבל. עקרון זה מקורו בדיני היושר, וביחסים שבין מעביד ועובד הוא מבוסס על תנאי מכללא בחוזה עבודה, האוסר על העובד לגלות סודות מסחריים של מעביד ולהפיק תועלת לרעת המעביד מכל סוד מסחרי או מכל ידיעה סודית שהגיעה אליו במהלך עבודתו וכתוצאה ממנה. <u>אולם אותה התחייבות מכללא של העובד, שעליו לקיימה גם אחרי סיום יחסי העבודה, מוגבלת לידיעות סודיות ואיננה חלה על ידיעות שהן נחלת הכלל ועל ידיעות מקצועיות כלליות וניסיון מקצועי שרוכש העובד מתוך עבודתו</u>'.***

**זוהי גם גישת המשפט האמריקאי הקובע כי ההגנה על מידע קונפידנציאלי משתרעת גם על מידע שאיננו בגדר סוד מסחרי (ראה סעיף 396 לריסטייטמנט על שליחות סעיף (Nucor CorporationV. Tennesse Forging Steel B),**

**(Service 476 F 2nd 386 (1973** .

מהו אותו מידע קונפידנציאלי שאינו עולה כדי סוד מסחרי, המוגן גם לאחר סיום יחסי העבודה?

**ככלל, כדי שתקום החובה שלא לעשות שימוש במידע של אחר, על המידע עצמו להיות קונפידנציאלי. לדרישה זו שתי פנים: פן אחד, עניינו נסיבות העברת המידע. הפן השני עניינו, סוג המידע.**

...

**אך בדרך כלל, כאשר נסתיימו יחסי העבודה, רשאי עובד לעשות שימוש בכישורים ובידע האישי שרכש בקשר עם עבודתו כדי להפיק תועלת אישית ולהתחרות במעבידו, ובלבד שלא יעשה שימוש במידע קונפידנציאלי של המעביד העולה כדי הפרת חובת אמון או הפרת החובה לנהוג בתום לב (ראה: Faccenda Chiken Ltd. V. Fowler and others [1998] 1 all ER; Worsley V. Cooper [1939] 1 All ER 290; 617, 623 j, 625 g-j)"**

(פס"ד ורגוס, עמ' 440-439).

8. על פי דברים אלה סבורני שהמידע שמסר ספקטור גם אם אינו בגדר סוד מקצועי, הוא מידע קונפידנציאלי, שמסירתו לאחרים היוותה הפרת אמון מובהקת והתנהגות שלא בתום לב, המצדיקה הגבלת חופש העיסוק של ספקטור לתקופה מוגבלת.

9. א. מעבר לכל אלה סבור אני שלא ניתן להתעלם גם מן ההסכם אליו הגיעו

הצדדים בבית המשפט המחוזי שקיבל תוקף של פסק דין שזו לשונו:

**"בשלב זה מסכימים באי כח הצדדים לקבל הצעת בית המשפט לפיה ינתן פסק דין סופי בתובענה, האוסר על הנתבע למסור לאחרים כל ידע סודי מקצועי המיוחד למבקשות וזה כולל כל תוכניות מפרטים, דגמים של מכשירים שיש בהם ביטוי לידע המיוחד הנ"ל כנ"ל. הנתבע לא יהא רשאי לעסוק בתכנון או בייצור של מכשיר המבוסס על ידע של התובעות וזה כולל גם מתן שירות למכשירים של התובעות. הנתבע ישמור בסוד את כל המידע הסודי שרכש אצל התובעות. הנתבע יהא רשאי לעסוק בתחום של מכשור רפואי ואף מכשיר לריסוק אבני כליות ומרה ובלבד שלגבי מכונה של ריסוק אבי כליות היא לא תהא מבוססת על ידע המיוחד הנ"ל של התובעות".**

ב. הסכם זה שקיבל תוקף של פסק דין, מבטא הוא גמירות דעת בשלה, ולפיכך, יש ליתן לו משמעות במסגרת השיקולים להגבלות חופש העיסוק של ספקטור.

