

הסדרים אנכיים¹

מאת

דיויד גילה*, יוסי שפיגל**

חלק א: הסדרים אנכיים – ניתוח כלכלי

1. הקדמה

הסדר אנכי הוא שם כולל לשורה של מגבלות שנקבעות במערכת היחסים בין שני גופים עסקיים הפועלים בשלבים עוקבים של שרשרת הייצור. מערכת יחסים כזו יכולה ללבוש צורות שונות, לרבות רכישת מוצר לצורך הפצתו הלאה (למשל סיטונאי הרוכש מוצר מספק על מנת למכרו לקמעונאים או קמעונאי הרוכש מוצר מסיטונאי על מנת למכרו לצרכנים), או רכישת תשומה הדרושה לתהליך הייצור של הרוכש (למשל קבלן בניין הרוכש מלט מספק מלט, יצרן פלדה הרוכש גרוטאות ברזליות מאספן גרוטאות לשם התכתן לפלדה או פירמה הרוכשת שירותי תקשורת עבור עסקיה). לפיכך מערכת יחסים אנכית יכולה להתקיים בין ספק תשומה לספק של מוצר או שירות סופיים או של מוצר ביניים; בין יצרן למפיץ; בין יבואן ראשי למפיץ משנה; בין מפיץ לבעל חנות. פרק זה עוסק בניתוח כלכלי ומשפטי של הסדרים אנכיים.²

1. אנו מודים מקרב לב לאסתר גל-אור, ירון יחזקאל ומריוס שוורץ, על שקראו את חלק א של פרק זה והעירו עליו הערות מועילות.
- * פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל אביב. תודות לעוזרת המחקר ביאטריס מיכאלי.
- ** פרופסור חבר, הפקולטה לניהול, בית הספר למוסמכים ע"ש ליאון רקנאטי, אוניברסיטת תל אביב.
2. לניתוחים כלכליים נוספים של הסדרים אנכיים וסקירת ספרות כלכלית רלוונטית ראו P. Dobson, M. Waterson *Vertical Restraints and Competition Policy* (Office of Fair Trading, Research Paper 12, 1996); F. Mathewson, R. Winter "The Law and Economics

לצורך בהירות הניסוח, נכנה לכל אורכו של הפרק את המוכר במערכת היחסים האנכית בשם "ספק" ואת הקונה בשם "מפיץ". אולם יש להבהיר כבר עתה שהניתוח בפרק זה חל (אלא אם נאמר במפורש אחרת) על כל סוג של מערכת יחסים אנכית, דוגמת אלו שהוזכרו לעיל. יתר על כן, לכל אורכו של הפרק נשתמש במושג "מערכת הפצה אנכית" (vertical distribution system) בכדי לתאר את שרשרת הייצור כולה, החל בשלב ייצור התשומות וכלה בשיווק המוצר המוגמר לצרכן הסופי. בנוסף, חשוב גם להבהיר כי ניתן להחליף את המונח "מוצר", שבו נשתמש בעיקר, במונח "שירות", שכן מערכת היחסים בין ספק שירות לבין מפיץ של אותו שירות (למשל חברת תעופה וסוכן נסיעות או חברת ביטוח וסוכן ביטוח) דומה מבחינת מאפייניה הכלכליים למערכת היחסים שבין יצרן או יבואן של מוצר לבין המפיץ של אותו מוצר.

1.1 סוגי הסדרים אנכיים

באופן גס ניתן לסווג הסדרים אנכיים לפי שני ממדים: המשתנה שלגביו מתייחסת הכבילה (מחיר המוצר, כמותו, הסדרי התשלום, הסדרי בלעדיות וסטנדרט השירות), והצד שאותו ההסדר כובל (המוכר או הקונה). בטבלה הבאה אנו מציגים סיווג של הסדרים אנכיים שונים לפי שני הממדים השונים.

of Vertical Restraints" *L. Econ. Canadian Competition Policy* (2002), Ch. 5; D. Carlton, J. Perloff *Modern Industrial Organization* (4th ed., 2004), ch. 4; P. Rey, T. Vergé *The Economics of Vertical Restraints* (2005); G. Tan *The Economic Theory of Vertical Restraints* (2001).

טבלה 1: סיווג הסדרים אנכיים מסוגים שונים

הצד הנכבל	כבילה של המוכר	כבילה של הקונה
המשתנה שאליו מתייחסת הכבילה		
מחיר/כמות	הסדרי לקוח מועדף (most favored) (customer clause)	הכתבת מחיר מקסימום (maximum RPM) הכתבת מחיר מינימום (minimum RPM) הכתבת מכסת מכירה מינימלית (quantity forcing)
הסדרי התשלום	עמלות מדף (slotting allowances) הנחות נאמנות (loyalty discounts)	דמי זיכיון (franchise fees) תמלוגים (royalties) השתתפות ברווחים
הסכמי בלעדיות	הפצה בלעדית – המוכר מתחייב לא לשווק באמצעות מפיצים מתחרים (exclusive distribution) טריטוריה בלעדית – המוכר מתחייב לא לשווק באמצעות מפיצים מתחרים בטריטוריה ספציפית ו/או לסוג לקוחות ספציפי (exclusive territories)	רכישה בלעדית – הקונה מתחייב שלא לשווק מוצרים/שירותים של ספקים מתחרים (exclusive dealing) טריטוריה בלעדית – הקונה מתחייב לא לשווק מחוץ לטריטוריה שנקבעה לו (exclusive territories) מגבלות על סוג הלקוחות שמותר למפיץ לשרת (customer restrictions)
שונות		קשירה בין רכישת תשומות שונות (tie-in) (sales full-line) תניית שיווק קו מוצרים מלא (forcing minimum) הכתבת סטנדרט שירות ראוי (quality standard)

כפי שניתן לראות בטבלה, הסדרי טריטוריה בלעדית עשויים לכבול את שני הצדדים במקרים שבהם ההסדר מחייב כל מפיץ לפעול אך ורק בתחומי הטריטוריה שנקבעה לו, ובמקביל הוא גם מונע מהספק מלשווק את המוצר בתחומי הטריטוריה שנקבעה למפיץ באמצעות מפיצים אחרים. עם זאת ישנם מצבים שבהם הכבילה שבהסדרי טריטוריה בלעדית חלה רק על המפיצים, אך לא על הספק. במצבים כאלו כל אחד מהמפיצים מתחייב למכור רק בתחומי הטריטוריה שנקבעה לו. התחייבות זו יכולה להיעשות באמצעות

התחייבות להימנע ממשלוח סוכני מכירות אל לקוחות אשר מתגוררים בטריטוריות של מפיצים אחרים, או באמצעות התחייבות להימנע ממכירה ו/או מתן שירות לצרכנים אשר מתגוררים בטריטוריות של מפיצים אחרים.³ הספק מצדו איננו מתחייב בהסדרים כאלו להימנע משיווק המוצר שלו בטריטוריה נתונה באמצעות מפיצים נוספים, אלא אם הוא מעניק למפיץ מעמד של מפיץ בלעדי. עוד ניתן לראות מהטבלה שהסכם הפצה בלעדית הוא מקרה פרטי של הסכם טריטוריה בלעדית, שלפיו הספק קובע למפיץ אחד טריטוריה ללא גבולות ובכך הוא מונע מעצמו את היכולת לשווק את המוצר באמצעות מפיצים אחרים. עם זאת הסכם הפצה בלעדית איננו מטיל על המפיץ כבילה מכל סוג שהוא, משום שלפי הסכם כזה לא חלה על המפיץ כל מגבלה שהיא באשר לשטח שבו הוא רשאי לשווק את המוצר. בדומה, הסכם רכישה בלעדית איננו כובל את הספק בשום דרך שהיא.

כפי שנראה בהמשך, הסדרים אנכיים מסוגים שונים עשויים להשיג במקרים רבים את אותה תוצאה כלכלית בדיוק. למשל נראה שכאשר בין ספק לבין מפיץ יש ניגודי אינטרסים על רקע התמריץ של המפיץ לקבוע למוצר מחיר גבוה מדי מנקודת ראותו של הספק, אזי בתנאים מסוימים גביית דמי זיכיון מהמפיצים (franchise fees) עם מחיר סיטונאי נמוך, הכתבת מחיר מקסימום לצרכן (maximum RPM) והכתבת מכסת מכירות מינימלית למפיצים (quantity forcing) יהיו שקולים מבחינת התוצאה הכלכלית שאליה הם יביאו. מבחינה כלכלית, היחס המשפטי להסדרים אנכיים שקולים אמור להיות זהה – אין היגיון לאסור על הסדר אנכי אחד אם קיים הסדר אנכי שקול אשר איננו אסור על פי דיני ההגבלים העסקיים.

1.2 ההבחנה בין יחסים אנכיים ליחסים אופקיים

מערכת יחסים אנכית בין שני גופים עסקיים הפועלים בשלבים עוקבים של שרשרת הייצור (ספק תשומה וספק של מוצר סופי, יצרן ומפיץ, או מפיץ ובעל חנות) שונה באופן מהותי ממערכת יחסים אופקית בין שני גופים עסקיים הפועלים באותו שלב של שרשרת הייצור (ספקים שונים של מוצר דומה או מפיצים שונים של אותו מוצר), הן מבחינה כלכלית והן מבחינת המשמעות הנגזרת מכך לגבי מדיניות הגבלים עסקיים. לשוני המהותי בין שתי מערכות היחסים סיבות אחדות:

3 קיימים סוגים שונים של מגבלות טריטוריאליות המוטלות על המפיצים ואשר נבדלות זו מזו במידת חומרתן. סוג אחד של מגבלות מונע מהמפיץ מלשווק באופן אקטיבי את המוצר מעבר לתחומי הטריטוריה שנקבעה לו, אך איננו מונע ממנו לשרת לקוחות שמגיעים אליו מטריטוריות אחרות. סוג מחמיר יותר של טריטוריות בלעדיות אוסר על המפיץ לשרת לקוחות אשר מתגוררים מחוץ לטריטוריה שלו.

(א) במערכת יחסים אנכית מתקיימים בין הצדדים יחסי קונה-מוכר ולפיכך יש בין הצדדים קשר חוזי הנוגע ליחסים המסחריים ביניהם. הקשר החוזי מכתוב, בין השאר, את המחיר הסיטונאי שאותו משלם הקונה למוכר, את מועדי ההספקה ואת תנאי התשלום (היקף האשראי המסחרי, ביטחונות, מועדי תשלום וכיו"ב). כלומר הקשר החוזי בין הצדדים מכתוב את הכנסות המוכר, מחד, ואת הוצאותיו של הקונה, מאידך. לעומת זאת במערכת יחסים אופקית אין קשר מסחרי בין הצדדים ולפיכך לא עוברים ביניהם כל תשלומים. האינטראקציה היחידה בין הצדדים היא בשוק עצמו שם הם מתחרים זה בזה.

(ב) במערכת יחסים אנכית יכול המוכר, מטבע הדברים, לשלוט בכמות המוצר של המוכר העומדת לרשות הקונה שכן הוא זה שמספק את המוצר. כך למשל הספק יכול להכתיב למפיץ באופן חד-צדדי את כמות הסחורה שהוא יוכל לספק לבעלי חנויות או לצרכנים סופיים, על ידי הגבלת כמות הסחורה שהוא מספק לו. יתר על כן, הספק גם יכול, משיקוליו הוא, להחליט עם כמה מפיצים לעבוד ועם אלו מהם. כמו כן הספק יכול לקבוע לפי שיקול דעתו הבלעדי את המחיר הסיטונאי שהוא גובה מהמפיצים, את מועדי ההספקה ואת תנאי התשלום שלהם, והוא גם רשאי להעניק למפיצים הנחות כמות או הנחות מחזור או בונוסים וזיכויים שונים. לפיכך מלבד שליטה בכמות הנרכשת ובמספר המפיצים, יש בידי הספק מגוון של אמצעים שאינם יכולים להיחשב הסדרים כובלים אסורים, שבעזרתם הוא יכול, משיקוליו הוא, לגרום לשינויים במחיר המכירה לצרכן. למשל ייקור המחיר הסיטונאי או החמרה של תנאי התשלום יביאו לעלייה בהוצאות המפיץ ויגרמו לו להעלות את מחיר המכירה לצרכן. בדומה, על ידי הגבלת הכמות הנמכרת למפיצים, הספק יכול להביא לכך שמחירו של המוצר יאמיר בשוק המוצרים. לעומת זאת במערכת יחסים אופקית אין הצדדים שולטים זה בכמותו של זה או זה במחירו של זה, למעט אם נקשר ביניהם הסדר כובל. לכן בשעה שבמערכת יחסים אנכית הספק שולט בכמות שאותה רוכש המפיץ ואף יכול להשפיע על מחירי המכירה שלו וכל זאת מעצם טבעם של היחסים המסחריים ביניהם וללא שנקשר ביניהם כל הסדר כובל, הרי שביחסים אופקיים אין למתחרים שליטה האחד בפעולותיו של האחר, למעט במקרים שבהם יש ביניהם הסדר כובל.

(ג) במערכת יחסים אנכית יש בין הצדדים ניגודי אינטרסים מובנים. כך למשל המפיצים מעוניינים למכור את המוצר לצרכנים במחיר המונופוליסטי. לעומת זאת כל עוד הספק איננו שותף לרווחי המפיצים באמצעות דמי זיכיון או תמלוגים, רווחיו נובעים אך ורק ממכירה סיטונאית. לכן הספק מעדיף שהמחיר לצרכן יהיה נמוך ככל האפשר כדי להגדיל את היקף המכירות שלו ובהתאם גם את רווחיו ממכירה סיטונאית. אמנם, גם הספק מעוניין שבידי המפיצים ייוותר רווח מסוים, כדי שישתלם להם להשקיע מאמצים בשיווק ובקידום מכירות המוצר. אולם בכפוף למגבלה זו, הוא מעדיף מחיר לצרכן נמוך ככל האפשר בעוד שהמפיצים יעדיפו לקבוע את המחיר המונופוליסטי. ניגוד אינטרסים זה מתחזק עוד יותר אם המפיצים משווקים בנוסף גם מוצרים תחליפיים למוצר של הספק. במקרה זה מחיר גבוה לצרכן מביא, מנקודת ראותו של הספק, לאובדן מכירות לטובת המוצרים התחליפיים, בעוד

שמנקודת ראותם של המפיצים עליית מחיר כזו גורמת רק לשינוי בהרכב המכירות (מעבר ממותג אחד למשנהו), אך לא בהיקפן. לכן זוהי סיבה נוספת לכך שהספק יעדיף מחיר מכירה נמוך ללקוחות בניגוד למפיצים שלהם העדפה הפוכה. לעומת זאת במערכת יחסים אופקית יש בין הצדדים זהות אינטרסים: פירמות המתחרות זו בזו מעדיפות לקבוע מחירים גבוהים כדי להגביל את התחרות ביניהן.

כיוון שככלל הספק מעוניין במחירים נמוכים לצרכן, יש בין הספק לבין הצרכנים חפיפת אינטרסים. חפיפה כזאת מתקיימת אגב לא רק לעניין המחיר לצרכן, אלא גם למשל לעניין איכות וטיב השירות שהמפיצים מעניקים לצרכנים. כך למשל למפיצים עלול להיות תמריץ לספק שירותי מכירה בכמות או בטיב נמוכים מדי על מנת לחסוך בהוצאות שיווק. על כן תיאום אופקי ביניהם לגבי כמות השירות שהם מספקים או טיבו יפגע בתחרות ויזיק לצרכנים אשר יקבלו איכות שירות ירודה. אולם לא רק הצרכנים יפגעו מכך: גם הספק עלול להיפגע, שכן איכות שירות בלתי מספיקה תפגע במכירות המוצר שלו. לכן לספק, ממש כמו לצרכנים, יש אינטרס לעודד את המפיצים לשפר את רמת השירות שהם נותנים לצרכנים. עם זאת חשוב לשים לב שבדרך כלל אין בין הספק לבין כלל הצרכנים זהות מלאה של אינטרסים – הספק עשוי להעדיף שהמפיצים יספקו רמת שירות גבוהה או נמוכה מזו אשר לפחות חלק מהצרכנים היה מעדיף.⁴

(ד) במערכת יחסים אנכית עלולים להיווצר חיכוכים שונים בין הצדדים אשר בהיעדר הסדרים אנכיים עלולים להשפיע לרעה על התחרות, בכלל, ועל רווחת הצרכנים, בפרט. ככלל, ישנם שלושה סוגים של חיכוכים אשר עלולים להתעורר: בין ספקים למפיצים, בין מפיצים שונים אשר משווקים מוצרים של אותו ספק ובין ספקים שונים המשווקים את המוצרים שלהם באמצעות אותו מפיץ. למשל בין ספק למפיץ עלולים להתעורר חיכוכים על רקע התמריץ של המפיץ לקבוע למוצר מחיר גבוה מדי מנקודת ראותו של הספק או על רקע התמריץ של המפיץ לחסוך במאמצי שיווק. בין מפיצים שונים של אותו מוצר עלולים להיווצר חיכוכים על רקע התמריץ של מפיץ אחד ליהנות חנימם ממאמצי השיווק של מפיץ מתחרה ולחסוך במאמצי שיווק מצדו. בין ספקים מתחרים המשווקים באמצעות אותו מפיץ

4 חשוב לזכור ששיפור רמת השירות כרוך בהשקעה כספית מצד המפיצים. השקעה זו נופלת בסופו של דבר על שכמם של הצרכנים משום שהמפיצים קובעים את המחיר לצרכן על בסיס העלויות שלהם, לרבות העלות הכרוכה בשיפור רמת השירות. לפיכך הצרכנים יעדיפו שיפורים ברמת השירות של המפיצים רק אם התועלת שהם מפיקים מכך עולה על התוספת למחיר לצרכן. למשל מפיץ של מערכות סטריאו אשר משקיע בחדרי הדגמה ומעמיד לרשות לקוחותיו אנשי מכירות אשר יכולים לתת ללקוחות ייעוץ מקצועי, ימכור את המערכות בסופו של דבר במחיר גבוה מזה שבו הן היו נמכרות ללא השקעה דומה. צרכנים אשר אינם זקוקים להדגמה (למשל צרכנים אשר יודעים מראש איזה מערכת הם מעוניינים לרכוש) ישלמו מחיר גבוה יותר מבלי להפיק תועלת נוספת מחדר ההדגמה ומהייעוץ המקצועי.

עלולים להיווצר חיכוכים על רקע דומה: לכל ספק יש תמריץ ליהנות חינום ממאמצי השיווק של ספק מתחרה אשר עשויים להגדיל את מעגל הלקוחות של המוצר. חשוב להדגיש שאף שהחיכוכים בין המפיצים לבין עצמם או בין הספקים לבין עצמם הם לכאורה בעלי אופי אופקי, הרי שהם משליכים על מערכת היחסים האנכית שבין הספקים למפיצים. לכן כל שלושת סוגי החיכוכים יוצרים בעיות אנכיות, היינו בעיות בין קונים למוכרים. במקרים רבים הסדרים אנכיים עשויים לפתור את שלושת סוגי החיכוכים שהוזכרו לעיל, ובכך לשחזר את התוצאה שהייתה נקבעת לו הספק היה מפיץ את מוצריו לצרכנים בכוחות עצמו. כיוון שבקשת רחבה של מקרים האינטרסים של הספק ושל הצרכנים עולים בקנה אחד (ולו לפחות באופן חלקי), הרי ששימוש בהסדרים אנכיים עשוי להגביר את היעילות הכלכלית ואף להטיב עם הצרכנים. במילים אחרות, במקרים רבים הסדרים אנכיים לא רק שאינם פוגעים בתחרות, אלא שהם מגדילים הן את רווחי הספקים והן את רווחת הצרכנים. לעומת זאת התאוריה הכלכלית מלמדת שבמרבית המקרים, פגיעתם של הסדרים אופקיים בתחרות (תיאום מחירים, חלוקת שווקים, קביעת מכסות ייצור) עולה בהרבה על תרומתם החיובית (ככל שזו קיימת). אשר על כן, השתרשה בדיני ההגבלים העסקיים הגישה שלפיה ניתן לפסול על הסף הסדרים אופקיים מהסוג הבוטה ביותר, כגון תיאום מחירים או חלוקת שווקים, ולהגדירם כבלתי חוקיים בעליל ללא צורך בניתוח כלכלי מורכב. מאידך גיסא, לעניין הסדרים אנכיים אין כלל הצדקה לנקודת מוצא כזו, שכן ללא ניתוח כלכלי מסודר אי אפשר לקבוע מסמרות באשר להשפעות התחרותיות של הסדרים אנכיים. כל מקרה של הסדרים אנכיים צריך להיבחן לגופו ועל פי נסיבותיו.

1.3 בעיות כלכליות במערכות יחסים אנכיות

הקריטריון שבו נשתמש בפרק זה כדי להעריך את ההשפעות התחרותיות של הסדרים אנכיים הוא קריטריון היעילות הכלכלית. ההיגיון הטמון בבסיסו של קריטריון זה הוא כדלקמן: כל עוד עסקה בין מוכר לקונה מסבה לקונה תועלת העולה על העלות למוכר, הרי שביצוע העסקה יוצר עודף כלכלי בסך הפרש בין התועלת הנגרמת לקונה לבין העלות של המוכר. כל עוד העודף הוא חיובי, העסקה רצויה מבחינה כלכלית, משום שניתן למצוא מחיר אשר יביא לחלוקת העודף מביצוע העסקה בין הקונה למוכר כך שלאחר ביצוע העסקה מצבם של שני הצדדים ישתפר. לפיכך עסקה תקרא יעילה (מבחינה כלכלית) אם, ורק אם, ביצועה יוצר עודף כלכלי חיובי.

ככלל, ישנן שלוש בעיות כלכליות עיקריות אשר עלולות להתעורר במערכת יחסים אנכית: (א) עסקאות לא יעילות (היינו כאלו אשר יוצרות עודף כלכלי שלילי) כן תצאנה אל הפועל, (ב) עסקאות יעילות (היינו כאלו אשר יוצרות עודף כלכלי חיובי) לא תצאנה אל הפועל ו-(ג) עסקאות שיעילותן הכלכלית מוגבלת תצאנה אל הפועל במקום עסקאות שיעילותן הכלכלית רבה יותר (העודף הכלכלי שיווצר יהיה בסופו של דבר קטן מזה שיכול

היה להיווצר). ברם כל עוד עסקאות מתבצעות בין הצדדים בהסכמה הדדית ללא כפייה, בעיות מסוג א אינן מתעוררות, משום שהקונה לעולם לא יסכים לשלם מחיר העולה על תועלתו מביצוע העסקה בעוד שהמוכר לעולם לא יסכים למכור במחיר הנופל מהעלות (דבר זה נכון בפרט כאשר מדובר בגופים עסקיים שלהם ניסיון מספיק להעריך את שווי העסקה מנקודת ראותם). לכן כל עוד תועלת הקונה נופלת מהעלות של המוכר (העסקה יוצרת עודף שלילי), הצדדים לא יוכלו למצוא מחיר אשר יהיה מקובל על שניהם. מנגד, בקשת רחבה של מקרים עלולות להיווצר בעיות מסוג ב רג כאשר עסקאות יעילות לא תצאנה אל הפועל או שבמקומן תצאנה אל הפועל עסקאות פחות יעילות. אי-קיום של עסקה יעילה מביא לאובדן רווחה בגובה ההפרש בין התועלת אשר הקונה היה יכול להפיק מביצוע העסקה לבין עלות הייצור שלה. המרת עסקה יעילה בעסקה פחות מביא לאובדן רווחה בגובה ההפרש בין העודפים הכלכליים ששני סוגי העסקות יוצרים. תפקידם של הסדרים אנוכי רבים הוא למנוע אובדן רווחה זה.

כאמור לעיל, לכל אורך הפרק נתמקד בניתוח כלכלי של מערכת היחסים שבין ספק של מוצר סופי לבין המפיצים של אותו מוצר. עם זאת הבעיות הכלכליות שמתעוררות במערכת יחסים כזו דומות לאלו אשר מתעוררות במקרים שבהם הספק מספק שירות ולא דווקא מוצר פיזי ואילו המפיצים משווקים את השירותים לצרכנים (חברות ביטוח וסוכני ביטוח, חברות תעופה וסוכני נסיעות, קופות גמל ומתווכים פיננסיים), או במקרים שבהם הספק הוא יצרן של מוצר סופי שנמכר על ידי המפיצים ללקוחות בתוספת למתן שירות (ספקי חלפים לרכב ומוסכי שירות, ספקי צבעים לשיער ומספרות). יתר על כן, הבעיות הכלכליות שמתעוררות במערכת היחסים שבין ספקי מוצרים סופיים למפיצי אותם מוצרים דומות לאלו שמתעוררות במערכת היחסים שבין ספקי תשומות ליצרנים של מוצרי ביניים (יצרן פלדה ומערגל המייצר מוטות מצולעים לבנייה) או ספקים של מוצרי ביניים ליצרני מוצרים סופיים (מערגל ויצרן של רשתות פלדה). לפיכך השימוש במינוחים מוצר, ספק ומפיץ הם לשם הנוחות בלבד, וחלקו הגדול של הניתוח מתאים גם למקרים האחרים שהזכרנו לעיל.

1.4 מבנה חלק א של הפרק

בחלקו הראשון של הפרק, בסעיפים 2-10, נציג את הבעיות הכלכליות המרכזיות אשר עלולות להתעורר במערכת יחסים אנוכית ונראה כיצד באמצעות הסדרים אנוכיים ניתן לפתור בעיות אלו במלואן או לכל הפחות להקטין את ממדיהן.

סעיפים 2-5 יתמקדו בעיקר בבעיות הנוצרות במערכות היחסים הביטורלית בין ספק יחיד לבין מפיץ יחיד. בעיות אלו רלוונטיות כמובן למערכות הפצה בלעדית, אך הן גם רלוונטיות למערכות הפצה שבהן ספק פועל מול כמה מפיצים שאינם מתחרים זה בזה או במערכות הפצה שבהן מפיץ משווק מוצרים של כמה ספקים שאינם מתחרים זה בזה. ראוי לציין שהבעיות שבהם נדון בסעיפים 2-5 רלוונטיות גם למערכות הפצה שבהן פועלים כמה

ספקים אשר מתחרים זה בזה ו/או כמה מפיצים אשר מתחרים זה בזה, אם כי במקרים כאלו מתווספות לבעיות אלו בעיות נוספות.

בסעיפים 6-8 נבחן בעיות המתעוררות במערכות הפצה שבהן מתקיימת תחרות פנים-מותגית (intrabrand competition), היינו מערכות הפצה שבהן אותו ספק משווק את מוצריו לצרכנים באמצעות כמה מפיצים אשר ביניהם מתקיימת אינטראקציה תחרותית.

בסעיפים 9-10 נבחן בעיות המתעוררות במערכות הפצה שבהן מתקיימת תחרות בין-מותגית (interbrand competition), בין כמה ספקים של מוצרים סופיים אשר מהווים תחליפים זה לזה. כלומר במקרים כאלו מתקיימות במקביל כמה מערכות הפצה אנכיות אשר בכל אחת מהן מיוצר ומשווק לצרכנים מוצר של ספק שונה. בין מערכות אלו יכולים להתקיים קשרי גומלין לא רק בדרך של תחרות על לבו של הצרכן אלא גם באמצעות העובדה ששני ספקים שונים עשויים להיעזר במפיץ משותף.

כפי שנראה, התפקיד המרכזי של הסדרים אנכיים במקרים שאותם נבחן בסעיפים 2-10 הוא לאפשר למערכת ההפצה האנכית למקסם את הרווח המשותף של כלל הגופים השותפים לה (ספק התשומות, יצרן המוצר הסופי, המפיץ, מפיצי משנה, הקמעונאים) ובכך לשחזר את הרווח שהיה נצבר לו כל הגופים האלו היו מתמזגים לגוף אחד במיזוג אנכי. חשוב לציין כבר עתה שמקסום הרווח המשותף של מערכת ההפצה האנכית כולה עשוי במקרים מסוימים להיטיב עם הצרכנים (למשל במקרים שבהם הוא מביא להוזלת המחיר לצרכן או לשיפור איכות השירות), אך הוא גם עלול להזיק לצרכנים במקרים אחרים (למשל במקרים שבהם הוא מסייע למערכת ההפצה האנכית לשאוב מהצרכנים חלק מעודף הצרכן שלהם או שהוא מביא להשקעה רבה מדי במאמצי שיווק מעבר לרמה אשר מועילה למרבית הצרכנים).

בסעיף 11 נראה כיצד הסדרים אנכיים שונים, כגון הסכמי הפצה בלעדית עם מפיצים, מגבלות על סוג הלקוחות שמותר למפיצים לשרת או קשירה בין רכישה של תשומות אחדות, מאפשרים יצירת הפליית מחירים בשוק הקמעונאי או בשוק הסיטונאי. ככלל, להפליית מחירים בשוק הקמעונאי או בשוק הסיטונאי יש השפעה מעורבת על ציבור הצרכנים משום שהיא מוזילה את המחיר לחלק מהצרכנים, אך מעלה את המחיר לצרכנים אחרים.

בסעיפים 12-13, נחזור ונבחן מקרים שבהם מתקיימת תחרות בין-מותגית בין כמה ספקי מוצרים סופיים שהם תחליפים זה לזה. כפי שנראה, אף שבמקרים כאלו הסדרים אנכיים עשויים למנוע חיכוכים בתוך כל מערכת הפצה אנכית, הרי שהם גם עלולים ליצור השפעות אופקיות אנטי תחרותיות בשוק הסיטונאי או בשוק הקמעונאי. כאשר זהו המקרה, אזי ייתכן שמבחינת השפעתם על התחרות, תהיינה להסדרים אנכיים השפעות אנכיות מועילות (פתרון חיכוכים בתוך כל מערכת הפצה אנכית) לצד השפעות אופקיות מזיקות (הקטנת התחרות בין מערכות הפצה אנכיות מתחרות).

ככלל, קיימות שתי דרכים מרכזיות שבהן הסדרים אנכיים עלולים ליצור השפעות אופקיות אנטי תחרותיות. בסעיף 12 נבחן כיצד הסדרים אנכיים שונים, כגון הכתבת מחיר מינימום לצרכן, קביעת טריטוריות בלעדיות או גביית עמלות מדף עלולים לרכך תחרות בין-מותגית בין מערכות אנכיות שונות. בסעיף 13 נבחן כיצד הסדרים אנכיים שונים, כגון עמלות מדף, הסכמי רכישה בלעדית, קשירה ברכישת תשומות או רכישה סיטונאית של מוצרים, עלולים לשמש כאמצעי לדחיקת רגלי ספקים מתחרים.

הניתוח הכלכלי אשר מופיע בגוף הפרק הוא מילולי והוא מסתמך על טיעונים אינטואיטיביים. ניתוח פורמלי של חלק מהבעיות מובא בנספח הטכני אשר בסוף הפרק.

יחסי ספק בודד ומפיץ בודד

2. בעיית השוליים הכפולים

הבעיה הראשונה שבה נדון מתעוררת במערכת היחסים שבין ספק לבין כל אחד ממפיצי המוצר. ניתוח פורמלי של הבעיה מופיע בנספח א לפרק זה. אינטואיטיבית, בעיית השוליים הכפולים מתעוררת על רקע ניגוד האינטרסים המובנה בין הצדדים ביחס למחיר המוצר לצרכן: בעוד שהמפיצים מעוניינים שהמחיר לצרכן יהיה מחיר מונופוליסטי אשר ימקסם את רווחיהם ממכירות המוצר, הרי שהאינטרס של הספק הוא הפוך לחלוטין – הספק מעוניין שהמחיר לצרכן יהיה נמוך ככל האפשר. זאת משום שמחיר נמוך לצרכן מבטיח שהיקף המכירות של הספק, ולכן גם הרווח הסיטונאי שלו, יהיו גדולים עד כמה שאפשר. כאשר המפיצים שומרים לעצמם על שולי רווח בנוסף לשולי הרווח שהספק שומר לעצמו, נוצרת בעיה של שוליים כפולים (double marginalization). בעיה זו פוגעת לא רק בספק אלא גם בצרכנים, משום שהיא גורמת לכך שהמחיר הסופי לצרכן יהיה גבוה יותר ואילו הכמות הנמכרת תהיה נמוכה יותר ממה שהיה נקבע לו הספק והמפיצים היו מתמזגים לגוף אחד. כלומר בעיית השוליים הכפולים מביאה לתוצאה גרועה יותר מזו המתקבלת כאשר המוצר נמכר לצרכנים על ידי הספק עצמו, אפילו במקרים שבהם הספק פועל כמונופול. זאת משום שתחת מונופול יש גורם יחיד השומר לעצמו על שולי רווח מעבר לעלויות האספקה של המוצר, בעוד שתחת מונופולים עוקבים (ספק מונופוליסט המוכר למפיץ מונופוליסט) יש לנו שני גורמים השומרים לעצמם על שולי רווח מעבר לעלויות ההספקה של המוצר. בעיית השוליים הכפולים נוסחה לראשונה על ידי ספרנגלר.⁵

J. Spengler "Vertical Integration and Antitrust Policy" 58 *Journal of Political Economy* 5
347 (1950).

כדי להמחיש את הבעיה, הבה ונניח שעלות הייצור קבועה ושווה ל- c ליחידה. הספק מוכר את המוצר למפיץ יחיד במחיר סיטונאי של w ליחידה. המפיץ מצדו מוכר את המוצר לצרכנים במחיר של p ליחידה. לשם פשטות נניח שלמפיץ אין עלויות משתנות נוספות מלבד המחיר הסיטונאי.

בעיית השוליים הכפולים נוצרת משום שעל מנת להרוויח, הספק קובע למוצר מחיר סיטונאי w אשר גבוה מעלות הייצור c . ההפרש בין w לבין c מייצג את שולי הרווח של הספק. המפיץ מצדו רואה במחיר הסיטונאי w את העלות המשתנה שלו והוא קובע מחיר לצרכן, p , על בסיס המחיר הסיטונאי בתוספת לשולי רווח. כיוון שגם הספק וגם המפיץ שומרים לעצמם על שולי רווח, נוצרת בעיה של שוליים כפולים: המחיר לצרכן גבוה בסופו של דבר מהמחיר שהיה נקבע לו הספק והמפיץ היו מתמזגים לגוף אחד. במקרה זה המחיר לצרכן היה נקבע על בסיס סך העלויות המשתנות של הגוף הממוזג שהן c בתוספת לשולי רווח, ולא על בסיס w בתוספת לשולי רווח. מצב דברים זה בעייתי משום שבדרך כלל עלייה במחיר לצרכן מקטינה את הכמות שהצרכנים מבקשים לרכוש ובעקבות כך מביאה לאובדן רווחה חברתית. זאת משום שצרכנים מעוניינים לרכוש את המוצר כל עוד תועלתם מרכישתו עולה על המחיר לצרכן, p . כיוון ש- p גבוה יותר מהעלות הכוללת של המוצר, קרי c , הרי שכל היחידות שהתועלת מרכישתן נופלת מ- p , אך עולה על c , לא תימכרנה, אף על פי שמכירתן הייתה מסבה לצרכנים תועלת שעולה על העלות להספקתן. במילים אחרות, בעיית השוליים הכפולים נוצרת משום שהמפיץ קובע את המחיר לצרכן על בסיס עלויות מנופחות, הכוללות בין השאר את שולי הרווח של הספק, w , ולא על בסיס העלות המשתנה אמיתית, c , ועובדה זו גורמת לכך שיחידות שיעיל היה מבחינה כלכלית למכור אינן נמכרות עקב מחירן המנופח.

בדוגמה שלעיל יש שני מתווכים בין שלב הייצור לבין שלב המכירה הסופית לצרכן – הספק והמפיץ. אם יש יותר משני מתווכים, הרי שהבעיה עלולה להחריף עוד יותר, משום שכעת ייתכנו שוליים משולשים (אם הספק מוכר למפיץ אשר מוכר לחנויות שמוכרות את המוצר לצרכנים) או מרובעים (אם הספק מוכר למפיץ אשר מוכר למפיץ משנה אשר מוכר לחנויות שמוכרות את המוצר לצרכנים) או אף יותר מכך אם מספר המתווכים גדול אף יותר. עם זאת הבעיה תהיה חריפה פחות אם הספק מתחרה עם ספקים אחרים, שכן אז שולי הרווח של הספק יהיו קטנים יותר ולכן העיוות במחיר הסופי לצרכן יהיה קטן יותר. בדומה, הבעיה תהיה פחות חריפה אם המפיץ מתחרה במפיצים אחרים, שכן אז שולי הרווח של המפיץ, ולפיכך העיוות במחיר הסופי לצרכן, יהיו קטנים יותר.

יש להדגיש שבעיית השוליים הכפולים לא רק כרוכה באובדן יעילות כלכלית, אלא גם גורמת לספק ולמפיץ לאובדן רווחים לעומת המצב שהיה נוצר לו היו פועלים כגוף אחד. זאת מהטעם הפשוט שבעיית השוליים הכפולים מעלה את המחיר לצרכן לעומת המחיר שהיה נקבע לו הספק והמפיץ היו פועלים במשותף. כיוון שכאשר הספק והמפיץ פועלים במשותף הם קובעים מחיר לצרכן אשר ממקסם את רווחיהם המשותפים, הרי שברור שכל

מחיר אחר מביא לרווח קטן יותר. הפועל היוצא מכך הוא שפתרון בעיית השוליים הכפולים מיטיב לא רק עם הצרכנים אלא גם משפר את הרווחיות המשותפת של הספק והמפיץ. להלן נבחן שלושה הסדרים אנכיים אשר יכולים, בתנאים מסוימים, לפתור את בעיית השוליים הכפולים: גביית דמי זיכיון (יחד עם מחיר סיטונאי נמוך), הכתבת מחיר מקסימום לצרכן והכתבת מכסת מכירות מינימלית. יש לומר כבר עכשיו שהשקילות בין שלושת ההסדרים איננה מתקיימת בכל המקרים. למשל כפי שנראה בסעיף 3 להלן, שקילות זו איננה מתקיימת אם המפיצים נאלצים להשקיע מאמצים לצורך קידום מכירות המוצר או השירות.

2.1 גביית דמי זיכיון

נניח שהספק דורש מהמפיץ דמי זיכיון קבועים, שאינם תלויים בהיקף המכירות של המפיץ, עבור הזכות למכור את המוצר לצרכנים. דמי זיכיון כאלו עשויים לפתור את בעיית השוליים הכפולים משום שהספק יכול לשאוב רווחים מהמפיץ באמצעות דמי הזיכיון – הוא איננו חייב לקבוע מחיר סיטונאי הגבוה מעלות הייצור שלו בכדי להרוויח ממכירה סיטונאית. במילים אחרות, כאשר הספק קובע מחיר סיטונאי הגבוה מעלות הייצור כדי להרוויח כסף ממכירה סיטונאית, הוא יוצר בעיית שוליים הכפולים. אולם כאשר הספק יכול להרוויח ממכירה סיטונאית באמצעות דמי זיכיון קבועים, הוא איננו חייב לשמור לעצמו על שולי רווח ממכירה סיטונאית ולכן הוא יכול להזיל את המחיר הסיטונאי ובכך לתמרץ את המפיץ להגדיל את היקף המכירות שלו. כיוון שדמי הזיכיון קבועים ואינם משתנים עם היקף המכירות של המפיץ, הם אינם מועמסים על המחיר לצרכן ולכן אינם יוצרים בעיה של שוליים כפולים.

דרך אחרת להבין מדוע שימוש בדמי זיכיון פותר את בעיית השוליים הכפולים היא כדלהלן. ככלל יש לספק שתי מטרות: הראשונה היא לתמרץ את המפיץ לשווק כמות יחידות שממקסמת את הרווח המשותף שלו ושל המפיץ, ואילו המטרה השנייה היא לשאוב מהמפיץ רווח גדול ככל האפשר. כאשר הספק משתמש רק במחיר סיטונאי, נוצר מתח בין שתי המטרות משום שכדי לתמרץ את המפיץ לשווק כמות יחידות גדולה נדרש מחיר סיטונאי נמוך, בשעה שלשם שאיבת רווחים מהמפיץ נדרש מחיר סיטונאי גבוה. שימוש בדמי זיכיון בנוסף למחיר הסיטונאי מעמיד לרשות הספק מכשיר נוסף ולכן מאפשר לו להשיג את שתי המטרות שבהן הוא מעוניין. הספק משתמש במחיר הסיטונאי השווה לעלות השולית שלו כאמצעי לתמרוץ המפיץ לרכוש כמות יחידות שממקסמת את הרווח המשותף שלו ושל הספק, והוא משתמש בדמי הזיכיון כאמצעי לשאיבת רווחים מהמפיץ.

כדי להמחיש נקודה זו, הבה נניח שהספק קובע למוצר מחיר סיטונאי השווה ל- c ליחידה וכמו כן קובע דמי זיכיון קבועים בגובה T שאינם תלויים בהיקף המכירות של המפיץ. כיוון שהמחיר הסיטונאי שווה לעלות הייצור של כל יחידת מוצר, בעיית השוליים הכפולים נעלמת: רק המפיץ שומר לעצמו על שולי רווח ולכן אין שוליים כפולים. ללא

שוליים כפולים, הרווח של המפיץ משיווק המוצר (לפני תשלום דמי הזיכיון לספק) שווה ל- $\Pi^{VI}(p)$. רווח זה זהה לרווח הכולל שפירמה ממוזגת אנכית הייתה מפיקה. כיוון שכך, המפיץ יקבע מחיר לצרכן השווה ל- p^{VI} , בדומה למחיר שהיה נקבע לו הספק והמפיץ היו מתמזגים וקובעים את המחיר לצרכן במטרה למקסם את הרווח הכולל של מערכת ההפצה האנכית.

כיוון שהספק מוכר את המוצר למפיץ במחיר עלות, הוא איננו מפיק רווחים ממכירה סיטונאית – הרווח שלו נובע אך ורק מדמי הזיכיון שהמפיץ משלם לו. לעומת זאת הרווח של המפיץ שווה ל- $\Pi^{VI}(p^{VI})$ בניכוי דמי הזיכיון שהמפיץ משלם לספק. הספק יוכל לכן להעלות את דמי הזיכיון עד לרמה שבה המפיץ יהיה אדיש בין שיווק המוצר ללקוחות לבין הימנעות משיווק המוצר. הגובה המדויק של דמי הזיכיון יהיה תלוי כמובן בכוח המיקוח היחסי של הספק והמפיץ. אולם יהא גודלם אשר יהא, דמי הזיכיון אינם אלא דרך לחלק את הרווח הכולל של מערכת ההפצה האנכית, $\Pi^{VI}(p^{VI})$, בין שני הצדדים בדומה למצב שהיה נוצר תחת מיוזג כאשר הצדדים היו צריכים להסכים על אופן חלוקת הבעלות על הפירמה הממוזגת ביניהם, ולפיכך על אופן חלוקת הרווח של הפירמה הממוזגת, $\Pi^{VI}(p^{VI})$ ביניהם, או על מחיר המכירה במקרה שאחד הצדדים היה רוכש בעלות בצד השני.

יש להדגיש שהמשפט איננו רואה בגביית דמי זיכיון קבועים הסדר כובל, משום שהמדובר בתנאי התשלום שבין הספק למפיץ, ללא כבילה של אחד מן הצדדים לגבי אופן התנהגותו עם צדדים שלישיים. כשם שקביעת המחיר הסיטונאי ליחידה איננה יכולה להיחשב להסדר כובל, כך גם קביעת דמי הזיכיון הקבועים שהמפיץ משלם לספק איננה יכולה להיחשב להסדר כובל, בהיעדר יסוד ה"כבילה".⁶

אף שדמי זיכיון פותרים את בעיית השוליים הכפולים בכך שהם מאפשרים לספק לקבוע מחיר סיטונאי שווה לעלות השולית של המוצר (ובמקביל לשאוב מהמפיץ רווחים בדמות דמי זיכיון), הרי שיש להם כמה חסרונות בולטים שאותם אנו מפרטים להלן. חסרונות אלו גורמים לכך שבחיי המעשה, השימוש בדמי זיכיון הוא לרוב מוגבל בהיקפו ומשום כך הספק לא יוכל להסתמך על דמי זיכיון כבמכשיר לפתרון בעיית השוליים הכפולים.

2.1.1 חלוקת סיכונים לא יעילה

כאשר המפיץ מתחייב לשלם לספק דמי זיכיון בגובה קבוע ללא קשר להיקף המכירות, הרי שהוא נושא במלוא הסיכון שנובע מתנודתיות בביקוש או בעלויות השיווק, בפרט אם

6 לפרשנות מעין זו של יסוד ה"כבילה" ראו עניין לשכת שמאי המקרקעין, להלן הערה 109, שם נקבע על ידי בית המשפט העליון כי תנאי של המדינה לגבי המחיר המקסימלי שהיא תשלם, כלקוח, לשמאים, לא יכול להיות הסדר כובל, בהיעדר אלמנט ה"כבילה" האמור.

הביקוש למוצר נמוך כתוצאה מגורמים שאינם תלויים במפיץ עצמו (למשל מכירת מטרוות בשנת בצורת או שיווק חבילות תיור לאזור אשר נפגע מאסון טבע או פיגוע חבלני) או שעלויות השיווק מתייקרות באופן פתאומי, הרי שהמפיץ עלול לשאת בהפסדים כבדים. אפשרות זו עלולה להרתיע את המפיץ מלהתחייב לשלם דמי זיכיון קבועים גבוהים. לפיכך הספק לא יוכל להסתמך רק על דמי הזיכיון כמקור להכנסה והוא יאלץ לקבוע מחיר סיטונאי העולה על עלות הייצור שלו כדי להרוויח על מכירות סיטונאיות. דבר זה יצור בעיה של שוליים כפולים.⁷

2.1.2 היעדר תמריץ מספיק לספק להשקיע בקידום מכירות (*Upstream Moral Hazard*)

לספק אשר מקבל דמי זיכיון קבועים שאינם קשורים להיקף המכירות, אין תמריץ מספיק לדאוג לכך שהביקוש למוצר יהיה גבוה. אמנם, בטווח הארוך הספק יינזק מירידה בביקוש (המפיץ עלול לסרב לחדש את הזיכיון באותם תנאים), אך בטווח הקצר התמריץ שלו יהיה קטן מזה שהיה לו לו היה משתתף עם המפיץ בהכנסות השוטפות ממכירת המוצר. לפיכך הספק לא ישקיע כמות משאבים מספיקה בקידום מכירות המוצר, בתיקון ליקויים, בשיפורים באיכות המוצר ובהספקה שוטפת של המוצר למפיץ. בעיה זו מכונה בספרות הכלכלית בשם בעיית ה-*upstream moral hazard*.

כל עוד הצדדים יכולים לכתוב חוזה אשר מפרט את רמת ההשקעה הנדרשת מצד הספק בקידום מכירות המוצר, הרי שניתן להתגבר על הבעיה באמצעות התחייבות חוזית. אולם בקשת רחבה של מקרים, התחייבות חוזית איננה מספיקה לפתרון הבעיה, למשל משום שקשה לצד שלישי (בית משפט או בורר) לקבוע מה הייתה ההשקעה המדויקת של הספק ואם השקעה זו הייתה אופטימלית או שלא הייתה כזו. במקרים כאלו אין מנוס משיתוף הספק בהכנסה ממכירות המוצר באמצעות העלאה של המחיר הסיטונאי, אף על פי שהעלאה כזו יוצרת בעיה של שוליים כפולים (הסדר התשלום האופטימלי יביא לאיזון בין הרצון לתמרץ את הספק להשקיע בקידום מכירות לבין צמצום של בעיית השוליים הכפולים). ככל שמאמציו של הספק חשובים יותר לקידום מכירות המוצר, כך יש לקבוע מחיר סיטונאי גבוה יותר, דבר אשר מחריף את בעיית השוליים הכפולים.⁸

7 לניתוח של הסדרים אנכיים בתנאי חוסר וודאות לגבי הביקוש ועלויות ההפצה ראו P. Rey, J. Tirole "The Logic of Vertical Restraints" 76 *Am. Econ. Rev.* (1986) 921 ריי וטירול מנתחים את מערכת היחסים בין ספק לבין שני מפיצים מתחרים, ומשווים בין הכתבת מחיר לצרכן, טריטוריות בלעדיות וגביית דמי זיכיון מהמפיצים.

8 לניתוח פורמלי של מצב כזה ראו R. Romano "Double Moral Hazard and Resale Price Maintenance" 25 *RAND J. Econ.* (1994) 455.

2.1.3 אינפורמציה פרטית של הספק לגבי סיכויי ההצלחה של המוצר (*Adverse Selection*)

כאשר יש לספק אינפורמציה פרטית לגבי סיכויי ההצלחה של המוצר (כלומר אינפורמציה אשר איננה נמצאת בידי המפיץ), המפיץ עלול לחשוש שהאינפורמציה שלילית ועל כן הוא עלול לסרב לשלם לספק דמי זיכיון גבוהים מחשש שהוא רוכש "חתול בשק". דרך אחת שבה הספק יכול לאותת למפיץ שהאינפורמציה שברשותו חיובית ובכך לעודד אותו לשלם דמי זיכיון גבוהים, היא על ידי הסכמה מצדו לקבל רווחים משיווק המוצר באמצעות השתתפות בהכנסות השוטפות ממכירת המוצר. השתתפות כזו היא הבעת אמון מצד הספק בפוטנציאל ההכנסות משיווק המוצר. למשל הספק יכול להעלות את המחיר הסיטונאי ליחידה או לקבוע תמלוגים אשר תלויים בהיקף המכירות של המפיץ, כך שאם האינפורמציה שלילית, הכנסותיו של הספק יהיו נמוכות. כאשר הספק מתעקש לקבל לידיו דמי זיכיון קבועים שאינם תלויים בהכנסות השוטפות ממכירת המוצר, המפיץ עלול לחשוש שהסיבה לכך היא שהספק מאמין שפוטנציאל המכירות נמוך ועל כן הספק רוצה לקבל סכום שאיננו תלוי בהיקף המכירות.

כפי שנראה בסעיף 5 להלן, דרך אחת שבה ניתן לפתור את בעיית האינפורמציה הפרטית של הספק לגבי סיכויי ההצלחה של המוצר היא באמצעות קביעת עמלות מדף שאותן הספק מתחייב לשלם למפיץ. עמלות כאלו מאותתות בצורה אמינה על כך שהספק אכן מאמין שסיכויי ההצלחה של המוצר הם גבוהים. עמלות מדף שקולות אפוא לדמי זיכיון שליליים.

2.1.4 אינפורמציה פרטית של המפיץ לגבי הביקוש למוצר ו/או עלויות השיווק של המפיץ

במקרים רבים עשויה להיות למפיץ אינפורמציה טובה יותר מאשר לספק לגבי הביקושים ולגבי העלויות של מאמצי השיווק שלו. ללא אינפורמציה מדויקת לגבי משתנים אלו, לא יוכל הספק להעריך באופן מדויק את רווחי המפיץ ולכן הוא יתקשה לקבוע דמי זיכיון קבועים ברמה אופטימלית עבורו: מחד גיסא, דמי זיכיון גבוהים מדי אשר מתבססים על ההנחה שרווחיות המפיץ גבוהה, יגרמו למפיצים שרווחיותם נמוכה לסרב לשווק את המוצר. מאידך גיסא, דמי זיכיון נמוכים מדי שמתבססים על ההנחה שרווחיות המפיץ נמוכה, לא יאפשרו לספק לשאוב מהמפיץ רווחים במידה מספיקה. גל-אור מראה שכדי לפתור דילמה זו יכול הספק להעמיד בפני המפיצים את האפשרות לבחור בין כמה אפשרויות תשלום אשר כוללות צירופים שונים של דמי זיכיון ומחיר סיטונאי.⁹ גל-אור מראה שהחוזים האופטימליים שיוצעו כוללים מחיר סיטונאי הגבוה מהעלות השולית, דבר

E. Gal-Or "Vertical Restraints with Incomplete Information" 39 *Journal of Industrial Economics* (1991) 503

היוצר בעיית שוליים כפולים. הספק עשוי להשלים עם קיומה של בעיה זו כדי לשאוב מהמפיצים חלק גדול יותר מהרווחים שלהם.

2.2 הכתבת מחיר מקסימום לצרכן

הסדר אנכי נוסף שעשוי להקטין את חומרת בעיית השוליים הכפולים או אף לפתור אותה כליל הוא הכתבת מחיר מקסימום למוצר על ידי הספק. זאת משום שהמקור לבעיית השוליים הכפולים הוא בכך שהמפיץ שומר לעצמו על שולי רווח מעבר למחיר הסיטונאי ועלויות השיוק של המוצר, ולפיכך מחיר המוצר לצרכן יהיה גבוה מדי יחסית למצב שהיה שורר לו הספק והמפיץ היו פועלים כגוף אחד. כאשר הספק מונע מהמפיץ לייקר את מחיר המוצר לצרכן באמצעות הכתבת מחיר מקסימום, ממדי הבעיה קטנים וייתכן אף שהבעיה נפתרת כליל.¹⁰

כדי לראות כיצד הכתבת מחיר מקסימום עשויה לפתור את בעיית השוליים הכפולים, הבה נניח שהספק קובע מחיר מקסימום השווה ל- p^{VI} , שהוא המחיר שהספק והמפיץ היו קובעים לו הם היו פועלים כגוף אחד. במקביל, כדי לשאוב מהמפיץ רווח, הספק יקבע מחיר סיטונאי העולה על העלות השולית שלו. מחיר סיטונאי כזה ייצור בעיית שוליים כפולים שכן המפיץ יהיה מעוניין להעלות את המחיר לצרכן מעבר ל- p^{VI} , דבר אשר יקטין את היקף המכירות של הספק. מחיר המקסימום שהספק מכתוב למפיץ ימנע מהמפיץ לייקר את המחיר לצרכן מעבר ל- p^{VI} . כיוון שהמפיץ מעוניין במחיר לצרכן אשר גבוה מ- p^{VI} , המחיר p^{VI} יהיה הרע במיעוטו מנקודת ראותו. לכן בסופו של דבר, המחיר לצרכן יהיה p^{VI} , שהוא כאמור המחיר אשר ממקסם את הרווח המשותף של הספק והמפיץ.

חשוב להדגיש שאם הספק איננו יכול מסיבה כלשהי להכתוב מחיר מקסימום השווה ל- p^{VI} , והוא נאלץ להכתוב מחיר מקסימום העולה על p^{VI} , אזי הבעיה לא תעלם כליל, שכן המפיץ אשר מעדיף מחיר העולה על p^{VI} יקבע מחיר לצרכן אשר עולה על p^{VI} שהוא כאמור המחיר שממקסם את הרווח המשותף של הספק והמפיץ. עם זאת ממדי הבעיה יצטמצמו, משום שככל שהמחיר הסופי לצרכן מתקרב ל- p^{VI} , כך משתפר מצבו של הספק ואתו גם מצבם של הצרכנים.

10 הספק יכול לפתור את הבעיה גם על ידי מתן המלצה לצרכנים על מחיר מקסימום (למשל באמצעות הטבעת המחיר המומלץ על גבי המוצר). המלצה כזו עשויה לגרום לצרכנים להתעקש על תשלום מחיר שאינו עולה על המחיר המומלץ (למשל באמצעות איום גלוי או סמוי של הערפת רכישה ממפיץ מתחרה). כפי שאנו מראים בסעיף 2.1.1 בחלק המשפטי של הפרק, המלצה גרדא על המחיר הצרכן איננה מהווה הסדר כובל. עם זאת כיוון שמחיר מומלץ איננו מחייב, וכיוון שצרכנים רבים אינם רוצים או מסוגלים להפנות עורף למפיץ שגובה מחיר העולה על המחיר המומלץ, המלצה גרדא עלולה להיות פחות אפקטיבית מאשר הכתבת מפורשת של מחיר מקסימום לצרכן.

עוד חשוב להדגיש שאם הביקוש למוצר או הוצאות השיווק של המפיץ חשופים לתנודות, הרי שיישום יעיל של הכתבת מחיר מקסימום עלול להיתקל בקשיים. הסיבה לכך היא שהכתבת מחיר מקסימום לא תאפשר למפיץ לייקר את המחיר לצרכן במצבים שבהם יש גאות בביקוש או במצבים שבהם עלויות השיווק שלו מתייקרות. לפיכך כל עוד הספק מכתוב למפיץ מחיר מקסימום, המפיץ לא יוכל לממש את מלוא פוטנציאל הרווחים ממכירת המוצר, והוא אף עלול להיקלע להפסדים אם עלויות השיווק שלו מתייקרות באופן פתאומי בצורה חדה.¹¹

חיסרון נוסף של הכתבת מחיר מקסימום הוא ששולי הרווח של המפיץ הם נמוכים, משום שכדי לשאוב מהמפיץ רווחים, הספק קובע מחיר סיטונאי גבוה ובמקביל הוא מונע מהמפיץ לייקר את המחיר לצרכן. שולי הרווח הנמוכים של המפיץ מקטינים את התמריץ שלו להשקיע מאמצי שיווק לצורך קידום מכירות המוצר. בעיה זו תידון בהרחבה בסעיף 3 להלן.

2.3 הכתבת מכסת מכירות מינימלית

כזכור, מטרתו של הספק היא לגרום למפיץ לקבוע מחיר של p^VI , הוזהה למחיר שהיה נקבע לו הספק והמפיץ היו פועלים כגוף אחד. מחיר זה נמוך מזה שמפיץ היה קובע ללא הסדרים אנכיים. דרך נוספת לגרום למפיץ לקבוע מחיר של p^VI בלי לחייב אותו במישרין לעשות כן, היא להכתוב למפיץ מכסת מכירות מינימלית. הכתבה כזו רווחת למשל בהפצה של בירה על ידי פאבים בבריטניה.¹²

כדי לראות כיצד הכתבת מכסת מכירות מינימלית פותרת את בעיית השוליים הכפולים, כדאי לשים לב לכך שבעיית השוליים הכפולים מתבטאת בכך שהמפיץ קובע למוצר מחיר גבוה מ- p^VI , שהוא המחיר האידיאלי מנקודת ראותו של הספק. כתוצאה מכך המפיץ משווק לצרכנים כמות הנופלת מזו שהייתה נמכרת לו המחיר לצרכן היה p^VI . לכן הספק יכול לפתור את הבעיה על ידי כך שהוא יחייב את המפיץ למכור לצרכנים כמות שאיננה נופלת מזו שהייתה נמכרת לו מחיר המוצר לצרכן היה p^VI . כאמור כל עוד המחיר לצרכן עולה על p^VI , הכמות שהצרכנים ירצו לרכוש תהיה קטנה יותר ולפיכך המפיץ לא יוכל לעמוד במכסת המכירות שנקבעה לו. לכן כדי לעמוד במכסת המכירות המינימלית שנקבעה לו, המפיץ יהיה חייב להוריד את מחיר המוצר עד לרמה של p^VI . המפיץ לא ירצה להוריד את המחיר מעבר לכך משום שללא הסדר אנכי כלשהו, המפיץ היה מעוניין לקבוע מחיר גבוה אף יותר.

11 לניתוח מפורט של הכתבת מחירי מקסימום בתנאי אי-ודאות לגבי הביקושים ועלויות השיווק, ראו Rey & Tirole, לעיל הערה 7.

12 ראו P. Dobson, M. Waterson "Vertical Restraints and Competition Policy" Office of Fair Trading, Research Paper 12 (1996).

כמו במקרה של הכתבת מחיר מקסימום, כך גם הכתבת מכסת מכירות מינימלית תיתקל בקשיים אם הביקוש למוצר או עלויות השיווק של המפיץ חשופים לתנודות. זאת משום שכל עוד המפיץ חייב לעמוד במכסת מכירות מינימלית, הרי שבתקופות של שפל בביקושים או בתקופות שבהן עלויות השיווק מתייקרות, הכתבת מכסת מכירות מינימלית עלולה לאלץ את המפיץ להזייל מחירים מתחת לעלויות שלו כדי לעמוד במכסה שנקבעה לו. עם זאת להכתבת מכסת מכירות מינימלית יש יתרון על פני הכתבת מחיר מקסימום, משום שבמקרים רבים קל יותר לספק לעקוב אחרי הכמות הנמכרת על ידי המפיץ (אחרי ככלות הכול המפיץ רוכש את הכמות שהוא מוכר מהספק) מאשר אחרי מחירי המכירה שהמפיץ גובה מצרכנים. דבר זה נכון בייחוד אם המפיץ יכול להעמיס על המחיר הסופי לצרכן הוצאות נלוות (דמי הובלה, אחריות, מוצרים נלווים וכיו"ב) אשר מקשות על צד שלישי, ובכלל זה הספק, לדעת מה היה המחיר המדויק שנגבה מהצרכן.

2.4 בעיית השוליים הכפולים במכירת מוצרים משלימים ובמכירת חבילות מוצרים

בעיה דומה לבעיית השוליים הכפולים קיימת כאשר מוצרים משלימים נמכרים על ידי ספקים שונים. מקרה קיצוני של מוצרים משלימים הם מוצרים הנצרכים בפרופורציות קבועות, כגון מדפסת ומחסניות דיו, מחשב ומערכת הפעלה, מכונית וצמיגים או מערכת סטריאו ורמקולים. במקרים כאלו הצרכנים אינם יכולים ליהנות ממוצר אחד ללא המוצר המשלים. במקרים פחות קיצוניים, הצרכנים יכולים לצרוך מוצר אחד ללא המוצר המשלים (או המוצרים המשלימים), אך עלייה בצריכה של אחד המוצרים מעלה את הרצון של הצרכנים לצרוך גם את המוצר המשלים או לחילופין, מעלה את ערכו בעיני הצרכנים. למשל עלייה במספר הלינות בבתי מלון באילת מגדילה את הביקוש לטיסות מתל אביב לאילת, אם כי ניתן להגיע לבית המלון באילת גם בנסיעה במכונית בלי להזדקק לטיסה לאילת. כאשר מוצרים משלימים מסופקים בנפרד על ידי ספקים שונים, כל ספק יתמחר את המוצר שאותו הוא משווק מתוך כוונה למקסם את רווחיו הוא. תמחור כזה יעשה תוך איזון בין הרצון להעלות את המחיר ליחידה, מחד גיסא, לבין התחשבות בעובדה שהעלאת המחיר תקטין את הביקוש ולכן את מספר היחידות שימכרו, מאידך גיסא. כיוון שהמוצרים משלימים, ירידה בביקוש לאחד המוצרים תביא לירידה בביקוש גם למוצרים המשלימים. ברם כל ספק מביא בחשבון רק את השפעת העלאת המחיר על רווחיו הוא ולפיכך הוא יתעלם מה"נוזק" שהעלאת המחיר תגרום לספקי המוצרים המשלימים. לעומת זאת, לו הספק היה משווק גם את המוצרים המשלימים בעצמו, כי אז הוא היה מביא "נוזק" זה בחשבון ולכן היה מרסן את עצמו בעת קביעת מחירו של כל מוצר. במילים אחרות, לספק המשווק את כל המוצרים המשלימים גם יחד יש אינטרס לקבוע לכל המוצרים מחיר נמוך יותר מסך המחיר שהיה נקבע לכלל המוצרים לו כל אחד מהם היה משווק על ידי ספק אחר. בעיית

תמחור היתר של מוצרים משלימים זוהתה לראשונה על ידי ז'אן אוגוסטין קורנו ב-1838.¹³ בעיה זו אנלוגית לבעיית ה"שוליים הכפולים" שמתעוררת כאשר מוצר משווק לצרכנים באמצעות מתווך (למשל מפיץ) ולא במישרין על ידי הספק.

כדי לראות את הדמיון בין שתי התופעות, ניתן לחשוב על מצב שבו ספק של מוצר א מוכר אותו לספק של מוצר משלים ב, אשר מוכר את שני המוצרים כחבילה לצרכנים. למשל ספק מערכות הפעלה יכול למכור את מערכות ההפעלה לספק מחשבים, אשר מצדו משווק לצרכנים מחשבים שבהם מותקנות מערכות הפעלה. דוגמה אפשרית אחרת היא של ספק של טלפונים סלולריים, אשר יכול למכור את הטלפונים לחברת טלפון סלולרי אשר מצדה משווקת לצרכנים חבילות שירות אשר כוללת מכשיר טלפון סלולרי ושירותי שיחות סלולריות. במקרים כאלו ניתן לחשוב על הספק של מוצר א כעל הספק בדוגמה האנכית ועל הספק של מוצר ב כעל המפיץ בדוגמה האנכית. בהתאם, הסדרים בין שני הצדדים ייחשבו אז להסדרים אנכיים, אף על פי ששני הצדדים פועלים באותו שלב בשרשרת הייצור והם מספקים מוצרים משלימים. מכל מקום ברור מהניתוח הנוכחי שהסדרים בין ספקים של מוצרים משלימים שיש בהם כדי להקטין את בעיית השוליים הכפולים (כגון הכתבת מחיר מקסימום או הכתבת כמות מכירות מינימלית) נהנים מאותם יתרונות פרו־תחרותיים שמהם נהנים גם ההסדרים האנכיים שנידונו לעיל.

פתרון נוסף לבעיית השוליים הכפולים במכירת מוצרים משלימים היא מכירתם כחבילה. במצב זה מחיר החבילה שווה לנכונות של הקונים לרכוש את כל המוצרים יחד ועל כן מחיר זה מונע את היווצרותם של שוליים כפולים. כדאי לשים לב שבעיית השוליים הכפולים במכירת מוצרים משלימים איננה נפתרת לחלוטין גם אם אותו ספק מוכר את כל המוצרים המשלימים, משום שהקונים עשויים להעדיף לרכוש מוצרים משלימים שונים מספקים שונים. למשל הקונה עשוי להעדיף מערכת סטריאו של ספק א ורמקולים של ספק ב. כיוון שלפחות חלק מהקונים רוכשים מוצרים משלימים מכמה ספקים שונים, אזי עדיין ישורר תמחור יתר של המוצרים הבודדים. יצירת חבילות של מוצרים משלימים על ידי אותו ספק עשויה למנוע תמחור יתר מעין זה.

2.5 יצירת תחרות בין מפיצים כפתרון לבעיית השוליים הכפולים

דרך נוספת שבה הספק יכול לפתור את בעיית השוליים הכפולים היא לעודד תחרות פנים-מותגית על ידי שיווק המוצר לצרכנים באמצעות כמה מפיצים. תחרות כזו שוחקת את שולי הרווח של המפיצים ולכן מקטינה את ממדי בעיית השוליים כפולים. לפיכך ספק

J.A. Cournot *Researches into the Mathematical Principles of the Theory of Wealth* (N. 13 Bacon trans., 1838).

המוטרד מבעיית השוליים הכפולים (היינו מכך שהמחיר הסופי לצרכן אשר ייקבע על ידי המפיצים יהיה גבוה מדי), יסרב להעניק למפיצים בלעדיות בשיווק המוצר וישתדל לשווק את המוצרים שלו באמצעות מספר רב ככל האפשר של מפיצים.

3. תמריץ חסר להשקעה במאמצי שיווק (Downstream Moral Hazard)

בעיה זו מתעוררת כאשר הביקוש למוצר תלוי, בין השאר, במאמצי השיווק שהמפיץ משקיע. ניתוח פורמלי של הבעיה מופיע בנספח ב אשר בסוף הפרק. ברמה האינטואיטיבית, מקור הבעיה הוא בכך שהמפיץ בוחר את מאמצי השיווק שלו על מנת למקסם את רווחיו ולכן הוא מתעלם מההשפעה החיובית שיש למאמצי השיווק שלו על רווחי הספק. במילים אחרות, המפיץ מבין שבעוד שכל מאמצי השיווק שלו נופלים על שכמו, לפחות חלק מהתועלת ממאמצים אלו עתיד ליפול בחיקו של הספק (הספק מוכר את המוצר למפיץ ברווח ולכן עלייה במכירות המוצר מיטיבה עמו). לפיכך המפיץ עלול להשקיע בשיווק המוצר מאמצים קטנים מדי בהשוואה לאלו אשר ממקסמים את הרווח הכולל של מערכת ההפצה האנכית ואשר היו נבחרים, לו הספק והמפיץ היו מתמזגים ופועלים במשותף. כלומר למפיץ יש תמריץ חסר להשקיע במאמצי שיווק.

דרך אחרת לראות את הבעיה היא לשים לב לכך שהתועלת השולית של המפיץ מהגברת מאמצי השיווק בשקל אחד, שווה לעלייה בהיקף המכירות כתוצאה ממהלך זה, כפול הרווח של המפיץ בגין כל יחידה נמכרת. באופטימום, התועלת השולית מהגברת מאמצי השיווק בשקל אחד, שווה לעלות השולית ממהלך זה. אלא שכל עוד הספק שומר לעצמו על שולי רווח חיוביים, הרווח של המפיץ בגין כל יחידה נמכרת קטן מהרווח המשותף של הספק והמפיץ. לפיכך גם התועלת השולית של המפיץ מהגברת מאמצי השיווק קטנה מהתועלת השולית המשותפת של הספק והמפיץ. כיוון שהעלות השולית של מאמצי השיווק זהה בשני המצבים, ברור שמאמצי השיווק של המפיץ יהיו קטנים מאלו שהיו נקבעים לו הספק והמפיץ היו מתמזגים. כיוון שמאמצי השיווק שהיו נקבעים תחת מיזוג אנכי בין הספק למפיץ היו ממקסמים את הרווח המשותף של שני הצדדים, ברור שכאשר הספק והמפיץ פועלים בנפרד, סך הרווחים שלהם קטן מזה שהיה מושג תחת מיזוג אנכי.

חשוב להדגיש שבניגוד לבעיית השוליים הכפולים, אשר מזיקה הן לספק ולמפיץ והן לצרכנים, לא ברור מראש אם בעיית תמריץ החסר להשקעה במאמצי שיווק מזיקה לצרכנים, בנוסף לנזק שהיא גורמת לספק ולמפיץ. הסיבה לכך היא שמלכתחילה כלל לא ברור שמאמצי השיווק של ספק ומפיץ כאשר הם פועלים במשותף עולים בקנה אחד עם מאמצי

השיווק האופטימליים מנקודת ראותם של הצרכנים.¹⁴ זאת משום שמאמצי השיווק נבחרים על ידי הספק והמפיץ מתוך מטרה להגדיל את הנכונות של הצרכן השולי לשלם עבור המוצר, ובהתאם לכך לאפשר להם לגבות מחיר גבוה יותר עבור המוצר (באופטימום, מחיר המוצר נקבע בהסתמך על הנכונות של הצרכן השולי לשלם עבור המוצר). לעומת זאת הצרכנים נהנים ממאמצי שיווק מוגברים רק אם התועלת שהם מפיקים מכך עולה על התוספת למחיר שהם נתבעים לשלם. ברם א-פריורי כלל לא ברור שהתועלת שמרבית הצרכנים מפיקים ממאמצי שיווק מוגברים עולה על העלייה במחיר המוצר. על כן ייתכן שמאמצי השיווק יהיו גבוהים מדי מנקודת ראותם של לפחות חלק מהצרכנים, גם כאשר הספק והמפיץ פועלים כגוף אחד. כמובן, גם המצב ההפוך אפשרי: ייתכן שמאמצי השיווק יהיו נמוכים מדי מנקודת ראותם של לפחות חלק הצרכנים.

כיוון שא-פריורי קשה לקבוע אם בעיית תמריץ החסר להשקעה במאמצי שיווק מזיקה לצרכנים, הרי שגם קשה לקבוע ללא ניתוח כלכלי מסודר אם פתרון הבעיה באמצעות הסדרים אנכיים מזיק לצרכנים או מועיל להם. המסקנה מכך היא שמבחינה משפטית, לא ניתן להכריע אם הסדר אנכי פוגע במצבם של הצרכנים או משפר אותם רק על סמך העובדה שהוא עוזר לספק ולמפיץ לפתור את בעיית תמריץ החסר להשקעה במאמצי שיווק. המקרה יצטרך להיות מוכרע במצב זה על סמך טענות כלכליות אחרות לעניין השפעת ההסדר על התחרות ועל הצרכנים.

כמו במקרה של בעיית השוליים הכפולים, הסדרים אנכיים יכולים לפתור גם את בעיית תמריץ החסר להשקעה במאמצי שיווק או למצער, להקטין את ממדיה. הבה ונבחן את ההשפעה של שלושה הסדרים אנכיים שונים על תמריצי המפיץ להשקיע במאמצי שיווק: הכתבת סטנדרט איכות, גביית דמי זיכיון והכתבת מכסת מכירות מינימלית.

3.1 הכתבת סטנדרט איכות מינימלי (Minimum Quality Standards)

כאמור לעיל, בעיית תמריץ החסר להשקעה במאמצי שיווק נוצרת משום שכל עוד המחיר הסיטונאי עולה על עלות הייצור של הספק, שולי הרווח של המפיץ קטנים מסך שולי הרווח ממכירת המוצר (ההפרש בין המחיר הסיטונאי לבין עלות הייצור נצבר בידי הספק). כיוון שכך, אין למפיץ תמריץ מספיק לנסות ולהגדיל את מכירות המוצר לרמה שהייתה מתקבלת לו הוא והספק פעלו במשותף, שכן חלק מהרווח נופל בחלקו של הספק ולא נצבר

14 ראו למשל W. Comanor "Vertical Price-Fixing, Vertical Market Restrictions, and the New Antitrust Policy" 98 *Harv. L. Rev.* (1985) 983. הרעיון שלפיו איכות המוצרים והשירותים שמונופול מספק יכולה להיות גבוהה יותר או נמוכה יותר מזו שרצויה לצרכנים פותח לראשונה על ידי M. Spence "Monopoly, Quality, and Regulation" 6 *Bell J. Econ.* (1975) 417.

בידי המפיץ. התוצאה היא שהמפיץ ישקיע מאמצי שיווק בלתי מספיקים בקידום מכירות המוצר או יספק איכות שירות נמוכה מדי. הספק יכול לפתור בעיה זו על ידי הכתבת סטנדרט איכות מינימלי אשר יחייב את המפיץ להשקיע בשיווק המוצר ובאיכות השירות את אותה רמת השקעה שהייתה נקבעת לו הספק והמפיץ היו פועלים במשותף. הכתבת סטנדרט איכות מינימלי רווחת מאוד בהסכמי זכיינות דוגמת זכיינות של מסעדות מזון מהיר. כפי שראינו בסעיף 2 לעיל, פרט לבעיית תמריץ החסר להשקעה במאמצי שיווק, שולי הרווח שהספק שומר לעצמו יוצרים גם בעיה של שוליים כפולים אשר מתבטאת בכך שהמחיר הסופי לצרכן יהיה יקר מדי (ולפיכך הכמות הנמכרת תהיה נמוכה מדי) יחסית למצב שהיה מתקבל לו המפיץ והספק היו פועלים במשותף. כזכור, הכתבת מחיר מקסימום למוצר מונעת מהמפיץ לייקר את מחיר המוצר ולכן היא מקטינה, או אף פותרת לחלוטין, את בעיית השוליים הכפולים. עם זאת הכתבת מחיר מקסימום לצרכן רק תחריף את ממדי בעיית תמריץ החסר להשקעה במאמצי שיווק, משום שהיא תקטין את שולי הרווח של המפיץ ולכן גם את התמריץ שלו להשקיע בשיווק המוצר ובאיכות השירות. כדי לפתור את שתי הבעיות גם יחד, הספק יצטרך לכן להכתיב למפיץ גם מחיר מקסימלי לצרכן וגם לחייב אותו לעמוד בסטנדרט איכות מינימלי.

3.2 גביית דמי זיכיון

אם הספק יכול לגבות מהמפיץ דמי זיכיון קבועים שאינם תלויים בהיקף המכירות, אזי הוא יכול להרשות לעצמו לקבוע מחיר סיטונאי שווה לעלות הייצור שלו. הספק אמנם לא ירוויח על מכירה סיטונאית למפיץ, אך הוא יוכל לשאוב רווחים מהמפיץ באמצעות דמי הזיכיון. גובהם המדויק של דמי הזיכיון תלוי כמובן בכוח המיקוח היחסי של הספק והמפיץ. כל עוד המחיר הסיטונאי שווה לעלויות הייצור של הספק, מלוא הרווח ממכירת המוצר נופל בידי המפיץ (רווח זה מתחלק בין הצדדים בסופו של דבר באמצעות דמי הזיכיון שהמפיץ משלם לספק). כיוון שהמפיץ מקבל לידיו את מלוא הרווח ממכירה לצרכנים, הרי שיש לו אינטרס למקסם רווח זה, ממש כאילו הוא והספק היו פועלים כגוף אחד. דבר זה יוביל בין השאר לקביעת מאמצי שיווק באותה רמה שהייתה נקבעת לו הספק והמפיץ היו מתמזגים. לעובדה שהמפיץ צריך להתחלק עם הספק ברווח ממכירת המוצר לצרכנים באמצעות דמי זיכיון אין כל השפעה על התמריצים שלו, כל עוד דמי הזיכיון קבועים ואינם תלויים בהיקף המכירות.

דרך אחרת לחשוב על הסיטואציה היא שכל עוד הספק יכול לשאוב רווחים מהמפיץ אין לו כל סיבה לשמור לעצמו על שולי רווח חיוביים ממכירה סיטונאית – ללא שולי רווח של הספק, לא מתעוררת בעיה של שוליים כפולים ולא בעיה של תמריץ חסר להשקעה במאמצי שיווק.

היתרון שבגביית דמי זיכיון יחסית לקביעת סטנדרט איכות מינימלי הוא שכדי לאכוף את סטנדרט איכות השירות שנקבע, הספק חייב להקים מערך פיקוח שבאמצעותו הוא יודא שהמפיץ אכן עומד בסטנדרט שנקבע. מערך כזה איננו רק יקר כי אם גם מורכב להפעלה, בייחוד במקרים שבהם קשה למדוד את איכות השירות באופן מדויק (מידת האדיבות של נותני השירות, טיב ההדרכה הטכנית שניתנה לצרכנים וכיו"ב). הקמת מערך פיקוח גם צריכה להיות מלווה במנגנון בורות אשר יצטרך להתערב במקרים שבהם יש מחלוקת בין הצדדים לגבי איכות השירות שניתנה בפועל. לעומת זאת גביית דמי זיכיון (תוך הוזלת המחיר הסיטונאי) היא פשוטה להפעלה ואיננה מחייבת הקמת מערכי פיקוח כלשהם. עם זאת כפי שטענו לעיל, המפיץ עלול להירתע מתשלום דמי זיכיון שאינם תלויים בהיקף המכירות, משום שתשלום כזה יחשוף אותו לסכנה של צבירת הפסדים במצבים שבהם יש שפל בביקוש למוצר וכמו כן יחליש את התמריץ של הספק לסייע למפיץ בעידוד מכירות המוצר ופתרון בעיות שונות שעלולות להתעורר.

3.3 הכתבת מכסת מכירות מינימלית

כפי שראינו בסעיף 2 לעיל, כאשר הספק נתקל בבעיית שוליים כפולים במערכת יחסים עם מפיץ, קביעת מכסת מכירה מינימלית למפיץ שקולה להכתבת מחיר מקסימום למוצר משום ששני סוגי ההסדרים פותרים את בעיית השוליים הכפולים במלואה. לאור שקילות זו היה ניתן לחשוב שכיוון שהכתבת מחיר מקסימלי למוצר איננה פותרת את בעיית תמריץ החסר להשקעה במאמצי שיווק, כך גם הכתבת מכסת מכירה מינימלית לא תפתור את הבעיה. אולם אינטואיציה זו איננה נכונה – הכתבת מכסת מכירה מינימלית למוצר עשויה לפתור את בעיית תמריץ החסר להשקעה במאמצי שיווק.

כדי לראות מדוע, נניח שהספק מחייב את המפיץ למכור לפחות אותו מספר יחידות אשר היה נמכר לו מחיר המוצר לצרכן היה p^V , וההשקעה במאמצי שיווק הייתה e^V , כאשר $p^V > e^V$. הם המחיר לצרכן ומאמצי השיווק שאותם היה הספק קובע לו שיווק את המוצר לצרכנים בכוחות עצמו. כדאי לשים לב שעל מנת להבטיח לעצמו רווח ממכירה סיטונאית, הספק היה קובע את המחיר לצרכן כך ש- $c < p^V$. דהיינו לו הספק היה משווק את המוצר לצרכנים בכוחות עצמו, כי אז שולי הרווח שלו היו חיוביים.

נניח שהספק קובע למוצר מחיר סיטונאי השווה ל- p^V . כלומר הספק קובע מחיר סיטונאי השווה למחיר לצרכן שאותו היה הספק קובע לו שיווק את המוצר בכוחות עצמו. בהינתן מחיר סיטונאי זה, המפיץ מעוניין לבחור את המחיר לצרכן, p , ואת ההשקעה במאמצי שיווק, e , באופן אשר ימקסם את הרווח שלו, בכפוף לכך שהוא יצליח למכור לצרכנים את מכסת המכירות שנקבעה לו.

ללא הצורך לעמוד במכסת המכירות שנקבעה לו, היה המפיץ מעוניין להעלות את המחיר לצרכן מעבר ל- p^V כדי להפיק רווחים ממכירה סיטונאית. יתר על כן, כיוון שהמפיץ

לא שומר בידיו את מלוא שולי הרווח ממכירת המוצר (חלק מהרווח נצבר אצל הספק, שכן המחיר הסיטונאי, p^{VI} , עולה על עלות הייצור ליחידה, c), יש לו תמריץ לבחור במאמצי שיווק קטנים מ- e^{VI} . ברם אם המחיר לצרכן גבוה מ- p^{VI} ומאמצי השיווק קטנים מ- e^{VI} , הצרכנים ירכשו כמות הנופלת מזו שהייתה נמכרת לו המחיר לצרכן היה p^{VI} וההשקעה במאמצי שיווק הייתה e^{VI} . לפיכך המפיץ לא יוכל לעמוד במכסת המכירות שנקבעה לו. כדי לעמוד במכסה, המפיץ אנוס לקבוע מחיר לצרכן השווה ל- p^{VI} ועליו להשקיע סכום של e^{VI} בשיווק המוצר.

היתרון שבהכתבת מכסת מכירות מינימלית לעומת הכתבת סטנדרט איכות שירות, הוא בכך שבדרך כלל לספק קל יותר לפקח על היקף המכירות של המפיץ מאשר על איכות השירות שלו, מהטעם הפשוט שהמפיץ רוכש את המוצר מהספק ולפיכך יש לספק אינפורמציה מלאה על היקף המכירות שלו. לעומת זאת פיקוח על איכות השירות מצריך מערך פיקוח מורכב שעלול להיות יקר ומסורבל.

ראוי לציין שכאשר הביקוש למוצר חשוף לתנודות, המפיץ יעדיף הסדר של דמי זיכיון על פני הסדר של קביעת מכסת מכירות מינימלית. הסיבה לכך היא שהסדר שלפיו המפיץ משלם לספק דמי זיכיון מותיר בידי המפיץ את החופש לקבוע את כמות היחידות שאותה הוא מעוניין לשווק לצרכנים. כך, אם הביקוש למוצר נמוך, המפיץ יכול לבחור לרכוש כמות קטנה של יחידות מהספק. לעומת זאת הסדר של מכסת מכירות מינימלית לא מעניק למפיץ גמישות דומה ולכן הוא חושף את המפיץ לסיכון גבוה יותר.

כדי להמחיש זאת נניח שהמפיץ משווק לצרכנים 100 יחידות במוצע. בנוסף נניח שעלות הייצור של כל יחידה לספק היא 5. כעת נבחן שני הסדרים:

(א) דמי זיכיון של 100 ומחיר סיטונאי של 5 ליחידה;

(ב) מכסת מכירות מינימלית של 100 יחידות ומחיר סיטונאי של 6 ליחידה.

