

רגולציה של סיום הזיכיון

איריס סורוקר¹

פסיקת השופט דנציגר בפרשת בלום חושפת את הדרמה של הזכיינות, ומחייבת לעיין במוסד חשוב זה מנקודת שבר: כשהצדדים מצויים בסכסוך, ומי מהם מבקש לצאת מהקשר. סיום ההתקשרות מטלטל את הספינה החוזית כולה, וצפוי להשליך על כדאיות העסקה. הרגולציה של סיום הזיכיון מבנה את התמריצים הפועלים על הצדדים להתקשרות: אם נתיר למזכה לסיים את הקשר לפי רצונו – הוא עלול לטרוף את השקעות הזכייין, מבלי לאפשר לו לקצור באופן מיטבי את פירות עמלו. מצד שני, הכבדה על המזכה עלולה לדחוף את הזכייין לצמצם את השקעותיו ולהחמיר את "נסיעת-החינם". יכולת היציאה מהזכיינות משליכה על הוודאות המסחרית של הצדדים; היא מותחת את מנעד הכוחות שלאורכו הם ינועו במהלך ההתקשרות; והיא מעצבת את ערכו המסחרי של הזיכיון. ברשימה זו אציע אסדרה חדשה של סיום הזיכיון. אפתח בסקירת פסקי-הדין בפרשת בלום על גלגוליה ואנתח את החידוש ההלכתי שבהם. אעמת בין הלכת בלום להלכות קודמות. אציג ניתוח כלכלי של הזיכיון ואציע אסדרה סטטוטורית של סיום הזיכיון על רקע התובנות שיופקו.

מבוא

פסיקתו של כבוד השופט יורם דנציגר בפרשה המרתקת של בלום נגד אנגלו-סכסון חושפת את הדרמה של הזכיינות ומחייבת לעיין במוסד מסחרי חשוב זה ממצב של שבר: כאשר הצדדים להסכם הזיכיון מצויים בסכסוך ומי מהם מבקש לצאת מהקשר. סיום ההתקשרות מטלטל את הספינה החוזית כולה וצפוי להשליך על כדאיות העסקה עבור הצדדים. ברגיל, השאלה מתעוררת שעה שהמזכה מבקש לסלק את הזכייין - כפי שקרה במקרה של בלום.² השאלה הטעונה הכרעה היא, האם המזכה רשאי לסלק את הזכייין לפי רצונו, באופן חד-צדדי, ואם כן - באילו תנאים. הכרעה בשאלה זו - היא הרגולציה של סיום הזיכיון - צפויה לעצב את תוכן העסקה. היא מבנה את התמריצים הפועלים על הצדדים להתקשרות: אם נתיר למזכה לסיים את הקשר לפי רצונו – המזכה עלול לטרוף באופן אופורטוניסטי את השקעות הזכייין מבלי לאפשר לו לקצור באופן מיטבי את פירות עמלו. מצד שני, הכבדה על המזכה בשלב היציאה מהקשר עלולה לדחוף את הזכייין לצמצם את השקעותיו בעסקה ולהחמיר את הבעיה של "נסיעת-חינם", על חשבון המוניטין ויתר הזכיינים של הרשת. מידת הקלות או ההכבדה על היציאה מקשר הזכיינות היא בעלת זיקה ישירה לעלויות העסקה. היא משליכה על הוודאות המסחרית של הצדדים, היא מותחת מקצה לקצה את מנעד הכוחות שלאורכו ינועו במהלך ההתקשרות והיא מעצבת את ערכו המסחרי הכולל של מוסד הזיכיון. ברשימה זו אבקש להציע אסדרה חקיקתית חדשה של סיום יחסי הזיכיון. אפתח את הדיון בסקירת פסקי הדין המרתקים בפרשת בלום על ארבעת גלגוליה, ואנתח את החידוש ההלכתי שפסקי הדין מציעים.

¹ הכותבת היא שופטת בדימוס ומנהלת מרכז חת לחקר התחרות והרגולציה במסלול האקדמי המכללה למינהל. תודתי נתונה לעו"ד מעין סייג על סיועה במחקר משפטי ובעריכה.

² פסקי הדין בעניין בלום נ' אנגלו סכסון הם כדלקמן: ה"פ (מחוזי ת"א) 1356/05 בלום נ' אנגלו סכסון (פורסם בנבו, 25.5.2016), ה"פ (מחוזי ת"א) 1427/05 בלום נ' אנגלו סכסון (פורסם בנבו, 13.7.2016) (להלן: עניין בלום הראשון); ע"א 5925/06 בלום נ' אנגלו סכסון – סוכנות לנכסים (ישראל 1992) בע"מ (פורסם בנבו, 13.2.2008) (להלן: עניין בלום השני); ת"א (מחוזי ת"א) 1959/08 בלום נ' אנגלו סכסון – סוכנות לנכסים (פורסם בנבו, 01.5.2013) (להלן: עניין בלום השלישי); ע"א 4232/13 אנגלו סכסון סוכנות לנכסים בע"מ נ' בלום (פורסם בנבו, 29.1.2015), ע"א 4563/13 אנגלו סכסון סוכנות לנכסים בע"מ נ' בלום (פורסם בנבו, 29.1.2015) (להלן: עניין בלום הרביעי).

אעמת בין הלכת בלום לבין הלכות קודמות. בהמשך אציג ניתוח כלכלי של יחסי הזיכיון ואציע אסדרה סטטוטורית של סיום הזיכיון על רקע תובנות העולות מן הניתוח הכלכלי, ולבסוף אסכם.

פרשת בלום

בפרשת בלום, כבוד השופט יורם דנציגר חולל מהפכה ברגולציה של סיום הזיכיון: הלכה ותיקה, שהכירה בגמישות היציאה מהקשר, הומרה בקריאה קפדנית של תניות החוזה כפי שהצדדים בחרו לעצב. מעשה שהיה כך היה:

אנגלו-סכסון היא רשת ארצית לתיווך נדל"ן. אלי בלום פעל כזכיון של הרשת. היחסים בין הצדדים עוגנו בהסכם פורמלי, בגדרו הוענקה לבלום זכיינות בלעדית בלתי-קצובה בזמן בעיר הרצליה. הרשת העניקה לבלום רישיון שימוש בסימני המסחר שלה. בלום התחייב למלא הוראות ולשמור על המוניטין של החברה. הסכסוך בין הצדדים פרץ בשנת 2002, לאחר למעלה מעשרים וחמש שנים של עבודה משותפת, שעה שבלום ביקש למכור את הזיכיון למפעיל אחר (לטענתו, על מנת לממש הזדמנות להשקעה בנדל"ן). אנגלו-סכסון התנתה את הסכמתה בכך שחוזה הזיכיון עם הנמחה יכיל תנאים חדשים, והעיקרי שבהם הוא הגבלת משך ההסכם. בלום טען שלא הצליח לאתר רוכשים שיסכימו לרכוש את הזיכיון בתנאים אלה. הוא סבר שיש לו "קניין" בזיכיון, וכי הדרישה של אנגלו-סכסון מפחיתה מערכו. הוויכוח הוליד טענות הדדיות. אנגלו-סכסון טענה כי בלום מזניח את הזיכיון, ולפיכך הודיעה לו על כוונתה לבטל את החוזה. בין הצדדים נוהל מו"מ שלא צלח. לאחר מספר אורכות, אנגלו-סכסון הודיעה לבלום שהפסקת הזיכיון תיכנס לתוקפה (בתוך מספר חודשים). בלום לא הסכים לסילוקו. הוא תבע בבית המשפט סעד הצהרתי ולפיו ביטול הזיכיון נעשה שלא כדין.

בית המשפט המחוזי בתל-אביב דחה את תביעתו של בלום.³ נפסק כי אנגלו-סכסון הייתה זכאית לסיים את ההסכם במסירת הודעה סבירה מראש, וכפי שעשתה. בית המשפט יישם הלכה ידועה שלפיה "אין זו דרכן של הבריות לערוך חוזים שיעמדו בתוקפם לעולם ועד. אף אין זו מדיניות ראויה מבחינה כלכלית או חברתית להקפיא חוזה עד שיבוא אליהו".⁴ צוין כי "מדובר בהסכם המושתת על יחסי אמון, בהסכם שהתנהלותו של הזכיון משליכה על רווחי הרשת ועל שמה והמוניטין שלה, ולכן, ובהתאם להלכה הפסוקה, אין לפרש אותו כהסכם בו שללה הרשת מעצמה את הזכות להודיע על ביטול ההסכם תוך זמן סביר".⁵ בית המשפט הוסיף, באמרת אגב, כי ההסכם בוטל כדין גם על רקע הפרות חוזה מצד הזכיון.⁶

³ עניין בלום הראשון, לעיל ה"ש 2.

⁴ ע"א 2491/90 התאחדות סוכני נסיעות ותיירות בישראל נ' פאנל חברות התעופה הפועלות בישראל (פורסם בנבו, 3.5.1994).
⁵ עניין בלום הראשון, לעיל ה"ש 2, פס' 20-21 לפסק דינה של השופטת רונן. בית המשפט קמא דחה את טענת הזכיון לפיה זכותה של אנגלו-סכסון לבטל את ההסכם מוגבלת לאירועים שנמנו בסעיף 18 להסכם בין הצדדים, ראו: שם, פס' 12 לפסק דינה של השופטת רונן "מדובר במקרים בהם הזכיון יוכרז כפושט-רגל, ימות ללא יורשים מתאימים, יורשע בעבירה פלילית, יסכן את השם אנגלו-סכסון או את סימן המסחר שלה, לא יבצע את התשלומים על פי תנאי ההסכם, יסגור את העסק ל-30 יום רצופים וכדומה". לדעת בית המשפט "יש לפרש את ס' 18 בפרשנות מרחיבה, באופן שאובדן בסיס האמון בין הצדדים מהווה הפרה של הסכם הזיכיון המצדיקה ביטולו על ידי הרשת" ראו שם, פס' 23 לפסק דינה של השופטת רונן.

⁶ בית המשפט קמא מצא נקודת עוגן לזכות של אנגלו-סכסון לסיים את הקשר גם בחוזה עצמו: נפסק כי שעה שהמזכה איבדה את אמונה בזכיון נוכח הזנחה נמשכת מצדו, יש לראות בכך משום הפרת חוזה המצמיחה זכות ביטול, ראו: שם, פס' 23-29 לפסק דינה של השופטת רונן.

תוצאה זו נהפכה בבית המשפט העליון.⁷ מפי כבוד השופט דנציגר נפסק כי אנגלו-סכסון הפרה את ההסכם משום שביטלה אותו שלא כדין. אומנם, חוזה שלא נקצב בזמן – ניתן לביטול בהודעה סבירה;⁸ עם זאת, "מדובר בחזקה ראייתית בלבד, חזקה הניתנת לסתירה בראיות אחרות, אשר נועדה לסייע לעמוד על כוונת הצדדים מקום שהיא אינה ברורה ולא לבוא במקומה".⁹ השאלה היא, האם החזקה הכללית מתיישבת עם החוזה, או שמא יש בחוזה הסדר אחר.¹⁰ השופט דנציגר בחן בהקפדה את הוראות החוזה ופסק כי "ההסכם קובע מספר הוראות המפרטות באופן מפורש את המקרים בהם יהיה רשאי כל צד לבטלו ואף את מועד הביטול בכל מקרה".¹¹ סעיף 3 להסכם קבע את מועד תחילת הזיכיון, ללא מועד סיום. בלום עצמו הורשה לסיים את ההסכם "בכל מועד" (בהודעה מוקדמת בת 60 ימים), אך בד בבד נאסר עליו להעביר את הזיכיון לאחר.¹² אשר לאנגלו-סכסון, סעיף 18 להסכם - הוא הסעיף שהכריע את הסכסוך - פירט רשימת מקרים שבהם "החברה תהיה רשאית, לפי שיקול דעתה הבלעדי, לסיים הסכם זה ולבטלו".¹³ השופט דנציגר פירש שמדובר ברשימה סגורה של מקרים בהם אנגלו-סכסון רשאית לבטל את ההסכם.¹⁴

⁷ עניין בלום השני, לעיל ה"ש 2.

