

על רשתות גדולות וספקים קטנים: הגיעה העת כי דיני ההגבלים העסקיים יכירו בקיומו של "כוח חוזי יחסי"

מאת

אמיר ישראלי*

א. הקדמה: הצגת הבעיה. ב. קיום יחסי כוח בין צדדים לחוזה יחסי; 1. המעבר מדיני החוזים הקלאסיים לניתוח חוזי מודרני; 2. איאן מקניל ותאורית החוזה היחסי; 3. על הכוח החוזי היחסי; 4. המקורות השונים לקיום כוח חוזי יחסי; 5. אי-דיות הסעדים אותם מציעים דיני החוזים. ג. שימוש לרעה בכוח חוזי ופגיעות בתחרות החופשית ובצרכן; 1. מבוא; 2. שיווק והספקת מזון; 3. שירותי תיקון ואחזקת מעליות; 4. ייצור ברזל לבניין; 5. שיווק דלק. ד. שימוש לרעה בכוח חוזי – האם נדרשת התערבות דיני ההגבלים העסקיים? ה. שימוש לרעה בכוח חוזי – האם מעבר על הוראות חוק ההגבלים העסקיים?; 1. מבוא; 2. פרשנות מרחיבה לביטוי "הסדר כובל"; 3. שימוש לרעה בכוח חוזי וניצול לרעה של כוח מונופוליסטי. ו. הפתרון הרצוי – פתרון סטטוטורי. ז. במקום סיכום.

א. הקדמה: הצגת הבעיה

בין שני גורמים נטולי כוח שוק, כמשמעותו בהוראות חוק ההגבלים העסקיים, מתקיימת מערכת יחסים חוזית יחסית¹. בשלב מסוים, מופר החוזה באופן יסודי². בשל

* המחבר בוגר תואר ראשון בפקולטה למשפטים אוניברסיטת חיפה. הרשימה נכתבה במקור בעת היותו של המחבר סטודנט בסמינריון "סוגיות מיוחדות בדיני ההגבלים העסקיים" בהנחיית ד"ר מיכל גל, לה מגיעות תודות מקרב-לב על עזרתה הנדיבה.

1 להגדרת החוזה היחסי ומאפייניו ראו פרק ב.2. ואילך.

2 הפרת חוזה במובן השגור ביותר הינה פעולה בניגוד להסכמה המקורית בין הצדדים, או דרישה חד-צדדית לשינוי תניות החוזה תוך איום בהפרתו. עם זאת גם שימוש לרעה בזכות חוזית קיימת עשוי לעלות לכדי הפרת חוזה, וכך גם דרישה לפתיחה מיידית במשא ומתן מחודש לשם שינוי תניות החוזה, אם תוצאותיו של "המשא ומתן" הן ידועות מראש בשל פערי כוחות בין הצדדים. יש לציין כי הפרת חוזה מוגדרת באופן רחב יותר בסעיף 1 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, כ"מעשה או מחדל שהם בניגוד לחוזה".

פערי כוח בין הצדדים, נאלץ הנפגע להשלים עם ההפרה, ונמנע מפנייה לערכאות משפטיות. כתוצאה, התחרות החופשית בשווקים הרלוונטיים נפגעת באופן משמעותי.

האם קיימת במקרים מסוג זה תחולה לדיני ההגבלים העסקיים?

הסיטואציה שתוארה, אשר תכונה "שימוש לרעה בכוח חוזי יחסי באופן הפוגע בתחרות", איננה דמיונית כלל ועיקר. בחודש אפריל שנת 2003, פורסמה עמדת הממונה על ההגבלים העסקיים בעניין הסדרים כובלים בין רשתות השיווק וספקיהן³. אחת הסוגיות שנדונו בהחלטתו של הממונה היא מעניינת במיוחד. מסתבר כי חלק גדול מספקי המזון הקטנים טענו כי הרשתות הגדולות מנצלות את מעמדן הייחודי ואת כוח הקנייה שבידיהן לשם התנהגות כוחנית כלפיהם. בין השאר, טענו הספקים כי רשתות השיווק משנות חיובים חוזיים בדיעבד, מטילות על הספקים חיובים חדשים לבקרים ללא סיכום מוקדם עמם, ומתנהגות באופן שרירותי תוך הכתבת תנאי סחר חד-צדדיים.

קביעת הממונה בכל הנוגע לטענותיהם של ספקי המזון היא קביעה לקונית אך משמעותית. ראשית, בהקשר הכללי, קבע הממונה כי אין זה מתפקידו להסדיר את תנאי הסחר בין צדדים לחוזה מסחרי, אפילו במידה שתנאים אלו אינם הוגנים. עד כאן דומה כי קביעתו של הממונה משתלבת היטב עם הוראות חוק ההגבלים העסקיים. עם זאת הממונה הוסיף כי במידה שהתנהגותן של הרשתות כלפי הספקים מעוררת חשש לפגיעה בתחרות החופשית בשוק, הרי שבסמכותו להתערב.

ואכן, הממונה מצא מקום להתערב באחת מהפרקטיקות אותן אימצו רשתות השיווק, אותה הוא כינה בשם "הטלת חיובים רטרואקטיביים בגין תחרות מקומית". חקירת הממונה העלתה כי כאשר רשת שיווק גדולה גילתה כי רשת מתחרה מוכרת בסמיכות גאוגרפית מוצר מסוים במחיר זול יותר, היא הורידה את מחיר המוצר וחייבה את הספק בהפרש תוך יידועו על מקור התחרות בעטיו הושת עליו החיוב. במקרים מסוימים, העניקה הרשת לספק שהות קצרה על-מנת שידאג "לריסון התחרות", תוך איום כי אם לא יעשה כן יוטל עליו הקנס. נקל לראות כי התוצאה של החיוב בגין "תחרות מקומית", מבחינת התחרות בשוק, היא תוצאה קשה: כתוצאה מהטלת החיובים בפועל, וכן כתוצאה מהאיום בהטלת חיובים עתידיים, נאלצו הספקים לשמור על רמת מחירים גבוהה של המוצר, תוך הימנעות ממתן הנחות, ובכך שימשו הם הלכה למעשה כמתאמי מחירים בין הרשתות הגדולות, כמעין "גורם מפקח" על קרטל מחירים ביניהן⁴.

3 עמדת הממונה על ההגבלים העסקיים ביחס לנוהגים מסחריים בין ספקים דומיננטיים בתחום המזון לרשתות השיווק הגדולות, הרשות להגבלים עסקיים, פרסום 3017418 (2003) (להלן – עמדת הממונה בעניין רשתות השיווק).

4 כידוע, קיומו של גורם מפקח הינו חיוני לשם קיום קרטל יציב. בלעדיו, התמריצים של כל אחת מהחברות השותפות בקרטל להוריד מחירים ולקצור רווחים קצרי טווח עשויים לגרום לקריסה של הקרטל. ראו J.S. McGee "Cartels: Organization and Functions" 27 *U. Chi. L. Rev.* (1960) 191, p. 198. עם זאת יש לציין כי במקרים מסוימים די לשם ייצובו של קרטל גם באיום ב"מלחמת מחירים", ללא צורך בגורם מפקח או בסנקציות אחרות.

על רשתות גדולות וספקים קטנים : הגיעה העת כי דיני ההגבלים העסקיים יכירו בקיומו של "כוח חוזי יחסי"

החלטת הממונה, אפילו שניתן להצדיקה באופן אינטואיטיבי, מעוררת כמה תמיהות. הממונה כידוע מוסמך לפעול בהתאם להוראות חוק ההגבלים העסקיים. רשתות השיווק אינן מוגדרות בהתאם להוראות החוק כמונופול או כקבוצת ריכוז, וככל הידוע אין גם כוונה מצד הממונה להגדירן ככאלו. נשאלת אפוא השאלה, מכוח איזו הוראת חוק רשאי היה הממונה לאסור על הרשתות הגדולות להפר את החוזה עם הספקים הקטנים ולגבות קנסות בעבור "תחרות מקומית"? נראה כי נטייתו של הממונה היא לראות בסיטואציה כהסדר כובל בין הרשתות והספקים, קרי הפעלת כוח מצד רשת, והפעולות שנעשות לאחר מכן על-ידי הספק בשל הפעלת הכוח, או אותן פעולות מהן הספק נמנע, הן לפי הממונה פעולות הנעשות בהסכמה, אשר די בהן על-מנת לגבש הסדר כובל.

לשיטתנו, מסקנתו של הממונה על ההגבלים העסקיים היא פשטנית מדי, ומעוררת שאלות רבות. נכון הוא הדבר כי קיומו של הסדר כובל, לצורך תחולת חוק ההגבלים העסקיים, אינו מותנה בהתקיימות המבחנים ליצירת חוזה תקף, כמשמעותו בחוק החוזים⁵. עם זאת לשם היווצרות הסדר, יש להצביע בכל זאת על מידה כלשהי של הסכמה בין הצדדים לו⁶. בעניין רשתות השיווק וספקיהן, נמנע הממונה מלדון בהבחנה המתבקשת שבין פעולות המתבצעות בהסכמה ובין פעולות חד-צדדיות אשר אין בהן בכדי להוות הסדר כובל, אפילו מובילות לפגיעה בתחרות⁷. בהקשר זה, היה לטעמנו מקום לדון בהבחנה המתבקשת שבין המקרים שבהם הספק "ריסן את התחרות" באופן אקטיבי, ונענה בכך לדרישת הרשת לשכנע את הרשתות המתחרות להעלות את מחירי מוצריו, ובין מקרים אחרים, שבהם כל שהספק עשה הוא לפעול באופן פסיבי, כלומר לספוג את הקנס ולהימנע בעתיד ממתן הנחות לרשתות המתחרות. במקרה השני, קביעת הממונה כי מדובר ב"הסדר" נראית לנו כמרחיקת לכת.

בנוסף, במידה וכוונת הממונה היא לטעון לקיום הסדר כובל, קשה להבין מדוע מנוסחות הוראותיו לרשתות ולספקים בצורה של איסורים על פעולות חד-צדדיות, ולא בצורה של איסורים על עשיית הסדר כובל⁸. מעבר לכך, הממונה על ההגבלים העסקיים נמנע מלהתייחס לבעייתיות נוספת בדרישת ההסכמה, הנובעת מכך שפעולות הספקים

5 ראו למשל ע"פ 1042/03 מצרפ"ל שותפות מוגבלת בע"מ נ' מדינת ישראל, תק-על 2003 (3) 396; ת"א (י-ם) 396/87 קיסין נ' פטרולגו, דינים מחוזי לב(6) 650 (להלן – פרשת קיסין).

6 ראו החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים בעניין: שוק הבשמים הסלקטיביים – קביעה לפי סעיף 32(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988, ההגבלים העסקיים – החלטות הממונה ופסקי דין (כרך א, הוצאת ועד מחוז ת"א) 97, עמ' 120.

7 ראו דיון בפרק ה.2(א).

8 כך למשל, קובע הממונה כי "רשת שיווק גדולה לא תגרום, במישרין או בעקיפין לספק להתערב במחיר המכירה לצרכן אצל מתחרה שלה, לרבות על-ידי חיוב הספק באופן רטרואקטיבי ו/או חד צדדי בהזולה שהזולה הרשת במכיר המחירה לצרכן של מוצר אותו סיפק לה, עקב הזולה של מחירו אצל מתחרה של הרשת". ראו עמדת הממונה בעניין רשתות השיווק (לעיל, הערה 3), עמ' 22.

נעשו במרבית המקרים תחת כפייה כלכלית, ועל-כן ייתכן כי דרישת ההסכמה אינה מתקיימת גם בשל פגמים ברצון⁹.

נקודה חשובה נוספת, אשר אינה מוזכרת בעמדת הממונה, עניינה בתחמת "קווי התפר" שבין דיני המונופולין ודיני ההסדרים הכובלים. לו היו מוגדרות רשתות השיווק כמונופול או כקבוצת ריכוז, הרי שסביר להניח כי הטלת החיובים הרטרואקטיביים הייתה עולה לכדי ניצול מעמד לרעה¹⁰. בעניין רשתות השיווק, מצא הממונה דרך לאסור על ניצול מעמד לרעה, בידי פירמות נטולות כוח שוק, תוך שימוש בדיני ההסדרים הכובלים. על-מנת לבחון אם החלטת הממונה היא רצויה, ואם היא עולה בקנה אחד עם תכלית החוק, יש לבחון אם הגבלת האיסורים על ניצול לרעה של כוח, רק למקרים שבהם הכוח מופעל על-ידי מונופול או קבוצת ריכוז, היא בחירה מודעת ומכוונת של המחוקק, המבוססת על תאוריות כלכליות מקובלות. באם התשובה לשאלה היא בחיוב, הרי שהחלטת הממונה מרחיבה למעשה, ובניגוד לדעת המחוקק, את גבולות האיסורים על ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי, ומחילה אותם על מקרים שהמחוקק כלל לא התכוון לאסור¹¹.

לסיכום חלק זה, אנו סבורים כי די בקשיים שהוצגו על-מנת לקבוע שמדובר בסיטואציה מורכבת, הראויה לדיון מעמיק¹². הדיון יחולק לשני חלקים עיקריים: בחלק הראשון, ייבחנו התנאים המאפשרים לצדדים בעלי כוח להפר חוזה באופן חד-צדדי, ללא שלפגע תהיה אלטרנטיבה כלכלית סבירה מלבד להשלים עם ההפרה. לשם כך, יפורטו המקורות השונים מהם עשוי לנבוע כוחו החוזי היחסי של המפר. במקביל, ייבחנו הרציונלים העומדים בבסיס החלטתו של הנפגע להיכנע להפעלת הכוח ולהימנע מפנייה לערכאות משפטיות. בחלק השני ייבחן היחס שבין דיני ההגבלים העסקיים ובין דיני החוזים בהקשר של שימוש לרעה בכוח חוזי יחסי. ראשית, יש לבחון אם כלל נדרשת תגובה מצד דיני ההגבלים העסקיים מקום בו נעשה שימוש לרעה בכוח חוזי יחסי. שנית, יש לבחון אם עצם השימוש לרעה בכוח החוזי היחסי הוא שמצריך תגובה מצד דיני ההגבלים העסקיים, בדומה לשימוש לרעה בכוח מונופוליסטי במקרים מסוימים, דוגמת סירוב בלתי סביר לספק מוצר או שירות, או שמא תגובה שכזו נדרשת רק במקום בו השימוש בכוח החוזי היחסי מוביל לפגיעה מוכחת בתחרות החופשית.

9 ראו דיון בפרק ה.2(ב). מראש יש לציין כי ייתכן והסדר, לצורך דיני ההגבלים העסקיים, אינו מותנה בהיעדרה של כפייה כלכלית. עם זאת למסקנה זו יש להגיע רק לאחר דיון מעמיק, ובחינת השיקולים השונים הרלוונטיים לצורך ההכרעה.

10 סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988, ס"ח 128.

11 ראו דיון בפרק ה.1.

12 ראוי לציין כי שימוש לרעה בכוח הקנייה של הרשתות אינה סוגיה המיוחדת למשפט הישראלי, והסוגיה נדונה בכנס מיוחד של ארגון ה-OECD, אשר חלקים ממסקנותיו המעניינות יובאו בהמשך, ראו <http://www.oecd.org/dataoecd/1/18/2279299.pdf> (נצפה לאחרונה במרץ 2003).

שלישית, במידה שאכן נדרשת תגובה מצד דיני ההגבלים העסקיים באחת מהסיטואציות שפורטו לעיל, יש לבחון מהי התגובה הרצויה. בהקשר זה ינותחו היתרונות והחסרונות של שלוש תגובות אפשריות: האחת, איסור על שימוש לרעה בכוח חוזי יחסי תוך מתן פרשנות מרחיבה לדיני ההסדרים הכובלים, כפי שעשה הממונה על ההגבלים העסקיים בעניין רשתות השיווק. השנייה, עשיית שימוש בהגדרות שוק מצמצמות על-מנת לאסור במקרים מסוימים את השימוש לרעה בכוח החוזי היחסי מכוח דיני המונופולין. באופן פשוטני, על-מנת לאסור על שימוש בכוח חוזי יחסי באמצעות דיני המונופולין, יש הכרח לצמצם ככל שניתן את הגדרת השוק הרלוונטי, וזאת במטרה שהשוק יכלול את הצדדים לחוזה היחסי, ושהפירמה בעלת הכוח תוגדר באותו שוק כבעלת מונופולין. כפי שיפורט בהמשך, גישה זו מצאה תומכים במשפט האמריקני, ויש לה יסודות גם במשפט הישראלי בהחלטת המועצה להגבלים עסקיים בענף המעליות¹³.

לפתרון הסוגיה קיימת גם אפשרות שלישית, והיא לשנות את חוק ההגבלים העסקיים, ולקבוע בו סעיף חוק אשר יאסור במקרים מסוימים על שימוש לרעה בכוח חוזי יחסי. כפי שייבחן בהמשך, חקיקה שכזו מקובלת במספר מדינות באירופה, שבהן אוסר החוק על ניצול לרעה של "תלות כלכלית" (Economic dependence). למרות השוני בטרמינולוגיה, הרי שהכוונה בביטוי "תלות כלכלית" היא לתלותם של שחקנים במשק בפירמה עמה הם מצויים בקשר חוזי, ועל-כן מדובר למעשה בהטלת איסור על שימוש לרעה בכוח חוזי יחסי. פתרון זה, במקרים שבהם השימוש בכוח היחסי מוביל לפגיעה בתחרות החופשית או בצרכן, יושם במשפט האיטלקי ובמשפט הספרדי, והוא לשיטתנו הפתרון הרצוי ביותר.

ב. קיום יחסי כוח בין צדדים לחוזה יחסי

1. המעבר מדיני החוזים הקלאסיים לניתוח חוזי מודרני

רשימה זו מעוררת סוגיה המשותפת לדיני החוזים ולדיני ההגבלים העסקיים. מעיון בכתיבה האקדמית בארץ ובעולם, דומה כי טרם נבחנו לעומק נקודות ההשקה הרבות המשותפות לשתי מערכות הדינים. מחסור זה מותיר שאלות רבות וחשובות ללא מענה. כך למשל, ניתן לשאול אם עומדות ביסוד שני הדינים מטרות שונות, או שמא הם מכוננים להשגת מטרות משותפות? לשם המחשה, יש הטוענים כי דיני החוזים ודיני ההגבלים העסקיים נועדו להשיג מטרה זהה – להבטיח חלוקה יעילה של המשאבים

13 מ/86 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' מעליות טל (המועצה, 9.7.82, לא פורסם), שם הוגדרה כל אחת מתשע החברות שפעלו דאז בתחום ייצור ושיווק מעליות, כמונופול למתן שירותי תחזוקה ותיקון של המעליות אל מול הצרכנים.

בחברה. אם כך הוא הדבר, הרי שניתן לכאורה לצפות כי שני הדינים יציעו פתרונות דומים לטיפול בסוגיות חוזיות¹⁴.

האם ניתן לומר כי דיני ההגבלים העסקיים מהווים "אויב" לדיני החוזים, בהטילים מגבלות קשות על חופש החוזים? דומה כי ניתן לראות את דיני ההגבלים העסקיים כמטילים מגבלה על הצדדים לחוזה, במקרים שבהם תניות החוזה עשויות לפגוע בערכים חברתיים ובצדדים שלישיים. במילים אחרות, דיני ההגבלים העסקיים פותרים את בעיית ההחצנה של חוזים אשר אמנם יעילים במישור היחסים שבין הצדדים לחוזה, אך מובילים לפגיעה בתחרות בשוק¹⁵. מנגד, יש הרואים את דיני ההגבלים העסקיים דווקא ככלי למימוש חופש החוזים¹⁶.

המחסור בכתיבה אקדמית בנושא מתחדד עקב השינוי הפנימי שחל בעשורים האחרונים בדיני החוזים, בכלל, ובמעמדו של עקרון חופש החוזים, בפרט. כיום, התפיסה המקובלת היא כי חופש החוזים הולך ונשחק, בין היתר כתוצאה מיישום מדיניות משפטית ערכית¹⁷. על התאוריה החוזית "הקלאסית" נמתחה ביקורת מכיוונים

14 ד. McGowan "Free Contracting, Fair Competition and Article 2B: Some Reflections on Federal Competition Policy, Information Transactions and Aggressive Neutrality" 13 *Berkeley Tech. L.J.* (1998) 1173, p. 1178

15 McGowan, שם, עמ' 1179.

16 קיימת גישה שלפיה דיני ההגבלים העסקיים דווקא נועדו להגן על חופש החוזים. ודוק, שאין המדובר בחופש החוזים של הצדדים הספציפיים להסכם, כי אם בחופש החוזים של הציבור הרחב. ראו בהקשר זה דברי השופט חשין בדנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56 (להלן – פרשת טבעול), עמ' 76, וכן ד' פרידמן, נ' כהן חוזים (כרך א, תשנ"א), עמ' 52. מנגד, ראו א' ישראלי "תחרות בלי ערכים או תחרות בין ערכים? טענות של הסדר כובל המועלות בידי צד לחוזה" (עתיד להתפרסם בדין ודברים 2005).

