

הגבולות המוסריים של דיני סודות מסחר

מאת

ד"ר חגי ויניצקי*

מבוא * סייג תקנת הציבור בדיני סודות
מסחר * הכשלים בדין הקיים
ופתרונותיהם * הצעה לתיקון חוק עוולות
מסחריות, התשנ"ט – 1999 * סיכום

א. מבוא

הזכות לסוד מסחרי, המעוגנת בדין הישראלי בחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999, היא תוצר של איזונים בין אינטרסים ציבוריים התומכים בהגנה על זכות זו לבין אינטרסים ציבוריים התומכים בהגבלתה. כך למשל, היקף ההגנה על הזכות כלפי צדדים שלישיים בדין הישראלי מצומצם בהשוואה לדין האמריקני, בשל שיקולים של חופש העיסוק, חופש התחרות וחופש המידע. בנוסף, ההצדקות לחרג המאפשר הנדסה חוזרת לגילוי סוד מסחרי, לחרג הכישורים המקצועיים הכלליים, ולדרישה לנקיטת אמצעי אבטחה מתבססות גם הן, בין היתר, על שיקולים אלו.¹ לעתים איזונים אלו בעיצוב הדין אינם מספקים, ונדרש איזון נוסף גם לאחר שהמידע העסקי עמד בדרישות הדין להגנת הזכות לסוד מסחרי. התרחשות של נסיבות בלתי צפויות שמעוררות שיקולים ציבוריים שלא הובאו בחשבון, מחייבת את קיומו של כלי משפטי שדרכו ניתן יהיה לאזן בין הזכות לסוד מסחרי לבין השיקולים הציבוריים האלה, גם במחיר פגיעה בוודאות של בעל הסוד. סייג תקנת הציבור בדיני סודות המסחר, המופיע במפורש בחוק, שמאפשר לבית המשפט לפטור מאחריות במקרים של גזל סוד מסחרי אם "השימוש בסוד המסחרי מוצדק בשל תקנת הציבור", נועד למטרה זו.² סייג זה מוכר גם בדיני סודות המסחר האנגלו-אמריקנים.³

ברשימה זו אטען כי סייג תקנת הציבור במתכונתו הנוכחית אינו אופטימלי, הן מבחינת הסיכון שנוטל על עצמו מי שמעוניין להסתמך על סייג זה, והן מבחינת התוצאה של השימוש בו - גילוי הסוד לציבור הרחב ואובדנו. כפתרון לכשלים אלו אציע לאמץ במשפט הישראלי הסדר שהתקבל לאחרונה בחקיקה

* ד"ר חגי ויניצקי הוא מרצה בכיר לדיני חוזים, דיני קניין ועוולות מסחריות במרכז האקדמי שערי מדע ומשפט, מרצה מן החוץ לדיני חוזים בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים וראש מכון בגין למשפט וציונות. ברצוני להודות לפרופ' מיכאל בירנהק ולאור כהן-ששון על הערותיהם המעולות ולובל חיימוביץ על הסיוע המעולה למחקר.

¹ ראו חגי ויניצקי **מרשם לסודות מסחריים**, 75, 94-93, 124-122 (חיבור לשם קבלת התואר דוקטור, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר אילן, תשס"ו); (2014) 455, 460 PACE L. REV. 35 Chagai Vinizky, *Trade Secrets Registry*, דברי הסבר לסעיף 11 להצעת חוק לאיסור תחרות לא הוגנת, התשנ"ו-1996, ה"ח 2471 תשנ"ו, 346, 350.

² סעיף 7(א)(2) לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999, ס"ח 1709. ויניצקי, שם, 137; מיגל דויטש **עוולות מסחריות וסודות מסחר** 695-696, 698 (תשס"ב) (להלן: "דויטש - עוולות מסחריות"); מיגל דויטש "חוק עוולות מסחריות תשנ"ט-1999: הגינות בתחרות וסודות מסחר" הפרקליט מה 128, 160 (תש"ס) (להלן: "דויטש, הגינות בתחרות"); Miguel Deutch, *The Property*; (1997) 313, 323-324 U. RICH. L. REV. 31 *Concept of Trade Secrets in Anglo-American Law: an Ongoing Debate*, להשוואה ליכויות אחרות מתחום דיני הקניין הרוחני ראו דויטש - **עוולות מסחריות**, 107-109.