⁸ כבי' השי' דנציגר ציטט בהסכמה את הלכת בית המשפט העליון ראו: ע"א 46/74 מורדוב נ' שכטמן, פ"ד (1) 477 (1974); ע"א 442/85 זוהר נ' מעבדות טרבנול (ישראל) בע"מ, פ"ד (3) 661 (1990).

⁹ עניין בלום השני, לעיל ה"ש 2, פס' 38 לפסק דינו של השופט דנציגר שציטט בהסכמה את ההלכה שנפסקה ראו: עניין התאחדות סוכני נסיעות ותיירות בישראל, לעיל ה"ש 4, פס' 15 לפסק דינו של השופט דנציגר: "... ההלכה אינה קובעת כלל מהותי, אלא רק חזקה, שכוחה יפה כראיה. שתי פנים לחזקה זאת. ראשית, היא אומרת שחובה לתקופה בלתי-קצובה אינו חובה לצמיתות. שנית, היא אומרת כי חובה כזה ניתן לביטול באופן חד-צדדי. אולם, כדינה של חזקה, אף חזקה זאת, על שתי פניה ניתנת לסתירה בראיות. בסופו של דבר לא באה החזקה אלא לסייע בידינו לעמוד על כוונת הצדדים, מקום שהכוונה אינה ברורה. אין היא אמורה לבוא במקום כוונת הצדדים, אם ניתן לברר מה היתה הכוונה, ולקבוע אותה על יסוד ראיות. גם אין היא אמורה לפטור מן הצורך לברר מה היתה כוונת הצדדים. אפשר שכוונת הצדדים תעלה באופן ברור מן הנסיבות. או אז לא יהיה צורך או מקום לחזקה. כך, לדוגמא, אפשר שבנסיבות של מקרה מסויים לא יהיה זה נכון לומר, בהתאם לחזקה, כי הצדדים התכוונו לאפשר סיום החוזה באופן חד-צדדי, בכל עת ומכל טעם. הנסיבות עשויות ללמד, למשל, על כוונה שהחוזה יסתיים מעצמו, כאשר יתרחש אירוע מסוים, או שאחד הצדדים יהיה רשאי לסיים את החוזה אם, ורק אם, התקיימו תנאים מסוימים".

¹⁰ לענין זה, אומצו הקווים המנחים שנפסקו בע"א 2850/99 בן חמו נ' טנא נוגה בע"מ, פ"ד (4) 849, פס' 8 לפסק דינה של השופטת שטרסברג כהן (2000): "מטיבו של ההסכם נגזרת המסקנה, כי שלילה לצמיתות מן היצרן את האפשרות להפסיק את הקשר עם המפיץ, שכמוה ככפיית היצרן לקיים את ההסכם לעד, אינה מתיישבת עם ההיגיון המסחרי והמשפטי ועם השכל הישר לא יעלה על הדעת שיצרן יהיה חייב לקיים חוזה הפצה לעולמי עולמים ויהיה קשור בעבותות ההסכם, גם כאשר נוצרות נסיבות מיוחדות החותרות תחת אושיות ההסכם, כגון, שהמפיץ מפר את ההסכם או מועל באמון שניתן בו. פרשנות כזו אינה מתיישבת עם תכלית ההסכם. בדיקת טיב ההסכם ומהותו מלמדת, כי על-פי תכליתו האובייקטיבית, מטרתה של התניה היא לשלול מטנא זכות ביטול ההסכם, כל עוד לא מתקיימות אותן נסיבות מיוחדות. תניה זו מקבלת משמעות לאור ההלכה הקובעת, כי הסכם הפצה ללא הגבלת זמן ניתן לביטול על-ידי היצרן על פי רצונו תוך מתן הודעה סבירה. ככלל, עומדת זכות זו ליצרן הקשור בהסכם הפצה עם מפיץ, בכל עת וללא צורך בנסיבות מיוחדות. באה תניה זו, על-פי פרשנותה הראויה, ומחריגה את הכלל, ומונעת ביטול ההסכם על-ידי היצרן ואכיפתו עליו, כל עוד לא מתקיימות נסיבות מיוחדות, כאמור".

¹¹ עניין בלום השני, לעיל ה"ש 2, פס' 41 לפסק דינו של השופט דנציגר.

¹² שם, פס' 40 לפסק דינו של השופט דנציגר: ס' 3(ב)2 להסכם קבע "מבלי לגרוע מהאמור בהסכם זה, ניתנת בזה למפעיל הזכות לסיים הסכם זה בכל מועד בתנאי שימסור לחברה הודעה מוקדמת של 60 יום על כוונתו לעשות כן, ובמקרה זה יסתיים ההסכם בתוך התקופה האמורה של 60 יום". ס' 6(ג) להסכם קבע: "... המפעיל מצהיר בזה כי ידוע לו כי הזיכיון מוענק לו אישית בלבד. המפעיל לא יהיה רשאי למכור ו/או להעביר ו/או להיטור מהזיכיון או הזכויות המוענקות לו בהתאם ולתנאי הסכם זה בכל צורה שהיא ואף לא להרשות לכל אדם ו/או גוף אחר כלשהו להשתמש במוזכר או להשתתף בכל תמורה או אופן לפי רישיון או כשותף או בכל צורה שהיא בזיכיון שהוענק לו על ידי הסכם זה אלא אם תיתן החברה את הסכמתה לכך בכתב. החברה לא תסרב לתת את הסכמתה כאמור, אלא מטעמים סבירים...".

¹³ שם. ואלה הם בתמצית: מות המפעיל; הכרזתו כפושט רגל; הרשתו בעבירה פלילית; שימוש לרעה בסימני מסחר; אי-ביצוע תשלומים; אי-החזקה של ספרים רשומים; ניהול הליכי הוצל"פ נגד המפעיל; מקרה בו העסק סגור 30 ימים רצופים שלא מחמת שביתה או כח עליון; וכן "במקרה של הפרת הסכם זה על ידי אחד מהצדדים להסכם". ס' 18(2) להסכם קבע מנגנון לביטול ההסכם במקרה של התרחשות אחד האירועים: "במקרה של קרות אחד או יותר מהמקרים המפורטים בסעיף זה, ו/או במקרה של הפרת הסכם זה על ידי המפעיל, תהיה החברה מחויבת למסור למפעיל הודעה בכתב לתקן את הפרה האמורה תוך 15 יום מתאריך המכתב לפני ביטול ההסכם על ידי החברה, מלבד באותם מקרים בהם הארכת הזמן כאמור תגרום לחברה נזק חמור. מתן הודעה מוקדמת כאמור לא תחול לגבי סעיפים קטנים ב', ג', ז', ד'".

¹⁴ שם, פס' 43 לפסק דינו של השופט דנציגר: "ההסכם, אשר נוסח על ידי אנגלו סכסון... קובע מפורשות את המקרים בהם תהא זכות ביטול לכל אחד מן הצדדים. על פי הוראות ההסכם, זכאי בלום לבטל את ההסכם מכל סיבה שהיא בשעה שאנגלו-סכסון רשאית לעשות כן רק בהתקיים אחד מהמקרים המנויים ברשימת מקרים סגורה".

נאמן לשיטתו הפרשנית המרוממת את לשון ההסכם, כבוד השופט דנציגר ציין: "לאחרונה הבעתי את דעתי לפיה כאשר לשון החוזה היא מפורשת, יש ליתן לה משקל מכריע בפרשנות ההסכם... ואני סבור כי דברים אלו יפים גם לעניין שבפני. ... במקרה נשוא ערעור זה, קיים חוזה בכתב הקובע הוראות מפורשות לענין הביטול. לפיכך, אין צורך להפעיל את החזקה בדבר כוונתם של הצדדים שלא להיות קשורים בהסכם לצמיתות ואף אין צורך לשער מה הייתה כוונת הצדדים, הואיל והיא באה לידי ביטוי בצורה מפורשת ומדויקת בסעיפי הביטול הקבועים בהסכם".¹⁵ דנציגר לא נדרש ל"כלל הפירוש כנגד המנסח", שכן "סעיפי הביטול... הינם ברורים ומפורשים ומקריאתם ברור לחלוטין מתי ובאלה נסיבות רשאי כל צד לבטל את ההסכם. לא מצאתי בהסכם דו משמעות או הוראה שאינה מנוסחת בבהירות, ממנו עלול להשתמע כי הזכות לבטל את ההסכם מכל סיבה שהיא נתונה גם לאנגלו-סכסון. יחד עם זאת, סבור אני כי דווקא העובדה שההסכם נוסח על ידי אנגלו-סכסון ... מחזקת את המסקנה לפיה לא מסורה לה זכות ביטול גורפת מקבילה, הואיל ואילו הייתה מעוניינת אנגלו-סכסון להעניק לעצמה בהסכם זכות דומה, חזקה עליה שהייתה עושה כן. משלא עשתה כן אל לה לטעון כעת לחוסר איזון בין זכויות הצדדים".¹⁶ פירוש זה, הטעים השופט דנציגר, עולה בקנה אחד עם "ההיגיון המסחרי הפשוט": "לפי היגיון זה, בעל הזיכיון עמל ומשקיע בפיתוח הזיכיון משך שנים רבות, בשעה שהמזכה נהנה מפירות ההשקעה האמורות. אשר על כן, מתן זכות ביטול גורפת למזכה, יפחית באופן משמעותי את תמריצו של בעל הזיכיון לפתחו ואף עלול לגרום להימנעות מרכישת הזיכיון עקב חשש מתמיד מביטולו".¹⁷ אשר על כן, אנגלו-סכסון נמצאה כמי שהפרה את ההסכם, שכן מסרה הודעת ביטול שלא מצאה אכסניה מפורשת ברשימת המקרים המותרים.

הזכיון, אוחז בפסק-דין הצהרתי, תבע עתה סעד של אכיפת הזיכיון. בין לבין העלילה הסתבכה, שכן אנגלו-סכסון העבירה את הזיכיון לזכיון אחר. למרות זאת, בית המשפט המחוזי בתל-אביב קיבל את תביעת האכיפה של בלום.¹⁸ נפסק כי על אנגלו-סכסון להשיב לתובע את הזיכיון לפי החוזה המקורי. הודגש כי "תרופת האכיפה הינה התרופה הראשונה והעיקרית המצויה בחוק התרופות ורק לאחריה בסדר התרופות עומדת תרופת הפיצויים".¹⁹ בית המשפט מצא שההסכם עם הזכיון החדש הוגבל לתקופה מרבית של עשר שנים; לכן, ניתן להתגבר על "סייג הנבצרות",²⁰ וזאת באמצעות "אכיפה דחוייה" לתאריך עתידי – לאחר תום ההתקשרות בין אנגלו-סכסון לצד השלישי. בית משפט קמא דחה את הטענה שהזכיונות היא "שירות אישי" השולל אכיפה.²¹ גם סייג "האכיפה הבלתי-צודקת" נדחה, משום ש"המגמה כיום הינה

¹⁵ ש.ם.

