

# על הסכנה ההגבלית שבהסכם זכיינות – פטור ולא פטור

עדי איל\*

- א. הקדמה
- ב. הסכם זכיינות כהסדר כובל
- ג. פטור הסוג להסכמי זכיינות והתעלמותו ממנגנוני אכיפה כלכליים
  - 1.ג. מגבלות פטור הסוג
  - 2.ג. בעיית מנגנוני האכיפה הכלכליים
- ד. הסיכונים ליזם ולבעל הזיכיון
- ה. אז מה עושים?
  - 1.ה. עדכון הגדרות בהסכם לעומת יציאה מחוץ למסגרת הזכיינות
  - 2.ה. שינוי בהגדרות פטור הסוג
- ו. סיכום

## תקציר

הסכמי זכיינות רבים כוללים תנאים שקל לסווגם כיוצרים הסדר כובל. מטרת רשימה זו להראות את הבעייתיות שבכך, שנותרת בעינה גם לאחר שדיני ההגבלים העסקיים העניקו פטור סוג להסכמי זכיינות, ולכאורה הצדדים מוגנים. בפועל, כמעט כל הסכם זכיינות חורג מתחולת פטור הסוג, באופן שנראה בזמנו הגיוני למחוקק (המשנה), אך סותר את ההיגיון הכלכלי-עסקי המנחה הסכמים אלה. ה"חריגים" שבפטור הסוג אינם מקריים, אלא ממחישים את הפער שבין החשיבה הקטגורית המשפטית לבין היישום הכלכלי-עסקי, שעיקרו דווקא ביישום תלוי-הקשר ובמשתנים הרציפים שבין הקטגוריות הבהדירות. אי-אפשר להתעלם מן ההקשר העסקי, שכן הסכמי זכיינות רבים כוללים מנגנוני פיקוח כלכליים על הצדדים. דווקא מנגנוני פיקוח אלה

---

\* ד"ר למשפטים, ד"ר לכלכלה, אוניברסיטת בר-אילן. תודתי למיכל גל, לשלומי תורג'מן, למשתתפי כנס "זכיינות בינלאומית" במרכז למשפט ועסקים, ולחברי המערכת והבודקים האנונימיים על הערות למאמר. עופר קרין, שיר שלום, ושמואל מרום סייעו במחקר. האחריות לטעויות, אם נותרו, שלי בלבד. הערות והארות יתקבלו בברכה: [Adi.Ayal@biu.ac.il](mailto:Adi.Ayal@biu.ac.il).

(החיוניים להצלחת ההסכם), עלולים לגרום לו להיחשב להסדר כובל. המאמר יושב בין ניתוח משפטי לבין ניתוח עסקי, ידגיש את חסרונות המצב הקיים ויצביע על פתרונות אפשריים.

## א. הקדמה

זכיינות היא מודל עסקי נפוץ ומוצלח המאפשר לרשתות להתרחב מבחינה מסחרית, ובו בוד להימנע מסיכון מימוני מוגזם. זאת, תוך שמירה על ערך המותג הכרוך בשם הרשת עצמה או במוצרים העיקריים שלה. את עיקר התועלת שבזכיינות ניתן להבין מהשוואה לחלופה שלה: חנויות נוספות בבעלות הרשת עצמה. היתרון הבסיסי של מודל הזכיינות הוא התמקצעות ושימור היתרון היחסי: יתרונה של הרשת הוא שימוש במוטג מוכר לציבור ובשיטות עבודה שהוכחו כיעילות; ואילו יתרונה של הזכייין הוא בשיפור השירות המקומי ובמצום עלויות, שעליהן יוכל לפקח במישרין, תוך מזעור הברוקרטיה המאפיינת עסק גדול. הזכייין נהנה מהשתלבות בעסק קיים ומהישענות על מוניטין נצבר, והרשת נהנית מהקטנת הסיכון הפיננסי והעומס האדמיניסטרטיבי (לעומת בעלות ישירה על מספר גדול של חנויות והעסקה של עובדים רבים). הזכיינות מאפשרת התרחבות מהירה של רשתות מצליחות תוך ניצול מקורות ההון (הכספי והאנושי) של הזכיינים, כאשר הסכמי הזכיינות מסדירים את חלוקת הרווחים והסיכונים בין הצדדים.

למרות התועלת הרבה שבהסכמי הזכיינות, תנאיהם של רוב הסכמי הזכיינות הופכים אותם להסדרים כובלים, הכפופים לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "החוק"). דוגמאות בולטות הן התחייבותו של זכייין כלפי בעל הזיכיון בכל הנוגע למחיר שבו יימכרו המוצרים לציבור; קביעה של אזורי שיווק בלעדיים, וכן הקביעה המתבקשת ממנה האוסרת על זכיינים אחרים לשווק מחוץ לתחום מסוים; זכייין המחויב לרכוש מהמזכה מוצרים שלובים (למשל: קפה עם כוסות ומפיות להגשתו, או בגדים עם קולבים ייחודיים לתלייתם); תניות אי-תחרות בזמן הזכיינות ולאחריה. ההיגיון העסקי של מגבלות אלה ברור: זכיינות היא תחום שבו בעלת הזיכיון היא תכופות חברה המפעילה רשת, ומוניטין הרשת נשענים על כך שהסניפים ייראו דומים ויתפקדו ברמה אחידה. ההיגיון העסקי הזה לא נעלם מעיני המחוקק (כאן, מחוקק המשנה) וקיבל ביטוי בכללי ההגבלים העסקיים: פטור סוג להסכמי זכיינות! פטור הסוג מסייע לצדדים להסכם הזכיינות בכך שהוא פוטר אותם מן הצורך לפנות אישית לרשות ההגבלים העסקיים בבקשת פטור או בבקשת אישור להסדר הכובל שערכו. בכך, כריתת חוזה זכיינות הופכת קלה ומהירה יותר, ולכאורה, בכך סוף פסוק. אולם למעשה, פטור הסוג כולל מגבלות שרבים מהסכמי הזכיינות לא

<sup>1</sup> כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי זכיינות), התשס"א-2001 (להלן: "פטור הסוג").

עומדים בהן. לרוב אין המדובר בניסיון של הזכיין והמזכה, בעל הסניף והרשת, ליצור הגבל עסקי, אלא רק באי-הבנה של המותר והאסור, תוך הנחה סבירה שהפטור חל עליהם (או אי-ידיעה על קיומה של בעיה הגבלית כלל). במאמר זה אבחן את תחולת פטור הסוג ואצביע על המנהגים העסקיים שהוא מתעלם מהם. מעבר לטעויות החיוביות והשליליות הכרוכות בכל דבר חקיקה, אראה שמדובר בהטיה הנובעת מיסודות החשיבה המשפטנית הנוהגת ביני ההגבלים העסקיים, ומאי-הבנת המורכבות העסקית של הסכם הזכיינות. התוצאה היא פטור סוג שרבים ההסכמים הלגיטימיים שאינם נהנים מתחולתו, בלא שהצדדים להם מודעים לבעיה. אין מדובר רק בחסרים או בפגמים בפטור הסוג הרלוונטי, אלא בטעות מהותית בהבנת העיקר והטפל בהסכמי זכיינות, ובטעות מושגית בקביעת קטגוריות משפטיות נבדלות לרכיבים השלובים זה בזה, באופן שהפרדתם נוטלת את עוקצם.

הפגמים שאפרט חושפים את הצדדים לתביעה בשל עברת הגבלים עסקיים (מדובר בחוק המטיל אחריות פלילית ואזרחית גם יחד), ולא זו בלבד אלא שהם מעוררים חשש של ממש שצד להסכם ינצל בדיעבד את אי-תחולת הפטור עליו, באופן שהזכיין או בעל הזיכיון יוכלו להתחמק מחבותם על פי ההסכם. הסדר כובל שלא קיבל פטור או אישור הוא אסור, וחווה המגבש הסדר כובל – בטל. ניתן כמובן לפנות לממונה על ההגבלים העסקיים לקבלת פטור ספציפי להסכם, אלא שמעטים העושים כן, ומטרת פטור הסוג היא בדיוק למנוע צורך זה.

מטרת מאמר זה היא להצביע על הבעייתיות במצב הקיים, לנתח את המנגנונים העסקיים המעוררים בעיה משפטית, ולהציע מספר פתרונות אפשריים. שילוב התכנון העסקי בתכנון המשפטי הוא בלב הדברים ולכן אדגיש את ההיגיון העסקי שבמנגנונים הבעייתיים ביותר, אלה הדרושים מבחינה עסקית ומסוכנים מבחינה משפטית. הפתרון המתבקש הוא בקשת פטור ספציפי לכל הסכם בנפרד. אמנם הנתונים בפועל מראים שפתרון זה אינו ישים, ומרבית הבעיות צפויות להתעורר דווקא בדיעבד, בזמן שהפטור הספציפי אינו יכול לעזור, שכן אין לו תחולה רטרואקטיבית. פתרונות קלים אחרים אינם בנמצא, שכן מהות המנגנונים העסקיים היא בדיוק ההיבט הבעייתי מבחינה הגבלית. ובכל זאת אצביע על פתרונות פרשניים ונקודות למחשבה למי שמנסחים הסכם זכיינות, וגם למי שטוענים בפני בית המשפט ומבקשים להחיל פרשנות המקיימת את דרישות ההסכם. לבסוף, אדון באפשרות לשנות את נוסח פטור הסוג באופן שימנע את הבעיות שעליהן אני מצביע כאן, אך גם במקרה זה רבים קשיי היישום, ופתרונות קלים ומושלמים אינם בנמצא. עם זאת, תקוותי היא שיהיה בדברים אלה כדי לחדד את החשיבה על הנושא ולהצביע על אסטרטגיות עסקיות ומשפטיות שתעמודנה בדרישות החוק.

## מבנה המאמר

בפרק ב אתח את הסכם הזכיינות במתכונתו הרווחת ואת מעמדו כהסדר כובל. כמו כן, אצביע על האחריות הפלילית של תאגיד שנהיה צד להסכם זכיינות ושל מנהלים בתאגיד, גם מי שלא היו מעורבים בכריתת הסכם הזכיינות או בביצועו (ואף אם לא ידעו עליו). בעיקר אתמקד בסיכון העסקי המרכזי – בקשה להכריז על בטלות ההסכם בדיעבד על ידי זכיין (או בעל זיכיון) ש"נזכר" שמדובר בהסדר כובל, ומשתמש בכך כדי להתנער מחיוביו משאיבד ההסכם את כדאיותו העסקית. בפרק ג אדון בפטור הסוג, תחולתו ומגבלותיו. אסביר את הבעיה המרכזית בהסכמי זכיינות, כלומר הצורך לפקח על התנהלות הצד האחר במהלך תוקף ההסכם והקושי שהגדרה המשפטית, המתעלמת ממנגנונים כלכליים שנועדו לטפל בבעיה זו, מעוררת. בפרק ד אדון בסיכונים לצדדים בשל בעייתיות ההגדרות שבפטור הסוג, ובפרק ה אדון באפשרויות לתיקון הליקויים שמאמר זה מצביע עליהם, בין על ידי הצדדים להסכם הזכיינות, ובין על ידי מחוקק המשנה בתיקון פטור הסוג עצמו. פרק ו יחתום את המאמר ויסכמו.

## ב. הסכם זכיינות כהסדר כובל

הסכמי זכיינות הם במהותם חוזים בין שני צדדים הכורכים עתידם זה בזה. הצד האחד הוא בעל הזיכיון, בדרך כלל חברה בע"מ המפעילה רשת חנויות הנושאות שם מותג יחיד. הדוגמאות הבולטות הן בתי קפה, חנויות בגדים, רשתות "עשה זאת בעצמך", סופרמרקטים וחנויות ענק לציוד משרדי. הצד האחר הוא הזכיין, בדרך כלל אדם פרטי (או חברה שהקים), המשלם לבעל הזיכיון תמורת הזכות להקים ולהפעיל עסק שיישא את שם המותג של הרשת. שני הצדדים נהנים מהעסקה: בעל הזיכיון נהנה מסניף נוסף המצטרף לרשת ומבעל עסק המפעיל אותו "סניף" כמרכז רווח עצמאי. הזכיין נהנה מהאפשרות לחסות בצל כנפיו של שם מותג מוכר לציבור, ומתזרים הכנסות הנובע לא רק מאיכות המוצרים שהוא מציע, אלא גם מהמוניטין העסקי שצברה הרשת כולה (כלומר מפעולות מייסדי הרשת כמו גם של זכיינים שקדמו לו).<sup>2</sup>

<sup>2</sup> היבט חשוב נוסף הוא עיתוי ההכנסות. כאשר מוקמת חנות חדשה, בדרך כלל תידרש תקופת הרצה ראשונית ארוכה למדי בטרם יושג בסיס לקוחות איתן, אשר יביא עמו זרם הכנסות קבוע. כאשר מוקמת חנות השייכת לרשת מוכרת, בדרך כלל לקוחות המכירים את המוניטין של הרשת יפקדו במהרה גם את "הסניף" החדש. לקוחות אלה מזרימים מזומנים לזכיין בשלב מוקדם ומאפשרים לו לממן את המשך פעילותו. גם אם בדיעבד חנות עצמאית וחנויות השייכת לרשת משיגות הכנסות דומות (הנחה חזקה כשלעצמה), העיתוי ובעיקר היכולת לממן פעילות שוטפת מהכנסות הנצברות בשלבים ההתחלתיים מטים את הכף לטובת הזכיינות מבחינה כלכלית. עיתוי ההכנסות יכול בהחלט להבדיל בין עסק המצליח לשרוד את תקופת ההקמה, לבין עסק שנכשל בכך בהיעדר מימון מספיק, או משלם הוצאות מימון גבוהות דווקא בשלבים המוקדמים

