

# הדילמה הניהולית בעת אימוץ הזכות החוקתית

## ל"חופש העיסוק"

### יצחק לובוצקי\*

1. הצגת הנושא
2. הגבלת חופש העיסוק בתקופת העבודה
3. מודל איזון חופש העיסוק בתקופת יחסי העבודה
4. הגבלת חופש העיסוק בתקופה שלאחר תום יחסי העבודה
5. הגבלת חופש העיסוק למניעת גילוי סודות מסחריים
6. התאמת "מודל האיזון" למצב שלאחר סיום יחסי העבודה
7. סיכום ומסקנות

### 1. הצגת הנושא

חופש העיסוק, הינו בין זכויות היסוד הראשונות שהוכרו על ידי בתי המשפט במדינת ישראל<sup>1</sup>. זכות יסוד זו נובעת מזכותו הטבעית של כל אדם למקורות מחיה, אף אם זכות זו אינה בנמצא בחוק החרות. עם חקיקתו של "חוק יסוד חופש העיסוק", שונה מעמדו הנורמטיבי של חופש העיסוק בישראל, והוא הפך ל"זכות על חוקית"<sup>2</sup>. השאיפה לחזק

\* ד"ר יצחק לובוצקי הוא שופט בית הדין האזורי לעבודה בתל-אביב ומורה (מן החוץ) בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת בר-אילן, ובבית-הספר לניהול של אוניברסיטת בן-גוריון. מאמר זה מבוסס בחלקו על פרק מתוך עבודת דוקטורט שכתב, בנושא הגבלת כוחו של המעביד לנהל על פי דיני העבודה בישראל, בהנחייתו של פרופ' דוד א' פרנקל. עבודת המחקר אושרה ע"י סינט אוניברסיטת בן גוריון בשנת 2004. תודת המחבר והוקרתו נתונה למורה והחוקר פרופ' דוד א. פרנקל, ראש תחום המשפט במחלקה למנהל עסקים של אוניברסיטת בן גוריון, על סיועו במהלך כתיבת עבודת הדוקטורט ועל הערותיו הנבונות. תודה והערכה גם לד"ר הדרה בר-מור, סגנית הדיקן בית-הספר למשפטים של המכללה האקדמית נתניה, על עצותיה המועילות. תודות גם לחברי המערכת של "מאזני משפט" ובייחוד לסגן העורך ד"ר ישראל צ' גילת. ואחרון מכובד, שלמי תודה לד"ר אריה שסקין, על הערותיו החשובות, שסייעו רבות בחציית הגבול שבין משפט לכלכלה.

1 בג"ץ 1/94 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב(1), 80.

2 ע"ע 164/99, בש"א 27/99 דן פרומר נ' רדגארד בע"מ, סעיף 14 לפס"ד מיום 4.6.99, פד"ע לד' 294, מפ"י הנשיא אדלר.

את מעמדו של חופש העיסוק נובעת מהגישה העקרונית, הרווחת בעת האחרונה בפסיקת בתי הדין לעבודה, ולפיה "זכותו של האדם לעבוד ולהשתכר בכבוד"<sup>3</sup>. בעקבות עליית ערכה של הזכות לעבוד, הולכת ומצטמצמת זכותו של המנהל להגביל את חופש העיסוק של עובדיו. השופט מישאל חשין מבית המשפט העליון היטיב לבטא את חשיבות הזכות לעבוד, בקבעו לאמור:

"עונש הוא שהשית הקב"ה על האדם באומרו לו 'בזיעת אפך תאכל לחם' (בראשית ג', יט'); ואולם כולנו ידענו כי בימינו, כך היה גם בימים שקדמו לימינו – העבודה סם חיים היא לאדם. אדם שעבודתו ניטלה ממנו – זכות ניטלה ממנו, מקצת כבודו ניטל ממנו"<sup>4</sup>.

ההגנה על חופש העיסוק במערכת המשפט בישראל מעוגנת ב"חוק החרות", הנמנה עם חוקי היסוד של המדינה. משום המעמד החוקתי שהוענק להגנה על חופש העיסוק, אין בכוחו של חוק רגיל, כדי לשנות מן הזכויות הנובעות מהגנה זו או לפגוע בהן<sup>5</sup>. ההגנה על חופש העיסוק באה אפוא, לעגן את הזכות לעבוד כזכות חברתית וכן לעודד תחרות: "טובת הציבור מחייבת עידוד התחרות"<sup>6</sup>. הגנה זו עולה בקנה אחד עם תכליתו של משפט העבודה, "להגן על הצד החלש"<sup>7</sup>. לפיכך, לעיתים קרובות יבטל בית הדין לעבודה הסכם המגביל את חופש העיסוק של העובד.

מנהל מפעל המבקש להגביל את חופש העיסוק של עובדיו, בעת עבודתם אצלו ולאחריה, יתקל בקושי משפטי חוקתי. זאת גם אם מטרתה של ההגבלה נראות בעיניו כמטרות לגיטימיות, כמו: מניעת תחרות בלתי הוגנת, מניעת דליפת סודות מסחריים, או שמירה על זמנו ומרצו של העובד לטובת מעבידו העיקרי. ההתנגשות בין שאיפותיו ורצונותיו של המנהל לשמור על עסקו וקניינו, לבין זכותו של העובד לשמירת חופש עיסוקו, היא התנגשות בלתי נמנעת<sup>8</sup>.

הדילמה הניהולית הנובעת מאותה ההתנגשות, היא כיצד צריך המנהל להתנהג, על מנת להשיג תוצאה המטיבה עם המפעל ואינה פוגעת יתר על המידה בזכותו היסודית של העובד. התשובה לכך תושג באמצעות כלים מאזנים. חופש העיסוק, ככל זכות יסוד, הינו זכות יחסית שיש לאזנה כנגד עקרונות שונים, זכויות יסוד, חופשים אחרים ואינטרסים נוגדים. האיזון הדרוש הוא גם בתוככי חופש העיסוק עצמו, גם בין זכויות היסוד השונות, וגם בין זכות יסוד לעקרונות חיצוניים.

3 ע"ע 359/99 לאה לויין נ' רשות השידור, עמ' 11 לפס"ד מיום 28.2.01.  
 4 דנג"ץ 4191/97, 4773/97 רקנט ואח' נ' ביה"ד הארצי לעבודה ואח', עמ' 40 לפס"ד מיום 10.12.00.  
 5 ע"א 4463/94, רע"ב 4409/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136.  
 6 ע"ע 1055/01 אירוקה בע"מ נ' אנתוני קורי ואח', סעיף 10 לפס"ד מיום 6.3.01.  
 7 דב"ע נז/ 54-3 מישל לנקרי נ' א.ג.ש. בע"מ, סעיף 6 לפס"ד מיום 29.11.00.  
 8 Lurie Y. & Frenkel D.A., "Mobility and Loyalty in Labour relations; an Israeli Case" *Business Ethics: A European Review*, Volume 11, No. 3 (2002), p. 295

התהליך של מציאת הדרך המתאימה להפעלת הזכות ולהגנה עליה בכל מקרה ספציפי, הוא תהליך של איזונים בין מרכיבים שונים הנעשה כל פעם מחדש. במאמר זה אנסה למצוא את "נקודת האיזון החיובית" שבין מימוש הכוח הניהולי לבין שמירת זכותו של העובד ל"חופש עיסוק". כדי להצליח בכך עלי לדון ברבדים השונים הגלומים במושג של "חופש העיסוק", עד שאגיע לאיזון הסופי. לשם כך, אדון בנפרד בהגבלת חופש העיסוק בתקופת העבודה, ובהגבלת חופש העיסוק בתקופה שלאחר סיום העבודה. בכל אחד מהקטגוריות הללו אדרש לשני מושגים בסיסיים. האחד, "היקף הזכות", והשני, "מידת ההגנה הניתנת לזכות". בעזרת אותם המושגים אנסה להגיע למודל יציב וידוע מראש, שבעזרתו יוכל המנהל לנבא – ולו בצורה גסה ובלתי מדויקת – מהי דמותו של הסכם עבודה, השומר על האינטרסים של שני בעלי ההסכם, המעביד והעובד. אם אצליח בכך, מירב הסיכויים כי הסכם כזה יהיה בר-קיימא.