אינני מתעלם מכך שבעקבות העברת הדיון לבית דין זה, פסק הדין של בית המשפט המחוזי שאישר הסכם זה למעשה בוטל, אך, אי אפשר להתעלם מכך כי ההסכם שאושר וקיבל תוקף של פסק דין ביטא את אומד דעתם של הצדדים, ושלולא העברת הדיון לבית דין זה, היה סוף פסוק להתדיינות בין ספקטור לדיירקס. לנתון זה יש ליתן משקל בבואנו לבחון את מידתיות ההגבלה, שהרי בסופו של דבר הייתה כאן הסכמה מפורשת להגבלה, שאין עוררין לגביה.

10. לא למותר להביא במקרה זה, את עמדתו של המשפט העברי, כפי שהועברה אלי בזמנו על ידי פרויקט שמ"ע של אוניברסיטת בר אילן בזו הלשון:

**"א. מעיון במקורות המשפט העברי עולה שהשקפתו על סוגיית הגבלת חופש העיסוק שונה באופן מהותי מהשקפת המשפט האנגלי והישראלי בנידון. מאחורי האיסור על הגבלת חופש העיסוק עומד הרעיון שהגבלת תחרות היא לרעת הציבור. במשפט העברי היתה דאגה בכיוון הפוך – הגנה על המסחר היהודי כנגד הרוב העויין, ולכן הוטלו מיגבלות על תחרות על מנת שלא תהפוך לתחרות פרועה. הכלל במשפט העברי היה שיש תוקף להסכם להגבלת חפש העיסוק, כלל שהוחל במערכת היחסים של עובד ומעביד. מי שנשבע שלא יתחרה עם מעבידו לא יכול היה להפר את הבטחתו, והנימוק לכך היה, שאחרת אנשים יהססו מללמד את זולתם מקצוע. המשפט העברי נתן תוקף להסכם המגביל את חופש העיסוק כאשר הסכם זה לווה בשבועה.**

**ב. <u>בבית לחם יהודה על השולחן ערוך, יורה דיעה, סימן רי"ח</u> הובא המקרה הבא: ראובן רצה ללמד את שמעון מקצוע וחשש שמא לאחר שילמדו, יעסוק בכך שמעון באופן עצמאי, ולכן השביעו שלא יעסוק באומנות זו עם שום אדם זולת ראובן. נקבע שהשבועה תקיפה וע"פ כוונתה היא חלה הן במקרה ששמעון רוצה להתעסק בשותפות עם אדם אחר והן כשהוא רוצה להתעסק בכך באופן עצמאי.**

**ממקרה זה ניתן להסיק בבירור על תוקפה של הגבלת חופש העיסוק כאשר ההתחייבות לכך נעשית בשבועה.**

**ג. <u>מקרה דומה נידון בשו"ת אגרות משה (הר משה פיינשטיין, ארה"ב, המאה ה20-) אבן העזר, חלק ב', סימן צח</u>. שם דובר בשוחט שהתקבל לאגודת השוחטים בעיר, כשקבלתו מלווה בחתימת ידו שלא יצא נגד חבריו באגודה, ולא יתחרה בהם או יעסוק בשחיטה בעיר שלא בבית המטבחיים של האגודה. לימים בעקבות סכסוך עבר לעיירה קטנה**

**סמוכה והחל להתעסק שם בשחיטה. האגודה תבעה ממנו לחדול מכך, שכן אמנם אין הוא עושה זאת בעיר עצמה, אך בשר השחיטה מאותה עיירה מופץ בעיר, ועל ידי כך נמצאת פרנסתם של שוחטי האגודה מקופחת.**

**המשיב נותן תוקף מלא להתחייבותו (אשר מהנסיבות שם הוא מסיק שלוותה בשבועה), ולהגבלת חופש העיסוק שלו, ודוחה את כל טענות השוחט כנגד תוקפה. מתשובה זו עולה שוב שיש תוקף להגבלת חופש העיסוק של אדם גם לאחר סיום עבודתו.**