שני הצדדים רואים בהסכם את תחילתה של מערכת יחסים ארוכת טווח, שכן אין מדובר ברכישה חד-פעמית של מוצרים, אלא בעבודה משולבת וממושכת. זו כוללת בדרך כלל את התחייבות בעל הזיכיון לספק לזכיון ממוצרי הרשת כדי שזה ימכרם בעסק שהוא מנהל, והתחייבות של הזכיון כלפי בעל הזיכיון לנהל את עסקו באופן שיתרום (ובוודאי שלא יזיק) למוניטין של הרשת כולה. שני הצדדים משקיעים הון ומאמץ בהתקשרות, ובדרך כלל נחוצה השקעה ראשונית ניכרת: מצד הזכיון, בשכירת מבנה והתאמתו לעיצוב הנהוג ברשת, ומצד בעל הזיכיון, בהכשרת הזכיון ועובדיו ובהבאתם לרמת הביצוע והניהול הדרושים. הפיקוח המתמשך של בעל הזיכיון על הזכיון, וההספקה המתמשכת של מוצרי הרשת, הם מרכיבים מרכזיים בהסכם הזכיינות והם המבדילים בין הסכמים מסוג זה לבין יחסי ספק-לקוח סטנדרטיים. מאפיין נוסף של רוב הסכמי הזכיינות הוא תשלום לבעל הזיכיון על פי פדיון הזכיון או הרווחים שצבר. מנגנון תשלום זה מחזק את האינטרס של בעל הזיכיון בהצלחת הזכיון, ובכך הוא מחזק את האמון בין הצדדים ואת תלותם ההדדית. בו בזמן הוא משרת אינטרס נוסף, והוא פריסת תשלומי הזכיון לבעל הזיכיון לאורך ציר הזמן, והפיכת חלקם לתלויי הצלחה. לפיכך זכיון חדש נזקק להון עצמי נמוך יותר כדי להקים עסק בזכיינות, והסיכון שהוא נוטל נמוך יותר, באופן המיטיב עם שני הצדדים.<sup>3</sup>

ניתן כמובן לעגן מציאות עסקית דומה במבנה תאגידי אחר, או בצורות התקשרות אחרות, ולהימנע מלהתקשר בהסכם זכיינות. ואכן, ישנן רשתות המופעלות על ידי חברה אחת, או על ידי קונצרן חברות, באופן שהיחסים בין "המשרד המרכזי" לבין הסניפים הם יחסי בעלות או כפיפות. הסניפים ברשת יכולים להיות מאוגדים כחברות בע"מ, שמניותיהן נתונות בידי חברת האם, או להיות שייכים במישרין לחברה אחת, שבבעלותה הרשת כולה, והעובדים באותם סניפים הם עובדי חברה מרכזית אחת. במקרים אלה, הפיקוח נעשה באמצעות יחסי העבודה של מנהל-כפוף ולא באמצעות מערכת חוזית של זכיון-בעל זיכיון. המייחד את הסכם הזכיינות הוא דווקא המעמד העצמאי של כל צד לחוזה, והשימוש במנגנונים חוזיים וכלכליים כדי לפקח על קיום ההתחייבויות.

ההבדל בין שתי מערכות אלה, זכיינות לעומת מבנה תאגידי, הוא מהותי לענייננו בפן העסקי ובפן המשפטי גם יחד. בפן העסקי, קל יותר לפקח על עובד בחברה

החיוניים להצלחתו.

<sup>3</sup> התשלום הנוהג תלוי ברצון הצדדים ומשתנה ממקרה למקרה. הממוצע במדינות אירופה עומד על בין שני אחוזים לבין שמונה אחוזים מהפדיון, לעתים בתוספת של אחוז עד שניים המיועדים ספציפית להוצאות פרסום המיטיבות עם הרשת כולה, והזכיון בכללה. ראו: EUROFRANCHISE LAWYERS, *Franchising in Europe: A Comparative Survey*, available at [www.eurofranchiselawyers.com/wp-content/uploads/2013/05/Comparative\\_survey\\_30\\_04\\_.pdf](http://www.eurofranchiselawyers.com/wp-content/uploads/2013/05/Comparative_survey_30_04_.pdf) (נבדק לאחרונה ב-19.8.2013).

באמצעות הוראות ישירות מאשר לוודא ביצוע נאות של חוזה בין צדדים מרוחקים.<sup>4</sup> מנגד, התמריץ להשאת רווחים בדרך כלל גדול יותר כאשר כל צד פועל לרווחתו שלו, ולא רק במטרה כללית להשיא את רווחי התאגיד. צפוי שמנהל סניף שהכנסתו האישית נגזרת במישרין מרווחיות הסניף, יתאמץ יותר ממנהל סניף הזוכה למשכורת קבועה בסוף כל חודש.<sup>5</sup> בפן המשפטי, עסק סטנדרטי ינוהל תחת מרותם של דיני העבודה, ובמקרה של קונצרן, גם בצלם של דיני החברות. עסקת זכיינות, לעומת זאת, יסודה בחוזה בין שני צדדים עצמאיים, ולכן היא נתונה לתחולתם של דיני החוזים ודיני ההגבלים העסקיים. רצון הצדדים ליצור מרכזי רווח עצמאיים ולשמור על התמריצים החזקים להשאת רווחים הוא שמביא לכריתת הסכמי זכיינות רבים.<sup>6</sup> תחולת דיני ההגבלים העסקיים מעלה סיכונים חדשים ואלה עומדים במרכז הדיון כאן.

חוק ההגבלים העסקיים נועד לשמור על התחרות בשוק, ותחולתו על הסכמים פרטיים מכוונת למנוע הסכמים שעלולים לפגוע בתחרות. מכיוון שהסכמי זכיינות מסוימים יכולים לפגוע בתחרות, וגם מכיוון שניתן להשתמש בכסות של הסכם זכיינות לגיטימי כדי לעגן התנהגות פוגענית, חל עליהם פיקוח מהותי של דיני ההגבלים העסקיים. המטרה היא לאפשר להסכמים הראויים להתממש, ולמנוע את

<sup>4</sup> לדיון בספרות הכלכלית, ראו: James A. Brickley & Frederick H. Dark, *The Choice of Organizational Form: The Case of Franchising*, 18 JFE 401 (1987); Richard E. Caves & William F. Murphy, *Franchising Firms. Markets, and Intangible Assets*, 42 SEJ 572 (1976); G. Frank Mathewson & Ralph A. Winter, *The Economics of Franchise Contracts*, 28 J.L. & Econ. 503 (1985).

<sup>5</sup> סוגיה זו זכתה לדיון רב בספרות המשפטית והכלכלית, בדרך כלל תחת הכותרת המוכרת של "בעיית הנציג". למאמר המצוטט ביותר בהקשר זה, שהביא לכתיבה ענפה בנושא ולכתיבה אמפירית, ראו: Michael Jensen & William Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, 3 JFE 305 (1976) של "שכר הבכירים" והאופן שבו תאגידים מנסים (ונכשלים) לגרום למנהלים שכירים לפעול כאילו רווחי התאגיד הם גם רווחיהם, ראו: LUCIAN BEBCHUK & JESSE FRIED, PAY WITHOUT PERFORMANCE: THE UNFULFILLED PROMISE OF EXECUTIVE COMPENSATION (Harvard University Press, 2004).

<sup>6</sup> להעמקה בנושא היחס בין תמריצים לצדדים לבין פיקוח על התנהלותם, ראו: Oliver Williamson, *The Theory of the Firm as Governance Structure: From Choice to Contract*, 16 JEP 171 (2002). המחבר מצביע על המצבים שבהם יועדף תאגיד על חוזה ולהפך. המחבר מתמקד בעיקר במצבי הביניים המביאים ליצירת יצורי כלאיים כגון הסכמי הזכיינות שאנו דנים בהם כאן. מלבד התמריץ להשאת רווחים, לא פחות חשוב הוא התמריץ לצמצום הוצאות. הספרות האמפירית מראה שהוצאות סניף בבעלות זכין נמוכות ביחס להוצאות סניף בבעלות הרשת המרכזית עצמה. ראו: Patrick J. Kaufmann & Francine Lafontaine, *Costs of Control: The Source of Economic Rents for McDonald's Franchisees*, 37 J.L. & Econ. 417 (1994).

הבלתי ראויים. סעיף 2 לחוק, מגדיר "הסדר כובל": הסדר "בין שני בני אדם המנהלים עסקים" (והגדרת "בן אדם", לצורך העניין, כוללת תאגיד).<sup>7</sup> מכיוון שכך, החוק חל על יחסים חוזיים בין ישויות עצמאיות, אך לא על יחסי עבודה בתוך תאגיד אחד.<sup>8</sup> דיוננו כאן נוגע אפוא להסכמי זכיינות בין שני צדדים ולא לניהול רשת וסניפים המאוגדים יחדיו כחברה יחידה. מרגע שעברנו משוכה זו, נותרת השאלה המהותית – **מה בהסכם הזכיינות הופכו להסדר כובל?**

הסדר בוודאי יש כאן, שכן הגדרת מונח זה רחבה במיוחד וכוללת גם הסכמות ו"הבנות" שלא גובשו בחוזה, קל וחומר חוזה מפורש, מפורט וחתום בידי הצדדים.<sup>9</sup> שאלת ה"כבילה" לכאורה מורכבת יותר, אך בענייננו כמעט תמיד תהיה גם היא מובנת מאליה: סעיף 2(א) קובע מבחן כלכלי של השפעה מהותית על התחרות, וסעיף 2(ב) קובע רשימה של כבילות אופייניות, וכל הסדר הכולל אחת מהן ייחשב ל"הסדר כובל".<sup>10</sup> הראשון קובע מבחן מהותי הדורש בחינה של כל מקרה לגופו, ואילו השני קובע מבחן פרטני, באופן שההסדר נחשב לכובל אם כבילה אופיינית מן הרשימה כלולה בו, ואין צורך לבחון את ההשפעה בפועל של נסיבות המקרה על התחרות. סעיף 2(ב) אף פורש כקובע חזקה חלוטה, ובה נדון מיד, אך גם בלעדיה ברור שהרשימה שבסעיף 2(ב) נועדה לאותת לשופטים (ולמנהלי העסקים) עד כמה יש לחשוד בהסכמים הנוגעים דווקא למחיר, לכמות, לאיכות, לחלוקת שוק וכדומה. הסדרים שתנאיהם מתאפיינים באחת ההגדרות לפחות, המהותית של סעיף 2(א) או הפרטנית של סעיף 2(ב), ייחשבו לאסורים, זולת אם אושרו על ידי בית הדין להגבלים עסקיים או הופטרו על ידי הממונה על ההגבלים העסקיים מהחובה לבקש אישור זה. כפי שאראה להלן, כמעט כל הסכם זכיינות נתפס ברשת זו, ולפיכך נקבע פטור הסוג המיועד לחסוך את הצורך להגיש בקשה פרטנית בכל מקרה ומקרה. יתרה מזו, מכיוון שבפועל רבים (מאוד) ההסדרים שאינם מוגשים לאישור או לפטור, נקבעה שורה של פטורי סוג, כדי למנוע מצב שבו צדדים שלא ידעו שעליהם לבקש פטור,

<sup>7</sup> חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1998.

<sup>8</sup> ה"ע (מחוזי חי') 28/01 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' מפיצי מכוניות בע"מ (פורסם בנבו, 22.12.2002); "עמדת הממונה על ההגבלים העסקיים בעניין הסדרי סחר בין ספקים ורשתות קמעונאיות" (חוות הדעת של הממונה על ההגבלים העסקיים, 5.1.2005); ה"פ (מחוזי נצ') 854/84 תבור נ' עמידע מוצרי יעול 1972, פ"מ מה (3) 221 (1985).

<sup>9</sup> ת"א (מחוזי חי') 289/02 בני מחמוד עלי איברהים בע"מ נ' דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ (פורסם בנבו, 26.6.2007); ת"א (מחוזי חי') Tower Air 1118/99 נ' שירותי תעופה בע"מ (פורסם בנבו, 6.5.2007); עת"מ (מנהלי ת"א) 2463/06 מועצת המובילים וההיסעים בישראל נ' משרד הביטחון (פורסם בנבו, 28.1.2007).

<sup>10</sup> ס' 2(ב) לחוק קובע: "מבלי לגרוע מכלליות האמור בסעיף קטן (א) יראו כהסדר כובל הסדר שבו הכבילה נוגעת לאחד העניינים הבאים: (1) המחיר שידרש, שיוצע או שישולם; (2) הרווח שיופק; (3) חלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים שעיינם יעסקו; (4) כמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם".

ימצאו עצמם בדיעבד עבריינים שלא מדעת, או אוחזים בהסכם בטל מחמת אי-חוקיות. פטורי הסוג נקבעו באותם תחומים שהמחוקק ומחוקק המשנה (ורשות ההגבלים העסקיים, שהובילה את המהלך) סברו שניתן לפטור בהם הסכמים רבים בלא מבחן פרטני.<sup>11</sup>

במקרה של הסכמי זכיינות, היכללותם בהגדרת הסדר כובל מובנת כמעט מאליה. אמנם ייתכן שאין "חשש משמעותי לפגיעה בתחרות" כאשר בעל זיכיון קובע לזכיון אזור שיווק, או את המחיר שישגבה, ולכן לא יחול סעיף 2(א), אך אין בכך כדי לסייע.<sup>12</sup> סעיף 2(ב) לחוק קובע שכבילה בכל הנוגע למחיר, או חלוקת שוק לאזורי שיווק בלעדיים, ייראו כהסדר כובל, ובית המשפט העליון, בד"נ טבעול נ' שף הים, קבע הלכה ברורה שמדובר בחזקות חלוטות.<sup>13</sup> משמע, גם אם אין כל פגיעה בתחרות בכבילות מסוג זה, אין הדבר מסייע לצדדים, וההסדר שביניהם נחשב לכובל. התוצאה לכאורה ברורה וחדה: כל הסכם זכיינות, שיש בו תניות המקובלות בתחום, יתפס ברשת ההסדרים הכובלים, והצדדים לו חייבים להביא זאת בחשבון.<sup>14</sup> למשמעות של מצב זה נגיע בהמשך, אך תחילה יש לבחון אם פטור הסוג מציע פתרון פשוט לכך.

