



רשות ההגבלים העסקיים

החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל

הסכם בין Blockbuster Inc. לבין כפן ה-3 בע"מ

1. פתח דבר

ביום 26 ביוני 2003 הונחה על שולחני בקשה למתן פטור לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, להסכם זכיינות שערכו Blockbuster Inc. (להלן: "בלוקבסטר") וכפן ה-3 בע"מ (להלן: "כפן") – להלן: "ההסדר".

בחנתי את ההסדר ואת הכבילות המצויות בו, כמו גם את השפעתם האפשרית על התחרות בשוק הרלוונטי. לאחר שנועצתי בועדה לפטורים ולמיזוגים, שוכנעתי כי הכבילות אינן פוגעות פגיעה של ממש בתחרות בשוק כאמור, כי עיקרו של ההסדר אינו בהפחתת התחרות או במניעתה, וכי אין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו, הכל בכפוף לתנאים המנויים בסיפא להחלטתי. מטעמים אלה מצאתי כי ניתן להעניק לצדדים להסדר פטור בתנאים לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "חוק ההגבלים העסקיים").

2. ההסדר

2.1 תיאור הצדדים להסכם

- **Blockbuster Inc.** – בלוקבאסטר היא חברה אמריקאית המפעילה (בעצמה ובאמצעות נציגים מקומיים) רשת בינלאומית של ספריות להשכרה ומכירה של קלטות וידאו ותקליטורי DVD, תחת המותג "Blockbuster".
- **כפן ה-3** – חברה ישראלית בבעלות סופר פארם (ישראל) בע"מ, המחזיקה בזיכיון בלעדי בישראל לשימוש במותג "Blockbuster". כבעלת הזיכיון, מפעילה כפן רשת ספריות ומכונות אוטומטיות להשכרת קלטות וידאו ותקליטורי DVD ולמכירתן.

2.2 עיקרי ההסכם

הסכם הזכיינות נשוא בקשת הפטור ממסד את מערכת היחסים הנוהגת בין בלוקבאסטר לכפן מזה מספר שנים, מאז נכנסה בלוקבאסטר לפעילות בישראל, באמצעות כפן. מדובר בהסכם למתן זיכיון בלעדי לניהול בישראל של חנויות להשכרה ומכירה של קלטות וידאו, תקליטורי DVD, משחקי מחשב ומוצרים נלווים, תחת מותג "בלוקבאסטר". ההסכם כולל מתן זכות שימוש לכפן בנכסי קניין רוחני, בידע ובתוכנות ניהול אשר שייכים לבלוקבאסטר. ההסכם מסדיר היבטים שונים הנוגעים להפעלתן של ארבעה עשרה חנויות להשכרת ומכירת קלטות וידאו ותקליטורי

DVD, אשר מופעלות ע"י הזכיון תחת מותג "בלוקבסטר". יש לציין כי בגין כל חנות נחתם הסכם זכיונות נפרד, אולם הצדדים הבהירו כי הסכמים אלה זהים למעשה להסכם המסגרת שצורף לבקשת הפטור. למען הסר ספק, יובהר כי החלטה זו מתייחסת לכבילות המצויות בהסכם המסגרת שהובא לאישורי ואינה פוטרת כבילות נוספות או שונות, ככל שאלה קיימות בהסדרים פרטניים בין הצדדים.

2.3 הכבילות הנלוות להסכם הזכיונות

הסכם הזכיונות כולל מספר כבילות בגין נתבקש הפטור:

