

השוק-שאחרי

איריס סרוקר *

- א. מבוא
- ב. סקירה משפטית
- ג. בעיית היעילות: אפיון כשלי השוק-שאחרי
 - 1. עלויות מעבר ובעיית הקהל השבוי
 - 2. בעיות מידע
 - 3. בעיית החוזה הבלתי מושלם
- ד. כוח הפיקוח של השוק הראשוני
- ה. שיקולי יעילות בפרקטיקות מגבילות בשוק-שאחרי
 - 1. סוגיית ההסדר האנכי
 - 1.1 טעמי יעילות
 - 1.2 טיעונים כנגד יעילותו של ההסדר האנכי
 - 1.3 מסקנת ביניים
 - 2. סוגיית הקשירה
 - 2.1 תאוריית המינוף
 - 2.2 שיקולי יעילות המניעים קשירה
 - 2.3 מסקנת ביניים
- ו. קווים מנחים לפתרון
- ז. סיכום

א. מבוא

בעשור האחרון צפה ועלתה הדילמה של "השוק-שאחרי" (Aftermarket). בזירת השוק-שאחרי פועלים שני שווקים קשורים: השוק הראשוני והשוק המשני לו. בשוק הראשוני משווק ציוד בעל אופי נמשך (Durable Goods) כגון: מחשבים, מעליות ומוצרי אלקטרוניקה למיניהם. השוק המשני הוא השוק-שאחרי, שבו

* דוקטור למשפטים. שופטת בית משפט השלום.

מוצעים לצרכן שירותי תחזוקה ושדרוג. לעסקה בשוק-שאחרי שני מאפיינים: ראשית, העסקה נעשית לצורך שימוש בציוד שנרכש בשוק הראשוני. שנית, עיתוי העסקה מאוחר מעיתוי הרכישה בשוק הראשוני. בין השוק-שאחרי ובין השוק הראשוני מתקיימים אפוא יחסים בעלי אופי אנכי ובין-זמני: שיווק המוצר בשוק הראשוני הוא המניע את גלגלי השוק-שאחרי.

סוגיית השוק-שאחרי עלתה על סדר היום המשפטי בפסק הדין Lexmark International, Inc. v. Static Control Components, Inc.¹ בשנת 2004 (להלן: פרשת לקסמרק), שם ביקשה יצרנית המדפסות המפורסמת לשלוט בשיווק טונר למדפסותיה². לקסמרק נקטה שיטת שיווק המאפשרת רכישת מחסניות משני סוגים: מחסניות לצריכה חד-פעמית ומחסניות למילוי חוזר. מחסניות למילוי חוזר שווקו במחירי הנחה, והצרכן נדרש להשתמש במחסנית פעם אחת בלבד ולהחזירה ללקסמרק לצורך המילוי. כדי להבטיח שהמילוי ייעשה על ידה, התקינה לקסמרק שבב מחשב על המחסנית, שאפשר את זיהוי המחסנית בעת הכנסתה למדפסת. הכנסת מחסנית שאינה תואמת לקוד הזיהוי הובילה ל"הודעת שגיאה" ולא-יתפקוד המדפסת. Static Control Components (להלן: "SCC"), חברה לפיתוח מוצרים טכנולוגיים, פיצחה את קוד הזיהוי של לקסמרק, וייצרה שבבי מחשב משלה, המספקים את דרישת הזיהוי וההתאמה בין מחסנית הטונר לבין המדפסת של לקסמרק. לשם כך השתמשה SCC בתכנת מחשב של לקסמרק, והשלב החדש שווק ליצרני טונר מתחרים. אלה השתמשו בו כדי למלא את המחסניות של לקסמרק בטונר מתוצרתם ולמכרו לצרכנים במחיר נמוך ממחירה של לקסמרק. לקסמרק עתרה לקבלת צו מניעה כנגד פעולה זו, וביססה עתירתה (בעיקר) על קיומה של זכות היוצרים בתכנת המחשב. אולם אף שהערכאה הראשונה נעתרה לבקשתה, ערכאת הערעור הפדרלית השישית ביטלה את צו המניעה. הנימוק העיקרי היה כי תכנת המחשב שבה מדובר אינה כשירה להגנת זכות יוצרים, וכי מכל מקום זכאית המבקשת להגנת השימוש ההוגן. התוצאה המעשית של החלטה זו היא חשיפה של לקסמרק לשיווק מתחרה של טונר בשוק-שאחרי.

ברשימה זו אציג את המקרה של השוק-שאחרי, ואעמוד על בעיית היעילות שממנה הוא סובל. אבחן את כשלי השוק המאפיינים שוק זה, כגון: עלויות המעבר, בעיית הקהל השבוי, בעיית המידע והחזרה הבלתי מושלם. בתוך כך, תיבדק מידת כוחו של השוק הראשוני לפקח על התנהגות אופורטוניסטית מצד היצרן בשוק-שאחרי. בהמשך אבחן שיקולי יעילות העשויים לתמוך בפרקטיקות מגבילות של היצרן בשוק-שאחרי, תוך פזילה לסוגיה של הסדרים אנכיים והסדרי קשירה. מטרת הרשימה היא להציג ניתוח כלכלי של השוק-שאחרי, תוך הבחנה

1 387 (6th Cir. 2004) F.3d 522.

2 מן המפורסמות הוא, כי מחירי מחסניות הטונר גבוה יחסית, ועומד על כ-50% ויותר ממחיר המדפסת עצמה. מקום שבו עיקר רווחי היצרן מופקים ב"שוק-שאחרי", בדומה למקרה הנדון, אפשר לצפות כי הוא ישאף למנוע בו תחרות.

בין פרקטיקה יעילה לבין פרקטיקה הפוגעת ביעילות. כשלי השוק שמהם סובל השוק-שאחרי עשויים להצדיק התערבות רגולטיבית במקרים מסוימים, וזאת במטרה לאפשר לשוק להשיג יעילות כלכלית.

ב. סקירה משפטית

במסגרת הסקירה המשפטית בחרתי להציג שני פסקי דין שעובדותיהם דומות, עד כדי זהות, אך תוצאותיהם מנוגדות. הראשון הוא *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services Inc.* (להלן: פרשת קודק). פרשת קודק עסקה ביצרנית מכונות צילום, המעניקה שירותי חלפים ותיקונים בשוק-שאחרי. ליצרנית זו קמו מתחרים בשוק-שאחרי בדמות חברות שירות עצמאיות (ISO's). כדי להתמודד עמם, אימצה קודק מדיניות של סירוב למכור להם חלפים מוגני פטנט. לפיכך, הלקוחות נאלצו לרכוש את השירות מקודק בלבד, וחברות השירות נאלצו לצאת מן השוק-שאחרי. הראיות שהוגשו לימדו כי מצב הלקוחות בשוק-שאחרי הורע: ראשית, מחירי השירות עלו. שנית, השירות שנתנו חברות השירות היה טוב יותר, מבחינת זמינות ומהירות השירות. חברות השירות העצמאיות תבעו בטענה, כי קודק קושרת באופן פסול בין החלפים לשירות וכי הפרקטיקה שנקטה מהווה "מונופול יזימה" פסולה³. ערכאת הערעור הפדרלית התשיעית קיבלה טענות אלה⁴, ונפסק כי השוק-שאחרי מהווה שוק מוצר רלוונטי, וכי היצרן הוא מונופול על מוצריו שלו. בית המשפט סבר כי מונופול, ככזה, אינו רשאי לסרב לסחור עם מתחריו, אלא אם כן יש לו הצדקה עסקית תקפה לכך. נוכח העובדה כי הנכס נשוא הסירוב לסחור הוא מוגן פטנט, החיל בית המשפט חזקה יחסית: במקרה הרגיל, על המונופול לשכנע כי הסירוב לסחור מונע משיקולים עסקיים לגיטימיים, אך כאשר מדובר בפטנט, צומחת חזקה יחסית לטובתו, ואין עליו לשכנע בדבר. ואולם התובע רשאי להוכיח, כי המניע של המונופול בסירובו לסחור אינו להגן על ההמצאה, כי אם לפגוע במתחרים, ומטרתו להרחיקם מן השוק⁵. במישור העובדתי מצא בית המשפט, כי הניסיון של קודק להתבסס על הפטנט כמקור להצדקת סירובה הוא מלאכותי. הוכח כי מדיניות הסירוב עוצבה ללא קשר לפטנטים שבידי החברה, אלא מתוך מטרה מוצהרת לדחוק את חברות השירות מהשוק-שאחרי. לפיכך בית המשפט הטיל על קודק חובה לשווק את מוצריה לחברות השירות למשך 10 שנים במחירים בלתי מפלים. התוצאה המסחרית שהתקבלה היא חשיפת היצרן לתחרות בשוק-שאחרי.

לעומת זאת, בפסק דין *Independent Service Organizations Antitrust*

3 ראו: 504, *et al.* (1992) 451 U.S. 112 s.ct. 2072.

4 ראו: 125 (1997) 3d F.3d 1195.

5 ראו: עניין *Image Technical Services Inc. v. Eastman Kodak Co.*, לעיל ה"ש 4, פסקה IIB3 לפסק הדין.

Litigation, CSU and Others v. Xerox Corp (להלן: פרשת זירוקס) הגיע בית המשפט הפדרלי לפטנטים לתוצאה הפוכה⁶. שם התברר מקרה דומה בעובדותיו, עד כדי זהות, לפרשת קודק. ואולם הפעם סבר בית המשפט, כי דיני ההגבלים העסקיים אינם שוללים את זכותו של בעל הפטנט להרחיק אחרים מקניינו. זכות זו (The Right to Exclude) היא כמעט מוחלטת. אם הפטנט הושג כדין ולא במרמה, אין להתערב בהחלטת בעל הפטנט שלא להעניק רישיון, אף אם להחליטה זו השלכות אנטי-תחרותיות. בניגוד לבית המשפט בפרשת קודק, נמנע בית המשפט בפרשת זירוקס מלהטיל על היצרן חובה לסחור עם חברות השירות. בכך נמנע מלהתערב בפרקטיקה של היצרן בשוק-שאחרי, והותיר את הזירה חשופה לפרקטיקות מונופוליסטיות מצד היצרן.

פרקטיקות מגבילות מצד היצרן בשוק-שאחרי עשויות ללבוש צורות שונות. בפרשת לקסמרק ביקש היצרן לשלוט על שיווק הטונר הנדרש למדפסותיו באמצעות הצמדת קוד זיהוי למחסנית. בפרשת קודק ובפרשת זירוקס סירבו היצרנים למכור חלפים לחברות שירות עצמאיות. פרקטיקות כאלה מטילות מגבלה על התפתחות תחרות בשוק-שאחרי. השאלה העומדת על הפרק היא אם ובאילו נסיבות ראוי להתערב בהן.

חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "חוק ההגבלים העסקיים" או "החוק") עשוי לספק כלים נאותים להתערבות רגולטיבית. סעיף 29 לחוק אוסר על מונופול לסרב באופן "בלתי סביר" לספק או לרכוש את הנכס או השירות שבמונופולין. באמצעות הוראה זו, אפשר לכאורה לטפל במצבים שבהם היצרן מסרב לסחור עם מתחריו (כפי שאירע בפרשת קודק ובפרשת זירוקס) או מתנה את השירות במגבלות כובלות. סעיף 29א לחוק חובק שורה של איסורים המוטלים על בעל מונופולין, אשר המאחד אותם הוא איסור "ניצול מעמד לרעה". בתוך כך, סעיף קטן (2) עוסק ב"צמצום או הגדלה של היקף השירותים המוצעים על ידי בעל מונופולין שלא במסגרת פעילות תחרותית הוגנת". סעיף קטן (4) אוסר "התניית ההתקשרות בדבר הנכס או השירות שבמונופולין בתנאים אשר מטבעם או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים אינם נוגעים לנושא ההתקשרות". הוראות חוק אלה מאפשרות, לכאורה, לטפל בפרקטיקה המודגמת בפרשת לקסמרק. לצדן עומדת סמכותו הכללית של הממונה על הגבלים עסקיים "לתת לבעל המונופולין הוראות בדבר הצעדים שעליו לנקוט", אם ראה "כי כתוצאה מקיומו של מונופולין או מהתנהגותו של בעל מונופולין, נפגעת התחרות בעסקים או נפגע הציבור" כקבוע בסעיף 30(א) לחוק.

ואולם הוראות חוק ההגבלים העסקיים אינן מהוות אלא מכשיר פונקציונלי, החסר תוכן מהותי משל עצמו. הפעלת מכשיר זה, ורמת ההתערבות האופטימלית המופעלת מכוחו, צריכות להיגזר על רקע תובנות כלכליות בדבר מאפייניו

6 ראו: F. 3d 1322 (2000) 203, *In re*.

המיוחדים של השוק-שאחרי ועל בסיס איזון בין העלויות הצפויות לצמוח מהפרקטיקה המגבילה לבין תועלתן. לעניין זה יוקדשו הפרקים הבאים. אפתח באפיון כשלו של השוק-שאחרי.