### ג. פטור הסוג להסכמי זכיינות והתעלמותו ממנגנוני אכיפה כלכליים

פטור הסוג להסכמי זכיינות נקבע מכיוון שמדובר בקטגוריה מוכרת ומוערכת של הסכמים מסחריים. לסוג עסקה זה נודעת הצלחה כלכלית ביצירת יחסים ארוכי טווח המוסיפים למסחר ובדרך כלל תורמים לתחרות ביצירת מנגנוני צמיחה עסקיים, המרחיבים את מעגל המתחרים הפוטנציאליים.<sup>15</sup> עם זאת, קיומם של יתרונות

<sup>11</sup> יצחק גור, דיני ההגבלים העסקיים 84-89 (מהדורה שלישית, 2002).

<sup>12</sup> אי-אפשר לקבוע באופן חד-משמעי שאין למגבלות אלה, המקובלות מאוד בהסכמי זכיינות, השפעה כלשהי על התחרות. במקומות שבהם דיון כזה מתעורר, הטענות מתמקדות בדרך כלל בהבדל בין תחרות בתוך המותג (intrabrand) לבין תחרות בין מותגים (interbrand). הטיעון הכללי נסמך בעיקר על התחרות הבין-מותגית (למשל: תחרות בין קפה "ארומה" לבין "קפה-קפה"). המגבלות המוטלות על הזכיינים המשווקים את המותג (למשל: בעלי סניפי "ארומה"), לשם השגת אחידות והון מותג, מסייעות לרשת בכללותה, גם אם הן מונעות תחרות בין בעלי סניפים בתוך אותה רשת. ראו: MASSIMO MOTTA, COMPETITION POLICY: THEORY AND PRACTICE 306 (Cambridge University Press, 2004). ראו בה"ש 20: הדיון המתמשך בארצות-הברית בעניין כבילות מחיר אנכיות (RPM).

<sup>13</sup> דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56, 90-97 (2001) (להלן: "פרשת טבעול").

<sup>14</sup> "לכאורה", מכיוון שהחזקות החלוטות זכו לאחר מכן ליישום יחסי, להכפפה לעיקרון "זוטי דברים" ולפרשנות תכליתית המאיינת את מעמד החזקה החלוטה. ראו להלן, בטקסט הצמוד לה"ש 35 ואילך.

<sup>15</sup> יש אף הרואים בזמינות מנגנון הזכיינות גורם המפחית את הריכוזיות הכלכלית במשק ומביא לשוויון הזדמנויות לחברי קבוצות מוחלשות באוכלוסייה בשל יכולתם של עסקים חדשים



בהסכמים שעלולים לגבש הסדרים כובלים אינו ייחודי להסכמי זכיינות. גם במקרים אחרים הסדר כובל לא בהכרח מזיק, ולא תמיד מדובר בפגיעה משמעותית בתחרות. אף שחזקת הכבילות שבסעיף 2(ב) חלה, אין המחוקק או בתי המשפט מתעלמים מכך שלעתים מה שהופך חוזה לגיטימי להסדר כובל הוא עניין טכני נטול השפעה כלכלית. זאת ועוד, לעתים מוסבת פגיעה בתחרות במישור אחד, אך מושגים יתרונות פרטיים וחברתיים במישורים אחרים. לפיכך, נתן המחוקק אפשרות לצדדים להסדר כובל לאשרו מראש, כדי שהמקרים המועילים לא יימנעו יחד עם המזיקים. הכלל הבסיסי פשוט: ניתן לבקש את אישור בית הדין להגבלים עסקיים לכל הסדר כובל, וזה רשאי לשקול את השפעתו הממשית על התחרות לצד שיקולים נוספים של טובת הציבור.<sup>16</sup> כדי שלא להעמיס על בית הדין יתר על המידה, נקבע בסעיף 14 מנגנון של פנייה לממונה על ההגבלים העסקיים, לקבלת פטור מהצורך לבקש את אישור בית הדין באותם מקרים שבהם לא צפויה פגיעה משמעותית בתחרות.<sup>17</sup>

---

לחזור לשווקים ארציים בלי להזדקק להון התחלתי ניכר ומנגנון תאגידי נרחב. לעניין זה, ראו: מרכז מחקר ומידע של הכנסת "ניהול עסקים בשיטת הזכיינות – סיכויים, סיכונים, והסדרים" 2005. אתר מרכז המחקר והמידע של הכנסת זמין ב- [www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m01149.pdf](http://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m01149.pdf) (נבדק לאחרונה ב-19.8.2013). מנגד, קשה למצוא תימוכין אמפיריים לתקווה זו, וראו: Shelby Hunt, *Franchising: Promises, Problems, Prospects*, in *FRANCHISING: AN INTERNATIONAL PERSPECTIVE* 127 (Frank Hoy & John Stanworth eds., 2003).

<sup>16</sup> ס' 10 לחוק קובע: "בעת שיבחן את טובת הציבור לענין פרק זה ישקול בית הדין, בין השאר, את תרומת ההסדר הכובל לענינים המפורטים להלן ואם התועלת הצפויה לציבור תעלה באופן ממשי על הנזק העלול להיגרם לציבור או לחלק ממנו או למי שאינו צד להסדר ואלה העניינים: ייעול הייצור והשיווק של נכסים או שירותים, הבטחת איכותם או הורדת מחיריהם לצרכן; הבטחת היצע מספיק של נכסים או שירותים לציבור; מניעת תחרות בלתי הוגנת העלולה להביא להגבלת התחרות באספקת הנכסים או השירותים שבהם עוסקים הצדדים להסדר, מצד אדם שאינו צד להסדר; מתן אפשרות לצדדים להסדר להשיג אספקה של נכסים או שירותים בתנאים סבירים מידי אדם שבידו חלק ניכר של האספקה, או לספק בתנאים סבירים נכסים או שירותים לאדם שבידו חלק ניכר של הרכישה של אותם נכסים או שירותים; מניעת פגיעה חמורה בענף החשוב למשק המדינה; שמירה על המשך קיום מפעלים כמקור תעסוקה באיזור שבו עלולה להיווצר אבטלה ממשית כתוצאה מסגירתם או מצמצום הייצור בהם; שיפור מאזן התשלומים של המדינה על ידי צמצום היבוא או הוזלתו או על ידי הגדלת היצוא וכדאיתו".

<sup>17</sup> סמכויות הממונה בעניין זה צרות מסמכות בית הדין. בית הדין רשאי לשקול מגוון שיקולים, לרבות "טובת הציבור" העמומה והמותירה בידו שיקול דעת רחב. הממונה, לעומת זאת, רשאי לפטור רק הסדרים שאינם מעוררים "חשש משמעותי לפגיעה בתחרות", ולפיכך הסדרים הפוגעים בתחרות, אך מעניקים יתרון חברתי אחר, עדיין טעונים אישור של בית הדין. ס' 14(א) לחוק קובע: "הממונה רשאי, לבקשת צד להסדר כובל ולאחר התייעצות עם הוועדה לפטורים ולמיזוגים לפי ס' 23 (להלן: "הוועדה"), לפטור, בהחלטה מנומקת, צדדים להסדר כובל מהחובה לקבל את אישור בית הדין להסדר, אם שוכנע כי התקיימו כל אלה: הכבילות שבהסדר הכובל אינן מגבילות את התחרות בחלק ניכר של שוק המושפע מן ההסדר, או שהן עלולות להגביל את התחרות בחלק ניכר משוק כאמור, אך אין בהן כדי לפגוע בפגיעה של ממש בתחרות בשוק

למרות ההקלה המנהלית של אפשרות הפנייה לממונה במקום לבית הדין, בכל זאת מדובר בחובה אקטיבית המוטלת על הצדדים לפנות לגורם מוסמך לפני ההתקשרות בחוזה. מצב זה מקשה על הצדדים ומביא לידי כך שרבים "שוכחים" לפנות ולבקש פטור או אישור. לעתים הצדדים סוברים שההסכם שלהם אינו "חשוב" דיו להצדיק פנייה כזאת (או שאינם מוכנים להמתין עד קבלת התשובה, ונוקטים גישת "יהיה בסדר"). לעתים הצדדים אינם מודעים כלל לחובה המוטלת עליהם, ולעתים מדובר בכוונה להסתיר את פעילותם מגורמי האכיפה המוסמכים. לפיכך, בשנת 2001 הותקנו לראשונה "פטורי סוג" החלים על כל ההסדרים העומדים בתנאים הנקובים בפטור הקולקטיבי.<sup>18</sup> תכלית פטורי הסוג כפולה: מצד אחד, הצדדים להסכמים שסיכוייהם לזכות בפטור גבוהים ממילא נהנים מתחולה מידית של הפטור בלא עיכוב או בירוקרטיה, ומצד אחר, הרשות זוכה להקלת העומס עליה, משנחסך לה הצורך לבדוק בקשות פטור ספציפיות שממילא הייתה נענית להן. במבט מציאותי מפוכח, ניתן לומר שפטור הסוג חל בעיקר על הסכמים שבלעדיו סביר מאוד שלא היו מוגשים לרשות. מנקודת ראות זו, שלטון החוק זוכה לחיזוק מפטורי הסוג, שכן בלעדיהם היו קיימים הסדרים לא חוקיים רבים והצדדים להם היו עוברים על החוק. פטורי הסוג מונעים אפוא מצב של הפרת חוק "סיטונאית".<sup>19</sup> כאמור, הסכם זכיינות (ככל הסכם אחר) ניתן להגשה לממונה על ההגבלים

כאמור; עיקרו של ההסדר הכובל אינו בהפחתת התחרות או במניעתה, ואין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו.

<sup>18</sup> המינוח וכן המנגנון שאולים מהדין האירופי, שם מכונים פטורי הסוג "Block Exemptions". ראו: RICHARD WHISH, COMPETITION LAW 164 (6<sup>th</sup> ed. 2009). אין באירופה פטור סוג ספציפי להסכמי זכיינות, אך אלה נכללים בפטור הרחב יותר להסדרים אנכיים. ראו: Commission Regulation (EU) 330/2010 of 20 April 2010 on the Application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to Categories of Vertical Agreements and Concerted Practices, 2010 O.J. (L 102) 1 eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri= Commission Regulation זמין ב- OJ:L:2010:102:0001:0007:EN:PDF (נבדק לאחרונה ב-19.8.2013). לדיון ביישומם של פטורי הסוג האירופיים, לרבות תחולתם על דיני זכיינות, ראו: MARTIN MENDELSON & STEPHEN ROSE, GUIDE TO THE EC BLOCK EXEMPTION FOR VERTICAL AGREEMENTS Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard, לפסיקה, ראו: (2002) Schillgallis, (1986) 161/84 ECJ, 414 (1 CMLRV). שם ניתח בית הדין את מגבלות הזכיינות לפי הקטגוריה של "כבילות נלוות" המתפרשות על-פי הקשרן ותפקידן הכלכלי לפי מידת חיוביותן להצלחת הסכם הזכיינות, לעומת מידת פגיעתן האפקטיבית בתחרות. ניתוח תלוי הקשר מסוג זה אינו אפשרי בדין הישראלי, שבו פטור הסוג מחריג מראש סוגי תניות מסוימים. בלא פטור מלכתחילה, אין דרך לאשר את ההסכם בדיעבד.

<sup>19</sup> לדיון מוקדם בנושא זה, הרבה לפני שחשבו על התקנת פטורי סוג בארץ, ראו: ע"א 626/70 שמעוני נ' אולמי לחיים בע"מ, פ"ד כה(1) 824 (1971). כן ראו: משה בורנובסקי "על יסודות הכבילה שבהסדר ותוצאתה – חדש ואין חדש" מחקרי משפט ה 125 (1986).

העסקיים כדי שזה יעניק לו פטור, וניתן להגשה לבית הדין להגבלים עסקיים כדי שזה יעניק לו אישור. אם מוענק פטור או אישור, הצדדים רשאים לכרות הסכם שכזה ורשאים לפעול על פיו. לכאורה הפתרון פשוט. בפועל, רוב רובם של ההסכמים אינם מוגשים לאישור או לפטור, ואם לא יוגנו באמצעות פטור הסוג, סביר שייחשבו להסדר כובל עם ההשלכות הפליליות, האזרחיות והעסקיות שבכך. פטור הסוג להסכמי זכיינות נועד לפתור בעיה זו בדיוק, וכעת נעבור לבחינת מידת הצלחתה. לכאורה, נוסח הפטור רחב וכולל את מרבית התניות המופיעות כדבר שבשגרה בהסכמי זכיינות. תניות אלה, שלפי סעיף 2(ב) לחוק מקימות חזקה חלוטה שמדובר בהסדר כובל, כוללות, למשל: חלוקה גיאוגרפית בין זכיינים, המכונה "חלוקת שוק" ואסורה לפי סעיף 2(ב)(3) לחוק. אפילו הסכמים בין בעל הזיכיון לזכיון, שהראשון יימנע מלהתחרות בשני ("הסכמי אי-תחרות"), המהווים את לב הקרטל שהגדרת ההסדר הכובל נועדה למגר, מותרים אם שאר תנאי פטור הסוג מתקיימים. כך גם תנאים שנועדו לשמור על ידע שבעל הזיכיון מוסר לזכיון, הגבלת הזכיון מפיתוח ומכירה של תחליפים למוצר שבזכיינות, וגולת הכותרת של דיני ההגבלים העסקיים – קביעת מחיר המכירה לצרכן בידי בעל הזיכיון ומניעת שיקול דעת מן הזכיון הספציפי בעניין זה. כבילת מחיר נחשבת בדרך כלל ל"גרעין הקשה" של בעיית הקרטל, ואסורה כשלעצמה בסעיף 2(ב)(1) לחוק. ניתן אפוא להיווכח שמחוקק המשנה קיבל במלואו את הטיעון שהסכמי זכיינות הם מיוחדים וראויים לתחולת כללים ייחודיים.<sup>20</sup>