קל לראות שבממוצע התשלום של המפיץ לספק זהה לפי שני הסדרי התשלום: לפי הסדר א המפיץ רוכש מהספק במוצע 100 יחידות במחיר של 5 ליחידה ובנוסף הוא משלם דמי זיכיון של 100. לכן במוצע הוא משלם לספק סכום של $100 + 5 \times 100 = 600$. לפי הסדר ב המפיץ רוכש מהספק 100 יחידות במחיר של 6 ליחידה ולכן התשלום שלו לספק עומד אף הוא על 600. קל לבדוק שלפי שני ההסדרים, הרווח של הספק הוא 100.

כעת נניח שהמפיץ מעוניין לרכוש יותר מ-100 יחידות. לפי הסדר א הוא ישלם לספק 5 עבור כל יחידה נוספת בעוד שלפי הסדר ב הוא ישלם עבור כל יחידה נוספת 6. לכן הסדר ב יקר יותר עבור המפיץ. למשל אם המפיץ מעוניין לרכוש 150 יחידות אזי הוא ישלם $100 + 5 \times 150 = 850$ לפי הסדר א, בעוד שלפי הסדר ב הוא ישלם $6 \times 150 = 900$. לעומת זאת אם המפיץ מעוניין לרכוש פחות מ-100 יחידות, אזי לפי הסדר א התשלום שלו לספק יהיה נמוך מ-600, בעוד שלפי הסדר ב התשלום המינימלי של המפיץ לספק הוא 600 משום שהוא חייב לרכוש לפחות 100 יחידות במחיר 6 ליחידה. כלומר למרות ששני ההסדרים

מניבים לספק בממוצע רווח זהה, הרי שהסדר ב חושף את המפיץ לסיכון רב יותר משום שכל תנודה בביקוש מסביב לממוצע תגדיל את התשלום הכולל שלו לספק.

4. בעיית Moral Hazard דו-צדדית

ברומה לבעיית ה-downstream moral hazard שנוצרת כאשר המחיר הסיטונאי עולה על עלות הייצור של הספק, כך עלולה להיווצר בעיית upstream moral hazard כאשר המחיר הסיטונאי נמוך מהמחיר לצרכן. בעיה זו נוצרת משום שכל עוד שולי הרווח של המפיץ חיוביים, הספק איננו מקבל לידיו את מלוא הרווח ממכירת המוצר, ועל כן אין לו תמריץ מספיק לנסות ולשפר את איכות המוצר או לקדם את מכירות המוצר בדומה למצב שהיה שורר לו הוא והמפיץ היו פועלים במשותף. התוצאה היא שהספק ישקיע מאמצים בלתי מספיקים בשיפור איכות המוצר ובקידום המכירות שלו. כיוון ששולי הרווח של המפיץ באים על חשבון שולי הרווח של הספק, ברור שצמצום ממדי בעיית ה-downstream moral hazard על ידי הגדלה של שולי הרווח של המפיץ יחריף את בעיית ה-upstream moral hazard, ולהיפך.

רומנו הציג מודל אשר כולל את שתי הבעיות יחד: קידום מכירות המוצר תלוי גם במאמצי השיווק של המפיץ וגם במאמצי השיווק של הספק.¹⁵ רומנו מראה שלמעט במקרים מיוחדים, הכתבת מחיר לצרכן על ידי הספק (מחיר מינימום או מחיר מקסימום) תשפר את מצבו של הספק, אם כי לא תביא לפתרון בעיית ה-moral hazard הדו-צדדית שבפניה ניצבים הספק והמפיץ. כמו במקרה שבו קיימת רק בעיה של downstream moral hazard, גם כאן לא ברור מהי ההשפעה של הכתבת המחיר על הצרכנים, משום שמלכתחילה כלל לא ברור שמאמצי השיווק של הספק והמפיץ עולים או נופלים מאלו אשר הצרכנים היו מעדיפים.

5. אינפורמציה פרטית של הספק לגבי סיכויי ההחזרה של מוצר חדש לשוק ועמלות מדף

כאשר ספקים מעוניינים להחדיר לשוק מוצרים חדשים באמצעות מפיצים, עלולה להיווצר בעיית אינפורמציה א-סימטרית: המפיץ שאיננו בטוח מה סיכויי ההצלחה של המוצר החדש, עלול לסרב להפיץ את המוצר מחשש שהביקוש למוצר יהיה נמוך ומאמצי השיווק שלו ירדו לטמיון. הבעיה חריפה בייחוד כאשר למפיץ יש אפשרות מוגבלת להציע מוצרים לצרכנים – במקרים כאלו שיווק המוצר החדש לצרכנים צריך לבוא על חשבונם של

15 R. Romano "Double Moral Hazard and Resale Price Maintenance" 25 *RAND J. Econ.* 455 (1994).

מוצרים קיימים שלהם הצלחה מוכחת. למשל לסופרמרקטים יש שטחי מדף מוגבלים ולכן פינוי שטח מדף עבור מוצר חדש בא על חשבון מוצרים קיימים שלהם יש רווחיות ידועה (אם שיווק המוצרים הקיימים לא היה רווחי כי אז הסופרמרקט לא היה מציע אותם למכירה). כלומר לפחות חלק מעלויות ההחדרה של המוצר החדש נופלות על שכמו של המפיץ בדמות אובדן רווחים בגין מכירת מוצרים חלופיים. לפיכך ספק אשר בידיו אינפורמציה חיובית לגבי סיכויי ההצלחה של מוצר חדש ינסה לשכנע את המפיץ כי כדאי לו לשאת בעלויות ההחדרה של המוצר. ברם המפיץ, שלפחות חלק מעלויות ההחדרה של המוצר נופלות על שכמו, עלול לחשוף שהספק מנסה למכור לו "חתול בשק" – אם ההחדרה תצליח, הספק יצא נשכר; אם ההחדרה תכשל, הספק ישא רק בחלק מעלות הכישלון (אובדן הרווח ממכירת מוצרים אחרים שהמפיץ הסיר מהמדפים נופלת על שכמו של המפיץ ולא על שכמו של הספק). לכן כדי לשכנע את המפיץ שהאינפורמציה שברשותו חיובית, הספק חייב לאותת על כך למפיץ בצורה אמינה. דרך אחת שבה ניתן לשלוח איתות כזה היא באמצעות תשלום עמלת מדף למפיץ (slotting allowances).¹⁶ נכונותו של הספק לשלם למפיץ עמלת מדף מאותתת על כך שהספק מאמין שסיכויי ההצלחה של המוצר גבוהים משום שאחרת לא היה כדאי לו לשלם את עמלת המדף.¹⁷

כדי להמחיש כיצד עמלת מדף עשויה לאותת למפיץ בצורה אמינה על כך שהספק מאמין שסיכויי החדרת המוצר החדש גבוהים, הבה ונבחן את הדוגמה שלהלן: ספק מעוניין להחדיר לשוק מוצר חדש אשר עלות הייצור שלו היא 2 ליחידה ואשר הצרכנים מוכנים לשלם תמורתו מחיר של 10 ליחידה. מנקודת ראותו של המפיץ, הביקוש למוצר החדש איננו ודאי: המפיץ מאמין שקיימת הסתברות של 1/2 שהביקוש למוצר יהיה גבוה ושווה ל-150 יחידות והסתברות של 1/2 שהביקוש למוצר יהיה נמוך ושווה ל-50 יחידות. כדי לשווק את המוצר לצרכנים על המפיץ לפנות שטח מדף אשר מניב לו רווח של 1000. כיוון שעלות הייצור היא 2 ליחידה, ברור שהמחיר הסיטונאי חייב להיות לפחות 2 ליחידה, על כן הרווח של המפיץ הוא לכל היותר 8 ליחידה. כיוון שמנקודת ראותו של המפיץ הביקוש למוצר הוא

16 עמלות מדף הם שם כולל לתשלומים קבועים שספקים משלמים מראש לרשתות קמעונאיות תמורת הסכמתן להציע לצרכנים מוצרים חדשים. ככלל עמלות המדף משולמות בגין כל מק"ט (מספר קטלוגי או פריט מלאי ספציפי) וגובהם בארצות-הברית מוערך בכך-\$75-\$300 פר מק"ט פר חנות אם כי קיימת שונות רבה בגובה העמלות על פני מוצרים שונים ובין אזורים גיאוגרפיים שונים; ראו FTC staff report *Report on the Federal Trade Commission Workshop on Slotting Allowances and Other Marketing Practices in the Grocery Industry* (2001) <http://www.ftc.gov/os/2001/02/slottingallowancesreportfinal.pdf>

17 ראו למשל M.A. Lariviere, V. Padmanabhan "Slotting Allowances and New Product Introductions" 16 *Marketing Science* (1997) 112

במוצע $150 \times \frac{1}{2} + 50 \times \frac{1}{2} = 100$ יחידות, הרווח שלו משיווק המוצר החדש איננו עולה במוצע על $8 \times 100 = 800$ ועל כן הוא יסרב לשווק את המוצר החדש לצרכנים. נניח שהספק יודע מראש אם הביקוש למוצר גבוה או נמוך. כיוון שהמפיץ נושא במלוא אובדן הרווחים בגין פינוי שטחי מדף עבור המוצר החדש, ברור שלספק יש אינטרס לטעון שהמידע שברשותו מצביע על כך שהביקוש למוצר גבוה. אם המפיץ ישתכנע, אזי הספק ירוויח ממכירת כל יחידה סכום השווה למחיר הסיטונאי (שנע בין עלות הייצור, שהיא 2, והמחיר המקסימלי שהצרכנים מוכנים לשלם, שהוא 10) בניכוי עלות הייצור. כלומר הספק ירוויח מהחדרת המוצר החדש לשוק סכום חיובי בין שהביקוש גבוה ובין שהוא נמוך. כיוון שהמפיץ ער לכך שהספק מרוויח בכל מקרה מהחדרת המוצר החדש לשוק, הוא יחשוד שטענת הספק שלפיה הביקוש למוצר גבוה איננה נכונה. דרך אחת שבה הספק יכול לשכנע את המפיץ שהביקוש למוצר החדש אכן גבוה היא באמצעות תשלום עמלת מדף למפיץ. נסמן את המחיר הסיטונאי ליחידה ב- w ואת עמלת המדף ב- S . כדי לשכנע את המפיץ שהביקוש למוצר איננו נמוך, הספק יצטרך לקבוע את המחיר הסיטונאי ועמלת מדף כך שאי-השוויון הבא יתקיים:

$$(w - 2) \times 50 - S \leq 0$$

אי-שוויון זה אומר שכל עוד הביקוש למוצר נמוך ושווה ל-50 יחידות, הספק איננו יכול להרוויח מהחדרת המוצר לשוק. לכן כאשר המחיר הסיטונאי ועמלת המדף מקיימים את אי-השוויון שלעיל, המפיץ יסיק שהביקוש למוצר אכן גבוה, אחרת לא היה כדאי לספק להציע לו להחדיר את המוצר לשוק.

אלא שאי-השוויון לעיל איננו מבטיח עדיין שהמפיץ יסכים לשווק את המוצר החדש לצרכנים. לשם כך, הספק צריך לקבוע את המחיר הסיטונאי ועמלת המדף כך שהרווח הקמעונאי של המפיץ כאשר הביקוש למוצר גבוה, בתוספת לעמלת המדף שהוא מקבל, יהיה שווה לפחות ל-1000, שהוא הרווח שהמפיץ יכול להפיק משיווק המוצר החלופי:

$$(10-w) \times 150 + S \geq 1000$$

אם לספק יש כוח שוק מול המפיץ, אזי הוא יוכל להציע את הצרוף הזול ביותר מבחינתו של מחיר סיטונאי ועמלת מדף, כך שהרווח של המפיץ יהיה שווה בדיוק ל-1,000. כלומר עמלת המדף תקבע על ידי הספק כך ש:

$$S = 1000 - (10-w) \times 150$$

אם נציב עמלה זו אל אי-השוויון הראשון שרשמנו לעיל נקבל

$$(w-2) \times 50 - (1000 - (10-w) \times 150) = 100(4-w) \leq 0$$

כיוון שהספק מעוניין להציע את ההצעה הזולה ביותר הוא יקבע מחיר סיטונאי השווה ל-4.

הדוגמה מראה כיצד מפיץ שללא עמלת מדף היה מסרב להציע מוצר חדש לצרכנים, יסכים להציע את המוצר לצרכנים אם הוא יקבל מהספק עמלת מדף גבוהה מספיק. במקרה זה עמלת מדף היא רצויה משום שכאשר הביקוש למוצר גבוה, העודף הכלכלי שנוצר כאשר

הוא משווק לצרכנים שווה ל-1200 = $(10-2) \times 150$, היינו ההפרש בין נכונות הצרכנים לשלם לבין עלות הייצור ליחידה, כפול מספר היחידות הנמכרות. כל עוד סך העודף ממכירת המוצר החלופי קטן מ-1200, החדרת המוצר החדש לשוק יעילה מבחינה כלכלית, היינו היא מביאה לעליה בסך העודף הכלכלי. ללא עמלת המדף המפיץ היה חושש להציע את המוצר החדש לצרכנים והדבר היה גורם לאובדן יעילות כלכלית. לעומת זאת כפי שנראה בסעיפים 12.3 ו-12.4 להלן, לעמלות מדף עלולות להיות גם השפעות אנטי תחרותיות כאשר קיימת תחרות בין כמה ספקים. השפעות אנטי תחרותיות אלו עלולות להתעורר מכיוון שספקים בעלי משאבים יוכלו באמצעות עמלות מדף לדחוק את רגליהם של ספקים מתחרים אשר אינם בעלי אמצעים כספיים דומים, או מכיוון שעמלות המדף מגדילות את ההוצאות של הספקים ולפיכך מביאות בסופו של דבר לעלייה במחיר הסיטונאי ובעקבותיו גם לעלייה במחיר לצרכן.

ראוי לציין שכל עוד הספק משלם למפיץ עמלות מדף, הוא חייב לקבוע מחיר סיטונאי העולה על עלות הייצור כדי להרוויח ממכירה סיטונאית. ברם כאשר המחיר הסיטונאי גבוה מהעלות השולית של הספק, נוצרת בדרך כלל בעיית שוליים כפולים. אמנם, בדוגמה לעיל לא מתעוררת בעיה כזו משום שנכונות הצרכנים לשלם עבור המוצר קבועה ושווה ל-10, ולכן המפיץ יקבע בכל מקרה מחיר של 10 לצרכן. אולם כאשר הביקוש למוצר קטן ככל שהמחיר לצרכן מתייקר, קביעת מחיר סיטונאי העולה על עלות הייצור תיצור בעיית שוליים כפולים. כדי לצמצם את ממדי הבעיה, הספק עשוי להיות מעוניין להכתיב למפיץ מחיר מקסימום לצרכן. עם זאת חשוב לשים לב שכיוון שלספק יש אינפורמציה פרטית אודות הביקוש למוצר, מחיר המקסימום עלול להשפיע על האמונה של המפיץ שהביקוש למוצר גבוה. לפיכך קביעת מחיר מקסימום עלולה לסבך את הבעיה במקום לסייע בפתרונה.

תחרות פנים-מותגית

6. בעיית ה-Downstream Moral Hazard כאשר ספק מתקשר עם כמה מפיצים

בסעיף 3 לעיל בחנו את בעיית ה-downstream moral hazard במערכת היחסים בין ספק בודד לבין מפיץ בודד (היינו מקרים שבהם ישנה הפצה בלעדית או שבין המפיצים השונים אין אינטראקציה תחרותית). כעת נבחן את המקרה שבו הספק מתקשר עם כמה מפיצים אשר מתחרים זה בזה בהפצת המוצר. ניתוח פורמלי של מקרה זה מופיע בנספח ג לפרק זה. התקשרות עם כמה מפיצים יוצרת תחרות פנים-מותגית בשיווק המוצר. תחרות זו מתקיימת בשני מישורים: מחיר המוצר ומאמצי השיווק של כל מפיץ. נניח שמנקודת ראותם של הצרכנים, המפיצים השונים מהווים תחליפים זה לזה, אך לא תחליפים מושלמים. למשל המפיצים נבדלים זה מזה במיקומם הגיאוגרפי – לפחות חלק מהצרכנים אשר גרים בסמוך

למפיץ א יסכימו לרכוש ממנו את המוצר גם אם המחיר שהוא דורש גבוה מהמחיר אשר דורש מפיץ ב אשר ממוקם רחוק יותר. כיוון שהמפיצים אינם זהים בעיני הצרכנים, יש לכל מפיץ כוח שוק אשר מאפשר לו למשוך אליו לקוחות גם אם המחיר שהוא גובה גבוה מהמחיר שמפיצים מתחרים גובים.

בעוד שברור מאליו שהזולת מחירים על ידי מפיץ אחד מגדילה את הביקוש שהוא רואה לנגד עיניו על חשבון הביקושים שרואים לנגד עיניהם המפיצים האחרים, הרי שבאשר למאמצי השיווק, קיימות באופן עקרוני שתי אפשרויות:

(א) עלייה במאמצי השיווק של מפיץ אחד מקטינה את הביקושים שרואים לפניהם מפיצים אחרים (מאמצי השיווק מושכים, בין השאר, לקוחות ממפיצים אחרים של אותו מוצר).

(ב) עלייה במאמצי השיווק של מפיץ אחד מגדילה את הביקושים שרואים לפניהם מפיצים אחרים (מאמצי השיווק מביאים לעלייה בסך הביקוש למוצר).

בשני המקרים סביר להניח שעלייה במאמצי השיווק של אחד המפיצים מגדילה את סך המכירות של המוצר. לכן בכל מקרה הספק יוצא נשכר מהעלייה במאמצי השיווק. ההבדל בין שתי האפשרויות הוא בכך שאפשרות א מתעוררת כאשר מאמצי השיווק של מפיץ אחד מופנים בעיקר ללקוחות קיימים של המוצר ומנסים לשכנע אותם לרכוש את המוצר ממנו ולא ממפיצים מתחרים. לפיכך מאמצי שיווק כאלו מזיקים למפיצים מתחרים. אפשרות ב מתעוררת כאשר מאמצי השיווק מופנים בייחוד לקהל לקוחות פוטנציאלי אשר טרם רכש את המוצר או שמטרת אמצעי השיווק היא לשכנע לקוחות קיימים להגדיל את היקף הצריכה שלהם. מאמצי שיווק כאלו מגדילים את סך מכירות המוצר לכל המפיצים ועל כן הם מיטיבים גם עם מפיצים מתחרים. מבחינה כלכלית כל אחת משתי האפשרויות מעוררת סוג שונה של בעיות כלכליות, ועל כן נדרש סוג שונה של הסדרים אנכיים כדי לפתור אותה. בסעיף זה נדון באפשרות א שלפיה עלייה במאמצי השיווק של מפיץ אחד מגדילה את הביקוש לשירותיו על חשבון הביקוש לשירותיהם של מתחיריו. בסעיף 7 להלן נבחן את אפשרות ב.

לו הספק והמפיצים היו פועלים כגוף אחד, כי אז המחירים לצרכן ומאמצי השיווק היו נקבעים מתוך מטרה למקסם את הרווח הכולל של מערכת ההפצה האנכית. הרווח המשותף של הספק והמפיצים שווה לסך המכירות, כפול הרווח ליחידה, אשר שווה להפרש בין המחיר לצרכן ליחידה לבין עלות הייצור ליחידה, בניכוי עלויות ההפצה. לעומת זאת כאשר הספק והמפיצים פועלים בנפרד זה מזה, אזי הרווח של הספק ממכירת המוצר שווה למספר היחידות הנמכרות על ידי המפיצים, כפול ההפרש בין המחיר הסיטונאי ליחידה לבין עלות הייצור ליחידה, ואילו הרווח של כל אחד מהמפיצים שווה למספר היחידות הנמכרות, כפול ההפרש בין המחיר לצרכן שהוא גובה לבין העלות מנקודת ראותו, שהיא המחיר הסיטונאי ליחידה, בניכוי עלות ההפצה של כל מפיץ. כל מפיץ בוחר את המחיר לצרכן ואת מאמצי השיווק שלו באופן אשר ימקסם את רווחיו.

כדי להשוות בין שני המצבים, יש לשים תחילה לב לכך שלעניין קביעת המחיר לצרכן נוצרות במערכת היחסים שבין הספק לבין המפיצים, כאשר הם פועלים בנפרד, שתי בעיות מנוגדות. הבעיה הראשונה היא בעיה אנכית המתבטאת בכך שכל מפיץ נוטה לשמור לעצמו על שולי רווח חיוביים, דבר אשר יוצר שוליים כפולים ופועל לעלייה במחיר לצרכן. בעיה זו דומה לבעיה אשר מתעוררת במערכת יחסים שבין ספק לבין מפיץ יחיד. הבעיה השנייה היא אופקית והיא פועלת בכיוון ההפוך: התחרות בין המפיצים שוחקת את המחיר לצרכן. התוצאה עלולה להיות מחיר לצרכן אשר נמוך מזה אשר ממקסם את הרווח המשותף של הספק והמפיצים.

כיוון שהבעיה האנכית והבעיה האופקית פועלות בכיוונים מנוגדים, לא ניתן לקבוע מראש אם המחיר לצרכן יהיה בסופו של דבר גבוה או נמוך מזה שהיה נקבע לו הספק והמפיצים היו פועלים כגוף אחד. עם זאת ברור שהתחרות בין המפיצים מקטינה את המחיר מעבר למה שהיה נקבע לו הספק היה משווק את המוצר באמצעות מפיץ בלעדי עצמאי. אשר למאמצי השיווק של המפיצים, הרי שגם כאן נוצרות שתי בעיות מנוגדות: בעיה אנכית (downstream moral hazard), אשר יוצרת תמריץ להשקעת חסר במאמצי שיווק, ובעיה אופקית (תחרות פנים-מותגית בין המפיצים על לבם של הצרכנים), אשר יוצרת תמריץ להשקעת יתר במאמצי שיווק. הבעיה האנכית דומה לזו שנוצרת במערכת יחסים אנכית עם מפיץ בלעדי והיא נובעת מכך ששולי הרווח של המפיץ קטנים משולי הרווח שאותם רואים לפנייהם הספק והמפיצים כאשר הם פועלים כגוף אחד. עובדה זו יוצרת בעיית downstream moral hazard אשר מקטינה את התמריץ של כל מפיץ להשקיע במאמצי שיווק. הבעיה האופקית נוצרת משום שעלייה במאמצי השיווק של מפיץ אחד מגדילה את הביקוש שמפיץ זה רואה לנגד עיניו, אך במקביל היא מקטינה את הביקוש שהמפיץ המתחרה רואה לנגד עיניו. מעבר כזה של צרכנים ממפיץ אחד למשנהו מועיל אמנם למפיץ המשקיע כאשר הוא פועל בנפרד, אך איננו מועיל מנקודת ראותם של הספק ושני המפיצים כאשר הם פועלים כגוף אחד. לפיכך כל מפיץ ישקיע יותר מאמצי שיווק מאלו אשר היו ממקסמים את הרווח המשותף של הספק והמפיצים.

כמו במקרה של קביעת המחיר לצרכן, גם כאן לא ניתן לקבוע מראש אם הבעיה האנכית גוברת על הבעיה האופקית ולפיכך לא ניתן לקבוע אם מאמצי השיווק שייקבעו יהיו גבוהים או נמוכים מאלו אשר ממקסמים את הרווח המשותף של הספק ושני המפיצים. יתר על כן, כפי שראינו בסעיף 3, אין גם שום סיבה להניח שמאמצי השיווק אשר ממקסמים את הרווח המשותף של הספק והמפיצים הם אופטימליים מנקודת ראותם של הצרכנים. אף שהשוואה בין המחיר למאמצי השיווק שהמפיצים בוחרים בשיווי משקל עם אלו אשר ממקסמים את הרווח המשותף של הספק והמפיצים איננה מעלה תוצאות חד-משמעיות, הרי שהספק יכול בעזרת הסדרים אנכיים לשחזר את התוצאה שממקסמת את הרווח הכולל של מערכת ההפצה האנכית. בסעיפים הבאים נראה כיצד. מכל מקום, כבר עתה חשוב להדגיש שללא בדיקה מדוקדקת של כל מקרה לגופו, לא ניתן לקבוע מראש אם

שחזור התוצאה שממקסמת את הרווח הכולל של מערכת ההפצה האנכית באמצעות הסדרים אנכיים מועיל או מזיק לצרכנים. הסיבה לכך כפולה: (א) כפי שראינו לעיל, המחיר לצרכן שייקבע כאשר המפיצים מתחרים זה בזה עלול להיות גבוה מזה שהיה נקבע לו הספק היה פועל במשותף עם שני המפיצים על מנת למקסם את הרווח הכולל של מערכת ההפצה האנכית. לכן הסדרים אנכיים מהסוג שנבחן להלן יכולים להוזיל או לייקר את המחיר לצרכן. (ב) כפי שראינו בסעיף 3, לא ניתן לקבוע מראש אם מאמצי שיווק של המפיצים גבוהים יותר או נמוכים מאלו שהצרכנים מעדיפים. לכן לא ניתן לקבוע מראש אם הסדרים אנכיים אשר משפיעים על מאמצי השיווק של המפיצים מזיקים או מועילים לצרכנים.

6.1 דמי זיכיון והכתבת מחיר לצרכן

כאשר הספק יכול להכתיב למפיצים את המחיר לצרכן (מחיר מינימום כאשר המחיר בשווי משקל נמוך מדי מנקודת הראות של הספק ומחיר מקסימום כאשר המחיר בשווי משקל גבוה מדי מנקודת הראות של הספק), אזי הבעיה היחידה שנותרת מנקודת ראותו היא כיצד לעודד את המפיצים להשקיע באופן אופטימלי במאמצי שיווק. אם בנוסף הספק גם יכול לגבות מהמפיצים דמי זיכיון קבועים שאינם תלויים בכמויות שהם מוכרים, אזי הוא איננו חייב להסתמך על המחיר סיטונאי כאמצעי להפקת רווחים (הספק יכול לשאוב מהמפיצים רווחים באמצעות דמי הזיכיון). לפיכך הספק יכול להשתמש במחיר הסיטונאי כבמכשיר לעידוד המפיצים להשקיע מאמצי שיווק אופטימליים.

כל עוד הספק מכתוב למפיצים מחיר מקסימום לצרכן, מצבם של הצרכנים משתפר, שכן ללא מחיר מקסימום, המחיר לצרכן יהיה גבוה יותר. מאידך גיסא, ממבט ראשון נראה שהכתבת מחיר מינימום לצרכן עלולה לפגוע בצרכנים שכן היא תייקר את המחיר שהם ישלמו. ברם ללא הכתבת מחיר מינימום לצרכן, קרוב לוודאי שהמחיר לצרכן יהיה נמוך מדי מנקודת ראותו של הספק, ולכן הוא צפוי לייקר את המחיר הסיטונאי כדי לתמרץ את שני המפיצים לייקר את המחיר לצרכן. דא עקא, השימוש במחיר הסיטונאי כאמצעי לדרבון המפיצים לייקר את המחיר לצרכן עלול למנוע מהספק את האפשרות להשתמש במחיר הסיטונאי כבמכשיר לעידוד המפיצים להשקיע מאמצי שיווק אופטימליים. התוצאה שתתקבל בסופו של דבר עלולה לכן להיות גרועה יותר – מנקודת ראותם של הצרכנים – מזו שהייתה מתקבלת לו הספק היה רשאי להכתיב למפיצים מחיר מינימום. הצרכנים עלולים להיפגע במיוחד מאיסור על הכתבת מחיר מינימום ככל שמאמצי השיווק של המפיצים נמוכים יותר מנקודת ראותם.

נקודה זו ממחישה היטב את ההבדל המהותי בין הסדרים אופקיים להסדרים אנכיים. תיאום מחירים לצרכן ברמה האופקית בין מפיצים מתחרים מייקר את המחיר לצרכן ללא תועלת ברורה עבור הצרכנים. לעומת זאת הכתבת מחיר מינימום לצרכן על ידי הספק אמנם

מייקרת את המחיר לצרכן, אך עם זאת היא גם מאפשרת לספק להשתמש במחיר הסיטונאי כבמכשיר לתמרוץ המפיצים להשקיע מאמצי שיווק אשר עשויים להיטיב, בתנאים מסוימים, עם הצרכנים. בסופו של דבר ייתכן שהתועלת שהצרכנים מפיקים ממאמצי השיווק המוגברים של המפיצים מפצה אותם על ההתייקרות במחיר לצרכן.

6.2 קביעת טריטוריות בלעדיות

דרך נוספת לעודד את המפיצים לקבוע מחיר ומאמצי שיווק אשר ימקסמו את הרווח המשותף של הספק ושני המפיצים היא באמצעות קביעת טריטוריה בלעדית לכל מפיץ. טריטוריות כאלו מונעות תחרות בין המפיצים. ללא תחרות כזו, הספק מוצא עצמו קשור בשתי מערכות יחסים אנכיות, כל אחת מהן מול מפיץ אחר שלו בלעדיות כלפי קבוצת לקוחות מסוימת. במצב זה עלולות להתעורר בכל מערכת יחסים בעיות של שוליים כפולים ושל downstream moral hazard. כפי שראינו בסעיף 3 לעיל, הספק יכול לפתור בעיות אלו באמצעות קביעת סטנדרט שירות מינימלי והכתבת מחיר מקסימום, באמצעות גביית דמי זיכיון מהמפיצים או באמצעות הכתבת מכסת מכירות מינימלית לכל מפיץ. כלומר שחזור התוצאה שממקסמת את הרווח המשותף של הספק ושני המפיצים מצריך שילוב בין קביעת טריטוריות בלעדיות, אשר מונעות תחרות בין המפיצים, לבין הסדרים אנכיים נוספים, אשר מונעים את הבעיות שמתעוררות במערכת היחסים של הספק עם כל מפיץ בנפרד.

קביעת טריטוריה בלעדית לכל מפיץ יכולה להיעשות על בסיס גיאוגרפי (צפון מול דרום, עיר מול פרברים, רדיוס מסוים מסביב לבית העסק) או על בסיס של סוג הלקוחות שכל מפיץ משרת (לקוחות פרטיים מול לקוחות עסקיים, עסקים קטנים מול חברות גדולות, סקטור פרטי מול סקטור ציבורי). חשוב לציין שקביעת טריטוריות בלעדיות מחייבת את הספק לפקח באופן מתמיד על המפיצים כדי למנוע מהם למכור ללקוחות אשר שייכים לטריטוריה של מפיץ אחר. מכירה ללקוחות כאלו כדאית לכל מפיץ ולכן יש לכל מפיץ פיתוי לנסות ולגלוש מעבר לטריטוריה שנקבעה לו.

ההשפעה התחרותית של קביעת טריטוריות בלעדיות חייבת להבחן בכל מקרה לגופו משום שאיסור על טריטוריות בלעדיות יביא לתחרות בין המפיצים. כפי שראינו לעיל, תחרות כזו איננה מביאה בהכרח למחירים לצרכן ולמאמצי שיווק אופטימליים מנקודת ראותם של הצרכנים. לכן אין שום סיבה להניח מראש שאיסור על טריטוריות בלעדיות יועיל לצרכנים. בסעיף 7.1 להלן נראה כיצד הכתבת טריטוריות בלעדיות יכולה לשפר את תמריצי המפיצים להשקיע מאמצי שיווק כאשר מאמצי השיווק של מפיץ אחד מיטיבים עם מפיצים מתחרים.

6.3 קביעת טריטוריות בלעדיות ומיקום אופטימלי של מפיצים

כאמור בעיית ה־downstream moral hazard נוצרת משום שאין זהות אינטרסים בין הספק לבין המפיצים. עד כה ניתחנו את הבעיה בהקשר של מאמצי השיווק של המפיצים.

מקור נוסף שבגיננו עלולה להתעורר הבעיה קשור להחלטות של המפיצים היכן להתמקם במישור הגיאוגרפי. למשל ייתכן שבעיר גדולה מפיצים שונים יעדיפו להתמקם במרכז העיר כדי למשוך אליהם מספר מקסימלי של קונים, או לחילופין יעדיפו להתמקם בשני קצוות מנוגדים של העיר כדי להקטין עד למינימום את התחרות ביניהם. זאת בשעה שהספק עשוי להעדיף פריסה גיאוגרפית יותר מאוזנת של המפיצים בתוך העיר. הספק יכול להביא לפריסה מאוזנת של המפיצים על ידי כך שהוא יכתוב להם היכן להתמקם. פתרון זה לבעיה עלול להיות מסורבל משום שהוא מחייב את הספק להיות מעורב ישירות בניהול עסקיהם של המפיצים. יתר על כן, סביר להניח שלמפיצים יש אינפורמציה טובה יותר על תנאי השוק המקומי ולכן יעיל יותר להשאיר בידיהם את ההחלטה היכן להתמקם. דרך אחרת שבה הספק יכול לפתור את בעיית המיקום הלא אופטימלי של המפיצים ללא התערבות ישירה בהחלטות שלהם היכן להתמקם, היא על ידי חלוקה גיאוגרפית של האזור לטריטוריות, שבכל אחת מהן תינתן לאחד המפיצים בלעדיות בשיווק המוצר.

באופן פורמלי ניתן להדגים רעיון זה על ידי המודל של הוטלינג: ¹⁸ שני מפיצים צריכים להחליט היכן להתמקם על גבי קטע ישר (למשל רחוב ראשי של עיר גדולה) שלאורכו ממוקמים צרכנים. צפיפות הצרכנים לאורכו של הקטע היא אחידה – בכל יחידת מרחק לאורכו של הקטע יש מספר שווה של צרכנים. למשל אם אורכו של הקטע הוא קילומטר אחד, אזי בכל 100 מטרים יש מספר זהה של צרכנים. לאחר שהמפיצים מתמקמים על גבי הקטע הישר הם מתחרים זה בזה באמצעות קביעת מחירים. מנקודת ראותו של כל צרכן, רכישה ממפיץ כרוכה לא רק בתשלום עבור המוצר אלא גם ב"עלויות תחבורה" אשר משקפות בין השאר את הזמן הכרוך בהגעה לחנות, העלות הכספית של הנסיעה וכן אי-הנוחות הנגרמת מנסיעה או הליכה למרחק גדול. לשם פשטות נניח שכל צרכן מעוניין לרכוש עד יחידה אחת של המוצר והוא מוכן לשלם עבורה מחיר שאינו עולה על V. כדי להחליט מאיזה מפייץ לרכוש את המוצר, הצרכן משווה את עלות הרכישה הכוללת (מחיר המוצר ועוד "עלויות התחבורה") והוא בוחר בזול מבין שני המפיצים בתנאי שהעלות הכוללת נמוכה מ-V.

למודל יש שני שווי משקל אפשריים: בשווי משקל אחד, שני המפיצים יעדיפו להתמקם קרוב ככל האפשר למרכז הקטע כדי להיות אטרקטיביים עבור מספר מקסימלי של לקוחות. בשווי המשקל השני, המפיצים יעדיפו להתמקם בשני הקצוות המנוגדים של הקטע הישר כדי להקטין למינימום את מידת התחרות ביניהם. השאלה איזה משני שווי המשקל רלוונטי תלויה במהירות שבה עלויות התחבורה גדלות כאשר המרחק בין הצרכן למפיץ גדל. ¹⁹ שני שווי המשקל האפשריים אינם יעילים מנקודת ראותו של הספק.

18 ראו למשל J. Tirole *The Theory of Industrial Organization* (1988), ch. 7.

19 ראו למשל שם, פרק 7.1.

כדי לראות מדוע, נניח תחילה ששני המפיצים מעדיפים להתמקם בקרבת המרכז. כיוון שהמפיצים קרובים זה לזה גיאוגרפית, הם נתפסים בעיני הצרכנים כתחליפים קרובים ולכן הדרך היחידה שבה המפיצים יוכלו להתחרות זה בזה בניסיון למשוך אליהם לקוחות היא באמצעות הוזלות מחירים. ברם הוזלות המחירים שוחקות את רווחיותם של המפיצים ולפיכך גם מונעות מהספק את האפשרות לגבות מהמפיצים דמי זיכיון גבוהים. קביעת טריטוריה בלעדית לכל מפיץ יכולה למנוע את השחיקה ברווחיות המפיצים ובכך לאפשר לספק לייקר את דמי הזיכיון שהוא גובה. למשל אם הספק יעניק למפיץ א בלעדיות על שירות לקוחות הממוקמים בצד השמאלי של הקטע הישר (ממרכז העיר מערבה) ולמפיץ ב בלעדיות על שירות לקוחות הממוקמים בצד הימני של הקטע הישר (ממרכז העיר מזרחה), אזי כל מפיץ יפעל כמונופול בטריטוריה שנקבעה לו. כדי למקסם את רווחיו, כל מפיץ יבחר להתמקם במרכז הטריטוריה שנקבעה לו. דבר זה יאפשר לו להקטין עד למינימום את עלויות התחבורה של הצרכנים המרוחקים ביותר בטריטוריה שלו. לכך יש יתרון משום שכדי לשכנע את כל הצרכנים לרכוש ממנו, על המפיץ לקבוע מחיר שאיננו עולה על V בניכוי הוצאות התחבורה של הצרכנים המרוחקים ביותר (כאשר המחיר גבוה מכך העלות הכוללת של הצרכנים המרוחקים ביותר גבוהה מ- V ולפיכך צרכנים אלו יסרבו לרכוש את המוצר). לכך הקטנה של הוצאות התחבורה של הצרכנים המרוחקים ביותר מאפשרת למפיץ לייקר את המחיר לצרכן בלי לאבד קונים.

כעת נניח שבשווי משקל שני המפיצים מעדיפים להתמקם בשני הקצוות המנוגדים של הקטע הישר. במקרה זה, מידת התחליפיות בין המפיצים מנקודת ראותם של הצרכנים היא מינימלית, ולכן כל אחד מהמפיצים יוכל לייקר את המחיר לצרכן בלי לאבד לקוחות לטובת המפיץ המתחרה. עם זאת יכולתם של המפיצים לייקר את המחיר לצרכן עדיין מוגבלת משום שמחיר גבוה מדי ירתיע צרכנים מרוחקים (כאלו הממוקמים בקרבת המרכז) אשר הוצאות התחבורה שלהם גבוהות. לפיכך מנקודת ראותו של הספק, רווחיות המפיצים – ולפיכך גם דמי הזיכיון שהוא יוכל לגבות מהם – עדיין יהיו נמוכים מדי. קביעת טריטוריה בלעדית לכל מפיץ תטיב עם הספק גם במקרה זה, משום שכפי שראינו לעיל, כל מפיץ יבחר להתמקם במרכז הטריטוריה שנקבעה, דבר אשר יאפשר למפיץ לייקר את המחיר לצרכן. כיוון שכך, רווחי המפיצים תחת טריטוריות בלעדיות יהיו מקסימליים ואשר על כן הספק יוכל לגבות מהמפיצים דמי זיכיון גבוהים.

מבחינת יעילות כלכלית, פריסה מאוזנת יותר של המפיצים, אשר מתאפשרת בעקבות קביעת טריטוריה בלעדית לכל מפיץ, היא דבר רצוי שכן היא מקטינה את סך "עלויות התחבורה" של הצרכנים עד למינימום. למשל כאשר אורכו של הקטע הישר הוא קילומטר אחד וצפיפות הצרכנים לאורכו היא אחידה, עלויות התחבורה תהיינה מינימליות כאשר המפיצים מתמקמים בנקודות $1/4$ ו- $3/4$. כזכור, תחת טריטוריות בלעדיות, כל מפיץ שואף להתמקם במרכז הטריטוריה שנקבעה לו. לכן אם למפיץ א ניתנת בלעדיות על צרכנים אשר ממוקמים בקטע 0 עד $1/2$ ואילו למפיץ ב ניתנת בלעדיות על צרכנים אשר ממוקמים בקטע

1/2 עד 1, אזי מפיץ א יתמקם בנקודה 1/4 (מרכז הקטע 0 עד 1/2) ואילו מפיץ ב יתמקם בנקודה 3/4 (מרכז הקטע 1/2 עד 1). הקטנת עלויות התחבורה עד למינימום היא דבר רצוי משום שעלויות התחבורה הן בזבוז טהור (deadweight loss). בניגוד למחיר המוצר שעובר מידי הצרכנים לידי המפיצים (כלומר הפסדם של הצרכנים מתקזז מול רווחי הספקים), איש איננו נהנה מעלייה בעלויות התחבורה (חשוב להדגיש פעם נוספת ש"עלויות התחבורה" משקפות את הזמן והמשאבים שהצרכנים צריכים להשקיע כדי להגיע לחנות של המפיץ). אמנם, קביעת טריטוריות בלעדיות מאפשרת למפיצים לייקר את המחיר לצרכן, אך כל עוד היקף המכירות איננו משתנה, ייקור המחיר לצרכן רק מביא לשינוי בחלוקת העודף הכלכלי (הספק והמפיצים מגדילים את חלקם בעודף על חשבון הצרכנים), אך לא לשינוי בסך העודף. לפיכך לעובדה שקביעת טריטוריות בלעדיות מביאה להתייקרויות במחיר לצרכן אין בהכרח השפעה שלילית על סך הרווחה, אם כי היא פוגעת כמובן ברווחת הצרכנים.²⁰ לעומת זאת הפריסה המאוזנת יותר של המפיצים מקטינה את הזבוז הכרוך בעלויות התחבורה. לכן קביעת טריטוריות בלעדיות אשר מעודדת את המפיצים להתפרס במרחב בצורה מאוזנת עשויה להיות רצויה מנקודת ראות כלכלית.

6.4 הכתבת מחיר מינימום לצרכן כאמצעי לעידוד המפיצים להחזיק מלאי מוצרים מספיק

כאשר יש תנודתיות בביקוש למוצר, המפיצים עלולים להימנע מהחזקת מלאי מוצרים גדול מחשש פן הביקוש יהיה בדיעבד נמוך והם יאלצו לספוג הפסדים בגין מלאי שלא נמכר. דנקר, מרוול ופק מראים שספק יכול בעזרת הכתבת מחיר מינימום למנוע בעיה זו.²¹ כדי לראות מדוע, נניח שספק מעוניין להפיץ את המוצר שלו לצרכנים, הן באמצעות מפיצים יקרים (חנויות יוקרתיות), אשר פונים לקהל לקוחות אמיד או כזה המעוניין בשירותים נלווים למכירת המוצר (מיקום נוח, הדרכה טכנית, מראה אסתטי של החנות, וכיו"ב), והן באמצעות מפיצים זולים (חנויות דיסקאונט), אשר פונים לקהל לקוחות אשר מעוניין לחסוך כסף. בעיתות של גאות בביקוש, כאשר יש בשוק עודפי ביקוש, שני סוגי המפיצים יצליחו מן הסתם למכור את מלוא המלאי שברשותם. אולם בעיתות של שפל בביקוש, כאשר יש בשוק עודף היצע, יעדיף הרוב המכריע של הצרכנים לרכוש מהמפיצים הזולים. כתוצאה מכך יישארו בידי המפיצים היקרים עודפי מלאי. עובדה זו מעמידה את המפיצים היקרים

20 ראוי להדגיש שבדוגמה לעיל, עלייה במחיר לצרכן איננה מקטינה את הכמות הנרכשת. כאשר הכמות הנרכשת פוחתת כאשר המחיר לצרכן מתייקר, הרי שעלייה במחיר לצרכן תקטין את סך הרווחה.

21 R. Denckere, H. Marvel, J. Peck "Demand Uncertainty, Inventories, and Resale Price Maintenance" 111 *The Quarterly Journal of Economics* (1995) 885

בפני דילמה: החזקת מלאי גדול חושפת אותם להפסדים בתקופות שפל, אך מנגד החזקת מלאי קטן איננה מאפשרת להם לספק את הביקוש במלואו בתקופות של גאות. פתרון של דילמה זו יוביל את המפיצים היקרים לאזן בין שני המצבים על ידי החזקת מלאי שלא יחשוף אותם להפסדים גדולים מדי בתקופות שפל, מחד גיסא, אך גם לא יאפשר להם לספק את הביקוש במלואו בתקופות גאות, מאידך גיסא. הספק יפגע מהחלטה זו משום שבעיתות של גאות בביקוש לא יהיה בידי המפיצים היקרים מלאי מספיק למימוש מלוא פוטנציאל הרווחיות בשוק.

הסיבה שהכתבת מחירי מינימום למוצר על ידי הספק יכולה לפתור את הבעיה היא כדלקמן: מחיר המינימום מעודד את כל המפיצים לקבוע מחיר זהה למוצר. לפיכך אין כעת לצרכנים סיבה להעדיף דווקא את המפיצים הזולים בעיתות של שפל בביקוש. עובדה זו מביאה לצמצום ההפסדים של מפיצים יקרים ממלאי שלא נמכר ולכן מעודדת אותם להגדיל את כמות המלאי שהם מחזיקים. כתוצאה מכך, היקף המכירות של הספק גדל ובעקבות כך גם הרווחים שלו. כיוון שסך המכירות עולה, גם הצרכנים יוצאים, בסופו של דבר, נשכרים, במובן זה שמספר רב יותר של צרכנים יצליחו לרכוש את המוצר בעתות גאות בביקוש.

6.5 הכתבת מחיר מינימום לצרכן כאמצעי לעידוד המפיצים להחזיק קו מוצרים מלא

סופרמרקטים, חנויות פארם ובתי כולבו מחזיקים בדרך כלל במגוון רחב של פריטי מלאי (מק"טים). כך למשל סופרמרקטים גדולים מחזיקים בממוצע כ-30,000 פריטי מלאי.²² מנקודת ראותה של חנות בודדת, היתרון הבולט שבהחזקת מגוון רחב של פריטי מלאי הוא שמגוון כזה מבטיח שכל צרכן יוכל לרכוש את המוצרים אשר תואמים בצורה הטובה ביותר את טעמיו. כאשר הצרכן רוכש את המוצרים שהוא מעדיף הוא מוכן לשלם על כך פרמיה, לעומת מצב שבו הוא נאלץ להתפשר ולרכוש מוצרים שהוא מעדיף פחות. לכן חנות אשר מחזיקה במלאי מגוון של מוצרים תוכל לקבוע מחירים גבוהים בלי להרתיע קונים פוטנציאליים. ברם עלייה במספר פריטי המלאי שהחנות מחזיקה מקטינה את מהירות המחזור של המלאי ולכן מייקרת את עלות האחזקה שלו. לכן חנויות מסוימות עשויות להעדיף להגדיל את מהירות המחזור של המלאי שלהן על ידי צמצום מספר פריטי המלאי ולנצל את החיסכון בעלויות ניהול המלאי לשם קביעת מחירים יחסית זולים לצרכן. כך למשל התפתחו בארצות הברית בעשרים השנה האחרונות מועדוני קניות דוגמת סמס קלאב וקוסטקו, אשר מחזיקים בכמות מצומצמת של פריטי מלאי ואשר המחירים שלהם נמוכים

22 ראו *Supermarket Research* (2002) 5 (<http://www.fmi.org/newsletters/uploads/SupermarketResearch/ACF821A.pdf>) 4(3) "The Cutting Edge"

באופן משמעותי מהמחירים בסופרמרקטים.²³ האסטרטגיה של מועדונים כאלו מתבססת אפוא על החזקת מספר מוגבל של פריטי מלאי, מהירות מחזור גבוהה של מלאי, מחירים נמוכים לצרכן והיקף מכירות גבוה.

כמובן שספק אשר מייצר קו רחב של מוצרים יעדיף שחנויות יחזיקו במלוא קו המוצרים שלו, משום שהספק נהנה מהאפשרות למכור מגוון רחב של פריטים בלי שהוא נושא בעלות החזקת המלאי. מרוול ופק טוענים שאחת הדרכים שבהן ספקים יכולים לעודד חנויות להחזיק את מלוא קו המוצרים שלהם היא על ידי קביעת מחירי מינימום לצרכן. מחירי מינימום לצרכן מונעים מהחנויות את האפשרות לתרגם את החיסכון בעלות ניהול המלאי עקב החזקת מספר מוגבל של פריטים למחירים נמוכים לצרכן ולהגדלה של היקף המכירות שלהן. עובדה זו מקטינה את הכדאיות של האסטרטגיה של החזקת מלאי מוגבל של מוצרים. מנקודת ראותם של הצרכנים, מחירי מינימום לצרכן מונעים מהם את האפשרות ליהנות ממחירים נמוכים, אך עם זאת הם מעודדים את החנויות להרחיב את מגוון פריטי המלאי שלהם. לכך יש יתרון גדול מנקודת הראות של צרכנים אשר מעוניינים לרכוש פריטים לא פופולריים. למשל צרכן אשר מבקש לרכוש תקליט או ספר שאיננו פופולרי יינה מהאפשרות לרכוש אותו בחנות אשר מחזיקה במגוון גדול של פריטי מלאי, גם אם המחירים בחנות זו יהיו גבוהים מהמחירים בחנויות אשר מחזיקות מלאי מצומצם של רבי מכר ויכולות לנצל את מהירות המחזור הגבוהה של המלאי שלהן לשם קביעת מחירים נמוכים לצרכן. לעומת זאת צרכן שאיננו מעוניין במגוון רחב של מוצרים ומעדיף לרכוש בזול עלול להיפגע מהסדר של הכתבת מחירי מינימום לצרכן.

דרך נוספת שבה הספק יוכל להבטיח שחנויות תחזקנה במגוון רחב של פריטי מלאי היא על ידי תניית החזקת קו מוצרים שלם. תניה כזו מאלצת את החנויות לרכוש את כל קו המוצרים של הספק. עם זאת מרוול ופק טוענים שכאשר יש לחנות אינפורמציה פרטית אודות הביקוש לפריטי מלאי מסוימים בשוק המקומי, אזי לשימוש בתניית החזקת קו מוצרים שלם יש חיסרון בולט לעומת הכתבת מחירי מינימום לצרכן.²⁴ הסיבה לכך היא שכל עוד אין לספק אינפורמציה טובה לגבי הביקוש בשוק המקומי שבו פועלת חנות כזו, התניה תאלץ את החנות להחזיק בין השאר גם פריטי מלאי שהביקוש להם נמוך. דבר זה יגדיל את הוצאות אחזקת המלאי של החנות שלא לצורך ויקטין את הרווחיות שלה. הקטנת הרווחיות של החנות תגביל את גובה דמי הזיכיון שהספק יוכל לגבות מהחנות. לעומת זאת הכתבת מחירי מינימום מעודדת את החנות להחזיק במגוון רחב של פריטי מלאי, אך מותירה בידיה את החופש לבחור את פריטי המלאי שבהם היא מעוניינת להחזיק.

23 מועדוני קניות מחזיקים הממוצע כ-4,000 פריטי מלאי לחנות. ראו למשל H. Marvel, J. Peck
 "Inventory Turnover and Product Variety" Ohio State University (2006).

24 ש.ש.

לבסוף, מרוול ופק טוענים שהספק יוכל לעודד חנויות להחזיק במגוון רחב של פריטי מלאי גם באמצעות מתן הנחות נאמנות לחנויות אשר מתחייבות לרכוש מהספק את כל קו המוצרים שלו. הנחות כאלו ניתנו למשל על ידי חברת 3M לרשתות קמעונאיות גדולות בארצות-הברית, כגון קיי-מארט, וול-מארט, טרגט, סטייפלס ואופיסמקס, בגין הגדלת הרכישות ממנה בשישה קווי מוצרים שונים, לרבות ציוד משרדי (סרטי הדבקה, מוצרי אריזה ופתקיות Post It), חומרי ניקוי ומוצרים אודיו-ויזואליים.

7. בעיית "הרוכב החופשי" (free rider problem) בתחרות פנים-מותגית

בסעיף הקודם בחנו מצבים שבהם מאמצי השיווק של מפיץ אחד מקטינים את הביקושים שרואים לפניהם מפיצים אחרים. בסעיף הנוכחי נבחן את המצב ההפוך שלפיו מאמצי השיווק של מפיץ אחד מגדילים את הביקושים שרואים לפניהם מפיצים אחרים. למשל מאמצי השיווק של מפיץ א, כגון פרסום למוצר, ייעוץ טכני ללקוחות, שטחי תצוגה, השקעה במערך תמיכה ושירות, יכולים להגדיל את הביקוש למוצר המסופק על ידי מפיץ ב. במקרים כאלה מתעוררת בעיית "רוכב חופשי". בעיה זו מתעוררת בקשת רחבה של סיטואציות כלכליות שבהן לפחות חלק מפירות ההשקעה של מקבל החלטות א נופלים בחיקו של מקבל החלטות ב. במצב דברים כזה יש לשני מקבלי החלטות תמריץ קטן מדי להשקיע: מקבל החלטות א איננו קוטף את מלוא הפירות מההשקעה שלו, בעוד שמקבל החלטות ב נהנה, ולו חלקית, מפירות ההשקעה של מקבל החלטות א ללא כל השקעה מצדו. במערכות יחסים אנכיות, בעיית הרוכב החופשי חריפה במיוחד אם מפיץ א יכול, באמצעות "רכיבה חופשית" על מאמצי השיווק של מפיץ ב, לחסוך בעלויות שיווק ולהוזיל בעקבות כך את המחיר לצרכן. הוזלות כאלו יקנו למפיץ א יתרון אסטרטגי מול מפיץ ב, דבר אשר יקטין עוד יותר את התמריץ של שני המפיצים להשקיע בשיווק המוצר. למשל לאתר אינטרנט אשר מציע למכירה מוצרי חשמל יש מן הסתם עלויות נמוכות מאשר לחנות למוצרי חשמל אשר מחזיקה חדרי תצוגה והדגמה. לכן אתר אינטרנט יכול להציע את המוצרים למכירה במחירים נמוכים מאשר החנות, כאשר הצרכנים שרוכשים את המוצרים באמצעותו יכולים ליהנות משירותי תצוגה והדגמה של החנות.

כדי להבין את הבעיה לעומקה, כדאי לשים לב לכך שכאשר המפיצים פועלים בנפרד מהספק, התועלת השולית של כל אחד מהם מהגברת מאמצי השיווק קטנה מהתועלת השולית מנקודת ראותה של כל מערכת ההפצה האנכית. הסיבה לכך היא שבמערכת הפצה אנכית שבה פועלים כמה מפיצים מתחרים נוצרות בעצם שתי בעיות, האחת בעלת אופי אנכי והשנייה בעלת אופי אופקי:

(א) הבעיה האנכית – הרווח ליחידה מנקודת ראותו של כל מפיץ קטן מאשר הרווח ליחידה מנקודת ראותה של מערכת ההפצה האנכית משום שהמחיר הסיטונאי גבוה מהעלות

השולית ליחידה. לפיכך לפחות חלק מהתועלת השולית ממאמצי השיווק של כל מפיץ נופלת בחלקו של הספק. עובדה זו יוצרת בעיה אנכית של downstream moral hazard, אשר מקטינה את התמריץ של כל מפיץ להשקיע במאמצי שיווק.

(ב) הבעיה האופקית – כאשר עלייה במאמצי השיווק של כל מפיץ מגדילה את הביקוש שרואה לנגד עיניו המפיץ המתחרה, נוצרת בנוסף גם בעיה אופקית: כיוון שכל מפיץ מתעלם מההשפעה החיובית של מאמצי השיווק שלו על המכירות של המפיץ המתחרה, מתרחב עוד יותר הפער בין התועלת השולית של המפיץ מהגברת מאמצי שיווק לבין התועלת השולית של כלל מערכת ההפצה האנכית.

כיוון שהבעיה האופקית מתווספת לבעיה האנכית שבה נתקלנו בסעיף 3, הרי שבעיית השקעת החסר במאמצי שיווק תהיה חריפה יותר מאשר במקרה שבו הספק משווק את המוצר שלו לצרכנים בעזרת מפיץ יחיד.²⁵

בעיית הרוכב החופשי מתעוררת לא רק ביחס למאמצי השיווק של המפיצים אלא גם ביחס לאיכות המוצר והשירות. למשל אם כמה זכיינים מפעילים מסעדות שונות השייכות לאותה רשת, הרי שהביקוש העומד בפני כל זכיין תלוי במוניטין שיצאו לרשת המסעדות. לפיכך, כאשר זכיין א' משקיע משאבים באיכות המזון וטיב השירות הוא תורם למוניטין של רשת המסעדות ועל כן מגדיל את הביקוש לרשת כולה. חלק מפירות ההשקעה שלו נופל לכן בחיקם של זכיינים אחרים, דבר המקטין את התמריץ שלהם להשקיע באיכות המזון ובטיב השירות משום שהם נהנים מעלייה בביקוש למסעדות שלהם גם בלי להשקיע בשיפור איכות המזון ובטיב השירות. מנגד, כאשר זכיין א' מתרשל, חלק מהנזק שנגרם לרשת כולה ייפול בחיקם של זכיינים אחרים כאשר לקוחות מאוכזבים של זכיין א' עלולים להימנע מביקור במסעדות אחרות השייכות לרשת. זכיין א' נהנה אפוא מביקוש למסעדה שלו גם בלי שהוא ייאלץ להשקיע בשיפור איכות המזון ובטיב השירות במסעדה. עם זאת חלק מהנזק שזכיין א' גורם לרשת כולה ייפול בחיקם של זכיינים אחרים כאשר לקוחות מאוכזבים של זכיין א' עלולים להימנע מביקור במסעדות אחרות השייכות לרשת. כיוון שזכיין א' איננו "משלם את מלוא המחיר" על איכות המזון וטיב השירות הלקויים במסעדה שלו, לא יהיה לו תמריץ מספיק לנסות ולשפר אותם. הפועל היוצא מכך הוא שכאשר יש רשת המופעלת על ידי כמה זכיינים (מסעדות, בתי מלון, חנויות ספרים, חנויות לכלי בית וכדומה), הביקוש שכל אחד מהזכיינים רואה לנגד עיניו תלוי במוניטין הקולקטיבי של הרשת. כתוצאה מכך לכל אחד מהזכיינים יש תמריץ לנסות ולהיות "רוכב חופשי" על המוניטין של הרשת כולה.

25 טענה זו מזוהה עם טלסר; 3 J. L. Telser "Why Should Manufacturers Want Fair Trade?" *L. Econ.* (1960) 86

מרוול ומקפרטי הראו שבעיית הרוכב החופשי עלולה להתעורר גם במקרים שבהם המוניטין של המוצר תלוי באיכות המפיצים אשר משווקים אותו ולא דווקא במאמצי השיווק שלהם או בהשקעה שלהם באיכות השירות.²⁶ דהיינו, הבעיה קיימת גם כאשר איכות המפיצים נתונה מראש ואיננה משתנה החלטה של המפיצים. הרעיון הוא כדלקמן: הצרכנים מפרשים את הנכונות של מפיצים איכותיים (חנויות יוקרה) להפיץ את המוצר כאיתות לכך שהמוצר איכותי. כלומר מפיצים איכותיים מספקים למוצר מעין "תו תקן" ולפיכך הביקוש למוצר גדל ככל שמשווקים אותו מפיצים איכותיים יותר. בהנחה סבירה שהעלויות של מפיצים איכותיים גבוהות מאלו של מפיצים פחות איכותיים, רק עלייה ברווחיות של המוצר ליחידה תגרום למפיצים איכותיים להסכים ולשווק את המוצר. מרוול ומקפרטי מראים שהכתבת מחיר מינימלי לצרכן על ידי הספק יוצרת שני אפקטים הפועלים בכיוונים מנוגדים. ראשית, לעלייה במחיר לצרכן יש השפעה ישירה ושלילית על הביקוש למוצר. שנית, העלייה במחיר לצרכן מגדילה את הרווחיות ליחידה נמכרת ולכן מעודדת מפיצים איכותיים יותר להתחיל ולשווק את המוצר. לאפקט עקיף זה השפעה חיובית על הביקוש למוצר. הכתבת מחיר מינימום לצרכן מאפשרת לספק לעודד את מכירות המוצר ובכך להגדיל את הרווח שלו ממכירה סיטונאית אם האפקט העקיף גובר על האפקט הישיר. במילים אחרות, הספק יכתיב מחיר מינימלי לצרכן אם הכתבה כזו תגדיל את הביקוש למוצר. כתוצאה מכך תגדל את הרווחה החברתית, שכן הצרכנים רוכשים את המוצר מרצונם החופשי ולכן עלייה במכירות מגבירה את היעילות הכלכלית.

חשוב לציין שבעיית הרוכב החופשי עלולה להתעורר גם במערכות של הפצה בלעדית, משום שהמפיץ עלול לחשוף שלאחר שהוא ישקיע מאמצי שיווק ויפתח את הביקוש למוצר, הספק יהיה מעוניין להתקשר עם מפיצים נוספים אשר ייהנו הנאת חנים ממאמצי השיווק שלו. התנהגות אופורטוניסטית כזו מצד הספק מוכרת בספרות בשם בעיית ה־hold up. בעיה זו מתעוררת כל אימת שצד א להסכם מנצל את העובדה שצד ב כבר השקיע מאמצים לקידום מערכת היחסים בין הצדדים והוא מנסה לשפר את מצבו על חשבוננו של צד ב, יחסית למה שהוסכם בין הצדדים לפני שצד ב השקיע. כניסת מפיצים חדשים תביא כמובן לשחיקת הרווחיות של המפיץ ולכן תמנע ממנו את האפשרות לקטוף את מלוא הפירות ממאמצי השיווק שלו. במקרה כזה, המפיץ ישקיע מלכתחילה השקעת חסר במאמצי שיווק. להלן נבחן שני הסדרים אנכיים אשר עשויים לפתור את בעיית הרוכב החופשי: קביעת טריטוריות בלעדיות והכתבת מחיר מינימום לצרכן.

H. Marvel, S. McCafferty "Resale Price Maintenance and Quality Certification" 15 26
RAND J. Econ. (1984) 346

7.1 קביעת טריטוריות בלעדיות כאמצעי לפתרון בעיית רוכב החופשי תחרות פנים-מותגית

קביעת טריטוריה בלעדית מאפשרת לכל מפיץ לרכז את מאמצי השיווק שלו בטריטוריה שנקבעה לו. דבר זה מביא לצמצום היתרון שמפיץ אחד מפיק ממאמצי השיווק של מפיץ אחר ולפיכך מצמצם את ממדי בעיית הרוכב החופשי. סביר להניח שהבעיה לא תעלם כליל, כיוון שצרכנים שבדרך כלל רוכשים בטריטוריה של מפיץ א עדיין עשויים להיחשף למאמצי השיווק של מפיץ ב, אם כי מידת החשיפה תהיה קטנה יותר ככל שמידת החפיפה בין הטריטוריות קטנה. ההיגיון בקביעת טריטוריות בלעדיות דומה לכן להיגיון העומד מאחורי הגנה על פטנטים וזכויות יוצרים – הגנה על כוח השוק של כל מפיץ בטריטוריה שנקבעה לו מחזקת את התמריץ של המפיץ להשקיע בקידום ושיווק המוצר.

קביעת טריטוריה בלעדית גם מונעת את בעיית ה- hold up במידה שהיא מקנה למפיץ זכות סירוב לגבי התקשרות של הספק עם מפיצים נוספים באותה טריטוריה. אם התקשרות כזו הופכת לכדאית בעקבות מאמצי השיווק של המפיץ והעובדה שהוא פיתח את השוק במידה מספקת, אזי המפיץ יוכל, באמצעות האיום לחסום כניסת מפיצים נוספים, ליהנות מחלק מהרווחים הנוספים שמערכת ההפצה האנכית תפיק באמצעות המפיצים הנוספים אשר יפעלו בטריטוריה.

דא עקא, מסיבה זו ממש עלולה להיווצר בעיית השקעת חסר מצד הספק בקידום מאמצי שיווק בטריטוריה. זאת משום שמאמצים כאלו יכולים בין השאר לגרום לכך שיהיה כדאי לשווק את המוצר לצרכנים באמצעות כמה מפיצים (היינו תחרות פנים-מותגית תביא לעלייה ברווח הכולל של מערכת ההפצה האנכית). אולם כיוון שיש למפיץ זכות למנוע כניסת מפיצים נוספים לטריטוריה, הספק יאלץ להתחלק ברווח מהתקשרות עם מפיצים נוספים עם המפיץ. לפיכך הספק לא יקטוף את מלוא הפירות ממאמצי השיווק שלו (חלקם יפלו בחיקו של המפיץ) ועל כן יהיה לו תמריץ חסר להשקיע במאמצים כאלו.

כפי שראינו בסעיף 6.2 לעיל, כיוון שבכל טריטוריה פועל מפיץ יחיד, עלולות להיווצר בכל טריטוריה בעיות של שוליים כפולים ושל downstream moral hazard. הספק יכול לפתור בעיות אלו באמצעות קביעת סטנדרט שירות מינימלי והכתבת מחיר מקסימום, באמצעות גביית דמי זיכיון מהמפיצים והזולת המחיר הסיטונאי או באמצעות הכתבת מכסת מכירות מינימלית לכל מפיץ.

כמו במקרה של סעיף 6.2, גם כאן לא ניתן לקבוע מראש אם קביעת טריטוריות בלעדיות לכל מפיץ מועילה או מזיקה לצרכנים: מחד גיסא, קביעת טריטוריות בלעדיות מונעת תחרות פנים-מותגית ולכן המחיר לצרכן צפוי להיות גבוה מזה שהיה נקבע תחת תחרות

פנים-מותגית.²⁷ מאידך גיסא, קביעת טריטוריות בלעדיות מונעת את בעיית ה"רוכב חופשי" בהפצת המוצר ולכן מעודדת את מאמצי השיווק של המפיצים יחסית למצב שהיה שורר תחת תחרות פנים-מותגית. מאמצי שיווק אלו עשויים להיטיב עם הצרכנים בתנאי שאינם גבוהים מדי.

7.2 הכתבת מחיר מינימום לצרכן כאמצעי לפתרון בעיית רוכב חופשי בתחרות פנים-מותגית

כאמור בעיית ה"הרוכב החופשי" מתעוררת כאשר מפיץ א "רוכב" על מאמצי השיווק של מפיץ ב ובכך חוסך לעצמו עלויות. חיסכון זה מאפשר למפיץ א להוזיל את מחיר המוצר וליהנות מיתרון אסטרטגי מול מפיץ ב. טלסר הראה שהכתבת מחיר מינימום אפקטיבי למוצר (היינו מחיר מינימום העולה על המחיר שהיה נקבע בשווי משקל ללא התערבות מצד הספק) יכולה לצמצם את ממדי הבעיה או אף לפתור אותה כליל.²⁸ זאת משום שהכתבה כזו מונעת ממפיץ א להציע ללקוחותיו מחירים זולים ולפיכך היא איננה מאפשרת לו ליהנות מיתרון אסטרטגי מול מפיץ ב. עובדה זו מחלישה את התמריץ של מפיץ א ל"רכב" על מאמצי השיווק של מפיץ ב ובמקביל היא מחזקת את התמריץ של מפיץ ב להשקיע מאמצים כאלו.

כמובן שאם בכך היו מתמצים הדברים, כי אז עדיין היה למפיץ א תמריץ ל"רכב" על מאמצי השיווק של מפיץ ב. אמנם מפיץ א לא יכול היה לתרגם את החיסכון בעלויות השיווק שלו ליתרון אסטרטגי מול מפיץ ב, אך החיסכון בעלויות עדיין היה מגדיל את רווחיו. אולם הכתבת מחיר מינימום אפקטיבי מונעת מהמפיצים את האפשרות להתחרות זה בזה באמצעות קביעת מחירים. ללא תחרות מחירים, שולי הרווח של המפיצים גדלים ואתם גם התועלת השולית שהם מפיקים ממאמצי שיווק. יתר על כן, ללא אפשרות למשוך אליהם לקוחות באמצעות הוזלות מחירים, הדרך היחידה שבה כל אחד מהמפיצים יכול למשוך אליו לקוחות היא באמצעות הגברת מאמצי השיווק שלו. לפיכך המפיצים עשויים להגביר

27 עם זאת חשוב לזכור שכל עוד הספק איננו גובה מהמפיצים דמי זיכיון קבועים, הרווח שלו נובע רק ממכירה סיטונאית למפיצים. לפיכך הספק יהיה מעוניין לעודד את מכירות המוצר על ידי הכתבת מחיר מקסימום לצרכן. הכתבה כזו במקביל לקביעת טריטוריות בלעדיות תמנע את הסכנה שהמחיר לצרכן יהיה גבוה מדי. בנוסף, כיוון שתחרות פנים-מותגית שוחקת את המרווח של המפיצים, היא מאפשרת לספק לקבוע מחיר סיטונאי גבוה מזה שהיה נקבע תחת טריטוריות בלעדיות. עובדה זו מצמצמת את ההפרש במחיר לצרכן תחת שני המצבים.

28 Telser, לעיל הערה 25.

את מאמצי השיווק שלהם, דבר אשר מנטרל, לפחות במידת מה, את התמריץ של כל אחד מהם להיות רוכב חופשי.²⁹

ניתוח פורמלי של ההשפעה של הכתבת מחיר מינימום מופיע בנספח ד בסוף הפרק. אינטואיטיבית, הכתבת מחיר מינימום על ידי הספק משפיעה על תמריצי המפיצים בשתי דרכים: ראשית, קביעת מחיר מינימום לצרכן מרככת את התחרות בין המפיצים ולפיכך היא מביאה לעלייה בשולי הרווח של המפיצים. עלייה זו מגדילה את התועלת השולית של המפיצים ממאמצי השיווק שלהם ומעודדת אותם להגביר מאמצים אלו (מכירת יחידות נוספות עקב מאמצי שיווק הופכת לכדאית יותר מנקודת ראותו של כל מפיץ). שנית, כאשר מחיר זול למוצר ומאמצי שיווק הם אמצעים תחליפיים לעידוד מכירות, אזי קביעת מחיר מינימום לצרכן תביא לעלייה נוספת במאמצי השיווק של כל מפיץ. זאת משום שהכתבת מחיר מינימום אפקטיבי לצרכן מונעת מהמפיצים לקדם את המכירות שלהם באמצעות הוזלות מחירים. לכן יש למפיצים צורך רב יותר להשתמש במאמצי שיווק כאמצעי לקידום מכירות.

מנקודת ראותם של הצרכנים הרי שממבט ראשון נראה שמחיר המינימום מזיק משום שהוא מביא לעלייה במחיר לצרכן. אולם מחיר המינימום מעודד את המפיצים להגביר את מאמצי השיווק שלהם ודבר זה עשוי להיטיב עם הצרכנים אם הם מעדיפים מאמצי שיווק גבוהים מאלו אשר היו נקבעים בשווי משקל ללא הכתבת מחיר מינימום על ידי הספק. חשוב להדגיש שחיסרון בולט של הכתבת מחירי מינימום לצרכן הוא בכך שקל יחסית למפיץ אשר מעוניין בכך לעקוף את המגבלה על ידי מתן הנחות לצרכנים על רכישת מוצרים נלווים או על ידי מתן הטבות שונות, כגון משלוח או הרכבה במחירי הנחה. כך לדוגמה סוכני נסיעות אשר חייבים לשווק טיסות במחירי מינימום יוכלו לשווק לצרכנים לינות במלון או השכרת רכב במחירי הנחה. בדומה, מפיצי מחשבים אשר חייבים לשווק את המחשבים במחיר מינימלי יוכלו להעניק ללקוחותיהם הנחות על רכישת ציוד היקפי כגון מדפסות. בדומה, מפיצי רהיטים אשר התחייבו למכור במחירי מינימום יוכלו להבטיח לצרכנים משלוח והרכבה בבית הלקוח על חשבונם. חיסרון זה גורם לכך שבמקרים רבים עדיף לספק למנוע את בעיית הרוכב החופשי באמצעות קביעת טריטוריות בלעדיות שהן בדרך כלל קלות לאכיפה יותר מאשר הכתבת מחירי מינימום.

29 מתיוסון ווינטר מציגים מודל שבו כל אחד מהמפיצים בוחר לא רק את המחיר לצרכן ואת מאמצי השיווק שלו, אלא גם היכן להתמקם במרחב הגיאוגרפי. הם מראים שצירוף של הכתבת מחיר מינימום לצרכן בשיתוף עם דמי זיכיון ומחיר סיטונאי הנמוך מעלות הייצור, או הכתבת מחיר מינימום לצרכן בשיתוף עם הכתבת מכסת מכירות מינימלית לכל מפיץ, יכולים לאפשר לספק לשחזר את הרווח שממקסם את הרווח המשותף שלו ושל המפיצים; F. Mathewson, R. Winter "An Economic Theory of Vertical Restraints" 15 *RAND J. Econ.* (1984) 27

7.3 הכתבת מחיר מינימום לצרכן כאמצעי לעידוד המפיצים לספק שירותים לצרכנים

אחת הדרכים למנוע את בעיית הרוכב החופשי ולהבטיח שמפיצי המוצר יספקו לצרכנים שירות נאות היא להכתיב למפיצים סטנדרט שירות מינימלי ולאכוף אותו באמצעות פיקוח. אולם כדי שהפיקוח על המפיצים יהיה אפקטיבי, הספק חייב להטיל סנקציות חריפות על מפיצים אשר אינם עומדים בסטנדרט שנקבע. למשל הספק יכול לאיים על מפיץ אשר איננו עומד בסטנדרט שהוא יפסיק למכור לו את המוצר. דא עקא, כל עוד קיימת תחרות אינטנסיבית בין המפיצים, הרווח של כל אחד מהם מהפצת המוצר יהיה מינימלי ולפיכך הסנקציה של הפסקת שיווק המוצר איננה חריפה מספיק בכדי להבטיח שהמפיצים יעמדו בסטנדרט השירות שהספק קבע. לפיכך טוענים קליין ומרפי שכדי להבטיח שהסנקציה אשר מוטלת על מפיצים שאינם מספקים שירות ראוי תהיה חריפה מספיק, הספק חייב להבטיח תחילה שלמפיצים תהיה רווחיות גבוהה מספיק משיווק המוצר.³⁰ במקרה זה המפיצים יחששו שהספק יפסיק לעבוד אתם ולכן הם ישתדלו לעמוד בסטנדרט האיכות שנקבע על ידי הספק. הספק מצדו יכול במקרים רבים להבטיח רווחיות גבוהה למפיצים באמצעות הכתבת מחירי מינימום לצרכן ובקביעת טריטוריות בלעדיות. הסדרים אלו מונעים מהתחרות בין המפיצים להביא לשחיקת המחיר לצרכן ובהתאם הם מבטיחים למפיצים רווחיות משיווק המוצר. החשש מאובדן רווחיות זו אמור לתמרץ את המפיצים לעמוד בסטנדרט השירות המינימלי שהספק הכתיב כדי להבטיח לעצמם את הזכות להמשיך ולשווק את המוצר.³¹ קליין ומרפי טוענים שהרצון לתמרץ את המפיצים לעמוד בסטנדרטים של איכות הוא שגרם למבשלת הבירה האמריקנית "Coors" לקבוע למפיצי הבירה מתוצרתה טריטוריות בלעדיות בשוק הסיטונאי וכמו כן להכתיב להם מחירי מקסימום סיטונאיים ומחירי מינימום לצרכן בשוק הקמעונאי.³² הסיבה לכך היא שהבירה מתוצרת Coors איננה מפוסטרת, דבר המבטיח לה טעם ייחודי. דא עקא, ללא פיסטור חיי המדף של הבירה קצרים ויש להקפיד על קירור נאות שלה משום שהיא רגישה לשינויי טמפרטורה יותר מבירה מפוסטרת. כאשר מפיץ איננו מקרר את הבירה כראוי או שהוא מוכר אותה לאחר שטעמה הדרדר, הוא פוגע

B. Klein, K.M. Murphy "Vertical Restraints as Contract Enforcement Mechanisms" 30
31(2) *J. L. & Econ.* (1988) 265

31 הספק יכול לתמרץ את המפיצים לעמוד בסטנדרט השירות המינימלי גם על ידי תשלום בונוסים קבועים למפיצים אשר עומדים בסטנדרט השירות. ברם מנקודת ראותו של הספק יש לבונוסים כאלו חיסרון בולט לעומת הכתבת מחיר מינימום לצרכן, משום שהספק משלם את הבונוסים מכיסו בשעה שהכתבת מחיר מינימום לצרכן מבטיחה למפיצים רווחיות על חשבונם של הצרכנים.

32 ראו *In the matter of Adolph Coors Company*, FTC Docket no. 8845 (1973) וכן *Adolph Coors Co. v. FTC*, 497 F. 2d 1178 (10th Cir. 1974), Cert. denied, 419 U.S. 1105 (1975).

במוניטין של Coors. ברם המפיץ איננו נושא במלוא הנזק מאובדן המוניטין של הבירה – חלק מהנזק נופל על שכמם של מפיצים אחרים של הבירה, כמו גם על שכמה של Coors. לפיכך יש לכל אחד מהמפיצים תמריץ חסר להקפיד על איכות הבירה. כדי לעודד את המפיצים להקפיד על איכות הבירה, Coors הכניסה לחוזים עם המפיצים שלה סעיפים שאפשרו לה להתיר את החוזה עמם תוך חמישה ימים עם נימוק ותוך שלושים יום ללא נימוק. קליין ומרפי טוענים שכדי שהתרת החוזה עם המפיצים תהווה איום אפקטיבי, Coors רצתה להבטיח למפיצים רווחיות גבוהה כדי שיהיה להם מה להפסיד אם החוזה עמם יותר. מחירי מקסימום בשוק הסיטונאי ומחירי מינימום בשוק הקמעונאי הבטיחו למפיצים הקמעונאיים של Coors רווחיות גבוהה. בדומה, טריטוריות בלעדיות בשוק הסיטונאי מבטיחות למפיצים הסיטונאים רווחיות גבוהה.

מנקודת ראותם של הצרכנים, ברור שלהכתבת מחיר מינימום לצרכן ולטריטוריות בלעדיות יש בתנאים כאלו השפעות מנוגדות. מחד גיסא, המחיר לצרכן צפוי להיות גבוה ממה שהיה נקבע בשוק לולא היה הספק מטיל על המפיצים מגבלות באשר למחיר לצרכן ולטריטוריה שבה הם פועלים. מאידך גיסא, ללא התערבות מצד הספק, קיים חשש שלמפיצים לא יהיה תמריץ מספיק לעמוד בסטנדרט השירות המינימלי שהספק הכתיב. עם זאת חשוב לזכור שכפי שראינו בסעיף 3, מראש לא ברור כלל אם לספק יש תמריץ להכתיב למפיצים סטנדרט שירות אשר עולה בקנה אחד עם העדפות הצרכנים. ברם כל עוד הצרכנים מעדיפים סטנדרט שירות גבוה מזה שהספק מעדיף, כי אז השיפור באיכות השירות עקב הכתבת סטנדרט השירות המינימלי מקזזת את ההשפעה המזיקה של העלייה במחיר לצרכן וייתכן שאף גוברת עליה. לעומת זאת אם הצרכנים מעדיפים סטנדרט שירות נמוך יותר מזה שהספק מעדיף, כי אז השיפור באיכות השירות עקב הכתבת סטנדרט השירות המינימלי איננו מועיל בהכרח לצרכנים וייתכן שהוא אף מזיק לחלק גדול מהם.³³

7.4 קביעת תמהיל עסקים מיטבי במרכזי קניות ובקניונים

דוגמה רווחת נוספת לבעיית הרוכב החופשי קיימת במרכזי קניות ובקניונים. לקוחות המגיעים למרכז הקניות או לקניון כדי לקנות בחנות אחת עשויים לבקר גם בחנויות אחרות

33 כזכור, עלייה באיכות השירות מאפשרת למפיצים לייקר את המחיר לצרכן משום שהיא מעלה את הנכונות של הצרכן השולי לשלם עבור המוצר – עלייה כזו מזיקה לצרכן שאיננו שולי שאיננו זקוק לאיכות שירות גבוהה. למשל צרכן אשר איננו זקוק להדרכה טכנית עלול לשלם מחירים גבוהים יותר עבור מוצרים שנמכרים בחנויות שבהם ניתנת הדגמה כזו, מבלי שהוא ייהנה מההדגמה. בדומה, צרכן אשר איננו מגיע לחנות ברכב פרטי, לא ייהנה מקיומו של מגרש חנייה מרווח, אך הוא עלול לשלם מחירים גבוהים יותר בחנות אם הצרכן השולי נהנה ממגרש חנייה ולכן מוכן לשלם יותר עבור המוצר אם לחנות יש מגרש חנייה מרווח.

השוכנות בסמיכות. לפיכך מאמצי שיווק של חנות אחת במשיכת לקוחות מיטיבה גם עם חנויות סמוכות. התוצאה היא שלפחות חלק מפירות ההשקעה של החנות המשקיעה נופלים בחיקן של חנויות אחרות אשר נהנות מכמות רבה יותר של לקוחות ללא כל השקעה מצדן. מלבד בעיית הרוכב החופשי, מרכזי קניות וקניונים עלולים להיות חשופים גם לבעיה הנוגעת לתמהיל העסקים במרכז הקניות או בקניון. בעיה זו איננה קשורה בתמריץ להשקיע מאמצי שיווק אלא מתעוררת משום שכמות הלקוחות המגיעה למרכז הקניות ולקניון וכן זרימת הלקוחות בתוכם תלויה באופיים של העסקים ובמיקום היחסי שלהם בתוך המרכז. כך למשל עסקים אשר מושכים קהל באופן שוטף (סופרמרקטים, בתי מרקחת או קולנועים), מיטיבים עם עסקים אחרים השוכנים בסמיכות ואשר אינם מושכים קהל באופן שוטף (למשל חנויות בגדים, תכשיטים או ספרים). בדומה, ריכוז של חנויות אשר מוכרות מוצרים משלימים (חנות יין וחנות גבינות, חנות לבגדים וחנות לנעליים, חשמלאי רכב ופחח לרכב) ואשר שוכנות בסמיכות זו לזו יכולות להגביר את זרימת הלקוחות אשר יכולים לרכוש את הרכישות שלהם במקום אחד ובכך לחסוך זמן וטרחה. דבר זה נכון גם לגבי חנויות אשר מוכרות מוצרים תחליפיים: למשל צרכן המעוניין לרכוש בגדים עשוי להעדיף מרכז קניות אשר בו מגוון רחב של חנויות הלבשה שכן מגוון זה מבטיח לו סיכוי רב יותר למצוא בגד מתאים. לכן, במרכזי קניות ובקניונים יש חשיבות רבה ליצירת תמהיל חנויות וכן למיקום נכון של החנויות בתוך המרכז/הקניון. יש להדגיש שלמרות שבעיה זו קשורה לבעיית הרוכב החופשי, היא נבדלת ממנה משום שהיא תלויה באופיים של העסקים ולא בתמריצים שלהם להשקיע מאמצי שיווק.

דרך אחת שבה ניתן ליצור תמהיל נכון של חנויות היא להטיל מגבלות על סוג החנויות שיפתחו בקניון. מגבלות אלו מונעות פתיחתן של חנויות שאינן מושכות קהל. דרך נוספת היא לסבסד את דמי השכירות של חנויות אשר מושכות קהל רב, כגון חנויות עוגן או רשתות של מותגים ידועים, כדי לפתות אותן לפתוח סניפים בקניון. גולד, פשיגיאן ופרנדרגסט בחנו חוזי שכירות של למעלה מ-2,500 חנויות בכ-35 קניונים גדולים ברחבי ארצות-הברית ומצאו שחנויות עוגן (בתי כולבו) מחזיקות בממוצע בלמעלה מ-58% משטחי המסחר בקניונים, אך משלמות רק כ-10% מסך דמי השכירות המשולמים בקניונים.³⁴ יתר על כן, 73% מחנויות העוגן במדגם לא שילמו דמי שכירות כלל בעוד שכל החנויות שאינן חנויות עוגן שילמו דמי שכירות. בנוסף, חנויות אשר משתייכות לרשתות מותגים ידועים משלמות דמי שכירות נמוכים מהממוצע. ממצאים אלו מראים שחנויות אשר מושכות אליהן קהל רב ובכך תורמות לחנויות אחרות בקניון נהנות מסובסדיה משמעותית בדמי השכירות שלהן.

