

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 בשם "קשירה". על אף האינטואיציה שלפיה קשירה עלולה לפגוע בצרכן, הנאלץ לרכוש מוצר נוסף על זה שביקש, הספרות הכלכלית גורסת זה שנים שניצול הצרכן בפשטות כזאת לא ייתכן. אומנם הכתיבה זיהתה תנאי שוק מיוחדים שבהם קשירה עשויה להיות פוגענית, אך ניצול הקשירה באופן האינטואיטיבי והפשוט ביותר עדיין נתפס 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 שיטתי – וכעניין שבשגרה – מצד 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 בנוגע לניצול הטיות ובשקילת התועלת שבאיסור אל מול עלותו. עם זאת, הניתוח מתקף את האינטואיציה בדבר כדאיות הקשירה מנקודת ראותו של בעל המונופולין, ומבהיר את חששו של המחוקק מקשירה כזו.

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

* תלמיד תואר ראשון במשפטים ופסיכולוגיה, האוניברסיטה העברית בירושלים.

** 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).

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, אדם רשאי להתנות את מכירת מוצריו באילו תנאים שיבחר, ובכלל זה ברכישת מוצר אחר. אולם סעיף 29א(ב) (4) לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 (להלן גם: החוק) 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 ובתנאים לתחולתו, קיים גם בשיטות משפט אחרות.

לכאורה, הפגיעה התחרותית של קשירה 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 שמשמיעים 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, נוסף על גביית 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. לדוגמה, קשירת מחסניות דיו המתאימות במיוחד למדפסת מסוימת עשויה למנוע תקלות שיקרו בגלל 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 ששווייה עבורם (כחבילה) עולה על השווי של רכישת חלקיה בנפרד. אולם בכל סיטואציה אחרת – שבה הקשירה כופה על צרכנים לרכוש מוצר שלא היו רוצים לרכוש – לא תהיה הקשירה 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. לפיכך, 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 בשל קשירה אינן רלוונטיות לכל מקרי הקשירה, ואף לא לחלקם הגדול. האפשרויות התאורטיות תלויות בתנאי שוק שונים ובהנחות מגבילות בנוגע למבנה הביקוש ולאפשרות להשפיע על מידת התחרות בשוקי המוצר השונים. הנקודה המרכזית לעניינו של חיבור זה היא שבהיעדר 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, ונוסף על זה לגרום לצרכנים לרכוש את המוצר הנקשר במחיר העולה על המחיר שהיה נגבה עבורו אלמלא הקשירה. על כן, אף שהאפשרות התאורטית לפגיעה תחרותית בשל קשירה אכן מוכרת (בתנאי שוק מיוחדים), טענתם הבסיסית של חברי אסכולת שיקגו, שלפיה לא ניתן לנצל את כוח השוק במלואו בשוק אחד ונוסף על זה 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 מזה שהיה נגבה אלמלא הקשירה.

בחיבור זה אנו מבקשים להציע שני הסברים לתועלת הטמונה בקשירה מנקודת ראותו של המוכר, 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 מסך המחירים שניתן לגבות עבור רכיביה בנפרד. היינו, לתמחר את החבילה תמחור 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 זו גורמת לכך שמספרים המצויים בתודעתו של אדם הופכים, מבלי משים, ל"עוגן" לביצוע הערכות, ובשל כך אותן הערכות תהיינה מוטות לכיוון ה"עוגן". בהקשר של עילת הקשירה, הטיית העיגון עשויה לגרום למחיר המוצר הקושר להפוך 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 יחסו למחיר המוצר הנקשר משמעות פחותה. בעקבות זאת תגדל נכונותם של הצרכנים לרכוש את שני המוצרים כחבילה, לעומת מצב שבו המוצרים היו נמכרים בנפרד. המנגנון השני, בעל היישום הרחב יותר בהקשר של חיבור זה, הוא מנגנון ההצדקות, המופעל בעקבות דיסוננס קוגניטיבי שחש אדם הנתקל בפער בין התנהגותו לעמדותיו. מנגנון זה גורם לאדם שהחליט החלטה מסוימת לנטות להצדיקה בדיעבד. בהקשר של עילת הקשירה, לאחר שאדם השתכנע לרכוש את המוצר הקושר (או להתחיל בתהליך רכישתו), הוא ייטה להצדיק גם הוצאות המתווספות לרכישה בשלב שני, דוגמת הצורך לשלם (גם) עבור המוצר הנקשר. כפועל יוצא של שני מנגנונים אלה, שעליהם 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 חריג, וודאי שאינה תלויה בתנאי שוק מיוחדים כאלה או אחרים. למעשה, זהו הכלל. ברובם

המכריע של המקרים שבהם יקשור מוכר בין מוצריו, יהיה ניתן לגבות עבור החבילה מחיר גבוה מזה שהיה נגבה עבור שני המוצרים בנפרד.

עניין נוסף שנצביע עליו בחיבור 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 שבו 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 בדרך שתגדיל 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 בנכונות הצרכנים לשלם עבורם. בהסברים שיוצעו בחיבור זה יש אפוא לא רק כדי לחתור תחת הביקורת המרכזית על קיומו של איסור על קשירה אלא 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 מקשירה. בפרק השני נסקור את הניתוח הכלכלי המקובל של תופעת הקשירה. בתוך כך נסביר את הטענה הבסיסית שלפיה קשירה פוגענית אינה אפשרית ואת הכרוסם בטענה זו בכתיבה מאוחרת. בפרק השלישי נציע שני הסברים אפשריים לתופעת הקשירה. כאמור, הסברים אלה יתבססו על ניתוח ממצאים מהמחקר הפסיכולוגי, המצביעים על כמה 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. בפרק הרביעי נדון בקשר שבין 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 לעיתים "תחרות משוכללת" או "תחרות מושלמת")¹ מושג ספונטנית שיווי משקל אופטימלי, ללא צורך בהתערבות חיצונית של גוף מאסדר.² בשיווי

1 ראו HERBERT J. HOVENKAMP, FEDERAL ANTITRUST POLICY – THE LAW OF COMPETITION AND ITS PRACTICE 3–15 (5th ed. 2016) (להלן: HOVENKAMP, FEDERAL ANTITRUST POLICY).

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

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 שבו 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 הלקוחות – אינם מתקיימים בשום שוק.⁵ מבין האיומים על המודל התאורטי של תחרות מתמקדים דיני התחרות בכשל השוק שעניינו "כוח שוק" – מצב שבו 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 שליטה מוחלטת, ללא כל איום מצד יצרנים קיימים או פוטנציאליים.⁷ כעניין פרקטי נאלצים אפוא דיני התחרות לקבוע רף מסוים שממנו ייחשב שחקן בשוק למי שיש להטיל עליו מגבלות שונות, או למי שיש לבחון את התנהלותו לפי סטנדרט אחר מן

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 בידי 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, שבה 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). ראו HOVENKAMP, FEDERAL ANTITRUST POLICY, לעיל ה"ש 1, בעמ' 6–10. ראו גם מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן "חשיבות הניתוח הכלכלי של חוק ההגבלים העסקיים" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים 17, 20–27 (מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים, 2008) (בעניין חשיבותה של התחרות ככלי מסדיר); ברק אורבך "מטרות דיני ההגבלים העסקיים: הלכה למעשה" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים 63, 65–66 (מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים, 2008).

4 ראו בניסוחים קרובים בג"ץ 588/84 ק.ש.ר סחר אובסס בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים, פ"ד מ(1) 38, 29 (1986); ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ', פ"ד נט(6) 869, 776 ב-ד (2005); ע"פ 5823/14 שופרסל בע"מ נ' מדינת ישראל, פס' לא, מג לפסק דינו של המשנה לנשיא רובינשטיין (פורסם בנבו, 22.10.2015); 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 (1998); אורבך, לעיל ה"ש 3, בעמ' 94–96.

5 ראו HOVENKAMP, FEDERAL ANTITRUST POLICY, לעיל ה"ש 1, בעמ' 15: "The world contains no perfectly competitive markets, and many markets do not even come close". לפירוט התנאים לתחרות ראו שם, בעמ' 45–52.

6 כוח שוק אינו האיום היחיד על פעולתו של מנגנון השוק. הסדרים משפטיים שונים מטפלים בכשלי שוק אחרים. עם אלה, ניתן למנות בעיקר את דיני הגנת הצרכן (ראו לדוגמה ס' 17 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981; תקנות בריאות הציבור (מזון) (סימון תזונתי), התשע"ח-2017).

7 גם מוכרים הנהנים ממונופול יציר המדינה אינם חסינים לגמרי מתחרות פוטנציאלית בשל האפשרות להסרת החסמים המגינים על המונופול (והאפשרות שמתחרים יצליחו להתגבר על חסמים אלה). דוגמאות בולטות לכך הן פתיחת שוק השיחות הבין-לאומיות לתחרות (ראו רע"א 729/04 מדינת ישראל נ' קו מחשבה בע"מ (פורסם בנבו, 26.4.2010)), ופתיחת תחום השירותים הנמליים לתחרות (ראו ע"מ 4011/05 דגש סחר חוץ (ספנות) בע"מ נ' רשות הנמלים (חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ), פס' 30 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 11.2.2008)). עם זאת בשווקים כאלה האיום התחרותי מידי פחות מאשר בשווקים אחרים.

הסטנדרט שלפיו נבחנת התנהגות של שחקנים בשוק הנחשב תחרותי. לעיתים רף זה משתנה ממדינה למדינה, ואף בתוך אותה שיטת משפט, לפי התופעה 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 שבהם יראו בבעל המונופולין מי שמנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור. בין אלה קבוע סעיף 29א(ב)(4) לחוק את "התניית

8 כך, לדוגמה, דיני התחרות של האיחוד האירופי (בהקשר של התנהלות חד-צדדית של גורם בשוק) ממקדים עצמם ב-Dominant Firms, ואילו דיני התחרות בישראל ממוקדים בהקשר זה בבעלי מונופולין. ראו ס' 102 ל- Treaty on the Functioning of the European Union, art. 11, Sept. 5, 2008, 2008 O.J. (C 155) 47 (EC); פרק ד לחוק התחרות הכלכלית (אף כי הפער בין מערכות הדינים צומצם לאחרונה, עם תיקונו של חוק התחרות הכלכלית בשנת 2019, במסגרת תיקון מס' 21 (ראו חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 21), התשע"ט–2019, ס"ח 246). בתיקון האמור, הורחבה הגדרת "בעל מונופולין", וכיום היא כוללת שתי חלופות – האחת, המגדירה "בעל מונופולין" על פי נתח השוק שבו הוא מחזיק, כפי שהיה בעבר; השנייה, המגדירה "בעל מונופולין" "אדם המחזיק כוח שוק משמעותי" (ראו להלן ה"ש 9 והטקסט הנלווה לה). החלופה השנייה מקרבת את הדין בישראל לזה שבאירופה. 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. בארצות הברית 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. ראו RICHARD WHISH & DAVID BAILEY, COMPETITION LAW 700–701 (8th ed., 2015); Commission Decision of 21 Dec. 2000 relating to a proceeding under Article 81 of the EC Treaty Case COMP.F.1/35.918 — JCB), para. 198, 2002 O.J. (L 69), 1; Commission Regulation (EU) 330/2010 of Apr. 20, 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, art. 3, 2010 O.J. (L 102); Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, 2010 O.J. (C 130); Joshua D. Wright, *Moving Beyond Naïve Foreclosure Analysis*, 19 GEO. MASON L. REV. 1163 (2012), בעמ' 590–594. בהקשר של הדין הישראלי ראו כללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות) (הוראת שעה) (תיקון מס' 2), התשע"ו–2016, ק"ת 2252 (לעניין הסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך).

9 ס' 26(א) לחוק התחרות הכלכלית.

10 רשות התחרות "גילוי דעת 1/17: שיקולי הממונה על הגבלים עסקיים באכיפת האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה" (28.2.2017) <https://bit.ly/3aTMOCA>.

11 ראו מונ' (הגבלים עסקיים) 1/93 הממונה על הגבלים עסקיים נ' קלאב הוטלס אינטרנשיונל (א.ק.ה.). בע"מ, פס' 9 לפסק הדין (פורסם בנבו, 17.1.1995).

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 שבו בעל מונופולין בהספקת נתבים (ר׳אוטרים – 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 בקניית בקבוק מים. כך למעשה ייאלץ כל אדם המעוניין בנתב לרכוש גם בקבוק מים. פעולת קשירה כזו של בעל מונופולין היא עוולה אזרחית¹² ועולה לעלות אף כדי עבירה פלילית.¹³

הפסיקה קבעה כי בארבעת המצבים המנויים בסעיף 29א(ב) לחוק, שבעניינם נקבע כי "יראו בעל מונופולין כמנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור" – ובכלל זה במצב שבו 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

12 ס' 50(א) לחוק התחרות הכלכלית.

13 ראו ס' 47(א)(4) לחוק התחרות הכלכלית; ה"ע (הגבלים עסקיים) 2/96 **הממונה על הגבלים עסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ**, פ"מ התשנ"ט(2) 529, 562 (1999). נעיר כי בעניין **ידיעות אחרונות** 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 בנוגע למוצר א' כדי לגרום לצרכן לרכוש את מוצר ב' אסור, 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 פרקטיקות נוספות כגון "סבסוד צולב בין השוק שבו יש ליצרן מעמד מונופוליסטי לבין השוק הממונף, מתן הנחות נאמנות בשוק הממונף ועוד" (שם, פס' 64). בית הדין להגבלים עסקיים לא קיבל את עמדת הממונה בעניין זה (ראו שם, פס' 84; כן ראו שם, פס' 62–68).

14 ראו שם, פס' 56, 124.

15 ראו איל שגיא ואמיר ונג "ניצול מעמד לרעה על-ידי בעל מונופולין – האומנם סעיף 29א(ב) לחוק ההגבלים העסקיים קובע חזקות חלוטות?" **עיוני משפט** כט 547 (2006); ת"צ (מחוזי מר') 36098-05-16 **צדוק נ' שטראוס גרופ בע"מ**, פס' 29, 34–38 לפסק הדין (פורסם בנבו, 16.1.2019); ת"צ (מחוזי מר') 46010-07-11 **נאור נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ**, פס' 28 להחלטה (פורסם בנבו, 5.4.2016), וכן פסק הדין שניתן בתיק זה בת"צ (מחוזי מר') 46010-07-11 **נאור נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 22.6.2020) (להלן: עניין נאור).

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 ל**יסוד ההתניה** התמקדה הפסיקה – ברוח הדוגמה שהובאה לעיל – בשלילת חופש ההתקשרות של הלקוח באמצעות כפייתו לרכוש את המוצר הנקשר עם המוצר הקושר. ה"כפייה" 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 שייטכנו גם מקרים מורכבים יותר, שבהם מתעורר ספק בנוגע ל**יסוד ההתניה**. כך, בעל המונופולין יכול ליצור במקרים מסוימים תמריץ כלכלי לרכישת המוצר הנקשר עם המוצר הקושר. באופן הפשוט ביותר, בעל המונופולין יכול למכור את החבילה הכוללת את המוצר הקושר ואת המוצר הנקשר במחיר נמוך מסך המחיר הנגבה עבור שני המוצרים כאשר הם נרכשים בנפרד.¹⁷ תמריץ זה יכול שיהיה קטן יחסית, ויכול שיהיה גדול מאוד, כתלות בגובה ההנחה. בפסיקה בארץ ובחו"ל נדונה פרקטיקה של "כפייה כלכלית" – מצב שבו רשאי הצרכן, כעניין משפטי, לרכוש את המוצר הקושר ואת המוצר הנקשר בנפרד, אולם תנאי המכירה מעוצבים כך שיש עדיפות לרכישת המוצרים במאחד, עדיפות שאף עשויה להפוך את הרכישה הנפרדת לחסרת היגיון כלכלי. האפשרויות השונות, הנעות בין תמריץ זניח כמעט של אחוזי הנחה מעטים ברכישה של שני המוצרים במאחד, לתמריץ גדול מאוד, שהופך את רכישת אחד המוצרים בלא המוצר השני לחסרת היגיון 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 שבהם 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

16 בדין הישראלי קיימים איסורים נוספים על קשירה, שאינם מוטלים רק על בעלי מונופולין. ראו למשל ס' 57(א) לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"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 לזה ראו ס' 7 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981, האוסר 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 שעליהם הוטל האיסור (ראו לדוגמה, בהקשרו של חוק הבנקאות (שירות ללקוח), ת"א (שלום ביש"א) 275/92 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' רוימי**, פ"מ התש"ס(3) 155, פס' 26–28 לפסק הדין, וההפניות שם (פורסם בנבו, 31.5.2000). 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 שמבצעים בעלי כוח שוק. איסור זה וטעמיו הם העומדים במוקד החיבור הנוכחי.

