

תניות אחידות ענפיות: אפיון והצעות לאסדרה

מאת

אולגה פרישמן*

חוזים אחידים הם תופעה נפוצה בעולם המודרני. מטעמי יעילות שונים, ספקים משתמשים בנוסח אחיד של החוזה כדי להתקשר עם לקוחותיהם. מאמר זה מצביע על התרחבותה של התופעה – מחוזים שהספק הבודד כורת ועד כדי האחדה של תניות בחוזים לרוחב ענף פעילות. כלומר, התרחבות תופעה זו יוצרת מצב שבו לפחות חלק מהתניות בחוזים האחידים של ספקים הפועלים באותו תחום פעילות הופכות להיות דומות. תופעה זו זוהתה זה מכבר בספרות, אך מאמר זה הוא הראשון להציע בחינה מעמיקה שלה. לאחר סקירת הקשיים והסכנות לקיפוח הלקוחות שהתופעה מעוררת, חלקם חדשים וחלקם האחר מעצים קשיים קיימים בעניינם של חוזים אחידים, המאמר פונה להסביר את הגורמים לתופעה. לצורך כך המאמר מתבונן על התופעה החוזית דרך פריזמה של תאוריה ארגונית ומראה שתהליך האיזומורפיזם המוסדי הוא הסבר משלים להסבר של יעילות כלכלית כגורם לתופעת ההאחדה. חלקו השני של המאמר מתמקד בפתרונות להתמודדות עם תופעת ההאחדה. תחילה המאמר דן בארבעה פתרונות קיימים – השוק, בית הדין לחוזים אחידים, חקיקה והקמת רגולטור. לאחר מכן הוא מציע שני פתרונות חדשים מתחום החוזים המבוססים על מנגנונים קיימים ואשר אינם דורשים רפורמת חקיקה מקיפה. הפתרון המוצע הראשון הוא מתן אפשרות לבית הדין לחוזים אחידים להכריז על חזקת קיפוח ענפית באשר לתניה מסוימת. הפתרון המוצע השני הוא הטלת פיצויים עונשיים במקרים שבהם נקבע שספק מסוים הכניס תניה שנפסלה בעבר בבית הדין לחוזים אחידים, בענייניו של ספק אחר, והיא מקפחת גם בנסיבות החוזה של הספק הנתבע כעת. כמו כן המאמר יתייחס בקצרה לפתרונות שאינם חוזיים. לבסוף יטען המאמר שיש להשתמש בתובנות בקשר לדרך היווצרותה של ההאחדה, הבנה שאותה מאפשרת התאוריה הארגונית, על מנת להכריע בשאלת הפתרונות המתאימים להתמודדות עם תופעת ההאחדה בכל ענף לפי מאפייניו השונים.

* בעלת תואר דוקטור במשפטים מאוניברסיטת תל-אביב. אני מבקשת להודות לעמרי בן-צבי, מיטל גלבוץ, מעיין חן, קרן ילין-מור, אוהד סומך, אפי צמח ויוחם קפלן על עזרתם בחידוד הטעון של המאמר והערותיהם על גרסאותיו הקודמות. כמו כן ברצוני להודות גם לקורא החיצוני ולמערכת דין ודברים על הערותיהם המועילות. לבסוף, ברצוני להודות למרכז מנרבה לחקר שלטון החוק במצבי קיצון באוניברסיטת חיפה, שכתבת מאמר זה נעשתה בתקופה שהייתי עמיתת בתר-דוקטורט בו. מאמר זה עתיד להתפרסם גם בספר **עיונים בתורת החוזה – קובץ מאמרים לכבודה של פרופ' גבריאלה שלו** (בעריכת יהודה אדר, אהרן ברק ואפי צמח).

מבוא. א. חוזים אחידים ותופעת ההאחדה; 1. חוזים אחידים; 2. תופעת ההאחדה לרוחב ענף פעילות. **ב. ניתוח ארגוני של תופעת ההאחדה**; 1. שדות ארגוניים; 2. איזומורפיזם מוסדי; 3. תופעת ההאחדה לרוחב ענף פעילות בראי התאוריה הארגונית. **ג. פתרונות להתמודדות עם האחדה**; 1. הפתרונות הקיימים כיום וחסרונותיהם; 2. פתרונות מוצעים; 3. פתרונות אפשריים נוספים. **ד. בחירה בין הפתרונות על בסיס מאפייני השדה. סיכום.**

מבוא

סטנדרטיזציה היא חלק מרכזי מהחיים המודרניים. בעבר כל מוצר יוצר בנפרד בידי אמן עבור לקוחו. בעקבות המהפכה התעשייתית רוב המוצרים שאנשים החיים בעולם המערבי צורכים מיוצרים בכמויות גדולות ומיועדים להיות זהים זה לזה. תופעת הסטנדרטיזציה לא פסחה גם על תחום החוזים, וספקים אשר במסגרת עיסוקם התקשרו עם לקוחות רבים החלו להשתמש בנוסח חוזי זהה לכל התקשרויותיהם או למרביתן. מאמר זה מעמיק את הדיון בחוזים אחידים תוך בחינת התרחבותה של תופעת ההאחדה של התניות החוזיות מעבר לחוזים של הספק הבודד, אל החוזים של ספקים הפועלים באותו ענף פעילות. תופעה זו אמנם כבר הוכרה בספרות,¹ אך טרם זכתה לבחינה מעמיקה. מטרתו של המאמר היא למלא חסר זה. לצורך זה המאמר מציג את התופעה ואת הבעיות שהיא מעוררת; הסברים המבוססים על תאוריה ארגונית המבארים את הגורמים להתרחשותה; סוקר פתרונות קיימים וחדשים להתמודדות עם הקשיים שהתופעה מעוררת ולבסוף מציג כלים המבוססים על תובנות מהתאוריה הארגונית, לזיהוי הפתרון המתאים מבין הפתרונות הקיימים לפי מאפייני ענף הפעילות.

חוזים אחידים ככלל מקדמים יעילות כלכלית ומצמצמים את עלויות העסקה מכיוון שהם מקטינים את עלויות המשא ומתן ואת חוסר הוודאות שבה פועלים הספקים. עם זאת הם מעלים חשש לפגיעה בלקוחות המתקשרים בהם. הסיבות המרכזיות לחשש מפגיעה הן פערי המידע בין הצדדים, פערי הכוחות ביניהם והטיות התנהגותיות של לקוחות. על מנת להתמודד עם חששות אלו חוקק המחוקק הישראלי את חוק החוזים האחידים.² בחוק נקבעו מנגנונים להתמודדות עם תנאים חוזיים המקפחים את הלקוחות. כפועל יוצא של החקיקה הוקם בית הדין לחוזים אחידים, שמסמכויותו לקבוע כי תנאי מקפח בחוזה אחיד בטל, וכן נקבעו בחקיקה חזקות, חלוטות וניתנות לסתירה, לעניין תניות מסוימות שיכולות להיות תנאים מקפחים בחוזה אחיד.

כיום החשש מפני תניות מקפחות בחוזה אחיד מתרחב בשל התופעה שעומדת במרכזו של מאמר זה – מגמת האחדתן של תניות חוזיות בחוזים אחידים לרוחב ענף פעילות. תופעת ההאחדה החוזית אינה עוד נחלתם של הספקים הבודדים אלא כפי שזיהו מלומדים זה מכבר, יכולה להתקיים גם לרוחב ענף פעילות. למשל, ספקים הפועלים באותו ענף פעילות צפויים לאמץ בחוזהם תניות דומות או זהות.³ תניות ענפיות אחידות אלו עלולות להיות תנאים מקפחים בחוזה אחיד. לפיכך לא רק שהן תשמרנה את הבעיות הקיימות בעניין תניות מקפחות בחוזים אחידים רגילים, הן אף עלולות להחמיר

1 למשל, ראו גבריאלה שלו **תניות פטור בחוזים** 38 (תשל"ד).

2 חוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982.

3 ראו דיון בפרק א.2 להלן.

בעיות אלו ולעורר בעיות נוספות הנובעות מכך שהתניות המקפחות הופכות ל"סטנדרט" בענף הפעילות.

כדומה להיווצרותם של חוזים אחידים אצל הספק הבודד, גם האחדה לרוחב ענף פעילות יכולה להיות מונעת משיקולי יעילות כלכלית. עם זאת שיקולי יעילות כלכלית גרידא אינם יכולים להסביר כיצד תתרחש ההאחדה, ואילו מהתניות יאוחדו. בייחוד הם אינם יכולים להסביר האחדה של תניות שאינן יעילות כלכלית, או שאינן תועלת כלכלית בהאחדתן, למשל האחדתן של תניות שאינן להן כל משמעות כלכלית בעניינה של העסקה המסוימת שבה מתקשר הספק או משמעות כלכלית בטווח הארוך. על מנת להתמודד עם סוגיות אלו המאמר פונה לזרם המוסדי החדש בתאוריה הארגונית, תחום ידע המתמקד בפעילות ברמה ענפית ובין השאר חוקר תהליכי האחדה בתוך הענף. תהליך ארגוני של האחדה הוא תהליך האיזומורפיזם המוסדי אשר גורם להאחדת מבנים והתנהגויות של ארגונים הפועלים באותו שדה פעילות. התהליך מתרחש בשל ארבעה מנגנונים – איזומורפיזם כופה, איזומורפיזם חקיני, איזומורפיזם נורמטיבי ותחרות – אשר גורמים לארגונים ולדפוסי פעולה של ארגונים הפועלים באותו ענף פעילות להפוך לדומים.⁴

לאחר הצגת ההסבר הארגוני לתופעת ההאחדה המאמר עובר לדון בפתרונות אפשריים לבעיות שהתופעה מעוררת. תחילה המאמר מציג את ארבעת הפתרונות הקיימים – השוק, בית הדין לחוזים אחידים, חקיקה והקמתו של רגולטור. המאמר מתייחס גם למגבלותיהם של כל אחד מפתרונות אלו בהתמודדותם עם תופעת ההאחדה לרוחב ענף פעילות. לאחר מכן המאמר מציע שני פתרונות חדשים היכולים להשתלב עם הפתרונות הקיימים ולשפר את ההתמודדות עם סכנות תופעת ההאחדה מבלי להידרש לרפורמות חקיקתיות מקיפות. הפתרון המוצע הראשון הוא מתן אפשרות לבית הדין לחוזים אחידים לקבוע חזקת קיפוח ענפית הניתנת לסתירה כשמדובר בתניה חוזית מסוימת. הפתרון המוצע השני הוא אפשרות להטיל פיצויים עונשיים ללא הוכחת נזק על ספק שכלל בחוזיו תנאי מקפח שנפסל בעניינו של ספק אחר הפועל באותו ענף, אם הוכח כי התניה מקפחת גם בנסיבות החוזה של הספק הספציפי. לבסוף המאמר יסקור בקצרה פתרונות אפשריים נוספים אשר אינם ממוקדים בדיני החוזים. הפרק האחרון של המאמר ישלב בין תובנות התאוריה הארגונית בדבר הסיבות והמנגנונים להאחדה עם הפתרונות המשפטיים שנסקרו. הוא יראה שפתרונות שונים יעילים במידה שונה ביכולתם להתמודד עם האחדה בענפי הפעילות השונים. הגישות הקיימות – הן המשפטיות והן הכלכליות – אינן נותנות תשובות לעניין הפתרון העדיף בענף נתון. לצורך זה המאמר חוזר לתאוריה הארגונית וטוען שהמנגנון שבאמצעותו מתרחשת ההאחדה משפיע על יעילותם של הפתרונות השונים. לכן על מנת לבחור מבין הפתרונות השונים את הפתרון המתאים ולהתמודד ביעילות עם היווצרותם של תנאים מקפחים אחידים בחוזיהם של ספקים בענף מסוים, יש צורך להבין את המנגנונים הגורמים להאחדה בענף מסוים ואת האינטראקציה שבין המנגנונים לבין הפתרונות. על מנת להבהיר טענה זו המאמר יבחן כמה מבנים ענפיים ואת מנגנוני ההאחדה הפועלים בהם ויסביר כיצד מאפיינים אלו ישפיעו על ישימותם ויעילותם של הפתרונות השונים.

Paul J. DiMaggio & Walter W. Powell, *The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields*, 48 AM. SOC. REV. 147 (1983)

מאמר זה מחדש בכמה היבטים: ראשית, הוא מתמקד בתופעה של האחדת תניות חוזיות לרוחב ענפי פעילות אשר טרם נבחנה לעומק בספרות; שנית, הוא פונה בהקשר זה לתאוריה ארגונית כמשלימה לניתוח הכלכלי. עד היום רק מעט חוקרים בתחום המשפט בכלל ובתחום החוזים בפרט נעזרו בתובנותיה של התאוריה הארגונית כדי לנתח תופעות משפטיות; שלישית, המאמר ממפה את הפתרונות הקיימים להאחדת תניות חוזיות לרוחב ענף ואף מציע שני פתרונות חדשים. לבסוף המאמר מציע דרך המבוססת על התאוריה הארגונית, לאתר את הפתרונות המתאימים לענפים השונים לפי מאפייניהם ולפי הגורמים להאחדה בהם.

פרק א יפתח בסקירה על החוזים האחידים, תופעת ההאחדה לרוחב ענף פעילות והקשיים שהתופעה מעלה. בפרק ב תוצג התאוריה הארגונית, ובייחוד שדות ארגוניים ותהליך האיזומורפיזם המוסדי. כמו כן הפרק ידון בתהליך ההאחדה של תניות חוזיות לרוחב ענף פעילות בראי התאוריה הארגונית. פרק ג ידון בפתרונות הקיימים כיום להתמודדות עם תופעת ההאחדה וחסרונותיהם. בנוסף, הפרק יציג שני פתרונות חדשים המבוססים על פתרונות קיימים וייתחס לפתרונות אפשריים נוספים אשר אינם מתחום החוזים. פרק ד ידון בדרך שבה התאוריה הארגונית והבנת תהליך האיזומורפיזם המוסדי מאפשרות בחירה של הפתרון המתאים לבעיית האחדה כפי שהיא מתעוררת בענף פעילות מסוים, על סמך בסיס מאפייני הענף. פרק ה ידון במסקנות העולות מהבחינה ובחידושים שהמאמר מציע.

א. חוזים אחידים ותופעת ההאחדה

חוזים אחידים, חוזים זהים שמשמשים את הספק להתקשרות עם לקוחותיו הרבים, הם תופעה נפוצה. בחלקו הראשון יסקור הפרק את הרקע להתפתחותם, את ההסדר המשפטי בישראל שנועד להתמודד עמם ואת הבעיות שהתופעה מעלה באשר לפגיעה בלקוחות. לאחר מכן, בחלקו השני, יתמקד הדיון בהתרחבותה של תופעת האחדתן של תניות מעבר לספק הבודד לספקים הפועלים באותו ענף פעילות. החלק ייגע בהתייחסויות הקיימות לנושא בספרות המשפטית, ליתרונותיה של התופעה וכן לבעיות שהיא מעוררת. מטרתו של חלק זה היא להציע סקירה, ראשונה מסוגה בספרות הישראלית, של תופעת ההאחדה לרוחב ענף וכן להכשיר את הקרקע לדיון בדרכים להתמודדות עם הקשיים שהיא מעוררת.

1. חוזים אחידים

לפי הגדרת חוק החוזים האחידים, חוזה אחיד הוא "נוסח של חוזה שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסוימים במספרם או בזהותם".⁵ על פי החוק, המציע כי ההתקשרות עמו תהיה לפי חוזה אחיד, בין שהוא הנותן או המקבל של דבר, נקרא "ספק", והניצע (מי שספק מציע לו את שירותיו) הוא "לקוח".⁶ למען הנוחות, מאמר זה

5 ס' 1 לחוק החוזים האחידים.
6 שם.

יאמץ את מונחי החוק בהתייחסותו לצדדים השונים לחוזה אחיד אף שהיחסים שבין המציע שהתקשרות תהיה לפי חוזה אחיד לבין הניצע אינם בהכרח יחסי ספק-לקוח במובנם הרגיל.⁷ חוזים אחידים הם תופעה שתחילתה באמצע המאה השמונה-עשרה ושהתפתחה בד בבד עם התפתחותה של סטנדרטיזציה בתחומים אחרים, כגון תחום הייצור התעשייתי.⁸ סטנדרטיזציה של חוזים, בדומה לסטנדרטיזציה בתחומים אחרים, מגדילה את יעילותם של החוזים⁹ ומקלה קיומן של עסקאות בהקטינה את עלויות המשא ומתן בין הצדדים (מקטינה את עלויות העסקה).¹⁰ כמו כן חוזים אחידים מקטינים את אי-הבהירות שבה פועל הספק, מכיוון שהתחייבויותיו ללקוחותיו השונים זהות, והוא אינו נדרש לבחון בכל פעם מחדש מה הייתה התחייבותו ללקוח מסוים.¹¹ לפיכך כמעט כל התקשרות חוזית כיום נעשית על בסיס חוזים אחידים, בין שהתקשרות זו היא בעלת משמעות כלכלית גדולה ובין שהיא בעלת משמעות כלכלית מוגבלת.¹² לדוגמה, ההתקשרויות בתחומי הבנקאות, הביטוח, האשראי, הדיור המוגן, הבנייה, הלימודים, התקשורת, עסקאות באינטרנט, תיירות וניקוי יבש, מבוססות כולן על חוזים אחידים.¹³ חוזים אלו מוצעים לרוב בידי הספק, ואילו הלקוח ברוב המקרים יכול להחליט רק אם להסכים לחוזה או לדחותו, או לכל היותר לנהל משא ומתן על חלק מצומצם מהתניות.¹⁴ לכן חוזים אחידים אינם משקפים את הרצונות ואת הצרכים הספציפיים של

7 אריאל פורת "חוזים אחידים", בתוך דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** ג' 729, בעמ' 732, 745 (תשס"ג).
 8 שלו **תניות פטור בחוזים**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 36; גבריאלה שלו "אריאל בן-נון: חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982 (ביקורת ספרים) "משפטים יז 665, 665 (תשמ"ח); גבריאלה שלו **חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית** 93 (תשנ"ט); אריאל בן נון "החוזים האחידים: סמכות השפיטה הכפולה" **ספר זיכרון לגד טרסקי** 79, 80 (יצחק אנגלרד, אהרן ברק, מרדכי א' ראביליו וגבריאלה שלו עורכים, תשנ"ו); Jason Scott Johnston, *Contracts Enable Cooperative Negotiation Between Businesses and Consumers*, 104 MICH. L. REV. 857, 860 (2006); Michael I. Meyerson, *The Reification of Contract Law: The Objective Theory of Consumer Form Contracts*, 47 U. MIAMI L. REV. 1263, 1264 (1993) Friedrich Kessler, *Contract of Adhesion – Some Thoughts about Freedom of Contract*, 43 COLUM. L. REV. 629, 631 (1943); K.N. Llewellyn, *Book Review: The Standardization of Commercial Contracts in English and Continental Law* by O. Prausnitz, 52 HARV. L. REV. 700, 701 (1939); Karl N. Llewellyn, *What Price Contract – An Essay in Perspective*, 40 YALE L.J. 704, 731 (1931) Nathan Isaacs, *The Standardizing of Contracts*, 27 YALE L.J. 34 (1917).
 9 לירן מיכאל "מגיעים אל השוקת אך לא שותים: כשלי חוק החוזים האחידים והצעות לשינוי" **חוקים** ה' 59, 64 (תשע"ג); שמואל בכר "תוכן קונקרטי לדוקרטינות עמומות: ניתוח התנהגותי של חוזים צרכניים" **עיוני משפט** לג 277, 282–283 (תש"ע).
 10 שמואל בכר ומשה גלברד "חוק החוזים האחידים: עיון מחודש בעקבות תיקוניו" **חוקים** ה' 19, 24 (תשע"ג); Ronald J. Mann, "Contracting" for Credit, 104 MICH. L. REV. 899, 901 (2006).
 11 בכר וגלברד, לעיל ה"ש 10, בעמ' 24; שלו **חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 93. לסיבות נוספות לשימוש בתניות אחידות, בייחוד בין צדדים מתחכמים, ראו Robert B. Ahdieh, *The Strategy of Boilerplate*, 104 MICH. L. REV. 1033 (2006).
 12 בכר וגלברד, לעיל ה"ש 10, בעמ' 22.
 13 מיכאל, לעיל ה"ש 9, בעמ' 63–64.
 14 בכר וגלברד, לעיל ה"ש 10, בעמ' 23; פורת, לעיל ה"ש 7, בעמ' 730; משה גלברד ויהודה אדר "הצעת חוק החוזים האחידים (תיקון מס' 4): עיון ביקורתי" **חוקים** ה' 99, 103 (תשע"ג); Llewellyn, *Book Review*, לעיל ה"ש 8, בעמ' 701. עם זאת יש הטוענים כי תניות חד-צדדיות לטובת הספק מאפשרות

לפחות אחד הצדדים לחוזה (של הלקוח).¹⁵ לכן חוזים אחידים מאתגרים את התפיסה המסורתית של החוזה כמשקף את רצון הצדדים.¹⁶ חוזים אחידים מעלים חששות הנובעים הן ממאפייניהם של חוזים אלו והן מהשפעת מאפייניהם על התנהגות של לקוחות.¹⁷ למשל, עולה החשש כי החוזה האחיד יכול לתיות שפוגעות בצד הנדרש להתקשר בו מבלי שהייתה לו אפשרות מהותית, או שהייתה לו יכולת מוגבלת בלבד, להשפיע על תוכנו של החוזה. תניות אלו, נטען, דורשות במקרים מסוימים את התערבות המדינה או בית המשפט על מנת להסיר את הפגיעה שנגרמה מהן. הספרות מציגה ארבע הצדקות מרכזיות להתערבות המדינה בתוכנו של החוזה האחיד:¹⁸ (א) קיומם של פערי כוחות בין הצדדים במידה שמאפשרת לספק לכלול בחוזה תניה שפוגעת בלקוח. פערי הכוחות יכולים לנבוע למשל מהיותו של הספק שחקן חוזר בעוד הלקוח הוא שחקן חד-פעמי. במקרה