ג. בעיית היעילות: אפיון כשלי השוק-שאחרי

1. **עלויות מעבר ובעיית הקהל השבוי**
השוק-שאחרי נבחן במאפיינים בעלי משמעות רבה לבחינת השלכותיה של פרקטיקה מגבילה על יעילותו הכלכלית. שני מאפיינים עיקריים של שוק זה הם עלויות המעבר ובעיות המידע.

"עלויות מעבר" (Switching Costs) הן העלות המוטלת על הצרכן המבקש להמיר מוצר אחד במוצר אחר. הספרות הכלכלית מזהה סוגים שונים של עלויות מעבר: עלויות תאימות, עלויות עסקה, עלויות לימוד ועלויות מלאכותיות⁷. עלויות תאימות (Compatibility Costs) נובעות מן הצורך לתאם בין מרכיבים שונים של אותה מערכת, כגון טלוויזיה ומצלמת וידאו, או מחשב ומדפסת. המרת רכיב אחד במערכת, מחייבת ליצור תאימות עם הרכיב האחר, ולעתים תצריך את המרתו. עלויות עסקה (Transaction Costs) כוללות עלויות הכרוכות בסיום עסקה אחת וקשירת עסקה חדשה. בכלל אלה באות עלות מציאת הספק החלופי, בירור השוואה, משא ומתן וכריתת החוזה, מילוי טפסים או החזרת ציוד מושכר ונטילת ציוד חלופי. עלויות לימוד (Costs of Learning) הן עלויות המשקפות את מאמץ הצרכן ללמוד את הוראות ההפעלה של המוצר ולהגיע למימונות סבירה בהפעלתו. ככל שהמוצר מסובך ומורכב יותר, כך עולות עלויות הלימוד. סוג אחר של עלויות מעבר מכונה עלויות חוזיות (או מלאכותיות). מקורן של עלויות אלה בפרקטיקות המופעלות על ידי היצרן במגמה למנוע מעבר של צרכנים למוצרים חלופיים. דוגמה לכך הם פרסים שונים שהצרכן זוכה להם, כגון הנחות על צבירת מרחקי טיסה. גם "עונשים" שמטיל היצרן בגין מעבר נכללים בכלל אלה. למשל, קנס בגין החזרה מוקדמת של ציוד מושכר. עלויות אלה שונות מן העלויות הקודמות, משום שעצם קיומן אינו הכרחי. אך מעת שהן קיימות, הן מכבדות על המעבר ומייקרות אותו. בצד עלויות "כלכליות" ישנן גם עלויות מעבר פסיכולוגיות (Psychological Costs of Switching). שמרנות והרגל (חסרי הצדקה כלכלית) עלולים גם הם לקבע את הסטטוס קוו ולמנוע שינוי.

מהי השלכתן של עלויות המעבר המתוארות? עלויות מעבר יוצרות נאמנות

7 ראו: Paul Klemperer, *Markets with Consumer Switching Costs*, 102 QUARTERLY J. OF ECON. 375 (1987); Carl Shapiro & Joseph Farrell, *Dynamic Competitions with Switching Costs*, 19 RAND J. OF ECON. 123 (1988); Paul Klemperer, *Competition when Consumers have Switching Costs: An Overview with Applications to Industrial Organization, Macroeconomics, and International Trade*, 62 REV. OF ECON. STUDIES 515 (1995)

למותג (Brand Loyalty). דהיינו הן קושרות בין הצרכן לבין המוצר או השירות שכבר נרכשו, ובכך יוצרות תופעה של צרכנים שבויים (Locked-in Customers). זוהי תופעה בולטת מקום שבו מדובר במוצרים נמשכים (להבדיל ממתכילים). למשל, צרכן הקשור עם חברת טלפונים יביא בחשבון את העלויות הכרוכות בשינוי מספר הטלפון שלו, כגון הפצת המספר החדש בקרב לקוחותיו. השוק-שאחרי נכנס לפעולה לאחר שהצרכן בחר בציוד בשוק הראשון. בחירתו צופה פני עתיד, שכן מדובר במוצר שחיינו נמשכים וניצולו האופטימלי צפוי להתבטא בטווח הארוך. ככל שגדלה ההשקעה הראשונית בבחירת הציוד, ברכישתו ובלמוד דרכי הפעלתו, כך יש לצפות לעלויות מעבר כבדות יותר.

עלויות מעבר מחלישות את ניידות הצרכן בין מוצרים חלופיים. מוצרים חלופיים, שמלכתחילה נהנו ממידה כזו או אחרת של הומוגניות, הופכים להטרוגניים לאחר שנרכשו. עלויות המעבר מפצלות את "שוק המוצר" לשוקי משנה לפי מותגים. עקב כך, הפירמה שנבחרה בעת הרכישה הופכת לפירמה דומיננטית ב"שוק המותג" הוא השוק-שאחרי. מובן שכוח שוק זה איננו חסר גבולות, אלא הוא נתחם באמצעות גובהן של עלויות המעבר. אם המחיר שיגבה היצרן בשוק-שאחרי גבוה מעלויות המעבר, יעדיף הצרכן הרציונלי לעבור אל המתחרה. אך כל עוד המחיר הנגבה בשוק-שאחרי נמוך מעלויות המעבר, צפוי הצרכן להישאר עם המותג שרכש.

בקשר הדוק לתופעה המתוארת, צפויות עלויות המעבר ליצור חסם כניסה בפני מתחרים חדשים⁸. אם הצרכן נאמן למותג מסוים, ייקשה על מתחרים לחדור אל השוק⁹. הפגיעה עלולה להיות משמעותית: ראשית, חסם כניסה מונע תחרותיות. בעקבות זאת מחירי השוק-שאחרי צפויים להיות גבוהים מן המחירים בשוק תחרותי; שנית, גם רמת החדשנות עלולה להיפגם. עלויות מעבר עשויות להניע חברות להציע מוצרים דומים מבחינה פונקציונלית, כדי למנוע מעבר של לקוחות על בסיס הבדלים פונקציונליים בין מוצרים; ולבסוף, האפשרות ללכוד קהל שבוי מקימה תמריץ נלווה ליצור עלויות מעבר מלאכותיות לשם החלשה נוספת של התחרות¹⁰. ממילא עולה מכאן שעלויות מעבר מניחות קרקע פורייה להתנהגות אופורטוניסטית מצד היצרן¹¹. מושג זה מושתת על ההנחה הכלכלית הבסיסית,

8 Klemperer, לעיל ה"ש 7, בעמ' 535–536.

9 ואולם סאפירו ופארל (Shapiro & Farrel) טוענים, כי עלויות מעבר עשויות דווקא לעודד כניסת מתחרים חדשים לשוק. למתחרים החדשים יש תמריץ להוריד מחירים באופן אגרסיבי כדי למשוך לקוחות חדשים שעדיין לא "נשבו". Shapiro & Farrel, לעיל ה"ש 8.

10 Klemperer, לעיל ה"ש 7, בעמ' 537.

11 המושג אופורטוניזם מתאר התנהגות סחטנית של אחד הצדדים במערכת יחסים עסקית, באופן המנצל את "חולשתו" של הצד האחר. אופורטוניזם מוסיף רכיב נוסף של "ניצול לרעה", הטעיה או הונאה. האופורטוניסט מניח כי התנהגותו תצמיח לו רווח עודף, מבלי שהצד האחר יוכל בקלות לעקוב ולגלות את התחבולה. המונח הגורר על ידי הכלכלן וויליאם ויליאמס Oliver E. Williamson, The ראו: באמצעות תחבולה.

שלפיה הפרט פועל להגשמת האינטרס העצמי שלו. התנהגות אופורטוניסטית מתאפשרת לאחר שאחד הצדדים כבר השקיע בנכס ספציפי¹²: השקעות ספציפיות כאלה שנעשו והותאמו במיוחד למערכת יחסים קונקרטית, מגבירות את התלות של בעל הנכסים במתקשר האחר. התלות שנוצרת בעקבות ההשקעה הספציפית מזמינה סחטנות. החשש לאופורטוניזם עשוי להתעורר בכל פעם שהסחטנות מציעה לסחטן רווחים גבוהים יותר בהשוואה לרווחים הצפויים לו מכיבוד החוזה הקיים¹³. המבנה של השוק־שאחרי יוצר קרקע נוחה לניצול אופורטוניסטי מצד היצרן. זהו אופורטוניזם כלפי קהל שבו (Installed Base Opportunism). הוא מתאפשר משום שהשקעת הצרכן היא ספציפית: הוא השקיע ברכישת ציוד מסוים. צרכן רציונלי יישאר עם היצרן הנוכחי, כל עוד עלויות המעבר עולות על המחיר שהוא נדרש לשלם בשוק־שאחרי. אם כן, בפני היצרן נפתחת הדרך לגבות רווח מונופוליסטי עד לגבול עלויות המעבר. הצרכן עשוי לנסות להתגבר על בעיית האופורטוניזם באמצעות חוזה שירותים מפורט וארוך טווח, המגן על האינטרס הצרכני שלו ומאפשר לו "פתחי מילוט". ואולם כפי שניווכח להלן, בעיות המידע ובעיית החוזה הבלתי מושלם מערימות קושי ומכשילות את הפתרון החוזי כפתרון מושלם.

2. בעיות מידע

השוק־שאחרי סובל משקיפות נמוכה יחסית. המידע הקשור בשירותי תחזוקה עתידיים הוא מגוון ורב. הוא כרוך בצפיית הבעיות שעוללות להתעורר בעתיד בעניין השימוש בציוד. זהו מידע מורכב אשר בדרך כלל איננו זמין לצרכן בעת רכישת הציוד, ולעתים כלל אינו ידוע. היעדר מידע וחוסר ודאות בנוגע לעתיד מקשים על תכנון ותמחור מוקדם של השירות בשוק־שאחרי. לעומת השוק־שאחרי, שוק הציוד נהנה מרמת שקיפות יחסית גבוהה. מחירי הציוד ומאפייניו נתונים וניתנים להשוואה.

הפערים בשקיפות בין השווקים הם בעלי נפקות מבחינת ה"מיקום" שבו אפשר לצפות להתנהגות מונופוליסטית מצד היצרן. יש להניח כי היצרן ינסה "להסתיר" התנהגות מונופוליסטית באמצעות השוק־שאחרי, שאיננו שקוף. בחזית השקופה — השוק הראשוני — ינהג היצרן בדרך תחרותית. את הרווח העודף הוא ינסה

.Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting, 47 (1985)
ראו גם: Don E. Waldman & Elizabeth J. Jensen, Industrial Organization — Theory and Practice, 56 (1998)

12 Oliver E. Williamson, *Transaction Cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, 22 THE J. OF LAW & ECON. 233 (1979)

13 Benjamin Klein, R.G. Crawford & Armen A. Alchian, *Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process*, 21 J. L. & ECON. 297 (1978); Benjamin Klein, *Why Hold-Ups Occur: The Self-Enforcing Range of Contractual Relationships*, 34 ECON. INQUIRY 444 (1996)

לגבות, באין רואה, במסגרת השוק-שאחרי. ניסיון ההסתרה נועד למנוע פגיעה במוניטין. היצרן ינסה ליהנות מתמחור מונופוליסטי בשוק-שאחרי, מבלי לשלם את המחיר בגדרו של השוק הראשוני.

להתנהגות המונופוליסטית של היצרן בשוק-שאחרי מצטרפות בעיות מידע שעלולות לחבל בכוח הריסון של השוק הראשוני¹⁴. אלה משתנות על פי קהל הצרכנים ואופי הצידוד הנמכר. ככל שהצידוד מורכב יותר, כך יש לצפות לבעיות מידע קשות יותר. ככל שהקהל מתוחכם פחות, כך תגברנה בעיות המידע. גם משך החיים של המוצר הוא בעל נפקות. ככל שזה ארוך יותר, כך צופן העתיד שינויים טכנולוגיים או שינויים במדיניות החברה אשר אינם ידועים מראש.

יש שהציעו כי אין להפריז בהשפעתן של בעיות המידע. בנג'מין קליין (Klein) הצביע על שני מנגנוני שוק הצפויים לרסן סחטנות מצד היצרן: המכשיר החוזי והמוניטין¹⁵. באמצעות המכשיר החוזי ישאף הצרכן לקשור את היצרן בחוזה שירות מחייב. אף אם הצרכן אינו מודע לכל פרטי הבעיות שעלולות להתעורר, הוא מודע לבעיית המידע, ולאפשרות של סחטנות מצד היצרן בעתיד. לכאורה, מודעות זו מאפשרת לצרכן להגן על עצמו מראש בדרך חוזית. המוניטין גם הוא פועל כגורם מרסן, שכן היצרן יחשוש מפגיעה במוניטין, שעלותה עולה על הרווח הצפוי מהסחטנות. החשש מפני פגיעה במוניטין יוביל לכך שאם היצרן יבחר להעלות את מחיר השירות, העלאה זו תקוזז בהפחתה מאזנת של מחיר הצידוד, על מנת למנוע מעבר של לקוחות ליצרנים חלופיים. בעקבות זאת יש לצפות כי מחיר החבילה כולה — צידוד ושירותים — יהא תחרותי. לדעתו של קליין, בעיה של סחטנות עלולה להתעורר רק במקרה של שינויים בלתי צפויים בתנאי השוק, אשר לא נחזו בעת רכישת הצידוד. למשל, במקרה שמתעורר ביקוש גובר לשירות או שחלה ירידה בביקוש לצידוד. שינוי כזה עשוי להגדיל את הרווח של היצרן מניצול הקהל השבוי. לעומת זאת, בהיעדר שינויים לא צפויים ירסן השוק הראשוני התנהגות סחטנית בשוק-שאחרי, באמצעות המכשיר החוזי ומנגנון המוניטין.

