

עילת הקשירה בדיני התחרות: היבטים קוגניטיביים והתנהגותיים

מאת

אלעד סלומינסקי* ואיתי פלדור*

דיני התחרות אוסרים על בעל מונופולין להתנות את רכישת המוצר או השירות שבמונופולין בתנאים אשר מטבעם או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים אינם נוגעים לנושא ההתקשרות. בעיקרם של דברים, נאסר על בעל מונופולין להתנות את רכישת המוצר או השירות שבמונופולין ברכישת מוצר או שירות אחר – פרקטיקה הידועה כ'קשירה'. על אף האינטואיציה שלפיה קשירה עלולה לפגוע באופן מיידי בצרכן, הנאלץ לרכוש מוצר נוסף לזה שביקש, הספרות הכלכלית גורסת זה שנים שניצול הצרכן באופן פשוט שכזה לא ייתכן. הכתיבה זיהתה אמנם תנאי שוק מיוחדים בהם קשירה עשויה להיות פוגענית, אך ניצול הקשירה באופן האינטואיטיבי והפשוט ביותר נתפס עדיין כבלתי אפשרי.

חיבור זה מציע שני הסברים בעלי תחולה רחבה ליעילותה של הקשירה מנקודת ראותו של בעל המונופולין. ההסברים מבוססים על הטיות קוגניטיביות המוכרות מתחום קבלת ההחלטות. החיבור מראה כיצד הטיות אלה של הצרכנים ניתנות לניצול באופן שיטתי – וכעניין שבשגרה – על ידי בעלי מונופולין, לשם הגדלת הסכום שהצרכנים מוכנים לשלם עבור המוצרים הקשורים. החיבור מראה גם מדוע ניצול ההטיות תלוי בכוח השוק של המוכר. הניתוח אינו מחייב את המסקנה שהאיסור על קשירה מוצדק. מסקנה כזו תלויה בעמדה ערכית לגבי ניצול הטיות ובשקילת התועלת שבאיסור אל מול עלותו. עם זאת, הניתוח מבהיר את חששו של המחוקק, ומתקף את האינטואיציה בדבר כדאיות הקשירה מנקודת ראותו של בעל המונופולין.

מבוא. א. קשירה – הדין הנוהג וההצדקה האינטואיטיבית לאיסור. ב. קשירה ופגיעה בתחרות – האמנם? 1. הביקורת של אסכולת שיקגו על עילת הקשירה; 2. הכרסום בניתוח של חוקרי אסכולת שיקגו. ג. רווחיותה של הקשירה – ההטיות הנוצרות כאשר שני מוצרים נמכרים במאוחד. 1. על היוריסטיקות והטיות; 2. עיגון ותמחור חלקי; 3. הצדקות (Justifications). ד. המסקנות הנורמטיביות – קשירה כשימוש לרעה בכוח מונופוליסטי? ה. סיכום.

מבוא

חיבור זה יעסוק בקשירה (Tying). קשירה מתרחשת כאשר מוכר מחייב את לקוחותיו לרכוש מוצר נוסף או שירות נוסף ("המוצר הנקשר") כתנאי לרכישת מוצר או שירות שהלקוחות מבקשים לרכוש ("המוצר הקושר"). ככלל, רשאי אדם להתנות את מכירת מוצריו באילו תנאים שיבחר, ובכלל זה ברכישת מוצר אחר. אולם, סעיף 29א(ב)(4) לחוק התחרות הכלכלית, תשמ"ח – 1988 ("החוק", או "חוק התחרות הכלכלית") אוסר על בעל מונופולין לקשור בין מוצריו. ביתר פירוט, הסעיף אוסר על בעל מונופולין להתנות את רכישת הנכס או השירות שבמונופולין "בתנאים אשר מטבעם או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים אינם נוגעים לנושא ההתקשרות". איסור דומה, אם כי לא זהה בהיקפו ובתנאיו לתחולתו, קיים בשיטות משפט נוספות.

* תלמיד לתואר ראשון במשפטים ופסיכולוגיה, האוניברסיטה העברית.

* מרצה, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

תודתנו נתונה לעורכי כתב העת – דניאל בן דור, נועה צוקר (כרך נ) ויחיאל אורן (כרך נא) – ולשאר חברי מערכת כתב העת **משפטים** על הערותיהם המצוינות על גרסאות קודמות של המאמר. תודתנו נתונה גם לאיל זמיר, לאורי כץ ולמשתתפי הסדנה למשפט פרטי ומסחרי באוניברסיטה העברית בירושלים על הערותיהם המועילות על גרסה קודמת של המאמר. מחקר זה נתמך על ידי הקרן הלאומית למדע (מענק מס' 877/18).

לכאורה, הפגיעה התחרותית כתוצאה מקשירה ברורה – בעלת המונופולין מחייבת את רוכשי המוצר שבמונופולין לרכוש מוצר נוסף, ובכך היא מגבירה את כוחה בשוק המוצר הנוסף, ועשויה להשתלט גם עליו. עם זאת, במשך השנים הרהרו מלומדים ובתי משפט בהצדקות להטלת איסור על קשירה. הטענה המרכזית המושמעת על ידי כלכלנים, ובראשם כלכלנים השייכים לזרם המכונה "אסכולת שיקגו", היא **שלא תיתכן קשירה הפוגעת בתחרות או בצרכנים**. ביתר דיוק, הטענה היא כי קשירה הפוגעת בתחרות או בצרכן אינה יכולה להיות רווחית מנקודת ראותו של הגוף הקושר, ועל כן לא תתרחש. כלכלנים רבים הסבירו כי הפגיעה התחרותית המרכזית המזוהה עם קשירה – שימוש בכוח השוק שיש למוכר בשוק אחד במסגרת פעילותו בשוק אחר (שימוש המכונה "מינוף") – אינה משכנעת. ככלל, בעל מונופולין ממצה את כוח השוק שלו בגביית המחיר המונופוליסטי עבור המוצר שבמונופולין. בעל המונופולין אינו יכול, בנוסף לגביית המחיר המונופוליסטי עבור המוצר הקושר, להטיל על צרכנים עלות נוספת בדמות חיוב לרכוש מוצר נוסף. קשירה תוכל להיות רווחית רק אם החיוב לרכוש שני מוצרים מגדיל (גם) את רווחתם של הצרכנים. ובמקרה כזה אין טעם לאסור את הקשירה. כך יהיה, לדוגמה, כאשר הקשירה חוסכת לצרכנים עלויות עסקה, כגון כאשר הם מחויבים לרכוש נעליים עם שרוכים. במקרה זה הצרכנים חוסכים את העלויות הכרוכות ברכישת רכיבי החבילה בנפרד, דוגמת החיפוש אחר שרוכים המתאימים לנעליים שרכשו. קשירה עשויה להיות מועילה גם משום שהיא מבטיחה שיפור טכנולוגי במוצר או פעולה תקינה שלו. כך, לדוגמה, קשירת מחסניות דיו הפועלות באופן מיטבי עם מדפסת עשויה למנוע תקלות שיקרו עקב רכישת מחסניות דיו שאינן מתאימות למכונה או פוגעות בפעילותה. קשירות מסוג זה אינן קשירות ממנפות, אלא קשירות יעילות. קשירה יעילה מגדילה הן את רווחת הגוף הקושר והן את רווחת הצרכנים. הצרכנים רוכשים חבילה ששוויה עבורם (כחבילה) עולה על השווי של רכישת חלקיה בנפרד. אולם בכל סיטואציה אחרת – בה הקשירה כופה על צרכנים לרכוש מוצר שלא היו רוצים לרכוש – הקשירה לא תהיה כדאית למוכרת הקושרת. הצרכן לא יהיה מוכן לשלם עבור החבילה מחיר העולה על הסכום שהיה מוכן לשלם עבור רכיביה בנפרד. ממילא, קשירה כזו – קשירה כופה – לא תתרחש. כפועל יוצא, כך נטען, קשירה אינה מעלה כל חשש תחרותי, והדין אינו צריך לטפל בתופעה זו בשום דרך.

כתיבה מאוחרת יותר כרסמה בטענה זו במתכונתה הגורפת. במצבים שונים, כך הראתה הכתיבה המאוחרת, תיתכן קשירה רווחית לקושר הפוגעת ברווחת הצרכנים (להלן: "**קשירה פוגענית**"). עם זאת, האפשרויות שהוצגו באותה כתיבה מאוחרת לפגיעה תחרותית כתוצאה מקשירה אינן רלוונטיות לכל מקרי הקשירה, או אף לחלקם הגדול. האפשרויות התיאורטיות תלויות בתנאי שוק שונים, ובהנחות מגבילות לגבי מבנה הביקוש והאפשרות להשפיע על מידת התחרות בשוקי המוצר השונים. הנקודה המרכזית לעניינו של חיבור זה היא שבהעדר תנאי שוק מיוחדים (המאפשרים שינוי במבנה התחרותי של שוק המוצר הקושר או של שוק המוצר הנקשר באמצעות הקשירה), גם הכתיבה המאוחרת אינה גורסת שניתן 'לאכול את העוגה ולהשאיר אותה שלמה', כלומר לגבות את המחיר המונופוליסטי עבור המוצר הקושר, ובנוסף לכך לגרום לצרכנים לרכוש את המוצר הנקשר במחיר העולה על המחיר שהיה נגבה עבורו אלמלא הקשירה. על כן, אף שהאפשרות התיאורטית לפגיעה תחרותית כתוצאה מקשירה אכן מוכרת (בתנאי שוק מיוחדים), טענתם הבסיסית של חברי אסכולת שיקגו לפיה לא ניתן לנצל את כוח השוק במלואו בשוק אחד ובנוסף להעלות את המחיר בשוק אחר – לא נסתרה. לכאורה, קשירה אינה מגדילה – ואינה יכולה להגדיל – את נכונותו של הצרכן לשלם עבור איזה מן המוצרים המרכיבים את החבילה, וממילא אינה יכולה, כשלעצמה, לאפשר גביית מחיר גבוה יותר משהיה נגבה אלמלא הקשירה.

במסגרת חיבור זה אנו מבקשים להציע שני הסברים לתועלת הטמונה בקשירה מנקודת ראותו של המוכר. זאת, בהתבסס על ממצאים שונים העולים מהמחקר ההתנהגותי. ממצאים אלה מאפשרים להבין כיצד

קשירה עשויה לאפשר למוכר למנף את כוח השוק במובן שהוזכר מעלה – לגבות עבור החבילה מחיר גבוה יותר מסך המחירים שניתן לגבות עבור רכיביה בנפרד. היינו, לתמחר את החבילה באופן רווחי במחיר הגבוה מן המחיר המונופוליסטי עבור המוצר הקושר בצירוף מחיר השוק עבור המוצר הנקשר.

המנגנון הראשון הוא הטיית העיגון, המוכרת היטב מהמחקר הפסיכולוגי בתחום קבלת ההחלטות. הטיה זאת גורמת לכך שמספרים המצויים בתודעתו של אדם הופכים, בלי משים, ל"עוגן" לביצוע הערכות, ובשל כך אותן הערכות תהיינה מוטות לכיוון ה"עוגן". בהקשר של עילת הקשירה, הטיית העיגון עשויה לגרום לכך שמחיר המוצר הקושר יהפוך עבור הצרכנים ל"עוגן" להערכת מחיר החבילה, ובשל כך צרכנים יעריכו את מחיר החבילה בחסר. היינו, הצרכנים יעריכו את מחירה הכולל של החבילה כנמוך ממחירה האמיתי, ולמעשה ייחסו למחיר המוצר הנקשר משמעות פחותה. כפועל יוצא, תגדל נכונותם של הצרכנים לרכוש את שני המוצרים כחבילה, לעומת מצב בו המוצרים היו נמכרים בנפרד. המנגנון השני, בעל היישום הרחב יותר בהקשרו של חיבור זה, הוא מנגנון ההצדקות, המופעל בעקבות דיסוננס קוגניטיבי שחש אדם הנתקל בפער בין התנהגותו לעמדותיו. מנגנון זה גורם לכך שאדם שהחליט החלטה מסוימת נוטה להצדיקה בדיעבד. בהקשרה של עילת הקשירה, לאחר שאדם השתכנע לרכוש את המוצר הקושר (או להתחיל בתהליך רכישתו), הוא ייטה להצדיק גם הוצאות נוספות המתווספות לרכישה בשלב שני, דוגמת הצורך לשלם (גם) עבור המוצר הנקשר. כפועל יוצא של שני מנגנונים אלה, בהם נרחיב בהמשך, **עצם קשירתם של שני מוצרים זה לזה עשויה להגדיל את נכונות הצרכן לשלם עבורם.**

ייחודם של ההסברים המוצעים בחיבור זה הוא בהצבעה על כך שקשירה המאפשרת גביית מחיר גבוה יותר עבור החבילה משהיה נגבה עבור שני רכיביה בנפרד אינה החרגה, וודאי שאינה תלויה בתנאי שוק מיוחדים כאלה או אחרים. למעשה, זהו הכלל. ברובם המקרים בהם יקשור מוכר בין מוצריו, ניתן יהיה לגבות עבור החבילה מחיר גבוה יותר משהיה נגבה עבור שני המוצרים בנפרד.

עניין נוסף עליו נצביע במסגרת החיבור הוא הזיקה בין היכולת לנצל את ההטיות האמורות לבין מעמדו המונופוליסטי של היצרן הקושר. לכאורה, אם קיימות הטיות התנהגותיות שניתן באמצעותן להגדיל את נכונות הצרכנים לשלם עבור המוצר הנקשר, יכולה כל מוכרת – הן מוכרת בתחרות והן מוכרת מונופוליסטית – לנצל הטיות אלה. כלומר, על פני הדברים אין יתרון לבעלי כוח שוק בכל הקשור לניצול ההטיות הנדונות, וממילא אין הצדקה לאופן בו מעוצבת כיום עילת הקשירה – כאיסור המוטל דווקא על בעלי מונופולין. אלא שכפי שנראה, מכיוון שההטיות מושא חיבור זה משפיעות (רק) על נכונותם של הצרכנים לשלם עבור החבילה, יצרן בתחרות לא יוכל לנצל את ההטיות האמורות באופן שיגדיל את רווחיו. זאת, שכן הלחץ התחרותי מצד מתחריו יכפה עליו לוותר גם על רווח עודף זה, ולהפחית את מחיר החבילה למחיר העלות השולית. לעומתו, יצרן מונופוליסטי יוכל לנצל הטיה זו להגדלת רווחיו, מכיוון שהיכולת להעלות את מחיר מוצריו מוגבלת רק על ידי נכונות הצרכנים לשלם עבורם. בהסברים שיוצעו במסגרת חיבור זה יש, אפוא, לא רק כדי לחתור תחת הביקורת המרכזית על קיומו של איסור על קשירה. יש בהם גם כדי להסביר מדוע מוצדק לטפל בתופעה המנצלת הטיות התנהגותיות – בהנחה שהדין צריך לטפל בניצול כזה – במסגרת הטיפול של דיני התחרות בבעלי מונופולין. לקראת סופו של החיבור נדון בהשלכות שיש לניתוח המוצע במסגרתו על הדין הראוי.

מהלך הדברים יהיה כדלקמן: **בפרק הראשון** של החיבור נסקור בתמצית את הדין החל על קשירה בישראל ובארצות הים, ונציג את ההסבר האינטואיטיבי לפגיעה התחרותית שנגרמת כתוצאה מקשירה. **בפרק השני** נסקור את הניתוח הכלכלי המקובל של תופעת הקשירה. בתוך כך נסביר את הטענה הבסיסית לפיה קשירה פוגענית אינה אפשרית, ואת הכרסום בטענה זו בכתיבה מאוחרת. **בפרק השלישי** נציע שני הסברים

אפשריים לתופעת הקשירה. כאמור, הסברים אלה יתבססו על ניתוח ממצאים מהמחקר הפסיכולוגי, המצביעים על מספר מנגנונים קוגניטיביים שיש בהם כדי להסביר את התועלת הטמונה – ברוב רובם של המקרים – בשימוש בפרקטיקת הקשירה (מנקודת הראות של המוכרים). בפרק זה נדון גם במגבלות ההסברים המוצעים. במסגרת **הפרק הרביעי** נדון בקשר בין ניצול ההטיות למעמד מונופוליסטי ובמסקנות הנורמטיביות המתבקשות מן הניתוח. לבסוף, נסכם.

א. קשירה – הדין הנוהג וההצדקה האינטואיטיבית לאיסור

דיני התחרות מושתתים על ההבנה ששוק תחרותי משיא את הרווחה המצרפית. בהתקיים התנאים לתחרות (המכונה לעתים "תחרות משוכללת" או "תחרות מושלמת")¹ מושג באופן ספונטני שיווי משקל אופטימלי, ללא צורך בהתערבות חיצונית של גורם מאסדר.² בשיווי המשקל המתקיים בשוק תחרותי מגיע הסך של עודף היצרן ועודף הצרכן לשיאו.³ ליצרנים תמריץ מספק לייצר את המוצר ולמוכרו, והצרכן זוכה ליהנות ממוצר איכותי במחיר הנמוך ביותר בו ניתן לספקו לאורך זמן.⁴ במצב זה ממוקסמת הרווחה החברתית.

אלא שתחרות מושלמת אינה מתקיימת לעולם. בחיי המעשה, התנאים לתחרות – היעדרם המוחלט של חסמי כניסה אל השוק ויציאה ממנו, מידע מושלם, ריבוי מוכרים ויצרנים והומוגניות מוחלטת של המוצרים בעיני הקוחות – אינם מתקיימים באף שוק.⁵

מבין האיומים על המודל התיאורטי של תחרות, מתמקדים דיני התחרות בכשל השוק שעניינו 'כוח שוק' – מצב בו לאחד או יותר מן היצרנים או הצרכנים יכולת להשפיע על כמות המוצרים בשוק ועל מחירם.⁶ כוח שוק הוא עניין של מידה. בפועל, אין בנמצא יצרנים נעדרי כוח שוק לחלוטין, ואין כמעט בנמצא יצרנים השולטים בכמות המוצרים בשוק ובמחירם באופן מוחלט, ללא כל איום מצד יצרנים קיימים או פוטנציאליים.⁷ כעניין פרקטי, נאלצים אפוא דיני התחרות לקבוע רף מסוים ממנו ייחשב שחקן בשוק ככזה

¹ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy – The Law Of Competition And Its Practice* (Fifth Ed., West Academic Publishing, 2016), at 3 – 15.

² ADAM SMITH, *AN INQUIRY INTO THE NATURE AND CAUSES OF THE WEALTH OF NATIONS* (1776).

³ עודף הצרכן הוא סך הרווחה שמפיקים הצרכנים כקבוצה מן העסקאות המבוצעות בשוק. עודף זה מורכב מסך הפער בין השווי שמייחס כל אחד מן הצרכנים למוצר לבין המחיר המשולם עבורו על ידי כל אחד מהם. היצרנים מפיקים את סך הפער בין עלות הייצור של היחידות השונות של המוצר למחיר המשולם עבור כל אחת מיחידות המוצר. הסך של עודף הצרכן ועודף היצרן ממוקסם בתחרות, בה משלם כל אחד מן הצרכנים עבור כל אחת מיחידות המוצר מחיר השווה לעלות השולית של ייצור היחידה האחרונה (מחיר זה הוא גם השווי שמייחס הצרכן השולי למוצר). ר' HOVENKAMP, ה"ש 1 לעיל, בעמ' 6 – 10. ר' גם מיכל שיצר גל ומנחם פרלמן, חשיבות הניתוח הכלכלי של חוק ההגבלים העסקיים, **ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים** (מיכל שיצר גל ומנחם פרלמן עורכים, התשס"ח), בעמ' 20 – 27 (בעניין חשיבותה של התחרות ככלי מסדיר); ברק אורבך, מטרות דיני ההגבלים העסקיים: הלכה למעשה, **ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים** (מיכל שיצר גל ומנחם פרלמן עורכים, התשס"ח), בעמ' 65 – 66.

⁴ ר', בניסוחים קרובים: בג"ץ 588/84 ק.ש.ר. **סחר אזבסט נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים**, פד"י מ(1), 29, בעמ' 38; ע"פ 4855/02 מ"י נ' **בורוביץ**, (נט) 776, בעמ' 869 (מול האותיות ב-ד); אורבך, לעיל, בעמ' 94 – 96; ע"פ 5823/14 **שופרסל בע"מ נ' מדינת ישראל**, פורסם בנבו, 22.10.2015, פסקאות לא ומג לפסק דינו של המשנה לנשיאה, השופט רובינשטיין; ע"א 2247/95 **הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאות בישראל בע"מ** פ"ד נב(5) (213), פס" 17 לפסק דינו של הנשיא ברק.

⁵ Hovenkamp, ה"ש 1 לעיל, בעמ' 15.

"The world contains no perfectly competitive markets, and many markets do not even come close".

לפירוט התנאים לתחרות ר' עמ' 45 – 52.

⁶ כוח שוק אינו האיום היחיד על פעולתו של מנגנון השוק. הסדרים משפטיים שונים מטפלים בכשלי שוק אחרים. בין אלה ניתן למנות, בעיקר, את דיני הגנת הצרכן (לדוג', ס' 17 לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981; ותקנות בריאות הציבור (מזון) (סימון תזונתי), תשנ"ג-1993).

⁷ גם מוכרים הנהנים ממונופול יציר המדינה אינם חסינים לגמרי מתחרות פוטנציאלית, בשל האפשרות להסרת החסמים המגנים על המונופול (והאפשרות שמתחרים יצליחו להתגבר על חסמים אלה). דוגמאות בולטות לכך הן פתיחת שוק השיחות הבינלאומיות לתחרות (ר' רעא 729/04 **מדינת ישראל נ' קו מחשבה בע"מ** [פורסם בנבו, 26.04.2010] ופתיחת תחום השירותים הנמליים לתחרות (ר' עעמ 4011/05 **דגש סחר חוץ (ספנות) בע"מ נ' רשות הנמלים** [פורסם בנבו, 11.02.2008], בפסקה 30 לפסק דינה של השופטת פרוקציה). עם זאת, בשווקים כאלה האיום התחרותי מידי פחות מאשר בשווקים אחרים.

שיש להטיל עליו מגבלות שונות, או ככזה שיש לבחון את התנהלותו לפי סטנדרט אחר מן הסטנדרט שלפיו נבחנת התנהגות של שחקנים בשוק הנחשב תחרותי. רף זה משתנה, לעתים, ממדינה למדינה, ואף בתוך אותה שיטת משפט, בהתאם לתופעה הספציפית מושא הדיון.⁸ דיני התחרות בישראל מטילים איסורים שונים על בעל מונופולין, המוגדר כמי ש"חלקו בכלל האספקה של נכסים או בכלל רכישתם, בכלל מתן שירותים או בכלל רכישתם, עולה על מחצית" או כמי ש"מחזיק כוח שוק משמעותי ביחס לאספקת נכסים או רכישתם, או ביחס למתן שירותים או רכישתם".⁹

החוק אינו אוסר על אדם להיות בעל מונופולין.¹⁰ עם זאת, כאמור, משעה שאדם הוא בעל מונופולין, מטיל החוק מגבלות שונות על התנהלותו המסחרית.¹¹ בין המגבלות הללו קבוע בסעיף 29א(א) לחוק התחרות הכלכלית איסור כללי על ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי. סעיף זה קובע ש"בעל מונופולין לא ינצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור". סעיף 29א(ב) מונה ארבעה מקרים בהם יראו את בעל המונופולין כמנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור. בין אלה, קובע סעיף 29א(ב)(4) לחוק את "התניית ההתקשרות בדבר הנכס או השירות שבמונופולין בתנאים אשר מטבעם או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים אינם נוגעים לנושא ההתקשרות". איסור זה והאיסורים המקבילים לו בשיטות משפט אחרות הם העומדים במוקד החיבור הנוכחי. לשם הנוחות, נתמקד בהמשך החיבור בבעל מונופולין הקושר בין שני מוצרים. הניתוח יפה, כמובן, גם לקשירה בין שירותים, לקשירה בין מוצר לשירות ולקשירה בין שירות למוצר.

לצורך המחשת האיסור ניתן לתאר, למשל, מקרה בו בעל מונופולין בהספקת נְתָבִים (ראוטרס – Routers) מבקש להתרחב לשוק המים המינרליים ולהשתלט עליו. בעל המונופולין מחליט לנצל את מעמדו בתחום הנתבים לצורך השתלטות זו. לשם השגת מטרתו מחליט בעל המונופולין להתנות רכישה של נתב

⁸ כך, לדוגמה, ממקדים עצמם דיני התחרות של האיחוד האירופי (בהקשרה של התנהלות חד-צדדית של גורם בשוק) ב-Dominant Firms, בעוד שדיני התחרות בישראל ממוקדים בהקשר זה בבעלי מונופולין – ר' סעי' 102 ל-Treaty on the Functioning of the European Union Art. 11, Sept. 5, 2008, 2008 O.J. (C 155) 47 (EC) (אף כי הפער בין מערכות הדינים צומצם לאחרונה, עם תיקונו של חוק התחרות הכלכלית בשנת 2019, במסגרת תיקון מס' 21 (ס"ח תשע"ט מס' 2781, 10.01.2019, עמ' 246). במסגרת התיקון האמור הורחבה הגדרת 'בעל מונופולין' כך שהיא כוללת כיום שתי חלופות – האחת, המגדירה 'בעל מונופולין' על פי נתח השוק בו הוא מחזיק, כפי שהיה בעבר; והשנייה, המגדירה 'בעל מונופולין' כ"אדם המחזיק כוח שוק משמעותי" (ר' ה"ש **שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת.** ו-9 להלן, והקטסט הנלווה). החלופה השנייה מקרבת את הדין בישראל לזה באירופה. עם זאת, שתי מערכות הדינים עודן שונות זו מזו בהקשר זה, הן משום שהדין הישראלי קובע גם הגדרה חלופית, שאינה בוחנת כוח שוק כלל, והן משום ש"כוח שוק משמעותי" ו"דומיננטיות" אינם מונחים זהים בהכרח). בכל הקשור להסדרי בלעדיות, לדוגמה, נקבע בפועל רף אחר. בארה"ב ובאירופה הסדרי בלעדיות המביאים לחסימה של עד 30%-40% מן השוק נהנים, כעניין פרקטי, מחסינות מביקורת של רשויות התחרות ובתי המשפט. הסדרי בלעדיות החוסמים כ-70% או יותר משוק רלוונטי יביאו, ככלל, להתערבות של הרשויות המאסדרות – רף שונה מן הרף הנדרש לקביעה כי חברה היא Dominant Firm. ר' :at 590 – 594

Richard Whish & David Bailey, Competition Law (8th ed., Oxford University Press, 2015) at 700 – 701; Commission Decision of 21 December 2000 relating to a proceeding under Article 81 of the EC Treaty – JCB, OJ [2002] L69/1, at para. 198; Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices, OJ [2010] L102/I (hereinafter: "**Block Exemption for Vertical Agreements**"), Article 3; Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints OJ [2010] C130/1 (hereinafter: "**Vertical Guidelines**"); Joshua D. Wright, "Moving beyond Naïve Foreclosure Analysis" (2012) 19(5) George Mason L. Rev. 1163; Hovenkamp, *supra* note at 590 – 594

בהקשר של הדין הישראלי ר': כללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות (הוראת שעה) (תיקון מס' 2), התשע"ו – 2016, קובץ התקנות 7713, י"ב באלול התשע"ו, 01.09.2016, 2252 (לעניין הסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך).

⁹ חוק התחרות הכלכלית, סעי' 26א(א).

¹⁰ **גילוי דעת 1/17: שיקולי הממונה על הגבלים עסקיים באכיפת האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה**, 28 בפברואר 2017, פורסם באתר רשות ההגבלים העסקיים (מס' פרסום 501194), בפרק 2.

¹¹ מוני' 1/93 **הממונה על ההגבלים העסקיים נ' קלאב הוטלס אינטרנשיונל (א.ק.ה.)**, פורסם בנבו, 17.01.1995, בפסקה 9 לפסק הדין.

