

## המבחן המשולב לניתוח הסדרי קשירה בישראל

מאת

גיא שגיא\*

הסדרי קשירה שבהם יצרנים מונופוליסטיים "כופים" על צרכנים לרכוש מהם מוצר נוסף על זה שבו מעוניינים הצרכנים הוגבלו על ידי דיני ההגבלים העסקיים בשל החשש ההיסטורי מפני מינוף הכוח המונופוליסטי של אותם יצרנים לשווקים נוספים. מינוף כאמור יוכל להיות מושג אם היצרן המחזיק בכוח שוק במוצר אחד יקשור למוצר זה מוצר נוסף שגם בעברו יגבה המונופול מחיר מונופוליסטי. לחשש מפני מינוף הכוח המונופוליסטי התווסף חשש ולפיו היצרן המונופוליסטי הקושר בין המוצרים ייצור בכך חסם כניסה גבוהה בפני מתחרים חדשים לשווקים ואף יגרום להדרתם של יצרנים קיימים. דא עקא, שבעשורים האחרונים עם התפתחות הניתוח הכלכלי והתאוריות הכלכליות המודרניות התברר שלרבים מהסדרי הקשירה האמורים השפעות פרו-תחרותיות ניכרות הבאות לידי ביטוי בעיקר בצורת שיפור המוצר, שיפור היעילות בייצור ובשיווק המוצרים וכן השפעות נוספות שאינן שליליות בהכרח מבחינת טובת הצרכנים. כמו כן התברר שהחשש ההיסטורי שבגיננו הוטלו המגבלות החמורות על הסדרי הקשירה היה מופרז, וכי האפשרות הן למינוף כוח מונופוליסטי והן לסגירת שווקים ולהדרת מתחרים אינה רווחת כפי שנהוג היה להעריך בעבר.

בשל ההתפתחות בניתוח הכלכלי יציע המאמר להתאים את דיני ההגבלים העסקיים בכל הקשור לניתוח הסדרי הקשירה לתובנות הכלכליות העדכניות תוך התחשבות במאפייני השוק הישראלי, שהוא שוק כלכלי קטן הנוטה לפיכך ליתר ריכוזיות ולקיבועו ושימורו של המעמד המונופוליסטי של יצרנים. המאמר יציע יישום של מבחן משולב שלפיו יותאם המבחן המשפטי למאפייניהם של תרחישי הקשירה השונים ולמידת החשש לפגיעה בתחרות שהם מציבים. יישומו של המבחן המשולב האמור יוביל לתיקון המצב המשפטי הנוכחי שלפיו נאסרים הסדרי קשירה יעילים רבים, ובכך יוביל לשיפור בתחרות וכן לשיפור ביעילות ובתועלת הצרכנית והמצרפית. כחלופה משנית ליישום המבחן המשולב, כזו שאינה מצריכה תיקון חקיקה, יציע המאמר לאמץ את הגנת היעילות להסדרי הקשירה שלפיה יאושרו הסדרי קשירה במקרים שבהם יצליח היצרן הקושר להוכיח כי ההסדר מוביל לשיפור יעילות רב, העולה במשקלו על הפגיעה בתחרות הנובעת מן הקשירה.

\* דוקטור למשפטים, מרצה במכללה האקדמית נתניה ומרצה מן החוץ בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. תודתי לחברי מערכת כתב העת משפטים ובכלל זה תודה מיוחדת לאור אלקון.

מבוא. א. סקירה כלכלית. 1. תאוריית המינוף – סקירה היסטורית; 2. התמריצים הכלכליים השונים להסדרי קשירה; 3. פוטנציאל התועלת הגלום בהסדרי קשירה למול הפוטנציאל האנטי-תחרותי שלהם – הדיון העקרוני והדיון המתאים לישראל כמדינת שוק קטן; ב. הסדרי קשירה והדין הנוהג בארצות הברית, באירופה ובישראל – סקירה ביקורתית. 1. הדין בארצות הברית; 2. דין האיחוד האירופי והדין בישראל; ג. הדין הרצוי. 1. המבחנים המשפטיים הפוטנציאליים השונים ליישום במסגרת הסדרי קשירה; 2. המבחן המשולב לניתוח הסדרי קשירה בישראל; 3. מבחן הקוואזי פר סה והרפורמה החלקית; ד. קשירה טכנולוגית וקשירה בשוקי היי טק. סיכום.

## מבוא

סוגיית הסדרי קשירה תופסת מקום מרכזי בין הסוגיות החשובות בתחום דיני ההגבלים העסקיים המודרניים, משני טעמים עיקריים: הטעם הראשון נעוץ בהיות ההסדרים נפוצים ביותר וחלק מהיום-יום של כולנו כצרכנים; השני נעוץ בהיותה אחת הסוגיות האחרונות שנוטות בה פער ניכר בין תובנות הניתוח הכלכלי המודרני ובין עמדת הדין המצוי.<sup>1</sup>

הסדרי קשירה מתקיימים כאשר יצרנים<sup>2</sup> "כופים" על צרכנים לרכוש מהם מוצר או שירות נוספים על המוצר או השירות שאותם מעוניינים הצרכנים לרכוש. ככלל אין סיבה לחשש לפגיעה בציבור הצרכנים כאשר הסדרי קשירה מתבצעים בשוק תחרותי שבו כל יצרן פועל באופן עצמאי וחד-צדדי בלא שיתוף פעולה עם מתחריו כדי להשיא את רווחיו. טעם הדברים הוא שאם קשירת המוצר או השירות בשוק תחרותי אינה מיטיבה עם הצרכן, אזי צפוי הצרכן לפנות אל אחד ממתחריו של היצרן הקושר, והיצרן יפסיד מנוהג זה.<sup>3</sup> החשש מפני הסדרי קשירה מתעורר כאשר היצרן הקושר הוא יצרן דומיננטי

1 הדברים יפים בעיקר בכל הנוגע לדין בארצות הברית, שם לתובנות הכלכליות המודרניות השפעה רבה על הדין הנוהג. בכל הנוגע לדיני ההגבלים באירופה ובישראל, הרי שקיימים תחומים נוספים שבהם הפער בין התובנות הכלכליות העכשוויות ובין הדין המצוי עדיין קיים (וראו לשם המחשה את סוגיית התמחור האנכי).

2 מאמר זה כולל בכינוי "יצרנים" את היצרנים של חומרי הגלם, את היצרנים של המוצר הסופי ואת המשוקים של המוצר.

3 ראו HERBERT HOVENKAMP, FEDERAL ANTITRUST POLICY – THE LAW OF COMPETITION AND ITS PRACTICE 438 (4th ed. 2011). למעשה כאשר השוק תחרותי, על פי רוב לא יהיה אפשר "לכפות" על הצרכנים לרכוש מוצר נוסף שהם אינם מעוניינים בו מכיוון שבדרך כלל ימצא יצרן אחר המוכן להציע את המוצר המבוקש ללא המוצר הנוסף, בעיקר אם מדובר במוצר בעל ביקוש עצמאי לא מבוטל. עם זאת במקרים שבהם רובו המכריע של ציבור הצרכנים מעוניין לרכוש את המוצר עם מוצר נוסף ייתכן שלא ישתלם ליצרנים לייצר או לשווק את המוצר לבדו ולכן גם בשוק תחרותי הוא יוצע לציבור הצרכנים אך ורק כאשר הוא קשור למוצר הנוסף. להרחבה ראו הדיון בפרק א להלן.

ואף מונופוליסטי המחזיק בכוח שוק ניכר, שכן במצב דברים זה אפשר שלא תהיה בידיו של הצרכן הבררה לפנות ולרכוש את המוצר או את השירות מיצרן מתחרה. בהיעדרה של בררה שכזו, כך עולה הטענה, עשוי היצרן הדומיננטי-מונופוליסטי לכפות על הצרכן את רכישתו של מוצר או שירות נוספים בתנאים שאינם מיטיבים עם הצרכן. המוצר שבשלו מחזיק היצרן בכוח שוק מכונה "המוצר הקושר", והמוצר שהיצרן מצרף אל המוצר הקושר מכונה "המוצר הנקשר".

השאלה העולה בהקשר זה היא אימתי מדובר בקשירה בין שני מוצרים שונים ונפרדים ואימתי מדובר בשני רכיבים שהם חלק מן המוצר השלם? למשל, האם מכירה של זוג נעליים (במקום המכירה של נעל ימין לחוד ונעל שמאל לחוד) היא קשירה? ברור שכמעט כל מוצר מורכב מכמה רכיבים שונים. אם אפוא נתייחס אל מרבית המוצרים הקיימים כמגלמים בתוכם קשירת מוצרים, אזי הטלת הגבלה על קשירה מסוג זה עשויה להיות מכבידה ביותר על היצרנים ומכאן גם על הצרכנים שעליהם יגולגלו חלק מהעלויות שלהן תגרום ההגבלה.

על כן מקובל להגדיר קשירה ככזו שבה שני מוצרים נפרדים, בעלי ביקוש נפרד, נמכרים יחדיו.<sup>4</sup> למשל, מכיוון שכמעט אין ביקוש לנעליים בודדות, מכירת זוג נעליים אינה קשירה. עם זאת חשוב לציין כי גם הגדרה זו אינה נקייה מתהיות, מכיוון שאפשר שבמקרים רבים מוצרים שבמועד מסוים ייחשבו נפרדים ויהיו בעלי ביקוש נפרד עם הזמן יתגבשו מבחינת תפיסתו של ציבור הצרכנים לכדי מוצר אחד. דומה שהטלפונים הסלולריים הם מוצר הממחיש מצב דברים זה היטב מכיוון שהם כוללים בימינו גם אפשרות לגלישה באינטרנט, מצלמות (לרבות מצלמות וידאו), נגן מוזיקה, שעון מעורר, לוח שנה ועוד. ברור למשל שבמועד שבו צורפה המצלמה לראשונה למכשיר הטלפון הסלולרי היו אלה שני מוצרים נפרדים ולכל אחד מהם היה ביקוש נפרד (ולכן על פי ההגדרה זו הייתה קשירת מוצרים נפרדים), ואילו עתה מכיוון שככל הנראה כבר אין ביקוש (בוודאי לא ביקוש רב) לטלפונים סלולריים ללא מצלמה, הרי שכיום על פי ההגדרה נראה בהם שני רכיבים של מוצר אחד אינטגרלי.<sup>5</sup>

בעיקרון קיימות שלוש אפשרויות לקשירת מוצרים: (1) קשירה הסכמית – בקשירה זו, אשר כשמה כן היא, היצרן הדומיננטי-מונופוליסטי מחייב בהסכם הרכישה את הרוכש לרכוש ממנו גם את המוצר הנקשר. דוגמה לקשירה שכזו מצויה למשל בעניין *International Salt*,<sup>6</sup> שבו יצרנית בעלת כוח שוק ביוק וייצור ושיווק מכונות לגריסה

4 ראו למשל HOVENKAMP, לעיל ה"ש 3, בעמ' 415–416.

5 יש לשים לב שהבחינה היא אם קיים ביקוש למוצר הקושר ללא המוצר הנקשר (בדוגמה דלעיל יש לבחון אם קיים ביקוש לטלפונים סלולריים ללא מצלמה) ולא אם קיים ביקוש נפרד למוצר הנקשר, שכן טלפון סלולרי ומצלמה יכולים להיות מוצר אחד גם אם קיים ביקוש נפרד למצלמות. ראו שם, בעמ' 415. אך לעומת זאת ראו את החלטת בית המשפט האירופי בעניין מיקרוסופט האירופי, להלן ה"ש 126, שתידון בפרק ב.

6 *Int'l Salt Co. Inc. v. United States*, 332 U.S. 392 (1947) (להלן: עניין *International Salt*).

ולחזקה של מלח חייבה בהסכם הרכישה (שם למעשה היה מדובר בהשכרה ארוכת טווח של המכונות – מעין לסינג) את הצרכנים לרכוש ממנה נוסף על המכונות גם את המלח שבו ייעשה שימוש במכונות; 2) קשירה טכנית – קשירה טכנית מתבצעת כאשר היצרן פשוט קושר טכנית את המוצרים, הקושר והנקשר, יחדיו ולצרכן אין למעשה ברירה אלא לרכוש את שניהם. דוגמה לסוג זה של קשירה אפשר למצוא במקרה שבו קודאק, שהייתה בעבר יצרנית דומיננטית מאוד של מצלמות, הוציאה לשוק דגם חדש של מצלמה שהיה אפשר להשתמש בו אך ורק בסרט צילום מיוחד מתוצרתה, וסרטי צילום של יצרנים אחרים לא התאימו מבחינה טכנית לדגם המצלמה החדש.<sup>7</sup> כך נהגה גם חברת IBM בתקופה שבה החזיקה במונופול בשוק ייצור המחשבים כאשר דאגה שרק כרטיסים להפעלת המחשב שבייצורה יוכלו להיות מותקנים במחשבים מתוצרתה.<sup>8</sup> מקרה ידוע נוסף התרחש בשנים האחרונות כאשר חברת מיקרוסופט שילבה את הקודים של תוכנת הפעלת המחשב שלה Windows עם דפדפן האינטרנט שלה Explorer. בכך הגבילה מיקרוסופט למעשה את יכולתם של הצרכנים למחוק או להסיר את תוכנת ה-Explorer מן המחשבים שלהם, שכן בכך הייתה נפגעת איכות ההפעלה של תוכנת ה-Windows;<sup>9</sup> 3) קשירה באמצעות "כפייה כלכלית" – קשירה מסוג זה תוקיים כאשר היצרן המונופוליסטי מציע הנחה לרוכש את שני המוצרים, הקושר והנקשר, יחדיו, וההנחה גדולה עד כדי כך שהיא למעשה מבטלת את חופש הבחירה הכלכלי של הרוכש לרכוש את המוצר הנקשר מיצרן אחר. דוגמה לקשירה באמצעות כפייה כלכלית אפשר למצוא בעניין ידיעות אחרונות,<sup>10</sup> שבו העיתון "ידיעות אחרונות", שהוכרז כמונופול בשוק העיתונות היומית הכתובה בישראל, צירף בחינם את המקומונים שלו לעיתון יום השישי. דוגמה נוספת מצויה בעניין *Microsoft*, שבו נוסף על הקשירה הטכנית כמצוין לעיל, תוכנת ה-Explorer צורפה חינם לתוכנת ההפעלה Windows שהיא המוצר שבעניינו מחזיקה מיקרוסופט בכוח שוק מונופוליסטי.<sup>11</sup> חשוב לציין בהקשר זה שקשה למצוא אמת מידה ברורה אשר תבחין בין הנחה לגיטימית הניתנת עבור רכישה של מוצר נוסף ובין הנחה שהיא "כפייה כלכלית", ולכן כל מקרה ייבחן לגופו לאור נסיבותיו. כמו כן מקובל שלא להתייחס ל"הנחת כמות" (מקרים שבהם יצרן מעניק הנחה לרוכש כמות גדולה יותר מן המוצר, למשל הנחה לשישית בקבוקי משקה ביחס למחיר בקבוק בודד) כאל קשירת מוצרים מכיוון ש"התוספת" מאותו מוצר אינה מוצר נפרד.<sup>12</sup>

7 ראו *Foremost Pro Color, Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 703 F.2d 534 (9th Cir. 1983).

8 ראו *ILC Peripherals Leasing Corp. v. IBM Corp.*, 448 F.Supp. 228 (N.D. Cal. 1978).

9 ראו *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001), cert. denied, 534 U.S. (2001) 952 (להלן: עניין *Microsoft*).

10 ראו ה"ע (מחוזי י-ם) 2/96 הממונה על הגבלים עסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פ"מ התשנ"ט(2) 529 (להלן: עניין ידיעות אחרונות).

11 ראו עניין *Microsoft*, לעיל ה"ש 9.

12 ראו *HOVENKAMP*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 455.

המגבלה ההיסטורית שהוטלה על הסדרי קשירה נבעה מן החשש שלפיו יצרן המחזיק בכוח שוק במוצר אחד יקשור למוצר זה מוצר נוסף שגם עבורו יגבה המונופול מחיר מונופוליסטי. כך יצליח המונופול "למנף" את כוחו המונופוליסטי משוק אחד לשוק נוסף שלא באמצעות יתרון יעילות או באמצעות מוצר איכותי יותר בשוק המוצר הנקשר. לחשש מפני מינוף הכוח המונופוליסטי התווסף חשש נוסף, ולפיו היצרן המונופוליסטי הקושר את המוצרים יחד ייצור בכך חסם כניסה גבוה בפני מתחרים חדשים לשווקים מכיוון שאפשר שעקב הקשירה הם יידרשו להיכנס לשני השווקים בד בבד. בכך לכאורה יוכל היצרן המונופוליסטי להאריך את תקופת המונופולין שלו תוך גרימת הפסדים לציבור הצרכנים שייאלצו לשלם מחיר מונופוליסטי על-תחרותי במשך פרק זמן ממושך יותר. בשל החששות הללו מטילים דיני ההגבלים העסקיים מגבלות חמורות על הסדרי קשירה המבוצעים על ידי יצרנים המחזיקים בכוח שוק ניכר.

מאמר זה יסקור את התמריצים העומדים בבסיס השימוש בהסדרי קשירה ויבחן עד כמה הם אכן עשויים להיות כלי לניצול לרעה של כוח מונופוליסטי לפי עקרונות הניתוח הכלכלי המודרני. ניווכח שעל פי הניתוח הכלכלי המקובל כיום נהוג לייחס להסדרי קשירה השפעות חיוביות ניכרות הבאות לידי ביטוי בעיקר בצורת שיפור המוצר, שיפור היעילות בייצור המוצרים ובשיווקם והשפעות נוספות שאינן שליליות בהכרח מבחינת טובת הצרכנים. כמו כן ניווכח שהחשש ההיסטורי שבגינו הוטלו המגבלות החמורות על הסדרי קשירה (קרי החשש מפני מינוף כוח מונופוליסטי והעלאת חסמי הכניסה) היה מופרז ולא תמיד תאם את המציאות בשטח. לפיכך תהיה המסקנה המתבקשת כי יש למתן את המגבלה המשפטית המוטלת על יישום הסדרי קשירה ולהתאימה לתובנות הכלכליות העדכניות.

מכיוון שהסדרי קשירה המועילים והרצויים הם חלק ניכר מתוך כלל הסדרי קשירה, יציע המאמר תיקון של חוק ההגבלים העסקיים באופן שיהיה אפשר ליישם כלל משפטי משולב. לפי כלל זה, בתרחישים שבהם יחס השימוש במוצרים (הקושר והנקשר) קבוע ואשר בהם הקשירה אינה סוגרת נתח ניכר משוק המוצר הנקשר<sup>13</sup> תהיה הקשירה חוקית "פר סה" (per se) מכיוון שבתרחישים אלו אין חשש ממשי שהסדר קשירה יפגע בתחרות או בציבור הצרכנים. בתרחישים שבהם יחס השימוש במוצרים איננו קבוע ואשר בהם הקשירה אינה סוגרת נתח ניכר משוק המוצר הנקשר, ייושם מבחן המכונה "מבחן הסבירות", שלפיו כל מקרה של קשירה ייבחן לגופו ועל הטוען נגדו יהיה להוכיח כי הסדר קשירה אכן פוגע או בעל פוטנציאל ניכר לפגיעה בתחרות ובצרכנים. רק אם יעמוד התובע בנטל זה יהיה על הנתבע להוכיח כי להסדר קשירה עומדת הגנת יעילות, ורק אם לא ירים הנתבע נטל זה ייקבע כי הסדר קשירה איננו חוקי. לבסוף, לפי אפיונו של המשק הישראלי כמשק קטן נציע כי בתרחישי קשירה אשר מובילים לסגירה ניכרת של שוק המוצר הנקשר תיושם גרסה מחמירה יותר של מבחן

13 בקליפת האגוז, "סגירת שוק" מתקיימת כאשר היצרן הקושר מספק חלק ניכר של הביקוש בשוק שאינו מאפשר פעילות ברמת יעילות אופטימלית של המתחרים. להרחבה ראו הדיון להלן בה"ש 85.

הסבירות הקרובה למעשה למבחן ה"קוואזי פר סה", ולפיה לאחר שיוכיח התובע כי אכן מדובר בתרחיש המוביל לסגירה ניכרת של שוק המוצר הנקשר יועבר הנטל אל היצרן הקושר להוכיח כי קיימת הצדקת יעילות לקשירה.

כחלופה משנית להצעה זו, כזו שאינה כוללת תיקון חקיקה, יציע המאמר נוסחת פרשנות לחוק הקיים אשר לפיה יהיה אפשר להכיר בהגנת היעילות שיהיה בכוחה לסתור את החזקה המשפטית הקבועה כיום בחוק ההגבלים העסקיים כנגד הסדרי קשירה המבוצעים על ידי יצרנים מונופוליסטיים. כמו כן נמליץ ליישם פרשנות ליברלית ומרחיבה לסייגים הקיימים לחזקה המשפטית הקבועה בנוסח החוק הקיים.

פרק א של המאמר יציג את הניתוח הכלכלי להסדרי הקשירה, ובו יסקרו השיקולים השונים העשויים לעמוד בבסיס החלטתו של היצרן הדומיננטי ליישם את הסדר הקשירה; פרק ב יסקור בסקירה ביקורתית את המשפט הנוהג בארצות הברית, באירופה ובישראל; פרק ג יציג את ההצעות לתיקון הדין בישראל ולהתאמתו לתובנות הכלכליות העדכניות, לפי מבנה השוק הישראלי ומאפייניו; פרק ד ידון בקצרה בהתאמת הדין המוצע להסדרי קשירה טכנולוגיים ולהסדרי קשירה בשוקי ההיי טק, ולסיום יובא סיכום של הדיון.

## א. סקירה כלכלית

פרק זה יציג בחלקו הראשון את התאוריה ואת הניתוח הכלכליים ההיסטוריים שהובילו להטלת המגבלות על הסדרי הקשירה. סקירה זו תתמקד בהתפתחותה של תאוריית המינוף למן ראשיתה ועד לימינו תוך ציון המחלוקת האופפת אותה בין מלומדי אסכולות שיקגו והרוורד ובין פרופסור אלהוג'ה (Elhauge). בחלק השני של הפרק אסקור את התמריצים האפשריים לשימוש בהסדרי קשירה על פי התובנות הכלכליות המודרניות. כפי שנראה, הסדרי קשירה עשויים לקדם תוצאות יעילות מובהקות במקרים רבים (כגון ייצור של מוצר טוב יותר, הקטנת עלויות ייצור או הקטנת עלויות השיוק), אך במקרים אחרים להוביל להתממשות תוצאות מונופוליסטיות ואנטי-חרותיות, בהן הדרת מתחרים ומינוף, הגבהת חסמי הכניסה לשווקים ופגיעה ברווח הצרכני. נוסף על כך במקרים מסוימים ייתכנו תוצאות ניטרליות או אמביוולנטיות להסדרי קשירה. חלקן השלישי של הפרק יתייחס ביתר הרחבה למחלוקת הנתונה בין מלומדי אסכולות שיקגו והרוורד ובין פרופסור אלהוג'ה בסוגיית פוטנציאל התועלת למול פוטנציאל הנזק הגלום בהסדרי קשירה. בחלק זה תוצגנה שתי העמדות – עמדת אסכולת שיקגו-הרוורד, שלפיה הסדרי קשירה המועילים נפוצים יותר מהסדרי קשירה האנטי-חרותיים והמזיקים, וכן העמדה האחרת של פרופסור אלהוג'ה.<sup>14</sup> כמו כן אנסה להראות כי עמדת

14 אך כפי שנראה להלן בחלק השלישי של פרק זה, עמדתו של אלהוג'ה אינה עומדת בהכרח בסתירה לעמדת אסכולות שיקגו והרוורד בהיבט זה, שכן אלהוג'ה טוען שהסדרי קשירה, אם מוציאים

מלומדי אסכולות שיקגו והרוורד היא המבוססת יותר, ועל כן היא שצריכה להיות הדומיננטית בניסוח הכללים המשפטיים הנוגעים להסדרי הקשירה, אם כי בהקשר הישראלי יש להתאימה למציאות הכלכלית המאפיינת שווקים קטנים.

### 1. תאוריית המינוף – סקירה היסטורית

תאוריית המינוף היא התאוריה ההיסטורית המרכזית שהובילה לקביעת המגבלות והאיסור המשפטיים על השימוש בהסדרי הקשירה. על פי תאוריה זו היצרן בעל המונופולין בשוק המוצר הקושר קושר למוצר זה מוצר נוסף שבו אין לו כוח שוק. מכיוון שהצרכנים של המוצר הקושר חסרי בררה (שכן אנו מניחים שלצרכנים אין חלופה אחרת לרכישת המוצר שבמונופולין) הם נאלצים לרכוש גם את המוצר הנקשר, ועל כן אפשר לאלצם לשלם מחיר הגבוה מן המחיר התחרותי גם בעבור מוצר זה. בכך למעשה, כך ממשיכה התאוריה, גובה היצרן רווח מונופוליסטי כפול – גם עבור המוצר הקושר וגם עבור המוצר הנקשר. הפגיעה בתחרות, כך גורסת תאוריית המינוף, היא דו-ראשית: ראשית, המינוף מאפשר ליצרן המונופוליסטי לגבות מהצרכן רווח מונופוליסטי בשוק נוסף, ושנית הוא גורם להדרתם מהשוק של יצרנים המייצרים את המוצר הנקשר, או לפחות מחלקו של השוק שעליו השתלט היצרן הקושר באמצעות הקשירה.<sup>15</sup>

(א) תאוריית המינוף הקלסית ותאוריית הרווח המונופוליסטי היחיד של אסכולת שיקגו עם התפתחותה של אסכולת שיקגו<sup>16</sup> עלתה הטענה כי מינוף כאמור של כוח מונופוליסטי משוק אחד לשוק אחר נוסף אינה אפשרית כלל, בשל תאוריית הרווח המונופוליסטי היחיד. על פי תאוריה זו, יצרן המחזיק בכוח מונופוליסטי בשוק של מוצר מסוים אינו

מחשבון את בעלי הפוטנציאל היעיל, צפויים לגרום לנזק יותר משיביאו תועלת, אך הוא אינו טוען שהסדרי הקשירה בכללותם גורמים לנזק הרב מהתועלת.

15 לסקירת תאוריית המינוף ראו HOVENKAMP, לעיל ה"ש 3, בעמ' 459–461; ROBERT H. BORK, THE ANTITRUST PARADOX – A POLICY AT WAR WITH ITSELF 365–366 (2nd ed. 1993); RICHARD A. POSNER, ANTITRUST LAW 197 (2nd ed. 2001).

16 אסכולת שיקגו התפתחה באוניברסיטת שיקגו החל משנות החמישים והשישים תוך שהיא משלבת ניתוח כלכלי במשפט המבוסס על עקרונות ותורות כלכליים מוכרים. בהקשרם של דיני התחרות התבססה הכתיבה של מלומדי האסכולה בעיקר על עקרונות תורת המחירים, והיא הובילה לחשיבה מחדשת בכל הנוגע לסוגיות הגבליות רבות ובכל הנוגע למטרותיהם של דיני התחרות. אסכולת שיקגו הובילה להקלה ניכרת במגבלות שהטילו דיני התחרות על פרקטיקות עסקיות רבות, וככלל אפשר לאפיין אותה ככזו הדוגלת במיעוט התערבות רגולטורית בשווקים. להרחבה ראו BORK, לעיל ה"ש 15, בעמ' xvi–x; JOHN KWOKA & LAWRENCE WHITE, Introduction, in THE ANTITRUST REVOLUTION: ECONOMICS, COMPETITION AND POLICY 1 (John Kwoka & Lawrence White eds., 1999); Herbert Hovenkamp, *Antitrust Policy After Chicago*, 84 MICH. L. REV. 213 (1985); John E. Lopatka, *Exclusion Now and in the Future: Examining Chicago School Orthodoxy*, 17 MISS. C. L. REV. 27 (1996).

יכול להגדיל את הרווח המונופוליסטי שממנו הוא כבר נהנה באמצעות קשירת מוצר נוסף ומינוף הכוח המונופוליסטי לאותו השוק של המוצר הנקשר.<sup>17</sup> נמחיש את תאוריית הרווח המונופוליסטי היחיד באמצעות הדוגמה הבאה:<sup>18</sup> נניח שעלות הייצור של ברגים היא 10 אג' ליחידה, ועלות הייצור של אומים דומה, ונניח עוד שיצרן מונופוליסטי של שני המוצרים גובה מחיר מונופוליסטי אופטימלי של 40 אג' עבור שניהם יחדיו (המשמעות של מחיר מונופוליסטי אופטימלי היא כי המונופול ממקסם את סך כל רווחיו כאשר הוא גובה מחיר זה, ועל כן העלאה או הפחתה של המחיר תצמצם את רווחיו). במצב דברים זה מרוויח היצרן המונופוליסטי של שני המוצרים רווח מונופוליסטי כולל של 20 אג'. עתה נניח כי שוק האומים הוא שוק תחרותי ובו מחיר כל אום הוא 10 אג' (שכן בשוק תחרותי מחיר המוצר שווה לעלות ייצורו). כעת יכול יצרן מונופוליסטי של ברגים לגבות מחיר של 30 אג' עבור כל בורג (וכך סט של בורג ואום יעלה 40 אג') ועדיין להרוויח 20 אג' כרווח מונופוליסטי.

יוצא מכך שיצרן מונופוליסטי של ברגים ושל אומים ירוויח בדיוק אותו רווח מונופוליסטי שירוויח יצרן מונופוליסטי של ברגים בלבד. לכן יצרן מונופוליסטי של ברגים בלבד לא יוכל להרוויח רווח מונופוליסטי נוסף אם יקשור את מכירת הברגים למכירת האומים. יתר על זה, ישתלם מאוד ליצרן מונופוליסטי של ברגים בלבד שתשרור תחרות בשוק האומים שתוביל אפילו להורדת מחירים בשוק זה. נניח למשל שהתחרות בשוק האומים הובילה להורדת המחיר של כל אום ל-5 אג' (בשל ההתייעלות שהובילה להפחתת עלות הייצור של כל יחידה); במצב דברים זה יעלה היצרן המונופוליסטי של הברגים את המחיר ל-35 אג' לכל בורג, וכך מחיר הסט יוותר 40 אג', אך עתה יגדל הרווח המונופוליסטי של היצרן ל-25 אג'. לכן בכל מקרה, כך גורסת תאוריית הרווח המונופוליסטי היחיד, לא ישתלם ליצרן המונופוליסטי של מוצר אחד לנסות ולמנף את כוחו המונופוליסטי למוצר הנקשר באופן שיוביל להחלשות התחרות בשוק המוצר הנקשר.<sup>19</sup> מכיוון שעל פי תאוריית הרווח המונופוליסטי היחיד מינוף של כוח מונופוליסטי משוק אחד לשוק אחר וגביית רווח מונופוליסטי נוסף בשוק האחר אינם

17 ראו BORK, לעיל ה"ש 15, בעמ' 372–375; POSNER, לעיל ה"ש 15, בעמ' 197–199; Ward S.; Bowman, Jr., *Tying Arrangements and the Leverage Problem*, 67 YALE L.J. 19, 20–23 (1957); Aaron Director & Edward H. Levi, *Law and the Future: Trade Regulation*, 51 Nw. U. L. REV. 281, 290–292 (1956); Richard A. Posner, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, 127 U. PA. L. REV. 925, 926 (1979); Keith K. Wollenberg, Note, *An Economic Analysis of Tie-In Sales: Re-examining the Leverage Theory*, 39 STAN. L. REV. 737 (1987)

18 דוגמה זו לקוחה ממאמרו של אלהוג'ה Einer Elhauge, *Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory*, 123 HARV. L. REV. 397, 403–404 (2009) אך ורסיות שונות שלה נמצאות במרבית המקורות העוסקים בהסדרי הקשירה.

19 ראו BORK, לעיל ה"ש 15, בעמ' 373; W. KIP VISCUSI ET AL., *ECONOMICS OF REGULATION AND ANTITRUST* 267 (4th ed. 2005).



אפשריים, הסיקו חלק ממלומדי שיקגו כי על הסיבה שמאחורי הסדרי הקשירה להיות פרו־תחרותית ומועילה. על כן הציעו כמה מאותם מלומדים להתיר את השימוש בהסדרי הקשירה ללא כל מגבלה (חוקיות פר סה).<sup>20</sup>

(ב) הכתיבה הפוסט־שיקגואית: התרחישים שבהם מינוף כוח מונופוליסטי מסוים עשוי להיות אפשרי

לאחר שהוצגה תאוריית הרווח המונופוליסטי היחיד התחילו מלומדים אשר נהוג לשייכם לאסכולת פוסט־שיקגו<sup>21</sup> להציג מודלים ותרחישים כלכליים שונים אשר עשויים להסביר כיצד היצרן המונופוליסטי יכול להגדיל את רווחיו המונופוליסטיים באמצעות הקשירה (והכוונה היא לרווחים שאינם נובעים משיפור ביעילות). תרחישים מסוימים מראים כיצד מינוף של כוח מונופוליסטי אל שוק המוצר הנקשר עשוי בכל זאת להיות אפשרי בנסיבות מסוימות, ותרחישים אחרים מראים כיצד יכול היצרן המונופוליסטי להגדיל את רווחיו המונופוליסטיים בשוק המוצר הקושר באמצעות הסדרי הקשירה. התרחיש למינוף כוח מונופוליסטי והפקת רווח מונופוליסטי נוסף גם בשוק המוצר הנקשר עשוי להיות אפשרי כאשר למוצר הנקשר שימוש משלים למוצר הקושר אבל גם שימוש עצמאי (כלומר שימוש נפרד מן השימוש שנעשה בו עם המוצר הקושר יחד). בתרחיש זה יוכל להיות מינוף אם קיים ממד של יעילות לגודל בשוק המוצר הנקשר וסגירה ניכרת של שוק זה עקב הסדר הקשירה.

אציג דוגמה לכך המתבססת במידה מסוימת על נסיבות עניין *International Salt*:<sup>22</sup> נניח כי קיים יצרן מונופוליסטי בשוק המכונות להזרקה מלח לקופסאות שימורים הכופה על משתמשי המכונות לרכוש ממנו את המלח שבו יעשו שימוש במכונות. בדוגמה זו המוצר הקושר הוא המכונות והמוצר הנקשר הוא המלח. למלח אפוא יש שימוש משלים לשימוש במכונות (שכן אי אפשר להשתמש במכונות ללא השימוש במלח) אך קיים גם שימוש נפרד ועצמאי, שכן קיימים צרכנים נוספים של מלח שאינם קשורים כלל לענף

20 ראו למשל BORK, לעיל ה"ש 15, בעמ' 380–381.