- ללקוחות ולספקים לנהל משא ומתן, במקרה הצורך, על התניות לאחר חתימת החוזה, ובכך למצוא פתרון המוסכם על שני הצדדים, ראו Johnston, לעיל ה"ש 8. לדיון בקשיים באשר לקיומה של הסכמה בחוזים אחידים, ראו Tess Wilkinson-Ryan, *A Psychological Account of Consent to Fine Print*, 99 IOWA L. REV. 1745 (2014).
- 15 Joseph M. Perillo, *Neutral Standardising of Contracts*, 28 PACE L. REV. 179, 183–84 (2008) פורת, לעיל ה"ש 7, בעמ' 732–733.
- 16 שלו תניות פטור בחוזים, לעיל ה"ש 1; שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית, לעיל ה"ש 8, בעמ' 93. גלברד ואדר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 119; בכר, לעיל ה"ש 9, בעמ' 284–285, Kessler; לעיל ה"ש 8; Donald B. King, *Standard Form Contracts: A Call for Reality*, 44 ST. LOUIS U. L.J. 909 (2000); Ronald C. Griffin, *Standard Form Contracts*, 9 N. C. CENT. L.J. 158 (1978). להצעה שבתי המשפט בארצות הברית יתייחסו לחוזים אחידים בשונה מחוזים רגילים, ראו Edith R. Warkentine, *Beyond Unconscionability: The Case for Using "Knowing Assent" as the Basis for Analysing Unbargained-for Terms in Standard Form Contracts*, 31 SEATTLE U. L. REV. 496 (2008); Meyerson, לעיל ה"ש 8. כך, למשל, נטען שלפחות בחלק מהמקרים יש לגשת לפרשנות של חוזים אחידים כמו שניגשים לפרשנות של חקיקה, ראו Stephen J. Choi & G. Mitu Gulati, *Contract as Statute*, 104 MICH. L. REV. 1129 (2006). דוגמה נוספת היא הטענה כי ההצדקה לדוקטרינת הפרשנות נגד המנסח משתנה מחוזים רגילים לחוזים אחידים, ראו David Horton, *Flipping the Script: Contra Proferentem and Standard Form Contracts*, 80 U. COLO. L. REV. 431 (2009).
- 17 ראו למשל דיון בשאלה אם חוזה אחיד הוא חוזה, ואיזה דין יש להחיל עליו, אצל גבריאלה שלו "המדינה כצד לחוזה אחיד" משפטים יב 595 (תשמ"ג); צבי הדר "הביקורת על תוכנת של חוזים אחידים" משפטים יב 140, 141–145 (תשמ"ב).
- 18 בכר וגלברד, לעיל ה"ש 10, בעמ' 25–26. לעומתם, פורת מתייחס רק לשתי סיבות המצדיקות התערבות בחוזים אחידים: פערי כוחות ופערי מידע, וטוען כי רק הסיבה השנייה צריכה להצדיק את ההתערבות, ראו פורת, לעיל ה"ש 7, בעמ' 734–741. פורת גם מדגיש את חשיבותה של שקילת פערי המידע בין הצדדים ואת ההתבוננות על הסיטואציה אקס אנטה בעת פסילת תניות מקפחות, ראו אריאל פורת "שיקולי צדק בין הצדדים לחוזה ושיקולים של הכוונת התנהגויות בדיני החוזים בישראל" עיוני משפט כב 647, 667–677 (תש"ס). לנימוק מתחום הניתוח הכלכלי של המשפט לכך שרק פערי מידע יכולים להצדיק התערבות בחוזים אחידים, ראו דיויד גילה "האם ומתי להתערב כנגד תנאים בחוזה אחיד בשוק תחרותי, והיתרון בסעד כספי נגד קיפוח" ספר פרידמן 491, 493–507 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, תשס"ז). סיבה נוספת היא שבמקרים מסוימים תניות מסוג זה יפגעו בתחרות, ראו David Gilo & Ariel Porat, *The Hidden Roles of Boilerplate and Standard-Form Contracts: Strategic Imposition of Transaction Costs, Segmentation of Consumers, and Anticompetitive Effects*, 104 MICH. L. REV. 983 (2006).

כזה, נטען, יש להגביל באמצעים משפטיים את הכוח העודף של הספק; ¹⁹ (ב) הטענה שחוזים אחידים יוצרים "דין" שלא נוצר באופן דמוקרטי אלא בידי ספק בודד או קבוצה של ספקים, אך התניות שלהם מחייבות חלק גדול מהציבור או אף את הציבור בכללותו. דין זה, לפי המחזיקים בעמדה זו, משקף את האינטרסים של הספקים, ולפיכך בשל תחולתו הרחבה, יש צורך כי המדינה תפקח עליו; ²⁰ (ג) קיומם של פערי מידע בין הספק ללקוח שגורמים ללקוח להתקשר בחוזים שאינם לטובתו. לפי הטענה, על הדין או על בית המשפט לסייע לצד שיש בידו מידע מועט יותר; ²¹ (ד) התקיימותן של הטיות התנהגותיות אצל לקוחות. הטיות אלו נובעות מהרציונליות המוגבלת של הלקוחות ומונעות מהם לבחור את הבחירות היעילות להם ביותר. ²² למשל, פעמים רבות לקוחות אינם קוראים את החוזה האחיד, וגם כאשר הם קוראים אותו, הם מתקשים להבין את המשמעות האמתית של חלק מהתניות בשל קושי בהערכת סיכונים, אופטימיות יתר, קושי לשקלל מספר רב של חלופות או ביטחון עצמי מופרז. ²³ לכן נטען שעל הדין להתערב ולצמצם עד כמה שניתן את סטיית הלקוחות מההחלטות האופטימליות מבחינתם.

על מנת להתמודד עם הבעיות שמעוררים חוזים אחידים נוצר בישראל הסדר משפטי מיוחד – חוק החוזים האחידים. ²⁴ החוק מגדיר מהו חוזה אחיד, ומה הוא תנאי מקפח בחוזה אחיד וקובע חזקות

- 19 בכר וגלברד, לעיל ה"ש 10, בעמ' 26–28.
- 20 שם, בעמ' 28–29. להסבר על הטיעון כי חוזים אחידים יוצרים דין בדרך לא דמוקרטית מכיוון שהם אינם מבוססים על הסכמת הלקוח וכן להצעה להחיל כללים מן המשפט המנהלי על חוזים אלו, ראו W. David Slawson, *Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power*, 84 HARV. L. REV. 529 (1971).
- 21 בכר וגלברד, לעיל ה"ש 10, בעמ' 29–30.
- 22 לביקורת על הטענה כי הטיות התנהגותיות של לקוחות הן הגורם לקיומן של תניות מקפחות בחוזים אחידים ולטענה כי יש צורך בבחינה אמפירית של טענות חלופיות, ראו Jonathan Klick, *The Microfoundations of Standard Form Contracts: Price Discrimination vs. Behavioral Bias*, 32 FLA. ST. U. L. REV. 555 (2005).
- 23 בכר וגלברד, לעיל ה"ש 10, בעמ' 30–31; מיכאל, לעיל ה"ש 9, בעמ' 60; גלברד ואדר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 151. לדיון מקיף בהטיות התנהגותיות, כיצד הן משפיעות על התנהלותם של לקוחות בעניין חוזים אחידים והשלכותיהן על הרגולציה בתחום החוזים האחידים, ראו בכר, לעיל ה"ש 9; מאן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 903–904; Yannis Bakos, Florencia Marotta-Wurgler & David R. Trossen, *Does Anyone Read the Fine Print? Consumer Attention to Standard-Form Contracts*, 43 J. LEGAL STUD. 1 (2014); Shmuel I. Becher & Esther Unger-Aviram, *The Law of Standard Form Contracts: Misguided Intuitions and Suggestions for Reconstruction*, 8 DEPAUL BUS. & COMM. L. J. 199 (2010) Russell Korobkin, *Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability*, 70 U. CHI. L. REV. 1203 (2003) הבעיות שיכולות להתעורר מההטיות הקוגניטיביות, ובעיקר משום שלקוחות אינם קוראים חוזים אחידים, ובפתרונות אפשריים, ראו Russell Korobkin, *The Borat Problem in Negotiation: Fraud, Assent, and the Behavioral Law and Economics of Standard Form Contracts*, 101 CAL. L. REV. 51 (2013); Shmuel I. Becher, *Behavioral Science and Consumer Standard Form Contracts*, 68 LA. L. REV. 117 (2007).
- 24 תחילה, בשנת 1964, נחקק חוק החוזים האחידים, תשכ"ד–1964, ורק לאחר מכן, בשנת 1982, חוקק החוק הנוכחי. לדיון בנושא ראו שלו "אריאל בן-נון: חוק החוזים האחידים, התשמ"ג–1982 (ביקורת ספרים)", לעיל ה"ש 8, בעמ' 665–666; פורת, לעיל ה"ש 7, בעמ' 741–743; אריאל בן-נון **חוק החוזים האחידים, תשמ"ג–1982** (תשמ"ז). לדיון ברקע לחקיקת חוק החוזים האחידים בשנת 1964, פרשנותו

בנוגע לתנאים מקפחים.²⁵ כמו כן מכוחו של החוק הוקם בית הדין לחוזים אחידים, אשר במסגרת סמכויותיו לבטל תניות מקפחות בחוזה אחיד שהובא בפניו בידי היועץ המשפטי לממשלה או בידי גוף אחר המוסמך לכך, ללא קשר להתקשרות מסוימת בין שני צדדים.²⁶ בעבר אפשר החוק לספק להביא בפני בית הדין חוזה אחיד שבו הוא מעוניין להשתמש על מנת שיבדוק אותו ויאשר שאין בו תניות מקפחות ובכך להגן על החוזה מתקיפה משפטית למשך תקופה של חמש שנים, אך הסדר זה בוטל בסוף שנת 2014.²⁷

2. תופעת ההאחדה לרוחב ענף פעילות

מאז ומתמיד התמקד התחום של חוזים אחידים בחוזים של ספק בודד, אך במרוצת השנים התרחבה תופעת ההאחדה והחלה לכלול תניות של ספקים שונים הפועלים באותו ענף. גם תופעה זו זכתה לתשומת לב מסוימת בספרות. מלומדים הבחינו כי תניות דומות או זהות מופיעות בחוזים אחידים של ספקים הפועלים באותו ענף פעילות.²⁸ ההתייחסות לתופעה זו הייתה פעמים כללית, כסוג של אמרת

- והסיבות להחלפתו ראו סיני דויטש "חוק החוזים האחידים: כישלון ולקחים לעתיד" **מחקרי משפט** א 62 (תש"ם); דוד קרצ'מר "הערות על חוק החוזים האחידים, תשכ"ד-1964, לאור תיקונו" **משפטים** ג 414 (תשל"א-תשל"ב); Ariel Hecht, *The Israel Law on Standard Contracts*, 3 ISR. L. REV. 586 (1968); לדיון בהבדלים בין החוק מ-1964 לחוק מ-1982, ראו אריאל בן-נון "שידוד מערכות בדיני החוזים האחידים" **משפטים** יב 616 (תשמ"ב); סיני דויטש "שמרנות בפרוש הוראות חוק החוזים האחידים, תשכ"ד-1964" **הפרקליט** לב 27 (תשמ"ח). לסקירה כללית על חוק החוזים האחידים משנת 1982, ראו למשל סיני דויטש "ר' לוסטהויז וט' שפניץ 'חוזים אחידים' **משפטים** כז 639 (תשנ"ו). לסקירה על חוק החוזים האחידים משנת 1982 בהקשר השוואתי, ראו Sinai Deutch, *Standard Contracts – Methods of Control: The Conceptual Framework of the 1982 Law*, 7 TEL AVIV U. STUD. L. 160 (1985-1986). לסקירה של התיקון האחרון לחוק החוזים האחידים, תיקון מס' 5, ראו גלברד ואדר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 119. על השוני באופיים הציבורי של דיני החוזים האחידים ודיני הצרכנות ביחס לדיני החוזים הרגילים, ראו למשל עלי בוקשפן **המהפכה החברתית במשפט העסקי** 395 (תשס"ו). לסקירה היסטורית של הדרך שבה התמודדו עם התופעה בארצות הברית, ראו למשל Anne Fleming, *The Rise and Fall of Unconscionability as the "Law of the Poor"*, 102 GEO. L.J. 1383 (2014).
- 25 ס' 3 לחוק החוזים האחידים קובע מה הוא תנאי מקפח בחוזה אחיד. לדיון בהיסטוריה של הפרשנות שניתנה בישראל לשאלה "מה הוא תנאי מקפח בחוזה אחיד?", ראו הדר, לעיל ה"ש 17; דניאל פרידמן "סוגיות בתחום החוזים האחידים" **עיוני משפט** ו 490 (1979); דניאל פרידמן "חוזים אחידים, תום לב ותקנת הציבור" **עיוני משפט** ז 431 (תשל"ט). ס' 4-5 לחוק החוזים האחידים קובעים חזקות באשר לתניות מקפחות בחוזים אחידים. סעיפים אלו קובעים רשימה ארוכה של חזקות הניתנות לסתירה. בנוסף, הם קובעים שני סוגי תנאים אשר יהיו בטלים מעיקרם מכיוון שהם מקפחים. לדיון בנושא, ראו פורת, לעיל ה"ש 7, בעמ' 756-773.
- 26 ס' 6-11, 16-21א לחוק החוזים האחידים. לסקירה על בית הדין לחוזים אחידים, ראו ורדה לוסטהויז וטנה שפניץ **חוזים אחידים** פרק ג (תשנ"ד); גליה מסיקה "בית הדין לחוזים אחידים במבחן המציאות – מהומה רבה על לא מאומה" **משפטים** לב 95 (תשס"א).
- 27 ס' 6 לחוק החוזים האחידים (תיקון מס' 5), תשע"ה-2014, ס"ח 2484. לביקורת על הליך האישור, ראו למשל, בן נון, לעיל ה"ש 8.
- 28 הטענה כאן איננה כי כל הספקים בענף מסוים משתמשים באותו החוזה, אלא כי חלק מאבני הבניין של חוזים אלו הופכים לאחידים, השווה Margaret Jane Radin, *Boilerplate Today: The Rise of Modularity and the Waning of Consent*, 104 MICH. L. REV. 1223 (2006). כך למעשה התניות האחידות לרוחב ענף פעילות דומות במובנים רבים למושג ה-Boilerplate הקיים במשפט האמריקאי. לדיון במשמעותם של ה-

אגב על התרחבותה של תופעת הסטנדרטיזציה.²⁹ פעמים אחרות דנו מלומדים בהיווצרותה או אי-היווצרותה של האחדה בדבר תניה מסוימת או מכלול של תניות מסוימות בענף פעילות נתון. למשל, זוהה כי חברות המוכרות תכנה דרך האינטרנט משתמשות בתניות דומות בחוזים האחידים שלהן ללא קשר לחלקן היחסי בשוק.³⁰

חלק מהמלומדים ניתחו את הגורמים להיווצרותה של האחדה, את השחקנים המשחקים בה תפקיד, ויש כאלו שאפילו הרחיקו עד כדי הטענה כי יש לעודד האחדה של תניות בענף מסוים, וכי על הגורמים החזקים בענף או על הגוף המאגד את הפועלים בענף לנסח את התניות שיאמצו השחקנים האחרים בענף.³¹ אפילו בית הדין לחוזים אחידים הבחין בקיומה של תופעת האחדה בתחומים מסוימים, כגון בשוק הדיור המוגן, וקרא ליועץ המשפטי לבחון את הנושא.³² עם זאת עד היום לא נערך דיון כולל בתופעת האחדה ובפתרונות האפשריים לה על פי המשפט הישראלי. לפיכך מאמר זה בא למלא לקונה זו בספרות.

קיימים כמה יתרונות להאחדתן של תניות חוזיות לרוחב ענף. חלק מיתרונות אלו מבוססים על היתרונות של חוזים אחידים. למשל, פעמים רבות לספקים הפועלים באותו ענף פעילות יש מאפיינים דומים, הם מבצעים עסקאות דומות, ויש קווי דמיון רבים בין הלקוחות שלהם. כאשר עסקאות דומות מעיקרן נעשות בין צדדים דומים מעיקרם, הגיוני הדבר כי לפחות חלקים מהחוזים ביניהם יהיו

- Henry E. Smith, *Modularity in Contracts: Boilerplate and Information Flow*, למשל, 104 MICH. L. REV. 1175 (2006). לדיון במשמעותה של האחדה ולדיון בה מהזווית של הגבלים עסקיים, ראו Mark R. Patterson, *Standardization of Standard-Form Contracts: Competition and Implications*, 52 WM. & MARY L. REV. 327 (2010).
- 29 רק מחקרים בודדים בחנו חוזים אחידים לרוחב ענף פעילות, וגם במקרים אלו לא היה המיקוד של המחקרים בבחינה של שאלת האחדה אלא יותר בחינת היבט הקיפוח, למשל, ראו Florencia Marotta-Wurgler, *An Empirical Analysis of Software License Agreements*, 4 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 677 (2007); או שאלות של תאוריה המסבירה את התנאים שנוצרים בענף מסוים George L. Priest, *A Theory of the Consumer Product Warranty*, 90 YALE L.J. 1297 (1981); או כדי להעריך את השווי הכלכלי של התניות, למשל, ראו W. Keith Bryant & Jennifer L. Gerner, *The Price of a Warranty: The Case for Refrigerators*, 12 J. CONSUMER AFF. 30 (1978). לבחינה אמפירית של הטענה כי חוזים אחידים משתנים לאורך זמן, ראו Florencia Marotta-Wurgler & Robert Taylor, *Set in Stone? Change and Innovation in Consumer Standard-Form Contracts*, 88 N. Y. U. L. REV. 240 (2013).
- 30 Florencia Marotta-Wurgler, *Competition and the Quality of Standard Form Contracts: The Case of Software License Agreement*, 5 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 447, 475 (2008). דוגמאות נוספות כוללות האחדה של תניות האחירות על מוצרי חשמל כגון מקררים, מכונות כביסה, טלוויזיות ומזגנים בין מותגים שונים, ראו Jennifer L. Gerner & W. Keith Bryant, *Appliance Warranties as a Market Signal*, 15 J. CONSUMER AFF. 75 (1981); האחדה של תניות באגרות חוב מדינתיות, ראו Stephen J. Choi & G. Mitu Gulati, *Innovation in Boilerplate Contracts: An Empirical Examination of Sovereign Bonds*, 53 EMORY L.J. 929, 932 (2004); האחדה של תניות בתעשיית השינוע במשאיות, הארכיטקטים וביטוח, ראו Patterson, לעיל ה"ש 28, בעמ' 350-357.
- 31 למשל, שלו תניות פטור בחוזים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 38; מיכאל, לעיל ה"ש 9, בעמ' 74; ראו Johnston, לעיל ה"ש 8, בעמ' 861-862; Michelle E. Boardman, *Contra Proferentem: The Allure of Ambiguous Boilerplate*, 104 MICH. L. REV. 1105, 1109-10 (2006).
- 32 ח"א (אחידים י-ם) 902/08 עמותת דיירי הדיור המוגן לישראל נ' אחוזת בית - מרכז מסחרי ודיור מוגן לגיל הזהב, פס' 6 (פורסם בנוב, 29.12.2009).

דומים.³³ בדומה לחוזים אחידים רגילים, תניות אחידות בענף פעילות מקטינות את עלויות העסקה בין הצדדים.³⁴

מלבד זאת, להאחדה לרוחב הענף יש יתרונות שאינם קיימים כשמדובר בחוזים של ספק בודד. למשל, הספקים יכולים ללמוד מניסיונם של אחרים, מאלו שהכניסו גם הם בחוזהם את אותה התניה, בנוגע לדרך המיטבית לנסח תניה חוזית מסוימת שתחסוך משאבים. ניסיון זה מייתר את הצורך להשקיע משאבים בחשיבה מחדש על הדרך הטובה ביותר להסדיר סוגיה חוזית מסוימת. בנוסף, פעמים רבות תניות חוזיות הן "מוצר רשת". "מוצר רשת", כמו הטלפון למשל, הוא מוצר שככל שיש לו משתמשים רבים יותר, כך הוא הופך להיות שימושי יותר למשתמש בו, מכיוון שהמשתמש יכול להתקשר בעזרתו לאנשים רבים יותר. בהקשר של תניות חוזיות, היתרון שלהן כ"מוצר רשת" יכול להתבסס למשל על הצטברות של תקדימים משפטיים בעניינן.³⁵

עם זאת תופעת ההאחדה לרוחב ענף, בדומה לחוזים אחידים בכלל, איננה חפה מבעיות אפשריות. חלק מהבעיות המתעוררות בנוגע לתופעת ההאחדה הן החמרה או הקצנה של הבעיות שמעוררים חוזים אחידים. למשל, אותם הקשיים הקיימים כאשר ספק יחיד משתמש בתניות אחידות בחוזים שלו מוחמרים כאשר חלק ניכר מהספקים הפועלים באותו ענף משתמשים באותן התניות. בנוסף, יש עוד בעיות שמתעוררות כאשר התניות הופכות להיות נפוצות בענף, מעין סטנדרט חוזי, ולשוק אין כלים למנוע את השימוש בהן.

בטרם המעבר לדיון בבעיות שמעוררת תופעת ההאחדה חשוב להדגיש שמאמר זה איננו טוען כי תופעת ההאחדה בעייתית כשלעצמה. בדומה לחוזים אחידים, האחדה לרוחב ענף היא פעמים רבות תהליך רציונלי, שמביא לאימוץ של תניות יעילות כלכלית בכל הענף. לחלופין, היא רציונלית מכיוון שהתועלת מאימוץ התניות עבור הספקים המאמצים אותן גבוהה מהתועלת באימוץ של תניות חלופיות. כמו כן הבעייתיות שבה מתמקד המאמר איננה אימוץ תניות שהן יעילות כלכלית פחות מתניות חלופיות. מאמר זה דן רק במצבים שבהם התניות שהופכות להיות אחידות בענף מסוים הן תניות המקפחות את הלקוחות.³⁶ כלומר, הן "תנאי בחוזה אחיד שיש בו – בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות – משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות".³⁷ קרי, המאמר מתמקד במצבים שבהם ההאחדה גורמת לקיפוח הלקוחות ולא לאימוץ של תניות לא יעילות גרידא.

אם נחזור ונבחן את הבעיות שעולות בהקשר של חוזים אחידים והדורשות התערבות, כפי שהן הוצגו בחלק א.1 לעיל, ניתן לראות כי הן מחמירות עם היווצרותה של האחדה לרוחב הענף. ראשית, כאשר מתרחשת האחדה לרוחב ענף, הלקוח עומד לא רק מול הספק הבודד אלא מול ענף הפעילות כולו, אשר כוחו רב מכוחו של הספק הבודד. כך, לפחות באשר לחלק מהתניות החוזיות, פערי הכוחות

33 ראו גילה, לעיל ה"ש 18, בעמ' 504.