<sup>20</sup> דיני הגבלים העסקיים הניתוח הקלסי רואה ביצורן, הקובע למפיציו את המחירים שיגבו, שוטר המפקח על הקרטל בין המפיצים. מכיוון שמדובר בכבילת מחיר אנכית, ההיגיון הכלכלי והכתיבה האקדמית הביאו להקלת החזקה שמדובר בקרטל מזיק. בארצות-הברית מקובל לכנות נושא זה RPM (Resale Price Maintenance) ובמהלך 100 שנות פסיקה של בית המשפט העליון הוא התפתח אט אט ובהדרגה מחזקה חלוטה שמדובר במעשה אסור עד לאפשרות הנוכחית לטעון שמדובר בטקטיקה עסקית לגיטימית, לפי "כלל הסבירות". לתיאור ההתפתחות בארצות-הברית, ראו: עדי אייל "הבסיס הכלכלי לדיני ההגבלים העסקיים" **ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים** כרך ראשון 111, 158–159 (מיכל [שיצר] גל ומנחם פרלמן עורכים, 2008) והפניות שם (להלן: "אייל, הבסיס הכלכלי"). לניתוח מעניין במיוחד, פרי עטו של שופט בית המשפט הפדרלי לערעורים שביקש מבית המשפט העליון להפוך את פסיקתו, ראו: RICHARD POSNER, ANTITRUST LAW: AN ECONOMIC PERSPECTIVE ch.6 (2nd ed. 2001) חשוב לשים לב שהספר נכתב לפני "המילה האחרונה" בפרשה, פסק דין משנת 2007 שהפך את ההלכה בת 100 השנים וקבע שכבילות אנכיות תמיד ייבחנו לפי "כלל הסבירות". ראו: Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877 (2007). ליישום בארץ וטיעון שהחזקה החלוטה אינה צריכה לחול על הסדרים אנכיים, ראו: דיוויד גילה "לקראת מדיניות משפטית חדשה כלפי תניות אי-תחרות" **עיוני משפט** כג 63 (2000). כן ראו: דיוויד גילה "כבילה הפוגעת בתחרות בין הצד הנהנה ממנה למתחריו" **עיוני משפט** כח 517 (2004). גם תיקון מס' 9 לחוק ההגבלים העסקיים נועד לפתור בעיה זו וצמצם את חזקת הכבילות של ס' 2(ב) ליחסים בין מתחרים בלבד. כך נמצא שכבילות אנכיות (כגון אלה הרווחות בהסכמי

## ג.1. מגבלות פטור הסוג

חשוב כמובן לברר מתי לא חל פטור הסוג, כלומר אילו הסכמי זכיינות לא ייהנו מההגנה שהוא מקנה ויהיו כפופים לחובה הכללית לבקש פטור או אישור ספציפיים. המקרים הבעייתיים אינם דווקא תניות אזוטריות שמחוקק המשנה שכח לכלול בפטור הסוג, אלא הגבלות הגיוניות לכאורה לתחולת ההגנות הקלסיות. כך, למשל, מותר לבעל הזיכיון להגביל את הזכיון בעניין אזור השיעור שהוקצה לו, אך אסור לבעל הזיכיון להגביל את הזכיון שלא למכור ללקוח מחוץ לאותו אזור שיעור.<sup>21</sup> האבחנה דקה אך חשובה: יצירת אזורי שיעור אקסקלוסיביים היא חלק מהותי מאסטרטגיה עסקית של כמעט כל רשת הפצה. חשוב שכל זכיון ישקיע מאמצים שיווקיים ושירותיים בתחום שהוקצה לו, והנטייה היא שלא לייצר לו תחרות פנימית. אסטרטגיה זו מאפשרת לבעל הזיכיון לחלק את הארץ לכמה אזורים, ולהתקשר עם זכיינים שיזכו לבלעדיות גיאוגרפית בהם. כך יוצר ההסכם תמריצים מתאימים לכל אחד מהם להשקיע בשיווק ובהפצה. הסכם כזה מאפשר לזכיינים לדעת שהשקעתם באזור שהוקצה להם לא תרד לטמיון ולא ימונה זכיון נוסף שיקצור את פירות השקעתם. עם זאת, מדובר בחלוקת שוק המונעת תחרות בין זכיינים, ומונעת מצרכנים פוטנציאליים אפשרות לבחור את העסק שעמו יתקשרו, לפחות באותו אזור.<sup>22</sup>

בפטור הסוג נקבעה נוסחת איזון, ולפיה מותר להגביל את הזכיון, אך אסור להגביל את הצרכנים. מותר אפוא לקבוע לזכיון אזור תחום שאסור לפנות מחוץ לו, אך אם מגיע צרכן מאזור אחר, אין לאסור על הזכיון לשרת אותו. אפשר כמובן להתווכח על יישומים ספציפיים של הוראות אלה. למשל, מה דין פרסום בעיתון ארצי, באינטרנט או בתקשורת אלקטרונית? אלה יגיעו מטבע הדברים ללקוחות מחוץ לאזור שהוגדר מראש, ואולי יגרמו לאותם לקוחות לבוא דווקא לזכיון שאת פרסומו ראו, גם אם הוא באזור אחר. שאלות מעין אלה יפורשו מן הסתם לפי הנסיבות הספציפיות וסוג ההליך שבו הן עולות.

ההיגיון העסקי שבמניעת תחרות בין זכיינים נשען על שני שיקולים מרכזיים: הרצון לעודד השקעה מצד הזכיינים, וההכרה בכך שממילא יש תחרות בין המוצרים

זכיינות) ייבדקו לפי השפעתן על התחרות ובלא חזקה חלוטה. למרות זאת, דווקא בהסכמי זכיינות יש חשש גדול מהרגיל שהכתבה אנכית של תנאי המכירה תהיה כרוכה לבלי הפרד בכבילה אופקית. לכאורה, כל שקרטל צריך לעשות הוא להגדיר גורם מתאם מרכזי ולחתום חוזי "זכיינות" אתו, כדי שתחול עליו הקלה בעניין זה.

<sup>21</sup> ס' 6(3) לפטור הסוג.

<sup>22</sup> "החלטות הממונה על ההגבלים העסקיים, פטור הממונה מאישור הסדר כובל: בעניין הסכמים בין חברת רשף נכסים המומחים לנדל"ן עסקי בע"מ לבין סוכניה" **ההגבלים העסקיים** כרך ג 9 (טובה אולשטיין עורכת, 1997).

שבזכיינות לבין מוצרים אחרים של יצרנים אחרים. השיקול הראשון חשוב לזכיינים ולבעלי הזיכיון, ופותר את "תופעת הטפיל", שלפיה זכיון אחד עלול להישען על מאמצי פרסום של אחרים, ולכן אלה יימנעו מלכתחילה מלהשקיע השקעה שאת פירותיה יקצור אחר.<sup>23</sup> השיקול השני מועיל לכול, שכן בהתקיים תחרות בין מותגים, לגיטימי (ומועיל) להגביל מעט את התחרות בין מפיצי אותו מותג, לשפר את השקעתם בטיפוח המותג שלהם ואת יכולתו להתחרות במותגים אחרים. כך ניתן לעודד תחרות Inter-brand גם אם על חשבון תחרות Intra-brand.

ההיתר להגביל אזורי שיווק, לצד האיסור להגביל מכירה לצרכנים מאזור שיווק אחר נובעים מרצונו של מחוקק המשנה לאזן בין ההכרה בלגיטימיות המניע העסקי של אזורי שיווק בלעדיים, לבין החשש משיתוק מוגזם של התחרות. אף שיש היגיון בנוסחאות איון כאלה, חשוב להבין את הבעיה שהן מעוררות אצל מי שמנסים לנהל את עסקם במסגרת רשת זכיינות (ולפקח על מילוי התנאים המוסכמים). הדוגמה לעיל בעניין פרסום ארצי מצד זכיון מקומי מראה שלא פשוט לאכוף אזורי שיווק בלעדיים. הגדרה כללית בהסכם, שלפיה אסור לזכיון לפנות לצרכנים מחוץ לאזור שלו, תיתקל בקשיי יישום וויכוחים באשר לפרקטיקות מותרות ואסורות. דרך אחת שבעל הזיכיון יכול לאכוף באמצעותה את ההסדר (המותר) של אזורי בלעדיות, היא לבחון את הכתובות הרשומות של לקוחות כל זכיון. כך, מכירה ללקוח שכתובתו מחוץ לאזור שהוקצה לאותו זכיון תהווה ראייה להפרת ההסכם (כמובן, במקרים רבים אין יישום של כתובות הלקוחות והאכיפה בדרך זו אינה ישימה). חלופה מציאותית ומעודנת יותר תפסול רק מכירה של יותר משיעור מסוים מהתוצרת ללקוחות כאלה, שכן תמיד יהיו חריגים ואין לצפות מהזכיון לבדוק כל לקוח ולפסול את מי שמגיעים מרחוק. פרקטיקה כזאת תפשט מאוד את היחסים המסחריים שבין בעל הזיכיון לבין הזכיון, דבר שיועיל לשניהם: בעל הזיכיון, בשל האפשרות לאכוף את תנאי רשת ההפצה; לזכיון, בשל יכולתו להסתמך על אכיפת תניית האזורים הבלעדיים, ולא יסכול מתופעת הטפיל שממנה הוא חושש ביחסים העקיפים שבינו לבין הזכיינים האחרים. יתרה מזו, קריטריון פשוט ומדיד שמאפשר לקבוע אם הופר החוזה יאפשר לשני הצדדים ודאות בתכנון העסקי, מצרך יקר ערך המייעל את פעילות הרשת

<sup>23</sup> בספרות המקצועית התופעה מכונה "The free rider problem" ויש לה יישומים ומאפיינים רבים. ראו: Robert Albanese & David D. van Fleet, *Rational Behavior in Groups: The Free-Riding Tendency*, 10 AMR 244 (1985). בעיית הטפיל היא אחד הגורמים המרכזיים שהסכמי זכיינות נועדו להסדיר. ראו: Benjamin Klein & Lester F. Sait, *The Law and Economics Of Franchise Tying Contracts*, 28 J.L. & Econ. 345 (1985). Paul H. Rubin, *The Theory of the Firm and the Structure of the Franchise Contract*, 21 J.L. & Econ. 223 (1978). ליישום בארץ בתחום ההגבלים העסקיים, ראו: דיויד גילה ויוסי שפיגל "הסדרים אנכיים" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים כך ראשון 323 (מיכל שיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים, (2008).

ומוזיל את עלויותיה (ובעקיפין, גם את המחיר לצרכן). נוסחת האיזון הנקובה בפטור הסוג בוודאי מבקשת להועיל לכול, אך בפועל מקשה את יישומו של הסכם שבסיסו מותר ומייקרת את אכיפתו.<sup>24</sup>

דוגמה אחרת להגבלה שפטור הסוג אינו משחרר היא חיוב הזכין לרכוש טובין נלווים או חלקי חילוף למוצר מושא הזכיינות מבעל הזכין עצמו.<sup>25</sup> למשל, כאשר הזכיינות היא למכירת סוגי מזון ומשקה (נניח, קפה), אסור לבעל הזכין לקבוע שהזכין ירכוש ממנו גם מפיות, כוסות וסוכר, אך מותר להציב דרישות איכות לאותם מוצרים נלווים. בפועל, אף שהזכין מסוגל לרכוש מפיות באיכות מספקת (ולדאוג להדפיס עליהן את הלוגו המתאים) מספקים אחרים, לעתים קרובות ידרוש בעל הזכין מהזכין לרכוש אותן דווקא ממנו. הזכין יקבל "חבילה מלאה" של כל האביזרים המשמשים למכירת המוצר העיקרי, ולא בטוח כלל שפטור הסוג יחול במקרה זה. בדוגמה לעיל, אם המקרה יגיע לערכאות משפטיות, סביר שאחד הצדדים יטען שהמוצר העיקרי הוא הקפה, ואילו האחר יטען שהמוצר העיקרי הוא חבילת המוצרים היוצרת את תדמית הקפה, לרבות כל האביזרים.<sup>26</sup> גם על חלקי החילוף למכונות הקפה סביר שיתווכחו שם. שני הצדדים יביאו מומחים שיפרשו את הנסיבות, ובית המשפט יצטרך לבחור הגדרה ל"מוצר העיקרי". מצב משפטי זה נוח

24 Alan J. Meese, *Antitrust Balancing in a (near) Coasean World: The Case of Franchise Tying Contracts*, 95 Mich. L. Rev. 111 (1996). שם נטען עצמזום עלויות העסקה בהקשרים אלה חשוב הרבה יותר מהרצון להגן על התחרות בין מפיצים, ושכדוך כלל לא תהיה פגיעה בתחרות כלל.

25 ס' 2(5) ו-3(3) לפטור הסוג.

26 בארצות-הברית התופעה נבחנת מהיבט האיסור הכללי להביא ל"מונופוליוזציה", וישנה חזקה חלוטה שקשירת מוצרים בידי מונופול עוברת על האיסור האמור. ראו: *Siegel v. Chicken*, 448 F.2d 43 (9<sup>th</sup> Cir. 1971), cert. denied, 405 U.S. 955 (1972). שם נקבע שזכין מתמודד עם מונופול אפקטיבי של המזכה, ולכן אסור לחייבו לרכוש מוצר משלים מהמזכה כתנאי למכירת המוצר שלשמו נקבעה הזכיינות. קביעה זו עוררה ביקורת רבה, בשל הסתמכותה על הגדרת שוק צרה במיוחד המביאה למסקנה שיש כוח שוק למזכה. ראו: Benjamin Klein, *Market Power in Franchise Cases in the Wake of Kodak: Applying Post-Contract Hold Up Analysis to Vertical Relationships*, 67 Antitrust L.J. 283 (1999). לדיון בקשר שבין קשירת מוצרים וחוזי בלעדיות לבין דיני הזכיינות (והבלבול הכרוך בהבחנות משפטיות בין פעולות דומות מבחינה כלכלית), ראו: HERBERT HOVENKAMP, *THE ANTITRUST ENTERPRISE: PRINCIPLE AND EXECUTION* (Harvard University Press, 2005) 198-206. שם, בעמ' 202 נטען שקשירת מוצרים בהקשר של זכיינות היא תמיד פרו-תחרותית: "Franchisors tie goods or services for several reasons, all of which are precompetitive". ראו גם: Meese, לעיל ה"ש 24, התומך בפרשנות דומה. Meese משתמש בניחות כלכלי כדי לבסס את טענתו שגם במקרים שבהם המונופוליסט מעוניין להשיג מטרות אנטי-תחרותיות, עומדות לרשותו דרכים עדיפות בהרבה מקשירת מוצרים, לפיכך יש לפרש תניה מסוג זה כפרו-תחרותית.