21 אסכולת פוסט־שיקגו היא משקל נגד מסוים לכתיבת מלומדי אסכולת שיקגו, והיא מבוססת על ניתוח כלכלי המתבסס במידה רבה על מודלים הלקוחים מתחום ה-Industrial Organization ותורת המשחקים. היא מראה כיצד אסטרטגיות עסקיות מסוימות עשויות להוביל לפגיעה בתחרות ובצרכנים בניגוד לעמדת מלומדי אסכולת שיקגו. לכן ככלל אפשר לאפיין אותה כדוגלת בהיקף רב יותר של מעורבות רגולטורית, אם כי חשוב להדגיש שאסכולת פוסט־שיקגו אינה תומכת ברמת המעורבות המופרזת שנקטה בטרם החלה אסכולת שיקגו להשפיע על השיח ההגבלי. להרחבה ראו Jonathan B. Baker, *Recent Developments in Economics that Challenge Chicago School Views*, 58 ANTITRUST L.J. 645 (1989); Herbert Hovenkamp, *Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique*, 2001 COLUM. BUS. L. REV. 257. (להלן: Hovenkamp, *Post-Chicago*).  
22 לעיל ה"ש 6. אמנם לצורך הדיוק יש לציין שבעניין *International Salt* לא הייתה סגירה ניכרת של שוק המלח, שהיה שוק המוצר הנקשר, וכן לא נטען שם כי היה ממד של יעילות לגודל בשוק האמור.

הזרקת המלח לקופסאות השימורים. בתרחיש שכזה אם הקשירה תוביל ליציאתם מן השוק של יצרני המלח האחרים בשל אבדן יעילות הגודל (בהנחה שהיקף המלח הנקשר רב, ועל כן מוביל לסגירה ניכרת של שוק המלח), יוכל היצרן המונופוליסטי לגבות רווח על-תחרותי עבור המלח מאותם צרכנים אשר הביקוש שלהם למלח עצמאי ונפרד מן הביקוש למכונות.<sup>23</sup> חשוב להדגיש בהקשר זה כי אף על פי שהתרחיש דלעיל אפשרי (לפחות ברמה התאורטית), הרי שכדי שיתממש בפועל צריכות להתקיים כל הנסיבות המתוארות, וגם אם כולן תתקיימנה, עדיין המינוף יהיה מוגבל ויוכל להשפיע אך ורק על הביקוש העצמאי והנפרד למוצר הנקשר (המלח בענייננו) ולא על הביקוש למוצר הנקשר כמוצר משלים למוצר הקושר.<sup>24</sup>

תרחיש אפשרי נוסף של מינוף עולה בהקשרם של מוצרים "עוקבים", כלומר במצב שבו קיים מוצר מונופוליסטי, ומוצר חדש מן הדור הבא צפוי להחליפו בעתיד. בתרחיש שכזה יצרן המחזיק במעמד מונופוליסטי בשוק המוצר הנוכחי עשוי לקשור אותו למוצר מן הדור החדש, וכך כאשר המוצר המשודרג יתבסס בשוק, יעבור הכוח המונופוליסטי של היצרן אל המוצר החדש. על פי תאוריה זו אין מדובר במינוף כוח מונופוליסטי סימולטני שמאפשר גריפת רווח מונופוליסטי בעבור שני מוצרים נפרדים, אלא במינוף כוח מונופוליסטי "עוקב" משוק המוצר הנוכחי לשוק המוצר העתידי.<sup>25</sup> כפי שצוין לעיל, מלומדי אסכולת פוסט-שיקגו פיתחו גם מודלים ותרחישים להסדרי קשירה שבהתקיימם יוכל היצרן הקושר להגדיל את רווחיו העל-תחרותיים בשוק המוצר הקושר,<sup>26</sup> נוסף על התרחישים שבהם מינוף כוח מונופוליסטי לשוק המוצר הנקשר עשוי להיות אפשרי. תרחישים אלו יוצגו בהרחבה בחלק הבא של פרק זה להלן.<sup>27</sup>

23 ראו VISCUSI ET AL., לעיל ה"ש 19, בעמ' 275–278; Elhaage, לעיל ה"ש 18, בעמ' 413–417. יש לציין שלהתקיימותו של תרחיש זה נדרשים תנאים נוספים שכל הנראה אינם נפוצים. להרחבה ראו את הדין להלן בתת פרק א.2.(ב)(1).

25 ראו HOVENKAMP, לעיל ה"ש 3, בעמ' 461. חשוב להדגיש כי מכיוון שמדובר במינוף של כוח מונופוליסטי עוקב, אין בתרחיש זה משום מינוף על פי משמעותו הקלסית שבו יצרן מצליח להרוויח רווח מונופוליסטי בשני שווקים בד בבד.

26 ובהם הסדרים המאפשרים התחמקות מפיקוח מחירים; הסדרים המאפשרים את גביית הרווח הצרכני האינדיווידואלי; הסדרים המעלים את חסמי הכניסה לשווקים; הסדרים המאפשרים אפליית מחירים; הסדרים המשמשים לביסוס שיתוף פעולה אוליגופולי; והסדרים המשמשים בסיס להתנהגות טורפנית.

27 עם זאת חשוב להדגיש שהמודלים והתרחישים שלפיהם אפשר להגדיל את הרווח המונופוליסטי בשוק המוצר הקושר אינם מאששים את תאוריית המינוף הקלסית שלפיה הקשירה מאפשרת ליצרן המונופוליסטי להוסיף על רווחיו המונופוליסטיים בשוק המוצר הקושר עוד רווחים מונופוליסטיים גם בשוק המוצר הנקשר. עם זאת גם המודלים והתרחישים הללו עשויים להיות בעלי אפקט אנטי-תחרותי, ועל כן ייתכן שיהיו בלתי רצויים. כמו כן יש לציין שבשונה מהפרשנות הנהוגה למונח "מינוף כוח מונופוליסטי", כפי שהובאה עד כה במאמר זה, פרופסור אלהוג'ה מתייחס לכל

המחלוקת הקיימת, ואשר אליה אתייחס בהרחבה בחלק השלישי של פרק זה להלן, פעורה בין עמדת מלומדי אסכולות שיקגו והרוורד ובין עמדת פרופסור אלהוג'ה באשר לשאלה עד כמה נפוצים תרחישי הקשירה בעלי הפוטנציאל האנטי-תחרותי ביחס לתרחישים שבהם פוטנציאל שכזה איננו קיים. מלומדי אסכולות שיקגו והרוורד מכירים ברובם בתרחישים בעלי הפוטנציאל המזיק, אך לדידם אלו הם החריגים לכלל. לעומתם, פרופסור אלהוג'ה מחזיק בעמדה המייחסת משקל רב יותר להסדרים בעלי הפוטנציאל המזיק. כפי שנראה בהמשכם של הדברים, להכרעה במחלוקת זו חשיבות רבה לעניין ניסוח הכלל המשפטי הראוי לבחינתם של הסדרי הקשירה, שכן מן הסתם ככל שההסדרים המזיקים נפוצים יותר כך גוברת ההצדקה לניסוח כלל משפטי מחמיר יותר, ולהפך.

## 2. התמריצים הכלכליים השונים להסדרי קשירה

כאמור לעיל, בשל תאוריית המינוף הוטלו מלכתחילה המגבלות על הסדרי הקשירה. כיום התובנות הכלכליות המודרניות מעניקות משקל לשיקולים נוספים שאפשר שיעמדו מאחורי החלטת היצרן המונופוליסטי לבצע את הסדרי הקשירה. בחלק זה אסקור את התמריצים השונים. בתחילה אציג את שיקולי היעילות שאפשר שיעמדו בבסיס ההחלטה לקשור מוצרים אשר רבים רואים בהם את השיקולים העיקריים והנפוצים ביותר.<sup>28</sup> יעילות זו יכולה לבוא לידי ביטוי בשיפור המוצר, בצמצום עלויות הייצור, בצמצום עלויות השיווק, בהגנה על המוניטין וכאמצעי להקטנת הסיכון בכניסה לשווקים חדשים. לאחר מכן אציג את השיקולים האנטי-תחרותיים העשויים להוביל לשימוש בהסדרי הקשירה, ובהם הרצון למנף כוח מונופוליסטי, להעלות חסמי כניסה, להתחמק מפיקוח מחירים, לבסס שיתוף פעולה אוליגופולי ולנהוג בטורפנות. לבסוף יוצגו השיקולים האמביוולנטיים שבהם משולבים פוטנציאל חיובי ופוטנציאל אנטי-תחרותי. כמובן, וחשוב לציין זאת, שייתכן שבפועל הסדרי קשירה יהיו מונעים משיקולים מעורבים: למשל שיפור ביעילות בד בבד עם שיקול אנטי-תחרותי כמו העלאת חסמי כניסה. תרחישים מורכבים אלו יש לפתור בפתרון משפטי ראוי, ובכך יעסוק בהרחבה פרק ג להלן.

התרחישים שבהם הקשירה מאפשרת הגדלת רווחים מונופוליסטיים שלא באמצעות שיפור ביעילות (בין שמדובר ברווחים מונופוליסטיים נוספים בשוק המוצר הנקשר ובין שמדובר ברווחים מונופוליסטיים נוספים בשוק המוצר הקושר) ככאלו הנובעים מתאוריית המינוף המונופוליסטי. מכל מקום אין בכך, לטעמי לפחות, משום מחלוקת של ממש מכיוון שאין רבותא בכך שמדובר במודלים ובתרחישים בעלי פוטנציאל אנטי-תחרותי. השאלה אם הם נובעים מתאוריית המינוף או שהם בעלי מעמד תאורטי עצמאי היא אפוא משנית.

28 להרחבה ראו הדיון בחלקו השלישי של פרק זה להלן.

## (א) הסדרי קשירה המקדמים יעילות

בתת פרק זה נסקור בהרחבה את התרחישים שבהם מטרת הקשירה היא להשיג שיפור ביעילות. מטרה זו היא ככלל חיובית מבחינת התועלת המצרפית ועל פי רוב גם מבחינת התועלת הצרכנית.<sup>29</sup> בעיקרון, עומדים תרחישים אלו בבסיס הטיעון שלפיו יש להקל את המגבלות המשפטיות המוטלות על הסדרי קשירה.

## (1) קשירה כאמצעי לשיפור המוצר

במקרים רבים שבהם מתבצעת קשירה (ובעיקר כאשר מדובר בקשירה טכנולוגית) נוצר למעשה מוצר חדש ומשופר מן המוצרים הנפרדים הקודמים. בדוגמת הטלפונים הסלולריים למשל, עד לפני כמה שנים היה המכשיר טלפון בלבד, ואילו עתה המכשיר כולל גם מצלמה, מצלמת וידאו, אפשרות לגלישה באינטרנט ועוד. כל אותן פונקציות חדשות שנוספו שדרגו למעשה את המכשיר והפכו אותו למוצר חדש ועדיף מבחינת הטעם הצרכני לעומת המוצר הקודם. קשירה שכזו אשר בבסיסה עומד הרצון ליצירת מוצר משופר נפוצה מאוד בשווקים טכנולוגיים רבים, אך בתחום השווקים עתירי הטכנולוגיה (שוקי ה"היי טק" ו"הכלכלה החדשה") יש לה גם תפקיד מרכזי ומהותי. תחומי תעשייה אלו, שבהם החדשנות ומידת ההשקעה במחקר ובפיתוח גבוהות במיוחד, מאופיינים בשדרוג ובאינטגרציה של מוצרים, פונקציות ותוכנות שונים.<sup>30</sup> על כן התרומה הכלכלית לתועלת הצרכנית ולתועלת המצרפית של קשירת המוצרים הטכנית בכלל ובשווקים האמורים בפרט רבה ביותר.<sup>31</sup>

ההנחה המקובלת היא כי קשירה שמטרתה שיפור מוצרים נפוצה מאוד, שכן היא יכולה להתממש בכל תרחיש שקיים בו איחוד מוצרים ואין כל צורך בקיומם של תנאים חיצוניים נוספים: למשל, שיפור המוצר יכול להתממש גם בהיעדר כוח שוק בשוק המוצר הקושר; גם אם אין סגירה ניכרת של שוק המוצר הנקשר; אם יש – או אין – ממד של יעילות לגודל בשני השווקים וכו'. למעשה אפשר לראות כמעט בכל מוצר תוצר של הסדר קשירה כאמור, מכיוון שבאופן עקרוני אפשר לפרק את המוצר למרכיביו השונים ולשווקם בנפרד. בחירתם של היצרנים לשלב את המרכיבים לכדי מוצר אחד נובעת מיעילותה של הקשירה ומהיותה מועדפת על הצרכנים.<sup>32</sup>

29 ראו למשל PHILLIP E. AREEDA & HERBERT HOVENKAMP, ANTITRUST LAW: AN ANALYSIS OF ANTITRUST PRINCIPLES AND THEIR APPLICATION ¶ 1717c (2nd ed. 2002).

30 ראו למשל עניין *Microsoft*, לעיל ה"ש 9.

31 ראו למשל VISCUSI ET AL., לעיל ה"ש 19, בעמ' 267 לדיון בהצדקות יעילות לקשירה פיזית של מוצרים.

32 להרחבה ראו למשל BORK, לעיל ה"ש 15, בעמ' 378–379.

## (2) קשירה כאמצעי לצמצום עלויות הייצור

רבים הם המקרים שבהם זול יותר לצרף, או להרכיב, את המוצר הנקשר למוצר הקושר במהלך שלב הייצור של המוצרים. למשל, בתהליך ייצור רכבים התאמתם של מגבים לשמשות הרכב, של מזגן, של מערכת רדיו ושל גלגל להחלפה (כולם מוצרים שבעבר היה אפשר לרכוש את הרכב בלעדיהם) כבר על גבי פס הייצור קלה יותר וזולה יותר מאשר בשלבים אחרים. היות שנחסכות עלויות בשלב הייצור אפשר להציע את המוצר הכולל את כל התוספות במחיר נמוך מבמקרה שהיה על הצרכן להוסיף בנפרד. נוסף על כך, פעמים רבות אין ליצרן כדאיות כלכלית להקים כמה פסי ייצור באופן שיהיה אפשר להציע לצרכן את אופציית הרכישה הכוללת את המוצר הנקשר וגם את אופציית הרכישה הכוללת את המוצר ללא המוצר הנקשר. בתרחישים נפוצים אלו יהיה זול יותר להקים רק פס ייצור אחד שבו מורכבים גם המוצרים הנקשרים.<sup>33</sup> נוסף על כך, אפשר שהקשירה תוביל למיצוי יעילות הגודל אם בזכותה גדלה הכמות המיוצרת על ידי היצרן, הן של המוצר הקושר והן של המוצר הנקשר. מטבע הדברים מיצוי יעילות הגודל מוביל לצמצום בעלויות הייצור.<sup>34</sup>

בשל האמור, ההנחה היא כי הסדרי קשירה שנועדו לצמצם את עלויות הייצור נפוצים<sup>35</sup> גם מכיוון שהם אינם מחייבים קיומם של תנאים חיצוניים נוספים, והם יכולים להתממש גם בהיעדר כוח שוק בשוק המוצר הקושר; גם אם אין סגירה ניכרת של שוק המוצר הנקשר; אם יש או אם אין ממד של יעילות לגודל בשני השווקים<sup>36</sup> וכו'.

## (3) קשירה כאמצעי לצמצום עלויות השיווק

צירוף וקשירה של מוצרים ושיווקם יחדיו יקטינו במקרים רבים את עלויות השיווק הכוללות שלהם ביחס לעלויות השיווק הנפרדות של המוצר הקושר והמוצר הנקשר. ניטול למשל את הדוגמה הנפוצה שבה יצרן של מוצר אלקטרוני נדרש להחליט אם לשווק את המוצר בצירוף הסוללות הנדרשות להפעלתו. אם יצטרך היצרן האמור להעמיד לפני הצרכנים גם את האפשרות לרכישה המוצר בצירוף הסוללות וגם את אפשרות הרכישה ללא הסוללות, אזי אפשר שעלויות השיווק של המוצר תהיינה גבוהות בהרבה. טעם הדברים נעוץ בכך שמערך שיווק כפול כאמור לשתי החלופות יהיה כרוך בעלויות נוספות בטיפול, באריזה, באחסנה, במשלוח, בשמירה על הספקה שוטפת של

33 לשם המחשה, סביר להניח שכיום קיימות חברות המייצרות טלפונים סלולריים שלא ישתלם להן להקים פסי ייצור שבהם מורכבים טלפונים ללא מצלמות למשל.

34 ראו BORK, לעיל ה"ש 15, בעמ' 378-379; AREEDA & HOVENKAMP, לעיל ה"ש 29, ¶ 1717b1.

35 ראו למשל BORK, לעיל ה"ש 15, בעמ' 378-379.

36 אם כי חשוב לציין שאם קיימת יעילות לגודל, קשירה זו עשויה להיות אפקטיבית יותר, אך כאמור אין הכרח בקיום יעילות לגודל כדי שטעם זה לקשירה יתקיים.

שתי החלופות ועוד.<sup>37</sup> בהקשר זה חשוב להכיר בכך שהסדרי קשירה רבים נועדו להפחית בעלויות השיווק בשל חיסכון בעלויות מכירה, בעלויות האדמיניסטרציה הפנימית או פשוט משום שיתכן שיהיה זול יותר לאחד את מערך שירות הלקוחות באופן שיספק את מצבור השירותים או המוצרים המשווקים.<sup>38</sup>

בשל האמור ההנחה היא כי גם קשירה זו נפוצה – גם מכיוון שהיא אינה מחייבת קיומם של תנאים חיצוניים נוספים, וגם כי היא יכולה להתממש גם בהיעדר כוח שוק בשוק המוצר הקושר; גם אם אין סגירה ניכרת של שוק המוצר הנקשר; אם יש או אם אין ממד של יעילות לגודל בשני השווקים וכו'.

#### (4) קשירה כאמצעי להגנה על המונוטין

קיימים מקרים שבהם השימוש במוצר הקושר מצריך הסתייעות במוצרים משלימים נלווים. לעתים אם אותם מוצרים משלימים אינם עומדים בקריטריונים ובסטנדרטים מסוימים במלואם, אפשר שתיפגע גם איכות פעולתו של המוצר הקושר, ומכאן – גם המונוטין שלו. על כן כדי להתגבר על חשש זה יכולים אותם יצרנים לקשור את המוצרים המשלימים והנלווים למוצר הקושר שהוא המוצר העיקרי, ולדאוג שאותם מוצרים משלימים ונלווים יעמדו בכל הדרישות הנחוצות לפעולתו התקינה. זו הייתה טענתן של IBM,<sup>39</sup> International Salt,<sup>40</sup> וכן של Jerrold Electronics.<sup>41</sup> למול טיעון זה אפשר להקשות ולשאול מדוע נחוצה הקשירה, שכן לכאורה די בכך שהיצרן של המוצר הקושר יידע את הרוכש בדבר הכדאיות והצורך שברכישת כל הרכיבים המשלימים מהיצרן, מכיוון שהיצרן והרוכש חולקים אינטרס משותף בפעולתו התקינה של המוצר. תשובה אפשרית היא שהניסיון לשכנע או ליידע את כלל הצרכנים בדבר הצורך ברכישת המוצרים המשלימים מן היצרן למען תקינות פעולת המוצר עשוי להיות יקר ממעשה הקשירה.<sup>42</sup> כמו כן תמיד יהיו צרכנים שיגלו חשדנות נוכח שידול היצרן לרכוש ממנו את המוצרים המשלימים, והם עשויים אפוא להעדיף מוצרים משלימים מתחרים. הדרישה שאפשר להעלות בפני היצרן, כתחליף לקשירה – שיפרט מהן הדרישות הטכניות הנדרשות למוצרים המשלימים – אולי גם היא תתברר כיקרה יותר מאפשרות הקשירה, מכיוון שיקשה מאוד לפקח שאכן המוצרים הנלווים הנרכשים על ידי הרוכשים עומדים

37 ראו AREEDA & HOVENKAMP, לעיל ה"ש 29, ¶ 1717d2; וכן HOVENKAMP, לעיל ה"ש 3, בעמ' 457.

38 ראו BORK, לעיל ה"ש 15, בעמ' 379; HOVENKAMP, לעיל ה"ש 3, בעמ' 457–458; וכן AREEDA & HOVENKAMP, לעיל ה"ש 29, ¶ 1717b1.

39 ראו Int'l Business Machines v. United States, 298 U.S. 131 (1936).

40 ראו עניין International Salt, לעיל ה"ש 6.

41 להלן ה"ש 113. ראו הדיון בפסק הדין להלן בפרק ב.

42 ראו POSNER, לעיל ה"ש 15, בעמ' 201; ראו AREEDA & HOVENKAMP, לעיל ה"ש 29, ¶ 1717b.

בדרישות. נוסף על האמור סביר שיהיו גם מקרים רבים שבהם לרוכשים עצמם לא תהיה המומחיות הנדרשת להעריך נכונה את מידת התאמתם של המוצרים המשלימים המתחרים לדרישות היצרן.<sup>43</sup> לבסוף, הקשירה יכולה להיות אמצעי להתמודדות עם בעיית ה"טרמפיסט", אם תיווצר, כמו למשל במקרה של Chicken Delight,<sup>44</sup> שבו העניקה הרשת זיכיונות אך דרשה ממקבלי הזיכיון כי ירכשו ממנה את ציוד המטבח למסעדותיהם. זאת בגלל האפשרות שזכיון מסוים היה מעדיף לרכוש ציוד מטבח באיכות נחותה ובמחיר זול ממקור מתחרה, בהסתמכו על המוניטין הכללי של הרשת לצורך מכירתו.<sup>45</sup>

תרחישי קשירה אלו צפויים להיות נפוצים למדי כל אימת שהשימוש במוצר הקושר מצריך שימוש משלים גם במוצר הנקשר וכאשר יש באיכות המוצר הנקשר להשפיע על מידת התועלת שיפיק הצרכן מן המוצרים. הסכמי זכיונות הם דוגמה טובה לכך, וברבים מהם בעל הזיכיון מחייב את הזכיון לרכוש ממנו את מגוון המוצרים שהוא מוכר או משווק.

(5) קשירה כאמצעי להקטנת הסיכון הכרוך בכניסה חדשה לשווקים הסדרי קשירה עשויים לשמש לצורך הפחתת העלויות השקועות והעלויות הקבועות הנדרשות לצורך כניסה לשוק מסוים, בעיקר במקרים שבהם עלויות שקועות גבוהות עשויות להרתיע יזמים מפני עצם הכניסה לשוק. הסכמי זכיונות הם דוגמה טובה לכך.<sup>46</sup> נניח כי שווי השוק של זיכיון של רשת מזון ידועה הוא 1,000,000 דולר. במצב דברים זה היזם רוכש הזיכיון עומד בפני השקעה מסוכנת שכן אם המיזם יישל ירד הסכום הגדול לטמיון. סכנה זו עשויה להרתיע יזמים ולמנוע את עצם כניסתם לשוק. לכן רשת המזון שבדוגמה יכולה למכור את הזיכיון במחיר מוזל, נניח 200,000 דולר, אך לקשור לזיכיון את הספקת כל המצרכים הנדרשים להפעלת הסניף במחיר הגבוה ממחיר השוק שלהם. בכך למעשה מקטינה הרשת את שיעור העלויות השקועות והקבועות של היזם אך מגדילה את העלויות המשתנות שלו. לכן אם יתברר שהמיזם כושל, יפסיד היזם רק את סכום העלויות השקועות, שהוא כאמור קטן בהרבה במצב זה. לעומת זאת אם המיזם יצליח, תגבה הרשת את שווי השוק האמתי עבור הזיכיון דרך התשלומים עבור המוצרים הנקשרים שתספק ליזם לצורך הפעלתו השוטפת של הסניף. באופן זה מקטינה רשת המזון את הסיכון הכרוך בכניסה לשוק מבחינתו של היזם ואת חסם הכניסה הכרוך בגיוס

ראו VISCUSI ET AL., לעיל ה"ש 19, בעמ' 268; BORK, לעיל ה"ש 15, בעמ' 379-381; AREEDA & HOVENKAMP, לעיל ה"ש 29, ¶ 1716a.

44 Siegel v. Chicken Delight, Inc., 448 F.2d 43 (9th Cir. 1971).

45 VISCUSI ET AL., לעיל ה"ש 19, בעמ' 268.

46 Erik Hovenkamp & Herbert Hovenkamp, *Tying Arrangements and Antitrust Harm*, 52 ARIZ. L. REV. 925, 964-966 (2010).

הון, שכן עתה יוכלו גם יזמים שיכולתם לגייס הון ראשוני מוגבלת להיכנס לשוק. נוסף על האמור מעניק הזיכיון מאותת ליזמים פוטנציאליים חדשים באמצעות הקשירה כי סיכויי ההצלחה של זכיין חדש הם גבוהים, בהפחיתו את העלות בעבור הזיכיון ובגבותו מחיר גבוה בעבור המוצרים הנלווים שכן רק אם היזם יצליח יוכל בעל הזיכיון להרוויח במקרה זה. על כן לקשירה תפקיד חשוב בהתמודדות גם עם בעיית פערי המידע שבין בעלי זיכיון וזכיינים פוטנציאליים. תרחיש קשירה זה צפוי להיות שכיח למדי בסיטואציות של הסכמי זכיינות, אבל עם זאת הוא מוגבל לסוג ההסדר המסחרי האמור.

### (ב) הסדרי קשירה אנטי-תחרותיים

#### (1) קשירה המשמשת למינוף כוח מונופוליסטי

כפי שעולה מן הדיון בתת פרק א.1. (ב) לעיל, מינוף של כוח מונופוליסטי והפקת רווח מונופוליסטי נוסף גם בשוק המוצר הנקשר אפשרי כאשר למוצר הנקשר שימוש משלים למוצר הקושר אבל גם שימוש עצמאי; הקשירה סוגרת נתח שוק ניכר משוק המוצר הנקשר; וקיים ממד נכבד של יעילות לגודל בשוק זה. בתרחיש שכזה, כאשר היצרן בעל המונופולין בשוק המוצר הקושר קושר את המוצר הנקשר, הוא פוגע ביעילות הגודל של יצרני המוצר הנקשר המתחרים. בשל אבדן יעילות זו יאבדו יצרנים אלו ממד מסוים מיכולתם להתחרות, וייתכן שאף יאלצו לצאת לחלוטין מן השוק. כך יוכל היצרן הקושר לגבות רווחים מונופוליסטיים מאותם צרכנים הרוכשים בנפרד רק את המוצר הנקשר. תרחיש זה אמנם אפשרי ברמה התאורטית אבל אפשר שלא יהיה כה נפוץ במציאות. ראשית, על היצרן הקושר להשקיע את המשאבים הדרושים כדי לייצר את מרבית הכמות של המוצר הנקשר, וייתכן שאף את כולה, וכל זאת בעבור רווח מונופוליסטי מוגבל בעבור חלק קטן מכמות מיוצרת זו; שנית, אם אנו מניחים כי שוק המוצר הנקשר היה תחרותי טרם הקשירה, אזי עלינו להניח כי למרות קיומה של יעילות לגודל בשוק זה, הרי שבשלב ייצור מסוים יעילות זו ממוצה, ומכאן ייצור נוסף יעיל פחות. משלב זה הגידול הנוסף בייצור הוא חסרון יעילות. הנחה זו סבירה מכיוון שאילו לא היה חיסרון לגודל בשוק המוצר הנקשר, היינו מצפים ששוק זה לא יהיה תחרותי אלא מונופוליסטי טרם הקשירה (שכן יצרן אחד גדול היה משיג יתרון יעילות על פני כל היצרנים הקטנים יותר וכך מספק את כל הביקוש בשוק). במצב דברים זה ייצור לא יעיל של המוצר הנקשר על ידי היצרן הקושר יקטין את הרווח המונופוליסטי שיכול יצרן זה להרוויח גם בעבור המוצר הקושר וגם בעבור המוצר הנקשר.

התרחיש האחר למינוף שהוצג בתת פרק א.1. (ב) לעיל עוסק בתרחיש של מינוף כוח מונופוליסטי למוצר "עוקב" שאמור להחליף בעתיד את דור המוצר הקיים. על פי תרחיש זה, עשוי יצרן המחזיק בכוח שוק של המוצר הנוכחי לקשור אליו גם את המוצר מן הדור החדש (ככל שהדבר אפשרי) כדי למנף את כוחו המונופוליסטי או להעבירו אל המוצר החדש לכשזה יחליף את המוצר מן הדור הנוכחי. יצוין שלא ברור עד כמה תרחיש זה



נפוץ במציאות, על אף אפשרותו התאורטית. אמנם, כאמור לעיל, בשוקי היי טק ובשוקי הכלכלה החדשה רבים הם השווקים שבהם מוצרים מן הדור החדש מחליפים מוצרים מדורות קודמים, אך אפשר שהמקרים שבהם ניתן לקשור את המוצרים מן הדור החדש ומן הדור העתידי יחד לא יהיו רבים. טעם הדברים נובע מן הקושי שבקשירת שני מוצרים המשמשים לפונקצייה צרכנית דומה (ובתרחיש האמור אנו מניחים שהמוצרים הרי אמורים להחליף זה את זה), וגם מן העובדה שברבים מן המקרים המוצר מן הדור החדש מיוצר על ידי יצרנים מתחרים המצליחים לזכות בשוק בטרם עולה בידו של היצרן הנוכחי לפתח מוצר דומה.

## (2) התחמקות מפיקוח מחירים

כאשר מחיריו של יצרן מונופוליסטי הם בפיקוח רגולטורי, והיצרן אינו יכול אפוא לגבות את מלוא המחיר המונופוליסטי האופטימלי בעבור המוצר, עשויה הקשירה להיות רווחית בעבורו. הקשירה של מוצר נוסף שמחירו איננו בפיקוח תאפשר ליצרן המונופוליסטי לגבות בעבור המוצר הנוסף את הרווח המונופוליסטי שנמנע ממנו בגלל פיקוח המחירים על המוצר הקושר. יצרנים של מוצרי יסוד מסוג public utilities (חשמל, מים, טלפון וכד') הם המתאימים ביותר לשימוש בהסדרי קשירה אלו מכיוון שברבים מהמקרים היצרנים הללו הם מונופולים טבעיים או שהם נהנים ממעמד מונופוליסטי שהוענק להם מכוח החוק; מחיריהם בפיקוח; גמישות הביקוש בדרך כלל קשיחה יחסית בנקודת המחיר שקבע הרגולטור (משמע שאפשר להגדיל את הרווח בהרבה אם מעלים את המחיר).<sup>47</sup>

נניח לצורך הדוגמה כי חברת טלפון היא בעלת זיכיון בלעדי להספקת שירותי טלפוניה, אך תעריפיה בפיקוח ולכן איננה יכולה לגבות מהצרכנים את המחיר המונופוליסטי האופטימלי מבחינתה בעבור הספקת שירותיה. עם זאת אם תוכל חברת הטלפון לקשור את הספקת שירותי הטלפוניה להספקת מכשירי הטלפון למשל, תוכל היא לגבות בעבורם מחיר גבוה (בהנחה שמחיר מכשירי הטלפון איננו בפיקוח) ובכך להגדיל את רווחיה המונופוליסטיים.<sup>48</sup> יצוין כי תרחיש זה עשוי כמובן להתקיים כאשר

47 ראו HOVENKAMP, לעיל ה"ש 3, בעמ' 464–465; וכן BORK, לעיל ה"ש 15, בעמ' 376.

48 חשוב להדגיש כי יש הרואים בתרחיש זה דוגמה למעין "מינוף" של כוח מונופוליסטי משוק אחד לשוק אחר, אך למעשה היצרן המונופוליסטי משתמש בשוק המוצר הנקשר כדי למצות את הרווח המונופוליסטי שנמנע ממנו בשל הפיקוח הרגולטורי בשוק המוצר הקושר. אין בתרחיש האמור משום מינוף של כוח מונופוליסטי במובנו הקלסי, משמע גביית רווח מונופוליסטי בעבור המוצר הנקשר נוסף על גביית הרווח המונופוליסטי האופטימלי בעבור המוצר הקושר. היצרן הקושר מבצע את הקשירה כדי "לעקוף" את האיסור הרגולטורי, אך הוא איננו מפיק רווח מונופוליסטי כפול (גם בעבור המוצר הקושר וגם בעבור המוצר הנקשר).

מוטל פיקוח מחירים על המוצר הקושר, אך הוא איננו רלוונטי לתרחישים אחרים שבהם אין פיקוח מחירים כאמור.

(3) קשירה כאמצעי להעלאת חסמי הכניסה לשוק הקשירה עשויה להגביה את חסמי הכניסה לשוק המוצר הקושר או לשוק המוצר הנקשר, שכן היא עשויה לגרום לכך שיצרן חדש המעוניין להיכנס לאחד השווקים יאלץ להיכנס בעקבותיה לשני השווקים בד בבד, ולכן יהא עליו לשאת בעלויות כניסה גבוהות יותר.<sup>49</sup> נניח למשל שקיים יצרן מונופוליסטי של מחשבים ביתיים שקושר את המחשב גם לצג מחשב שבייצורו, ונניח כי טרם הקשירה היה שוק צגי המחשב תחרותי. במצב דברים זה אפשר שיצרן שיהיה מעוניין להיכנס לשוק צגי המחשב יאלץ להיכנס בד בבד גם לשוק המחשבים הביתיים, שכן ייתכן שלא ייוותר בשוק ביקוש לצגי מחשב עצמאיים.

הביקורת שהועלתה בספרות נגד טיעון הגבהת חסמי הכניסה מתמקדת באפשרות שהעלאת חסמי הכניסה היא אך תוצאת לוואי למטרות רצויות העומדות בבסיס הקשירה, מכיוון שיתכן שקשירת המחשב לצג המחשב מונעת למשל משיקולי יעילות (שיפור המוצר, הפחתת עלויות ייצור או עלויות שיווק, וראו הדיון לעיל), ועל כן אף על פי שהיא מגביהה את חסמי הכניסה לשוק, אפשר שהשפעתה הכוללת תהיה חיובית ורצויה בהחלט. בהקשר זה יש לזכור שלעתים שיפור יעילות כשלעצמו (שאינו מושג אגב קשירת מוצרים) הוא חסם כניסה מכיוון שאז יצרנים חדשים יצטרכו גם הם להתייעל כדי שיוכלו להיכנס לשוק ולשרוד בו.<sup>50</sup>

לפיכך אילו הייתה קשירת המחשב לצג המחשב בלתי יעילה, ונועדה למעשה אך ורק לצורך העלאת חסמי הכניסה, אזי יתכן שבאופן פרדוקסלי בכך היה היצרן הקושר דווקא מעודד את התחרות בו ובכך פוגע במעמדו. זאת מכיוון שאם הקשירה איננה יעילה, הרי שהיצרן הקושר פוגע במידת יעילותו ובכך הופך למטרה נוחה יותר למתחרים הפוטנציאליים (שכן קל יותר להתחרות ביצרן לא יעיל מאשר ביצרן יעיל יותר). אם כאמור אנו מניחים כי הקשירה איננה יעילה, אזי יוכלו יצרן חדש של מחשבים ויצרן נפרד של צגי מחשב להיכנס בתיאום כל אחד לשוק הרלוונטי לו ולהתחרות ביתר הצלחה עם המונופול שכאמור פועל עקב הקשירה בחוסר יעילות.<sup>51</sup>

נוסף על האמור חשוב לציין כי היצרן הקושר יצטרך להשקיע משאבים ניכרים כדי שיוכל להגביה את חסמי הכניסה לפי התרחיש הנדון. ראשית, על היצרן הקושר להשקיע את המשאבים הדרושים כדי לייצר את מרבית הכמות של המוצר הנקשר, ויתכן שאף את

49 ראו HOVENKAMP, לעיל ה"ש 3, בעמ' 461–462.