17 ראו SmithKline Corp. v. Eli Lilly & Co., 427 F.Supp. 1089 (E.D. Pa. 1976); Advance Bus. Sys. & Supply Co. v. SCM Corp., 415 F.2d 55 (4th Cir. 1969).

18 ראו עניין **ידיעות אחרונות**, לעיל ה"ש 13, פס' 149.

על-ידי הצעת חבילות אטרקטיביות".¹⁹ מנגד, 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 שלפיו 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 "כפייה 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 לעולם ניתן להפריד כל מוצר לרכיביו השונים. למשל: היה אפשר לרכוש מעיל בלא כפתורים;²² מכנסיים של חליפה בלא חלקה העליון; רכב בלי מכשיר רדיו; נעל ימין ללא נעל שמאל.²³ אף על פי כן הטלת איסור על יצרני מעילים בעלי כוח שוק "לכפות" על צרכנים לרכוש מעילים עם כפתורים, או חיוב יצרני מכוניות בעלי כוח שוק למכור מכוניות בלא גלגלים, נראים על פני הדברים 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 ה"מוצרים" 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. לעיתים הצרכנים אף רואים בשני המוצרים רכיבים של אותו מוצר. כך קורה לדוגמה כשמדובר בטלפון נייד ומצלמה. מובן שקשירה מסוג זה רצויה (חברתית), גם אם המוכר הוא בעל מונופולין. המחוקק נדרש אפוא לקבוע קו גבול בין קשירה רצויה ומותרת לקשירה פוגענית. זו תכליתו של היסוד השלישי

19 שם.

20 שם, פס' 150.

21 שם, פס' 141–163. בית הדין הסתמך בעיקר על עמדת המלומדים Areeda ו-Hovenkamp כפי שהובאה בספרם (ראו (PHILLIP AREEDA & HERBERT HOVENKAMP, ANTITRUST LAW (1996)). נוסף על זה, בית הדין אימץ באופן לא בלעדי, את המבחן המעשי שהציעו אותם מלומדים לבחינת קיומה של כפייה כלכלית, שלפיו במצב שבו 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.

22 HOVENKAMP, FEDERAL ANTITRUST POLICY, לעיל ה"ש 1, בעמ' 536.

23 לדוגמה זו ולדוגמאות נוספות (עיתון הכולל את חדשות הספורט, רכב עם רדיו וכד') ראו David E. Evans & Michael Salinger, Why Do Firms Bundle and Tie? Evidence From Competitive Markets and Implications for Tying Law, 22 YALE J. REG. 37, 38–40 (2005).

24 שם, בעמ' 40–41.

של האיסור על קשירה.²⁵ אם ההתניה היא כזו שמתבעה, 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 ואת הוראות סעיף 3 ל-Clayton Act²⁸ כאוסרים על קשירה. הכללים שנקבעו בפסיקה האמריקנית בכל הקשור לאיסור על קשירה דומים מאוד לכללים שנקבעו בדיון הישראלי. ראשית, בדומה לקביעה בדיון הישראלי שלפיה סעיף 29א(ב)(4) לחוק 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 בניתוח השפעתה בפועל על התחרות ועל הרווחה בנסיבות הקונקרטיות, היינו ללא תלות בנסיבות השוק הספציפי.³⁰ למעשה, מדובר בכלל מקביל לכלל הקובע חזקה חלוטה

25 ראו ROBERT H. BORK, THE ANTITRUST PARADOX – A POLICY AT WAR WITH ITSELF 371 (1979). 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 נפסק גם בעניין **ידיעות אחרונות** (לעיל ה"ש 13, פס' 182), בהקשרם של המקומונים מהוצאת ידיעות אחרונות שחולקו חינם 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"). נציין כי בפסיקה (ישראלית וזרה) מוזכר פעמים רבות תנאי נוסף, ולפיו על מנת שיחול האיסור נדרש ששני המוצרים יהיו **נפרדים** זה מזה. בתי המשפט בארצות הברית פיתחו לעניין זה כמה 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 באינדוקציות שונות לבחינת שאלת הביקוש הנפרד. למשל, אם החלטת הצרכן לצרוך את מוצר א' נעשית כשהיא אינה תלויה בכמות הנצרכת ממוצר ב' (הן כמוצר תחליפי והן כמוצר משלים), זו אינדוקציה לכך שהביקוש למוצר א' נפרד מזה של מוצר ב'. אינדוקציה נוספת מתייחסת להבדלים בצד ההיצע ובוחנת את יכולת הייצור הכלכלי העצמאי של כל אחד משני המוצרים ואת אפשרות תפעולו (ראו Eastman Kodak Co. v. Image Tech. Servs., 504 U.S. 451 (1992)). אינדוקציה נוספת לכך שמדובר במוצרים נפרדים היא קיומו של מערך הפצה נפרד לכל אחד מהמוצרים. אינדוקציות אלה נועדו למעשה לסייע בסרטוט 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. ראו עניין **ידיעות אחרונות**, לעיל ה"ש 13, פס' 169, 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 Jefferson Par. Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde, 466 U.S. 2 (1984). כלל דומה (שעליו הסתמך בית המשפט בעניין Jefferson) נקבע כעשרים וחמש שנים קודם לכן, בעניין HOVENKAMP, FEDERAL N. Pac. Ry. CO. v. United States, 356 U.S. 1 (1958). כן ראו ANTITRUST POLICY, לעיל ה"ש 1, בעמ' 534–535.

30 על ההצדקות לקביעת כלל *per se* ועל הנסיבות שבהן יהיה נכון להטיל איסור כזה ראו United States v. Arnold, Schwinn & Co., 388 U.S. 365 (1967). ראו גם Richard A. Posner, *The Next Step in Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality*, 48 CHIC. L. REV. 6 (1981).

לפגיעה בתחרות או בציבור. גם בארצות הברית, כמו בישראל, חל במשך השנים כרסום במוחלטות החזקה.³¹

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. בארצות הברית, שבה אין איסורים המוטלים על בעל מונופולין ככזה³³ (אף כי כוח השוק עשוי להיות רלוונטי לניתוח התחרותי), נדרשת הוכחה של כוח שוק משמעותי ולא של מעמד מונופוליסטי. בכפוף להבדל דק זה,³⁴ האיסור בארצות הברית 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,

(לניתוח ההצדקות לכללי per se ולהבדל בינם לבין הכלל הרגיל – כלל ה־rule of reason; הניתוח אינו ממוקד בסוגיית הקשירה).

כרסום זה הוא פועל יוצא של חלחול הביקורת המרכזית שבה נרחיב בהמשך. כמה החלטות מהשנים האחרונות מרחיקות מעט את הכלל המופעל על קשירה מכלל של חזקה חלוטה (per se illegality) ומקרבות אותו למעשה לכלל של סבירות (Rule of Reason), על פי רוב באמצעות העמדת דרישות מחמירות יותר בכל הקשור להוכחת כוח השוק בשוק המוצר הקושר, ולעיתים 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" (ראו Ill. ANTITRUST POLICY, לעיל ה"ש 1, בעמ' 544–540. כן ראו את הניתוח של משרד המשפטים האמריקני U.S. Dep't of Just., Antitrust Division, *Antitrust Issues in the Tying and Bundling of Intellectual Property Rights* (2015), <http://bit.ly/3rKKA18>). להחלטה מהעת האחרונה של בית המשפט של ה-10th Cir. בארצות הברית ראו Suture Express, Inc. v. Owens & Minor Distribution, 851 F.3d 1029 (10th Cir. 2017). לכתיבה מוקדמת שהבחינה בניצני מגמת הנסיגה מכלל ה־per se ולסקירה של פסיקה זו ראו Dale C. LaPorte, *Business Justifications for Tying Agreements: A Retreat from the Per Se Doctrine*, 17 W. RES. L. REV. 257, 275–280 (1965–1966).

ראו לעיל ה"ש 29.

ראו Verizon Communs., Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398 (2004); United States v. Aluminum Co. of Am., 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

כאמור לעיל בה"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.

ראו לעיל ה"ש 31.

The Treaty on the Functioning of the European Union, art. 11, Sept. 5, 2008 O.J. (C 155) 47 (להלן: אמנת רומא).

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.

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

אינטואיטיבית, 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 שהוא מוכר 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 שבו לא

37 אם כי מעמד דומיננטי אינו זהה בהכרח למעמד מונופוליסטי או ל"כוח שוק משמעותי". בפסק הדין המנחה בעניין זה, *Case 27/76 United Brands v. Comm'n*, 1978 E.C.R. 207, 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" (שם, פס' 65). עם זאת נתח שוק של 50% ומעלה מקים חזקה לכך שמדובר בחברה בעלת מעמד דומיננטי. ראו *Akzo Chemie B.V. v. Comm'n*, 1991 E.C.R. I-3359.

38 ראו "[...] 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 ראו לדוגמה David S. Evans, Jorge Padilla & Michael A. Salinger, *A Pragmatic Approach to Identifying and Analyzing Legitimate Tying Cases*, in *EUROPEAN COMPETITION LAW ANNUAL* 2003: WHAT IS AN ABUSE OF A DOMINANT POSITION? (2006); Maurits Dolmans & Thomas Graf, *Analysis of Tying under Article 82 EC: The European Commission's Microsoft Decision in Perspective*, 27 *W. COMP.* 225 (2004); D. Ridyard, *Tying and Bundling – Cause for Complaint?*, 2005 E.C.L.R. 316; Renatto Nazzini, *The Evolution of the Law and Policy on Tying: A European Perspective from Classic Leveraging to the Challenges of Online Platforms* 26 *J. TRANS. L. & POL'Y* 1 (2017).

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, אינטואיטיבית, פשוט ומשכנע, מדובר – במבט מעמיק – בהסבר מוקשה מאוד. לקשיים שבהסבר נפנה עתה.

ב. קשירה ופגיעה בתחרות – האומנם?

1. הביקורת של אסכולת שיקו על עילת הקשירה

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

על פי הניתוח שהציעו 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, שכמה דוגמאות לו הובאו 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 שיקו, בתאוריה שבבסיס ההסבר האינטואיטיבי שהוצג בסוף הפרק הקודם יש למעשה "ספירה כפולה" (double counting) של כוח השוק של בעל המונופולין.⁴⁰ ההסבר מניח מבלי 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 בגביית 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.

40 BORK, לעיל ה"ש 25, בעמ' 138–144.

41 ביקורת זו מופיעה בהקשרים רבים בצורות שונות. ראו לדוגמה, Michael D. Whinston, *Tying*, *Foreclosure, and Exclusion* 1–2 (NBER, Working Paper no. w2995, June 1989) לסקירה של עמדה ביקורתית זו באספקלריה של משפטן ראו, RICHARD A. POSNER, *ANTITRUST LAW* 197–207, (2009) 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 לכן, המחיר המונופוליסטי יהיה גבוה מן המחיר התחרותי. אולם אין משמעות הדבר שהמחיר המונופוליסטי נקבע בשרירות. 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 במידה שתהפוך את ההעלאה ללא כדאית. בעל מונופולין שיגבה מחיר נמוך ממחיר זה יגדיל את כמות היחידות הנמכרות, אך הרווח עבור כל יחידה יקטן במידה ההופכת 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 כדי התמקדות ביסוד ההתניה – ביכולת לכפות על צרכן, באמצעות הקשירה, רכישת מוצר שאינו מעוניין לרכוש.

מבחינת הלקוחות קשירה (פוגענית) שקולה להעלאה של מחיר המוצר הקושר, הוא המוצר שבמונופולין. הלקוחות (כקבוצה) אינם מעוניינים לרכוש את המוצר הנקשר בסכום שבו מתייקרת החבילה בגלל הקשירה⁴⁵ (שאם לא כן, לא היה כל צורך בקשירה, והיה אפשר למכור את המוצר הנקשר בנפרד במחיר זה). היות שכך, נכוונותם לרכוש את החבילה במחיר הנגבה עבורה חייבת לנבוע מנכוונותם לשלם עבור המוצר הקושר מחיר גבוה ממחירו המונופוליסטי.⁴⁶ אולם אם זה המצב, היה מחירו (המונופוליסטי) גבוה יותר

42 בטווח הארוך יותר גם בעל מונופולין מאוים מן האפשרות שמחיריו הגבוהים יביאו לכניסת מתחרים נוספים לשוק, ואלה יגרמו להורדת המחיר. ראו Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co., 603 F.2d 263, 294 (2d Cir. 1979); PHILLIP E. AREEDA & HERBERT HOVENKAMP, ANTITRUST LAW 720b (2nd ed. 2001); VALENTINE KORAH, EC COMPETITION LAW AND PRACTICE 113 (6th ed. 1997); WHISH & BAILEY, לעיל ה"ש 8, בעמ' 759–760.

43 ראו שם, בעמ' 190–191.

44 BORK, לעיל ה"ש 25, בעמ' 372–375.

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

46 כעניין תאורטי, צרכנים יהיו מוכנים לרכוש את החבילה במחיר הנגבה עבורה גם אם הם נכונים לשלם עבור המוצר הנקשר מחיר גבוה משהיה נגבה עבורו אלמלא הקשירה. אלא שבתרחיש הנבחן כאן, שבו בעל המונופולין מנסה להשתלט על שוק המוצר הנקשר, הנחת המוצר היא שבשוק זה לא מופעל כוח שוק (לפני הקשירה). ממילא הצרכנים יכולים 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.

לכתחילה. בהינתן תמחור במחיר המונופוליסטי לא ניתן לקשור בין המוצר שבמונופולין למוצר נוסף כך שרווחי המוכר ממכירת החבילה יגדלו.⁴⁷ לצורך המחשת הטיעון ניעזר בשתי דוגמאות המבוססות על הסיטואציה הבסיסית הזאת:

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

חשוב לציין, שכאשר מתייחסים לערך האוזניות בעיני הלקוחות, אין מדובר על הסכום שבו הלקוחות מעריכים שהמוצר יימכר 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 תאורטי ייתכנו שלושה מצבים אפשריים:

(1) $2 < X$ (היינו, חברה A מוכרת את החבילה במחיר גבוה מ-102 ש"ח).

(2) $2 = X$ (היינו, חברה A מוכרת את החבילה במחיר של 102 ש"ח בדיוק).

(3) $2 > X$ (היינו, חברה A מוכרת את החבילה במחיר נמוך מ-102 ש"ח).

באילו מצבים ירכשו הלקוחות את החבילה המוצעת? נראה שבמקרה שבו X קטן מ-2 ירכשו הלקוחות את החבילה, שכן הם מעוניינים במחשב במחיר 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 להם. גם במקרה שבו $2 = X$ תירכש החבילה, שכן הלקוחות מעוניינים במחשב במחיר 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 להם. במקרה שבו X גדול מ-2, לא ירכשו הלקוחות את החבילה. הם מעוניינים במחשב במחיר 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 להם.⁴⁸

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 (ראו 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 (ראו להלן פרק ב.2). אך לצורך הבהרת הטענה הבסיסית של חוקרי אסכולת שיקגו די לעמוד על כך שבכל הקשור ליכולת להדיר מתחרים באמצעות 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.

48 הניתוח שלעיל עלול להיראות חסר משום שהוא מתעלם מכך שכפי שהוזכר הקשירה עצמה שקולה, מבחינה כלכלית, לעלות נוספת המוטלת על הלקוחות. הלקוחות מאבדים את האפשרות, שהייתה 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

נפנה לדוגמה הבאה.