למומחים המעידים ולעורכי הדין המייצגים, אך לא בטוח שהוא רצוי לשאר המעורבים.

## 2.2. בעיית מנגנוני האכיפה הכלכליים

מקרים מורכבים דורשים נוסחת איזון, וקשיי פרשנות במקרי קצה קיימים תמיד, אולם כאשר החקיקה מנסה לחלק את המצבים לקטגוריות של מותר ואסור ולקבוע הגדרות דיכוטומיות של חיוב ופטור – ההיגיון הכלכלי והעסקי נפגעים. כאשר הגדרות אלה חושפות אנשי עסקים לתביעות ולהפרת חוזים באצטלה של "לא חל הפטור, ולכן מדובר בהסכם בטל", התוצאה בעייתית במיוחד. לכאורה, לפי "עקרון העיפרון הכחול", ייחשב להסדר כובל רק אותו חלק בהסכם הזכיינות החורג מההיתרים שבפטור הסוג, באופן שסכנת הבטלות בדיעבד תחול רק על חלק מסעיפי ההסכם. למרות זאת, הסכנה המהותית גדולה וחלה על חלק הארי מן היחסים הכלכליים, הן משום שקשה להפריד בדיעבד בין ההשלכות הכלכליות של הכבילות האסורות לבין אלה של המותרות, והן (ובעיקר) משום שלב לבה של המשמעות הכלכלית העסקית של הסכם הזכיינות כרוך דווקא במנגנונים הכלכליים, כפי שיפורט להלן.

ההיגיון בנוסחת האיזון שקבע מחוקק המשנה ברור: אין אנו מעוניינים לכבול את הזכייין בכל פעולותיו רק בגלל שהסכים להפיץ את המוצרים העיקריים של בעל הזכייון. לעתים קרובות אותם מוצרים נלווים יימכרו לזכייין במחיר מופקע, ויהוו אמצעי בידי בעל הזכייון לגרוף לכיסו רווחים שאחרת היו נשארים בידי הזכייין.<sup>27</sup> יתרה מזו, לעתים בעל זכייון הדורש רכישת מוצרים נלווים ממנו, חוסם את התחרות בהספקת אותם מוצרים נלווים, ועלול להרחיב דומיננטיות שיש לו בשוק הקפה (בדוגמה זו) ולהשיגה גם בשוק המפיות, למשל. הפחד מפני ניצול כוח כלכלי שעלול להיות בידי בעל הזכייון הביא לידי הרצון להגביל את תחולת פטור הסוג כדי שפגיעה בתחרות לא תתאפשר בחסותו. עם זאת, חשוב לשים לב לקושי שמגבלה זו מעוררת

<sup>27</sup> הטענה הבסיסית היא שיחסי הכוחות בין הזכייין למזכה אינם סימטריים, והזכייין הוא מעין "קהל שבו" שניתן לנצל את מצוקתו והוא זקוק להגנה. ראו: בש"א (שלום אי') 1330/07.א.א. צילומיקס נ. דלתה פילם ישראל [1994] בע"מ (פורסם בנבו, 16.7.2008). שם נטען שכבילת הזכייין לרכוש מוצרים נלווים, שנמכרו במחירים גבוהים ממחירי השוק, יש בה חוסר תום לב מצד המזכה. בעיה זו רווחת בעסקי זכיינות והמתח בין האינטרס המשותף בהצלחת הרשת לבין האינטרס הנוגד בחלוקת רווחי ההצלחה, מאפיין את עסקי הזכיינות באשר הם. לדין בנושא ראו: Warren Grimes, *Market Definition in Franchise Antitrust Claims: Relational Market Power and the Franchisor's Conflict of Interest*, 67 *Antitrust L.J.* 243 (1999).  
כן ראו: Shelby Hunt & John Nevin, *Power in a Channel of Distribution: Sources and Consequences*, in *FRANCHISING: AN INTERNATIONAL PERSPECTIVE* 103 (Frank Hoy & John Stanworth eds., 2003).

ועד כמה אינה מביאה בחשבון את המציאות העסקית בהסכמי זכיינות. קיימים שני נימוקים עסקיים לגיטימיים לדרישת בעל זיכיון מזכיון לרכוש ממנו גם מוצרים נלווים. הראשון הוא שחשוב לבעל הזיכיון לוודא שחוביית הלקוח עומדת בדרישות הרשת, והמוניטין העסקיים אינם נגרעים בשל פגמים בשירות או היעדר תשומת לב לפרטים "הקטנים".<sup>28</sup> למשל, זכיון עלול להזמין מפיות מאיכות ירודה ולחשוב שאין בכך כדי להשפיע על צריכת הקפה, בלי להביא בחשבון שמוניטין הרשת כולה תלויים בחוביית לקוחותיה ובהקפדה על מוצרים יוקרתיים ואיכותיים (ואחידים). בפטור הסוג ביקשו לפתור בעיה זו בעזרת האפשרות להגדיר מראש את איכות המוצרים הנלווים. אם אפשר להגדיר דרישות איכות מדויקות, בעל הזיכיון יכול להסתמך על דרישות אלה ואינו חייב לכבול את הזכיון לרכוש מוצרים אלה דווקא ממנו. אפשר כמובן להתווכח על מידת הצלחתן של דרישות איכות המוצבות מראש לעומת שליטה מעשית באותם מוצרים נלווים, אך אלו שאלות פרשנות ויישום המשותפות להקשרים עסקיים רבים, וניתן להבין את מחוקק המשנה שחיפש נוסחת איזון גם אם זו אינה מושלמת.

**הנימוק השני** לדרישת בעל זיכיון שהזכיון ירכוש רק ממנו מוצרים נלווים חשוב יותר, ומראה בכירור את הבעייתיות שבהגדרה הנוכחית בפטור הסוג. מדובר ברצון של בעל הזיכיון להשתמש במוצרים הנלווים כדרך לפקח דווקא על מכירת המוצר הראשי, כלומר להשתמש שימוש עקיף בתניה חוזית אחת כדי לאכוף את האחרת. כך, למשל, אם הזכיון מחויב לפי כמות הקפה שהוא מוכר או לפי הכנסותיו, ניתן למדוד זאת במישרין לפי רישומי קופה וניתן למדוד זאת לפי כמות הקפה הגולמי שהזמין. דרכים אלה אינן מושלמות. ייתכן שתשלום במזומן לא תמיד יירשם בקופת הזכיון, או שיהיה ויכוח על נוסחת ההמרה בין חבילות הקפה הגולמי לבין כוסות קפה שנמכרו בפועל. די בכך שזכיון אחד מכין קפה חזק משל משנהו (או דווקא חלש יותר, לחסוך בעלויות), כדי לסרב את החישוב ולהותיר אצל בעל הזיכיון חשש שהזכיון מרמה ואינו משלם את כל שהתחייב לו. כאשר הזכיון מחויב לתת מפית ושוקולד עם כל כוס קפה, ספירת המפיות והשוקולדים מאפשרת פיקוח על הקפה. ניתן כמובן לתת דוגמאות רבות נוספות (וגם חריגים להן), אך העיקרון ברור: מוצר הנחזה כנלווה יכול לשמש מנגנון פיקוח על המוצר העיקרי, וניסיון מחוקק המשנה להפריד ביניהם מתעלם ממציאות עסקית שבה דווקא השילוב הוא החיוני.<sup>29</sup>

<sup>28</sup> אפילו בארצות הברית, שם חלה חזקה חלוטה באשר לאיסור לקשור מוצרים, טענה זו נחשבת לגיטימית, כמובן בתנאי שהמוכר יכול לעגנה בראיות. ראו: Kentucky Fried Chicken Corp. v. Diversified Packaging Corporation, 549 F.2d 368 (5th Cir. 1977); Little Caesar v. Siegel v. Chicken Delight; Enterprises v Smith, 895 F. Supp. 884 (Mich., 1995) לעיל ה"ש 26.

<sup>29</sup> ליישום בזכיינות בתחום הפיצה, ראו: Queen City Pizza v. Domino's Pizza, 124 F.3d 430 (3<sup>rd</sup> Cir. 1997) Cert. Denied, 523 U.S. 952 (2001) בית המשפט קיבל שם דרישה של



היגיון דומה חל על האיסור לחייב זכיון לרכוש חלקי חילוף למוצר העיקרי מהמזכה. לכאורה, מדובר בנוסחת איזון המבקשת לצמצם את האפשרות שבעל הזיכיון ישתמש לרעה בכוחו בכל הנוגע למוצר אחד, כדי לחייב רכישת מוצר אחר. בפועל, יש כאמור מצבים שבהם השימוש בחלפים מקוריים חשוב לבעל הזיכיון מסיבות של איכות, ויש מצבים שבהם רכישת החלפים מהווה ראייה עקיפה למידת השימוש במוצר העיקרי. בהחלט ייתכן שבעל הזיכיון מעוניין לגבות תשלום מזכייניו לפי מידת השימוש שלהם במוצרים, ותכיפות הזמנת החלפים מסייעת לחשוף מידת שימוש זו.<sup>30</sup> בשני המקרים, מוצרים נלווים וחלפים גם יחד, מדובר בניסיון של מחוקק המשנה לבודד את המוצר העיקרי שבעטיו נקבע הסכם הזכיינות. הבידוד מתעלם מהמורכבות העסקית של הסכמים מסוג זה, ומהצורך של זכיון ובעל זיכיון ליצור מערכת חוזית מסועפת שכל חלקיה משמשים בה יחדיו.

חשוב לשים לב שמגנונים מסוג זה מיטיבים עם בעל הזיכיון ועם הזכיון גם יחד. פיקוח מוצלח על אופן יישום החוזה מפחית את הצורך בסינון מוקדם של זכיינים ואת עלויות המערכת העסקית. ככל ששני הצדדים מוצאים דרכים לוודא ביצוע חוזי מוצלח, כך הם יכולים ליחד את משאביהם לעסק העיקרי ולא לניהול הסיכונים ההדדיים שבמערכת היחסים שביניהם. לשני הצדדים כדאי לוודא שיש ליזם תמריץ להשקיע במוניטין הרשת על ידי דאגה לאיכות המוצרים: בעל הזיכיון מעוניין בכך ישירות, והזכיון מעוניין להיות חבר ברשת שבה גם שאר הזכיינים משקיעים כנדרש. תשלום של הזכיון לפי מידת השימוש גם מאפשר להפחית את עלויותיו של זכיון מתחיל, על חשבון שותפות ברווחים במקרה של הצלחה בהמשך. הקצאת הסיכונים המתאפשרת, מקלה על הזכיינים בתקופת ההקמה וההרצה, וגובה את המחיר בשלבים מאוחרים יותר. כך, היא מגדילה את התמריץ להיכנס לזכיינות מלכתחילה, ואת הסיכויים שהיחסים יביאו לרווחיות של כל המעורבים.

באופן כללי יותר, ניתן להצביע על קשיים שמעורר סעיף 2א לפטור הסוג, הקובע שמותרות כבילות נוספות, אך רק בתנאי שהן נחוצות ואינן פוגעות בתחרות בשוק המוצר הרלוונטי או בחלק ממנו. שאלת הנחיצות אינה ברורה מאליה, וצפויה בדרך כלל לעלות לדיון משפטי בדיעבד, כאשר צד אחד טוען שהייתה נחיצות ואילו הצד האחר טוען שלא הייתה. "שוק המוצר" הוא קריטריון עמום שבפועל, כמעט בכל מקרה הגבלי המגיע לדיון משפטי, דורש מומחים כלכליים שיתווכחו ביניהם על

המזכה שהזכיון יקנה רק ממנו את הבצק.

<sup>30</sup> ניתן לטעון שתמחור מעין זה מהווה אמצעי לביצועה של אפליית מחירים. עם זאת, אפליית מחירים אינה אסורה ולעתים קרובות מהווה לא רק טקטיקה עסקית מקובלת, אלא הקצאה יעילה של משאבים המועילה לכלל ולא רק לצדדים. חריג לגישה כללית זו הוא המקרה של מונופול, ועליו אסורה אפליית מחירים לפי ס' 29א(ב)(3) לחוק, אף שגם אז לא ברור אם מבחינה כלכלית יש בכך נזק מצרפי. ראו: JEAN TIROLE, THE THEORY OF INDUSTRIAL ORGANIZATION 133 (MIT Press, 1988).

תוכנו ושופט שיכריע ביניהם. אין דרך לקבוע מראש או להסתמך מלכתחילה על הגדרה כלשהי לשוק המוצר הרלוונטי, ודווקא שם מצוי לב התכנון העסקי. כיצד נדע אם הפטור חל? האם המוצר בדוגמה לעיל הוא קפה, או חוויית שתית הקפה הכוללת את המפיות והכוסות שמשמשים בהם? האם שוק המוצר הוא קפה איכותי בליווי מאפים, או שיש לכלול בו גם ארוחות קלות חלביות? האם השוק כולל את כל בתי הקפה באזור, או רק רשתות ארציות של בתי קפה? או שאולי מדובר במקום שבאים לסעוד בו, ולכן שוק המוצר כולל גם מסעדות?