³ Restatement (Third) of Unfair Competition § 40 Cmt. c (1995); Uniform Trade Secrets act (Canada) § 10 (1989). עם זאת "החוק לדוגמה" הקנדי לא אומץ עד כה באף אחת מהפרובינציות והטריטוריות הקנדיות. ראו גם: Peter S. Menell, *Tailoring a Public Policy Exception to Trade Secret Protection*, 105 CAL. L. REV. 1, 30-31 (2017); ROBERT DEAN, *THE LAW OF TRADE SECRETS*, 273-292 (1990); ALLISON COLEMAN, *THE LEGAL PROTECTION OF TRADE SECRETS*, Vinizky (1992) 65-81; דויטש - **עוולות מסחריות**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 697; דויטש, "תחרות והגינות", לעיל ה"ש 2, בעמ' 160; Vinizky (1992) 1, בעמ' 469.

האמריקנית, לרבות נוסח להצעת חוק, שלפיו מי שמבקש לחשוף עוול, והחשיפה כרוכה בגילוי סוד מסחרי, יוכל לגלות את הסוד לרשות מתאימה, וייהנה מפטור מאחריות.

ב. סייג תקנת הציבור בדיני סודות המסחר

מאחר שהמחוקק התחשב בשיקולים הציבוריים הכלליים של חופש עיסוק, חופש תחרות וחופש המידע בעיצוב הדין, סייג תקנת הציבור בדיני סודות המסחר לא נועד להתחשבות כפולה בערכים אלו, על אף שהם נכללים במונח זה בענפי משפט אחרים, כגון במסגרת דיני החוזים.⁴ דוגמה לניסיון להרחיב את סייג תקנת הציבור במסגרת דיני סודות המסחר לאינטרסים כלליים קיימת בהצעות לכלול במסגרתו גם חירויות כגון חופש הביטוי וחופש הקישור (Freedom to Link).⁵ רוברט דין (Dean), שהעלה אפשרות זו בספרו, קבע שגישה זו נדחתה בפסיקה ויש לאפשר להשתמש בהגנה של תקנת הציבור רק במקרים של רשע, אי צדק, או עוול.⁶

לאילו מטרה, אם כן, כן נועד הסייג? אני סבור שהשימוש בסייג "תקנת הציבור" במסגרת דיני סודות מסחר אמור להתקיים כאשר השמירה על הסוד המסחרי יוצרת כשל מוסרי ספציפי. ואכן השימוש בסייג זה נעשה באופן זהיר ביותר במשפט האנגלו-אמריקני. כך למשל, נעשה שימוש בסייג זה במקרים של גילוי עבירות פליליות או עוולות נזיקיות, שכן אין סודיות ביחס לחשיפת עוולה.⁷

סוג נוסף של מקרים שעשויים לחסות תחת סייג תקנת הציבור הוא גילוי סוד מסחרי שנדרש לצורך גילוי פגם בתרופה, פגם במזון, תקלה במכשיר רפואי, סיכון בטיחותי או בריאותי.⁸ האם הסייג יוכל לחול גם על

⁴ ראו למשל ע"א 6601/96 AES System Inc. נ' סער, פ"ד נד(3) 850, 862-864 (2000).

⁵ נ' מזור "עוולות מסחריות באינטרנט האם החוק החדש מספק תשובות" עורך הדין 13 63 (2000).

⁶ Dean לעיל ה"ש 3, בעמ' 287 והאסמכתאות שם. ראו גם: דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור דיני עשיית עושר ולא במשפט 569 (מהדורה שלישית, כרך א 2015) הסבורים שיש לכלול במסגרת חריג זה מידע אודות מעשי פשע, מרמה והתנהגות פסולה.

⁷ Restatement (Third) of Unfair Competition §40 Cmt. c; Church of Scientology of California v. Kaufman (1973) 7 R.P.C. 635. לפסקי דין שראו בחשיפת שחיתות/מרמה/פשע/בטחון הציבור/עניין ציבורי חריגים להתחייבות/חובת סודיות גם ללא קשר דווקא לסוד מסחרי ראו: 3 Gartside v. Outram (1856) 26 LJ Ch 113; Initial Services Ltd v. Putterill [1967] 2 All. E.R. 145 (CA), [1968] 1 QB 396; Malone v. Commissioner of Police of the Metropolis (No. 2) [1979] 2 All. E.R. 620, [1979] 2 W.L.R. 700; Woodward v Hutchins [1977] 1 WLR 763; Khashoggi v. Smith (1980) CA Transcript 58; Lion Laboratories Ltd. v. Evans (1985) QB 526, (1984) 2 All. E.R. 417, (1984) 2 W.L.R. 539; W. v. Egddell (1989) 2 W.L.R. 682. ראו גם: אורן רכס סודות מסחר והגבלת עיסוק – 374-368 (תשנ"ט, בתוספת עדכון 2001); דויטש - עוולות מסחריות, לעיל ה"ש 2, בעמ' 697; דויטש, "תחרות והגינות", לעיל ה"ש 2, בעמ' 160-161; פרידמן ושפירא בר-אור, לעיל ה"ש 6, בעמ' 569. דוגמה לסוג זה של מקרים הוא המקרה שאירע בליכטנשטיין. עובד לשעבר של הבנק הגדול בליכטנשטיין מכר לממשלות גרמניה ובריטניה רשימת לקוחות של מעלימי מס זרים, שהייתה סוד מסחרי, תמורת 7.4 מיליון דולר (התשלום מממשלת גרמניה). גרמניה ומדינות אחרות החלו בחקירות נגד אזרחיהן שהעלימו מס בליכטנשטיין. העובד מכר את הרשימה לאחר שהחברה בעלת הסוד סירבה לשלם לו עליה כי ראתה בכך סחיטה. ראו דיווח אצל אשר שכטר "משטרת ליכטנשטיין הוציאה צו מעצר בינלאומי נגד המודיע שחשף את העלמות המס שהתבצעו במדינה" The Marker (12.3.08); סוכנויות הידיעות "ניסד ליכטנשטיין ינקוט באמצעים לשיתוף פעולה בנושא מסים עם מדינות" The Marker (17.8.08). תביעה היפותטית נגד אותו עובד בשל גילוי סוד מסחרי הייתה אמורה להידחות בשל הסייג של תקנת הציבור.