## 2. הגבלת חופש העיסוק בתקופת העבודה

הגישה המסורתית גורסת, כי בתקופת העבודה רשאי מעביד לדרוש מעובדו שלא לעבוד במקום עבודה נוסף; ואם מדובר בתנאי מתנאי הסכם העבודה, יעשה בית הדין לאכיפתו.<sup>9</sup>

גישה זו היא פשטנית מדי, ואינה נותנת מענה מלא לשאיפת האיזון שבין כוח המעביד לנהל לבין זכותו היסודית של העובד למימוש שאיפתו לקידום והתפתחות תעסוקתית. המצב שבו אתה מקנה למעביד בלעדיות על כוח עבודתו של העובד, הוא מצב שאינו מאוזן.

חופש העיסוק הוא חלק מזכות חברתית וכזוה מחייב חופש העיסוק הגנה על זכותו של אדם לממש את כישוריו באמצעות החופש לעבוד "בעבודה נוספת" גם אם מעבידו העיקרי מתנגד לכך, ובלבד שאותה "עבודה נוספת" אינה פוגעת באינטרסים הלגיטימיים של המעביד העיקרי: היא אינה מתחרה בו ואינה מעמידה את העובד במצב של "ניגוד עניינים" עם עבודתו העיקרית.

נקודת המוצא שבחיפוש אחר "מודל איזון חופש העיסוק בתקופת יחסי העבודה" צריכה להיות, ש"ערך העבודה" הוא ערך חשוב יותר מ"הסכם העבודה". ערך זה עניינו גם בשאיפת העובד להשיג קידום מקצועי באמצעות העבודה הנוספת. משק המבקש לשגשג בעידן המידע והטכנולוגיה, חייב ליתן התייחסות ממשית לעובד

9 דב"ע נו/ 3-182, נו/ 9213, נו/ 9227 המרכז הרפואי שערי צדק ואח' נ' ד"ר אורלי פרט, סעיף 23 לפסק דין מיום 24.10.96, תק"אר 96(3) 414, שם הוכרה לגיטימיות ההסכם ואכיפתו, אף אם תחילה לא עמד המעביד על אכיפתו.

באמצעות "אפשרויות להתפתח והזדמנויות ראויות והוגנות לקידום"<sup>10</sup>. לעיתים, הנסיבות האובייקטיביות השוררות במקום העבודה וכן כשלים ניהוליים מונעים את קידומו של העובד במקום עבודתו. חסימת קידומו עלולה להביאו לידי תסכול, ותסכול גורם אובדן מוטיבציה ושחיקה בתרומתו המקצועית המיטבית בעבודתו<sup>11</sup>. לפיכך, האינטרס למציאת "נקודה מאוזנת" ששני הצדדים, המנהל והעובד יוכלו לחיות אתה בשלום, אינו רק אינטרס של העובד הוא גם אינטרס של המעביד המעוניין לשמר את קניינו במפעל במיטבו. המסקנה היא שהגזירה שלא להתיר למעביד בלעדיות על כוח עבודתו של העובד, בסופו של יום, פועלת גם לטובת שמירת קניינו של המעביד. היא גם מתאימה לסביבה, שבה זכויות אדם הפכו לזכויות חוקתיות, שמצאו את דרכן למרקם הרגיש של יחסי עובד ומעביד.

שלילת זכותו של העובד לעבוד ב"עבודה נוספת", שאין בה משום תחרות או משום פגיעה באינטרסים לגיטימיים אחרים של מעבידו, נוגדת את שאיפתה של החברה לבצר את "ערך העבודה" ולפתחו. אין נוטלים את חירותו של אדם במעצר או בהסגרה "או בכל דרך אחרת", נאמר בסעיף 5 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. שלילת זכותו של אדם לעסוק בעבודה אחרת בשעותיו הפנויות מעבודתו אצל מעבידו העיקרי, יש בה, לדעתי, משום הגבלת חירותו של אדם. פגיעה בחופש עיסוקו של אדם תיתכן על פי סעיף 4 לחוק יסוד חופש העיסוק, רק "בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה...". פגיעה זו אפשרית אם היא מעוגנת בהסכם שהצדדים הגיעו אליו מתוך בחירה חופשית, הסכם שאין בו משום ניצול חולשתו של העובד. הסכם המפצה את העובד על שלילת זכותו החברתית לעשות בשעות הפנאי שלו כרצונו ולפי נטיית ליבו. ההסכם יכול אפוא להוות רכיב ב"מודל האיזון", אולם בתנאי שאין מדובר בהסכם שתנאותיו קשות מדי כלפי הצד שנכנס אליו, שעה ש "כוח המיקוח" שלו היה חלש – קרי – העובד או מבקש העבודה.

אמת: במשפט העברי הקדום נקבע כי: "אין הפועל רשאי לעשות מלאכתו בלילה ולהשכיר את עצמו ביום... עבודה נוספת מחלישה את כוח עבודתו של הפועל"<sup>12</sup>. הרב ד"ר ר' ערוסי, הסביר זאת לאמור:

"חובת העובד להיות נאמן למעבידו מחייבת אותו גם באשר להתנהגות שלא בשעות העבודה. לא יעלה על הדעת שיעבוד העובד אצל שני מעבידים, אצל

10 ע"ע 292/99 עמיחי ואח' נ' חברת יוסי גולדהימר (סופר פארם) בע"מ ואח', סע' 18 ד'–ה' לפסק דין מיום 17.7.00, פד"ע לה' 204; עס"ק 400024/98 ההסתדרות העובדים החדשה – האיגוד הארצי לקציני הים נ' צים בע"מ, סעיף 20 לפסק דין מיום 28.6.00, פד"ע לו' 97, שם פתח ביה"ד הארצי לעבודה את האפשרות ליורדי ים בחברת השייט "צים" להתחרות על משרות שיועדו מלכתחילה ל"אנשי היבשה" אצל אותו מעביד.

11 א' מלאך-פינס, שחיקה נפשית – מהותה ודרכי התמודדות עמה (צ'ריקובר, 1986), 63, 71.

12 ש' ורהפטיג, דיני העבודה במשפט העברי (מורשת המשפט בישראל, 1969), 330.

האחד ביום ואצל האחר בלילה, בלי לנוח די הצורך, שאם יעשה כן, ייחלש, ויגיע לעבודה כשהוא תשוש"<sup>13</sup>.