בפועל, "שוק מוצר" נקבע על פי תחליפיות הביקוש של הצרכנים הרלוונטיים, כלומר המוצרים שישפקו להם, בעיניהם, תחליף ראוי אם לפתע יעלה מחיר המוצר המקורי. מדובר בשאלות קשות להוכחה, ובלא קשר לתשובה "הנכונה", בדיעבד תמיד ימצא מי שיטען ששוק מוצר מסוים, ש"במקרה" תואם את התוצאה הרצויה לו, הוא השוק הרלוונטי.<sup>31</sup> מכל מקום הוודאות העסקית אינה מובטחת, והתשובה על השאלה אם פטור הסוג חל, אם לאו, אינה ידועה מראש. מטרת פטור הסוג הייתה לאפשר עריכת הסכמי זכיינות בלי להביאם לאישור בית הדין או לקבלת פטור הממונה. אנו רואים שסוגיית תחולת הפטור נותרת עמומה, ולפיכך צדדים רציונליים המעוניינים לחסות בצלו של הפטור, יתקשו להסתמך עליו. בפועל, ניתן עדיין לפנות בעניין ההסכם לממונה על ההגבלים העסקיים כדי להבטיח שצדדים לא ימצאו עצמם ברבות הימים בפני הכרעה שיפוטית שהפטור אינו חל וההסכם הוא בבחינת הסדר כובל אסור ובטל.

חשוב לשים לב שלא מדובר רק בעמימות מושגית ובעולם תוכן עסקי הרווי בחריגים ובמקרים פרטיים הדורשים פרשנות. לו זו הייתה הבעיה העיקרית, היה עניינו דומה ליישומם של חוקים רבים, לרבות פטורי הסוג האחרים שהותקנו בעקבות חוק ההגבלים העסקיים. המשותף לדוגמאות השונות שנסקרו לעיל הוא שמחוקק המשנה, בהתקינו את פטור הסוג, חיפש איזון בין שיקולים לגיטימיים. עם זאת, בפועל הוא התעלם ממצאות עסקית מורכבת שאינה מתאימה להגדרות המשפטיות הצרות שבחר. מלבד הבעיה הכללית של בהירות המושגים בהם נעשה שימוש, ובעיית ההסתמכות מלכתחילה על מה שבדיעבד עלול להתברר כחסר תוקף, יש בעיה ספציפית בהבחנת מחוקק המשנה בין כבילות הנחוצות למימוש הסכם הזכיינות לבין כבילות נלוות שאינן נחוצות לו, ובהפרדה בין "לב" ההסכם לבין ספיחיו. הבעיה בגישה זו היא שבכך מתעלם פטור הסוג ממנגנונים כלכליים המשמשים לאכיפת הסכם הזכיינות, **מנגנונים שהם לב התופעה המוסדרת בפטור הסוג עצמו.**

כפי שהוסבר, לעתים מוצרים נלווים מאפשרים לעקוב אחר שיווקו של המוצר העיקרי או אחר איכות השירות הניתן במהלך הפצתו. משהפריד מחוקק המשנה בין

<sup>31</sup> לדיון המפרט את דרכי ההוכחה וקשיי היישום, ראו מאמרו של אייל, הבסיס הכלכלי, לעיל ה"ש 20.

חלקי הסכם הזכיינות, התעלם מהסינרגיה שביניהם. יתרה מזו, משהוחל פטור הסוג רק על כבילות הנחזות למרכזיות (ולא על מה שנחזה לספיחים שלהן), כל הסכמי הזכיינות הכוללים מנגנוני אכיפה כלכליים כאלה אינם פטורים. על רוב הסכמי הזכיינות המקובלים פטור הסוג חל (אם בכלל) רק בחלקו, והצדדים להסכם הזכיינות נותרים בלא הגנה מתחולת האיסור הכללי להתקשר בהסדר כובל. במילים אחרות, מי שסומך על פטור הסוג שיגן עליו מפני הוראות חוק ההגבלים העסקיים, במקרים רבים ימצא עצמו בדיעבד נטול הגנה אף שלא הייתה לו כוונה (או יכולת) לפגוע בתחרות. הסיכונים שזכיינים ומזכים מסתכנים בהם במצב זה יידונו בפרק הבא.

בטרם אפנה להשלכות המשפטיות ולסיכונים העסקיים שפטור הסוג בנוסחו הנוכחי גורם לזכיינים ולמזכים גם יחד, אמחיש את הבעיה שעליה אני מצביע כאן דווקא בדוגמה הלקוחה לכאורה מהקשר אחר, אך ממחישה באופן נפלא את הקושי המתעורר כאשר החשיבה המשפטית הקטגוריאליה נתקלת במציאות עסקית מורכבת. מדובר בלהקת הרוק Van Halen, שבשנות השמונים של המאה הקודמת הפכה לשם-דבר. מסופר שההצלחה המטאורית של חברי הלהקה "עלתה להם לראש" והם דרשו, בסעיף כתוב בכל חוזה הופעות, שחדר האירוח לחברי הלהקה ייראה בדרך מסוימת, ועל מרכז השולחן יהיה כלי ובו סוכריות M&M's צבעוניות, בלא הסוכריות החומות. למי שגדלו בארץ הקודש אולי נחוץ להבהיר שסוכריות אלה הן המקבילות האמריקניות ל"עדשים" הצבעוניים שהכרנו בילדותנו (גם אם אוהבי ה-M&M's לעולם לא יקבלו את ההקבלה). הסוכריות מגיעות באריזה מעורבת, ודרישת הלהקה הצריכה פלייה ידנית של הסוכריות החומות. ביותר ממקרה אחד הגיעו חברי הלהקה לאצטדיון מוזמן, נכנסו לחדר ההלבשה, וחזרו למשאיות כלעומת שבאו כשנוכחו שבקערת הסוכריות הצבעוניות נותרו החומות במקומן (או, רחמנא ליצלן, נעדרה הקערה בכלל ומחברי הלהקה נמנעו הסוכריות האהובות).

הניחו מצב שבו מוגשת לבית המשפט תביעה על הפרת חוזה נגד הלהקה לאחר שלא התרצתה וסירבה להופיע, וכתב הגנה או תביעה שכנגד בטענה שמדובר בהפרת חוזה מצד בעל האצטדיון. סביר שבית המשפט יידרש לשאלה אם הפרת תנאי זניה שכזה, המעיד בעיקר על פינוק האמנים, ראוי שתאפשר את ביטול ההופעה וההפסדים העצומים הכרוכים בו.<sup>32</sup>

אך תיתכן גם פרשנות אחרת להצבת התנאי. זמר הלהקה תיאר זאת כך: סעיף 126 להסכם, שדרש את הנחת הסוכריות האמורות, "נקבר" בכוונה ברשימה ארוכה

<sup>32</sup> הדוגמה כיכבה בעיתונות הפופולרית, ואכן שימשה בעיקר להדגיש את הקפריזיות של חברי הלהקה ואת מעמדם כ"פירמדונות". נטייתם להשתולל ולהרוס כאשר לא קיבלו את מבוקשם רק החריפה ביקורת זו. ראו: Richard Harrington, *Rock's Misbehavin' Man; Van Halen*, THE WASHINGTON POST (July 28, 1981); *Monkey Hour; David Lee Roth and Van Halen's Metal*, THE WASHINGTON POST (July 28, 1981).

של סעיפים טכניים בדבר המרחק בין שקעי חשמל וכדומה.<sup>33</sup> הלהקה הייתה מהראשונות שסבכו את ארצות-הברית והגיעו עם ציוד משלהן שהתאים להופעות ענק (נדרשו תשע משאיות הובלה, לעומת שלוש לכל היותר שעד אז רוב הלהקות הסתפקו בהן). לפיכך היה חשש שהאצטדיון לא יתאים למשקל ולגודל של המגברים והרמקולים, שלא לדבר על דלתות גישה לבמה צרות מדי להעברת חלק מהציוד. כאשר הגיעו חברי הלהקה למקום ההופעה המיועד, בדקו תחילה את חדר ההלבשה וקערת הסוכריות. באותם מקרים שנמצאו סוכריות חומות בקערה (או שחסרה קערת הסוכריות בכלל), מיד ידעו שהאחראים לא וידאו כל פרט ולא סגרו כל פינה. ללהקה (ודווקא לאנשים הטכניים שבה, ולא ל"פרימדונות המוזיקליות"), היה מדובר באימות על כשל אפשרי במידת המוכנות הכללית של האצטדיון, וסימן שיש לבדוק כל פרט ופרט. הסוכריות שימשו כלי לאיתור תקלות, כמו ציפור השיר במכרות הפחם של פעם.<sup>34</sup>

לו נדרש בית משפט לביטול חוזה של להקת Van Halen, אפשר להניח שנושא זה היה עולה בדיונים ועוזר לפירוש שאר הנסיבות, אך לא מן הנמנע ששופט סביר היה אומר לנציגי הלהקה: "הבנתי, חששתם, אבל יש לכם הוכחה שאכן היו עוד בעיות?". הכלי החוזי המסייע לניהול עסק תקין טעון אפוא הצדקה, ובית המשפט ישקול תחילה את סבירותה של פרשנות זו (לעומת הפרשנות הנגדית שמדובר בפניק אמנים בלבד), ואפילו אם יקבל את סבירותה, ניתן לצפות שלא יסתפק רק בקיומן של סוכריות חומות (או היעדר סוכריות בכלל) כדי להצדיק ביטול החוזה. בענייננו המצב חמור עוד יותר. הסוכריות, כלומר הכלי החוזי-כלכלי שצדדים מתוחכמים מצאו כדי לפקח על ביצוע החוזה, משולות לחובת רכישת המוצרים הנלווים. הואיל וניתן להתווכח בדיעבד אם מדובר בכבילה נחוצה אם לאו, פטור הסוג אינו מועיל מלכתחילה. למעט מקרים של הסכמים 'רוזים' במיוחד, יצטרפו הצדדים לבקש פטור ספציפי. מכיוון שחשיפה לאי-תחולת הפטור מעוררת לא רק חשש לתביעה מצד רשות ההגבלים העסקיים, אלא גם אפשרות קלה לאחד הצדדים להתחמק מחובותיו לפי החוזה, מדובר בסוכריות יקרות מאוד.

## ד. הסיכונים ליזם ולבעל הזיכיון

צד להסדר כובל, שלא קיבל פטור או אישור, הוא עבריין. סעיף 4 לחוק קובע זאת

<sup>33</sup> DAVID LEE ROTH, CRAZY FROM THE HEAT 97–98 (2000).

<sup>34</sup> כורים, שארבה להם סכנת חנק מהצטברות גזים רעילים מתחת לפני הקרקע, נהגו לרדת לעבודתם בלוויית ציפור שיר בכלוב, שאותו הניחו על הרצפה בעת שעבדו. מכיוון שהגזים הרעילים הרלוונטיים כבדים מן האוויר (וגם מכיוון שציפורים רגישות יותר מבני אדם לגזים מסוג זה), כל עוד הציפור חיה ונושמת (או שרה), ידעו הכורים שמצבם תקין. אם הצטברו גזים רעילים, הציפור הייתה מתה תחילה, והכורים קיבלו סימן שעליהם לפנות את המקום במהרה.

במפורש, וסעיף 47(א)1 קובע את סמכות רשות ההגבלים להעמידו לדין. אחריותם של מנהלי תאגיד שהוא צד להסדר כובל היא אחריות אישית. סעיף 48 לחוק קובע אחריות נרחבת כל כך, שראוי לצטטו במלואו:

”נעברה עבירה לפי חוק זה בידי חבר-בני-אדם, יואשם בעבירה גם כל אדם אשר בשעת ביצוע העבירה היה, באותו חבר-בני-אדם, מנהל פעיל, שותף – למעט שותף מוגבל – או עובד מינהלי בכיר האחראי לאותו תחום, אם לא הוכיח שהעבירה נעברה שלא בידיעתו ושנקט כל אמצעים סבירים להבטחת שמירתו של חוק זה.”

כל מנהל בחברה גדולה חושש (בצדק) מפני אחריות משפטית שתושט עליו למתרחש בתאגיד בתחום זה, בעיקר מכיוון שגם אם יוכיח (ועליו מוטל נטל ההוכחה) שלא ידע על ההסדר, עדיין יצטרך להוסיף ולהוכיח ש”נקט אמצעים סבירים” למניעת הסדרים כאלה. האם יש אחריות פלילית רחבה יותר, לתחום פעילות רחב כל כך, ובדוגמה מובהקת יותר, למי ש”אשם עד שהוכחה חפותו”<sup>35</sup>?

עם זאת, האחריות הפלילית (תאגידית ואישית) אינה החשש המרכזי אצל המעורבים בעסקי זכיינות. ניתן (אנו מקווים) לסמוך על רשות ההגבלים העסקיים שתעשה מלאכתה נאמנה ולא תעמיד לדין במקרים ”טכניים” שבהם יש הסדר ויש עברה, אך אין פגיעה משמעותית בציבור. האחריות הבעייתית היא דווקא האזרחית. היא חושפת את המעורבים לתביעה נזיקית לפי סעיף 50 לחוק, ומטרידה עוד יותר האפשרות לביטול החוזה בידי צד הטוען בדיעבד שאינו מסכים לקיים הסדר כובל. סעיף 50 לחוק קובע: ”דין מעשה ומחדל בניגוד להוראות חוק זה, כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין (נוסח חדש)”. הבה נניח מקרה שבו צרכנים, או איגוד צרכנים, מגישים תביעה נגד רשת זכיינות ומבקשים פיצוי על המחירים הגבוהים הנהוגים בה. תביעה כזאת יכולה להיות אישית, ויכולה להיות מאוגדת כתובענה ייצוגית, הליך שהשימוש בו גובר בשנים האחרונות. כשפטור הסוג אינו חל, הסכם הזכיינות כפוף להגדרות הכלליות של החוק, ולפי סעיף 2(ב) קרוב לוודאי שהוא יוגדר ”הסדר כובל”. מכיוון שמדובר בעברה ובעוולה, יצטרך בית המשפט לבחון בעיקר אם נגרם נזק המזכה את התובעים בפיצויים. בית המשפט ידרש לניתוח כלכלי ספציפי, ומומחי הצדדים יציעו ניתוחים סותרים המבוססים על ידע רב ונסמכים על מגוון הנסיבות והמסקנות הנובעות מהן, כבכל מצב שבו מודלים תיאורטיים משמשים במציאות מורכבת. אפשרות ביטול החוזה בעייתית הרבה יותר, שכן אין צורך להוכיח נזק וגם אין

<sup>35</sup> עם זאת, בתי המשפט לא בהכרח מיישמים אחריות רחבה זו כלשונה. בין השאר הם מצמצמים את הגדרת ”מנהל פעיל” רק למי שיש להם יכולת מעשית לשלוט ולפקח על התנהלות התאגיד בתחום המדובר מתוקף תפקידם. ראו: ת”פ (מחוזי י”ם) 366/04 מדינת ישראל נ’ בירדמן (פורסם בנבו, 20.1.2010).