⁸ בדברי ההסבר לסעיף 11 להצעת חוק איסור תחרות לא הוגנת, התשנ"ו-1996, הצ"ח תשנ"ו 2471, 346. נכתב ביחס לחריג תקנת הציבור, שהוא נועד, בין היתר, למקרים בהם השימוש בסוד על ידי בעליו יזיק לבריאות הציבור. ראו גם: Restatement (Third) of Unfair Competition §40 Cmt. c; Habbard v. Vosper [1972] 2 QB 84, [1972] 1 All. E.R. 1023, [1972] 2 All. E.R. 241, 260. W.L.R. 389; Beloff v. Pressdram (1973) 1 All. E.R. 241, 260. Dean לעיל ה"ש 3, בעמ' 276-277; רכס, לעיל ה"ש 7, בעמ' 381-380; דויטש - עוולות מסחריות, לעיל ה"ש 2, בעמ' 702; דויטש, "תחרות והגינות", לעיל ה"ש 2, בעמ' 160. ניתן להמחיש זאת גם באמצעות המקרה בו חברת תנובה הכניסה סיליקון לחלב עמיד דל שומן כדי למנוע קצף. ראו: ע"א 10085/08, תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בע"מ נ' עזבון ראבי (פורסם בנבו, 12.12.2011); דני"א 9416/11, עזבון ראבי נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 31.5.2012). לפרשה זו ראו גם אביאל פלינט וחגי ויניצקי תובענות ייצוגיות 80-77, 89, 94, 233, 318, 337-336, 657, 662 (2017). עובדה זו התגלתה בתחקיר של רונאל פישר בעיתון מעריב שהתבסס בין היתר על מידע פנימי. ניח לצורך הדוגמה שהעובדה שסיליקון מונע קצף היא סוד מסחרי. גילוי

מקרים של גילוי מידע על ייצור של תרופה חדשה שיכולה להציל חיים, כאשר קיים מחסור בתרופה או שעלות רכישתה לאזרח אינה סבירה? סוגיה דומה קיימת בדיני הפטנטים, כאשר מדינה חייבת להכריע בין כיבוד פטנט על תרופה לבין האפשרות להתיר ניצול אמצאה באמצעות רישיון כפייה כאשר הדבר דרוש לקיום אספקה של תרופות.⁹ אפשרות נוספת היא מתן היתר לשימוש המדינה אם הדבר דרוש להגנת המדינה או לקיום אספקה או שירותים חיוניים.¹⁰ מיגל דויטש סבור שבדרך כלל אין להתיר לעשות שימוש בסייג של תקנת הציבור לצורך גילוי מידע על תרופה חדשה. לשיטתו, ראשית, אין הסדר לתמלוגים לבעל הסוד, ושנית קיים חשש לשיקול מוטעה של המגלה, שאין לו כיס עמוק מספיק לפיצוי בגין טעותו.¹¹ לדעתי, במקרים בהם קיים מחסור בתרופה או שהיא תהיה יקרה מדי, ראוי להתיר את הגילוי מטעמים של תקנת הציבור, במיוחד שבדיני סודות המסחר לא קיים המוסד של רישיון כפייה.¹² גישה זו הולמת גם את גישת המשפט העברי שמצביע על מקרים בהם אמוראים גילו תרופה סודית לציבור הרחב.¹³ הפתרון לקשיים אלה עשוי להיות באמצעות דרישה להיתר מבית המשפט לגלות את הסוד בנסיבות אלו, שיכלול תמלוגים לבעל הסוד.