מדובר בפלישה של המשפט למסגרת חייו של העובד מחוץ לשעות עבודתו. זו תפישה המעמידה את קניינו של המעביד במרכז. עד כדי כך שההלכה היהודית מחייבת את העובד לאכול כראוי, כדי שיהיה לו כוח לעבוד, אחרת הדבר ייחשב "גזל מלאכתו של בעל הבית"<sup>14</sup>. אך כיום בעידן הטכנולוגי, אין הכרח שעבודה נוספת תחליש את כוח עבודתו של העובד. לעיתים, עבודה נוספת דווקא משפרת את מיומנותו ומרחיבה את דעתו ואת הידע המקצועי שלו. לפיכך, לדעתי, אין לאמץ את הוראות המשפט העברי בעניין זה, אלא לצמצם את תקפותן ואת אכיפתן של תניות חוזיות המגבילות את חופש העיסוק בתקופת העבודה. לתפיסתי, אין המעביד במקום העבודה רשאי להגביל את חירותו של העובד ולתמרן את כוח עבודתו, מחוץ לשעות עבודתו באותו מקום, שכן המעביד אינו רשאי כלל להכתיב לעובד מה יעשה בשעות הפנאי שלו. הוא רשאי לדרוש מהעובד דיווח על עיסוקו הנוסף, כדי שיוכל לבחון אם יש בעיסוק זה כדי להתחרות בו או לפגוע באינטרסים לגיטימיים שלו; דברים שיכולים להביא לידי תיחום גידור והגבלת חופש העיסוק של העובד, בעת עבודתו אצל אותו מעביד. פתרון לתיחום והגבלת חופש העיסוק, תוך איזון השומר על קניינו של המעביד, יכול שיעשה על ידי בית המשפט. כך הדבר בבריטניה. שם כשמדברים על הגבלת חופש העיסוק, מדברים על איזון בין ההגנה על עסקו של המעביד לעומת טובתו של העובד. בית המשפט האנגלי רשאי להשתמש בפרוצדורה של "העפרון הכחול".

משמעות המושג הוא שבית המשפט יכול למחוק חלק ממגבלות שהטיל המעביד על העובד. הוא יעשה כן, בדרך כלל, כשמדובר בתניות המגבילות את חופש העיסוק, לאחר סיום יחסי העבודה אצל אותו מעביד<sup>15</sup>. אולם, השיטה של התערבות באמצעות "עפרון כחול" ניתנת ליישום בארץ גם כאשר מדובר בתיחום הגבלות על חופש העיסוק, שהוטלו על עובד במהלך תקופת עבודתו. השאלה היא שאלה של משקלות ומידות להפעלת האופציה של מחיקת תניות שהוסכמו מראש בין הצדדים ליחסי העבודה. לשם כך צריך לקבוע מודל מאזן, ועם קיומו ניתן לאכוף על עובדים ומעבידים שקיפות ומסירת מידע מוקדם לצד שכנגד, על הגבלת חופש העיסוק. מדובר בשקיפות שניתנת להשגה באמצעות נורמות שיקבעו בפסיקה או בחקיקה. לדוגמה, תיקון החוק המחייב מסירת פרטים לעובד המצטרף למקום עבודה<sup>16</sup>.

החוק בצורתו הנוכחית אינו מדבר על חובת גילוי מצד המעביד ומסירת פרטים על

13 ר' ערוסי, "מוסר העבודה", "פרשת השבוע", פרסום משרד המשפטים לפרשת ויצא, תשס"ב, גיליון מס' 52.

14 ר' ערוסי, שם.

Nairns, J., *Employment Law for Business Students*, Financial Times Management, London 15 (1999), p. 107.

16 חוק הודעה לעובד (תנאי עבודה) התשס"ב-2002.

שאיפותיו הלגיטימיות של המעביד להגביל את חופש עיסוקו של העובד לשם מניעת פגיעה בקניינו של המעביד. תיקון החוק, בדרך של הטלת חובת מסירת פרטים בקשר לכך, הן על המעביד והן על העובד, תקטין מראש את חוסר הודאות של שני הצדדים בכל הקשור לאפשרויות התעסוקה של העובד מחוץ למקום עבודתו העיקרי. זו דרך אפשרית ליצירת "שקיפות" מלכתחילה ולא רק בדיעבד. זו דרך, הטעונה שינוי חקיקתי. ואולם, ניתן להגיע לתוצאה דומה באמצעות הוראות שבפסיקת בתי הדין לעבודה. הכוונה להפעלת עקרון תום הלב המוגבר שבין עובד למעביד וחובת הנאמנות המשתרעת על תקופת יחסי העבודה וגם כל תקופה לפניה ואחריה, בעניינים שיש להם זיקה לחוזה העבודה הצפוי או זה שהסתיים. מדובר ב"גילוי נאות", שחל על שני הצדדים והוא אכן יסוד לכל קביעת "מודל איזון" בסוגיית שמירת חופש העיסוק. יש לזכור, כי לחופש העיסוק יש שני פנים. האחד זה של העובד, והשני זה של המעביד. גם המעביד זכאי לשמר את קניינו, המהווה את עיסוקו והגשמתו האישית שלו.

### 3. מודל איזון חופש העיסוק בתקופת יחסי העבודה

מדובר ביצירת מודל שיסייע למנהל ולעובד גם יחד, לדעת מהם גבולות המותר והאסור בהתייחס לזכות לחופש עיסוק, הקנויה לשני הצדדים. הבסיס למודל כזה הוא "שקיפות" ו"חובת הגילוי הנאות". עובד שמבקש לעסוק בעבודה נוספת בד בבד עם עבודתו אצל מעבידו העיקרי, חייב לגלות למעביד את כוונתו, גם כשזו מתייחסת לשעות שאינן שעות העבודה הרגילות אצל מעבידו העיקרי. הרעיון הוא שיש ליתן למנהל כלי בסיסי לבדוק מה מידת הפגיעה של "העבודה הנוספת", באינטרסים הקנייניים של המעביד העיקרי. לעומת זאת על המעביד יש להטיל "חובת שקיפות", בכך שאם ברצונו להגביל את חופש עיסוקו של העובד או מבקש העבודה, עליו להודיע על כך לעובד או מבקש העבודה, כבר בתחילת העבודה או אפילו בשלב מיון העובדים לקראת קבלתם לעבודה. חובת השקיפות היא מטלה טכנית לכאורה. אולם מסתרת מאחוריה חובה מהותית של התנהגות הגונה.

התכנית של "מודל האיזון" תיבנה לאחר שלב "השקיפות" ו"הגילוי הנאות". התכנים של המודל יתבססו על שאלה עיקרית שתוצב כאבן בוחן. השאלה שתוצב היא, האם העבודה הנוספת פוגעת באינטרסים לגיטימיים של המעביד. אינטרסים לגיטימיים בתקופת עבודת העובד אצל מעבידו העיקרי, הם אינטרסים של "מניעת תחרות", "שמירת מוניטין", "שמירת סודות מסחריים" וגם הבטחת "חיוניות העובד" במקום עבודתו. כשמדברים על "חיוניות העובד" הכוונה היא לניסיון להסיט את המשאב של כוח העבודה לאפיק עיקרי, שממנו ייחנה המעביד העיקרי. למעביד העיקרי ישנו אינטרס לגיטימי, שהעובד יתמקד ויתרכז בתחומים שיתרמו לכושרו המקצועי של העובד במקום עבודתו העיקרי. רק לאחר מיפוי האינטרסים הרלבנטיים של המעביד העיקרי, ניתן לדבר על הרובד הבא שהוא רובד "הסכמי".