**ד. <u>בשו"ת מנחת יצחק, חלק ב', סימן צד (2)</u> (הרב יצחק וייס, ישראל, המאה ה20-) דובר באדם שעבד בחנותו של פלוני אשר רכש את הסחורה לחנותו מאדם שלישי. במסגרת עבודתו זו השתמש בקשרים שיצר במקום עבודתו הקודם והעביר את הלקוחות למקום החדש. המעביד הראשון ביקש למנוע את העסקתו של העובד אצל מעבידו החדש. בתשובה ניכרת אמנם מגמה לאפשר תחרות חפשית, אולם לא בנסיבות כאלו בהם עובד מועל במעבידו. המשיב מתבטא בחריפות על התנהגות זו:**

**'*אשר אוכל לחמו, ואשר שם מבטחו בו, ויודע כל מסתוריו, יגדל עליו עקב... דהוי כאילו נוטל את נפשו כיוון דפסיק לחיותא...*'**

**בנסיבות אלו מתקבלת תביעתו של המעביד הראשון, אם כי יש לסייג את המניעה מלהעסיק את העובד לפרק זמן מוגדר בלבד. (יצויין שבמקרה זה כוון "צו מניעה" כנגד המעביד החדש, ולא כנגד העובד עצמו, שכן דובר באדם שאינו "צייתי דינא" – והיה חשש שלא יציית לפסק הדין של בית הדין המשיב, ולזה לא היה כוח כפיה נגדו).**

**ה. <u>בשו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן רנא</u> מודגש שהתחייבות שלא למכור אין לה תוקף כשנעשתה בעל פה בלבד. התחייבות להימנע מתחרות תהיה בת תוקף רק כשנעשתה בדרך של שבועה. וראה גם <u>בשו"ת הרדב"ז חלק א' סימן ק"ד (3)</u> אשר מבהיר שהתחייבות של פלוני שלא יעשה דבר מסויים ללא הסכמת אדם אחר יש לה תוקף כשלוותה בשבועה. <u>ובשו"ת מהרשד"ם, יורה דעה, סימן קט"ן</u> קובע שמי שנשבע לתועלת חבירו אינו יכול להתיר את שבועתו ללא הסכמת חבירו.**

**ו. הגבלת חופש העיסוק במשפט העברי לא הותרה רק בנסיבות של עובד ומעביד.**

**<u>בשו"ת מהרשד"ם חושן משפט סימן רנ"ט (4)</u> אסר המשיב על הקמת מפעל שיתחרה במפעל אחר הקיים באותו מקום, אשר יש לו חזקה ליצור בגדים במשך כחמישים שנה. הגבלה זו לא מעוגנת בהסכם כלשהו ואעפ"כ הוטלה על ידי המשיב, כדי לשמור על פרנסת היהודים באותו מקום. המשיב ראה בהקמת מפעל כזה משום פגיעה בחזקתו של הראשון והסגת גבולו.**

**<u>בדרך דומה נפסק גם בשו"ת חתם סופר, חלק ה', סימן ק"ד (5)</u> אשר אסר על יהודי להתחרות בעסקי חבירו על ידי רכישת עסק הנמצא בחזקת חבירו מידי הגוי.**

**וראה גם <u>בשו"ת מהרשד"ם, חלק ב', תשובה רנ"ג</u> בו התקבלה הקביעה העקרונית, ואולם נפסק שבנסיבות אותו מקרה לא היתה חזקה, ולכן אין להגביל את חופש העיסוק של השני.**

**ז. מגיעת תחרות חופשית מוצאת את בטויה כבר בדברי ר' יהודה <u>במשנה, בבא מציעה, ד', יב'</u>:**

**'*ר' יהודה אומר לא יחלק החנוני קליות ואגוזין לתינוקות מפני שהוא מרגילן לבוא אצלו וחכמים מתירים. ולא יפחות את השער, וחכמים אומרים: זכור לטוב.*'**

**במחלוקת זו בין חכמים לר' יהודה פסק <u>השולחן ערוך, חושן משפט, סימן רכ"ח, סעיף י"ח</u> כדעת חכמים המתירים הורדת מחירים ופרסום כדי למשוך לקוחות, ואולם פסיקה זו אינה מאפשרת תחרות פרועה. ראה לדוגמא <u>בשו"ת חתם סופר, חלק ה', סימן מ"ד</u> אשר ממליץ לסוחרים להגיע להסכם ביניהם ולא לנהל תחרות פרועה אשר תביא למצב בו:**