1. **בלעדיות** – במסגרת ההסכם ניתן לכפן זיכיון בלעדי לנהל פעילות השכרה ומכירה של קלטות וידאו ותקליטורי DVD תחת מותג "בלוקבסטר" בישראל. זיכיון בלעדי זה ניתן לתקופה בת 20 שנה (לכפן ניתנה אופציה להארכת התקופה בחמש שנים נוספות).
2. **אי תחרות בתקופת הזיכיון הבלעדי ולאחריה** – ההסכם אוסר על כפן, בעלי העניין בה ובני משפחתם מדרגה ראשונה, להחזיק בעסק מתחרה או לכהן כדירקטורים, נושאי משרה, מנהלים, עובדים, יועצים, נציגים או סוכנים של עסק מתחרה במשך תקופת ההסכם. בנוסף קובע ההסכם כי אם יועבר הזיכיון במהלך תקופת ההסכם מכפן לגורם אחר, יימנעו כפן ובעלי העניין בה מלהתחרות בזכיון החדש לתקופה בת שנתיים מיום העברת הזיכיון. כן קובע ההסכם, כי היה וכפן תחדל לנהל את חנויות הרשת או שהחווה יפקע מסיבה כלשהי, יימנעו כפן ובעלי העניין בה, במשך שנתיים (מיום פקיעת החווה או מיום שחדלה לנהל את הרשת, לפי המאוחר)¹, מלהתחרות בבלוקבסטר או בזכיון החדש מטעמה. בנספח שצורף להסכם נקבע, כי תניית אי התחרות לא תחול על החברות סופר-פארם, Office Depot ו-Toys "R" Us.² בנוסף, כפן התחייבה כי בתקופת הזיכיון לא תעסוק בתחום עיסוק שאינו השכרת ומכירת קלטות וידאו.

3. השפעת ההסכם על התחרות:

3.1 הסכמי זכיונות – כללי

הסכמי זכיונות הם מתכונת התקשרות חוזית, שכיחה ומקובלת, במסגרתה מעניק בעל הזיכיון לזכיון רשיון לנהל פעילות עסקית, תחת שם מותג, סימן מסחר או תוך שימוש בזכות קניין רוחני אחרת המצויה בבעלותו של בעל הזיכיון. בדרך כלל משלם הזכיון תמלוגים לבעל הזיכיון בתמורה לרשיון הניתן לו.

ההבדל העיקרי בין הסכמי זכיונות לבין הסכמי הפצה אנכיים אחרים הוא שהסכמי זכיונות מתאפיינים במעבר של זכויות קניין רוחני מבעל הזיכיון לזכיון (בעיקר הכוונה לסימני מסחר, ידע מקצועי (Know-how) ומוניטין).

¹ לבקשתי הסכימו הצדדים לתקן את ההסכם, כך שתקופת אי התחרות תחל מקרות האירוע המוקדם מבין פקיעת החווה או הפסקת ניהולה של הרשת בידי כפן.

² חברות אלה נמנות על קבוצת קופלר אליה משתייכת כפן.

הסכמי זכיינות הם אמצעי יעיל בידי בעלי עסקים המחזיקים בנכסי קניין רוחני (בדרך כלל סימן מסחר) או בידע שאינו נחלת הכלל, להיכנס במהירות לשווקים חדשים, תוך עשיית שימוש במומחיות ובהיכרות של הזכין המקומי עם הנעשה בשווקים הרלבנטיים ותוך הפחתה משמעותית של העלויות והסיכונים הכרוכים בכניסה שכזו. הסכמי הזיכיון מאפשרים לבעל הזיכיון להשיג יתרונות יעילות לגודל ולרשת במהירות רבה ומבלי להיזקק להון רב.

במקביל, הסכמי הזכיינות מאפשרים לגוף עסקי שאין לו מוניטין עצמאיים או ידע הדרושים לכניסה לפעילות בשוק, לחסות תחת המותג, המוניטין והידע המצויים בידי בעל הזיכיון ולהיכנס לשוק ללא שיקק לבנות ולפתח מותג חדש.

הסכמי זכיינות מפחיתים אפוא את חסמי הכניסה הניצבים לפתחם של מתחרים פוטנציאליים בשוקי המוצר השונים, מגבירים את התחרות הבין מותגית ומגדילים את היקף השימוש המסחרי בזכויות הקניין הרוחני שבידי בעל הזיכיון. אין זה מפליא אפוא, שיחסם הבסיסי של דיני ההגבלים העסקיים להסכמים אלה הוא חיובי.