ברובד הזה ייבדקו מידת תקפותן וסבירותן של הוראות המגבילות את חופש העיסוק בזמן קיומם של יחסי העבודה; וכן תיבחן השאלה, האם העובד קיבל תמורה מיוחדת עבור הסכמתו להגביל את חופש עיסוקו ואת חירותו האישית. או אז, יופעל "העיקרון הכחול", קרי, תניות שאינן סבירות, יוכרוזו כבטלות. לטעמי, הסבירות תיבדק על פי "ממד כמותי" ו"ממד איכותי". הממד הכמותי, יבדוק איזה היקף של עבודה נוספת נטל על עצמו העובד, ביחס להיקף עבודתו אצל המעביד העיקרי, או מה היקף התמורה המיוחדת, המשולמת לעובד כנגד ויתור על חופש עיסוקו. הממד האיכותי יבדוק, איזה אינטרס מהותי של המעביד ייפגע, אם ינוצל חופש העיסוק של העובד מצד אחד, ואיזה נזק יגרם לעובד, אם יוגבל חופש עיסוקו, מצד שני. יש לזכור, כי הגבלת חופש העיסוק יכולה לשמר זכות קניינית של מעביד; אולם שימור זה יכול שיפגע בהזדמנות לקידום העובד. השאלה היא שאלה של מדתיות התכנים, ביחס נכון למספרם, במרקם העדין של יחסי עובד ומעביד.

סיכום המודל לאיזון הגבלת חופש העיסוק ייעשה, רק לאחר שאבחון, כיצד העקרונות הכלליים שפורטו לעיל, ניתנים ליישום במצבים שכיחים ביחסי עבודה. בחרתי להביא כאן שני מקרים. האחד משקף אירוע במהלך התרחשותו – והכוונה היא לפרשה שנדונה בעניינו של ד"ר אשר משיח נ' משרד החינוך<sup>17</sup> (להלן גם: "פרשת משיח"); השני משקף הוראות מנהגיות בשירות הציבורי, הבאות לידי ביטוי בהוראות התקשי"ר, הנוגעות לרופאים בכירים.

אתחיל במקרה של ד"ר משיח. ד"ר משיח עבד כמרצה במכללות להכשרת מורים שבבעלות משרד החינוך. ד"ר משיח הוא "עובד קבוע" במשרה מלאה בשירות המדינה כבר משנת 1989. בד בבד עם עבודתו הוא נוהג להרצות, במשרות חלקיות שונות אצל מעסיקים אחרים, מוסדות חינוך בעלי זיקה לציבור, כמו "מכללת אורט", "סמינר הקיבוצים", ו"מכון וינגייט". במהלך השנים גדלה התעסקותו של ד"ר משיח עד כדי 214% משרת הוראה. על רקע מציאות זו קיבל ד"ר משיח דרישה ממשרד החינוך להגביל את משרתו, החל משנת הלימודים שלאחר מכן, להיקף משרה שלא יעלה של 140%. דרישה זו באה על יסוד הוראה פנימית של משרד החינוך הבאה לידי ביטוי גם בתקנון שירות עובדי הוראה, לפיה אין להעסיק עובד הוראה בהיקף העולה של 140%. ד"ר משיח השיג על הוראת מעבידו לצמצום העסקתו המורחבת, לפני בית הדין לעבודה. לטענתו, הגבלת היקף משרתו מהווה פגיעה בחופש העיסוק שלו שהוא זכות חוקתית, המעוגנת בחוק יסוד חופש העיסוק. בית הדין האזורי לעבודה בתל אביב דחה את טענתו של ד"ר משיח, ופסק לאמור:

"קיים אינטרס לגיטימי שרמת ההוראה לא תפגע מכך שמרצה במכללה לא יוכל לתפקד כראוי בשל היקף שעות העבודה שנטל על עצמו. מכוח אינטרס זה רשאי

17 ע"ע 001158/02 ד"ר אשר משיח נ' מד"י – משרד החינוך התרבות והספורט, פסק דין מיום 8.10.02, מפי השופט צור.

משרד החינוך להגביל את היקף העסקתו של המרצה במכללה. מדובר באינטרס ציבורי במובן הבסיסי של המושג, אינטרס שמשרד החינוך מפקד על שמירתו. אינטרס זה אינו נופל בחשיבותו מאינטרס כלכלי של מעביד שיישמרו סודותיו המסחריים, או שלא יגזלו לקוחותיו<sup>18</sup>.

בית הדין הארצי לעבודה אישר את פסיקתו של בית הדין בתל אביב. נקבע כי הגבלה של 140% בהיקף משרת הוראה (במצטבר בכל מוסדות ההוראה), היא הגבלה סבירה והגיונית, לאמור:

“עובד הוראה עוסק באחת מן המלאכות החשובות והרגישות הקיימות – החינוך. מלאכת ההוראה אינה עניין טכני. על עובד ההוראה לתפקד כראוי, להיות קשוב לתלמידיו ובמהלך עבודתו להיות במיטבו. איכות החינוך הוא פועל יוצא, בין השאר, מרמתם המקצועית של עובדי ההוראה, ומאיכות תפקודם. ההגבלה על היקף המשרה של עובד הוראה נועדה אפוא להשיג מטרת אלה ומשום כך היא הגיונית וסבירה”<sup>19</sup>.

בפרשת משיח, בית הדין הארצי שם את הדגש על אופי משרתו של העובד שאת חופש עיסוקו מגבילים וכן על כך שעבודתו העיקרית והנוספת דורשת ממנו מאמץ מיוחד. מדובר בהמשך של קו רעיוני שגובש ע"י השופטת ד' ביניש, בעניינו של שמעון פרנס<sup>20</sup>. בפרשת פרנס קבעה השופטת ביניש כי ניתן להגביל באופן מידתי את חופש עיסוקו של מי שעוסק ב"עבודה פרטית" במקביל להמשך עבודתו אצל המעביד העיקרי<sup>21</sup>. בית הדין הארצי, מוסיף על כך באמצעות קביעה שיש לשים לב באיזה מקצוע מדובר ומה טיב המשרה העיקרית והנוספת. מזה אתה למד, כי דין שונה חל על עובדים שונים. זאת אומרת, שאם נרצה ליצור "מודל איזון של חופש העיסוק", עלינו ליצור באותו מודל קטגוריה, המבחינה בין חופש העיסוק במקביל להמשך עיסוק אצל המעביד, לבין חופש העיסוק שלאחר הפסקת העבודה אצל המעביד העיקרי וקביעת התייחסות שונה לבעלי מקצועות שונים. מן הסתם, לא דומה פועל ניקיון למהנדס ייצור. הוא גם לא דומה (פועל הניקיון) למורה או עורך דין.

מדובר בגישה מעניינת ש"מעלה כיתה" את הגדרת "האינטרס הלגיטימי" של מעביד. אינטרס לגיטימי הוא, בעקבות הפסיקה בפרשת משיח, לא רק מניעת תחרות בתקופת העבודה או בשמירת הסודות המסחריים, אלא גם תמרון עיקר כוח עבודתו של העובד לטובתו של מעבידו העיקרי. זו גישה שיש לא מעט בעייתיות בצידה. כיצד תגדיר

18 ע"ב (ת"א) 913517/99 ד"ר אשר משיח נ' מד"י, פסק דין מיום 19.3.02, מפי השופט ש' טננבוים.

19 ע"ע 001158/02 ד"ר אשר משיח נ' מדינת ישראל – משרד החינוך, סע' 6 לפסק דין מיום 8.10.02, אושר בבג"ץ 2256/03 משיח נ' מד"י, פסק דין מיום 18.3.03.

20 עש"מ 5205/01 שמעון פרנס נ' יו"ר רשות השידור, פסק דין מיום 4.12.01, פ"ד נו' (2) 9 (להלן: "פרשת פרנס"), מפי השופטת ביניש.

21 שם, סעיף 4 לפסק הדין.