גישה זו הסומכת על מנגנוני השוק הטבעיים מציעה להימנע בדרך כלל מהתערבות בשוק-שאחרי. דניס קרלטון (Carlton) טען כי תחרות מראש, לצד מוניטין וצרכנים מתוחכמים, מגנים על צרכנים באופן מושלם¹⁶. ברוח דומה טען תומס ארתור (Arthur) כי בעיות מידע אינן יוצרות כשל שוק מבני מאחר שאפשר

14 Lande (1993), טען כי בעיות מידע משפיעות במישורין על רמת התחרותיות של השוק. שוק שנראה לכאורה תחרותי מן הבחינה המבנית, עשוי להתנהג באופן בלתי תחרותי בשל בעיות המידע. ראו: Robert H. Lande, *Chicago takes it on the chin: Imperfect Information could play a crucial role in the post-Kodak world*, 62 ANTITRUST L. J. 193 (1993).

15 ראו: Benjamin Klein, *Market Power in Antitrust: Economic Analysis after Kodak*, 3 SUP. SUPER. CT. ECON. REV. 43 (1993); Benjamin Klein, *Market Power in Aftermarkets*, 17 MANAGERIAL & DECISION ECON., 143 (1996).

16 ראו: Dennis W. Carlton, *A General Analysis of Exclusionary Conduct and Refusal to Deal* — Why Aspen and Kodak Are Misguided, 68 ANTITRUST L. J. 659 (2001).

להתגבר עליהן בדרך חוזית¹⁷. אמנם הצרכן אינו יודע מהם פרטי השירות שיזדקק להם בעתיד, ואולם הוא מודע לעצם קיומן של בעיות מידע. לכן הוא מסוגל להגן על עצמו מראש באמצעות המכשיר החוזי.

גישה כלכלית זו מבוססת על ההנחה שהמידע הרלוונטי נגיש, ושהצרכן מתווכח דיו כדי להגן על עצמו. ואולם זוהי גישה אופטימית אשר לא תמיד עולה בקנה אחד עם המציאות. כפי שניווכח בהמשך, הפוטנציאל הענישתי של השוק הראשוני סובל ממגבלות. כך, למשל, היצרן עשוי להפלות בין לקוחות מתווכחים ללקוחות אחרים, ובדרך זו לנסות לנטרל את השפעתם המיטיבה של הלקוחות המתווכחים. גם גמישות הביקוש בשוק הראשוני¹⁸ עשויה להיות קטנה יחסית, כך שלא תהיה הרחעה מספקת מפני מונופוליציה של השוק-שאחרי¹⁹. באשר למכשיר החוזי, אף אם הצרכן המודע ינסה להגן על עצמו באמצעות חוזה שירותים ארוך טווח, לא ניתן להתעלם מהמגבלות האינהרנטיות של המכשיר החוזי. על כך – בפרק הבא.

3. בעיית החוזה הבלתי מושלם

המכשיר החוזי סובל מבעיית הרציונליות המוגבלת (Bounded Rationality)²⁰. אוליבר ויליאמסון (WILLIAMSON) טען, כי הרציונליות של הפרט נפגעת בשל היכולת האנושית המוגבלת לקלוט מידע, לאחסנו בזיכרון ולעשות בו שימוש חוזר ללא טעות, וכן על ידי מגבלות השפה²¹. הרציונליות המוגבלת מטביעה פגם במכשיר החוזי, ובגינה החוזה הוא לעולם בלתי מושלם. ויליאמסון עמד על הזיקה בין רציונליות מוגבלת לבין אופורטוניזם. הרציונליות המוגבלת מזמינה אופורטוניזם, והשילוב בין שתי התופעות יוצר את הבעיות החוזיות הקשות ביותר²².

17 ראו: Thomas C. Arthur, *The Costly Quest for Perfect Competition Kodak and Nonstructural Market Power*, 69 N.Y.U. L. Rev. 1 (1994).

18 במונח הכלכלי "גמישות הביקוש" הכוונה היא לעצמת התגובה הצרכנית לשינוי במחיר המוצר. כאשר למוצר יש תחליפים קרובים, יש לצפות כי העלאה במחיר תוביל למעבר של צרכנים למוצר החליפי, דהיינו הביקוש גמיש. ולהפך, כאשר אין בנמצא תחליפים למוצר חיוני, הביקוש הופך קשיח.

19 על מגבלות כוחו המרסן של השוק הראשוני ראו, למשל: Steven C. Salop, *The First Principles approach to Antitrust, Kodak, and Antitrust at the Millennium*, 68 ANTITRUST L. J. 187 (2000).

20 על הרציונליות המוגבלת ראו בתמצית: Waldman & Jensen, לעיל ה"ש 12. Dennis W. CARLTON & JEFFREY M. PERLOFF, *MODERN INDUSTRIAL ORGANIZATION* 380 (3rd ed, 2000).

21 ראו: OLIVER E. WILLIAMSON, *MARKETS AND HIERARCHIES: ANALYSIS AND ANTITRUST IMPLICATIONS*, 23–21 (1975), לעיל ה"ש 12, בעמ' 66–67.

22 בעיית החוזה הבלתי מושלם אינה מתייחדת לשוק-שאחרי דווקא. זוהי תופעה כללית הפוגמת בכוחו של החוזה מלשמש פתרון מלא לבעיית האופורטוניזם. Klein, Crawford & Alchian (1978) מנו ארבע מגבלות הטבועות בחוזה, בדרך כלל. ראשית, קושי ליצור מראש חוזה מושלם שתייחס לכלל הסוגיות האפשריות. שנית, כריתת חוזה כרוכה מטבעה בעלויות עסקה. שלישית, קיימות עלויות אכיפה מקום שבו החוזה אינו מכובד על ידי אחד המתקשרים.

בעיית החוזה הבלתי מושלם, המאפיינת חוזים בדרך כלל, מתחזקת מקום שבו מדובר בחוזי שירות עתידיים. חוזים אלה עוסקים באיכות השירות, ומטבע הדברים קשה להגדיר בהם התחייבות מדויקת. גם נושא השדרוג הכרוך בהתפתחות טכנולוגית עתידית אינו ניתן להסדרה מדויקת מראש. תניות חוזיות כלליות המחייבות את היצרן "להשתדל" או "להעניק את הטוב ביותר", וכיוצא באלה ניסוחים מקובלים – סובלות מעמימות גבוהה. אפשר להקשות ולטעון שבהינתן חוסר היכולת להשיג חוזה מושלם – רצוי להסתפק בהגנה חוזית חלקית²³.

לכאורה, התשובה האינטואיטיבית היא חיובית. ואולם אינטואיציה זו עלולה להיות שגויה, משום שלעמים הסדרת מקצת הפרטים גרועה יותר מאשר היעדר הסדרה. יצרן שהוגבל בחוזה שירותים, עלול לנקוט "מהלך עוקף" במטרה לפצות את עצמו במקום אחר. למשל, אם הוסכם על מגבלת מחיר בגין השירות, יכול היצרן להמיר פרקטיקה תמחירית בהימנעות משדרוג הציוד. דוגמאות אחרות הן הפחתה באימון טכנאים, הורדת איכות השירות, גביית מחיר מונופוליסטי עבור חלקי ציוד חדשים, הפחתה ברמת התחזוקה המונעת, ועוד. כלומר חוזה השירות, השואף להגביל את היצרן, עלול ליצור תמריץ שלילי כלפיו לפגוע בצרכן במישורים עמומים ומוגדרים פחות. יוצא מכאן שערכו של חוזה חלקי עלול להיות שלילי.

הכשלים שמהם סובל המכשיר החוזי הובילו לפיתוח תאוריה בדבר ההתחייבות המוגבלת של היצרן (The Limited Manufacturer Commitment Theory). לגישתה של תאוריה זו, לא יוכל היצרן ליטול על עצמו, בפועל, התחייבות אמינה ומחייבת באשר לפעולותיו בשוק-שאחרי. בורנשטיין, מנסון ונטס (Borenstein, MacKie-) (Mason & Netz) טענו כי כדי למנוע ניצול אנטי-תחרותי של השוק-שאחרי, על הצרכן להיות מסוגל להשיג חוזה שירות מושלם, בעת שהוא רוכש את הציוד, ולהגדיר בו את כל מחירי השוק-שאחרי תוך צפיית מדיניות החברה העתידית²⁴. חוזים כאלה הם בלתי אפשריים על רקע חוסר הוודאות הטמון בעתיד, ולנוכח כוחה של החברה לנקוט פרקטיקות עוקפות. פרקטיקות מעין אלה מאיינות את ההגנה שהצרכן ציפה לקבל בגדרו של החוזה. מה תפקידו של השוק הראשוני בפיקוח על פרקטיקות מונופוליסטיות בשוק-שאחרי? זהו עניינו של הפרק הבא.

לבסוף, אכיפה באמצעות השוק (פגיעה במוניטין) הנה מוגבלת. Klein, Crawford & Alchian, לעיל ה"ש 13.

23 ראו: Joseph Farrell & Carl Shapiro, *Optimal Contracts with Lock-in*, 79 AM. ECON. REV., 51 (1989).

24 ראו: Severin Borenstein, Jeffrey K. MacKie-Mason & Janet S. Netz, *Antitrust Policy in Aftermarkets*, 63 ANTITRUST L. J. 455, 473 (1995).

ד. כוח הפיקוח של השוק הראשוני

איום מצד השוק הראשוני עשוי לשמש כגורם מרסן כנגד ניצול אופורטוניסטי בשוק-שאתרי. יצרן הפועל בדרך אופורטוניסטית בשוק-שאתרי חשוף לפגיעה במוניטין ולסנקציה של אבדן לקוחות חדשים בשוק הראשוני. ענישה מצד השוק הראשוני היא אפקטיבית, אם היא תהפוך את האסטרטגיה של התמחור המונופוליסטי בשוק-שאתרי לבלתי משתלמת²⁵. טענה זו מבוססת על הזיקה העניינית הקיימת בין השוק-שאתרי לבין השוק הראשוני²⁶.

השאלה שישאל יצרן המבקש לנקוט אסטרטגיה נצלנית-אופורטוניסטית היא אם ההפסד הכרוך באבדן לקוחות חדשים בשוק הראשוני עולה על הרווח הצפוי מתמחור מונופוליסטי בשוק-שאתרי. לשם מתן מענה לשאלה זו צפוי היצרן לשקלל בין שני משתנים: האחד, הרווח הצפוי מניצול לקוחות שבויים. השני, ההפסד החזוי עקב הפגיעה במוניטין ואבדן לקוחות חדשים. זוהי פשרה שעושה היצרן במגמה להשיא רווחיו. גורמים שונים עשויים להשפיע על המאזן, כגון: עצמת עלויות המעבר, היקף הקהל השבוי, היקף הלקוחות החדשים הצפויים, גודלו של השוק-שאתרי ביחס לשוק הראשוני והיחס בין לקוחות קיימים לבין לקוחות חדשים, מידת התחרותיות של השוק הראשוני ושאלת היקף ההשפעה של ההתנהגות האופורטוניסטית על המוניטין²⁷. שאיפה לשמור על מוניטין לטווח ארוך עשויה לפעול כקו גבול התוחם את טווח אפשרויות הפעולה של היצרן. אך גם בגבולות אלה עשוי להתקיים טווח פעולה רחב יחסית, שיאפשר התנהגות אופורטוניסטית. אפשר להניח כי ככל שמשך חיי המוצר ארוכים יותר, ככל שכמות הלקוחות השבויים גדולה יותר וככל שמידת התחרותיות של השוק הראשוני קטנה יותר, כך גדל התמריץ להתנהגות אופורטוניסטית בשוק-שאתרי.

כאמור, אחד המשתנים שישקלו על ידי היצרן בקבלת ההחלטה אם לנהוג באופן אופורטוניסטי הוא הרווח הצפוי מניצול קהל שבוי. המודל הכלכלי של ניצול קהל שבוי (Installed Base Opportunism) מציע, כי היצרן יכול להפיק רווח מונופוליסטי מהשירות שהוא מוכר ללקוחות השוק-שאתרי, משום שלקוחות אלה כבר "נלכדו" לאחר שרכשו את הציוד של היצרן בשוק הראשוני. אמנם אסטרטגיה אופורטוניסטית עלולה לגרום ליצרן להפסיד מכירות בשוק הראשוני, ואולם אין פירושו של דבר אבדן הרווח הכולל. השאלה היא יחסית. אם היצרן נהנה מכוח שוק משמעותי בשוק הראשוני ומידת התחרותיות בפועל או בכוח היא קטנה, כך גם קטן החשש מפני ענישה על ידי השוק. וככל שכוח הענישה של

25 למשל: Salop, לעיל ה"ש 19, בעמ' 192-193.