בקניית בקבוק מים. כך, למעשה, ייאלץ כל אדם המעוניין בנתב לרכוש גם בקבוק מים. פעולת קשירה כזו של בעל מונופולין היא עוולה אזרחית,¹² ועלולה לעלות אף כדי עבירה פלילית.¹³

הפסיקה קבעה, כי בארבעת המצבים המנויים בסעיף 29א(ב) לחוק, לגביהם נקבע כי "יראו בעל מונופולין כמנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור" – ובכלל זה במצב בו בעל מונופולין קושר בין מוצריו – קמה **חזקה חלוטה** שבעל המונופולין ניצל את מעמדו לרעה.¹⁴ במצבים אלה, לא יוכל בעל המונופולין להתגונן בטענה כי בפועל ההתנהגות האסורה אינה פוגעת בתחרות או בציבור. אף כי בשנים שחלפו מאז נקבע כי מדובר בחזקה חלוטה מסתמנת נכונות של בתי המשפט להרהר שוב במוחלטות החזקה, קביעה זו טרם נהפכה.¹⁵

בדין הישראלי, לעילת הקשירה שלושה יסודות: (1) קיומו של מונופולין; (2) התניה של ההתקשרות בדבר הנכס או השירות; (3) ההתניה היא כזו שמטבעה או בהתאם להלכות מסחר מקובלות אינה נוגעת לנושא ההתקשרות. היסוד הראשון – **קיומו של מונופולין** – הוא, בהקשרו של הפרק הנוכחי, יסוד טכני. יש להראות כי הקושר עונה להגדרת בעל מונופולין בחוק התחרות הכלכלית. על הקשר בין מעמדו המונופוליסטי של הקושר לפגיעה התחרותית הכרוכה בקשירה נעמוד בהמשך הדברים. לענייננו בשלב זה של סקירת הדין, די בהצבעה על כך שהאיסור חל רק על בעלי מונופולין.¹⁶

בכל הקשור **ליסוד ההתניה**, התמקדה הפסיקה – ברוח הדוגמה שהובאה לעיל – בשלילת חופש ההתקשרות של הלקוח על ידי כפייתו לרכוש את המוצר הנקשר יחד עם המוצר הקושר. ה'כפיה' הברורה ביותר מתרחשת כאשר בעל המונופולין מסרב סירוב מוחלט למכור את המוצר הקושר ללא רכישת המוצר הנקשר. במקרה כזה יהיה מדובר בהתניה פשוטו כמשמעו.

אלא שייתכנו גם מקרים מורכבים יותר, בהם מתעורר ספק ביחס ליסוד ההתניה. כך, בעל המונופולין יכול ליצור במקרים מסוימים תמריץ כלכלי לרכישת המוצר הנקשר יחד עם המוצר הקושר. באופן הפשוט ביותר, בעל המונופולין יכול למכור את החבילה הכוללת את המוצר הקושר והמוצר הנקשר במחיר נמוך מסך המחיר הנגבה עבור שני המוצרים כאשר הם נרכשים בנפרד.¹⁷ תמריץ זה יכול שיהיה קטן יחסית, ויכול

¹² סעיף 50א(א) לחוק התחרות הכלכלית.

¹³ סעיף 47א(א) לחוק התחרות הכלכלית; ה"ע (ו-8) 2/96 **הממונה על הגבלים עסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ**, תשנ"ט (2) 529 (1999), פסקה 60 (להלן: "**עניין ידיעות**"). מעניין לציין, שבעניין **ידיעות** ביקש הממונה על הגבלים עסקיים (כיום – הממונה על התחרות; להלן: "**הממונה**") מבית הדין להכיר בעילה רחבה יותר, המבוססת על דוקטרינת המינוף המונופוליסטי. לשיטת הממונה שם, כל שימוש בכוח מונופוליסטי ביחס למוצר א' כדי לגרום לצרכן לרכוש את מוצר ב' אסור, וזאת גם אם לא הוכחו פגיעה או חשש לפגיעה בציבור או בתחרות, וגם אם לא הוכח שבעל המונופולין רכש, או ניסה לרכוש, מונופולין גם במוצר ב'. עילה זו רחבה מעילת הקשירה, וכוללת גם פרקטיקות נוספות כגון "סבסוד צולב בין השוק שבו יש ליצרן מעמד מונופוליסטי לבין השוק הממונף, מתן הנחות נאמנות בשוק הממונף ועוד" (פסקה 64). בית הדין להגבלים עסקיים לא קיבל את עמדת הממונה בעניין זה (פסקה 84; ור' פסקאות 62-68 **בעניין ידיעות**).

¹⁴ שם, **בעניין ידיעות**, פסקאות 56, 124.

¹⁵ ר' איל שגיא, אמיר ונג "ניצול מעמד לרעה על-ידי בעל מונופולין – האומנם סעיף 29א(ב) לחוק ההגבלים העסקיים קובע חזקות חלוטות?" עיוני משפט כט(3) 547 (2006); תצ (מרכז) 16-05-36098 **צדוק נ' שטראוס גרופ בע"מ** [פורסם בנבו, 16.01.2019] (להלן: "**עניין צדוק**"), בפסקה 29 לפסק הדין והדין בפסקאות 34 – 38 לפסק הדין; תצ (מרכז) 11-07-46010 **אופיר נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ** [פורסם בנבו, 05.04.2016], בפסקה 28 להחלטה, ופסק הדין בתיק [פורסם בנבו, 22.06.2020] (להלן: "**עניין אופיר נאור**").

¹⁶ בדין הישראלי קיימים גם איסורים נוספים על קשירה, שאינם מוטלים רק על בעלי מונופולין. כך, סעי' 57א(א) לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), תשמ"א – 1981, אוסר על מבטח ועל סוכן ביטוח להתנות עשיית ביטוח בענף פלוני בעשיית ביטוח בענף אחר או בקניית שירות אחר או נכס ממנו או מאדם אחר שהמבטח או הסוכן ציין, אלא אם קיים קשר עסקי סביר בין הביטוח המבוקש לבין קיום התנאי. בדומה, סעי' 7 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א – 1981 (להלן: "**חוק הבנקאות**") אוסר על תאגיד בנקאי התניית שירות בשירות אלא אם קיים קשר עסקי סביר בין השירות המבוקש לקיום התנאי. נראה כי הטעם להטלת איסורים אלה על קשירה נעוץ בהנחתו של המחוקק בדבר כוח השוק של הגופים עליהם הוטל האיסור (ר' לדוגמה, בהקשרו של חוק הבנקאות, ת"א (ביש"א) 275/92 **בנק המזרחי המאוחד נ' רוימי** [פורסם בנבו, 31.05.2000], בסעי' 26 – 28 לפסק הדין, וההפניות שם). מכל מקום, גם אם קיימים איסורים ספציפיים על קשירה שאינם מבוססים על הנחה בדבר קיומו של כוח שוק בידי הגוף הקושר, יש לעמוד על כך שהדין – הן בישראל והן מחוצה לה – מטיל איסור כללי דווקא על קשירה המבוצעת על ידי בעלי כוח שוק. איסור זה וטעמיו הם העומדים במוקד החיבור הנוכחי.

¹⁷ *Advance Business Systems & Supply Co. v. SCM Corporation* 415; *SmithKline Corp. v. Eli Lilly & Co.* (1976) F. 2d 55 (1969).

שיהיה משמעותי מאד, כתלות בגובה ההנחה. בפסיקה בארץ ובחו"ל נדונה פרקטיקה של "כפיה כלכלית" – מצב בו רשאי הצרכן, כעניין משפטי, לרכוש את המוצר הקושר והמוצר הנקשר בנפרד, אולם תנאי המכירה מעוצבים כך שישנה עדיפות לרכישת המוצרים במאוחד, עדיפות שאף עשויה להפוך את הרכישה הנפרדת לחסרת הגיון כלכלי. האפשרויות השונות, הנעות בין תמריץ זניח כמעט של אחוזי הנחה בודדים ברכישה של שני המוצרים במאוחד, לתמריץ משמעותי מאד, שהופך את רכישת אחד המוצרים בלא המוצר השני לחסרת הגיון כלכלי, מחייבות קביעת קו גבול. כפי שציין בית הדין להגבלים עסקיים (כיום – בית הדין לתחרות) בעניין **ידיעות אחרונות**,¹⁸ הגבלת האיסור על קשירה רק למצבים בהם הצרכן אינו **רשאי** לרכוש את המוצרים בנפרד עלולה "להביא לצמצום דרסטי של האיסור על הקשירה אשר יחתור תחת תכלית החקיקה שביסוד סעיף 29א(ב)(4) לחוק ויאפשר את עקיפת האיסור על-ידי הצעת חבילות אטרקטיביות".¹⁹ מאידך, הטלת איסור גורף על יצירת כל תמריץ כלכלי לרכישת שני המוצרים במאוחד עלולה כשלעצמה לפגוע בתחרות. ובלשון בית הדין: "מבחן גורף כזה עלול לפגוע מעבר לנדרש בשימוש באמצעי תחרותי זה, אשר יכול שיהא אמצעי תחרותי לגיטימי המבוסס על ניצול יתרונות לגודל תוך הפחתת עלויות ייצור והגדלת רווחתו של הצרכן".²⁰

בעניין **ידיעות אחרונות** אימץ בית הדין מבחן לפיו על מנת שיקום איסור נדרש שהלחץ הכלכלי שביסוד הכפייה יהיה משמעותי ביותר, ושהרכישה של החבילה הכוללת את שני המוצרים תהיה למעשה האופציה הכלכלית הריאלית היחידה שעומדת בפני הרוכש. במצבים אלה, כך קבע בית הדין, מתקיימת למעשה 'כפיה כלכלית', העולה כדי קשירה.²¹

היסוד השלישי של עילת הקשירה הוא **יסוד ה"תנאים שמטבעם או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים אינם נוגעים לנושא ההתקשרות"**. על מנת לעמוד על חשיבותו של יסוד זה, יש לזכור כי כעניין קונספטואלי ניתן לעולם להפריד כל מוצר לרכיביו השונים. כך, ניתן היה לרכוש מעיל בלא כפתורים;²² מכנסיים של חליפה בלא חלקה העליון; רכב בלי מכשיר רדיו; ונעל ימין ללא נעל שמאל.²³ אף על פי כן, הטלת איסור על יצרני מעילים בעלי כוח שוק 'לכפות' על צרכנים לרכוש כפתורים עם מעילים, או חיוב יצרני מכוניות בעלי כוח שוק למכור מכוניות בלא גלגלים, נראים על פניהם לא הגיוניים. אינטואיציה זו בדבר חוסר ההיגיון שבאיסור על מכירת נעליים בלא שרוכים נתמכת בניתוח המתמקד ביעילותה של הקשירה. בחלק גדול של המקרים, אפשר שאף ברובם המוחלט, קשירה היא יעילה.²⁴ כאשר השוק (המורכב מכלל הצרכנים) מעדיף לרכוש את המוצרים במאוחד, רצוי מבחינה חברתית לאפשר את הקשירה. כך יהיה, לדוגמה, כאשר מרבית הצרכנים אינם רוכשים מוצר אחד בלי השני. אף כי ייתכן צרכן המעדיף לרכוש נעליים בלא שרוכים (לדוגמה, משום ששרוכי הנעליים הקודמות לא נקרעו), רוב הצרכנים הרוכשים נעליים – וככל הנראה רובם המכריע – יעדיפו לרכוש גם שרוכים. לעתים, הצרכנים אף רואים בשני המוצרים רכיבים של אותו מוצר. כך קורה, לדוגמה, ביחס למכשיר פלאפון ומצלמה. מובן, שקשירה מסוג זה רצויה (חברתית) גם אם המוכר

¹⁸ עניין **ידיעות**, לעיל ה"ש 13, פסקה 149.

¹⁹ שם.

²⁰ שם, פסקה 150.

²¹ שם, פסקאות 141-163. בית הדין הסתמך בעיקר על עמדת המלומדים Areeda ו-Hovenkamp כפי שהובאה בספרם. בנוסף, בית הדין אימץ באופן לא בלעדי את המבחן המעשי שהציעו אותם מלומדים לבחינת קיומה של כפייה כלכלית, לפיו במצב בו שיעור המכירות של המוצר הקושר כפריט נפרד קטן מ-10% מכלל המכירות שלו (כולל המכירות שלו כחלק מחבילה), נכיר בקיומה של התניה המבוססת על קיומה של כפייה כלכלית. להרחבה ר' PHILLIP AREEDA & HERBERT, HOVENKAMP, ANTITRUST LAW (1996).

²² Hovenkamp, ה"ש 1 לעיל, בעמ' 536.

²³ לדוגמה זו ולדוגמאות נוספות (עיתון הכולל את חדשות הספורט, רכב עם רדיו וכד') ר' David E. Evans & Michael Salinger, *Why Do firms Bundle and Tie? Evidence From Competitive Markets and Implications for Tying Law*, 22(1) Yale Journal on Regulation 37 (2005) at 38 – 40.

²⁴ שם, בעמ' 40 – 41.

הוא בעל מונופולין. המחוקק נדרש, אפוא, לקבוע קו גבול בין קשירה רצויה ומותרת לקשירה פוגענית. זו תכליתו של היסוד השלישי של האיסור על קשירה.²⁵ אם ההתניה היא כזו שמטבעה, או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים, נוגעת לנושא ההתקשרות, ההתניה – או אפילו הכפייה – תהיה מותרת.²⁶

כאמור, גם בארצות הים קיים איסור על קשירה.

בארצות הברית פירשה הפסיקה את הוראות סעיף 1 ל-Sherman Act²⁷ וסעיף 3 ל-Clayton Act²⁸ כאוסרים על קשירה. הכללים שנקבעו בפסיקה האמריקנית בכל הקשור לאיסור על קשירה דומים מאוד לכללים שנקבעו בדין הישראלי.

ראשית, בדומה לקביעה בדין הישראלי לפיה סעיף 29א(ב)(4) קובע חזקה חלוטה בדבר פגיעה בתחרות או בציבור, קבעה הפסיקה האמריקנית כי האיסור על קשירה הוא איסור *per se*.²⁹ משמעו של איסור *per se* הוא, שהפרקטיקה נתפסת כפסולה ללא צורך בניחוח השפעתה בפועל על התחרות ועל הרווחה בנסיבות הקונקרטיות, היינו ללא תלות בנסיבות השוק הספציפי.³⁰ למעשה, מדובר בכלל מקביל לכלל הקובע חזקה חלוטה לפגיעה בתחרות או בציבור. גם בארה"ב, כמו בישראל, חל במשך השנים כרסום במחלטות החזקה.³¹

²⁵ Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox – A Policy at War with Itself* (1978, Basic Books, Inc.) יש לציין, ש-Bork אינו מתייחס במישרין לתנאי השלישי הקבוע בחוק התחרות הכלכלית, אלא לתנאי דומה שהתגבש בפסיקה האמריקנית, שעניינו בקשירה בין שני מוצרים **שונים**.

²⁶ כך גם נפסק **בעניין ידיעות** בהקשרם של המקומונים מהוצאת ידיעות אחרונות שחולקו חנים יחד עם גיליון יום ו' של העיתון: "לאור אלה אנו סבורים שצירוף המקומונים שעבורם אין נגבית תמורה לגיליון יום ו' של העיתון היומי הינו כיום בגדר נוהג מסחרי מקובל כמשמעותו של ביטוי זה בסעיף 29א(ב)(4) לחוק" – **עניין ידיעות**, פס' 182. מעניין לציין, כי בפסיקה (ישראלית וזרה) מוזכר פעמים רבות תנאי נוסף, לפיו על מנת שיחול האיסור נדרש ששני המוצרים יהיו מוצרים **נפרדים**. בתי-המשפט בארצות-הברית פיתחו לעניין זה מספר מבחנים המבוססים בעיקר על מעמדם של המוצרים בשווקים שבהם הם נסחרים. המבחן העיקרי הנוהג בפסיקה האמריקנית לעניין זה מושתת על **קיומו של ביקוש נפרד, מנקודת ראותו של הצרכן, לשני המוצרים המדוברים**. הפסיקה האמריקנית דנה באינדיקציות שונות לבחינת שאלת הביקוש הנפרד. כך, למשל, אם החלטת הצרכן לצרוך את מוצר א' נעשית באופן בלתי תלוי בכמות הנצרכת ממוצר ב' (הן כמוצר תחליפי והן כמוצר משלים), זו אינדיקציה לכך שהביקוש למוצר א' נפרד מזה של ב'. אינדיקציה נוספת מתייחסת להבדלים בצד ההיצע, ובוחנת את יכולת הייצור הכלכלי העצמאי של כל אחד משני המוצרים ואת אפשרות תפעול (Image Technical Servs., Inc., 504 U.S. (1992)). אינדיקציה נוספת לכך שמדובר במוצרים נפרדים היא קיומו של מערך הפצה נפרד לכל אחד מהמוצרים. אינדיקציות אלה נועדו, למעשה, לסייע בשרטוט קו גבול על פני רצף שקצהו האחד במוצרים שנתפסים כנפרדים לגמרי, דוגמת נתב ובקבוק מים, ובקצהו האחר מוצרים שנתפסים כחלק מאותו מוצר, דוגמת מחשב ומסך, עט ומכסה וקפה עם כוס. מכל מקום, התנאי שעניינו בכך שהמוצרים המדוברים הם שני מוצרים נפרדים הוא תנאי הכרחי, אך לא תנאי מספיק. גם אם יימצא ששני מוצרים הם נפרדים, ייתכן שהקשירה ביניהם תהיה מותרת – **עניין ידיעות**, פסקאות 169 ו-176.

²⁷ The Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C.A. § 1, 26 Stat. 209.

²⁸ The Clayton Antitrust Act, 15 U.S.C.A. § 14, Pub.L. 63–212, 38 Stat. 730.

²⁹ פסק הדין המנחה בעניין זה הוא פסק הדין בעניין *Jefferson Parish Hospital Dist. No. 2 v. Hyde*, 466 US 2 (1984) דומה (עליו הסתמך בית המשפט בעניין *Jefferson Parish*) נקבע כעשרים וחמש שנים קודם לכן, בעניין *Northern Pacific Rwy. v. United States*, 356 US 1 (1958). ר' *Hovenkamp*, ה"ש 1 לעיל, בעמ' 534 – 535.

³⁰ על ההצדקות לקביעת כלל *per se* ועל הנסיבות בהן נכון יהיה להטיל איסור כזה ר' *Continental T. V., Inc. v. GTE Sylvania*, 388 US 365 (1967). ר' גם *Inc.*, 388 US 365 (1967) *Richard A. Posner, The Next Step in Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality*, 48 Chic. L. Rev. 6 (1981) (לניתוח ההצדקות לכללי *per se* ולהבדל בינם לבין הכלל הרגיל – כלל ה-*rule of reason*; הניתוח אינו ממוקד בסוגיית הקשירה).

³¹ כרסום זה הוא פועל יוצא של חלחול הביקורת המרכזית שבה נרחיב בהמשך. מספר החלטות מהשנים האחרונות מרחיקות מעט את הכלל המופעל ביחס לקשירה מכלל של חזקה חלוטה (*per se illegality*) ומקרבות אותו למעשה לכלל של סבירות (*Rule of Reason*). זאת, על פי רוב, על ידי העמדת דרישות מחמירות יותר בכל הקשור להוכחת כוח השוק בשוק המוצר הקושר, ולעתים אף בדרישה מן התובע להוכיח עניינים נוספים. באחד המקרים אף ציין בית המשפט במפורש כי "Over the years, however, this Court's strong disapproval of tying arrangements has substantially diminished" (*Illinois Tool Works v. Independent Ink, Inc.*, 547 U.S. 28 (2006), at 35). עם זאת, הכלל הבסיסי נותר בעינו. לניתוח ההתפתחות ביחסם של בתי המשפט לדרישה להוכחת כוח שוק ר' *Hovenkamp*, ה"ש 1 לעיל, בעמ' 540 – 544, וכן את הניתוח של משרד המשפטים האמריקני The United States Department of Justice, Antitrust Division, ANTITRUST ISSUES IN THE TYING AND – BUNDLING OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, available online at: <<https://www.justice.gov/atr/chapter-5-antitrust-issues-tying-and-bundling-intellectual-property-rights#i>>.

להחלטה מהעת האחרונה של בית המשפט של ה-Tenth Circuit ר' *Suture Express, Inc. v. Owens & Minor Distrib.*, No. 16-3065, 2017 U.S. App. LEXIS 4431 (10th Cir. Mar. 14, 2017).

לכתיבה מוקדמת שהבחינה בנייני מגמות הנסיגה מכלל ה-*per se* ולסקירה של פסיקה זו ר' Dale C. LaPorte, *Business Justifications for Tying Agreements: A Retreat from the Per Se Doctrine*, Note, 17 Western Reserve L. Rev. 257 (1965 – 1966), at 275 – 280.

שנית, אף זאת בדומה לדין הישראלי, תנאי מוקדם לאיסור הוא הוכחת כוח שוק (משמעותי) של הנתבע בשוק המוצר הקושר.³² הכללים בעניין אחרון זה דומים, אך אינם זהים, לכלל בישראל. כאמור מעלה, בישראל נדרש כתנאי לתחולת האיסור שהמוכר הקושר יהיה בעל מונופולין. בארה"ב, בה אין איסורים המוטלים על בעל מונופולין ככזה³³ (אף כי כוח השוק עשוי להיות רלוונטי לניתוח התחרות), נדרשת הוכחה של כוח שוק משמעותי, ולא של מעמד מונופוליסטי. בכפוף להבדל דק זה,³⁴ האיסור בארה"ב קרוב לאיסור המוטל בדין הישראלי. לבעל כוח שוק משמעותי אסור לקשור בין מוצריו, ואם עשה כן – קמה חזקה לפגיעה בתחרות.³⁵

גם באירופה קשירה אסורה. סעיף 101(1) לאמנת רומא³⁶ קובע איסור כללי על

"all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market, and in particular those which...

(e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts".

בנוסף לאיסור הקבוע בסעי' 101(1) לאמנה, שעניינו בעריכת הסדרים הכוללים קשירה, סעיף 102 לאמנת רומא אוסר ניצול לרעה של מעמד דומיננטי. מעמד דומיננטי הוא המעמד המקביל (אף כי אינו זהה) למעמד מונופוליסטי בישראל ול'כוח שוק משמעותי' בארה"ב.³⁷ הסעיף מפרט ארבע התנהגויות "היכולות להיחשב, בפרט" ("may, in particular, consist in") כניצול לרעה של מעמד דומיננטי, ובהן, בס"ק (d), התניית עסקאות בתנאים שאינם, מטבעם או בהתאם לנוהג המסחרי, קשורים לנושא העסקאות (בדומה ללשונו של סעי' 101(e)).³⁸ השאלה אם האיסור הקבוע באירופה על קשירה הוא בפועל איסור *per se* נתונה במחלוקת בכתובה ובפסיקה.³⁹ לעניינו של חיבור זה, די לעמוד על כך שגם באיחוד האירופי קיים איסור על קשירה, המוטל – בדומה לאיסור בישראל ובארה"ב – על שחקנים בעלי כוח שוק משמעותי.

³² הי"ש 29 לעיל.

³³ *Verizon v. Trinko*, 540 U.S. 398 (2004), *UNITED STATES V. ALUMINUM COMPANY OF AMERICA*, 148 F.2d 416 (2d. Cir. 1945).

³⁴ כאמור מעלה (ה"ש 8), הבדל זה הפך לאחרונה דק אף יותר, משום שחוק התחרות הישראלי קובע החל מתחילת שנת 2019 שגם בעל כוח שוק משמעותי הוא בעל מונופולין.

³⁵ ר' הי"ש 31 לעיל.

³⁶ The Treaty on the Functioning of the European Union art. 11, Sept. 5, 2008, 2008 O.J. (C 155) 47 (EC).
³⁷ אם כי מעמד דומיננטי אינו זהה בהכרח למעמד מונופוליסטי או ל'כוח שוק משמעותי'. בפסק הדין המנחה בעניין זה, *United Brands v. Commission* [1978] ECR 207 27/76 נקבע כי: "The dominant position thus referred to by Article 102 relates to a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by affording it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately of its consumers" (פסקה 65). עם זאת, נתח שוק של 50% ומעלה מקים חזקה לכך שמדובר בחברה בעלת מעמד דומיננטי (ר' *Case C-26/86 AKZO v. Commission* [1991] ECR I-3359).

³⁸ "...making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts".
³⁹ ר' דלוגי: *A Pragmatic Approach to Identifying and Analysing 'Legitimate Tying Cases'* in CD Ehlermann and I Atanasiu (eds), *European Competition Law Annual 2003: What Is an Abuse of a Dominant Position?* (Oxford, Hart Publishing 2006); M Dolmans and T Graf, *Analysis of Tying Under Article 82 EC: The European Commission's Microsoft Decision in Perspective*, 27 *World Competition* 225; D Ridyard, *Tying and Bundling – Cause for Complaint?* [2005] ECLR 316; Renatto Nazzini, *The*

באופן אינטואיטיבי, קל להבין את החשש התחרותי שמעוררת קשירה. בדוגמת מוכר הנתבים שהוצגה מעלה, אם מוכר הנתבים הוא בעל מונופולין, משמע שצרכנים רבים – אם לא כולם – נאלצים לרכוש את הנתבים הנמכרים על ידו. זאת, גם כאשר מחירם של הנתבים גבוה בהרבה מן המחיר שהיה נגבה בתחרות. לכאורה, יכול היצרן לכפות על הצרכנים רכישת בקבוק מים. אם כל צרכן הרוכש נתב ירכוש בקבוק מים, על פני הדברים עשוי להיווצר מצב בו לא יישאר די ביקוש לבקבוקי המים של יצרנים אחרים, אף שאלה הם מתחרים יעילים בשוק בקבוקי המים. מתחרים בתחום בקבוקי המים יידחקו אל מחוץ לשוק, דבר שיאפשר לבעל המונופולין בתחום הנתבים להשתלט גם על שוק בקבוקי המים, ולהפוך לבעל מונופולין גם בו.

אף שההסבר המוצג עשוי להישמע, באופן אינטואיטיבי, פשוט ומשכנע, מדובר – במבט מעמיק – בהסבר מוקשה מאד. לקשיים שבהסבר נפנה עתה.

ב. קשירה ופגיעה בתחרות – האמנם?

1. הביקורת של אסכולת שיקגו על עילת הקשירה

בפרק הקודם סקרנו את עיקרי הדין החל על קשירה בישראל ובעולם, והצגנו את ההסבר האינטואיטיבי לפגיעה שעלולה קשירה לגרום. הסבר זה מצדיק לכאורה את הטלת האיסורים על קשירה. עם זאת, מלומדים השייכים לאסכולת שיקגו הראו כי האינטואיציה הפשוטה שהוצגה בסוף הפרק הקודם – מוטעית.

על פי הניתוח שהוצע על ידי מלומדים אלה, יש להבחין בין שני סוגים של קשירה: סוג ראשון הוא קשירה פוגענית. היינו, קשירה המשפרת את מצבו של המוכר, אך פוגעת בלקוחות. סוג שני הוא קשירה יעילה. זוהי קשירה המגדילה את רווחתם של שני הצדדים (המוכר והקונים), וממילא את הרווחה המצרפית. במקרה השני, שמספר דוגמאות לו הוזכרו מעלה (נעליים ושרוכים, מכוניות וגלגלים), אין כל סיבה לאסור את הפרקטיקה, שכן מדובר בפרקטיקה מועילה מבחינה חברתית. במקרה הראשון, כך טענו אותם מלומדים, אין סיבה מעשית שהדין יאסור את הפרקטיקה, מכיוון שקשירה מסוג זה ממילא לא תתרחש. נפתח בניתוח סוג הקשירה הראשון, הקשירה הפוגענית, ונסביר את הטענה שאין טעם מעשי לאסור קשירה מסוג זה.

(א) הקשירה הפוגענית

לטענת מלומדי אסכולת שיקגו, בתאוריה שעומדת בבסיס ההסבר האינטואיטיבי שהוצג בסוף הפרק הקודם יש למעשה "ספירה כפולה" (double counting) של כוח השוק של בעל המונופולין.⁴⁰ ההסבר מניח בלי משים, כי בעל מונופולין ממצה פעמיים (ולמצער – יותר מפעם אחת) את כוח השוק שלו. כוח השוק ממוצה פעם אחת על דרך של גביית המחיר המונופוליסטי עבור המוצר שבמונופולין, ופעם נוספת באמצעות הקשירה של המוצר הנקשר.⁴¹ אולם, כך הסבירו אותם מלומדים, מכיוון שכוח השוק כבר מוצה במלואו על ידי גביית המחיר המונופוליסטי, לא ניתן למעשה למנף את כוח השוק גם לשוק המוצר הנקשר, וניסיון לעשות כן יוביל לירידה בביקוש לחבילה. ממילא, קשירה כזאת לא תתבצע.