50 ויש לציין שביקורת זו תקפה במידה רבה גם בכל הנוגע להסדרי הקשירה האנטי-תחרותיים האחרים, כלומר ייתכן שמטרת הקשירה הייתה קידום יעילות, והאפקט האנטי-תחרותי הוא אך תוצר לוואי שלה.

51 ראו HOVENKAMP, לעיל ה"ש 3, בעמ' 461–462; BORK, לעיל ה"ש 15, בעמ' 374–375.

כולה; שנית, אם אנו מניחים כי שוק המוצר הנקשר היה תחרותי טרם הקשירה, אזי כפי שנזכרנו בדוגמת המינוף הראשונה, ייצור כל כמות המוצר הנקשר ככל הנראה יהיה יעיל פחות, ובעקבות זאת יקטן הרווח המונופוליסטי של היצרן הקושר.

(4) קשירה כאמצעי למניעת כניסה לשוק המוצר הקושר בשנים האחרונות פותחה תאוריה שהיא תולדה מובהקת של עניין *Microsoft* (שיידון בהרחבה בהמשך), המנסה להמחיש מקרה מסוים שבו הקשירה עשויה להיות אנטי-תחרותית. מדובר בתרחיש שבו הקשירה מונעת כניסה לשוק העיקרי שבו פועל היצרן המונופוליסטי (כלומר לשוק המוצר הקושר). כדי שתרחיש זה יתממש נדרש שיתקיים ביקוש עצמאי או שוק עצמאי למוצר הנקשר, אך בנוסף נדרש כי יצרן המייצר את המוצר הנקשר בתקופה הראשונה יוכל – בזכות ייצור המוצר הנקשר – להיכנס גם לשוק המוצר הקושר בעתיד. כלומר, היצרן המתחרה יוכל לייצר את המוצר הנקשר בתקופה 1 ויוכל לספק את החבילה (הכוללת את המוצר הנקשר ואת המוצר הקושר) בתקופה 2. על כן אם יקשור היצרן המונופוליסטי את המוצר הנקשר אל המוצר הקושר בתקופה 1, הוא ימנע את כניסתו של היצרן המתחרה לשוק המוצר הנקשר ועקב כך הוא גם ימנע את כניסתו העתידית לשוק המוצר הקושר. כך יוכל היצרן המונופוליסטי של המוצר הקושר לשמר את מעמדו בשוק זה.

ההאשמה שהועלתה נגד מיקרוסופט בארצות הברית ממחישה את התאוריה: מיקרוסופט היא בעלת מונופולין בשוק תוכנות ההפעלה למחשבים ביתיים (תוכנת ה-Windows). היא נהנית מהחצנת רשת או "network externalities" (אשר מתקיימת כל אימת שהתועלת שצרכן יכול להפיק מן המוצר גדלה ככל שמספר הצרכנים גדל),<sup>52</sup> שכן מפתחי אפליקציות יעדיפו להתבסס על תוכנת הפעלה שיש לה משתמשים רבים יותר כדי להגדיל את מכירותיהם. לכן ככל שתוכנת ההפעלה נפוצה יותר, כך יותאמו לה אפליקציות רבות יותר, וכך גם יגדל הביקוש לה. בשווקים שכאלו קיימת נטייה להיווצרותה של דומיננטיות של היצרן הראשון שמצליח לגבש רשת לקוחות, שכן ככל שהלקוחות רבים יותר, כך קל יותר לשכנע רוכשים חדשים להצטרף לרשת. זוהי דומיננטיות שנוטה להתקבע מכיוון שיצרן מתחרה, גם אם יציג מוצר עדיף מבחינה אובייקטיבית, עדיין ייחשב נחות בעיני הצרכנים אם לא ייהנה מבסיס לקוחות נרחב. על כן טכנולוגיה מתחרה עדיפה עשויה להיכשל אם הצרכנים אינם מצליחים לעבור אליה כולם באופן מתואם.

מיקרוסופט, כך טענו רשויות התביעה בארצות הברית, חששה מכניסתה של Netscape לשוק דפדפני האינטרנט באמצע שנות התשעים באמצעות דפדפן האינטרנט

52 הדוגמה המובהקת לתופעה זו היא שוק הטלפון – ככל שהצרכנים המחוברים לרשת הטלפון רבים יותר, כך התועלת שיפיק כל צרכן מן המוצר תהיה רבה יותר, שכן יהיה אפשר להתקשר למספר רב יותר של אנשים.

ה-Netscape Navigator, שהיה להצלחה וזכה לשימוש נרחב בקרב צרכני האינטרנט. חששה של מיקרוסופט, כך נטען, היה ש-Netscape תבסס לעצמה רשת צרכנים בשלב הראשון שתאפשר לה לשדרג את תוכנת ה-Navigator בשלב השני כדי שתוכל לשמש תחליף לתוכנת Windows של מיקרוסופט. על כן החליטה מיקרוסופט לחסל את היריבה הפוטנציאלית עוד בשלב הראשון, ולצורך כך פיתחה את דפדפן האינטרנט – Internet Explorer – וקשרה אותו מבחינה טכנית, הסכמית (עם יצרני המחשבים) ותוך כפייה כלכלית ל-Windows. מכיוון שלצרכני המחשבים אין צורך בשני דפדפני אינטרנט, נדחקה Netscape במהרה מן השוק.<sup>53</sup>

חשוב להדגיש כי ייתכן שתרחיש קשירה זה עמד בבסיס הקשירה בעניין *Microsoft*, אך עם זאת ברור למדי שזהו איננו תרחיש נפוץ מכיוון שהוא מוגבל כאמור רק למקרים שבהם כניסה לשוק המוצר הנקשר היא שעשויה לאפשר את הכניסה העתידית לשוק המוצר הקושר. עוד יש להדגיש כי גם בעניין *Microsoft* לא הצליחה התביעה להוכיח כי אכן זו הייתה הסיבה שעמדה בבסיס הקשירה.

#### (5) הסדרי קשירה כאמצעי לביסוס שיתוף פעולה אוליגופולי

הסדרי קשירה שבהם היצרנים מחייבים את הצרכנים לרכוש מהם את המוצר הנקשר במחיר מסוים – אלא אם קיים יצרן אחר בשוק המוצר הנקשר המציע את המוצר במחיר נמוך יותר<sup>54</sup> – עשויים לשמש אמצעי לשיתוף פעולה אוליגופולי. קשירה ממין זה אינה יכולה להיות כלי למינוף כוח מונופוליסטי, מכיוון שהצרכן רוכש את המוצר הנקשר במחיר השוק שלו (שכן אם היצרן של המוצר הקושר מציע את המוצר הנקשר במחיר הגבוה ממחיר השוק שלו, אזי הצרכן משתחרר מן הקשירה והופך חופשי לרכוש את המוצר הנקשר הזול יותר של אחד המתחרים). לעומת זאת אם נניח שמחיר השוק של המוצר הנקשר איננו המחיר התחרותי שלו אלא מחיר גבוה יותר, בעקבות שיתוף פעולה אוליגופולי או אפילו קרטליסטי של יצרני המוצר הנקשר, אזי ייתכן שקשירה כאמור תעזור ליצרני המוצר הנקשר לאכוף את ההסדר ביניהם. זאת מכיוון שהצרכנים יתפקדו כמעין מפקחים של הסדר היצרנים בכך שיחפשו את היצרנים שמוכרים את המוצר הנקשר במחיר זול יותר (ובכך מפריים את ההסדר האוליגופולי או הקרטליסטי שבין היצרנים), ולכן יהיה קשה יותר ליצרנים להפר את ההסדר בהיחבא. כפועל יוצא מכך יהיה ליצרני המוצר הנקשר קשה יותר לרמות זה את זה, וההסדר ביניהם יהפוך ליציב יותר.<sup>55</sup> אצייין שתרחיש זה רלוונטי פחות לנושא המאמר מכיוון שהוא אינו מצריך קיומו של כוח מונופוליסטי, ולכן סביר שהתיאום או ההסדר שבין היצרנים הקושרים יבחן על

53 ראו עניין *Microsoft*, לעיל ה"ש 9.

54 הסדרי קשירה מסוג זה התקיימו למשל בעניין *International Salt*, לעיל ה"ש 6, ובעניין *Northern Pacific*, להלן ה"ש 106, וראו ההתייחסות לפסקי הדין להלן בפרק ב.

55 להתייחסות לתרחיש קשירה זה ראו HOVENKAMP, לעיל ה"ש 3, בעמ' 463–464.

פי הדינים העוסקים בהסדרים ובשיתוף פעולה בין מתחרים, ופחות מזה על פי דיני המונופולין המתמקדים בהתנהגות יחידנית של יצרן דומיננטי. כמו כן כדי שתרחיש זה יתממש צריכים ככל הנראה להתקיים הפרמטרים המאפשרים שיתוף פעולה בשוק אוליגופולי (כגון מוצר הומוגני או סטנדרטי, ריבוי עסקאות ושקיפות מחירים, היעדר ריכוזיות בצד הצרכנים וכו').<sup>56</sup>

#### (6) קשירה כאמצעי להתנהגות טורפנית

תמחור טורפני אפשרי כאשר יצרן מונופוליסטי קובע למוצר שבמונופולין מחיר הנמוך מעלות ייצורו. בכך, יש הטוענים, עשוי היצרן המונופוליסטי לגרום לדחיקת יצרנים מתחרים מן השוק. בדומה לכך יכול היצרן המונופוליסטי לקשור למוצר שבמונופולין מוצר נוסף שיימכר בהנחה ניכרת, ואולי אף חנם, ואם המחיר הכולל עבור חבילת המוצרים (המוצר הקושר והמוצר הנקשר) נמוך מעלות הייצור הכוללת שלהם, אזי אפשר שיווצר אפקט הדומה לזה של תמחור טורפני. חשוב לציין בהקשר זה שיש הגורסים שתופעת התמחור הטורפני בכללותה אינה כה נפוצה, וזאת משום העלויות הנכבדות הכרוכות ביישומה על ידי היצרן המונופוליסטי ומשום סיכויי הצלחתה הנמוכים במרבית התרחישים האפשריים.<sup>57</sup> כמו כן יש לציין שתרחיש זה ייבחן ככל הנראה לאור דוקטרינת התמחור הטורפני, שהיא הדוקטרינה הכלכלית והמשפטית המתאימה לכך ביותר.<sup>58</sup>

#### (ג) הסדרי קשירה בעלי תוצאות אמביוולנטיות

(1) גביית הרווח הצרכני האינדיווידואלי בתרחישים שבהם הצרכן רוכש יותר מיחידה אחת מהמוצר הקושר

פרופסור אלהוג'ה מציג תרחיש שבהתקיימותו יוכל יצרן מונופוליסטי להעביר לידי גמ חלק מהרווח הצרכני האינדיווידואלי נוסף על רווחיו המונופוליסטיים הרגילים. מצב דברים זה אפשרי כאשר הצרכן רוכש כמות מסוימת של המוצר הקושר (ולא רק יחידה אחת ממנו). שוק המדפסות יכול להיות דוגמה לשוק שכזה, שבו המוצר הקושר הוא

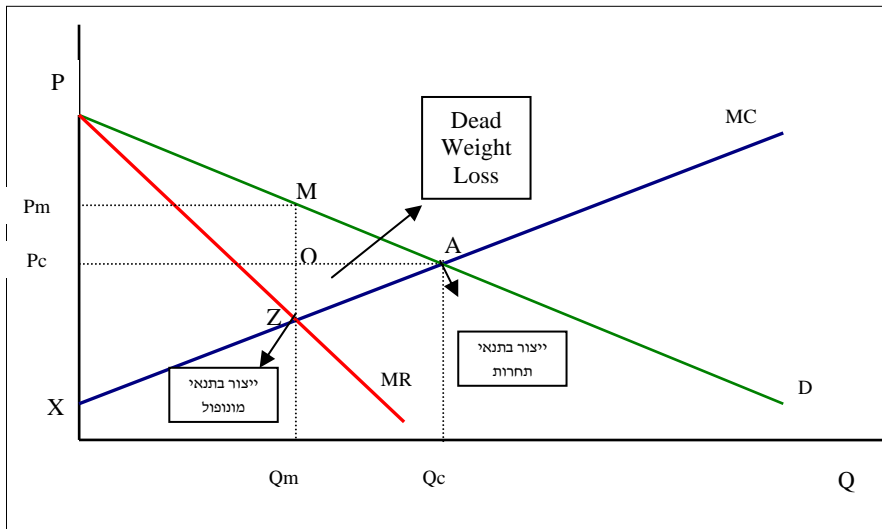
56 לפירוט הפרמטרים הנדרשים לצורך קיום מוצלח של שיתוף פעולה בשווקים אוליגופוליים ראו מיכל שיצר) גל "מהו 'הסדר' קו הגבול בין תיאום לבין התאמה בחוק ההגבלים העסקיים" עיוני משפט כט 591, 609–611 (2006); וכן Guy Sagi, *The Oligopolistic Pricing Problem: A Suggested Price Freeze Remedy*, 2008 COLUM. BUS. L. REV. 269, 337–343.

57 ראו למשל את עמדת בית המשפט העליון הפדרלי בארצות הברית ב- *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574 (1986); וכן ב- *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993).

58 לדיון בדוקטרינת התמחור הטורפני ראו גיא שגיא "הגנת הינוקא המגבילה את יכולת התחרות של יצרנים דומיננטיים – האם לעולל הזה פיללנו?" משפטים מב 521, 551–560 (2012).

המדפסת והמוצר הנקשר הוא הדיו, וצרכנים גדולים (כמו חברות גדולות וגופים גדולים) רוכשים כמות גדולה של מדפסות כל אחד. המוצרים מדפסות ודיו הם מוצרים משלימים. בהנחה שקיים יצרן מונופוליסטי בשוק המדפסות, הרי שאליבא דאלהוג'יה יוכל אותו יצרן מונופוליסטי לגבות מן הצרכנים גם את הרווח הצרכני (או לפחות את חלקו) אם יקבע מחיר מונופוליסטי למוצר הקושר (המדפסות בדוגמה שלנו) ובנוסף יקבע מחיר הגבוה מן המחיר התחרותי למוצר הנקשר (הדיו) תוך הענקת הנחת כמות לכל כמות נרכשת נוספת. בבסיס הדברים עומדת ההנחה שאף על פי שהיצרן גובה את המחיר המונופוליסטי עבור המדפסות, עדיין נותר רווח צרכני לכל צרכן, מכיוון שרק המדפסת האחרונה שנרכשת על ידי הצרכן המסוים מניבה לו תועלת השווה את המחיר, ולמעשה המדפסות הקודמות שרכש הצרכן מניבות לו תועלת רבה מכפי שהן עלו לו.<sup>59</sup> ננסה להמחיש את הרעיון בעזרת התרשים הבא:

### תרשים 1



59 ראו Elhauge, לעיל ה"ש 18, בעמ' 407-413.

תרשים 1 ממחיש כיצד נקבע מחיר בשוק מונופוליסטי.<sup>60</sup> לצורך הנוחות נניח כי קיים רוכש אחד בלבד של מדפסות הרוכש כמות מסוימת שלהן. מכיוון שאנו מניחים קיומה של תועלת שולית פוחתת למוצר, הרי שעקומת הביקוש של הצרכן יורדת משמאל לימין. לכן הצרכן ימשיך וירכוש את המוצר (מדפסות) עד לנקודה על עקומת הביקוש שבה התועלת שיפיק מן המדפסת הנוספת תהיה שווה למחירה. כפי שאפשר להיווכח מתרשים 1, הרי שגם כאשר היצרן המונופוליסטי גובה את המחיר המונופוליסטי עבור המוצר הקושר (מדפסות), הצרכן עדיין נהנה מרווח צרכני, שכן התועלת שהוא מפיק מכל המדפסות שרכש פרט לאחרונה שבהן גבוהה מן המחיר ששילם בעבורן (כל אותן מדפסות שנרכשו עד לנקודה  $Q_m$  שעל ציר ה-Q). על כן יוכל היצרן לגבות מהצרכן סכום נוסף עבור מדפסות אלה, שיגלם את הערך הנוסף שיש להן מבחינת תועלתו של הצרכן. זאת יוכל היצרן לעשות אם יקשור אל המדפסות את הדיו ויגבה בעבורו מחיר גבוה שירד בהדרגה לכל כמות נוספת שתרכש על ידי הצרכן. כך יוכל היצרן, לפחות ברמה התאורטית, לגבות את מלוא סכום הרווח הצרכני נוסף על הרווח המונופוליסטי בעבור המדפסות.

הקשירה בתרחיש האמור לא תגדיל את ההפסד המצרפי לשוק (ה-Dead Weight Loss), שהוא מקור החשש המרכזי בתחום דיני ההגבלים העסקיים, אבל היא כן תפגע ביעילות החלוקתית (באופן הפוגע בצרכנים), שכן היא תעביר רווח צרכני לידיו של היצרן המונופוליסטי. אציין שגם בתרחיש זה אין מדובר במינוף במובנו הקלסי (קרי גביית רווח מונופוליסטי עבור שני מוצרים) אלא הקשירה בתרחיש זה מאפשרת למעשה מיצוי מלא של הרווח המונופוליסטי עבור המוצר הקושר (מדפסות בדוגמה שלנו) באמצעות גביית הרווח הצרכני נוסף על הרווח היצרני המונופוליסטי.

שאלה שיש להעלות בהקשר זה היא אם לא יהיה רווחי יותר ליצרן המונופוליסטי של המדפסות לקבוע בעבורן את המחיר על רמתו התחרותית, ומחיר הדיו ייקבע על הרמה

60 הציר האנכי מייצג את העלייה במחיר (P); הציר האופקי מייצג את הגידול בכמות הייצור (Q); העקומה D מייצגת את הביקוש (Demand); העקומה MC מייצגת את עלויות הייצור השוליות (Marginal Cost); לבסוף העקומה MR מייצגת את הפדיון השולי (Marginal Revenue). בשוק תחרותי תיקבע הכמות המיוצרת בנקודה A, שהיא נקודת המפגש בין עקומת הביקוש לעקומת עלות הייצור השולית. לפיכך הכמות שתיוצר היא  $Q_c$  והמחיר שייקבע יהיה  $P_c$ . במצב דברים זה התועלת המצרפית של השוק תיוצג על ידי שטח המשולש PAX, הכולל בתוכו את משולש הרווח הצרכני (משולש PPcA) ואת משולש הרווח היצרני (משולש PcXA). לעומת זאת בשוק מונופוליסטי תיקבע הכמות המיוצרת בנקודה Z, שהיא נקודת המפגש בין עקומת הפדיון השולי ובין עקומת עלות הייצור השולית. לפיכך הכמות שתיוצר היא  $Q_m$ , והמחיר שייקבע יהיה  $P_m$ . בשוק מונופוליסטי התועלת המצרפית תיוצג על ידי שטח הטרפז PMZX (כאשר התועלת הצרכנית תיוצג על ידי המשולש PPmM, והתועלת היצרנית על ידי הטרפז PmMZ). מן התרשים אפשר להיווכח כי בשוק מונופוליסטי קיים אבדן תועלת מצרפי הבא לידי ביטוי בשטח המשולש MZA, המכונה הפסד ה-"Dead Weight Loss".

הגבוהה וירד בהדרגה עם כל כמות נוספת שתירכש. כך יוכל היצרן לגבות וליהנות למעשה מכל הרווח היצרני ומכל הרווח הצרכני. במצב דברים זה אמנם נותרת בעינה הפגיעה ביעילות החלוקתית, אך אפשרות זו עדיפה על מצב של תמחור מונופוליסטי ללא הקשירה מבחינת התועלת המצרפית, שכן בתרחיש זה היצרן המונופוליסטי מייצר את הכמות התחרותית ולכן לא יהיה כלל הפסד בתועלת המצרפית (לא יהיה Dead Weight Loss). על כן בתרחיש שכזה דומה שהשפעת הקשירה היא מעורבת (שכן מצד אחד נפגעת היעילות החלוקתית, אך מן הצד האחר גדלה התועלת המצרפית ואפילו מושווית לרמת התועלת המצרפית בשוק תחרותי) ולא דווקא שלילית.

נוסף על האמור, דומה שהתרחיש שלפיו היצרן המונופוליסטי יכול להעביר לידי את הרווח הצרכני האינדיווידואלי ככלל איננו נפוץ, מכיוון שכדי שאכן יוכל להתרחש, צריכים להתקיים כמה תנאים מצטברים: ראשית, כדי שיהיה אפשר ליטול באופן אפקטיבי את הרווח הצרכני האינדיווידואלי, על התועלת השולית הפוחתת של כלל הצרכנים להיות דומה, שכן אם לכל צרכן תועלת שולית ייחודית עבור המוצרים, יהיה על היצרן הקושר ליישם תכנית מחירים נפרדת של המוצר הנקשר לכל צרכן וצרכן כדי להשיג את התועלת הצרכנית האינדיווידואלית שלהם. זוהי למעשה דרישה כמעט בלתי אפשרית, מכיוון שיקשה מאוד על היצרן הקושר להעריך מהי באמת התועלת השולית הפוחתת של כל צרכן, ויקשה עליו למנוע ניצול פערים (ארביטרוז') של המוצר הנקשר, וייתכן שהפליית המחירים תהיה בלתי חוקית כשלעצמה.<sup>61</sup> שנית, על היצרן הקושר יהיה לדעת כיצד נראית עקומת הביקוש של הצרכנים כדי לדעת כיצד לקבוע את המחירים של המוצר הנקשר, והדבר הופך לקשה במיוחד אם עקומת הביקוש איננה קווית (כלומר שהשינוי בביקוש אינו נעשה ביחס קבוע וצפוי מראש). מכל מקום, על פי התאוריה הכלכלית המקובלת, קשה מאוד להעריך כיצד נראית עקומת הביקוש של מוצר.<sup>62</sup>

(2) קשירה כאמצעי להשפעה על יחס השימוש בתשומות

תאוריה זו מבוססת במידה רבה על נסיבות עניין *Kodak*<sup>63</sup> (שיידון בהמשך), שבו נטען שקודאק מחזיקה בכוח מונופוליסטי בשוק החלפים למכונות הצילום שלה, וכי היא קושרת את מכירת החלפים להספקת שירותי תחזוקה ותיקון (כך שעל צרכנים להשתמש

61 למשל מכוח ס' 29א(ב)(3) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, האוסר על בעל מונופולין לקבוע "תנאי התקשרות שונים לעסקאות דומות אשר עשויים להעניק ללקוחות או לספקים מסויימים יתרון בלתי הוגן כלפי המתחרים בהם".

62 להרחבה בדיון בדבר גמישות הביקוש של השוק ראו AREEDA & HOVENKAMP, לעיל ה"ש 29, ¶¶ 507-506; DENNIS W. CARLTON, *Market Definition: Use and Abuse*, 3 COMPETITION POL'Y ; 10-11 (2007). INT'L 3, 10-11 (2007). ראו ROBERT G. HARRIS & THOMAS M. JORDE, *Antitrust Market Definition: An Integrated Approach*, 72 CAL. L. REV. 1, 4 (1984).

63 Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc., 504 U.S. 451 (1992) (להלן: עניין *Kodak*).



בשירותי התחזוקה והתיקון של קודאק ולא של חברות מתחרות אם הם מעוניינים לרכוש חלפים שלה למכונות הצילום). התאוריה גורסת שקשירה כאמור עשויה להשפיע על יחס השימוש בין תשומות מסוימות.<sup>64</sup> נניח למשל שיצרן מחזיק בכוח שוק מונופוליסטי בייצור חלפים לציוד. החלפים נמכרים לבעלי ציוד המשלבים אותם עם שירות תיקון. בשביל בעלי הציוד החלפים ושירות התיקון הם מוצרים משלימים אשר את היחס ביניהם אפשר לשנות במידת מה. כלומר, אם מחיר החלפים עולה, אולי כדאי יותר להשקיע בשעות תיקון נוספות כדי לתקן חלק מקולקל במקום להחליפו בחדש. נניח למשל שבשוק תחרותי שעת עבודה עולה 10 דולר וחלק חדש עולה 50 דולר. נניח עוד כי התקנת חלק חדש במקום חלק שהתבלה מצריכה שעתיים של עבודה נוסף על עלות החלק החדש (ולכן בסה"כ 70 דולר), אך גם בהשקעה של שמונה שעות עבודה אפשר לשפץ את החלק שהתבלה (והעלות תהיה אז 80 דולר). במצב דברים זה יעדיפו בעלי הציוד להזמין חלק חדש ולהשקיע שעתיים של עבודה בהתקנתו. מכיוון שזוהי הבחירה בשוק תחרותי, הרי שזוהו היחס היעיל לשימוש בתשומות.

נוסיף ונניח עתה כי יצרן החלפים קובע את המחיר המונופוליסטי של החלפים והוא 70 דולר ליחידה; במצב דברים זה ישתלם לבעל הציוד להימנע מהחלפת החלק הבלוי בחלק חדש, שכן התיקון יעלה לו 90 דולר, ובמקום זאת ישתלם לו להשקיע שמונה שעות עבודה בתיקון החלק בעלות של 80 דולר. כלומר, אם צרכנים יכולים לשנות את היחס שבין תשומות שונות, הם עשויים לצמצם את השימוש בתשומה מונופוליסטית ולהגדיל את מידת השימוש בתשומות אחרות. כדי להתגבר על כך יכול היצרן המונופוליסטי לקשור את התשומות השונות זו לזו ובכך לקבוע את יחס השימוש הרצוי בעיניו. בדוגמה שלנו יקשור היצרן המונופוליסטי את החלקים עם שירות התיקון, כדי שהחלפה של חלק חדש וגם תיקון של חלק שהתבלה ייעשו על ידי יצרן החלקים (וכך אי אפשר יהיה לתקן חלק שהתבלה שלא באמצעות היצרן). במצב דברים זה יוכל היצרן להעלות את מחיר העבודה ל-12 דולר לשעה ולהוריד את מחיר החלק ל-66 דולר, ובכך לגרום לבעלי הציוד להעדיף לרכוש את החלק החדש (בעלות כוללת של 90 דולר – 66 דולר מחיר החלק ועוד שעתיים של עבודה בעלות של 24 דולר) על פני תיקון החלק הבלוי שיעלה עתה 96 דולר (שמונה שעות עבודה שעלות כל אחת מהן היא 12 דולר).

באמצעות הקשירה גורם היצרן לצרכנים לבחור בחלופת השימוש בתשומות העדיפה מבחינתו וכך הוא יכול לגבות את המחיר המונופוליסטי עבור החלפים, אך יש לציין שבכך הוא גם מחזיר את יחס השימוש בתשומות ליחס היעיל (חלק חדש בתוספת שעתיים של עבודה). לכן השפעתה של קשירה זו איננה בהכרח שלילית מבחינת התועלת המצרפית. לסיום אשוב ואדגיש כי כדי שתרחיש זה יתקיים הכרחי שהמוצרים הקושר

64 ראו HOVENKAMP, לעיל ה"ש 3, בעמ' 460–461; דיוד גילה ויוסי שפיגל "הסדרים אנכיים" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים כרך א 375–377, (מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים, 2008).

והנקשר ישלימו זה את זה אך יהיו גם בעלי רמת תחליפיות מסוימת זה לזה, וכי תנאי זה מוגבל בדרך כלל לתרחישים של קשירת חלפים עם עבודה.

(3) קשירה כאמצעי להפליית מחירים ומדידת היקף שימוש במוצר יצרנים מונופוליסטיים נעזרים לעתים בהסדרי קשירה כדי ליצור הפליית מחירים אפקטיבית בין הרוכשים השונים, וכך ישלם כל רוכש את המחיר המרבי (או קרוב אליו) שאותו הוא מוכן לשלם בעבור המוצר. באופן זה יכול היצרן המונופוליסטי להגדיל את רווחיו מעבר לרמת הרווח שיכול להפיק יצרן מונופוליסטי הגובה מחיר אפקטיבי אחד מכל רוכשי המוצר. באופן עקרוני כל יצרן מונופוליסטי היה מעוניין להפלות במחירים כדי להגדיל את רווחיו, אך קיימים שלושה גורמים שבדרך כלל מונעים זאת: (1) היצרן המונופוליסטי בדרך כלל אינו יודע מהו המחיר המרבי שמוכן כל צרכן לשלם בעבור המוצר, מכיוון שלצרכנים אין כל אינטרס לחשוף מידע זה, והניסיון להשיגו יהיה במרבית המקרים יקר מאוד ולכן לא משתלם; (2) קיומו של שוק שיש בו ניצול פערים ימנע את האפשרות להפלות במחיר (ארביטרז');<sup>65</sup> (3) במדינות רבות מגבילים דיני התחרות את יכולתם של מונופולים להפלות במחיר.<sup>66</sup>

היצרן המונופוליסטי יוכל להתגבר על כל שלושת המכשולים ולהפלות באופן אפקטיבי במחירים אם יוכל לקשור למוצר שבו הוא מחזיק במעמד מונופוליסטי מוצר נוסף משלים שנעשה בו שימוש לפי מידת החשיבות של המוצר הקושר בעיני הצרכן.<sup>67</sup> כך למשל רוכש של מכונת צילום מקצועית המייחס חשיבות רבה לרכישת המוצר צפוי להשתמש בה רבות ולצלם באמצעותה מספר רב של צילומים. לעומתו, רוכש המייחס חשיבות פחותה למכונה צפוי להשתמש בה פחות ולצלם צילומים מעטים יותר. על כן אם קיים יצרן מונופוליסטי בשוק מכונות הצילום, הוא יוכל לקשור את מכירת מכונות

65 שוק שקיים בו ניצול פערים הוא שוק שבו רוכש של המוצר יכול למכור את המוצר הלאה לרוכש אחר. במצב דברים זה רוכשים שירכשו את המוצר במחיר זול (מכיוון שהמונופול יתרשם שרוכשים אלה אינם מוכנים לשלם מחיר גבוה בעבור המוצר) ימכרו את המוצר הלאה לרוכשים שכן מוכנים לשלם בעבור המוצר מחיר גבוה יותר, וזאת במחיר שהוא במעט יותר מן המחיר שהם עצמם שילמו בעבורו. המחיר יהיה רק במעט יותר מן המחיר שהם עצמם רכשו את המוצר מכיוון שצפויה להתפתח תחרות בין כל אותם רוכשים/מוכרים כדי לזכות בעסקה הכדאית. מכל מקום, בשוק שכזה היצרן המונופוליסטי אינו צפוי להצליח למכור את מוצריו ביוקר גם לא לאותם רוכשים המוכנים לשלם מחיר גבוה בעבורם, שכן האחרונים בוודאי ישיגו עסקה טובה יותר מאחד מהרוכשים בזול.

66 וזאת כל עוד אין מדובר ברוכשים הסופיים של המוצר. ראו למשל את ה-Robinson-Patman Act בארצות הברית, 15 U.S.C.A. § 13 (West 2012); וכן את ס' 29א(ב)(3) לחוק ההגבלים העסקיים. 67 ראו BORK, לעיל ה"ש 15, בעמ' 376-377 המציג את הסברה שלפיה זה היה התמריץ של IBM כאשר קשרה את מכונות המחשב שלגביהן החזיקה בכוח מונופוליסטי ניכר לכרטיסיות החישוב ששימשו במכונות (ראו עניין *International Business Machines*, לעיל ה"ש 39); וכן ראו HOVENKAMP, לעיל ה"ש 3, בעמ' 466-467.

הצילום שביצורו לדיו ולגבות מחיר נמוך עבור מכונת הצילום (יתכן שאפילו את המחיר התחרותי) אבל מחיר גבוה בעבור הדיו. כך, מבחינה אפקטיבית יצליח היצרן לגבות מחיר גבוה מן הצרכנים המעריכים את השימוש במכונה והרוכשים כמות גדולה של דיו, ואילו מהצרכנים המשתמשים פחות במכונות הצילום (ולכן סביר שערך בעיניהם נמוך יותר) והצורכים כמות קטנה של דיו יגבה מחיר אפקטיבי נמוך יותר.<sup>68</sup> השפעותיה של קשירה זו אינן בהכרח שליליות. אמנם הקשירה מאפשרת ליצרן המונופוליסטי לגבות את הרווח הצרכני מצד אחד (ובכך נפגעת היעילות החלוקתית), אבל היא עשויה להגדיל את הכמות המיוצרת ביחס לרמת הייצור המונופוליסטית במקרים שבהם אי אפשר להפלות במחיר מבחינה אפקטיבית, מצד אחר.<sup>69</sup> ככל שהכמות המיוצרת גדלה, כך יקטן ההפסד המצרפי (ה-Dead Weight Loss) עד לביטולו כליל בתרחיש שבו קיימת הפליית מחירים אפקטיבית מושלמת.<sup>70</sup> כמו כן ייתכן שהפליית

68 באמצעות הקשירה מצליח המונופול להבחין בין הצרכנים המעריכים את המוצר ובין אלו המעריכים אותו פחות; אין אפשרות לניצול פערים מכיוון שפורמלית כל הרוכשים משלמים אותו המחיר בעבור מכונות הצילום ובעבור כל יחידת דיו; ולבסוף, במעשה הקשירה אין משום עבירה על האיסור להפלות במחירים מכיוון שפורמלית כל הצרכנים משלמים את אותו התעריף בעבור מכונות הצילום ובעבור יחידות הדיו שמוכר היצרן המונופוליסטי. הספרות הכלכלית מכירה למעשה בשלוש דרגות של הפליית מחירים. בהפליית מחירים מדרגה ראשונה היצרן המונופוליסטי גובה מכל צרכן את המחיר המרבי שהצרכן מוכן לשלם בעבור המוצר (כך שבעיקרון מחיר המוצר נקבע לכל צרכן בנפרד); בהפליית מחירים מדרגה שנייה לכלל הצרכנים מוצג מחירון אחיד, הכולל מתן הנחה לרכישת כמות גדולה, וכך למעשה צרכן הרוכש כמות גדולה משלם ליחידה בממוצע מחיר נמוך משמשלם צרכן הרוכש כמות קטנה (וזה למעשה הפליית המחירים הרלוונטית לענייננו דידן); בהפליית מחירים מדרגה שלישית היצרן מחלק את הצרכנים לקבוצות מוגדרות וקובע מחיר לכל קבוצה (אפשר למשל שייקבע מחיר מיוחד לסטודנטים, לחיילים, לאזרחים ותיקים וכו'). להסבר בהרחבה ראו למשל DENNIS W. CARLTON & JEFFREY M. PERLOFF, MODERN INDUSTRIAL ORGANIZATION 299–306, 313–319 (4th ed. 2005).