34 Patterson, לעיל ה"ש 28, בעמ' 342–344.

35 לדיון בשאלה מה הם בכלל מוצרי רשת ובהשלכות המשפטיות של הדבר, ראו Mark A. Lemley & David McGowan, *Legal Implication of Network Economic Effects*, 86 CAL. L. REV. 479 (1998) לדיון

במשמעות של מוצרי רשת בעניין האחדת תניות בחוזים אחידים, ראו חלק ב.3 להלן.

36 פורת, לעיל ה"ש 7, בעמ' 733; ראו גילה, לעיל ה"ש 18, בעמ' 504.

37 ס' 3 לחוק החוזים האחידים.

אינם מתמצים בפערים בין הלקוח לבין הספק בלבד אלא הופכים להיות הפערים בין הלקוח לבין הענף שבו פועל הספק. שנית, החשש מיצירת דין בצורה לא דמוקרטית מחמיר בסיטואציה של האחדה כלל-ענפית. אם הספק הבודד יוצר דין רק ללקוחות שלו, בעקבות האחדה לרוחב ענף נוצר דין לכל לקוח שרוצה להתקשר עם ספק הפועל בתחום פעילות מסוים. כלומר, הכללים שיוצרים הספקים חלים במידה רחבה הרבה יותר.

שלישית, גם פערי המידע בין הספקים הפועלים בענף לבין לקוחותיהם עלולים לגדול. כך, לספקים יהיה מידע רב יותר על משמעויות התניות שהם כוללים בחוזים שלהם, מכיוון שיהיה להם ניסיון כלל-ענפי לעומת מצב ללא ההאחדה, שבו הספק יודע את ההשפעה של התניה רק בעניינו. לצד זאת, גם בקיומה של ההאחדה, הלקוח יישאר באותו המצב, ולא יהיה לו מידע נוסף. אמנם במצבים מסוימים, כגון חוזים הנכרתים ברשת האינטרנט, לקוחות יכולים להיחשף למידע נוסף שיפיצו צרכנים מנוסים יותר.³⁸ עם זאת בחוזים שנחתמים בצורה המסורתית, בחתימה על נייר, יידרש הלקוח לחפש את המידע חיפוש פעיל, דבר שלרוב הוא ייטה להימנע ממנו, בייחוד כאשר הוא מאמין שהתניות זהות אצל כל הספקים. מלבד זאת, ספק רב אם לקוח במצב של האחדה ענפית של חוזים ישקיע מאמצים רבים יותר באיתור מידע על החוזה מלקוח החותם על חוזה אחיד שאיננו דומה לחוזים אחרים באותו ענף.

לבסוף, גם הטיות התנהגותיות של לקוחות עלולות להחמיר אם תיווצר האחדה כלל-ענפית. למשל, בדרך כלל לקוחות נמנעים מלקרוא את כל החוזה מכיוון שהם מתמודדים עם הצפת מידע, ומתמקדים רק בקריאת התניות הבולטות ביותר. לחלופין, הם מאמינים שהם חסינים מטעויות, ש"להם זה לא יקרה", ולכן אין צורך שיקראו את החוזה.³⁹ הטיות אלו יחריפו אם תהיה האחדה לרוחב ענף. למשל, אם הלקוח ידע כי יש דמיון רב בין תנאי החוזים של הספקים השונים בענף, הוא לא ימצא הרבה טעם בקריאת החוזה וייטה להתמקד רק במאפיינים המרכזיים או להיות בטוח יותר כי סיכוייו לטעות נמוכים יותר.⁴⁰

מלבד הקצנתן של הבעיות המתעוררות בנוגע לחוזים אחידים ככלל, האחדת תניות לרוחב ענף פעילות מעוררת גם בעיות ייחודיות. בעיות אלו נובעות מכך שהתניה המקפחת הופכת להיות הנורמה בענף, וללקוח אין עומדת אפשרות כלל, או שיש לו רק אפשרויות מועטות, להתקשר עם ספק שהחוזה שלו איננו כולל תניה זו.⁴¹ מלבד זאת, כאשר התניה המקפחת הופכת להיות הסטנדרט בענף מסוים, היא צפויה להיחשב, במקרים רבים, לפרקטיקה המקובלת באותו ענף.⁴² לכן בית המשפט או בית הדין לחוזים אחידים צפויים להסס אם להתערב או אף לסרב להתערב. הסיבה לכך היא שבית הדין, בבחנו אם תניה מסוימת מקפחת, מתייחס לשאלה אם התניה מגנה על אינטרס כלכלי לגיטימי של הספק. במקרה שבית המשפט מזהה כי מדובר בפרקטיקה מקובלת בענף מסוים, סביר כי הוא יזהה אינטרס

38 שמואל בכר וטל ז'רסקי "על הסדרה ראויה של חוזים צרכניים מקוונים: בין קידום המסחר המקוון להגנת הצרכן" **מחקרי משפט** כה 431, 480 (תש"ע).

39 שם, בעמ' 467-468.

40 בכר ואונגר-אבירם, לעיל ה"ש 23, בעמ' 227.

41 הבחנה זו צוינה כבר ב-1978 אצל Griffin, לעיל ה"ש 16, בעמ' 172.

42 השוו לטיעון בנוגע לפרקטיקות המקובלות אצל Michael Klausner, *Corporationons, Corporate Law*, and Networks of Contracts, 81 VA. L. REV. 757, 780-82 (1995).

כלכלי לגיטימי של הספק ולא ירצה להעמיד ספק מסוים בנחיתות אל מול הספקים האחרים הפועלים באותו ענף, מכיוון שפסיקתו תהיה בעלת תוקף רק במקרה של הספק המסוים שעניינו הובא בפניו. האמירות בפסק דין **שיכון ופיתוח** מדגימות נקודה זו. בפסק דין זה דן בית הדין לחוזים אחידים במנגנון הצמדה למחיר הדירה. לפי המנגנון נקבע ערך בסיס של המדרד: אם המדרד עולה מעל ערך זה, המחיר החוזי עולה, אך אם המדרד יורד מתחת לערך בסיס זה, המחיר החוזי נשאר כשהיה ואינו יורד. בית הדין ציין שאף שהפרקטיקה נראית לו לא הוגנת, מכיוון שהיא נהוגה בשוק כולו וכן באשר לגורמים שאתם מתקשר הקבלן, היא לא תיחשב למקפחת. כך, מציין בית הדין:

המשיבה צודקת בטענה כי היא אינה מקיימת את עסקיה בחלל ריק, אלא פועלת במסגרת המערכת הכלכלית הכוללת. אכן, מבחינת הלקוח, המשיבה בלבד היא בעלת דברו. בעניין זה צודק המבקש, הטוען כי היחסים שבין המשיבה לבין צדדים שלישיים אינם מענינו של הלקוח. עם זאת, על מנת לבחון האם הסדר החוזי שבין המשיבה לבין לקוחותיה נועד להגן על אינטרס כלכלי לגיטימי של המשיבה, לא ניתן להתעלם מההקשר הכולל ומהסביבה העסקית במסגרתה פועלת המשיבה.

...

אכן, אם תחול תמורה כוללת במשק (או לפחות בסביבה העסקית שבמסגרתה פועל ענף הבנייה למגורים) ומנגנוני הצמדה חד-כיווניים יפוסו מן העולם, יהיה מקום לבחון שוב את ההצדקה לקיומו של מנגנון כזה בחוזה המכירה של הדירה ללקוח. אולם, כל עוד המציאות הכלכלית היא שמנגנון כזה הוא מנגנון נפוץ במשק, אנו סבורים כי הכללתו בזכרון הדברים נועדה להגן על אינטרס כלכלי לגיטימי של המשיבה ועל כן אין מקום לבטלו או לשנותו.⁴³

מבלי להביע עמדה בשאלת היותה של פרקטיקה זו מקפחת, הדוגמה לעיל מעידה שבית הדין מביא בחשבון את השאלה אם פרקטיקה מסוימת נפוצה בענף הפעילות כאשר הוא בא להכריע אם הפרקטיקה מקפחת.⁴⁴ הדבר יקבל משנה תוקף במצבים שבהם הדיון יתנהל בפני בית משפט רגיל ולא בפני בית הדין לחוזים אחידים. אם הספק יוכל להראות שמדובר בהתנהלות כלל-ענפית, אז הוא יוכל לטעון כי פסילת התניה רק בעניינו תעמיד אותו בעמדה נחותה יחסית למתחריו היות שהוא יידרש להוציא את התניה המקופחת מחוזיו, ואילו מתחריו לא יידרשו לעשות זאת. לפיכך אם יש לתניה משמעות כלכלית, כדי שהחווה יהיה רווחי באותה המידה מבחינת הספק, הוא יצטרך להעלות את המחיר החוזי או לכלול תניות אחרות המגדילות את רווחיו, ולפיכך יש לצפות שלפחות חלק מלקוחותיו הפוטנציאליים יעדיפו לפנות למתחריו, שיציעו מחיר חוזי נמוך יותר. לחלופין, אם הספק לא יעלה את המחיר החוזי, רווחיו יקטנו, והדבר יעמיד אותו בסיטואציה נחותה לעומת מתחריו. אף

43 ח"א (אחידים י-ם) 702/06 **היועץ המשפטי לממשלה נ' שיכון ופיתוח לישראל בע"מ**, פס' 20–28 (פורסם בנבו, 6.12.2011).

44 לדיון בשאלה אם תניית הצמדה א-סימטרית מקפחת, ואם כן – באילו מצבים, ראו שמואל בכר ומשה גלברד "מנגנון הצמדה א-סימטרי כתנאי מקפח? בעקבות תיקון מס' 4 לחוק החוזים האחידים" **חוקים בקצרה** 5, 1 (2013) http://law.huji.ac.il/upload/a_sym.pdf.

תניות אחידות ענפיות: אפיון והצעות לאסדרה

הלקוח, כאשר יבוא להתקשר עם הספק, ירגיש כי מכיוון שהנורמה המקפחת היא הסטנדרט המקובל בענף, אין לו טעם לערער עליה. בעיה זו תתווסף לבעיות הכלליות שמתעוררות בנוגע חוזים אחידים והנובעות מהטיות התנהגותיות של לקוחות.

כפי שמדגים חלק זה, האחדה של תניות חוזיות לרוחב ענף פעילות מעוררת חששות רבים לפגיעה בלקוחות למרות יתרונותיה. הפתרונות הקיימים כיום, כפי שיוסבר לעומק בחלק ג.1, אינם נותנים מענה לחששות אלו. ראשית, קיימים רק פתרונות מעטים אשר מביאים בחשבון את ענף הפעילות כולו. שנית, יש קושי להחליט מהו הפתרון הטוב ביותר בענף פעילות מסוים. כפי שיוסבר בהמשכו של המאמר, בפרק ד, יש חשיבות רבה להבנת היחסים בין הספקים בענף הפעילות ולהבנת המנגנונים שדרכם נוצרת האחדה על מנת לבחור מבין הפתרונות האפשריים את הפתרון המתאים ביותר. התאוריה הארגונית, בעזרת ניתוח של שדות ארגוניים ותופעת האיזומורפיזם המוסדי, מציעה דרכים לענות על סוגיות אלו. לפיכך פנייה לתאוריה זו, כפי שמציע המאמר, תאפשר למקבל החלטות לקבל החלטה מושכלת יותר באשר לפתרונות האפשריים לתופעת ההאחדה. הפרק הבא יסקור היבטים אלו של התאוריה הארגונית וידגיש את תרומתה לדיון בהאחדה של תניות חוזיות לרוחב ענף.

ב. ניתוח ארגוני של תופעת האחדה

תופעת ההאחדה לרוחב ענף פעילות יכולה לנבוע מסיבות שונות. כפי שהוזכר לעיל, הספרות התייחסה לחלק מהסיבות. בעיקר הסבירה הספרות את תופעת ההאחדה דרך פריזמה של יעילות כלכלית. הסבר ראשון לתופעה מתבסס על היותו של אימוץ התניה האחידה פעולה יעילה כלכלית ישירות מכיוון שהתניה האחידה היא היעילה ביותר עבור כל החברות. דרך הסבר שנייה מתבססת על כך שגם אם התניה האחידה איננה היעילה ביותר, אימוצה הוא הדבר היעיל כלכלית. כלומר, הספק בוחן אם אימוץ התניה יהיה יעיל כלכלית מבחינתו במובן הרחב, כלומר: במקרה שהתניה עצמה לא תביא לו תועלת כלכלית, האם תהיה תועלת כלכלית אחרת מאימוצה? למשל, אם הכללת תניה מסוימת בחוזה עם הלקוח תאפשר, בהסתברות גבוהה, קבלת הטבות מהרגולטור. מכאן שההסבר הכלכלי מניח כי כל אחד מהספקים בענף בוחן אם יעיל כלכלית מבחינתו לאמץ תניה מסוימת, בשל תועלת כלכלית ישירה או עקיפה, ומחליט אם לאמצה או לאו על בסיס ניתוח זה.

מאמר זה מציע גישת הסתכלות רחבה יותר שלפיה פעמים רבות הספקים אינם מכריעים בשאלה אם לאמץ תניה מסוימת על בסיס יעילות כלכלית גרידא. המאמר יטען כי יש סיבות נוספות היכולות לגרום לספק לבחור בתניה האחידה (מנגנוני האחדה), וכי סיבות אלו פעמים רבות קשורות ליחסים שבין הספקים בענף שבו הם פועלים. לצורך כך המאמר פונה לניתוח מהזרם המוסדי החדש בתאוריה הארגונית, אשר עוסק בדרך שבה ארגונים הפועלים באותו שדה פעילות משפיעים זה על זה.⁴⁵ חלק ב.1 יציג בקצרה את המסגרת התאורטית מתוך התאוריה הארגונית ויבהיר מה הם שדות ארגוניים. לאחר מכן בחלק ב.2 ידון המאמר בתהליך האיזומורפיזם המוסדי ומנגנוניו ויסביר כיצד מנגנוניו של

45 תאוריה מוסדית חדשה קיימת גם בתחומים אחרים במדעי החברה. לדיון ראו Paul J. DiMaggio & Walter W. Powell, *Introduction*, in *THE NEW INSTITUTIONALISM IN ORGANISATIONAL ANALYSIS* 1 (Walter W. Powell & Paul J. DiMaggio eds., 1991).

תהליך זה מובילים להאחדה בתוך השדה הארגוני. לבסוף, חלק ב.3 יסביר מדוע יש צורך להשתמש במסגרת הארגונית המוצעת במאמר זה נוסף על הגישה הכלכלית הנהוגה כיום כדי להבין את תופעת ההאחדה.

טרם יעבור המאמר לדיון במושגים ובמנגנונים הארגוניים תוצג סקיצה של הטענות הארגוני באשר לתופעת ההאחדה. ארגונים, כגון ספקים הפועלים בענף פעילות מסוים, מקיימים "שדה ארגוני" לפי מונחי התאוריה הארגונית. ענף פעילות זה כולל את מה שהתאוריה הכלכלית תופסת כשוק הרלוונטי (המתחרים של הספק) ומתייחס גם ליחסים השונים בין המתחרים (למשל אם השוק הוא מונופוליסטי, ואם יש תחרות בין הספקים). כמו כן שדה ארגוני יכול לכלול גופים ופרטים שאינם ספקים, כגון הלקוחות, הרגולטור או עורכי הדין שמנסחים את החוזים ואת היחסים הלא כלכליים בין הספקים השונים (למשל אם פעולותיו של ספק מסוים נתפסות כלגיטימיות במיוחד). פעילות של ספקים בשדה ארגוני אחד גורמת לתופעת האחדה הנקראת "איזומורפיזם מוסדי". תופעה זו מתרחשת דרך ארבעה מנגנונים שיפורטו בחלק ב.2, ושפעולתם מושפעת ממאפיינים של השדה הארגוני. לכן בעזרת התאוריה הארגונית המוצגת בחלק זה אפשר לזהות את הסיבות הנוספות על אלו שנידונו עד כה בספרות לתופעת ההאחדה וכן את הדרך שבה הסיבה (השדה הארגוני) שבה פועל הספק משפיעה על התרחשותה של ההאחדה. כעת לאחר שהוצג המהלך של פרק זה בקצרה, תוצג המסגרת התאורטית עצמה.

1. שדות ארגוניים

המושג רלוונטי מתחום התאוריה הארגונית לצורך הבנת תופעת ההאחדה הוא "השדה הארגוני", אשר במידה רבה מתייחס לדרך שבה הספק תופס את ענף הפעילות שבו הוא פועל ואת היחסים השונים בו. המושג "שדה ארגוני" לקוח מתחום הגישה המוסדית החדשה בתאוריה ארגונית.⁴⁶ גישה זו, כפי

46 ראו Mellissa Wooten & Andrew J. Hoffman, *Organizational Fields: Past, Present and Future*, in THE SAGE HANDBOOK OF ORGANIZATIONAL INSTITUTIONALISM 130, 131 (Royston Greenwood et al. eds., 2008) (המציניים כי בעבר התייחסו לשדות ארגוניים כ"ספרות ארגונית", "שדות מוסדיים", Henry L. Tosi, *About Theories of Organization*, in ; "סביבות מוסדיות"; THEORIES OF ORGANIZATION 1, 15 (Henry L. Tosi ed., 2009) בתאוריה ארגונית שייכת לגישות של המערכת הפתוחה); ראו גם JOHN L. CAMPBELL, INSTITUTIONAL CHANGE AND GLOBALIZATION 17–23 (2004). הגישה המוסדית החדשה התפתחה כתגובה לגישות שהיו מקובלות עד שנות השבעים והתמקדו בעיקרן בהיבטים הרציונליים והחומרניים של החיים הארגוניים. הגישה המוסדית החדשה מתמקדת בכוח של התרבות והתודעה ומדגישה את מגבלות התפקיד ואת ההיבטים הטקטיים של החיים הארגוניים, ראו Mark C. Suchman & Lauren B. Edelman, *Legal Rational Myths: The New Institutionalism and the Law and Society Tradition*, 21 L. & Soc. Inquiry 903, 909 (1996). לסיכום קצר של ההיסטוריה של הגישה המוסדית החדשה, ראו Royston Greenwood et al., *Introduction*, in THE SAGE HANDBOOK OF ORGANIZATIONAL INSTITUTIONALISM 1, 5 (Royston Greenwood et al. eds., 2008). הגישה המוסדית החדשה עוסקת בתופעות כגון מוסדות חברתיים, שדות ארגוניים, סביבות מוסדיות וסקטורים חברתיים. ראו גרינווד ואחרים, לעיל; William McKinley & Mark A. Mone, *Micro and Macro Perspectives in Organizational Theory: A Tale of Incommensurability*, in THE OXFORD HANDBOOK OF ORGANIZATIONAL THEORY 345, 361 (Haridimos Tsoukas & Christian Knudsen eds., 2005). לביקורת על הגישה המוסדית החדשה, בין השאר על שהיא

שהסבירו מייר (Meyer) ורואן (Rowan) במאמרם הקלאסי משנת 1977, מתמקדת בדרך שבה כללים מוסדיים משפיעים על ארגונים והופכים להיות "מיתוסים רציונליים".⁴⁷ מיתוסים רציונליים אלו נתפסים בעיני הארגון כדרך ההגיונית להשיג את מטרות הארגון גם אם בפועל הם אינם בהכרח הדרך היעילה ביותר להשיג מטרות אלו.⁴⁸ עם זאת גם אם אינם יעילים כשלעצמם, כללים מוסדיים מתגמלים את הארגון בהקטנתם את חוסר הוודאות שבה הוא פועל ויכולים לחזק את הלגיטימציה של פעולותיו.⁴⁹ בשל התמקדות הגישה המוסדית החדשה בדרך שבה ארגונים מאמצים פרקטיקות התנהגות, גם אם אינן היעילות ביותר מבחינה כלכלית, היא מתאימה במיוחד לבחינת הסיבות והדרכים הגורמים להאחדה של תניות חוזיות של ספקים הפועלים באותו ענף פעילות, אשר גם הם פעמים מאמצים תניות שאינן היעילות ביותר מבחינתם.