ותבחין בין "בעלי מקצוע" שחייבים להקדיש את מיטבם למעביד העיקרי, לבין אלה שרשאים "להתעייף" גם אצל מעביד אחר. גישה זו גם מעוררת תחושה של העדר שוויון בהתייחסות הפסיקה לעובד אחד, לעומת התייחסותה לעובד אחר. בעיניו של העובד, וכך גם צריך המנהל לחוש, לכל עובד יש ערך ככוח עבודה התורם למפעל. בתרבות המערב בת זמננו, צפון לפרט ערך חברתי וכלכלי ופעילותו בעבודה היא בדרך כלל המרכזית שבחיינו<sup>22</sup>. כל עובד זכאי לשוויון הזדמנויות, לקידום בעבודתו ומקצועו, ושוויון כזה לא תמיד אפשרי בהתעסקות אצל המעביד העיקרי בלבד. האם רק עובד בעבודה פשוטה וטכנית זכאי לקידום מקצועי? האם מורה אינו זכאי לכך? ומה לגבי רופא? האם גם זה יוגבל עיסוקו בטענה לעיסוק במלאכה חשובה ורגישה כמו מלאכת ההוראה?

הפסיקה בפרשת משיח מובילה אותנו למחשבה כי בתי הדין לעבודה מבקשים ליתן נפקות להסכמי עבודה, גם שעה שאלו פוגעים בזכות חוקתית, ובלבד שהפגיעה מידתית והגיונית. בפרשת משיח אימץ כזכור בית הדין הארצי לעבודה את סבירותו והגיונו של תקנון עובדי ההוראה. זה הזמן לבדוק את ההוראות ההסכמיות (הסדרי העבודה) החלים על רופאים בשרות המדינה.

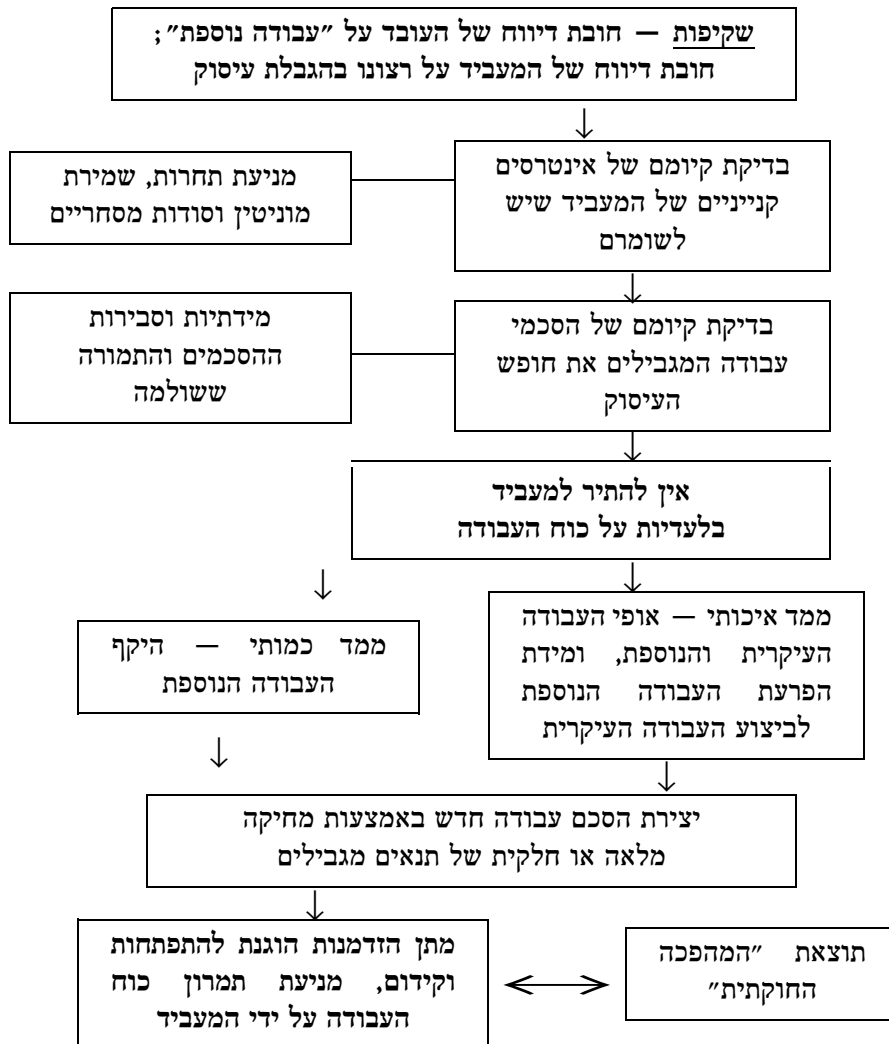
המעביד הציבורי ביקש להגביל את עיסוקם של הרופאים בשירות הציבורי. אולם האם מדובר בהגבלה "מידתית וסבירה"? הוראות התקשי"ר מכתיבות כי עובדים מסוימים כמו רופאים בכירים שהותר להם לבצע "עבודה נוספת" יחויבו בתשלום למעביד (סמן 42-43 לתקשי"ר) וכן כי השכר שרשאים הם להשתכר מעבודתם הנוספת יוגבל (סמן 42-44 לתקשי"ר). מזה אתה למד, כי את המעביד הציבורי לא הטריד ביצוע העבודה הנוספת, אלא, מידת ההשתכרות של העובדים המבצעים אותה והוא מבקש להתחלק עמם במקצת מרווחיהם. מה פירושה של הוראה זו בעידן החוקתי? פירושה שיש כאן ניסיון להרתיע מניצול הזדמנויות תעסוקתיות מצידו של העובד, על ידי "קנס" כספי. לטעמי, הוראה כזו היא מקוממת. בעידן של זכויות חברתיות חוקתיות, לדעתי, על המעביד המבקש להגביל את חופש עיסוקו של העובד בשעות הפנאי לתגמלו כראוי. התקשי"ר בנוסחו הנוכחי מורה ההפך. העובד, למרבה הפליאה, צריך "לפייס" את מעבידו בהגבלת כושר השתכרותו, לא מבחינת כמות שעות העבודה, אלא מבחינת גובה ההשתכרות מחוץ לשירות המדינה ובהפרשת 5% מהשתכרותו בשירות המדינה לידי מעבידו. האם גם הוראה זו תוגדר על ידי בית הדין לעבודה כהגיונית וסבירה? ימים יגידו. על כל פנים, כעת צריך לקחת בחשבון בעת קביעת "מודל איזון חופש העיסוק" שקיימים מקצועות או תפקידים, שההתייחסות אליהם היא שונה במישור של יכולת הגבלת חופש העיסוק של העוסק בהם. באותם מקצועות עלינו לאתר "תכלית ראויה" שתאפשר הצדקת הגבלת חופש עיסוקו של העובד.

אנסה לתאר בתרשים, שלב אחרי שלב, את צורת הבדיקה, שאותה יבדוק המנהל, טרם שיכריע בדילמה הניהולית: האם הוא רשאי להגביל את עיסוקו של העובד,

22 ינאי – טאב, ג. מנהיים, ב., הגורם האנושי בעבודה (דביר, תשמ"ז) 255.

במקביל לעבודתו העיקרית, ועד כמה משתרעת הלגיטימיות של אותה הגבלה. התרשים ישקף את הנאמר בהתייחס ל"עבודה נוספת" במקביל לעבודה העיקרית. רק לאחר שרטוטו של תרשים זה נבדוק את השינויים הנחוצים בו, בעת הכרעה בלגיטימיות של הגבלת חופש העיסוק בתקופה שלאחר תום יחסי העבודה.