על התועלות הרבות הגלומות בהסכמי זכיינות עמדו מוסדות האיחוד האירופי בעניין **Pronuptia**:

“Rather than a method of distribution, it is a way for an undertaking to derive financial benefit from its expertise without investing its own capital. Moreover, the system gives traders who do not have the necessary experience access to methods which they could not have learned without considerable effort and allows them to benefit from the reputation of the franchisor’s business name.”³

כדי להשיג יתרונות לגודל ולרשת, הסכמי זכיינות רבים כוללים הוראות שמסדירות את היחסים שבין הזכיינים (למשל הטלת חובה על זכין להעניק שירות למוצר שנרכש מזכין אחר), יוצרות סטנדרט מינימלי אחיד של שירות, קובעות רמת השקעות מינימלית בשיווק, מסדירות את אופן השימוש בנכסי הקניין הרוחני נשוא הזיכיון ועוד. פעמים רבות נחוצות מגבלות אלה המוטלות על הזכין להשגת תכלית הזיכיון.

בנוסף, הסכם הזיכיון כולל, במקרים רבים, מגבלות המוטלות על הזכין לצורך הגנה על ערכם המסחרי של הנכסים הלא מוחשיים המועברים במסגרת ההסכם. ככל שמגבלות אלה הן אכן נחוצות ואין בהן סכנה ממשית בתחרות, נכון הדין להכיר בהן.⁴

³Case 161/84 **Pronuptia de Paris GmbH v Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis** [1986] ECR 374, #15.

⁴ לעניין זה ראה גם כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי זכיינות), התשס"א-2001, **הגבלים עסקיים** 3010574.

כך, הסכמי זכיינות שכוללים כבילות החוסות תחת פטור הסוג להסכמי זכיינות, אינם טעונים קבלת אישור מוקדם מאת מערך ההגבלים העסקיים. דא עקא שהסכם הזכיינות נשוא החלטה זו אינו מקיים את דרישותיו של פטור הסוג להסכמי זכיינות במלואן. כך למשל, תוקפו של ההסכם נשוא בקשת הפטור הוא לתקופה בת עשרים שנה עם אופציה להארכה לתקופה של חמש שנים נוספות, בעוד שסעיף 3 (9) לפטור הסוג מתיר הסכמים שתוקפם אינו עולה על עשר שנים.

יחד עם זאת, הכבילות אותן נתבקשתי לאשר באות לשרת תכלית לגיטימית – מקסום ערכו הכלכלי של הזיכיון והגנה על נכסים לא מוחשיים המועברים במסגרתו לזיכיון. על כן, בשים לב להתאמות שהסכימו הצדדים לערוך בהסכם לבקשתי (אותן אסקור להלן) ובכפוף לתנאים שבסיפא להחלטתי, ראיתי לנכון להעניק פטור לכבילות נשוא בקשת הפטור.

3.2 תניית הבלעדיות

הסכם הזכיינות מעניק לכפן זיכיון בלעדי בישראל להפעיל רשת השכרה ומכירה של מוצרי וידאו ו-DVD תחת מותג בלוקבאסטר. הזיכיון הבלעדי ניתן לתקופה בת 20 שנה, עם אופציה להארכה לתקופה נוספת של חמש שנים.

הצדדים הסבירו, כי בניית מותג בלוקבאסטר בישראל וחיזוקו חייבו השקעות נמשכות ומשמעותיות מצדה של כפן. מתן זיכיון בלעדי ארוך טווח נועד לטענתם לאפשר לכפן החזר של השקעותיה ולמנוע מצב בו עם ביסוסה של הרשת, בא זיכיון חדש וקוטף את פירות מאמציה של כפן. הצדדים מציינים, כי ההסדר בין בלוקבאסטר לכפן אפשר כניסת מתחרה חזק לשוק, דבר שתרים להגברת התחרות.

אכן, הענקת זיכיון בלעדי עשויה להשפיע באופן חיובי על נכונותו של הזיכיון ליטול על עצמו סיכונים והשקעות כספיות לצורך בניית המותג נשוא הזיכיון. נכון גם כי כניסתו של הזיכיון לשוק מוסיפה מתחרה, דבר המשרת את אינטרס התחרות. נראה כי כפן אכן השקיעה משאבים נכבדים באופן יחסי, לצורך קידום מותג בלוקבאסטר בישראל. יחד עם זאת, על מנת שהסדר למתן זיכיון בלעדי יהיה ראוי לאישור, אין די בכך שיש הצדקה לעורכו ויש להראות בנוסף כי הסדר זה אינו צפוי להסב פגיעה משמעותית לתחרות. לעניין זה יש חשיבות רבה למידת התחרות הבין מותגית בשווקים הרלבנטיים. נחה דעתי כי בעת הזו שוררת תחרות בריאה בתחומי פעילותה של כפן.