צורך להוכיח שהתחרות נפגעה בפועל, או אף שהיה חשש משמעותי שתיפגע. לכאורה, התוצאה ברורה ואין לדוש בה. לנוכח החזקה החלוטה שלאורה סעיף 2(ב) לחוק מתפרש, ובגלל הסיכויים הגבוהים שהסכם זכיינות סטנדרטי לא יעמוד בתנאי פטור הסוג, מדובר בהסדר כובל שלא נתבקש בגינו פטור או אישור, ולכן הוא אסור והחווזה בטל לפי סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973. אפשר לנסות להציל חלקים ממנו לפי סעיף 31 לחוק, אך כבר ראינו שסעיפי החווזה שלובים זה בזה, וביטול חלק אחד עלול לפגוע מאוד בחלק האחר, ולכן לא תמיד תצמח הישועה מכיוון זה.

ניתן כמובן, לקוות שבתי משפט המטפלים בבקשה אסטרטגית לביטול חוזה, ידעו להבחין בין מקרים שבהם מוצדק להכריז על בטלותו, לבין מקרים שבהם אין לפגוע בוודאות העסקית ובהתחייבות המוסרית שקיבל עליו צד לחוזה. תקווה זו עלולה להכזיב בענייננו, שכן הלכה פסוקה היא (שעוגנה בדיון נוסף בבית המשפט העליון), שצד לחוזה המגבש הסדר כובל רשאי לטעון לבטלותו גם אם טענתו חסרת תום לב, משום שהיתרון לציבור מההגנה על התחרות גובר על החיסרון שבמתן פרס למתנער מחיוביו ועל הבעייתיות שבהנחה למעוול ליהנות מעוולתו.<sup>36</sup> הטעם להלכה הוא רצון ליצור דילמת אסיר קלסית: אם כל צד ידע שהאחרים יכולים להתחמק מחיוביהם על ידי העלאת טענה שמדובר בהסדר כובל, לא יהיה ניתן להסתמך על ההסכם, ולכן מלכתחילה לא יחתם. טעם זה הגיוני כאשר מדובר בהסדר כובל הפוגע בתחרות, אך אינו ראוי כאשר מדובר בהסכם לגיטימי, מן הסוג שפטור הסוג ביקש מלכתחילה להגן עליו, וכאן הוא נכשל.

בתי המשפט ערים לתופעה ולעתים מוצאים פתרונות יצירתיים: בית המשפט העליון ידע לפטור בדיעבד הסדרים מסוימים באמצעות הלכת "זוטי דברים" ובאמצעות פרשנות תכליתית של החוק. אולם פתרונות אלה הם ספורדיים, וצד עסקי רציונלי בוודאי לא ירצה להסתמך עליהם.<sup>37</sup> במקרים אחרים צמצם בית המשפט העליון את תחולת סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים דרך פרשנות "צד המגביל עצמו", כלומר פרשנות לשונית דווקנית שמנעה את תחולת החוק על המקרה שהובא לפניו.<sup>38</sup> אך דרך זו בעייתית במיוחד, מכיוון שבדרך אגב היא פוטרת מתחולת החוק

<sup>36</sup> פרשת **טבעול**, לעיל ה"ש 13. כן ראו: אמיר ישראלי "תחרות בלי ערכים או תחרות בין ערכים – טענות של הסדר כובל המועלות בידי צד לחוזה" **דין ודברים** ב 297 (2006); מיכל גל, אמיר ישראלי ומנחם פרלמן "הסדרים כובלים – יסודות האיסור" **ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים** כרך ראשון 193 (מיכל [שיצר] גל ומנחם פרלמן עורכים, 2008); מיכל גל "לבור את המוץ מהתבן – היקף תחולתו של האיסור לערוך הסדר כובל בהתאם לפסיקה האחרונה" **דין ודברים** א 533 (2005); לדיון ביקורתי בפסק הדין ראו: עדי אייל "המונופוליסט כקורבן: על זכויות חוקתיות בדיני ההגבלים העסקיים" **מחקרי מדיניות** 47 (2004).

<sup>37</sup> דנ"א 3113/03 א.מ. חניות (ירושלים) נ' עיריית ירושלים (פורסם בנבו, 10.7.2003).

<sup>38</sup> ע"א 10638/02 שטרן נ' יקבי רמת הגולן (פורסם בנבו, 2.3.2003); ת"א 2011/02 יקבי רמת

קבוצה שלמה של הסדרים שעלולים להיות בעייתיים, וממילא אינה מיושמת בהרחבה.<sup>39</sup> במקרה אחר עקף בית המשפט את הסוגיה הבעייתית וקבע שאין פגיעה בציבור משום שמדובר בתביעה רק לתשלום בדיעבד, והצדדים כבר אינם משתפים פעולה, ולכן אין רלוונטיות לשאלה אם מדובר בהסדר כובל.<sup>40</sup> ניתן להתווכח אם בכך לא חרג בית המשפט מההלכה שלו עצמו, שכן הוכרע שחוסר תום לב, כלומר שימוש אסטרטגי בטענת ההסדר הכובל, לא יפסול את תוקף הטענה. נוסף על כך, חל כאן גם ההיגיון הכללי של ההלכה, שגם בדיעבד אין לאכוף הסכם פסול, שכן תכלית הדין היא למנוע הסכמים מעין אלה מלכתחילה ולהרתיע מפני הסתמכות עליהם. עם זאת, ברור גם הרצון השיפוטי שלא לתת למעוול קרדום לחפור בו או עילה לכיטול הסכם סביר שפגם "טכני" הפך אותו להסדר כובל.

על כל פנים, לא מומלץ להסתמך על פרשנות שיפוטית שתבחן את נסיבות המקרה ותחליץ אותו מההלכה הכללית שהסדר כובל הוא חוזה בטל (בוודאי כאשר מותר לכל צד להעלות טענה זו גם אם בעבר הסכים לקיים את החוזה). ההמלצה הפרקטית המתחייבת מהגדרת פטור הסוג היא שהסכמי זכיינות כדאי לאשר מראש, שכן פטור הסוג אינו מסב את התועלת המשפטית שלשמה הותקן. אנשי עסקים, שהסתמכות היא לחם חוקם, וודאות חוזית היא נשמת אפם, אינם יכולים להסתפק ב"אולי" פרשני. פטור הסוג מבליט זאת במיוחד דווקא בגלל הניסיון לכלוא בקטגוריות משפטיות היגיון כלכלי המקשה את הפרדה בין כבילות טובות לרעות, ובין נחוצות לאגביות.

## ה. אז מה עושים?

נוכחנו עד כה שרבים מהסכמי הזכיינות הנהוגים אינם יכולים להיעזר בפטור הסוג. מלבד בעיית המושגים העמומים, והקושי להסתמך מלכתחילה על מה שיעמוד בדיעבד למבחנים פרשניים, ראינו שקושי של ממש מעוררים דווקא המנגנונים הכלכליים, שעסקי זכיינות מסתייעים בהם לצורכי פיקוח על ביצוע תקין של החוזה (המותר כשלעצמו). הפתרון הפשוט הוא כמובן לפנות מלכתחילה לרשות ההגבלים העסקיים בבקשה לקבל פטור ספציפי לכל הסכם זכיינות, אך פתרון זה אינו מספק: הוא מאבד את יתרונותיו של פטור הסוג, שלשמה הותקן, ועסקים רבים שאינם מכירים את החוק ואת דרישותיו, ובפועל אינם פונים בבקשה לקבלת פטור גם באותם

<sup>39</sup> הגולן בע"מ נ' שטרן (פורסם בנבו, 14.10.2002).

<sup>39</sup> גילה, לעיל ה"ש 20.

<sup>40</sup> רע"א 1027/11 חורי נ' י.א.יה ניהול ואחזקות מאגרי דירות בע"מ (פורסם בנבו, 10.4.2001). גם העלאת הנושא רק בבקשת ערעור על פסק בורר הייתה רלוונטית. במובן זה המשיך השופט דניצ'ר קו שהחלה בו השופטת פרוקצ'יה בתוך: רע"א 6233/02 אקסטל בע"מ נ' קאלמא ווי תעשייה שיווק אלומיניום זכוכית ופרזול בע"מ, פ"ד נח(2) 634 (2004).

מקרים (רבים) שבהם היו זוכים לקבלו, נשארים חסרי הגנה. הם חשופים לטענות של בטלות החוזה (של צדדים לו), לתביעות נזיקיות (של צדדים שלישיים), ובמקרים חריגים – לאישומים פליליים (לרבות אחריות אישית של מנהלי התאגידים המעורבים).

### ה.1. עדכון הגדרות בהסכם לעומת יציאה מחוץ למסגרת הזכינות

מנהלי עסקים המתקשרים בהסכמי זכיינות יכולים אפוא לפנות מראש בבקשה לקבל פטור, או להתגונן בדיעבד בטענות הגנה בעניין הסכם שלא קיבל פטור כאמור. בשני המקרים צריך להגן על הפרקטיקות המעוגנות בהסכם, בעיקר משום שנוסח פטור הסוג מפריד בין תניות לגיטימיות (החוסות תחת צלו של הפטור) לבין תניות הנחשבות לפוגעות בתחרות (ולכן אינן נהנות מתחולת הפטור). בשני המקרים יידרשו מנהלי העסקים ועורכי דינם לטעון ולשכנע שהסעיף הרלוונטי בהסכם משרת מטרה לגיטימית; שיש בו מנגנון כלכלי מועיל ואין בו מגבלה אנטי-תחרותית מזיקה. עליהם "לשכנע" ולא "להוכיח", שכן משהוצאה הפרקטיקה העסקית מהגדרה המעוגנת בלשון החוק (או חקיקת המשנה), צד המעוניין להגן על ההסכם יוכל רק להביא תימוכין כלכליים לפי נסיבות המקרה הספציפי, ולקוות שבית המשפט או הרשות יקבלו את טענותיו. כפי שהאמריקנים אומרים, "The devil is in the details", וכל מקרה ייבחן לגופו ולפי יכולת כל צד לתמוך טענותיו בניתוח כלכלי משכנע (בדרך כלל בעזרת מומחים יקרים שינסו להסביר לבית המשפט את ההיגיון העסקי תוך פריסת החלופות שהיו נתונות לצדדים והמשמעות הכלכלית שלהן).

ראינו בפרק הקודם שבתי המשפט מוצאים דרכים להגמיש גם קריטריונים הנראים על-פניהם חדים וברורים, ובדרכים אלה יש ללכת. אם ישכנעו השופטים הרלוונטיים שהמקרה שלפניהם אינו מאלה שתכלית החקיקה היא למנוע, ישנן דרכים פרשניות להתחמק אפילו מחזקה חלוטה המעוגנת בדיון נוסף של בית המשפט העליון. ניתן להתווכח אם טוב שכך (שכן מתאפשר יישום מועיל של הדין), או רע שכך (שכן נפגעים עקרון שלטון החוק והוודאות העסקית-משפטית שלשמה הותקנו כללי פעולה ברורים, ולשמה התקבלה חזקה חלוטה), אך זו המציאות בה אנו חיים.<sup>41</sup> במצב דברים זה, הצגת התמונה במלואה ולגיטימיות השיקולים העסקיים,

<sup>41</sup> לדיון נרחב ומעמיק יותר בבעיית עקרון שלטון החוק בידי הגבלים העסקיים בישראל, ראו: אייל, לעיל ה"ש 36. ההתייחסות ל"כללי פעולה" דווקא נועדה כמובן להזכיר את ההבחנה הקלסית בין כללים לבין סטנדרטים בניתוח המשפטי. ראו: Louis Kaplow, *Rules versus Standards: An Economic Analysis*, 42 Duke L.J. 557 (1992) ההגבלים, ראו: Daniel A. Crane, *Rules Versus Standards in Antitrust Adjudication*, 64 Wash. & Lee. L. Rev. 49 (2007). לטיעונים נגד הגישה המתוארת כאן, של התחשבות במאפיינים תלויי הקשר, ובעד יישום דווקני של כללים קשיחים, ראו: Frank H. Easterbrook,



היא שתביא למסקנה שיפוטית אם החריגה ממילות החוק היא מהותית ודורשת התערבות, או שהיא שולית ומצדיקה פרשנות תכליתית או יישום דוקטרינת זוטי דברים.

ישנן גם אפשרויות אחרות להתמודדות עם מצבי אי-ודאות בהקשר זה. עורכי דין או מנהלי עסקים מתוחכמים יכולים לנסח מלכתחילה הסכמי זכיינות, באופן שיעקוף את מגבלות פטור הסוג בלי לוותר על מנגנוני פיקוח כלכליים. בדוגמת בתי הקפה, למשל, הגדרה חוזית של "המוצר העיקרי שבזכיינות" יכולה לכלול את תדמית העסק והמוניטין שצבר, "הניכר באחידות האביזרים שהמזון והמשקה נמכרים בהם"; או שהמוצר העיקרי יתואר מלכתחילה ברשימה מפורטת של האביזרים הנלווים והשירות המוענק. ניתן לקבוע בחוזה הזכיינות שהזכיין שוכר את המכונות המשמשות במקום המכירה (מכונות קפה), ושהשכירות כוללת טיפול וחלפים. אמנם ייתכן שבית המשפט יראה בהגדרות מעין אלה ניסיון לכלול בחוזה בדיוק את המוצרים הנלווים וחלקי החילוף שהוחרגו בפטור הסוג, אך נקודת המוצא לדיון עשויה להיות נוחה יותר למי שטוענים שהחוזה תקף.