Evolution of the Law and Policy on Tying: A European Perspective from Classic Leveraging to the Challenges of Online Platforms (2017) 26 Journal of Transitional Law and Policy 1.

⁴⁰ Bork, הי"ש 25 לעיל, בעמ' 138 – 144.

⁴¹ ביקורת זו מופיעה בהקשרים רבים בצורות שונות. ר' לדוגמה: Whinston, M. D. (1989). *Tying, Foreclosure, and Exclusion* (No. w2995). National Bureau of Economic Research (להלן: Whinston), עמודים 1-2. לסקירה של עמדה ביקורתית זו באספקלריה של משפטן ר' (2009) RICHARD A. POSNER, *ANTITRUST LAW* (להלן: Posner), עמודים 197-207, ועמוד 235.

כרקע לניתוח המפורט של טיעון זה, יש לעמוד על עניין בסיסי בנוגע לתמחור מונופוליסטי. יהא אשר יהא שיעורו של המחיר המונופוליסטי, לא ניתן לגבות מחיר אחר – בין גבוה יותר ובין נמוך יותר – בלא הפסד. אכן, בעל מונופולין אינו נתון באותם לחצים תחרותיים שבהם נתון מוכר בתחרות. האפשרות שמתחריו יתמחרו את המוצר במחיר נמוך משלו ויגרמו לו לאובדן לקוחות אינה מאיימת עליו, למצער בטווח הזמן המיידי.⁴² כפועל יוצא, אכן, המחיר המונופוליסטי יהיה גבוה מן המחיר התחרותי. אולם אין משמעות הדבר שהמחיר המונופוליסטי נקבע באופן שרירותי. קיים מחיר מונופוליסטי יחיד הממקסם את רווחיו של בעל המונופולין.⁴³ בעל מונופולין שיעלה את מחיר המוצר שבמונופולין למחיר גבוה מאותו מחיר מונופוליסטי אופטימלי ירוויח יותר עבור כל יחידה של המוצר שתימכר, אך מספר הרוכשים יקטן באופן שיהפוך את ההעלאה ללא כדאית. בעל מונופולין שיגבה מחיר נמוך ממחיר זה יגדיל את כמות היחידות הנמכרות, אך הרווח עבור כל יחידה יקטן באופן ההפוך את ההפחתה ללא כדאית.⁴⁴ על כן, כעניין בסיסי, ובמנותק משאלת הקשירה, ניתן להניח שבעל מונופולין אינו יכול לגבות עבור המוצר שבמונופולין מחיר שונה מן המחיר המונופוליסטי האופטימלי בלא שייפגעו רווחיו. על רקע תובנה בסיסית זו, נפנה כעת להבהרת הטענה כי קשירה פוגענית לא תתרחש, תוך התמקדות ביסוד ההתניה – ביכולת לכפות על צרכן, באמצעות הקשירה, רכישת מוצר שאינו מעוניין לרכוש.

קשירה (פוגענית) שקולה, מבחינת הלקוחות, להעלאה של מחיר המוצר הקושר, הוא המוצר שבמונופולין. הלקוחות (כקבוצה) אינם מעוניינים לרכוש את המוצר הנקשר בסכום שבו מתייקרת החבילה כתוצאה מן הקשירה.⁴⁵ (שם לא כן, לא היה כל צורך בקשירה, וניתן היה למכור את המוצר הנקשר בנפרד במחיר זה). היות שכך, נכונותם לרכוש את החבילה במחיר הנגבה עבורה חייבת לנבוע מנכונותם לשלם עבור המוצר הקושר מחיר גבוה יותר ממחירו המונופוליסטי.⁴⁶ אולם אם זה המצב, היה מחירו (המונופוליסטי) גבוה יותר לכתחילה. בהינתן תמחור במחיר המונופוליסטי, לא ניתן לקשור בין המוצר שבמונופולין למוצר נוסף באופן שיגדיל את רווחי המוכר ממכירת החבילה.⁴⁷

לצורך המחשת הטיעון, ניעזר בשתי דוגמאות המבוססות על הסיטואציה הבסיסית הבאה:

נניח כי חברה A, המחזיקה ב-100% משוק המחשבים, מוכרת מחשב בודד ב-100 ש"ח. החברה מעוניינת להתרחב לשוק האוזניות. נניח עוד, שהלקוחות מעריכים את האוזניות ב-2 ש"ח.

⁴² בטווח הארוך יותר, גם בעל מונופולין מאוים מן האפשרות שמחיריו הגבוהים יביאו לכניסת מתחרים נוספים לשוק, ואלה יגרמו להורדת המחיר – ר':

Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co., 603 F.2d 263 (2nd. Cir., 1979), at 294; *Areeda & Hovenkamp, Antitrust Law* (Aspen Publishers, 2nd ed., 2001), at 720b; *Whish & Bailey*, supra note 8, at 759 – 760; *Valentine Korah, EC COMPETITION LAW AND PRACTICE* (Hart Publishing, 6th ed. 1997) p. 113.

⁴³ ר' *Whish & Bailey*, ה"ש 8 לעיל, בעמ' 190 – 191.

⁴⁴ *Bork*, ה"ש 25 לעיל, בעמ' 372 – 375.

⁴⁵ היינו במחיר השווה להפרש בין המחיר בו נמכרת החבילה לצירוף מחירו המונופוליסטי של המוצר הקושר ומחירו התחרותי של המוצר הנקשר.

⁴⁶ כעניין תיאורטי, צרכנים יהיו מוכנים לרכוש את החבילה במחיר הנגבה עבורה גם אם הם נכונים לשלם עבור המוצר הנקשר מחיר גבוה יותר משהיה נגבה עבורו אלמלא הקשירה. אלא שבתרחיש הנבחן כאן, בו בעל המונופולין מנסה להשתלט על שוק המוצר הנקשר, הנחת המוצא היא שבשוק זה לא מופעל כוח שוק (לפני הקשירה). ממילא, יכולים הצרכנים לרכוש את המוצר הנקשר במחירו התחרותי, ולא יהיו נכונים לשלם עבורו יותר ממחירו התחרותי. אם התחרות בשוק המוצר אינה תחרות משוכללת, יהיה מחירו הבסיסי של המוצר הנקשר גבוה יותר, אך הניתוח הבסיסי לא ישתנה.

⁴⁷ ייתכן, כמובן, שבעל המונופולין מוכר את החבילה במחיר נמוך מזה שהיה נגבה עבור שני המוצרים בנפרד. אלא שאז, שקול הדבר למכירה של המוצר הנקשר במחיר נמוך ממחירו התחרותי, פרקטיקה הידועה כתמחור טורפני (ר' ס' 29א(ב)(1) לחוק התחרות הכלכלית). לצורך תמחור המוצר במחיר טורפני אין צורך בקשירתו למוצר שבמונופולין. די במכירת המוצר הנקשר בנפרד במחיר נמוך ממחירו התחרותי. אפשרות זו, ופועלה האפשרי של קשירה ככלי להסוואת טורפנות, יידונו בהרחבה בהמשך (ר' פרק 2.ב). אך לצורך הבהרת הטענה הבסיסית של חוקרי אסכולת שיקגו די לעמוד על כך שבכל הקשור ליכולת להדיר מתחרים על ידי תמחור המוצר במחיר שאינם יכולים לעמוד בו, הקשירה אינה מעלה ואינה מורידה. לפיכך, לצורך הבנת הביקורת על עצם האיסור על קשירה, ניתן להתמקד בתרחיש האינטואיטיבי יותר – קשירה ככלי להגדלת רווחי המוכר ממכירת החבילה עצמה.

חשוב לציין, שכאשר מתייחסים לערך האוזניות בעיני הלקוחות, אין מדובר על הסכום שבו הלקוחות מעריכים שהמוצר ימכר בשוק, אלא על הערך שהם מייחסים למוצר (ערך הכולל בין השאר גם את מידת הצורך שלהם באוזניות).

דוגמה א': לשם מימוש שאיפותיה, מחליטה החברה להתנות קניית מחשב בקניית אוזניות. המחיר של שני המוצרים יהיה $X + 100$.

כעניין תיאורטי, ייתכנו שלושה מצבים אפשריים:

$$(1) \quad 2 < X \quad (\text{היינו, החבילה נמכרת על ידי חברה A במחיר גבוה מ-102 ש"ח});$$

$$(2) \quad 2 = X \quad (\text{היינו, החבילה נמכרת על ידי חברה A במחיר של 102 ש"ח בדיוק});$$

$$(3) \quad 2 > X \quad (\text{היינו, החבילה נמכרת על ידי חברה A במחיר נמוך מ-102 ש"ח});$$

באילו מצבים תירכש החבילה המוצעת על ידי הלקוחות? במקרה בו X קטן מ-2, נראה שהחבילה תירכש על ידי הלקוחות, שכן הם מעוניינים במחשב הקבוע של החברה (100 ש"ח), והם מעריכים את האוזניות ב-2 ש"ח. מכיוון שהחברה מציעה להם את האוזניות במחיר נמוך מ-2 ש"ח, העסקה משתלמת עבורם. גם במקרה בו $X = 2$ תירכש החבילה, שכן הלקוחות מעוניינים במחשב הקבוע של החברה, והם מעריכים את האוזניות ב-2 ש"ח. מכיוון שהחברה מציעה להם את האוזניות במחיר של 2 ש"ח, כלומר במחיר התואם את הערכתם, העסקה משתלמת עבורם. במקרה בו X גדול מ-2, הלקוחות לא ירכשו את החבילה. הם מעוניינים במחשב הקבוע של החברה, והם מעריכים את האוזניות ב-2 ש"ח, אך החברה מציעה להם את האוזניות במחיר גבוה מ-2 ש"ח, ולכן העסקה אינה משתלמת עבורם.⁴⁸

נפנה לדוגמה הבאה.

דוגמה ב': חברה A (המחזיקה, על פי ההנחה, ב-100% משוק המחשבים, ומוכרת מחשב בודד ב-100 ש"ח) מעוניינת, כאמור, להתרחב לשוק האוזניות. החברה החליטה למכור אוזניות במחיר X , ללא שהיא קושרת בין מחשב לאוזניות. כמו בדוגמה הקודמת, נניח כי הלקוח מעריך את האוזניות ב-2 ש"ח.

באילו מצבים צפויים הלקוחות לרכוש את שני המוצרים? גם בדוגמה זו, ייתכנו שלושה מצבים אפשריים: $2 < X$, $2 = X$ ו- $2 > X$. במקרה בו X קטן מ-2, המחשב והאוזניות יירכשו על ידי הלקוחות, שכן הם מעוניינים במחשב במחיר הקבוע של החברה, ומעריכים את האוזניות ב-2 ש"ח. מכיוון שהחברה מציעה להם את האוזניות במחיר נמוך מ-2 ש"ח, העסקה משתלמת עבורם. במקרה בו X שווה ל-2 המחשב והאוזניות יירכשו על ידי הלקוחות, שכן הלקוחות מעוניינים במחשב הקבוע של החברה, ומעריכים את האוזניות ב-2 ש"ח. מכיוון שהחברה מציעה להם את האוזניות במחיר של 2 ש"ח, כלומר במחיר התואם את הערכתם, העסקה משתלמת עבורם. במקרה בו X גדול מ-2 הלקוחות לא יקנו את המחשב והאוזניות, ויסתפקו בקניית המחשב בלבד. זאת, שכן הם מעוניינים במחשב הקבוע של החברה ומעריכים את

⁴⁸ הניתוח שלעיל עלול להיראות כחסר, משום שהוא מתעלם מכך שכפי שהוזכר הקשירה עצמה שקולה, מבחינה כלכלית, לעלות נוספת המוטלת על הלקוחות. הלקוחות מאבדים את האפשרות, שהיתה עומדת להם אלמלא הקשירה, לרכוש את המוצרים בנפרד. כך, ייתכן שלקוחות מסוימים אינם מעוניינים לרכוש אוזניות כלל, משום שנותרו להם אוזניות מרכישה קודמת. אחרים אינם מעוניינים לרכוש את האוזניות מחברה A, משום שהם מאמינים (בצדק או שלא בצדק) כי האוזניות הנמכרות על ידי חברה B איכותיות יותר. לקוחות אחרים מעדיפים לרכוש את האוזניות במועד מאוחר יותר בשל קשיים תזרימיים, וכיוצא באלה. יתר על כן: עצם אובדן האפשרות לבחור שלא לרכוש את האוזניות הוא כשלעצמו מחיר. אולם, עניין זה אינו משנה את הניתוח. משמעו רק, כי כאשר האוזניות שוות ללקוחות בדיוק 2 ש"ח, העלות של החבילה הקשורה תהיה, מבחינתם, גבוהה מ-102 ש"ח. ואילו המקרה בו $X=2$ הוא למעשה המקרה בו האוזניות עצמן שוות, לצורך הדוגמה, 1.99 ש"ח, והקשירה עצמה 'עולה', מבחינת הלקוחות, 0.01 ש"ח. הניתוח הבסיסי אינו שונה.

האוזניות ב-2 ש"ח. מכיוון שהחברה מציעה להם את המחשב במחיר הקבוע ואת האוזניות במחיר גבוה מ-2 ש"ח, העסקה בנוגע למחשב משתלמת עבורם, ואילו העסקה בנוגע לאוזניות – לא.

כפי שניתן לראות, בשתי הדוגמאות התוצאות זהות: **בשני התרחישים הלקוחות ירכשו את שני המוצרים רק במצבים בהם $2 > X$ או $2 = X$, ואילו במקרה השלישי בו $2 < X$ הלקוחות לא ירכשו את שני המוצרים** (בין אם כחבילה, ובין אם כשני מוצרים נפרדים). הדוגמה הראשונה היא דוגמה של קשירה, והדוגמה השנייה היא דוגמה בה לא נקשרו מוצרים. מניתוח התוצאות עולה כי הקשירה אינה מגבירה את מכירת האוזניות. יתר על כן: **ההבדל היחיד בתוצאות בין שני המקרים שהוצגו מצביע דווקא על תוצאה שלילית של הקשירה מבחינת בעל המונופולין**. הטעם לכך הוא שבדוגמת הקשירה נאלצו לקוחות שלא רצו לרכוש את האוזניות לוותר על הרכישה כולה, והחברה נאלצה לוותר גם על מכירת המחשב. ואילו בדוגמה השנייה, בה החברה לא קשרה בין המוצרים, אותם לקוחות שהעריכו את האוזניות בפחות מ- X לא נאלצו לוותר על כל רכיבי החבילה, ויכלו לרכוש לפחות את המחשבים (שגם ממכירתם בנפרד מפיקה החברה רווח).

הניתוח שלעיל מלמד כי **כוח הכפייה של המוכר כלפי הלקוח בנוגע למוצר הנקשר לא הוגבר כתוצאה מהקשירה**. ההסבר לכך נעוץ, כאמור, בכך שלא ניתן לעשות שימוש כפול בכוח השוק של בעל המונופולין. לאחר שכוח זה מוצה במלואו על דרך של קביעת המחיר המונופוליסטי עבור המוצר שבמונופולין, לא ניתן לעשות בו שימוש נוסף לצורך "כפיית" הצרכן לרכישת המוצר הנלווה.

(ב) הקשירה היעילה

המסקנה מן הניתוח שהוצג לעיל אינה שלא תיתכן **לעולם** קשירה המועילה למוכר. הניתוח שהוצג בתת הפרק הקודם התמקד בקשירה **פוגענית**. היינו, בקשירה שאינה מוסיפה ערך ללקוחות. אך כפי שצוין בפתח הפרק, ישנו סוג נוסף של קשירה – קשירה יעילה. גם חוקרי אסכולת שיקגו מסכימים כי תיתכן קשירה המועילה למוכר, כאשר זו מגדילה (גם) את רווחתם של הרוכשים.

אם נשוב לדוגמה של הקשירה שביצעה חברה A בין מחשב לאוזניות ניתן לראות כי כאשר הקשירה מפחיתה עלויות עסקה, יש להניח שהחבילה תירכש על ידי כל (או רוב מוחלט של) הלקוחות. זאת, כמובן, בכפוף לכך שהמחיר שנחסך לצרכן גבוה מתוספת התשלום בעקבות הקשירה. במקרה זה הקשירה תהיה כדאית גם לחברה A. כך, לדוגמה, אם נניח כי כל (או רוב מוחלט של) הצרכנים הרוכשים מחשב רוכשים גם אוזניות, אך נאלצים להשקיע את הזמן הכרוך במעבר מן החנות בה הם רוכשים את המחשב לחנות האוזניות, יעדיפו הלקוחות לרכוש את החבילה תחת רכישת רכיביה בנפרד. הלקוחות חוסכים בכך את העלויות הכרוכות בחיפוש אחר חנות המוכרת אוזניות (לאחר שמצאו חנות המוכרת את המחשבים), את ההגעה לחנות הזו וכולי. לפיכך, הצרכנים יהיו מוכנים לשלם עבור החבילה מחיר גבוה מסך המחיר שהיו מוכנים לשלם בנפרד עבור רכיביה. במקרה כזה, הקשירה תשתלם לחברה הקושרת. אולם, חשוב להבחין שבמקרה כזה הקשירה מועילה גם ללקוחות. לפיכך, מדובר למעשה בקשירה מועילה מבחינה חברתית, הדומה לקשירה של מכשיר רדיו למכונית. החברה מציעה למעשה מוצר, הכולל רכיבים שונים, שצירופם למוצר אחד ומכירתם ככזה רצויים בעיני הלקוחות (גם אם כל רכיב בפני עצמו יכול להיחשב כמוצר נפרד).⁴⁹ לקוחות מעדיפים לרכוש את המוצר 'מחשב עם אוזניות' (או 'מכונית עם רדיו') על פני רכישת המוצרים המרכיבים את החבילה בנפרד. לפיכך, מכירה של החבילה מגדילה במקרה זה את הרווחה של שני הצדדים

⁴⁹ Evans & Salinger, ה"ש 23 לעיל, בעמ' 41 (לעניין הדמיון בין קשירת מוצרים נפרדים לקשירת רכיבים של אותו מוצר – ר' ה"ש 17, שם).

גם אם מחירה גבוה מ-102 ש"ח (ולמצער מגדילה את הרווחה של אחד מהם, בלא פגיעה ברווחתו של האחר). ממילא, קשירה כזו מגדילה את הרווחה החברתית ואין כל טעם לאוסרה.⁵⁰

קשירה יעילה תיתכן לא רק בשל החיסכון בעלויות עסקה, אלא גם, לדוגמה, בשל תאימות בין מוצרים. כך, לדוגמה, ייתכן ששימוש בדפים בעלי מאפיינים ייחודיים יאריכו את חייה של מדפסת או יקטינו את ההסתברות להתרחשות תקלות שונות. גם במקרה כזה קשירת דפים מסוימים למדפסת – בין באמצעים טכנולוגיים ובין באמצעים אחרים – עשויה להיות קשירה יעילה, וגם במקרה כזה אין כל טעם לאוסרה.

הניתוח שלעיל הוביל את חוקרי אסכולת שיקו לטעון, שקשירה אינה מעוררת כל חשש תחרותי. קשירה אכן עשויה להתרחש. אולם, היא תתרחש רק מקום בו היא יעילה, משרתת את שני הצדדים ומגדילה את הרווחה החברתית. קשירה פוגענית לא תתרחש, מכיוון שקשירה כזו תפגע מניה וביה גם בחברה הקושרת עצמה. ממילא, כך נטען, אין טעם בהטלת איסור על קשירה.⁵¹

2. הכרסום בניתוח של חוקרי אסכולת שיקו

(א) הכתיבה המאוחרת – היתכנות הקשירה הפוגענית

כתיבה מאוחרת יותר סייגה את הטענה הגורפת של חוקרי אסכולת שיקו, והצביעה על שורת מצבים בהם קשירה עלולה לפגוע בצרכנים ולהיות רווחית לקושר – כלומר על היתכנותה של קשירה פוגענית. מצבים אלה ייסקרו כאן בקצרה. נקדים ונציין, שהמשותף לכל ההסברים שייסקרו הוא שכולם מקבלים את ההנחה הבסיסית לפיה בהינתן רמת תחרות כלשהי בכל אחד מן השווקים, תהיה אשר תהיה אותה רמת תחרות, כוח שוק הוא קבוע, וניתן לנצלו (במצטבר) פעם אחת בלבד. אף אחד מן ההסברים אינו חותר תחת ההנחה הבסיסית לפיה בהינתן רמת תחרות קבועה בכל אחד מן השווקים, לא ניתן להשתמש בכוח שוק בשוק אחד כדי לגבות מחיר גבוה יותר עבור מוצר נוסף בלא פגיעה ברווחיות בשוק הראשון. בשני מצבים חריגים שייסקרו להלן, נטען כי ניתן לשנות את רמת התחרותיות באחד מן השווקים באמצעות קשירה, ובכך לאפשר בעקיפין גביית סכומים גבוהים יותר באותו שוק. כפי שנראה, טענה זו אינה נקיה מספקות. אך חשוב מכך, גם לפי הסברים אלה, עצם השימוש בכוח שוק שמקורו בשוק אחד בשוק השני אינו מאפשר, כשלעצמו, גביית סכום גבוה יותר באחד מן השווקים בלא פגיעה ברווחיות בשוק האחר. העברת הכוח היא "משחק סכום אפס" – הרווח העודף בשוק הנקשר יקוז בהכרח את הרווח בשוק הקושר. הקשירה כשלעצמה אינה מוסיפה כוח שוק. במובן זה, אף אחד מן ההסברים אינו מציע, למעשה, הסבר של מינוף. כאמור, בכך יהיה ייחודם של ההסברים המוצעים בחיבור זה, שבהם נרחיב בפרק הבא.

⁵⁰ חשוב לעמוד על כך, שקשירה יעילה אינה בהכרח קשירה שמטבעה או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים נוגעת לנושא ההתקשרות, כלשון סעיף 29א(ב) לחוק התחרות הכלכלית. בשתי הדוגמאות שהובאו כאן, עשויים המוצרים להיראות קשורים זה לזה עד כדי כך, שניתן לומר כי הקשירה היא כזו שמטבעה (ולמצער – בהתאם לתנאי מסחר מקובלים) נוגעת לנושא ההתקשרות, וממילא לא תיחשבה הדוגמאות האלה כקשירה אסורה על פי הדין. עם זאת, יש לזכור, כי פעמים רבות נרכשות אוזניות בנפרד ממחשבים, ולהיפך. מכל מקום, ודאי ניתן לחשוב על דוגמאות נוספות לקשירה יעילה, שאינה נוגעת לנושא ההתקשרות בהתאם לתנאי מסחר מקובלים, דוגמת קשירת חבילת סוללות למכשיר חשמלי, או קשירת תיק גב למחברות או לקלסרים. עוד יש לזכור, כי לעתים קשירה אינה "טבעית" בעת שהיא מבוצעת לראשונה, אך נוכח יעילותה היא הופכת ברבות הזמן ל"טבעית". כך קרה, לדוגמה, ביחס לנגני מוזיקה ומכשירי טלפון ניידים. עד לפני מספר שנים נמכר כל אחד משני המוצרים בנפרד, ואילו כיום טבעי לראותם כמוצר אחד. ר' בטקסט הנלווה לה"ש 115 – 121 להלן.

⁵¹ Bork, ה"ש 25 לעיל, בעמ' 381 – 365. מובן מאליו, שהמציאות מעט מורכבת מן החלוקה הפשוטה שהוצעה בדוגמאות שלעיל. סביר, כי לכל שני מוצרים (קושר ונקשר) קיימים לקוחות משלושת הסוגים – לקוחות עבורם שווי החבילה גדול מסך השוויים של חלקיה (המצב הראשון); לקוחות עבורם שווי החבילה שווה בדיוק לסך השוויים של חלקיה (המצב השני); ולקוחות עבורם שווי החבילה קטן מסך השוויים של חלקיה (המצב השלישי). אלא שבכך אין כדי לשנות את הניתוח. אם קבוצת הלקוחות שימשיכו לרכוש את החבילה גדולה מקבוצת הלקוחות שיפסיקו את הרכישה, כך שאובדן הרווח מקבוצת הלקוחות הנוטשים "יכוסה" על ידי קבוצת הלקוחות שימשיכו לרכוש את המוצר, הקשירה תתרחש. אם לא, הקשירה לא תתרחש.

המצב הראשון בו קשירה עשויה להיות פוגענית הוא סיטואציה של טורפנות. טורפנות היא פרקטיקה מסחרית במסגרתה יצרן מפחית את מחיר המוצר לרמה נמוכה שלא ניתן לשמר לאורך זמן, על מנת לדחוק את מתחריו מן השוק. לאחר שאלה יוצאים מן השוק, מעלה היצרן את מחיר המוצר לרמה על-תחרותית, וגורף רווחים המפצים אותו על הפסדיו בתקופת הטורפנות. לצורך המחשת הפרקטיקה, נשוב לדוגמת בעל המונופולין בשוק המחשבים, ונניח כי מחירו התחרותי של מחשב הוא 50 ש"ח (לעומת מחירו המונופוליסטי של המחשב שהוא, על פי ההנחה, 100 ש"ח). בעת שיצרן מחשבים מתחרה מנסה להיכנס לשוק, מפחית בעל המונופולין את מחירו של מחשב ל-49 ש"ח, על מנת שמתחרה לא יצליח לעמוד במחיר ההפסדי ובסופו של דבר ידחק מן השוק. לאחר יציאת המתחרה מן השוק ניתן יהיה לשוב ולהעלות את מחיר המחשב ל-100 ש"ח, ובכך לפצות על ההפסדים בתקופת הטורפנות. דיון רחב בהגבלות המשפטיות על טורפנות חורג ממסגרת חיבור זה. לעניינו של חיבור זה די לעמוד על כך שאיסור על טורפנות קיים הן בישראל והן במדינות הים.⁵²

טורפנות יכולה להתרחש, כמובן, במנותק לגמרי מקשירה. כעניין כלכלי, טורפנות מתאפשרת הודות ליכולתו של גוף לשאת הפסדים משך תקופה ארוכה יותר מן המתחרים. מתחרה בעל "אורך נשימה" כלכלי אינו נזקק לקשירה כדי להדיר את מתחריו. די לו, כאמור, בהפחתת מחיר המוצר לתקופה ממושכת מספיק כך שהמתחרה לא יוכל לעמוד בתחרות. עם זאת, קשירה עשויה לשמש **מסווה** לטורפנות ולהקשות על זיהויה. בהינתן איסור על טורפנות, הקיים כאמור בחלק גדול משיטות המשפט, חשוף יצרן המוכר את מוצריו במחיר נמוך מסף מסוים לנקיטת הליכים נגדו, בין הליכים פליליים ובין הליכים אזרחיים. אמנם, ביסוס עילת תביעה בגין טורפנות הוא לעולם משימה קשה – הקביעה איזה מחיר הוא מחיר טורפני היא עניין קשה מאד בחיי המעשה, משום שהתובע נדרש להוכיח עובדות שונות ומורכבות ביחס למבנה העלויות של הנתבע.⁵³ אולם קשירה יכולה לסייע למוכר בנקודה זאת, ולהקשות עוד יותר על זיהוי הטורפנות ועל הוכחתה. לצורך הפשטות, נניח שחל איסור על בעל מונופולין למכור מחשב במחיר נמוך מ-50 ש"ח (מחירו התחרותי). במקרה כזה, בדוגמה שלעיל מכירת חבילה של מחשב ואוזניות במחיר של 51.90 ש"ח עשויה להקשות על רשויות אכיפה, על תובעים פרטיים ועל בתי המשפט לזהות כי מדובר למעשה בטורפנות במחשבים.⁵⁴ תובע פרטי יצטרך להוכיח לא רק כי מחיר של 49 ש"ח עבור מחשב הוא מחיר טורפני – כאמור, משימה מורכבת מאד כשלעצמה – אלא גם להתמודד עם טענת הגנה אפשרית של בעל המונופולין לפיה המחשב נמכר במחיר (לא טורפני) של 50 ש"ח, והאוזניות במחיר של 1.90 ש"ח.