17 על שחיקתו של עקרון חופש החוזים לאורך השנים ראו ספרו של המלומד P.S. Atiyah *The Rise and Fall of the Freedom of Contract* (1975); ראו גם ג' שלו "מה נותר מחופש החוזים" משפטים יז (תשמ"ז-תשמ"ח) 465, וכן ראו H.L.A. Hart "Are there any Natural Rights?" 64 *Phil. Rev.* (1955) 175. מנגד, קיימים מלומדים הרואים עדיין בחופש החוזים כבסיס הבלתי מעורער של דיני החוזים, בראשם עומד צ'רלס פריד; ראו C. Fried *Contract as a Promise: A Theory of Contractual Obligations* (1981); R.E. Barnett "Conflicting Visions: A Critique on Ian Macneil's Relational Theory of Contract" 78 *Va. L. Rev.* (1992) 1175. למרות הביקורת הנגדית, אין חולקין כי המחוקק בחר במהלך השנים להגביל את חופש החוזים בתחומים רבים תוך שימוש בחקיקה קוגנטית. ראוי לזכור כי בחלקה הראשון של המאה העשרים חופש החוזים נתפס כזכות קניינית, הדוחה מעליה כל הגבלה מצד המחוקק. גישה זו הרואה בחופש החוזים כזכות קניינית מבוססת על ההכרה בחופש החוזים כביטוי לאוטונומיה של הרצון, וזו במקור גישה קאנטיאנית. ראו: Kant *The Groundwork of The Metaphysic of Morals* (paton trans., 1948) 93, וכן Kant *Philosophy of Law* (1976, W. Hastie – trans., 1887) 166. תאוריות חברתיות אלו גובו בתאוריות כלכליות, אשר זיהו את חופש החוזים ככלי חשוב לשמירה על שוק חופשי; ראו J.W. Singer "Legal Realism Now" 76 *C. L. Rev.* (1980) 465, p. 478.

על רשתות גדולות וספקים קטנים : הגיעה העת כי דיני ההגבלים העסקיים יכירו בקיומו של "כוח חוזי יחסי"

שונים, וכיום יש מלומדים רבים המקטלגים אותה כתאוריה ארכאית אשר אינה מותאמת לטיפול בסוגיות חוזיות מודרניות¹⁸. עם זאת בעוד שבדיני החוזים עצמם התחוללו שינויים מהותיים, הרי שדיני ההגבלים העסקיים נשארו לכאורה אדישים להם, והם ממשיכים לטפל בסוגיות חוזיות באותה צורה כבעבר. ודוק, אין הכוונה לטעון כי לא חל כל שינוי בדיני ההגבלים העסקיים, אלא רק שהשינויים, במידה שהתרחשו, לא נבעו במישרין מהקשרים חוזיים.

2. איאן מקניל ותאוריית החוזה היחסי

דיני החוזים הקלאסיים התבססו על ארבעה עקרונות (הנחות יסוד): עקרון ההבטחה, עקרון ההסכמה, הנחת הזרות וראיית החוזה ככלי להקצאת סיכונים. עקרון ההבטחה ועקרון ההסכמה מהווים למעשה את שני פניו של עקרון חופש החוזים¹⁹: חופש החוזים במובנו החיובי, החופש להעניק הבטחה, וחופש החוזים במובנו השלילי, החופש שלא להיכבל בחוזה ללא מתן הסכמה. עקרונות ההבטחה וההסכמה הם במקור עקרונות סובייקטיביים, המותנים בקיום גמירת דעת, קרי "הסכמה כנה" לכריתת החוזה²⁰.

על חופש החוזים במחצית הראשונה של המאה, ניתן לזהות בפעולת בתי-המשפט בארצות-הברית, אשר נהגו לפסול דברי חקיקה סוציאליים בשל פגיעתם בחופש החוזים של צדדים לחוזה עבודה. ראו למשל *Lochner v. New York* 198 U.S. 45 (1905) וכן ראו *Coppage v. Kensas* 236 U.S. (1915). בעקבות ההתחזקות במעמדו של חופש החוזים באותה תקופה זכורה אמרתו של הנרי מייין כי המשפט נע מסטטוס לחוזה; ראו S. Maine *Ancient Law, it's connection with the early history of society, and its Relation To Modern Ideas* (Boston (ed.), 1961), p. 165. עם זאת במהלך השנים החלה להסתמן המגמה ההפוכה. קרנם של עקרונות השוק החופשי ירדה, והחלו להתגבש עקרונות מקבילים של פיקוח ממשלתי והקניית ביטחון סוציאלי; ראו ג' שלו דיני חוזים (מהדורה שנייה, תשנ"ה), עמ' 27, ראו גם ד' (פרד'י) רונן התאמת חוזים לנסיבות משתנות (2001), עמ' 63. תחומים רבים אשר בעבר הוסדרו על-ידי הצדדים לחוזה, מוסדרים כיום בחקיקה קוגנטית. ראו א' זמיר פירוש והשלמה של חוזים (1996), עמ' 12.

18 לביקורת כללית על עקרונות המודל החוזי הקלאסי ראו V. Goldberg "Towards an Expanded Economic Theory of Contracts" 10 *J. Econ.* issues 45, 49, 51 I. Macneil "Economic Analysis of Contractual Relations: It's Shortfalls and the Need for a Rich Classificatory Appartus" 75 *Nw. U. L. Rev.* (1980) 1018, p. 1019 על הסעדים אותם מעניקה התאוריה החוזית הקלאסית ראו את מאמרם המפורסם של פולר ופרדו L.L. Fuller, W.R. Perdue "The Reliance Interest in Contract Damages" 46 *Yale L.J.* (1936) 52, p. 74

19 על ההבחנה שבין חופש החוזים במובנו החיובי לבין חופש החוזים במובנו השלילי ראו פרידמן וכהן (לעיל, הערה 16), עמ' 34.

20 מבחינה היסטורית, את העיקרון שלפיו ההסכמה החוזית נדרשת להיות הסכמה כנה ניתן לייחס לג'ון לוק בספרו *Second treatise of government* שנכתב בשנת 1690, וזאת כנגזרת מדיון שערך לוק בפרשנות המונח "האמנה החברתית", מונח שנועד לתאר את דרך יצירת הקהילה. את המונח "אמנה חברתית" עיצב במידה רבה תומס הובס בספרו *The Leviathan*

בהתאם להנחת הזרות, הצדדים לחוזה מוחזקים כזרים זה לזה טרם כריתת החוזה, ובתום ביצוע החיובים המוסכמים הם שבים למצב של זרות משפטית. גם במהלך החוזה קיימת "זרות יחסית", שכן יחסי הקירבה בין הצדדים מוגבלים לפי התאוריה הקלאסית רק לחיובים שנטלו הם על עצמם בעת כריתת החוזה²¹. בהתאם לראיית החוזה ככלי להקצאת סיכונים, הצדדים לחוזה נתפסים כבעלי יכולת לחזות את העתיד ולתכנן את החוזה באופן אופטימלי בהתאם לצפוי להתרחש²². מכאן, שעל בית-המשפט להימנע מלהתערב ברצון הצדדים, שכן בהתערבות זו נפגע אינטרס הציפייה של הצדדים. תפיסה זו הובילה את בתי-המשפט לקביעת "עקרון החיוב החוזי המוחלט"²³, שלפיו אין להתיר לצד לחוזה להימנע מביצוע חיוב חוזי כלשונו, אלא במקרים מאוד קיצוניים כדוגמת חריג הסיכול²⁴.

על העקרונות שבבסיס דיני החוזים הקלאסיים נמתחה ביקורת רבה במהלך השנים. כך למשל, טענתו של גילמור (Gilmour) היא כי דיני החוזים אינם מבוססים על עקרונות סובייקטיביים, אלא על עקרונות אובייקטיביים, כגון סבירות והגינות²⁵. טיעוניו של גילמור מובילים למסקנה כי דיני החוזים יתמזגו בעתיד עם דיני הנזיקין. בדומה, טען אטייה (Atiyah) כי חופש החוזים הולך ונשחק וחבויות הצדדים הופכות בהדרגה לחובות מן הדין²⁶.

אחת הביקורות המעניינות ביותר על דיני החוזים הקלאסיים היא ביקורתו של מקניל (Macneil). מקניל יצא כנגד הנחת הזרות וכנגד ראיית החוזה ככלי להקצאת סיכונים,

שנכתב בשנת 1561. לוק והובס הסכימו כי הבסיס לאמנה החברתית הינו הסכמת החברים בקהילה. עם זאת הובס גרס כי גם הסכמה כתוצאה מפרדוקסום היא הסכמה תקיפה. ידועה אמרתו של לוק, בשוללו עמדה זו כי: "Should a robber break into my house, and with a dagger at my throat, make me seal deeds to convey my estate to him, would this give him any title?". כמובן שתשובתו של לוק לשאלה היא בשלילה. מכאן, שההסכמה לאמנה החברתית לפי לוק, נדרשת להינתן מרצון חופשי ולהיות הסכמה כנה.

Goldberg (לעיל, הערה 18).

מ' מאוטנר "שינוי נסיבות בתקופה שלאחר כריתת חוזה: הערות מקדמיות בפרספקטיבה של המשפט האנגלו-אמריקאי" עיוני משפט ט (תשמ"ג-תשמ"ד) 363, עמ' 370.

פרידמן וכהן (לעיל, הערה 16), עמ' 37.

מעבר לכך, חריג הסיכול זכה לפרשנות מצמצמת בידי בתי-המשפט בישראל. כך למשל ראויה לציון גישתו של השופט לנדוי בע"א 715/78 כץ נ' נצחוני מזרחי בע"מ, פ"ד לג (3) 639, בקובעו כי מלחמה אינה מהווה אירוע מסכל. גישה מצמצמת לחריג הסיכול נפסקה גם בע"א 1/84 ברדה נ' סטרוד, פ"ד מב (1) 661, שם נקבע כי דיכאון נפשי של מוכר נכס בשל מכירתו אינו מהווה אירוע מסכל. לביקורת על הפרשנות המצמצמת שניתנה בעבר לחריג הסיכול ראו דבריו של השופט אנגלרד בע"א 6328/97 רגב נ' משרד הביטחון, פ"ד נב (5) 506, עמ' 517.

G. Gilmour *The Death of Contract* (1974).

לעיל, הערה 17. ראו גם ג' שלו "מה נותר מחופש החוזים" משפטים יז (תשמ"ז-תשמ"ח) 465.

על רשתות גדולות וספקים קטנים: הגיעה העת כי דיני ההגבלים העסקיים יכירו בקיומו של "כוח חוזי יחסי"

וטען כי דיני החוזים הקלאסיים אינם ערוכים להתמודד עם דפוסי חוזים מסוימים שאותם הוא כינה "חוזים יחסיים" (Relational contracts)²⁷. מקניל נמנע מהגדרת המונח "חווה יחסי"²⁸ והעדיף לעמוד על האלמנטים אשר מאפיינים חוזים סטנדרטיים (או כלשונו של מקניל "חוזים עסקתיים") ונעדרים בחווה היחסי²⁹. עם זאת דומה כי גם לפי מקניל המאפיינים העיקריים של החווה היחסי הינם משך הרצה ארוך וגמישות, כלומר היותו של החווה נתון בכל עת לשינויים בתניותיו³⁰. לפי מקניל, מרבית החוזים כיום הם חוזים יחסיים³¹. בעקבות עבודתו של מקניל, הכירו גם בתי-המשפט בישראל בקיומם של חוזים יחסיים ובצורך להתייחס לחוזים אלו באופן שונה מאשר לחוזים עסקתיים. כחוזים יחסיים הוכרו בין השאר חוזי חכירה³², חוזים בין המדינה ליוזם³³, חוזי קומבינציה³⁴,

- I.R. Macneil "Contracts: Adjustment of Long-term Economic Relations under
27 .Classical NeoClassical and Relational Contract Law" 72 *Nw. U.L. Rev.* (1978) 854
מקניל מבחין בין שני דפוסים של חווה: "חווה עסקתי" ו"חווה יחסי". לפי מקניל,
התאוריה החוזית הקלאסית מוגבלת לטיפול בחוזים עסקתיים בלבד.
- 28 רוב המלומדים בתחום העדיפו אף הם להימנע ממתן הגדרה משפטית למונח חווה יחסי,
והסתפקו בהשוואתו לחווה העסקתי, תוך ניסיון לאתר את האלמנטים שבהם נדרש בחווה
היחסי טיפול שונה. ראו למשל את דבריהם של ג'ן וסקוט: C.J. Goets, R.E. Scott
"Principles of Relational Contracts" 47 *S.C. L. Rev.* (1981) 1089, p. 1091.
דבריו של פרופ' אייזנברג: M.A. Eisenberg "Relational Contracts" in *Good faith and
30 fault in contract law* (J. Beaston & D. Friedman – eds., Oxford, 1995) 291, p. 296
ראו גם Goldberg (לעיל, הערה 18), עמ' 49.
- 29 בין היתר מציין מקניל את הפרמטרים הבאים: מועדי התחלה וסיום מוגדרים של החווה,
אובייקט חוזי ברור, תכנון העסקה בשלב כריתת החווה, היעדר שיתוף פעולה בין הצדדים,
מערכת יחסים שאינה מפותחת בין הצדדים לחווה, ויצירת החווה על-ידי אקט בודד של
הבעת רצון הדדית.
- 30 ראו רונן (לעיל, הערה 17), עמ' 19.
- I.R. Macneil "Relational Contract: What We do and what we don't know" *Wis. L.*
31 *Rev.* (1985) 483, 485.
מקניל מבסס את טיעונו על מחקרים אמפיריים, ראו בין היתר R.J.
Weinrub "A Survey of Contract Practice and Policy" *Wis. L. Rev.* (1992) 177
המצביע בין היתר על נתון שלפיו 75.6% ממנהלי חברות שנשאלו על כך, היו מסכימים
לשנות את תנאיו של חווה בהתאם לנוהג מסחרי אם חל שינוי ברמת המחירים בשוק. ראו
גם S. Macaulay "Contract Law and Contract Research (Part 2)" 20 *J. Legal Educ.*
(1967) 460; R.A. Hillman "Court Adjustment of Long-term Contracts: An Analysis
under Modern Contract Law" *Duke L. Rev.* (1987) 1.
עם זאת פורסמו גם מחקרים המפקקים בנכונות הקביעה כי מרבית החוזים כיום הם חוזים יחסיים לשינויים
במהלך חייהם, ראו N.M. Crystal "An Empirical View of Relational Contracts under
Article Two of the Uniform Commercial Code" *Ann. Surv. Am. L.* (1988) 293.
- 32 ה"פ (י-ם) 105/99 הדר נ' מנהל מקרקעי ישראל, תק-מח 99(2) 37048; ע"א (ת"א)
2545/99 תחנת פז הקריה נ' פז חברת נפט, תק-מח 2002(1).
- 33 ת"א (י-ם) 3531/01 בן אבו חברה לבנין נ' מדינת ישראל, תק-מח 2002(2), 20053,
20060.

הסכמי משמורת³⁵, חוזי עבודה וחווה בין בית אבות ואחד מדייריו³⁶. עם זאת סירב בית-המשפט להכיר בהסכם הצטרפות לקרן פנסיה כחווה יחסי, שכן חווה זה נעדר דינמיות ופלקסביליות³⁷.

טענה חשובה של מקניל היא כי הצדדים לחווה היחסי אינם מסוגלים לצפות טרם כריתתו את העתיד לבוא. כתוצאה, נוסחו המקורי של החווה אינו יכול לשמש ככלי לחלוקת סיכונים³⁸. חווה יחסי עובר שינויים רבים במהלך ימי חייו, וכאשר יובא לבסוף בפני בית-המשפט, נוסחו המקורי כלל לא יהיה רלוונטי לפתרון ההתרחשויות העדכניות בין הצדדים לו. מכאן עולה שאלה חשובה, הזוכה לכתיבה אקדמית רבה בארץ ובעולם, המתקשרת לאופן שבו ראוי להתאים חוזים יחסיים לנסיבות משתנות³⁹.

3. על הכוח החוזי היחסי

"על פי אגדה אורבנית, מצאו מובילי רהיטים דרך להגדלת הכנסותיהם. לאחר שסיכמו עם לקוח על התמורה להעברת הרהיטים, מתייצבים המובילים, מעמיסים את הרהיטים ומביאים אותם ליד הבית בו מצויה הדירה אליה יש להעביר הרהיטים. בתחתית גרם המדרגות מניחים

- 34 ע"א 2444/90 ארואסטי נ' קאשי, פ"ד מח(2) 513, עמ' 526.
- 35 תמ"ש (ת"א) 33951/96 ק.ה. – קטינה נ' ק.י., תק-מש 2002(3) 52, 55.
- 36 רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עיזבון המנוחה מילגרם הינדה נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145, עמ' 160.
- 37 דב"ע 600029/97 אליאב נ' קרן מקפת מרכז לפנסיה, תק-אר 2002(2) 401, 416.
- 38 ראו Macneil (לעיל, הערה 18), עמ' 1021.
- 39 עמדתו של מקניל היא כי על בית-המשפט להתאים את החווה לנסיבות משתנות, תוך הפעלת נורמות כלליות של הגינות וסבירות, בנוסף לנורמות התנהגות ספציפיות שאותן ניתן לחלוץ מדרך התנהלותם של הצדדים לחווה. ראו I.R. Macneil "Values in Contract, Internal and External" 78 *Nw. U. L. Rev.* (1983) 340, p. 383. ליישום גישתו של מקניל ראו גם R.E. Spidel "Court-Imposed Price Adjustment Under Long-term Supply Contracts" 76 *Nw. U. L. Rev.* (1982) 369, p. 370. שונה, שלפיה הדרך להשלמת חסרים ולהתאמת חוזים לנסיבות משתנות תיעשה בהתאם לפתרון החוזי אשר ימקסם את הערך הכלכלי של החווה; ראו Goets & Scott (לעיל, הערה 28) וכן ראו R.E. Scott "A Relational Theory of Default Rules for Commercial Contracts" 19 *J. Legal Stud.* (1990) 597. עמדה שלישית היא עמדתו של המלומד שוורץ, אשר טוען כי בית-המשפט צריך להתנהל באורח "פסיבי", ולהימנע מלהתערב בהסכמות הראשוניות של הצדדים. עמדה זו נובעת מחוסר האמון אותו רוחש שוורץ לגבי יכולתם של בתי-המשפט לשים עצמם בנעלי הצדדים ולהכריע באופן יעיל יותר משנקבע בהסכמה החוזית המקורית; ראו A. Schwartz "Incomplete Contracts in The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law" (P. Newman – ed., 1998) 277; A. Schwartz "Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies" 21 *J. Legal Stud.* (1992) 271.

על רשתות גדולות וספקים קטנים: הגיעה העת כי דיני ההגבלים העסקיים יכירו בקיומו של "כוח חוזי יחסי"

המובילים את הרהיטים ואומרים ללקוח: "יש כאן יותר מדרגות ממה שחשבנו, ולכן המחיר גבוה יותר". הלקוח צועק שהסכום הוסכם מראש, שהמוביל ידע היטב לאן הוא מעביר את הרהיטים וכמה קומות עליו להעלותם ליעד, אך ללא הועיל. תשובתו של המוביל היא: 'אם לא תשלם לי מה שאני דורש, אשאיר את הרהיטים ברחוב'. במרבית המקרים, חורק הלקוח שיניים ומשלם את הסכום הנדרש, ובלבד שרהיטיו לא ישארו ברחוב. כדרכן של אגדות אורבניות, טרם פגשתי מי שהתנסה מכך, אבל אולי יש לה יסוד⁴⁰.

הדיון ברשימה זו יתמקד בהיבט מסוים בתאוריה החוזית "היחסית", שעניינו היווצרות יחסי כוח בין צדדים לחוזים ארוכי טווח⁴¹. יחסי הכוח נוצרים בשל תכונותיו המיוחדות של החוזה היחסי, הנבדל במובנים רבים מחוזה סטנדרטי קצר טווח. מערכת היחסים בין צדדים לחוזים יחסיים היא מערכת יחסים מורכבת ורבת פנים. היחסים בין צדדים לחוזים יחסיים אינם מתנהלים רק במישור הממוני והעסקי, אלא גם במישורים נוספים: חברתיים, אישיים ועוד⁴². מטבע הדברים, וכפי שהוכח במחקרים אמפיריים רבים, ככל שהמערכת החוזית היחסית מתארכת, נוצרים בין הצדדים לחוזה יחסי תלות הדדית⁴³. עם זאת יש לציין כי יחסי התלות ההדדיים שבין הצדדים לחוזה אינם בהכרח מקור לתופעה שלילית של שימוש לרעה בכוח יחסי. ההיפך הוא הנכון. התלות ההדדית בין הצדדים מובילה במקרים רבים לשיתוף פעולה פורה ביניהם, ולהימנעות מניצול דווקני של זכויות, תוך שמירה על מערכת יחסים חוזית דינמית וגמישה. למעשה, צדדים לחוזים יחסיים מתנהלים במקרים רבים בתום לב מוגבר זה כלפי זה בהשוואה לצדדים לחוזים קצרי טווח⁴⁴. עם זאת במקרים מסוימים התלות הכלכלית עשויה דווקא להוביל את אחד הצדדים לחוזה לנצל את חולשותיו של הצד שכנגד, ולכפות עליו פעולות בניגוד להסכמות המקוריות ביניהם. פעולות אלו, העולות לכדי אופורטוניזם לשמו, מאפיינות בדרך כלל מערכות יחסים שבין פירמות גדולות ובעלות כוח, לבין פירמות קטנות יותר, אשר יכולתן לשרוד בשוק העסקי היא פחותה, ושנטייתן להיכנע להפעלות לחץ בידי גופים חזקים היא מטבע הדברים גדולה. תופעה זו תכונה להלן בשם "ניצול לרעה של כוח חוזי יחסי". את הכוח החוזי היחסי ניתן להגדיר, באופן הפשטני ביותר,

40 דברי השופט יצחק דר בת"א 501/01 יוסף מ.פ. בניה ונכסים בע"מ נ' נובה תחנות דלק בע"מ (לא פורסם) (להלן – עניין יוסף מ.פ. בניה ונכסים). כפי שנוכח לדעת השופט דר, אין המדובר באגדה אורבנית כי אם במציאות משפטית בעייתית.