סוג נוסף של אינטרס גלולת סוד מסחרי הוא חשש לפגיעה בזכויות קיום בסיסיות. כך למשל, פסק הדין בעניין עמיצור נ' לוי, דן במקרה בו בעל חברת כוח אדם הגיש בקשה לצו להגבלת עיסוק וצו לשמירה על סודות מסחריים. הסוד המסחרי היה רשימה של עובדים זרים שהועסקו בניגוד לחוק ובתנאים קשים. בית הדין קבע שקבלת הבקשה רק תנציח את מצבם של העובדים, שהרי לא ניתן יהיה להתחרות על האפשרות להעסיקם, וכך הם ימשיכו לעבוד בתנאים הנוכחיים. לפיכך קבע בית הדין שגם אם מדובר בסוד מסחרי קיים צידוק גלולת ולהשתמש ברשימת העובדים מתוך היקש לתקנת הציבור של דיני סודות המסחר.¹⁴

סייג תקנת הציבור מקנה כאמור פטור מאחריות, במקרה שהשימוש מוצדק בשל תקנת הציבור. ברם, אם המגלה גרף רווחים כתוצאה מהשימוש בסוד המסחרי, ראוי בית המשפט, אם ראה שהדבר מוצדק בנסיבות העניין, לחייב אותו להשיב את הרווחים כולם או חלקם לבעל הסוד.¹⁵ השאלה היא אם מדובר

השימוש בסיליקון לציבור מחייב גלולת גם את הסוד. אם החברה באופן היפותטי הייתה תובעת את העובד שגילה את הסוד, אזי תביעה שכזו הייתה נדחית ככל הנראה בשל סייג תקנת הציבור. ראו גם Menell, לעיל ה"ש 3, בעמ' 22 לגבי גילוי האפקט הממכר של הניקוטין.

⁹ סעיפים 116-128 לחוק הפטנטים, התשכ"ז-1967 (להלן: חוק הפטנטים). מקרה שכמעט הצדיק זאת היה הפטנט על תרופת ה"סטימפלו" נגד שפעת העופות. לדיווח, ראו אבנר ארד "שפעת העופות, יש גם מרוויחים" NRG (19.3.06).

¹⁰ סעיפים 104-106 לחוק הפטנטים.

¹¹ דויטש - עוולות מסחריות, לעיל, ה"ש 2, בעמ' 709-711; דויטש, "תחרות והגינות", לעיל, ה"ש 2, בעמ' 161.

¹² לדיון באפשרות זו ושלילתה ראו דויטש - עוולות מסחריות, לעיל, ה"ש 2, בעמ' 714-718.

¹³ בגמרא מסופר שרבי גילה במקום ששמו מחוזה שלוש חומרים שטובים כתחבושת אחר ברית המילה: שעווה, שרף ואילן. לאחר שנודע למשפחת מינומי אסיא שרבי גילה את החומרים קרעו בניו של מינומי אסיא את בגדיהם מרוב צער שנודע לכל כיצד לעשות את התחבושת ולא יזדקקו להם. אמר להם רבא הנחתי לכם רפואה אחת שלא גיליתי, ותוכלו להשתמש בה ולהתפרנס, ראו תלמוד בבלי, מסכת שבת קלג, ב'; רש"י, שם, ד"ה קרעיהו; ע. אבן ישראל, שטינזלץ, שם, 589; ש. ורהפטיג, דיני מסחר במשפט העברי 234-235 (תש"ן). מקרה נוסף שמובא בגמרא לגבי שמירת תרופה בסודיות על ידי רופאה וגילויה על ידי ר' יוחנן לציבור הרחב ראו תלמוד בבלי, מסכת יומא פד, א'; ע. אבן ישראל, שטינזלץ, שם, 354; ורהפטיג, שם, 235. מקרים אלו מדגישים את התפיסות השונות. הרופאים ראו במידע הרפואי שהיה בחזקתם ושנשמר בסודיות, כקניין פרטי, שרק הם ראויים לנצלו לפרנסתם, ואילו תלמידי החכמים באותה התקופה סברו שמידע רפואי צריך להיות ידוע לכלל, ולפיכך ראוי שיהיה נחלת הכלל, ולכן חובה לפרסמו כדי שהציבור יוכל לעשות בו שימוש לצורך ריפוי, ורהפטיג, שם, 235. תחום נוסף שהתעורר בו המתח בין הזכות לשמירת סודיות לבין האינטרס גלולת את המידע הוא סודות בתחום המלאכות שבמסגרת עבודת הכהנים בבית המקדש, ראו תלמוד בבלי, מסכת יומא לח, א'. ראו גם ורהפטיג, שם, 234.