26 למשל: Herbert Hovenkamp, *Market Power in Aftermarkets: Antitrust Policy and the Kodak Case*, 40 U.C.L.A. Law Rev. 1447 (1993).

27 לסקירת גורמים רלוונטיים לשקלול ראו, למשל: Joseph Kattan, *Market Power in the Presence of an Installed Base*, 62 ANTITRUST L. J. 1, 20-10 (1993).

השוק הראשוני קטן יותר, כך גם קטן ההפסד הצפוי מתמחור מונופוליסטי, באופן המטה את כפות המאזניים לניצול הקהל השכוי בשוק-שאחרי.

עם זאת, אין פירוש הדבר כי שוק ראשוני תחרותי יהווה כוח מרסן אפקטיבי כלפי התנהגות אופורטוניסטית. בורנשטיין, מנסון ונטס טענו כי לחברה יש תמיד תמריץ לתמחור מונופוליסטי בשוק-שאחרי, ללא תלות במידת התחרותיות של השוק הראשוני²⁸. הטעם לכך הוא שגם אם השוק הראשוני תחרותי, עדיין ייתכן כי ניצול הקהל השכוי יניב ליצרן רווחים העולים על ההפסד הצפוי בגין אבדן מכירות חדשות. על כן אין להניח שהשוק הראשוני יהווה תמיד גורם שיטור יעיל, שכן ככל שהרווח האופורטוניסטי גדול יותר, כך גדל הפיתוי להפעיל ולו מידה מסוימת של מונופוליזם. אמנם יכולתו של הצרכן להמיר מוצר מקולקל במוצר חדש, חלף תיקונו, יוצרת מגבלה טבעית כנגד התנהגות מונופוליסטית בשוק-שאחרי. אך גם למגבלה זו גבולות: אם המוצר הוא בעל משך חיים ארוכים, חלופת התיקון עשויה להיות משתלמת יותר. לכן משך חיים ארוך של מוצר עשוי להניע תמחור מונופוליסטי בשוק-שאחרי.

סטיבן סאלופ (Salop) הצביע על כך, שענישת השוק הראשוני אינה בהכרח אפקטיבית: ראשית, אף אם השוק הראשוני תחרותי, הרי גמישות הביקוש אינה אינסופית. על כן אפשר להניח כי היצרן לא יאבד את כל מכירותיו בגין ניצול אופורטוניסטי של השוק-שאחרי. שנית, היצרן עשוי למתן את כוח הענישה של השוק הראשוני בדרך של מתן הנחות על רכישת ציוד חדש²⁹. לעתים יש בידי היצרן מידע על לקוחותיו המאפשר לו להבחין בין לקוחות מתוחכמים לבין הדיוטות, אשר אינם יודעים לבחון מראש את תנאי השוק-שאחרי. במקרה כזה יוכל היצרן להפלות מחירים ולהגביל את מתן ההנחות למגזר הצרכני המתוחכם. על כך אפשר להוסיף, ברוח התובנה שהציע קליין, כי גידול משמעותי בביקוש למוצר יכול להפוך את מאזן הכוחות שבין הרווח להפסד, ולהטות את הכף לטובת התנהגות סחטנית³⁰. קליין טען, כי אמצעי הגנה טבעיים כנגד סחטנות, הבאים לידי ביטוי באבדן יחסים חוזיים ובפגיעה במוניטין, עשויים לאבד את כוחם נוכח שינוי משמעותי בתנאי השוק. דוגמה לכך היא המקרה של General Motors אשר נקשרה בחוזה הספקה עם חברת Fisher Body. בעת שנכרת החוזה, הצדדים לא צפו את הגידול המשמעותי בדרישה למכוניות מסוג חדש. הגידול הדרמטי בביקוש הגדיל את התלות של General Motors בחלקי ייצור שסיפקה Fisher Body. השינוי יצר פוטנציאל לניצול סחטני מצד הספק. בנסיבות אלה, החוזה והמוניטין

28 ראו: Severin Borenstein, Jeffrey K. MacKie-Mason & Janet S. Netz, *Exercising Market Power in Proprietary Aftermarkets*, 9 J. OF ECON. & MANAGEMENT STRATEGY 157 (2000).

Borenstein, Mason & Netz, לעיל ה"ש 25, בעמ' 455.

29 ראו: Steven C. Salop, *Exclusionary Vertical Restraints Law: Has Economics Mattered*, 83 AM. ECON. REV. 168, 170-171 (1993).

30 ראו: Klein, לעיל ה"ש 14, בעמ' 449-450.

לא עמדו כמחסום בפני התנהגות אופורטוניסטית. אף שעבודתו של קליין עסקה בניצול אופורטוניסטי ביחסי ספק-יצרן, אפשר לשאוב ממנה תובנה גם לניתוח השוק-שאחרי: עליית ביקוש למוצר או הקשחת הביקוש עשויות למתן את הענישה הפוטנציאלית מצד השוק הראשוני ולהגדיל את הרווח מניצול אופורטוניסטי של הקהל השבוי.

הדיון שנערך עד כה מלמד שהשוק-שאחרי הוא שוק מועד לפורענות. הוא מקים חשש להתנהגות אופורטוניסטית מצד היצרן. אולם בטרם נשפוט את היצרן לשבט, מן הראוי לבחון טעמי יעילות העשויים לתמוך באימוצן של פרקטיקות מגבילות.

ה. שיקולי יעילות בפרקטיקות מגבילות בשוק-שאחרי

יצרן עשוי לנקוט פרקטיקות שונות על מנת לבסס את שליטתו בשוק-שאחרי: קשירה בין היצור לשירות, סירוב לספק חלפים קנייניים לחברות שירות עצמאיות, התנאת המכירה של חלקי חילוף מוגנים בקניין רוחני בתנאים מגבילים וכו'. תהא הפרקטיקה אשר תהא, השלכתה היא צמצום ואף חיסול התחרות בשוק-שאחרי. השאלה המתעוררת היא אם אפשר להצביע על שיקולי יעילות כלכלית העשויים לתמוך בפרקטיקה המגבילה, ולקזז את הנזק התחרותי הנובע ממנה.

1. סוגיית ההסדר האנכי

1.1 טעמי יעילות

התנהגות היצרן בשוק שאחרי ניתנת לתיאור כהסדר אנכי³¹. לעומת השוק הראשוני שבו התחרות היא בין-מותגית (Inter-Brand Competition), בשוק-שאחרי התחרות היא תוך-מותגית (Intra-Brand Competition). מיקומה של תחרות תוך-מותגית הוא חוליית השיווק של המשווקים או נותני השירותים, המתמקדים במוצר נתון של יצרן מסוים. סוגיית ההסדר האנכי מספקת תובנות כלכליות התומכות בפרקטיקות מגבילות של היצרן, מחמת השפעתן החיוביות על היעילות הכלכלית.

הניתוח הכלכלי מלמד כי ליצרן ישנו אינטרס ליעל את חוליית השיווק ולכווץ ככל האפשר את עלויותיה. הטעם לכך נעוץ בתופעה המכונה שוליות כפולה (Double Marginalization). תופעה זו מודגמת במצב הקיצוני, שבו הן היצרן והן המפיץ הם מונופול. יצרן מונופוליסטי צפוי לגבות מהמפיץ מחיר שהעלות השולית שלו משתווה להחזר השולי (MC=MR). מחיר זה הוא מחיר המונופול (Pm), אשר מהווה את מחיר הרכישה עבור המפיץ. קרי את העלות השולית

31 לאפיון השוק-שאחרי כשוק אנכי ראו: Thomas C. Arthur, *Formalistic Line Drawing: Exclusion of Unauthorized Services from Single Brand Aftermarkets Under Kodak and Sylvania*, 24 J. CORP L. 603 (1999).

עבורו. המפיץ, בהיותו מונופול גם הוא, צפוי לגבות מחיר הנגזר מהעלות השולית שלו (Pm) וההחזר השולי שלו (MR). כאופן זה נוצר מחיר המפיץ (Pr). מובן שמחיר זה גבוה מהמחיר המונופוליסטי של היצרן. מצב דברים זה פוגע ביצרן המונופוליסטי, מאחר שהיצרן יכול היה למכור יותר ולהגדיל את רווחיו, לולא העלאת המחיר על ידי המפיץ. עליית המחיר פוגעת גם בצרכנים: אלה נאלצים להעביר חלק גדול יותר מעודף הצרכן ליצרן. נוסף לכך, צפויה עלייה זו להוציא חלק מן הצרכנים הפוטנציאליים ממעגל הרוכשים בפועל. יותר צרכנים יימנעו מרכישת המוצר וירכשו חלופות רצויות פחות מבחינתם. התוצאה היא הכפלת האבדן החברתי הנובע מקיומו של מונופול.

בעיית השוליות הכפולה מהווה בעיית יעילות כלכלית, שכן היא מגדילה את כמות הצרכנים הבלתי מסופקים ומקטינה את זרימת המשאבים לייצור מוצר מועדף. מכאן נגזרת מסקנה כלכלית בסיסית: התנהגות יצרן, אשר מועילה למזער את השוליות הכפולה, היא פעילות יעילה. יש לשים לב כי בנקודה זו קיימת זהות בין האינטרס היצרני לבין האינטרס הצרכני. היצרן, כאמור, מעוניין לשמר את חוליית השיווק בעלות הנמוכה ביותר שאפשר. כיוון חוליית השיווק לממדים הנמוכים ביותר האפשריים מאפשר לחסוך את העלאת המחירים הצפויה מקום שבו קיימת שוליות כפולה³². מכאן האפשרות כי השפעתו של הסדר אנכי על יעילות השוק תהיה חיובית. אחת ההצדקות למגבלה אנכית היא מניעת "נסיעת חינם" של משווק אחד על חשבון משווק אחר. נסיעת חינם עלולה לצמוח, מקום שבו ישנם פערים בין משווקים מבחינת רמת המאמץ וההשקעה של כל אחד מהם בקידום השיווק, לדוגמה: אם סוכן א' משקיע בפרסום חוצות ובאולמות תצוגה, אך סוכן ב' "חוטף" את הלקוחות ב"דוכן שמעבר לסיכוב" – ההשקעה של סוכן א' תרד, ולו בחלקה, לטמיון. משווק שלא יוכל לקצור את מלוא פרות ההשקעה ביצירת מוניטין יטה להפחית את מאמציו. היצרן עשוי לנסות להתגבר על בעיה זו באמצעות הסדרים אנכיים מגבילים, כגון בלעדיות טריטוריאלית (Exclusive Territory) או קביעת מחירי מינימום (Resale Price Maintenance)³³.

הצדקה נוספת להסדר אנכי, נעוצה בשאיפת היצרן למנוע נסיעת חינם מצד יצרנים מתחרים³⁴. מצב כזה יכול להתרחש במספר סיטואציות. דוגמה ראשונה: כאשר שני יצרנים נעזרים במשווק משותף, ואחד מן היצרנים נוקט מאמצי פרסום מסיביים המפנים את הלקוחות אל אותו משווק, צפוי היצרן הפסיבי אף הוא ליהנות

32 ראו: R. H. Coase, *The Nature of the Firm*, 4 *Economica* 386 (1937).

33 בלעדיות טריטוריאלית מבטיחה למשווק "מונופול" באזור השיווק אשר בו הוא פועל וצפויה להמריצו לקדם מכירות. מחירי מינימום עשויים להמריץ את הסוכנים להתחרות ביניהם על הלקוחות במישורי תחרות שאינם מחיריים, כמו שירותי מכירה שונים. להרחבה בנוגע לשיקולים המניעים את היצרן לאמץ פרקטיקות מגבילות, ראו: Lester Telser, *Why Should*

Manufacturers Want Fair Trade?, 3 *J. L. & Econ.* 86 (1960).

34 ראו: Carlton & Perloff, *לעיל ה"ש* 21, בעמ' 397–407.

מן הפרסום, אם המשווק יציע לצרכן לרכוש דווקא את מרכולתו. דוגמה שנייה: כאשר יצרן אחד משקיע באימון והכשרה של משווק משותף, והכשרה זו מתאימה גם לטיפול במוצרים המתחרים. דוגמה שלישית: כאשר היצרן מספק למשווק רשימה של לקוחות פוטנציאליים, גם המתחרה עשוי ליהנות מכך. תוצאה זו פוגעת ביצרן, שכן היא צפויה להחליש את האטרקטיביות של מוצריו בתחרות הבין-מותגית, מול מוצרים חלופיים. הדרך של היצרן להתגבר על נסיעת חינום במקרים כאלה היא על ידי קביעת הסדרי רכישה בלעדיים, הקושרים באופן בלעדי את המשווק לשיווק מוצריו שלו.