הגישה המוסדית החדשה עוסקת בעיקרה בפעולות ברמת השדה הארגוני.⁵⁰ שדה ארגוני, כפי שהגדירו אותו דימאג'יו (DiMaggio) ופאוול (Powell) במאמרם משנת 1983, הוא "אותם הארגונים שבמצטבר מהווים תחום ניתן לזיהוי בחיים הארגוניים: ספקים עיקריים, צרכנים של משאבים ומוצרים, סוכנויות רגולטוריות, וארגונים דומים המייצרים שירותים ומוצרים דומים".⁵¹ הגדרות נוספות של שדה ארגוני כוללות את ההגדרה שהציע סקוט ולפיה "מושג השדה מתייחס לקיומה של קהילה של ארגונים שמחזיקים במערכת משמעויות משותפת ואשר משתתפה מנהלים יותר קשרים זה עם זה מאשר עם שחקנים מחוץ לשדה".⁵² לבסוף, לפי הגדרה שהציעו דינגוורת' (Dingwerth) ופטברג (Pattberg) בשנת 2009 – "שדה ארגוני כולל קהילות של ארגונים עם פונקציות או תפקידים דומים וזאת כל עוד ארגונים אלו מודעים זה לזה, מנהלים קשרים בינם ומזהים זה את זה כ'יחידות דומות

- מחזיקה בגישה אמביוולנטית לרציונליות וכי היא משתמשת בהמשגות רחבות, ראו McKinley & Mone, לעיל, בעמ' 364; W. Richard Scott, *The Adolescence of Institutional Theory*, in THEORIES OF ORGANIZATION 215, 215 (L. Tosi ed., 2009); W. Richard Scott, *Approaching Adulthood: the Maturing of Institutional Theory*, 37 THEORY & SOC'Y 427 (2008)
- John W. Meyer & Brian Rowan, *Institutional Organizations: Formal Structure as Myth and Ceremony*, 83 AM. J. SOC. 340 (1977) 47
- שם, בעמ' 343–353, 359–360. דוגמה למיתוס רציונלי הוא מצב שבו לאורך זמן, מסיבות כלשהן, ההזמנות של חברה הודפסו על נייר בצבע כחול. להדפסה על נייר כזה הייתה הצדקה כאשר היא אומצה, ועם הזמן היא התמסדה, ולכן הדפסה על נייר אחר, למשל בצבע צהוב, תעורר התנגדות בארגון. שם, בעמ' 362. 48
- W. RICHARD SCOTT, INSTITUTIONS AND ORGANIZATIONS: IDEAS AND INTERESTS 85–87 (3d. ed. 2008); Trish Reay & C.R. (Bob) Hinings, *The Recomposition of an Organizational Field: Health Care in Alberta*, 26 ORG. STUD. 351, 351 (2005) 50
- Gerald F. Davis & Christopher Marquis, *Prospects for Organizational Theory in the Early Twenty-First Century*, 16 ORG. SCI. 332 (2005) 51
- כיחידת ניתוח הם צורות הניתוח המתאימות לתנאים של שינויים כלכליים ניכרים). ראו DiMaggio & Powell, לעיל ה"ש 4, המסבירים כי מושג השדה הארגוני התפתח על בסיס הדין של בורדייה בנוגע לשדות חברתיים, נוסף על מושגים דומים הנידונים אצל חוקרים אחרים; ראו גם SCOTT, לעיל ה"ש 50, בעמ' 183–184 המתאר את ההיסטוריה האינטלקטואלית של מושג השדה הארגוני. שם, בעמ' 86. 52

במובן חשוב כלשהו.⁵³ לדוגמה, על פי החוקרים, מוזאונים של אמנות בארצות הברית הם שדה ארגוני, וכך גם ארגוני בריאות באלברטה שבקנדה.⁵⁴ כך, בתמצית, שדה ארגוני הוא קבוצה של ארגונים אשר אינם חייבים להיות בעלי מבנה זהה ואשר תופסים זה את זה כמבצעים פעולות חברתיות דומות ומשפיעים זה על זה במגוון דרכים.⁵⁵

מבחינה תאורטית, לשדות ארגוניים יש ארבעה מרכיבים: מערכות רציונליות, מערכות חברתיות-קוגניטיביות, ארכיטיפים ארגוניים ודפוסים אפשריים של פעולות קבוצתיות. למערכות רציונליות בשדות ארגוניים יש שני מאפיינים מרכזיים: הקשרים בין ארגונים והמבנה הבין-ארגוני של דומיננטיות ודפוסי שיתוף פעולה. כלומר, קיומן של מערכות ממשל במובן הרחב הפועלות ברמת השדה הארגוני.⁵⁶ כך, לארגונים הפועלים בשדה ארגוני יש אינטראקציות בינם לבין עצמם. בנוסף, בשדה ארגוני חלק מהארגונים חשובים מאחרים. כמו כן בשדה ארגוני יש קבוצות של ארגונים שהאינטראקציה ביניהם רבה מזו שבינם לבין ארגונים אחרים בשדה. אשר למרכיב השני, מערכות חברתיות-קוגניטיביות, דימגיו ופאוול התייחסו אליו כ"התפתחות של מודעות הדדית אצל המשתתפים בשדה הארגוני שהם מעורבים במפעל משותף".⁵⁷

ספרות מהתקופה האחרונה חילקה מרכיב אחרון זה לשניים: חלק אחד הוא ההיגיון המוסדי אשר מוגדר: "קבוצה של פרקטיקות ומבנים סימבוליים אשר מהווים עקרונות מארגנים ואשר זמינים לארגונים ואינדיבידואלים הפועלים בשדה".⁵⁸ החלק השני של מרכיב זה הוא מסגרות תרבותיות. מושג זה מתייחס לדרך שבה דברים מפורשים ומיוצגים בשדה.⁵⁹ גם במקרה זה יהיו המסגרות התרבותיות בשדות ארגוניים שונים שונות. שלא כלוגיקה ארגונית, מסגרות תרבותיות מגדירות את הדרך שבה ארגונים בשדה צריכים "לחשוב" על מצבים וכיצד עליהם להבין מצבים אלו. המרכיב השלישי, ארכיטיפים ארגוניים, מתאר את התבניות, את הכללים, את המערכות ואת הפעילויות בשדה הארגוני. בכל שדה יש כמה מודלים אידאליים שאינדיבידואלים וארגונים יכולים

- Klaus Dingwerth & Philipp Pattberg, *World Politics and Organizational Fields: The Case of* 53
 גם *Transnational Sustainability Governance*, 15 EUR. J. INT'L RELATIONSHIPS 707, 720 (2009)
 SCOTT, לעיל ה"ש 50, בעמ' 165 המציין כי חשוב להבחין בין ארגונים דומים – ארגונים הממלאים
 תפקידים דומים במבנה החברתי וארגונים הקשורים זה לזה. ארגונים הפועלים בשדה ארגוני אינם חייבים
 להיות מקושרים זה לזה ישירות.
- Paul J. DiMaggio, *Constructing an Organizational Field as a Professional Project: U.S. Art* 54
Museums, 1920-1940, in THE NEW INSTITUTIONALISM IN ORGANIZATIONAL ANALYSIS 267 (Walter
 Reay & Hinings ; W. Powell & Paul J. DiMaggio eds., 1991)
 SCOTT, לעיל ה"ש 50, בעמ' 185–190. 55
 ראו שם, בעמ' 186–185 ו-DiMaggio & Powell, לעיל ה"ש 4. 56
 שם, בעמ' 148. 57
- Roger Friedland & Robert R. Alford, *Bringing Society Back In: Symbols, Practices, and* 58
Institutional Contradictions, in THE NEW INSTITUTIONALISM IN ORGANIZATIONAL ANALYSIS 232, 248
 (Walter W. Powell & Paul J. DiMaggio eds., 1991). השוו, SCOTT, לעיל ה"ש 50, בעמ' 178–186,
 המזכיר כי בכל שדה ארגוני קיימת הלוגיקה המוסדית שלו, ושהלוגיקה של השדה קובעת לארגונים כיצד
 "דברים צריכים להיעשות", מה מקובל ומהן דרכי הפעילות הקיימות. 59
 ראו SCOTT, לעיל ה"ש 50, בעמ' 187–188.

לפעול לפיהם. הארכיטיפים הם קו בסיס להערכת הארגונים הפועלים בשדה הארגוני.⁶⁰ למשל, ארכיטיפ של מוזאון יהיה הרעיון באשר לדרך שבה יש לעצב מוזאוניום. כל המוזאוניום בשדה יושוו לארכיטיפ זה. המרכיב האחרון הוא דפוסים אפשריים של פעולות קבוצתיות, והוא מתייחס להגבלות על הפעולות האפשריות לארגונים הפועלים בשדה. בשל מרכיב זה כל ארגון הפועל בשדה ארגוני תופס רק מגוון מצומצם יחסית של פעולות כפעולות אפשריות. הפעולות האפשריות נקבעות לפי הכללים, הנורמות והאמונות של הארגונים באותו שדה ארגוני.⁶¹ בין השאר השתייכותו של ארגון לשדה ארגוני מסוים מצד אחד מגבילה את פעולות הארגון מכיוון שהיא קובעת לו מה אסור לארגונים כדוגמתו לעשות, ומצד אחר היא מאפשרת את פעולות הארגון מכיוון שהיא מסרטטת לו את מגוון הפעולות שאותן הוא יכול לנקוט.⁶² לפיכך יש צורך להבין את הדרך שבה השדה הארגוני משפיע על הארגון על מנת להבין את הדרך שבה הארגון פועל וצפוי לפעול. אחת הדרכים שבהן שדה ארגוני משפיע על הארגונים הפועלים בו היא תהליך האיזומורפיזם המוסדי שיידון להלן.

2. איזומורפיזם מוסדי

איזומורפיזם מוסדי הוא תהליך שפועל ברמת השדה הארגוני.⁶³ תהליך זה גורם להתפתחותו של דמיון במאפיינים שונים בין ארגונים הפועלים באותו השדה הארגוני ומשפיע על המרכיבים של השדות הארגוניים.⁶⁴ למשל, פעולתו של איזומורפיזם ברמת השדה יכולה לגרום לצמצום דפוסי הפעולה האפשריים של פעולות קבוצתיות ובכך להגביל את מנעד הבחירה של הארגונים הפועלים בשדה ולהוביל להיווצרותו של דמיון בין הפעולות שלהם. אחת מהדוגמאות האפשריות לתהליך

60 ראו DiMaggio, לעיל ה"ש 54.

61 ראו SCOTT, לעיל ה"ש 50, בעמ' 189–190.

62 שם, בעמ' 181–209; Wooten & Hoffman, לעיל ה"ש 46, בעמ' 130.

63 מכיוון שהמנגנון פועל ברמת השדה הארגוני, יש צורך תחילה להצביע על קיומו של שדה ארגוני. הדרך להראות כי מתקיים שדה ארגוני היא להצביע על קיומם של תהליכי הבניית שדה. תהליכים אלו כוללים ארבעה מאפיינים: עלייה בכמות בקשרים בין הארגונים הפועלים בשדה, התפתחות של מבנה בין-ארגוני הכולל דפוסי קואליציה והייררכייה בין ארגונים, גידול בכמות המידע שאתו על הארגונים בשדה להתמודד והתפתחותה של הבנה משותפת בין הארגונים בשדה כי הם פועלים באותו התחום. אף שיש צורך, מבחינה תאורטית, לבחון את התפתחות השדה הארגוני בטרם מעבר לדיון באיזומורפיזם מוסדי, חוקרים רבים דילגו על הדיון במצבים שבהם ניכר כי מדובר בארגונים הפועלים באותו השדה. תפיסה זו תאומן גם במאמר זה. לדיון בצורך בבחינת התפתחותו של שדה ארגוני ולדיון בהתפתחותו של שדה ארגוני טרנס-לאומי של בתי משפט ראו Olga Frishman, *Transnational Judicial Dialogue as an Organisational Field*, 19 J. L. EUR. 739 (2013); Olga Frishman, *Should Courts Fear Transnational Engagement?*, 49 VAND. J. TRANSNAT'L L. 59 (2016).

64 לדיון מפורט בתאוריה והשלכותיה, ראו למשל SCOTT, לעיל ה"ש 50, בעמ' 152; Jens Beckert, *Institutional Isomorphism Revisited: Convergence and Divergence in Institutional Change*, 28 Soc. Theory, Dingwerth & Pattberg; 151, בעמ' 4, לעיל ה"ש 4, בעמ' 151; Young S. Kim et al., *Structural Expansion and the Cost of Global*; 722–721, בעמ' 53, לעיל ה"ש 53, בעמ' 722–721; *Isomorphism: A Cross-National Study of Ministerial Structure, 1950-1990*, 17 INT'L SOC. 481 (2002); Mark S. Mizruchi & Lisa C. Fein, *The Social Construction of Organizational Knowledge: A Study of the Uses of Coercive, Mimetic, and Normative Isomorphism*, 44 ADMIN. SCI. Q. 653, 656 (1999).

האיזומורפיזם היא היווצרותם של דמיון והאחדה בתניות החוזיות של ספקים שונים הפועלים באותו שדה ארגוני/ענף פעילות. האיזומורפיזם המוסדי הוא תוצאה של שלושה מנגנונים קלאסיים, שכל אחד מהם משפיע על התפתחותה של תופעת ההאחדה בין השחקנים השונים בשדה הארגוני (קרי הספקים): איזומורפיזם כופה (coercive isomorphism), איזומורפיזם חקייני (mimetic isomorphism) ואיזומורפיזם נורמטיבי (normative isomorphism).⁶⁵ חשוב לציין שאף שמנגנונים אלו שונים זה מזה מבחינה אנליטית, בפועל יש קושי להבחין בין ההשפעות שלהם.⁶⁶

איזומורפיזם כופה הוא תוצאה של לחצים פורמליים ולא פורמליים המופעלים על הארגון. לחצים אלו יכולים לבוא מצד ארגונים אחרים או בשל ציפיות הסביבה שבה פועל הארגון או מצד גופים מדינתיים, כגון הרגולטור או המחוקק.⁶⁷ על פי מנגנון זה, ארגונים נהיים דומים זה לזה מכיוון שהדבר נכפה עליהם מבחוץ. איזומורפיזם חקייני הוא תוצאה של חוסר ודאות שהארגונים בשדה הארגוני צריכים להתמודד עמו, כגון מטרות לא ברורות או טכנולוגיה שאיננה מוכנת על בורייה.⁶⁸ במצבים של חוסר ודאות הארגונים יבססו את מודל הפעילות שלהם על פעולותיהם של ארגונים אחרים שאותם הם תופסים כלגיטימיים או מצליחים. כלומר, הארגונים השונים בשדה יהפכו להיות דומים זה לזה מכיוון שהם יחקו את הארגונים האלה, שנתפסים בעיניהם מוצלחים או לגיטימיים. חיקוי זה יהיה כאמור על בסיס תפיסת הארגון המחוקק כלגיטימי ולא על בסיס הערכה של הפרקטיקה שאותה מחקים. איזומורפיזם נורמטיבי הוא קודם כול תוצאה של התמקצעות בשדה הארגוני.⁶⁹ הארגונים ייטו לפעול לפי הדרכים והמודלים שמציבים אנשים שנתפסים כמקצועיים בתחום. כלומר, התפתחותו של הדמיון תחול בשל אימוצה של פרקטיקה שנתפסת כלגיטימית וראויה בקרב ה"מקצוענים" בתחום ולא בהכרח על בסיס הערכת טיבה של הפרקטיקה המאומצת.

במקרים מסוימים התפתחותה של האחדה לא תהיה במאפיינים המהותיים של הארגון אלא בעיקר במאפיינים סמליים, כדי ליצור קשר בינו לבין ארגונים אחרים בשדה, ובכך לחזק את הלגיטימציה שלו.⁷⁰ כלומר, במצבים כאלו ההאחדה לא תשפיע על הפעילות המהותית של הארגון. לדוגמה, בהקשר של חוזים ספק יכול לאמץ בחוזיו תניה שאין לה משמעות מעשית אלא רק משמעות סמלית.⁷¹ בשנת 2009 הציע בקרט (Beckert) לעדכן את התפיסה המסורתית בנוגע לפעילותו של תהליך האיזומורפיזם המוסדי.⁷² לטענתו, בשדה ארגוני קיים מנגנון רביעי – תחרות – אשר מאפשר את

- 65 ראו DiMaggio & Powell, לעיל ה"ש 4, בעמ' 154–156 הדנים בשנים-עשר מנבאים של שינוי איזומורפי: מנבאים ברמת הארגון ומנבאים ברמת השדה.
- 66 Mizruchi & Fein, לעיל ה"ש 64, בעמ' 657.
- 67 DiMaggio & Powell, לעיל ה"ש 4, בעמ' 150–151.
- 68 שם, בעמ' 151–152.
- 69 ראו שם, בעמ' 152–154.
- 70 ראו בכללי Mary Ann Glynn & Rikki Abzug, *Institutionalizing Identity: Symbolic Isomorphism and Organizational Names*, 45 ACAD. MGMT. J. 267 (2002) על זהות ארגונית ועל שמות של ארגונים.
- 71 בתחום החוזים האחידים השימוש בתניית pari passu יכול להיות דוגמה לנורמה שהשתרשה מבלי שהיא תהיה יעילה ומבלי שתהיה לה משמעות מעשית חיובית, ראו MITU GULATI & ROBERT E. SCOTT, *THREE AND A HALF MINUTE TRANSATCION: BOILERPLATE AND THE LIMITS OF CONTRACT DESIGN* (2013).
- 72 Beckert, לעיל ה"ש 64.

תניות אחידות ענפיות: אפיון והצעות לאסדרה

התפתחותו של דמיון בין ארגונים אך גם את התפתחותו של שוני.⁷³ מצד אחד המנגנון מעודד התפתחותו של דמיון, כפי שחוזות הגישות הכלכליות, מכיוון שפתרונות לא יעילים נעלמים.⁷⁴ מצד אחר בחלק מהמקרים צפוי להתפתח שוני בין ארגונים מכיוון שארגונים יתמחו בנישות שונות של תחום הפעילות ויתאימו את מאפייניהם לאותן הנישות.⁷⁵

הדרך שבה מתרחש תהליך האיזומורפיזם בכל שדה ארגוני, בכל ענף פעילות, תלוי בכמה פרמטרים אשר במרכזם עומד מבנה השדה והיחסים בין הגופים הפועלים בו. למשל, בשדה שבו יש ארגון אחד לגיטימי מאוד, שאליו כל הארגונים האחרים רוצים להידמות, יפעל תהליך האיזומורפיזם חזק יותר משיפעל בשדה ארגוני מבוזר. פרק ד של המאמר ידון במשמעותו של מבנה השדה הארגוני שבו פועל הספק בכל הנוגע לתופעת ההאחדה של תניות חוזיות לרוחב ענף פעילות ובדרך שבה מבנה השדה הארגוני משפיע על הבחירה בין הפתרונות האפשריים השונים לתופעה.

3. תופעת ההאחדה לרוחב ענף פעילות בראי התאוריה הארגונית

חוזים, כפי שזיהו מלומדים, אינם רק תופעה כלכלית, אלא הם קשורים בטבורם לארגונים היוצרים אותם. לכן על מנת להבין אותם במלואם יש צורך להתבונן גם על ההקשר הארגוני שבו הם נוצרים.⁷⁶ שדות ארגוניים הם חלק מההקשר הזה כיוון שרוב ענפי הפעילות המסחריים הם שדות ארגוניים. למשל, אפשר לזהות ענפי פעילות כמו בנקאות, תקשורת, ריהוט, מכירת דירות יד ראשונה, אולמות אירועים, ביטוח ועוד, כשדות ארגוניים נפרדים. הגופים הפועלים בכל אחד מהשדות הללו מזהים זה את זה כעוסקים בפעילויות כלכליות דומות, ולפיכך כקבוצת הייחוס שלהם. חלק מהפועלים באותו שדה נתפסים כמתחרים, עם חלקם הארגונים משתפים פעולה, וכן אפשר שיהיו גופים, כגון המפקח או ארגון גג, הרלוונטיים לפעילות בענף. היחסים עם הארגונים האחרים באותו ענף פעילות מלמדים ארגונים, למשל, על דרך ההשוואה, מה הן הפעילויות שלגיטימי כי ינקטו – מה הן התניות החוזיות שלגיטימי לכלול בחוזהם.

לכן ארגונים הפועלים בענף הפעילות מושפעים מתופעות המתרחשות ברמת השדה הארגוני, והשפעות הדדיות אלו יכולות להוביל לתופעת האיזומורפיזם המוסדי כפי שתוארה. הארגונים יושפעו כך גם בפעילותם החוזית-משפטית, וייווצרו דמיון או אף האחדה לפחות באשר לחלק מהתניות שהספקים הללו יכללו בחוזהם האחידים. בחלק מהמקרים האחידות תנבע מהיותן של התניות האחידות כשלעצמן היעילות ביותר כלכלית או מהיות הכללתן המהלך היעיל ביותר מבחינה כלכלית גם אם הן כשלעצמן אינן התניות היעילות ביותר, מכיוון שהכללתן תביא תועלת כלכלית לספק מסיבות שאינן נובעות ישירות מהתנאים שקבעה התניה. במקרים אחרים התניות יאומצו מסיבות אחרות. תהליך האיזומורפיזם המוסדי הנידון במאמר נותן הסבר משלים להסבר הכלכלי של תופעת ההאחדה. הוא מסביר גם מצבים שבהם תיווצר האחדה באשר לתניה מסוימת כאשר היה ניתן לאמץ

73 שם, בעמ' 160–162.

74 שם, בעמ' 160.

75 שם. כמובן, טענה זו מעלה את השאלה "מתי ניתן לטעון כי הנישה התפתחה כדי שדה ארגוני חדש?" זו היא שאלה עובדתית שיש לבחון בכל שדה פעילות בנפרד.

76 ראו (D. Gordon Smith & Brayden G. King, *Contract as Organizations*, 51 ARIZ. L. REV. 1 (2009)).

תניות אחרות באותה רמת יעילות כלכלית או אף ברמת יעילות כלכלית גבוהה יותר. מלבד זאת, הוא נותן אינדיקציה לדרך שבה יתרחש תהליך ההאחדה. לדוגמה, חוזים של מי מהספקים יהיו דוגמה לספקים אחרים או חוזים של איזה מהספקים יכללו תניות מקוריות. למשל, בתחום מכירת תכנה ברשת האינטרנט חברות צעירות יותר, גדולות יותר או כאלו שיש להן ייעוץ משפטי בתוך החברה ייטו יותר לאמץ תניות חדשות.⁷⁷

ההסברים הקיימים כיום לתופעת ההאחדה בנוגע לתניות חוזיות של ספקים הפועלים באותו ענף פעילות מתבססים על מוטיבציות כלכליות של הספקים. ההסבר הראשון שניתן לתופעה הוא ההסבר ה"קלאסי", שלפיו התניות האחידות מאומצות מכיוון שהן התניות היעילות ביותר מבחינה כלכלית. כך, ההאחדה נוצרת מכיוון שכל ספק, בפני עצמו, בוחר לאמץ את התניה היעילה ביותר מבחינה כלכלית, ואצל כל אחד מהספקים מדובר באותה התניה.⁷⁸ כלומר, ההאחדה היא תוצאה כמעט מקרית של הפעילות ושל ההחלטות של כל אחד מהספקים ללא קשר לספקים האחרים הפועלים בענף.

ההסבר השני מתייחס לתניות האחידות כ"מוצר רשת". במוצרי רשת הערך של השימוש במוצר תלוי בקיומם ובכמותם של המשתמשים האחרים באותו המוצר. לכן תועלת משימוש בתניה חוזית מסוימת בחוזה הספק תלויה בשימוש של ספקים אחרים באותה תניה.⁷⁹ התועלת העודפת של מוצרי רשת נובעת מאחת משתי סיבות, ששתיהן תוצאה של החצנות: הסיבה הראשונה היא ישירה – התועלת מהמוצר גבוהה יותר אם המשתמשים בו רבים יותר, בדומה לתועלת ממכשיר הטלפון שכלל שהמשתמשים בו רבים יותר, כך בעל מכשיר הטלפון יכול להתקשר לאנשים רבים יותר. הסיבה השנייה היא עקיפה – עלות המוצרים או השירותים המשלימים יורדת ככל שהמשתמשים במוצר רבים יותר. למשל, בשוק המחשוב תכנות המיועדות להימכר למשתמשים רבים יעלו לכל משתמש פחות משיעור תכנות המיועדות למשתמשים מעטים, מכיוון שעלויות הפיתוח יתחלקו בין משתמשים רבים יותר, כלומר במוצרי רשת ערך המוצר עבור המשתמש בו הוא הערך של המוצר עצמו בתוספת החצנות הרשת.⁸⁰

תניות חוזיות יכולות להיות גם הן מוצר רשת, ולכן התועלת מהשימוש בהן תיקבע לא רק מטיבה של התניה עצמה אלא גם מהחצנות הרשת שלה.⁸¹ החצנות אלו כוללות תועלת מקיומה של פרשנות של בתי משפט לתניה המגבירה עבור המשתמשים בה את הוודאות,⁸² קיומן של פרקטיקות התנהגות

77 ראו בחינה אמפירית של הסוגיה בנוגע לחוזים של ספקים המוכרים תכנה דרך האינטרנט אצל Marotta & Wurgler & Taylor, לעיל ה"ש 29, בעמ' 263–265.

