

## על סיווגן המוטעה של עסקאות, תום לב והפליית מחירים

(בעקבות ע"א 8336/17 ראובן נ' סופרדוש בע"מ)

דניאל כהן\*

מבוא; הקושי בעמדתו של השופט גרוסקופף ובהלכה שנקבעה בעניין ראובן; קריאה אחרת של התכלית העסקית של המבצע בעניין ראובן; ההשלכות הנורמטיביות הבעייתיות שעלולות להיות לדרך הניתוח בהלכת ראובן; מסקנה וסיכום.

### מבוא

שאלה מעניינת נדונה בבית המשפט העליון לאחרונה: קמעונאי מחליט לצאת במבצע שבמסגרתו הוא כורך את מחירו של מוצר אחד ברכישתו של מוצר אחר. הצרכן מחליט לרכוש יותר משניים מהמוצרים המשתתפים במבצע. על אילו מן המוצרים יחול המבצע?

נסביר את הסוגיה באמצעות הדוגמה הבאה: עדי מגיעה לסופרמרקט הקרוב לביתה, וניגשת למדף בקבוקי השתייה. שלט גדול מקדם את פניה ומכריז על המבצע הבא: "רוכשים בקבוק שתיה אחד – ומקבלים את השני במתנה! (הזול מביניהם)". עדי מחליטה לרכוש שלושה בקבוקי שתיה: בקבוק מיץ שמחירו חמישה עשר שקלים, בקבוק משקה מוגז שמחירו עשרה שקלים ובקבוק מים שמחירו חמישה שקלים. השאלה שעולה היא מהו המחיר שעדי תידרש לשלם בקופה?<sup>1</sup> אפשרות אחת היא שעדי תידרש לשלם סכום כולל של עשרים וחמישה שקלים בעבור בקבוקי השתייה. לפי פרשנות זו, המבצע יחול על הבקבוק הזול מבין השלושה, בקבוק המים – ועל אחד משני בקבוקי השתייה האחרים. על פניו, פרשנות זו נאמנה ללשון מודעת המבצע, שקובעת מפורשות שהמבצע יחול על המוצר שמחירו הזול ביותר. לפי פרשנות אחרת, עדי תידרש לשלם סכום של עשרים שקלים – כך שהמבצע יכלול רק את בקבוק המיץ ואת בקבוק המשקה המוגז, ולא את בקבוק המים. פרשנות זו מתיישבת במידת-מה עם ההיגיון הבריאי: לו עדי הייתה מחליטה לרכוש מלכתחילה רק את בקבוק המיץ ואת בקבוק המשקה המוגז, היה מנוכה מחשבונה מחיר בקבוק המשקה המוגז; מדוע, אם כן, שיופחת שיעור ההנחה, רק משום שהחליטה לקנות בקבוק נוסף?

שאלה זו עלתה במסגרת פסק הדין בעניין ראובן,<sup>2</sup> ובהכרעה בה נחלקו הדעות בין הערכאה הדייונית לערכאת הערעור. הסוגיה נדונה לראשונה בפסק הדין של בית המשפט המחוזי, במסגרת בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד מספר רשתות מזון (שיכונו להלן: הנתבעות).<sup>3</sup> בית המשפט המחוזי (כבוד השופטת אסתר שטמר) דחה בפסק דינו את בקשת האישור, בהתבסס

\* **אזכור הרשימה:** דניאל כהן "על סיווגן המוטעה של עסקאות, תום לב והפליית מחירים" אתר משפט ועסקים (18.10.2022) [www.idclawreview.org/2022/10/19/cohen](http://www.idclawreview.org/2022/10/19/cohen)

1 בוגר תואר ראשון במשפטים, הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל אביב.

2 יוער שפסק הדין לא עסק אך ורק במקרים שבהם ההנחה חלה על שני מוצרים והצרכן החליט לרכוש מוצר שלישי, אלא בכל מקרה שבו הצרכן ביקש לרכוש מוצרים בכמות שעולה על הכמות המינימלית המזכה אותו בהנחה. ראו ע"א 8336/17 ראובן נ' סופרדוש בע"מ, פס' 5 לפסק הדין של השופט גרוסקופף (אר"ש 15.5.2022). יש לשים לב שהסוגיה שעמדה במוקד פסק הדין מתעוררת גם כאשר מחליט הצרכן לרכוש מספר זוגי של מוצרים (הגדול משניים), שאז מתבקשת השאלה באיזה אופן יש לזווג בין המוצרים לצורך חישוב ההנחה שלה הוא יזכה? כיוון שבכל המקרים שבהם עסק פסק הדין מתעוררת שאלה זוהי, ועל מנת לפשט את הסוגיה ככל הניתן, החלטתי להתמקד ברשימה רק במקרה הבסיסי ביותר: כאשר העוסק מציע הנחה בעבור רכישת שני מוצרים, והצרכן החליט לרכוש שלושה.

3 שם.

3 ת"צ (מחוזי מר') 27048-07-13 ראובן נ' סופרדוש בע"מ (נבו) (29.7.2017).

בעיקר על השיקול הלשוני שהוזכר לעיל. במילותיה הממצות של השופטת שטמר: "לשון החוזה ברורה, לטעמי: 'הזול מביניהם' הוא הזול ביותר. לאו דווקא המוצר השני או השלישי, ולא דווקא בסדר מסוים, ואין צורך לחפש בכל פעם את הסדר הנכון."<sup>4</sup>

התובע ערער על פסק הדין לבית המשפט העליון, אשר מצידו סבר אחרת. את פסק הדין העיקרי בערעור כתב כבוד השופט עופר גרוסקופף. השופט גרוסקופף פתח את פסק דינו בהצגת מסגרת הדין – מערכת היחסים הייחודית שבין עוסק לצרכן.<sup>5</sup> לאחר שהציג את ההלכות השונות שנקבעו בנושא הגנת הצרכן, עבר השופט גרוסקופף לדון בסוגיה הקונקרטית שלפניו. ראשית, ביאר השופט גרוסקופף כי השאלה המקדמית שעליה נדרש בית המשפט להשיב על מנת להכריע בערעור היא **שאלת הציורף**, קרי, השאלה אילו מוצרים יצורפו יחד תחת המבצע?<sup>6</sup> שאלה זו מתחייבת כיוון שהמבצע מחיל את עצמו על מספר זוגי של מוצרים, בעוד שברצונו של הצרכן לרכוש מספר איזוגי. כך, אם אשוב לדוגמת בקבוקי השתייה שאיתה התחלתי את הרשימה, לא נוכל להשיב על השאלה – מחירו של איזה מן הבקבוקים ינוכה מחשבונה של עדי – בטרם נשיב על השאלה המקדמית, והיא האם בקבוק המיץ ובקבוק המשקה המוגז יצורפו תחת המבצע, או שמא בקבוק המיץ ובקבוק המים? בהיעדר תשובה על השאלה המקדמית, ממילא לא ניתן לדעת איזה מן המוצרים הוא הזול ביותר.