אציג כמה דוגמאות לאופן שבו פרקטיקות מגבילות שמטרתן למנוע נסיעת חינום מצד יצרנים מתחרים עשויות להוביל ליעילות כלכלית: (1) בלעדיות של היצרן בשוק-שאחרי עשויה ליצור תמריץ חיובי ליצרן להקפיד על שמירת המוניטין של המוצר ומניעת טיפול שרלטני על ידי גורמים בלתי מיומנים; (2) שליטה בשוק השירותים עשויה להרחיב את מקורות המידע של היצרן בדבר דרישות צרכניות וליקויי תפקוד של המוצר "בשטח" ובדרך זו לקדם את שיפור המוצר (3) תחלופה אופטימלית (Optimal Substitutability) בין ציוד לבין שירות. ציוד ושירות הנם רכיבים חלופיים זה לזה עד לרמה מסוימת. בפני הצרכן עומדת הבחירה, אם לצרוך שירות תחזוקה למוצר שנרכש או להמיר את הציוד הישן בחדש. הכלכלנים מילס ואלזינגה (Elzinga & Mills) הצביעו על עיוות שעלול להיווצר אם תתאפשר תחרות מצד ארגוני שירות עצמאיים בשוק-שאחרי.³⁵

מחד, היצרן נושא באופן בלעדי בעלויות המחקר והפיתוח של המוצרים בשוק הראשוני. מאידך, ארגון השירותים העצמאי נהנה בעקיפין "מפרות" המחקר ופיתוח. הפער המתואר לעיל ברמת ההוצאות הקבועות, צפוי לתת את אותותיו גם בעלויות השוליות לטווח הארוך. מכיוון שהעלות השולית של ארגון השירותים העצמאי נמוכה מזו של היצרן, הרי הוא מסוגל להציע לצרכן מחירי שירותים נמוכים יותר (עד לרמת העלות השולית). כפועל יוצא, ייאלצו היצרנים להעלות את מחיר הציוד. דבר זה עלול לעוות את היחס האופטימלי בין מחיר הציוד לבין מחיר השירות שהיה מתקבל בהיעדר מעורבות מצד ארגוני השירות העצמאיים.³⁶

35 ראו: Kenneth G. Elzinga, *Independent Service Organizations and Economic Efficiency*, 35 39 ECON. INQUIRY 549 (2001).

36 לשיקול של תחלופה אופטימלית בין ציוד לשירות כבסיס לתמחור יחסי של שני הרכיבים ראו גם: Dennis W. Carlton, Michael Waldman, *Competition, Monopoly, and Aftermarkets*, 36 (2001) www.nber.org/papers/w8086. עם זאת, על פי הכלכלנים מילס ואלזינגה, הטיעון בדבר תחלופה אופטימלית מותנה בקיומם של תנאי הסף הבאים: ראשית, הטיעון מוגבל למקרה בו השוק הראשוני הוא תחרותי והיצרן נחשף לתחרות בין-מותגית. מחד, כאשר היצרנים נחשפים לתחרות בשוק הראשוני, הם מתמרצים לתחרות בין-מותגית. מחד, כאשר ציוד ושירות — באופן אופטימלי. מאידך, במצב של היעדר תחרות בשוק הראשוני, צפוי המחיר לעלות אל רמתו המונופוליסטית וממילא, אי-אפשר לעסוק ביחסי מחיר אופטימליים בין שירות לציוד. שנית, גם במצב שבו השוק הראשוני הוא תחרותי, אין לראות בכך ערובה

1.2 טיעונים כנגד יעילותו של ההסדר האנכי

בצד הכרה ביעילותן הכלכלית של מגבלות אנכיות, הכירו מלומדים בכך שהשלכותיהן של מגבלות אלה אינן תמיד חד-משמעיות. כלכלנים מתחום הארגון התעשייתי הצביעו על כך שהן עלולות לפגום ביעדי יעילות כלכלית.

קרלטון ופרלוף (Carlton & Perloff) עמדו על כך שתוצאות ההסדר האנכי עלולות להיות דו-משמעיות, אם המגבלה משמשת את היצרן להפליית מחירים. הפרדה בין טריטוריות שיווק באמצעות הקניית בלעדיות והטלת איסורים על שיווק מקביל עשויות ליצור תשתית חיונית להפליית מחירים בין אזורים, וכך לפגוע ביעילות הכלכלית. אמנם הפליית מחירים אינה פוגעת בדרך כלל ביעילות, שכן משמעותה היא העברת עושר מן הצרכן ליצרן, ולא גריעה מן הרווחה המצרפית. יתרה מכך, הפליית מחירים עשויה לתרום ליעילות, מאחר שהיא צפויה להגדיל את התפוקה ולספק כמות גדולה יותר של צרכנים מעוניינים. עם זאת, הפליית מחירים בלתי מושלמת כרוכה בעלויות אשר פוגמות ביעילותה: מחד גיסא, כאשר ההפליה איננה מושלמת, רמת התפוקה אינה מגיעה אל הרמה האופטימלית, ומאידך גיסא, קיימות עלויות להפעלת מנגנון ההפליה, אשר עשויות לעלות על התועלת הצומחת מן ההפליה.³⁷ מגבלות אנכיות עלולות אף ליצור אפקט של חסימת שוק, על חוסר היעילות הכלכלית הכרוכה בכך. זה, למשל, המצב באשר למגבלות אנכיות אשר עלולות להקל על תיאום קרטליסטי בין מתחרים אופקיים או להקים חסם כניסה מפני מתחרים חדשים.³⁸ החשש מפני חסימת שוק (Market Foreclosure), מקים סיבה כבדת משקל להימנע מאישור אוטומטי של הסדרים אנכיים. אפקט החסימה עשוי להיות מורגש בשני השווקים האנכיים: השוק הראשוני והשוק-שאחרי.³⁹

לתמחור אופטימלי בין רכיבי הצידוד והשירות. במצב שבו קיים בשוק קהל שבו, נוצר חשש לניצול אופורטוניסטי של קהל זה על ידי היצרן.

37 לריון בהפליית מחירים והשלכותיה המורכבות על היעילות הכלכלית, ראו: HERBERT

ch. 37, CARLTON & PERLOFF, HOVENKAMP, FEDERAL ANTITRUST POLICY, 379-378 (2nd ed. 1999)

LOUIS M. B. CABRAL, INTRODUCTION TO INDUSTRIAL ORGANIZATION, ch. 20, לעיל ה"ש 9-10

10 (2000); LYNNE PEPALL, DANIEL J. RICHARDS, GEORGE NORMAN, INDUSTRIAL ORGANIZATION:

CONTEMPORARY THEORY AND PRACTICE, ch. 8.3.3 (1999).

38 בעניין זה מקובל לגנות תניות להכתבת מחירי מינימום (Minimum Resale Price)

(Maintenance), מחירי מינימום עושים את המחירים לשקופים יותר, ומקלים על קיומו

של מעקב ופיקוח מצד חברי הקרטל כנגד ניסיון של אחד מהם לרמות את הקרטל. גם

הסדרים של בלעדיות ברכישה (Exclusive Dealing) הנם בעייתיים, נוכח יכולתם לחסום הקמת

נקודות שיווק, ולאליץ את המתחרה להקים נקודות שיווק חלופיות עבור עצמו, על העלויות

הכרוכות בכך. להסבר טוב בעניין הכתבת מחירי מינימום ראו: Frederic M. Scherer, *The*

Economics of Vertical Restraints, in ANTITRUST POLICY IN TRANSITION: THE CONVERGENCE OF

LAW AND ECONOMICS, Eleanor M. Fox & James T. Halverson eds., 429, 433 (ABA 1983)

39 Pepall, Richards & Norman מציגים דוגמה פשוטה: יצרן מכונות המתמזג עם חברה לייצור

תיבות הילוכים. זהו מיוזג אנכי, בין שני מוצרים משלימים. למיוזג זה שתי השלכות. האחת

— בשוק תיבות ההילוכים: יצרנים חלופיים של תיבות הילוכים לא יוכלו להתחרות על יצרן

המכונות שהתמזג, שכן הוא כבר מספק לעצמו את תיבות ההילוכים. ככל שיצרן המכונות

בפועל, משמעותו של אפקט זה היא שמתחרים קיימים ייצרו בהיקף קטן יותר, ומתחרים פוטנציאליים יירתעו מלהיכנס אל השוק. התוצאה עלולה להתבטא לא רק בתמחור מונופוליסטי, אם כי גם בהחלשת התמריץ של המתחרים לעסוק בפעילות חדשנית. השלכה קיצונית היא התקבעות השוק על המוצר הקיים. כל אלה פוגעים כמובן ביעילות הכלכלית המצרפית⁴⁰.

1.3 מסקנת ביניים

הנה כי כן, הסדרים אנכיים יוצרים דילמה סבוכה, משום שהם יכולים לקדם יעילות אך גם לגרוע ממנה⁴¹. בחינת השלכותיו של הסדר אנכי טעונה אפוא אימוצה של נוסחת איזון המשקללת, בין מידת כוח השוק של היצרן, מידת חסימת השוק הצפויה עקב ההסדר ומידת היעילות העסקית שההסדר נחזה להשיג. לדוגמה, ככל שכוח השוק גדול יותר, רמת חסימת השוק הצפויה עקב ההסדר תגדל והיעילות העסקית שההסדר נחזה להשיג תקטן. בסיטואציה כזו תגדל ההצדקה להתערבות בהסדרים אנכיים. מכל האמור לעיל עולה כי לא ניתן לשפוט מראש את יעילותן של פרקטיקות מגבילות.

2. סוגיית הקשירה

פרקטיקות מגבילות בשוק-שאחרי ניתנות לעיון בראייה אנלוגית להסדרי "קשירה" (Tie-in Arrangements). סירובן של קודקס ושל זירוקס לסחור עם חברות שירות עצמאיות לובש אופי של קשירה בין מכונית הצילום (השוק הראשוני) לבין חלפים ושירותים (השוק-שאחרי). הוא הדין בהטבעת קוד זיהוי במחסניות הטונר של לקסמרק, אשר נועדה לחייב את צרכני הטונר לרכשו אך ורק מיצרן המדפסות. פרקטיקות אלה "קושרות" בין רכישת הציוד בשוק הראשוני לבין רכישת מוצרים משלימים ושירותי תחזוקה בשוק-שאחרי.

מצב דברים זה מעורר את השאלה: מה משמעות הקשירה ומהן השלכותיה על יעילות השוק? בסוגיה של הסדרי קשירה הצטברה ספרות כלכלית ענפה, ועיקריה יכולים לסייע לניתוח השוק-שאחרי.

הוא בעל נתח שוק גדול יותר, כך הפגיעה במתחרים בשוק תיבות ההילוכים היא משמעותית יותר. הפגיעה השנייה היא בשוק יצרני המכוניות: יצרן המכוניות שהתמזג עם יצרן תיבות ההילוכים עשוי להימנע מלשווק את תיבות ההילוכים ליצרני מכוניות מתחרים. יצרנים אלה עלולים למצוא עצמם בעמדת נחיתות, כאשר לאפשרות לרכוש לעצמם תשומות הכרחיות. ככל שיצרן תיבות ההילוכים שהתמזג הוא גדול יותר, כך גדלה ההשלכה האנטי-חרותית של המיזוג. ראו: PEPALL, RICHARDS & NORMAN, לעיל ה"ש 37, פס' 8.3.4.

40 ראו למשל: Carlton, לעיל ה"ש 16, בעמ' 671-672. Z. Chen & T.W. Ross, *Refusal to Deal, Price Discrimination, and Independent Service Organizations*, 2(4) J. Econ. Christodoulos Stefanadis, *Downstream* & MANAGEMENT STRATEGY 593, 597 (1993).

Vertical Foreclosure and Upstream Innovation, 45 J. OF INDUSTRIAL ECON. 445 (1997).

41 ראו במאמרו: Fredric. M. Scherer, לעיל ה"ש 38, בעמ' 447-448.

2.1 תאוריית המינוף

את הבסיס לתופעת הקשירה אפשר למצוא בתאוריית המינוף. על פי תאוריה זו, יצרן בעל כוח שוק בשוק המוצר הקושר, ינסה למנף את כוחו לשוק המוצר הנקשר באמצעות קשירה בין המוצרים. הצרכן הנזקק למוצר הקושר שבמונופול, יאלץ לרכוש גם את המוצר הנקשר אצל היצרן המונופוליסטי. בדרך זו היצרן עשוי למנף את כוח השוק שלו אל שוק המוצר הנקשר.

כנגד תאוריה זו נטען, כי מינוף אינו יכול לשמש כאמצעי לגביית רווח מונופוליסטי⁴². הטעם לכך הוא שכאשר קיים מוצר קושר ומוצר נקשר המשלימים זה את זה – כגון מצלמה ופילם – אזי הצרכן בוחן אותם כחבילת צריכה אחת. דהיינו, מבחינתו, התמחור הפנימי של כל רכיב אינו משנה. כאשר המוצר הקושר נהנה מבלעדיות (למשל בעקבות הגנת פטנט), היצרן עשוי לגרוף בגינו רווח מונופוליסטי. קשירת המוצר הנקשר אינה יכולה להוסיף על כך רווח נוסף. כך, אם המוצר הנקשר מצוי בשוק תחרותי, כל העלאת מחיר ביחס אליו תצטרך להתאזן על ידי הפחתת מחירו של המוצר הקושר, וזאת על מנת להציע לצרכן מחיר נסבל של החבילה בכללותה. מאחר שהיצרן כבר גורף מחיר מונופוליסטי מרבי על המוצר הקושר, הוא לא יוכל לייקר את מחיר החבילה כולה. ייקור כזה יוכל להפחתת הביקוש הצרכני לחבילה, להורדת תפוקה ובעקבות זאת גם לירידת מחיר. על רקע זה נטען, כי על שרשרת של מוצרים משלימים לא ניתן לגבות רווח מונופוליסטי כפול. תאוריה זו זכתה לכינוי: "The Single Monopoly Profit Theorem". ניתוח זה הוביל למסקנה, כי אין להסביר פרקטיקה של קשירה באמצעות רעיון המינוף. התזה החלופית שהוצעה היא זו: אם היצרן קושר בין מוצרים שלא על מנת להשיג כוח שוק נוסף, אזי יש להניח כי פרקטיקת הקשירה מונעת מתוך שיקולי יעילות⁴³.