¹⁶ ש.ם, פסי' 44 לפסק דינו של השופט דנציגר. כידוע, כב' הש' דנציגר הוא ממבקריה הבולטים של הלכת אפרופים אשר מצדדת בפרשנות תכליתית של החוזה, ראו: ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט (2) 265 (1995). בשורה של פסקי-דין מנחים כב' הש' דנציגר ביסס את הגישה המדגישה את לשון החוזה כמקור עליון לפרשנות וליישום ראו למשל: ע"א 5856/06 לוי נ' נורקייט בע"מ, פסי' 27 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 28.1.2008); ע"א 8836/07 בלמורל השקעות בע"מ נ' כהן, פ"ד סג' (3) 557, פסי' 35.2–35.8 לפסק דינו של השופט דנציגר (2010); ע"א 11039/07 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' אבנר אגוד לביטוח נפגעי רכב בע"מ (פורסם בנבו, 6.7.2011).

¹⁷ עניין בלום השני, לעיל ה"ש 2, פסי' 45, 50–51 לפסק דינו של השופט דנציגר. כב' הש' דנציגר היה מוכן לצאת מההנחה המקובלת, כי ביסוד הזיכיון עומדים יחסי אמון ואולם באותו מקרה, הטענה נזנחה על ידי אנגלו-סכסון עצמה: היא נאחזה בזכות "על פי דין" לסיים את ההסכם, ולא באובדן האמון. בנוסף, בכתבי הטענות, אנגלו-סכסון ציינה שאין היא טוענת להפרת הסכם, אלא מתבססת על "זכותה לבטלו מכל סיבה שהיא בהודעה של פרק זמן סביר". בנסיבות אלה נפסק כי "אנגלו סכסון כלל לא טענה כי איבדה את האמון במבקש וממילא לא הוכיחה טענה זו".
¹⁸ עניין בלום השלישי, לעיל ה"ש 2.

¹⁹ ש.ם, פסי' 40 לפסק דינו של השופט דנציגר.

²⁰ סייג הנבצרות מעוגן בסי' 13(1) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970.

²¹ סייג השירות האישי מעוגן בסי' 23(2) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה); עניין בלום השלישי, לעיל ה"ש 2, פסי' 43 לפסק דינו של השופט בכר: "אין מדובר בקשר אישי ממשי בין הנתבעת לתובע. הנתבעת הינה בעלת נכס – הזיכיון – והיא מאפשרת לתובע – הזכיון – לעשות בו שימוש בתמורה. התובע אינו מעניק כל שירות אישי לנתבעת אלא עושה שימוש בנכס השייך לה".

להמעיט השימוש בסייג זה".²² לצד סעד האכיפה, בית המשפט פסק גם פיצויים: הוצאות היערכות מחדש לאחר נטילת הזיכיון, שווי הזיכיון למשך עשר שנים עד להשבתו לתובע, וכן פיצויים עבור נזק לא ממוני.²³

שני הצדדים ערערו לבית המשפט העליון.²⁴ אנגלו-סכסון טענה (בעיקר) כנגד תרופת האכיפה, ואילו ערעורו של בלום נסב (בעיקר) על גובה הפיצויים. כבוד השופט עמית הגדיר שתי שאלות לדיון: האם יש לפסוק אכיפה בחלוף עשר שנים מיום הפסקת ההסכם? כיצד יש לחשב את הנזק שנגרם למשיב, אם בכלל, כתוצאה מהפרת חוזה הזיכיון בינו לבין המערערת?

סעד האכיפה – נשלל, הן משום שמדובר ביחסים המבוססים על אמון וקשר אישי, והן משום הפגיעה הפוטנציאלית בזכיון חדש שנכנס לתמונה.²⁵ השופט עמית החיל גם את סייג הצדק לאכיפת חוזה.²⁶ ניתן משקל לחלוף הזמן הרב ולרמה הנמוכה יחסית של אשם מוסרי שליווה את ביטול החוזה על ידי אנגלו-סכסון.²⁷ חלף אכיפה, בלום זכה בפיצויי קיום, תוך שהובאה בחשבון מידת אשמו התורם לנזקי ההפרה. לשם כך בוצעה הערכה של שווי הרווחים העתידיים שניטלו מבלום לתוחלת חייו, בניכוי החובה הכללית המוטלת על ניזוק להקטין את נזקו, ואשר במקרה זה בוטאה בכושרו של הזכיון להתפרנס מעיסוק חלופי, ללא המטרייה העסקית של אנגלו-סכסון.²⁸ על דרך של הערכה נפסק כי תרומת המותג "אנגלו-סכסון" לפעילות העסקית של בלום עמדה על 25%, ולפיכך בלום זכאי לפיצויים בשיעור 25% מאומדן הרווחים העתידיים שנגזלו ממנו כתוצאה מביטול הזיכיון.²⁹

הנה כי כן, אנגלו-סכסון נמצאה כמי שהפרה את ההסכם עם הזכיון שעה שביטלה את הזיכיון שלא לפי אחד המקרים שפורטו בחוזה. בלום זכה בפיצויי קיום לתוחלת חייו, בניכוי חובתו להמשיך ולהתפרנס באופן עצמאי.

²² שם, פסי' 44 לפסק דינו של השופט בכר וכן, ראו, סייג האכיפה הבלתי צודקת מעוגן בס' 43(4) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה).

²³ עניין בלום הרביעי, לעיל ה"ש 2, פסי' 48–68 לפסק דינו של השופט בכר.

²⁴ עניין בלום הרביעי, לעיל ה"ש 2.

²⁵ שם, פסי' 12, 15 לפסק דינו של השופט עמית: "ענייננו בהסכם זיכיון במסגרתו אנגלו-סכסון מקנה לזכיון זכות להשתמש בסימן המסחר שלה ובמותג שלה בטריטוריה מסוימת ובשיטות עסקיות מוגדרות. זכיונות נושאת עמה יתרונות לזכיון, בין היתר, בכך שהוא פועל תחת מותג מוכר, לצד מעטפת שיווק ארצית, סיוע בפיתוח ארגוני וביצירת ערוצי תקשורת מתקדמים בתוך הרשת ועם לקוחות. בתמורה מקבלת אנגלו-סכסון תשלום חד פעמי ... ותמלוגים בגובה 10% מההכנסות. היחסים בין אנגלו-סכסון לזכיון דורשים מידה מסוימת של תיאום וקשר שוטפים: תשלום תמלוגים חודשי, השתתפות הזכיון ועובדיו בהכשרות ובהשתלמויות שעורכת אנגלו-סכסון, פיקוח של אנגלו-סכסון על אופן עמידת הזכיון בסטנדרטים שלה, הסתמכות על מערכת המחשוב של אנגלו-סכסון, תיאום בין הזכיונים השונים, ועוד"; "בגדרו של שירות אישי נכללים גם חוזים המבוססים על אמון אישי... כך למשל במסגרת הסכם יצרן/מפיץ-סוכן, הכירה הפסיקה ביחסי אמון ושיתוף פעולה המחייבים את הצדדים להתחשב במשנהו ולקדם האחד את עניינו של השני. בשל יחסים אלו נקבע כי לא ניתן לאכוף את ההסכם וכי ניתן לבטלו תוך הודעה זמן סביר מראש".

²⁶ סי' 43(4) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה).

²⁷ עניין בלום הרביעי, לעיל ה"ש 2, פסי' 16 לפסק דינו של השופט עמית: "בגדרי סייג הצדק ישקול בית המשפט את התנהגותם של הצדדים ואשמתם המוסרית ("מאזן האשמה") לצד בחינת האינטרסים שלהם והנזק שייגרם לכל אחד מהם אם ייאכף החוזה אם לאו ("מאזן הנזק")... כחלק מנסיבות המקרה יש לתת את הדעת לחלוף הזמן מתחילת המחלוקת בין הצדדים ומיום ביטול החוזה ועד להכרעה... אכיפת ההסכם כמעט 15 שנים לאחר שבלום הודיע לאנגלו-סכסון כי ברצונו לפרוש מעסקי התיווך, 10 שנים לאחר שההסכם בוטל, וכאשר ביני לביני נקשרה אנגלו-סכסון עם זכיון חדש, נפתח סניף נוסף בהרצליה תחת הזכיון, הוחלפה הנהלת אנגלו-סכסון, התקיימו הכשרות והשתלמויות רבות, ומן הסתם השתנו סדרי העבודה והמעטפת הטכנולוגית עמה עובדים זכיוני המערערת – כל אלה שיקולים שיש לקחת בחשבון".

²⁸ שם, פסי' 21, 29 לפסק דינו של השופט עמית. בפועל, בלום אמנם המשיך לעבוד כמתווך מקרקעין עצמאי בהרצליה בשנים הרלבנטיות: "חישוב אמיתי של הנזק שנגרם עקב נטילת הזיכיון, מצריך בחינה של הרווח שהפיק בלום לפני ביטול הזיכיון בהפחתת הרווח שהפיק לאחר ביטול הזיכיון", וזאת מתוך התחשבות בעובדה שבלום המשיך לפעול כמתווך ותקן בעל מוניטין עצמאי משלו.

²⁹ לצד פיצוי זה, ערכאת הערעור אישרה לזכיון פיצויים עבור הוצאות להערכות מחדש לאחר שהזיכיון ניטל (15,000 ₪), וכן עבור עוגמת נפש (100,000 ₪) ראו: שם.

החידוש ההלכתי

הלכתו של השופט דנציגר בענין בלום נגד אנגלו-סכסון מהווה סמן-דרך חדש ברגולציה של סיום הזיכיון. עד לפסק-דין זה שלטה בכיפה ההלכה המאפשרת לכל צד לסיים חוזה זיכיון שלא נתחם בזמן ב"הודעה סבירה", שמשכה נע ברגיל בין חודש ימים לשנה. פסק-הדין המנחה ניתן בשנת 1990 בפרשת משה זוהר ושות' ואח' נגד מעבדות טרבנוול (ישראל) בע"מ ואח'.³⁰ דובר במפיצה בלעדית שייצגה בישראל יצרנית של ציוד רפואי. החוזה בין בעלות הדין לא הוגבל בזמן. בתקופת החוזה חלו שינויי בעלות בחברה היצרנית, אך למפיצה הועברה הודעה כי היחסים יימשכו כסדרם. כשש שנים מכריתת החוזה, היצרנית הודיעה על סיום הקשר, בהתראה של כשלושה חדשים, וזאת משום שאימצה מדיניות הפצה באמצעות חברות בנות. עצם זכותו של יצרן לסיים את הקשר בהודעה חד-צדדית – לא הייתה שנויה במחלוקת. "בהתחשב בקצב חיי המסחר, לא יתכן שחוזה, אף שלא הוגבל בזמן, יחייב את הצדדים לצמיתות ביחסים שבין יצרן (או ספק) לבין המשווקים למיניהם המקדמים את מכירותיו. קיים נימוק נוסף לכך והוא האמון ההדדי שיחסים אלה מחייבים... כשאחד הצדדים מבקש לנתק את הקשר, אין אפשרות ואין טעם לחייב אותו להמשיך בו נגד רצונו. לא ניתן להבטיח קיומם של יחסי אמון בכפייה. הבעיה שלפנינו איננה אפוא אם חוזה מסחרי ובכלל זה חוזה בין יצרן למשווק, שנעשה לתקופה בלתי מוגבלת בזמן, ניתן לביטול על ידי מתן הודעה סבירה, אלא מהו אורך הזמן הסביר הנדרש להודעת הביטול".³¹