דוגמה ב: חברה A (המחזיקה, על פי ההנחה, ב-100% משוק המחשבים ומוכרת מחשב אחד ב-100 ש"ח) מעוניינת כאמור להתרחב לשוק האוזניות. החברה החליטה למכור אוזניות במחיר X, והיא אינה 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: $X < 2$, $X = 2$ או $X > 2$. במקרה שבו $X < 2$ קטן מ-2 ירכשו הלקוחות את המחשב ואת האוזניות, 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 להם. במקרה שבו $X = 2$ שווה ל-2 ירכשו הלקוחות את המחשב ואת האוזניות, שכן הלקוחות מעוניינים במחשב במחיר הקבוע של החברה ומעריכים את האוזניות ב-2 ש"ח. מכיוון שהחברה מציעה להם את האוזניות במחיר 2 ש"ח, כלומר במחיר התואם את הערכתם, העסקה משתלמת להם. במקרה שבו $X > 2$ גדול מ-2 לא ירכשו הלקוחות את המחשב ואת האוזניות אלא יסתפקו בקניית המחשב בלבד, שכן הם מעוניינים במחשב במחיר הקבוע של החברה ומעריכים את 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 להם, ואילו העסקה בנוגע לאוזניות – לא.

כפי שניתן לראות, בשתי הדוגמאות התוצאות זהות: **בשני התרחישים הלקוחות ירכשו את שני המוצרים רק במצבים שבהם $X > 2$ או $X = 2$, ואילו במקרה השלישי, שבו $X < 2$, לא ירכשו הלקוחות את שני המוצרים** (אם כחבילה ואם כשני מוצרים נפרדים). הדוגמה הראשונה היא של קשירה, ובדוגמה השנייה 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. בדוגמה השנייה, שבה 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 החברה מפיקה רווח).

הניתוח שלעיל מלמד כי **כוח הכפייה של המוכר כלפי הלקוח בנוגע למוצר הנקשר לא הוגבר בעקבות הקשירה**. ההסבר לכך נעוץ כאמור בהיעדר האפשרות לשימוש כפול בכוח השוק של בעל המונופולין. לאחר שכוח זה מוצה במלואו על דרך של קביעת המחיר

מחברה A, משום שהם מאמינים (בצדק או שלא בצדק) כי האוזניות שמוכרת 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 בעיני הלקוחות **בדיוק 2 ש"ח**, עלות החבילה הקשורה תהיה, מבחינתם, גבוהה מ-102 ש"ח, ואילו במקרה שבו $X=2$ למעשה האוזניות עצמן שוות, לצורך הדוגמה, 1.99 ש"ח, והקשירה עצמה "עולה", מבחינת הלקוחות, 0.01 ש"ח. הניתוח הבסיסי אינו שונה.

המונופוליסטי עבור המוצר שבמונופולין, הוא אינו ניתן לשימוש 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, יש 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 שכל הלקוחות (או רוב מוחלט שלהם) ירכשו את החבילה, כמובן כפוף לכך שהמחיר שנחסך לצרכן גבוה מתוספת התשלום בעקבות הקשירה. במקרה זה הקשירה תהיה כדאית גם לחברה A. לדוגמה, אם נניח כי כל (או רוב מוחלט) הצרכנים הרוכשים מחשב רוכשים גם אוזניות, אך נאלצים להשקיע את הזמן הכרוך במעבר מן החנות שבה 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 הזאת 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 מוצר 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 רווחתם של שני הצדדים 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

49 EVANS & SALINGER, לעיל ה"ש 23, בעמ' 41 (לעניין הדמיון בין קשירת מוצרים נפרדים לקשירת רכיבים של אותו מוצר ראו לעיל ה"ש 17).

50 חשוב לעמוד על כך שקשירה יעילה אינה בהכרח קשירה שמטבעה או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים נוגעת לנושא ההתקשרות, כלשון ס' 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 תיחשבנה הדוגמאות האלה לקשירה אסורה על פי הדין. עם זאת יש לזכור כי פעמים רבות נרכשות אוזניות בנפרד ממחשבים, ולהפך. 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 לעיתים קשירה אינה "טבעית" בעת שהיא מבוצעת לראשונה, אך בשל יעילותה היא הופכת ברבות הזמן ל"טבעית". כך קרה לדוגמה בתחום נגני מוזיקה

קשירה יעילה תיתכן לא רק בשל החיסכון בעלויות עסקה אלא גם, לדוגמה, בשל תאימות בין מוצרים. 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 שיקגו לטעון שקשירה אינה מעוררת כל חשש תחרותי. קשירה אכן עשויה להתרחש. אולם היא תתרחש רק מקום שבו 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 שיקגו

(א) הכתיבה המאוחרת – היתכנות הקשירה הפוגענית

כתיבה מאוחרת יותר סייגה את הטענה הגורפת של חוקרי אסכולת שיקגו והצביעה על כמה מצבים שבהם 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 שלפיה ברמת תחרות כלשהי בכל אחד מן השווקים, תהיה אשר תהיה אותה רמת תחרות, כוח השוק הוא קבוע, וניתן לנצלו (במצטבר) פעם אחת בלבד. אף אחד מן ההסברים אינו חותר תחת ההנחה הבסיסית שלפיה בהיתן רמת תחרות קבועה בשני שווקים, שימוש בכוח שוק באחד מן השווקים כדי לגבות מחיר גבוה יותר עבור מוצר בשוק השני יפגע בהכרח 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 נקייה מספקות. אך חשוב מזה, 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

ומכשירי טלפון ניידים. עד לפני מספר שנים נמכר כל אחד משני המוצרים בנפרד, ואילו כיום טבעי לראות בהם מוצר אחד. ראו להלן בטקסט הנלווה לה"ש 116–119.

51 ראו BORK, לעיל ה"ש 25, בעמ' 365–381. מובן מאליו שהמציאות מעט מורכבת מן החלוקה הפשוטה שהוצעה בדוגמאות שלעיל. סביר כי לכל שני מוצרים (קושר ונקשר) יש לקוחות משלושת הסוגים – לקוחות שעבורם שווי החבילה גדול מסך השוויים של חלקיה (המצב הראשון); לקוחות שעבורם שווי החבילה שווה בדיוק לסך השוויים של חלקיה (המצב השני); לקוחות שעבורם 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, ואובדן הרווח מקבוצת הלקוחות הנוטשים "יכוסה" בידי קבוצת הלקוחות שימשיכו לרכוש את המוצר, הקשירה תתרחש. אם לא, הקשירה לא תתרחש.

של מינוף. כאמור, בכך יהיה ייחודם של ההסברים המוצעים בחיבור זה, שבהם נרחיב בפרק הבא.

המצב הראשון שבו לפי הכתיבה המאוחרת קשירה עשויה להיות פוגענית הוא מצב של טורפנות. טורפנות היא פרקטיקה מסחרית שבמסגרתה 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 הפסד ובסופו של דבר יידחק מן השוק. לאחר יציאת המתחרה מן השוק יהיה אפשר 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 במשך תקופה ארוכה מזו שהמתחרים יכולים לשאת בה הפסדים. מתחרה בעל "אורך נשימה" כלכלי אינו נזקק לקשירה כדי להדיר את מתחריו. די לו כאמור בהפחתת מחיר המוצר לתקופה ממושכת מספיק כדי שהמתחרה לא יוכל לעמוד בתחרות. עם זאת קשירה עשויה לשמש **מסווה** לטורפנות ולהקשות על זיהויה. כשקיים איסור על טורפנות, הקיים כאמור בחלק גדול משיטות המשפט, חשופ יצרן המוכר את מוצריו במחיר נמוך מסף מסוים לנקיטת הליכים נגדו, בין הליכים פליליים ובין הליכים אזרחיים. אומנם ביסוס עילת תביעה בגין טורפנות הוא לעולם משימה קשה – הקביעה איזה מחיר הוא טורפני היא עניין קשה מאוד בחיי המעשה, משום שהתובע נדרש להוכיח עובדות שונות ומורכבות בנוגע למבנה העלויות של הנתבע.⁵³ אולם קשירה יכולה לסייע למוכר בנקודה זו ולהקשות עוד יותר את זיהוי הטורפנות ואת הוכחתה. לצורך הפשטות נניח שמחירו התחרותי של מחשב הוא 50 ש"ח, כך שמכירה במחיר נמוך ממחיר זה היא – מן הבחינה הכלכלית – מכירה במחיר טורפני. במקרה כזה, בדוגמה שלעיל מכירת חבילה של מחשב ואוזניות במחיר של 51.90 ש"ח עשויה להקשות על רשויות האכיפה, 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

52 ראו ס' 29א(ב)(1) לחוק התחרות הכלכלית. כן ראו Brooke Grp. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993); C-202/07 France Télécom SAv Commission [2009] E.C.R. I-02369; עניין Akzo, לעיל ה"ש 37.

53 לדיון בשאלה מהו המחיר שיש לקבוע כטורפני ראו Philip A. Areeda & Donald F. Turner, *Predatory Pricing and Related Prices Under Section 2 of the Sherman Act*, 88 HARV. L. Rev. (1975) 697. ראו גם להלן דיון בה"ש 62–69.

54 ראו הרצאה שנתן הכלכלן הראשי של רשות ההגבלים העסקיים דאז, ד"ר אסף אילת, שערך פורום הגבלים עסקיים ורגולציה בחודש אפריל 2015 (אסף אילת "ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי בתחום

טורפני – כאמור, משימה מורכבת מאוד כשלעצמה – אלא גם להתמודד עם טענת הגנה אפשרית של בעל המונופולין שלפיה המחשב נמכר במחיר (לא טורפני) של 50 ש"ח, והאוזניות במחיר של 1.90 ש"ח.

המצב השני שבו הצביעה הכתיבה המאוחרת על האפשרות לקשירה פוגענית הוא מקרה שבו מוטל פיקוח מחירים על המוצר שבמונופולין.⁵⁵ היינו, מצב שבו נאסר על בעל המונופולין 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 עם מוצר נוסף עשויה להקשות על הגופים המאסדרים והמפקחים ועל תובעים פרטיים לזהות שבעל המונופולין גבה עבור המוצר שבמונופולין מחיר גבוה מן המחיר המותר, והיא מקשה עליהם להוכיח את גביית היתר ברמה הנדרשת, גם אם גביית היתר זוהתה. מן הבחינה הכלכלית מדובר במקרה הפוך למקרה של טורפנות. במקרה של טורפנות בעל המונופולין מעוניין להפחית את מחיר המוצר הקושר (מחשבים בדוגמה שלעיל), אך נאסר עליו לעשות זאת. במקרה של פיקוח מחירים בעל המונופולין מעוניין להעלות את מחיר המוצר הקושר (עד לרמתו המונופוליסטית), אך נאסר עליו לעשות זאת. בדוגמה שלעיל ניתן לחשוב על מצב שבו 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 שכעניין 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 היה יכול לגבות 3 ש"ח עבור האוזניות, בעל המונופולין צפוי להיות חשוף לסנקציות ולתביעות אזרחיות. עם זאת הקשירה עשויה להקשות מאוד 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 עבורו יותר.

ההגבלים העסקיים "YouTube" (מכון אלי הורביץ לניהול אסטרטגי, הפקולטה לניהול – אוניברסיטת תל אביב, 2015) <https://www.youtube.com/watch?v=w5bEV0jzjQA>.
 55 ראו S.J. Liebowitz, *Tie-in Sales and Price Discrimination*, 21 ECON. INQ. 387 (1983); Stefan Holzweber, *Tying and Bundling in the Digital Era*, 14 EURO. COMP. J. 342, 349 (2018).
 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 ראו Ward S. Bowman Jr., *Tying Arrangements and the Leverage Problem*, 67 YALE L.J. 19 (1957). ראו גם Einer Elhauge, *Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory*, 123 HARV. L. REV. 397, 404–405 (2009).

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, ובכך להגדיל את רווחיו באמצעות ביצוע עסקאות רבות ככל הניתן וגביית המחיר המקסימלי האפשרי בכל אחת מהן (במקום גביית מחיר מונופוליסטי אחד, שיגרום לצרכנים המעריכים את המוצר במחיר נמוך ממחירו המונופוליסטי להימנע מרכישתו). אלא שבעל המונופולין אינו יכול להבחין בין הצרכנים השונים בעת מכירת מכונות הצילום, 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, ולכן כל הלקוחות (או – ליתר דיוק – כל הלקוחות המעריכים את המכונות במחיר גבוה מן המחיר בו הן מוצעות) ירכשו אותן, ובר בבר הוא מחייב את הלקוחות לרכוש ממנו דפי צילום למכונות. את דפי הצילום שהצרכנים חייבים לרכוש ממנו מוכר בעל המונופולין במחיר גבוה ממחירים התחרותיים. אם יש מתאם חיובי בין כמות הצילומים במכונת הצילום לשווי שמייחס המשתמש למכונה, מאפשרת הקשירה לגבות מחיר גבוה יותר עבור החבילה (מכונת צילום ודפים) ככל שהשווי שהלקוח מייחס למכונה גבוה יותר. קשירה מסוג זה יכולה ללבוש צורות שונות. היא עשויה להיות חוזית, דוגמת חיוב של רוכשי המכונה לרכוש דפים מן המוכר בלבד וקביעת פיצוי או שלילת אחריות של היצרן למכונה במקרה של שימוש בדפים אחרים, והיא עשויה להיות טכנולוגית – עיצוב המכונה כך שיהיה אפשר להכניס לתוכה רק דפים מסוימים, 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 דבר 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

57 הדוגמה מבוססת, בשינויים, על מקרה מן הפסיקה האמריקנית המוקדמת בעניין Henry v. A.B. Dick Co., 224 U.S. 1 (1912). באותו מקרה נדונה קשירה של **מחסניות דיו** למכונות שכפול באמצעות סטנסיל. המקרה מוצג במאמרו של Bowman (לעיל ה"ש 56), הן כדוגמה אפשרית לקשירה המשמשת להפליית מחיר והן כדוגמה אפשרית לקשירה מועילה, הרצויה לשני הצדדים בשל יתרונותיה הטכנולוגיים.

58 מקרה שבו שימשה קשירה להפליית מחיר הוא Int'l Salt Co. v. United States, 332 U.S. 392 (1947). מקרה קרוב הוא הפליית מחיר בין צרכנים של שני מוצרים שהמוכר מחזיק בכוח שוק באשר לשניהם (כאשר בין הביקוש לשני המוצרים אין קורלציה חיובית חזקה). ראו George J. Stigler, *United States v. Loew's Inc.: A Note on Block-Booking*, 1963 SUP. CT. REV. 152. במודל המקורי של סטיגלר הונח מתאם שלילי בין הביקוש למוצר א' לביקוש למוצר ב', אך כתיבה מאוחרת יותר הראתה שההסבר אפשרי תאורטית בכל מקרה שבו אין קורלציה חיובית חזקה בין הביקוש למוצר א' לביקוש למוצר ב'. ראו William J. Adams & Janet L. Yellen, *Commodity Bundling and the Burden of Monopoly*, 90 Q. J. ECON. 475 (1976); R. Preston McAfee et al., *Multiproduct Monopoly, Commodity Bundling, and Correlation of Values*, 104 Q. J. ECON. 371 (1989). לענייני 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 – ובהתחשב בהנחות המודל – מדובר בסיטואציה שבה רווחי המוכר בכל אחד משני השווקים גדלים, תוך פגיעה ברווחת הצרכנים (ראו Elhague, לעיל ה"ש 56, בעמ' 405–407). למעשה, הדברים עולים אף מהניתוח המקורי שהציע Bowman (לעיל ה"ש 56, בעמ' 25–27), אם כי באותו הקשר

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) באמצעות חסימה חלקית של המתחרים בשוק ב שתביא 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 באמצעות חיוב צרכני נתבים לרכוש (גם) בקבוקי מים מן המוכר הקושר, עלולה להביא לשיווי משקל על-תחרותי בשוק המים המינרליים. אם בשוק המים יש 1,000 צרכנים, ו-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 גם לבעל המונופולין בשוק הנתבים להעלות את מחיר בקבוקי המים שהוא מוכר.⁵⁹

לבסוף, ניתן לתאר סיטואציות דומות שבהן 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 דומה להסבר הרביעי. בשני המקרים בעל המונופולין מגביל את מתחריו באחד מן השווקים. אומנם ההסבר הרביעי ממוקד בשוק המוצר הנקשר ובאילון המתחרה להעלות את מחיר מוצריו בשוק זה, ואילו ההסבר החמישי ממוקד בשוק המוצר הקושר ובהאמרת עלות הכניסה אליו, אך במהותם ההסברים דומים זה לזה.