המצב השני בו הצביעה הכתיבה המאוחרת על האפשרות לקשירה פוגענית הוא מקרה בו מוטל פיקוח מחירים על המוצר שבמונופולין.⁵⁵ היינו, מצב בו על בעל המונופולין נאסר למכור את המוצר שבמונופולין במחיר העולה על סף מסוים. פועלה של הקשירה במקרה זה דומה לפועלה במקרה של טורפנות – היא מסווה את הפעולה האסורה. מכירת המוצר שבמונופולין יחד עם מוצר נוסף עשויה להקשות על הגופים המאסדרים והמפקחים ועל תובעים פרטיים לזהות שבעל המונופולין גבה עבור המוצר שבמונופולין מחיר גבוה מן

⁵² סעיף 29א(ב)(1) לחוק התחרות הכלכלית, 509 U.S. 209; *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209; C-202/07 P *France Télécom v. Commission*, [2009] I-02369 37(1993); *Akzo, supra* note 53; לדיון בשאלה מהו המחיר שיש לקבוע כטורפני ר' Philip A. Areeda & Donald F. Turner, *Predatory Pricing and Related Prices Under Section 2 of the Sherman Act*, 88(4) *Harvard L. Rev.*, 697 (1975). ר' גם דיון בה"ש 62 – 68 להלן.

⁵⁴ ר' הרצאה שנתן ד"ר אסף אילת, אז הכלכלן הראשי של רשות ההגבלים העסקיים, בכנס "ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי" שנערך באפריל 2015 על ידי פורום הגבלים עסקיים ורגולציה, מכון אלי הורביץ לניהול אסטרטגי, הפקולטה לניהול, אוניברסיטת תל-אביב. (<https://www.youtube.com/watch?v=w5bEVoJzjQA>).

⁵⁵ ר' S. J. Liebowitz, *Tie-in Sales and Price Discrimination*, available online at: https://www.utdallas.edu/~liebowit/knowledge_goods/tie-in/ei1983.html; Stefan Holzweber, *Tying and Bundling in the Digital Era*, 14 *European Competition Journal* 342, at 349.

המחיר המותר, והיא מקשה עליהם להוכיח את גביית היתר ברמה הנדרשת, גם אם גביית היתר זוהתה. מן הבחינה הכלכלית, מדובר במקרה הפוך מן המקרה של טורפנות. במקרה של טורפנות, מעוניין בעל המונופולין להפחית את מחיר המוצר הקושר (מחשבים בדוגמה שלעיל), אך נאסר עליו לעשות זאת. במקרה של פיקוח מחירים, מעוניין בעל המונופולין להעלות את מחיר המוצר הקושר (עד לרמתו המונופוליסטית), אך נאסר עליו לעשות זאת. בדוגמה שלעיל, ניתן לחשוב על מצב בו נאסר על חברה A לגבות יותר מ-99 ש"ח עבור מחשב, אף שגביית מחיר של 100 ש"ח אפשרית כעניין שוקי, וצפויה להשיא את רווחיה של החברה. גביית סך של 102 ש"ח עבור חבילת 'מחשב ואוזניות' מקשה על זיהוי העובדה שבעניין כלכלי נגבה סך של 100 ש"ח עבור המחשב ו-2 ש"ח עבור האוזניות. הקשירה מאפשרת לחברה A לטעון, לדוגמה, שגבתה 99 ש"ח עבור המחשב ו-3 ש"ח עבור האוזניות.

מובן שהסוואה מסוג זה אינה מחסנת את בעל המונופולין לחלוטין מפני ביקורת. אם מחיר השוק של אוזניות (2 ש"ח) מאפשר לקבוע בוודאות שבעל המונופולין לא יכול היה לגבות 3 ש"ח עבור האוזניות, בעל המונופולין צפוי להיות חשוף לסנקציות ולתביעות אזרחיות. עם זאת, הקשירה עשויה להקשות מאד על זיהוי החריגה מן המחיר המקסימלי המותר ועל הוכחת אותה חריגה. על אחת כמה וכמה כאשר נקשרים כמה מוצרים, כגון מחשב, אוזניות, אחריות, משלוח והתקנה.

שימוש אפשרי שלישי בקשירה הוא ככלי להפליית מחיר.⁵⁶ בתמצית, בעל מונופולין עשוי להשתמש במוצר הנקשר ככלי לאמידת הביקוש של צרכנים שונים למוצר הקושר, וככלי לגביית מחיר גבוה יותר עבור המוצר הקושר מן הצרכנים המוכנים לשלם יותר עבורו. כדוגמה ניתן לחשוב על בעל מונופולין בממכר מכונות צילום.⁵⁷ בעל המונופולין מעוניין לגבות מחיר נמוך עבור מכונות הצילום מצרכנים המייחסים להן שווי נמוך, ומחיר גבוה מצרכנים המייחסים להן שווי גבוה, וכך להגדיל את רווחיו באמצעות ביצוע עסקאות רבות ככל הניתן וגביית המחיר המקסימלי האפשרי בכל אחת מהן (במקום גביית מחיר מונופוליסטי אחיד, שיביא לכך שצרכנים המעריכים את המוצר במחיר נמוך ממחירו המונופוליסטי יימנעו מרכישתו). אלא שבעל המונופולין אינו יכול להבחין בין הצרכנים השונים בעת מכירת מכונות הצילום. זאת, שכן מטבע הדברים כל הצרכנים מעדיפים לשלם מחיר נמוך יותר עבור המכונה, ויש להם תמריץ להציג עצמם כצרכנים המוכנים לשלם מחיר נמוך בלבד. על כן, בעל המונופולין מוכר את המכונות עצמן במחיר נמוך, כך שתירכשה על ידי כל הלקוחות (או – ליתר דיוק – על ידי כל הלקוחות המעריכים את המכונות במחיר גבוה מן המחיר בו הן מוצעות), ובמקביל הוא מחייב את הלקוחות לרכוש ממנו דפי צילום למכונות. את דפי הצילום שהצרכנים חייבים לרכוש ממנו מוכר בעל המונופולין במחיר גבוה ממחירם התחרותי. אם ישנו מתאם חיובי בין כמות הצילומים במכונת הצילום לשווי שמייחס המשתמש למכונה, מאפשרת הקשירה לגבות מחיר גבוה יותר עבור החבילה (מכונת צילום ודפים) ככל שהשווי שמייחס הלקוח למכונה גבוה יותר. קשירה מסוג זה יכולה ללבוש צורות שונות. היא עשויה להיות חוזית, דוגמת חיוב של רוכשי המכונה לרכוש דפים מן המוכר בלבד תוך קביעת פיצוי או שלילת אחריות של היצרן למכונה במקרה של שימוש בדפים אחרים; והיא עשויה להיות טכנולוגית – עיצוב המכונה כך שניתן יהיה להכניס לתוכה רק דפים מסוימים,

⁵⁶ הסבר זה הוצע לראשונה לפני שחברי אסכולת שיקגו טענו כי קשירה אינה יכולה לפגוע בתחרות. כפי שיוסבר בהמשך, הפליית מחיר אינה נתפסת בהכרח כפוגענית מבחינה תחרותית. להסבר עצמו ר' Ward S. Bowman, *Tying Agreements and the Leverage Problem*, 67 Yale L.J. 19 (1957).

ר' גם Einer Elhague, *Tying, Bundled Discounts, And The Death Of The Single Monopoly Profit*, 123 Harvard L. Rev. 397, at 404 – 405 (2009).

⁵⁷ הדוגמה מבוססת, בשינויים, על מקרה מן הפסיקה האמריקנית המוקדמת בעניין *Henry v. A.B. Dick Co.*, 224 US 1 (1912). באותו מקרה נדונה קשירה של מחשבים דינאמיים למכונות שכתוב באמצעות סטנסיל. המקרה מוצג במאמרו של Bowman, לעיל (בעמ' 24), הן כדוגמה אפשרית לקשירה המשמשת להפליית מחיר, והן כדוגמה אפשרית לקשירה מועילה, הרצויה לשני הצדדים בשל יתרונותיה הטכנולוגיים.

שאותם מוכר היצרן. תהא טכניקת הקשירה אשר תהא, סך התשלומים שישלמו כל צרכני מכונות הצילום למוכר יגדל, שכן כל אחד מן הצרכנים ישלם בסופו של יום עבור החבילה – מכונת הצילום והדפים – מחיר הקרוב למחיר המקסימלי שהיה מוכן לשלם עבורה. הקשירה במקרה כזה תקטין את עודף הצרכן, אך תגדיל את עודף היצרן.⁵⁸

הכתיבה המאוחרת לאסכולת שיקגו הציעה גם שימוש רביעי אפשרי בקשירה לפגיעה בתחרות. נטען, שבעל כוח שוק בשוק א' יכול להשתמש בכוח זה כדי לשנות את רמת התחרות בשוק המוצר הנקשר (שוק ב'). זאת, באמצעות חסימה חלקית של המתחרים בשוק ב', באופן המביא לשינוי שיווי המשקל בשוק ב' ולעליית מחירים בו. כך, בדוגמת הנתבים ובקבוקי המים, אם מניחים כי מוכר בשוק המים צריך למכור לפחות 300 בקבוקי מים כדי לכסות את עלויותיו הקבועות, חסימת חלק משוק בקבוקי המים המינרליים על ידי חיוב צרכני נתבים לרכוש (גם) בקבוקי מים מן המוכר הקושר, עלולה להביא לשיווי משקל על-תחרותי בשוק המים המינרליים. אם בשוק המים ישנם 1,000 צרכנים, ש-800 מתוכם רוכשים גם נתבים, קשירת בקבוקי מים לנתבים עלולה להשאיר את המתחרה בשוק המים כשבאפשרותו לשרת לכל היותר 200 צרכנים, דבר שיחייב אותו להעלות את מחיר המים המינרליים (כדי לכסות את עלויותיו הקבועות בייצור מים). העלאת מחיר זו תאפשר במקביל גם לבעל המונופולין בשוק הנתבים להעלות את מחיר בקבוקי המים שהוא מוכר.⁵⁹

לבסוף, ניתן לתאר סיטואציות מקבילות בהן מתפתחת תחרות בשוק המוצר הקושר, ובעל המונופולין – שאינו מסוגל להתמודד עם התחרות בשוק זה – מגדיל באמצעות הקשירה את עלויותיה של יריבתו בכניסה לשוק המוצר הקושר. הצעת שני המוצרים בחבילה אחת מחייבת את המתחרה להציע חבילה דומה, ובכך מחייבת אותה לייצר ולמכור עם המוצר הקושר גם את המוצר הנקשר.⁶⁰ בדרך זו מחייב בעל המונופולין את המתחרה להשקיע גם את עלויות הכניסה לשוק המוצר הנקשר כתנאי לכניסה לשוק המוצר הקושר. אף כאן, על פי הכתיבה המאוחרת, ניתן להשפיע על רמת התחרות בשוק המוצר (הקושר) באמצעות קשירה. הסבר זה הוא הסבר דומה להסבר הרביעי. בשני המקרים, מגביל בעל המונופולין את מתחריו באחד מן השווקים. בעוד שההסבר הרביעי ממוקד בשוק המוצר הנקשר ובאילוץ המתחרה להעלות את מחיר מוצריו בשוק זה, ממוקד ההסבר החמישי בשוק המוצר הקושר, ובהאמרת עלות הכניסה אליו. אך במהותם, דומים ההסברים זה לזה.

(ב) מגבלות ההסברים שהוצעו בכתיבה המאוחרת

⁵⁸ מקרה בו שימשה קשירה להפליית מחיר הוא *International Salt Co. v. United States*, 332 U.S. 392 (1947). מקרה קרוב הוא הפליית מחיר בין צרכנים של שני מוצרים, שהמוכר מחזיק בכוח שוק ביחס לשניהם (כאשר בין הביקוש לשני המוצרים אין קורלציה חיובית חזקה) – ר' Q.J. ECON. 371 (1989). לעניינו של חיבור זה, מדובר בהסבר נוסף לרווחיות הקשירה מנקודת ראותו של המוכר, הנובעת מן היכולת להפלות במחיר. הגם שלא ברור שהפליית מחיר היא, ככלל, תופעה בעייתית מבחינת הרווחה המצרפית, בהקשר הנוכחי – ובהינתן הנחות המודל – מדובר בסיטואציה בה רווחי המוכר בכל אחד משני השווקים גדלים, תוך פגיעה ברווחת הצרכנים – ר' Elhague, *id.* בעמ' 405 – 407. למעשה, הדברים עולים אף מהניתוח המקורי שהוצע על ידי Bowman – ר' Bowman לעיל, בעמ' 25 – 27, אם כי באותו הקשר הודגשה דווקא הזיקה בין מחירו של מוצר א' לביקוש למוצר ב', בהנחה שלפחות ביחס לחלק מן הצרכנים מוצר ב' משמש רק כמוצר משלים למוצר א', ולהיפך.

⁵⁹ ר' Elhague, *id.* בעמ' 413 – 417. לניתוח דומה (אך מפורט פחות) ר' LaPorte, *id.* בעמ' 31 לעיל, בעמ' 258.

⁶⁰ ר' Elhague, *id.* בעמ' 417 – 419.

ריבוי ההסברים לפוטנציאל הפגיעה הטמון בקשירה חותר תחת הטענה של חוקרי אסכולת שיקגו לפיה קשירה אינה מעוררת כל קושי. עם זאת, על אף הכרסום בה, התובנה הבסיסית של חוקרי אסכולת שיקגו עודנה בעלת משמעות רבה. זאת, הן במישור התיאורטי והן במישור המעשי.

במישור התיאורטי – כפי שנראה מיד, אף אחד מן ההסברים אינו מראה כי הקשירה מאפשרת לגבות בד בבד מחיר מונופוליסטי עבור המוצר הקושר ומחיר גבוה יותר ממחיר השוק עבור המוצר הנקשר.

על פי ההסבר הראשון, לפיו קשירה עשויה להסוות תמחור טורפני, בעל המונופולין מפחית למעשה את מחירו של המוצר שבמונופולין לרמה נמוכה מן הרמה המותרת, אך מסווה הפחתה זו באמצעות קשירה המוצר הקשור.

גם ההסבר השני בדבר הסוואת גביית מחיר העולה על המחיר המקסימלי במקרים של פיקוח מחירים המוטל על בעל המונופולין גורס כי בעל המונופולין גובה רנטה מונופוליסטית אחת, היא אותה רנטה שהיה גובה אילו מכר רק את המוצר שבמונופולין ללא פיקוח. לפי הסבר זה הקשירה משמשת רק ככלי להסוואת הגביה של אותה רנטה, שאלמלא פיקוח המחירים היתה נגבית במישרין ובגלוי עבור המוצר הקושר.

ההסבר השלישי, שעניינו בהפליית מחיר, מסביר גם הוא את הגדלת הרנטה המונופוליסטית בשוק **המוצר הקושר**. בדוגמה שלעיל, הרווח הכולל של בעל מכוונות הצילום נגבה עבור **מכוונות הצילום**, כלומר המוצר הקושר. תמחור הנייר משמש ככלי לאמידת הביקוש של הצרכנים **למכוונות הצילום**, אך הביקוש לנייר אינו משתנה במאום. מן הבחינה הכלכלית, זהה הקשירה במקרה זה למכירת הנייר במחירו התחרותי, וגביית מחירים שונים עבור מכוונות הצילום.⁶¹

ההסברים הרביעי והחמישי – שעניינם בחסימת מתחרים ובמניעתם מייצור ברף המינימלי הנדרש כדי לממש יתרונות לגודל⁶² – הם אכן הסברים העוסקים במינוף במובן הנדון כאן: ניצול כוח השוק בשוק אחד כדי להגדיל את כוח השוק בשוק אחר. אך גם ביחס לשני הסברים אלה, הקשירה אינה הגורם לפגיעה התחרותית. למעשה, על פי הסברים אלה השימוש בקשירה דומה לשימוש בה על פי ההסבר הראשון – הסוואה של טורפנות. כפי שהוסבר, על פי הסברים אלה המוכרת הקושרת משתמשת בקשירה כדי להקטין את נתח השוק הזמין למתחריה, באופן שלא יאפשר להם ייצור בהיקף המינימלי הדרוש כדי לממש יתרונות לגודל. כך, בדוגמה שהובאה לעיל, יצרנית הנתבים מנצלת את העובדה ש-800 מבין 1,000 צרכני המים המינרליים זקוקים לנתבים, ועלי ידי קשירה של נתבים לבקבוקי מים מותירה למתחרה בשוק בקבוקי המים "שוק" שבו 200 צרכנים פוטנציאליים בלבד. אלא שביחס לאותם 800 צרכנים ש"נחסמו", שבה ומתעוררת סוגיית חוסר הכדאיות של הקשירה. אותם צרכנים ירכשו בקבוקי מים רק אם מחיר החבילה יהיה נמוך מסך המחיר של בקבוק מים ומחיר של נתב. היינו, היצרנית הקושרת תיאלץ להפחית את מחיר החבילה כדי למשוך את אותם 800 צרכנים ולהבטיח כי למתחרה ייוותר נתח שוק קטן. אלא שאם כך, יכולה המוכרת להמשיך למכור נתבים במחיר המונופוליסטי, ולהשתמש ברווחיה להפחתת מחיר בקבוקי המים

⁶¹ בכל הקשור לשימוש בהסבר זה כהצדקה לאיסור על קשירה, סובל הסבר זה גם מקושי נוסף. כפי שיפורט בהמשך (בסמוך לה"ש 73), הפליית מחיר היא פרקטיקה שהשפעתה על הרווחה הכוללת עשויה להיות חיובית ועלולה להיות שלילית, כתלות במספר רב של גורמים. אין ספק, שהפליית מחיר מגדילה את רווחי המוכרת המפלה בין צרכנים שונים. אך בחלק גדול של המקרים, הפליית מחיר מגדילה גם את הרווחה הכוללת, כך שלא ברור אם מדובר בפרקטיקה הצריכה להטריד קובעי מדיניות. לסקירה בעניין ההשפעה של הפליית מחיר על הרווחה המצרפית. ר' Daniel J. Gifford Robert T. Kudrle, *The Law and Economics of Price Discrimination in Modern Economies: Time for Reconciliation?*, 43 University of California, Davis 1235 (2010), at 1241 – 1243.

⁶² ר' Steven C. Salop, *The Raising Rivals' Cost Foreclosure Paradigm, Conditional Pricing Practices, and the Flawed Incremental Price-Cost Test*, 81 Antitrust L.J. 371 (2017).

בלא לקשור בין המוצרים כלל. הקשירה אינה דרושה על מנת להדיר מתחרים תוך ניצול "אורך נשימה" כלכלי, ואינה מועילה לניצול כזה (אלא אם היא כלי להסוואת המחיר הנמוך).⁶³

על כן, מן הבחינה התיאורטית ניתן לומר כי על אף שהכתיבה המאוחרת זיהתה שורת נסיבות בהן קשירה עלולה לפגוע בתחרות, אין מדובר במינוף במובן שלגביו טענו חוקרי אסכולת שיקגו כי אינו אפשרי. מינוף מן הסוג האינטואיטיבי ביותר – שימוש בכוח השוק של המוכרת בשוק הראשון כדי לגבות מחיר גבוה יותר עבור מוצר נקשר בשוק נוסף – אינו בגדר האפשר גם לפי ההסברים המאוחרים.

במישור המעשי – מעבר לסוגיה התיאורטית, להסברים בדבר האפשרות לפגוע בתחרות באמצעות קשירה יש גם מגבלות מעשיות משמעותיות. כפי שהוער, כוחם של ההסברים השונים מוגבל לנסיבות שוק ספציפיות.

שני ההסברים הראשונים – הממוקדים בקשירה ככלי להסוואה – מניחים כי עסקינן בסיטואציה של טורפנות (ההסבר הראשון), או בסיטואציה בה מוטל פיקוח מחירים על המוצר שבמונופולין (ההסבר השני). שתי הסיטואציות אינן סיטואציות שכיחות כלל.

באשר להסבר הראשון – בשורת מאמרים נטען, שמקרים בהם טורפנות תהיה כדאית לבעל המונופולין הם נדירים ביותר, אם בכלל קיימים מקרים כאלה, ושספק אם מקרי עבר בהם נטען לטורפנות היו אמנם כאלה.⁶⁴ באותם מאמרים הוסבה תשומת הלב לכך שהפרקטיקה יקרה יותר לבעל המונופולין הטורף מלמתחרה המבקש להיכנס לשוק, ולכך שלמתחרה שלל אפשרויות תגובה, שתמנענה מבעל המונופולין להוציא מן השוק (דוגמת השעיית הפעילות עד לעליית המחיר, פניה לקבלת מימון מגורם חיצוני ועוד).⁶⁵ על כן, מוגבלת הפרקטיקה מלכתחילה לסיטואציות בהן למתחרה המבקש להיכנס לשוק "אורך נשימה כלכלי" מצומצם מאד ביחס לזה של בעל המונופולין, ובהן המתחרה המבקש להיכנס לשוק אינו יכול להגיב באופן שינטרל את פועלה של הטורפנות. יתר על כן: כדאיותה של הפרקטיקה, כך הוסבר, מוגבלת אף יותר. בנוסף לעלות הגבוהה של הטורפנות ולקושי להדיר מתחרים מן השוק, הצביעה הספרות גם על כך שסילוק המתחרה הספציפי מן השוק אינו מספיק למניעת תחרות, שכן אין בו כדי למנוע ממתחרים אחרים לנסות להיכנס לשוק. מכיוון שבעל המונופולין הטורף אינו יכול לממן פעילות טורפנית כנגד כל מי שינסה להיכנס לשוק, טורפנות לא תוכל להיות כדאית אלא אם טורפנות במקרה הראשון תרתיע גם מתחרים פוטנציאליים נוספים. אולם מכיוון שברור לכל שבעל המונופולין לא יוכל לממן פעילות טורפנית כנגד כל המתחרים הפוטנציאליים, פעילות טורפנית כנגד גורם ספציפי לא תוכל ליצור לבעל המונופולין מוניטין מרתיעים. ממילא, כך נטען, אין הגיון במימון פעילות זו גם בפעם הראשונה.⁶⁶ גם לשיטתם של אלה הגורסים כי טורפנות כשלעצמה עשויה להיות כדאית, ספק אם השימוש בקשירה כדי להסוות טורפנות עשוי להועיל לבעל מונופולין. כפי שצוין, כדאיותה של טורפנות מותנית על פי רוב ביכולתה להרתיע גם מתחרים

⁶³ Richard A. Posner, *Antitrust Law* (2nd Ed., The University of Chicago Press, 2001), at 202.

⁶⁴ לדיון ר'.

Richard Selten, *The Chain Store Paradox*, 9 *Theory and Decision* 127 (1978); John S. McGee, *Predatory Pricing Revisited*, 23 *Journal of Law and Economics* 289 (1980); Frank H. Easterbrook, *Predatory Strategies and Counterstrategies*, 48 *U. Chic. L. Rev* 263 (1981); David M. Kreps and Robert Wilson, *Reputation and Imperfect Information*, 27 *Journal of Economic Theory* 253 (1981); Paul Milgrom & John Roberts, *Predation, Reputation and Entry Deterrence*, 27 *Journal of Economic Theory* 280 (1982); David Easley, Robert Masson and Robert Reynolds, *Preying for Time*, 33 *Journal of Industrial Economy* 443 (1985).

⁶⁵ אפשרות נוספת שנדונה בספרות היא חתימת הסדרי בלעדיות עם לקוחות, החפצים מצידם בתחרות אצל הגורמים המוכרים להם; ר' שם.

⁶⁶ בחלק מן המאמרים נטען, כי ייתכן שבתנאים של מידע א-סימטרי בין בעל המונופולין לגורמים המבקשים להיכנס לשוק, טורפנות תוכל – לפחות במקרים מסוימים – ליצור הרתעה. גם ניתוח של פסקי דין שעסקו במקרים בהם נטען לטורפנות וניסויי מעבדה אינם חד משמעיים ביחס לשאלה אם טורפנות היא אכן התנהלות מסחרית קיימת או שכיחה (שם).

פוטנציאליים עתידיים. מכיוון שכך, על הטורפנות להיות **גלויה** לאותם מתחרים פוטנציאליים. כפועל יוצא, ערכה של פרקטיקה **המסווה** את הטורפנות – קטן.⁶⁷ הדיון בטיעונים אלה ובטיעוני הנגד חורג ממסגרתו של החיבור הנוכחי. לעניינו של החיבור, גם אם מדובר בפרקטיקה שעשויה, כעניין תיאורטי, להיות רווחית לבעל המונופולין בסיטואציות מסוימות, ואף אם בפועל בעלי מונופולין עשויים לתמחר לעתים תמחור טורפני (בין משום שמדובר בפרקטיקה רווחית, ובין משום שהם טועים לחשוב שהיא כזו), אלה אינם המקרים הרגילים. ברובם הגדול של המקרים טורפנות לא תהיה רווחית, ולא ייעשה בה שימוש.

בנוסף לכל זאת יש לזכור כי הטיפול של רשויות ושל בתי המשפט בטורפנות סבוך וקשה, מבחינה מעשית, גם ללא קשירה, ועל כן נראה שהערך המוסף של קשירה כמסווה לטורפנות אינו רב. טיפול בטורפנות מצריך, כאמור, ניתוח של היחס בין מחיר המוצר לעלויותיו של המוכר (שאינן ידועות ברגיל לתובע),⁶⁸ וקביעה של כלל ביחס להיקף ההפחתה המותרת במחיר, על מנת שהכלל עצמו לא יפגע בתחרות וימנע מבעל מונופולין להתחרות. איסור כללי על הפחתת מחיר נוכח כניסת מתחרה אינו רצוי, ומונע מן המנגנון התחרותי לפעול את פעולתו הרצויה – להביא להפחתת המחיר ולהגדלת הכמות. איסור על טורפנות מחייב על כן קביעת גבול, כך שתיאסר הפחתה גדולה **מדי** של המחיר, אך לא הפחתה אחרת.⁶⁹ הצורך בקביעת קו גבול כזה בכל מקרה ומקרה (בשים לב לנתוני השוק הספציפיים) מקשה מאד על רשויות אכיפה (ועל תובעים פרטיים) לטפל במקרים של תמחור טורפני. קושי זה, שקיים כאמור ממילא ובמנותק מן הקשירה, מטיל ספק בערך המוסף שיכול להיות לשימוש בקשירה ככלי להסוואת טורפנות. על כן, קשה לקבל הסבר לפיו כל תכליתה של פרקטיקת הקשירה (על עלויותיה, למצער במקרים מסוימים, כאמור לעיל)⁷⁰ היא להסוות טורפנות.

באשר להסבר השני – סיטואציות בהן נדרש בעל מונופולין לקשירה על מנת "לעקוף" פיקוח מחירים הן סיטואציות חריגות. רובם של המחירים בהם נמכרים מוצרים, ובהם מוצרים הנמכרים על ידי בעלי מונופולין, אינם מפוקחים. זאת ועוד: מקום בו מוטל פיקוח מחירים, ניתן לדרוש מן הגוף המפוקח שלא לקשור בין המוצר שבפיקוח למוצרים נוספים, או לדרוש לתמחר את המוצרים בנפרד.⁷¹ סוגיית יעילותו של פיקוח מחירים בכל הקשור לריסון השימוש בכוח מונופוליסטי ושאלת ההצדקות להטלת פיקוח כזה מעסיקות את בתי המשפט בישראל ואת המחברים בתחום התחרות.⁷² לעניינו של החיבור הנוכחי, די בכך שמדובר בסיטואציה חריגה, ושבאותם מקרים בהם מוצא המחוקק או גורם מאסדר אחר שראוי לטפל

⁶⁷ אף כי ייתכן, לפחות כעניין תיאורטי, שההסוואה מועילה להסוות את הטורפנות מעיניהן של הרשויות ושל תובעות פוטנציאליות, אך מתחרים פוטנציאליים מבחינים בה.

⁶⁸ לדיון בשאלה **אילו** עלויות יש להשוות למחירו של המוצר ר' Areeda & Turner, ה"ש 53 לעיל. להמחשת הקושי בחיי המעשה ר', בהקשרה של הסיטואציה ההפוכה (קביעה איזהו מחיר **גבוה**, העשוי להיחשב מחיר מופרז שגובה בעל מונופולין), סעיף 14 להחלטה בתצ (מרכז) 6179-08-16 **גפניאל נ' החברה המרכזית למשקאות קלים בע"מ** [פורסם בנבו, 16.01.2019]; להלן: "**עניין גפניאל**"; **עניין צדוק**, ה"ש 15 לעיל, בסעיף 39 לפסק הדין.

⁶⁹ לדיון בעניין זה ר': Areeda & Turner, *id.*; *Brooke Group v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993); *A.A. Poultry Farms, Inc. v. Rose Acre Farms, Inc.*, 881 F.2d 1396 (7th Cir. 1989); *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co., Inc.*, 549 U.S. 312 (2007); Herbert Hovenkamp, *Predatory Pricing Under the Areeda-Turner Test*, University of Iowa Research Papers, no. 15 – 06, available on SSRN at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2422120, at chapter IV.