E. Gould, P. Pashigian, C. Prendergast "Contracts, Externalities, and Incentives in Shopping Malls" 87(3) *Review of Economics and Statistics* (2005) 411 34

8. בעיית האופורטוניזם מצד הספק בתחרות פנים-מותגית

ספק המשווק את המוצר שלו באמצעות כמה מפיצים יכול לתמרץ את המפיצים לגבות מחיר מונופוליסטי מהצרכנים באמצעות בחירה מתאימה של המחיר הסיטונאי ושל דמי הזיכיון, ובכך למקסם את הרווח הקמעונאי של מערכת ההפצה האנכית. יתר על כן, הספק יכול לצבור בידיו את מלוא הרווח הזה באמצעות קביעת דמי זיכיון גבוהים מספיק אשר שואבים את מלוא הרווח של המפיצים או באמצעות תעריפים לא לינאריים שלפיהם המפיצים משלמים תעריפים אשר הולכים ופוחתים עם היקף הרכישות שלהם.

ברם כפי שהארט וטירול, אוברייך ושפר, ומקפי ושוורץ מראים, הספק לא יוכל להשיג תוצאה זו אם אין בכוחו להתחייב בפני המפיצים שלא לפתוח מחדש את ההסכמים שלו עמם.³⁵ הסיבה לכך היא כדלקמן: לאחר שהמפיצים התחייבו לשלם לספק דמי זיכיון או שהתחייבו לשלם לספק תעריפים אשר הולכים ופוחתים עם היקף הרכישות שלהם, יש לספק אינטרס להיפגש עם לפחות אחד מהמפיצים ולהציע לו הנחה במחיר הסיטונאי בתמורה להגדלת דמי הזיכיון. ההנחה במחיר הסיטונאי מעניקה למפיץ יתרון אסטרטגי על פני מפיצים מתחרים שלא קיבלו הנחה דומה ומאפשרת לו להגדיל את היקף המכירות שלו, ולכן גם את רווחיו, על חשבונם של המפיצים המתחרים. דמי הזיכיון המוגדלים שהמפיץ משלם לספק מביאים לחלוקת הרווח העודף בין המפיץ לבין הספק, ועל כן מצב שניהם משתפר על חשבונם של שאר המפיצים. ההסדר פוגע במפיצים האחרים משום שאלו התחייבו כבר להסדרי תשלום לספק על בסיס ההנחה שהיקף המכירות שלהם יהיה גבוה ממה שהוא בדיעבד לאור ההסכם. עם זאת הספק איננו נפגע ישירות מהירידה ברווחי המפיצים האחרים משום שאלו התחייבו לתשלומי דמי זיכיון גבוהים או לתשלומים גבוהים עבור היחידות הראשונות שהם קונים ממילא ולכן הפגיעה ברווחיותם איננה משפיעה על הספק לרעה.

ניתוח פורמלי של בעיית האופורטוניזם מופיע בנספח ה לפרק זה. להלן נמחיש את הבעייה באמצעות הדוגמה המספרית הבאה: ספק משווק את מוצריו באמצעות שני מפיצים. אם מפיץ א מאמין שהיקף המכירות שלו יהיה 100 יחידות והמחיר לצרכן יהיה 30, הרי שכל עוד המחיר הסיטונאי הוא 20 ליחידה, המפיץ יצפה להפיק רווח של $10 \times 100 = 1,000$ ולפיכך יסכים לשלם לספק דמי זיכיון בגובה של עד 1,000. נניח שמפיץ א מתחייב לשלם דמי זיכיון של 900. אם הספק מעניק למפיץ ב הנחה במחיר הסיטונאי אשר מאפשרת לו

35 O. Hart, J. Tirole "Vertical Integration and Market Foreclosure" Brookings Papers on Economic Activity: Microeconomics (1990) 205; D. O'Brien, G. Shaffer "Vertical Control with Bilateral Contracts" 23 *RAND J. Econ.* (1992) 299; P. McAfee, M. Schwartz "Opportunism in Multilateral Vertical Contracting: Nondiscrimination, Exclusivity and Uniformity" 84 *Am. Econ. Rev.* (1994) 210

להעביר אליו חלק מהלקוחות של מפיץ א וכתוצאה מכך היקף המכירות של מפיץ א יורד ל-70 יחידות, הרי שהרווח של מפיץ א לפני תשלום דמי הזיכיון יורד ל-700. לכן, לאחר תשלום דמי הזיכיון, מפיץ א יצבור הפסד של 200. הפסד זה איננו פוגע בספק עצמו משום שהעלייה במכירות של מפיץ ב לא רק שתקזז את הירידה במכירות של מפיץ א, אלא שהיא אף עשויה להגדיל את היקף המכירות הכולל, משום שמפיץ ב יוכל לנצל את ההנחה במחיר הסיטונאי כדי לגייס לקוחות חדשים במקביל להעברת חלק מהלקוחות של מפיץ א אליו. לכן הרווח של הספק ממכירות סיטונאיות, צפוי לגדול בסך הכל. בדומה אם מפיץ א מאמין שהיקף המכירות שלו יהיה 100 יחידות ואילו המחיר לצרכן יהיה 30 ליחידה, אזי הוא יסכים לשלם לספק 35 עבור כל אחת מ-60 היחידות הראשונות שהוא רוכש בתמורה לכך שהמחיר של כל יחידה מעבר ל-60 היחידות הראשונות יעמוד על 20 בלבד. זאת משום שהמפיץ צופה שסך הפדיון שלו יהיה $30 \times 100 = 3,000$ בשעה שסך תשלומיו לספק יעמוד על $60 \times 35 + 40 \times 20 = 2,900$. אולם אם היקף המכירות של מפיץ א יורד ל-70 יחידות, אזי סך הפדיון שלו פוחת ל- $30 \times 70 = 2,100$, בשעה שסך התשלומים שלו לספק מגיע ל- $60 \times 35 + 10 \times 20 = 2,300$. גם כאן הספק איננו נפגע ישירות מהירידה ברווח של מפיץ א משום שכל עוד המחיר הסיטונאי שמפיץ ב משלם לו הוא לפחות 20 ליחידה, הרי שמנקודת ראותו של הספק העלייה ברווח הסיטונאי שלו בגין מכירות למפיץ ב יותר מאשר מפצה אותו על הירידה ברווח הסיטונאי שלו בגין מכירות למפיץ א.

למרות שלכאורה נראה שהתנהגות אופורטוניסטית משפרת את מצבו של הספק ומאפשרת לו לצבור רווח העולה על הרווח המקסימלי של מערכת ההפצה האנכית, הרי שבפועל האפשרות לפתוח בדיעבד הסכמים עם מפיצים פוגעת בספק. זאת משום שמלכתחילה כל אחד מהמפיצים ייצפה אפשרות זו מראש ועל כן יהסס לקבל את ההצעה הראשונית של הספק, מחשש שמא הספק יפתח בדיעבד את ההסכם שלו עם מפיץ מתחרה ויגדיל את רווחי המפיץ המתחרה על חשבוננו. לכן התוצאה עלולה להיות שכל המפיצים יידחו את ההצעה הראשונית של הספק, אלא אם כל אחד מהם יהיה משוכנע שבדיעבד לא ישתלם לספק להציע למפיץ מתחרה הנחה במחיר הסיטונאי. לפיכך הספק יהיה חייב להציע לכל מפיץ מחיר סיטונאי כזה שיגרום לכך שבשוק הקמעונאי ישתרר שווי משקל דוגמת זה שהיה מתקבל לו כל המפיצים היו מתחרים זה בזה באופן עצמאי ללא כל תיאום ביניהם באמצעות הספק. בשווי משקל כזה, כל מפיץ ממקסם את רווחיו בהינתן המחירים הקמעונאיים של שאר המפיצים ולכן לא ניתן להגדיל את רווחיו של מפיץ בודד על חשבונם של המפיצים האחרים. כיוון שהמפיצים מבינים שבמצב דברים זה לא קיים חשש להתנהגות אופורטוניסטית מצדו של הספק, הם יסכימו לקבל את ההצעה של הספק. הספק מצדו יוכל לקבוע לכל מפיץ דמי זיכיון אשר שווים לרווח שהמפיץ מקבל בשווי משקל. דא עקא, מנקודת ראותו של הספק תוצאה זו איננה טובה משום שהיא "תחרותית" מדי ואיננה מאפשרת לו לקבל לידיו באמצעות דמי זיכיון את הרווח המקסימלי של מערכת ההפצה האנכית.

מקפי ושוורץ מראים שכל עוד הספק מציע למפיצים תעריף המבוסס על מחיר סיטונאי בלבד, הרי שהוא יכול באמצעות הסדרי לקוח מועדף (most favored customer clauses) למנוע את בעיית האופורטוניזם ולשחזר את התוצאה שהייתה מתקבלת לו היה באפשרותו להתחייב בפני המפיצים להימנע מפתיחת ההסכמים עמם בדיעבד.³⁶ הסדרי לקוח מועדף מונעים מהספק להפלות את אחד מהמפיצים לטובה בדיעבד משום שהם מחייבים אותו למכור לכל המפיצים בתנאים הטובים ביותר. כלומר תחת הסדרי לקוח מועדף אין לספק תמריץ לפתוח את ההסכם עם אף לא אחד מהמפיצים, משום שאם הוא יעשה זאת, הוא יהיה חייב לאפשר גם למפיצים אחרים ליהנות מאותם תנאים.

אוברייך ושפר מראים שהספק יכול להתגבר על הבעיה בכמה דרכים:³⁷ ראשית, הספק יכול להכתיב למפיצים מחיר מינימום לצרכן. מחיר מינימום כזה גורם לכך שהמפיץ אשר מופלה לטובה על ידי הספק ונהנה מהנחה במחיר הסיטונאי לא יוכל לתרגם את המחיר הסיטונאי הנמוך שהוא משלם ליתרון תחרותי בדמות מחיר נמוך לצרכן. שנית, הספק יכול להתחייב לגבות מכל אחד מהמפיצים מחיר סיטונאי קבוע ליחידה. כלומר הספק איננו גובה מהמפיצים דמי זיכיון ואיננו מעניק להם הנחות כמות כך שהתשלום הכולל של כל מפיץ שווה למכפלה של הכמות שהוא רוכש והמחיר הסיטונאי האחיד ליחידה. במקרה זה, הרווח של הספק נובע רק ממכירה סיטונאית. לפיכך הסטת מכירות ממפיץ א למפיץ ב באמצעות מתן הנחה במחיר הסיטונאי למפיץ ב, לא רק שלא תועיל לספק אלא היא תקטין את הכנסותיו ממכירה סיטונאית משום שהיא תסיט מכירות ממפיץ א אשר איננו נהנה מהנחה, למפיץ ב שכן נהנה מהנחה. לשם המחשה, נניח ששני מפיצים רוכשים מהספק 100 יחידות כל אחד במחיר סיטונאי של 20 ליחידה. מתן הנחה של 5 ליחידה למפיץ ב, אשר תגדיל את מכירותיו ב-30 יחידות על חשבוננו של מפיץ א, תביא לכך שמנקודת ראותו של הספק 30 יחידות שקודם לכן נמכרו ב-20 ליחידה ימכרו כעת במחיר של 15 ליחידה. לכן ההכנסה של הספק ממכירה סיטונאית תפחת ב- $30 \times 5 = 150$. שלישית, הספק יכול לקבוע הסדר של טריטוריות בלעדיות אשר ימנע את יכולתו של מפיץ אחד להגדיל את נתח השוק שלו על חשבונם של מפיצים אחרים.³⁸ מובן שכל שלושת ההסדרים יכולים לפתור את בעיית האופורטוניזם של הספק רק אם הספק יכול להתחייב בצורה אמינה לקיים אותם. אם אין בכוחו של הספק לאכוף את מחיר המינימום לצרכן או את הסדר הטריטוריות הבלעדיות, או שאין ביכולתו להתחייב לגבות מחיר סיטונאי אחיד וקבוע, כי אז הבעיה לא תיפתר. עם זאת

ש.ם 36

ש.ם 37

D. Gilo "Retail Competition Percolating through to Suppliers, and Using Vertical Integration, Vertical Restraints and Tying to Stop It" *Yale Journal on Regulation*, vol. 20 (2003), p. 25-75. פסקה IID.

ההסדרים לעיל מסייעים לספק משום שהם יוצרים התחייבות שקל יותר למפיצים לפקח עליה מאשר התחייבות כללית של הספק "להימנע מהתנהגות אופורטוניסטית" ללא פרוט מדויק של מרכיבי ההתחייבות.

דרך נוספת שבה הספק יכול למנוע את בעיית האופורטוניזם היא באמצעות חתימת הסכם הפצה בלעדית עם אחד מהמפיצים. מפיץ בלעדי זה יוכל לקבוע את המחיר המונופוליסטי ובכך למקסם את הרווח של מערכת ההפצה האנכית בשוק הקמעונאי. חשוב לציין שפתרון זה אפשרי רק אם המפיץ הבלעדי יכול "לכסות" בעצמו את כל השוק הקמעונאי (היינו המפיצים אינם נבדלים זה מזה ומפיץ אחד יכול למלא את התפקיד של שאר המפיצים).

חשוב לציין שבעיית האופורטוניזם מועילה לצרכנים משום שהיא גורמת לכך שהמחירים לצרכן ייקבעו בשוק בצורה תחרותית אשר משקפת את שווי המשקל בין המפיצים השונים כאשר אין ביניהם תיאום כלשהו באמצעות הספק. לפיכך פתרון בעיית האופורטוניזם מאפשר לספק לתמרץ את המפיצים להעלות את המחיר לצרכן ובכך לאכוף בשוק את התוצאה אשר ממקסמת את הרווח הכולל של מערכת ההפצה האנכית. תוצאה זו מונעת מהתחרות בין המפיצים להביא להזולה במחיר לצרכן ולכן היא פוגעת בצרכנים.

תחרות בין-מותגית

9. בעיית "הרוכב החופשי" בתחרות בין-מותגית

תחרות בין-מותגית קיימת כאשר מותגים שונים מיוצרים על ידי ספקים שונים. בהקשר האנכי, תחרות בין-מותגית עלולה לגרום לבעיית "רוכב החופשי" מצדם של הספקים כאשר הם משווקים את המוצרים שלהם באמצעות מפיץ משותף. הבעיה עלולה להתעורר כאשר מאמצי השיווק של ספק אחד מועילים לספק מתחרה ולכן מקטינים את התמריץ של הספק הראשון להשקיע במאמצי שיווק. למשל אם מאמצי הפרסום וקידום המכירות של ספק א מגבירים את זרימת הצרכנים לחנויות, אזי ספק ב, אשר משווק את מוצריו באמצעות אותן חנויות, יכול ליהנות מעלייה במכירות שלו. זליגה זו של חלק מהצרכנים הנוספים אשר מבקרים בחנויות למוצרים של ספק ב גורמת לכך שספק א לא קוטף את מלוא הפירות ממאמצי הפרסום וקידום המכירות שלו. לפיכך אין לספק א תמריץ מספיק להשקיע מאמצי שיווק. יתר על כן, ספק ב אשר "רוכב" על מאמצי הפרסום וקידום המכירות של ספק א יכול לחסוך בעלויות שלו ולכן להציע את המוצרים שלו לחנויות במחירים סיטונאיים נמוכים יותר. דבר זה יגדיל את שולי הרווח של החנויות ממכירת המוצרים של ספק ב ולכן יעודד אותן לנסות ולשכנע את קהל הצרכנים לרכוש דווקא את המוצרים של ספק ב. פתרון אפשרי לבעיית הרוכב החופשי הוצע על ידי מרוול, אשר טען שהסכמי רכישה בלעדית שלפיהם המפיץ יתחייב להפיץ אך ורק את המוצרים של ספק אחד, יעודדו את

הספק להשקיע בפרסום ובקידום מכירות על ידי כך שהם ימנעו מספקים אחרים את האפשרות ל"רכב" על מאמצי השיווק שלו המכוונים את הצרכנים אל אותו המפיץ.³⁹ לעומת זאת בסנקו ופרי טוענים שא־פריורי, לא ברור שעידוד הספקים להגביר את מאמצי השיווק שלהם באמצעות הסכמי רכישה בלעדית רצוי לספקים.⁴⁰ זאת משום שייתכן שבשווי משקל, מאמצי השיווק של הספקים השונים (שכל אחד מהם משווק באמצעות מפיץ שונה) מקזזים זה את זה, כך שבסופו של דבר הספקים אינם נשכרים ממאמצי השיווק שלהם. במילים אחרות, ייתכן שבשווי משקל כל אחד מהספקים נאלץ "לרוץ מהר כדי להישאר במקום". למרות זאת, כל עוד הספקים המתחרים משקיעים במאמצי שיווק, אף אחד מהספקים איננו יכול להרשות לעצמו שלא להשקיע מחשש לפגיעה בנתח השוק שלו אם הוא יקצץ את ההשקעה שלו באורח חד־צדדי. לפיכך בסנקו ופרי טוענים שייתכן שבעיית הרוכב החופשי אשר מתעוררת בהיעדר הסכמי רכישה בלעדית, מועילה לספקים משום שהיא מרסנת את ההשקעות העודפות שלהם במאמצי שיווק. במילים אחרות, אף שהסכמי רכישה בלעדית מונעים את בעיית הרוכב החופשי, הם גם עלולים להחריף את בעיית השקעת היתר של הספקים במאמצי שיווק, באופן שבסופו של דבר יזיק לספקים.

10. בעיית התחלופה בין תשומות הייצור (Input substitution problem)

בעיה זו מתעוררת כאשר יצרן של מוצר או ספק שירות רוכשים כמה תשומות ייצור אשר נמכרות בשווקים שבהם מידה שונה של תחרותיות. אם בין תשומות הייצור קיימת תחלופה, כלומר ניתן לייצר את המוצר או השירות בעזרת הרכבים שונים של תשומות אלו, הרי שמטבע הדברים יצרן המוצר או ספק השירות יעדיפו להשתמש בכמות רבה יותר של תשומות אשר נמכרות בשווקים תחרותיים, על חשבון תשומות הנמכרות בשווקים שאינם תחרותיים. למרות שהרכב התשומות יביא למינימום את העלויות של יצרן המוצר או של ספק השירות, הרי שהרכב זה איננו חייב להיות בהכרח הרכב התשומות הזול ביותר מנקודת ראותה של כל מערכת הייצור האנכית.

ניתוח פורמלי של בעיית התחלופה בין תשומות ייצור מופיע בנספח ו לפרק זה. להלן נמחיש את הבעיה באמצעות דוגמה פשוטה. נניח שיצרן יכול לייצר באמצעות הרכבים שונים של שתי תשומות: א ו-ב. עלות הייצור השולית של תשומה א היא 10 ליחידה ואילו עלות הייצור השולית של תשומה ב היא 20 ליחידה. נניח שכל עוד יחס המחירים בין תשומה א ל-ב שווה ליחס העלויות הייצור השוליות שלהן שהוא 1 ל-2, היצרן יעדיף להשתמש בכמות שווה של שתי התשומות. כעת נניח שתשומה ב נמכרת בשוק תחרותי

39 H. Marvel "Exclusive Dealing" 25 *J. L. & Econ.* (1982) 1
 40 D. Besanko, M. Perry "Equilibrium Incentives for Exclusive Dealing in a Differentiated Products Oligopoly" 24 *RAND J. Econ.* (1993) 646

והרווחיות עליה היא 20% ולכן מחירה הוא 24 ליחידה, בעוד שתשומה א נמכרת בשוק לא תחרותי והרווחיות עליה היא 60% ולכן מחירה הוא 16. במקרה זה, יחס המחירים של התשומות הוא 2 ל-3 ולא 1 ל-2. לפיכך היצרן עשוי להעדיף להשתמש בכמות רבה יותר של תשומה ב על חשבון תשומה א. התוצאה היא אפוא שימוש בהרכב לא יעיל של תשומות (היינו הרכב שאיננו מביא למינימום את עלויות הייצור של כלל מערכת ההפצה האנכית). חוסר יעילות זה איננו בעייתי רק מנקודת הראות של המשק בכללו אלא גם מזיק לצרכנים משום שעלויות ייצור מוגדלות מגולגלות בסופו של דבר על שכמם, בדמות מחירים גבוהים שהם נאלצים לשלם עבור המוצרים שהם רוכשים.

בסעיף הבא נראה כיצד קשירה בין רכישת שני גורמי הייצור עשויה לפתור את בעיית השימוש בהרכב תשומות לא יעיל. בסעיף 10.2 להלן נראה כיצד קשירה בין רכישת מוצר בר-קיימא ושירות תחזוקה של מוצר זה פותרת בעיה דומה, שמתעוררת כאשר המוצר עצמו נמכר על ידי ספק שלו כוח שוק, אך שירותי התחזוקה של המוצר נמכרים בשוק תחרותי. במקרה זה הבעיה נוצרת משום שכוח השוק של הספק המוצרים לצד התחרות בשוק התחזוקה יעודדו את הצרכנים לתחזק את המוצר מעבר לאורך החיים האופטימלי שלו ובכך לדחות את החלפתו במוצר חדש. בסעיף 10.3 להלן נראה כיצד קשירה בין רכישת מוצר בר-קיימא ורכישת מוצרים ו/או שירותים נלווים עשויה לפתור בעיה של אינפורמציה א-סמטרית אשר עלולה להתעורר כאשר רוכשי המוצר אינם בטוחים אם איכותו גבוהה או נמוכה.

10.1 קשירה בין רכישת גורמי ייצור שונים כאמצעי להבטחת שימוש בהרכב תשומות יעיל

קשירה בין רכישת גורמי ייצור מתקיימת כאשר ספק המוצר הסופי רוכש את שתי התשומות מאותו ספק תשומות אשר מתנה את רכישת אחת התשומות ברכישת התשומה האחרת. התניה כזו מגבילה אמנם את חופש הבחירה של ספק המוצר הסופי, אך עם זאת היא גם עשויה לפתור את בעיית התחלופה בין גורמי הייצור. הסיבה לכך היא שכיוון שאותו ספק מוכר את שתי התשומות, יש באפשרותו לייקר את מחיר שתיהן באותו שיעור ובכך לבטל את הכדאיות של החלפת תשומה א בתשומה ב.

דא עקא, סך העלויות של הספק של המוצר הסופי יהיה כעת גבוה מאשר קודם, שכן כעת מחירה של תשומה ב התייקר לעומת המצב ששרר לפני הקשירה. העלייה בעלויות הייצור שלו תחייב את הספק לייקר את מחירו של המוצר הסופי ולפיכך הוא יוכל למכור כמות קטנה מאשר קודם. הפועל היוצא מכך הוא שאף שהספק של המוצר הסופי ייצר לאחר הקשירה בעזרת הרכב יעיל של תשומות, סך היקף הייצור שלו יפחת לעומת המצב ששרר

ערב הקשירה. במילים אחרות, הקשירה תחריף את בעיית השוליים הכפולים, שכן עתה שתי התשומות ימכרו במחירים סיטונאיים המשקפים שולי רווח גבוהים יותר.⁴¹ כדי לפתור את בעיית השוליים הכפולים שהקשירה מחריפה, ספק התשומות יצטרך לצרף לקשירה גם הכתבה של מחיר מקסימום או הכתבה של מכסת מכירות מינימלית, או שהוא יגבה מהספק של המוצר הסופי דמי זיכיון קבועים אשר יאפשרו לו להפחית את שולי הרווח שלו ממכירת שתי התשומות לספק של המוצר הסופי. לכן שילוב בין קשירה בין רכישת גורמי ייצור שונים לבין הכתבת מחיר מקסימום (או הכתבה של מכסת מכירות מינימלית או גביית דמי זיכיון קבועים) יפתרו את הבעיה.

10.2 קשירה בין רכישת מוצר ב־קיימא ורכישת שירות תחזוקה

מוצרים ברי־קיימא, כגון כלי רכב, מטוסים, מכונות צילום, מחשבים, ציוד רפואי מתקדם וכדומה, זקוקים לשירותי תחזוקה שוטפת וכן לשירות לצורך תיקון קלקולים. במקרים רבים הספקים דורשים שהצרכנים ירכשו מהם שירותי תחזוקה עבור המוצרים כתנאי למכירת המוצר. במקרים אחרים הספקים מסרבים למכור לספקי שירותי תחזוקה עצמאיים חלקי חילוף. דוגמה לכך הוא סירובה של חברת קודאק למכור חלקי חילוף לספקי שירותי תחזוקה עצמאיים של מכונות הצילום המהירות שלה.⁴² סירוב זה איננו מאפשר לספקי שירות עצמאיים לפעול בשוק ועל כן יוצר בפועל קשירה בין רכישת המוצר מהספק המקורי לבין קבלת שירותי תחזוקה ממנו. קשירה כזו עלולה לעתים לפגוע בתחרות בשוק שירותי התחזוקה של המוצר אם יש בה כדי להחליש את כוחם של ספקי תחזוקה עצמאיים המנסים להתחרות בספק המוצר.

מובן שכל עוד פועלים בשוק מספר רב של ספקים, תתקיים ביניהם תחרות על לבם של הצרכנים בשוק למוצר עצמו. תחרות בין־מותגית זו תביא לירידת מחירו של המוצר בשוק ועובדה זו תקוז את הפגיעה האפשרית בצרכנים בשוק שירותי התחזוקה.⁴³ צרכנים עלולים

41 בעיית השוליים הכפולים הייתה קיימת גם במצב המוצא שכן כאשר תשומה כלשהי (תשומה א בדוגמה שלעיל) נמכרת במחיר העולה על עלות הייצור שלה, אזי ספק התשומה שומר לעצמו על שולי רווח חיוביים. שולי רווח אלו מצטרפים לשולי הרווח של יצרן המוצר הסופי. כאשר גם תשומה ב נמכרת במחיר העולה על עלות הייצור שלה, בעיית השוליים הכפולים מחריפה שכן כעת היא קיימת במכירת שתי התשומות גם יחד, ולא רק במכירת אחת מהן.

42 J. MacKie-Mason, J. Meltzer "Links Between Vertically Related Markets: Kodak" *The Antitrust Revolution Economics, Competition, and Policy* (3rd ed., 1999) 386

43 נהוג להבחין בין השוק למוצר עצמו (foremarket) והשוק לקבלת שירותי תחזוקה למוצר (aftermarket). למרות שתתכן תחרות בין־מותגית עזה בין ספקים שונים בשוק למוצר עצמו, מרגע שצרכן רכש את המוצר, הוא איננו יכול ליהנות מתחרות זו לצורך קבלת שירותי תחזוקה שכן הוא שבוי בידי הספק ממנו רכש את המוצר.

להירתע מלרכוש מוצר בפרט אם ידוע ששירותי התחזוקה שלו יקרים. לכן ספקים יאלצו להוזיל את מחירי המוצרים בשוק המוצרים כדי לשכנע את הצרכנים לרכוש מהם את המוצרים. הוזלת מחיר המוצר עשויה לקזז, מנקודת ראותם של הצרכנים, את עלות השימוש הכוללת במוצר – הצרכנים ישלמו מחיר זול בעת רכישת המוצר וישלמו מחירים גבוהים לאחר מכן בעת קבלת שירותי התחזוקה. לפי גישה זו, תחרות עזה בין ספקים בשוק המוצר מונעת את ההשפעה האנטי תחרותית של קשירה בין רכישת המוצר לקבלת שירותי תחזוקה. עם זאת גישה זו איננה מסבירה מדוע ספקים יהיו מעוניינים לבצע קשירה כזו מלכתחילה. נימוק אפשרי לקשירה בין רכישת המוצר לקבלת שירותי תחזוקה הוצע על ידי מוריטה וולדמן.⁴⁴ נימוק זה מסתמך על בעיה של תחלופה בין רכישת מוצר חדש לבין תחזוקה של מוצר קיים: כאשר מוצר קיים מתקלקל, הצרכן יכול או להחליף אותו עם מוצר חדש או לתקן אותו. כל עוד יש לצרכן עלויות הכרוכות במעבר למוצרים של ספקים אחרים (למשל משום שהוא לא מכיר את המוצרים של הספקים המתחרים, לא מרגיש בנוח לעבוד אתם או שהעובדים שלו אינם מיומנים בהפעלת מוצרים של ספקים מתחרים), יהיה לספק כוח שוק כלפי הצרכן והוא יוכל לשמור לעצמו על שולי רווח חיוביים ממכירת המוצר. לעומת זאת אם בשוק שירותי התחזוקה שוררת תחרות בין הספק לבין ספקי שירותי תחזוקה עצמאיים, שולי הרווח ממתן שירותי תחזוקה יהיו נמוכים. כיוון שכך, יהיה לצרכנים תמריץ יתר לתקן מוצרים שהתקלקלו והם יחליפו אותם עם מוצרים חדשים בתדירות נמוכה יותר ממה שיעיל כלכלית.⁴⁵ עיוות כלכלי זה דומה לבעיית התחלופה בין תשומות הייצור משום שמוצר חדש ותחזוקה של מוצר קיים הם אמצעים תחליפיים לקבלת מוצר שניתן להשתמש בו. כאשר מחירה של תשומה אחת (שירותי תחזוקה) נמוך יחסית למחיר התשומה האחרת (מוצר חדש), הצרכנים יגבירו את השימוש בתשומה הזולה על חשבון התשומה היקרה. ניתן לפתור עיוות זה על ידי קשירה בין שתי התשומות – מחיר שתיהן יהיה יקר במידה דומה ועל כן הצרכנים לא יעדיפו את האחת על פני השנייה. מוריטה וולדמן טוענים שאם השוק למכירה ראשונית של המוצר (לפני שהצרכן "התרגל" למוצרים של ספק מסוים) תחרותי מספיק, הצרכנים יוכלו לרכוש את המוצרים בהנחה אשר תקזז את העלויות הגבוהות שלהם לרכישת מוצרים חדשים ולקבלת שירותי תחזוקה של מוצרים קיימים של אותו ספק.

H. Morita, M. Waldman "Durable Goods, Monopoly Maintenance, and Time Inconsistency" 13 *J. Econ. & Management Strategy* (2004) 273 44

מבחינת יעילות כלכלית, כדאי להחליף מוצר כאשר עלות הייצור שלו נמוכה מהסכום המהוון של עלויות התחזוקה העתידיות שלו. אולם אם מחירו של מוצר חדש עולה על עלות הייצור שלו עקב שולי רווח גבוהים של הספק, בשעה שמחיר התחזוקה קרוב לעלויות התחזוקה, הצרכנים, אשר ממקסמים את תועלתם האישית, יעדיפו לתחזק מוצרים קיימים יותר ממה שיעיל מבחינה כלכלית. 45

כדי להמחיש את הבעיה, נניח שעלות הייצור של מוצר חדש היא 100 ועלות התחזוקה שלו היא 0 בשנה הראשונה שלו, 50 בשנה השנייה ו-90 בשנה השלישית. בתום השנה השלישית המוצר מפסיק לפעול ויש להחליף אותו. למרות שהמוצר יכול לעבוד במשך שלוש שנים, אורך החיים היעיל שלו הוא רק שנתיים. כדי לראות מדוע, כדאי לשים לב שאם מחזיקים במוצר במשך שלוש שנים, עלות השימוש הממוצעת בו לשנה היא $(50+90+100)/3=80$. לעומת זאת אם מחזיקים במוצר שנתיים בלבד, אזי עלות השימוש הממוצעת לשנה היא $(100+50)/2=75$. כך למשל על פני שש שנים עלות השימוש הכוללת במוצר אם מחליפים אותו כל 3 שנים היא $(100+50+90) + (100+50+90)=480$, בשעה שאם מחליפים אותו כל שנתיים עלות השימוש הכוללת היא $(100+50) + (100+50) + (100+50) = 450$. במילים אחרות, החלפה של המוצר כל שנתיים במקום כל שלוש שנים יוצרת עודף כלכלי בסך של 30 על פני שש שנים או 5 בממוצע לשנה.

נניח שלספק יש כוח שוק והוא מוכר את המוצר ברווח של 50% (כלומר מחיר המוצר לצרכן הוא 150), בעוד ששוק התחזוקה הוא תחרותי והרווח שם הוא 10% בלבד (מחיר התחזוקה הוא 55 בשנה השנייה ו-99 בשנה השנייה). מנקודת ראותו של הצרכן, עלות השימוש השנתית הממוצעת במוצר אם מחליפים אותו כל 3 שנים היא $(150+55+99)/3=101.3$, בעוד שאם מחליפים אותו כל שנתיים עלות השימוש השנתית הממוצעת היא $(150+55)/2=102.5$. כלומר מנקודת ראותו של הצרכן זול יותר להחזיק במוצר שלוש שנים ולא להחליף אותו כל שנתיים. ברם אם הצרכן אכן מחזיק במוצר שלוש שנים, העודף הכלכלי בסך 5 בממוצע לשנה יורד לטמיון.

אם הספק יקשור בין מכירת המוצר לבין מתן שירותי תחזוקה אזי הוא יעדיף לגרום לצרכן להחליף את המוצר כל שנתיים כדי לחסוך בעלויות שלו. לפיכך הוא יתמחר את עלות המוצר ואת עלות שירותי התחזוקה באופן כזה שיגרום לצרכן להחליף את המוצר כל שנתיים.

חשוב להזכיר כאן שקיים נימוק מקובל אחר לקשירה בין רכישת מוצר לקבלת שירותי תחזוקה ואשר מסתמך על בעיה של downstream moral hazard במתן שירותי תחזוקה: רשלנות של ספק שירותי תחזוקה פוגעת לא רק במוניטין שלו, כי אם גם במוניטין של ספק המוצר המקורי. זאת משום שהצרכן איננו יכול לדעת אם התקלה במוצר נובעת מכך שהמוצר איננו איכותי או שהיא נובעת מכך ששירותי התחזוקה לא היו טובים מספיק. בניגוד למצב ששורר כאשר הספק עצמו מספק שירותי תחזוקה למוצר, ספק שירותי תחזוקה עצמאי איננו מביא בחשבון את הפגיעה במוניטין של ספק המוצר המקורי ולפיכך יש לו תמריץ קטן מדי להשקיע מאמצים בשירותי תחזוקה שהוא מספק לצרכנים. הבעיה חריפה בייחוד אם ספק שירותי התחזוקה העצמאי איננו מתמחה בתחזוקת מוצרים של ספק מסוים (במקרה זה פגיעה במוניטין של הספק הייתה פוגעת גם בו) אלא הוא מספק שירותי תחזוקה לקשת רחבה של מוצרים.

10.3 קשירה בין רכישת מוצר בר־קיימא לרכישת מוצרים משלימים

שוורץ ווורדן הראו שסיבה נוספת שבגללה יצרן של מוצר בר־קיימא, כגון מכונה או מכשיר כלשהו, יעדיף לקשור בין מכירת המוצר לבין מכירת מוצרים או שירותים משלימים, היא קיומה של אינפורמציה א־סימטרית ביחס לאיכות המוצר בר־הקיימא.⁴⁶ דוגמאות טובות למצבים כאלו הן הקשירה בין רכישת המוצר לרכישה של שירותי תחזוקה שלו שאותה כבר הזכרנו בסעיף 10.2. דוגמאות אחרות הן הקשירה בין החכרת מחשבי main frame של IBM ורכישת כרטיסיות ניקוב אשר הוכתבה על ידי IBM, קשירה בין מכונות לפיזור מלח בקופסאות שימורים לבין רכישת טבליות מלח שהוכתבה על ידי מורטון סולט שלה היה פטנט על המכונה,⁴⁷ וקשירה בין מכירת מכלי קירור לבין מכירת קרח יבש שאוחסן במיכלים אלו אשר הוכתבה על ידי חברת קרבאייס שלה היה פטנט על מכלי הקירור.⁴⁸

הרעיון של שוורץ ווורדן הוא כדלקמן: נניח שאיכותו של מוצר בר־קיימא מתבטאת במידת השימוש שהרוכשים עושים בו – ככל שהמוצר איכותי יותר כך הרוכשים משתמשים בו יותר. בנוסף נניח שהרוכשים אינם בטוחים מלכתחילה, במועד הרכישה, שאיכות המוצר גבוהה ולכן הם אינם משוכנעים שהם עתידים לעשות במוצר שימוש נרחב. לפיכך הם יהססו לשלם עבור המוצר מחיר גבוה. אולם אם היצרן משוכנע שאיכות המוצר עבור הרוכשים גבוהה, אזי הוא יוכל לאותת להם על כך באמצעות קשירה בין מכירת המוצר בזול לבין מכירת מוצרים משלימים במחיר יקר יחסית. קשירה זו שולחת לרוכשים הפוטנציאליים את ה"מסר" הבא: "אני, יצרן המוצר, משוכנע שאתם הרוכשים עתידים לעשות במוצר שימוש נרחב. לפיכך אני מוכן למכור לכם את המוצר במחיר יחסית זול מכיוון שאני משוכנע שתשתמשו בו הרבה ולכן תרכשו ממני כמות רבה של מוצרים/שירותים משלימים שעליהם אני עתיד להרוויח. אולם אם אני מטעה אתכם והמוצר איננו איכותי כפי שאני טוען, אזי לא תשתמשו במוצר הרבה ולכן אני לא ארוויח ממכירתו – הצירוף של מחירו הזול של המוצר עצמו והכמות הקטנה של מוצרים/שירותים משלימים שתרכשו ממני בעתיד לא יפצו אותי על מכירת המוצר". כלומר, כאשר יצרן מאמין שהמוצר שימושי לרוכשים פוטנציאליים, הוא יהיה מוכן לקשור את רווחיו ממכירת המוצר למכירת מוצרים או שירותים משלימים אשר הוא מאמין שהרוכשים יזקקו להם עקב השימוש הנרחב שהם עתידים לעשות במוצר.

M. Schwartz, G. Werden "A Quality-Signaling Rationale for Aftermarket Tying" 64 46
Antitrust L.J. (1996) 387
 ראו *Morton Salt Co. v. GS Suppiger Co.*, 314 US 488 (1942) 47
 ראו *Carbice Corporation v. American Patent Development Corp.*, 283 U.S. 27 (1931) 48

הדוגמה הבאה ממחישה את הרעיון: לקוחות הרוכשים מוצר בר-קיימא, נניח מדפסת, באיכות גבוהה, צריכים לרכוש 10 יחידות של מוצר משלים (למשל טונר), בעוד שאם הם רוכשים מוצר באיכות נמוכה, אזי הם צריכים לרכוש רק 5 יחידות של מוצר משלים. הסיבה לכך היא שככל שהמדפסת איכותית יותר, כך הרוכש משתמש בה יותר ולכן הוא צריך יותר טונרים. כעת נניח שהרווח של יצרן המדפסות על כל טונר הוא 10 ליחידה. לפיכך הרווח הכולל של יצרן מדפסות באיכות גבוהה ממכירת טונרים הוא 100 ואילו הרווח של אותו יצרן ממכירת מדפסות באיכות נמוכה הוא 50. אם ההפרש בין עלות הייצור של מדפסת איכותית ומדפסת שאיננה איכותית איננו עולה על 50, אזי כאשר יצרן המדפסות מתנה את רכישת המדפסת ברכישת טונרים, הצרכנים יסיקו מכך שאיכות המדפסת חייבת להיות גבוהה, משום שהיצרן נושא בעלות נוספת של פחות מ-50 כאשר הוא מייצר מדפסת איכותית במקום מדפסת שאיננה איכותית, אך מנגד הכנסותיו ממכירת טונרים גדולות ב-50. הקשירה במקרה זה נחוצה משום שבלעדיה היצרן יעדיף לייצר מוצרים באיכות נמוכה. לכן השפעת הקשירה על הרווחה עשויה להיות בסך הכול חיובית, גם אם כאשר מתבוננים בשוק למכירת מוצרים או שירותים משלימים במנותק מהשוק למכירת מוצר בר-הקיימא, נראה כאילו רווחת הרוכשים נפגעת.

הפליית מחירים

11. הסדרים אנכיים כמנגנון ליצירת הפליית מחירים

מוכר הניצב בפני קבוצה הטרוגנית של לקוחות שונים זה מזה מבחינת הנכונות שלהם לשלם עבור המוצר, ישאף ליצור הפליית מחירים בין הלקוחות כדי לגבות מחירים גבוהים מלקוחות בעלי נכונות גבוהה לשלם עבור המוצר, בלי להפסיד את האפשרות למכור במחירים זולים ללקוחות בעלי נכונות נמוכה לשלם עבור המוצר. כפי שנראה, במקרים רבים ניתן ליצור הפליית מחירים באמצעות הסדרים אנכיים מסוגים שונים, כגון הסכמי הפצה בלעדית עם מפיצים, מגבלות על סוג הלקוחות שמותר למפיצים לשרת או קשירה בין רכישה של כמה תשומות. כפי שנראה, במקרים מסוימים הפליית המחירים היא בין צרכנים סופיים בעלי נכונות שונה לשלם עבור המוצר, ואילו במקרים אחרים הפליית המחירים היא בין מפיצים בעלי נכונות שונה לשלם עבור המוצר או בין יצרני מוצרים סופיים שלהם נכונות שונה לשלם עבור תשומות.

כאשר הפליית המחירים היא בין צרכנים סופיים שונים, היא מאפשרת למערכת ההפצה האנכית כולה לשאוב עודף רב יותר מצרכנים בעלי נכונות גבוהה לשלם עבור המוצר ולכן היא פוגעת בצרכנים כאלו. עם זאת הפליית מחירים בין צרכנים סופיים גם מאפשרת לצרכנים בעלי נכונות נמוכה לשלם לרכוש את המוצר בזול ולכן משפרת את מצבם לעומת המצב שהיה שורר לולא היה ניתן לבצע הפליית מחירים. לפיכך ההשפעה הכוללת של

הפליית מחירים בין צרכנים סופיים על רווחת הצרכנים היא מעורבת. היינו היא מיטיבה עם חלק מהצרכנים, אך פוגעת באחרים. כאשר הפליית המחירים היא בין מפיצים שונים או בין ספקים שונים של מוצרים סופיים אשר רוכשים תשומות מספקי תשומות, אזי היא עלולה לייקר את מחירו של המוצר לצרכן כאשר למפיץ או לספק המוצר הסופי יש נכונות גבוהה לשלם, אך היא גם עשויה להוזיל את מחירו של המוצר לצרכן כאשר למפיץ או לספק המוצר הסופי יש נכונות נמוכה לשלם. לפיכך גם במקרים כאלה קשה לקבוע מראש מה ההשפעה הכוללת של הפליית המחירים על ציבור הצרכנים הסופיים של המוצר.

11.1 בידול אנכי בין מפיצים כמנגנון ליצירת הפליית מחירים בשוק הקמעונאי

כאשר יש לספק אפשרות לפעול עם מפיצים אשר נבדלים זה מזה באיכות השירות שלהם, הוא יכול לנצל זאת כדי לפנות לקהלים שונים של צרכנים באמצעות שיווק המוצר באמצעות מפיצים שונים. הספק יכול לפנות למשל לצרכנים אמידים באמצעות מכירות בחנויות יוקרה ולצרכנים אחרים באמצעות מכירה בחנויות דיסקאונט או דוכנים בשוק. פילוח כזה של קהל הצרכנים מאפשר לספק ליצור הפליית מחירים: צרכנים אמידים ישלמו מחירים גבוהים יותר מצרכנים אחרים עבור אותו מוצר (אם כי הם גם ייהנו מרמת שירות גבוהה יותר). הפליית המחירים מגדילה את רווחי הספק אם הוא יכול לשאוב רווחים מהמפיצים בדמות דמי זיכיון.

שפיגל ויחזקאל מראים שכדי להפלות במחירים בין צרכנים מסוגים שונים הספק חייב להכתיב למפיצים מגבלות ביחס לסוג הצרכנים שלהם הם מוכרים את המוצר.⁴⁹ למשל אם עסקים מוכנים לשלם עבור המוצר מחירים גבוהים יותר מאשר לקוחות פרטיים (המוצר למשל הוא תוכנה), אזי הספק יעניק למפיץ אחד זכות הפצה בלעדית לעסקים ולמפיץ השני זכות הפצה בלעדית ללקוחות פרטיים. הסדרי בלעדיות כאלו דומים להסדרי בלעדיות על בסיס טריטוריאלי, אם כי הבסיס להם הוא מאפייני הצרכנים ולא המיקום הגיאוגרפי שלהם. שפיגל ויחזקאל מראים שללא הסדרי בלעדיות, הספק יבחר לעבוד רק עם מפיצים אשר מספקים רמת שירותים גבוהה ובכך הוא יצליח לשווק את המוצר שלו רק לצרכנים שלהם נכונות גבוהה לשלם עבור המוצר.⁵⁰ הספק אמנם יפסיד את האפשרות למכור לצרכנים

49 Y. Spiegel, Y. Yehezkel "Price and Non-price Restraints when Retailers are Vertically Differentiated" 21 *International Journal of Industrial Organization* (2003) 923

50 הספק יוכל להעניק למפיצים יוקרתיים בלעדיות בשיווק המוצר לא רק באמצעות הסדרי בלעדיות מפורשים כי גם באמצעות קביעת מחיר סיטונאי גבוה אשר ירחוק מפיצים זולים מהשוק. הספק יאלץ במקרה זה להכתיב למפיצים יוקרתיים מחיר מקסימום לצרכן כדי למנוע בעיית שוליים כפולים. דרך נוספת להבטיח שרק מפיצים יוקרתיים יוכלו להפיץ את המוצר היא לקבוע דמי זיכיון גבוהים שרק מפיצים יוקרתיים יוכלו לשלם. פעולה אחרונה זו היא אקט חד-צדדי מצדו של הספק ולפיכך איננה מהווה הסדר.

שאינם מוכנים (או יכולים) לשלם מחירים גבוהים, אך שפיגל ויחזקאל מראים שמנקודת ראותו של הספק, עדיף למנוע את זליגתם של צרכנים בעלי נכונות גבוהה לשלם למפיצים זולים מאשר להמשיך ולמכור לכלל הצרכנים באמצעות שני סוגי המפיצים. לכן ללא הסדרי בלעדיות, חלק מהצרכנים (אלו שאינם מוכנים או יכולים לשלם מחירים גבוהים) לא ירכוש את המוצר כלל. מבחינת הצרכנים, היתרון שבהסדרי בלעדיות הוא שהם מאפשרים לקהל צרכנים רחב יותר לרכוש את המוצר. הנזק שבהסדרים כאלו הוא בכך שהם מאפשרים למפיצים אשר מספקים רמת שירות גבוהה לייקר את המחיר לצרכן. עם זאת בקשת רחבה של מקרים סך התועלת מהסדרי בלעדיות כאלה עולה על סך הנזק שטמון בהסדרים כאלו. בעוד שבמודל של שפיגל ויחזקאל איכות השירות של שני המפיצים קבועה מראש וההחלטה של הספק היא באמצעות איזה סוג של מפיץ לשווק את המוצרים שלו לצרכנים, הרי שבולטון ובוננו מציגים מודל שבו יש שני מפיצים אשר יכולים לבחור את איכות השירות שלהם.⁵¹ התוצאה אשר ממקסמת את הרווח המשותף של הספק ושני המפיצים במודל של בולטון ובוננו, היא שמפיץ אחד מספק איכות שירות גבוהה במחירים גבוהים לצרכנים בעלי נכונות גבוהה לשלם עבור המוצר ואילו המפיץ השני מספק איכות שירות נמוכה במחירים נמוכים לשאר הצרכנים. בידול אנכי כזה בין שני המפיצים מאפשר לספק ולשני המפיצים ליצור הפליית מחירים בין צרכנים מסוגים שונים. ברם כאשר הספק פועל בנפרד משני המפיצים ומידת הבידול האנכי בין שני סוגי השירותים גדולה מספיק, הספק יעדיף לקבוע למוצר מחיר סיטונאי גבוה אשר יגרום לאחד המפיצים לספק לצרכנים איכות שירות גבוהה במחירים יחסית נמוכים. כתוצאה מכך יאלץ המפיץ השני לפרוש מהשוק, שכן הספקת איכות שירות נמוכה לא תאפשר לו להתחרות במפיץ הראשון. לעומת זאת הספקת איכות שירות גבוהה תציב את המפיץ השני בתחרות חזיתית מול המפיץ הראשון ולכן לא תהיה רווחית עבורו. התוצאה היא אפוא שרק מפיץ אחד יפעל בסופו של דבר בשוק ויקבע מחיר לצרכן שהוא נמוך מדי מנקודת ראותו של הספק. בולטון ובוננו מראים שהספק ישאף במקרה זה להכתיב למפיצים מחיר מינימום לצרכן – הכתבה כזו תגרום לשני המפיצים לבחור באיכות שירות גבוהה שכן הצעת איכות שירות נמוכה כדאית רק כל עוד ניתן להציע איכות כזו במחיר זול. יתר על כן, הכתבת מחיר המינימום תמנע מהתחרות בין המפיצים לשחוק את הרווחיות שלהם. הצרכנים נפגעים מהכתבת מחיר המינימום שכן היא מייקרת את המחיר לצרכן, אך איננה משפיעה על איכות השירות שהם מקבלים (איכות השירות גבוהה גם ללא הכתבת מחיר מינימום).

P. Bolton, G. Bonanno "Vertical Restraints in a Model of Vertical Differentiation" 103 51
Quarterly J. Econ. (1988) 555

11.2 קשירה בין רכישת מוצר בר־קיימא לרכישת תשומות כמנגנון להפליית מחירים בשוק הסיטונאי באמצעות "מדידה" (metering)

כאמור בסעיפים 10.2-10.3, קיימים מקרים רבים שבהם בעלי עסקים רוכשים מוצר בר־קיימא, כגון מכונה או מכשיר כלשהו, אשר מאפשר להם עם תשומות משתנות אחרות לספק לצרכנים שלהם מוצרים או שירותים. דוגמה טובה לכך הם מחשבי main frame אשר שימשו בעבר לצורך עיבוד נתונים ואשר הצריכו שימוש בכרטיסיות ניקוב לשם הזנת נתונים. ברור ששווי המוצר בעיני הספק גבוה ככל שהספק משתמש בו יותר. מכיוון שכך, קיים מתאם חיובי בין מידת השימוש בתשומות המשתנות (שהשימוש בהן רב יותר ככל שרב יותר השימוש במוצר) לבין שווי המוצר בעיני הספק. לפיכך הספק של המוצר יוכל לשאוב עודף רב יותר מהספק אם הוא יוכל לקשור את מחיר המוצר למידת השימוש בתשומות המשתנות. דרך אחת שבה הספק יוכל לבצע קשירה כזו היא על ידי חיוב הספק לרכוש את התשומה המשתנה מהספק עצמו. במקרה זה הספק יוכל למכור את התשומה המשתנה במחיר העולה על עלותה ולפיכך להרוויח ממכירתה. כאמור רווח זה גדול יותר ככל שהספק משתמש יותר במוצר ולכן הוא מאפשר לספק להרוויח יותר מקונים אשר עושים שימוש נרחב יותר במוצר ועל כן מפיקים ממנו ערך רב יותר.

הרעיון שלפיו קשירה בין רכישת מוצר בר־קיימא לבין רכישת תשומות משתנות מאפשר לספק לנקוט בהפליית מחירים בין צרכנים שונים נטען לראשונה על ידי באומן והוא ידוע בשם קשירה למטרות "מדידה" (metering).⁵² דוגמאות קלאסיות לקשירה הוזכרו בסעיף 10.3 והן כוללות את הקשירה בין חכירת מחשבי main frame לבין רכישת כרטיסי ניקוב שהוכתבה על ידי IBM, הקשירה בין מכונות לפיזור מלח בקופסאות שימורים לבין רכישת טבליות מלח שהוכתבה על ידי מורטון סולט, והקשירה בין מכירת מכלי קירור לבין מכירת קרח יבש שאוחסן במיכלים אלו אשר הוכתבה על ידי חברת קרבאייס.⁵³

לבסוף, צ'ן ורוס טוענים שהסבר אפשרי נוסף לקשירה בין מכירת מוצרים בר־קיימא לבין מכירה מקבילה של חוזה שירות מהסוג שבחנו בסעיף 10.2, היא שקשירה כזו עוזרת לספקים ליצור הפליית מחירים בין צרכנים שונים לפי מידת האינטנסיביות שבה הם משתמשים במוצר.⁵⁴ הסיבה לכך היא ששימוש אינטנסיבי במוצר מגדיל את התכיפות שבה נדרשים שירותי תחזוקה – צרכנים אשר משתמשים במוצר במידה אינטנסיבית ישלמו בסופו של דבר על המוצר ועל שירותי התחזוקה שלו מחיר גבוה יותר מאשר צרכנים אשר אינם

W. Bowman "Tying Arrangements and the Leverage Problem" 67 *Yale L. Rev.* (1957) 52
.19

ראו פסק דין *Carbice*, לעיל הערה 48. 53

Z. Chen, T. Ross "Refusals to Deal, Price Discrimination, and Independent Service 54
Organizations" 2(4) *J. Econ. & Management Strategy* (1993) 593

משתמשים במוצר במידה אינטנסיבית. במילים אחרות, חוזה השירות משמש כאמצעי למדידת מידת השימוש במוצר ולכן נכונות הצרכן לשלם עבורו. ללא קשירה בין מכירת המוצר לחוזה השירות, הספק לא יוכל למדוד את מידת השימוש של צרכנים שונים במוצר ולכן הוא לא יוכל ליצור הפליית מחירים דומה.

11.3 קשירה בין מוצרים שלביקושים שלהם יש מתאם שלילי כמנגנון ליצירת הפליית מחירים בשוק הסיטונאי

ספק של כמה מוצרים אשר משווק את מוצריו לצרכנים באמצעות מפיץ (למשל אולפן קולנוע אשר מפיץ סרטים ומפיץ אותם לבתי קולנוע באמצעות מפיצים) עשוי להרוויח ממכירתם למפיץ בחבילה. בדומה, ספק חומרי גלם אשר מוכר ליצרני מוצרים סופיים כמה חומרי גלם שונים עשוי להרוויח ממכירתם לספקים בחבילה. הסיבה לכך היא שמכירת כמה מוצרים או חומרי גלם בחבילה, כאשר הביקושים שלהם תלויים זה בזה, יכולה לסייע למוכר לשאוב מלקוחותיו (מפיצים או יצרני מוצרים סופיים) עודף רב יותר.

כדי להבין מדוע, הבה נבחן את הדוגמה הבאה שבה יש מתאם שלילי בין הנכונות של הלקוחות לשלם עבור מוצרים שונים. ספק מעוניין למכור את המוצרים א ו-ב שעלות כל אחד מהם לספק שווה ל-1. נניח שקיימים שני סוגי לקוחות: האחד מוכן לשלם עבור מוצר א סכום של 10 ועבור מוצר ב סכום של 6, ואילו הסוג השני מוכן לשלם עבור מוצר א סכום של 6 ועבור מוצר ב סכום של 10. מבנה הביקושים של שני הלקוחות משקף אפוא מתאם שלילי בין הנכונות של הלקוחות לשלם: אם ללקוח יש נכונות גבוהה לשלם עבור מוצר אחד, אזי בהכרח הנכונות שלו לשלם עבור המוצר השני היא נמוכה. כל עוד המוכר איננו יכול לזהות לאיזה סוג משתייכים לקוחות ספציפיים, אזי כדאי לו לקבוע מחיר של 10 או 6 לשני המוצרים. אם המוכר יקבע מחיר של 10 לשני המוצרים, הוא יצליח למכור את מוצר א רק ללקוחות מהסוג הראשון ואת מוצר ב רק ללקוחות מהסוג השני, ולכן הרווח שלו בגין כל לקוח יהיה שווה ל- $10-1=9$. לעומת זאת אם המוכר יקבע לכל מוצר מחיר של 6, אזי הוא יוכל למכור את שני המוצרים לכלל הלקוחות והרווח שלו מכל לקוח יהיה $6+6-1=10$. לפיכך כדאי למוכר למכור כל מוצר במחיר של 6.

אולם אם המוכר יכרוך את שני המוצרים בחבילה, אזי הוא יוכל לגבות מחיר של $16=10+6$ עבור החבילה. כיוון שעלות החבילה למוכר היא 2, הרווח של המוכר בגין כל לקוח יהיה 14. כריכת שני המוצרים בחבילה מאפשרת אפוא למוכר לשאוב עודף של 4 מכל לקוח. הסיבה לכך פשוטה: בעוד שהמוכר איננו יודע מה הנכונות של כל לקוח לשלם עבור כל מוצר בנפרד ולכן הוא נאלץ להוריד את מחירו ל-6 כדי להבטיח שגם הלקוח עם הנכונות הנמוכה לשלם יסכים לרכוש את המוצר, המוכר יודע בוודאות שהנכונות של הלקוחות לשלם עבור החבילה היא 16. לפיכך המוכר איננו צריך להוזיל את מחיר החבילה כדי להבטיח שכל אחד מהלקוחות יסכים לרכוש אותה.

מסקנה זו איננה משתנה גם אם הנכונות של הסוג הראשון של לקוחות לשלם עבור מוצר ב היא 4 והנכונות של הסוג השני לשלם עבור מוצר א היא 4. אם המוכר איננו יכול לזהות לאיזה סוג משתייכים לקוחות ספציפיים, כדאי לו לקבוע מחיר של 10 לשני המוצרים. במחיר כזה הוא יצליח למכור את מוצר א רק ללקוחות מהסוג הראשון ואת מוצר ב רק ללקוחות מהסוג השני, ולכן הרווח שלו בגין כל לקוח יהיה שווה ל- $9=10-1$. לעומת זאת אם המוכר יקבע לכל מוצר מחיר של 4, אזי הוא יוכל למכור את שני המוצרים לכלל הלקוחות והרווח שלו מכל לקוח יהיה רק $6=4+4-1-1$. לעומת זאת אם המוכר יכרוך את שני המוצרים בחבילה, אזי הוא יוכל לגבות עבורה מחיר של $14=10+4$. כיוון שעלות החבילה למוכר היא 2, הרווח של המוכר בגין כל לקוח יהיה 12. כמו במקרה הקודם, גם כאן מאפשרת כריכת שני המוצרים בחבילה להגדיל את הרווח של המוכר מכל לקוח, משום שבעוד שהמוכר איננו יודע מה הנכונות של כל לקוח לשלם עבור כל מוצר בנפרד, הוא יודע בוודאות שכל לקוח מוכן לשלם 14 עבור חבילה שבה יש את שני המוצרים.

המסקנה היא שמכירה בחבילות של מוצרים שבין הביקושים שלהם קיים מתאם שלילי, עשויה לאפשר למוכרים לשאוב חלק גדול יותר מהעודף שלקוחותיהם מפיקים, משום שהיא משפרת את המידע שיש לספק אודות הנכונות של הלקוחות לשלם. ראוי לציין שברדגמה לעיל קיים מתאם שלילי מלא בין נכונות הלקוחות לשלם עבור שני המוצרים. כאשר המתאם איננו מלא, המוכר עדיין יכול לצאת נשכר ממכירת המוצרים בחבילה, אם כי הגידול ברווח שלו כתוצאה מכך יהיה קטן יותר.⁵⁵ כאשר הלקוחות הם מפיצים של המוצרים או ספקים של מוצרים סופיים שמשמשים במוצרים כבתשומות, אזי שאיבת רווח כזו מקטינה את התמריצים שלהם להשקיע בשיווק המוצרים הסופיים לצרכנים ולכן עלולה לגרום לבעיית downstream moral hazard.

11.4 קשירה בין שני מוצרים בשוק הסיטונאי לשם "שאיבת" עודף מהלקוחות

בסעיף 11.2 לעיל ראינו כיצד קשירה בין מכונה לבין תשומת ייצור שבה משתמשת המכונה, מאפשרת לספק של המכונה להגדיל את הרווח שלו ממכירת המכונה. הגדלת הרווח מתאפשרת משום שאף שהספק איננו יכול לקבוע מחירים שונים עבור המכונה ללקוחות שונים, הוא יכול למכור את התשומה ברווח ולכן להרוויח יותר מלקוחות אשר עושים שימוש רב יותר במכונה (ועל כן צורכים כמות תשומות רבה יותר). מן הסתם ללקוחות כאלו נכונות גבוהה יותר לשלם עבור המכונה. בסעיף 11.3 לעיל ראינו כיצד קשירה בין מוצרים שונים שבין נכונות הלקוחות לשלם עבורם קיים מתאם שלילי מאפשרת

55 לניתוח כלכלי של קשירה בין שני מוצרים שבהספקתם יש לספק כוח מונופוליסטי, ראו P. McAfee, J. McMillan, M. Whinston "Multiproduct Monopoly, Commodity Bundling, and Correlation of Values" 104 *Q. J. Econ.* (1998) 371.

לספק לשאוב מהלקוחות עודף רב יותר. באופן גס ניתן לומר שהקשירה במקרה זה אפקטיבית, משום שלספק במקרה זה יש יותר מידע לגבי הנכונות של הלקוחות לשלם עבור שני המוצרים מאשר יש לו על הנכונות שלהם לשלם עבור כל אחד מהמוצרים בנפרד. בורסטיין הראה שקשירה בין שני מוצרים או יותר, עשויה לאפשר לספק להפיק רווח רב יותר מלקוחותיו גם אם אין בין המוצרים קשר כלשהו (למשל המוצרים אינם מכונה ותשומות משתנות כמו בסעיף 11.2 לעיל, ואין מתאם שלילי בין נכונות הלקוחות לשלם עבור המוצרים כמו בסעיף 11.3 לעיל), בתנאי שלספק יש כוח שוק בהספקת לפחות אחד מהמוצרים.⁵⁶ כדי לראות מדוע הקשירה מועילה לספק במקרה זה, נניח שיצרן מסוים הוא הספק היחיד של מוצר א ובנוסף הוא מתחרה בהספקת מוצר ב עם ספקים נוספים. כיוון שהיצרן הוא מונופול בהספקת מוצר א הוא יקבע עבור מוצר זה את המחיר המונופוליסטי אשר ממקסם את רווחיו. עם זאת כל עוד עקומת הביקוש למוצר א יורדת משמאל לימין, המחיר המונופוליסטי איננו שואב מהלקוחות של מוצר א את מלוא העודף שהם מפיקים מרכישתו (עודף זה מכונה "עודף הצרכן"). היינו, למעט היחידות השוליות, נכונות הלקוחות לשלם עבור מוצר א תהיה גבוהה מהמחיר המונופוליסטי של מוצר זה (שהוא אחיד לכל הלקוחות אף שהוא נקבע אך ורק על פי נכונותו של הלקוח השולי לשלם). על ידי התניה של רכישת מוצר א ברכישה מקבילה של מוצר ב בפרמיה לעומת מחירו בשוק, הספק יכול לשאוב מהלקוחות לפחות חלק מעודף זה. במילים אחרות, הקשירה מאפשרת לספק להגדיל את הרווח שלו ממכירת מוצר א מעבר לרווח המונופוליסטי!⁵⁷

כדי להמחיש כיצד הספק יכול לשאוב לפחות חלק מעודף הצרכן באמצעות קשירה בין המוצרים א ו-ב, נניח שלמוצר א יש 100 לקוחות והם שעקומת הביקוש של כל אחד מהם נתונה על ידי $Q=100-P$, כאשר Q היא הכמות הנמכרת ו-P הוא המחיר ליחידה. אם נניח לשם פשטות שעלות הייצור של מוצר א היא 0 (הנחה זו איננה משפיעה על התוצאה באופן איכותי), אזי נקבל שמחירו המונופוליסטי של מוצר א הוא 50, הכמות שכל לקוח רוכש במחיר זה היא 50, והרווח של הספק בגין כל לקוח הוא $50 \times 50 = 2500$. למרות שמוצר א נמכר במחיר המונופוליסטי, הרי שהלקוחות מפיקים מרכישתו עודף משום שנכונות כל

M. Burstein "The Economics of Tie-in Sales" 42(1) *Review of Economics and Statistics* 56
68 (1960).

57 חשוב לשים לב שהרווח המונופוליסטי הוא הרווח הגבוה ביותר שהספק יכול להפיק רק בתנאי שהספק חייב לקבוע למוצר תעריף לינארי (היינו לקבוע מחיר אחיד לכל יחידה). ברם אם הספק יכול לקבוע למוצר תעריף לא לינארי (למשל לקחת דמי זיכיון נוסף על תשלום עבור היחידות הנמכרות או להעניק הנחות כמות כן שהמחיר ליחידה הולך ויורד עם היקף הרכישות), אזי הוא יכול להגדיל את הרווח שלו מעבר לרווח המונופוליסטי. קשירה בין מכירת מוצר א ומוצר ב היא דוגמה אחת לתעריף לא לינארי, כאשר ניתן לחשוב על הפרמיה שבה נמכר מוצר ב כעל תשלום קבוע של הלקוח לספק.

אחד מהם לשלם עבור 49 היחידות הראשונות של מוצר א עולה על 50. למשל כל לקוח מוכן לשלם 100 עבור היחידה הראשונה, 99 עבור היחידה השנייה וכך הלאה. בממוצע, העודף של כל לקוח מרכישה יחידה אחת של מוצר א במחיר המונופוליסטי שווה להפרש בין המחיר המקסימאלי שהלקוח מוכן לשלם, קרי 100, לבין המחיר המונופוליסטי, 50, חלקי 2, היינו 25. כיוון שכל לקוח רוכש 50 יחידות, סך העודף של כל לקוח הוא: $25 \times 50 = 1250$.

כיוון שכל לקוח מפיק עודף מרכישה מוצר א גם כאשר מחירו הוא המחיר המונופוליסטי, הלקוח יהיה מוכן לשלם לספק סכום של עד 1250 תמורת הזכות לרכוש את מוצר א. הספק יכול "לשאוב" מהלקוחות לפחות חלק מסכום זה על ידי התנית מכירת מוצר א ברכישה מקבילה של מוצר ב במחיר העולה על מחירו הנוכחי בשוק. למשל אם נניח שכל לקוח מעוניין לרכוש 1000 יחידות ממוצר ב, וביקוש זה קשיח ואיננו תלוי במחיר המוצר כל עוד זה נמוך מסף עליון מסוים, אזי הספק יוכל למכור ללקוחותיו את כל 1000 היחידות בפרמיה של 1.2 ליחידה לעומת מחירו הנוכחי של מוצר ב בשוק, כתנאי למכירת מוצר א. הפרמיה אמנם מייקרת את סך ההוצאה של הלקוחות בגין רכישה מוצר ב ב- $1000 \times 1.2 = 1200$, אך כיוון שזהו תנאי לרכישה מוצר א' שממנו הלקוחות מפיקים עודף של 1250, הלקוחות יקבלו את התנאי.

11.5 קשירה תמחירית בשוק הסיטונאי כאמצעי ל"שאיבת" עודף מהלקוחות

כפי שראינו בסעיף הקודם, קשירה בין רכישה מוצר א שבמכירתו יש לספק כוח שוק לבין מוצר ב שבמכירתו אין לספק כוח שוק, מאפשרת לספק לשאוב לפחות חלק מהעודף שנצבר בידי הצרכנים כאשר הם רוכשים את מוצר א במחיר המונופוליסטי שלו. ניילבאף מראה שבמקרים רבים הספק יכול להשיג תוצאה דומה גם ללא קשירה פורמלית בין שני המוצרים באמצעות מתן הנחות ללקוחות אשר עומדים ביעדי רכישה של סל מוצרים.⁵⁸ הווה אומר, ההנחות הן מהצורה "אם הלקוח ירכוש לפחות כמות X ממוצרים א ו-ב אזי הוא ייהנה מהנחה בעת רכישה מוצר ג" (מוצר ג יכול להיות המוצרים א ו-ב עצמם, אך גם יכול להיות מוצר אחר).⁵⁹ דוגמה בולטת להנחות כאלו הן ההנחות שחברת 3M העניקה לרשתות

B. Nalebuff "Bundling as a Way to Leverage Monopoly" Yale School of Management, 58 Working Paper Number 36 (2004).

59 להבדיל מהנחות כמות, המוענקות בדרך כלל לכל הקונים על בסיס אחד, הנחות נאמנות נקבעות לעתים מזומנות באופן שונה לכל לקוח. יעדי הרכישה שבהם הלקוח צריך לעמוד כדי ליהנות מהנחת הנאמנות מבוססים על אחוז מינימלי מתוך סך הרכישות של הלקוח או על כמות יחידות מוחלטת (היינו ללא קשר לסך הרכישות של הלקוח) שמתאמת לאותו לקוח.

קמעונאיות גדולות בארצות-הברית, כגון קיי-מארט, וול-מארט, טרגט, סטייפלס ואופיסמקס, בגין הגדלת הרכישות ממנה בשישה קווי מוצרים שונים, לרבות ציוד משרדי (סרטי הדבקה, מוצרי אריזה ופתקיות Post It), חומרי ניקוי ומוצרים אודיו-ויזואליים. דוגמה בולטת נוספת היא ההנחות שבריטיש אירוויז העניקה לסוכני נסיעות אשר הזמינו ממנה מכסה מוסכמת של טיסות בקווים שונים.

כדי לראות כיצד קשירה תמחירית מסוג זה מסייעת לספק לשאוב חלק מעודף הצרכן, הבה נניח כמו בסעיף 11.4 שהספק הוא הספק היחיד של מוצר א והוא גובה עבורו את המחיר המונופוליסטי, אך בנוסף הוא גם מספק את מוצר ב שבהספקתו הוא מתחרה עם ספקים אחרים. נניח שהספק מציע ללקוחותיו הנחה קטנה של שקל אחד בגין רכישת מוצר א, בתנאי שהם ירכשו ממנו את מוצר ב במחיר העולה במעט על מחירו הנוכחי בשוק. להנחה של שקל אחד ברכישת מוצר א יש השפעה זניחה על רווחי הספק משום שמחירו הנוכחי הוא המחיר המונופוליסטי – סטייה קטנה ממחיר זה מפחיתה את הרווח של הספק במידה זניחה. עם זאת עבור הלקוחות ההנחה על מוצר א משמעותית עקב מחירו הגבוה, ולכן הם יסכימו לשלם על מוצר ב מחיר העולה על מחירו הרגיל כדי ליהנות מההנחה על מוצר א. כתוצאה מכך, הספק יוכל להגדיל את הרווח שלו ממכירת מוצר ב. הגידול ברווח יהיה משמעותי עבור הספק משום שמוצר ב נמכר במחיר נמוך ממחירו המונופוליסטי ולכן העלייה במחיר שלו מביאה לעלייה משמעותית ברווח של הספק.

כדי להמחיש כיצד מתן ההנחה לעיל מיטיבה עם הספק, הבה נניח פעם נוספת שהספק משרת 100 לקוחות זהים שלכל אחד מהם עקומת ביקוש למוצר א אשר נתונה על ידי $Q=100-P$. כזכור, אם נניח לשם פשטות שעלות הייצור של מוצר א היא 0, אזי נקבל שמחירו המונופוליסטי של מוצר א הוא 50, הכמות הנרכשת על ידי כל לקוח היא 50 והרווח של הספק בגין כל לקוח עומד על $50 \times 50 = 2500$. לפיכך הנחה של 1 במחיר מוצר א תזיל את מחירו ל-49 ובמקביל היא תגדיל את הכמות שכל לקוח רוכש ל-51. הרווח של הספק בגין כל לקוח יהיה כעת $51 \times 49 = 2499$. כלומר ההנחה במחירו של מוצר א הביאה לירידה זניחה של 1 ברווח של הספק. הסיבה לכך שהירידה ברווח זניחה היא שהוזלת המחיר ב-1 ליחידה אמנם מפחיתה את הרווח של הספק מכל לקוח ב- $50 \times 1 = 50$, אך במקביל היא מעודדת כל לקוח לרכוש יחידה אחת נוספת במחיר של 49. תוספת הרווח בגין

במקרה האחרון, שבו יעד הרכישה מבוסס על כמות מוחלטת של יחידות, נהוג לכנות את ההנחה גם בשם "הנחת מטרה".

מכירת היחידה הנוספת מקוזת את הירידה ברווח בגין ההנחה וגורמת לכך שהירידה הכוללת ברווח היא זניחה.⁶⁰

אשר ללקוחות, הרי שכפי שראינו לעיל, עודף הצרכן שלהם כאשר מחיר המוצר הוא 50 שווה ל-1250. הוזלה של 1 במחיר המוצר מגדילה את עודף הצרכן ל-

$$(100-49) \times 51/2 = 1300.5$$

כלומר ההוזלה במחירו של מוצר א מעלה את העודף של כל לקוח ב-50.5, אף על פי שהיא מקטינה את הרווח של הספק ב-1 בלבד. כיוון שמצבו של כל לקוח משתפר במידה משמעותית בעקבות ההנחה במחיר המוצר א, הלקוח יסכים לרכוש את מוצר ב מהספק גם במחיר העולה על מחירו הנוכחי בשוק בכדי ליהנות מההנחה על מוצר א. למשל אם נניח כמו קודם שכל לקוח מעוניין לרכוש 1000 יחידות ממוצר ב וביקוש זה קשיח ואיננו תלוי במחיר המוצר כל עוד זה נמוך מסף עליון מסוים, אזי הספק יוכל למכור לכל לקוח את 1000 היחידות שהוא מבקש בפרמיה של 0.05 ליחידה לעומת מחיר השוק של מוצר ב. הפרמיה מעלה את סך ההוצאה של הלקוח ב- $1000 \times 0.05 = 50$, אך היא מאפשרת לו ליהנות מהנחה ברכישת מוצר א אשר מגדילה את עודף הצרכן שלו ב-50.5. לפיכך כל אחד מהלקוחות יענה להצעה. כיוון שהספק מרוויח מכל לקוח 50 נוספים על מוצר ב ואילו הירידה ברווח שלו על מכירת מוצר א היא רק 1, סך הרווח שלו מכל לקוח גדל ב-49.

הסיבה האינטואיטיבית לכך שהקשירה התמחירית משפרת את מצבו של הספק היא שללא הקשירה, הספק מקטין באופן מלאכותי את מכירות מוצר א כדי לנפח את מחירו ללקוחות. פועל יוצא מכך הוא שכל לקוח רוכש רק 50 יחידות של מוצר א, אף שהוא מוכן לרכוש 50 יחידות נוספות במחיר העולה על עלות הייצור שלהן. התוצאה היא שללא הקשירה התמחירית, יורד לטמיון עודף כלכלי שעשוי היה להיווצר לו 50 יחידות נוספות היו נמכרות. כאשר הספק מבצע קשירה תמחירית בין מוצר א למוצר ב, הוא מגדיל את המכירות של מוצר א ולכן מגדיל את סך העודף הכלכלי שנוצר. התנאי לקבלת ההנחה, שהוא רכישה מקבילה של מוצר ב במחיר העולה על מחירו בשוק, מאפשרת לספק ל"שאוב", דרך הרווחים שהוא מפיק ממכירת מוצר ב, לפחות חלק מהגידול בעודף הכלכלי שנוצר על ידי מכירת היחידות הנוספות של מוצר א, ולכן משפרת את מצבו.

חשוב לשים לב לכך שכיוון שהקשירה התמחירית מביאה לעלייה במכירות של מוצר א בלי שהיא מקטינה את המכירות של מוצר ב, היא מביאה לעלייה בסך העודף הכלכלי. במילים אחרות, הקשירה התמחירית משפרת את מצבו של הספק בלי לפגוע בלקוחות. זאת

60 אם מחירו של מוצר א במצב המוצא לא היה המחיר המונופוליסטי, כי אז אובדן הרווח היה גדול יותר. למעשה, אובדן הרווח היה גדול והולך ככל שמחירו ההתחלתי של מוצר א היה רחוק יותר מהמחיר המונופוליסטי.

בפרט נוכח העובדה שהלקוחות אינם חייבים, אם אין הם מעוניינים בכך, להיענות להצעה של הספק לקבל הנחת נאמנות על רכישת מוצר א בתמורה לרכישה מקבילה של מוצר ב והם רשאים להמשיך ולרכוש את מוצר א במחירו הקודם במקביל לרכישה של מוצר ב מאת ספקים מתחרים.

השפעות אנטי תחרותיות של הסדרים אנכיים במסגרת תחרות בין-מותגית

12. שימוש בהסדרים אנכיים כאמצעי לריכוך תחרות בשוק הסיטונאי או הקמעונאי

למרות שהסדרים אנכיים יכולים במקרים רבים לפתור חיכוכים בין ספקים למפיצים ובכך להגביר את היעילות הכלכלית ואף להועיל לצרכנים, הרי שהם גם עלולים במקרים מסוימים להיות מכשיר לפגיעה בתחרות. כפי שראינו לעיל, הצרכנים עלולים להיפגע מהסדר אנכי מסוים גם כאשר המטרה המרכזית של הסדר זה היא למנוע חיכוך בין הספק למפיצים. הפגיעה בצרכנים במקרה זה היא פועל יוצא של השימוש בהסדר האנכי ולא מטרה כשלעצמה. בסעיפים 12.1-12.3 להלן נראה כיצד ספקים עלולים להשתמש בהסדרים אנכיים כדי ליצור השפעות אנטי תחרותיות אופקיות אשר מרככות את התחרות בין מפיצים בשוק הקמעונאי. בסעיפים 12.4-12.6 נראה כיצד הסדרים אנכיים עלולים ליצור השפעות אנטי תחרותיות אופקיות אשר מרככות את התחרות בין הספקים בשוק הסיטונאי. בכל המקרים שנבחנו להלן, המניע לשימוש בהסדרים אנכיים הוא אנטי תחרותי במובהק.

12.1 הכתבת מחיר מינימום לצרכן כדי לרכך תחרות בין מפיצים בשוק הקמעונאי

תחרות בין מפיצים שונים (פנים-מותגית או רב-מותגית) שוחקת את רווחיות המפיצים ולפיכך מונעת מהספקים לגבות מהמפיצים דמי זיכיון גבוהים. הספקים יכולים למנוע מצב זה על ידי הכתבת מחירי מינימום למפיצים. הכתבה כזו מרככת את התחרות בין המפיצים ומעלה את הרווחיות של כל אחד מהם. כפי שראינו בסעיפים 6.1 ו-7.2 לעיל, עלייה ברווחיותו של כל מפיץ מעודדת אותו להגביר את מאמצי השיווק כאשר קיימת תחרות פנים-מותגית (היינו המפיצים משווקים את אותם המוצרים), ודבר זה עשוי להועיל לצרכנים. אולם אם הביקוש למוצר איננו רגיש למאמצי השיווק של המפיצים, כי אז לריכוך התחרות הפנים-מותגית בין המפיצים אין השפעה חיובית על היעילות הכלכלית. מנגד, ריכוך התחרות הפנים-מותגית בין המפיצים תביא לעלייה במחיר לצרכן ובעקבותיה ירידה בכמות הנמכרת. כיוון שהצרכנים מפיקים תועלת מרכישת המוצר, הירידה בכמות הנמכרת תגרוור אחריה אובדן של תועלת ולכן תפגע ברווחה הכלכלית.

כעת נראה כיצד הכתבת מחירי מינימום יכולה לרכז גם תחרות בין-מותגית (interbrand competition) בין מפיצים כאשר כל אחד מהם משווק מוצר שונה המיוצר על ידי ספק אחר. כדי לראות מדוע, נניח שספק א משווק את המוצר שלו לצרכנים רק באמצעות מפיץ א ואילו ספק ב משווק מוצר תחליפי רק באמצעות מפיץ ב. כמו כן נניח שספק א מכתוב למפיץ א מחיר מינימום אפקטיבי, אשר גבוה מהמחיר שהמפיץ היה קובע בשווי משקל. הכתבה זו מאלצת את מפיץ א לייקר את המחיר שלו לצרכן. כיוון ששני המוצרים תחליפיים, העלאת המחיר לצרכן על ידי מפיץ א תביא לעלייה בביקוש למוצר ב. מפיץ ב מצדו ישאף, בקשת רחבה של מקרים, לנצל את העלייה בביקוש למוצר שלו לשם העלאת המחיר של מוצר ב. התוצאה היא שמחירי שני המוצרים מתייקרים ואתם גם רווחי המפיצים. שני הספקים נהנים ממצב זה משום שהם יכולים לנצל את העלייה ברווחי המפיצים לשם העלאת דמי הזיכיון שהם גובים מהמפיצים.

12.2 קביעת טריטוריות בלעדיות כאמצעי לריכוך תחרות בין מפיצי מוצרים של ספקים שונים

דרך נוספת שבה ספקים יכולים לרכז תחרות מחירים בין מפיצים היא על ידי קביעת טריטוריה בלעדית לכל מפיץ. כמו במקרה של הכתבת מחירי מינימום, הרעיון ברור מאליו כאשר בין המפיצים שוררת תחרות פנים-מותגית. אולם טריטוריות בלעדיות יכולות לרכז גם תחרות בין-מותגית. רעיון זה הוצע על ידי ריי וסטיגליץ.⁶¹ כדי להדגים את הרעיון, נניח ששני ספקים משווקים מוצרים תחליפיים, כל אחד מהם באמצעות שני מפיצים. כל ארבעת המפיצים מתחרים זה בזה בשוק. נניח שספק א קובע לכל אחד משני המפיצים שלו טריטוריה בלעדית. קביעה זו מונעת תחרות פנים-מותגית במוצר של ספק א ועל כן מייקרת את מחירו לצרכן. כיוון שהמוצרים של שני הספקים תחליפיים, ההתייקרות במחירו של מוצר א תביא לעלייה בביקוש למוצר ב. בקשת רחבה של מקרים שני המפיצים של מוצר ב יגיבו על העלייה בביקוש למוצר ב על ידי העלאת המחירים שלהם. התוצאה היא שלא רק התחרות הפנים-מותגית בכל מוצר תתרכז אלא גם התחרות הבין-מותגית בין שני המוצרים תתרכז. שני הספקים יוכלו לנצל את המצב שנוצר ולשאוב סכומי כסף גדולים יותר מהמפיצים, למשל בדמות דמי זיכיון גבוהים יותר.

P. Rey, J. Stiglitz "The Role of Exclusive Territories in Producers' Competition" 26 61
RAND J. Econ. (1995) 431

12.3 עמלות מדף כאמצעי לריכוך תחרות בין מפיצים בשוק הקמעונאי

כפי שראינו לעיל, הכתבת מחיר מינימום לצרכן וקביעת טריטוריות בלעדיות על ידי הספקים יכולות לרכך תחרות מחירים בין-מותגית בין מפיצים. שפר מראה שדרך נוספת לרכך תחרות מחירים בין מפיצים היא על ידי כך שכל מפיץ גובה מהספק עמלות מדף עבור הזכות לשווק באמצעותו את המוצרים שלו.⁶² במודל של שפר שוררת תחרות משוכללת בשוק הסיטונאי. עמלות מדף שהמפיצים גובים מהספקים מעלות את ההוצאות הקבועות של הספקים. בטווח הארוך, המחיר הסיטונאי שייקבע בתחרות יהיה שווה להוצאה הממוצעת של הספקים אשר מושפעת בין השאר גם מעמלות המדף שהם משלמים למפיצים. העלייה במחיר הסיטונאי גורמת לכל מפיץ לייקר את המחיר לצרכן ועל כן מרככת את תחרות המחירים בין המפיצים. המפיצים מצדם אינם נפגעים מהעלייה במחירים הסיטונאיים משום שעמלות המדף שהם מקבלים מהספקים מפצות אותם על התייקרות זו.