בעוד שבית המשפט המחוזי סבר כי בהכרח המוצר הזול ביותר מבין כלל המוצרים שרכש הלקוח הוא שינוכה מחשבונו, השופט גרוסקופף גרס אחרת בהתבסס על שני נימוקים עיקריים:<sup>7</sup> ראשית, ובניגוד לפסיקתו של בית המשפט המחוזי, השופט גרוסקופף מצא כי לשונו של המבצע אינה מנביעה בהכרח על אילו מוצרים הוא יחול; שנית ועיקרית – וסוגיה זו היא קריטית הן להכרעת בית המשפט העליון הן לביקורת עליה – השופט גרוסקופף ייחס משקל רב לכך שהפרשנות, שלפיה יש לבצע את הציורף כך שההנחה תינתן ביחס למוצר הזול ביותר, אינה תואמת את מנהגן של הנתבעות עצמן, שהודו בפני בית המשפט כי במקרים שבהם הלקוח מבקש זאת, הן מאפשרות לו להחליט כיצד לצרף את המוצרים לצורך המבצע (אפשרות זו כונתה אצל השופט גרוסקופף **כוח הציורף**, וכך היא תכונה גם בהמשך רשימה זו). לשון אחר: לקוח אשר דורש מיוזמתו במעמד הרכישה בקופה לבצע את הציורף כך שיקבל את ההנחה המרבית (כלומר, בדוגמה שלנו, להחיל אותה על שני הבקבוקים היקרים יותר, כך שיוזכה בהנחה של עשרה שקלים) – בקשתו תיענה; לקוח שלא יעשה כן – יזכה להנחה המינימלית, כך שמחשבונו ינוכה אך המוצר שמחירו הוא הנמוך ביותר (בקבוק המים בדוגמה שלנו).

העובדה כי הנתבעות העניקו ללקוח את כוח הציורף (להחליט מיוזמתו על אילו מוצרים יחול המבצע) מלמדת לגישתו של השופט גרוסקופף כי השאלה הנתונה להכרעת בית המשפט בפסק הדין היא צרה: כול שבית המשפט צריך לעשות הוא לבחון כיצד על העוסק לפעול ביחס לאותם הצרכנים שלא בחרו מיוזמתם להפעיל את כוח הציורף.<sup>8</sup> באופן ממוקד, השאלה היא האם כאשר הצרכן נמנע מלהפעיל את כוח הציורף מיוזמתו, על העוסק להפעיל את כוח הציורף שעבר לידי בדרך הרצויה מבחינתו, או שמא הוא מחויב לפעול בדרך המשרתת בצורה הטובה ביותר את הלקוח?

לגישת כל השופטים שישבו בדין על העוסק החובה ליישם את המבצע באופן שיטיב באופן המקסימלי עם הצרכן, גם אם הצרכן לא הפעיל את כוח הציורף מיוזמתו. השופט גרוסקופף עיגן את עמדתו בסעיף 39 לחוק החוזים,<sup>9</sup> המטיל על צדדים

4 שם, בפס' 30.

5 עניין **ראובן**, לעיל ה"ש 1, בפס' 31–38 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

6 שם, בפס' 41–42 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

7 שם, בפס' 43 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

8 שם, בפס' 47 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

9 ס' 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים).

לחווה את חובת תום הלב. עמדתו של השופט גרוסקופף יצרה הלכה חדשה, שלפיה במצבים שבהם עוסק עניין **ראובן** מוטלת על העוסק חובת תום לב לפעול בצורה שמיטיבה עם הלקוח בצורה המרבית, אך זאת רק בהתקיים שני תנאים: **ראשית**, כאשר ברור כיצד היה בוחר הלקוח לו היה נותן דעתו לעניין; **ושנית**, כאשר פעולה בהתאם לבחירתו הנחזית של הלקוח תואמת את תכלית העסקה הצרכנית.

קל לראות שהתנאי הראשון מתקיים בענייננו. אין ספק שאילו היה הקופאי שואל מיוזמתו את הלקוח כיצד הוא מבקש להפעיל את כוח הצירוף שלו – היה עונה האחרון כי הוא מבקש להפעילו באופן שיוביל להנחה המרבית עבורו. באשר לשאלה מדוע בכל זאת היו לקוחות שהחליטו שלא להפעיל את כוח הצירוף מיוזמתם, השיב השופט גרוסקופף בשתי תשובות עיקריות:<sup>10</sup> **ראשית**, היו צרכנים שפעלו מתוך בורות, בין אם לא היו מודעים למשמעות הכלכלית של הבחירה בין חלופות הצירוף, ובין אם לא היו מודעים לכך שכוח הצירוף נתון בידם; לגישת השופט גרוסקופף, צרכנים אלו היו נכונים להניח כי ממילא העוסק ינהג בהם בהוגנות ויצייע להם את ההנחה המיטבית, גם מבלי שיעמדו על זכויותיהם; **ושנית**, גם צרכן המודע לאפשרות להפעיל את כוח הצירוף לא בהכרח יעשה כן, שכן החלטתו עשויה להיות מושפעת משיקולים חברתיים ובעיקר מהחשש שהקופאי יתפוס את התעקשותו על הנחה בת מספר שקלים כהתנהגות קטנונית שמעכבת את זמן התשלום ואת הלקוחות האחרים בתור לקופה (שיקולים אלו יכוננו להלן: שיקולי אינעימות).