⁷⁰ ר' בסמוך לה"ש 42 – 47.

⁷¹ והשוו סעי' 17א(2) לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א – 1981, הקובע כי "מחירו הכולל של מוצר" כולל "כל תשלום אחר הנלווה לרכישת אותו נכס או שירות, **בלי שניתנת לצרכן אפשרות מעשית לוותר עליו במסגרת העסקה**". ר' גם אמל ג'בארין, **דיני מסחר אלקטרוני צרכני** 1228 (2015), בעיקר בעמ' 1444 ואילך.

⁷² ר' **עניין גפניאל**, ה"ש 68, **עניין צדוק**, ה"ש 15 לעיל; **עניין אופיר נאור**, ה"ש 15 לעיל; תצ (י-ם) 57534-02-14 **ירון זליכה נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ** [פורסם בנבו, 01.11.2015] (החלטה בעניין גילוי מסמכים) ורעא 8224/15 **תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' פרופ' ירון זליכה** [פורסם בנבו, 29.03.2016] (בקשת רשות ערעור על ההחלטה הקודמת); מיכל (שיצר) גל והילה נבו, **השפעת תורת ההחלטות על עיצוב כללי משפטיים: מחיר בלתי הוגן כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי**, משפטים מה, 277 (תשע"ו); גילוי דעת 1/14, שיקולי הממונה על הגבלים עסקיים באכיפת האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה [פרסום מס' 500603 מתאריך 09.04.2014]; גילוי דעת 1/17, ה"ש 10 לעיל.

בגביית מחיר מונופוליסטי באמצעות פיקוח על מחירים, ניתן לטפל במקביל גם באפשרות של ניסיונות "לעקוף" את מגבלת המחיר באמצעות קשירה.

באשר להסבר השלישי העוסק בהפליית מחיר – חשוב לעמוד על כך, שכלל לא ברור שהפליית מחיר היא תופעה שהשפעתה על הרווחה המצרפית שלילית. על אף שהפליית מחיר מגדילה בלא ספק את הכנסות המוכר ואת רווחיו, פעמים רבות היא מגדילה גם את הכמות הכוללת הנמכרת של המוצר שבמונופולין. בעל מונופולין שאינו יכול לגבות מחירים שונים מצרכנים שונים גובה מחיר מונופוליסטי אחיד, המדיר מן השוק את כל הצרכנים שאינם מוכנים לשלם מחיר זה. לעומת זאת, בעל מונופולין הרשאי לגבות מחירים שונים, יכול לגבות מחיר גבוה מצרכנים המוכנים לשלם מחיר זה, ומחיר נמוך יותר מצרכנים שאינם מוכנים לשלם את המחיר הגבוה.⁷³ לפיכך, במקרים רבים – אפשר שאף ברובם של המקרים – הפליית מחיר מגדילה גם את רווחת הצרכנים כקבוצה. ממילא, אף שבעניין תיאורטי קשירה אכן יכולה לסייע למוכר להפלות מחיר, לא ברור שאפשרות זו מצדיקה טיפול בקשירה.

באשר לשתי התופעות האחרונות – כפי שהוסבר מעלה, מדובר בסיטואציות בהן בעלת המונופולין משתמשת ב"אורך הנשימה" הכלכלי כדי להקשות על מתחריה להתחרות בשוק המוצר הנקשר או בשוק המוצר הקושר. אלא שאם מוכנה בעלת המונופולין לשאת בהפסדים כדי "לנעול" את אותם 800 צרכני בקבוקי מים בשוק המוצר הנקשר, היא יכולה לעשות זאת על ידי הפחתה של המחיר בשוק בקבוקי המים, ואינה זקוקה לקשירה. בדומה, אם מוכנה בעלת המונופולין להפסיד את העלויות השקועות של כניסה לשוק המוצר הנקשר רק כדי להגדיל את עלות הכניסה של המתחרה לשוק המוצר הקושר, היא יכולה להפחית את מחיר המוצר הקושר עצמו.⁷⁴

בסופו של יום, על אף הכרסום בטענה הקטגורית של חוקרי אסכולת שיקגו לפיה קשירה פוגענית לא תיתכן כלל, נדמה שהטענה – אם גם במתכונת מרוככת מן הגרסה הגורפת שהוצעה לכתחילה על ידי חוקרי אסכולת שיקגו – נותרה משכנעת תיאורטית, ובעלת משמעות בחיי המעשה. מן הבחינה התיאורטית, כמוסבר, עדיין לא נמצא הסבר המראה כיצד ניתן, כעניין שבשגרה, לגבות את המחיר המונופוליסטי עבור המוצר הקושר ובה בעת לגבות מחיר גבוה יותר עבור המוצר הנקשר. "מינוף נקי" שכזה נחשב עדיין יצירת יש מאין – שימוש באותו כוח שוק יותר מפעם אחת. מן הבחינה הפרקטית, גם אם ייתכנו נסיבות ותנאי שוק ספציפיים בהם קשירה עלולה להיות פוגענית באופן המוצע על ידי איזה מן ההסברים שהוצעו בכתביה המאוחרת, נדמה שמדובר במקרים חריגים, וודאי לא בכלל.⁷⁵

ההסברים שיוצעו בהמשך חיבור זה הם בעלי תחולה רחבה. לפי הסברים אלה, הקשירה בין מוצרים יכולה להוביל לניצול הטיה קוגניטיבית עקבית, המגבירה את נכונות הצרכנים לרכוש את המוצרים

⁷³ בהנחה שעולה בידו לפלח את קבוצות הצרכנים השונות, ולמנוע מכירה חוזרת של המוצר על ידי צרכנים המשלמים עבורו מחיר נמוך. לדיון נרחב בסוגיית ההשפעה של הפליית מחיר על הרווחה המצרפית ר' : Gifford & Kudrle, ה"ש 61 לעיל.

⁷⁴ הפחתת מחיר המוצר הקושר בלא קשירתו למוצר הנקשר עשויה להיראות כאפקטיבית פחות מקשירה (מנקודת ראותה של בעלת המונופולין), אם המתחרה נשא כבר בעלויות הכניסה לשוק המוצר הקושר. אך היות שלבעלת המונופולין אין יתרון על מתחריה בשוק המוצר הנקשר, קשירה שנועדה לחסום תחרות בשוק המוצר הקושר תחייב, ככלל, גם מימון של טורפנות במוצר הקושר (או הפחתה אפקטיבית של מחיר המוצר הקושר לרמה שתרתיע את המתחרה מלהיכנס לשוק על אף הסכומים שהושקעו כבר בכניסה). מכל מקום, אם הקשירה תועיל לחסימת התחרות בשוק המוצר הקושר, יש להניח שגם הפחתת מחיר בשוק זה בלא קשירה תועיל לכך.

⁷⁵ יש לציין, שטענתו המרכזית של Elhague, ה"ש 56 לעיל, היא שריבוי המקרים שבהם תיתכן קשירה פוגענית מצדיק את נטישת התפיסה לפיה קשירה פוגענית לא תיתכן. כך, בעמ' 419 למאמר, קובע Elhague: "It is time to declare the death of the single monopoly profit theory". עם זאת, גם לשיטתו של Elhague ישנן סיטואציות רבות בהן לא תיתכן קשירה פוגענית. יתר על כן: על אף הטענה לפיה בפועל במקרים רבים תיתכן קשירה פוגענית, Elhague אינו חולק על הטענה הבסיסית של חוקרי אסכולת שיקגו לפיה לא ייתכן מינוף מן הסוג האינטואיטיבי – שימוש בכוח השוק בשוק המוצר הקושר כדי לאפשר לבעל המונופולין לגבות מחיר מונופוליסטי עבור המוצר הקושר ובד בבד לגבות מחיר גבוה יותר עבור המוצר הנקשר.

הקשורים לעומת מצב בו היו נמכרים בנפרד. לפיכך, לטענתנו, קשירה עשויה, ככלל, לאפשר למוכר לגבות מחיר גבוה יותר עבור החבילה הקשורה מסך המחיר שניתן היה לגבות אילו נמכרו שני המוצרים בנפרד. אם נשתמש בדוגמה שהוצגה מעלה – אף אם כשחברה A תנסה למכור את המחשב במחיר גבוה מ-100 ש"ח או את האוזניות במחיר גבוה מ-2 ש"ח לקוחות לא ירכשו ממנה את המוצרים, קשירת מחשב לאוזניות תאפשר לה לגבות סכום העולה על 102 ש"ח עבור החבילה, בלא שהדבר יפגע במכירותיה בהיקף שיהפוך את הקשירה ללא כדאית. מעבר לתחולתם הרחבה, הסברים אלה גם עולים בקנה אחד עם האינטואיציה הבסיסית לגבי קשירה, ולמעשה מתקפים את אותה אינטואיציה, על אף שכיום היא נתפסת כשגויה. כפי שנסקור מעלה, ההסבר האינטואיטיבי לקשירה הוא שבאמצעותה יכול מוכר לנצל, כעניין שבשגרה, את כוח השוק שלו למכירת המוצר הנקשר במחיר גבוה יותר ממחירו התחרותי בד בבד עם מכירת המוצר הקושר במחירו המונופוליסטי. אינטואיציה זו, בגרסתה הבסיסית, נשללה באופן קטגורי בכתיבה של חוקרי אסכולת שיקגו, ובהקשר זה הכתיבה המאוחרת אינה קוראת תיגר על טענותיהם. ההסברים המוצעים במאמר זה מראים כי לא זו בלבד שקשירה מסוג זה אפשרית כעניין תיאורטי, אלא שהיא אף מסבירה את רווחיותה של קשירה במקרים רבים בעולם המעשה.

ג. רווחיותה של הקשירה – ההטיות שנוצרות כאשר שני מוצרים נמכרים כחבילה

בפרקים הקודמים סקרנו בתמצית את הדין החל על קשירה במשפט הישראלי ובדין הזר. בנוסף, הצגנו את הטענה הבסיסית של חוקרי אסכולת שיקגו לפיה קשירה פוגענית אינה אפשרית, ואת הכרסום בטענה זו בכתיבה מאוחרת.

בפרק זה נבקש להצביע על שתי הטיות קוגניטיביות הגורמות לכך שקונה יהיה מוכן, באופן טיפוסי, לרכוש חבילה במחיר נתון, גם כאשר המחיר גבוה מהמחיר הכולל שהיה מוכן לשלם אילו נרכשו המוצרים המרכיבים את החבילה בנפרד. כלומר, הצרכן יהיה מוכן לשלם יותר במקרה של קשירה. ההטיות עליהן נעמוד מאפשרות למוכר לקשור, כעניין שבשגרה, מוצרים באופן המועיל לו עצמו, ללא שהקשירה מיטיבה בהכרח עם הצרכנים.⁷⁶

1. על היוריסטיקות והטיות

החיים האנושיים מורכבים, ובכל רגע נתון אנו נדרשים להחליט מספר רב של החלטות באשר לאופן הפעולה הרצוי לנוכח הגירויים השונים אותם אנו קולטים מהסביבה. מורכבות זאת יוצרת עומס קוגניטיבי משמעותי על המוח האנושי. באופן טבעי, המוח האנושי שואף להפחית עומס זה, ולחסוך במשאבים הקוגניטיביים המושקעים בכל אחת מן ההחלטות. בשל כך, פיתח המוח האנושי כללי מחשבה או "קיצורי

⁷⁶ על הטענה כי כלכלה התנהגותית אינה בשלה לספק הסברים חלופיים לתופעות המטופלות על ידי דיני התחרות ר' JOSHUA D. WRIGHT & JUDD E. STONE, MISBEHAVIORAL ECONOMICS: THE CASE AGAINST BEHAVIORAL ANTITRUST, 33 ALAN DEVLIN & MICHAEL JACOBS, *THE EMPTY*, בעיקר בעמ' 1548 ואילך. כמו כן, ר' PROMISE OF BEHAVIORAL ANTITRUST, 37 HARV. J.L. & PUB. POL'Y, 1009, 1009-1010, 1038-1042 (2014) מותחים המחברים ביקורת על השימוש בניתוח התנהגותי לשם גיבוש מדיניות בתחום ההגבלים העסקיים בכלל, וכן מבקרים באופן פרטני גם את הניתוח ההתנהגותי ביחס לפרקטיקות ספציפיות כגון תמחור טורפני (PREDATORY PRICING), סירוב לסחור (REFUSAL TO DEAL) וקשירה (TYING AND BUNDLING). העיסוק בביקורות הכלליות הנזכרות במאמרים אלה על הניתוח ההתנהגותי אינו מעניינו של חיבור זה. עם זאת, נעיר שככלל לא ברור מדוע התובנה לפיה תיתכנה השפעות של הטיות שונות בכיוונים מנוגדים מצדיקה התעלמות מפועלה המובהק של הטיה ספציפית, מקום בו זוהתה הטיה הפועלת באופן ברור בכיוון מסוים. בהקשר זה חשוב להדגיש, כי בחיבור זה מוצגות נגזרות מעשיות קונקרטיות של האפשרות לשימוש באותן הטיות, נגזרות שיעילותן הוכחה באופן ברור – הן בניסויים והן בעולם המעשה.

דרך מנטליים" המאפשרים לו לקבל החלטות בצורה פשוטה יותר. קיצורי הדרך המנטליים האלה נקראים "היוריסטיקות" (Heuristics).

ההיוריסטיקה היא למעשה שיטה פרקטית לפתרון בעיות, שאינה דורשת תהליך חשיבה מלא וסדור. כפועל יוצא, ההיוריסטיקה אינה מבטיחה פתרון אופטימלי. חלף זאת היא שואפת להגיע לפתרון סביר ומספק תוך שימוש במינימום משאבים קוגניטיביים. יתרונות הפעלת מנגנון מנטלי זה ברורים – הוא מפחית בצורה משמעותית עומס קוגניטיבי, ומאפשר לנו לפעול באופן מספק בסביבה המורכבת ומרובת המשימות בה אנו חיים. עם זאת, לשימוש במנגנונים אלה יש גם מחיר. כתוצאה מהפעלת מנגנונים מנטליים אלה, הדיוק בקבלת ההחלטות יורד, ונוצרים "כשלים" קוגניטיביים המבטאים למעשה את הפער בין הפתרון האופטימלי שאליו היה האדם מגיע אילו השקיע את כל המשאבים הקוגניטיביים הנדרשים לפתרון מלא של הבעיה או להחלטה מושלמת, לבין הפתרון אליו הגיע באמצעות שימוש בהיוריסטיקה. כשלים אלו הם עקביים, וניתן למעשה לזהותם ולהגדירם. כשלים עקביים אלה ידועים בתור "הטיות קוגניטיביות" (cognitive biases).

הטיה קוגניטיבית מוגדרת כדפוס פעולה או נטייה לא אקראית לטעויות בתפיסה, בזיכרון, בחשיבה או בשיפוט.⁷⁷ בספרות המחקר מתחום הפסיכולוגיה זוהו מספר הטיות קוגניטיביות שכיחות מאוד, שהשפעתן על ההתנהלות האנושית היומיומית גדולה.⁷⁸ זיהוי אותם כשלים עקביים בתהליך קבלת ההחלטות האנושית מאפשר, מטבע הדברים, גם ניצול של אותם הכשלים. שתיים מן ההטיות הללו רלוונטיות במיוחד לענייננו, ועליהן יתבססו ההסברים המוצעים בחיבור זה.

2. עיגון ותמחור חלקי

(א) עיגון (Anchoring)

הטיית העיגון (או "אפקט העיגון" – Anchoring Effect) היא כלל חשיבה מובנה, שזוהה לראשונה על ידי המלומדים כהנמן וטברסקי. לפי כלל חשיבה זה, כאשר אנשים נדרשים להעריך מספר או ערך כלשהו (סכום, מחיר וכו') הם נוטים להסתמך על ערך מספרי הקיים בתודעתם – ה"עוגן" – כנקודת מוצא, וממנו הם "מתקנים" את הערכתם.⁷⁹ למעשה, הערך המספרי המשמש כ"עוגן" מקבל משקל בלתי פרופורציונאלי במסגרת ההערכה שתבוצע. כפי שנדגים להלן, אימוץ ערך מסוים כ"עוגן" יכול להיעשות בהתבסס על נסיבות פנימיות (זיכרון, אמונה וכו') או על נסיבות חיצוניות (חשיפה לערך מסוים בסמוך לביצוע ההערכה, קיומה של מוסכמה חברתית לגבי הערך וכד'). הטיה זו תופיע בעיקר כאשר אדם נדרש לפתור שאלות הנוגעות לאומדן מספרי, כגון תאריך, עלות, זמן וכדומה.

הטיית העיגון נדונה בהרחבה בספרות המחקר הקוגניטיבי בכלל, ובתחום קבלת ההחלטות בפרט, והיא מבוססת היטב על ממצאי מחקרים שונים. דוגמה מפורסמת להטיה זו היא תוצאתו של ניסוי בו התבקשו נשאלים להעריך את גובהו של עץ סקויה (Redwoods). חלק מהנשאלים נשאלו: "האם גובהו של עץ הסקויה הגבוה ביותר הוא פחות או יותר מ-365 מטר? מהו הניחוש הטוב ביותר שלך לגבי גובהו של עץ הסקויה הגבוה ביותר?"; וחלקם נשאלו אותה שאלה, כאשר המספר 365 מוחלף במספר 55. כמובן שאין כל סיבה

⁷⁷ Kahneman, D., & Tversky, A. (1972). Subjective Probability: A Judgment of Representativeness. In *The Concept of Probability in Psychological Experiments* (pp. 25-48). Springer, Dordrecht.

⁷⁸ Tversky, A., & Kahneman, D. (1974). Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science*, 185(4157), 1124-1131 (להלן: Tversky & Kahneman, 1974).

⁷⁹ Tversky, A., & Kahneman, D. (1974). Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science*, 185(4157), 1124-1131 (להלן: Tversky & Kahneman, 1974). לסקירה מעניינת של היוריסטיקת העיגון בשפה שווה לכל נפש, ר' דניאל כהנמן לחשוב מהר, לחשוב לאט (2013) (להלן: "כהנמן").

רציונאלית לכך שהמספר ש"נשתל" אצל הנבדקים – 365 או 55 – ישפיע על הערכתם את גובהו של עץ הסקויה הגבוה ביותר. למרות זאת, בניסוי נמצא קשר מובהק ומשמעותי בין תשובות הנבדקים לבין גובה המספר שהוצג להם בשאלה. נבדקים שנחשפו למספר 365 העריכו בממוצע את גובה העץ הגבוה ביותר ב-257 מטר, ואילו הערכתם הממוצעת של הנשאלים שנחשפו למספר 55 הייתה 86 מטר.⁸⁰ פער זה היה מובהק ומאד משמעותי.⁸¹ כלומר, חשיפה לערך מספרי כלשהו, שהפך ל"עוגן" עבור הנבדקים, הובילה אותם להעריך את גובה עץ הסקויה באופן מוטעה כלפי אותו ערך מספרי. זאת, על אף שלא היה קיים שום קשר רציונאלי בין אותו ערך לגובה עץ הסקויה.

השפעות הטיה זו נבחנו גם מחוץ למעבדה, בעולם המסחר. בניסוי מסוים התבקשו מתווכי נדל"ן להעריך את שווי של בית שהוצע למכירה, כאשר קבוצה אחת של מתווכים נחשפה תחילה למחיר מבוקש גבוה וקבוצה שנייה נחשפה למחיר מבוקש נמוך. הפערים בין הקבוצות בהערכת שווי הבית היו משמעותיים ביותר, וזאת על אף שהמתווכים עצמם חשבו שכלל לא הושפעו מהמחיר המבוקש. הניסוי נערך באותו אופן גם עם קבוצה של סטודנטים חסרי רקע בתחום, והממצאים היו דומים.⁸²

באופן מפתיע, הטיית העיגון אינה מופעלת רק כאשר ה"עוגן" קשור לנושא ההערכה. במאמר המפורסם משנת 1974 בכתב העת *Science* דיווחו טברסקי וכהנמן על ממצאי ניסוי בו בדקו את השפעתו של מספר אקראי שהוגרל בגלגל מזל על הערכתם של נבדקים את שיעור המדינות האפריקניות החברות באו"ם. לפני הניסוי גרמו כהנמן וטברסקי לכך שהגלגל יורה רק על המספרים 10 ו-65, באופן אקראי, מבלי שהנבדקים ידעו על כך. בניסוי זה נמצא שנבדקים הושפעו באופן מאד משמעותי מהמספר האקראי אליו נחשפו. הערכתם הממוצעת של נבדקים שהגרילו את המספר 10 באשר לשיעור המדינות האפריקניות החברות באו"ם הייתה 25%, ואילו הערכתם הממוצעת של נבדקים שהגרילו את המספר 65 הייתה 45%.⁸³

בניסוי מפורסם נוסף שמדגים את הטיית העיגון, נמצא כי השימוש בספרות האחרונות של מספר הביטוח הלאומי (Social Security Number) של אדם כעוגן אקראי השפיע על הערכתו באשר לשווי של מוצרים שונים. באותו ניסוי אף נמצא כי השפעה זו אינה פוחתת עם צבירת ניסיון של הנבדקים, או כאשר הערכות השווי שהם מתבקשים לתת הן הערכות בהקשר שוקי. עורכי המחקר מכנים תופעה זו "שרירותיות קוהרנטית" ("Coherent Arbitrariness").⁸⁴

⁸⁰ שם, אצל כהנמן. וכן Jacowitz, K. E., & Kahneman, D. (1995). Measures of anchoring in estimation tasks. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 21(11), 1163-1167. Stanovich, K. A., & West, R. F. (2008). On the relative independence of thinking biases and cognitive ability. *Journal of Personality and Social Psychology*, 94(4), 672-674.

⁸¹ ההבדל בין ההערכות היה 171 מטר, המשקף תוצאה של 55% במדד העיגון. מדד העיגון הוא היחס בין שני ההבדלים – ההבדל הממוצע בהערכות וההבדל בין ערכי העיגון (ובענייננו, היחס בין 171 ל-310) – כשהוא מבוטא באחוזים (ובענייננו – 55%). לטענתו של כהנמן, הערך 55% שנצפה בדוגמה זו הוא אופייני. ו' כהנמן, לעיל ה"ש 79, בעמוד 141.

⁸² Northcraft, G. B., & Neale, M. A. (1987). Experts, Amateurs, and Real Estate: An Anchoring-and-adjustment Perspective on Property Pricing Decisions. *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 39(1), 84-97. ממצאי הניסוי הצביעו על אפקט עיגון של 41% אצל מתווכי הנדל"ן, ואפקט עיגון של 48% אצל הסטודנטים. ו' כהנמן, לעיל ה"ש 79, בעמוד 141.

⁸³ Tversky & Kahneman, ה"ש 79 לעיל, בעמ' 1124-1131. כהנמן, לעיל ה"ש 79, עמוד 136. עוצמתם של עוגנים מקריים הודגמה בכמה דרכים. בספרו של כהנמן "לחשוב מהר, לחשוב לאט" (לעיל ה"ש 79, בעמוד 143) מובאת דוגמה מטרידה במיוחד: "שופטים גרמנים בעלי ניסיון שיפוטי של יותר מ-15 שנה בממוצע, קראו תיאור של אישה שנתפסה גונבת מחנות, ולאחר מכן הטילו צמד קוביות מזויפות שנפלו תמיד או על 3 או על 9. ברגע שהקוביות נעצרו, נשאלו השופטים אם הם היו גוזרים על האישה מאסר ארוך או קצר יותר (בחודשים) מהמספר שהראו הקוביות. לבסוף התבקשו השופטים לקבוע מהי תקופת המאסר המדויקת שהיו גוזרים על הגנבת. השופטים שהטילו 9 קבעו שיגזרו עליה 8 חודשי מאסר בממוצע; השופטים שהטילו 3 אמרו שיגזרו עליה 5 חודשי מאסר בממוצע; אפקט העיגון היה 50%".

⁸⁴ Ariely, D., Loewenstein, G., & Prelec, D. (2003). "Coherent arbitrariness": Stable Demand Curves Without Stable Preferences. *The Quarterly Journal of Economics*, 118(1), 73-106.

(ב) תמחור חלקי (Partitioned Pricing)

"תמחור חלקי" (Partitioned Pricing) הוא מונח המתאר טכניקה שיווקית שלפי ספרות המחקר עושה למעשה שימוש בהטיית העיגון. במסגרת טכניקה שיווקית זו מוצג מחיר של מוצר באופן מפוצל, במטרה להביא לעלייה באטרקטיביות של המחיר הכולל בעיני הצרכן. המחיר המפוצל יכול כלל מחיר בסיס, והיטלים נוספים שוליים יותר (כגון מיסים, דמי טיפול, תשלום על תוספות נלוות וכו').

יעילות טכניקת התמחור החלקי הוכחה במספר מחקרים.⁸⁵ במחקר אחד נמצא שתמחור חלקי של מוצרים במכירה פומבית הגדיל משמעותית את נכונות המשתתפים במכירה לשלם עבור המוצרים. בקבוצה אחת של נבדקים התחרו ביניהם המציעים על מחיר הבסיס של המוצר הנמכר, ולא על המחיר הכולל גם את העמלה של בית העסק העורך את המכירה הפומבית (בגובה 15% ממחיר המוצר). בקבוצה אחרת של נבדקים, התחרו ביניהם הנבדקים על המחיר הכולל את העמלה (שהוא למעשה המחיר אותו יידרשו לשלם בפועל). כמובן, שבשני המצבים המשתתפים במכירה הפומבית היו מודעים הן לכך שתיגבה עמלה על ידי בית העסק והן לשיעורה של עמלה זו. ממילא, בשני המקרים ידעו המציעים היטב מהו המחיר אותו יידרשו לשלם בפועל אם תתקבל הצעתם. בשל כך, לכאורה, לא היה אמור להיות הבדל בין המצבים שנבחנו בניסוי, משום שבשני המקרים מדובר בפועל באותו מחיר. אולם בניסוי התברר, שהצגת המחיר באופן מפוצל הגדילה את נכונותם של הנבדקים לשלם עבור המוצר. חלוקת המחיר למחיר בסיס בצירוף עמלה בסך 15% הביאה לתוצאה בה המחיר המוצע על ידי הנבדקים היה גבוה יותר מאשר במצב בו המחיר לא חולק.

בניסוי נוסף שנערך במסגרת אותו מחקר נמצא כי צרכנים שרכשו טלפון בתמחור חלקי (מחיר בסיס בצירוף דמי משלוח וטיפול) זכרו את מחירו הכולל כנמוך יותר מאשר צרכנים שרכשו את אותו טלפון במחיר זהה, אך בתמחור 'רגיל' הכולל את כל רכיביו ("כולל משלוח וטיפול").⁸⁶

מחקרים נוספים איששו ממצאים אלה. כך, במחקר המשך נמצא כי תמחור חלקי הכולל רכיב תשלום נוסף קטן (כ-6%) מוביל לנכונות גבוהה יותר לרכוש את המוצר, ולשביעות רצון גבוהה יותר של הצרכן מהמחיר.⁸⁷ באותו מחקר נמצא כי גם כאשר משקלו של הרכיב הנוסף כחלק מן החבילה הכוללת גדל פי שניים, היינו כאשר התשלום הנוסף היה בשיעור של 12%, נכונות הצרכנים לרכוש את המוצר ומידת הסיפוק מהמחיר לא פחתו (אם כי במקרה זה דיווחו הצרכנים על 'ערך נתפס' (perceived value) נמוך יותר, ועל השלמה (acceptance) פחותה עם תוספת התשלום).⁸⁸

בספרות הוצעו הסברים תאורטיים שונים להשפעת התמחור החלקי על צרכנים. הסבר מרכזי להשפעה זו מתבסס על הטיית העיגון.⁸⁹ על בסיס תאוריה כללית זו, ההסבר להצלחת טכניקת התמחור החלקי נעוץ בכך שהצרכן מתמקד למעשה במחיר הבסיס, שהופך ל"עוגן" בעבורו. זאת, מכיוון שצרכן נוטה להתמקד במידע הנחשב בעיניו כחשוב ביותר,⁹⁰ ושאליו הוא נחשף, על פי רוב, לפני חשיפתו למחיר הכולל.⁹¹ לאחר שהצרכן "מתעגן" (anchors) על מחיר הבסיס, הוא צפוי לתקן את הערכתו באשר למחיר הכולל באופן חלקי

⁸⁵ לסקירה רחבה של הספרות בנושא ראו: Ahmetoglu, Gorkan, Adrian Furnham, and Patrick Fagan. "Pricing practices: A critical review of their effects on consumer perceptions and behaviour." *Journal of Retailing and Consumer Services* 21.5 (2014): 63-73. (להלן: Gorkan, Furnham & Fagan).