ייתכנו גם אפשרויות אחרות, המתמודדות עם הבעיה בעקיפין באמצעות מנגנוני ערובה כלכליים. למשל, פרקטיקה שלפיה בעל הזיכיון יהיה בעל הזכות במקרקעין המשמשים לפעילות הזכייני. אם בעל הזיכיון שוכר שטח לחנות, והזכיין הוא שוכר משנה (או בעל הזיכיון בעלים והזכיין בר-רשות), הפרת החוזה מצד הזכיין מאפשרת לבעל הזיכיון להשתמש בזכות במקרקעין, ואיום השימוש בה מהווה כלי לאכיפת חוזה הזכיינות עצמו.<sup>42</sup> תוצאה דומה ניתן להשיג באמצעות שעבוד הניתן למימוש במקרה של הפרת חוזה, חוזה הלוואה למימון פעילות הזכיינות, הפקדת ערבות בנקאית או שטר חוב ועוד. המשותף לאפשרויות אלה הוא היציאה אל מחוץ למסגרת עסקת הזכיינות עצמה כדי לכוון אותה באיום כלכלי המבטיח את ביצוע החוזה העיקרי.<sup>43</sup> כמובן שבתי המשפט, שעסקאות כאלה יגיעו לפתחם, יצטרכו לדון

What's So Special About Judges?, 61U. Colo. L. Rev. 773 (1990); Antonin Scalia, *The Rule of Law as a Law of Rules*, 56 U. Chi. L. Rev. 1175 (1989)

<sup>42</sup> מצב דומה מוכר בספרות ההגבלים העסקיים בעניין הסכמים שהיו נהוגים בשוק תחנות התדלוק. חברות הנפט שסיפקו מוצרי דלק לתחנות חכרו את השטח (לעתים ממפעיל התחנה עצמו), ובעלי תחנות התדלוק היו בני רשות בשטח. בפועל, ההתקשרות בין הצדדים פעלה תחת שתי מטרות חוזיות: חוזה קמעונאי למוצרי הדלק וחוזה קנייני לשטח התחנה. לתיאור המצב והסבר עד כמה תרם המבנה החוזי לעיגון פרקטיקות אנטי-תחרותיות בתחום, ראו: "החלטות הממונה על ההגבלים העסקיים, קביעת הממונה בדבר קיומו של הסדר כובל: בעניין הסכמי הבלעדיות בין חברות הדלק לבין מפעילי תחנות התדלוק" **ההגבלים העסקיים** א 19 (טובה אולשטיין עורכת, 1994).

<sup>43</sup> לתימוכין תיאורטיים ביחס לחלקם של יחסי ערובה בהבטחת יחסי חליפין ראו: Oliver Williamson, *Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange*, 73 AER 519 (1983).

בנסיבות העניין ולהכריע אם מדובר בכלי המשמש אך לעקיפת הוראות החוק, או שיש בו היגיון עסקי לגיטימי. ובכל זאת לאסטרטגיה כלכלית-משפטית ממין זה שני יתרונות מרכזיים: היא מעלה את הסיכויים שחווה הזכינות יקוים (בשל החשש מתוצאות הפרתו), והיא מעבירה את נטל השכנוע ועול הפנייה לבית המשפט אל הצד המבקש להשתמט מחיוביו. כאשר צד מסרב לקיים את חיוביו, על הצד האחר לתבעו, ולהוכיח בבית המשפט שאכן מדובר בהפרה של חוזה תקף. כאשר יש מנגנון ערובה כלכלי כאמור, הפרת חיוב תיתקל בהפעלת המנגנון, והצד המפר הוא שיצטרך לפנות לבית המשפט ולבקש לבטלו. הנטל המעשי של פנייה לבית המשפט, לרבות העיכובים והעלויות הכרוכים בה (גם אם תוצאתו מוצלחת מבחינת הפונה), הופך הבדל דיוני למהותי מאוד מבחינת אנשי העסקים המעורבים בהליך. הצורך לדון לגופו של עניין אינו מתפוגג, אך נקודת המוצא של הוויכוח אחרת, והיתרון היחסי של הצדדים עשוי להתהפך. כמובן, אין בכך לומר שיישום טקטיקה מעין זו תהיה תמיד טובה לציבור, במובן זה שהטקטיקה יכולה לשמש לעיגון הסכמות בדיוק מהסוג שהמחוקק ביקש למנוע, אך לשם הכרעה בכך אנו נדרשים שוב לניתוח תלוי הקשר, בכל מקרה לגופו. יש לקוות אפוא שהיושבים בדין ידעו לבחור נכונה מבין הניתוחים הכלכליים המוצעים להם.

## ה.2. שינוי בהגדרות פטור הסוג

פתרון אחר הוא תיקון נוסח פטור הסוג. לתיקון המצב, יש לשקול הגדרות ברורות יותר בפטור הסוג עצמו, ואלה לא תמיד בנמצא. מחוקק המשנה צודק בחששו מפני כפיית הזכיין לרכוש מוצרים נלווים או חלקי חילוף, שכן אלה יכולים לשמש להרחבת הדומיננטיות בשוק או לעושק הזכיין שלא חישב מראש את העלויות האמיתיות של החוזה שכרת. מן הצד השני, עם המים נשפך כאן גם התינוק, שכן אותן תניות עצמן משמשות לעתים קרובות למטרות עסקיות לגיטימיות ומהוות חלק בלתי-נפרד מעסקת הזכינות עצמה. קשה להגדיר קטגוריות משפטיות של מותר ואסור כאשר מדובר ביישומים כלכליים שההקשר הספציפי קובע בהם הרבה יותר מהקטגוריה המילולית. ייתכן שאין ברירה אלא להסתמך על ניתוח כלכלי המותאם למקרה, וייתכן שצריך לקבוע חזקות התלויות בנתחי שוק, בדומה להוראות הכלליות החלות על פטורי סוג אחרים.<sup>44</sup> שם, הסכמים בין צדדים שיש להם נתחי שוק קטנים יחסית נפטרים אוטומטית בשל היעדר יכולת לפגוע בתחרות. בפטור הסוג להסכמי זכינות הוכלל סעיף 3(8), המונע את תחולתו על בעל זיכיון שהוא בעל מונופולין וזכיין שנתח השוק שלו עולה על 30%. חשוב להדגיש שהוראת הסעיף אינה פותרת כלל

<sup>44</sup> כללי הגבלים עסקיים (הוראות והגדרות כלליות), התשס"ו-2006; כללי הגבלים עסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך), התשס"ו-2006.

את הבעיה המתוארת כאן, שכן מדובר אך במקרה שבו פטור הסוג כולו אינו חל, ואילו הבעיות המתוארות כאן צצות דווקא באותם מקרים שבהם הפטור נועד לחול. במילים אחרות, בנתחי שוק הקטנים מ-50% לבעל הזיכיון ו-30% לזכיון אמור לחול פטור הסוג, אך בעיית המנגנונים הכלכליים המוחרגים מטילה צל כבד על יישומו.

ייתכן שבמקרה של הסכמי זכיינות, שהם הסדרים אנכיים ולא אופקיים (ולכן בדרך כלל מדאיגים פחות) ומהווים קטגוריה מוכרת של הסכמים לגיטימיים שיש לעודד, יש לקבוע תנאי סף מקלים במיוחד. ובכל זאת, דווקא בשל המיתוג המשמש בסיס לרוב הסכמי הזכיינות, צפוי ויכוח באשר להגדרת השוק הרלוונטית, ולפיכך גם באשר לנתחי השוק של הצדדים. ככל שהמותג ייחודי יותר, כך הזכיינות קפדנית יותר, וכך גם קל יותר לטעון שהמוצרים המתחרים מועטים בשל היעדר תחליפיות למותג היוקרתי, והמחזיקים במותג שאין לו מתחרים ייחשבו למונופול.<sup>45</sup> נתחי השוק במוצרי זכיינות צפויים אפוא להיות שונים מאלה שייקבעו בניתוח המקובל, ויש להביא זאת בחשבון בעת ניסוח מחודש של פטור הסוג וגם בעת יישומו בבית המשפט. הקושי לצפות מראש את הגדרת השוק שתאומץ בסכסוך משפטי בעתיד, שבו כל צד יבקש לקבוע הגדרה אחרת (ומכוחה את תחולת פטור הסוג או אי-תחולתו), גורם לכך שיהיה קשה להסתמך על הגנה משפטית שתיתן להסכם זכיינות. הוודאות, שהיא לב העניין במקרה שבו אנו דנים, היא מצרך יקר וקשה להשגה גם כאשר יש הבנה ורצון טוב מצד כל המעורבים מלכתחילה. יודגש שפתרון מסוג זה נחות לעומת האחרים, שכן הבעיה המתוארת לעיל אינה קשורה לנתח השוק, ואפילו לא לכוח השוק של בעל הזיכיון או הזכיון, אלא לשאלה אם מנגנוני אכיפה כלכליים של חוזה הזכיינות הם חלק אינטגרלי מהמודל העסקי או שהם תנאים גלויים המיועדים להביא לניצול הזכיון על ידי הבעל הזכיון או לחסימת כניסתם של מתחרים.

מחוקק המשנה בוודאי אינו יכול לצפות את כל מגוון הבעיות שיצוצו בעת החלת פטור הסוג, אך הטקטיקה שננקטה, של הבחנה בין קטגוריות מילוליות לגבי סוגי תנאים והפרדה ביניהם, אינה מתאימה והיא מונעת את תחולת פטור הסוג כולו על מגוון עצום של הסכמים לגיטימיים. הגדרות אלה ממחישות עד כמה החשיבה בעת ניסוח פטורי הסוג הייתה משפטנית ולא כלכלית-עסקית. בפועל, הניסיון לאשר קטגוריית הסכמים מסוימים, ולאסור קטגוריית תנאים מסוימים, הביא ליצירת פטור סוג שאינו מסייע למקרי האמת שהוא נועד לחול עליהם, או למצער מביא לעיוותים בעקבות ניסיונותיהם של צדדים מתוחכמים לעקפו. הצורך לתכנן מתכונת יחסים

<sup>45</sup> בעיה זו מוכרת בארצות הברית, שם ראה בית המשפט העליון בשוק חלקי החילוף למכונות מסוג Kodak שוק נפרד ולכן ראה בחברה הממותגת בעלת מונופולין בשוק זה. מכך נבעה תחולת האיסור על Kodak לקשור בין המוצרים שהציעה (שם, מכונות לפיתוח תמונות וחלקי החילוף לאותן מכונות), איסור שחלה בעניינו חזקה חלוטה כמתואר לעיל בה"ש 26 ו-27.

עסקיים סביב מגבלות שאינן מתחשבות במורכבות העסקית ובמנגנונים הכלכליים הנדרשים רק מסב עלויות מיותרות, ולעתים אף סיכון משפטי של ממש.

## 1. סיכום

פטור הסוג להסכמי זכיינות הותקן מתוך כוונה טובה למנוע הפרת חוק קולקטיבית מחד גיסא, וצורך באישור פרטני לכל הסכם מאידך גיסא. המטרה לא הושגה בגלל החריגים לפטור הסוג, כלומר תניות שאינן פטורות והמהוות הסדר כובל. תניות "חריגות" אלה כוללות מגוון פעילויות עסקיות לגיטימיות, מקובלות ואף חשובות להצלחתם העסקית של הסכמי זכיינות רבים. לא מדובר רק בטעויות ניסוח של פטור הסוג, אלא בחשיבה קטגוריאלית משפטית שאינה עומדת במבחן היישום הכלכלי-עסקי. נחוצים אפוא לוליינות משפטית מצד מנסחי הסכמי זכיינות ו/או תיקון סטטוטורי של פטור הסוג באופן שיתחשב במציאות של מנגנוני ערובה כלכליים המסייעים לפיקוח על היחסים החוזיים.

כמעט בכל הסכם זכיינות ישנם סעיפים המהווים הסדר כובל, ויש לכך השלכות משפטיות קשות. אחריות פלילית קמה לתאגיד, וכן למנהליו, ויש גם אחריות אזרחית נזיקית, ואם באלה לא די, תיתכן הכרזה בדיעבד על בטלות הסכם הזכיינות לבקשת אחד הצדדים שאינו מרוצה מקיומו. בדיוק משום כך נקבע פטור הסוג. בפועל, פטור הסוג יחול במלואו רק על מיעוטם של המקרים, וכל האחרים (והם רבים) מתנהלים כנראה בסיכון משפטי של ממש, מבלי לדעת זאת. ניסיון לתקן את הליקוי בדיעבד לא יצלח, שכן החוק הישראלי אינו מאפשר לתת פטור או אישור רטרואקטיביים. האפשרות המעשית היחידה היא לקוות שתימצא הדרך לשכנע את בית המשפט, שידון במקרה, ליישם פרשנות תכליתית או לראות בפגם זוטי דברים. ניתן לקוות ששיקול הדעת השיפוטי יפתור את המקרים המתאימים בדיעבד, אך אסור להסתמך על כך מראש. יש לקוות שמנסחי הסכמים יגישו אותם באופן פרטני לאישור או לקבלת פטור, או לכל הפחות ישתמשו במנגנוני ערובה כלכליים העוקפים את דרישות הפטור. יש לקוות גם שמחוקק המשנה יבחן את הנושא וישקול את השינויים הדרושים כדי שפטור הסוג ישיג הלכה למעשה את מטרתו. מומלץ במיוחד להתחשב בנסיבות הייחודיות של הסכמי זכיינות ובהגדרת השוק המקובלת בהם, נושא בעייתי באופן כללי באכיפה ההגבלית, אך קשה במיוחד בהקשר הספציפי של הסכמי זכיינות.