12.4 הכתבת מחיר מינימום לצרכן והסכמי רכישה בלעדית כאמצעים הקלה על תיאום מחירים בשוק הסיטונאי

כפי שראינו בסעיף 12.1, הכתבת מחירי מינימום למפיצים עלולה לפגוע בתחרות על ידי ריכוך תחרות בין-מותגית בין המפיצים בשוק הקמעונאי. אולם כפי שטלסר טוען, הכתבת מחירי מינימום למפיצים יכולה גם להקל על תיאום מחירים סיטונאיים בין ספקים מתחרים. תיאום כזה מייקר בסופו של דבר את המחיר לצרכן ועל כן הוא פוגע בצרכנים.⁶³ הסיבה שהכתבת מחיר מינימום לצרכן עלולה להקל על תיאום מחירים בשוק הסיטונאי היא שללא מחירי מינימום לצרכן, תיאום מחירים סיטונאיים בין ספקים עלול להיתקל בקשיים שכן כל ספק ישאף לחרוג מהתיאום על ידי מתן הנחות סודיות למפיצים כדי לעודד אותם לרכוש כמות גדולה יותר מהמוצר שלו. המפיצים מצדם יוכלו לשווק את הכמות הנוספת לצרכנים על ידי הוזלת המחיר לצרכן. לספקים אחרים יהיה קשה במקרה זה לדעת אם הוזלת המחיר לצרכן נובעת מכך שהמפיצים קיבלו הנחות סודיות מהספק או מסיבה אחרת. אולם הכתבת מחירי מינימום לצרכן על ידי הספקים, מונעת מהמפיצים להעניק לצרכנים הנחות ולכן מקשה עליהם לשווק כמות נוספת של המוצר לצרכנים. ללא יכולת לשווק כמות נוספת לצרכנים אין למפיצים סיבה להגדיל את הרכישות שלהם מהספק. כיוון שהספקים אינם יכולים להגדיל את המכירות הסיטונאיות שלהם, אין לאף אחד מהם תמריץ

G. Shaffer "Slotting Allowances and Resale Price Maintenance: A Comparison of 62
Facilitating Practices" 22 *RAND J. Econ.* (1991) 120
Telser, לעיל הערה 25. 63

לחרוג מהמחיר הסיטונאי המתואם ולהציע למפיצים הנחות סודיות. יתר על כן, ההכתבה מאפשרת לספקים להתנות את תיאום המחירים הסיטונאיים ביניהם בכך שאף מפיץ לא ימכור במחיר הנמוך ממחיר המינימום לצרכן. סטייה של מפיץ ממחיר המינימום לצרכן קלה יותר לגילוי מאשר סטייה מהמחיר הסיטונאי המתואם ולכן מקלה על תאום מחירים סיטונאיים בין הספקים.

ברם כל עוד מפיץ אחד משווק לצרכנים מוצרים של כמה ספקים, ייתכן שהכתבת מחיר מינימום לצרכן לא תספיק לשם תיאום מחירים סיטונאיים, משום שכל ספק ישאף להעניק למפיץ הנחה סודית על המוצר שלו כדי לתמרץ אותו לשכנע את הצרכנים לרכוש את המוצר שלו על חשבון המוצרים של הספקים המתחרים (למשל על ידי שיווק אגרסיבי יותר של המוצר של הספק שהעניק את ההנחה). אמנם, בהינתן מחירי המינימום לצרכן סך המכירות לצרכנים לא יגדל, אך כל אחד מהספקים ישאף להגדיל את מכירות המוצר שלו על חשבון המוצרים של הספקים המתחרים. כפי שטלסר טוען, ניתן לפתור בעיה זו על ידי הסכמי רכישה בלעדית שלפיהם כל מפיץ מתמחה בשיווק מוצרים של ספק בודד. הסכמים כאלו ימנעו ניסיון של הספקים לגרום למפיצים להסיט מכירות ממוצר אחד למשנהו.

12.5 הסדרי לקוח מועדף כאמצעי להקלה על תיאום מחירים בשוק הסיטונאי

הסדרי לקוח מועדף הם התחייבויות חוזיות שספקים מקבלים על עצמם ולפיהם הם מתחייבים שלא להפלות לקוחות לרעה במחיר לעומת לקוחות אחרים. להסדרי לקוח מועדף ישנן שתי גרסאות עיקריות: הסדרים בו־זמניים (Contemporaneous most favored customer clauses), שלפיהם הספק מתחייב להעניק ללקוח את אותן הנחות שמהן נהנים לקוחות אחרים שלו בהווה, והסדרים רטרואקטיביים (Retroactive most favored customer clauses), שלפיהם הספק מתחייב להעניק ללקוח את אותן הנחות שמהן ייהנו לקוחות עתידיים שלו. הסיבה שהסדרי לקוח מועדף עלולים להקל על תיאום מחירים בשוק הסיטונאי היא כדלקמן: כאשר הספקים מתאמים את המחירים הסיטונאיים, קיים חשש שכל אחד מהם ינסה לחרוג מהתיאום. לכן כדי שהתיאום יהיה אפקטיבי הספקים ישאפו למצוא דרכים שבהן הם יוכלו להתחייב שלא לחרוג מהתיאום. דרך אחת להתחייב היא להציע ללקוחות הסדרי לקוח מועדף. הסדרים כאלו מחייבים את הספק להעניק הנחות זהות לכלל הצרכנים שלו בהווה (אם ההסדרים הם בו־זמניים) או לקוחותיו בעבר (אם ההסדרים הם רטרואקטיביים) ועל כן הם מקשים עליו לנסות ולפתות לקוחות של ספקים מתחרים לרכוש ממנו באמצעות מתן הנחות לאותם לקוחות. יתר על כן, ההסדרים מתמרצים את הלקוחות לפקח על הספק שכן כאשר לקוח לומד על הנחה שניתנה ללקוח אחר יש ללקוח תמריץ לדרוש מהספק הנחה דומה. מסיבה זו, גם הסכמי לקוח מועדף אשר ניתנים למספר מצומצם של לקוחות גדולים יכולים להספיק לשם הקלה על תיאום מחירים בשוק הסיטונאי: זאת

משום שהשוואת תנאי מכירה ללקוחות גדולים כרוכה בעלות גבוהה מספיק כדי להרתיע את הספק מהניסיון להציע הנחות ללקוחות של ספקים מתחרים. בנוסף סביר להניח שיכולת הפיקוח של לקוחות גדולים על הספק תהיה גדולה דיה על מנת להבטיח שהספק לא יוכל להציע הנחות סודיות ללקוחות של ספקים מתחרים. הספק ירתע עוד יותר מלסטות מהתיאום על ידי מתן הנחה אם הוא יצטרך נוסף על כך לפצות רטרואקטיבית את הלקוחות שרכשו ממנו לפני כן (אם ההסדרים הם רטרואקטיביים). לבסוף, אם הספק צריך להעניק את ההנחה לכל לקוחותיו, הדבר יכול להפוך את עצם מתן ההנחה לשקוף יותר למתחריו וכך הם יגיבו מהר יותר להנחה, באמצעות מתן הנחות בעצמם. תגובה כזו תקטין את הרווח שהספק יוכל להפיק מסטייה מהתיאום.

חשוב להזכיר שבנוסף להקלה על תיאום מחירים סיטונאיים, להסדרי לקוח מועדף יש פוטנציאל אנטי תחרותי גם משום שכפי שראינו בסעיף 8 לעיל, הם מסייעים לספק למנוע את בעיית האופורטוניזם בתחרות פנים-מותגית. דבר זה מאפשר לספק לתמרץ את המפיצים לייקר את המחיר לצרכן לרמה אשר ממקסמת את הרווח של מערכת ההפצה האנכית.

12.6 הסדרי הפצה בלעדית כאמצעי לריכוך תחרות בין-מותגית בשוק הסיטונאי ובשוק הקמעונאי

הסדרי הפצה בלעדית אשר כובלים את הספק ומחייבים אותו לשווק את מוצריו בשטח גיאוגרפי מסוים או למגזר לקוחות ספציפי באמצעות מפיץ בלעדי, עלולים לרכך את התחרות הבין-מותגית הן בשוק הסיטונאי הן בשוק הקמעונאי. כדי להדגים כיצד, נניח שבשוק הסיטונאי פועלים שני ספקים ואילו בשוק הקמעונאי פועלים שני מפיצים. אם ספק א חותם על הסדר הפצה בלעדית עם מפיץ א, אזי מפיץ ב אנוס לרכוש מספק ב, שכן ספק א התחייב שלא למכור לו. דבר זה מגביר את כוח השוק שיש לספק ב מול מפיץ ב והוא מאפשר לספק ב לייקר את המחיר הסיטונאי שלו (ספק ב איננו מתחרה עוד עם ספק א על לבו של מפיץ ב). עליית המחירים בשוק הסיטונאי תחייב את מפיץ ב לייקר את המחיר שלו לצרכן. לפיכך מפיץ א יינה מיתרון תחרותי בשוק הקמעונאי והוא ישאף, בקשת רחבה של מקרים, לנצל יתרון זה לשם העלאת מחירים. התוצאה עלולה להיות עליית מחירים לצרכן מצד שני המפיצים גם יחד.

יתר על כן, הסדר ההפצה הבלעדית מונע תחרות פנים-מותגית בהפצה של מוצריו של ספק א בין שני המפיצים ועל כן הוא עלול לאפשר למפיץ א לייקר את המחיר לצרכן. כמובן, המחיר לצרכן יתייקר יותר ככל שהמוצר שמפיץ ב משווק (קרי המוצר של ספק ב) נתפס בעיני הצרכנים כתחליף פחות קרוב למוצר שאותו משווק מפיץ א. עובדה זו עלולה לדרבן את מפיץ ב לייקר את המחיר שלו לצרכן. כמו במקרה הקודם, גם כאן נפגעים הצרכנים מהסדר, שכן שני המפיצים גם יחד מייקרים את המחיר שלהם לצרכן. אולם אם

מפיץ ב יבחר להגיב על עליית המחיר לצרכן של מפיץ א באמצעות הוזלת המחיר לצרכן, הרי שהתוצאה איננה חד-משמעית, משום שמחירו של מוצר א התייקר בעוד שמחירו של מוצר ב הוזל.

ראוי להדגיש שהסתלקותו של הספק שהגביל את עצמו מתחרות על לבם של מפיצים מתחרים באמצעות הסכם ההפצה הבלעדית, משפיעה באופן משמעותי על התחרות בשוק הסיטונאי רק אם לספק יש נתח שוק גדול מספיק. התוצאה יכולה להיות מזיקה במיוחד כאשר לספק אשר מגביל את עצמו יש יתרון תחרותי על פני ספקים מתחרים (למשל אם הוא הספק היחיד אשר יכול להבטיח קו מוצרים מלא, אם קו המוצרים שלו הוא באיכות גבוהה יותר או אם העלויות שלו נמוכות במיוחד). במקרה זה הספקים המתחרים אינם מהווים תחליפים הולמים מנקודת ראותם של מפיצים מתחרים ולכן ההסדר עלול לא רק להחליש את כוחם של מפיצים מתחרים להתחרות באופן אפקטיבי במפיץ הבלעדי בשוק הקמעונאי, אלא הוא אף עלול, במקרים קיצוניים, לדחוק אותם משוק זה כליל. עם זאת עלייה במספרם של הספקים בשוק הסיטונאי וברמת התחליפיות ביניהם מנקודת ראותם של המפיצים מקטינה את שני האפקטים שתוארו לעיל.

13. שימוש בהסדרים אנכיים כאמצעי לדחיקת רגלי ספקים מתחרים

בסעיף הקודם ראינו כיצד הסדרים אנכיים עלולים ליצור השפעות אופקיות מזיקות באמצעות ריכוך התחרות הבין-מותגית בשוק הקמעונאי או הסיטונאי. בסעיף זה נראה כיצד ספקים עלולים להשתמש בהסדרים אנכיים כאמצעי לדחיקת רגלי ספקים מתחרים מהשוק הסיטונאי.

13.1 עמלות מדף כאמצעי לדחיקת רגלי ספקים מתחרים

כאשר ספקים מתחרים ביניהם על שטחי המדף המוגבלים של המפיצים, עלול להיווצר מצב שבו ספקים שלרשותם משאבים כספיים יציעו למפיצים עמלות מדף גבוהות ולפיכך ידחקו את רגליהם של ספקים מתחרים אשר אינם בעלי אמצעים כספיים דומים. שפר מראה כי ספק דומיננטי עשוי להציע למפיצים עמלות מדף עבור מרבית שטחי המדף שלהם או אף עבור כולם.⁶⁴ כאשר המפיצים מקבלים את ההצעה לא נותרים שטחי מדף מספיקים עבור ספקים מתחרים ולכן ספקים אלו נפלטים מהשוק. היתרון של אסטרטגיה כזו מנקודת ראותו של הספק הדומיננטי הוא בכך שהיא מאפשרת לו להשתלט על השוק ולפיכך לקבוע למוצר

G. Shaffer "Slotting Allowances and Optimal Product Variety" 5(1) *Advances in Economic Analysis & Policy* (2005) Article 3 64

שלו מחיר סיטונאי גבוה. עם זאת האסטרטגיה מחייבת את הספק הדומיננטי לשלם למפיצים עמלות מדף יקרות. לכן הספק הדומיננטי חייב לבחור בין הצעת עמלות מדף ודחיקת רגלי הספקים המתחרים מהשוק, דבר שיאפשר לו לגבות מחירים סיטונאיים גבוהים, לבין הימנעות מהצעת עמלות מדף, דבר אשר יאלץ אותו להתחרות במחיר הסיטונאי עם הספקים המתחרים. שפר מראה שהסיכוי לכך ששימוש בעמלות מדף כאמצעי לדחיקת ספקים מתחרים היא אסטרטגיה רווחית גדול במיוחד ככל שגדלה מידת התחליפות בין המוצרים של הספק הדומיננטי והספק המתחרה. במקרה כזה התוצאה המתקבלת היא אנטי תחרותית משתי הסיבות האלה:

(א) הצרכנים צריכים להסתפק במוצרים של הספק הדומיננטי ואינם יכולים ליהנות מהאפשרות לרכוש גם את המוצרים של הספקים המתחרים.

(ב) כאשר הספק הדומיננטי משתלט על השוק, הוא גובה עבור המוצרים שלו מחיר סיטונאי גבוה אשר מייקר בסופו של דבר את המחיר לצרכן.

13.2 הצרת צעדי ספקים מתחרים באמצעות קשירה בין מוצרים או תניית שיווק קו מוצרים מלא

קשירה בין רכישת כמה מוצרים או תשומות עלולה להצר את צעדיהם של ספקים מתחרים אשר אינם יכולים לספק את כל קשת המוצרים או התשומות שהקונים מבקשים לרכוש. בדומה, תניית שיווק קו מוצרים מלא של אותו ספק על ידי מפיץ (full-line forcing) עלולה להצר את צעדיהם של ספקים מתחרים אשר אינם יכולים לספק למפיץ את כל קשת המוצרים שהוא מעוניין לשווק לצרכנים. רעיון זה ברור מאליו כאשר הקונה איננו יכול לוותר על אחד המוצרים: במקרה זה, ספק אשר איננו מספק קו מוצרים מלא לא יוכל להתחרות בשוק. אולם קשירה בין רכישת כמה מוצרים עלולה לאפשר לספק אחד להצר את צעדיו של ספק מתחרה גם כאשר הקונה יכול לוותר על אחד או יותר מהמוצרים. ניתן להמחיש רעיון זה בעזרת הדוגמה הבאה אשר מבוססת על נילבף.⁶⁵ נניח שקונה מעוניין לרכוש את המוצרים א ו-ב. בשוק הסיטונאי פועלים שני ספקים מתחרים: ספק 1 יכול לספק את שני המוצרים ואילו ספק 2 יכול לספק רק את מוצר ב. הקונה בדוגמה זו עשוי להיות ספק אשר משתמש במוצרים א ו-ב כתשומות ייצור או קמעונאי אשר משווק את המוצרים א ו-ב לצרכנים סופיים (למשל סופרמרקט, בית מרקחת או חנות לחומרי בניין). הדוגמה גם רלוונטית למקרים שבהם הספקים מספקים שירותים אשר מופצים לצרכנים באמצעות הקונים, הספקים עשויים להיות למשל חברות ביטוח שאחת מהן (ספק 1) מספקת

.B. Nalebuff "Bundling as an Entry Barrier" 119 *Quarterly J. Econ.* (2004) 159 65

שני סוגי ביטוחים, השנייה (ספק 2) מתמחה בסוג אחד של ביטוחים ואילו הקונים הם סוכני ביטוח, או שהספקים עשויים להיות חברות תעופה שאחת מהן (ספק 1) מציעה טיסות במגוון של קווים, השנייה (ספק 2) מציעה טיסות במספר קווים מצומצם ואילו הקונים הם סוכני נסיעות.

ללא קשירה בין שני המוצרים, הייתה מתפתחת בשוק למוצר ב תחרות בין שני הספקים. בפרט אם מוצר ב של שני הספקים טוב במידה שווה, אזי לכל אחד מהספקים היה נתח שוק של 50% בהספקת מוצר ב. אולם כאשר ספק 1 מתנה את מכירת מוצר א בקנייה של מוצר ב, אזי לקונים צומחת תועלת רבה מרכישת מוצר ב מספק 1 שכן אז הם יכולים לרכוש ממנו גם את מוצר א, דבר אשר נבצר מהם כאשר הם רוכשים את מוצר ב מספק 2. כדי לשכנע את הצרכנים לרכוש ממנו, יאלץ ספק 2 להציע את מוצר ב שלו בהנחה לעומת המחיר שספק 1 מציע. דא עקא, אם ההנחה הנדרשת מורידה את המחיר של מוצר ב אל מתחת לעלות הייצור שלו, ספק ב יצבור הפסדים ויפלט מהשוק. למשל אם הקונים מייחסים לרכישת כל אחד מהמוצרים ערך של 10 (למשל זהו הרווח ממכירה קמעונאית של כל מוצר לצרכנים סופיים) ואם העלות השולית להספקת כל אחד מהמוצרים היא 1, אזי בשווי משקל, ספק א יציע את שני המוצרים במחיר של 11, ולקונים תצמח תועלת של $11 - 9 = 20$ מרכישת שני המוצרים ממנו. כדי לשכנע את הצרכנים לרכוש את מוצר ב ממנו, ספק 2 יאלץ להציע את מוצר ב במחיר של פחות מ-1 כדי שהתועלת של הצרכנים מרכישת מוצר ב ממנו תהיה גדולה מ-9. כיוון שלספק ב יש עלות של 1 להספקת מוצר ב, מכירתו בפחות מ-1 תסב לספק ב הפסדים והוא יאלץ לצאת מהשוק.

הדוגמה לעיל קיצונית משום שהיא מניחה שלצרכנים אין תחליף למוצר א של ספק 1 ומשום שהיא מניחה שקיימת תחלופה מלאה בין מוצר ב של ספק 1 למוצר ב של ספק 2. אולם קשירה בין שני מוצרים יכולה לפגוע בתחרות גם במקרים פחות קיצוניים. למשל נניח שקונה מסוים מעוניין לרכוש את מוצר א של ספק 1, אך לא את מוצר ב של אותו ספק, ושספק 1 כופה על הקונה לרכוש ממנו גם את מוצר ב כתנאי לרכישת מוצר א. אם הקונה יבחר לרכוש את מוצר ב של ספק 2 ולא של ספק 1, יהיה עליו למצוא תחליף הולם גם למוצר א של ספק 1. דבר זה מקשה על הקונה לעבוד עם ספק 2. הפגיעה בתחרות נגרמת משום שהקשירה מעלה את כוח השוק של ספק 1 כלפי הקונים במכירת מוצר ב, דבר אשר מאפשר לו להעלות מחירים ביודעו שלפחות חלק מהקונים לא ינטשו אותו לטובת ספק 2. בנוסף, כאשר הקונה רוכש את כל קו המוצרים של ספק 1, הוא פחות חשוף מטבע הדברים למוצרים של ספקים מתחרים ודבר זה מקשה על ספקים אלו לשווק לו מוצרים חדשים שלהם.

הקשירה בין רכישת מוצרים א ו-ב של ספק 1 פוגעת בספק 2 גם אם מוצרי ב של שני הספקים אינם מהווים תחליפים מושלמים זה לזה. כאשר זהו המצב, אזי הקונה עשוי להיות

מעוניין לרכוש את מוצרי ב של שני הספקים גם יחד (למשל אם הקונה הוא סופרמרקט ומוצר ב הוא פסטה או שוקולד, אזי הסופרמרקט עשוי להיות מעוניין לשווק לצרכנים את הפסטה או השוקולד של שני הספקים). אולם כיוון שהקונה חייב לרכוש כמות קבועה של מוצר ב של ספק 1 כדי שהוא יוכל לרכוש את מוצר א של ספק 1, ברור שהביקוש שלו למוצר ב של ספק 2 נחלש. הפגיעה בספק 2 תהיה קשה אף יותר אם ישנם יתרונות לגודל בייצור מוצר ב, משום שהעלייה ברכישות של מוצר ב של ספק 1 על חשבון רכישות מוצר ב של ספק 2 תביא להוזלת העלויות של ספק 1 ולעלייה מקבילה בעלויות של ספק 2, דבר שיספר עוד יותר את היתרון התחרותי של ספק 1 על חשבוננו של ספק 2.

13.3 דחיקת רגלי ספקים מתחרים באמצעות הנחות נאמנות

כפי שראינו בסעיף 11.5, ספק יכול לעודד צרכנים לרכוש ממנו את כלל המוצרים או לפחות חלק ניכר מהם, באמצעות מתן הנחות נאמנות אשר מתנות את קבלת ההנחה בעמידה ביעדי רכישה של סל מוצרים והן מזכות את הצרכן בהנחה ברכישת מוצרים שונים (לאו דווקא אלו אשר עליהם מתבסס יעד הרכישה). ניילבאף מראה כיצד הנחות כאלו עלולות לסייע לספק לדחוק רגלי ספקים מתחרים.⁶⁶

כדי להמחיש את הטענה של ניילבאף, נניח בדומה לסעיף 13.2, שבשוק הסיטונאי פועלים שני ספקים מתחרים, כאשר אחד מהם, ספק 1, יכול לספק את המוצרים א ו-ב, ואילו הספק המתחרה, ספק 2, יכול לספק רק את מוצר ב. כיוון שספק 1 הוא מונופוליסט בשוק למוצר א הוא יקבע עבור מוצר זה את מחירו המונופוליסטי. נניח שמחיר זה שווה ל-10. לעומת זאת בשוק למוצר ב תתפתח תחרות בין שני הספקים. אם מוצרי ב של שני הספקים הם תחליפים מושלמים זה לזה, המחיר בשוק למוצר ב יהיה שווה בשווי משקל לעלות השולית, קרי 5. לפיכך צרכן אשר מעוניין לרכוש את שני המוצרים יידרש להוציא על שניהם סכום של 15.

נניח שספק 1 מייקר את מחירו הסיטונאי של מוצר א ל-11, ובמקביל הוא מציע לצרכנים שלו את מוצר ב במחיר של 4, בתנאי שהם ירכשו ממנו גם את מוצר א. צרכן אשר נענה להצעה ישלם עבור שני המוצרים סכום של 15, ממש כמו קודם. אם הצרכן מסרב להצעה, אזי הוא יאלץ לרכוש את מוצר א במחיר של 11 מספק 1 ואת מוצר ב מספק 2 במחיר של לפחות 5 שהיא העלות השולית של מוצר ב ולכן היא מהווה חסם תחתון למחיר הסיטונאי שספק 2 יקבע למוצר ב. סך ההוצאה הכספית של הצרכן תהיה במקרה זה לפחות 16. ברור

B. Nalebuff "Tied and True Exclusion: Comment on Tirole's 'An Analysis of Tying Cases: A Primer'" 1(1) *Competition Policy International* (2005) 41 66

אפוא שכל הצרכנים יעדיפו לקבל את ההצעה של ספק 1 ואילו ספק 2 יפלט מהשוק. הסיבה שההצעה של ספק 1 היא כה מסוכנת היא שהיא מאפשרת לספק 1 לדחוק את רגליו של הספק המתחרה מהשוק למוצר ב ללא צורך בהקרכת רווחים מצדו!

13.4 קשירה בין מוצרים כאמצעי לדחיקת רגלי ספקים מתחרים בשוק הסיטונאי

וינסטון הראה שקשירה בין שני מוצרים עלולה לאפשר לספק לדחוק ספק מתחרה מהשוק הסיטונאי או להרתיע אותו מלהיכנס לשוק הסיטונאי מלכתחילה.⁶⁷ כדי להמחיש את הרעיון של ווינסטון, הבה נבחן את הדוגמה הזו: ספק מוכר שני מוצרים, א ו-ב, למפיצים או ליצרני מוצרים סופיים (אם המוצרים של הספק משמשים כתשומות עבור ספקים אלו). הספק הוא היחיד שמייצר את מוצר א, אך הוא מתחרה בשוק מול ספקים אחרים בייצור מוצר ב. כאשר הספק קושר את מכירות מוצרים א ו-ב, אזי מכירת כל יחידה נוספת של ב גורמת לצרכנים לרכוש גם יחידה נוספת של א. כיוון שמכירת כל יחידה של מוצר ב מניבה לספק רווח נוסף עקב מכירת מוצר א, חשוב יותר לספק לנסות ולהגדיל את מכירות מוצר ב ועל כן הוא יהיה מוכן לקבוע למוצר ב מחיר נמוך מזה שהיה כדאי לו לקבוע בהיעדר קשירה. במילים אחרות, הספק יהפוך למתחרה אגרסיבי יותר בשוק למוצר ב כדי להבטיח לעצמו את הרווח ממכירת מוצר א.

האגרסיביות של הספק בשוק ב בעקבות הקשירה בין שני המוצרים עשויה להיטיב עם הספק כאשר היא גורמת לספקים מתחרים להיות פחות אגרסיביים – מצב כזה שורר כאשר התחרות בשוק הסיטונאי היא תחרות של אסטרטגיות תחליפיות.⁶⁸ אולם אם כפי שווינסטון מניח, האסטרטגיות של הספקים בשוק הסיטונאי למוצר ב הן משלימות, אזי ההתנהגות האגרסיבית של הספק תגרום לספקים מתחרים לנהוג באגרסיביות אף הם ולהזיל את מחירי מוצר ב שהם משווקים. לפיכך על פני הדברים נראה שהקשירה מזיקה לספק משום שהיא מחריפה את התחרות בשוק למוצר ב ועל כן שוחקת את רווחיו. אולם כיוון שהתחרות האגרסיבית יותר אשר משתררת בשוק ב שוחקת גם את רווחי הספקים המתחרים, ייתכן שחלקם או כולם יפלטו מהשוק. מצב זה יתרחש אם לספקים יש עלויות קבועות גבוהות בשוק למוצר ב אשר עולות על הרווח מפעילות בשוק זה כאשר שוררת בו תחרות אגרסיבית. לחילופין אם הספק הוא ספק יחיד גם בשוק למוצר ב, אזי הקשירה בין המוצרים א ו-ב עשויה להרתיע ספק מתחרה מלהיכנס לשוק משום שהוא יצפה שלאחר הכניסה תשרור בשוק תחרות עזה אשר תהפוך את הכניסה לשוק לבלתי כדאית עבורו.

67 .M. Whinston "Tying, Foreclosure, and Exclusion" 80 *Am. Econ. Rev.* (1990) 837

68 ראו למשל Tirole, לעיל הערה 18, פרק 8.

כדאי להדגיש שכל עוד התחרות בשוק למוצר ב היא תחרות באסטרטגיות משלימות (היינו התנהגות אגרסיבית מצד ספק אחד גוררת התנהגות אגרסיבית מצד ספקים מתחרים), הקשירה בין המוצרים מועילה רק כל עוד היא גורמת לציאת לפחות חלק מהספקים המתחרים מהשוק או שהיא מרתיעה כניסה של ספקים חדשים לשוק. יתר על כן, כדי שהקשירה תרתיע כניסה היא חייבת להיות אמינה, היינו הספק חייב להיות מסוגל להתחייב להמשיך ולקשור את המוצרים א-ב גם אם תתרחש כניסה למרות הכול. זאת משום שללא התחייבות אמינה כזו, הספק המתחרה יבין שאם הוא יתעלם מהקשירה הנוכחית בין המוצרים א-ב ויכנס לשוק, הספק יבטל את הקשירה כדי למנוע יצירת תחרות אגרסיבית. דרך אחת שבה ניתן להפוך את הקשירה לאמינה היא על ידי קשירה טכנולוגית בין המוצרים א-ב. דוגמה לקשירה כזו היא הטמעת הדפדפן אקספלורר בגוף מערכת ההפעלה חלונות באופן אשר מקשה על הפרדתן זו מזו. אחת הטענות במשפט שהתנהל בארצות-הברית כנגד מיקרוסופט הייתה שמטרת הקשירה בין הדפדפן לבין מערכת ההפעלה הייתה לדחוק את רגלי יצרן הדפדפנים המתחרה, נטסקייפ, משוק הדפדפנים.

13.5 דחיקת רגלי ספקים מתחרים באמצעות הסכמי רכישה בלעדית

ממבט ראשון נראה שהסכמי רכישה בלעדית שלפיהם מפיץ אחד מתחייב שלא לשווק מוצרים של ספקים מתחרים, פוגעים בתחרות משום שהם מאפשרים לספק, שאת המוצרים שלו משווק המפיץ, לדחוק את רגליהם של ספקים מתחרים גם אם ספקים אלו יעילים יותר. אולם אסכולת שיקגו העלתה את הביקורת הבאה: למפיץ לא יהיה כדאי לחתום על הסכם רכישה בלעדית, משום שהסכם כזה מונע ממנו את האפשרות לעבור לרכוש מספק מתחרה יעיל יותר אשר יכול להציע לו תנאים טובים יותר, כגון מחיר סיטונאי נמוך יותר.⁶⁹ ניתן להמחיש זאת באמצעות הדוגמה הבאה: מפיץ משווק את מוצריו של ספק א שעלות הייצור שלו היא 10 ליחידה. כדי להרוויח ממכירה סיטונאית, הספק יקבע למוצר שלו מחיר סיטונאי שעולה על 10 ליחידה. האם כדאי למפיץ לחתום עם ספק א על הסכם רכישה בלעדית? התשובה היא לא, משום שהסכם כזה מונע מהמפיץ את היכולת לרכוש בעתיד מספק מתחרה יעיל יותר שיוכל להציע לו מחיר סיטונאי הנמוך מ-10 ליחידה. במילים אחרות, לטענת אסכולת שיקגו, אין למפיץ כל סיבה לכבול את ידיו באמצעות הסכם רכישה בלעדית עם ספק א ולהתחייב מראש לא לרכוש את מוצריו של ספק יעיל יותר שיכול להציע לו תנאים טובים יותר.

69 ראו למשל R. Bork *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself* (1978).

אגיון ובולטון מראים שהביקורת הזו מתעלמת מהאפשרות שהסכם הרכישה הבלעדית יאפשר לשני הצדדים להרוויח על חשבון הספק היעיל יותר.⁷⁰ כדי להדגים את הרעיון שלהם נניח שמפיץ חותם על הסכם רכישה בלעדית עם ספק א שעלות הייצור שלו היא 10 ליחידה. ההסכם קובע פיצויים בגובה 4 ליחידה בגין הפרת חוזה. עוד נניח שמופיע ספק ב שעלותו של ליחידה נמוכה מ-10. ללא הסכם רכישה בלעדית, ספק ב היה יכול לשכנע את המפיץ לרכוש את המוצר ממנו במחיר סיטונאי הנופל במעט מ-10, למשל ב-9.90 ליחידה. ספק א לא היה יכול להציע הצעה טובה יותר ולכן היה נפלט מהשוק. אולם כאשר המפיץ חותם על הסכם רכישה בלעדית עם ספק א, ספק ב נאלץ להציע לו את המוצר במחיר סיטונאי הנופל מ-6, למשל 5.90. במחיר כזה כדאי למפיץ להפר את החוזה עם ספק א, משום שהמחיר הסיטונאי שהוא ישלם לספק ב, נוסף על פיצוי הפרת החוזה שהוא יאלץ לשלם לספק א, יהיו נמוכים מ-10 שהוא המחיר הסיטונאי הנוכחי שהמפיץ משלם לספק א. לכן הסכם הרכישה הבלעדית מאפשר לספק א ולמפיץ לאלץ את ספק ב להוזיל את המחיר הסיטונאי שלו מ-10 ל-5.90 (בהנחה שכדאי לספק ב להציע מחיר סיטונאי כזה).

למרות שההסכם מגביל את יכולתו של המפיץ לרכוש מספק ב, הרי שהוא עשוי להיטיב עמו משום שלספק א, אשר נהנה בדיעבד מהפיצויים, כדאי לתמריץ את המפיץ לחתום עמו על הסכם בלעדיות באמצעות הנחה על רכישת המוצר או באמצעות מענק על חתימת חוזה. קבלת הפיצויים מיטיבה עם ספק א משום שללא הסכם הבלעדיות הוא לא היה נהנה מפיצוי כלשהו. תשלום הפיצויים איננו פוגע במפיץ בדיעבד משום שהוא מקבל על כך פיצוי מספק ב בדמות הנחה על המחיר הסיטונאי. במילים אחרות, ההסכם "סוחט" כסף מספק ב באמצעות הנחה שהוא נאלץ להעניק למפיץ כדי לשכנע אותו לרכוש ממנו. כסף זה מועבר בדיעבד לספק א בדמות פיצויים על הפרת חוזה, אך המפיץ יכול ליהנות לפחות מחלק מסכום זה מראש בדמות הטבה כספית שספק א יעניק לו במעמד חתימת החוזה ביניהם. כדי להמחיש את הרעיון, הבה נניח שידוע לספק א ולמפיץ שספק ב אכן יוכל בעתיד להציע למפיץ מחיר סיטונאי של 5.90. במקרה זה ישתלם לספק א ולמפיץ לחתום על הסכם בלעדיות שיקבע פיצוי של 4 ליחידה בגין הפרת חוזה, ובנוסף ייקבע תשלום של 2 מספק א למפיץ במעמד חתימת ההסכם: כדי לשכנע את המפיץ לעבור אליו, ספק ב יאלץ לקבוע למוצר מחיר סיטונאי של 5.90. המפיץ יסכים לרכוש במחיר זה משום שבתוספת לפיצויים שהוא משלם לספק א, העלות שלו ליחידה היא 9.90, סכום הנופל מהמחיר הסיטונאי של ספק א שהוא לפחות 10 ליחידה. ההסכם ישתלם לספק א משום שאף על פי שהוא משלם למפיץ 2 במעמד החתימה, הוא עתיד לקבל מהמפיץ 4 בדמות פיצויים על הפרת חוזה.

70 P. Aghion, P. Bolton "Contracts as a Barrier to Entry" 77 *Am. Econ. Rev.* (1987) 388

החווה ישתלם גם למפיץ משום שהוא מקבל 2 במעמד חתימת ההסכם ומשום שבעתיד העלות שלו ליחידה תסתכם ב-9.90, שהוא הסכום שהוא היה משלם לספק בבהיעדר הסכם בלעדיות עם ספק א.

הסכם הרכישה הבלעדית של המפיץ עם ספק א פוגע בתחרות משום שכאשר העלות ליצור יחידה של ספק ב קטנה מ-10, אך גבוהה מ-6, ספק ב יעיל יותר מספק א, אך למרות זאת הוא לא יוכל להציע למפיץ מחיר סיטונאי נמוך מספיק כך שישתלם למפיץ להפר את החווה עם ספק א ולשלם לספק א פיצויים בגין הפרת חווה.

למרות זאת שפיגל מראה שהסכמי רכישה בלעדית עשויים להיות יעילים מכיוון שהם מעודדים את ספק א להשקיע כספים ביעול תהליך הייצור שלו.⁷¹ ללא הסכם רכישה בלעדית עם המפיץ, ספק א מביא בחשבון שקיימת אפשרות שלפיה המפיץ יפר את החווה עמו וההשקעה שלו תרד לטמיון. הסכם רכישה בלעדית עם המפיץ מקטין את האפשרות הזו ולכן מחזק את התמריץ של ספק א להשקיע. ההשקעה של ספק א יעילה במצבים שבהם ספק ב איננו מופיע או שעלויות הייצור שלו גבוהות בדיעבד מאלו של ספק א. יתרון זה של הסכם הרכישה הבלעדית מקזז את חוסר היעילות הנובע מכך שייתכנו מצבים שבהם המפיץ ימשיך לרכוש מספק א, אף על פי שספק ב יעיל יותר.

דרך נוספת שבה הסכם רכישה בלעדית עלול לחסום כניסה של ספק יעיל לשוק הסיטונאי הוצעה על ידי רסמוסן, רמסייר ווילי, וסגל ווינסטון.⁷² לטענתם הסכמי רכישה בלעדית עלולים לחסום כניסה של ספק יעיל, אם פעילות בשוק הסיטונאי רווחית לספק רק בתנאי שהוא מבטיח לעצמו "מסה קריטית" של מכירות. כדי להמחיש זאת נניח כמקודם שלספק א יש עלות של 10 ליחידה ונניח כעת שהספק מוכר את המוצר שלו לשלושה מפיצים שכל אחד מהם מעוניין לרכוש יחידה אחת בלבד שעליה הוא מוכן לשלם עד 12. נניח שספק ב יכול לייצר את המוצר בעלות של 6 ליחידה, אך חדירה לענף מחייבת אותו להשקיע סכום של 7. אם ספק ב חודר לשוק אזי הוא ימצא עצמו בתחרות מול ספק א. כדי למשוך אליו את המפיצים, ספק ב יצטרך לקבוע מחיר הנמוך במעט מ-10 ליחידה, למשל 9.90. במחיר זה ספק א לא יוכל להתחרות בו. הרווח של ספק ב מכל מפיץ יהיה במקרה זה $3.90 = 9.90 - 6$. כיוון שהוצאות החדירה של ספק ב הן 7, הוא יצטרך להבטיח לעצמו מסה קריטית של לפחות שני מפיצים. כאשר ספק ב משרת רק מפיץ אחד, הרווח שלו בסך 3.90 לא יכסה על הוצאות החדירה והכניסה לענף לא תשתלם לו. לעומת זאת אם הוא משרת

Y. Spiegel "On the Economic Efficiency of Liquidated Damages" 45 *Economics Letters* 71
 (1994) 379.
 E. Rasmusen, M. Ramseyer, J. Wiley "Naked Exclusion" 81(5) *Am. Econ. Rev.* (1991) 72
 1137; I. Segal, M. Whinston "Naked Exclusion: Comment" 90(1) *Am. Econ. Rev.* (2000)
 296.

שניים או שלושה מפיצים, הרווח שלו יעלה על הוצאות החדירה וכן יהיה לו כדאי להיכנס לענף.⁷³

נניח שלפני שספק ב מופיע, ספק א מחתים את המפיצים שלו על הסכמי רכישה בלעדית כתנאי לרכישה ממנו (למשל הסכמים הקובעים פיצויים כה גבוהים בגין הפרת חוזה שלמפיצים לא ישתלם להפר את הסכם הבלעדיות עם ספק א). ההסכמים קובעים שמפיץ אשר חתום עליהם רשאי לרכוש את המוצר מספק א במחיר של 11.90. האם כדאי למפיצים לחתום על ההסכמים? כדי לענות על השאלה נניח שכל מפיץ מאמין ששני המפיצים האחרים חותמים על ההסכם. במקרה זה, וזוהי הנקודה המכרעת, הוא מצפה שספק ב לא יוכל לחדור לשוק. הסיבה לכך היא שכיוון ששני המפיצים האחרים התחייבו לרכוש מספק א, ספק ב יוכל לשרת רק מפיץ אחד וכפי שראינו לעיל, הרווח שלו ממפיץ אחד איננו מכסה על עלויות החדירה לענף. סכום זה לא יספיק כדי לכסות את עלות החדירה של ספק ב והוא יעדיף לכן להישאר מחוץ לענף. לפיכך אם כל מפיץ מאמין ששני המפיצים האחרים חתמו על ההסכם, כדאי גם לו לחתום על ההסכם. אם יחתום הוא ייחנה ממחיר סיטונאי של 11.90. אם הוא לא יחתום, אזי הוא יוכל לרכוש רק מספק א, אשר בהיעדר הסכם יוכל לדרוש מחיר סיטונאי של 12. לכן קיים שווי משקל שבו כדאי לכל שלושת המפיצים לחתום על הסכם רכישה בלעדית מספק א, וכניסה של ספק ב שהוא יעיל יותר נחסמת.

ביקורת אפשרית כנגד שווי המשקל שתואר לעיל היא שקיומו של שווי המשקל מחייב שכל אחד מהמפיצים מאמין ששני המפיצים האחרים יחתמו על ההסכם. ברם אמונה כזו עשויה להיות רציונלית. כדי לראות מדוע, נניח שספק א מציע לשניים מהמפיצים הסכם רכישה בלעדית אשר מאפשר להם לרכוש ממנו את המוצר במחיר של 9.90. לשני המפיצים כדאי לחתום על ההסכם גם אם כל אחד מהם מאמין שהוא המפיץ היחיד אשר חותם על ההסכם משום שכאשר רק מפיץ אחד חותם על הסכם בלעדיות עם ספק א, ספק ב יוכל לחדור לשוק ולשרת את שני המפיצים הנותרים. כיוון שהמחיר שספק ב קובע הוא 9.90 ליחידה, אין למפיץ אשר חותם על הסכם הבלעדיות סיבה שלא לחתום על ההסכם – בין כך ובין כך הוא ישלם בסופו של דבר מחיר סיטונאי של 9.90 ליחידה. ספק א נהנה מההסכם משום שהוא חוסם כניסה של ספק ב לענף ומשום שהוא יכול לגבות מהמפיץ השלישי אשר עמו הוא לא חתום על הסכם בלעדיות מחיר סיטונאי של 12. הרווח ממכירה למפיץ זה תכסה על ההפסד שלו ממכירה לשני המפיצים האחרים אשר כזכור משלמים מחיר של 9.90 הנמוך מעלות הייצור של ספק א שהיא 10 ליחידה.

73 חשוב להדגיש שהוצאות חדירה לענף הם רק דוגמה אחת למצב שבו כניסה משתלמת רק אם הספק מבטיח לעצמו מסה קריטית של מכירות. ישנם מקרים נוספים שבהם זהו המצב, למשל כאשר יצרן ב נהנה מיתרונות לגודל בייצור או ברכישת חומרי גלם או מאפקט של עקומת למידה אשר גורמים לכך שהעלות השולית שלו פוחתת ככל שהיקף הייצור גדל.

**טבלה 2: בעיות כלכליות שניתן לפתור באמצעות הסדרים אנכיים
והשפעות האנטי תחרותיות האפשריות של הסדרים אלו**

הסדרים הנוגעים לעניין המחיר, הכמות או האיכות			
הערות	השפעות אנטי תחרותיות אפשריות	סוג הבעיה הכלכלית שהגבל האנכי עשוי לפתור	סוג ההסדר האנכי
		בעיית השוליים הכפולים	הכתבת מחיר מקסימום לצרכן
כדי שההסדר יהיה אפקטיבי צריך למנוע מהמפיצים מלהעניק הנחות על רכישת מוצרים נלווים או על הובלה/הרכבה/שירות	ריכוך תחרות בין מפיצים; הקלה על תיאום מחירים סיטונאיים; פתרון בעיית האופורטוניזם של הספק	בעיית הרוכב החופשי בהפצת מוצרים/שירותים; מלאי בלתי מספיק בידי המפיצים; מספר מפיצים נמוך מדי	הכתבת מחיר מינימום לצרכן
	ריכוך תחרות בין מפיצים; הקלה על תיאום מחירים סיטונאיים	בעיית השוליים הכפולים; בעיית downstream moral hazard בהפצה בלעדית	הכתבת מכסת מכירות מינימלית
		בעיית השוליים הכפולים; בעיית downstream moral hazard בהפצה בלעדית; בעיית downstream moral hazard כאשר יש כמה מפיצים (בתוספת להכתבת מחיר לצרכן)	גביית דמי זיכיון
	ריכוך תחרות בין מפיצים; הצרת צעדי ספקים מתחרים	אינפורמציה פרטית של הספק לגבי סיכויי ההחזרה של מוצר חדש לשוק; חלוקת סיכונים לא יעילה	גביית עמלות מדף
ההסכמים יוצרים הפליית מחירים שלה השפעות מעורבות	הצרת צעדי ספקים מתחרים	החזקת מלאי לא מספיק ו/או קו מוצרים חלקי על ידי המפיצים	הנחות נאמנות
	הקלה על תיאום מחירים סיטונאיים; פתרון בעיית האופורטוניזם	חסכון בעלויות עסקה; ביטוח עבור הלקוח	הסדרי לקוח מועדף
יש להבטיח למפיצים רווחיות גבוהה כדי שהאיום להפסיק לעבוד אתם במקרה אי-עמידה בסטנדרטים יהיה אפקטיבי		בעיית downstream moral hazard	הכתבת סטנדרט איכות מינימלי

הסכמי בלעדיות וקשירה			
הערות	השפעות אנטי תחרותיות אפשריות	סוג הבעיה הכלכלית שהגבל האנכי עשוי לפתור	סוג ההסדר האנכי
כיוון שבכל טריטוריה פועל מפיץ בלעדי, הספק יצטרך לקבוע בכל טריטוריה הסדרים אנכיים שימנעו את החיכוכים שנוצרים בהפצה בלעדית	ריכוך תחרות בין מפיצים; פתרון בעיית האופורטוניזם	בעיית downstream moral hazard כאשר יש כמה מפיצים; פריסה גיאוגרפית לא יעילה של מפיצים; בעיית הרוכב החופשי בהפצת מוצרים/שירותים	טריטוריות; בלעדיות/הפצה בלעדית
	העלאת מחירים ללקוחות בעלי נכונות/יכולת לשלם; ריכוך תחרות בין מפיצים	יצירת הפליית מחירים שמאפשרת הרחבה של מעגל הלקוחות	הגבלה על סוג הלקוחות שלהם מותר להפיץ את המוצר/שירות
	הקלה על תיאום מחירים סיטונאיים; הצרת צעדי ספקים מתחרים; פגיעה במגוון או העלאת מחיר בשוק גיאוגרפי	בעיית הרוכב החופשי בייצור; עידוד ספקים להשקיע בייעולת תהליך הייצור שלהם; עידוד ספקים להשקיע בתשתיות של המפיץ	הסכמי רכישה בלעדית
ההסכמים יוצרים הפליית מחירים שלה השפעות מעורבות	הצרת צעדי ספקים מתחרים	תחלופה בין תשומות ייצור	קשירה ברכישת תשומות והתניית שיווק קו מוצרים/שירותים מלא
ההסכמים עלולים ליצור הפליית מחירים שלה השפעות מעורבות	דחיקת ספקי שירות עצמאיים	תמריץ לדחות את החלפת המוצר במוצר חדש ולתחזק את המוצר הישן מעבר לאורך החיים האופטימלי שלו	קשירה בין רכישת מוצר בר-קיימא לבין רכישת חוזה שירות

חלק ב: הסדרים אנכיים – ניתוח משפטי

1. הקדמה

הסדרים אנכיים מהווים אתגר מרתק עבור דיני ההגבלים העסקיים ועבור הניתוח הכלכלי שמאחוריהם. מחד גיסא, כפי שהראינו בסעיפים 2-11 לחלק הכלכלי, מדובר בהסדרים עם שלל מוטיבציות לגיטימיות, אשר עשויים במקרים רבים לשפר את רווחת הצרכנים. מאידך גיסא, כפי שהראינו בסעיף 12 לחלק הכלכלי, קיימים מקרים שבהם ההסדרים האנכיים נועדו לרכז את התחרות בשווקים הסיטונאיים או הקמעונאיים, או להצר את צעדיהם של ספקים או מפיצים מתחרים. ברור שהסדרים מעין אלה עלולים לפגוע ברווחת הצרכנים וייתכן אף שבמידה משמעותית. מכל מקום, כיוון שהסדרים אנכיים עשויים להיות רצויים במקרים מסוימים, אך להזיק במקרים אחרים, נדרש ניתוח כלכלי מעמיק של הסדרים ספציפיים כדי לקבוע מה הן השלכותיהם על התחרות בשווקים הרלוונטיים. מצב דברים זה מחייב, לדעתנו, ליצור מהפך בגישת דיני ההגבלים העסקיים בישראל כלפי הסדרים אנכיים. בפרט, אין להניח אוטומטית כי כל הסדר אנכי הוא הסדר כובל כמשמעותו בחוק ההגבלים העסקיים, כפי שהניחה הפסיקה בעבר. יש לבחון כל הסדר אנכי לגופו, ורק אם ניתוח כלכלי מצביע על האפשרות שההסדר עלול לפגוע משמעותית בתחרות בשווקים הרלוונטיים, יש מקום לחרוץ את דינו ככובל. אכן, כיום תלויה ועומדת הצעה לתיקון החוק ברוח זו ויש לברך על העובדה שהמחוקק, אם וכאשר תקבל הצעה זו, יבהיר נקודה זו באופן מפורש. אולם אנו טוענים שראוי לפרש את נוסח החוק הנוכחי, עוד לפני תיקונו, באותו האופן. אנו מראים כי למרות שפטורי הסוג שהוחלו על חלק מן ההסדרים האנכיים עוזרים לרכז את הבעייתיות שנוצרה בפסיקה האמורה, פטורי הסוג רחוקים מלספק מענה אופטימלי לבעייתיות זו. במסגרת הדיון בפטורי הסוג, אנו מתווים קווים מנחים לתיקון פטורים אלה, באופן שייצור התאמה רבה יותר בינם לבין הניתוח הכלכלי של השפעת ההסדרים האנכיים מן הסוגים השונים.

2. הוראות החוק הרלוונטיות

השאלה אם הסדר הוא כובל מוכרעת על פי סעיפים 2(א) ו-2(ב) לחוק ההגבלים.⁷⁴ להלן נדון בשני תתי סעיפים אלה באספקלריה של הסדרים אנכיים, כמו גם בשאלה אם הסדרים אנכיים יכולים לחסות בצלו של פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת ערך.

74 חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988, ס"ח 128 (להלן: חוק ההגבלים או החוק)

2.1 סעיף 2(א) לחוק

סעיף 2(א) לחוק ההגבלים מגדיר הסדר כובל כך:

”הסדר בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר” (ההדגשות שלנו – ד', ג', י' ש').

החלקים המודגשים נועדו למקד את תשומת הלב בחלקים בסעיף הרלוונטיים להסדרים אנכיים. מצבים שבהם אחד מהצדדים להסדר מגביל את עצמו באופן העלול להפחית את התחרות בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, נוגעים כמובן להסדרים אופקיים, שאינם מענייננו בפרק זה. עסקינן בהסדרים שבהם אחד הצדדים מגביל עצמו באופן העלול להפחית את התחרות בינו לבין אדם שאינו צד להסדר.

לשון הסעיף מעוררת קשיים פרשניים אחדים, שבהם נדון בסעיפים הבאים. קשיים פרשניים אלו עלולים לגרום לכך שהסדרים אשר עלולים לפגוע בתחרות לא ייחשבו להסדרים כובלים, מחד גיסא, והסדרים אשר אינם פוגעים במידה משמעותית בתחרות דווקא יוכתמו כהסדרים כובלים, מאידך גיסא.

2.1.1 דרישת ההגבלה העצמית

על פי לשון סעיף 2(א), אחד הצדדים צריך “להגביל עצמו” על מנת שההסדר יחשב להסדר כובל. הגדרה זו מעלה את השאלה מה דינו של הסדר הקובע מערכת תמריצים אנטי תחרותית, אך איננו מגביל את חופש הפעולה של אף צד באופן מפורש. נניח למשל שמפיץ איננו מתחייב במפורש לרכוש רק מספק מסוים. אולם ההסדר בינו לבין הספק קובע שהמפיץ יקבל פחות בנזוסים או הנחות מן הספק אם הוא ירכוש מספקים מתחרים. לפחות מבחינה לשונית, נשאלת השאלה אם המפיץ “הגביל עצמו”.

לדעתנו יש לפרש את סעיף 2(א) באופן תכליתי, על פי מערכת התמריצים שההסדר יוצר. בהתאם, יש לדעתנו מקום לקבוע שהסדר עשוי להיחשב לכובל אם הוא מתמרץ את המפיץ לרכוש מספק מסוים, גם אם המפיץ לא התחייב במפורש להימנע מרכישה מספקים מתחרים.⁷⁵ כלומר לדעתנו, הגבלת חופש הפעולה של הצדדים להסכם צריכה להישפט לפי

75 זוהי גם גישת הפסיקה. ראו למשל ה”ע (י”ם) 2/96 הממונה על ההגבלים העסקיים נ’ ידיעות אחרונות בע”מ, פ”מ תשנ”ט(2) 529. גם פטורי-הסוג מכתבים גישה דומה. למשל סעיף 3(4)(ד) לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי רכישה בלעדית) [נוסח משולב], תשס”ו-2006, ק”ת 797, מדגיש כי סייגים לתחולתו של פטור-הסוג, כגון קיומו של הסדר

מערכת התמריצים שההסכם יוצר ולא בהתאם לשאלה אם ההסכם קובע מפורשות מגבלות של "אל תעשה".

מכל מקום, תזכיר הצעת החוק מציע לתקן את סעיף 2(א) באופן שכבר איננו דורש את האלמנט הבעייתי האמור של "הגבלה עצמית". לשון סעיף 2(א) המוצע היא כדלהלן:

"הסדר כובל הוא הסדר בין בני אדם המנהלים עסקים, העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים".

אמנם, נוסחו של התזכיר משאיר בעינה שאלה פרשנית אחרת, והיא מה דינה של המלצה לא מחייבת שבין ספק לבין לקוח, שאיננה מלווה במנגנוני אכיפה או תמרוץ לפעולה כלשהי. כך למשל נשאלת השאלה מה דינה של המלצה מצד ספק לגבי המחיר לצרכן שהמפיץ צריך לקבוע, כאשר היא בגדר המלצה גרדא ואיננה מלווה בתמריצים אשר מדרבנים את המפיץ לאמץ את ההמלצה? לכאורה, עם השמטת לשון ה"הגבלה העצמית" בנוסח התזכיר, נפתחת הדלת לטענה כאילו המלצה כזו עשויה להוות הסדר כובל אסור, אף שאין בה איזושהי הגבלה עצמית. אולם כפי שנדון בהרחבה בסעיף 3.1 להלן, כלל הוא בדיני ההגבלים העסקיים במשפט המשווה שביחסים שבין ספק ללקוח, שהמלצה גרדא איננה מהווה "הסדר" ועל כן היא איננה עשויה להיות הסדר כובל גם על פי הנוסח המוצע בתזכיר.

2.1.2 הסדר העלול לפגוע בתחרות בשוק של הצד שנהנה מן הכבילה

על פי גישה דווקנית-מילולית אשר אומצה בפסקי דין מחוזיים אחדים, הסדר יחשב לכובל על פי סעיף 2(א) רק אם הפגיעה בתחרות היא בשוק של הצד אשר הגביל עצמו.⁷⁶ במילים אחרות, לפי גישה זו, הסדר לא יחשב לכובל אם הפגיעה בתחרות היא בשוק של הצד אשר נהנה מהכבילה. גישה זו אומצה באופן לקוני על ידי בית המשפט העליון.⁷⁷ כך למשל לפי גישה דווקנית זו, הסדר רכישה בלעדית שלפיו מפיץ מתחייב כלפי ספק להימנע מרכישה מספקים מתחרים, לא יחשב במקרים רבים להסדר כובל, משום שכפי שהראנו בסעיפים 12.4 ו-13.5 לחלק הכלכלי, הסדר כזה עלול לדחוק רגלי ספקים מתחרים ולכן לפגוע בתחרות דווקא בשוק הסיטונאי, בעוד שהצד אשר הגביל את עצמו הוא דווקא המפיץ אשר פועל בשוק הקמעונאי. כלומר גם כאן הפרשנות המילולית של סעיף 2(א) עלולה לגרום לכך שהסדר אשר פוגע בתחרות לא יחשב להסדר כובל. לדעתנו יש לפתור

להכתבת מחירים בין הספק לבין המפיץ, מתקיימים גם כאשר מדובר בתמרוץ כלכלי גרדא המוביל לתוצאה דומה לזו המתקבלת מהסדר להכתבת מחירים.
76 ת"א (ת"א) 2011/02 יקבי רמת הגולן נ' שטרן, פורסם בנבו (להלן: עניין יקבי רמת הגולן), ת"א (ת"א) 1160/03 שיקובטה סירו נ' לב אשדוד בע"מ, פורסם בנבו.
77 ע"א 10638/02 שטרן נ' יקבי רמת הגולן, פורסם בנבו.

בעיה פרשנית זו באמצעות פרשנות תכליתית: כפי שהובא במקום אחר,⁷⁸ ברור מן ההיסטוריה החקיקתית ומפרשנות תכליתית של סעיף 2(א) לחוק שהגישה הפרשנית הדווקנית האמורה איננה מוצדקת והיא מובילה לתוצאות אבסורדיות.

כדי להמחיש את הטענה, נניח שרשת שיווק מתחייבת כלפי יצרן מזון להימנע מרכישה מיצרני מזון מתחרים. כפי שראינו בסעיף 12 בחלק הכלכלי של הפרק, נראה שהפגיעה המסתברת העיקרית בתחרות במקרה כזה היא החשש שהסכם הרכישה הבלעדית יקל על תיאום מחירים בין יצרני מזון, ידחוק את רגליהם של יצרני מזון מתחרים או יחסום כניסה של יצרנים חדשים לענף ייצור המזון. אולם כיוון שפגיעה זו מתרחשת בשוק הסיטונאי שבו פועלים יצרני המזון, בעוד שהצד אשר הגביל עצמו הוא רשת השיווק הקמעונאית, הרי שעל פי הכלל העולה מעניין יקבי רמת הגולן,⁷⁹ ההסדר לא ייחשב להסדר כובל על פי סעיף 2(א) גם אם הוא עלול להביא לפגיעה חמורה בתחרות בענף ייצור המזון. כלומר פרשנות מילולית של סעיף 2(א) עלולה לגרום לכך שהסדר אשר פוגע בתחרות לא ייחשב להסדר כובל.

נניח שיצרן מזרונים מתקשר בהסכמי טריטוריות בלעדיות עם מפיצים אשר כל אחד מהם מתחייב להפיץ את המזרונים רק באזור גיאוגרפי נתון, כלומר הצד שמגביל את עצמו במקרה זה הוא המפיצים. הסדר כזה נכנס "בקלות" לגדר קבוצת ההסדרים אשר עשויים להיות כובלים לפי הלכת יקבי רמת הגולן, משום שפגיעתו של ההסדר היא בתחרות בין המפיצים בשוק הקמעונאי. אולם כפי שהראנו בחלק הכלכלי של הפרק, לעתים נדרשת פגיעה בתחרות הפנים-מותגית על מנת לעודד את המפיצים להשקיע מאמצי שיווק וקידום מכירות, ולהתפרס בצורה מאוזנת יותר בשטח שבו הם פועלים. התוצאה של ההסדר עשויה להועיל בסופו של דבר לצרכנים. על כן ראוי לדעתנו להכתיים כהסדר כובל על פי סעיף 2(א) כל הסדר אשר עלול לפגוע בתחרות בשוק כלשהו, בין שמדובר בשוק של הצד שהגביל עצמו ובין שבשוק של הצד שנהנה מן ההגבלה.⁸⁰

גם קושי פרשני זה, שלפיו לשון הסעיף דורשת לכאורה שהפגיעה בתחרות תהא בשוק של הצד שהגביל עצמו, נפתר מפורשות בהצעת התיקון, שעל פיה ההסדר הוא כובל אם הוא "עלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים", בלי קשר לשאלה באיזה שוק נפגעה התחרות.

78 ראו ד' גילה "כבילה הפוגעת בתחרות בין הצד הנהנה ממנה למתחריו" עיוני משפט כח (תשס"ה) 517.

79 לעיל הערה 76.

80 עם זאת במקרים רבים ניתוח כלכלי נכון של הסדר אנכי יוביל למסקנה שהוא עלול לפגוע בתחרות גם בשוק של הצד שהגביל עצמו. במקרים כגון אלה, אף לפי הפרשנות הדווקנית האמורה, ההסדר עשוי להיות כובל מכוח סעיף 2(א). ראו למשל לעיל סעיפים 12.6, 13.5 לחלק הכלכלי של פרק זה.

2.1.3 מהי "תחרות" לצורך סעיף 2(א) לחוק – תהליך או תוצאה?

קושי פרשני נוסף, שבניגוד לקשיים האחרים איננו בא על סיפוקן בהצעה לתיקון מס' 9 של החוק, קשור לשאלה מהי "תחרות" שפגיעה מסתברת בה מכתימה הסדר ככובל. ניתן לפרש תחרות בשני אופנים:

(א) פירוש מילולי שלפיו "תחרות" לצורך סעיף 2(א) היא התהליך התחרותי גרדא, קרי הבטחת קיומם של מספר רב ככל האפשר של פירמות בשוק הרלוונטי אשר אינן מגבילות את חופש הפעולה או התמריץ שלהן לנסות ולהגדיל את נתח השוק שלהן זו על חשבונה של זו.

(ב) פירוש תכליתי שלפיו "תחרות" לצורך סעיף 2(א) היא לא רק התהליך התחרותי גרדא אלא גם התוצאה המקווה שלו, היינו הוזלות מחירים, הגדלת היקף המכירות, שיפור איכות המוצרים, שיפור השירות לצרכן, עלייה במגוון המוצרים וכדומה, באופן המגדיל את רווחתם של מרבית הצרכנים בשוק הרלוונטי.

כך למשל הסדר המונע תחרות פנים-מותגית בין מפיצים שונים של אותו ספק פוגע לכאורה בהליך התחרותי במובנו המילולי, משום שהוא מונע מהמפיצים לנקוט באסטרטגיות שמטרתן לאפשר להם להגדיל את נתחי השוק שלהם זה על חשבוננו של זה ועל כן, לפי פירוש א לעיל, הסדר כזה "עלול לפגוע בתחרות". הניתוח הכלכלי בתת-פרק א לעיל הראה שלעתים, מניעת תחרות פנים-מותגית מביאה לשיפור איכות השירות של מפיצים ואף להגדלת היקף המכירות לצרכנים. ברור שבמקרה כזה לא סביר לטעון שהסדר "עלול לפגוע בתחרות", כאשר התוצאה המקווה של תחרות, כגון שיפור באיכות השירות ועלייה בהיקף המכירות, דווקא הושגה הודות להסדר.

לפיכך הפירוש הנכון לדעתנו של מושג ה"תחרות" הוא פירוש ב לעיל. כלומר יש לפרש תחרות לא באופן טכני, כי אם על פי התוצאה המקווה של התהליך, משום שהפרשנות הנכונה של החוק צריכה להגשים את תכליתו האולטימטיבית, שהיא שיפור הרווחה. אמנם, פגיעה בתהליך התחרותי היא תנאי הכרחי לכך שהסדר יחשב להסדר כובל לפי סעיף 2(א) משום שתכלית החוק היא להשיג את התוצאה המקווה של שיפור הרווחה באמצעות התהליך התחרותי. אולם פגיעה בתהליך התחרותי איננה תנאי מספיק, משום שהסעיף דורש בנוסף שלהסדר תהא פגיעה מסתברת ברווחה בשוק הרלוונטי.

גישה זו מתחזקת בייחוד כשמדובר בהסדרים אנכיים אשר בהם, כפי שהובהר בסעיף 1 לחלק הכלכלי של הפרק, האינטרסים של הספק ושל הצרכנים עשויים לעתים קרובות לעלות בקנה אחד. כאשר מדובר בהסדרים אופקיים, כפי שהדגשנו בסעיף 1 לחלק הכלכלי, האינטרסים של הצדדים להסדר ושל הצרכנים בדרך כלל אינם עולים בקנה אחד. אכן, הסדרים מעין אלה נידונים באופן טיפוסי על סמך החזקות החלוטות שבסעיף 2(ב) לחוק, שעל פיהן ההסדר הוא ממילא כובל בלי קשר לניתוח תוצאותיו מבחינת רווחת הצרכנים בשוק הרלוונטי.

2.1.4 פגיעה בתחרות "בין פירמה לפירמה" או פגיעה בתחרות בענף הרלוונטי?

בעייתיות פרשנית אחרת הגלומה בדרישת לשון הסעיף כי הפגיעה בתחרות תהא בין הצד שהגביל עצמו לבין מי שאינו צד להסדר נובעת מכך שלפי דרישה זו, די לכאורה בפגיעה בתחרות בין שני גופים עסקיים אלה כשלעצמם, גם אם ניתוח כלכלי יצביע על כך שהתחרות בשווקים הרלוונטיים איננה נפגעת במידה משמעותית. כדי להמחיש זאת, נניח שלמוצר מסוים יש עשרים ספקים שלכל אחד נתח של 5% מהשוק הסיטונאי ואילו בשוק הקמעונאי פועלים עשרים מפיצים, שלכל אחד נתח של 5% משוק ההפצה. נניח בנוסף שאחד מהספקים התקשר בהסכם הפצה בלעדית עם אחד מהמפיצים. כיוון שלכל אחד מהצדדים יש נתח שוק של 5% בלבד בשוק שבו הוא פועל, ברור שההסכם איננו פוגע במידה משמעותית בתחרות, לא בשוק הסיטונאי ולא בשוק הקמעונאי. למרות זאת על פי פרשנות מילולית דווקנית של סעיף 2(א), ניתן היה לטעון שההסדר הוא הסדר כובל משום שהתחרות בין הספק שהבטיח למפיץ בלעדיות לבין הספקים האחרים לכאורה נפגעה, בלי קשר לתחרות בשוק הסיטונאי או לתחרות בשוק הקמעונאי.⁸¹ כלומר כאן הפרשנות המילולית של סעיף 2(א) עלולה להכתיב הסדר כהסדר כובל גם אם הוא איננו פוגע במידה משמעותית בתחרות בשווקים הרלוונטיים.

לדעתנו, יש מקום להסתייג מפרשנות מילולית ולא תכליתית זו, משום שלדעתנו אין שום משמעות למושג "תחרות" שלא באספקלריה של ענף רלוונטי כלשהו. למשל בדוגמה לעיל ברור שהתחייבותו של ספק שלו נתח שוק של 5% בלבד בשוק הסיטונאי להימנע מהפצה באמצעות מפיצים מתחרים איננה יכולה לפגוע במידה משמעותית בתחרות בשוק הסיטונאי או הקמעונאי. אמנם, יש להודות שלשון הסעיף היא בעייתית ועדיף היה, לצורך הבהירות, שהסעיף יגדיר כהסדר כובל הסדר "העלול לפגוע בתחרות" בלי להוסיף שהפגיעה המסתברת בתחרות צריכה להיות "בין" פירמה אחת "לבין" פירמה אחרת. אולם גם ללא תיקון לשון החוק, ניתן וראוי לדעתנו לפרש את סעיף 2(א) באופן התכליתי האמור. כפי שטענו בסעיף 2.1.3 לעיל, יש לפרש את המושג "תחרות" כתוצאה ולא כתהליך. כלומר הסדר איננו "עלול לפגוע בתחרות" אם הוא איננו "עלול לפגוע ברווחת מרבית הצרכנים בשוק הרלוונטי". ניתן להבין אפוא את לשון החוק, המדברת על פגיעה מסתברת בתחרות "בין" פירמה אחת "לבין" פירמה אחרת, כקביעה של איזושהי כבילת ידיים או מערכת

81 פרשנות מילולית דווקנית מעין זו של סעיף 2(א) עולה, למשל מהממונה על ההגבלים העסקיים אישור מיזוג בתנאים: *Columbus Capital Corporation* מקבוצת קלרידג' – כור תעשיות בע"מ, פרסום 3001322 (1998), 22. ראו גם מ' מזרחי "מיזם משותף כהסדר כובל" משפטים כג (תשנ"ד) 213 וכן את החלטתו של בית הדין להגבלים עסקיים בה"ע 2/97 מזרחי נ' הממונה על ההגבלים העסקיים – פטור מאישור הסדר כובל עפ"י סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, פורסם בנבו, פסקה 43.

תמריצים הפוגעת בתהליך התחרותי בין שתי הפירמות הללו, שתוצאתה היא פגיעה מסתברת ברווחת מרבית הצרכנים בשוק הרלוונטי. לחילופין היה ניתן לטעון שלשון הסעיף, הדורשת פגיעה בתחרות בין פירמה אחת לבין פירמה אחרת, תומכת דווקא בפרשנות המושג "תחרות" כתהליך ולא כתוצאה. אולם אף שגישה זו אפשרית, הרי שכפי שהראינו לעיל, היא לא מתיישבת עם תכלית החוק וגם לא עולה בהכרח מלשון החוק.

זאת ועוד, פירוש מילולי מעין זה של סעיף 2(א) מייתר במידה רבה את סעיף 2(ב) הקובע חזקות חלוטות שההסדרים הנכנסים לגדרו הם כובלים, משום שבכל ההסדרים הנכנסים לגדר סעיף 2(ב) קיימת פגיעה בתחרות במובנה ה"מילולי" בין הצד שהגביל עצמו לבין גופים עסקיים אחרים. לפיכך אם היינו מאמצים את הפרשנות המילולית האמורה של סעיף 2(א), הרי שכל ההסדרים הנכנסים לגדרו של סעיף 2(ב) היו נחשבים לכובלים כבר לפי סעיף 2(א). פרשנות תכליתית של סעיף 2(א) פותרת קושי פרשני זה בקלות יחסית. ראוי לציין שגם כאן פוטר אותנו נוסח סעיף 2(א) המוצע בתזכיר לתיקון מס' 9 מן הקושי הפרשני: על פי הנוסח המוצע, הפגיעה המסתברת בתחרות צריכה להיות "בעסקים", דהיינו הנוסח המוצע משמיט מלשון הסעיף הקיים את הקביעה שלפיה הפגיעה בתחרות צריכה להיות בין הצד שהגביל עצמו לבין מי שאינו צד להסדר.

על עמדת הממונה על ההגבלים העסקיים בסוגיה זו ניתן לעמוד מפרשת קניון הראל,⁸² שבה נידונה התחייבותו של קניון הראל, שהוא הקניון היחידי באזור מבשרת ציון, כלפי בנק דיסקונט כי לא ישכיר שטח בקניון לסניף של בנק מתחרה. כלומר הקניון העניק לבנק דיסקונט מעמד של מפיץ בלעדי של שירותי בנקאות בתחומי הקניון שבבעלותו.⁸³ הממונה קבע בהחלטתו בעניין זה כי מדובר בהסדר כובל לפי סעיף 2(א) לחוק. הוא ביסס את החלטתו על הקביעה כי קניון הראל הוא שטח המקרקעין היחיד המתאים לסניף בנק מרכזי בשוק הגיאוגרפי הרלוונטי, אשר כולל לדעת הממונה את מבשרת ציון והסביבה.⁸⁴ לאור זאת, על פי החלטת הממונה, מתן בלעדיות לבנק דיסקונט על ידי קניון הראל חוסמת את כניסתם של סניפי בנקים מתחרים לשוק הגיאוגרפי הרלוונטי.⁸⁵ החשש העיקרי של הממונה היה לפגיעה במגוון של סניפי בנק מתחרים שנגישים ללקוחות אשר מנקודת ראותם, סניפי בנק השוכנים מחוץ לאזור מבשרת ציון אינם תחליפים סבירים לסניף בנק באזור מבשרת ציון. הממונה היה יכול להכריע את יישום סעיף 2(א) על המקרה, ללא כל ניתוח כלכלי, באמצעות הפרשנות המילולית האמורה, באומרו כי ההסדר "עלול לפגוע

82 הממונה על ההגבלים העסקיים קביעה לפי סעיף 43(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 בדבר הסדר בלעדיות במקרקעין בין קניון הראל בע"מ לבין בנק דיסקונט לישראל בע"מ, פרסום 5000136 (2005).

83 לניתוח של הסדרי הפצה בלעדית ראו לעיל סעיף 3.1.

84 החלטה בעניין קניון הראל, לעיל הערה 82, פסקה 5 להחלטה.

85 ש.ם.

בתחרות בין בנק דיסקונט לבין בנקים אחרים". אולם (למיטב ידיעתנו, בפעם הראשונה) הממונה מתנער מפרשנות "מילולית" זו ומוכן ליישם את סעיף 2(א) תוך ביצוע ניתוח כלכלי של הפגיעה המסתברת בתחרות בענף הרלוונטי.⁸⁶

עם זאת לגבי מידת הפגיעה המסתברת בתחרות שנדרש להראות על מנת שהסדר יהא כובל על פי סעיף 2(א), הממונה מסתפק בפגיעה קטנה יחסית. לדבריו, שלא כמו ביישום הקריטריונים למתן פטור להסדר כובל על ידי הממונה, "אין סעיף 2(א) דורש, כתנאי מוקדם לתחולתו כי ההסדר יגלם תוחלת של פגיעה משמעותית או ממשית בתחרות... כל שהסעיף דורש הוא עלילות לפגיעה כלשהי בתחרות, ועקרון 'זוטי הדברים' ישימענו כי לא נביא בגדרה של פגיעה כזו – פגיעה שהיא זוטא מובהקת, שהכללתה בקהל הכבילות אותן התכוון המחוקק למנוע – תביא לאבסורד". כפי שהובא במקום אחר,⁸⁷ יצירת כמה רמות רלוונטיות לעניין מידת הפגיעה בתחרות, אחת לעניין בירור אם הסדר הוא כובל ואחרת לעניין מתן פטור להסדר כובל, איננה ראויה וגם אינה ישימה. בהתאם, לדעתנו, דרוש ניתוח כלכלי מעמיק של השפעת ההסדר על התחרות בענף הרלוונטי על מנת להכריע כי הוא כובל לפי סעיף 2(א).

2.2 סעיף 2(ב) לחוק

- בנוסף לסעיף 2(א) לחוק, סעיף 2(ב) לחוק כולל רשימה של מקרים שבהם יראו כהסדר כובל הסדר שבו הכבילה נוגעת לעניינים הבאים בלי קשר לפגיעת ההסדר בתחרות:⁸⁸
1. המחיר שיידרש, שיוצא או שישולם;
 2. הריווח שיופק;
 3. חלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו;
 4. כמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם.

86 שם, פסקה 6, אחרי הערה 16.

87 ד' גילה "חשיבותה של ההצעה לתיקון מספר 9 לחוק ההגבלים העסקיים, הדקלרטיביות שלה, והצעה להסרת נטל הניתוח הכלכלי מכתפי בתי המשפט האזרחיים" עיוני משפט כט (תשס"ו) 641, פסקה 3.

88 כך נקבע בע"א 6222/97 טבעול (1933) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 145, 178-176 (להלן: עניין טבעול). פסק דין זה אושר בדנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56. ראו גם החלטת הממונה בעניין "הסדר כובל בהסכמי הבלעדיות בין חברות הדלק לבין מפעילי תחנות התדלוק – קביעה ע"פ סעיף 43" ההגבלים העסקיים א (הוצאת ועד מחוז תל אביב, 1993) 19 (להלן: פרשת תחנות התדלוק); הממונה על ההגבלים העסקיים אספקת ורכישת קמח כשר לפסח התשנ"ד – קביעה בגין הסדר כובל, פרסום 3005870 (1993) (להלן: "קמח כשר לפסח"); ת"פ (י"ם) 160/96 מדינת ישראל נ' חוליות תעשיות פלסטיקה, פורסם בנבו, פסקה 6 לפסק הדין.

כפי שנראה בהמשך, למרבה הצער חלק ניכר מן הפסיקה פרשה את סעיף 2(ב) כחל גם על הסדרים אנכיים. על פי פסיקה דווקנית זו, כל סוגי ההסדרים האנכיים נכנסים למעשה לגדרו של סעיף 2(ב), כך שכולם מוכתמים על פי פסיקה זו כהסדרים כובלים, בלי צורך בניתוח כלכלי כלשהו. כך למשל הסדרי הכתבת מחירים והסדרי לקוח מועדף הוכתמו ככובלים על פי סעיף 2(ב)(1), ואילו הסדרי בלעדיות למיניהם הוכתמו ככובלים לפי סעיף 2(ב)(3). כפי שנבחר בהמשך הפרק, לדעתנו אין מקום לפרשנות דווקנית זו וגם כאן ראויה פרשנות תכליתית אשר מחילה את סעיף 2(ב) רק על הסדרים אופקיים, אך לא על הסדרים אנכיים.⁸⁹ גישה זו אומצה על ידי השופט טירקל בעניין אקסטל בע"מ,⁹⁰ כפי שיפורט בהרחבה בהמשך. דעת יחיד מנוגדת באותו פסק דין מפי השופטת נאור, הייתה שהסדרים אנכיים הם בגדר החזקות החלוטות שבסעיף 2(ב).

ניתן גם לפרש את פסק דינה של השופטת פרוקצ'יה באותו פסק הדין כאומר שהסדרים אנכיים כגון זה שנדון בפרשה זו ראויים לניתוח כלכלי מפורט, ולא אסורים על פניהם, היינו "פר סה" מכוח סעיף 2(ב). המחלוקת בפרשת אקסטל בע"מ נסובה סביב השאלה אם הסדר אנכי יכול להידון על ידי בורר. הספק, שהפר את ההסדר, טען שהתשובה שלילית מכוח סעיף 3 לחוק הבוררות הקובע שאין תוקף להסכם בוררות המסדיר בוררות לחוזה בלתי-חוקי. השופטת פרוקצ'יה דחתה טענה זו של הספק, בנמקה שסעיף 3 לחוק הבוררות חל רק כאשר ההסדר שייך לקטגוריה של הסכמים שבהם "אי-החוקיות ברורה וגלויה על פניהם, בבחינת 'mala per se' (רע מעצם טיבו)", כלומר הסדרים שבהם "שאלת אי-החוקיות נהירה על פניה ואינה מחייבת בירור וליבון".⁹¹ לעומת זאת לדעתה של השופטת, שאלת ההסדר הכובל שהייתה בפני בית המשפט דרשה "...לא רק פרשנות משפטית עיונית. בשל ההיבטים הכלכליים-עסקיים רבי הממדים הקשורים בה בחינתה מחייבת לא אחת גם היוזקות למומחים ולתשתית ראייתית-מקצועית נרחבת".⁹² לדעתנו, אילו הסכימה השופטת פרוקצ'יה לחלוטין עם גישתה של השופטת נאור באותו פסק דין, כי אז היא אמורה הייתה להסיק שההסדר איננו יכול להידון בפני בורר, בהיותו בלתי-חוקי אוטומטית (בבחינת "mala per se"), בלי צורך בליבון ובירור כלשהם.⁹³

89 גישה זו הובעה בדיויד גילה "האם ראוי לפרוץ את סכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות אד-הוקיים? הגיעה השעה לחצוץ בין הסדרים אופקיים לאנכיים" עיוני משפט כז (תשס"ד) 751.

90 רע"א 6233/02 אקסטל בע"מ נ' קאלמא ווי תעשיה, שיווק אלומיניום זכוכית ופרזול בע"מ, פ"ד נח(2) 634 (להלן: עניין אקסטל בע"מ).

91 שם, עמ' 669.

92 שם, עמ' 671.

93 ראו גם גילה, לעיל הערה 87, בפסקה ב4.

אמנם, שני פטורי הסוג להסדרי בלעדיות ופטור הסוג להסדרי זכיינות, שיידונו להלן בסעיפים 3.1.3 ו-8.3, כמו גם פטור הסוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך⁹⁴ עוזרים לפתור אנומליה זו, ככל שמדובר בהסדרים הנכנסים לגדרם. דא עקא, תחולתם של פטורי הסוג השונים צרה יחסית. בנוסף, פתרון האנומליה באמצעות פטור הסוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך מטיל על הצדדים להסכם נטל כבד להוכיח שפגיעתו של ההסכם בתחרות אכן זניחה או שנתחי השוק של הצדדים בשווקים הרלוונטיים קטנים.⁹⁵ ברם כפי שהניתוח הכלכלי מראה, ההשפעה התחרותית של הסדרים אנכיים איננה מובנת מאליה במרבית המקרים. לפיכך אין כל הצדקה לדעתנו להעביר את נטל הראיה מהצד הטוען כי ההסדר הוא כובל לצדדים השותפים להסכם.

גם בעניין זה תזכיר ההצעה לתיקון מס' 9 מבהיר ומחדד באופן המתאים בין לשון החוק לבין תכליתו. הנוסח המוצע של סעיף 2(ב) הוא כדלהלן:

ב. מבלי לגרוע מכלליות האמור בסעיף קטן (א), הסדר בין מתחרים שעניינו או תוצאתו בתיאום התנהגות באחד או יותר מאלה, הוא הסדר כובל:

1. המחירים שיידרשו, יוצעו או ישולמו, לרבות הנחה שתוצע או שתינתן, או הריווח שיופק.
 2. הגבלת כמות הנכסים או השירותים שצד להסדר יציע, יספק או ירכוש או הגבלת האיכות או המגוון של נכסים או שירותים כאמור.
 3. חלוקת השוק, כולו או חלקו. לעניין זה "חלוקה": לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו, לפי מקום העיסוק, מועד העיסוק, סוג הנכס או השירות שיסופקו או יירכשו או איכותם, או בדרך אחרת.
 4. הימנעות מאספקת נכס או שירות, או מרכישתם על ידי צד להסדר, לרבות הימנעות מהגשת הצעות על ידו לאספקה או לרכישה כאמור.
- לעניין סעיף קטן (ב) זה:

"מתחרים" – מי שהתקיימה ביניהם תחרות כלשהי בפועל, וכן מי שההסדר ביניהם מנע תחרות כאמור; התקיימה או נמנעה תחרות כאמור – לא תישמע הטענה כי אין מדובר במתחרים משום שאין הם נכללים באותו שוק על פי הגדרת השוק שבו פועל מי מהצדדים.

"הסדר בין מתחרים" – הסדר שלפחות שניים מהצדדים לו הם מתחרים.

על פי הנוסח המוצע, סעיף 2(ב), הקובע שהסדר הנכנס לגדרו הוא כובל בלי צורך בניתוח כלכלי כלשהו, חל רק על הסדרים אופקיים בין מתחרים (או בין מתחרים פוטנציאליים אשר מונעים תחרות ביניהם באמצעות ההסדר). הסעיף לא יחול על הסדרים

94 ק"ת 796.

95 ראו גילה, לעיל הערה 89.

אנכיים בין מי שאינם מתחרים, שייבחנו רק על פי סעיף 2(א) המוצע. סעיף זה, כזכור, דורש ניתוח כלכלי שלפיו ההסדר עלול לפגוע בתחרות בשוק כלשהו לפני שההסדר מוכתם ככובל.

מכל מקום, כפי שהדגשנו לעיל, לדעתנו דין זה הוא גם הדין הקיים כיום, טרם התקבל התיקון, על סמך פרשנות תכליתית של החוק הקיים.

2.3 האם מדובר בהסדר או באקט חד-צדדי ומה דין המלצות

על מנת שהסדר אנכי יהיה בגדר הסדר כובל עליו להוות "הסדר" לצורך דיני ההגבלים העסקיים. שלא כמו במקרה של הסדרים אופקיים בין מתחרים, שבהם ההגדרה של אלמנט ההסכם רחבה יחסית,⁹⁶ הגדרת "הסדר" בהקשר של הסדר אנכי היא צרה יחסית. עובדה זו מתבטאת בכמה אופנים.

ראשית, התנהגות של הספק או של המפיץ שברור לחלוטין שהיא חד-צדדית, כלומר שאיננה מלווה בתיאום ביניהם המסדיר את ההתנהגות, או בתמריצים או אמצעי כפייה שמדרבנים אותם לאותה התנהגות, לא תהווה הסדר. כך, אם ספק בוחר באופן חד-צדדי למכור רק למפיץ אחד, בלי להתחייב בדרך כלשהי כלפי אותו המפיץ שימכור רק לו, אין מדובר בהסדר. הוא הדין אם מפיץ בוחר באופן חד-צדדי לעבוד רק עם ספק אחד.

יתרה מזו, אם אחד הצדדים רק ממליץ על התנהגות מסוימת, על פי המשפט המשווה, האמריקני והאירופאי, אין מדובר בהסדר גם אם הצד השני מאמץ את ההמלצה באופן עקבי. על כן אם ספק ממליץ למפיצו על המחיר הקמעונאי שיגבו מצרכנים, לא יהיה זה הסדר גם אם המפיצים גובים מצרכנים בעקביות את המחיר המומלץ.⁹⁷ גם בישראל עולה מהוראות מוסכמות שהממונה נותן לבעלי מונופולין שונים כי המלצה על מחיר קמעונאי היא לגיטימית.⁹⁸ כך גם עולה מת"א (ת"א) 2586/98 גרונו נ' ביו אומגה (ישראל) בע"מ.⁹⁹ במקרה זה נטען כי אימוץ על ידי רשתות השיווק של המחיר המומלץ שהוטבע על ידי המחלבות על גבי מוצרי החלב, על רקע צו הפיקוח על מצרכים ושירותים (הצגת מחיר של

96 ראו גילה, לעיל הערה 38, בעמ' 645-647.