אשר למשכה של ההודעה הסבירה, נפסק כי זו נבחנת בשניים: "האחד – פרק הזמן הסביר מתחילת הקשר ועד לביטול. השני – פרק הזמן שנקצב בהודעה לביטול. הראשון נועד לתת לצד שכנד שהות מספקת להפיק רווח סביר מהעסקה ולכסות את השקעותיו בזמן ובעמל, וכן את ההוצאות שהוציא לשם ביצועה. בעסקה מסחרית של הפצה יש להביא גם בחשבון את העובדה, כי פירות ההשקעה והעבודה אינם מבשילים מיד אלא רק לאחר תקופה, לעיתים אף של שנים. השני נועד לתת לצד שכנגד זמן מספיק להתארגן מבחינה עסקית לקראת סיום הקשר ולמצוא מקורות אחרים להפקת רווח. כשההודעה אינה סבירה מבחינת אחת משתי התקופות הנ"ל (או שתיהן), מחייבים את הצד המבטל לפצות את הצד שכנגד על הנזק שנגרם לו עקב כך".³² באותו מקרה נפסק שהמפיצה זכאית לאובדן רווחים למשך שנה אחת.³³

פרשת זוהר נגד מעבדות טרבנוול קבעה הלכה ברורה: בהסכם הפצה שלא הוגבל בזמן, כל צד רשאי לסיימו לפי רצונו, ובלבד שייתן על כך התראה סבירה לצד האחר. הלכה זו ניזונה מהשקפה ש"אין לכפות קשר אובליגטורי נצחי בין צדדים לחוזה... לא כל שכן בחוזה המבוסס על יחסי אמון או על קשרים אישיים... וכך אף נקבע במפורש לגבי חוזה הפצה".³⁴ בתי המשפט לא ראו בהלכה זו משום חזקה עובדתית גרידא הניתנת לסתירה, כי אם נורמה הקובעת דרכי התנהגות: "הגם שזכותו של צד להסכם, שלא נקבע מועד

³⁰ עניין זוהר, לעיל ה"ש 8.

³¹ שם, פסי' 5(ב) לפסק דינה של השופטת נתניהו.

³² שם, פסי' 6 לפסק דינה של השופטת נתניהו.

³³ הדעות נחלקו באשר לעילה המשפטית שלפיה יש לקבוע את משך הזמן של ההודעה הסבירה. כב' השופטת נתניהו (בדעת מיעוט לענין זה) החילה את דיני עשית עושר ולא במשפט. ראו: שם, פסי' 10 לפסק דינה של השופטת נתניהו. מנגד, לשיטת כב' השופט ברק (אליו הצטרפו השופט אור והשופט בייסקי), ראוי לקבוע את סבירות ההודעה במישור דיני החוזים ראו: שם בעמ' 705-706. משך התקופה נקבע מתוך התחשבות בחוסר תום לבה של היצרנית (שגרמה למפיצה להאמין שהקשר יימשך), וכן בהתחשב במחיר נמוך יחסית ליחידת מוצר ובמחזור עסקי קצר, שחייבו זמן ארוך יחסית להפקת רווח.

³⁴ ע"א 355/89 עזבון חינואווי נ' מבשלת שיכר לאומית בע"מ, פ"ד מו(2) 70, פסי' 15 לפסק דינו של השופט חשין (1992).

לסיומו, להתירו אחרי מתן הודעה לצד השני מבוססת על פירוש החוזה, הרי מדובר בנורמה, המבטאת חזקה כללית³⁵.

הלכת זוהר נגד מעבדות טרבנול הכתה שורש בפסיקה. מכוחה הותר למזכה לסיים את ההתקשרות עם הזכיין במסירת התראה סבירה, שמשכה הקונקרטי הוכרע לפי נסיבות המקרה.³⁶ פסק-הדין של בית המשפט העליון בפרשת בלום נ' אנגלו-סכסון לא צעד בתלם המוכר. כבוד השופט דנציגר הציב את הדין בשאלת סיום הזיכיון במשבצת החוזית, ורומם את לשונו של הסכם הזיכיון.³⁷ בפסקי דין שניתנו לאחר פרשת בלום מובלטת הרטוריקה כי זכותם של מתקשרים לבטל חוזה שלא הוגבל בזמן נובעת מחזקה עובדתית גרידא, וזו ניתנת לסתירה. אין רואים בכך עוד נורמת התנהגות, כי אם מכשיר לאיתור כוונת הצדדים – וזו מוכרעת בהתאם ללשון החוזה.³⁸

על בלום ועל זוהר ועל מה שביניהם

השוואה בין שני פסקי-הדין המנחים מגלה הבדלים שבמהות. משה זוהר זכה לסעד כספי בדמות אובדן רווחים למשך שנה אחת נוספת. לעומתו, אלי בלום זכה לסעד כספי בדמות אובדן רווחים למשך תוחלת חייו (בניכוי החובה להקטין את הנזק). במקרה של זוהר, הקו המשפטי המנחה היה שהיצרנית זכאית להפסיק את קשר ההפצה במתן "הודעה סבירה". במקרה של בלום, נקודת המוצא המשפטית הייתה הפוכה: הרשת לא הייתה רשאית להפסיק את הזיכיון, ולפיכך עליה לפצות את הזכיין בגין נטילה בלתי-מורשית של הזכאות החוזית. לכאורה, ניתן להסביר את הפער בהתבסס על שונות בין חוזי הזיכיון: בשני

³⁵ ע"א 47/88 הרשטיק נ' יכין חק"ל בע"מ, פ"ד מז(2) 429, פ"ס 6 לפסק דינה של השופטת דורנר (1993). ראו גם: רע"א 1516/05 למיט אחזקות בע"מ נ' מנשה ח. אלישר בע"מ, פ"ס 5 לפסק דינו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 22.2.2005): "ההלכה המבוססת שיצאה מלפני בית משפט זה הינה, כי הסכם לתקופה בלתי קצובה ניתן לביטול על ידי כל אחד מן הצדדים לו, ובלבד שניתנה הודעה על כך זמן סביר מראש".

³⁶ ראו לשם הדוגמא: עניין התאחדות סוכני נסיעות ותיירות בישראל, לעיל ה"ש 4, פ"ס 19 לפסק דינו של השופט זמיר. שם אושרה התראה בת חודש ימים: "... גם אם החוזה בוטל בזכות, והביטול נעשה בתום לב, עדיין חובה היא, בחוזה לתקופה בלתי-קצובה, לתת את ההודעה על ביטול החוזה זמן סביר לפני המועד שנקבע בהודעה לסיים החוזה. זוהי חובת ההודעה הסבירה. אפשר להסיק חובה זאת מכוונת הצדדים לזוהר, שלא נתכוונו לאפשר ביטול החוזה באופן חד-צדדי אלא אם קדמה לביטול הודעה סבירה. ואפשר גם לגזור חובה זאת מן החובה הכללית לפי ס' 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב. כך או אחרת, חובה זאת קיבלה גושפנקא של בית המשפט... הזמן הסביר בכל מקרה תלוי במהותו של החוזה בנסיבות של המקרה, לרבות הסיבות והנסיבות של ביטול החוזה... בין היתר יש לשקול בכל מקרה את השפעת הביטול על מצב הצדדים. במיוחד חשוב לשקול אם הצד הנפגע מן הביטול צריך זמן כדי להיערך לקראת הביטול, או כדי להקטין את מידת הפגיעה, או כדי להתארגן להסדר חלופי. בסופו של חשבון, בקביעת הזמן הסביר יש לשאוף לאיזון ראוי במידת הפגיעה של שני הצדדים זה כנגד זה". ראו גם: ע"א 9099/96 ידיעות אחרונות בע"מ נ' פירסטנברג, פ"ד נג(5), פ"ס 23 לפסק דינו של השופט טירקל (1999). שם נקבעה שנה להתראה: "... היה על בית המשפט לקבוע את תקופת ההודעה המוקדמת על-פי נסיבותיה של הפרשה... סבורני כי תקופת הודעה מוקדמת של שנתיים... היא ארוכה מדי בעיקר בהתחשב בכך שהקשר החוזי בין בעלי-הדין נמשך תקופה קצרה יחסית של כשנה ומחצה בלבד. בצד שיקול זה יש לייחס משקל להשקעות של זמן ושל כסף שהשקיעו המשיבים שפירותיהם טרם הבשילו... נוכח שיקולים אלה נראה לי שיש להשאיר את החלטתו של בית המשפט על מכונה... דהיינו על תקופת הודעה מוקדמת בת שנה אחת".

³⁷ יוער כי בקשתו של בלום לדיון נוסף נדחתה ראו: דני"א 1075/15 בלום נ' אנגלו סכסון סוכנות לנכסים (ישראל – 1992) בע"מ (פורסם בנבו, 9.3.2015).

³⁸ ראו למשל פסקי דין אלה: ע"א 3496/08 מכוון אקסטרא לרישוי רכב בע"מ נ' המכללה הארצית להכשרה מקצועית סכנין בע"מ (פורסם בנבו, 16.11.2010) – החזקה שהחוזה לא נכרת לצמיתות ניתנת לסתירה; ה"פ (מחוזי ת"א) 576/07 לידר טויס בע"מ נ' The Little Tikes Company (פורסם בנבו, 9.6.2013) – כאשר צדדים קבעו בחוזה מהי הדרך לסיימו, יש לכבד את הסכמה זו; ת"א (מחוזי ב"ש) 7300/06 חברת נעם ברש בע"מ נ' מעריב הוצאת מודיעין בע"מ (פורסם בנבו, 26.2.2012) – חזקה היא שחוזה אשר לא נתחם בזמן ניתן לביטול בהודעה סבירה; ת"א (מחוזי ת"א) 2228/06 ע.ע. ענבר אחזקות ונדל"ן בע"מ נ' Naish International, Inc. (פורסם בנבו, 6.6.2013) – צדדים לחוזה שלא הוגבל בזמן יכולים לבטלו בהודעה סבירה; ת"א (מחוזי חיפה) 56169-03-11 כורס נ' עננה בע"מ (פורסם בנבו, 15.10.2013) – החזקה לפיה חוזה לא נכרת לצמיתות חלה בהתייחס לכל חוזה מסחרי; ת"א (מחוזי י-ם) 45359-05-11 חיים לוי סוכנות רכב ומוסך אזורי ירושלים (1998) בע"מ נ' קרסו מוטורס בע"מ (פורסם בנבו, 11.6.2014) – סתירת החזקה בדבר כוונת הצדדים לסיים קשר חוזי, שלא הוגבל בזמן, במסירת הודעה סבירה – טענה ראיות של ממש; ת"א (מחוזי ת"א) 1593/09 GEFEG-NEKAR antriebssysteme GmbH נ' מיטרוניקס בע"מ (פורסם בנבו, 11.1.2016) – זכותו של כל צד לחוזה להפסיקו אם לא נקצב בזמן – כפופה לפרשנות החוזה ביחס לכוונת הצדדים.