כפן פועלת בתחום המכירה ובתחום ההשכרה של קלטות וידאו ותקליטורי DVD.⁵ מכירת קלטות וידאו והשכרתן נעשית, ככלל, באמצעות אחד משלושת ערוצי הפצה אלו: ספריות, מכונות אוטומטיות וחנויות לא מתמחות (רשתות שיווק, חנויות ספרים ועוד). כפי שהסברתי בעבר, התחרות בתחומים אלה נושאת אופי מקומי ונעשית במספר רב של שווקים גיאוגרפיים מתוחמים, שכן גמישות הביקוש הצולבת פוחתת עם הגידול במרחק מנקודת ההשכרה/מכירה. עוד ציינתי, כי

⁵ נטען בפני, כי סרטים המוצעים לצפייה עבור תשלום (Pay Per View) על ידי מפעילי טלוויזיה רב ערוצית הינם תחליפיים לסרטים הנמכרים ומושכרים על ידי כפן. בעבר דחיתי טענה זו ולפי שעה לא שוכנעתי כי יש מקום לשנות מעמדתי בעניין זה, כפי שהובאה בהחלטת הפטור מאישור הסדר כובל להסכם בין כותרים סרטי וידאו בע"מ לבין כפן ה-3 בע"מ, **הגבלים עסקיים**, 2002, 3014325 (להלן: "**החלטת כפן - כותרים**").

לאור הקלות הרבה בה ניתן להעביר את המכונות האוטומטיות ממקום למקום, להיבט הגיאוגרפי משמעות פחותה מצד ההיצע.⁶

בישראל פועלות כיום כ- 200 ספריות וידאו וכ- 500 מכונות אוטומטיות הממוקמות ברחבי הארץ. נתון זה משקף צמיחה משמעותית במספרן של הספריות והמכונות האוטומטיות הפועלות בישראל, בהשוואה למצב ששרר לפני שנתיים.⁷ צמיחה זו מוסברת על ידי ההתקדמות הטכנולוגית המאפשרת צפייה ביתית בסרטים באיכות גבוהה ובמחיר זול יחסית (בעיקר עם הגידול במספרם של מכשירי ה-DVD). גם כך, גידול כה משמעותי במספרן של נקודות המכירה וההשכרה מהווה אינדיקציה ברורה להיעדר חסמי כניסה או חסמי התרחבות בשוק ולקיומה של תחרות ערה וברירה.

מתוך כ- 200 ספריות וידאו הפועלות בארץ, 14 ספריות מופעלות על ידי כפן (נתח שוק של כ- 7%), כ- 28 ספריות מופעלות על ידי רשת "ענק הוידאו" ויתרת הספריות מופעלות על ידי רשתות קטנות וספריות בודדות רבות. מתוך כ- 500 מכונות אוטומטיות הפועלות בארץ, כפן מפעילה 230 מכונות (46%), בעוד יתרת המכונות מופעלות על ידי רשתות אחרות ומפעילים בודדים.

סיכומם של דברים, בשוקי ההשכרה והמכירה של קלטות וידאו וכותרי DVD פועלים גורמים רבים ולפי שעה חסמי הכניסה וההתרחבות בשווקים אלה אינם משמעותיים. בנסיבות אלה, אין בהענקת זיכיון בלעדי לכפן כדי להקים סכנה ממשית לתחרות, בעוד שיש טעם לגיטימי להענקת זיכיון בלעדי כאמור. יחד עם זאת, סברתי כי אין הצדקה להתיר א- פריורית התקשרות בלעדית לתקופת זמן כה ממושכת, זאת בהתחשב במעמדה של כפן בשווקים הרלבנטיים, השינויים האפשריים בדפוסי התחרות בענף והיעדר ראיות אמפיריות משכנעות המצדיקות מתן בלעדיות לתקופת הזמן החריגה שנתבקשה. נכון להזכיר כי לכפן נתונה בלעדיות בפועל מזה מספר שנים, דבר שמפחית עוד יותר את ההצדקה הכלכלית שבמתן פטור לתקופה שנתבקשה. לפיכך, פטור זה ניתן לתקופה בת עשר שנים בלבד. על הצדדים להסכם להקפיד שלא לפעול על פי הוראות ההסכם מעבר לתקופה הנקובה בפטור זה, אלא אם קיבלו מבעוד מועד אישור חדש מאת מערך ההגבלים העסקיים.