78 מכיוון שאותה תניה תהיה היעילה ביותר מבחינת כל הספקים בשוק, תיווצר האחדה סביב אותה תניה לרוחב הענף. במקרה זה, לפחות על פני הדברים, ההאחדה נוצרת מהחלטה של כל אחד מהספקים אשר איננה מביאה בחשבון את ההחלטות שקיבלו הספקים האחרים.

79 ראו Klausner, ה"ש 42, בעמ' 763.

80 שם, בעמ' 772–773.

81 יש להבחין בין החצנות רשת לבין היתרונות מלמידה לאורך זמן שנוצרת מהניסיון בשימוש בתניה: בהחצנות רשת היתרון בשימוש בתניות נובע מכך שספקים נוספים משתמשים באותה התניה, ואילו היתרון מלמידה לאורך זמן נובע מכך שספקים השתמשו בתניה מסוימת בעבר. לדיון בנושא, ראו שם, בעמ' 789–786.

82 שם, בעמ' 775–779.

על פי התניה, שגם הן מגבירות את הוודאות,⁸³ ירידה בעלות השירותים המשפטיים מכיוון שמצד אחד זול יותר לנסח את התניה בשל הניסיון הנצבר ומצד אחר למנסח יש מומחיות גדולה יותר בניסוח התניות⁸⁴ וירידה בעלויות שיווק מכיוון שלא יהיה צורך להסביר את התניה אם היא כבר מקובלת בשוק.⁸⁵ לפיכך ספקים הפועלים בענף מסוים יכולים לאמץ תניות שכשלעצמן הן אינן היעילות ביותר מבחינה כלכלית במובנה הפשוט, אך ערכן עבור המאמץ גבוה יותר בגלל החצנות הרשת.⁸⁶ ההסבר הכלכלי השלישי רואה בתניות האחידות כלי לתיאום בין ספקים המאפשר להם ליצור קרטל, וכך הכללה של תניות מסוימות בחוזים יכולה להיות סימן למחויבות של הספק לקרטל כשהכללתן בחוזה האחיד מסמנת לספקים האחרים בתחום שתניות אלו אינן נתונות למשא ומתן, וכי הספק לא יסטה מהן.⁸⁷

מאמר זה טוען שיש סיבות נוספות שמהן התאוריה הכלכלית מתעלמת הקשורות למאפיינים הארגוניים של הספקים ושל ענפי הפעילות, הגורמות להאחדה של תניות חוזיות של ספקים הפועלים באותו ענף. למשל, כבר נטען בספרות שלא ניתן לראות דרך הפריזמה הכלכלית את כל המאפיינים הרלוונטיים שמשפיעים על עיצובם של חוזים.⁸⁸ מאמר זה מפתח את הרעיון הזה ומצביע על הדרך שבה ניתן להשתמש בתוכנות מתחום התאוריה הארגונית כדי להבין תופעה חוזית ואף כדי להתמודד עם היבטים בעייתיים שלה. לדוגמה, הפריזמה הכלכלית מחמיצה את השיקולים הלבד-כלכליים של ספקים כבואם לעצב את חוזהם. למשל, היא מחמיצה את החשיבות שהספקים מייחסים לגיטימציה ארגונית וליחסים עם שחקנים אחרים בענף.⁸⁹ בעקבות זאת הגישה הכלכלית מתעלמת משיקולים של רמת לגיטימציה של הגופים הפועלים בשדה ושל היחסים השונים בין גופים אלו. שלא כגישה הכלכלית, אשר תטען שספק ייטה ללמוד מגוף שנראה לו רווחי יותר או יעיל יותר, הגישה הארגונית תתבונן על היבטים נוספים של יחסים בין ארגונים. לפי הגישה הארגונית, במקרים רבים הספק ייטה להסתכל יותר על ארגונים שהוא רואה בהם לגיטימיים יותר או דומים לו יותר אף אם בקלות יוכל לזהות ארגונים רווחיים יותר בשדה. לא ארגונים שנהנים מלגיטימציה ארגונית הם הרווחיים ביותר או היעילים ביותר אלא אלו שנתפסים כפועלים בצורה התואמת את הערכים והתפיסות הנורמטיביות הקיימות בשדה הארגוני. כלומר, אלו הם הארגונים שנתפסים כקרובים ביותר לאידאל הארגוני של השדה. מלבד זאת, עצם שייכותו של ארגון מסוים לשדה ארגוני יכול להגביל אותו בפעולות שינקוט.

83 שם, בעמ' 780–782.

84 שם, בעמ' 782–784.

85 השו"ש, בעמ' 785–786.

86 שם, בעמ' 789–792. כך, התוצאה הלא יעילה של החצנות רשת יכולה להיות תוצאה של האחדה סביב התניה הלא נכונה, אחידות יתר או שונות יתר, השו"ש, Marcel Kahan & Michael Klausner, *Standardisation and Innovation in Corporate Contracting (or "the Economics of Boilerplate")*, 83 VA. L. REV. 713, 734 (1997). ראו גם Boardman, לעיל ה"ש 31, בעמ' 1112–1117. ראו דיון בהשפעותיהן של החצנות רשת על קיומן של תניות לא יעילות בחוזים של איגרות חוב מדינתיות אצל Choi & Gulati, לעיל ה"ש 30.

87 גילה ופורת, לעיל ה"ש 18, בעמ' 1019–1020.

88 ראו Smith & King, לעיל ה"ש 76.

89 שם, בעמ' 37–40.

לפיכך גם אם פעולה מסוימת תיראה כדאית לכלכלן שיתבונן על השדה מבחוץ, על פי התאוריה הארגונית, ספק המצוי בתוך השדה לא יחשיב אותה כלל לאפשרית. שיקולים אלו גורמים לספקים לכלול – או להימנע מלכלול – בחוזהם תניות ללא קשר ישיר לעסקה המסוימת שבה הם מתקשרים עם הלקוח. מסיבות אלו הם יכולים לכלול תניות בעלות ערך סמלי ברמת ענף הפעילות שאין להן השפעה על תנאי העסקה. תניות אלו אינן "הון סמלי" מבחינת הספק ואף אינן צפויות להביא לו תועלת כלכלית כלשהי בטווח הארוך או הקצר. כלומר, אי אפשר לזהות שיקול כלכלי אשר הוביל את הספק לאמץ. למעשה, תניות אלו יכולות להיות חסרות משמעות הן מבחינת העסקה והן מבחינת הספק בטווח הארוך והן יכולות להיות אף מנוגדות לאינטרס הספק. חלק ממצבים אלו כבר הוזכרו בספרות, אך טרם הוצע להם הסבר תאורטי.⁹⁰ לכן מאמר זה טוען כי במקום שבו כשלה התאוריה הכלכלית לתת הסבר, הפנייה לתאוריה ארגונית יכולה להיות לעזר. לטענת המאמר, עיצוב של תניות חוזיות, לפחות בחלק מהמקרים, הוא תוצאה של מנגנונים הפועלים ברמת ענף הפעילות (השדה הארגוני) הגורמים לאיזומורפיזם מוסדי. מנגנונים אלו גורמים להאחדתן של תניות חוזיות, ובמקרים מסוימים, בעיקר בשל מנגנון התחרות, גורמים שהתניות החוזיות של ספקים שונים הפועלים בענף יהיו דווקא שונות זו מזו. פעילותם של המנגנונים תלויה במבנה ענף הפעילות אשר משפיע על הדרך שבה פועלים תהליכי ההאחדה. הדבר משפיע אפוא גם על יעילותן של הדרכים השונות לביצוע רגולציה של האחדה זו. כדי להכין את הקרקע לדיונים שיתקיימו בפרקים הבאים ידון המאמר כעת בהשפעה האפשרית של כל אחד מהמנגנונים על התניות החוזיות של הספקים הפועלים באותו ענף. חשוב להדגיש כי אמנם הדיון במנגנונים השונים נערך כאן בנפרד, אך בפועל מנגנונים אלו פועלים זה לצד זה, והשפעתם המשותפת, עם תופעות נוספות, היא שתקבע איך יתעצבו התניות החוזיות.

איזומורפיזם כופה נוצר במצבים שבהם קיים גוף אשר מכריח את הארגון, אם מכוח חוק ואם מכוח נורמות של השדה, לאמץ תניות מסוימות בחוזים שלו. בישראל הדבר יכול להתרחש במצבים שבהם יש חקיקה אשר מסדירה את הענף וקובעת כי תניה מסוימת חייבת להופיע בחוזה של הספק. למשל, סעיף 5א בחוק המכר (דירות) קובע מהו שיעור הפיצוי שעל המוכר לשלם במקרים של איחור במסירת הדירה, וכעבור כמה זמן עליו לשלם זאת.⁹¹ במקרים אחרים קיים רגולטור המופקד על תחום מסוים, והוא, בדומה לחקיקה, מורה לארגון על תניות שעליו להכניס לחוזים שלו. לדוגמה, המפקח על הבנקים הורה לתאגידים הבנקאיים לכתוב בטופסי פתיחת חשבונות משותפים המצויים בשימוש שוטף הבהרה כי סעיף היוותרות בחיים חל רק במישור היחסים שבין התאגיד הבנקאי ללקוחותיו ואינו משנה את יחסי הבעלות בין בעלי החשבון המשותף לבין עצמם או בינם לבין יורשיהם.⁹² יש לציין שברוב המוחלט של המקרים תניות מסוג זה, הנקבעות בחקיקה או בידי הרגולטור, לא יהיו תנאי מקפח בחוזה אחיד ולא יעוררו את הבעיות שנידונו בחלק א.2. מלבד זאת, התניות שקובעים המחוקק או הרגולטור הן תניות שלספק לא תהיה שליטה בעניינן או לכל היותר יוכל הספק להתנות עליהן לטובת הלקוח.

90 הסבר זה מתאים גם לתיאור תהליך השינוי בתניות של איגרות חוב מדינתיות כפי שהוא מתואר אצל Choi & Gulati, לעיל ה"ש 30.
 91 ס' 5א לחוק המכר (דירות), תשל"ג-1973.
 92 הוראת ניהול בנקאי תקין 434 "חשבונות משותפים – סעיף 'היוותרות בחיים'" (12.1995).

קיומו של ארגון גג שספקים משתייכים אליו יכול גם הוא לגרום להאחדה של תניות חוזיות דרך מנגנון האיזומורפיזם הכופה. במצבים אלו הצעות שהארגון יציע או אפילו דוגמאות לחוזים אחידים שיוציא הארגון יאומצו בידי הפועלים בתחום. במקרים כאלו ייתכן שאימוץ התניות יכפה על הספק מכיוון שחברותו בארגון וקבלת תניותיו יהיו תנאי לפעולה בתחום. למשל, התאחדות הכדורגל קובעת לאגודות הספורט את חוזה העבודה שבהם ישתמשו כדי להתקשר עם שחקני הכדורגל.⁹³ במקרים אחרים יהיו התניות בגדר המלצה בלבד, אך המלצה זו תהיה כה חמה עד שרוב הספקים בתחום יאמצו אותה מכיוון שאי-איווצה ייחשב לבעייתי או סימן רע בנוגע לחוזה. למשל, בארצות הברית איגוד הארכיטקטים האמריקאים ניסח כמאה טפסים סטנדרטיים אשר הארכיטקטים משתמשים בהם.⁹⁴ דוגמה נוספת היא מצב שבו ארגון גג, כמו זה שמאגד את בעלי אולמות השמחות בישראל, מציע חוזה אחיד להתקשרות בעלי אולמות השמחות עם לקוחותיהם.⁹⁵ בניגוד לתניות שנקבעות בידי המחוקק או בידי רגולטור, אחרי שאלו שקלו את האינטרסים של הצדדים ואיזונו ביניהם, תניות שנקבעות בארגון גג בתחום מסוים יכולות להיות מקפחות או בעייתיות ויכולות לעורר את הבעיות שנידונו בחלק א.2. לכן תניות אלו יכולות, במקרים מסוימים, לפגוע בתחרות ולהיות מנוגדות לחוק ההגבלים העסקיים. כיוון שלא כמחוקק או כרגולטור אין על ארגון הגג חובה להגן על האינטרסים של הצרכנים, ותפקידו, ברוב המקרים, הוא לייצג את הפועלים בתחום.

איזומורפיזם חקייני גורם לארגונים לאמץ תניות מסוימות מכיוון שארגונים אחרים, הנתפסים בעיניהם כלגיטימיים או מצליחים, מאמצים אותן. תופעה זו מתגברת במצבים של חוסר ודאות. כך, כאשר ספק מסוים איננו יודע, או איננו יכול לדעת, כיצד יתפתח השוק או מה המשמעויות האפשריות של התניות, הוא ייטה לאמץ תניות שאימצו ספקים אחרים. מדובר בבחירה שתהיה פעמים רבות רציונלית – לחקות ספק מצליח או לגיטימי מכיוון שניתן להניח שלספק כזה יש מידע עודף, הנובע מניסיונו או מהסתמכותו על מומחים, כולל על מומחים משפטיים, שמאפשר לו לאמץ תניות יעילות יותר. לפיכך בהיעדר מידע נוסף, היה אפשר לחשוב שהדבר ההגיוני והיעיל שהספק יכול לעשות הוא לאמץ תניות דומות או זהות לאלו שאותן אימץ הספק המצליח או הלגיטימי. עם זאת באיזומורפיזם חקייני הספק יאמץ תניות שאימץ ספק אחר לא מפני שהוא יחשוב כי התניה עצמה יעילה או לגיטימית, אלא מפני שהשיקולים שלו יהיו קשורים לספק השני (הספק המחוקק). הספק יאמץ את התניות מכיוון שהספק השני נתפס בעיניו כלגיטימי או מצליח. למשל, חברות כרטיסי אשראי קטנות יכולות לחקות את ויזה או את מאסטרכארד ולהציע תניות הזהות לשלהן.⁹⁶

בפועל, אימוץ תניות אלו, כמובן, לא בהכרח יהיה הבחירה היעילה ביותר מבחינה כלכלית. יכול להיות שהתניות שיאומצו לא יהיו היעילות ביותר ככלל או עבור הספק המאמץ. למשל, ייתכן שלספק הלגיטימי או המצליח אין כלל מידע עודף או שהמידע שיש ברשותו איננו נכון. מלבד זאת ייתכן שהתניות שאימץ הספק מתאימות לספק ה"מקורי" אך מתאימות פחות לפעילותו של הספק ה"חקיין"

93 ע"א 825/88 ארגון שחקני הכדורגל בישראל – עמותת נ' התאחדות לכדורגל בישראל, פ"ד מה(5) 89 (1991).

94 Perillo, לעיל ה"ש 15, בעמ' 186.

95 ע"ש (אחידים י-ם) 1049/00 התאחדות בעלי אולמות ואירועים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 19.03.2002).

96 לדיון באפשרות זו, ראו Mann, לעיל ה"ש 10, בעמ' 930–931.

או לא מתאימות כלל. הדבר יכול לנבוע משוני במאפיינים רלוונטיים בין שני הארגונים – אם בפעילותו ומקומו בשוק, אם בקהל לקוחותיו, ואם במאפיינים של הארגונים עצמם.⁹⁷ מלבד זאת הספק ה"חקיין" יכול להיות מודע להבדלים ועם זאת להעדיף לחקות את הספק ה"מקורי" משיקולים של הילת הלגיטימציה של הספק המקורי והרצון לזכות בחלק מהילה זו, ואז לאמץ תניה שאינה בהכרח מתאימה לו. למשל, חברת רהיטים מצליחה יכולה להרשות לעצמה לקבוע מועד הספקה של שלושה חודשים מכיוון שלקוחותיה יסכימו להמתין זמן זה כדי לקבל את הזמנתם, אך לקוחותיו של הספק ה"חקיין", חברת רהיטים פופולרית פחות, לא יסכימו להמתין זמן דומה. לחלופין, חברת רהיטים המוכרת רהיטים בהיקפים גדולים יכולה להציע זמן הספקה מהיר במיוחד, ואילו הספק ה"חקיין", חברת רהיטים שהיקף פעילותה קטן יותר, לא יוכל להציע.

חשוב להבחין בין הסבר שמציע האיזומורפיזם החקייני להסבר חלופי שמציע הניתוח הכלכלי. התאוריה הכלכלית יכולה לטעון שהספק פועל בחוסר ודאות ומחזיק במידע חלקי בלבד ולכן אינו יודע אם "הפעולה החקיינית" תוביל לתוצאה היעילה ביותר מבחינה כלכלית. לכן בשקלול עלות הטעות יבחר הספק לאמץ תניה שבהתחשב במידע שיש בידו ובעלויות השגת המידע הנוסף וניתוחו תדמה לו כיעילה ביותר מבחינה כלכלית. כלומר, על פי התאוריה הכלכלית, הספק בוחר את ההחלטה שיעיל ביותר מבחינתו לקבל גם אם תוצאתה בסופו של דבר לא תהיה היעילה ביותר מבחינה כלכלית. התאוריה הארגונית מספקת הסבר אחר לתופעה. לטענתה, שאלת הלגיטימציה היא המנחה את הספק ה"חקיין". במקרים שבהם רמת הלגיטימציה של הספק ה"מקורי" גבוהה מספיק, יבחר הספק ה"חקיין" לפעול כמוהו גם כאשר הוא יודע מראש שהוא מאמץ התנהגות שאינה היעילה ביותר מבחינה כלכלית מבחינתו, ואף כאשר הוא יודע לזהות התנהגות אחרת שתביא בוודאות לתוצאה שהיא יעילה כלכלית יותר. מכאן ניתן לראות שבמקרים מסוימים האיזומורפיזם החקייני הוא נדבך משלים לתאוריה הכלכלית בנקודה זו.

איזומורפיזם נורמטיבי נובע מכך שיש נורמות מסוימות שמקובלות בתחום פעילות מסוים. נורמות אלו יכולות להיות תוצאה של סטנדרט של מומחים הקשורים לתחום או של מצב שבו "כך עושים דברים" בתחום מסוים, כלומר במצב שבו דברים מסוימים הם סטנדרט בעיני הפועלים בתחום. בניגוד לאיזומורפיזם חקייני, שבו הספק יאמץ נורמה מכיוון שספק מצליח אימץ אותה, במקרה של איזומורפיזם נורמטיבי הספק יאמץ נורמה מכיוון שהנורמה תיחשב בעיניו לגיטימית ו"נכונה". כלומר, ההבדל בין המנגנונים הוא במקור הלגיטימיות – הספק האחר במקרה של איזומורפיזם חקייני, או הנורמה עצמה במקרה של איזומורפיזם נורמטיבי. בהקשר החוזי במקרים רבים עורכי דין הם המומחים אשר מנסחים הסכמים בתחום מסוים ובשל מוסכמות קיימות בתחום מכניסים תניות אחידות או דומות בכל החוזים בתחום זה. מלבד זאת, מכיוון שבמקרים רבים עורכי דין מנסחים חוזים דומים רבים, הם ייטו להשתמש בנוסחים של חוזים קודמים על מנת לחסוך את העלות של כתיבת החוזה החדש ובכך ייצרו מצב שבחוזים השונים יהיו תניות דומות.⁹⁸ תופעה דומה יכולה להתפתח גם כאשר

97 השו, Klausner, ה"ש 42; *Korobkin, Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability*, לעיל ה"ש 23, בעמ' 1242.

98 השו לדיון על היותה של האחדה בחוזים של חברות תוצאה של עבודתם עם משרדי עורכי דין, Kahan & Klausner, לעיל ה"ש 86, בעמ' 753–760.

מנהלים בארגונים, או אחרים שיש להם השפעה על עיצוב החוזה, ילמדו בבתי ספר למנהל עסקים או בקורסים מקצועיים רלוונטיים על תניות מסוימות שנכון שיופיעו בחוזהם. הם יראו בתניות אלו נכונות מבחינה נורמטיבית ועסקית, ולכן יכניסו אותן לחוזים ללא תלות הכרחית בשאלה אם אלה התניות היעילות ביותר מבחינה כלכלית בהקשר של ענף הפעילות או בהקשרו של הספק המסוים. תחרות בין ארגונים היא מנגנון נוסף שזוהה לאחרונה ושיכול לגרום להתפתחותו של דמיון בין התניות החוזיות של ארגונים שונים. מנגנון זה, שלא כמנגנונים האחרים, יכול לגרום גם להתפתחותו של שוני בין התניות החוזיות של הספקים הפועלים באותו ענף. על פי מנגנון זה, דמיון בין תניות יתפתח כאשר במסגרת התחרות ישאפו ספקים לאמץ את התניות היעילות ביותר. תניות אלו, מטבע הדברים, צפויות להיות דומות בין ספקים דומים הפועלים בתנאים דומים. זה הוא הסבר הדומה לזה שמספקת הגישה הכלכלית. מנגד, התחרות בין ספקים יכולה להוביל כל אחד מהם להתמקצע בנושא אחר או למצב עצמו בנישה מסוימת השונה מזו של הספקים האחרים. הדבר יכול להוביל לאימוץ של תניות שונות אשר חשיבותן ומאפייניהן יהיו תלויים בנישה הספציפית שכל אחד מהספקים יאמץ. מנגנון התחרות יכול להיות אחד מההסברים לתופעה שמתארים בן-שחר (Ben-Shahar) ווייט (White) כאשר לחוזים האחידים שחברות הייצור של כלי רכב כורתות עם הספקים שלהן. על פי המתואר, אף שחברות אלו פועלות בשוק דומה ונראה כי מאפייניהן דומים, קיימים הבדלים רבים מאוד בין החוזים האחידים שלהן.⁹⁹

לפי מנגנון התחרות ארגונים יכולים לאמץ תניות שיצביעו על הנישה שאליה הם שייכים. יכול להיות שלא יהיה לתניות אלו ערך כלכלי בפני עצמן, ולמעשה הן גם עלולות להיות יעילות פחות מבחינה כלכלית. למשל, חברת רהיטים אשר ממצבת את עצמה כמאפשרת הספקה מידית של מוצרים תוכל להתחייב על ההספקה המהירה ואף על פיצוי במקרה של איחור. לעומתה, חברה אשר ממצבת את עצמה כיוקרתית ואקסקלוסיבית תבחר לכלול בחוזה האחידים תניות שמציעות זמן הספקה ארוך, שידגיש את האקסקלוסיביות שלה. חברה זו תנהג כך גם במצבים שבהם היא תוכל, בפועל, להציע הספקה מהירה יותר וכך להגדיל את תזרים המזומנים שלה ואולי אף למכור פריטים רבים יותר, ללקוחות שאינם מוכנים לחכות את זמן ההספקה הארוך. כלומר, ספקים שונים יוכלו להשתמש בתניות שונות בחוזים שלהם כדי להדגיש את אופיים השונה גם כאשר הדבר לא יהיה בהכרח יעיל כלכלית או אף אם יתעוררו הבעיות שנידונו בפרק 2. כמובן, פרקטיקות אלו מעלות שתי שאלות רלוונטיות: הראשונה, האם היווצרותן של הנישות השונות תשמר את קיומו של השדה הארגוני (ענף הפעילות)? השנייה, האם הלקוחות יהיו מודעים לתניות שבעזרתן ירצו הספקים לשייך את עצמם לנישה מסוימת?¹⁰⁰ שאלות אלו לא יידונו במאמר זה כי הן חורגות מהדיון שבו.