¹⁴ ב"ש"א 1687/00, עמיצור נ' לוי, פס' 19 (פורסם בנבו, 19.3.2000). ההיקש נעשה כלל הנראה מאחר שחוק עוולות מסחריות לא חל על נסיבות המקרה שהתרחשו לפני שהחוק נכנס לתוקף.

¹⁵ סעיף 7(ב) לחוק עוולות מסחריות. ראו גם עניין Initial Services, לעיל ה"ש 7, שם קבע בית המשפט שעל אף שהגילוי לעתים מוצדק בשל תקנת הציבור, המצב עלול להיות שונה במקרה בו העובד ימכור את הסוד לטובת רווח או פרס. אפשרות זו קיימת כמובן גם מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, דויטש - עוולות מסחריות, לעיל ה"ש 2, בעמ' 713-714.

ברווחים שהתקבלו כתוצאה משימוש בסוד המסחרי בלבד, או מעצם הגילוי הכולל.¹⁶ אם האפשרות האחרונה היא הנכונה אין להעביר את הרווחים האלה לבעל הסוד, במיוחד לאור האינטרס לתמרץ עובדים לחשוף מחדלים דומים.¹⁷ נראה שרק במקרים של שימוש בסוד עצמו כגון שימוש בנוסחה שהתגלתה בשל אינטרס ציבורי הולם, יהיה מוצדק להשיב את הרווחים כולם או חלקם לבעל הסוד.¹⁸

ג. הכשלים בדין הקיים ופתרונותיהם

ההסדר הקיים מעורר שלוש בעיות מרכזיות:

1. **עמימות**: בהעדר יעוץ משפטי, ספק אם מי שאמור להסתמך על סייג תקנת הציבור יהיה בכלל מודע לו, שכן חוזה העבודה אינו מציין אפשרות זו, ולכן החשש מפני גילוי סוד מסחרי ירתיע את אותו אדם מלגלות את המידע שחיוני לציבור.¹⁹ יתרה מכך, גם אם המסתמך הפוטנציאלי על סייג זה יהיה מודע לקיומו, הוא מבצע למעשה עוולה של גזל סוד מסחרי, אלא שהוא מתעתד לטעון להגנה של סייג תקנת הציבור. במקרה זה הוא צפוי לתביעה כנגדו שתדרוש ממנו הוצאה ניכרת של משאבי זמן ומשאבים כלכליים למימון ייצוג משפטי כדי לנסות ולהוכיח את התקיימותו של סייג תקנת הציבור.²⁰ בנוסף, המסתמך על הסייג, שפועל בדרך כלל עבור הציבור ולא עבור אינטרס עצמי, נוטל סיכון שבית המשפט ידחה את הטענה והוא יימצא מעוול בעוולת גזל סוד מסחרי.²¹ חששות אלו עלולים להרתיע מפני הסתמכות על הגנה זו מלכתחילה. ואכן, במשפט הישראלי לא עלה בידי לאתר פסק דין נוסף (מעבר לעניין עמיצור), שדן בסייג תקנת הציבור וזאת על אף שחלפו כמעט שני עשורים מחקיקת חוק עוולות מסחריות.

2. **היררכיה משפטית**: האם הכרה בהתקיימות הסייג של תקנת הציבור ביחס לגילוי סוד מסחרי במקרה מסוים מתגברת גם על ההתחייבות החוזית שלא לגלות סודות מסחריים? בארצות הברית פנו בתי המשפט לעקרונות חוזיים המבטלים חוזים שנוגדים את תקנת הציבור. אולם גם במקרים אלו מי שמתלבט אם לגלות סוד מסחרי שחיוני לציבור עלול לחשוש מהאפשרות שהמידע שיתגלה לא יצדיק בסופו של דבר את ביטול ההתחייבות החוזית.²² הפתרון בדין הישראלי עשוי להיות במסגרת עקרון תום הלב. כאשר מוצדק לפטור מאחריות בעוולת גזל סוד מסחרי בשל תקנת הציבור, אזי פטור זה עשוי לחול גם במסגרת ההסדר

¹⁶ כך למשל, אם בעניין **תנובה**, לעיל ה"ש 8, עובד היה מגלה את העובדה שמוחדר סיליקון לחלב ומקבל בשל כך מאמצעי תקשורת תמורה עבור הגילוי, האם רווחים אלו אמורים להיות מושבים כולם או חלקם לבעל הסוד? הרי רווחים אלו הופקו לא כתוצאה משימוש בסוד המסחרי (סיליקון מונע בועות) אלא מגילוי הידיעה שהוחדר סיליקון לחלב.