המקרים החוזים אומנם לא הוגבלו בזמן; ואולם במקרה של בלום, להבדיל מהמקרה של זוהר, אחד מסעיפי החוזה פירט אירועים שזיכו את אנגלו-סכסון בזכות מפורשת לבטל את ההסכם. סעיף זה פורש באופן דווקני, כשולל סיום של הזיכיון בהודעה סבירה ללא הנמקה, או סיום הנובע מחמת עצם הפגיעה ביסוד האמון.³⁹ נפסק שאנגלו-סכסון בוודאי ידעה להגן על עצמה כנסחית החוזה, כשפירטה בו מקרים המזכים אותה בזכות הביטול.⁴⁰

אבקש להציע כי הניסיון לאבחן בין שני פסקי-הדין על בסיס עובדתי גרידא – מחמיץ את התמונה המשפטית המלאה. ההבדלים בתוצאות אינם ניתנים ליישוב אך מתוך הבדלי הנוסח בין החוזים, אלא שמדובר בהבדלים שבמדיניות ובהשקפה. נקודת המוצא של בית המשפט בכל מקרה הייתה שונה: ההלכה בעניין זוהר נ' מעבדות טרבנוול החילה נורמה שלפיה צד לחוזה בלתי-קצוב בזמן מחזיק בידו בכוח השתחררות הופלדי כלפי רעהו, וזאת אלא אם החוזה שולל זאת במפורש. לעומת זאת, בית המשפט בעניין בלום נ' אנגלו-סכסון ניגש לחוזה ללא הנחות מוקדמות ויישם אותו כפי שהוא, לפי מילותיו.⁴¹ לפי השופט דנציגר, החוזה שניסחו הצדדים משקף באופן מיטבי ובלעדי את כוונתם. כל התערבות חיצונית עלולה להחטיא את שיווי המשקל החוזי, המשתקף בנוסח החוזה.⁴² הלכתו של השופט דנציגר ממריצה את הצדדים לזיכיון להגדיר היטב, בחוזה עצמו, את חובותיהם וזכויותיהם, וזאת בטרם יצאו אל מסע הזכיינות.

סיום הזיכיון: ניתוח כלכלי

הרגולציה של סיום הזיכיון צפויה להשפיע על תוכן העסקה ועל מבנה הזכיינות. חתן פרס נובל לכלכלה אוליבר וויליאמסון הניח תשתית עיונית לניתוח מבנים של עסקאות בפריזמה של עלויות העסקה הכרוכות בהן. בעבודה מונומנטלית משנת 1979 הציע וויליאמסון כי קיימת זיקה ישירה בין העלויות הכרוכות בעסקה לבין המבנה העסקי שהצדדים יעצבו.⁴³ עלויות עסקה הן כל אותן עלויות נלוות הכרוכות בהגשמת העסקה: בירור מידע, משא-ומתן, עלויות אכיפה. וויליאמסון טען כי עסקה היא יעילה כאשר המבנה שלה

³⁹לעניין זה ראו: עניין בלום השני, לעיל ה"ש 2, פס' 43 לפסק דינו של השופט דנציגר: "אין צורך להפעיל את החזקה בדבר כוונתם של הצדדים שלא להיות קשורים בהסכם לצמיתות ואף אין צורך לשער מה היתה כוונת הצדדים, הואיל והיא באה לידי ביטוי בצורה מפורשת ומדויקת בסעיפי הביטול הקבועים בהסכם".

⁴⁰שם, פס' 44 לפסק דינו של השופט דנציגר: "... סבור אני כי דווקא העובדה שההסכם נוסח על ידי אנגלו-סכסון (או מי מטעמה) מחזקת את המסקנה לפיה לא מסורה לה זכות ביטול גורפת מקבילה [לזכות של בלום], הואיל ואילו הייתה מעוניינת אנגלו-סכסון להעניק לעצמה בהסכם זכות דומה, חזקה עליה שהיתה עושה כן. משלא עשתה כן, אל לה לטעון כעת לחוסר איזון בין זכויות הצדדים". יוער כי הפירוש החוזי שאומץ הרע את מצבה היחסי של המנסחת: הן בהשוואה לזכיון שהחזיק בזכות מפורשת לסיים את ההסכם "בכל מועד בתנאי שימסור לחברה הודעה מוקדמת" ראו: שם, פס' 40 לפסק דינו של השופט דנציגר; והן בהשוואה לדין הכללי שנוסח בעניין זוהר, לעיל ה"ש 8, ולפיו יש להניח כי מי שהתקשר בחוזה מבלי שהגבילו בזמן, מבקש לשמר בידו את הזכות לסיים את החוזה בהודעה סבירה. על כן, ניתן לאתגר את הפרשנות שניתנה, ולהציע שבס' 18 הרשת ביקשה לפרט מקרים ספציפיים לצרכי הכוונת הזכיון ולמניעת ספק, אך ללא שלילה של האפשרות הכללית לצאת מהקשר במסירת הודעה סבירה. כזכור, זו גם הייתה הפרשנות שניתנה על ידי בית המשפט קמא.

⁴¹כב' השי' דנציגר ציין כי הפרשנות המילולית עולה בקנה אחד עם ההיגיון המסחרי של חוזה זיכיון. ראו: עניין בלום השני, לעיל ה"ש 2, פס' 45 לפסק דינו של השופט דנציגר: "... בהסכמי זיכיון בעל הזיכיון עמל ומשקיע בפיתוח הזיכיון משך שנים רבות, בשעה שהמזכה נהנה מפירות ההשקעה האמורות. אשר על כן, מתן זכות ביטול גורפת למזכה, יפחית באופן משמעותי את תמריציו – של בעל הזיכיון לפתחו ואף עלול לגרום להימנעות מרכישת הזיכיון עקב חשש מתמיד מביטולו".

⁴²שם. כמובן, גישתו אינה מתייחדת לחוזי זכיון, אלא שהיא חלק מהשקפתו הפרשנית הכוללת, הנותנת בכורה ללשון החוזה מתוך כיבוד הניסוח שאומץ על ידי הצדדים. ראו למשל: עניין לוי, לעיל ה"ש 16, פס' 27 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 28.1.2008); ע"א 7379/06 ג.מ.ח.ל חברה לבניה 1992 בע"מ נ' טהוליאן, פס' 1 לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 10.9.2009); ע"א 9551/04 אספן בניה ופיתוח בע"מ נ' מ"י, פס' 23–24 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 12.10.2009); עניין בלמורל השקעות בע"מ, לעיל ה"ש 16, פס' 24–25 לפסק דינו של השופט דנציגר.

⁴³ראו: Oliver E. Williamson, *Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, 22 J. L. & ECON. 233 (1979).

ממזער את עלויותיה. בהתאם לעוצמתן של עלויות העסקה, מבני העסקאות ינועו על מנעד שבין הבטחה גרידא (כאשר העלויות נמוכות יחסית) ועד לרכישת בעלות בפעילות נשוא העסקה (כאשר עלויות העסקה הן גבוהות). שלושה סוגים של עלויות צפויים להכביד על הצדדים: השקעות ספציפיות; רציונליות מוגבלת; וחשש לאופורטוניזם מצד המתקשר האחר. כאשר בעסקה הושקעו השקעות ספציפיות, הרי שאלה מגבילות את הניידות ויוצרות תלות של המתקשר ברעהו. רציונליות מוגבלת קיימת שעה שהעתיד טומן חוסר ודאות (במיוחד בעסקאות נמשכות) ונוצרת פגיעה באפשרות לתכנן. הוא הדין במצב שבו השחקן שלפניך הוא אקראי או חד-פעמי (להבדיל מ"שחקן חוזר") ועל כן עלול שלא להירתע ממהלכים של סחטנות. שעה שעוצמתן של עלויות כאלה היא נמוכה, נצפה לראות מבני עסקה "חלשים", עד כדי הסתפקות בהבטחה גרידא או בחוזה "צנוע". לעומת זאת, אם עוצמתן של עלויות העסקה היא על הצד הגבוה, יש לצפות למבני עסקה חזקים ומהודקים. הצדדים ינסו ליצור אצל הצד האחר תמריצי הישארות, שיהפכו את העסקה לכדאית ואת הפרתה לבלתי משתלמת. יש להניח שעסקה כזו תעוגן בחוזה מרובה תניות הדדיות וחייבים שלובים. הצדדים עשויים להוסיף ולדרוש ערבויות ביצוע ולקבוע מנגנוני התדיינות פריטיים (כגון בוררות). במקרים קיצוניים, כאשר לא ניתן להבטיח את ערכה של העסקה באמצעות חוזה, נצפה למבנה של אינטגרציה אנכית: החוזה יומר ברכישת בעלות, משום החשש של המתקשר מאופורטוניזם ורצונו להבטיח לעצמו שליטה מרבית על הפעילות נשוא העסקה.

התיאוריה של עלויות עסקה זכתה להכרה בספרות הכלכלית המנתחת את מוסד הזכינות. כלכלנים זיהו זיקה בין מבנה הזיכיון לבין הסיכון המוסרי הכפול בו הצדדים מצויים: מצד אחד, הזיכיון חושש מהתנהלות אופורטוניסטית מצד המזכה, שיסלקו "בשיא" ולא יאפשר לו למצות את פירות השקעתו. מצד שני, המזכה חושש שהזיכיון ינצל לרעה את כוח המכירה של סימן המסחר שהמזכה מביא עמו לקשר. הזיכיון עלול לקצץ באיכות השירותים שהוא נותן עד למינימום האפשרי, תוך שהוא נהנה מהשקעות הרשת ויתר הזכיינים. תופעה זו ידועה כ"בעיית הטרמפיסט" (או "הנוסע בחינם"). הסיכון המוסרי של המתקשרים במוסד הזיכיון הוא הדדי, וידחוף אותם לנסות ולבנות עסקה שתמתן את הסיכון לכל אחד מהם. מבנה הזיכיון יהא יעיל כאשר הוא ממריץ את שני הצדדים להשקיע בעסקה באופן אופטימלי. כמובן, עוצמתו של הסיכון שכל צד נוטל על עצמו אינה בהכרח סימטרית. למשל, אם מדובר בעסק חדש, רמת ההשקעות שתידרש מהזכיון היא יחסית גבוהה יותר והסיכון שלו יגדל. לעומת זאת, אם מדובר בעסק המאופייין בלקוחות חד-פעמיים, הדבר עלול להמריץ את הזכיון להפחית באיכות השירותים, וזהו סיכון מוסרי של המזכה.⁴⁴

משך החוזה, וקביעת הדרכים לסיימו, מבטאים התמודדות של הצדדים עם בעיית הסיכון המוסרי הכפול. ככלל, ניתן להניח שחוזה ארוך טווח נועד לפצות מתקשר עבור השקעה משמעותית בעסקה. ככל שההשקעה היא ספציפית יותר - והמתקשר יתקשה לנייד את השקעתו לפעילות חלופית - כך הוא יבקש להגן על השקעתו מפני סילוק שרירותי. זיכיון ממושך צפוי להגן על זכיון מפני סילוק אופורטוניסטי מצד המזכה.⁴⁵ מצד שני, אם החוזה מקנה למזכה זכות לסלק את הזכיון לפי שיקול-דעתו, יש להניח כי זו נועדה לאפשר לו לפקח על הזכיינים באופן הדוק ולמנוע התנהלות טרמפיסטית מצדם. גם אם המזכה לא יפעיל את זכות הסילוק, הרי שקיומה בידו צפוי למשמע את הזכיון ולדרבן אותו לעשות את המיטב. כוחו

⁴⁴ ראו ניתוח בהיר ומאיר עיניים אצל:

Nicholas Argyres & Janet Bercovitz, *The Impact of Efficiency and Bargaining on Contract Structure: Evidence from Franchising*, SSRN (Feb. 16, 2010) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1554037

⁴⁵ שם, בעמ' 15.