(ב) מגבלות ההסברים שהוצעו בכתיבה המאוחרת

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

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

הודגשה דווקא הזיקה בין מחירו של מוצר א' לביקוש למוצר ב', בהנחה שלפחות אצל חלק מן הצרכנים מוצר ב' משמש רק כמוצר משלים למוצר א', ולהפך.

59 ראו Elhague, לעיל ה"ש 56, בעמ' 413–417. לניתוח דומה (אך מפורט פחות) ראו LaPorte, לעיל ה"ש 31, בעמ' 258.

60 ראו Elhague, לעיל ה"ש 56, בעמ' 417–419.

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

גם לפי ההסבר השני בדבר הסוואת חריגה ממחיר מפקח 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 כלי להסוואת הגבייה של אותה רנטה, שאלמלא פיקוח המחירים הייתה נגבית במישרין ובגלוי עבור המוצר הקשור.

ההסבר השלישי, שעניינו בהפליית מחיר, מסביר גם הוא את הגדלת הרנטה המונופוליסטית בשוק המוצר הקשור. בדוגמה שלעיל הרווח הכולל של בעל מכוונות הצילום נגבה עבור מכוונות הצילום, כלומר המוצר הקשור. תמחור הנייר משמש כלי לאמידת הביקוש של הצרכנים למכוונות הצילום, אך הביקוש לנייר אינו משתנה במאוס. 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 כרף 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 באשר 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. על פי הסברים אלה המוכרת הקושרת משתמשת בקשירה כדי להקטין את נתח השוק הזמין למתחרה למידה שלא תאפשר להם ייצור בהיקף המינימלי הדרוש כדי לממש יתרונות לגודל. בדוגמה שהובאה לעיל, יצרנית הנתבים מנצלת את העובדה ש-800 מבינ 1,000 צרכני המים המינרליים זקוקים לנתבים, ובאמצעות קשירה של נתבים לבקבוקי מים מותירה למתחרה בשוק בקבוקי המים "שוק" שבו 200 צרכנים פוטנציאליים בלבד. אלא שבנוגע

61 בכל הקשור לשימוש בהסבר זה כהצדקה לאיסור על קשירה הסבר זה סובל מקושי נוסף. כפי שיפורט בהמשך (להלן בסמוך לה"ש 74), 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 מן המקרים, הפליית מחיר מגדילה גם את הרווחה הכוללת, ולכן לא ברור אם מדובר בפרקטיקה הצריכה להטריד קובעי מדיניות. לסקירה בעניין ההשפעה של הפליית מחיר על הרווחה המצרפית ראו Daniel J. Gifford & Robert T. Kudrle, *The Law and Economics of Price Discrimination in Modern Economies: Time for Reconciliation?*, 43 U.C. DAVIS L. REV 1235, 1241–1243 (2010).

62 ראו 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); Richard Selten, *The Chain Store Paradox*, 9 THEOR. & DECIS. 127 (1978); John S. McGee, *Predatory Pricing Revisited*, 23 J. L. & ECON. 289 (1980); Frank H. Easterbrook, *Predatory Strategies and Counterstrategies*, 48 U. CHIC. L. REV 263 (1981); David M. Kreps & Robert Wilson, *Reputation and Imperfect Information*, 27 J. ECON. THEOR. 253 (1981); Paul Milgrom & John Roberts, *Predation, Reputation and Entry Deterrence*, 27 J. ECON. THEOR. 280 (1982); David Easley, Robert Masson & Robert Reynolds, *Preying for Time*, 33 J. INDU. ECON. 443 (1985); RICHARD A. POSNER, ANTITRUST LAW 202 (2nd ed. 2001).

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.⁶³ היינו, היצרנית הקושרת תיאלץ להפחית את מחיר החבילה כדי למשוך את אותם 800 צרכנים ולהבטיח כי למתחרה ייוותר נתח שוק קטן. ואם כך, יכולה המוכרת להמשיך למכור נתבים במחיר המונופוליסטי ולהשתמש ברווחיה להפחתת מחיר בקבוקי המים בלא לקשור בין המוצרים כלל. הקשירה אינה דרושה להדרת מתחרים באמצעות ניצול "אורך נשימה" כלכלי ואינה מועילה לניצול כזה (אלא אם היא כלי להסוואת המחיר הנמוך).⁶⁴

על כן מן הבחינה התאורטית ניתן לומר כי אף שהכתיבה המאוחרת זיהתה נסיבות שבהן קשירה עלולה לפגוע בתחרות, אין מדובר במינוף במובן שעליו 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 – מלבד הסוגיה התאורטית, להסברים בדבר האפשרות לפגוע בתחרות באמצעות קשירה יש גם מגבלות מעשיות לא מבטלות. 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 שבה מוטל פיקוח מחירים על המוצר שבמונופולין (ההסבר השני). שתי הסיטואציות אינן שכיחות כלל.

באשר להסבר הראשון – בכמה וכמה מאמרים נטען שמקרים שבהם טורפנות תהיה כדאית לבעל המונופולין הם נדירים ביותר, אם בכלל קיימים מקרים כאלה, ושספק אם מקרי עבר שבהם נטען לטורפנות אומנם היו כאלה.⁶⁵ באותם מאמרים הוסבה תשומת הלב לכך שהפרקטיקה יקרה לבעל המונופולין הטורף יותר משהיא יקרה למתחרה המבקש להיכנס לשוק, ולכך שלמתחרה שלל אפשרויות תגובה שתמנענה מבעל המונופולין להוציא מן השוק (דוגמת השעיית הפעילות עד לעליית המחיר, פנייה לקבלת מימון ממקור חיצוני ועוד).⁶⁶ על כן הפרקטיקה מוגבלת מלכתחילה לסיטואציות שבהן למתחרה המבקש להיכנס לשוק "אורך נשימה כלכלי" קטן מאוד ביחס לזה של בעל המונופולין, ושבהן המתחרה המבקש להיכנס לשוק אינו יכול להגיב באופן שינטרל את פועלה של הטורפנות. יתר על כן, כדאיותה של הפרקטיקה, כך הוסבר, מוגבלת אף יותר. נוסף על העלות הגבוהה של הטורפנות ועל הקושי 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

63 על מחיר החבילה להיות נמוך מסך המחירים של חלקיה ולא שווה להם, משום שהקשירה עצמה היא – מנקודת ראותם של הצרכנים – עלות. ראו לעיל ה"ש 48.

64 שם.

65 לדיון ראו את המאמרים המוזכרים לעיל בה"ש 62.

66 אפשרות נוספת שנדונה בספרות (שם), היא חתימת הסדרי בלעדיות עם לקוחות החפצים מצידם בתחרות אצל אלה המוכרים להם.

טורפנית נגד כל מי שינסה להיכנס לשוק, טורפנות לא תוכל להיות כדאית אלא אם טורפנות במקרה הראשון תרתיע גם מתחרים פוטנציאליים נוספים. אולם מכיוון שברור לכול שבעל המונופולין לא יוכל לממן פעילות טורפנית נגד כל המתחרים הפוטנציאליים, פעילות טורפנית נגד מתחרה ספציפי לא תוכל ליצור לבעל המונופולין מונוטין מרתיעים. ממילא, כך נטען, אין היגיון במימון פעילות זו גם בפעם הראשונה.⁶⁷ גם לשיטתם של אלה הגורסים כי טורפנות כשלעצמה עשויה להיות כדאית, ספק אם השימוש בקשירה כדי להסוות טורפנות עשוי להועיל לבעל המונופולין. כפי שצוין, כדאיותה של טורפנות מותנית על פי רוב ביכולתה להרתיע גם מתחרים פוטנציאליים עתידיים. מכיוון שכך, על הטורפנות להיות גלויה לאותם מתחרים פוטנציאליים. לפיכך ערכה של פרקטיקה המסווה את הטורפנות – קטן.⁶⁸ 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 לעיתים תמחור טורפני (בין משום שמדובר בפרקטיקה רווחית ובין משום שהם טוענים לחשוב שהיא כזו), אלה אינם המקרים הרגילים. ברובם הגדול של המקרים טורפנות לא תהיה רווחית, ולא ייעשה בה שימוש.

נוסף על כל 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)⁶⁹ וקביעה של כלל בנוגע להיקף ההפחתה המותרת במחיר על מנת שהכלל עצמו לא יפגע בתחרות וימנע מבעל המונופולין להתחרות. איסור כללי על הפחתת מחיר בעת כניסת מתחרה אינו רצוי, והוא מונע מן המנגנון התחרותי לפעול את פעולתו הרצויה – להביא להפחתת המחיר ולהגדלת הכמות. על כן איסור על טורפנות מחייב קביעת גבול, כדי שתיאסר הפחתה גדולה מדי של המחיר, אך לא הפחתה אחרת.⁷⁰ הצורך בקביעת קו גבול כזה בכל מקרה ומקרה (בשים לב לנתוני

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

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

69 לדיון בשאלה אילו עלויות יש להשוות למחירו של המוצר ראו Areeda & Turner, לעיל ה"ש 53. להמחשת הקושי בחיי המעשה, בהקשרה של הסיטואציה ההפוכה (קביעה איזהו מחיר גבוה, העשוי להיחשב מחיר מופרז שגובה בעל המונופולין), ראו ת"צ (מחוזי מר') 6179-08-16 גפניאל נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ, פס' 14 להחלטה (פורסם בנבו, 16.1.2019); עניין צדוק, לעיל ה"ש 15, פס' 39 לפסק הדין.

70 לדיון בעניין זה ראו Areeda & Turner, לעיל ה"ש 53; עניין Brooke Grp., לעיל ה"ש 52; 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., 549 U.S. 312 (2007); Herbert Hovenkamp, Predatory Pricing Under the Areeda-Turner Test (Univ. of Iowa Res. Papers no. 15-06 (2014), <http://bit.ly/38it4gv>).

השוק הספציפיים) מקשה מאוד 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 שלפיו כל תכליתה של פרקטיקת הקשירה (על עלויותיה, למצער במקרים מסוימים, כאמור לעיל)⁷¹ היא להסוות טורפנות.

באשר להסבר השני – סיטואציות שבהן נדרש בעל מונופולין לקשירה על מנת "לעקוף" פיקוח מחירים הן חריגות. רובם של המחירים שבהם נמכרים מוצרים, ובהם מוצרים הנמכרים בידי בעלי מונופולין, אינם מפוקחים. זאת ועוד, כשמוטל פיקוח מחירים ניתן לדרוש מן הגוף המפוקח שלא לקשור בין המוצר שבפיקוח למוצרים נוספים, או לדרוש לתמחר את המוצרים בנפרד.⁷² 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.⁷³ לעניינו של החיבור הנוכחי די בכך שמדובר בסיטואציה חריגה, ושבתוכם מקרים שבהם מוצא המחוקק או גוף מאסדר אחר שראוי לטפל בגביית מחיר מונופוליסטי באמצעות פיקוח על מחירים, ניתן לטפל בד בבד גם באפשרות של ניסיונות "לעקוף" את מגבלת המחיר באמצעות קשירה.

באשר להסבר השלישי, העוסק בהפליית מחיר – חשוב לעמוד על כך שלא ברור כלל אם הפליית מחיר היא תופעה שהשפעתה על הרווחה המצרפית שלילית. אף שהפליית מחיר מגדילה בלא ספק את הכנסות המוכר ואת רווחיו, פעמים רבות היא מגדילה גם את הכנסות 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.⁷⁴ לפיכך במקרים רבים – אפשר שאף ברובם של המקרים – הפליית מחיר מגדילה גם את רווחת הצרכנים קבוצה. ממילא, אף שכעניין תאורטי

71 ראו לעיל בסמוך לה"ש 42–47.

72 והשוו ס' 17א(2) לחוק הגנת הצרכן 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" (ההדגשה הוספה). כן ראו אמל ג' בארין דיני מסחר אלקטרוני צרכני 1228, 1444 ואילך (2015).

73 ראו עניין גפניאל, לעיל ה"ש 69; עניין צדוק, לעיל ה"ש 15; עניין נאור, לעיל ה"ש 15; ת"צ (מחוזי י-ם) 57534-02-14 זליכה נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 1.11.2015). (החלטה בעניין גילוי מסמכים); רע"א 8224/15 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' זליכה (פורסם בנבו, 29.3.2016) (בקשת רשות ערעור על ההחלטה הקודמת). כן ראו מיכל (שיצר) גל והילה נבו "השפעת תורת ההחלטות על עיצוב כללי משפטיים: מחיר בלתי הוגן כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי" משפטים 277 (2015); גילוי דעת 1/14 "שיקולי הממונה על הגבלים עסקיים באכיפת האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה" (9.4.2014); גילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 10.

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

קשירה אכן יכולה לסייע למוכר להפלות מחיר, לא ברור אם אפשרות זו מצדיקה טיפול בקשירה.

באשר לשתי התופעות האחרונות – כפי שהוסבר מעלה, מדובר בסיטואציות שבהן בעלת המונופולין משתמשת ב"אורך הנשימה" הכלכלי כדי להקשות על מתחריה להתחרות בשוק המוצר הנקשר או בשוק המוצר הקושר. אלא שאם בעלת המונופולין מוכנה לשאת בהפסדים כדי "לנעול" את אותם 800 צרכני בקבוקי מים בשוק המוצר הנקשר, היא יכולה לעשות זאת באמצעות הפחתה של המחיר בשוק בקבוקי המים, ואינה זקוקה לקשירה. בדומה לזה, אם בעלת המונופולין מוכנה 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.⁷⁵

בסופו של דבר, על אף הכרוסום בטענה הקטגורית של חוקרי אסכולת שיקגו שלפיה קשירה פוגענית לא תיתכן כלל, נדמה שהטענה – אם גם במתכונת מרוכנת מן הגרסה הגורפת שהציעו לכתחילה חוקרי אסכולת שיקגו – נותרה משכנעת תאורטית ובעלת משמעות בחיי המעשה. מן הבחינה התאורטית, 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 עדיין נחשב יצירת יש מאין – שימוש באותו כוח שוק יותר מפעם אחת. מן הבחינה הפרקטית, גם אם ייתכנו נסיבות ותנאי שוק ספציפיים שבהם קשירה עלולה להיות פוגענית באופן שמציע איזה מן ההסברים שהוצעו בכתובה המאוחרת, נדמה שמדובר במקרים חריגים, וודאי לא בכלל.⁷⁶

ההסברים שיוצרו בהמשך חיבור זה הם בעלי תחולה רחבה. לפי הסברים אלה, הקשירה בין מוצרים יכולה להוביל לניצול הטיה קוגניטיבית קונסיסטנטית המגבירה את נכונות הצרכנים לרכוש את המוצרים הקשורים לעומת מצב שבו היו נמכרים בנפרד. לפיכך לטענתנו, קשירה עשויה, ככלל, לאפשר למוכר לגבות עבור החבילה הקשורה מחיר גבוה מסך המחיר שהיה אפשר 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

75 הפחתת מחיר המוצר הקושר בלא קשירתו למוצר הנקשר עשויה להיראות אפקטיבית פחות מקשירה (מנקודת ראותה של בעלת המונופולין) אם המתחרה כבר נשא 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 ממד 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.

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

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. מלבד תחולתם הרחבה, הסברים אלה גם עולים בקנה אחד עם האינטואיציה הבסיסית בנוגע לקשירה, ולמעשה מתקפים את אותה אינטואיציה אף שכיום היא נתפסת כשגויה. כפי שנסקר מעלה, ההסבר האינטואיטיבי לקשירה הוא שבאמצעותה יכול מוכר לנצל, כעניין שבשגרה, את כוח השוק שלו למכירת המוצר הנקשר במחיר גבוה ממחירו התחרותי בד בבד עם מכירת המוצר הקושר במחירו המונופוליסטי. אינטואיציה זו, בגרסתה הבסיסית, נשללה קטגורית 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 תאורטי, 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. נוסף על זה, הצגנו את הטענה הבסיסית של חוקרי אסכולת שיקגו שלפיה קשירה פוגענית אינה אפשרית ואת הכרסום בטענה זו בכתיבה מאוחרת.