**'*ירבו המחלוקות ותמעט המחיה והקלקלה מעותדת. וראוי לתקן שלא יעשה אדם כדגי הים שכל אחד בולע חבירו, ואם אי אפשר ע"י בית דין שלא ישראל יסתייעו מתקנת המדינה ע"פ המלכות.*'**

**וראה גם: <u>שם בסימן ע"ט</u>.**

**<u>בפד"ר א', רע"ו (6)</u> נעשתה ההבחנה הבאה:**

**'*אין אדם יכול למנוע מחבירו שהוא מתושבי המקום, לפתוח על יד חנות שלו, חנות מאותו הסוג, אולם אם השני מזיל המחיר הקבוע ונגרם מזה היזק לראשון, יש בו משום האיסור של יורד לתוך אומנתו של חבירו*'.**

**וראה גם <u>בפד"ר ח', פ"ב (7)</u> המבחין בדרך דומה בין קיפוח טוטאלי של פרנסת הראשון לבין הפחתתה.**

**יצויין שאיסור זה לרדת לאומנות חבירו מעוגן בחובותיו המוסריים של האדם ואיננו איסור עם כפיה משפטית. ראה: <u>שו"ת חות יאיר, סימן מ"ב; שו"ת רב פעלים, חלק ג', חושן משפט, סימן ו'; שדי חמד, כרך ג', מערכת יו"ד, כלל מ"ה; שו"ת מהרש"ם, חלק א', סימן קנ"א</u> ועוד.**

**ואולם ראה <u>בשו"ת אבני שיש, חלק א', סימן ס"ז</u> אשר קובע שבמקרה שלאחד יש זכות מהרשות לעסק או משרה מסויימים, ובא חבירו ורוצה לזכות באותו העסק, יש בזה איסור ממש, ויתכן שהשני ייחשב לגזלן, ויוכל הראשון לתבוע ממנו את הרווחים שהפיק מהעסק.**

**במקרה זה השני דחק לגמרי את רגליו של הראשון ונראה שזו הסיבה להבדל בין מסקנת המשיב כאן למסקנת קודמיו.**

**ח. <u>לסיכום</u>**

**1. קיימת אפשרות להגבלת חפש העיסוק של עובד גם לאחר סיום עבודתו, ובלבד שהעובד קיבל התחייבות זו בשבועה.**

**2. במקורות מוצאים אנו מקרים בהם הוגבל חופש העיסוק של אדם על מנת למנוע תחרות פרועה ובלתי הוגנת, אשר תקפח את פרנסתו של אדם אחר".**

10. לסיכום ערעורו של דיירקס סבורני, שהיה מקום בנסיבות העניין כפי שפורטו לעיל להגביל את ספקטור בייצור המכשיר בין במישרין ובין בעקיפין בין בעצמו ובין על ידי אחרים, למשך שנה אחת מיום סיום עבודתו בדיירקס. בנסיבות הקיימות, בשל חלוף הזמן, סעד זה הוא תיאורטי, אך מן הראוי שהדברים יאמרו ויכתבו.

11. א. ספקטור ערער על כך שלא שולמו לו תמלוגים ממכירות של דיירקס.

תמלוגים אלה נשללו ממנו הן על ידי בית הדין האזורי והן על ידי חברי, הנשיא אדלר, בפסק דינו, וזאת משום שספקטור הפר את ההסכם עם דיירקס ואף התחרה בדיירקס בצורה בוטה.

ב. לכאורה, זכאי ספקטור לתגמולים עד למועד בו הפר את ההסכם. היה קיים בסיס לשלילת התגמולים מספקטור, אילו נקבע שספקטור גרם לדיירקס נזקים בסכום שאינו נופל מסכום התגמולים להם הוא זכאי. ברם, במקרה הנוכחי לא נפסק, שספקטור גרם לדיירקס נזק ממוני המחייב אותו לפצות את דיירקס פיצוי כספי, ולכן לא ניתן לקזז נזק שאינו קיים כנגד התגמולים שהגיעו לו.