¹⁷ לאינטרס זה ראו: דויטש, "תחרות והגינות", לעיל ה"ש 2, בעמ' 160; דויטש - **עוולות מסחריות**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 713-714.

¹⁸ למרות שהמגלה הוא בדרך כלל חלש יותר ביחס לבעלת הסוד שהיא בדרך כלל חברה חזקה, ספק לדעתי אם ראוי להפעיל שיקולי צדק חלוקתי לטובתו. לדיון בנושא זה ראו: חגי ויניצקי ומיכל טמיר "מודלים לתחולת צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי" **המשפט** יד 469 (תשע"א).

¹⁹ Menell לעיל ה"ש 3, בעמ' 30, 39.

²⁰ נטל ההוכחה הוא על הטוען לחריג תקנת הציבור, Dean, לעיל ה"ש 3, בעמ' 286. ככל שהאינטרס בשמירה על הסודיות יהיה גבוה יותר, כך יהיה גבוה יותר נטל ההוכחה של האינטרס הציבורי, שם. ראו גם: Menell, לעיל ה"ש 3, בעמ' 30, 41. Menell אף מציין שעצם חשיפת הסוד המסחרי לעורך הדין בהיקף רחב עלולה להיחשב כשלעצמה כגילוי אסור של הסוד המסחרי, שם, 35-36, 39. ראו גם רכס לעיל ה"ש 7, בעמ' 376-377.

²¹ Carol M. Bast, *At What Price Silence: Are Confidentiality Agreements Enforceable?*, 25 WM. MITCHELL L. REV. 627, 664-668 (1999); דויטש - **עוולות מסחריות**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 698; Menell, לעיל ה"ש 3, בעמ' 30.

²² Menell, לעיל ה"ש 3, בעמ' 30-31.

החוזי כהשלמה באמצעות עקרון תום הלב, וגם כחלק מדיני הרשלנות, כך שהמשתמש בסוד המסחרי בנסיבות אלו לא ייחשב כמפר חוזה או כמעוול ברשלנות.²³

3. **צמצום הפגיעה**: מתעוררת השאלה מדוע בחלק ניכר מהמקרים שבהם מוצדק להסתמך על סייג תקנת הציבור, לא ניתן להסתפק בגילויי לרשויות המדינה הרלוונטיות חלף גילויי לציבור בכללותו, ובכך למזער את הפגיעה בסוד.²⁴ ואכן פיטר מנל (Menell) הציע לאפשר את חשיפת הסוד רק לעורכי דין או לרשויות המדינה שמוטלות עליהם חובות אמון וסודיות, וכך הסוד המסחרי לא ייפגע. חשיפת הסוד בפני עורך דין או גורם ממשלתי תאפשר לברר אם יש עוולה או הפרת חוק, מבלי לחשוף את הסוד, ובכך ייפתר חוסר הבהירות מבחינת מגלה הסוד. ציון אפשרות זו בחוזה העבודה יאפשר לעובד לדעת על קיומה.²⁵ יתרה מכך, חוקי חופש המידע בארצות הברית ובישראל מגבילים את היכולת של הרשויות לחשוף סודות מסחריים שהתקבלו מאנשים פרטיים.²⁶

הפתרון שהוצע על-ידי מנל לשלושת הקשיים דלעיל, ושאוּמץ בחקיקה הפדרלית בארצות הברית בשנת 2016 במסגרת ה-Defend Trade Secrets Act, הוא יצירת חסינות אזרחית ופלילית למי שידווח על הפרה של חוק לגוף פדרלי, מדינתי או של שלטון מקומי. החסינות היא הן למגלה והן לעורך דינו. בנוסף נקבע בחוק, שמעסיק חייב לדווח לעובד או ליועץ על החסינות בכל חוזה המסדיר את השימוש בסוד המסחרי. אי עמידה בחובת הדיווח תשלול פיצויים עונשיים ושכר טרחת עורך-דין. מנל הציע שאי עמידה בחובת הדיווח גם תשלול את אכיפת החוזה, אך התקבלו כאמור רק הסנקציות אחרות.²⁷ החסינות תעביר את נטל ההוכחה לבעל הסוד שיצטרך להוכיח שהמדווח לא עמד בתנאי החסינות (הגילוי לא היה לגורמים המורשים או שהגילוי היה למטרה שאינה מותרת על-פי החוק), חלף הצורך של המדווח לעמוד בנטל ההוכחה שהסייג של תקנת הציבור התקיים. חסינות זו לא תמנע את החשש מתביעה של בעל הסוד בטענה שהמדווח לא עמד בתנאי החסינות, אך תפחית במידת מה את התמריץ של בעל הסוד לתבוע ותפחית את עלויות ההתדיינות של מגלה הסוד. אם כי הן לא תופחתנה לגמרי, שכן בעת הגשת תביעה של בעל הסוד בטענה שהמדווח לא עמד בחסינות, המדווח לא יוכל להמתין עד שבעל הסוד יעמוד בנטל ההוכחה המוטל עליו ויפעל להביא את ראיותיו. בכל מקרה, מאחר שהגילוי הוא רק לגוף ממשלתי, ולא לציבור – ולמתחרים - לא ייגרם בדרך כלל נזק לערך של הסוד. ההצעה לשלול גם את אכיפת הסכם הסודיות בהעדר דיווח על החסינות, אכן טובה יותר מאשר רק הסנקציות שהתקבלו בחוק: שלילת פיצויים עונשיים ושכר