חלק זה של המאמר דן במנגנונים שגורמים להתפתחותה של האחדת תניות חוזיות אצל ספקים הפועלים באותו ענף פעילות. מנגנונים אלו מסבירים הן את אימוץ התניות היעילות מבחינה כלכלית, בדומה להסברים שניתנים גם בתאוריות כלכליות, והן אימוץ של תניות יעילות פחות מבחינה כלכלית. הפרק הבא יציג פתרונות אפשריים לבעיות שמתעוררות בעקבות תופעת ההאחדה, כפי שהוצגו בחלק

99 Omri Ben-Shahar & James J. White, *Boilerplate and Economic Power in Auto Manufacturing Contracts*, 104 MICH. L. REV. 953 (2006)

100 Marotta-Wurgler, לעיל ה"ש 30, בעמ' 449.

א.2, והפרק שלאחריו יסביר כיצד השילוב בין התוכנות מתחום התאוריה הארגונית שהוצגו בחלק זה לבין הפתרונות השונים מאפשר התמודדות טובה יותר עם הבעיות שמתעוררות בשל ההאחדה.

ג. פתרונות להתמודדות עם האחדה

חלק זה סוקר את הפתרונות האפשריים לבעיות שעולות מהאחדה של תניות חוזיות לרוחב ענף פעילות. הספרות המשפטית בישראל דנה רבות בתניות מקפחות בחוזים אחידים של ספק בודד, אולם דרכי התמודדות עם תנאים מקפחים לרוחב ענף פעילות טרם זכו לדיון מקיף. המאמר ממלא פער זה בספרות בסקירת הפתרונות המרכזיים המעוגנים בהסדרים המשפטיים הקיימים (בחלק ג.1). לאחר מכן, בחלק ג.2, יציע המאמר פתרונות נוספים המבוססים על ההסדרים הקיימים כיום אך דורשים את התאמתם. חלק ג.3 יסקור בקצרה פתרונות נוספים שאינם מתחום החוזים.

1. הפתרונות הקיימים כיום וחסרונותיהם

כפי שנידון לעיל, בחלק א.2, הקשיים שמעוררת האחדה של תניות חוזיות לרוחב ענף פעילות אינם נובעים מאימוצן של תניות לא יעילות אלא מהחשש לפגיעה חמורה בלקוחות מהתפתחותן של תניות מקפחות לרוחב הענף. לכן הפתרונות השונים הנדונים במאמר מתמקדים בקושי זה. הפתרון האפשרי הראשון הוא פתרון השוק. ניתן לטעון שהשוק עצמו ימנע את היווצרותן של תניות מקפחות אלו. על פי טיעון זה, אם קיימת תחרות בשוק מסוים, תהיה התחרות גם באשר לתנאי החוזה. לכן ספקים יימנעו מלכלול תניות מקפחות בחוזיהם. הם יימנעו מכך בגלל החשש שהלקוח יפנה לספק אחר או בגלל החשש שספק מתחרה ישתמש בתניה המקפחת כדי ליצור לעצמו יתרון תחרותי.¹⁰¹ כמובן, טיעון זה מוגבל לשווקים שבהם יש תחרות בין הספקים ולא יחול במצבים של היעדר תחרות, כמו קרטל גלוי או סמוי, שידרשו את התערבותה של הממונה על ההגבלים העסקיים. מצבים אלו של היעדר תחרות חורגים מהדיון במאמר הנוכחי מכיוון שסיבותיהם ופתרונותיהם מבוססים על תחום ההגבלים העסקיים, והשאלות החוזיות אינן עומדות במרכזן.¹⁰²

בפועל גם במצבים שיש בהם תחרות בין ספקים בענף מסוים יכולות להתפתח תניות מקפחות ענפיות.¹⁰³ גילה (Gilo) ופורת (Porat) הראו כי במצבים מסוימים גם בהתקיים תחרות לא ימנע השוק

101 לטענה דומה ראו אוריאל פרוקצ'ה "תוקפו המחייב של חוזה אחיד כפונקציה של מבנה השוק" משפטים ט 25 (תשל"ט); Korobkin, *Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability*; לעיל ה"ש 23, בעמ' 1216–1208. השור, Lucian A. Bebchuk & Richard A. Posner, *One-Sided Contracts in Competitive Consumer Market*, 104 MICH. L. REV. 827 (2006) אשר טוענים כי בשוק תחרותי גם אם יהיה שימוש בתניות שהן לכאורה מקפחות בחוזים אחידים, הן לא יופעלו בעניינם של רוב הלקוחות בגלל שיקולי מוניטין.

102 ראו, למשל, גילה, לעיל ה"ש 18, בעמ' 498–502; גילה ופורת, לעיל ה"ש 18.

103 ראו, למשל, Marotta-Wurgler, לעיל ה"ש 30, המציג מחקר אמפירי שלפיו קיומה של תחרות אינו משפיע הרבה על הכללת תניות לטובת הספק בחוזים אחידים של חברות שמוכרות תכנה דרך האינטרנט.

את התפתחותן או הכללתן של תניות מקפחות מסוגים מסוימים לרוחב הענף.¹⁰⁴ הדבר יקרה כאשר אין תחרות בין הספקים השונים על התניות החוזיות, או כאשר, לכל הפחות, אין תחרות באשר לתניות הנוגעות לתחומים מסוימים בחוזה.¹⁰⁵ הדבר צפוי בייחוד במצבים שבהם לספקים אין תמריץ לחשוף כי ספקים אחרים כוללים תניות מקפחות בחוזיהם מחשש לפגיעה בביקוש של המוצר שלהם עצמם, למשל במצבים שבהם הביקוש איננו קשיח.¹⁰⁶ כך הספקים יכולים לכלול תניות מקפחות בחוזה שלהם מבלי לחשוש שלקוחות בכלל או לפחות לקוחות רבים יעברו לספקים אחרים. התופעה תהיה חמורה במיוחד כאשר כל הספקים בתחום או רובם יכללו את התניה המקפחת וללקוחות כמעט לא תהיה ברירה, במקרה שהם מעוניינים לרכוש מוצר או שירות מסוים, אלא להתקשר בחוזה הכולל את התניה המקפחת. כלומר, הטיעון של גילה ופורת יהיה רלוונטי במיוחד במצבים של תניה מקפחת לרוחב ענף. הרי אם לכל הספקים בתחום יש אותן התניות המקפחות, ודאי שאין להם תמריץ לחשוף את קיומן.

סיבה נוספת לכך שבמצב של תחרות בין ספקים עדיין יכולות להתפתח תניות מקפחות לרוחב ענף היא הטיות התנהגותיות של לקוחות. לקוחות יכולים לשקלל רק מספר קטן של מאפיינים במסגרת החלטותיהם.¹⁰⁷ לכן במקרים רבים לא יוכלו הלקוחות לשקלל במסגרת החלטותיהם את התניות המקפחות או יתמקדו במאפיינים אחרים, שחשובים יותר להחלטתם. לפיכך התחרות בין הספקים לא תתמקד בתניות מקפחות אלו ותתאפשר האחדתן ברוב הענף או אף בכלולו. הטייה זו תצטרף להטיות התנהגותיות נוספות של לקוחות, כגון אי־קריאה של החוזים או אי־הבנת משמעותן של התניות המקפחות. כלומר, היא תתווסף להטיות שמקשות על לקוחות לזהות את התניות המקפחות ולהבינן, וגם אם יעשו זאת, בהרבה מקרים לא יוכלו להעריך את משמעותן כראוי.¹⁰⁸ למשל, בתחום של מכירת דירות שהן יד ראשונה התחרות המרכזית בין הספקים השונים תהיה על מאפיינים כמו מיקום הדירה, גודלה, סידורה הפנימי, מחירה ותנאי התשלום. עם זאת החוזים למכירת דירות אלו כוללים תניות רבות המשפיעות על הלקוחות ואשר הלקוחות מייחסים להן חשיבות פחותה או שהם מקבלים אותן מבלי לנהל עליהן משא ומתן בשל המשאבים הרבים שהשקיעו בכחירת הדירה וקבלת ההחלטה בקשר לרכישתה בטרם הגעתם לשלב חתימת החוזה.¹⁰⁹

David Gilo & Ariel Porat, *Viewing Unconscionability Through a Market Lens*, 52 WM. & MARY L. REV. 133 (2010).

105 התופעה תתרחש בעיקרה כשמדובר בתניות שאינן עומדות במרכז המשא ומתן בין הצדדים או שמשמעותן איננה בהכרח מובנת ללקוח, בין השאר מכיוון שהלקוח יכול להקדיש משאבים מוגבלים להבנת החוזה. הוא יתמקד בתניות שנראות לו חשובות ביותר ויתעלם מהתניות שנראות לו מהותיות פחות לעסקה. במיוחד רלוונטי הדבר במצבים שבהם פערי המידע בין הצרכן לספק נוגעים לא רק לקיפוחו של התנאי אותם אלא גם להסתברות קרות המאורע הרע, ראו גילה, לעיל ה"ש 18, בעמ' 504. הדבר מתרחש, לכאורה, בחוזים של חברות כרטיסי אשראי בארצות הברית, ראו Mann, לעיל ה"ש 10, בעמ' 929.

106 ראו גילה, לעיל ה"ש 18, בעמ' 504–510.

107 ספרות ניסויית מראה שיכולתם של אנשים להביא בחשבון יותר משלושה מאפיינים מוגבלת. ראו Mann, לעיל ה"ש 10, בעמ' 910; *Unconscionability, Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and* Korobkin, לעיל ה"ש 23, בעמ' 1227–1228.

108 Mann, לעיל ה"ש 10, בעמ' 912.

109 השו, אייל זמיר "הבסיס התיאורטי של חוק המכר (דירות)" **משפטים** ל 459, 481–482, 487 (תש"ס); Mann, לעיל ה"ש 10, בעמ' 905–906.

דרך אפשרית שנייה להתמודד עם החשש מתניות מקפחות לרוחב ענף פעילות היא בעזרתו של בית הדין לחוזים אחידים. עם זאת חשוב לזכור כי בית הדין לחוזים אחידים איננו מותאם כשלעצמו לתת פתרון לבעיות כלל-ענפיות. סמכות בית הדין היא לבטל תניה בחוזיו של ספק שעניינו הובא בפני בית הדין, וזאת בכל החוזים הדומים במהותם לחוזה שנידון בפניו.¹¹⁰ כלומר, החלטתו של בית הדין חלה רק על ספק בודד, או רק על הספקים שעניינם הובא בפניו, ולא על כל הספקים בענף. היה ניתן לחשוב שלפי החלטה של בית דין לחוזים אחידים בקשר לתניה מקפחת בחוזים של ספק מסוים בענף ילמדו ספקים אחרים מניסיונו ויימנעו מהכללתה של תניה דומה בחוזיהם. עם זאת בפועל, פסילתה של תניה בחוזה של ספק אחד לא בהכרח תמנע את הכללתה של תניה זהה או דומה בחוזים של ספקים אחרים באותו ענף.

לדוגמה, ניתן לראות שלפחות חלק מהחלטות בית הדין לחוזים אחידים אינן מחלחלות לחוזהים של ספקים אחרים בענף. על פי המחקר שעשה מיכאל, בתחום התירות רוב התניות שנפסלו בבית הדין לחוזים אחידים בענייניו של לספק מסוים בענף, הוסיפו והופיעו בחוזהים של הספקים האחרים בענף.¹¹¹ בדומה לזה, נראה שהחלטות בית הדין בתחום מכירה דירות מיד ראשונה אינן מחלחלות לחוזים של ספקים אחרים בענף. פסק הדין בעניין **אחים דוניץ** מדגים נקודה זו. בהליך זה פנה היועץ המשפטי לממשלה לבית הדין לחוזים אחידים בבקשה לבטל סעיפים בחוזה של החברה אחים דוניץ וחברות הקשורות אליה אשר דומים במהותם לסעיפים שנפסלו זה מכבר בבית הדין באשר לחברות אחרות בענף.¹¹²

נראה כי הסיבות המרכזיות הן פערי מידע ועלויות ניהול ההליך. ביטולה של תניה מסוימת אצל ספק בענף בטענה שהיא מקפחת תלויה במאפיינים נוספים של החוזה האחיד של אותו ספק. לפיכך לקוח של ספק אחר, אם יבחר לנהל הליך משפטי, יצטרך להוכיח בפני בית משפט רגיל כי אותה התניה מקפחת גם במקרה הקונקרטי שלו, על מנת לבטל את התניה. לכן כל עוד עלויות ניהול ההליך גבוהות, יהסס הלקוח מלפנות לערכאות. כמו כן ספק שמודע לכך יהסס פחות מלכלול בחוזיו תניה מקפחת הדומה לתניה שבוטלה אצל ספק אחר. ספק זה ידע שההסתברות שהתניה שהכניס לחוזיו תבוטל בהליך מאוחר יותר תהיה נמוכה. ואף אם ידע, יוכל לתמחר טוב יותר את הסיכון שבהשאתה לאורך זמן לעומת מה שיפסיד אם תבוטל בעתיד. מלבד זאת, פעמים רבות הלקוח לא ידע שתניה דומה בוטלה אצל ספק אחר, ולפיכך יש סיכוי לא מבוטל שאם יפנה הוא עצמו לערכאות תבוטל התניה גם במקרה שלו. הדבר נכון במיוחד בשל הקושי המעשי לאתר את פסקי הדין של בית הדין לחוזים אחידים ובשל היעדר התמריצים לעשות זאת. כך, החלק באתר משרד המשפטים שיוחד להחלטות בית הדין כולל רשימה חלקית של ההחלטות, וגם מבין החלטות המוזכרות באתר, חלק גדול מפסקי הדין אינו מופיע. גם המאגרים המשפטיים, אשר ממילא הגישה של רוב הלקוחות אליהם מוגבלת, אינם כוללים את כל פסקי הדין. יש פסקי דין המופיעים באתר משרד המשפטים אך לא במאגרים משפטיים,

110 ס' 18(א) לחוק החוזים האחידים.

111 מיכאל, לעיל ה"ש 9, בעמ' 74-79.

112 ח"א (אחידים י-ם) 15-03-18647-03 **היועץ המשפטי לממשלה – מח' ייעוץ וחקיקה נ' אחים דוניץ**, פס' 2 (פורסם בנבו, 25.1.2017).

וחלק מפסקי הדין המופיעים במאגרים המשפטיים אינם מסווגים כפסקי הדין של בית הדין לחוזים אחידים.¹¹³

בנוסף, הגופים המוסמכים לפנות לבית הדין לחוזים אחידים, היועץ המשפטי לממשלה וגופים נוספים,¹¹⁴ מוגבלים ביכולתם לוודא שספקים, לפחות בחלק מהענפים, נמנעים מלכלול בחוזהם תניות שהוכרוזו כמקפחות אצל ספקים אחרים באותו ענף. הסיבות לכך, שוודאי קשורות זו בזו, הן היעדר מידע על המשך הכללתן של התניות בחוזים האחידים וקיומם של משאבים מוגבלים להשקיע בניהול הליכים הדומים בעיקרם להליכים שכבר התנהלו בפני בית הדין לחוזים אחידים.¹¹⁵ למשל, במקרה של אישור החוזה של חברת התיירות "אירופה טורס" פנה היועץ המשפטי לממשלה לחברות אחרות בענף על מנת שימציאו לו עותק מהחוזה האחיד שבו הן משתמשות. עם זאת לבד מפנייה זו לא עשה היועץ המשפטי לממשלה דבר.¹¹⁶ בנוסף, נראה כי בדרך כלל היועץ המשפטי לממשלה והגופים המוסמכים לכך ממעטים לפנות לבית הדין, דבר שהופך את פתרון בית הדין לחוזים אחידים לבעייתי לצורך התמודדות עם תניות מקפחות ענפיות. המחברת למשל הצליחה לאתר באמצעות אתר משרד המשפטים והמאגרים המשפטיים השונים בסך הכול 61 הליכים שהתנהלו בפני בית הדין ושניתנו בהם החלטות. מתוך ההליכים הללו רק 19 הליכים היו בקשות לביטול תניות מקפחות בחוזים אחידים, כלומר בקשות שהגיש היועץ המשפטי לממשלה או גוף אחר המוסמך להגיש בקשות לביטול.¹¹⁷ לכאורה, ניתן לטעון שיהיה אפשר למנוע את התניות המקפחות הענפיות אם היועץ המשפטי לממשלה או גוף צרכני יביאו בפני בית הדין תניה מסוימת של ספקים רבים. כלומר, שההליך לא יתנהל נגד ספק בודד אלא נגד כלל, או רוב, הספקים הפועלים בענף מסוים. בדרך זו ניסתה לנהוג עמותת דיירי הדיור המוגן בישראל. העמותה פנתה לבית הדין בקשר לתניה שאפשרה למנהלי בית דיור מוגן להעלות את התשלום של הדייר העלאה חד-צדדית ובשיעור הגבוה מעליית המדר. הליך זה התנהל במקביל נגד 23 משיבים שהתניות שלהם העלו חשש זהה לקיפוח אך היו מנוסחות ניסוח שונה והיו נטועות בהקשר חוזי שונה. דבר זה צמצם את יכולתו של בית הדין להחליט החלטה אחידה באשר לכל אחד מהספקים, ולפיכך ההסכמות שהושגו עם המשיבים היו גם הן שונות.¹¹⁸ בית הדין התייחס במפורש לאפשרות לנהל הליך נגד מספר רב של ספקים בפסק דין אחר, שבו עמותת דיירי הדיור המוגן בישראל פנתה לבית הדין בטענה כי תניה הקובעת שעל דייר המלין אצלו ביחידת הדיור מטפל יידרש לשלם תשלום נוסף לבית הדיור המוגן – היא מקפחת.¹¹⁹ העמותה העלתה

113 לצורך בחינת הנושא השווה המחברת את רשימת פסקי הדין שמפורסמים באתר של משרד המשפטים "מהחלטות בית הדין לחוזים אחידים" www.justice.gov.il/Units/YeutzVehakika/NosimMishpatim/HozimAhidim/Pages/Hachlatot.aspx ובמאגרי המידע המשפטיים.

114 ס' 16 לחוק החוזים האחידים.

115 ראו למשל את דבריה של יעל כהן-שאואט בפרוטוקול ישיבה מס' 667 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (8.8.2012).

116 מסיקה, לעיל ה"ש 26, בעמ' 122.

117 להשוואה, על פי מחקר שהתפרסם ב-2013, לבית הדין לחוזים אחידים הוגשה בקשת אישור אחת בממוצע בשנה, ראו מיכאל, לעיל ה"ש 9, בעמ' 73.

118 ח"א עמותת דיירי הדיור המוגן לישראל, לעיל ה"ש 32.

119 ח"א (אחידים-י) 35070-02-11 עמותת דיירי הדיור המוגן בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 28.5.2013).

טענה זו נגד 39 משיבים, אשר לכל אחד מהם היה חוזה שונה, וניסוחה של התניה הרלוונטית בחוזה היה שונה. בהקשר זה קבע בית הדין כי אכן ראוי כי הסוגיה תיבחן יחד בעניינם של כל המשיבים מכיוון שהיא מעלה שאלות עקרוניות דומות. עם זאת נקבע ששאלת הקיפוח תיבחן בנפרד באשר לכל משיב ומשיב בשים לב לניסוח התניה ולשאר תניות החוזה האחיד שבו משתמש המשיב הספציפי.¹²⁰ בית הדין אף הדגיש את הבעייתיות בניהול הליך אחד נגד קבוצה של משיבים גם במצבים שבהם התניות שהם תוקפים דומות או ניתנות לחלוקה לקבוצות של תניות דומות, מכיוון שיש לבחון את התניות על רקע מכלול תנאי החוזה המסוים.¹²¹

קושי נוסף באפשרות לפתוח הליכים נגד כל, או רוב, הספקים בענף קשור למספר הספקים הפועלים באותו ענף. בענפים שבהם פועלים ספקים רבים יהיה צורך במשאבים רבים כדי לבחון כל אחד מהחוזים. השקעת משאבים כזאת לא תאפשר בפועל. לכן, כפי שיוסבר בפרק ד, יעילותו האפשרית של פתרון בית הדין לחוזים אחידים מושפעת ממבנה הענף, השדה הארגוני, שבו פועלים הספקים.