2.2 שיקולי יעילות המניעים קשירה

מהם שיקולי היעילות אשר עשויים להניע יצרן לנקוט פרקטיקה קושרת? על אלה אפשר למנות, למשל, את שאיפת היצרן לשמור על האיכות והמוניטין של מוצריו באמצעות שליטה על מכלול החבילה. קשירה עשויה לחסוך עלויות שיווק, באמצעות פרסום משותף או שימוש בחנויות ובצוותי מכירה מאוחדים לשני המוצרים⁴⁴. קשירה עשויה לסייע גם בהחדרת מוצר חדש לשוק וכאמצעי לפיזור סיכונים⁴⁵.

42 חלוצי הגישה הם כלכלני שיקו, ומפורסמת בעניין זה עבודתו של Louis Kaplow (1985): Louis Kaplow, *Extension of Monopoly Power through Leverage*, 85 COL. L. REV. 515 (1985).

43 לתיאור גישת שיקו בעניין הסכמי קשירה עיינו גם: Christian Ahlborn, David S. Evans & A. Jorge Padilla, *The Antitrust Economics of Tying: a farewell to per-se illegality*, www.ssrn.com.

44 להצדקת הקשירה על רקע של שיקולי יעילות ראו, למשל: Frederic M. Scherer & David Ross, *INDUSTRIAL MARKET STRUCTURE AND ECONOMIC PERFORMANCE* 565 (3rd ed 1990).

45 לסקירת הסברים שונים לפרקטיקה של קשירה ראו: Warren S. Grimes, *Antitrust Tie-In*.

הכלכלנים שוורץ וורדן (Schwartz & Werden) השוו בין פרקטיקת הקשירה בשוק-שאחרי לבין תאוריית "שוק הלימונים" של אקרלוף⁴⁶. על פי אקרלוף, בהיעדר אפשרות להבחין בין מוצרים שונים על פי איכותם, צפוי השוק כולו לרדת אל רמת המוצר הנמוכה ביותר. אם הצרכן אינו מסוגל להבחין באיכות, אין לו כל סיבה לשלם מחיר גבוה יותר עבור אחד מהמוצרים, אף אם איכותו גבוהה יותר. יצרן שאינו מסוגל לגבות מחיר עבור איכות – לא ייצר איכות. בעקבות זאת צפויים להיות בשוק רק "לימונים", המצויים במדרג האיכות הנמוך⁴⁷. על אותו משקל סבורים שוורץ וורדן, כי פרקטיקה של קשירה בשוק-שאחרי נועדה לאותת לצרכן על איכות גבוהה. לטענתם, כדי לגבות תמורה בגין איכות, חייב היצרן למצוא דרך להבחין בין מוצריו לבין מוצרים מתחרים. עליו לעורר מודעות צרכנית לפערי האיכות. קשירה היא דרך לאותת לצרכן על קיומה של איכות. הצרכן, המודע באופן כללי לכוחות הכלכליים של השוק, יכול להסיק כי פרקטיקה של קשירה נובעת מאיכות. ואולם דומה כי זהו טיעון מפולפל, המתעלם מדרכים פשוטות וישירות יותר העומדות לרשות היצרן לאותת על איכות, כגון הסברה.

הסבר אחר, מקובל יותר, לאימוץ פרקטיקות קשירה על ידי צרכנים הוא לראות בה מכשיר למדידת תועלות יחסיות של הצרכנים (Metering Device), המופעל לשם הפליית מחירים (Price Discrimination)⁴⁸. שאיפת היצרן להפלות במחירים היא מובנת: מחיר אחד אינו מבחין בין צרכנים על פי מידת הנכונות היחסית לשלם. מחיר מפלה מדרג צרכנים על פי תועלת יחסית. הוא מאפשר ליצרן לגבות מחיר גבוה יותר מצרכנים שתועלתם היחסית מן המוצר גבוהה יותר, וכך להגדיל רווחים. ואולם הדרך להפליית מחירים רצופה במכשולים: ראשית, על היצרן לעבור מחסומים חוקיים, העשויים לאסור הפליית מחירים במכירת אותו מוצר⁴⁹. שנית, הפליית

Analysis after Kodak: Understanding the Role of Market Imperfections, 62 ANTITRUST L.J. 263 (1994).
 ושני מאמרי תגובה שנכתבו בעקבותיו: Alexander C. Larson, *Antitrust Tie-In Analysis after Kodak: a comment*, 63 ANTITRUST L.J. 239 (1994); Warren S. Grimes, *Antitrust Tie-In Analysis after Kodak: a reply to Larson's Comment*, 63 ANTITRUST L.J. 267 (1994).

46 ראו: Marius Schwartz & Gregory J. Werden, *A Quality-Signaling Rationale for Aftermarket Tying*, 64 ANTITRUST L.J. 387 (1995).

47 לעבודתו המפורסמת של אקרלוף, ראו: George A. Akerlof, *The Market for Lemons: Quality, Uncertainty and the Market Mechanism*, 84 QUARTERLY J. OF ECON. 488 (1970).

48 ראו: Scherer & Ross, לעיל ה"ש 44, בעמ' 565–569. במונח הפליית מחירים (Price Discrimination), כלכלנים מתכוונים למחירים שונים ליחידות מוצר או שירות זהות, אשר אינם מתייחסים לשונות בעלויות הייצור. להגדרת המונח "הפליית מחירים" ראו, למשל: Scherer & Ross, לעיל ה"ש 44, בעמ' 489.

49 בארצות-הברית קיים חוק לעניין זה: Robinson-Patman Act, 15 U.S.C.A. s 13. המרכזית בסעיף 2 לחוק, אוסרת על גביית מחירים שונים למוצרים באותה דרגה ואיכות, אם התוצאה היא החלשה משמעותית של התחרות או יצירת מונופול. אחד החריגים לכך הוא המקרה של הורדת מחיר בתגובה להורדה קודמת מצד מתחרי. לניתוח כלכלי של החוק ראו: Scherer & Ross, לעיל ה"ש 44, בעמ' 510–516. ס' 29א(ב)(3), חוק ההגבלים העסקיים,

מחירים מותנית ביכולת לאתר לקוחות המוכנים לשלם יותר. לבסוף, על היצרן לוודא שהוא יכול למנוע פעולת "ארביטראז'": אם לקוח הרוכש במחיר מוזל יוכל לגלגל את המוצר לצרכנים אחרים, תחוסל האפשרות לגבות מחיר יחסי גבוה יותר. לכאורה, אפשר להתגבר על בעיות אלה באמצעות קשירה⁵⁰. קשירה משקפת את הכמויות השונות שצורכים צרכנים מן המוצר הנקשר. לדוגמה, אם מדובר במדפסת (מוצר קושר) וטונר (מוצר נקשר), היקף השימוש של הצרכנים במדפסת יבוא לידי ביטוי בהיקף הטונר שהוא רוכש. כך יוכל היצרן לזהות את המשתמשים "הכבדים" ולגבות מהם מחיר גבוה יותר עבור הטונר. את המוצר הקושר יציע היצרן במחיר תחרותי, אך יגבה מחיר מונופוליסטי עבור המוצר הנקשר. בהתאם לכך, ייאלצו צרכנים הנזקקים לטונר בכמות גדולה לשלם מחיר גבוה יותר עבור החבילה כולה (מדפסת וטונר) והרווח על המוצר הנקשר יקוז את ההפסד היחסי שספג היצרן במכירת המדפסת. מכאן עולה שקשירה בשוק-שאחרי היא דרך להפלות מחירים, משום שעל ידי יצירת "חבילות" ציוד והשירות שבשוק-שאחרי יכול היצרן להבחין בין צרכנים.

האם זוהי פעולה רצויה או שיש לגנותה? הפליית מחירים היא בעלת השפעה חלוקתית ברורה: היא מעבירה עושר מן הצרכן ליצרן. היא גם יוצרת שונות במחירים שמשלמים צרכנים. אך כידוע, זווית הראייה הכלכלית המסורתית אינה עוסקת בחלוקת הפרוסות בין היצרן לצרכן או בין הצרכנים לבין עצמם, כי אם מתבוננת בעוגה החברתית בכללותה. השאלה היא, מהי השלכת ההפליה על הרווחה המצרפית.

הפליית מחירים עשויה להוביל לגידול ברמת התפוקה. ניצול טוב יותר של עודף הצרכן מעורר את היצרן לייצר בהיקף גבוה יותר. בדרך זו אפשר לספק צרכנים נוספים, אשר לולא ההפליה לא היו מסופקים. אפשר לראות בכך תרומה חיובית להשגת היעד של יעילות הקצאתית. על כן אפשר לתאר את הדילמה של הפליית מחירים במונחים של פשרה בין רווחת הצרכנים לבין הרווחה החברתית הכוללת. הרווחה החברתית הכוללת גדולה יותר במשטר של הפליה, אך רווחת הצרכן האינדיווידואלי קטנה. כך נוצר מתח בין יעילות (המחייבת הפליה) לבין שיקולים של הוגנות ורווחת הצרכן (המעודדות מחיר אחיד⁵¹).

גם במישור היעילות המצרפית, השלכותיה של ההפליה אינן חד-משמעיות. כלכלני הארגון התעשייתי מצביעים על כך שהפליה עלולה לגרום השלכות אנטי-תחרותיות שליליות. הגדלת התפוקה של היצרן עלולה לסייע לו להגדיל

התשמ"ח-1988. במשפט הישראלי האזכור הנזכר לעיל אוסר על בעל מונופולין לקבוע "תנאי התקשרות שונים לעסקות דומות אשר עשויים להעניק ללקוחות או לספקים מסוימים יתרון בלתי הוגן כלפי המתחרים בהם". קרי הפליית המחירים אסורה במעגל הראשוני של הרכשים.

50 ראו: Kovenkamp, לעיל ה"ש 37.

51 עיינו: Cabral, לעיל ה"ש 37.

את נתח השוק שלו ולבצר מעמד מונופוליסטי. שרר ורוס (Scherer & Ross) עמדו על החשש, כי באמצעות הפליית מחירים יוכל היצרן להדק את הזיקה בינו לבין לקוחותיו. אם היצרן מסוגל להציע מחירים נמוכים ללקוחות בעלי תועלת יחסית קטנה, הוא עשוי לחזק את הקשר בינו לבין הלקוחות ולהקשות על כניסת מתחרים חדשים.⁵² במובן זה הפליית מחירים מקימה "חורב פיפיות". אם תוצאתה היא החלשה משמעותית של רמת התחרותיות בשוק, פגיעה זו עלולה לקזז את התועלת הצומחת מן הגידול ברמת התפוקה.

אימוצן של פרקטיקות קשירה עשוי להיות מוסבר על ידי שיקולים נוספים של היצרן. לשם כך, מן הראוי לפנות לתאוריה כלכלית חשובה – תאוריית "העלאת עלויות היריב" (Raising Rival's Costs). תאוריה זו עוסקת בפרקטיקות של יצרן בעל כוח שוק משמעותי, המיועדות להעלות את עלויות הייצור של מתחריו,⁵³ וכך להפוך את פעילותם לבלתי רווחית ולדחוק אותם מהשוק. דוגמה קיצונית לכך היא המקרה שבו יצרן גורם לשרפה במפעל היריב. בפועל, יצרנים ינסו דרכים מעודנות יותר, אך המטרה תישאר זהה: לגרום ליריב להוציא הוצאות ניכרות אשר יהפכו את פעילותו לבלתי משתלמת. קשירה בשוק-שאחרי עשויה להיות פרקטיקה להעלאת עלויותיו של המתחרה. בקשירה, היצרן קושר בין שני מוצרים המשלימים זה את זה. התוצאה עשויה להיות הרחקה של המתחרה משוק המוצר הנקשר: אם הצרכן נאלץ לרכוש טונר למדפסת מיצרן המדפסות דווקא, הדבר יקשה על המתחרה לשמור על לקוחותיו בשוק הטונר.⁵⁴

תאוריה נוספת המציעה תובנות דומות באשר לפרקטיקת הקשירה היא שינוי מבנה השוק. תאוריה זו, שפותחה על ידי וינסטון (Whinston), מבססת צידוק כלכלי לתאוריית המינוף, אשר גונתה על ידי כלכלני שיקגו בעבר.⁵⁵ וינסטון אומר, כי קשירה יכולה לשנות באופן אפקטיבי את מבנה השוק של המוצר הנקשר. לשיטתו, פרקטיקה של קשירה יוצרת חסם כניסה בשוק המוצר הנקשר. כריכת המוצרים לכלל חבילה אחת מקימה חסם כניסה בפני מתחרים. התוצאה הצפויה היא דחיקתם משוק המוצר הנקשר. פרקטיקה של קשירה עשויה להשתלם ליצרן בעל כוח שוק במוצר הקושר, שכן באמצעותה הוא משנה את מבנה השוק של המוצר הנקשר.⁵⁶ אך השפעת הקשירה אינה מתמצית בשוק המוצר הנקשר, אלא עלולה להתרחב גם כלפי שוק המוצר הקושר. לעתים יצרן בשוק המוצר הנקשר

52 ראו: Scherer & Ross, לעיל ה"ש 44, בעמ' 499–500.