של מזכה לסיים את הזכינות לפי רצונו מובנת כרגולציה עצמית, המאפשרת לרשת לפעול כנגד השתלטות.⁴⁶

לכאורה ניתן לסבור כי חוזה זיכיון שנרקם במשא ומתן וגובש בין אנשי עסקים הוא מלאכת מחשבת של איזונים בין אינטרסים המושכים לצדדים. ואולם פעמים רבות אין מדובר אלא בכוח המיקוח היחסי של אחד הצדדים המאפשר לו לנסח את החוזה באופן מוטא לטובתו. לעיתים, הזכיון הוא גורם "חזק" הנהנה ממוניטין של משווק מוצלח, במיוחד אם מדובר בשיווק טריטוריאלי והזכיון הוא בעל מוניטין מקומיים. גם התאגדות מקצועית עשויה לתמוך בזכיון ולחזקו במשא ומתן מול המזכה. ואולם במצב רגיל, הרשת תימצא בצד המשקולת הכבדה בהיותה בעלת סימני המסחר, אוזרת בפיזור של סניפים ומצוידת במנגנוני פעילות ותמיכה מקצועיים. לא אחת מדובר בחוזים אחידים המוכתבים לזכיון על ידי הרשת, מבלי שהוא יכול להשפיע על תניות החוזה בצורה משמעותית. ואמנם, במקרה של בלום, בית המשפט העיר כי נסחית החוזה היתה אנגלו-סכסון - הרשת. באותו מקרה החוזה פורש באופן שהגביל את כוח ההשתחררות של הרשת; ואולם אם נניח שברגיל הרשת תדע לנסח את החוזה באופן המיטיב עמה - הרי שפרשנות מילולית של החוזה עלולה דווקא שלא להגן על הזכיון, למרות היותו הצד החלש יחסית. אכן, פערי הכוחות בין הצדדים עלולים להסיט את החוזה מנקודת שיווי המשקל היעיל, ולהטותו לטובת הרשת.

גישתו הפרשנית של כבוד השופט דנציגר מניחה כי החוזה מהווה כלי אופטימלי לשיקוף כוונתם המסחרית של המזכה והזכיון. ואולם, ניתוח כלכלי של המכשיר החוזי מלמד כי הוא רחוק מלהוות פתרון מושלם. החוזה הוא אמנם מכשיר משפטי רב עוצמה ביחסי המסחר, אך הוא סובל מן הבעיה המכונה "בעיית החוזה הבלתי מושלם".⁴⁷ גם בתחום זה נוכל להיעזר במשנתו של אוליבר וויליאמסון, שטען כי הרציונאליות של הפרט היא לעולם חלקית, נוכח המוגבלות של היכולת האנושית לקלוט מידע, לזכור מידע ולעשות בו שימוש חוזר ללא טעות, וכן על רקע מגבלות השפה שבאמצעותה החוזים מנוסחים.⁴⁸ הרציונאליות המוגבלת מטביעה נכות אינהרנטית בחוזה ובגינה הוא לעולם חלקי וחסר. הצדדים המתקשרים בחוזה הם בעלי מידע מוגבל; הם אינם יכולים לצפות מראש כל אירוע עתידי, לחשוב מראש על פתרונות אופטימליים ולרדת לרזולוציות מדויקות עבור כל מצב שיווצר. גם השפה היא מוגבלת. מונחים שונים הם דו-משמעיים ומילה פלונית עשויה להתפרש באופן שונה בהקשרים שונים ובזמנים שונים. כתוצאה מכך, הצדדים אינם יכולים לכתוב מראש חוזה שיכסה את כל האפשרויות בהן יתקלו בפועל. ככל שהעמיד קשה יותר לחיזוי וככל שהחוזה מורכב יותר, כך קשה יותר לדייק בכתיבת החוזה. זאת ועוד: חוזה עלול להפוך בעתיד לבלתי רצוי לאחד הצדדים מחמת השתנות הנסיבות. מה שנחזה היום כ"טוב" לא בהכרח יחוה ככזה בעתיד.⁴⁹

בעיה זו מחריפה, כמובן, מקום בו מדובר בחוזים נמשכים שנועדו ליצור מסגרת ליחסים מסחריים. כזה הוא חוזה הזיכיון. תניות רווחות המחייבות זכיון "להשתדל", או "לעשות את הטוב ביותר" - וכיוצא באלה ניסוחים כלליים - נועדו לאפשר גמישות עתידית, אך הן סובלות מעמימות גבוהה. גם מקום בו ניתן

Jonathan Klick et al., *Federalism, Variation, and State Regulation of Franchise Termination*, 3 ⁴⁶ ENTREPRENEURIAL BUS. L.J 355, 358-360 (2009).

⁴⁷ על הרציונליות המוגבלת ראו בתמצית: DON E. WALDMAN & ELIZABETH J. JENSEN, INDUSTRIAL ORGANIZATION: THEORY AND PRACTICE 56 (1998); DENNIS W. CARLTON & JEFFREY M. PERLOFF, MODERN INDUSTRIAL ORGANIZATION 380 (2000).

⁴⁸ OLIVER E. WILLIAMSON, MARKETS AND HIERARCHIES: ANALYSIS AND ANTITRUST IMPLICATIONS 21-23 (1975) ⁴⁹ ראוי בהקשר זה להזכיר את הדוקטרינה של "חוזה יחס", המאפשרת להחיל על מערכות אמון נמשכות אמות מידה של שיתוף פעולה והתחשבות הדדית; זאת מתוך הכרה כי אלה מסייעות לצדדים להפיק תועלת הדדית מרבית מהקשר. ראו למשל: מנחם מאוטר "כיצד מתפתחים דיני החוזים של ישראל?" עיוני משפט לד 527 (2011).

להגדיר מראש התחייבויות שונות, גם אז צפויות להתעורר שאלות פרשניות. Hermalin, Katz & Craswell מציינים כי לעולם יש צורך בפרשנות חוזה לצורך יישומו, וזאת משום בעיות אינהרנטיות הכרוכות במכשיר זה: עמימות השפה; הרציונאליות המוגבלת; ובעיית המידע הא-סימטרי -- אשר יוצרת חוסר איזון ביחסי הכוחות בין המתקשרים.⁵⁰

בעיית החוזה הבלתי מושלם מכשילה את האפשרות לסמוך באופן אמין על מילות החוזה כאילו היו מקור מושלם לשקף את שיווי המשקל המסחרי שהצדדים ביקשו להשיג. אכן, המכשיר החוזי הוא מכשיר רב עוצמה לרגולציה עצמית של עסקאות; ואולם לא ניתן להתעלם מכך שמילות החוזה - בעיקר בחוזים נמשכים - סובלות מנכות אינהרנטית הטבועה בהם. נכות זו מחייבת אותנו להתייחס אל הנוסח המילולי של החוזה בקורטוב של חשדנות.⁵¹

רגולציה של סיום יחסי הזיכיון

אבקש להציע רגולציה חדשה של יחסי הזיכיון, באופן שיסייע לצדדים להשיג את שיווי המשקל היעיל ולהגן באופן מאוזן על האינטרסים היחסיים. הרגולציה המוצעת תעוגן בחקיקה ייעודית: "חוק זכינות" (דיספוזיטיבי), שיבסס את זכותו של כל צד לסיים את חוזה הזיכיון במסירת התראה סבירה לצד האחר, וזאת בכפוף להצגת "הצדקה סבירה" לסיום הקשר.⁵² אסדרה זו מאזנת בין חופש החוזים והאינטרס (הפרטי והציבורי) לכבד חוזים כפי שהצדדים ניסחו, לבין כשל השוק הנובע מפערי כוחות שכיחים ומהצורך להגן על צד חלש מפני אופורטוניזם של הצד האחר. האפשרות של כל צד להשתחרר מהקשר ב"הצדקה סבירה" מכבדת את החירות העסקית ביחסים חוזיים המבוססים על אמון ועולה בקנה אחד עם הדינמיות של חיי המסחר והשיווק. היא שוללת כפיה של יחסים ארוכי טווח על צדדים שכבר "לא מסתדרים". עם זאת, נכון להכפיף את כוח ההשתחררות של המתקשר בחובת הנמקה המציג "הצדקה סבירה" לסיום הקשר -- כגון שרמת הביצוע של הצד האחר אינה מיטבית. כלל זה צפוי למתן ניסיונות לניצול לרעה של כוח ההשתחררות שמונע מאופורטוניזם. מצד שני - הוא מונע כבילה אבסולוטית לקשר מסחרי נמשך. כלל כזה צפוי להמריץ כל צד להיטיב את עשייתו ולשפר את מאמציו לטובת המיזם בכללותו -- שאחרת תקום בידי האחר הצדקה לסלקו. כמוכח, מכוח חופש החוזים, הצדדים יוכלו להתנות על הכלל ולקבוע משטר חוזי לפי בחירתם; ואולם שעה שיעשו כן, תעמוד לנגד עיניהם נורמה חקיקתית מנחה, והם יצטרכו להתנות עליה במפורש, קרי: בתשומת-לב ותוך מתן ביטוי תמחירי. לכן, למרות

⁵⁰ BENJAMIN E. HERMALIN ET AL., THE HANDBOOK OF LAW & ECONOMICS 63-94. (2006). חוזה: ראשית, קשה ליצור מראש חוזה מושלם. שנית, כריתת חוזה כרוכה מטבעה בעלויות עסקה, כגון עלויות המשא ומתן והצורך להסכים ולהגדיר מראש פתרונות למצבים עתידיים שונים. שלישית, קיימות עלויות אכיפה: החוזה אינו תמיד מכובד על ידי המתקשרים. הליטיגציה יקרה ואינה בהכרח אפקטיבית. לבסוף, אכיפה באמצעות השוק היא מוגבלת. אמנם, המתקשר המפר צפוי לשקלל את עלות הפגיעה במוניטין שלו כתוצאה מהפרת החוזה. ואולם, הפגיעה במוניטין עשויה להיות קטנה ומכל מקום נמוכה מן התועלת הצפויה כתוצאה מן ההפרה. ראו: Benjamin Klein et al., *Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process*, 21 J.L. & ECON. 297 (1978).

⁵¹ מעניין בהקשר זה לשים לב לסי' 242 להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, ה"ח 595 המציע להטיל חיוב של אמון לא רק במצבים בהם פלוני מנהל את נכסיו של אחר, אלא גם במצבים רחבים יותר בהם נדרש יסוד של אמון במערכת יחסים נמשכת, הכוללת התחייבויות הדדיות ותלות הדדית. ניתן לראות בכך הכרה בהשקפה לפיה הכח החוזי איננו בלתי סופי, אלא מוגבל מכח ערכי יסוד של השיטה, המבוססים על יסודות של אמון והגינות.

⁵² במישור הטכניקה החקיקתית, ניתן לכאורה לגבש את הפתרון המוצע בדרך של הוספת פרק ייעודי בחוק החוזים (חלק כללי). ואולם החקיקה הישראלית בתחום החוזים המיוחדים מאורגנת בחוקים יעודיים, כגון: חוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981; חוק חוזה קבלנות, התשל"ד-1974; חוק המכר (דירות), התשל"ג-1973; חוק המתנה, התשכ"ח-1968. ראוי לצעוד במסגרת שיטה חקיקתית זו וגם בקשר עם חוזה זכיון לעגן את הסדריו בחוק ייעודי.