פתרון שלישי המאומץ כיום באשר לחלק מהענפים הוא חקיקה ותקנות שמסדירות את היחסים בין הספקים ללקוחות באותו ענף או אוסרות על הכנסת תניות מסוימות בחוזים בין הצדדים. הסדרה כזו קיימת בחוק החוזים האחידים עצמו.¹²² בנוסף, הסדרה כזו קיימת גם בחוקים שעוסקים בתחומים מסוימים. למשל, חוק שירותי תעופה (פיצוי וסיוע בשל ביטול טיסה או שינוי בתנאיה) קובע את הפיצוי שעל מפעיל הטיסה לשלם אם הטיסה בוטלה או התעכבה.¹²³ הקושי בפתרון זה הוא שתהליכי חקיקה והתקנת התקנות דורשים זמן רב והכרה טובה של הענף. לפיכך חקיקה ותקנות יתקשו לתת מענה מהיר לשינויים בענף ולהתפתחותם של תנאים מקפחים חדשים שיהפכו למעין סטנדרט בחוזים האחידים בתחום. חשש זה מצטרף לחשש כי נציגים של ענפים מאורגנים יפעילו לחץ על המחוקק או על מתקין התקנות כדי למנוע חקיקה שתגביל את חופש החוזים שלהם.¹²⁴

פתרון רביעי אפשרי הוא הקמתו של רגולטור שיפרסם הנחיות ויפקח על ענף מסוים. מומחיותו של הרגולטור מאפשרת במקרים רבים מענה מהיר ואיכותי להיווצרותם של הסדרים ותניות מקפחות בענף. פתרון זה מאומץ כיום בתחומים כגון שוק התקשורת, שוק הבנקאות ושוק הביטוח, שבהם הרגולטור משנה את ההסדרים הענפיים הקיימים על מנת למנוע את קיפוח הלקוחות. הקושי המרכזי בפתרון זה הוא העלות הגבוהה של הקמת רגולטור לתחום מסוים, הן מבחינת המשאבים שיש להשקיע בהקמתו ובפעילותו והן בעלויות אפשריות לשוק אם יהיה השוק נתון בפיקוח יתר.¹²⁵ העלויות הרבות של

120 שם, פס' 9, 24. השוו לע"ש (אחידים י-ם) 5017/98 **מגדל הזהב נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 3 (פורסם בנבו, 19.11.2001) (פסק דין חלקי). בפסק דין זה דן בית הדין בסעיפים בחוזה של אחת המבקשות אך מציין שההכרעה תחול, עם השינויים המחויבים, על החוזים של המבקשות האחרות.

121 ח"א **עמותת דיירי הדיור המוגן בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה**, לעיל ה"ש 119, פס' 3. בפסק דין זה דחה בית הדין את הטענה הכללית ובחן את הטענות בנוגע לכל אחד מהמשיבים ואף דחה, כפי שמצוין בפס' 41, את הטענות בנוגע למשיבים שחוזיהם לא היו מונחים בפניו.

122 ס' 4, 5 לחוק החוזים האחידים.

123 חוק שירותי תעופה (פיצוי וסיוע בשל ביטול טיסה או שינוי בתנאיה), תשע"ב-2012.

124 ראו למשל אסף שפירא "שדלנות ושדלנים: מבט תאורטי, היסטורי ומשווה" **פרלמנט** 66 (2010); tinyurl.com/nowz7vu.

125 לדיון קצר בהקשר של רגולציית יתר בתחום החוזים האחידים, ראו בכר וגלברד, לעיל ה"ש 44, בעמ' 7.

מנגנון זה מונעות את הקמתו של רגולטור לכל אחד מהתחומים שבהם עלולות להיווצר תניות מקפחות ענפיות. מלבד זאת, מנגנון של הקמת רגולטור מתאים בעיקרו לענפים שבהם קיים חשש רב לקיפוח הלקוחות, לשווקים שבהם התחרות מעטה וישנם בהם פערי מידע חריפים בין הלקוחות לבין הספקים, או כשמדובר בשירותים חיוניים. בנוסף, מבנה הענף, מבחינת היחסים שבין הספקים השונים הפועלים בו ומבחינת הארגונים המשפיעים עליו – מאפייני השדה הארגוני – יהיה גם הוא בעל השפעה רבה על יעילותו האפשרית של הרגולטור. לפיכך בתחומים רבים אין הצדקה מעשית להקמתו של מנגנון רגולציה בשל עלויותיו. עם זאת קיימים ענפי פעילות שבהם הקמת רגולטור, והאיזומורפיזם הכופה שאותו הוא יוצר, יאפשר התמודדות עם הבעיות שמתעוררות מההאחדה של תניות חוזיות לרוחב ענף פעילות.

2. פתרונות מוצעים

בחלק זה מוצעים שני פתרונות נוספים המתבססים על הפתרונות הקיימים ושאינם דורשים שינויי חקיקה ניכרים. פתרונות אלו משלבים את המנגנונים הקיימים בנוגע לחוזים אחידים של ספק בודד וכן מנגנוני אכיפה פרטית בידי לקוחות בפני בתי משפט רגילים. הפתרונות מבוססים על ניתוח הפתרונות הקיימים וקשייהם, והמאמר מסביר ובוחר אותם בעזרת ניתוח יעילות. כלומר, משווה את התועלת האפשרית מהפעלתם לעלויות האפשרויות הכרוכות בהפעלתם. הצגתם נועדה להעשיר את הדין בפתרונות האפשריים בתופעת ההאחדה הענפית. התאוריה הארגונית העומדת במרכז מאמר זה תבוא לתועלת בבחירה בין הפתרונות האפשריים השונים.

הפתרון הראשון מבוסס על המנגנון הקיים כיום בנוגע לחוזים אחידים. מטרתו בין השאר לאפשר ניצול יעיל של המשאבים המושקעים בהליכים המתנהלים בפני בית הדין לחוזים אחידים. על פי פתרון זה, כאשר בית הדין לחוזים אחידים יקבע כי תניה בחוזה של ספק מסוים בענף מקפחת, הוא יוכל לקבוע כי היא מקימה חזקת קיפוח בענף כולו.¹²⁶ קביעה זו לא תגרור ביטול אוטומטי של תניות דומות הקיימות בחוזים של ספקים אחרים באותו ענף ואשר חוזהם לא נבחנו בפני בית הדין, אך היא תגרור חזקה הניתנת לסתירה כי דין התניה להתבטל. כלומר, במקרה שלקוח יגיש תביעה נגד ספק ויראה שתניה דומה נפסלה בבית הדין לחוזים אחידים במקרה של ספק אחר באותו הענף, יתהפך נטל הראיה, ועל הספק יהיה להוכיח שהתניה איננה מקפחת בנסיבות העניין.¹²⁷

מנגנון זה יעזור להתמודד עם הקשיים שבשיטה הקיימת שנידונו לעיל. הוא מקטין את עלויות פנייתם של הלקוחות להליכים משפטיים מכיוון שהמשאבים שיהיה עליהם להשקיע כדי להוכיח כי התניה מקפחת יהיו פחותים. בנוסף, ייתכן כי פתרון זה יעזור לצמצם את פערי המידע בין הלקוחות לספקים. אמנם הוא לא ימנע אותם לחלוטין, אך מכיוון שכעת ללקוחות תהיה תועלת רבה יותר מאיתור המידע – היפוך נטל ההוכחה בעניינם – הם יהיו מוכנים להשקיע מאמץ גדול יותר באיתור

126 השוואת פתרון זה לפתרון שמוצע במיכאל, לעיל ה"ש 9, בעמ' 96–94, ואשר על פיו צדדים נוספים יוכלו להצטרף להליך של אחד הספקים, בית הדין יוכל לקבוע כי הקביעות שלו חלות לרוחב ענף, או כי משרד התמ"ת יוכל להוציא צו הרחבה שיחיל את החלטות בית הדין בכל הענף. הפתרון המוצע במאמר הנוכחי הוא פתרון רדיקלי פחות ויאפשר לכל אחד מהספקים את יומו בבית המשפט.

127 השוואת Todd D. Rakoff, *The Law and Sociology of Boilerplate*, 104 MICH. L. REV. 1235 (2006).

המידע על הליכים קודמים. לכן המנגנון יגדיל את הסיכוי שהספקים ימנעו מלכלול בחוזים שלהם, אקס אנטה, תניות שהוכרזו כמקפחות באשר לספקים אחרים בענף. לפיכך יקטן הסיכוי שהתניות המקפחות, בייחוד אלו שהוכרזו כמקפחות באשר לספקים אחרים, יהפכו לסטנדרט בענף מסוים.

עם זאת מתעורר החשש שתניות שנבדקו בקשר לספק מסוים ולא נפסלו בשל נסיבות חוזיו יהיו מקפחות בחוזים של ספקים אחרים בענף. במצבים כאלו תהיה לספקים אחרים אלו לגיטימציה להשאיר את התניות בחוזיהם ואף ספקים נוספים בענף יוכלו לאמצן, והדבר עלול לשמר את השימוש בתניות מקפחות ואף להרחיבו. למרות החשש התאורטי נראה שמבחינה פרקטית ההסתברות להתממשותו נמוכה. כאשר היועץ המשפטי לממשלה, או גופים אחרים, פותחים הליך נגד ספק מסוים, הם מתמקדים בספקים שבעניינם יש הסיכוי הרב ביותר כי התניה תיפסל. כלומר, ברוב המקרים הם יבחרו ספקים אשר בנסיבות חוזיהם מדובר בתניה מקפחת. מלבד זאת, אם אכן לא תיפסל תניה מסוימת, ובהמשך יתגלה שהיא תניה מקפחת אצל רוב הספקים בענף, פתוחה ליועץ המשפטי לממשלה הדרך להביא את העניין בפני בית הדין לחוזים האחידים על מנת להפסיק את התופעה.

חשוב להדגיש כי אמנם נכון שפתרון מוצע זה מצמצם את יומם של הספקים בבית המשפט, אך הוא אינו מונע אותו מהם לגמרי. הסיבה לכך היא שספק שעניינו לא נבחן בפני בית הדין לחוזים אחידים יוכל להעלות את טענותיו בהליך פרטני. בנוסף, אם יאומץ פתרון זה, ייטיב בית הדין לחוזים אחידים לעשות אם יזמין ארגונים המייצגים את הספקים, או ספקים המעוניינים בכך, לשטוח את טענותיהם בפני בית הדין בעת התנהלותו של ההליך המקורי.¹²⁸ הדבר יאפשר לבית הדין לשקול את השלכות הרחב של ההחלטה כי תניה מסוימת מקימה חזקת קיפוח בענף כולו. כמובן, על בית הדין לעשות זאת רק במקרים המתאימים ובצורה שלא תגזול משאבים רבים. למשל, בהזמנת הספקים האחרים להציג את עמדתם כ"ידיד בית המשפט". פתרון זה יכול להתאים במיוחד לענפים שבהם יש ספקים רבים בעלי מספר משתנה של לקוחות ושאינם מצדיקים הקמת מנגנון פיקוח לתחום.

פתרון נוסף, שיכול אף להצטרף לפתרון הקודם, הוא הטלת פיצויים עונשיים על ספק שכלל תניה מקפחת בחוזה שלו אם בית הדין לחוזים אחידים פסל תניה דומה בחוזה של ספק אחר בענף.¹²⁹ הצעה זו תחול כאשר הלקוח יצליח להוכיח בפני בית המשפט, בשילוב עם הפתרון הקודם או בלעדיו, כי בנסיבות העניין התניה בחוזה שבו הוא התקשר היא תנאי מקפח בחוזה אחיד. במקרה כזה אם יוכל הלקוח להראות שתניה דומה או זהה נפסלה בפני בית הדין לחוזים אחידים במקרה של ספק אחר בענף, יוטלו על הספק פיצויים נוספים ללא הוכחת נזק.¹³⁰ כמובן, יש להביא בחשבון את שיעור הפיצויים העונשיים, את המצבים שבהם יוטלו, נוסף על האפשרות להטיל הוצאות על התובע אם הגיש תביעת סרק, בשל החשש מתביעות סרק אשר עלולות להגדיל את העומס על בתי המשפט.

פתרון זה יצמצם את השימוש בתניות מקפחות שנפסלו במקרה שספק כלשהו בענף משתי סיבות עיקריות: ראשית, ללקוח יהיה כדאי יותר להגיש תביעה נגד הספק מכיוון שלעומת העלות שלא תשתנה, התועלת האפשרית מההליך, בשל האפשרות לקבל פיצויים ללא הוכחת נזק, תעלה. בנוסף,

128 בית הדין רשאי לעשות זאת כבר כיום לפי ס' 16(ג) לחוק החוזים האחידים.
 129 לדיון בדרך שבה ניתן להטיל פיצוי כספי במצב החוקי הנוכחי, ראו גילה, לעיל ה"ש 18, בעמ' 513–516.
 130 השוו להצעה אצל בכר וגלברד, לעיל ה"ש 10, בעמ' 55 ולקביעת פיצויים לדוגמה בס' 31 חוק הגנת הצרכן, תשמ"א–1981.

ללקוח יהיה כדאי להשקיע משאבים כדי לברר אם התנהלו הליכים בסוגיות דומות בפני בית הדין לחוזים אחידים מכיוון שהדבר יאפשר לו ליהנות מפיצויים ללא הוכחת נזק אם יזכה.¹³¹ לכן ההסתברות לפתיחת הליך תעלה, ואף ייתכן שגם ההסתברות שהלקוח יזכה בהליך תעלה בעקבות הפתרון הקודם, או מכיוון שבית המשפט ייטה להסתמך, לפחות במידה מסוימת, על החלטות בית הדין לחוזים אחידים. שנית, הספק ידע אקס אנטה כי תוחלת הנזק שלו מההליך תעלה בגלל הפיצויים הנוספים ובגלל עליית ההסתברות שהלקוח יזכה. לכן התועלת של הספק מהשימוש בתניה המקפחת בחוזים שלו תפחת, היא תהיה יעילה פחות מבחינתו ולכן תפחת ההסתברות כי הוא יכלול אותה בחוזים שלו.

אמנם ניתן לטעון שקיימים פערי מידע, והספקים לא ידעו כי תניות דומות נפסלו במקרים של ספקים אחרים בענף, ולכן אין להטיל עליהם פיצויים עונשיים. טענה זו איננה חזקה. שלא כלקוחות או כיועץ המשפטי לממשלה, שיש להם נגיעה בענפי פעילות רבים, כל ספק מתמקד בענף אחד או בענפי פעילות בודדים. לכן בייחוד בשל מיעוט ההליכים המתנהלים בפני בית הדין לחוזים אחידים ואורכם הדרישה כי ספק ידע שמתנהל הליך נגד ספק באותו ענף פעילות היא סבירה. דרישה זו מטילה על הספק חובה לדעת את המצב המשפטי בענף שבו הוא פועל כשם שעליו לדעת על חקיקה ותקנות חדשות בתחום פעילותו. כמו כן פסקי הדין של בית הדין לחוזים אחידים מבהירים מדוע תניה מסוימת נפסלה, והספק יוכל לשקול אם נסיבות אלו מתקיימות בעניינו, ואם התניה תהיה מקפחת גם בחוזים שלו. לפיכך נראה שאין מתעוררת בעיה עקרונית בהטלת חובות ואף פיצויים עונשיים על ספקים בנסיבות העניין.

לסיכום, שני הפתרונות המוצעים יכולים להועיל בהתמודדות עם האחדה של תניות מקפחות לרוחב השדה. מכיוון שאי אפשר להכריע מראש איזה מהפתרונות יהיה היעיל ביותר באיזה ענף פעילות ובאילו נסיבות, לדעתי מומלץ כי המחוקק יאפשר את שניהם וישאיר את שיקול הדעת במקרה המסוים לבית הדין או לבית המשפט שהמקרה יובא בפניו. בנוסף, חשוב לציין שפתרונות אלו נותנים כלים לגופים שיפוטניים שונים: הראשון – לבית הדין לחוזים אחידים, והשני – לבתי המשפט הרגילים. היבט זה של הפתרונות מדגיש את היתרון בלאפשר לבתי המשפט ולבית הדין להכריע אם במקרה שהובא בפניהם ראוי להשתמש בפתרונות אלו במצטבר או לחלופין.

3. פתרונות אפשריים נוספים

נוסף על הפתרונות שנידונו לעיל ואשר מאפשרים להתמודד עם תופעת האחדה, יש עוד פתרונות אשר אינם מתחום החוזים האחידים או מתחום החוזים, אך ייתכן שיאפשרו לצמצם האחדה של תניות מקפחות לרוחב ענף. מכיוון שפתרונות אלו חיצוניים לתחום העיסוק של המאמר, יימנע המאמר מדין מעמיק בהם. עם זאת למען הצגת הסוגיה על כל צדדיה, פתרונות אלו יוזכרו בקצרה בחלק זה מבלתי להיכנס לדיון מעמיק ביתרונותיהם ובחסרונותיהם, ומתוך הבנה שהדיון בהם כאן הוא חלקי בלבד.

¹³¹ היבט נוסף של פתרון זה הוא הפוטנציאל שלו לנטרל את הנטייה של לקוחות להאמין שאם תניה מופיעה בחוזה היא אכיפה ובעקבות זאת להימנע מלעמוד על זכויותיהם, ראו Dennis P. Stolle & Andrew J. Slain, *Standard Form Contracts and Contracts Schemas: A Preliminary Investigation of the Effects of Exculpatory Clauses on Consumers' Propensity to Sue*, 15 BEHAVIORAL SCI. & L. 83 (1997).

במקרים מסוימים יהיה ניתן להשתמש בתביעות ייצוגיות כדי לצמצם את התופעה של תניות מקפחות לרוחב ענף,¹³² אם הנושא יעמוד בתנאי החוק, אם יהיה מספר גדול מספיק של לקוחות לכל ספק, ואם מידת הפגיעה תתאים לניהול תביעה ייצוגית.¹³³ פתרון אפשרי נוסף מבוסס על מוניטין הספק, ולפיו גופים צרכניים, כגון המועצה לצרכנות, יביישו ספקים הכוללים תניות מקפחות בחוזהם, למשל בהכללתם ברשימה שחורה. בדרך זו ייתכן שהגופים הצרכניים יוכלו למלא את התפקיד שאותו הייתה אמורה למלא התחרות במניעתן של יצירת תניות מקפחות לרוחב ענף. בנוסף, גופים אלו, או אף המדינה, יכולים להרכיב רשימה של תניות בעייתיות ומשמעותן ולהנגישה לצרכנים.¹³⁴ אמנם פתרון זה חלקי, מכיוון שצרכנים רבים לא רק שלא יקראו את החוזים אלא גם לא יקראו את ההסברים.¹³⁵ עם זאת ייתכן שהדבר ישיג את מטרתו ויפחית את ההסתברות שהספקים יכללו את התניות המקפחות בחוזהם. הסיבה לכך תהיה החשש של הספקים שהלקוחות בכל זאת יקראו את ההסברים או החוזים, ולכן הספקים ימנעו, אקס אנטה, מהכללת התניות החשודות.

בנוסף, יכולים להיות פתרונות וולונטריים לבעיה, למשל ניסוח של חוזים אחידים לענף אשר בניסוחם יהיו מעורבים שחקנים אשר ייצגו הן את האינטרסים של הספקים והן את האינטרסים של הלקוחות.¹³⁶ במצבים מסוימים יהיה ניתן אולי לדרוש כי את ההסכמים הללו יאשר גוף מדינתי כגון בית הדין לחוזים אחידים,¹³⁷ או כי גופים צרכניים ינהלו את המשא ומתן עם הספקים באשר לחוזים האחידים שלהם, ויהיה ניתן להרחיב חוזים אלו על כלל הספקים הפועלים בענף.¹³⁸ עם זאת נראה שפתרון זה יהיה בעייתי במצב המשפטי בישראל ואף עלול להיחשב לנוגד את חוק ההגבלים

132 ראו גילה, לעיל ה"ש 18, בעמ' 504.

133 ראו חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006.

134 השוו להצעת משרד המשפטים למשרד השיכון כי ידרוש מהקבלנים שמתקשרים אתו כי בבואם לחתום על חוזה עם רוכשי הדירות, יצרפו נספח שיכלול רשימה של תנאים מקפחים כפי שנקבעו בחקיקה או בפסיקה, רויתל ירחי "חוזים אחידים למכירת דירות בידי קבלנים" **המשפט** א 181 (תשנ"ג). כמו כן ראו את ההצעה ליצור מדריכי קיפוח ענפיים אצל מיכאל, לעיל ה"ש 9, בעמ' 91-93.

135 ראו למשל את הממצאים האמפיריים באשר לחוזים של רכישת תכנות ברשת האינטרנט. לפי ממצאים אלו, רוב הלקוחות אינם קוראים את החוזים ואינם מבררים עליהם באתרים המכילים מידע צרכני, אצל Bakos, לעיל ה"ש 23, בעמ' 28. השוו לחשש כי אם יעלו את דרישות הגילוי באשר לתניות בחוזים ברשת האינטרנט ימשיכו הלקוחות להיות לא מודעים, אך התניות המקפחות עלולות להיות אכיפות יותר מכיוון שההנחה תהיה שהלקוחות היו מיוודעים, Robert A. Hillman, *Online Boilerplate: Would Mandatory Website Disclosure of E-Standard Terms Backfire?*, 104 MICH. L. REV. 837 (2006) בשל התנהגות צרכנים, לבסס פתרונות לתניות מקפחות על תוספת מידע ראו Eyal Zamir & Yuval Farkash, *Standard Form Contracts: Empirical Studies, Normative Implications, and the Fragmentation of Legal Scholarship*, Hebrew University of Jerusalem Legal Studies Research Paper Series No. 15-16 (ssrn.com/abstract=2546863).

136 לדיון באפשרויות שונות שגופים, למטרת רווח ולא למטרת רווח, ינסחו חוזים ענפיים ראו Kevin E. Davis, *The Role of Nonprofits in the Production of Boilerplate*, 104 MICH. L. REV. 1075 (2006).

137 השוו להצעה אצל Perillo, לעיל ה"ש 15, בעמ' 192-194.

138 לדיון בהצעה זו ראו מיכאל, לעיל ה"ש 9, בעמ' 85-91.

העסקיים.¹³⁹ כמובן ייתכן שניתן לחשוב על פתרונות נוספים שהם מחוץ לתחום החוזים האחידים לבעיה הנדונה כאן.

לאחר סקירת הפתרונות האפשריים בחלק זה הפרק הבא של המאמר יחזור לתאוריה הארגונית ובעזרתה יעסוק בדרך שבה ניתן לזהות את הפתרון המתאים לענף פעילות מסוים מבין הפתרונות השונים, הממוקדים בחוזים אחידים. העיסוק בדרך לזיהוי הפתרון המתאים ייעשה בדיון בהתאמתם של הפתרונות השונים למבנה השדה הארגוני ובגורמים לתופעת ההאחדה בענף הפעילות הנבחר.