²³ ויניצקי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 29-30, 137-138.

²⁴ ראו: עניין Initial Services לעיל ה"ש 7, שם קבע הלורד דנינג שמידע על דבר עבירה יש להעביר למשטרה. עם זאת, יש מקרים שבהם העניין לציבור הוא כה רחב עד כדי כך שיהיה ראוי להעביר את המידע גם לעיתונות. בעניין Lion Laboratories, לעיל ה"ש 7 נקבע כי במקרים רבים עניין הציבור נשמר טוב יותר כאשר המידע מועבר לגוף המוסמך לטפל בסוגיה כמו המשטרה או ביהמ"ש ולא לעיתונות. עם זאת, באותו מקרה היה מדובר באי דיוק של מכשירים למדידת אחוז אלכוהול בדם שנמצאים בשימוש המשטרה, ולכן נפסק שראוי לגלות לכלל הציבור. ראו גם עניין Franscome לעיל ה"ש 7, שם נקבע כי ניתן היה למלא את אינטרס הציבור באמצעות העברת הקלטות למשטרה או למועדון שהתובע חבר בו. ראו גם: עניין Malone, לעיל ה"ש 7. ראו גם: רכס, לעיל ה"ש 7, בעמ' 374-376. Menell, לעיל ה"ש 3, בעמ' 44-46, מציין שגם מבחינת מי שמגלה את הסוד, לצורך חשיפת עוולה או הפרת חוק, אין עניין לפגוע ביתרון שמספק הסוד לבעליו, שם.

²⁵ Menell, לעיל ה"ש 3, בעמ' 46-47.

²⁶ The Freedom of Information Act, 5 U.S.C. § 552(b)(3)-(4) (2012); סעיף 9(ב)(6) לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998. ראו: Menell, לעיל ה"ש 3, בעמ' 48-49.

²⁷ Defend Trade Secrets Act of 2016, § 7 (codified at 18 U.S.C. § 1833 (2012)). הסנאט אימץ את החוק בינואר 2016. להצעה ראו Menell לעיל ה"ש 3, בעמ' 54-55.

טרחת עורך-דין. הסדר פדרלי זה אינו מחליף את הסייג של תקנת הציבור בדין המדינתי,²⁸ שיחול גם במקרים של גילוי על הפרת חוק לציבור הרחב או גילוי עניינים ציבוריים שאינם הפרת חוק. ברם, גילוי שלא במסגרת כללי החוק החדש לא ייצור חסינות אלא רק הגנה במסגרת תביעה לגזל סוד מסחרי.

עם זאת, בפסק הדין הראשון שדן בחוק החדש לא התייחס בית המשפט לחוק כמקנה חסינות לעובד שרצה לחשוף שחיתות של מעבידו, אלא כהגנה לנתבע. מאחר שהנתבע לא הוכיח שהוא מתכוון להגיש תביעה ושלא יעשה שימוש לא נאות בחומר הסודי, הורה בית המשפט להחזיר את כל המסמכים לתובע ולהצהיר שהם לא הועברו לצד שלישי.²⁹ פסק הדין זכה לביקורת מטעם יוזם החוק, שכן לאור חסינות הנתבע, התובע היה צריך להוכיח שהנתבע חשף את הסוד לגורמים שאינם מנויים בחוק או למטרה שאינה מותרת על-פי החוק, ובהעדר הוכחה שכזו לנתבע הזכות, ביחד עם עורך דינו, לפעול עם הרשויות כדי לחשוף את העבירות.³⁰

ד. הצעה לתיקון חוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999

לדעתי, ראוי לאמץ גם בישראל הסדר דומה בחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999, שישמר את סייג תקנת הציבור, שהוא מונח גמיש וכולל גם מקרים שאינם מהווים עוולה או הפרת חוק ומאפשר גם גילוי לציבור, כהגנה לנתבע בשל גילוי סוד מסחרי. נטל ההוכחה במקרים אלו יהיה על הנתבע, וכן ייתוסף סעיף קטן (א1) לסעיף 7 לחוק כדלקמן:³¹

(1) "אדם יהיה חסין בפני כל פעולה משפטית, בשל גילוי סוד מסחרי לרשות ציבורית למטרת דיווח על עבירה פלילית, עוולה נזיקית, סיכון בריאותי או בטיחותי.