תרשים מסכם של המודל לאיזון חופש העיסוק בתקופת קיום יחסי העבודה



## 4. הגבלת חופש העיסוק בתקופה שלאחר תום יחסי העבודה

טובת הציבור דורשת, כי כל אדם יוכל לעסוק במלאכתו בלי הגבלה. יש לציבור עניין בתחרות חופשית בשוק העבודה והמסחר, בניידות של עובדים וזרימה של רעיונות. תחרות כזו מעודדת ייעול ושיפור השירות לאזרח וגורמת להתפתחות המשק.<sup>23</sup> עניינו של המשק לאפשר סחר חופשי ותחרות חופשית.<sup>24</sup> מעוגן כבר בהלכה היהודית, לאמור:

"רבי יהודה אומר: לא יחלק החנווני קליות ואגוזים לתינוקות מפני שהוא מרגילן לבוא אצלו וחכמים מתירין"<sup>25</sup>.

אם כן, כבר אז חלקו חכמים, ובהם הרמב"ם, על הגישה המונעת תחרות, ולפיכך התירו את אשר אסר רבי יהודה. עם זאת, פגיעה בחופש העיסוק ובתחרות תתאפשר לעיתים לשם השגת תכלית ראויה ו"במידתיות"<sup>26</sup>. תכלית זו תהיה, לדוגמה, הצורך לשמר את החופש בתחומים כגון חופש החוזים, ובלבד שהחווה להגביל את חופש עיסוקו של העובד נועד להגן על אינטרסים לגיטימיים של המעביד.

חופש העיסוק ככל זכות יסוד, הינו זכות יחסית שיש לאזנה כנגד עקרונות שונים, זכויות יסוד, חופשים אחרים ואינטרסים נוגדים, גם בתוככי חופש העיסוק עצמו, גם בין זכויות היסוד השונות, וגם בין זכות יסוד לעקרונות חיצוניים. מימוש הזכות אינו דבר פשוט "התהליך של מציאת הדרך המתאימה להפעלת הזכות ולהגנה עליה בכל מקרה ספציפי הוא תהליך של איזונים בין מרכיבים שונים, הנעשה כל פעם מחדש"<sup>27</sup>.

האיזון הנדרש הוא רחב. בין זכות לחופש עיסוק לבין זכויות יסוד אחרות, ובין זכות לחופש עיסוק של צד אחד לאלו של צד אחר באותה זירת התרחשות.<sup>28</sup>

כשמדובר ב"חופש העיסוק שלאחר תום יחסי העבודה", מדובר בדרך כלל במצב שבו העובד הגביל עצמו בהסכם שלא להתחרות במעבידו, בתקופה מוגדרת שלאחר סיום עבודתו ("תקופת צינון"). הגישה המשפטית מבקשת לשמר את "חופש החוזים". אולם שימור כזה אינו עולה בקנה אחד עם שמירת הזכות היסודית ל"חופש עיסוק".

23 ר' חרמון א.ד., "תקנת הציבור והגבלות על חופש העיסוק", ספר יצחק כהן (הוצאת פפירוס, 1989) 393-418, 395-401.

24 דב"ע נג' 177-3 דוברת שרם ושות' בע"מ נ' גלובס פבלישר בע"מ ואח', סע' 7 לפסק דין מיום 1.4.93, פד"ע כה' 395; א' גרוס, "כיצד הייתה התחרות החופשית לזכות חוקתית? – בנפתולי הזכות לחופש העיסוק", עיוני משפט כג' (התש"ס) 229.

25 רמב"ם, הלכות מכירה יח', ד'; בג"ץ 726/94, 878 כלל חברה לביטוח בע"מ ואח' נ' שר האוצר ואח', סעיף 22 לפסק דין מיום 19.10.94, פ"ד מח(5) 441.

26 בג"ץ 450/97 תנופה בע"מ ואח' נ' שר העבודה אלי ישי, עמ' 5 לפסק דין מיום 28.5.98, פ"ד נב' (2) 433; ועל שמירת חופש העיסוק מול הרצון לעודד מחשבה ויצירה, ר' רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. ואח' נ' פורום אביונים בע"מ, פ"ד נב(4) 471.

27 בש"א 2501/00, עב (י"ם) 2030/01 שמעון פרנס נ' רשות השידור, סע' 25 לפסק דין מיום 3.9.01 – מפי השופט א' אברהמי.

28 על הדרשה ל"איזון פנימי" בין סוגים שונים של חופשים, ראו א' ברק, פרשנות במשפט (כרך רביעי: פרשנות החווה (נבו, 2001) 79.

שמירת הזכות ל"חופש עיסוק", גם אינה עולה בקנה אחד עם "זכותו הקניינית" של המעביד המבקש לשמר את קניינו, באמצעות מניעת תחרות עסקית. בעיניו של המעביד תחרות פרועה נראית כבלתי הוגנת, משום שעלול להיות בה ניצול של "סודות מסחריים" ו"מוניטין" שהגיעו לידי העובד לשעבר כתוצאה מהעסקתו אצל המעביד לשעבר.

הצורך לעשות "איזון פנימי" בין הזכות היסודית לחופש העיסוק של העובד, לבין הזכות היסודית ל"שימור הקניין" של המעביד, כשבתווכך גם מעורב לעיתים הסכם להגבלת חופש העיסוק, מחייב חשיבה שונה. זאת בכל הנוגע להגבלת חופש עיסוק של העובד, לאחר תום עבודתו אצל מעבידו לשעבר. החשיבה השונה הכרחית, משום שיש הבדלים בין תוקף איסור עבודה פרטית (במקביל לעבודה אצל המעביד העיקרי), לבין תוקף תניית הגבלת עיסוק לאחר שהעובד עזב את מקום עבודתו הקודם. במצב האחרון – קרי לאחר תום העבודה אצל המעביד הקודם – שיקול מרכזי באיזון שנעשה הוא השיקול, לפיו עיסוקו של אדם הוא מקור חיותו והמקום שממנו הוא מפרנס את עצמו ואת בני משפחתו. מדובר בצורך חיוני לשמור על חופש העיסוק הבסיסי. שהרי אם יינתן תוקף מלא לתניית הגבלת העיסוק, עלול האדם למצוא עצמו ללא מקורות מחיה<sup>29</sup>. את מקום העבודה הקודם הוא כבר עזב ואילו למקום החדש או לעיסוק אותו הוא מבקש לעצמו, מונעים ממנו להיכנס. לעובד לא נותר אפוא מקור פרנסה וחיות. מבחינתו של המעביד, אין מדובר בזכות ל"חופש עיסוק" משום שהעובד כבר אינו עובד בשירותו.

האינטרסים של המעביד הדורשים איזון, הם אינטרסים שמקורם בזכויות יסוד אחרות ובעיקרם "זכות הקניין" של המעביד. זה השקיע הון ומשאבים בעסקו, והללו עלולים להיות מנוצלים על ידי העובד לשעבר לטובת מקום עבודתו החדש. מדובר בהתנגשות בלתי נמנעת בין "זכויות יסוד" שונות שבבעלות אנשים שונים. קיים צורך באיזון. נשיא בית המשפט העליון השופט אהרן ברק, מצא בפסיקתו נוסחה שתאזן ותמנע התנגשות כוחנית בין זכויות היסוד הנוגדות. לדעתו זכות הקניין של המעביד תגבר רק כאשר ישנה פגיעה ממשית בזכות זו; וכן תגבר זכות הקניין של המעביד, רק שעה שהיא נובעת מאינטרסים לגיטימיים שיש למעביד והם בני הגנה. מניעת תחרות עסקית אינה "אינטרס לגיטימי". לעומת זאת אינטרס לגיטימי הוא שמירה על "סוד מסחרי" כמו "רשימת לקוחות", או שמירה על "מוניטין" שצבר המעביד, וזה עלול להשמט מידיו בשל עיסוקו המתחרה של העובד לשעבר<sup>30</sup>.