⁸⁶ Morwitz, Vicki G., Eric A. Greenleaf, and Eric J. Johnson. "Divide and Prosper: Consumers' Reactions to Partitioned Prices." *Journal of Marketing Research* 35.4 (1998): 453-463. (להלן: Morwitz et al.).

⁸⁷ Xia, Lan, and Kent B. Monroe. "Price Partitioning on the Internet." *Journal of Interactive Marketing* 18.4 (2004): 63-73.

⁸⁸ שם.

⁸⁹ Daniel A. Crane, *Mixed Bundling, Profit Sacrifice, and Consumer Welfare*, 55 Emory L.J. 423, 438-440 (2006).

⁹⁰ שם. ורי עוד לעניין ההפרדה הכרונולוגית בין מחיר הבסיס למחיר הכולל להלן, בתת הפרק 3.ב.3.

⁹¹ שם.

בלבד. תיקון חלקי זה, כך נטען, מביא להערכה בחסר של המחיר הכולל, וממילא להגברת האטרקטיביות של רכישת החבילה בעיני הצרכן.⁹²

בנוסף, כפי שעולה מממצאי מחקרים שונים הבוחנים את שחזור המחיר על ידי צרכנים, נראה שצרכנים הנחשפים למספר רכיבים של המחיר אינם מבצעים חישוב מדויק של המחיר הכולל, ונוטים להסתמך בעיקר על המחיר המשמעותי ביותר בעיניהם, תוך התעלמות ממחירים שנתפסים בעיניהם כמשניים. מכיוון שמחיר הבסיס הוא בדרך כלל הרכיב המשמעותי ביותר במחיר הכולל (והוא גם בדרך כלל המחיר הראשון בזמן אליו נחשף הצרכן), הצרכן מייחס לו חשיבות גבוהה יותר, ומחיר זה הופך לנקודת ייחוס מרכזית עליה יסתמך בהערכת כדאיות העסקה.⁹³

מחקרים שונים הראו, שגם תמחור חלקי שנעשה על ידי הוספת מוצר נוסף למוצר הבסיסי (Partitioning add-on products) מביא להפעלת אפקט עיגון דומה.⁹⁴ עם זאת, אפקט זה רגיש יותר למשתנים שונים, ובעיקר לאופי המוצר שהתווסף וליחס בין המוצר הנוסף למוצר הבסיס. ככלל, ניתן לומר שגם במקרים כאלה מצביעים הממצאים על כך שככל שמחיר הבסיס משמעותי יותר בעיני הצרכן, כך סביר יותר שהמחיר יהפוך "עוגן" להערכת מחיר שאר החבילה, והערכתו של הצרכן תהיה חשופה יותר להטיית העיגון.⁹⁵

בהקשרה של פרקטיקת הקשירה, המצויה במרכזו של חיבור זה, נראה שקשירה היא, מבחינה מהותית, מקרה פרטי של תמחור חלקי. הקשירה מנצלת את הטיית העיגון כדי לגבות באופן אפקטיבי מחיר גבוה יותר עבור החבילה. אילו ניסה המוכר למכור את המוצר הנקשר במחיר גבוה ממחירו התחרותי (או ממחיר השוק שלו), או את המוצר הקושר במחיר גבוה ממחירו המונופוליסטי, היה הדבר מביא לאובדן לקוחות באופן שהיה הופך את העלאת המחיר ללא כדאית. אך הקשירה גורמת לכך שניתן יהיה להעלות את מחיר החבילה באמצעות תמחור גבוה (באופן יחסי) של המוצר הנקשר. בגלל הטיית העיגון, מחיר החבילה לא יוערך בצורה מדויקת, אלא יהיה מוטה לכיוון ערך ה"עוגן" – ובענייננו מחיר המוצר הקושר. במובן זה, מחיר המוצר הנקשר יוערך בחסר, וממילא תתאפשר גבייה של מחיר גבוה יותר עבורו מאשר אילו נמכר בנפרד. כך, בדוגמה המרכזית המשמשת בחיבור זה, ייתכן שאף שצרכנית לא הייתה רוכשת בנפרד אוזניות ב-2 ש"ח, כאשר מחיר זה מתווסף למחיר של מחשב הנמכר ב-100 ש"ח – הוא למעשה יוערך בחסר והצרכנית תהיה מוכנה לשלם עבור החבילה סכום נוסף שלא הייתה מוכנה לשלם אילו נמכרו רכיבי החבילה בנפרד. ככל שמחירו של המוצר הקושר גבוה ביחס למחירו של המוצר הנקשר קל יהיה יותר להפעיל את הטיית העיגון, שכן סביר יותר שמחיר זה יהפוך ל"עוגן" עבור החבילה, וכך תתאפשר מכירת המוצר הנקשר במחיר

⁹² שם. בספרות הוצעו גם הסברים נוספים להצלחת טכניקת התמחור החלקי. ר' Chakravarti, D., Krish, R., Paul, P., & Srivastava, J. (2002). Partitioned presentation of multicomponent bundle prices: evaluation, choice and underlying processing effects. *Journal of Consumer Psychology*, 12(3), 215-229. בעמוד 216, ובהפניות שם.

⁹³ שם; Gorkan, Furnham & Fagan, לעיל ה"ש 85, עמודים 698-699; ור' אצל Morwitz et al, לעיל ה"ש 86. באופן דומה, מחקרים שיווקיים רבים עמדו על כך שצרכנים מייחסים משקל נמוך מידי לספרות הימנית במחיר (Price Endings). זו הסיבה לתופעת התמחור עם סיומת "99". ור' Stiving, M., & Winer, R. S. (1997). An empirical analysis of price endings with scanner data. *Journal of Consumer Research*, 24(1), 57-67.

⁹⁴ שם, אצל Gorkan, Furnham & Fagan, עמודים 698-699.

⁹⁵ לעניין תמחור חלקי באמצעות חבילה הכוללת מספר מוצרים ראו: J., Srivastava, P., Paul, R., Krish, D., Chakravarti, processing underlying and choice evaluation, prices: of multicomponent bundle presentation Partitioned 2002. *Psychol.* 12 (3), 215-229. Consumer effects. J. Suri, R., & Monroe, K. B. (1999). 440 – 438. בנוגע להשפעת כוונת הקנייה המוקדמת על המוכנות לרכוש את החבילה ראו: Consumers prior purchase intentions and their evaluation of savings on product bundles. In *Optimal Bundling* (pp. 177-194). Springer, Berlin, Heidelberg. משתנה נוסף בעל השפעה על תפיסת הצרכן, במובן מעט שונה, הוא סוג המוצר הנוסף בחבילה. לפי המחקר של Chakravarti et al, אופי המוצר הנוסף יכול להסיט את תשומת הלב לכיוונים שונים. כך, הוספת מכונית קרח למקרר בתמחור נפרד מובילה להתמקדות במחיר או בערך המוסף לחבילה, ואילו הוספת אחריות בתמחור נוסף עשויה להסיט את תשומת הלב מהמחיר לניתוח הביצועים.

גבוה יותר. חשוב להבחין שההטיה פועלת למרות שהצרכן מודע להיטל הנוסף ולגובהו. עצם תפיסת מחיר המוצר הקושר כמחיר בסיס שעליו מתווסף רכיב נוסף משנה את הערכת המחיר הכולל על ידי הצרכן, על אף שלא קיים כל מידע נסתר המתווסף בשלב שני.

באופן זה, מאפשרת הקשירה, ככלל, להגדיל את סך רווחיו של המוכר ממכירת המוצרים המרכיבים את החבילה. זאת, בייחוד במקרים בהם המוצר הנקשר נתפס כנלווה למוצר הקושר. במקרים אלה הקשירה תגדיל את רווחי המוכר, אך היא אינה יעילה בהכרח עבור הצרכן, שמשלם מחיר גבוה יותר ללא הצדקה כלכלית ממשית.

בלא לשלול את תוקפם של ההסברים השונים שהוצגו בפרק 2.ב באשר לאפשרות קיומה של קשירה פוגענית בנסיבות שוקיות מיוחדות, נדמה שהסבר זה הוא בעל אופי כללי יותר, ורלוונטי למספר רב של מקרי קשירה.

(ג) מגבלות הטיעון

פרקטיקת התמחור החלקי, וההסבר התיאורטי של השפעתה המבוסס על הטיית העיגון היא, אפוא, מנגנון שיכול להסביר את התועלת הטמונה בקשירה מנקודת ראותו של המוכר. קשירת שני מוצרים צפויה להוביל למוכנות גבוהה יותר של הצרכן לרכישת החבילה במחיר נתון לעומת מצב בו המוצרים נמכרים בנפרד.⁶ קשירה עשויה, אפוא, להיות מקרה פרטי של תמחור חלקי.

עם זאת, לאפשרות ניצול ההטיה שתי מגבלות מרכזיות שעליהן יש לעמוד – האחת, מגבלה כללית הרלוונטית לכל הטיה באשר היא; והשנייה, מגבלה הרלוונטית באופן ספציפי לניצולה של הטיית העיגון באמצעות קשירה.

ראשית, מובן שיש לזכור כי צרכנים מוגבלים ביכולותיהם הכספיות. ההטיה המדוברת פועלת על התכונות של הצרכנים לשלם עבור שני המוצרים הקשורים, ומגדילה נכונות זו. אולם מעבר לדצון להימנע מתשלום מיותר, עליו מסייעת ההטיה להתגבר, מוגבלים צרכנים בעצם היכולת לשלם תשלום נוסף. הקשירה לא תוכל, כמובן, לשכנע אדם שאין בידיו את הסכומים הנדרשים לרכישת החבילה הכוללת לרכוש את החבילה, גם אם זו נראית בעיניו כדאית יותר בעקבות הקשירה. נכונים הדברים גם כאשר מחירה הכולל של החבילה הוא מחיר שהצרכן יכול לעמוד בו, אך מדובר במחיר מכביד. כאמור, מגבלה זו אינה ייחודית להסברים

⁶ לניתוח דומה של ניצול הטיית העיגון באמצעות mixed bundling ר' Daniel A. Crane, *Mixed Bundling, Profit Sacrifice*, 55 Emory L.J. 423, 438-440 (2006) (להלן: Crane). במסגרת מאמר זה המחבר מציע מספר הסברים אפשריים לכך ש-mixed bundling מתרחש. אחד מאותם ההסברים נוגע להפעלת הטיית העיגון. על אף הניתוח הדומה של היכולת לנצל את הטיית העיגון על ידי מוכרים, Crane מציג הסבר זה תחת הכותרת "Procompetitive and Competition-Neutral Explanations". הסיבה לכך היא כנראה טענתו כי השימוש ב-mixed bundling ככלי להגדלת ערך החבילה בעיני הצרכן הוא מסוכן, שכן עיגון לא מיטבי (עבור המוכר) יכול גם להוביל להפחתת ערך החבילה, וממילא לפגיעה במכירות. יתכן כי המחבר סובר שבשל כך מוכרים צפויים לא להשתמש בפרקטיקה הקשירה, או אולי צפויים להיכשל ביישומה, ולכן היא אינה מעוררת חשש תחרותי.

ואכן, תיתכן כמובן השפעה שלילית של קשירה על המוכר. תמחור לא מיטבי של מוצרים יכול להוביל לתוצאה הפוכה מזו המתוארת במאמר זה – הפחתת ערך החבילה בעיני הצרכן. כך, יצירת חבילה בה המוצר המרכזי בעיני הצרכן מתומחר במחיר גבוה מדי, תוביל ככל הנראה לתוצאה שלילית מבחינת המוכר. אם מוצר 'היעוגן' – המוצר בו ממוקדת תשומת לבם של הצרכנים – יתומחר במחיר גבוה מדי, יירתעו צרכנים מרכישת החבילה, גם אם מחיר נמוך יחסית של המוצר הנקשר מקזז את עודף המחיר הנגבה עבור המוצר הקושר. במקרה זה רכישת החבילה כמכלול תיתפס כלא כדאית. ואולם, תובנה זו אינה מובילה לשיטתנו לדחיית האפשרות לפגיעה בלקוחות ובתחרות באמצעות קשירה. על אף שהסיכון לקשירה לא מוצלחת (מנקודת ראותו של המוכר הקושר) קיים, חזקה על מוכרים כי ירכשו מומחיות ויצליחו ליצור חבילות המשרתות את מטרתם. יתר על כן: בעצם העובדה שהשימוש בטכניקת התמחור החלקי ככלל, ובפרקטיקת הקשירה בפרט, רווח בעולם המסחר בימינו, יש כדי להעיד כי מוכרים אכן מצליחים להגדיל את רווחיהם באמצעות אותן פרקטיקות, שאם לא כן היו פרקטיקות אלה נעלמות מן העולם. לכן, נדמה כי החשש התחרותי מקשירה הוא אכן חשש מטריד, הראוי להתייחסות.

הנדונים בחיבור זה. מדובר במגבלה כללית הנוגעת להשפעתה של כל הטיה באשר היא. אך חשוב לעמוד עליה גם בהקשר הנוכחי.

שנית, ועיקר, בהתאם לממצאים המוצגים, ההטיה הנזכרת אינה יכולה להיות מנוצלת בכל סיטואציה, ואינה מאפשרת קשירה בין כל שני מוצרים באשר הם. נראה שעל מנת שהמנגנון הקוגניטיבי המתואר יופעל ומחיר מוצר הבסיס יהפוך ל"עוגן" להערכת מחיר החבילה, נדרש שהמוצרים הקשורים יתומחרו בנפרד, ומחיר המוצר הנקשר יתפס כנלווה למחיר מוצר הקושר. ככל שמרכזיות המוצר הקושר בעיני הצרכן תגבר, כך סביר יותר שיתרחש עיגון.⁹⁷ כפועל יוצא, נצפה שההטיה תפעל באופן המובהק ביותר כאשר מחיר המוצר הנקשר נמוך באופן משמעותי ממחיר המוצר הקושר.

במגבלות אלה יש להכיר, אך נדמה כי על אף המגבלות, הטיית העיגון תוכל להסביר מקרי קשירה רבים. התבוננות על התנהלות עולם המסחר מלמדת שנדיר יהיה למצוא מקרים בהם בעל מונופולין ינסה לקשור את המוצר שבמונופולין למוצר נוסף, יקר יותר, הנתפס בעיני הצרכן כמוצר עיקרי. כך, למשל, לא סביר יהיה למצוא בעל מונופולין במכירת משקאות קלים המנסה לקשור טיסה לאירופה לבקבוק משקה. באופן אינטואיטיבי ברור, שקשירה מסוג זה לא תביא להגדלת המכירות, ולא תהיה רווחית. לעומת זאת, קשירת אוזניות, עכברים, מקלדות וכד' למחשבים – שכיחה למדי. הניתוח המוצג בחיבור זה מבהיר מדוע קשירה מן הסוג הראשון נדירה, בעוד שקשירה מן הסוג השני – קשירת מוצר "טפל" למוצר "עיקרי" – נפוצה. באשר לצורך בהצגת שני מחירים, במקרים רבים בעל המונופולין יכול להציג שני מחירים נפרדים – את מחיר המוצר הקושר ואת מחיר המוצר הנקשר – ולהתנות את המכירה במחירים אלה ברכישת שני המוצרים. דוגמאות למצב כזה הן, למשל, מבצעים שונים המותנים ברכישת מספר מוצרים או מקרים בהם הצרכן מתבקש להרכיב בעצמו חבילה. ואכן, כפי שנזכר מעלה, נדמה שהפסיקה בישראל ובארצות הים התמקדה במצבים בהם למוצרים המרכיבים את החבילה יש מחירים נפרדים (בהקשרה של הכפייה הכלכלית ובהקשרה של הדרישה לביקוש נפרד).⁹⁸

לפיכך, על אף מגבלות ההסבר המוצע, נדמה שאין במגבלות אלו כדי לצמצם באופן משמעותי את הרלוונטיות של ההסבר למקרי קשירה אפשריים בחיי המעשה. ומכל מקום, נדמה שההסבר הוא בעל תחולה רחבה מן ההסברים האחרים עליהם עמדנו לעיל באשר להיתכנותה של קשירה המגדילה את רווחי המוכר בלא להגדיל בהכרח את רווחת הצרכן. בכל מקרה שבו נקשרים יחדיו שני מוצרים הנמכרים גם בנפרד, כאשר אחד מן המוצרים נתפס כנלווה לשני, יכולה הטיית העיגון להסביר את רווחיותה של הקשירה (המצריכים ברובם תנאי שוק מיוחדים או ממוקדים בהסוואת פרקטיקות אסורות).

3. הצדקות (Justifications)

(א) היחס בין עמדות להתנהגות

בספרות הפסיכולוגית המונח 'עמדה' מתפרש כיחס של אדם כלפי אובייקט כלשהו. נהוג לראות 'עמדות' כמורכבות ממרכיב רגשי, ממרכיב קוגניטיבי וממרכיב התנהגותי.⁹⁹

⁹⁷ שם בעמוד 439.

⁹⁸ ר' לעיל, בטקסט הנלווה לה"ש 17 – 26.

⁹⁹ M. J. Rosenberg and C. I. Hovland, "Cognitive, Affective and Behavioral Components of Attitudes." In M. J. Rosenberg, C. I. Hovland (eds.), *Attitude Organization and Change: An Analysis of Consistency Among Attitude Components*. New Haven: Yale University Press (1960).

היחס בין עמדתו של אדם להתנהגותו נתפס באופן אינטואיטיבי כיחס חד כיווני בכל הקשור לכיוון ההשפעה, במובן זה שעמדותיו של אדם נתפסות כגורם המשפיע על התנהגותו.¹⁰⁰ אלא שבסדרה של מחקרים נמצא כי ישנו גם כיוון השפעה הפוך. היינו, *להתנהגות* של אדם יש השפעה סיבתית חזקה על *עמדותיו*. באופן כללי, אדם שעשה מעשה מסוים או בחר בדרך מסוימת ייטה להצדיקם. כך למשל, בניסוי שבו נבדקו צופים שהימרו על התוצאות של מרוצי סוסים, נמצא כי אנשים נטו להעריך את סיכויי הזכייה של סוס מסוים כגבוהים יותר לאחר הבחירה באותו סוס ורישום ההימור, לעומת הערכתם לגבי סיכויי הזכייה של אותו סוס בזמן שעמדו בתור לרשום את ההימור. ממצא זה מצביע על תיקון העמדות בהן החזיקו הצופים לגבי הסוס כך שתותאמה בדיעבד להתנהגותם (ההימור).¹⁰¹

ישנן מספר תאוריות המבקשות להסביר תופעה זו כנגזרת של הצורך של אדם בעקביות. התאוריה המוכרת ביותר לעניין זה היא תאוריית הדיסוננס הקוגניטיבי של לאון פסטינגר (Leon Festinger).¹⁰² על פי תאוריה זאת, חוסר הלימה בין מחשבותיו, עמדותיו או תפיסותיו של אדם לבין התנהגותו בפועל, יוביל לתחושה רעה של דיסוננס, אשר תניע את האדם לפעול לתיקון מצב זה לשם יצירת הרמוניה. במחקריו ובמחקרי המשך רבים של אחרים, נמצא כי פעמים רבות תיקון חוסר ההתאמה ייעשה ע"י תיקון העמדה ולא ע"י תיקון ההתנהגות.¹⁰³ כך, במחקר קלאסי של פסטינגר וקרלסמית',¹⁰⁴ התבקשו סטודנטים לבצע מטלה משעממת (סיבוב בורג) במשך שעה. לאחר מכן, נדרשו אותם סטודנטים לשקר לנבדק הבא ולספר לו שהניסוי מהנה. חלק מהסטודנטים קיבלו \$1 עבור השקר, וחלק קיבלו \$20. לאחר מכן התבקשו הסטודנטים לדרג את הנאתם מהניסוי כולו. נמצא שסטודנטים שקיבלו \$1 עבור השקר דיווחו כי נהנו יותר מהניסוי לעומת נבדקים אחרים (קבוצת הסטודנטים שקיבלו \$20, וקבוצת הביקורת שחבריה לא התבקשו לשקר כלל). ממצאים אלה מוסברים בכך שהנבדקים שקיבלו סכום גבוה יכלו לפתור את הדיסוננס שחשו בעקבות השקר בעזרת הסכום המשמעותי שקיבלו בעבורו (היה 'שווה' לשקר – הסכום מצדיק את השקר). לעומתם, לנבדקים שקיבלו סכום נמוך לא הייתה דרך להצדיק (לעצמם) את השקר, ולפיכך ריכוך הדיסוננס נעשה אצלם באמצעות שינוי עמדתם כלפי הניסוי, והפיכתה לחיובית יותר. בכך נבדקים אלה מיתנו, רטרואקטיבית, את עוצמת השקר, וממילא הפחיתו את הדיסוננס שחו.¹⁰⁵

מהאמור לעיל עולה כי בכל הקשור ליחס בין עמדות להתנהגות, ישנה (גם) השפעה הפוכה מזו הצפויה באופן ראשוני. מחקרים רבים מתחום הפסיכולוגיה החברתית מצביעים על השפעה משמעותית של התנהגות על עמדות. בנוסף, נראה כי הצדקות (justifications) הן מנגנון יעיל לריכוך הדיסוננס הקוגניטיבי שנוצר בעקבות אי התאמה בין התנהגות לעמדות.¹⁰⁶

¹⁰⁰ אך ר' LaPiere, R. T. (1934). Attitudes vs. Actions. *Social forces*, 13(2).

¹⁰¹ Knox, R. E., & Inkster, J. A. (1968). Postdecision Dissonance At Post Time. *Journal Of Personality And Social Psychology*, 8(4p1), 319.

¹⁰² Stanford University Press; Festinger, L. (1962). *A Theory Of Cognitive Dissonance* (Vol. 2). Stanford University Press.

¹⁰³ לעניין התאמת עמדות ר' למשל: Aronson, E., & Mills, J. (1959). The Effect Of Severity Of Initiation On Liking For A Group. *The Journal Of Abnormal And Social Psychology*, 58(2), 177.

¹⁰⁴ Festinger, L., & Carlsmith, J. M. (1959). Cognitive Consequences Of Forced Compliance. *The Journal Of Abnormal And Social Psychology*, 58(2), 203.

¹⁰⁵ בניסוי אחר שבו נבחנו מעשנים נמצא כי אנשים נטו להשתמש בהצדקות שונות על מנת להפחית את הדיסוננס הקוגניטיבי שהם חווים בעת עישון, הנובע מהכרתם את הסכנות הבריאותיות הכרוכות בכך. ראו: Fotuhi, O., Fong, G. T., Zanna, M. P., Borland, R., Yong, H. H., & Cummings, K. M. (2012). Patterns Of Cognitive Dissonance-Reducing Beliefs Among Smokers: A Longitudinal Analysis From The International Tobacco Control (ITC) Four Country Survey. *Tobacco Control*, Tobaccocontrol-2011.

¹⁰⁶ ר' שם.

השפעת המעשים שלנו על העמדות בהן אנו מחזיקים היא, אם כן, משמעותית ביותר. לתובנה זו משמעות מרחיקת לכת בכל הנוגע להבנת האופן בו אנחנו פועלים, ולהבנת האופן בו אנחנו מעצבים את התפיסה שלנו לגבי הסובב אותנו. בהמשך פרק זה נתמקד בהשפעה אפשרית של תובנה זו על האופן בו אנו מחליטים החלטות צרכניות. אף שמדובר, כמובן, ביישום אחד בלבד של תובנה רבת משמעות זו, זהו ההקשר הרלוונטי לתופעת הקשירה העומדת במרכזו של חיבור זה.

(ב) טכניקות שיווק המבוססות על התאמת העמדות להתנהגות

במסגרת טכניקות שיווק שונות ניתן לזהות ניסיון לנצל את נטייתם של אנשים להצדיק את מעשיהם באמצעות 'עדכון' של עמדתם. כדוגמה לטכניקה מסוג זה ניתן לציין טכניקה המוכרת כתמחור 'מטפטף' (Drip Pricing). זוהי טכניקה שיווקית הדומה לטכניקות התמחור החלקי שנדונה מעלה, אך שונה ממנה בהיבט מרכזי אחד. במסגרת תמחור 'מטפטף' הצרכנים נחשפים תחילה רק לרכיב הבסיס של המחיר, ולאחר מכן, תוך כדי תהליך הרכישה, מתגלים לצרכנים היטלים נוספים (בעיקר היטלים מחייבים, אך לפעמים גם אופציונליים), המעלים את המחיר הכולל של המוצר או החבילה. דוגמאות רווחות לתמחור מסוג זה בחיי המסחר הרגילים יכולות להיות, למשל, מיסים מסוימים המוטלים על כרטיסי טיסה, דמי טיפול מסוגים שונים, דמי משלוח וחיוכים נוספים בגין תשלום באמצעות כרטיסי אשראי. ההבדל המרכזי בין טכניקת התמחור החלקי בה עסקנו לעיל לבין טכניקת התמחור ה'מטפטף' הוא, אם כן, בחשיפה למידע בשלב הכניסה לתהליך הרכישה (העשוי לכלול גם את שלב המשא ומתן לקראת הרכישה). במקרים של תמחור חלקי הצרכן יודע כבר בתחילת הדרך, ולמצער יכול לדעת בקלות יחסית, שלמחיר ישנם רכיבים נוספים. הוא יודע גם את שיעורם של רכיבים אלה. אך הצרכן מעריך אותם בחסר, או בוחר (באופן מודע או בלתי מודע) להתעלם מהם. לעומת התמחור החלקי, במסגרת טכניקת התמחור ה'מטפטף' ההיטלים המתווספים למחיר הבסיס אינם מוכרים לצרכן מלכתחילה, והם מתווספים תוך כדי תהליך הרכישה. מחקרים שונים מצאו שתמחור 'מטפטף' מביא, ככלל, להגדלת היקף המכירות לעומת תמחור רגיל.¹⁰⁷

תמחור 'מטפטף' דומה (אף כי אינו זהה) לתמחור חלקי. לפיכך, ההסברים באשר לאופן פעולת המנגנון הקוגניטיבי בטכניקת התמחור החלקי, המבוססים בעיקר על הטיית העיגון, עשויים במקרים רבים להיות רלוונטיים גם בהקשר של תמחור 'מטפטף'. עם זאת, נראה שעיקר השפעתו של התמחור ה'מטפטף' קשורה דווקא בהיבטים המבדילים בינו לבין תמחור חלקי. טכניקת התמחור ה'מטפטף' יוצרת למעשה 'הפרדה' כרונולוגית בתמחור. היא נועדה להביא לכניסתו של הצרכן לתהליך הרכישה תוך ניצול העניין שהביע במחיר ההתחלתי. לאחר כניסתו לתהליך הרכישה, היטלים נוספים ישפיעו פחות על נכונותו לרכוש את המוצר. זאת, הן בעקבות החלטתו הראשונית לרכוש את המוצר והירתמותו המנטאלית להשגתו, והן בעקבות עלויות העסקה שכבר הושקעו.

טכניקות שיווק נוספות שהוכחו במחקרים שונים כיעילות עושות שימוש במנגנון קוגניטיבי דומה. כך, הטכניקה המכונה "רגל בדלת" שואפת למנף את הסכמת הצרכן לתנאי ראשוני כדי לקבל את הסכמתו לתנאים נוספים (וזאת גם במקרה בו הצרכן לא היה מסכים לתנאים הנוספים מלכתחילה). בניסוי שנערך ע"י Freedman & Frazzini, נבחנו שתי קבוצות של משתתפים. נבדקים מהקבוצה הראשונה התבקשו תחילה להסכים לעניין פעוט (יחסית) – הם התבקשו להסכים לתליית שלט קטן על ביתם, או לחתום על עצומה.

¹⁰⁷Gorkan, Furnham & Fagan, לעיל ה"ש 85, עמודים 699-697.