69 שכן אם היצרן המונופוליסטי יכול להפלות במחירים ולמכור את המוצר לכל צרכן לפי המחיר המרבי שאותו צרכן מסוים מוכן לשלם אזי ישתלם ליצרן לייצר ולמכור כל עוד עלות ייצור יחידת המוצר השולית נמוכה מן המחיר שהצרכן השולי יהיה מוכן לשלם בעבורה. לכן במקרה של הפליית מחירים מושלמת ייצר היצרן המונופוליסטי את הכמות התחרותית ובכך יגדיל את הרווחה החברתית לעומת מצב שבו הוא גובה מחיר מונופוליסטי אחיד ולכן מייצר את הכמות המונופוליסטית הקטנה מן הכמות התחרותית.

70 ראו HOVENKAMP, לעיל ה"ש 3, בעמ' 468 ה"ש 45. ראו גם VISCUSI ET AL., לעיל ה"ש 19, בעמ' 271–275 להסבר מפורט ומתמטי. וכן ראו ה"ע (מחוזי י-ם) 3574/00 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (פורסם בנוב, 29.4.2012) להתייחסותו של בית הדין להגבלים עסקיים למקרה שבו כן היה אפשר להפלות במחירים ולקבוע מחירים שונים לצרכנים שונים. שם התייחס בית הדין לכך שהפליית מחירים המתחשבת בגמישות הביקוש של צרכנים שונים יש בה כדי להגדיל את הרווחה החברתית, שכן היא מאפשרת לצרכנים רבים יותר

המחירים המובילה להגדלה בייצור תוביל גם למימוש יעילות הגודל, ובכך להוזלת עלויות הייצור.<sup>71</sup>

דומה שתרחיש קשירה זה יהיה נפוץ למדי בנסיבות שבהן המוצר הנקשר הוא מוצר משלים למוצר הקושר ושנעשה בו שימוש בהיקף משתנה לפי מידת התועלת שמפיק הצרכן מן המוצר. אם כי סביר להניח שהפליית מחירים מושלמת איננה כה נפוצה מכיוון שכדי לממשה על היצרן הקושר לדעת ברמת דיוק גבוהה כיצד נראית עקומת הביקוש של הצרכנים, וכמו כן נדרש שיתקיים יחס קבוע בין מידת השימוש במוצר למידת התועלת שכלל הצרכנים מפיקים ממנו, מכיוון שבתרחיש זה מחירי המוצרים קבועים ואינם משתנים לפי הכמות הנרכשת.

חשוב לציין שקשירת מוצרים משלימים בפרופורציות משתנות יכולה לשמש גם למטרה שונה מזו של הפליית מחירים. למשל, קשירה כאמור יכולה לשמש לצורך מדידת היקף השימוש במוצר (metering), ולכן גם לקביעת מחירו הראלי. נחזור לדוגמת מכונות הצילום, אך נניח עתה כי המכונות אינן נמכרות לצרכנים אלא מוחכרות להם למשך תקופה מסוימת שבסיומה הן תחזרנה ליצרן. הבלאי שייגרם למכונות בתקופת ההחכרה קשור ישירות להיקף השימוש במכונות, ולכן בתרחיש שכזה יכול היצרן לקשור את החכרת המכונות לדיו שבו ישתמשו החוכרים במכונות, וכך ההכנסות ממכירת הדיו תכסינה את עלות הבלאי שנוצר בשל השימוש במכונה. רציונל זה תקף גם בתרחישים שבהם הסכם ההחכרה כולל התחייבות של המחכיר לדאוג לתחזוקה ולתיקונים של המכונות, שאז יוכל היצרן להחזיר את העלויות הנוספות הכרוכות בתיקון מכונות שבהן נעשה שימוש רב באמצעות מכירת הדיו למשתמשים בהן.<sup>72</sup> הקשירה בתרחישים אלו נועדה לקביעת המחיר הראלי לשימוש במוצרים, ולכן אין לה השפעה כלכלית בלתי רצויה.

לבסוף, קשירה לצורך הפליית מחירים אפשרית גם כאשר מדובר בקשירת מוצרים ביחס קבוע. במקרים אלו הפליית המחירים אפשרית אם לרוכשים הערכת שווי שונה למוצרים השונים. תרחישים אלו ייתכנו למשל בשיווק סרטים לתחנות טלוויזיה או להפצה בבתי קולנוע.<sup>73</sup> נניח קיומן של שתי תחנות טלוויזיה A ו-B, המעוניינות לרכוש רישיון להצגת סרטים בהפקתה של חברה Z שלה שני סרטים X ו-Y. נניח כי תחנה A מוכנה לשלם 7,000 דולר עבור הסרט X ו-3,000 דולר עבור הסרט Y, ואילו תחנה B

לרכוש רישיון השמעה לעומת המצב שבו נקבע מחיר אחד. הטעם לאמור נעוץ בכך שכאשר נקבע מחיר אחד לכלל הצרכנים, יהיו צרכנים אשר ברמת מחיר זה יעדיפו שלא לרכוש את הרישיון. וראו גם מיכל (שיצר) גל "לקחו של יוסטיניאנוס: רפורמות נדרשות בחוק ההגבלים העסקיים" המשפט יג 67, 87-88 (2008) (להלן: גל "לקחו של יוסטיניאנוס").

71 AREEDA & HOVENKAMP, לעיל ה"ש 29, ¶ 1717b1.

72 BORK, לעיל ה"ש 15, בעמ' 378; HOVENKAMP, לעיל ה"ש 3, בעמ' 430.

73 ראו למשל United States v. Loew's, Inc., 371 U.S. 38 (1962).

מוכנה לשלם 3,000 דולר עבור הסרט X ו-7,000 דולר עבור הסרט Y.<sup>74</sup> נניח עוד כי לחברה Z אסור להפלות במחירים של סרטיה (למשל בשל איסור חוקי). בתרחיש זה תוכל החברה Z למכור את הרישיון להקרנת הסרט X לתחנה A בעבור 7,000 דולר, ואת הרישיון להקרנת הסרט Y ב-7,000 דולר לתחנה B וכך תרוויח סך כולל של 14,000 דולר. לעומת זאת אם תקשור חברה Z את שני הסרטים יחד ותקבע לחבילה מחיר אחד של 10,000 דולר, היא תוכל למכור את החבילה גם לתחנה A וגם לתחנה B וכך תרוויח סך כולל של 20,000 דולר. יש שיראו בשיווק החבילה משום הפליית מחירים מכיוון שכל תחנה מעריכה את שווי של כל סרט אחרת, אך מכל מקום, לקשירה זו אין בהכרח השפעה בלתי רצויה מבחינת התועלת המצרפית והצרכנית מכיוון שהיא מאפשרת את הצגת שני הסרטים בשתי התחנות.<sup>75</sup> בנוסף, כדי שתרחיש זה אכן יתממש, על הצרכנים להיות מעוניינים ברכישת שני המוצרים, וכן נדרש שליצרן הקושר יהיה למעשה כוח שוק *ex ante* בשני הסרטים.<sup>76</sup>

בנוסף, לעתים יעיל יותר לקבוע מחירים אחידים (וממוצעים) למוצרים בעלי איכות משתנה, שקשה להעריך מראש את שוויים האמתי, או שלכל רוכש העדפה שונה לגביהם. ניהול משא ומתן לקביעת מחיר אינדיווידואלי לכל מוצר ולכל רכישה עשוי להוביל לעלויות ניכרות, ולכן אולי יהיה חסכוני יותר לקבוע מחיר ממוצע אחיד לכל המוצרים. אולם אם נתיר לרוכשים לבחור אך ורק את המוצרים האיכותיים, תהפוך קביעת המחיר הממוצע האחד ללא משתלמת ליצרנים.<sup>77</sup> לכן קביעת מחיר ממוצע אחיד, שהיא כאמור נוהג שעשוי להיות יעיל וחסכוני, כדאית ליצרן רק אם היא מלווה בקשירת המוצרים השונים לחבילה המחייבת את הרוכשים לרכוש גם את המוצרים האיכותיים יותר וגם את האיכותיים פחות.<sup>78</sup>

74 הדוגמה המספרית מבוססת על HOVENKAMP, לעיל ה"ש 3, בעמ' 470.

75 להתייחסות נוספת ראו גם BORK, לעיל ה"ש 15, בעמ' 377-378; וכן VISCUSI ET AL., לעיל ה"ש 19, בעמ' 269-270.

76 כלומר לא די בכך שהיצרן הקושר יחזיק בכוח שוק לגבי המוצר הקושר בלבד. ראו Richard Schmalensee, *Commodity Bundling by Single-Product Monopolies*, 25 J.L. & ECON. 67, 67-69 (1982).

77 שכן המשמעות של קביעת מחיר ממוצע אחיד היא שהמוצרים האיכותיים נמכרים מתחת לשוויים האמתי, ואילו המוצרים הנחותים נמכרים מעל לשוויים האמתי. אם הרוכשים יוכלו לבחור רק את המוצרים האיכותיים, יצא שהם משלמים עבורם מחיר נמוך משוויים הראלי, והדבר יוביל להפסד של היצרנים.

78 ראו AREEDA & HOVENKAMP, לעיל ה"ש 29, ¶ 1717e3.

### 3. פוטנציאל התועלת הגלום בהסדרי הקשירה למול הפוטנציאל האנטי-תחרותי שלהם – הדיון העקרוני והדיון המתאים לישראל כמדינת שוק קטן

הסוגיה המהותית שתידון בחלק זה היא כיצד ראוי שהרגולטור ובתי המשפט יתייחסו להתנהגות בעלת פוטנציאל לתוצאות ולהשלכות מועילות ורצויות מבחינת התועלת הצרכנית והתועלת המצרפית, אך עם זאת גם בעלת פוטנציאל לתוצאות והשלכות אנטי-תחרותיות ומזיקות. להתנהגות שפוטנציאל הנזק שלה עולה עשרת מונים על כל פוטנציאל חיובי שעשוי להיות לה ראוי שייקבע כלל משפטי מגביל ומחמיר, וייתכן אף שראוי שיושת עליה איסור גורף (איסור פר סה).<sup>79</sup> לעומת זאת יש להתיר, אולי אפילו היתר מוחלט ומלא, התנהגות שפוטנציאל התועלת שלה גדול ופוטנציאל הנזק זניח או אפילו לא קיים.<sup>80</sup> מכל מקום, התובנות הכלכליות המודרניות, כפי שנסקרו עד כה בפרק זה, מלמדות אותנו שהסדרי הקשירה אינם תואמים את שני סוגי המקרים האמורים, שכן למעשה להסדרי הקשירה פוטנציאל חיובי רב ובעל משקל, אך ככל הנראה גם פוטנציאל אנטי-תחרותי בלתי מבוטל.

על כן ברור שלא ראוי שהכלל המשפטי לבחינתם של הסדרי הקשירה יוביל לאישורם הגורף, אך גם לא לשלילתם הגורפת. הכלל המשפטי צריך להיות גמיש דיו כדי שיאפשר את קיום הסדרי הקשירה המועילים ויגביל את האנטי-תחרותיים, אך כדי לקבוע כיצד אמור כלל זה להיות מנוסח ואם קיימת הצדקה משפטית לקבוע חזקות משפטיות לכאן או לכאן, יש ראשית לנסות ולקבוע, ככל האפשר, עד כמה נפוצים הסדרי הקשירה המועילים אל מול ההסדרים המזיקים. בסוגיה זו עומדת לכאורה מחלוקת בין מלומדי אסכולות שיקגו והרוורד, שלדידם ההסדרים מועילים במרבית המקרים, לבין פרופסור אלהוג'ה, השם דגש בפוטנציאל האנטי-תחרותי שלהם.<sup>81</sup> את גדר המחלוקת האמורה יהיה עלינו לבחון גם בהקשרו של השוק הישראלי כשוק קטן הנוטה, בשל קוטנו, ליתר ריכוזיות.

עמדתם של מלומדי שיקגו והרוורד היא כי הסדרי הקשירה היעילים והמועילים הם חלק הארי של כלל הסדרי הקשירה. הסדרי הקשירה האחרים כוללים את ההסדרים האנטי-תחרותיים ואת ההסדרים שתוצאותיהם אמביוולנטיות. באשר לדוקטרינת המינוף מניחים מלומדי אסכולות שיקגו והרוורד כי הכלל הוא שמינוף כוח מונופוליסטי משוק אחד לשוק נוסף לצורך השגת רווחים מונופוליסטיים נוספים וכפולים גם משוק המוצר

79 כעמדת בתי המשפט בארצות הברית בכל הנוגע להסדרי הקשירה בפסקי הדין המוקדמים. וראו להלן פרק ב.

80 וראו למשל BORK, לעיל ה"ש 15 בעמ' 380–381.

81 ולכן כפי שניווכח להלן בפרק ג הוא מציע ליישם כלל משפטי המתבסס על חזקה משפטית שלפיה הסדר הקשירה מזיק ולכן יש לאסור אותו אלא אם יצליח היצרן הקושר להוכיח כי להסדר קיימת הצדקה יעילות.

הקושר וגם משוק המוצר הנקשר איננו אפשרי במרבית התרחישים (בשל דוקטרינת הרווח המונופוליסטי היחיד). רק במקרים חריגים, ובהתקיים נסיבות מיוחדות, עשוי מינוף מסוים להיות אפשרי. כל זאת על פי סקירת תוצאות הקשירה האפשריות לעיל בחלק הקודם של פרק זה. על כן, לדידם, אין הצדקה משפטית או כלכלית לקבוע חזקה משפטית *ex ante* נגד יישום הסדרי קשירה על ידי יצרנים דומיננטיים ומונופוליסטיים.<sup>82</sup> הנחתם של מלומדי אסכולות שיקגו והרוורד כי הסדרי הקשירה בעלי פוטנציאל היעילות הם כה רבים מתבססת על היותם של הסדרי הקשירה נפוצים מאוד בשווקים תחרותיים לחלוטין. בשווקים שכאלו לא יכול היצרן הקושר "לכפות" על הצרכנים לרכוש גם את המוצר הנקשר, שכן אם הקשירה אינה תואמת את האינטרס הצרכני, יבחרו הצרכנים לרכוש את המוצר ללא הקשירה מאחד המתחרים של היצרן הקושר. בעקבות זאת יאבד היצרן הקושר מכירות והכנסות פוטנציאליות ניכרות. על כן יש להניח כי הסדרי הקשירה בשווקים אלו נובעים מסיבות של יעילות, המיטיבות הן עם היצרן הקושר והן עם ציבור הצרכנים. תוצאות יעילות אלה של הסדרי הקשירה נוגעות לעצם הקשירה ולא להיות השוק תחרותי או מונופוליסטי, ולכן אם להסדרי הקשירה בשווקים תחרותיים יש פוטנציאל יעילות ניכר, אלה הם פני הדברים גם כאשר מדובר בקשירה של מוצר בשוק מונופוליסטי. כמו כן מוצרים רבים כוללים בחובם למעשה קשירה של כמה רכיבים שבעבר היה אפשר לראות בהם מוצרים נפרדים, ובכך יש כדי לחזק וכדי לבסס את ההנחה שהסדרי הקשירה המועילים הם רבים ונפוצים. לכן ההנחה היא כי הסדרי הקשירה היעילים הם חלק הארי של כלל הסדרי הקשירה. למעשה לכל הסדר קשירה פוטנציאל חיובי של שיפור ביעילות,<sup>83</sup> וכפי שניווכח להלן, כדי שיתקיימו התרחישים בעלי הפוטנציאל האנטי-תחרותי צריכים להתקיים תנאים ונסיבות מיוחדים שחלקם אינו רווח כלל ועיקר.

עמדתו של פרופסור אלהוג'ה היא כי הסדרי הקשירה, אם נוציא מכללם את הסדרי הקשירה המקדמים יעילות יצרנית (שיפור מוצר או הוזלת עלויות ייצור או שיווק) יתגלו כמזיקים יותר ממועילים, וכי למעשה מינוף כוח מונופוליסטי אפשרי במרבית התרחישים האפשריים, ולכן למעשה התרחישים שבהם המינוף אינו אפשרי הם החריג ולא הכלל.<sup>84</sup> אשר על כן מציע אלהוג'ה ליישם את מבחן הקוואזי פר סה (שיידון בהרחבה בהמשך) בחלק מהסדרי הקשירה. אליבא דאלהוג'ה, בתרחישים שבהם יחס השימוש במוצר הקושר והמוצר הנקשר איננו קבוע ייושם מבחן "הקוואזי פר סה",

82 ראו למשל Hovenkamp & Hovenkamp, לעיל ה"ש 46, בעמ' 927; HOVENKAMP, לעיל ה"ש 3, בעמ' 446; AREEDA & HOVENKAMP, לעיל ה"ש 29, ¶¶ 1716-1717; BORK לעיל ה"ש 15, בעמ' 372-375, 380-381; POSNER, לעיל ה"ש 15, בעמ' 197-199; Bowman, לעיל ה"ש 17, בעמ' 20-23.

83 ראו AREEDA & HOVENKAMP, לעיל ה"ש 29, ¶¶ 1717a, 1717c4.

84 ראו Elhauge, לעיל ה"ש 18, בעמ' 400-401, 419-420, 477-478.

שלפיו אסור יהיה ליצרן מונופוליסטי ליישם הסדרי קשירה אלא אם כן יוכח כי להסדר הקשירה תועלת יעילות המאזנת את הפוטנציאל האנטי-חרותי שלו ואף עולה עליו. כפי שאנסה להמחיש להלן, כאשר מעמתים את שתי הגישות זו עם זו עולה המסקנה כי עמדתם של מלומדי אסכולת שיקגו והרוורד היא ככלל מבוססת יותר מזו של פרופסור אלהוג'ה. עם זאת חשוב לסייג במידת מה את הדברים מכיוון שכאשר בוחנים את השלכות הסדרי הקשירה על השוק הישראלי, שהוא שוק קטן, עולה המסקנה כי בנסיבות מסוימות פוטנציאל הנזק של הסדרי קשירה מסוימים בשווקים קטנים עשוי להיות רב מזה שבשווקים גדולים יותר.

**(א) האם מרביתם של הסדרי הקשירה מועילים או מזיקים? דיון כללי**  
 כאמור לעיל, עמדתם של מלומדי אסכולת שיקגו והרוורד היא כי מרבית הסדרי הקשירה מועילים ותורמים לרווחה הצרכנית והמצרפית, ואילו עמדתו של פרופסור אלהוג'ה היא כי אם מחריגים את ההסדרים התורמים ליעילות היצרנית, וכן את אלו שבהם קיים יחס שימוש קבוע במוצר הקושר ובמוצר הנקשר, אזי מתוך כלל הסדרי הקשירה הנותרים רבה השפעתם של ההסדרים המזיקים על זו של המועילים. לכן למעשה גם פרופסור אלהוג'ה אינו מתכחש להיות מרבית התרחישים מתוך כלל הסדרי הקשירה מועילים ורצויים. לדעתי, מכיוון שלמעשה קיים קושי, וקושי ניכר יש לומר, לזהות ולברור את התרחישים המועילים מתוך כלל תרחישי הקשירה, וזאת אפילו לאחר הליך משפטי מלא, אזי כדי לגבש את הכלל המשפטי הראוי יש לבחון את כלל הסדרי הקשירה כעמדת מלומדי אסכולת שיקגו והרוורד. זאת בראש ובראשונה מכיוון שלא ניתן ככלל לזהות מראש ברמת ודאות מספקת את אותם תרחישים שבהם הקשירה מובילה לשיפור ברמת היעילות היצרנית, ושאלת קיומה של יעילות זו יכולה ככלל להתברר רק לאחר קיום הליך הוכחות מלא ובדרך כלל מורכב למדי הכולל ניתוח והערכה של חוות דעת כלכליות מקיפות. בשל כך, בין היתר, הוכחת הצדקת היעילות היצרנית (גם במקרים הרבים שבהם היא מתקיימת) אינה פשוטה כלל ועיקר, וראו התייחסותי לכך להלן בתת פרק 2.2.(ג).

**(ב) האם מרבית תרחישי הקשירה מאפשרים מינוף של כוח מונופוליסטי – דיון כללי**  
 אלהוג'ה טוען במאמרו כי תרחישי הקשירה שבהם מינוף של כוח מונופוליסטי אפשרי הם מרבית המקרים הקיימים, וכי התרחישים שבהם מינוף איננו אפשרי הם מיעוט המקרים. כל זאת בניגוד לעמדת מלומדי אסכולת שיקגו והרוורד. לפני שארחיב את הדיון בסוגיה זו, אציין ראשית כי אין היא אלא משנית, וכי הסוגיה העיקרית היא זו שנדונה בחלק א לעיל – קרי עד כמה רווחים ההסדרים בעלי פוטנציאל היעילות. חשוב לציין בהקשר זה כי גם אם נניח קיומו של הסדר קשירה המאפשר מינוף של כוח מונופוליסטי, עדיין ייתכן שבשורה התחתונה ההסדר מקדם את הרווחה המצרפית ומועיל לצרכנים מכיוון שבהחלט ייתכן שההסדר מוביל גם לשיפור ביעילות. על כך



הגורם החשוב יותר הוא השפעתו הכוללת של הסדר הקשירה, ואין להסתפק בבחינה אם להסדר הקשירה פוטנציאל מזיק של מינוף מונופוליסטי.

נוסף על האמור, גם כאשר בוחנים את עמדתו של אלהוג'ה בנוגע לסוגיית המינוף מתגלים בה כשלים מהותיים. אך ראשית יש להבהיר כי אליבא דאלהוג'ה, "מינוף של כוח מונופוליסטי" מתקיים כל אימת שבאמצעות הקשירה יכול היצרן הקושר להגדיל את רווחיו (שלא באמצעות שיפור ביעילות), ופרשנות זו רחבה מזו שניתנת למונח במאמר זה כמו גם בכתיבתם של אחרים המשוויכים לאסכולות שיקגו והרוורד.<sup>85</sup> מכל מקום, כפי שאראה להלן, גם אם מקבלים את פרשנותו המילולית של אלהוג'ה למונח "מינוף כוח מונופוליסטי", עדיין טיעונו שלפיו תרחישי המינוף הם הכלל ולא החריג לו הוא טיעון בלתי מבוסס הלוקה בכשל אנליטי.

אלהוג'ה בוחן במאמרו תרחישים שונים שבהם מינוף על פי הגדרתו אפשרי. הוא מחלק את התרחישים לחמש קבוצות:<sup>86</sup> שלוש הקבוצות הראשונות הן קבוצות "הכוח", ולפיהן: (1) כאשר השימוש הוא בכמות משתנה של המוצר הנקשר, הקשירה יכולה ליצור הפליית מחירים בין רוכשי המוצר הקושר;<sup>87</sup> (2) בהיעדר קשר חיובי חזק בין ביקושי המוצרים, הקשירה יכולה ליצור הפליית מחירים בין מוצרים;<sup>88</sup> (3) כאשר השימוש הוא בכמות משתנה של המוצר הקושר, הקשירה מאפשרת את העברת הרווח הצרכני האינדיווידואלי לידי היצרן המונופוליסטי.<sup>89</sup> שלוש קבוצות אלו מכונות קבוצות

85 משמעות המונח "מינוף של כוח מונופוליסטי" על פי מאמר זה ועל פי הפרשנות שניתנה לו על ידי מלומדי אסכולות שיקגו והרוורד היא היכולת למנף את הכוח המונופוליסטי לשוק נוסף ולהרוויח בו רווח מונופוליסטי נוסף. לכן בסופו של דבר היצרן המונופוליסטי הממנף את כוחו ירוויח רווח מונופוליסטי כפול – גם בשוק המוצר הקושר וגם בשוק המוצר הנקשר. אלהוג'ה מעניק למונח פרשנות רחבה הרבה יותר; מבחינתו מינוף מתקיים כל אימת שבאמצעות הקשירה יכול היצרן הקושר להגדיל את רווחיו (שלא באמצעות שיפור ביעילות היצרנית) גם אם למעשה הגידול ברווח נובע ממיצוי הרווח המונופוליסטי הפוטנציאלי בשוק המוצר הקושר. עם זאת חשוב לציין שבמידה רבה זוהי מחלוקת טרמינולוגית שאינה מהותית לענייננו, מכיוון שבעיקרון אותם תרחישים שבהם היצרן המונופוליסטי עשוי להגדיל את רווחיו המונופוליסטיים בשל הקשירה (ושלא באמצעות שיפור היעילות היצרנית) מוכרים כיום ומקובלים גם על מרביתם של מלומדי אסכולות הרוורד ושיקגו. לכן במידה רבה השוני בהקשר זה הוא סמנטי ולא מהותי.

86 ראו Elhauge, לעיל ה"ש 18, בעמ' 403–419.

87 ראו דוגמת קשירת המדפסות לדיו המאפשרת ליצרן הקושר לגבות מחיר גבוה יותר עבור הדיו ובכך מבחינה אפקטיבית לגרום לצרכנים המעריכים יותר את המדפסות והמשתמשים בהן יותר לשלם בעבורן מחיר אפקטיבי גבוה מזה שמשלמים צרכנים המשתמשים בהן פחות, לעיל בתת פרק א.2.(ג).3.

88 ראו דוגמת שיווק הסרטים בחבילה, לעיל בתת פרק א.2.(ג).3.

89 ראו דוגמת המדפסות והדיו שבה כל צרכן רוכש כמות מסוימת של המוצר הקושר (מדפסות) ולא רק יחידה אחת ממנו, ובאמצעות הקשירה של הדיו גובה היצרן הקושר את הרווח הצרכני של כל רוכש, לעיל בתת פרק א.2.(ג).1.

הכוח מכיוון שכדי שתתקיימנה די בהחזקתו של היצרן הקושר בכוח שוק בשוק המוצר הקושר, ואין הוא נדרש לשם כך "לסגור" נתח ניכר משוק המוצר הנקשר. שתי הקבוצות האחרונות מכונות קבוצות ה"סגירה" מכיוון שהן כוללות תרחישים שכדי שיתקיימו על היצרן הקושר "לסגור" נתח שוק ניכר משוק המוצר הנקשר באמצעות הקשירה: (4) בקיומה של יעילות לגודל בשוק המוצר הנקשר, הקשירה יכולה להעצים את כוח השוק של היצרן הקושר בשוק זה;<sup>90</sup> (5) בהיעדר רמת תחרותיות קבועה בשוק המוצר הקושר, הקשירה יכולה להעצים את כוח השוק של היצרן הקושר בשוק המוצר הקושר.<sup>91</sup>

אלהוג'ה ממשיך וטוען כי רק בתרחיש שבו הקשירה היא של שני מוצרים שיחס השימוש בהם הוא קבוע וכאשר אין סגירה של שוק המוצר הנקשר המינוף איננו אפשרי, על כן מסקנתו היא כי פרט לתרחיש האמור המינוף אפשרי בכל יתר המקרים. לפיכך, ממשיך הטיעון, אפשרות המינוף היא הכלל ותאוריית הרווח המונופוליסטי היחיד מתאימה לתרחיש חריג אחד בלבד. כפי שניזכר בפרק ג להלן, טיעון זה של אלהוג'ה עומד בבסיס הצעתו ליישום מבחן הקוואזי פר סה, המיישם חזקה משפטית שלפיה הסדר הקשירה פוגע בצרכנים וברווחה המצרפית, ולכן על היצרן הקושר להוכיח הצדקת יעילות כדי שהסדר לא ייפסל.

לדעתי הצגת הדברים באופן זה על ידי אלהוג'ה שגויה. אמנם בהתקיים הפרמטרים המנויים לעיל, מינוף מסוים על פי הגדרתו של אלהוג'ה אפשרי, אך זאת רק בהתקיים נסיבות נוספות אשר חלקן נסיבות מיוחדות, ועל כן אינן נפוצות כלל ועיקר. למעשה קיומו של אחד מחמשת הפרמטרים שמונה אלהוג'ה לבדו אינו מספיק כדי שתרחיש המינוף יהיה אפשרי (למרות הפרשנות המרחיבה שמעניק אלהוג'ה למונח), כפי שפורט בפרק א.2 לעיל. כך, כדי שיתקיים המינוף (על פי הגדרתו של אלהוג'ה למונח זה) בתרחיש (1) נדרש עוד שהמוצרים יהיו משלימים, ושמידת השימוש במוצר הנקשר תעיד על מידת החשיבות שמייחס הרוכש למוצר הקושר; בתרחיש (2) נדרש עוד שהצרכנים יהיו מעוניינים לרכוש את שני המוצרים וכן שליצרן הקושר יהיה מלכתחילה כוח שוק בשווקים של שני המוצרים – גם בשוק המוצר הקושר וגם בשוק המוצר הנקשר; בתרחיש (3) נדרש עוד שתועלת הרווח השולית הפוחתת של כלל הצרכנים תהיה דומה, וכן שהיצרן הקושר ידע כיצד נראית עקומת הביקוש של הצרכנים למוצר הקושר; בתרחיש (4) נדרש עוד שהרווח המונופוליסטי המוגבל בשוק המוצר הנקשר יצדיק את השקעת המשאבים לשם הקמת מערך ייצור לשם הספקת כלל הביקוש (או למצער מרבית הביקוש) בשוק המוצר הנקשר, וכן את הפעילות בחוסר יעילות (נוכח הייצור בשלב שבו קיים חיסרון לגודל) שתפגע ברווח המונופוליסטי בעבור שני המוצרים; בתרחיש (5)

90 ראו דוגמת המינוף, לעיל בתת פרק א.2.(ב)(1).

91 ראו הדוגמה בדבר העלאת חסמי הכניסה לשווקים בשל הקשירה, הגורמת שיצרן חדש ייאלץ להיכנס לשני השווקים בד בבד, לעיל בתת פרק א.2.(ב)(3), וכן דוגמת המינוף העוקב של הכוח המונופוליסטי משוק המוצר הקיים לשוק המוצר מן הדור החדש, לעיל בתת פרק א.2.(ב)(1).

בדוגמת העלאת חסמי הכניסה לשווקים נדרש עוד שאי אפשר יהיה לתאם כניסה לשני השווקים בד בבד, ושהקשירה לא תפגע ביעילות היצרן הקושר במידה שכזו שתהפוך כניסת מתחרים בשני השווקים לכדאית יותר. בדוגמת המינוף העוקב נדרש עוד שיהיה אפשר בכלל לקשור את שני המוצרים בעלי הפונקצייה הצרכנית הדומה יחדיו, וכן כי יצרנים מתחרים לא יקדימו את היצרן הקושר בהצגת מוצר הדור החדש לשוק. משמעות הדברים היא אפוא כי בהתקיימות אחד מחמשת הפרמטרים שמציג אלהוג'ה – נוסף על התקיימותם של תנאים ונסיבות מיוחדים (שחלקם אינו נפוץ כלל) – מינוף (על פרשנותו הרחבה) אפשרי. לכן הצגת הדברים באופן שלפיו די לכאורה בקיומו של אחד מן הפרמטרים כדי שמינוף יהיה אפשרי אינה מדויקת ואף שגויה. לפיכך כל שיכול אלהוג'ה לטעון הוא כי ייתכנו תרחישים שונים שבהם מינוף (על פי הגדרתו) יהיה אפשרי, אך אין משמעות הדברים כי מדובר במרבית התרחישים האפשריים, שכן מגוון תרחישי הקשירה הוא אין-סופי. ההפך הוא הנכון – אם מינוף אפשרי בכמה תרחישים בלבד ואנו יודעים שכלל התרחישים הוא אין-סופי, אזי מתחזקת דווקא ההנחה הפוכה שאותה מניחים מלומדי אסכולות שיקגו והרוורד, ולפיה ככלל מינוף (וזאת גם על פי הגדרתו המרחיבה של אלהוג'ה למונח) אפשרי במיעוט התרחישים ולא ברובם.

#### (ג) התאמת הדיון למשק הישראלי כמשק קטן

מן הדיון עד כה עולה שסביר להניח כי חלקם הגדול של הסדרי הקשירה יעיל ותורם לרווחה המצרפית ואף לרווחה הצרכנית, וכן שכלל הנראה ההסדרים בעלי הפוטנציאל האנטי-חרותי והמזיק הם מיעוט המקרים הפוטנציאליים. עם זאת הדיון עד כה לא בחן את ההשפעה הייחודית שאולי תהיה להסדרי קשירה בשווקים קטנים כשוק הישראלי. פרופסור מיכל (שיצר) גל עסקה רבות בסוגיית התאמתם של דיני ההגבלים העסקיים לכלכלות קטנות. הגורם המבדיל העיקרי בין שוק גדול ובין שוק קטן, לענייננו, הוא נטייתו של השוק הקטן להיות מרוכז יותר, מכיוון שבשל עקרון יעילות הגודל שווקים קטנים יכולים לאפשר פעילות של מספר מוגבל של יצרנים, ואילו שווקים גדולים יותר יכולים לאפשר פעילות תחרותית של מספר רב של יצרנים.<sup>92</sup> בעקבות זאת ייתכן שתופעות של ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי תהיינה נפוצות יותר בשווקים קטנים, מכיוון שבאופן יחסי שווקים רבים יותר יטו ליתר דומיננטיות.<sup>93</sup> עם זאת חשוב להדגיש

92 כך למשל אם נניח שבענף מסוים אפשר להגיע למיצוי היעילות לגודל כאשר מייצרים שני מיליון יחידות, ובשוק קיימים חמישה מיליון צרכנים (ובהנחה שכל צרכן מעוניין לרכוש יחידה אחת של המוצר), אזי בשוק שכזה יהיה מקום רק לשני יצרנים יעילים. לעומת זאת אם בשוק האמור יהיו מאה מיליון צרכנים, אזי השוק יוכל להחזיק בכחמישים יצרנים יעילים.