41 הסוגיה נותחה באופן מעמיק במאמרו של איאן מקניל: Macneil (לעיל, הערה 18), עמ' 1018.

42 א' זמיר "חוק חוזה קבלנות" בתוך פירוש לחוקי החוזים (ג' טדסקי – עורך, תשנ"ה) 392.

43 O.E. Williamson "Transaction-cost Economics: The Governance of Contractual Relations" 22 *J. Law & Econ.* (1979) 233.

44 זמיר (לעיל, הערה 42), עמ' 393.

כיכולתו של שחקן כלכלי אחד להפעיל כוח על שחקן כלכלי אחר כתוצאה מקיום מערכת יחסים חוזית בין השניים⁴⁵.

בקיומו של כוח חוזי יחסי, הנובע מיחסי תלות במערכות חוזיות ארוכות טווח, הכירו מלומדים ובתי-משפט הן בשיטות משפט קונטיננטליות והן במשפט האנגלו-אמריקני. במשפט האירופאי, המושג "כוח חוזי יחסי" הוכר לראשונה ב-GWB הגרמני עוד בשנת 1973, והוא נזכר גם בפסיקת בית-המשפט האירופאי הגבוה לצדק, בפסק-הדין בסוף שנות ה-70 בעניין *United Brands*⁴⁶. כפי שייבחן בהמשך, במדינות אחדות באירופה קיימת כיום חקיקה ספציפית המיועדת למנוע מקרים של שימוש לרעה בכוח חוזי יחסי, בפרט כאשר השימוש בכוח מוביל לפגיעה בתחרות החופשית. במשפט האמריקני, הוכר הכוח החוזי היחסי בעיקר בכתבי מלומדים⁴⁷, והוא טרם זכה באופן חד-משמעי לעיגון בדברי חקיקה ובפסיקות בתי-המשפט השונים.

רשימה זו מתמקדת בקיומו של כוח חוזי יחסי במערכות חוזיות ארוכות טווח. כפי שנבחן בהמשך, כוח חוזי יחסי קיים במרבית החוזים היחסיים. עם זאת כדבריו של השופט דר אשר צוטטו לעיל, ניתן לחשוב על מקרים שבהם קיימת אפשרות להפר חוזה ללא תגובה גם במערכות חוזיות קצרות טווח. נוסף על כך ראוי לציין כי כוח חוזי יחסי אינו בהכרח כוח חד-צדדי שבו אוחו הצד החזק לחוזה. שני הצדדים לחוזה עשויים להחזיק בכוח חוזי במקביל. הכוח החוזי היחסי עשוי אפוא להיות מאופיין בנוזלות, כאשר מידת הכוח שבו אוחו כל צד לחוזה משתנית בהתאם למעמדו הכלכלי באותה העת⁴⁸.

- 45 להגדרה זו ראו: P.C. Carstensen "Public Policy Toward Interstate Bank Mergers: The Case for Concern" 49 *Ohio St. L.J.* (1989) 1397, p. 1423.
- 46 D.J. Gerber "Law and the Abuse of Economic Power in Europe" 62 *Tul. L. Rev.* (1987) 57, p. 58.
- 47 ראו למשל S. Narasimhan "Relationship or Boundary? Handling Successive Contracts" 77 *Cal. L. Rev.* (1989) 1077; G.R. Shell "Opportunism and trust in the Negotiation of Commercial Contracts: Towards a New Cause of Action" 44 *Vand. L. Rev.* (1991) 221.
- 48 דוגמה לקיום יחסי כוח נוזלים בין צדדים לחוזה ארוך טווח ניתן למצוא במאמרו של Jeorges, המתמקד בניחות היחסים החוזיים בין יצרני רכבים בגרמניה לבין ספקיהם; ראה C. Jeorges "Relational Contract Theory in Comparative Perspective: Tension Between Contract and Antitrust Law Principles in the Assessment of Contract Relations Between Automobile Manufacturers and Their Dealers in Germany" *Wis. L. Rev.* (1985) 581. במאמר מתוארים יחסים חוזיים ארוכי טווח שבהם קיימים יחסי כוח. מרבית הפעולות הכוח נעשות בידי יצרני הרכבים. דוגמה לכך: החלטות של יצרני הרכבים להוסיף באופן חד-צדדי משווקים לאיזורים שבהם ניתנה עד לשלב מסוים בלעדיות למשווק ספציפי. עם זאת גם המשווקים נמצאים בשלבים מסוימים בעמדה של כוח כלפי היצרנים. כך, למשל, במקרים שבהם מצויים היצרנים במצב כלכלי קשה עקב תחרות עם

על רשתות גדולות וספקים קטנים : הגיעה העת כי דיני ההגבלים העסקיים יכירו בקיומו של "כוח חוזי יחסי"

בטרם נבחן את ההשלכות האפשריות של השימוש בכוח החוזי היחסי על התחרות החופשית, יש להתמודד עם שתי שאלות חשובות. השאלה האחת היא מהו מקורו של הכוח החוזי, או במילים אחרות, מדוע שצד לחוזה ישלים עם הפרה חד-צדדית. השאלה השנייה, המשלימה אותה, היא מדוע אין די בסעדים אותם מציעים דיני החוזים על-מנת למנוע את השימוש בכוח החוזי היחסי⁴⁹.

4. המקורות השונים לקיום כוח חוזי יחסי

באשר לשאלה הראשונה, ניתן לחשוב על מספר גורמים המעניקים לצד לחוזה כוח חוזי יחסי על פני הצד השני. ראשית, כוח חוזי יחסי נובע מקיומן של עלויות שקועות (Sunk costs) ועלויות מעבר (Switching costs) במערכות חוזיות ארוכות טווח, עלויות הגורמות להשפעת נעילה (Lock-in effect). שנית, כוח חוזי יחסי נובע מהשוני בחשיבותו הכלכלית של החוזה הספציפי ("ערך החוזה") לכל אחד מהצדדים לו. שלישית, כוח חוזי יחסי עשוי להיווצר כתוצאה מקיומם של פערי מידע בין הצדדים לחוזה היחסי ובין צדדים שלישיים. רביעית, כוח חוזי יחסי עשוי גם לנבוע מהוראות החוזה עצמן, וכן ממקורות סטטוטוריים.

(א) קיום עלויות שקועות ועלויות מעבר

אחת הסיבות העיקריות לקיומו של כוח חוזי יחסי, היא קיומן של עלויות שקועות ועלויות מעבר במערכות חוזיות ארוכות טווח. חוזים ארוכי טווח הינם חוזים ספציפיים. במהלך ימי חייו של החוזה היחסי, משקיעים הצדדים לו משאבים, אשר התשואה בגינם תתקבל רק במידה שהמערכת החוזית ארוכת הטווח תמשיך להתקיים⁵⁰. המעבר מקשר חוזי אחד לקשר חוזי אחר אינו מעבר של מה בכך. הוא דורש הקצאת משאבים (Switching costs) וגורר אחריו אובדן של כספים שהושקעו ספציפית במערכת היחסים החוזית הקודמת (Sunk costs). כתוצאה, במעבר ממערכת יחסים חוזית יחסית אחת למערכת חוזית יחסית אחרת, קיימת "השפעת נעילה" (Lock-in effect). השפעת נעילה זו עשויה להוביל לקיום תלות כלכלית בין הצדדים לחוזה היחסי⁵¹.

יצרנים אחרים. במצבים אלה, יכולים המשווקים "לקצור" הישגים תוך שהם מנצלים את מצבם של היצרנים.

49 השאלה השנייה היא שאלה קריטית, שכן בקיומו של כוח חוזי יחסי שלעצמו אין די. אם דיני החוזים יציעו סעדים חזקים מספיק, יהיה בכך בכדי להרתיע את המחזיק בכוח היחסי מפני הפעלתו, ולמנוע פגיעות בתחרות החופשית.

50 ראו N. Mercurio, S.G. Medema *Economics and the Law* (1997), p. 152.

51 על "השפעת הנעילה" כמקור ליחסי כוח בחוזים ארוכי טווח ראו למשל: Narasimhan (לעיל, הערה 47), עמ' 1086 וכן ראו Vertical "B. Klein, R. Crawford, A. Alchian

נקח דוגמה של חברה המייצרת והמספקת זה למעלה מעשור מוצרי מזון לחברת תעופה מסוימת, וזהו עיסוקה העיקרי. תארו לעצמכם כי במהלך תקופת החוזה הקימה חברת המזון את מפעלה בקרבת משרדיה של חברת התעופה. נוסף על כך, חברת המזון התאימה את המזון לטיסות, אותו היא מייצרת, לדרישותיה הפרטניות של חברת התעופה, הן מבחינת סוג המזון ואיכותו והן מבחינת כמות משתנה⁵², ובהתאם לכך נקבע גם מספר העובדים אותם היא מעסיקה. כמו כן, חברת המזון השקיעה זמן וכסף רב באיסוף מידע בנוגע לחברת התעופה, כגון מידע הנוגע לזהות המנהלים, לאפשרויות ההתרחבות של החברה ולשינויים מבניים אפשריים.

סיום המערכת החוזית עם חברת התעופה, ומעבר למערכת חוזית ארוכת טווח אחרת, יוביל לאובדן העלויות השקועות ויהיה מלווה בעלויות החלפה גבוהות. כך למשל, ייתכן שחברת המזון תאלץ למקם מחדש את המפעל, או לחלופין לסבול מעלייה בעלויות ההובלה של המזון. חברת המזון תאלץ בנוסף גם לשנות חלק מפסי הייצור בהנחה הסבירה כי חברת התעופה החדשה תהיה מעוניינת במוצרי מזון מסוג שונה או בכמות שונה. חברת המזון תאלץ אף לווסת מחדש את מספר העובדים, ולהשקיע כספים בהכשרת עובדים נוספים או לסבול מעלויות בשל תשלום פיצויי פיטורין לעובדים שישוחררו. ייתכן כי חברת המזון תאלץ לשלם פיצויים לגורמים נוספים עמם היא קשורה חוזית, דוגמת ספקים של מוצרי המזון וחברות הובלה. נוסף על כל אלו, חברת המזון תאלץ להשקיע זמן ומשאבים באיסוף מידע הנוגע לחברת התעופה החדשה. מן הראוי לציין כי עצם ההליך של מציאת גורם חלופי להתקשר עמו, וניהול משא ומתן עם אותו גורם, יצריכו הקצאת משאבים מצד חברת המזון.

בהקשר של השפעת נעילה בחוזים יחסיים ראוי להפנות למאמריו של המלומד וורן גרימס (Warren Grimes), העוסקים בעיקר בחוזים יחסיים שבין זכיון ובעל זיכיון⁵³. טענתו של גרימס היא כי בחוזים מסוג זה אוחז הזכיון בכוח חוזי יחסי על פני בעל הזיכיון. גרימס עמד אף הוא, ובצדק, על אפקט העלויות השקועות כמקור לכוח החוזי שבו מחזיק הזכיון. עלויות שקועות אלו מקשות על בעל הזיכיון להתנתק מהמערכת החוזית עם הזכיון ולהתקשר עם זכיינים חלופיים⁵⁴. בהקשר של יחסי זכיון-בעל זיכיון ניתן להצביע על מגוון עלויות שקועות. כך למשל, בעל הזיכיון עשוי להשקיע כספים

Integration, Appropriate Rents, and the Competitive Contracting Process" 21 *J.L. Econ.* (1978) 297, pp. 298-307.

52 כך למשל, ייתכן כי מדובר בחברת תעופה המבקשת מספר רב של מנות כשרות.

53 W.S. Grimes "Market Definition in Franchise Antitrust Claims: Relational אה *Antitrust L.J.* (1999) 243.

54 שם, בעמ' 250. "Market Power and the Franchisor's Conflict of Interest"

על רשתות גדולות וספקים קטנים : הגיעה העת כי דיני ההגבלים העסקיים יכירו בקיומו של "כוח חוזי יחסי"

רבים בהכשרת עובדים למלא תפקיד הנדרש ספציפית לזיכיון המדובר⁵⁵; הוא עשוי להידרש להשקיע סכומים רבים בעיצוב המבנים שבהם פועל העסק בהתאם לדרישת הזכיון⁵⁶; בעל הזיכיון עשוי גם להידרש לרכוש מכונות מסוימות הייחודיות להפעלת אותו זיכיון. נקל לראות כי השקעות אלו מהוות עלויות שקועות, אשר התועלת מהן תופק רק אם תימשך המערכת החוזית הספציפית שבין הזכיון ובעל הזיכיון לאורך זמן רב.

בתי-המשפט הישראליים הכירו בכמה מקרים, במישרין או בעקיפין, בקיומן של עלויות שקועות כמקור לכוח חוזי יחסי⁵⁷. כך למשל, בעניין אקספומדיה⁵⁸ דובר בהסכם בין בעל קרקע ובין מנהל יריד, אשר הבטיח לבעל הקרקע אחוזים מהכנסות היריד בתמורה לשימוש בקרקע. לאחר מספר ימים שבהם פעל היריד שלא בהצלחה מרובה, איים בעל הקרקע לסגור את האתר במידה שמנהל היריד יסרב להתחייב לשיפוי בעבור הוצאותיו בהכשרת הקרקע גם במידה שהיריד לא יהיה רווחי. קביעתו של השופט מלץ הייתה כי מדובר בכפייה כלכלית, וכי אין תוקף "להסכמה" המאוחרת של מנהל היריד⁵⁹. נקל לראות כי כוחו הכלכלי של בעל הקרקע נבע מההוצאות אותן הוציא בעל היריד, המהוות עלויות שקועות, אשר הובילו ליצירת אותה "השפעת נעילה" אשר לא הותירה למנהל היריד כל ברירה מלבד להיענות לדרישותיו של בעל הקרקע. אלמלא היה בעל היריד נכנע ללחץ שהופעל עליו, הוא היה מאבד את הכספים שהושקעו בהקמת היריד בשטח. ראוי לציין כי הכוח החוזי היחסי בעניין אקספומדיה לא נבע מכוח שוק, שכן סביר להניח כי קיימים אזורים חלופיים שבהם ניתן היה להקים את היריד. ודוק, מאותו הרגע בו מנהל היריד החל להשקיע כספים ביריד בשטח הספציפי, נוצר בידיו של בעל הקרקע כוח חוזי יחסי אותו בחר הוא לנצל על-מנת לכפות על מנהל היריד את שינוי תניות החוזה.

(ב) השוני בחשיבות החוזה לכל אחד מהצדדים בו

דומה כי גם מבחינה אינטואיטיבית, ניתן להסכים כי כוח עשוי לנבוע מצורך. צד לחוזה אשר נזקק לשירותי הצד השני יותר מאשר הצד השני נזקק לשירותיו שלו, ייטה

55 ניקח לדוגמה זכיינים של רשת שיווק מהיר – ייתכן שכל רשת שיווק יש לה מאפיינים משלה, הדורשים הכשרה מסוימת של עובדים. כך למשל, צורת הכנת המזון שונה מרשת לרשת, כך גם צורת ההגשה ודרך השירות.

56 כך, למשל, ייתכן כי סניפיה של רשת שיווק מהיר מסוימת מעוצבים באופן ייחודי. בכדי לעבור בין הרשתות יהיה על בעל הזיכיון להוציא סכומי כסף על-מנת להתאים את הסניף לדרישות הרשת השנייה.

57 הכרה ישירה בהשפעות נעילה כמקור לכוח ניתן למצוא בהחלטת המועצה להגבלים עסקיים בעניין שירותי תיקון והחזקת מעליות (לעיל, הערה 13) שתנותח בהמשך.

58 ע"א 8/88 רחמים נ' אקספומדיה בע"מ, פ"ד מג(4) 95.

59 שם, עמ' 99.

להשלים ביתר קלות עם הפרת חוזה על-מנת להמשיך ולקיים את מערכת היחסים החוזית.

ניתן לחשוב על כמה משתנים שעל-פיהם ניתן לקבוע את מידת היזדקקותו של צד לחוזה להמשיך קיום המערכת החוזית. ראשית, הצד החלש בחוזה יהיה בדרך-כלל זה אשר המערכת היחסים החוזית הספציפית מהווה מקור לאחוז גדול יותר מרווחיו. ודוק, אין מדובר בהכרח בכמות הנומינלית של הרווח, כי אם באחוז הרווחים מכלל מחזור הרווחים של הפירמה, וזאת בין השאר בשל תאורית התועלת השולית הפוחתת⁶⁰. מעבר לכך, פירמות קטנות נוטות להתאפייין במרווח נשימה קצר יותר, בעוד שפירמות חזקות מסוגלות לנהל "משחקים אסטרטגיים", ולהקריב רווחים קצרי טווח על-מנת להבטיח רווחים עתידיים. בפירמות קטנות קיימת מצוקת מזומנים תמידית, ולעתים אף מדובר במצוקה קיומית, שכן ללא תזרים מזומנים קבוע ומידי חברות קטנות עשויות להתמוטט, ובעלי החברות עשויים להיקלע למצב כלכלי קשה באופן אישי⁶¹. דוגמה זו בולטת במיוחד בחוזי עבודה, כאשר מחייתו של העובד מותנית בתשלום משכורתו בזמן, ולעתים העובד יהיה נכון לוותר לשם כך על רווחים עתידיים ולהשלים עם הפרת חוזה מצד המעביד. אולם הדבר איננו כך רק בחוזי עבודה. בעל תחנת דלק תלוי באותה המידה ברצונו הטוב של ספק הדלק. מחייתו של ספק מזון קטן המספק מזון לרשת שיווק גדולה, תלויה בהעברת הכספים בזמן מצד הרשת, אשר עשויה לנצל מצוקה זו לשם ניהול משחקים אסטרטגיים על-מנת לשנות באופן חד-צדדי את תניות החוזה.

שנית, השוני בחשיבות החוזה נובע גם מגורם נוסף, והוא כמות המתקשרים הפוטנציאליים החיצוניים לחוזה, שיהיו נכונים למלא את מקומו של צד לחוזה במידה שהמערכת החוזית הספציפית תגיע לקיצה⁶². ככל שקיימים יותר מתקשרים פוטנציאליים כאלה, הרי שמערכת היחסים החוזית הספציפית חשובה פחות⁶³. דומה כי

60 לדוגמה, ניתן לחשוב על חוזה בין חנות קטנה לבין בעל קניון גדול. נניח כי רווחיו של בעל הקניון מהשכרת החנות הספציפית זהים לרווחיו של בעל החנות מהפעלתה. עם זאת אין לומר כי חשיבותו של החוזה לבעל הקניון זהה לחשיבותו לבעל החנות. בעל הקניון זוכה לרווחים זהים מהשכרת 350 חנויות. בהתאם לתועלת השולית הפוחתת, הרי שהתועלת אותה מפיק בעל הקניון מכל אחד ממשכירי החנויות, הינה קטנה מהתועלת אותה מפיק כל בעל חנות.

61 ראו *FTC v. Texaco* 393 U.S. 223 (1968) (להלן – עניין *Texaco*), הלכה שתנתח בהמשך הדיון.

62 Carstensen (לעיל, הערה 45), עמ' 1423. המחבר טוען כי כוחם היחסי של בנקים על חשבון לקוחותיהם נובע בין השאר ממספר הבנקים המועט, מה שמוכיל למיעוט אלטרנטיבות העומדות בפני לקוח המעוניין להתקשר עם בנק חלופי בתנאי אשראי טובים יותר.

63 אם נחזור לדוגמה של בעל החנות ובעל הקניון, הרי שמגוון בעלי החנויות שיהיו מעוניינים בהשכרת החנות הינו גדול יחסית. לעומת זאת ייתכן שבאותו אזור ספציפי מספר הקניונים אינו גדול במיוחד. מכאן, שחשיבותו של החוזה עשויה להיות גדולה יותר לבעל החנות מאשר לבעל הקניון.