נושא השלט או העצומה היו נהיגה בטוחה או "שמירה על קליפורניה יפה".¹⁰⁸ שבועיים לאחר מכן, התבקשו אותם נבדקים לתלות בחצר ביתם שלט גדול, ועליו הכיתוב "נהגו בזהירות" ("Drive Carefully"). בקבוצה השנייה התבקשו המשתתפים בשלב הראשון לתלות בחצר ביתם את השלט הגדול, ללא שהתבקשו קודם לכן לתלות שלט קטן או לחתום על עצומה. הממצאים הראו שבקבוצה השנייה הסכימו פחות מ-20% מהנבדקים לתלות את השלט. לעומת זאת, בקבוצת הנבדקים הראשונה נרשמו מעל 55% הסכמה לתליית השלט הגדול.¹⁰⁹ ממצאי המחקר מצביעים על כך שלאנשים מוכנות גבוהה יותר להסכים לבקשה 'גדולה' לאחר שכבר נענו בעבר לבקשה 'קטנה' יותר.¹¹⁰

אחד ההסברים להצלחת הטכניקות המוצגות יכול להימצא בממצאים העוסקים בפער בין עמדות להתנהגות, ובצורך בריכוך הדיסוננס הקוגניטיבי באמצעות הצדקות. כך, בנוגע לטכניקת התמחור 'המטפף' – לאחר החלטת הלקוח להיכנס להליך רכישת המוצר, או לאחר החלטתו לרכוש את המוצר, הצרכן ייטה לדבוק בהחלטתו הראשונית. כפועל יוצא, הוא צפוי להתאים את עמדותיו בנוגע למחיר אותו הוא מוכן לשלם עבור החבילה הכוללת, ולהיות נכון יותר להסכים להיטלים נוספים.¹¹¹

מובן, שנטייה זו אינה מוחלטת. תוספת למחיר מגדילה את הסכום הכולל שעל הצרכן לשלם, ולכך – כמובן – השפעה מיידית על נכונותו לרכוש את המוצר או החבילה (ולעתים אף על יכולתו לרכוש את המוצר או החבילה). היטלים משמעותיים מאד צפויים בוודאי לגרום ללקוח לסרב להתקשרות. עם זאת, הממצאים שסקרנו מצביעים על כך שעצם ההחלטה הראשונית לרכוש את המוצר, או ההחלטה על כניסה למשא ומתן או לתהליך הרכישה, צפויים להוביל לנטייה להצדיק את ההחלטות והמעשים של הצרכן, גם במחיר של עריכת התאמות מסוימות בשווי המוצר בעיניו, כלומר במחיר שיסכים לשלם עבורו.

תובנות אלה ושיטות השיווק המבוססות עליהן מספקות גם הן הסבר לתופעת הקשירה וליכולתה להגדיל את רווחי הגוף הקושר. מנגנון הקשירה מנצל את נכונות הצרכן לרכוש את המוצר הקושר במחיר המונופוליסטי על מנת לגרום לו לרכוש מוצר נוסף, וזאת גם אם לא היה מעוניין לרכוש את המוצר הנוסף במחיר המוצע אלמלא הקשירה. החלטת הצרכן לרכוש את המוצר שבמונופולין, או החלטתו להיכנס לתהליך הרכישה, מגדילות את הסיכוי שיסכים לרכוש גם את המוצר הנקשר במחיר גבוה יותר. בניגוד לתיאוריה הכלכלית ה"קלאסית", אין מדובר ב"משחק סכום אפס" בו כל תוספת שנגבית עבור המוצר הנקשר מקוזזת מן התמורה שמוכן הצרכן לשלם עבור המוצר הקושר. ההיפך הוא הנכון: הנכונות (והרצון) לרכוש את המוצר הקושר מגדילים את הנכונות לשלם עבור המוצר הנקשר.

יש לעמוד על כך, שבניגוד לקשירה באמצעות טכניקת התמחור החלקי המבקשת לנצל את הטיית העיגון, במסגרת תמחור 'מטפף' אין הכרח שהצרכן יראה לנגד עיניו בעת הרכישה מחירים נפרדים של המוצר

¹⁰⁸ האפשרויות השונות נועדו לאפשר לחוקרים ליצור תתי-קבוצות שונות, לצורך בידוד משתנים שונים. כך, החוקרים יכלו להבחין בין מקרה בו נושאה של הבקשה השניה היה זהה לנושא הבקשה הראשונה (נהיגה בטוחה/שמירה על קליפורניה יפה) לבין מקרה שבו נושאה של הבקשה השנייה היה שונה. כמו כן, החוקרים יכלו להבחין בין מקרה בו הבקשה הראשונה הייתה מאותו סוג (תליית שלט/חתימה על עצומה) של הבקשה השנייה, לבין מקרים שבהם היה הבדל באופי הבקשות.

¹⁰⁹ הממצאים מתייחסים כמובן לכלל הנשאלים מהקבוצה הראשונה (גם אלה שסירבו לבקשה הראשונה).
¹¹⁰ Freedman, J. L., & Fraser, S. C. (1966). Compliance Without Pressure: The Foot-In-The-Door Technique. *Journal Of Personality And Social Psychology*, 4(2), 195.
¹¹¹ "balling Technique". במסגרת טכניקה זו מוצעת ללקוח תחילה עסקה אטרקטיבית שאין לו סיבה לסרב לה, ורק לאחר מכן מתווספים להצעה מרכיבים נוספים. במספר ניסויים נמצא כי לאחר הבעת הסכמה ביחס לעסקה הראשונית, הסיכוי לקבלת התחייבויות נוספות גדל משמעותית. ור': Cialdini, R. B., Cacioppo, J. T., Bassett, R., & Miller, J. A. (1978). Low-Ball Procedure For Producing Compliance: Commitment Then Cost. *Journal Of Personality And Social Psychology*, 34(5), 463.

¹¹¹ דרך נוספת להבין את ההיענות (Compliance) לטכניקות המתוארות היא שהאדם שכבר הסכים להצעה הראשונית או נכנס להליך הרכישה שואל את עצמו - "מדוע עד עכשיו הסכמתי ועכשיו לא? האם בגלל התוספת הפעוטה הזאת 'אזרוק' את הכול?". זוהי כמובן דוגמה לדפוס פעולה בעקבות דיסוננס קוגניטיבי.

הקושר והמוצר הנקשר. על מנת להפעיל את מנגנון ההצדקות די בכך שמחיר המוצר הקושר יהיה ידוע לצרכן. ידיעה זאת יכולה להיות מוקדמת להליך הרכישה הספציפי. כך יהיה, לדוגמה, כאשר המוצר הקושר נמכר על ידי יצרנים אחרים בנפרד מן המוצר הנקשר והצרכן נחשף למחיר זה במסגרת חיפושיו אחר המוצר הקושר, או שהוא מודע בדרך אחרת למחיר בו אותם יצרנים מציעים את המוצר.¹¹²

מובן, שאין צורך שהצרכן ידע במדויק את מחירו של המוצר הקושר, ודי בכך שיידע בקירוב את מחירו. לפיכך, מנגנון ההצדקות עשוי לפעול בכל פעם שהצרכן יודע מה מחיר המוצר הקושר, או אפילו במצבים בהם הצרכן משער את מחירו של המוצר הקושר. במובן זה, מנגנון ההצדקות מספק הסבר גם לאותם מקרי קשירה שאינם מוסברים על ידי הטיית העיגון.

(ג) מגבלות ההסבר

בתת-פרק זה ביקשנו לטעון כי ניתן להבין את רווחיות הקשירה מנקודת ראותו של המוכר באמצעות התשתית התיאורטית של הדיסוננס הקוגניטיבי ומנגנון ההצדקות (Justifications). בתוך כך, הצגנו מספר שיטות שיווק המבוססות על מנגנון קוגניטיבי זה שיש בהן כדי להדגים את יעילות הקשירה, ובראשן את טכניקת התמחור ה'מטפף'.

גם להסבר זה ישנן מספר מגבלות עליהן יש לעמוד. המגבלה הראשונה היא מגבלה תיאורטית בעיקרה. כפי שהוסבר, כדי שהמנגנון יופעל, נדרש שלצרכן יהיה "מחיר ייחוס" כלשהו של המוצר הקושר, שיצדיק את ההסכמה לרכישת המוצר הנקשר. כאמור, מחיר זה יכול להיות משוער, ואף יכול להיות מחיר הנגבה על ידי מוכרים אחרים. אך נדרש שבתודעתו של הצרכן יהיה למוצר הקושר מחיר כלשהו (שאינו מחיר החבילה הקשורה). על כן, קשירה לא תוכל להפעיל את מנגנון ההצדקות באותם מקרים שבהם המוצר הקושר אינו נמכר **לעולם** בנפרד מן המוצר הנקשר, והמוצר הנקשר אינו נמכר **לעולם** בנפרד מן המוצר שבמונופולין. כאמור, מגבלה זו אינה נראית משמעותית מבחינה מעשית. נדמה שנדירים המקרים בהם שני מוצרים נקשרים יחדיו באופן כזה שלא ניתן **לעולם** לרוכשם בנפרד, כך שלא קיים כלל מחיר נפרד לרכיבי החבילה. ברוב המקרים הנדונים של קשירה עסקינה בקשירה בין שני מוצרים הנמכרים גם בנפרד. הדיון הרחב בפסיקה, שנזכר מעלה,¹¹³ במסגרתו נדרש כי לשני המוצרים יהיה ביקוש נפרד – מלמד כי עיקר העיסוק בעילת הקשירה אינו במצבים בהם שני מוצרים ניתנים להפרדה 'רעיונית' אך לא נמכרו מעולם בנפרד, אלא דווקא באותם מצבים בהם המוצרים נמכרים גם בנפרד, כך שניתן לזהות ביקוש נפרד לכל אחד מהם. על כן, נדירים יהיו המקרים בהם לא ניתן להפעיל את מנגנון ההצדקות באמצעות קשירה בשל העדר "מחיר ייחוס".

מעבר לכך, חשוב לזכור כי באותם מקרים בהם המוצרים נמכרים **תמיד** כחבילה, עסקינה במוצרים שמטבעם, או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים, נקשרים זה לזה. על כן, בהתאם ללשון החוק, קשירה מסוג זה לא תבוא כלל בגדר האיסור המוטל על קשירה. הניתוח המוצע כאן מסביר מדוע טיפול בקשירה מסוג זה אינו נדרש כלל, ובמובן זה מספק הסבר לגבולות שהותוו בדין לאיסור על קשירה.

המסקנה העולה מן הניתוח היא שמנגנון ההצדקות (וליתר דיוק – ניצולו) מספק בפועל הסבר לאותם מקרי קשירה שאינם מוסברים על ידי הטיית העיגון. מחד, נדירים יהיו מוצרים שלהם לא קיים כלל מחיר נפרד.

¹¹² כפי שזכר, בעל מונופולין (או בעל כוח שוק) אינו רק מי שמוכר את כל יחידות המוצר שבמונופולין, אלא מי שמחזיק בידו נתח שוק העולה על 50%, או שהוא בעל כוח שוק משמעותי (ר' לעיל, בה"ש 8 – 9 ובטקסט הנלווה (ביחס לדין בישראל), ובה"ש 32 – 37 (ביחס לדין בארצות הים)).

¹¹³ ה"ש 21 – 26 ובטקסט הנלווה.

מאידך, באותם מקרים בהם לא קיים כלל מחיר נפרד משום שהחבילה נתפסת כמוצר אחד – לא יחול ממילא איסור על קשירה.

מגבלה נוספת עליה יש לעמוד היא שלכאורה, התובנות ביחס למנגנון הקוגניטיבי המופעל באמצעות הטכניקה של תמחור 'מטפטף' אינן ישימות במישורן בסיטואציה של קשירה. זאת, משום שבקשירה אין מדובר – לפחות בחלק ממקרי הקשירה – בהצגת מחיר אחד ובהוספת מחיר נוסף **בשלב מאוחר יותר**, אלא בהצגת מחיר החבילה כבר בשלב הראשון.

גם קושי זה אינו משמעותי. יש לזכור, כי כעניין כרונולוגי, מחליט הצרכן על פי רוב לפתוח בהליך רכישה של מוצר נתון, ואגב הליך הרכישה – חיפוש המוצר, בדיקה של תכונותיו, השוואת מחירו למחירי מוצרים אחרים וכיוצא באלה – הוא נעשה מודע למוצר הנוסף. מטבע הדברים, על פי רוב יתחיל הצרכן בחיפוש אחר המוצר הקושר, ולאחר תחילת התהליך יגלה כי עליו לרכוש גם את המוצר הנקשר. בשל כך, נדמה שברוב מקרי הקשירה קיים פער כרונולוגי מסוים בחשיפה למחירי המוצרים.

זאת ועוד: קשירה יכולה להתבצע בטכניקות שונות, ובחלק מן הטכניקות המוכרות של קשירה יוצר המוכר הפרדה כרונולוגית בין השלבים. מקרה טיפוסי שבו הקשירה מתבצעת בשלבים מובחנים כרונולוגית הוא המקרה בו ישנן מספר אופציות של מוצרים נקשרים, שהצרכן נדרש לבחור אחד מהם. במקרים כאלה, מוצעות לצרכן מספר אופציות קשורות – כגון: משלוח בדואר רגיל, משלוח בדואר מהיר ומשלוח בדואר שליחים; אחריות לשנה ואחריות לשלוש שנים; וכו' – וכל אחת מהן מתומחרת בנפרד. במקרים כאלה, אין מנוס מהצעת המוצר המקורי (הקושר) בשלב ראשון, והצגת התוספות בשלב שני. אף שלצרכן אין כל דרך לרכוש את המוצר הקושר ללא אף מוצר נקשר (או שרכישת המוצר הקושר בלא אף מוצר נקשר אינה כדאית, אף אם היא אפשרית), הבחירה בין מוצרים נקשרים שונים מאפשרת למוכר לנצל את ההטיה המופעלת באמצעות טכניקת התמחור 'מטפטף'. כך, לדוגמה, בחיפושים באתרי האינטרנט של החברות Amazon ו-Apple קורה לא אחת, שמחירו של מוצר מוצג תחילה ללא ציון עלות המשלוח. לאחר ההחלטה לרכוש את המוצר, במעבר לביצוע התשלום, מתבקש הצרכן לבחור בין אופציות משלוח שונות, שכל אחת מהן מגדילה את המחיר הכולל שיש לשלם עבור המוצר. אף שלצרכן אין אפשרות לרכוש את המוצר הקושר בלא כל תוספת, התוספות מוצגות – כרונולוגית – בשלב שני.

אם כן, נראה שגם בהסבר שהוצג בתת-פרק זה, הנוגע למנגנון ההצדקות, יש כדי לשפוך אור על יעילותה של פרקטיקת הקשירה מנקודת הראות של מוכרים. כמו ההסבר הקודם שעסק בהשפעות הטיית העיגון, גם הסבר זה הוא בעל תחולה רחבה יותר מההסברים שהוצעו בכתביה מאוחרת לזו של חוקרי אסכולת שיקגו, וכפי שהודגם – הוא רלוונטי למקרים רבים בעולם המסחר של ימינו, בייחוד בכל הנוגע לרכישה מקוונת.¹¹⁴

יתר על כן: ייתכן שקשירה מאפשרת לנצל את ההטיות ולהפעילן באופן אפקטיבי במיוחד. כאשר בקשירה עסקינן, ייתכן שלצרכן קל אף יותר לרכך את הדיסוננס הקוגניטיבי מאשר במקרה הרגיל של תמחור חלקי או במקרה הרגיל של תמחור 'מטפטף'. הטעם לכך הוא שבמקרים של קשירה, התוספת למחיר

¹¹⁴ ר' The Office of Fair Trading, Advertising of Prices, OFT 1291, 23 (Dec. 2010), שם נמצא כי 38% מהנשאלים נתקלו באינטרנט בטכניקות שיווק מהסוגים המוזכרים כאן. מחקר זה נערך בשנת 2010, ויש להניח כי בעשור שעבר מאז, שהתאפיין בהתגברות משמעותית ביותר של סחר אלקטרוני, חל גידול משמעותי בחשיפה לטכניקות מסוגים אלה. ר' אמל ג'בארין, ה"ש 71 לעיל. חיבור זה עוסק בדיני המסחר האלקטרוני הצרכני ומתמקד בעיקר בדיני הגנת הצרכן (במובחן מדיני התחרות). בהקשר זה, עוסק החיבור (בעמ' 1227 – 1239) בניתוח טכניקת התמחור החלקי (החיבור אינו מבחין בין טכניקת התמחור החלקי לבין טכניקת התמחור 'מטפטף', ולמעשה מתייחס לשתי הטכניקות במאוחד). המחבר מציין כי "מחקרים אמפיריים מצביעים על כך, ששיטה זו מגבירה את הביקוש של הצרכנים ואף עלולה להטעות אותם". בתוך כך, המחבר מצביע על ממצאים המעידים על אפשרות לניצול הטיות קוגניטיביות של צרכנים באמצעות הפרקטיקה הנדונה. על אף שהמאמר ממוקד בדיני הגנת הצרכן, מסקנות הניתוח של המחבר דומות לניתוח שנערך כאן (אף שהיישום שונה). המחבר מציין גם הטיות נוספות שעשויה המוכר לנצל באמצעות טכניקת התמחור החלקי. אנו מודים למערכת כתב העת משפטים על הפניית תשומת ליבנו לחיבור זה.

הראשוני – בין שמדובר בתוספת המתווספת בשלב מאוחר יותר (במקרים של תמחור 'מטפף'), ובין שמדובר בתוספת הידועה לצרכן למן תחילת הליך הרכישה (במקרים של תמחור חלקי) – ניתנת כנגד **תמורה נוספת שמקבל הצרכן**, בדמות המוצר הנקשר. במקרים רגילים שבהם היטלים מתווספים לרכישה ללא תמורה, נאלץ הצרכן לייחס את מלוא העדכון של הערכתו למוצר הבסיסי. כך, צרכן הרוכש מוצר ברשת האינטרנט ומגלה שלמחיר המוצר התווסף (לצד המחיר המרכזי, או בשלב שני של הרכישה) מס, אינו מקבל, בראייתו, דבר נוסף עבור המוצר – בסופו של דבר הוא מסיים את תהליך הרכישה כששילם סכום גבוה יותר משציפה לשלם עבור המוצר לכתחילה. לעומת זאת, במקרי קשירה הלקוח מקבל כנגד תוספת המחיר תמורה נוספת. אף אם באופן סובייקטיבי לא היה הלקוח מעוניין באותה תוספת – כלומר ברכישתו של המוצר הנוסף – נראה שקל יותר יהיה להפעיל את מנגנון ההצדקה במקרה זה.

ד. המסקנות הנורמטיביות – קשירה כשימוש לרעה בכוח מונופוליסטי?

בפרק הקודם עמדנו על כך שהסבר אפשרי לקשירה הוא שבעזרתה מנצל המוכר הטיות קוגניטיביות של הצרכנים, המאפשרות מצידן גביית מחיר גבוה יותר עבור החבילה משניתן היה לגבות עבור שני חלקיה אלמלא נקשרו. בניגוד להנחה הבסיסית בספרות, לפיה 'קשירה ממנפת' – שימוש בכוח שוק משוק א' בשוק ב' – היא ביסודה "משחק סכום אפס", בו תוספת המחיר בשוק ב' מקוזזת מן הנכונות לשלם עבור מוצר א', ההטיות הקוגניטיביות שנסקרו מסבירות את הקשירה ככזו המאפשרת (מנקודת ראותו של המוכר הקושר) יצירת שלם הגדול מסך חלקיו. באמצעות קשירה יכול המוכר לנצל את הטיית העיגון כדי להגדיל את נכונות הצרכן לשלם עבור המוצר הנקשר. בנוסף, באמצעות קשירה יכול המוכר לנצל את נטייתם של אנשים להצדיק החלטה מוקדמת שהחליטו כדי להגביר את נכונותם לשלם עבור המוצר הנקשר (בעיקר במצבים בהם המוצר הנקשר מוצג בשלב שני של הליך הרכישה או המשא ומתן). מובן, שניתן גם לנצל את שתי ההטיות במקביל.

הסברים אלה מציגים ניתוח מחודש של ההשפעה של פרקטיקת הקשירה, וממילא מצדיקים בחינה מחודשת של הכללים הנוגעים אליה.

אולם, חשוב לשים לב כי הניתוח המחודש אינו מוביל באופן אוטומטי למסקנה **שהאיסור הקבוע בסעיף 29א(ב)(4) לחוק התחרות מוצדק**. בהקשר זה יש לעמוד על שלושה טעמים מרכזיים לכך שהניתוח המוצע בחיבור זה אינו מנביע מניה וביה את המסקנה שהאיסור הקבוע בסעיף 29א(ב)(4) מוצדק:

ראשית, כפי שהוער בתחילת הניתוח, במקרים רבים קשירה מפחיתה את עלויות העסקה של שני הצדדים, ובכך מגדילה את הרווחה הכוללת.¹¹⁵ לפיכך, קשירה היא במקרים רבים פרקטיקה יעילה מבחינה חברתית. איסור על קשירה – קל וחומר כלל הקובע חזקה חלוטה לפגיעה בתחרות במקרים שבהם המוכרת הקושרת היא בעלת מונופולין¹¹⁶ – נושא עמו מחיר של מניעת קשירות רצויות ומועילות. אמנם, היסוד השלישי של עילת הקשירה, הדורש – כתנאי לאיסור – שהתניית ההתקשרות תהיה התניה "בתנאים אשר מטבעם או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים אינם נוגעים לנושא ההתקשרות", מוציא מגדרי האיסור את רובן המכריע של הקשירות הרצויות מבחינה חברתית, וככל הנראה את כולן.¹¹⁷ אולם תיתכן – למצער כעניין תיאורטי – סיטואציה אחת בה לא יחול הסייג, ובשל כך יוטל איסור על קשירה מועילה. סיטואציה אפשרית זו היא הסיטואציה בה בעל מונופולין מפתח מוצר חדש, המשלב מוצרים שונים. היות שמדובר במוצר חדש,

¹¹⁵ ור' גם עניין ידיעות, לעיל ה"ש 13, פסקה 149.

¹¹⁶ כאמור מעלה, בשנים האחרונות הרהרו מלומדים ובתי משפט במוחלטות החזקה (ר' ה"ש 15 לעיל).

¹¹⁷ ר' ה"ש 25 לעיל.

אין מדובר בקשירה בהתאם לתנאי מסחר מקובלים. על כן, עלולה הקשירה להיתפס ברשתו של האיסור. קשירת נגן מוזיקה לטלפון נייד מקובלת כיום בהתאם לתנאי מסחר מקובלים, ואף נראית כעניין כה טבעי שקשה להעלות על הדעת מכירה של טלפון נייד 'חכם' בלא נגן מוזיקה. ברם, עת הוחל בייצורם של טלפונים ניידים 'חכמים' היו בנמצא מכשירים ניידים ייעודיים לנגני מוזיקה (דוגמת מכשירי ה-Ipod וה-mp), וקשירה של טלפונים לנגני מוזיקה לא היתה טבעית ולא היתה מקובלת בהתאם לתנאי מסחר מקובלים. קשירה מסוג זה, אילו נעשתה על ידי בעל מונופולין, היתה עלולה להיתפס ברשתו של האיסור על פי לשון החוק, אף שברור – בוודאי בדיעבד – שמדובר בקשירה יעילה. הטלת איסור על קשירה מחייבת, אפוא, בחינה של עלותו של הכלל אל מול תועלתו. כלל הקובע חזקה לפיה קשירה של בעלי מונופולין פוגעת בתחרות או בציבור נושא עמו מחיר חברתי של הרתעת יתר פוטנציאלית מפני קשירות מועילות, בפרט כאשר מדובר בקשירה במסגרת מוצר חדשני, המתבררת בדיעבד כמועילה.¹¹⁸ על כן, זיהויה של אפשרות להגדלת רווחי המוכר כתוצאה מקשירה אינה מחייבת מניה וביה את המסקנה כי רצוי להטיל איסור על קשירה.

טעם שני לכך שהניתוח המוצע בחיבור זה אינו מוביל באופן אוטומטי למסקנה שהאיסור הקבוע בסעיף 29א(ב)(4) לחוק התחרות מוצדק, הוא שהיחס כלפי ניצול הטיית תלוי בתפיסה מקדמית לגבי הטיית קוגניטיבית. בעניין זה תיתכנה שתי גישות קוטביות: לפי גישה אחת, יש להדגיש את העובדה שהקשירה משפרת את מצבו של הצרכן **בעיניו שלו**. על פי גישה זו, גם אם הסיבה לעליית הערך של החבילה בעיני הצרכן היא הטיית קוגניטיבית, בסופו של יום מעלה הקשירה את שווי של המוצר הנקשר (האוזניות בדוגמה מעלה) בעיני הצרכן.¹¹⁹ גישה זו נותנת בכורה להעדפותיהם של הצרכנים, תוך קבלת הטייתיהם כנתונות.¹²⁰ בהתאם לגישה זו, בסופו של יום הצרכן מעריך את החבילה בשווי גבוה משהיה מעריך את סך חלקיה אלמלא נקשרו המוצרים, לפחות במובן זה שנכונותו לשלם עבורה גדלה. על כן, רכישת החבילה משתלמת מבחינתו, ומצבו הוטב, גם אם כעניין כלכלי רווחי המוכר גדלו.

לפי הגישה השנייה, יש להתייחס להטיות ולניצולן כתופעה שיש להגן מפניה. יש לזכור, **שהנכונות** לשלם עבור המוצר עולה, אך לא בהכרח **ההערכה של המוצר** בעיני הצרכן. כך, בדוגמה שהוצגה מעלה, אוזניות אינן שוות בעיני הצרכן 2 ש"ח. כאשר הן נקשרות למחשב, הצרכן מוכן לשלם 102 ש"ח עבור **החבילה**. בהינתן תמחור מונופוליסטי קבוע של המוצר הקושר (100 ש"ח עבור המחשב), ממילא ניתן לומר כי הצרכן מוכן לשלם 2 ש"ח עבור האוזניות לאחר הקשירה. אולם, יושם אל לב כי שווין של האוזניות – כלומר ערך בעיני הצרכן – לא גדל בעקבות הקשירה. הקשירה במקרה זה אינה חוסכת דבר, ואינה מוסיפה ערך כלכלי לצרכן. כל שהיא עושה הוא **להגביר את נכונות הצרכן** לרכוש את החבילה באמצעות ניצול הטייתו. ואכן, החוקרים שהדגימו את האפקט החזק של הטיית העיגון בדוגמה של השפעת ה-Social Security Number על הערכת שווי טענו, כי ה"שרירותיות הקוהרנטית" שנוצרת בעקבות השפעת הטיית העיגון מטילה ספק ברלוונטיות של תיאוריות כלכליות הנסמכות על העדפותיהם של צרכנים כפי שהן מתגלות מבחירותיהם.¹²¹

¹¹⁸ כמענה חלקי לקושי זה ניתן לקבוע כלל מרוכך יותר, לפיו החזקה שבסעיף אינה חלוטה. כאמור, לגישה זו תימוכין בפסיקה מהשנים האחרונות (ר' ה"ש 15 לעיל). אולם גם קביעת כלל לפיו החזקה האמורה אינה חלוטה, אינה מאיינת לגמרי את האפשרות של הרתעת יתר מפני קשירות מועילות – ור' בהקשר זה את טענתם המרכזית של שניא וונג, ה"ש 116 לעיל. גל ונבו, ה"ש 72 לעיל. ר', לדוגמה, Michael J. Trebilcock, An Introduction to Law and Economics, 23(1) Monash U. L. Rev. 123 (1997), at 132 – 135.

¹²⁰ במובן זה, דומה קשירה לפרסום. גם פרסום – כמו קשירה – מביא תועלת רבה. הוא מעביר לצרכנים פוטנציאלים מידע מגוון על המוצר, מאפשר להם את זיהויו בקלות ובכך מפחית עלויות עסקה. בה בעת, הוא מגדיל את הביקוש למוצר, לעתים מטעמים שנתפסים כלא רצויים בעיני רבים, כגון לחץ שחש הצרכן לרכוש את המותג המוביל, וכד'. לסקירה של התפתחות היחס לפרסום ר' Ramsi A. Woodcock, *The Obsolescence of Advertising in the Information Age*, 127 Yale L.J. 2270 (2018), (אם כי גישת הכותב היא דווקא ביקורתית כלפי פרסום, וההצעה במאמר היא להכביד את ידן של רשויות האכיפה על פרסום).
¹²¹ ר' ה"ש 84 לעיל.

על כן, ההכרעה בשאלה האם ראוי לאסור את פרקטיקת הקשירה בשל העובדה שהיא מנצלת הטיות קוגניטיביות של הצרכנים תלויה בהכרעה ערכית מקדמית. הדיון הנורמטיבי בעניין זה מחייב הכרעה בשאלה כיצד יש להתייחס להטיות קוגניטיביות. גם מטעם זה, לא ניתן לגזור מן הניתוח בחיבור זה מסקנה אוטומטית לפיה יש להטיל איסור על קשירה.