בפרק זה נבקש להצביע על שתי הטיות קוגניטיביות הגורמות לכך שקונה יהיה מוכן, ככלל, 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 שעליהן נעמוד מאפשרות למוכר לקשור כעניין שבשגרה מוצרים באופן המועיל לו עצמו ללא שהקשירה מיטיבה בהכרח עם הצרכנים.⁷⁷

77 על הטענה כי כלכלה התנהגותית אינה בשלה לספק הסברים חלופיים לתופעות המטופלות על ידי דיני התחרות ראו Joshua D. Wright & Judd E. Stone, *Misbehavioral Economics: The Case against Behavioral Antitrust*, 33 CARDOZO L. REV. 1517, 1548–1554 (2012). כן ראו Alan Devlin & Michael Jacobs, *The Empty Promise of Behavioral Antitrust*, 37 HARV. L. J. & PUB. POL'Y 1009, 1009–1010, 1038–1042 (2014). במאמר זה מותחים המחברים ביקורת על השימוש בניתוח התנהגותי לשם גיבוש מדיניות בתחום ההגבלים העסקיים בכלל ואת הניתוח ההתנהגותי של פרקטיקות ספציפיות, כגון תמחור טורפני (Predatory Pricing), סירוב לסחור (Refusal to Deal) וקשירה (Tying and Bundling) בפרט. העיסוק בביקורות הכלליות הנזכרות במאמרים אלה על הניתוח ההתנהגותי אינו מעניינו של חיבור זה. עם זאת, נעיר שככלל לא ברור מדוע התובנה שלפיה תיתכנה השפעות של הטיות שונות בכיוונים מנוגדים מצדיקה התעלמות מפועלה המובהק של הטיה ספציפית, כשזוהתה הטיה הפועלת בכיוון מסוים. בהקשר זה חשוב להדגיש כי במאמר זה מוצגות נגזרות מעשיות קונקרטיות של האפשרות לשימוש באותן הטיות, נגזרות שיעילותן הוכחה בבירור – הן בניסויים והן בעולם המעשה.

1. על היוריסטיקות והטיות

החיים האנושיים מורכבים, ובכל רגע נתון אנו נדרשים להחליט מספר רב של החלטות באשר לדרך הפעולה הרצויה לנוכח הגירויים השונים שאנו קולטים מהסביבה. מורכבות זו יוצרת עומס קוגניטיבי רב על המוח האנושי. המוח "שואף" להפחית עומס זה ולחסוך במשאבים הקוגניטיביים המושקעים בכל אחת מן ההחלטות. בשל כך פיתח המוח האנושי כללי מחשבה או "קיצורי 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. ממילא ההיוריסטיקה אינה מבטיחה פתרון אופטימלי. חלף זאת היא שואפת להגיע לפתרון סביר ומספק באמצעות שימוש במינימום משאבים קוגניטיביים. יתרונות הפעלתו של מנגנון מנטלי זה ברורים – הוא מפחית במידה ניכרת עומס קוגניטיבי ומאפשר לנו לפעול באופן מספק בסביבה המורכבת ומרובת המשימות שבה אנו חיים. עם זאת לשימוש במנגנונים אלה יש מחיר. בשל הפעלת מנגנונים מנטליים אלה הדיוק בקבלת ההחלטות פוחת, 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 שאליו הגיע באמצעות שימוש בהיוריסטיקה. כשלים אלו הם קונסיסטנטים, וניתן למעשה לזהותם ולהגדירם. כשלים קונסיסטנטיים אלה ידועים בתור "הטיות קוגניטיביות" (cognitive biases).

הטיה קוגניטיבית מוגדרת כדפוס פעולה או נטייה לא אקראית לטעויות בתפיסה, בזיכרון, בחשיבה או בשיפוט.⁷⁸ בספרות המחקר מתחום הפסיכולוגיה זוהו כמה הטיות קוגניטיביות שכיחות מאוד, שהשפעתן על ההתנהלות האנושית היומ-יומית גדולה.⁷⁹ זיהוי אותם כשלים קונסיסטנטיים 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, שהגדירו אותו לראשונה 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.⁸⁰ למעשה,

78 ראו Daniel Kahneman & Amos Tversky, *Subjective Probability: A Judgment of Representativeness*, in THE CONCEPT OF PROBABILITY IN PSYCHOLOGICAL EXPERIMENTS. 25–48 (1972).

79 ראו Amos Tversky & Daniel Kahneman, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, 185 SCIENCE 1124, 1124–1131 (1974).

80 ראו שם. לסקירה מעניינת של "יוריסטיקת העיגון" בשפה שווה לכל נפש ראו דניאל כהנמן **לחשוב מהר, לחשוב לאט** (2013).

הערך המספרי המשמש "עוגן" מקבל משקל לא פרופורציונלי בעת ביצוע ההערכה. כפי שנדגים להלן, אימוץ ערך מסוים בתור "עוגן" יכול להיעשות בהתבסס על נסיבות פנימיות (זיכרון, אמונה וכו') או על נסיבות חיצוניות (חשיפה לערך מסוים סמוך לביצוע ההערכה, קיומה של מוסכמה חברתית בנוגע לערך וכד'). הטיה זו תופיע בעיקר כאשר אדם נדרש לפתור שאלות הנוגעות לאומדן מספרי, כגון תאריך, עלות, זמן וכד'.

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 שבו התבקשו נשאלים להעריך את גובהו של עץ סקויה (Redwood). 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, אך המספר 365 הוחלף במספר 55. מובן שאין כל סיבה רציונלית לכך שהמספר ש"נשתל" אצל הנבדקים – 365 או 55 – ישפיע על הערכתם את גובהו של עץ הסקויה הגבוה ביותר. למרות זאת נמצא בניסוי קשר מובהק בין תשובות הנבדקים לבין גודל המספר שהוצג להם בשאלה. נבדקים שנחשפו למספר 365 העריכו במוצעת את גובה העץ הגבוה ביותר כ-257 מטר, ואילו הערכתם הממוצעת של הנשאלים שנחשפו למספר 55 הייתה 86 מטר.⁸¹ פער זה היה מובהק ומשמעותי מאוד.⁸² כלומר, חשיפה לערך מספרי כלשהו, שהפך ל"עוגן" עבור הנבדקים, הובילה להטיית הערכתם את גובה עץ הסקויה אל עבר אותו ערך מספרי שאליו נחשפו, אף שלא היה קיים שום קשר רציונלי 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 רחבים ביותר, אף שהמתווכים עצמם חשבו שלא הושפעו כלל מהמחיר המבוקש. אותו ניסוי נעשה גם על קבוצה של סטודנטים חסרי רקע בתחום, והממצאים היו דומים.⁸³

שלא כצפוי, הטיית העיגון אינה מופעלת רק כאשר ה"עוגן" קשור לנושא ההערכה. טברסקי וכהנמן דיווחו במאמרם המפורסם משנת 1974 שפורסם בכתב העת *Science* על

81 שם. כן ראו Karen E. Jacowitz & Daniel Kahneman, *Measures of Anchoring in Estimation Tasks*, 21 PERSONALITY & SOC. PSYCHOL. BULLETIN 1163 (1995). לשימוש נוסף במתודולוגיה

זאת ראו Keith E. Stanovich & Richard F. West, *On the Relative Independence of Thinking Biases and Cognitive Ability*, 94 J. PERSONALITY & SOC. PSYCHOL. 672, 674 (2008).

82 ההבדל בין ההערכות היה 171 מטר – המשקף תוצאה של 55% במדד העיגון. מדד העיגון הוא היחס שבין שני ההבדלים – ההבדל הממוצע בהערכות וההבדל בין ערכי העיגון (ובענייננו, היחס בין 171 ל-310) – כשהוא מבוטא באחוזים (ובענייננו – 55%). לטענתו של כהנמן (לעיל ה"ש 80, בעמ' 141), הערך 55% שנצפה בדוגמה זו הוא אופייני.

83 ראו Gregory B. Northcraft & Margaret A. Neale, *Experts, Amateurs, and Real Estate: An Anchoring-and-adjustment Perspective on Property Pricing Decisions*, 39 ORG. BEHAV. & HUMAN DEC. PROCESSES 84 (1987) (ממצאי הניסוי הצביעו על אפקט עיגון של 41% אצל מתווכי הנדל"ן, ואפקט עיגון של 48% אצל הסטודנטים). ראו גם כהנמן, לעיל ה"ש 80, בעמ' 141.

ממצאי ניסוי שבו 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, באקראי, מבלי שהנבדקים ידעו על כך. נמצא בניסוי זה שנבדקים הושפעו מאוד מהמספר האקראי שאליו 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 84.45%.

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 לשוויים של מוצרים שונים. באותו ניסוי נמצא אף כי השפעה זו אינה פוחתת עם צבירת ניסיון הנבדקים, או כאשר הערכות השווי שהם מתבקשים לתת הן בהקשר שוקי. עורכי המחקר מכנים תופעה זו "שרירותיות קוהרנטית" (Coherent Arbitrariness).⁸⁴

(ב) תמחור חלקי (Partitioned Pricing)

"תמחור חלקי" (Partitioned Pricing) הוא מונח המתאר טכניקה שיווקית שלפי ספרות המחקר משתמשת למעשה בהטיית העיגון. בטכניקה שיווקית זו מוצג מחיר של מוצר כשהוא מופצל כדי להביא לעלייה באטרקטיביות של המחיר הכולל בעיני הצרכן. המחיר המופצל יכול בדרך כלל מחיר בסיס והיטלים נוספים שוליים יותר (כגון מיסים, דמי טיפול, תשלום על תוספות נלוות וכו').

יעילות טכניקת התמחור החלקי הוכחה במחקרים שונים.⁸⁵ במחקר אחד נמצא שתמחור חלקי של מוצרים במכירה פומבית הגדיל במידה ניכרת 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 (בשיעור 15% ממחיר המוצר). בקבוצה אחרת של נבדקים התחרו ביניהם הנבדקים על המחיר הכולל את העמלה (שהוא למעשה המחיר שאותו יידרשו לשלם בפועל). מובן שבשני המצבים היו המשתתפים במכירה הפומבית מודעים הן לכך שבית העסק יגבה עמלה והן לשיעורה של עמלה זו. ממילא בשני המקרים ידעו המציעים היטב מהו המחיר שאותו יידרשו לשלם בפועל אם תתקבל הצעתם. בשל כך, לכאורה, לא היה

84 ראו שם, בעמ' 136; Tversky & Kahneman, לעיל ה"ש 79, בעמ' 1124–1131. עוצמתם של עוגנים מקריים הודגמה בכמה דרכים. בספרו של כהנמן (לעיל ה"ש 80, בעמ' 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 (בחדשים) 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%".

85 ראו Dan Ariely, George Loewenstein & Drazen Prelec, "Coherent Arbitrariness": Stable Demand Curves Without Stable Preferences, 118 Q.J. ECON. 73 (2003).

86 לסקירה רחבה של הספרות בנושא ראו Ahmetoglu, Gorkan, Adrian Furnham & Patrick Fagan, Pricing Practices: A Critical Review of their Effects on Consumer Perceptions and Behaviour, 21 J. RETAILING & CONSUMER SERVICES 696 (2014).

אמור להיות הבדל בין המצבים שנבחנו בניסוי, משום שבשני המקרים מדובר בפועל באותו מחיר. אולם בניסוי התברר שהצגת המחיר כשהוא מפוצל הגדילה את נכונותם של הנבדקים לשלם עבור המוצר. חלוקת המחיר למחיר בסיס בצירוף עמלה בסך 15% הביאה לתוצאה שבה המחיר הכולל שהציעו הנבדקים היה גבוה מבמצב שבו לא פוצל המחיר.

בניסוי נוסף שנעשה באותו מחקר נמצא כי צרכנים שרכשו טלפון בתמחור חלקי (מחיר בסיס בצירוף דמי משלוח וטיפול) זכרו את מחירו הכולל כנמוך מזה שזכרו צרכנים שרכשו את אותו טלפון במחיר זהה, אך בתמחור "רגיל" הכולל את כל רכיביו ("כולל משלוח וטיפול").⁸⁷

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 רבה יותר של הצרכן מהמחיר.⁸⁸ 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%, לא פחתו נכונות הצרכנים לרכוש את המוצר ומידת הסיפוק מהמחיר (אם כי במקרה זה דיווחו הצרכנים על "ערך נתפס" (perceived value) נמוך יותר ועל השלמה (acceptance) פחותה עם תוספת התשלום).⁸⁹

בספרות הוצעו הסברים תאורטיים שונים להשפעת התמחור החלקי על צרכנים. הסבר מרכזי להשפעה זו מתבסס על הטיית העיגון.⁹⁰ על בסיס תאוריה כללית זו ההסבר להצלחת טכניקת התמחור החלקי נעוץ בכך שהצרכן מתמקד למעשה במחיר הבסיס, שהופך ל"עוגן" בעבורו, מכיוון שצרכן נוטה להתמקד במידע הנחשב בעיניו כחשוב ביותר,⁹¹ ושאליו הוא נחשף על פי רוב לפני חשיפתו למחיר הכולל.⁹² לאחר שהצרכן "מתעגן" (anchors) על מחיר הבסיס, הוא צפוי לתקן חלקית בלבד את הערכתו באשר למחיר הכולל. תיקון חלקי זה, כך נטען, מביא להערכה בחסר של המחיר הכולל, וממילא להגברת האטרקטיביות של רכישת החבילה בעיני הצרכן.⁹³

נוסף על זה, כפי שעולה מממצאי מחקרים שונים הבוחנים את שחזור המחיר בידי צרכנים, נראה שצרכנים הנחשפים לכמה רכיבים של המחיר אינם מחשבים במדויק את המחיר הכולל ונוטים להסתמך בעיקר על המחיר המרכזי בעיניהם, אגב התעלמות מהמחירים שנתפסים בעיניהם כמשניים. מכיוון שמחיר הבסיס הוא בדרך כלל הרכיב

87 ראו Vicki G. Morwitz, Eric A. Greenleaf & Eric J. Johnson, *Divide and Prosper: Consumers' Reactions to Partitioned Prices*, 35 J. MARKETING RES. 453 (1998).

88 ראו Lan Xia & Kent B. Monroe, *Price Partitioning on the Internet*, 18 J. INTERACTIVE MARKETING 63 (2004).

89 שם.

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

91 שם.

92 שם. ראו עוד, לעניין ההפרדה הכרונולוגית בין מחיר הבסיס למחיר הכולל, להלן תת-הפרק 3.3(ג).

93 שם. בספרות הוצעו הסברים נוספים להצלחת טכניקת התמחור החלקי. ראו Dipankar Chakravarti,

Rajan Krish, Pallab Paul & Joydeep Srivastava, *Partitioned Presentation of Multicomponent Bundle Prices: Evaluation, Choice and Underlying Processing Effects*, 12 J. CONSUMER RES. PSYCHOL. 215 (2002).