על רשתות גדולות וספקים קטנים : הגיעה העת כי דיני ההגבלים העסקיים יכירו בקיומו של "כוח חוזי יחסי"

שני גורמים חשובים בקביעת כמות המתקשרים הפוטנציאליים הם: מידת התחרות בכל אחד מהשווקים הרלוונטיים, וקיומם של חוזים ארוכי טווח נוספים בין פירמות במעמד דומה למעמדם של הצדדים לחוזה היחסי. בכל הנוגע למידת התחרות בשווקים הרלוונטיים, הרי שככל שיותר פירמות מתחרות בשוק, יגדל מספר המתקשרים הפוטנציאליים שיהיו נכונים לתפוס את מקומו של צד לחוזה היחסי⁶⁴. באשר לקיומם של חוזים ארוכי טווח נוספים, הרי שנכון יהיה לראות בחוזים כאלו חסמי כניסה, המקשים על פירמה בשוק מלהיכנס למערכת חוזית יחסית חלופית למערכת החוזית היחסית שממנה יצאה. אם נחזור לדוגמה של ספק המזון וחברת התעופה, הרי שיתכן כי בשוק הגאוגרפי הרלוונטי פועלות מספר קטן יחסית של חברות תעופה. במידה ויתר חברות התעופה מצויות במערכת חוזית ארוכת טווח עם ספקי מזון אחרים, יקשה מאוד על ספק המזון הנפגע למצוא תחליף לחוזה היחסי עם חברת התעופה, וזהו כמובן מקור לכוח חוזי יחסי שאותו עשויה חברת התעופה לנצל⁶⁵.

(ג) בעיות של פערי מידע בין הצדדים לחוזה ובין צדדים שלישיים

במערכות חוזיות מסוימות קיימת בעיה של פערי מידע בין הצדדים לחוזה ובין צדדים שלישיים. פערי מידע כאלו קיימים בדרך כלל בחוזים שבהם מצוי בידי אחד הצדדים מידע השוואתי בכל הנוגע למספר שחקנים המצויים עמו במערכת חוזית בעלת מאפיינים זהים. במידה שמידע כזה אינו מצוי בידי המתחרים של אותה פירמה, הרי שיקשה על אותם שחקנים לנצל את "המוניטין החוזי" שצמח להם על-מנת להתקשר בתנאים טובים יותר עם מתחריה של הפירמה. כמובן זה, פערי המידע מהווים "חסם יציאה" מהמערכת החוזית ארוכת הטווח.

דוגמה טובה לחוזים יחסיים שבהם קיימת בעיה של פערי מידע ניתן למצוא בחוזי עבודה. לכאורה, בשוק העבודה קיימת תחרות כך שכל עובד ימצא את מקום העבודה שיסכים לשלם לו את הסכום הגבוה ביותר בהתאם לכישוריו. עם זאת שוק העבודה אינו שוק תחרותי משוכלל, והמעביד נהנה בדרך כלל מכוח חוזי יחסי על חשבון עובדיו. הסיבה לכך נעוצה בעובדה שעובדים נשכרים בידי המעביד לצורך איש עמדה מסוימת, ותהליך התקדמותם הוא בתוך התאגיד עצמו⁶⁶. "שוק העבודה הפנימי" בתוך התאגיד, מושפע במידה מאוד מוגבלת מהתפתחויות בשוק העבודה בכללותו. הסיבה העיקרית

64 ניתוח זה גם מוביל אותנו למסקנה הגיונית ומתבקשת כי פירמות בשווקים אוליגופוליסטיים נהנות מכוח חוזי רב יותר מאשר פירמות בשווקים תחרותיים. עם זאת קיומו של כוח הנובע מריכוזיות היא רק אחד הגורמים לקיומו של כוח חוזי יחסי.

65 על השפעתם של חוזים ארוכי טווח כחסמי כניסה לשוק מסוים ראו באופן כללי, Aghion, Bolton "Contracts as a Barrier to Entry" 77 *Am. L. & Econ. Rev.* (1987) 388.

66 ראו R.S. Thomas "Should Directors Reduce Executive Pay?" 54 *Hastings L.J.* (2003) 437, 444.

לכך היא כי איכות עבודתו של עובד בתאגיד מסוים משוקללת בצורה הטובה ביותר בידי התאגיד, ובשל בעיות של פערי מידע העובד אינו יכול לנצל בדרך כלל את "המוניטין הפנימי" שצמח לו לשימוש חיצוני בשוק העבודה. ניתן לדבר על שוק עבודה משוכלל רק כאשר מדובר על עובדים בעמדות בכירות, אשר כישוריהם ידועים לכלל השוק. ואכן, מבחינה אמפירית החוזים של עובדים בכירים הם בדרך כלל מפורטים יותר ופחות כפופים לשינויים עתידיים⁶⁷.

עם זאת בעיה זו של פערי מידע אינה ייחודית רק לשוק העבודה, והיא קיימת בסוגים רבים של חוזים ארוכי טווח. כך למשל, זכיינים מסוגלים בדרך כלל לשקלל היטב מי מבין בעלי הזכויות משיג את הרווחים הגבוהים ביותר. נתון השוואתי כזה אינו מצוי ברשותם של מתחריו של הזכין, מה שיקשה על בעל הזכיון לממש את "המוניטין הפנימי" שצמח לו. סיטואציה זהה מתרחשת במערכת היחסים שבין ספק למספר משווקים, כאשר הנתון ההשוואתי אודות שיעור הרווחים מפועלו של כל משווק מצוי ברשותו של הספק בלבד.

(ד) הוראות החוזה ומקורות סטטוטוריים

כוח חוזי יחסי עשוי לנבוע גם מהוראות החוזה עצמן ובמקרים מסוימים גם ממקורות סטטוטוריים. בחוזים רבים קיימות תניות המהוות מקור לקיום כוח חוזי יחסי בידי הצדדים להם. כך למשל, מקובל לכלול בחוזה תניות המתירות לאחד מהצדדים לבטל את ההתקשרות בתנאים מסוימים, או להימנע מחידוש ההתקשרות כל פרק זמן שהוא. דוגמה לכך היא תניה המאפשרת לזכין שלא לחדש את החוזה עם בעל הזכיון בתחילת כל שנה שנייה. סוג נוסף של תניות המעניקות כוח חוזי הן תניות אשר מעניקות לצד לחוזה את היכולת לשנות תנאים בהתקשרות באופן חד-צדדי. כך לדוגמה, תניה המאפשרת לספק דלק גדול לקבוע את המחיר שבו יימכרו מוצריו בתחנות הדלק עמן הוא קשור חוזית, ובכך מעניקה לספק את היכולת לווסת את מתח הרווחים של בעלי התחנות. תניות מסוג שונה הן תניות המטילות מגבלות על אחד הצדדים לחוזה במידה שיבחר להשתחרר ממנו, כדוגמת תניות אי-תחרות ותניות לשמירת סודיות. תניות אלה ותניות כדוגמתן מעניקות לצד לחוזה כוח חוזי יחסי על חשבון רעהו. הסיבה לכך נעוצה ביכולתו של הצד הנהנה מאותן תניות לאיים ולעשות בהן שימוש במידה שהצד השני לא יסכים לשינוי חד-צדדי של תניות חוזיות אחרות. טלו למשל מערכת יחסים חוזית בין ספק ומפיץ, כאשר לספק קיימת אפשרות לסיים את החוזה בכל שנה שנייה. בשלב מסוים מפר הספק את החוזה. במצב שכזה המפיץ מצוי במצוקה, שכן במידה שלא ייכנע להפעלת הכוח, קיימת אפשרות סבירה כי הספק יעשה, בתום השנתיים, שימוש בתניה המתירה לו להשתחרר חד-צדדית מהחוזה.

67 שם, עמ' 445.

על רשתות גדולות וספקים קטנים : הגיעה העת כי דיני ההגבלים העסקיים יכירו בקיומו של "כוח חוזי יחסי"

במקרים מסוימים, כוח חוזי יחסי עשוי לנבוע גם מהוראות החוק. דוגמה טובה לכך ניתן למצוא בהוראת חוק קוגנטית המאפשרת לאחד מחברי שותפות כלשהי לפרק באופן חד-צדדי את השותפות, ללא התחשבות ברצון יתר השותפים ובהוראות החוזה. סעיף חוק כזה עשוי להעניק לחבר בשותפות כוח חוזי יחסי⁶⁸, ולגרום לשאר חברי השותפות להשלים עם הפרות חוזיות, בידעם כי במידה שיסרבו לעשות כן, עשוי השותף לנצל את הוראות החוק ולפרק את השותפות.

(ה) כוח חוזי יחסי והילכת *Texaco*⁶⁹

דוגמה יפה להכרה בכוח חוזי יחסי, הנובע ממרבית הגורמים שצוינו לעיל, ניתן למצוא בפסיקת בית המשפט העליון האמריקני בעניין *Texaco*. חברת טקסו היא אחת מספקיות הדלק הגדולות בארצות הברית, כאשר חלקה בשוק הדלק האמריקני הגיע באותה העת לחמישה עשר אחוזים. טקסו חתמה על הסכם עם יצרנית צמיגים, ובו היא התחייבה להעניק ליצרנית בלעדיות במכירת צמיגים בתחנות הדלק עמן היא קשורה חוזית. בתמורה, התחייבה היצרנית להעביר לטקסו מקצת מרווחיה ממכירת הצמיגים בתחנות. לשם ביצוע העיסקה כפתה טקסו על בעלי תחנות הדלק, בניגוד להסכמים ביניהם, לרכוש צמיגים מהסוג המוסכם בלבד. המקרה נדון בפני בית המשפט העליון האמריקני. במהלך הדיון נשאלה השאלה אם חברת טקסו אוזנת בכוח כלכלי על חשבון בעלי תחנות הדלק, למרות שהיה מוסכם על בית המשפט כי שוק הדלק הינו שוק תחרותי. טענתה של טקסו הייתה כי בהיעדר כוח שוק בשוק הדלק, הרי שאין כל אפשרות לקיומו של כוח כלכלי בו היא כביכול אוזנת על חשבון בעלי התחנות. בית המשפט דחה טענה זו. מפסק הדין ניתן לחלץ את הגורמים לקיומו של אותו כוח כלכלי, המכונה בדיון זה "כוח חוזי יחסי". ראשית, בית המשפט הצביע על אפקט העלויות השקועות, המקשה על בעל תחנה לעבור ולהפעיל תחנות דלק בעבור חברה מתחרה⁷⁰. שנית, הכוח הכלכלי בו אחזה טקסו נבע מהשוני בחשיבות החוזה לכל אחד מהצדדים, ובית המשפט האמריקני הבהיר נקודה זו בלשון חדה במיוחד, תוך שהוא

68 בהקשר זה ראוי לציין את מסקנותיו המעניינות של המלומד רוברט הילמן, במאמרו בנושא השותפות העסקית; ראה *Miami* "Private Ordering Within Partnerships" R.W. Hillman *L. Rev.* (1987) 426. חוזה השותפות הינו חוזה ארוך טווח, חוזה יחסי. החוק בארצות הברית מעניק לכל אחד מחברי השותפות את האפשרות לפרק את השותפות, וזו הוראה קוגנטית שעליה אין להתנות. החוק מעניק למעשה כוח חד-צדדי לכל אחד מחברי השותפות. כמובן שמידת הכוח בו מחזיק כל שותף מותנית במידת התועלת הכלכלית הצומחת לו מקיום השותפות.

69 לעיל, הערה 61.

70 כפי שקובע בית המשפט: "The average dealer is a man of limited means who has what is for him a sizable investment in his station. He stands to lose much if he incurs the will of Texaco"

מציין בין השאר את מצוקתו הקיומית של בעל תחנת הדלק, אשר פרנסתו תלויה ברצונה הטוב של טקסקו⁷¹. שלישית, ולא פחות חשוב, בית-המשפט הכיר בכך שהוראות החוזה בין הצדדים מהוות מקור לכוחה החוזי היחסי של טקסקו. מרבית תחנות הדלק היו בבעלותה של טקסקו, כאשר מפעילי התחנות שכרו את השטח לתקופה קצובה. חוזה השכירות כלל סעיף המתיר לטקסקו לסיים את מערכת היחסים החוזית תוך מתן התראה של 30 יום. מיותר לציין כי תניה כזו מעניקה כוח חוזי יחסי. נתקשה למצוא בעל תחנה שימרה את רצון טקסקו, בודעו היטב כי סירובו יוביל בעקיפין לסיום ההתקשרות עמו, ולהעדרת בעלי תחנות אחרים, המציינים לרצונה של טקסקו, על פניו.

3. אי־דיות הסעדים אותם מציעים דיני החוזים

עד כה עמדנו על המקורות השונים לקיום כוח חוזי יחסי. עם זאת בקיום הכוח של עצמו אין די, במקרים שבהם מציע המשפט סעדים חזקים מספיק על־מנת ששימוש בו יהיה בלתי כדאי. כך למשל, לו היה הדין האמריקני מציע סעדים חזקים מספיק, היה בכך בכדי להרתיע את חברת טקסקו מלהשתמש בכוחה החוזי היחסי על חשבון בעלי תחנות הדלק.

דיני החוזים אמורים לפצות צד לחוזה על נזקיו במקרה של הפרת חוזה. במערכת המשפט הישראלית, צד לחוזה מפוצה גם בעבור התעשרותו של המפר כתוצאה מההפרה⁷². לכאורה, ניתן לצפות כי הפרת חוזה תוביל את הצד הנפגע לפנות באופן מידי לערכאות משפטיות. עם זאת מסקנה זו אינה נכונה ואינה מדויקת כתוצאה משילוב של כמה גורמים עיקריים: הראשון, הינו חוסר הוודאות הכרוך בניהול הליך משפטי, בפרט כאשר הצד שכנגד הוא פירמה בעלת כוח. השני, נובע מהמגבלות האינהרנטיות של הפיצויים החוזיים כאשר מדובר בפיצויים בעבור הפרת חוזה ארוך טווח. השלישי, הוא הפגיעה במוניטין של צד לחוזה ארוך טווח הנקלע לעימותים משפטיים. שילובם

71 בהבהירו את השוני בחשיבות החוזה לשני הצדדים מדגיש בית-המשפט בראש ובראשונה את השוני העצום בעוצמת הצדדים ואת מעמדו הנחות של בעל התחנה לעומת גופים כלכליים חזקים: "A man operating a gas station is bound to be overawed by the great corporation that is his supplier, and his landlord". בהמשך קובע בית-המשפט, בהדגישו את חשיבותו הקיומית של החוזה לבעל התחנה ואת הפרשי הכוח בין הצדדים כי "A Service Station dealer whose very livelihood depends upon the continuing good favor of a major oil company is constantly aware of the oil company's desire that he stock and sell the recommended brand of TBA".

72 ראו ד"ר 20/82 אדרס חמרי בניין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה., פ"ד מב(1) 221. בכך דחתה מערכת המשפט הישראלית את דוקטרינת ההפרה היעילה, המעניקה למפר החוזה את האפשרות ליהנות מרווחי ההפרה, כל עוד ישלם לנפגע פיצויים בגובה ציפיותו הסבירה לרווחים מהחוזה. ראו R. Cooter, T. Ulen *law and economics* (Harper Collins, 1988), p. 289.

של גורמים אלו מוביל לכך שפנייה לערכאות משפטיות הוא אמצעי קיצוני שיינקט רק במקרים שבהם אין כל אפשרות להמשיך ולקיים את החוזה היחסי⁷³.

(א) אי-הוודאות הכרוכה בניהול הליך משפטי

בעולם משפטי מושלם, הפרה של זכות משפטית הייתה גוררת אחריה באופן מיידי את הסעד המתבקש, סעד המעמיד את המבקש במקום שבו היה לולא הופרה זכותו. עם זאת ניתוח כזה מתעלם מתופעה המכונה "בעיית תת הפיצוי", הקיימת במערכת המשפט, והנובעת משתי סיבות עיקריות. ראשית, בשיטת המשפט הקיימת, דיון משפטי הוא תהליך יקר ומורכב, המחייב השקעה כספית ניכרת. ההשקעה הכספית הנדרשת, בייחוד כאשר מדובר במאבק של פירמה קטנה כנגד קואופרטיב גדול, מהווה מחסום גדול מאוד מפני הכניסה לעימותים משפטיים. עסקים קטנים מתקשים למצוא את המשאבים להתמודד אל מול פירמות חזקות, המסוגלות לשחק "במשחקים אסטרטגיים" ולמשוך את הדיון לאורך מספר ערכאות על-מנת להתיש את יריבן⁷⁴. התוצאה המצערת היא כי פירמות חלשות יעדיפו להימנע מפנייה לערכאות משפטיות ככל שניתן, וגם במידה שיפנו לערכאות משפטיות, הרי שסביר כי תושג פשרה והפיצוי על הנזק לא יהיה פיצוי מלא. שנית, בשיטה האדברסרית, נהוג לומר כי גודל הפיצוי ייקבע בין היתר על-פי טיב עורכי-הדין העומדים בשני צדי המתрс. כאשר מתמודדים אל מול תאגיד גדול, המסוגל לשכור את הטובים שבעורכי-הדין, דיון משפטי אינו ודאי כלל ועיקר⁷⁵. מעבר לכך, הדרישה לשינוי תניות החוזה היא בדרך כלל דרישה מיידית, אשר איננה מאפשרת לנפגע לשקול היטב את צעדיו טרם מתן התשובה. במקרים אלו, הפנייה לערכאות משפטיות איננה בגדר אפשרות ממשית⁷⁶.

73 אם נחזור למחקרו של Jeorges בנוגע ליחסים החוזיים ארוכי הטווח שבין יצרני הרכבים ובין המשווקים (לעיל, הערה 48), הרי שהמעניין במחקר הוא כי למרות הפרות קונסיסטנטיות מצד יצרני הרכב, נמנעו הספקים מלפנות לבתי-המשפט, אלא במקרים שבהם בוטל החוזה ובית-המשפט נדרש להכריע בסוגיית הפיצויים שישלם היצרן לספק.

74 ראו M. Galanter "Why Do The Haves Come Out Ahead: Speculations on the Limits on Legal Change" in *The Structure of Procedure* (R. Cover, O. Fiss – eds., 1979) 199-211. גלנטר מצביע על הקשיים העומדים בפני שחקנים קטנים במשק להתמודד עם שחקנים משפטיים רב-פעמיים, כגון פירמות חזקות, המסוגלים לנצל את המערכת המשפטית בצורה יעילה יותר ובדרך זו להגיע לתוצאות משפטיות טובות יותר.

75 על חוסר הוודאות שבפנייה לערכאות משפטיות אומר השופט דר את הדברים הבאים: "ברי שעמדה לתובעת האפשרות לנקוט הליכים בבית-המשפט, אבל, כידוע ולצערנו, זו ברירה קשה ויקרה, ואיש אינו מבטיח את תוצאותיה. זאת ועוד, ברירה זו כורכת עמה תקופה לא קצרה של חוסר ודאות"; ראו עניין יוסף מ. פ. בניה ונכסים (לעיל, הערה 40).

76 שם.

(ב) המגבלות האינהרנטיות של הפיצויים בגין הפרת חוזה ארוך טווח

כאשר אנו מדברים על פיצויים חוזיים, הרי שהפיצוי מתייחס בדרך כלל לציפייתו של צד לחוזה לרווחים. כאשר בחוזים ארוכי טווח עסקינן, הבעיה האינהרנטית היא כי במקרים רבים כלל לא ניתן לצפות את העתיד, הן בשעת הפרת החוזה, ולבטח ברגע בו כרתו הצדדים את החוזה הראשוני, אי שם בעבר הרחוק. מכאן, שהפיצויים החוזיים אינם מסוגלים להעריך במדויק את אובדן הרווח שנגרם לצד לחוזה יחסי כתוצאה מהפרתו⁷⁷. מעבר לכך, ניתן אף לומר כי הפיצויים החוזיים יהיו חסרים, וזאת מכיוון שחוזים ארוכי טווח נמשכים תדירות אל מעבר לגבול ציפיותם של הצדדים לחוזה, ומכאן שבהכרח הם נמשכים אל מעבר לגבולות הפיצויים אותם מציעים דיני החוזים⁷⁸.

(ג) הפגיעה במוניטין ובמערכות חוזיות ארוכות טווח אחרות

כפי שצוין לעיל, דיון משפטי אינו דבר של מה בכך, במיוחד כאשר מדובר בסיומה של מערכת חוזית ארוכת טווח. בעייתיות נוספת הקשורה לכך היא כי צד לחוזה ארוך טווח, המצוי בהליכים משפטיים, עשוי לסבול מפגיעה במוניטין כתוצאה מקיומו של ההליך המשפטי. הסיבה לכך היא כי גורמים חיצוניים יימנעו מלהיכנס להתקשרות חוזית עם פירמה אשר ידוע כי היא נוהגת להסתבך בסכסוכים חוזיים⁷⁹. כך למשל, ספק אם ספק דלק יבחר להעניק זיכיון לאדם אשר מצוי בסכסוך משפטי עם ספק דלק אחר. עם זאת ראוי לציין כי הפגיעה במוניטין משמשת גם ככלי לריסון הכוח שבידיו של הצד החזק במערכת החוזית היחסית. יש אפילו המקצינים ואומרים כי די בחשש מפגיעה במוניטין בכדי למנוע, במרבית המקרים, שימוש לרעה בכוח חוזי יחסי⁸⁰. עם זאת דומה כי במקרים רבים הרווחים כתוצאה מהפרת החוזה יעלו על אובדן המוניטין למפר, ועל-כן אין בחשש לאובדן המוניטין בכדי להרתיע בעוצמה מספקת מפני שימוש לרעה בכוח החוזי היחסי⁸¹.