53 ראו, למשל: Carlton & Perloff, לעיל ה"ש 20, בעמ' 353–355.

54 ראו: Carlton & Perloff, לעיל ה"ש 20, בעמ' 355.

55 ראו שני מאמריו המנחים של Whinston, *Tying, Foreclosure, and Exclusion*, 80 AM. ECON. REV. 837 (1990); Michael D. Whinston, *Exclusivity and Tying in U.S. v. Microsoft: What We Know, and Don't Know*, 15 J. ECON. PERSP. 63 (2001).

56 התאוריה של שינוי מבנה השוק מטילה צל על גישת שיקגו הקלאסית, אשר הציעה כי פרקטיקה של קשירה היא חסרת עלויות. לתיאור גישת שיקגו הקלאסית וגישת פוסט-שיקגו לסוגיית הקשירה עיינו גם: Ahlborn, Evans & Padilla, לעיל ה"ש 44.

מהווה מתחרה פוטנציאלי בשוק המוצר הקושר. במקרה כזה, הרחקתו משוק המוצר הנקשר פוגעת גם במאגר המתחרים הפוטנציאליים, המאיימים על המונופול בשוק המוצר הקושר.⁵⁷

2.3 מסקנת ביניים

סוגיית הקשירה מספקת כלים להבנה טובה ורחבה יותר של פרקטיקת הקשירה בשוק-שאחרי. קשירת השירות לציוד עשויה להיות מוסברת על רקע שיקולי יעילות מוצדקים, אשר הוזכרו קודם לכן: שליטת היצרן ברמת התחזוקה ואיכותה, איסוף מידע שוטף לצורך שיפור המוצר בשוק הראשון ומניעת נסיעת חינם מצד טכנאים שאומנו על ידי היצרן. אולם כנגד נימוקי היעילות עומדות התאוריות הכלכליות בדבר העלאת עלויות היריב ושינוי מבנה השוק. קיים חשש, כי קשירת השירות לציוד אינה נעשית מטעמי יעילות גרידא, אלא כניסיון לדחוק מתחרים מן השוק-שאחרי, ואף מהשוק הראשוני. הניתוח הכלכלי של השוק-שאחרי מלמד כי שוק זה בעל מאפיינים ייחודיים, היוצרים תשתית להיווצרות כוח שוק מונופוליסטי ולניצול אופורטוניסטי על ידי היצרן. על כן, אף אם השוק הראשוני הוא תחרותי, הרי אין ודאות כי יצליח למנוע מונופוליציה בשוק-שאחרי.

57 דוגמה יפה לכך מהווה הפרשה המפורסמת בעניין מיקרוסופט. מיקרוסופט, כידוע, עוסקת (בין השאר) בפיתוח ובשיווק של מערכות הפעלה למחשבים אישיים. בתוך כך, מיקרוסופט מפתחת ומשווקת מערכת הפעלה המכונה "חלונות" (Windows). נפסק, כי מיקרוסופט היא בעלת כוח שוק מונופוליסטי, על רקע התפרצה הרחבה של "חלונות" ונתח השוק העצום שבידה: 95% מן השוק הרלוונטי. אחת מן הפרקטיקות המגבילות של מיקרוסופט שהועמדה לביקורת שיפוטית הייתה קשירה בין מערכת ההפעלה "חלונות" לבין מוצר נוסף של מיקרוסופט — דפדפן אינטרנט המכונה אקספלורר (Explorer). הקשירה הופעלה באמצעים חזיים ובטכנולוגיות שונות. אחת מן הדרכים הייתה חיוב יצרני החומרה להתקין על המחשבים המופעלים באמצעות "חלונות" אך ורק את דפדפן האינטרנט של מיקרוסופט (Explorer). מיקרוסופט התנתה את רישיון השימוש ב"חלונות" בשימוש באקספלורר בלבד. באופן זה קשרה מיקרוסופט בין מערכת ההפעלה שלה (המוצר הקושר) לבין הדפדפן (המוצר הנקשר). מן הראיות עלה כי מטרתה של מיקרוסופט הייתה לרחוק מן השוק את הדפדפן המתחרה (Navigator) שיוצר על ידי יצרן מתחרה (Netscape). הראיות הצביעו על כך, שה"מלחמה" האמיתית לא הייתה על שליטה בשוק הדפדפנים, כי אם דווקא על שליטה בשוק מערכות ההפעלה — שוק המוצר הקושר. תכונותיו המיוחדות של הדפדפן מאפשרות להפעיל באמצעותו יישומי מחשב שונים, בדומה לתפקידה של מערכת ההפעלה. פירוש הדבר הוא שהדפדפן עשוי לשמש כמערכת הפעלה וליצור מוצר חלופי מתחרה. מיקרוסופט חששה כי תפוצתו של הדפדפן המתחרה Navigator תיצור חלופת תחרות משמעותית כנגד "חלונות". במצב כזה, פרקטיקת הקשירה נועדה להרחיק את המתחרה לא רק משוק המוצר הנקשר, כי אם דווקא ובעיקר משוק המוצר הקושר. לפסק הדין של הערכאה הראשונה במחוז קולומביה ראו: U.S. v. Microsoft Corp, 87 F.Supp.2d 30 (2000). לפסק הדין של ערכאת הערעור הפדרלית של מחוז קולומביה, ראו: U.S. v. Microsoft Corp, 253 F.3d 34 (2001).

ו. קווים מנחים לפתרון

הדיון שנערך ברשימה זו מלמד שהתערבות רגולטיבית בשוק-שאחרי תהא מוצדקת, אם השוק המסוים העומד על הפרק אינו מסוגל לשקם את עצמו ולעלות על מסלול של יעילות. ככל שכשלי השוק משמעותיים יותר, כך אפשר להניח כי מנגנון השוק לא יספק הגנה הולמת מפני נסיונות מונופוליציה.

פסקי הדין שהזכרתי בראשית הרשימה חסרים את ממד הניתוח הכלכלי של השוק-שאחרי. בתי המשפט ניתחו את המקרים שעמדו לפנייהם על פי דוקטרינות משפטיות שונות. התוצאות הכלכליות שהתקבלו אינן אחידות, וספק אם אפשר להצדיק את ההבדלים בין תוצאות פסקי הדין במונחים של יעילות כלכלית. כך, בעניין לקסמרק הגיע בית המשפט לתוצאה השוללת את הפרקטיקה המגבילה של היצרן בשוק-שאחרי. בית המשפט פסק לפי דיני זכות היוצרים וקבע, כי לקסמרק אינה זכאית להגנת זכות היוצרים בתכנת המחשב שהועתקה על ידי המתחרה. הכרעת הדין התבססה (בעיקר) על הדיכוטומיה הידועה בין רעיון לביטוי, וכן על הגנת השימוש ההוגן. בית המשפט סבר, כי תכנה שכל עניינה ביצירת "קוד נעילה" (lock-out codes) נופלת לתחום הרעיון הפונקציונלי יותר מאשר לתחום הביטוי המקורי. במישור ההגנה סבר בית המשפט, כי אף אם מדובר בתכנה מוגנת, הרי יש להחיל את הגנת השימוש ההוגן, על מנת לאפשר לציבור גישה לרעיונות פונקציונליים. דומה כי אפשר לבקר הנמקה זו על שני ראשיה: אשר להבחנה בין הרעיון לביטוי, אפשר לראות בתכנה יישום של רעיון הנעילה באמצעות קוד מסוים. במישור השימוש ההוגן, מקובל להחיל הגנה זו על שימוש בעל אופי מחקרי או ביקורתי, ולא על שימוש מסחרי שנועד להפקת רווח⁵⁸. ואולם העיקר לענייננו הוא, כי פסק הדין אינו מכיל ניתוח כלכלי של ההשלכה הנובעת מהפרקטיקה של לקסמרק על יעילותו של השוק-שאחרי.

בפרשת זירוקס עמדה על הפרק שאלה מתחום דיני הפטנטים. בית המשפט כיבד את הפרקטיקה של היצרן להימנע ממכירת רכיבים מוגני פטנט לחברות שירות עצמאיות. את פסק דינו ביסס בית המשפט על זכותו הקניינית המוחלטת כמעט של בעל הפטנט, לעשות בנכס המוגן כרצונו. פסק הדין חסר ניתוח כלכלי של השלכות פרקטיקת הסירוב על יעילותו של השוק-שאחרי.

לעומת זאת, בפרשת קודק החיל בית המשפט על בעל הפטנט את נורמות דיני ההגבלים העסקיים האמריקניים, בקבעו כי בעל הפטנט אינו חסין מתחולתם. בית המשפט הכיר בנפקות הזכות לפטנט, וביטא זאת באמצעות "חזקה יחסית לטובת בעל הפטנט, המניחה קיומם של שיקולים עסקיים המצדיקים את המגבלה. באותו עניין סבר בית המשפט כי החזקה נסתרה, שכן היצרן הונע על ידי הכוונה לדחוק מתחרים. אף כי בית המשפט נתן ביטוי לשיקולי יעילות, הרי הדגש הושם

58 ס' 2(1)(1), חוק זכויות יוצרים, 1911.

על כוונת היצרן. מבחן הכוונה סובל מכשלים: ראשית, כל הפעלת דיני הקניין הרוחני כרוכה, מעצם טבעה, בניסיון להרחיק מתחרים מן השימוש במוצר המוגן. אם הכוח להרחיק מתחרים הוא חלק אינטגרלי ממוסד הפטנט, כיצד יכול מבחן הכוונה לסייע באיתורן של פרקטיקות מזיקות?⁵⁹ שנית, כוונה נפשית של היצרן אינה יוצרת, כשלעצמה, השלכות אנטי-תחרותיות. היא עשויה לשמש כלי עזר ראיתי לזיהוי אופי הפרקטיקה הנבחנת, אך אין בה עצמה ליצור אפקט תחרותי שלילי. תוצאות הפרקטיקה עלולות להיות שליליות מזווית הראייה של יעילות השוק, תהא כוונתו של בעל הפטנט אשר תהא.

התערבות בשוק-שאחרי צריכה להיעשות בהתבסס על ניתוח כלכלי של כשלי השוק העומדים על הפרק ובניסיון להעריך את עצמתם. יש לנתח את השוק הקונקרטי על מנת להעריך את מידת החשש להפעלת כוח שוק מונופוליסטי. בהקשר זה אפשר להציע קבוצת גורמים רלוונטיים, המזמינים מונופוליציה.⁶⁰ הראשון, הערכת עצמת עלויות המעבר. ככל שעלויות המעבר בין המוצרים המתחרים גדולות יותר, כך קטנה מידת גמישות הביקוש. בה במידה עולה כוחו של היצרן לנהוג בדרך מונופוליסטית. השני, שיעור הקהל השבוי. ככל שהיקפו של הקהל השבוי גדול יותר, כך צפוי לגדול רווחו של היצרן מניצול אופורטוניסטי שלו. אלא שהיקפו של הקהל השבוי אינו יכול לעמוד לבדו, ויש להשוותו להיקפו של השוק הראשוני, הוא הגורם השלישי. אפשר להניח כי היצרן יעמית בין רווחיו הצפויים בגין תמחור מונופוליסטי בשוק-שאחרי אל מול אבדן אפשרי של לקוחות בשוק הראשוני. כאשר היקפו של השוק-שאחרי גדול ביחס לצרכנים פוטנציאליים בשוק הראשוני, צפוי רווחו של היצרן לגדול מתמחור מונופוליסטי בשוק-שאחרי. ההשוואה היא אפוא בין כמות הצרכנים השבויים בשוק-שאחרי לבין כמות הצרכנים הפוטנציאליים בשוק הראשוני. גורם חשוב נוסף נוגע לכוחו של השוק הראשוני לפקח על השוק-שאחרי. כאן יש לבחון את מידת התחרותיות שממנה נהנה שוק זה. שוק ראשוני מונופוליסטי אינו יכול להיות אמצעי פיקוח אפקטיבי על השוק-שאחרי. עם זאת, גם שוק ראשוני תחרותי אינו מהווה ערובה לשיטור מוצלח, בהינתן בעיות המידע הכרוכות בחוזה שירותים לטווח הארוך. בהקשר זה יש לבחון את רמת המידע שבידי הצרכנים, את אופיים של הלקוחות ובכלל זה אם קיימים בשוק לקוחות מתוחכמים, אשר בהתנהגותם עשויים להגן בעקיפין על מכלול הצרכנים. יש גם לבחון את אופי השירות הניתן בשוק-שאחרי ואת סוג המידע הנדרש לשם חיזוי בעיות עתידיות. ככל שהמידע פשוט יותר והלקוחות מתוחכמים יותר, כך יש לצפות כי הצרכן יוכל להגן על עצמו באמצעות משטר חוזי מתאים, וכוח השיטור של השוק הראשוני יגדל. גורם נוסף שיש להתחשב בו הוא רמת המונוסטיין שהיצרן נהנה ממנה, והשתתפותו בשוקי

59 השוו: Brian. F. Ladenburg, *Unilateral Refusals to Deal in Intellectual Property after Image Technical Services, Inc v. Eastman Kodak Co.*, 73 WA. LAW REV. 1101 (1988).