97 ראו בארצות-הברית: *United States v. P. Areeda Antitrust Law* (1989), 641, par. 1623c; *Colgate & Company*, 250 U.S. 300 (1919); *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, 465 U.S. 752 (1984); *Lattice Semiconductor Corporation v. Interface Electronic Corporation*, 1994-2 Trade Cas. (CCH) P70, 779, 15 (1994). בקהילייה האירופאית נקבעה הלכה דומה; ראו *Villeroy & Boch* [1988] 4 CMLR 461; *Re Pronuptia de Paris GmbH* [1986] CMLR 414.

98 ראו למשל הממונה על ההגבלים העסקיים הוראות לבעל מונופולין – החברה הישראלית לייצור משקאות קלים בע"מ, פרסום 3006300 (1998).

99 פורסם בנבו.

סוג מצרכים מסוימים), תשנ"א-1991, מהווה הסדר כובל. התביעה נמחקה בהסכמה. גם כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי הפצה בלעדית), תשס"א-2001¹⁰⁰ קובעים בסעיף 3(ד)(5) כי אין בהוראה המצויה שם, שלפיה הכתבת מחירי מינימום שוללת את הפטור, כדי למנוע המלצה על המחיר הקמעונאי.¹⁰¹

אכן, לספק יכולות להיות הרבה סיבות לגיטימיות להמליץ למפיצים על המחיר לצרכן. ככלות הכול, כפי שהראינו בסעיף 1.2 לחלק הכלכלי של פרק זה, כאשר הספק איננו יכול לשאוב רווחים מהמפיצים למשל בדמות דמי זיכיון, האינטרס של הספק מבחינת המחיר לצרכן דומה לאינטרס של הצרכנים. בהתאם, הספק ירצה להמליץ למפיצים על מחיר נמוך לצרכן, בכפוף לכך שמחיר זה ישאיר למפיצים מרווח מספיק כדי לשמר את התמריץ שלהם להשקיע במאמצי שיווק. כאשר המחיר המומלץ מובא לידיעת הצרכנים, ההמלצה יכולה גם לרסן את המפיצים לבל ישתמשו בכוח השוק שלהם על מנת להעלות את המחיר לצרכן מעל למחיר המומלץ, משום שצרכנים יטו לסרב לרכוש ממפיץ שהמחיר הקמעונאי שלו גבוה מהמחיר המומלץ על ידי הספק ויעדיפו לרכוש ממפיצים מתחרים.

שאלה קשה יותר היא מה דינו של תמרוץ, דרבון או איום גלוי או סמוי מצד הספק כי יוטל נטל או קנס או תישלל הטבה אם המפיץ לא יאמץ את "המלצתו" של הספק, או דרבון או איום מקביל מצד המפיץ המדרבן את הספק לאמץ את המלצתו של המפיץ. על פי הפסיקה האמריקנית למשל גם במקרה זה אין מדובר בהסדר אלא באקט חד-צדדי של הספק, גם אם הספק מצהיר כי לא יעסוק עם מפיצים שאינם מאמצים את המחיר הקמעונאי המומלץ ואף אם קמעונאים גובים את המחיר המומלץ כתוצאה מאיום זה.¹⁰² אולם הלכה מרחיקת לכת זו לא אומצה בקהילייה האירופאית.¹⁰³ גם בישראל לא נראה כי תאומץ הלכה זו. נראה כי כל אימת שאימוץ ההמלצה על ידי צד אחד נובע מאיום של הצד השני, או מתמרוץ כלכלי או אחר שנוצר בהסכם ביניהם, ייקבע כי מדובר בהסדר. אכן מבחינה כלכלית, מערכת תמריצים המדרבנת את הצדדים להתנהגות מסוימת ראויה לסיווג משפטי מחמיר לפחות כמו זה של הסכם מפורש הקובע התנהגות זו, משום שהצדדים להסדר פועלים בסופו של דבר מתוך מטרה למקסם את הרווחים שלהם אשר מושפעים בין השאר ממערכת התמריצים אשר נגזרת מההסדר.

בפרשת גיבור סבריינה נקבע כי סירוב של ספק בעל מונופולין לספק לקמעונאי שסטה מן המחיר שהומלץ על ידי הספק, מהווה הפרת ההוראות החלות על בעל מונופולין, אם כי בפסק דין זה לא נידונה השאלה אם מדובר בהסדר אנכי כובל וכל הדיון היה במישור

100 ק"ת 6069, 669.

101 ראו להלן סעיף 3.1.3. הוראה דומה מצויה בפטור הסוג להסכמי זכיינות; ראו להלן סעיף 7.

102 ראו פסק הדין *Re Colgate*, לעיל הערה 97, וכן פסק דין *Re Monsanto*, שם.

103 ראו למשל *Camera Care LTD v. Victor Hasselblad AB* [1982] 2 CMLR 233, par. 65-66.

הפיקוח על בעל מונופולין.¹⁰⁴ בצו המוסכם שהושג עם הממונה בעניין הסדרי סחר בין ספקים לרשתות קמעונאיות,¹⁰⁵ נאמר כי "רשאי ספק להמליץ לרשת שיווק על מחיר בו יימכרו לצרכן אחד או יותר ממוצריו ובלבד שהספק אינו נוקט בפעולה שעניינה, מטרתה או תוצאתה הידועה מראש בעת נקיטתה הם אכיפת ההמלצה, לרבות פניה כלשהי לרשת בגין אי קיום ההמלצה (לרבות הפצרות ברשת לקיים את ההמלצה), שמשמעה איום, מפורש או משתמע, לשלול מהרשת הטבות אם לא תקיים את ההמלצה". בפסקה 3.8 ג. לעמדת הממונה בעניין הסדרי סחר בין ספקים לרשתות קמעונאיות¹⁰⁶ נאמר גם כי "אימוץ אוטומטי של מחיר מומלץ על ידי הקמעונאי מקים חשד לקיומו של הסדר כובל לקביעת מחיר לצרכן". לדעתנו יש להיזהר מהסקת מסקנות מרחיקות לכת מכך שהמפיצים מאמצים בעקביות את המלצת הספק. ככלות הכל, אין טעם במתן המלצה אשר איננה מתקבלת – מטבע הדברים, הממליץ ישתדל לתת המלצה כזו אשר תאומץ בסופו של דבר על ידי שומעיה. לפיכך כל עוד לא נמצאו אמצעי אכיפה או תיאום מפורש, המחייבים או מדרבנים את המפיצים לאמץ את ההמלצה, היא צריכה להיות לגיטימית.

מכל מקום, בכל שיטות המשפט, כמו גם בישראל, קומוניקציה בין הספק למפיץ שבמסגרתה מסכימים הצדדים על דרך התנהגות וכל אישור מצד מפיץ כי הוא מקבל את דרישתו של הספק או אישור של ספק כי הוא מקבל את דרישתו של המפיץ, יהוו הסדר. בנוסף, התנהגות של הספק שהיא לכאורה "חד-צדדית", אך הונעה מתלונות או דרישות של מפיץ, גם היא הנראת מהווה הסדר. כך, בפרשת שוק הבשמים הסלקטיביים¹⁰⁷ דרשה חברת ג'יימס ריצ'רדסון, שהחזיקה נתח שוק של כ-30% מענף המכירה הקמעונאית של בשמים סלקטיביים, מיצרני הבשמים כי ירסנו את מבצעי ההנחות של מתחרי ג'יימס ריצ'רדסון בענף זה, וכי יפצו את ג'יימס ריצ'רדסון על שחיקת הרווחים שנגרמה לה מחיתוכי מחירים בעקבות מבצעי הנחות אלו. חלק מן היצרנים נענו בחיוב, רובם ככולם בהתנהגות

104 ת"פ 4783/93 (ת"א) מדינת ישראל נ' גיבור סברונה מפעלי טקסטיל בע"מ, פורסם בנבו (1996).

105 ראו הממונה על ההגבלים העסקיים מתן תוקף של צו לנוסח הצו המוסכם בין רשות ההגבלים העסקיים לספקי המזון בעניין הסדרת התחרות בענף המזון במשק הישראלי, פרסום 5000436 (2006), סעיף 24 לצו; http://www.etype.co.il/Anti1/Files/7661/604-06.doc

106 הממונה על ההגבלים העסקיים הסדרי סחר בין ספקים ורשתות קמעונאיות – עמדת הממונה על הגבלים עסקיים, הגבלים עסקיים 288843/5033 (2005), http://www.etype.co.il/Anti1/Files/5790/503011035.pdf (להלן – עמדת הממונה).

107 הממונה על ההגבלים העסקיים קביעה לפי סעיף 43(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים בעניין שוק הבשמים הסלקטיביים – קביעה בגין הסדר כובל פרסום 3002438 (1999).

גראד, בלי לשדר לג'יימס ריצ'רדסון איתות מפורש של הסכמה. למרות זאת קבע הממונה בהחלטה זו כי מדובר בהסדר.¹⁰⁸

2.4 האם תשלומי ההעברה בין הספק למפיץ והכמות הנמכרת למפיץ יכולים להיות הסדר כובל?

החווה שבו מתקשרים ספק ומפיץ מפרט, מטבע הדברים, את התנאים הכספיים הנוגעים להתקשרות ביניהם ואת הכמות הנמכרת. באופן טיפוסי, תנאים אלו כוללים את המחיר הסיטונאי שהמפיץ משלם לספק (מחיר זה יכול להיות תלוי בהיקף הרכישות של המפיץ) וכן תשלומים קבועים אשר המפיץ משלם לספק (דמי זיכיון) או להיפך (למשל עמלות מדף או בונוסים). תנאים כספיים אלה, כשלעצמם, לעולם אינם יכולים להיחשב כהסדר כובל. כך למעשה נקבע על ידי בית המשפט העליון בפרשת לשכת שמאי המקרקעין.¹⁰⁹ בפרשה זו נטען כי תנאי מכרז של המדינה לרכישת שירותי שמאות מקרקעין כוללים הסדר כובל, בדמות מחיר מרבי שהמדינה קבעה שהיא לא תהא מוכנה לשלם מעליו לשמאי המקרקעין. בית המשפט העליון, מפיה של השופטת חיות, קבע כי:

"במקרה שלפנינו אין ספק כי התנאי בעניין 'מחיר המקסימום', אשר נקבע כ'תנאי סף' במכרז, נוגע ל'מחיר שיידרש, שיוצע או שישולם' בהסדר שאליו חותר המכרז. מבחינה זו בא התנאי בגדר הוראת סעיף 2(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, אך האם עניין לנו כ'כבילה' כדרישת סעיף 2(ב) רישה?... השאלה העקרונית מהי 'כבילה' כמשמעותה בסעיף 2(ב) רישה, היא שאלה מורכבת, ולצורך המקרה שלפנינו לא ראיתי צורך לקבוע בה מסמרות. די אם אומר כי על-פי הפירוש התכליתי והראוי של מונח זה, אין לראות כ'כבילה' את 'מחיר מקסימום' שנקבע כ'תנאי הסף' במכרז הנדון".¹¹⁰

מכאן עולה כי המחיר שנקבע לתשלום לספק על ידי המפיץ לא יוכל להוות, כשלעצמו, הסדר כובל. זוהי כמובן תוצאה חיונית וראויה משום שלפי הגישה המסורתית, הרואה את סעיף 2(ב) כחל על הסדרים אנכיים, כל התקשרות בין ספק למפיץ היא בבחינת הסדר כובל

108 שם, בפסקה 4.2. בארצות-הברית, שוב, הגישה של בתי המשפט מרוככת יותר. כך, פסק הדין של בית המשפט העליון האמריקני בעניין *Monsanto*, לעיל הערה 97, לא רואה התנהגות של ספק בתגובה לתלונות של מפיץ כראייה מספיקה להסדר.

109 עע"מ 6464/03 לשכת שמאי המקרקעין בישראל נ' משרד המשפטים, אגף שומת מקרקעין, פ"ד נח(3) 293 (להלן: עניין לשכת שמאי המקרקעין).

110 שם, עמ' 309.

שהרי היא כוללת מטבע הדברים גם כבילה לגבי המחיר המשולם לספק על ידי המפיץ (שהיא בחזקת הסדר כובל על פי סעיף 2(ב)(1)) וכבילה לגבי הכמות הנמכרת (שהיא בחזקת הסדר כובל על פי סעיף 2(ב)(4)). גם לפי הגישה שאנו תומכים בה, שלפיה הסדרים אנכיים יידונו רק לפי סעיף 2(א) לחוק, היה ניתן להכתיים תשלומי ההעברה בין הספק למפיץ כהסדרים כובלים משום שניתן היה לטעון שעלייה במחיר הסיטונאי אשר מביאה לעלייה במחיר לצרכן עלולה לפגוע בתחרות. גם זו איננה לדעתנו תוצאה ראויה, משום שהיא מטילה על בתי המשפט ועל רשויות ההגבלים העסקיים נטל כבד וקשה ליישום לבדוק, כל אמת שנטענת טענה להסדר כובל מעין זה, אם ועד כמה המחיר הסיטונאי הוא גבוה מדי.¹¹¹

השופטת חיות מנמקת תוצאה זו בכך שהמחיר החוזי איננו מקיים את דרישת ה"כבילה" הקיימת בסעיף 2(ב), הקובע כזכור כי הסדר שבו "הכבילות" נוגעות למחיר, לכמות, לאיכות וכו', ייחשב אוטומטית להסדר כובל. לדעתנו אי אפשר לסמוך את תוצאת פסק הדין על ההנמקה הזו. ככלות הכול, אם לקוח מתחייב לשלם למשל מחיר מסוים לספק, המפיץ "כובל את עצמו" לשלם מחיר זה.¹¹²

בהתאם, התוצאה הראויה של פסק הדין בעניין לשכת שמאי המקרקעין מוסברת טוב יותר על ידי פרשנות תכליתית של סעיף 2 לחוק, שלפיה, מהסיבות האמורות לעיל, לא ייתכן שהסעיף יחול על תנאי התשלום שבין הספק למפיץ. מסקנה דומה חלה לגבי תנאי החוזה בין הספק למפיץ הקובעים את סוג המוצר וכמותו.

דברים אלה אמורים גם לגבי הסדר זיכיון, שבו הספק גובה דמי זיכיון קבועים מהמפיץ ובתמורה הוא נאות להקטין את המחיר הסיטונאי שהמפיץ משלם לו. לכאורה, היה ניתן לטעון כי מדובר ב"כבילה לגבי המחיר", אלא שהפרשנות התכליתית האמורה מוציאה הסדרים מעין אלה מגדרו של סעיף 2 לחוק. כך גם לגבי בונוסים או תשלומים קבועים אחרים שמשלם הספק למפיץ.

אם כך, כהסדר אנכי כובל עשויים להיחשב רק מגבלות שנקבעו בין הספק למפיץ המגבילות את אופן התנהגותו של הספק או של המפיץ אל מול צדדים שלישיים, כגון הסדרי בלעדיות למיניהם, הסדר לקוח מועדף והסדרי הכתבת מחירים. ראוי להכניס בגדר הסדרים מעין אלה גם הסדרים אחרים הקובעים לצדדים תמריצים כלכליים לקיים את המגבלות האמורות. כך למשל ספק יכול לומר למפיץ שלו שהוא רשאי לרכוש גם מספקים

111 אפילו במסגרת הפיקוח על בעל מונופולין, קיימת גישה שלפיה אין זה ראוי, במסגרת פיקוח זה, לאסור על תמחור מופרז מצד בעל מונופולין; ראו את הפרק על מונופולין בספר זה. גישה זו מתחזקת עוד יותר כשמדובר בפיקוח על הסדרים כובלים, שאינם חלים דווקא על צדדים שהם בעלי מונופולין.

112 ראו גילה, לעיל הערה 87, בפסקה 3.

מתחרים, אך אז יאבד המפיץ בונוסים או הטבות מאותו הספק. כיוון שהסדר זה מתמרץ את המפיץ לבלעדיות, ניתן לדון בו, במקרה מתאים, כבהסדר בלעדיות ואז הוא עשוי להיות כובל לפי סעיף 2(א).¹¹³

2.5 האפשרות להחלת פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת ערך על הסדרים אנכיים

פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת ערך מעניק פטור ל"הסכם שפגיעתו בתחרות קלת ערך".¹¹⁴ כפי שיוסבר בפירוט להלן, בשנת 2006 תוקנו פטורי הסוג באופן שהבהיר שהסדרים אנכיים יוכלו ליהנות מפטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת ערך. אולם לפני התיקון מ-2006, לא היה ברור אם פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת ערך יכול לחול על הסדרים אנכיים. בפרט, סעיף 4 לפטורי הסוג – הוראות כלליות¹¹⁵ כלל בזמנו רשימה של כבילות, שהפרשנות הסבירה היחידה שלהן הייתה שפטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת ערך איננו יכול לחול, בין היתר, על "תיאום מחירים... או הכתבתם" (סעיף 4(1)) או על "חלוקת שווקים בין צדדים..." (סעיף 4(3)).¹¹⁶ כזכור, הפסיקה המסורתית, שמתבטאת גם בדעת היחיד של השופטת נאור בעניין אקסטל בע"מ, פירשה את סעיף 2(ב)(1) לחוק ההגבלים, הדין ב"תיאום מחירים", ואת סעיף 2(ב)(3) לחוק, הדין ב"חלוקת שוק", כחלים גם על הסדרים אנכיים. אותה גישה מסורתית פירשה גם את "הרשימה השחורה" של סעיף 4 לפטורי הסוג – הוראות כלליות כחלה על הסדרים אנכיים. בפרט, הכתבת מחירים והסדר לקוח מועדף נכנסו, לפי גישה זו, לגדר סעיף 4(1) הנ"ל והסדרי בלעדיות למיניהם, לרבות טריטוריות בלעדיות, נכנסו לגדר סעיף 4(3) הנ"ל. אכן, השופטת נאור ציינה במפורש בפסקה 19 בפסק הדין בעניין אקסטל בע"מ¹¹⁷ כי לגישתה, הסדר הלקוח המועדף שנדון בפרשה זו לא יוכל ליהנות מפטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת ערך, לאור סעיף 4(3) הנ"ל. בפרשת חניות בע"מ,¹¹⁸ גרסו השופטים אור וטירקל באופן לקוני כי פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת ערך יכול לחול על הכתבה אנכית של מכסות מרביות וכן על הכתבת מחירי מקסימום, שנידונו בפרשה זו. עם

113 ראו "ראיות לכאורה נגד עלית בפרשת קדבורי" Ynet, 27.8.03, שם דווח כי רשות ההגבלים העסקיים ראתה מתן בונוסים והטבות לקמעונאי תמורת אי החזקת מוצר מתחרה כהסדר כובל; <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2738757,00.html>.

114 ק"ת 796, סעיף 1.

115 כללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות), תשס"א-2001, ק"ת 6096 (להלן: פטורי הסוג – הוראות כלליות).

116 להסבר לגבי פרשנות זו ראו גילה, לעיל הערה 38, בעמ' 686-683.

117 לעיל הערה 90.

118 ע"א 3700/98 א.מ. חניות נ' עיריית ירושלים, פ"ד נו(2) 590 (להלן – פרשת חניות בע"מ).

זאת נראה שהשופטים לא נתנו את דעתם לרשימת סעיף 4 האמורה ולא דנו בשאלה הפרשנית אם "הכתבת מחירים" או "קביעת כמויות מרביות", המצויים ברשימה השחורה, כוללים גם כבילות אנכיות.

קביעה זו עדיין יכולה להיות רלוונטית להסדרים אנכיים שהיו קיימים לפני תיקון פטורי הסוג ב-2006. אימוצה יביא לתוצאה קשה, שלפיה הסדרים אנכיים שהיו קיימים לפני התיקון הם אוטומטית כובלים, לפי סעיף 2(ב) לחוק, בלי קשר לפגיעתם בתחרות, ויתרה מזו, הם לעולם לא יוכלו ליהנות מפטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת ערך, בלי קשר לפגיעתם המסתברת בתחרות. אולם לגישתנו, אף לפני התיקון היה צריך לפרש את "הרשימה השחורה" בסעיף 4 לפטורי הסוג – הוראות כלליות כרשימה שחלה רק על הסדרים אופקיים. לחילופין אימוץ גישתנו, שלפיה סעיף 2(ב) לחוק איננו חל על הסדרים אנכיים, כך שיש לדון בהם רק לפי סעיף 2(א) לחוק, יחייב ממילא בדיקה כלכלית מעמיקה לפני שנחרץ דינו של הסדר אנכי כהסדר כובל. אם אחרי בדיקה כלכלית כזו הסדר אנכי יימצא כלא כובל, הרי שממילא לא ייזקק לתחולת פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת ערך.

תיקון פטורי הסוג בשנת 2006 הבהיר מפורשות נקודה זו באופן הבא. הרשימה השחורה בסעיף 4 לפטורי הסוג – הוראות כלליות תוקנה ונאמר בה במפורש שהיא חלה רק על הסדר בין מתחרים. ההגדרה של "מתחרים" לעניין זה הועתקה מההצעה לתיקון מס' 9 לחוק והיא כזכור "מי שהתקיימה ביניהם תחרות כלשהי בפועל בסמוך לפני ההתקשרות בהסכם ביניהם, וכן מי שההסכם ביניהם מנע תחרות כאמור; התקיימה או נמנעה תחרות כאמור, לא תישמע הטענה כי הצדדים אינם מתחרים משום שאין הם פועלים באותו שוק מוצר על פי הגדרת שוק המוצר שבו פועל מי מהם". משמע, הובהר במפורש שהרשימה השחורה אינה חלה על הסדרים שאינם בין מתחרים, וכך נפתחה הדלת לתחולתו של פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת ערך על הסדרים אנכיים.

פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת ערך תוקן אף הוא ונקבע בו, בסעיף 2, שבהסדר שאינו בין מתחרים, אם נתח השוק של צדדים המעורבים בהסדר "אינו עולה על שיעור של 15% בכל אחד משוקי המוצר שלהם נוגע ההסכם" אזי הפגיעה בתחרות תהא קלת ערך ויחול פטור הסוג. כמובן, גם אם נתחי השוק עולים על 15%, עדיין יחול פטור הסוג אם על פי ניתוח כלכלי מעמיק הפגיעה של ההסדר בתחרות היא אכן קלת ערך. אולם בכל מקרה, על פי סעיף 3(1) לפטור, הוא לא יחול אם אחד הצדדים להסדר הוא בעל מונופולין בשוק מוצר שמשיק לשוק המוצר נשוא ההסדר.

ההחלה המפורשת של פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת ערך על הסדרים אנכיים מאפשרת אפוא פטור "אוטומטי", ללא צורך להכשר מראש אצל הממונה או אצל בית הדין להגבלים עסקיים, להסדר אנכי על סמך ניתוח כלכלי מעמיק של השפעתו על התחרות. כמובן, לצורך הנאה מפטור "אוטומטי" זה, על הצדדים לבצע בעצמם את הניתוח הכלכלי המעמיק הדרוש על מנת להסיק כי תנאי פטור הסוג מתקיימים. זאת גם על פי

הגישה המסורתית, המכתימה את ההסדר ככובל אוטומטית מכוח סעיף 2(ב). אולם אם תאומץ הגישה המסורתית, הרי שאם גורם כלשהו יתקוף את ההסדר, הנטל לביצוע הניתוח הכלכלי אשר יראה אם ההסדר נהנה מפטור הסוג לא יוטל על שכמו של מי שתוקף את ההסדר, כי אם על הצדדים להסדר. לעומת זאת על פי גישתנו וכן אם וכאשר תתקבל ההצעה לתיקון 9 לחוק, הסדר אנכי יוכל להיות כובל רק לפי סעיף 2(א) ועל כן אם הוא איננו מעורר חשש לפגיעה בתחרות, הוא ממילא לא יהא כובל וממילא לא ייזקק לפטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת ערך. תרומתו של פטור הסוג במקרים מעין אלה תהא רק הגדלת הוודאות של הצדדים והקלה על רשות ההגבלים העסקיים ובתי המשפט, שיוכלו להיעזר בתנאי פטור הסוג על מנת להתרשם אם הסדר אנכי נתון כשר או לא. זהו למשל פועלה של הוראת סעיף 2 לפטור הסוג שנזכרה לעיל, שלפיה בהסדר שאינו בין מתחרים, אם נתח השוק של צדדים המעורבים בהסדר "אינו עולה על שיעור של 15% בכל אחד משוקי המוצר שלהם נוגע ההסכם", אזי יחול פטור הסוג וההסדר יהיה פטור, בלי צורך בניתוח כלכלי מעמיק יותר. על פי גישה זו, הנטל לביצוע הניתוח הכלכלי האמור יוטל על שכמו של מי שתוקף את ההסדר בטענה שהסדר זה עלול לפגוע בתחרות באיזשהו ענף רלוונטי.¹¹⁹

ננתח עתה באופן פרטני את תחולת החוק על סוגי ההסדרים האנכיים השונים. נפתח בסעיף 3, בהסדרים המגבילים את התחרות הפנים-מותגית בין המפיצים של ספק מסוים. בהסדרים אלה מוגבלת התחרות הפנים-מותגית. אולם כפי שנראה בפירוט, לעתים יש להסדרים כאלה השלכות גם על תחרות בין-מותגית בין הספקים השונים בשוק הסיטונאי ו/או בין מפיצים של מותגים שונים בשוק הקמעונאי. סעיף 3 בנוי ממספר תתי סעיפים. סעיף 3.1 ידון בהסכם הפצה בלעדית, ולפיו ספק מתחייב כלפי מפיץ לשווק את מוצריו לצרכנים רק באמצעות המפיץ הבלעדי ולא באמצעות מפיצים מתחרים. סעיף 3.2 ידון בהסדרי טריטוריות או סגמנטים בלעדיים, שלפיהם לכל מפיץ מוענקת בלעדיות על מקטע חלקי של השוק. הסדרי הפצה בלעדית הם מקרה פרטי של הסדרי טריטוריות או סגמנטים בלעדיים משום שלפיהם, הספק קובע טריטוריה או סגמנט יחיד אשר מכיל את כל השוק והוא מעניק למפיץ יחיד בלעדיות בכלל השוק. זאת בעוד שבהסדרי טריטוריות בלעדיות או סגמנטים בלעדיים, השוק מחולק לכמה מקטעים שבכל אחד מהם פועל מפיץ בלעדי. בסעיף 3.3 יידונו הסדרי הכתבת מחיר מינימום. בעוד שהסדרי הפצה בלעדית והסדרי טריטוריות או סגמנטים בלעדיים מונעים לחלוטין תחרות פנים-מותגית, הכתבת מחיר מינימום מונעת רק את תחרות המחירים הפנים-מותגית.

119 ראו גילה, לעיל הערה 87, הטוען שלא יהא זה סביר לפרש את המבחן של סעיף 2(א), של אי-פגיעה מסתברת בתחרות, באופן שונה מן המבחן של פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת ערך, שדורש "פגיעה קלת ערך בתחרות".

סעיף 4 ידון בהסדר לקוח מועדף, שבו ספק מתחייב כלפי מפיץ כי תנאי הרכישה של המפיץ יהיו עדיפים או לכל הפחות לא ייפלו מהתנאים שמקבלים מפיצים מתחרים. שלא כמו ההסדרים הנידונים בסעיף 3, כאן לא מוסרת התחרות הפנים-מותגית. סעיף 5 ידון בהכתבת מחירי מקסימום. שלא כמו הכתבת מחיר מינימום, האוסרת על המפיצים של הספק לגבות מצרכנים פחות ממחיר מסוים, הסדרים אלה אוסרים על המפיצים של הספק להעלות מחירים מעבר לתקרה המוכתבת. סעיף 6 ידון בהכתבת סטנדרט איכות אופטימלי על ידי הספק. בסעיף 7 יידונו הסדרי זכיינות, לאורו של פטור סוג שייחוד להסדרים מסוג זה. סעיף 8 ידון בהסדרי רכישה בלעדית. הסדרים אלה מונעים מהמפיצים לרכוש מספקים מתחרים. סעיף 9 ידון בהסדרים המשיגים רכישה בלעדית חלקית, בין במישרין ובין בעקיפין. אלה כוללים הסדרים בין ספק לבין רשת קמעונאית לצמצום מספר הספקים, לרכישת שטחי תצוגת מדף וחוף מדף, לניהול קטגוריה וסדרנות של מוצרים, לתשלום של בונוסים והטבות עבור השגת יעדי מכירות, לקביעת נתחי שוק ולבלעדיות במבצעים. בעוד שההסדרים שנידונו עד סעיף 8 נגעו לרצונו של הספק להסדיר כיצד יופץ המוצר שלו, סעיפים 8 ו-9 עוסקים בהסדרים הנוגעים לרצונו של הספק להסדיר אם, וכיצד, יופצו מוצרים של ספקים מתחרים.

לאחר מכן נדון בכללים משפטיים שבאמצעותם ניתן לפטור הסדרים אנכיים מעולם של דיני ההגבלים העסקיים. בפרט, סעיף 10 ידון בסייגים סטטוטוריים הקבועים בסעיף 3 לחוק ההגבלים העסקיים, היכולים לפטור הסדרים אנכיים.

3. מגבלות על התחרות הפנים-מותגית

3.1 הסכם הפצה בלעדית

כזכור, הסכם הפצה בלעדית (sole outlet, exclusive distribution) הוא הסכם שלפיו ספק מתחייב כלפי מפיץ לשווק את מוצריו לצרכנים רק באמצעות המפיץ ולא באמצעות מפיצים אחרים.

3.1.1 תחולת סעיף 2(ב) לחוק

על פי הפסיקה המסורתית, הסדר הפצה בלעדית הוא בגדר הסדר כובל לפי סעיף 2(ב)(3), שכן לפי הפרשנות המילולית בפסיקה זו, הצדדים "מחלקים את השוק" לפי סוג האנשים שעמם מותר לספק לעסוק. לפי גישה זו, הסדר הפצה בלעדית יהא כובל כשלעצמו, בלי קשר לניתוח כלכלי כלשהו.¹²⁰ כאמור לעיל, לגישתנו, שאומצה על ידי השופט טירקל

120 הממונה חזר על גישה זו בהחלטתו בעניין קניון הראל, לעיל הערה 82, בעמ' 17-18.

בדעת היחיד שלו בעניין אקסטל בע"מ,¹²¹ סעיף 2(ב) צריך להתפרש כחל רק על הסדרים אופקיים. בהתאם, גורלו של הסדר הפצה בלעדית צריך להיחרץ רק לפי סעיף 2(א) לחוק, ורק אם ניתוח כלכלי מראה כי הוא עלול לפגוע בתחרות בענף כלשהו. זו גם התוצאה שתשרור אם וכאשר יחוקק תיקון מספר 9 לחוק, אותו הזכרנו בסעיף 2.2 לעיל.

3.1.2 תחולת סעיף 2(א) לחוק

כאמור לעיל, גורלו של כל הסדר אנכי, ובכלל זה גם הסדר הפצה בלעדית, צריך להיות מוכרע לדעתנו אך ורק לפי סעיף 2(א) לחוק לאחר בחינה כלכלית של פגיעתו המסתברת בתחרות בשוק הסיטונאי או הקמעונאי.¹²² בהתאם לניתוח הכלכלי של הסדרי הפצה בלעדית אשר מופיע בסעיפים 12-13 לחלק הכלכלי, מועיל להבחין בין מקרים שבהם הספק אשר מתחייב בבלעדיות הוא הספק היחיד בשוק הסיטונאי לבין המקרה שבו פועלים בשוק הסיטונאי כמה ספקים.

א. ספק יחיד

במקרה זה אין תחרות בין-מותגית בין כמה ספקים ולכן הסדר הפצה בלעדית עלול לפגוע אך ורק בתחרות הפנים-מותגית שבין מפיצים שונים של המוצר. יתר על כן, כיוון שההסכם מגביל רק את הספק, אך לא את המפיצים, הוא ממילא איננו יכול לחסום כניסה

121 לעיל הערה 90.

122 ראו לעיל סעיף 2.2. המשפט האמריקני מתייחס בחשדנות להסדרי הפצה בלעדית, כאשר לספק יש די מעמד בשוק שלו. ראו למשל *Packard Motor Car Co. v. Webster Motor Car Co.*, 242 F.2d 418 (D.C. Cir.); *cert. denied*, 355 U.S. 822 (1957); P. Areeda, L. Kaplow *Antitrust Analysis* (4th ed. 1988), 657. ופסקי הדין המאזכרים שם. עם זאת הפסיקה האמריקנית מנתחת הסדרי הפצה בלעדית על פי כלל סבירות, תוך אמידת מידת הפגיעה בתחרות בשוק הרלוונטי אל מול יתרונות פרו-תחרותיים, כגון מניעת חיכוכים המשרים את מצב הצרכנים, ואיננה מניחה אוטומטית כי מדובר בהסדר כובל. ראו שם, וכן *Schwing Motor Co. v. Hudson Sales Corporation*, 138 F. Supp. 899 (D. Md.), *aff'd*, 239 F. 2d 176 (4th Cir. 1956), *cert. denied*, 355 U.S. 823 (1957). גם בקהילייה האירופאית, כלל הסבירות חל לגבי התחייבות של הספק כלפי מפיץ כי באזור שבו המפיץ קיבל בלעדיות, הספק לא יספק את המוצר שלו לצרכנים סופיים או למפיצים מתחרים; ראו *Case 56/65 Societe Technique Miniere*, 1966 ECR 337. ראו גם הנציבות האירופאית הנחיות הסדרים אנכיים (2000), פסקה 2.2, תת פסקה 163. באירופה קיים גם פטור סוג לסוג כזה של הסדרים, ובלבד שנתח השוק של הספק איננו עולה על 30%; ראו *Commission Regulation (EC) No 1582/97 of 30 July 1997*; אמנם, גישת דיני הקהילייה האירופאית כלפי מגבלות חריפות יותר על הספק, המחייבות אותו למנוע "יבוא מקביל" של המוצר על ידי מפיצים שמחוץ לטריטוריה של המפיץ הבלעדי, היא חמורה ביותר. ראו למשל החלטת הנציבות האירופית בעניין *Volkswagen*, O.J. L124, April 25, 1998. נראה כי גם פטור הסוג הישראלי להפצה בלעדית, שידון בסעיף 2.1.3 להלן, איננו חל על מגבלות מעין אלו למניעת "יבוא מקביל".

של ספקים מתחרים לשוק הסיטונאי, שכן ההסכם איננו מונע מהמפיצים את היכולת לרכוש מספקים מתחרים אם הם מעוניינים בכך.

הניתוח הכלכלי מראה שמניעת תחרות פנים-מותגית עשויה במקרים מסוימים להניב יתרונות כלכליים, אך היא גם עלולה, במקרים אחרים, לגרום לפגיעה כלכלית בצרכנים. בצד הזכות, ראוי לציין שמניעת תחרות פנים-מותגית באמצעות הסדר הפצה בלעדית, יכולה למנוע בעיות של תמריצי יתר או תמריצי חסר להשקעה במאמצי שיווק בשוק הקמעונאי (מאמצי שיווק שאינם אופטימליים עלולים להזיק בסופו של דבר לצרכנים), והיא יכולה גם למנוע בעיה של פריסה גיאוגרפית לא יעילה של מפיצים. בצד החובה, הפצה בלעדית עלולה לפתור את בעיית האופורטוניזם של הספק ובכך לגרום לעלייה במחירים הסיטונאיים ובמחיר לצרכן.¹²³ חשוב להזכיר בהקשר זה שלמרות שהסכם ההפצה הבלעדית מונע ממפיצים אחרים את היכולת לשווק את המוצר של הספק שהגביל עצמו, הרי שמטרת דיני ההגבלים העסקיים היא להגן על התחרות ועל הצרכנים, ולא על המתחרים.¹²⁴ לכן, העובדה שממפיצים אחרים נמנעת היכולת לשווק את המוצר של הספק שהגביל את עצמו אינה מהווה כשלעצמה בעיה מנקודת הראות של הגבלים עסקיים.

כפי שראינו בסעיפים 6.2, 6.3, ו-7.1 בחלק הכלכלי של הפרק, שימוש בהסדרי הפצה בלעדית כדרך לפתרון בעיות כלכליות אשר נגרמות במסגרת של תחרות פנים-מותגית עלול ליצור בעיות כלכליות אחרות, כגון עלייה במחיר לצרכן עקב יצירת בעיית שוליים כפולים, בפרט כאשר הספק מתקשה לשאוב רווחים מהמפיצים באמצעות דמי זיכיון (ראה סעיף 2.1 בחלק הכלכלי של הפרק). במקרה זה, יש בכוחם של הסדרים נוספים אשר מלווים את הסדר ההפצה הבלעדית, כגון הכתבת מחירי מקסימום או הכתבת כמויות מינימליות, כדי לרסן את

123 חשוב לזכור שהחשש שהסדר הפצה בלעדית עלול למנוע את בעיית האופורטוניזם של הספק ובכך לגרום לעליית המחיר לצרכן, עשוי להיות מוגזם במקרים מסוימים. זאת משום שלעתים קרובות הספק יכול לפתור את הבעיה גם ללא צורך בהסדרים אנכיים כלשהם, למשל באמצעות טיפוח מוניטין ארוך טווח של אמינות. יתרה מזו, כיוון שעסקינן בספק יחיד, הרי שספק זה הוא ממילא בגדר בעל מונופולין, ועל פי סעיף 29(ב)(3) לחוק ההגבלים אסור לו להפלות בין מפיצים באופן המעניק יתרון תחרותי בלתי הוגן לאחד מהם על פני השני. לאור איסור זה, בעיית האופורטוניזם של ספק יחיד (או לעניין זה כל ספק שיש לו מעל 50% משוק האספקה הרלוונטי) היא ממילא פחות חריפה.

124 ראו למשל ה"ע 9/99 אמנה (תש"י) חברה להחסנה וערובה בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, פורסם בנבו (2002), שם נדחתה טענה של מתחרה כנגד מיזוג שעלול לגרום לפירמה המתמזגת להפוך ליעילה יותר, באמירה שדיני ההגבלים העסקיים נועדו להגן על התחרות ולא על המתחרה הבודד, שנגרם לו חיסרון תחרותי כתוצאה מהתייעלות של מתחרהו; ה"ע 8011/03 תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית בע"מ נ' מובילי החלב העצמאיים, פורסם בנבו (2005) (להלן: עניין תנובה), פסקה 14, שם אישר בית הדין הסדר כובל שעלול לגרום למובילי חלב להסתלק מן השוק תוך קביעה שדיני ההגבלים העסקיים לא נועדו להגן על אינטרסים של מתחרים בודדים.

נטייתו של המפיץ הבלעדי להעלות את המחיר לצרכן ו/או להקטין את היקף המכירות הקמעונאיות. לפיכך הסדרים כאלו אשר מלווים את הסדר ההפצה הבלעדי עשויים למזער את החששות מפגיעה בתחרות כתוצאה מן ההסכם.

ב. תחרות בין-מותגית

כאשר בשוק הסיטונאי פועלים כמה ספקים המתחרים זה בזה התמונה משתנה, משום שכעת, הסדר הפצה בלעדית עלול לפגוע בתחרות הן בשוק הקמעונאי הן בשוק הסיטונאי: (א) פגיעה בשוק הקמעונאי: ההסדר מונע תחרות פנים-מותגית בין המפיצים של הספק אשר מגביל את עצמו, ועל כן הוא עלול לגרום למפיץ הבלעדי של ספק זה לייקר את המחיר לצרכן. כפי שטענו בסעיף 12.2 בחלק הכלכלי של פרק זה, עובדה זו עלולה לדרבן את מפיצי המותגים המתחרים להעלות את מחירי המוצרים שלהם ולפיכך לגרום לפגיעה בצרכנים בשוק הקמעונאי. ההסדר עשוי להשתלם לספק אשר הגביל את עצמו, משום שריכוך התחרות בשוק הקמעונאי מביא לעלייה ברווחי המפיצים בשוק הקמעונאי ולכן מאפשרת לספק לגבות סכומי כסף גדולים יותר מהמפיצים, למשל בדמות דמי זיכיון גבוהים יותר.

(ב) פגיעה בשוק הסיטונאי: התחייבותו של ספק לשווק רק באמצעות מפיץ בלעדי מקטינה את התחרות בשוק הסיטונאי, משום שהיא מאלצת את מתחריו של המפיץ הבלעדי לרכוש אך ורק מספקים אחרים. במילים אחרות, התחייבות כזו מגדילה את כוח השוק של ספקים מתחרים מול מפיצים שאינם שותפים להסכם ההפצה הבלעדי. כפי שטענו בסעיף 12.6 בחלק הכלכלי של פרק זה, סביר להניח שהקטנת התחרות בשוק הסיטונאי תביא לעלייה במחירים הסיטונאיים ובעקבותיה גם לעלייה במחיר לצרכן. מצב דברים זה מועיל למפיץ הבלעדי משום שהוא מקנה לו יתרון תחרותי בשוק הקמעונאי. מנגד, מצב דברים זה פוגע בצרכנים משום שהמחירים הקמעונאיים התייקרו.

ראוי להדגיש כאן שהפגיעה בתחרות בשוק הסיטונאי ובשוק הקמעונאי עלולה להיות גדולה במיוחד אם לספק אשר מגביל את עצמו יש יתרון תחרותי על פני ספקים מתחרים (למשל הוא הספק היחיד אשר יכול להבטיח קו מוצרים מלא, קו המוצרים שלו הוא באיכות גבוהה יותר או שהעלויות שלו נמוכות במיוחד). זאת משום שבמקרה זה, הספקים המתחרים אינם מהווים תחליפים הולמים מנקודת ראותם של מפיצים מתחרים. לפיכך הסדר ההפצה הבלעדי, אשר מונע ממפיצים מתחרים לשווק את מוצריו של הספק בשטח שבו חל ההסדר, עלול לא רק להחליש את כוחם של מפיצים מתחרים להתחרות באופן אפקטיבי בשוק הקמעונאי אלא אף לדחוק אותם משוק זה כליל.¹²⁵ עם זאת אם קיימים ספקים מתחרים משמעותיים בשוק הסיטונאי אשר רמת התחליפיות ביניהם מנקודת ראותם של

¹²⁵ ראו לעיל סעיף 12.6 לחלק הכלכלי של פרק זה.

המפיצים גדולה מספיק, יהיה בכך כדי להחליש את הפגיעה בשוק הסיטונאי ובשוק הקמעונאי.

לגישתנו, הסדר הפצה בלעדית יהווה הסדר כובל על פי סעיף 2(א) באותם מקרים שבהם הוא עלול לפגוע במידה משמעותית בתחרות בענף כלשהו, יהא זה הענף של המפיץ או של הספק. עם זאת מן הפרשנות המילולית הדווקנית של סעיף 2(א), שבאה לידי ביטוי בפסיקת בית המשפט בעניין יקבי רמת הגולן,¹²⁶ עולה שהסדר הפצה בלעדית יחשב להסדר כובל לפי סעיף 2(א) רק אם הפגיעה בתחרות היא בשוק של הצד אשר הגביל את עצמו, קרי הספק. אמנם, ממבט ראשון נראה שהפגיעה הפוטנציאלית של ההסדר היא דווקא בתחרות בשוק של המפיץ, משום שההסדר מונע תחרות פנים-מותגית בין מפיצים שונים של הספק. כלומר ניתן היה לחשוב שלפי פסיקת בית המשפט בעניין יקבי רמת הגולן, הסדר הפצה בלעדית איננו בבחינת הסדר כובל לפי סעיף 2(א). אולם הניתוח הכלכלי בסעיפים 12.6 ו-12.2 לחלק הכלכלי של הפרק וכן פסקה 4.2 אצל גילה,¹²⁷ חושף שהסדר הפצה בלעדית עלול, במקרים מסוימים, לפגוע גם בתחרות בענף שבו פועל הספק. הסיבה לכך היא שההתחייבות של הספק להימנע ממכירה למפיצים אשר מתחרים במפיץ הבלעדי עלולה לרכך את התחרות בין הספקים לבין עצמם. אם כך, הרי שאף לפי הפרשנות המילולית של סעיף 2(א) בעניין יקבי רמת הגולן, הסדר הפצה בלעדית עלול להיות כובל לפי סעיף 2(א), לפחות באותם מקרים שבהם הוא עלול לפגוע בתחרות בענף של הספק.

כאמור בסעיף 2.1.2 לעיל, לכשיאומץ תזכיר הצעת החוק של תיקון מס' 9 לחוק ההגבלים, נגיע מכוח לשון החוק הברורה לאותה התוצאה שאליה הגענו לעיל על דרך הפרשנות התכליתית של החוק הקיים. זאת משום שלפי סעיף 2(א) לחוק המוצע די שההסדר יפגע בתחרות בענף כלשהו על מנת שהוא יהיה כובל. בנוסף, כפי שפרטנו בסעיף 2.2 לעיל, הסדרים אנכיים הוצאו מגדרו של סעיף 2(ב) לחוק והם יידונו רק לפי סעיף 2(א).

3.1.3 פטור הסוג להסכמי הפצה בלעדית

סעיף 1 לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי הפצה בלעדית), תשס"א-2001¹²⁸ מעניק פטור ל"הסכם הפצה" שבו "מתחייב הספק למכור או לספק טובין לשם הפצה בשטח ההסכם למפיץ בלבד", בכפוף לתנאים שייסקרו להלן. "מפיץ" מוגדר בפטור הסוג כ"צד להסכם הפצה הרוכש טובין מספק לשם מכירתם". "ספק" מוגדר כ"צד להסכם הפצה המספק או מוכר טובין למפיץ לשם מכירתם". הפטור איננו חל על יחסי ספק-לקוח אחרים

126 לעיל הערה 77.

127 ד' גילה "כבילה הפוגעת בתחרות בין הצד הנהנה ממנה למתחריו" עיוני משפט כח (תשס"ה)

.517

128 לעיל הערה 100.

שאינם כרוכים ברכישת מוצרים או שירותים לשם מכירתם. למשל הוא איננו חל על ספק של תשומה המוכר אותה ליצרן המשתמש בתשומה לצורך עסקיו. שלא כמו פטור הסוג לרכישה בלעדית שיידון להלן, אין הפטור מרחיב עצמו להסכם לרכישת תשומה. על כן פטור הסוג איננו חל למשל אם ספק של חומר גלם או תשומה אחרת מתחייב כלפי רוכש התשומה כי לא יספק את התשומה לרוכשים אחרים.

פטור הסוג להסדרי הפצה בלעדית מציין כי מותר לכלול בהסכם התחייבות של המפיץ לרכוש את הטובין שבהסכם להפצה בלעדית רק מאת הספק.¹²⁹ היתר זה מיותר לדעתנו, משום שכאשר הבלעדיות היא "הדדית" ההסדר ייכלל ממילא בגדר הסייג שבסעיף 3(6) לחוק ההגבלים עצמו¹³⁰ ולפיכך לא יהווה הסדר כובל.

סעיף 2(4) לפטור הסוג, על סעיפיו הקטנים, מכניס לגדרו כמה מגבלות המוטלות על המפיץ, ובפרט התחייבות של המפיץ לרכוש סדרות שלמות של הטובין; לרכוש לכל הפחות כמות מסוימת של הטובין; לרכוש את הטובין באריזה, במיצוב או בעיצוב מסוימים; למכור את הטובין תחת סימן מסחר או סימן שירות, שהספק או המפיץ הוא בעליו או מורשה לשווק תחתיו, או תחת שם מסחרי של הספק או המפיץ; לסייע בקידום מכירות הטובין, לרבות באמצעות פרסומם, החזקת מלאי ומערך הפצה, מתן שירות ואחריות; התחייבות המפיץ להעסקת עובדים בעלי מומחיות או ידע טכני מתאים לטיפול בטובין.

פטור הסוג להסכמי הפצה בלעדית קובע כמה סייגים שבהם פטור הסוג לא יחול. להלן נפרט סייגים אלו ואת הסעיף הרלוונטי בפטור הסוג שבו הם מפורטים:

(א) הצדדים להסכם הם מתחרים בפועל (סעיף 3(1) לפטור הסוג). אין ספק כי אלמלא סייג זה, היה חשש שספקים מתחרים יסוו הסדר לאי-תחרות ביניהם כהסדר הפצה בלעדית. כך למשל ספק א היה יכול לחתום על הסכם הפצה בלעדית של מוצריו עם ספק ב, אשר היה מפיץ מצדו הן את מוצריו הוא והן את מוצריו של ספק א. התוצאה במקרה זה הייתה שגוף אחד, קרי ספק ב, היה קובע את המחירים שבהם ישווקו מוצרי שני הספקים. הפגיעה בתחרות בנסיבות אלה היא מובנת מאליה.

(ב) הספק פועל גם בתחום ההפצה והוא מתחרה במפיץ בתחום זה ("הפצה דואלית" או "dual distribution") (סעיף 3(1) לפטור הסוג). הסכם הפצה בלעדית במקרה זה מונע מהספק מלשווק את מוצריו בשטח שבו חל ההסכם באמצעות מפיצים נוספים מלבד המפיץ העצמאי, אם כי הספק שומר לעצמו את הזכות להפיץ את המוצר בעצמו. לפיכך מדובר במקרה זה בהסדר הפצה בלעדית כהגדרתו בפטור הסוג, אף שהספק מתחרה במפיץ הבלעדי בתחום ההפצה. לדעתנו, שלילת הפטור באופן גורף במקרה זה תמוהה, משום שהפגיעה הפוטנציאלית בתחרות כאשר הספק איננו מתחרה במפיץ הבלעדי בתחום ההפצה

129 שם, סעיף 2(ב)(2).

130 ראו להלן סעיף 10.5.

היא גדולה אף יותר מאשר במקרה שבו הספק כן מתחרה במפיץ הבלעדי בתחום ההפצה – במקרה האחרון לפחות קיימת תחרות בין שני מפיצים שונים של המוצר (הספק עצמו והמפיץ הבלעדי) בשעה שבמקרה הראשון אין תחרות כזו. לפיכך אם ניתן פטור כאשר הספק עצמו איננו מתחרה במפיץ (ואף כאשר הספק התחייב כי לא יתחרה במפיץ), אזי קל וחומר שהוא צריך היה להינתן כאשר הספק מתחרה בעצמו במפיץ.

(ג) הספק והמפיץ מתחרים בפועל בענף אחר מן הענף נשוא הסכם הבלעדיות (סעיף 3(1) לפטור הסוג).¹³¹ נראה כי הרחבת הסייג גם למקרה זה נובעת מן החשש כי שיתוף פעולה בין הצדדים בענף נשוא ההפצה הבלעדית יעזור להם לתאם את צעדיהם בענף שבו הם מתחרים. בפרט, מתן בלעדיות למפיץ מגבירה את התלות של הספק במפיץ ומרתיעה את הספק מלהתחרות באופן אגרסיבי במפיץ בשוק האחר.

(ד) צד להסכם הוא בעל מונופולין בשוק נשוא ההפצה הבלעדית או בשוק של מוצר משיק (סעיף 3(3) לפטור הסוג). פטורי הסוג מגדירים "שוקי מוצר משיקים" כ"שוקי מוצר שהטובין המיוצרים באחד מהם, משמשים תשומה בייצורם או בשיווקם של טובין מן השוק האחר, וכן שוקי מוצר שהטובין המיוצרים בהם מטבעם או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים-מיוצרים, משווקים או מופצים יחד, או שהם מוצרים משלימים".¹³² נניח למשל שהספק עוסק במכירה סיטונאית של דלק לתחנות דלק ושהוא בעל מונופולין בזיקוק דלק או במכירה סיטונאית של שמנים ושל תוספי דלק. אם ספק זה התחייב כלפי תחנת דלק כי ימכור רק לה בשוק גיאוגרפי מסוים, לא יחול הפטור עקב הסייג הנ"ל. ייתכן שהרציונל לסייג במקרה כזה הוא שאז מתחדד החשש, שנדון לעיל,¹³³ ולפיו הספקים המתחרים לא מהווים תחליפים טובים, מנקודת ראותם של המפיצים האחרים, לספק שהעניק בלעדיות. כך למשל בדוגמה הנ"ל, הסדר הבלעדיות יקשה על תחנות מתחרות להתחרות בתחנה שקיבלה בלעדיות משום שהן תיאלצנה לרכוש מספקים שאינם שולטים בשוק הזיקוק או בשוק השמנים והתוספים. באופן דומה, הסייג שולל את תחולת פטור הסוג גם כאשר חברת זיקוק דלק נותנת בלעדיות לחברה שעוסקת במכירה סיטונאית של דלק, שהיא גם בעלת מונופולין

131 יתרה מזו, על פי סעיף 2 לפטורי הסוג – הוראות כלליות, לעיל הערה 115, "הגבלה או תנאי החלים מכוח כללי פטור סוג על צד להסכם יחולו גם על אדם הקשור לצד כאמור...". "אדם קשור" מוגדר בסעיף 1 לפטורי הסוג – הוראות כלליות כ"אדם השולט בצד להסכם, תאגיד הנשלט על ידי צד להסכם וכל תאגיד הנשלט בידי מי מהם". על כן גם אם המפיץ והספק שהם צדדים להסדר הבלעדיות אינם מתחרים זה בזה בשוק כלשהו, די שפירמות או בני אדם השולטים או נשלטים על ידיהם (או פירמות בהמשך שרשראות השליטה) מתחרות זו בזו בשוק כלשהו. בסעיף 1 מוגדרת "שליטה" כ"יכולת לכוון, במישרין או בעקיפין, פעילותו של תאגיד". בנוסף קיימת רשימה של צורות החזקה או זכויות מינוי מנהלים או דירקטורים שיראו אותם כ"שליטה" על פי הסעיף; ראו שם.

132 ראו סעיף 1 לכללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות), תשס"ו-2006, ק"ת 786.

133 לעיל הערה 88 והטקסט הנלווה אליה.

במכירה סיטונאית של שמנים ושל תוספי דלק, או שבבעלותה תחנת דלק שהיא בעלת מונופולין בשוק גיאוגרפי כלשהו. כפי שהראנו בסעיף 3.1.2.3. בלעיל, הפצה בלעדית עלולה לייקר את עלויות המפיצים המתחרים במפיץ הבלעדי או לדחוק את רגליהם משוק ההפצה, כלומר הסדר הפצה בלעדית עלול לפגוע בחברות דלק מתחרות. אם חברות אלה פועלות בשוק השמנים והתוספים או שיש להן תחנות דלק המתחרות בתחנה של חברת הדלק שנהנית מהסדר הבלעדיות, הרי שהפגיעה בהן עלולה לפגוע גם במעמדן בשווקים המשיקים. בכך יש כדי לבסס את החשש שמעמדו המונופוליסטי של המפיץ הבלעדי בשווקים המשיקים יתחזק.

(ה) חלקו של המפיץ בשוק נשוא הבלעדיות, לאחר כריתת ההסכם להפצה בלעדית, יהיה 30% או יותר (סעיף 3(6) לפטור הסוג). שלא כמו פטור הסוג להסדרי רכישה בלעדית, שייסקר להלן, פטור הסוג להסדרי הפצה בלעדית איננו נשלל אם נתח השוק של הספק גבוה מ-30% (אך נמוך מ-50%). נראה שהבדל זה נעוץ בראייה של הסדרי הפצה בלעדית כמשפיעים רק על התחרות בתחום ההפצה ולא על התחרות בתחום ההספקה. אולם כפי שהניתוח הכלכלי שלנו הבהיר, ראייה זו מוטעית, משום שהסדרי הפצה בלעדית יכולים, במקרים מסוימים, לפגוע גם בתחרות בין ספקים שונים.¹³⁴ פגיעה מעין זו בתחרות תלויה במבנה שוק הספקים ובנתח השוק של הספק שהעניק בלעדיות. לכן ראוי היה לסייג את תחולת פטור הסוג גם כאשר נתח השוק של הספק גבוה מסף מסוים (הנמוך מ-50%) או כאשר ריכוזיות השוק שבו הספק פועל עוברת סף מסוים, גם כאשר נתח השוק של המפיץ הבלעדי נמוך מ-30%.

(1) "אין אספקה סדירה של טובין תחליפיים בשטח ההסכם להפצה בלעדית" (סעיף 3(2) לפטור הסוג). "טובין תחליפיים" מוגדרים בסעיף 1 לפטורי הסוג – הוראות כלליות¹³⁵ כ"קבוצה המצומצמת של טובין שהם תחליפים ישירים ומשמעותיים בעיני הצרכן, לרבות בהיבט הגיאוגרפי", ו"טובין" מוגדרים באותו הסעיף כ"לרבות שירותים...". לדעתנו, סייג זה איננו ראוי. הסיבה לכך היא שמלשון הסייג משתמע שפטור הסוג לא יחול אם בשטח ההסכם אין מכירה סדירה של טובין תחליפיים לאלה של הספק על ידי המפיץ הבלעדי או על ידי מפיצים אחרים, כלומר כאשר נתח השוק של המפיץ הבלעדי בשטח ההסכם הוא 100%. כל עוד שטח ההסכם חופף את שוק ההפצה הרלוונטי, הרי שהפטור לא יחול עקב הסייג המפורט בסעיף ה לעיל. מכאן, שהסייג הוא בעל משמעות רק כאשר אין אספקה סדירה של טובין תחליפיים בשטח צר, אף על פי שבשוק המוצר הרלוונטי כולו כן מתקיימת אספקה כזו. ברם פרשנות זו בעייתית משום ששוק המוצר הרלוונטי כולל בחובו את כל האזורים הגיאוגרפיים אשר מהווים תחליפים קרובים מנקודת ראותם של הצרכנים. לפיכך

134 ראו לעיל סעיף 3.1.2.

135 לעיל הערה 115.

אי-קיומה של אספקה סדירה בשטח צר איננה צריכה להיות בעייתית עבור הצרכנים, שהרי לו הייתה בעייתית, היה השטח הצר שבו חל ההסכם שוק מוצר רלוונטי.

(ז) ההסכם מחייב בלעדיות לתקופה העולה על עשר שנים רצופות ללא יכולת להשתחרר בהודעה שתניתן זמן סביר מראש (סעיף 3(6) לפטור הסוג).

(ח) הצדדים קובעים את המחיר שבו יציע המפיץ את הטובין לאחר (סעיף 3(4)(א) לפטור הסוג). כיוון שסעיף 3(4)(ה) לפטור הסוג מבהיר כי אין בסייגים הקבועים בסעיפים 3(4)(א)-(ד) לפטור הסוג "כדי למנוע הסכם לעניין המחיר המרבי שייגבה בעד המוצר, או לעניין הפצה של רשימת מחירים מומלצים בידי הספק", הכתבת מחירי מקסימום, איננה מוציאה את ההסדר מגדר פטור הסוג.¹³⁶ בנוסף, המלצה גרדא מצד הספק לגבי המחירים שייגבו על ידי המפיץ גם היא איננה מוציאה מגדר הפטור ונתפסת כלגיטימית.¹³⁷ אם כך הסייג האמור לעיל חל רק על הכתבת מחיר מינימום על ידי הספק. כפי שנראה להלן, הגישה המסורתית בפסיקה היא כי הכתבת מחיר מינימום ממילא מהווה הסדר כובל על פי החזקה החלוטה הקבועה בסעיף 2(ב)(1) לחוק.¹³⁸ אולם נראה כי הסייג חל גם אם בנסיבות העניין הכתבת המחירים איננה כשלעצמה הסדר כובל, או שהיא קיבלה פטור או אישור. על פי עמדתנו הפרשנית בסעיף 2.2 לעיל, הסדר אנכי הקובע הכתבת מחירי מינימום יהווה הסדר כובל רק על פי סעיף 2(א) לחוק, כלומר רק אם הוא עלול לפגוע בתחרות באיזשהו ענף רלוונטי. זהו גם המצב שישרור לכשתתקבל הצעת החוק לתיקון מס' 9 של חוק ההגבלים. מכל מקום, הסיבה לסייג זה איננה ברורה, שהרי אם הכתבת מחיר המינימום מהווה בנסיבות העניין הסדר כובל, היא ממילא אסורה, בלי קשר להסדר ההפצה הבלעדית. אם הכתבת מחיר המינימום איננה מהווה בנסיבות העניין הסדר כובל אסור (למשל משום שההסדר איננו עלול לפגוע בתחרות לפי הפרשנות התכליתית שאנו תומכים בה, או משום שההכתבה קיבלה פטור או אישור), אזי נשאלת השאלה מדוע לשלול את פטור הסוג להפצה בלעדית?

(ט) ההסכם מכתוב לספק איזה מחיר לגבות מגורמים אחרים (סעיף 3(4)(א) לפטור הסוג).¹³⁹ גם הסיבה לסייג זה איננה ברורה כל צרכה. אם פטור הסוג מוכן לאפשר לספק להתחייב כלפי המפיץ שלא למכור כלל לאחרים, מה הטעם להגביל אותו לגבי המחירים שהוא גובה מאחרים שההסכם מתיר מכירה להם?

136 ראו להלן סעיף 5 לדיון בשאלה מתי הכתבת מחירי מקסימום מהווה הסדר כובל בפני עצמו.
 137 להרחבה על המלצה על ידי הספק לעניין המחיר לצרכן ראו לעיל סעיף 2.1.1.
 138 ראו להלן סעיף 3.3.1.
 139 נראה שהסדר לקוח מועדף, שלפיו הספק מתחייב להעניק למפיץ הנחות שהוא מעניק למפיצים אחרים, נכלל אף הוא בגדר "הכתבת מחירים" מעין זו.

(י) ההסכם מכתוב את המחיר שישולם לגורמים אחרים בעד הטובין (סעיף 3(4)(ב) לפטור הסוג). הסייג חל על הגבלת הספק מלשלם יותר ממחיר מסוים עבור הטובין, אלא שהכתבה כזו מפחיתה את עלויות הספק וכך גם יכולה להפחית את המחיר הסיטונאי ולבסוף גם את המחיר לצרכן. נראה אפוא שמטרת הסייג היא למנוע הכתבה לספק שלא לשלם פחות ממחיר מסוים עבור הטובין. הכתבה כזו יש בה כדי להגדיל את עלויות הספק ובהתאם להגדיל את המחיר הסיטונאי ואת המחיר לצרכן.

(יא) ההסכם מכתוב את הרווח שיופק על ידי המפיץ, הספק או אדם אחר ממכירת הטובין (סעיף 3(4)(ג) לפטור הסוג). זאת לאור העובדה שבהינתן הביקוש למוצר, קביעת הרווח יכולה להכתוב את המחיר שמשולם, באופן השולל את הפטור על פי פסקאות ח-ה הנ"ל.

(יב) שירותי אחזקה או תיקון שהמפיץ הבלעדי מעניק בעצמו או באמצעות אחר ואשר מתקיימת באספקתם הפליה בין מי שרכש טובין מאת המפיץ הבלעדי לבין מי שרכש טובין דומים שלא מאת המפיץ הבלעדי (סעיף 4 לפטור הסוג). במילים אחרות, על פי סעיף 4 לפטור, הפטור יחול רק אם המפיץ הבלעדי מציע שירותי אחזקה או תיקון, ללא הפליה, לכל מי שרכש טובין כמו אלה נשוא ההפצה הבלעדית, אם טובין אלו נרכשו מן המפיץ הבלעדי ואם לאו. סייג זה צופה מצב שבו יתקיים הסדר של טריטוריות בלעדיות, כאשר הספק משווק את המוצר באמצעות כמה מפיצים שלכל אחד מהם יש בלעדיות בשטח מסוים. על מנת ליהנות מן הפטור, גם צרכנים שרכשו את המוצר ממפיצים אחרים יוכלו לקבל שירותי תיקון או אחזקה מכל מפיץ הנהנה מבלעדיות בטריטוריה כלשהי, בתנאים בלתי מפלים. אחת מן המשמעויות של הסייג למשל היא שגם יבואן של מוצר המקבל בלעדיות להפצתו בישראל, הנותן שירותי אחזקה ותיקון למי שרכש את המוצר אצלו, חייב ליתן את אותם שירותי אחזקה ותיקון למי שרכש את אותו המוצר בחו"ל על מנת שפטור הסוג יהיה פתוח בפני מפיץ בלעדי זה.

3.1.4 הפצה בלעדית – נפקותם המשפטית של היתרונות החברתיים

כאמור הסדר הפצה בלעדית יכול, במקרים מתאימים, לפתור את בעיית השקעת החסר או השקעת היתר במאמצי שיווק מצד מפיצים המתחרים זה בזה, וכן לפתור את בעיית המיקום הלא אופטימלי של מפיצים. כפי שהראינו בסעיף 3 לחלק הכלכלי, לא ניתן לומר באופן גורף שפתרון בעיות אלה בהכרח מועיל למרבית הצרכנים, משום שלנגד עיני הספק עומדות העדפותיו של הצרכן השולי, להבדיל מהעדפות מרבית הצרכנים. עם זאת לעתים אפשר יהיה להראות, במקרה נתון, שהסדר הפצה בלעדית אשר פותר בעיות אלה, מועיל למרבית הצרכנים. תועלת זו היא כמובן שיקול חשוב לטובת ההסדר. בהנחה שההסדר הוא כובל, תועלת כזו יכולה להצדיק את אישור ההסדר על ידי בית הדין להגבלים עסקיים מכוח סעיף 9 לחוק. יתרה מזאת, תועלת כזו יכולה גם להצדיק קביעה שלפיה ההסדר כלל איננו כובל לפי סעיף 2(א) לחוק או לפחות ראוי לפטור מן הממונה לפי סעיף 14 לחוק או

לתחולתו של פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת ערך.¹⁴⁰ זאת משום שאם מאמצים את הגישה שלפיה "תחרות" היא תוצאה ולא תהליך (ראה סעיף 2.1.3 לעיל), הרי שלא ניתן לומר שהסדר אשר מיטיב עם מרבית הצרכנים "עלול לפגוע בתחרות" (באופן המצדיק הכרעה כי מדובר בהסדר כובל), שהוא פוגע "פגיעה של ממש" בתחרות (באופן המצדיק אי-מתן פטור על ידי הממונה) או שהוא פוגע בתחרות פגיעה שאיננה "קלת ערך" (באופן המצדיק אי-החלה של פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת ערך).

3.2 טריטוריות בלעדיות וסגמנטים בלעדיים

הסדרי טריטוריות בלעדיות או סגמנטים בלעדיים מונעים תחרות פנים-מותרת במגזרים מסוימים של השוק. למשל הסדר של טריטוריה בלעדית אשר מוטל על המפיצים ("exclusive territories") אוסר על כל אחד מהם למכור מחוץ לטריטוריה גיאוגרפית אשר הוקצתה לו, ואילו הסדר "חלוקה לפי חתכי אוכלוסיה" ("customer restrictions") אוסר על כל אחד מהמפיצים למכור מחוץ לפלח אוכלוסיה בלעדי שהוקצה לו. סוג נוסף של הסדר סגמנטים בלעדיים הוא איסור על כל מפיץ לחרוג מסוג שימוש בלעדי שהוקצה לו במוצר או בשירות של המפיץ. במילים אחרות, הסכם הפצה בלעדית הוא מקרה פרטי של הסכם טריטוריה בלעדית, שלפיו הטריטוריה של המפיץ משתרעת על פני כל שטח השוק הרלוונטי.

כפי שפרטנו בחלק הכלכלי של הפרק, הסדרי טריטוריה או סגמנט בלעדיים יכולים להיעשות באמצעות התחייבות להימנע ממשלוח סוכני מכירות אל לקוחות אשר מתגוררים בטריטוריות של מפיצים אחרים, או באמצעות התחייבות להימנע ממכירה ו/או מתן שירות לצרכנים אשר מתגוררים בטריטוריות של מפיצים אחרים. יתר על כן, ייתכנו הסדרי טריטוריה בלעדית אשר נבדלים זה מזה במידת החומרה שלהם. למשל ייתכנו הסדרים שלפיהם המפיצים מתחייבים להימנע משיווק אקטיבי של המוצר מעבר לתחומי הטריטוריה שלהם, אך הם רשאים לשרת לקוחות שמגיעים אליהם מטריטוריות אחרות. סוג מחמיר יותר של הסדרים אוסר על המפיצים לשרת לקוחות אשר מתגוררים מחוץ לטריטוריה שלהם.

3.2.1 תחולת סעיף 2(ב) לחוק

על פי הפסיקה המסורתית, הסדרי טריטוריות בלעדיות וחלוקה לפי חתכי אוכלוסיה הם בחזקת הסדר כובל, בלי קשר לניתוח הכלכלי, על פי סעיף 2(ב)(3) אשר קובע שהסדר יחשב לכובל אם הצדדים "מחלקים את השוק לפי המקום או לפי סוג האנשים".¹⁴¹ באותה הרוח,

140 על תחולת פטור הסוג הזה על הסדרים אנכיים ראו לעיל סעיף 2.5.
141 ראו למשל ה"פ 269/97 ברמן נ' ניקוטרון בע"מ, פרסום 3001472 (15.11.98).

הקצאת תחום בלעדי לכל מפיץ על פי פרמטרים אחרים, שאינם גיאוגרפיים או לפי חתכי אוכלוסיה, אמורה להיות בגדר סעיף 2(ב). כך, חלוקת מפיצים על פי סוג השימוש שלהם במוצר של הספק, שהיא, במידה רבה, אנלוגית להסדרים האחרונים, נכנסת, על פי אותה גישה, לגדר סעיף 2(ב)(4), הקובע כי כבילה לגבי "כמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם" מהווה הסדר כובל בלי קשר לפגיעה בתחרות.¹⁴² כפי שהדגשנו, אנו חולקים על גישת הפסיקה המסורתית. לדעתנו, מן הראוי לאמץ את דעת היחיד של השופט טירקל בעניין אקסטל בע"מ,¹⁴³ שלפיה הסדרים אנכיים יידונו רק על פי סעיף 2(א) לחוק. אם וכאשר תאומץ ההצעה לתיקון מס' 9 לחוק, נוסח החוק יבהיר מפורשות שהסדרים אנכיים לחלוקה טריטוריאלית או חלוקת שוק כלשהי בין מפיצים של ספק מסוים יידונו רק על פי סעיף 2(א).

3.2.2 תחולת סעיף 2(א)

על פרשנות תכליתית של סעיף 2(א) לחוק, הסדרי טריטוריות וסגמנטים בלעדיים יהוו הסדר כובל על פי סעיף זה כאשר הם עלולים לפגוע בתחרות בשוק האספקה או בשוק ההפצה הרלוונטיים. כך גם מטופלים הסדרים מעין אלה בדיני ההגבלים העסקיים האמריקניים והאירופאיים.¹⁴⁴ אולם גם על פי הפרשנות המילולית הדווקנית של סעיף 2(א) כפי שבאה לידי ביטוי בעניין יקבי רמת הגולן,¹⁴⁵ ניתן להכתים הסדרי טריטוריות וסגמנטים בלעדיים כהסדרים כובלים. זאת משום שהניתוח הכלכלי שהצגנו בחלקו הראשון של הפרק מצביע על כך שהסדרים כאלו עלולים לפגוע במידה משמעותית בתחרות בשוק ההפצה, שהוא השוק שבו פועלים המפיצים אשר עליהם חלה ההגבלה.

142 השוו לעניין טבעול, לעיל הערה 88, פסקה 43 לפסק דינו של השופט חשין, הקובע כי חלוקת שוק בין מתחרים לפי תחום העיסוק נכנסת לגדר סעיף 2(ב)(4).

143 לעיל הערה 90.

144 ראו בארצות-הברית את *Continental T.V. v. GTE Sylvania*, 433 U.S. 36 (1977), ובקהילייה האירופאית את פטור הסוג להסדרים אנכיים: Commission Regulation (EC) No 2790/1999 of 22 December 1999 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices, OJ L 336, 21, 29.12.1999. הפוטרים הסדרי טריטוריות או סגמנטים בלעדיים ובלבד שנתח השוק של הספק אינו עולה על 30% משוק האספקה ואין מגבלה על מכירות לצרכנים שהגיעו אל המפיץ בעצמם מחוץ לטריטוריה או סגמנט האוכלוסייה שהוקצו לו. ראו גם Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, OJ C 291/02, par 2.2, 13.10.2000; http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2000/c_291/c_29120001013en00010044.pdf.

145 לעיל הערה 76.

עם זאת חשוב לזכור את הפן הנוסף של הפרשנות הלא תכליתית של סעיף 2(א), שלפיה כביכול די שתיפגע ה"תחרות", מבחינה "מילולית" בין צד להסדר לבין מי שאינו צד להסדר, בלי קשר לניתוח הפגיעה בתחרות בענפים הרלוונטיים.¹⁴⁶ לפי פרשנות זו ניתן לטעון שטריטוריות וסגמנטים בלעדיים מונעים תחרות פנים-מותגית ולכן הם עלולים לפגוע ב"תחרות" מבחינה "מילולית" בין כל מפייץ (שהוא צד להסדר עם הספק) לבין מתחריו בשוק ההפצה, בלי קשר לניתוח הפגיעה בתחרות בשוק הרלוונטי. אולם כפי שהבהרנו לעיל, פרשנות זו איננה ראויה והיא חוטאת למטרת החוק.

כעת תאומץ הפרשנות התכליתית של סעיף 2(א) (המתאימה גם לאמור בהצעה לתיקון מס' 9 לחוק) וייבחנו המקרים שבהם הסדרי טריטוריות וסגמנטים בלעדיים עלולים לפגוע בתחרות.

ראשית, בהיעדר תחרות בין-מותגית אפקטיבית (למשל כאשר יש לספק כוח שוק משמעותי עקב היעדרם של ספקי מוצרים שהם תחליפים טובים או עקב יתרון תחרותי משמעותי שלו), מניעתה של תחרות פנים-מותגית באמצעות טריטוריות או סגמנטים בלעדיים עלולה לגרום לעלייה במחיר לצרכן של אותו מותג, בפרט כאשר הספק לא יכול לספוג את רווחי המפיצים באמצעות הסדר זיכיון. למעשה, כפי שהראנו בסעיף 12.2 בחלק הכלכלי של הפרק, מניעת תחרות פנים-מותגית עלולה גם לפגוע בתחרות הבין-מותגית ובנוסף היא עלולה, כפי שהראנו בסעיף 8 בחלק הכלכלי של הפרק, לפתור את בעיית האופורטוניזם של הספק ובכך לאפשר לספק לייקר את המחיר הסיטונאי, דבר אשר יגרום לעלייה במחיר לצרכן. עם זאת חשוב לזכור כי במקרים רבים הספק יכול לפתור את בעיית האופורטוניזם שלו גם באמצעים אחרים, למשל על ידי טיפוח המוניטין שלו כמי שאינו פותח הסכמים עם מפיצים. לכן אין סיבה אפריורי לחשוד שמטרתם העיקרית של הסדרי טריטוריה וסגמנטים בלעדיים היא לפתור את בעיית האופורטוניזם של הספק, בייחוד כאשר ההסדר איננו מחייב את הספק לאכוף את הבלעדיות של כל מפייץ בטריטוריה שלו.¹⁴⁷

כמו במקרה של הפצה בלעדית שנדון לעיל, גם כאן יש בכוחם של הסדרים אשר מרסנים את כוחם של המפיצים, להעלות מחירים או להקטין את היקף המכירות לצרכנים, כגון הכתבת מחירי מקסימום או הכתבת כמויות מינימליות, בכדי למזער את החששות מפגיעה בתחרות אשר הסדרי טריטוריות וסגמנטים בלעדיים מעוררים.

שנית, כמו הסדר הפצה בלעדית, גם הסדרי טריטוריות בלעדיות יכולים לגרום להעלאת העלויות של מפיצים ולדחיקת רגליהם של מפיצים מאזורים או מסגמנטים מסוימים. אם

146 ראו לעיל סעיף 2.1.3.

147 ראו C.R. Alexander, D. Reiffen "Vertical Contracts as Strategic Commitments: How Are They Enforced?" *4 J. Econ. Mgmt. Strategy*. (1995) 623. אך ראו גם גילה, לעיל הערה 38, בפסקה IID.

ספק א אוסר על מכירת המוצר שלו על ידי מפיץ מסוים בטריטוריה מסוימת, אזי מפיץ זה יזקק יותר למוצר של ספקים מתחרים על מנת שיוכל למכור את המוצר בטריטוריה זו וספקים אלה יקבלו את הכוח להעלות את המחיר שהם גובים מאותו המפיץ. יתרה מזו, אם לספק א יש יתרון על פני ספקים אחרים, למשל משום שהוא יעיל יותר או מוכר מוצר איכותי יותר, אזי מניעת מכירת המוצר שלו בטריטוריה מסוימת עלולה גם לגרום לדחיקת רגליהם של מפיצים מטריטוריה זו וכך לפגוע בתחרות במישור ההפצה באותה הטריטוריה.

3.2.3 החלת פטור הסוג להפצה בלעדית על חלוקה טריטוריאלית בין מפיצים

חלק מהסדרי הטריטוריות או הסגמנטים הבלעדיים יכולים ליהנות מפטור הסוג להפצה בלעדית שהוזכר בסעיף 3.1.3 לעיל. בפרט, לפי סעיף 2(ב)(3) בפטור הסוג מותר לכלול בהסכם הפצה בלעדית שנהנה מפטור הסוג כבילה, שלפיה המפיץ הבלעדי יימנע מקידום מכירות פעיל של הטובין שבהסכם מחוץ לשטח ההסכם או מפעילויות אנלוגיות לכך. אולם על מנת ליהנות מפטור הסוג, ההסדר צריך להיכנס לקטגוריה האמורה של הסדר להפצה בלעדית, כלומר לקבוע שהספק איננו רשאי לספק טובין או שירותים לשם הפצה, בשטח ההסכם, למפיצים אחרים מלבד המפיץ שלו ניתנה הבלעדיות. כלומר פטור הסוג לא יחול אם ההסדר מתיר לספק למכור למפיצים נוספים בשטח ההסדר. תוצאה זו תמוהה, משום שהיא מקנה פטור להסדר אשר כובל הן את הספק (להימנע ממכירה למפיצים אחרים בשטח ההסכם) הן את המפיצים (להימנע מפלישה לשטחי מפיצים אחרים), אך היא איננה מקנה פטור להסדר אשר כובל רק את המפיצים. ראוי לציין שהפגיעה האפשרית בתחרות עלולה להיות גדולה יותר אם הספק מתחייב חוזית להימנע ממכירה למפיצים נוספים בשטח ההסדר, מאשר אם רק המפיצים מתחייבים שלא לפלוש האחד לשטחו של השני. זאת משום שעל פי הסדר מן הסוג האחרון, מותר לספק להכניס מפיצים חדשים לשטח ההסדר ולכן ייתכן שבשטח ההסדר יפעלו בסופו של דבר כמה מפיצים אשר יתחרו זה בזה, בשעה שהסדר שבו הספק מתחייב חוזית להימנע ממכירה למפיצים נוספים בשטח ההסדר, מנציח את מעמדו הבלעדי של המפיץ בשטח ההסדר. אכן, כפי שצינו לעיל בסעיף 8 בחלק הכלכלי של הפרק, ייתכן שהספק יתפתה לאפשר למפיצים חדשים או למפיצים אשר פועלים בשטחים אחרים לפלוש לשטחו של המפיץ שלו הוענקה בלעדיות בשטח ההסדר. תמריץ אופורטוניסטי כזה נוטה אפוא להקהות את עוקצה של הפגיעה בתחרות שעשויה להיות גלומה בהסכם הטריטוריות הבלעדיות.

פרשנות מילולית של פטור הסוג להפצה בלעדית תוביל למסקנה שהסדר המחלק בין מפיצים חתכי אוכלוסיה או תחומי עיסוק, להבדיל מטריטוריות גיאוגרפיות, איננו יכול ככל הנראה ליהנות מפטור הסוג להפצה בלעדית, משום שפטור הסוג האמור מתייחס לחלוקה בין המפיצים לפי "שטחים", להבדיל מ"תחומים". עם זאת כיוון שההשפעות האנטי תחרותיות, כמו גם היתרונות האפשריים לצרכנים, של הסדרי טריטוריות בלעדיות, דומים לאלה של הסדרי סגמנטים בלעדיים שאינם נוגעים לחלוקה גיאוגרפית, נראה לנו שעדיפה

פרשנות תכליתית המפרשת את המילה "שטחים" באופן רחב, ככוללת גם חלוקה שאינה גיאוגרפית. כמו כן חלוקה טריטוריאלית או אחרת בין לקוחות של אותו הספק שאינם רוכשים את הטובין לשם מכירתם הלאה, אלא כתשומה לצורך עסקם, גם היא איננה נהנית מפטור סוג ספציפי. כך למשל אם ספק של פלדה מוכר את הפלדה לכמה יצרני ברגים מתחרים והוא מכתוב לכל אחד מהם טריטוריה בלעדית שבה הוא ימכור את הברגים, אין תחולה לפטור הסוג, משום שלא מדובר ברכישת מתכת לשם מכירתה הלאה אלא ברכישתה כתשומה לצורך ייצור ברגים.

בנוסף, פטור הסוג חל רק על כבילה שלפיה המפיץ הבלעדי יימנע מקידום מכירות פעיל של הטובין שבהסכם מחוץ לשטח ההסכם, ולא על התחייבות של המפיץ "שלא למכור את הטובין שבהסכם לצרכן המצוי מחוץ לשטח ההסכם".¹⁴⁸ כלומר אם המפיץ קיבל בלעדיות על שיווק המוצר בשטח גיאוגרפי מסוים, אזי פטור הסוג לא יחול אם המפיץ מתחייב שלא למכור לצרכנים אשר אינם מתגוררים בתחומי שטח זה. מבחינה זו פטור הסוג חל על ניסיון של הצדדים למנוע את התחרות בין מפיצי אותו הספק באמצעות מיקום פיזי של המפיצים בטריטוריות בלעדיות, כך שלא יהיה כדאי לצרכנים מטריטוריה אחת לרכוש ממפיץ המצוי בטריטוריה אחרת. עם זאת הפטור איננו מתיר למפיץ מסוים להתחייב שלא לשרת צרכן אשר מתגורר בטריטוריה של מפיץ אשר פועל בטריטוריה אחרת.

אחת מן ההתחייבויות שהמפיץ הבלעדי כן רשאי לקחת על עצמו היא התחייבות "כי לא יתקשר עם אדם לשם הפצת הטובין אל מחוץ לשטח ההסכם".¹⁴⁹ ניתן לסבור כי הוראה זו מתירה לספק ולמפיצים שלו למנוע, לפחות במידה מסוימת, "יבוא מקביל" של המוצר של הספק אל טריטוריה של מפיץ אחד מתוך טריטוריה של מפיץ אחר באופן שיצור תחרות בהפצת המוצר. מן ההוראה עולה שפטור הסוג חל על התחייבות של המפיץ שלא למכור לאדם אחר, אשר מתכוון להפיץ את המוצר מחוץ לשטח שהוקצה למפיץ ובכך להתחרות עם מפיצים אחרים. עם זאת הלשון "לא יתקשר עם אדם לשם הפצת הטובין אל מחוץ לשטח ההסכם" מרמזת כי לא תיכלל בפטור "אחריות מוחלטת" של המפיץ למנוע יבוא מקביל כאמור, אלא רק אחריות להימנע ממכירה מכוונת לאדם שכוונתו לפלוש לשטחו של מפיץ בלעדי אחר של אותו הספק. בנוסף, ההתחייבות שהוראה זו מכשירה היא התחייבותו של המפיץ. לא נראה כי פטור הסוג מכשיר התחייבות של הספק כלפי מפיציו לפעול למניעת "יבוא מקביל" כאמור.¹⁵⁰

148 ראו פטור הסוג להסכמי הפצה בלעדית, לעיל הערה 100, סעיף 2(ב)(3).

149 ש.ם.