93 ראו Michal S. Gal, *Size Does Matter: The Effects of Market Size on Optimal Competition* 74 S. CAL. L. REV. 1437, 1472 (2001); (להלן: Gal, *Size*); MICHAL S. GAL,

כי הניתוח הכלכלי העומד בבסיס המודלים והתאוריות הכלכליים תקף ככלל באותה המידה גם בשווקים קטנים.<sup>94</sup> לכן אם למשל מקובל שהתנהגות מסוימת היא בעיקרה מועילה, כזו תהיה השפעתה גם בשווקים קטנים. לכן חשוב להבין כי ההסברים הכלכליים השונים העומדים בבסיסם של הסדרי הקשירה השונים עומדים ככלל גם בבסיס הסדרי הקשירה בשווקים קטנים. משכך, גם בשווקים קטנים קיים אלמנט דומיננטי של שיפור ביעילות בעקבות יישום הסדרי קשירה, ובשווקים קטנים נודעת חשיבות מיוחדת למיצוי פוטנציאל היעילות היצרנית, ולעתים אפילו להעדפתה על פני התחרות, בעיקר במקרים שבהם קיימת יעילות לגודל.<sup>95</sup> משמעות הדברים היא כי יתכן שבשווקים קטנים קיימים הסדרי קשירה מזיקים רבים יותר הננקטים על ידי מונופולים (פשוט מכיוון שקיימים ענפים מונופוליסטיים רבים יותר בשוק הקטן), אך באותה המידה אפשר שיהיו גם יותר מקרי קשירה מועילים הננקטים על ידי מונופולים. לכן בהיעדר בסיס כלכלי מספק המעיד על שוני מהותי בהשפעת ההתנהגות הנבחנת על שווקים קטנים לעומת שווקים גדולים, אין הצדקה לגיבוש כלל משפטי מיוחד ומובחן ליישום בשווקים קטנים.

להבנת, שוני כלכלי כאמור עשוי לחול בתרחישים שבהם הסדרי הקשירה מובילים לסגירה ניכרת של שוק המוצר הנקשר ודוחקים מן השווקים יצרנים קיימים או מונעים כניסה של יצרנים חדשים, שכן לתרחישי קשירה אלו עשויה להיות השפעה מזיקה במיוחד כאשר עסקינן בשווקים קטנים. זאת מכיוון שיכולת התיקון העצמי של שווקים קטנים היא ככל הנראה נחותה מזו של שווקים גדולים, שכן בשווקים גדולים קיימים מתחרים פוטנציאליים רבים שבסופו של דבר יובילו לשחיקת הכוח המונופוליסטי (אלא אם מדובר בשוק שהוא מונופול טבעי היכול להחזיק רק יצרן יעיל אחד). לעומת זאת בשווקים קטנים מספר המתחרים הפוטנציאליים קטן הרבה יותר וחסמי הכניסה טמירים יותר, ולכן הכוח הדומיננטי עמיד יותר.<sup>96</sup> על כן הסדר קשירה המוביל לפגיעה במבנה התחרותי של שווקים (והכוונה כאן לפגיעה במבנה התחרותי של שוק המוצר הנקשר שהוא בעיקרון שוק תחרותי) עשוי להיות בעל השפעה מזיקה במיוחד בשווקים קטנים, וזאת בשל השפעתו המתמשכת. נוכח האמור וכפי שירחב בפרק ג להלן, יוצע לגבש כלל משפטי המעניק משקל להשפעה הייחודית של הסדרי הקשירה הסוגרים נתח ניכר משוק המוצר הנקשר בשווקים קטנים, ואילו להסדרי הקשירה האחרים יוצע כלל משפטי דומה לזה המוצע ליישום בשווקים הגדולים.

GAL, SMALL MARKET ECONOMIES, 75 (2003) (להלן: GAL, SMALL MARKET ECONOMIES).

(MARKET).

94 ראו Gal, Size, שם, בעמ' 1443, 1475.

95 שם, בעמ' 1451-1454; וכן GAL, SMALL MARKET ECONOMIES, לעיל ה"ש 93, בעמ' 96-97.

96 שם; וכן Gal, Size, לעיל ה"ש 93, בעמ' 1442, 1475.

## ב. הסדרי קשירה והדין הנוהג בארצות הברית, באירופה ובישראל – סקירה ביקורתית

פרק זה יסקור סקירה ביקורתית את הדינים העוסקים בסוגיית הסדרי קשירה בארצות הברית, באיחוד האירופי ובישראל. הדין בארצות הברית חשוב במיוחד מכיוון שדיני ההגבלים העסקיים בארצות הברית הקדימו בעשרות רבות של שנים את חקיקתם ויישומם בפועל של דינים דומים במדינות אחרות ברחבי העולם. בשל כך הדין בארצות הברית הוא מקור השפעה לעמדות הדינים במדינות השונות בכל הנוגע לתחום דיני ההגבלים העסקיים בכלל ולסוגיית הסדרי קשירה בפרט. דין האיחוד האירופי, שיוצג אף הוא בפרק זה, חשוב לענייננו משתי סיבות עיקריות: ראשית מכיוון שהוא השוק השני בגודלו בעולם, ועל כן השפעתו והשפעת הדינים העומדים בבסיס פעולתו הם בעלי חשיבות רבה; שנית, מכיוון שנוסח הסעיפים באמנת האיחוד האירופי העוסקים בהסדרת סוגיית הסדרי קשירה הוא מקור ההשראה והמודל לחיקוי של נוסח החקיקה הישראלית הרלוונטית.

### 1. הדין בארצות הברית

#### (א) סקירת הפסיקה בארצות הברית

סעיפי החוק בארצות הברית שעליהם אפשר לבסס את האיסור או המגבלה על הסדרי קשירה הם סעיפים 1 ו-2 ל-Sherman Act,<sup>97</sup> סעיף 3 ל-Clayton Act<sup>98</sup> וסעיף 5 ל-FTC Act.<sup>99,100</sup> בית המשפט העליון בארצות הברית הראה את חוסר אהדתו להסדרי קשירה כבר בשנת 1917 כאשר פסל הסדר קשירה שבו חייבה יצרנית של מקרן סרטים המוגן בפטנט את רוכשיו להקרין באמצעותו רק את הסרטים שבייצורה של היצרנית, וזאת בהתבסס על דיני הפטנטים.<sup>101</sup>

בשלב מאוחר יותר נדונו הסדרי קשירה גם בהקשר של דיני ההגבלים העסקיים תוך שבית המשפט העליון משמר את חוסר אהדתו כלפיהם. למשל, בעניין *International*

97 15 U.S.C.A. § 1, 2 (West 2012).

98 15 U.S.C.A. § 14 (West 2012).

99 15 U.S.C.A. § 45 (West 2012).

100 סעיפים אלו אוסרים בלשון כללית למדי על קיום הסדרים הפוגעים בתחרות ועל ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי. העמדה המקובלת הן בפסיקה והן בכתיבת מלומדים היא כי ככלל הבחינה של הסדרי קשירה על פי הסעיפים השונים דומה ומתבססת על אותם פרמטרים עיקריים. ראו HOVENKAMP, לעיל ה"ש 3, בעמ' 438, 445-446, וכן Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde, 466 U.S. 2, (1984) n. 16 (להלן: עניין *Jefferson Parish Hospital*).

101 ראו Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Mfg. Co., 243 U.S. 502, 516 (1917).

<sup>102</sup> Salt, שבו נדונה קשירה שהנהיגה יצרנית מכוונות מלח (בעלת פטנט בדגם מכוונות אחד הטוחן את גושי המלח לגרגירים, ובדגם מכוונות אחר המשמש להזרקות מלח למאכלים ארוזים בקופסאות שימורים) של השימוש במכוונותיה (שאותן החכירה ללקוחות בהסכמים לתקופה ממושכת) עם מכירת המלח שימש במכוונות. בית המשפט העליון פסק שקשירה כאמור אסורה פר סה כאשר היא מבוצעת על ידי יצרן מונופוליסטי, וזאת כדי למנוע מן היצרן האמור לפגוע בתחרות בשוק המוצר הנקשר (שוק המלח בענייננו). פסיקת בית המשפט העליון התקבלה במקרה זה אף על פי שהקשירה השפיעה על נתח שוק קטן בלבד משוק המלח.<sup>103</sup>

איסור הפר סה הוא בעיקרון איסור מוחלט שאין לו סייגים והוא אינו מתחשב בהגנות כל שהן,<sup>104</sup> אך כפי שנראה בהמשכה של סקירת הדין בארצות הברית, הוכרו שם הקלות מסוימות ליישום הכלל בהקשרם של הסדרי הקשירה. בשל יישום כלל איסור הפר סה נדחתה טענתה של International Salt, שלפיה הסדר הקשירה שביצעה היה מוצדק. הטענה התבססה על כך שעל פי הסכמי החכירה הייתה International Salt אחראית לתחזוקת המכוונות ולתיקונן, ולכן הייתה הצדקה שהמלח יירכש ממנה כדי שהיא תוכל להבטיח שהמלח המשמש במכוונות הוא באיכות גבוהה. יצרן International Salt לא יכלה לגבות מחיר גבוה עבור המלח, שכן על פי ההסכם עמם היו החוכרים רשאים לרכוש את המלח מכל מקור אחר המציע את המלח ברמת האיכות הנדרשת במחיר הנמוך מזה שגובה בעבורו International Salt. עוד נציין שבית המשפט העליון פסק כי International Salt החזיקה בכוח מונופוליסטי בהתבסס על העובדה שמכוונותיה היו מוגנות בפטנט ובהתעלם מכך שהוצגו בפניו ראיות שלא נסתרו, בדבר קיומן של יצרניות מתחרות.<sup>105</sup>

בית המשפט העליון הפדרלי חזר על הדברים בפסק דינו בעניין Northern Pacific.<sup>106</sup> בעניין זה נדונה קשירה שביצעה חברת רכבות אשר מכרה קרקעות הסמוכות לפסי הרכבת שבבעלותה לרוכשים בתנאי שאלה ישווקו את מרכולתם רק באמצעות קווי הרכבת שלה, אלא אם מוביל אחר יציע מחירים זולים יותר. בית המשפט העליון פסק שעצם העובדה ש-Northern Pacific הצליחה לכפות על הרוכשים את תנאי הקשירה מעידה על היותה בעלת כוח שוק.<sup>107</sup>

102 עניין International Salt, לעיל ה"ש 6.

103 שכן מרבית צרכני המלח צרכו את המוצר ללא כל שימוש במכוונותיה של International Salt ולכן היו חופשיים לרכוש את המלח מכל מקור שהוא.

104 זוהי למעשה תמצית יישומו של הכלל בסוגיות הגבליות אחרות כגון סוגיית הקרטל.

105 וראו את התייחסותו של בורק לכך, BORK, לעיל ה"ש 15, בעמ' 368; וכן POSNER, לעיל ה"ש 15 בעמ' 197-198.

106 Northern Pac. Ry. Co. v. United States, 356 U.S. 1 (1958) (להלן: עניין Northern Pacific).

107 ובנוגע לכך מעיר בורק, ובצדק לטעמי, כי בית המשפט העליון הפך את הסכם הקשירה לאסור מעצם קיומו, שכן אם קיומו של הסדר קשירה מעיד על כוח השוק של היצרן הקושר, והסדר קשירה

סוגיית הסדרי הקשירה חזרה ונדונה בבית המשפט העליון בעניין *Jefferson Parish Hospital*<sup>108</sup>, שבו טענו התובעים, קבוצת רופאים מרדימים, כי בית החולים קשר בניגוד לחוק את השימוש בחדרי הניתוח שלו עם השימוש ברופאים מרדימים מחברת רופאים מרדימים ספציפית. בית המשפט העליון פסק כי נתח השוק של בית החולים, שהיה כ-30%, אינו מספיק כדי שיתקיים רכיב כוח השוק הנדרש בתביעות בגין קשירה בלתי חוקית, שכן 70% משוק ביצוע הניתוחים נותר פתוח בשביל הרופאים המרדימים התובעים, ועל כן דחה את התביעה. חשוב לציין שלמרות עמדת דעת הרוב בפסק הדין בעניין *Jefferson Parish Hospital*, דעת המיעוט (שכללה ארבעה שופטים מתוך תשעת שופטי המותב) התייחסה לתובנות הכלכליות הערכניות שלפיהן ייתכן בהחלט שלסדרי הקשירה תהיינה השפעות חיוביות, ולכן תמכה בביטול כלל איסור הפר סה ובמעבר לניתוח הסדרי הקשירה לפי מבחן הסבירות (המכונה: Rule of Reason).<sup>109</sup>

בעניין *Kodak*<sup>110</sup> דן בית המשפט העליון של ארצות הברית בתביעה נגד קודאק בגין סירובה למכור חלפים למכונות הצילום המהירות שלה אלא אם כן ישתמש הרוכש בשירותי התחזוקה והתיקון של קודאק עצמה. בכך למעשה פגעה קודאק בספקי שירותי תיקון ותחזוקה מתחרים. סירובה של קודאק נתפס כהסדר קשירה שלפיו קושרת קודאק את מכירת החלפים למכונות הצילום שלה עם קבלת שירותי התיקון והתחזוקה. בעניין זה עלתה השאלה אם קודאק יכולה להיחשב בעלת כוח שוק בשוק המשני לחלפים כאשר היא מחזיקה בכ-23% בלבד משוק מכונות הצילום המהירות. בית המשפט פסק כי היעדר

המבוצע על ידי יצרן המחזיק בכוח שוק הוא אסור פר סה, אזי הסדר קשירה מעצם קיומו למעשה אסור פר סה. כל זאת כאשר בפועל ספק אם Northern Pacific החזיקה בכוח שוק. ראו BORK, לעיל ה"ש 15, בעמ' 367-368. בנוסף הציג בית המשפט העליון את עמדתו שלפיה בהסדרי הקשירה אין כל תועלת, וכל מטרתם היא פגיעה בתחרות. ראו עניין *Northern Pacific*, לעיל ה"ש 106, בעמ' 6: "Indeed 'tying agreements serve hardly any purpose beyond the suppression of competition' [...] They deny competitors free access to the market for the tied product, not because the party imposing the tying requirements has a better product or a lower price but because of his power or leverage in another market. At the same time buyers are forced to forego their free choice between competing products. For these reasons[...] They are unreasonable in and of themselves whenever a party has sufficient economic power with respect to the tying product to appreciably restrain free competition in the market for the tied product and a 'not insubstantial' amount of interstate commerce is affected". תאמה את התובנות הכלכליות דאז, שהובילו לחשש רב מפני מינוף כוח מונופוליסטי ודחיקת מתחרים, ולא התחשבו כמעט בכלל ביתרונות היעילות הפוטנציאליים. עמדה דומה הביע בית המשפט העליון גם ב-*Black v. Magnolia Liquor Co.*, 355 U.S. 24, 25 (1957).

108 לעיל ה"ש 100.

109 להתייחסות נרחבת למבחן זה ראו להלן בפרק ג.

110 ראו לעיל ה"ש 63.

כוח שוק בשוק הראשי אינו שולל את האפשרות לקיומו של כוח שוק בשוק המשני.<sup>111</sup> זוהי למעשה הסוגיה העיקרית שבגינה פסק הדין מוכר וידוע, ולא נראה שפרט לכך הוא שינה את הלכת *Jefferson Parish Hospital*.

בשנת 2006 ניתן פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין *Illinois Tool Works*,<sup>112</sup> שבו נדון הסכמ קשירה בין מפתחת של טכנולוגיה המוגנת בפטנטים להדפסת קודי קווים (בר-קודים) ובין מפתחי מדפסות להדפסת קודי קווים על גבי אריזות קרטון ועל גבי חומרי אריזה אחרים. על פי ההסכם, מפתחת הטכנולוגיה העניקה רישיון להשתמש בטכנולוגיה שלה לצורך פיתוח מדפסות דיו בכפוף להספקתה את הדיו שישמש במדפסות באופן בלעדי ומתמשך. בית המשפט העליון פסק כי עוברת היותו של המוצר הקושר מוגן בפטנט אינה כשלעצמה מעידה על קיומו של כוח שוק, וכי על קביעה בדבר קשירה בלתי חוקית להיות מבוססת על הוכחה לקיומו של כוח שוק ממשי. עמדתו של בית המשפט העליון בארצות הברית היא אפוא כי הסדרי קשירה המבוצעים על ידי יצרן מונופוליסטי אסורים פר סה. בית המשפט דורש הוכחה לקיומו של כוח שוק ודוחה את האפשרות להסיק קיומו של כוח שוק מעצם היותו של המוצר הקושר מוגן בפטנט, או מעצם הסכמתו של הצרכן להסדר הקשירה.

הלכת בית המשפט העליון בארצות הברית היא כמובן המנחה, אבל עם זאת לאורך השנים נתקבלו פסיקות של בתי משפט של ערכאות נמוכות יותר המציגות הגמשה מסוימת ביישום כלל איסור הפר סה בכל הקשור להסדרי קשירה. למשל, בעניין *Jerrold Electronics*<sup>113</sup> נדונה קשירה שבוצעה על ידי יצרנית של מערכת לקליטת שידורי טלוויזיה (המערכת כללה אנטנה, מכשור להעצמת הקליטה, ממיר ומערכת כבלים לבתי הלקוחות) שמכרה את המערכת רק כמכלול אחד וסירבה למכור רכיבים נפרדים שלה. כמו כן קשרה היצרנית את מכירת המערכת להתקנתה ולתחזוקתה. טענתה של היצרנית הייתה כי במקרים שבהם המערכת הותקנה ותוחזקה על ידי גורמים אחרים החסרים את

111 ביקורת רבה נמתחה על הלכה זו מכיוון שרק בנסיבות מיוחדות יוכל יצרן להפעיל כוח בשוק המשני בהיעדר כוח שוק בשוק הראשי. אמנם קודאק, וכמוה גם יצרנים אחרים, יכולה להעלות את מחירי החלפים ומתן השירותים לכל הרוכשים שכבר רכשו את מכונות הצילום שלה, שכן מבחינתה הם צרכנים "שבויים" שאין להם בררה אלא לשלם את המחיר הגבוה, אך למעשה פרקטיקה שכזו מצדה של קודאק תוביל להפסד מכירות ניכר בשוק הראשי. זאת מכיוון שהצרכנים הפוטנציאליים יגלמו במחיר מכונת הצילום גם את עלויות החלפים ושירותי התחזוקה והתיקון העתידיים, ואם קודאק תעלה את מחירים של האחרונים, יבחרו אותם רוכשים פוטנציאליים לרכוש את מכונות הצילום של מתחרותיה. מכיוון שקודאק אינה צפויה להרוויח בשורה התחתונה מהעלאת המחירים בשוק המשני (שכן בעקבות זאת תפסיד מכירות בשוק הראשי), לא נראה שאכן יש בידיה כוח שוק אף לא באחד מהשוקים. לביקורת על פסק הדין בעניין קודאק ראו *Hovenkamp, Post-Chicago*, לעיל ה"ש 21, בעמ' 283–294.

112 *Ill. Tool Works v. Indep. Ink, Inc.*, 547 U.S. 28 (2006).

113 *United States v. Jerrold Electronics Corp.*, 187 F.Supp 545 (E.D. Pa. 1960).



הידע, היכולת והניסיון הדרושים, תפקודה היה לקוי, וכך גם כאשר ניסו לקוחות לשלב רכיבים מתוך המערכת עם רכיבים של יצרנים אחרים. בית המשפט הפדרלי לערעורים פסק כי קשירת ההתקנה והתחזוקה למכירת הציוד במועד שבו הטכנולוגיה חדשנית היא סבירה ועשויה להיות מוצדקת וכך גם הסירוב למכור רכיבים בנפרד, אך כאשר הטכנולוגיה כבר איננה חדשנית, יחזור ויחול כלל איסור הפר סה.

דוגמה נוספת להסדרי קשירה שזכו לאישור של בתי המשפט נוגעת להסדרים המכונים "full-line forcing", שבהם יצרן מחייב משווקים או זכיינים לרכוש ממנו את כל קו המוצרים שלו ובכך מונע מהם את החופש להרכיב קו מוצרים מיצרנים שונים.<sup>114</sup>

המקרה הידוע, וככל הנראה החשוב מכולם, שבו בית המשפט הפדרלי לערעורים נמנע מלפסול הסדר קשירה הוא עניין *Microsoft*,<sup>115</sup> שבו כאמור נדונה הקשירה בין התוכנה Windows לתוכנה Explorer, שהובילה לדחיקתה של Netscape משוק דפדפני האינטרנט. בערכאה הראשונה נפסק כי מכיוון שמיקרוסופט היא בעלת מונופולין בשוק תוכנות ההפעלה שקשרה את המוצר שבו היא מחזיקה בכוח מונופוליסטי למוצר אחר, הרי שבכך היא עברה על איסור הפר סה שנקבע עוד בעניין *International Salt*. בערעור בפני בית המשפט הפדרלי לערעורים טענה מיקרוסופט כי שוק ההיי טק בכלל ושוק פיתוח התוכנות בפרט מאופייין בכך שיצרנים שמפתחים מוצר חדש זוכים פעמים רבות למעמד מונופוליסטי עד לפיתוחו של מוצר חדשני יותר הדוחק מן השוק את המוצר הקודם (התחרות היא אפוא פעמים רבות "על השוק" ולא "בתוך השוק"). נוסף על כך, בשווקים אלו רמת האינטגרציה של מוצרים גבוהה יחסית, ופיתוחים רבים כוללים שילוב של מוצרים שונים. לכן, כך הוסף ונטען, אם ייאסר על יצרנים דומיננטיים בשווקים האמורים לקשור מוצרים תיגרם פגיעה קשה לענף חשוב ומרכזי בכלכלה המודרנית העולמית. בית המשפט לערעורים קיבל את הטענה ופסק כי בתחום פיתוח התוכנות הסדרי קשירה ייבחנו על פי כלל הסבירות<sup>116</sup> והם לא יהיו אסורים פר סה. בהנמקתו הבחין בית המשפט לערעורים בין מקרה הקשירה בעניין *Microsoft* שהתרחש בשוק פיתוח התוכנות וההיי טק להסדרי הקשירה שנבחנו בשווקים השייכים למגזר "הכלכלה הישנה" שבהם נקבע כלל איסור הפר סה על ידי בית המשפט העליון.

#### (ב) הביקורת שנמתחה על הפסיקה בארצות הברית

בעיקרון כלל איסור הפר סה מיועד להיות מוחל בתחום ההגבלים העסקיים נגד סוגי התנהגות שהם תמיד או כמעט תמיד מזיקים. בכך שהדין קובע איסור גורף בעניינם הוא מקדם את הוודאות בשווקים (היצרנים יודעים כי ההתנהגות האמורה אסורה, ולכן אין

114 ברבים מהמקרים דובר בבעל זיכיון שכפה על זכייניו לרכוש ממנו את כל מגוון המוצרים הנמכרים על ידי הזכיון. לסקירה של פסקי דין בהם אושרו הסדרים ממין זה ראו HOVENKAMP, לעיל ה"ש 3, בעמ' 473 ה"ש 6.

115 לעיל ה"ש 9.

116 שיידון ביתר הרחבה להלן בפרק ג.

ספק האם היא מותרת בנסיבות כאלה או אחרות); מקדם הרתעה יעילה נגד ההתנהגות המזיקה, שכן במקרים שבהם להתנהגות האמורה אין ממד חיובי פוחת החשש מפני הרתעת יתר; לבסוף, כלל חד-משמעי וברור חוסך בעלויות המשפטיות המערכתיות מכיוון שבשל ההרתעה היעילה והוודאות יפחתו המקרים שיגיעו לבחינת בתי המשפט, והמקרים שיגיעו בכל זאת יתנהלו במהירות רבה יותר ותוך חיסכון במשאבים, מכיוון שכל שיידרש להוכיח הוא קיום ההתנהגות מבלי שיהיה צורך לנתח את השפעותיה הכלכליות בנסיבות הספציפיות.<sup>117</sup>

לפיכך קבע בית המשפט העליון בארצות הברית איסור פר סה על הסדרי קשירה שבהם מעורבים יצרנים בעלי כוח שוק דומיננטי, מתוך האמונה שהסדרי הקשירה תמיד מזיקים לתחרות ולצרכנים (או למצער כמעט תמיד) וכי אין בהם כל תועלת.<sup>118</sup> אולם עתה ידוע כי ההשפעה השלילית של הסדרי הקשירה אינה כה רבה כפי שנהוג היה לחשוב בעבר, וחשוב מכך, עתה ידוע כי להסדרי הקשירה תרומה נכבדה, בין היתר בהוזלת עלויות שונות ובשיפור מוצרים. למעשה, ההנחה הרווחת כיום היא כי הסדרי הקשירה, לרבות אלו המונהגים על ידי יצרן המחזיק בכוח שוק ניכר, הם על פי רוב תחרותיים ומקדמי יעילות.<sup>119</sup> משכך, קיימת הסכמה נרחבת בכתיבה האקדמית (הכוללת את אסכולת שיקגו-הרוורד וכן את פרופסור אלהוג'ה) שכלל איסור הפר סה איננו הכלל המתאים לבחינת הסדרי קשירה.<sup>120</sup> תובנות אלו החלו לחלחל לפסיקות בתי המשפט בארצות הברית: כאמור, כבר בעניין *Jefferson Parish Hospital* תמכו ארבעה שופטי בית המשפט העליון (אם כי בדעת מיעוט) בביטול יישום כלל איסור הפר סה בבחינת הסדרי קשירה ובמעבר ליישום כלל הסבירות, ובפסק הדין בעניין *Microsoft* פסק בית המשפט הפדרלי לערעורים כי הסדרי קשירה בשוק פיתוח התוכנות ייבחנו על פי כלל הסבירות ולא על פי כלל איסור הפר סה. דומה שכיום אפילו קיימת ציפייה לשינוי הדין, הגם שאי אפשר להעריך מתי שינוי זה יתקבל.

## 2. דין האיחוד האירופי והדין בישראל

### (א) סקירת הדין האירופי

ס' 82 לאמנה האירופית<sup>121</sup> קובע את האיסור הכללי על ניצול לרעה של מעמד דומיננטי. סעיף קטן (d) מתייחס ישירות להסדרי קשירה, והוא אוסר על הסדרי קשירה שאינם מקובלים בשוק או שאינם מתאימים מטבעם לנושא ההתקשרות:

117 להתייחסות לנקודה זו ראו למשל HOVENKAMP, לעיל ה"ש 3, בעמ' 447.

118 להמחשה ראו דבריו של בית המשפט העליון בארצות הברית בעניין *Northern Pacific*, לעיל ה"ש 106, בעמ' 6.

119 ראו לעיל בתת פרק א.3.(א).

120 למעשה, במהלך עבודת המחקר לצורך כתיבת מאמר זה לא נתגלה ולו מקור מודרני אחד התומך ביישום כלל איסור הפר סה בהסדרי קשירה.

121 EC Treaty art. 82

Article 82 – Any abuse [...] of a dominant position [...] shall be prohibited [...] [S]uch abuse may, in particular, consist in: [...]

(d) 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.

עם זאת יש לציין כי אפשר לבחון הסדרי קשירה גם על פי חלקו הכללי של ס' 82 לאמנה האירופית, וזאת כאשר המוצרים קשורים מטבעם או כאשר הקשירה היא נוהג מסחרי מקובל.<sup>122</sup> הסדר הקשירה ייאסר אם יתקיימו חמשת התנאים המצטברים האלה: (1) המוצר הקושר והמוצר הנקשר הם שני מוצרים נפרדים; (2) היצרן הקושר הוא בעל מעמד דומיננטי בשוק המוצר הקושר; (3) היצרן הקושר איננו מעניק לצרכנים אפשרות בחירה לרכוש ממנו רק את המוצר הקושר; (4) הקשירה מפחיתה את התחרות ("forecloses competition"); (5) היצרן הקושר אינו מציג הצדקת יעילות אובייקטיבית לקשירה.<sup>123</sup>

בעניין *Tetra Pak II*<sup>124</sup> נדונה קשירה שביצעה יצרנית של ציוד לאריזת מזון עם הקרטונים ששימשו לאריזה. היצרנית טענה כי מדובר בשני רכיבים הקשורים בקשר טבעי זה לזה והמהווים למעשה מוצר אחד. בית המשפט האירופי של הערכאה הראשונה

ראו IVO VAN BAELE & JEAN-FRANCOIS BELLIS, COMPETITION LAW OF THE EUROPEAN COMMUNITY 860 (5th ed. 2010).

123 ראו שם, ובעמ' 866. הרכיב החמישי הוסף בהנחיות הרשות האירופית, ראו להלן ה"ש 129. חשוב לציין שבעבר לא היה ברור מהו המעמד שיש לייחס לקידום היעילות בדין האיחוד האירופי, בשונה מהדין בארצות הברית, שהכיר זה מכבר בחשיבות קידום היעילות. עם זאת בשנים האחרונות אפשר לזהות התפתחות ברורה בעמדת דין האיחוד האירופי בהקשר החשיבות שיש לייחס לקידום היעילות והתקרבות לעמדת הדין האמריקאי בהקשר זה. לפיכך פרסמה הרשות האירופית הנחיות בתחומים שונים שבהם ניתנה הכרה מפורשת לקידום יעילות כגורם מרכזי בבחינה ההגבלית. כך נוסף על ההנחיות הנוגעות לניצול מעמד דומיננטי, הוכרה חשיבות היעילות גם בהנחיות הנוגעות לשיתוף פעולה אופקי, וראו פס' 2.3.1–2.3.3; 3.4.1–3.4.3; 4.4.1–4.4.3; 5.4.1–5.4.3; 6.4.1–6.4.3; Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, 2011 O.J. (C 11) 1, available at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:Guidelines on the> 88–76 ל-; Assessment of Horizontal Mergers Under the Council Regulation on the Control of Concentrations Between Undertakings, 2004 O.J. (C 31) 5, available at [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0205\(02\):EN:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0205(02):EN:NOT) Case C-333/94 P, *Tetra Pak Int'l SA v. Comm'n*, 1996 E.C.R. I-5951, 4 C.M.L.R. 662 (1997).

(The Court of First Instance) דחה את טענת היצרנית בנימוק שקיימים יצרנים עצמאיים של קרטונים, ועל כן אין מדובר במוצר אחד. עוד פסק בית המשפט כי מטרתה של היצרנית הייתה לגרום לתלות של הצרכנים בה למשך כל תקופת השימוש בציוד שרכשו או החכירו ממנה וכן לפגוע בתחרות בשוק הקרטונים, ולכן פסק כי הקשירה במקרה זה היא הפרה של ס' 82 לאמנה האירופית.

סוגיית הקשירה עלתה גם בעניין *Unilever*,<sup>125</sup> שנהגה להחכיר מקררים לאחסון גלידה, בתנאי שהמקררים ישמשו רק לאחסון הגלידה מתוצרתה. בית המשפט האירופי של הערכאה הראשונה אישר את קביעת רשות ההגבלים האירופית שמדובר בניצול לרעה של מעמד דומיננטי, שכן בכך נפגעות יצרניות הגלידה האחרות.

מקרה הקשירה החשוב שנדון לאחרונה נוגע למיקרוסופט, שקשרה את תוכנת Windows Media Player לתוכנת ההפעלה Windows (שבה היא מחזיקה כאמור במעמד מונופוליסטי).<sup>126</sup> בית המשפט האירופי של הערכאה הראשונה בחן את התנהגותה של מיקרוסופט על פי חמשת הפרמטרים דלעיל ופסק כי מיקרוסופט אכן ניצלה את כוחה לרעה. כך פסק בית המשפט כי למיקרוסופט מעמד דומיננטי בשוק המוצר הקושר (תוכנת Windows בשוק תוכנות ההפעלה); שקיים ביקוש נפרד לנגני מדיה (המוצר הנקשר); שהצרכנים אינם יכולים לרכוש את מערכת ההפעלה ללא נגן המדיה; וכן שהקשירה תוביל לצמצום התחרות. נוסף על כך פסק בית המשפט כי מיקרוסופט לא הצליחה לספק כל הצדקה אובייקטיבית לקיום הסדר הקשירה. יש לציין שמיקרוסופט טענה (ובצדק רב לדעת) כי כדי להוכיח קשירה אסורה יש להראות כי לכל אחד מהמוצרים ביקוש נפרד. כלומר שעל רשות ההגבלים האירופית היה להוכיח קיומו של ביקוש נפרד לתוכנת המדיה (המוצר הנקשר) אבל גם את קיומו של ביקוש נפרד לתוכנת ההפעלה ללא נגן המדיה (המוצר הקושר), אך רשות ההגבלים האירופית הוכיחה קיומו של ביקוש נפרד רק לתוכנת המדיה (שמוצעת על ידי יצרנים אחרים באופן עצמאי ובנפרד מתוכנת הפעלה).<sup>127</sup> עוד טענה מיקרוסופט, לעניין כפיית הלקוחות, כי גם רכיב

Case T-65/98, Van den Bergh Foods Ltd v. Comm'n, 2003 E.C.R. II-4653, 4 C.M.L.R. 14 125 (2004).

Case T-201/04, Microsoft Corp. v. Comm'n, 2007 E.C.R. II-3601 126 (להלן: עניין מיקרוסופט האירופי).

127 מיקרוסופט ניסתה להמחיש את עמדתה באמצעות דוגמת מכירת נעליים חדשות ושרוכים. נעליים חדשות נמכרות עם השרוכים, כלומר אין ביקוש נפרד לנעליים חדשות ללא שרוכים. לעומת זאת יש ביקוש נפרד לשרוכים ללא נעליים. משמעות הדבר, כך טענה מיקרוסופט, שנעליים חדשות בציורף שרוכים הם מוצר אחד ולא שני מוצרים קשורים אף על פי ששרוכים כשלעצמם יכולים להיות מוצר נפרד. במילים אחרות, כך טענה מיקרוסופט, העובדה ששרוכים נמכרים בנפרד (או שיש ביקוש לשרוכים בנפרד) אינה מעידה שיש ביקוש לנעליים חדשות ללא שרוכים. בית המשפט של הערכאה הראשונה פסק כי יש חשיבות בהוכחת ביקוש נפרד למוצר הנקשר וכן כי קיימות נסיבות אחרות המעידות על קיומו של ביקוש נפרד לתוכנות ההפעלה. ראו שם, בס' 920, 923–930 לפסק הדין.