3.3 אי תחרות במשך תקופת הזיכיון ולאחריה

כאמור לעיל, ההסכם אוסר על כפן, בעלי העניין בה ובני משפחתם מדרגה ראשונה, להחזיק בעסק מתחרה או לכהן כדירקטורים, נושאי משרה, מנהלים, עובדים, יועצים, נציגים או סוכנים של עסק מתחרה, בתקופת ההסכם ולמשך שנתיים מן המועד המוקדם מבין אלה: המועד בו חדלה כפן לנהל את חנויות הרשת, מועד סיום הזיכיון, מועד העברת הזיכיון לזכיון אחר או מועד פקיעת החוזה.

⁶ ראו החלטת כפן- כותרים לעיל.

⁷ בשנת 2001 עמד מספר הספריות על כ- 90 ומספרן של המכונות האוטומטיות על כ- 400. ראה החלטה על מתן פטור מאישור הסדר כובל להסכם בין כותרים סרטי וידאו בע"מ לבין כפן ה-3 בע"מ, 2001, **הגבלים עסקיים** 3014325.

הגיונה של כבילה זו ברור: במסגרת הסכם הזכיינות חושפת בלוקבאסטר בפני כפן סודות מסחריים וידע מקצועי (Know-how) אודות שיטות עבודה ודרכי שיווק, לרבות באמצעות הדרכות והשתלמויות אותן בלוקבאסטר מארגנת עבור עובדי כפן. בנסיבות אלה, מוצדק להגן על יחסי השיתוף והאמון הנדרשים לצורך העברת הידע לזכיון, באמצעות תניית אי תחרות שתגביל את הזכיון מלהתחרות בבעל הזכיון במשך תקופת ההסדר ולתקופת זמן סבירה מיום שנסייתם. כמו כן, הגיוני שהכבילה תכלול לא רק את הזכיון עצמו אלא גם גורמים אשר נוטלים חלק ביחסי השיתוף בעקיפין, באמצעות החזקה במניות או זכויות אחרות בזכיון. הדברים הוסברו היטב בהחלטה המנחה בעניין **Pronuptia**:

“...the franchisor must be able to communicate his know how to the franchisees and provide them with the necessary assistance in order to enable them to apply his methods, without running the risk that that know-how and assistance might benefit competitors, even indirectly.”⁸

יחד עם זאת, חשוב להקפיד שלא להרחיב יתר על המידה את מעגל הגורמים הנכבילים בתניית אי התחרות, על מנת שלא להעניק לבעל הזכיון הגנה מופרזת מפני תחרות. נשאלת אפוא השאלה, מהו רף ההחזקה שממנו מוצדק יהיה לכבול גם בעל מניות בכפן, בתניית אי תחרות לטובת בלוקבאסטר?

התשובה לשאלה זו נגזרת מן הרציונל לשמו ניתנת תניית אי התחרות – הגנה על יחסי השיתוף והאמון הנדרשים בין כפן לבלוקבאסטר. בעניין זה קבעתי בעבר בהקשר אחר, כי המועד בו יראו צד כמסיים את יחסי שיתוף הפעולה הוא המועד בו פחתו אחזקותיו מ- 20% מהזכויות בשותפות או המועד בו איבד זכותו למינוי דירקטור בשותפות, לפי המוקדם.⁹ קביעה זו משקפת לדעתי איזון ראוי בין ההגנה על התחרות ובין ההגנה על אינטרסים לגיטימיים של צדדים לשותפות עסקית. יישומה של קביעה זו בענייננו מצדיק להכיר בתניית אי תחרות לטובת בלוקבאסטר, רק אם היא חלה על בעל מניות המחזיק לפחות 20% ממניות כפן או זכות למינוי דירקטור בה ולכל היותר למשך שנתיים ימים מיום שהיקף החזקותיו של בעל מניות זה בכפן ירד מעשרים אחוזים או שהוא איבד את זכותו למינוי דירקטור בה.