150 גם גישת דיני הקהילייה האירופאית כלפי מגבלות על הספק, המחייבות אותו למנוע "יבוא מקביל" של המוצר על ידי מפיצים שמחוץ לטריטוריה של המפיץ הבלעדי, היא מחמירה. ראו למשל החלטת הנציבות האירופית בעניין Volkswagen, לעיל הערה 122; Commission

3.2.4 טריטוריות בלעדיות – נפקותם המשפטית של היתרונות החברתיים

כמו הסדר הפצה בלעדית וכפי שהראינו בסעיפים 6.2, 7.1 לחלק הכלכלי, הסדרי טריטוריות בלעדיות וסגמנטים בלעדיים יכולים, במקרים מתאימים, לפתור את בעיית השקעת החסר או השקעת היתר במאמצי שיווק מצד מפיצים. הסדר טריטוריות בלעדיות וסגמנטים בלעדיים יכולים, במקרה מתאים, לפתור גם את בעיית המיקום הלא אופטימלי של מפיצים.¹⁵¹ לעתים יהיה אפשר להראות, במקרה נתון, שההסדר נחוץ לצורך פתרון בעיות אלה, ובנוסף שבאותו המקרה מצבם של צרכנים רבים משתפר בעקבות פתרון. במקרים כאלה יהיה ניתן לקחת יתרון זה לצרכנים כשיקול לטובת ההסדר, תוך איזון בינו לבין האפקטים האנטי תחרותיים שאולי קיימים בהסדר באותו המקרה.

כמו בנייתוח בסעיף 3.1.4 לעיל לעניין הסדר הפצה בלעדית, גם כאן שיקולים של הטבה עם צרכנים יכולים לא רק להצדיק אישור של ההסדר, במקרה מתאים, בפני בית הדין להגבלים עסקיים, אלא גם פטור מן הממונה, תחולת פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת ערך או אף מסקנה כי ההסדר כלל איננו כובל לפי סעיף 2(א).

כאשר ההסדר הוא מהסוג המגביל את סוג הלקוחות שלהם מותר לכל מפיץ למכור, הרי שכפי שהראינו בסעיף 11.1 לחלק הכלכלי, הוא עשוי לאפשר לספק לפנות לקהלים שונים של צרכנים באמצעות מפיצים שונים. למשל הספק יכול לפנות לצרכנים אמידים באמצעות מכירות בחנויות יוקרה ולצרכנים אחרים באמצעות מכירה בחנויות דיסקאונט או דוכנים בשוק. פילוח כזה של קהל הצרכנים מאפשר לספק ליצור הפליית מחירים אשר מגדילה את רווחיו בתנאי שהוא יכול לשאוב רווחים מהמפיצים, למשל באמצעות דמי זיכיון. ללא הסדרי בלעדיות, הספק לא יוכל ליצור הפליית מחירים דומה. לפיכך מחיר המוצר יהיה זהה לכלל הצרכנים והוא יקבע כמוצע בין המחירים שהיו נקבעים תחת הפליית מחירים. התוצאה במקרה זה תהיה שצרכנים אשר אינם מוכנים או יכולים לשלם מחירים גבוהים לא ירכשו את המוצר כלל. לכן מבחינת הצרכנים, היתרון שבהסדרי בלעדיות הוא שהם מרחיבים את מעגל הצרכנים אשר רוכש את המוצר, ולפיכך בקשת רחבה של מקרים, סך התועלת מהסדרי בלעדיות כאלה עולה על סך הנזק שטמון בהם.

3.3 הכתבת מחיר מינימום (Minimum Resale Price Maintenance)

כזכור הסדר הכתבת מחיר מינימום הוא הסדר המכתיב למפיצים את מחיר הרצפה שהם רשאים לקבוע לצרכן (minimum resale price maintenance). הסדר זה בא למנוע תחרות

Decision of 28.1.98 relating to a proceeding pursuant to Article 81 (ex Article 85) of the
EC Treaty. OJ L124/60 of 25.4.98

151 סעיף 6.3 לחלק הכלכלי.

הסדרים אנכיים

מחירים בין המפיצים הרוכשים מספק מסוים.¹⁵² דיני ההגבלים הישראלים (כמו גם אלה במשפט המשווה) מתייחסים להכתבת מחירי מינימום בחומרה גדולה יותר מאשר לסוגים האחרים של הסדרים אנכיים. כך למשל בישראל לא קיים פטור סוג מיוחד המכשיר הכתבת מחירי מינימום.¹⁵³ בדיני ההגבלים של ארצות-הברית והקהילה האירופאית, הכתבת מחירי מינימום באופן מסורתי אסורה על פניה ("פר סה"), ללא תלות במידת הפגיעה בתחרות בענף הרלוונטי.¹⁵⁴ עם זאת לאחרונה בית המשפט העליון של ארצות-הברית, בעניין *Leegin* *Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*¹⁵⁵ הפך את ההלכה והחיל גם על הכתבת מחירי מינימום, כמו על ההסדרים האנכיים האחרים, את כלל הסבירות.

3.3.1 תחולת סעיף 2(ב)

על פי הפסיקה המסורתית, הסדר אנכי המכתיב מחירי מינימום נכנס לגדר סעיף 2(ב)(1) הדין בכבילות לעניין "המחיר שיידרש". דרך המחשבה בפסיקה המסורתית, המפרשת את סעיף 2(ב) בצורה לשונית רחבה, הייתה גורסת שהכתבת מכסות מקסימום נכנסת לגדר סעיף 2(ב)(4) (הגבלה לעניין הכמות המסופקת).¹⁵⁶ לפי גישה זו, הסדרים אלה הם הסדרים כובלים בלי קשר לניתוח הכלכלי.

152 הסדר שהוא דומה במידה רבה להכתבת מחירי מינימום הוא הכתבת מכסות מרביות למפיץ על ידי הספק. הסדר כזה מגביל את כמות המוצר שהמפיץ יכול לשווק לצרכנים ולכן גורם לכך שהמחיר לצרכן יהיה גבוה ממה שהיה נקבע ללא המכסה. עם זאת במקרים רבים, ספק אשר מעוניין להגביל את היקף המכירות של המפיץ יכול להשיג תוצאה זו באופן חד-צדדי באמצעות סירוב למכור למפיץ מעבר לכמות מסוימת, ללא צורך בהכתבת מכסה כלשהי. לכן הכתבת מכסות מכירות מרבית רלוונטית רק במקרים שבהם אין יחס של אחד לאחד בין הכמות שהספק מוכר למפיץ לבין הכמות שהמפיץ מוכר לצרכנים, דהיינו במקרים שבהם לספק אין שליטה מושלמת על הכמות שהמפיץ משווק לצרכנים. דוגמאות אפשריות למצבים אלה הם רישיון שימוש בקניין רוחני או השכרת מקרקעין לבעל עסק.

153 אך ראו לעיל סעיף 2.5 לגבי האפשרות שהכתבת מחירי מינימום תוכל ליהנות מפטור מסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת ערך.

154 ראו בארצות-הברית את פסק הדין המנחה בעניין *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373 (1911) המאומץ בדבקות על ידי בתי המשפט והרשויות עד היום ובקהילייה האירופאית; ראו Case 161/84, 1985 ECR 2015; Case 243/83 Binon v. AMP, 1985 ECR 353. *Pronuptia*, 1986 ECR 353.

155 127 s. Ct. 2705; 168 L. Ed. 2d 623; 2007 U.S. Lexis 8668.

156 זו גם הייתה נקודת המוצא של השופט אור (וכפי הנראה גם של השופט טירקל, אם כי לא בהחיר זאת במפורש) בע"א 3700/98 א.מ. חניות נ' עיריית ירושלים, פ"ד נז(2) 590, שנדון בבית המשפט העליון. בפרשה זו הכתיבה עיריית ירושלים למפעיל עצמאי של חניון שהושכר על ידי העירייה למפעיל, מכסה מקסימלית של מנויים. עם זאת ניתן לטעון שמנויים וחניה מזדמנת אינם שני שירותים שונים, אלא שתי שיטות תשלום שונות עבור אותו שירות: תשלום

אולם לפי הפרשנות התכליתית שהצענו לעיל, סעיף 2(ב) חל רק על הסדרים אופקיים ולכן הוא איננו חל על הסדרי הכתבת מחיר מינימום או הכתבת מכסות מרביות. זוהי גם הגישה העולה מן השופט טירקל, בדעת יחיד, בעניין אקסטל בע"מ.¹⁵⁷ בהתאם, פרשנות תכליתית תכתיים הסדרי הכתבת מחיר מינימום או מכסת מכירות מרבית כהסדרים כובלים רק אם הם עלולים לפגוע בתחרות בענף כלשהו על סמך סעיף 2(א) לחוק. גם על פי ההצעה לתיקון מס' 9 לחוק, יובהר שהסדרים אלה, ככל ההסדרים האנכיים, יידונו אך ורק לפי סעיף 2(א) לחוק.

3.3.2 תחולת סעיף 2(א)

פירוש תכליתי של סעיף 2(א) מחייב בדיקה כלכלית אם ההסדר עלול לפגוע בתחרות בשוק רלוונטי כלשהו. אף שכמו הסדרי טריטוריות בלעדיות, גם הכתבת מחיר מינימום מרככת או אף מונעת כליל את תחרות המחירים הפנים-מותגית, הרי שבין שני סוגי ההסדרים יש הבדל חשוב. הבדל זה נובע מכך שבעוד שהסדר טריטוריות בלעדיות מונע תחרות בין-מותגית על כל היבטיה, הכתבת מחיר מינימום מונעת תחרות כזו רק במישור המחירים, אך היא מותרת בעינה את התחרות בין המפיצים בפרמטרים אחרים, כגון איכות השירות, קידום מכירות, מיקום, מגוון מוצרים וכדומה. הכתבת מחיר מינימום גם איננה מעוררת את החשש האנטי תחרותי המתעורר בעקבות הסדרי הפצה בלעדית, שלפיו ההסדר עלול להציב מפיצים מתחרים בעמדת נחיתות תחרותית או לדחוק את רגליהם מהשוק כליל.¹⁵⁸

כמו הסדרי חלוקה טריטוריאלית או הפצה בלעדית, גם הסדרי הכתבת מחירי מינימום עשויים להיות מונעים מסיבות לגיטימיות, פרו-תחרותיות, של רצון הספק והמפיצים לפתור בעיות כלכליות אשר מתעוררות במערכת היחסים ביניהם, כמפורט בסעיפים 3.1.4 ו-3.2.4 לעיל (לגבי הפצה בלעדית וטריטוריות בלעדיות), ובסעיף 3.3.3 להלן (לגבי הכתבת מחירי מינימום). במקרים מסוימים יעיל יותר לממש מניעים לגיטימיים באמצעות הכתבת מחירי מינימום מאשר באמצעות ההסדרים האנכיים האחרים. זהו למשל המקרה שבו חלוקה טריטוריאלית לא מסוגלת למנוע, בשוק הספציפי שבו נעשה ההסדר, מצרכנים מטריטוריה של מפיץ אחד לרכוש בטריטוריה של המפיץ השני. גם הסדר הפצה בלעדית עלול להיות בלתי יעיל אם הספק מעוניין לעבוד עם מגוון רחב של מפיצים אשר נבדלים זה מזה בפריסה הגיאוגרפית שלהם, במבחר המוצרים שלהם או ברמת השירות שלהם.

קבוע לחודש ותשלום פר שעה. לפי פירוש כזה, ההכתבה של העירייה היא על כמות הצרכנים שלהם רשאי מפעיל החניון להציע תשלום קבוע לחודש ולא מכסת מכירות מקסימלית.

¹⁵⁷ לעיל הערה 90.

¹⁵⁸ ראו סעיף 12.6 לחלק הכלכלי של פרק זה.

האנטגוניזם של הפסיקה הישראלית כלפי הכתבת מחירי מינימום הגיע לשיאו בהרשעתה הפלילית של טמבור ומנהלה בגין הכתבת מחיר מינימום לצרכן שיכולים לגבות מפיציה, ובעיקר רשתות "קנה ובנה" דוגמת אייס והום סנטר. על פי גזר הדין שילמה טמבור קנס של 2,250,000 ש"ח והמנכ"ל שלה קיבל שלושה חודשי מאסר בפועל בדרך של עבודות שירות.¹⁵⁹ כפי שציינה השופטת מרים מזרחי: "בטיעון שבפניי הציגו שני הצדדים את ההסדרים כהסדרים אנכיים. ואולם, להסדרים אלה יש נפקויות אופקיות ממשיות בכל הנוגע לתחרות שבין רשתות השיווק עצמן".¹⁶⁰ לדעתנו, כאמור אין הצדקה לגישה מחמירה זו כלפי הכתבת מחירי מינימום, משום שלא ברור מאליו שהסדרים כאלו מזיקים יותר מהסדרים אנכיים אחרים אשר מרכזים את התחרות הפנים-מותגית (בין מפיצי הספק לבין עצמם), כגון הסדרי טריטוריות בלעדיות, שהדעת נותנת שרשויות התביעה לא היו חפצות להגיש כתב אישום בגינם. זאת למרות החשש, המיוחד להכתבת מחיר מינימום, שצוין בסעיף 12.4 לחלק הכלכלי של פרק זה, שלפיו הכתבת מחירי מינימום יכולה, במקרים מסוימים, להקל על תיאום מחירים בשוק הסיטונאי, בפרט כאשר היא מלווה בהסדרי רכישה בלעדית.

על פי הצו המוסכם שהושג עם הממונה בעניין הסדרי הסחר בין ספקים לרשתות השיווק, הורחב האיסור על הכתבת מחיר מינימום על כל התערבות מצד הספק, במישרין או בעקיפין, בהחלטות רשת השיווק הנוגעות לקביעת המחיר לצרכן של מוצרים שלו או של מתחריו (סעיף 23 לצו). הצו כולל גם ארבעה איסורים פרטניים:

1. ספק לא יפנה לרשת שיווק ולא ידרוש ממנה להעלות מחיר מכירה לצרכן של מוצריו ברשת (סעיף 23.1 לצו).
2. ספק לא ידרוש ולא יבקש מרשת שיווק להשוות את מחירי המכירה לצרכן של מוצריו אצלה למחירי רשת שיווק מתחרה או לקשור ביניהם (סעיף 23.2 לצו).
3. ספק לא ידרוש ולא יבקש מרשת שיווק לקבוע או לשנות את מחיר המכירה לצרכן של מוצר המתחרה בתוצרתו (סעיף 23.3 לצו).
4. ספק לא יהיה צד להסדר עם רשת שיווק שעניינו, מטרתו או תוצאתו הידועה מראש בעת עריכתו הם קביעת המחיר לצרכן, כגון על ידי קביעת שיטת תמחור מוסכמת, מרווח מוסכם או בכל דרך אחרת (סעיף 23.4 לצו).

159 ראו ת"פ (י-ם) 1142/01 מדינת ישראל נ' שולשטיין, פורסם בנבו (להלן: עניין שולשטיין), בסעיפים 8-9 לגזר הדין. לצורכי השוואה, בגזר הדין בע"פ 2929/02 מדינת ישראל נ' סבירסקי, פ"ד נז(3) 135, שניתן חודש אחרי גזר הדין בעניין שולשטיין, הקנס הגבוה ביותר, שהושת על תשלובת ח. אלוני בע"מ, היה 2,250,000 ש"ח, ועונש המאסר הגבוה ביותר, שהושת על יצחק אלוני, היה של תשעה חודשי מאסר בפועל. עוד יש לציין שבעוד שקרטל המרצפות נמשך 14 שנה, הכתבת מחירי מינימום על ידי טמבור נמשכה 4 שנים בלבד.

160 עניין שולשטיין, בסעיף 3 לגזר הדין.

האיסורים הנקובים בתתי הסעיפים 1-3 לעיל נראים לנו מרחיקי לכת, באשר הם חלים גם על התנהגות חד-צדדית של הספק, שלא מלווה בהכרח בצעדי אכיפה או תמרוץ שאמורים לדרבן את רשת השיווק להיענות בחיוב לפנייתו. כפי הנראה, הצו מסיק שעצם הפנייה של הספק אל המפיץ בעניינים אלה מהווה כשלעצמה אמצעי לחץ או דרבון ההופך את הפנייה עצמה להסדר, להבדיל מהתנהגות חד-צדדית גרדא. אמנם, להבדיל מהמלצת מחיר כללית על המחיר לצרכן הניתנת על ידי הספק, מטרתן של הפרקטיקות המתוארות בתתי סעיפים 1-3 היא להעלות את המחיר שהמפיץ היה גובה אלמלא פניית הספק. עם זאת בהיעדר אמצעי דרבון או אכיפה המלווים את הפנייה של הספק, לא ברור כיצד פנייה גרדא יכולה לעלות כדי הסדר, שהוא תנאי משפטי אלמנטרי לגיבושו של הסדר כובל.

ההתנהגות הנקובה בתת סעיף 3 לעיל היא ייחודית בכך שפניית הספק מכוונת למחיר שהמפיץ גובה בגין מוצר שמתחרה במוצר של הספק ולא בגין המוצר של הספק. פנייה מעין זו מטרתה להשפיע לא על התחרות הפנים-מותגית – בין מפיצים שונים של הספק – אלא על התחרות הבין-מותגית – בין הספק למתחריו. עדיין, בהיעדר אמצעי דרבון או אכיפה המלווים את הפנייה, איננו רואים כיצד פנייה של הספק כשלעצמה יכולה לעבור את משוכת קיומו של "הסדר", שהיא כאמור חיונית לצורך גיבושו של הסדר כובל.

בעמדת הממונה בעניין הסדרי סחר בין ספקים לרשתות קמעונאיות, התייחס הממונה לטענת ספקים כי הם נדרשים להכתיב מחיר מינימום על מנת לרסן את הפרקטיקה של מכירת מוצרים כ-"loss leader", קרי מכירת מוצרים בעלי ביקוש גבוה במחירי הפסד כדי למשוך צרכנים אל סניפו של המפיץ. הממונה קבע כי בעוד שהפרקטיקה של loss leader יכולה אולי לעורר בעיות במישור דיני הגנת הצרכן, היא איננה מעוררת בעיות במישור ההגבלים העסקיים משום שאין בה כדי לפגוע בתחרות. בהתאם, אין בפרקטיקה זו כדי להצדיק היתר גורף להכתבת מחירי מינימום ולכל היותר היא יכולה להצדיק, באופן נקודתי, מתן פטור או אישור פרטני להסדר כובל המכתיב מחירי מינימום.¹⁶¹

3.3.3 הכתבת מחירי מינימום או מכסות מרביות – נפקותם המשפטית של היתרונות החברתיים

כמו שאר ההסדרים המונעים תחרות פנים-מותגית, גם הסדר הכתבת מחיר מינימום או מכסת מכירות מרבית יכולים במקרים מסוימים לפתור את בעיית השקעת החסר או השקעת היתר במאמצי שיווק מצד מפיצים. בנוסף, הסדרים אלה יכולים גם לעודד את המפיצים להחזיק מלאי מספיק של מוצרים ובכך יש כדי להגדיל את היקף המכירות. במקרה נתון, יהיה אפשר להראות שההסדר נחוץ לצורך פתרון בעיות אלה ובנוסף שבאותו המקרה מצבם של צרכנים רבים משתפר בעקבות פתרון. במקרים כאלה ניתן לראות ביתרון זה לצרכנים

161 ראו עמדת הממונה, לעיל הערה 106, בעמ' 33-34.

שיקול לטובת ההסדר, הן בהליך של אישור ההסכם הן לצורך מתן פטור, תחולת פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת ערך או קביעה כי ההסדר כלל איננו כובל במסגרת הניתוח שלו לפי סעיף 2(א) לחוק.¹⁶²

3.3.4 הסדרים אנלוגיים להכתבת מחיר מינימום

בעמדתו בעניין הסדרי הסחר בין הספקים לרשתות המזון הקמעונאיות,¹⁶³ התייחס הממונה לפרקטיקה של רשתות השיווק הגדולות לדרוש פיצוי רטרואקטיבי מספק בגין הוזלות מחירים של מוצריו על ידי קמעונאים המתחרים ברשת ואשר מחייבות את רשת השיווק להגיב בהוזלות מחירים מצדה. בהתאם, הממונה הביע את עמדתו כי אסור לרשת שיווק גדולה לפנות לספק בדרישה, בקשה או המלצה להתערב במחיר המכירה לצרכן של מוצריו אצל קמעונאים מתחרים. בפרט, ביקש הממונה לאסור על דרישת פיצוי רטרואקטיבי בגין תחרות מקומית ולאסור על הספק לפנות למתחרה של רשת שיווק גדולה לשם העלאת מחירי המכירה של מוצריו אצל אותו מתחרה.¹⁶⁴

ההסדרים הנידונים בפסקה זו הם למעשה הסדרים העוזרים לאכוף הסדרי הכתבת מחיר מינימום או מצבים אנלוגיים של שלילת תחרות מחירים בין מפיצים של אותו ספק.¹⁶⁵ על כן האפקט האנטי תחרותי שלהם דומה לזה של הכתבת מחיר מינימום ויש מקום גם לבדוק אם ההצדקות הכלכליות להכתבת מחירי מינימום קיימות במקרים מעין אלה. להסדרים הנידונים כאן נפקות מעניינת במקרים שבהם הספק מתקשה לאכוף באופן אמין הסדר להכתבת מחירי מינימום. במקרים כאלו הספק עשוי להתפתות להעניק הנחות במחיר הסיטונאי למפיצים ספציפיים ולאפשר להם לגבות מחירים הנופלים ממחיר המינימום.¹⁶⁶ ברם אם הספק צריך לפצות את רשת השיווק בגין הוזלות מחירים לצרכן על ידי קמעונאים מתחרים, כי אז יש לספק תמריץ לאכוף את ההסדר על קמעונאים מתחרים ולמנוע מהם מלהוזיל את המחיר לצרכן. לפיכך כאשר בעיית האופורטוניזם של הספק רלוונטית, יש הצדקה להחמיר יותר עם הפרקטיקות הנידונות בפסקה זו מאשר להסדר הכתבת מחירי

162 ראו לעיל סעיף 3.1.4.

163 לעיל הערה 106.

164 שם, בפסקה 3.9.

165 בהממונה על ההגבלים העסקיים קביעה לפי סעיף 43(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים בעניין שוק הבשמים הסלקטיביים – קביעה בגין הסדר כובל, פרסום 3002438 (1999), <http://www.etype.co.il/Anti1/Files/2502/503002567.rtf>, קבע הממונה כי פניות של גיימס ריצ'רדסון לספקים שאלה ירסנו מתחרים של גיימס ריצ'רדסון מלהוריד מחירים, והיענותם של הספקים לאותן פניות מהווים הסדר כובל אסור.

166 ראו סעיף 8 לחלק הכלכלי וכן Alexander & Reiffen, לעיל הערה 147, המזהים תמריץ אופורטוניסטי זה של הספק ומסיקים, בהתאם, שהכתבת מחיר מינימום פחות מסוכנת לתחרות משום שלספק יש תמריץ שלא לאכוף את ההכתבה.

מינימום גרדא, משום שבניגוד להסדרי מחירי מינימום לצרכן שהספק עשוי להימנע מאכיפתם, הרי שבמקרה של ההסדרים הנידונים בתת סעיף זה יש לספק תמריץ חזק לאכוף את ההסכמים.

4. הסדר לקוח מועדף

כזכור, הסדר לקוח מועדף, "most favored customer clause", הוא הסדר שלפיו ספק מתחייב כלפי מפיץ שלו כי לא יפלה אותו לרעה לעומת מפיצים אחרים שלו, דהיינו הספק מתחייב למכור למפיץ בתנאים ו/או במחיר שאינם נופלים מהתנאים ו/או המחיר שבהם הספק מוכר למפיצים אחרים.

4.1 תחולת סעיף 2(ב)

על פי הפסיקה המסורתית והפרשנות הדווקנית של החוק, המחילה כאמור את סעיף 2(ב) לחוק גם על הסדרים אנכיים, הסדר לקוח מועדף מהווה כבילה לגבי המחיר שייגבה ועל כן הוא בחזקת הסדר כובל לפי סעיף 2(ב)(1).¹⁶⁷ לעומת זאת על פי הגישה הפרשנית התכליתית שאותה פרטנו לעיל, הסדר לקוח מועדף, כמו גם כל הסדר אנכי אחר, צריך להידון אך ורק על פי סעיף 2(א) לחוק. בהתאם יש להכתיים הסדר לקוח מועדף כהסדר כובל אך ורק אם הוא עלול לפגוע בתחרות בשוק רלוונטי כלשהו.

4.2 תחולת סעיף 2(א)

כאמור הסדר לקוח מועדף יהא כובל על פי סעיף 2(א) לחוק רק אם ניתוח כלכלי מראה שההסדר עלול לפגוע בתחרות בשוק כלשהו. הפגיעות האפשריות בתחרות שבהסדר לקוח מועדף מתרכזות בעיקר בריכוך התחרות או בהגדלת כוח השוק של הספק. בסעיף 12.5 לחלק הכלכלי הראינו שהסדר לקוח מועדף עלול, במקרים מסוימים, להקל על קרטלים סמויים או גלויים בין ספקים. אפקט פוטנציאלי זה יהיה מוחשי וחזק יותר ככל שמספר הספקים המשמעותיים בשוק האספקה הרלוונטי קטן יותר, ורק אם הספק שאימץ את הסדר הלקוח המועדף הוא מחולל התחרות בשוק (maverick firm), קרי הפירמה שלה התמריץ הגדול ביותר לסטות מתאום מחירים, אם מדובר בתאום מפורש (היינו קרטל) ואם מדובר בתאום משתמע (היינו "קרטל סמוי" או "tacit collusion").

167 ראו הממונה על ההגבלים העסקיים פילסבורי ישראל בע"מ, אומני תעשיות פיצה בע"מ – החלטה בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל, פרסום 3001695 (להלן: עניין פילסבורי); דעת היחיד של השופטת נאור בעניין אקסטל בע"מ, לעיל הערה 90.

בנוסף, הראינו בסעיף 8 לחלק הכלכלי שהסדר לקוח מועדף יכול להקל על הספק לפתור את "בעיית האופורטוניזם" המדרבנת אותו ליתן הנחות סודיות למפיצים על חשבונם של מפיצים אחרים. בכך יש כדי להגדיל את כוח השוק של הספק להעלאת המחיר הסיטונאי. אפקט אנטי תחרותי זה תלוי בכך שלספק יש כוח שוק.

ראוי לציין שהסדרי לקוח מועדף יכולים להצביע על קיומם של חסמי כניסה תמירים לשוק הסיטונאי הרלוונטי, משום שהתחייבותו של ספק לשפות את לקוחותיו כאשר הוא מציע למי מלקוחותיו בהווה הנחות, מייקר את עלות ההנחות מנקודת ראותו של הספק. זאת משום שעל כל שקל של הנחה, הספק חייב להעניק שקל של הנחה לכל אחד מהלקוחות הנהנים מהסדר הלקוח המועדף. לפיכך הספק יתקשה להגיב על מחירי חדירה של ספק חדש באמצעות הוזלות מחירים ולכן יהיה חשוף לכניסה של מתחרים. כיוון שחזקה על הספק שהוא מביא זאת בחשבון, סביר להניח שספק יציע הסדרי לקוח מועדף רק כאשר הסיכוי לחדירה של ספק מתחרה לשוק היא נמוכה.

בפרשת פילסבורי התחייבה, בין היתר, פילסבורי, הזכיינית ובעלת הרשיון להפצת גלילות האגן דאז בישראל, כלפי אומני פיצה, מפעילת רשת פיצריות דומינו, כי פילסבורי תמכור לאומני פיצה את גלילות האגן דאז במחיר שלא יעלה על המחיר הזול ביותר שפילסבורי דורשת ממפיצים אחרים, למעט מפיצי משנה שלה. הממונה קבע כי כבילה מעין זו מהווה הסדר כובל, משום שיש בה כדי "להקטין את תמריציה של פילסבורי להעניק הנחות ללקוחות אחרים" וכן משום שההסכם גורע "מהיתכנותם של קשרים בין צדדים שלישיים לבין פילסבורי, אם וכאשר צדדים אלה ירצו להציע לפילסבורי תנאים מסחריים עדיפים בתמורה להנחה גדולה יותר". כל זאת אף שנתח השוק של פילסבורי בשוק הרלוונטי היה של אחוזים בודדים ואומני היוותה ערוץ הפצה של פחות מ-1% מן הגלילה בשוק הרלוונטי, בעוד ששטראוס, הדומיננטית בענף, ונגה גלילה, המשווקת את גלילות נסטלה-מוטה, חלשו על נתח שוק של מעל 80% מן הענף ומולם מותג האגן דאז, ששיווקה פילסבורי, נתקל בקשיי חדירה לשוק.

הממונה דן בהסדר הלקוח המועדף כהסדר כובל בלי קשר לניתוח הכלכלי, נוכח הגישה המסורתית שלפיה גם הסדרים אנכיים מעין אלה מצויים בגדר סעיף 2(ב). אולם הוא הגיע למסקנה כי פגיעת ההסדר בתחרות איננה משמעותית ועל כן ההסדר זכאי לפטור המוסדר בסעיף 14 לחוק ההגבלים. הניתוח הכלכלי שלנו אודות הסדר לקוח מועדף מצדיק מסקנה זו כי לא קיימת פגיעה של ממש בתחרות. כאשר נתח השוק של הספק שאימץ את ההסדר הוא זניח, כל ההשפעות שתוארו לעיל הן זניחות.

בפרשת אקסטל בע"מ¹⁶⁸ נדון הסדר בין ספק של פרופילי אלומיניום לבין לקוח שהפיץ את הפרופילים. הספק התחייב שלא למכור ללקוחות אחרים שלו במחירים נמוכים או

בתנאים טובים מאשר אלה הניתנים למפיץ. המפיץ טען כי הספק הפר את ההסכם בכך שמכר ללקוחות אחרים שלו במחירים נמוכים מאלו אשר המפיץ שילם. בהתאם, המפיץ תבע מן הספק פיצוי בגין הפרת ההסכם. תביעה כספית זו נעשתה בפני בורר שמונה על פי ההסכם לטפל בסכסוכים כספיים שיתעוררו מכוחו. אולם הספק טען כי הבורר איננו מוסמך לדון בהסכם, בהיותו הסדר כובל. למרבה הצער לא היו בפני בית המשפט שדן בטענה זו נתונים כלכליים מפורטים לגבי השווקים הרלוונטיים. מצוין רק בפסקה 17 לפסק דינה של השופטת נאור כי נתח השוק של הספק בשוק האספקה היה 20% ונתח השוק של המפיץ שנהנה מהסדר הלקוח המועדף היה 6% משוק ההפצה הרלוונטי. אף שנתח השוק של הספק נראה משמעותי מספיק על מנת להפכו לשחקן אסטרטגי, האפקטים האנטי תחרותיים האמורים (למעט זה הקשור בפתרון בעיית ההתחייבות) תלויים גם בנתחי השוק של הספקים המתחרים ובמידת היותם שחקנים אסטרטגיים בעצמם. נתח השוק הקטן של המפיץ שנהנה מן ההסדר יכול לסייע לטענה כי השפעתו של ההסדר על התחרות מועטה ובלבד שזהו המפיץ היחיד של אותו הספק שנהנה מהסדר הלקוח המועדף. זאת משום שכל האפקטים האנטי תחרותיים של הסדר לקוח מועדף שהוזכרו לעיל מסתמכים על כך שההסדר מרתיע את הספק ממתן הנחות למפיצים כיוון שמתן הנחות כאלו יחייב אותו לתת הנחות דומות לכל המפיצים אשר נהנים מהסדר הלקוח המועדף. ככל שאחוז הרכישות של מפיצים אלו מכלל אספקת הספק גדול יותר, כך הגורם המרתיע חזק יותר. האפקט האנטי-תחרותי היחיד של הסדר לקוח מועדף הקיים גם כאשר המפיץ הנהנה ממנו הוא בעל נתח שוק קטן, הוא זה של הקלה על קרטל ספקים על ידי הפיכת סטיית הספק מן הקרטל לשקופה יותר.

מעניין לציין שעיקר האפקטים האנטי תחרותיים של הסדר לקוח מועדף הם בראש ובראשונה בשוק האספקה ולא בשוק ההפצה. לא ניתן לדעתנו לבסס טיעון חד לפגיעה בתחרות במישור ההפצה. אמנם, בפסקה 15 לפסק דינה של השופטת נאור בעניין אקסטל בע"מ הנ"ל, נאמר ש"הסדרי לקוח מועדף] עשויים לפגוע בתחרות בין מי שנהנה מסעיף כזה לבין רוכשים אחרים, כיוון שהם תמריץ למוכר לדרוש מהמתחרים האחרים מחיר גבוה יותר מזה שהיה דורש אלמלא הסעיף האמור". אולם כאשר הספק דורש מחיר גבוה יותר מכלל הרוכשים ממנו, לרבות מפיצים אשר נהנים מהסדרי לקוח מועדף, הרי שמה שנפגע הוא בראש וראשונה התחרות בין הספק למתחריו. בעקיפין יכולה להיגרם בעקבות כך עליית מחירים גם בשוק הקמעונאי, עקב העלאת המחיר הסיטונאי שמשלמים המפיצים, אך מקור הפגיעה הוא הפחתת התחרות בשוק הסיטונאי דווקא. לעומת זאת אם ההסדר מבטיח למפיץ מסוים שהמחירים שהוא משלם יהיו נמוכים (ולא רק זהים) יחסית לאלה שמפיצים מתחרים משלמים, וההסדר עלול, בעקבות זאת, לדחוק את רגליהם של המפיצים המתחרים מן השוק, אכן יכולה להיפגע גם התחרות במישור ההפצה. אולם במקרה כזה התחרות עלולה להיפגע גם במישור האספקה, שוב משום שהסדר כזה מרתיע את הספק מליתן הנחות למפיציו.

מכל מקום, כיוון שעיקר הפגיעות האנטי תחרותיות האפשריות של הסדר לקוח מועדף הן דווקא בשוק האספקה, הרי שאפילו לפי הפרשנות המילולית והלא תכליתית של סעיף 2(א) לחוק כפי שהתבטאה בפרשת יקבי רמת הגולן,¹⁶⁹ הסדר זה עשוי להיות כובל לפי סעיף זה, משום שהפגיעה המסתברת בתחרות עשויה להיות בשוק של הצד שכבל את עצמו – כאן, הספק.

4.3 הסדר לקוח מועדף והאיסור על הפליה

כאמור הסדר לקוח מועדף אוסר על הספק להפלות לרעה את המפיץ אשר נהנה מההסדר. אם הספק הוא בעל מונופולין בשוק האספקה הרלוונטי, ממילא אסור לו, מכוח סעיף 29א(ב)(3) לחוק ההגבלים, לקבוע "תנאי התקשרות שונים לעסקות דומות אשר עשויים להעניק ללקוחות או לספקים מסוימים יתרון בלתי הוגן כלפי המתחרים בהם". משום כך ספק בעל מונופולין שמיישם הסדר לקוח מועדף עם כל מפיציו, יכול לטעון להגנתו שמדובר בהסדר שכל כבילותיו על פי דין, הפטור מכוח סעיף 3(1). טענה כזו תתחזק אם כל המפיצים של הספק הנהנים מהסדר הלקוח המועדף הם מספיק דומים זה לזה מבחינת אופן התקשרותם עם הספק, כך שהעסקאות בין הספק לביניהם "דומות" זו לזו. אחרת, מתן תנאים שונים לכל אחד מהם, המשקפים הבדלים רלוונטיים בין העסקאות השונות, לא תיחשב להפליה על פי הסעיף הנ"ל והסדר הלקוח המועדף לא יהא מוכתב לפיכך מכוח האיסור על הפליה.

5. הכתבת מחירי מקסימום (Maximum Resale Price Maintenance)

השפעת הסדר שבו הספק מכתב למפיצים מחיר מקסימום שאל להם לחרוג ממנו שונה מזו של הכתבת מחיר מינימום, משום שההסדר איננו מונע מהמפיצים להתחרות זה בזה באמצעות הוזלת המחיר הקמעונאי מתחת למחיר המקסימום. למרות זאת הפסיקה האמריקנית אימצה בתחילה את הגישה שלפיה הסדרי הכתבת מחיר מקסימום אסורים על פניהם ("per se").¹⁷⁰ עשרות שנים לאחר מכן הפך בית המשפט העליון האמריקני הלכה זו וקבע כי על הכתבת מחיר מקסימום יש ליישם את כלל הסבירות, היינו לשפוט אותה לפי תוצאותיו הכלכליות ולא לאסור עליו כשלעצמו.¹⁷¹ גישת דיני ההגבלים הישראלים כלפי הכתבת מחירי מקסימום היא במידה רבה דו-ערכית. מחד גיסא, על פי הפסיקה המסורתית, העולה גם מדעת היחיד של השופט נאור

169 לעיל הערה 76.

170 ראו למשל *Albrecht v. The Herald Co.*, 390 U.S. 145 (1968).

171 ראו *State Oil Company v. Khan*, 522 U.S. 3 (1997).

בפרשת אקסטל בע"מ,¹⁷² הכתבת מחירי מקסימום נכנסת לכאורה לגדר סעיף 2(ב)(1) לחוק ההגבלים, באשר היא כבילה "לגבי המחיר שיידרש", ועל כן היא מהווה לכאורה הסדר כובל בלי קשר לפגיעתה בתחרות. בפרשת חניות בע"מ שבה הכתיבה עיריית ירושלים למפעיל ששכר ממנה חניון את המחיר המרבי שהלה ידרוש ממנויים, ניתח השופט אור (וכפי הנראה גם טירקל, שהצטרף להנמקותיו של השופט אור) את ההכתבה ככזו הנופלת לגדרו של סעיף 2(ב)(1) לחוק.¹⁷³ מאידך גיסא, בסעיף 3(ד)(5) לפטור הסוג להסכמי הפצה בלעדית נאמר כי "הסכם לעניין המחיר המרבי שייגבה עבור המוצר" איננו שולל את תחולת פטור הסוג הנ"ל.¹⁷⁴ הוראה דומה מצויה גם בסעיף 3(2) לפטור הסוג להסכמי זכיינות.¹⁷⁵ מכאן עולה לכאורה תפיסה שונה, שלפיה הכתבת מחירי מקסימום איננה מעוררת חששות אנטי תחרותיים. כפי שציינו בכמה מקומות בפרק זה, לגישתנו יש לבחון הסדרים אנכיים, לרבות הכתבת מחירי מקסימום, אך ורק לפי סעיף 2(א) לחוק ולא לפי סעיף 2(ב) לחוק. על פי גישה זו, הכתבה כזו תהווה הסדר כובל רק אם היא עלולה לפגוע באופן משמעותי בתחרות בענף הרלוונטי.

מבחינה כלכלית, הסדרי הכתבת מחיר מקסימום יכולים דווקא לתרום לתחרות על ידי צמצום בעיית השוליים הכפולים שעליה עמדנו בהרחבה בחלק הכלכלי של פרק זה. בהתאם, נראה שהסדרים אלה ראויים לגישה מקלה.

בעמדת הממונה בעניין הסדרי הסחר בין ספקים לרשתות קמעונאיות, ציין הממונה כי "הכתבת מחיר מקסימום לצרכן על ידי ספק מהווה, לפי הפרשנות המקובלת, הסדר כובל".¹⁷⁶ בכך רומז הממונה לתחולת החזקה החלוטה שבסעיף 2(ב)(1) לחוק גם על הכתבת מחיר מקסימום. עם זאת הממונה הוסיף כי "הכתבת מחיר מקסימום עשויה לשאת בכנפיה תועלות לתחרות ולצרכן ולרוב לא נשקפת ממנה סכנה ממשית לפגיעה בתחרות. הכתבת מחיר מקסימום זוכה אפוא, ככלל, להיתר מאת מערך ההגבלים העסקיים ובלבד שמדובר במחיר מרבי אמיתי, שאינו מסווה למחיר מינימום". בדברים האחרונים רומז הממונה לכך שהספק יכול להכתיב למפיציו מחיר המתקרא "מחיר מקסימום", כאשר למעשה הוא מסייע למפיצים לתאם ביניהם מחיר לצרכן מעל ומעבר למחיר התחרותי, כאשר המפיצים מתקשים לעשות זאת במשתמע וחוששים מסנקציות משפטיות בגין תיאום מפורש. אולם כפי שהראנו בסעיף 1.2 לחלק הכלכלי של פרק זה, כאשר הספק איננו שואב רווחים מהמפיצים למשל בדמות דמי זיכיון, אזי אין לו עניין לסייע למפיצים לקבוע מחיר

172 לעיל הערה 90.

173 ראו פרשת חניות בע"מ, לעיל הערה 118.

174 ראו פטור הסוג להפצה בלעדית, לעיל הערה 100.

175 ראו פטור הסוג להסכמי זכיינות, להלן הערה 178.

176 לעיל הערה 106, בעמ' 32.

קמעונאי גבוה, אלא להיפך, הוא מעוניין שהמפיצים יקבעו מחיר קמעונאי נמוך כדי להבטיח שהיקף המכירות שלו יהיה גדול ככל האפשר. יתר על כן, הממונה קובע כי "הכתבת מחיר מקסימום ושימוש במחירון מומלץ בעת החדרתם לשוק של מוצרים חדשים... כמו גם מתן המלצה גרדא לקמעונאי בדבר מחיר המכירה לצרכן, לא יקימו ככלל כל חשש תחרותי וממילא לא תידרש כל פעולת אכיפה להפסקתן".¹⁷⁷

6. הכתבת סטנדרט איכות אופטימלי

שאלה היא אם הכתבה של מאמצי השיווק של המפיץ על ידי הספק יכולה בכלל להיות בגדר הסדר כובל. מפטורי הסוג הנוגעים להסדרים אנכיים עולה שלדעת הממונה התשובה על כך חיובית, משום שהממונה מצא לנכון לכלול הכתבה של מאמצי שיווק של המפיץ או עמידה שלו בסטנדרט איכות מסוים במסגרת כבילות המותרות בתנאים מסוימים הנקובים בפטורי הסוג. כך למשל סעיף 4(ה) לפטור הסוג להסדרי הפצה בלעדית קובע כי בהסדר הפצה בלעדית הנהנה מפטור הסוג ניתן לכלול כבילה שבה מוטל על המפיץ:

"(ה) לסייע בקידום מכירות הטובין שבהסכם להפצה בלעדית, לרבות באמצעות –

(1) פרסומם;

(2) החזקת מלאי של טובין והפצתם באמצעות מערך הפצה;

(3) מתן שירות ואחריות לטובין;

(4) העסקת עובדים בעלי מומחיות או ידע טכני מתאים לטיפול בטובין".

כבילות מעין אלה למעשה מכתיבות למפיצים את איכות שירותי ההפצה שלהם. הוראה דומה קיימת בסעיף 2(ב)(ה) לפטור הסוג להסדרי רכישה בלעדית. באופן דומה, סעיף 2(ב)(6) לפטור הסוג להסכמי זכיינות קובע כי בהסכם זכיינות שנהנה מן הפטור מותר לכלול: "התחייבות הזכייין למכור טובין המתאימים לדרישות איכות שיפרט בעל הזיכיון בהסכם הזכיינות". ברור שלו לדעת הממונה הכתבות מעין אלו לא היו בגדר הסכם כובל, לא היה טעם להתייחס אליהן בפטור הסוג.

מכל מקום, גם אם מדובר בהסדר שעשוי להיות כובל מבחינת תנאי הסף שלו, הרי שנראה שהוא איננו מעורר חשש לפגיעה בתחרות. נהפוך הוא, כפי שאנו מראים בסעיף 3.1

¹⁷⁷ ראו עמדת הממונה על ההגבלים העסקיים בעניין הסדרי סחר בין ספקים ורשתות קמעונאיות; <http://www.antitrust.gov.il/NR/rdonlyres/DF964E92-53CB-4981-9F13-6A0D04331F20/0/hesderim.pdf>

לחלק הכלכלי, הכתבת סטנדרט איכות מינימלי עשויה לפתור את בעיית השקעת החסר במאמצי שיווק מצד המפיצים ולכך יכולה להיות במקרים רבים השפעה חיובית על רווחתם של צרכנים רבים. לפיכך בניתוח לפי סעיף 2(א), הכתבה כזו כשלעצמה לא תוכל לדעתנו להיחשב כהסדר כובל.

7. הסכמי זכיינות

כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי זכיינות), תשס"א-2001¹⁷⁸ (להלן: פטור הסוג להסכמי זכיינות) מגדירים "הסכם זכיינות" כדלהלן:

"חווה שלפיו בעל זיכיון או זכייין ראשי מעניק לזכייין את הזכות לעשות שימוש בזיכיון למטרות שיווק של טובין או סוגי טובין מסוימים, והכולל את כל אלה:

- (1) שימוש בשם מסחרי אחיד או בסימן מסחרי או בסימן שירות אחיד, ובמאפיינים אחידים של הטובין הנמכרים או של המכירה וביצועה, שהם מהותיים לשיווק הטובין ומכירתם;
- (2) העברה של ידע מבעל הזיכיון לזכייין שהוא מהותי לשיווק הטובין ומכירתם;
- (3) מתן סיוע מסחרי או טכני מבעל הזיכיון לזכייין, במשך תקופת ההסכם".¹⁷⁹

"זיכיון" מוגדר בפטור הסוג כ"מתן זכויות שימוש בקניין רוחני או בידע תעשייתי, בין שהם מוגנים בסימן מסחר, סימן שירות, זכות יוצרים, פטנט, זכויות מדגם או הגנה אחרת של קניין רוחני, ובין שהם מאופיינים כשם מסחרי, עיצובים או מודלים ייחודיים, והכל אם מתן הזכויות נדרש לשם ביצוע מכירת הטובין לצרכנים סופיים ומהווה בעיני הצרכן חלק מהותי מערך הטובין הנמכרים".

תנאי (2) המגדיר "הסכם זיכיון מהו", דורש "העברה של ידע" מבעל הזיכיון לזכייין, כאשר "ידע" מוגדר כ"מכלול של ידע מעשי, סודי, מהותי וניתן לזיהוי, שאינו מוגן על ידי פטנט, הנובע מניסויים קליניים או מניסיון בעל ערך שהצטבר בידי בעל הזיכיון, והוא בעל ערך לזכייין באופן המשפר את מעמדו התחרותי".

178 ק"ת 6096, 672.

179 שם, סעיף 1.

קיימים שני סוגי הסדרים שיכולים ליהנות מפטור הסוג: הסכם זכיינות, שהוגדר לעיל ו"הסכם לזכיון ראשי" שמוגדר כ"חוזר שלפיו בעל זכיון מעניק לזכיון ראשי... זכות לכרות הסכמי זכיינות עם צדדים שלישיים שיהיו זכיינים..."¹⁸⁰

הכבילות שפטור הסוג עשוי להכשיר, כפוף לסייגים לתחולת הפטור שיידונו להלן, מפורטות בסעיף 2(ב) לפטור. להלן אנו מפרטים את החשובות שבכבילות אלה:

1. "התחייבות בעל הזכיון כי לא יעניק לאחר זכיון בשטח ההסכם או בחלק ממנו" (סעיף 2(ב)(1) לפטור הסוג). כבילה מעין זו היא מן הסוג של "הפצה בלעדית", כיוון שעל פי הגדרת המושג "זכיון" מתן זכות השימוש בו חיוני לצורך מכירת הטובין הנמכרים תחתיו ומתן זכות שימוש בלעדית בזכיון בשטח מסוים כמוה כהתחייבות של ספק למכור את הטובין שלו רק למפיץ אחד באותו שטח. רשימת הכבילות המותרות כוללת גם במפורש התחייבות של בעל הזכיון שלא יתחרה בעצמו בזכיון בשטח ההסכם או בחלק ממנו לגבי הטובין שבהסכם וטובין תחליפיים להם, וכן התחייבותו כי לא יספק בשטח הזכיון לאחר את הטובין שבהסכם הזכיינות או טובין תחליפיים.¹⁸¹ מבחינה זו לשונו של פטור הסוג להסכמי זכיינות רחבה מזו של פטור הסוג להסכמי הפצה בלעדית. פטור הסוג להסכמי הפצה בלעדית חל, לפי לשונו, רק על התחייבות של הספק כלפי המפיץ כי לא ימכור את הטובין שהמפיץ רוכש ממנו למפיץ אחר בשטח נשוא ההסכם.¹⁸² לשון זו לא חלה על התחייבות של הספק כי לא ימכור טובין תחליפיים לאלה שרוכש ממנו המפיץ "הבלעדי" למפיץ אחר בשטח ההסכם. לכן אם ספק מספק שני סוגים של טובין, א רב, שהם תחליפיים זה לזה, פטור הסוג להסכמי הפצה בלעדית כלשונו איננו מאפשר לו להתחייב כלפי מפיץ הרוכש את טובין א כי לא יפיץ בשטח ההסכם את טובין ב לאחר, בעוד שאילו היה מדובר בהסכם זכיון, מותר היה לבעל הזכיון להתחייב כלפי הזכיון כי לא יספק את טובין ב למפיץ אחר בשטח ההסכם. פטור הסוג גם ערוך לפטור התחייבויות דומות במישור היחסים בין זכיון ראשי לבין זכיינים: הוא חל על התחייבות של הזכיון הראשי כלפי זכיון כי לא יספק את הטובין נשוא הזכיון או טובין תחליפיים בשטח ההסכם אלא לאותו הזכיון.¹⁸³

2. התחייבות של הזכיון הראשי כלפי בעל הזכיון להעניק זכיונות רק בשטח ההסכם (סעיף 2(ב)(3) לפטור הסוג). כאן חל הפטור על התחייבות של הזכיון להשתמש בזכיון רק בשטח ההסכם, ובפרט להימנעות מקידום מכירות פעיל של הטובין שבהסכם הזכיינות מחוץ לשטח ההסכם והתנהגויות אנלוגיות.¹⁸⁴ התחייבויות מעין אלה דומות לחלוקה

180 שם, סעיף 2(א).

181 שם, סעיף 2(ב)(2).

182 פטור הסוג להסכמי הפצה בלעדית, לעיל הערה 100, סעיף 2(א).

183 פטור הסוג להסכמי זכיינות, לעיל הערה 178, סעיף 2(ב)(3).

184 שם, סעיף 2(ב)(4).

טריטוריאלי, שנידונה לעיל,¹⁸⁵ קרי להתחייבות מפיצים כלפי הספק שלהם להימנע מפלישה זה לשטחו של זה. כמו במקרה של תחולת פטור הסוג להסכמי הפצה בלעדית על חלוקה טריטוריאלי, גם פטור הסוג להסכמי זכיינות איננו חל על התחייבות של זכייין להימנע מלמכור לצרכן או זכייין אחר המצויים מחוץ לשטח ההסכם שבאו לרכוש את הטובין מן הזכייין בשטחו הוא.¹⁸⁶ כמו כן בדומה לפטור הסוג להסכמי הפצה בלעדית, מגבלה מסוימת על המפיץ לאשר "יבוא מקביל" של הטובין אל שטח אחר באמצעות גורם ביניים יכולה לחסות בצלו של הפטור: הפטור חל על התחייבות של המפיץ כי "לא יתקשר עם אדם לשם הפצת הטובין אל מחוץ לשטח ההסכם".¹⁸⁷

3. התחייבות של הזכייין שלא לייצר, למכור או להשתמש בטובין תחליפיים לטובין נשוא הזכיינות, ובלבד שההתחייבות איננה לגבי טובין שנלווים לטובין שבהסכם הזכיינות או חלפים לטובין אלה (סעיף 2(ב)(2) לפטור הסוג).

4. "קשירה" בין הטובין נשוא הזיכיון לבין טובין אחרים שבעל הזיכיון מספק או מעוניין באספקתם (סעיף 2(ב)(7) לפטור הסוג). הסעיף מציין כי הפטור חל על "התחייבות הזכייין למכור טובין המיוצרים על ידי בעל הזיכיון או בעבורו, ובלבד שהצבת דרישות איכות ביחס לטובין... אינה מעשית". כך למשל התחייבות של זכייין רשת מזון מהיר לרכוש רק את המותגים שבעל הזיכיון מתייב עשויה לחסות בצל הפטור, כפוף לשאר תנאיו, ובלבד שבנסיבות העניין לא ניתן לאפשר לזכייין לרכוש את המותגים האחרים, תוך בקרת איכות המותגים והמוצרים שהוא בוחר להשתמש בהם. בהתאם, אם ספק חפץ לבצע קשירה כאמור, קיים יתרון מבחינתו להסתמך דווקא על פטור הסוג להסדרי זכיינות (ובלבד שהוא עומד בתנאיו) ולא על פטור הסוג להסדרי הפצה בלעדית, שאיננו מתיר קשירה מעין זו.

5. הגבלת הזכייין במכירת הטובין שבהסכם הזכיינות לצרכנים סופיים, זכיינים אחרים ומפיצים מורשים (סעיף 2(ב)(11) לפטור הסוג). אלה הן מגבלות מן הסוג של חלוקה לפי חתכי אוכלוסיה, אך מצומצמות בהיקפן. מציון מגבלה זו ניתן להסיק כי מגבלות רחבות יותר לעניין חתך האוכלוסיה שעמו רשאי הזכייין לעסוק אינן חוסות בצלו של הפטור. כך למשל התחייבות כי ימכור רק ללקוחות עסקיים או רק ללקוחות מחתך גיל מסוים איננה נהנית מן הפטור.

6. הגבלת הזכייין מלהיות בעל עניין בתאגיד מתחרה (סעיף 2(ב)(10) לפטור הסוג).

185 ראו לעיל סעיף 3.2.3.

186 פטור הסוג להסכמי זכיינות, לעיל הערה 178, סעיף 2(ב)(4).

187 כמו פטור הסוג להסכמי הפצה בלעדית, הפטור לא יחול על התחייבות של בעל הזיכיון (או זכייין ראשי) לעשות למניעת "יבוא מקביל" כאמור. השוו לעיל הערה 150 והטקסט הנלווה אליה.

7. הוראות נוספות בהסכם הזכיינות המגבילות את חופש הפעולה של הזכייין, כגון עמידה בדרישות איכות (סעיף 2(ב)(6)), שמירה על סודיות (סעיף 2(ב)(8)), עמידה בדרישות בעניין מאפייני המכירה וביצועה (סעיף 2(ב)(9)), מכירת מבחר של הטובין, הגעה למחזור מכירות מסוים, תכנון קצב המכירות, הזמנת טובין מראש, החזקת מלאי מסוים, או אספקת שירות ואחריות (סעיף 2(ב)(12)) והגבלת פרסום המוצר שבהסכם הזכיינות (סעיף 2(ב)(13)).

בתיקון פטורי הסוג בתשס"ו הוספה התחייבות נוספת של הזכייין היכולה לחסות בצל הפטור: התחייבות הזכייין לעניין המחיר שיגבה בעד הטובין שבהסכם הזכיינות (סעיף 2(ב)(14)). הוראה זו כוללת הן הכתבת מחירי מקסימום הן הכתבת מחירי מינימום. זוהי גמישות מרחיקת לכת של פטור הסוג להסדרי זכיינות יחסית, למשל לפטור הסוג להפצה בלעדית, שאיננו מאפשר הכתבת מחירי מינימום.

סעיף 3 לפטור הסוג מפרט את הסייגים לתחולתו, ואלה הם:

1. הצדדים להסכם הם מתחרים בפועל (סעיף 3(1) לפטור הסוג). בפרט, אם הזכייין מתחרה בבעל הזיכיון או בזכייין הראשי, לא יחול פטור הסוג. ההצדקה לכך דומה לזו הקיימת בפטור הסוג להסכמי הפצה בלעדית.¹⁸⁸ בנוסף, פטור הסוג לא יחול אם בעל הזיכיון או הזכייין הראשי מתחרים בזכייניהם. כמו במקרה של פטור הסוג להסכמי הפצה בלעדית, ההצדקה של מגבלה זו מוטלת בספק, באשר התחרות של בעל הזיכיון או הזכייין הראשי בזכייין יכולים דווקא לתרום לתחרות, במישור הזכיינים, לעניין שיווק הטובין שבהסכם.

2. מניעה מן הזכייין לרכוש ממקור כלשהו טובין למרות שהם מתאימים לדרישות האיכות שפירט בעל הזיכיון (סעיף 3(3) לפטור הסוג).

3. מניעת השימוש של הזכייין בידע שקיבל במסגרת ההסכם לאחר תום תקופת ההסכם, אף שהידע נחשף ברבים או שניתן להשיגו במאמץ סביר מחוץ לעסקו של בעל הזיכיון (סעיף 3(4) לפטור הסוג).

4. מניעה מן הזכייין להעמיד את תוקף הזכויות בידע הנ"ל או זכויות קניין רוחני אחרות לביקורת שיפוטית (סעיף 3(5) לפטור הסוג).

5. הגבלת הזכייין מלמכור לצרכן מחוץ לשטח ההסכם שהגיע אל סניפו (סעיף 3(6) לפטור הסוג).

6. הגבלת הזכייין מלרכוש את הטובין שבהסכם הזכיינות מזכיינים אחרים וממפיצים מורשים, או שאלה הוגבלו במכירתם לו (סעיף 3(7) לפטור הסוג). ניתן לסבור כי סייג זה לתחולת הפטור מצוי במתח מסוים עם הוראת סעיף 2(ב)(4) לפטור הסוג, המציינת כי הפטור יחול על התחייבות של הזכייין "כי לא יתקשר עם אדם להפצת הטובין אל מחוץ

188 ראו לעיל סעיף 3.1.3.

לשטח ההסכם". מחד גיסא, סעיף 3(7) הנ"ל שולל את הפטור אם זכיהן אחד מתחייב שלא למכור את הטובין לזכיהן אחר. מאידך גיסא, ניתן לטעון כי התקשרות מעין זו היא התקשרות עם הזכיהן האחר להפצת הטובין אל מחוץ לשטח שהוקצה לזכיהן האחד. הפתרון למתח זה היא פרשנות שלפיה זכיהן יכול להתחייב כי לא יתקשר עם אדם אחר להפצת הטובין אל מחוץ לשטח ההסכם, ובלבד שהאדם האחר הזה איננו זכיהן או מפיץ מורשה של המוצר. מכל מקום, סעיף 3(7) גורם לפטור הסוג להסכמי זכיינות להיות מחמיר יותר עם הצדדים, לפחות מבחינה זו, מאשר פטור הסוג להסכמי הפצה בלעדית. כזכור, פטור הסוג להסכמי הפצה בלעדית מאפשר למפיץ הבלעדי להתחייב כי ירכוש את הטובין נשוא ההפצה הבלעדית רק מן הספק, ¹⁸⁹ בעוד פטור הסוג להסכמי זכיינות מתנה את תחולתו בכך שהמפיץ יהיה רשאי לרכוש את הטובין נשוא הזכיינות גם מזכיינים אחרים או ממפיצים מורשים. עם זאת במקום שבעל הזכיהן או הזכיהן הראשי התחייבו כלפי הזכיהן כי ימכרו את הטובין בשטח ההסכם רק לו, אזי התחייבות של הזכיהן לרכוש את הטובין רק מן הזכיהן הראשי או בעל הזכיהן (לפי העניין) תכניס את יחסיהם לגדר בלעדיות הדדית, שממילא פטורה מכוח סעיף 3(6) לחוק ההגבלים, כפוף לשאר תנאיו.¹⁹⁰

7. צד להסכם הוא בעל מונופולין בשוק המוצר, בשוק מוצר משיק או כשחלקו של הזכיהן בשוק המוצר עולה על 30% (סעיף 3(8)). סייג זה דומה לסייג המצוי בפטור הסוג להסכמי הפצה בלעדית.¹⁹¹

8. ההסכם מחייב אדם להיות צד לו לפרק זמן העולה על עשר שנים רצופות ולא ניתנה בו לאותו אדם האפשרות להשתחרר ממנו בהודעה שייתן זמן סביר מראש (סעיף 3(9) לפטור הסוג).

9. הזכיהן לא הציע באופן שוויוני שירותי אחזקה או תיקון כלפי צרכנים שרכשו את הטובין מאחר. גם בכך דומה פטור הסוג להסכמי זכיינות לפטור הסוג להסכמי הפצה בלעדית.¹⁹²

8. הסדר רכישה בלעדית ("Exclusive Dealing"; "Exclusive Purchasing")

הסדר רכישה בלעדית הוא הסדר שבו מפיץ מתחייב לרכוש מוצר או שירות אך ורק מספק מסוים ולא מן הספקים המתחרים.

189 לעיל סעיף 3.1.3.

190 ראו להלן סעיף 10.5.

191 לעיל סעיף 3.1.3.

192 לעיל סעיף 3.1.3.

8.1 תחולת סעיף 2(ב)

בפסיקה המסורתית, זו שלפני פסק הדין בעניין אקסטל בע"מ,¹⁹³ סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים הוחל בעקביות על הסדרי בלעדיות, לרבות הסדרי רכישה בלעדית. בפרט, הסדרי בלעדיות נראו על ידי הפסיקה כנכנסים לגדר סעיף 2(ב)(3) לחוק ההגבלים, הקובע כי הסדר ל"חלוקת השוק... לפי מקום העיסוק או לפי סוג האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו" הוא כובל, בלי קשר לפגיעה בתחרות.¹⁹⁴ כאשר הכבילה מנוסחת, בין היתר, כמגבילה את סוג המוצרים או את סוג המותגים שאותם רשאי המפיץ לרכוש, נפסק כי היא גם נכנסת לגדר סעיף 2(ב)(4) לחוק, המכתיים כהסדר כובל כבילה לגבי סוג המוצר.¹⁹⁵

8.2 תחולת סעיף 2(א)

כפי שראינו בסעיפים 12.4 ו-13.5 לחלק הכלכלי, הסדרי רכישה בלעדית עלולים לפגוע במקרים מסוימים בתחרות בשוק הסיטונאי. במקרים כאלה ראוי מבחינת תכלית החוק להכתיים הסדרי רכישה בלעדית כהסדרים כובלים על פי סעיף 2(א) לחוק ההגבלים. ברם על פי הלכת יקבי רמת הגולן,¹⁹⁶ הסדר יוכל להיחשב ככובל לפי סעיף 2(א) רק אם הפגיעה בתחרות היא בצד שהגביל עצמו. לפיכך על פי הלכה זו, הסדרי רכישה בלעדית לעתים קרובות לא יחשבו הסדרים כובלים משום שהצד אשר מגביל את עצמו הוא המפיץ בעוד שהפגיעה היא באופן טיפוסי בשוק הסיטונאי דווקא. אולם כפי שהראינו בסעיף 2.1.2 לעיל, ראוי שהסדר רכישה בלעדית ייחשב ככובל גם אם הוא עלול לפגוע בתחרות בשוק של הצד שנהנה מן ההסדר, קרי הספק במקרה שלפנינו. אכן, כפי שסעיף 13.5 בחלק הכלכלי של הפרק מראה, הפגיעה העיקרית בתחרות בהסדרי רכישה בלעדית מתבטאת דווקא בשוק של הספק, בדמות דחיקת רגליהם של ספקים מתחרים. במשפט המשווה נוהגים ליישם על הסדר רכישה בלעדית "כלל סבירות" להבדיל מאיסור "פר סה". כלומר הסדר רכישה בלעדית במשפט המשווה מהווה הסדר כובל רק אם ניתוח פרטני של השוק הרלוונטי מראה כי קיימת פגיעה לא זניחה בתחרות, וכי לא קיימים יתרונות חברתיים המצדיקים את הפגיעה

193 לעיל הערה 90.

194 ראו למשל הממונה על ההגבלים העסקיים קביעה לפי סעיף 43(א): הסדר כובל בהסכמי הבלעדיות בין חברות הדלק לבין מפעילי תחנות התדלוק, פרסום 3003595 (1993) <http://www.etype.co.il/Anti1/Files/7213/Tdluk.pdf>; עניין קמח כשר לפסח, לעיל הערה 88.

195 ראו עניין פילסבורי, לעיל הערה 167.

196 לעיל הערה 76.

של ההסדר בתחרות.¹⁹⁷ עם זאת הסדרי רכישה בלעדית עלולים, במקרים מסוימים, גם לפגוע במגוון ובמחיר בשוק הפצה גיאוגרפי מסוים. במקרה שבו מתקיימת פגיעה מסתברת מעין זו, ההסדר עשוי להיות כובל אף לפי הלכת יקבי רמת הגולן, שהרי הפגיעה המסתברת בתחרות היא בשוק של הצד שכבל עצמו, קרי המפיץ.

8.3 פטור הסוג להסכמי רכישה בלעדית

כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי רכישה בלעדית), תשס"א-2001,¹⁹⁸ פוטרים, בכפוף לסייגים שייסקרו להלן, התחייבות של מפיץ "כי הוא לא ייצר ולא ישווק טובין תחליפיים לטובין נושא ההסכם לרכישה בלעדית". סעיף 1 לפטור מגדיר "הסכם רכישה" כ"חווה בין מוכר לבין ספק, לרכישת טובין לשם מכירתם". בטרמינולוגיה שלנו, ה"מוכר" שאליו מתייחס סעיף 1 לפטור הוא ה"מפיץ" אשר רוכש את הטובין מן הספק ומוכר אותם הלאה. רכישה בלעדית של טובין אשר מהווים תשומה בייצור של מוצר אחר נידונה באופן פרטני בסעיף 4 של הפטור. סעיף זה קובע כי הפטור יחול גם על הסדר לרכישה בלעדית של תשומה, רק בתנאי ש"סך כל הכמות הנמכרת בידי אותו ספק לכל הרוכשים ממנו טובין כאמור, בהסכם בלעדיות, אינה עולה על 10% מכלל הצריכה של טובין מאותו סוג". כפי שיתברר להלן, דרישה זו מחמירה יותר מזו הנוגעת להסכמי רכישה רגילים, שבהם הרוכש מוכר את מוצרו של הספק הלאה.

הדעת נותנת שפטור הסוג חל, מקל וחומר, גם על סוגים שונים של בלעדיות חלקית. כך למשל הדעת נותנת שכל עוד שאר התנאים לתחולתו מתקיימים, פטור הסוג חל גם במקרים שבהם המפיץ מתחייב לרכוש רק אחוז מסוים מצרכיו מספק מסוים או שההסדר מאפשר למפיץ לרכוש מספקים מתחרים, אך מגביל את יכולת הרכישה שלו בדרך מסוימת.¹⁹⁹ ככלות הכל, הסדר בלעדיות חלקית כובל את המפיץ פחות מאשר הסדר של בלעדיות מלאה ולפיכך האפקט האנטי תחרותי שלו, אם יש כזה, הוא קטן מאשר זה שנגרם עקב הסדר של בלעדיות מלאה.

197 ראו בארצות-הברית את *Tampa Elec. Co. v. Nashville Coal Co.*, 365 U.S. 320, 327 (1961); *Maris Distrib. Co. v. Anheuser-Busch, Inc.*, 302 F. 3d 1207, 1218 (11th Cir. 2002), cert. denied, 2003 U.S. LEXIS 1144 (2003); *Minnesota Ass'n of Nurse Anesthetists v. Unity Hosp.*, 208 F. 3d 655, 660, 661 (8th Cir. 2000) בקהילייה האירופאית ראו את *Case 23/67 Brasserie de Haecht I*, 1967 ECR 525; *Case C-303/88 Delimitis*, 1991 ECR I-935 הבלעדית; ראו *Commission Regulation (EC) No. 1582/97 of 30 July 1997*, 1997 OJ L 214. אולם הסדרים שאינם נכנסים לגדר פטור הסוג נבחנים על פי כלל הסבירות האמור.

198 ק"ת 6096, 668.

199 ראו לעניין זה את הדיון בצו המוסכם בעניין רשתות השייוק, לעיל סעיף 3.3.2.

פטור הסוג לרכישה בלעדית מציין סייגים אחדים שבהם הוא לא יחול. להלן יפורטו סייגים אלו והסעיף הרלוונטי בפטור הסוג שבו הם מפורטים:

1. הספק הוא מתחרה בפועל בשוק ההפצה הרלוונטי (סעיף 3(1) לפטור הסוג).²⁰⁰ במקרה זה מתקיימת "הפצה דואלית" ("dual distribution") שבה הספק מפיץ את המותג שלו לצרכנים הן בכוחות עצמו הן באמצעות מפיצים עצמאיים. דהיינו, היחסים בין הספק למפיץ אינם רק אנכיים כי אם גם אופקיים, באשר הם מתחרים בשוק ההפצה. כך למשל פטור הסוג לא יחול אם תחנת דלק מתחייבת לרכוש בלעדית מחברת דלק מסוימת אשר מפעילה בכוחות עצמה תחנות דלק מתחרות בשוק הגיאוגרפי הרלוונטי, וזאת ללא קשר לנחתי השוק של הצדדים. בפרט, התחייבותו של המפיץ העצמאי לרכוש בלעדית רק מספק המפיץ בעצמו את המותג שלו באותו שוק הפצה מעוררת את החשש לכך שדרכם של מותגים של ספקים מתחרים לשוק הפצה זה תחסם. עם זאת מתבקשת השאלה מה ההבדל בין מצב דברים זה לבין מצב שבו קיימים שני מפיצים עצמאיים בענף ההפצה הרלוונטי שהבטיחו לרכוש בלעדית מן הספק. במצב האחרון לא מסויגת תחולת פטור הסוג על אף אחד מהסכמי הרכישה הבלעדית, אף שגם כאן נוצר מצב שבו רק המותג של הספק מצוי בשני ערוצי הפצה מתוך כלל המפיצים בענף ההפצה הרלוונטי. זאת ועוד, על פי סעיף 3 לפטורי הסוג – הוראות כלליות²⁰¹ "בחישוב חלקם של צדדים להסכם בשוק מוצר יובא בחשבון גם חלקם באותו שוק מוצר של אחרים שיש להם עם מי מהצדדים הסכמים זהים או דומים להסכם נושא פטור הסוג האמור". לדעתנו ניתן לפרש סעיף זה כקובע שאם ספק נהנה מרכישה בלעדית של עוד מפיץ בשוק ההפצה הרלוונטי, אז לצורך תחולת פטור הסוג להסדרי רכישה בלעדיות על שני הסדרי הבלעדיות הללו יש לבדוק את נתח השוק המצרפי של שני מפיצים אלה בשוק ההפצה הרלוונטי. דין דומה צריך לחול, על דרך האנלוגיה, כאשר הספק עצמו שולט במפיץ בשוק ההפצה הרלוונטי, גם חלקו של מפיץ זה יצטרף לחלקו של המפיץ נשוא הסכם הבלעדיות על מנת לבחון את התנאים לתחולת פטור הסוג. אילו פטור הסוג היה מתוקן ברוח זו, הפטור היה מתמודד באופן מאוזן יותר עם החששות שברכישה בלעדית שנהנה ממנה ספק העוסק גם בהפצה, אף ללא צורך בשלילה הגורפת של הפטור במקרים אלה.

2. המפיץ עוסק גם באספקה בשוק האספקה הרלוונטי (סעיף 3(1) לפטור הסוג). כך למשל ייתכן שלמפיץ שהעניק בלעדיות לספק מסוים יש "מותג פרטי", שאותו המפיץ

200 בנוסחו המקורי, פטור זה סווג גם במקרה שהספק והמפיץ הם מתחרים בכוח. אולם בתשס"ד תוקן הפטור כך שהסייג יחול רק לגבי תחרות בפועל; ראו הממונה על ההגבלים העסקיים דברי הסבר לתיקון פטורי הסוג להסדרים אנכיים (הפצה ורכישה בלעדית וזכינות) (1994) <http://www.hamishpat.com/Courses/99626/626-law-hesber-hesder-anachi.pdf>.

201 לעיל הערה 115.

מספק בכוחות עצמו ואשר מתחרה במוצר של הספק בשוק הרלוונטי. גם במקרה זה מתבקשת השאלה אם מוצדק לשלול את תחולת פטור הסוג. אמנם בין הצדדים להסדר מתקיימים גם יחסי תחרות. אולם אין בעובדה שלמפיץ גם מותג פרטי כדי להגביר את הפגיעה בתחרות שבהסדר הרכישה הבלעדית. נהפוך הוא, מכוח הגדרתו, הסדר רכישה בלעדית מעין זה פוגע בתחרות פחות מאשר הסדר רכישה בלעדית שאיננו מאפשר למפיץ למכור את מותגו הפרטי, משום שבעוד שעל פי הסדר מן הסוג האחרון המפיץ מוכר רק את המותג של הספק הבלעדי, הרי שכאשר המפיץ מוכר גם את מותגו הפרטי, המפיץ מוכר שני מותגים המתחרים זה בזה. כדי להמחיש זאת נניח שני מצבים אפשריים: 1. רשת שיווק מתחייבת לרכוש שוקולד רק מיצרן א. 2. רשת שיווק מתחייבת לרכוש שוקולד רק מיצרן א, אך במקביל היא מוכרת גם שוקולד אשר היא מספקת בכוחות עצמה תחת מותג פרטי. במצב 1 שבו המפיץ משווק אך ורק את השוקולד של יצרן א, הסדר הבלעדיות של הרשת עם היצרן נהנה מפטור הסוג. במצב 2 שבו יש לצרכנים אפשרות לבחור בין השוקולד של יצרן א לבין המותג הפרטי של רשת השיווק, הסדר הבלעדיות של הרשת עם היצרן איננו נהנה מפטור הסוג. הרציונל לסייג איננו ברור אפוא שכן ניתן היה לחשוב שאם הפטור חל במצב 1 אזי קל וחומר שהוא יחול גם במצב 2.

3. הספק והמפיץ מתחרים ביניהם בענף אחר לגמרי מן הענף נשוא הסכם הבלעדיות (סעיף 1)3 (לפטור הסוג). הרחבה זו של המקרים היוצאים מגדרו של הפטור איננה ראויה לדעתנו. אין זה ברור כיצד הפגיעה בתחרות של הסדר רכישה בלעדית מתעצמת אם הספק והמפיץ מתחרים ביניהם בשווקים אחרים, שכלל אינם קשורים לשוק נשוא הבלעדיות. שוב, ניתן אולי לשער שהחשש המניע כלל זה הוא שתלותו של המפיץ בספק הבלעדי בשוק נשוא הסדר הבלעדיות יפגע באינטנסיביות של התחרות ביניהם בענפים אחרים.

4. חלקו של אחד הצדדים בשוק הרלוונטי (שוק האספקה או שוק ההפצה, לפי העניין) עולה על 30% (סעיף 2)3 (לפטור הסוג). דרישה זו מהווה כלל אצבע (מעט גם אמנם) לאי-החלת פטור הסוג על הסדרי בלעדיות העלולים לפגוע בתחרות במישור האספקה. אם הסדר בלעדיות תופס מעל 30% משוק ההפצה הרלוונטי, אין ספק כי הוא עשוי להעלות חששות של דחיקת מתחרים של הספק או חסימת כניסה של מתחרים חדשים ומובן מדוע הסדר כזה ראוי לבדיקה פרטנית. מכאן שהמגבלה לעניין נתח השוק של המפיץ שהעניק בלעדיות היא יחסית ברורה. פחות ברורה היא המגבלה שלפיה גם אם המפיץ שהעניק בלעדיות תופס פחות מ-30% משוק ההפצה, יישלל הפטור אם הספק שנהנה מבלעדיות תופס מעל 30% משוק האספקה. ככלות הכל, האפקטים האנטי תחרותיים של רכישה בלעדית תלויים באחוז שוק ההפצה שנתפס על ידי הספק ולא בגודלו היחסי של הספק בשוק שלו.²⁰²

202 ראו לעיל סעיף 8.3.

5. צד להסכם הוא בעל מונופולין בשוק המוצר נשוא ההסכם או בשוק של מוצר משיק (סעיף 3(3) לפטור הסוג). כזכור, סעיף 1 לפטורי הסוג – הוראות כלליות²⁰³ מגדיר "שוקי מוצר משיקים" כ"שוקי מוצר שהטובין המיוצרים באחד מהם, משמשים תשומה בייצורם או בשיווקם של טובין מן השוק האחר וכן שווקי מוצר שהטובין המיוצרים בהם מטבעם או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים-מיוצרים, משווקים או מופצים יחד, או שהם מוצרים משלימים". סיוג הפטור לגבי ספק או מפיץ שהם בעל מונופולין בשוק נשוא הסדר הבלעדיות הוא בדרך כלל מיותר,²⁰⁴ שהרי ממילא הפטור לא חל אם לאלה מעל 30% מן הענף. לפיכך תרומתו המהותית של סייג זה היא לעניין שווקים משיקים. כך למשל נניח שתחנת דלק שנתח השוק שלה בשוק תחנות התדלוק הרלוונטי נופל מ-30% מתקשרת בהסכם רכישה בלעדית עם חברת דלק שנתח השוק שלה בשוק הספקת הדלק נופל מ-30%. הסדר כזה לא ייחנה מן הפטור למרות שלשני הצדדים נתחי שוק של פחות מ-30% אם חברת הדלק היא בעלת מונופולין בזיקוק דלק או במכירת שמנים או תוספים לדלק שהם שווקים משיקים. אולם אם לחברת הדלק פחות מ-30% משוק הספקת הדלק, אזי סביר להניח שחברת הדלק לא הצליחה להשתמש במעמדה הדומיננטי בשוק המשיק על מנת להשיג דומיננטיות בשוק הדלק. אם זהו המצב, אין זה ברור מדוע חברה זו איננה זכאית לפטור הסוג ככל חברת דלק אחרת שאיננה דומיננטית בשוק הדלק. ככלות הכל, אם מעמדה הדומיננטי בשוק משיק מאפשר לה, אחרי כריתת הסדר הבלעדיות, להשיג מעל ל-35% משוק הדלק, אזי על פי סעיף 8(ב)(2) לפטורי הסוג (הוראות כלליות)²⁰⁵ ממילא פטור הסוג כבר לא יחול, וההסדר יזקק לאישור או פטור פרטניים. דווקא במקרה של מפיץ שהוא בעל מונופולין בשוק משיק, כגון רשת תחנות דלק שהיא בעלת מונופולין במכירת שמני מנוע באזור מסוים, הסיבה לסייג ברורה יותר, משום שהסייג מבטא את החשש כי התקשרות עם רשת תחנות זו עשויה להיות חיונית לספקי דלק מתחרים על מנת להיכנס או לתפקד בשוק בכללותו או בשוק הגיאוגרפי הרלוונטי שבו פועל המפיץ.

6. הספק או המפיץ מכתבים זה לזה מחירים או רווחים בנוסף להסדר הרכישה הבלעדית שבו הם התקשרו (סעיף 3(4)(א) לפטור הסוג). בפרט, הפטור לא יחול אם ההסדר מכתב את המחיר שבו ימכור המפיץ את הטובין לאחר. לדוגמה הפטור לא יחול אם חברת הדלק ותחנת הדלק מתקשרות בהסדר רכישה בלעדית אשר מפרט את המחיר שתחנת הדלק

203 לעיל הערה 115.

204 הוא איננו מיותר באותם מקרים נדירים שבהם שר המסחר והתעשייה מכריזו על ענף מסוים שהספ בו לעניין הגדרת בעל מונופולין הוא מתחת ל-30%. רק אז סיוג הפטור לעניין בעל מונופולין הוא מחמיר יותר מתנאי ה-30% שנידון לעיל.

205 לעיל הערה 132.

תגובה מצרכנים. בטרם יאומץ תיקון מס' 9 לחוק, הכתבת מחירים מעין זו ממילא אסורה על פי הפסיקה המסורתית, המפרשת הסדר הכתבת מחירים ככלול בסעיף 2(ב)(1) לחוק.²⁰⁶ מכל מקום משמעות הסייג האמור היא שגם אם בנסיבות מסוימות הכתבת מחיר המינימום איננה מהווה הסדר כובל ואף אם היא קיבלה פטור או אישור, הרי שקיומה של הכתבה מעין זו שוללת את תחולתו של פטור הסוג. כמו כן לא יחול הפטור אם ההסכם קובע איזה מחיר ידרוש הספק ממפיצים אחרים. נראה כי סייג זה כולל גם "הסדר לקוח מועדף" שלפיו הספק מתחייב שלא להפלות את המפיץ לרעה לעניין המחיר הסיטונאי לעומת מפיצים אחרים. למשל הפטור לא יחול אם חברת הדלק, בדוגמה שלעיל, מבטיחה לתחנת הדלק כי המחיר שתחנת הדלק תשלם לה לא יעלה על המחיר שתחנות אחרות משלמות לה. קל וחומר שהסייג יחול על התחייבות של חברת הדלק לגבות מתחנות אחרות מחירים גבוהים מאלה שהיא גובה מן התחנה נשוא הסכם הבלעדיות. הסייג האמור מתיישב עם טענתו של טלסר,²⁰⁷ שלפיה הכתבת מחיר מינימום המשולבת עם הסדרי רכישה בלעדית, עלולה להקל על קרטל בין הספקים. עם זאת נראה לנו שאם הכתבת מחירים עלולה במקרים מסוימים לפגוע בתחרות, הרי שניתן להסתפק באיסור נפרד על הכתבת מחירים מעין זו. כל עוד הכתבת מחירים איננה מעוררת חשש לפגיעה בתחרות בנסיבות המקרה הרי שאין זה מוצדק לשלול את תחולת הפטור בנסיבות אלו.

7. ההסדר מכתב את המחיר שהספק ישלם עבור הטובין (סעיף 3(4)(ב) לפטור הסוג). כך, אם ההסכם מחייב חברת דלק לשלם עבור הדלק שהיא רוכשת מבתי הזיקוק לא יותר מאשר מחיר מסוים, לא יחול הפטור. סייג זה איננו ברור משום שעל פניו נראה שהסדר עשוי לחזק את כוח המיקוח של חברת הדלק מול בתי הזיקוק ולכן לאפשר לה להוזיל את עלויות רכישת הדלק שלה. הוזהר זו יכולה לאפשר לחברת הדלק להוזיל את המחיר לצרכן ובכך לשפר את רווחת צרכני הדלק.
8. הצדדים קובעים את שיעור הרווח שיפיק צד להסכם (סעיף 3(4)(ג) לפטור הסוג). הסיבה לכך היא שקביעת רווח מכתובה, במידה רבה, גם את המחירים שהצדדים גובים או משלמים לצדדים שלישיים והפטור התכוון לסייג עצמו במקרה של הכתבת מחירים מעין זו.
9. הסדר הבלעדיות מחייב אדם להיות צד לו לפרק זמן העולה על עשר שנים רצופות, בלי אפשרות להשתחרר בהודעה שייתן זמן סביר מראש (סעיף 3(5) לפטור הסוג).
10. עיקרו של ההסכם בהפחתת התחרות או במניעתה, או שההסכם כולל כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו (סעיפים 6) ו-7 לפטור הסוג).

206 ראו לעיל סעיף 3.3.1.

207 Telser, לעיל הערה 25; ראו סעיף 12.4 לחלק הכלכלי בפרק זה.

שלא כמו פטור הסוג להסדרי הפצה בלעדית, לא מובהר כי הסייג לעניין הכתבת מחירים איננו כולל המלצה על המחיר או הכתבת מחירי מקסימום שיגבה המפיץ. מהיעדר הבהרה זו בפטור הסוג להסדרי רכישה בלעדית וקיומה דווקא בפטור הסוג להסדרי הפצה בלעדית עולה לכאורה שגם הכתבת מחיר מקסימום שיגבה המפיץ וגם המלצה על המחיר שיגבה המפיץ שוללים את פטור הסוג להסדרי רכישה בלעדית. אין זה ברור מדוע ראוי להחמיר יותר לעניין זה עם הסדרי רכישה בלעדית יחסית להסדרי הפצה בלעדית.