אם כן, התנאי הראשון מתקיים בענייננו שהרי אין ספק כיצד היה בוחר הלקוח להפעיל את כוח הצירוף לו היה נשאל. השאלה אם מתקיים גם התנאי השני שהתווה השופט גרוסקופף מורכבת יותר. על מנת לברר אותה עלינו, תחילה, להגדיר מתי פעולה תיחשב לפעולה שאינה תואמת את תכלית העסקה הצרכנית. בחוות דעתו קבע השופט גרוסקופף כי פעולה כזו מתאפיינת בכך שלעוסק אין כל אינטרס עסקי לגיטימי מלכתחילה (להבדיל מאינטרס כספי שנוצר לאחר שהעסקה סוכמה) לפעול בצורה הסותרת את בחירת ברירת המחדל של הלקוח.<sup>11</sup>

על מנת להבהיר את מהות התנאי השני, הציג השופט גרוסקופף מקרה שבו לעוסק יש אינטרס עסקי לגיטימי מלכתחילה לפעול נגד בחירת ברירת המחדל של הלקוח (להלן: דוגמת הקופון):<sup>12</sup> בית עסק יוצא במבצע המקנה ללקוחות שיציגו קופון במעמד הרכישה הנחה על מוצר מסוים. מטבע הדברים, לא כל הלקוחות מודעים לקיומו של הקופון, וחלקם מגיעים אל חנות העסק בלעדיו. מובן כי כל אחד מלקוחות החנות שהגיע כשאינו מצויד בקופון, היה שמח לדעת כי באפשרותו לשוב אליה עם הקופון ולזכות בהנחה. האם יש אפוא חובה על העוסק ליידע את הלקוח לגבי קיומו של הקופון? לגישתו של השופט גרוסקופף, התשובה שלילית. זאת מאחר שלעוסק קיים אינטרס עסקי לגיטימי מלכתחילה – במועד יצירת המבצע – להעדיף שלא ליידע את כל הצרכנים בדבר קיום מבצע הקופון. האינטרס העסקי האמור נובע מהרצון אקס־אנטה להרחיב את מעגל הלקוחות באמצעות הבחנה יעילה במחירים שיוצעו לשתי קבוצות לקוחות: כך, קבוצת הצרכנים שמוכנה לרכוש את המוצר גם בהיעדר הקופון מעידה בהתנהגותה על נכונותה לשלם את המחיר המלא שמציע העוסק, ללא ההנחה שמעניק הקופון. מבחינת העוסק, אין כל הגיון עסקי להפחית את מחיר המוצר המוצע לצרכנים אלו; להבדיל, קבוצת הצרכנים המגיעים לבית העסק כשהם מצוידים בקופון מורכבת במרביתה מלקוחות שלא היו רוכשים את המוצר אלמלא ההנחה שהוא מעניק. לעוסק יש אינטרס עסקי אפוא להציע ללקוחות אלו את המוצרים הנמכרים על ידו במחיר נמוך יותר, שאחרת לא תתבצע עימם עסקה. מכאן, שהקופון

10 עניין **ראובן**, לעיל ה"ש 1, בפס' 50 לפסק הדין של השופט גרוסקופף. יובהר כי במקור הציע השופט גרוסקופף ארבעה הסברים מדוע לא הפעילו כול הצרכנים את כוח הצירוף, ואולם למען הנוחות, קיצרתי ומיקדתי את הדברים.

11 שם, בפס' 52–53 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

12 שם, בפס' 52 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

מהווה אמצעי יעיל להבחנה בין שתי קבוצות לקוחות, המאפשר לעוסק להתאים את מחיר המוצר הנמכר לכל אחת מהן לפי נכונותן לשלם עבורו. בכך מתאפשר לעוסק להרחיב את מעגל הלקוחות שאיתם הוא מתקשר, ולהגדיל את מחזור מכירותיו.<sup>13</sup> לגישתו של השופט גרוסקופף, בענייננו המצב בדיוק הפוך מזה שבדוגמת הקופון. בעוד שבדוגמת הקופון קיים כאמור אינטרס אקס-אנטה להעניק רק לקבוצה מסוימת הנחה, בענייננו האינטרס אקס-אנטה של הנתבעות הוא דווקא להעניק לכל הצרכנים את מלוא ההטבה שיכול לספק המבצע, וכך לספק לכל הלקוחות – ולא רק לחלקם – את התמריץ לרכוש כמה שיותר ממוצרי העוסק. מטרה זו תושג כאשר הצרכנים ידעו כי ההנחה שהם יזכו לקבלה תהיה המקסימלית, במנותק ממספר המוצרים שירכשו. ההבחנה שיוצר השופט גרוסקופף בהקשר זה בין המקרה מושא פסק הדין ובין דוגמת הקופון חשובה במיוחד, ולכן אביא את הדברים בשם אומרם:

“...לא רק שלעוסק אין אינטרס עסקי לגיטימי לשלול מלקוח הרוכש ביתר את ההנחה המיטבית, אלא שהאינטרס העסקי שלו הוא דווקא להעניק הטבה זו, וכך לעודד רכישת מוצרים נוספים מעבר למספר המינימלי הדרוש לצורך השתתפות במבצע. אם כן, מדוע בכל זאת העוסק אינו מעניק ללקוח את ההנחה המיטבית מיוזמתו? התשובה היא שבדיעבד (ex-post), לאחר שהלקוח הביע הסכמתו לעסקה אך בשל הטיות וחולשות נמנע מלעמוד על זכותו למקסם את ערכה בעבורו (בענייננו, על ידי שימוש מושכל בכוח הצירוף), יש לעוסק אינטרס כספי להימנע ממתן ההנחה שהיה מעניק ברצון מלכתחילה (ex-ante). בכך נבדל המקרה בו עסקינן מהדוגמה שהובאה לעיל ביחס להנחה המותנית בהצגת קופון הניתן להשגה בנקל. בדוגמה האמורה, אינטרס העוסק, הן העסקי מלכתחילה והן הכספי בדיעבד, הוא להעניק את ההטבה רק למי שהציג את הקופון מיוזמתו. לעומת זאת, בענייננו, העוסק מעוניין לתת ללקוח הרוכש ביתר את ההנחה המיטבית משיקולים עסקיים מלכתחילה, אך עלול להימנע מכך משיקולים כספיים בדיעבד. כך, בחירת העוסק שלא לפעול לפי בחירתו הידועה של הלקוח ביחס להפעלת כוח הצירוף אינה נובעת משיקולים הנוגעים לתכליתו של מבצע המכירות ולא אינטרס הלגיטימי העומד בבסיסו, אלא היא למעשה עומדת בניגוד להיגיון העסקי שביסוד ההתקשרות הצרכנית.”<sup>14</sup>