זה אינו מתקיים, שכן אין כל פגיעה בלקוחות – הם אינם נדרשים להוסיף תשלום בעבור תוכנת המדיה, אינם נדרשים להשתמש בה, והם חופשיים להשתמש בתוכנת מדיה מתחרה אם בכך יבחרו. בית המשפט של הערכאה הראשונה דחה את הטענה ופסק שדי שהלקוח מחויב לרכוש את המוצר הנוסף, ואין צורך להראות פגיעה בו כדי להוכיח קיומו של רכיב זה. מיקרוסופט הוסיפה וטענה שגם רכיב הפגיעה בתחרות אינו מתקיים בעניינה, שכן הניסיון מוכיח שצרכנים רבים מוסיפים למחשביהם תוכנות מדיה אחרות, וכי שימוש זה בתוכנות מדיה נוספות הולך וגדל עם השנים למרות הסדרי הקשירה של מיקרוסופט (שהחלו עוד בשנת 1999). בית המשפט של הערכאה הראשונה דחה את עמדת מיקרוסופט ואימץ את עמדת הרשות האירופית שלפיה הקשירה אולי אינה מובילה לדחיקת המתחרים בשוק תוכנות המדיה אל מחוץ לשוק, אבל היא מונעת את גדילתם ובכך עשויה להשפיע על המבנה התחרותי של שוק זה. חשוב לציין בהקשר זה כי על פי הפרשנות שניתנה לסעיף 82 לאמנה האירופית, אין צורך להוכיח כי ההתנהגות השפיעה בפועל על התחרות, וכי די להראות כי הקשירה עשויה להגביל את התחרות.<sup>128</sup>

בהנחות שהוציאה הרשות האירופית בנוגע לבחינת התנהגות שיש בה כדי להיות ניצול לרעה של מעמד דומיננטי היא הוסיפה את הרכיב החמישי לבחינת הסדרי הקשירה, וזהו רכיב הצדקת היעילות.<sup>129</sup> לפי רכיב זה, קשירה המובילה לחיסכון בעלויות ייצור, הפצה או הובלה עשויה להיות מוגנת. על פי הנחיה זו העלתה מיקרוסופט את הטענה שצירוף תוכנת המדיה לתוכנת ההפעלה משפר למעשה את המוצר לטובת הצרכנים. בית המשפט של הערכאה הראשונה דחה את הטענה, שכן לדידו אין מניעה שמיקרוסופט תצטרף את תוכנת המדיה לתוכנת ההפעלה כל עוד תמשיך להציע לציבור גם את תוכנת ההפעלה בנפרד (וכך לציבור הצרכנים תעמוד אפשרות הבחירה אם לרכוש את שני המוצרים הקשורים או רק את תוכנת ההפעלה לבדה). תשובתה של מיקרוסופט לכך הייתה כי בהעמדת שתי פלטפורמות נפרדות של תוכנת ההפעלה יוטלו עלויות ניכרות על מפתחי יישומים עצמאיים שמעדיפים לפתח יישומים לפלטפורמה אחידה. בית המשפט הכיר באפשרות ששיווק של פלטפורמה אחידה יהיה יעיל מבחינת פיתוח יישומים בשבילה, אך פסק שמיקרוסופט אינה יכולה להתבסס על הצדקה זו כיוון שהיא נוגעת לעצם ההתנהגות בעלת הפוטנציאל לפגיעה בתחרות. על פסיקה זו נמתחה ביקורת (ובצדק רב לדעתנו), שכן יש בה משום ריקון תוכנה של הצדקת היעילות.<sup>130</sup>

128 ראו VAN BAEL & BELLIS, לעיל ה"ש 122, בעמ' 864–865.

129 ראו פס' 62 ל- Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings, 2009 O.J. (C 45) 7, available at [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52009XC0224\(01\):EN:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52009XC0224(01):EN:NOT).

130 שהרי היעילות הרלוונטית היא זו הנובעת במישרין ממעשה הקשירה הנמצא בבחינה, ראו VAN BAEL & BELLIS, לעיל ה"ש 122, בעמ' 866–867.

**(ב) סקירת הדין בישראל**

הסעיפים בחוק ההגבלים העסקיים<sup>131</sup> שנועדו להתמודד עם מצבים של ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי נחקקו בהשראת סעיף 82 לאמנה האירופית. סעיף 29א(א) לחוק קובע כי: "בעל מונופולין לא ינצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור", וסעיף קטן (ב) קובע כי:

יראו בעל מונופולין כמנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור, בכל אחד מן המקרים האלה: [...]  
(4) התניית ההתקשרות בדבר הנכס או השירות שבמונופולין בתנאים אשר מטבעם או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים אינם נוגעים לנושא ההתקשרות.

בחוק הישראלי קיים סעיף נוסף, וחשוב מאוד לענייננו, שאיננו לקוח מהאמנה האירופית. מדובר בסעיף 26 לחוק ההגבלים העסקיים, הקובע: "לעניין חוק זה יראו כמונופולין ריכוז של יותר ממחצית מכלל אספקת נכסים או מכלל רכישתם, או של יותר ממחצית מכלל מתן שירותים, או מכלל רכישתם, בידיו של אדם אחד[...]". משמע שהאיסור או המגבלה הנוגעים להסדרי קשירה חלים על כל יצרן המחזיק ביותר מחמישים אחוזים מנתח שוק מסוים.

סעיף 29א(ב)(4) עמד לפרשנות בית הדין להגבלים עסקיים בעניין ידיעות אחרונות.<sup>132</sup> בעניין זה עמדה למבחן בית הדין החלטתו של עיתון "ידיעות אחרונות", שהוכרו על ידי הממונה על ההגבלים העסקיים כמונופול בשוק העיתונות היומית בשפה העברית, להפיץ את המקומונים של העיתון באמצעות צירופם לגיליון סוף השבוע הארצי. מדובר היה בצירוף פיזי של המקומון לעיתון סוף השבוע, במובן זה שהמקומון צורף למקבץ המוספים של העיתון כעוד מוסף. באזורים מסוימים צורף המקומון בחינם, ובאזורים אחרים נדרשו הצרכנים לשלם בעבורו מחיר חלקי או מלא. הממונה על ההגבלים העסקיים התנגד לצירוף, שכן לטענתו באמצעות הצירוף העיתון ממנף את כוחו המונופוליסטי משוק העיתונות הארצית לשוק העיתונות המקומית, וכי מינוף כשלעצמו אסור. בנוסף טען הממונה כי מדובר למעשה בקשירת מוצרים אסורה.<sup>133</sup> הממונה טען שבדומה לדין בארצות הברית גם בישראל קשירת מוצרים על ידי יצרן מונופוליסטי אסורה פר סה, ועל כן כדי לאסור את הקשירה אין צורך להוכיח פגיעה בצרכנים, וכי כל שיש להוכיח הוא שאכן נעשתה קשירה על ידי העיתון.<sup>134</sup> בנוסף טען הממונה כי מכל מקום, "ידיעות אחרונות" פוגע באמצעות הקשירה במתחריו בשוק

131 התשמ"ח-1988 (להלן: החוק).

132 לעיל ה"ש 10.

133 שם, פס' 4-8.

134 שם, פס' 124.

שאינם יכולים להציע את המקומון שלהם בחינם, ובכך פוגע בתפוצתם.<sup>135</sup> הממונה טען לפגיעה במתחרים גם בשוק העיתונות הארצית היומית וגם בשוק העיתונות המקומית. אשר לשוק העיתונות הארצית היומית טען הממונה כי הקשירה עשויה לפגוע למשל ברשת שוקן, המוציאה לאור של העיתון היומי "הארץ" (כמו גם של מקומונים באזורים שונים), אשר תיפגע גם בתפוצתה בשוק העיתונות היומית וגם בשוק המקומונים ובסופו של דבר עלולה להיסגר. בדומה לכך ייפגעו גם המקומונים העצמאיים, שלא יוכלו להתחרות במקומונים של "ידיעות אחרונות" המצורפים לעיתון יום השישי. כמובן, כך ממשיכה טענת הממונה, לאחר שהמתחרים יוצאו מן השוק "ידיעות אחרונות" צפוי להעלות את המחיר לרמת המחיר המונופוליסטי גם בשוק העיתונות המקומית נוסף על המחיר בשוק העיתונות הארצית היומית. פגיעה נוספת נגרמת, כך אליבא דממונה, לציבור הצרכנים שנאלץ לקבל את המקומון של "ידיעות אחרונות" ללא כל בחירה חופשית.<sup>136</sup>

למול טענותיו של הממונה על ההגבלים העסקיים טען "ידיעות אחרונות" כי שיווק המקומונים שלו באמצעות צירופם לעיתון הארצי חוסך בעלויות השיווק של המקומונים וכן תורם לאיכות המוצר ולמידת האטרקטיביות שלו מנקודת ראותו של הצרכן.<sup>137</sup> בית הדין להגבלים עסקיים דחה את עמדת הממונה שלפיה מוכרת בארצות הברית ובאירופה עילת "מינוף" עצמאית, ועל כן פסק כי אין להכיר בעילה זו כעילה עצמאית גם על סמך חוק ההגבלים העסקיים הישראלי.<sup>138</sup> באשר לשאלת הפגיעה במתחרים פסק בית הדין כי לא הוכחה הפגיעה במתחרים באמצעות צירוף המקומונים של "ידיעות אחרונות" לעיתון הארצי, שכן לא הוכח שהצירוף האמור הקטין את מידת החשיפה של המקומונים של רשת שוקן למשל. עוד פסק בית הדין כי צירוף המקומונים לעיתון הארצי היטיב עם הצרכן ואף הפחית עבורו את עלויות רכישת עיתוני סוף השבוע, הפחתה שתאפשר לחלק מהצרכנים לרכוש גם מקומונים מתחרים בזכות ההכנסה הפנויה הנובעת מן הצירוף.<sup>139</sup>

באשר לעניין הקשירה פסק בית הדין כי מקומון ועיתון יומי ארצי הם שני מוצרים נפרדים,<sup>140</sup> וכי צירוף המקומון חינם לעיתון הארצי על ידי "ידיעות אחרונות" הוא קשירה מסוג של כפייה כלכלית. לעניין צירוף המקומונים שלא בחינם פסק בית הדין כי

135 שם, פס' 85.

136 שם, פס' 8.

137 שם, פס' 18.

138 הכוונה בעילת "מינוף" עצמאית היא שמינוף כשלעצמו אסור, בלי קשר להיותו מבוצע אגב הסדר קשירה או בכל דרך אחרת. בית הדין דחה את טענת הממונה בדבר הכרה בעילה זו במשפט הזר, ועל כן צמצם את הדין בסוגיית המינוף לגדרי גבולותיה של עילת הקשירה. וראו הדין שם, פס' 68–84.

139 שם, פס' 104–109.

140 שם, פס' 171.

אין תימוכין עובדתיים שמדובר בקשירה באמצעות כפייה כלכלית.<sup>141</sup> עם זאת הכריע בית הדין כי הקשירה איננה קשירה אסורה, וכי היא איננה עומדת בניגוד להוראות סעיף 29א(ב)(4) לחוק, מכיוון שהפכה למקובלת בשוק ולנוהג גם אצל מתחריו של "ידיעות אחרונות" – עיתון "מעריב" ועיתון "הארץ" – במועד מתן פסק הדין.<sup>142</sup> חשוב לציין כי בית הדין נעזר בפרופסור גרונאו כמומחה מטעמו כדי לקבוע, כלעיל, שאכן הקשירה היטיבה עם הצרכנים (באפשרה להם לרכוש מוצר טוב ואיכותי יותר). אך עם זאת בית הדין לא נעזר בקביעה זו לצורך הכרעתו, ועל כן אי אפשר לפרש את פסק הדין כמכיר במפורש בהצדקת יעילות להסדרי קשירה.

### (ג) הביקורת על הדין האירופי ועל הדין בישראל

המחוקקים האירופי והישראלי ניסחו את הכללים לבחינת הסדרי קשירה מתוך מודעות מסוימת לפוטנציאל המיטיב שלהם, ולכן מלכתחילה לא נקבע איסור פר סה בעניינם. עם זאת נקודת המוצא היא שהסדרי הקשירה המונהגים על ידי יצרנים דומיננטיים ומונופוליסטיים אסורה, אלא אם סוג הקשירה הנבחן נהוג בשוק או שקשירת המוצרים יחדיו "טבעית". באירופה התווספה עוד הגנה על פי הנחיות הרשות האירופית והיא הגנת הצדקת היעילות, אם כי בפסק הדין בעניין מיקרוסופט האירופי נקט בית המשפט עמדה שבמידה רבה רוקנה מתוכן את ההגנה. עמדה זו של המחוקקים באירופה ובישראל נראית עדיפה בעיניי על פני עמדת הדין בארצות הברית, אך גם היא אינה חסינה לביקורת. אמנם הגישה האירופית-ישראלית מכירה בהצדקות או בהגנות מסוימות לקיומן של הסדרי קשירה המיושמים על ידי יצרנים דומיננטיים או מונופוליסטיים, אך בכל זאת רבים מן התרחישים הרצויים והמועילים של הסדרי קשירה ייפסלו על ידיה, כפי שאנסה להמחיש להלן.

אתחיל בבחינת ההצדקה להסדרי קשירה ככל שהם נוגעים מטבעם לנושא ההתקשרות. בישראל ובאירופה תאושר הקשירה אם היא נוגעת מטבעה לנושא ההתקשרות. בהקשר זה אפשר שיתעורר קושי לקבוע בזמן אמת (מועד הקשירה) אם באמת קשירת המוצר הנקשר נוגעת מטבעה למוצר הקושר, וייתכנו מקרים שבהם במועד הקשירה היא לא תיראה "טבעית". למשל, אפשר שקשירתו (באמצעות קשירה טכנית) של מכשיר טלפון סלולרי למצלמה לא תיראה "טבעית" במועד הקשירה, אך כן תיראה "טבעית" לאחר תקופת זמן מסוימת שבה ציבור הרוכשים יבין ויפנים את התועלת שבצירוף המוצרים. אם בתי המשפט ורשות ההגבלים יחליטו על פי מה שנתפס כטבעי במועד הקשירה, אזי השוק צפוי להפסיד את ממד החדשנות הרצוי שהקשירה היא כלי חשוב לקידומו. יתר על כן, בשוק שבו פועל יצרן דומיננטי או אפילו מונופוליסטי ייתכן שלא יהיו בנמצא יצרנים אחרים שיוכלו להוביל לקדמה ולהפיכת הקשירה לטבעית או

141 שם, פס' 158–163.

142 שם, פס' 181–182.



למקובלת, ועל כן אם נתרכז בהיבט זה בסקירת העבר, נחמיץ את האפשרות לחדשנות.<sup>143</sup> נוסף על כך, והדברים אמורים בעיקר בכל הנוגע לדין בישראל, חסרה הגדרה ברורה לביטוי "תנאים אשר מטבעם [...] נוגעים לנושא ההתקשרות".<sup>144</sup> כיצד על בית המשפט, או על רשות ההגבלים העסקיים, להכריע אם אמנם התנאים מטבעם נוגעים לנושא ההתקשרות? דומה שבהיעדר הגדרה ברורה שתוכל להנחות את בתי המשפט ואת רשות ההגבלים, תהיה ההכרעה אינטואיטיבית ולא אחידה, ותוביל לחוסר ודאות בלתי רצוי בשווקים.

הסדרי הקשירה יאושרו גם אם הם תואמים "תנאי מסחר מקובלים".<sup>145</sup> מנימוק זה אושרה למשל פעולת הקשירה בפסק דינו של בית הדין ההגבלים עסקיים בעניין ידיעות אחרונות.<sup>146</sup> גם בהקשר זה מתעוררים כמה קשיים מטרידים: ראשית, ייתכן שהחלטת בית המשפט תינתן בטרם תהפוך הקשירה להיות תנאי מסחר מקובל, ולא ראוי ולא נכון שהכרעת הדין תהיה קשורה למועד שבו היא ניתנה. למשל, אם יתארך ההליך המשפטי ויתעכב ניסוח פסק הדין, תגדל ההסתברות שהקשירה תהפוך למקובלת ולכן תאושר, ולעומת זאת אם ההליך יתנהל במהירות וביעילות, אפשר שהקשירה תיאסר רק בשל כך; שנית, ייתכן שהקשירה לא תהפוך למקובלת בשוק מכיוון שהיצרן המונופוליסטי הוא היחיד בנמצא, ואילו היו יצרנים נוספים הם היו מאמצים את הקשירה והופכים אותה למקובלת. בכך אין כדי להעיד שהקשירה מבחינה עקרונית ומהותית אינה רצויה ואינה פועלת לטובת ציבור הצרכנים, אך בכל זאת היא עשויה להיפסל; שלישית, גם אם הקשירה לא הפכה למקובלת, אין להעניש בשל כך את היצרן. לעתים רבות מיזמים אינם מצליחים וענישת יזמת קשירה שלא הצליחה ולא הפכה למקובלת בשוק תוביל לפגיעה בתמריץ היזמי; לבסוף, בהגנה זו יש כדי להביא לידי אישור הסדרי קשירה שנועדו להקל על תיאום אוליגופולי, וזאת מעצם העובדה שלשם התיאום יישמו כל היצרניות המעורבות את הסדרי הקשירה ובכך יהפכו ההסדרים ל"מקובלים" בשוק.<sup>147</sup>

באשר להגנת היעילות אשר אמורה להיות מונהגת באירופה,<sup>148</sup> הרי שדומה שמדובר בצעד בכיוון הנכון בכל הקשור להתאמת הדין המצוי לתובנות הכלכליות העדכניות הרואות בהסדרי קשירה רבים מקור לקידום היעילות, אך צעד זה עדיין אינו מספק. אם הסדר הקשירה חדשני, ועדיין איננו נתפס כקשירה "טבעית" וטרם הפך למקובל, יהיה על היצרן הקושר לעמוד בנטל הוכחה משפטי כדי ליהנות מהגנת היעילות. דא עקא,

143 ראו למשל VAN BAEL & BELLIS, לעיל ה"ש 122, בעמ' 862.

144 ס' 29א(ב) (4) לחוק ההגבלים העסקיים.

145 שם.

146 ראו עניין ידיעות אחרונות, לעיל ה"ש 10.

147 אם כי יש לסייג אמירה זו בכך שאם הסדר הקשירה בשוק נועד לקידום שיתוף פעולה אוליגופולי או קרטליסטי, אזי אפשר שייפסל בשל היותו הסדר כובל אסור.

148 אך ראו את הפרשנות המצמצמת שקיבלה בפסק הדין בעניין מיקרוסופט האירופי, לעיל ה"ש 126.

שבעולם העסקי מעטות הן ההחלטות שמתקבלות על סמך נתונים וראיות ברמה הנדרשת לעמידה בנטל הוכחה משפטי. מרבית ההחלטות העסקיות הלגיטימיות והמועילות מתקבלות על סמך אינטואיציה, תחושה או פשוט "חוש עסקי", וכן על יסוד עובדתי וכלכלי שאינו עומד בסף הדרישה המשפטית.<sup>149</sup> בנוסף, לאנשי עסקים שאינם שולטים ב"ז'רגון" המשפטי ולעתים אף לא בזה הכלכלי קשה להסביר מדוע בדיוק הם נוקטים בפרקטיקה עסקית מסוימת, ולעתים הם עצמם אינם יודעים מהי הסיבה שבגינה הפרקטיקה רווחית מבחינתם.<sup>150</sup> כמו כן הספרות הכלכלית והניסיון מראים שלעתים חולפים כמה עשורים עד שהתאוריה הכלכלית מבינה שפרקטיקות עסקיות מסוימות הן למעשה יעילות ומועילות בניגוד למה שנהוג היה לחשוב בעבר.<sup>151</sup> היות שיצרנים דומיננטיים נדרשים לעמוד בסף המשפטי הגבוה כדי להצדיק הסדרי קשירה חדשניים ומועילים, מטיל הדין נטל מכביד שסביר שיוביל להרתעת יתר ולהימנעות מהסדרי קשירה מועילים רבים, כמו גם לפסילתם של הסדרים מועילים רבים על ידי בתי המשפט.<sup>152</sup> על כך יש להוסיף כי חוק ההגבלים העסקיים הישראלי הוא גם בעל ממד פילי, ובכך גדלה הסכנה להיווצרותה של הרתעת היתר האמורה.<sup>153</sup>

לבסוף, בהקשרו של חוק ההגבלים העסקיים הישראלי, הרי שכאמור לעיל מונופול מוגדר בסעיף 26 לחוק כיצרון המחזיק במעל לחמישים אחוזים מנתח השוק הרלוונטי, אולם למעשה קיימים יצרנים רבים המחזיקים בנתח שוק כאמור אשר בפועל אין בידהם כוח מונופוליסטי.<sup>154</sup> בכך למעשה מוטלת ההגבלה על יישום הסדרי קשירה גם על

149 וראו התייחסותו של מילטון פרידמן המובאת אצל בורק ולפיה אנשי עסקים משולים לשחקני ביליארד השולטים בעקרונות פיזיקליים מורכבים מתוך אינטואיציה אך מבלי שהם יודעים לנסחם או לחשבם באופן פורמלי-מתמטי. ראו BORK, לעיל ה"ש 15, בעמ' 120. ראו גם Frank H. Easterbrook, *The Limits of Antitrust*, 63 TEX. L. REV. 1, 5 (1986).

150 ראו Frank H. Easterbrook, *On Identifying Exclusionary Conduct*, 61 NOTRE DAME L. REV. 972, 975-976 (1986). אמנם לחברות גדולות יש בדרך כלל מחלקה משפטית, אך ההחלטות העסקיות מתקבלות על ידי דרגי הניהול העסקי שאינם בהכרח בקיאים במינוחים המשפטיים והכלכליים הנוגעים לניתוח דיני ההגבלים העסקיים. מובן שסביר יהיה להניח כי באותן חברות גדולות החלטות המתקבלות על סמך אינטואיציה תהיינה שכיחות פחות, אבל בכל זאת הבסיס לקבלת מרבית ההחלטות לא יהיה כזה שיכול להביא לעמידה בנטל הוכחה משפטי.

151 ראו למשל: Ronald H. Coase, *Durability and Monopoly*, 15 J.L. & ECON. 1143 (1972); Scott E. Masten & Edward Snyder, *United States v. United Shoe Machinery Corporation: On the Merits*, 36 J.L. & ECON. 33 (1993).

152 ראו Steven Semeraro, *Should Antitrust Condemn Tying Arrangements that Increase Price Without Restraining Competition?*, 123 HARV. L. REV. F. 30, 35 (2010).

153 ראו ס' 47(א)(4) לחוק ההגבלים העסקיים.

154 ראו למשל ברק אורבך "מטרות דיני ההגבלים העסקיים: הלכה למעשה" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים כרך א 63, 88-89 (מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים, 2008). יצוין שייתכנו מקרים מיוחדים שבהם יצרן המחזיק בנתח שוק הנמוך מחמישים אחוזים יוכל להפעיל כוח

יצרנים שככל הנראה אין בכוחם כלל לפגוע בתחרות (ההנחה היא שליצרן שאינו מחזיק בכוח שוק אין אפשרות לכפות על צרכנים עסקה שאינם מעוניינים בה), ובכך נמנעים הסדרי קשירה מועילים רבים שהם למעשה חסרי כל פוטנציאל אנטי-תחרותי.

## ג. הדין הרצוי

בפרק זה אנסה להציג שתי גרסאות לרפורמה הרצויה בתחום דיני ההגבלים העסקיים בהקשרם של הסדרי הקשירה. הרפורמה האחת מקיפה מחברתה וכוללת שינוי חקיקה, והיא שיכולה להוביל ליישומו של כלל משפטי התואם את יתרונותיהם הרבים של הסדרי הקשירה, אך גם את האפשרות שהסדרים יפגעו בתחרות ובצרכנים. במסגרת רפורמה זו אציע ליישם גרסה משולבת של כלל הסבירות, הקוואזי פר סה וחוקיות הפר סה, כפי שארחיב בהמשך הדברים. הרפורמה החלופית שאציע אינה כוללת שינוי בחקיקה אלא מתווה פרשנות מסוימת לחקיקה הרלוונטית הנוכחית, כזו שתהפוך אותה לתואמת יותר את התובנות הכלכליות העדכניות בכל הנוגע להשפעתם של הסדרי הקשירה. במסגרת רפורמה זו אציע לאמץ את כלל הקוואזי פר סה, שכפי שארחיב בהמשך הדברים, מעניק הגנה מסוימת להסדרי קשירה בעלי הצדקת יעילות. עם זאת אציין כבר עתה שהרפורמה החלופית היא בבחינת העדיפות השנייה, ואין בה מענה שלם ומלא לביקורת שהוצגה בכל הנוגע לדין הקיים, אך היא מציגה שיפור מסוים לגבי מצב הדברים הנוהג, ועל כן עדיפה עליו.

### 1. המבחנים המשפטיים הפוטנציאליים השונים ליישום במסגרת הסדרי הקשירה

בתת פרק זה אסקור את המבחנים המשפטיים השונים שאפשר להשתמש בהם לצורך ניתוח שאלת חוקיותם של הסדרי הקשירה. בסקירה זו יוצגו בתמצית מבחני ה"פר סה",

שוק ניכר, ואכן ס' 26(ג) לחוק ההגבלים העסקיים מאפשר לשר המסחר והתעשייה להחיל את הוראות פרק המונופולין שבחוק גם על יצרנים כאמור אם קיבל את המלצת הממונה על ההגבלים העסקיים לכך. עקרונית, ההגדרה הכלכלית לכוח שוק היא היכולת להעלות מחירים באופן רווחי מעל לרמת המחיר התחרותי לפרק זמן ממושך, או יכולת דומה לדחוק מן השוק מתחרים. זו ההגדרה הכלכלית המקובלת והיא אומצה בארצות הברית גם להיות ההגדרה המשפטית הנוהגת. המחוקק הישראלי בחר בדרך חלופית (קביעת סף של נתח שוק מינימלי) שביקורת רבה, ומוצדקת לדעתי, נמתחה עליה. מומלץ שהמחוקק ייתן דעתו על ביקורת זו ויתקן את חוק ההגבלים העסקיים כמתבקש, אך מפאת קוצר היריעה לא ארחיב את הדיון מעבר לאמור. רק כדי להבהיר אציין כי הצעה העומדת בבסיס מאמר זה רלוונטית גם להגדרת המונופולין הנוכחית, וגם אם זו תשונה באופן שתתאים להגדרה הכלכלית המוכרת.

הכוללים את מבחן "איסור הפר סה" ואת המבחן המנוגד – "חוקיות הפר סה" – ולאחר מכן יוצגו שני המבחנים המרכזיים יותר – מבחן ה"קוואזי פר סה" ומבחן ה"סבירות".

#### (א) מבחני הפר סה

כפי שנוכחנו מן הדיון בפרק ב לעיל, מבחן איסור הפר סה הוא הנוהג בארצות הברית בהקשרם של הסדרי הקשירה.<sup>155</sup> כלל איסור הפר סה נועד למנוע פעילות שהיא ברובה המכריע מזיקה, וזאת כדי לפשט את ההליכים המשפטיים ולהזילם וכן כדי ליצור ודאות בשוק בנוגע למותר ולאסור. מן הסקירה הכלכלית שבפרק א ומן הביקורת שהועלתה נגד הדין הנוהג בארצות הברית לעיל בפרק ב עולה שמכיוון שלהסדרי הקשירה פוטנציאל חיובי ותחרותי רב, אין הצדקה ליישום מבחן זה בענייננו.

המבחן ההפוך הוא מבחן חוקיות הפר סה. לפי מבחן משפטי זה ההתנהגות הרלוונטית תמיד תהיה חוקית. למעשה הכלל מבוסס על חזקה משפטית חלוטה שלפיה התנהגות מסוימת היא תמיד, או למצער כמעט תמיד, מועילה ורצויה, ולכן כדי למנוע התדייניות מיותרות וכן כדי למנוע הרעת-יתר, ההתנהגות תותר באופן גורף. יישום מבחן זה בהסדרי הקשירה הוצע למשל על ידי פרופסור בורק, המשוך לזרם של אסכולת שיקגו,<sup>156</sup> אך לא זכה לתמיכה נרחבת בשל הפוטנציאל האנטי-תחרותי הבלתי מבוטל של הסדרי הקשירה שהוצג גם הוא בפרק א לעיל. בשל פוטנציאל אנטי-תחרותי זה דומה שגם כלל משפטי זה איננו מתאים ליישום גורף בהסדרי הקשירה. עם זאת, כפי שארחיב להלן, קיים תרחיש קשירה ספציפי שהפוטנציאל האנטי-תחרותי שלו זניח, ולמעשה כמעט שאינו קיים. מדובר בתרחיש שבו השימוש במוצרים המשלימים הקשורים נעשה ביחס קבוע ואשר אינו מוביל לסגירה ניכרת של שוק המוצר הנקשר. בתרחיש זה יהיה מוצדק ליישם את מבחן חוקיות הפר סה.

#### (ב) מבחן הקוואזי פר סה

מבחן הקוואזי פר סה, אשר התומך הבולט ביישומו הוא פרופסור אלהוג'ה, הוצג על ידיו במאמרו החשוב שפורסם לאחרונה.<sup>157</sup> המבחן מבוסס על ההנחה שהסדרי הקשירה הם

155 יש לסייג אמירה זו בכך שהאיסור חל רק אם יוכח קיומו של כוח שוק של היצרן הקושר בשוק המוצר הקושר, וכן בכך שקיימות החלטות של בתי משפט נמוכים בארצות הברית שהכירו בהצדקת יעילות במקרים מסוימים.

156 ראו BORK, לעיל ה"ש 15, בעמ' 380–381. גישה זו התבססה על ההנחה כי להסדרי קשירה כמעט לא יכולות להיות השפעות בלתי רצויות על התחרות ועל התועלת המצרפית, בשל תאוריית הרווח המונופוליסטי היחיד. אולם כיום, ולאור כתיבה המשויכת לאסכולת פוסט-שיקגו אשר לימדה אותנו כי ייתכן בהחלט שלהסדרי הקשירה יהיו השפעות בלתי רצויות, דומה שעמדה זו לא זכתה לתמיכה רחבה. ראו התייחסותו של אלהוג'ה לכלל זה: Elhauge, לעיל ה"ש 18, בעמ' 399.

157 ראו שם, אם כי חשוב לציין בהקשר זה כי גם פרופסור אלהוג'ה מציע ליישם את מבחן הסבירות במקרים שבהם מתקיימים שני התנאים האלה: (1) השימוש במוצרים נעשה "בחבילה אחת"

אמנם בעלי פוטנציאל מועיל וחשוב אבל גם בעלי פוטנציאל מזיק ואנטי-תחרותי רב, והכף נוטה לכיוון הפוטנציאל השלילי שלהם כאשר הם ננקטים על ידי יצרן מונופוליסטי.<sup>158</sup> על כן, כך גורסים התומכים ביישומן, יידרש הטוען נגד ההסדר ראשית להוכיח קיומו של כוח שוק ניכר של היצרן הקושר בשוק המוצר הקושר, וכן כי הקשירה מובילה לסגירה שאיננה "בלתי משמעותית" בשוק המוצר הנקשר, ואם יעמוד בנטל זה, תקום חזקת אי-חוקיות של ההסדר שלפיה הוא מזיק, ולפיכך יהיה על היצרן הקושר להוכיח הצדקת יעילות כדי לסתור חזקה זו.<sup>159</sup> דומה שסקירת הדין האירופי שבפרק ב לעיל מלמדת שלמעשה דין האיחוד האירופי מאמץ במידה רבה את יסודות מבחן הקוואזי פר סה. בהקשר זה חשוב לציין כי בניגוד לדין האירופי, פרופסור אלהוג'ה, שהוא התומך הבולט בכתיבה האקדמית במבחן זה, אינו תומך ביישומן בכלל תרחישי הקשירה האפשריים אלא אך ורק בתרחישי הקשירה שבהם יחס השימוש במוצרים הקשורים אינו קבוע.<sup>160</sup> בשל הקושי העקרוני להוכיח הצדקות של יעילות (שכן מדובר בהוכחה כלכלית מורכבת ולא פשוטה כלל) מעניק מבחן הקוואזי פר סה יתרון רב לתובע בהליכים המשפטיים נגד הסדרי הקשירה. כאמור לעיל, יתרון שכזה עשוי להיות מוצדק כאשר ההנחה היא כי מרבית הסדרי הקשירה מזיקים. אם זו איננה ההנחה, יוביל המבחן לפגיעה בהסדרים רצויים ומועילים.

#### (ג) מבחן הסבירות (the Rule of Reason)

מבחן הסבירות הוא המבחן הנפוץ בתחום דיני ההגבלים העסקיים בארצות הברית. הוא נועד ליישום בתרחישים שבהם התנהגות מסוימת עשויה להיות מועילה ותחרותית בנסיבות מסוימות, אך מזיקה ואנטי-תחרותית בנסיבות אחרות, ואין הטיה ברורה לטובת התרחישים האנטי-תחרותיים והמזיקים.<sup>161</sup> בעיקרון, כלל משפטי זה בוחן לעומק כל מקרה לגופו תוך ניתוח כלכלי מקיף באשר לתוצאות של ההתנהגות ולהשפעותיה על השוק, על המתחרים ועל הצרכנים. מבנה ההוכחה הכללי של מבחן הסבירות פועל

ובפרופורציות קבועות; (2) אין לכל אחד מהמוצרים שימוש בנפרד. ראו שם, בעמ' 402, 443. יתר על כן, כאשר נוסף על שני התנאים דלעיל מתקיים גם תנאי שלישי: כאשר הקשירה אינה "סוגרת" סגירה ניכרת את שוק המוצר הנקשר, אזי אליבא דאלהוג'ה עליה להיות חוקית פר סה. שם, בעמ' 402.

158 אך כפי שעולה מן הדיון בפרק א לעיל, הנחה זו אינה מבוססת בכל הנוגע לחלקם הגדול של תרחישי הקשירה האפשריים.

159 ראו Elhauge, לעיל ה"ש 18, בעמ' 420. חשוב לציין בהקשר זה כי ייתכן שנטל ההוכחה הראשוני לא יהיה פשוט כלל ועיקר, כשעיקר הנטל מצוי בהוכחת כוח השוק המונופוליסטי של היצרן הקושר.

160 ראו שם, בעמ' 401–402.

161 כך למשל מיושם המבחן בארצות הברית במרבית ההסדרים האופקיים (למעט בהסדרים שהם "כבילות עירומות"), בהסדרים אנכיים (ובכללם קביעת מחיר אנכית, חלוקת שוק גאוגרפית אנכית, הסדרי בלעדיות ועוד) וכן בניתוח מיוזמים.

כדלקמן: בשלב הראשון על התובע הטוען נגד יישומה של ההתנהגות בבחינה (בענייננו מדובר בהסדר הקשירה) להוכיח הוכחה מקדמית כי ההתנהגות פוגעת בתחרות. לשם כך על התובע להציג את התאוריה המראה שהתחרות עלולה להיפגע מההתנהגות הנבחנת; להראות כי התאוריה תואמת את מערך הנסיבות של המקרה הנדון; ולהוכיח כי האיום על התחרות ממשי. אם התובע עמד בנטל זה מבלי שהצליח הנתבע לקעקע אותו, יהיה על הנתבע להוכיח בשלב השני כי עומדת לטובתו הגנת יעילות. משמע שההתנהגות הנבחנת מקדמת למעשה יעילות היכולה לבוא לידי ביטוי למשל בשיפור המוצר, בהפחתת עלויות ייצור או שיווק, בהגנה על המוניטין וכד'. אם עמד הנתבע בנטל זה, יוחזר הנטל אל התובע להוכיח כי בבחינת ההשפעות הנוגדות גוברת ההשפעה האנטי-תחרותית על ההשפעה המועילה, או לחלופין להוכיח כי תועלת בהיקף דומה יכולה להיות מושגת בעלויות דומות באמצעים חלופיים שפגיעתם בתחרות פחותה.<sup>162</sup> מן הדברים עד כה עולה אפוא כי קיים קשר על פי מבחן הסבירות בין מידת החומרה של הפגיעה הנטענת בתחרות לבין מידת התועלת הנטענת כהגנה. ככל שהפגיעה הנטענת תוכח כחמורה יותר, כך יידרש היצרן הקושר בהתאמה להוכיח כי הקשירה היא בעלת הצדקת יעילות רבה ומהותית יותר. מבחן הסבירות, לעומת מבחן הקוואזי פר סה, מעניק את היתרון המובהק לנתבע, שכן קיים קושי בסיסי להוכיח כעניין מקדמי פגיעה בתחרות או בצרכנים. הוכחה שכזו מצריכה ניתוח כלכלי מורכב, שפעמים רבות אינו מצליח להוביל למסקנות ברורות ומשכנעות. על כן במידה רבה לסיווג המקדמי באשר למבחן שיש ליישמו בנייתוח הסדרי קשירה – מבחן הקוואזי פר סה או מבחן הסבירות – חשיבות רבה לתוצאה הסופית של ההליך.