שמדובר בכלל דיספוזיטיבי, הוא ישמש מורה-דרך ומכוון התנהגות בעת כריתת החוזה, וכן ברירת מחדל בהעדר הסדר חוזי פרטני אחר.⁵³

בארצות-הברית, חלק מהמדינות חוקקו חוקים המחייבים את המזכה להציג Good Cause כעילה לסילוק הזכיון.⁵⁴ ככלל, אין מדובר בחקיקה פדרלית, והטיפול בסוגיה הושאר לשיקול דעתם של בתי המחוקקים במדינות השונות. חוקים מסוג זה מחייבים את המזכה ליתן לזכיון הודעה מראש על כוונת הסילוק, וכן הזדמנות סבירה לתקן את הליקוי הנטען. ההנחה העומדת ביסוד חקיקה כזו היא, שחוזי זיכיון הם בדרך כלל חוזים אחידים המוכתבים על ידי היצרן, ולכן מנוסחים לטובתו. מטרת ההתערבות הרגולטורית היא להשיב את איזון הכוחות בנקודת הפרידה, ולמנוע סילוק שרירותי של זכיון שעמל והשקיע בטיפוח הזכיון. החוקים שנחקקו בתחום זה עשויים להגדיר מהי "עילה טובה" לסיום הקשר (כגון בעיית נאמנות מצד הזכיון או שימוש לרעה בסימן המסחר), ויכולים להותיר את היישום לשיקול דעתו של בית המשפט בהתאם לנסיבות המקרה. מחקר אמפירי שפורסם בשנת 2016 הראה שבתי המשפט האמריקאים בדרך כלל מאשרים שהייתה למזכה עילה טובה לסיום הקשר.⁵⁵ אקט הסילוק לא יוכשר באותם מקרים בהם הסילוק אינו עומד בזיקה כלשהי להתנהלות הזכיון, או בנסיבות אחרות העושות אותו לבלתי צודק (כגון כאשר הזכיון השקיע השקעות משמעותיות בטיפוח הזכיון). מחקר זה מלמד כי כלל "העילה הטובה" מיושם במתינות. תפקידו הוא למנוע ניצול לרעה של הזכיון. כלל זה נתפס גם כמקדם את אינטרס ההגנות, החשוב להבניה יעילה של הזכיונות החוזית.⁵⁶

חוקרי המשפט והכלכלה הציגו את השאלה, מהו האפקט של חקיקה המחייבת את המזכה להציג good cause כתנאי לסילוק הזכיון. יש הסבורים כי כבילת שיקול דעתו של המזכה עלולה להגביר את נסיעת החינם מצד הזכיון, משום שהוא מוגן מפני סילוק לפי רצונו של המזכה. גישה זו רואה בכוח הסילוק מנגנון יעיל של אכיפה עצמית ומדגישה שקיים ערך בפיקוח מצד המזכה על הזכיונים, כדי למנוע השתמטות ונסיעת חינם. החשש הוא, שמשטר משפטי המקשה על המזכה לסלק את הזכיון לפי שיקול דעת מוחלט, ינוצל לרעה על ידי הזכיון ויגרום לו להנמיך עד למינימום ההכרחי את מאמצי השיווק ואת השקעותיו בזכיונות. מנגד, ישנה כתיבה המדגישה את הסיכון שקיים בהענקת זכות סילוק גורפת. סילוק

⁵³ לא מותר להזכיר בהקשר זה את הקוד האתי שגובש ע"י המרכז לקידום זכיונות בישראל תוך התבססות על הסדרים הנוהגים בארצות-הברית ובאירופה: "קוד אתי לזכיונות" franchise.org.il/%D7%A2/%D7%A7%D7%95%D7%93-%D7%90%D7%AA%D7%99-%D7%9C%D7%96%D7%9B%D7%99%D7%99%D7%A0%D7%95%D7%AA/ (להלן: הקוד האתי), וכן: הכנסת – מרכז מחקר ומידע ניהול עסקים בשיטת הזכיונות – סיכויים, סיכונים והסדרים (2005), ראו קישור למסמך: fs.knesset.gov.il/globaldocs/MMM/196e88ab-8e32-e811-80de-00155d0a0235/2_196e88ab-8e32-e811-80de-00155d0a0235_11_7032.pdf. הקוד האתי מתייחס ליחסים הטרומים חוזיים וכן ליחסים החוזיים השוטפים בין מזכה לזכיון. חברות החתומות על הקוד האתי מקבלות תו איכות שינתן על ידי המרכז לקידום הזכיונות לישראל. הקוד לא מסדיר את הפן המשפטי של סיום הקשר החוזי, אך מתווה דרך להתנהגות אתית; למשל: ס' 6 לקוד האתי קובע שבהסכם הזכיונות יוסדרו תנאי התשלום, משך הזכיון, ותנאים למכירת הזכיון ע"י הזכיון. אימוץ הקוד האתי עשוי למנוע היווצרות סכסוכים חוזיים בעתיד.

⁵⁴ RUPERT M. BARKOFF ET AL., FUNDAMENTALS OF FRANCHISING 196–202 (4th ed. 2015). לניתוח השוואתי של חוקים מדינתיים בארצות-הברית הכוללים דרישה ל"עילה טובה" ראו: Klick et al., לעיל ה"ש 46, בעמ' 366–360.

⁵⁵ ראו למשל מאמריו של Robert W. Emerson (אחד הכותבים הבולטים בתחום זה): Robert W. Emerson, *Franchise Terminations: "Good Cause" Decoded*, 51 WAKE FOREST L. REV. 103 (2016).

⁵⁶ Robert E. Emerson, *Franchise Goodwill: Take a sad song and make it better*, 46(2) U. MICH. J. L. REFORM 349, 375–378 (2013).

Jonathan C. Lisus & Adam Ship, *Restrictions on Unilateral Termination of Franchise Agreements*, 49 CAN. BUS. L.J. 113 (2010). מעניין לשים לב, כי גם במשטר משפטי שאינו מכיל דרישה ל"עילה טובה" לביטול החוזה, ניתן להפעיל כלי ביקורת גמישים שמטרתם למתן את זכות הביטול ולמנוע ביטול שרירותי ואופורטוניסטי. במאמרם מתארים הכותבים את ההלכה הפסוקה בקנדה, אשר ככלל מאפשרת למזכה לסיים את קשר הזכיונות במסירת התראה סבירה בלבד, ללא צורך בהצגת הצדקה, וזאת כנגזרת של רכיב האמון שביסוד היחסים. הכותבים מציעים כי אין מדובר בזכות ביטול מוחלטת, שכן היא כפופה לכללים ממתנים: פרשנות החוזה וכן החובה להפעיל זכויות חוזיות בתום לב.

שרירותי, ללא עילה, עלול להיעשות מתוך ניצול לרעה של השקעות הזכיון ולפגוע באינטרס הכלכלי שלו. לא רק שאין זה הוגן, אלא שבטווח הארוך הדבר עלול דווקא לערער את מבנה העסקה לפגוע ביעילותו של מוסד הזכיון.⁵⁷

מחקר אמפירי שנעשה בענף המלונאות בארצות-הברית בדק את הקשר בין משטר משפטי הדורש "עילה טובה" כתנאי לסיום הזכיונות, לבין רמת הביצועים של הזכיינים.⁵⁸ המחקר ביקש לבדוק טענה לפיה משטר של "עילה טובה" עלול לייקר את עלויות היציאה החלות על המזכה, ולכן להחליש את תמריצי היזמות של הזכיון ולהגדיל נסיעת חינם. המחקר התייחס לבתי-מלון המשתייכים לרשת בפרישה רחבה של סניפים. החוקרים סקרו נתונים המופיעים באתרי תיירות אינטרנטיים אודות שביעות רצון של אורחים בבתי מלון רשתיים הפזורים במדינות שונות, שרק בחלקן נחקרו חוקים הדורשים "עילה טובה" לסילוק הזכיון. ממצאי המחקר הראו שלא ניתן להצביע על קשר בין מידת שביעות הרצון של האורח מבית המלון – הוא הזכיון של הרשת, לבין השאלה אם המשטר המשפטי במדינה שבה הזכיון פועל כולל חוק "עילה טובה". נמצא כי ה"שוט" העיקרי המרסן כיום זכיינים בענף המלונאות מפני התנהלות אופורטוניסטית הוא הדירוג של בית המלון באתרי האינטרנט, בהם האורחים מדווחים ומשתפים את הציבור בחוויותיהם. החוקרים הציעו שאין בסיס אמפירי להניח שדרישת העילה הטובה מחלישה את תמריצי השיווק של הזכיון או מגדילה את בעיית הטרמפיסט, למצער לא בשווקים שבהם קיימים גורמי שיטור משמעותיים אחרים.

הצעתי לרגולציה – המחילה אמת-מידה של "הצדקה סבירה" לסיום הזכיונות – מבוססת על שיקולים של צדק חלוקתי ושל יעילות מצרפית. במישור הצדק החלוקתי, הקריאה להצדיק את ביטול הקשר מונעת השתחררות אופורטוניסטית. היא יוצרת חולית קישור גמישה המתווכת בין המתקשרים בדרך יעילה. החשש לאופורטוניזם הוא הדדי: מצד הזכיון, קיים חשש שהמזכה יבטל את החוזה בנקודת שיא -- לאחר שהזכיון כבר השקיע השקעות ניכרות בזכיונות -- ובכך תרם למוניטין של הרשת, אך הוא עצמו טרם הספיק לראות ברכה מעמלו. זה לכאורה היה המקרה בפרשת זוהר נגד מעבדות טרבנול, שעה שהמפיץ פעל מספר שנים להחדרת מוצר חדש לשוק בישראל, אך סולק על ידי היצרן על סיפן של עסקאות מניבות פרי. גם מצד המזכה קיים החשש שהזכיון יבצע "מחטף" על חשבוננו: הוא ייהנה מהמוניטין הקיים של הרשת ומסימני המסחר שלה, מבלי שהוא עצמו תרם למוניטין באופן משמעותי. זכיונות מעוררת בעיה של נסיעת חינם מצד הזכיון, משום שהשימוש בסימני המסחר של הרשת נעשה בו-זמנית על ידי מספר משתתפים: המזכה וזכייניו. כל משתתף צפוי להפיק הנאה מתרומת חברו למוניטין של הרשת. לטווח הארוך, תרומה הדדית של כל משתתף צפויה להשיא את הרווחה המצרפית של הרשת; ואולם בטווח הקצר עשוי הזכיון לצמצם את השקעותיו הפרטיות, בניסיון להישען על מאמצי השיווק של זכיון אחר.⁵⁹ הזכות של המזכה לסלק זכיון משתמט עשויה למתן את בעיית הטרמפיסט; אך אם נכיר בה בצורתה הגורפת – אנו עלולים ליצור בעיה בצד השני: נדחוף את המזכה לפיתוי של ניצול אופורטוניסטי של השקעות הזכיון.

⁵⁷ לניתוח כלכלי של חוקים בארצות-הברית המחייבים את המזכה להציג good cause לסילוק הזכיון אפנה למשל: James A. Brickley et al., *The Economic Effects of Franchise Termination Laws*, 34 J. L. & ECON. 101 (1991); J. Howard Beales & Timothy J. Muris, *The Foundations of Franchise Regulation: Issues and Evidences*, 2 J. CORP. FIN. 157 (1995).

⁵⁸ המחקר בוצע על ידי שני חוקרים מישראל: Adi Ayal & Uri Benoliel, *Good-Cause Statutes Revisited: An Empirical Assessment*, 90 IND. L.J. 1177 (2015).