הכללים הללו מיושמים על ידי בתי הדין לעבודה, בעת שהם מתבקשים לאכוף תניה המגבילה את חופש עיסוקו של העובד לשעבר. או אז, מתנה בית הדין את

29 על הבאה בחשבון של מקורות קיום לעניין קביעת תקופת הגבלת העיסוק – ראו דברי הנשיא ברק בע"א 6601/96 אייס סיסטם ואח' נ' משה סער, סע' 26 לפסק דין מיום 28.8.00, פ"ד נד(3) 850.

30 פרשת אייס סיסטם, לעיל הערה 29, שם בסעיף 22 לפסק הדין.

האכיפה בהיות ההגבלה נועדת לשמר "אינטרס לגיטימי" והיא מצומצמת, סבירה או שהושגה כנגד תמורה ריאלית, ממשית והוגנת<sup>31</sup>. לעיתים לא יבוטל בשלמותו הסכם המגביל את חופש עיסוקו של העובד, אלא יקוים חלקית, באמצעות הפרדה בין החלק הבטל לחלק התקף<sup>32</sup>. בית הדין יבדוק את האפשרות לצמצם את היקפו ולאוכפו לפי שיקול דעתו. בהקשר זה שמענו בפסיקה בית הדין הארצי לעבודה, לאמור:

"כשבית הדין מגיע למסקנה כי תקופת ההגבלה היקפה הענייני או ההיקף הגיאוגרפי של ההגבלה אינם סבירים ולכן נגועים בחוסר תום לב או נוגדים את תקנת הציבור, אין בית הדין מבטל את ההסכם כולו. ביטול כזה היה מביא לתוצאה הפוכה לאוטונומיה של הרצון הפרטי של הצדדים. הוא היה מביא לכך שלא תוטל כלל הגבלה על חופש העיסוק של העובד לאחר ניתוק יחסי העבודה. על כן מתקן בית הדין את ההסכם המגביל את חופש העיסוק באופן שהוא קורא לתוכו קיצור של תקופת ההגבלה, היקפה הענייני או הגיאוגרפי, כך שההסכם יתיישב עם עקרון תום הלב ותקנת הציבור"<sup>33</sup>.

בתי הדין לעבודה נוהרים אפוא, מלהגביל את חופש עיסוקו של העובד. הנחת המוצא היא כי העובד רשאי לממש את מיומנותו המקצועית בשירותו של מעביד אחר. שכן הידע והניסיון שצבר העובד בעבודתו אצל מעסיקו הקודם, נטבעים בו ברבות הימים ונטמעים במכלול כישוריו. הכישורים שנרכשו הופכים ברבות הימים לקניינו של העובד<sup>34</sup>. תניה חוזית להגבלת תחרות כשאין בצידה הגנה על אינטרסים לגיטימיים של המעביד, לא תיאכף. הגבלת תחרות עסקית, כשהיא לעצמה, אינה הגנה על "אינטרס לגיטימי".

הסיטואציה של הגבלת חופש העיסוק שלאחר סיום העבודה, שונה אפוא, מזו הנוגעת לעיסוק במקביל לעבודת העובד אצל המעביד העיקרי. הדבר דורש התאמה מחדש של "מודל האיזון", ששורטט בקשר ל"עבודה במקביל" או "עבודה פרטית". אולם בטרם נבצע את אותה ההתאמה, ראוי לבחון עוד כמעט את אופייה של הגבלת חופש העיסוק למניעת גילוי סודות מסחריים, בשים לב להוראותיו הדווקניות של חוק עולות מסחריות, התשנ"ט–1999.

31 ע"ע 292/99 עמיחי ואח' נ' חברת יוסי גולדהמר ואח', סע' 14 לפסק דין מיום 17.7.00, פד"ע לה' 204; כמו כן, ראו לעיל הערה 2, בסעיפים 15–17 לפסק דין של הנשיא אדלר, שם דובר שם גם על השקעות מיוחדות שהשקיע המעביד בהכשרת העובד, עובדה המצדיקה לעיתים להיענות לבקשת המעביד ולאכוף על העובד לשעבר את הגבלת עיסוקו לתקופה מוגדרת וסבירה.

32 פרשת אייס סיסטם, לעיל הערה 29, שם בסעיפים 28–29 לפסק דין.

33 ע"ע 300189/97, 300218/97 פנהס יאיר נ' סולל בונה בע"מ, עמ' 10 לפסק דין מיום 6.9.01, באמרת אגב מפי השופטת אלישבע ברק, פד"ע לה' 657.

34 לעיל הערה 2; כמו כן ראו לעיל הערה 6, שם הודגש כי הטעם להלכה זו הוא לעודד תחרות בתחומי העיסוק.

## 5. הגבלת חופש העיסוק למניעת גילוי סודות מסחריים

בעוד שהגבלת עיסוקו של העובד בתקופת עבודתו אצל המעביד העיקרי, די בה שעה שהיא באה למנוע "תחרות עסקית", נימוק זה אינו שוקל, שעה שיחסי העבודה שבין הצדדים כבר תמו, וכוונתה להגביל את עבודת העובד אצל המעביד החדש. כאן מופיע בזירה גורם חדש, שהוא דבר חקיקה ספציפי, העוסק בעוולה שהיא "גול של סוד מסחרי". הכוונה לחוק עוולות מסחריות התשנ"ט-1999.<sup>35</sup> באותו חוק מוגדר בסעיף 5 "סוד מסחרי" או "סוד" – "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". על פי אותו חוק, רשאי המעביד בעל הסוד המסחרי להיזקק לצו מניעה מידי בית הדין. נראה אפוא, שהגבלת חופש העיסוק לשם מניעת גילוי סודות מסחריים, אפשרית גם בהעדר הסכם בעל תניה מגבילה כזו. אפשרות הגבלת העיסוק נובעת מחובתו של העובד לשמור על סודותיו העסקיים של מעבידו לשעבר – בין אם עוגנה החובה לשמירת הסודות בהסכם מפורש, בין אם לאו. משום שהחובה לשמירת סודות המעביד לשעבר, מעוגנת כיום כחובה חקוקה בחוק עוולות מסחריות. אין הכרח כי שמירת הסודיות של הסוד תחייב הגבלת עיסוקו של העובד. אולם, על פי פסיקת בתי הדין לעבודה, הגבלת העיסוק היא דרך יעילה לאכיפת שמירת הסוד. בתי הדין לעבודה שמים את הדגש על חובת תום ליבו של העובד ולשיקולים של "מסחר הוגן". השופטת נילי ארד מבית הדין הארצי לעבודה קבעה בשפתה העשירה, כי אין להתיר מצב שבו "יהפוך העובד לסוס טרויאני אשר בא בחצרו של מעסיקו ויצא ממנו ונתח בידו"<sup>36</sup>.

המפתח לחיוב עובד בהגבלת חופש עיסוקו שלאחר תום עבודתו אצל המעביד מבקש ההגבלה, טמון, אפוא, בהוכחה עובדתית בדבר קיומו של "סוד מסחרי" מסוים שחובה לשומרו, או בצורך לשמור על "רשימת לקוחות" (שהיא עצמה יכולה לעיתים להוות "סוד מסחרי") או מוניטין, שהם אינטרסים קנייניים לגיטימיים של המעביד. הגדרתו של "סוד מסחרי" מלמדת שמדובר בידיעות שניתן להשתמש בהם בפעילות עסקית מתחרה, וגילויין, עשוי לחסוך לעסק המשתמש בהם טרחה, זמן והוצאות כספיות. מדובר בדרך כלל בידע בדבר תהליכי ייצור, שרטוטים טכניים, דגמים ומודלים, רעיונות חדשים, תהליכים יוצאי דופן, רשימת לקוחות שלא ניתן להשיגה בנקל, מוניטין מיוחד, מחקרי שיווק, מיפוי סטטיסטי וכיוצא בזה. בדרך כלל, קיומו של "סוד מסחרי", שמשמשים או שיש סכנה שישתמשו בו בפעילות מתחרה בבעליו של הסוד, הוא תנאי ראשוני לאפשרות הגבלת חופש העיסוק. ואולם משמבקש בית הדין לעבודה להגביל עיסוקו של אדם, עליו לנקוט

35 ס"ח 1709, התשנ"ט, בעמ' 146.