ישנו גם טעם שלישי – ומרכזי – בגינו ניתן לכאורה לפקפק בכך שהניתוח המוצע בחיבור זה מצדיק הטלת איסור על בעלי מונופולין לקשור בין מוצריהם. טעם זה איננו טעם כללי שעניינו עלותו של כלל אל מול תועלתו או היחס הערכי להטיות, אלא טעם הנוגע באופן קונקרטי לזיקה בין המעמד המונופוליסטי לבין היכולת לנצל את הקשירה באופנים המתוארים בחיבור זה.

לכאורה, מן הניתוח המוצע בחיבור עולה שאין להטיל איסור על קשירה דווקא על בעלי מונופולין. זאת, שכן ההסברים המוצעים בחיבור זה לשימוש בקשירה אינם תלויים במישרין בכוח השוק של המוכר הקושר. למעשה, הניתוח המוצע בחיבור זה יפה באופן כללי לקשירה בין שני מוצרים בעלי ביקוש נפרד אשר מתקיים ביניהם יחס של "עיקר וטפל", ולפיכך גם מוכר בתחרות יכול לנצל את ההטיות הקוגניטיביות הפועלות במקרים של קשירה. על פני הדברים, אין כל סיבה שבגללה לא יקשרו גם מוכרים בתחרות מוצרים שונים זה לזה, על מנת להגדיל את רווחיהם. את הטענה הזאת, על אף שבמבט ראשון היא שובת לב, יש לדעתנו לדחות.

למרות שכוח שוק אכן אינו תנאי בלעדי אין ליכולת לקשור בין מוצרים באופן המוצע בחיבור זה, ישנה זיקה חזקה בין כוח שוק לבין היכולת לנצל לאורך זמן את ההטיות הקוגניטיביות המוזכרות. הטעם לכך נעוץ, בפשטות, בהעדרה של תחרות. בעל מונופולין אינו נתון ללחצים תחרותיים, וכפועל יוצא הוא יכול לנצל באופן מלא כל גידול בנכונותם של הצרכנים לשלם עבור המוצר שבמונופולין. לעומתו, יצרן בתחרות אינו יכול לנצל את נכונותם של הצרכנים לשלם עבור המוצר יותר מעלותו השולית, יהא מקורה של אותה נכונות אשר יהא. אם יצרן בתחרות מוצא כי ניתן להגדיל את רווחיו באמצעות קשירה, יוכלו כל היצרנים המתחרים ללכת בעקבותיו, ולנצל את אותה הטיה. הם אף צפויים לעשות זאת, שהלא גם הם מעוניינים להגדיל את רווחיהם. כך, ייווצר למעשה שוק של חבילות קשורות. במהרה, תוביל התחרות בין היצרנים לכך שהמחיר שייגבה עבור החבילה על ידי כל אחד מן היצרנים המתחרים ביניהם יהיה מחירה התחרותי. כפועל יוצא, הצרכנים יפיקו את העודף הנוצר מן הקשירה, בעוד שהיצרנים (המתחרים ביניהם) ייהנו מרווח תחרותי בלבד. לעומת זאת, בעל מונופולין אינו נתון ללחץ תחרותי דומה, ולכן יוכל לנצל לאורך זמן את הנכונות המוגברת של הצרכנים לרכוש את החבילה בעקבות הקשירה.

לצורך ההמחשה, נניח כי בדוגמה המשמשת בחיבור זה, מחשבים נמכרים לא על ידי בעלת מונופולין, אלא על ידי יצרנים בתחרות. נניח עוד, כי מחירו התחרותי של מחשב הוא 100 ש"ח, ומחירן התחרותי של אוזניות הוא 2 ש"ח. היות שהיצרנים מצויים בתחרות, מחשבים נמכרים במחיר התחרותי – 100 ש"ח. בשלב מסוים מגלה אחד היצרנים שעל ידי קשירת אוזניות למחשבים, הוא יכול להפעיל אצל צרכנים את ההטיות הנזכרות בחיבור זה, לגבות 103 ש"ח עבור החבילה ולהגדיל את רווחיו. אותו יצרן יפעל, כמובן, לניצול ההטיה, ויתחיל לקשור אוזניות למחשבים. אולם, אין דבר שימנע גם מן היצרנים המתחרים לקשור אוזניות למחשבים. תוך זמן קצר – אם לא מיד – יפעל כל השוק באותו האופן. מכיוון שעלותה השולית של החבילה היא, על פי ההנחה, 102 ש"ח, תוביל התחרות בין היצרנים לכך שמחירה של החבילה יהיה בדיוק 102 ש"ח. חשוב לזכור כי אף שההטיות גורמות לכך שצרכנים מוכנים לשלם 103 ש"ח עבור החבילה, אין הן גורמות לכך שהצרכנים מעדיפים לשלם 103 ש"ח על פני תשלום מחיר נמוך יותר. ההטיה וניצולה אינם משנים, על כן, את הניתוח של המודלים הכלכליים הקלאסיים של תחרות. הפחתת המחיר על ידי כל אחת מהיצרניות

תביא להגדלת כמות המכירות של אותה יצרנית, ועל כן צפוי שהמחיר שייגבה עבור החבילה בתחרות יהיה מחיר עלותה השולית.

אם כן, בתחרות צפוי אמנם שכל היצרנים יפעילו את אותן הטיות (על ידי קשירה), אך הקשירה לא תגדיל את עודף היצרן על חשבון עודף הצרכן. כלומר, הלקוחות לא ישלמו יותר מן העלות השולית עבור החבילה. התחרות תלבש צורה של תחרות בין חבילות מוצרים קשורים במקום תחרות בין מוצרים יחידים. אך התוצאה – בכל הקשור לרווחות הצרכנים, לרווחות היצרנים ולחלוקה ביניהם – לא תשתנה.

למעשה, היות שההטיות פועלות על נכונות הצרכנים לשלם, ניתוח הסיטואציה בכל הקשור ליכולת לגבות מחיר גבוה מהמחיר התחרותי אינו שונה מן הניתוח התחרותי הסטנדרטי. עבור כל מוצר שהוא, קיימים צרכנים רבים המוכנים לשלם מחיר גבוה מן המחיר התחרותי. ממילא, עבור כל מוצר שהוא קיים מחיר גבוה מן המחיר התחרותי שיגדיל את רווחיהם של היצרנים (או של היצרן הבודד) על חשבון הצרכנים. זהו המחיר המונופוליסטי. אלא שיצרנים בתחרות אינם יכולים – בשל התחרות ביניהם – לנצל את נכונותם של הצרכנים לשלם יותר עבור המוצר. כפועל יוצא, יצרנים בתחרות מוכרים את המוצר במחיר שמוכתב על ידי התחרות ביניהם, הוא מחיר העלות השולית (בתחרות מושלמת). לעומת זאת, בעל מונופולין יכול לנצל את נכונותם של צרכנים לשלם מחיר גבוה יותר כתוצאה מן ההטיות הנוצרות בעקבות הקשירה, וממילא צפוי כי ינצל נכונות זו.

מהאמור לעיל עולה כי אף שהטיות של צרכנים קיימות תמיד, ואף שהפעלת ההטיות אפשרית (ואפילו צפויה) גם בהעדר כוח שוק – ניצל שאיננו נקודתי וקצר מועד כדי להגדיל את רווחי המוכר על חשבון הצרכנים מותנה בכוח שוק. אם כן, קשירה המנצלת את ההטיות הנדונות בחיבור זה לאורך זמן מחייבת

כוח שוק.¹²² זו הסיבה שיש בניתוח שלעיל כדי להסביר מדוע מוצדק לטפל בקשירה דווקא במסגרת האיסורים המוטלים על בעלי מונופולין.¹²³

סיבה נוספת בגינה ניתן לחשוב שדווקא קשירה בין מוצרים המבוצעת על ידי בעל מונופולין עלולה לעורר קושי בהקשרן של ההטיות הקוגניטיביות שנסקרו בחיבור זה היא שבעל מונופולין מוכר ברגיל את מוצריו – המוצרים הקושרים – במחיר גבוה יותר מן המחיר התחרותי. היות שההטיות שנסקרו בחיבור זה צפויות לפעול באופן חזק יותר ככל שמחירו של המוצר הקושר גבוה יותר ביחס למחירו של המוצר הנקשר, בממוצע יהיה קל יותר לקשור באופן המנצל את ההטיות כאשר המוצר הקושר הוא מוצר שבמונופולין. גם מטעם

¹²² במבט ראשון, טענה זו עלולה להיראות כטענה ממנה נובעת מסקנה כללית יותר לפיה דיני הגנת הצרכן מתייתרים בשווקים תחרותיים. לכאורה, כאשר עסקינן בשווקים תחרותיים, כל ניצול של צרכנים ינוטרל על ידי מתחרים שיבקשו לנצל גם הם את הצרכנים באופן דומה, ויביאו להפחתה במחיר השוק של המוצר. אלא שפועלה של התחרות לנטרול ספונטאני של ניצול רלוונטי רק כאשר עסקינן בניצול של נכונות של הצרכנים לשלם. ניצול של נכונות של צרכנים לשלם סכום גבוה מן המחיר התחרותי אינו אפשרי בשווקים תחרותיים. לא כך כאשר ניצול הצרכן לובש צורה של הטעה, מסירת מידע חלקי, הסתרה של מידע חשוב וכדומה. במקרים כאלה, מנגנוני השוק אינם צפויים לנטרל באופן ספונטאני את הניצול. הטעם לכך הוא, שפועלה דומה של כל היצרנים תביא אמנם לכך שהיצרנים לא יפיקו רווחי יתר על חשבון הצרכן, אך לא תביא להפסקת הפגיעה בצרכן. התיאוריה צופה, שבסיטואציה כזו יתפתח 'שוק לימונים', בו נמכרים רק מוצרים באיכות הירודה ביותר, ועבורם נגבה המחיר הנמוך ביותר (George A. Akerlof, The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism, 84(3) Quarterly Journal of Economics 488 (1970)). בתכלית קיצור, במצבים בהם יש פערי מידע לטובת היצרנים, צפוי כי היצרנים (כולם) ינצלו יתרון זה. הצרכנים, היודעים כי זהו המצב, יעדכו את הערכותיהם את המוצרים בהתאם, ויסכימו לשלם עבור המוצרים רק מחיר המשקף את שווי של המוצר הנחות ביותר באיכותו. התוצאה היא, שצרכנים אינם מוכנים לשלם – וממילא יצרנים אינם יכולים למכור ברווח – מוצרים איכותיים יותר. כל המוצרים הנמכרים בשוק יהיו מוצרים באיכות נמוכה, ועבורם ייגבה מחיר נמוך (המשקף את איכותם הירודה). היות שיצרנים מבקשים למכור (גם) מוצרים איכותיים יותר במחירים גבוהים יותר, יש צורך במערכת דינים שתבטיח לצרכן אלמנטים שונים ביחס למוצר – איכות מינימאלית, בטיחות, עמידה של היצרן בנטען בפרסומיו וכיוצא בזה (או במנגנון שוק שיבטיח את אלה). ניתן להמחיש זאת בדוגמה ההיפותטית הבאה: נניח, כי מבטח רשאי להסתמך על תנאי או סייג לחבות או להיקפה, אף שהתנאי או הסייג לא פורטו או הובלטו כדבעי בפוליסת הביטוח (ר' סעי' 3 לחוק חוזה הביטוח, תשמ"א – 1981). נניח עוד, כי מבטחים מצויים בתחרות, וכי ניתן להשוות את הסייג או התנאי באופן מושלם, כך שמבטחים לא יוכלו לעולם להבחין בהם או להבין את מלוא משמעותם. אם כל המבטחים (המתחרים ביניהם) יכללו בפוליסות הביטוח תנאים שכאלה, **יהיה שווין של פוליסות נמוך יותר**, ומחירן יפחת בהתאם. בתרחיש הקיצוני, נניח כי תנאי כזה מאפשר למבטח שלא לשלם לעולם סכום כלשהו בקרות מקרה הביטוח. בתרחיש דמיוני שכזה, מבטחים אכן לא ייאצלו לשלם לעולם את תגמולי הביטוח למבטחים. הלחץ התחרותי צפוי לגרום לכך שמחירן של פוליסות ביטוח יהיה גם הוא 0 ש"ח (שכן זה שווין). היות שניתן למכור ברווח גם פוליסות שאין בהן הסתייגויות כאלה, צפויים המבטחים לתור אחר מנגנונים שיאפשרו להם ליטול על עצמם התחייבויות לתשלום תגמולי הביטוח בקרות מקרה הביטוח. דיני הגנת הצרכן הם מנגנון מסוג זה. הם נחוצים גם בשוק בו יש תחרות מושלמת כמנגנון היוצר התחייבות אמינה של היצרן כלפי הצרכן, על מנת לאפשר ליצרן לגבות עבור אותה התחייבות תמורה. כך המצב ביחס לטענות שונות של היצרן ביחס לטענות שונות של היצרן ביחס לתכונות המוצר; וכד' (ור', בהקשר קרוב, Ariel Katz, *Pharmaceutical Lemons: Innovation and Regulation in the Drug Industry*, 14 Mich. Telecomm. Tech. L. Rev. 1 (2007)). ברובם המכריע של המקרים, תחרות – ואפילו תחרות משובללת – אינה מאיינת מניה וביה את הצורך בדיני הגנת הצרכן. ייחודן של ההטיות הנדונות בחיבור זה הוא שפועלתן **היחידה** היא על נכונותם של הצרכנים לשלם עבור המוצרים. הצרכנים אינם חסרים **מידע** הנדרש להם כדי להעריך את שווי המוצרים, ואינם חסרים יכולת לאכוף על היצרנים את התחייבויותיהם. תחרות היא תחליף יעיל לדיני הגנת הצרכן רק בהקשרן של הטיות מן הסוג הנדון בחיבור זה ופעולתן.

¹²³ אף שמן הניתוח לא מתחייבת באופן אוטומטי המסקנה שיש **לאסור** על בעלי מונופולין את ניצול ההטיה. ישנו דמיון רב בין הקשירה המנצלת הטיות קוגניטיביות למקרה של מחיר מונופוליסטי "רגיל". בדומה לגביית מחיר מונופוליסטי, גם ניצול הטיה כדי לגבות מחיר גבוה יותר צפוי לעודד כניסת מתחרים. ניצולה של ההטיה יוצר "מטריית מחיר", המגדילה את כדאיות הכניסה לשוק (ר' George J. Stigler, *The Dominant Firm and the Inverted Umbrella*, 8 J. of Law & Econ. 167 (1965)). אך ר' Ariel Ezrachi & David Gilo, *Are Excessive Prices Really Self-Correcting?* 5(2) Journal of Comp & Econ. 249 (2009), וה"ש 42 לעיל). לכן, לאורך זמן צפוי תיקון עצמי של השוק, שיביא לכך שבטווח הארוך צרכנים לא ייפגעו מן הקשירה. אולם, מובן שבחיי המעשה תיקון עצמי של השוק על דרך של כניסת מתחרים איטי יותר וודאי פחות מהפחתת המחיר הצפויה במצבים שבהם כבר קיימת תחרות בשוק. כאמור, ישנו דמיון רב בין ניצול ההטיה לגביית מחיר על תחרות על ידי בעל מונופולין. ואכן, שאלת התיקון העצמי של השוק עולה גם בהקשרו של תמחור מונופוליסטי. השאלה האם ראוי לטפל בגביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין, והשאלה אימתי ייחשב תמחור מופרז, הן שאלות נכבדות, שבהן קיימות עמדות שונות (על היחס בין מחיר מופרז למחיר מונופוליסטי ר' בעמדת היועץ המשפטי לממשלה שהוגשה לבית המשפט העליון במסגרת רע"א 1248/19 **(החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ נ' רונן גפניאל)** (להלן: "עמדת היועץ המשפטי"). בישראל טרם נפסקה הלכה מחייבת של בית המשפט העליון בשאלה זו. במספר פסקי דין והחלטות של בתי המשפט המחוזיים ובגילויי דעת של רשות התחרות נקבע שיש לפרש את הוראת סעי' 29א(ב1) לחוק התחרות הכלכלית, הקובע איסור על קביעת רמת מחירי מכירה או קניה בלתי הוגנים של הנכס או השירות שבמונופולין, ככולל איסור (גם) על גביית מחיר מופרז (ור' ה"ש 72 לעיל). כך נטען גם בעמדת היועץ. מלומדים שונים הביעו עמדות מנוגדות בסוגיה (ר', Ezrachi & Gilo, ה"ש **שגיא! הסימניה אינה מוגדרת**. לעיל; גל ונבו, ה"ש 72 לעיל; דיויד גילה, "מחיר מופרז כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי" **משפטים** 761 (2016)), ובימים אלה מונחת הסוגיה לפתחו של בית המשפט העליון במסגרת רע"א 1248/19 הנזכר. לעניינו של חיבור זה, די בהצבעה על הזיקה החזקה בין כוח שוק לבין היכולת לנצל את ההטיות הקוגניטיביות הנזכרות בחיבור כדי להפיק רווח עודף על חשבון הצרכנים.

זה, ייתכן שהיותו של המוכר הקושר בעל מונופולין מגדיל את ההסתברות לקשירה המנצלת את ההטיות שנסקרו במאמר.¹²⁴

מכל האמור לעיל עולה כי קשירה המגדילה את רווחי הגוף הקושר על חשבון הצרכנים תוך ניצול שתי ההטיות הקוגניטיביות שנדונו בחיבור זה היא פרקטיקה הקשורה באופן הדוק לכוח שוק. זאת, בעיקר מן הסיבה שבתחרות לא ניתן לנצל את ההטיות כדי להגדיל את רווחי המוכרים על חשבון רווחת הצרכנים, ואפשר שגם בשל פערי המחירים הצפויים במקרה הטיפוסי בין מחירו של מוצר קושר הנמכר על ידי יצרנים בתחרות למחירו של מוצר קושר הנמכר על ידי בעל מונופולין.

כאמור מעלה, שאלת הזיקה בין כוח שוק לניצול ההטיות הקוגניטיביות אינה השאלה היחידה בה נדרש להכריע כדי לקבוע אם ראוי לאסור על בעלי מונופולין לקשור בין המוצר שבמונופולין למוצרים אחרים. יש להידרש גם לשאלה האמפירית בדבר היחס בין התועלת החברתית הצומחת ממקרי קשירה יעילה, כלומר קשירה המשיאה רווחה, להפסד חברתי ממקרי קשירה שנועדה לנצל את הטיותיהם של צרכנים. שאלה זו מחייבת בחינה בטרם ייקבע איסור העלול לצנן את השימוש בפרקטיקה מגדילת רווחה. בדומה, השאלה אם ניצול ההטיות נשוא חיבור זה צריכה להיחשב ניצול לרעה של המעמד המונופוליסטי היא שאלה נכבדה, שכדי להכריע בה מתחייב דיון בשאלת היחס הראוי לניצול של הטיות על ידי מוכרים ולערך המוסף שהצרכן מייחס למוצר הנקשר כתוצאה מהן.

על כן, בניתוח המוצע בחיבור זה אין בהכרח כדי להביא למסקנה שיש לאסור על בעלי מונופולין לקשור בין המוצר שבמונופולין למוצרים אחרים. עם זאת, תחת ההנחה שניצול הטיות אכן פוגע בצרכנים, הנחה שכאמור מעלה יש לה תומכים,¹²⁵ ותחת ההנחה שהפגיעה הנגרמת כתוצאה מניצול ההטיות של צרכנים במקרה של קשירה אכן עולה על התועלת שיכולה להיות לפרקטיקה זאת, הזיקה ההכרחית בין כוח שוק לבין האפשרות לנצל הטיות אלה לאורך זמן כדי להגדיל את רווחי המוכר על חשבון הצרכנים מבהירה מדוע מקומו של איסור כזה הוא דווקא במסגרת האיסורים המוטלים על בעלי מונופולין. במובן זה, החיבור הנוכחי מציע הצדקה לטיפול בפרקטיקת הקשירה במסגרת האיסורים המוטלים על בעלי כוח שוק, בהתאם לדין הקיים בארץ ובעולם.¹²⁶

¹²⁴ מחקרים שונים מצאו, ששיעור גביית היתר **בקרטילים** (השואפים "לחקות" מחירים מונופוליסטיים) עומד על כ-25% Connor, J.M., "Price Effects of International Cartels in Markets for Primary Products", materials of the Symposium on Trade in primary Product Markets and Competition Policy" at the World Trade Organization, September 22, 2011.

Marc Ivaldi, Frédéric Jenny, Aleksandra Khimich, Cartel Damages to the Economy: An Assessment for Developing Countries (In: Jenny F., Katsoulacos Y. (eds) Competition Law Enforcement in the BRICS and in Developing Countries. International Law and Economics. Springer, Cham, 2016) at 103 – 133. קרטלים סובלים, באופן טיפוסי, מחוסר יציבות שבעל מונופולין אינו חשוף לו. זאת, הן משום שלחברי קרטל אינטרס מובנה "לבגוד" בקרטל ולמכור מוצרים במחיר נמוך יותר מן המחיר הקרטליסטי, והן משום שקרטלים הם, ככלל, בלתי חוקיים (ר' סעי' 2(ב) ו-14(א) לחוק התחרות הכלכלית), ועל כן חשופים לסכנת גילוי. ניתן אפוא להניח כי שיעור גביית היתר של קרטלים נמוך לעומת שיעור גביית היתר של בעלי מונופולין, ועל כן שיעור גביית היתר של בעל מונופולין יהיה גבוה מ-25%. אולם, גם אם נניח ששיעור גביית היתר המונופוליסטי אינו גבוה משיעור גביית היתר הקרטליסטי, מדובר במחירים גבוהים באופן משמעותי ממחירי שוק תחרותי.

¹²⁵ ור' גם ח"א (י-ם) 701/05 **היועץ המשפטי לממשלה נ' חברת מוסף המכרז של המדינה בע"מ** [פורסם בנבו, 12.08.2007].
¹²⁶ ר', לעניין הטלת חובות על בעלי מונופולין אף שאינן מוטלות על יצרן בתחרות, **עניין ידיעות, הי"ש 13 לעיל**, בפסקה 53 לפסק הדין (ור' גם פסקה 91). ור' גם הכרזות על בעלי מונופולין לפי סעיף 26(א) וקביעה בדבר קיומו של הסדר כובל לפי סעיף 43(א) לחוק ההגבלים העסקיים התשמ"ח – 1988. נצב"א החזקות 1995 בע"מ ומפעלי תחנות בע"מ, אמות השקעות בע"מ, קרן גמלאות של חברי "אגד" בע"מ ואגד, אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ – בעלי מונופולין בענף מסופי האוטובוסים המרכזיים; 2. אגד, אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ ושירותי תחבורה ציבוריים באר שבע בע"מ – בעלי מונופולין בענף שירותי התחבורה הציבורית; 3. נצב"א החזקות 1995 ומפעלי תחנות בע"מ ואחרים – אגד, אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ – הסדר כובל, החלטה מתאריך 26.05.1999, מס' פרסום באתר רשות ההגבלים העסקיים: 3003820, בעמ' 25: "דוקטרינת המשאב החיוני פותחה במשפט המשווה כדי שניתן יהיה לחייב בעל מונופולין, בנסיבות מסוימות, לאפשר שימוש בנכס או במתקן מונופולי גם לאחרים זולתו, לרבות מתחרים של בעל המונופולין".

לגישה אחרת (אם כי לא לשלילה של הדוקטרינה) ר' עדי איל, **המונופוליסט כקורבן – על זכויות חוקתיות בדיני ההגבלים העסקיים** (בהנחיית פרופ' ידידיה שטרן ודוד נחמיאס, נייר עמדה מס' 47, 2004).

ה. סיכום

בחיבור זה ביקשנו להתמודד עם הגישה הביקורתית ביחס לעילת הקשירה, גישה הגורסת כי קשירה פוגענית לא תתרחש לעולם, ולפיכך אין סיבה לטפל בה במסגרת דיני התחרות. הצבענו על כך שבשל הטיות קוגניטיביות המוכרות מן הספרות הפסיכולוגית, קשירה עשויה להיות רווחית למוכר בעל מונופולין בלא להגדיל את רווחת הצרכן. הטיית העיגון מאפשרת למוכר לגרום לצרכנים, באמצעות קשירה, להעריך בחסר את מחיר החבילה לעומת הערכתם את המחיר הכולל של רכיביה אילו נמכרו בנפרד. כך יכול למעשה היצרן להגדיל את נכונות הצרכנים לשלם עבור המוצר הנקשר, בלא לפגוע בנכונותם לשלם עבור המוצר הקושר. בנוסף, נטייתם של בני אדם להצדיק את התנהגותם מאפשרת למוכרים להגדיל את נכונות הצרכנים לשלם עבור המוצר הנקשר על ידי חשיפתו של המוצר הנקשר (או חשיפת החובה לרוכשו יחד עם המוצר הקושר) לאחר שהצרכנים כבר הביעו עניין ראשוני ברכישת המוצר הקושר, או לאחר שהחליטו לרוכשו.

חיבור זה אינו הראשון המציע כרסום בטענה הגורפת של חוקרי אסכולת שיקגו לפיה קשירה פוגענית לא תתרחש לעולם. כפי שהראינו, בספרות זוהו מצבים שונים בהם תיתכן קשירה פוגענית. אולם, חלק מן ההסברים שהוצעו בספרות בעבר אינם משכנעים כנימוקים להתנגדות לקשירה, וכל ההסברים רלוונטיים לנסיבות ספציפיות. חלקם אף תלויים בתנאי שוק ששכיחותם אינה ברורה. ייחודם של ההסברים המוצעים בחיבור זה הוא שהם בעלי תחולה רחבה מאוד. בכל מקרה בו נקשרים שני מוצרים בעלי ביקוש נפרד וקיים ביניהם יחס של "עיקר וטפל", ניתן לנצל את ההטיות הקוגניטיביות כדי ליצור שלם הגדול מסכום חלקיו: לגבות (מבחינה כלכלית) מחיר מונופוליסטי עבור המוצר הקושר, ובנוסף לגבות מחיר גבוה יותר עבור המוצר הנקשר. היות שלרובם המוחלט של המוצרים המוצעים בשוק במסגרת חבילה יש (גם) מחיר נפרד, והיות שביחס לכל מוצר, ובכלל זה ביחס למוצר שבמונופולין, ניתן לחשוב על מספר רב מאוד של מוצרים שיייתפסו בעיני הצרכנים כנלווים, ההסברים המוצעים בחיבור זה לתועלת שיכול יצרן להפיק מפרקטיקת הקשירה ולפגיעה העלולה להיות כרוכה בשימוש בה, הם בעלי תחולה רחבה מאוד מן הבחינה המעשית. הסברים אלה מציעים תפיסה שלמה וכוללת של תופעת הקשירה, ואינם מוגבלים לתנאי שוק מיוחדים, או לסיטואציות בהן ניתן לשנות את רמת התחרות באיזה מן השווקים הרלוונטיים.

על אף שהמסקנות הנורמטיביות מן הניתוח המוצע בחיבור זה תלויות בתפיסה ערכית ביחס לשאלה אם ראוי לקבל הטיות קוגניטיביות או להיאבק בהן, ובשאלת עלותו של הכלל (צינון התמריץ של בעלי מונופולין ליצור מוצרים חדשים המשלבים מוצרים שעד לאותה עת נחשבו מוצרים נפרדים) אל מול תועלתו, ישנם טעמים טובים לחשוב שקשירה מן הסוג המתואר בחיבור זה תביא לניצול של צרכנים דווקא כאשר המוכר הקושר הוא בעל מונופולין. בעל מונופולין יכול להגדיל את רווחיו על חשבון הצרכנים תוך ניצול ההטיות לאורך זמן, בעוד שיצרן בתחרות לא יוכל לעשות כן. במובן זה, החיבור מציע הצדקה רחבה לאיסור הקבוע בסעיף 29א(ב)(4) לחוק התחרות הכלכלית: סעיף זה מטפל בסיטואציה שנראתה עד כה חריגה – אפשרותו של בעל מונופולין "לאכול את העוגה" ולהשאיר לעצמו "פרוסה" נוספת, כלומר להגדיל את רווחתו ללא שיפור במצבם של הצרכנים. בכך, יש בחיבור זה כדי לתת טעם לאופן בו עילת הקשירה מעוצבת בארץ ובחו"ל, ולחתור תחת הביקורת הקלאסית – שבבסיסה לא קועקעה עד היום – על עילת הקשירה.