המרכזי במחיר הכולל (והוא גם בדרך כלל המחיר הראשון בזמן שאליו נחשף הצרכן), הצרכן מייחס לו חשיבות רבה יותר, ומחיר זה הופך לנקודת ייחוס מרכזית שעליה יסתמך בהערכת כדאיות העסקה.⁹⁴

מחקרים שונים הראו שגם תמחור חלקי שנעשה באמצעות הוספת מוצר למוצר הבסיסי (Partitioning add-on products) מביא להפעלת אפקט עיגון דומה.⁹⁵ עם זאת אפקט זה רגיש יותר למשתנים שונים, ובעיקר לאופי המוצר שהתווסף וליחס שבין המוצר הנוסף למוצר הבסיסי. ככלל, ניתן לומר שגם במקרים כאלה מעידים הממצאים שככל שמחיר הבסיס מרכזי יותר בעיני הצרכן, כך סביר יותר שהמחיר יהפוך "עוגן" להערכת מחיר שאר החבילה, והערכתו של הצרכן תהיה חשופה יותר להטיית העיגון.⁹⁶

בהקשר 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 באפקטיביות 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, דבר שהיה הופך את העלאת המחיר ללא כדאית. אך הקשירה גורמת לכך שיהיה אפשר להעלות את מחיר החבילה באמצעות תמחור גבוה (יחסית) של המוצר הנקשר. בגלל הטיית העיגון מחיר החבילה לא יוערך במדויק אלא יהיה מוטה לכיוון ערך ה"עוגן" – ובענייננו מחיר המוצר הקושר. במובן זה, מחיר המוצר הנקשר יוערך בחסר, וממילא תתאפשר גבייה של מחיר יותר גבוה 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, יהיה קל יותר להפעיל את הטיית העיגון, שכן סביר יותר שמחיר זה יהפוך ל"עוגן" עבור החבילה, וכך תתאפשר מכירת המוצר הנקשר במחיר גבוה יותר. חשוב להבחין שההטיה פועלת אף שהצרכן מודע להיטל

94 שם; Gorkan, Furnham & Fagan, לעיל ה"ש 86, בעמ' 698–699; Morwitz, Greenleaf & Johnson, לעיל ה"ש 87. בדומה לזה, מחקרים שיווקיים רבים עמדו על כך שצרכנים מייחסים משקל קטן מדי לספרות הימניות שבמחיר (Price Endings). זו הסיבה להופעת התמחור עם סיומת "99". ראו Mark Stiving & Russell S. Winer, *An Empirical Analysis of Price Endings with Scanner Data*, 24 J. CONSUMER RES. 57 (1997).

95 ראו Gorkan, Furnham & Fagan, לעיל ה"ש 86, בעמ' 698–699.

96 לעניין תמחור חלקי באמצעות חבילה הכוללת כמה מוצרים ראו Srivastava Krish & Chakravarti, לעיל ה"ש 93; Crane, לעיל ה"ש 90, בעמ' 438–440. בנוגע להשפעת כוונת הקנייה המוקדמת על המוכנות לרכוש את החבילה ראו Rajneesh Suri & Kent B. Monroe, *Consumers Prior Purchase Intentions and their Evaluation of Savings on Product Bundles*, in OPTIMAL BUNDLING 177 (1999). משתנה נוסף בעל השפעה על תפיסת הצרכן, במובן מעט שונה, הוא סוג המוצר הנוסף בחבילה. לפי המחקר של Chakravarti, Krish, Paul & Srivastava, לעיל ה"ש 93, אופי המוצר הנוסף יכול להסיט את תשומת הלב לכיוונים שונים. כך, הוספת מכונת קרח למקרר בתמחור נפרד מובילה להתמקדות במחיר או בערך המוסף לחבילה, ואילו הוספת אחריות בתמחור נוסף עשויה להסיט את תשומת הלב מהמחיר לניתוח הביצועים.

הנוסף ולגובהו. עצם תפיסת מחיר המוצר הקושר כמחיר בסיס שעליו מתווסף רכיב נוסף משנה את הערכת המחיר הכולל בידי הצרכן, אף שלא קיים כל מידע נסתר המתווסף בשלב שני.

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

בלא לשלול את תוקפם של ההסברים השונים שהוצגו בפרק 2. 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 התאורטי 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 של הצרכן לרכישת החבילה במחיר נתון, יותר ממוכנותו במצב שבו המוצרים נמכרים בנפרד.⁹⁷ 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; השנייה, מגבלה הרלוונטית ספציפית לניצולה של הטיית העיגון באמצעות קשירה.

97 לניתוח דומה של ניצול הטיית העיגון באמצעות mixed bundling ראו Crane, לעיל ה"ש 90. במאמר זה המחבר מציע כמה הסברים אפשריים לכך ש-mixed bundling מתרחש. אחד מאותם הסברים נוגע להפעלת הטיית העיגון. על אף הניתוח הדומה של היכולת של מוכרים לנצל את הטיית העיגון, 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. ייתכן כי המחבר סובר שבשל כך מוכרים צפויים לא להשתמש בפרקטיקת 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 שבה המוצר המרכזי בעיני הצרכן מתומחר במחיר גבוה מדי, תוביל ככל הנראה לתוצאה שלילית מבחינת המוכר. אם מוצר ה"עוגן" – המוצר שבו ממוקדת תשומת ליבם 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. אף שהסיכון לקשירה לא מוצלחת (מנקודת ראותו של המוכר הקושר) קיים, חזקה על מוכרים כי ירכשו מומחיות ויצליחו ליצור חבילות המשרתות את מטרותם. 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.

ראשית, מובן שיש לזכור כי צרכנים מוגבלים ביכולותיהם הכספיות. ההטיה המדוברת פועלת על נכונותם של הצרכנים לשלם עבור שני המוצרים הקשורים ומגבירה נכונות זו. אולם מלבד הרצון להימנע מתשלום מיותר, שעליו ההטיה מסייעת להתגבר, מוגבלים צרכנים בעצם היכולת לשלם תשלום נוסף. הקשירה לא תוכל כמוכך לשכנע אדם שאין בידיו 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 הנדונים בחיבור זה. מדובר במגבלה כללית הנוגעת להשפעתה של כל הטיה באשר היא. אך חשוב לעמוד עליה גם בהקשר הנוכחי.

שנית, ועיקר, לפי הממצאים 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 ייתפס כנלווה למחיר המוצר הקושר. ככל שמרכזיות המוצר הקושר בעיני הצרכן תגבר, כך סביר יותר שיתרחש עיגון.⁹⁸ לפיכך נצפה שההטיה תפעל באופן המובהק ביותר כאשר מחיר המוצר הנקשר נמוך במידה ניכרת 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 שיהיה נדיר למצוא מקרים שבהם בעל מונופולין ינסה לקשור את המוצר שבמונופולין למוצר נוסף, יקר יותר, הנתפס בעיני הצרכן כמוצר עיקרי. כך, למשל, לא יהיה סביר למצוא בעל מונופולין במכירת משקאות קלים המנסה לקשור טיסה לאירופה לבקבוק משקה. אינטואיטיבית 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, ואילו קשירה 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 כמה מוצרים או מקרים שבהם הצרכן מתבקש להרכיב בעצמו חבילה. ואכן, כפי שזכר מעלה, נדמה שהפסיקה בישראל ובארצות הים התמקדה במצבים שבהם למוצרים המרכיבים את החבילה יש מחירים נפרדים (בהקשרה של הכפייה הכלכלית ובהקשרה של הדרישה לביקוש נפרד).⁹⁹

לפיכך על אף מגבלות ההסבר המוצע נדמה שאין במגבלות אלו כדי לצמצם במידה ניכרת את הרלוונטיות של ההסבר למקרי קשירה אפשריים בחיי המעשה. ומכל מקום, נדמה שההסבר הוא בעל תחולה רחבה מן ההסברים האחרים שעליהם עמדנו לעיל באשר להיתכנותה של קשירה המגדילה את רווחי המוכר בלא להגדיל בהכרח את רווחת הצרכן (המצריכים ברובם תנאי שוק מיוחדים או ממוקדים בהסוואת פרקטיקות אסורות). בכל

98 שם, בעמ' 439.

99 ראו לעיל בטקסט הנלווה לה"ש 17–26.

מקרה שבו נקשרים יחדיו שני מוצרים הנמכרים גם בנפרד, כאשר אחד מהמוצרים נתפס כנלווה לשני, יכולה הטיית העיגון להסביר את רווחיותה של הקשירה.

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.¹⁰⁰ היחס בין עמדתו של אדם להתנהגותו נתפס אינטואיטיבית כיחס חד-כיווני בכל הקשור לכיוון ההשפעה, במובן זה שעמדותיו של אדם נתפסות כגורם המשפיע על התנהגותו.¹⁰¹ אלא שבסדרה של מחקרים נמצא כי יש גם כיוון השפעה הפוך. היינו, להתנהגותו של אדם יש השפעה סיבתית חזקה על עמדותיו. ככלל, אדם שעשה מעשה מסוים או בחר בדרך מסוימת ייטה להצדיקם. 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 באשר לסיכויי הזכייה של אותו סוס בזמן שעמדו בתור לרשום את ההימור. ממצא זה מצביע על תיקון העמדות שבהן החזיקו הצופים ביחס לסוס לעמדות שתואמנה בדיעבד להתנהגותם (ההימור).¹⁰² יש כמה 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).¹⁰³ על פי תאוריה זו, חוסר הלימה בין מחשבותיו, עמדותיו או תפישותיו 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 באמצעות תיקון העמדה ולא באמצעות תיקון ההתנהגות.¹⁰⁴ כך, במחקר קלאסי של פסטינגר וקרלסמית'¹⁰⁵ התבקשו סטודנטים לבצע מטלה משעממת (סיבוב בורג) במשך שעה. לאחר מכן נדרשו אותם סטודנטים לשקר לנבדק הבא ולספר לו שהניסוי מהנה. חלק מהסטודנטים קיבלו דולר אחד עבור השקר, וחלק קיבלו 20 דולר. לאחר מכן התבקשו הסטודנטים לדרג את הנאתם מהניסוי כולו. נמצא שסטודנטים שקיבלו דולר אחד עבור השקר דיווחו כי נהנו מהניסוי יותר משדיווחו נבדקים אחרים (קבוצת הסטודנטים שקיבלו 20 דולר וקבוצת הביקורת שחבריה לא התבקשו לשקר

M.J. Rosenberg & C.I. Hovland, *Cognitive, Affective and Behavioral Components of Attitudes*, in ATTITUDE ORGANIZATION AND CHANGE: AN ANALYSIS OF CONSISTENCY

.AMONG ATTITUDE COMPONENTS (M.J. Rosenberg, C.I. Hovland eds., 1960)

101 אך ראו Richard T. LaPiere, *Attitudes vs. Actions*, 13 SOC. FORCES 230 (1934)

102 Robert E. Knox & James A. Inkster, *Postdecision Dissonance at Post Time*, 8 J. PERSONALITY & SOC. PSYCHOL. 319 (1968)

103 LEON FESTINGER, A THEORY OF COGNITIVE DISSONANCE (1962)

104 לעניין התאמת עמדות ראו למשל Elliot Aronson & Judson Mills, *The Effect of Severity of Initiation on Liking for a Group*, 59 J. ABNORMAL & SOC. PSYCHOL. 177 (1959)

105 Leon Festinger & James M. Carlsmith, *Cognitive Consequences of Forced Compliance*, 58 J. ABNORMAL & SOC. PSYCHOL. 203 (1959)

כלל). ממצאים אלה מוסברים בכך שהנבדקים שקיבלו סכום גדול יותר יכלו לפתור את הדיסוננס שחשו בעקבות השקר בעזרת הסכום הגדול שקיבלו בעבורו (היה "שווה" לשקר – הסכום מצדיק את השקר). לעומתם, לנבדקים שקיבלו סכום קטן יותר 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 שחוו.¹⁰⁶

מהאמור לעיל עולה כי בכל הקשור ליחס שבין עמדות להתנהגות יש (גם) השפעה הפוכה מזו הצפויה מראש, ומחקרים רבים מצביעים על השפעה ניכרת של התנהגות על עמדות. נוסף על זה נראה כי הצדקות (justifications) הן מנגנון יעיל לריכוך הדיסוננס הקוגניטיבי שנוצר בעקבות אי-התאמה בין התנהגות לעמדות.¹⁰⁷

השפעת המעשים שלנו על העמדות שבהן אנו מחזיקים היא אפוא גדולה ביותר. לתובנה זו משמעות מרחיקת לכת בכל הנוגע להבנת פעולותינו ולהבנת הדרך בה אנו מעצבים את התפיסה שלנו באשר לסובב אותנו. בהמשך פרק זה נתמקד בהשפעה אפשרית של תובנה זו על החלטותינו הצרכניות. 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

בטכניקות 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 לטכניקת התמחור החלקי שנדונה מעלה, אך שונה ממנה בהיבט מרכזי אחד. בתמחור "מטפטף" הצרכנים נחשפים תחילה רק לרכיב הבסיס של המחיר, ולאחר מכן, במהלך 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 וחייבים נוספים בגין תשלום באמצעות כרטיסי אשראי. ההבדל העיקרי בין טכניקת התמחור החלקי שבה עסקנו לעיל לבין טכניקת התמחור ה"מטפטף" הוא אפוא 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 יש רכיבים נוספים. הוא יודע גם את שיעורם של רכיבים אלה אלא שהוא מעריך אותם בחסר או בוחר (במודע או שלא במודע) להתעלם מהם. לעומת התמחור החלקי, במסגרת טכניקת התמחור ה"מטפטף" ההיטלים המתווספים למחיר

106 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 Omid Fotuhi et al., *Patterns Of Cognitive Dissonance-Reducing Beliefs Among Smokers: A Longitudinal Analysis From The International Tobacco Control (ITC) Four Country Survey*, 22 TOBACCO CONTROL 52 (2012).

107 שם.

הבסיס אינם מוכרים לצרכן מלכתחילה, והם מתווספים במהלך תהליך הרכישה. מחקרים שונים מצאו שתמחור "מטפטף" מביא, ככלל, להגדלת היקף המכירות לעומת תמחור רגיל.¹⁰⁸

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

טכניקות שיווק נוספות שהוכחו במחקרים שונים כיעילות משתמשות במנגנון קוגניטיבי דומה. כך, הטכניקה המכונה "רגל בדלת" שואפת למנף את הסכמת הצרכן לתנאי ראשוני כדי לקבל את הסכמתו לתנאים נוספים (גם במקרה שבו הצרכן לא היה מסכים לתנאים הנוספים מלכתחילה). בניסוי שעשו Freedman & Frazer נבחנו שתי קבוצות של משתתפים. נבדקים מהקבוצה הראשונה התבקשו תחילה להסכים לעניין פעוט (יחסית) – תלות שלט קטן על ביתם או לחתום על עצומה. נושא השלט או העצומה היו נהיגה בטוחה או "שמירה על קליפורניה יפה".¹⁰⁹ 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 בלא 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 יותר מ-55% הסכמה לתליית השלט הגדול.¹¹⁰ ממצאי המחקר מעידים שלאנשים מוכנות גבוהה יותר להסכים לבקשה "גדולה" לאחר שכבר נענו בעבר לבקשה "קטנה" ממנה.¹¹¹

108 ראו Gorkan, Furnham & Fagan, לעיל ה"ש 86, בעמ' 697–699.

109 האפשרויות השונות נועדו לאפשר לחוקרים ליצור תתי-קבוצות שונות לצורך בידוד משתנים שונים. כך, החוקרים יכלו להבחין בין מקרה שבו נושאה של הבקשה השנייה 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 שבו הבקשה הראשונה הייתה מאותו סוג (תליית שלט/חתומה על עצומה) של הבקשה השנייה לבין מקרים שבהם היה הבדל באופי הבקשות.

110 הממצאים מתייחסים כמובן לכלל הנשאלים מהקבוצה הראשונה (גם אלה שסירבו לבקשה הראשונה).

111 ראו Jonathan L. Freedman & Scott C. Fraser, *Compliance Without Pressure: The Foot-In-The-Door Technique*, 4 J. PERSONALITY & SOC. PSYCHOL. 195 (1966). טכניקה שיווקית דומה נוספת מכונה "Low-balling Technique". במסגרת טכניקה זו מוצעת ללקוח תחילה עסקה אטרקטיבית שאין לו סיבה לסרב לה, ורק לאחר מכן מתווספים להצעה עוד מרכיבים. בכמה ניסויים נמצא כי לאחר הבעת הסכמה לעסקה הראשונית, הסיכוי לקבלת התחייבויות נוספות גדל במידה ניכרת. וראו Robert B. Cialdini, John T. Cacioppo, Rodney Bassett & John A. Miller, *Low-Ball*.