8.4 החלת פטור הסוג למיזמים משותפים על הסכם רכישה בלעדית

על פי כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג למיזמים משותפים), תשס"ו-2006,²⁰⁸ מיזם משותף מוגדר כ"חווה לשיתוף פעולה בייצור טובין, שיווקם או רכישתם". הסדר אספקה בין ספק למפיץ הוא חווה לשיתוף פעולה בשיווק טובין. הספק מספק את המוצר או את השירות והמפיץ תורם ל"מיזם" את השימוש במתקניו ואת שירותיו לצורך שיווק והפצה. לכן עקרונית ניתן לטעון כי פטור הסוג למיזמים משותפים עשוי לחול על ההתקשרות שבין הספק למפיץ, כפוף לתנאיו של פטור סוג זה. עם זאת אם המפיץ והספק הם מתחרים בכוח או בפועל בשוק שבו פועל המיזם, ההסדר ביניהם לא יוכל ליהנות מפטור הסוג למיזמים משותפים, שכן על פי סעיף 3(א)(4) לפטור הסוג למיזמים משותפים, מיזם בין פירמות שהן מתחרות בכוח או בפועל בשוק שבו פועל המיזם לא יכול ליהנות מפטור הסוג למיזמים משותפים אם הוא נוגע רק בשיווק המוצר.

עם זאת אם הספק והמפיץ אינם מתחרים בכוח או בפועל בשוק שבו פועל המיזם, מתעוררת השאלה אם יחול על הסדר הרכישה הבלעדית סעיף 8 לפטור הסוג למיזמים משותפים, הקובע כי "במיזם משותף בין מי שאינם מתחרים, מותר לכלול כבילות" מסוימות בהסכם היוצר את המיזם. כבילות אלה כוללות את הכבילות הבאות:

1. "התחייבות הצדדים כי בתקופת מיזם משותף שעניינו ייצור טובין, הם לא יתחרו בייצור טובין תחליפיים לטובין שמייצר צד שהופקד על ייצור הטובין" (סעיף 2(ב)(1)).
 2. "התחייבות צד לרכוש מצד שהופקד על ייצור טובין כמות מסוימת של הטובין ולהימנע מרכישתם מאחר" (סעיף 2(ב)(7)).
 3. "התחייבות צד שלא להתחרות במיזם המשותף במהלכו ולמשך תקופה שאינה עולה על שלוש שנים לאחר פרישתו ממנו" (על פי סעיף 2(ב)(8)).
- "צד שהופקד על ייצור טובין" מוגדר בסעיף 1 לפטור הסוג למיזמים משותפים כ"גוף משותף לצדדים למיזם משותף שהוקם לצורך ייצור הטובין נושא המיזם המשותף, או אחד

208 כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג למיזמים משותפים), תשס"ו-2006, ק"ת 6483, 793 (להלן: פטור הסוג למיזמים משותפים).

או יותר מהצדדים למיזם משותף שבידיהם הפקידו הצדדים את ייצור הטובין נושא המיזם המשותף". סעיף 2(ב)(9)(א) קובע כי יהיו פטורות גם "התחייבויות המקבילות לאלה המפורטות בפסקאות (1) עד (8) שעניינן... שיווק טובין במיזם המשותף". מכל אלה עולה כי ניתן לטעון שההתקשרות בין הספק למפיץ היא מיזם שיווק, וכי התחייבות המונעת מן המפיץ להתחרות בספק בייצור או בשיווק הטובין נושא ההסדר יכולה להיות פטורה מכוח סעיף 2(ב)(1) הנ"ל. בנוסף ניתן לטעון כי סעיף 2(ב)(7) הנ"ל יכול לפטור גם את התחייבותו של המפיץ להימנע מרכישת הטובין מאחר, וכי סעיף 2(ב)(8) הנ"ל מאפשר למפיץ להתחייב שלא להתחרות בספק במשך תקופה סבירה לאחר פרישתו מההתקשרות ביניהם. אולם זוהי תוצאה לא סבירה, משום שאם הספק והמפיץ אינם מתחרים בכוח או בפועל באף שוק, הרי שפטור הסוג למיזמים משותפים הוא פחות מחמיר במידה משמעותית מפטור הסוג להסכמי רכישה בלעדית. בפרט, פטור הסוג למיזמים משותפים מכשיר את הכבילות הנ"ל, כאשר הצדדים אינם מתחרים או מתחרים פוטנציאליים באף שוק, כל עוד הצדדים הם לא בעלי מונופולין בשוק נושא ההסדר, בשוק משיק או בשוק אחר.²⁰⁹ זאת בעוד שפטור הסוג לרכישה בלעדית מחמיר יותר עם הצדדים, בייחוד מבחינת הגבלת נתחי השוק של הספק והלקוח, בכך שעליהם להיות בעלי נתח של פחות מ-30% מן השוק. על פי ניתוח זה מתייחר, במידה רבה, פטור הסוג לרכישה בלעדית.

משום כך ניתן לגרוס שראוי לפרש את פטור הסוג למיזמים משותפים כך שלא יחול על הסדר לרכישה בלעדית, אף שלפי לשונו הוא עשוי לחול גם על הסדר זה, וכי הנושא של רכישה בלעדית יידון אך ורק על פי פטור הסוג המיוחד להסדר מעין זה, שהוא כאמור מחמיר יותר בדרישותיו במקרים הרלוונטיים. לפיכך הפרשנות הראויה היא שפטור הסוג למיזמים משותפים לא יחול על הסדרים שהם בעיקרם אנכיים – בין ספק ללקוח (להבדיל משיתופי פעולה עסקיים שבהם היחסים האנכיים בין הצדדים למיזם הם רק תופעת לוואי של שיתוף הפעולה).

8.5 הנפקות המשפטיות של היתרונות החברתיים

כפי שהראינו בסעיף 9 לחלק הכלכלי, הסדר רכישה בלעדית עשוי, במקרים מסוימים, לפתור את בעיית הרוכב החופשי באספקה ובכך לעודד ספקים לייעל את תהליך האספקה שלהם או לעודד אותם להשקיע בתשתיות של המפיץ. יתרונות אלה יכולים להיטיב עם צרכנים רבים. כפי שטענו בסעיף 3.1.4 לעיל בעניין הסדרי הפצה בלעדית, יתרונות אלו

²⁰⁹ ראו שם, בסעיף 9.

יכולים להצדיק מתן אישור או פטור להסדר, או אף להוביל למסקנה כי אין מדובר בהסדר כובל כלל או שההסדר זכאי ליהנות מפטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת ערך. בפרשת תנובה נידון הסדר רכישה בלעדית בין תנובה, שרכשה 80% משירותי ההובלה של חלב גולמי מהרפתות אל המחלבות שלה, לבין קבוצה של מובילי חלב ("הקואופרטיבים") הקשורים עם קיבוצים גדולים.²¹⁰ על פי ההסדר, תנובה התחייבה לרכוש שירותי הובלה מהרפתות אל המחלבות שלה באופן בלעדי מן הקואופרטיבים למשך חמש שנים. נקודת המוצא של בית הדין בניתוח שלו הייתה כי מדובר בהסדר כובל,²¹¹ אך הוא אישר את ההסדר על פי סעיף 9 לחוק. הנימוקים לאישור היו בין היתר שהבלעדיות חיונית על מנת לאפשר לתנובה לדרוש מקואופרטיבים להשקיע במיכליות שלהם על מנת לעמוד בדרישות האיכות של תנובה.²¹² מבחינת הניתוח בסעיף 9 לחלק הכלכלי מדובר במקרה פרטי של שימוש ברכישה בלעדית על מנת לפתור את בעיית השקעת החסר מצד הספק ("upstream moral hazard").

נימוקים דומים עמדו ביסוד האישור בתנאים של הסדרי בלעדיות בין תחנות תדלוק לבין חברת "דלק".²¹³ בית הדין קבע בפרשה זו כי במקרה של תחנת דלק חדשה, שההנחה היא שחברת הדלק משקיעה משמעותית בתשתית שלה, יש לאשר בלעדיות לשש שנים, בעוד שכשמדובר בתחנה קיימת, שההנחה היא שיש לעודד את חברת הדלק רק להשקיע בשיפוצה או שדרוגה, יש לאשר בלעדיות לשלוש שנים בלבד.²¹⁴ בפרשה זו קיבל בית הדין את הטענה של חברת "דלק" שלפיה הסדרי רכישה בלעדית מעודדים חברות דלק להקים את התשתית של תחנת הדלק.²¹⁵ בית הדין סייג שיקול זה בכך שהיו קיימות בנסיבות העניין שנדון שם גם אפשרויות חלופיות למימון הקמת תחנת הדלק חוץ מאשר דרך חברת הדלק, והיו קיימות אפשרויות חלופיות לחברת דלק שמממנת הקמת תחנת דלק להבטיח את החזר השקעתה חוץ מאשר חיוב התחנה לבלעדיות.²¹⁶ עם זאת בית הדין הדגיש כי יש להסתפק בכללי אצבע עקרוניים מסוג זה, וכי היקף ההשקעה ואפשרויות החזרתה במקרה הקונקרטי לא יהוו שיקול לגבי משך הבלעדיות הלגיטימי.²¹⁷

- 210 עניין תנובה, לעיל הערה 124.
 211 ראו שם, בפסקה 10 לפסק הדין.
 212 ראו שם, בפסקאות 9, 18 לפסק הדין.
 213 ה"ע (י"ם) 469/98 דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פורסם בנבו (ניתן ביום 25.3.01).
 214 שם, בפסקאות 191, 206 לפסק הדין.
 215 שם, בפסקה 87 לפסק הדין.
 216 שם, בפסקאות 78-93 לפסק הדין.
 217 שם, בפסקה 196 לפסק הדין.

9. רכישה בלעדית חלקית והסדרים אנלוגיים

9.1 התחייבות לצמצום מספר הספקים או לאי-הכנסת מוצרים מתחרים

ב-5.1.2005 פורסמה עמדתו של הממונה בעניין הסדרי סחר בין ספקים לרשתות קמעונאיות.²¹⁸ על סמך עמדתו זו הושג צו מוסכם, שאושר על ידי בית הדין להגבלים עסקיים ב-2.8.2006.²¹⁹ מעמדתו של הממונה עולה שאסור לספק להתערב לגבי זהות המתחרים של הספק המוצגים במדפי רשת שיווק קמעונאית, לגבי כמות מוצריהם או לגבי שטחי התצוגה שהם מקבלים. הצו המוסכם קובע שבמסגרת איסור זה, בלי לגרוע מכלליותו, כלולים גם האיסורים הבאים:

1. ספק לא ישדל רשת שיווק ולא ישפיע עליה להגביל ברשת את מספרם, זהותם, מיקומם או היקף נוכחותם של ספקים המתחרים בו (ראו סעיף 3.1 לצו המוסכם).
 2. ספק לא יציע כל תשלום, הנחה או הטבה אחרת בהתניה או בזיקה לאחד מאלה: צמצום מספר הספקים המתחרים בו ברשת, צמצום שטח התצוגה המוקצה למי מהספקים המתחרים בו ברשת, קביעת זהותם של הספקים המתחרים בו ברשת, הוצאת מוצר של ספק מתחרה מן הרשת או מתצוגה מסוימת בה, הצגת מוצר מתחרה במיקום או בתנאים נחותים (סעיף 3.2 לצו המוסכם).
 3. ספק לא יגביל רשת שיווק מלהכניס מותגים של ספקים מתחרים, לרבות מותג פרטי או מוצרים מיבוא מקביל למכירה ברשת, מלמכור מוצרים כאמור ולא יציע כל תשלום, הנחה או הטבה אחרת, שעילתם, מטרתם או תוצאתם הידועה מראש הם באי-הכנסה, בצמצום או בהפסקה של מכירת מוצרים תחת מותג מתחרה, לרבות מותג פרטי או מוצרים מיבוא מקביל (סעיף 3.3 לצו המוסכם).
- הסדר בין ספק למפיץ שלפיו המפיץ יימנע מלהפיץ את המותג של מתחרה או של מתחרים ספציפיים, או את המוצרים של הספק המיובאים על ידי אחר, הוא דומה למעשה להסדר אנכי לרכישה בלעדית. לדעת הממונה, הסדרים מעין אלה נכנסים לגדר החזקות החלוטות של סעיפים 2(ב) ו-2(ב)(4) לחוק ההגבלים. לדעתנו, כיוון שהסדרים אלו הם הסדרים אנכים, היה ראוי לבחון אותם רק לפי סעיף 2(א) לחוק. זהו גם המצב על פי תיקון מס' 9 המוצע. כשמדובר בספק דומיננטי וברשת שיווק גדולה כגון אלה שעמדת הממונה נסובה עליהם, בהחלט אפשר שהתחייבויות מעין אלה עלולות לדחוק מהשוק מתחרים של הספק הדומיננטי ובכך לפגוע בתחרות.

²¹⁸ לעיל הערה 106.

²¹⁹ ראו ה"ע (י"ם) 604/06 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' אסם תעשיות מזון בע"מ, פורסם בנבו (ניתן ביום 2.8.06).

עמדת הממונה מתייחסת גם להסכם בין ספק דומיננטי לרשת שיווק שלפיו רשת השיווק תימנע מהצעת מותג פרטי במדפיה. "מותג פרטי" מוגדר בעמדת הממונה כמוצר המשווק תחת מותג בבעלות הרשת ולרוב הרשת שולטת בפרמטרים הקשורים לייצורו. כפי שמציין הממונה, במקרה של הסדר מן הסוג האחרון מדובר בהסדר בעל גוון אופקי בין הספק הדומיננטי לבין הרשת, בכובעה כספק של מותג מתחרה, הוא המותג הפרטי, שלפיו המותג הפרטי ידיר את רגליו מן השוק. הסדר מסוג זה מסווג, אפילו לפי גישתנו לעיל, כחלוקת שוק אופקית הנכנסת לגדר סעיף 2(ב)(3) לחוק. למעשה מדובר בסוג של "תניית אי-תחרות".²²⁰ זו גם תהיה התוצאה אם וכאשר יאומץ תיקון מס' 9 המוצע.

9.2 רכישת שטחי תצוגה

נדבך נוסף בעמדת הממונה בעניין הסדרי הסחר בין הספקים לבין רשתות שיווק המזון נגע לפרקטיקה של רכישת שטחי תצוגה על ידי ספקים. הממונה הדגיש כי עצם הסחר בשטחי תצוגה על ידי רשתות השיווק הוא לגיטימי. עם זאת על מנת למנוע שרכישת שטחי תצוגה ופרקטיקות דומות יעזרו לשמר או אף לחזק את מעמדו של ספק דומיננטי קבע הממונה כמה סייגים שלדעתו צריכים לחול על סחר בשטחי תצוגה:

א. אסור לרשת שיווק גדולה ולספק דומיננטי להגיע להסדר שמטרתו או תוצאתו הידועה מראש בעת עריכתו הם הקצאה לספק הדומיננטי של יותר מ-50% משטחי התצוגה המוקצים לקטגוריה שבהם הספק הוא דומיננטי.²²¹

ב. משך הזמן המצטבר שבו יוכל ספק דומיננטי ליהנות מבלעדיות "בתצוגות חוץ מדף", שהן תצוגות במקום בולט במיוחד במתחם רשת השיווק שבהן משתמשים במהלך מבצעים מיוחדים או בעונות שבהן הביקוש גדול במיוחד, שנגדו רשות ההגבלים התחייבה שלא לנקוט בצעדי אכיפה חייב לעמוד בדרישות המצטברות האלה:

1. משך הבלעדיות לא יעלה על תקופה מצטברת העולה על שלושים וחמישה יום ברציפות ולא יעלה על תשעים יום במצטבר במשך שנה קלנדרית, ביחס לכל אחד מסוגי המוצרים שבו הספק הוא דומיננטי (סעיף 7(1) לצו).

2. הבלעדיות לא תחול בחלק מכריע מתקופת החגים העיקריים (סעיף 7(2) לצו).

3. הבלעדיות אינה מקימה חשש לחסימה או להצרה משמעותית של אפיקי שיווק בפני מתחרה. לעניין זה הצו קובע חזקה, שלפיה מבצע בלעדיות של ספק דומיננטי שאינו נערך ברוב הרשתות באותו זמן ושאינו נערך בסמיכות זמנים לכניסת מתחרה לשוק,

220 ראו גם ד' גילה "לקראת מדיניות משפטית חדשה כלפי תניות אי-תחרות" עיוני משפט כג (תש"ס) 63; גילה, לעיל הערה 38, בעמ' 719-722.

221 עמדת הממונה, לעיל הערה 106, פסקה 3.3. ראו גם סעיפים 4-5 לצו המוסכם.

אינו מקים חשש לחסימה או להצרה משמעותית כאמור, ובלבד שניתנת למתחריו של הספק הזדמנות לערוך מבצעי בלעדיות לתקופות דומות (סעיף 7(3) לצו).
 ג. הסדר עם ספק כלשהו, שאינו אסור מבחינות אחרות לעניין רכישת שטחי מדף, לא יארך יותר משנה אחת. אולם בכך אין כדי למנוע מספק ורשת שיווק להתקשר בתום תקופה כאמור בהסדר חדש לשנה, ובלבד שגם הוא אינו אסור מבחינות אחרות (סעיף 8 לצו).
 ד. הצו מבהיר שאין בו כדי לתת היתר גורף להסדר עם ספק שאיננו דומיננטי אם המטרה של ההסדר או תוצאתו הידועה מראש בעת עריכתו היא הקצאת נתח מכריע משטחי התצוגה ברשתות השיווק לספק (סעיף 9 לצו).

ההסדר האנכי הקלאסי הקרוב ביותר לפרקטיקה של רכישת שטחי מדף הוא הסדר רכישה בלעדית. כאשר ספק רוכש אחוז מסוים משטח המדף המוקצה לקטגוריה מסוימת, הוא דוחק משטח מדף זה את מתחריו באותה הקטגוריה. בסעיף 5 בחלק הכלכלי של הפרק הראינו שתשלום של ספק עבור רכישת שטח מדף עשוי, במקרים מסוימים, לאפשר לספק להחדיר מוצר לשוק, כאשר לספק יש אינפורמציה פרטית לגבי סיכויי ההצלחה של המוצר וכאשר ללא איתות מצדו של הספק באמצעות תשלום עמלות המדף לא כדאי היה למפיץ להקצות למוצר שטחי מדף. במקרים מעין אלה, גביית עמלת המדף עשויה להועיל לצרכנים, אשר בלעדיה המוצר החדש לא היה יוצא לשוק. אולם עמדת הממונה איננה מתייחסת באופן גורף לרכישת שטחי מדף על ידי ספקים, אלא רק לרכישה כזו על ידי ספקים שהם דומיננטיים בקטגוריה שלהם. במקרים כאלה, החשש מכך שעמלות המדף ישמשו לדחיקת רגליהם של ספקים מתחרים, שעליו עמדנו בסעיף 13.1 בחלק הכלכלי בפרק זה, יכול להצדיק את עמדת הממונה.²²² יתר על כן, הצורך בתשלום עמלות מדף על ידי הספק כאמצעי לאיתות על סיכויי ההצלחה של מוצר מתעורר בייחוד כאשר מדובר במוצר חדש. מטבע הדברים, צורך כזה פחות סביר כאשר מדובר במוצר קיים שלגביו יש למפיץ אינפורמציה טובה, בייחוד אם מדובר במפיץ גדול אשר מוכר בהיקפים גדולים ובפריסה גיאוגרפית רחבה. במקרה כזה גוברים החששות שעמלות המדף יפגעו בתחרות בלי להועיל לצרכנים. יתר על כן, חששות אלו הופכים למשמעותיים יותר ככל שאחוז שטח המדף המוקצה לספק הוא גדול יותר, ככל שהספק הוא דומיננטי יותר בשוק המוצר הרלוונטי וככל שרשת השיווק שהקצתה את שטח המדף היא גדולה יותר.

222 כדאי לשים לב שהחשש שעליו עמדנו בסעיף 12.3 לחלק הכלכלי של פרק זה, ולפיו עמלות מדף עלולות לרכז תחרות בין מפיצים, איננו ישים במקרה שלפנינו משום שהוא מתקיים כאשר בשוק האספקה שוררת תחרות משוכללת, בעוד שהממונה דן במקרים שבהם יש לספק מעמד דומיננטי בשוק האספקה.

9.3 ניהול קטגוריה וסדרנות

במהלך השנים התפתחה פרקטיקה שלפיה לעתים ספקים, לרבות ספקים דומיננטיים, היו מעורבים בניהול הקטגוריה או בהסדרי סדרנות עבור רשת השיווק. ניהול קטגוריה מוגדר בסעיף 1 לצו כ"הליך קבלת ההחלטות הנוגע למספרם, לזהותם, להיקף או איכות נוכחותם של ספקים בשטחי התצוגה של סוג מוצרים ברשת שיווק, לרבות קביעת תמהיל המוצרים והספקים, נתחי המדף שיוצרו להם או מיקומם על המדף". הסדר "סדרנות" כפי שתואר בפסקה 3.4 לעמדת הממונה, הוא "שימוש בסדרנים הנשלחים על ידי הספקים הדומיננטיים לרשתות השיווק לצורך הסידור הפיסי של המוצרים על מדפי הרשתות, כדי להגדיל ולשפר את היקף ואיכות התצוגות של הספק הדומיננטי, לעתים על חשבון ספקים מתחרים". על פי עמדת הממונה, יש לאסור על מעורבות כלשהי של ספקים בניהול הקטגוריה או בסידור המוצרים על המדפים, וצריך שהרשת עצמה ומי מטעמה יהיו מופקדים על עניינים אלה.²²³ החששות לפגיעה בתחרות שהביע הממונה הם שספק דומיננטי שממונה על ניהול קטגוריה, משפיע על ניהולה או שסדרנים מטעמו הם שמסדרים את המוצרים על המדפים, יקדם את מכירות המוצר שלו על חשבונם של ספקים מתחרים. מבחינה זו פרקטיקות אלה דומות מבחינת האפקט שלהן לרכישת שטחי מדף או הסדרים לדחיקת מתחרים משטחי תצוגה שנידונו קודם לכן, אלא שהדבר מושג באמצעות ההשפעה הישירה שמוענקת לספק לעניין ניהול שטחי התצוגה. מובן שכאשר שוק הספקים והשווקים הקמעונאיים, לרבות במקטע של רשתות שיווק גדולות, אינם ריכוזיים, לא צפויה להיות פגיעה משמעותית בתחרות בהסדרים לניהול קטגוריה או לסדרנות מטעם ספקים כשם שהסדרי רכישה בלעדית אינם פוגעים משמעותית בתחרות בשווקים מעין אלה. חשש מאפקט אנטי תחרותי אחר המובע בהחלטה הוא כי שיתוף כמה ספקים, בשוק ספקים ריכוזי, בניהול הקטגוריה עלול להקל על הפחתת התחרות בינם לבין עצמם וכן כי הפקדת ספק אחד על ניהול קטגוריות של כמה רשתות מתחרות עלול להפחית את התחרות בין הרשתות לבין עצמן + לעניין אותן קטגוריות.

הממונה ער בנייר העמדה שלו ליתרונות מסוימים שעשויים לצמוח משיתוף ספקים בניהול הקטגוריה, לאור העובדה שלרשות הספק עשויה להיות אינפורמציה עדיפה על פני זו שנמצאת ברשות המפיץ אודות התנודות בביקוש למוצר שלו. לדעתנו, במקרים רבים דווקא לרשת השיווק יש אינפורמציה עדיפה אודות התנודות בביקוש למוצר ברשתות השיווק, שהרי היא זו העוסקת באופן יום-יומי במכירת המוצרים לצרכנים והיא זו שעוקבת אחרי תנועת המלאי באופן שוטף. יתר על כן, לרשת השיווק גם יש יותר אינפורמציה על הרגלי הקניות של הצרכנים ועל הדרך שבה הם מגיבים למבצעי מכירות שונים, בפרט כאשר

223 ראו עמדת הממונה, לעיל הערה 106, פסקה 3.4.

מדובר ברשת שיווק בעלת פריסה כלל ארצית והיקפי מכירה גדולים. לפיכך לא ברור כלל מהו היתרון באינפורמציה שיש בידי הספקים אשר עשוי להצדיק ניהול קטגוריה על ידיהם ולא על ידי הרשתות. יתר על כן, כיוון שסידור המדפים ושטחי התצוגה הוא חלק מליבת הפעילות של רשת השיווק, לא ברור מהו היתרון הכלכלי הנובע ממסירת פעילות זו לניהולו של ספק אשר מתמחה בייצור או ייבוא של מוצרים ולא בשיווקם לצרכנים. ייתכן שההצדקה לכך היא שמנקודת ראותו של הספק, אין למפיץ תמריץ מספיק להשקיע בסידור המדפים ושטחי התצוגה, ולכן העברת פעילות זו לתחום אחריותו עשויה לפתור את בעיית תמריץ החסר של רשת השיווק (אם אכן יש לרשת השיווק תמריץ חסר). כאשר זהו המצב, יש היגיון כלכלי למסור את האחריות לסידור המדפים ושטחי התצוגה לספק דומיננטי שהוא בעל התמריץ הרב ביותר להשקיע בפעילות זו.

עם זאת הממונה הביע את עמדתו כי רשת שיווק גדולה תנהל את הקטגוריות אצלה באופן עצמאי, ללא מעורבות ספקים, ותסדר את המוצרים בשטחי התצוגה באופן עצמאי, שוב ללא מעורבות ספקים. הממונה איננו פוסל שהסדרים הסותרים סטנדרט התנהגות זה יובאו לפטור או לאישור מראש כהסדרים כובלים.

בצו המוסכם שהושג בסופו של דבר, נסוג הממונה באופן חלקי מעמדתו לעניין סדרנות, כפי שיפורט להלן. לא כך לגבי ניהול קטגוריה. סעיף 10 לצו קובע כי "ספק לא יהיה צד להסדר שעניינו, מטרתו או תוצאתו הידועה מראש בעת עריכתו הם מעורבות הספק (לרבות כיועץ) בהליך ניהול קטגוריה, כולו או חלקו, אלא אם ניתן לכך אישור מוקדם מאת מערך ההגבלים העסקיים". אף בסעיף 10 לצו מבהיר כי אין באמור כדי למנוע מרשת להתייעץ בספק או מהספק ליזום פנייה לרשת על מנת להעביר לה ידע בתחום הקטגוריה, הצו קובע שספק לא יהיה צד להסדר שמחייב את הרשת להתייעץ עמו ואסור לו להטיל עליה סנקציה על אי-היוועצות עמו.

בכל הקשור לסדרנות, הממונה הסכים כי סדרנים מטעם הספק הדומיננטי יוכלו לסדר את המוצרים בשטחי התצוגה, אולם אך ורק על פי התכנית או ההנחיות של הרשת הקמעונאית.²²⁴ עוד אוסר הצו בסעיף 12.3 שלו על תגמול הסדרנים על ידי ספק דומיננטי באופן "העלול לפגוע מהותית בהוראות צו זה". כך למשל תגמול לסדרנים המשיג בעקיפין תוצאות שהצו מונע, כגון דחיקת מתחרים של הספק מן המדפים או משטחים אטרקטיביים במדפים, יהא אסור. עוד אוסר הצו בסעיף 13 שלו על שימוש של הספק במידע שהוא מקבל מהסדרנים לצורך ניסיון להשפיע על החלטות רשת השיווק לעניין היקף או איכות תצוגות המדף או תמחור המוצרים. עם זאת מובהר בסעיף 11 לצו המוסכם כי הממונה לא חזר בו מעמדתו כי הסדרים כלשהם שלפיהם ברשת השיווק פועלים סדרנים מטעם הספק מהווים הסדרים כובלים. על פי הצו, הממונה מתחייב להימנע מנקיטת צעדי אכיפה ביחס להסדרי

224 סעיפים 12.1-12.2 לצו המוסכם.

הסדרנות לתקופה של שלושים חודשים. אולם בתום תקופה זו הוא יוכל לפעול כנגד הסדרי הסדרנות, גם אם הם מכפיפים עצמם למגבלות הצו המוסכם.

9.4 בונוסים והטבות בגין השגת יעדי מכירות

פרקטיקה נוספת שעמדת הממונה בעניין הסדרי הסחר בין ספקים לרשתות המזון הקמעונאיות עוסקת בה היא מתן הטבות או בונוסים לרשתות השיווק הגדולות על ידי ספקים דומיננטיים בגין עמידה ביעדי מכירות מסוימים, בדרך כלל יעדים כספיים, הנקבעים על בסיס כלל המכירות של הספק ברשת בשנה החולפת. הטבות אלו משולמות על ידי הספק הדומיננטי לקמעונאים כסכום גלובלי, לרוב בסוף השנה הקלנדרית. להבדיל מהנחות כמות, בונוסים מעין אלו אינם מוצעים באופן אחיד לכלל לקוחותיו של הספק אלא הם תפורים על פי מידתו של כל לקוח ומכוונים אל נתח מסוים מהיקף מכירותיו של הלקוח.²²⁵ על פי עמדת הממונה, מתן הטבה על ידי ספק דומיננטי לרשת בגין השגת יעד מכירות, לגיטימי רק אם ההנחה מוגבלת ליחידות שנמכרות מעבר ליעד המכירות.²²⁶ בכל מקרה הממונה קובע שאסור שההנחה האמורה תפחית את מחיר היחידה אל מתחת לעלות הייצור של המוצרים. הצו המוסכם מאמץ איסור זה וקובע בסעיף 16 שלו כי "ספק דומיננטי לא יהיה צד להסדר עם רשת שיווק שעניינו, מטרתו או תוצאתו הידועה מראש בעת עריכתו הם מתן הטבה לרשת שיווק בזיקה להשגת יעדי מכירות במוצרי הספק ברשת בתחומים שבהם הוא דומיננטי, אלא אם ההטבה ניתנת כהנחה ממחיר הקניה של הרשת ליחידות המוצר שיימכרו מעבר לבסיס המכירות של ספקים באותה רשת ומוגבלת למוצרים אלה בלבד. לעניין זה, 'בסיס המכירות' – כמות המכירות בפועל לצרכן, בשנה שקדמה להסדר, של המוצר (או המוצרים) אליהם מתייחסת ההטבה".

סעיף 19 לצו המוסכם מחיל את האיסור הנ"ל גם על הטלת סנקציה כלשהי, לרבות "קביעת אי זכאות להנחות או מתן הנחות מופחתות, ייקור מחירי קניה או כל הרעה אחרת של תנאי ההתקשרות" בגין אי-עמידה ביעד מכירות המתייחס למוצרים שבהם הספק הוא מונופולין. עם זאת סעיף זה לצו המוסכם מבהיר כי אין באיסור זה כדי לאסור על מתן הנחות כמות על ידי הספק הדומיננטי. כלשון הצו: "מובהר בזה, כי ירידה בסכומי ההנחות מהן נהנית בפועל רשת שיווק אשר החליטה להפחית את רכישותיה ממוצר מסוים של ספק דומיננטי, לא תהווה כשלעצמה הפרה של הוראה זו ובלבד שהתקיימו שני התנאים הבאים במצטבר":

225 ראו עמדת הממונה, לעיל הערה 106, פסקה 3.5.

226 שם, בעמ' 27.

1. "הירידה בסכומי ההנחות נובעת ממדרג הנחות הכמות הכללי של החברה לאותו מוצר, החל על כל לקוחותיה" (סעיף 19.1 לצו).
2. "מדרג הנחות הכמות האמור נקבע מראש, טרם השינוי בכמויות אותן רוכשת הרשת" (סעיף 19.2 לצו).

תנאים אלה מבטאים את ההבחנה בין הנחת כמות אחידה המוצעת מראש לכלל המפיצים, אשר מהצו עולה שהיא לגיטימית, לבין הנחה ה"תפורה" לכל מפיץ בנפרד על פי הכמויות שהוא רוכש בפועל, אשר עשויה להיות אסורה על פי הצו.

הבעיה שההטבות נשוא האיסור הנ"ל עלולות לעורר היא שספקים שהביקוש למוצר שלהם קטן יותר, לא יוכלו להעניק מענק זהה למפיצים ללא הוזלה של המחיר הסיטונאי האפקטיבי למחירי עלות או אף מתחת לכך. ניתן להמחיש את הבעיה בעזרת הדוגמה הבאה: ספק דומיננטי מעריך כי הביקוש למוצרו יאפשר לו למכור למפיץ 100 יחידות מוצר גם בלא מאמצי שיווק מיוחדים מצדו. אולם צפויה לו תחרות מצדם של ספקים קטנים על יתרת תצרוכתו של המפיץ בסך 20 יחידות. הספק מציע למפיץ כי אם ירכוש ממנו את כל 120 היחידות הוא יעניק לו הנחה של 10% על כלל היחידות שרכש ממנו, שמחירן הרגיל הוא 10 ש"ח ליחידה. אם המפיץ מקבל את הצעת הספק הדומיננטי, אזי הוא ירכוש ממנו 120 יחידות במחיר של 9 ש"ח ליחידה ולכן סך העלות שלו תהיה 1080 ש"ח. אם המפיץ ידחה את הצעה, הוא ירכוש מהספק הדומיננטי 100 יחידות במחיר של 10 ש"ח ליחידה ובנוסף הוא ירכוש 20 יחידות מספקים מתחרים. במקרה זה המפיץ ישלם 1000 ש"ח לספק הדומיננטי ובנוסף הוא יצטרך לשלם סכום כלשהו לספקים מתחרים בגין 20 היחידות הנוספות. כל עוד הספקים המתחרים יגבו מעל 80 ש"ח עבור 20 היחידות הנוספות (היינו מעל 4 ש"ח ליחידה), החלופה השנייה תהיה יקרה יותר ולכן יהיה כדאי למפיץ להיענות להצעה של הספק הדומיננטי. כלומר הספק הדומיננטי מצליח בעזרת ההצעה שלו להכריח ספקים מתחרים להוזיל את מחיריהם ל-4 ש"ח ליחידה או פחות מזה. אם מחיר כזה איננו רווחי לספקים המתחרים (למשל העלות שלהם ליחידה גבוהה מ-4 ש"ח), אזי הם לא יוכלו להתחרות בספק הדומיננטי. תוצאה זו בעייתית משום שספקים מתחרים עשויים להיות יעילים יותר מהספק הדומיננטי, למשל עלויות הייצור שלהם יכולות להיות 5 ש"ח ליחידה בעוד שעלויות הייצור של הספק הדומיננטי יכולות להיות 8 ש"ח ליחידה.

ההנחה שהספק הדומיננטי מציע למפיץ בדוגמה לעיל דומה לקשירה התמחירית שבה דנו בסעיף 13.3 לחלק הכלכלי של פרק זה. ההבדל הוא בכך שבפרק 13.3 בחנו מצב שבו הספק מוכר למפיץ שני מוצרים: מוצר א שבו לספק אין מתחרים כלל ומוצר ב שבהספקתו הספק מתחרה עם ספקים אחרים, ואילו בדוגמה לעיל הספק מוכר למפיץ רק מוצר אחד. עם זאת ניתן לראות ב-100 היחידות שהמפיץ קונה מהספק בוודאות את "מוצר א" וב-20 היחידות שבהספקתן הספק מתחרה עם ספקים אחרים את "מוצר ב". אינטרפרטציה זו מראה שהלכה למעשה, קיימת שקילות בין שני המצבים.

הדוגמה לעיל גם ממחישה כיצד ההוראה בצו המוסכם, לפיה מותר לספק הדומיננטי ליתן הנחה אך ורק בגין היחידות שמעבר לבסיס המכירות (ובלבד שהמחיר ליחידה יהא מעל לעלויות הספק), מקטינה את החשש האנטי תחרותי שההנחה מעוררת. זאת משום שכל עוד הספק הדומיננטי רשאי להעניק הנחות רק בגין 20 היחידות הנוספות שהמפיץ רוכש מעבר ל-100 היחידות הראשונות, אין "קשירה תמחירית" בין 100 היחידות הראשונות שהמפיץ רוכש לבין 20 היחידות הנוספות. אשר על כן, הספק המתחרה יוכל לשכנע את המפיץ לרכוש את 20 היחידות הנוספות ממנו בתנאי שהוא יוכל להציע אותן יותר בזול מאשר הספק הדומיננטי. הצעה כזו תהיה כדאית לספק המתחרה רק אם הוא יעיל מהספק הדומיננטי ועלויות הייצור שלו נמוכות מאלו של הספק הדומיננטי. כמובן, אלמלא הוראת הממונה שהמחיר נשוא ההנחה צריך להיות מעל לעלות הייצור, היה הספק הדומיננטי יכול להסוות הנחה גלובלית המתייחסת לכל הכמות שהוא מוכר, בדמות הנחה משמעותית ביותר, אל מתחת לעלויות הייצור, שלכאורה חלה רק על היחידות הנמכרות מעבר ליעד. כך למשל בדוגמה לעיל הספק הדומיננטי מציע לספק לרכוש ממנו 120 יחידות במחיר של 9 ש"ח ליחידה, קרי בסכום כולל של 1080 ש"ח. אלטרנטיבית, הספק הדומיננטי יכול היה להציע למפיץ 100 יחידות במחיר הרגיל של 10 ש"ח ליחידה ולהציע לו לרכוש 20 יחידות נוספות במחיר של 4 ש"ח ליחידה. העלות של רכישת 120 יחידות מהספק הדומיננטי הייתה לפיכך 1080 ש"ח, ממש כמו בהצעה המקורית עליה אוסר הצו. אם העלות של הספק עולה על 4 ש"ח, גם ההצעה החדשה תהיה אסורה על ידי הצו. אולם אם העלות של הספק הדומיננטי היא פחות מ-4 ש"ח ליחידה, כי אז הוא עדיין יוכל להציע את ההצעה ולדחוק את רגליהם של ספקים אחרים, כל עוד עלויותיהם ליחידה גבוהות מ-4 ש"ח. עם זאת במקרה כזה, הספק הדומיננטי יעיל יותר מהספקים המתחרים ולכן יעיל כלכלית שהמפיץ ירכוש דווקא ממנו ולא מספקים מתחרים.

כאמור קיים הבדל בין הנחה התפורה לכל מפיץ על פי גודלו לבין הנחת כמות אחידה המוצעת לכלל המפיצים במידה שווה. כדי להמחיש זאת נניח שהספק הדומיננטי קובע מראש שתי מדרגות מחיר עבור המוצר שלו ומדרגות אלו אחידות לכלל המפיצים: אם מפיץ רוכש בין 0 ל-200 יחידות, המחיר הוא 10 ש"ח ליחידה, ואם מפיץ רוכש בין 200 ל-400 יחידות, המחיר הוא 4 ש"ח ליחידה. כעת נניח שמפיץ א, שהוא מפיץ קטן יחסית, מעוניין לרכוש 100 יחידות מוצר מהספק הדומיננטי (לאור הביקוש הגדול למוצג של הספק הדומיננטי) ובנוסף הוא מעוניין לרכוש עוד 20 יחידות מוצר שאותן הוא יכול לרכוש או מהספק הדומיננטי או מספקים מתחרים. ברור שהנחת הכמות שהספק הדומיננטי מציע איננה רלוונטית למפיץ א, משום שהכמות הכללית שהוא מעוניין לרכוש נופלת ממילא בתחום מדרגת המחיר הראשונה ולכן הוא ישלם לספק הדומיננטי 10 ש"ח לכל יחידה שהוא רוכש ממנו, אם ירכוש ממנו 100 יחידות ואם הוא רוכש ממנו 120 יחידות. ברם אילו הספק הדומיננטי היה יכול "לתפור" למפיץ א הנחה ספציפית, כי אז הוא יכול היה "לתפור" עבורו "הנחת כמות אישית", כך שהמדרגה הראשונה הייתה חלה רק על 100 היחידות

הראשונות ולכן המחיר ליחידה עבור כל היחידות שמפיץ ארוכש היה יורד ל-4 ש"ח החל מהיחידה ה-101. במקרה כזה, כפי שראינו לעיל, ההנחה הייתה דוחקת את רגליהם של ספקים מתחרים אם העלות שלהם ליחידה עולה על 4 ש"ח.

כך הדבר גם לגבי מפיץ ב, שהוא מפיץ גדול אשר נזקק ל-320 יחידות מוצר, מהן 300 יחידות מהספק הדומיננטי ו-20 יחידות נוספות שהוא יכול לרכוש או מהספק הדומיננטי או מספקים מתחרים. הנחות הכמות של הספק הדומיננטי אינן מרתיעות את מפיץ ב מלרכוש את 20 היחידות הנותרות מספק מתחרה, משום שאם יעשה כן ואם לאו, המחיר שהוא ישלם לספק הדומיננטי בגין כל היחידות שהוא רוכש ממנו הוא 4 ש"ח ליחידה. שוב, אם הספק היה "תופר" למפיץ ב הנחה התפורה למידותיו כך שהוא ישלם 10 ש"ח ליחידה אם הוא רוכש מהספק הדומיננטי 300 יחידות וישלם רק 4 ש"ח לכל יחידה אם הוא רוכש מן הספק הדומיננטי 301 יחידות או יותר, היה בכך כדי לדחוק ספק מתחרה שעלות הייצור שלו מעל 4 ש"ח ממדפיו של מפיץ ב.

רק מפיץ שנזקק ל-200 יחידות מהספק הדומיננטי ולעוד 20 יחידות שיכולות להירכש גם מספקים מתחרים נרתע על ידי מדרגות הנחות הכמות לעיל מלרכוש את 20 היחידות הללו מן הספק המתחרה. הלגיטימיות של הנחות כמות הנקבעות מראש לכלל המפיצים, נובעת מן ההנחה שלא ייתכן שכל או רוב המפיצים הם מפיצים עם תצרוכת למוצר שהיא זהה לזו של המפיץ הנ"ל. בהתאם, הספק המתחרה יוכל להתחרות על היחידות השוליות, הנתונות לתחרות, אצל רוב המפיצים, משום שעבורם הבחירה בין רכישת 20 היחידות הללו מן הספק הדומיננטי לבין רכישתן מן הספק המתחרה לא תשנה את מדרגת ההנחות שהם מצויים בה. אולם על מנת שנקודת מוצא זו ללגיטימיות של הנחות כמות תהא סבירה, נדרש שמדרגות ההנחות תהיינה מספיק תלולות, קרי שהבדלי הכמות בין מדרגת הנחות לבין המדרגה הבאה יהיו משמעותיים מספיק. כך למשל נניח שבדוגמה הנ"ל "הנחות הכמות" ה"קבועות מראש" ביחס לכלל המפיצים הן שמפיץ הרוכש בין 0 ל-2 יחידות ישלם סכום מסוים לכל יחידה שהוא רוכש מן הספק הדומיננטי, מפיץ הרוכש בין 2 ל-4 יחידות ישלם על כל יחידה סכום נמוך יותר וכן הלאה. כאשר הבדלי הכמויות בין המדרגות השונות כל כך קטנים, כל מפיץ, בלי קשר לגודלו, יחשוש להסית את רכישת היחידות הנתונות לתחרות מן הספק הדומיננטי אל ספק מתחרה, מחשש שאפילו ירידה קטנה בכמות הרכישות מן הספק הדומיננטי תוביל למחיר ליחידה גבוה משמעותית שהמפיץ יצטרך לשלם לספק הדומיננטי על כל היחידות שהוא רוכש ממנו.²²⁷

227 השוו לעניין זה את פרשת *Manufacture française des pneumatiques Michelin v Commission of the European Communities*, Case T-203/01 (Judgment of the Court of First Instance), 2003 ECJ CELEX LEXIS 489, שבה הנציבות האירופאית הראתה כי מערכת של "הנחות לכמות" שיישמה חברת מישלין, שהיא דומיננטית בתחום הצמיגים,

במשפט האירופאי והישראלי מקובל לראות הנחות מטרה שמעניק ספק דומיננטי כניצול לרעה של המעמד המונופוליסטי העלול לפגוע בתחרות או בציבור, בניגוד לסעיף 29א(א) לחוק ההגבלים.²²⁸ עם זאת למיטב ידיעתנו הנחות מעין אלה טרם נידונו כהסדר כובל. כיוון שהספקים הדומיננטיים נשוא החלטתו של הממונה הם בעלי מונופולין, נראה שממילא אסור היה להם להציע הנחות מעין אלה לרשתות השיווק הגדולות, לאור הוראת סעיף 29א(א) הנ"ל.

סעיף 18 לצו קובע כי "הטבה הניתנת עבור מכירת מוצרי הספק שבהם נתון לספק מונופולין תינתן בנפרד מהטבה הניתנת עבור מוצרים שבהם לא נתון לספק מונופולין". מטרת איסור זה היא למנוע "קשירה תמחירית" מן הסוג שאנו דנים בה בסעיף 13.3 לחלק הכלכלי של פרק זה. אם הספק קובע תנאים שלפיהם זול יותר לרשת השיווק לרכוש ממנו סל מוצרים שכולל את המוצר שבו הספק הוא דומיננטי ומוצרים אחרים שלו מאשר לרכוש בנפרד את המוצר שבו הספק הוא דומיננטי ואת מוצריו האחרים של הספק, הוא יימצא כמפר את הצו המוסכם.

9.5 קביעת נתחי שוק של ספקים

פרקטיקה נוספת שהיא אסורה על פי עמדת הממונה היא הסדרים בין רשת שיווק גדולה לספק הקובעים נתח שוק או נתח שוק מינימלי, לבין ספק מתוך כלל מכירות הרשת בקטגוריה מסוימת או את נתחי השוק של מתחרי הספק. ההוראה חלה לגבי נתח שוק כלשהו שהספק מנסה להבטיח לעצמו וחלה על הסדרים בין רשת שיווק גדולה לספק כלשהו, לאו דווקא ספק דומיננטי. לדעת הממונה, הסדרים מעין אלה נכנסים לגדר סעיף 2(ב)(4) לחוק ועל כן מהווים הסדרים כובלים בלי קשר לפגיעתם בתחרות, מן הבחינה

מהווה למעשה מערכת של הנחות אסורות, בין היתר לאור העובדה שהבדלי הכמויות בין מדרגות ההנחות השונות היו קטנים מאוד.

228 ראו ה"ע (י"ם) 2/96, לעיל הערה 75, הדן בפרקטיקה בעלת אפקט דומה לזה של הנחות מטרה, אם כי פרטיה שונים (שם הציעה ידיעות אחרונות הטבה גלובלית למפיצים שהסכימו לוותר על הזכות שלהם להחזיר עיתונים לא מכורים), ובקהילייה האירופאית: Hoffmann-La Roche, OJ 1976 L223/27, [1976] 2 CMLR D25, par. 120; Case T-65/89 BPB Industries Plc and British Gypsum Ltd v. Commission, (Court of First Instance, 1993), par. 68; Re Soda Ash: The Community v. Solvay [1994] 4 CMLR 645, 670; Case T-83/91 Tetra Pak International SA v. Commission [1994] E.C.R. 11-755, (Court of First Instance (Second Chamber) 1994), par. 6. הפסיקה האמריקנית נרתעת יותר מלגנות הנחות מטרה של פירמה דומיננטית. שלא כמו הפסיקה האירופאית, המניחה כי הן אנטי תחרותיות, דורשת הפסיקה האמריקנית ראיות קונקרטיות לפגיעה מסתברת בתחרות. ראו למשל Barr Laboratories, Inc. v. Abbott Laboratories, 978 F.2d 98, 111 (3d Cir. 1992).

שהיא נוגעת ל"כמות המוצרים או השירותים שבעסק..."²²⁹ לדעתנו, מדובר בהסדר אנכי שהשפעתו דומה (אך בהגדרה קטנה יותר, במקרה הרגיל) להשפעת הסדר רכישה בלעדית. כאמור הסדרים מעין אלה צריכים להידון לדעתנו תחת סעיף 2(א) בלבד, ללא פסילה אוטומטית כהסדר כובל תחת סעיף 2(ב).

אמנם, כפי שמרמז הממונה בהחלטתו, אם הרשת מגיעה להסדרים דומים עם כמה ספקים משמעותיים בשוק מוצר מסוים, ההסדר אוכף למעשה חלוקת שוק קרטליסטית בין הספקים לבין עצמם, בכך שהוא מקפיא את נתחי השוק שלהם ועל כן מדכא את התמריץ שלהם להתחרות זה בזה בניסיון להגדיל את נתחי השוק שלהם. במקרה מעין זה, אם הסדרים כאלה קיימים בין הרשת הגדולה לספקים המשמעותיים ביותר בשוק המוצר הרלוונטי, אין ספק כי מדובר בהסדרים כובלים. אולם בכך אין לדעתנו כדי להצדיק הכתמה אוטומטית אף של הסדר מעין זה עם ספק בודד, בלי קשר למעמדו של אותו הספק בשוק. כשמדובר בספק קטן או ספק חדש בשוק, הסדר עם רשתות שיווק גדולות המבטיח לאותו הספק נתח שוק מינימלי מסוים עשוי לעודד את התחרות על ידי עידוד הספק להיכנס לשוק ולהמשיך לפעול בו. בנוסף, בהסדר מעין זה יכולים להיות קיימים יתרונות שקיימים בהסדר רכישה בלעדית קלאסי, כפי שנידונו בסעיף 9 לחלק הכלכלי.

איסור זה יושם גם בצו המוסכם בפרק ז שלו, תוך הבהרה כי מתן הנחות כמות, העומדות בתנאים שהוזכרו בסעיף הקודם, לא תיחשבנה כהסדרים הקובעים נתח שוק.

9.6 מבצעים בלעדיים

בפסקה 3.8 בהחלטתו, הממונה התייחס בחומרה לפרקטיקה שלפיה הרשת מתחייבת כלפי ספק המנהל מבצע הוזלות בסניפיה להגביל את היכולת של מתחריו להגיב למבצע, ואילו הספק מתחייב להגביל את היכולת של רשתות מתחרות להגיב לאותו המבצע. לדעת הממונה מדובר בהסדרים כובלים מן הסוגים החמורים ביותר, הנכנסים לגדר סעיפים 2(ב)(1), (3) ו-2(א). איסור זה גם אומץ בפרק ח בצו המוסכם. עם זאת סעיף 22 לצו כולל הגמשה, המבחינה כי אין באיסור האמור כדי למנוע מן הספק להסכים עם רשת שיווק בדבר מתן תצוגות מועדפות בעת מבצע שהספק עורך בסניפיה, ובלבד שהתצוגה עומדת בתנאים האחרים של הצו, ובפרט אלה שנידונו לעיל בסעיף 9.2.

לעניין תחולת סעיף 2(ב) על הסדרים מעין אלה, שוב נראה שזוהי גישה מחמירה יתר על המידה. ככלות הכל, האפקט התחרותי של הסדר רכישה בלעדית הוא בהגדרה חמור יותר מאשר הסדר לבלעדיות במבצע נקודתי, שהרי האחרון מוגבל בזמן בעוד שהראשון איננו מוגבל בזמן. בפרט, כל עוד הבלעדיות היא רק לתקופת המבצע, ספקים אחרים יכולים

²²⁹ ראו עמדת הממונה, לעיל הערה 106, בפסקה 3.6.

להגיב עם תום המבצע ליוזמה של הספק, במסגרת סניפי אותה הרשת. מכל מקום, לספקים מתחרים פתוחה האפשרות להגיב למבצעים בלעדיים של ספק מסוים על ידי מבצעים משלהם ברשת מתחרה. מבחינה זו דווקא כאשר הספק מתחייב כלפי הרשת התחייבות הדדית כי המבצע נשוא הבלעדיות ייערך רק בסניפיה ולא ברשתות אחרות, החשש מפגיעה בתחרות קטן יותר. יתרה מזו, ייתכנו מקרים רבים שבהם מבצעים לא ייערכו מלכתחילה אם הספק יודע כי יריביו יוכלו להגיב להם מיידית ובאותן רשתות שבהן נערך המבצע שלו. לכן, ייתכן שאיסור מוחלט על הסדרי בלעדיות לעניין מבצעים ימנע עריכת מבצעים אשר היו מתאפשרים ללא האיסור. בהיעדר תמריצים נאותים לעריכת מבצעים כאלה, ספקים גם לא יהססו לגבות מחירים גבוהים מלכתחילה, משום שהם יחששו פחות שספקים מתחרים יערכו מבצעים במחירים נמוכים יותר.

10. סייגי סעיף 3 לחוק והסדרים אנכיים

10.1 הסדרים הנוגעים לזכות השימוש בקניין רוחני

סעיף 3(2) לחוק ההגבלים קובע כי לא יהווה הסדר כובל "הסדר שכל כבילותיו נוגעות לזכות השימוש ב... פטנט, מדגם, סימן מסחרי, זכות יוצרים, זכות מבצעים או זכות מטפחים" ובלבד ש"ההסדר הוא בין בעל נכס כאמור ובין מקבל זכות השימוש בו" וכן שהקניין הרוחני האמור נרשם – אם הוא טעון רישום. סייג זה פורש בפסיקה באופן מצר. הודגשה הוראת הסעיף שלפיה על מנת שהסייג יחול נדרש שכל הכבילות יתייחסו לזכות השימוש בקניין הרוחני.²³⁰ בפרשת תחנות התדלוק קבע הממונה על הגבלים עסקיים כי הסייג איננו חל על מקרה שבו הכבילה מגבילה את מקבל זכות השימוש בקניין הרוחני מלרכוש או למכור מוצרים מתחרים לזה של בעל הקניין הרוחני.²³¹ על כן כבילה שלפיה תחנת תדלוק הרוכשת מחברת הדלק פז, מתחייבת למשל שלא לרכוש דלק מחברה מתחרה, איננה נהנית מן הסייג, אף שהמותג "פז" נהנה מסימן מסחר רשום. כבילה זו איננה נוגעת לזכות השימוש במותג זה ועל כן, לפי קביעת הממונה לעיל, הסייג איננו חל. באופן דומה, פירמה הרוכשת זכות שימוש בפטנט ומתחייבת כי לא תרכוש טכנולוגיות מתחרות לזו של בעל הפטנט איננה יכולה ליהנות מן הסייג.²³²

230 ראו הממונה על ההגבלים העסקיים ענף דלתות הבטחון – קביעה בגין הסדר כובל, פרסום 3003977 (1995), פסקה 86 (להלן: עניין דלתות הבטחון) <http://www.etype.co.il/Anti1/Files/1848/503006038.pdf>.

231 בפרשת תחנות התדלוק, לעיל הערה 88, סעיף 7.1.

232 ראו עניין דלתות הבטחון, לעיל הערה 230, פסקה 91; ע"א 18/75 ליברמן נ' דייטלצווייג, פ"ד כט(2) 513. על הסדרי רכישה בלעדית ראו לעיל סעיף 8.

מטרתו של הסייג היא לאפשר לבעל קניין רוחני לנצל את היתרונות שמקנים לו דיני הקניין הרוחני בלי שייחשב כמי שעשה הסדר כובל, על מנת לעודד השקעה בפיתוח נשוא הקניין הרוחני מלכתחילה. הסדר שכל כבילותיו נוגעות לזכות השימוש בקניין רוחני הוא הסדר שנועד למצות יתרונות אלה ותו לאו. היקף ההגנה של דיני הקניין הרוחני מתמצה בהענקת מונופול בקניין הרוחני עצמו. לעומת זאת דיני הקניין הרוחני אינם מבטיחים לבעלים מעמד מונופוליסטי בשוק מוצרים כלשהו, אלא רק מעניקים לו את הזכות למנוע מאחרים שימוש בקניין הרוחני השייך לו. בדומה לכך, גם סעיף 3(2) לחוק ההגבלים איננו מתיר לבעל הקניין הרוחני לנצל את מעמדו על מנת לפגוע בתחרות בינו לבין פירמות אחרות, שאינן מפרות את זכויות הקניין הרוחני שלו, או להצר את צעדיהן של פירמות כאלו.²³³

שאלה קשה יותר היא אם הסייג שבסעיף 3(2) יכול לחול על הסדרים שבהם בעל הקניין הרוחני מונע תחרות בין מקבל זכות השימוש לבין פירמות אחרות המקבלות זכות שימוש באותו קניין רוחני. לקטגוריה זו של הסדרים נופל הסכם "הפצה בלעדית", שלפיו בעל הקניין הרוחני מתחייב כלפי מקבל זכות השימוש כי לא ייתן זכות שימוש לאחר בשוק הרלוונטי בו פועל מקבל זכות השימוש.²³⁴ עוד הסדרים שיפלו לקטגוריה זו הם הכתבה על ידי בעל הקניין הרוחני של מחירי מינימום שמקבלי זכות השימוש יכולים לגבות בגין המוצר או השירות שהם מפיקים בעזרת זכות השימוש,²³⁵ או חלוקה של מקבלי זכות השימוש לטריטוריות, חתכי אוכלוסיה או תחומי עיסוק בלעדיים, תוך איסור עליהם לפלוש האחד לתחומו של השני.²³⁶ כפי שהראינו בסעיף 8 לחלק הכלכלי, לעתים כאשר ספק מאפשר תחרות בין פירמות הרוכשות ממנו הדבר עלול לכרסם בכוח השוק שלו, עקב בעיית האופורטוניזם של הספק. כך גם בעל קניין רוחני המעניק זכות שימוש לכמה פירמות המתחרות זו בזו עלול לאבד את כוח השוק שדיני הקניין הרוחני התכוונו להעניק לו על מנת לתמרץ אותו לפתח את הידע מלכתחילה. מבחינה זו, הכללה של הסדרים מעין אלה במסגרת הסייג של סעיף 3(2) עשויה לעזור להגשים את תכליתו, שהיא כאמור להרשות לבעל הקניין הרוחני לעשות הסדרים העוזרים לו לשמר את הרווחים שדיני הקניין הרוחני התכוונו להעניק לו.

על פי ההנחיות של רשויות האכיפה האמריקניות בעניין הסדרים הנוגעים לזכות השימוש בקניין רוחני,²³⁷ גישת דיני ההגבלים העסקיים כלפי כבילות הנלוות למתן זכות

233 עניין דלתות הבטחון, שם, בפסקה 88.

234 על הסכם הפצה בלעדית ראו לעיל סעיף 4.1.

235 על הכתבת מחירי מינימום ראו לעיל סעיף 4.3.

236 על חלוקת מפיצים לפי טריטוריות, חתכי אוכלוסיה, תחומי עיסוק ראו לעיל סעיף 4.2.

237 ראו U.S Department of Justice, *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, 1995 <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0558.htm>.

שימוש בקניין רוחני נבחנת בדרך כלל תחת כלל הסבירות, כפי שהוא מיושם ברגיל במשפט האמריקני. כלומר הכבילות אסורות רק אם הפגיעה בתחרות בשוק הרלוונטי עולה על היתרונות הפרו-תחרותיים של ההסדר. אם כך, שלא כמו המשפט הישראלי, לא קיים בארצות-הברית פטור גורף להסדרים מעין אלה. עם זאת הרשויות האמריקניות מבהירות שתכנה כבילות שתפסלנה תחת כלל סבירות בהיעדר קניין רוחני ולא תפסלנה תחת כלל סבירות בהינתן קניין רוחני, משום שלעתים הכבילות נחוצות על מנת להגשים את היתרונות שמקנים דיני הקניין הרוחני לבעליו. בנוסף, ההנחיות יוצרות "מתחם ביטחון" (safety zone), שבמסגרתו הרשויות אינן תוקפות הסדרים שכבילותיהם נוגעות לשימוש בקניין רוחני, ובלבד שהכבילות אינן "כבילות עירומות" (קרי כבילות שכל מטרתן ופעלן פגיעה בתחרות) ונתח השוק של צד אינו עולה על 20% מן השוק הרלוונטי.²³⁸ בסוגי הכבילות שהן אסורות על פניהן ("פר סה"), האיסור יחול גם כאשר מדובר בכבילה הנוגעת לזכות השימוש בקניין הרוחני.²³⁹ כאשר מדובר בכבילות הנבחנות ברגיל תחת כלל הסבירות. אולם הצדדים לכבילות הם מתחרים או מתחרים פוטנציאליים בשוק המוצר, עדיין ייושם כלל הסבירות, אך תוך בדיקה פרטנית של החשש כי שיתוף הפעולה לעניין רישוי הקניין הרוחני יגרוור הפחתה משמעותית של התחרות בין הצדדים. ייחוד נוסף של ההנחיות האמריקניות יחסית לסעיף 3(2) הישראלי הוא שההנחיות האמריקניות אינן חלות על סימני מסחר.²⁴⁰

שאלה נוספת היא מה דין הסדר בין מתחרים שלפיו מתחרה אחד נותן זכויות שימוש בטכנולוגיה שלו למתחרה אחר. הממונה בהחלטתו בעניין אריזות קרטון גלי,²⁴¹ נטה לדעה כי הסייג איננו חל על הסדר בין מתחרים, אך לא הכריע בנקודה זו. לנו נראה כי לעניין העברת זכויות השימוש בקניין הרוחני, מערכת היחסים בין מתחרים אלה היא אנכית – בין ספק של זכות השימוש לבין מי שרוכש את זכות השימוש – וכי הסייג שבסעיף 3(2) לחוק ההגבלים לכאורה חל גם על המקרה שבו הצדדים מתחרים זה בזה. נראה כי גישתו המחמירה יותר של הממונה בעניין אריזות קרטון גלי נובעת מן החשש שמתחרים ישתמשו בהסדרי רישוי מעין אלה על מנת להפחית את התחרות ביניהם ולא רק כדי לנצל את הרווחים שדיני הקניין הרוחני התכוונו להעניק להם. חשש זה חושף קושי כללי בסעיף 3(2), הנעוץ באופיו הכוללני של הסייג. גם בכבילות הנכנסות לגדרו, ייתכן שבתנאי השוק הקונקרטיים הפגיעה בתחרות עולה על המידה הראויה מבחינה חברתית או על המידה

238 שם, סעיף 4.3 להנחיות.
 239 שם, סעיף 3.4 להנחיות.
 240 שם, בהערה 2.
 241 הממונה על ההגבלים העסקיים הסדרים כובלים בין יצרני אריזות מקרטון גלי – קביעה בדבר הסדר כובל, פרסום 3001361 (1995), ה"ש 19 (להלן: אריזות מקרטון גלי).

שדרושה על מנת לכבד את מטרתם של דיני הקניין הרוחני בהבטחת רווח מסוים לבעלי הקניין. אולם הסעיף איננו מאפשר מיון מעודן יותר של הסדרים על פי פרמטרים מעין אלה, אלא נוקט בפטור גורף. עם זאת האופי הגורף של הסעיף מקנה ודאות לבעל הקניין הרוחני ולמקבל זכות השימוש כי ההסדרים שלהם לא ייחשבו כובלים. בוודאות זו יש כדי לעזור בעידוד מטרת דיני הקניין הרוחני בפיתוח הקניין הרוחני מלכתחילה.

10.2 הסדרים הנוגעים לזכות השימוש במקרקעין

סעיף 3(3) לחוק ההגבלים קובע כי לא יהווה הסדר כובל "הסדר, בין מי שמקנה זכות במקרקעין לבין מי שרוכש את הזכות, שכל כבילותיו נוגעות לסוג הנכסים או השירותים בהם יעסוק רוכש הזכות באותם מקרקעין". סייג זה צר יותר מזה הנוגע לקניין רוחני מן הבחינה שאך ורק כבילות לגבי "סוג הנכסים או השירותים בהם יעסוק רוכש הזכות..." נכנסות לסייג, ולא כל כבילה ה"נוגעת" לזכות השימוש במקרקעין. אמנם, הבדל זה בין הסעיפים טושטש בפסק דינו של השופט ריבלין בעניין חניות בע"מ שהיה מוכן, בדעת יחיד, להחיל את "רוח הדברים" של סעיף 3(3) הנ"ל על מנת לפטור גם הגבלות החלות על מקבל זכות השימוש במקרקעין שאינן קשורות לסוג הנכסים או השירותים שבהם יעסוק.²⁴² בפרשה זו הכתיבה עיריית ירושלים למפעיל עצמאי ששכר ממנה חניון מחירי מקסימום ומכסות מקסימום של מנויים שהמפעיל רשאי למכור. אף שלא היה מדובר בכבילות לעניין סוג הנכסים או השירותים שבהם יעסוק מפעיל החניון אלא לעניין מחיר וכמות שירותים אלה, סבר השופט ריבלין כי כבילות אלה פטורות. השופט אור לעומתו התנגד למסקנה זו והבהיר שכבילות לעניין המחיר והכמות אינן נכנסות לגדר הפטור.

אנו מסכימים עם גישתו של השופט אור בעניין זה. גם לדעתנו יש לכבד את לשונו הברורה של סעיף 3(3). גישתו של השופט ריבלין נובעת לדעתנו מן התפיסה שרואה במשתמש במקרקעין של אחר כ"זרועו הארוכה" של אותו אחר, כך שהגבלת פעילותו איננה אלא אקט חד-צדדי של בעל המקרקעין. קביעה ברוח דומה נעשתה בפסק הדין המוקדם של בית המשפט העליון בע"א 626/70 שמעוני נ' אולמי לחיים בע"מ,²⁴³ שפרש את חוק ההגבלים העסקיים בנוסחו הישן, הוא חוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט-1959. עם זאת בנוסחו החדש של החוק, חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988, סויגה הלכה זו במפורש ונקבע כאמור שרק כבילות לעניין אופן השימוש במקרקעין פטורות. אכן לא קיימת הצדקה, לדעתנו, לראות במי שרוכש זכות שימוש במקרקעין כידו הארוכה של בעל המקרקעין. יש לראותו כמי שמשתמש במקרקעין כתשומה לצורך עסקו, במידה רבה כשם שיצרן ברגים

242 לעיל הערה 118.

243 פ"ד כה(1) 824.

למשל משתמש במתכת כתשומה לצורך עסקו. אנלוגיה זו מבהירה כי אין זה מובן מאליו שבעל מקרקעין רשאי להגביל את פעילותו של המשתמש במקרקעין בהסדרים כובלים ככל העולה על רוחו. נוכח זאת יש להתיר הסדרים כובלים מעין אלה רק במידה שהמחוקק עשה כן במפורש, כלשון סעיף 3(3).²⁴⁴

שאלה נוספת היא כיצד לפרש את ההיתר שניתן בסעיף 3(3) להגבלת סוג השימוש במקרקעין. בפרט, נפסק על ידי הממונה כי הסייג איננו חל על כבילות הנוגעות למותג שבו יעסוק רוכש הזכות במקרקעין, אלא רק על הסוג הכללי של נכסים או שירותים.²⁴⁵ לפי פירוש זה, אם חברת דלק למשל היא בעלת מקרקעי תחנת דלק והיא משכירה את המקרקעין למפעיל עצמאי של תחנת דלק, אין היא רשאית להסתמך על סעיף 3(3) לחוק ההגבלים על מנת לאסור על השוכר לרכוש דלק של חברה מתחרה.²⁴⁶

על מנת ליהנות מן הסייג של סעיף 3(3), המגבלה צריכה לחול על מי שרכש את הזכות במקרקעין ולא על בעל המקרקעין עצמו, אף שלעתים קרובות בעל המקרקעין מעוניין לכבול את עצמו. כך, לעתים קרובות בעלי קניונים או מרכזים מסחריים מתחייבים כלפי שוכרי חנויות כי לא ישכירו לחנויות מתחרות. כבילה מעין זו היא מן הסוג של הסכם הפצה בלעדית, באשר בעל הקניון מתחייב כי לא יספק את תשומת המקרקעין שלו למתחרים של השוכר.²⁴⁷ כפי שהראינו, על פי הפסיקה המסורתית כבילה מעין זו היא בחזקת הסדר כובל על פי סעיף 2(ב) לחוק.²⁴⁸ בנוסף, כבילה מעין זו לא יכולה ליהנות מפטור הסוג להסכמי הפצה בלעדית, משום ששוכר החנות איננו רוכש את זכויות השכירות "לשם מכירתן" הלאה.²⁴⁹ אולם לפחות מאז תיקון פטורי הסוג ב-2006, הסדר מעין זה יוכל, במקרה מתאים, ליהנות מפטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת ערך.²⁵⁰ לבסוף, כפי שאנו רואים עתה, הסדר מעין זה לא נכנס לסייג של סעיף 3(3), משום שהוא מגביל את בעל

244 ראו גם גילה, לעיל הערה 89, בפסקה 5.
 245 ראו פרשת תחנות התדלוק, לעיל הערה 88, פסקה 4(2) להחלטה; הממונה על ההגבלים העסקיים אגד – אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ – הכרזה בדבר קיום מונופול, פרסום 3003820 (1999), פס' 10.3 <http://www.etype.co.il/Anti1/Files/1548/503005789.pdf>.
 246 פרשת תחנות התדלוק, לעיל הערה 88.
 247 לניתוח כלכלי ומשפטי של הסדרי בלעדיות במרכזים מסחריים ראו ד' גילה "מורכבות שאלת הפגיעה בתחרות בהסדרי בלעדיות במרכזים מסחריים" מחקרי משפט כג (תשס"ו) 685.
 248 ראו לעיל סעיף 3.1.1 וכן החלטת הממונה בעניין קניון הראל, לעיל הערה 82; ת"א (ת"א) 1724/01 סופר פארם (ישראל) בע"מ נ' חברת קניון אדומים בע"מ, פורסם בנבו (ניתן ביום 24.5.01).
 249 ראו לעיל סעיף 3.1.3.
 250 ראו לעיל סעיף 2.5.

המקרקעין, בעל הקניון בדוגמה, ולא את השוכר. אין ספק כי פרשנות זו מתיישבת יפה עם ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 3(3) ועם דברי ההסבר להצעת החוק.²⁵¹ אם כן, בעל קניון יכול להגביל שוכר לעניין סוג העיסוק שלו וכך לתכנן את מבנה ומגוון החנויות בקניון. הוא גם רשאי, כהחלטה חד-צדדית שלו, להשכיר לחנות אחת מכל סוג ולא לחנויות מתחרות. אכן, אחד היתרונות החברתיים המצדיקים את סעיף 3(3) הוא הצורך לקבוע תמהיל עסקים אופטימלי במרכז קניות, כפי שאנו מראים בסעיף 7.4 לחלק הכלכלי. עם זאת בעל הקניון עשוי למצוא עצמו כצד להסדר כובל אם הוא מתחייב כלפי שוכר כי לא ישכיר לחנות מתחרה.

10.2.1 הצעת פטור הסוג להסדרי בלעדיות במקרקעין

לאחרונה הוציא הממונה טיוטת הצעה לפטור סוג להסדרי בלעדיות במקרקעין. הצעה זו באה על רקע העובדה כי הסדרים שבהם בעל מקרקעין מתחייב כלפי משתמש במקרקעין כי לא ייתן זכות שימוש למתחרה של אותו משתמש הם נפוצים, וכן נוכח התחולה הצרה של הסייג שבסעיף 3(3) הנזכר לעיל ונוכח התפיסה שמתן בלעדיות כאמור לעתים "מאפשר כניסתם של עסקים לאזורים מסחריים חדשים אשר טרם התבססו תוך הסתכנות בהשקעה... [נ]מבטיח גם כי השקעתו של מקבל הבלעדיות בשיווק, שירות ופרסום לא תנוצל לאחר מכן על ידי בעלי עסקים מתחרים".²⁵² סעיף 2 לפטור הסוג המוצע פוטר הסכם שבו בעל מקרקעין מתחייב שלא לתת זכות לשימוש במקרקעין או מקרקעין סמוכים לשם ניהול "עסק מתחרה", לרבות הגבלה חלקית של בעל המקרקעין במתן זכות לניהול עסק מתחרה כאמור. "עסק מתחרה" מוגדר בסעיף 1 לפטור הסוג המוצע כעסק שעיקר הטובין הנמכרים בו תחליפיים לעיקר הטובין הנמכרים על ידי עסקו של מקבל הבלעדיות. דברי ההסבר להצעת פטור הסוג מדגישים כי הכוונה בהגדרה זו של "עסק מתחרה" היא למנוע את תחולת פטור הסוג על הסכמי בלעדיות המנסים למנוע תחרות "אף בשוליים". כך למשל ייתכן שהכוונה היא לשלול את תחולת פטור הסוג במקום שבעל המקרקעין מתחייב כלפי שוכר המפעיל

251 ראו הצעת חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ד-1983, ה"ח 1647, בעמ' 44. הנוסח שהוצע בהצעת החוק, שפטרה במפורש כבילות המגבילות את בעל המקרקעין ואימץ בכך את ההלכה הנושנה של שמעוני נ' אולמי לחיים, לעיל הערה 243, לא התקבל בנוסח הסופי של החוק. ראו עניין סופר פארם, לעיל הערה 248. פרשנות זו גם הייתה מקובלת על השופט זפט בעניין לב אשדוד, לעיל הערה 76.

252 ראו הממונה על ההגבלים העסקיים טיוטת כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג לבלעדיות במקרקעין), התשס"ד-2004 (כולל דברי הסבר), פרסום 3017244 <http://www.etype.co.il/Anti1/Files/3406/50300130.rtf>. לדיון ביתרונות שבמתן בלעדיות במישור ההפצה ראו סעיפים 6.2, 7.1 לחלק הכלכלי.

בית מרקחת פרטי כי לא ישכיר גם לסופרמרקט, רק משום שקיימים מוצרים בודדים שבהם סופרמרקטים מתחרים בבתי מרקחת.

סעיף 4 לפטור הסוג המוצע כולל את הסייגים הבאים לתחולתו:

1. הצדדים להסכם הם מתחרים או מתחרים פוטנציאליים (סעיף 4(א) לפטור הסוג המוצע).

2. אין לפחות שני מתחרים עצמאיים נוספים באזור העסקים הרלוונטי, כאשר הדרישה לעצמאות העסקים המתחרים כוללת, פרט לדרישה להיעדר קשרי בעלות או שותפות בין מקבל זכות השימוש במקרקעין לבין המתחרים האמורים, גם היעדר שיתופי פעולה עסקיים ביניהם (סעיף 4(ב) לפטור הסוג המוצע). "איזור העסקים הרלוונטי" מוגדר בסעיף 1 לפטור המוצע כ"א) בתוך יישוב: שטח במרחק של 2 קילומטרים מן המקרקעין [נשוא הבלעדיות] הנמדדים לאורכם של כבישים, (ב) בדרך בין עירונית: מרחק של 5 קילומטרים מכל כיוון מן המקרקעין שלגביהם נעשה הסכם בלעדיות במקרקעין הנמדדים לאורך הדרך ו-1 קילומטר הנמדד מכל הסתעפות מן הדרך".

3. מקבל זכות השימוש נהנה מבלעדיות שהעניק לו בעל מקרקעין אחר ב"אזור העסקים הרלוונטי", כפי שהוגדר לעיל (סעיף 4(א) לפטור הסוג המוצע). הטעם לסייג זה איננו ברור. ככלות הכול, סעיף 4(ב) הנ"ל דואג, בכל מקרה, שיהיו לפחות שני מתחרים עצמאיים באזור העסקים הרלוונטי. אם זהו מבנה שוק המרגיע את החשש מפגיעה בתחרות בין עסקים מעין אלה באזור זה (למשל כאשר מקבל זכות השימוש מפעיל עסק רק במתחם מקרקעין מסוים), אין זה ברור כיצד יכולה התחרות להיפגע יותר כאשר אותו מקבל זכות שימוש מפעיל עסק נוסף במקרקעין סמוכים של אחר ונהנה גם שם מבלעדיות, כל עוד מבנה השוק הוא כזה המבטיח, אליבא דפטור הסוג, תחרות מספקת, בייחוד נוכח העובדה שסעיף 4(ה) לפטור המוצע מסייג מפורשות את פטור הסוג אם הנהנה מן הבלעדיות הוא בעל מונופולין במוצר נשוא הבלעדיות באזור העסקים הרלוונטי. הסייג בסעיף 4(ה) מונע ישירות מצב שבו למרות קיומם של לפחות שני עסקים מתחרים, הצד הנהנה מן הבלעדיות עשוי לעשות שימוש בבלעדיות כדי להנציח את מעמדו הדומיננטי בשוק זה.

4. הסכם בלעדיות שתקופתו עולה על עשר שנים (לרבות על דרך הארכת ההסכם במתן אופציה או זכות סירוב ראשונה) (סעיף 4(ד) לפטור הסוג המוצע). על פי דברי ההסבר לפטור הסוג, ההנחה היא כי די בתקופה של עשר שנים כדי להגן על מקבל הבלעדיות מפני "רכיבה חופשית" של עסקים מתחרים על גבי מאמציו.

5. ההגבלה נוגעת למתחרה מסוים של מקבל זכות השימוש, להבדיל מבלעדיות לגבי אספקת מוצר מסוים (סעיף 4(ז) לפטור הסוג המוצע). דברי ההסבר לסעיף זה מסבירים כי הכוונה היא למנוע "ניסיון בלתי לגיטימי להתנכל למתחרה מסוים" ולהבחינו מ"תמריץ כלכלי לגיטימי שנועד למשוך את רוכש הזכות לפתוח עסק באותם מקרקעין". גם סייג זה איננו בהכרח מוצדק. כמעט מכוח הגדרה, מגבלה כללית מאפשרת תחרות בתחום המקרקעין עלולה לפגוע בתחרות יותר מאשר מגבלה חלקית, האוסרת כניסה רק למתחרים ספציפיים.

על כן אם מתקיימים הסייגים האחרים של הפטור, לרבות הדרישה לקיומם של מתחרים נוספים באזור העסקים הרלוונטי והדרישה כי הצד הנהנה מן הבלעדיות איננו בעל מונופולין באזור זה, ראוי, לדעתנו, לתת לצדדים את החופש לסייג את הבלעדיות ולכוונה למקורות חששותיו האמיתיים של מקבל הבלעדיות. חששות אלה עשויים לנבוע למשל מן הדמיון הרב יותר שבין העסק שהסדר שולל את יכולתו להתחרות לבין העסק הנהנה מן הבלעדיות, או מן המעמד הדומיננטי או המבוסס של העסק שהסדר שולל את יכולתו להתחרות. יהיו חששות אלה אשר יהיו, עדיף לתת לצדדים לאפשר כניסת עסקים מתחרים מסוגים מסוימים, אם רצונם בכך, מאשר לכפות עליהם לשלול תחרות כלשהי על מנת שיוכלו ליהנות מן הפטור.

בנוסף, על הפטור גם להתנות תחולתו במידת הריכוזיות בשוק הרלוונטי להיצע של מקרקעין מתאימים. כפי שהראינו בסעיף 12.6 לחלק הכלכלי של פרק זה, הסדר מסוג הפצה בלעדית, בכלל, וגישה בלעדית למקרקעין, בפרט, עלולים גם לפגוע בתחרות ולהעלות מחירים דרך פגיעה בתחרות בין ספקי המקרקעין לבין עצמם. ככל שמספר בעלי המקרקעין שיכולים להציע מקרקעין תחליפיים לשוכרים של סוג העסק הרלוונטי הוא מועט, כך השפעה זו חמורה יותר.

10.3 הסדר בתוך הפירמה

סעיף 3(5) לחוק קובע כי הסדר בין חברה אם לחברה בת לא ייחשב כהסדר כובל, כאשר על פי סעיף 1 לחוק ההגבלים "חברה אם" מוגדרת בחוק כחברה ה"שולטת" בחברה הבת ו"שליטה" מוגדרת בחוק כהחזקה של מעל 50% ממניות החברה הנשלטת או הזכות למנות יותר ממחצית הדירקטורים בחברה הנשלטת. אכן גם בהקשר של הסדרים אנכיים, כמו בהסדרים מסוגים אחרים, הסדר בתוך הפירמה או בתוך הקונצרן איננו הסדר. על כן אם הספק והמפיץ הם שתי מחלקות של אותה החברה, חברה אם וחברה בת או אף שתי חברות בנות השייכות לאותו האשכול, הסדרים ביניהם נצפים על ידי דיני ההגבלים העסקיים כאקטים חד-צדדיים של הקונצרן שהספק והמפיץ שייכים לו.²⁵³ נפסק כי עיקרון זה חל גם לגבי מקרים שבהם קיימים יחסי בעלות ושליטה מספיקים בין הצדדים להסדר גם אם ההחזקה של החברה השולטת בחברה הנשלטת היא של 50% או פחות, אף שאז לא חל סעיף 3(5) עצמו.²⁵⁴

253 מכאן שניתן לתקוף את האקט החד-צדדי אם מדובר בבעל מונופולין והאקט מפר הוראה מהוראות פרק ד לחוק ההגבלים, העוסק בפיקוח על בעל מונופולין.

254 ראו הממונה על ההגבלים העסקיים עסקאות אלסינט בע"מ – *Picker International Inc.* ואלסינט בע"מ – *GE Medical Systems* – החלטה בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל, פרסום 3001950 (1999).

10.4 כבילות הנוגעות לגידולים חקלאיים

סעיף 3(4) לחוק ההגבלים קובע כי "הסדר שכל כבילותיו נוגעות לגידול ושיווק של תוצרת חקלאית מגידול מקומי מסוגים אלה: פירות, ירקות, גידולי שדה, חלב, ביצים, דבש, בקר, צאן, עופות או דגים, אם כל הצדדים להסדר הם המגדלים או המשווקים בסיטונות; הוראה זו לא תחול על מוצרים שיוצרו מתוצרת חקלאית כאמור;..." לא יהווה הסדר כובל. סעיף זה חל גם על הסדרים אנכיים בין המגדלים את התוצרת החקלאית לבין המשווקים את הגידולים בסיטונות.²⁵⁵

10.5 בלעדיות הדדית

סעיף 3(6) לחוק ההגבלים קובע כי לא ייחשב כהסדר כובל "הסדר בין רוכש נכס או שירות לבין ספק, שכל כבילותיו הן התחייבות הספק שלא יספק נכסים או שירותים מסוימים, לשם שיווק, אלא לרוכש, ובהתחייבות הרוכש לרכוש אותם נכסים או שירותים רק מהספק, ובלבד שהספק והרוכש, שניהם, אינם עוסקים בייצור אותם נכסים או במתן אותם שירותים; הסדר כאמור יכול שיהיה לכל שטח המדינה או לחלק ממנו". סייג זה תמוה במיוחד, משום שהוא מעניק פטור גורף לצירוף של הסכם רכישה בלעדית ושל הסכם הפצה בלעדית, הגוררים צירוף של הפגיעות האפשריות של הסדרים אלה בתחרות. אמנם, צירופם של הסדרים אלה גם מאגד יחדיו את היתרונות החברתיים של שניהם, אך אין בכך, לדעתנו, כדי להצדיק פטור גורף כאמור, שהרי גם הפגיעות המסתברות בתחרות של שני סוגי ההסדרים מצטרפות כאמור זו לזו. נראה כי אחד המניעים לחיקוק הסייג הוא המחשבה שבלעדיות שמעניק ספק למפיץ היא פוגענית פחות אם אותו המפיץ עוסק רק עם אותו הספק ולא עם ספקים אחרים. נראה שהגישה של המחוקק הייתה שבמקרה מעין זה הספקים האחרים יצטרכו לעסוק עם המפיצים האחרים, כך שתחרות בין מפיצים שונים המחזיקים מותגים מתחרים תימשך.²⁵⁶ לדעתנו שיקול זה איננו מצדיק פטור גורף לבלעדיות הדדית. כל עוד לא בוטל הסייג, הוא מהווה מכשיר נוח לצדדים להכשיר הסדרי בלעדיות שאינם נהנים מפטורי הסוג השונים, עם זאת הסייג פורש בצמצום בפסיקה. כך, על מנת ליהנות מן הסייג, כפי שמעידה לשונו, על המפיץ לרכוש מוצרים מן הספק לשם מכירתם הלאה. יחסי ספק-לקוח מסוגים אחרים, כגון רכישה על ידי לקוח של תשומה לצורך ייצור מוצר

255 כך עולה למשל מפסק הדין של בית הדין להגבלים עסקיים בעניין ערר (י"ם) 1/00 פוד קלאב בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פורסם בנבו (ניתן ביום 29.5.03), פסקה 131 לפסק הדין.

256 ראו למשל עניין קמח כשר לפסח, לעיל הערה 88, פסקה VI ו; אריזות מקרטון גלי, לעיל הערה 241, בפסקה 35.