77 ראו Mercurio & Medema (לעיל, הערה 50), עמ' 152.

78 כל זאת בהנחה כי החוזה ארוך הטווח איננו חוזה הפסד, והוא אמור להמשיך ולהניב רווחים בטווח הארוך. במקרה זה, הפיצויים אותם מציעים דיני החוזים, פיצויים המותאמים לחוזים סטנדרטיים, אין בהם די על-מנת לפצות צד לחוזה ארוך טווח בגין ציפייתו.

79 ראו Macaulay (לעיל, הערה 31), עמ' 464.

80 B. Klein "Market Power in Franchise Cases in the Wake of Kodak: Applying Post-Contract Hold-u Analysis to Vertical Relationships" 67 *Antitrust L.J.* (1999) 283.

81 לפירוט עמדה זו ולדוגמאות ספציפיות ראו D.A. Farber, B.H. McDonnell "Why (And How) Fairness Matters at The Ip/Antitrust Interface" 87 *Min. L. Rev.* (2003) 1817, p. 1849.

ג. שימוש לרעה בכוח חוזי ופגיעות בתחרות החופשית ובצרכן**1. מבוא**

בשלב זה של הדיון ייבחנו מספר שווקים שבהם נעשה בעבר שימוש לרעה בכוח חוזי יחסי תוך פגיעה בתחרות החופשית ובצרכן. בין השאר, נבחן את הגורמים לקיומו של הכוח החוזי היחסי בכל אחד מהשווקים הנ"ל, וכן את ההשלכות השליליות של השימוש בכוח החוזי היחסי על התחרות החופשית באותם השווקים ועל רווחת הצרכן.

2. שיווק והספקת מזון

בתחילת הדיון נותחה באופן חלקי עמדתו של הממונה על ההגבלים העסקיים בעניין רשתות השיווק והספקים⁸². בכדי להבין את מערכת היחסים החוזית בין הצדדים, יש להכיר תחילה את הגורמים המעורבים משני צדי המשוואה. מהצד האחד, עומדים הספקים של מוצרי המזון השונים. חלק מהספקים עונים על הקריטריון של "ספק דומיננטי", במידה שהם מספקים מעל למחצית מהמוצרים באותו השוק. לעומת זאת קיימים ספקים חלשים יותר, בין אם ספקים המנסים לשרוד בשוק הנשלט בידי ספק דומיננטי, ובין אם ספקים בשוק מוצר תחרותי. מהצד השני של המשוואה עומדים המשווקים השונים של מוצרי המזון. מדובר בעיקר על שלושת רשתות השיווק הגדולות: שופרסל בע"מ, ריבוע כחול-ישראל בע"מ וקלאב-מרקט רשתות שיווק בע"מ. נוסף לשלושת הרשתות הגדולות, קיימים משווקי מזון בינוניים וקטנים, הכוללים בעיקר רשתות שיווק כבעלות פרטית וחנויות מכולת. ראוי לציין כי רשתות השיווק הגדולות אינן מוגדרות כבעלות מונופולין בשוק המזון, או לחלופין כקבוצת ריכוז. על-מנת שהמחירים לצרכן ייקבעו בדרך של תחרות חופשית, יש לשמור על קיום תחרות חופשית בין רשתות השיווק השונות, ובנוסף יש לשמור על קיום תחרות בין הספקים השונים של אותו מוצר ("התחרות על המדף").

כאמור בתחילת הדיון, רשתות השיווק נהגו להטיל על הספקים הקטנים "חייבים רטרואקטיביים בגין תחרות מקומית", ובדרך זו גרמו לספקים הקטנים להימנע ממתן הנחות ובמקרים מסוימים אף לבקש מרשתות מזון מתחרות להעלות את מחיר המוצר. כאמור, מדובר בפגיעה חמורה בתחרות החופשית ובצרכן, שכן הטלת החייבים הרטרואקטיביים הובילה לזהות במחירי המוצרים בין הרשתות השונות, במחיר הגבוה מהמחיר שהצרכן היה משלם בשוק תחרותי.

נשאלת השאלה מהו הגורם לכוח המצוי בידי רשתות השיווק? שאלה זו נבחנה לעומק בידי ארגון ה-OECD, בכנס שבו השתתפו נציגים ממספר רב של מדינות⁸³. כפי שמצביע דוח ה-OECD, רשתות שיווק גדולות נהנות "מכוח קנייה" על חשבון ספקי המוצרים, וזאת בעת שנתח השוק שבו אוחזת כל רשת שיווק נופל בהרבה מהנתח הדרוש על-מנת לבסס קיומו של כוח שוק. לפי הדוח כוח קנייה זה מאפשר לרשתות השיווק הגדולות להפלות בין ספקים שונים, ולכפות עליהם פרקטיקות חוזיות המטיבות עם רשתות השיווק, תוך פגיעה קשה בתחרות שבין הספקים ובתחרות שבין רשתות השיווק לבין עצמן. הסיבה המרכזית לקיומו של כוח קנייה ללא קיומו של כוח שוק נובעת לפי הדוח בעיקר מהרגלי הקנייה של הצרכן, אשר נוטה להמשיך ולקנות ברשת השיווק המועדפת עליו, גם במידה שברשת השיווק יחסר אחד המוצרים המצויים בסל הקניות שלו. לפי הדוח, בהתקיים מצב שבו חלק גדול מהצרכנים ינהג כך, הרי שרשתות השיווק ייהנו מכוח קנייה ללא קיום כוח שוק. במילים אחרות, נראה כי ה-OECD רואה בהשפעת הנעילה של הצרכן כמקור עיקרי לקיום כוח קנייה בידי רשתות השיווק.

עם זאת דומה כי לכוון החוזי היחסי, או כפי שהוא מכונה בדוח ה-OECD, "כוח הקנייה" של רשתות השיווק, גורמים נוספים, הנובעים ממערכת היחסים החוזית שבין רשתות השיווק והספקים, ולא דווקא מהרגלי הקנייה של הצרכן. נקודה זו הועלתה גם על-ידי חברי המשלחת ממקסיקו, אשר עמדו על ההבחנה שבין קיום כוח שוק בידי רשתות השיווק הגדולות, ובין קיומו של כוח חוזי המאפשר לרשתות השיווק לשפר את תניות החוזה אל מול הספקים⁸⁴. גם הנציגים מספרד טענו כי בידי רשתות השיווק במדינתם מצוי כוח חוזי יחסי המאפשר פגיעות בתחרות, וזאת למרות ששוק שיווק המזון בספרד הוא שוק תחרותי ואין לרשתות כל אפשרות להשפיע על דרך קביעת המחירים⁸⁵. מהו אפוא הגורם לקיום הכוח החוזי היחסי אותו מנצלות רשתות השיווק? בדומה לניתוח שנעשה לעיל, ניתן לחשוב על גורמים אחדים לקיומו של כוח חוזי יחסי בידי רשתות השיווק. ראשית, קיימים פערים גדולים בחשיבותו של החוזה ארוך הטווח לשני הצדדים. בעוד שחלק ניכר מתוצרתו של ספק המזון נמכר אצל כל אחת מרשתות השיווק, הרי שתוצרתו של כל ספק מהווה חלק מזערי ממחזור המכירות של המשווק הגדול. מרבית ספקי המזון הקטנים אינם בעלי "מרווח נשימה" גדול במיוחד, והאיום של רשתות השיווק לפגוע ברווחים קצרי הטווח שלהם עשוי להיות משמעותי במיוחד. שנית, בחוזים ארוכי טווח בין רשתות השיווק והספקים קיימות עלויות שקועות. הפסקתו של חוזה ארוך טווח בין ספק לבין רשת שיווק דומיננטית יש בה כדי להטיל על

83 לעיל, הערה 12.

84 דוח ה-OECD בעניין רשתות השיווק (לעיל, הערה 12), עמ' 201.

85 שם, עמ' 209-210.

הספק עלויות מעבר, הנובעות מהצורך בשינוי קווי ההפצה של המוצר ומהצורך בהתאמה מחדש של כמויות הייצור. שלישית, הכוח החוזי היחסי עשוי לנבוע מתניות החוזים שבין רשתות השיווק והספקים הקטנים, אשר נוטות להיקבע בידי הצד החזק לחוזה. כך למשל, תניה המאפשרת סיום חד-צדדי של החוזה מצד רשת השיווק היא תניה המעניקה כוח.

3. שירותי תיקון ותחזוקת מעליות

דוגמה יפה לקיום השפעות נעילה המאפשרות שימוש לרעה בכוח חוזי יחסי באופן הפוגע בצרכן, ניתן למצוא בשוק המעליות. בשנת 1982 דנה המועצה להגבלים עסקיים בבקשתו של הממונה על ההגבלים העסקיים להכריז על כל אחד מתשעה יצרנים של מעליות אשר פעלו אז בשוק, כמונופול "בשוק המשני" של הספקת שירותי תחזוקה ותיקונים למעליות⁸⁶. נקודת המוצא היא כי השוק הראשי, קרי שיווק ומכירת מעליות, הוא שוק תחרותי, והמחיר בעבור רכישת מעלית לבניין הוא מחיר תחרותי. עם זאת לממונה הגיעו תלונות של רוכשי מעליות על כך שנגבים מהם סכומים "דמיוניים" בעבור חלקי חילוף למעליות, וכי שירותי התיקון שלעצמם הם יקרים ובמקרים רבים אינם ניתנים תוך זמן סביר.

הסיבה ליכולתם של ספקי המעליות לפגוע בצרכן היא קיומן של עלויות שקועות המובילות להשפעת נעילה. מעליות הן מוצר חיוני בעסקים רבים ובבתים רבי קומות. מחירן של המעליות הוא גבוה, והאלטרנטיבה של החלפת המעליות בשל יוקר התיקון היא אלטרנטיבה בעייתית. חלקי החילוף למעליות מסוג מסוים מצויים מטבע הדברים בידי ספק המעלית בלבד, או בידי חברות הקשורות עמו בקשר חוזי, דבר שמקל על ספק המעליות לנצל את כוחו החוזי היחסי אל מול הצרכן על-מנת לגבות מחירים מופקעים בעבור החלפים. באותה מידה, קשריו החוזיים של ספק המעליות עם יצרני החלפים למעליות מתוצרתו, מאפשרים לו להפעיל כוח בכדי לשלול מעוסקים פרטיים את היכולת לרכוש חלפים באופן סביר וליצור תחרות אפקטיבית בשוק.

החוזים בין ספקי המעליות והרוכשים הם מטבעם חוזים ארוכי טווח. סביר להניח שבעת כריתת החוזה תנאי התחזוקה של המעליות ותיקונן היו הוגנים, שכן התחרות על המוצר כוללת גם את התחרות על טיב השירות, כפי שהוא מובטח לצרכן בחוזה. עם זאת לאחר רכישת המעליות, אין דבר המונע מהספקים מלנצל את כוחם החוזי היחסי על-מנת להעלות מחירים ולהעניק שירותים ברמה נמוכה, בניגוד לאמור בחוזה.

4. ייצור ברזל לבניין

דוגמה לניצול של כוח חוזי יחסי באופן הפוגע בצרכן ניתן למצוא בפעולותיה בעבר של חברת מפעלי פלדה מאוחדים (להלן – מפ"מ), יצרנית ברזל לבניין⁸⁷. מפ"מ הייתה קשורה בהסכמי בלעדיות עם מספר סוחרי ברזל, אשר קיבלו, בתמורה לבלעדיות, הנחות גדולות על מחירי הברזל. סוחרי הברזל הקשורים חוזית עם מפ"מ הקימו אגודה. ראוי לציין כי ייתכן שהסכמי הבלעדיות שלעצמם היו הסדרים כובלים⁸⁸. בשלב מסוים קיבל אחד מסוחרי הברזל, משה כהן, רישיון לייבא ברזל מחו"ל. טענתו של כהן הייתה כי הסכם הבלעדיות אינו חל על ייבוא מחו"ל. התגובה על פועלו של כהן לא אחרה לבוא. מפ"מ הפרה את החוזה עם יתר סוחרי הברזל הקשורים עמה בהסכמי בלעדיות, וסירבה להעביר להם את כספי הזיכוי בגין ההנחות, כל עוד ימשיך משה כהן בייבוא המתחרה. התוצאה של הפעלת הכוח הייתה מידית. חברי העמותה הצטרפו למסע השכנוע ודרשו מכהן להימנע מהייבוא המתחרה על-מנת שלא לפגוע בהסדר הנוח מבחינתם של קבלת זיכוי בגין הנחות.

נקל לראות את הנזק הפוטנציאלי העצום לתחרות כעולה מהסיטואציה המתוארת. בסוף שנות ה-80 נעשה ניסיון לפתוח את השוק הישראלי לייבוא מתחרה במספר רב של ענפים. פעולותיה של מפ"מ, תוך שימוש בכוח החוזי היחסי בו היא אחזה על פני חברי העמותה, עשויות היו למנוע ייבוא מתחרה אשר יתרונותיו לצרכן ברורים.

ומהו המקור לכוחה החוזי של מפ"מ? ראשית, קיים אפקט "העלויות השקועות", שכן מעבר של סוחר ברזל מעיסוק עם חברת מפ"מ, לעיסוק עם חברה מתחרה אשר מפעלה ממוקם באזור אחר בארץ, אינו מעבר של מה בכך, ודורש עלויות מעבר גבוהות, כגון עלויות לשם התאמה מחדש של קווי ההפצה. שנית, קיים שוני עצום בחשיבות החוזה לסוחרי הברזל ולמפ"מ, אותו ניתן היה לזהות בבירור מפעולותיהם של יתר חברי האגודה אשר נזעקו על-מנת לשכנע את משה כהן להימנע מייבוא מתחרה. שלישי, ייתכן כי קיימים "חסמי יציאה" מהחוזה בדמות הסדרי בלעדיות דומים בין סוחרי ברזל אחרים וחברות לייצור ברזל דוגמת מפ"מ. הסכמים שכאלו מקשים במידה רבה על סוחרי הברזל להתקשר חוזית עם מתחריה של מפ"מ.

87 לפירוט עובדות המקרה ראו הרשות להגבלים עסקיים הסדרים כובלים – סוג ההסדרים ושיטת הביצוע (הרשות להגבלים עסקיים, מחלקת חקירות, 1995).

88 כנגד מפ"מ וסוחרי הברזל הוגש כתב אישום בגין עשיית הסדרים כובלים. העניין נסגר בפשרה, במסגרתה התחייבו הגורמים המעורבים לחדול מביצוע ההסדר, ובנוסף הוטלו עליהם קנסות. ראו דוח על ביצוע חוק ההגבלים העסקיים לשנים 1984-1990 (משרד התעשייה והמסחר, 1990), עמ' 84.

5. שיווק דלק

דוגמה מרתקת לדרך שבה נעשה שימוש לרעה בכוח חוזי יחסי, שמקורו בתניות החוזה, ניתן למצוא בענף שיווק הדלק. ענף זה עורר דיונים כלכליים ומשפטיים רבים במהלך שנות התשעים. הניסיון להחדיר מתחרים חדשים לענף וליצור בו תחרות אפקטיבית התגלה כבעייתי, בין השאר בשל קיומם של חוזי בלעדיות ארוכי טווח בין בעלי תחנות הדלק וספקי הדלק הגדולים. מרבית החוזים ארוכי הטווח כללו "הסכם קנייני", במסגרתו נכללו תניות המתירות לספקי הדלק להפסיק את ההסכמים עם בעלי התחנות באופן חד-צדדי, ולנשלם מהקרקעות עליהן הוקמו התחנות. החוזים כללו גם "הסכם קמעונאי", אשר התיר לספקי הדלק להכתיב לבעלי התחנות את מחירי המכירה לצרכן.

בשלב מסוים, בעקבות לחץ מצד הממונה על ההגבלים העסקיים, הסכימו ספקי הדלק לוותר על סעיפי הכתבת המחירים, ולאפשר לתחנות הדלק להוריד מחירים כרצונן ולהתחרות ביניהן⁸⁹. עם זאת ויתור זה לא השיג את המטרה המיוחלת, שכן בעלי תחנות הדלק נמנעו מהורדת מחירים למרות ביטול התניה. הסיבה לכך הייתה הותרת אותם סעיפים המאפשרים לחברות הדלק להטיל סנקציות של נישול מהקרקע בחוזה הקנייני. תניות אלה הרתיעו את בעלי התחנות מפני הורדת מחירים, ביודעם כי חברות הדלק הגדולות לא יראו בעין יפה פעולות שכאלו⁹⁰. חברות הדלק דאגו מטבע הדברים לנצל את כוחן החוזי היחסי ו"לאותת" לבעלי התחנות כי טוב ייעשו במידה שיימנעו מהפחתת המחירים. הפגיעה בתחרות החופשית הייתה כמובן קשה, באשר למרות ביטולן של התניות להכתבת מחירים, נותרו מחירי הדלק כפי שהיו בעבר.

ד. שימוש לרעה בכוח חוזי יחסי – האם נדרשת התערבות דיני ההגבלים העסקיים?

עד כה עמדנו על התנאים המאפשרים לצד לחוזה יחסי לצבור כוח ולעשות בו שימוש לרעה, במקרים מסוימים תוך פגיעה בתחרות החופשית. כאשר צד בעל כוח אוחז בכוח שוק, הרי שקיימת תחולה לדיני המונופולין. כאשר אותו צד אינו אוחז בכוח שוק, הרי שלכאורה דיני ההגבלים העסקיים אדישים לשימוש בכוח. בשלב זה יש לשאול כמה שאלות באשר להתערבות הרצויה מצד דיני ההגבלים העסקיים מקום בו נעשה שימוש לרעה בכוח חוזי יחסי.

89 ראו א' בליס "חוזים כחסמי כניסה בשיווק דלק לתחנות תידלוק" רבעון לכלכלה 46 (1999), עמ' 48.
90 שם, עמ' 38.

שאלה עקרונית מרכזית היא אם כלל ראוי שדיני ההגבלים העסקיים יתערבו ביחסי כוח חוזיים בין שחקנים נטולי כוח שוק. שאלה זו מחולקת לשתי שאלות משנה. את שאלת המשנה הראשונה ניתן לנסח באופן הבא: האם עצם השימוש לרעה בכוח החוזי, והפגיעה הנלווית בצד החלש בחוזה, די בהם בכדי להצדיק את התערבותם של דיני ההגבלים העסקיים גם ללא הוכחה של פגיעה בתחרות בעסקים או בציבור?⁹¹ במידה שהתשובה לשאלת המשנה הראשונה תהיה שלילית, ניתן לנסח את שאלת המשנה השנייה באופן הבא: האם שימוש לרעה בכוח חוזי, המוביל לפגיעה בתחרות החופשית באחד השווקים הרלוונטיים או לפגיעה בציבור, יש בו כדי להצדיק את התערבות דיני ההגבלים העסקיים?

על-מנת להשיב על השאלות שהוזכרו לעיל יש לבחון את המטרות העומדות בבסיס דיני ההגבלים העסקיים. כפי שנבחן מיד, מטרות אלו אינן ברורות מאליהן, והן משתנות משיטת משפט אחת לשנייה. במשפט האמריקני והקנדי, מקובלת מאוד הגישה הכלכלית למשפט, שלפיה מטרת דיני ההגבלים העסקיים היא להבטיח חלוקה יעילה של המשאבים במשק⁹². בהתאם לגישה זו, פגיעה בתחרות החופשית ככלל, ושימוש בכוח כלכלי בפרט, אינם פסולים שלעצמם, אלא במידה שהם מובילים לפגיעה ביעילות המצרפית. עם זאת גם במשפט האמריקני יש הטוענים כי בבסיס דיני ההגבלים העסקיים עומדות מטרות אחרות מלבד יעילות. כך למשל, נטען בעבר כי בבסיס הדינים עומדות מטרות פוליטיות, כגון פחד מצבירה של כוח בידי פירמות, ללא קשר לשאלות של יעילות כלכלית⁹³. יש היוצאים כנגד הגישה הכלכלית למשפט וטוענים כי בבסיס דיני ההגבלים העסקיים עומדות גם מטרות של שוויון וצדק חלוקתי⁹⁴. בנוסף יש הרואים בבסיס דיני ההגבלים העסקיים את הצורך להגן על עסקים קטנים מפני פירמות בעלות כוח, ואף טוענים כי זו הייתה מטרתו המקורית של הקונגרס האמריקני עת נתקבלה אמנת שרמן⁹⁵.

במשפט האירופאי, מטרות דיני ההגבלים העסקיים נגזרות במידה רבה מתאוריות אורדוליבריות, אשר יסודן באסכולת פרייבורג⁹⁶. בבסיס התאוריה עומד הצורך להגן

- 91 יש הרואים בפגיעה בפירמות קטנות בידי פירמות חזקות סיבה להתערבות דיני ההגבלים העסקיים. זוהי עמדתו של וורן גרימס, ראו W.S. Grimes "Market Definition in Franchise Antitrust Claims: Relational Market Power and the Franchisor's Conflict of Interest" 67 *Antitrust L.J.* (1999) 243.
- 92 אבי הגישה הינו השופט Robert Bork; ראו R.A. Bork *The Antitrust Paradox* (1978); Posner *Economic Analysis of Law* (5th ed., 1998), pp. 14-15.
- 93 ראו R. Pitofsky "The Political Content of Antitrust" 127 *U.P.A. L. Rev.* (1979) 1051.
- 94 ראו Farber & McDonnell (לעיל, הערה 81).
- 95 ראו R.H. Lande "Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged" 65 *Hastings L.J.* (1982) 101.
- 96 D.J. Garber *Law and Competition in Twentieth Century Europe* (Oxford, 2001), p. 232.