(2) חסינות זו תחול גם על עורך דינו של המגלה.

(3) חובה על כל רשות ציבורית או מעסיק לידע בכתב כל עובד או יועץ ביחס לחסינות זו. מחדל מעמידה בחובה זו תשלול כל סעד לטובת הרשות או המעביד בשל גזל סוד מסחרי על ידי עובדיהם או יועציהם.

מדרג זה יאפשר מצד אחד גילוי של סוד מסחרי לציבור הרחב במגוון מצבים שלדעת המגלה הגילוי מוצדק בשל תקנת הציבור. במקרה זה המגלה לוקח סיכון שהוא ייתבע בשל גזל סוד מסחרי, ונטל הוכחת ההגנה

²⁸ דיני סודות מסחר האזרחיים מוסדרים במשפט האמריקני בעיקר בדין המדינתי, ראו ויניצקי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 24. עם זאת, קיימות דעות שקוראות לחוק פדרלי אזרחי לסודות מסחר, ראו: Christopher Rebel J. Pace *The Case for a Federal Trade Secrets Act* 8 HARV. J. LAW & TECH. 427 (1995); Marina Lao *Federalizing Trade Secrets Law in an Information Economy* 59 OHIO ST. L.J. 1633 (1998).

²⁹ *Unum Group v. Loftus*, No. 4:16–CV–40154–TSH, 2016 WL 7115967 (D. Mass. Dec. 6, 2016).

³⁰ Peter S. Menell, *Misconstruing Whistleblower Immunity Under the Defend Trade Secrets Act*, 1 NEV. L.J. FORUM 92 (2017).

³¹ כדי לוודא שהסעיף המוצע לא יתפרש כהגנה בלבד, כפי שקרה כאמור בארצות הברית, אלא כחסינות, השתמשתי בנוסח שקיים בסעיף 1(א) לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א-1951. לא השתמשתי בנוסח שנמצא בסעיף 7(א) לפקודת הנזיקין (נוסח חדש) שעניינו חסינות של עובדי ציבור: "לא תוגש תובענה נגד עובד ציבור על... שכן החסינות צריכה להיות גם מפני הליכים פליליים. אמנם, גילוי סוד מסחרי בישראל אינו מהווה עבירה פלילית כשלעצמה, אך המגלה עלול לעבור עבירות אחרות כגון גילוי סוד מקצועי שנמסר לו אגב מקצועו או מלאכתו, ראו סעיף 496 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. לכן החסינות צריכה להגן גם מפני הליכים פליליים.

יחול עליו. אם המגלה אינו מעוניין בנטילת סיכון זה הוא יוכל לגלות את המידע לרשויות הציבוריות בלבד ורק במקרים של עבירה פלילית, עוולה נזיקית, סיכון בריאותי או בטיחותי. במקרה זה הוא ייחנה מחסינות שתאפשר לתובע רק להוכיח שהמגלה גילה את המידע לגורמים שאינם נחשבים לרשות ציבורית או שהגילוי אינו נמנה עם הסיבות הכלולות בהסדר החסינות.³² בנוסף, מוצע לשלול כל סעד בשל גזל סוד מסחרי מרשות ציבורית או ממעביד שלא יידעו את עובדיהם ויועציהם ביחס לחסינות זו, וזאת כדי לוודא שהם יהיו מודעים לקיומה.

ה. סיכום

סייג תקנת הציבור אכן מתאים לעיצוב הגבולות המוסריים של דיני סודות המסחר. עם זאת, סייג זה אינו נותן מענה למי שאינו מעוניין ליטול סיכונים משפטיים בהסתמכות על הגנה זו, וכן אינו מבחין בין גילוי לרשות ציבורית, שמפחית את הנזק לסוד לבין גילוי לציבור הרחב. מענה לכשלים אלו הוסדר בחקיקת ארה"ב אך לאחרונה, ולדעתי ראוי לכלול הסדר סטטוטורי דומה גם בישראל, בנוסף לסייג תקנת הציבור, בנוסח המוצע במאמר זה.

³² אמנם, קיימות הגנות מסוימות גם מכוח דינים אחרים, כגון הגנת הצורך בסעיף 34 יא' לחוק העונשין, התשל"ז-1977, אך מטרת החוק המוצע היא להעניק חסינות כללית.