משמצא ששני התנאים לתחולתו של סעיף 39 לחוק החוזים בענייננו מתקיימים, הטיל השופט גרוסקופף חובה על הנתבעות לפעול בצורה שתמקסם את טובת כל הלקוחות שלהם, בין אם הפעילו את כוח הצירוף במעמד הרכישה בקופה ובין אם לאו.<sup>15</sup> השופט ג'ורג' קרא אימץ את עמדתו של השופט גרוסקופף במלואה ובכך הפך אותה להלכה.<sup>16</sup> השופט יצחק עמית ציין כי הפרשנות של מבצעי המכירות אינה פשוטה בעיניו, ואולם שעה שהעוסק מכבד את כוח הצירוף של לקוחות שהחליטו להפעילו באופן יזום, יש להטיל עליו חובה לפעול באופן דומה ביחס לכול הלקוחות. השופט עמית אף החמיר וקבע כי התנהגות הנתבעות במקרה דנן מגיעה כדי הטעה כמובנה בסעיף 15 לחוק החוזים ובסעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן,<sup>17</sup> שכן איגילוי מטעם העוסק לגבי האפשרות של הלקוח לזכות בהטבה שמוצעת ללקוחות אחרים הוא מעשה זדוני ומכוון. בנסיבות הללו, ובשל יחסי הכוחות שבין הצדדים, חלה חובת גילוי על העוסק שהפרתה מעניקה זכות פיצוי לכאורה לתובעים.<sup>18</sup>

13 לספרות התאורטית שעליה, יש להניח, נסמך השופט גרוסקופף בעמדתו זו, ראו, למשל, Chakravarthi Narasimhan, *A Price Discrimination Theory of Coupons*, 3 Mktg. Sci. 128 (1984).

14 עניין ראובן, לעיל ה"ש 1, בפס' 53 לפסק הדין של השופט גרוסקופף (ההדרגות הוספו).  
15 שם.

16 שם, פסק הדין של השופט קרא.

17 ס' 2(א) לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981.

18 עניין ראובן, לעיל ה"ש 1, פסק הדין של השופט עמית.

## הקושי בעמדתו של השופט גרוסקופף ובהלכה שנקבעה בעניין ראובן

אחזור לעמדתו של השופט עמית בהמשך, ואולם עיקרה של הרשימה יעסוק בעמדתו של השופט גרוסקופף. לטעמי, עמדתו של השופט גרוסקופף מציגה דרך ניתוח בעייתית לסוג המצבים שבהם עוסק פסק הדין בעניין ראובן. כזכור, לגישתו של השופט גרוסקופף, כדי להכריע אם פעל העוסק בהתאם לתכלית העסקה הצרכנית, יש לבחון אם היה לו אינטרס עסקי לגיטימי אקסי-אנטה לעצב את תנאי העסקה באופן שבו יושמו בפועל. מטבע הדברים, ההלכה בעניין ראובן מושתתת על ההנחה כי יש ביכולתו של בית המשפט להתחקות אחר התכלית העסקית המנחה עוסקים בהחלטתם לצאת למבצע כזה או אחר. ואולם, כפי שאפרט להלן, השאלה מהי אותה תכלית עסקית היא שאלה מורכבת, שבהיעדר כלים אמפיריים אינה מאפשרת מענה ממצה. ההלכה שנקבעה בעניין ראובן פותחת אפוא פתח רחב לטעויות של שופטים בניסיון לסווג את תכלית העסקה הצרכנית שבה הם דנים, ומקימה חשש ממשי לכך שבתמי המשפט יסכלו עסקאות יעילות שלהן (גם) יתרונות חלוקתיים. מן העבר השני, וכפי שאפרט בהמשך, ההלכה בעניין ראובן מקימה גם את החשש ההפוך שמה בתי המשפט לא יפסלו עסקאות שאותן דווקא ראוי לפסול. כדי לבסס את טענתי – בדבר הסכנה שבסיווג שיפוטי מוטעה של תכלית העסקה – אציג קריאה שונה לתכלית העסקה הצרכנית שנדונה בעניין ראובן, ולפיה דווקא המבחנים שקבע השופט גרוסקופף לשאלה מהו אינטרס עסקי לגיטימי מובילים למסקנה שלנתבעות באותו עניין הייתה הצדקה אקסי-אנטה להפלות בין לקוחות שונים כדי להגדיל את מחזורי המכירות שלהן. אם פרשנותי המוצעת של תכלית המבצע תשכנע במידה דומה לפרשנותו של השופט גרוסקופף, תתחייב לדעתי המסקנה שההלכה שנקבעה בעניין ראובן באשר לשאלה מתי הפליית מחירים היא לגיטימית, מחייבת את בית המשפט לספקולציות שאינן בהכרח נכונות אשר לתכלית העסקה הצרכנית. לפיכך, וכפי שאסביר בסיום הרשימה, דרך ניתוח עדיפה היא זו שבחר בה השופט עמית – שבוחנת לא את האינטרסים העסקיים של העוסק לצאת במבצע כזה או אחר (אינטרסים שלבית המשפט אין באמת דרך לבחון), אלא את הפליית המחירים לגופה.