⁵⁹ הבעיה של נסיעת חינם בקשר של מוסד הזכיונות נותחה במאמר: Benjamin Klein & Lester F. Saft *The Law and Economics of Franchise Tying Contracts*, 28(2) J.L & ECON 345, 349–351 (1985).

אמת המידה של "הצדקה סבירה" אוספת את שני הצדדים סביב ציר מנחה, אשר מחייב כל צד ליתן דין-וחשבון על סיבת ההסתלקות מן הקשר: הסתלקות הנובעת כולה מניצול אופורטוניסטי של השקעות האחר לא תחשב למוצדקת, ולא תאושר. כמובן, יש צורך לבחון מהי "הצדקה סבירה" לסיוס הקשר. ניתן לענין זה ללמוד מהניסיון האמריקאי שהצטבר אגב הפעלת חוקים הדורשים Good Cause: במקרה הרגיל, נבדוק אם דבק אשם בצד האחר שהצדיק את הביטול, וזאת אף אם האירוע לא עלה כדי "הפרה" של החוזה. בתוך כך הוכרו מקרים כגון אי-ביצוע תשלומים או דיווחים כסדרם; כישלון לעמוד בסטנדרטים של הרשת; ירידה מהיקף המכירות המצופות או מדרישות ביצוע מקובלות; מכירת מוצרים מתחרים; העברת הזיכיון ללא הסכמת היצרן; וכן גרימת נזק או פגיעה במוניטין של הרשת.⁶⁰ ישנם מקרים בהם גם ללא אשם מצד הזכיון יוכל היצרן לסיים את הקשר, כגון אם החליט להפסיק קו ייצור מסוים או לצאת מהשוק.⁶¹ לעומת זאת, יצרן לא יוכל להצדיק סילוק של הזכיון בעצם רצונו לפתוח חנות משלו, אם הוכח שהזכיון השקיע השקעות ותרים לבניית המוניטין באזור.⁶²

בעיני, אין צורך ואי אפשר להגדיר בחוק באופן ממצה את המקרים שיהיו "הצדקה סבירה". יתרונה של דרישת ההצדקה הסבירה הוא בגמישות שהיא מציעה, המאפשרת להתאימה לנסיבות המקרה. על כן ראוי להותירה לפיתוח פסיקתי ממקרה למקרה. הנקודה החשובה נעוצה בהבנה, כי הכלל של "הצדקה סבירה" אינו מעניק "חסינות מפני פיטורין" או "קביעות לעובד". מדובר בכור היתוך דינמי לדיון באינטרסים היחסיים של הצדדים. ההכרעה תיעשה על רקע טיבה של הזכינות, רמת המוניטין של הרשת, רמת ההשקעה של הזכיון בטיפוח הזכינות, משך ההתקשרות וההתנהלות ההדדית הכוללת של הצדדים. מהלך כזה אינו זר לנו: הוא מוכר בתחום חוזה היחס המסחריים ארוכי-הטווח, עליהם אנו מפעילים את העיקרון המשפטי של תום-הלב, במטרה להשיג תוצאות צודקות.⁶³ גם חוזה זיכיון הוא חוזה יחס, שראוי להפעיל עליו דין חוזה גמיש, המאזן בין חופש החוזים לבין האינטרס שבהגנה על הצד החלש ומניעת עיוותים שמקורם בכשלי שוק.⁶⁴

הרגולציה המוצעת נתמכת גם בשיקולים של יעילות כלכלית צרופה: מבנה הזיכיון הוא יעיל כאשר הוא ממריץ את שני הצדדים להשקיע בעסקה באופן אופטימלי. דרישת ההצדקה הסבירה צפויה להמריץ את שני הצדדים להשקיע בקשר באופן מיטבי. מתקשר אשר יודע כי לא ניתן לסלקו אלא ב"הצדקה סבירה", יוכל להשקיע בביטחון רב יותר בעסקה. לעומת זאת, משטר משפטי המאפשר סילוק שרירותי ללא כל עילה, חושף את המתקשר לחוסר וודאות ולסיכון נמשך אשר ירתיעו אותו מביצוע השקעות. הזכיון עלול להידחף להקטין את מאמצי השיווק עד לרף הנמוך ההכרחי, ולהימנע מלהוציא הוצאות הסתמכות שעולות לרדת לטמיון.⁶⁵ דרישת ההצדקה הסבירה אמנם מכבידה על המזכה בשלב ההסתלקות, אך רק במידת-מה: אין מדובר בהקניית חסינות מוחלטת המונעת את ביטול הזיכיון. ויותר מכך: דרישה להצדקה סבירה דווקא מקדמת את האינטרס של המזכה להפעיל את הזכיון לשביעות רצונו. אם יוכל

⁶⁰ BARKOFF ET AL., לעיל ה"ש 54.

⁶¹ שם, בעמ' 200-201.

⁶² שם, בעמ' 201.

⁶³ ראו למשל: ע"א 9609/01 מול הים (1978) בע"מ נ' שגב (פורסם בנבו, 28.3.2004); ע"א 9874/05 עירית תל-אביב יפו נ' גורן (פורסם בנבו, 12.8.2009). גם בעניין חוזה זיכיון, זכות הביטול כפופה לחובת תום הלב כעקרון כללי במשפט; ראו למשל: ת"א (מחוזי ת"א) 1092-08 נסטל נ' ידיעות אחרונות בע"מ (פורסם בנבו, 27.12.2010).

⁶⁴ לניתוח יחסי שליות מסחרית כחוזה יחס ראו למשל: Offer Grosskopf, *Dividing the Surplus upon Termination: The Case of Relational Contracts*, 48 AM. BUS. L.J. 1 (2011).

⁶⁵ זו הייתה העמדה שהביע כבוד השופט דנציגר בערעור בעניין בלום השני, לעיל ה"ש 2, פס' 45 לפסק דינו של השופט דנציגר: "... בעל הזיכיון עמל ומשקיע בפיתוח הזיכיון משך שנים רבות, בשעה שהמזכה נהנה מפירות ההשקעה האמורות. אשר על כן, מתן זכות ביטול גורפת למזכה, יפחית באופן משמעותי את תמריצו של בעל הזיכיון לפתחו ואף עלול לגרום להימנעות מרכישת הזיכיון עקב חשש מתמיד מביטולו".

לסלק את הזכיון באופן שרירותי, הדבר אמנם יקל עליו בנקודת היציאה, אך עלול לפגוע בו במהלך הקשר -- בהחלשת תמריצי השיווק הפועלים על הזכיון. דרישה להצדקה סבירה צפויה לפעול כשוט מדרבן, הממריץ את הזכיון להימנע מהשתמטות ולעשות את המיטב.

הצדדים יוכלו כמובן להתנות על דרישת ההצדקה הסבירה, שהרי הם האדון לעסקה שגיבשו. מקובל להניח כי צדדים לזכיון מפתחים ציפייה סבירה להתמשכות היחסים; הזכיון אינו קשר שמתמצה בחילופי תמורה חד-פעמיים אלא מבוסס על עבודה משותפת לטווח ארוך.⁶⁶ עם זאת, המזכה עשוי לבקש לעצמו שיקול דעת מוחלט לסיים את הקשר -- למשל במקרים בהם קשה לכמות ולאמוד את ביצועיו של הזכיון, או משום שהוא חושש מעצמאות יתרה של חולית הזכיינות, וכן כאשר קיים חשש מוגבר להיווצרות סכסוכים בינו לבין הזכיון. במקרים כאלה, המזכה יוכל לעגן בחוזה ברחל בתך הקטנה את הזכות לסיים את הקשר "לפי בחירה".⁶⁷ נחפש בחוזה לשון מפורשת המקנה למזכה את כוח ההשתחררות ללא תנאי. יש לצפות, כי שמירה על זכות חוזית חזקה כזו תתומחר במחיר העסקה ותבוטא בתנאיה, וזאת נוכח משמעותה הכלכלית כלפי הזכיון.

סיכום

הלכתו של כב' השופט דנציגר בפרשת בלום נ' אנגלו-סכסון מזמינה עיון מחדש ברגולציה של סיום הזכיון. השאלה כיצד יסתיים זכיון שלא נתחם בזמן היא אקוטית, משום השפעתה על מבנה העסקה ועל ערכו הכולל של מוסד הזכיון. קפלו ושבט טענו, כי ערכה של זכאות נמדד לא לפי הכותרת או הסיווג המשפטי, כי אם לפי הדרך שבה נגן עליה בשלב ההפקעה.⁶⁸ הוא הדין בזכויות של הצדדים לחוזה הזכיון: מידת הקלות או ההכבדה על סיום הזכיון משליכה על שוויה הכלכלי של הזכיינות. עיון בפסיקה מלמד, כי שאלה זו מתעוררת בדרך כלל אגב ניסיון של המזכה לסיים את הקשר ולסלק את הזכיון. סילוק "קל" מיטיב לכאורה עם חיי המסחר הדינמיים, ואולם עלול לפגוע באינטרס של הזכיון ובממד ההגינות שבעסקה. לעומת זאת, הכבדה על דרכי הסילוק צפויה להגדיל את עלויות העסקה בשלב סיום הקשר, וממילא גם בשלב הכניסה אל הקשר -- שכן המזכה ירצה להקפיד שבעתיים בעת בחירת הזכיון. ואולם הכבדה בשלב הסילוק פירושה הגנה על הזכיון; זו עשויה להגביר את אינטרס הוודאות ולכן גם את תמריצי ההשקעה והשיווק מצד הזכיון.

גישתו של כב' השופט דנציגר מהדקת את הצדדים אל לשון חוזה הזכיון. קריאה מילולית של החוזה מכבדת את חופש הבחירה של המתקשרים בעיצוב תנאי העסקה, ואולם יעילותה מותנית בקיומו של שוק יעיל נטול כשלים. הנחה זו משתבשת, כאשר בין הצדדים קיימים פערי כוחות משמעותיים, המטים את הניסוח לטובת אחד המתקשרים על חשבון האחר. ההצעה שלי היא לאמץ חוק זכיינות, המאסדר את סיום הזכיון בכלל המחייב להציג "הצדקה סבירה" לסיום הקשר: מזכה המבקש לסיים הסכם שלא

⁶⁶ אורי בן-אוליאל מציע לנתח את יחסי הזכיון לפי תיאוריה של כלכלה התנהגותית, המניחה כי בבסיס הקשר עומדת ציפייה סבירה של הצדדים ליחסים נמשכים. Uri Benoliel, *The Expectation of Continuity Effect and Franchise Termination*. *Laws: A Behavioral Perspective*, 46 AM.BUS.L.J. 139 (2009).

⁶⁷ ELIZABETH CRAWFORD SPENCER, *THE REGULATION OF FRANCHISING IN THE NEW GLOBAL ECONOMY* 110–111 (2010).

⁶⁸ בעבודתם המונומנטלית: Louis Kaplow & Steven Shavell, *Property rules versus liability rules: an economic analysis*, 109 HARV. L. REV. 713 (1996).

הוגבל בזמן, יצטרך להצביע על הצדקה סבירה לאקט הסיום. כלל ההצדקה הסבירה הוא מיטבי, שכן הוא מרחיק התנהלות אופורטוניסטית, ועם זאת הכבילה שבו היא מידתית. הצדדים יוכלו להתנות על הכלל; ואולם התנאה על חוק דיספוזיטיבי מחייבת את הצדדים לפעול במודעות ותוך גיבוש רצון משותף לחרוג מהנורמה הקבועה בחוק. בהעדר התנאה חוזית מפורשת – יוחל כלל "ההצדקה הסבירה" כברירת מחדל להכרעה בסכסוך.