בהקשר זה חשוב לציין כי מקובלת התפיסה בקרב כמה מן המלומדים הבולטים התומכים ביישום מבחן הסבירות בסוגיית הסדרי הקשירה כי בהיעדר סגירה ניכרת של שוק המוצר הנקשר, לא יכולה להיות מלכתחילה פגיעה מספקת בתחרות, ועל כן קשירה בנסיבות אלה צריכה להיות חוקית.<sup>163</sup> לעומת זאת בתרחישי הקשירה הסוגרים נתח ניכר משוק המוצר הנקשר דומה שאותם מלומדים מציגים עמדה הקרובה לזו של פרופסור אלהוג'ה, התומך בעניינם ביישום מבחן הקוואזי פר סה. בתרחישי קשירה אלו מציעים המלומדים האמורים התומכים ביישום מבחן הסבירות שדי יהיה אם התובע הטוען נגד יישום הסדר הקשירה יוכיח כי היצרן הקושר הוא מונופוליסט, וכי הסדר הקשירה סוגר נתח ניכר משוק המוצר הנקשר כדי לעמוד בנטל ההוכחה הראשוני בדבר הפוטנציאל

162 לדין כללי על יישום מבחן הסבירות ראו AREEDA & HOVENKAMP, לעיל ה"ש 29, ¶¶ 1507–1511. באשר ליישום השלבים בהקשר הסדרי הקשירה ראו שם, ¶¶ 1728c, 1729; וכן עניין *Microsoft*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 58–59.

163 ראו למשל AREEDA & HOVENKAMP, לעיל ה"ש 29, ¶ 1729. בעניין זה ניטשת המחלוקת העיקרית בין פרופסור אלהוג'ה ובין מלומדי אסכולות שיקגו והרוורד בכל הנוגע למבחן הראוי ליישום בהסדרי הקשירה. למחלוקת זו אתייחס בהרחבה להלן, בתת הפרק הבא.

האנטי-תחרותי הגלום בהסדר האמור. כלומר, בתרחישים אלו לא יידרש התובע להוכיח באופן קונקרטי כיצד נפגעת התחרות אלא תיושם חזקה שלפיה הסדר קשירה בנסיבות האמורות פוגע בתחרות.<sup>164</sup> בשלב זה, לפי יישום מבחן הסבירות, יהא על היצרן הקושר הנתבע להוכיח את הצדקת היעילות, ואם יעמוד בנטל זה יועבר הנטל אל התובע להוכיח כי שיפור היעילות אינו שקול לפגיעה האנטי-תחרותית, או כי אפשר להשיג התייעלות דומה באמצעות פרקטיקות פוגעניות פחות ובעלות דומה.

עוד חשוב לציין שבאופן עקרוני אפשר להציע יישום מקל יותר עם היצרן הקושר למבחן הסבירות. לפי יישום זה, גם אם הסדר הקשירה מוביל לסגירה ניכרת של שוק המוצר הקושר, עדיין יהיה על הטוען נגד ההסדר להוכיח באופן קונקרטי את פוטנציאל הפגיעה הגלום בו. במידה מסוימת אפשר לראות בפסק הדין בעניין *Microsoft* בארצות הברית תומך בגישה זו. שם הטיל בית המשפט הפדרלי לערעורים על התובעים להוכיח את קיומה של הפגיעה הנתענת בתחרות ובצרכנים ולא הסתפק לצורך דרישה זו בכך שמיקרוסופט סגרה באמצעות הקשירה חלק ניכר משוק דפדפני האינטרנט.<sup>165</sup>

## 2. המבחן המשולב לניתוח הסדרי קשירה בישראל

בתת פרק זה אציג את המבחן המשפטי הראוי לניתוח הסדרי קשירה בישראל, וזאת על סמך הרקע הכלכלי והתאורטי הכללי, על מאפייני השוק הישראלי כשוק קטן ועל הוראות דיני ההגבלים העסקיים האחרות הנוגעות לענייננו. כפי שיורחב להלן, הצעתי היא ליישום מבחן משולב שבו כלולים רכיבים ממבחן חוקיות הפר סה, הסבירות והקוואזי פר סה, המותאמים כל אחד למערכת נסיבות מוגדרת. בתרחישי קשירה שבהם השימוש במוצרים הקשורים נעשה ביחס קבוע ואשר בהם הקשירה אינה גורמת לסגירה של חלק ניכר משוק המוצר הנקשר אציע ליישם את מבחן חוקיות הפר סה; בתרחישי קשירה שבהם יחס השימוש במוצרים הקשורים אינו קבוע ואשר אינם מובילים לסגירה ניכרת של שוק המוצר הנקשר אציע ליישם את מבחן הסבירות; ובתרחישי קשירה המובילים לסגירה ניכרת של שוק המוצר הנקשר אציע ליישם גרסה של מבחן הסבירות החופפת במידה רבה את יסודות מבחן הקוואזי פר סה. עוד טרם יוצג המבחן המשולב בהרחבה חשוב לציין ולהדגיש כי בעיקרון הקושי לזהות את התרחישים השונים שבהם תיושמה החלופות השונות של המבחן המשולב אינו רב. ראשית, לא קשה במיוחד לבחון אם נעשה שימוש ביחס קבוע, או שמא לא קבוע, בין המוצרים (הקושר והנקשר), שכן העניין מצריך בדיקה אמפירית פשוטה. שנית, הבחינה אם הקשירה סוגרת או צפויה לסגור נתח ניכר משוק המוצר הנקשר, על אף היותה מורכבת יותר, היא נפוצה מאוד בתחום דיני ההגבלים העסקיים, שלרשויות ההגבלים ולבתי המשפט יש ניסיון רב

164 ראו למשל שם, ¶ 1729a.

165 ראו עניין *Microsoft*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 96-97.

ביישומה, והיא מתבססת, ככלל, על פרמטרים גלויים ומדידים (כהיקף נתח השוק הנסגר והתנאים הנדרשים למיצוי יעילות הגודל בשוק המוצר הנקשר). מכל מקום, מכיוון שגם המבחנים החלופיים, קרי מבחן הסבירות ומבחן הקוואזי פר סה (לפחות על פי גרסתו של אלהוג'ה למבחן זה), דורשים הוכחה של סגירת שוק המוצר הנקשר, הרי שאין בדרישה זו כדי להוסיף קושי ייחודי הכרוך ביישום המבחן המשולב המוצע.

(א) תרחישי קשירה שבהם השימוש במוצרים הקשורים נעשה ביחס קבוע ואשר אינם מובילים לסגירת נתח שוק ניכר משוק המוצר הנקשר – אימוץ מבחן חוקיות הפר סה בתרחישים אלו, שבהם מתבצעת קשירת מוצרים שיחס השימוש בהם קבוע (כלומר, קיים יחס קבוע בשימוש במוצר הקושר ובמוצר הנקשר – למשל יחידה אחת מהמוצר הנקשר לכל יחידה מן המוצר הקושר), ואשר אינם מובילים לסגירת נתח שוק ניכר של שוק המוצר הנקשר, אין פוטנציאל רב לפגיעה בתחרות. זאת מכיוון שבנסיבות אלו חלה תאוריית הרווח המונופוליסטי היחיד, כלומר שאי אפשר למנף את הכוח המונופוליסטי גם לשוק המוצר הנקשר (מכיוון שאין סגירה ניכרת של שוק זה), וכמו כן אי אפשר להגדיל את הרווח המונופוליסטי בשביל המוצר הקושר (מכיוון שיחס השימוש בין המוצרים קבוע).<sup>166</sup> לכן אליבא דמלומדי אסכולת שיקגו והרוורד, וגם על פי פרופסור אלהוג'ה, יש לקבוע כי הסדרי קשירה אלו מותרים פר סה. כלומר, יש ליישם חזקה משפטית חלוטה שלפיה הסדרי קשירה בנסיבות האמורות אינם יכולים לפגוע בתחרות או בציבור הצרכנים ועל כן אין להגבילם.

דומה שעניין ידיעות אחרונות מתאים לתרחיש זה. אמנם בית הדין – בבחנו את הסדרי הקשירה שהנהיג "ידיעות אחרונות" – לא בחן במדויק עד כמה הובילה הקשירה לסגירת שוק המוצר הנקשר (שוק המקומונים), אך דומה שקיימות אינדיקציות לסגירה שאינה ניכרת.<sup>167</sup> טעם הדברים נעוץ בכך שראשית, אף על פי ש"ידיעות אחרונות" הוכרו מונופול בשוק העיתונות היומית, הוא לא שלט בכל השוק או כמעט בכלו (שכן בשוק פעלו עוד שני מתחרים גדולים – עיתון "מעריב" ועיתון "הארץ" של רשת שוקן); שנית, בית הדין קבע שרק חלוקת המקומון בחינם היא קשירה, ונוהג זה לא ננקט על ידי "ידיעות אחרונות" בכל המקומות (במקומות מסוימים המקומון שווק במחיר מלא, ובאחרים במחיר חלקי); ושלישית, פגיעתה של הגדלת התפוצה של מקומון "ידיעות אחרונות" בתפוצת המקומונים המתחרים לא הייתה גדולה (ולכן לא הובילה למעשה לסגירת שוק זה). אשר על כן מכיוון שמדובר בקשירה ביחס קבוע (עיתון ארצי אחד ומקומון אחד) שככל הנראה לא הובילה לסגירה ניכרת של שוק המוצר הנקשר, ומשכך היא חסרה את הפוטנציאל האנטי-תחרותי, היה נכון לאשר אותה לפי מבחן חוקיות הפר סה.

166 וראו פירוט התרחישים לעיל בפרק א.

167 ראו עניין ידיעות אחרונות, לעיל ה"ש 10, ס' 10, 88, 109 ו-159 לפסק הדין.



על אף האמור עד כה קיים למעשה תרחיש אחד, מן התרחישים שנסקרו בפרק א לעיל, שבו קשירה בנסיבות שבהן יחס השימוש במוצרים הקשורים קבוע, וכאשר אין סגירה ניכרת של שוק המוצר הנקשר, העשויה להוביל להגדלת הרווח המונופוליסטי. תרחיש זה עשוי להתקיים כאשר מחיר המוצר הקושר נמצא בפיקוח רגולטורי, ובאמצעות הקשירה והעלאת מחיר המוצר הנקשר יוכל היצרן הקושר לעקוף את מגבלת המחיר ולגרוף לכיסו את הרווח המונופוליסטי. עם זאת דומה שהדעה הרווחת היא שדיני ההגבלים העסקיים אינם מתאימים להסדיר את התרחיש האמור מכיוון שנטען שראוי שהרשויות המטילות את פיקוח המחיר הן שיחליטו מה יהיה היקפה של מגבלת המחיר, מה יהיה היקף האכיפה הרצוי, ומה יהיו צעדי האכיפה המתאימים.<sup>168</sup>

**(ב) תרחישי הקשירה שבהם יחס השימוש במוצרים הקשורים אינו קבוע ואשר אינם מובילים לסגירה ניכרת של שוק המוצר הנקשר – אימוץ מבחן הסבירות**

תרחישי הקשירה שבהם יחס השימוש במוצרים הקשורים אינו קבוע ואשר אינם מובילים לסגירה ניכרת של שוק המוצר הנקשר הם שעומדים כיום בבסיס המחלוקת בין מלומדי אסכולות שיקגו והרוורד ובין פרופסור אלהוג'ה. מלומדי אסכולות שיקגו והרוורד, התומכים ביישום מבחן הסבירות בהסדרי הקשירה, מחזיקים בעמדה שלפיה תרחישים אלו אינם ככלל בעלי פוטנציאל אנטי-תחרותי, ומשכך על פי מבחן הסבירות אינם מצריכים התערבות של רשויות ההגבלים העסקיים ושל בתי המשפט. לעומתם, אלהוג'ה רואה פוטנציאל גדול לנזק בתרחישי קשירה אלו, ולכן מציע ליישם בעניינם את כלל הקוואזי פר סה, אשר כאמור מקים חזקה משפטית שלפיה ההסדר מזיק ועל היצרן הקושר להוכיח את קיומה של הצדקת היעילות. למעשה קיימות שתי סוגיות שבהן יש להכריע בהקשר זה: הראשונה היא אם בכלל יש להגביל תרחישי קשירה אלו, ואם המסקנה באשר לסוגיה הראשונה חיובית, עולה הסוגיה השנייה והיא מהי מידת המעורבות הרצויה, כלומר מהו המבחן המשפטי שיש ליישם בהסדרי הקשירה האמורים. כפי שאראה להלן, עמדתי היא עמדת ביניים – אשר לסוגיה הראשונה, התשובה הראויה והמתאימה לדיני התחרות בישראל חיובית, כלומר שהסדרי הקשירה האמורים מצדיקים פיקוח ומעורבות של דיני התחרות, כעמדתו של אלהוג'ה, אך אשר לסוגיה השנייה, דעתי היא שהמבחן הראוי ליישום הוא מבחן הסבירות ולא מבחן הקוואזי פר סה שבו תומך אלהוג'ה. נדון בסוגיות אלה אחת לאחת.

168 ראו AREEDA & HOVENKAMP, לעיל ה"ש 29, ¶ 1729i2.

(1) האם יש להגביל את הסדרי הקשירה שבהם יחס השימוש במוצרים אינו קבוע, ואשר אינם סוגרים נתח משמעותי משוק המוצר הנקשר?  
הנמנים עם אסכולות שיקגו והרוורד תומכים באי-התערבות בהסדרי הקשירה שבהם יחס השימוש במוצרים איננו קבוע ואשר אינם סוגרים נתח ניכר משוק המוצר הנקשר, משתי סיבות עיקריות:

(א) ראשית, כך טוענים תומכי אסכולות שיקגו והרוורד, מטרתם העיקרית של דיני ההגבלים העסקיים היא לקדם את התועלת המצרפית, כלומר להגדיל את ה"עוגה" (המסמלת את גודלו של השוק) עד כמה שאפשר.<sup>169</sup> אלהוג'ה לעומתם מחזיק בעמדה שונה, ולפיה מטרתם העיקרית של דיני ההגבלים העסקיים היא לקדם את התועלת הצרכנית גם אם זו תבוא על חשבון התועלת המצרפית (בכך שתקטין למשל את התועלת היצרנית).<sup>170</sup> חשוב לציין בהקשר זה כי זוהי מחלוקת עקרונית הנוגעת ליישום דיני ההגבלים בכלל, והשפעתה רחבה וחורגת אל מעבר לתחומי מאמר זה. בענייננו המחלוקת יכולה לבוא לידי ביטוי למשל בתרחיש הקשירה שנועד להפלות מבחינה אפקטיבית במחירים בין הצרכנים.<sup>171</sup> מצד אחד בעקבות הסדר קשירה זה היצרן הקושר נוטל לעצמו נתח ניכר מרכיב התועלת הצרכנית, אך מן הצד האחר הפליית המחירים עשויה לאפשר ליצרן הקושר להגדיל את כמות הייצור ובכך לתרום לתועלת המצרפית. הגישה שלפיה התועלת המצרפית חשובה מן התועלת הצרכנית תיטה לראות תרחיש זה בעין אוהדת, אך לעומת זאת אלהוג'ה, המייחס חשיבות רבה יותר לתועלת הצרכנית, יראה אותו בחומרה.<sup>172</sup>

169 ראו למשל BORK, לעיל ה"ש 15, בעמ' 11; POSNER, לעיל ה"ש 15, בעמ' xi, 9-32; William E. Kovacic, *The Modern Evolution of U.S. Competition Policy Enforcement Norms*, 71 ANTITRUST L.J. 377, 464 (2003); Michael S. Jacobs, *An Essay on the Normative Foundations of Antitrust Economics*, 74 N.C. L. REV. 219, 242 (1995). למעשה מלומדי אסכולות שיקגו-הרוורד תומכים ביישום מבחן הסבירות לצורך ניתוח חוקיות הסדרי הקשירה, אך לדידם בתרחישים שבהם אין סגירה ניכרת של שוק המוצר הנקשר לא יכולה להיות מלכתחילה פגיעה שכוזו. על כן יישום מבחן הסבירות בתרחישים אלו יוביל לתוצאה שלפיה דה-פקטו ההסדרים תמיד יהיו חוקיים (חוקיים פר סה). חוקיות הפר סה במקרה זה היא חלק מיישום מבחן הסבירות (כלומר שתוצאת חוקיות הפר סה היא תולדה של יישום מבחן הסבירות בסוג מסויים של תרחישים שבהם הקשירה איננה יכולה להיות מזיקה כלל). לדעתי הטרימינולוגיה בהקשר זה חשובה פחות (האם תמיכת מלומדי אסכולות שיקגו והרוורד נתונה למבחן חוקיות הפר סה או למבחן הסבירות לתרחיש הקשירה שאינם מובילים לסגירה ניכרת), שכן מבחינה מהותית מלומדי אסכולות שיקגו-הרוורד אינם מעוניינים שתהיה כל הגבלה על הסדרי הקשירה שאינם סוגרים נתח ניכר משוק המוצר הנקשר, מכיוון שלדידם הסדרים אלו אינם מובילים לפגיעה הגבילית.

170 Elhauge, לעיל ה"ש 18, בעמ' 435-439.

171 ראו לעיל בתת פרק א.2.(ג).3.

172 ראו Elhauge, לעיל ה"ש 18, בעמ' 435-439.

כאמור, דיון ממצה בסוגיית מטרותיהם של דיני ההגבלים העסקיים חורג מגבולותיו של מאמר זה, אך בשל חשיבותו לענייננו יוצגו הטיעונים העיקריים של שני הצדדים להלן בקליפת האגוז. אלהוג'ה גורס כי יש להעדיף את התועלת הצרכנית על פני זו המצרפית מכיוון שראשית כל רווח יצרני (מונופוליסטי בענייננו) שיושג באמצעות הסדר הקשירה יתכלה בגלל עלות התחרות להשגת כוח השוק מלכתחילה.<sup>173</sup> שנית, כך טוען אלהוג'ה, כשהתנהגות מסוימת אכן מעצימה את התועלת המצרפית, יכול היצרן במרבית המקרים לדאוג שחלק מן הרווחים יוסטו לטובת הרווח הצרכני. לכן סטנדרט של תועלת צרכנית יוביל לכך שאם אכן קיימת תועלת מצרפית להתנהגות, היא תגולגל גם לטובת הצרכנים, אך אם אין היא מובילה להגדלת התועלת הצרכנית, משמע שככל הנראה אין בה תרומה גם לתועלת המצרפית.<sup>174</sup> שלישית, במציאות הגלובלית העכשווית סטנדרט של הגנה על הצרכנים יהיה מענה הולם בידי מדינות יבואניות (כלומר "צרכניות") מפני ניצולן על ידי מדינות "יצרניות".<sup>175</sup> לבסוף הסטנדרט הצרכני, כך אליבא דאלהוג'ה, תואם גם את עקרון הצדק החלוקתי, שכן לטענתו, על פי רוב הצרכנים עשירים פחות מהיצרנים, ולכן תוספת עושר לציבור זה תועיל לו יותר מזו שתופק על ידי ציבור היצרנים העשיר יותר, וזאת על סמך הנחת התועלת השולית הפוחתת של העושר.<sup>176</sup>

לעומתו, מלומדים המשויכים לאסכולות שיקגו והרוורד מצדדים במטרת קידום התועלת המצרפית, שכן לדירם בחירה בין קבוצות שונות (כבחירה בין העדפת קבוצת הצרכנים או העדפת קבוצת היצרנים) היא פוליטית במהותה, ולכן עליה להיעשות בזירה הפוליטית ולא בזו הרגולטורית-משפטית.<sup>177</sup> במענה לטענת קידום הצדק החלוקתי נטען כי ההנחה שהצרכנים עשירים פחות מהיצרנים אינה בהכרח מבוססת, שכן מחד קיימים צרכנים עשירים, ומאידך קיימים בעלי מניות בחברות היצרניות שאינם עשירים כלל. נוסף על כך, רבות מהעסקאות (למעשה כמעט כל העסקאות שבהן אין הצרכן הסופי מעורב) נעשות בין חברות (כלומר בין חברה שמייצרת את המוצר ובין חברה הרוכשת

173 ראו שם, בעמ' 438. הטענה היא כי יצרנים יתחרו ביניהם על המעמד המונופוליסטי, ובמהלכה של תחרות זו יהיו מוכנים להשקיע משאבים המגלמים את הרווח המונופוליסטי הצפוי, ולכן הרווח המונופוליסטי הנוסף שבא מהסדר הקשירה לא יוסיף לתועלת המצרפית, שכן הוא יישחק כולו עוד בשלב התחרות המקדמית להשגת המעמד המונופוליסטי. טיעון זה, לטעמי, מתעלם מהתועלת המצרפית שתושג מהתחרות בין היצרנים על הבכורה המונופוליסטית בכל אותם מקרים שבהם בסופו של דבר אף אחד מהיצרנים לא יצליח להשיג יתרון מוחץ על פני האחרים, והשוק ייוותר תחרותי ואף יהפוך ליעיל יותר מכפי שהיה קודם לכן. בנוסף, אלהוג'ה איננו מביא בחשבון כי להשקעת המשאבים לצורך השגת המעמד המונופוליסטי תיתכן תועלת גם בשווקים אחרים, אם למשל ההשקעה כוללת פיתוחים טכנולוגיים שיכולים לשמש ביותר משוק אחד.

174 שם.

175 שם.

176 שם, בעמ' 439.

177 ראו BORK, לעיל ה"ש 15, בעמ' 110–111.

את המוצר), ולמעשה אין הצדקה להעדיף חברות מסוימות על פני האחרות. מכיוון שאי אפשר לבחון כל מקרה לגופו, ראוי להניח שכל הצדדים ראויים לעושר במידה שוויונית. בנוסף, מוטב לצדד בגישה המצרפית, שכן במקרים רבים יהיה אפשר לדאוג באמצעותה לפצות את הצדדים המפסידים ולהביאם למצב של איזון. לבסוף גם אם מקבלים את ההנחה שיש לחלק משאבים על פי קריטריונים של "צדק", דיני ההגבלים העסקיים אינם מתאימים לצורך זה, ובהקשר זה עדיפים הכלים של מיסוי וסובסידיות לקבוצות החלשות. זאת מכיוון שדיני ההגבלים אינם מבחינים בין צרכן עני לעשיר (או בין יצרנים כאמור), ואין הצדקה שצרכן עשיר יזכה לאותה ההטבה שצרכן עני יזכה לה.<sup>178</sup> טיעון נוסף שהועלה בספרות הכלכלית כנגד אימוץ סטנדרט התועלת הצרכנית מתבסס על כך שהוא מעניק עדיפות להורדת מחירים בטווח הקצר, אך זאת על פני קידום יעילות ארוכת טווח שתוביל בעתיד גם להורדות מחירים לצרכנים.<sup>179</sup>

(ב) נוסף על האמור טוענים מלומדי אסכולות שיקגו והרוורד כי דיני ההגבלים העסקיים נועדו לטפל בהתנהגות שפוגעת בתחרות ולא בהתנהגות שמטרתה מיצוי פוטנציאל הרווח המונופוליסטי. לכן כאשר יצרן מונופוליסטי מבצע הסדר קשירה בנסיבות הנדונות, הוא לכל היותר מגדיל את רווחיו המונופוליסטיים בשוק המוצר הקושר, מבלי לפגוע במבנה התחרותי של שוק המוצר הנקשר (שכן כאמור אנו מניחים שאין סגירה ניכרת של שוק זה). כראיה לביסוס עמדה זו נסמכים מלומדי אסכולות שיקגו והרוורד על עמדת רשויות ההגבלים ובתי המשפט בארצות הברית, שלפיה אין כל מגבלה הגבלית על קביעת מחיר מונופוליסטי, ולמעשה יצרן מונופוליסטי רשאי לקבוע מחיר מונופוליסטי גבוה ככל שיחפוץ.

כאמור, סוגיית מטרות דיני ההגבלים העסקיים חורגת מגבולותיו של מאמר זה, ואי אפשר יהיה לנסות וליישב במסגרתו בין שתי העמדות. אציין כי עמדתי נוטה לכיוון העדפת התועלת המצרפית אם כי גם העמדה השנייה מציגה טיעונים והצדקות בעלי משקל. עם זאת, מבלי לקבוע מסמרות בכל הנוגע למחלוקות עקרוניות אלו באשר למטרותיהם הכלליות של דיני ההגבלים העסקיים, דומה שעמדת המחוקק ודיני ההגבלים העסקיים בישראל נוטים לכיוון עמדתו של אלהוג'ה בסוגיה זו. טעם הדברים נעוץ בכך שסעיף 29א(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים אוסר על יצרן מונופוליסטי לגבות

178 ראו Joseph Farrell & Michael L. Katz, *The Economics of Welfare Standards in Antitrust*, 2 COMPETITION POL'Y INT'L 3, 12-14 (2006); וכרברי הכלכלן הידוע Dennis Carlton: "The proper objective of antitrust should be total surplus, not consumer surplus [...] The fundamental reason is familiar to most economists: it is better to pursue public policies that maximize output and then worry about distributional questions, rather than to pursue inefficient policies". ראו Dennis W. Carlton, *Does Antitrust Need to be Modernized?*, 21 J. ECON. PERSP. 155, 157 (2007).

179 ראו שם, בעמ' 157-158.

מחירים בלתי הוגנים. מפסיקתו של בית המשפט העליון בעניין רייס<sup>180</sup> אפשר להבין שעמדת בית המשפט העליון היא כי מחיר מונופוליסטי עשוי להיחשב בלתי הוגן לצורך סעיף 29א(ב)(1) לחוק,<sup>181</sup> בניגוד לעמדת הדין בארצות הברית בכל הקשור לסוגיית חוקיות המחיר המונופוליסטי. על כן נראה שעל פי הדין בישראל אפשר שגם הסדרי קשירה שכל השפעתם היא להעלות את המחיר המונופוליסטי האפקטיבי (הגם שאין בהם כדי לפגוע במבנה התחרותי של שווקים) לא יהיו חוקיים.<sup>182</sup> אוסיף ואציין שגם אם מאמצים את עמדת מלומדי אסכולות שיקגו והרוורד באשר למטרותיהם של דיני ההגבלים העסקיים, אין המשמעות היא שכל הסדרי קשירה הנדונים תורמים לרווחה המצרפית. כפי שעולה מן הדיון בפרק א לעיל, להסדרים אלו תוצאות אמביוולנטיות, ובנסיבות מסוימות ההשלכות המזיקות עשויות לגבור על אלו המועילות. אמנם נוכחנו בפרק א לעיל גם שככל הנראה במרבית המקרים הסדרי קשירה יובילו לתוצאות חיוביות ורצויות, אך מכך אין להסיק שלא ראוי לנסות ולהגביל את הסדרי קשירה שתוצאותיהם פוגעניות. עם זאת כמובן מידת המעורבות צריכה להיות כזו שלא תוביל להגבלה של הסדרי קשירה המועילים ולהרתעת יתר, ובכך יעסוק הדיון בתת הפרק הבא להלן.

(2) מדוע מבחן הסבירות הוא המבחן המתאים לניתוח הסדרי קשירה שבהם יחס השימוש במוצרים איננו קבוע ואשר אינם סוגרים נתח ניכר משוק המוצר הנקשר? כפי שראינו לעיל, אין הצדקה לפטור באופן גורף את הסדרי קשירה שבנדון מפיקוח הגבלי. עתה עלינו לברור את המבחן המשפטי המתאים ליישום במקרים האמורים. בהקשר זה ומן הדיון שנערך בתת פרק א.3 לעיל עולה שמרבית הסדרי קשירה מועילים ורצויים. בתת פרק זה הדברים אך מתחזקים בכל הנוגע להסדרים שבענייננו, מכיוון שחלק ניכר מן הפוטנציאל האנטי-תחרותי איננו קיים בתרחישים אלו, שכן ההסדרים האמורים אינם מובילים לסגירה ניכרת של שוק המוצר הנקשר, ולכן אין חשש שיובילו לפגיעה במבנה התחרותי של השווקים. לפיכך אין אפשרות למינוף כוח מונופוליסטי (על

180 רע"א 2616/03 ישראלכרט בע"מ נ' רייס, פ"ד נט(5) 701, 711–712 (2005).

181 ראו לעניין זה גם את עמדתו של פרופסור דייוויד גילה, הממונה הנוכחי על רשות ההגבלים העסקיים: Ariel Ezrachi & David Gilo, *Excessive Pricing, Entry, Assessment and Investment: Lessons From the Mittal Litigation*, 76 ANTITRUST L.J. 873 (2010); Ariel Ezrachi & David Gilo, *Are Excessive Prices Really Self-Correcting?*, 5 J. COMPETITION L. & ECON. 249 (2009) Michal S. Gal, *Monopoly Pricing* ראו מונופוליסטי או *as an Antitrust Offense in the U.S. and in the EC: Two Systems of Belief About Monopoly?*, 49 ANTITRUST BULL. 343 (2004).

182 לפיכך אם בעתיד תשתנה הגישה בישראל לסוגיית התמחור המונופוליסטי, יהיה בכך כדי להשפיע גם על יחסו של הדין לתרחישי קשירה אשר בנדון, ולקרבו לעמדת מלומדי אסכולות שיקגו והרוורד.

פי הגדרתו הקלסית של המונח), ואין חשש להעלאת חסמי כניסה לשווקים. על אלה יש להוסיף גם את כל אותם הסדרי הקשירה שאולי יעמדו לבחינה משפטית בשל ההגדרה הרחבה לבעל מונופולין שבסעיף 26 לחוק ההגבלים העסקיים, ואשר אינם מבוצעים על ידי יצרנים המחזיקים בפועל בכוח שוק ניכר. כל זאת כאשר אין כל צמצום בפוטנציאל התחרותי הרב של הסדרי קשירה אלו, הנובע מתרומת היעילות. מכיוון שכך, אין הצדקה לאימוץ מבחן הקוואזי פר סה, המטיל את הנטל המשפטי על הטוען בעד קיום הסדר הקשירה. המבחן המתאים הוא מבחן הסבירות, המטיל את הנטל על התובע הטוען נגד הסדר הקשירה על פי המתכונת שתוארה בתת פרק ג.1.1. (ג) לעיל. על פי מתכונת זו, על התובע להוכיח כי קיימת פגיעה אנטי-תחרותית ניכרת (או שצפויה להיגרם פגיעה כאמור), ואם יעמוד התובע בנטל זה, יעבור הנטל אל הנתבע, ועליו יהיה להוכיח את התקיימותה של הגנת יעילות ניכרת. לבסוף, אם יעמוד הנתבע בנטל הוכחת קיום הגנת היעילות, יחזור הנטל אל התובע להראות כי תועלת היעילות אינה מאזנת את הפגיעה האנטי-תחרותית, או שקיימות חלופות אחרות להשגת יתרונות יעילות דומים ובעלויות דומות שפגיעתן בתחרות פחותה.

בתרחישי הקשירה האמורים, יהיה על התובע לעמוד בנטל הוכחה משמעותי כדי להוכיח את קיומן של ההשפעות האנטי-תחרותיות של הקשירה. כפי שפירטה השופטת נאור בעניין רייס, נטל ההוכחה בתביעה בגין תמחור מונופוליסטי הוא כבד ויהיה קשה מאוד לעמוד בו, מכיוון שקשה מאוד להוכיח מהו המחיר התחרותי בשוק שאיננו תחרותי. אך מבלי לדעת מהו המחיר התחרותי, יהיה קשה לשכנע שמחיר השוק גבוה במידה בלתי הוגנת.<sup>183</sup> לכן יצטרך התובע להוכיח כי הקשירה אכן מובילה להגדלת הרווח המונופוליסטי, ואיננה למשל בבחינת כלי לצורך מדידת שימוש. נוסף על כך יהיה עליו להוכיח כי הרווח הנוסף הוא "בלתי הוגן". נטל הוכחה שכזה ימנע, או למצער יקטין מאוד, את החשש מפני הרתעת-יתר שתוביל לפגיעה בהסדרי קשירה יעילים ורצויים.

(ג) תרחישי הקשירה המובילים לסגירה ניכרת של שוק המוצר הנקשר – אימוץ מבחן הסבירות/קוואזי פר סה

תרחישי הקשירה המובילים לסגירה ניכרת של שוק המוצר הנקשר הם בעלי הפוטנציאל האנטי-תחרותי הרב ביותר. זאת מכיוון שבהם מגולמות האפשרויות למינוף כוח מונופוליסטי ולהעלאת חסמי הכניסה בשוק המוצר הנקשר ובשוק המוצר הקושר, וכן האפשרות לפגיעה ברווח הצרכני כאשר השימוש במוצרים הקשורים אינו נעשה ביחס קבוע. הדברים חמורים במיוחד כאשר עסקינן בשווקים קטנים, שכן ההשפעה על המבנה התחרותי של שווקים באמצעות דחיקת מתחרים או מניעת כניסה של יצרנים חדשים עשויה להיות עמידה במיוחד בשווקים אלו בשל יכולת התיקון העצמי המוגבלת שלהם,

183 ראו עניין רייס, לעיל ה"ש 180, בעמ' 716–717.

שעליה עמדנו בתת פרק א.3.ג) לעיל. נוסף על כך, החשש מפני החמרת יתר בשל ההגדרה הרחבה לבעל מונופולין שבסעיף 26 לחוק ההגבלים העסקיים קטן בתרחישים אלו, מכיוון שעל פי רוב יצרן המצליח לסגור נתח ניכר משוק המוצר הנקשר הוא יצרן המחזיק בכוח שוק ממשי בשוק המוצר הקושר. עם זאת ועל אף האמור חשוב לחזור ולהדגיש כי גם בתרחישי קשירה אלו הפוטנציאל התחרותי הנובע מאפשרות קידום היעילות הוא רב, ועל כן חשוב שהמבחן המשפטי לניתוח תרחישי קשירה אלו יותאם גם לכך.