## קריאה אחרת של התכלית העסקית של המבצע בעניין ראובן

אם כן, ברצוני להציג כיצד הנחות היסוד של השופט גרוסקופף בשאלה מהו אינטרס עסקי לגיטימי יכולות להוביל לקריאה שונה לחלוטין של תכלית המבצע בעניין ראובן, ולפיה היו רשאיות הנתבעות לבצע הפליית מחירים. על מנת להבין מדוע ייתכן שלנתבעות דווקא היה אינטרס לגיטימי להבחין בין הלקוחות, וזאת לפי ההיגיון של השופט גרוסקופף עצמו, אחזור ואנתח בקצרה את דוגמת הקופון. דוגמה זו חשובה במיוחד כי באמצעותה שירטט בית המשפט את קו פרשת המים בין המקרים שבהם רשאי יהיה העוסק להפלות במחירים שיוצעו ללקוחות שונים, ובין מקרים שבהם לא יהיה רשאי לעשות כן. נקודה חשובה שהושמטה מחוות דעתו של השופט גרוסקופף היא המנגנון הכלכלי המאפשר לעוסקים להשתמש בקופונים כדי להפלות בין צרכנים שונים לפי נכונותם לשלם עבור מוצר. מנגנון זה הוא העלות שבה יסכימו לשאת לקוחות שונים למען השגת ההנחה.<sup>19</sup> כך, לא יכולה להיות מחלוקת שכל הצרכנים היו שמחים לקבל הנחה מהעוסק במעמד הרכישה בקופה. ואולם, רק צרכנים שרגישים למחיר יישאו בעלות הנדרשת לצורך השגת הקופון שיזכה אותם בהנחה זו. עלות זו כרוכה באיתור קופונים רלוונטים, בהדפסתם או בהורדתם לטלפון הנייד, ובהגעה לחנות כמועדים המסוימים הנקובים בקופון. להבדיל, צרכנים אשר רגישים פחות למחיר, יעדיפו לקצר ככל הניתן את חווית הרכישה, ויקנו את המוצר גם ללא שיטריחו את עצמם בהשגת קופון רלוונטי. העובדה שצרכנים מהקבוצה הראשונה נכונים לשאת בעלות השגת הקופון, מאותתת לעוסק כי צרכנים אלו רגישים

19 ראו, למשל, Narasimhan לעיל ה"ש 13, בעמ' 131.

יותר למחיר המלא המוצע על ידו על מוצריו, שאחרת לא היו מסכימים לטרוח בעלות השגת הקופון. בכך, משמש הקופון אמצעי הבחנה יעיל עבור העוסק, המאפשר לו להתאים את מחיר המוצר לנכונות הצרכן לשלם עבורו. לפי ההלכה שנקבעה בעניין **ראובן**, אינטרס זה של העוסק להגדיל אקס-אנטה את מחזור המכירות שלו מהווה אינטרס עסקי לגיטימי, ודי בהוכחת קיומו כדי שהעוסק יוכל לשכנע בזכותו להפלות במחירים שיוצעו לשתי קבוצות לקוחות.

אם כן, כדי להוכיח שהנתבעות בעניין **ראובן** לא הפרו את חובת תום הלב, די לבסס את הטענה שגם במקרה זה עוצבו תנאי המבצע כדי להבחין אקס-אנטה בין שתי קבוצות לקוחות: קבוצה אחת שהייתה רוכשת את המוצרים גם בהינתן הנחה מינימלית; וקבוצת לקוחות אחרת שלא הייתה עושה כן אלמלא הייתה מפעילה את כוח הצירוף מיוזמתה וזוכה להטבה המקסימלית. ואכן, זו טענתי: כפי שעוסקים משתמשים בקופונים בדוגמתו של השופט גרוסקופף על מנת לבצע הבחנה בין צרכנים באשר למידת הנכונות שלהם לרכוש מוצרים, כך בהחלט ייתכן שהנתבעות השתמשו בנכונות הצרכנים להפעיל את כוח הצירוף על מנת להבחין בין לקוחות לפי מידת הנכונות שלהם לשלם בעבור מוצריהן. בדומה להשגת קופונים, גם הפעלת כוח הצירוף כרוכה בעלויות עבור הצרכן – כפי שגם השופט גרוסקופף ציין בפסק דינו, וכפי שאפרט בהמשך. הנכונות לשאת בעלות זו מצד הלקוחות הרגישים יותר למחיר מאותתת לעוסקים על כך שלקוחות אלו לא ירכשו את המוצרים אלא אם יקבלו את ההנחה המקסימלית עבורם. זאת, בשונה מקבוצת הצרכנים הרגישים פחות למחיר, ושבהתנהגותם מעידים על כך שהם מסכימים לרכוש את המוצרים גם אם יזכו להנחה מינימלית ברכישתם. אם זהו המצב, הרי שהנתבעות בעניין **ראובן** היו רשאיות להפלות בין לקוחות, לפי ההלכה שהשופט גרוסקופף עצמו קבע, שהרי הן פעלו כך מתוך אינטרס אקס-אנטה להגדיל את קהל הלקוחות שלהן.

עוד לפני שאגיע ללב ההסבר מדוע התנהלות העוסקים יכולה להיראות כלגיטימית לפי הקריטריונים של השופט גרוסקופף עצמו, חשוב לשים לב לנקודה חשובה: פסק דינו של השופט גרוסקופף מניח שתי הנחות שונות – שאינן מתיישבות זו עם זו – באשר לתכלית הצרכנית של העסקה מחד גיסא, ולסיבה מדוע לא כל הצרכנים הפעילו את כוח הצירוף מאידך גיסא. כזכור, אחד משני ההסברים שמציע השופט גרוסקופף לשאלה מדוע לא כל הצרכנים הפעילו מיוזמתם את כוח הצירוף הוא שלא כולם היו מודעים לזכותם לעשות כן. ואולם, אם מרבית הצרכנים אכן לא היו מודעים ליכולתם להפעיל את כוח הצירוף, ממילא לא הייתה יכולה להתגשם התכלית העסקית שייחס השופט גרוסקופף למבצע. כזכור, לפי עמדתו של השופט גרוסקופף, המבצע נועד לתמרץ צרכנים לרכוש מוצרים רבים ככל הניתן. ואולם, כדי שמטרה זו אכן תוגשם, על כל הלקוחות (או לפחות מרביתם) להיות מודעים לכך שכוונת הנתבעות להעניק להם את ההנחה המקסימלית במסגרת המבצע. נוסח עמום של תנאי המבצע, שאינו מסגיר על פניו את זכותו של הצרכן להפעיל את כוח הצירוף – כמו נוסח המבצע שבו עסק עניין **ראובן** – יכול דווקא לייצר תמריץ שלילי עבור צרכנים להוסיף מוצרים נוספים לעגלה מעבר לאלו המזכים אותם במבצע. כך, אם אחזור לדוגמה שעיימה פתחתי, נניח שעדי אינה מודעת כלל לאפשרותה להפעיל את כוח הצירוף. אם היא התכוונה במקור לרכוש רק בקבוק מיץ ובקבוק מים, הרי שהיא תהיה אדישה להחלטה אם לרכוש גם בקבוק משקה מוגז – שהרי היא תניח כי ממילא לא תזכה לכל הנחה נוספת בעבור רכישת בקבוק המשקה המוגז; ואולם, אם מלכתחילה התכוונה עדי לרכוש בקבוק מיץ ובקבוק משקה מוגז – דווקא יהיה לה **תמריץ חסר** לרכוש גם את בקבוק המים, שכן שווי ההטבה שלה תזכה ירד במצב כזה מעשרה שקלים לחמישה שקלים. לכן, התכלית שצייר השופט גרוסקופף לעסקה – לתמרץ כמה שיותר לקוחות לרכוש כמה שיותר מוצרים – יכולה להתממש רק אם הלקוחות יהיו מודעים אקס-אנטה לכך שביכולתם לזכות להנחה המקסימלית.