אחד ההסברים להצלחת הטכניקות המוצגות יכול להימצא בממצאים העוסקים בפער שבין עמדות להתנהגות ובצורך בריכוך הדיסוננס הקוגניטיבי באמצעות הצדקות. כך, בנוגע לטכניקת התמחור ה"מטפטף" – לאחר החלטת הלקוח להיכנס להליך רכישת המוצר או לאחר החלטתו לרכוש את המוצר ייטה הצרכן לדבוק בהחלטתו הראשונית. לפיכך הוא צפוי להתאים את עמדותיו בנוגע למחיר שאותו הוא מוכן לשלם עבור החבילה הכוללת ולהיות נכון יותר להסכים להיטלים נוספים.¹¹²

מובן ששטייה זו אינה מוחלטת. תוספת למחיר מגדילה את הסכום הכולל שעל הצרכן לשלם, ולכך – כמובן – השפעה מיידית על נכונותו לרכוש את המוצר או החבילה (ולעיתים אף על יכולתו לרכוש את המוצר או החבילה). היטלים כבדים מאוד צפויים בוודאי לגרום ללקוח לסרב להתקשרות. עם זאת, הממצאים שסקרנו מעידים שההחלטה הראשונית עצמה לרכוש את המוצר, או ההחלטה על כניסה למשא ומתן או לתהליך הרכישה, צפויות להוביל לנטייה להצדיק את ההחלטות ואת המעשים 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, 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 לתאוריה הכלכלית ה"קלאסית", אין מדובר ב"משחק סכום אפס" שבו כל תוספת שנגבית עבור המוצר הנקשר מקוזזת מן התמורה שמוכן הצרכן לשלם עבור המוצר הקושר. ההפך הוא הנכון: הנכונות (והרצון) לרכוש את המוצר הקושר מגדילה את הנכונות לשלם עבור המוצר הנקשר.

יש לעמוד על כך שבניגוד לקשירה באמצעות טכניקת התמחור החלקי המבקשת לנצל את הטיית העיגון, במסגרת תמחור "מטפטף" אין הכרח שהצרכן יראה לנגד עיניו בעת הרכישה מחירים נפרדים – האחד של המוצר הקושר והאחר של המוצר הנקשר. על מנת להפעיל את מנגנון ההצדקות די שמחיר המוצר הקושר יהיה ידוע לצרכן. ידיעה זו יכולה להיות מוקדמת להליך הרכישה הספציפי. כך יהיה לדוגמה כאשר את המוצר הקושר מוכרים יצרנים אחרים בנפרד מן המוצר הנקשר, והצרכן נחשף למחיר זה במסגרת חיפושיו אחר המוצר הקושר, או שהוא מודע בדרך אחרת למחיר שבו אותם יצרנים מציעים את המוצר.¹¹³

Procedure for Producing Compliance: Commitment Then Cost, 36 J. PERSONALITY & SOC. PSYCHOL. 463 (1978).

112 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 'אזורק' את הכול?". זוהי כמובן דוגמה לדפוס פעולה בעקבות דיסוננס קוגניטיבי.

113 כפי שזכרנו, בעל מונופולין (או בעל כוח שוק) אינו רק מי שמוכר את כל יחידות המוצר שבמונופולין אלא גם מי שמחזיק בידו נתח שוק העולה על 50%, או שהוא בעל כוח שוק משמעותי (ראו לעיל ה"ש 8–9 ובטקסט הנלווה להלן (ביחס לדין בישראל); לעיל ה"ש 32–37 (בנוגע לדין בארצות הים)).

מובן שאין צורך שהצרכן ידע במדויק את מחירו של המוצר הקושר, ודי בכך שידע את מחירו בקירוב. לפיכך, מנגנון ההצדקות עשוי לפעול בכל פעם שהצרכן יודע מה מחיר המוצר הקושר, או אפילו במצבים שבהם הצרכן משער את מחירו של המוצר הקושר. במובן זה מנגנון ההצדקות מספק הסבר גם לאותם מקרי קשירה שהטיית העיגון אינה מסבירה.

(ג) מגבלות ההסבר

בתת-פרק זה ביקשנו לטעון כי ניתן להבין את רווחיות הקשירה מנקודת ראותו של המוכר באמצעות התשתית התאורטית של הדיסוננס הקוגניטיבי ומנגנון ההצדקות. בתוך כך הצגנו כמה שיטות שיווק המבוססות על מנגנון קוגניטיבי זה שיש בהן כדי להדגים את יעילות הקשירה, ובראשן את טכניקת התמחור ה"מטפטף".

גם להסבר זה יש כמה מגבלות שיש לעמוד עליהן. המגבלה הראשונה היא תאורטית 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 שמוכרים אחרים גובים. 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 נמכר **תמיד** בנפרד מן המוצר הנקשר, והמוצר הנקשר אינו נמכר **אף לא פעם אחת** בנפרד מן המוצר שבמונופולין. כאמור, מגבלה זו אינה נראית משמעותית מבחינה מעשית. נדמה שנדירים המקרים שבהם שני מוצרים נקשרים יחדיו באופן שלא ניתן לעולם לרוכשם בנפרד, ולכן אין כלל מחיר נפרד לרכיבי החבילה. ברוב המקרים הנדונים של קשירה עסקינה בקשירה בין שני מוצרים הנמכרים גם בנפרד. הדיון הרחב בפסיקה, שנזכר מעלה,¹¹⁴ שבו נדרש כי לשני המוצרים יהיה ביקוש נפרד, מלמד כי עיקר העיסוק בעילת הקשירה אינו במצבים שבהם שני מוצרים ניתנים להפרדה "רעיונית" אך לא נמכרו מעולם בנפרד, אלא דווקא באותם מצבים שבהם המוצרים נמכרים גם בנפרד, ולכן ניתן לזהות ביקוש נפרד לכל אחד מהם. על כן נדירים יהיו המקרים שבהם לא ניתן להפעיל את מנגנון ההצדקות באמצעות קשירה בשל היעדר "מחיר ייחוס".

מלבד זאת, חשוב לזכור כי באותם מקרים שבהם המוצרים נמכרים **תמיד** כחבילה עסקינה במוצרים שמטבעם, או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים, נקשרים זה לזה. על כן לפי לשון 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 שאין הטיית העיגון מסבירה. מחד נדירים יהיו מוצרים שאין להם כלל מחיר נפרד. מאידך באותם מקרים שבהם אין כלל מחיר נפרד משום שהחבילה נתפסת כמוצר אחד – לא יחול ממילא איסור על קשירה.

מגבלה נוספת שעליה יש לעמוד היא שלכאורה התובנות באשר למנגנון הקוגניטיבי המופעל באמצעות הטכניקה של תמחור "מטפטף" אינן ישימות במישרין בסיטואציה של

114 ראו לעיל ה"ש 21–26 ובטקסט הנלווה להן.

קשירה, משום שבקשירה אין מדובר – לפחות בחלק ממקרי הקשירה – בהצגת מחיר אחד ובהוספת מחיר **בשלב מאוחר יותר**, אלא בהצגת מחיר החבילה כבר בשלב הראשון. נדמה כי גם קושי זה אינו גדול מדי. יש לזכור כי כעניין כרונולוגי הצרכן מחליט 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. לכן 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 זה שיש בו כמה אופציות של מוצרים נקשרים שהצרכן נדרש לבחור אחד מהם. במקרים כאלה מוצעות לצרכן כמה 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 הראשון והצגת התוספות בשלב השני. 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 ה"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 השני.

אם כן, נראה שגם בהסבר שהוצג בתת־פרק זה, הנוגע למנגנון ההצדקות, יש כדי לשפוך אור על יעילותה של פרקטיקת הקשירה מנקודת ראותם של מוכרים. כמו ההסבר הקודם שעסק בהשפעות הטיית העיגון, גם הסבר זה הוא בעל תחולה רחבה מזו של ההסברים שהוצעו בכתבה מאוחרת לזו של חוקרי אסכולת שיקגו, וכפי שהודגם – הוא רלוונטי למקרים רבים בעולם המסחר של ימינו, בייחוד בכל הנוגע לרכישה מקוונת.¹¹⁵

115 וראו Office of Fair Trading, *Advertising of Prices*, OFT 1291, 23 (Dec. 2010), <https://bit.ly/3s1B5y8>, שם נמצא כי 38% מהנשאלים ראו באינטרנט טכניקות שיווק מהסוגים המוזכרים כאן. מחקר זה נערך בשנת 2010, ויש להניח כי בעשור שעבר מאז, שהתאפיין בהתגברות רבה ביותר של סחר אלקטרוני, חל גידול ניכר בחשיפה לטכניקות מסוגים אלה. וראו ג'בארין, לעיל ה"ש 72. חיבור זה עוסק בדיני המסחר האלקטרוני הצרכני ומתמקד בעיקר בדיני הגנת הצרכן (במובחן מדיני התחרות). בהקשר זה, עוסק החיבור (שם, בעמ' 1227–1239) בניתוח טכניקת התמחור החלקי (החיבור אינו מבחין בין טכניקת התמחור החלקי לבין טכניקת התמחור ה"מטפטף", ולמעשה מתייחס לשתי הטכניקות במאוחד). המחבר מציין (שם) 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. אף שהמאמר ממוקד בדיני הגנת הצרכן, מסקנות הניתוח של המחבר דומות לניתוח שנערך כאן (אף שהיישום שונה). המחבר

יתר על כן, ייתכן שקשירה מאפשרת לנצל את ההטיות ולהפעילן באופן אפקטיבי במיוחד. כאשר בקשירה עסקינן, ייתכן שלצרכן קל לרכך את הדיסוננס הקוגניטיבי אף יותר מאשר במקרה הרגיל של תמחור חלקי או במקרה הרגיל של תמחור "מטפטף". הטעם לכך הוא שבמקרים של קשירה התוספת למחיר הראשוני – בין שמדובר בתוספת המתווספת בשלב מאוחר יותר (במקרים של תמחור "מטפטף") 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 מזה שציפה לשלם עבור המוצר לכתחילה. לעומת זאת במקרי קשירה הלקוח מקבל כנגד תוספת המחיר תמורה נוספת. אף אם סובייקטיבית לא היה הלקוח מעוניין באותה תוספת – כלומר ברכישתו של המוצר הנוסף – נראה שבמקרה זה יהיה קל יותר להפעיל את מנגנון ההצדקה.

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 מציין גביית מחיר גבוה עבור החבילה יותר משהיה אפשר לגבות עבור שני חלקיה אלמלא נקשרו. בניגוד להנחה הבסיסית בספרות שלפיה "קשירה ממנפת" – שימוש בכוח שוק משוק א בשוק ב – היא ביסודה "משחק סכום אפס", שבו תוספת המחיר בשוק ב מקוזזת מן הנכונות לשלם עבור מוצר א, ההטיות הקוגניטיביות שנסקרו מסבירות את הקשירה כמאפשרת (מנקודת ראותו של המוכר הקושר) יציירת שלם הגדול מסך חלקיו. באמצעות קשירה יכול המוכר לנצל את הטיית העיגון כדי להגדיל את נכונות הצרכן לשלם עבור המוצר הנקשר. נוסף על זה, באמצעות קשירה יכול המוכר לנצל את נטייתם של אנשים להצדיק החלטה מוקדמת שהחליטו כדי להגביר את נכונותם לשלם עבור המוצר הנקשר (בעיקר במצבים שבהם המוצר הנקשר מוצג בשלב שני של הליך הרכישה או המשא ומתן).

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 אוטומטית למסקנה שהאיסור הקבוע בסעיף 29א(ב)(4) לחוק התחרות הכלכלית 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) לחוק מוצדק:

מציין גם הטיות נוספות שעשויות המוכר לנצל באמצעות טכניקת התמחור החלקי. אנו מודים למערכת כתב העת **משפטים** על הפניית תשומת ליבנו לחיבור זה.

ראשית, כפי שהוער בתחילת הניתוח, במקרים רבים קשירה מפחיתה את עלויות העסקה של שני הצדדים, ובכך מגדילה את הרווחה הכוללת.¹¹⁶ 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 מונופולין¹¹⁷ – נושא עימו מחיר של מניעת קשירות רצויות ומועילות. אומנם היסוד השלישי של עילת הקשירה, הדורש – כתנאי לאיסור – שהתניית ההתקשרות תהיה "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.¹¹⁸ אולם תיתכן – למצער כעניין תאורטי – סיטואציה אחת שבה לא יחול הסייג, ובשל כך יוטל איסור על קשירה מועילה. סיטואציה אפשרית זו היא הסיטואציה שבה בעל מונופולין מפתח מוצר חדש המשלב מוצרים שונים יחד. היות שמדובר במוצר חדש, 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 עניין 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 הייתה טבעית ולא הייתה מקובלת בהתאם לתנאי מסחר מקובלים. קשירה מסוג זה, אילו נעשתה בידי בעל מונופולין, הייתה 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 שלפיה קשירה של בעלי מונופולין פוגעת בתחרות או בציבור נושא עימו מחיר חברתי של הרתעת יתר פוטנציאלית מפני קשירות מועילות, בייחוד כאשר מדובר בקשירה במסגרת מוצר חדשני, המתבררת בדיעבד כמועילה.¹¹⁹ על כן זיהויה של אפשרות להגדלת רווחי המוכר בשל קשירה אינה מחייבת מניה וביה את המסקנה כי רצוי להטיל איסור על קשירה.

טעם שני לכך שהניתוח המוצע בחיבור זה אינו מוביל אוטומטית למסקנה שהאיסור הקבוע בסעיף 29א(ב)(4) לחוק התחרות הכלכלית מוצדק, הוא שהיחס כלפי ניצול הטיות תלוי בתפיסה מקדמית ביחס להטיות קוגניטיביות. 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 הטיה קוגניטיבית, בסופו של דבר מעלה הקשירה את שווי של המוצר הנקשר (האוזניות בדוגמה

116 וראו גם עניין ידיעות אחרונות, לעיל ה"ש 13, פס' 149.

117 כאמור מעלה, בשנים האחרונות הרהרו מלומדים ובתי משפט במוחלטות החזקה (ראו לעיל ה"ש 15).

118 ראו לעיל ה"ש 25.

119 כמענה חלקי לקושי זה ניתן לקבוע כלל מרוכך יותר שלפיו החזקה שבסעיף אינה חלוטה. כאמור, לגישה זו תימוכין בפסיקה מהשנים האחרונות (ראו ה"ש 15 לעיל). אולם גם קביעת כלל שלפיו החזקה האמורה אינה חלוטה אינה מאיינת לגמרי את האפשרות של הרתעת יתר מפני קשירות מועילות (וראו בהקשר זה את טענתם המרכזית של שגי וונג, לעיל ה"ש 15; גל ונבו, לעיל ה"ש 73).

מעלה) בעיני הצרכן.¹²⁰ גישה זו נותנת בכורה להעדפותיהם של הצרכנים אגב קבלת הטיותיהם כנתונות.¹²¹

לפי גישה זו, בסופו של דבר 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. למשל, בדוגמה שהוצגה מעלה, אוזניות אינן שוות בעיני הצרכן 2 ש"ח. כאשר הן נקשרות למחשב, הצרכן מוכן לשלם 102 ש"ח עבור החבילה. כשקיים 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 שוויין של האוזניות – כלומר ערךן 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 הטיותיו. ואכן, החוקרים שהדגימו את האפקט החזק של הטיות העיגון בדוגמה של השפעת ה־Social Security Number על הערכת שווי טענו כי "השרירותיות הקוהרנטית" שנוצרת בעקבות השפעות הטיות העיגון מטילה ספק ברלוונטיות של תאוריות כלכליות הנסמכות על העדפותיהם של צרכנים כפי שהן מתגלות מבחירותיהם.¹²²

על כן ההכרעה בשאלה אם 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 שלפיה ראוי להטיל איסור על קשירה. יש גם טעם שלישי – ומרכזי – שבגיננו 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 קונקרטית 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, שכן ההסברים המוצעים בחיבור זה לשימוש בקשירה אינם תלויים במישרין

120 ראו לדוגמה Michael J. Trebilcock, *An Introduction to Law and Economics*, 23 MONASH U. L. REV. 123, 132–135 (1997).