על רשתות גדולות וספקים קטנים: הגיעה העת כי דיני ההגבלים העסקיים יכירו בקיומו של "כוח חוזי יחסי"

על התחרות החופשית כערך עצמאי, ללא קשר לתאוריות של יעילות. מטרת המחוקק האירופאי היא למנוע צבירה של כוח כלכלי בידי פירמות עוצמתיות, ולהבטיח כי הצרכן יזכה לתנאים שוויוניים והוגנים. בנוסף, התחרות החופשית נתפסת כחירות חוקתית יסודית, המוקנית לכל אזרח⁹⁷. נראה כי התפיסה האירופאית מבוססת על עיונות רבה כלפי פירמות בעלות כוח, כאשר המטרה המקורית של דיני התחרות האירופאים הייתה ליצור שווקים המבוססים על פירמות קטנות ובינוניות בלבד⁹⁸. בנוסף, נראה כי ביסוד התפיסה האירופאית עומדת אמונה פחותה מאשר זו האמריקנית בכל הנוגע ליכולתו של השוק להסדיר את עצמו ללא התערבות ממשלתית⁹⁹.

מהי מטרת דיני ההגבלים העסקיים במשפט הישראלי? דיון מעמיק בשאלה זו טרם נערך. עם זאת מעיון בפסיקה בית-המשפט העליון נראה כי גישת המשפט הישראלי נוטה יותר לכיוון האירופאי, באשר התחרות החופשית נתפסת בעיני בית-המשפט כזכות חוקתית הנובעת מזכותו של האדם לכבודו או מכוח חופש העיסוק¹⁰⁰. התחרות החופשית מוזכרת בדין הישראלי גם בהקשר של תורת המדינה, ככלי לשמירה על הדמוקרטיה ולמניעת ריכוז כוחות וסמכויות בידי גופים כלכליים חזקים¹⁰¹.

מטרת דיני ההגבלים העסקיים במשפט הישראלי היא להגן אפוא על התחרות החופשית כערך העומד ברשות עצמו. כמוכן שלתחרות החופשית קיימים יתרונות

D.J. Gerber "Constitutionalizing The Economy: German Neo-Liberalism, 97
Competition Law and the 'New' Europe" *Am. J. Comp. L.* (1994) 25

98 שם, עמ' 37.

M. Gal "Monopoly pricing as an antitrust offense in the U.S. and the EC: Two 99
systems of belief about monopoly?" (Forthcoming, *Antitrust Bulletin* 2004)

100 ראו בג"ץ 1030/99 ח"כ אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 640 (להלן – עניין אורון), עמ' 658-657. חופש התחרות לא נמנה במפורש כאחת הזכויות המנויות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עם זאת עמדתו של פרופ' ברק היא כי חופש התחרות נגזר מחירות הפרט להגשמת האוטונומיה האישית שלו, שכן התחרות החופשית מעניקה לצרכן את היכולת להכריע בין אלטרנטיבות כלכליות ובכך להשפיע על ההכרעות הכלכליות הכלליות בחברה. על-כן, מדובר בזכות חוקתית מכוח זכותו של האדם לכבודו. ראו א' ברק פרשנות במשפט (כרך שלישי: פרשנות חוקתית, תשנ"ד), עמ' 422 ואילך. דרך שנייה ומקובלת יותר היא לראות את חופש התחרות כחלק מזכותו של האדם לחופש העיסוק, ומכאן שחופש התחרות זוכה להגנה מכוח חוק-יסוד: חופש העיסוק; ראו ע"א 239/92 "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' משיח, פ"ד מח(2) 66; בג"ץ 28/94 צרפתי נ' שר הבריאות, פ"ד מט(3) 804, עמ' 817; בג"ץ 4915/00 רשת חברת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נד(5) 451. לניתוח ביקורתי ראו א' גרוס "כיצד היתה 'התחרות החופשית' לזכות חוקתית? – בנפתולי הזכות לחופש העיסוק" עיוני משפט כג(1) 229. מנגד, ראו נ' כהן "תחרות מסחרית וחופש עיסוק" עיוני משפט יט(2) 353, עמ' 356. בין היתר, בעניין אורון (לעיל, הערה 100), נפסל בידי בג"ץ תיקון לחוק התקשורת בשל היותו סותר את חופש התחרות.

100 ראו בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441.

101 ראו בהקשר זה בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, עמ' 743.

נוספים שעליהם עמד בית המשפט העליון, כגון הגברת היעילות במשק¹⁰², והגנה על זכויות הצרכן¹⁰³. עם זאת נראה כי התרומה ליעילות המצרפית איננה המטרה שעומדת ביסוד ההגנה על התחרות החופשית, כי אם תוצאה חיובית הנובעת ממנה. כמובן שאין בכך בכדי לשלול התחשבות בשיקולי יעילות, וקיימים מקרים שבהם רשויות האכיפה מחויבות על-פי חוק לעשות כן¹⁰⁴. דא עקא, שהגנת יעילות גורפת, כלומר מתן הכשר לביצוע כל פעולה שהיא יעילה כלכלית, אינה קיימת בדין הישראלי וספק אם קיומה מתיישב עם לשון החוק או עם תכליתו.

בהתחשב במטרות שצוינו לעיל, נראה כי על שאלת המשנה השנייה יש להשיב בחיוב. מקום שבו נפגמת התחרות החופשית באופן משמעותי או שקיימת פגיעה ישירה בצרכן, קיימת הצדקה להתערבות מצד דיני ההגבלים העסקיים. מסקנה זו מתיישבת היטב עם דברי הנשיא ברק כי דיני ההגבלים העסקיים הם "המגנה כרטא של זכויות הצרכן"¹⁰⁵.

התשובה לשאלת המשנה הראשונה היא בעייתית בהרבה. כאשר לא ניתן להצביע על פגיעה בצרכן, ספק אם מטרות דיני ההגבלים העסקיים אכן מצדיקות את התערבות הרשויות. כאמור, יש הטוענים כי מטרת דיני ההגבלים העסקיים היא בין היתר להעניק הגנה לעסקים קטנים אל מול פירמות בעלות כוח. כך למשל, ההכרה בקיומו של "כוח חוזי יחסי" הביאה כמה מלומדים לטעון כי על דיני ההגבלים העסקיים להתערב במערכות יחסים בין זכיין ובעל זיכיון, שבהן השימוש בכוח החוזי היחסי הוא נפוץ במיוחד¹⁰⁶. עמדתנו היא כי ייתכן שעמדות אלו מתיישבות במידה מסוימת עם מטרות דיני ההגבלים העסקיים במדינת ישראל. דא עקא, שבהקשר זה יש להתייחס באופן רציני לניסיון היווני. החוק היווני כלל בעבר סעיף אשר התיר לרשויות האכיפה להתערב בכל מערכת יחסים שבה קיימת תלות כלכלית בין ספקים או צרכנים לבין פירמה בשוק, גם במקרים שבהם לא הוכחה פגיעה בתחרות החופשית או פגיעה בצרכן¹⁰⁷. החוק בוטל בשנת 2000, לאחר שרשויות האכיפה ביוון קרסו תחת עומס הפניות. נראה כי קיימת בעייתיות בסעיף חוק כזה, אשר יאלץ את רשויות האכיפה להתמודד עם מקרים רבים שבהם מדובר בסכסוכים חוזיים סטנדרטיים.

102 ראו בג"ץ 588/84 ק.ש.ר. סחר אזבסט בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים העסקיים, פ"ד מ(1) 29, עמ' 37; רע"א 371/89 ליבוביץ נ' אליהו, פ"ד מד(2) 309, עמ' 327.

103 ראו פרשת טבעול (לעיל, הערה 16), עמ' 79. ראו גם צ' יגור דיני ההגבלים העסקיים (1997), עמ' 33.

104 ראו למשל הוראות סעיף 10(1) לחוק ההגבלים העסקיים.

105 ע"א 2247/95 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' תנובה, מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית, פ"ד נב(5) 213.

106 ראו Grimes (לעיל, הערה 91).

107 Article 2 of Law 703/77.

ה. שימוש לרעה בכוח חוזי – האם מעבר על הוראות חוק ההגבלים העסקיים?

1. מבוא

עד כה עמדנו על תהליך היווצרותו של הכוח החוזי היחסי ועל מקרים שבהם שימוש בו מוביל לפגיעה בתחרות החופשית. כעת, נשאלת השאלה באלו מקרים ניתן לאסור על שימוש לרעה בכוח חוזי יחסי מכוח הוראות חוק ההגבלים העסקיים.

חוק ההגבלים העסקיים דן בפגיעות בתחרות החופשית. עם זאת נקודת המוצא היא כי לא כל פעולה הפוגעת בתחרות בשוק, נכללת בהכרח תחת האיסורים הקבועים בחוק. החוק כולל שלושה פרקים, שעניינם הסדרים כובלים, מיזוג חברות ומונופולים. על-מנת לאסור על פעולה כלשהי המובילה לפגיעה בתחרות החופשית, יש להצביע על סעיף חוק לגדרו היא נופלת. בהקשר זה, ייתכן שקיימות פגיעות בתחרות החופשית אשר החוק מוציא במפורש מתחומי תחולתו. כך למשל מקום שבו הפגיעה בתחרות איננה משמעותית¹⁰⁸. במקרים אחרים הסיבה להיעדר התחולה של החוק היא סיבה פוליטית, הנובעת מהפעלת לחץ של גופים עסקיים על המחוקק¹⁰⁹. בסיטואציות אחרות, ייתכנו מצבים שבהם חוק ההגבלים העסקיים שותק, קרי: אינו מכיל הוראה הפוסרת מגדרי תחולתו את הפעולה הפוגעת בתחרות, אך גם אינו כולל הוראה אשר אוסרת אותה. ייתכן כי שתיקתו של המחוקק היא "שתיקה מדעת", שמקורה בהשקפה חברתית מסוימת, או לחלופין מאימוץ ניתוחים כלכליים אשר נכונותם במקרים מסוימים מוטלת בספק¹¹⁰.

108 ראו למשל כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך), תשס"א-2001, ק"ת 6096, 660.

109 כך למשל, לחץ של גורמים עסקיים הוביל בעבר לתחיקת סעיפי חוק הפטורים שנקבעו בעבר בדין מסוגים מסוימים מהצורך באישור הממונה. בהקשר של הפטורים שנקבעו בעבר בדין הישראלי ראו ד"כ 63, עמ' 350, שם טענו דוברי מפלגות האופוזיציה כי הפטורים שנקבעו בחוק ההגבלים העסקיים משנת 1958 נועדו לסייע להסתדרות ולקבוצות לחץ נוספות. כך, למשל, נטען כי הפטור המוקנה להסדרים כובלים בין חברות אם וחברת בת נועד לסייע להסתדרות, ארגון הבנוי בחלקו הגדול במבנה של חברות אם-חברות בת. ככל הנוגע לפטורים נוספים ניתן לזהות השפעה ניכרת של קבוצות לחץ מסוימות על המחוקק. מדובר בין היתר באיגודים מקצועיים (סעיף 7 לחוק משנת 1958), חקלאים (סעיף 8) וחברות ממשלתיות (סעיף 9). חברי כנסת רבים טענו כי החוק מפלה את המגזר הפרטי ככלל ואת המגזר העסקי בפרט לעומת אותן קבוצות לחץ.

110 דיני ההגבלים העסקיים משקפים במידה רבה את התאוריה הכלכלית-חברתית הרווחת בחברה מסוימת. בהתאם לשוני שבין תאוריה כלכלית אחת למשניה, ישתנו דיני ההגבלים העסקיים במדינות השונות. כך למשל, בדיני ההגבלים העסקיים של האיחוד האירופאי קיים איסור per se על מונופולים לגבות מחיר מונופוליסטי. איסור שכזה אינו קיים בדין האמריקני. השוני נובע מתאוריות כלכליות שונות המקובלות בשני הדינים, באשר הדין

במידה ששתיקתו של המחוקק היא "שתיקה מדעת", כל ניסיון פרשני להשלים את החוק יהיה מנוגד לרצון המחוקק¹¹¹. מנגד, ייתכן כי שתיקתו של המחוקק איננה שתיקה מכוונת, ומהווה חסר (לאקונה) בחוק. ודוק, שאין מדובר בהכרח ברשלנות מצד הרשות המחוקקת. ייתכן כי בעת שנחקק החוק לא היה כל צורך בהוראת החוק החסרה. במקרים אלו, הדין הרצוי מחייב את השלמת החסר.

עמדתנו היא כי אין לראות בשתיקתו של המחוקק במקרה זה "כשתיקה מדעת", כי אם כלאקונה אשר ראוי לעשות מאמץ פרשני על-מנת להשלימה. התאוריות החוזיות המודרניות, אשר הכירו בצורך להתייחס באופן שונה לחוזים ארוכי טווח, חוזים יחסיים, הן תאוריות חדשות יחסית. דיני המונופולין ודיני ההסדרים הכובלים נקבעו עוד בחוק ההגבלים העסקיים משנת 1959, ולא השתנו באופן משמעותי בחוק ההגבלים העסקיים משנת 1988. מכאן, שאין להסיק דבר משתיקת המחוקק בכל הנוגע לדרך הטיפול הרצויה ביחסי כוח הקיימים בין צדדים לחוזים יחסיים, אפילו נטולי כוח שוק.

כאמור עמדתנו היא כי הדין הרצוי מחייב לאסור את השימוש לרעה בכוח החוזי היחסי מקום בו התחרות בשוק עשויה להיפגע באופן משמעותי. לשם כך, יש לבצע מאמץ פרשני, ולנסות ולאסור על שימוש לרעה בכוח חוזי מכוח הדין הקיים. בחלק הבא של הדיון ייבחנו שני פתרונות אפשריים לבעיה: הראשון, מתן פרשנות מרחיבה למונח "הסדר כובל". השני, איסור על שימוש בכוח חוזי יחסי דרך קביעת הגדרות שוק מצמצמות ושימוש בדיני המונופולין. עם זאת ייתכן כי בפתרונות אלו לא יהיה די על-מנת לפתור את הבעיות שהועלו, שכן גם ליכולותיו של הפרשן קיימות גבולות, מקום שבו הפרשנות המוצעת אינה תואמת את לשון החוק ואת תכליתו ועולה עד לכדי המצאה. מעבר לכך, כפי שיפורט להלן, ייתכן כי ניסיון לפתור בעיה משפטית אחת תוך שימוש בסעיפי חוק שנחקקו מראש למטרה אחרת, ייצור בעיות קשות של חוסר התאמה. בשל סיבות אלו, אשר יפורטו בהמשך, ייבחן גם פתרון שלישי, פתרון סטטוטורי: קביעת סעיף נפרד בחוק ההגבלים העסקיים, אשר יאסור שימוש לרעה בכוח חוזי יחסי מקום שבו קיים חשש לפגיעה משמעותית בתחרות החופשית או בצרכן.

האמריקני מושפע מתאוריה כלכלית המושתתת על אמון רב בכוחות השוק וביכולתם של אלו לגרום לנפילתם של מונופולים בלתי יעילים הגובים מחירים מונופוליסטים. לעומת זאת התאוריה הכלכלית הרווחת בדינים האירופאים אינה מביעה אמון כה רב בכוחות השוק, ובהתאם לכך הדין אוסר על מונופולים לגבות מחיר מונופוליסטי. ראו Gal (לעיל, הערה 99).

111 ראו למשל ע"א 108/59 פריצקר נ' "ניב" בע"מ, פ"ד יד 1545, עמ' 1549; על"א 663/90 פלוני נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, פ"ד מז(3) 397, עמ' 404; בג"ץ 212/03 חירות התנועה הלאומית נ' יושבדאש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(1) 750, עמ' 759.

2. פרשנות מרחיבה לביטוי "הסדר כובל"

חוק ההגבלים מגדיר הסדר כובל כ"הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר"¹¹². על-מנת לקבוע כי בין הצדדים נוצר הסדר כובל, נדרשים להתקיים ארבעה יסודות¹¹³: הראשון, קיום הסדר בין בני אדם; השני, "בני האדם" צריכים להיות כאלה המנהלים עסקים; השלישי, ההסדר צריך להגביל את אחד הצדדים להסדר; הרביעי, קיום פגיעה בתחרות החופשית. האם ניתן לראות במקרה של שימוש לרעה בכוח חוזי יחסי הסדר כובל? לשם כך יש למצוא דרך לראות בסיטואציה של השימוש לרעה בכוח החוזי היחסי כ"הסדר בין בני אדם".

חוק ההגבלים העסקיים אינו כולל הגדרה ממצה למונח "הסדר". עם זאת ניתן להבין מלשון סעיף ההגדרות כי הפרשנות למונח הסדר היא פרשנות מרחיבה. סעיף ההגדרות קובע כי הסדר יכול שיהיה "בין במפורש ובין מכללא, בין בכתב ובין בעל פה או בהתנהגות, בין אם הוא מחייב על פי דיין ובין אם לאו"¹¹⁴. דומה כי הדגש בהגדרה הוא על קיום הסכמה כלשהי, באשר ביטוייה של אותה הסכמה אינו רלוונטי. ההסכמה יכולה להיעשות באופן מפורש או באופן משתמע, ואין צורך בהתקיימות דרישות ההסכמה והקיבול כנדרש לשם כריתת חוזה¹¹⁵.

הבעייתיות באיסור על שימוש לרעה בכוח חוזי מכוח דיני ההסדרים הכובלים היא בעייתיות כפולה, המתעוררת בשני מקרים ומתקשרת לדרישת ההסכמה. במקרה הראשון, נעשה שימוש בכוח חוזי יחסי, והנפגע השלים עם הפרת החוזה באופן פסיבי אך נמנע מפעולות אקטיביות כלשהן. כך הוא המצב מקום בו ספק מזון משלים עם חיובו בקנס רטרואקטיבי, ופועל מעתה בדרך פסיבית, קרי נמנע בעתיד ממתן הנחות לרשתות שיווק אחרות. במקרה כזה, הבעיה היא כי אין מדובר בפעולות הנעשות בהסכמה, כי אם בפעולות חד-צדדיות מצד רשת השיווק ומצד הספק, ללא תיאום ביניהם. כפי שייבחן להלן, קיימת בעיה קשה לראות בפעולות חד-צדדיות שכאלו פעולות הנעשות מכוח הסדר. בעיה זהה מתעוררת מקום שבו פועל הנפגע בדרך אקטיבית בעקבות ההפרה, אך מבצע את הפעולות ללא כל תיאום מוקדם עם המפר. כזה הוא המצב מקום שבו הודיעה מפ"מ לסוחר הברזל על הפסקת התשלומים, ואלו החליטו מיוזמתם לעשות מעשה ולשכנע את הסוחר "המורד" לחזור בו מכוונתו לייבא

112 חוק ההגבלים העסקיים (לעיל, הערה 10), סעיף 2.

113 פרשת קיסין (לעיל, הערה 5).

114 חוק ההגבלים העסקיים (לעיל, הערה 10), סעיף 1.

115 ראו דברי השופט דוד חשין בת"פ (י-ם) 417/97 מדינת ישראל נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ, פ"מ נח(2) 326 (להלן – עניין הפניקס), בפסקה 5 לפסק הדין.

ברזל¹¹⁶. גם במקרה זה, המדובר הוא בפעולות חד-צדדיות, אף שנגרמו בשל הפעלת הכוח החוזי היחסי.

בעייתיות שונה מתעוררת במקרה אחר, מקום שבו בעקבות השימוש בכוח החוזי היחסי, פועל הצד הנפגע באופן אקטיבי, תוך שהוא ממלא את דרישות המפר. כך הוא המצב מקום שבו רשת שיווק כופה על ספק "להסדיר" את הפרשי המחירים ולוודא באופן אישי כי יתר רשתות השיווק יעלו מחירים. במקרים שכאלו, אמנם לא מדובר בפעולות חד-צדדיות, אולם ה"הסכמה" ליצירת ההסדר הכובל הושגה תוך כפייה כלכלית. כאשר מדובר בכפייה כלכלית, קיים קושי לראות בפעולות הנפגע כפעולות המבטאות "הסכמה".

(א) פעולות חד-צדדיות כהסדר?