העובדה שתנאי המבצע נותרו עמומים, ושהנתבעות לא הבהירו בצורה ברורה כי המבצע נועד להעניק לצרכן את ההנחה המקסימלית, שומטת לטעמי את הקרקע מתחת לעמדת השופט גרוסקופף כי מלכתחילה ביקשו הנתבעות להעניק את ההנחה

המקסימלית לכל הלקוחות. להבדיל, פרשנות סבירה יותר לדעתי היא שהמבצע מלכתחילה נועד להבחין בין שתי קבוצות צרכנים: קבוצת הצרכנים שתבחר להפעיל את כוח הצירוף, וקבוצת הצרכנים שתבחר שלא לעשות כן – בין אם כי לא היו מודעים לאפשרותם לעשות כן, ובין אם בשל שיקולי אינעמיות חשו שלא בנוח להתעקש על זכותם להנחה מקסימלית. שהרי לו אכן התכוונו הנתבעות להעניק מלכתחילה את ההנחה המרבית לכל הלקוחות, הן היו מביאות את הידיעה בדבר תחולתה המקסימלית של ההטבה לידיעת הצרכנים בצורה שאינה משתמעת לשני פנים, ולא מסתכנות במתן תמריץ שלילי לרכוש מוצרים נוספים לצרכנים שהניחו שכוח הצירוף אינו נתון להם. מן העבר האחר, ברור מעובדות המקרה כי כוונת הנתבעות לא הייתה לשלול באופן מוחלט את האפשרות להעניק הנחה מיטבית לחלק מן הלקוחות, שהרי הן העניקו מרצונן את ההנחה הזו ללקוחות שביקשו זאת מיוזמתם.

לפי הקריאה הזו לתכלית המבצע, מטרתו הייתה לבצע הבחנה אקס-אנטה בין שתי קבוצות הלקוחות, כך שכל קבוצה תזכה להנחה שונה. המטרה, כמו בדוגמת הקופון, הייתה להבחין בין לקוחות שלא היו רוכשים את כל המוצרים שהביאו לקופה אלמלא היה נתון להם כוח הצירוף; ובין הלקוחות שהיו רוכשים את אותו מספר מוצרים גם בהיעדר כוח הצירוף, כלומר בהסתפקות בגרסה ה"רזה" של ההנחה. גם במקרה זה, שימשה העלות שבה הסכימה לשאת הקבוצה הראשונה בהפעלת כוח הצירוף כאמצעי המבחין בין הקבוצות, בדיוק כמו בדוגמת הקופון. מסקנה זו מתחייבת בין אם הסיבה שבגללה חלק מן הצרכנים לא הפעיל את כוח הצירוף היא שיקולי אינעמיות לעמוד על זכותם זו במעמד הרכישה בקופה, או בורות באשר ליכולתם לעשות כן, שהם כזכור שני ההסברים העיקריים שהציע השופט גרוסקופף עצמו לתופעה. נסביר:

כפי שהשגת קופון כרוכה בעלויות בלתי מבוטלות, גם אי-הנעמיות שבהתעקשות על כוח הצירוף מהווה עלות עבור הצרכן; כפי שציין השופט גרוסקופף, על הצרכן המפעיל את כוח הצירוף להסתכן שמא יתפש במעמד הקופה כאדם וכחן וקטנוני המעכב את הקופאי ואת חבריו לתור בשביל הנחה של כמה שקלים. הצרכנים שרגישים יותר למחיר יסכימו לשאת בעלות זו, בעוד שאלו מביניהם שהיו מוכנים לשלם מחיר מלא בעבור המוצר – לא. הנכונות לשאת בעלויות מצד הצרכן – פעם אחת בהשגת קופון ופעם אחרת בהתעקשות במעמד הקופה על מלוא ההנחה – היא אמצעי הבחנה יעיל עבור עוסקים בין צרכנים שמוכנים לשלם מחיר מלא בעבור המוצר ובין אלו שלא. הנחת העוסק היא שרק לקוחות המסכימים לכלות זמנם ומרצם בהשגת קופונים מחד גיסא ובוויכוח לא נעים עם הקופאי מאידך גיסא, מגלים בהתנהגותם כי לא היו מסכימים לרכוש את המוצר אלמלא ההנחה המיטבית, שאחרת היו מעדיפים להימנע מעלויות אלו ולרכוש את המוצר במחיר המלא. במובן זה, אי-הנעמיות משמשת כתחליף מושלם לקופון, שהרי שניהם אמצעים הכרוכים בעלות שהנשיאה בה מאותתת לעוסק על מידת הנכונות של הצרכן לשלם עבור מוצריו.

כפי שראוי להקביל בין עלויות אי-הנעמיות ובין העלויות הכרוכות בהשגת קופונים, כך קיימת גם שקילות בין אי-המודעות של חלק מהצרכנים לקיומם של קופונים שיזכו אותם בהנחה ובין אי-המודעות של חלק מהצרכנים לאפשרותם להפעיל מיוזמתם את כוח הצירוף (שזהו כזכור ההסבר השני שייחס השופט גרוסקופף לשאלה מדוע לא כל הצרכנים הפעילו את כוח הצירוף). בשני המקרים מודעותו של הצרכן לקיומה של האפשרות להשיג הנחה מקסימלית היא זו שמכוננת את זכאותו לה; הצרכן יהיה זכאי להטבה רק אם יהיה מודע למלוא ההנחה שאותה הוא יכול לדרוש מהעוסק. לכל היותר, ניתן לטעון שהפער בין שתי הדוגמאות – דוגמת הקופון והמקרה בעניין ראובן – נוגע לטיב המודעות ומקורה. כך שבעוד בדוגמת הקופון, מקורה של המודעות של חלק מהצרכנים לקיומו של קופון במאמץ מיוחד מצידם ללמוד על קיומו של הקופון והשגתו; בעניין ראובן הן הצרכנים המודעים הן הבלתי מודעים נחשפו לאותה פיסת מידע – מודעת המבצע התלויה על מדף המוצרים. לכן היתרון של

הצרכנים המודעים לא נבע ממאמץ מיוחד מצידם (כמו בדוגמת הקופון), אלא מיתרון קוגניטיבי הקיים להם על פני קבוצת הצרכנים הבלתי מודעים להבין את הפרשנויות השונות שסובלת המודעה ואת ההשלכות הכלכליות שלהן.