60 ראו: Kattan, לעיל ה"ש 27.

מזר נוספים. אם פעילות היצרן מתפרשת על פני שווקים נוספים, יש להניח כי "יש לו מה להפסיד" מהפגיעה הצפויה במוניטין שלו, אשר עלולה להרחיק צרכנים. לדעתי, האכסניה המשפטית המתאימה לבחון עד כמה ראוייה פרקטיקה מגבילה בשוק-שאחרי מצויה כדיני ההגבלים העסקיים ואין למצות את הדיון בכלים של דיני הקניין הרוחני. דינים אלה נועדו להגן על יעילות השוק באמצעות תחרות, והם מספקים כלים להתערבות בפרקטיקות מונופוליסטיות. אך בהקשר זה מתעוררת שאלה בעלת אופי מקדמי: האם נכון לראות בשוק-שאחרי משום "שוק" רלוונטי לצורך החלת דיני המונופולין? באופן רגיל, הגדרת שוק נעשית תוך התייחסות למוצרים חלופיים. לעומת זאת, השוק-שאחרי מצטמצם בהגדרתו למזר אחד⁶¹. האם אפשר לראות ביצרן מונופול על מוצריו שלו? בית המשפט בפרשת קודק ענה על כך בחיוב. גם בישראל ניתנה לכך תשובה חיובית: בפסק הדין הממונה על הגבלים עסקיים נ' אלקטרה (ישראל) בע"מ נפסק, כי יצרנית מעליות עשויה להיות "מונופולין" בשוק של "מתן שירותי אחזקה ותיקון של מעליות מהתוצרת שהיא משווקת"⁶².

במישור הכלכלי, השאלה הרלוונטית היא אם היצרן מסוגל להעלות את מחירי השוק-שאחרי אל מעל לרף התחרותי⁶³. זהו "מבחן-העל" לזיהוי כוחו של היצרן לפעול כמונופול. כאשר מדובר בשוק-שאחרי, יש להכיר בתלות שבינו לבין השוק הראשוני. שוק ראשוני תחרותי עשוי להוות גורם מפקח כנגד התנהגות מונופוליסטית, וכך לשלול את הצורך בהתערבות. עם זאת, ראינו כי השוק-שאחרי סובל מכשלי שוק הטבועים בו. אלה עלולים להכשיל את אפקטיביות הענישה מצד השוק הראשוני ולהוביל למונופוליזציה של השוק-שאחרי⁶⁴. הכרה בקיומו של כוח שוק מונופוליסטי בשוק-שאחרי היא הבסיס להחלת דיני המונופולין, ואלה

61 לסוגיה של מונופוליות בשוק תוך-מותגי ראו: LAWRENCE ANTHONY SULLIVAN & WARREN S. GRIMES, THE LAW OF ANTITRUST: AN INTEGRATED HANDBOOK s. 3.3c. (St. Paul, Minn., 2000).

62 ראו: ה"ע 343 הממונה על הגבלים עסקיים נ' אלקטרה (ישראל) בע"מ (9.7.1982). בפני בית הדין להגבלים עסקיים (עותק שמור במערכת).

63 ראו: Carl Shapiro & D. Teece, *Systems Competition and Aftermarkets: An Economic Analysis of Kodak*, 39 ANTITRUST BULLETIN 135, 142 (1994).

64 מקובל להסביר את הבסיס למונופוליות בשוק-שאחרי באמצעות שלוש תאוריות כלכליות. ראו, למשל: Carl Shapiro, *Aftermarkets and Consumer Welfare: Making sense of Kodak*, 63: 40. (The Surprise) ANTITRUST L. J. 483 (1995). Chen & Ross (Theory שלפיה קיומו של קהל שבו מאפשר ליצרן לנקוט פרקטיקה נצלנית שמטרתה לגרוף רווח עודף. תאוריית המידע היקר (The Costly Information Theory), המבססת את כוחו המונופוליסטי של היצרן על בעיות מידע שמהן סובל הצרכן ההדירט כאשר לבעיות עתידיות העולות להתעורר בתחום תחזוקת הציוד. קיומו של "מידע יקר" מנתק את התלות של השוק-שאחרי בשוק הראשוני, ויוצר אצל היצרן תמריץ לתמחור מונופוליסטי. תאוריה שלישית עוסקת בכוחה המוגבל של ההתחייבות החוזית. צרכן מתוחכם עשוי לנסות ולקשור את היצרן בחוזה ארוך טווח, המפרט את התחייבויות היצרן בנוגע למתן שירותים. אולם שירותים ואיכות הם מטבעם נושאים אשר קשה להתחייב בקשר אליהם באופן אמין ומחייב. מכאן נובעת נכוחת הבסיסית של חוזה למתן שירותים.

מאפשרים התערבות רגולטיבית בפרקטיקות מגבילות של המונופול⁶⁵. ההתערבות תיעשה מקום שבו מאותרת פרקטיקה שיטתית לדחיקת מתחרים, מבלי שהיצרן יכול להצביע על שיקולי יעילות מקזזים.

פעמים כרוכה ההתערבות הרגולטיבית בפרקטיקות המגבילות ובהתערבות בקניין השייך ליצרן: פרשת לקסמרק עסקה בתכנת מחשב שניטלה על ידי המתחרה לצורך פיצוח קוד הנעילה; פרשת קודק עסקה ברכיבים מוגני פטנט אשר בית המשפט חייב את היצרן למכור לארגוני השירות. התערבות רגולטיבית בקניין ובקניין הרוחני בתוך כך איננה זרה לשיטות המשפט. היא מבוטאת, למשל, בדוקטרינה של המשאב החיוני (Essential Facility), אשר מעקרוניתה אפשר ללמוד לענייננו. דוקטרינה משפטית זו מאפשרת לחייב את בעל הקניין לאפשר גישה אל הנכס הקנייני, מקום שבו הנכס עונה על קריטריונים של "משאב חיוני"⁶⁶. הפעלת הדוקטרינה מותנית בארבעה תנאים: (א) מדובר במונופול אשר מחזיק ב"משאב חיוני"; (ב) המשאב אינו ניתן לשכפול או ששכפולו כרוך בעלות בלתי סבירה; (ג) שימוש במשאב חיוני כדי לקיים תחרות בשוק, ושלילת גישה אל המשאב מצד מתחרים צפויה לפגוע בתחרות באופן משמעותי; (ד) העמדת גישה למשאב היא אפשרית⁶⁷.

ניתוח כלכלי של דוקטרינה זו מלמד על קיומו של מתח בין שתי קבוצות שיקולים: מחד, ישנו אינטרס שבקיום תחרות, בהתבסס על ההנחה שזהו אמצעי לקידום יעילות השוק. לשם כך ייתכן שיש לאפשר למתחרים גישה ל"משאב חיוני" (ובמקרה שלנו – תכנת המחשב של לקסמרק או החלפים מוגני הפטנט של קודק). מאידך, ישנו חשש שכפיית גישה למשאב המצוי בידי המתחרה תחליש את המוטיבציה של היצרן ליוזם וליצור. כך, הטלת חובה לסחור עלולה ליצור אפקט מקפיא (Chilling Effect) כלפי תמריצי היזמות. זאת ועוד, האפשרות לכפות על מונופול לאפשר גישה לנכסיו, עלולה לכרסם גם בתמריץ המתחרים ליצור חלופות תחרותיות משל עצמם. עולה מכאן שבמקרים מסוימים, דוקטרינת המשאב החיוני עלולה להתגלות כחבר פיפיות. שיקולים אלה הובילו מלומדים העוסקים בתחום להחיל את דוקטרינת המשאב החיוני בזהירות⁶⁸.

בדומה לכך, עצם זיהויה של פרקטיקה מגבילה בשוק-שאחרי אינה מהווה "חיוג אוטומטי" לרגולציה. הסוגיה של השוק-שאחרי סבוכה ואינה ניתנת לפתרון סכמטי פשוט. לצד השיקולים המהותיים שנסקרו, יש להתחשב גם בעלויות

65 ס' 29–31 לחוק ההגבלים העסקיים, לעיל ה"ש 49. סעיפים אלו מקנים לממונה על ההגבלים העסקיים סמכויות התערבות בפרקטיקות המהוות "ניצול מעמד לרעה" מצד מונופול.

66 דוקטרינת המשאב החיוני אומצה בישראל. ראו: ערר 1/93 הממונה על הגבלים עסקיים נ' חברת הדלק הישראלית בע"מ (לא פורסם, 31.1.1996).

67 הפסיקה והספרות בתחום זה הן עניפות. אסתפק בהפניה למאמר המכיל סקירה רחבה: Glen O. Robinson, *On Refusing to Deal with Rivals*, 87 Cor. Law Rev. 1177, 1207 (2002).

68 ראו בהקשר זה את מאמרו המפורסם של Areeda: Phillip Areeda, *Essential Facilities: An Epithet in need of Limiting Principles*, 58 ANTITRUST L. J. 841 (1990).

הרגולציה עצמה. טעות בהכנת התעשייה עלולה לגרור אחריה התערבות שגויה ומזיקה. אין להקל בכך ראש. לא בכדי טוענים כלכלנים רבים כי נקודת המוצא צריכה להיות היעדר התערבות⁶⁹. עם זאת, אין להפריז במידת החשש המלווה את ההתערבות השיפוטית. לו היה החשש שולט בנו, היה מקום לבטל כליל את דיני ההגבלים העסקיים. אין להירתע מהתערבות, אם מתברר כי כשלי השוק-שאחרי הם משמעותיים, והאפשרות של ניצול כוח שוק אופורטוניסטי מסתברת יותר מאשר האפשרות של קידום יעילות.

ז. סיכום

במאמר זה ביקשתי לבחון את המקרה של השוק-שאחרי מזווית ראייה כלכלית. עמדתי על מאפייניו הייחודיים של השוק-שאחרי: עלויות מעבר, בעיית הקהל השכוי, בעיית המידע והחזוזה הבלתי מושלם. השוק-שאחרי, מטבעו, מציג שירותים שיעדם הוא טיפול במוצר שכבר נרכש. בחירתו המקורית של הצרכן בשוק הראשוני עלולה לכבול אותו. הצרכן יכול, כמובן, להמיר את המוצר הקיים במוצר חדש. ואולם עלויות מעבר מקטינות את מרחב התמרון המסחרי העומד לרשותו. ככל שהמוצר יקר ומסובך יותר, כך צפויות עלויות אלה לגדול. התוצאה היא היווצרותו של קהל שכוי, המקנה בידי היצרן כוח שוק מונופוליסטי. אכן, מאפייניו הייחודיים של השוק-שאחרי יוצרים "שוק מועד לפורענות", החשון למונופוליציה מצד היצרן.

המציאות מלמדת כי יצרנים עלולים לנקוט פרקטיקות מגבילות בתחרות בשוק-שאחרי. פרקטיקות אלה אינן בהכרח מזיקות. עיון בהן, מתוך אנלוגיה לסוגיה של הסדרים אנכיים והסדרי קשירה, מלמד כי הן עשויות להצמיח תועלת, כגון שמירת איכות השירות ומניעה נסיעת חינום. כמו כן, יש לזכור שהשוק הראשוני עשוי למתן התנהגות מונופוליסטית בשוק-שאחרי, ובלבד שהוא עצמו תחרותי. ואולם מבנהו המיוחד של השוק-שאחרי עלול להכשיל זאת.

הכרעה בטיב הפרקטיקה ובהשלכותיה מחייבת ניתוח כלכלי של השוק שבו מדובר, על רקע פרמטרים שונים, כגון: גובהן של עלויות המעבר, טיבן של בעיות המידע ושאלת קיומו של קהל מתוחכם. השאלה שיש לבחון היא, אם ההשלכה האנטי-תחרותית של המגבלה צפויה לעלות על התועלת הלכאורית הנובעת ממנה. תשובה חיובית תצדיק הפעלה של דיני ההגבלים העסקיים.

69 זוהי למשל דעתו של Carlton המובעת במאמרו: Carlton, לעיל ה"ש 17, בעמ' 680–681. ראו גם Zhiqi Cohen & Thomas W. Ross, *Orders to Supply as Substitutes for Commitments to Aftermarkets*, 31 CAN. J. ECON. 1204 (1998).