ד. בחירה בין הפתרונות על בסיס מאפייני השדה

הפרק הקודם סקר מגוון של פתרונות אפשריים לתופעת ההאחדה של תניות מקפחות לרוחב ענף. אך קיים קושי ניכר במגוון הפתרונות והוא בדיוק זה – מגוון הפתרונות הרחב, גם הקיימים וגם המוצעים במאמר זה, כאשר לכל פתרון יש יתרונות וחסרונות רבים. אין פתרון אחד שניתן לטעון בעניינו כי הוא שיצליח להתמודד עם התופעה בצורה מיטבית בכל הענפים. מלבד זאת, אין תשובה משפטית חד-משמעית לשאלה מה הוא הפתרון המתאים לכל ענף. למשל, כמו שזיהו בכר וגלברד, הסדרה כופה של זכויות הצרכנים ככלל ודרך חקיקה בפרט הייתה יעילה בחלק מהענפים למרות חסרונותיה ועלויותיה.¹⁴⁰ בנוסף, גם הפנייה למאפייניו הכלליים של השוק הישראלי כשוק ריכוזי, קטן ואוליגופוליטי לא תוכל להביא ישועה. הסיבה לכך היא שאף שכל ענפי הפעילות אמנם פועלים בשוק הישראלי, לא כולם הם בעלי מאפיינים אלו. בענפי פעילות מסוימים פועלים עשרות ספקים, ואילו ענפי פעילות אחרים הם אכן ריכוזיים. לכן, וזהו אחד מחידושי המאמר, יש צורך לחפש דרכים אחרות כדי להתאים את הפתרון הנכון לכל ענף. לצורך כך יש להתבונן על המנגנונים שגורמים לתופעת ההאחדה בענף המסוים.¹⁴¹ כמו כן במקרים רבים זיהוי מרכיביו של השדה הארגוני מאפשר עיצוב מיטבי של פתרון זה.

אם יהיה ניתן להבין את המנגנון שפועל וגורם להאחדה של התניות המקפחות, יהיה ניתן להסיק כיצד אפשר להגביל האחדה זו או לגרום להאחדה סביב תניות שאינן מקפחות. הדבר יהיה כלי לבחירת המנגנונים היעילים והמתאימים ביותר לכל ענף ויענה על הצורך של היועץ המשפטי לממשלה להכריע אילו תחומים ואילו מנגנונים לתעדף.¹⁴² כלי להשגת מטרה זו הוא התאוריה

139 בית הדין לחוזים אחידים סירב לאשר חוזה שהביא בפניו ארגון המאגד את אולמות השמחות כאשר מטרת הליך האישור הייתה להפוך את החוזה המאושר לחוזה המומלץ שבו יוכלו להשתמש בעלי אולמות השמחות. ההסבר שניתן לדחיית הבקשה היה שהדבר נוגד את חוק ההגבלים העסקיים. ראו ח"א התאחדות בעלי אולמות ואירועים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 95. במאמר מוסגר אציין, על בסיס ראיות אנקדוטליות, שהתניות הנזכרות בפסק הדין כתניות בחוזה האחד שהובא לאישור הן נפוצות עד מאוד בחוזים של בעלי האולמות כיום. לדיון מעמיק לדרך שבה יש להתבונן על תופעת ההאחדה הענפית דרך משקפיים של הגבלים עסקיים, ראו Patterson, לעיל ה"ש 28.

140 בכר וגלברד, לעיל ה"ש 10, בעמ' 56.

141 השוו לטענה הכללית שכדי לבחון את השימוש בתניות מקפחות בתחום מסוים יש לבחון את מאפייני השוק, ראו Johnston, לעיל ה"ש 8, בעמ' 887.

142 לחשיבות התעדוף וההשפעה הרוחבית של החוזה המסוים ראו את דבריה של רני נויבואר בפרוטוקול ישיבה מס' 256 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-19, 7 (12.11.2014): "אנחנו כיועץ משפטי

הארגונית שהוצגה בפרק ב. לפי התאוריה הארגונית, מבנה השדה הארגוני (היחסים בין הגורמים הפועלים בענף הפעילות) משפיע על יעילותם של הפתרונות השונים. לכן יש בתאוריה זו כדי לתעדף נכונה את הפתרונות השונים בהתחשב במבנה השדה הארגוני ובמנגנוני ההאחדה.

כפי שהוסבר לעיל, בחלק ב.3, תופעת ההאחדה של תניות בתחום מסוים היא פעמים רבות מופע של איזומורפיזם מוסדי. ההאחדה מתרחשת באמצעות ארבעת המנגנונים שהוצגו לעיל, אשר משפיעים על הדרך שבה תאומצנה תניות דומות בענף פעילות (בשדה הארגוני). פעילות המנגנונים איננה זהה בכל הענפים ואיננה פועלת באותה עוצמה על כל הארגונים בענף אלא תלויה במבנה הענף. לכן כדי לזהות מהו הפתרון המתאים ביותר בכל ענף יש לבחון תחילה את המבנה שלו, ורק אז יהיה ניתן להבין מדוע וכיצד מתקיימת ההאחדה.¹⁴³ בהקשר זה מבנה השדה הרלוונטי כולל את הארגונים והגופים השונים הפועלים בשדה בין שהם ספקים, ארגוני-על, רגולטורים או אחרים. כך, מבנה השדה כפי שמוצג כאן כולל את המאפיינים שעליהם מתבוננת התאוריה הכלכלית – מספר הגופים, סוגי הגופים, נתחי השוק של כל אחד מהגופים וקשיחות הביקוש.¹⁴⁴ עם זאת הפרמטרים הרלוונטיים כוללים גם מאפיינים נוספים אשר התאוריה הכלכלית אינה נוטה להתבונן בהם.

מאפיין אחד כזה שהגישה הכלכלית מתעלמת ממנו הוא רמת הלגיטימציה של הגופים הפועלים בשדה. על פי מאפיין זה, יש צורך לבחון אם יש ספק שנחשב מוביל בשדה ואשר גופים אחרים נוטים לחקות אותו. קיים מאפיין נוסף והוא קיומן של קואליציות או קבוצות של ארגונים הפועלים בשדה, ויש לבדוק אם קיימות תת-קבוצות בתוך הענף שמתייחסות זו לזו יותר משהן מתייחסות לקבוצות אחרות. למשל, חנויות ריהוט שפונות לקהל יוקרתי לעומת חנויות ריהוט שפונות לקהל ממעמד הביניים, וכל אחת רואה בדומים לה את מתחריה הרלוונטיים העיקריים. פרמטר חשוב נוסף הוא אם בענף מסוים יש גוף, איגוד הפועלים בענף, שמטרתו לייצג את האינטרסים של הענף או גוף פרטי שיוצר נוסחים של חוזים, ומה היחס של הספקים לגוף זה. למשל, אם הפועלים בענף בוחרים להשתמש בחוזים אלו. לבסוף, אמנם הגישה הכלכלית מכירה בקיומם של שחקנים שונים בשוק מסוים – מתחרים פוטנציאליים וממשיים או רגולטור – היא מתבוננת על הדרך שבה קיומם ופעולתם משפיעים על היעילות האפשרית של ההחלטות השונות. לעומת זאת התאוריה הארגונית מתייחסת להיבטים נוספים של היחסים בין גופים אלו ובייחוד לדרכים שבהן התנהגותם של גופים אלו גורמת לספק לתפוס אפשרויות פעולה מסוימות כלגיטימיות ואחרות כלא לגיטימיות שלא על בסיס יעילותן הכלכלית. הבנת מאפיינים אלו של השדה הארגוני מאפשרת להבין טוב יותר מדוע וכיצד מתפתח האיזומורפיזם המוסדי בשדה. הבנה זו נותנת כלים לענות על השאלה כיצד ניתן לצמצם את ההאחדה בצורה הטובה ביותר במקרים שבהם היא גורמת להתפתחותן של תניות מקפחות אחרות לרוחב ענף.

למשלה צריכים לתעדף. מה התעדוף? התעדוף הולך לפי כללים שבאופן עקרוני אנחנו בודקים מה ההשפעה הרוחבית של אותו חוזה שזה בעצם כללים של תעדוף. אתה אומר כמה החוזה הזה חשוב, כמה הוא בסיסי, כמה הוא נפוץ לציבור, כמה הציבור צריך פה את העזרה שלנו. אלו השיקולים שאנחנו שוקלים שזה לא בהכרח השיקולים של אותו ספק שאומר: רוצה הגנה מכזה, רוצה הגנה מכזה, רוצה גושפנקא כזו או אחרת".

143 השוו לטענה כי על מנת לקבוע אם תניה מסוימת ראויה לפסילה יש לבחון את השוק ואת הסביבה שבהם פועל הספק, Douglas G. Baird, *The Boilerplate Puzzle*, 104 MICH. L. REV. 933 (2006).

144 לניתוח מסוג זה ראו למשל גילה, לעיל ה"ש 18, בעמ' 504.

בפסקאות הבאות ידגים המאמר טענה זו. הוא יתייחס למבני שדה אפשריים ולדרך שבה מבני שדה אלו ישפיעו על יעילותם של הפתרונות שנידונו לעיל.

מבנה שדה ראשון הוא כזה שיש בו ספק אחד, או ספקים בודדים, אשר נחשבים מובילים בענף. ספקים אלה נהנים מלגיטימציה גבוהה, ושאר הספקים מתבוננים עליהם, לפחות במידה מסוימת, כדי להחליט כיצד עליהם לפעול. בשדה כזה ההאחדה תיווצר בעיקר דרך מנגנון האיזומורפיזם החקיני. לכן התניות שספקים רבים בשדה יאמצו יהיו דומות או זהות לתניות של הספקים המובילים. מכאן שאם ספק כזה שהעניינים נשואות אליו ישנה את תניותיו מתניות מקפחות לתניות שאינן מקפחות, אז התניות החדשות, הלא מקפחות, צפויות לחלחל גם לשאר הספקים הפועלים בשדה. כלומר, אם התניות החוזיות של ספקים אלו ייבחנו בבית הדין לחוזים אחידים אשר יפסול תניות מקפחות שבהן הם משתמשים, אז גם ספקים אחרים הפועלים בענף צפויים להתאים את חוזיהם לקביעות פסק הדין. וכך דרך מנגנון האיזומורפיזם החקיני יימנעו הספקים האחרים מלהשתמש בתניות מקפחות אחידות. במבנה ענף כזה השימוש בפתרון בבית הדין לחוזים אחידים מתאים.

הפתרון של בית דין לחוזים אחידים יעבוד טוב פחות במבנים אחרים של השדה הארגוני. למשל, בשדה שבו אין ספק מוביל, או שיש כמה ספקים מובילים שאותם הספקים האחרים מחקים, פסילת תניות של ספק אחד בלבד בשדה לא צפויה להשפיע במידה ניכרת על הפרקטיקות של הספקים האחרים באותו שדה. אם למשל השדה מורכב מכמה קבוצות שקשורות זו לזו יותר מלאחרות, אז ההשפעה יכולה להיות רק בתת-הקבוצה הרלוונטית. הבנה של פעולת מנגנון האיזומורפיזם החקיני מובילה לשתי מסקנות מרכזיות בנוגע לשימוש בבית הדין לחוזים אחידים כדי למנוע תניות מקפחות אחידות לרוחב ענף. ראשית, כי השימוש בבית הדין לחוזים אחידים מתאים יותר במקרים שבהם יש ספק מוביל בשדה, או שיש מספר קטן של ספקים מובילים אשר את עניינם ניתן להביא בפני בית הדין. שנית, כי כאשר היועץ המשפטי לממשלה, או גוף אחר, מעוניין לבחור ספקים כדי להביא את עניינם בפני בית הדין, על מנת לקבל את התוצאות המיטביות מההליך עליו להתמקד בספקים המובילים בענף. כמובן, שיקול זה של היועץ המשפטי לממשלה מצטרף לשיקולים אחרים שעליו לשקול, כגון רמת הקיפוח שיש בחוזה של ספק מסוים.

דוגמה אחרת לדרך שבה ניתן להשתמש בתובנות מהתאוריה הארגונית בעניין מנגנוני ההאחדה היא מקרה שבו השדה הארגוני מבוזר מאוד, ופועלים בו ספקים רבים בעלי קשרים מורכבים זה עם זה. וכך שלא כבמקרה הקודם, אי אפשר לזהות מנגנון איזומורפיזם מרכזי שגורם להאחדה אלא רק מנגנונים שונים המשתלבים זה בזה ומשפיעים במגוון דרכים על הספקים השונים. מלבד זאת, אפילו באיזומורפיזם חקיני, כאשר הוא פועל, הספקים השונים בענף מתבוננים על ספקים שונים ולא על ספק אחד מרכזי. במצב כזה פנייה לבית הדין לחוזים אחידים, למשל, לא תהיה בעלת תוצאות יעילות ברמת השדה. לכן שינוי או פסילה של תניות מקפחות אצל ספק אחד לא יובילו ספקים אחרים בשדה להוציא תניות דומות מחוזיהם. אלו הם המצבים שבהם יש צורך להפעיל רגולציה ברמת השדה, אם ברמת החקיקה והתקנות ואם בהקמתו של רגולטור. כמובן, הבחירה במנגנונים אלו תהיה תלויה בעלויות יישומם של המנגנונים בענף מסוים למול התועלת מהם, ותישקל התועלת המדויקת ממניעת התניות המקפחות. במסגרת השיקולים הללו ייכנסו שאלות על עסקאות המאפיינות את הענף, למשל סוג ההתקשרות ואורכה, משמעות העסקה לצרכן, היקף העסקה וכן שאלות בנוגע לתניה המקפחת,

כגון משמעויותיה הכלכליות והלא כלכליות.¹⁴⁵ למעשה, רגולציה או חקיקה יפעילו את מנגנון האיזומורפיזם הכופה שדובר בו לעיל ויכריחו את הגופים בשדה לאמץ את התניות החוזיות הלא מקפחות.

מאפיין נוסף של השדה שיכול להשפיע על הדרך שבה ניתן להתמודד עם תופעת ההאחדה של תניות מקפחות לרוחב ענף הוא קיומו של גוף דומיננטי בשדה הקובע סטנדרטים מקובלים להתנהגות. כלומר, קיומם של גוף או קבוצה מקצועית שיפעילו את המנגנון של איזומורפיזם נורמטיבי. גופים אלו יכולים להיות המועצה לצרכנות, אם הרבה ספקים או לקוחות נעזרים בה לקבלת החלטותיהם. לחלופין, קבוצה מקצועית יכולה להיות קבוצת עורכי הדין אשר מנסחים את החוזים בענף מסוים, כגון בענף מכירת דירות מיד ראשונה.¹⁴⁶ בשדות שקיים בהם גוף כזה יהיה ניתן לצמצם את תופעת ההאחדה של תניות מקפחות באמצעות השפעה על גופים אלו. למשל, ניתן לעשות זאת בחיזוק המועצה לצרכנות כדי שיהיו לה כלים רבים יותר להשפיע על השוק וכן אפשרות להרחיב את המידע שיש ברשותה ולהנגישו כדי להגדיל את השפעתה.

בשדות שקיימות בהם קבוצות מקצועיות, כמו עורכי דין, אשר מובילות איזומורפיזם נורמטיבי, יש אפשרות להשפיע על התנהגותן בצורה שתשפיע על השוק. לדוגמה, דרך שינויים בהשכלה, בהכשרה או בהשתלמויות ניתן לשכנע עורכי דין כי יש צורך לאמץ הסדרים משפטיים מסוימים בחוזים, וכך כשעורכי דין יבואו לנסח את החוזים, הם ישתמשו בתניות שאינן מקפחות. פתרון זה יהיה יעיל במיוחד כאשר אחת הבעיות המובילות להאחדה של התניות המקפחות היא מנעד מצומצם של דפוסים אפשריים של פעולות קבוצתיות. כלומר, כאשר הבחירה בתניה המקפחת נובעת מהיעדר אפשרות, מבחינה קוגניטיבית, לבחור בפרקטיקה שאיננה מקפחת. לפיכך חשיפת עורכי הדין לאפשרויות נוספות יכולה למנוע את השימוש בתניות המקפחות באמצעות שינוי מהותי של מרכיב השדה הארגוני. בנוסף, שינוי של כללים משפטיים שיפיעו על עבודתם צפוי גם הוא להשפיע על הנורמות שעורכי הדין מאמצים ומקדמים. למשל, אם יאומצו הפתרונות שהועלו במאמר זה, כגון קביעת חזקת קיפוח או הטלת פיצויים עונשיים, הדבר ישפיע על עבודתם של עורכי הדין ועל העצה המשפטית שהם ייתנו ללקוחותיהם. דרך מנגנון האיזומורפיזם הנורמטיבי יצמצם אימוץ התניות המקפחות בענף.

מכאן שהפנייה לתאוריה ארגונית מלמדת אותנו שאי אפשר להסתפק בתאוריה הכלכלית או בכללים המשפטיים כדי להתמודד בצורה מיטבית עם היווצרותן של תניות מקפחות לרוחב ענפי פעילות. על מנת להתמודד עם בעיה זו יש להבין מדוע וכיצד היא נוצרת. ניתן להשיג הבנה זו באמצעות פנייה לפעילות של האיזומורפיזם המוסדי. ההבנה כיצד מתרחש תהליך ההאחדה תאפשר להבין איזה מבין המנגנונים המשפטיים הקיימים הוא המתאים ביותר כפתרון.

145 השוו לטענה כי רגולציה מתרחשת כאשר השוק הרלוונטי נהיה חשוב מספיק, וכי על הרגולציה להביא בחשבון את המצב בפועל, ראו Mann, לעיל ה"ש 10, בעמ' 915-918; לטענה כי על בית המשפט להביא בחשבון את מאפייני הענף בעת הקביעה שיש לאכוף תניות אחידות, ראו Rakoff, לעיל ה"ש 127.

146 השוו לדיון בטענה שהאחדה בחוזים של חברות היא תוצאה של עבודתן עם משרדי עורכי דין, Kahan & Klausner, לעיל ה"ש 86, בעמ' 753-760, Boardman; לעיל ה"ש 31.

סיכום

מאמר זה מציע כמה חידושים – הן מבחינת תחום העיסוק שלו והן מבחינת המסגרת התאורטית שבו. ראשית, המאמר דן בתופעת ההאחדה של תניות בחוזים אחידים לרוחב ענפי פעילות. תופעה זו, אף שקיומה הוכר בספרות כבר מזמן, נשארה עד עתה ללא בחינה אקדמית מעמיקה למרות חשיבותה והשפעתה הרבה על לקוחות כמעט בכל תחום ותחום. תופעה זו גורמת שבמקרים רבים אין כמעט הבדלים בין החוזים של ספקים הפועלים בענף מסוים. כמו כן בעקבותיה מוחמרות הבעיות המתעוררות באשר לחוזים אחידים, ומתעורר חשש לקיפוח רב של לקוחות.

שנית, המאמר פונה לתאוריה הארגונית על מנת להסביר את תופעת ההאחדה ולהציע דרכים לזיהוי הפתרונות לקשיים שהיא מעלה. עד היום, למרות התובנות הרבות שהיא יכולה להציע, התאוריה הארגונית נשארה כמעט לגמרי מחוץ לתחום המחקר המשפטי. אמנם מחקר קודם הסביר את התועלת הרבה בפנייה לתאוריה הארגונית כדי להבין טוב יותר את תחום החוזים, אך מאמר זה הוא המחקר הראשון שמשתמש בתאוריה ארגונית כדי לנתח תופעה חוזית מסוימת ולהציע לה פתרונות. לצורך זה פנה המאמר לזרם המוסדי החדש בתאוריה הארגונית, ובייחוד לדיון בשדות הארגוניים ובתופעת האיזומורפיזם המוסדי. המאמר הסביר את מנגנוני האיזומורפיזם המוסדי, וכיצד אלו מסבירים את תופעת ההאחדה גם במקרים שבהם התאוריה הכלכלית איננה מצליחה לעשות זאת.

שלישית, המאמר הציע סקירה ראשונה מסוגה לפתרונות האפשריים לתופעת ההאחדה של תניות חוזיות לרוחב ענף. המאמר סקר את הפתרונות הקיימים ואת הכשלים שלהם בהתמודדות עם תופעת ההאחדה לרוחב ענף פעילות. מלבד זאת הוא גם הציע שני פתרונות חדשים – חזקה הניתנת לסתירה של קיפוח ופיצויים ללא הוכחת נזק במקרה שתניה דומה נפסלה בבית הדין לחוזים אחידים. פתרונות חדשים אלו מאפשרים להתגבר על הכשלים הקיימים בפתרונות הקיימים.

רביעית, המאמר הצביע על כך שיש להשתמש בתובנות מתחום התאוריה הארגונית המסבירות את היווצרותה של האחדה על מנת לקבוע אילו מבין הפתרונות הקיימים השונים מתאימים לכל ענף פעילות. זאת מכיוון שיעילותם של הפתרונות השונים איננה אחידה בין ענף לענף. המאמר הסביר שבאמצעות הבנת המנגנונים הגורמים להאחדה בשדה מסוים, על בסיס מבנה השדה, יהיה ניתן להעריך את יעילותם של הפתרונות השונים בענף פעילות מסוים. ההערכה הזו תשמש כלי חשוב בידי היועץ המשפטי לממשלה ובידי גורמים אחרים הבאים להתמודד עם ההאחדה אך אינם יודעים להכריע אילו מהפתרונות יעבדו בנסיבות העניין. כלומר, תרומתו הרביעית של המאמר היא בהציעו כלי פרקטי לקבוע כיצד יש להתמודד עם תופעת ההאחדה לרוחב ענף פעילות.

לבסוף, מאמר זה נועד להיות צעד ראשון בחקר תופעת ההאחדה של תניות חוזיות לרוחב ענף פעילות. הוא איננו ממצה את הדיון אלא קורא להרחבת הדיון בחוזים אחידים ולהתבונן מעבר לחוזיו של הספק הבודד אל תניות אחידות לרוחב הענף. נוסף על הדיון התאורטי, התובנות של המאמר מעידות שיש צורך להעמיק את הבחינה האמפירית הן של הדרך שבה מתרחשת ההאחדה והן של יעילותם של הפתרונות השונים בענפים שונים לפי המבנה שלהם.