מבחינת ההצעות הרלוונטיות השונות שאפשר להעלות בהקשר זה עולה שגדר המחלוקת איננו כה נרחב. אלהוג'ה מציע ליישם את מבחן הסבירות בתרחישי קשירה המובילים לסגירה ניכרת של שוק המוצר הנקשר ואשר בהם יחס השימוש במוצרים הקשורים קבוע, ואת מבחן הקוואזי פר סה בתרחישים המובילים לסגירה ניכרת של שוק המוצר הנקשר ואשר בהם יחס השימוש במוצרים הקשורים איננו קבוע. לעומתו, מציעים מלומדי אסכולת הרוורד וחלק מן המלומדים מאסכולת שיקגו יישום של מבחן הסבירות, שלפיו די יהיה אם התובע יוכיח כי הסדר הקשירה הוביל לסגירה ניכרת של שוק המוצר הנקשר או שהוא צפוי להוביל לסגירה כאמור כדי לעמוד בנטל הוכחת הפוטנציאל האנטי-תחרותי של הקשירה. יישום זה של מבחן הסבירות קרוב מאוד למבחן הקוואזי פר סה.<sup>184, 185</sup>

184 השוני הפוטנציאלי העיקרי בין שני המבחנים בתרחישי קשירה האמורים נוגע לשאלה אם הנתבע עמד בנטל הוכחת קיום הצדקת היעילות. על פי מבחן הסבירות, במקרה שכזה הנטל חוזר אל התובע, ואילו המצב על פי מבחן הקוואזי פר סה אינו ברור (מכיוון שאלהוג'ה לא התייחס במאמרו לסוגיה זו). עם זאת הפער שבין המבחנים, עד כמה שהוא קיים, חסר ככל הנראה נפקות מעשית ממשית, שכן המחקר שבבסיס מאמר זה לא חשף ולו מקרה בודד שהוכרע על פיו. על אף האמור חשוב לציין כי קיימים נטלי הוכחה מקדמיים שבהם צריך התובע לעמוד על פי שני המבחנים כדי שיועבר נטל ההוכחה לנתבע, וקיים שוני בנטלים המקדמיים האמורים בין שני המבחנים. על פי מבחן הסבירות נדרש התובע להוכיח סגירה ניכרת של שוק המוצר הנקשר, ואילו על פי מבחן הקוואזי פר סה הוכחה כאמור איננה הכרחית (שכן אליבא דאלהוג'ה יש ליישם את מבחן הקוואזי פר סה כאשר קיים שימוש ביחס שאינו קבוע במוצרים גם אם הקשירה אינה סוגרת נתח ניכר משוק המוצר הנקשר). עם זאת, כפי שאבהיר להלן, נטל מקדמי נוסף זה הוא נטל סביר ולא כזה שקשה או מורכב במיוחד לעמוד בו.

185 "סגירה ניכרת" לענייננו מכוונת למקרים שבהם הסדר הקשירה מוביל לסגירת נתח שוק ניכר (או צפוי להוביל לסגירה כאמור אם הבחינה צופת פני עתיד) משוק המוצר הנקשר, באופן שאינו מותיר, או צפוי שלא להותיר, מרחב מספק להתנהלות תחרותית ויעילה של המתחרים בשוק זה. למשל, אם עסקינן בשוק המאופיין ביעילות לגודל, שבו בשל היקף הסגירה לא נותר נתח שוק מספיק למימוש יעילות הגודל, אזי מתחרים פוטנציאליים של היצרן הקושר לא יוכלו להתחרות בו ביעילות בשוק המוצר הנקשר. הבחינה אם הסגירה היא אכן "ניכרת" היא בחינה כלכלית המנתחת את מאפייניהם הייחודיים של השווקים הרלוונטיים השונים וכוללת את בדיקת נתח השוק בשוק המוצר הנקשר ש"נסגר" או שצפוי "להיסגר" עקב הקשירה, אבל כזו שמוכרת ונהוגה בהקשרים מרכזיים אחרים בתחום דיני ההגבלים העסקיים, ואינה ייחודית לעניין הסדרי קשירה. על פי האמור, הבחינה

מבחן זה הוא הראוי לדעתי ליישום בתרחישי הקשירה האמורים מכיוון שהוא מביא בחשבון את הפוטנציאל האנטי-תחרותי הגדול יותר שלהם, בעיקר כאשר הם ננקטים בשוק קטן. עם זאת המבחן משמר את יכולת התגוננותו של הנתבע כאשר הסדר הקשירה מוביל לשיפור ביעילות. הקלה זו בנטל ההוכחה הרובץ לפתחו של התובע תואמת גם את העמדה הכללית שהציגה גל בכל הנוגע לחשש מפני פגיעה במבנה התחרותי בשווקים קטנים בשל ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי, אך זאת כאמור תוך שימור יכולתו של הנתבע להוכיח את הצדקת היעילות.<sup>186</sup> אציין שיתכן שאילו היה מדובר בשוק כלכלי גדול היה מקום להעדיף יישום של מבחן סבירות שלפיו על התובע להוכיח באופן קונקרטי את הפגיעה הנדרשת עקב הסדר הקשירה, וזאת בשל יכולת התיקון העצמי של השוק שמפחיתה עקרונית את מידת החשש מפני הסדרי קשירה מזיקים. אך מכיוון שיכולת זו פחותה בשוק קטן, החשש מפני פגיעה מתמשכת במבנה התחרותי של השווקים מצדיק את היחס החשדני יותר כלפי הסדרי הקשירה בתרחישים המדוברים.

#### (ד) המבחן המשולב והרפורמה המלאה

מן הדיון עד כה עולה כי המבחן המועדף לניתוח הסדרי קשירה בישראל הוא המבחן המשולב, המתאים את אופי המבחן המשפטי למאפייניהם של תרחישי הקשירה השונים. המבחן מקל עם הסדרי קשירה שבהם הפוטנציאל האנטי-תחרותי איננו ניכר, וקובע רף מחמיר יותר כאשר הפוטנציאל האנטי-תחרותי ניכר. על פי המבחן המשולב על הטוען נגד הסדר הקשירה להוכיח ראשית כי להסדר הקשירה האמור השפעה אנטי-תחרותית ומזיקה,<sup>187</sup> וכתנאי ראשוני לכך יהיה עליו להוכיח כי היצרן הקושר מחזיק בכוח שוק. ההוכחה המקדמית של קיומו של כוח שוק נדרשת מכיוון שאם היצרן הקושר אינו מחזיק בכוח שוק, לא יהיה באפשרותו לאלץ את הרוכשים לרכוש ממנו את המוצרים בתנאים הנחותים מתנאי השוק שבכוחם להוביל לפגיעה בתחרות או בתועלת המצרפית.<sup>188</sup> רק

משמשת רבות בבחינת הסדרים אנכיים בכלל ובבחינת מיוזגים אנכיים בפרט, ומכאן שמדובר בבחינה שרשיות ההגבלים ובתי המשפט מכירים ואמונים על יישומה. כמו כן ראוי להדגיש כי בחינת היקף סגירת השוק הנקשר מהווה נדבך גם בהצעות מלומדי שיקגו-הרוורד וגם במידה מסוימת בהצעתו של אלהוג'ה, ולכן היא איננה ייחודית ליישום המבחן המשולב המוצע במאמר זה.

186 ראו GAL, SMALL MARKET, לעיל ה"ש 93, בעמ' 98, 100. אמנם גל הציגה דוגמאות שבהם בשווקים קטנים נקבע מבחן מחמיר ממבחן הסבירות כלפי הסדרי קשירה – כך נקבע מבחן קוואזי פר סה בקנדה ומבחן מחמיר יותר בישראל, אך זאת לדעתי מבלי שנבחנו ההשפעות השונות של הסדרי הקשירה בתרחישים שונים. כאשר למעשה ההשפעה החמורה יותר של הסדרי קשירה בשווקים קטנים חלה ככלל רק כאשר הקשירה סוגרת נתח ניכר משוק המוצר הנקשר, ולכן ההחמרה המשפטית צריכה לחול באופן סלקטיבי ומובחן על תרחישי קשירה אלו ולא על האחרים.

187 כאשר אנו מניחים שכאשר הקשירה היא של מוצרים שיחס השימוש ביניהם קבוע ואשר איננה סוגרת נתח ניכר משוק המוצר הנקשר, הפוטנציאל האנטי-תחרותי והמזיק ככלל איננו מתקיים.

188 ובכך יש למעשה כדי לעקוף את הגדרת המונופול הקשיחה שבס' 26 לחוק ההגבלים העסקיים.



אם יעמוד התובע בדרישה זו, יעבור הנטל אל היצרן הקושר – להראות קיומה של הצדקת היעילות למעשה הקשירה.

על אף האמור עד כה חשוב לציין ולהדגיש כי המבחן המשולב איננו מעלים או מבטל את כל הקשיים הכלכליים והמשפטיים הנוגעים לניתוח הסדרי הקשירה. למשל, נותר הקושי הכרוך בהערכת השפעתו הכלכלית של הסדר הקשירה והוא אך מחמיר כאשר עסקינן בניסיון לעשות הערכה שכזו הצופה פני עתיד. זהו קושי אינהרנטי המתעורר כל אימת שיש צורך לצפות ולהעריך תוצאות כלכליות עתידיות. היתרון של המבחן המשולב הוא, כאמור לעיל, ביכולתו לחלק ביעילות את הסיכון לטעות. במקרים שבהם מלכתחילה ההסתברות שהסדר הקשירה יוביל לפגיעה בתחרות נמוכה, מוטל נטל ההוכחה הראשוני, על הקושי הכרוך בו, על הטוען נגד ההסדר, ואילו בתרחיש שבו הסכנה ממשית יותר יועבר הנטל אל כתפי היצרן הקושר לאחר שהתובע יוכיח את קיומם של התנאים המקדמיים להתקיימותו של התרחיש האמור. אם יוחלט לפתוח בהליכים נגד הקשירה במועד מוקדם שבו היקף השפעתה עדיין איננו ברור, יכבד הנטל על התובע (שכן לא יהיה ברור אם הקשירה צפויה להוביל לסגירה ניכרת של שוק המוצר הנקשר, וחשוב מכך – אם היא צפויה לפגוע בתחרות או בצרכנים), אך חשוב לשמר את האפשרות לפנייה מוקדמת לבתי המשפט כי לעתים פנייה מאוחרת תוביל לפגיעה שכבר אי אפשר יהיה לתקנה. עניין *Microsoft* הוא דוגמה טובה לכך – ההליכים המשפטיים נפתחו כאשר הפגיעה ב־Netscape ודחיקתה מן השוק כבר הושלמו.

על פי נוסחו הנוכחי של חוק ההגבלים העסקיים אי אפשר ליישם את המבחן המשולב בהסדרי הקשירה, מכיוון שסעיף 29א(ב) לחוק מקים חזקה שלפיה ההסדרים המנויים בו הם ניצול לרעה של כוחו של בעל מונופולין, וכאמור לעיל, ס"ק (4) מתייחס מפורשות להסדרי הקשירה.<sup>189</sup> על כן כדי שיהיה אפשר ליישם את המבחן המשולב יש לבטל את סעיף 29א(ב)(4) לחוק ההגבלים העסקיים. אם יבטל הסעיף כאמור, ייבחנו הסדרי הקשירה לפי סעיף 29א(א) לחוק ההגבלים העסקיים, הקובע: "בעל מונופולין לא ינצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור".

כפי שאנסה להראות להלן, אפשר להציע פרשנות לסעיף 29א(א) לחוק אשר תתאים ליישום המבחן המשולב. ראשית, רק יצרן המחזיק בכוח שוק<sup>190</sup> יכול לנצל לרעה את מעמדו בשוק; שנית, תנאי להתקיימות האיסור שבסעיף הוא ניצול לרעה "העלול להפחית את התחרות [...] או לפגוע בציבור", וזאת לפי נטל ההוכחה הראשוני המוטל על הטוען נגד הסדר הקשירה; שלישית, אם להסדר הקשירה יש הצדקת יעילות אשר לכל

189 לנוסח הסעיף ראו לעיל בכת פרק 2.2.(ב).

190 והכוונה כאן להגדרה הכלכלית המקובלת למונח, קרי יצרן שיש בכוחו להעלות את מחיר המוצר אל מעל לרמתו התחרותית באופן רווחי ולפרק זמן ממושך, או שיש ביכולתו לרחוק מהשוק יצרנים אחרים.

הפחות מאזנת את הפוטנציאל השלילי שלו, אזי אפשר לראות בהסדר הקשירה הסדר שאינו בבחינת ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי. זאת מכיוון שקידום היעילות הוא לכל הדעות מטרה עיקרית וחשובה של דיני התחרות, ולכן הסדר מקדם יעילות איננו צריך להיחשב "ניצול לרעה"; לבסוף, אם להסדר הקשירה הצדקת יעילות, הרי שבמקרים רבים בכך יהיה כדי לקדם את טובת הציבור וגם את התחרות (שכן היעילות במקרים רבים מקדמת את התחרות). מובן שאפשר לתת ללשון סעיף 29א(א) לחוק ההגבלים העסקיים גם פרשנות אחרת, ואולי אפילו מנוגדת, אך לדעתי הפרשנות המוצעת לעיל תואמת את לשון הסעיף ואת המטרות הכלליות של דיני ההגבלים העסקיים וגם תואמת את הדין הראוי בכל הקשור לניתוחם של הסדרי הקשירה.<sup>191</sup> על האמור יש להוסיף כי אם המחוקק יבחר לבטל את הוראות סעיף 29א(ב)(4) לחוק, כמוצע במאמר זה, יהיה בכך כדי להעיד על כוונתו לאמץ את הפרשנות המוצעת כאן לסעיף 29א(א).

### 3. מבחן הקוואזי פר סה והרפורמה החלקית

כאמור לעיל, המבחן המועדף לניתוח הסדרי קשירה הוא המבחן המשולב, אך אם לא יבוטל סעיף 29א(ב)(4) לחוק (שאו לדעתי אי אפשר יהיה ליישמו), אציע את יישומו של מבחן הקוואזי פר סה. ראוי להדגיש בהקשר זה כי בין מבחן הקוואזי פר סה ובין המבחן המשולב קיים פער ניכר, וכי תוצאותיו נחותות בהרבה מאלו של המבחן המשולב. עם זאת אם לא תתקבל הרפורמה המלאה הנדרשת לשם יישומו של המבחן המשולב, יהיה ביישום מבחן הקוואזי פר סה משום שיפור ניכר מן הדין הקיים.

עיקר מהותו של מבחן הקוואזי פר סה הוא בהכירו בפוטנציאל היעילות התחרותי הגלום בהסדרי הקשירה, ועל כן הוא מעניק להם הגנת יעילות. דין האיחוד האירופי הכולל אפשרות להגנת יעילות להסדרי הקשירה הוא למעשה יישום של מבחן הקוואזי פר סה.<sup>192</sup> אם כי שוב יש לציין, כפי שנטען לעיל, שעסקים נוקטים פרקטיקות עסקיות על סמך מידע ונתונים שעל פי רוב אינם מספיקים כדי לעמוד בנטל הוכחה או אפילו בנטל ראיה משפטי, ועל כן זהו איננו המבחן האופטימלי לניתוח הסדרי קשירה. המבחן יבטיח למעשה רק את חוקיות הסדרי הקשירה שהיצרנים הנוקטים אותם יוכלו ליצור להצדקתם תשתית ראייתית מספקת, ולכן יהיה סביר להניח שיתקיימו מקרים שבהם יצרנים יימנעו מליישם הסדרי קשירה יעילים בשל הרתעת יתר<sup>193</sup> ומקרים שבהם ייפסלו הסדרי קשירה

191 שאלת פרשנותו של ס' 29א(א) לחוק עלתה בעניין ידיעות אחרונות, אך הושארה על ידי בית הדין בצריך עיון. ראו עניין ידיעות אחרונות, לעיל ה"ש 10, פס' 138–140 לפסק הדין.

192 ראו למשל Elhauge, לעיל ה"ש 18, בעמ' 447, אך ראו כמובן את עניין דרך יישום ההגנה בפסק הדין בעניין מיקרוסופט האירופי והביקורת שנמתחה על יישום זה, בתת פרק ב.2.(א).

193 ולו מכיוון שבוודאי יהיו יצרנים שיעדיפו להימנע מן האפשרות לקיומו של הליך משפטי גם אם לדעתם מצויות בידיהם ראיות מספקות לזכייה בהליך. בהקשר זה יש להביא בחשבון גם שחוק

מועילים ורצויים. עם זאת ברור שקיומה של הגנת היעילות, הגם שאינה אופטימלית, עדיפה על מצב שבו הגנה שכזו אינה עומדת כלל ליצרן הקושר. אימוצה של הגנת היעילות אינו מחייב את תיקונו של סעיף 29א(ב)(4) לחוק ההגבלים העסקיים, שכן אפשר להעניק לסעיף פרשנות הכוללת הכרה בהגנה זו. ראשית, אפשר לפרש את ההגנה שהסעיף מעמיד – קשירת מוצר אשר מטבעו נוגע לנושא ההתקשרות – כמתייחסת להגנת יעילות. מה יכול להיחשב "טבעי" יותר מצירוף מוצרים כאשר הצירוף יוצר מוצר עדיף, או מוזיל את עלויות הייצור או השיווק? זוהי למעשה הפרשנות ההגיונית והמתבקשת ביותר למונח. הרי אחת המטרות החשובות ביותר של דיני ההגבלים העסקיים היא לקדם יעילות, ולכן פעולה המקדמת יעילות בוודאי כלולה בגדרו של המונח "מטבעו של נושא ההתקשרות".<sup>194</sup> שנית, סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים, על סעיפי המשנה שבו, נוסח בהתבסס על נוסח סעיף 82 לאמנה האירופית. על כן אם הרשות האירופית מפרשת את הסעיף כמקום וככולל הגנת יעילות בהתבסס על לשון הסעיף, הרי שפרשנות דומה אפשרית ואף מתבקשת גם בנוגע לסעיף 29א(ב)(4).<sup>195</sup>

בפסק הדין בעניין ידיעות אחרונות למשל קשירתו של עיתון יום השישי למקומונים קידמה יעילות בכמה רבדים: המוצר שקיבל לידיו הצרכן היה מוצר משופר ועדיף, השיווק המשותף חסך בעלויות,<sup>196</sup> וייתכן שהקשירה אף הוזילה את עלויות הייצור בשל שילוב באמצעי ייצור (כוח אדם, מכונות דפוס וכדומה). בשל כך, אילו היה בית הדין מאמץ את מבחן הקוואזי פר סה, היה אפשר לפסוק לטובתו של "ידיעות אחרונות" גם מכיוון שעמד בטל להוכיח את הצדקת היעילות. יתרונו העיקרי של המבחן המשולב על פני מבחן הקוואזי פר סה נעוץ בגמישותו וביכולתו להתאים את סטנדרט הבחינה לאופי תרחישי הקשירה השונים ולנסיבותיהם. במקרים שבהם אין כל חשש לפגיעה אנטי-חרותית: כאשר עסקינן בקשירת מוצרים שיחס השימוש בהם קבוע ושאינה סוגרת נתח ניכר משוק המוצר הנקשר, המבחן קובע חזקה משפטית חלוטה שלפיה ההסדר אינו פוגע בתחרות או בצרכנים ועל כן חוקי;

ההגבלים העסקיים בישראל הוא בעל ממד פלילי, ולכן אפשר שיצרן מונופוליסטי הקושר מוצרים יעמוד לדין פלילי נוסף על ההליכים האחרים כגון תביעה נזיקית (לרבות האפשרות לתביעה ייצוגית כנגדו), הטלת עיצומים כספיים, הליכים משפטיים להוצאת צווי מניעה וכדומה.

194 לעמדה שלפיה ראוי להפוך את כל החזקות המנויות בס' 29א(ב) לחזקות ניתנות לסתירה ראו אייל 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); וכן גל "לקחו של יוסיניאנוס", לעיל ה"ש 70, בעמ' 87–88.

195 ראו לעניין זה את פסק דינה של השופטת נאור בעניין רייס, לעיל ה"ש 180, בעמ' 712–713, שבו התחשבה בפרשנות שניתנה לס' 82 לאמנה האירופית כדי לפרש את ס' 29א(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים.

196 ראו עניין ידיעות אחרונות, לעיל ה"ש 10, פס' 18, 104–109 לפסק הדין.

כאשר יחס השימוש במוצרים איננו קבוע ונוסף על כך הקשירה אינה סוגרת נתח ניכר משוק המוצר הנקשר, הפוטנציאל התחרותי ככל הנראה רב מן הפוטנציאל האנטי-תחרותי, ולכן ייושם מבחן הסבירות; וכאשר הקשירה סוגרת נתח ניכר משוק המוצר הנקשר ובכך מעצימה את הפוטנציאל האנטי-תחרותי, ייושם מבחן הסבירות אך בגרסה מחמירה הקרובה למעשה למבחן הקוואזי פר סה. הרפורמה החלקית אינה מאפשרת את מידת הגמישות הנדרשת, שכן סעיף 29 א(ב)(4) לחוק קובע חזקה משפטית שלפיה יצרן מונופוליסטי (כהגדרתו הרחבה בחוק) המבצע הסדר קשירה מנצל את כוחו לרעה. לכן הסעיף שולל במידה רבה את הגמישות הנדרשת בקביעת נטל ההוכחה בבחינת הסדר הקשירה.

אשר על כן, כדי להגיע לתוצאות המשפטיות והכלכליות המיטביות על פי הרפורמה החלקית, יש לנקוט, ככל האפשר, מידה של גמישות בבחינת הוכחת הגנת היעילות, על פי הפוטנציאל האנטי-תחרותי הקיים בתרחישי הקשירה השונים. הצעתי בהקשר זה היא להשתמש, ככל האפשר, בתובנות הכלכליות העדכניות לצורך חיזוק ראייתי לעצם קיומה של הגנת היעילות. ראשית, בתרחישי קשירה שבהם יחס הקשירה של המוצרים קבוע ואשר אינם סוגרים נתח ניכר משוק המוצר הנקשר, ועל כן ככלל אין להם פוטנציאל אנטי-תחרותי, אפשר לייחס להיעדר הפוטנציאל השלילי משקל ראייתי להיות הקשירה מקדמת יעילות, מכיוון שזהו הטעם היחיד שיכול לעמוד בבסיס הקשירה בהיעדר פגיעה בתחרות. שנית, בתרחישים של קשירה טכנית אפשר להקל את נטל הוכחת קידום היעילות כי ההנחה היא שפוטנציאל היעילות הגלום בהסדרים אלה הוא ככל הנראה גבוה במיוחד.<sup>197</sup> שלישית, אפשר לייחס משקל ראייתי למידת כוח השוק שמחזיק היצרן הקושר. למשל, אם ליצרן הקושר כוח שוק מוגבל, ומכאן גם מוגבל כוחו לפגוע בתחרות, אזי אפשר להקל את דרישת הוכחת קיום היעילות. חשוב לציין שזוהי איננה רשימה ממצה, וכי ייתכנו גורמים כלכליים נוספים שבהם אפשר לעשות שימוש ראייתי לצורך הוכחת קיומה של הגנת היעילות.

עם זאת, כאמור לעיל, גם אם תאומץ הגנת היעילות כחלק מסעיף 29 א(ב)(4) לחוק, במרבית התרחישים תיוותר ההגבלה שבסעיף מחמירה יתר על המידה, וסביר שתוביל להרתעת יתר בכל הנוגע ליישום הסדרי קשירה. לכן כדאי לשקול גם פרשנות ליברלית לביטוי "תנאי מסחר מקובלים". למשל, אפשר לכלול במסגרת הגנה זו גם תנאי מסחר המקובלים בענפים קרובים, או תנאי מסחר מקובלים בשווקים גאוגרפיים אחרים. בכך יהיה כדי להקל את הנטל על יצרנים קושרים גם מבלי לתקן – או לבטל – את סעיף 29 א(ב)(4) הנדון.<sup>198</sup>

197 ראו להלן בפרק ד.

198 ויש לציין שבית הדין להגבלים עסקיים בעניין ידיעות אחרונות התייחס באהדה לצורך בפרשנות מצמצמת להגבלה המוטלת על יצרנים מכוח ס' 29 א(ב)(4) לחוק. ראו עניין ידיעות אחרונות, לעיל ה"ש 10, פס' 179 לפסק הדין. באשר לתרחיש שלפיו מדובר בהסדר קשירה שנועד להקל תיאום

#### ד. קשירה טכנולוגית וקשירה בשוקי היי טק

פרק זה יעסוק בקצרה בקשירה טכנולוגית ובקשירה בשוקי היי טק, שהן בעלות חשיבות מיוחדת, ובמידת התאמתן של המבחן המשולב לניתוחן. קשירה טכנולוגית היא קשירה בעלת פוטנציאל חיובי רב, שכן באמצעותה יכול היצרן ליצור מוצר חדשני ומשופר וכן לצמצם את עלויות הייצור.<sup>199</sup> לפיכך רבים חושבים שעל בתי המשפט ועל רשויות החוק לנהוג בזהירות ובאיפוק רבים במיוחד בבחינת הסדרי קשירה מסוג זה. טעם נוסף לאיפוק הנדרש הוא שפיקוח על הסדרי קשירה טכנולוגית יחייב את רשויות האכיפה ואת בתי המשפט לחדור אל תוך קרבי הייצור של היצרנים הקושרים לצורך בחינת סוגיות הנדסיות מורכבות כשהם חסרי הכשרה, מומחיות ומיומנות בהן.<sup>200</sup> לכן נדרש יישום נבון של המבחן המשולב ואיפוק מיוחד מצדן של רשויות החוק כאשר עסקינן בהסדרי קשירה טכנולוגית.

המבחן המשולב, בשל טבעו, יכול להוות המענה הטוב ביותר לקשיים הכרוכים בנייתוח הסדרי הקשירה הטכנולוגיים, שכן הוא קובע מעמד מרכזי לשיקולי היעילות העשויים לעמוד בבסיס הסדר הקשירה. ככל שפוטנציאל היעילות של הסדר הקשירה רב יותר (ואנו הרי מניחים שקשירה טכנולוגית היא בעלת פוטנציאל שכזה), כך תגדל הסבירות שרשויות האכיפה ובתי המשפט יימנעו מהתערבות מגבילה. עם זאת חשוב מאוד שרשויות האכיפה ובתי המשפט יגלו ריסון ואיפוק מיוחדים כאשר הדברים נוגעים להסדרי קשירה אלו, שכן להליך המשפטי כשלעצמו, גם אם בסופו של דבר תתקבל ההחלטה הנכונה, יש עלויות מערכתיות ופרטיות שאי אפשר יהיה להשיבן במלואן. על אף האמור חשוב להבין שגם אם ייושם המבחן המשולב, לא יהיה בכך כדי להתגבר לחלוטין על הקושי הכרוך בנייתוח השפעתם של הסדרי הקשירה הטכנולוגיים. יתרונו של המבחן המשולב על פני המבחנים האחרים נעוץ בכך שהוא מאפשר חלוקת סיכונים יעילה יותר, שכן בתרחישים שבהם הסתברות הפגיעה בתחרות נמוכה, נטל ההוכחה מוטל על הטוען נגד ההסדר, ואילו במקרים שבהם ההסתברות גבוהה יותר, וזאת בעיקר

אוליגופולי (שאו הקשירה תהיה "מקובלת" בשוק), הרי שאפשר וראוי יהיה לבחון לפי הכללים האוסרים על שיתוף פעולה בין מתחרים במסגרת פרק ההסדרים הכובלים וכן לפי פרק קבוצות הריכוז שבחוק ההגבלים העסקיים.

199 להרחבה ראו לעיל תת פרק א.2.(א).1).

200 ראו Dennis W. Carlton, *The Relevance for Antitrust Policy of Theoretical and Empirical Advances in Industrial Organization*, 12 GEO. MASON L. REV. 47, 53–54 (2003); Michael J. Meurer, *Vertical Restraints and Intellectual Property Law: Beyond Antitrust*, 87 MINN. L. REV. 1871, 1911 (2003); Dennis W. Carlton & Michael Waldman, *How Economics Can Improve Antitrust Doctrine Towards Tie-In Sales: Comment on Jean Tirole's 'The Analysis of Tying Cases: A Primer'*, 1 COMPETITION POL'Y INT'L 27, 38 (2005) AREEDA & HOVENKAMP, לעיל ה"ש 29, ¶ 776.

בשווקים קטנים נוכח מאפייניהם שעליהם עמדנו לעיל, יועבר הנטל אל היצרן הקושר לאחר שיוכיח התובע כי הסדר הקשירה הוביל – או צפוי להוביל – לסגירה ניכרת של שוק המוצר הנקשר.

לקשירה הטכנית ממד ייחודי נוסף הנובע מהיותה נפוצה מאוד בתחום תעשיית ההיי טק. בהקשר זה קיים קושי מיוחד להעריך במועד הקשירה אם היא בעלת פוטנציאל מזיק ואנטי-תחרותי, או שמא היא בעלת פוטנציאל חיובי, מכיוון שמדובר בשווקים דינמיים וחדשניים. בשל דינמיות זו קשה גם לקיים את ההליך המשפטי ולגבש סעד אפקטיבי, מכיוון שפעמים רבות קצבו של ההליך אטי מדי ואינו עומד בקצב שינויי השוק. בשל כך יתכן שעד שתתקבל ההכרעה השיפוטית יעברו השווקים שינויים ניכרים שיהפכו את ההחלטה השיפוטית לבלתי רלוונטית. זוהי בהחלט סוגיה מרכזית בתחום דיני ההגבלים העסקיים המודרניים, אך מכיוון שהיא חורגת מתחומי הדיון של מאמר זה ומפאת קוצר היריעה, אי אפשר יהיה להרחיב עליה את הדיון. מכל מקום, על אף חשיבותה הכללית של סוגיה זו, היא איננה רלוונטית כל כך במדינות שוק קטן כישׂראל, מכיוון שבמקרים רבים שוקי ההיי טק הם בעלי אופי גלובלי, ולכן משקלו של המשפט הפנימי במדינות קטנות בהקשר זה הוא ככלל זניח.

נניח לצורך העניין שרשות ההגבלים העסקיים בישראל הייתה מחליטה לנסות ולמנוע מחברת מיקרוסופט לקשור את תוכנת Windows Explorer לשל הפגיעה הצפויה עקב כך בחברת Netscape. על פני הדברים ברור שחברה גלובלית כמו מיקרוסופט לא הייתה משנה את האסטרטגיה העסקית הגלובלית שלה בשל קביעה משפטית במדינת שוק קטן שחלקו בכלל הכנסותיה הוא זניח. במקרה שכזה כנראה הייתה בוחרת מיקרוסופט שלא לשווק את מוצריה באותו שוק, או מוכנה לספוג קנסות כספיים שהיו מוטלים עליה בשוק זה, אך לא הייתה משנה את הקשירה האמורה. ברור גם שהשפעות הקשירה, במקרה זה דחיקתה של Netscape משוק דפדפני האינטרנט, לא היו משתנות עקב הפסיקה המשפטית מכיוון שהשוק בישראל קטן מכדי להחזיק לבדו חברה גלובלית כמו Netscape. דומה שבשל כך נמנעו רשות ההגבלים העסקיים ובתי המשפט בישראל מלהתערב בהסדרי קשירה גלובליים שנדונו בארצות הברית ובאירופה.

אם בכל זאת יתעורר עניין של הסדר קשירה בשוק היי טק מקומי, יהיה בכוחו של המבחן המשולב לתת את המענה הטוב ביותר שבנמצא, מכיוון שכפי שנטען לעיל, המבחן המשולב מחלק את הסיכון המשפטי באופן היעיל ביותר בהתחשב במידת ההסתברות שהסדר הוא מקדם יעילות ותחרותי או פוגע בתחרות ומזיק. עם זאת יש להכיר בכך שהמענה המשפטי המוצע איננו מושלם, מכיוון שכאמור לעיל קיים קושי מיוחד בשוקי היי טק להוכיח את אופי השפעתם הצפויה של הסדרי הקשירה. במועד זה יש להכיר בכך ששוקי ההיי טק מציבים אתגר ממשי לדיני ההגבלים העסקיים (בהקשר הסדרי הקשירה ובכלל), שמפאת היקפו ומפאת אופיו הגלובלי לא יוכל מאמר זה לעסוק בו בהרחבה.

## סיכום

סוגיית הסדרי הקשירה אשר בה עסק מאמר זה היא חשובה ומרכזית בתחום דיני ההגבלים העסקיים. כפי שאפשר היה להיווכח, התפתחות במחקר ובידע הכלכליים יצרה פער בין התובנות הכלכליות העדכניות ובין הדין הנוהג בכל הנוגע להסדרים אלו. ההסדרים האמורים, שנחשבו בעבר מזיקים במהותם, התגלו כהסדרים שפוטנציאל הנזק שלהם הוא למעשה מוגבל ומידתו איננה כפי שנהוג היה לחשוב. יתר על כן, התברר שלהסדרי הקשירה פוטנציאל להניב תועלת רבה ומהותית. מאמר זה הציג את עיקרי התובנות הכלכליות המקובלות וכן סקר את הדין הנוהג בכל הנוגע להסדרים אלו בארצות הברית, באירופה ובישראל. בחלקו האופרטיבי של המאמר הוצגו שתי חלופות לשיפור הדין הקיים: האפשרות האחת, והמועדפת, כוללת תיקון חקיקה (קרי ביטולו של סעיף 29א(ב)(4) לחוק ההגבלים העסקיים) שיאפשר את יישום המבחן המשולב בבחינתם של הסדרי הקשירה, המותאם למאפייניהם השונים של תרחישי הקשירה הקיימים. מבחן זה אמור לשקף את התובנות הכלכליות העדכניות שלפיהן הסדרי הקשירה מיטיבים על פי רוב, ועל כן רצויים במרבית המקרים. כחלופה למבחן המשולב המועדף הוצע מבחן הקוואזי פר סה, שבעיקרון אינו מצריך רפורמה מקיפה ותיקון חקיקה. כלל זה אמנם מתבסס על חזקה משפטית שלפיה הסדר קשירה שיצרן מונופוליסטי אחראי לו הוא ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי (אלא אם תנאי הקשירה הם מטבעו של נושא ההתקשרות, או שהם מקובלים בשוק), אך הוא מכיר בהגנת היעילות אשר יש בה כדי לגבור על החזקה האמורה אם תוכח על ידי היצרן הקושר. יישומם של הכללים האמורים יוביל לתיקון, או למצער לשיפור, המצב המשפטי הנוכחי, שלפיו הסדרי קשירה רצויים רבים נחשבים לבלתי חוקיים, ובכך לשיפור התחרות והיעילות המצרפית והצרכנית.