121 במובן זה דומה קשירה לפרסום. גם פרסום – כמו קשירה – מביא תועלת רבה. הוא מעביר לצרכנים פוטנציאליים מידע מגוון על המוצר, מאפשר להם את זיהויו בקלות ובכך מפחית עלויות עסקה. בה בעת הוא מגדיל את הביקוש למוצר, לעיתים מטעמים שנתפסים כלא רצויים בעיני רבים, כגון לחץ שחש הצרכן לרכוש את המותג המוביל וכד'. לסקירה של התפתחות היחס לפרסום ראו Ramsi A. Woodcock, *The Obsolescence of Advertising in the Information Age*, 127 YALE L.J. 2270, 2278–2299 (2018) (אם כי גישת הכותב היא דווקא ביקורתית כלפי פרסום, וההצעה במאמר היא להכביד את ידן של רשויות האכיפה על פרסום).

122 ראו לעיל ה"ש 85.

בכוח השוק של המוכר הקושר. למעשה, הניתוח המוצע בחיבור זה יפה ככלל 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 שגם מוכרים בתחרות לא יקשרו מוצרים שונים זה לזה על מנת להגדיל את רווחיהם. את הטענה הזאת, אף שבמבט ראשון היא שובת לב, יש לדעתנו לדחות.

אף שכוח שוק אכן אינו תנאי בלעדיו אין ליכולת לקשור בין מוצרים בדרך שמוצעת בחיבור זה, יש זיקה חזקה בין כוח שוק לבין היכולת לנצל לאורך זמן את ההטיות הקוגניטיביות המוזכרות. הטעם לכך נעוץ, בפשטות, בהיעדרה של תחרות. בעל מונופולין אינו נתון ללחצים תחרותיים, ולכן הוא יכול לנצל במלואו 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 בידי כל אחד מן היצרנים המתחרים ביניהם יהיה מחירה התחרותי. כתוצאה מכך, יפיקו הצרכנים את העודף הנוצר מן הקשירה, והיצרנים (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 בידי בעלת מונופולין אלא בידי 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 שבאמצעות 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. בתוך זמן קצר – אם לא מייד – יפעל כך כל השוק. 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 אפוא את הניתוח של המודלים הכלכליים הקלאסיים של תחרות. הפחתת כל אחת מהיצרניות את המחיר תביא להגדלת כמות המכירות של אותה יצרנית, ועל כן צפוי שהמחיר שייגבה עבור החבילה בתחרות יהיה מחיר עלותה השולית.

אם כן, אומנם צפוי שבתחרות יפעילו כל היצרנים את אותן הטיות (באמצעות 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 לרווחת הצרכנים, לרווחת 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. לכל מוצר שהוא קיימים צרכנים רבים המוכנים לשלם עבורו 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. לפיכך יצרנים בתחרות מוכרים את המוצר במחיר שקובעת התחרות ביניהם, הוא מחיר העלות השולית (בתחרות מושלמת). לעומת זאת בעל מונופולין יכול לנצל את נכונותם של צרכנים לשלם מחיר גבוה יותר בשל 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 בהיעדר כוח שוק – ניצול 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.¹²³ זו הסיבה שיש בניתוח שלעיל

123 במבט ראשון, טענה זו עלולה להיראות טענה שנובעת ממנה מסקנה כללית יותר ולפיה דיני הגנת הצרכן מתייתרים בשווקים תחרותיים. לכאורה, כאשר עסקינן בשווקים תחרותיים, כל ניצול של צרכנים ינוטרל בידי מתחרים שיבקשו לנצל גם הם כך את הצרכנים ויביאו להפחתה במחיר השוק של המוצר. אלא שפועלה של התחרות לנטרול ספונטני 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 הטעיה, מסירת מידע חלקי, הסתרה של מידע חשוב וכד'. במקרים כאלה מנגנוני השוק אינם צפויים לנטרל ספונטנית את הניצול. הטעם לכך הוא שפועלה דומה של כל היצרנים אומנם תביא לכך שהיצרנים לא יפיקו רווחי יתר על חשבון הצרכן, אך לא תביא להפסקת הפגיעה בצרכן. התאוריה צופה שבסיטואציה כזו יתפתח 'שוק לימונים', שבו נמכרים רק מוצרים באיכות הירודה ביותר, ועבורם נגבה המחיר הנמוך ביותר (ראו George A. Akerlof, *The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, 84 Q. J. ECON. (1970) 488). בתכלית הקיצור, במצבים שבהם יש פערי מידע לטובת היצרנים, צפוי כי היצרנים (כולם) ינצלו יתרון זה. הצרכנים, היודעים כי זהו המצב, יעדכנו 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 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 בנוגע למוצר – איכות מינימלית, בטיחות, עמידה של היצרן בנטען בפרסומיו וכיוצ"ב (או במנגנון שוק שיבטיח את אלה). ניתן להמחיש זאת בדוגמה ההיפותטית הזאת: נניח כי מבטח רשאי להסתמך על תנאי או סייג לחבות או להיקפה, אף שהתנאי או הסייג לא פורטו או הובלטו כדבעי בפוליסת הביטוח (ראו ס' 3 לחוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981). נניח עוד כי מבטחים מצויים בתחרות, וכי ניתן להשוות את הסייג או את התנאי הסוואה מושלמת, וכך לעולם לא יוכלו מבטחים להבחין בהם או להבין את מלוא משמעותם. אם כל המבטחים (המתחרים ביניהם) יכללו בפוליסות הביטוח תנאים שכאלה, יהיה שוויון של פוליסות נמוך יותר, ומחירן יפחת בהתאם. בתרחיש הקיצוני, נניח כי תנאי כזה מאפשר למבטח שלא לשלם לעולם סכום כלשהו בקורות מקרה הביטוח. בתרחיש דמיוני שכזה אכן מבטחים לא ייאלצו לשלם לעולם את תגמולי הביטוח למבטחים. הלחץ

כדי להסביר מדוע מוצדק לטפל בקשירה דווקא במסגרת האיסורים המוטלים על בעלי מונופולין.¹²⁴

סיבה נוספת למחשבה שדווקא קשירה בין מוצרים המבוצעת בידי בעל מונופולין עלולה לעורר קושי בהקשרן של ההטיות הקוגניטיביות שנסקרו בחיבור זה היא שבעל מונופולין מוכר ברגיל את מוצריו – המוצרים הקושרים – במחיר גבוה מן המחיר התחרותי. היות שההטיות שנסקרו בחיבור זה צפויות לפעול חזק יותר ככל שמחירו של המוצר הקושר גבוה יותר ביחס למחירו של המוצר הנקשר, בממוצע יהיה קל יותר לקשור אגב ניצול

התחרותי צפוי לגרום לכך שמחירן של פוליסות ביטוח יהיה גם הוא 0 ש"ח (שכן זה שוויון). היות שניתן למכור ברווח גם פוליסות שאין בהן הסתייגויות כאלה, צפויים המבטחים לתור אחר מנגנונים שיאפשרו להם לקבל עליהם התחייבויות לתשלום תגמולי הביטוח בקרות מקרה הביטוח. דיני הגנת הצרכן הם מנגנון מסוג זה. הם נחוצים גם בשוק שבו יש תחרות מושלמת כמנגנון היוצר התחייבות אמינה של היצרן כלפי הצרכן, על מנת לאפשר ליצרן לגבות עבור אותה התחייבות תמורה. זה המצב באשר לטענות שונות של היצרן בפרסומת; זה המצב באשר לטענות שונות של היצרן בנוגע לתכונות המוצר, וכד' (וראו, 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 משוכללת – אינה מאיינת מניה וביה את הצורך בדיני הגנת הצרכן. ייחודן של ההטיות הנדונות בחיבור זה הוא שפעולתן 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.

124 אף שמן הניתוח אין מתחייבת אוטומטית המסקנה שיש לאסור על בעלי מונופולין את ניצול ההטייה. יש דמיון רב בין הקשירה המנצלת הטיות קוגניטיביות למקרה של מחיר מונופוליסטי. ניצול הטייה כדי לגבות מחיר גבוה יותר צפוי לעודד כניסת מתחרים. ניצולה של ההטייה יוצר "מטריית מחיר", המגדילה את כדאיות הכניסה לשוק (ראו George J. Stigler, *The Dominant Firm and the Inverted Umbrella*, 8 J. L. & ECON. 167 (1965)). אך בהקשרם של מחירים מונופוליסטיים ראו Ariel Ezrachi & David Gilo, *Are Excessive Prices Really Self-Correcting?*, 5 J. COMP. & ECON. 249 (2009). 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, יש דמיון רב בין ניצול ההטייה לגביית מחיר על תחרותי בידי בעל מונופולין. ואכן, שאלת התיקון העצמי של השוק עולה גם בהקשרו של תמחור מונופוליסטי. השאלה אם ראוי לטפל בגביית מחיר מופרז בידי בעל מונופולין, והשאלה אימתי ייחשב תמחור למופרז, הן שאלות נכבדות, שבהן קיימות עמדות שונות (על היחס בין מחיר מופרז למחיר מונופוליסטי ראו בעמדת היועץ המשפטי לממשלה שהוגשה לבית המשפט העליון ברע"א 1248/19 **החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ נ' גפניאל** (להלן: עמדת היועץ"ש)). בישראל טרם נפסקה הלכה מחייבת של בית המשפט העליון בשאלה זו. בכמה פסקי דין והחלטות של בתי המשפט המחוזיים ובגילויי דעת של רשות התחרות נקבע שיש לפרש את הוראת סעיף 29א(ב)(1) לחוק התחרות הכלכלית – הקובע איסור על קביעת רמת מחירי מכירה או קנייה בלתי הוגנים של הנכס או השירות שבמונופולין – ככוללת איסור (גם) על גביית מחיר מופרז (וראו לעיל ה"ש 73). כך נטען גם בעמדת היועץ"ש, שם. מלומדים שונים הביעו עמדות מנוגדות בסוגיה (ראו Ezrachi & Gilo, שם; גל ונבו, לעיל ה"ש 73; דיויד גילה "מחיר מופרז כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי" **משפטים** מה 761 (2016)), ובימים אלה מונחת הסוגיה לפתחו של בית המשפט העליון בעניין **גפניאל** (שם). 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.

ההטיות כאשר המוצר הקושר הוא מוצר שבמונופולין. גם מטעם זה ייתכן שהיותו של המוכר הקושר בעל מונופולין מגדיל את ההסתברות לקשירה המנצלת את ההטיות שנסקרו במאמר.¹²⁵

מכל האמור לעיל עולה כי קשירה המגדילה את רווחי הגוף הקושר על חשבון הצרכנים באמצעות ניצול שתי ההטיות הקוגניטיביות שנדונו בחיבור זה היא פרקטיקה הקשורה בקשר 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 בידי יצרנים בתחרות למחירו של מוצר קושר הנמכר בידי בעל מונופולין.

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

על כן בניתוח המוצע בחיבור זה אין בהכרח כדי להביא למסקנה שיש לאסור על בעלי מונופולין לקשור בין המוצר שבמונופולין למוצרים אחרים. עם זאת, בהנחה שניצול הטיות אכן פוגע בצרכנים, הנחה שכאמור מעלה יש לה תומכים,¹²⁶ ובהנחה שהפגיעה הנגרמת 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 מציג

125 מחקרים שונים מצאו ששיעור גביית היתר **בקרטלים** (השואפים "לחקות" מחירים מונופוליסטיים) הוא כ-25%. ראו John M. Connor, *Price Effects of International Cartels in Markets for Primary Products* (materials of the Symposium on Trade in Primary Product Markets and Competition Policy W.T.O., Sep. 22, 2011), <https://bit.ly/35b8rks>; Marc Ivaldi, Frédéric Jenny & Aleksandra Khimich, *Cartel Damages to the Economy: An Assessment for Developing Countries*, in COMPETITION LAW ENFORCEMENT IN THE BRICS AND IN DEVELOPING COUNTRIES. 103 (2016). קרטלים סובלים ברגיל מחוסר יציבות שבעל מונופולין אינו חשוף לו, הן משום שלחברי קרטל אינטרס מובנה "לבגוד" בקרטל ולמכור מוצרים במחיר נמוך מן המחיר הקרטליסטי, והן משום שקרטלים הם ככלל לא חוקיים (ראו ס' 2(ב), 14(א)(2) לחוק התחרות הכלכלית), ועל כן חשופים לסכנת גילוי. ניתן אפוא להניח כי שיעור גביית היתר של קרטלים נמוך משיעור 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 במידה ניכרת ממחירי שוק תחרותי.

126 ראו גם ח"א (חוזים אחידים) 701/05 **היועץ המשפטי לממשלה נ' חברת מוסף המכרז של המדינה בע"מ** (פורסם בנבו, 12.8.2007).

הצדקה לטיפול בפרקטיקת הקשירה במסגרת האיסורים המוטלים על בעלי כוח שוק, בדומה לנעשה בארץ ובעולם.¹²⁷

ה. סיכום

בחיבור זה ביקשנו להתמודד עם הגישה הביקורתית לעילת הקשירה, שלפיה קשירה פוגענית לא תתרחש לעולם, ולפיכך אין סיבה לטפל בה במסגרת דיני התחרות. הראינו 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. נוסף על זה, נטייתם של בני אדם להצדיק את התנהגותם מאפשרת למוכרים להגדיל את נכונות הצרכנים לשלם עבור המוצר הנקשר באמצעות חשיפתו של המוצר הנקשר (או חשיפת החובה לרוכשו 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 שלפיה קשירה פוגענית לא תתרחש לעולם. כפי שהראינו, בספרות זוהו מצבים שונים שתיתכן בהם 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 שבו 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, ונוסף על זה לגבות מחיר גבוה יותר עבור המוצר הנקשר. היות שלרובם המוחלט של המוצרים המוצעים בשוק כחבילה יש (גם) מחיר נפרד, והיות שלכל מוצר, ובכלל זה מוצר שבמונופולין, יכול

127 לעניין הטלת חובות על בעלי מונופולין אף שאינן מוטלות על יצרן בתחרות ראו עניין ידיעות אחרונות, לעיל ה"ש 13, פס' 53, 91 לפסק הדין. ראו גם הכרזות על בעלי מונופולין לפי ס' 26(א), וקביעה בדבר קיומו של הסדר כובל לפי ס' 43(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988: (1) 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. ראו רשות ההגבלים העסקיים החלטה מס' 3003820 "הכרזה בדבר הסדר כובל וקיום מונופולין: נצב"א החזקות 1995 בע"מ, מפעלי תחנות בע"מ, אמות השקעות בע"מ, קרן גמלאות של חברי "אגד" בע"מ, אגד – אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ, שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע בע"מ" 25 (26.05.1999). לגישה אחרת (אם כי לא לשלילה של דוקטרינת המשאב החיוני שבה ממוקדת החלטה מס' 3003820 הנ"ל) ראו עדי אייל המונופוליסט כקורבן – על זכויות חוקתיות בדיני ההגבלים העסקיים (נייר עמדה מס' 47, בהנחיית פרופ' ידידיה שטרן ודוד נחמיאס, 2004).

להיות מספר גדול של מוצרים שהצרכנים יראו בהם מוצרים נלווים, ההסברים המוצעים בחיבור זה הם בעלי תחולה רחבה מאוד. בכוחם להסביר במקרים רבים מאד את התועלת שיצרן יכול להפיק מפרקטיקת הקשירה ואת הפגיעה שהשימוש בה עלול לגרום. הסברים אלה מציעים תפיסה שלמה וכוללת של תופעת הקשירה ואינם מוגבלים לתנאי שוק מיוחדים או לסיטואציות שניתן לשנות בהן את רמת התחרות באיזה מן השווקים הרלוונטיים.

אף שהמסקנות הנורמטיביות מן הניתוח המוצע בחיבור זה תלויות בתפיסה ערכית 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, יש 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 אגב ניצול ההטיות לאורך זמן, ואילו יצרן 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 באמצעות קשירה ללא שיפור במצבם של הצרכנים. בכך יש בחיבור זה כדי לתת טעם לדרך עיצוב עילת הקשירה בארץ ובחו"ל ולחתור תחת הביקורת הקלאסית – שבבסיסה לא קועקעה עד היום – על עילת הקשירה.