האם ניתן לראות בפעולה חד-צדדית כנכללת תחת הכותר "הסדר"? בהקשר זה יש להיעזר בפרשנות שניתנה למושג ההסכמה בהקשרים שונים¹¹⁷. הקשר אחד שבו נדונה פרשנות המונח "הסדר" היא בנוגע להבחנה בין תיאום מחירים לבין התאמת מחירים. תיאום מחירים הוא פעולה המערבת הסכמה מצד חברי הקרטל לשמור על רמת מחירים אחידה. לעומת זאת התאמת מחירים היא פעולה אינדיווידואלית, שעליה מחליט כל מתחרה בשוק משיקוליו שלו, ללא הסכמה מצד יתר המתחרים¹¹⁸. עם זאת בשני המקרים הפגיעה בתחרות זהה, שכן התאמת מחירים, בדומה לתיאום מחירים, מובילה לזרות במחיר המוצר. בדומה למקרה שבו עסקינן, הרי שהתאמת מחירים היא פעולה חד-צדדית. מכאן, שנשאלת השאלה אם ניתן לראות בהתאמת מחירים כשותפות ב"הסדר".

הפסיקה בארצות-הברית השיבה על שאלה זו בשלילה, ונקבע כי על אף הפגיעה בתחרות, קיום הסדר כובל מותנה בתיאום מוקדם בין המתחרים בשוק. מכאן, שאין לראות בפעולה חד-צדדית של התאמה כהסכמה ליצירת הסדר כובל¹¹⁹. על הלכה זו

116 ראו דיון לעיל, פרק ג.4.

117 הסדרים כובלים אסורים במשפט האמריקני בהתאם להוראות סעיף 1 לאמנת שרמן, הקובע כי: "Every contract, Combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several states... is declared to be illegal". נקל לראות כי לשונו של סעיף 1 הינה גורפת, ועשויה לכלול גם הסדרים אשר השפעתם על התחרות איננה משמעותית. בשל כך נקבע בפסיקה האמריקנית "כלל הסבירות" (Rule of reason), המגביל את תחולתו של הסעיף רק לאותם הסדרים המגבילים את התחרות באופן שאינו סביר. ראו *Standard Oil Co v. United States* 221 U.S. 1, p. 60 (1910). ראו גם *Chicago Board of Trade v. United States* 246 U.S. 231, 238 (1918).

118 ראו *H. Hovenkamp Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and its Practice* (1999), p. 164.

119 ראו *First Natl. Bank of Arizona v. Cities Serv. Co.* 391 U.S. 253 (1968). ראו גם *Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distributing Corp.* 346 U.S. 537 (1954).

על רשתות גדולות וספקים קטנים: הגיעה העת כי דיני ההגבלים העסקיים יכירו בקיומו של "כוח חוזי יחסי"

נמתחה ביקורת בכתבי מלומדים. על-פי גישה אחת, אין זה אפשרי מבחינה כלכלית כי מחירי המתחרים בשוק יהיו זהים ללא כל תיאום ביניהם¹²⁰. על-פי גישה שנייה, היא גישתו של פוזנר, ניתן לראות בפעולות התאמה כנופלות למסגרת התיבה "הסדר", שכן מדובר בהסכמה שבשתיקה, אשר די בה בכדי לגבש מפגש רצונות בין הצדדים גם ללא תקשורת מפורשת ביניהם¹²¹. ואולם, הביקורות מצד המלומדים לא הובילה לשינוי ההלכה במשפט האמריקני. ראוי לציין כי במשפט הישראלי, כפי שעולה מהילכת בית-המשפט המחוזי בפרשת הפניקס, נראה כי ההלכה זהה להלכה האמריקנית, וכי התאמת מחירים – להבדיל מתיאום – אינה מהווה הסדר כובל¹²².

מקרה שני שבו נדון היקפו של המונח "הסדר", הוא כאשר ספק מסרב לנהל עסקים עם משווקים המתנגדים ליישם תנאים מוקדמים שאותם הוא דורש. כך למשל, מקום שבו מסרב ספק להתקשר עם משווקים הממאנים לשווק את מוצריו במחיר מוכתב. בפסק-הדין בעניין *Dr. Miles* נקבע כי חוזים בין ספק ומשווקים שבהם מתחייבים המשווקים למכור את הסחורה במחיר מוכתב הם בלתי חוקיים¹²³. עם זאת נשאלת השאלה מה יהיה הדין מקום שבו אין המדובר בהסכם בין הספק והמשווקים, כי אם בדרישה חד-צדדית מצד הספק. בפסק-הדין בעניין *Colgate*¹²⁴, נקבע כי אין פסול בהחלטה מוקדמת של ספק, להתקשר אך ורק עם משווקים אשר יסכימו לדרישות מוקדמות שלו, וזאת בתנאי שהספק איננו מונופול, או שהסירוב אינו נופל תחת שאיפה לא חוקית ליצור מונופול. הרציונל של הילכת *Colgate* הוא פשוט – מקום שבו מדובר בפעולה חד-צדדית מצד הספק, לא ניתן לראות בסיטואציה כנופלת תחת הכותרת "הסדר"¹²⁵. הילכת *Colgate* זכתה לביקורת רבה בספרות האמריקנית, שכן ניתן

מדובר בפסק-דין אשר דנו בפרשנות סעיף 1 לאמנת שרמן, ובפרט בפרשנות המונח "agreement" המופיע בסעיף. פסק-דין אלו מייצגים את התפיסה החוזית הקלאסית, שלפיה ההסכמה החוזית נדרשת להיות הסכמה מפורשת. עמדתו של המלומד טרנר (Turner) היא כי אכן קיימת לאקונה בדיני ההגבלים העסקיים, וכי הפתרון הוא בחקיקה אשר תכפה את פירוק החברות באוליגופול לחברות קטנות יותר; ראו *D. Turner "The Definition of Agreement Under the Sherman Act: Conscious Parallism and Refusals to Deal"* 75 *Harv. L. Rev.* (1969) 665.

120 ראו Hovenkamp (לעיל, הערה 118), עמ' 166. עם זאת גם הובנקאמפ עצמו מביע ספקות בכל הנוגע לנכונות טענה זו.

121 ראו R. Posner "Oligopoly and the Antitrust Laws: A suggested Approach" 21 *Stan. L. Rev.* (1969) 1562.

122 עניין הפניקס (לעיל, הערה 115), בפסקה 5 לפסק-דינו של השופט דוד חשין.
123 ראו *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.* 220 U.S. 373 (1911) (להלן – הילכת *Dr. Miles*).

124 ראו *United States v. Colgate & Co.* 250 U.S. 300, p. 307 (1919) (להלן – פרשת *Colgate*).

125 ראו Turner (לעיל, הערה 119), עמ' 686.

באמצעותה להכשיר את כל אותן פגיעות בתחרות שנאסרו בהילכת *Dr. Miles*¹²⁶. ואכן, בתי-המשפט בארצות-הברית נקטו בפרשנות מצמצמת של הילכת *Colgate*, והרבו לאבחן ממנה¹²⁷. עם זאת הרציונל שלפיו יש להבחין בין "הסדר" לבין פעולה חד-צדדית עדיין חי וקיים בפסיקה האמריקנית, ובדרך-כלל פעולה חד-צדדית אינה מהווה עבירה על דיני ההגבלים העסקיים¹²⁸.

דוגמה יפה לגישה זו ניתן למצוא בפסיקה בפרשת *Monsanto*¹²⁹. באותו מקרה דובר בסכסוך שבין חברת מונסנטו, יצרנית מוצרים כימיים לחקלאות, לבין חברת ספריי-רייט, ששיווקה את מוצריה במשך עשור. בשלב מסוים סירבה מונסנטו לחדש את הקשר עם ספריי-רייט. לטענת ספריי-רייט, הסירוב לחדש את הקשר נעשה כחלק מהסדר כובל בין חברת מונסנטו לבין יתר המשווקים, הסדר שנועד לשמור על רמת מחירים קבועה של המוצר. בית-המשפט העליון של ארצות-הברית קבע כי אכן מדובר בהסדר כובל, אך הוא הביע הסתייגות מפסיקתן של שתי הערכאות הקודמות, אשר נמנעו מלהבחין בין הסכם לבין פעולה חד-צדדית, שאיננה אסורה בהתאם לסעיף 1 לאמנת שרמן. הערכאות הראשונות הסיקו על קיומו של הסכם מבחינת ראיות שלפיהן כמה משווקים שלחו למונסנטו תלונות אודות התנהגות ספריי-רייט. בית-המשפט העליון האמריקני קבע כי גם במידה שמונסנטו סיימה את הקשר עם ספריי-רייט בתגובה לאותן תלונות, עדיין אין

126 שם, עמ' 688.

127 בתי-המשפט הרבו לאבחן מפרשת *Colgate* (לעיל, הערה 124) תוך שהם מנצלים את הבעייתיות בהבחנה שבין פעולה חד-צדדית של הספק לבין פעולה הנעשית תוך קיום "הסכמה משתמעת" מצד המשווקים. ראו למשל, *United States v. A. Schrader's Son, Inc.* 252 U.S. 85 (1920), שם נקבע כי הילכת *Dr. Miles* (לעיל, הערה 123) כוללת בתוכה גם מקרים שבהם הסכמת הספקים איננה מפורשת כי אם משתמעת. בעניין *United States v. Parke, Davis & Co.* 362 U.S. 20 (1960) אבחן בית-המשפט מהילכת *Colgate*, וזאת בשל הסכמתם של המשווקים הנבחרים שלא למכור את הסחורה לאותם משווקים אשר הופלו בידי הספק באופן חד-צדדי. נקבע שהסכמה זו של הספקים די בה בכדי לראות את מערכת היחסים בין הספק למשווקים כהסדר כובל.

128 ראו E.H. Schopler "Refusals to Deal as Violations of The Federal Antitrust Laws" 41 *A.L.R. Fed.* (1979) 175 ליישום הילכת *Colgate* (לעיל, הערה 124) בערכאות הנמוכות ראו למשל 462 F. 2d 204 *Oklahoma Gas & Electric Co. v. Slawson & Son, Inc.* (1972, CA10 Okla), שם נקבע כי לכל חברה יש את הזכות לעסוק רק עם גורמים שברצונה לעסוק עמם, בהיעדר חרם או שאיפה בלתי חוקית ליצור מונופול, ראו גם *Paddington Corp. v. Major Brands, Inc.* 359 F. Supp 1244 (1973, W.C. Okla) וכן *Natrona Service, Inc. v. Continental Oil Co.* 435 F. Supp 99 (1977, DC Wyo) דרישה לקיום הסכם על-מנת לראות בסירוב לספק סחורה כעבירה על דיני ההגבלים העסקיים ראו למשל *Catrone v. Ogden Suffolk Downs, Inc.* 683 F Supp 302 (1988, DC Mass), וכן *Diamond v. World News Corp.* 542 F. Supp. 887 (1982); *Morse v. Swank, Inc.* 459 F. Supp 660 (1978, SDNY).

129 *Monsanto co. v. Spray-Rite Service corp.* 465 U.S. 752 (1984) (להלן – פרשת *Monsanto*).

על רשתות גדולות וספקים קטנים : הגיעה העת כי דיני ההגבלים העסקיים יכירו בקיומו של "כוח חוזי יחסי"

זה אומר כי מדובר בהסדר כובל בין הצדדים. כל עוד ההחלטות אותן ביצעה מונסנטו היו החלטות עצמאיות, אפילו נבעו מתלונות של יתר המשווקים, אין לראות בפעולה כהסדר כובל האסור על-פי אמנת שרמן. הילכת *Monsanto* חוזרת למעשה על ההבחנה שנעשתה בעניין *Colgate* בין הסדר לבין פעולה חד-צדדית, אשר בהתאם לה אין לראות בפעולה חד-צדדית כהסדר אפילו אם קיימת פגיעה בתחרות כתוצאה ממנה.

הילכת *Monsanto* היא ההלכה המחייבת במשפט האמריקני, ובתי-המשפט השונים הלכו בעקבותיה. כך למשל בפרשת *Warehouse Corp*¹³⁰ טען מפיץ בגדים כי בין רשת גדולה להפצת בגדים, ובין ספק בגדים גדול התקיים הסדר כובל, בו התחייב הספק כלפי הרשת להימנע ממכירת הבגדים מתוצרתו של המפיץ. טענתו של המפיץ נדחתה בהתאם להילכת *Monsanto*, שכן המפיץ לא הצליח להוכיח כי פעולותיהם של הספק והרשת לא נעשו משיקולים עסקיים עצמאיים.

לאחר סקירה זו, נשאלת השאלה אם ניתן לראות בהימנעותם של ספקי המזון ממתן הנחות, או בפעולתם העצמאית של סוחר הברזל בעניין מפ"מ, כהסכמה ליצירת הסדר כובל. לטעמנו, התשובה היא בשלילה. השלמה עם הפרת חוזה, היא שלעצמה, פעולה חד-צדדית, בדומה לפעולה של התאמת מחירים למחירי המתחרה. בהתאם לפסיקה האמריקנית, אין ספק כי מדובר בפעולות חד-צדדיות. בדומה לעניין *Monsanto*, עצם העובדה כי פעולותיה של חברה מושפעות מלחצים המופעלים עליה מצד גורמים שונים, אין בה בכדי לשנות את אופיין של הפעולות כפעולות חד-צדדית ולא כפעולות הנעשות בהסכמה.

נראה לנו כי באופן עקרוני – עם החריג של עמדת הממונה בעניין רשתות השיוק – ההבחנה האמריקנית, בין פעולות חד-צדדיות ובין הסדר, מקובלת גם במשפט הישראלי. כאמור לעיל, המשפט הישראלי קיבל את ההבחנה שבין תיאום מחירים אסור, ובין התאמת מחירים מותרת, בהיותה פעולה חד-צדדית. בנוסף, המשפט הישראלי קיבל את ההבחנה שבין הכתבת מחירים אסורה, ובין קביעה של "מחיר מומלץ" בידי ספק שהיא פעולה חד-צדדית מותרת, אפילו במידה שהמפיץ מאמץ באופן עקבי את המחיר המומלץ¹³¹. נציין כי ייתכן שהפסיקה האמריקנית הלכה במקרים מסוימים רחוק מידי, בהבחנה הדקדקנית שבין הסדר ופעולה חד-צדדית. עם זאת בסיס ההבחנה שלעצמו, נראה לנו כדין רצוי ואף מתחייב.

מכאן, שספק מזון אשר "סופג" את הקנס שהוטל עליו, ונמנע בעתיד ממתן הנחות לרשתות מזון מתחרות, פועל באופן חד-צדדי ואין לראות בו כשותף ליצירת הסדר כובל.

Warehouse Corp v. Esprit De Corp and Federated Department Stores 769 F. 2d 919 130 (2d Cir. 1985).

ראו הוראות לבעל מונופולין – החברה הישראלית לייצור משקאות קלים בע"מ, רשות ההגבלים העסקיים, פרסום 3006300 (1998), ראו בנוסף ד' פרידמן, נ' כהן חוזים (כרך ג, תשס"ד), עמ' 672.

במובן זה אנו מוצאים לנכון למתוח ביקורת על עמדתו הגורפת של הממונה על ההגבלים העסקיים. עם זאת שונה הוא המצב מקום שבו הפרת החוזה נעשית בצורה של דרישה ספציפית לביצוע פעולות הפוגעות בתחרות. במקרים אלו, נראה כי ניתן לראות בפעולות הנפגע כפעולות הנעשות בהסכמה, וכך הוא המצב מקום שבו מתחייב הספק בפני רשת המזון "לרסן" את התחרות באופן אקטיבי.

(ב) כפייה כלכלית כהסדר?

בחלקו הראשון של הדיון פורטו הסיבות לקיומו של הכוח החוזי היחסי, המאפשר לצד לחוזה להפר אותו ללא שלנפגע קיימת אפשרות אפקטיבית מלבד להשלים עם ההפרה. כאשר מתחייב ספק מזון לרסן את התחרות באופן אקטיבי, ובכך הוא נענה לדרישה ספציפית מצד הרשת, אמנם לא מדובר בפעולה חד-צדדית, אך פעולת הספק לא נעשתה מרצונו החופשי כי אם תחת כפייה. כידוע, פעולה הנעשית בכפייה איננה משקפת את רצונם של הצדדים, כי אם רק את רצונו של אחד מהם. בהתאם לכך, המשפט הישראלי מכיר בכך שדרישת ההסכמה הנדרשת לשם כריתת חוזה אינה מתקיימת מקום שבו פעל אחד הצדדים תחת כפייה. ודוק, שכפייה אינה חייבת להיות כפייה פיזית, וייתכן כי דרישת ההסכמה אינה מתקיימת גם במקרים של כפייה כלכלית¹³². לעניין כפייה כלכלית, מקובל להבחין בין לחץ כלכלי לגיטימי ולחץ כלכלי שאינו לגיטימי, כאשר האחרון בלבד מקיים את דרישת הכפייה הכלכלית. הכפייה נדרשת להיות בעוצמה גבוהה במיוחד, כזו שהמתקשר אינו מסוגל בנסיבות העניין להימלט מבין מלתעותיה. ודוק, שאין המדובר במקרים שבהם לנפגע אין כל ברירה אחרת, כי אם במקרים שבהם הברירה הסבירה היחידה העומדת בידי הנפגע היא להשלים עם הכפייה. כיום מקובלת התפיסה כי גם איום בהפרת חוזה יכול שייחשב ככפייה, מקום שבו לתובע קיים "צורך מידי ולוחץ" בקיום החוזה¹³³. בעניין יוסף מ.פ. בניה¹³⁴, הפעיל התובע תחנת דלק שבבעלות ספק דלק גדול. בשלב מסוים, התחייב הספק למכור לתובע מסעדה המצויה בשטח תחנת הדלק. התובע שילם חלק מהסכום, והוציא הוצאות רבות לשם הכשרת הקרקע לצורך הפעלת המסעדה. לאחר כמה חודשים, הודיע הספק לתובע על ביטול העסקה, ודרש סכום נוסף על-מנת להעביר לבעלותו בכל זאת את המסעדה. התובע, שכבר הוציא הוצאות רבות, נאלץ להשלים עם הפרת החוזה. השופט דר קבע באותו עניין, ובצדק, כי המדובר הוא בכפייה כלכלית.

נראה כי ברוב המקרים שבהם מדובר בשימוש לרעה בכוח חוזי יחסי, מדובר גם בכפייה כלכלית. כך למשל, רשת שיווק גדולה המאיימת לקנוס את הספקים הקטנים,

132 ראו ע"א 1569/93 מאיה נ' פנפורד (ישראל) בע"מ, פ"ד מח(5) 705, עמ' 719. ראו גם ע"א 2299/99 שפייר נ' חברת דיור לעולה בע"מ, פ"ד נה(4) 213, עמ' 235.

133 ראו למשל עניין יוסף מ.פ. בניה ונכסים (לעיל, הערה 40).

134 שם.

אינה מותירה בידם כל ברירה כלכלית סבירה מלבד "לרסן את התחרות" בכדי להימנע מספיגת הקנס.

במקרים מסוג זה, קבעה הפסיקה האמריקנית כי דרישת ההסכמה הנדרשת לשם יצירת הסדר אינה מתקיימת. למעשה, מקרה זהה לעניין רשתות השיווק נדון בפסיקה האמריקנית, בעניין *Garmant District*¹³⁵, שם כפתה רשת בגדים גדולה על ספק בגדים להימנע ממכירת מוצריו לרשת מתחרה. בית המשפט האמריקני קבע כי בהתאם להילכת *Monsanto* אין מדובר בהסדר כי אם בפעולות חד-צדדיות.

האם ראוי כי הפסיקה הישראלית תאמץ את ההלכה האמריקנית גם בהקשר זה? ניתן להשיב על-כך בשלילה, ולטעון כי התנאים ליצירת הסדר כובל נוקשים פחות מהתנאים לכריתת חוזה, ועל-כן אין מניעה לראות בפעולות בכפייה כהסדר. עם זאת יש לזכור כי כריתת הסדר כובל היא פעולה המטילה אחריות פלילית על שני הצדדים להסדר. התוצאה הקשה של החלטת הממונה בעניין רשתות השיווק היא כי הספקים הקטנים, אשר פעלו מתוך כפייה כלכלית וללא אשם, נחזים בעיני החוק כמי שביצעו עבירה פלילית. הפתרון המוצע בידי הממונה מטיל למעשה חובה אקטיבית על הצד החלש לחוזה שלא להשלים עם הפרת החוזה, על-מנת שלא יחזה כמי שביצע עבירה פלילית. כך למשל, קובע הממונה בעמדתו כי "ספק לא יפנה למתחרה של רשת שיווק גדולה לשם העלאת מחירי המכירה לצרכן של מוצריו אצל מתחרה כאמור"¹³⁶. עמדתנו היא כי קביעת הממונה מטילה נטל כבד מדי על פירמות קטנות הנאלצות לשרוד בהתמודדותן עם קואופרטיבים גדולים, כאשר הלחצים המופעלים על אותן חברות קטנות עולים פעמים רבות עד לכדי כפייה כלכלית. מסיבה זו, השימוש בדיני ההסדרים הכובלים על-מנת לפתור בעיות של שימוש לרעה בכוח חוזי הוא בעייתי. עם זאת קיימת לטעמנו אפשרות לראות בהסדרים כתוצאה מכפייה הסדרים הנגועים באי-חוקיות של צד אחד בלבד¹³⁷. המשמעות היא שההסדר הוא אמנם הסדר כובל בהתאם להוראות חוק ההגבלים העסקיים, אך רק אחד הצדדים לו – האחראי לניסוח הוראותיו – הוא הנושא בחבות בשל התניות הכובלות, במישור המשפט הפלילי או במישור המשפט האזרחי. פתרון שכזה נראה לנו רצוי, שכן הוא מאזן בין הצורך להגן על התחרות החופשית מחד גיסא, ובין הרצון להימנע מהכרזה על ביצוע עבירה פלילית בידי צדדים חפים מאשמה מאידך גיסא.