ג. יתר על כן, לדידו של בית הדין האזורי וגם לדידו של חברי הנשיא, גם אם הייתה הפרה של ספקטור את ההסכמים, היא הייתה "לגיטימית", משום שמלכתחילה הגבלת חופש העיסוק בהסכמים במקרה זה לא הייתה לדעת חברי הנשיא ראויה. במקרה כזה, לכאורה, זכאי ספקטור לתגמולים שתבע, בהעדר הפרה של ההסכמים.

ד. מאידך, סובר אני, שאם הייתה הפרה בוטה של ההגבלה החוזית על ידי ספקטור, מהפרה זו אין ספקטור יכול לצאת פטור בלא כלום. ברם, בהעדר ראיה לנזקים שגרם ספקטור לדיירקס, הדרך לשלילת התגמולים מספקטור אינה פשוטה מבחינה משפטית.

ה. נראה כי ניתן להגיע לפיתרון צודק במקרה זה על ידי שנחיל על ספקטור בפרפרזה את הפתגם התנכ"י "ההפרת ("הרצחת") וגם ירשת" (מלכים א' כ"ט י"ט). קבלת התגמולים במקרה זה מותנית מכללא בקיום הוראות החוזה. ספקטור לא קיים את חלקו בחוזה בתום לב, להפך, הוא נהג בקיום החוזה תוך הפרה בוטה של התחייבויותיו לגבי ייצור המכשיר.

ניתן להגיע לתוצאה זו גם על פי **סעיף 13** ל**חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה)**, **התשל"א- 1970** הקובע כי: "**גרמה הפרת החוזה נזק שאינו נזק- ממון, רשאי בית המשפט לפסוק פיצויים בעד נזק זה בשיעור שייראה לו בנסיבות העניין**".

במקרה הנוכחי אין ספק, שנגרם לדיירקס נזק שאינו נזק ממון. ההפרה הבוטה של החוזה על ידי ספקטור, פגעה בדיירקס באופן המצדיק חיובו של ספקטור בפיצוי בגין נזק שאינו נזק ממוני בסכום שאינו נופל מסכום התגמולים שחייבת דיירקס לספקטור.

13. **<u>סיכומם של דברים</u>**:

א. לדידי, היה מקום להגביל את ספקטור מלעסוק ביצור המכשיר לשנה אחת מיום בו עזב ספקטור את עבודתו בדיירקס. מאחר וזמן זה חלף זה מכבר, הופך סעד זה לתיאורטי, אך, כאמור חשוב שדברים אלה יכתבו.

ב. אין ספקטור זכאי לתגמולים.

ג. בסופו של דבר, אני מסכים בדיעבד לתוצאה אליה הגיעה חברי, הנשיא אדלר, בנימוקים אחרים ובדרך שונה. אך, סובר אני, כאמור, בניגוד לחברי הנשיא, שהיה מקום במקרה זה להגביל את חופש העיסוק של ספקטור למשך שנה אחת ממועד סיום עבודתו בדיירקס. אך, רק בשל חלוף הזמן, סעד זה אינו בר מימוש כיום.

<u>סגנית הנשיא אלישבע ברק-אוסוסקין</u>

אני מצטרפת לפסק דינו של הנשיא ולתוצאה אליה הגיעו שני חבריי.

<u>נציגת עובדים גב' נירה שמאי</u>

הריני מצטרפת לפסק דינו של הנשיא.

<u>נציג מעבידים מר חיים קמיניץ</u>

הריני מצטרף לפסק דינו של הנשיא ולסיכום הדברים של השופט עמירם רבינוביץ.

**<u>סוף דבר</u>** – הוחלט כאמור בסעיף 20 לפסק דינו של הנשיא אדלר.

שני הערעורים נדחים.

אין צו להוצאות.

**ניתן היום י"ב בניסן, תשס"ה (21 באפריל 2005) בהעדר הצדדים.**