חדש,²⁵⁷ לא יכללו בסייג. בנוסף, כפי שהסייג פורש, הוא לא יחול אם הספק והמפיץ הם מתחרים: המפיץ מתחרה בספק או שהספק מתחרה במפיץ.²⁵⁸ ההיגיון במגבלה זו הוא החשש כי מתחרים ישתמשו בהפצה או באספקה בלעדית על מנת לפגוע בתחרות בינם לבין עצמם.²⁵⁹ למרות שבפרשה את הסעיף הפסיקה נוקטת לשון רחבה שלפיה הסייג לא יחול כל אימת שקיימים יחסי תחרות כלשהם בין הספק למפיץ,²⁶⁰ הדעת נותנת כי כוונתו של הסעיף הייתה לשלול את הסייג רק כאשר התחרות בין הספק למפיץ נוגעת למוצרים נשוא הבלעדיות ההדדית. אם הספק והמפיץ מתחרים ביניהם בענפים אחרים מן הענף נשוא הבלעדיות ההדדית, ברור פחות מדוע דווקא אז יש לשלול את הסייג הסטטוטורי. בנוסף, כמו בסיווג דומה של פטורי הסוג להסכמי בלעדיות, אין זה ברור מדוע כאשר הספק מתחרה במפיץ (בבחינת dual distribution) הפטור צריך להישלל, שהרי התחרות בתחום ההפצה עזה יותר עם הפצה עצמית מצד הספק מאשר בלעדית. שלילת הפטור כאשר המפיץ מתחרה בספק בענף האספקה ברורה יותר והיא נועדה למנוע חשש להפחתת תחרות המחירים בין המפיץ (בכובעו כספק) לבין הספק על ידי ניתוב השיווק של מוצרי שניהם דרך המפיץ. על מנת שסייג הבלעדיות ההדדית יחול, על המפיץ הבלעדי להיות בודד ולא חלק מקבוצה של מפיצים עצמאיים המקבלים יחדיו בלעדיות על מותגו של הספק.²⁶¹ גם הסיפה של הסעיף, שלפיה הבלעדיות ההדדית יכולה להתייחס גם לחלק מן המדינה, פורשה באופן מצמצם. לפי פירוש זה היא חלה רק על סיטואציה שבה במקביל לבלעדיות שנותן המפיץ לספק ניתנת למפיץ בלעדיות אפקטיבית על פלח שוק רלוונטי, בלי שיתחרו בו מפיצים אחרים המפיצים את המוצר של אותו הספק.²⁶² כך, בפרשת תחנות התדלוק טענו חלק מחברות הדלק לתחולת הסייג, בנימוק שבמקביל לבלעדיות שהעניקה להן תחנת דלק פלונית, קיבל בעל התחנה "בלעדיות" על אותו המגרש שבו שוכנת התחנה. בדחתו טענה זו קבע הממונה כי "הסדר מלאכותי כמתואר אינו יכול לבוא בגדר הפטור", משום שאותה

- 257 ראו עניין קמח כשר לפסח, לעיל הערה 88, פסקה VI ח.
- 258 ראו פרשת תחנות התדלוק, לעיל הערה 88, פסקה 4(3) להחלטה; עניין קמח כשר לפסח, לעיל הערה 88, פסקה VI ח; עניין דלתות הבטחון, לעיל הערה 230, בפסקאות 98-99.
- 259 מגבלה דומה חלה לגבי פטורי הסוג להסדרי בלעדיות, לעיל סעיפים 3.1.3, 8.3.
- 260 ראו את האסמכתאות לעיל בהערה 258. זו גם הגישה הננקטת בפטורי הסוג להסדרי בלעדיות. אם הספק והמפיץ מתחרים בענף כלשהו, אף שאין הוא הענף נשוא הסכם הבלעדיות, פטורי הסוג האמורים לא יחולו. ראו לעיל סעיפים 3.1.3, 8.3.
- 261 עניין קמח כשר לפסח, לעיל הערה 88, פסקה VI ח. בנוסף, אין די להתחייב לבלעדיות ההדדית. אם התחייבות זו איננה מקוימת בפועל באורח הדדי כאמור, אין הסייג חל. ראו אריות מקרטון גלי, לעיל הערה 241, בפסקה 34. מאידך, לא די בהתנהגות בלבד, שאיננה מלווה בהתחייבות לבלעדיות. כך, אם מפיץ בלעדי רוכש רק מן הספק שנתן לו בלעדיות, אך רשאי, על פי החוזה ביניהם, לרכוש גם מאחר, הבלעדיות איננה ההדדית. ראו בר"ע (ת"א) 2668/00 קונצפט לרוקחות בע"מ נ' כ.צ.ט. כימיקלים בע"מ, פורסם בנבו (ניתן ביום 15.2.01).
- 262 ראו פרשת תחנות התדלוק, לעיל הערה 88, פסקה 4(3) להחלטה.

“בלעדיות” שממנה נהנה בעל התחנה איננה מחסנת אותו מתחרות אפקטיבית מצד תחנות מתחרות המצויות בקרבה מספקת לתחנה והרוכשות מאותה חברת הדלק. לבסוף, לדעתנו אין להשתמש בסייג שבסעיף 3(6) כדי להכשיר התחייבות אופקית בין מתחרים פוטנציאליים שלא להיכנס זה לשוק של זה. כך, אם המפיץ הוא מתחרה פוטנציאלי בשוק של הספק ו/או הספק הוא מתחרה פוטנציאלי בשוק של המפיץ, התחייבות של מי מהם שלא להיכנס לשוק של השני מהווה חלוקת שוק אסורה, מהסוג של “תניית אי-תחרות”.²⁶³ כלומר דרישת הסעיף שלפיה כתנאי לתחולתו אסור לספק ולמפיץ להיות מתחרים צריכה להתקיים עקב התנהגות חד-צדדית של כל אחד מהם ולא עקב הסדר ביניהם, שאם לא כן, ייתן הסעיף הכשר, בדלת האחורית, לחלוקת שוק אופקית בין מתחרה למתחרה פוטנציאלי.

11. הטיפול בהסדרים אנכיים בארצות הברית ובאיחוד האירופי

11.1 ארצות הברית

11.1.1 חקיקה

החוקים בארצות הברית העוסקים בהגבלים עסקיים, בכלל, ובהסדרים אנכיים, בפרט, הם חוק שרמן מ-1890,²⁶⁴ חוק קלייטון²⁶⁵ וחוק נציבות הסחר הפדרלית משנת 1914.²⁶⁶ סעיף 1 לחוק שרמן אוסר על סוגים שונים של הסדרים המגבילים את הסחר (restraint of “trade”) והוא חל על כל סוגי ההסדרים, לרבות הסדרים אנכיים. גם חוק קלייטון עוסק בסוגים מסוימים של הסדרים, הסדרי בלעדיות והסדרי קשירה. חוק נציבות הסחר הפדרלית גם הוא יכול להיות מוחל על הסדרים אנכיים.

11.1.2 ציוני דרך בהתפתחות הפסיקה

א. *Dr. Miles Medical Company v. John D. Park & Sons* (1911)²⁶⁷

זהו אחד מפסקי הדין הישנים ביותר בארצות הברית הן בהסדרים אנכיים. בפרשה זו אסר בית המשפט העליון על הסדרי הכתבת מחיר מינימום (Resale Price Maintenance)

²⁶³ ראו גילה, לעיל הערה 220, בעמ' 112.

²⁶⁴ Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C. §§ 1-7.

²⁶⁵ Clayton Act, 15 U.S.C. §§ 12-27, 29 U.S.C. §§ 52-53.

²⁶⁶ 1914 ותוקן באופן משמעותי ב-1936 על ידי חוק רובינסון-פטמן (Robinson-Patman Act of

1936) (or Anti-Price Discrimination Act, 15 U.S.C. § 13) וב-1950 על ידי חוק האנטי מיזוג

של סלר-קפאוור (Anti-Merger Act (1950) or Celler-Kefauver Act).

²⁶⁶ The Federal Trade Commission Act (1914), 15 U.S.C. §§ 41-51.

²⁶⁷ 220 U.S. 373 (1911).

וקבע שהם לא חוקיים על פניהם (פר סה). מאוחר יותר, ב-1968, הובהר בפרשת *Albrecht v. Herald Co.*²⁶⁸ כי גם הכתבת מחירי מקסימום אסורה על פניה.

ב. *United States v. Colgate & Co.* (1919)²⁶⁹

בפסק דין זה סייג בית המשפט העליון את הלכת ד"ר מיילס בקבעו שהיא אינה חלה על מצב שבו הספק מצהיר כי הוא לא ימכור למפיץ, הסוטה מתחת למחיר המינימום לצרכן, שעליו המליץ הספק. על פי פסק הדין מדובר באקט חד-צדדי של הספק ולא בהסדר ומכאן שהלכת ד"ר מיילס, העוסקת בהסדרים, איננה חלה.

ג. *International Salt Co. Inc. v. United States* (1947)²⁷⁰

חברת *International Salt* הייתה היצרנית הגדולה ביותר של מלח תעשייתי בארצות-הברית ובעלת פטנטים על שני סוגים של מכוונות למוצרי מלח. היא סיפקה את המכוונות באמצעות חווי שכירות שדרשו מהשוכר לקנות מהמשכירה את כל המלח שבו השתמשו במכוונות. ממשלת ארצות-הברית טענה שהסדרי הקשירה הם בניגוד לסעיף 1 של חוק שרמן ולסעיף 3 של חוק קלייטון. בית המשפט העליון קבע שקשירת מוצר אחד (מכוונה) במוצר אחר (מלח) אסורה על פניה, הן על פי סעיף 1 של חוק שרמן והן על פי סעיף 3 של חוק קלייטון, לפחות כאשר יש לספק מעמד מונופוליסטי בשוק של המוצר הקושר.

ד. *White Motor Co. v. U.S.* (1963)²⁷¹

בתיק זה טענה המדינה כי חווי הזיכיון של חברת וייט, יצרנית משאיות, הם הפרות על פניהם של חוק שרמן, שכן חווי הזיכיון הכתיבו את המחיר לצרכן והגבילו את האזורים הגיאוגרפיים שבהם מפיצים יכלו למכור משאיות וחלקי חילוף, וכן את סוג הלקוחות שהמפיצים יכולים למכור להם. בית המשפט דלמטה קיבל את עמדת המדינה. הנתבעת ערעה על פסק הדין בטענה שישנן הצדקות עסקיות פרו-תחרותיות להגבלות שהציבה. בית המשפט העליון הפך את ההחלטה וקבע כי הכלל הראוי להסדרים אנכיים הקובעים טריטוריות בלעדיות הוא כלל הסבירות (Rule of Reason). על פי כלל זה, לפני שבית המשפט מכתים את ההסדר כבלתי חוקי, יש לנתח את השפעת ההסדר על התחרות בשוקים הרלוונטיים, לרבות בדיקת יתרונות פרו-תחרותיים של ההסדר שיכולים לפצות על פגיעתו בתחרות.

268 390 U.S. 145 (1968)

269 250 U.S. 300 (1919)

270 332 U.S. 392 (1947)

271 372 U.S. 253 (1963)

ה. *Continental T. V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.* (1977)²⁷²

חברת GTE סילבניה שעסקה בייצור מקלטי טלוויזיה ניסתה לשפר את עמדתה בשוק על ידי משיכה של קמעונאים אגרסיביים ומוכשרים יותר. לשם כך היא הגבילה את מספר הקמעונאים שלהם העניקה זיכיון בכל אזור ודרשה מכל זכיון למכור את מוצריה רק מאזורים שבהם היה להם זיכיון. קונטיננטל, אחד המפיצים של סילבניה, טען שסילבניה הפרה בכך את סעיף 1 של חוק שרמן. בית המשפט המחוזי, בהסתמך על פסיקת בית המשפט העליון בעניין *Schwinn*,²⁷³ קבע כי הסדר הטריטוריות הבלעדיות אסור על פניו, אולם בית המשפט הפדרלי לערעורים הפך את ההחלטה, בקבעו שיש לבחון הסדרי טריטוריות בלעדיות תחת כלל הסבירות. הוא ציין שהסדרים מסוג זה היו בשימוש נרחב ושעשויים להיות להם השפעות פרו־תחרותיות באמצעות הגברת יעילות ההפצה של המוצר. בית המשפט העליון אישר את קביעת בית המשפט לערעורים וקבע כי הסדרים אנכיים שאינם קשורים למחיר ייבחנו תחת כלל הסבירות ואינם אסורים על פניהם. באופן זה נהפכה הלכת *Schwinn*.

ו. *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.* (1984)²⁷⁴

חברת מונסנטו ייצרה מוצרים כימיים, לרבות קוטלי עשבים לחקלאות. ספריי-רייט הייתה מפיצה מורשית של קוטלי העשבים של מונסנטו מ-1957 עד 1968. ב-1968, מונסנטו סירבה לחדש את הסכם ההפצה השנתי של ספריי-רייט, לאחר שמפיצים אחרים התלוננו על מחיריה הנמוכים של ספריי-רייט. ספריי-רייט תבעה את מונסנטו לדין בבית המשפט הפדרלי המחוזי על עבירה על סעיף 1 לחוק שרמן, בטענה שמונסנטו וחלק ממפיציה היו מעורבים בהסדרי הכתבת מחירים ושסירוב מונסנטו לחדש את חוזה ההפצה עמה נועד לתמוך בהסדרי הכתבת מחירים. בית המשפט המחוזי קבע כי אכן מדובר בהכתבת מחירים האסורה על פניה. בית המשפט לערעורים אישר את ההחלטה. בית המשפט העליון אישר את מסקנת בית המשפט לערעורים. אולם רק משום שהיו מספיק ראיות להסכם מפורש בין מונסנטו למפיציה להכתבת מחירי מינימום. עם זאת בית המשפט העליון הפך את מסקנת בית המשפט הערעורים וקבע שלא ניתן לבסס מסקנה כי מדובר בהסדר רק על סמך העובדה שמונסנטו סרבה למכור לספריי רייט בעקבות תלונות של מפיצים אחרים לגבי מחיריה הנמוכים של ספריי רייט. בהתאם, לא ניתן לתקוף התנהגות מעין זו גרדא כהסדר אנכי להכתבת מחירי מינימום.

272 433 U.S. 36 (1977)

273 *United States v. Arnold, Schwinn and Co.*, 388 U.S. 365 (1967)

274 465 U.S. 752 (1984)

ז. *State Oil Co. v. Khan* (1997)²⁷⁵.

Khan והתאגיד שבשליטתו נכנסו להסכם עם חברת State Oil לחכירה ולתפעול תחנת דלק וחנות מינימרקט שבבעלות סטייט אויל. ההסדר הכתיב מחיר מקסימום לצרכן שאל ל-Kahn לגבות מעליו. בית המשפט העליון הפך בפסק דין זה את הלכת *Albrecht v. Herald Co.* מ-1968²⁷⁶, שבה נקבע שהכתבת מחירי מקסימום אסורה על פניה, וקבע כי הכתבת מחירי מקסימום תיבחן תחת כלל הסבירות.

ח. *Leegin Creative Leather Prods. v. PSKS, Inc.* (2007)²⁷⁷.

בפרשה זו הפך בית המשפט העליון האמריקני את הלכת *Dr. Miles* מ-1911, הנזכרת לעיל, שלפיה הסדרי הכתבת מחיר מינימום הם אסורים על פניהם, והחיל על הסדרים מעין אלה את כלל הסבירות. בפרשה זו נטען על ידי קמעונאי כי Leegin, יצרנית של מוצרי עור שמכרה לו חגורות, הכתיבה מחיר מינימום לצרכן והפסיקה למכור לו בגלל שהלה הוריד מחירים אל מתחת למחיר המינימום המוכתב. ברוב של חמישה שופטים מול ארבעה, הוכרע כי בעוד שהסדרי הכתבת מחירי מינימום עלולים, במקרים מסוימים, לפגוע בתחרות, יכולים להיות בהם גם יתרונות פרו־תחרותיים הדומים, עקרונית, לאלה של הסדרים אנכיים אחרים, שכבר נפסק בעבר כי חל עליהם כלל הסבירות. בהתאם, נפסק ברוב דעות כי גם על הכתבת מחירי מינימום יחול כלל הסבירות.

11.2 האיחוד אירופי

11.2.1 חקיקה וקווים מנחים

סעיף 81(1) לאמנת רומא אוסר על הסדרים שמטרתם או תוצאתם למנוע או להגביל את התחרות בשוק המשותף.²⁷⁸ הסדרים שנכנסים לגדרו הם אסורים אלא אם קיבלו פטור מכוח סעיף 81(3) לאמנה. בהנחיות האיחוד האירופי להסדרים אנכיים²⁷⁹ ציינה הנציבות האירופאית כי להסדרים אנכיים יכולות להיות השפעות אנטי תחרותית, אך יכולים להיות

²⁷⁵ 522 U.S. 3 (1997).

²⁷⁶ 390 U.S. 145 (1968).

²⁷⁷ 2007 U.S. LEXIS 8668 (U.S. 2007).

²⁷⁸ EC Treaty (ex Article 85), Article 81 (להלן: אמנת רומא); ראו את נוסח הסעיף באתר הנציבות האירופאית http://ec.europa.eu/comm/competition/legislation/treaties/ec/art81_en.html.

²⁷⁹ Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, לעיל הערה 144.

להם גם יתרונות פרו־תחרותיים. מכוח סעיף 81(3) חוקק פטור סוג להסדרים אנכיים.²⁸⁰ כדי שפטור הסוג יחול, נתח השוק של כל אחד מן הצדדים להסדר האנכי חייב להיות 30% או פחות מכך, בכפוף למגבלות ולתנאים הקבועים בפטור הסוג. במקרים מתאימים, הנציבות מוסמכת לבטל את תחולתו של פטור הסוג על הסדר אנכי מסוים. הסדרים אנכיים שאינם נכללים בפטור הסוג ייבחנו ישירות מכוח סעיף 81(1). מי שטוען כי הסדר אנכי הוא כובל, צריך להראות כי הוא עלול לפגוע באופן משמעותי בתחרות. הצדדים להסדר יכולים להרים מצדם את הנטל כי מתקיימים, במקרה נתון, תנאי סעיף 81(3), המאפשרים לנציבות לפטור את ההסדר. ארבעת התנאים לתחולת סעיף 81(3) הם:

1. על ההסדר לתרום לשיפור הייצור, לשיפור ההפצה או לטיפוח התקדמות טכנולוגית או כלכלית;
2. על ההסדר לאפשר לצרכנים ליהנות מחלק הוגן מתועלות אלו;
3. ההסדר לא מטיל מגבלות אנכיות שאינן הכרחיות להשגת תועלות אלו;
4. ההסדר לא מאפשר לפגוע בתחרות בחלק משמעותי של השוק הרלוונטי.

בהתקיים ארבעת התנאים המצטברים הנ"ל, הנציבות מוסמכת לפטור את ההסכם רטרואקטיבית מהתאריך שבו נוצר ההסדר. אין חובה לקבל אישור מראש של הנציבות כי ההסדר נהנה מסעיף 81(3), אם כי הדבר אפשרי אם הפירמות בוחרות בכך. מבחינה זו סעיף 81(3) דומה לכלל הסבירות האמריקני, אך הוא מחמיר יותר משתי בחינות: ראשית, תחת כלל הסבירות האמריקני, אין הכרח כי המגבלות שההסדר מטיל יהיו הכרחיות להשגת התועלות שבהסדר. כל עוד התועלות הפרו־תחרותיות עולות על פגיעותיו של ההסדר, הוא לגיטימי על פי כלל הסבירות. שנית, גם הסדר שמאפשר לפירמה לדחוק מתחרים עשוי להיות לגיטימי על פי כלל הסבירות, אם יש בו יתרונות פרו־תחרותיים. עם זאת כפי שמודגש בסעיף 121 להנחיות הנציבות בעניין הסדרים אנכיים,²⁸¹ כלל סבירות, בסגנון כלל הסבירות האמריקני, מופעל ממילא לצורך הבחינה אם ההסדר הוא בכלל כובל לפי סעיף 81(1).

11.2.2 ציוני דרך בהתפתחות הפסיקה

א. Grundig (1966)²⁸²

גרונדיג וקונסטן ערכו הסכם שמטרתו העיקרית הייתה למנוע מחברות אחרות לייצא את מוצרי גרונדיג לצרפת ולמנוע מקונסטן לייצא את המוצרים האלה למדינות אחרות בשוק

280 Commission Regulation (EC) No. 2790/1999, לעיל הערה 144.

281 ראו לעיל הערה 144.

282 *Consten and Grundig-Verkaufs-GmbH v. Commission of the European Economic Community*, 1966 ECR 299; (1966) 1 CMLR 418.

המשותף. הנציבות האירופאית החליטה כי ההסכם מפר את הדרישות של סעיף 85 לאמנת רומא.²⁸³ קונסטן וגרונדיג ערערו בפני בית המשפט האירופאי. הן טענו שהאיסור בסעיף 85 (1) תקף רק לגבי הסדרים אופקיים. בית המשפט דחה טענה זו וקבע כי סעיף 85(1) חל הן על הסדרים אופקיים והן על הסדרים אנכיים. בית המשפט בפרשה זו יישם הלכה למעשה כלל של איסור ההסדר האנכי על פניו, מן הבחינה שהוא הסתפק בקביעה שההסכם נכרת במטרה למנוע או להגביל את התחרות ולא דרש ניתוח כלכלי המראה פגיעה מסתברת בתחרות.

ב. Volkswagen (1998)²⁸⁴

החלטה זו מצביעה על המדיניות המחמירה של הנציבות האירופית בנוגע להכתבת מחירי מינימום. הנציבות הטילה קנס של 30.96 מיליון אירו על פולקסוואגן AG, יצרנית המכוניות הגדולה ביותר באירופה, על כך שהורתה למפיצי פולקסוואגן בגרמניה לגלות משמעת מחירים בין השנים 1996 ו-1997 ואסרה עליהם למכור את הפאסאט החדשה במחירים נמוכים משמעותית מהמחיר המומלץ לצרכן. נקבע כי הכתבת מחירי המינימום מפרה את סעיף 81(1) ומופיעה ברשימה השחורה של סעיף 6 (1) של פטור הסוג להסדרי הפצה ושירות לכלי רכב,²⁸⁵ הכוללת מצב שבו הספק מגביל באופן ישיר או עקיף את החופש של הסוחר לקבוע מחירים והנחות במכירת הסחורות נשוא חוזה ההפצה.

ג. Opel (2000)²⁸⁶

בהולנד, מחירי המכוניות הם לרוב נמוכים באופן משמעותי מאשר בשאר מדינות האיחוד, כגון גרמניה, צרפת ובריטניה. אופל הגיעה להבנות עם חלק מהמפיצים ההולנדיים שלפיהן הם לא ימכרו מחוץ להולנד וגם שללה תשלומי בונוס ממפיצים הולנדיים שמכרו מחוץ להולנד.

הנציבות קבעה כי מדובר בהפרה של סעיף 81(1) שאיננה נהנית מפטור הסוג העוסק בהפצת כלי רכב, בפרט מכיוון שקיימת בהסדר הגבלה של חופש המפיץ למכור למפיצים אחרים של אופל במדינות אחרות.²⁸⁷ הנציבות קנסה את אופל הולנד ב-43 מיליון אירו.

283 כיום סעיף 81(1).

284 עניין Volkswagen, לעיל הערה 122.

285 Article 6 (1), point 6, of Regulation No. 1475/95.

286 Opel. Commission Decision of 20.09.00 relating to a proceeding pursuant to Article 81

(ex Article 85) of the EC Treaty. OJ L59/1 of 28.02.01.

287 ראו למשל פסקה 135 להחלטת הנציבות, שם.

ד. Nintendo (2002)²⁸⁸

בין השנים 1991 ו-1998 נינטנדו ושבעה מהמפיצים שלה באירופה שיתפו פעולה באופן שכל מפיץ היה מחויב למנוע יבוא מקביל מהטריטוריה שלו לטריטוריות אחרות. מפיצים שמכרו לגורמים שמכרו את המוצר מחוץ לטריטוריה שלהם נענשו על ידי נינטנדו בכך שקיבלו משלוחים קטנים יותר או הוחרמו. גם כאן הנציבות גינתה את ההסדרים כמפרים את סעיף 81(1), בפרט משום שהמגבלות היו גם על מכירת המוצרים על ידי מפיץ אחד למפיץ מורשה אחר הפועל מחוץ לטריטוריה של המפיץ הראשון או לאדם החפץ לשווק בעצמו את המוצרים מחוץ לטריטוריה של המפיץ. הנציבות הטילה על נינטנדו קנס של 167.843 מיליון אירו.

ה. Microsoft (2004)²⁸⁹

מיקרוסופט הגבילה את היכולת של מחשבים אישיים עם מערכת הפעלה מסוג Windows לתקשר עם שרתי קבוצות עבודה שאינם של מיקרוסופט וכן קשרה את נגן המדיה שלה, Windows Media Player (WMP), מוצר שהתחרה עם נגני מדיה של יצרנים אחרים, עם מערכת ההפעלה שלה, Windows, ששולטת בשוק. התנהלות זו אפשרה למיקרוסופט לזכות במעמד דומיננטי גם בשוק מערכות ההפעלה לשרתי קבוצות עבודה והחלישה באופן משמעותי את התחרות בשוק נגני המדיה. הנציבות הורתה למיקרוסופט לחשוף בפני מתחריה בתוך 120 יום את הממשקים הדרושים בשביל שמוצריהם יוכלו לתקשר עם מערכת ההפעלה Windows. מיקרוסופט חויבה גם להציע תוך 90 יום גרסת מערכת הפעלה Windows ללא נגן המדיה WMP ליצרני מחשבים אישיים (או במכירה ישירה למשתמשי קצה). בנוסף, נקנסה מיקרוסופט ב-497 מיליון אירו. העוגן המשפטי להתערבות כנגד מיקרוסופט היה סעיף 82 לאמנת רומא,²⁹⁰ האוסר על בעל מונופולין לנצל לרעה את כוחו.

Nintendo. Commission Decision of 30.10.02 relating to a proceeding pursuant to Article 288
81 (ex Article 85) of the EC Treaty. OJ L255/33 of 8.10.03

Microsoft. Commission Decision of 24.03.04 relating to a proceeding pursuant to Article 289
82 of the EC Treaty. (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft)

לעיל הערה 278 290

נספחים טכניים

נספח א: בעיית השוליים הכפולים

בסעיף זה ננתח באופן פורמלי את הדוגמה אשר מופיעה בסעיף 2. כזכור, הדוגמה עוסקת בספק אשר מייצר בעלות קבועה של c ליחידה ומוכר את המוצר למפיץ יחיד במחיר סיטונאי של w ליחידה. למפיץ אין עלויות משתנות נוספות מלבד המחיר הסיטונאי והוא מוכר את המוצר לצרכנים במחיר של p ליחידה. פונקציית הביקוש של הצרכנים למוצר נתונה על ידי $Q(p)$.

הרווח של הספק שווה למספר היחידות הנמכרות, כפול הרווח ליחידה מנקודת ראותו, כלומר ההפרש בין המחיר הסיטונאי ליחידה, w , לעלות הייצור ליחידה, c :

$$\Pi^M(w) = Q(p)(w-c).$$

הרווח של המפיץ שווה למספר היחידות הנמכרות כפול הרווח ליחידה מנקודת ראותו, קרי ההפרש בין המחיר לצרכן, p , לעלות מנקודת ראותו של המפיץ, שהיא המחיר הסיטונאי ליחידה, w , בניכוי עלויות שיווק קבועות K :

$$\Pi^R(p) = Q(p)(p-w) - K.$$

כדאי לשים לב שהן הספק והן המפיץ מוכרים $Q(p)$ יחידות מוצר משום שהמפיץ רוכש מהספק בדיוק את מספר היחידות שהוא מעוניין לשווק לצרכנים.

המפיץ יבחר את המחיר לצרכן, p , על מנת למקסם את רווחיו. המחיר לצרכן, p^* , יקבע לכן לפי תנאי הסדר הראשון הבא:

$$Q(p) = -Q_p(p)(p-w),$$

כאשר $-Q_p(p)$ מבטא את הירידה במכירות בעקבות עלייה של שקל אחד במחיר לצרכן (כיוון שהביקוש למוצר קטן ככל שמחירו גדל, הרי ש- $Q_p(p)$ הוא מספר שלילי ולפיכך $-Q_p(p) > 0$). תנאי זה מראה שהתועלת השולית למפיץ מייקור מחיר המוצר בשקל (הצד השמאלי של המשוואה) שווה בדיוק לנזק השולי שייקור מחיר המוצר בשקל מסב למפיץ (הצד הימני של המשוואה). התועלת השולית למפיץ שווה ל- $Q(p)$ משום שהמפיץ מרוויח שקל אחד נוסף בגין כל יחידה שהוא משווק לצרכנים. הנזק השולי של המפיץ נובע מכך שייקור מחיר המוצר בשקל מביא לירידה של $-Q_p(p)$ בכמות הנמכרת. כיוון שהרווח של המפיץ בגין כל יחידה נמכרת הוא $p-w$, הרי שהירידה ברווח המפיץ עקב העלאת המחיר שווה בדיוק ל- $-Q_p(p)(p-w)$. הסיבה שהמחיר נקבע כך שהתועלת השולית מהעלאת המחיר בשקל שווה בדיוק לנזק השולי מהעלאה זו היא שכל עוד התועלת השולית רבה מהנזק השולי, כדאי למפיץ לייקר את מחיר המוצר. בדומה, כל עוד הנזק השולי היה גדול מהתועלת השולית, היה כדאי למפיץ להוזיל את מחיר המוצר. כאשר התועלת השולית שווה לנזק השולי, לא כדאי למפיץ לייקר את מחיר המוצר ולא כדאי לו להוזיל אותו ולפיכך המחיר p^* הוא אופטימלי.

ניתן לראות שהתנאי אשר לפיו נקבע המחיר לצרכן, p^* , תלוי במחיר הסיטונאי, w . בפרט, ככל ש- w גבוה, כך קטן הרווח של המפיץ בגין כל יחידה נמכרת ולכן גם הנזק השולי מייקור מחיר המוצר בשקל קטן, מנקודת ראותו של המפיץ. כיוון שהתועלת השולית מייקור מחיר המוצר איננה מושפעת מהמחיר הסיטונאי (w איננו מופיע בצד השמאלי של התנאי), בעוד שהנזק מייקור כזה קטן יותר ככל ש- w גדול יותר, ברור שלמפיץ יש תמריץ רב יותר לייקר את מחיר המוצר לצרכן ככל שהמחיר הסיטונאי גבוה יותר. לפיכך עלייה במחיר הסיטונאי, w , תגרור עלייה במחיר לצרכן, p^* .

הספק מצדו מביא בחשבון את העובדה שייקור המחיר הסיטונאי מייקר את המחיר הסופי לצרכן ולכן מביא לירידה בכמות הנמכרת. פועל יוצא מכך הוא שמנקודת ראותו של הספק יש תחלופה בין היתרון הגלום בהעלאת המחיר הסיטונאי ליחידה (רווח גדול יותר בגין כל יחידה נמכרת) לבין הנזק הנובע מכך (ירידה במכירות). לכן הספק יקבע מחיר סיטונאי, w , אשר יביא בחשבון שתי השפעות מנוגדות אלו. לענייננו, די אם נשים לב לכך שהמחיר הסיטונאי שהספק יקבע יהיה גבוה מעלות הייצור ליחידה, c , כדי להבטיח לספק רווח חיובי.

כדי לראות את תופעת השוליים הכפולים, כדאי לשים לב לכך שלו הספק והמפיץ היו מתמזגים, כי אז המחיר לצרכן היה נקבע באופן שהיה ממקסם את הרווח המשותף שלהם. רווח זה היה שווה לכמות הנמכרת, $Q(p)$, כפול הרווח ליחידה שהוא ההפרש בין המחיר לצרכן ליחידה, p , לעלות הייצור ליחידה, c , בניכוי עלויות שיווק קבועות:

$$\Pi^{VI}(p) = Q(p)(p-c) - K.$$

מחיר המוצר שממקסם את הרווח המשותף של הספק והמפיץ, p^{VI} , נקבע על פי התנאי הבא:

$$Q(p) = -Q_p(p)(p-c).$$

תנאי זה דומה לתנאי שלפיו נקבע מחיר המוצר כאשר הספק והמפיץ פועלים בנפרד, למעט הבדל אחד: עלות הייצור ליחידה, c , מחליפה את המחיר הסיטונאי ליחידה, w , בצד הימני של התנאי. במילים אחרות, כאשר הספק והמפיץ מתמזגים, המחיר לצרכן, p^{VI} , נקבע כאילו המחיר הסיטונאי הוא c .

כיוון שראינו כבר שהמחיר הסופי לצרכן גבוה ככל שהמחיר הסיטונאי גבוה וכיוון שהספק קובע מחיר סיטונאי העולה על עלות הייצור, ברור שכל עוד הספק והמפיץ פועלים בנפרד, המחיר הסופי לצרכן יהיה גבוה מהמחיר שהיה נקבע לו הספק והמפיץ היו מתמזגים. כלומר $p^{VI} > p^*$. הסיבה לכך היא שכאשר הספק והמפיץ פועלים בנפרד, כל אחד מהם שומר לעצמו על שולי רווח מעבר לעלות הרלוונטית עבורו ודבר זה מנפח את המחיר הסופי לצרכן. אי לכך, הכמות הנמכרת תהיה קטנה יותר מזו שהייתה נמכרת לצרכנים לו הספק והמפיץ היו מתמזגים. מצב זה בעייתי משום שכל עוד הצרכנים מוכנים לשלם עבור המוצר מחיר העולה על עלות ההספקה שלו (עלות הייצור ועוד עלות השיווק) כדאי מבחינה כלכלית לייצר יחידות נוספות – ייצור כזה מגדיל את תועלתם של הצרכנים ביותר ממה

שהוא מגדיל את עלויות הייצור.²⁹¹ אולם בשווי משקל, מחירו של המוצר, p^* , עולה על סך העלות שלו שהיא c . אמנם עובדה זו נכונה גם כאשר הספק והמפיץ מתמזגים שכן כדי למקסם את הרווח המשותף שלהם הם יקבעו מחיר כך ש- $p^{VI} > c$. אולם כיוון ש- $p^* > p^{VI}$, הבעיה חריפה יותר כאשר הספק והמפיץ פועלים בנפרד.

פתרון בעיית השוליים הכפולים באמצעות הכתבת מחיר מקסימום לצרכן

נניח שהספק מכתוב למפיץ מחיר מקסימום השווה למחיר שהספק והמפיץ היו קובעים לו הם היו פועלים כגוף אחד, p^{VI} . כיוון שהמפיץ מצדו מעוניין להעלות את המחיר לצרכן עד לרמה של p^* , שעולה על p^{VI} , מחיר המקסימום p^{VI} הוא הרע במיעוטו מנקודת ראותו, ולכן הוא יקבע לצרכן מחיר השווה בדיוק למחיר המקסימום. בהינתן המחיר p^{VI} , הרווח של הספק הוא

$$\Pi^M(w) = Q(p^{VI})(w-c),$$

ואילו הרווח של המפיץ הוא

$$\Pi^R(p^{VI}) = Q(p^{VI})(p^{VI}-w)-K.$$

אם הספק יקבע מחיר סיטונאי השווה ל- p^{VI} , אזי הספק יוכל לצבור את מלוא הרווח מייצור ושיווק המוצר. הרווח שייצבר בידי הספק הוא

$$\Pi^M(p^{VI}) = Q(p^{VI})(p^{VI}-c)-K.$$

רווח זה שווה לרווח המקסימלי שהספק והמפיץ יכולים לצבור גם יחד כאשר הם פועלים כגוף אחד. התוצאה היא אפוא שבעיית השוליים הכפולים נפתרת כליל.

נספח ב: תמריץ חסר להשקעה במאמצי שיווק (Downstream Moral Hazard) בהפצה בלעדית

כדי להמחיש באופן פורמלי את בעיית תמריץ החסר להשקעה במאמצי שיווק כפי שהיא מתעוררת במערכת היחסים שבין ספק למפיץ בלעדי, נבחן את הדוגמה הבאה: ספק מייצר בעלות קבועה של c ליחידה ומוכר את המוצר למפיץ יחיד במחיר סיטונאי של w ליחידה. המפיץ מצדו נושא בעלות שיווק כוללת הנתונה על ידי $K(e)$, כאשר e הם מאמצי השיווק של המפיץ, והוא מוכר את המוצר לצרכנים במחיר של p ליחידה. פונקציית הביקוש של

²⁹¹ המחיר המקסימלי שהצרכנים מוכנים לשלם עבור המוצר מתאר את הנכונות שלהם לוותר על מוצרים אחרים כדי לקבל יחידה נוספת של המוצר. עלות הייצור היא הוותר הנדרש מבחינת המשק כדי לייצר יחידה נוספת. לכן אם נכונות הצרכנים לשלם עבור המוצר עולה על העלות להספקתו, כדאי מבחינת יעילות כלכלית להגדיל את היקף הייצור. כאשר יחידות שייצורן יעיל אינן מיוצרות, נגרם למשק אובדן רווחה בגובה ההפרש בין המחיר המקסימלי שהצרכנים מוכנים לשלם לבין עלות הייצור של המוצר.

הצרכנים למוצר נתונה על ידי $Q(p,e)$, כאשר עלייה במאמצי השיווק, e , מעלה את הביקוש למוצר, בעוד שעלייה במחיר המוצר, p , מקטינה את הביקוש למוצר. הרווח של הספק שווה למספר היחידות הנמכרות, כפול ההפרש בין המחיר הסיטונאי ליחידה, w , לעלות הייצור ליחידה, c :

$$\Pi^M(w) = Q(p,e)(w-c).$$

יש לשים לב שהרווח של הספק תלוי במחיר הסיטונאי w לא רק ישירות אלא גם בעקיפין, משום שהמחיר הסיטונאי משפיע בין השאר גם על המחיר לצרכן וגם על מאמצי השיווק של המפיץ, ולפיכך גם על המכירות של הספק.

הרווח של המפיץ שווה למספר היחידות הנמכרות, כפול ההפרש בין המחיר לצרכן ליחידה, p , לבין עלות מנקודת ראותו של המפיץ שהיא המחיר הסיטונאי ליחידה, w , בניכוי עלות השיווק $K(e)$:

$$\Pi^R(p,e) = Q(p,e)(p-w) - K(e).$$

המפיץ יבחר את המחיר לצרכן, p , ואת מאמצי השיווק, e , באופן אשר ימקסם את רווחיו. המחיר לצרכן, p^* , ומאמצי השיווק, e^* , יקבעו כך ששני התנאים הבאים יתקיימו:

$$Q(p,e) = -Q_p(p,e)(p-w);$$

$$Q_e(p,e)(p-w) = K'(e),$$

כאשר $-Q_p(p,e)$ היא הירידה בהיקף המכירות עקב עלייה של שקל אחד במחיר לצרכן, $Q_e(p,e)$ היא העלייה בהיקף המכירות עקב עלייה של שקל אחד בהוצאות השיווק של המפיץ, ו- $K'(e)$ היא העלות השולית של מאמצי השיווק. הצד השמאלי של שני התנאים משקף את התועלת השולית למפיץ מייקור מחיר המוצר בשקל ומהגברת מאמצי השיווק ליחידה בשקל, בהתאמה, ואילו הצד הימני משקף את העלות השולית מפעולות אלו. באופטימום, התועלת השולית והעלות השולית צריכות להיות שוות זו לזו – כל עוד התועלת השולית למפיץ מייקור מחיר המוצר בשקל עולה על (נופלת מ-) העלות השולית ממהלך זה, כי אז כדאי למפיץ לייקר (להוזיל) את מחיר המוצר ובכך להגדיל את הרווח שלו. בדומה, כל עוד התועלת השולית למפיץ מהגדלת מאמצי השיווק ליחידה עולה על (נופלת מ-) העלות השולית ממהלך זה, כי אז כדאי למפיץ להגביר (לצמצם) את מאמצי השיווק שלו ובכך להגדיל את הרווח שלו.

התנאי הראשון זהה כמעט לחלוטין לתנאי שקבלנו בנספח א כאשר דנו בבעיית השוליים הכפולים. ההבדל היחידי הוא שכעת הכמות הנמכרת תלויה גם במאמצי השיווק של המפיץ. ברם הבדל זה לא משנה את העובדה שכל עוד הספק איננו יכול לשאוב רווחים מהמפיץ באמצעות דמי זיכיון קבועים (לפחות לא במידה מספקת), יהיה לו אינטרס לשמור על שולי רווח חיוביים באמצעות קביעת מחיר סיטונאי העולה על עלות הייצור של המוצר. כיוון שגם למפיץ יהיה אינטרס לשמור על שולי רווח חיוביים, תיווצר בעיה של שוליים כפולים: מחיר המוצר יהיה גבוה מדי והכמות הנמכרת קטנה מדי, לעומת מצב שבו הספק והמפיץ היו פועלים כגוף אחד.

נוסף על בעיית השולים הכפולים, שולי הרווח שהספק משאיר לעצמו יוצרים גם בעיה של תמריץ חסר להשקעה במאמצי שיווק (downstream moral hazard) – מאמצי השיווק של המפיץ יהיו נמוכים מאלו שהיו נקבעים לו הספק והמפיץ היו מתמזגים. כדי לראות את הבעיה, כדאי לשים לב לכך שהתועלת השולית למפיץ מהגברת מאמצי השיווק בשקל אחד לכל יחידת נמכרת, $Q_e(p,e)(p-w)$, שווה לעלייה בהיקף המכירות כתוצאה ממהלך זה, $Q_e(p,e)$, כפול הרווח למפיץ בגין כל יחידה נמכרת, $p-w$, היינו הפער בין מחיר המכירה של המוצר לעלות של המפיץ בגין כל יחידה נמכרת. באופטימום, התועלת השולית מהגברת מאמצי השיווק בשקל אחד לכל יחידה נמכרת, שווה לעלות השולית ממהלך זה, אשר משקפת את העובדה שכעת המשווק צריך להוציא שקל אחד נוסף בגין כל יחידה נמכרת ולכן סך הוצאותיו גדל ב- $Q(p,e)$ שקלים. כיוון שעלייה במחיר הסיטונאי, w , מותירה בידי המפיץ רווח קטן יותר בגין כל יחידה נמכרת, התועלת השולית שלו מהגברת מאמצי השיווק קטנה ככל ש- w גבוהה. לפיכך עלייה במחיר הסיטונאי מקטינה את התמריץ של המפיץ לקדם את מכירות המוצר.

לו הספק והמפיץ היו מתמזגים, כי אז המחיר לצרכן ומאמצי השיווק היו נקבעים במטרה למקסם את הרווח המשותף של הספק והמפיץ. רווח זה היה שווה למספר היחידות הנמכרות, $Q(p,e)$, כפול הרווח ליחידה שהוא ההפרש בין המחיר לצרכן ליחידה, p , לעלות הייצור ליחידה, c , בניכוי עלויות השיווק $K(e)$:

$$\Pi^{VI}(p,e) = Q(p,e)(p-c) - K(e).$$

מחיר המוצר האופטימלי, p^{VI} , ומאמצי השיווק האופטימליים, e^{VI} , היו נקבעים במקרה

זה כך ששני התנאים הבאים היו מתקיימים:

$$Q(p,e) = -Q_p(p,e)(p-c);$$

$$Q_e(p,e)(p-c) = K'(e).$$

אם נשווה את התנאי השני, שלפיו נקבעים מאמצי השיווק של הגוף הממוזג, e^{VI} , לתנאי שלפיו נקבעים מאמצי השיווק של המפיץ כאשר הוא פועל בנפרד מהספק, e^* , ניתן לראות שבעוד שהצד הימני של שני התנאים (צד זה מתאר את העלות השולית מהגברת מאמצי השיווק בשקל ליחידה נמכרת) זהה בשני המקרים, הצד השמאלי של שני התנאים (צד זה מתאר את התועלת השולית מהגברת מאמצי השיווק בשקל ליחידה נמכרת), קטן יותר כאשר שני הצדדים פועלים בנפרד. זאת משום שהרווח ליחידה מנקודת ראותו של המפיץ, $p-w$, קטן יותר מאשר הרווח ליחידה מנקודת ראותו של הגוף הממוזג, $p-c$. אשר על כן, המפיץ יקבע מאמצי שיווק קטנים מאלו שהגוף הממוזג היה קובע וסכום הרווחים של הספק והמפיץ יהיה קטן יותר מהרווח המשותף שלהם כאשר הם מתמזגים לגוף אחד.

כפי שנראה בסעיפים הבאים, בעיית תמריץ החסר להשקעה במאמצי שיווק הרבה יותר מורכבת כאשר הספק מוכר את המוצר שלו לכמה מפיצים אשר מתחרים זה בזה.

כאמור בגוף המאמר, א־פריורי, אין סיבה להניח שבעיית תמריץ החסר להשקעה באמצי שיווק, אשר מקטינה את הרווח המשותף של הספק והמפיץ, גם מזיקה לצרכנים. כדי לראות

זאת, ניתן לשים לב לכך של הצרכנים היו בוחרים את מאמצי השיווק בעצמם (אך גם נושאים בעלויות הנובעות ממאמצי שיווק אלו), כי אז הם היו בוחרים את רמת ההשקעה במאמצי שיווק, e , על מנת למקסם את עודף הצרכן שלהם (היינו ההפרש בין המחיר המקסימלי שהם מוכנים לשלם למחיר שהם נדרשים לשלם בפועל) בניכוי סך ההוצאה בגין מאמצי שיווק: $CS(p,e)-K(e)$.
 התנאי שלפיו מאמצי השיווק האופטימליים מנקודת ראותם של הצרכנים, e^{**} , היו נבחרים הוא:

$$CS_e(p,e) = K'(e),$$

כאשר $CS_e(p,e)$ היא העלייה בעודף הצרכן בעקבות עלייה של שקל אחד במאמצי השיווק ליחידה נמכרת. עודף הצרכן גדל בעקבות עלייה ב- e משום שעלייה כזו מגדילה את מספר היחידות הנמכרות ב- $Q_e(p,e)$ יחידות ועובדה זו מתורגמת לעלייה בעודף הצרכן משום שהצרכנים רוכשים את המוצר מרצונם החופשי ולכן ברור שרכישתו מיטיבה עמם. צד ימין של התנאי מתאר את העלות השולית של הגברת מאמצי השיווק מנקודת ראותם של הצרכנים.

כדי להשוות את e^{**} ל- e^{VI} ו- e^{VI-1} , נכתוב מחדש את התנאים שלפיהם נקבעים e^* ו- e^{VI-1} :

$$Q_e(p,e)(p-w) = K'(e);$$

$$Q_e(p,e)(p-c) = K'(e).$$

הצד הימני של שני התנאים זהה לצד הימני של התנאי שלפיו נקבע e^{**} . לכן ההבדל בין e^* לבין e^{VI} ו- e^{VI-1} (אם יש כזה) נובע רק כתוצאה מהצד השמאלי של שלושת התנאים, שכזכור משקף את התועלת השולית ממאמצי שיווק. כזכור, התועלת השולית עבור הצרכנים היא העלייה בעודף הצרכן, $CS_e(p,e)$. התועלת השולית עבור המפיץ היא $Q_e(p,e)(p-w)$, היינו הגידול במכירות, $Q_e(p,e)$, כפול הרווח ליחידה שהוא המחיר לצרכן בניכוי המחיר הסיטונאי. התועלת השולית עבור הספק והמפיץ כאשר הם פועלים כגוף אחד היא $Q_e(p,e)(p-c)$, היינו הגידול במכירות, $Q_e(p,e)$, כפול הרווח ליחידה מנקודת ראותם, קרי המחיר לצרכן בניכוי עלויות הייצור. כזכור, $Q_e(p,e)(p-w) < Q_e(p,e)(p-c)$ משום שהמחיר הסיטונאי, w , עולה על עלות הייצור, c . דא עקא, א-פריורי, לא ניתן לקבוע מהו היחס בין $Q_e(p,e)(p-c)$ לבין $Q_e(p,e)(p-w)$.

מבחינה תאורטית ייתכנו שלוש אפשרויות. ראשית, אם

$$Q_e(p,e)(p-w) < Q_e(p,e)(p-c) \leq CS_e(p,e),$$

אזי התועלת השולית ממאמצי שיווק מנקודת ראותם של הצרכנים גדולה מזו שמנקודת ראותם של הספק והמפיץ, גם כאשר הם פועלים כגוף אחד. לפיכך העובדה שהמפיץ משקיע פחות מאמצי שיווק מאשר במצב שבו הוא והספק מתמזגים פוגעת בצרכנים, שכן מאמצי השיווק מנקודת ראותם נמוכה מדי גם כאשר הספק והמפיץ מתמזגים, לא כל שכן כאשר

השניים פועלים בנפרד. חשוב לשים לב שהפגיעה בצרכנים היא במובן זה של הצרכנים היו בוחרים בעצמם את מאמצי השיווק, הם היו בוחרים מאמצי שיווק גבוהים יותר. לעומת זאת אם

$$CS_e(p,e) \leq Q_e(p,e)(p-w) < Q_e(p,e)(p-w),$$

אזי מאמצי השיווק של המפיץ גבוהים מדי מנקודת ראותם של הצרכנים, גם כאשר הספק והמפיץ פועלים כגוף אחד. אף שהצרכנים אינם משלמים עבור מאמצי השיווק במישרין, מאמצי השיווק מביאים לעלייה במחיר לצרכן ועל כן הצרכנים היו מעדיפים במקרה זה מאמצי שיווק נמוכים יותר. בעיית תמריץ החסר להשקעה במאמצי שיווק מועילה במצב זה לצרכנים. עם זאת הבעיה פוגעת ברווחיות של הספק והמפיץ. לפיכך ניסיון של הספק והמפיץ לפתור את הבעיה הוא אסטרטגיה עסקית לגיטימית – המטרה איננה לפגוע בתחרות כשלעצמה, אלא לשפר את רווחיותם של הספק והמפיץ. הפגיעה בצרכנים במקרה זה היא תוצאה של מהלך זה, אך לא המניע למהלך. מקרה שלישי שעשוי להתעורר הוא כאשר

$$Q_e(p,e)(p-w) \leq CS_e(p,e) \leq Q_e(p,e)(p-w),$$

כעת, הצרכנים היו מעדיפים שהמפיץ ישקיע מאמצי השיווק גדולים יותר. אולם כאשר הספק והמפיץ מתמזגים, מאמצי השיווק שלהם גבוהים מדי מנקודת ראותם של הצרכנים. במצב דברים כזה, עלייה מסוימת במאמצי השיווק של המפיץ תועיל לצרכנים אך רק עד לנקודה מסוימת. מנקודה זו ואילך, עלייה נוספת במאמצי השיווק לכיוון מאמץ השיווק האופטימלי עבור הספק והמפיץ כשהם פועלים כגוף אחד, תזיק לצרכנים. כמו במקרה של בעיית השוליים הכפולים, הסדרים אנכיים יכולים לפתור את בעיית תמריץ החסר להשקעה במאמצי שיווק. להלן נבחן את ההשפעה של שלושה הסדרים אנכיים שונים על תמריצי המפיץ להשקיע במאמצי שיווק: הכתבת סטנדרט איכות, גביית דמי זיכיון, והכתבת מכסת מכירות מינימלית.

פתרון בעיית תמריץ החסר להשקעה במאמצי שיווק באמצעות הכתבת מכסת מכירות מינימלית

כדי לראות כיצד הכתבת מכסת מכירה מינימלית למוצר עשויה לפתור את בעיית ה-downstream moral hazard, נניח שהספק מחייב את המפיץ למכור לפחות $Q(p^{VI}, e^{VI})$ יחידות, היינו הכמות שהייתה נמכרת לו מחיר המוצר לצרכן היה p^{VI} ומאמצי השיווק היו e^{VI} . יתר על כן, הבה נניח שהספק קובע למוצר מחיר סיטונאי השווה ל- p^{VI} . בהינתן מחיר סיטונאי זה, הרווח של המפיץ הוא

$$\Pi^R(p,e) = Q(p,e)(p-w^*) - K(e) = Q(p,e)(p-p^{VI}) - K(e).$$

המפיץ מעוניין לבחור את המחיר לצרכן, p , ואת מאמצי השיווק, e , באופן אשר ימקסם את הרווח שלו, בכפוף לכך שהצרכנים אכן יסכימו לרכוש לפחות $Q(p^{VI}, e^{VI})$ יחידות (אחרת המפיץ לא יעמוד במכסת המכירות שנקבעה לו).

ללא המגבלה על הכמות הנמכרת, המחיר האופטימלי לצרכן היה גבוה מ- p^{VI} (כדי להבטיח למפיץ שולי רווח חיוביים), ואילו מאמצי השיווק היו קטנים מ- e^{VI} (משום ששולי הרווח של המפיץ קטנים משולי הרווח של הספק). ברם כאשר $p > p^{VI}$ ואילו $e < e^{VI}$, הכמות הנמכרת קטנה מ- $Q(p^{VI}, e^{VI})$, ולכן המפיץ לא עומד במכסת המכירות שהספק קבע לו. לפיכך כדי לעמוד במכסה, המפיץ אנוס לקבוע מחיר לצרכן השווה ל- p^{VI} ועליו להשקיע סכום של e^{VI} בשיווק המוצר.

נספח ג: בעיית ה-Downstream Moral Hazard כאשר יש תחרות פניים מותגית

כדי להמחיש את הבעיה נבחן את הדוגמה הבאה: ספק מייצר בעלות קבועה של c ליחידה ומוכר את המוצר לשני מפיצים שונים, 1 ו-2, במחיר סיטונאי זהה של w ליחידה. המפיצים מצדם משקיעים מאמצי שיווק בגובה $K(e_1)$ ו- $K(e_2)$, בהתאמה, ומוכרים את המוצר במחירים p_1 ו- p_2 ליחידה. הביקושים שכל אחד מהמפיצים רואה לנגד עיניו תלויים במחירים ששני המפיצים קובעים ובמאמצי השיווק שלהם, והם נתונים על ידי $Q_1(p_1, p_2, e_1, e_2)$ ו- $Q_2(p_1, p_2, e_1, e_2)$. עלייה במחיר שקובע מפיץ אחד מקטינה את הביקוש שהוא רואה לנגד עיניו, אך מגדילה את הביקוש שהמפיץ המתחרה רואה לנגד עיניו, ואילו עלייה במאמצי השיווק של מפיץ אחד מגדילה את הביקוש שהוא רואה לנגד עיניו ומקטינה את הביקוש שהמפיץ המתחרה רואה לנגד עיניו.

הרווח של הספק שווה למספר היחידות הנמכרות על ידי שני המפיצים גם יחד, כפול ההפרש בין המחיר הסיטונאי ליחידה, w , לעלות הייצור ליחידה, c :

$$\Pi^M(w) = (Q_1(p_1, p_2, e_1, e_2) + Q_2(p_1, p_2, e_1, e_2))(w - c).$$

הרווח של כל אחד מהמפיצים שווה למספר היחידות הנמכרות, כפול ההפרש בין המחיר לצרכן שהוא גובה, לעלות מנקודת ראותו שהיא המחיר הסיטונאי ליחידה, w , בניכוי עלויות ההפצה:

$$\begin{aligned} \Pi_1^R(p_1, e_1) &= Q_1(p_1, p_2, e_1, e_2) (p_1 - w) - K(e_1); \\ \Pi_2^R(p_1, e_1) &= Q_2(p_1, p_2, e_1, e_2) (p_2 - w) - K(e_2). \end{aligned}$$

כל מפיץ יבחר את המחיר לצרכן ואת מאמצי השיווק שלו באופן אשר ימקסם את רווחיו. לכן המחירים לצרכן, p_1^* ו- p_2^* , ומאמצי השיווק, e_1^* ו- e_2^* , ייקבעו בשווי משקל כך שארבעת התנאים הבאים יתקיימו:

$$Q_1(p_1, p_2, e_1, e_2) = - \frac{\partial Q_1(p_1, p_2, e_1, e_2)}{\partial p_1} (p_1 - w),$$

$$\frac{\partial Q_1(p_1, p_2, e_1, e_2)}{\partial e_1} (p_1 - w) = K'(e_1),$$

$$Q_2(p_1, p_2, e_1, e_2) = - \frac{\partial Q_2(p_1, p_2, e_1, e_2)}{\partial p_2} (p_2 - w),$$

$$\frac{\partial Q_2(p_1, p_2, e_1, e_2)}{\partial e_2} (p_2 - w) = K'(e_2).$$

שני התנאים הראשונים קובעים את המחיר ומאמצי השיווק של מפעל 1 והם דומים לתנאים המקבילים אשר קובעים את המחיר לצרכן ואת מאמצי השיווק כאשר יש מפעל יחיד. שני התנאים האחרונים קובעים את המחיר ואת מאמצי השיווק של מפעל 2 והם אנלוגיים לאלו של מפעל 1. הצד השמאלי בכל תנאי משקף את התועלת השולית למפעל מייקור מחיר המוצר בשקל ומהגברת מאמצי השיווק ליחידה בשקל, בהתאמה, ואילו הצד הימני משקף את העלות השולית מפעולות אלו. כזכור, התועלת השולית למפעל מייקור מחיר המוצר בשקל נובעת מכך שהוא מקבל שקל אחד נוסף על כל היחידות שהוא מוכר. העלות השולית ממהלך זה נובעת מכך שייקור מחיר המוצר בשקל אחד מקטין את הכמות הנמכרת ב-

$$\frac{\partial Q_1(p_1, p_2, e_1, e_2)}{\partial p_1}$$

יחידות למפעל 1, וב-

$$\frac{\partial Q_2(p_1, p_2, e_1, e_2)}{\partial p_2}$$

יחידות למפעל 2 ולכן מביא לאובדן הרווח שהיה נצבר לו יחידות אלו היו נמכרות. התועלת השולית למפעל מהגברת מאמצי השיווק בשקל אחד לכל יחידה נמכרת שווה לעלייה במכירות כתוצאה ממהלך זה בגובה

$$\frac{\partial Q_1(p_1, p_2, e_1, e_2)}{\partial e_1}$$

יחידות למפעל 1, ו-

$$\frac{\partial Q_2(p_1, p_2, e_1, e_2)}{\partial e_2}$$

יחידות למפעל 2, כפול שולי הרווח לכל מפעל בגין כל יחידה נמכרת. העלות השולית ממהלך זה עבור המפיצים היא $K'(e_1)$ ו- $K'(e_2)$, בהתאמה.

לו הספק ושני המפיצים היו פועלים במשותף, כי אז המחירים לצרכן ומאמצי השיווק היו נקבעים במטרה למקסם את הרווח המשותף של שלושתם. כדאי לשים לב שכיוון ששני המפיצים אינם זהים מנקודת ראותם של הצרכנים (היינו אינם תחליפים מושלמים זה לזה),

כדאי להמשיך ולשווק את המוצר באמצעות שניהם גם לאחר מיזוג בין הספק לשני המפיצים. הרווח המשותף של הספק ושני המפיצים שווה לסך המכירות, כפול הרווח ליחידה, שהוא ההפרש בין המחיר לצרכן ליחידה לבין עלות הייצור ליחידה ועוד עלות ההפצה ליחידה:

$$\Pi^{VI}(p_1, p_2, e_1, e_2) = Q_1(p_1, p_2, e_1, e_2)(p_1 - c) - K(e_1) + Q_2(p_1, p_2, e_1, e_2)(p_2 - c) - K(e_2).$$
 המחירים לצרכן, p_1^{VI} ו- p_2^{VI} , ומאמצי השיווק, e_1^{VI} ו- e_2^{VI} , אשר ממקסמים את הרווח המשותף של הספק ושני המפיצים ייקבעו במקרה זה כך שארבעת התנאים הבאים יתקיימו:

$$Q_1(p_1, p_2, e_1, e_2) = -\frac{\partial Q_1(p_1, p_2, e_1, e_2)}{\partial p_1}(p_1 - c) - \frac{\partial Q_2(p_1, p_2, e_1, e_2)}{\partial p_1}(p_2 - c),$$

$$\frac{\partial Q_1(p_1, p_2, e_1, e_2)}{\partial e_1}(p_1 - c) + \frac{\partial Q_2(p_1, p_2, e_1, e_2)}{\partial e_1}(p_2 - c) = K'(e_1),$$

$$Q_2(p_1, p_2, e_1, e_2) = -\frac{\partial Q_2(p_1, p_2, e_1, e_2)}{\partial p_2}(p_2 - c) - \frac{\partial Q_1(p_1, p_2, e_1, e_2)}{\partial p_2}(p_1 - c),$$

$$\frac{\partial Q_2(p_1, p_2, e_1, e_2)}{\partial e_2}(p_2 - c) + \frac{\partial Q_1(p_1, p_2, e_1, e_2)}{\partial e_2}(p_1 - c) = K'(e_2).$$

כיוון ששני המפיצים דומים זה לזה, די אם נשווה את שני התנאים המתארים את המחיר ומאמצי השיווק של מפיץ 1 בשיווי משקל, p_1^* ו- e_1^* , עם שני התנאים המקבילים שלפיהם נקבעים המחיר ומאמצי השיווק של מפיץ 1, p_1^{VI} ו- e_1^{VI} , אשר ממקסמים את הרווח המשותף של הספק ושני המפיצים.

תחילה נבחן את התנאים שלפיהם נקבע המחיר לצרכן. כפי שניתן לראות, התועלת השולית מייקור המחיר לצרכן (צד שמאל של התנאי הרלוונטי) זהה כאשר כל מפיץ פועל בנפרד וכאשר הספק ושני המפיצים פועלים במשותף. לעומת זאת העלות השולית מייקור המחיר לצרכן (צד ימין של התנאי הראשון בשני המקרים) שונה בשני המקרים משתי סיבות: ראשית, כל עוד המחיר הסיטונאי, w , גבוה מעלות הייצור, c , שולי הרווח של מפיץ 1 נמוכים יותר משולי הרווח של הספק ושני המפיצים כאשר הם פועלים בצוותא. עובדה זו גורמת לבעיה של שוליים כפולים אשר מעודדת את מפיץ 1, כאשר הוא פועל בנפרד, לייקר את המחיר לצרכן מעבר למחיר שממקסם את הרווח המשותף של הספק ושני המפיצים. שנית, עלייה ב- p_1 גורמת לחלק מהצרכנים של מפיץ 1 להפסיק לרכוש את המוצר כלל ולחלק אחר של צרכנים לעבור למפיץ 2. בעוד שאובדן מכירות בגין צרכנים שמפסיקים

לרכוש את המוצר פוגעת הן במפיץ 1 כשהוא פועל בנפרד והן בספק ובשני המפיצים כאשר הם פועלים בצוותא, הרי שמעבר צרכנים ממפיץ 1 למפיץ 2 פוגע רק במפיץ 1 כאשר הוא פועל בנפרד, אך לא בספק ובשני המפיצים כאשר הם פועלים במשותף. לפיכך יש למפיץ 1, כאשר הוא פועל בנפרד, תמריץ להוזיל את מחיר המוצר מתחת למחיר שהיה ממקסם את הרווח המשותף של הספק ושני המפיצים.

המסקנה היא שבמערכת יחסים אנכית בין ספק לבין מפיצים מתחרים, נוצרות שתי בעיות מנוגדות בקביעת המחיר לצרכן. הבעיה הראשונה היא בעיה אנכית המתבטאת בכך שכל מפיץ נוטה לשמור לעצמו על שולי רווח חיוביים דבר אשר יוצר שוליים כפולים ופועל לעלייה במחיר לצרכן. הבעיה השנייה היא אופקית והיא פועלת בכיוון ההפוך: התחרות בין המפיצים מביאה לשחיקת המחיר לצרכן. כיוון ששתי הבעיות פועלות בכיוונים מנוגדים, לא ניתן לקבוע מראש אם המחיר לצרכן יהיה בסופו של דבר גבוה או נמוך מזה שהיה נקבע לו הספק ושני המפיצים היו פועלים בצוותא. עם זאת ברור שהתחרות בין שני המפיצים מקטינה את המחיר מעבר למה שהיה נקבע לו הספק היה משווק את המוצר באמצעות מפיץ בלעדי.

אשר להשוואה בין מאמצי השיווק של המפיצים כאשר כל אחד מהם פועל בנפרד וכאשר הם פועלים במשותף עם הספק, הרי שניתן לראות שהעלות השולית מהגברת מאמצי השיווק (צד ימין של שני התנאים הרלוונטיים) זהה בשני המקרים. לעומת זאת התועלת השולית מהגברת מאמצי השיווק (צד שמאל של התנאי הרלוונטי בשני המקרים) שונה בשני המקרים משתי סיבות. כיוון שהבעיות של שני המפיצים דומות, ניתן להסתפק בבחינה של מאמצי השיווק של מפיץ 1. ראשית, הרווח ליחידה מנקודת ראותו של מפיץ 1, p_1-w , קטן מאשר הרווח ליחידה מנקודת ראותו של הגוף הממוזג, p_1-c . עובדה זו יוצרת בעיית downstream moral hazard אשר מקטינה את התמריץ של מפיץ 1 להשקיע במאמצי שיווק. שנית, עלייה ב- e_1 , אשר מגדילה את הביקוש שמפיץ 1 רואה לנגד עיניו, מקטינה במקביל את הביקוש שמפיץ 2 רואה לנגד עיניו משום שהיא גורמת למעבר של חלק מהלקוחות של מפיץ 2 למפיץ 1. מעבר כזה של צרכנים מועיל אמנם למפיץ 1 כאשר הוא פועל בנפרד, אך איננו מועיל מנקודת ראותם של הספק ושני המפיצים כאשר הם פועלים במשותף. עובדה זו מעודדת כל מפיץ להשקיע מאמצי שיווק גדולים מדי יחסית לאלו שממקסמים את הרווח המשותף של הספק ושני המפיצים.

כמו במקרה של קביעת המחיר לצרכן, גם כאן נוצרות שתי בעיות מנוגדות: בעיה אנכית (downstream moral hazard) אשר יוצרת תמריץ להשקעת חסר במאמצי שיווק ובעיה אופקית (תחרות פנים-מותגית בין המפיצים על לבם של הצרכנים) אשר יוצרת תמריץ להשקעת יתר במאמצי שיווק. לפיכך לא ניתן לקבוע מראש אם מאמצי השיווק שייקבעו יהיו גבוהים או נמוכים מאלו אשר ממקסמים את הרווח המשותף של הספק ושני המפיצים. יתר על כן, כפי שראינו בסעיף 3, אין גם שום סיבה להניח שמאמצי השיווק אשר ממקסמים את הרווח המשותף של הספק ושני המפיצים יהיו אופטימליים מנקודת ראותם של

הצרכנים. כזכור, הצרכנים נושאים בעקיפין בעלויות השיווק משום שעלייה במאמצי השיווק מייקרת את מחיר המוצר ועל כן יש לצרכנים אינטרס בקביעת מאמצי שיווק של המפיצים.

למרות שהשוואה בין המחיר ומאמצי השיווק שהמפיצים בוחרים בשיווי משקל, p_1^* ו- e_1^* , לבין אלו שממקסמות את הרווח המשותף של הספק ושני המפיצים, p_1^{VI} ו- e_1^{VI} , איננה מעלה תוצאות חד-משמעיות, הרי שהספק יכול בעזרת הסדרים אנכיים לשחזר את התוצאה שממקסמת את הרווח המשותף שלו ושל שני המפיצים. בסעיפים הבאים נראה כיצד. מכל מקום, כבר עתה חשוב להדגיש שללא בדיקה מדוקדקת של כל מצב לגופו, לא ניתן לקבוע מראש אם שחזור התוצאה שממקסמת את הרווח המשותף של הספק ושני המפיצים באמצעות הסדרים אנכיים מועיל או מזיק לצרכנים. הסיבה לכך היא כפולה: ראשית, כפי שראינו לעיל, המחיר לצרכן שיקבע כאשר המפיצים מתחרים זה בזה עלול להיות גבוה מזה שהיה נקבע לו הספק היה פועל במשותף עם שני המפיצים. לכן הסדרים אנכיים מהסוג שנבחן להלן יכולים להוול או לייקר את המחיר לצרכן. שנית, כפי שראינו בסעיף 1.2, לא ניתן לקבוע מראש אם מאמצי שיווק של המפיצים גבוהים או נמוכים מאלו שהצרכנים מעדיפים. לכן, לא ניתן לקבוע מראש אם הסדרים אנכיים אשר משפיעים על מאמצי השיווק של המפיצים מזיקים או מועילים לצרכנים.

נספח ד: פתרון בעיית ה"רוכב החופשי" באמצעות הכתבת מחיר מינימום

כדי לראות כיצד הכתבת מחיר מינימום משפיעה על התמריצים של המפיצים להשקיע במאמצי שיווק, נחזור ונבחן את הדוגמה שהרפיעה בנספח ג. ההבדל הוא שכעת עלייה ב- e_1 מעלה ולא מורידה את $Q_1(p_1, p_2, e_1, e_2)$. נניח שמחיר המינימום שהספק מכתוב למפיצים הוא p_{\min} . לפיכך התנאי שלפיו מפיץ 1 בוחר את מאמצי השיווק שלו הוא כדלקמן:

$$\frac{\partial Q_1(p_{\min}, p_{\min}, e_1, e_2)}{\partial e_1} (p_{\min} - w) = K'(e_1).$$

התנאי שלפיו מפיץ 2 בוחר את מאמצי השיווק שלו אנלוגי. כפי שניתן לראות בנספח ג, התנאי שלפיו מפיץ 1 בוחר את מאמצי השיווק שלו כאשר הספק איננו כופה עליו מחיר מינימום הוא:

$$\frac{\partial Q_1(p_1, p_2, e_1, e_2)}{\partial e_1} (p_1 - w) = K'(e_1).$$

הצד השמאלי בכל תנאי משקף את התועלת השולית של המפיץ מהגברת מאמצי השיווק בשקל ליחידה נמכרת אשר שווה לעלייה במכירות כתוצאה ממהלך זה בגובה

$$\frac{\partial Q_1(p_1, p_2, e_1, e_2)}{\partial e_1}$$

כפול שולי הרווח לכל בגין כל יחידה נמכרת, ואילו הצד הימני משקף את העלות השולית ממהלך זה.

כיוון שמחיר המינימום שהספק מוכיב למפיצים אפקטיבי, $p_1 < p_{\min}$. עובדה זו משפיעה על התועלת השולית של כל מפיץ ממאמצי שיווק בשתי צורות. ראשית, שולי הרווח של המפיצים גבוהים יותר כאשר הספק מוכיב להם מחיר מינימום. עובדה זו מגדילה את התועלת השולית של המפיצים ממאמצי שיווק ומעודדת אותם להגביר מאמצים אלו. שנית, כל עוד

$$\frac{\partial^2 Q_1(p_1, p_2, e_1, e_2)}{\partial e_1 \partial p_1} > 0,$$

עלייה במחיר המוצר מגדילה את התועלת השולית ממאמצי השיווק. הסיבה לכך היא שמחיר זול למוצר ומאמצי שיווק הם אמצעים תחליפיים לעידוד מכירות. הכתבת מחיר מינימום אפקטיבי לצרכן מונעת מהמפיצים לקדם מכירות באמצעות הוזלות מחירים ולכן הופכת את מאמצי השיווק של המפיצים לכלי אפקטיבי יותר לשם קידום מכירות. דבר זה מגדיל עוד יותר את התועלת השולית של המפיצים ממאמצי שיווק. כיוון שקביעת מחיר מינימום לצרכן מעלה את התועלת השולית ממאמצי שיווק היא מדרבנת את המפיצים להגדיל את ההשקעות שלהם במאמצי שיווק.

נספח ה: בעיית האופורטוניזם מצד הספק בתחרות פנים-מותגית²⁹²

ספק אשר משווק את המוצר שלו באמצעות כמה מפיצים, עלול להתפתות לפתוח את ההסכמים שלו עם חלק מהמפיצים בדיעבד ולהוויל להם את המחיר הסיטונאי. הווליה כזו תאפשר למפיצים אלו להגדיל את המכירות שלהם על חשבונם של מפיצים מתחרים שההסכמים עמם לא נפתחו. הספק ייהנה מפתחת ההסכמים בדיעבד משום שהוא יכול להתחלק עם המפיצים שמכירותיהם עלו ברווח העודף שהם מפקים מכך. עם זאת הספק איננו נפגע מהירידה במכירות של שאר המפיצים משום שאלה התחייבו מראש לשלם לו דמי זיכיון (או שהתחייבו לתשלום תעריפים אשר הולכים ופוחתים עם היקף הרכישות שלהם), על בסיס הצפייה שלהם למכירות גבוהות מאלו אשר יתממשו בפועל בעקבות פתיחת ההסכמים עם מפיצים מתחרים. ברם כאשר מפיצים מבינים את התמריץ של הספק

²⁹² דיון ממצה יותר בבעיית האופורטוניזם מופיע בפרק 2.1 של Rey & Tirole, לעיל הערה 7.

לנהוג באופן אופורטוניסטי, הם יימנעו מלכתחילה מלחתום על הסכמים שיחייבו אותם לתשלום דמי זיכיון גבוהים לספק ולכן הספק ייצא נפגע מכך. כדי לראות תוצאה זו באופן יותר פורמלי, נניח שספק משווק את מוצריו באמצעות שני מפיצים, 1 ו-2, אשר מתחרים זה בזה בשוק הקמעונאי באמצעות קביעת כמויות (כמות הסחורה על המדפים שלהם) והם נתפסים בעיני הצרכנים בשוק כתחליפים מושלמים זה לזה. יתר על כן נניח שפונקציית הביקוש של הצרכנים בשוק הקמעונאי נתונה על ידי $p(Q)$, כאשר Q היא הכמות הכוללת אשר נמכרת על ידי שני המפיצים גם יחד. לשם פשוטות נניח שלשני המפיצים אין הוצאות שיווק ואילו ההוצאה של הספק היא c ליחידה. אם הספק יכול לקבוע לכל מפיץ תעריף של שני חלקים, הוא יוכל למכור לכל אחד מהם במחיר השווה לעלות הייצור שלו ובמקביל לקבוע דמי זיכיון אשר ישאבו מכל מפיץ את מלוא הרווח שלו. לפיכך הרווח הכולל של הספק שווה לרווח הכולל של מערכת ההפצה האנכית, והוא נתון על ידי

$$\Pi^M(Q) = (p(Q)-c)Q.$$

נסמן את הכמות שממקסמת רווח זה ב- Q^M . אם הספק משווק מחצית מכמות זו באמצעות כל אחד מהמפיצים, אזי הרווח של כל מפיץ לפני תשלום דמי הזיכיון הוא מחצית הרווח המונופוליסטי, Π^M , כאשר

$$\Pi^M \equiv \Pi^M(Q^M) = (p(Q^M)-c)Q^M.$$

דמי הזיכיון של כל מפיץ יהיו שווים כאמור לרווח שלו, קרי ל- $\Pi^M/2$. לפיכך ההסכם של הספק עם כל אחד מהמפיצים הוא כדלקמן: "אמכור לך כמות של $Q^M/2$ יחידות במחיר של c ליחידה ובנוסף אגבה ממך דמי זיכיון בגובה של $\Pi^M/2$ ". כיוון שהאלטרנטיבה של כל מפיץ אם הוא דוחה את ההסכם היא לא למכור כלל, הרי ששני המפיצים יקבלו את ההסכם ולפיכך הספק יפיק רווח השווה לרווח המונופוליסטי.

נניח שלאחר ששני המפיצים קבלו את ההסכם הספק פונה למפיץ 1 ומציע לו את העסקה הבאה: "אמכור לך כמות גדולה יותר של מוצר במחיר של c ליחידה ובתמורה תשלם לי דמי זיכיון גבוהים יותר". כיוון שמפיץ 2 כבר התחייב לשלם לספק דמי זיכיון בגובה של $\Pi^M/2$, ההצעה לא תקטין את הרווח שהספק מפיק ממפיץ 2. אשר למפיץ 1, הרי שהרווח שלו כאשר הוא מוכר q_1 יחידות, בהינתן שיריבו בשוק הקמעונאי, מפיץ 2, מוכר $Q^M/2$ יחידות, הוא

$$\Pi_1(q_1+Q^M/2) = (p(q_1+Q^M/2)-c)q_1.$$

כיוון שהספק יכול לשאוב רווח זה מהמפיץ בדמות דמי הזיכיון שהוא גובה ממנו, הוא ירצה לקבוע את q_1 ברמה אשר ממקסמת את הרווח של המפיץ. קל לראות שאכן, הכמות שממקסמת רווח זה עולה על $Q^M/2$ יחידות והרווח של מפיץ 1 (שאותו הספק יוכל לשאוב באמצעות דמי זיכיון מוגדלים) יעלה על $\Pi^M/2$.

ברם אם מפיץ 2 צופה שכך יקרה, הוא מראש ישער שהרווח שלו, כאשר הוא רוכש q_2 יחידות במחיר של c ליחידה, עתיד להיות

$$\Pi_2(q_1 + q_2) = (p(q_1 + q_2) - c)q_2,$$

כאשר q_1 היא הכמות שמפיץ 2 משער שמפיץ 1 ירכוש בסופו של דבר מהספק (אם מלכתחילה או אם בדיעבד). מפיץ 1 מצדו ישער שהרווח שלו עתיד להיות

$$\Pi_1(q_1 + q_2) = (p(q_1 + q_2) - c)q_1,$$

כאשר q_1 היא הכמות שמפיץ 1 מתחייב לרכוש בעצמו מהמפיץ ואילו q_2 היא הכמות שמפיץ 1 משער שמפיץ 2 ירכוש בסופו של דבר.

אם כל אחד מהמפיצים בוחר את הכמות שהוא מעוניין לרכוש מהספק במטרה למקסם את רווחיו, אזי התוצאה שמתקבלת בשווי משקל נאש, היא צמד כמויות הזוהה לזה שיושג במודל של קורנו, שבו שתי פירמות מתחרות זו בזו באמצעות בחירת כמויות.²⁹³ הרווח של הספק יהיה לכן שווה לרווח הכולל של שני מתחרים במודל קורנו. רווח זה נופל מהרווח המונופוליסטי שאותו הספק יכול היה להפיק לו היה בכוחו להתחייב בפני המפיצים שהוא לא יפתח אתם את ההסכמים בדיעבד.

נספח ו: בעיית התחלופה בין תשומות הייצור

כדי להמחיש את בעיית התחלופה בין תשומות הייצור, נניח שספק של מוצר סופי מייצר בעזרת שתי תשומות: L ו- K . המחירים הסיטונאים ליחידה של שתי התשומות הם w_L ו- w_K , בהתאמה. פונקציית הייצור, אשר מתארת את הקשר בין כמות התשומות לתפוקה של המוצר הסופי, נתונה על ידי $F(K,L)$. כדי להביא למינימום את הוצאות הייצור שלו, הספק יבחר לייצר בהרכב תשומות כזה כך ש-

$$\frac{w_K}{F_K} = \frac{w_L}{F_L},$$

כאשר F_K ו- F_L הן התפוקות השוליות של שני גורמי הייצור, כלומר התוספת לתפוקה כאשר כמות התשומה גדלה ביחידה אחת. כדי להבין תנאי זה, כדאי לשים לב שכיוון ש- F_K היא התוספת לתפוקה כתוצאה משימוש ביחידה אחת של גורם הייצור K , הרי ש- $1/F_K$ היא כמות גורם הייצור K הנחוצה לשם הגדלת תפוקת המוצר הסופי ביחידה אחת. כיוון שהעלות ליחידה אחת של גורם הייצור K היא w_K , הרי ש- w_K/F_K היא ההוצאה הכספית הנדרשת לשם הגדלת התפוקה ביחידה אחת באמצעות גורם הייצור K . באופן דומה, w_L/F_L היא ההוצאה הכספית הנדרשת לשם הגדלת התפוקה ביחידה אחת באמצעות גורם הייצור L . לפיכך כל עוד

$$\frac{w_K}{F_K} > \frac{w_L}{F_L},$$

הספק יוכל להגדיל את רווחיו על ידי הגדלת השימוש בגורם הייצור L על חשבון השימוש בגורם הייצור K, תוך שמירה על כמות קבועה של תפוקה. לעומת זאת אם אי-השוויון הפוך, הספק יוכל להגדיל את רווחיו על ידי הגדלת השימוש בגורם הייצור K על חשבון השימוש בגורם הייצור L, תוך שמירה על כמות קבועה של תפוקה. ייצור יעיל של המוצר הסופי מתקבל כאשר מחירי התשומות זהים לעלויות הייצור שלהם, c_L ו- c_K , בהתאמה. במילים אחרות, ייצור יעיל מחייב את קיומו של התנאי הבא:

$$\frac{c_K}{F_K} = \frac{c_L}{F_L}.$$

כאשר תנאי זה מתקיים, עלות הייצור של יחידת תפוקה אחת באמצעות גורם הייצור L שווה לעלות הייצור של יחידת תפוקה אחת באמצעות גורם הייצור K. אולם אם אחת התשומות, נניח K, נמכרת בשוק שבו יש לספקי התשומות כוח שוק המאפשר להם לשמור בידם על שולי רווח של t אחוזים, בעוד שתשומה L נמכרת בשוק תחרותי שבו אין לספקי התשומות שולי רווח כלשהם, אזי המחיר של תשומה K יהיה גבוה מעלות הייצור שלה, בעוד שהמחיר של תשומה L יהיה שווה לעלות הייצור שלה. דהיינו

$$w_K = c_K(1+t) > c_K; w_L = c_L.$$

כיוון שהספק בוחר את הרכב התשומות כזה כך ש- $w_K/F_K = w_L/F_L$, אזי,

$$\frac{c_K}{F_K} < \frac{(1+t)c_K}{F_K} = \frac{w_K}{F_K} = \frac{w_L}{F_L} = \frac{c_L}{F_L}.$$

כלומר הספק יבחר בהרכב תשומות שאיננו יעיל. בפרט, כיוון ש- $c_K/F_K < c_L/F_L$, הספק ישתמש בכמות רבה מדי של גורם הייצור L על חשבון גורם הייצור K. במילים אחרות, מבחינת המשק כולו היה ניתן לחסוך במשאבים לו הספק היה מצמצם את השימוש בגורם הייצור L ומגדיל את השימוש בגורם הייצור K.

כעת נראה כיצד קשירה בין רכישת שני גורמי הייצור עשויה לפתור את הבעיה. כדי לראות זאת נניח שתשומה K נמכרת בלעדית על ידי ספק תשומות א, בעוד שתשומה L נמכרת בשוק תחרותי שבו פועלים, מלבד ספק התשומות א, כמה ספקי תשומות נוספים. כיוון שלספק תשומות א יש כוח שוק במכירת התשומה K, הוא יוכל לשמור לעצמו על שולי רווח של t אחוזים בגין מכירת תשומה K. לפיכך המחיר הסיטונאי של תשומה K יהיה שווה ל- $w_K = (1+t)c_K$, לעומת זאת תשומה L נמכרת בשוק תחרותי ולכן המחיר הסיטונאי שלה יהיה שווה לעלות הייצור שלה, דהיינו $w_L = c_L$.

כעת נניח שספק התשומות א מתנה את מכירת התשומה K בכך שהספק של המוצר הסופי ירכוש ממנו גם את התשומה L. בהנחה שלא ניתן לייצר ללא כמות כלשהי של תשומה K (היינו התחליפיות בין שתי התשומות איננה מושלמת), ספק תשומות א יוכל לחייב את ספק המוצר הסופי לשלם לו גם עבור תשומה L מחיר העולה על עלות הייצור שלה (כלומר מחיר העולה על המחיר שאותו קובעים ספקי תשומות מתחרים אשר אינם מייצרים בנוסף גם את תשומה K). אם ספק התשומות א ישמור בידיו על שולי רווח של t אחוזים גם ממכירת תשומה L (בדומה לשולי הרווח שלו ממכירת תשומה K), הרי שהתנאי שלפיו הספק של המוצר הסופי יבחר את הרכב התשומות שלו יהיה כדלקמן:

$$\frac{c_K(1+t)}{F_K} = \frac{w_K}{F_K} = \frac{w_L}{F_L} = \frac{c_L(1+t)}{F_L}, \Rightarrow \frac{c_K}{F_K} = \frac{c_L}{F_L}.$$

כלומר הספק של המוצר הסופי יבחר לייצר בהרכב תשומות יעיל.