36 ע"ע 189/03 גירית בע"מ נ' מרדכי אביב, סעיפים 23–24 לפס"ד מיום 18.12.03; ע"ע 353/99 נגב פרוייקטים בע"מ נ' גדעון סמו, סעיף 20 לפסק דין מיום 14.6.00.

זהירות רבה ולהשתכנע, כי אמנם קיימות ראיות מוצקות לכך שקיימת כוונה לעשות שימוש ב"סוד המסחרי" ולהתחרות באמצעותו כנגד בעליו. בדרך כלל התנהגות האדם מלמדת על כוונותיו. התנהגות בחוסר תום לב מצדו של העובד לשעבר, תצביע על חשש ממשי לגילוי סודות מסחריים. כך לדוגמה, עובד "שנתפס", ביום עבודתו האחרון, אצל מעבידו בשעת בוקר מוקדמת מהרגיל, מדפיס מחירוניהם של לקוחות שונים. התנהגות זו יש בה כדי להצביע "לכאורה על אפשרות של חוסר תום לב וחשד סביר של שימוש בסודות מסחריים... לצורכי תחרות"<sup>37</sup>.

## 6. התאמת "מודל האיזון" למצב שלאחר סיום יחסי העבודה

כשמדברים על קביעת מודל להגדרת חופש העיסוק שלאחר סיום יחסי העבודה, חייבים לקחת בחשבון מספר אלמנטים שהם שונים מאלו המשמשים בזירה במצב של הגבלת עיסוק ב"עבודה פרטית".

ראשית יש לצאת מנקודת הנחה כי התחרות היא דבר לגיטימי שהחברה הישראלית מעוניינת לעודד ולא לדכא. שנית, יש להניח כי לאדם יש זכות טבעית ויסודית למקורות מחיה. ושלישית, יש לעגן את הקביעה לפיה ניסיון ומיומנות הופכים במרוצת השנים לקניינו של מי שרכש אותו, ואין להתיר חוקתית פגיעה בקניינו של אדם, קניין אותו רכש כדין.

שלושת הנחות היסוד הללו – עידוד התחרות, הזכות למקורות מחיה והבעלות על המיומנות – צריכות להתאזן לעומת זכות אחת שיש למעביד. מדובר בזכותו של המעביד לקניינו. אולם קניין שהוא בר הגנה, צריך להיות קניין שמקורו באינטרס לגיטימי. מניעת תחרות אינו אינטרס לגיטימי של המעביד, לאחר שהעובד כבר אינו מועסק אצלו. לעומת זאת, שמירה על "סוד מסחרי", כמו רשימה מיוחדת של לקוחות או מוניטין מוכח, מהווים אינטרסים לגיטימיים, שמחובתנו לשמרו בידי בעליו. בהתנגשות הזו שבין "הנחות היסוד" (עידוד תחרות, פיתוח מקורות מחיה ושמירת המיומנויות), לבין זכותו הקניינית של המעביד, חייבים לעשות שימוש ב"כלים מאזנים".

לטעמי, זמן הוא כלי מאזן. הזמן שחלף בין סיום עבודתו של העובד לבין תחילת עיסוקו אצל המעביד החדש, הוא חשוב בשאלת קביעת הגבלת חופש העיסוק. כלי מאזן נוסף, הוא המוטיב המניע את המעביד לבקש את הגבלת העיסוק של העובד לשעבר. ככל שהמוטיבציה המניעה את המעביד, תראה בעינינו כלגיטימית, כך תגבר בעינינו הלגיטימיות של הגבלת העיסוק. לפיכך, אם המוטיבציה של המעביד היא

37 דב"ע נו/ 298-3 פליינג קרגו בע"מ נ' עופר בנו, פסק דין מיום 17.10.96; ור' גם: "לובוצקי, חוזה עבודה וזכויות העובד (ניצן, 2001), פרק 11 עמ' 18, שם גם הוער כי הסכם בין הצדדים בדבר שימוש בסודות יכול לסייע בהוכחה מה נתפש בעיניהם כאינטרס לגיטימי בר-הגנה.





## 7. סיכום ומסקנות

חקיקתם של חוקי יסוד וחוקי מגן הדגישו תפישות חברתיות בעולם העבודה ובכך השיגו את גבולו של המעביד. הם הצרו את זכותו הקניינית של זה, לנהל את מפעלו על פי הבנתו ועל מנת למכסם את רווחיו מההון שהשקיע. בזירה של דיני העבודה נפגשו שני כוחות המונעים מזכויות הנובעות מאותם חוקים, חוק יסוד כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד חופש העיסוק. זכותו של העובד לעבוד ולהשתכר בכבוד בסביבת עבודה העוטפת אותו בזכויות חברתיות, מתנגשת עם זכותו של המעביד להפיק הנאה כלכלית מקניינו. בהתנגשות שבין זכותו של העובד ל"חופש עיסוק" לבין זכותו הקניינית של המעביד ניתן להשיג שווי משקל. שווי המשקל יצור "איזון פנימי", שהוא הכרחי לשגשוגו של המפעל. זהו איזון שנחוץ להשגת סביבת עבודה חסרת שחיקה. יש חשיבות לאזן בין הזכויות החוקתיות הסותרות. ניסיתי במאמר זה להצביע על מיקומה של אותה "נקודת איזון" ולהפוך אותה לברורה לשני הצדדים. הדגשתי את חשיבותו של "ציר הזמן". זה שבתוך תקופת העבודה או זה שחלף מאז הפסקת העבודה אצל המעביד הראשון. הדגשתי את חשיבות לגיטימיות המוטיבציה של המעביד, המבקש להגביל את העיסוק. הצעתי לחייב מעבידים לקבוע כללים ברורים לתחילת חופש העיסוק, כאלו שיהיו ידועים לעובד כבר בתחילת עבודתו. שקיפות כזו תאפשר תפקוד ראוי של מערכות המפעל. היא תשפר את התשתית האנושית של המפעל והיא תואמת את תורת הניהול המודרנית השמה דגש על פיתוח ההון האנושי<sup>38</sup>. במציאות הגועשת של ניהול משאבי אנוש, במפעל המודרני, ניסיתי להניח עוגן, שאינו אלא קביעה אפשרית לפיה המעביד והעובד יכולים לחיות בסביבה עסקית חוקתית ולהצליח בה. ניסיתי להוכיח כי יש פתרון חיובי לקונפליקטים שבין זכויות חברתיות במקום העבודה. הפתרון הזה הוא פתרון של איזון היוצר במפעל רמת פעילות ותשתית שתאפשר, כך אני מקווה, לעובדים ליהנות מזכויות חברתיות ולמעביד לקבל תשואה מקניינו. הכרה ומימוש הזכויות החברתיות בנקודה מאוזנת וצפויה היא טובה לשני הצדדים.

38 א' שנהר, ע' ירקוני, תרבות הניהול בישראל (צ'ריקובר, 1994) מאמרו של כסה צ. בעמ' 67.