3. שימוש לרעה בכוח חוזי וניצול לרעה של כוח מונופוליסטי

אפשרות נוספת לפתרון הסוגיה שבה עסקינן היא באמצעות שימוש בהגדרות שוק מצמצמות על-מנת להחיל על צדדים לחוזה יחסי את דיני המונופולין. לשימוש כזה

Germant District, Inc., v. Belk Stores Services 799 F. 2d 905 (4th Cir. 1986) 135

עמדת הממונה בעניין רשתות השיווק (לעיל, הערה 3), עמ' 22.

פרידמן וכהן (לעיל, הערה 131), עמ' 693.

בדיני המונופולין יתרונות וחסרונות. מחד גיסא, ובניגוד לדיני הסדרים הכובלים, דיני המונופולין ערוכים להעניק מענה הולם לפעולות חד-צדדיות הפוגעות בתחרות, פעולות הנעשות על-ידי פירמות בעלות כוח. מאידך גיסא, סוג הכוח שבו עוסקים דיני המונופולין הוא כוח שוק ולא כוח חוזי, אשר כפי שפורט לעיל המקורות לקיומו שונים בתכלית. למעשה, כוח חוזי הינו במידה רבה מעין "כוח שוק פרטי" שבו אוחד צד לחוזה על פני הצד השני. שימוש בדיני המונופולין בהקשר זה עשוי להוביל לשתי בעיות חליפיות. האחת, במידה שנבחר להשתמש בדיני המונופולין רק מקום בו קיים כוח שוק, הבעיה היא שמדובר בפתרון חלקי בלבד¹³⁸. הבעיה השנייה, כפי שייבחן בהמשך הדיון, היא שניסיון להרחיב את דיני המונופולין בכדי למנוע שימוש בכוח חוזי יחסי מקום בו כוח שוק איננו קיים, עשוי להיכשל בשל בעיות של חוסר התאמה, וכן עשוי לגרור אחריו השלכות קשות.

דיני המונופולין מונעים פגיעות בתחרות מצד פירמות הנהנות מכוח שוק בשוק נתון. נקל לראות כי על-מנת שדיני המונופולין ימנעו שימוש לרעה בכוח חוזי מקום שבו אין המדובר במונופול בשוק המוצרים, יש להידרש להגדרות שוק מצמצמות יותר, עד כדי צמצום הגדרת השוק לצדדים לחוזה היחסי. תיחום השוק הרלוונטי נעשה באופן מסורתי תוך התייחסות לשני פרמטרים: שוק המוצרים הרלוונטי, דהיינו אותם מוצרים או שירותים בעלי פוטנציאל להתחרות זה בזה, והשוק הגאוגרפי הרלוונטי, כלומר האזור הגאוגרפי שבו מסוגל המונופוליסט להפעיל את כוחו¹³⁹. המבחן הבסיסי והמקובל ביותר להגדרת השוק הוא מציאת הקבוצה המצומצמת ביותר של המוצרים או השירותים אשר ניתן לראותם כתחליפיים בעיני הצרכן¹⁴⁰. בהתאם למבחן, השוק הרלוונטי יוגדר כקבוצת המוצרים או השירותים המצומצמת ביותר לגביה מסוגל מונופוליסט היפותטי, בעל השפעה מכרעת בשוק, לגרום להעלאת מחיר משמעותית של קבע, ולהפיק כתוצאה רווחים, מבלי שלקוחות יפנו למוצרים תחליפיים ובלי שמוכרים חלופיים יתחילו לייצר את אותו המוצר¹⁴¹.

138 כפי שפורט בחלקו הראשון של הדיון קיימים מקרים שבהם ניתן להצביע על קיומו של כוח חוזי ללא קיום כוח שוק.

139 ראו W.S. Carvil "Antitrust Issues in Management of Intellectual Property" 566 *PLI/Pat* (1999) 59, p. 67.

140 ראו *Times Picayune Publishing Co. v. United States* 345 U.S. 594 (1953) 612 ג'ם J.L. Seal "Market Definition in Antitrust Litigation in the Sports and the Entertainment Industries" 61 *Antitrust L.J.* (1993) 737 ג'ם *United States v. E I Du Pont De Nemours & Co.* 351 U.S. 377, p. 404 (1956).

141 ראו החלטת הממונה בעניין רכש דיקלה על-ידי הראל, המשמר ומור מכון למידע רפואי, ההגבלים העסקיים – החלטות הממונה ופסקי דין (כרך א, הוצאת ועד מחוז ת"א) 158 (בפסקה 5 להחלטה). הנחיות המיזוגים בארצות-הברית ובקנדה רואות בהעלאת מחירים של 5% כהעלאה משמעותית לצורך מידת הרווח, ובתקופה של שנה כתקופה המצביעה על

על רשתות גדולות וספקים קטנים : הגיעה העת כי דיני
ההגבלים העסקיים יכירו בקיומו של "כוח חוזי יחסי"

וורן גרימס (Warren Grimes) טוען בשורה של מאמרים כי ניתן לסייע לפירמות
קטנות, הסובלות מהפעלת כוח חוזי יחסי, באמצעות שימוש בהגדרות שוק
מצמצמות¹⁴². כבסיס לעמדתו, מציין גרימס את ההלכה שנקבעה בבית-המשפט העליון
האמריקני בעניין Kodak¹⁴³. חברת קודאק ייצרה בזמנו מכונות צילום וציוד מיקרוגרפי.
חלקי החילוף של מכונות הצילום מתוצרת קודאק יוצרו בידי חברה שלישית, ונמכרו
למספר חברות עצמאיות אשר סיפקו לרוכשי המכונות מתוצרת קודאק שירותי תחזוקה
ותיקונים. בשלב מסוים, החליטה קודאק לספק בעצמה את שירותי התחזוקה והתיקון
למכונות הצילום, ונקטה בכמה צעדים על-מנת להגביל את פעולות העוסקים העצמאיים.
בין השאר, פנתה קודאק ליצרנית החלפים ודרשה ממנה שלא למכור את החלפים לאיש
מלבד לקודאק עצמה. בשלב השני, כפתה קודאק על הרוכשים את מכונות הצילום
להשתמש בשירותי התיקון שאותם היא הציעה או לחלופין לתקן את מכונות הצילום
באופן עצמאי. פעולותיה של קודאק נשאו פרי, כאשר העוסקים העצמאיים התקשו
להשיג חלקי חילוף ממקורות אמינים, והחלו להפסיק את עיסוקיהם בזה אחר זה.
השאלה המרכזית בהליך המשפטי נסבה סביב הגדרת השוק הרלוונטי. קודאק טענה כי
השוק הרלוונטי הוא שוק מכונות הצילום בכללותו, שהינו שוק תחרותי. לעומת זאת
טענו העוסקים העצמאיים כי יש להגדיר את שוק החלפים בנפרד משוק המוצרים, וכי
בשוק החלפים חברת קודאק היא מונופול. בית-המשפט העליון האמריקני קבע כי השוק
הרלוונטי הוא שוק החלפים (Aftermarket), ולא שוק המוצרים בכללותו, וזאת בשל
קיום השפעות נעילה המונעות מהצרכנים להחליף את מכונות צילום שברשותם במידה
שעלות תיקונן תעלה.

ראוי לציין כי להילכת Kodak קיימת מקבילה בדין הישראלי. המועצה להגבלים
עסקיים¹⁴⁴ פסקה עוד בשנת 1982 הלכה הזוהה ברצינוליים שלה להילכת Kodak, וזאת
בעניין הספקת חלקי חילוף של מעליות¹⁴⁵. בישראל פעלו באותה תקופה תשע חברות
מתחרות בשוק המעליות, וללא ספק דובר בשוק תחרותי. עם זאת לממונה הגיעו באותה
תקופה תלונות מצרכנים רבים שלפיהן מנצלים יצרני המעליות את כוחם בשוק החלפים
על-מנת לדחוק מהשוק את העוסקים העצמאיים, ובכדי לגבות מהצרכן מחירים

קיום כוח שוק קבוע. המבחנים המרכזיים המשמשים לבחינת השוק הרלוונטי הם מבחן
תחליפיות הביקוש ומבחן תחליפיות ההיצע.

142 ראו W.S. Grimes "Market Definition in Franchise Antitrust Claims: Relational
Market Power and the Franchisor's Conflict of Interest" 68 *Antitrust L.J.* (1999) 243;
W.S. Grimes "Antitrust Tie-in Analysis After Kodak: A Reply to Larsson's
comment" 63 *Antitrust L.J.* (1994) 267.

143 ראו *Eastman Kodak Co. v. Image Tech. Svcs.* 504 U.S. 451 (1992) (להלן – פרשת
Kodak).

144 גוף אשר פעל עד שנת 1988, עת הוחלף על-ידי בית הדין להגבלים עסקיים, מכוח הוראות
החוק החדש.

145 לעיל, הערה 13.

מופקעים בעבור שירותי התיקון. המועצה קיבלה טענות אלו, והגדירה בנפרד כל אחת מתשע החברות כמונופול בשוק הספקת חלקי החילוף למעליות, תוך הכרה בקיומה של אותה "השפעת נעילה", שעליה עמד בית-המשפט העליון האמריקני כעשור לאחר מכן בהילכת *Kodak*.

הן בהילכת *Kodak* והן בעניין הספקת חלקי החילוף למעליות, דובר בניצול לרעה של כוח חוזי יחסי באופן הפוגע בתחרות בשוק. בשני המקרים, דובר בניצול כפול של כוח חוזי יחסי. חברת קודאק ניצלה לרעה הן את כוחה החוזי היחסי כלפי יצרנית החלפים למכונות הצילום מתוצרתה, עת שדרשה מאותה חברה להימנע ממכירת חלקי החילוף לעוסקים פרטיים, והן את כוחה החוזי היחסי אל מול הצרכן, הנובע מאותה "השפעת נעילה", השוללת מרוכשי המכונות אפשרות אפקטיבית להחליף את מכונות הצילום שברשותם ללא שיאבדו את העלויות שהושקעו ברכישתן ויסבלו מעלויות החלפה. בדרך זו פעלו גם יצרני המעליות, תוך שהם שוללים את יכולתם של העוסקים הפרטיים להשיג חלקי חילוף ממקורות אמינים מחד גיסא, ומנצלים את כוחם החוזי היחסי אל מול הצרכן על-מנת להעלות מחירים, מאידך גיסא.

צמצום הגדרת השוק בכדי למנוע שימוש לרעה בכוח חוזי יחסי הוא פתרון בעייתי. כאמור, כוח חוזי יחסי הוגדר באופן גס "ככוח שוק פרטי" בין צדדים לחוזה. המקורות לקיומו של כוח חוזי יחסי שונים לחלוטין מהמקורות לקיומו של כוח שוק. ייתכנו מצבים רבים שבהם תיהנה פירמה מכוח חוזי יחסי אל מול צד לחוזה מסוים, אך תעדר כל כוח ביחסיה אל מול צדדים לחוזים אחרים. על-כן, קביעה גורפת כי פירמה נטולת כוח שוק בשוק המוצרים היא מונופול בשוק משני, תטיל מגבלות זהות על אותה פירמה גם בכל הנוגע למערכות יחסים חוזיות שבהן היא נטולת כוח, או אף מצויה בעמדה של נחיתות. תוצאה זו איננה תוצאה רצויה. כך למשל, בעניין המעליות, טענו ספקי המעליות כי רק חלק קטן מהחלפים למעליות שבתוצרתם הם חלפים ייחודיים, ועל-כן במרבית המקרים הם אינם אווזים בכוח כלשהו על פני הצרכן. קביעה כי כל אחד מהעוסקים בענף המעליות הוא מונופול, מתעלמת אפוא מנתון זה, ומטילה מגבלות על יצרני המעליות גם מקום שבו הם אינם אווזים בכוח חוזי יחסי. הטלת מגבלות גורפות על יצרני המעליות עשויה לשלול מהם את היכולת להתחרות בעוסקים פרטיים באופן אפקטיבי גם מקום שבו תחרות זו היא רצויה, וכאשר יצרני המעליות אינם נהנים מיכולת כלשהי להגביל את יכולתם של העוסקים הפרטיים להשיג חלפים.

בדומה, בעניין *Kodak*, הפעילה חברת קודאק את כוחה החוזי היחסי אל מול יצרנית החלפים, ובדרך זו מנעה מהאחרונה למכור את חלקי החילוף לעוסקים העצמאיים. מכאן, שמידת הכוח החוזי היחסי אל מול הצרכן מותנית גם ביכולתה של חברת קודאק להפעיל כוח אל מול יצרני החלפים, ויכולת זו עשויה להשתנות מעת לעת בהתאם למידת הכוח המשתנה שבה אווזת קודאק אל מול היצרנית. בנוסף ייתכן כי החלפים מיוצרים בידי מספר חברות, וכי חברת קודאק אווזת בכוח חוזי יחסי רק אל מול חלקן. גם נתון משתנה זה אינו משוקלל בהילכת *Kodak*.

על רשתות גדולות וספקים קטנים : הגיעה העת כי דיני ההגבלים העסקיים יכירו בקיומו של "כוח חוזי יחסי"

מעבר לכך, ראוי לציין כי הניתוק בין שוק החלפים ושוק המוצרים הוא ניתוק מלאכותי. אחת הביקורות החריפות כנגד הילכת *Kodak* היא כי ההלכה מתעלמת מההשפעה של עלות החלפים של המוצר על מחירו של המוצר בשוק המוצרים ומידת הביקוש לו. ודוק, שאין בביקורת זו בכדי לשלול את קיומו של הכוח החוזי היחסי. עם זאת אין ספק כי יכולתה של פירמה לעשות שימוש בכוח החוזי היחסי בשוק החלפים, משתנה גם בהתאם למצבה בשוק המוצרים, וכי זו סיבה נוספת להימנע מהגדרות שוק נפרדות.

דומה כי הפסיקה האמריקנית המאוחרת, בערכאות נמוכות יותר, ניסתה לצמצם ככל שניתן את הילכת *Kodak* תוך מודעות לבעייתיות שבה. אחת ההלכות המשמעותיות היא ההלכה בעניין קווין סיטי פיצה¹⁴⁶. דובר בחוזה בין רשת דומינוס לבין בעלי הזכויות להפעלת סניפי הרשת. אחת התניות בחוזה העניקה לרשת את הזכות לפקח על רכיבי הפיצה, האריזות ואפילו המגשים. בשלב מסוים, כאשר ניצלה דומינוס את זכותה החוזית, טענו בעלי הזיכיון כי מדובר בשימוש לרעה בכוח מונופוליסטי. מסקנת בית-המשפט הייתה כי הכוח הכלכלי שבו אחזה רשת דומינוס אל מול ספקיה לא נבע מטיב המוצר או מאחוזי השליטה של רשת דומינוס בשוק, כי אם מהחווה עצמו, ומכאן שיש לדחות את התביעה¹⁴⁷. בערכאת הערעור אישר ההרכב את פסיקת בית-המשפט המחוזי, בקובעו כי המבחן להגדרת השוק איננו מבחן תחליפיות המוצר בידי תובע כלשהו, כי אם מבחן תחליפיות המוצר בידי הצרכנים¹⁴⁸. הימנעותו של בית-המשפט בעניין קווין סיטי פיצה מלהכריז על רשת דומינוס כמונופול אל מול בעלי הזכויות היא קביעה נכונה. הכוח בו אוזחת הרשת אל מול בעלי הזכויות איננו כוח מונופוליסטי, כי אם כוח חוזי יחסי, הנובע מהגורמים השונים שצוינו במהלך הדיון. כאמור לעיל, שימוש בהגדרות שוק מצמצמות על-מנת למנוע שימוש לרעה בכוח חוזי יחסי איננו רצוי, ועשוי לעורר קשיים רבים, ומכאן שבניגוד להילכת *Kodak*, ההלכה בעניין קווין סיטי פיצה, היא מוצדקת.

1. הפתרון הרצוי – פתרון סטטוטורי

במהלך הדיון נבחנו הגורמים לקיומו של כוח חוזי יחסי ונבחנו אפשרויות שונות לעשיית שימוש בו לשם פגיעה בתחרות החופשית. כפי שנבחנו לעיל, אין בסעיפי החוק הקיימים בחוק ההגבלים העסקיים בכדי לפתור את הבעיה באופן מלא. על-כן, נראה כי

146 *Queen City Pizza, Inc. v. Domino's Pizza, Inc.* 922 F. Supp. 1055 (E.D. 21 Pa. 1996) (להלן – עניין קווין סיטי פיצה).

147 שם, עמ' 1061-1062.

148 *Queen City Pizza, Inc. v. Domino's Pizza, Inc.* 124 F. 3d 430, 438 (3d Cir. 1997)

הפתרון הרצוי הוא לקבוע סעיף בחוק ההגבלים העסקיים, אשר יאסור שימוש לרעה בכוח חוזי יחסי מקום בו קיימת סכנה ממשית לפגיעה בתחרות בשוק. בשנת 1998 אישר הפרלמנט האיטלקי סעיף חוק האוסר ניצול לרעה של תלות כלכלית (Economic dependence)¹⁴⁹. הסעיף הרלוונטי בחוק האיטלקי קובע כדלקמן:

“9(3). Any agreement to achieve abuse of economic dependence is null and void. The ordinary courts shall take cognizance of cases of abuse of economic dependence, including the grant of restraining orders and injunctions and the award of damages. Notwithstanding the possible application of Section 3 of law no 287 of 10 october 1990, the Competition Authority may issue the warnings and impose the penalties provided by section 15 of law no 287 of 10 october 1990 against any company or companies found liable for abuse of economic dependence which is relevant to the protection of competition and the free market, in response to complaints from third parties and after using its own investigative powers”.

תלות כלכלית מוגדרת בחוק האיטלקי כמצב שבו פירמה מסוגלת לקבוע, במסגרת יחסיה הכלכליים עם חברות אחרות, את תניות החוזה באופן בלתי שוויוני בעליל, תוך התחשבות באפשרויות ההתקשרות החלופיות העומדות בפני הפירמה הנפגעת. נקל לראות כי החוק האיטלקי רחב דיו על-מנת להחיל את מכלול המקרים שבהם נעשה שימוש לרעה בכוח חוזי יחסי באופן הפוגע בתחרות החופשית. בעקבות המודל האיטלקי, תוקן גם סעיף 6 לחוק התחרות הספרדי¹⁵⁰, אשר אוסר אף הוא ניצול לרעה של תלות כלכלית. סעיף 6 מגדיר בין היתר ניצול לרעה של תלות כלכלית באופן הבא:

“Obtaining or attempting to obtain – by threatening to discontinue commercial relationship- prices, payment conditions, methods of purchase, payment of additional charges and other terms and conditions of commercial co-operation not reflected in the general terms conditions for sale”.

149 דוח ה-OECD בעניין רשתות השיווק (לעיל, הערה 12), עמ' 185.

150 ראו www.freshfields.com/practice/comptrade/publications/es-antitrust/interaction.asp (נצפה לאחרונה במרץ 2004).

סעיף 6 האמור אינו מוגבל רק למקרים שבהם מדובר במונופול המנצל את כוחו, והוא מעניק לרשויות ההגבלים הספרדיות סמכות לפעול בכל מקרה שבו ניתן להצביע על ניצול לרעה של תלות כלכלית המוביל לפגיעה בתחרות החופשית.

עמדתנו היא כי יש לאמץ את המודל האיטלקי והמודל הספרדי, ולקבוע סעיף בחוק ההגבלים העסקיים אשר יאסור שימוש לרעה בכוח חוזי יחסי (או תלות כלכלית) מקום שבו השימוש בכוח החוזי היחסי מתקשר לפגיעה בתחרות החופשית או בצרכן. סעיף כזה יקנה לרשות ההגבלים עסקיים כלי אפקטיבי לטפל בתופעה, וימנע מקרים שבהם נעשה שימוש בעייתי בסעיפי חוק אחרים, כפי שאכן אירע בעניין רשתות השיווק וספקיהן ובעניין הספקת חלקי חילוף למעליות.

ז. במקום סיכום

כלכלת ישראל היא כלכלה קטנה, וחלק גדול מהשוקים בה מתאפיינים במבנה ריכוזי. כאשר מדובר בשוק אוליגופוליסטי, דיני המונופולין אינם חלים בדרך כלל, ורשויות האכיפה עשויות להיקלע לבעיות קשות תוך ניסיון למנוע פגיעות בתחרות מצד פירמות בעלות כוח. הפתרונות המצויים בחוק ההגבלים העסקיים אינם מהווים פתרון מספק לבעיה, והשימוש בסעיפים אלו למטרות אליהן לא נועדו מראש, עשוי להוביל לתוצאות קשות. מנגד, הוראת חוק אשר תעניק לרשויות האכיפה כלים להתמודד עם שימוש לרעה בכוח חוזי מקום בו התחרות בשוק נפגעת, תהווה כלי חשוב במאמץ לשמר את התחרות ככל שניתן בשווקים אוליגופוליסטיים.