אם כן, לכל היותר, מתחייבת השאלה האם מן הבחינה המוסרית ראוי להפלות לטובת לקוחות בעלי יכולות קוגניטיביות משופרות על פני חבריהם? לכך יש להשיב בשתי תשובות. ראשית, אין סיבה להניח שרק גורמים אנדוגניים – כלומר היכולות הקוגניטיביות של הצרכנים השונים – הם שגורמים לחלקם להכיר בזכותם להפעיל את כוח הצירוף. גם במקרה זה יש להניח שלפחות חלק מהצרכנים שהיו מודעים לזכותם להפעיל את כוח הצירוף, גילו זאת באמצעות מאמץ אקטיבי. היה עליהם להתעמק ולדקדק בתנאי המבצע (שהוא רק אחד מיני מבצעים רבים המוצעים לצרכן בסופר), ולהשקיע מחשבה כיצד ניתן לפרש אותם לטובתם. צרכנים שרגישים פחות למחירים של מוצרים שונים, לא ירדו לעומק פרשנותו האפשרית של כול מבצע ומבצע כדי לחסוך כמה שקלים בודדים בסיומה של רכישה. התעמקות שכזו כרוכה בזמן ובמחשבה, ומכאן שגם בהקשר זה קיימת שקילות בין העלות שבהשגת הקופון ובין העלות הכרוכה בהפעלת כוח הצירוף.

**שנית**, התשובה החשובה יותר היא שאפילו אם דוגמת הקופון מהווה אמצעי הפליה הוגן וראוי יותר בין לקוחות מאשר זה שננקט בעניין **ראובן**, עמדתו של השופט גרוסקופף אינה מסוגלת להעניק ביטוי להבדל זה. וזאת מכיוון שעמדתו של השופט גרוסקופף אינה בוחנת את תוכנה של פרקטיקת הפליית המחירים לגופה, את הלגיטימיות שלה, או את השאלה אם היא עומדת בתקנת הציבור; כל שהיא בוחנת היא אם היה לעוסק אינטרס עסקי לגיטימי אקס-אנטה להפלות בין לקוחות כדי להגדיל את מחזור מכירותיו. לפיכך, גם כאשר אמצעי ההפליה של העוסקים הוא אמצעי המנוגד לתקנת הציבור – לא יהיה בעמדתו של השופט גרוסקופף לפסול אותו, אם הוא נועד לקדם את האינטרסים של העוסקים אקס-אנטה. במובן זה, וכפי שאפרט להלן גם במובנים אחרים, עמדתו של השופט גרוסקופף היא בעייתית, שכן אין בה התייחסות לתוכן פרקטיקת הפליית המחירים.

### ההשלכות הנורמטיביות הבעייתיות שעוללות להיות לדרך הניתוח בהלכת **ראובן**

מטרתה של רשימה קצרה זו היא להצביע על הקשיים הפנימיים שעולים בפסק הדין בעניין **ראובן**, והיא לא נועדה לעסוק במלוא ההשלכות הנורמטיביות, השליליות והחיוביות, שעוללות להיות להלכה שנקבעה שם. על מנת להשיב על שאלה זו, עלינו להגדיר תחילה מתי ראוי להתיר הפליית מחירים על פי דין ומתי לא, ולהשוות את ההסדר הרצוי להסדר שנקבע בעניין **ראובן**. השאלה האם ומתי ראוי מבחינה נורמטיבית להרשות לעוסקים להפלות במחירים שיוצגו ללקוחות שונים נדונה בהרחבה בספרות הכלכלית, וכאמור היא אינה עומדת במוקד רשימה זו. ואולם כיוון שההלכה בעניין **ראובן** היא ההלכה העדכנית בשאלת חוקיותן של עסקאות המפלות בין צרכנים שונים, ראוי להפנות מבט קצר לאופן שבו היא עלולה להצר את צעדי בתי המשפט בעתיד, וממילא גם לשאת עימה השלכות נורמטיביות שליליות. אעמוד בקצרה על שני קשיים שעוללים לצמוח מן ההלכה שנקבעה בפסק דין.

על הקושי הראשון עמדתי כבר בסיומו של החלק הקודם. ההלכה שנקבעה בעניין **ראובן** מפנה את מבטה רק לשאלה אם לעוסק היה אינטרס אקס-אנטה להפלות בין קבוצת לקוחות אחת לאחרת. על פניו, ככל שיעלה בידו של העוסק לשכנע את בית המשפט כי אכן היה לו אינטרס שכזה (וכפי שציינתי, אני סבור שבמקרה זה קיימת טענה חזקה בעד אפשרות זו) – בית המשפט לא יפסול את הפרקטיקה המפלה. ואולם, יתכנו בהחלט מצבים בהם ישתכנע בית המשפט כי לעוסק היה אינטרס אקס-אנטה להפלות את קבוצת הלקוחות על מנת להגדיל את מחזור מכירותיו, ובכל זאת יסבור כי לא ראוי לאפשר לו לפעול כך. כך, למשל, ייתכן שבית המשפט יסבור כי טעמים ערכיים מובילים למסקנה כי לא ראוי לאפשר פגיעה בשוויון בין לקוחות שונים. כך כאשר העוסק משתמש ביתרונות קוגניטיביים הקיימים לקבוצה אחת של לקוחות על פני האחרת, או במודעות הצרכנית



העדיפה שקיימת לחלק מן הצרכנים. אף אם בית המשפט יסבור כי ראוי לפסול את הפרקטיקה המפלה במצבים מעין אלו, הוא לא יוכל למצוא עיגון דוקטרינרי להחלטה הזו בהלכה שנקבעה בעניין **ראובן**, אשר ממקדת כאמור את מבטה בשאלה אם הפעולה המפלה נועדה לשרת אינטרס עסקי אם לאו, ולא בשאלה אם מדובר בפרקטיקה הוגנת עבור הצרכנים השונים.