הסכם הזכיינות בנוסחו המקורי הגדיר את בעלי העניין בכפן (הכבולים בתניית אי התחרות) לפי רף נמוך יותר (החזקה של 10% ובנסיבות מסוימות אף פחות מכך). לא שוכנעתי כי יש הצדקה לכבילה כה רחבה, אשר חורגת בראיית מן האיזון הראוי בין האינטרסים שהוזכרו לעיל. הצדדים נתבקשו אפוא לתקן את הסכם הזכיינות בהתאם לנוסחה המאוזנת שנפרשה לעיל.

⁸ עניין **Pronuptia**, לעיל הערה 3, פסקה 16 לפסק הדין.

⁹ ראה החלטה בדבר מתן פטור להסכם בין ב. גאון סחר בע"מ לבין המחסן המרכזי כפר השעשועים בע"מ, 2002, **הגבלים עסקיים** 3014932.

בכפוף לאמור, מצאתי את תניית אי התחרות ראויה לפטור, שכן לאור מצב התחרות בשווקים הרלבנטיים אין היא מעלה כל חשש של ממש לפגיעה בתחרות (מה גם שמספר גורמים מרכזיים מקבוצת קופלר כלל אינם כפופים לתחולתה).¹⁰

עולה מן המקובץ, כי הכבילות שבהסכם אינן מקימות חשש לפגיעה משמעותית לפגיעה בתחרות, אין הן עולות על הנחוץ למימוש עיקרו של ההסכם ועיקרן אינו בהפחתת התחרות או מניעתה. בנסיבות אלה, מצאתי לנכון להעניק את הפטור בכפוף לתנאים המתייחסים למשכו של הפטור ולתחולתה של תניית אי התחרות על בעלי המניות בכפן.

4. סוף דבר

לאחר שנועצתי בוועדה לפטורים ומיזוגים, ראיתי לנכון להשתמש בסמכות הנתונה לי בסעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים ולהעניק את הפטור המבוקש, **בכפוף לתנאים הבאים כדלקמן:**

1. תוקפו של פטור זה יפקע ביום 13.11.2013.
 2. בעל מניות בכפן לא יהיה מחויב באי תחרות כלפי כפן ו/או בלוקבאסטר ו/או מי מטעמה, אלא אם הוא בעל עניין בכפן, כל עוד הוא בעל עניין בכפן ולתקופה שלא תעלה על שנתיים מיום שהיקף החזקותיו פחת מ- 20% מהזכויות בכפן או מיום שאיבד את הזכות למנות דירקטור בכפן, **לפי המוקדם**. לעניין זה, **"בעל עניין בכפן"** - בעל מניות המחזיק בעשרים אחוזים או יותר מן הזכויות בכפן או מחזיק בזכות למינוי דירקטור בכפן.
 3. התעורר ספק כלשהו באשר לפרשנות תנאים אלה, תוקפם או תחולתם, יובא העניין להכרעת הממונה.
- בהתאם לסעיף 15(א) לחוק ההגבלים העסקיים נתונה החלטתי זו לערר בפני אב בית הדין להגבלים עסקיים על ידי איגוד עסקי, ארגון צרכנים או כל אדם העלול להיפגע מההסדר הכובל עליו ניתן הפטור.

דרור שטרום

הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, כ"ד חשוון תשס"ד

19 בנובמבר 2003

¹⁰ לפי נספח שצורף להסכם, תניית אי התחרות אינה חלה על סופר-פארם (ישראל) בע"מ, Toys "R" Us ו- Office Depot, אשר מכרו מוצרי וידאו (אף שלא כחלק מפעילות הליבה שלהן) עוד לפני ההתקשרות בין כפן לבלוקבאסטר.