אם כן, הקושי הראשון שעלול לצמוח כתוצאה מהלכת **ראובן** נובע מן האפשרות שעסקאות מפלות שלא ראוי לאפשר את התמשכותן יוסיפו ויתקיימו. אלא שהלכת **ראובן** חושפת אותנו גם לקושי הפוך: החשש שמא אבחנה שגויה מצד בתי המשפט באשר לאינטרס הלגיטימי של העוסק לצאת במבצע, תוביל לפסילת מבצעים יעילים וראויים. כך, אם הנתבעות בעניין **ראובן** אכן הפלו בין לקוחות שונים כדי להגדיל את סך הצרכנים שיהיה בידם לרכוש את מוצריהן, ייתכן שפסק הדין של בית המשפט העליון יפגע ביעילות ואף יישא עימו השלכות חלוקתיות שליליות. כידוע, הפליית מחירים היא פרקטיקה שיכולה בנסיבות מסוימות להיטיב לא רק עם העוסק אלא גם עם השוק בכללותו, וזאת בין היתר כאשר התפוקה של העוסק גדלה כתוצאה מהאפשרות הניתנת לו למכור את מוצריו לצרכנים שונים במחירים השונים שבהם הם מוכנים לרכושם.<sup>20</sup> מובן כי שעה שניתן פסק הדין של בית המשפט העליון, הנתבעות לא יוכלו להמשיך בפרקטיקת הפליית המחירים שבה נקטו עד כה, והן יציעו שיעור הנחה אחיד לכל לקוחותיהן. אפשר להניח ששיעור זה יהיה נמוך מהשיעור שלו זכו הצרכנים שמימשו את כוח הצירוף; ומן העבר השני ייתכן ששיעור ההנחה האחיד לכל הלקוחות יהיה גדול מכדי שיעור ההנחה שלו זכו הלקוחות שהופלו. מצב מעין זה ישפר את מצבם של הלקוחות שהופלו לרעה עד פסק הדין, ושייחנו מעודף צרכני רב יותר לאחרי.

אולם, חשוב לשים לב שבמצב מעין זה ימשיכו לרכוש את המוצרים שבהנחה כל הצרכנים שבעבר הופלו לרעה בהנחה שקיבלו עבורם, ושממילא היו נכונים לרכוש אותם גם במחיר הגבוה יותר; ומנגד, בהחלט אפשר שחלק מהלקוחות שהופלו לטובה, יפסיקו לרכוש את המוצרים – שמחירים הכולל יהפוך ליקר מדי עבורם. אם תוצאה זו תתמש, עלולות להיות לה השלכות בלתי רצויות, הן במישור היעילות הן במישורים חלוקתיים, שכן דווקא הצרכנים החלשים ביותר הם אלו שיצאו מהשוק הרלוונטי. מכאן אנו למדים שקיים חשש מסוים (גם אם אינו ודאי) שסיווג מוטעה של התכלית העסקית של המבצע בידי בית המשפט, יביא לסיכול של עסקאות שראוי מבחינה חברתית שיצאו אל הפועל.

### מסקנה וסיכום

בפרק הקודם הצגתי קריאה שונה לשאלה מה הייתה התכלית העסקית של הנתבעות בעיצוב המבצע בעניין **ראובן**, וטענתי כי לפי הנחות היסוד של השופט גרוסקופף לשאלה מהו אינטרס עסקי לגיטימי – הרי שלא היה מוצדק לפסוק נגד הנתבעות. אינני בטוח שהקריאה שהצגתי באשר לתכלית העסקית של המבצע בעניין **ראובן** בהכרח משכנעת יותר מזו שהציג השופט גרוסקופף. ואולם, די בכך שיש בקיומה כדי לשכנע כי ייתכנו כמה פרשנויות שונות לשאלה מהי אותה תכלית עסקית – שכולן סבירות באותה מידה לערך, ושבהיעדר כלים אמפיריים לא ניתן להכריע ביניהן – כדי לבסס את הטענה שההלכה שנקבעה בעניין **ראובן** בעייתית, ומייצרת חשש אמיתי לפסילתן של פרקטיקות צרכניות שיש בהן תועלות חברתיות. בהיעדר כלים אמפיריים להכריע מהי תכלית המבצע, עדיף היה אילו בית המשפט היה מכריע לגבי לגיטימיות הפרקטיקות שבהן נקטו הנתבעות להפלות בין לקוחות שלא באמצעות בחינה מדוע בחרו לעשות כן, אלא באמצעות בחינה לגופם של דברים אם ההפליה מקיימת את תנאי תקנת הציבור. לשון אחר, לטעמי ראוי היה אם בית המשפט היה זונח כליל את הניסיון לנתח עסקית מדוע החליטו הנתבעות בעניין **ראובן** לפעול בדרך כזו או אחרת, ומנתח את השאלה אם פרקטיקת ההפליה שבה נקטו היא ראויה לגופה.

20 ראו, בין היתר, (2016) 47 RAND J. ECON. 326, *Welfare-Increasing Third-Degree Price Discrimination*, Simon Cowan.

במובן זה, אני סבור שדווקא עמדתו של השופט עמית – שנראית מחמירה מזו של השופט גרוסקופף – היא עמדה ממוקדת יותר ועדיפה. השופט עמית כלל לא נדרש לשאלה מתי התנהלות העוסק היא התנהלות המשרתת את האינטרסים העסקיים הלגיטימיים שלו ומתי לא. בכך, עמדתו של השופט עמית פוטרת את בית המשפט מהניסיון הספקולטיבי להכריע מדוע בחר העוסק לעצב את המבצע באופן כזה או אחר. להבדיל, השופט עמית הכריע בערעור בעניין ראובן לנוכח טיב ההפליה עצמה. בכך, פסק הדין של השופט עמית נותן מענה ממצה לסוגיה שלפנינו – מענה שנוגע לא לאינטרסים העסקיים של הנתבעות, אלא לאופן שבו המשפט תופס את הלגיטימיות של הצעדים שנקטים על ידן על מנת לממש אינטרסים אלו.